



Ankara Barosu

DERGİSİ

Yıl: 75 Sayı: 2017/3 ISSN 1300-9885



ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye/ANKARA **T:** 0.312 416 72 00 **F:** 0.312 309 22 37
www.ankarabarusu.org.tr ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

ABEM-ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ

Ihlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA **T:** 0.312 416 72 00

GÖLBAŞI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSLERİ

Gazi Osman Paşa Mah. Sahil Cd. No:46 Gölbaşı/ANKARA
T: 0.312 485 03 93-484 46 06

ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ

Ihlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA **T:** 0.312 444 43 06 (5 Hat)
www.gelincikprojesi.org.tr

Ankara Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler
Journal of Ankara Bar Association is being permanently indexed in



hukuk veritabanlarında taranmaktadır.
law databases.

İletişim Adresi | Communication Address

Ankara Barosu Başkanlığı, Adliye Sarayı Kat: 5 Sıhhiye/ANKARA

T: (0.312) 416 72 00 (Pbx) • F: (0.312) 416 72 80

www.ankarabarusu.org.tr

abym@ankarabarusu.org.tr

Grafik – Tasarım | Graphic – Design

Ankara Barosu

Basım Tarihi | Printing Date

2017

Baskı ve Cilt | Printing and Binding

SARIYILDIZ OFSET KAĞIT AMBALAJ PAZARLAMA TİC. LTD. ŞTİ.

İVOKSAN Ağaç İşleri Sitesi 1358. Sk. No: 31 OSTİM/ANKARA

T: 0.312 395 99 95 • F: 0312 394 77 49

www.sariyildizofset.com

Dergide yayımlanan yazıların herhangi bir bölümü veya tamamı kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

No part of this publication may be reproduced or published in any form or by any means without reference to the review.



ANKARA BAROSU DERGİSİ | **JOURNAL OF ANKARA BAR ASSOCIATION**
Üç Aylık (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim) is a refereed review, issued quarterly
Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın (January, April, July, October)

Ankara Barosu Başkanlığı, 2017 | Presidency of Ankara Bar Association, 2017
Tüm Hakları Saklıdır. All Rights Reserved.
ISSN 1300-9885 | ISSN 1300-9885
Dergide ileri sürülen görüşler | Articles published in this review reflect the
yazarlarına aittir. | views of the authors.

Sahibi Ankara Barosu adına | Owner on behalf of Ankara Bar Association

Av. Hakan CANDURAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü | Managing Editor

Av. Ramiz Erinç SAĞKAN

Editör | Editor

Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR

Eş Editörler | Peer Editors

Dr. Kasım AKBAŞ

Yrd. Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU

Yrd. Doç. Dr. Başak ŞİT

Yrd. Doç. Dr. Özge OKAY TEKİNSOY

Ankara Barosu Yayınları Merkezi | Ankara Bar Association Publication Center

Koordinatör YK Üyesi | Coordinator Board Member

Av. Ramiz Erinç SAĞKAN

Merkez Başkanı | Head of the Center

Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR

Başkan Yardımcıları | Vice Presidents

Av. Doç. Dr. Mustafa Ayhan TEKİNSOY

Av. Dr. Zeynep BAHADIR

Genel Sekreter | General Secretary

Av. Seher KIRBAŞ CANIKOĞLU

Sayman | Accountant

Av. Zeynep TEPEGÖZ

Üyeler | Members

Av. Prof. Dr. Yahya ZABUNOĞLU

Av. Selma ŞAHİN ÇAKIR

Av. Prof. Dr. Metin GÜNDAY

Av. Emre Baturay ALTINOK

Av. Prof. Dr. Ali ERTEN

Av. Behice Bengi GÜMGÜM

Av. Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Av. Bahar KARAKAYA

Av. Prof. Dr. Haluk EMİROĞLU

Av. Bilal KOLBÜKEN

Av. Doç. Dr. Tuğrul KATOĞLU

Av. Mehtap DEMİRHAN

Av. Doç. Dr. Banu ŞİT KÖŞKEROĞLU

Av. Murat TEZCAN

Doç. Dr. Fatih KESKİN

Av. Emrah ALTUNOĞLU

Av. Nurten ÇAĞLAR YAKIŞ

Av. Seda KÖSE

Av. Mustafa Kürşad COŞKUN

Av. Havva Denge AKAL ARDIÇOĞLU

Av. Gençer HAZİR

Av. Hüseyin Umut BÜLBÜL

Av. Hakan AKARKEN

Av. Aysel NARŞAP ANAR

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

(Soyadı sırasına göre)

A		
ABDULHAKİMOĞULLARI,	Erdal	Doç. Dr.
ABDULLAHZADE,	Cavid	Doç. Dr.
ABİK,	Yıldız	Doç. Dr.
AÇAR,	Serkan	Dr.
AKBAŞ,	Kasım	Dr.
AKBULUT,	Olgun	Yrd. Doç. Dr.
AKINCI,	Müslüm	Doç. Dr.
AKINCI,	Ziya	Prof. Dr.
AKKAYA,	Mustafa	Prof. Dr.
AKKAYA,	Tolga	Yrd. Doç. Dr.
AKSAR,	Yusuf	Prof. Dr.
ALTAŐ,	Hüseyin	Prof. Dr.
ARAT,	Tuğrul	Prof. Dr.
ARDIĞOĞLU,	M. Artuk	Yrd. Doç. Dr.
ARSLAN,	Aziz Serkan	Yrd. Doç. Dr.
ARSLAN,	Çetin	Prof. Dr.
ARSLAN,	Ramazan	Prof. Dr.
ARTUK,	Mehmet Emin	Prof. Dr.
ASLAN,	Zehrettin	Prof. Dr.
ASLAN,	Zühtü	Prof. Dr.
AÇIK,	İbrahim	Yrd. Doç. Dr.
ATALI,	Murat	Doç. Dr.
ATAY,	Ender Ethem	Prof. Dr.
ATILGAN,	Eylem Ümit	Yrd. Doç. Dr.
AVCI,	Mustafa	Doç. Dr.
AYDIN,	Ramazan	Yrd. Doç. Dr.
AYDIN,	Ufuk	Prof. Dr.
AYDOS,	OĞuz Sadık	Doç. Dr.
B		

BAŐPINAR,	Veysel	Prof. Dr.
BAŐTERZİ,	Süleyman	Doç. Dr.
BAYAR,	İbrahim Nihat	Yrd. Doç. Dr.
BAYKAL,	Ferit Hakan	Prof. Dr.
BAYKAL,	Sanem	Doç. Dr.
BELEN,	Herdem	Doç. Dr.
BIÇAK,	Vahit	Prof. Dr.
BÜYÜKTANIR,	Burcu	Dr.
C-Ç		
CAN,	Mertol	Prof. Dr.
CAŐIN,	Mesut Hakkı	Prof. Dr.
CENTEL,	Nur	Prof. Dr.
CENTEL,	Tankut	Prof. Dr.
CİN,	Halil	Prof. Dr.
ÇAĞAN,	Nami	Prof. Dr.
ÇAĞLAR,	Hayrettin	Doç. Dr.
ÇALIŐKAN,	Yusuf	Doç. Dr.
ÇEÇEN,	Anıl	Prof. Dr.
ÇETİNER,	Selma	Prof. Dr.
ÇOLAK,	N. İlker	Doç. Dr.
D		
DEĞİRMENCİ,	Olgun	Doç. Dr.
DEMİR,	İsmail	Yrd. Doç. Dr.
DEMİR,	Mehmet	Prof. Dr.
DEMİRAY,	Nezahat	Yrd. Doç. Dr.
DEMİRAYAK,	Ezgi Başak	Yrd. Doç. Dr.
DEMİRBAŐ,	Timur	Prof. Dr.
DEMİRCİOĞLU,	H. Reyhan	Yrd. Doç. Dr.
DOĞAN,	Murat	Prof. Dr.
DÖNER,	İsa	Yrd. Doç. Dr.

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

DÜLGER,	İbrahim	<i>Prof. Dr.</i>
DÜLGER,	Murat Volkan	<i>Doç. Dr.</i>

E

ERDAĞ,	Ali İhsan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ERDEM,	Mete	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ERDEM,	Mustafa Ruhan	<i>Prof. Dr.</i>
EREN,	Fikret	<i>Prof. Dr.</i>
ERGİL,	Doğu	<i>Prof. Dr.</i>
ERİŞ,	A. Uğur	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ERKAL,	Atila	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
EROĞLU,	Muzaffer	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ERTEN,	Rifat	<i>Doç. Dr.</i>
ERZURUMLUOĞLU,	Erzan	<i>Prof. Dr.</i>
ESKİYÖRÜK,	Serhat	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>

F

FENDOĞLU,	Hasan Tahsin	<i>Prof. Dr.</i>
FEYZİOĞLU,	Metin	<i>Prof. Dr.</i>

G

GEMALMAZ,	Burak	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
GÖKER,	Çenker	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
GÖKTÜRK,	Neslihan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
GÖLE,	Celal	<i>Prof. Dr.</i>
GÖNENÇ,	Levent	<i>Doç. Dr.</i>
GÜLŞEN,	Recep	<i>Doç. Dr.</i>
GÜNAL,	Nadi	<i>Prof. Dr.</i>
GÜNDAY,	Metin	<i>Prof. Dr.</i>
GÜNEYSU,	Gökhan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
GÜNEYSU BORAN,	Nilüfer	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
GÜNEŞ,	Ahmet	<i>Doç. Dr.</i>
GÜNGÖR,	Devrim	<i>Doç. Dr.</i>

GÜNGÖR,	Gülin	<i>Prof. Dr.</i>
GÜVEN,	Kudret	<i>Prof. Dr.</i>

H-İ

HACIMAHMUTOĞLU,	Sibel	<i>Doç. Dr.</i>
HAFIZOĞULLARI,	Zeki	<i>Prof. Dr.</i>
HAKERİ,	Hakan	<i>Prof. Dr.</i>
HASPOLAT,	Mehmet Emin	<i>Doç. Dr.</i>
İNAN,	Ali Naim	<i>Prof. Dr.</i>
İŞGÜZAR,	Hasan	<i>Prof. Dr.</i>

K

KABOĞLU,	İbrahim Özden	<i>Prof. Dr.</i>
KANADOĞLU,	Korkud	<i>Prof. Dr.</i>
KAPLAN,	İbrahim	<i>Prof. Dr.</i>
KARAKAŞ,	Fatma	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KARAKEHYA,	Hakan	<i>Doç. Dr.</i>
KARAN,	Hakan	<i>Prof. Dr.</i>
KATOĞLU,	Tuğrul	<i>Prof. Dr.</i>
KAYA,	Emir	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KENT,	Bülent	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KESER,	Hayri	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KESKİN,	Fatih	<i>Doç. Dr.</i>
KILIÇOĞLU,	Ahmet	<i>Prof. Dr.</i>
KOCA,	Mahmut	<i>Prof. Dr.</i>
KOCAMAN,	Arif B.	<i>Prof. Dr.</i>
KOCAOĞLU,	A. Mehmet	<i>Prof. Dr.</i>
KOCAOĞLU,	N. Kağan	<i>Dr. iur.</i>
KOCAOĞLU,	S. Sinan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KORKMAZ,	Fahrettin	<i>Prof. Dr.</i>
KORKUT,	Levent	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KUÇURADI,	İonna	<i>Prof. Dr.</i>

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

KÜÇÜKGÜNGÖR,	Erkan	<i>Prof. Dr.</i>
M		
MOLLAMAHMUTOĞLU,	Hamdi	<i>Prof. Dr.</i>
MUMCUOĞLU,	Maksut	<i>Prof. Dr.</i>
O-Ö		
ODYAKMAZ,	Zehra	<i>Prof. Dr.</i>
OKUR,	Ali Rıza	<i>Prof. Dr.</i>
ONAR,	Erdal	<i>Prof. Dr.</i>
OZANEMRE YAYLA,	Hatice Tolunay	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
OZANSOY,	Cüneyt	<i>Doç. Dr.</i>
ÖKÇESİZ,	Hayrettin	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZBEK,	Mustafa S.	<i>Doç. Dr.</i>
ÖZBEK,	Veli Özer	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZBUDUN,	Ergun	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZCAN,	Fatma	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ÖZDAMAR,	Demet	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZDAMAR,	Mehmet	<i>Doç. Dr.</i>
ÖZEKES,	Muhammet	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZEL,	Çağlar	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZEN,	Muharrem	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZGENÇ,	İzzet	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZKAN,	İşıl	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZKAZANÇ,	Alev	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZTAN,	Bilge	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZTÜRK,	Bahri	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZTÜRK,	Kaya Burak	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
R		
RUHİ,	Ahmet Cemal	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>

S-Ő		
SARAN,	Biröl	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
SAYGIN,	Engin	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
SAYHAN,	İsmet	<i>Doç. Dr.</i>
SEVGİLİ,	Didem	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
SEZGİNER,	Murat	<i>Prof. Dr.</i>
SIRMA,	Özge	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
SOYASLAN,	Doğın	<i>Prof. Dr.</i>
SÜRAL,	Nurhan	<i>Prof. Dr.</i>
ŞAHİN,	Cumhur	<i>Prof. Dr.</i>
ŞEN,	Ersan	<i>Prof. Dr.</i>
ŞEN,	Murat	<i>Prof. Dr.</i>
ŞEN DOĞRAMACI,	Hayriye	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ŞENOCAK,	Kemal	<i>Doç. Dr.</i>
T		
TAN,	Ayhan	<i>Prof. Dr.</i>
TANRIVER,	Süha	<i>Prof. Dr.</i>
TAŐKIN,	Ozan Ercan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
TEKİNSOY,	M. Ayhan	<i>Doç. Dr.</i>
TERCAN,	Erdal	<i>Prof. Dr.</i>
TEZCAN,	Durmuş	<i>Prof. Dr.</i>
TİRYAKİ,	Betül	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
TİRYAKİOĞLU,	Bilgin	<i>Prof. Dr.</i>
TOROSLU,	Nevzat	<i>Prof. Dr.</i>
TUNÇ,	Hasan	<i>Prof. Dr.</i>
TURANBOY,	Asuman	<i>Prof. Dr.</i>
TÜZÜNER,	Özlem	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
U-Ü		

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

ULUŐAHİN,	Nur	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
UYGUR,	Gülriz	<i>Prof. Dr.</i>
ÜÇŐŐİK,	Fehim	<i>Prof. Dr.</i>
ÜNVER,	Yener	<i>Prof. Dr.</i>
ÜYE,	Saim	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ÜZÜLMEZ,	İlhan	<i>Prof. Dr.</i>
Y		
YAVUZ,	Bülent	<i>Doç. Dr.</i>
YENGİN,	Halisan	<i>Dr. iur.</i>
YILDIRIM,	Turan	<i>Prof. Dr.</i>
YILDIZ,	Gaye Burcu	<i>Doç. Dr.</i>
YILMAZ,	Ejder	<i>Prof. Dr.</i>
YILMAZ,	Süleyman	<i>Doç. Dr.</i>
YİĞİTER,	Cenk	<i>Dr.</i>
YONGALIK,	Aynur	<i>Prof. Dr.</i>
YUSUFOĞLU,	Fülürya	<i>Dr. iur.</i>
YÜCEL,	Mustafa Tören	<i>Prof. Dr.</i>
YÜCEL,	Recep	<i>Doç. Dr.</i>
YÜRÜK,	Ayşe Tülin	<i>Doç. Dr.</i>
Z		
ZABUNOĞLU,	Yahya	<i>Prof. Dr.</i>

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

- 1. Dergiye gönderilen hakemli yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.**
- 2. Makale yazarına ait iletişim bilgileri (ünvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makalenin son sayfasına nizami bir şekilde eklenmelidir. Makaleyi gönderen yazarın ismini yazmaması/unutması durumunda makalesi yayımlanmayacaktır.**
- 3. Yazılar "Microsoft Word" programında (.doc veya .docx formatında) sayfa numaraları verilmiş olarak (yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil) ankarabarosuyayin2016@gmail.com adresine gönderilmelidir.**
- 4. Makale Başlığı büyük harflerle, makale yazarının ünvanı kısaltma biçiminde, soyadı ise büyük harflerle yazılmalıdır. (Örn: Av. Ali YILMAZ vb.)**
- 5. Makale yazarı; makalesindeki yazım hatalarını düzeltip, kontrol ettikten sonra eksiksiz bir şekilde göndermekle yükümlüdür.** Hakem tarafınca belirtilen değişiklikler; makale yazarınca Word belgesinde "Metin Vurgu Rengi (Metnin vurgulayıcı kalemle işaretlenmiş gibi görünmesini sağlar)" SARI renk verilerek ve düzenlenen makalenin isim bölümüne tarih eklenerek yeniden mail aracılığı ile iletilmesi gerekmektedir. Dergiye gönderilen yazıların son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın gönderdiği şekliyle yazısını "basıma" verdiği kabul edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
- 6. Hakem denetiminden geçmesi istenen makalelerde en az 100, en çok 120 sözcükten oluşan tek paragraf Türkçe ve İngilizce özetlerin; her iki dilde yazı başlığının ve beşer anahtar sözcüğün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir.** Yazara ait makale; Makalenin Türkçe Başlığı > Yazarın Ünvanı, Adı-Soyadı (Örn: Av. Ali YILMAZ vb.) > Öz > Anahtar Kelimeler > Makalenin İngilizce Başlığı > Abstract > Keywords şeklinde sıralanmalıdır.

7. **Dipnotlar Microsoft Word programında otomatik olarak verilecek sayfa altında gösterilmeli, kaynakçaya yer verilmelidir.**
8. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılardan yazarı tarafından hakem denetiminden geçmesi istenenler hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir. Hakem raporunun olumsuz olması halinde, ikinci bir hakem incelemesi yapılmayacaktır. Hakem raporunda düzeltme istendiği takdirde, yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecek ve düzeltilmiş metinler için yine hakem onayı alınacaktır.
9. Yazarı tarafından hakem denetiminden geçirilmesi istenmeyen yazılar Yayın Kurulu tarafından değerlendirilecek ve yazının yayımlanmasına, hazırlanan rapor çerçevesinde yazardan düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
10. Yayımlanması yayın kurulu ya da hakem tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazarların her yıl dört sayı olarak yayınlanan dergimizin 1. sayısının 15 Nisan'a, 2. sayısının 15 Temmuz'a, 3. sayısının 15 Ekim'e, 4. sayısının gelen yılın 15 Ocak tarihine kadar yayınlanabileceğini gözönüne almaları gerekir.
11. Dergide çeviri, karar, kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri ve bilgilendirici notlara da yer verilecektir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu'nca yapılacaktır.
12. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. **Yazılar için telif ücreti ödenmez.**

Ankara Barosu Dergisi Yayın İlkeleri'ne şartları uymayan yazılar, TÜBİTAK-ULAKBİM veritabanının gerekliliklerinden dolayı, Editör tarafından yapılacak ön kabul edilebilirlik incelemesi sonrasında hemen reddedilecektir. Bundan dolayı gönderilecek hakemli veya hakemsiz makalelerin yukarıdaki ilkelerdeki bütün şartları şekil ve esas olarak sağlaması gereklidir.

İÇİNDEKİLER | TABLE OF CONTENTS

BAŞKANIN MESAJI | PRESIDENT'S MESSAGES XIV
Av. Hakan CANDURAN

HAKEMLİ MAKALELER (PEER REVIEWED ARTICLES)

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ 19
Yrd. Doç. Dr. M. Artuk ARDIÇOĞLU

ROMA'DA DEVLETE KARŞI İŞLENEN BAZI SUÇLAR VE CEZALARI 53
Yrd. Doç. Dr. Kadir GÜRTEN

SÜRESİNDEN SONRA İHTİRAZÎ KAYITLA VERİLEN DÜZELTME BEYANNAMESİ
NEDENİYLE TAHAKKUK EDEN VERGİNİN İDARİ DAVAYA KONU
EDİLEBİLİRLİĞİ, MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI VE MÜLKİYET HAKKININ
KORUNMASINDA DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ BAĞLAMINDA
BİR DEĞERLENDİRME 81
Doç. Dr. Cenker GÖKER
Yunus Emre YILMAZOĞLU

YARGI KARARLARI İŞİĞİNDA VERGİ HUKUKU'NDA
USULSÜZ TEBLİĞ VE SONUÇLARI 101
Av. Burcu GÖRKEMLİ

ULUSLARARASI HUKUK KOMİSYONUNUN
'SİLAHLI ÇATIŞMALARIN ANDLAŞMALARLA ETKİSİ HAKKINDAKİ TASLAK
MADDELER'İ ÜZERİNE BETİMSSEL BİR İNCELEME 129
Doç. Dr. Elif UZUN

BİR SAVAŞ SUÇU OLARAK KÜLTÜREL MİRAS NİTELİĞİNDEKİ ESERLERE
YÖNELİK SALDIRI EYLEMİ ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ'NİN
AL MAHDİ KARARI ÜZERİNE BİR İNCELEME 161
Dr. Hakan A. YAVUZ

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN 22.3.2017 TARİH,
2017/4-1334 ESAS VE 2017/545 KARAR SAYILI KARARI ÜZERİNE
ELEŞTİREL BİR YAKLAŞIM 197
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN
Yrd. Doç. Dr. Hatice Tolunay OZANEMRE YAYLA

TÜRK HUKUKUNDA TAHKİM ANLAŞMASININ GEÇERLİLİĞİ.....	227
Av. Ceren EYUBOĞLU	
KKTC HUKUKU'NDA İDARENİN HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU	243
Yrd. Doç. Dr. Şölen KÜLAHÇI	

MAKALELER (ARTICLES)

“MUVAZAA” NEDENİNE DAYALI TASARRUFUN İPTALİ DAVALARININ KOŞUL VE SONUÇLARI	265
Av. Talih UYAR	
TİCARİ KREDİ SİGORTASININ HUKUKİ YAPISI VE GÜNCEL SORUNLAR.....	317
Prof. Dr. Huriye KUBİLAY Yrd. Doç. Dr. Cem ÖZCAN	

VENEDİK KOMİSYONU 2016-2017 TÜRKİYE RAPORLARI

SUNUŞ.....	345
Av. Seher KIRBAŞ CANİKOĞLU	
VENEDİK KOMİSYONU 2016-2017 TÜRKİYE RAPORLARI	351
AVRUPA KONSEYİ STATÜSÜ	585

Değerli Meslektaşlarım,

Ankara Barosu Dergimizin 2017 yılı 3. Cildi, hakemli makalelere de yer vermekle birlikte, Avrupa Konseyi Hukuk Yoluyla Demokrasi (Venedik) Komisyonunun Türkiye hakkında raporlarını içeren bir özel sayı olarak tasarlandı. Yayınladığımız raporların biri Sivil Düşün AB Programı tarafından, diğerleri ise İnsan Hakları Ortak Platformu (İHOP) tarafından çevrilmişti. Yayın Merkezimizden arkadaşlarımız yayına hazır hale getirdiler. Bu çevirileri kullanmamıza izin veren İnsan Hakları Ortak Platformuna ve Sivil Düşün ABP Programına teşekkür ediyoruz.

Avrupa Konseyi'nin danışma organı olan Venedik Komisyonu Raporlarında ifade edilen görüşlerin hukuk dünyası için önemi tartışılmaz. Türkiye Cumhuriyeti, 1950 yılından beri Avrupa Konseyi üyesidir ve 2001 yılından beri Anayasamızın 90 ıncı maddesinde yapılan değişiklik sonrasında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargı şemsiyesi altındadır.

Değerli Meslektaşlarım,

Cumhuriyetimizin de parçası olduğu Avrupa Konseyi, hukukçular arasında adı duyulan ama mevzuatı az bilinen bir uluslararası organdır. Bu nedenle, Avrupa Konseyi'nin Statüsü'ne Dair Sözleşme'yi de yayınlıyoruz.

5 Mayıs 1949 tarihinde Londra'da imzaya açılmış ve 42. maddeye uygun olarak 3 Ağustos 1949 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşmeye Türkiye, 13 Nisan 1950 tarihinde katılmış ve 12 Aralık 1949 tarihinde onaylamıştır. 5456 sayılı Onay Kanunu 17 Aralık 1949 gün ve 7382 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

Statü'nün Giriş'inde imzacı hükümetler;

“Adalet ve uluslararası işbirliğine dayalı olan barışı sürdürmenin insanlık toplumu ve uygarlığının korunması için yaşamsal bir önem taşıdığına inanarak;

Halklarının ortak mirası olan ve tüm gerçek demokrasilerin temelindeki bireysel özgürlük, siyasal özgürlük ve hukuk düzeni ilkelerinin gerçek kaynağını oluşturan manevi ve ahlaki değerlere derin bağlılıklarını yeniden belirterek;

Bu ülkülerin korunması, daha ileri düzeyde gerçekleştirilmesi ve ekonomik ve sosyal ilerlemenin sağlanması amaçlarıyla Avrupa'nın aynı anlayıştaki tüm üyeleri arasında daha yakın bir birliğe gerek olduğuna inanarak;

Bu gerekçeyle ve halklarının bu konudaki açık beklentilerine karşılık olmak üzere Avrupa devletlerini daha yakın bir birliğe kavuşturacak bir örgüt kurmanın ivedi gereğini göz önüne alarak;

Sonuç olarak, bir Hükümet Temsilcileri Komitesiyle bir Danışma Meclisinden oluşan bir Avrupa Konseyi kurmaya karar vermiş ve bu amaçla aşağıdaki Statüyü benimsemiştir” denilmektedir.



Avrupa Konseyinin amacı, ortak mirasları olan ülkü ve ilkeleri korumak ve gerçekleştirmek ve ekonomik ve sosyal ilerlemelerini kolaylaştırmak üzere üyeleri arasında daha güçlü bir birliğe ulaşmaktır. Bu amaç; ortak ilgi konusu olan sorunların görüşülmesi, ekonomik, sosyal kültürel, bilimsel, hukuksal ve yönetsel konularla insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması ve daha ileri düzeyde gerçekleşmesi konusunda sözleşmeler ve ortak eylemler yoluyla Konsey organları eliyle izlenir.

Avrupa Konseyi, adalet ve barışın güçlendirilmesinin insan topluluğunun ve uygarlığın korunması için hayati bir önemi olduğuna inanan, her gerçek demokrasinin dayandığı bireyin özgürlüğü, siyasal özgürlük ve hukukun üstünlüğü prensiplerinin kaynağı bulunan fikri ve ahlaki değerlere sarsılmaz surette bağlı olduğunu ilan etmiş Hükümetler Temsilcileri Komitesi (Bakanlar Komitesi) ve bir Danışma Meclisinden oluşur. Avrupa demokrasilerindeki ilerlemelere paralel olarak zaman içinde ağırlığı artan Danışma Meclisi, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi (AKPM) olarak çalışmalarına devam etmektedir. Türkiye Avrupa Konseyi Statüsünü imzalayarak kabul ettiği 1950'den beri Avrupa Konseyi üyesidir. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Avrupa Konseyinin iki önemli bileşeninden biri olan AKPM'ye 18 üyeden oluşan bir delegasyon göndermektedir.

Avrupa Konseyinin imzalanmasını sağladığı Avrupa Konseyi Sözleşmeleri olarak da adlandırılan birçok uluslararası sözleşmelerden en önemlisi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi temelinde, Avrupa Konseyi Statüsüne uygun olarak kurulmuştur.

Değerli Meslektaşlarım,

İşte Venedik Komisyonu da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına da kaynaklık eden hukuksal raporları hazırlayan, Avrupa Komisyonunun bir danışma organıdır.

Yayınladığımız Raporlar incelendiğinde, bu köşede dile getirdiğimiz hukuksal sorunların ne kadar kapsamlı ve gerçek olduğu ayrıca görülmekte, her birimiz için, Göethe'nin Faust'undaki gibi "aynadaki yüz" görünür olmaktadır.

Değerli Meslektaşlarım,

Bu cildimiz 2017 2. Cildimizle eş zamanlı yayınlandığından o sayımızda dile getirdiğimiz konuları tekrar etmek istemiyorum. Ancak, bu vesile ile Avrupa

maceramızın sadece iktisadi bir bağlam ve programa indirgenemeyeceğini, halkların Avrupasının “haklar ve özgürlükler” temelinde, insan hakları, hukukun üstünlüğü, siyasal demokrasi ve özgürlükleri geliştirerek geliştiğini, Avrupa Konseyi (Bakanlar Komitesi ve AKPM), AİHS ve AİHM’in tarihi öneminin bu olduğunu hatırlamak ve hatırlatmak isterim.

Bu nedenle, Avrupa Konseyine ve organlarına dar bir milliyetçi perspektiften bakılamaz; aksine, Ziya Gökalp’in mefkuresi ile aydınlanan milliyetçilik, Avrupa Konseyini bir bütün olarak, bu değerlere bağlılığı taahhüt eden üye ülkelerin hükümetlerini bu yönden denetlemeye ve sorunlar karşısında ortak çözümler geliştirmeye çalışan, dışsal değil içsel bir kurum olarak, benimsemek zorundadır.

Değerli Meslektaşlarım,

Avrupa, hükümetlerinin değil, Avrupa halklarının yarattığı bir sahnedir. Avrupa halkları içinde yer alan Türk halkı da, tüm siyasi eğilimleri ile birlikte ve Avrupa halkının bir parçası olarak bu sahnede yerini alıyor ve alacaktır. Avrupa kurumları ve organları, bir “milli çıkar ve menfaatleri koruma” yeri değildir. Avrupa hükümetlerinin Avrupa halklarına karşı demokrasinin kurucu değerleri olan aynı zamanda Avrupalı değerler karşısındaki konumunu ilerletme, bu değerlerin güçlenmesi için işbirliğini arttırma, özetle, üye hükümetlerin hukukun üstünlüğü, bireysel ve siyasal özgürlükler, insan hakları ile ilgili sorumluluklarını denetleme kurumları ve organlarıdır.

Değerli Meslektaşlarım,

Türk Milleti, Avrupa milletlerinin onurlu bir üyesi ve ayrılmaz bir parçasıdır; Türkiye Cumhuriyeti de Avrupalı bir demokrasidir, bu yoldan döndürmek isteyenlere cevabımız, sadece bir isim değil bir program ve hedef olarak, Mustafa Kemal Atatürktür! Daha önce de belirttim, Atatürk, özgürlük ve bağımsızlık çizgisinin kadroları ile birlikte, temeli laiklik, insan hak ve hürriyetleri ile demokrasi olan Cumhuriyeti bize miras bırakarak, geleceğe, çağdaş uygarlık hedeflerine yürüyüşümüzün sarsılmaz temellerini kurdu.

Sözümüz var, geriye düşmeyecek, ileriye taşıyacağız.

Saygılarımla.

Avukat Hakan CANDURAN

Ankara Barosu Başkanı

Hakemli Makaleler

Peer Reviewed Articles

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ*

Yrd. Doç. Dr. M. Artuk ARDIÇOĞLU**

Makalenin Geldiği Tarih: 03.06.2017 **Kabul Tarihi:** 13.07.2017

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

ÖZ

2017 Anayasa değişiklikleri ile anayasal ilkeleri belirlenmiş olan Cumhurbaşkanlığı kararnameyi, yürütme organına sosyal, siyasal ve idari alanda düzenleme yapma yetkisi vermektedir. Yürütme organını oluşturan Cumhurbaşkanı, yasal bir dayanak olmaksızın, doğrudan anayasadan aldığı yetkiyle sosyal ve ekonomik haklar ile idari teşkilat ve işleyişe ilişkin belirli düzenlemeler yapabilecektir. Anayasa ve idare hukuku disiplinlerinin kesişim alanında bulunan bu yeni tür yetkinin kapsam ve sınırları çizilmek durumundadır. Mevcut yapı ve kabuller bir veri oluşturmakla beraber, özgün bir kurum olarak, Cumhurbaşkanlığı kararnameyi ile düzenlenebilecek konular ve anayasaya uygunlukları, anayasa hükümlerinin bütünlüğü ve yeni siyasal sisteme göre değerlendirilmelidir. Cumhurbaşkanlığı kararnameyi kurumunun, yürütme organına *münhasır/mahfuz* bir düzenleme alanı yaratmadığı, asli düzenleme yetkisi ile sınırlı olduğu, yasama organının genel düzenleme yetkisinin korunduğu bu çalışmanın temel tezlerinden biridir.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanlığı kararnameyi, Cumhurbaşkanlığı işlemleri, 2017 Anayasa değişiklikleri, düzenleme yetkisi, kanuni idare ilkesi, yürütme organı.

PRESIDENTIAL DECREE

ABSTRACT

The constitutional amendments of 2017 have determined the constitutional principles governing the presidential decree which grants the executive the power to regulate in social, political and administrative spheres. The President, who is the sole constituent of the executive branch, will be able to regulate on social and economic rights and on the organisation and functioning of the administration, directly on basis of the power deriving from the Constitution, without any legal basis. The scope and boundaries of this new type of power, lying at the intersection of constitutional and administrative law, must be drawn. Even though existing structures and considerations provide indications, issues to be regulated by a genuine tool such as the presidential decree and their compliance with the Constitution, shall be evaluated in accordance with the constitutional principles as a whole and the new political system. One of the basic argument of this article is that the presidential decree does not create an *exclusive/reserved* regulatory sphere for the executive power, but is limited to primary regulative power as the plenary regulatory power of the legislative is preserved.

Keywords: Presidential decree, Presidential transactions, 2017 constitutional amendments of Turkey, regulatory authority, the principle of legality, executive branch.

I. Genel Değerlendirme

21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun^[1], 16.04.2017 tarihinde zorunlu halkoylamasına sunulmuştur^[2]. Yüksek Seçim Kurulu 27.04.2017 tarih ve 663 sayılı kararı ile halkoylamasına ilişkin kesin sonuçları belirlemiş ve ilan etmiştir^[3]. Kesin sonuçlara göre, “evet” oyları geçerli oyların yarısından fazla olduğundan anayasa değişiklikleri kabul edilmiştir.

Söz konusu anayasa değişiklikleri 18 maddeden ibaret olmakla beraber, Anayasanın yetmiş yakın maddesinde değişiklik yapmanın ötesinde Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin hükümet sistemini bütünüyle değiştirmiştir^[4]. “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi” olarak sunulan bu özgün hükümet sistemi; yürütme erkini bir organlar topluluğu olmaktan çıkarmakta ve Cumhurbaşkanlığı makamında yürütme yetkilerini toplamakta, yürütmenin yasamadan doğan bir organ olmasına son vermekte ve yasama yürütme ilişkilerini yeniden tanımlamakta, yürütme organına yüksek yargıda görev yapacak hâkimlerin

[1] RG. 11.02.2017 – 29976.

[2] Kanun bilgileri için bkz: https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_sd_durumu?kanun_no=6771

[3] RG. 27.04.2017 – 30050/Mükerrer.

[4] Bu konuda ayrıntılı tartışma ve eleştiriler için bkz: Kemal GÖZLER, **Elveda Anayasa**, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2017, (ayrıca kitapta yer alan makalelerin önemli bir bölümüne <http://www.anayasa.gen.tr/> adresinden de ulaşılabilir); İbrahim KABOĞLU, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (10 Aralık 2016), **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2016, Sayı: 2; Selin ESEN, 2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2016, Sayı: 2; Levent GÖNENÇ, 2017 Anayasa Değişikliği Sürecine Dair Notlar, **Birikim Dergisi**, Sayı: 335.

belirlenmesi^[5] ve genel olarak yargının yönetimi konusunda karar verecek makamda yer alacak üyeleri belirleme^[6] yetkisi tanımaktadır.

Mevcut siyasal sistem ile, kabul edilmiş ancak henüz işler hale gelmemiş olan sistem arasındaki temel fark, parlamentodan neşet eden, ona karşı sorumlu ve güvenine dayanan kolektif bir organ olan Bakanlar Kurulunun varlığına son verilmesi ve yürütme erkinin doğrudan halkın seçtiği Cumhurbaşkanında toplanmasıdır. Genel esas olarak bu durum şu anayasal hükümde yer almıştır: “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanını tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir” (m. 8).

Yeni sistemde, her ne kadar 8 inci maddede yürütmenin “yetki ve görev” oluşu korunmuş olsa da, 104 üncü maddede “görev” kısmı düşmekte ve “yürütme yetkisinin” Cumhurbaşkanını tarafından kullanılacağı düzenlemesine yer verilmektedir.

[5] Anayasa Mahkemesinin kuruluşunu düzenleyen Anayasa m. 146 da Cumhurbaşkanının gösterilen kat adaylar arasından ve doğrudan üye seçme ve atama yetkisi konusunda esaslı bir değişiklik yapılmamış görünmektedir. Sadece Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin kaldırılmasına bağlı olarak buralardan seçilen birer üye eksiltilmiş ve üye sayısı onyediden, onbeşe düşürülmüştür ki bu üyeler Cumhurbaşkanını tarafından üç kat aday arasından seçilmekteydiler. İlk bakışta Cumhurbaşkanının üye kompozisyonunu belirlemedeki rolü oransal olarak onyedide ondörtten, onbeşte onikiye düşmektedir. Danıştayı düzenleyen Anayasa m. 155 te ise üyeleri seçecek organlar ve oranlarında bir değişiklik yapılmamış, Hâkimler ve Savcılar Kurulunun dörtte üçünü, Cumhurbaşkanının da dörtte birini seçme yetkisi korunmuştur. Ancak bu oranların korunması veya görelî olarak düşmesinden ziyade önemli olan, Cumhurbaşkanının yürütme içindeki rolünün değişmesine bağlı olarak yaratacağı sonuçtur. Parlamenter sistemde yürütme görev ve yetkisi asıl olarak Bakanlar Kuruluna ait olduğundan, yürütmenin esas olarak tarafsız ve sorumsuz kanadını oluşturan Cumhurbaşkanına yüksek yargıda bu tür atama yapma yetkisi verilmesi siyasal sisteminin esasına aykırı görülmebilirse de, yürütme görev ve yetkisini tek başına icra eden Cumhurbaşkanının yargı alanındaki bu yetkisi için aynı değerlendirmeler yapılamayacaktır. Kuvvetler ayrılığı prensibine dayalı demokratik sistemlerde, yasama – yürütme ilişkileri çeşitli biçimlerde kurgulanabilmekte ise de, bağımsız ve tarafsız olma niteliği özel önem taşıyan yargı erkinin oluşumunda yürütmeye tek başına kullanabileceği bu kapsamda bir yetki tanınmamaktadır.

[6] Yeni adıyla Hâkimler ve Savcılar Kurulu onüç üyeden oluşacaktır. Anılan Kurulun doğal üyeleri olan Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarını Cumhurbaşkanı atayacaktır. Ayrıca Cumhurbaşkanı adli ve idari yargı hâkimleri arasından dört üye daha seçecektir. Geri kalan yedi üye ise Anayasada nitelikleri belirlenmiş kişiler arasından Anayasada belirlenen usuller izlenerek TBMM tarafından seçilecektir (Anayasa m. 159). Cumhurbaşkanı ile aynı parti mensuplarından oluşan bir meclis çoğunluğu olması ise, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesini işler kılacak mevki ve önemdeki Kurulun ağırlıklı olarak belirli bir partinin belirlediği üyelerden teşekkül etmesi sonucu doğacaktır. Bu kompozisyondaki Kurul, ilk derece yargı mercilerinde görev yapan adli ve idari yargı hâkimlerinin göreve başlama, tayin, terfi, denetim, disiplin ve diğer bir dizi özlük hakları ile ilgili kararları vereceği gibi Danıştay üyelerinin dörtte üçünü, Yargıtay üyelerinin tamamını seçecektir. Bu nedenle yukarıdaki dipnotta yer verilen eleştiriler Kurul üyelerinin seçimi konusunda ziyadesiyle geçerlidir.

Anayasa ve idare hukukunda öteden beri yürütme organı için sürdürülmekte olan “yetki” mi “görev” mi tartışması^[7] böylece yeni bir boyut kazanmıştır. Aynı zamanda devletin de başı olan Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı kararnameleleri marifetiyle kanuni bir dayanağı veya parlamentonun verdiği bir yetki olmaksızın, ilk elden/asli düzenleme yapma yetkisi ile donatılmıştır.^[8] Bu anlamda egemenlikten kaynaklanan ve Türk milleti adına kullanılan yasama yetkisinin artık Cumhurbaşkanı tarafından da kullanılabilceği ileri sürülebilecek, buna karşın Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin “yürütme yetkisine ilişkin konularda” çıkarılabileceği karşı bir görüş olarak yer alacaktır.^[9] Ancak her durumda artık yürütmenin düzenleme yetkisinin türevselliğinden değil asliliğinden bahsetmemiz gerekecektir. Bu kabul sonrasında, yasama ve yürütmenin asli düzenleme yetkilerinin kapsam ve sınırlarının neler olduğunun tespitine, ilgili anayasa değişikliklerinin yorumlanması ve değerlendirmesi ile ulaşılabilecektir. Hiç şüphesiz yürütmenin asli düzenleme yetkisinin, yasama organının sahip olduğu “genel” düzenleme yetkisi üzerindeki etkisi değerlendirilmesi gereken temel bir meseledir.

Bakanlar Kurulunun varlığına son verilmesinin bir diğer önemli sonucu da bu Kurulu oluşturan bakanların konumu ile ilgilidir. Artık bir Kurul olmadığından, kolektif bir karar mekanizmasından ve bu ortak iradeyi oluşturan makamların katılımdan söz etmek mümkün olmayacaktır. Hükümetin olmadığı bu sistemde, yürütmeye ilişkin tüm yetkiler Cumhurbaşkanında tecessüm etmiştir. Bakanlar Kurulunun olmasına ve buna başkanlık eden Başbakan ile bakanlar arasındaki ilişkiye göre kurgulanmış kabuller artık geçerli değildir. Mevcut sistemde bakanların Başbakana karşı sorumlu olması, Bakanlar Kurulunu birlikte oluşturan makamlar arasındaki ilişkinin neticesidir. Bunun için de Başbakanın “önemli ölçüde güçlendirilmiş”^[10] konumu bir ölçüde karşılık bulabilmektedir. Başbakana Anayasa ve kanunlar (özellikle 10.10.1984 tarih ve 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun) ile verilen yetkiler bu ölçünün hukuki boyutlarını göstermektedir.^[11] Başbakanın uygulamadaki üstünlüğü ne denli veri olsa da,

[7] Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2013, s. 245 vd.; Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, 2011, s. 43 vd..

[8] İleride değinileceği gibi bu nitelikteki bir yetki sadece Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatına ilişkin belirli konuları düzenlemek için Cumhurbaşkanı tarafından kullanılabilmekteydi.

[9] Bu çalışmada “yasama yetkisi” ile “yürütme yetkisi” arasındaki ayrım noktası, birbirleri ile ilişkileri ve sınırları özgün bir çalışmayı gerektirdiğinden tüm boyutları ile ele alınamamış; sadece Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin anayasal düzenlemeler kapsamında incelenmiştir.

[10] ÖZBUDUN, s. 341.

[11] GÜNDAY, s. 403 vd..

sonuç olarak mevcut Anayasa yürütme yetkilerini ve görevlerini ifa eden organ olarak Bakanlar Kurulunu belirlemiş ve parlamenter sistem hükümetin ortak işleyişi üzerine kurulmuştur.

Yeni sistemde ise, Cumhurbaşkanı yardımcıları da dâhil olmak üzere bakanlar yürütme organı olarak tek kalmış olan Cumhurbaşkanı tarafından atanmakta ve görevden alınmaktadır. Tüm bu atamalar ve görevden almalar da, idari işlem kuramı açısından basit işlemle yapılmaktadır. İdari işlem oldukları için de idari yargı denetimine açıktırlar. Ayrıca bu makam, bu kez yürütme yetkilerini kullanan bir organ olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bu bakanlıkların “kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması(nı)” düzenlemektedir. Bu kararnameler ise birer yürütme işlemi olarak anayasa yargısının denetimine açıktır.

Bu bakımdan bakanlar ile Cumhurbaşkanı arasındaki yeni türden ilişki, mevcut Anayasa kuralları ve bakanlıkların kuruluşuna ilişkin genel ve özel kanunlar ile kanun hükmünde kararnamelerin incelenmesi ile tespit edilemez. Anayasa değişiklikleriyle parlamenter sistem sonlandırıldığından, bakanların karşı-imza uyarınca Cumhurbaşkanının tasarruflarına katılımı sağlanarak meclise karşı siyasal sorumluluk üstlenmesi de artık söz konusu değildir. Bakanların Cumhurbaşkanıya karşı sorumlulukları siyasal bir bağılıktan öte idari bir bağılılık olarak değerlendirilmelidir. Ortak bir hükümet programı ve belirlenmiş bir siyasetin parçası olmadıklarından, tüm bunların belirleyicisi olan Cumhurbaşkanının kararlarını uygulayan astlar olarak görevlerini ifa edecek ve bu manada onlara tanınan yetkilerin kullanıcısı olacaklardır.^[12] Merkezi idare teşkilatında yer alan ve belirli bir milli kamu hizmetinin örgütlendiği bakanlık kuruluşunun, siyasal bir kişi olarak, en üst amiri olmaları keyfiyeti^[13], yürütüme organının yeniden tanımlanmasıyla oluşan Cumhurbaşkanının konumu ve yetkileri karşısında geçerliliğini yitirmiştir. Somut örneğiyle, Cumhurbaşkanı, üst kademe kamu yöneticilerini atamakta, görevlerine son vermekte ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleyebilmektedir.

[12] Yeni anayasal sistemde gensoru kaldırılmış olduğundan (m. 98), Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların meclise karşı bir siyasal sorumlulukları bulunmamakta olup, sorumlulukları Cumhurbaşkanıya karşıdır (m. 106/5). Milletvekili iken bu mevkilere atanların Meclis üyeliği sona ermekte olduğundan meclis çalışmalarına katılmaları da mümkün değildir (m. 106/4). Milletvekilleri, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlara ancak yazılı olarak soru sorabilirler (m. 98/5). Bir de meclis soruşturması usulüyle (m. 98/4), görevleriyle ilgili suç işledikleri iddiasıyla ceza soruşturması açılmasını zorlaştırıcı hükümler getirilmiş (m. 106/5-6 ve 7), görevleriyle ilgili olmayan suçlar bakımından ise yasama dokunulmazlığından yararlandırılmışlardır (m. 106/10). Belirtilen bu son hükümler siyasal sorumluluğa değil, cezai sorumluluklarına ilişkindir.

[13] GÜNDAY, s. 392.

Bu yetki dahi bakanın, bakanlık içinde politika ve birlikte çalışacağı (hangi 'üst' kademeye ineceği henüz belli olmayan^[14]) kamu görevlilerini tespit etme yetkisinden tümüyle mahrum olduğunu göstermektedir.

Belki de yeni sistemde bakanların konumunun karşılaştırılabileceği mevcut idari makam müsteşarlıktır. 27.09.1984 tarih ve 3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanununun 22 inci maddesinden^[15] esinlenilerek bakanların görev ve sorumlulukları şu şekilde düşünülüp, anlaşılabilir:

Bakanların görev ve sorumlulukları:

Madde ... – Bakan, Cumhurbaşkanının emrinde ve onun yardımcısı olup bakanlık hizmetlerini Cumhurbaşkanı adına ve Cumhurbaşkanının direktif ve emirleri yönünde, bakanlığın amaç ve politikalarına, kalkınma planlarına ve yıllık programlara, mevzuat hükümlerine uygun olarak düzenler ve yürütür. Bu amaçla bakanlık teftiş kurulu hariç bakanlık kuruluşlarına gereken emirleri verir ve bunların uygulanmasını gözetir ve sağlar.

Bakan yukarıda belirtilen hizmetlerin yürütülmesinden Cumhurbaşkanına karşı sorumludur.

Bu aşırı bir benzetme olarak değerlendirilmemelidir. Yürütme organı ve idari makam ayrılığında kaynaklı doğal bir durumdur. İdare, geniş anlamda yürütme organı içinde yer almakla birlikte dar anlamda yürütme organı içinde yer almaz. Yeni sistemde bakanlıklara dar anlamda yürütme içinde yer verilmediğinden, geniş anlamda yürütme içinde yer almakla beraber, dar anlamda yürütme ile arasında bir ilişkinin tesis edilmesi kaçınılmazdır. Geniş anlamda yürütme içinde yer alan bakan, dar anlamda yürütmenin kullanabileceği yetkileri bizzat kullanamayacağından, dar anlamda yürütmenin yegâne karşılığı olan Cumhurbaşkanına bağlı olarak çalışmak durumundadır. Cumhurbaşkanı, bakanın hiyerarşik üstüdür.

[14] 23.04.1981 tarih ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanun bu konuda belki bir veri oluşturabilir. Bu Kanunda ve özel kanunlarında Bakanlar Kurulu kararıyla veya müşterek kararname ile atanacakları düzenlenen kamu görevlileri Cumhurbaşkanı tarafından atanabileceklerdir.

[15] *Müsteşarın görev ve sorumlulukları:*
Madde 22 – Müsteşar, bakanın emrinde ve onun yardımcısı olup bakanlık hizmetlerini bakan adına ve bakanın direktif ve emirleri yönünde, bakanlığın amaç ve politikalarına, kalkınma planlarına ve yıllık programlara, mevzuat hükümlerine uygun olarak düzenler ve yürütür. Bu amaçla bakanlık teftiş kurulu hariç bakanlık kuruluşlarına gereken emirleri verir ve bunların uygulanmasını gözetir ve sağlar.
Müsteşar yukarıda belirtilen hizmetlerin yürütülmesinden bakana karşı sorumludur.

Bu bakımdan, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile bakanlıkların kuruluşu, görev ve yetkileri düzenlenirken, bakanın bir idari makam olarak hangi işlemleri kesin olarak yapmaya yetkili olduğu, hangilerinin Cumhurbaşkanlığının yetkisinde olduğu ve bunların ne şekilde kullanılabilceği açıkça düzenlenmek durumundadır. Bu anlamda hangi yetkilerin devredilebileceği, hangilerinin bakan tarafından tek başına veya birlikte kullanılacağı hususlarının ayrıntılı olarak düzenlenmesi, yetki ve hiyerarşi sorunlarının yaşanmaması açısından elzemdir.

Ayrıca idari işleyişi aksatmaması bakımından da bu düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır. Anayasa madde 8 uyarınca yürütme yetki ve görevi kapsamında yapılacak tüm merkezi idare işlemlerinin Cumhurbaşkanlığında doğrudan veya hiyerarşik başvuruyla toplanması gibi sürdürülebilirliği olmayan bir sistemin doğması ihtimal dâhilindedir.

Anılan sakıncaların, Cumhurbaşkanlığı yardımcılarının olası aksamaları giderme, bakanlıklar arasında koordinasyonu sağlama ve ortak karar alma mekanizmalarını işletme görevleri ile donatılmaları suretiyle aşılması düşünülmekte ise; bu anayasa hukuku, idare hukuku ve kamu yönetimi disiplinleri verileri ile şekillenecek bir sistem modelini kaçınılmaz kılmaktadır.

Siyasal sistem açısından yukarıda yapılan bu değerlendirmeleri özetlemek için ve ileride idare hukuku açısından yapılacak açıklamalara yer vermeden önce yeni sisteme ilişkin şu ön tespitler yapılabilir:

1- Yürütme Organı Yasamadan Bağımsız Kılınmıştır.

a- Yürütme organının oluşumunda yasama söz sahibi değildir.

b- Yasama organının yürütmenin program, işlem ve faaliyetlerini denetleme imkanı yoktur.

c- Yasama organı (nitelikli çoğunlukla) ve yürütme organı (tek başına) diğerinin görevine kendi görevine de son vermek şartıyla karar verebilir.

2- Yürütme Yetkisi Kolektif Bir Organ Olan Hükümet (Bakanlar Kurulu) Tarafından Değil Cumhurbaşkanlığı Tarafından Kullanılır.

a- Hükümetin varlığına son verilmiştir.

b- Cumhurbaşkanlığı, Cumhurbaşkanlığı Yardımcıları ve Bakanların amiridir.

3- Yürütme Devlet Yetkisi Olarak Düzenlenmiştir.

a- Sosyal ve ekonomik haklar alanında yürütme tarafından belirli düzenlemeler yapılabilir.

b- İdari teşkilatlanma konusunda yürütmeye yetki tanınmakla “kanuni idare ilkesi”nin alanı daraltılmıştır.

Anayasa değişikliklerinin peyderpey yürürlüğe girmesi ile Türkiye Cumhuriyeti'nin siyasal dönüşümü tamamlanacaktır. Bu dönüşümün, Cumhuriyetin nitelikleri ve demokratik siyasal hayat üzerindeki etkilerinin, bir dizi incelemenin konusunu oluşturacağı muhakkaktır. Bu makale ise bu bir dizi alan içinde, hukuki niteliği ve düzenleme alanı belirlenmeye muhtaç olan “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”ni incelemeyi hedeflemektedir. Ancak bu konuyu daha detaylı olarak incelemeyi önce, Cumhurbaşkanlığı işlemlerinin genel bir değerlendirmesini yapmak yerinde olacaktır.

II. Cumhurbaşkanlığı İşlemleri

Yeni anayasa değişiklikleri ile öngörülen siyasal sistemde Cumhurbaşkanı, devletin başı ve yürütmenin kendisi konumundadır. Bu iki konumuna, geniş anlamda yürütme içinde yer alan idarenin tepesinde olma konumu da eklenmelidir. Cumhurbaşkanının tek başına bulunduğu bu konumlardan kaynaklı doğrudan yetkileri olacağı gibi, bakanlar üzerinde kullanacağı hiyerarşik yetkileri de olacaktır.

Cumhurbaşkanının yapacağı işlemlerin hukuki niteliği, kendisine anayasa ile verilen görevler ve yetkiler bakımından farklılık gösterecektir. Bu işlemlerin hukuki niteliğinin tanımlanması, yargısal denetimlerinin hangi makamca ve ne şekilde yapılacağını belirleyecektir. Cumhurbaşkanının tek başına/resen/doğrudan yaptığı işlemlere karşı yargı yolunu kapatan anayasal kısıntı kaldırılmış olduğundan bu konu önem kazanmıştır. İdari fonksiyona dâhil edilecek işlemleri, idari işlem addedilerek bunlara karşı idari yargıda dava açılması mümkün olabilecektir.

Yeni sisteme göre seçilecek Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihte anayasa değişiklikleri tümüyle yürürlüğe girecektir. Ancak bu sistemin gerektirdiği “uyum düzenlemeleri” belirli bir zamana yayılacaktır. Bu uyum düzenlemelerinin bir bölümü kanun değişikliklerini gerektirmekte olup, bir bölümü ise bu anayasaya göre seçilecek Cumhurbaşkanının çıkaracağı kararnameler ile yapılabilecektir. 6771 sayılı Kanunla Anayasaya eklenen geçici madde 21 (B) bendinde bu düzenlemeler için altı aylık süreler öngörülmüştür. Anılan maddenin (F) bendi uyarınca, anayasa değişikliklerinin “yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler, tüzükler, Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikler ile diğer düzenleyici işlemler yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini” sürdürecektir ve (G) bendi uyarınca

da “Kanunlar ve diğer mevzuat ile Başbakanlık ve Bakanlar Kuruluna verilen yetkiler, ilgili mevzuatta değişiklik yapılmaya kadar Cumhurbaşkanlığı tarafından” kullanılacaktır. Bu hükümlerin de gösterdiği gibi zaman içinde yapılacak olan uyum düzenlemelerinin neticesinde Cumhurbaşkanlığı işlemlerinin alanı da belirlilik kazanacaktır.

Cumhurbaşkanlığı işlemlerinin tasnifi, bu makamın farklı Devlet yetkilerini kullanmaktan kaynaklı işlemlerine karşı yargı yolunun açık olup olmadığı ve hangi yargı kolunun görevli olduğu ile yakından ilgili olup, hukukumuzda öteden beri varlığı ve yokluğu tartışmalı olan ve bir dizi eleştiri ile farklı yaklaşım ve kararlara vücut vermiş olan “hükümet tasarrufları”¹⁶ meselesini yakıcı bir biçimde kamu hukukunun gündemine getirecektir.

Örnek vermek gerekirse, Cumhurbaşkanının; genel seçimlerin yenilenmesine karar vermek, olağanüstü hal ilan etmek, olağanüstü hal süresinin uzatılmasını Meclisten talep etmek, kanunları yayımlamak, kanunları tekrar görüşülmek üzere TBMM’ye geri göndermek, milletlerarası andlaşmaları onaylamak ve yayımlamak, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları gerekli gördüğü takdirde halkoyuna sunmak, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmak, yabancı devletlere Türkiye Cumhuriyetinin temsilcilerini göndermek ve Türkiye Cumhuriyetine gönderilecek yabancı devlet temsilcilerini kabul etmek, sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak yönündeki işlemleri devletin başı ve yürütme organı olarak yaptığı anayasadan kaynaklı siyasal nitelikli kararlar olarak değerlendirilip yargı denetiminin dışında tutulmaya devam mı edilecektir? Bu soruya verilecek olumlu yanıt, bu işlemleri idari fonksiyonun dışında tutan, bir tür devlet ve yürütme işlemi kategorisinin kabulünü gerektirmektedir.

Cumhurbaşkanının Anayasa Mahkemesi ve Danıştaya yaptığı üye atamaları ile Hâkimler ve Savcılar Kuruluna yaptığı üye atamaları arasında bir fark var mıdır sorusu da, yeni alt kategoriler ve tartışmaları beraberinde getirecektir.

Cumhurbaşkanının idare hukuku sahasındaki işlemleri de konuları itibariyle çeşitlilik arz etmektedir. Öncelikle belirtilmesi gereken Anayasa m. 104/18 ve m. 124/1 uyarınca Cumhurbaşkanına yönetmelik çıkarmak yetkisi tanındığıdır.

[16] Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku**, Cilt I, İkinci Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2009, s. 645 vd.; Şeref GÖZÜBÜYÜK/Turgut TAN, **İdare Hukuku C I İdari Yargılama Hukuku**, 8. Bası, Turhan Kitabevi, 2016, s. 35 vd.; Yahya Kazım ZABUNOĞLU, **İdare Hukuku**, Cilt II, Yetkin Yayınları, 2012, s. 145 vd.;

Ancak uygulama içinde Cumhurbaşkanı bir dizi adsız düzenleyici işlem de yapabilecektir^[17].

Birel idari işlemlerine anayasadan vereceğimiz örnekler ise m. 104/9 da düzenlenmiş olan üst kademe kamu yöneticilerini atama ve görevlerine son verme ile m. 130/6 da yer verilen üniversite rektörlerini atama yetkisidir.

Bu noktada tartışmalı olabilecek bir diğer yetki ise Anayasa m. 106/4 uyarınca Cumhurbaşkanı yardımcılarını ile bakanların, Cumhurbaşkanı tarafından atanmaları ve görevden alınmalarıdır. Yeni sistemde Bakanlar Kuruluna yer verilmediğinden, bakanları da yürütme organı içinde değerlendirmek mümkün olamayacaktır. Nitekim Anayasa da yürütme organı olarak sadece Cumhurbaşkanı'nı belirlemiştir. Bakanların ayrıca yasama organına karşı siyasal bir sorumlulukları da bulunmamaktadır. Bu itibarla bakanlar, atandıkları kamu hizmeti örgütlenmesinin başında yer alan ve siyasal bir kimlikleri bulunmayan kamu görevlileridir. Birinci ihtimal bu kişilerin atanmaları ve görevden alınmalarının idari fonksiyona dâhil edilmeleri, ikinci ihtimal ise bu tür işlemlerin “devletin yüksek yönetimine” ilişkin olduğunun kabulü ile idari fonksiyonun dışında tutulmalarıdır. Yeni sistemin Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlar için yarattığı hukuki durumun, yukarıda da belirtildiği gibi birinci ihtimali desteklediği değerlendirilmekle beraber, uygulamada ikinci ihtimal tercih edilerek “*hükümet tasarrufu/yargı kısıntısı*” kararlara yansiyabilecektir.

İmtiyaz sözleşmesi örneğinde olduğu gibi Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin^[18] Cumhurbaşkanı tarafından üstlenilmesi durumunda, Cumhurbaşkanlığı makamının idari sözleşmeler alanında görev ve yetkisi olabilecektir. Bu idari sözleşmelerden kaynaklı uyuşmazlıklar da, sözleşmede öngörülmesi halinde tahkim yoluyla veya idari yargıda çözümlenecektir.^[19]

Yukarıda açıklanan farklılıklara paralel olarak, Cumhurbaşkanlığı işlemlerinin yargısal denetimi söz konusu olduğunda farklı sonuçlara varılabilecektir. Kimi idari fonksiyonunun dışında görülerek yargı denetimi dışında tutulacak, idari

[17] Genelge, tamim, usul ve esaslar gibi bir dizi ad altında öteden beri idare tarafından muhtelif düzenleyici işlemler yapılmaktadır (Bkz: Lütfi DURAN, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Yayını, 1982, s. 472 vd., Bahtiyar AKYILMAZ/Murat SEZGİNER/Cemil KAYA, **Türk İdare Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin, 2016, s. 73 vd.; Yeliz Şanlı ATAY, **Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler**, TODAİE Yayınları, 2011, passim).

[18] 1326 tarihli Menafii Umumiyye Mütteallik İmtiyazat Hakkında Kanun m. 1.

[19] Kamu hizmetlerinin hukuki rejimindeki değişikliklere bağlı olarak, özel hukuk sözleşmesi niteliğinde yapılan sözleşmelerde Cumhurbaşkanlığı makamının taraf olması durumunda bu davalara da adli yargıda bakılabilecektir.

fonksiyon içindekiler için idari yargı^[20] ve nihayet bu çalışmanın konusu olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için ise bir yürütme işlemi olarak anayasa yargısı görevli olacaktır.

III. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine İlişkin Anayasal Düzenlemeler

Yeni sisteme göre seçilecek Cumhurbaşkanının göreve başlamasıyla yürürlüğe girecek olan Anayasa m. 104/17'de aşağıdaki hüküm yer almaktadır:

“Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.”

Genel düzenleme olan bu hükmün yanı sıra Cumhurbaşkanlığı kararnamesine özel olarak yer verilen anayasal düzenlemeler şunlardır:

- Anayasa m. 104/9; (Cumhurbaşkanı),

“Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler.”

- Anayasa m. 106/son;

“Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.”

- Anayasa m. 108/son;

“Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.”

- Anayasa m. 118/6;

[20] Cumhurbaşkanlığı kararlarına karşı açılan bu davalar, 2575 sayılı Danıştay Kanunu m. 24/1-a da yapılacak muhtemel değişiklikle, ilk derece mahkemesi olarak Danıştayın görev alanına girecektir.

“Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.”

- Anayasa m. 119/6–7;

“Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur.

Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar.”

- Anayasa m. 123/3;

“Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.”

- Anayasa m. 124/1;

“Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.”

- Anayasa m. 137/1;

“Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.”

- Anayasa m. 148/1;

“Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.” (Ayrıca Anayasanın 150, 151, 152 ve 153 üncü maddelerinde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasal denetimine ilişkin değişiklikler yapılmıştır).

- Anayasa m. 161/7;

“Merkezî yönetim bütçesiyle verilen ödenek, harcanabilecek tutarın sınırını gösterir. Harcanabilecek tutarın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle aşılabileceğine dair bütçe kanununa hüküm konulamaz.”

Bu düzenlemeler doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin şu ana tespitler yapılabilir:

a. Genel Esaslar

i. Yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilirler.

ii. Anayasanın ikinci kısmının üçüncü bölümünde yer alan sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler düzenlenebilir.

iii. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular ile kanunda açıkça düzenlenen konularda çıkarılamaz.

iv. Aynı konuda kanun çıkarılması durumunda hükümsüz hale gelir.

v. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır.

b. Olağanüstü Hallerde Uygulanacak Hükümler

vi. Olağanüstü hallerde, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler de Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilir.

vii. Olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanun hükmündedir.

viii. Resmî Gazetede yayımlandıkları aynı gün Meclis onayına sunulan kararnameler, savaş ve mücbir sebeplerle Meclisini toplanamaması hâli hariç olmak üzere üç ay içinde Meclis tarafından görüşülüp, karara bağlanmadığı takdirde kendiliğinden yürürlükten kalkar.

ix. Olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan bu kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.

c. Yargısal Denetim

x. Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğu Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenir. İptal davasına konu olabilecekleri gibi itiraz yoluyla da anayasaya aykırılıkları ileri sürülebilir. İtiraz yolunda, reddedilen başvurular için on yıl içinde tekrar başvurulamama kuralı bulunmamaktadır.

d. İdari Örgütlenmeye ve İşleyişe İlişkin Hükümler

xi. Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması düzenlenir.

xii. Kamu tüzelkişiliği kurulur.

xiii. Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri ile Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri düzenlenir.

xiv. Üst kademe kamu yöneticilerini atanmalarına ilişkin usul ve esaslar düzenlenir.

xv. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabilir.

Yukarıda yer verilen anayasal hüküm ve ana tespitlerin anlam ve kapsamı aşağıda alt başlıklarda incelenecektir.

IV. Kanuni İdare İlkesi Açısından Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

Kanuni idare ilkesinin Türk idare hukuku sisteminin temelini oluşturduğu öteden beri kabul edilmiştir. Anayasa madde 123/1 de karşılığını bulan bu ilke uyarınca, idarenin kuruluşu ve görevleri kanunla düzenlenir. Anılan maddede somutlaşan “kanuni idare ilkesi”nin anlamı, yasama organı tarafından kuruluş esasları belirlenmemiş ve görevleri ile bağlantılı yetkileri düzenlenmemiş bir idari birimin olamayacağıdır. Yürütme ve idarenin kendi başına bir “teşkilatlanma” yetkisi olmayıp, bu yetki yasama organındadır.^[21] Bu, toplumsal ihtiyaçlardan hangilerinin kamu kaynakları kullanılarak, kamu makamlarınca doğrudan ve/veya onların gözetiminde ve kamusal usuller izlenerek yerine getirileceğini belirleme yetkisinin devlet organları içinde yasamaya verilmesi ile ilgilidir. Siyasal

[21] DURAN, s. 46; GÜNDAY, s. 43; Onur KARAHANOĞULLARI, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, Turhan Kitabevi, 2011, s. 51 vd.; Ali D. ULUSOY, **Türk İdare Hukuku**, Cilt I, Yetkin Yayınları, 2017, s. 120 vd..

bir karar olan bu belirlemeyi yasama organının yapmasının bir diğer nedeni de, kamusal faaliyetleri yürütürken idarenin sahip olacağı kamusal üstünlüklerin, bireysel hak ve özgürlükler üzerinde olumlu etkileri olacağı kadar sınırlandırıcı sonuçları da olmasıdır.^[22]

Yürütme bu nedenlerle, egemenlikten kaynaklı kural koyucu devlet yetkilerini ilk elden kullanan bir organ olarak değil, yasama organı tarafından belirlenmiş kurallar doğrultusunda görev ifa eden bir organ olarak kurgulanmıştır.

Mevcut sistemde iki ayrıksı hal dışında, yasama organının bir tasarrufu olmaksızın, yürütme organı ilk elden kural koyamaz.^[23] Bu ayrıksı hallerden birincisi, son derece sınırlı bir alanda yer alan Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluş ve görevlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi^[24]; ikincisi ise daha genel ancak istisnai olan, olağanüstü hal ilan edilmesine bağlı olarak Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleridir. Ancak bu nitelikteki Kanun Hükmünde Kararnameler dahi yayımlanmakla yürürlüğe girmekle beraber, değiştirilerek veya aynen kabulüne veya reddine karar verilmek üzere parlamentoya derhal sunulmak durumundadır.

Anayasa m. 107 de yer alan—ancak anayasa değişikliklerinin tümüyle yürürlüğe gireceği tarihte yürürlükten kalkacak olan—“*Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir.*” hükmünün bu konuda Cumhurbaşkanına “*asli ve mahfuz*” düzenleme alanı tanıdığı yönündeki görüşün^[25]

[22] GÜNDAY, s. 331–333.

[23] GÖZLER, *İdare Hukuku*, Cilt I, s. 1169.

[24] Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek bir diğer ayrıksı hal, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi Kanunu'nun ‘örtülü ödenek’ başlıklı 24 üncü maddesine eklenen dördüncü fıkrasında yer almaktadır: “*(Ek fıkra: 27/3/2015-6639/39 md.) Cumhurbaşkanlığı bütçesindeki ödenekler bakımından ikinci ve üçüncü fıkralar kapsamında yer alan hususlar Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile belirlenir ve uygulanır*”. Fıkra da gönderme yapılan hükümler örtülü ödenegın kullanılma yeri, giderin kimin tarafından yapılacağı, hesapların tutulma ve kapatılma yöntemi, gideri yapanın değişmesi halinde yeni yetkiliye hangi belgelerin aktarılacağı ve giderlerin gerçekleştirilmesi ve ödenmesine ilişkindir. Başbakanlığın yanı sıra Cumhurbaşkanlığı bütçesine de örtülü ödenek konulabilmesine ve bunun kullanım ve harcama esaslarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesine ilişkin hükümlerin anayasaya aykırı olduğu iddiası ile açılan iptal davası reddedilmiştir (AYM., E.2015/42 K.2017/8 k.t.18.01.2017).

[25] ÖZBUDUN, s. 262. 17.08.1983 tarih ve 2879 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Kanunu ile de “*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu teşkilatı, çalışma esasları ve personel atama işlemleri dışında kalan konular*” (m. 1) düzenlenmiştir.

anayasa değişiklikleri sonrasında tekrar değerlendirilmesi gerekecektir. Zira bu kabul, genel esasları ve ilkeleri ile kanunlarla ilişkisinin anayasal çerçevesi düzenlenmemiş olan bir dönemdeki anayasal hükümler gözetilerek geliştirilmiştir. Değişiklikler sonrası oluşan yeni anayasal çerçeveye bir ad benzerliği dışında karşılaştırılabilir bir içerik sunmamakta olup, kapsam ve sınırları yeniden tanımlanmak durumundadır.

Yeni düzende Cumhurbaşkanı kararnamelerinin konu alanı genişletilmekte ve parlamento onayına sunulması zorunluluğu kaldırılmaktadır. Özellikle bu zorunluluğun kaldırılması, yürütme organının asli düzenleme yetkisinin Türk hukukuna dâhil edildiğinin ve yürütmenin, şimdiye dek yasama organının tekelinde olan, ilk elden “kural koyma” devlet yetkisi ile donatıldığıının kabulünü zorunlu kılar.

Yeni sistem, anayasa değişiklikleri yoluyla kurulmaya çalışıldığından, mevcut bir sistem üzerinde inşa edilmiştir. Bu bakımdan değiştirilmeyen anayasa hükümleri ile yeni hükümleri kaynaştırmak ve birbiriyle çelişmeyen ve çatışmayan sistematik bir bütün oluşturmak kolay olmayacaktır.

Nitekim, yukarıda idare hukukunun temel ilkesi olarak sunulan idarenin kanuniliği ilkesini düzenleyen anayasa normuna (m. 123/1) dokunulmamış, ancak belirli idari alanların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğine ilişkin hükümler getirilmiştir. Somutlaştırmak gerekirse, yeni Anayasa m. 106/son da yer verilen “*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*” hükmü ile m. 123/1’i bağdaştırmanın güçlüğü ortadadır. Yeni gelen hüküm, başkent ve taşra teşkilatı ile bütün bir merkezi idareyi kapsamakla, Türk İdari Teşkilatının ana omurgasını belirleme ve düzenleme yetkisi konusunda bir ikilik yaratmaktadır. Bakanlıklar siyasal sistemin bir unsuru olmaktan çıkıp, tamamıyla idari işleyiş içinde, merkezi idarenin başkent teşkilatında yer alan idari birimler haline geldiklerinden, yürütme içinde değerlendirilecek bir fonksiyonlarının kalmamış olması bu ikiliğin temelini oluşturmaktadır.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen alanların yasa konusu olmaktan çıktığını ileri sürmek, pratik bir çözüm olabilir ancak anayasallığı konusunda tereddüt edilmelidir. Her şeyden önce, Anayasa değişiklikleri ile yasakoyucuya kapatılmış ve yürütmeye “*münhasır*” olarak verilmiş bir düzenleme yetkisinden bahsedebileceğimiz bir anayasa normu yoktur. Bilakis m. 104/17 hükmünde kanuna münhasır alanlar tanınmıştır ve ayrıca aynı konuda Meclis tarafından kanun çıkarılması durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz hale geleceği düzenlemesine yer verilmiştir. Anayasanın, yasama yetkisinin asliliğinin yanı sıra genelliğine ilişkin 7 ve 87 inci maddelerinde kanun

koyma, değiştirme ve kaldırma yetkisine ilişkin bir sınırlama da bulunmamaktadır. Kanuna eş bir hukuk kaynağı olmayan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, kanun önünde bir engel oluşturduğunu kabul etmek sistematik açıdan mümkün görünmemektedir.

Anayasa değişikliklerinin mevcut normlarla birlikte yorumlanmasından çıkacak sonuç; Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı, ancak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konularda dahi Meclisin kanun yapabileceğidir. Bu hukuki sonucun elde edilebilmesi için doğal olarak Meclisin, Cumhurbaşkanına tanınan zorlaştırıcı veto yetkisini aşacak bir çoğunluğu elde etmesi de gerekebilecektir.^[26] Bu koşulu da sağlayan bir kanunu yayımlamak mecburiyetinde kalan Cumhurbaşkanının, kanunu Anayasa Mahkemesine götürme yetkisi olmakla beraber, yukarıdaki kabuller çerçevesinde bu durum bizatihi bir anayasaya aykırılık sorunu yaratmamalıdır.

Bu noktada, Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerinin düzenlendiği değişik 104 üncü maddenin 17 nci fıkrasında “Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz” cümlesine yer verilmiş olmakla beraber “münhasıran” sözcüğünün anayasal karşılığının ne olduğu belirlenmeye muhtaçtır. Anayasanın hiçbir hükmünde “münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen” bir konu yoktur. Bu sözcükten anlaşılması gereken “ancak” veya “sadece” kanunla düzenleme ise, Anayasa madde 13 delaletiyle temel hak ve özgürlükler ile ilişkili konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı anlamına gelecektir. Ancak Anayasanın ikinci kısmı üçüncü bölümünde yer alan “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler”in, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenebileceği bizatihi maddenin tersinden çıkarılmaktadır. Bu anlamda eğitim-öğretim, sağlık, sosyal güvenlik, devletleştirme-özelleştirme, çalışma hayatı ve sendikal haklar gibi toplumsal hayatı doğrudan etkileyen ve bu temel hak ve özgürlüklerin kullanımlarını hayata geçirirken onların kullanımını genişleten ve daraltabilen bir dizi düzenlemenin Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yapılması mümkün görünmektedir.

Teşkilatlanmaya ilişkin olarak da “Cumhurbaşkanı yardımcıları, Cumhurbaşkanına vekâlet ve bakanlar”başlıklı 106 ncı maddenin son fıkrasındaki, “Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir”

[26] Meclis çoğunluğu ile Cumhurbaşkanının aynı siyasi partiye mensup olacağı ihtimaline göre kurgulandığı anlaşılan yeni siyasal sistem, aksine kompozisyonların veya blokların oluşması halinde uzlaşma ve siyasi krizleri giderici mekanizmalar yaratma kapasitesinden yoksun gözükmektedir.

hükmü ile esas olarak kararnameler için “*münhasır*” bir alan yaratıldığının iddia edilebileceği yukarıda da belirtilmişti.

Salt değişikliklerde yer alan ifadelerden yola çıkılarak yapılabilecek bu değerlendirmelerin, anayasal bütün içinde tartışılması ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek konuların kapsam ve sınırının belirlenmesi; Anayasanın “*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*” bölümünde yer alan temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlar ile “*İdari Teşkilat ve İşleyişe İlişkin Olanlar*” şeklindeki iki alt kategoride aşağıda yapılmıştır.

V. Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevlere İlişkin Olanlar

Öncelikle ifade edilmesi gereken, bu kategoride yer alan temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak, ilgili maddelerinde kanunla düzenlenmesi öngörölmüş konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyecek olmasıdır. Örnek olarak şu hükümler sıralanabilir; Anayasa m. 42/2 uyarınca “*Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir*”, m.44 uyarınca toprak mülkiyetine ilişkin konular kanunla düzenlenir, m. 46 uyarınca kamulaştırmaya ilişkin düzenlemeler kanunla yapılır, m. 47 uyarınca devletleştirme ve özelleştirmeye ilişkin usul ve esasların belirlenmesi ile kamu hizmetlerinin özel hukuk rejimine tabi kılınması gibi konular kanunla düzenlenir, m. 49 ve devamında yer alan çalışma hayatına ilişkin bir dizi konu (sendikal faaliyet, toplu iş sözleşmesi, grev ve lokavt gibi) kanunla düzenlenmek zorundadır.

Bu anılanlarla sınırlı olmayan konularda Anayasa doğrudan kanunla düzenlenmeyi öngörmüştür. Bu itibarla bu alanlarda çıkarılacak bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi Anayasa m. 104/17 üçüncü cümlesine ve ilgili Anayasa hükmüne aykırı olacaktır. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılmakta olan Kanun Hükmünde Kararnameler gibi kanuna eşdeğer^[27] bir hukuk kaynağı olmadığından, Anayasa Mahkemesinin bu Kararnameler için geliştirdiği, Anayasada kanunla düzenleneceği belirtilen konuların da Kanun Hükmünde Kararnamelerle düzenlenebileceği, içtihadı^[28] sürdürülebilirliğini yitirmiştir. Hem normlar hiyerarşisindeki yeri hem de Anayasanın münhasıran kanunla düzenleneceği öngörölen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı yönündeki düzenlemesi ve yetki kanuna dayanmamaları bu sonucu zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle de iptal veya itiraz yoluyla bu içerikte

[27] AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 60.

[28] “... Anayasa'nın yasayla düzenleme yapılacağını öngören her maddesini, mutlak ve yalnız yasa çıkarılmasını gerektiren bir zorunluluk sayıp KHK yi sakıncalı bulmak, 91. maddeyi bunlar dışında geçerli görmek olanaksızdır.” AYM. E.1989/4, K. 1989/23, k.t. 16.05.1989. Konuya ilişkin açıklama ve karar için bkz: ÖZBUDUN, s. 251.

bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmesi durumunda iptali gerekecektir.

Kanunla düzenlenmesi Anayasada açıkça öngörülmeven sosyal ve ekonomik haklar Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konusu olabilecektir. Bunlara ilişkin ise şu örnekler verilebilir; “sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması” başlıklı 56’ncı madde ile “konut hakkı” başlıklı 57’nci madde kapsamında ve “sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler” hakkında düzenlemeler gibi. Ancak bu konulara ilişkin olsa da Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlemeyecek alanlar mevcuttur. Bunların bir kısmı anayasanın açık hükümünden kaynaklanabilir ki, m. 56/son fıkrada yer alan “*sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir*” hükmü uyarınca genel sağlık sigortası kurulması münhasır kanun konusudur. Bir diğer sınır ise, m. 57 kapsamındaki konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılırken, temel hak ve özgürlüğün düzenlendiği anayasa bölümü nedeniyle mülkiyet hakkının (m. 35) kullanımı üzerinde bir etki doğuran düzenleme yapılamayacak olmasıdır. Bir diğer sınır ise aslında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek bir konunun, kanunla düzenlenmiş olmasıdır. Örneğin 01.07.2005 tarihli 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmadığı sürece, Anayasa m. 104/17 dördüncü cümlesinde yer alan “(k)anunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz” hükmü uyarınca bu konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.

Bu konuda asıl tartışılması gereken, Anayasa m. 13 ün nasıl yorumlanacağıdır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda niteliksel bir ayırım yapmayan bu hüküm, sınırlandırmaların sınırını düzenlemekte ve biçim olarak da kanunla yapılması gerekliliğini düzenlemektedir. Bir başka ifadeyle, pozitif statü hakları da negatif ve aktif statü hakları gibi, Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen özel sebeplerine bağlı olarak ancak kanunla sınırlanabilecek ve bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacaktır. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin genel çerçevesini çizen Anayasa m. 104/17 de yer alan hükümlerin bu madde ile ilişkisi belirlenmeye muhtaçtır. Özellikle anılan fıkrada yer alan ilk üç cümleye anayasal bütünlük içinde bir anlam vermek gerekecektir. Bu üç cümle sırasıyla şöyledir:

1. Cumhurbaşkanlığı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.

2. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez.

3. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.

İkinci cümle, bir konu sınırı getirmekle beraber, esas olarak pozitif statü haklarının Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenebileceğini öngörmekle bir alan yaratmaktadır. Diğer iki cümle ise bu alanının sınırlarını çizmektedir: Yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilirler ve münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda çıkarılamazlar.

Şu iki husus da bir sonuca varmadan önce değerlendirmeye alınmalıdır. Birincisi, ilgili fıkranın devamında yer alan cümlelerde, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanuna eş bir hukuk kaynağı olmadığını açıkça düzenlenmiş olması; ikincisi sınırlama ile düzenleme arasındaki farktır.

Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde şu sonuca varılabilecektir: Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Anayasada özel olarak kanunla düzenlenmesi öngörülmemiş pozitif statü haklarına ilişkin düzenlemeler yapılabilir, ancak bunlara bir sınırlandırma getirilemez. Zira, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması yürütme yetkisinin kapsamında olmayıp, yasama organının yetkisindedir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile, Anayasada sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler bölümünde düzenlenmiş anayasal hakların hayata geçirilmesi konusunda Devlete verilen pozitif görevlere ilişkin tedbirler düzenlenebilecek ancak kişilerin bu haklardan yararlanmasını kısıtlanamayacak veya ödev niteliğinde yükümlülükler getirilemeyecektir. Bu tür kısıtlama ve yükümlülükler, bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması kapsamında olduğundan, anayasal sınırlar içinde yasama organı tarafından kanunla yapılabilecektir.

VI. İdari Teşkilat ve İşleyişe İlişkin Olanlar

Anayasa değişiklikleriyle getirilen açık hükümler uyarınca, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile; bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri ile Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri ile üst kademe kamu yöneticilerini atanmalarına ilişkin usul ve esaslar düzenlenebilecek ve kamu tüzelkişiliği kurulabilecektir.

Özellikle bakanlıklara ilişkin verilen yetki, basit bir idari örgütlenmenin ötesindedir. Bakanlıklar, salt bir idari örgüt olmayıp, Devletin üstlendiği bir dizi görevin somutlaştığı unsurlardır. Bakanlıklara verilen görevler ve yetkiler çerçevesinde, anayasa ile tanınmış olan temel hak ve özgürlüklerin kullanımı mümkün olabildiği gibi bunların sınırlandırılması da söz konusu olabilmektedir.

Örneğin 14.02.1985 tarih ve 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 1 ve 2 inci maddeleri uyarınca “*kamu düzenin ve genel ahlakın korunması*” İçişleri Bakanlığının görevleri arasındadır. Bu görevleri yerine getiren anılan Bakanlık, bireylerin yaşam hakkı başta olmak üzere maddi ve manevi varlıklarının korunmasını sağlayabilmek için yürüteceği kolluk faaliyeti kapsamında belirli kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasını gerektiren bir dizi yetki de kullanacaktır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ise yukarıda da tartışıldığı gibi ancak yasa konusu olmaya devam etmektedir. Bu nedenle bu nevi etkileri olabilecek normlar Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyecektir. Somutlaştırmak gerekir ise, anayasa hükümleri uyarınca, İçişleri Bakanlığının merkez, taşra ve bağlı kuruluşlarının idari yapılanmasına ilişkin düzenlemeler Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılabilecek, ancak bu idari birimlerin tesis edeceği idari işlemlerin başta sebep ve konu ögesi gibi unsurları 04.07.1934 tarih ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun konusu olmaya devam edecektir. Bir diğer örnekte, Dernekler Dairesi Başkanlığı, İçişleri Bakanlığının bir ana hizmet birimi olarak düzenlenebilecek, ancak Anayasanın “*kişinin hakları ve ödevleri*” başlıklı ikinci kısım ikinci bölümünde yer alan “*dernek kurma hürriyeti*” ne (m. 33) ilişkin düzenlemeler 04.11.2005 tarih ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nda olduğu gibi kanunla yapılabilecektir. Uygulama içinde ise neyin idari teşkilatlanmaya, neyin bir temel hak ve özgürlüğün kullanıma ilişkin bir düzenleme olduğunun ciddi tartışmalara vücut vereceği bugünden söylenebilir.

Özetle, temel hak ve özgürlükler üzerindeki etkisi yönünden, yürütme yetkisinin ötesine geçip yasama yetkisine girmesi halinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi anayasaya aykırı olacaktır. Bu bakımdan her bir düzenleme somut etkileri gözetilerek anayasa yargısının denetimine tabi olmak durumundadır.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile il ve ilçe kurulması veya kaldırılması da tartışılması gereken bir konudur. Anayasanın değişik m. 123/3 uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kamu tüzelkişiliği kurulabilecektir. Bu değişikliğin hizmet yerinden yönetim kuruluşları olarak kabul edilen kamu kurumlarını kapsadığı anlaşılmaktadır. Merkezden yönetimin taşra teşkilatını oluşturan il ve ilçelerin, devlet tüzelkişiliğinden bağımsız bir kamu tüzelkişilikleri bulunmadığından anılan hüküm kapsamında değerlendirilmeleri mümkün değildir. Taşra teşkilatına ilişkin hükümlerin yer aldığı Anayasa m. 126 da, il ve ilçelerin kuruluş biçimine ilişkin açık bir düzenleme de bulunmamaktadır. Anılan mülki idare birimlerinin kuruluş biçimi 10.06.1949 tarih ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nda düzenlenmiştir. Anılan Kanun m. 2/1 A bendi uyarınca “*İl ve ilçe kurulması, kaldırılması, merkezlerinin belirtilmesi, adlarının değiştirilmesi, bir ilçenin başka bir il'e bağlanması kanun ile*” yapılır. Bu düzenleme

yürürlükte kaldığı sürece il ve ilçelerin kurulması veya tersine bir işlemle kaldırılması yetkisinin yasama organında olduğu açıktır. Ancak anayasal bir engel bulunmadığından anılan hükümde bir değişiklik yapılarak bu konuda Cumhurbaşkanına yetki verilebilir.^[29]

Bu noktada tartışılması gereken Cumhurbaşkanının bu yetkiyi hangi formdaki işlemi ile kullanabileceğidir. Bir başka ifadeyle, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile mi yoksa bir idari işlemle mi yapılacaktır? Cumhurbaşkanlığı kararnamesi Anayasada düzenlenmiş özel bir düzenleme yetkisini içerdiğinden ve il veya ilçe kurulması tipik bir düzenleyici işlem niteliği taşımadığından, Cumhurbaşkanınca yapılan bir genel karar veya birel idari işlem sayılarak yargısal denetimleri idari yargıda yapılabilecektir.

Anayasada kanunla düzenlenmesi gerektiğine ilişkin hüküm bulunan idari örgütleniş ve işleyişe ilişkin konular ise Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kapsamı dışındadır. Anayasa hükümlerinden örneklerle bu kategoridekileri şöyle sıralayabiliriz:

- i. Merkezi idare içinde yer alacak bölge teşkilatlarının görev ve yetkileri (m. 126/son)
- ii. Mahalli idarelere ilişkin konular (m. 127)
- iii. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri (m. 128/2) ile yargılanmalarına ilişkin düzenlemeler (m. 129/son)
- iv. Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları (m. 128/son)
- v. Yükseköğretime ilişkin düzenlemeler (m. 130)
- vi. Radyo ve televizyon istasyonlarının kurulması ve işletilmesine ilişkin düzenlemeler (m. 133)
- vii. Kamu Denetçiliği Kurumu (m. 74/son), Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (m. 133), Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu (m. 134), Diyanet İşleri Başkanlığı (m. 136) ile Ekonomik ve Sosyal Konsey (m. 166/son)
- viii. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları (m. 135)

[29] Nitekim aynı sosyal ve siyasal etkiye olmasa da en alt düzeydeki mülki idari birim olan bucak idaresinin kurulması B bendi uyarınca bir idari işlemle olacaktır. Ancak 10.09.2014 tarih ve 6552 sayılı Kanununun 129 uncu maddesiyle getirilen değişiklikle "tüm illerde bucaklar kaldırılmış" olduğundan anılan hüküm yürürlükte kalmakla beraber uygulanma kabiliyetini yitirmiştir.

Yukarıda yer verilen konular ile idari birimlerin kuruluşları, görev ve yetkileri ile işleyişlerine ilişkin bir dizi hususun kanunla yapılması gerektiği belirtildiğinden “münhasıran” kanun konusu olmak durumundadırlar.

Ciddi bir hukuki ve uygulama karmaşası yaratması muhtemel bir örnek olarak; üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları (m. 128/son) ile statülerine ilişkin esaslar (m. 128/2) kanunla düzenlenebilecek, buna mukabil atanma usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesine konu olabilecektir (m. 104/9). Üst kademe yöneticileriyle ilgili kanunla düzenlenmesi gereken konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı gibi bunların atanma usul ve esaslarının kanunda açıkça düzenlenmesi durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacak, bunlar arasında farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanacak, sonradan Meclisin kanuni düzenleme yapması durumunda da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelecektir. Salt üst kademe yöneticileriyle sınırlı olmaksızın, Anayasa m. 104/17 de bu dört farklı ihtimalin gerçekleşmesine bağlı olarak anayasa yargısı ve idari yargının bulacağı çözümler bir dizi tartışmaya namzet görünmektedir.

Anayasada, “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konularda kanun çıkarılamaz” gibi yasama yetkisinin genelliğini açıkça kaldıran bir hüküm yer almadığı sürece, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konuların kanunla düzenlenmesi anayasaya aykırılık oluşturmayacaktır. Anayasada belirli konulara ilişkin “Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleri düzenlenir” (Üst kademe kamu yöneticileri m. 104/9, Bakanlıklar m. 106/son, Devlet Denetleme Kurulu m. 108/son, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği m. 118/6) lafzı tek başına münhasır bir alan yaratma gücüne sahip değildir. Bu sayılanlar Cumhurbaşkanına bu alanlarda kararname biçiminde düzenleme yapma yetkisi veren normlar olup, mefhumu muhalifinden yasama organının yetkisine son verildiği sağlam bir çıkarım olamaz. Anayasa değişiklikleri ile yürütme organına açık bir münhasır düzenleme alanı tanınmamış, aksine kanun alanında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı, kesişim alanında iki normun bulunması halinde ise kanunun uygulanacağı veya Cumhurbaşkanı kararnamesinin hükümsüz hale geleceği hükümlerine yer verilmiştir. Özetle, kanuna eş bir hukuk normu olmadığından: 1. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanun alanında yapılacak bir düzenleme anayasaya aykırılık oluşturur, 2. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek bir konuda yasal düzenleme bulunması halinde kanun uygulanır.

6771 sayılı Kanununun 17 inci maddesi ile Anayasaya eklenen geçici m. 21/B bendi son cümlesinde “Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen değişiklikler ise Cumhurbaşkanının göreve başlama tarihinden itibaren en geç altı

ay içinde Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenir” hükmü bulunmaktadır. Ancak bu hüküm uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılabilmesi için öncelikle o konuda mevcut yasal düzenlemenin yürürlükten kaldırılması gerekecektir. Anayasa m. 104/17 dördüncü cümlesinde yer alan “Kanunla açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz” hükmü bu gerekliliği düzenlemektedir. Örneğin yukarıda anılan 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmadığı sürece, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bu Bakanlığa ilişkin bir düzenleme yapılamayacaktır.

Ayrıca, 03.06.2011 tarih ve 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname örneğinde olduğu gibi bir dizi Bakanlığın teşkilat ve görevlerini düzenleyen kanun hükmünde karar-nameler, Meclis tarafından görüşülüp reddedilmediği sürece bu Bakanlıklara ilişkin de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacaktır. Zira Meclisin vermiş olduğu yetki kanuna dayanılarak çıkarılan ve onayına sunulmuş olan bu kanun hükmünde karar-nameler, kanuna eş bir hukuk kaynağı olmakla Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bunlarda ne değişiklik yapılabilir ne de yürürlükten kaldırılabilirler ve 6771 sayılı Kanunla Anayasaya eklenen geçici madde 21 (F) bendi uyarınca anayasa değişikliklerinin “yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan kanun hükmünde karar-nameler .. yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini” sürdürürler.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuka uygunluğu ve uygulanma kabiliyeti konusunda şu sonuçlara varılabilir:

i. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacak bir konuda düzenleme yapılması anayasaya aykırılık oluşturur, bu konuda belirlemeyi iptal davası veya itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi yapar.^[30]

[30] Bu haller m. 104/17'nin; ikinci cümlesi uyarınca “Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler(in) Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle” düzenlenmesi, üçüncü cümlesi uyarınca “Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” çıkarılması ile dördüncü cümlesi uyarınca “Kanunla açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” çıkarılması halleridir. Bu hallerin tespiti durumunda, incelenmekte olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükmü anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal edilecektir. Anılan fıkranın son cümlesinde yer alan “Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.” hükmü ise bir iptal nedeni değildir, ancak Anayasa Mahkemesi bu durumda yokluğun tespiti kararı vermelidir. Aslında bu bir yokluk tespiti olduğu için adli ve idari yargı organlarının da, itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurmaksızın kendilerinin verebileceği bir karardır. Burada basit bir şekilde sunulan çözümlerin her birinin, bir tez konusunu oluşturacak karmaşık hukuki çözümlmeleri gerektirdiği ise aşikârdır.

ii. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek bir alanda ve yürütme yetkisine ilişkin bir konuda çıkarılmış olmakla beraber anayasal ilke ve kurallara uygunluğu tartışmalı Kararnamelerin denetimi, iptal davası veya itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesince yapılır. Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği olası iptal kararları, idari yargıdaki iptal kararlarından farklı biçimde, prensip olarak geriye yürümeyecektir.^[31] Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen konuların aynı zamanda kanunla da düzenlenmeleri mümkün olduğundan, kanunun denetimi sırasında Anayasa Mahkemesince kullanılan ölçülülük, demokratik toplum düzeninin gerekleri, laiklik, eşitlik gibi bir dizi anayasal norm ve ilke, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetiminde de kullanılacak ilke ve kurallardır. Kanun için geçerli olan denetim araçlarının Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için geçerli olmayacağını düzenleyen anayasal bir hüküm olmadığı gibi, Anayasa m. 148 de kanunlarla benzer esaslara bağlanmışlardır ve üst norm için geçerli olan alt düzeydeki bir norm için evleviyetle geçerlidir.

iii. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek bir konuda farklı bir kanun hükmü olması halinde kanun hükmü uygulanır. Bu durumda üst norm olan kanunun uygulanma önceliği vardır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yürürlükte kalmaya devam eder, ancak uygulanma kabiliyetine kanuni düzenlemenin kaldırılması ile kavuşabilir.^[32]

iv. Sonradan çıkarılan kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek bir konuya ilişkin ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yürürlükten kalkar.

Bu sonuçlardan ilk ikisi anayasa yargısının, son ikisi ise normun muhatapları ve uygulama mevkiinde olan tüm idari makamlar ve yargı organlarının değerlendireceği sonuçlardır.

[31] Bu prensibin mutlak bir kural olmadığı hakkında bkz. Yıldırım ULER, Anayasa Mahkemesi İptal Kararları Geri Yürür, **Bahri Savcı'ya Armağan**, Mülkiyeliler Birliği Yayınları, 1988, *passim*.

[32] 27.09.1984 tarihli ve 3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında ... Kanun ile bakanlıkları özel olarak düzenleyecek Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasında ileride yaşanabilecek çatışma bu duruma örnek teşkil edebilir. Meclis, 3046 sayılı Kanunu kaldırmayabilir veya kaldırmakla beraber sonra yeniden çıkarabilir. Anayasa m. 123/1 bu yetkiyi ona tanımaktadır. Münferit bir bakanlığa ilişkin kanun veya kanun hükmünde kararname yürürlükten kalkmışsa, artık Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesinin önünde yasal bir engel kalmamış demektir. Yasama ve yürütme kendi yetki alanlarında bu düzenlemeleri yapmıştır ve bu anlamda her ikisi için de Anayasaya aykırılık sorunu yoktur. Ancak örneğin yetki devrine ilişkin normlarda bir farklılık olması durumunda, Anayasa m. 104/17 dördüncü cümlesi gereği, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde yer alan hüküm değil ilgili kanun hükmü uygulanacaktır. Sonrasında 3046 sayılı Kanunda ilgili hüküm kaldırılırsa, Cumhurbaşkanlığı kararnamesindeki hüküm uygulanma kabiliyetini kazanacaktır.

VII. Düzenleme Yetkisi Açısından Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

İdarenin mevcut sistemde sahip olduğu düzenleme yetkisi için şu belirle-
melerde bulunulabilir:

i. İdarenin düzenleme yetkisi kanunların uygulanmasını sağlamak için
kullanılır.

ii. Bu anlamda yürütmenin yetki ve görev alanı içindedir.

iii. Kanunlara aykırı olamaz.

iv. Dayandığı norm doğrudan Anayasa değil, kanundur. Kanun delaleti ile
kullanılabilecek bir yetkidir.

v. Kanunla temel noktaları düzenlenmemiş bir alan, idarenin görev alanı
içinde olamayacağından, düzenlenemez.

vi. Yargısal denetimi idari yargıda yapılır.

vii. Kanunlarda yer alan soyut düzenlemelerin, alt düzey düzenlemelerle
somutlaştırılması suretiyle, hukuki belirliliği sağlar.

viii. İdarenin takdir alanını önceden belli kurallara bağlamak ve uygulama
içinde farklı idari birimlerin farklı kararlar almasını engellemek suretiyle nes-
nellik ve eşitlik ilkelerine uygunluk sağlanır.

Yeni sistemde ise yukarıda belirtilenler, Cumhurbaşkanı ve kamu tüzelkişileri
tarafından çıkarılacak yönetmelikler ve diğer düzenleyici işlemler için geçerliliğini
korumaya devam edecek; buna karşılık, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin
farklı değerlendirilmesi gerekecektir.

1982 Anayasasının yürütmeyi güçlendirme eğilimi sınırlı alanlarda hayat
bulurken, yeni anayasal sistemde yürütmenin ilk elden kural koyma kapasitesi
esaslı bir şekilde arttırılmıştır. Yeni sistemde Cumhurbaşkanlığı kararnameleri
hukuki enstrümanı ile merkezi idare yapılanması ve işleyişi, görev ve yetkileri,
üst kademe kamu personelinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar düzenlene-
bileceği gibi, sosyal ve ekonomik haklara ilişkin belirli düzenlemeler yapılmak
suretiyle toplumsal hayatın ve siyasetin belirlenmesi söz konusu olabilecektir.

Anayasanın 8 inci maddesinde yürütmenin yetki ve görev oluşu kuralı
korunmakla birlikte, 104 üncü maddede sadece yetki olarak yer almaktadır.
Bu basit bir ihmal olmayıp, esaslı bir zihniyet değişiminin tezahürüdür. Bu,
kanunlar ile verilen görevlerin ifası için ihtiyaç duyulan bir yetki düzeyi olma-
yıp, bizzat bu görevlerin tanımlanmasını içeren bir yetkidir. Yürütme organı

içinde Cumhurbaşkanı, kararname ile mevcut merkezi idare yapılarını yeniden tasarlayabilecek ve bunların görevlerini tanımlayabilecektir.

Mevcut kanun hükmünde kararnamelerden farklı olarak, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi için bir yetki kanununa ihtiyaç olmadığı gibi sonradan parlamentonun onayına da sunulmamaktadır. Bu güçlü yanının karşılığı olarak ise kanunlara eş bir hukuk kaynağı olarak düzenlenmemiştir. Ancak anayasal düzeydeki bu güvencenin uygulamaya ne denli yön vereceği şüphelidir. Özellikle bu konuda yargısal belirlemeyi yapacak olan Anayasa Mahkemesinin teşekkülünde büyük ölçüde Cumhurbaşkanının belirleyici olması, bu şüphenin “görünüşteki” kurumsal temelini oluşturmaktadır.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemeyecek alanlarda çıkarılmış olan kanunlar yönünden veya aslında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek iken aynı konunun kanunla düzenlenmiş olduğu hallerde, Cumhurbaşkanı, Anayasa m. 124/1 uyarınca “kendi görev alan(ını) ilgilendiren kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler” çıkarabilecektir. Bu, idari fonksiyon içinde kullanılan bir yetkidir ve bu yönetmelikler idare hukukunun klasik kabulleri çerçevesinde^[33] bir düzenleyici işlem olup, hukuka aykırılığı idari yargıda ileri sürülebilecektir. Bir başka ifade ile kanunun mevcudiyeti durumunda, anayasa hukuku kapsamında bir yürütme işlemi olarak nitelendirilebilecek Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi sona ermekte, ancak genel düzenleyici işlem yapma yetkisi idare hukuku ilke ve kuralları çerçevesinde mevcudiyetini sürdürmektedir.

VIII. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri

Normlar hiyerarşisi, mevzuatta yer alan ve değişik isimlere sahip olan yazılı hukuk kuralları arasında uyum ve uygunluk derecelendirmesidir. Alt derecede yer alan bir hukuk kuralının üst derecede olduğu kabul edilen kurallara uygun olması, onlara aykırı düzenlemeler getirmemesi zorunluluğudur. Her kural bulunduğu düzeyin kapsam ve sınırları içinde norm yaratma kapasitesine sahiptir.

Mevcut sistemde ülke içinde uygulanacak hukuk bakımından normlar hiyerarşisi şu şekilde sıralanabilir:

Anayasa

İnsan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar

[33] K. Burak ÖZTÜRK, *İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı*, Yetkin Yayınları, 2009, *passim*.

Kanun–Kanun Hükmünde Kararname–Diğer uluslararası anlaşmalar

Tüzük

Yönetmelik

Adsız düzenleyici işlemler (Genelge, Tamim, Sirküler, İlke ve Usuller)

Yeni sistemde ise sıralama şu şekilde olacaktır:

Anayasa

İnsan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar

Kanun – Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi – Diğer uluslararası anlaşmalar

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

Yönetmelik

Adsız düzenleyici işlemler (Genelge, Tamim, Sirküler, İlke ve Usuller)

Yeni sistemde olağan Kanun Hükmünde Kararnameler ile Tüzük'lerin varlığına son verilmiştir. Öncelikle söylenmesi gereken, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ne Kanun Hükmünde Kararname ne de Tüzüklere benzer bir niteliğinin olmadığıdır. Türk Hukukunda yeni bir kurum olup, bu iki düzenlemeye ilişkin bilgilere ve uygulamalara zihin haritasında yer verilerek anlaşılmaya çalışılması hatalı sonuçları beraberinde getirecektir.

Sadece Anayasa m. 119 un 6 ve 7 inci fıkralarında düzenlenmiş bulunan, olağanüstü hallerde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine “*kanun hükmünde*” olma kuvveti tanınmıştır. Bu çalışmanın konusunu oluşturan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ise kanun düzeyinde değildirler, kanunlarda değişiklik yapamazlar ve uygulanma önceliği kanunlardadır. Kanun ile de Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde değişiklik yapılması gibi bir durum söz konusu değildir. Zira kanunda farklı hükümler bulunması halinde kanun uygulanacağından (m. 104/17 beşinci cümle) veya sonradan Meclisin aynı konuda kanun çıkarması durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale geleceğinden (m. 104/17 son cümle) böyle bir şeye gerek yoktur. Norm çatışması, genel/özel hüküm, önceki/sonraki hüküm belirlemesi veya normların birbirlerini değiştirme, kaldırma gücü eş düzeydeki normlar için geçerli olup, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine nazaran kanun üst norm olmaya devam ettiğinden burada bu tür olasılıklar gündeme gelmeyecektir.

Yukarıda da belirtildiği gibi Anayasa Mahkemesinin mevcut kanun hükmünde kararnameler için geliştirdiği, anayasal sınırlar içinde kalmak şartıyla, Anayasada kanunla düzenleneceği öngörülen konuların dahi kanun hükmünde kararnamelerle yapılmasının mümkün olduğu içtihadının uygulanma kabiliyeti de kalmamıştır.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, kanun hükmünde kararnameler ile karşılaştırıldığında belirtilen bu zayıf yönlerine karşılık, mevcut tüzüklerle karşılaştırıldığında güçlendirilmiş bir düzenleme yetkisi ile donandıkları söylenebilecektir. Anayasa m. 115 de yer alan hükümler uyarınca tüzükler, “*kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştayın incelemesinden geçirilmek şartıyla*” Bakanlar Kurulunca çıkarılabilecek, Cumhurbaşkanı tarafından imzalanıp kanunlar gibi yayımlanacaklardır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tüzüğe nazaran güçlendirilmiş yönü kanuni bir dayanağa ihtiyaç duymamasıdır.^[34] Bilakis kanuni düzenleme olmaması şartına bağlı olarak, konu itibarıyla sınırları içinde ilk elden düzenleme yapılabilecektir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yürütmeye tanınan düzenleme yetkisi, kanundan kaynaklanmayan, doğrudan anayasadan kaynaklı bir yetki haline kavuşmuştur. Bu anlamıyla ikincil/türevsel bir yetki olmayıp, ilk elden/asli bir yetkidir. Tüzüklerin kanuna aykırılığı her halde bir iptal nedeni iken, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanuna aykırılığı hali yukarıda yer verilen belirli durumlara göre anayasa aykırılık, uygulanamama veya hükümsüzlük sonuçlarını doğuracaktır.

Ancak Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin anayasadan kaynaklı ilk elden düzenleme yetkisinin “genel düzenleme” yetkisini de barındırdığı söylenemez. Yasama organına, anayasal sınırlar içinde her türlü düzenlemeyi yapabilme imkânı veren genel düzenleme yetkisi^[35] anayasa değişiklikleri ile yürütme organına tanınmamıştır. Anayasada yer verilen konu itibarıyla sınırlar içinde kullanılabilir bir yetkidir. Ayrıca tekrar belirtmek gerekirse, Anayasa değişiklikleri ile getirilen hükümlerin (özellikle Anayasanın 8 ve 104/17 inci maddeleri) düzenleniş biçimi ve anayasal kurgu bir bütün olarak değerlendirildiğinde (özellikle Anayasanın 7, 87 ve 123/1 inci maddeleri), yasama organının genel düzenleme yetkisinin devam ettiği sonucuna varılabilecektir ki bu durumda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz hale geleceği bizzat anayasa tarafından düzenlenmiştir. Bu cümleden olarak yasama organı Anayasada Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konulara ilişkin

[34] Ayrıca Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için, Danıştay incelemesinden geçirme şartı da yoktur.

[35] ÖZBUDUN, s. 207.

yasal düzenlemeler yapmaya devam edebilecek veya var olan yasal düzenlemeleri yürürlükten kaldırmadığı sürece Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacaktır. Son cümle olarak, münhasır düzenleme alanı Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için değil kanunlar için mevcuttur.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil; **Türk İdare Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin, 2016.

ATAY, Yeliz Şanlı; **Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler**, TODAİE Yayınları, 2011.

DURAN, Lütfi; **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Yayını, 1982.

ESEN, Selin; 2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2016, Sayı: 2.

GÖNENÇ, Levent; 2017 Anayasa Değişikliği Sürecine Dair Notlar, **Birikim Dergisi**, Sayı: 335.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut; **İdare Hukuku C I İdari Yargılama Hukuku**, 8. Bası, Turhan Kitabevi, 2016.

GÖZLER, Kemal; **İdare Hukuku**, Cilt I, İkinci Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2009.

GÖZLER, Kemal; **Elveda Anayasa**, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2017.

GÜNDAY, Metin; **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, 2011.

KABOĞLU, İbrahim; Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (10 Aralık 2016), **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2016, Sayı: 2.

KARAHANOGULLARI, Onur; **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, Turhan Kitabevi, 2011.

ÖZBUDUN, Ergun; **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2013.

ÖZTÜRK, K. Burak; **İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**, Yetkin Yayınları, 2009.

ULER, Yıldırım; Anayasa Mahkemesi İptal Kararları Geri Yürür, **Bahri Savcı'ya Armağan**, Mülkiyeliler Birliği Yayınları, 1988.

ULUSOY, Ali D.; **Türk İdare Hukuku**, Cilt I, Yetkin Yayınları, 2017.

ZABUNOĞLU, Yahya Kazım; **İdare Hukuku**, Cilt II, Yetkin Yayınları, 2012.

ROMA'DA DEVLETE KARŞI İŞLENEN BAZI SUÇLAR VE CEZALARI*

Yrd. Doç. Dr. Kadir GÜRTEN**

Makalenin Geldiği Tarih: 02.08.2017 **Kabul Tarihi:** 11.08.2017

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

ÖZ

Bu makalede, Roma'da laik hukuk açısından devlete karşı işlenen bazı suçlar ve bu suçu işleyenlere verilen cezalar incelenmiştir. Roma'da devlete karşı suçlar denildiğinde akla ilk önce ağır suçlar olarak kabul edilen; vatana ihanet, *vis* olarak tanımlanan isyana teşvik, makam sahiplerinin ya da bir makama gelebilmek isteyen kişiler tarafından işlenebilecek olan haraç kesme, zimmet, seçimlere hile karıştırma, sahte para basma suçları gelir. Bu fiillerin bir kısmı Roma'nın ilk dönemlerinden itibaren suç olarak nitelendirilmiş, bir kısmı ise Roma'nın ilerleyen dönemlerinde suç olarak kabul edilmiştir. Ayrıca suç olarak nitelenen bu fiiller için düzenlenen cezalar, Roma'nın siyasi dönemlerinin koşullarına göre ağırlaştırılmış ya da hafifletilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Roma Ceza Hukuku, devlete karşı işlenen suçlar, *crimen maiestatis*, *vis*, görevi kötüye kullanma.

SOME CRIMES AND PUNISHMENT
AGAINST THE STATE IN ROME

ABSTRACT

In this article, some crimes against the state with regard to secular law and the punishments related to these crimes are analyzed. In Rome, when speaking of the crimes against the state, treason, sedition defined as *vis*; and racketeering, embezzlement, rigging the elections, counterfeiting of money that can be committed by office holders or the persons desiring to hold an office are mainly considered, which are regarded as felony offences. Some of these acts were defined as crimes as of the early times, and some were defined as crimes in late Rome. Furthermore, punishments for these acts defined as crime were either aggravated or mitigated with regard to the conditions of the era.

Keywords: Roman Criminal Law, crimes against the state, *crimen maiestatis*, *vis*, official misconduct.

GİRİŞ

Roma'da devlete karşı işlenen suçlar dediğimizde, "laik hukuk" açısından devlete karşı işlenen suçlar incelenir. Roma tanrılarına veya Hristiyanlığın kabulünden sonra, devletin dinine karşı işlenen suçlar ayrıca incelenmiştir. Çünkü bu suçlar tam anlamıyla Roma Ceza Hukuku'nun kapsamında girmezlerdi.

Roma, büyük bir imparatorluk haline gelmeden evvel, Roma vatandaşları tarafından devlete karşı işlenen suçlar ölümle cezalandırılırdı. Oniki Levha Kanunu da bu tip suçlara yer vermişti^[1]. Roma'da devlete karşı suçlar denildiğinde; öncelikle vatan hainliği ve sıklıkla *vis* olarak tanımlanan isyana teşvik suçları, makam sahibi olan ya da bu makamı elde etme gayreti içinde olan kişilerce işlenebilecek olan haraç kesme, devlet görevlilerinin kamu malını zimmete geçirmeleri, seçimlere fesat karıştırma ve yasadışı işler yürütme veya müdahil olma, sahte para basma ve son olarak da umuma ait gıda tedarikine karşı işlenen suçlar anlaşılır.

Başlarda ölüm cezası ile yaptırıma tabi tutulan devlete karşı işlenen suçlar için sonraki devirlerde sürgün, para cezası, suçlunun gömülmemesi, yakınlarının yas tutmasının yasaklanması, hatirasının lekelenmesi, mallarının devlet tarafından müsadere edilmesi gibi bir takım başka yaptırımlar da öngörülmüştü^[2].

I. VATANA İHANET

Vatan hainliğini tanımlamak için Latince *perduellio* ve *maiestas* kelimeleri kullanılmıştı. Bu suçu daha doğru bir şekilde ifade etmek gerekirse, *crimen laesae maiestatis, populus Romanus*'un ya da imparatorun kutsallığına ve büyüklüğüne gölge düşürmekti. *Perduellio* daha eski bir kelimedir. *Perduellio*, düşman anlamına gelen *perduellis* ve savaş anlamına gelen *bellum* kelimelerini içerirdi^[3]. Öte yandan, *crimen inminutae maiestatis* ilk olarak *tribunus plebis*'lerin en kutsal ve yüce konumlarını korumak için düzenlenmiş, ancak zaman içinde daha üstün olana karşı olan ödevleri yerine getirmemekle ilişkili hale gelmişti. Bu anlam, İmparatorluk Dönemi boyunca *crimen laesae maiestatis*'in neden resmi kavram haline geldiğini de açıklamaktadır. Çünkü İmparatorluk Dönemi'nde, özellikle *pax Romana* döneminde, dış düşman az vardı, asıl mücadele içerdeydi^[4].

[1] Okandan, s. 327. *sadalicia'duğu birlikti. (Berger(infamia)p edilebileceği kanaatindeyiz. günümüzde geçerliliğini koruyan birçok suç tipinin tanınma*

[2] Adam/ Boyd/ Da Ponte, s. 292.

[3] von Bar, s. 16.

[4] Robinson, s. 74.

Vatana ihanet, devlete karşı işlenen suçlar içinde en eski olanıydı. Bu şekilde bakıldığında topluma karşı işlenmiş bir suç olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla, vatan hainliği yani *perduellio*, Cumhuriyet Dönemi meclis yargılamalarının öncelikli olarak ilgilendiği bir suçtu^[5]. M.Ö. 2. ve 1. yüzyıllarda vatan hainliği kavramı geliştirildiğinde ve *maiestas* olarak algılanmaya başlandığında, vatan hainliği, *res repetundae*^[6] ve *vis* birbiriyle örtüşür hale gelmişti. İnfiale sebep olan ya da politik amaçlarla yapılan şiddet eylemleri özellikle şiddet yani *vis* suçu kapsamındaydı. Şiddet suçu, hem *sciariis* hem de *de maiestate*'ye daha açık anlamlar kazandırmıştır. Bu derece geniş kategorilerin olması da, birbiriyle alakalı suçların adli takibinin tek bir mahkeme tarafından yapılmasını mantıklı kılmıştı, öyle ki tanımlamaların çok dar olması halinde, farklı *quaestiones*^[7]'in baktığı, birbirini takip eden davaların görülmesi gerekirdi, ki bu durum da zaman zaman yaşanmıştı. Vatan hainliği devlete karşı silahlanmak, izin verilmeden savaş açmak ya da asker toplamak, ordulara pusu kurmak, askerden kaçmak fiillerini kapsamakta ve dahası sözlü söylemler ve fiiller de vatan hainliği kapsamındaydı.

Vatana ihanet hakkında ilk *questio perpetua*, M.Ö. 103 yılında *lex Apuleia*^[8] ile kurulmuştu. Bu Kanun *maiestas* ve *maiestas populi romani* *diminitua*'yı düzenlemişti. İç savaş çıkmasına sebep olanları yargılamak için ise, M.Ö. 90 yılında *lex Varia*^[9] yayınlanmıştı ve bu Kanun ile de bir mahkeme kurulmuştu. İç savaş çıkmasına sebep olmak, *maiestas* kapsamına giren bir fiildi. Sulla Dönemi'nde de vatana ihanet suçunu yargılayan *questio perpetuae* reforme edilmişti. Caesar, bu suç için hükme bağlanan gönüllü sürgün ve nadiren uygulanan idam cezasının yerine, ateş ve suya erişmekten men edilme getirmişti. *Lex Apuleia* ve *lex Varia*, halk meclisinde görülen *perduellio* veya *maiestas* davalarını da kendi kapsamına alıp, *quaestio*'da yargılanmasını sağlamıştı^[10].

[5] Cloud, s. 502.

[6] Cloud, s. 514.

[7] *Quaestio* (çoğulu: *Quaestiones*): Özel bir *praetor*'un başkanlığını yaptığı ceza mahkemesi. Bu mahkemelerden her birisi, vatana ihanet (*maiestas*); rüşvet (*peculatus*), evrakta tahrifat gibi ayrı bir suç kategorisini görmekle yetkiliydi. Otuz veya daha fazla kişinin olduğu bir jüriden (*iudicis*) oluşurdu. Önceleri bir sorgu hakimliği gibi kurulmuştu. (*quaestio*'nun kelime anlamı: sual, sorgu) *Lex Calpurnia Repertundarum* (M.Ö. 149) ile sonraları sürekli kurum haline geldiler (*Quaestiones perpetuae*), İmparatorluk Dönemi'nde yavaş yavaş önemlerini kaybettiler. (Umur, s. 175.)

[8] *Lex Apuleia de maiestate: Crimen maiestatis* hakkındaki ilk kanun. (Berger, s. 547).

[9] *Lex Varia*: Bir düşman ülkeye Roma'ya karşı silahlanmaları için "yardım ve tavsiye" (*ope et consilio*) vererek vatan hainliği yapanları cezalandırmaktadır. (Berger, s. 561).

[10] Ayiter, s. 350; Robinson, s. 75; Harries, s. 72-73.

Vatan hainliği geniş kapsamlı bir suç olduğu ve dahası kurulu düzene karşı işlenen bir suç olduğu için, vatan hainliğinin tanımı hükümetten hükümete değişebilmekteydi. Ancak, vatan hainliği kapsamına giren ve her dönemde suç kabul edilen bazı değişmez fiiller vardı. Romalılara karşı silahlanmak her zaman için vatana ihanet suçunu oluştururdu. Aynı şekilde, izin verilmeden düşmanla irtibat halinde olmak (şifre vermek ya da sığınmak yoluyla) ya da kötü niyet taşıyarak düşmana yardım etmek (ateş yakmaları için çakmak taşı satmak gibi) ya da barbarlara nasıl gemi yapılacağını öğretmek de vatana ihanet suçunu oluşturan fiillerdi^[11]. Düşmanı tahrik etmek^[12] ya da bir Roma vatandaşını düşmana teslim etmek, Oniki Levha Kanunları'nda düzenlenen ve ölüm cezasına hükmedilen suçlardı. Vatana ihanet sayılan diğer eylemlere örnek olarak da kötü niyet taşıyarak Roma ordusunu pusuya düşürmek veya orduya ihanet etmek, düşmanın kaçmasına neden olmak, bir düşmana silah ya da para sağlayarak yardım etmek ve bölgenin ya da civitas'ın ihanetinde^[13] rol almak eylemleri sayılmıştı^[14].

Vatan hainliğinin bazı türleri ise kanuni yetkisi olan kişilerce işlenebilirdi. Yerel yöneticilerin bu kapsama giren hukuka aykırı fiilleri Cumhuriyet Dönemi'nde sık görülen suçlardandı. İmparatorun emri olmadan, kötünüyet taşıyarak rehinelere öldürmek vatana ihanet türünden bir suçtu^[15] ve bu suç elbette bir generalin ya da bir yöneticinin işleyebileceği bir suçtu. Halefi geldiğinde sahip olduğu makamı bırakmayan yönetici de vatana ihanetten suçlanabilirdi^[16]. İmparatorun emri olmadan savaş açmak ya da zorla asker veya ordu toplamak sıradan insanların işleyeceği türden suçlar değildi, bu suçlar da ancak komutanlar ya da yöneticiler tarafından işlenebilirdi. Müttefikleri düşman edecek, art niyet güderek düşman kralın teslim olmasına engel olacak davranışlar ile *respublica*'nın çıkarlarıyla ters düşecek şekilde rehinelere iade etmek, düşmana para ya da hayvan vermek de bir komutanın işleyeceği türden suçlardı^[17]. Savaş

[11] D. 39.4.11 pr.

[12] D. 48.4.3.

[13] D. 48.4.4 pr.

[14] Ayiter, s. 356-357.

[15] D. 48.4.1.1.

[16] D. 48.4.2.

[17] D. 48.4.4.

alanında çatışmadan teslim olmak, orduyu terk etmek ya da bir ordugahı teslim etmek de *lex Iulia*^[18] bağlamında vatan hainliği^[19] suçu sayılırdı^[20].

Normal şartlar altında, bir askerin sıradan bir vatandaşa göre daha büyük bir sadakat görevi olduğu düşünülür. Düşmana istihbarat sızdıran keşif birlikleri vatan hainleriydi. Aynı şekilde, keşif sırasında düşmanla karşılaşp da onlara göğüs germek yerine kaçan keşif birlikleri ile siperlerini terk edip giden askerler de ölüm cezasıyla cezalandırılmayı hak ederlerdi^[21]. Askerden kaçıp düşmana sığınmak, ağırlaştırılmış idam cezasıyla cezalandırılırdı ve hatta barış zamanlarında verilen cezalar daha hafif olsa da, askerden kaçmaya teşebbüs etmek dahi ölüm cezasına mahkumiyete sebep olurdu^[22]. Benzer şekilde, kendinden yüksek rütbeli bir subaya el kaldırmak da doğası gereği vatan hainliği türünden olan ve ölüm cezasına hükmedilen bir suçtu^[23]. Ayrıca, imparatorluk kanunlarını tahrif etmek ya da kopyasını yapmak da bir asker için oldukça ağırlaştırılmış bir vatan hainliği^[24] suçuna vücut verirdi^[25].

Yukarıda sayılanlar dışında, herhangi bir *magistra*'yı ya da Roma halkının diğer memurlarını öldürmeyi amaçlayacak şekilde komplo kurmak, devletin çıkarlarına karşı silahlı ya da başka şekilde çete toplayarak, tapınakları ya da diğer mekanları işgal ederek ya da askeri birlikleri infiale ve başkaldırmaya teşvik etmek suretiyle işlenebilecek, dahili fesatlık da vatan hainliğinden yargılanma sonucunu doğururdu.^[26] Benzer bir suç da, bir kimseyi devlete karşı gelmesi için ya da vatan hainliğinden hüküm giymiş birinin kaçırılmasına göz yumması

[18] *Lex Iulia iudiciorum publicorum*: (M. Ö. 17) Bu *Augustus* Dönemi Kanunu; özel hukuk yargılamalarına ilişkin diğer usul hukuku kuralları (*Lex Iulia Iudiciorum Privatorum*) birlikte *leges Iuliae iudicariae*'yi oluşturmaktadır. *Legis actio*'lar usulünden *formula* usulüne geçişi tamamlayan *Lex Aebutia* ile birlikte mevzuat olarak anılmaktadırlar. Kanunlar'da yer verilen kurallar, kısmen *Iustinianus*'un *Digesta*'sındaki atıflardan kısmen de hukuki (*Gaius*'un *Institutiones*'i, *Fragmenta Vaticana*) ve edebi kaynaklardan bilinmektedir. Yargı işleri ile ilgilenen *magistra*'lıklar ve hakimler, bir davadaki taraflar ve avukatları, şahitlik ve benzeri konularda çeşitli meselelerle ilgili hükümler içermektedirler. Bir anlamda usul kanunu niteliğindedirler. (Berger, s. 554.)

[19] D. 48.4.3.

[20] Ayiter, s. 356-357.

[21] D. 49.16.6.4; D. 49.16.3.4.

[22] D. 48.4.2.

[23] D. 49.16.6.1.; D. 49.16.13.4.

[24] D. 48.4.7.4.

[25] Ayiter, s. 356-357.

[26] D. 48.4.1.1.

için yemin etmeye teşvik etmek suçuydu^[27]. Vatan hainliğinin diğer türleri de bir kralın ya da *magistra*'nın *provocatio* ile olan bağıni koparmaya çalışmak ya da çağırılmadan sürgünden dönmektir^[28].

Lex Iulia maiestatis kapsamına giren diğer suçların sınırları çok net değildi. Bu suçlar arasında, bilerek ve isteyerek kamu arşivlerine sahte kayıt girmek ya da girilmesini emretmek vardı^[29]. Bir hakimi yanlış bir karar verdiği için vatan hainliği ile suçlamak da olası bir durumdu. Bir diğer suç da, sivil bir vatandaşın bilerek ve kötüniyet taşıyarak devletin bir memuruymuş gibi davranmasıydı^[30]. Binanın parasını kendi ödemediği sürece, bir yöneticinin ya da herhangi başka birinin, kamu binalarına imparatorun başkasının ismini yazdırması da bu kapsamda suç sayılırdı^[31]. Son İmparatorluk Dönemi'nde, vatan hainliği ile suçlanan biri adına araya girip af dileyen bir kimsenin kendisinin de vatan hainliği ile suçlandığı görülmüştü, oysa eski dönemlerde bir vatan haini için yas tutmak yasaklanmaktan daha öteye gitmemişti^[32].

Son olarak, imparatorun veya imparatorun ailesinin onurunu lekeleyen suçlar olan suçları vardı. *Augustus* ve sonrası imparatorlar kendilerini tanrılar olarak görmemişti ve Son İmparatorluk Dönemi'ne kadar kutsala saygısızlık etme ve tanrıya sövme eylemleri ağır suçlar kapsamında değildi. Bir imparatorun beğenilmemiş heykellerini eritmek de suç değildi, nitekim *senatus*'un bu kişiyi beraat ettirdiğine dair metinler bulunmaktaydı^[33]. Yine mahkeme, bakıma ihtiyacı olan bir heykelin restorasyonunun yapılmasının vatan hainliği türünden bir suç olmadığını tespit etmişti. Ayrıca *Severus* ve *Caracalla*'ya ait imparatorluk emirnameleri, şans eseri fırlatılan bir taşla imparatorun heykelini vurmanın vatan hainliği türünden bir suç olmadığını düzenlemişti^[34]. Aynı imparatorların başka fermanlarında da, kutsanmamış sahte imparatorluk portrelerini satmanın *maiestas* suçunu oluşturmadığını ama eğer kutsanmışsa bu suçu oluşturacağını düzenlemişti^[35]. Daha sonraki dönemlerde, imparatorların kutsal kabul edilmesi ile, imparatora has mor rengi kullanmanın dahi vatan

[27] D. 48.4.4 pr.

[28] Robinson, s.76.

[29] D. 48.4.2.

[30] D. 48.4.3.

[31] D. 50.10.3.2; D. 50.10.4.

[32] D. 3.2.11.2.

[33] D. 48.4.4.1.

[34] D. 48.4.5.pr-1.

[35] D. 48.4.5.2.

hainliği suçunu oluşturduğu kabul edilmişti. Bundan çok önceleri, astrologlara imparatorun ne kadar yaşayacağını sormak ya da ruhu (*anima*) üzerine yemin etmeyi reddetmek potansiyel olarak vatan hainliği türünden fiiller olarak kabul ediliyordu. İmparatorun zekasına düşüncesizce küfretmek, kişinin yargılanmasına sebep olurdu. Kişinin küfretmesi ve dolayısıyla yeminini yerine getirmemesi dayak cezasıyla cezalandırılırdı^[36]. İmparatora küfretmekle ilgili çok ilginç bir metin bulunmaktadır:

Normal şartlarda dava ehliyeti olmayan adı kötüye çıkmış olanlar, askerler, köleler ve azatlıların, işlenen suç vatan hainliği olduğunda; efendilerine ve kadınlara karşı dahi dava açılması mümkün kılınmıştı^[37]. Ancak, bir mahkeme üyesinin tavsiye ettiği üzere, yargıç, imparatorluk makamına hürmet göstermek konusunda çok hevesli olmamalı, vakayı ve suçlanan kişinin karakterini incelemeli ve olağan bir dil sürçmesini cezalandırmamalıydı^[38]. Vatan hainliğiyle suçlanan kişinin hangi kaynaklara sahip olduğu, hangi suç ortaklarıyla ilişkili olduğunu bulmak önemliydi. Birini vatan hainliğiyle suçlamak riskli bir eylemdi çünkü suçlamayı yapanların kendileri de işkenceye maruz kalabilirdi. Nitekim Son İmparatorluk Dönemi'nde vatan hainliği ile suçlanan hemen hemen herkese, statüsüne bakılmaksızın işkence yapılması durumun ciddiyetini göstermesi açısından önemlidir.

Cumhuriyet Dönemi'nde, *perduellio*'ya ölüm cezası verilmesi olağan bir durumdu. Ancak bazı suçlamalar politik olarak o kadar karmaşık olurdu ki; yasal dayanak bulmak zor olabilmekteydi ve bu durumda ceza sürgün olabiliyordu. *Principatus* Dönemi'nde, mallarına el konulduktan sonra kişiye ölüm cezası verilmesi, vatana ağır ihanetin olağan cezasıydı ama ağırlaştırıcı bir sebep yok ise daha hafif cezalara hükmedilirdi. *Severus*'a göre, mahkum edilmiş bir adamın azatlılarının mallarına el konulmamalıydı^[39]. Burada kastedilen mallar muhtemelen efendi tarafından talep edilebilecek olan azatlıların maldan paylarına düşen hisseleriydi. Ayrıca eğer bir kişi vatan hainliği ya da *perduellio* suçlaması altındayken ölürse ve mirasçıları da bu kişiyi aklayamayıp mallarını üzerlerine geçiremezlerse, kişinin suçlu olduğu kabul edilir ve bu kişinin hatırası *infamis* ilan edilir ve mallarına el konurdu^[40]. Zaten ölü olan birine ölüm cezası verilmesi ve bu kişinin soyundan gelenlerin de kanı bozuk olarak yaftalanmaları

[36] D. 12.2.13.6.

[37] D. 48.4.7 pr-2.; D. 48.4.8.

[38] D. 48.4.7.3.

[39] D. 48.4.9.

[40] D. 48.2.20.

Son İmparatorluk Dönemi'nde ortaya çıkmıştı. *Damnatio memoriae*^[41] aynı zamanda sevilmemiş imparatorlara karşı da politik bir tedbir olarak oylanmıştı. İmparatorluk Dönemi'nde vatana ihanet suçunun kapsamının genişlediği açıktı. Nitekim sadece imparatorun hayatını tehlikeye düşürebilecek bir söz değil, imparatora karşı saygısızlık olarak değerlendirilebilen her türlü söz ve davranış da bu kapsama alınmıştı^[42].

II. İSYANA TEŞVİK

Her ne kadar vatana ihanet ve daha hafif olan bir suç olan isyana teşvik etme arasında açık ve net bir sınır olmasa da, daha hafif kabul edilen suçlara daha hafif cezaların verilmesi daha uygundu. Bu tip suçlara kural olarak *vis* cezası verilir. *Vis*'in bir suç olarak görülmesi vatana ihanete göre görecek olarak daha yeniydi.

Vis'in kapsamına giren isyana teşvik suçu, M.Ö. 70'li yıllardaki iç karışıklık zamanlarında yaşanan olayları engellemek ve cezalandırmak için düzenlenmişti. *Vis*'i düzenleyen ilk kanun *lex Lutatia*'ydı ve bu Kanun ile M.Ö.78 yılında *Lepidus*'un isyanı sırasında işlenen suçları yargılamak için *quaestio perpetuae* kurulmuştu. *Lex Lutatia* ile öncelikle *Senatus*'a ya da *magistra*'lara karşı yapılan silahlı saldırıları, ikinci olarak halkın kullanımına açık olan yerlerin ele geçirilmesinin önlenmesini ve üçüncü olarak da halk içine silahlı olarak karışmak anlamına gelen ve *contra rem publicam* fiilleri engelleme ve cezalandırma amacı güdülmüştü. *Sulla* sonrası karışıklık içerisinde, bu Kanun'a dördüncü bir bölüm eklenmiş ve isyan sırasında el konulan malların zamanasımı yoluyla mülkiyetinin kazanılmasını yasaklamıştı. Beşinci bölüm ise, toplumsal karışıklık çıkarmak amacıyla adam toplamayı suç kabul etmişti M.Ö. 78 ile 63 yılları arasında olduğu kesin olan ve muhtemelen M.Ö.78 yılında yayınlanan *lex Plautia de vi*^[43], *lex Lutatia*'nın kapsadığı tüm suçları onaylamış ve *quaestio*'nun yargı yetkisini, *contra rem publicam* olan gerçek kişilere karşı işlenen suçları da

[41] *Damnatio memoriae*: Ölüme mahkum edilen ve infaz edilen ya da cezai yargılama bitmeden ölen bir insanın hatırasından (*memoria damnata*) kaynaklanan itibarsızlık. Yalnızca, vatan hainliği (*maiestas, perduellio*) gibi devlete karşı suçlar bu *ignominia post mortem* hakkında açılırdı. Böylece kişinin hatırasının nihayete erdirilmesi lekelendirirdi. Adı belgelerden çıkarılırdı ve anıtlardan yok edilirdi. Son isteği ve *mortis causa* bağışlamaları geçerliliğini kaybederdi. *Damnatio memoriae*, yönetimi değersiz olan imparatorlara da ömürleri boyunca ya da ölümünden sonra uygulanırdı. İlgili karar *senatus* tarafından verilir. (Berger, s. 423-424).

[42] Türkoğlu, s. 43.

[43] *Lex Plautia de vi*: Zilyetlerin elinden zorla alınmış malların müruru zamanla iktisap edilmelerini yasaklayan kanun (D. 41, 3, 33, 2). (Umur, s. 122).

kapsayacak şekilde genişletmişti^[44]. *Senatus*, M.Ö. 56 yılında yasadışı *sodalicia* ya da *collegia*'lar için Kanun'un öngördüğü cezanın kapsamını genişletti çünkü bunların eylemlerinde şiddet sıkça görülmeye başlamıştı^[45].

III. COLLEGIA'LARIN HUKUKA AYKIRI FAALİYETLERİ

İmparatorluk Dönemi'nde bazı *collegia*^[46]'ların iç karışıklık çıkarma riski, *collegia*'ların yakın takibe alınmasını gerektirmişti. Cumhuriyet Dönemi'nde ise *collegia*'lar sıklıkla *ambitus* ve seçim zamanı yaşanan şiddete neden olmuşlardı^[47]. Gruen'e göre^[48], *Senatus* M.Ö. 56 yılındaki kararında; 'özgürce toplanma hakkını ihlal etmeden, kurumların yasadışı faaliyetlerini kontrol edecek mantıklı yöntemlere yönelmişti'. Aynı sebepten, M.Ö. 55 yılında yayınlanan *lex Licinia* rüşvet ve tehdidi kontrol altında tutmak için yayınlanmış ama muhtemelen bu kanun *sodalitates*^[49]'i yasal haklarından men etmemişti. Ortak bir fonu ve bir mali işler sorumlusu ya da yöneticisi olan *collegia*'nın bütün türleri, *senatus*'dan ya da İmparator'dan özel izinler almak ihtiyacı zorundaydı ve askerlerin bunlara üye olmalarına kesinlikle izin verilmemişti^[50]. Bir tek defin kulüplerine tolerans gösterilmişti ve hatta köleler bile bu kulüplere üye olabilirdi ama yaptıkları düzenli toplantılar ayda bir kereden daha sık olamazdı^[51]. Bu durum aynı zamanda Hristiyanların neden hiç yasal *collegia* kurmamış olmalarının da bir sebebiydi. Çünkü Hristiyanlar ibadet etmek için haftada bir kez toplanmak zorundalardı. *Collegia* ortada var olan bir suçtan çok, kamu düzeni için tehdit teşkil ediyordu ama çok ağır şekilde bastırılabilirlerdi^[52]. *Collegia* ile ilgili suçlamalar Şehir Valisi'ne yapılırdı^[53].

[44] Gruen, s. 225-7.

[45] D. 47.22.2.

[46] *Collegia*: Farklı türlerden ve farklı amaçlar (mesleki, kültürel, bağış, din) için kurulan birlikler. Rahiplerin *collegia*'sı yanında, tacirler, zanaatkarlar ve işçilerin de *collegia*'ları mevcuttu. (Berger, s. 395).

[47] Marshall, s. 94, 262-263.

[48] Gruen, s. 229.

[49] *Sodalitates* (*sodalicia*): Belirli bir takım amaçlar çerçevesinde, bir *magistra*'nın etrafında toplanan bir grup insan. Siyasi yaşamda *sodalicia*'lar seçim kampanyasında bir aday için hukuk dışı olarak çalışan kimselerin oluşturduğu birlikti. (Berger, s. 709-710).

[50] D. 47.22; D. 3.4.1.; D. 47.11.2.; D. 50.6.6.12.

[51] Duff, s. 110-115.

[52] D. 47.22.2.

[53] D. 1.12.1.14.

Son İmparatorluk Dönemi'nde, sıradan bir vatandaşı himaye altına alarak korumaya yeltenmek ya da bir duruşma sırasında gücü kullanmak, karışıklık çıkarmaya yönelik eylemler olarak değerlendirilirdi. Bağımsız davranış olan *potentes*'i tanımlamak için vatan hainliği demek çok aşırı kaçıyordu, bu davranışta bulunanlar hükümetin otoritesini sarsmış olsalar bile vatan hainliği suçlaması çok aşırıydı. Bu kişileri sadece para cezasıyla cezalandırmak, özellikle de bu cezanın tatbik edilmesi olası değilken, iç savaşa ya da ciddi sadakatsizliğe sebep olmazdı. Fesat çıkarmak adına yapılan eylemler ile tam tamına vatan hainliği dediğimiz eylemler arasındaki sınır çok belli değildi. Örneğin, fesat çıkarmak için insanları kışkırtan ya da ortalığı karıştıran eylemlerin arkasındaki kişilere verilen cezalar, sahip oldukları makama göre; çarmıha gerilme, vahşi hayvanlara atılma ya da ıssız bir adaya sürülme idi.

IV. *MAGISTRA*'LARIN GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMALARI

A. *Vis Publica*

Yukarıda da gördüğümüz gibi, *vis*^[54] hakkındaki bazı kanunlar spesifik olarak *magistra*'ların gücü kötüye kullanmalarını düzenlemişti. Bir fiilin hukuken gücü kötüye kullanma hali olması, bu fiil ancak iyi bir vatandaşa karşı yapılırsa mümkündü. Adı kötüye çıkmış ya da diğer itibarsız kişiler, gelişigüzel kaba muameleye karşı korunmazdı. Bir vatandaşa, temyiz hakkına karşı gelecek şekilde kötü muamelede bulunmaktan ve suçlanan kişiyi bağlayarak ya da başka şekilde kişinin temyiz hakkını kullanmaktan ya da günü geldiğinde Roma'da hazır bulunmaktan alıkoymak bu suçta vücut veren bazı fiillerdi^[55].

Magistra'ların başkanlık görevini üstlendikleri mahkemelerde, *magistra*'ların emirlerine uyulmayarak düzenin bozulması, *magistra* olmayan bir kimsenin *magistra*'ymış gibi davranarak onların yetkilerini kullanması da bu suç tipi altında düzenlenmişti^[56].

[54] *Vis*: Kuvvet, cebir. Bir işin yapılmasında cebir ve tazyik kullanma. Hür kimse üzerinde hakimiyet: *vi sac potestas* (Bkz. *Metus, rapina*) (Umur, Lügat, s. 224). Bir suç olarak *vis*; görevi kötüye kullanma, isyana teşvik ve kamu düzenini bozma, silahlı soygunculuk ve cinsel saldırıları da kapsayacak şekilde saldırı suçu gibi birçok suçu kapsardı.

[55] D. 48.6.8.

[56] Türkoğlu, s. 44.

B. *Res Repetundae*^[57]

Haraç kesme ile ilgili kanunlar arasında, M.Ö. 149 yılında yayınlanan *lex Calpurnia (repetundarum)*, sadece şehirdeki Roma vatandaşlarını korumayı amaçlamıştı^[58]. *Lex Acilia (repetundarum)* yürürlüğe girinceye kadar, suçun kapsamı göçebe köylülerden ve özellikle *Latin*'ler ve *socii*'lerden^[59] haraç kesmeyi kapsayacak şekilde genişlemişti. M.Ö. 104 yılında kabul edilen *lex Servilia Glaucia* suçun yükümlüğünü, haraç kesen asıl kişilerin yanında uygunsuz parayı alan kişileri de kapsayacak şekilde genişletmişti. M.Ö. 59 yılındaki *lex Iulia* önemli değişiklik içermekteydi. Suçun kapsamı, parasal menfaat için haraç kesmekten, makamı suistimal etmeyi cezalandıran bir suç haline gelmişti^[60].

Res repetundae olarak bilinen suç, bir *magistra* ya da diğer bir devlet makamında bulunan kişinin, bölgelerde yaşayanlardan uygunsuz bir şekilde haraç kesmesini kapsıyordu^[61]. Genelde yalnızca bir bölgede yönetici olan *senatus* üyeleri bu suçtan yükümlü olabiliyorlardı, ancak *lex Iulia* bu *senatus* üyelerinin mahiyetlerini (*comites*)^[62] de yükümlü bırakacak şekilde genişletilmişti^[63]. *Senatus*'un bir kararıyla, bu yükümlülük kişilerin karılarını da kapsayacak şekilde genişletildi^[64]. Hatta bu suçun, sadece *magistra*'lar tarafından değil, diğer kamu görevlileri ve hatta avukatlar tarafından da işlenebileceği düzenlendi^[65]. Haraç kesme suçlarının büyük çoğunluğu parasal menfaat, kazanç amaçlıydı. Özellikle hediye kabul etme^[66], ticaret yapma, ticari gemi sahibi olma, yenisiyle

[57] Lintott, s.4.

[58] Richardson, s. 4.

[59] *Societas*: iki veya daha fazla kişi arasında kar ve zarar paylaşmak amacıyla akdedilen ortaklık sözleşmesi. Ortaklar (*socii*) arasındaki sözleşme ilişkisi yalnızca ortakların rızasından (*consensus*) doğar. (Berger, s. 708).

[60] D. 1.9.2.

[61] D. 48.11.1 pr.

[62] *Comites*: Cumhuriyet Dönemi'nde ve İmparatorluk Dönemi'nin başlarında bir *magistra*'ya (bkz. *cohors*) ya da eyalet valisine tabi memuriyetler. (Berger, s. 397).

[63] D. 48.11.5.

[64] D. 1.16.4.2.

[65] Johnston, s. 128.

[66] Kanun'da kimlerden hediye almanın suç teşkil etmeyeceği ve hangi hediyelerin kabul edilebileceği açıkça istisna göstermişti. Örneğin yakın akrabalarından gelen hediyeler uygun kabul edilirdi. (D. 48.11.1.1.)

değiştirmek dışında köle almak, yiyecek talep etme (ya da değeri karşılığında harçlık isteme) ^[67] ve bu türden diğer suçlar örnek verilebilir ^[68].

Makamın (gücün) kötüye kullanılması kapsamında suç oluşturan diğer fiiller; bir hukuk ya da ceza davasıyla ilgili karar vermek ya da kadar vermektan geri durmak için ^[69] para almak ve kişinin görevinin gereğini yerine getirmemek için rüşvet almak idi ^[70]. Kanun, bir delili sunmak ya da saklamak için veya dava açmak ya da açmamak için rüşvet almak suçlarını da kapsamıştı. Bu suçların cezası bu kişileri bir daha delil sunmaktan, dava açmaktan ve yargıçlık yapmaktan men etmekte ^[71]. Yine bir *praetor*'un görevi sırasında harcamalarındaki uygunsuzluklar ve bir yıl içinde değeri 100 altını geçen hediyeler kabul etmesi de bu suç kapsamında kabul edilmişti. *Lex Iulia*, açıkça yargılama yetkisine sahip bir yöneticinin (hakimler ve mahkeme üyeleri de bu kapsamda kabul edilmişti) yargılama yetkileri nedeniyle sahip oldukları güçleri ilgilendiren konularda rüşvet almayı yasaklamakla kalmamış, kamuya has işlerin uygunsuzca onaylanması gibi yönetime ilişkin işlerdeki rüşveti de yasaklamıştı. Bu yasaklamalar umuma ait gıda tedarikini ve binaların bakımı hakkındaki hükümleri de içerecek şekilde tanımlanmıştı ^[72]. Böylece, *maiestas*, *peculatus* ve *vis* birbirleriyle örtüşmüştü. Son İmparatorluk Dönemi'nde, imparatorların halktan, yolsuzluğa bulaşan memurları şikayet etmelerini istediği ve düşük rütbeli memurlara, eğer daha sonra kendileri de suçtan mesul olmak istemiyorlarsa, yolsuzluk yapan amirlerini şikayet etmelerini emrettiği görülmekteydi ^[73].

Bu suç için *Caesar*'ın verdiği ceza, suya ve ateşe erişimden men edilmektir. Eğer sürgünden affedilmeden dönülmüşse, ceza, kanuna karşı gelmiş olma nedeniyle tekrar sürgün edilmektir. Çünkü *Caesar* bu cezayı, *quaestiones de vi* ve *de maiestae* kapsamında bir suç olarak düzenlemişti. *Sulla* sonrası dönemde, *repetundae* zaman zaman ölüm cezası getiren ağır bir suç olarak görülmüştü. *Repetundae* nedeniyle ölüm cezasına hükmedilmesi, genelde anılan dönemde yargıdaki yozlaşmanın artması nedeniyle, masum kişilerin ölüm cezasına hükmedilmesi gibi olaylar arttığından, bu tip olayların önüne geçmek için getirilmişti. Çünkü kural olarak böyle bir suçun İmparatorluk Dönemi'ndeki cezası ölüm cezası ya

[67] D. 1.16.6.3.

[68] Ayiter, s.363; Harries, s. 61-63.

[69] D. 48.11.3.

[70] D. 48.11.4.; D. 48.11.9

[71] D. 48.11.6 pr-2.

[72] D. 48.11.7 pr., 2-3.

[73] Harries, s. 61-65.

da ıssız bir adaya sürülmekti^[74]. Daha önceki kanunlarda hakim unsur olan ve hırsızlık suçunda da gördüğümüz zararı tazmin ilkesi olması gerektiği şekilde varlığını sürdürmüştü. Çünkü bu suç aynı zamanda bir sebepsiz zenginleşmeye de sebep oluyordu. Bu nedenle bu suçtan hüküm giyen kişinin mirasçıları, kişinin ölümünden sonraki bir yıl boyunca suçtan sorumlu olmaya devam ederlerdi^[75]. Klasik Hukuk Dönemi'nin sonlarında ise, bu suç için makamdan azledilme cezası bazı durumlarda yeterli bir ceza olarak kabul edilmişti. Bu suç için kural olarak, hukuka aykırı şekilde alınan şeylerin iadesini takiben sebep olunan zararın iki, hatta bazen dört katını ödeme cezasına hükmedilirdi. İmparatorluk Dönemi'nde ise, çoğunlukla, failin dahil olduğu sosyal statüsünü ve varsa rütbesini kaybetmesi ile cezalandırıldığı görülür^[76].

C. *Peculatus* ve *Residuis*, Kutsala Hakaret Etme

Peculatus (ihtilas), devlet malını çalmak, zimmetine geçirmek anlamındaydı. Roma'da *quaestio perpetua*'lardan birinin *Sulla* Dönemi'nde yürürlükte olan bir *quaestio de peculatu* olduğu kabul edilir. Ayrıca bu mahkeme *quaestio de sicariis* ve *quaestio testamentaria nummari* ile beraber anılmıştır.

İhtilas, kural olarak sadece *magistra*'lar tarafından işlenen bir suçtu. *Lex Iulia*, kutsal ve dini amaçlar ya da kamu yararı için ayrılmış parayı almak, aktarmak ya da dönüştürmek suretiyle kanuna aykırı kazanç elde etmeyi ve ayrıca bu paraların yetkisi olmayan başka kişilerce ele geçirilmesini suç olarak kabul etmiş ve ceza hükümleri düzenlenmişti^[77]. Kamuya ait altının ayarını düşürmek ya da bunu yapanlara izin vermek de bu Kanun kapsamında suçtu^[78]. Darphanelerde çalışan ve kamuya ait olan kölelerin, darphanenin sınırları dışında, kamu damgasıyla kendileri için para basmaları halinde, bu köleler sahtecilik ya da para basma suçundan ziyade zimmetine para geçirme suçunu işlemiş olurlardı. Yasal bir şekilde basılmış tedavüle girmeden çalmaları halinde de zimmete para geçirme suçundan sorumlu olurlardı^[79].

Zimmete para geçirme suçunun, en azından *Trajan* ve *Hadrianus* zamanlarında, bir belediyenin malları üzerinden de yapılabileceği kabul edilmişti^[80].

[74] D. 48.11.7.3.

[75] D. 48.11.2.

[76] Mackenzie, s. 344.

[77] D. 48.13.11(9).2.4.

[78] D. 48.13.1.

[79] Ayiter, s. 352; Robinson, s. 83.

[80] D. 48.13.5.4(4.7).

Kanun'un kapsamı önce, üzerinde bir kanun ya da resmi bir harita işlenmiş tabletleri yerlerinden kaldırmayı ya da onları tahrif etmeyi de kapsayacak şekilde genişletilmiş, daha sonra kamu kayıtlarında herhangi bir silme ya da ekleme yapmayı da kapsayacak şekilde genişletilmişti.^[81] Kamu kayıtlarının yetkisiz bir şekilde kopyalanmasına ya da incelenmesine izin vermek, *Senatus*'un verdiği bir karara göre zimmete para geçirme suçu sayılmıştı^[82].

Kamu mallarını çalmak, yani zimmete para geçirmek ile emanet edilen kamuya ait parayı kötüye kullanma fakat hedeflenen amaç için paranın tamamını tüketmeme durumları arasında bir ayırım yapılmıştı^[83]. Bahsi geçen bu para bir özel hukuk kapsamındaki iş sonucunda elde edilmiş olabilirdi. (Örneğin, kiralama, satış, gıda maddeleri karşılığı ya da uygun olan herhangi bir kamu harcaması)^[84].

Peculatus suçuna benzeyen bir diğer suç da, kutsal ya da dini yerlere ait olan parayı ya da diğer şeyleri almak, kutsala saygısızlık suçunu (*sacrilegium*) oluştururdu. Ancak bu suç dine küfretmek değil onursuzluk suçu olarak görülürdü^[85]. Kendi *quaestio*'su olan bir suç değildi, ama bu suçu işleyenler *quaestio peculatus* önünde yargılanır ve *lex Iulia peculatus*'a göre cezalandırılırlardı^[86]. Ancak bu yargılama *extra ordinem* usulü uygulanacak mahkeme yoksa geçerliydi. Son İmparatorluk Dönemi'nde kutsala saygısızlık etmek, kamu malını çalmanın bir türü olmaktan çıkmış ve dine karşı ya da imparatorluk makamının kutsallığına karşı işlenen bir suç haline gelmişti ve imparator tarafından seçilen yargıçların liyakatini sorgulamakla işlenen kutsala saygısızlık suçu gibi cezalandırılmıştı^[87].

Kural olarak, *lex Iulia*'nın zimmete para geçirme için öngördüğü ceza, su ve ateşe erişimden men edilmektir. *Res repetundae*'de de olduğu gibi, soruşturmanın

[81] D. 48.13.10(8).

[82] D. 48.13.11(9).5.

[83] D. 48.13.2.; D. 48.13.11(9).6.

[84] D. 48.13.5 pr-1(4.3-4).

[85] D. 48.13.4 pr-1.

[86] Ayiter, s. 352.

[87] Türkoğlu, s. 49-50.

sonunda *litis aestimatio*^[88] olurdu^[89]. Bu suçta, İmparatorluk Dönemi'nde verilen ceza ise, mal edinme hakkının elinden alınması sonrası sürgüne göndermekti^[90]. Arta kalan parayı zimmete geçirme suçunda ise, devlete borçlu olunan miktarın üçte biri kadar para cezası verilirdi^[91]. Kamunun parasını ya da arta kalan parasını zimmete geçirmek suçlarında, *res repetundae*'de de olduğu gibi, suçlunun mirasçuları ceza duruşmalarına katılmakla yükümlü tutulabilirlerdi^[92], çünkü bu durum da aslında bir sebepsiz zenginleşme haliydi. Kutsala saygısızlık etme, imparatorluk emirnamelerinde düzenlendiği üzere, suçun büyüklüğüyle orantılı olarak cezalandırılırdı^[93]. Bir grup kişinin gece vakti bir tapınağa zorla girmeleri ağırlaştırılmış ölüm cezasına hükmedilmesini gerektirirdi. Ama şartların bu kadar ağır olmadığı durumlarda; örneğin birini gündüz vakti alıkoymak gibi, madenlerde çalışmaya gönderilme ya da kişi yüksek sınıftan biriye sürgün cezası yeterli görülmekeydi^[94]. Zimmete para geçirme ve benzeri diğer iki suç için 5 yıllık bir zamanaşımı süresi öngörülmüştü^[95].

[88] *Litis Aestimatio*: İhtilaf mevzuunun takdiri. Hakimin veya hakemin, muayyen para miktarından başka bir şey olan ihtilaf konusunu para olarak takdir etmesi. Bilhassa *formula* usulünde mahkumiyet daima para olarak verildiğinden, hakim, ihtilafın konusu ne olursa olsun, onu paraya tahvil edecek şekilde, kıymetini takdir etmeli idi. Bu hallerde kıymet takdirini bizzat davacı da yapabiliirdi: Davalı, hakimin *clausula arbitraria*'sına uymak istemediği zaman, ihtilaf konusunun takdiri hususunda davacıya tanınan yetki. (Umur, s. 128)

[89] D. 48.1.6, 14.

[90] D. 48.13.3.

[91] D. 48.13.5.2(4.5).

[92] D. 48.13.16(14).

[93] D. 48.13.4. and Punishment, s. 24.uman, Crimelermia)p edilebileceğikanaatindeyiz. günümüzde geçerliliğini koruyan birçok suç tipinin tanınma

[94] D. 48.13.7(6).

[95] Okandan, s. 349; Türkoğlu, s. 48-49.

D. *Ambitus*

Ambitus suçu,^[96] Cumhuriyet Dönemi'nde kamu görevlerine seçilmek amacıyla rüşvet vermek ve bu suça yardım etmek fillerini kapsardı^[97]. Bu suçu önlemek amacıyla çok sayıda kanun çıkartılmıştı^[98]. Bu suçun cezası kural olarak sürgün olmakla birlikte, bazı durumlarda; para cezası, *senatus* üyeliğinden çıkarılma veya kamu görevinden yasak gibi farklı cezalara da hükmedilmişti. Sonraki dönemlerde bu suçun kapsamına; makamı satın almak ya da devlet kademelerindeki nüfuzu sayesinde terfi etmek de girdi.

Seçimlerde yolsuzluk yapma kaynaklara göre, M.Ö. 432 ya da M.Ö. 358 yıllarına kadar giden eski bir suçtu. Bu suçu oluşturan fiilleri sayıp, ceza hükümlerini ayrıntılı düzenleyen ilk kanunlar; M.Ö. 181 yılında çıkarına *lex Cornelia Baebia*^[99] ile, M.Ö. 159 yılında çıkarılmış olan *lex Cornelia Fulvia*^[100] idi^[101].

M.Ö. 181 yılında *consul* olan *M. Baebius* tarafından hazırlanmış olan *lex Cornelia Baebia* seçimlerdeki rüşveti suç olarak düzenleyen ilk kanundu. Bu Kanun sonrasında da seçimlere hile karıştırılmasını önlemeye yönelik *lex Cornelia Fulvia* gibi yasal düzenlemeler yapılmıştı. *Sulla* zamanında ise çıkarılan *Lex Calpurnia de ambitu* ile hem *ambitus*'u yargılamakla görevli bir *quaestio perpetuae* kurulmuştu hem de ceza hükümleri düzenlemişti^[102]. M.Ö. 67 yılında

[96] *Ambitus*: Seçimlerde hukuka aykırı faaliyet. Bir grup kanun (bkz *Lex Aurelia, Calpurnia, Cornelia, Cornelia Baebia, Cornelia Fulvia, Iulia, Poetelia, Pompeia*) adaylar tarafından *magistra*'lıklar için yapılan dürüst olmayan ve yozlaşmış seçim uygulamalarıyla ilgilenmiştir (rüşvet, ziyafetler, sirk gösterileri, uygunsuz araçlarla propaganda). *Ambitus*'a karşı olan hukuki düzenlemeler çok etkin olmamış olabilir zira Cumhuriyet döneminde çeşitli yasaklar tekrarlanmak zorunda kalmıştır ve yine M.Ö. 18 yılında *Augustus*'un *Lex Iulia*'da bazı ılımlaştırmaya kadar yine cezalar gittikçe şiddetli hale gelmiştir. (parasal cezalar, *ius honorum*'da azalma, *Senatus*'tan çıkarılma) (Berger, s. 361.)

[97] Türkoğlu, s. 51.

[98] Ayiter, s. 350; Türkoğlu, s. 51.

[99] *Lex Cornelia baebia de ambitu* (M.Ö. 181): Seçimlerde rüşvete ilişkin en eski kanunlardan biri (bkz. *ambitus*). (Berger, s. 550).

[100] *Lex Cornelia fulvia de ambitu* (M.Ö.159): Bkz. *ambitus*. (Berger, s. 550.)

[101] Harries, s. 59.

[102] *Lex Calpurnia de ambitu*: (M.Ö. 67) Bkz. *ambitus*. (Berger, s. 548). *Ambitus*: Seçimlerde hukuka aykırı faaliyet. Bir grup kanun (bkz. *Lex Aurelia, Calpurnia, Cornelia, Cornelia Baebia, Cornelia Fulvia, Iulia, Poetelia, Pompeia*) adaylar tarafından *magistra*'lıklar için yapılan dürüst olmayan ve yozlaşmış seçim uygulamalarıyla ilgilenmişti. (rüşvet, ziyafetler, sirk gösterileri, uygunsuz araçlarla propaganda). *Ambitus*'a karşı olan hukuki düzenlemeler çok etkin olmamış olabilir çünkü Cumhuriyet Dönemi'nde çeşitli yasakları tekrarlanmak zorunda kalmıştır ve yine M.Ö. 18 yılında *Augustus*'un *Lex Iulia*'da bazı ılımlaştırmasına kadar yine cezalar gittikçe şiddetli hale gelmiştir (para cezaları, *ius honorum*'da azalma, *senatus*'tan çıkarılma, (Berger, s. 361.)

tribunes C. Cornelius, *divisores* adı verilen, seçimlerde görev yapan görevlilerin rüşvet aldıklarının tespit edilmesi halinde, çok ağır biçimde cezalandırılacaklarını ve *praetor*'ların da *edictum*'larında yayımladıkları programlarına uymalarının zorunlu olduğunu içeren bir kanun teklifi hazırlamıştı. *Cornelius* seçimlerde rüşvet verilmesinin önüne ancak bu şekilde geçilebileceğini düşünerek bu kanun teklifini sunmuştu ancak *senatus*, bu kanun teklifine, ağır cezalar ve sert yaptırımların belli bir oranda caydırıcı olabileceğini kabul etmekle birlikte, bunların ters etki de gösterebileceği gerekçesiyle *Cornelius*'un bu kanun teklifine karşı çıkmıştı.

M.Ö. 63 yılında *Cicero*'nun *consul* olduğu dönemde çıkarılan *lex Tullia* ile seçimlerde rüşvet vermeye ilişkin cezalar ve yasaklar tekrar düzenlenmişti. *Lex Tullia*, kamu görevlerine adaylığını koymadan iki yıl öncesinden itibaren gösteriler ve oyunlar düzenlemeyi^[103] ve seçimlerde adaylara refakat etmeleri için gladyatör veya silahlı koruma kiralanmasını yasaklamıştı^[104]. Ayrıca bu kanun ziyafet ya da para vermenin de doğrudan *ambitus* suçunu oluşturduğunu belirtmişti. Adayların gösteri veya oyunları için bedava bilet ayarlamak da *ambitus* suçunu oluştururdu^[105].

Bu suç için hükmedilen cezalar işlenen suçunun niteliğine uygun ve ağır cezalardı. Bu cezalar öncelikli olarak suçtan hüküm giyen kişinin onuruna yöneltilen cezalardı. *Lex Cornelia Fulvia*'da, *ambitus* suçu işleyen suçluya 10 yıl boyunca *honores* olmaktan men edilme cezasına hükmediliyordu. Bu ceza M.Ö. 67 yılında yayınlanan *lex Calpurnia* tarafından da sürekli *honores* olmaktan men edilme haline getirilmişti. *Lex Calpurnia* ayrıca suçluyu *Senatus*'dan sürmüş ve para cezasına çarptırmıştı. Ancak *lex Tullia* daha da ağır yaptırımlar düzenlemişti. *Lex Tullia*, *ambitus* suçu işleyen Roma'dan sürüleceğini hükme bağlamıştı. Bu Kanun kapsamında hüküm giyen *senatus* üyesi 10 yıl için Roma'dan sürülür, *senatus* üyesi olmayanlar suçlular için daha ağır cezalara hükmedilirdi. Mahkemeye çıkmamak için öne sürülen gerçek olmayan mazeretler cezalandırılırdı.

[103] Romalar için (hatta Doğu Romalılar dahil), oyunlar/gösteriler çok önemli olmuştu. Halkın çok hoşnut olduğu bu gösteriler bir taraftan da belli makamlara gelmek isteyen ya da halk üzerinde olumlu etki yapmak isteyen kişiler için bir fırsattı. Özellikle Cumhuriyet Dönemi'nin son yüzyılında, oyunların hem sayısı artmış hem de süresi uzamıştı. Bu dönem aynı zamanda *ambitus*'da en çok artışın yaşandığı dönem olmuştu. Oyunlar ve gösteriler sırasında, adaylar, seçmenleri etkileyebilmek için onlara önceleri şarap ve zeytin şeklinde hediyeler dağıtırlardı. Sonradan bu hediyeler tamamen paraya dönüşmüştü. (Wallinga, s. 420)

[104] Wallinga, s. 418

[105] Türkoğlu, s. 53.

Bu suçtan mahkum edilmiş bir kimse, eğer aynı suçu işleyen başka birini dava ederse, kaybettiği haklarına geri kavuşabilirdi. Bu uygulama *lex Cornelia* ya da *lex Calpurnia*'nın getirdiği bir 'ödül' mekanizmasıydı^[106]. *Augustus* zamanında *ambitus* suçunun cezası azaltılmış, mahkum edilenler 10 yıl yerine 5 yıl *honores* olmaktan çıkartılmıştı.

Bu ağır yaptırımlar içeren düzenlemelere karşın, seçimlere hile karıştırılması Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarına kadar, artan bir şekilde süregelmiştir. Özellikle *Marius*, *Sulla*, *Pompei*, *Caesar* gerek kendilerinin gerek yakınlarının siyasi başarısı için ciddi miktarlarda rüşvetler vermişlerdi. Zaman içerisinde ve özellikle seçim sisteminin değişmesi sonrasında *ambitus* suçu büyük oranda azalmıştı. *Tiberius*, *magistra* seçimleri için *senatus*'u görevlendirince bu suçta ciddi oranda azalma yaşanmıştı. Sonrasında da zaten İmparatorluk Dönemi'ne geçildiğinden seçim rüşveti ortadan kalmıştı. İmparatorluk Dönemi'nde sadece bazı eyaletlerde ve kolonilerde seçimler yapılmaya devam etmişti. Buralarda gerçekleşen seçimlerde *ambitus* sözkonusu olursa, seçilmek için rüşvet veren 100 *aurei* ödemeye mahkum edilir ve *infamis* addedilirdi^[107].

V. KALPAZANLIK (Sahte Para Basmak)

Sahte para basmak, Roma'ya geç gelen bir fiil olduğundan ilk olarak M.Ö. 3. yüzyıldan önce görülmemiş bu nedenle de sahte para basmakla ilgili ilk kanun *Sulla* Dönemi'nde çıkarılmıştı. Sahta para basmayı suç olarak düzenleyen kanun *lex Cornelia nummaria* idi. Bu Kanun sahtecilik suçuna değindiğimiz bölümde gördüğümüz üzere; sahte vasiyetname düzenlenmesi veya vasiyetnamede tahrifat yapılması, sahte para basılması ve yalan yere şahitlik veya şahitlere para verilmesi olmak üzere üç suç içermekteydi^[108]. Bu Kanun'a ilk ihtiyaç duyulması, *denarius*'un ayarını düşürmenin ciddi sıkıntılar doğurması nedeniyleydi. *Marius Gratidianus*'un M.Ö. 86 ya da 85 yılındaki düzenlemesi bu suistimali önlemeyi amaçlamıştı. *Cornelianus* Kanunu, *de falsis* olarak bilinen, gerekli yetkilere sahip olmadan gümüş para basmak ve gümüş gibi gösterilen düşük ayarlı parayı alıp satmak suçlarını mahkeme önüne getirmişti^[109]. Altın para o zaman için Roma'da yoktu ve bakır ve bronz paralar o zaman için *aerarium*^[110]

[106] D. 48.14.1.2.

[107] Türkoğlu, s. 55.

[108] von Bar, s. 43.

[109] D. 48.10.9 pr. ,2.

[110] *Aerarium populi Romani*: Devlet hazinesi. Saturn Tapınağı'nda bulunduğundan aynı zamanda *aerarium Saturni* olarak da isimlendirilirdi. (Berger, s. 355).

tarafından yürürlüğe konmamıştı. *Sulla*'nın Kanunu'nun amacı temelde ekonomikti. Gerçek paranın değerini korumak ve yasal olmayan yollardan gelir elde edenleri cezalandırmaktı. Bu Kanun, Roma dönemi boyunca gümüş para basmakla ilgili suçların kökenini oluşturmuştu^[111].

Bakır para basma *Principatus* Dönemi'nde yeniden kullanılmaya başlandı ancak herhangi bir kanunla korunmadı. Bu durumun nedeni muhtemelen bu paraların değerinin, sahtesini yapmak için harcanan masrafa değmemesinden ya da bu durumla ilgilenmek imparatorun değil *Senatus*'nun sorumluluğunda olduğundandı. Ancak, *Constantinus* Dönemi'nde, sahte bakır para basmak tekrar cezalandırılmaya başlamıştı. Romalılar, sahte altın para basmanın devlete karşı işlenen ciddi bir suç olduğunu düşünürlerdi^[112]. Bunun ekonomik bir tarafı vardı, ama asıl önemli nokta imparatorluk portresi taşıyan paraları tahrif etmenin, doğası gereği vatan hainliği türünden bir suç oluşturmaya idi. *Constantinus*, üzerinde imparatorun daha büyük resmi olan yeni altın para *solidus*'u^[113] sırf bu sebepten daha yüksek oranlarda satmaya çalışan borsacılarla karşı kanun çıkarmıştı ve böylelikle yeni paraya olan güveni korumak istemişti. Ayrıca bu vurgunculuk aynı zamanda imparatorun şanını da etkiliyordu. Ancak, *Constantinus* sahte para basmayı vatan hainliği ile eşdeğer görmemişti. *Constantinus* ayrıca sahte para basanları ihbar ederek onların hüküm giymelelerini sağlayanlara da ödül verileceğini eklemiş ve suçun cezasını ağırlaştırmıştı. 2. *Theodosius*'un döneminde ise, sahte para basanlar vatan hainliği suçundan cezalandırılıyorlardı^[114].

Roma'da bu suç kapsamında cezalandırılan fiiler; sahte para basmak, eritmek, tıraşlamak, kırpmak ve saflığını düşürmektir. Ayrıca, üzerinde imparatorun portresini taşıyan resmi paraların kabulünün reddedilmesi *Principatus* zamanında bu suç kapsamına alınmıştı^[115]. Bu fiillerden bazıları *falsum* suçuna verilen ceza yaptırımına bağlanmıştı^[116].

Darphanelerde çalışan işçilerin bu suçu işlemeleri durumunda suçun ağırlaştırıyor olması, onlara olan güvenin zedelenmesine sebep olması nedeniyledir.

[111] Robinson, s. 86-87.

[112] D. 51.53.

[113] *Solidus*: *Constantinus* zamanında basılmış; 1/72 nisbetinde Roma *libra*'sı ağırlığında altın para: *Aurus*. *Iustinianus* hukukçuları bu kelimeyi, 1000 sesters karşılığı kullanmakta idiler. (Umur, s. 199).

[114] Robinson, s. 87-88; Ayiter, s. 364.

[115] D. 48.10.8.

[116] Robinson, s. 87-88.

Sahtekarlık amacı güdüldüğü aşikar olarak resmi damgaları darphane dışında kullanmak, sahte para basmak olarak değil, kamu malını çalmak olan *peculatus* olarak sınıflandırılırdı. Benzer bir şekilde, imparatorluk madenlerinden altın ya da gümüş çalmak, kişinin statüsüne göre sürgün ya da madenlerde çalışma cezasıyla cezalandırılırken; hırsız saklayan kişi açık hırsızlıktan cezalandırılır ve adı kötüye çıkarılırdı. İmparatorluk madenlerinden çalınmış olan altını eritmek eritilen altının dört katı değerinde bir cezaya hükmedilmesini gerektiriyordu^[117]. *Constantinus*, makamlarını kötüye kullanarak sahte bakır para basanlara karşı daha ağır cezalar öngörmüştü. Bu işi yapmak için kullanılan yerin sahibi de suçtan sorumlu tutulurdu. 4. yüzyılın ortalarında, *denarius*'un yerine geçmiş olan ayarı düşük paraların gümüş kaplamalarını yıkayarak çıkararak bazı *flaturarii*, ölüm cezasıyla cezalandırılmıştı.

Gümüş paraları tahrif etmekle ilgili *lex Cornelia*'nın kural olarak verdiği ceza, özgür kişiler için sürgün, köleler içinse ölüm cezasıydı. Ancak bu cezalar *Principatus* Dönemi'nde *honestiores* için ıssız bir adaya sürülme, *humiliores* için madene gönderilme ya da çarmıha gerilme, köleler için de yöntemi belirlenmemiş ölüm cezasıydı^[118]. Altın paraları tahrif etme durumunda cezalar ağırlaşır, özgür kişiler için vahşi hayvanlara atılma ve köleler içinse *summum supplicium* (yakma ya da çarmıha germe) cezası verilirdi, ancak bazı durumlarda yakma cezası özgür kişiler için bile uygulanmıştı. Bakır paraların sahtesini basmak, köleler tarafından yapılması hali hariç olmakla birlikte, ölüm cezası gerektiren bir suç değildi. Ancak *decurial* sınıfı için bütün mallarına el konulduktan sonra daimi sürgün cezasına, daha düşük sınıftan olanlar içinse mallarına el konulduktan sonra daimi olarak zorunlu çalışma cezasına hükmedilirdi. Sahte para basmak için kullanılan malzemenin sahipleri için, sürgün ve mala el koyma cezaları uygulanırdı. Ancak bu kişilerin yaşı, cinsiyeti ve statüsü cezayı hafifletebilirdi. Ayrı düşük olan parayı eritmek, garip bir şekilde, ölüm cezası getiren ve *Constantinus*'un kutsala saygısızlık olarak gördüğü bir suçtu. *Constantinus* resmi paranın değerini korumak konusunda çok kaygılanmış ve rekabet nedeniyle paranın değerini kaybetmesini istememişti^[119].

[117] D. 48.13.8.1.

[118] D. 48.10.8.

[119] Robinson, s. 88.

SONUÇ

Roma'nın ilk dönemlerinden itibaren uzunca bir süre ölüm cezası ile yaptırma tabii tutulan devlete karşı işlenen suçlar için, sonraki dönemlerde; sürgün, para cezası, suçlunun gömülmemesi, yakınlarının yas tutmasının yasaklanması, hatırasının lekelenmesi, mallarının devlet tarafından müsadere edilmesi gibi bir takım başka yaptırımlar da öngörülmüştü. Bu yaptırımlar kimi zaman dönemin siyasi ve ekonomik yapısına göre ağırlaştırılmış kimi zaman ise hafifletilmişti.

Vatan hainliğini tanımlamak için Latince *perduellio* ve *maiestas* kelimeleri kullanılmıştı. Bu suçu daha doğru bir şekilde ifade etmek gerekirse, *crimen laesae maiestatis, populus Romanus*'un ya da imparatorun kutsallığına ve büyüklüğüne gölge düşürmekti. Vatana ihanet, devlete karşı işlenen suçlar içinde en eski olanıydı. Bu şekilde bakıldığında topluma karşı işlenmiş bir suç olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla, vatan hainliği yani *perduellio*, Cumhuriyet Dönemi meclis yargılamalarının öncelikli olarak ilgilendiği bir suçtu. M.Ö. 2. ve 1. yüzyıllarda vatan hainliği kavramı geliştirildiğinde ve *maiestas* olarak algılanmaya başlandığında, vatan hainliği, *res repetundae* ve *vis* birbiriyle örtüşür hale gelmişti. İnfiale sebep olan ya da politik amaçlarla yapılan şiddet eylemleri özellikle şiddet yani *vis* suçu kapsamındaydı. Vatan hainliği devlete karşı silahlanmak, izin verilmeden savaş açmak ya da asker toplamak, ordulara pusu kurmak, askerden kaçmak fiillerini kapsamakta ve dahası sözlü söylemler ve fiiller de vatan hainliği kapsamındaydı.

Vatan hainliği geniş kapsamlı bir suç olduğu ve dahası kurulu düzene karşı işlenen bir suç olduğu için, vatan hainliğinin tanımı hükümetten hükümete değişebilmekteydi. Ancak, vatan hainliği kapsamına giren ve her dönemde suç kabul edilen bazı değişmez fiiller vardı. Romalılara karşı silahlanmak her zaman için vatana ihanet suçunu oluştururdu. Aynı şekilde, izin verilmeden düşmanla irtibat halinde olmak ya da kötü niyet taşıyarak düşmana yardım etmek ya da barbarlara nasıl gemi yapılacağını öğretmek de vatana ihanet suçunu oluşturan fiillerdi. Düşmanı tahrik etmek ya da bir Roma vatandaşını düşmana teslim etmek, Oniki Levha Kanunları'nda düzenlenen ve ölüm cezasına hükmedilen suçlardı.

Cumhuriyet Dönemi'nde, *perduellio*'ya ölüm cezası verilmesi olağan bir durumdu. Ancak bazı suçlamalar politik olarak o kadar karmaşık olurdu ki; yasal dayanak bulmak zor olabilmekteydi ve bu durumda ceza sürgün olabiliyordu. *Principatus* Dönemi'nde, mallarına el konulduktan sonra kişiye ölüm cezası verilmesi, vatana ağır ihanetin olağan cezasıydı ama ağırlaştırıcı bir sebep yok ise daha hafif cezalara hükmedilirdi. İmparatorluk Dönemi'nde vatana ihanet suçunun kapsamının genişlediği açıktı. Nitekim sadece imparatorun hayatını

tehlikeye düşürebilecek bir söz değil, imparatora karşı saygısızlık olarak değerlendirilebilen her türlü söz ve davranış da bu kapsama alınmıştı.

Vis'in kapsamına giren isyana teşvik suçu, M.Ö. 70'li yıllardaki iç karışıklık zamanlarında yaşanan olayları engellemek ve cezalandırmak için düzenlenmişti. Her ne kadar vatana ihanet ve daha hafif olan bir suç olan isyana teşvik etme arasında açık ve net bir sınır olmasa da, daha hafif kabul edilen suçlara daha hafif cezaların verilmesi daha uygundu. Bu tip suçlara kural olarak *vis* cezası verilirdi. *Vis*'in bir suç olarak görülmesi vatana ihanete göre görece olarak daha yeniydi. *Vis*'i düzenleyen ilk kanun *lex Lutatia*'ydı ve bu kanun ile M.Ö.78 yılında *Lepidus*'un isyanı sırasında işlenen suçları yargılamak için *quaestio perpetuae* kurulmuştu.

İmparatorluk Dönemi'nde bazı *collegia*'ların iç karışıklık çıkarma riski, *collegia*'ların yakın takibe alınmasını gerektirmişti. Cumhuriyet Dönemi'nde ise *collegia*'lar sıklıkla *ambitus* ve seçim zamanı yaşanan şiddete neden olmuşlardı. *Senatus* M.Ö. 56 yılındaki kararında; 'özgürce toplanma hakkını ihlal etmeden, kurumların yasadışı faaliyetini kontrol altına almaya yönelmişti. Aynı sebepten, M.Ö. 55 yılında yayınlanan *lex Licinia* rüşvet ve tehdidi kontrol altında tutmak için yayınlanmış ama muhtemelen bu kanun *sodalitates*'i yasal haklarından men etmemişti. Ortak bir fonu ve bir mali işler sorumlusu ya da yöneticisi olan *collegia*'nın bütün türleri, *senatus*'dan ya da İmparator'dan özel izinler almak ihtiyacı zorundaydı ve askerlerin bunlara üye olmalarına kesinlikle izin verilmemişti. Bir tek defin kulüplerine tolerans gösterilmişti ve hatta köleler bile bu kulüplere üye olabiliyordu ama yaptıkları düzenli toplantılar ayda bir kereden daha sık olamazdı. Bu durum aynı zamanda Hristiyanların neden hiç yasal *collegia* kurmamış olmalarının da bir sebebiydi. Çünkü Hristiyanlar ibadet etmek için haftada bir kez toplanmak zorundalardı. *Collegia* ortada var olan bir suçtan çok, kamu düzeni için tehdit teşkil ediyordu ama çok ağır şekilde bastırılabilirlerdi. *Collegia* ile ilgili suçlamalar Şehir Valisi'ne yapılırdı.

Vis publica adı verilen suç, *magistra*'ların gücü kötüye kullanmaları halini düzenlemişti. *Magistra*'ların başkanlık görevini üstlendikleri mahkemelerde, *magistra*'ların emirlerine uyulmayarak düzenin bozulması, *magistra* olmayan bir kimsenin *magistra*'ymış gibi davranarak onların yetkilerini kullanması da bu suç tipi altında düzenlenmişti.

Haraç kesme ile ilgili kanunlar arasında, M.Ö. 149 yılında yayınlanan *lex Calpurnia (repetundarum)*, sadece şehirdeki Roma vatandaşlarını korumayı amaçlamıştı. *Lex Acilia (repetundarum)* yürürlüğe girinceye kadar, suçun kapsamı göçebe köylülerden ve özellikle *Latin*'ler ve *socii*'lerden haraç kesmeyi kapsayacak şekilde genişlemişti. M.Ö. 59 yılındaki *lex Iulia* önemli değişiklikler

içermekteydi. Suçun kapsamı, parasal menfaat için haraç kesmekten, makamı suistimal etmeyi cezalandıran bir suç haline gelmişti.

Res repetundae olarak bilinen suç, bir *magistra* ya da diğer bir devlet makamında bulunan kişinin, bölgelerde yaşayanlardan uygunsuz bir şekilde haraç kesmesini kapsıyordu. Genelde yalnızca bir bölgede yönetici olan *senatus* üyeleri bu suçtan yükümlü olabilirdi, ancak *lex Iulia* bu *senatus* üyelerinin mahiyetlerini (*comites*) de yükümlü bırakacak şekilde genişletilmişti. *Senatus*'un bir kararıyla, bu yükümlülük kişilerin karılarını da kapsayacak şekilde genişletildi. Hatta bu suçun, sadece *magistra*'lar tarafından değil, diğer kamu görevlileri ve hatta avukatlar tarafından da işlenebileceği düzenlendi. Haraç kesme suçlarının büyük çoğunluğu parasal menfaat, kazanç amaçlıydı. Özellikle hediye kabul etme, ticaret yapma, ticari gemi sahibi olma, yenisiyle değiştirmek dışında köle almak, yiyecek talep etme (ya da değeri karşılığında harçlık isteme) ve bu türden diğer suçlar örnek verilebilir.

Makamın (gücün) kötüye kullanılması kapsamında suç oluşturan diğer fiiller; bir hukuk ya da ceza davasıyla ilgili karar vermek ya da kadar vermektен geri durmak için para almak ve kişinin görevinin gereğini yerine getirmemek için rüşvet almak idi. Yine bir *praetor*'un görevi sırasında harcamalarındaki uygunsuzluklar ve bir yıl içinde değeri 100 altını geçen hediyeler kabul etmesi de bu suç kapsamında kabul edilmişti. *Lex Iulia*, açıkça yargılama yetkisine sahip bir yöneticinin (hakimler ve mahkeme üyeleri de bu kapsamda kabul edilmişti) yargılama yetkileri nedeniyle sahip oldukları güçleri ilgilendiren konularda rüşvet almayı yasaklamakla kalmamış, kamuya has işlerin uygunsuzca onaylanması gibi yönetime ilişkin işlerdeki rüşveti de yasaklamıştı.

Peculatus (ihtilas), devlet malını çalmak, zimmetine geçirmek anlamındaydı. İhtilas, kural olarak sadece *magistra*'lar tarafından işlenen bir suçtu. *Lex Iulia*, kutsal ve dini amaçlar ya da kamu yararı için ayrılmış parayı almak, aktarmak ya da dönüştürmek suretiyle kanuna aykırı kazanç elde etmeyi ve ayrıca bu paraların yetkisi olmayan başka kişilerce ele geçirilmesini suç olarak kabul etmiş ve ceza hükümleri düzenlenmişti. Kural olarak, *lex Iulia*'nın zimmete para geçirme için öngördüğü ceza, su ve ateşe erişimden men edilmektir. Bu suçta, İmparatorluk Dönemi'nde verilen ceza ise, mal edinme hakkının elinden alınması sonrası sürgüne göndermektir.

Ambitus suçu, Cumhuriyet Dönemi'nde kamu görevlerine seçilmek amacıyla rüşvet vermek ve bu suçta yardım etmek fiillerini kapsardı. Bu suçu önlemek amacıyla çok sayıda kanun çıkartılmıştı. Bu suçun cezası kural olarak sürgün olmakla birlikte, bazı durumlarda; para cezası, *senatus* üyeliğinden çıkarılma veya kamu görevinden yasak gibi farklı cezalara da hükmedilmişti. Sonraki

dönemlerde bu suçun kapsamına; makamı satın almak ya da devlet kademele-
rindeki nüfuzu sayesinde terfi etmek de girdi.

Sahte para basmak, Roma'ya geç gelen bir fiil olduğundan ilk olarak M.Ö. 3. yüzyıldan önce görülmemiş bu nedenle de sahte para basmakla ilgili ilk kanun *Sulla Dönemi*'nde çıkarılmıştı. Sahta para basmayı suç olarak düzenleyen kanun *lex Cornelia nummaria* idi. Bu Kanun sahtecilik suçuna değindiğimiz bölümde gördüğümüz üzere, sahte vasiyetname düzenlenmesi veya vasiyetnamede tahrifat yapılması, sahte para basılması ve yalan yere şahitlik veya şahitlere para verilmesi olmak üzere üç suçu içerirdi.

KAYNAKÇA

Adam, A./ Boyd, J./ Da Ponte, L. L.: Roma Antiquities or An Account of the Manners and Customs of the Romans, 8 Ed., New York 1833.

Ayiter, K.: "Roma Ceza Hukukunda Quaestiones Perpetuae ve Cognitio Extra Ordinem", Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hatırasına Armağan, Ankara 1958.

Berger, A.: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953.

Cloud, J. D.: "The Constitution and Public Criminal Law", Cambridge Ancient History IX, Cambridge 1994, s. 491-530.

Duff, P.: Personality in Roman Private Law, Cambridge, 1938.

Gruen, E. S.: The Latest Generation of the Roman Republic; Berkeley 1974.

Harries, J.: Law and Crime in Roman World, Cambridge 2007.

Johnston, D.: Roman Law in Context, Cambridge, 1999.

Lintott, A. W.: The leges de repetundis and associated measures under the Republic, 98 SZ, 162-212, 1981.

Mackenzie, Lord T.: Studies in Roman Law -With Comparative Views of the Laws of France, England and Scotland, Edinburg-London 1862.

Millar, F.: The Roman Republic and the Augustan Revolution, North Carolina, 2002.

Okandan, R. G.: "Romalıların Suç Telakki Ettikleri Fiiller ve Bunlara Terettüp Eyleyen Cezalar", Tahir Taner'e Armağan (s.327-350), İstanbul 1956.

Richardson, J. S.: The purpose of the lex Calpurnia de repetundis, 77 JRS, 1987, 1-12.

Robinson, O.F.: The Criminal Law of Ancient Rome, Baltimore 1996.

Türkoğlu, H. G.: Roma Hukuku'nda Suç ve Ceza, İzmir 2014.

Umur, Z.: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1975.

von Bar, C.L. & Others (Trans.: Bell, T.S. & Others): A History of Continental Criminal Law, Boston 1916.

Wallinga, T.: Ambitus in the Late Roman Republic (80-50 B.C.), Amsterdam 2012.

KISALTMALAR

Bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
C.	: Codex
Çev.	: Çeviren
D.	: Digesta
dip.	: Dipnot
Ed.	: Edited by
<i>G. Inst.</i>	: <i>Gaius Institutiones</i>
<i>Iust. Inst.</i>	: <i>Institutiones Iustiniani</i>
JRS	: The Journal of Roman Studies
m.	: Madde
M.Ö.	: Milattan Önce
M.S.	: Milattan Sonra
No.	: Numara
pr.	: principium
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
yy.	: yüzyıl

SÜRESİNDEN SONRA İHTİRAZÎ
KAYITLA VERİLEN DÜZELTME
BEYANNAMESİ NEDENİYLE
TAHAKKUK EDEN VERGİNİN İDARİ
DAVAYA KONU EDİLEBİLİRLİĞİ,
MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI
VE MÜLKİYET HAKKININ
KORUNMASINDA DEVLETİN POZİTİF
YÜKÜMLÜLÜKLERİ BAĞLAMINDA
BİR DEĞERLENDİRME*

Doç. Dr. Cenker GÖKER**

Yunus Emre YILMAZOĞLU***

Makalenin Geldiği Tarih: 06.07.2017 **Kabul Tarihi:** 29.09.2017

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

*** Anayasa Mahkemesi Raportörü.

ÖZ

Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan hak arama hürriyeti ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nde yer verilen adil yargılanma hakkı, herkesin kişisel hak ve yükümlülüklerle ilgili olarak mahkemeye erişim hakkına sahip olduğunu düzenlemektedir. Anayasa'nın 35. maddesi ve AİHS'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi bağlamında mülkiyet hakkının korunmasında Devlet, mülkiyet hakkına müdahalelere karşı etkili başvuru yolları oluşturma yükümlülüğü altındadır. Vergi sisteminde yer alan düzeltme beyannamelerine ihtirazî kayıt konulmasının geçerli olup olmayacağı dolayısıyla ileride bunlara karşı dava açma hakkının mevcut olup olmadığı değerlendirilmesi önemlidir. Düzeltme beyannamesine ihtirazî kayıt konulması mahkemeye erişim hakkı bağlamında mükellefin kendi beyanına karşı dava açamayacağı kuralı kapsamında değerlendirilmektedir. Oysa sistematik bir yorum ile konunun temel hak ve özgürlüklerin kullanımı bakımından irdelenmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Mahkemeye Erişim Hakkı, Adil Yargılanma Hakkı, Mülkiyet Hakkı, Düzeltme Beyannamesi, İhtirazî Kayıt.

ABSTRACT

“Right to legal remedies” at Article 36th of the Constitution and “Right to a Fair Trial” at European Convention on Human Rights (ECHR) regulate that everyone has the right to access to the Court about personal rights and obligations. According to the Article 36th of the Constitution and Article 1st ECHR Additional Protocol 1, State is under the obligation to establish effective remedies against interference in the right of property. In tax system, it is important whether it is valid to put a mental reservation on correction declarations. Mental reservation on correction declarations considered within the scope of the rule that the taxpayer cannot sue against his statement in the context of the right to access to the court. However, it should be examined with a systematical interpretation and the use of fundamental rights and freedoms.

Keywords: Right of Access to Court, Right to a Fair Trial, Right of Property, Correction Declaration, Mental Reservation.

Giriş

Danıştay'ın yakın tarihli içtihatlarında kanuni süresinden sonra verilen düzeltme beyannamelerine ihtirazî kayıt konularak tahakkuk ettirilen vergilerin idari davaya konu edilemeyeceği yönünde hüküm kurulmaktadır.^[1]

Bu yönde verilen kararların müstekar hale gelmiş olması, konunun hak arama hürriyeti ve bu kapsamda mahkemeye erişim hakkı ile mülkiyet hakkının korunmasında Devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.

Danıştay uygulaması, düzeltme beyannamelerinde ihtirazî kaydın söz konusu olup olmayacağına 1982 Anayasası ve AİHS çerçevesinde değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Düzeltilme beyannameleri, mükelleflerin haklarında tesis edilecek tarh işlemlerindeki hataların kendileri tarafından fark edilerek düzeltilmesi imkânı vermektedir. Mükelleflerin kötü niyetli olmaları ihtimali ile hareket edilerek verilen söz konusu içtihatların, mükelleflerin kötü niyeti ile onların mahkemeye erişim hakkı arasında sıkıştığı görülmektedir. Bu nedenle kararların, evrensel hukuk değerlerine uygunluğunun değerlendirilmesi elzem hale gelmektedir.

1- Beyana Konu Tarhiyatın Dava Konusu Edilebilirliği ve İhtirazî Kayıt

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 378. maddesinin ikinci fıkrasında, mükelleflerin beyan ettikleri matrahlar ve bu matrahlar üzerinden tarh edilen vergilere karşı dava açamayacakları belirtilmiştir. Ancak, uygulamada mükellefler vergilendirmeye ilişkin işlemlerde tereddüde düştiklerinde ilerde vergi idaresi ile sorun yaşamamak için dava açma haklarını da saklı tutmak adına aslında vergilendirilmemeleri gerektiğini düşünmelerine karşın, şekli yükümlülüklerini yerine getirmekte ve fakat beyannamelerini ihtirazî kayıt koyarak vermektedirler.

İhtirazî kaydın dava açma hakkını saklı tutma ihtiyacından kaynaklandığı açıktır. Önceki vergi uygulamasında ihtirazî kayıtlarla verilen beyannameler üzerine hesaplanan vergilere karşı itiraz yoluna başvurulmasıyla tahsil işlemi durmaktaydı. Ancak, ihtirazî kayıtlarla beyanname verme yolunun yükümlülere yaygın bir şekilde kötüye kullanılması ve bir anlamda devlete olan vergi borcunu sürüncemede bırakmanın bir aracı haline geldiği düşüncesi ile 1980 yılında 2365 sayılı Kanun'la 213 sayılı Kanun'un 389. maddesine bir cümle eklenerek ihtirazî kayıtlarla verilen beyannameler üzerine hesaplanan vergilere yapılan

[1] Danıştay 4. Daire, 2.12.2015 tarih ve E. 2015/6462, K. 2015/6173 sayılı kararı; Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu 25.2.2015 tarih ve E. 2014/1164, K. 2015/20 sayılı kararı.

itirazların verginin tahsilini durdurmayaacağı da düzenlenmiştir.^[2] 2575, 2576 ve 2577 sayılı kanunlarla İdari Yargı düzeninin kurulmasıyla birlikte, aynı kurala 2577 sayılı Kanun'un 27. maddenin (8) numaralı fıkrasında da yer verilmiştir.^[3] Ancak zamanla anılan maddede yapılan değişiklikler sonucu kuralın yer aldığı fıkra değişmiştir. 10.6.1994 tarihli ve 4001 sayılı Kanun değişikliği ile aynı maddenin (3) numaralı fıkrasında; 2.7.2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanun değişikliği ile de aynı maddenin (4) numaralı fıkrasında yer verilmiştir.

Beyannamelerin ihtirazî kayıtla konularak verilmesinin tahsil işlemlerine etkisi bu şekilde çözümlenmekle birlikte Danıştay'ın bu makaleye konu oluşturan kararları ile bu kez kanuni süresinden sonra verilen düzeltme beyannamelerine ihtirazî kayıt konulmasının mükellefe dava açma hakkı vermeyeceği kabul edilmiştir.

2- Pişmanlıkla İlgili İçtihadın Değerlendirilmesi

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun önceki tarihli içtihatlarında^[4] vergi beyannamelerinin ihtirazî kayıtla verilmesi ile pişmanlıkla verilmesinin nedenleri, koşulları ve yarattığı sonuçların farklı olduğu vurgulanarak bir ayrıma

[2] Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 11.12.2009 tarih ve E.2008/593, K.2009/655 sayılı kararında beyana dayanan tarhiyatların dava konusu edilmesinde ihtirazî kayıt şartı ve bu şartın kabul edilme nedenleri ele alınmıştır:

"Vergi Usul Kanununda, vergilendirmenin beyana dayanılarak yapılması gereken durumlarda matrahın veya verginin tümüyle ya da kısmen ihtirazi kayıtla bildirilmesini öngören bir düzenleme yapılmamıştır. Beyanname ile bildirilmesi gereken matrahın tespit şekliyle ya da uygulanması gereken vergi oranından, muafiyet veya istisna uygulamasından doğan duraksamaların varlığında, vergi kaybı yaratmaktan kaçınılarak, vergi kanunlarında belirtilen zamanda verilen beyannameye çekince konulabileceği, Danıştay İçtihatlarıyla benimsenmiş ve 521 sayılı Danıştay Kanununu yürürlükten kaldıran, yürürlükteki 2575 sayılı Danıştay Kanunu ile aynı tarihte yürürlüğe giren 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında ilk kez ifadesini bulmuştur. İhtirazi kayıtla verilen beyannameler üzerinden tarh edilen vergilere karşı dava açılmasının tahsil işlemlerini durdurmayaacağı, bunlar hakkında yürütmenin durdurulması istenebileceğinin yargılama usulünde kurala bağlanmasından dolayı, vergi beyannamelerinin çekince ile verilmesi konusundaki duraksama son bulmuştur."

[3] Bir önceki dipnotta anılan Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 11.12.2009 tarih ve E.2008/593, K.2009/655 sayılı kararında ihtirazi kaydın fonksiyonu hakkında şu tespite yer verilmiştir:

"Zamanında verilen vergi beyanamesine ihtirazi kayıt konulması; beyannameye hesaplanan verginin tümü ya da bir kısmının tahakkuk ettirilmemesi istenerek, ihtirazi kaydın konusunu oluşturan nedenin tarhı yapan idare tarafından kabul edilmemesi halinde, beyanname üzerinden tarh edilen verginin ihtirazi kayıt konulan kısmının dava konusu edilebilmesini olanaklı kılarak, noksan beyanda bulunulmasını ve verginin geç tahakkuk etmesini önlemektedir."

[4] Örneğin, Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 11.12.2009 tarih ve E. 2008/593, K. 2009/655 sayılı kararı

gidilmiştir. Bu ayrıma göre, vergi kanunlarının öngördüğü zamanlarda verilen beyannamelere ihtirazî kayıt konulması, tarh edilen verginin dava konusu yapılmasına olanak vermekte, ancak beyannamenin pişmanlıkla verilmesi, beyannamenin zamanında verilmemesi nedeniyle doğmuş vergi kaybından dolayı ceza kesilmesini önlemektedir. İçtihadı göre kanuni süresinden sonra pişmanlıkla beyanname verilmesi, verginin zamanından sonra tahakkuk etmesine de yol açmaktadır. Bu halde 213 Kanun'un 371. maddesinin birinci fıkrasına bağlı beşinci bent uyarınca verginin 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 51. maddesi uyarınca hesaplanan gecikme zammı ile birlikte ödenmesi pişmanlığın kabulü için şart koşulmuştur. Vergi Davası Daireleri Kurulu söz konusu kararında şu sonuca ulaşmıştır:

“Beyannamenin pişmanlıkla verilmesi, süresi geçtikten sonra verilen bu beyannamenin, kanuni süresinde verilmiş sayılmasına yol açmadığından ve sadece ceza kesilmesini önlediğinden, pişmanlıkla verilen beyannamelere ihtirazî kayıt konulması etkileyici bir sonuç doğurmamaktadır. Bu yüzden, kanuni süresi geçtikten sonra pişmanlıkla verilen beyannameye ihtirazî kayıt konulmasına; kanuni süresinde ancak ihtirazî kayıtle verilen beyannamelere bağlanan hukuksal sonucun tanınmasına da olanak yoktur.”

Anılan içtihadta iki unsur ön plana çıkmaktadır. Öncelikle karar, pişmanlıkla verilen beyannamelere ihtirazî kayıt konulmasının dava açma hakkı vermediğini vurgulamaktadır ki, bu halde dava açılması pişmanlık kurumunun mantığıyla da bağdaşmamaktadır. Mükellef vergi ziyana neden olduğunu kendi iradesi ile kabul etmekte, bu durumdan pişmanlık duymakta ve kendisi vergi ziyana neden olduğunu vergi dairesine bildirmektedir. Dolayısıyla bu halde işlediği vergi ziyayı doğuran bir fiil nedeniyle pişman olan bir mükellefin dava açması ve pişman olduğunu bildirdiği bir durumu hukuken tartışmalı hale getirmesi beklenen bir durum olmadığı gibi, bu isteğin hukuken korunması da beklenemez.

Diğer yandan içtihadta ön planda olmasa da ihtirazî kaydın dava açma hakkı vermesinin beyannamenin “zamanında” verilmesine bağlı olduğu vurgulanmaktadır. Aslında üstü kapalı olarak ilgili kanununda belirtilen süre içinde verilmeyen beyannameye ihtirazî kayıt konulmasının dava açma hakkı vermediği kabul edilmekte ancak davadaki uyuşmazlığın farklı olması nedeniyle bu kabul ikinci planda kalmaktadır. Makalenin yazımına neden olduğu kararlar da göstermektedir ki, o tarihlerde arka planda kalan bu tartışma artık Danıştay'ın müstekar bir uygulaması haline gelmiştir.

Uygulamada süresinden sonra düzeltme beyannamesi verilmesinin idarenin bu yöndeki talebine dayandığı görülmektedir. Mükelleflerden, özellikle katma

değer vergisi beyannamelerinde yer alan bazı indirim unsurlarının gerçek bir teslim ya da hizmet ifasına dayanmadığının tespit edildiği gerekçesiyle bu indirim kalemlerinin ayıklanması suretiyle beyanların düzeltilmesi istenmektedir. Normalde böyle bir tespit 213 sayılı Kanun'un 30. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca resen tarhiyat yapılmasını gerektirmektedir. Ancak idare tarhiyata gitmek yerine mükelleften beyanlarını düzeltmesi talebinde bulunmakta, mükellefler bu doğrultuda beyanlarını düzeltmekte ve ek vergi tahakkuk ettirmektedir. Ancak mükellefler söz konusu indirim unsurlarının gerçek olduğu düşüncesiyle bu durumu vergi mahkemeleri önünde tartışmak istemekte ancak makalenin yazımına neden olan kararlar bu iddianın mahkeme önüne taşınmasına, bir muhakeme sürecinde açıklanarak tartışılmasına ve bu iddiaya cevap alınmasına engel olmaktadır.

Danıştay'ın düzeltme beyannamelerine ihtirazî kayıt konulmasının dava açma hakkı vermeyeceği yönündeki içtihadı benimsemesine yol açan gerekçe kararda yer almamaktadır. Ancak, mükelleflerin beyanname verme süresinden sonra tereddüde düştükleri bir durumu hukuken tartışmalı hale getirmek istemeleri durumunda verecekleri düzeltme beyannamesine ihtirazî kayıt koyarak tahakkuk etmiş bir vergiyi idari davaya konu etmek yerine haklarında tarhiyat yapılmasını beklemelerinin daha uygun bir yöntem olacağı düşünülmüş olabilir.

Ancak şu hususlar dikkate alındığında mükellefin vergi tarhiyatının yapılmasını beklemesi ne kadar olasıdır? Öncelikle, vergi incelemesinin ya da matrah takdirinin ve bununla bağlı olarak vergi tarhiyatının ne zaman yapılacağı belli değildir. İkinci olarak uzun yargılama süreleri söz konusu olabileceğinden mükellefler dava süresi boyunca cezalı vergiyi ödeme baskısıyla karşılaşabileceklerdir. Davanın mükellef aleyhine sonuçlanması durumunda da cezalı vergi yanında, tarhiyatın ilgili bulunduğu döneme ilişkin normal vade tarihinden yargı organı kararının tebliğ tarihine kadar, yani dava süresini de içerecek şekilde gecikme faizini de ödeyeceklerdir.

Süresinden sonra pişmanlıkla verdiği beyanname üzerine dava açmak isteyen mükellef ile süresinden sonra verilen düzeltme beyannamesine ihtirazî kayıt koyarak dava açmak isteyen mükellef arasında ikinci mükellef lehine düşünülmesini gerektiren farklı bir durum vardır. Pişmanlıkla verilen beyanda bulunan mükellef yukarıda da arz edildiği üzere hatalı davranışını kabul etmiştir ve vergi ziyasına yola açan fiilden pişmandır. Bu halde dava açılması bu pişmanlık haliyle bağdaşmamaktadır.

Ancak, pişmanlık hükümlerinden faydalanma yönünde bir irade göstermeden düzeltme beyanına ihtirazî kayıt koyan mükellefin dava açabilme isteğinin de hukuken korunması gerekir. Bunun nedeni, mükellefin pişmanlık iradesinin

olmaması ve hala tereddüde düştüğü ya da idarenin düzeltme talebine konu olan hususun hukuken tartışılır hale gelmesini istemesidir.

Mükellef elbette ihtirazî kayıtlarla düzeltme beyannamesi vermek yerine tarhiyat yapılmasını ve bunu dava konusu etmeyi de bekleyebilir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, üstün kamu gücü kullanma yetkisiyle donatılmış idare karşısında hukuken korunmaya muhtaç mükellefin bu yolu tercih etmemesinin haklı nedenleri vardır.

3- Hak Arama Hürriyeti Bağlamında Konunun İrdelenmesi

a. Mahkemeye Erişim Hakkının Kapsamı

Anayasa Mahkemesi, gerek norm denetiminde (örneğin; 29.12.2011 tarih ve E. 2011/54, K. 2011/142 sayılı kararı) gerek bireysel başvuru incelemesi sonucunda verdiği birçok kararında Anayasa'nın 36. maddesinde kurala bağlanan hak arama hürriyetinin içeriğini belirlerken, AİHS'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) uygulamasıyla tespit edilen kapsamından yararlanmaktadır. Bir başka ifadeyle, Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı birçok kararında ilgili hükmü Sözleşme'nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle Sözleşme'nin lafzi içeriğinde yer alan ve AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen ilke ve haklara Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir.^[5]

Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının güvenceleri arasında mahkemeye erişim hakkı da yer almaktadır.^[6]

AİHM, AİHS'nin 6. maddesinin birinci fıkrasının derdest bir davada taraflara sağlanan prosedürel güvenceleri detaylı bir şekilde tanımlamasının, fakat öncelikle bu güvencelerden yararlanılmasını olanaklı kılan mahkemeye

[5] Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı–*Muhsin Karaca*, B.No:2014/2211, 9.6.2016, § 31

[6] Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı–*Ahmet Yıldırım*, B. No: 2012/144, 2/10/2013, § 28; *Özkan Şen*, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 51

erişimi korumamasının tasavvur edilemez olduğunu belirtmektedir. Mahkemeye göre adli muhakemeler olmazsa yargılama usulünün adil, kamuya açık ve hızlı karakteristiklerinin hiçbir değeri olmayacaktır.^[7]

Bu noktadan hareketle AİHM, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası açık bir biçimde mahkemeye veya yargı merciine erişim hakkından açıkça söz etmese de, erişim hakkının bu maddenin kendi doğasında var olan bir unsur teşkil ettiğini ifade etmektedir. Bu, Sözleşmeciler Devletleri yeni yükümlülükler yüklenmeye zorlayan geniş bir yorum değildir. 6. maddenin birinci fıkrasının lafzının kendi bağlamı içerisinde okunmasına dayanmakta ve AİHS'nin amaç ve amacı ile hukukun genel prensipleri gözetmektedir. Buna göre AİHM, AİHS'nin 6. maddesinin birinci fıkrasının herkese medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir iddiayı mahkeme veya yargı mercii önüne taşıma hakkını güvence altına almaktadır. Bu yolla madde, mahkemeye erişim hakkının, medeni uyumsuzluklarla ilgili mahkemeye başvurma hakkının sadece bir yönünü oluşturduğu mahkeme hakkını somutlaştırmaktadır. Buna mahkemelerin organizasyonu ve oluşumu ile muhakemenin sevk ve idaresi ile ilgili 6. maddenin birinci fıkrasında belirtilen güvenceler eklenmiştir. Sonuç olarak bütün bunlar adil yargılanma hakkını oluşturmaktadır.^[8]

Özetle bir uyumsuzluğu ve uyumsuzluk kapsamında bir talebi mahkeme önüne taşıyabilme ve bunların etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilme mahkemeye erişim hakkının sağladığı güvencelerdendir. Dolayısıyla kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen veya mahkeme kararını ya da kişinin bizatihi mahkemeye başvurmuş olmasını anlamsız hâle getiren sınırlamalar, mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir.^[9]

AİHM, mahkemeye etkili erişim hakkının sağladığı güvencelerden yararlanıldığından söz edilebilmesi için öncelikle mahkemeye başvuru konusunda tutarlı bir sistemin var olması gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca bu koşula ek olarak dava açmak isteyen kişilerin mahkemeye ulaşmada açık, pratik ve etkili fırsatlara sahip olmasını da beklemektedir.^[10] Ancak özellikle hukuki belirsizlikler ya da uygulamadaki belirsizlikler kişilerin mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir.^[11]

[7] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı–*Golder/Birleşik Krallık*, B No: 4451/70, 21/2/1975, § 35

[8] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı–*Golder/ Birleşik Krallık*, § 36

[9] Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı–*Muhsin Karaca*, § 43

[10] Doğru, Osman – Nalbant, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, Yargıtay Başkanlığı Yayını, Ankara, 2013, s. 562.

[11] Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Geffre/Fransa* (k.k.), B. No: 51307/99, 23/1/2003).

Yargılama usul kurallarına göre işleyen bir süreç olduğundan mahkemelerin adil yargılama hakkının sağladığı güvencelerden etkili ve pratik bir biçimde yararlanılmasını sağlamak için usul kurallarını bir denge gözeterek uygulamaları gerekir. Yasalarla öngörülen usul kurallarının uygulanmasında mahkemeler, bir yandan adil yargılanma hakkını ihlal edebilecek aşırı şekilcilikten, diğer yandan da bu kuralların ortadan kaldırılması sonucunu doğurabilecek aşırı esneklikten kaçınmalıdır.^[12]

Anayasa Mahkemesi içtihatlarında da Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmasının bunun sınırlandırılması mümkün olmayan bir hak olmadığı anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir. İçtihadı göre, özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu gibi Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak da bu haklar sınırlandırılabilir. Anayasa Mahkemesi bu bağlamda, dava açma hakkının kapsamına ve kullanım koşullarına ilişkin bir kısım düzenlemelerin hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyduğunu, ancak bu kurallarla getirilen sınırlamaların Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvenceye aykırı olamayacağını vurgulamıştır. (AYM E.2010/83, K.2012/169; E.2012/108, K.2013/64; E.2013/95, K.2014/176; E.2014/177, K.2015/49; *Hüseyin Dayan*, B.No: 2013/5033, 13/4/2016, § 46) Anayasa Mahkemesi, mutlak olmadığını tespit ettiği mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlandırmaların, özünü zedeleyecek şekilde hakkı kısıtlamaması, meşru bir amaç izlemesi, açık ve ölçülü olması ile başvurucu üzerinde ağır bir yük oluşturmaması gerektiğini belirtmektedir.^[13]

AİHM'nin mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasına dair yaklaşımı da aynı yöndedir. AİHM, adil yargılanmanın bir unsurunu teşkil eden mahkemeye erişim hakkının mutlak olmadığını, bu hakkın Devletin takdir yetkisi kapsamında kabul edilebilirlik kriterleri gibi bazı sınırlamalara tutulabileceğini kabul etmektedir. AİHM, bu sınırlamaların, kişinin mahkemeye erişimini hakkını özünü zedeleyecek şekilde ve genişlikte kısıtlamaması ve zayıflatmaması gerektiğini de ifade etmektedir. AİHM'e göre, meşru bir amaç ya da uygulanan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi taşımayan, kamu yararının gerekleri ile bireyin hakları arasında kurulmaya çalışılan adil

[12] Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Walchli/Fransa*, B. No: 35787/03, 26/7/2007, § 29; *Eşim/Türkiye*, B. No: 59601/09, 17/9/2013, § 21).

[13] Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı–*Muhsin Karaca*, § 48).

dengeyi bozan ve birey aleyhine katlanılması zor külfetler yükleyen sınırlamalar Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasıyla uyumlu olmaz. ^[14]

b. Müdahalenin Varlığının Tespiti

213 sayılı Kanun'un 378. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan mükelleflerin beyan ettikleri matrahlar ve bu matrahlar üzerinden tarh edilen vergilere karşı dava açamayacaklarına ilişkin kural, Türk vergi sisteminin dayandığı beyan esasına göre, mükelleflerin kendi hesaplamalarına göre tespit ettikleri matrahların hatalı olamayacağı kabulüne dayanmaktadır. Dava açma hakkına getirilen bu sınırlama, yukarıda yer verilen AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarında da belirtildiği üzere Devletin takdir yetkisi sınırları içinde değerlendirilmelidir.

Hukuki bir ihtilaf içermediği müddetçe, işin doğası gereği mükellefin kendi beyanında bir hata bulunmaması gerekir. Hukuki ihtilafın bulunduğu konularda mükelleflere kanuni süresi içinde verdikleri beyannamelere ihtirazî kayıt koymak suretiyle dava açma hakkı tanındığı da gözetildiğinde, mükellefin kendi beyanlarına karşı dava açamayacağı yolundaki kuralın kanuna dayanan, kamu yararına dayalı meşru bir amaç gözetilen ve kamu yararının gerekleri ile bireyin hakları arasında kurulmaya çalışılan adil dengeyi bozmayan ölçülü bir sınırlama sunması beklenir.

213 sayılı Kanun'un 378. maddesinde mükelleflerin kendi beyanlarına karşı dava açamayacağı kabul edilmiş olmakla birlikte önce yargı içtihatlarıyla daha sonra da 213 sayılı Kanun'da 2365 sayılı Kanun değişikliği ile ve 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesinde yer verilen düzenlemelerle ihtirazî kayıt konularak beyanlara karşı dava açılabilirliği kabul edilmiştir. Ne var ki, bu düzenlemelerde ihtirazî kaydın ancak süresinde verilen beyannameler yönünden geçerli olduğuna ilişkin **açık ve kanuni bir kısıtlama** bulunmamaktadır. Bu kısıtlama pişmanlıkla verilen beyannamelerle ilgili içtihatlarla geliştirilmiş ve daha sonra süresinden sonra verilen düzeltme beyannameleri de kısıtlama kapsamına alınmıştır. Dolayısıyla bir yargılama hukuku kuralı içermekle birlikte bir idari usul kodu olan 213 sayılı Kanun'un 378. maddesinde yer alan bu kuralın aşırı şekilci bir uygulamasının mevcut olduğu açık şekilde görülmektedir. Ayrıca

[14] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı–*Sefer Yılmaz ve Meryem Yılmaz/Türkiye*, B. No: 611/12, 17/11/2015, § 59; *Eşim/Türkiye*, B. No: 59601/09, 17/9/2013, § 19; *Edificaciones March Gallego S.A./İspanya*, B. No: 28028/95, 19/2/1998, § 34; *Ashingdanel/Birleşik Krallık*, B. No: 8225/78, 28/5/1985, § 57; *García Manibardo/İspanya*, B. No: 38695/97, 15/2/2000, § 36; *Sabri Güneş/Türkiye*, B. No: 27396/06, 24/5/2011, § 56).

ihtirazî kaydın ancak zamanında verilen beyannamelere konulabileceği yönünde hiçbir kanuni düzenleme bulunmadığının da vurgusu tekrar yapılmalıdır.^[15]

Pişmanlıkla verilen beyannamelere ihtirazî kayıt konularak dava açılmaya çağının ileri sürülmesi pişmanlık kurumunun doğasından kaynaklanan bir sınır oluştursa da aynı argümanın süresinden sonra verilen düzeltme beyannameleri için geçerli olmadığı açıktır. Çünkü bu halde mükellef pişmanlık beyanında bulunmamıştır. İdari bir yorumla, beyanına dahil edilmesi gereken bir matrahın bulunduğu ya da indirimlerinden çıkarılması gereken bir faturanın bulunduğu ileri sürülmesi veya fark edilmesi üzerine mükellef bu durumun hukuken tartışılır kılınmasını isteyebilmelidir. Mükellefin idari yorumun aksi yönünde oluşan bir iddiası vardır ve bu iddianın tartışılabilirliğinin hukuken korunması gerekir. Dolayısıyla mevcut durumda hak arama hürriyetinin doğasından kaynaklanan bir sınırlamanın bulunmadığının kabulü gerekir.

Makalenin yazımına sebep Danıştay içtihatlarında olduğu üzere böyle bir sınırlama yargı kararıyla kabul edilirse, kısıtlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçütlere uygun olması koşulu aranmalıdır. Bu noktada öncelikle müdahalenin tespiti gerekir. Kanuni süresi geçtikten sonra verilen düzeltme beyannamesine ihtirazî kayıt konulmasının dava açma hakkı vermeyeceği yolundaki karar, mükellefin mahkemeye erişimini engelleyip tereddütlü bir hususun yargı organınca tartışılır hale gelmesini önlediğinden mükellefin mahkemeye

[15] Anayasa Mahkemesi, bir bireysel başvuru incelemesi sonucunda verdiği kararında, ihtirazî kayıtlı beyannamesini 15/1/2002 tarihinde posta yoluyla vergi dairesine gönderen ve aynı tarihte beyan ettiği vergiyi ödeyen şirketin vergi mahkemesinde açtığı davanın süreaşımı nedeniyle reddedildiği şikayetini mahkemeye erişim hakkı yönünden incelemiştir. Başvurucu ihtirazî kayıtlı gönderdiği beyannameye konu vergiyi karşı, kendisine gönderilen 2/7/2002 tarih ve 18259 sayılı yazı ile iadenin yerine getirilemeyeceğine ilişkin yazının tebliği üzerine 2577 sayılı Kanun'da öngörülen 30 günlük dava açma süresi içinde dava açtığını ileri sürmektedir. Vergi mahkemesi kararında, beyannamenin postaya verildiği ve beyan edilen verginin ödendiği tarih olan 15/1/2002 tarihinden itibaren 30 gün içinde dava açılması gerekirken bu sürenin geçirilmesinden sonra açılan davanın süresinde olmadığı, ikinci olarak 4/2/2002 tarihinde düzenlenen tahakkuk fişinin düzenlenme tarihinden itibaren 30 gün içinde dava açılması gerekirken bu sürenin de geçirildiği, son olarak ise başvurunun ihtirazî kayıtlı verdiği beyannameye belirttiği iadeye ilişkin talebe yönelik yapılan inceleme sonucu düzenlenen vergi tekniği raporunun tebliğ tarihi olan 19/6/2002 tarihinden itibaren de 30 gün içinde davanın açılmadığı gerekçeleriyle davayı süre aşımı nedeniyle reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi, ilk derece mahkemesi ve Danıştay'ın, mevzuat hükümlerini değerlendirmek suretiyle dava açma süresinin olayda geçirildiği sonucuna ulaştığını tespit etmiştir. Mahkeme'ye göre yapılan değerlendirme ve ulaşılan sonuç, dava açmayı imkânsız kılacak nitelikte aşırı şekilci bir yaklaşım olmadığı gibi belirtilen kanun hükümlerine önceden öngörülmeyecek şekilde olağanın dışında bir anlam vermek suretiyle sonuca ulaşıldığına dair bir uygulama olarak da değerlendirilmeyecek niteliktedir. (*Garanti Bankası A.Ş.*, B.No:2013/4553, 16/4/2015, §§ 52-64)

erişim hakkına açık bir müdahale oluşturur. Ayrıca bu halde, mükellefin medeni haklarından mülkiyet hakkı üzerinde olumsuz bir sonuç da doğmaktadır.

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesine göre temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilmektedir. Ayrıca bu sınırlamalar Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyet'in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamalıdır.

c. Müdahale Testi

Mükellefin düzeltme beyannamesine ihtirazî kayıt koymasının beyana konu vergiyi dava konusu etme olanağı vermeyeceğine hükmedilmesinin, hak arama hürriyetine ve bunun bir görünümü olan mahkemeye erişim hakkına bir müdahale oluşturduğu yukarıda ifade edilmişti. Bu müdahalenin, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması rejimine uygunluğu, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan sınırlandırma ölçütlerine uygunluk yönünden değerlendirilmelidir.

i. Kanunilik

Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Vergi idaresinin tüm işlemlerine karşı da kural olarak yargı yolu açık olmakla birlikte, 213 sayılı Kanun'un 378. maddesinde kişilerin beyanına dayanan tarh işlemlerinin dava konusu edilemeyeceği belirtilerek bu kurala bir istisna getirilmiştir. Makalenin yazımına konu olan Danıştay içtihatlarında bu madde dava açma hakkına getirilen sınırlamanın kanuni dayanağı olarak gösterilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru incelemelerinde, incelemenin doğası gereği, müdahalenin kanuni dayanağının bulunup bulunmadığını tespitle yetinmektedir. Anayasa'nın 13. maddesinin bir gereği olarak temel hak ve özgürlüklerin ancak "kanunla" sınırlanması, kamu gücünün "devletin negatif yükümlülükleri" kapsamında yaptığı müdahalelerin "kanuna dayanması" zorunluluğunu ifade eder.

Bireysel başvuru incelemesine bir sınır çizen Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrasında ise bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamayacağı ifade edilmiştir. Bir başka ifadeyle, Anayasa Mahkemesi, kanun yolunda gözetilmesi gereken "hukuka uygunluk incelemesi" yapamayacağı gibi "maddi olguların değerlendirilmesi" işine de girişemez.

Bu açıdan bakıldığında, Anayasa Mahkemesi, bir müdahalenin ihlal teşkil edip etmediğini değerlendirirken Anayasa'nın 13. maddesi anlamında müdahalenin “kanuna dayanıp dayanmadığı”nı inceleyebilecek ancak müdahalenin Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrası anlamında “kanuna uygun olup olmadığı”nı değerlendiremeyecektir.^[16]

Bu açıdan bakıldığında kanuni süresinden sonra verilen düzeltme beyannamelerine ihtirazî kayıt konulmasının dava açma hakkı vermeyeceği yolundaki sınırlamanın 213 sayılı Kanun'un 378. maddesine dayandığı görülmektedir. Ancak bu noktada söz konusu kanun hükmünün makaleye konu içtihatla yorumlanma biçimine de değinmek gerekir.

Vergilendirmenin beyana dayanması mükellef açısından bir kabul beyanı niteliği taşımaktadır. Matrah bizzat mükellef tarafından saptandığından yükümlünün kendi saptamasına dayanan tarh işlemine kural olarak bir itirazının olmayacağı kabul edilmekte, bu nedenle bu usulde vergi tarhiyatla birlikte tahakkuk da etmiş sayılmaktadır.^[17]

Vergi uygulamasında mükelleflerin idari yorumlardaki sapmalar ya da kanun değişiklikleri karşısında vergi durumlarını belirleyememeleri nedeniyle tereddütlerin oluştuğu görülmektedir. Vergilendirmede mükellef aleyhine hukuka aykırılığa yol açmama ve bazı matrah unsurlarını hukuken tartışılabilir kılmak amacıyla ihtirazî kayıt kurumu önce yargı içtihatlarıyla geliştirilmiş ve daha sonra kanuni düzenlemeye konu olmuştur. Böylece beyana dayanan tarhiyat işleminin dava konusu edilemeyeceği yönündeki kurala bir istisna getirilmiştir.

Kanunda ihtirazî kaydın dava açma hakkı veren etkisinden ancak süresinde beyanname verilmesi halinde yararlanılabileceği yönünde bir açık bir kısıtlama bulunmamaktadır. Bu kısıtlama makalenin yazımına sebep olan Danıştay içtihatlarıyla geliştirilmiştir. Süresinden sonra verilen beyannamelere ihtirazî kayıt konulmasının dava açma hakkı vermeyeceği yolundaki içtihat, mükellefin bir uyuşmazlığı mahkeme önüne etkili açık ve pratik fırsatlardan yararlanarak getirebilme hakkını elinden aldığından, Kanun'un 378. maddesinin mükelleflerin mahkemeye erişim hakkının özüne dokunan genişletici ve şekilci bir yorumudur.

[16] Anayasa Mahkemesi Bölümler Başkanlığı Sayın Abdullah Çelik'in bu düşüncesi henüz yayımlanmamıştır.

[17] Öncel, Mualla – Kumrulu, Ahmet–Çağan, Nami, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş Değişiklikler İşlenmiş 22. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 96-97.

ii. Meşru Amaca Dayanma

Anayasa'nın 36. maddesinde hak arama hürriyeti açısından herhangi bir özel sınırlama sebebi gösterilmemiş olmakla birlikte, yukarıda da ifade edildiği üzere mahkemeye erişim hakkı mutlak olmayıp sınırlandırılabilir.^[18] Ancak bu sınırlama meşru bir amaca dayanmalıdır. Ne var ki, Danıştay, içtihatlarındaki genişletici yorumun dayandığı meşru amacı belirtmemiştir.

Genel olarak dava engelleri, hukuki işlemlerin sürekli dava tehdidi altında kalmasını önleme, kimler tarafından dava konusu edilebileceğini belirleme gibi kamu yararını gözeten sebeplere dayanır. Mükellefin idarenin talebi üzerine kanuni süresinden sonra ihtirazî kayıtlı verdiği düzeltme beyannamesinin, kanuni süresi içinde mükellefin özgür iradesiyle verdiği beyannamelerle bir tutularak mükelleflerin bu ilk halde de dava açma hakkı bulunmadığı sonucuna varılmasında nasıl bir kamu yararı bulunduğu tartışmalıdır. İkinci halde, mükelleflerin tarhiyat yapılmasını beklemek yerine düzeltme beyannamesi vermeleri halinde tahakkuk gerçekleşmekle birlikte, bu durumun hakkın doğasından kaynaklanan bir sınırlama nedeni oluşturduğu ve tereddütlü hususların hukuken tartışılmasını gerektirmediği söylenemez.

iii. Ölçülülük

Süresinden sonra verilen düzeltme beyannamesine ihtirazî kayıt konulmasının dava açma hakkı vermediğine hükmedilmesi, mahkemeye erişim hakkının özüne dokunmakta ve bu hakkı ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla bu noktada sınırlandırmada kullanılan aracın sınırlama amacı ile orantılı olduğundan ya da kamu yararının gerekleri ile bireyin hakları arasında adil bir denge kurulduğundan söz edilemez. Mükellefin tereddütlü bir hususu tartışma konusu yapması engellenmektedir.

Ayrıca yargı kararıyla mükellef aleyhine idari denetimden yoksun bir alan oluşturulmaktadır. Kısıtlamanın hangi kamu yararını gerçekleştirmeyi hedeflediği hususunun belirsizliğinin yanında müdahale, tamamıyla mükellef aleyhine olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Dolayısıyla hakkın özüne dokunulduğu tespiti bu bağlamda yeterli olup ölçülülük dengesinin kurulup kurulmadığının araştırılması göz ardı edilmektedir.

[18] Yaltı, Billur, Vergi Yükümlüsünün Hakları, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2006, s.114.

4- Mülkiyet Hakkının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri Bağlamında Konunun İrdelenmesi

a. Mülkiyet Hakkının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülüğü

Mülkiyet hakkının etkili bir şekilde korunması sadece Devletin kanuna dayanmayan, meşru bir amaç gözetmeyen ve ölçüsüz bir müdahalede bulunmaması, bir başka ifadeyle Devletin negatif yükümlülükleriyle açıklanamaz. Bu kapsamda Devletin bireylerin mülkiyet hakkının korunması için bazı pozitif yükümlülükleri de yerine getirmesi gerekebilir.

AİHM, 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin asli amacının, kişilerin mülklerinden huzurlu bir şekilde yararlanmasını sağlayarak Devletin haksız yere müdahalesine karşı korumak olduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte, AİHS'nin 1. maddesi gereğince, her Akit Taraf "kendi yargı alanındaki herkes için Sözleşmede tanımlanan hak ve özgürlükleri güvence altına alacaktır." AİHM'e göre bu görevin yerine getirilmesi, Sözleşme tarafından güvence altına alınan hakların etkili bir şekilde kullanılmasının sağlanmasından kaynaklanan olumlu yükümlülükleri zorunlu olarak içerebilir. 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi bağlamında, bu pozitif yükümlülükler, özellikle, bir başvuranın yetkililerden meşru olarak bekleyeceği tedbirler ile mülkiyetin etkin şekilde kullanılması arasında doğrudan bir bağlantı bulunduğu durumlarda^[19] Devletin mülkiyet haklarını korumak için gerekli önlemleri almasını gerektirebilir.^[20] Bu, özellikle, Devletlerin gerekli usul garantilerini sağlayan yargı yolları sunma ve ulusal mahkemelerin ve yargı mercilerinin, mülkiyet konularıyla ilgili tüm davaları etkili ve adil bir şekilde karara bağlamaları mümkün kılma yükümlülüğünün bulunduğu anlamına gelmektedir.^[21]

b. Müdahalenin Mülkiyet Hakkının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri Bağlamında İrdelenmesi

Düzeltme beyannamesi üzerine tarh edilen vergiye karşı dava açma hakkının içtihatla engellenmesinin mahkemeye erişim hakkı açısından bir sınırlama nedeni oluşturduğu tartışmasızdır. Ancak bu müdahalenin, mülkiyetin hakkının korunmasında Devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında da değerlendirilmesi

[19] bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı–*Öneriyıldız/Türkiye* [BD], B. No: 48939/99, § 134)

[20] bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı–*Sovtransavto Holding/Ukrayna*, B. No: 48553/99, § 96; *Broniowski/Polonya* [BD], B.No: 31443/96, § 143)

[21] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı–*Sovtransavto Holding/Ukrayna*, § 96) (*Bistrovic/Hırvatistan*, B.No: 25774/05, 31/5/2007, §33)

gerekir. Gerçekten düzeltme beyannamelerine ihtirazî kayıt konulmasının dava açma hakkı vermeyeceği yolundaki içtihat nedeniyle vergi mükelleflerinin mahkemeye erişmekten ve vergi mahkemesi önünde tarhiyatın hukuka aykırılığına ilişkin iddialarını ileri sürmekten yoksun bırakılmaları, adil yargılanma hakkından da öte mülkiyet hakkının etkin biçimde korunması açısından önem taşımaktadır.

Bireyler adil yargılanma hakkının korunması amacıyla değil, ilgili maddi hakkının (inceleme konusu bağlamında mülkiyet hakkı) korunması amacıyla yargı yoluna başvurur. Adil yargılanma hakkının sunduğu güvencelerden yararlanmak ikincil bir beklentidir ve bu güvencelerin asıl amaç olan maddi hakkın korunmasında Devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında irdelenmesi, maddi hakkın etkin korunması amacına daha uygun bir yöntem sunabilir.

Devlet, pozitif yükümlülüğü kapsamında, mülkiyet hakkının korunmasını talep eden bireylere, müdahalenin hukukiliğini tartışma imkânı sağlayacak etkili bir hukuki başvuru yolu kurmalı, bireylerin bu yola erişimini sağlamalı, onlara hukuka aykırılık iddialarını ileri sürebilme ve bu iddialarına cevap alma olanağı tanımalıdır.

Vergi mükelleflerinin düzeltme beyannamelerine ihtirazî kayıt konulmasının dava açma hakkı vermeyeceği gerekçesiyle vergi mahkemesine erişim hakkından yoksun bırakılmaları, mülkiyet hakkının etkin bir biçimde korunmasına engel teşkil eder. Vergi mükellefleri bu sınırlama nedeniyle düzeltmeye konu olan hukuki işlem açısından vergiyi doğuran olayın gerçekleşip gerçekleşmediğini ve bu işlemin bir gider ya da indirim sebebi teşkil etmesi bakımından kanunda öngörülen şartları taşıyıp taşımadığını tartışma imkânından yoksun bırakılmış olurlar.

Bu tespitler ışığında, düzeltme beyannamesine ihtirazî kayıt konulmasının dava açma hakkı vermeyeceği yolundaki içtihadın, uygulamada düzeltme yoluna idarenin talebi üzerine başvurulduğu da dikkate alındığında, vergi mükelleflerinin mülkiyet hakkının korunmasında Devletin pozitif yükümlülüklerine aykırılık teşkil ettiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Sonuç

Süresinden sonra verilen düzeltme beyannamesine ihtirazî kayıt konulmasının dava açma hakkı vermeyeceği yolundaki Danıştay içtihadı, mükelleflerin mahkemeye erişim hakkının özüne dokunup ihlaline yol açan ve yargı kararıyla hukukilik denetiminden yoksun bir alan oluşturulmasını sağlayan yargısal bir yorumdur. Ayrıca mülkiyet hakkının korunması bağlamında Devletin pozitif yükümlülüklerine aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle kanunla gerçekleştirilmeyen bir sınırlamanın yargı içtihatları ile mükellefler aleyhine oluşturulması en temel ifade ile hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Mükelleflerin böyle bir hakkı olamayacağına ilişkin açık bir kanuni düzenleme olmadığı sürece, mahkemelerin, düzeltme beyannameleri verilirken ihtirazî kayıt konulmasının ve sonrasında mükelleflerin dava açma haklarının korunmasının hukuka uygun olduğunun yargı kararlarıyla da güvence altına alınması gerekmektedir. Ancak bu şekilde mahkemeye erişim hakkına getirilen bu engel aşılabilecektir. Son olarak şu söylenmelidir ki, vergilendirme yetkisini yasama organı kullanabilir. Yürütmenin bu konudaki sürekli müdahalelerine karşın yargı vergilerin kanuniliği ilkesine uygun kararlar vermektedir. Ancak tamamıyla vergi hukukunu ilgilendiren bir konuda yasamanın açık bir iradesi bulunmamasına rağmen hakkın özünü kısıtlayıcı bir yargı kararının mevcudiyeti hukuk devleti ilkesi ile çelişecektir.

KAYNAKÇA

Doğru, Osman – Nalbant, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, Yargıtay Başkanlığı Yayını, Ankara, 2013.

Öncel, Mualla – Kumrulu, Ahmet–Çağan, Nami, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş Değişiklikler İşlenmiş 22. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

Yaltı, Billur, Vergi Yükümlüsünün Hakları, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2006.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Ashingdane/Birleşik Krallık, B. No: 8225/78,

Bistrovic/Hırvatistan, B.No: 25774/05,

Broniowski/Polonya [BD], B.No: 31443/96,

Edificaciones March Gallego S.A./İspanya, B. No: 28028/95,

Eşim/Türkiye, B. No: 59601/09,

Eşim/Türkiye, B. No: 59601/09,

García Manibardo/İspanya, B. No: 38695/97,

Geffre/Fransa (k.k.), B. No: 51307/99,

Golder/Birleşik Krallık, B No: 4451/70,

Öneryıldız/Türkiye [BD], B. No: 48939/99,

Sabri Güneş/Türkiye, B. No: 27396/06,

Sefer Yılmaz ve Meryem Yılmaz/Türkiye, B. No: 611/12,

Sovtransavto Holding/Ukrayna, B. No: 48553/99,

Walchli/Fransa, B. No: 35787/03,

Anayasa Mahkemesi Kararları

AYM E.2010/83, K.2012/169,

AYM, E. 2011/54, K. 2011/142,

AYM E.2012/108, K.2013/64,

AYM E.2013/95, K.2014/176,

AYM E.2014/177, K.2015/49,

Süresinden Sonra İhtirazî Kayıtlı Verilen Düzeltme Beyannamesi Nedeniyle Tahakkuk Eden Verginin İdari Davaya Konu Edilebilirliği, Mahkemeye Erişim Hakkı ve Mülkiyet Hakkının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri Bağlamında Bir Değerlendirme

AYM Bireysel Başvuru, Ahmet Yıldırım, B. No: 2012/144,

AYM Bireysel Başvuru, Özkan Şen, B. No: 2012/791,

AYM Bireysel Başvuru, Muhsin Karaca, B.No:2014/2211,

AYM Bireysel Başvuru Garanti Bankası A.Ş., B.No:2013/4553,

Danıştay Kararları

Danıştay 4. Daire, 2.12.2015 tarih ve E. 2015/6462, K. 2015/6173 sayılı kararı.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu 25.2.2015 tarih ve E. 2014/1164, K. 2015/20 sayılı kararı.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 11.12.2009 tarih ve E.2008/593, K.2009/655 sayılı kararı.

YARGI KARARLARI IŞIĞINDA VERĐİ HUKUKU'NDA USULSÜZ TEBLİĞ VE SONUÇLARI*

Av. Burcu GÖRKEMLİ**

Makalenin Geldiği Tarih: 30.11.2016 **Kabul Tarihi:** 25.09.2017

* Bu makale hakem incelemesinden geÇmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Doktora Öğrencisi.

ÖZ

Vergi hukukunda tebligat işlemi diğer tüm hukuk dallarında olduğu gibi büyük öneme sahiptir. Vergi hukukunda tebligat aracılığıyla vergi mükelleflerine vergi ve ceza ihbarnameleri bildirilecektir. Böylelikle, vergi mükellefleri için idari ve yargısal süreler başlamış olacaktır. Vergi mükellefleri, yapılan tebligat ile bilgilendikten sonra, vergi ve ceza ihbarnameleri ile ilgili olarak gereğini yapma ve kanun yollarına başvurma hakkını elde edecektir. Vergi hukukunda, vergilendirme sürecine ilişkin tebligat işlemlerine, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu uygulanmaktadır. Tebligat işleminin usulüne uygun yapılmaması durumunda ise, vergi mükelleflerine ait vergi borcunun kesinleşmesi söz konusu olamayacaktır.

Anahtar Kelimeler: Vergi, tebligat, usulsüz tebliğ, vergi mükellefi, vergi borcu.

IRREGULAR NOTIFICATION AND RESULTS IN
THE LIGHT OF THE JUDICIAL DECISIONS

ABSTRACT

In tax law, notification process is very important as in all other branches of law. In tax law, taxpayers will be notified of their tax and penalty notices with notification. So, administrative and judicial periods will begin for taxpayers. After taxpayers are informed by notification, they will entitle to make the necessary remedies and apply for legal remedies in respect of tax and penalty notices. Tax Procedure Law No. 213 is applied to notification procedures about taxation process in tax law. If notification procedure is not carried out properly, the finalization of tax dept of the taxpayers will not be possible.

Keywords: Tax, notification, irregular notification, taxpayers, tax dept.

GİRİŞ

Usulüne uygun bir şekilde yapılan tebliğ işlemi, idari ve yargısal süreçlerin başlamasında belirleyici bir unsurdur. Vergi hukukunda vergi daireleri tarafından tebligat aracılığıyla, vergi mükelleflerine haklarında hükmedilmiş vergi ve ceza ihbarnameleri bildirilecektir. Böylece vergi mükellefi, vergi işlemleriyle ilgili bilgilendikten sonra, gereğini yapma ve kanun yollarına başvurma hakkını kullanabilme imkanını elde edecektir.

Vergi hukukunda, vergilendirme sürecine ilişkin tebligat işlemlerine, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu uygulanacaktır. Söz konusu Kanun'a uygun bir şekilde yapılan tebliğ işlemi geçerli olmakta birlikte, tebliğ ile, vergilendirme sürecinin ilk aşaması olan tarhiyat safhası ve tahakkuk safhası arasında köprü işlevi gerçekleştirecek ve vergi, mükellef için ödenmesi zorunlu bir hal alacaktır. Vergilendirme sürecine ilişkin ihbarnamelerin tebliğindeki usulsüzlük, kesilmiş bir kamu alacağı niteliği kazanamamış vergi borcuna sebep olacaktır. Ancak tebliğe konu belgelerdeki esasa etkili olmayan şekil hataları, belgelerin hukuki kıymetlerini kaybettirmeyecektir.

Vergi Usul Kanunu çerçevesinde; çalışmamızda, usulsüz tebliğ kavramı, tebligat yapılacak kişiler, tebligat usulleri ve tebligat usulleri arasında uygulanması gereken sıra, tebliğ yerine geçen muameleler ve hatalı tebliğler kapsamında ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Bu çalışmanın hareket noktası; Vergi Usul Kanunu'nun tebligata ilişkin usul hükümleri, yargı kararları ışığında incelenmek suretiyle, usulüne uygun yapılmayan tebliğ işlemlerinin sonuçları üzerinde durulmuştur.

I. VERGİ USUL KANUNU'NDA TEBLİGAT KAVRAMI

Vergilendirme süreci verginin tarhı, tebliği, tahakkuku ve tahsili olmak üzere dört aşamada gerçekleşmektedir. Verginin ödenmesi gereken safhaya gelebilmesi, yani verginin tahakkuku için tebliğ aşaması şarttır. Vergi Usul Kanunu'nun 21'inci maddesinde tebliğ, "*Vergilendirmeyi ilgilendiren ve hüküm ifade eden hususların yetkili makamlar tarafından mükellefe veya ceza sorumlusuna yazı ile bildirilmesidir.*" şeklinde tanımlanmaktadır. Vergi Usul Kanunu kapsamında; tebligat, vergilendirme sürecinde, tarh işleminden sonra gelen ve yapılan tarh işlemi ile vergi yükümlüsünün adına salınan vergiden haberdar olması için gerçekleştirilen resmi bildirimdir.

Uygulamaya ilişkin işlemler içerisinde yer alan tebliğat^[1], idari ve yargısal sürelerin başlamasında belirleyici unsur olmasının yanısıra, vergilendirmeye ilişkin vergi dairesince belli ödevlerin ifası için gönderilen belge, yazı ve bildirimlerde de etkin bir şekilde kullanılmaktadır^[2]. Yargısal sürelerle idari süreler aynı nitelikte olmakla birlikte; idari sürelerde olduğu gibi yargısal sürelerin de muhataplarına tebliğ edilmiş olması gerekir^[3].

Tebliğatların yazılı şekilde yapılması şarttır^[4]. Yapılacak olan tebliğatın konusunu oluşturan belgeler; yoklama ve düzeltme fişleri, vergi dairesi tarafından vergi mükellefinin ödevleri için yapılan bildirimler, vergi ve ceza ihbarnameleri, takdir komisyonu kararları, uzlaşma tutanakları, inceleme raporları şeklindedir^[5].

Vergi Usul Kanunu'nun 93'üncü maddesinde tebliğ esasları belirtilmiş olup, tahakkuk fişinin yanında vergilendirme ile ilgili olan hüküm ifade eden bütün vesikalar ve yazılar adresleri bilinmekte olan vergi yükümlüsü gerçek ve tüzel kişilere posta vasıtasıyla, adresleri bilinmeyenlere ise ilan yoluyla bildirilecektir.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 17.01.1997 tarihli, 1995/136 esas, 1997/16 karar sayılı kararında, "... Usulüne uygun olarak tarh ve tebliğ edilmeyen bir verginin tahakkuk ettiğinden ve yükümlüler açısından ödenmesi gerekli safhaya geldiğinden söz etmek mümkün değildir. Nitekim, ... sayılı Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı'nda da '... Kendisine ödeme emri tebliğ edilen bir yükümlünün idarece hesaplanan vergiye ilişkin ihbarnamenin Vergi Usul Kanunu'nun 93 ve müteakip maddeleri hükümlerine uygun biçimde tebliğ

[1] Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, 22. Baskı, Ankara, 2013, s.103.

[2] Mualla Öncel, Nami Çağan, Ahmet Kumrulu, Vergi Hukuku, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 2. Baskı, Cilt:1, Ankara, 1985, s. 119.

[3] Övül Çölgezen Batun, Vergi Hukukunda Süreler Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 24; Bkz. Batun, Vergi Hukukunda Süreler Sorunlar ve Çözüm Önerileri, s. 24, Danıştay 9'uncu Dairesi'nin 12.04.1983 tarihli, 1983/2383 esas, 1983/2578 karar sayılı kararında, "... İtiraz komisyonunca bozma kararına uyulduğu belirtildikten sonra defter ve belgelerin ibrazı için ilgiliye bir aylık ek süre verilmiş olmasına rağmen bu süre içinde istenilen bu malumatın mazeretsiz olarak verilmemesi hususuna dayanılarak karar verilmiş ise de, böyle bir gerekçeye dayanabilmesi için istenilen sürenin verilmiş olduğunun ilgilinin ıttılana sunulmuş olması gerekir. Dava dilekçesinde davacı tarafından ek süre konusunda, kendisine herhangi bir tebliğat yapılmadığı iddia edilmiş ve vergi dairesi müdürlüğünce aksi ileri sürülerek tevsik edilmediği cihetle bu iddianın doğru olduğunun kabulü zorunlu hale gelmiştir. Bir kimseye ek süre verildiği bildirilmeden bu süre içinde defter ve belgelerin mazeretsiz ibraz etmediğini kabul etmek imkanı yoktur."

[4] Öncel, Kumrulu, Çağan, Vergi Hukuku, 2013, s.105.

[5] Yavuz Atar, Vergi Hukuku, Mimoza Yayıncılık, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Konya, 2004, s. 79.

edilmediğini, ilan yoluyla yapılan tebliğin de hükümsüz sayılması gerektiğini ileri sürerek itirazda bulunması ve itiraz komisyonunca yapılan inceleme sonunda ihbarnamenin tebliğinde usulsüzlük olduğunun anlaşılması halinde, tahakkuk etmiş, yani ödenmesi zorunlu hale gelmiş bir vergi borcunun varlığından söz edilemeyeceği için, borcun doğmadığının kabul edilmesi ve bu iddiaları kapsayan dilekçelerin 6183 sayılı kanununun 58'inci maddesinin birinci fıkrasında yazılı 'böyle bir borcu olmadığı' deyimini içinde değerlendirilmesi' gerektiği kabul edilmiştir." denilmekte olup, kararda usulüne uygun bir şekilde yapılmayan tebliğin, vergi borcunu ödenmesi zorunlu bir hale getirmeyeceği belirtilmiş; aksine, usulsüz tebligat yapıldığı zaman mükellefin borcunun doğmayacağı açık bir şekilde ifade edilmiştir.

Usulüne uygun yapılmayan tebliğ işlemi tek başına dava edilemeyip; tebliğ işleminin, tebliğ işlemine konu asıl idari işlemle birlikte dava edilme imkanı olacaktır. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 8'inci maddesinde^[6] de belirtildiği üzere, vergilendirme sürecinin tarhi, tahakkuku ve cezanın kesinleşmesi için geçmesi gereken vergi mahkemesinde dava açma süresini başlatacak olan, vergi yükümlüsünün bilinen adresine yapılması gereken tebligat işlemleri, Vergi Usul Kanunu'nun tebliğ hükümleri olan 93-106'ncı maddeleri çerçevesinde yapılacaktır. Ancak İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 60'uncü maddesi gereğince, Danıştay ile bölge idare, idare ve vergi mahkemelerine ait her türlü tebliğ işlemlerine Tebligat Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

Söz konusu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, verginin tahsili aşamasına ilişkin tebliğ işlemlerine Vergi Usul Kanunu; vergi uyumsuzluklarına ilişkin tebliğ işlemlerine ise Tebligat Kanunu uygulanacaktır^[7]. Ayrıca Tebligat Kanunu'nun

[6] Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 8'inci maddesi, "Hilafına bir hüküm bulunmadıkça bu kanunda yazılı müddetlerin hesaplanmasında ve tebliğlerin yapılmasında Vergi Usul Kanunu hükümleri tatbik olunur."

[7] Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 23.02.2001 tarihli, 2000/325 esas, 2001/97 karar sayılı kararında, "... 1990 yılı işlemleri incelenen davacı şirket adına aynı yılın Temmuz ve Eylül dönemleri için salınan kaçakçılık cezalı gelir (stopaj) vergisi ile kesilen özel usulsüzlük cezasına karşı açılan davada 2577 sayılı Yasanın 26'ncü maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca davanın açılmamış sayılması yolunda verilen ısrar kararı temyiz edilmiştir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 26'ncü maddesinin üçüncü fıkrasında; davacının gösterdiği adreste tebligat yapılamaması halinde, yeni adresin bildirilmesine kadar dava dosyasının işlemde kaldırılacağı ve varsa yürütmenin durdurulması kararının kendiliğinden hükümsüz kalacağı, dosyanın işlemde kaldırıldığı tarihten başlayarak bir yıl içinde yeni adres bildirmek suretiyle yeniden işleme konulması istenmediği takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar verileceği belirtilmiş, aynı Yasa'nın 60'uncü maddesinde; Danıştay ile bölge idare, idare ve vergi mahkemelerine ait her türlü tebliğ işlerinin Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılacağı kurala bağlanmıştır. Tebligat Kanunu'nun 21'inci maddesi ile bu maddeye paralel düzenleme içeren Tebligat Tüzüğü'nün 28'inci maddesinde, kendisine tebliğ yapılacak kimse ve muhatap namına tebligat yapılabilecek kimselerden hiçbirinin

51'inci maddesi gereğince, Vergi Usul Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde, Tebligat Kanunu'nun genel hükümleri uygulanacaktır^[8].

II. VERGİ USUL KANUNU'NA GÖRE TEBLİGAT YAPILACAK KİŞİLER

Vergi Usul Kanunu'nun 94'üncü maddesine göre, tebliğ mükelleflere, bunların kanuni temsilcilerine, umumi vekillerine^[9] veya vergi cezası kesilenlere yapılır. Tüzel kişilere yapılacak tebliğ, bunların başkan, müdür veya kanuni temsilcilerine; vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllere tebliğ, bunları idare edenlere veya temsilcilerine; kamu kurumlarında ise, en büyük amir veya amirin yetkilendirmiş olduğu kişiye^[10] yapılır. Tüzel kişilerin birden fazla müdür veya temsilcisi varsa, tebliğin bunlardan birine yapılması yeterli olacaktır.

Vergi mükellefi veya sorumlusu kendilerine vekil tayin etmişlerse; bu durumda, tebliğ tayin edilen vekillere yapılmak suretiyle usulüne uygun bir şekilde gerçekleşmiş olacaktır^[11]. Ancak vekil yerine mükellefe yapılan tebligatlarda, tebliğ ile amaçlandığı üzere mükellef bilgilenmek suretiyle vergilendirmeye

gösterilen adreste bulunmaması durumunda tebliğ memurunun, adreste bulunmama sebebini bilmesi muhtemel olan komşu, kapıcı gibi kimselerden veya o yerin muhtar, ihtiyar heyeti veya meclis azalarından veyahut zabıta amir veya memurlarından tabkik ederek, vaki olacak beyanı tebliğ mazbatasına yazıp altını imzalatması, beyanı yapan imzadan imtina ederse bu ciheti şerh ve kendi imzası ile tasdik etmesi öngörülmüştür. Davalı idarenin savunma dilekçesinin, dava dilekçesinde bildirilen adreste tebligata çıkarıldığı ancak 'muhatab adres bırakmadan taşınmıştır iade' şerhini taşıyan tebliğ evrakının beyanda bulunan kişinin kim olduğu belirtilmeden ve beyanı yapanın imzası alınmadan tebliğ memurunun imzası ile iade edildiği anlaşılmıştır. Tebligat Tüzüğü'nün 28'inci maddesine uygun olarak tebligat yapılmadan dosyanın işlemden kaldırılması ve bir yıllık süre içerisinde yeni adresini bildirerek dosyanın yeniden işleme konulmasının istenmemesi nedeniyle davanın açılmamış sayılması yolundaki ısrar kararı hukuka uygun görülmemiştir. Bu nedenlerle temyiz isteminin kabulüne, ... Vergi Mahkemesinin ... günlü ... ve ...sayılı ısrar kararının bozulmasına...

- [8] Tebligat Kanunu'nun 51'inci maddesi, "Mali tebliğler, kendi kanunlarında sarahat bulunmayan hallerde, bu kanunun umumi hükümlerine tefikkan yapılır."
- [9] Danıştay 11'inci Dairesi'nin 08.04.1996 tarihli, 1996/484 esas, 1996/1513 karar sayılı kararında, "... Tebligatın tebliğ yapılacak şahsa bilinen en son adresinde yapılacağı, vekil vasıtasıyla takip edilen davalarda tebligatın sadece vekile yapılabileceği, usulsüz tebligatta ise muhatabın tebliğe muttali olması halinde tebligatın geçerli sayılacağı, ancak muhatabın beyan ettiği tarihin tebliğ tarihi olarak kabulü gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır."
- [10] Volkan Alptekin, Vergi Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013, s. 38.
- [11] Şerafettin Aksoy, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Filiz Kitabevi, 6. Baskı, İstanbul, 2010, s. 56.

ilişkin belgeleri kontrol etme imkanı bulmuş ve haklarını kullanmış ise söz konusu tebliğ hukuken geçerli sayılacaktır^[12].

Danıştay 4'üncü Dairesi'nin 06.10.2005 tarihli, 2005/361 esas, 2005/1694 karar sayılı kararında, "... Plastik Metal İnşaat Tekstil Petrol Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi adına salınan vergi ve kesilen cezalara ilişkin ihbarnamelere, şirket adresinin yazıldığı, fakat bu ihbarnamelerin kanunen yetkili şirket temsilcilerine veya yöneticisine tebliğ edilmeyip, eski şirket temsilcisi olan davacıya tebliğ edildiği anlaşılmaktadır. Şirket adına düzenlenen ihbarnamelerin davacıya tebliğ edilmiş olması bu ihbarnamelerin şirkete tebliğ edilmiş sayılmasını gerektirmeyeceği gibi bu ihbarnamelerde yer alan şirket adına salınmış vergi ve kesilen cezadan davacının şahsen sorumlu tutulması sonucunu da doğurmaz. Sözü edilen ihbarnamelere dayanarak davacının vergi ve cezadan sorumlu tutulması ve takip edilmesi mümkün bulunmadığından, tebligatın şahsına yapılmış olmasının davacının menfaatini haleldar ettiği kabul edilemez." denilmek suretiyle tebligatın, tüzel kişilerin yetkili şirket temsilcilerine yapılması gerektiği üzerinde durulmuş, eski şirket temsilcisine yapılan usulsüz tebliğe konu ihbarnamelere dayanılarak vergi ve cezalardan söz konusu şirketin sorumlu tutulamayacağı vurgulanmıştır.

Vergi Usul Kanunu'nun 8'inci maddesinde tebliğ yapılacak kişiler arasında yer alan vergi mükellefi, "*Vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu terettüb eden gerçek veya tüzel kişidir.*" Vergiyi doğuran olayın kendi kişiliğinde gerçekleşmiş olduğu vergi mükellefinin, vergi borcunu ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır^[13]. Yine aynı madde kapsamında, vergi sorumlusu, "*Verginin ödenmesi bakımından, alacaklı vergi dairesine karşı muhatap olan kişidir.*" Bu kapsamda vergi sorumlusu adına vergi terettüb etmediği halde, alacaklı vergi dairesine karşı muhatap olan ve Vergi Usul Kanunu kapsamında vergi mükellefi olarak kabul edilen kişidir. Vergi sorumlusu vergiyi doğuran olay şahsında gerçekleşmediği halde, devlet alacağı ile ilgili olarak maddi ve şekli ödevlerin asıl vergi borçlusu ile birlikte üçüncü kişilerden de istenebilmesi olup, vergi sorumlusundan vergi borcunun ödenmesinin ya da şekli ödevlerin yerine getirilmesinin istenebilmesidir^[14].

Vergi Usul Kanunu'nun 10'uncu maddesine göre tebligat yapılacak kişiler arasında yer alan kanuni temsilciler, küçük ve kısıtlı gerçek kişilerin, tüzel kişilerin, tüzel kişiliği olmayan kuruluşların ve Türkiye'de olmayan mükelleflerin

[12] Aksoy, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, s. 56.

[13] Nihal Saban, Vergi Hukuku, Beta Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 2006, s. 89.

[14] Saban, Vergi Hukuku, s. 89-90.

vergi ile ilgili ödevlerinin yerine getirilmesinden sorumlu olmaktadır^[15]. Kanuni temsilciler kendilerine yüklenen ödevleri yerine getirmedikleri takdirde, normal şartlarda asıl mükellefin malvarlığından alınmakta olan vergi borcu tahsil edilemediği için, vergi ve buna bağlı alacaklar kanuni temsilcinin malvarlığından alınacaktır^[16].

Vergi mükellefinin bilinen adresinde bulunamaması durumunda ikametgah adresinde, görünüşüne nazaran 18 yaşından küçük olmayan ve bariz bir şekilde ehliyetsiz bulunmayan kişilerden veya işyerlerinde memur ya da müstahdemlerinden birine yapılacaktır^[17].

Vergi mükellefinin bilinen adresinde bulunmaması sebebiyle, küçüğe yapılan tebligatın usulsüzlüğüne ilişkin olarak, Danıştay 9'uncu Dairesi'nin 15.05.2012

[15] Adnan Gerçek, Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, Ekin Yayınları, 3. Baskı, Bursa, 2013, s. 39.

[16] Gerçek, Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, s. 39; Yusuf Karakoç, Genel Vergi Hukuku, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2007, s. 216; Danıştay 9'uncu Dairesi'nin 09.03.2005 tarihli, 2003/2571 esas, 2005/494 karar sayılı kararında, "... 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun yukarıda anılan 10'uncu maddesi hükmüne göre, kanuni temsilci ya da ortak sıfatıyla ilgili kişilerin takip edilebilmesi için, vergi borcunun usulüne uygun bir biçimde tarh, tahakkuk, tebliğ, safhalarından geçerek borcun kesinleştirilmesi, vergi borçlusuna hakkında tüm takip yollarının tüketilmesi ve amme alacağının vergi borçlusundan kısmen veya tamamen tahsil imkanının bulunmadığının somut bir biçimde ortaya konulması gerekmektedir... Olayda, ...Gıda İth. İhr. Ltd. Şti'nin 30.12.1998 tarihinde yapılan takdire sevk işleminden önce 04.03.1998 tarihli adres tespit tutanağı ve 18.11.1998 tarihinde yapılan yoklama ile şirketin 1997/Haziran ayı itibarıyla ... adresini terk ettiği, yeni adresinin bilinmediği hususları çevreden araştırılarak tespit edildiği ve aynı adreste ... Tarım Ürünleri Gıda Limited Şirketi'nin faaliyet gösterdiği tespit edildiği halde, aynı adresin 23.11.1999 ve 30.11.1999 tarihlerinde bu şirket adına düzenlenen vergi ceza ihbarnameleri ile ödeme emirlerinin tebliği için kullanılmasında isabet görülmemiştir. Ayrıca dosyada ayrıca yer alan 09.06.1998 tarihli Ortaktan Limited Şirket Hisse Devir Sözleşmesi'nde davacı ...'in ikametgah adresi mevcut iken, bu adres, bilinen adresler arasında mütalaa edilip şirket adına düzenlenen ihbarnamelerin bu adreslere posta yoluyla tebliği yoluna gidilmediği de tespit edildiğinden, daha önce terk edildiği bilinen adreste düzenlenen adres tespit tutanağına dayanılarak ilan edilen tebliğ şartlarının oluştuğunu da söylemek mümkün değildir. Bu durum karşısında, şirket adına düzenlenen vergi ceza ihbarnameleri ile ödeme emirlerinin şirkete usulüne uygun olarak tebliğ edilmediği sonucuna varıldığından, şirket yönünden kesinleşmeyen amme alacağının ödenmesinden kanuni temsilci olan davacının sorumlu tutulmasında ve bu amaçla ödeme emirleri düzenlenmesinde isabet görülmemiştir."

[17] Danıştay 9'uncu Dairesi'nin 21.01.2003 tarihli, 2000/4324 esas, 2003/34 karar sayılı kararında, "... Olayda, davacının '...' adresindeki faaliyetini terk etmesi üzerine defter ve belge ibrazına ilişkin yazı ikametgah adresinde annesine tebliğ edildiği halde dava konusu vergi ve ceza ihbarnamelerinin de aynı adreste tebliğ edilmesi gerekirken terk ettiği iş adresinde kardeşine tebliğ edildiği, bu kişinin ise 213 sayılı Kanun'un 94'üncü maddesinde sayılan kişilerden olmadığı anlaşıldığından ve davacı tebligatın 12.01.1998 tarihinde eline geçtiğini beyan ettiğinden 7201 sayılı Kanun'un 32'nci maddesi uyarınca bu tarihin tebliğ tarihi olarak kabulü gerekir." denilmektedir.

tarhli, 2010/8939 esas, 2012/2645 karar sayılı kararında, “... Davacı adına düzenlenen 15.03.2010 tarih ve 353 sayılı ödeme emrinin davacının ikametgah adresinde kızı ...'na 27.04.2010 tarihinde tebliğ edildiği, davanın ise 11.05.2010 tarihinde açıldığı, Vergi Mahkemesince 6183 sayılı Yasa'nın 58'inci maddesinde belirtilen 7 günlük dava açma süresi geçtikten sonra açılan davanın sürecini nedeniyle reddine karar verildiği anlaşılmıştır. Olayda, temyiz dilekçesine eklenen davacının kızına ait nüfus cüzdanı fotokopisinden ...'nın doğum tarihinin 30.07.1995 olduğu, adı geçen şahsın tebliğin yapıldığı tarih itibariyle 15 yaşını bitirmediği görülmüştür. Yukarıda belirtilen 213 sayılı Kanun'un 94'üncü maddesindeki tebliğ yapılacak kimsenin görüşüne nazaran 18 yaşından aşağı olmaması kriterinin hakkaniyet kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmekte olup, tebliğ tarihi henüz 15 yaşını bitirmemiş olan davacının kızına yapılan tebliğin görünüş itibariyle 18 yaşından aşağı olmayan bir kimseye yapıldığının kabul edilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bu durumda, yapılan tebligatın geçersiz olması nedeniyle tebliğ tarihi olarak davacının dava dilekçesinde belirttiği 11.05.2010 tarihinin kabul edilmesi ve süresinde açılan davanın esasının incelenmesi gerektiğinden, davayı sürecini nedeniyle reddeden Vergi Mahkemesi kararında hukuka uygunluk görülmüştür.”

Vergi mükellefinin bilinen adresinde bulunamaması durumunda tebliğin işyerlerinde memur ya da müstahdemlerinden birine yapılması ile ilgili olarak Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 05.06.1992 tarihli, 1991/181 esas, 1992/280 karar sayılı kararında, “İşyerinde yükümlü dışındaki bir kişiye yapılan tebliğin geçerli olabilmesi için tebliğin yapılacağı sırada muhatabın işyerinde bulunmaması ve bu hususun tebliğ tutanağına kaydedilmesi, ayrıca evrakın bırakılacağı kişinin muhatabın memur ya da müstahdemi olması gereklidir. Bu nedenle kişinin muhatabın işyerinde ancak, işçisi veya müstahdemi olmayan kişilere yapılacak tebliğin geçerli kabulü mümkün değildir. Olayda ise vergi ve ceza ihbarnamelerin yükümlünün işyeri adresinde 'Aynı büroda çalışır' şerhi konularak, Atilla Bayındır isimli kişiye tebliğ edildiği, memur eliyle yapıldığı saptanan bu tebliğe ait alımdıda, tebliğin yapılacağı sırada yükümlünün iş yerinde bulunmadığına ilişkin bir açıklamaya yer verilmediği gibi adı anılan kişinin yükümlünün işçisi olduğu yolunda bir tespit de yapılmadığı görülmüştür. Öte yandan, yükümlü tarafından ısrar kararına karşı yapılan temyiz başvurusuna ilişkin dilekçeye eklenen Sosyal Sigortalar Kurumu Sigorta Müdürlüğünün yazısıyla, Atilla Bayındır'ın vergisi uyumsuzluk konusu dönemde yükümlü nezdinde çalıştığına dair herhangi bir kayda rastlanmadığı kanıtlandığından, bozma kararında sözü edilen araştırmanın yapılmasına da gerek kalmamıştır.” Söz konusu kararda, tebliğin usulüne uygun bir şekilde işyerinde yükümlü dışındaki bir kişiye yapılabilmesi için, tebliğin yapıldığı sırada muhatabın işyerinde bulunmaması ve bu hususun tebliğ tutanağına kaydedilmesi

gerektiği üzerinde durularak, evrakın bırakılacağı kişinin de muhatabın memur ya da müstahdemi olması gerektiği önemle vurgulanmıştır. Bu şartlar altında yapılmayan tebligat usulsüz olmakla birlikte, bu kapsamda mükellefin de vergiyi ödeme zorunluluğu doğmayacaktır.

Yine Danıştay 4'üncü Dairesi'nin 15.03.1999 tarihli, 1998/906 esas, 1999/1052 karar sayılı kararında, "... Olayda, davacının yönetim kurulu üyesi bulunduğu ... ve Tekstil Sanayi ve Pazarlama Anonim Şirketinin vergi borçlarının tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinin, yönetim kurulu üyesi bulunduğu bir başka şirket olan "... Otelcilik ve Turizm Anonim Şirketi" nin adresine tebliğe çıkarıldığı ve bu işyerinde çalışan bir şahsa 05.09.1997 gününde tebliğ edildiği anlaşılmıştır. Ödeme emrinin tebliğ edildiği bu adres davacının ikametgah adresi olmadığı gibi işyeri adresi de olmadığından tebliğin usulüne uygun yapıldığından söz etmek mümkün değildir. Ancak genel tebliğ hükümlerine göre tebliğ usulüne aykırı yapılmış olsa bile muhatabı tebliğe muttali olmuş ise muteber sayılacağından ve muhatabın beyan ettiği tarih tebliğ ettiği tarihi addolunacağından davacının ödeme emrini 05.09.1997 tarihinde değil, dava ve temyiz dilekçesinde açıkladığı gibi 26.09.1997 gününde öğrendiğinin ve 2 Ekim 1997 gününde kayda giren dilekçe ile açtığı davanın süresinde olduğunun kabulü gerekirken, süresizliği nedeniyle davayı reddeden mahkeme kararında isabet görülmemiştir." Kararda da belirttiği üzere, her ne kadar yapılan tebliğ usule aykırı olsa da, muhatabın tebligattan haberdar olması sonucunda, muhatabın tebliğ işlemini öğrenme tarihinin tebliğ tarihi olarak kabul edilmesi gerekir.

Vergi Usul Kanunu'nun 95'inci maddesi gereğince, vergi mükellefi yerine geçen küçük ve kısıtlıların kanuni temsilcileri olan veli, vasi veya kayyım gibi vergi sorumluları birden fazla olursa, tebliğ söz konusu vergi mükelleflerinden yalnız birine yapılacaktır. Ancak tebliğ konusu işlemde yetkili olan, özellikle görevli bulunan vasi veya kayyum var ise, tebliğ yetkili bulunan vasi veya kayyuma yapılacaktır^[18].

[18] Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 13.11.2013 tarihli, 2012/353 esas, 2013/546 karar sayılı kararında, "... Bu durumda , davacının bazı dönemlerde yönetim kurulu üyesi olarak şirketi temsil ve ilzama yetkili bulunduğu açık olmakla birlikte, yönetim kurulu üyeliği sıfatının bulunmadığı dönemlerde genel müdür yardımcılığı unvanı ile kendisine tanınan 2. derece ve 2. grup imza yetkisinin davacıya kanuni temsilcilik sıfatı kazandırması mümkün olmadığından, kamu alacağının ilgili olduğu dönemler dikkate alınarak, Ticaret Sicili Memurluğundan ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinden edinilecek bilgiler doğrultusunda şirketin vergi borçlarından sorumlu olunan tarihler saptanmak suretiyle hangi vergi ödevinin ne şekilde yerine getirilmediği araştırılarak ulaşılabilecek sonuca göre karar verilmesi gerektiğinden yazılı gerekçeyle davanın reddi yolunda verilen ısrar kararında hukuka uygunluk görülmemiştir."

Şartlı tahliye edilen davacı adına bir vasinin atanıp atanmadığı, davayı açan vekile vasi tarafından vekalet verilip verilmediği, sulh hukuk mahkemesinden izin alınıp alınmadığı ve şartlı salıverilme halinde tebligatın kime yapılması gerektiği hususunda, Danıştay 3'üncü Dairesi'nin 29.04.1998 tarihli, 1996/6557 esas, 1998/1463 karar sayılı kararında, "... *Dosyanın incelenmesinden; nakliyecilik işinden dolayı vergi mükellefi olan davacının 21.06.1992 günü kamyonuyla trafik kazası geçirdiği, bu kaza nedeniyle ... Asliye Ceza Mahkemesince 4 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırıldığı, 27.01.1993-23.05.1995 tarihleri arasında ... Cezaevinde kaldığı, 23.05.1995 tarihinde şartlı salıverildiği, şartlı salıverilme hali devam ederken adına düzenlenen, vergi ve ceza ihbarnamelerinin 31.07.1995 tarihinde, köy ihtiyar heyeti azası ... imzasına tebliğ edildiği anlaşılmış olup, vergi mahkemesince, şartlı salıverilme halinde köy ihtiyar heyeti azasına yapılan tebliğin Vergi Usul Kanunu'nda yer alan hükümlere göre hukuken kabul edilebilir olup olmadığı incelenmeden bu tebliğin usulüne uygun olduğu benimsenmek suretiyle verilen kararda isabet görülmemiştir.*" şeklindedir.

Vergi Usul Kanunu'nun 12'nci maddesinde^[19] ölüm halinde mükelleflerin ödevlerinden sorumlu olan mirası reddetmemiş varislere yapılacak olan tebliğlerle ilgili olarak Danıştay 9'uncu Dairesi'nin 18.04.1986 tarihli, 1984/726 esas, 1986/1558 karar sayılı kararında, "... *İhbarnamelerin ilan tarihinden önce verdiği 17.04.1981 tarihli dilekçesi ile vergi dairesini ölüm olayından haberdar ettiğini ve değişiklik beyannamesini verdiğini, ... in tek varisi bulunduğunu, murisinin sağlığında yaptığı satış nedeniyle yapılan tarhiyat için 2431 sayılı Kanun'dan yararlanmak istediğini ve sarıh adresini bildirdiğini, bu nedenle adresinin vergi dairesince bilindiğini iddia ederek 29.06.1981 gününde dilekçe ile alındı belgesini ibraz ettiği, davacı ... in varis olarak kendine düşen görevi yerine getirdiği, ölümü ve sarıh adresini ihbarnamenin ilan tarihinden çok önce Vergi Dairesine bildirdiği ve dolayısıyla varisin adresinin vergi dairesinin bilgisi*

[19] Vergi Usul Kanunu'nun 12'nci maddesi, "Ölüm halinde mükelleflerin ödevleri, mirası reddetmemiş kanuni ve mansup mirasçularına geçer. Ancak, mirasçılardan her biri ölünün vergi borçlarından miras hisseleri nispetinde sorumlu olurlar."; Danıştay 3'üncü Dairesi'nin 28.04.1998 tarihli, 1996/5132 esas, 1998/1405 karar sayılı kararında, "... *Açıklanan madde hükmüne göre, mirasçılar ölünün vergi borçlarından, miras hisseleri oranında sorumlu olacaklarından mirasçıların her birine hisselerine göre ihbarname düzenlenerek tebliğ edilmesini gerekmektedir. Dosyada bulunan vergi ve ceza ihbarnamesinin ve tebliğ alındısının incelenmesinden; uyuşmazlığa konu verginin tamamı için ölü ... adına ihbarname düzenlendiği ve oğlu ...'ya tebliğ edildiği anlaşılmaktadır. Olayda yükümlününün 30.01.1991 tarihinde öldüğü ve vergi dairesi bu olaydan ihbarnamenin düzenlendiği tarih itibarıyla haberdar olduğu halde vergi borçları için ölü adına ihbarname düzenlenmesinde ve ihbarnamenin varislerden birine tebliğ edilmesinde yasaya uyarlık bulunmamaktadır. Muris adına düzenlenen ihbarnamenin varislerden birine tebliğ edilmesi tarh işlemine hukuken kazandırmayacağı cihetle, mahkemece davanın esastan incelenerek gelir vergisi tarhiyatının kaldırılması yolunda verilen karar sonucu itibarıyla yerinde görülmiştir.*"

dabilinde bulunduğu kanaatine varıldığı, bilinen bu adrese posta ile tebliğ cihetine gidilmeden ihbarnamelerin ilanen tebliğ edilmesinin Vergi Usul Kanununun açıklanan hükümlerine göre usulsüz olduğu, ihbarnamelerin tebliğindeki usulsüzlük sebebi ile kesinleşmiş bir kamu alacağı niteliği kazanmamış bir vergi borcu için ödeme emri düzenlenmesinde 6183 sayılı Kanun'un 55'inci maddesine aykırı olduğu..."

Vasıtalı tebliğ; kara, deniz, hava ve jandarma erasına yapılacak tebliğlerin, kıta komutanı veya müessese amiri gibi en yakın üst vasıtasıyla yapılmasıdır. Vasıtalı tebliğde, üst makamın tebliğe konu evrakı tebliğ olunacak kimseye vermediği durumlarda, bu durum tebliğ evrakına yazılması şartıyla, üst makamın zarar meydana geldiği takdirde tazmin sorumluluğunu doğuracaktır.

Yabancı ülkede bulunan vergi mükelleflerine tebliğ, o ülkenin yetkili makamı vasıtasıyla yapılacaktır. Ülkeler arasında anlaşma varsa veya ülke kanunlarında uygun düzenlemeler mevcut ise, o yerdeki Türk siyasi memuru veya konsolosu tebliğin yapılmasını yetkili makamdaki isteyecektir. Kendisine tebliğ yapılacak kişi Türk vatandaşı ise tebliğ Türk siyasi memuru veya konsolosu vasıtasıyla da yapılabilecektir. Yabancı memleketlerde bulunan kimselere tebliğ olunacak evrak, tebligatı çıkaran merciin bağlı bulunduğu Bakanlık vasıtasıyla Dışişleri Bakanlığı, oradan da Türkiye elçilik veya konsoloslukuna gönderilecektir. Yabancı ülkede resmi görevle bulunan Türk memurlarına tebliğ Dışişleri Bakanlığı vasıtasıyla yapılır. Yabancı memlekette bulunan askeri şahıslara yapılacak tebliğ, bağlı buldukları kara, deniz, hava kuvvetleri komutanlıklarıyla Jandarma Genel Komutanlığı vasıtasıyla yapılır.

III. VERGİ USUL KANUNU'NDA TEBLİGATTA UYGULANACAK SIRA

Vergi Usul Kanunu'nun 93'üncü maddesinde tebligatta uygulanacak sıra belirtilmiş olup, "*Tahakkuk fişinden gayri, vergilendirme ile ilgili olup, hüküm ifade eden bilumum vesikalar ve yazılar adresleri bilinen gerçek ve tüzel kişilere posta vasıtasıyla ilmühaberli taahhütlü olarak, adresleri bilinmeyenlere ilan yolu ile tebliğ edilir. Şu kadar ki, ilgilinin kabul etmesi şartıyla, tebliğin daire veya komisyonda yapılması caizdir.*"

Söz konusu kanun hükmünden anlaşılacağı üzere vergi işlemleriyle ilgili tebligat öncelikli olarak posta vasıtasıyla veya vergi yükümlüsünün kabulü halinde memur eliyle yapılacaktır. Tebligatın posta yoluyla veya memur eliyle yapılmadığı durumlarda ise, tebligat ilan yoluyla yapılacaktır. Tebliğ usulleri;

posta yoluyla tebliğ, memur vasıtasıyla tebliğ, dairede ya da komisyonda tebliğ, elektronik yolla tebliğ ve ilan yoluyla tebliğ olmak üzeredir^[20].

A. Posta İle Tebliğ Usulü

Vergi Usul Kanunu'nun 99'uncu maddesi gereğince posta ile tebliğde, şekilleri Maliye Bakanlığınca tespit edilen özel kapalı zarf içine tebliğ edilecek evrak koyularak postaya verilecektir. Yine Kanun'un 100'üncü maddesinde belirtildiği üzere, vergi yükümlüsünün bilinen adresine gönderilen mektuplar, posta idaresi tarafından muhatabına teslim edildiği tarihte tebliğ yapılmış sayılacaktır.

Kanun'un 101'inci maddesine göre, posta ile yapılacak tebligatlarda bilinen adresler şunlardır:

- Mükellef tarafından işe başlamada bildirilen adresler,
- Adres değişikliğinde bildirilen adresler,
- İş bırakmada bildirilen adresler,
- Vergi beyannamelerinde bildirilen adresler,
- Yoklama fişinde tespit edilen adresler,
- Vergi mahkemesinde dava açma dilekçelerinde ve cevaplarında gösterilen adresler,
- İlgilinin tutanakta imzası bulunmak şartıyla, yetkili memurlar tarafından bir tutanakla tespit edilen adresler,
- Bina ve arazi vergilerinde komisyonlarca tahrir varakalarında tespit edilen adresler,

şeklinde olup, tebligat yapacak olan idari makamlar tarafından, söz konusu adreslerden en son tarihli, güncel olanı dikkate alınacaktır.

Posta ile tebliğde, tebliğ olunacak evrak posta idaresi tarafından muhatabına verilmek suretiyle, postanın muhatabına ulaşmış olduğu bilgisi ilmühabere tarih yazılarak, muhatap ve posta memurunun imzası ile kayıt altına alınmış olur. Muhatabın adresini değiştirmesi sebebiyle zarf üzerinde yazılı adresinde bulunamamış olması durumunda, posta memuru tarafından söz konusu durum

[20] Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce, Adnan Gerçek, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), Ekin Yayınları, 5. Baskı, Bursa, 2014, s. 178.

zarf üzerinde kayıt altına alınarak, tebliği yaptıran ilgili vergi dairesine geri gönderilecektir.

Posta yoluyla tebliğde bildirilen adresin sahte olması veya tebliğ çıkartılan böyle bir adresin bulunmaması durumunda, tebliğ evrakı ilgili idareye iade edilecektir^[21].

Eğer muhatap geçici olarak başka bir yere gittiği için bilinen adresinde bulunmadığı, muhatabın bilinen adresinde bulunanlar veya komşuları tarafından bildirildiği takdirde, mazeret ve beyanda bulunanın kimliği tebliğ alındısına yazılarak beyanda bulunana imzalatılacaktır. Bu kişiler imzadan imtina ettikleri takdirde tebliği yapan tarafından şerh düşülerek imza altına alınır ve tebliğ edilemeyen evrak iade olunur^[22]. Daha sonra tebliği çıkaran idare tarafından uygun bir süre sonra yeniden tebliğe çıkarılır. İkinci defa çıkarılan tebliğ evrakı aynı sebeple tebliğ edilemez ve iade olunursa, tebligat işlemi ilan yolu ile yapılacaktır.

Vergi dairesinin yapacağı tebliğlerin Vergi Usul Kanunu'nda belirtilen usul kuralları çerçevesinde yapılması gerektiğine yönelik olarak, Danıştay 3'üncü Dairesi'nin 21.01.2015 tarihli, 2013/12222 esas, 2015/29 karar sayılı kararında, " ... Davaya konu ödeme emrinin 14.06.2012 tarihinde davacının mernis adresinde tebliğe çıkarıldığı, 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 21'inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca haber kağıdı kapıya yapıştırılarak tebliğ evrakı mahalle muhtarlığına teslim edilip, komşuya haber verildiği, ödeme emrine konu borcun ödenmemesi üzerine 03.08.2012 tarihinde davacının banka hesabına e-haciz uygulandığı, davacı tarafından 18.09.2012 tarihli dilekçeyle davalı idareye başvuru olarak, kendilerine herhangi bir ödeme emri tebliğ edilmediğinden bahisle banka hesabına konulan e-haczin kaldırılması talebinde bulunulması üzerine, davacının kanuni temsilcisi olduğu şirketin 2010 yılına dair kurumlar vergisi borcunun tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinde hukuka aykırılık bulunmadığı, e-haciz işlemi

[21] Şenyüz, Yüce, Gerçek, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), s. 179.

[22] Danıştay 7'nci Dairesi'nin 06.12.2010 tarihli, 2009/3997 esas, 2010/5651 karar sayılı kararında, "Dava konusu ödeme emrinin, davacıya 19.09.2008 tarihinde tebliği üzerine, yedi günlük dava açma süresi geçirildikten sonra, 10.10.2008 tarihinde dava açıldığı gerekçesiyle davanın süre aşımı sebebiyle reddi yolunda hüküm tesis edilmişse de; ödeme emrine ilişkin tebligat evrakının, posta memurunca, muhatabın tebligat sırasında adresinde bulunamaması üzerine, durum tebliğ evrakına şerh düşülerek, münasip bir süre sonra, 213 sayılı Kanun'un 102'nci maddesine uygun olarak bir kez daha davacının bilinen adresine gönderilmek üzere davalı idareye iadesi gerekirken, 19.09.2008 tarihinde usulüne uygun olarak tebligat yapıldığından ve bu tarih itibarıyla dava açma süresinin başladığından bahsedilemez. Dolayısıyla, usulsüz tebligat nedeniyle, davacının, ödeme emrine ilişkin tebligata, Muhtarlığa gittiği 10.10.2008 tarihinde muttali olduğunun kabulü gerektiğinden, ayrıca, davanın da bu tarihte açılması karşısında, süre aşımı sebebiyle davanın reddi yolunda verilen temyizce konu mahkeme kararında isabet görülmemiştir."

hakkında Tahsilat Genel Tebliği'nde gerekli açıklamaların yapıldığı belirtilerek söz konusu taleplerin 02.11.2012 tarih ve 10473 sayılı işlem ile reddedildiği, söz konusu işlemin 13.11.2012 tarihinde davacı vekilinin adresinde bulunamaması sebebiyle tebliğ edilemeyerek iade edildiği, ödeme emrinden 11.03.2013 tarihinde haberdar olduğunu ileri süren davacının 15.03.2013 tarihinde mahkeme kaydına alınan dilekçeyle dava açtığı anlaşılmaktadır. 6183 sayılı Kanun'un 8'inci maddesi uyarınca davaya konu ödeme emrinin 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun tebliğ dair hükümlerine göre tebliğ edilmesi gerekirken, 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümleri uyarınca yapılan tebligatın usule uygun olmadığı anlaşılmış olup, davacının ittıla tarihi olarak beyan ettiği 11.03.2013 tarihinde ödeme emrinin tebliğ edildiği kabul edilmek suretiyle uyumsuzluğun esasına dair inceleme yapılması gerekirken, davayı süre aşımı sebebiyle reddeden mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.”

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 17.10.2003 tarihli, 2003/132 esas, 2003/388 karar sayılı kararında, “... 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 103'üncü maddesinde; muhatabın adresi hiç bilinmezse, muhatabın bilinen adresi yanlış veya değişmiş olur ve bu yüzden gönderilen mektup geri gelirse, başkaca sebeplerden dolayı posta ile tebliğ yapılmasına imkan bulunmazsa, yabancı memleketlerde bulunanlara tebliğ yapılmasına imkan olmazsa ilan tebligat yoluna gidileceği kurala bağlanmıştır. Dava konusu olayda davacı şirketin ve temsilcilerinin bilinen adreslerinde tebligat yapılamadığı açık olduğundan, ihbarnamelerin ilan tebliğ edilmesinde ve ilan yoluyla tebliğ edilerek tahakkuk ettirilen ancak vadesinde ödenmeyen amme alacağının tahsili amacıyla ödeme emri düzenlenmesinde yasaya aykırılık bulunmamaktadır.” Söz konusu kararda, posta ile tebliğ yapılmasına imkan bulunmadığı durumlarda, ilan tebligat yoluna gidilebileceği üzerinde önemle durulmaktadır.

Muhatabın imza atmadığı durumlarda ise sol elinin baş parmağı bastırılmak suretiyle tebliğ işlemi yapılacaktır. Ayrıca muhatabın yapılan tebligatı almak istememesi durumunda tebliğ konu evrak muhatabın önüne bırakılmak suretiyle tebliğ edilecektir. Muhatabın adres değiştirmesi veya geçici olarak başka bir yere gitmesi sebebiyle adreste bulunamaması, yahut muhatabın tebligatı almaktan imtina ettiği durumlarda, komşulardan bir kişi veya muhtar veya ihtiyar heyeti üyelerinden biri veyahut bir zabıta memuru huzurunda söz konusu keyfiyet ve tarih, taahhüt il mühaberine şerh düşülerek, hazır bulunanlara da imzalatılmak suretiyle imzalanır.

B. Memur Vasıtasıyla Tebliğ

Vergi Usul Kanunu'nun 107'nci maddesinde, Maliye Bakanlığı'nun tebliğleri posta ile tebliğ yerine memur vasıtasıyla tebliğ yapılabilmesinde yetkili olduğu belirtilmiştir. Maliye Bakanlığı bu hususta takdir yetkisine sahip olup, Bakanlık tebligatları posta veya memur eliyle yapabilecektir^[23]. Yapılacak olan memur vasıtasıyla tebliğlerde, tebliğ usullerinin hepsinde ortak olan koşullar uygulanacaktır^[24].

Memur vasıtasıyla yapılan tebliğe genellikle acele durumlarda başvurulmakta olup; bu anlamda özel ve acele haller idare tarafından belirlenecektir^[25].

Danıştay 4'üncü Dairesi'nin 10.02.2011 tarihli, 2008/5721 esas, 2011/630 karar sayılı kararında, "... Anılan yasal düzenlemenin değerlendirilmesinden, tebligatın posta yoluyla yapılabileceği gibi Maliye Bakanlığı'nun gerekli gördüğü hallerde memur vasıtasıyla da yaptırılabilmesi, posta yoluyla tebliğ usulünün uygulanmasının zorunlu ve öncelikli bir yol olmadığı, idarece memur vasıtasıyla tebliğ yaptırılması durumunda posta yoluyla tebliğe ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. İncelenen dosyada, ödeme emri ve ihbarnamenin tebliğ sırasında, düzenlenen tespit tutanaklarının, 213 sayılı Kanununun 107'nci maddesiyle verilen yetki kapsamında ihbarnamenin memur eliyle tebliğine çalışılması nedeniyle düzenlendiği, ihbarname tebliğinden bağımsız olmadığı ve söz konusu adres tespit tutanaklarının, davacının adresinde bulunmadığının 213 sayılı Kanununun 102'nci maddesinin son fıkrasında öngörülen kişiler nezdinde düzenlendiği görülmüştür. Bu yolla yapılan tebliğin, anılan Kanununun 102'nci maddesinde öngörülen usule uygun şekilde yapıldığı anlaşıldığından kesinleşen kamu alacağının tahsili amacıyla

[23] Şenyüz, Yüce, Gerçek, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), s. 180.

[24] Danıştay 4'üncü Dairesi'nin 18.11.1996 tarihli, 1995/5229 esas, 1996/4259 karar sayılı kararında, "... 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 93'üncü maddesinde, tahakkuk fişinden gayri, vergilendirme ile ilgili olup, hüküm ifade eden bilimum vesikalar ve yazıların adresleri bilinen gerçek ve tüzel kişilere posta vasıtasıyla ilmühaberli taahhütlü olarak tebliğ edileceği, şu kadar ki ilgilinin kabul etmesi şartıyla tebliğin daire veya komisyonunda yapılmasının caiz olduğu açıklanmış, aynı Kanun'un 102'nci maddesinde de tebliğ olunacak evrakı muhtevi zarfın posta idaresince muhatabına verileceği ve keyfiyetin muhatap ile posta memuru tarafından taahhüt ilmühaberine tarih ve imza konulmak suretiyle tespit olunacağı, 107'nci maddesinde ise, Maliye Bakanlığı'nun tebliğleri posta yerine memur vasıtasıyla da yaptırılmaya yetkili olduğu, bu madde hükmünün uygulanmasında da bu kısımdaki tebliğ esaslarına uyulacağı belirtilmiştir. Vergilendirme ile ilgili olup hüküm ifade eden vesikaların ve yazıların, bu arada doğal olarak da ihbarnamelerin tebliğinin nasıl yapılacağı düzenleyen yukarıdaki tebliğ usullerinin hepsinde ortak olan koşulun, tebliğ evrakının teslimi esasında tebliğ yapılan muhatap ile tebliği yapan memurun, tebliğ evrakını birlikte tarih koyup imzalamaları olduğu, ancak bu koşula uygun düzenlenen tebliğ evrakının hüküm ifade edeceği anlaşılmaktadır."

[25] Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 267.

uygulanmış haciz işleminde hukuka aykırılık bulunmadığı, mahkeme kararının bozulması gerektiği görüşüyle karara karşıyız.” denilmekte olup, tebligatın posta yoluyla yapılabileceği gibi Maliye Bakanlığı'nın gerekli gördüğü hallerde memur vasıtasıyla da yaptırılabilmesi belirtilmektedir; bu kapsamda, posta yoluyla tebliğ usulünün uygulanmasının zorunlu ve öncelikli bir yol olmadığı, idarece memur vasıtasıyla tebliğ yaptırılması durumunda, posta yoluyla tebliğe ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği üzerinde durulmaktadır.

C. Dairede ya da Komisyonunda Tebliğ

Vergi Usul Kanunu'nun 93'üncü maddesinin ikinci fıkrasında, posta veya memur vasıtasıyla yapılacak tebligatlarda, ilgilinin kabul etmesi şartıyla tebliğ, komisyonunda veya dairede de yapılabilecektir. Bu anlamda, dairede veya komisyonunda tebliğ, istisnai bir tebliğ yöntemi olup; söz konusu yöntemle, vergi mükellefine düşünme ve tavır alma hakkı tanınmadığı için, işlemlerin daha hızlı bir şekilde yapılabilmesi sağlanmaktadır^[26].

Bunun yanında Vergi Usul Kanunu'nun 106'ncı maddesinde belirtildiği üzere, ilan yoluyla yapılan tebligatta, verilen ilanda belirtileceği üzere, ilgili vergi dairesine, bizzat veya vekaleten müracaat eden kimselere vergi dairesinde tebliğ yapılacaktır. Vergi dairesinde veya komisyonunda tebliğ yapılan muhatabın, tebligatı aldığına dair imzasının alındığı gün, tebliğ günü sayılacaktır^[27].

D. Elektronik Ortamda Tebliğ

Vergi Usul Kanunu'nun 107/A'ncı maddesinde tebliğ yapılacak kimselerden olan mükelleflere, bunların kanuni temsilcilerine, umumi vekillerine veya vergi cezası kesilenlere tebliğe elverişli elektronik adresleri aracılığıyla tebligat yapılacaktır. Yapılan elektronik ortamda tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılacaktır. Elektronik ortamda yapılacak tebliğle ilgili olarak Maliye Bakanlığı yetkilendirilmiş olup, elektronik ortamda yapılacak tebliğle ilgili her türlü teknik altyapıyı kurmaya veya kurulmuş olanları kullanmaya, tebliğe elverişli elektronik adres kullanma zorunluluğu getirmeye ve kendisine elektronik ortamda tebliğ yapılacakları ve elektronik tebliğe ilişkin diğer usul ve esasları belirlemeye de yetkilidir.

[26] Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 268.

[27] Şevki Özbilen, Vergi Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013, s. 171.

E. İlan Yolu İle Tebligat Usulü

Normal şartlar altında vergi dairelerinin tebliğ konusu belge ve bildirimleri posta yoluyla göndermeleri gerekmektedir. Mükellefe, adrese posta yoluyla tebligat ile ulaşılamadığı durumlarda ilan yoluyla tebliğ yoluna gidilmektedir. Vergi Usul Kanunu'nun 103'üncü maddesinde tebliğin ilanla yapılacağı haller belirtilmiştir. Buna göre;

- Muhatabın adresi hiç bilinmezse,
- Muhatabın bilinen adresi yanlış veya değişmiş olur ve bu yüzden gönderilmiş olan mektup geri gelirse,
- Başkaca sebeplerden dolayı posta ile tebliğ yapılmasına imkan bulunmazsa (Örneğin, geçici olarak başka bir yere giden kişiye yapılan tebligatın aynı sebeple ikinci defa iade olunursa ilan yoluyla tebligat yapılacaktır),
- Yabancı memleketlerde bulunanlara tebliğ yapılmasına imkan bulunmazsa, ilan yoluyla tebligat yapılacaktır.

Tebliğin ilgili bulunduğu vergiler gösterilerek, gerçek kişilerin adları yahut tüzel kişilerin unvanları bulunan söz konusu ilanda muhataplara, ilan tarihinden başlayarak bir ay içinde ilanı yapan makama bizzat veya vekil aracılığı ile müracaat etmeleri veya taahhütlü mektup yahut telgrafla açık adreslerini bildirmeleri istenecektir. İlave olarak ilanda muhataba süre ile kayıtlı resmi tebliğ yapılacağı da bildirilir.

Yapılan ilan üzerine bizzat veya vekil aracılığı ile ilgili idareye müracaat edenlere yerinde, adres bildirenlere ise posta ile tebliğ yapılır. İlan tarihinden başlayarak bir ay içinde vergi dairesine müracaat etmemiş ya da adresini bildirmemiş olanlara bu bir ayın sonunda tebliğ yapılmış sayılacaktır.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 17.01.1997 tarihli, 1995/136 esas, 1997/16 karar sayılı kararında, "... Ödeme emirlerinin tebliğ edildiği adresin, vergi dairesine daha önce verilen ikametgah senedinde, hisse devir sözleşmesinde ve 1990 yılı kurumlar vergisi beyannamesinin kurum ortaklarına ve yönetim kurulu üyelerine ilişkin bildirim föyünde ... şeklinde belirtilmesine karşın, ihbarnamelerin gönderildiği tebliğ zarfında ... olarak eksik yazıldığı için, bu nedenle ihbarnamelerin tebliğ edilemediğinin anlaşılması karşısında, ilan tebliğ için varlığı gereken koşulların bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır." Söz konusu kararda da belirtildiği üzere posta ile tebliğ yapılabilecek geçerli bir adres bulunduğu halde, adresin sırf eksik veya hatalı yazıldığı gerekçesiyle ilan yoluyla tebliğ yapılması yoluna

gidilmesinin usule aykırılık teşkil ettiği tespit edilerek, tebliğin geçerli adrese tekrar posta yolu ile yapılması öngörülmüştür.

IV. VERGİ USUL KANUNU'NDA TEBLİĞ YERİNE GEÇEN MUAMELELER

Vergi Usul Kanunu'nun 25'inci maddesi gereğince beyan üzerinden alınan vergilerde, vergi dairesi tarafından beyannamenin alınması üzerine hazırlanan tahakkuk fişinin bir örneği mükellefe veya beyannameyi mükellef adına vergi dairesine getirene verilir. Böylece vergi tahakkuk etmiş olur. Tahakkuk fişinin vergi mükellefine verilen nüshası beyannamenin makbuzu hükmünde olur. İlgili vergi dairesinden tahakkuk fişinin alınmaması, beyanname yazılı olan matrah üzerinden tarhı yapılan verginin tahakkukuna engel olmayacaktır^[28]. Bu durumda tahakkuk fişi posta ile mükellefe gönderilmekle beraber postanın mükellefe ulaşıp ulaşmaması tebliğ edilmiş sayılma bakımından önem taşımaz^[29].

Elektronik ortamda gönderilen beyannameye karşılık tahakkuk fişi de elektronik ortamda düzenlenerek yine elektronik ortamda iletilmek suretiyle tahakkuk fişinin mükellefe tebliği yapılmış olur^[30].

Ayrıca Vergi Usul Kanunu'nun 109'uncu maddesine göre, diğer hizmet eden hizmet erbabının vergileri, tarh zamanında bağlı buldukları vergi dairesine müracaatla ibraz edecekleri vergi karnelerine yazılmak suretiyle tarh olup, vergi karneye yazıldığı tarihte tebliğ edilmiş sayılır. Örneğin, götürü usulde vergilendirilenler, ticari kazanç, serbest meslek erbabı ve ücretlilerin vergileri bu şekilde tebliğ edilmektedir^[31]. Bu duruma riayet etmeyenlerin vergileri ise, Vergi Usul Kanunu'nun genel hükümleri çerçevesinde yoklama fişine dayanılarak tarh ve tebliğ olacaktır.

V. VERGİ USUL KANUNU'NA GÖRE HATALI TEBLİĞLER

Vergi hukukunda yapılan tebliğ ile, vergi dairesinin yapmış olduğu hesaplama konusunda mükellefin onayı alınmakta ve mükellef tarafından da tebliğ

[28] Ahmet Ozansoy, Vergi Hukukunda Tebligat Usulü, İdari ve Mali Mevzuat Dergisi, Sayı:152, Yıl: 13, Mayıs 2013, s. 22.

[29] Ozansoy, Vergi Hukukunda Tebligat Usulü, s. 22.

[30] Ozansoy, Vergi Hukukunda Tebligat Usulü, s. 22.

[31] Aksoy, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, s. 56.

konu belgelerin kontrolü sağlanmaktadır^[32]. Vergi mükelleflerinin vergi dairesi tarafından yapılan tarh işlemine karşı haklarını koruyabilmesi ancak tebliğ ile mümkündür^[33]. Ayrıca ikmalen, re'sen ve idarece tarh edilen vergilerin tebliği ile tarh zamanaşımı kesilmiş olur^[34]. Aksi takdirde, zamanaşımı süresi içinde mükellefe tebliğ edilemeyen yani usulüne uygun şekilde yapılamayan tebliğ neticesinde, vergi dairesi tarh edilen vergi ve cezalarını mükelleften isteyemeyecektir^[35]. Bu sebeple de verginin tebliğinin, amaca ve usule uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir^[36].

Vergi Usul Kanunu'nun 108'inci maddesinde, tebliğ olunan belgelerin, esasa etkili olmayan şekil hatalarından dolayı hukuki kıymetlerini kaybetmeyecekleri belirtilmektedir. Örneğin, tebliğ konu belgeye sıra numarasının verilmemiş olması esasa etkili olmayan şekil hatası olduğu için, söz konusu belge hükümsüz sayılmayacaktır^[37]. Esasa etki eden şekil hatalarında ise, tebliğ konu belgeler hukuki kıymetlerini kaybedeceklerdir. Bu kapsamda, vergi ihbarı ile ilgili olan belgelerde mükellefin adının, verginin nevi veya miktarının, vergi mahkemesinde dava açma süresinin hiç yazılmamış olması veya bu belgelerin görevli bir makam tarafından düzenlenmemiş olması halinde belgeler hükümsüz sayılacaktır.

Ayrıca tebliğ konu belgelerde, esasa etkili olmayan şekil hataları mevcut olsa bile tebliğ geçerli olurken; söz konusu belgelerde esasa etkili olan şekil hataları varsa, tebliğ usulüne uygun yapılırsa dahi, tebliğ ve tebliğe konu belgeler hukuki sonuç doğurmayacaktır^[38].

Vergi mükellefinin adresi bilindiği halde, ilan yoluyla tebliğ yapılması sebebiyle meydana gelen tebliğ usulünde hata sebebiyle ilgili yargı merciine

[32] Abdurrahman Akdoğan, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi Temel İlke ve Esaslar, Vergileme ve Vergiler Hukuku, Uygulama Örnekleri, Gazi Kitabevi, 11. Baskı, Ankara, 2013, s. 71.

[33] Şafak Ertan Çomaklı, Vergi Hukuku Genel Esaslar ve Mevzuat, Savaş Yayınevi, Ankara, 2010, s. 202.

[34] Erdoğan Öner, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2014, s. 126.

[35] Öner, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, s. 126.

[36] Akdoğan, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi Temel İlke ve Esaslar, Vergileme ve Vergiler Hukuku, Uygulama Örnekleri, s. 71.

[37] Nurettin Bilici, Vergi Hukuku Genel Hükümler Türk Vergi Sistemi, Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, Ankara, 2006, s. 68.

[38] Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 270.

başvurulacaktır^[39]. Tebliğ yöntemindeki hata nedeniyle, tebliğe konu belge geçerliliğini korurken, yapılan tebliğ işlemi yapılmamış sayılacaktır^[40]. Yapılan tebliğin geçersizliği neticesinde, vergi dairesi tarafından ödeme emri düzenlenemeyeceği gibi, sonraki işlemler kapsamında haciz ve satış gibi işlemler de yapılamayacak; sonraki idari işlemler yapıldığı takdirde ise, bu işlemlerin iptali için yargı organlarına başvurulabilecektir^[41].

Bütün bunların yanında yapılan tebliğin geçersiz sayılması ile dava açma süresi işlemeye başlamayacağı gibi, hatalı tebliğe dayanılarak davanın zamanaşımını nedeniyle reddedileceği iddiası da ileri sürülemeyecektir^[42]. Bu durumda dava açma süresi, muhatabın öğrenme tarihinden itibaren başlayacaktır^[43]. Tebligat Kanunu'nun 32'nci maddesinde, “*Tebliğ usulüne aykırı yapılmış olsa bile, muhatabı tebliğe muttali olmuş ise muteber sayılır. Muhatabın beyan ettiği tarih, tebliğ tarihi addolunur.*” şeklinde olup, söz konusu hükmün vergi hukukundaki hatalı tebliğ işlemlerinde de uygulanması gerekir^[44].

[39] Sadık Kırbas, Vergi Hukuku Temel Kavramlar İlkeler ve Kurumlar, Siyasal Kitabevi, 9. Baskı, Ankara, 1997, s. 131.

[40] Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 271.

[41] Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 271; Danıştay 4'üncü Dairesi'nin 13.02.2002 tarihli, 2001/4553 esas, 2002/541 karar sayılı kararında, “... *Dosyanın incelenmesinden, davacı adına yapılan tarhiyata ilişkin ibbarnamelerin 09.11.1998 gününde ‘...’ adresinde davacının kız kardeşi ...’a tebliğ edildiği ancak, ...’in mahalle muhtarı tarafından düzenlenen ikametgah senedinden ve yine mahalle muhtarı tarafından onaylanan konutta kalanlara ait kimlik bildirme belgesinden aynı adreste 4 numaralı dairede ikamet ettiği, davacı nezdinde işe başlama ile ilgili olarak 08.04.1992 gününde düzenlenen yoklama tutanağından ise davacının binanın 3 nolu dairesinde ikamet ettiğinin tespit edildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, yükümlü ile aynı adreste oturmadığı anlaşılan kız kardeşine Vergi Usul Kanunu ile Tebligat Kanunu hükümlerine aykırı olarak yapılan tebligat nedeniyle olayda, kesinleşmiş bir kamu alacağından söz edilemeyeceğinden, mahkemeye ödeme emrine karşı açılan davanın reddedilmesinde isabet görülmemiştir.*”

[42] Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 271.

[43] Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 272.

[44] Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 22.04.2011 tarihli, 2010/281 esas, 2011/165 karar sayılı kararında, “... *7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 32'nci maddesinde, tebliğ usulüne aykırı yapılmış olsa bile, muhatabı tebliğe muttali olmuş ise muteber sayılacağı ve muhatabın beyan ettiği tarihin tebliğ tarihi addolunacağı kabul edilmiş, vergilene işlemlerinde 213 sayılı Kanun'un tebliğe dair özel düzenlemeleri esas alınmakla birlikte, vergi yargısında da 7201 sayılı Kanun'un usulsüz tebliğe bağladığı hukuki sonuçlar içtihat yoluyla benimsenmiştir. 11.09.1959 tarihli ve 10303 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Tebligat Tüzüğü'nün 51'inci maddesinde de ‘Tebliğ, usulüne aykırı yapılmış olsa bile, muhatabı tebliğe muttali olmuş ise muteberdir. Aksi takdirde tebligat yapılmamış addedilir. Muhatab, her ne suretle olursa olsun tebliğ evrakını veya davetiyeyi alır veyahut bunların münderecatını öğrenirse tebliğe muttali olmuş sayılır. Muhatabın beyan ettiği tarih, tebliğ tarihi addolunur. Muhatabın tebliğe muttali olduğunun ve bunun tarihinin iddia ve ispatına cevaz yoktur.’ denilmek suretiyle*

Vergi tebliğ zarfının yükümlü adına çıkartılması ile ilgili olarak, Danıştay 13'üncü Dairesi'nin 29.11.1973 tarihli, 1973/2365 esas, 1973/865 karar sayılı kararında, “*Vergi Dairesi Müdürlüğünün iddialarına mesnet aldığı ve bulunmadığından dolayı itiraz komisyonuna ibraz edemediği vergi tebliğ zarfının Z. ve B. adına yazılmış olduğu, diğer varis yükümlü adına vergi ihbarnamesinin tebliğ edilmediği incelenen dosya münderacatından anlaşıldığı cihetle, varislerden Zeynep ve Bedri Goriça adına gönderilen vergi tebliğ zarfının –bu şahısların adreslerinde tanınmadığı- şerhi ile iade edilmesi üzerine ilan tebliğ yoluna gidilmesi sonucunda kesinleşen vergi borcuna ödeme emrinin adı geçen şahıslarına değil de, kendisine vergi ihbarnamesi tebliğ edilmediği anlaşılan yükümlü adına düzenlenmesinde kanuna uyarlık görülmemiştir. Bu nedenle dava konusu itiraz komisyonu kararı sonucu itibariyle yerinde görülmele davanın reddine...*”

Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 14.11.1986 tarihli, 1986/18 esas, 1986/20 karar sayılı kararında, “... 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun ihbarnamelerin muhteviyatına ilişkin 35'inci maddesinin son fıkrasında takdir komisyonu kararı üzerine tarh edilen vergilerde, kararın ve re'sen takdiri gerektiren inceleme raporunun birer suretinin ihbarnameye ekleneceği öngörülmüş ise de, aynı kanunun –hatalı tebliğler- başlıklı 108'inci maddesi ... hükmüne göre; inceleme raporunun ihbarnamelere eklenmemesi esasa etkili şekil hatalarından da sayılmadığı cihetle ilk ihbarnamelerin tebliğ edilmemiş sayılması da mümkün değildir ... Yükümlü adına 1978 takvim yılı için resen takdir yoluyla salınan gelir vergisi ve kaçakçılık cezasına ilişkin ihbarnamelerin 15.06.1983 gününde inceleme raporu ekli olmaksızın yükümlüye tebliğ edilmesine karşın, yükümlüce, 29.06.1983 günlü dilekçe ile ihbarnamelerin inceleme raporuyla birlikte tebliğ edilmesinin istenilmesi üzerine, vergi dairesince aynı ihbarnamelere inceleme raporu eklenmek suretiyle 05.07.1983 gününde ikinci kez yapılan tebligata karşı vergi mahkemesinde 03.08.1983 gününde açılan davanın süresinde açılıp açılmadığına ilişkindir. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 35'inci maddesinin son fıkrasında; takdir komisyonu kararı üzerine tarh edilen vergilerde, kararın ve resen takdiri gerektiren inceleme raporunun birer suretinin ihbarnameye ekleneceği belirtilmiştir. İnceleme raporu eklenmeksizin yapılan birinci tebligat işlemi üzerine, yükümlünün vergi dairesine yaptığı başvuru sonucu, yükümlüye bu eksikliğin giderilerek inceleme raporu ile birlikte ihbarnamelerin yeniden gönderildiği dosya içeriğinden anlaşıldığına ve bu ihbarname birinci ihbarnameyi hükümsüz kılacağına göre ikinci ihbarname tebliğ tarihinin dava açılmasında esas alınması zorunludur.” denilmekte olup, inceleme raporunun ihbarnamelere eklenmemesi esasa etkili şekil hatalarından

mubatabın belirttiği utla tarihinin aksinin iddia ve ispat edilmesine izin verilmeyerek bu durum usulsüz yapılan tebliğe bir yaptırım olarak kabul edilmiştir.”

sayılmadığı için hükümsüz sayılmayarak^[45], ikinci ihbarnamenin gönderilmesi ile usulüne uygun bir tebliğ gerçekleştirilmiş olacaktır.

Vergi hukukunda tebliğin amacının, muhatabın vergi işlemlerinden bilgi edinmesini sağlamak, gereğini yapmak ya da kanun yollarına başvurmak hakkının kullanılması olanağını sağlama olduğu göz önünde tutulduğunda, esasa ilişkin olmayan şekil hatasının tarhiyatın geçerliliğini etkilemediği yönündeki, Danıştay 4'üncü Dairesi'nin 12.04.1982 tarihli, 1981/1703 esas, 1982/1383 karar sayılı kararında, "... Davalı şirket hakkında mükellefiyet tesisi için vergi dairesi müdürlüğüne yapılan bildirimde, şirketi temsil edeceği belirtilen C.H.'in bu yetkisinin kaldırıldığı, bu hususun Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edildiği iddia ve dava konusu kararda kabul edilmekte ise de, söz konusu değişikliğin vergi dairesi müdürlüğüne bildirilmediği anlaşılmaktadır. Vergi dairesi müdürlüğünce davalı şirketin bilinen temsilcisi C.H.'a yapılan tebliği, ilgili herhangi bir defteri ileri sürmeksizin almış ve sadece tebligatın hatalı olduğundan bahisle itirazda bulunmuştur. Vergi dairesi kayıtlarında şirketi temsile yetkili görülen C.H.'a yapılan bu tebligatın şirketi ilzam edeceğinin kabulü gerekir. Kaldı ki vergi tebligatından amaç, muhatabın vergi işlemlerinden bilgi edinmesini sağlamak, gereğini yapmak ya da kanun yollarına başvurmak hakkının kullanılması olanağını sağlamaktır. Davalı H. Kauçuk Sanayii ve İthalat Ltd. Şirketi'nin ortağı C.H. süresinde itiraz komisyonuna şirket adına itiraz edebildiğine göre, tarhiyatın şirket tüzel kişiliğinin bilgisine girmiş olduğunun kabulü gerekir. İtiraz, sadece tebliğin şekline inhisar etmişse de tebliğin şekle bağlanmasından amaç, tebliğe konu olan vergi ve cezaya karşı talep ve itiraz hakkının kullanılmasını sağlamak olduğundan ve olayda, bu hak muhataba sağlanmış bulunduğu bahisle tarhiyatın kaldırılmasında yerindelik görülmemiştir."

[45] Danıştay 7'nci Dairesi'nin 02.03.2004 tarihli, 2001/1222 esas, 2004/556 karar sayılı kararında, "... Olayda; davacı, dava dilekçesinde bildirmiş olduğu tebliğ tarihine nazaran idari dava açma süresinde, davasını açmış bulunmaktadır. Dolayısıyla; inceleme raporunun ihbarnameye eklenmemesi, onun hak arama yoluna başvurusunu engellemiştir. Öte yandan; inceleme raporunun örneği, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 16'ncı maddesinin 5'inci fıkrası uyarınca davalı Vergi Dairesi Müdürlüğü'nün savunma dilekçesine eklenmek suretiyle davacıya tebliğ edilmiş olduğundan; davacının, yapılan vergi denetiminin ve dava konusu işlemin dayanakları ile matrah farkının hesaplanmasına ilişkin yöntemi inceleme ve kendini savunma hakkı da, davada, ihlal edilmiş değildir. Açıklanan bu nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile, dava konusu tarh ve ceza kesme işlemlerinin hukuka uygunluğu yönünden yapılacak yargılama sonucuna göre yeniden verilmek üzere, mahkeme kararının bozulmasına..."

SONUÇ

Verginin tarhı, tebliği, tahakkuku ve tahsili şeklindeki vergilendirme sürecinde, tebliğ ile mükellefin işletebileceği idari ve yargısal süreler başlamak suretiyle, tarhedilen vergiye karşı dava açmaması veya vergi davası açmakla birlikte davasının reddedilmesi ile borç tahakkuk etmek suretiyle ödenmesi zorunlu hale gelecektir. Tebliğ aşamasında meydana gelen usule aykırı durumlar sebebiyle, vergi dairesince tespit edilen vergi borcu, ödenmesi zorunlu bir hal olmaktan çıkacaktır.

Vergi hukukunda vergilendirme süreci ile ilgili yapılacak olan tebligatlara Vergi Usul Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanacaktır. Bunun yanında vergi hukukunda yargılama sürecinde yapılan tebligatlara ise, Tebligat Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanacaktır. Görülmektedir ki, vergi mükelleflerine vergilendirme sürecine ilişkin, vergi dairesi işlemlerini kontrol etme imkanı sağlayan ve aynı zamanda hem idari hem de yargısal süreleri başlatan, uygulamaya yönelik işlem olan tebliğe ait hükümler, hassas ve ayrıntılı bir şekilde düzenlemelere tabi olmuştur.

Tebliğ işlemleri yapılırken, Vergi Usul Kanunu'nda belirtilen usul kurallarına uyulmaması durumunda, tebligat usule aykırı bir şekilde yapılmış olacaktır. Usulüne uygun bir şekilde yapılmayan tebliğ, vergi borcunu ödenmesi zorunlu bir hale getirmeyeceği gibi, usulsüz tebligat yapıldığı zaman mükellefin borcu da doğmayacaktır. Usulüne uygun yapılmayan tebliğ işlemi, tek başına dava edilemeyip; tebliğ işleminin, tebliğ işlemine konu asıl idari işlemle birlikte dava edilme imkanı olacaktır.

Tebliğ mükelleflere, bunların kanuni temsilcilerine, umumi vekillerine veya vergi cezası kesilenlere yapılır. Ayrıca, vergi mükellefinin bilinen adresinde bulunamaması durumunda ikametgah adresinde, görünüşüne nazaran 18 yaşından küçük olmayan ve bariz bir şekilde ehliyetsiz bulunmayan kişilerden veya işyerlerinde memur ya da müstahdemlerinden birine yapılacaktır. Bu şartlar altında yapılmayan tebligat usulsüz olmakla birlikte, mükellefin de vergiyi ödeme zorunluluğu doğmayacaktır.

Vergi mükellefinin adresi bilindiği halde, ilan yoluyla tebliğ yapılması halinde meydana gelen tebliğ usulünde hata sebebiyle ilgili yargı merciine başvurulacaktır. Tebliğ yöntemindeki hata nedeniyle, tebliğe konu belge geçerliliğini korurken, yapılan tebliğ işlemi yapılmamış sayılacaktır. Tebliğ olunan belgeler, esasa etkili olmayan şekil hatalarından dolayı hukuki kıymetlerini kaybetmeyecektir.

Danıştay'ın yerleşik içtihatları kapsamında, yapılan tebliğin geçersiz sayılması ile dava açma süresi işlemeye başlamayacağı gibi, hatalı tebliğe dayanılarak

davanın zamanaşımı nedeniyle reddedileceği iddiası da ileri sürülemeyecektir. Bu durumda dava açma süresi, muhatabın tebliğ işlemini öğrenme tarihinden itibaren başlayacaktır.

KAYNAKÇA

Akdoğan Abdurrahman, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi Temel İlke ve Esaslar, Vergileme ve Vergiler Hukuku, Uygulama Örnekleri, Gazi Kitabevi, 11. Baskı, Ankara, 2013.

Aksoy Şerafettin, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Filiz Kitabevi, 6. Baskı, İstanbul, 2010.

Alptekin Volkan, Vergi Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013.

Atar Yavuz, Vergi Hukuku, Mimoza Yayıncılık, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Konya, 2004.

Batun Övül Çölgezen, Vergi Hukukunda Süreler Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

Bilici Nurettin, Vergi Hukuku Genel Hükümler Türk Vergi Sistemi, Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, Ankara, 2006.

Çomaklı Şafak Ertan, Vergi Hukuku Genel Esaslar ve Mevzuat, Savaş Yayınevi, Ankara, 2010.

Gerçek Adnan, Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, Ekin Yayınları, 3. Baskı, Bursa, 2013.

Karakoç Yusuf, Genel Vergi Hukuku, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2007.

Kırbaş Sadık, Vergi Hukuku Temel Kavramlar İlkeler ve Kurumlar, Siyasal Kitabevi, 9. Baskı, Ankara, 1997.

Ozansoy Ahmet, Vergi Hukukunda Tebligat Usulü, İdari ve Mali Mevzuat Dergisi, Sayı:152, Yıl: 13, Mayıs 2013, s. 17-23.

Öncel Mualla, Çağan Nami, Kumrulu Ahmet, Vergi Hukuku, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 2. Baskı, Cilt:1, Ankara, 1985.

Öncel Mualla, Kumrulu Ahmet, Çağan Nami, Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, 22. Baskı, Ankara, 2013.

Öner Erdoğan, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2014.

Özbilen Şevki, Vergi Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013.

Saban Nihal, Vergi Hukuku, Beta Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 2006.

Şenyüz Doğan, Yüce Mehmet, Gerçek Adnan, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), Ekin Yayınları, 5. Baskı, Bursa, 2014.

ULUSLARARASI HUKUK
KOMİSYONUNUN
'SİLAHLI ÇATIŞMALARIN
ANDLAŞMALARA ETKİSİ
HAKKINDAKİ TASLAK
MADDELER'İ ÜZERİNE
BETİMSSEL BİR İNCELEME*

Doç. Dr. Elif UZUN**

Makalenin Geldiği Tarih: 28.10.2016 **Kabul Tarihi:** 31.01.2017

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

ÖZ

Silahlı çatışmaların andlaşmalara etkisi konusunda hukuki bir boşluk bulunmaktadır. *Viyana Andlaşmalar Hukuk Sözleşmesi* meseleyi açıkça kapsamı dışında bırakır. Uluslararası örf ve adet hukukunda ise kesin bir kural bulmak mümkün değildir ve doktrindeki görüşler de farklılık gösterir. Bu makale Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2011'de tamamladığı '*Silahlı Çatışmaların Andlaşmalara Etkisi Hakkında Taslak Maddeler*'ine dair betimsel bir inceleme sunmayı amaçlamaktadır. Taslak Maddeler Devletlere bu sorun hakkında yönelmiş bir öneri olarak görülebilir ve şimdiden uluslararası hukuk literatüründe bir atf kaynağı haline gelmiştir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Hukuk, Andlaşmalar Hukuku, Silahlı Çatışmalar Hukuku, Uluslararası Hukuk Komisyonu, Uluslararası Örf ve Adet Hukuku.

A DESCRIPTIVE ANALYSIS ON THE ILC'S 'DRAFT ARTICLES
ON THE EFFECTS OF ARMED CONFLICTS ON TREATIES'

ABSTRACT

There is a legal gap in the issue of the effects of armed conflicts on treaties. Vienna Convention on the Law of Treaties excludes the issue clearly. It is not possible to find a decisive rule in customary international law and the opinions in the doctrine differs. This article aims to present a descriptive analysis on the ILC's '*Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts on Treaties*', concluded in 2011. Draft Articles can be seen as a proposal to the States to decide on the problem and it already became a reference in the doctrine of international law.

Keywords: International Law, Law of Treaties, Law of Armed Conflicts, International Law Commission, Customary International Law.

1. GİRİŞ

Uluslararası hukuk, silahlı çatışmaların andlaşmalara etkisi hakkında belirsiz bir görünüme sahiptir. *Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi*'nin^[1] (VAHS) 73. maddesi, devletler arasında çıkabilecek düşmanlıklarla^[2] ilgili meseleleri Sözleşme kapsamı dışında gördüğünü açıkça ifade etmiştir^[3]. Bunun nedeni, bu belirsiz alanın VAHS ile belirlenmesindeki güçlüktür. Zira hem konuya ilişkin hem pratikte hem de doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır hem de konu, savaş gibi hassas bir konudur. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (UHK), 2011'deki altmış üçüncü oturumunda kabul ederek Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na (BMGK) teslim ettiği *Silahlı Çatışmaların Andlaşmalara Etkisi Hakkında Taslak Maddeler*'i^[4] (Bundan sonra *Taslak Maddeler*) işte bu boşluğu^[5] doldurmak üzere hazırlanmıştır. UHK konuyu uzun vadeli çalışma programına dâhil etmeye 2000 yılında, elli ikinci oturumunda karar vermiştir. 2004'teki elli altıncı oturumunda ise mevcut programa, "Silahlı Çatışmaların Andlaşmalara Etkisi" konusu eklenmiştir ve Ian Brownlie Özel Raportör olarak görevlendirilmiştir. BMGK 2 Aralık 2004'te bu kararı onaylamıştır^[6].

Bu makalede temel amacımız, *Taslak Maddeler*'i betimsel bir incelemeye tabi tutmaktır. Dolayısıyla incelememizde UHK'nın konuyla ilgili çalışmalarında sunulmuş olan raporlar ve *Taslak Maddeler*'in şerhini (*commentary*) rehber edineceğiz. Ancak *Taslak Maddeler*'den önce konunun uluslararası hukuk doktrinindeki görünümüne de genel hatlarıyla değineceğiz.

-
- [1] *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Viyana, 1969 (<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>, 11.10.2016). Türkçe metin için bkz. Bkz. İbrahim Kaya, **Uluslararası Hukukta Temel Belgeler – Basic Documents in International Law** (Ankara: Seçkin, 2013), ss. 66-111.
- [2] İngilizce metinde '*hostility*' olarak geçiyor. Bazı Türkçe çevirilerde 'sorum' bazılarında ise 'çatışma' olarak yer almış. Ayrıntılı açıklama için bkz. aşağı. Taslak Maddeler md. 2'nin (b) fıkrasının açıklaması.
- [3] Enver Bozkurt, Akif Kütükçü, Yasin Poyraz, **Devletler Hukuku** (Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara: Yetkin, 2015), s. 85.
- [4] ILC, "Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts on Treaties, with Commentaries" (http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_10_2011.pdf, 27.09.2016).
- [5] Pazarıcı, "uluslararası yapılageliş hukukunda da bu konuda herhangi bir genel nitelikli kuralın varlığından kesin bir biçimde söz etme olanağı"nın olmadığını söyler. Bkz. Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri – 1. Kitap** (Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2014), s. 212.
- [6] **First Report on the Effects of Armed Conflicts on Treaties by Mr. Ian Brownlie**, Special Rapporteur, Un.Doc. A/CN.4/552, 21 Nisan 2005, par. 1, 2.

2. KONUNUN MEVCUT HUKUKİ DURUMU

UHK'nın konuyla ilgili olarak ilk görevlendirdiği Özel Raportör Ian Brownlie, ilk raporunda silahlı çatışmaların patlak vermesi durumunda andlaşmaların bu durumdan nasıl etkileneceği ile ilgili üzerinde uzlaşmış bir görüşün olmadığını, sayıca az olan görüşlerin şu şekilde özetlenebileceğini söyler^[7]:

“(a) Savaş, barışın zıt kutbudur ve ilişkilerde tam bir kesilmeyi ve kural-sızlığa dönüşü içerir. Bunun sonucu olarak bütün andlaşmalar hiçbir istisna olmaksızın hükümsüz hale gelir. Fesih hakkı tarafların ilk baştaki niyetlerinden bağımsız bir şekilde savaşın başlamasından kaynaklanır;

(b) Savaşın veya düşmanlık halinin amaçlarına uyumluluk şeklinde bir ölçüt vardır: bu ölçüt aynı zamanda, savaşın gerekliliklerine tabi olarak yürürlükte kalan andlaşmalar formunda da dile getirilir;

(c) Ölçüt, tarafların andlaşmayı akdettikleri andaki niyetleridir;

(d) Doktrindeki farklı bir akım 1919'dan, bilhassa da Birleşmiş Milletler Şartı'nın ortaya çıkmasından beri, Devletlerin, meşru müdafaa durumu haricinde artık kuvvet kullanmaya başvurma yönünde genel bir yetkiye sahip olmamalarıyla bağlantılıdır. Buna göre kuvvet kullanımı andlaşma yükümlülüklerinin genel itibarıyla dağılması olarak kabul edilmemelidir.”

Bu görüşlerin sıralanışı, büyük ölçüde, konu hakkındaki hâkim olan görüşün kronolojik gelişimini de yansıtır. Klâsik adı verilebilecek ilk görüş, bir anlamda doğal hukukçu bir görüştür. Savaşan taraflar, devletler arasında da geçerli olan toplum sözleşmesini ihlal etmişler, doğal duruma dönmüşlerdir. Bu durumda herkesin herkesle olan savaşı söz konusudur (*bellum omnium contra omnes*). Modern döneme gelindikçe, silahlı çatışmaların andlaşmaları tümünden veya kendiliğinden geçersiz kılmadığı anlayışı yerleşmiştir^[8].

[7] **First Report on the Effects of Armed Conflicts on Treaties by Mr. Ian Brownlie**, par. 5.

[8] Heike Krieger, “Article 73. Cases of State Succession, State Responsibility and Outbreak of Hostilities”, **Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary**, Ed.: O. Dörr ve K. Schmalenbach (Dordrecht: Springer, 2012), s. 1257; Jost Delbrück, “War, Effects on Treaties”, **Encyclopedia of Public International Law**, C. 4, Ed.: R. Bernhardt (Amsterdam: North Holland Publishing Company, 1982), s. 315; Anthony Aust, **Modern Treaty Law and Practice** (Cambridge: CUP, 2014), s. 272; René Provost, “1969 Vienna Convention – Article 73 Cases of State Succession, State Responsibility and Outbreak of Hostilities”, **The Vienna Conventions on the Law of Treaties – A Commentary**, C. II, Ed. O. Corten ve P. Klein (Oxford: OUP, 2011), s. 1656; Benny TAN Zhi Peng, “The International Law Commission’s Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts on

Modern dönem her ne kadar andlaşmaların tümüyle ve kendiliğinden geçersiz olmayacağı düşüncesini ortaya çıkarmışsa da, devlet uygulamalarının gösterdiği kanıtlar çerçevesinde andlaşma türlerine göre bir ayırım yapmak ve silahlı çatışmaların etkisini buna göre değerlendirmek makul görünmektedir. Buna göre andlaşmalar üç gruba ayrılabilir^[9]:

a. Savaştan/Silahlı Çatışmadan Etkilenmeyen Andlaşmalar

Savaştan etkilenmeyen andlaşmaların başında, savaş hukukunu düzenleyen andlaşmalar gelir. Daha savaş başlamadan önce akdedilmiş ve açıkça veya zimnen savaş zamanında geçerli olacağı belirtilmiş olan andlaşmaların, mahiyetleri ve konuları itibariyle savaş zamanında da geçerli olacakları kabul edilmek durumundadır. Bunun yanında uluslararası bir rejim veya statü yaratan andlaşmaların da savaştan etkilenmeyeceği kabul edilir. Bunlar; uluslararası örgütleri kuran andlaşmalar, sınır andlaşmaları, uluslararası suyollarıyla ilgili andlaşmalar ile bazı alanların silahsızlandırılmasıyla ilgili andlaşmalardır. Savaştan etkilenmeyen bir başka tür andlaşma ise, özel hakların korunmasıyla ilgili ve süregiden savaşın başlamasıyla herhangi bir ilgisi olmayan andlaşmalardır. Nihayet savaşan tarafların, savaşın tarafı olmayan devletlerle yaptığı andlaşmalar da varlığını devam ettirecektir^[10].

b. Savaş/Silahlı Çatışma Sırasında Kısmen veya Tamamen Askıya Alınan Andlaşmalar

Özellikle bazı çok taraflı andlaşmalarda, savaşan taraflar savaşın etkisiyle andlaşmadan kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirmeyecek duruma gelebilir. Bu özellik, ulaşım yollarının savaş nedeniyle kullanılamaz hale gelmesi

Treaties: Evaluating the Applicability of Impossibility of Performance and Fundamental Change", *Asian Journal of International Law*, C. 3, 2013, s. 54.

[9] Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri – 1. Kitap**, s. 212-14; Delbrück, "War, Effects on Treaties", s. 312-15. Benzer bir sınıflandırma için bkz. Mark E. Villiger, **Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties** (Leiden ve Boston: Martinus Nijhoff, 2009), s. 902. McIntyre, karşılaştırmalı incelemelere de yer vermekle birlikte asıl olarak İkinci Dünya Savaşı'nın bitimine kadar olan dönemdeki Amerikan uygulamasını analiz ettiği önemli çalışmasında literatürdeki görüşleri aynı şekilde belirler. Stuart Hull McIntyre, **Legal Effect of World War II on Treaties of the United States** (Lahey: Martinus Nijhoff, 1958), s. 14. McIntyre yaptığı kapsamlı inceleme sonucunda, Amerika Birleşik Devletleri'nin ve diğer devletlerin patlak veren silahlı çatışmalara rağmen pek çok andlaşmanın yürürlüğünü devam ettirdiğini ve kimi zaman bazı kısımlarının askıya alındığını gösterir.

[10] Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri – 1. Kitap**, s. 213; Delbrück, "War, Effects on Treaties", s. 312-13.

durumunda söz konusudur. Aynı durum ikili andlaşmalarda da ortaya çıkabilir. Ancak ikili andlaşmaların askıya alındığının kabul edildiği durumlarda, savaşın bitmesiyle andlaşmanın kendiliğinden yürürlüğe girmesinden ziyade, tarafların bu yönde bir iradesinin aranmasının gerektiği yönünde bir eğilim vardır^[11].

c. Savaşın/Silahlı Çatışmanın Sona Erdirdiği Andlaşmalar

Yukarıdaki kategorilere girmeyen andlaşmaların ise savaşla birlikte sona erdiği kabul edilir. Bu andlaşmalar çoğunca politik niteliktedir. Sözgelimi barış andlaşmaları, dostluk andlaşmaları ve ittifak andlaşmalarının mahiyetleri itibariyle savaşla tamamen uyumsuz olduğu düşünülür^[12].

Bu sınıflandırma çabasına rağmen hâlihazırdaki uluslararası hukuk, silahlı çatışmaların andlaşmalara etkisi hakkında genel kabulü yansıtan bir içeriğe sahip olmaktan uzaktır^[13]. Nitekim UHK'nın *Taslak Maddeler*'i oluşturmasının nedeni tam da budur^[14].

3. TASLAK MADDELERİN KAPSAMI VE TANIMLAR

Taslak Maddeler'in kapsamla ilgili ilk maddesi şu şekildedir:

Madde 1 – Bu taslak maddeler silahlı çatışmanın bir andlaşma altındaki Devletler arasındaki ilişkilere etkisiyle ilgilidir.

Maddedeki “bir andlaşma altındaki Devletler arasındaki ilişkiler” ifadesi üç olasılığı kapsamak üzere tasarlanmıştır: 1) Bir andlaşmanın tarafı olan iki

[11] Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri – 1. Kitap*, s. 213; Delbrück, “War, Effects on Treaties”, s. 313.

[12] Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri – 1. Kitap*, s. 213; Delbrück, “War, Effects on Treaties”, s. 313.

[13] Mevcut uluslararası hukuktaki durumun kısa fakat özlü bir tarifi için bkz. Yaël Ronen, “Treaties and Armed Conflict”, *Research Handbook on the Law of Treaties*, Ed.: C.J. Tams, A. Tzanakopoulos ve A. Zimmerman (Cheltenham ve Northampton: Edward Elgar, 2014), s. 542-47.

[14] *Taslak Maddeler*'e dair betimsel bir analiz sunmayı amaçlayan makalemizin doğrudan konusu olmamakla birlikte, silahlı çatışmaların orta çıkmasının, VAHS sistemi içerisindeki andlaşmaların askıya alınması, sona erdirilmesi ve andlaşmalardan çekilmeye ilgili iki kurum çerçevesinde ayrıca tartışılmasının da mümkün olduğunu belirtmemiz gerekiyor. VAHS md. 61'deki ‘Sonraki İmkansızlık’ veya ifanın imkansız hâle gelmesi ile, md. 62'deki ‘Şartların Esaslı Şekilde Değişmesi’, patlak veren silahlı çatışmaları da kapsar şekilde düşünme imkânı sağlar. Bu konudaki kapsayıcı bir değerlendirme ve tartışma için bkz. Peng, “The International Law Commission’s Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts on Treaties: Evaluating the Applicability of Impossibility of Performance and Fundamental Change”, s. 57-76.

devlet, aynı zamanda bir silahlı çatışmanın da tarafıdır. Bu devletler çatışmada aynı safta yer alıyor da olabilirler. 2) İki devlet bir andlaşmanın tarafıdır ancak devletlerden sadece birisi bir silahlı çatışmanın tarafı olmuştur. 3) Uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışma söz konusudur ve ülkesinde çatışma olan devlet ile diğer devletler arasında andlaşma ilişkileri bulunmaktadır.

Taslak Maddeler sadece devletler arasındaki ilişkiyi kapsamaktadır. Uluslararası örgütlerin kendi aralarındaki ve devletler ile uluslararası örgütler arasındaki andlaşma ilişkileri *Taslak Maddeler* kapsamına dahil değildir. Bunun nedeni, örgüt boyutunun *Taslak Maddeler*'e dahil edilmesinin konuyu karmaşık hâle getirecek olması ve uluslararası örgütlerin bir savaşın tarafı olma, taraf olsa bile bu durumun andlaşma ilişkilerini etkileme ihtimalinin düşüklüğüdür. Ancak bu durum, uluslararası örgütlerin de tarafı olduğu çok taraflı andlaşmaların hariç tutulduğu anlamına gelmemektedir^[15].

Taslak Maddeler'in 2. maddesi, ‘andlaşma’ ile ‘silahlı çatışma’nın tanımını yapar. Maddenin (a) fıkrasına göre;

“andlaşma”, ister tek bir belgede, isterse iki veya daha fazla ilgili belgede yer alsın ve (kendine) mahsus ismi ne olursa olsun, Devletler arasında yazı şeklinde akdedilmiş ve uluslararası hukuka tabi olan uluslararası anlaşma demektir ve Devletler arasındaki, uluslararası örgütlerin de taraf olduğu andlaşmalar da bu tanıma dâhildir.

Taslak Maddeler'deki bu ‘andlaşma’ tanımı, VAHS'nin 2. maddesinden aynen alınmıştır^[16], sadece uluslararası örgütleri de tanıma dâhil eden son kısım tanıma eklenmiştir. Uluslararası örgütlerle ilgili hükmün eklenmiş olması, yukarıda da belirtildiği gibi, uluslararası örgütlere ilişkin hukukun belirlenmesi amacını taşımamakta, uluslararası örgütlerin tarafı olduğu çok taraflı andlaşmaların *Taslak Maddeler*'in kapsamında kalmasını hedeflemektedir. Yine bu tanımda iki taraflı andlaşmalar ile çok taraflı andlaşmalar arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır^[17].

Aynı maddenin (b) fıkrasında ise, silahlı çatışma şöyle tanımlanır:

[15] ILC, “Draft Articles ... with Commentaries”.

[16] *Taslak Maddeler*'deki tanımı VAHS'den İbrahim Kaya çevirisini esas alarak aktardık.

[17] ILC, “Draft Articles ... with Commentaries”.

“silahlı çatışma”, Devletler arasında silahlı kuvvete başvurulduğu veya hükümet güçleriyle örgütlü silahlı gruplar arasında süregelen[18] silahlı şiddetin bulunduğu durum anlamına gelir.

VAHS md. 73, devletler arasında çıkabilecek ‘düşmanlıklarla’ (*hostilities*) ilgili meseleleri VAHS kapsamı dışında bırakmıştır. Düşmanlık, bir çatışmanın taraflarının düşmana zarar verme amacıyla bazı araç ve yöntemlere başvurusu anlamına gelir^[19]. Krieger, VAHS’nin kullandığı dilin, geleneksel savaş kavramından ayrılmayı amaçladığını söyler. Düşmanlık kelimesi, savaş araç ve yöntemleriyle insanlara ve mallara zarar veren şiddet eylemlerini kapsar. Ancak modern çalışmalar ‘düşmanlık’ kelimesini de tercih etmeyerek, ‘silahlı çatışma’ kavramını kullanır olmuştur. Düşmanlık, yani insanlara ve mallara zarar veren şiddet eylemleri, silahlı çatışmayla kastedilen anlamdan daha dardır. Zira silahlı çatışmaya güç kullanma tehdidi, savaş ilanı, direnişle karşılanmayan işgal eylemleri de dâhil olmaktadır^[20].

Taslak Maddeler’de yer alan silahlı çatışma tanımı ile, *Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi*’nin Tadiç kararında yaptığı silahlı çatışma tanımı, “veya bu gruplar arasında” ifadesi hariç bırakılmak suretiyle tekrarlanır^[21]. Gruplar arası silahlı çatışmanın tanım dışında bırakılmasının nedeni, *Taslak Maddeler*’in, en azından bir devletin bir andlaşmanın tarafı olduğu durumlarla

[18] Kelimenin İngilizce orijinali *protracted*. Alpkaya, ‘uzayan’ kelimesini tercih etmiş. Bkz. Gökçen Alpkaya, **Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi** (Ankara: Turhan Kitabevi, 2002), s. 115. Taşdemir ‘uzun süreli’ kelimesini kullanıyor. Bkz. Fatma Taşdemir, “İnsan Hakları Hukuku ve İnsancıl Hukuk Açısından Türkiye’nin Ayrılıkçı Terör Örgütü PKK ile Mücadelesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVI, S. 1, 2012, s. 136. Akkutay da ‘süregelen’ kelimesini tercih etmiş. Bkz. Ali İbrahim Akkutay, “Silahlı Çatışmalar Hukukunda İç Çatışmaların Uluslararasılaşması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 65(1), 2016, s. 11. Esmer, kelimenin ‘kronikleşme’, ‘müzminleşme’ anlamlarının da dikkate alınması gerektiğini hatırlatıyor. Bkz. Selahattin Esmer, “Uluslararası İnsancıl Hukukta Çatışma Kategorileri ve Minimum Silahlı Şiddet Eşiği”, **İHD**, (<http://www.ihd.org.tr/uluslararasi-insancil-hukukta-catisma-kategorileri-ve-minimum-silahli-siddet-esigi/>), E.T. 26.09.2016).

[19] ICRC (ed), **Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law**, 2009, s. 43’ten aktaran Krieger, “Article 73. Cases of State succession, State responsibility and outbreak of hostilities”, s. 1254.

[20] Krieger, “Article 73....., s. 1255.

[21] Kararın ilgili kısmı, Alpkaya çevirisiyle şöyle: “Devletler arasında silahlı güce başvurulduğunda ya da hükümet otoriteleriyle örgütlü silahlı gruplar arasında ya da bir devlet içinde bu tür gruplar arasında uzayan silahlı şiddet bulunduğu orada bir silahlı çatışmanın var olduğunu sonucuna varırız.” Bkz. Alpkaya, **aynı yer**. Orijinal metin için bkz. ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, **Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction**, 2 Ekim 1995, par. 70. Kararın tam metni için bkz. <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>>, E.T. 26.09.2016.

ilgili olmasıdır. Bu tanım aynı zamanda uluslararası insancıl hukuk kurallarına hâlel getirmemektedir. Maddede yer alan ifade, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma durumlarının da, ülkesinde çatışma olan Devletin başka bir devletle olan andlaşma ilişkisine muhtemel etkisini kapsayacak şekilde tasarlanmıştır^[22].

Bu silahlı çatışma tanımı, iki tarafın fiilen silahlı şiddet içerisinde olmasını şart koşmaz. Silahlı bir direnişle karşılaşmamış bir işgal de, silahlı kuvvete başvurulmuş olması anlamında bir silahlı çatışma sayılacaktır. 1954 Lahey Silahlı Çatışma Halinde Kültürel Varlığın Korunması Sözleşmesi'nin^[23] 18. maddesi bu durumla yakından ilgilidir. Maddenin ilgili kısmı şöyledir:

1. Barış zamanından itibaren yürürlüğe girecek olan hükümler dışında iş bu Sözleşme, ilân edilmiş bir harp veya Yüksek Âkit Taraflardan ikisi veya daha fazlası arasında zuhur edecek silahlı bir çatışma hâlinde, harp hâli bunlardan biri veya birkaçı tarafından kabul edilmemiş dahi olsa tatbik edilecektir.
2. Sözleşme keza Yüksek Âkit Taraflardan birine ait ülkenin kısmen veya tamamen işgalini tazammun eden bütün hâllerde, bu işgal hiçbir askerî mukavemetle karşılanmamış dahi olsa tatbik edilecektir.

4. SİLAHLI ÇATIŞMANIN SONA ERMEYE, ÇEKİLMEME VE ASKIYA ALMAYA ETKİSİ

Taslak Maddeler'in 3. maddesinin başlığı Genel İlke'dir. Genel ilke, silahlı bir çatışmanın andlaşmaların yürürlüğünü kendiliğinden sona erdirmemesi veya askıya almamasıdır.

**Madde 3 – Silahlı bir çatışmanın varlığı,
çatışmaya taraf olan Devletler arasındaki,
çatışmaya taraf olan bir Devlet ile çatışmaya taraf olmayan Devlet
arasındaki
andlaşmaların yürürlüğünü *ipso facto* [kendiliğinden] sona erdirmez
veya askıya almaz.**

[22] ILC, "Draft Articles ... with Commentaries".

[23] 1954 Lahey Silahlı Çatışma Halinde Kültürel Varlığın Korunması Sözleşmesi–Hague Convention: Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 1954, UNESCO. Türkçe metin için bkz. <<http://www.kumid.net/euproject/admin/userfiles/dokumanlar/K-Lahey-Sozlesmesi-UNESCO,-1954.pdf>>, E.T. 29.06.2016.

Madde 3, hukuki istikrar ve devamlılık şeklindeki genel hukuk ilkesini andlaşmalar hukuku açısından ihdas etmiş olur. Nitekim gerek doktrinde gerekse devlet uygulamalarında söz konusu ilkenin dile getirildiğini görmek mümkündür. Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün (*Institute of International Law*) 1985 tarihli ve UHK'nın *Taslak Maddeler*'iyle aynı başlıklı (*Silahlı Çatışmaların Andlaşmalara Etkisi*) çalışmasında^[24] da bu nokta aynı şekilde ifade edilmiştir:

Bir silahlı çatışmanın ortaya çıkması, çatışan taraflar arasında yürürlükte olan andlaşmaları *ipso facto* [kendiliğinden] sona erdirmez veya askıya almaz.

Sona erme ve askıya alma arasında da bir ayırım yapmak mümkündür. Andlaşmaların silahlı çatışma nedeniyle kendiliğinden sona ermemesi daha kolay uygulama imkânı bulan bir ilke iken ticari anlaşmalar gibi mahiyeti itibariyle silahlı çatışma sırasında karşılıklı ödevlerin yerine getirilmesinin mümkün olmadığı andlaşmaların silahlı çatışmayla birlikte askıya alınmış olduğu düşünülebilir^[25].

Taslak Maddeler silahlı çatışmaların andlaşmalara etkisiyle ilgili genel hükümler getirmeyi amaçladığından, andlaşmaların silahlı çatışmanın ortaya çıkma ihtimalini öngörerek andlaşmanın işleyişinin akıbetini belirlemiş olmasını engellemez. Bu durum *Taslak Maddeler*'in 4. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir:

Madde 4 – Andlaşmanın bizzat kendisi silahlı bir çatışma durumundaki işleyişine dair bir hüküm içeriyorsa, bu hükümler uygulanacaktır.

Andlaşmanın silahlı çatışmaların ortaya çıkmasına ilişkin hüküm içerdiği durumla ilgili 4. maddenin ardından 5. madde böyle bir hükmün bulunmadığı durumları ele alır.

Madde 5 – Bir andlaşmanın silahlı çatışmanın ortaya çıkması halinde sona erdirilmeye, çekilmeye veya askıya almaya açık olup olmadığının ortaya koyulmasında uluslararası hukukun andlaşmaların yorumuyla ilgili kuralları uygulanacaktır.

Bu maddede yer alan belirleme ile, bir sonraki, yani 6. maddede yer alan belirlemeyi birbirinden ayırmak gerekir. 5. madde bir önceki maddenin, yani 4. maddenin devamı olarak düşünülmüştür. Bir başka deyişle dördüncü ve beşinci maddeler andlaşmanın içiyle ilgilenirken, altıncı madde dışıyla ilgilenmektedir.

[24] Institute of International Law, "The Effects of Armed Conflicts on Treaties", Helsinki: 1985 (http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/1985_hel_03_en.PDF, 08.10.2016).

[25] ILC, "Draft Articles ... with Commentaries".

Maddede yer alan "uluslararası hukukun andlaşmaların yorumuyla ilgili kuralları" ifadesi, esasında VAHS'nin 31. ve 32. maddelerinde yer alan yorum kurallarına atıf yapar. Ancak bütün devletlerin VAHS'ye taraf olmaması ve UHK'nin uluslararası hukuk metinleri arasında çapraz atıflar yapmayı tercih etmemesi nedeniyle daha genel bir ifade kullanılmıştır^[26].

Yukarıda aktarıldığı üzere, *Taslak Maddeler*'in 3. maddesinde silahlı çatışmanın varlığının andlaşmalara kendiliğinden etki etmediği ifade edilmiştir. 4. ve 5. maddeler andlaşmanın içerisinde konuyla ilgili hüküm aramaktadır. 6. madde ise silahlı çatışma durumunun andlaşmayı sona erdirmeye, askıya alma veya andlaşmadan çekilmeye imkân sağlayabileceği etkenleri ele alır.

Madde 6 – Bir andlaşmanın silahlı çatışma durumunda sona ermeye, çekilmeye veya askıya almaya açık olup olmadığına karar verebilmek için aşağıdakiler de dahil olmak üzere tüm ilgili etkenler dikkate alınmalıdır:

(a) andlaşmanın mahiyeti, bilhassa da konu, amaç ve gayesi, içeriği ve andlaşmanın taraf sayısı; ve

(b) silahlı çatışmanın yayıldığı alan, ölçüsü ve yoğunluğu, süresi ve uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışma durumunda harici ilişkinin derecesi.

Maddede sayılan etkenler tüketici nitelikte değildir. Bunun bir anlamı bazı durumlarda sayılanlardan başka etkenlerin de dikkate alınabileceğidir. Diğer bir anlamı ise bütün etkenlerin her durumda aynı ölçüde dikkate alınmayacağıdır^[27].

Maddenin (a) fıkrası silahlı çatışmanın andlaşmaya etkisine karar verilirken andlaşmayla ilgili olarak dikkate alınması gereken bazı unsurları sıralarken, bunların nasıl dikkate alınacağına ilişkin herhangi bir ifade içermez. Andlaşmaların türlerinin, konularının ve taraflarının gösterdiği çeşitlilik düşünülecek olursa bu durum olağandır. Zira her andlaşma kendi koşulları çerçevesinde değerlendirilmek durumundadır. Bunun arkasından (b) fıkrasında silahlı çatışmayla ilgili dikkate alınması gereken unsurlar örneklenir. Bütün bunlar, Devletlerin, andlaşmaların yürürlüğüne engel olmasını sınırlamaya, andlaşmaların devamlılığına ve istikrarına yönelik imalar taşır^[28].

[26] ILC, "Draft Articles ... with Commentaries".

[27] ILC, "Draft Articles ... with Commentaries".

[28] ILC, "Draft Articles ... with Commentaries".

5. SİLAHLI ÇATIŞMAYA RAĞMEN İŞLEMeye DEVAM ETMESİ GEREKEN ANDLAŞMALAR

Taslak Maddeler'in 7. maddesi, bazı andlaşmaların konuları itibariyle silahlı çatışma halinde de yürürlüğünün devam edeceğini belirtir.

Madde 7 – Konusunun silahlı çatışma durumunda tamamen veya kısmen yürürlükte kalmaya devam edeceğini gösteren andlaşmaların işari bir listesi bu taslak maddelerin ekinde bulunmaktadır.

Bu madde esasen 6. maddenin (a) fıkrasına dahil olarak düşünölmelidir. Zira bu liste, konu, amaç, gaye, içerik ve taraf sayısı gibi niteliklerin hangi tür andlaşmalarda andlaşmanın devam etmesi gerektiğine ilişkin bir örnek de oluşturmaktadır. Liste, işârî, yani isim saymaksızın sadece işaret eden nitelikte olması hasebiyle, bir andlaşmalar kategorisi listesidir. Her ne kadar ‘andlaşma’ kategorisi olarak sunulmuşsa da, bu kategoriye dâhil olabilecek belirli andlaşma hükümleri aynı kapsamda kabul edilmelidir. Yani kategorik olarak bu listeye dâhil olamayacak bir andlaşmanın bazı hükümleri, konuları itibariyle, silahlı çatışmaya rağmen devam edecektir^[29].

Taslak Maddeler'in ekinde yer alan bu listedeki sıralamanın, ima ettiği bir üstünlük anlamı yoktur. Bunun yanında bazı kategoriler kısmen örtüşmektedir. UHK ‘*jus cogens*’ kurallar kategorisini listeye dâhil etmemiştir. Kategori listesi andlaşmaların konusuyla ilgiliyken, *jus cogens* kurallar pek çok farklı konuya ilişkindir. Buradan *jus cogens* kuralların doğurduğu yükümlülüğün silahlı çatışmaların andlaşmaların etkisine ilişkin *Taslak Maddeler* rejiminden etkilenmediğini söylemek mümkündür^[30].

5.1. Uluslararası İnsancıl Hukuk Andlaşmaları da Dâhil Olmak Üzere Silahlı Çatışmalar Hukuku Hakkındaki Andlaşmalar

Silahlı çatışmalar hukukuna ait andlaşmaların silahlı çatışma süresince geçerli kalacağı, bu andlaşmaların mahiyetinden ve amacından bellidir. Silahlı çatışmalar hukukuna ait andlaşmaların yanında insancıl hukuk andlaşmaları da aynı kapsamda görölmektedir^[31]. Nitekim çalışmanın ilk kısmında göröldüğü üzere, hâlihazırdaki uluslararası hukuk, bu tür andlaşmaların silahlı çatışmaların varlığından etkilenmeyeceğini öngörmektedir.

[29] ILC, “Draft Articles ... with Commentaries”.

[30] ILC, “Draft Articles ... with Commentaries”.

[31] ILC, “Draft Articles ... with Commentaries”.

5.2. Toprak veya Deniz Sınırları Koyan veya Değiştiren Andlaşmalar da Dâhil Olmak Üzere Daimî Rejim veya Statü yahut Bunlarla İlişki Daimî Hakları İlan Eden, Yaratan veya Düzenleyen Andlaşmalar

Objektif statü yaratan andlaşmalar olarak da anılan andlaşmaların silahlı çatışma nedeniyle askıya alınamayacağı yahut sona erdirilemeyeceği genel olarak kabul edilmektedir^[32]. Bu tür andlaşmalar; toprak devrine, birlik oluşturmaya, bir devletin topraklarının belli bir kısmının tarafsızlaştırılmasına, sınır belirlemeye veya değiştirmeye ve bir devletin topraklarının kullanılması veya topraklarına girilmesi için verilmiş imtiyazlara dair andlaşmalardır. Nitekim VAHS 62(2) andlaşmanın bir sınır yaratması durumunda, şartlarda meydana gelen esaslı bir değişikliğe bir andlaşmayı sona erdirmek veya ondan çekilmek için bir gerekçe olarak başvurulamayacağını hükme bağlamaktadır.

5.3. Çok Taraflı Hukuk Yaratan Andlaşmalar

UHK’nın *Taslak Maddeler* şerhinde ‘hukuk yaratan’ (*law making*) ifadesinin tartışmalı olduğuna işaret edilmekle birlikte, bazı çok taraflı andlaşmaların ortak karakterini yansıtan bir ifade olarak tercih edildiği belirtilmiştir. McNair’a atıfla UHK hukuk yaratan andlaşmaları, uluslararası bir rejim, statü veya sistem yaratmaksızın tarafların gelecekteki davranışlarını düzenleyen uluslararası hukuk kuralları yaratan andlaşmalar olarak tanımlar^[33].

5.4. Uluslararası Ceza Adaleti Andlaşmaları

Taslak Maddeler’e bu kategorinin dâhil edilmesine neden olan en önemli belge, Uluslararası Ceza Mahkemesi’ni kuran *Roma Statüsü*’dür^[34]. Bununla birlikte insanlığa karşı suçlar, soykırım, savaş suçları ve saldırı suçu gibi uluslararası nitelikte suçları işlediğinden şüphelenilen kişilerin yargılanması için kurulan diğer genel, bölgesel, hatta iki taraflı andlaşmalar da bu kategoriye

[32] ILC, “Draft Articles ... with Commentaries”.

[33] ILC, “Draft Articles ... with Commentaries”. Shaw terimi genellik ve çok taraflılıkla ilişkilendirir. Bkz. Malcolm N. Shaw, **International Law** (Cambridge: CUP, 2008), s. 95.

[34] Roma Statüsü (Rome Statute of the International Criminal Court), ICC, <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf> (11.10.2016). Statü’nün Türkçe çevirisi için bkz. İbrahim Kaya, **Uluslararası Hukukta Temel Belgeler – Basic Documents in International Law**, ss. 398-479. Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Roma Statüsü için ör. bkz. Elif Uzun, “Uluslararası Ceza Mahkemesi: Tarihçesi, Yapısı ve Mevcut Davalar”, **Uluslararası Hukukta Güncel Sorun Alanları**, Ed.: Murat Saraçlı (Bigbang Yayınları: Ankara, 2012), ss. 41-72.

dâhildir. *Taslak Maddeler* uluslararası örgütlerle ilgili olmadığından, bir Devlet ile bir uluslararası örgüt arasındaki andlaşmadan kaynaklanan mekanizmalar kapsam dışındadır^[35].

Uluslararası ceza adaletine ilişkin en önemli suçların savaş sırasında işlenmesi de bu tür andlaşmaların silahlı çatışmalar sırasında da işlemeye devam etmesinin önemli bir gerekçesidir.

5.5. Dostluk, Ticaret ve Denizcilik Andlaşmaları ile Özel Haklara İlişkin Anlaşmalar

UHK bu kategoriyi eklemekle, klasik anlamıyla dostluk, ticaret ve denizcilik andlaşmalarını (*friendship, commerce and navigation* – FNC) değil, dostluk andlaşmalarını, ticaret andlaşmalarını ve denizcilik andlaşmalarını kastetmektedir. Bu andlaşmaların fiilen silahlı çatışmadan etkilenmemesi mümkün değildir. Ancak UHK, bu tip andlaşmaların silahlı bir çatışmanın başlamasıyla kendiliğinden sona erdiğini veya askıya alındığını düşünmek yerine, en azından bazı hükümlerinin işlemeye devam etmesi gerekmesini önerir. Zira bu tip andlaşmalar kapsamlı hükümler içermekte ve kişilerin özel haklarıyla ilgili düzenlemeler de yapmaktadır. Bu, *Taslak Maddeler*'in 11. maddesinde yer alan, andlaşma hükümlerinin ayrılabilirliği ile de uyumludur^[36].

5.6. İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunmasına İlişkin Anlaşmalar

UHK, silahlı çatışmaların uluslararası insan hakları andlaşmalarına etkisi konusunda pek az görüş dile getirildiği tespitinde bulunur. Bununla birlikte kendisinden sapılması mümkün olmayan (*non-derogable*) hükümlerin silahlı çatışma süresince de geçerliliğini devam ettireceğine dair genel bir kabulün olduğu söylenebilir. Kendisinden sapılması mümkün olmayan haklar, olağanüstü hal durumunda dahi askıya alınamayacak haklara karşılık gelir. Kavram Türkçeye bazen 'azaltma', 'ayırılma' veya 'daraltma' olarak da çevrilmektedir. *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme*'nin^[37] 4. maddesinin ilk fıkrasına göre, "Ulusun hayatını tehdit eden ve varlığı resmen ilan edilmiş olan

[35] ILC, "Draft Articles ... with Commentaries".

[36] ILC, "Draft Articles ... with Commentaries".

[37] United Nations International Covenant on Civil and Political Rights, 1966, (<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf>, 11.10.2016). Türkçe metin için bkz. İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler – Basic Documents in International Law*, ss.510-41.

olağanüstü bir durumun ortaya çıkması halinde, bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülüklerine aykırı olmamak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din ya da toplumsal kökene dayalı bir ayrımcılık içermemesi kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde olmak üzere, bu Sözleşme'den doğan yükümlülüklerinden ayrılan tedbirler alabilirler.” Aynı maddenin ikinci fıkrası, bu sapma/ayrım/ daraltma ruhsatının sınırlarını düzenler. Buna göre, Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlenen yaşama hakkı; 7. maddesinde düzenlenen, işkence ya da zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele ya da cezalandırılmaya maruz bırakılmama hakkı; 8. maddede düzenlenen kölelik ve kul durumunda tutulma yasağı; 11. maddede düzenlenen akitten doğan yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle hapsedilememe; 15. maddede düzenlenen kanunsuz suç ve ceza olmaması ilkesi; 16. maddede düzenlenen kanun önünde kişi olarak tanınma hakkı; ve 18. maddede düzenlenen düşünce, din ve vicdan özgürlüğü sapılması mümkün olmayan hak ve özgürlüklerdendir.

Kendisinden sapılması mümkün olmayan hak ve özgürlüklerin silahlı çatışmalar süresince de geçerli olmasına dair genel kabulün yanında, diğer hak ve özgürlüklerle ilgili hüküm ve andlaşmaların da geçerli olmaya devam etmesi yönündeki görüşler de gittikçe artmaktadır. Zira insan haklarının en ağır ihlallerine silahlı çatışmalar sırasında rastlanmaktadır. Silahlı çatışmaların insan hakları andlaşmalarından kaynaklanan yükümlülükleri ortadan kaldırdığı düşünülecek olursa bu andlaşmaların fiili etkisi büyük oranda azalacaktır. Üstelik 'sorumluluk' kavramı ile 'andlaşmanın yürürlüğü/işleyişi' birbirinden ayrılmalıdır. Silahlı çatışmaların insan hakları andlaşmalarını sona erdirdiğini veya askıya aldığını kabul etmekten ziyade, bu andlaşmalar çerçevesindeki sorumluluklarını daralttığını kabul etmek daha makul olacaktır^[38].

5.7. Çevrenin Uluslararası Korunmasına İlişkin Andlaşmalar

Taslak Maddeler çevrenin korunmasına ilişkin andlaşmalar kategorisini silahlı çatışma durumunda da işlemeye devam edecek andlaşmalara dâhil etmekle birlikte, bu konuda genel bir kabulün olduğunu söylemek için yeterli gerekçe yoktur^[39].

[38] **The effect of armed conflict on treaties: an examination of practice and doctrine**, Momerandum by the Secretariat, UN. Doc. A/CN.4/550, 1 Şubat 2005, par. 32-4 (<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/550>, 07.10.2016).

[39] ILC, "Draft Articles ... with Commentaries". ILC, "Draft Articles ... with Commentaries".

Uluslararası Adalet Divanı *Nükleer Silahların Tehdidi veya Kullanımının Meşruiyeti* hakkındaki istişârî mütalaasında^[40], bu konuya değinmek durumunda kalmıştır. Zira nükleer silah kullanımının çevrenin korunmasıyla ilgili mevcut normlara aykırı olduğu yönünde iddialar bulunmaktadır. Bu iddiayı destekleyen uluslararası hukuk belgeleri de mevcuttur. Örneğin, 1949 *Cenevre Sözleşmeleri Ek Protokol I*^[41] md. 35/3, “doğal çevreye yaygın, uzun süreli ve ciddi zarar vermeyi kastetmiş ya da olanaklı savaş metot ya da araçları”nın kullanımını yasaklamaktadır. 1977 *Askerî Amaçlarla ya da Daha Başka Düşmanca Amaçlarla Çevrenin Değiştirilmesi Tekniklerinin Kullanılmasının Yasaklanmasına İlişkin Sözleşme*^[42] md. 1 ise çevre üzerinde “yaygın, uzun süreli ya da ciddi etkileri” olan silahların kullanımını yasaklar. Aynı zamanda, 1972 *Stockholm Deklarasyonu*’nun^[43] 21. ilkesine ve 1992 *Rio Deklarasyonu*’nun^[44] 2. ilkesine bu olayda başvurulabileceği iddia edilmiştir. Bu son değinilen metinler, Devletlere, kendi sınırları içerisindeki diğer Devletlerin çevresine kendi milli sınırlarının ötesinde zarar verecek faaliyetleri önleme ya da kontrol etme ödevi yüklemektedir. Nükleer silahların çevrenin korunmasıyla ilgili mevcut normlara aykırı olduğu yönündeki iddialara göre, çevrenin korunmasına ilişkin mevcut normlar hem barış hem de savaş zamanında uygulanabileceklerdir ve nükleer silah kullanımının sonuçları çevreye zararlı olmakla birlikte sınır ötesi nitelik taşımaktadır. Buna karşın bazı Devletler, çevre andlaşmalarının ve normlarının asıl amacının çevrenin barış zamanında korunması olduğunu; bu metinlerde ne savaş haline ne de özelde nükleer savaş haline değinilmediğini, eğer bu metinler şimdi nükleer silah kullanımını yasakladıkları şeklinde yorumlanırlarsa, bunun hukukun üstünlüğü ilkesini bozacağını ve uluslararası sözleşmelere

[40] ICJ, *Legality Of The Threat Or Use Of Nuclear Weapons*, Opinion of 8 July 1996, No. 95 [Nükleer Silahların Tehdidi veya Kullanımının Meşruiyeti, 8 Temmuz 1996 Tarihli Mütalaa], **International Legal Materials**, Vol. 35, ss. 814-831.

[41] *Cenevre Sözleşmesi Ek Protokol I*, 1977, **International Legal Materials**, Vol. 16, 1977, ss.1391-441. Türkçe metin için bkz. **12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri**, Haz.: M.B. Yamaner vd. (İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, tsz).

[42] *Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques*, 1977, Cenevre (<http://www.un-documents.net/enmod.htm>, 11.10.2016).

[43] *Declaration of the United Nations Conference on the Human Development*, 1972, Stockholm, **International Legal Materials**, Vol. 11, 1972, ss. 1416-1420. Metnin orijinaline online erişim için bkz. < <http://www.unep.org/documents.multilingual/default.asp?documentid=97&articleid=1503> > (11.10.2016).

[44] *Rio Declaration on Environment and Development*, 1992 (<http://www.unep.org/documents.multilingual/default.asp?documentid=78&articleid=1163>, 11.10.2016). Türkçe metin için bkz. *Çevre ve Gelişim Hakkında Rio Deklarasyonu*, (<http://www.kumid.net/euproject/admin/userfiles/dokumanlar/cevreilave02.pdf>, 11.10.2016).

güvenin sarsılacağını savunmuşlardır^[45]. Bu görüşler karşısında Divan, çevrenin korunmasına ilişkin mevcut milletlerarası hukukun, nükleer silahların kullanımını özel olarak yasaklamadığını ancak silahlı çatışmalarda uygulanacak ilke ve kuralların yürütülmesi bağlamında çevresel faktörlerin dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşmıştır^[46].

UHK, *Taslak Maddeler'e* bu kategoriyi eklerken, çevrenin korunmasıyla ilgili genel bir kabulün olmadığını vurgulamakla birlikte^[47], tercihini, bu tür andlaşmaların silahlı çatışma zamanında da yürürlükte kalmaya devam etmesinden yana kullanmıştır.

5.8. Uluslararası Suyolları ve Bağlı Tesisler ve Yapılar ile İlgili Andlaşmalar

Taslak Maddeler, uluslararası suyolları ile veya denizcilik hakları ile ilgili andlaşmaları daimi haklar, daimi rejim veya objektif statü yaratan andlaşmaların alt grubu olarak görmekle birlikte, önemine binaen ayrı bir kategori olarak zikretmiştir. Uluslararası savaş hukuku esasen uluslararası suyolları ile bağlı tesis ve yapıları koruma altına almıştır. Sözelimi 1997 tarihli *Birleşmiş Milletler Uluslararası Suyollarının Ulaşım Dışı Kullanımı Hukuka İlişkin Sözleşme*'nin^[48] 29. maddesi şu şekildedir:

Uluslararası suyolları ve bağlı tesisler, araçlar ve diğer yapılar, uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışma durumunda uygulanacak uluslararası hukuk ilke ve kurallarının sağladığı korumadan faydalanacaklar ve bu ilke ve kurallara aykırı olarak kullanılmayacaklardır.

[45] ICJ, Legality Of The Threat Or Use Of Nuclear Weapons, par. 27-8.

[46] ICJ, Legality Of The Threat Or Use Of Nuclear Weapons, par. 33. Karar hakkında ayrıntılı bilgi için ör. bkz. Elif Uzun, "Milletlerarası Adalet Divanının Nükleer Silahların Tehdidi veya Kullanımının Meşruiyeti İle İlgili 1996 Tarihli İstisari Mütalaasına İncansıl Hukuk Açısından Bir Bakış", **Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. VII, S. 3-4, 2003, ss. 557-88; Ayşe Nur Tütüncü, "Nükleer Silahlar ve Milletlerarası İncansıl Hukuk İlişkisinin Divan'ın 1966 tarihli Danışma Görüşü Çerçevesinde Değerlendirilmesi", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Y. 23, S. 1-2, 2003, ss. 791-816.

[47] Silahlı çatışmalarda çevrenin korunmasına dair ör. bkz. Gökhan Güneysu, **Silahlı Çatışmalar Esnasında Çevrenin Korunması** (Ankara: Adalet Yayınevi; 2015); Ahmet Hamdi Topal, "Silahlı Çatışmalarda Doğal Çevrenin Korunması", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl: 29, S. 1-2, 2009, ss. 211-36.

[48] *Convention on the Non-Navigational Uses of International Watercourses* (1997), (http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_3_1997.pdf, 10.10.2016). Türkçe metin için bkz. *Birleşmiş Milletler Uluslararası Su Yollarının Ulaşım Dışı Kullanımı Hukuka İlişkin Sözleşme*, Çev.: Dolunay Özbek Dalyan, **İHFM**, C. LV, S. 4, 1997, ss. 363-77.

Ne var ki hem doktrinde hem de devlet uygulamalarında aksi yönde görüş ve örnekler bulunmaktadır. Dolayısıyla UHK, bu kategoriyi *Taslak Maddeler*'e ekleyerek, konunun kırılğanlığına ve önemine de dikkat çekmek istemiştir^[49].

5.9. Akiferler ve Bağlı Tesisler ve Yapılar ile İlgili Andlaşmalar

Akiferler ve bağlı tesis ve yapılarla ilgili andlaşmaların durumu, bir önceki kategorideki uluslararası suyollarıyla ilgili meseleye benzer. Akiferlerin bir kısmı *Birleşmiş Milletler Uluslararası Suyollarının Ulaşım Dışı Kullanımı Hukuka İlişkin Sözleşme* ile korunmaktadır. Sınıraşan akiferler ve yapılar bulunduğu anda ise bunları düzenleyen yine iki taraflı, çok taraflı veya bölgesel andlaşmalar bulunmaktadır. Uluslararası silahlı çatışmalar hukukunun sunduğu korumaya rağmen UHK, konunun önemine binaen akiferler ve bağlı tesis ve yapılarla ilgili andlaşmaları ayrı bir kategori olarak zikretmiştir^[50].

5.10. Uluslararası Örgütlerin Kurucu Belgeleri Olan Andlaşmalar

Uluslararası örgütler, kendilerine “kurucu belge” denilen andlaşmalarla kurulurlar. Andlaşmayla kurulan örgütler, uluslararası hukukta üyelerinden yahut andlaşmanın taraflarından ayrı bir hukuki kişilik kazanırlar. Dolayısıyla bu hukuki durum andlaşmalarla daimi rejimlerin kurulduğu durumlara benzer. Yani silahlı bir çatışmanın varlığı uluslararası bir örgütü kuran andlaşmayı etkilemez. Ancak kurucu belgenin içerdiği üyelikle ilgili hükümler söz konusu genel ilkedden ayrıdır^[51].

5.11. Uzlaşma, Arabuluculuk, Tahkim ve Yargısal Çözüm de Dâhil Olmak Üzere Uyuşmazlıkların Uluslararası Barışçıl Yollarla Çözülmesine Dair Andlaşmalar

Bu kategorinin *Taslak Maddeler*'de yer almasının gerekçesi, uyuşmazlıkların çözümüne yönelik iradenin istenildiği takdirde mevcut andlaşmalar çerçevesinde hayata geçirilmesinin mümkün kılınmasıdır. Bu kategorideki andlaşmalar uluslararası uyuşmazlık çözümü usulleriyle ilgili ahdi belgelerdir. Kategori her ne kadar insan haklarının uluslararası alanda korunmasıyla ilgili mekanizmaları kapsamasa da *Taslak Maddeler*'deki bir başka kategori bu mekanizmaları da kapsar. Yine özel hakların korunmasıyla ilgili barışçıl çözüm yolları da başka bir

[49] ILC, “Draft Articles ... with Commentaries”.

[50] ILC, “Draft Articles ... with Commentaries”.

[51] ILC, “Draft Articles ... with Commentaries”.

kategoride yer almaktadır. *Taslak Maddeler*'in 9. maddesi de, bu kategorideki andlaşmaların yürürlüğünün devam etmesini desteklemektedir^[52].

5.12. Diplomatik ve Konsolosluk İlişkilerine Dair Andlaşmalar

Bir savaşın yahut silahlı çatışmanın patlak vermesi, savaşan taraflar arasındaki bütün ilişkilerin tamamen biteceği anlamına gelmez. Diplomatik ve konsolosluk ilişkileri hem devletler arasındaki ilişkilerin devam ettirilmesi hem de savaş sonrası ilişkiler açısından önemlidir. Nitekim *Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi*'nin^[53] 24. maddesindeki hükme göre, "misyonun arşivleri ve evrakı her zaman ve nerede bulunursa bulunsun dokunulmazlığı haizdir". Maddedeki 'her zaman' ifadesi, silahlı çatışma durumunu da kapsar. Sözleşmenin 44. maddesi ise şöyledir:

Kabul eden Devlet, silahlı çatışma halinde dahi, kendi vatandaşı olmaması şartıyla ayrıcalıklar ve bağımsızlıklardan yararlanan şahıslara ve tâbiyetlerine bakılmaksızın bu gibi şahısların aile üyelerine en kısa zamanda ülkesini terk edebilmeleri için kolaylıklar tanır. Kabul eden Devlet, özellikle gerektiğinde kendileri ve malları için ihtiyaç duyulan nakil imkânlarını sağlamak zorundadır.

Görüldüğü üzere 44. madde, 'silahlı çatışma halinde dahi' ifadesiyle, hüküm kapsamındaki güvenceleri açıkça silahlı çatışma kapsamında saymıştır.

Sözleşmenin 45. maddesi çok daha önemlidir:

İki devlet arasında diplomatik ilişkiler kesildiği veya bir misyon sürekli veya geçici olarak geri çekildiği takdirde:

a) Kabul eden Devlet, silahlı çatışma halinde dahi, malları ve arşivleri ile birlikte misyonun binalarına saygı gösterir ve bunları korur;

b) Gönderen Devlet, malları ve arşivleri ile birlikte misyonun binalarının nezaretini, kabul eden Devletin rıza gösterdiği üçüncü bir Devletin uhdesine tevdi edebilir.

[52] ILC, "Draft Articles ... with Commentaries".

[53] *Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 1961 (http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_1_1961.pdf, 11.10.2016). Türkçe metin için bkz. İbrahim Kaya, **Uluslararası Hukukta Temel Belgeler – Basic Documents in International Law**, ss. 184-207.

c) Gönderen Devlet kendisinin veya vatandaşlarının menfaatlerinin korunmasını, kabul eden Devletin rıza gösterdiği üçüncü bir Devletin uhdesine tevdi edebilir.

6. SİLAHLI ÇATIŞMA SIRASINDA ANDLAŞMA YAPILMASI

Taslak Maddeler'in 8. maddesinin ilk fıkrası Devletlerin silahlı bir çatışma süresince andlaşma yapma kapasitelerini kaybetmediklerini dile getirir.

1. Silahlı çatışmanın mevcudiyeti, çatışmaya taraf olan bir Devletin uluslararası hukuka uygun olarak andlaşma yapma ehliyetini etkilemez.

2. Devletler silahlı çatışma sırasında aralarında yürürlükte olan bir andlaşmayı ve andlaşmanın bir parçasını sona erdirmeye ve askıya alma ile ilgili anlaşma yapabilirler veya andlaşmayı değiştirme konusunda anlaşabilirler.

Birinci fıkradaki 'uluslararası hukuka uygun olarak' ifadesinden anlaşılması gereken, VAHS'deki andlaşma yapma ehliyetidir. İkinci fıkrada yer alan 'Devletler' öznesi, sadece çatışmanın tarafı olan Devletlere işaret etmez. Sözgelimi, çok taraflı bir andlaşmanın çatışmanın tarafı olmayan taraf Devletleri silahlı çatışma nedeniyle sözleşmeyi sona erdirmeye veya askıya alma olanağına sahip olmayacaklardır. Bu durumda yapabilecekler şey, andlaşmanın değiştirilmesidir^[54].

7. SONA ERDİRME, ÇEKİLME VEYA ASKIYA ALMA İÇİN BİLDİRİMDE BULUNMA

Taslak Maddeler'in 9. maddesi silahlı çatışma durumunda andlaşmaların sona erdirilmesini, askıya alınmasını veya andlaşmadan çekilme durumunu bir usule bağlar. Bu usulün getirilmiş olması, andlaşmaların silahlı çatışmayla kendiliğinden sona ermiş veya askıya alınmış sayılmayacağı ilkesinin zorunlu sonucudur.

1. Silahlı bir çatışmanın sonucu olarak tarafı olduğu bir andlaşmayı sona erdirmek, askıya almak veya bu andlaşmadan çekilmek isteyen bir Devlet bu niyetini, andlaşmanın tarafı Devlet veya Devletlere yahut da depozitere bildirmelidir.

2. Bildirim, daha ileri bir tarihi öngörmedikçe, diğer taraf Devlet veya Devletlere ulaştıktan sonra sonuç doğurmaya başlar.

[54] ILC, "Draft Articles ... with Commentaries".

3. Yukarıdaki fıkralar, bir Tarafın, sona erdirmeye, çekilme veya askıya almaya, andlaşmaya veya uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarına uygun bir şekilde makul bir süre içerisinde itiraz etme hakkına halel getirmez.

4. Üçüncü fıkraya uygun bir şekilde itirazda bulunulmuşsa ilgi Devletler, Birleşmiş Milletler Şartı’nın 33. maddesinde işaret edilen araçlar vasıtasıyla bir çözüm aramalıdır.

5. Yukarıdaki fıkralar, uygulanabilir oldukları sürece Devletlerin uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hak veya yükümlülüklerine halel getirmez.

Silahlı çatışma nedeniyle andlaşmayı sona erdirmek, askıya almak veya andlaşmadan çekilmek isteyen Devlet için 9. maddeyle getirilen bildirim yükümlülüğü, VAHS’nin 65. maddesiyle uyumludur. VAHS md. 65’teki gibi diğer Devletlerin bu bildirimde itirazda bulunma hakkı tanınmış ve bu konuda uyuşmazlığın BM Şartınının 33. maddesine göre çözümlenmesi öngörülmüştür.

Bildirim, Devletlere yahut varsa, depozitere yapılmalıdır. Ancak bildirim sonu doğurması için bildirim depoziterin değil Devletlerin almış olması gerekir.

VAHS md. 65’te bildirimde itiraz için getirilen süre 3 aydır. Ancak Taslak Maddeler bildirimde itiraz için kesin bir süre sınırı getirmemiştir. Bunun nedeni, silahlı çatışma durumunda böyle bir sınır getirmenin zor olduğuna duyulan inançtır. Bununla birlikte herhangi bir sınır getirilmemiş olması da hükmü etkisiz hale getirecektir. UHK orta yolu seçerek ‘makul süre’ kaydını koymuştur. Her olayın kendi koşulları içerisinde itirazın makul sürede gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi, dördüncü maddedeki çözüm yollarına bırakılmıştır. Bu belirlemede Taslak Maddeler’in 6. maddesinde işaret edilen etkenler dikkate alınmak durumundadır^[55].

Dördüncü fıkra bildirimde itirazın dile getirilmesi durumunda BM Şartınının 33. maddesine gönderme yapar. Maddeye göre:

“1. Uzaması uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını tehlikeye düşürebilecek nitelikte bir uyuşmazlığa taraf olanlar, her şeyden önce görüşme, soruşturma, arabuluculuk, uzlaşma, hakemlik ve yargısal çözüm yolları ile, bölgesel kuruluş ya da anlaşmalara başvurarak veya kendi seçecekleri başka yollarla buna çözüm aramalıdır.

[55] ILC, “Draft Articles ... with Commentaries”.

2. Güvenlik Konseyi, gerekli gördüğünde, tarafları aralarındaki uyumsuzluğu bu gibi yollarla çözmeye çalışır.”

8. ANDLAŞMADAN BAĞIMSIZ ULUSLARARASI HUKUK YÜKÜMLÜLÜKLERİ

VAHS md. 43’le uyumlu olarak *Taslak Maddeler*, andlaşmanın sona erdirilmesi, askıya alınması ve andlaşmadan çekilme söz konusu olduğunda, andlaşmada yer alan ancak Devletin andlaşmadan bağımsız bir şekilde de uluslararası hukuk uyarınca sahip olduğu yükümlülüklerin yerine getirilmesi ödevinin etkilenmediğini hükme bağlar. *Taslak Maddeler*’deki hüküm şöyledir:

Silahlı bir çatışma sonucunda andlaşmanın sona erdirilmesi, askıya alınması veya andlaşmadan çekilme, herhangi bir Devletin andlaşmada yer alan, andlaşmadan bağımsız olarak da uluslararası hukuk uyarınca sahip olduğu yükümlülükleri yerine getirme yükümünü hiçbir suretle azaltmaz.

Andlaşmadan bağımsız olarak sahip olan yükümlülüklerden kasıt, uluslararası örf ve adet kurallarıdır. Nitekim UAD de, *Nikaragua Davası*’nda (*Esas*), iki farklı hukuk kaynağına ait iki normun özdeş olması durumunda bile, hatta uyumsuzluk halinde olan Devletlerin hem andlaşma hukuku hem de uluslararası örf ve adet hukuku düzeyinde bu kurallarla bağlı olmaları durumunda dahi, bu normların birbirlerinden ayrı olarak varlıklarını devam ettirdiğini söyler^[56].

9. ANDLAŞMA HÜKÜMLERİNİN AYRILABİLİRLİĞİ

VAHS md. 44’e uygun olarak *Taslak Maddeler*’in 11. maddesi; silahlı çatışmaların bir andlaşma üzerindeki farklı etkileriyle ilgilidir. Sona erdirmeye, askıya alma veya çekilme esasen andlaşma üzerinde bir bütün olarak etkili olmak üzere düşünülür, ancak andlaşmaların devamlılığının sağlanması açısından mümkün olan durumlarda andlaşmanın kısmen etkilenmesi öngörülmüştür.

Silahlı bir çatışma sonucunda andlaşmanın sona erdirilmesi, askıya alınması veya andlaşmadan çekilme, andlaşma aksini öngörmedikçe veya

[56] *Nikaragua’da ve Nikaragua’ya Karşı Askeri ve Benzeri Faaliyetler Davası (Esas)*, Nikaragua v. Amerika Birleşik Devletleri, UAD, 1986–*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Merits)*, *Nicaragua v. United States of America*, ICJ, 1986, **ICJ Reports 1986**, s. 94-5. Kararın tam metni için bkz.: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>>, E.T. 29.092016.

Taraflar aksine karar vermedikçe, aşağıdaki durumlar istisna olmak üzere andlaşmanın tamamı açısından sonuç doğurur:

(a) andlaşmanın, uygulanmaları açısından andlaşmanın geri kalan kısmından ayrılabilir hükümler içermesi durumunda;

(b) bu hükümlerin kabulünün, diğer Taraf veya Tarafların andlaşmayla bir bütün olarak bağlı kalma rızalarına önemli bir temel oluşturmadığı andlaşmadan anlaşılıyor veya gösterilebiliyor olması durumunda; ve

(c) andlaşmanın geri kalan kısmının uygulanması adaletsiz olmayacaksa.

10. SONA ERDİRME, ÇEKİLME VEYA ASKIYA ALMA HAKKININ KAYBI

VAHS'de andlaşmaların sona erdirilmesi, askıya alınması veya andlaşmadan çekilmeyle ilgili ele alınan durumlardan birisi, bu eylemlerde bulunma hakkının kaybıdır. *Taslak Maddeler*'in 12. maddesi, VAHS md. 45'e uygun olarak, söz konusu hakkın hangi durumlarda kaybedileceğini hükme bağlar.

Bir Devlet, olayları öğrendikten sonra

(a) andlaşmanın yürürlükte kaldığına veya işlemeye devam ettiğine açıkça rıza göstermişse; veya

(b) davranışı sebebiyle andlaşmanın işlemeye devam ettiğine veya yürürlükte kalmaya devam ettiğine rıza gösterdiğini düşünmek gerekiyorsa

silahlı bir çatışmanın sonucu olarak bir andlaşmayı sona erdiremez, askıya alamaz veya andlaşmadan çekilemez.

Bu hüküm, silahlı çatışma durumunda dahi asgari bir iyi niyetin korunması gerekliliğini yansıtır. Maddede yer alan "olayları öğrenmiş olma", sadece silahlı çatışmanın varlığıyla değil aynı zamanda çatışmanın andlaşmaya muhtemel etkileri çerçevesinde pratik sonuçlarla da ilgilidir. Silahlı çatışmanın patlak vermesiyle doğrudan ilgili olmayan andlaşmalar, silahlı çatışma sürecinde farklı bir etkiye maruz kalabilir. Bu hüküm, bir yandan Devletlerin silahlı çatışmanın zaman içerisinde andlaşma üzerindeki etkileri nedeniyle sona erdirme, askıya alma veya çekilme eylemlerinde bulunabileceğini göstermekle birlikte diğer yandan da silahlı çatışmanın andlaşma üzerindeki etkisinin makul ölçüde belli olmadıkça böyle bir yola yönelmemeleri gerektiğini de söylemiş olur^[57].

[57] ILC, "Draft Articles ... with Commentaries".

11. SİLAHLI ÇATIŞMA SONRASINDA ANDLAŞMA İLİŞKİLERİNİN CANLANDIRILMASI

Devletlerin andlaşma yapma serbestliğine sahip olmaları ile silahlı çatışmanın Devletin andlaşma yapma ehliyetini etkilememesinin sonucu olarak, sona erdirilmiş veya askıya alınmış andlaşmaların canlandırılması mümkündür. *Taslak Maddeler*'in 13. maddesine göre:

1. Bir silahlı çatışmayı takiben Devletler, anlaşmak suretiyle, silahlı çatışma sonucu sona erdirilmiş veya askıya alınmış andlaşmaların canlandırılmasını kararlaştırabilirler.

2. Bir silahlı çatışma sonucunda askıya alınmış olan andlaşmanın işlemeye devam etmesine 6. maddede atf yapılan göstergelerle uyumlu bir şekilde karar verilir.

Maddenin ikinci fıkrası daha dar bir meseleye, *Taslak Maddeler*'in 6. maddesinde işaret edilen faktörler nedeniyle askıya alınmaya ilişkindir. Bu faktörlerin ortadan kalkmasının ardından, taraflar aksini kararlaştırmamışsa, andlaşmanın yeniden işlemeye başlaması gerekir. Çok taraflı bir andlaşmada birden fazla Devlet böyle bir yeniden işlemeye başlama talebinde bulunabilir. Çünkü artık mesele devletler arası andlaşma meselesinden ziyade, işlemeye devam etmesi gereken bir andlaşmadan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi talebine dönüşmüştür. Andlaşmanın yeniden işlemeye başlamasına karar verileceğinde *Taslak Maddelerin* 6. maddesindeki etkenler dikkate alınacak, meselenin bundan sonraki kısmı ise VAHS veya genel uluslararası hukuk kuralları ile çözümlenecektir.

12. SALDIRGAN DEVLETİN AVANTAJ SAĞLAMASINI ENGELLEMeye YÖNELİK HÜKÜMLER

Taslak Maddeler'in izleyen üç maddesi, saldırgan Devletlerin silahlı çatışmaya dayanarak andlaşmaların sona erdirmesi, askıya alması ve andlaşmadan çekilmesi suretiyle yahut da saldırıya uğramış olan Devletin bu yollara başvurusunun zaman almasından faydalanarak menfaat elde etmesini engelleme politikasını yansıtır. Bunlardan ilki olan 14. maddeye göre, meşru müdafaa hakkını kullanan Devlet, tarafı olduğu bir andlaşmanın işleyişi meşru müdafaa hakkını kullanmasıyla uyumsuz olduğu takdirde, andlaşmayı tamamen veya kısmen askıya alabilecektir. Maddeye göre:

Birleşmiş Milletler Şartına uygun bir şekilde bireysel yahut kolektif meşru müdafaa hakkını kullanan Devlet tarafı olduğu bir andlaşmanın

işleyişini, andlaşmanın işleyişi bu hakkın kullanımıyla uyumsuz olduğu müddetçe, tamamen veya kısmen askıya alma hakkına sahiptir.

Silahlı çatışmanın andlaşmalara etkisini genel hükümlere bırakıldığı ve istisnalar getirilmediği takdirde, saldırgan bir Devletin silahlı çatışmanın tarafı olması hasebiyle andlaşma yükümlülüklerinden kolaylıkla kurtulabilmesinin dolayısıyla da saldırı eyleminden andlaşmalar hukuku çerçevesinde menfaat sağlamanın önü açılmış olur^[58]. Taslak Maddelerin 15. maddesi böyle bir imkânı ortadan kaldırmak üzere tasarlanmıştır:

Birleşmiş Milletler Şartı’ndaki ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 3314 (XXIX) nolu kararındaki anlamıyla saldırı eyleminde bulunan bir Devlet, eğer kendi faydasına olacak ise, saldırı eyleminden kaynaklanan silahlı çatışmanın sonucu olarak bir andlaşmayı sona erdiremez, askıya alamaz ve andlaşmadan çekilemez.

Bir Devletin saldırgan Devlet olup olmadığının belirlenmesi Güvenlik Konseyi’ne aittir. Böyle bir nitelemenin olmaması durumunda söz konusu Devlet *Taslak Maddeler*’de yer alan hakları kullanabilecek yahut andlaşma yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi dolayısıyla ortaya çıkabilecek daha sonraki uyuşmazlıklarda yargı yerleri tarafından bu durum saldırganın menfaat elde etmesi olarak görülmeyecektir.

Maddede yer alan “saldırı eyleminden kaynaklanan silahlı çatışmanın sonucu” ifadesi esasen bir sınırlama teşkil eder. Böylece bir eylemi nedeniyle saldırgan olarak nitelenmiş bir Devletin başka bağlamlarda bu *Taslak Maddeler* kapsamındaki haklarının ortadan kalktığını iddia etme olasılığı engellenmiş olur. Bir olayda bir Devlet saldırgan nitelemesini almış dolayısıyla da o olay açısından bazı andlaşmaları sona erdirmeye, askıya alma veya andlaşmalardan çekilme hakkını kaybetmiş olabilir. Ancak başka bir olayda, hatta saldırgan nitelemesini aldığı eylemdeki diğer Devletle olan başka bir ilişkisinde saldırgan niteliği bulunmuyor olabilir^[59].

Ortaya çıkacak sorunlarda Güvenlik Konseyi’nin aldığı kararların üstünlüğü, *Taslak Maddeler* tarafından şu şekilde kabul edilmiştir:

Bu taslak maddeler Güvenlik Konseyi’nin Birleşmiş Milletler Şartı’na uygun olarak aldığı kararlara halel getirmez.

[58] ILC, “Draft Articles ... with Commentaries”.

[59] ILC, “Draft Articles ... with Commentaries”.

13. SONUÇ

Çalışmamız, UHK'nin hazırlamış olduğu Silahlı Çatışmaların Andlaşmalara Etkisi Hakkındaki Taslak Maddeler'e dair betimsel bir incelemedir. *Taslak Maddeler*, VAHS tarafından kapsam dışı bırakılan bir konuyu ele almaktadır. Bu çerçevede andlaşmalar hukukunun kodifikasyonuna dair önemli bir adım teşkil eder. Zira konuyla ilgili örf ve adet hukuku gelişmemiş olduğu gibi, doktrinde de baskın bir görüşün olduğunu söylemek zordur. Taslak Maddeler konuyu VAHS'ye uygun bir şekilde ele alır. En önemli önerisi, silahlı çatışma durumunda andlaşmaların kendiliğinden sona ermediğinin veya askıya alınmadığının kabul edilmiş olmasıdır. Böylece genel bir hukuk ilkesi olarak hukuki istikrarın, uluslararası andlaşmalar hukuku düzeyinde hayata geçirilmesini amaçlar. Silahlı çatışma durumunda yürürlükte kalmaya devam etmesi gereken andlaşmalar kategorisini eklemekle, uzun bir andlaşmalar listesinin silahlı çatışmaya rağmen varlığını devam ettireceğini hükme bağlamış olması da önemlidir. Taslak Maddeler'in diğer hükümleri, andlaşmaların kendiliğinden sona ermemesinin veya askıya alınmamasının sonucu olarak, sona erme, askıya alma veya çekilme usulünün VAHS'ye uygun olarak düzenlemesiyle ilgilidir. Taslak Maddeler mahiyeti itibariyle bağlayıcı değildir. Devletlere yönelik bir öneri olarak anlaşılmalıdır. Ancak UHK'nin diğer çalışmalarında da gördüğümüz üzere, bir konferans çerçevesinde tartışılıp kabul edilinceye kadar doktrine yön verecek ve bundan sonraki ilgili tartışmaların seyrini belirleyecektir. Bu açıdan henüz kabul edilerek ahdi bir temele oturmamış bile olsa, uluslararası hukuk literatürü açısından önem taşımaktadır.

KAYNAKÇA

Makale ve Kitaplar

Akkutay, Ali İbrahim, “Silahlı Çatışmalar Hukukunda İç Çatışmaların Uluslararasılaşması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 65(1), 2016, s. 1-61.

Alpkaya, Gökçen, **Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi** (Ankara: Turhan Kitabevi, 2002).

Aust, Anthony, **Modern Treaty Law and Practice** (Cambridge: CUP, 2014).

Bozkurt, Enver, Akif Kütükçü, Yasin Poyraz, **Devletler Hukuku** (Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara: Yetkin, 2015).

Delbrück, Jost, “War, Effects on Treaties”, **Encyclopedia of Public International Law**, C. 4, Ed.: R. Bernhardt (Amsterdam: North Holland Publishing Company, 1982), ss. 310-15.

Esmer, Selahattin, “Uluslararası İnsancıl Hukukta Çatışma Kategorileri ve Minimum Silahlı Şiddet Eşiği”, **İHD**, (<http://www.ihd.org.tr/uluslararasi-insancil-hukukta-catisma-kategorileri-ve-minimum-silahli-siddet-esigi/>, 26.09.2016).

Güneysu, Gökhan, **Silahlı Çatışmalar Esnasında Çevrenin Korunması** (Ankara: Adalet Yayınevi; 2015).

Kaya, İbrahim, **Uluslararası Hukukta Temel Belgeler – Basic Documents in International Law** (Ankara: Seçkin, 2013).

Krieger, Heike, “Article 73. Cases of State succession, State responsibility and outbreak of hostilities”, **Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary**, Ed.: O. Dörr ve K. Schmalenbach (Dordrecht: Springer, 2012), ss. 1239-1266.

McIntyre, Stuart Hull, **Legal Effect of World War II on Treaties of the United States** (Lahey: Martinus Nijhoff, 1958).

Pazarcı, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri – 1. Kitap** (Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2014).

Peng, Benny TAN Zhi, “The International Law Commission’s Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts on Treaties: Evaluating the Applicability of Impossibility of Performance and Fundamental Change”, **Asian Journal of International Law**, C. 3, 2013, ss. 51-76.

Provost, René, “1969 Vienna Convention – Article 73 Cases of State Succession, State Responsibility and Outbreak of Hostilities”, **The Vienna Conventions on the Law of Treaties – A Commentary**, C. II, Ed. O. Corten ve P. Klein (Oxford: OUP, 2011).

Ronen, Yaël, “Treaties and Armed Conflict”, **Research Handbook on the Law of Treaties**, Ed.: C.J. Tams, A. Tzanakopoulos ve A. Zimmerman (Cheltenham ve Northampton: Edward Elgar, 2014), s. 541-64.

Shaw, Malcolm N., **International Law** (Cambridge: CUP, 2008).

Taşdemir, Fatma, “İnsan Hakları Hukuku ve İnsancıl Hukuk Açısından Türkiye'nin Ayrılıkçı Terör Örgütü PKK ile Mücadelesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVI, S. 1, 2012, ss. 107-151.

Topal, Ahmet Hamdi, “Silahlı Çatışmalarda Doğal Çevrenin Korunması”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl: 29, S. 1-2, 2009, ss. 211-36.

Tütüncü, Ayşe Nur, “Nükleer Silahlar ve Milletlerarası İnsancıl Hukuk İlişkisinin Divan'ın 1966 tarihli Danışma Görüşü Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Y. 23, S. 1-2, 2003, ss. 791-816.

Uzun, Elif, “Uluslararası Ceza Mahkemesi: Tarihçesi, Yapısı ve Mevcut Davalar”, **Uluslararası Hukukta Güncel Sorun Alanları**, Ed.: Murat Saraçlı (Bigbang Yayınları: Ankara, 2012), ss. 41-72.

Uzun, Elif, “Milletlerarası Adalet Divanının Nükleer Silahların Tehdidi veya Kullanımının Meşruiyeti İle İlgili 1996 Tarihli İstisari Mütalaasına İnsancıl Hukuk Açısından Bir Bakış”, **Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. VII, S. 3-4, 2003, ss. 557-88.

Villiger, Mark E., **Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties** (Leiden ve Boston: Martinus Nijhoff, 2009).

Andlaşma ve Belgeler

Cenevre Sözleşmesi Ek Protokol I, 1977, **International Legal Materials**, Vol. 16, 1977, ss.1391-441. Türkçe metin için bkz. **12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokolleri**, Haz.: M.B. Yamaner vd. (İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, tsz).

Convention on the Non-Navigational Uses of International Watercourses (1997), (http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_3_1997.pdf, 10.10.2016). Türkçe metin için bkz. *Birleşmiş Milletler Uluslararası Su Yollarının Ulaşım Dışı Kullanımı Hukuka İlişkin Sözleşme*, Çev.: Dolunay Özbek Dalyan, **İHFEM**, C. LV, S. 4, 1997, ss. 363-77.

Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques, 1977, Cenevre (<http://www.un-documents.net/enmod.htm>, 11.10.2016).

First Report on the Effects of Armed Conflicts on Treaties by Mr. Ian Brownlie, Special Rapporteur, Un.Doc. A/CN.4/552, 21 Nisan 2005.

Uluslararası Hukuk Komisyonunun "Silahlı Çatışmaların Andlaşmalarına Etkisi Hakkındaki Taslak Maddeler" Üzerine Betimsel Bir İnceleme

Hague Convention: Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 1954, UNESCO. Türkçe metin için bkz. <<http://www.kumid.net/euproject/admin/userfiles/dokumanlar/K-Lahey-Sozlesmesi-UNESCO,-1954.pdf>>, E.T. 29.06.2016.

ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, **Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction**, 2 Ekim 1995, par. 70 (<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>, E.T. 26.09.2016).

ILC, "Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts on Treaties, with Commentaries" (http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_10_2011.pdf, 27.09.2016).

Institute of International Law, "The Effects of Armed Conflicts on Treaties", Helsinki: 1985 (http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/1985_hel_03_en.PDF, 08.10.2016).

Nikaragua'da ve Nikaragua'ya Karşı Askerî ve Benzeri Faaliyetler Davası (Esas), Nikaragua v. Amerika Birleşik Devletleri, UAD, 1986–*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Merits)*, *Nicaragua v. United States of America*, ICJ, 1986, **ICJ Reports 1986**, ss. 14-150. İnternet erişimi: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>> (27.02.2013).

Rio Declaration on Environment and Development, 1992 (<http://www.unep.org/documents.multilingual/default.asp?documentid=78&articleid=1163>, 11.10.2016). Türkçe metin için bkz. *Çevre ve Gelişim Hakkında Rio Deklarasyonu*, (<http://www.kumid.net/euproject/admin/userfiles/dokumanlar/cevreilave02.pdf>, 11.10.2016).

Rome Statute of the International Criminal Court, ICC, <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf> (11.10.2016). Statü'nün Türkçe çevirisi için bkz. İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler – Basic Documents in International Law*, ss. 398-479.

The effect of armed conflict on treaties: an examination of practice and doctrine, Momerandum by the Secretariat, UN. Doc. A/CN.4/550, 1 Şubat 2005, par. 32-4 (<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/550>, 07.10.2016).

United Nations International Covenant on Civil and Political Rights, 1966, (<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf>, 11.10.2016). Türkçe metin için bkz. İbrahim Kaya, **Uluslararası Hukukta Temel Belgeler – Basic Documents in International Law**, ss.510-41.

Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961 (http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_1_1961.pdf, 11.10.2016). Türkçe metin için bkz. İbrahim Kaya, **Uluslararası Hukukta Temel Belgeler – Basic Documents in International Law**, ss. 184-207.

Vienna Convention on the Law of Treaties, Viyana, 1969 (<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>, 11.10.2016).
Türkçe metin için bkz. Bkz. İbrahim Kaya, **Uluslararası Hukukta Temel Belgeler – Basic Documents in International Law** (Ankara: Seçkin, 2013), ss. 66-111.

BİR SAVAŞ SUÇU OLARAK
KÜLTÜREL MİRAS NİTELİĞİNDEKİ
ESERLERE YÖNELİK SALDIRI EYLEMİ

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Al Mahdi Kararı
Üzerine Bir İnceleme*

Dr. Hakan A. YAVUZ**

Makalenin Geldiği Tarih: 06.06.2017 Kabul Tarihi: 22.09.2017

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Hâkim – Lahey Adalet Müşaviri.

ÖZ

İnsanlığın ortak mirası niteliğinde olan eserlerin korunmasına yönelik çabalar geçtiğimiz yüzyılın başlarından beri önemli sonuçlara ulaşmıştır. Günümüzde din, dil, ırk ayırımı olmaksızın insanın yeryüzündeki uzun hikâyesine ışık tutan tüm değerler uluslararası toplumun koruması altında bulunmaktadır. Bu korumanın bir göstergesi olarak, savaşlar veya silahlı çatışmalarda hedef alınan insan ürünü eserler uluslararası ceza yargısının alanına dâhil edilmiştir. Özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında imzalanan sözleşmeler ve en son Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluş statüsünde yapılan düzenlemeler bu korumanın çerçevesini net bir şekilde ortaya koymuştur. Çalışmada ilk olarak genel hatlarıyla uluslararası ceza yargısı incelenmiş akabinde bir savaş suçu olarak kültürel miras niteliğindeki eserlere yönelik saldırı eylemi ve bu suçla ilgili uluslararası ceza yargısı pratiği konuları üzerinde durulmuştur. Son olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin bu suça ilişkin verdiği ilk karar olması nedeniyle uluslararası ceza hukuku bakımından özel bir önemi olan Al Mahdi kararı üzerinde ayrıntılı bir inceleme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Ceza Mahkemesi, Savaş Suçları, Al Mahdi Davası, Mali/Timbuktu, Korunan Eserlere Yönelik Saldırı Yoluyla Savaş Suçu, Kültürel Mirasa Yönelik Saldırı.

ATTACKING AGAINST CULTURAL
HERITAGES AS A WAR CRIME
A REVIEW ON THE JUDGEMENT OF AL MAHDI CASE
BY THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

ABSTRACT

The efforts to protect the cultural heritages of the humanity have achieved the significant development since the beginning of the last century. Nowadays, all the cultural heritages which shed light on the long story of the humanity on the earth are under the protection of the international society without any discrimination of religion, language or race. As a proof of this protection, cultural heritages of artifact targeted at wars or armed conflicts have been included in the protection of the international criminal justice. Particularly the conventions signed after the Second World War and the arrangements made in the Rome Statue of the International Criminal Court clarified the frame of this protection. In this study, first of all, it is examined the international criminal justice in general and then explores the attacking against cultural heritages as a war crime and the practice of the international criminal justice on this crime. Finally, a detailed examination of Al Mahdi's decision which is the first judgment on this crime by International Criminal Court is made.

Keywords: International Criminal Court, Al Mahdi Case, Mali/Timbuktu, War Crime of Attacking Protected Objects, Attacking Against Cultural Heritage.

GİRİŞ

“Yoktu, hiç var olmamıştı!”^[1]

Suriye’de devam eden iç savaşta, Esad rejimine ait hava kuvvetleri tarafından 2014 yılının Mart ayında bombalanarak yok edilen, o ana kadar dokuz yüz yıldan beri ayakta duran Savaşçılar Kalesi (*Krak des Chevaliers*) manastırının duvarlarını şu eşsiz cümle süslemekteydi:

“Zarafet, bilgelik ve güzelliğin keyfini sürebilirsiniz ancak tek başına olduğunda geri kalan her şeyi kirletebilen kibirden sakının.”^[2]

İnsanın aklını esir alıp, ötekini ve ona ait her şeyi yok etmeyi bir görev bilincine dönüştürebilen *kibir*, *şüphesiz şeytanın en sevdiği günah*^[3]. Kavgaları başlatan, savaşları haklılaştıran; insanı, şehirleri, tarihi, medeniyeti, vicdanı, hoşgörüyü ve merhameti yok edebilen bir günah.

Bosna’nın Mostar şehrinde bulunan, Mimar Sinan’ın öğrencisi Mimar Hayreddin tarafından 1566 yılında inşa edilen benzersiz güzellikteki Mostar Köprüsü (*Stari Most*), Boşnak-Hırvat savaşı sırasında, 1993 yılının Kasım ayında Hırvat güçlerinin tank ve toplarıyla ateş altına alınarak yıkılıp, köprüünün taşları *Neretva* ırmağının sularına karışincaya dek 427 yıldır kullanılmaktaydı. Köprüünün yıkımı Mostar’ın çok uluslu mirasının reddedilmesi anlamına geliyordu. Zira köprü, şehrin Müslüman Boşnak ve Hristiyan Hırvat kesimini birbirine bağlıyordu ve yüzyıllar boyunca Bosna’da yeşeren barışın ve kültürel çeşitliliğin sembolüydü.^[4]

İnsanın yeryüzündeki uzun hikâyesinin sessiz ve mağrur tanıkları olan kültürel miras niteliğindeki insan yapımı eserler tüm insanlığın ortak ve dokunulmaz mirası olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte bu uzun hikâye; savaşın, kavganın ve vandallığın, yani ortak mirasın reddiyesinin de hikâyesidir aynı zamanda. İnsan toplulukları arasında yaşanan savaşlar çoğu zaman yalnızca insan

[1] “He did not exist; he had never existed.”, Bkz: George Orwell, *Bin Dokuz Yüz Seksen Dört (1984)*, Çeviren: Celal Üster, Can Y., İstanbul 2014. s. 62.

[2] “Grace, wisdom and beauty you may enjoy but beware pride which alone can tarnish all the rest.” Bkz.: Michael HAAG, *Templars: The History and Myth: From Solomon’s Temple to the Freemasons*, Suffolk 2009, s. 304.

[3] “Vanity is definitely my favorite sin.” Şeytanın Avukatı (*The Devil’s Advocate*) filminden bir replik.

[4] Erdoğan Gül, “Tarihin Tanığı Bir Köprü: Mostar Köprüsü”, <http://www.bilgiustam.com/tarihin-tanigi-bir-kprmostar-kprsl/>, <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreaties1949.xsp>, Erişim Tarihi: 03.03.2017.

bedeni ve haysiyetine değil, toplumları medeniyet kılan şehirlere ve şehirleri değerli kılan insan yapımı eserlere de yönelip, onları yok etmeyi hedeflemektedir.

İnsanlık tarihine oranla kısa bir geçmişi olan uluslararası hukuk son yüz elli yılda önemli bir gelişim göstermiştir. Bu gelişimin bir parçası olarak uluslararası arenada, insanlık mirası niteliğindeki eserlerin korunmasına yönelik bir takım sözleşmeler imzalanmış ve imzacı olan devletler hem kendi ülkelerinde hem de diğer ülkelerde bulunan eserleri koruma yükümlülüğü altına girmişlerdir. Özellikle geçtiğimiz yüzyılda yaşanan iki büyük dünya savaşı ve seksenli yıllardan itibaren Orta Doğu'da ve Afrika'da yaşanan iç savaşlarda çok sayıda eserin zarar gördüğü, yerlerinden edildiği ya da bütünüyle yok edildiği görülmüştür. Bu gerçek karşısında uluslararası toplum, söz konusu eserlere yönelik saldırı eylemlerini bir uluslararası suç, bir savaş suçu olarak kabul edip uluslararası ceza yargılamasının konusu haline getirmiştir.

Bu çalışmada, yakın bir tarihte, 2016 yılının Eylül ayında Lahey Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM/*International Criminal Court*) tarafından tamamlanıp karara bağlanan Al Mahdi davası çerçevesinde bir savaş suçu olarak kültürel değeri olan eserlere yönelik saldırı eylemlerini inceleyeceğiz. Bu suçun ilk kez, uluslararası niteliği bulunan bir ceza mahkemesinde müstakil bir dava ve yargılama konusu olarak ele alınması nedeniyle Al Mahdi davası ve kararı, uluslararası ceza hukuku pratiğinin önemli bir aşaması olarak tarihteki yerini almıştır.

Çalışma dört ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde uluslararası ceza yargılamasına ilişkin tarihi süreç ve mevcut durum üzerinde durulacak, ikinci bölümde bir savaş suçu olarak kültürel miras niteliğindeki olan eserlere yönelik saldırı suçuna ilişkin tarihi gelişim ve suçun unsurlarına değinilecektir. Üçüncü bölümde söz konusu suça ilişkin uluslararası ceza yargılaması pratiği hakkında kısaca bilgi verildikten sonra dördüncü ve son bölümde Al Mahdi davası ve kararına ilişkin ayrıntılı bir inceleme yapılacaktır. Değerlendirmelerimiz ise sonuç ve değerlendirme başlığı altında yapılacaktır.

I. Genel Olarak Uluslararası Ceza Yargısı

19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren savaş şartlarına ilişkin uluslararası hukuk gelişmeye başlamıştır. Bu gelişmelerle birlikte savaş hukukuna ilişkin bazı uluslararası sözleşmeler imzalanmıştır.^[5] Uluslararası ceza hukukuna ilişkin ilk çalışmalar ise 20. yüzyılın başında toplanan La Haye Konferanslarıyla

[5] Bu sözleşmelerden en önemlileri şunlardır: 1856 Paris Deklarasyonu (deniz savaşı hukukuna ilişkin), 1864 Cenevre Sözleşmesi (savaşta yaralanan askerlerin iyileştirilmesine ilişkin), 1868 Saint-Petersburg Sözleşmesi (savaşlarda patlayıcı ve yangın çıkaran maddelerin

başlamıştır. Konferanslar sonunda imzalanan sözleşmelerde^[6] münhasıran savaş suçlarıyla ilgili bir düzenleme bulunmamakla birlikte, kara savaşının temel hukuki esasları belirlenmiştir.

1872 yılında, 1864 tarihli Cenevre Sözleşmesi'ni ihlâl edenlerin yargılanması için bir mahkeme kurulması teklif edilmiş ancak bu düşünce uygulamaya geçirilememiştir. Birinci Dünya Savaşı'nın ardından, daimi bir nitelik taşımasa da müttefik kuvvetlerin savaş ve insanlık hukukunu ihlâl eden vatandaşlarının yargılanmasını öngören “*ad hoc* (amaca özel)” bir mahkemenin kurulması düşünülmüştür. Bununla birlikte, 1919 Versay Antlaşması, uluslararası teamül- lere ve antlaşmalara ağır muhalefetinden dolayı sadece Alman İmparatoru'nun yargılanmasını öngörmüş, ancak İmparator'un Hollanda'ya kaçması nedeniyle bu yargılama gerçekleştirilememiştir.^[7]

İkinci Dünya Savaşı sonrasında ise, savaşın galipleri, mağlup olan düşman- larının işledikleri suçları yargılamak için birisi Almanya'da (Nüremberg Ulus- lararası Askeri Ceza Mahkemesi/*Nuremberg International Military Tribunal*), diğeri Japonya'da (Uzak Doğu Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi/*International Military Tribunal for the Far East*) olmak üzere iki uluslararası *ad hoc* mahkeme kurmuştur. Ancak bu mahkemeler, savaş ve insanlık suçu faillerinin ancak bir kısmını yargılayabilmiştir. Soğuk Savaş dönemi ise büyük acılara neden olmasına rağmen, sorumluların cezalandırılması yönünde mahkeme benzeri bir yapının kurulması bu dönemde sadece bir tasarı olarak gündeme gelebilmiştir. Bununla birlikte, İkinci Dünya Savaşı sonrasında, uluslararası ilişkilere hukuki bir yapı kazandırılması yönünde büyük bir gelişme sağlanmıştır. Savaş mağdurlarının korunması için 19. yüzyılın sonunda başlayan çabaların bir devamı olarak, 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve Sözleşmeye Ek 1977 tarihli Protokoller, 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme^[8] gibi bazı önemli belgeler uluslararası hukuka kazandırılmıştır. Ancak bu sözleşmeler; daimi

kullanmasına ilişkin), 1871 Washington Sözleşmesi (tarafsız devletlerin savaş zamanındaki durumlarına ilişkin), 1899 La Haye Sözleşmesi (kara savaşı hukukuna ilişkin).

- [6] Kara Savaşında Tarafsız Kişilerin ve Kuvvetlerin Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin 5 Nolu Lahey Sözleşmesi (1907 *Hague Convention V, Respecting the Rights and Duties of Neutral Powers and Persons in Case of War on Land*) ve Kara Savaşlarına Dair Hukuk ve Teamül Kuralları ve Ekleri konulu 4 Nolu Lahey Sözleşmesi (1907 *Hague Convention IV, Respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land, The Hague*). Sözleşmelerin orijinal metinleri için bkz: <https://www.loc.gov/law>, Erişim Tarihi: 01.03.2017.
- [7] Elif UZUN, “Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü”, *Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 2003/2, s. 26.
- [8] Milli, Irki, Dini Kütlelerin Kismen veya Tamamen İmha Suçunun “Genocide” Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkında Sözleşme, R.G. 29.03.1950, S. 7469.

olarak işleyecek, bağımsız, geniş kabul görmüş bir cezalandırma yetkisine sahip, etkin bir yargılama organı olmadığı için caydırıcı olamamıştır.^[9] Bu durum Birleşmiş Milletler'i (BM), 1990'ların başlarında Yugoslavya ve Ruanda'da yaşanan olaylar sonucunda, iki *ad hoc* mahkeme (Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi/*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*^[10] ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi/*The International Criminal Tribunal for Rwanda*) kurmaya zorlamıştır.^[11]

1989'da BM Genel Kurulu, Uluslararası Hukuk Komisyonu'ndan (UHK) uyuşturucu kaçakçılığı yapanların kovuşturulmasını sağlayacak bir uluslararası ceza organının kurulması ile ilgili bir rapor hazırlamasını istemiştir. BM Genel Kurulu'nun bu talebi üzerine Komisyon, 1990 yılında raporunu sunmuştur. Ancak bu rapor, uyuşturucu kaçakçılığı ile sınırlı kalmamıştır. BM Genel Kurulu'nun raporu olumlu karşılması ve Komisyon'un çalışmalarına devam etmesini istemesi üzerine Komisyon, uyuşturucu kaçakçılığını aşan bir cezai yargılama projesi üzerinde çalışmaya devam etmiştir. Komisyon'un 1992'deki hazırlık raporunu, 1993'te daha kapsamlı bir rapor izlemiş, bu metin 1994'te bazı değişikliklere uğramıştır. Altmış maddeden oluşan metin, ileriki bir tarihte uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasına karar vermek üzere yapılacak uluslararası bir sözleşmenin eki olarak görülmüş ve Komisyon, BM Genel Kurulu'na, böyle bir sözleşmeyi hazırlayacak uluslararası bir konferansın yapılmasını önermiştir. BM Genel Kurulu, tasarı üzerinde ortaya çıkan temel tartışmaları gözden geçirmek amacıyla, ilk olarak tüm üye Devletlere açık *ad hoc* bir komite kurmuştur. 1995 yılında bu komitenin yerine, uluslararası ceza mahkemesini kuracak ve geniş şekilde kabul görebilecek bir metnin hazırlanmasını görüşecek Hazırlık Komitesi kurulmuştur. 1997'de BM Genel Kurulunca, söz konusu konferansın 1998 yazında Roma'da toplanmasına karar vermiştir. 15-17 Temmuz tarihlerinde gerçekleştirilen Roma Konferansında, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (Roma Statüsü) 7 olumsuz oya karşı 120 olumlu oyla kabul edilmiştir. Statü'nün yürürlüğe girişi, altmışıncı onay belgesinin teslim edilmesi şartına bağlanmıştır. Şartların tamamlanmasının ardından Statü, 1

[9] Adem SÖZÜER/Barış ERMAN, "Uluslararası Ceza Mahkemesi", *Adalet Yüksek Okulu 20. Yıl Armağanı*, İstanbul 2000, s. 272.

[10] Mahkemeye ilgili güncel bir çalışma için bkz: Abdi SAĞLAM, "Uluslararası Yargılama Faaliyetleri Bağlamında Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin Değerlendirilmesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 6, S. 20, Ocak 2015, s. 567-594.

[11] UZUN, age, s. 26-27.

Temmuz 2002’de yürürlüğe girmiştir.^[12] 1 Mart 2017 tarihi itibarıyla, Statü’ye taraf olan 124 devlet bulunmaktadır.^[13]

Hollanda’nın Lahey şehrinde kurulumu tamamlanan Mahkeme, hâkimlerin 2003 yılının Şubat ayında atanmasının ardından aynı yılın Mart ayında fiilen göreve başlamıştır. Mahkemenin ilk yakalama kararı 2005 yılında çıkartılmış, ilk yargılama işlemi 2006 yılında yapılmış, ilk mahkûmiyet kararı ise 2012 yılında Thomas Lubanga Dyilo isimli şahıs hakkında verilmiştir.^[14]

Roma Statüsü’nün 5. maddesi uyarınca Mahkeme, uluslararası dört suç hakkında kovuşturma yetkisine sahiptir. Bunlar; insanlığa karşı suçlar, savaş suçları, soykırım suçu ve saldırı suçudur.

II. Bir Savaş Suçu Olarak Kültürel Miras Niteliğindeki Eserlere Yönelik Saldırı

Savaş suçları, en basit ifadeyle; *silahlı bir çatışma halinde asker veya sivil kişilerin savaş hukukuna aykırı eylemleri*^[15] olarak tanımlanabilir.^[16]

[12] UZUN, age, s. 32-33; Uluslararası Ceza Mahkemesi hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz: William A. SCHABAS, *Uluslararası Ceza Mahkemesine Giriş*, Tercüme: Gülay Arslan, İstanbul 2004; Günel KURŞUN, *101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi*, İnsan Hakları Gündemi Derneği Y., Ankara 2011; Albin ESER, *Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kurulması: Roma Statüsü’nün Ortaya Çıkışı ve Temel Özellikleri*, Çeviren: Faruk Turhan, içinde: *Uluslararası Ceza Divanı*, (Ed. Feridun Yenisey), Arıkan Y., İstanbul 2007, s. 2-35; *Understanding the International Criminal Court*, Published by the International Criminal Court, <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/UICCEng.pdf>, Erişim Tarihi: 07.01.2017.

[13] Söz konusu ülkelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: https://asp.icc-cpi.int/EN_Menu/asp/pages/asp_home.aspx, Erişim Tarihi: 01.03.2017. Türkiye, Roma Statüsü’nü çeşitli gerekçelerle imzalamamış ve onaylamamıştır. Türkiye’nin Statü karşısındaki durumu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: R. Murat ÖNOK, *Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003; Uğur BAYILLIOĞLU, “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye”, *AÜHF Dergisi*, C. 56, S. 1, Y. 2007, s. 51-121.

[14] Ayrıntılı bilgi için bkz: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/UICCEng.pdf>, Erişim Tarihi: 28.02.2017.

[15] Aliya YILMAZ, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Beta Y., İstanbul 2001, s. 177.

[16] Savaş suçlarıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Knut DÖRMANN, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge 2004; Kingsley Chiedu MOGHALU, *Global Justice: The Politics of War Crimes Trials*, Westport 2006; Horvitz Leslie ALAN/Christopher CATHERWOOD, *Encyclopedia of War Crimes and Genocide*, New York 2006; *Elements of Crimes (ICC)*, Published by the International Criminal Court, The Hague 2011, s. 36vd, <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf>, Erişim Tarihi: 10.11.2016; M. Yasin ASLAN, *Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları*, Bilge Y., Ankara 2016; Can AKDOĞAN, *Uluslararası Ceza Divanı Statüsünde Savaş*

Genel olarak savaş suçları, 1949 Cenevre Sözleşmeleri olarak bilinen dört uluslararası sözleşmede sayılmıştır.^[17] Roma Statüsü'ndeki en ayrıntılı düzenleme savaş suçlarına ilişkindir. Statü'nün 8. maddesinde üç ayrıntılı fıkra halinde düzenlenen suç tipine ilişkin esasların belirlenmesinde adı geçen 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri esas alınmıştır.

Suç tipinin isimlendirilmesi için kullanılan “savaş” teriminin anlamı geçtiğimiz yüzyıldan itibaren iki veya daha fazla devlet arasında geçen silahlı çatışmalardan daha geniş bir çerçeveye ulaşmıştır. Özellikle günümüzde yaşanan silahlı çatışmalar, devlet dışı aktörler arasında, düşük yoğunluklu çatışmalar olarak daha çok kentsel yerleşimlerde meydana gelen iç savaşlar şeklinde gerçekleşmektedir. Birleşmiş Milletler raporlarına göre 1945-1998 yılları arasında gerçekleşen 82 silahlı çatışmanın sadece üçü devletler arasında olmuştur. Bu bakımdan, tüm tarafların devlet olduğu yüksek yoğunluklu silahlı çatışma anlamına gelen savaş terimi, günümüzde yaşanan silahlı çatışmaları tanımlamakta eksik kalmaktadır. Silahlı çatışma terimi, devletler arasında yaşanan yüksek yoğunluklu ve uluslararası örgütler bünyesinde faaliyet gösteren askeri birliklerin katıldığı çatışmalarla birlikte iç savaş, isyan, terör gibi devlet içinde ya da devlet-dışı bir aktör tarafından devlete karşı gerçekleşen asimetrik, yüksek veya düşük yoğunluklu

Suçları, Doktora Tezi, Ankara 2009, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Erişim Tarihi: 11.12.2016; SCHABAS, age, s. 71-82.

- [17] Bu sözleşmeler şunlardır: Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralıların Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi (*Convention I for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*), Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi (*Convention II for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*), Harp Esirlerine Yapılacak Muamale ile İlgili Cenevre Sözleşmesi (*Convention III for the Relative to the Treatment of Prisoners of War*) ve Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi (*Convention IV Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*). Bu sözleşmeler ülkemizde onaylanmış olup, 30 Ocak 1953 tarihli ve 8322 sayılı Resmi Gazete ve Düstur'da (3. tertip, cilt 34, Ankara 1953, s. 183-356) yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Sözleşmelere Ek 1977 tarihli I ve II numaralı Protokoller ile 2005 tarihli III numaralı Protokol ise ülkemiz tarafından onaylanmamıştır. Sözleşme ve ek protokollerin orijinal metinleri ve taraf ülkeler listesi için bkz: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreaties1949.xsp>, Erişim Tarihi: 11.03.2017; Sözleşme ve ek protokollerin Türkçe metinleri için bkz: Melike B. YAMANER/A.Emre ÖKTEM/Bleda KURTDARCAN/Mehmet C. UZUN (Hazırlayanlar), *12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri*, Galatasaray Üniversitesi. Y., İstanbul 2009, <https://www.icrc.org/eng/home/languages/turkish/files/sozlesmeleri-protokolleri-conventions-protocols.pdf>, Erişim Tarihi: 11.03.2017.

çatışmaları da kapsamaktadır. Bu nedenle, uluslararası metinlerde savaş yerine artık silahlı çatışma ifadesi tercih edilmektedir.^[18]

Bu çalışmada, savaş suçlarına ilişkin düzenlemeler bir bütün halinde ele alınmayacak, münhasıran kültürel varlıkların korunmasıyla ilgili uluslararası hukuk belgeleri ve Statü'de düzenlenen hükümler üzerinde durulacaktır.

Silahlı çatışmaların değişen yapısı nedeniyle hasımlar, birbirlerinin kültürel varlıklarını özellikle hedef almaktadır. Silahlı çatışmalar sırasında kültürel mirasın tahrip ya da yok edilmesinin amaçlanmasında dört temel unsur bulunduğu ifade edilmektedir. Bunlardan ilki, bu çatışmaların toprak paylaşımından ziyade, dinsel veya etnik özelliği ağır basan kimlik kökenli çatışmalar olmasıdır. Düşmanın tarihsel ve kültürel mirası, onun kimliğinin bir parçası olduğundan bir nefret hedefidir ve bu miras yok edilerek karşı taraf üzerinde psikolojik bir hâkimiyet kurulmaya çalışılır. İkincisi, bu çatışmaların maddi kaynağının yasa dışı ekonomik faaliyetlerle sağlanması ve yasal yollarla kendilerine mali kaynak sağlayamayan silahlı organizasyonlar için tarihi eser kaçakçılığının kârlı bir iş olarak görülmesidir. Üçüncü husus, bu tür çatışmaların genellikle zayıf veya başarısız devlet otoritesinin olduğu ülkelerde veya otokratik devletler içinde yaşanıyor olmasıdır. Sonuncusu ise bu tür çatışmalarda ikiden fazla sayıda devlet veya devlet dışı aktörün taraf olmasıdır.^[19]

Uluslararası hukukta, kültürel varlıkların özel olarak korunmasının temeli 1907 tarihli (IV) Nolu Lahey Sözleşmesi'nin 27. ve 56. maddeleri ile "*dini veya hayır amacıyla kullanılan binalar, eğitim binaları, tarihi binalar ve eserlerin amaçsız şekilde tahrip edilmesi*"ni savaş suçu olarak tanımlayan 1919 yılında kurulan Sorumluluk Komisyonuna^[20] kadar dayandırılmaktadır.^[21] Cenevre Sözleşmelerinde de sivil binalar olarak korunmakta olan hastaneler gibi yerlerin özel olarak korunmasının gerekli olduğu düzenlenmiştir. Daha sonra oluşturulan uluslararası belgeler, kültürel varlıkların daha geniş bir şekilde korunmasını öngörmüştür. Bu belgeler arasında Cenevre Sözleşmelerine Ek 1 ve 2 no'lu

[18] Nazım ÇOKIŞLER/Aytuğ ARSLAN/Elvan ÇOKIŞLER, "Silahlı Çatışmaların Somut Kültürel Miras Üzerindeki Etkilerinin Turizm Bağlamında Değerlendirilmesi", *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 24, 2016, s. 16-17.

[19] ÇOKIŞLER vd, age, s. 17.

[20] Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, <https://www.legal-tools.org/en/browse/record/63159c/>, Erişim Tarihi: 01.02.2017.

[21] Ana Filipa VRDOLJAK, "The Criminalisation of the Intentional Destruction of Cultural Heritage", *From the Selected Works of Ana Filipa Vrdoljak*, Sydney 2016, s. 3-4, http://works.bepress.com/ana_filipa_vrdoljak/38/, Erişim Tarihi: 08.03.2017.

Protokoller ve 1954 yılında kabul edilen Lahey Sözleşmesi ve Sözleşmeye Ek İkinci Protokol^[22] yer almaktadır.^[23]

Dini veya hayır amacıyla kullanılan binalar, eğitim binaları, tarihi binalar ve eserlerin amaçsız şekilde tahrip edilmesi eylemlerinin müstakil bir savaş suçu olarak düzenlenmesinin ilk örneği; 1993 tarihli Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTY) Statüsüdür.^[24] Statü'nün 3 (d) maddesinde, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine atıf yapılmak suretiyle, söz konusu yapıların gasp, tahrip veya yok edilmesi (*seizure of, destruction or wilful damage*) eylemi bir savaş suçu olarak düzenlenmiştir.^[25]

İkinci örnek ise 1994 tarihli Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTR) Statüsüdür. Statü'nün 3 (d) maddesinde, aynı şekilde söz konusu yapıların gasp, tahrip veya yok edilmesi (*seizure of, destruction or wilful damage*) eylemi bir savaş suçu olarak düzenlenmiştir.^[26]

Bu iki uluslararası mahkeme statüsünden sonra 1998 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nde söz konusu suça ilişkin daha geniş çerçeveli bir düzenleme yapılmıştır. Statüde konuyla ilgili olarak iki farklı düzenleme bulunmaktadır.^[27] 8. maddenin 2. fıkrasının “b (ix)” ve “e (iv)” bentlerinde aynı eylemlerin farklı koşullarda işlenmesi hallerine ilişkin ikili bir ayırım yapılmıştır. Zira 8. maddenin 2. fıkrasında savaş suçu olarak nitelenen eylemlerin

[22] Silahlı Bir Çatışma Halinde Kültür Varlıklarının Korunmasına Dair 1954 Tarihli Lahey Sözleşmesi ve Ek, Mart 1999 Tarihli 2 Nolu Protokol (*the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*), m. 15. Sözleşme ve protokol metni için bkz: <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001875/187580e.pdf>, Erişim Tarihi: 01.02.2017.

[23] Daha geniş bilgi için bkz: Jiri TOMAN, *Cultural Property in War: Improvement in Protection*, UNESCO Publishing, Paris 2009: Vrdoljak, age, s. 1-27, 77-79; Durmuş TEZCAN, “Arkeolojik Kültür Varlıklarının Korunması ve Milletlerarası Ceza Hukuku”, içinde *Prof. Dr. Oral Sander'e Armağan, AÜSBF Dergisi*, Y. 1996, C. 51, Ocak-Aralık 1996, No. 1-4, Ankara 1997, s. 425-451; Yaron GOTTLIEB, “Criminalizing Destruction of Cultural Property: A Proposal for Defining New Crimes under the Rome Statute of the ICC”, *Penn State International Law Review*, Vol. 23, No. 4, 2005, s. 859-862; Micaela FRULLI, “The Criminalization of Offences against Cultural Heritage in Times of Armed Conflict: The Quest for Consistency”, *The European Journal of International Law*, Vol. 22, No. 1, s. 203-217.

[24] TOMAN, age, s. 265-267.

[25] Statü için bkz: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf, Erişim Tarihi: 17.02.2017.

[26] Statü için bkz: <http://unictr.unmict.org/en/documents/statute-and-creation>, Erişim Tarihi: 17.02.2017.

[27] TOMAN, age, s. 267-272.

“uluslararası nitelikli silahlı çatışmalarda” işlenmesi hali “b” bendinde; “uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda” işlenmesi hali ise “e” bendinde düzenlenmiştir. Maddenin ilgili bölümleri şu şekildedir:

1. *Bir plân veya politikanın ya da bu gibi suçların büyük çapta işlenmesinin bir parçası olarak işlenmesi başta olmak üzere, Mahkemenin savaş suçları üzerinde yargı yetkisi vardır.*

2. *Bu tüzüğün amacına uygun olarak, “savaş suçları” şu anlamlara gelir:*

(b) *Uluslararası hukukun mevcut sistemi içerisinde, uluslararası nitelikli silahlı çatışmalarda uygulanabilir hukukun ve teamüllerin diğer ciddi ihlalleri, yani aşağıdaki fiillerden herhangi birisi: ...*

ix) *Askeri amaçlı olmaması koşuluyla din, eğitim, sanat, bilim veya hayır amaçlarıyla kullanılan binalara, tarihi eserlere, hastaneler ile hasta ve yaralıların toplandığı yerlere bilerek saldırı düzenlenmesi; ...*

(e) *Mevcut uluslararası hukuk çerçevesinde, uluslararası nitelikte olmayan ancak silahlı çatışmalarda uygulanabilir diğer ciddi ihlalleri, yani aşağıdaki eylemlerden herhangi birisi: ...*

iv) *Askeri amaçlı olmaması koşuluyla din, eğitim, sanat, bilim veya hayır amaçlarıyla kullanılan binalara, tarihi eserlere, hastaneler ile hasta ve yaralıların toplandığı yerlere bilerek saldırı düzenlenmesi; ...*

(f) *Paragraf (fıkra) 2 (e), uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara uygulanır ve dolayısıyla gösteriler, münferit ve zaman zaman meydana gelen şiddet hareketleri veya benzer nitelikte diğer fiiller gibi iç karışıklıklar ve gerginliklere uygulanmaz. Bir devletin toprakları dâhilinde, hükümet kurumları ile organize silahlı gruplar arasında ya da bu grupların kendi aralarında meydana gelen uzun süreli silahlı çatışmalarda uygulanır.*

Eylemin hangi tür silahlı çatışmada işlendiği hususu bir kenara bırakıldığında suçun unsurlarını şu şekilde sıralamak mümkündür:^[28]

- Failin saldırıda bulunmuş olması,
- Saldırı düzenlenen yerlerin, askeri amaçlı olmaması koşuluyla din, eğitim, sanat, bilim veya hayır amaçlarıyla kullanılan binalar, tarihi eserler, hastaneler ile hasta ve yaralıların toplandığı yerlerden olması,

[28] Suçun unsurlarıyla ilgili olarak ayrıca bkz: DÖRMANN, age, s. 458-463; GOTTLIEB, age, s. 884vd.; Elements of Crimes (ICC), s. 36; UCM Al Mahdi Kararı, s. 8-11, para. 13-19.

*Bir Savaş Suçu Olarak Kültürel Miras Niteliğindeki Eserlere Yönelik Saldırı Eylemi
Ulusal Ceza Mahkemesi'nin Al Mahdi Kararı Üzerine Bir İnceleme*

- Failin, askeri amaçlı olmaması koşuluyla söz konusu yerlere saldırı düzenleme kastıyla hareket etmiş olması,
- Failin, silahlı çatışma teşkil eden fiili koşullardan haberdar olması.

Burada, suçun unsurlarına ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme yapılmayacaktır. Zira ileride Al Mahdi kararıyla ilgili bölümde delillerin tartışılmasına ilişkin başlık altında daha ayrıntılı bilgi verilecektir. Bununla birlikte, suçun unsurlarıyla ilgili temel bazı hususlara kısaca değinmekte fayda görmekteyiz.

Yukarıda aktarılan bilgilerden de anlaşılacağı üzere, Roma Statüsü'nün aksine, sözü edilen diğer iki mahkeme statüsünde de, kültürel eserlere karşı düzenlenen saldırılar (*attacks*) değil; bu eserlerin tahrip edilmesi veya bunlara kasten zarar verilmesi eylemleri (*destruction or wilful damage*) suç olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla Roma Statüsü'nün söz konusu yapılara ilişkin koruma kapasitesi daha geniş bir çerçeveye sahip bulunmaktadır.^[29]

Değnilmesi gereken bir başka husus ise suçun konusunu oluşturan yapıların hukuki niteliği hakkındadır. Sonraki bölümlerde de görüleceği üzere gerek UCM tarafından hazırlanan suçun unsurlarına ilişkin çalışmada^[30] ve gerekse Al Mahdi kararında^[31], sözü edilen yapılardan “korunan şeyler (*protected subjects*)” olarak bahsedilmektedir.

Gerek 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinde ve gerekse Roma Statüsünde, söz konusu eserlerin nitelikleri ile ilgili ayrıntılı bir düzenleme yapılmamıştır. Buna karşın 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 1. maddesinde konuyla ilgili olarak “kültür malları” kavramı çerçevesinde geniş kapsamlı bir tanım yapılmıştır.^[32]

[29] Ayrıntılı bir değerlendirme için bkz: ICTY, *Savcılık Makamı vs. Pavle Strugar* davası kararı, 31 Ocak 2005, s. 133, para. 308, <http://www.icty.org/x/cases/strugar/tjug/en/str-tj050131e.pdf>, Erişim Tarihi: 08.01.2017.

[30] *Elements of Crimes* (ICC), s. 23, 36.

[31] UCM Al Mahdi Kararı, s. 4, 7, 8, para. 2, 11, 12. Kararının orijinal metni için bkz: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/12-01/15-171>, Erişim Tarihi: 17.02.2017.

[32] Madde şu şekildedir: “Aşağıdaki bildirilenler, menşe veya sahipleri ne olursa olsun; bu Sözleşme bakımından kültür malları sayılırlar: a) Dinî veya lâik, mimari, tarihi anıtlarla sanat anıtları, arkeolojik değerlerdeki yerler, bütünü itibarıyla tarihi veya artistik bir alâka arz eden yapı toplulukları, sanat eserleri, el yazmaları, kitap ve başkaca tarihi, artistik veya arkeolojik değer taşıyan eşya, keza yukarıda bildirilen servetlerden mürekkep bilim koleksiyonlarıyla, önemli kitap, arşiv röprodüksiyon koleksiyonları ve emsali gibi milletlerin kültür muameleklerinde büyük önemde yeri olan menkul ve gayrimenkul mallar, b) Gerçek ve başlıca görevi (a) fıkrasında zikredilen menkul kültür mallarını koruma veya teşhirden ibaret olan müze, büyük kitaplık, arşiv deposu gibi binalarla (a) fıkrasında açıklanan menkul kültür mallarının silahlı bir çatışma halinde korunmasına mahsus sığınaklar, (c) (a) (b)

Anılan uluslararası metinlerin hazırlanması sürecinde yaşanan tartışmalar ve hazırlanan raporlara göre korumanın çerçevesi, eserin kültürel niteliği ile yerel ve uluslararası toplum nezdindeki değeri dikkate alınarak belirlenmelidir. Alelade bir eserin bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün olmadığı gibi, eserin UNESCO veya başka bir uluslararası kurumun korunan eserler listesinde olma zorunluluğu da bulunmamaktadır.^[33]

III. Suç Bağlamında Uluslararası Ceza Yargılaması Pratiği

Birinci Dünya Savaşı sonrasında, savaş esnasında işlenen suçlar için yargılama yapabilecek bir uluslararası ceza mahkemesi kurulamadığı için, savaş sırasında kültürel değeri olan eserlere yönelik saldırılara ilişkin bir yargılama yapılmamıştır. Buna karşın, İkinci Dünya Savaşı sonrasında Nazilerin savaş sırasında işledikleri suçlara ilişkin yargılama yapmak için kurulan Nüremberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi tarafından yapılan yargılamalar kapsamında konuyla ilgili bir karar verilmiştir.

Alfred Rosenberg isimli şüpheli hakkında hazırlanan iddianamede, iddia edilen diğer suçların yanı sıra şahsın Doğu Avrupa bölgelerini işgal ederek, planlı ve sistemli bir şekilde kültürel değeri olan yapıları yönelik saldırı gerçekleştirdiği suçlaması yapılmıştır. 1946 yılında yapılan yargılama sonucunda verilen kararda, 1907 Lahey Sözleşmeleri ve 1919 Sorumluluk Komisyonu raporuna atıf yapılmak suretiyle suçlu bulunan şahıs ölüm cezasına mahkûm edilmiştir. Söz konusu karar 1954 Lahey Sözleşmesinin hazırlanmasına ilham vermiştir.^[34]

Eski Yugoslavya Savaş Suçları Mahkemesi yargılamalarında söz konusu suçla ilişkin çok sayıda değerlendirme yapılmış ve mahkûmiyet kararları verilmiştir.^[35] Burada Mahkemenin çok önemli iki kararına kısaca değinmekte yarar görmekteyiz.

Suçun unsurlarına ilişkin ayrıntılı değerlendirmenin yapıldığı ilk karar *Dario Kordic ve Mario Cerkez* davasında verilmiştir. 2001 yılında verilen kararda,

fıkralarında tarif edilen kültür mallarını büyükçe sayıda içine alan ve “anıt merkezleri” denilen merkezler.” Türkiye bu sözleşmeyi onaylamış ve ilgili kanun 10.04.1965 tarih ve 11976 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bkz: <http://www.unesco.org.tr/dokumanlar/somutkulturelmiras/Laheey.pdf>, Erişim Tarihi: 10.02.2017.

[33] Ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz: TOMAN, age, s. 769-790; GOTTLIEB, age, s. 891-895.

[34] VRDOLJAK, age, s. 3-6; TOMAN, age, s. 250-251.

[35] Örnek olarak; *Tihomir Blaskic, Dario Kordic ve Mario Cerkez, Biljana Plavsic, Mladen Naletilic ve Vinko Martinovic, Milomir Stakic, Miodrag Jokic ve Pavle Strugar, Radoslav Brdanin, Slobodan Milosevic* davaları. Ayrıntılı bilgi için bkz: TOMAN, age, s. 746-763.

Hırvat silahlı güçlerinin komutanlarından olan şahıslar tarafından, Müslümanların yaşadığı bölgelerdeki çok sayıda cami ve dini amaçla kullanılan yapının, planlı ve organize bir şekilde saldırı altına alınıp yok edildiği, hatta söz konusu eserlerin kültürel mirasın bir parçası olarak kabul edilebilmesi için yerel veya uluslararası bir kurum tarafından koruma altına alınmış olmasının bir önemi olmadığı vurgulanmıştır.^[36]

Mahkemenin bir başka önemli kararı ise, Tarihi Dubrovnik Şehri Davaları (*The Old Town Dubrovnik Cases*) olarak da bilinen *Miodrag Jokic ve Pavle Strugar* hakkında yapılan yargılama sonucunda verilen karardır. Mahkeme 2004 yılında verdiği kararda, 1975 yılında UNESCO tarafından dünya kültür mirasları listesine alınan Tarihi Dubrovnik Şehrine yönelik saldırının sorumlusu olan Sırp silahlı kuvvetlerinde komutan olan sanıkların mahkûmiyetine hükmetmiştir. Bu karar, UNESCO tarafından koruma altına alınmış olan şehirdeki eserlere yönelik saldırıya ilişkin bir karar olduğundan önemli kararlardan biri olarak zikredilmektedir.^[37] Zira saldırı sırasında UNESCO tarafından koruma altına alındığını gösteren işaretlerin bulunduğu çok sayıda tarihi eser ve hatta eski şehir surları ateş altına alınarak büyük ölçüde tahrip edilmiş veya yok edilmiştir.^[38]

IV. Al Mahdi Davası

A. Dava Konusu Eylemler

1. Olayların Gelişimi

Mali ya da resmî ismiyle Mali Cumhuriyeti, Batı Afrika'da bulunan bir ülkedir.^[39] Cumhuriyet rejimi ile yönetilen ülke, 2012 yılından itibaren bir dizi iç karışıklığa sahne olmuştur. 22 Mart 2012'de ordu içinde hareket eden bir kısım asker tarafından yapılan darbe sonrasında artan iç karışıklık muhalif grupların çatışmalarıyla devam etmiştir. 2015 yılında, çatışan taraflar arasında imzalanan barış anlaşması sonrasında ülke kısmen istikrara kavuşmuştur.^[40]

[36] TOMAN, age, s. 749; VRDOLJAK, age, s. 8-11.

[37] MERON, Theodor, "The protection of cultural property in the event of armed conflict within the case-law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", içinde: *Museum International*, 2005, No. 228, s. 50-54.

[38] Karara ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz: TOMAN, age, s. 754-763.

[39] Mali hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: <http://www.encyclopedia.com/places/africa/mali-political-geography/mali>, Erişim Tarihi: 12.01.2017.

[40] Ülkenin kuzeyi ve güneyi arasındaki gelir dağılımı uçurumu ve yönetimde temsil edilememe Tuaregler arasında, Mali Hükümeti'ne karşı memnuniyetsizliğin giderek artmasına neden olmuştur. Bu memnuniyetsizlik merkezi hükümete karşı silahlı mücadeleye dönüşmüş ve Ocak 2012'de Tuaregler, El-Kaide ile bağlantısı olduğu iddia edilen MNLA, Ensarüddin,

2012 yılının ilk günlerinde başlayan silahlı şiddet olayları sonrasında ülkenin kuzey bölgelerini kontrol altına alan farklı silahlı örgütler ortaya çıkmıştır. Aynı yılın Nisan ayı başlarında, Mali Ordusu güçlerinin geri çekilmesi üzerine Ansar Eddine ve Mağrip El-Kaide (AQIM) isimli örgütler ülkenin kuzeyinde bulunan, tarihi ve kültürel varlıklarıyla ünlü, 15. ve 16. yüzyıllarda İslam'ın Afrika'da yayılmasında önemli bir entelektüel merkez olarak kabul edilen Timbuktu şehrinin kontrolünü ele geçirmişlerdir. Örgütler, Ocak 2013'e kadar Timbuktu halkına kendi dini ve siyasi ideolojilerini dayatmaya çalışmışlardır. Bunu, kurdukları İslam mahkemesi, İslam kolluk kuvvetleri, medya komitesi ve Hesbah adını verdikleri ahlaktan sorumlu teşkilattan oluşan sözde hükümet güçleri aracılığıyla yapmışlardır.^[41]

Karışıklıkların başladığı sırada geçici olarak Cezayir'de bulunan Al Mahdi, bu silahlı hareketlere destek sağlamak amacıyla Nisan ayının başlarında Mali'ye dönmüştür. Al Mahdi, aralarında Iyad Ag Ghaly (Ansar Eddine'nin lideri), Abou Zeid (silahlı örgütlerin kontrolünde olan Timbuktu Valisi), Yahia Abou Al Hammam (AQIM lideri) ve Abdallah Al Chinquetti (AQIM örgütü içerisindeki din âlimi)'nin de bulunduğu Ansar Eddine ve AQIM örgütlerinin liderleri ile

MOJWA (Tevhid ve Cihad Hareketi) gibi radikal gruplarla ittifak kurarak ülkenin kuzeyinde mukim askerî noktalara saldırılar düzenlemiştir. Saldırıların akabinde Timbuktu, Gao ve Kidal gibi şehirler bu ittifak grubunun kontrolü altına girmiştir. Bahsi geçen ittifak grubu Mali'nin kuzeyinde Azavad Devleti'ni kurduklarını ilân etmiştir. Mali Ordusu, ülkenin kuzeyinde yaşanan hâdiselerden Mali'nin lideri Amadou Toumani Touré'yi sorumlu tutarak 22 Mart 2012'de yönetime el koymuş ve Touré'yi Senegal'e sürgüne göndermiştir. Nisan 2012'de Touré'nin yerine geçici olarak göreve eski Mali Meclis Başkanı Dioncounda Traore geçmiştir. Darbe sonrasında ülkedeki iç karışıklıklar artarak devam etmiştir. Darbenin sonrasında Mali'ye yönelik bir askerî müdahale uluslararası kamuoyunda sıklıkla dile getirilmeye başlanmıştır. 12 Kasım 2012'de BM Güvenlik Konseyi oybirliği ile Genel Sekreter Ban Ki Moon'a 45 gün içinde Afrika Birliği ve ECOWAS (*Economic Community of West African States*/Batı Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu) ile işbirliği içinde bir eylem planını hayata geçirmesi çağrısında bulunarak, Batı Afrika ülkelerinin 3.000 askerden oluşan bir müdahale birliği hazırlamasını istemiştir. ECOWAS, BM Güvenlik Konseyi'nden geçen karara ve başta Fransa olmak üzere Avrupalı ülkelerin baskısına rağmen bir türlü müdahale gücü kurma hususunda gerekli iradeyi gösterememiştir. ECOWAS'ın meseleyi çözmek hususunda ağır davranılması Avrupa ülkelerinin Mali'deki duruma ilişkin kaygılarını artırmıştır. Ara çözüm olarak Mali'ye, eğitmen, danışman gönderilip, lojistik destek sağlanması gündeme getirilmiştir. 11 Ocak 2013 tarihinde Fransa Mali'ye yönelik bir askerî harekât başlatmıştır. Aynı zamanda BM'ce kurulan MINUSMA (*United Nations Multidimensional Integrated Stabilization Mission in Mali*/Birleşmiş Milletler Mali'de Çok Boyutlu Entegre İstikrar Misyonu) tarafından ülkede savaşıyor gruplar arasında arabulucuk çalışması yapılmıştır. Nihayet 20 Haziran 2015'de taraflar arasında imzalanan barış ve saldırmazlık anlaşması ile iç karışıklık büyük ölçüde sona ermiştir. Daha geniş bilgi için bkz: <http://2023.gen.tr/2015/11/22/mali-cumhuriyetinde-neler-oluyor/>, Erişim Tarihi: 28.02.2017.

[41] UCM Al Mahdi Kararı, s. 16-17, para. 31.

doğrudan irtibat halinde olan bir kişiydi. İslam mahkemesi de dahil olmak üzere, yönetimin yetkilileri ile dini konularda uzman olarak kabul edilen Al Mahdi arasında, şehirde yürütülecek faaliyetler hakkında istişare yapılmaktaydı.^[42]

Timbuktu Valisi Abou Zeid'in, Hesbah'ı yönetmesini istemesi üzerine Al Mahdi, 2012 yılının Nisan ayındaki kuruluşundan aynı yılın Eylül ayına kadar Hesbah'ı yönetmiştir. Al Mahdi tarafından Hesbah'ın rolü ve hedefleri hakkında bir belge hazırlanmış ve bu belge daha sonra kurulan diğer sözde hükümet birimlerine dağıtılmıştır. Belgeye göre Hesbah, Timbuktu halkının ahlaklı ve erdemli olmasını sağlamak, örgütler tarafından algılanan ve gözle görülür şekilde ahlak bozukluğu teşkil eden durumları önlemek, bastırmak ve ortadan kaldırmakla görevlendirilmiştir.^[43]

2. Eylemler (Anıt Mezarlara ve Camilere Yönelik Saldırıları)

Timbuktu'da bulunan, evliyalara ait anıt mezarlar ve camiler, Timbuktu halkının dini hayatlarının ayrılmaz bir parçasıdır ve bu eserler toplumun kültürel mirasını oluşturmaktadır. Özellikle anıt mezarlar, bölgede yaşayanlar tarafından sık sık ziyaret edilmekte olup, aynı zamanda ibadet yeri olarak kabul edilmektedir. Abou Zeid ve işbirlikçilerine, Timbuktu halkının anıt mezarlara ilişkin davranış biçimleri ve inanışları bildirildiğinde Al Mahdi, bölgede yaşayan halk tarafından ziyaret edilen mezarlıkların gözetlenmesini istemiştir. Bundaki amaç, Al Mahdi ve arkadaşları tarafından İslam'a uygun olmadığı kabul edilen bu uygulamalara son vermek için farkındalığı artırmak ve gerekmesi halinde halkın bu eylemlerde bulunmalarının yasaklanmasıydı. Al Mahdi, bu takip işlemini yaklaşık bir ay boyunca sürdürmüş ve anıt mezarlarda halkın sergilediği davranışlara ilişkin notlar almış, yerel dini liderlerle buluşmuş ve anıt mezarlarda ne yapılıp ne yapılamayacağını telsizle halka bildirmiştir.^[44]

Ansar Eddine'nin lideri Ag Ghaly, 2012 yılının Haziran ayı sonlarına doğru Al Chinguetti ve Al Hammam ile görüştüktan sonra anıt mezarları tahrip etme kararı almıştır. Bu kararın alınmasından önce Al Mahdi'ye de danışılmıştır. Al Mahdi, tüm İslam hukukçularının mezarlar üzerinde bir yapının inşa edilmemesi gerektiğinde hem fikir olduğuna ilişkin görüşünü ifade etmiş ancak, bölge halkı ile işgalci gruplar arasındaki ilişkileri devam ettirmek amacıyla anıt mezarların tahrip edilmemesi tavsiyesinde bulunmuştur. Buna rağmen Ag Ghaly, kararın uygulanması yönündeki talimatını Abou Zeid'e ilemiştir. Abou Zeid de, bu

[42] UCM Al Mahdi Kararı, s. 17, para. 32.

[43] UCM Al Mahdi Kararı, s. 17-18, para. 33.

[44] UCM Al Mahdi Kararı, s. 18, para. 34-35.

talimatı Hesbah'ın sorumlusu sıfatıyla Al Mahdi'ye iletmiştir. İlk çekincelerine rağmen Al Mahdi, talimatı alır almaz tereddüt göstermeden saldırıyı gerçekleştirmeyi kabul etmiştir. Al Mahdi, anıt mezarların yok edilmesine ilişkin bir hutbe kaleme almış ve hutbe, saldırı öncesinde Cuma namazında tüm camilerde okunmuştur. Al Mahdi, yok edilecek yapılara hangi sırayla saldırı düzenleneceğine bizzat karar vermiş ve saldırıların bir kısmını yönetmiştir.^[45]

Saldırıları 30 Haziran 2012 ile 11 Temmuz 2012 tarihleri arasında gerçekleştirilmiştir. Timbuktu'daki en önemli 10 anıt mezar ve camiye, Al Mahdi ve aynı ortak plan çerçevesinde hareket eden diğer kişiler tarafından saldırı düzenlenmiş ve bu yerler yok edilmiş veya büyük ölçüde tahrip edilmiştir. Tüm bu alanlar, dini ve tarihi eserlere ayrılmış ve askeri amaçlı olarak kullanılmamıştır. Şeyh Mohamed Mahmoud Al Arawani Anıt Mezarı haricindeki tüm bu yapılar, UNESCO Dünya Mirası listesi kapsamında korunmakta olan eserlerdir.^[46]

[45] UCM Al Mahdi Kararı, s. 19, para. 36-37.

[46] UCM Al Mahdi Kararı, s. 20-23, para. 38. Söz konusu yapılar şunlardır: Sidi Mahamoud Ben Omar Mohamed Aquit Anıt Mezarı, Şeyh Mohamed Mahmoud Al Arawani Anıt Mezarı, Sidi El Muhtar Kabristanında yer alan ve Mali ve dışarıdan gelen hacılar tarafından ziyaret edilen Şeyh Sidi El Mokhtar Ben Sidi Mouhammad Al Kabir Al Kounti Anıt Mezarı, Alpha Moya Kabrinde bulunan ve dua edilmesi ve adak adanması amacıyla ziyaret edilen Alpha Moya Anıt Mezarı, manevi inziva ve tefekkür yeri olan Üç Evliyalar Kabristanı'nda yer alan Şeyh Mouhamad El Mikki Anıt Mezarı, Üç Evliyalar Kabristanı'nda yer alan 16. yüzyılda inşa edilmiş Şeyh Abdoul Kassim Attouaty Anıt Mezarı, Üç Evliyalar Kabristanı'nda yer alan Şeyh Sidi Ahmed Ben Amar Arragadi Anıt Mezarı, Sidi Yahya Camii kapısı, Djingareyber Camiinin bitişiğinde bulunan, özellikle Pazartesi ve Cuma günleri ile önemli dini günlerde ziyaret edilen Ahmed Fulane Anıt Mezarı ve Bahaber Babadie Anıt Mezarı. İmha edilen Sidi Yahya Camii kapısı hakkındaki efsaneye göre bu kapı, 500 yıl boyunca açılmamıştır ve kapının açılması Kıyamet Günününün (*Day of Resurrection*) gelmesine neden olacaktır. Al Chinguetti, Al Mahdi'ye kapının açılması gerektiğini söylemiş ve her ikisi de Hesbah sermayesi ile alınmış kazmalar ile bölgeye gitmiştir. Al Mahdi, saldırı devam ederken gazetecilere tahribat hakkında bilgi vermiştir: *"Burada gördükleriniz, batıl inançların, sapkınlıkların ve putperestliğe yol açabilecek tüm şeylere veya hileye son vermenin yollarından biridir. Sidi Yahya isimli tarihi camide bir kapı olduğunu duyduk. İnanaşa göre, kapının açılması halinde, Kıyamet Günü başlayacaktır. Yaptığımız araştırma sonrasında bunun, eski bir caminin avlusunda bulunan kullanımı yasaklanmış bir kapı olduğunu tespit ettik. Kapının kullanılması yasaklanmış ve tuğlayla örülmüştür. Zamanla, bu kapının açılması halinde Kıyamet meydana geleceği miti ortaya çıkmıştır. Bu mitlerin; cahil olmaları ve dinden uzak olmaları nedeniyle bunun doğru olduğuna inanacak olan cahillerin inançlarını zapt etmesinden endişe duyuyoruz. Bu nedenle bu kapıyı açmaya karar verdik."* Bkz: UCM Al Mahdi Kararı, s. 22, para. 38.

B. Soruşturma/Kovuşturma Süreçleri ve İddia

Mali Cumhuriyeti, 17 Temmuz 1998 tarihinde Roma Statüsü'nü imzalamış, iç hukukuna ilişkin süreçleri tamamlayarak 16 Ağustos 2000 tarihi itibarıyla UCM'nin yargı yetkisini tanımıştır.^[47]

2012 yılı Temmuz ayında Mali Cumhuriyet tarafından, söz konusu eserlerin yok edilmesi hususunda soruşturma ve kovuşturma yapılması için UCM'ye yapılan başvuru üzerine, Savcılık Makamı Ocak 2013'de soruşturma başlatma kararı almıştır. Soruşturma sonucunda, Mahkemenin I. Ön Yargılama Dairesi tarafından, eylemin faillerinden birisi olan Al Mahdi hakkında, yakalama emri (*warrant of arrest*) çıkartılmış, 26 Eylül 2015'de Nijerya'da yakalanan Al Mahdi, Mahkemenin bulunduğu Hollanda'ya gönderilmiş, 30 Eylül 2015'de yapılan sorgusunun ardından tutuklanmıştır.

Soruşturma sonucunda Savcılık Makamı tarafından hazırlanan iddianame 17 Aralık 2015'de Mahkemeye sunulmuştur.^[48] İddianamede, Al Mahdi'nin, Statü'nün 8/2 (e) (iv) maddesi kapsamında korunan eserlere saldırı düzenlenmesi şeklinde ortaya çıkan savaş suçundan sorumlu olduğu iddia edilmiş ve 9 ile 11 yıl arasında hapis cezasına hükmedilmesi istenmiştir. Bununla birlikte, 18 Şubat 2016 tarihinde, Al Mahdi ve Savcılık Makamı arasında ceza/itham pazarlığı anlaşması (*plea agreement*) yapılmıştır.^[49]

24 Mart 2016 tarihinde iddianamenin I. Ön Yargılama Dairesince kabul edilmesi üzerine, 2 Mayıs 2016'da Mahkeme başkanlığınca davayı görmek üzere VIII. Dava Dairesinin görevlendirilmesiyle kovuşturma sürecine geçilmiştir.

Sanığa isnat edilen suç, Roma Statüsü'nün 8/2 (e) (iv) madde hükmü kapsamında korunmakta olan eserlere saldırılar düzenlenmesi şeklinde ortaya çıkan savaş suçudur. İlgili madde hükmü uyarınca; askeri amaçlı olmaması koşuluyla din, eğitim, sanat, bilim veya hayır amaçlarıyla kullanılan binalar, tarihi eserler, hastaneler ile hasta ve yaralıların toplandığı yerlere bilerek saldırı düzenlenmesi eylemleri bu suçta vücut vermektedir.

[47] Bkz: https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/african%20states/Pages/mali.aspx, Erişim Tarihi: 17.02.2017.

[48] İddianame metni için bkz: <http://www.legal-tools.org/doc/0aa20c/>, Erişim Tarihi: 10.03.2017.

[49] Anlaşma metni için bkz: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/12-01/15-78-Red2>, Erişim Tarihi: 10.03.2017.

22-24 Ağustos 2016 tarihleri arasında yapılan duruşmalar sonrasında Daire, 27 Eylül 2016 tarihinde kararını açıklamıştır.^[50]

C. Sanığın İkrarı ve Ceza/İtham Pazarlığı Anlaşması

Al Mahdi, soruşturma aşamasında kendisine isnat edilen suçları işlediğini kabul edip pişman olduğunu beyan ederek, soruşturmanın hızlı bir şekilde tamamlanması için Savcılık Makamı ile işbirliği yapmış ve bir ceza/itham pazarlığı anlaşması yapılmıştır.

Statü'nün "Suç İkrarı Halinde Yapılacak İşlemler" başlıklı 65. maddesi hükmünün Mahkeme tarafından daha önce yapılan yargılamalarda uygulaması yapılmadığı için kararda bu hususla ilgili ayrıntılı bir değerlendirme yapılması gereği duyulmuştur.^[51]

Mahkemeye göre, Statü'nün 65. maddesinin son bölümünde yer verilen düzenleme, geleneksel Anglo-Sakson Hukuk Sistemi (*Common Law*) ile Kıta Avrupası Hukuk Sistemi (*Civil Law*) yaklaşımları arasında "üçüncü çözüm yolunu (*third avenue*)" öngörmektedir. Zira Statü'nün 64/8 (a) ve 65. maddeleri uyarınca, sanığa yargılamanın başlangıcında suçu ikrar etme olanağı sunulmakta olup, bu uygulama geleneksel Anglo-Sakson hukuk sisteminde uygulanmakta olan "suç ikrarı (*guilty plea*)" uygulamasından farklı olmayan bir usuldür. Mahkeme, Statü'nün 65/5. maddesinin, Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde ceza/itham pazarlığına karşılık gelen müzakerelere zımni olarak izin verdiğini vurgulamıştır.^[52]

Mahkeme, Al Mahdi tarafından yapılan ikrarın, dava açısından ve daha genel anlamda adalet bakımından çeşitli yararların ortaya çıkmasına vesile olabileceğini ifade etmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, suçun kabulünün eylemin sübutunu kolaylaştırıp, davanın daha hızlı bir şekilde çözüme kavuşturulmasına olanak sağlayabileceğini^[53]; öte yandan kişisel trajedilerini anlatma stresini yaşamak ve çapraz sorguya maruz kalmak

[50] Sürece ilişkin ayrıntılı bilgi ve belgeler için bkz: <https://www.icc-cpi.int/mali/al-mahdi/Documents/AlMahdiEng.pdf>, Erişim Tarihi: 07.03.2017.

[51] Bkz: UCM Al Mahdi Kararı, s. 11-14, para. 21-27.

[52] UCM Al Mahdi Kararı, s. 14, para. 27.

[53] Gerçekten de Statü'nün 65. maddesinin 2. fıkrasında, ikrarın hızlı yargılamaya imkân sağlayabileceği öngörülmüştür. Fıkra göre: "Dava Dairesi 1. paragrafta belirtilen hususların kesinlik kazandığına kanaat getirdiği takdirde, suç ikrarını, sunulabilecek diğer ilave delillerle birlikte değerlendirir ve suç ikrarına konu olan suçun oluştuğuna dair bütün esaslı hususların mevcudiyeti halinde, sanığı bu suçtan mahkûm edebilecektir."

istemeyen tanıkların, ikrarın Mahkemece kabul edilmesi durumunda bu mecburiyetten kurtulabileceklerini; bir anlaşma uyarınca suçunu kabul eden bir sanığın daha sonraki yargılamalar esnasında müşterek faillerden birisi olarak tanıklık edecek olmasının maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkı sağlayabileceğini vurgulayarak Al Mahdi'nin ikrarının kararda dikkate alındığını ifade etmiştir.^[54]

Al Mahdi ve Savcılık Makamı arasında yapılan ceza/itham pazarlığı anlaşmasına göre: Al Mahdi;–Hakkındaki suçlamanın mahiyetini ve suçunu kabul etmesinin sonuçlarını anladığı,–Müdafisi ile yeterli ölçüde müzakerede bulunduktan sonra gönüllü olarak suçunu kabul ettiği,–Hakkındaki suçlamayı reddetme ve Savcılık Makamından tam yargılama (*full trial*) aşamasında makul şüphelerin ötesindeki suçlamaları kanıtlamasını gerekli kılma, suçunu itiraf etmeme ve sessiz kalma, cezai sorumluluğunu önlemek için savunmada bulunma ve gerekçeler ileri sürme ve tam yargılama esnasında kabul edilebilir deliller sunma, yargılama esnasında aleyhindeki tanıklara sorular yöneltme ve kendi lehine olan tanıkların dinlenmesini isteme, verilen cezanın önerilen ceza aralığından fazla olmaması koşuluyla hakkındaki mahkûmiyet hükmünü ve verilen cezayı temyiz etme haklarından *feragat ettiği* ve–İddia edilen tüm sorumluluk türleri dâhil hakkındaki suçlama için bireysel olarak cezai sorumluluğunu kabul ettiği, hususlarını onaylayarak anlaşmayı kabul etmiştir.^[55]

D. Delillerin Tartışılması

22 ve 24 Ağustos 2016 tarihlerinde gerçekleştirilen duruşmalarda, Al Mahdi, yeniden suç ikrarında bulunmuştur. Mahkeme, suçun sübutuna ilişkin bu tespitini Statü'nün 65/1 (c) maddesi uyarınca, “Suçun kabulünün davaya özgü olaylarla desteklenip desteklenmediği” hususunun tespit edilmesi amacıyla, üç tanığın ifadesine başvurmuş ve Savcılık Makamı tarafından ibraz edilen ve sanık tarafından kabul edilen yüzlerce yazılı delil niteliğindeki materyali incelemiştir. Mahkeme, kararında sübut bulan her eylem için şu hususlara dayandığını bildirmiştir^[56]:–Sanığın kabul niteliğindeki beyanları,–Savcılık Makamı tarafından sunulan ve sanık tarafından kabul edilen bilgi ve belgeler,–Mahkeme huzuruna alınan yeminli tanık ifadeleri.

[54] UCM Al Mahdi Kararı, s. 14-15, para. 28-29.

[55] Bkz: Anlaşma metni ve UCM Al Mahdi Kararı, s. 15-16, para. 30.

[56] UCM Al Mahdi Kararı, s. 15, para. 29.

Mahkeme ayrıca kararında, sunulan ilave delillerle birlikte suçun kabul edilmesinin isnat edilen suçun sübut bulduğuna ilişkin temel olguları karşıladığını ve başkaca geçerli karşı ispat niteliğinde savunma olmadığını dolayısıyla iddia olunan eylemlerin makul şüphenin ötesinde tespit edildiğini, özellikle Savcılık Makamı ile sanık arasında yapılan anlaşma ve sanığın ikrarlarının tamamen inandırıcı ve güvenilir olduğu kanaatine varıldığı vurgulanmıştır. Mahkeme ek olarak sanığın, söz konusu olaylara ilişkin ayrıntılı detay bilgiler verdiğini, hatta sıklıkla suçlamaların kanıtlanması için kesin surette gerekli olmayan özel bilgileri kendi isteğiyle aktardığını, sanığın açıklamalarının neredeyse tamamının dosyada bulunan delillerle desteklendiğini ve bu durumun da sanığın anlatımlarının tamamıyla doğru olduğunun önemli bir göstergesi olduğunu vurgulamıştır.^[57]

Mahkeme, söz konusu suça ilişkin verilen ilk karar olması nedeniyle kararında, suçun unsurlarına ilişkin detaylı bir değerlendirme yapmıştır. Mahkemeye göre, bu suçun işlendiğinin sabit görülebilmesi için öncelikle şu hususların kanıtlanması gerekmektedir:^[58]–Failin saldırıda bulunmuş olması,–Saldırı düzenlenen yerlerin, askeri amaçlı olmaması koşuluyla din, eğitim, sanat, bilim veya hayır amaçlarıyla kullanılan binalar, tarihi eserler, hastaneler ile hasta ve yaralıların toplandığı yerlerden olması,–Failin, söz konusu yerlere saldırı düzenleme kastıyla hareket edilmiş olması,–Söz konusu eylemin uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışma bağlamında meydana gelmesi ve buna ilişkin olması,–Failin, silahlı çatışma teşkil eden fiili koşullardan haberdar olması.

Mahkeme, “saldırı düzenlenmesi (*direct-ing an attack*)” unsurunun, korunan eserlere karşı gerçekleştirilen şiddet içeren eylemleri içerdiği, silahlı çatışmalar esnasında veya söz konusu yapının silahlı örgütün kontrolüne girmesinden sonra meydana gelmesi arasında, Statü’de böyle bir ayırım yapılmaması nedeniyle bir fark gözetmemiştir. Bu durumun, kültürel değeri olan binaların özel konumunun bir yansıması olduğunu belirterek Statü’nün lafzında yer almayan ayrımlar gözetmek suretiyle bu durumun değiştirilemeyeceğini, zira uluslararası insani hukukun (*international humanitarian law*), kültürel eserleri hem savaş esnasında hem de savaş dışında işlenmiş suçlar karşısında korumakta olduğunu ifade etmiştir.^[59]

Öte yandan Mahkeme, kişilere ya da sivil toplumlara karşı yapılan saldırılara ilişkin diğer uluslararası yargılamalar sonucunda ortaya çıkan mevcut içtihatların, bu husus bağlamında yol göstermediğini, zira Statü’de kişiler ve kültürel eserlerin

[57] UCM Al Mahdi Kararı, s. 26, para. 44.

[58] UCM Al Mahdi Kararı, s. 8, para. 13.

[59] UCM Al Mahdi Kararı, s. 9, para. 15.

farklı şekilde korunduğunu vurgulamıştır. Kişiler, silahlı grubun kontrolü ele geçirmesi sonrasında çeşitli ve belirli zararlara karşı silahlı çatışmalar esnasında uygulanan birçok farklı hükümlerle korunmaktadır. Ancak, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalardaki kültürel eserler, sivil eserlerde olduğu gibi genel mahiyette olmayacak şekilde, sadece 8/2 (e) (iv) madde hükmü çerçevesinde korunma altına alınmıştır. Bu hükümde ise saldırıların silahlı çatışmalar esnasında veya sonrasında düzenlenmesi arasında bir ayırım yapılmamaktadır.^[60]

Mahkemeye göre, 8/2 (e) (iv) madde hükmü, uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanan ve benzer unsurları içeren 8/2 (b) (ix) madde hükmünün uluslararası olmayan silahlı çatışma olaylarında uygulanan benzer bir kuraldır. Her iki hüküm de, *özel sivil eserlere* karşı düzenlenen saldırıları düzenlemektedir. Bu durum, uluslararası kültürel mirasın özel önem arz ettiğini göstermektedir. Dolayısıyla, 8/2 (e) madde hükmü, bağlamsal bir unsur içermektedir. Başka bir ifadeyle, bu madde, hükümet yetkilileri ile organize olmuş silahlı örgütler arasında uzun süreli silahlı çatışma meydana geldiğinde bir devletin topraklarında meydana gelen uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara uygulanır.^[61]

Taraflar müştereken söz konusu zamanda Mali'de uluslararası nitelikte olmayan silahlı bir çatışmanın sürdüğünü beyan etmiş ve Mahkeme bu bağlamda delillere ulaşmıştır. Mahkeme, suçun bir unsurunun, *"uluslararası özellikte olmayan silahlı çatışma bağlamında ve bu çatışmayla ilgili olarak meydana gelen eylem"* olduğunu belirterek, somut eylemin kültürel eserlere yapılan saldırı niteliğinde olduğunu ve bu unsurun gerektirdiği hususun ise özel bir husumetle olan bağlantı olmadığını, daha genel anlamda uluslararası olmayan silahlı çatışma olduğunu kabul etmiştir.^[62]

Somut eylemlerle ilgili olarak Mahkeme, Hesbah'ın yöneticisi sıfatıyla Al Mahdi ve beraberindekilerin söz konusu 10 anıt mezar ve camiye saldırı düzenlediklerini ve bu saldırılar sonucunda binaların yok olduğu veya büyük ölçüde zarar gördüğünün tespit edildiğini; bu eserlerin tamamının Timbuktu'nun kültürel yaşamında üstlendikleri roller ve dokuz tanesinin UNESCO Dünya Mirası alanları arasında yer alması ile ortaya konulduğu üzere, hem dini bina hem de tarihi eser olarak tanımlandığını; UNESCO'nun bu yapıları koruma altına almasının, yapıların uluslararası kültürel miras bakımından özel önemini ortaya koymakta olduğunu ve bu bağlamda *"kültürün geniş çapta yayılması ve insanlığın adalet, özgürlük ve barış konularında eğitilmesi, insanların haysiyeti*

[60] UCM Al Mahdi Kararı, s. 9-10, para. 16.

[61] UCM Al Mahdi Kararı, s. 10, para. 17.

[62] UCM Al Mahdi Kararı, s. 10, para. 18.

açısından vazgeçilmezdir ve tüm ulusların karşılıklı yardımlaşma ve alaka ile yerine getirmesi gereken kutsal bir görev teşkil etmekte^[63]” olduğunu vurgulayarak, bu eserlere yönelik saldırı düzenlenmesinin bu değerlere açıkça hakaret (*affront*) teşkil ettiğini kaydetmiştir.^[64]

Mahkeme, Al Mahdi'nin somut eylemlere ilişkin sorumluluğuyla ilgili olarak; saldırının gerçekleştirilmesinde önemli bir rol oynadığını, Hesbah'ın yöneticisi olarak genel planı uygulama görevinin Al Mahdi'ye verildiğini, saldırıya ilişkin tüm lojistik hazırlıklarının Al Mahdi tarafından gerçekleştirildiğini, tüm operasyona tanıklık edip gerçekleştirilmesini denetlediğini ve mahallerin hangi sırayla yok edileceğine karar verdiğini, gerekli araçları temin ve tedarik edip, diğer failere lojistik ve manevi destek vererek söz konusu yıkım alanında mevcut olan her şeyi denetlediğini tespit etmiştir.^[65]

Mahkeme söz konusu eylemlerin, Mali'li Hükümet görevlileri ile aralarında Ansar Eddine ve AQIM'in bulunduğu çeşitli gruplar arasında meydana gelen *uluslararası nitelikte olmayan silahlı bir çatışma bağlamında meydana geldiğine ve bu çatışmayla ilgili olduğuna* ikna olduğunu, elde edilen delillerin Ansar Eddine ve AQIM örgütlerinin söz konusu zamanda organize silahlı örgüt olarak nitelendirildiklerini, bu bağlamda söz konusu örgütlerin Mali ordusunun yerini alma, Timbuktu'yu ele geçirme ve yaklaşık dokuz ay boyunca bu topraklarda bir çeşit yönetim idame ettirme kapasitesi elde ettiğini ifade etmiştir. İlâveten, silahlı şiddetin iç huzursuzluklardan ve gerginliklerden ayırt edilmesi için asgari bir yoğunluğa ulaşması gerekliliğine ilişkin olarak ise, bu örgütlerin uzun bir süre boyunca Mali'nin *geniş bir kısmını kontrolleri altında tutmalarının ve çatışmaların yeterli yoğunlukta olduğunu* açıkça ortaya koyduğunu, zira bu örgütlerin Timbuktu'yu ele geçirmeksizin bu saldırıyı düzenlemelerinin mümkün olmayacağını kaydetmiştir.^[66]

Mahkeme ayrıca, söz konusu zaman diliminde Mali'li güçlerin karşısında yabancı bir müdahale olduğuna dair delil niteliğinde bir kayıt olmadığını ve tarafların da herhangi bir Devletin çatışmanın sınıflandırılmasını potansiyel olarak etkileyebilecek bir müdahalesi olduğunu iddia etmediklerini dikkate alarak, bu durumun *silahlı çatışmanın uluslararası düzeyde meydana geldiğine*

[63] Bkz: UNESCO Anayasası (*Constitution of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*), 16 Kasım 1945, para. 5. Belgenin orijinal metni için bkz: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001255/125590e.pdf>, Erişim Tarihi: 12.12.2016.

[64] UCM Al Mahdi Kararı, s. 26, para. 45-46.

[65] UCM Al Mahdi Kararı, s. 23-24, 28-29, 39-40, para. 40, 53, 84.

[66] UCM Al Mahdi Kararı, s. 27-28, para. 49.

veya başlangıçtan itibaren uluslararası olarak nitelendirilmesi gerektiğine ilişkin bir delil bulunmadığını ortaya koymakta olduğunu tespit etmiştir.^[67]

Son olarak Mahkeme, Al Mahdi ve suç ortaklarının Timbuktu'da yerleşik olduğunu ve Ansar Eddine'nin yönetiminde hareket ettiklerini dikkate alarak *faillerin silahlı çatışmayı oluşturan fiili koşullardan haberdar oldukları* kanaatine vardığını ve tüm bu tespitler ışığında, korunmakta olan eserlere saldırı düzenlenmesi şeklinde meydana gelen savaş suçunun tüm unsurlarının mevcut olduğu sonucuna varmıştır.^[68]

E. Hüküm ve Yaptırım

Mahkeme, sanığın suçu kabul etmesi hususu, duruşmalardaki beyanlar ve ileri sürülen deliller ışığında, isnat edilen suça ilişkin tüm unsurların sübut bulduğu hususunda makul şüphenin ötesinde (*beyond reasonable doubt*) ikna olduğunu ve Al Mahdi'nin 30 Haziran 2012 ile 11 Temmuz 2012 tarihleri arasında Mali/Timbuktu'da bulunan korunma altındaki 10 anıt mezar ve camiye karşı düzenlenen saldırılara müşterek fail olarak katılma suçundan mahkûmiyetine karar vermiştir.^[69]

Mahkeme, sanık hakkında uygun yaptırımın tayin edilmesi amacıyla, diğer hükümlerin yanı sıra Statü'nün 23, 76, 77 ve 78. maddeleri ile İçtüzüğü'nün 145. maddesini dikkate aldığını zira Statü'nün 77 ve 78. maddelerinde, bu *suç nedeniyle belirli bir ceza öngörülmediğini*^[70], ancak Statü'nün Giriş Bölümünde, uluslararası toplumu bir bütün olarak yakından ilgilendiren çok ciddi suçların cezasız kalmaması gerektiğinin dile getirildiğini, ayrıca UCM'nin kuruluşunda taraf devletlerin bu suçların faillerinin cezasız bırakılmasına son verme ve böylece bu tür suçları önleme konusunda kararlı olduklarını, bu doğrultuda Statü'nün

[67] UCM Al Mahdi Kararı, s. 28, para. 50.

[68] UCM Al Mahdi Kararı, s. 28, para. 51-52.

[69] UCM Al Mahdi Kararı, s. 31-32, para. 63.

[70] Gerçekten de Statü'de, ceza kanunlarından farklı olarak her bir suç tipi için belirli bir ceza miktarı öngörülmemiş, genel bir düzenlemeyle, verilebilecek cezanın üst sınırı tayin edilmiş, somut ceza miktarının takdiri Mahkemeye bırakılmıştır. Statü'nün ilgili 77. maddesi şu şekildedir: "(1) 110. maddeye bağlı olarak Mahkeme, bu Statü'nün 5. maddesinde belirtilen bir suçu işlemekten mahkûm edilen bir şahsa aşağıdaki cezaları verebilir: (a) azami 30 yılı aşmamak kaydıyla belirli süreli hapis veya (b) suçun ağırlığının ve sanığın şahsi durumunun elvermesi halinde müebbet hapis. (2) Hapis cezasına ek olarak Mahkeme aşağıdaki cezalara hükmedebilir: (a) Usul ve Delil Kurallarında öngörülen kıstaslara göre para cezası; (b) üçüncü şahısların iyi niyetli olarak kazandıkları haklarına halel getirmeksizin, suçtan doğrudan veya dolaylı olarak elde edilen mallar, varlıklar ve kazançlara el konulması."

Giriş bölümünde, sanığın UCM nezdinde cezalandırılmasının temel amaçları olan cezalandırma ve caydırıcılık hususlarının düzenlendiğini kaydetmiştir.^[71]

Sonuç olarak Mahkeme, yaptırımın belirlenmesine ilişkin olarak dosyada bulunan delillere istinaden suçun ağırlığı, eylemin niteliği ve sanığın şahsına ilişkin şartlar üzerinde ayrıntılı bir değerlendirme^[72] yaptıktan sonra sanığın mahkûm edildiği suçun kayda değer bir ağırlıkta olduğunu, bununla birlikte; sanığın suçunu kabul etmesi, Savcılık Makamı ile işbirliği yapması, pişmanlık duyması ve mağdurlarla empati kurmuş olması, başlangıçta suçun işlenmesi konusunda çekimser davranması ve neden olunacak zararı sınırlandırmak bazı adımlar atması ve daha sınırlı bir önem arz etse bile, aile faktörüne rağmen gözaltında tutulduğu sırada iyi bir tutum sergilemesi gibi beş hafifletici sebep tespit edildiğini^[73] belirterek tüm bu faktörlerin dikkate alınması sonucunda sanığın 9 yıl/hapis cezasına mahkum edilmesine karar vermiştir.^[74] Söz konusu hapis cezası, Al Mahdi'nin 30 Eylül 2015'ten beri tutuklu olarak bulunduğu Hollanda'nın Lahey şehrindeki UCM'ye ait ceza infaz kurumunda (*ICC Detention Center*)^[75] infaz edilmektedir.^[76]

Sonuç ve Değerlendirme

Kitle imha silahlarının yaygın olarak kullanılmaya başlandığı, tarihin en kanlı yüz yılı olarak kayıtlara geçen 20. yüzyılda meydana gelen savaş ve silahlı çatışmalarda yaklaşık 140 milyon insan öldürülmüş veya ölüme terk edilmiştir.^[77] Bu kanlı yüzyılın bir sembolü olan New York'taki Dünya Ticaret Merkezinin ikiz kulelerine yönelik olarak 2001 yılında düzenlenen saldırı ve sonrasında

[71] UCM Al Mahdi Kararı, s. 32, para. 65-66.

[72] Mahkeme, söz konusu suça ilişkin Mahkemede görülen ilk dava olması ve yine sanığın ikrarının söz konusu olduğu ilk dava olması nedeniyle yaptırımın belirlenmesine ilişkin tüm hususları ayrıntılı bir değerlendirmeye tabi tutmuştur. Değerlendirme için bkz: UCM Al Mahdi Kararı, s. 32-46, para. 65-105.

[73] UCM Al Mahdi Kararı, s. 41, 45-46, para. 89, 102-105.

[74] UCM Al Mahdi Kararı, s. 46-48, para. 106-111.

[75] Ayrıntılı bilgi için bkz: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/DetentionCentreEng.pdf>, Erişim Tarihi: 06.06.2017.

[76] Bkz: <https://www.icc-cpi.int/mali/al-mahdi#>, Erişim Tarihi: 07.06.2017.

[77] Milton LEITENBERG, *Deaths in Wars and Conflicts in the 20th Century*, 3rd ed., Cornell University Peace Studies Program—Occasional Papers, New York 2006, s. 9vd. Yazara göre, 20. yüzyıldaki savaş ve çatışmalarda 136,5 ile 148,5 milyon arasında insan ölmüş veya öldürülmüştür. Bu sayının 41 milyonu İkinci Dünya Savaşı sonrasında yani 1945-2000 yılları arasında gerçekleşmiştir. 1955 yılından sonra yaşanan ölümlerin tamamı Afrika, Orta Doğu, Uzak Doğu ve Latin Amerika ülkelerinde gerçekleşmiştir.

Orta Doğu'da yaşanan gelişmeler göstermiştir ki 21. yüzyıl da en az bir önceki kadar kanlı ve kirlili olacaktır.

Tarih boyunca insanın insana karşı savaşı, ötekini yaşam hakkını elinden almakla sınırlı kalmamış; onun tarihini, kültürünü, dinini, dilini kısacası yer-yüzündeki uzun serüveninin insan ürünü olan izlerini yok etmeyi de bu çılgın eylemin bir parçası haline getirerek sürüp gitmiştir.

Eski Roma'da, iktidarı ele alan bazı imparatorlar kendisinden önceki imparatorlar adına yapılmış veya onları hatırlatan yapı ve sanat eserlerini tamamen ortadan kaldırarak onların unutulması ve toplumun hafızasından silinmesini arzu ederlerdi. "Hafızanın Lanetlenmesi (*Damnatio Memoriae*)"^[78] adı verilen bu uygulama sadece Roma'lılara özgü bir uygulama değildir. Tarih boyunca meydana gelen savaşların, işgallerin, soykırımların birçoğunda bu uygulamaya rastlamak mümkündür. Bununla birlikte tarih, hafızaları lanetleyenlerden çok hatıraları yok edilerek lanetlenenlerin isimleriyle doludur.

Milyonlarca insanın öldürüldüğü savaşlar ve çatışmalarda yok edilen kültürel değerlerin, kıyılan insan canları kadar önemi olmadığı konusunda şüphe bulunmamaktadır. Ancak unutulmamalıdır ki bu değerlere saldıranların her ne kadar görünürdeki amacı dini, milli veya ekonomik gerekçeler ise de, esas amaç orada yaşayan insanların geçmişleriyle bağlarını kopartmak, umutlarını yok etmek ve onları durumun asla eskiye döndürülemeyeceğine inandırmak suretiyle korkunun karanlığına hapsedmektir.

İkinci Dünya Savaşı sırasında Nazi güçleri, milyonlarca masum insanı öldürmekle kalmamış, işgal ettikleri şehirlerdeki tarihi yapıları tahrip etmeden önce taşınabilen eserlere el koyup, savaş sonrasında kendi güçlerinin bir göstergesi olarak sergilemek üzere götürmüşlerdir. Amerika Birleşik Devletleri'nin Irak'ı işgalinde de benzer bir uygulama yapılmıştır. İşgalin ilk zamanlarında Irak Ulusal Müzesi ve Bağdat Kütüphanesi, Amerikan askerlerince yağmalanıp en değerli eserlere el konulduktan sonra bombalanmıştır^[79].

1990'lı yıllardan itibaren Orta Doğu ve Afrika ülkelerinde ortaya çıkan, İslam dininin *Selefi-Vehhabi* yorumunu esas aldığı ifade edilen DEAŞ/İŞİD (*DAESH/ISIS/ISIL*), El Kaide, Boko-Haram gibi terör örgütleri, sadece Müslüman olmayanları değil, kendileri gibi düşünmeyen diğer Müslümanları da

[78] Kavram için bkz: Charles W. HEDRICK, *History and Silence: Purge and Rehabilitation of Memory in Late Antiquity*, Austin 2000, s. 89vd.

[79] TOMAN, age, s. 460-461; ÇOKIŞLER vd, age, s. 18.

hedef olarak görüp yok etmeye çalışmaktadırlar.^[80] Bu örgütler yalnızca insan unsuruna değil, toplumların değer verdiği insan ürünü olan her türlü dini, tarihi, kültürel eser ve sembollerini de inançlarına yönelik bir tehdit olarak görüp saldırmaktadırlar.^[81]

2001 yılında Afganistan'ın Bamyan bölgesinde bulunan ve 1500 yıl boyunca bölgede hüküm sürmüş hiçbir güç tarafından dokunulmayan Buda heykelleri^[82] Taliban güçlerince “dini gerekçelerle” bombalanarak yok edilmiştir.

Suriye'nin Humus şehri yakınlarında bulunan ve iki bin yıllık geçmişiyle “çölün gelini” olarak anılan Palmira (*Palmyra*) Antik Şehri^[83], 2015 yılında DEAŞ terör örgütü tarafından ele geçirildikten sonra yine “dini gerekçelerle” yerle bir edilmiş, saldırıya ilişkin videolar internet siteleri üzerinden yayınlanarak tüm dünyaya mesaj verilmiştir. Üç bin yıllık Antik Nimrud (*Kalah*) Şehri, tarihi Musul Kütüphanesi ve Musul Müzesi ile daha birçok eseri de yağmalayıp yok eden^[84] örgüt daha da ileri giderek, tüm Müslümanların kutsal mabedi ve kiblesi olan Kâbe'yi de bir gün ele geçirip yıkacaklarını ilan etmiştir.^[85]

[80] “Bu anlayışa göre hakikat sadece ‘selef’ adı verilen ilk üç neslin inhisarındadır. Ancak zamanla modernitenin etkisiyle ibdas ettikleri kendi hakikatlerini, ilk üç nesle izafe ettiklerinin farkında bile değildirlir. Kendi hakikatlerine ve dini anlayışlarına inanmayanları, İslâm'ın ana yolunun tarih boyunca prensibi olan ‘ehl-i kible tekfir edilmez’ düsturunu yok sayarak kolaylıkla tekfir eden bu zihniyet, kendi dışındaki bütün inanış ve mezheplerle savaşmayı cihad olarak kabul etmeye başlamıştır. Bunlara göre halefin yani sonraki nesillerin Kur'an ve Sünnet yanında akla, re'ye, içtihadı yer veren dini anlama metotları geçerli değildir.” DAIŞ'in Temel Felsefesi ve Dini Referansları Raporu, Diyanet İşleri Başkanlığı, Ankara 2015, s. 15. Selefizm’le ilgili olarak Michael Sugich tarafından DEAŞ ve El Kaide örgütleri bağlamında sarf edilmiş şu ifadeler gerçekten dikkate değerdir: “Selefilerin tamamı cihadist (jihadist) veya aşırı şiddet yanlısı olmayabilir; ancak tüm cihadist ve aşırı şiddet yanlısı müslümanlar selefisttir.” Yazarın 2015 yılında Mostar/Bosna’da yaptığı konuşma metninden, bkz: Michael SUGICH, *Ideological Extremism and the Destruction of Cultural Heritage (The Traditional Muslim Response)*, <https://skyviewsdjenne.files.wordpress.com/2016/07/ideological-extremism-and-the-destruction-of-cultural-heritage.pdf>, Erişim Tarihi: 21.03.2017.

[81] Selefizm hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz: Ahmet KAVAS (Editör), *Tarihte ve Günümüzde Selefilik*, Ensar Neşriyat, İstanbul 2014; Frazer EGERTON, *Jihad in the West: The Rise of Militant Salafism*, Cambridge University Press, Cambridge 2011.

[82] Bkz: <http://whc.unesco.org/en/list/208>, Erişim Tarihi: 10.02.2017.

[83] Bkz: <http://whc.unesco.org/en/list/23>, Erişim Tarihi: 10.02.2017.

[84] Bkz: Andrew CURRY, “Here Are the Ancient Sites ISIS Has Damaged and Destroyed”, *National Geographic*, 1 September 2015, <http://news.nationalgeographic.com/2015/09/150901-isis-destruction-looting-ancient-sites-iraq-syria-archaeology/>, Erişim Tarihi: 02.12.2017.

[85] Bkz: <http://www.cnnturk.com/haber/dunya/diger-haberler/isid-mekkeyi-basacagiz-kabeyi-yakacagiz>, Erişim Tarihi: 30.06.2014.

Kısa bir süre öncesine kadar ayakta olduğu halde savaşlar ve saldırılar nedeniyle günümüzde harabeye dönüşen binlerce kültür mirası eser gelecek nesiller için artık sadece kitaplardan veya videolardan öğrenilebilecektir. Öte yandan, halen ayakta olan binlerce eser ise yok olma tehlikesiyle karşı karşıya olup, bunların büyük çoğunluğu silahlı çatışmaların devam ettiği Orta Doğu ve Afrika ülkelerinde bulunmaktadır.^[86]

İnsanlığın ortak mirası olan eserlerin maddi değerlerinden ziyade manevi değerleriyle vazgeçilmez olduğunu kabul eden uluslararası toplumun çabaları, sadece barış zamanlarında değil savaş veya silahlı çatışma dönemlerinde de bu mirasın korunması için önemli adımlar atılmasını sağlamıştır. Bu adımların vardığı son nokta, söz konusu eserlere yönelik saldırıların savaş suçu olarak kabul edilerek uluslararası ceza yargısının konusu haline getirilmesi olmuştur.

İncelemeye çalıştığımız Al Mahdi kararı, söz konusu suçun uluslararası niteliği olan bir ceza mahkemesi tarafından ilk kez müstakilen ele alınarak karara bağlanması açısından önem arz etmektedir. Zira uluslararası ceza hukukunun yazılı kaynakları çok sınırlı olduğundan, bu alandaki teori, uygulamayla birlikte şekillenmektedir. Uluslararası Ceza Mahkemesi bu bakımdan uluslararası ceza hukukunun en önemli aktörü konumundadır. Mahkeme kararlarının şekillenmesi, şüphesiz uluslararası toplumun dava konusu eylemlere ve yargılanan kişilere yönelik yaklaşımından bağımsız değildir. Bu nedenle Mahkeme tarafından yapılan yargılamaların, küresel ceza adaleti pratiğinde güçlülerin ve galiplerin, güçsüzlere ve yenilmişlere bahşettiği bir lütuf olmaktan öteye gitmesini ummak fazla iyimser bir beklenti olacaktır.^[87]

Uluslararası ceza yargısı bakımından Al Mahdi kararını önemli kılan diğer bir husus ise ilk kez, özellikle batılı ülkeler tarafından “radikal dinci terör (*extremist religious terrorism*)” ya da “İslami terörizm (*islamist terrorism*)” terimiyle ifade edilen, din ve özellikle İslam referanslı şiddet eylemlerinin uluslararası bir ceza mahkemesinde yargılama konusu olmasıdır. Zira bu davaya kadar uluslararası ceza yargısı pratiğinde, İslam dinini referans alan aşırı şiddet yanlısı bir şahsa veya terör örgütüne yönelik herhangi bir yargılama söz konusu olmamıştır.

[86] Yok olma tehlikesi altında bulunan kültür mirası listesi için bkz: <http://whc.unesco.org/en/danger/>, Erişim Tarihi: 22.03.2017.

[87] Uluslararası Ceza Mahkemesi kuruluşundan bu yana (Mart 2017 itibarıyla) 23 yargılama yapmıştır. Birçoğu halen devam etmekte olan bu yargılamalara konu olan suçların neredeyse tamamı Afrika kıtasında siyahlar tarafından işlendiği iddia olunan suçlara ilişkindir. Bkz: <https://www.icc-cpi.int/Pages/cases.aspx>, 23.03.2017.

Bu bağlamda, DEAŞ ve El Kaide gibi örgütlerin küresel bir tehdide dönüş-tüğü ve uluslararası bir terör mahkemesinin kurulmasına ilişkin çabaların arttığı^[88] bir dönemde Mahkemenin Al Mahdi kararına yansıyan tutumu ve kararda kullanılan dil dikkate değerdir. Kararda, özellikle medya, siyaset ve akademi alanında yaygın olarak kullanılan “islami terörizm” teriminin kullanımından titiz bir şekilde kaçınıldığı görülmektedir. Aynı şekilde, Al Mahdi’nin mensup olduğu Ansar Eddine ve Mağrip El-Kaide (AQIM) örgütlerinin Birleşmiş Milletler tarafından silahlı terör örgütü olarak kabul edilmesine^[89] rağmen kararda bu konuya değinilmediği ve genel olarak “terör” veya “terörist eylem” terimlerinin kullanılmasından da kaçınıldığı görülmektedir. Kanımızca Mahkeme bu yaklaşımıyla, medeniyetler çatışması tezi savunucularını haklı çıkaracak bir pozisyon almak istemediğini göstermiş, ayrıca bir terörist eyleme değil savaş suçu niteliğindeki bir eyleme ilişkin yargılama yaptığını ve Statü’de belirlenen yetki alanının uluslararası terörist örgütlerin bütün eylemlerini kapsamadığını vurgulayarak bu anlamdaki beklentilere bir sınır koymak istemiştir.

Uluslararası suçlar bakımından yargılama yetkisine sahip, daimi (*permanent*) bir yargı organı olan UCM tarafından bu güne kadar yapılan yargılamalar, BM’ce benimsenen küresel adaletin sağlanması idealinin gerçekleşme ihtimaliyle ilgili henüz yeterli bir değerlendirme imkânı sunmamaktadır. Mahkemenin savcılık birimi tarafından, Filistin’in Ocak 2015’te Statü’ye taraf olması akabinde İsrail’le ilgili başlatılan araştırma^[90], İngiltere’nin 2003-2008 yılları arasında Irak’ta yaşanan ölümler ve işkencelerle ilgili sorumluluğu hakkında başlatılan araştırma^[91] ile Rusya’nın Ukrayna^[92] ve Gürcistan’da^[93] işlenen insanlığa karşı suçlara ilişkin sorumluluğu hakkında başlatılan araştırmalar sonucunda yaşanacak süreç Mahkemenin meşruiyetiyle ilgili daha net bir kanaat oluşmasını sağlayacaktır.

[88] Tartışmalar için bkz: Bibi van GINKEL, “How to Repair the Legitimacy Deficit in the War on Terror: A Special Court for Dealing with International Terrorism”, içinde: J. de ZWAAN/E. BAKKER/S. van der MEER (eds.), *Challenges in a Changing World*, T.M.C. Asser Press, The Hague 2009, s. 145-162; Ignacio de la RASILLA, “An International Terrorism Court in nuce in the Age of International Adjudication”, Vol. 1, *Asian Yearbook of Human Rights and Humanitarian Law* (Forthcoming, 2017).

[89] Bkz: <https://scsanctions.un.org/fop/fop?xml=htdocs/resources/xml/en/consolidated.xml&xslt=htdocs/resources/xsl/en/consolidated.xsl>, Erişim Tarihi: 24.03.2017.

[90] Bkz: <https://www.icc-cpi.int/palestine>, Erişim Tarihi: 20.03.2017.

[91] Bkz: <https://www.icc-cpi.int/iraq>, Erişim Tarihi: 20.03.2017.

[92] Bkz: <https://www.icc-cpi.int/ukraine>, Erişim Tarihi: 20.03.2017.

[93] Bkz: <https://www.icc-cpi.int/georgia>, Erişim Tarihi: 20.03.2017.

Son olarak, bu çalışmada uluslararası suçların yalnızca kültürel mirasa yönelik boyutu ele alınmış ise de, küresel güçlerin özellikle DAESH ve El Kaide tarafından yangın yerine çevrilen Orta Doğu ve Afrika coğrafyalarındaki emellerinin, bu örgütlerin kurulmaları ve güçlenerek etki alanlarını genişletmeleri süreçlerinden bağımsız olmadığını vurgulamak gerekmektedir.^[94] Özellikle DAESH'in, işgal ettiği bölgelerdeki yeraltı kaynakları ve kültür mirası niteliğindeki eserlerin ticaretiyle güçlenmeye devam ettiği gerçeği karşısında, uluslararası toplumun bu ticaretin diğer tarafında bulunan güçlerin ortaya çıkartılması konusundaki duyarsızlığı, küresel adalet idealine ilişkin tüm gelişmeleri gölgede bırakmaktadır.

KAYNAKLAR

Al Mahdi Kararının orijinal metni: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/12-01/15-171>, Erişim Tarihi: 17.02.2017.

AKDOĞAN, Can, *Uluslararası Ceza Divanı Statüsü'nde Savaş Suçları*, Doktora Tezi, Ankara 2009, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Erişim Tarihi: 11.12.2016.

ALAN Leslie Horvitz/ CATHERWOOD, Christopher, *Encyclopedia of War Crimes and Genocide*, New York 2006.

ASLAN, M. Yasin, *Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları*, Bilge Y., Ankara 2016.

BAYILLIOĞLU, Uğur, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye", *AÜHF Dergisi*, C. 56, S. 1, Y. 2007, s. 51-121.

CURRY, Andrew, "Here Are the Ancient Sites ISIS Has Damaged and Destroyed", *National Geographic*, 1 September 2015, <http://news.nationalgeographic.com/2015/09/150901-isis-destruction-looting-ancient-sites-iraq-syria-archaeology/>, Erişim Tarihi: 02.12.2017.

ÇOKIŞLER, Nazım/ARSLAN, Aytuğ/ÇOKIŞLER, Elvan, "Silahlı Çatışmaların Somut Kültürel Miras Üzerindeki Etkilerinin Turizm Bağlamında Değerlendirilmesi", *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 24, Y. 2016, s. 15-25.

[94] Fransa eski Başbakanı Dominique De Villepin, 2015 yılında konuyla ilgili olarak şu çarpıcı ifadeleri kullanmıştır: "İŞİD küstah ve kibirli Batı politikasının biçimsiz çocuğudur. Şimdi ABD'nin ve Avrupa'nın Afganistan savaşındaki tecrübelerden ders almasının zamanıdır. 2001 yılında bir 'terör' noktası vardı. Afganistan'a girildi. 13 yıl geride kaldı ve bizim tutarsız politikalarımız yüzünden şimdi Irak, Libya, Afganistan, Mali, Yemen ve diğerleriyle birlikte 15 terör noktası var. 2003 yılında pervasızca başlatılan Irak savaşından sonra, Irak eski Başbakanı Nuri el Maliki ABD tarafından desteklendi. Maliki'nin Şiiiler ve Sünniler arasında oynadığı mezhepçilik oyunu ise İŞİD'in büyümesine neden oldu." Bkz: (12.01.2015) <http://www.dunyabulteni.net/haber/319333/fransa-eski-basbakani-isis-bati-kustahliginin-cocugu>, Erişim Tarihi: 18.12.2016.

DAİŞ'in Temel Felsefesi ve Dini Referansları Raporu, Diyanet İşleri Başkanlığı, Ankara 2015.

DÖRMANN, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge 2004.

EGERTON, Frazer, *Jihad in the West: The Rise of Militant Salafism*, Cambridge University Press, Cambridge 2011.

Elements of Crimes (ICC), Published by the International Criminal Court, The Hague 2011, s. 36vd, <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf>, Erişim Tarihi: 10.11.2016.

ESER, Albin, “Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kurulması: Roma Statüsü’nün Ortaya Çıkışı ve Temel Özellikleri”, Çeviren: Faruk Turhan, içinde: *Uluslararası Ceza Divanı*, (Ed. Feridun Yenisey), Arıkan Y., İstanbul 2007, s. 2-35.

FRULLI, Micaela, “The Criminalization of Offences against Cultural Heritage in Times of Armed Conflict: The Quest for Consistency”, *The European Journal of International Law*, 2011, Vol. 22, No. 1, s. 203-217.

GINKEL, Bibi van, “How to Repair the Legitimacy Deficit in the War on Terror: A Special Court for Dealing with International Terrorism”, içinde: J. de ZWAAN/E. BAKKER/S. van der MEER (eds.), *Challenges in a Changing World*, T.M.C. Asser Press, The Hague 2009, s. 145-162.

GOTTLIEB, Yaron, “Criminalizing Destruction of Cultural Property: A Proposal for Defining New Crimes under the Rome Statute of the ICC”, *Penn State International Law Review*, Vol. 23, No. 4, 2005, s. 857-896.

GÜL, Erdoğan, “*Tarihin Tanığı Bir Köprü: Mostar Köprüsü*”, <http://www.bilgiustam.com/tarihin-tanigi-bir-kprmostar-kprs/>, Erişim Tarihi: 03.03.2017.

HAAG, Michael, *Templars: The History and Myth: From Solomon’s Temple to the Freemasons*, Suffolk/England 2009.

HEDRICK, Charles W., *History and Silence: Purge and Rehabilitation of Memory in Late Antiquity*, Austin 2000.

ICTY, *Savcılık Makamı vs. Pavle Strugar* davası kararı, 31 Ocak 2005, s. 133, para. 308, <http://www.icty.org/x/cases/strugar/tjug/en/str-tj050131e.pdf>, Erişim Tarihi: 08.01.2017.

LEITENBERG, Milton, *Deaths in Wars and Conflicts in the 20th Century*, 3rd ed., Cornell University Peace Studies Program–Occasional Papers, New York 2006.

KAVAS, Ahmet (Editör), *Tarihte ve Günümüzde Selefilik*, Ensar Neşriyat, İstanbul 2014.

*Bir Savaş Suçu Olarak Kültürel Miras Niteliğindeki Eserlere Yönelik Saldırı Eylemi
Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Al Mahdi Kararı Üzerine Bir İnceleme*

KURŞUN, Günel, *101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi*, İnsan Hakları Gündemi Derneği Y., Ankara 2011.

MERON, Theodor, “The protection of cultural property in the event of armed conflict within the case-law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, içinde: *Museum International*, 2005, No. 228, s. 41–60.

MOGHALU, Kingsley Chiedu, *Global Justice: The Politics of War Crimes Trials*, Westport 2006.

ORWELL, George, *Bin Dokuz Yüz Seksen Dört (1984)*, Çeviren: Celal Üster, Can Y., s. 62, İstanbul 2014.

ÖNOK, R. Murat, *Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

RASILLA, Ignacio de la, “An International Terrorism Court in nuce in the Age of International Adjudication”, Vol. 1, *Asian Yearbook of Human Rights and Humanitarian Law* (Forthcoming, 2017).

SAĞLAM, Abdi, “Uluslararası Yargılama Faaliyetleri Bağlamında Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 6, S. 20, Ocak 2015, s. 567-594.

SCHABAS, William A., *Uluslararası Ceza Mahkemesine Giriş*, Tercüme: Gülay Arslan, İstanbul 2004.

SUGICH, Michael, “*Ideological Extremism and the Destruction of Cultural Heritage (The Traditional Muslim Response)*”, <https://skyviewsdjenne.files.wordpress.com/2016/07/ideological-extremism-and-the-destruction-of-cultural-heritage.pdf>, Erişim Tarihi: 21.03.2017.

SÖZÜER, Adem/ ERMAN, Barış, “Uluslararası Ceza Mahkemesi”, *Adalet Yüksek Okulu 20. Yıl Armağanı*, İstanbul 2000.

TEZCAN, Durmuş, “Arkeolojik Kültür Varlıklarının Korunması ve Milletlerarası Ceza Hukuku”, içinde *Prof. Dr. Oral Sander'e Armağan*, *AÜSBF Dergisi*, Y. 1996, C. 51, Ocak-Aralık 1996, No. 1-4, Ankara 1997, s. 425-451.

TOMAN, Jiri, *Cultural Property in War: Improvement in Protection*, UNESCO Publishing, Paris 2009.

Understanding the International Criminal Court, Published by the International Criminal Court, <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/UICCEng.pdf>, Erişim Tarihi: 07.01.2017.

UZUN, Elif, “Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü”, *Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 2003/2, s. 25-48.

VRDOLJAK, Ana Filipa, "The Criminalisation of the Intentional Destruction of Cultural Heritage", *From the Selected Works of Ana Filipa Vrdoljak*, Sydney 2016, s. 3-4, http://works.bepress.com/ana_filipa_vrdoljak/38/, Erişim Tarihi: 08.03.2017.

YAMANER, M. Batur./ÖKTEM A. Emre/KURTDARCAN Blede/UZUN Mehmet C. (Hazırlayanlar), *12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri*, Galatasaray Üniversitesi Y, İstanbul 2009, <https://www.icrc.org/eng/home/languages/turkish/files/sozlesmeleri-protokolleri-conventions-protocols.pdf>, Erişim Tarihi: 11.03.2017.

YILMAZ, Aliya, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Beta Y., İstanbul 2001.

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://10.222.57.53:15871/cgi-bin/blockpage.cgi?ws-session=463397071>, Erişim Tarihi: 01.02.2017.

<http://2023.gen.tr/2015/11/22/mali-cumhuriyetinde-neler-oluyor/>, Erişim Tarihi: 28.02.2017.

<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001255/125590e.pdf>, Erişim Tarihi: 12.12.2016.

<http://unictr.unmict.org/en/documents/statute-and-creation>, Erişim Tarihi: 17.02.2017.

<http://whc.unesco.org/en/danger/>, Erişim Tarihi: 22.03.2017.

<http://whc.unesco.org/en/list/208>, Erişim Tarihi: 10.02.2017.

<http://whc.unesco.org/en/list/23>, Erişim Tarihi: 10.02.3017.

<http://www.bilgiustam.com/tarihin-tanigi-bir-kprmostar-kprs/>, Erişim Tarihi: 03.03.2017.

<http://www.cnnturk.com/haber/dunya/diger-haberler/isid-mekkeyi-basacagiz-kabeyi-yakacagiz>, Erişim Tarihi: 30.06.2014.

<http://www.encyclopedia.com/places/africa/mali-political-geography/mali>, Erişim Tarihi: 12.01.2017.

<http://www.icty.org/x/cases/strugar/tjug/en/str-tj050131e.pdf>, Erişim Tarihi: 08.01.2017.

http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf, Erişim Tarihi: 17.02.2017.

<http://www.legal-tools.org/doc/0aa20c/>, Erişim Tarihi: 10.03.2017.

*Bir Savaş Suçu Olarak Kültürel Miras Niteliğindeki Eserlere Yönelik Saldırı Eylemi
Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Al Mahdi Kararı Üzerine Bir İnceleme*

<http://www.unesco.org.tr/dokumanlar/somutkulturelmiras/Laheey.pdf>, Erişim Tarihi: 10.02.2017.

https://asp.icc-cpi.int/EN_Menus/asp/pages/asp_home.aspx, Erişim Tarihi: 01.03.2017.

https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/african%20states/Pages/mali.aspx, Erişim Tarihi: 17.02.2017.

<https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/DetentionCentreEng.pdf>, Erişim Tarihi: 06.05.2017.

<https://www.icc-cpi.int/mali/al-mahdi#>, Erişim Tarihi: 07.06.2017.

<https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/UICCEng.pdf>, Erişim Tarihi: 07.01.2017.

<https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/UICCEng.pdf>, Erişim Tarihi: 28.02.2017.

<https://www.icc-cpi.int/mali/al-mahdi/Documents/AlMahdiEng.pdf>, Erişim Tarihi: 07.03.2017.

<https://www.icc-cpi.int/Pages/cases.aspx>, Erişim Tarihi: 23.03.2017.

<https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/12-01/15-78-Red2>, Erişim Tarihi: 10.03.2017.

<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreaties1949.xsp>, Erişim Tarihi: 11.03.2017.

<https://www.legal-tools.org/en/browse/record/63159c/>, Erişim Tarihi: 01.02.2017.

<https://www.loc.gov/law>, Erişim Tarihi: 01.03.2017.

<https://scsanctions.un.org/fop/fop?xml=htdocs/resources/xml/en/consolidated.xml&cxslt=htdocs/resources/xsl/en/consolidated.xsl>, Erişim Tarihi: 24.03.2017.

<http://teftis.kulturturizm.gov.tr/TR,14270/silahli-bir-catisma-halinde-kultur-mallarinin-korunmasi-.html>, Erişim Tarihi: 01.02.2017.

<http://www.dunyabulteni.net/haber/319333/fransa-eski-basbakani-isisid-bati-kus-tahliginin-cocugu>, Erişim Tarihi: 18.12.2016.

YARGITAY HUKUK GENEL
KURULU'NUN 22.3.2017 TARİH,
2017/4-1334 ESAS VE 2017/545
KARAR SAYILI KARARI ÜZERİNE
ELEŞTİREL BİR YAKLAŞIM*

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN**

Yrd. Doç. Dr. Hatice Tolunay OZANEMRE YAYLA***

Makalenin Geldiği Tarih: 26.08.2017 Kabul Tarihi: 06.09.2017

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı (Emekli Öğretim Üyesi)

*** Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı (Öğretim Üyesi)

ÖZ

Eşlerden birinin evlilik birliğinin getirdiği yükümlülüklerden biri olan “sadakat yükümlülüğü”nü ihlâl etmesi hâlinde, diğer eşin, eşiyile birliktelik kurmuş olan üçüncü kişiye karşı tazminat dâvası açma hakkına sahip olup olmadığı ve bu çerçevede, gerek yükümlülüğünü ihlâl eden eşin gerek üçüncü kişinin, sadakat yükümlülüğünün ihlâli nedeniyle zarar gören eşe karşı sorumlulukları özellikle Yargıtay Kararları çerçevesinde yeknesak olmaktan uzaktır. Yargıtay, vermiş olduğu bir Hukuk Genel Kurulu Kararı’nda (22.3.2017 t., 2017/4-1334 E. ve 2017/545 K.), sadakat yükümlülüğünün ihlâlinde, evli kişiyle cinsel birliktelik yaşayan üçüncü kişinin, yükümlülüğün ihlâlinden zarar gören eşe tazminat ödemesi gerektiğine çeşitli gerekçelerle karar vermiştir.

Bu çerçevede çalışmada, ilgili Yargıtay Kararında yer alan hukuki dayanakların irdelenmesiyle, sadakat yükümlülüğünün ihlâlinde, yükümlülüğü ihlâl eden eş ile üçüncü kişinin hukuki açıdan sorumluluk durumları aydınlatılmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sadakat yükümlülüğü, Evlilik dışı ilişki, Yargıtay Kararı, Sosyal kişilik değerleri, Tazminat sorumluluğu.

A CRITICAL APPROACH TO THE VERDICT OF SUPREME
COURT ASSEMBLY OF CIVIL CHAMBERS THAT DATED
22.3.2017, BASIS NO 2017/4-1334 AND VERDİCT NO 2017/545

ABSTRACT

In case one of the spouses violates the “duty of loyalty” that is one of the duties to be caused by the union of marriage, if the other spouse has the right to sue the third person having affair with the spouse, and the liabilities of either the spouse violating the duty or the third person on account of the violation of the duty of loyalty have been far from uniformity in the verdicts of the Supreme Court. In a verdict of the Supreme Court Assembly of Civil Chambers (dated 22.3.2017, 2017/4-1334 B. and 2017/545 V.), it was finalised that third person who had sexual intercourse with a married person requires to pay compensation to the spouse who is damaged due to the violation of the duty of loyalty on several grounds.

In this paper where there is such a framework, the legal grounds in related verdicts of the Supreme Court will be examined to be able to clarify the legal obligations of the spouse violating the duty of loyalty and third person in case of the violation of the duty of loyalty.

Keywords: Duty of Loyalty, Illicit Cohabitation, Verdict of the Supreme Court, Social Personality Values, Liability to Damage.

Giriş

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 22.3.2017 tarihinde vermiş olduğu bir Kararda (2017/1334 Esas ve 2017/545 Karar sayılı K.^[1]), evli bir erkekle ilişki yaşayan kadının, erkeğin eşinin talebi üzerine, bu eş tazminat ödemesine karar vermişti. Bu Kararda esas itibariyle Yargıtay, daha evvel 2010 yılında verilen bir Hukuk Genel Kurulu Kararında^[2] yer alan gerekçelere dayanmış bulunmaktaydı. Aşağıda ayrıntılı olarak ele alınan bu gerekçeler, genel itibariyle üçüncü kişinin davranışının, eşin kişilik haklarına ahlâka aykırı bir davranışta bulunmak suretiyle saldırıda bulunulduğuna, bunun da bir haksız fiil teşkil ettiğine ilişkindi. Yargıtay, 2017 yılında verdiği ve bu çalışmaya konu teşkil eden Hukuk Genel Kurulu Kararında da, aşağıda ayrıntılarıyla ele alınacak olan ve haklı gerekçelere dayanan aksi görüşe rağmen, evli bir kişiyle cinsel birliktelik yaşayan üçüncü kişinin bu davranışının, eşin evlilik birliği dolayısıyla söz konusu olan sadakat yükümlülüğünün ihlâli kapsamında, bilerek evli bir kişiyle cinsel ilişki kurması nedeniyle yasalar ve örf ve âdet hukuku tarafından korunmayan haksız bir davranış olduğu ve bu nedenle de bir haksız fiil teşkil ettiği kabul edilmiş; bu bağlamda ayrıca evli kişiyle birlikte olma davranışı bakımından, zarar gören diğer eşe karşı, birlikte olduğu eşle birlikte üçüncü kişinin de müteselsilen sorumlu olduğu; üçüncü kişinin sorumluluğunun da bu çerçevede ahlâka aykırı fiil bağlamında haksız fiile dayandığı kabul edilmiştir.

Oysa daha önce verilen bir Yargıtay Kararında^[3], evli bir kişiyle birlikte olan üçüncü kişiye, diğer eşin yönelttiği tazminat talebi reddedilmiş bulunmaktaydı.

Bu çalışmada, bu çerçevede, anılan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda yer alan gerekçeler, hukukî açıdan değerlendirilecektir.

-
- [1] <http://proxy.cankaya-elibrary.com:9797/MuseSessionID=0210d1j6w/MuseProtocol=http/MuseHost=www.kazanci.com/MusePath/kho2/ibb/giris.htm> (s.e.t.: 25.08.2017)
- [2] Yargıtay HGK, 24.3.2010 tarih, 2010/4-129 Esas, 2010/173 Karar <http://proxy.cankaya-elibrary.com:9797/MuseSessionID=0210d1j6w/MuseProtocol=http/MuseHost=www.kazanci.com/MusePath/kho2/ibb/giris.htm> (s.e.t.: 25.08.2017)
- [3] Yargıtay 4. HD, 7.5.2015 tarih, 2014/6538 Esas ve 2015/5839 Karar s. Karar <http://proxy.cankaya-elibrary.com:9797/MuseSessionID=0210d1j6w/MuseProtocol=http/MuseHost=www.kazanci.com/MusePath/kho2/ibb/giris.htm> (s.e.t.: 25.08.2017)

I. Çalışmaya Konu Olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı ile Bu Kararla Bağlantılı Diğer Kararların İçeriği

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 22.3.2017 tarihinde vermiş olduğu Kararda^[4], evli kadının, kocasının evlilik dışı ilişki yaşadığı kadından, evlilik birliğini ihlâl ettiği, fiilinin sosyal kişilik haklarına bir saldırı teşkil ettiği gerekçeleriyle tazminat isteyebileceğini kabul etmiştir. Yargıtay bu tazminat talebini üçüncü kişinin haksız fiiline dayandırmıştır. Yargıtay'ın bu konuya ilişkin kararlarında bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Nitekim bu hususa ilişkin ilk karar, 2010 yılında verilmiş ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu söz konusu Karar'da^[5] evlilik dışı ilişkiye girmiş kadının, evli kadına tazminat ödemesine karar vermişti. Yargıtay 4'üncü Hukuk Dairesi 2015 tarihinde verdiği başka bir Kararda^[6] ise, evli kadının, diğer kadından tazminat isteyemeyeceğine hükmetmişti.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2017 tarihinde verilen Hukuk Genel Kurulu Kararının da dayanağını oluşturan 2010 tarihli Kararında eşin üçüncü kişiye karşı açtığı mânevî tazminat dâvasını kabul ederken, şu gerekçelere dayanmıştı: Evli kişinin üçüncü kişiyle ilişki kurması, diğer eşin sosyal kişilik değerlerine saldırı niteliğindedir. Bu işleme katılan üçüncü kişinin davranışı da aynı niteliktedir. Dolayısıyla, bu eyleme katılan üçüncü kişi de fiile katılmayan üçüncü kişiye karşı tazminatla sorumludur. Dâvalı, dâvacının eşi ile evli olduğunu bilerek duygusal ve cinsel ilişkiye girdiği için, dâvalının sorumluluğu, davranışı ahlâk ve adaba aykırılıktan kaynaklanmakta ve yasal dayanağını haksız fiile ilişkin hükümlerden almaktadır. Bu nedenle, üçüncü kişi mânevî tazminat ödemekle yükümlü tutulmalıdır.

Kararda dikkat edilmesi gereken noktalar, Hukuk Genel Kurulu'nun, zina fiiline katılan üçüncü kişinin davranışını, diğer eşin sosyal kişilik değerlerine bir saldırı olarak nitelendirmesi; dolayısıyla üçüncü kişinin davranışını diğer eşin kişilik hakkına saldırı olarak kabul etmesidir. Kararda yer alan bir diğer nokta ise, dâvalının sorumluluğunun ahlâka ve âdaba aykırılık nedeniyle haksız fiil olarak değerlendirilmiş olmasıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu Kararda üçüncü kişinin davranışının, neden evli eşin kişilik hakkını ihlâl ettiğini açıklamamış; sadece sorumluluğun ahlâk ve âdaba aykırı davranışa dayandığına işaret etmişti; ayrıca, fiilin haksız fiil olduğunu kabul etmiş; fakat üçüncü kişinin fiilinin neden hukuka aykırı olduğu noktası üzerinde bir açıklama yapmamıştı. Bu kararda dayanak noktası olarak kabul edilmiş olan üçüncü kişinin fiilinde

[4] Bkz. dpn. 1

[5] Bkz. dpn. 2.

[6] Bkz. dpn. 3.

“kişilik hakkının ihlâli” ile “haksız fiil”in bulunduğu ilişkin önermelerin kabul edilebilir nitelikte olup olmadığı aşağıda incelenecektir.

Bu Kararın verilmesinden sonra, Yargıtay 4’üncü Hukuk Dairesi tarafından 2015 yılında verilen bir Kararda, eşin üçüncü kişi ile ilişkisinin haksız fiil sorumluluğu kapsamına dâhil olmaması gerektiği üzerinde durulmuştur. Bu görüşün isabetli olduğuna açıklamalar aşağıda yer almaktadır.

En son Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2017 tarihinde vermiş olduğu Kararda ise, Yargıtay, esas itibariyle 2010 tarihli Hukuk Genel Kurul Kararındaki görüşlere dayanmış bulunmaktadır. Nitekim bu Kararda dayanılan noktalar, şu şekilde toplanabilir: Kararda, üçüncü kişinin davranışının, evli eşin sosyal kişilik değerlerine saldırı olup olmadığı üzerinde durulmuş; eşlerin evlenmekle sadakat borcu altına olduğu kadar, aile birliğine karşı da sorumluluk altına girdikleri sonucuna varılmıştır. Üçüncü kişinin davranışının da, evli olduğunu bildiği bir kişiyle ilişkiye girmesi nedeniyle, yasalarca ve örf ve âdet hukukunca korunmayan haksız bir davranış olduğu ve açıkça haksız eylem niteliği taşıdığı sonucuna varılmıştır. Ayrıca dâvalı kadının da, evli eşin sadakatsizlik eylemine katılması nedeniyle gerçekleştirilmiş bulunan haksız fiilden diğer eşle birlikte ve müteselsilen sorumlu olduğu kabul edilmiştir. Sonuç olarak, dâvalının sorumluluğunun ahlâka aykırılık nedeniyle “haksız fiil”den kaynaklandığı ve bu nedenle yasal dayanağını haksız fiile ilişkin hükümlerden aldığı açıklanmıştır. Her ne kadar Kararda aksi görüş savunulmuş, Türk Medenî Kanunu’nun^[7] 185’inci hükmünün sadece eşler arasında hüküm ifade ettiği; eşlerin sadakat yükümlülüğünün mutlak değil, nispi bir hak olduğu; eylemin açık ve emredici bir kanun hükmüne aykırı olmadığı; ortada dâvalıya yönelik bir haksız fiil bulunmadığı; davranışın dâvacıya zarar verme kastını içermediği, ahlâka aykırılık unsurunun gerçekleşmesi için objektif ahlâka aykırılık unsurunun mevcut olması gerektiği; eylemde iştirak hâlinin söz konusu olamayacağı; dâvalının eyleminin kişilik değerlerine saldırı oluşturacak nitelikte olmadığı, bu nedenle kendisinin Borçlar Kanunu hükümlerine göre tazminat ödemekle yükümlü tutulamayacağı ve bu şekilde yasada olmayan bir sorumluluğun ihdas edilmesinin doğru olmadığı ileri sürülmüşse de^[8], Hukuk Genel Kurulu eş yararına tazminata karar vermiştir.

[7] 22.11.2001 kabul, 1.1.2002 yürürlük tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu (RG, 8.12.2001 t., S. 24607).

[8] Bu görüş öğretilerde de savunulmaktadır. Özellikle bkz. *Hegnauer, Cyril/Breitschmid, Peter*: Grundriss des Eherechts, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2000, N.15.32; *Oftinger, Karl/Stark, W. Emil*: Schweizerischer Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5 Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1995, § 16, N.134 vd.; *Schwenzer, Ingeborg*: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2009, s. 109, N.17.71; *Zeiter, Alexandra*: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht,

Bu şekilde mesele, son zamanlarda mahkeme kararlarını ve öğretiyi meşgul eden çözümü tartışmalı bir hukukî sorun hâlini almıştır.

II. Değerlendirmeler

Evli eşin, evlilik dışı ilişkiye katılmış olan üçüncü kişiden tazminat isteyip isteyemeyeceği sorununa, önce Türk Medenî Kanunu'nun 185'nci maddesindeki düzenlemenin hukukî mahiyetinin belirlenmesiyle başlamak yerinde olur. Bilindiği üzere, kanun koyucu Türk Medenî Kanunu'nun 185'inci maddesinin 2'nci fıkrası hükmünde, eşlerden evlilikte birbirlerine karşılıklı saygı, sevgi göstermelerini istemiş; bu maddenin üçüncü fıkrasında da eşlere sadakat yükümlülüğü yüklemiştir. Her eş, diğerinden sadakat yükümlülüğünü ihlâl edecek ilişkilerden kaçınmasını isteme hakkına "kanundan dolayı" (*ipso jure*) sahiptir. Kanun koyucu bu normu düzenlerken, eşler arasındaki ilişkilere karışmak istemediğinden, hükümde, düzenlediği bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi hâlinde taraflara uygulanacak bir yaptırım öngörmemiştir. Dolayısıyla düzenlenme tarzı itibariyle norm, yaptırımı olmayan bir eksik normdur^[9] (*lex imperfecta*).

Kanun koyucu, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin olarak Türk Medenî Kanunu'nun 195'inci maddesiyle, genel olarak evlilik birliğinin korunmasına ilişkin bir düzenlemeye gitmiştir. Bu düzenlemede, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi hâlinde, eşlerden birinin veya her ikisinin hâkimin müdahalesini isteyebilecekleri, bu hâlde ise hâkimin onları sadece uyarması, uzlaştırmaya çalışması ve eşlerin ortak rızaları ile uzman kişilerden yardım almalarının sağlanması gibi tedbirler üzerinde durulmuştur^[10].

2. Auflage, Herausgeber: Peter Breitschmid, Alexandra Rumo-Jungo, Schulthess Verlag AG, Zürich 2012, ZGB Art 159, N. 5; **Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 12. Bası, Vedat Kitapçılık Yayınları, İstanbul 2014, s. 259; **Özkan, Bilge**: Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2015, s. 193; **Stark, Emile W.**: "Kann ein Dritter wegen Ehestörung zu Genugtuungszahlungen verpflichtet werden?" Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65 Geburtstag, Stämpfli Verlag AG, Bern 1986, s. 531; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 287, dñn. 2; **Brückner, Christian**: Das Personenrecht des ZGB, Stämpfli Verlag AG, Zürich-Basel-Genf 2000, s. 140, N. 479; **Bucher, Andreas**: Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel-Genf-München 1999, s. 117, N. 471.

[9] **Serozan, Rona**: "Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümüne Aykırılıktan Ötürü Tazminat Talebine Yer olabilir mi?" İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Turhan ESENER'e Armağan, Cilt 15, Sayı 1, Ocak 2016, s. 452.

[10] **Dural, Mustafal Ögüz, Tufanl Gümüş, M. Alper**: Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, 4. Bası, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul 2011, s. 172, 173; **Kılıçoğlu, Ahmet, M.**: Aile Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2016, s. 265; **Özkan**, s. 191. İsviçre Hukuku için bkz. **Padruitt, Willy**: Ehestörungsklage, Stämpfli Verlag AG, Bern 1954, s. 8 vd.; **Fankhauser, Rolandl Guilloid, Sarah**: Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch,

Türk Medenî Kanunu'nun 185'inci maddesinden de anlaşılacağı üzere, kanun koyucu maddeyi düzenlerken "Eşler, birlikte yaşamak ve birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmakla zorunludurlar" ifadesine yer vermiş ve böylelikle maddede öngörmüş olduğu yükümlükleri sadece eşlere yüklemiş, bu yükümlülüklerin eşler tarafından yerine getirilmesini aramıştır. Dolayısıyla, üçüncü kişiler açısından böyle bir yükümlülük söz konusu değildir. Bu itibarla madde düzenleme tarzı itibariyle sadece eşlere yükümlülüğün yerine getirilmesini talep etme hakkı veren bir hükümdür^[11] ve bu şekilde, madde aracılığıyla eşler bakımından herkese karşı ileri sürülebilecek bir mutlak hak tanınmış değildir.^[12]

Türk Medenî Kanunu'nun 185'inci maddesi, Aile Hukuku Kitabı'nda yer alan bir hükümdür ve özel bir hükümdür. Kanun koyucu, burada, Aile Hukuku'nun özelliklerini gözönünde tutarak sadakat yükümlülüğüne ilişkin özel bir düzenlemeye gitmiştir. Aile Hukuku'ndaki bu özel düzenleme karşısında eşlerin Kanun'da öngörülen sadakat yükümlülüğünü yerine getirmemeleri durumunda Türk Borçlar Kanunu'ndaki^[13] hükümlere, dolayısıyla haksız fiil hükümlerine başvurulması gündeme gelmeyecektir. Aile Hukuku'nda düzenlenmiş olan "eşler arasında birbirlerine karşılıklı saygı, sevgi, özen gösterme, yardım etme, sadakat, aile onurunu koruma" gibi yükümlülüklerin hepsi, zorla yerine getirilmesi mümkün olmayan eksik yükümlülüklerdir^[14]. Kanun'da öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi hâlinde, evlilik birliğinin korunması için hangi tedbirlerin alınacağı, kanunkoyucu tarafından, Aile Hukuku'nda

Herausgeber: Andrea Büchler, Dominique Jakob, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel-Genf-München 2011, Art 171, N. 2 vd. özellikle N. 4, 5 ve 6; **Schwander, Ivo**: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014, Art 171, N. 9; **Hausheer, Heinz/Reusser, Ruth/Geiser, Thomas**: Berner Kommentar, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Art. 159-180 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Herausgeber: Heinz Hausheer, Stämpfli Verlag AG, Bern 1999, Art 172, N. 12 vd. özellikle N. 16; **Bräm, Verena**: "Der Schutz der ehelichen Gemeinschaft: Besonderheiten, Tendenzen, Widersprüche", Fam.Pra. ch, Stämpfli Verlag, Heft 3, 2006, s. 530; **Heberlein, Adrian/Bräm, Verena**: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB, Herausgeber: Peter Breitschmid, Alexandra Rumo-Jungo, 2. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich-Basel-Genf 2012, Art. 172, N. 1 vd.

[11] **Serozan**, Sadakat, s. 452; **Oğuzman/Öz**, s. 259.

[12] **Bräm, Verena**: Zürcher Kommentar, Bd. II/1c, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB), 4. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich 1998, Art. 159, N. 15.

[13] 11.1.2011 kabul, 1.7.2012 yürürlük tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (RG, 4.2.2011 t., S. 27836).

[14] **Oğuzman/Öz**, s. 259; **Serozan**, Sadakat, s. 452.

düzenlenen özel kurullarla ve sınırlı sayıda olmak üzere öngörülmüş; birliğin korunması için, Aile Hukuku Kitabı'nda yer verilen 195'inci madde aracılığıyla, açıkça evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi hâlinde, eşlerin ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilecekleri hükme bağlanmıştır. Hâkimin bu durumda alacağı tedbirler de yine aynı maddede belirtilmiştir. Bu çerçevede hâkim, eşlerin birlikte veya ayrı ayrı kendisine başvurması hâlinde, sadece eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır, onları uzlaştırmaya çalışır ve onların ortak rızası ile uzman kişilerden yardım ister; gerektiği takdirde, eşlerden birinin isteği üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır. Maddenin açık ifadesinden de anlaşılacağı üzere, hâkim, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi hâlinde alınacak tedbirler için, Türk Borçlar Kanunu'ndaki hükümlere başvuramaz.^[15] Bu şekilde kanun koyucu, bilinçli olarak Aile Hukuku'nun özelliklerini gözönünde tutmak suretiyle bu hukuk dalına özgü kapalı ve katı çerçeve içinde tahdidî (*numerus clausus*) sayıda hüküm öngörmüştür. Özel hükmün varlığı hâlinde genel hükme başvurulamayacağı kuralı gereği, bu çerçeve, genel haksız fiil kurallarıyla genişletilemez. Çerçeve çatlatılamaz^[16].

Kanun koyucu, sadakat yükümlülüğünü ihlâl eden eşe karşı, diğer eşin boşanma dâvası açabileceğini ve ancak bu durumda Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesindeki^[17] koşulların da oluşması şartıyla, mânevî tazminat istenebileceğini hükme bağlamıştır^[18]. Dolayısıyla Kanun'da, eşlerden birinin sadakat yükümlülüğünü ihlâl etmesi hâlinde, diğer eşe, evlilik birliği devâm ederken mânevî tazminat dâvası açma hakkı verilmemiştir.

Bu bağlamda mesele, sadakat yükümlülüğünü ihlâl eden eş ile birlikte olan üçüncü kişinin, diğer eşe karşı bir tazminat yükümlülüğü altına girip girmeyeceğidir.

Aile Hukuku'nda üçüncü kişinin davranışına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, üçüncü kişinin tazminatla yükümlü tutulup tutulmayacağı

[15] İlgili yükümlülüklerin ihlâli halinde Aile Hukuku'na özgü tedbirlerin veya boşanmanın gündeme gelebileceği hakkında bkz. CHK-*Zeiter*, ZGB Art. 159, N. 14.

[16] *Serozan*, Sadakat, s. 453.

[17] Türk Medenî Kanunu'nun "V. Boşanmada Tazminat ve Nafaka, 1. Maddî ve Mânevî Tazminat" kenar başlığını taşıyan ilgili 174'üncü maddesi şu ifadeyi taşımaktadır: "Mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddî tazminat isteyebilir (f. 1). Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir (f. 2)."

[18] *Jäggi, Peter*: "Vom Schutz der Ehehlichen Gemeinschaft" Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge, Band 7(1956), Erster Halbband, Helbing Lichtenhahn Verlag, s. 59.

doğrudan doğruya sorumluluk hukuku çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu durumda da üçüncü kişinin davranışı bakımından haksız fiilin unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği hususu üzerinde durulmalıdır. Türk Borçlar Kanunu'nun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan hükme göre, "kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı tazminle yükümlüdür". O hâlde burada incelenmesi gereken husus, üçüncü kişinin davranışının hukuka aykırı olup olmadığıdır. Çünkü haklı olmayan her davranış, hukuka aykırı bir davranış değildir^[19].

Bu çerçevede üzerinde durulması gereken mesele, Türk Borçlar Kanunu'nun 49'uncu maddesi 1'inci fıkrasına göre, üçüncü kişinin tazminatla sorumlu tutulup tutulmayacağı, yani fiilin hukuka aykırı olup olmadığıdır. Yoksa Türk Borçlar Kanunu'nun 49'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan hükmün şartları gerçekleşmişse, kişinin tazminat ödemekle yükümlü tutulabileceği açıktır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 49'uncu maddesinin 2'nci fıkrasına göre "Ahlâka aykırı bir fiil ile başkasına kasten zarar veren bu zararı gidermekle yükümlüdür". Bu hâlde "zarar" kavramına mânevî zararın da dâhil olduğu şüphesizdir. Ancak, kanun koyucu, söz konusu hükme göre tazminat talep edilebilmesi için, ilk fıkra hükmünden farklı olarak iki şartın bir arada bulunmasını kesinlikle aramıştır.^[20] Bunlardan biri fiilin "ahlâka aykırı" olması, diğeri de failin "kast"ının bulunmasıdır. Ahlâka aykırılığın tespiti için objektif ahlâka aykırılık unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmalıdır^[21]. Hukuka aykırı fiillerde "kast"

[19] Aşağıda da ele alınacağı üzere, bir fiilin hukuka aykırı olduğunun kabul edilebilmesi için fiil sonucunda bir mutlak hakkın veya zilyetliğin ihlâl edilmiş olması ya da fiilin, o tür zararların ortaya çıkmasına engel olma amacı taşıyan bir koruma normuna aykırı olması gerekir.

[20] Önemle belirtilmelidir ki bu halde TBK m. 49/I hükmünün diğer şartları olan fiil, zarar ve nedensellik bağı, aynı şekilde TBK m. 49/II hükmü bakımından da aranacaktır. Bu konuda açıklama için bkz. *Brehm, Roland*: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, Herausgeber: Heinz Hausheer, Hans Peter Walter, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2013, Art. 41, N. 238; *Huguenin, Claire*: Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich 2014, N. 1958; *Schönenberger, Beat*: Kurzkommentar OR Art. 1-529, Herausgeber: Heinrich Honsell, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2008, Art. 41, N. 38; *Rey, Heinz*: Ausserverträgliches Haftpflichtrecht, 3. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich Basel Genf 2003, § 6, N. 792; *Oğuzman/Öz*, s. 64.

[21] Bu çerçevede kişilerin bireysel ahlâk anlayışları değil, topluma egemen olan objektif ahlâk anlayışı esas alınır. BK-*Brehm*, OR Art. 41, N. 240 vd.; *Müller, Christoph*: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, Herausgeber: Andreas Furrer, Anton K. Schnyder, 2. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich-Basel-Genf 2002, Art. 41, N. 55; *Honsell, Heinrich/Isenring, Bernhard/Kessler*,

unsurunun esas itibarıyla doğrudan kastı^[22] ve dolaylı kastı^[23] kapsadığı kabul edilmekle birlikte^[24], Türk Borçlar Kanunu'nun anılan 49'uncu maddesi 2'nci fıkrası hükmünde yer alan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için fiili işleyen kişinin sırf belli bir kişiye zarar vermek amacıyla, başka bir ifadeyle belli bir kişinin bir zarara uğrayacağını bilerek ve uğramasını isteyerek^[25] ilgili ahlâka aykırı fiili işlemi aranır.^[26] Bu çerçevede, ihlâl fiiline katılan üçüncü kişinin, bu fiili işlerken, kendi duygularını tatmin arzusu olmaksızın, sırf evli eşin acı, ıstırap çekmesine neden olmak amacıyla ilgili davranışı gerçekleştireceğinin kabulü de genel olarak hayatın normal akışına ters düşecektir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrası çerçevesinde haksız fiil sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için, davranışın hukuka aykırı

Martin A., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2013, § 7, N. 4.

- [22] “Doğrudan kast” kavramına ilişkin açıklamalar için bkz. *Oftinger/Stark*, Bd. I, s. 219, dpn. 119; *Oftinger, Karl/Stark, Emil W.*: Schweizerisches Haftpflichtrecht Zweiter Band: Besonderer Teil–Erster Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung, 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1995, s. 8, N. 23; Bd. II/1, s. 70, dpn. 315; *BeK-Brehm*, OR Art. 41, N. 193; *Huguenin*, OR AT/BT, N. 1976; *Keller, Alfred*: Haftpflicht im Privatrecht, Band I, 6. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2002, s. 118.
- [23] “Dolaylı kast” kavramına ilişkin açıklamalar için bkz. *Honsell/Isenring/Kessler*, § 6, N. 30; *CHK-Müller*, OR Art. 41, N. 14; *BeK-Brehm*, OR Art. 41, N. 195; *Huguenin*, N. 1976; *Eren*, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 575; *Oğuzman/Öz*, s. 55.
- [24] Özel hukukta kast kavramının hem doğrudan hem dolaylı kastı kapsadığı hakkında bkz. *Oftinger/Stark*, Bd. I, s. 219, dpn. 119; *Honsell/Isenring/Kessler*, § 6, N. 30; *CHK-Müller*, OR Art. 41, N. 14; *Huguenin*, OR AT/BT, N. 1976; *Keller*, s. 118; *Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre*: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 3. Bası, Vedat Kitapçılık Yayınları, İstanbul, 2015, § 18, N. 11; *Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altop, Atilla*, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Filiz Kitabevi Yayınları, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 493; *Oğuzman/Öz*, s. 55. Önemle belirtilmelidir ki, ahlâka aykırı fiillerden sorumluluk bir tarafa bırakılacak olursa, hukuka aykırı fiillerden sorumlulukta, kastın varlığında, hangi derecesinin bulunduğu önemi yoktur. Bkz. *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 493; *CHK-Müller*, OR Art. 41, N. 14.
- [25] Bu halde kastedilen doğrudan kastın birinci derecesi ve bu çerçevede belli bir zarar sonucunun doğacağı bilinerek ve bu zarar sonucunun doğması istenerek fiilin gerçekleştirilmesidir.
- [26] *Kılıçoğlu, Ahmet M.*; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2016, s. 296; *Serozan, Rona*, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık Yayınları, İstanbul 2014, s. 240; *Eren*, s. 600; *Hatemi/Gökyayla*, § 15, N. 7, § 18, N. 15.

olması^[27] aranan unsurlardan biridir^[28]. Bir davranışın hukuka aykırılığı ise, bir mutlak hakkın ve bu çerçevede bir kişilik hakkının^[29] veya belli bir zarar sonucunun doğmasını engellemek üzere öngörölmüş bir davranış normunun ihlâli hâlinde söz konusu olur.^[30]

Türk Medenî Kanunu'nun 24'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında, bir kişilik hakkının ihlâli hâlinde uygulanacak yaptırım düzenlenmiş bulunmaktadır. İlgili hükme göre "Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir". Bir kişilik hakkının ihlâlinin bulunup bulunmadığını tespit edebilmek içinse, önce "kişilik hakkı" kavramının tanımlanması gerekir. Öğretide "kişilik hakkı" kavramı üzerinde değişik tanımlar yapılmıştır^[31]. Ancak, bütün bu tanımlarda müşterek olan hususlar, 'kişilik haklarının mutlak hak olduğu', bu nedenle de 'herkese

[27] Günümüzde hem Türk hem İsviçre Hukukları bakımından, hukuka aykırılık konusunda, objektif hukuka aykırılık teorisi kabul edilmektedir. Objektif hukuka aykırılık teorisinde, üçüncü kişinin hukukun korunması için menfaatine zarar veren davranış teorisinin çekirdeğini oluşturur. (Bkz. Bkz. BeK-*Brehm*, OR Art. 41, N. 33c; *Eren*, s. 584) Bu görüşe göre hukuka aykırılık kişilik hakkına veya malvarlığı hakkına zarar verilmesini engellemeye yönelik bir emir veya yasak içeren bir emredici kurala aykırılık halinde söz konusu olur. (Bkz. von Tuhr, *Andreas/Peter, Hans*: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Schulthess Verlag AG, Zürich 1979, s. 408, 409; BeK-*Brehm*, OR Art. 41, N. 33c; CHK-*Müller*, OR Art. 41, N. 42; *Keller*, s. 107; *Kılıçoğlu*, Borçlar, s. 295; *Eren*, s. 584) Sübjektif hukuka aykırılık teorisinde ise, zarar sonucunu doğuran her fiil, failin bu zararı vermek konusunda bir yetkisi bulunmuyorsa, hukuka aykırı olarak nitelendirilmektedir. Bu teorisinin İsviçre Hukuku'nda ortaya çıkışı ve daha önceleri bu görüşü savunan yazarlar hakkında bilgi için bkz. BK-*Becker*, OR Art. 41, N. 37; BeK-*Brehm*, OR Art. 41, N. 33e. Yine görüş hakkında bu yazarların yanı sıra ayrıca bkz. Görüşe ilişkin bu açıklama için bkz. *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 476; BaK-*Schnyder*, Art. 41, N. 32; *Rey*, § 6, N. 677; *Oftinger/Stark*, Bd. I, s. 171, dpn. 21; *Huguenin*, OR AT/BT, N. 1943.

[28] *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 475; *Oğuzman/Öz*, C. II, s. 11-12; *Honsell/Isenring/Kessler*, § 1, N. 5; *Huguenin*, OR AT/BT, N. 1843; *Keller*, s. 132.

[29] Mutlak hakların ihlâlinde hukuka aykırılığın söz konusu olması bağlamında mutlak hak kavramını açarak kişilik haklarının ihlâlinde hukuka aykırılığın söz konusu olacağı ifadesi için bkz. *Huguenin*, OR AT/BT, N. 1944; *Oftinger/Stark*, Bd. I, s. 176, N. 26; *Oğuzman/Öz*, s. 55.

[30] Bu bağlamda bir mutlak hakkın veya davranış normunun ihlâlinde hukuka aykırılığın söz konusu olacağı hakkında bkz. BeK-*Brehm*, OR Art. 41, N. 35, 37e; *Huguenin*, OR AT/BT, N. 1942, N. 1950, 1951; *Honsell/Isenring/Kessler*, § 4, N. 2 vd., N. 26 vd., özellikle N. 27a; *von Tuhr/Peter*, s. 409; *Keller*, s. 107 vd.; *Oğuzman/Öz*, s. 64; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 482.

[31] Değişik tanımlar için bkz. *Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Rumo-Jungo, Alexandra*: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich-Basel-Genf 2002, s.76; *Hausbeer, Heinz/Aebi-Müller, Regina, E.*: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012, s.128; *Helvacı, Serap*: Gerçek Kişiler, Arıkan Yayınları, İstanbul 2006, s. 3.

karşı ileri sürülebildiği', 'kişiye, kişi olması nedeniyle tanındığı', bu özelliğin 'doğumla başlayıp ölümle sona erdiği', 'kişilik haklarının kullanımının sınırsız olmadığı', 'bir kimsenin kişilik haklarının sınırının diğer bir kimsenin kişilik haklarının başladığı yer olduğu'dur^[32].

Kişilik haklarının kapsamına, kişisel özgürlüğün dâhil olduğu Türk Medenî Kanun'un 23'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında^[33] açıkça vurgulanmıştır. "Kişisel özgürlük" ayrıca Anayasa'nın 17'nci maddesinde^[34] de garanti altına alınmıştır. Anayasa'nın 17'nci maddesi bir kimsenin kişiliğini serbestçe oluşturmasını, geliştirmesini hükme bağlamış; yine Anayasa'nın 13'üncü maddesi^[35], kişinin üçüncü kişilerle özgürce ilişki kurmasını güvence altına almış ve kişilerin ilişki kurmalarının sınırlarının yasayla ve ölçülülük ilkesi çerçevesinde belirleneceğini vurgulamıştır. Bu bağlamda, ölçülülük ilkesine ters düşecek ve yasaların sınırlarını aşacak şekilde kişi özgürlüğü sınırlanamayacaktır^[36].

Kişinin özgürlüğü cinsel özgürlüğünü de kapsadığından^[37], kişi, fiili ceza hukuku normlarına göre suç teşkil etmediği sürece, dilediği kişiyle cinsel ilişki kurma özgürlüğüne sahiptir. Bu özgürlük, sadakat yükümlülüğü aracılığıyla sınırlanamaz.

[32] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Oğuzman, Kemall Selîçi, Özerl Oktay Özdemir, Saibe**: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 15. Bası, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul 2015, s. 135 vd.; özellikle, s. 154; **Helvacı**, s. 74 vd.

[33] TMK m. 23/II hükmü şu ifadeyi taşımaktadır: "Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez ve onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz."

[34] Anayasa'nın "I. Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı" kenar başlığını taşıyan 17'nci maddesi şu ifadeyi taşımaktadır: "Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir (1). Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz (2). Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz (3). (Değişik: 7.5.2004-5170/3 md.) Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır (4)."

[35] Anayasa'nın "II. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlığını taşıyan ilgili 13'üncü maddesi "(Değişik: 3.10.2001-4709/2 md.) Temel hak ve hürriyetler, özlere dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

[36] **Serozan**, Sadakat, s. 454.

[37] **CHK-Aebi-Müller**, ZGB Art. 28, N. 11.

Kişi özgürlüğünün, bir kimsenin dilediği kişiyle ilişki kurma özgürlüğünü de kapsadığı noktasından hareket edildiğinde, her tür ilişki bakımından söz konusu ilişkiyi kurma hakkının kişilik hakkı olarak kabul edilmesinin mümkün olup olmadığı sorusunun yanıtlanması gerekir.

İnsanlar doğumlarından ölümlerine kadar pek çok ilişki içine girerler. Bu ilişkilerin bir kısmı insanların hayatı süresince devâm eder; bir kısmı ise zaman içinde sona erer. Bilindiği gibi, bir ilişkinin kurulması iki tarafın serbest iradelerine dayanır. Bu hâlde, bütün bu ilişkiler devâm etsin veya etmesin, ilişkinin kendisinin hukuken korunan bir değer olup olmadığı sorusunun yanıtlanması gerekir. Bu çerçevede acaba, söz konusu ilişkinin kendisi bir kişilik hakkı mıdır? Bir kimse bir kişiyle kurmuş olduğu ilişkiyi yaşamı boyunca devâm ettirmek zorunda mıdır? İlişki kurduğu kişi, karşı tarafı bu ilişkiyi devâm etmesi için zorlayabilir mi?

Bir kimse, bu ilişkiyi evlendiği kişi ile kurabileceği ve devâm ettirebileceği gibi, evli olsun veya olmasın üçüncü kişiyle de kurulabilir. Bir ilişkinin kurulması ve devâm ettirilmesi ilişkiye taraf olanların temel kişisel ilişki kurma özgürlüğüne dayanır. Kurulmuş olan bir ilişkinin sona erdirilmesi de yine her iki tarafın veya taraflardan birinin kişisel özgürlüğünü kullanmasıyla olur.

Evlilik birliğinde sadakat yükümlülüğünü ihlâl eden eş de, kişi olması nedeniyle, hukuken korunan bir kişilik alanına sahiptir. Bu husus görmezlikten gelinemez. Herkes, dolayısıyla evli eş de, kişilik alanına dâhil ilişkilerini suç teşkil etmemek kaydıyla dilediği gibi düzenleme özgürlüğüne sahiptir. Herkes bu ilişkiyi eşiyile sürdürebileceği gibi, üçüncü bir kişiyle de sürdürebilir.^[38] İlişkinin ihlâlinin veya sona erdirilmesinin mağduru olan eşin kişilik haklarının sınırı, ilişkiyi ihlâl eden eşin kişilik haklarının başladığı yerdir. Hatta üçüncü kişinin kişilik hakkının başladığı yer de, yine mağdur olan eşin kişilik hakkı bakımından bir sınır oluşturur^[39].

Ahlâkî açıdan bakıldığında, ilişkiden zarar gören eşin kişilik hakkının, zarar veren eşin ilişki kurma özgürlüğüne dayalı kişilik hakkından ağır bastığı düşünülebilir. Ancak, burada sorulması gereken soru, kişinin Türk Medenî Kanunu'nun 23'üncü maddesinin 2'nci fıkrası hükmünde yer alan "hiç kimse özgürlüğünden vazgeçemez veya onları hukuka ve ahlâka aykırı olarak sınırlandırmaz" kuralı ile Anayasa'nın 17 ve 13'üncü maddelerinde vurgulanan hükümler karşısında, evlilikte kanun koyucunun öngördüğü sadakat yükümlülüğünün

[38] Stark, s. 523.

[39] Stark, s. 523.

hayat boyu devâm etmesi gerektiği, zira eşlerin başka kişilerle ilişki kurma haklarının sınırlandırılmış olduğu görüşünün hukuk mantığıyla örtüşüp örtüşmediğidir.

Hukuk düzeni de evlilik birliğiyle kurulan ilişkinin hayat boyu devâm etmesi gereğine karşı olumsuz bir tutum benimsemiştir. Nitekim, kanunkoyucu, Türk Medenî Kanunu'nun 23'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında, bu görüş doğrultusunda kural olarak kişilerin özgürlüklerinden vazgeçemeyecekleri^[40] hükmünü getirmiş; öte yandan yine Kanun'un 161-166'ncı maddelerinde eşlerin çeşitli nedenlerle evlilik birliğini sona erdirebileceklerini hükme bağlamış ve böylelikle eşlere, kurmuş oldukları evliliği ömür boyu devâm ettirme yükümlülüğü yüklememiş bulunmaktadır. Bu şekilde, eşlere, anlaşarak veya tek başlarına bu ilişkiyi devâm ettirmeme kararı alma imkânı Kanun'la tanınmıştır. Bu durumda belki eşin önce boşanma dâvası açması ve sonra bir üçüncü kişi ile ilişki kurması gerektiği görüşü ileri sürülebilir. Ancak bu görüşe dayanılacak olursa, bu durum mağdur eşe hiçbir yarar sağlamayacak, sadece eşin üçüncü kişiyle ilişki kurma süreci biraz uzamış olacak; cezaî bir bekleme süresi konmuş olacaktır.

Esasında, eşlerden birinin bu ilişkiyi ihlâl etmesi, sadece hukuk düzeni tarafından korunan kendi kişisel özgürlük alanı içinde kalan bir husustur. Bir diğer ifadeyle, eş, diğer eşin kişilik alanını ihlâl etmemektedir. Bir ilişkiyi özenle devâm ettirmek veya sona erdirmek her iki tarafa verilmiş bir haktır ve her iki tarafın kendi özgürlük alanına dâhildir. Eş bu ilişkiyi ihlâl etmekle, diğer eşin kişilik alanına müdahale etmiş olmamaktadır.

Üçüncü kişinin fiili de hukuk düzeni tarafından koruma altına alınmış olan kendi kişisel özgürlük alanı içinde kalır; üçüncü kişi de bu alan içinde ilişkilerini dilediği şekilde kurma hakkına sahiptir.^[41] Yukarıda da ifade edilmiş olduğu üzere, üçüncü kişinin kişilik alanının başladığı yerde, sadakat yükümlülüğünün ihlâlinde zarar gören eşin kişilik alanı sona erecektir.

Yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere kişilik hakkı ve bu çerçevede, kişinin kişisel özgürlük alanı içinde ilişkilerini serbestçe kurma hakkı herkes için geçerli olduğundan, evlilik birliğini ihlâl eden eş için de geçerlidir.

Sadakat yükümlülüğünün ihlâlinin hukuka aykırı olduğu yolunda bir norm, Aile Hukuku normları arasında yer almamaktadır. Kanun koyucu, eşlerden birinin sadakat yükümlülüğünü ihlâl etmesi hâlinde, diğer eşe evlilik birliği

[40] *Oğuzman/Seliçi/ Oktay Özdemir*, s. 154; *Dural/ Ögüz*, s. 146 vd. TMK m. 23 hükmünü karşılayan İsv.MK m. 27 çerçevesinde hiç kimsenin özgürlüğünden vazgeçemeyeceğine ilişkin olarak bkz. *CHK-Aebi-Müller*, ZGB Art. 27, N. 6.

[41] Cinsel ilişki kurma hakkının, kişinin kişilik haklarına dâhil olduğuna ilişkin olarak bkz. *CHK-Aebi-Müller*, ZGB Art. 28, N. 11.

içinde, davranışın durdurulmasına, önlenmesine yönelik bir dâva açma hakkı tanımamış^[42] olduğu gibi tazminat dâvası açma hakkı da vermemiştir. Hâlbuki bir davranış kişilik haklarına aykırılık nedeniyle hukuka aykırı ise, o davranışın durdurulmasının, önlenmesinin ve davranış nedeniyle uğranılan zarar bakımından tazminat talep edilebilmesinin mümkün olması gerekir. Norm böyle bir yaptırım öngörmüyorsa, o davranışı hukuka aykırı olarak kabul edilmesi mümkün değildir; çünkü bir davranışın hem kişilik haklarına aykırılık nedeniyle hukuka aykırı olduğunu kabul etmek, hem taraflara o davranışa karşı durdurma dâvası açma hakkı tanımamak hukuk mantığıyla bağdaşmaz. Kanun koyucu çok açık bir şekilde eşe, diğer eşin sadakat yükümlülüğünü ihlâl etmesi hâlinde ona karşı tazminat dâvası açma hakkını, ancak boşanma dâvası açması hâlinde ve Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrasındaki şartlar oluşmuşsa tanımış bulunmaktadır.

Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında “boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan mânevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir” hükmüne yer verilmiştir. Burada sorulması gereken soru, söz konusu hükümde kanun koyucunun sadakat yükümlülüğünün ihlâlini, Türk Medenî Kanunu'nun 24'üncü maddesi anlamında bir kişilik hakkı olarak mı nitelendirmiş olduğudur. Yoksa Türk Medenî Kanun'un 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrası özel bir koruma normu mudur? Bu çerçevede hükümde geçen “kişilik hakkının ihlâli” kavramının, Türk Medenî Kanunu'nun 24'üncü maddesindeki kişilik hakkı kavramından farklı bir içeriğe sahip olduğunun kabul edilmesi mümkün müdür?

Sadakat yükümlülüğünü ihlâl eden eşle birlikte olan üçüncü kişinin, bu davranışıyla, eşler arasındaki ailevî ilişkilerin bozulmasına neden olduğu yahut katkıda bulunduğu şüphesizdir. Çünkü, eşlerden birinin üçüncü kişiyle kurduğu böyle bir ilişkinin eşler arasındaki güven duygusunu sarsması kaçınılmazdır. Sadakat yükümlülüğünü ihlâl etmemiş olan eşin bu ihlâl dolayısıyla mânevî açıdan zarar görmüş olması, üzüntü duymuş olması mümkündür. Ancak eşin davranışının haklı olmayışı, o davranışın mutlaka Türk Borçlar Kanunu'nun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrası anlamında hukuka aykırı olması sonucunu yaratmaz. Bir ilişkinin bozulması sonucunu doğuran davranış, her zaman o

[42] Eşlerden birinin sadakat yükümlülüğünü ihlâl etmesi hâlinde, yükümlülüğü ihlâl eden eş aleyhine diğer eşin TMK m. 24/I hükmünü karşılayan İsv.MK m. 28/I hükmünde yer alan korumadan yararlanamayacağı, başka bir ifadeyle saldırının durdurulması talebinde bulunamayacağı hakkında bkz. BK-*Hausbeer/Reusser/Geiser*, Vorbem. zu ZGB Art. 171, N. 24 vd; ZK-*Bräm*, ZGB Art. 159, N. 69; *Hegnauer/Breitschmid*, N. 15.27.

fiilin aynı zamanda hukuka aykırı olması anlamına gelmez^[43]. Türk Medenî Kanunu'nun 185'inci maddesi, yukarıda da vurgulanmış olduğu gibi, Aile Hukuku'na özgü özel bir hükümdür. İlgili hüküm bu çerçevede yaptırımı olmayan, bir diğer ifadeyle eksik bir hükümdür ve sadece eşler arasında uygulanacağı öngörülen bir hükümdür. Bu hüküm sadakat yükümlülüğünün ihlâli hâli bakımından bir yaptırım getirmemiştir. O hâlde, yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere, bir eylemin durdurulması için, durdurma dâvası açma imkânı kanun koyucu tarafından düzenlenmemişse, kanun koyucu bunu istememişse, o eylemin kişilik haklarına aykırılık nedeniyle hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi hukuk kurallarıyla bağdaşmaz.^[44] Kanun koyucu Türk Medenî Kanunu'nun 185'inci ve devâmı maddelerinde, sadakat yükümlülüğünün ihlâli hâlinde, durdurma dâvasının veya eşe karşı tazminat dâvasının açılmasını istememiştir. Kanun koyucu Aile Hukuku'nda müessesenin kendine özgü yapısı nedeniyle, bu müessesenin mahiyetine uygun özel hükümler öngörmüştür. Bu hükümler sınırlı sayıdadır; artırılmaz. Dolayısıyla, mevcut hükümleri atlayarak veya bu hükümleri Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan haksız fiil hükümlerini de dâhil ederek genişletmek, aile kurumunun hukukî mahiyeti ile bağdaşmaz.

Sonuç itibarıyla sadakat yükümlülüğünün ihlâl eden eşin fiili hukuka aykırı bir fiil olarak nitelendirilemez.

Burada ilişkiyi kuran eşin davranışı kendi kişisel özgürlüğüne dayanırken ve bu ilişki zorunlu olarak tek yanlı olmayıp üçüncü bir kişinin fiilini de gerektirdiğinden, üçüncü kişinin fiili de haksız fiil olarak nitelendirilemeyecektir. Aksinin kabulü hukuk mantığıyla bağdaşmaz. Bu çerçevede, bir fiili, fiile katılanlardan biri için farklı, bir diğeri için farklı şekilde nitelemek kabul edilebilir bir çözüm şekli olamaz.^[45] Ayrıca, sadakat yükümlülüğünün ihlâl etmemiş olan eşin, sadakat yükümlülüğünü ihlâl etmiş eşine karşı, daha evlilik birliği devâm ederken bir yaptırım uygulanmasını talep etmesi mümkün değilken, aynı fiile ortak olan üçüncü kişiye karşı yaptırım uygulanmasını talep etme hakkına sahip

[43] Bu durum esas itibarıyla, objektif hukuka aykırılık çerçevesinde hukuka aykırılığın ancak bir mutlak hak veya zilyetlik yahut bir koruma normu ihlâl edilmişse söz konusu olacağına ilişkin kabulün bir sonucudur. Hukuka aykırılığın belirlenmesinde objektif hukuka aykırılığın esas alınacağı kabul edilmektedir. Bkz. *Oftinger/Stark*, Bd. I, s. 174, N. 22; *BeK-Brehm*, OR Art. 41, N. 33c; *Huguenin*, OR AT/BT, N. 1942; *CHK-Müller*, OR Art. 41, N. 43; *Honsell/Isewring/Kessler*, § 4, N. 1; *Oğuzman/Öz*, s. 64; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 476.

[44] *BK-Hausbeer/Reusser/Geiser*, ZGB Art. 159, N. 12.

[45] Bir fiilin, fiile katılanlardan biri için hukuka uygun diğer için hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi, ancak fiile katılanlardan birinin fiili bakımından bir hukuka uygunluk nedeni mevcutsa söz konusu olur. Sadakat yükümlülüğünün ihlâl eden eşin bu fiilinin hukuka aykırı olmaması ise, bir hukuka uygunluk sebebinden kaynaklanmamaktadır.

olduğunun kabul edilmesi, eşitlik ilkesine de açıkça aykırıdır.^[46] Bu bağlamda, sadakat yükümlülüğünün ihlâli nedeniyle zarar gören eş, üçüncü kişiye karşı evlilik birliğinin ihlâli fiiline dayanarak tazminat dâvası açamaz.

Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrası, boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan tarafın, diğer eşten mânevî tazminat isteyebileceğini öngörmüştür. Maddenin yorumundan, her eşin diğer eşe karşı olan ilişkisinin ve bu çerçevede sadakat yükümlülüğünün bir kişilik hakkı olduğu sonucu çıkarılır ve bu yorumdan hareket edilecek olursa, Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrasının, Türk Medenî Kanunu'nun 24'üncü ve Türk Borçlar Kanunu'nun 58'inci maddelerinin bir uygulaması olduğu sonucuna varılır. Bu düşünce tarzından hareket edildiğinde ise, Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrası hükmü aşılırsa, Türk Medenî Kanunu'nun 24'üncü ve Türk Borçlar Kanunu'nun 58'inci maddelerine^[47] göre, üçüncü kişinin davranışının da hukuka aykırı olduğu sonucuna varılacaktır. Ancak, bu görüş benimsenecek olursa, yukarıda belirtilen kişilik kavramının tanımından, kişinin davranış özgürlüğü yolunda kanun koyucunun vurguladığı değer hükümlerinden ayrılmış olur.

Her şeyden önce, Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrası hükmünde öngörülen düzenlemeyle, sadece boşanma dâvası nedeniyle, kişilik hakları ihlâl edilen eşe mânevî tazminat talep etmek hususunda bir hak tanınmıştır. Hâkimin evlilik birliğini sona erdirmeyip, ayrılık kararı vermesi durumunda ise, eşin bu şekilde diğer eşten tazminat talep etme hakkı söz konusu değildir. Aynı şekilde yukarıda da ifade edilmiş olduğu üzere Türk Medenî Kanunu'nun 197'nci maddesinde, eşe, ortak hayat sebebiyle kişiliğinin, ekonomik güvenliğinin veya aile huzurunun ciddî biçimde tehlikeye düşmesi hâli bakımından, ayrı yaşama hakkı tanınmışken, tazminat talep etme hakkı öngörülmemiştir.

Eşler arasındaki sadakat ilişkisi özel bir kişilik hakkı olarak kabul edilecek, bir diğer deyişle eşler arasındaki sadakat ilişkisinin bir kişilik hakkı olarak diğer eşin kişisel özgürlüğü ile sınırlanmadığı kabul edilecek olursa, o zaman da şu sonuca varılması gerekir: Eşler arasındaki sadakat ilişkisinin ihlâli, eğer bir

[46] *Serozan*, Sadakat, s. 455.

[47] "3. Kişilik hakkının zedelenmesi" kenar başlığını taşıyan TBK m. 58 şu ifadeyi taşımaktadır: "Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevî zarara karşılık manevî tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir (f. 1). Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir (f. 2)."

kişilik hakkının ihlâli ise, o ilişkinin ihlâli sadece boşanmanın gerçekleşmesi hâlinde tazminata yol açmamalıdır. Çünkü fiil hukuka aykırıysa, boşanma dâvası açılmadan önce de hukuka aykırıdır. Bir fiilin hukuka aykırılığı, kişinin hukukî değerlerini ihlâl etmesi hâlinde söz konusu olur^[48]. Bu çerçevede eğer, zarara neden olan fiil bakımından bir hukuka uygunluk nedeni mevcutsa, fiilin hukuka uygun olduğu kabul edilir.^[49] Hukuka uygunluk nedenleri, zarar gören kişinin rızası ile zarar veren kişinin üstün bir menfaatinin bulunması hâlleridir(TMK 24/II). Burada, mesele ile ilgili sorulması gereken soru şudur: Sadakat yükümlülüğünün ihlâli, kişilik hakkının ihlâli hâllerinden biri olarak kabul edilecek olursa, evlilik birliğinin boşanmayla sonuçlanmasına gidilmediği durumlarda, bu ihlâl hukuka uygun olarak mı kabul edilecektir? Bir diğer ifadeyle aynı fiil evlilik birliği devâm ettiği süre içinde hukuka uygun, boşanma dâvası açıldığında hukuka aykırı olarak mı nitelendirilecektir?

Fiilin hukuka uygun olması sonucunu doğuran nedenlerden biri, zarar görenin fiile rıza göstermiş olmasıdır. Bu durumda, acaba, boşanma dâvası açılmaması, diğer eş tarafından fiile rıza gösterilmiş olduğu şeklinde yorumlanıp, sadakat ilişkisinin ihlâli hâlinde, bu fiilin hukuka uygun olduğunun kabul edilmesi, hukuk mantığıyla bağdaştırılabilecek midir? Ayrıca, eşin sadakat ilişkisinin ihlâline boşanma dâvası açmamak suretiyle rıza göstermiş sayılması, öğretide ve mahkeme kararlarında reddedilmektedir.

Fiili hukuka uygun hâle getiren bir diğer neden, zarar veren kişinin üstün yararının bulunmasıdır (TMK m. 24/II). Sadakat yükümlülüğünün ihlâlinde böyle bir durumun söz konusu olmayacağı ise açıktır.

Öğretide ileri sürülen bir diğer düşünce^[50], dogmatik bir ihtimâl olarak eşler arasındaki kişisel ilişkilerin Türk Medenî Kanunu'nun 24'üncü maddesi kapsamında korunan bir hukukî değer(kişilik hakkı) olarak yapılandırılmasının mümkün olup olmadığına ilişkindir. Bu düşünce kabul edilecek olursa, her eşe Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrası aşılacak suretiyle, yine Kanun'un 24'üncü ve Türk Borçlar Kanunu'nun 58'inci maddelerindeki hükümlere göre, bir hak tanımak gerekir. Bu durumda da sadakat yükümlü-

[48] *Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan*: Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2016, s. 149, N. 741. Bir fiilin ne zaman hukuka aykırı sayılacağına ilişkin olarak ayrıca bkz. *von Tuhr/Peter*, s. 409; *Keller*, s. 107 vd; BeK-*Brehm*, OR Art. 41, N. 35, 37e; *Huguenin*, OR AT/BT, N. 1942, N. 1950, 1951; *Honsell/Isenring/Kessler*, § 4, N. 2 vd., N. 26 vd, özellikle N. 27a; *Oğuzman/Öz*, s. 64; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 482.

[49] *von Tuhr/Peter*, s. 416 vd; *Rey*, § 6, N. 758 vd; BK-*Brehm*, OR, Art. 41, N. 60 vd; *Keller*, s. 111 vd; *Eren*, s. 601 vd. Kişilik hakkına saldırı niteliğindeki fiillerde hukuka uygunluk sebepleri için bkz. CHK-*Aebi-Müller*, ZGB Art. 28, N. 30 vd.

[50] *Stark*, s. 530.

lüğünü ihlâl eden eşe karşı, diğer eş, evlilik birliği devâm ederken de tazminat dâvası açabilecektir. Bu çözüm yolu benimsenecek olursa, eş, evlilik birliği devâm ettiği süre içinde Türk Medenî Kanunu'nun 24'üncü ve Türk Borçlar Kanunu'nun 58'inci maddelerindeki hükümlere göre; boşanma hâlinde ise Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrası hükmüne göre tazminat talep edebilecektir.

Bu görüşün kabulü hâlinde, Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrası hükmünün bir anlamı kalmayacak; maddenin içi boşaltılmış olacaktır. Bu ise yürürlükteki Kanun ile bağdaştırılamaz.

Öğretide ve uygulamada kabul edilen görüşe göre, sadakat yükümlülüğünü ihlâl eden eşten sadakat yükümlülüğünün ihlâli nedeniyle sadece Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrası hükmünde yer alan koşulların oluşması şartıyla, açılmış bir boşanma dâvası sırasında mânevî tazminat talep edilebilir^[51]. Bu çerçevede, Türk Medenî Kanunu'nun 24'üncü^[52] ve Türk Borçlar Kanunu'nun 58'inci maddeleri, eşlerden birinin sadakat yükümlülüğünü ihlâl etmesi hâlinde uygulama alanı bulmayacaktır. Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrası hükmünde düzenlenmiş olan tazminat yükümlülüğü, sorumluluk hukuku anlamında bir hukukî yararın (kişilik hakkının) ihlâlüne dayanmamaktadır. Türk Medenî Kanun'un 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrası hükmü, daha ziyade Aile Hukuku'na özgü, özel bir hükümdür ve söz konusu hükümde öngörülmüş olan hukuki yarar (kişilik hakkı), diğer eşin kişisel özgürlüğünü sınırlamaz.^[53]

Üzerinde durulması gereken bir diğer mesele, eşin sadakat ilişkisini ihlâl fiiline katılan üçüncü kişinin bu davranışının Aile Hukuku hükümleri ile çatışıp çatışmadığıdır.

Türk Medenî Kanunu'nun 185'inci maddesinin 3'üncü fıkrası hükmü, yukarıda da birçok kereler tekrar edildiği üzere, evlilik birliği devâm ederken eşler arasında sadakat yükümlülüğünün ihlâli hâlini düzenleyen bir hükümdür. Bu yükümlülük evlilik birliğinin kurulmasıyla başlar ve evlilik birliğinin sona ermesiyle de son bulur. Evlilik birliğinin ölümle, boşanma ile sona ermesi arasında fark yoktur. Kısaca eşler arasında öngörülen sadakat ilişkisi kişilik

[51] *Stark*, s. 530

[52] TMK m. 24 hükmünü karşılayan İsv.MK m. 28 hükmünün evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin ihlâlinde gündeme gelmeyeceğine ilişkin olarak bkz. *Hegnauer/Breitschmid*, N. 15.27; *ZK-Bräm*, ZGB Art. 159, N. 69; *BK-Hausbeer/Reusser/Geiser*, Vorbem. zu ZGB Art. 171, N. 24 vd.

[53] *Stark*, s. 531.

hakkından kaynaklanan, yani kişiye kişi olması nedeniyle tanınan, doğumundan ölümüne kadar devâm eden, herkese karşı ileri sürülebilen bir hak değildir. Kanun koyucunun düzenlediği bu norm (TMK m. 185/III), özel bir normdur ve sadakat ilişkisinin ihlâli hâlinde, eşin boşanma dâvası açması durumunda, Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrası hükmünün aradığı şartlar oluşmuşsa, diğer eşten tazminat isteme hakkının bulunduğu düzenlendiği bir hükümdür.

Sadakat yükümlülüğünün ihlâli sadece eşler arasında geçerlidir. Türk Medenî Kanunu'nun 185'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında düzenlenmiş olan bu yükümlülüğün kapsamına üçüncü kişi dâhil edilemez.^[54] Ayrıca Aile Hukuku hükümleri arasında üçüncü kişinin fiilinin Borçlar Hukuku anlamında hukuka aykırı olduğuna ilişkin bir hüküm de yer almamaktadır. Sadakat yükümlülüğünü ihlâl eden eşin davranışı bile sorumluluk hukuku anlamında haksız fiil olarak kabul edilmezken, aynı fiile taraf olan üçüncü kişinin fiilini farklı bir şekilde nitelendirmek hukuk mantığı ile bağdaşmaz.

Ayrıca sadakat ilişkisinin herkese karşı ileri sürülebilen sınırsız bir kişilik hakkı olduğuna ilişkin bir dayanak noktası Aile Hukuku'ndaki hükümler arasında yer almamaktadır. Bu durumda, üçüncü kişinin fiilinin Türk Borçlar Kanunu'nun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrası anlamında hukuka aykırı fiil olarak nitelendirilebilmesine imkân yoktur.

Evlilik birliğini ihlâl eden eşin ve fiile iştirak eden üçüncü kişinin müteselsil sorumlu olup olmadıkları hususuna gelince, sadakatle yükümlü olan eş bu yükümlülüğü ihlâl etmiştir; dolayısıyla fiilde asıl sorumlu olan üçüncü kişi değildir. Evliliği ihlâl eden kişinin, yukarıda yapılan açıklamalarda yer alan bütün hususlar göz ardı edilerek üçüncü kişi olduğu kabul edilecek olursa, hem sadakat yükümlülüğünü ihlâl eden eşin hem de üçüncü kişinin müteselsil olarak sorumlu olmaları gerekir (TBK m. 61). Hâlbuki Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrası hükmüne göre sadakat yükümlülüğünü ihlâl eden eşe karşı tazminat dâvası ancak boşanma dâvasının açılması hâlinde mümkündür. Dolayısıyla üçüncü kişinin fiili haksız fiil olarak kabul edilecek olursa, bir yandan evlilik birliği devam ediyor olduğundan müteselsil sorumlu olan kişilerden birine dâva açılmıyor olması şeklinde, diğer yandan da üçüncü kişinin zararı tazmin ettiği takdirde fiili işleyen eşe rücu etme imkânına sahip olmaması şeklinde kabul edilmesi mümkün görünmeyen iki ayrı sonuç ortaya çıkacaktır.

[54] BK-*Hausheer/Reusser/Geiser*, ZGB Art. 159, N. 12; ZK-*Bräm*, Art. 159, N. 15.

Kişilik hakkı açısından evlilik birliğinde sadakat yükümlülüğünün ihlâlinde fiile katılan üçüncü kişinin bu davranışının Türk Borçlar Kanunu'nun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrası anlamında hukuka aykırı olarak nitelendirilemeyeceği, Aile Hukuku'nda da aksine bir düzenleme bulunmadığı ve durdurma dâvasının imkânsızlığı ile mânevî tazminatın kabulünün dogmatik olarak bir arada düşünülmemesi, Türk Medenî Kanun'un 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrası hükmüne göre, mânevî tazminatın sadece boşanma dâvasının açılması hâlinde mümkün olduğu hususları gözönünde tutulursa, üçüncü kişiden tazminat istenemeyeceğinin kabulü gerekir.

Sonuç

Her eş, Türk Medenî Kanunu'nun 185'inci maddesinde yer alan düzenleme gereği diğer eşten sadakat yükümlülüğünü ihlâl edecek ilişkilerden kaçınmasını isteme hakkına sahiptir. Zira ilgili hükümde, eşlerin birbirlerine sadakat göstermeleri, yine eşlere bir yükümlülük olarak yüklenmiş ve yine Kanun'un 195'inci maddesinde de evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi hâlinde uygulanmak üzere, eşlerden birinin veya her ikisinin hâkimin müdahalesini isteyebilmesi, hâkimin onları sadece uyarması, uzlaştırmaya çalışması ve eşlerin ortak rızalarıyla uzman kişilerden yardım almalarının sağlanması gibi tedbirlere yer verilmiştir.

Bu çerçevede Türk Medenî Kanunu'nun anılan 185'inci maddesi, yaptırımı olmayan, eksik norm teşkil eden bir hüküm içermektedir ve üçüncü kişilere değil, sadece eşlere yükümlülük yükleyen ve bu bağlamda eşler bakımından nispi hak yaratan bir hükümdür. Dolayısıyla eşlerin esas itibarıyla, sadakat yükümlülüğünden kaynaklı olarak üçüncü kişilere karşı ileri sürebilecekleri bir mutlak hakları söz konusu değildir.

Öte yandan Türk Medenî Kanunu'nun ilgili 185'inci maddesi, Kanun'un Aile Hukuku Kitabı'nda yer alan özel bir hükümdür. Kanun koyucu, burada, Aile Hukuku'nun özelliklerini gözönünde tutarak sadakat yükümlülüğüne ilişkin özel bir düzenlemeye gitmiştir. Aile Hukuku'ndaki bu özel düzenleme karşısında eşlerin Kanun'da öngörülen sadakat yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, Kanun'un 195'inci maddesinde özel olarak düzenlenmiş bir takım hususların gündeme gelebileceği düzenlenmiş olduğundan, evlilik birliği devâm ettiği müddetçe, Borçlar Kanunu'ndaki hükümlere, dolayısıyla haksız fiil hükümlerine başvurulması gündeme gelmeyecektir.

Kanun koyucu, sadakat yükümlülüğünü ihlâl eden eşe karşı, diğer eşin boşanma dâvası açabileceğini ve ancak bu durumda Türk Medenî Kanun'un

174'üncü maddesindeki şartlar oluşmuşsa, mânevî tazminat istenebileceğini hükme bağlamış olduğundan, eşlerden birinin sadakat yükümlülüğünü ihlâl etmesi hâlinde, evlilik birliği devâm ederken diğer eşin mânevî tazminat dâvası açması mümkün değildir.

Aile Hukuku'nda evli kişiyle birlikte olan kişinin bu davranışının sonuçlarına ilişkin özel bir hükme yer verilmiş olmadığından, üçüncü kişinin tazminatla yükümlü tutulup tutulmayacağı doğrudan doğruya sorumluluk hukuku çerçevesinde belirlenmelidir.

Bu hâlde üçüncü kişinin sorumlu tutulacağına ilişkin özel bir sorumluluk normu ihdas edilmiş değildir.

Üçüncü kişinin davranışı, Türk Borçlar Kanunu'nun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrası anlamında hukuka aykırı fiil olarak değerlendirilemez. Zira hukuka aykırılık olarak değerlendirilebilecek bir mutlak hak ihlâli veya sadece bu tür zararlar bakımından evli eşle birlikte olan kişinin tazminat ödemesini gerektiren özel bir koruma normu söz konusu değildir.

Bir mutlak hakkın ve bu çerçevede bir kişilik hakkının ihlâl edilmiş olmadığı sonucuna, bir yandan sadakat yükümlülüğünün sadece eşler bakımından getirilmiş bir yükümlülük olması nedeniyle ilgili yükümlülüğün nispi etkisinden; öte yandan, kişilerin evli veya evli olmayan kişilerle cinsel ilişki kurabilmelerine ilişkin özgürlüklerinden yola çıkılarak ulaşılmaktadır. Bu çerçevede, kişilerin istedikleri kişiyle ve bu bağlamda evli bir kişiyle cinsel ilişki kurabilmeye ilişkin Anayasal güvence kapsamında yer alan özgürlüğü, eşler arasında geçerli olan sadakat yükümlülüğü aracılığıyla, ölçsüz ve yasal olmayan bir şekilde sınırlandırmaz. Öte yandan hâlihazırda hiç kimse, yasal anlamda, kurduğu bir ilişkiyi ilâhiyene devâm ettirme yükümlülüğü altına konulamayacağından, sadakat yükümlülüğü eşler açısından bakıldığında dahi, onların diledikleri kişiyle cinsel ilişki kurma haklarını ortadan kaldıran bir hüküm olarak değerlendirilemez. Hâlihazırda kanun koyucu da evlilik birliğini muhakkak, eşler yaşadığı müddetçe devâm etmesi zorunlu bir birlik olarak telakki etmemiştir. Bu bağlamda evlilik birliğini devâm ettirmek veya sona erdirmek kanunla eşlere tanınmış bir hak olduğundan, sadakat yükümlülüğünü ihlâl eden eş, diğer eşin kişilik alanını ihlâl etmiş de olmamaktadır.

Üçüncü kişinin, evli kişiyle cinsel birliktelik kurmasının kişilik haklarının ihlâli kapsamında hukuka aykırı davranış olarak nitelendirilmesi önündeki bir diğer engel de, ilgili davranışın önlenmesi veya durdurulması için dâva açma imkânının Kanun'da düzenlenmemiş olmasıdır. Hâlbuki bir davranış hukuka

aykırı ise, o davranışın durdurulması, önlenmesi ve bu bağlamda tazminat talep edilebilmesi gerekir.

Üçüncü kişinin davranışı aracılığıyla eşler arasındaki ailevi ilişkiler zarar görmüş ve fiile katılmayan eş, bu ihlâl dolayısıyla mânevî açıdan zarar görmüş olabilir. Ancak eşin davranışının haklı olmayışı, o davranışın mutlaka Türk Borçlar Kanunu'nun 49'uncu maddesi anlamında hukuka aykırı olması sonucunu doğurmaz.

Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesi 2'nci fıkrası hükmünde mânevî açıdan zarar gören eşe, sadece boşanma dâvası açması hâlinde mânevî tazminat talep etmek hususunda bir hak tanınmıştır. Hâkimin evlilik birliğini sona erdirmeyip, ayrılık kararı vermesi durumunda eşin böyle bir talep hakkı söz konusu değildir. Aynı şekilde Türk Medenî Kanun'un 197'nci maddesinde eşe, ortak hayat sebebiyle kişiliğinin, ekonomik güvenliğinin veya aile huzurunun ciddi biçimde tehlikeye düşmesi hâli bakımından, ayrı yaşama hakkı tanırken, tazminat talep etme hakkı tanınmamıştır. Bu nedenle, sadakat yükümlülüğünün “eşler arasında geçerli bir özel kişilik hakkı” olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir. Zira eş, evlilik birliği devâm ederken, diğer eşten sadakat yükümlülüğünün ihlâline dayanarak bir tazminat talep etme hakkına sahip değildir. Eğer sadakat yükümlülüğünün ihlâlinin eşin kişilik hakkını zedelediği kabul edilecek olursa, neden bu dâvanın evlilik birliği devâm ederken açılmadığı sorusu yanıtızsız kalacaktır. Zira bir davranış hukuka aykırıysa her durumda hukuka aykırıdır ve ilgili hukuka aykırı fiil sonucunda oluşan zararların tazminini talep etme imkânı verir. Bu hâlde boşanma dâvası açılmadığı için, eşin sadakat yükümlülüğünün ihlâli fiile rıza gösterdiği, bu nedenle de fiilin hukuka uygun hâle geldiği ve bu nedenle tazminat dâvasının açılmıyor olduğu görüşü de yerinde değildir. Zira bu görüş, “boşanma dâvası açılmamasının” sadakat yükümlülüğünün ihlâli hâli bakımından bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmesi gibi, kabulü mümkün olmayan bir sonuç yaratır. Bu bağlamda sadakat yükümlülüğünü ihlâl eden eş dahi, diğer eşin kişilik hakkını ihlâl etmiş sayılmayacağından, üçüncü kişinin fiilinin, fiile katılmayan eşin kişilik hakkının ihlâli nedeniyle hukuka aykırı olduğu da ileri sürülemez.

Öte yandan eşlerin sadakat yükümlülüğünün ihlâl edilmemesine ilişkin haklarının Türk Medenî Kanunu'nun 24'üncü maddesi çerçevesinde koruma altında bulunan bir kişilik hakkı olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir. Zira bu görüşün kabulü, eşin boşanma dâvası açması gerekmeksizin, evlilik birliği devâm ederken Türk Borçlar Kanunu'nun 58'inci maddesi çerçevesinde tazminat dâvası açabileceğinin kabulü sonucunu doğurur ki bu da Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesinin 2'nci fıkrası hükmünün boşa çıkarılması,

ilgili hükmün içinin boşaltılması anlamına geleceğinden mümkün değildir. Bu bağlamda Türk Medenî Kanunu'nun ilgili 174'üncü maddesi 2'nci fıkrası hükmü, kişilik hakkının ihlali nedeniyle tazminat sorumluluğunun düzenlendiği bir hüküm olmayıp, daha ziyade Aile Hukuku'na özgü özel bir hükümdür ve söz konusu hükümde öngörülmüş olan hukuki yarar, diğer eşin kişisel özgürlüğünü sınırlamaz.

Bu şekilde sadakat yükümlülüğünü ihlâl eden eşin davranışının bile sorumluluk hukuku anlamında hukuka aykırı bir fiil olarak kabul edilmesi mümkün değilken, aynı fiile taraf olan üçüncü kişinin fiilinin farklı bir şekilde nitelenmesi hukuk mantığıyla bağdaşmaz.

Evli kişiyle cinsel ilişki kuran kişinin bu davranışı nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'nun 49'uncu maddesinin 2'nci fıkrası çerçevesinde sorumlu tutulması ise, ancak, üçüncü kişi, evli kişiyle, sırf fiile katılmayan eşe zarar vermek amacıyla cinsel birliktelik kurmuşsa söz konusu olacaktır. Zira ahlâka aykırı fiillerden sorumlulukta, özellikle bu şekilde taraflar arasında hüküm doğuran nispi etkili hukuki ilişkilerde zarar verme kastıyla hareket edilmiş olması şarttır.

Sonuç olarak, Yargıtay'ın, konuya ilişkin olarak, Türk Medenî Kanunu'nun 185'inci maddesi 3'üncü fıkrası hükmünün yaptırımsız bir norm olduğunu gözönünde tutması ve sadakat yükümlülüğü karşısında, kişilik hakkına, kişinin davranışlarını özgürce düzenlemesi temel değerlerine öncelik vermesinin kanun koyucunun iradesine daha uygun düşeceği kanaatini taşımaktayız.

KAYNAKÇA

Aebi-Müller, Regina E., Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB, Herausgeber: Peter Breitschmid, Alexandra Rumo-Jungo, 2. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich-Basel-Genf 2012.

Bräm, Verena: “Der Schutz der ehelichen Gemeinschaft: Besonderheiten, Tendenzen, Widersprüche”, Fam.Pra. ch, Stämpfli Verlag, Heft 3, 2006, s. 519- 575.

Bräm, Verena: Zürcher Kommentar, Bd. II/1c, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB), 4. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich 1998.

Brehm, Roland: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, Herausgeber: Heinz Hausheer, Hans Peter Walter, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2013.

Brückner, Christian: Das Personenrecht des ZGB, Stämpfli Verlag AG, Zürich-Basel-Genf 2000.

Bucher, Andreas: Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel-Genf-München 1999.

Dural, Mustafal Ögüz, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2016.

Dural, Mustafal Ögüz, Tufan/ Gümüş, M. Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, 4. Bası, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul 2011.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

Fankhauser, Roland/ Guillod, Sarah: Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Herausgeber: Andrea Büchler, Dominique Jakob, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel-Genf-München 2011.

Hatemi, Hüseyin/ Gökyayla, Emre: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 3. Bası, Vedat Kitapçılık Yayınları, İstanbul 2015.

Hausheer, Heinz/ Aebi-Müller, Regina, E.: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012.

Hausheer, Heinz/ Reusser, Ruth/ Geiser, Thomas: Berner Kommentar, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Art. 159-180 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch,

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.3.2017 Tarih, 2017/4-1334 Esas
Ve 2017/545 Karar Sayılı Kararı Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım

Das Familienrecht, Das Eherecht, Herausgeber: Heinz Hausheer, Stämpfli Verlag AG, Bern 1999.

Heberlein, Adrian/Bräm, Verena: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB, Herausgeber: Peter Breitschmid, Alexandra Rumo-Jungo, 2. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich-Basel-Genf 2012.

Hegnauer, Cyrill/Breitschmid, Peter: Grundriss des Eherechts, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2000.

Helvacı, Serap: Gerçek Kişiler, Arıkan Yayınları, İstanbul 2006.

Honsell, Heinrich/Isewring, Bernhard/Kessler, Martin A., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2013.

Huguenin, Claire: Obligationenrecht, Allgemeiner und Besondererteil, 2. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich 2014.

Jäggi, Peter: "Vom Schutz der Ehelichen Gemeinschaft" Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge, Band 7(1956), Erster Halbband, Helbing Lichtenhahn Verlag, s. 55-67.

Keller, Alfred: Haftpflicht im Privatrecht, Band I, 6. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2002.

Kılıçoğlu, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2016. (Borçlar)

Kılıçoğlu, Ahmet, M.: Aile Hukuku, 2.Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2016, s. 265.

Müller, Christoph: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, Herausgeber: Andreas Furrer, Anton K. Schnyder, 2. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich-Basel-Genf 2002.

Oftinger, Karl/Stark, Emil W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht Zweiter Band: Besonderer Teil–Erster Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung, 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1995, s. 8, N. 23; Bd. II/1, s. 70, dpn. 315.

Oftinger, Karl/Stark, W. Emil: Schweizerischer Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5 Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1995.

Oğuzman, Kemall/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 15. Bası, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul 2015.

Oğuzman, M. Kemall/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 12. Bası, Vedat Kitapçılık Yayınları, İstanbul 2014, s. 259.

Öztañ, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2015.

Padrutt, Willy: Ehestörungsklage, Stämpfli Verlag AG, Bern 1954.

Rey, Heinz: Ausservederträgliches Haftpflichtrecht, 3. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich Basel Genf 2003.

Schönenberger, Beat: Kurzkommentar OR Art. 1-529, Herausgeber: Heinrich Honsell, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2008.

Schwander, İvo: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014.

Schwenzler, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2009.

Serozan, Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık Yayınları, İstanbul 2014.

Serozan, Rona: “Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümüne Aykırılıktan Ötürü Tazminat Talebine Yer olabilir mi?” İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Turhan ESENER’e Armağan, Cilt 15, Sayı 1, Ocak 2016, s. 451-458. (*Sadakat*)

Stark, Emile, W: “Kann ein Dritter wegen Ehestörung zu Genugtuungszahlungen verpflichtet werden?” Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65 Geburtstag, Stämpfli Verlag AG, Bern 1986, s. 515-533.

Tekinay, Selahattin Sulbil/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altıp, Atillâ, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Filiz Kitabevi Yayınları, 7. Bası, İstanbul 1993.

Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörgl/Rumo-Jungo, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich-Basel-Genf, 2002.

von Tuhr, Andreas/Peter, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Schulthess Verlag AG, Zürich 1979.

Zeiter, Alexandra: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Auflage, Herausgeber: Peter Breitschmid, Alexandra Rumo-Jungo, Schulthess Verlag AG, Zürich 2012.



TÜRK HUKUKUNDA TAHKİM ANLAŞMASININ GEÇERLİLİĞİ*

Av. Ceren EYUBOĞLU**

Makalenin Geldiği Tarih: 22.05.2017 **Kabul Tarihi:** 19.06.2017

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** İstanbul Barosu.

ÖZ

Tahkim uluslararası karakterli ticari uyuşmazlıkların en yaygın çözüm yoludur. Tahkim usulünde, doğmuş veya doğabilecek olan uyuşmazlıkların devlet yargısı ile yani mahkemelerde değil, hakem adı verilen kişilerce çözülmesi öngörülmektedir. Hakem kararları milli ve milli olmayan kararlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Milli olmayan tahkim kararlarının Türkiye’de icra edilebilmesi için tenfiz edilmesi gerekmektedir. Tenfiz şartları Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda ve New York Konvansiyonunda düzenlenmiştir. Günümüzde, New York Konvansiyonunu kabul eden çok fazla devlet olduğundan, tenfiz gereken hallerde, genellikle Konvansiyon hükümleri Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerinin önüne geçmektedir. Bu makalede tenfiz şartlarından biri olan tahkim anlaşmasının geçerliliği incelenecektir. Tahkim anlaşmasının geçerliliği, irade açıklamalarına, yazılı şekil şartına, uyuşmazlığın tahkime elverişli ve belirli olup olmamasına ve son olarak tarafların ehliyetlerine göre incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, tahkim anlaşması, geçerlilik, New York konvansiyonu, tahkime elverişlilik.

VALIDITY OF THE ARBITRATION AGREEMENT
ACCORDING TO TURKISH LAW

ABSTRACT

The most common solution of the international commercial disputes is arbitration. In the arbitration method; it is envisaged that disputes, which arose or are going to arise will not be solved by the courts but people called arbitrators. Arbitraments are separated in two types: national and non-national. Non-national arbitraments have to be recognized for their executions in Turkey. Recognition conditions regulated in the International Arbitration Act and New York convention. Nowadays, because of there are so many countries that accepted the New York Convention, the Convention provisions are applying in state of International Arbitration Act’s provisions when the recognition needed. In this article, the validity of the arbitration agreement will be examined. The validity of the arbitration agreement is examined according to declaration of intentions, written form requirement, the arbitration convenience of the dispute, and the significance of the dispute and lastly the abilities of the parties.

Keywords: Arbitration, arbitration agreement, validity, New York Convention, arbitration convenience.

Giriş

Tahkimi düzenleyen mevzuattan yola çıkarak bir tahkim tanımı yapılacak olursa; tahkim, kanunun tahkim yoluyla çözümlenmesine izin verdiği konular kapsamında olmak koşuluyla, taraflar arasında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların devlet yargısında çözümlenmesi yerine, hakemler aracılığı ile çözümlenmesi konusunda tarafların anlaşmaları şeklinde tanımlanabilir. Bu tanımdan yola çıkılacak olursa, tahkimde devlet yargısında var olan hâkimlerin yerini hakemlerin aldığı görülmektedir. Başka bir ifadeyle, bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın, bu uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanması konusunda anlaşmalarına tahkim denir^[1]. Uyuşmazlığı çözmekle görevli kişiler de hakemlerdir. Burada hakemlerin kendilerine havale edilen uyuşmazlığı çözmek hususunda hiçbir resmi sıfatları yoktur^[2]. Tahkim yalnızca çekişmeli hukuk uyuşmazlıkları hakkında uygulanabilir^[3].

Tahkim sözleşmesi uyuşmazlığın taraflarına sadece devlet mahkemelerine giden yolu kapatarak hakeme gitme imkanı sağlamakla kalmaz, ayrıca tahkim yargılamasının yapılacağı yer başta olmak üzere, yargılamada uyulacak tüm usul kuralları ve hakemlerin hakkaniyete uygun bir şekilde karar verip veremeyecekleri de dahil olmak üzere birçok hususu belirleme serbestisi sağlar^[4].

Günümüzde uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde en çok kullanılan yöntem tahkimdir.

-
- [1] **YAVUZ**, Cevdet: “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabii Olduğu Hükümler”, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul, 2009, s. 133
 - [2] **NOMER**, Ergin/**EKŞİ**, Nuray/**ÖZTEKİN**, Günseli: Milletlerarası Tahkim, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 13
 - [3] **KURU**, Baki/**ARSLAN**, Ramazan/**YILMAZ**, Ejder: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 780
 - [4] **AYDEMİR**, Fatih: Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.105

2014 yılında İstanbul'da kurulmuş olan İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi (İTOTAM)^[5] ve İstanbul Tahkim Merkezi (İSTAC)^[6], ülkemizde tahkimin gelişmesi ve ülkemizin bir tahkim merkezi haline gelmesi konusunda atılmış önemli adımlardır.

Tahkim sözleşmeye dayanmaktadır. Tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır^[7]. Bu çalışmada sadece tahkim anlaşmasının geçerliliği incelenecektir.

I. Genel Olarak Tahkim Anlaşması

Hakem kararları, milli hakem kararları ve milli olmayan hakem kararları olarak ikiye ayrılmaktadır. Milli olmayan hakem kararları, Türkiye'de verilmemiş olan ve Türkiye'de verilse bile Milletlerarası Tahkim Kanunu'na^[8] göre verilmemiş hakem kararlarını kapsamaktadır. Milli olmayan hakem kararlarının Türkiye'de icra edilebilmesi için Türk mahkemelerinde tenfiz edilmesi gerekmektedir. Tenfizin koşulları Milletlerarası Özel Hukuk Usulü Kanunu^[9] ve New York sözleşmesinde sayılmıştır. Bu şartlar New York Sözleşmesine taraf olmayan ülkelerde verilen hakem kararları için uygulanır. 1958 tarihli New York sözleşmesi, milletlerarası katılımı en fazla olan sözleşmelerden biridir. Günümüzde New York sözleşmesine taraf olmayan devlet sayısı^[10] çok az olduğundan, genel

[5] İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi (İTOTAM), İstanbul Ticaret Odası Meclisinin 16.10.2014 tarihli kararıyla kurulmuş ve bu tarih itibarıyla tahkim hukuku alanındaki yeni gelişmeler ve çağdaş kurumsal tahkim sistemleri ışığında hazırlanmış olan İTOTAM Tahkim Kuralları yürürlüğe girmiştir. Tahkim Kurallarımızla birlikte Tahkim Merkezi Divanı ve Sekreterliğinin Yapısı ve Çalışma Usulleri Hakkında İç Yönetmeliğimiz ve Tahkim Giderleri Yönetmeliğimiz de yürürlüğe girmiştir. (<https://www.itotam.com/Hakkimizda.aspx>, E.T.: 11.04.2017)

[6] İstanbul Tahkim Merkezi, 20.11.2014 tarihli ve 6570 sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kanunu'nun, 29.11.2014 tarihli ve 29190 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesiyle kurulmuştur.

[7] **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, sf. 780

[8] Bundan sonra kısaca "MTK olarak anılacaktır.

[9] Bundan sonra kısaca "MÖHUK" olarak anılacaktır.

[10] New York Konvansiyonuna üye olmayan ülkeler; Andora, Angola, Belize, Butan, Burundi, Yeşil Burun, Çad, Komoros, Kongo, Doğu Timor, Ekvator, Ekvator Ginesi, Eritre, Etiyopya, Fiji, Gambiya, Grenada, Gine Bisav, Guyana, Kiribati, Kosova, Libya, Lihtenştayn, Makedonya, Malavi, Maldivler, Mikronezya, Myanmar, Namibya, Nauru, Niue, KKTC, Kuzey Kore, Palau, Filistin, Papua Yeni Gine, Sahrawi Demokratik Arap Cumhuriyeti, Saint Kitts ve Nevis, Saint Lucia, Samoa, Sao Tome ve Principe, Seyşeller,

olarak MÖHUK hükümlerine göre değil, New York Sözleşmesinin hükümlerine göre tenfiz yapılmaktadır.

New York sözleşmesi tahkim kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin olduğundan dolayı, yalnızca bu hükümleri içermekte, tahkim prosedürüyle ilgili hükümleri içermemektedir. Başka bir ifadeyle sözleşme, tahkimden sonraki aşamaları düzenlemektedir. Ancak geçerlilik koşulları da sözleşmede ana hatlarıyla açıklanmıştır.

New York Sözleşmesinin 5. maddesinde tenfiz şartları düzenlenmiştir. Bu şartları özetleyecek olursak; taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması bulunması; kararın, davalının savunma haklarına riayet edilerek ve hakemlerin yetkileri içerisinde verilmiş olması; kararın, tenfiz devleti hukukuna göre tahkim yolu ile çözümü mümkün bir uyuşmazlığa ilişkin ve kamu düzenine uygun olması ve son olarak da kararın, taraflar için bağlayıcı olması veya verildiği ülke hukukuna ya da tahkimin tabi olduğu ülke hukukuna göre iptal edilmemiş yahut icrası askıya alınmamış olması gerekmektedir.

Tahkim anlaşmasının maddi anlamda geçerliliği tabi olduğu hukuka göre belirlenecektir. Sözleşme tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğine ilişkin doğrudan bir düzenleme ihtiva etmemekle birlikte II. maddesinin (1) ve (2). bentlerinde, tahkim anlaşmasının şekli konusu düzenleme altına alınmıştır. İlgili düzenlemenin 1. bendinde anlaşmanın yazılı olarak yapılması gereği, 2. bendinde ise yazılı anlaşmadan ne anlaşılması gerektiği örneklerle belirtilmiştir^[11].

MTK'nın 4. maddesine göre; "Tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklınsın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek^[12] uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır. Tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir." MTK'da yer alan bu tanım için, New York Sözleşmesi'nin II. maddesi dikkate alınmıştır.

Sierra Leone, Solomon Adaları, Somali, Somali Land, Güney Kore, Güney Osetya, Sudan, Surinam, Svaziland, Tacikistan, Tanzanya, Togo, Tonga, Türkmenistan, Tuvalu, Vanuatu, Yemen

[11] **ÖZTEKİN GELGEL**, Günseli: New-York Konvansiyonu'na Göre Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay'ın Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi. Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 22 (2), 2011, s. 1138 (<http://dergipark.gov.tr/iumhmohb/issue/9369/117348> E.T. :11.04.2017)

[12] Taraflar konusu mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş bir uyuşmazlığı tahkimle çözebildikleri gibi daha doğmamış fakat doğabilecek bir uyuşmazlık açısından da tahkim anlaşması yapabilirler.

Tahkim yolu, uyuşmazlıkların çözümünde, tarafların, devlet yargısı yerine hakem denilen özel yetkili kişileri yetkili kılmalarını ifade eder. Bu sebeple, tahkim yolunun söz konusu olabilmesi için tarafların bir tahkim anlaşması yapması gerekir. Uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüleceği yolunda bir anlaşma bulunmadıkça tahkim yoluna başvurmak mümkün değildir. Tahkim anlaşmasının en önemli ve vazgeçilmez unsuru, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüleceği hususunda tarafların anlaşmış olmasıdır^[13]. Tahkim anlaşması bir uyuşmazlığın çözümü amacını güder. Tahkim anlaşmasının fonksiyonu uyuşmazlığın ortadan kaldırılmasıdır^[14].

İLHAN'a göre; "UNCITRAL Kanun Modelinin karşılaştırmalı hukukta yaygın şekilde benimsenmeye başlamasıyla, tahkim sözleşmesi yapılabilmesi giderek kolaylaştırılmış; gerek tahkim sözleşmesinin tabi olduğu yazılı şekil şartı gerek tahkime elverişlilik ve tahkim sözleşmesi yapma ehliyetine ilişkin kurallar favor arbitri ilkesi doğrultusunda, tahkimin uygulama alanını genişletecek şekilde yumuşatılmıştır."^[15]

MTK'nın 4. maddesinin 2. fıkrası uyarınca; tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılmalıdır. Burada yazılı şekil şartının yerine getirilmesi için anlaşmanın taraflarca imzalanmış, yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş, olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine, davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş, olması gerekir. Burada asıl dikkat edilmesi gereken husus tahkim şartıdır. Kanun koyucu asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye gönderme yapılmasını da geçerli bir tahkim anlaşması olarak kabul etmektedir. Bu hüküm de New York Sözleşmesi'nin II. maddesinin 2. Fıkrası dikkate alınarak yazılmıştır. Yargıtay 19. H.D. 1999/7119 E. ve 2000/1342 K. sayılı kararı bu konuda verilmiş bir karardır. Kararın dayanağı MTK değil, New York Sözleşmesi'ndeki hükümdür. Bu karara göre; "Yabancı hakem kararlarının tenfizine karar verilebilmesi için gerekli olan ön koşul, taraflar arasında tahkim sözleşmesi yapılması veya esas sözleşmede çıkabilecek uyuşmazlığın hakem aracılığıyla çözümleneceğinin öngörülmüş olması gerekir. Türkiye'nin de imzalayarak iç mevzuatına dâhil etmiş olduğu New York Sözleşmesi'nin II/2. maddesinde tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde düzenlenmesinin gerektiği, yazılı

[13] AKINCI, Ziya: Milletlerarası Tahkim, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 95

[14] ERKAN, Mustafa: Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, s. 1-2

[15] İLHAN, Hüseyin Afşin: Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, Adalet Yayınevi, 2016

anlaşma teriminden ise karşılıklı olarak teati edilmiş mektup veya telgraflarda mündemiç bulunan veya taraflarca imzalanmış bir mukaveleye dercedilmiş olan bir hakem şartının veya bir hakem mukavelesinin anlaşılacağı belirtilmiştir. 29.05.1997 tarihli sözleşmede davalı alıcının imzasının bulunmadığı gibi New York Sözleşmesi'nin anılan hükmünde belirtilen ve uyuşmazlığın çözümünde hakeme gidilmesine olanak verecek bir diğer hususun varlığı da kanıtlanamamıştır. Mahkemece bu yönler gözetilerek tenfiz talebinin MÖHUK'un 45/1. maddesi uyarınca reddi gerekirken, yazılı gerekçeyle kabulünde isabet görülmemiştir.”^[16]

II. Tahkim Anlaşmasının Kurucu Unsurları ve Geçerlilik Şartları

Tahkim anlaşmalarının birden çok geçersizlik nedeni bulunmaktadır. “Sözleşme iki tarafta imzalanmamış olabilir, imzalayan taraflardan birinin imza için ehliyeti olmayabilir, yalan beyan veya hatalı temsil esas alınarak imzalanmış olabilir veya yapıldığı ülke hukukuna göre geçersiz bir anlaşma olabilir. ... Sebep ne olursa olsun, bu durumda anlaşmanın geçerliliği hakkında karar verecek olan tahkim mahkemesi için büyük bir kavramsal sorun söz konusudur.”^[17]

Geçerli bir tahkim şartı veya sözleşmesinden bahsedebilmek için ehliyet, şekil ve esas bakımından geçerli bir tahkim şartı veya sözleşmesinin bulunması gerekir^[18].

Tahkim anlaşmasının geçerliliğinin hangi hukuka göre belirleneceği, New York Sözleşmesi'nde ifade edilmiştir. Buna göre, tahkim anlaşmasının geçerliliğinde mahkeme, öncelikle tarafların tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanmasını kararlaştırdıkları hukuku dikkate alacaktır^[19]. Tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlememeleri durumunda, hakem kararının verildiği yer hukukuna göre tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı tespit edilecektir. Türk hukukuna göre inceleme yapılacak olursa, tahkim anlaşmasının geçerli olması için tahkim iradesinin açıkça belirtilmiş olması, yazılı şekilde ve tahkime elverişli bir konuda yapılmış olması ve anlaşmada uyuşmazlık konusunun açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

[16] www.kazanci.com

[17] REDFERN, Alan: Law and Practice of International Commercial Arbitration, Sweet & Maxwell, 2004, s. 251

[18] ŞANLI, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013 (ŞANLI)

[19] AKINCI, s. 88

Eğer geçerli bir tahkim anlaşması yoksa uyuşmazlığın devlet mahkemele-
rinde görülmesi gerekmektedir. Bu durum Türk hukuku açısından Anayasal
bir zorunluluktur^[20].

A) İrade Açıklaması

Uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesine ilişkin irade açıklama-
ması, tahkim sözleşmesinin geçerlilik şartından öte temel kurucu unsurudur.
Geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulabilmesi için, tarafların tahkim iradeleri,
yazılı olarak yaptıkları sözleşmede karışıklığa yer vermeyecek şekilde açıkça
belirtilmelidir^[21].

Taraflar aralarında yapmış oldukları sözleşmede açıkça tahkim şartına yer
vermemişler ve ayrıca bir tahkim anlaşması da yapmamışlarsa, bu durumda
MTK'nın 2. maddesine göre tahkim şartı içeren bir sözleşmeye atıf yapmaları
durumunda da tahkim anlaşmasının varlığı kabul edilmektedir.

Tahkim anlaşmasının hata, hile, tehdit gibi sebeplere dayanarak geçersiz
olduğunun iddia edilmesi durumunda, tahkim anlaşmasının geçerli olup
olmadığı, tarafların seçtiği hukuka, hukuk seçimi bulunmaması durumunda,
tahkim yeri hukukuna tabi olacaktır.

B) Yazılı Şekil Şartı

Tahkim sözleşmesinin tabi olduğu şekil, doğrudan doğruya Türkiye'nin de
taraf olduğu 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin II. maddesi ile düzenlenmiştir.
Buna göre, tahkim şartından bahsetmek için, taraflarca imzalanmış yazılı bir
anlaşma, karşılıklı mektup teatisi veya telgraf aranmaktadır. Bu duruma ilişkin
ulusal mevzuatlar ise MTK^[22] ve HMK^[23] düzenlemeleridir. Burada aranan
şekil, geçerlilik şeklidir.

[20] Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 9. maddesine göre yargı yetkisi, Türk Milleti adına
bağımsız mahkemelerce kullanılır.

[21] AKINCI, s. 82

[22] MTK'ya göre ise "teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş
olması" durumunda da yazılı bir tahkim şartından bahsedilebilecektir.

[23] HMK'nın 412. maddesinin 3. fıkrası hükmü şu şekildedir; "Tahkim sözleşmesi yazılı
şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim sözleşmesinin
taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf,
teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava
dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği
cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması yeterlidir. Asıl sözleşmenin bir parçası haline
getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de tahkim

Yargıtay 19. H.D. 1996/9619 E. ve 1997/4669 K. sayılı kararı, bu konuda verilmiş bir karardır. Fakat dayanağı MTK değil, New York Sözleşmesi'ndeki hükümdür. Bu karara göre; “Davacı, Londra'daki hakem mahkemesine başvurarak aldığı kararın tenfizini talep etmektedir. Yabancı hakem kararlarının tenfizi 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 43, 44 ve 45. maddeleri ile Türkiye'nin 3731 sayılı Kanunla uygun bularak onayladığı 10.6.1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi'nde düzenlenmiştir. Uygulanması MÖHUK'un 1. maddesinin 2. fıkrası ile saklı tutulan New York Sözleşmesi Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına göre, kanun hükmünde olup, derdest davalara uygulanmalıdır. Bu Sözleşmenin 2. Maddesi, “Akit devletlerden her birinin tarafların akde dayanan veya akdi olmayan, belli bir hukuk münasebetinden aralarında doğmuş, veya ileride doğabilecek hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün bir konu ile ilgili uyuşmazlıkların tamamını veya bir kısmını hakeme hallettirmek üzere birbirine karşı taahhüde girişmelerine dair yaptıkları yazılı anlaşmaların geçerli olduğunu (1. bend), yazılı anlaşma terimiyle karşılıklı olarak gönderilen mektup veya telgraflarda bulunan veya taraflarca imzalanmış mukaveleler içine konan hakem şartı veya bir hakem mukavelesinin anlaşıldığını (2. bend)” hükme bağlamıştır. Anılan sözleşmenin 5. maddesinde, 2. maddede belirtilen anlaşmayı akdeden tarafların, haklarında tatbiki gereken kanuna göre ehliyetsiz olmaları, ya da sözleşmenin taraflarca tabi kılındığı kanuna ve eğer bu konuda açıklık yoksa hakem kararının verildiği yer kanununa göre hükümsüz bulunmaları halinde tenfiz talebinin reddedileceği belirtilmiştir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 45. maddesinin (a) bendine göre, yabancı hakem kararının tenfizi için yabancı hakem kararlarının taraflar arasında bir tahkim sözleşmesine veya esas sözleşmeye konulmuş, bir tahkim şartına dayanması gerekir.”^[24]

sözleşmesi yapılmış sayılır.” Bu hükümler UNCITRAL Model Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme ile paraleldir. Bu düzenleme “Tahkim sözleşmesi yazılı olarak yapılmalıdır. Tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması, yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için yeterlidir. Asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır.”

[24] www.kazanci.com

C) Tahkime Elverişlilik

Tahkime elverişlilik tahkim anlaşmasının geçerliliği ile ilgili bir konu olsa da, aşağıda görüleceği üzere, New York Sözleşmesi tahkime elverişlilik konusunu, tahkim anlaşmasının geçerliliği konusundan ayrı ve farklı ele almaktadır. Buna göre uyumsuzluğun tahkime elverişliliği, tahkim anlaşmasının geçerliliğinden farklı bir konudur. Bu sebeple, uyumsuzluğun tahkime elverişli olmadığı iddia edilmesi durumunda, tahkim anlaşmasının geçerliliği değil, tahkime elverişlilik tartışılacaktır. Bu iki kavram arasında içerik bakımından olduğu kadar sonuçları bakımından da fark vardır. Tahkime elverişlilik mahkeme tarafından kendiliğinden dikkate alınacak bir iptal sebebiyken, tahkim anlaşmasının geçerli olmadığı itirazı, MTK uyarınca, ancak tarafların ileri sürmesi durumunda dikkate alınabilecek bir iptal sebebidir.

Tahkime elverişlilik kanuni bir sınırlamadır. Tahkime elverişlilik kavramı, kanunun tahkim yoluyla çözümüne izin verdiği konular olarak ifade edilebilir. Tahkime elverişlilik, tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda en önemli unsurlardan biridir.^[25]

Tahkime elverişlilik objektif ve sübjektif olarak ikiye ayrılır. Objektif tahkime elverişlilik; bir uyumsuzluğun konu itibarıyla tahkime elverişli olmasını ifade ederken, sübjektif tahkime elverişlilik ise bir gerçek veya tüzel kişinin tahkim anlaşması veya yargılama sürecinin tarafı olup olmayacağı konusunu ilgilendirir.

D) Uyumsuzluğun Belirli Olması

Tahkim anlaşmasının tanımında, “mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyumsuzluklar” ibaresi kullanılmaktadır. Tahkim konusunu teşkil eden uyumsuzluğun belli olması gerekir. Uyumsuzluğun konusu belli değilse, bu tür tahkim sözleşmesinin geçerli olmayacağı konusunda doktrinde tam bir fikir birliği vardır. Taraflar, tahkim sözleşmesi yaparken hangi uyumsuzluk hakkında bu sözleşmeyi yaptıklarını bilmelidirler. Farklı bir ifadeyle hangi uyumsuzluğun tahkim yolu ile çözüleceğine ilişkin taraf iradelerinin de anlaşılabilir olması gerekir^[26]. Belli bir hukuki ilişkiden doğacak uyumsuzlukların tahkim yolu ile çözümleneceğinin kararlaştırılmış olması halinde uyumsuzluk yine belirli sayılır^[27].

[25] **HUYSAL**, Burak: Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 14

[26] **AKINCI**, s. 83

[27] **SARISÖZEN**. M. Serhat: Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 2005, s. 10

E) Ehliyetsizlik

Son olarak, tahkim anlaşmasını imzalayan tarafların ehliyetli olması gerekmektedir. Başka bir deyişle, tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz olması durumunda, yabancı hakem kararlarının tenfizi reddedilebilecektir^[28]. MTK'da tarafların ehliyetine hangi hukukun uygulanacağı konusunda bir hüküm yoktur. Burada iki görüş ortaya çıkmaktadır. Bir görüşe göre, tarafların ehliyetine uygulanacak hukukun belirlenmesinde tahkim yeri hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının esas alınması gerekmektedir. Diğer bir görüşe göre ise; tarafların tahkim anlaşması yapmaya ehliyetli olup olmadıklarının tenfiz devleti hukukunun kanunlar ihtilafına göre belirlenmesi gerekmektedir.

Tahkim sözleşmesi yapma ehliyetinin kapsamı ve sınırları, bu ehliyetin sona erme sebepleri de ehliyeti yöneten hukuka tabidir. Özellikle devlet veya devlet kurumu ya da şirketlerinin tahkim sözleşmesi yapma ehliyetleri bakımından bu husus önemlidir. New York Sözleşmesi'ne taraf devlet kurum veya şirketlerinin tahkim sözleşmesi yapma yetkileri tanınmamış, kısıtlanmış veya onay gibi bazı bürokratik işlemlerin ikmaline bağlanmış olabilir. Bu gibi durumlarda, çok defa tenfiz safhasında davayı kaybeden tarafın ehliyetsizlik itirazı ile karşılaşılır. Bu tür itirazlar, prensip olarak iyi niyet kurallarına aykırı düşmedikçe devlet veya devlet kurumlarının statülerine istinaden karara bağlanacaktır^[29].

III. Ayrılabilirlik İlkesi

Ayrılabilirlik ilkesi modern tahkim hukukunda çok önemli bir rol oynamaktadır. Ayrılabilirlik ilkesi, tahkim şartının asıl sözleşmeden ayrı olarak kendi varlığını devam ettirebileceğine ilişkindir.

VAN DEN BERG'e göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nde ayrılabilirlik ilkesi konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır^[30]. Fakat sözleşmenin 2. maddesinin 3. fıkrasında "Bir âkit devlet mahkemesi, tarafların işbu maddenin anladığı manada tahkim anlaşması akdettikleri bir meseleye taalluk eden ihtilâfına vaziyet ettiği takdirde, tahkim anlaşmasının hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunlardan birinin talebi üzerine, hakemliğe sevk eder" hükmü yer almaktadır. Schwebel'a göre

[28] AKINCI, s. 352

[29] ŞANLI, s. 347

[30] VAN DEN BERG, Albert Jan: The New York Arbitration Convention of 1958, Kluwer Law and Taxation Publishers 1981, s. 146

bu hüküm aslında ayrılabilirlik ilkesi olarak yorumlanabilir^[31]. Bu hükümde tahkim anlaşmasının geçerliliğini değerlendirme yetkisi normalden farklı olarak devlet mahkemelerince kullanılacaktır.

Common Law hukuk sisteminde tahkim şartının asıl sözleşmeden ayrılabilirliğini veya bağımsızlığını ifade eden *severability/separability*, Kıta Avrupası'nda ise *autonomy* kavramları ile ifade edilmiştir^[32].

Bu ilkeye göre tahkim şartı, asıl sözleşmeden bağımsız olarak değerlendirilecek ve asıl sözleşmenin fesih edilmesiyle, süresinin sona ermesiyle veya askıya alınmasıyla tahkim şartı ortadan kalkmayacaktır^[33].

Sonuç

Sonuç olarak tahkim anlaşmasının geçerliliği, New York Konvansiyonu'nun tenfiz şartları arasında yer almaktadır ve çok önemli bir şarttır. Geçersiz bir tahkim anlaşmasıyla yapılan tahkimin tenfizi mümkün değildir. Bunun yanı sıra geçerli bir tahkim anlaşmasının iki sonucu olacaktır. Bunlardan birincisi tarafların tahkim yoluna başvurabilmesidir. İkinci sonuç ise, davalının, kendisine karşı mahkemeye başvuran davacıya karşı tahkim itirazında bulunabilmesidir.

Bir tahkim anlaşmasının geçerliliği esas, şekil ve ehliyet yönünden incelenmelidir. Yukarıda detaylı şekilde açıklandığı üzere, tarafların irade açıklamaları tahkim anlaşmalarının kurucu unsurudur. Tarafların tahkim anlaşmasındaki irade açıklamaları net ve karışıklığa yer vermeyecek şekilde olmalıdır.

Taraflar tahkim anlaşmasını kanunda belirtilen sınırlar çerçevesinde yazılı yapmakla yükümlüdürler.

Tahkime elverişlilik bizim hukukumuzda tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemekle birlikte New York konvansiyonu elverişliliği farklı şekilde ele almıştır. Fakat kanaatimizce tahkime elverişli olmayan bir konuda tahkim anlaşması yapılması bu anlaşmanın geçerliliğini etkileyeceğinden dolayı, elverişlilik de bir geçerlilik şartı olarak kabul edilmelidir.

Tahkime konu uyuşmazlıkların ne olduğu tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşmada belirtilmelidir. Aksi takdirde hakemin yetki sınırları belli olamayacağından dolayı tahkim anlaşması geçersiz kalacaktır.

[31] SCHWEBEL, Stephen M.: *International Arbitration: Three Salient Problems*, Cambridge Grotius Publications Limited 1987, s. 22, naklen, ERKAN, s. 15

[32] VAN DEN BERG, s. 145

[33] ERKAN, s. 6

Son olarak tahkim anlaşmasını imzalayan tarafların fiil ehliyetine sahip olmaları gerekmektedir.

Bu açılardan geçerli bir tahkim anlaşması veya tahkim şartı geçerli bir tahkim anlaşması olacak ve uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülebilmesine olanak sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- AKINCI**, Ziya: Milletlerarası Tahkim, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, sf. 95
- AYDEMİR**, Fatih: Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017
- ERKAN**, Mustafa: Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013
- İLHAN**, Hüseyin Afşin: Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, Adalet Yayınevi, 2016
- HUYSAL**, Burak: Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010
- KURU**, Baki/**ARSLAN**, Ramazan/ **YILMAZ**, Ejder: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011
- NOMER**, Ergin/**EKŞİ**, Nuray/**ÖZTEKİN**, Günseli: Milletlerarası Tahkim, Beta Yayınları, İstanbul, 2003
- ÖZTEKİN GELGEL**, Günseli: New-York Konvansiyonu'na Göre Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay'ın Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 22 (2), 2011
- REDFERN**, Alan: Law and Practice of International Commercial Arbitration, Sweet & Maxwell, 2004
- SARISÖZEN**. M. Serhat: Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 2005,
- ŞANLI**, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013
- VAN DEN BERG**, Albert Jan: The New York Arbitration Convention of 1958, Kluwer Law and Taxation Publishers 1981
- YAVUZ**, Cevdet: "Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler", Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", İstanbul, 2009

KKTC HUKUKU'NDA İDARENİN HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU*

Yrd. Doç. Dr. Şölen KÜLAHÇI**

Makalenin Geldiği Tarih: 13.09.2017 **Kabul Tarihi:** 20.09.2017

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi.

ÖZ

İdarenin sorumluluğu hizmet kusuru, temelde bir kamu hukuku problemi olmasına rağmen KKTC’de, İngiliz Hukuku’nun da etkisiyle, konu haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bu nedenle, idareye karşı açılan bu tür davalar adli dava niteliğinde olup Kaza Hukuk Mahkemelerinde görülmektedir. Nitekim, KKTC Anayasası da Yüksek İdare Mahkemesi’nin yetki alanına giren davalar arasında hizmet kusuru nedeniyle açılan davalara yer vermemiştir.

İdarenin hizmet kusuru nedeniyle açılan davalar, zararın meydana geldiği kamu kurum veya kuruluşunun bağlı olduğu Bakanlığa karşı, Haksız Filler Yasası m.13/1’de yer alan “işveren müstahdem fiilerinden sorumluluğu” çerçevesinde açılmaktadır. Söz konusu hüküm, “bir işveren, müstahdeminin herhangi bir fiilinden, bu fiil yapılmasına yetki vermiş olacağı veya yapılmasını onaylayacağı bir fiil ise veya bu fiil müstahdeminin istihdam edilmekte olduğu sırada yapmışsa sorumlu olur” şeklinde düzenlenmiştir.

Çalışmanın amacı, KKTC Hukuku’nda farklı bir şekilde düzenlenmiş olan konunun, tüm özellikleriyle anlatılması ve benzer uygulamaların yapıldığı İngiliz Hukuku ile Kıbrıs Rum Kesimindeki yasal düzenlemeler ve mahkeme kararlarıyla karşılaştırılmasıdır.

Anahtar Kelimeler: İstihdam eden, müstahdem, KKTC, haksız fiil, tazminat.

ABSTRACT

In spite of the way that the administration defect is for the most part an open law issue, it is surveyed in the TRNC, affected by British law, subject to the tort risk issue. For this reason, such cases against the administration are in the nature of judicial proceedings and appear in the Civil Court of Accidents. As a matter of fact, the Constitution of the TRNC also did not include a lawsuit filed due to a service fault among the cases that fall within the jurisdiction of the Supreme Administrative Court.

The lawsuits filed due to service malpractice are opened against the Ministry, where the public institution or organization to which the damage is caused depends, under the “Responsibility of the employer for the damages of the employees” in Article 13/1 of the Unfair Labor Law. The said provision is that “an employer is responsible for any act of the employee, if it is an act which will authorize the execution of this act or to approve the act, or if the act is made while the employee is employed”.

The aim of the study is to compare the different aspects of the TRNC law with those of the British law and the legal regulations and court decisions in Cyprus.

Keywords: Employer, compensation, TRNC, tort, compensation.

Kısaltmalar Cetveli

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Ed.	: Edition
KKTC	: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti
KTTB	: Kıbrıs Türk Tabipler Birliği
m.	: Madde
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
UK	: United Kingdom
USA	: United States of America
Y.	: Yıl
Vb.	: Ve Benzeri
v.	: Versus
vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume

Giriş

İdarenin vermiş olduğu hizmet nedeniyle sorumluluğu, temelde bir kamu hukuku problemi olmasına rağmen, KKTC'de özel hukuk açısından değerlendirilmektedir. Bu açıdan, hizmetin görülmesi nedeniyle ortaya çıkan zararın meydana gelmesinde, hizmeti görenin kişisel kusurunun olup olmamasına bakılmaksızın böyle bir dava Fasil 148 Haksız Fiiller Yasası'ndaki "işverenin müstahdemin fiilerinden sorumluluğu" hükümlerine göre görülmektedir. Bunun en büyük nedeni, KKTC Anayasası'nın Yüksek İdare Mahkemesi'nin yetki alanına giren davalar arasında, hizmet kusuru nedeniyle açılan davalara yer vermemiş olmasıdır.

Yüksek İdare Mahkemesi, hem tek derece mahkemesi hem de temyiz mercii olarak görev yapmaktadır^[1]. KKTC Anayasası Yüksek İdare Mahkemesi'nin görevlerini şu şekilde hükme bağlamıştır: "Mahkeme, yürütsel veya yönetsel bir yetki kullanan herhangi bir organ, makam veya kişinin bir kararının, işleminin veya ihmalinin, bu Anayasanın veya herhangi bir yasanın veya bunlara uygun olarak çıkarılan mevzuatın kurallarına aykırı olduğu veya bunların söz konusu organ veya makam veya kişiye verilen yetkiyi aşmak veya kötüye kullanmak suretiyle yapıldığı şikayeti ile kendisine yapılan başvuru hakkında, kesin karar vermek münhasır yargı yetkisine sahiptir (m. 152 / 2)". Buna göre, Mahkeme'nin görevi idari işlemlerden doğan uyuşmazlıkları çözümlenektir. Nitekim, Yüksek İdare Mahkemesi de verdiği bir kararda görevlerini şöyle özetlemiştir: "Anayasa, yürütsel veya yönetsel bir yetki kullanan bir organ, makam veya kişinin bir kararı, işlemi veya ihmalden yakınma olunması halinde bu tür yakınmaların yargı merciini münhasıran Yüksek İdare Mahkemesi olarak belirlemiştir. Anayasamız bu gibi işlemlerden doğan yakınmalar için Yüksek İdare Mahkemesi dışında başka herhangi bir mahkeme tanımamıştır. Sözü edilen karar veya işlem veya ihmal sonucu bir tazminat hakkı doğmuşsa Anayasanın 118. maddesinin (4). fıkrası uyarınca kati bir netice alındıktan sonra aynı maddenin (6). fıkrası uyarınca "tam ve muhik bir tazminat" için Kaza Mahkemesine başvurulabilir^[2]". Burada, Anayasanın 118. maddesi anlamındaki "ihmalin" yürütsel veya yönetsel yetki kullanan bir makamın veya organın veya

[1] Yüksek Mahkeme, sekiz yarıktan oluşmaktadır. Mahkeme, Yüce Divan, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Yüksek İdare Mahkemesi olarak görev yapmaktadır. Bu konuda bkz. Turhan, Turgut, Tarihsel Bakış Açısıyla Kıbrıs Türk Hukuk Sistemi, AÜHFD, Y. 2008, C. 57, S. 2, s. 280 vd.; Necatigil, Zaim, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Anyasa ve Yönetim Hukuku'nun Esasları, Lefkoşa, 2015, s. 7.

[2] 28-80 sayılı Yüksek Mahkeme kararı için bkz. www.mahkemeler.net

kişinin kanunen yapması gerekli işlemleri bu konuda herhangi bir karar almaya gerek duymadan yapmama anlamına gelmektedir^[3].

Öte yandan, idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan davalara Kaza Hukuk Mahkemeleri tarafından bakılmaktadır. Kaza Hukuk Mahkemeleri, hukuk davalarında bir davaya ilk derece mahkemesi olarak bakmak ve davayı karara bağlamak yetkisine haizdir (09-1976 Mahkemeler Yasası m. 25). Bu durum, 657 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce Türk Hukuku'ndaki durumu anımsatmaktadır. Nitekim, Türk Hukuku'nda 657 sayılı Devlet Memurları Hakkındaki Kanun'un yürürlüğe girmesine kadar idarenin, müstahdemin fiilinden dolayı özel hukuk kurallarına göre sorumluluğunun tespit edilip edilemeyeceğine ilişkin olarak doktrinde fikir ayrılıkları ortaya çıkmıştı^[4]. Bazı yazarlar, kamu personeli kamu gücünün taşıyıcısı olarak hareket etsin ya da etmesin bunların görevleri sırasında verdikleri zararlardan dolayı, Devletin işveren sıfatıyla sorumlu tutlabileceğini savunmuşlardı^[5]. Bu görüşe karşı çıkanlar ise, hizmet kusuru sebebiyle idare aleyhine işverenin sorumluluğu nedeniyle dava açılmayacağını savunmaktaydı^[6]. 657 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra ise hizmet kusuru nedeniyle idare aleyhine, istihadam edenin sorumluluğuna göre dava açılmayacağı kabul edilmiştir. Öte yandan, İngiliz Hukuku'nda da idarenin, haksız fiil sorumluluğundan dolayı hukuk mahkemelerinde dava edilebilmesini kabul edilmektedir^[7]. İngiliz mahkemeleri böyle bir durumda, mağdurun haksız fiil iddiasının dinlenmesinin adil ve makul olduğunu çeşitli kararlarında vurgulamıştır^[8].

Haksız fiil sorumluluğu, Fasil 148 Haksız Fiiller Yasası'nda düzenlenmiştir. Yasanın kapsamı madde 3/1'de belirlenmiştir. İlgili hüküm şöyledir: "bu Yasada bundan sonra ele alınan konular haksız fiil sayılır ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti toprakları içinde veya deniz sularının çekilmiş haldeyken, bıraktığı en alçak su izinden ölçülmek üzere, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti sahillerinden üç millik bir mesafeye kadar uzanan deniz sahası içinde yapılan bir haksız fiil

[3] 12/1985 sayılı Yüksek Mahkeme kararı için bkz. www.mahkemeler.net

[4] Bu konuda bkz. Tandoğan, Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1981, s. 115.

[5] Tandoğan, s. 115.

[6] Tandoğan, s. 115.

[7] Leyland, Peter / Anthony, Gordon, Administrative Law, UK, 2012, s. 470.

[8] Bu konuda bkz. Cassidy v. Ministry of Health davası için bkz. Stauch, Marc / Wheat, Kay / Tingle, John, Medical, Law, New York, 2007, s. 280; Hughes v. Lord Advocate davası için bkz. Leyland/Gordon, s. 470; Kent v. Griffiths davası için bkz. Stauch, Marc / Wheat, Kay, Text, Cases and Materials on Medical Law and Ethics, New York, 2005, s. 248.

nedeniyle zarara uğrayan herhangi bir kişi, bu Yasa kurallarına bağlı olarak, haksız fiil işleyen veya haksız fiilden sorumlu olan kişiden, Mahkemenin bahsetmeye yetkili olduğu mağduriyetini giderici çareler elde etme hakkına sahiptir". Bu çerçevede, zarar ister özel hukuk isterse kamu hukuk tüzel kişisi tarafından verilsin haksız fiil olarak değerlendirilmektedir.

KKTC'de yerleşik içtihatlarla göre, idarenin müstahdemini verdiği zarardan sorumluluğu, Haksız Fiiller Yasası'nda "işverenin müstahdeminin fiillerinden sorumluluğu" başlığı altında düzenlenen m. 13/1 hükmüne göre belirlenmektedir: "Bir işveren, müstahdeminin herhangi bir fiilinden, bu fiil yapılmasına yetki vermiş olacağı veya yapılmasını onaylayacağı bir fiil ise veya bu fiil müstahdemini istihdam edilmekte olduğu sırada yapılmışsa sorumlu olur" (m. 13/1). Söz konusu hüküm, kural olarak, özel hukuk ilişkileri nedeniyle ortaya çıkan zararların tazminini sağlamaktadır. Ancak, uygulamada kamu hizmetinin görülmesinden kaynaklanan zararların tazmini amacıyla bu hükmün kullanıldığı tespit edilmiştir. Özellikle, kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında verilen sağlık hizmetinden dolayı ortaya çıkan zararların tazmininde Mahkemelerin Haksız Fiiller Yasası m.13/1 çerçevesinde konuyu değerlendirdikleri görülmektedir^[9]. Burada İngiliz Hukuku'ndan gelen bir alışkanlıkla sağlık hizmetlerinin bir sağlık kurum ve kuruluşundan alınması halinde bu kurumun özel ya da kamu kurumuna bakılmaksızın ortaya çıkan zararın Haksız Fiiller Yasası m.13/1'e göre değerlendirilmektedir^[10].

Tüm bu anlatılanlar ışığında, İdarenin müstahdemini fiilinden kaynaklanan zararlardan dolayı sorumluluğu temelinde aleyhine açılan davalar bakımından konunun sadece KKTC Hukuku açısından ele alınacaktır. Bu çerçevede, KKTC Mahkemelerinin verdiği kararlar, benzer hukuk sisteminin uygulandığı Kıbrıs Rum Kesimi ve İngiliz Hukuk Sistemleri de dikkate alınarak ele alınacaktır.

I. İdarenin Sorumluluğunun Şartları

İdarenin işveren sıfatıyla sorumluluğu, işverenin özen yükümlülüğüne aykırı davranması sonucuna bağlanan bir kusursuz sorumluluk halidir. İşveren, müstahdemini hizmetin görülmesiyle ilgili olarak verdiği zarardan kusuru olmasa dahi sorumludur^[11]. Burada sorumluluğun doğması için işverenin kusuru

[9] Bu konuda bkz. Külahçı, Şölen, KKTC Sağlık Hukuku, İstanbul, 2016, s. 58 vd.; Gürler, Emir Ali, KKTC Hukuku'nda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, İstanbul, 2017, s. 48 vd.

[10] Külahçı, s. 58.

[11] Dichter, Mark; Turnbull, Kenneth; Howse, Matthew; Zelek, Mark, Labour & Employment, UK, 2011, s.65; Horsey, Kirsty/Rackley, Erika, Tort Law, UK, 2009, s. 325.

aranmamaktadır^[12]. Yasada belirlenen koşulların gerçekleşmesi yeterlidir. İngiliz Hukuku'ndaki hakim görüşe göre işverene objektif sorumluluk yüklenmesinin sebebi, işçinin yapmış olduğu işten en çok menfaat temin edenin işveren olması ve işçinin işin görülmesi sırasında üçüncü kişilere vermiş olduğu zararın tazmininin işçiden beklenmesinin, işçinin ekonomik durumunun işverene kıyasla kötü olması nedeniyle faydasız olması sebebine dayanmaktadır^[13]. Bu çerçevede, işverenin müstahdem in fiilinden sorumluluğu şu esaslara dayanmaktadır:

a. İdare ile Müstahdem Arasında Bir Organik Bir Bağın Bulunması

Yasaya göre işveren, “başka bir kişi ile ilgili olarak, kendisi için bu başka kişinin yaptığı işin yapılış tarzını tam kontrolü altında bulunduran kişiyi” anlatır (m. 2/2). Yani, işveren emir ve talimatı altında insan çalıştıran kişiyi ifade eder. Tanımdan çıkarılan sonuca göre, işverenin müstahdem in fiilinden sorumlu olabilmesinin ilk şartı, işveren ile müstahdem arasında bir hizmet ilişkisi olmasa da aralarında hiyerarşik bir ilişkinin, organik bir bağın bulunmasıdır^[14]. Buna göre, müstahdem in işverenin emir ve talimatı altında çalışması gerekmektedir^[15]. İngiliz Hukuku'nda, müstahdem in işverenin emir ve talimatı altında çalışıp çalışmadığının tespiti açısından “control and integration test”^[16] olarak isimlendirilen bir kural kullanılmaktadır. Buna göre işveren, müstahdem in işi yapmaya ehil olup olmadığını ve işi nasıl yaptığını kontrol ediyorsa ve yapılan iş, işverenin işinin önemli bir kısmını oluşturuyorsa işveren ile işçi arasında hiyerarşik bir bağ olduğu kabul edilmektedir^[17]. Öte yandan, bir kurumda dışarıdan hizmet alımlarının yapıldığı durumlarda “control and integration test”e ek olarak işçinin ücretinin kim tarafından ödendiğinin de tespiti gerekmektedir^[18]. Zira, control and integration test tek başına sorumluluğun tespitinde yeterli olmayabilir. Bu durumda, kendisinden hizmet alımı yapılan işverenin işçilerinin sebep olduğu bir zarar bu işveren tarafından tazmin edilecektir^[19].

[12] Horsey / Rackley, s. 325.

[13] Horsey / Rackley, s. 326; Elliott, Catherine / Quinn, Frances, Tort Law, UK, 2007, s. 361-362.

[14] Kocayusufpaşaoğlu, s. 74; Horsey / Rackley, s.329; Elliott / Quinn, s. 350.

[15] Nomer, Haluk, Borçlar Hukuku, İstanbul, 2012, s. 129; Kocayusufpaşaoğlu, s. 74; Horsey / Rackley, s. 329.

[16] Bu konuda bkz. Stephenson Jordan & Harrison Ltd. v. McDonall Evans (1952) davası için Horsey / Rackley, s. 329.

[17] Horsey / Rackley, s.329; Elliott/Quinn, s. 352.

[18] Horsey / Rackley, s.330.

[19] Elliott/Quinn, s. 352.

Müstahdemle işveren arasındaki bu ilişki, çoğu zaman bir hizmet sözleşmesine dayanmaktadır^[20]. Ancak, hizmet sözleşmesinin varlığı şart değildir^[21]. Bu nedenle, işverenin sorumluluğu bakımından hizmet sözleşmesinin geçerli olup olmaması ya da müstahdemin hizmeti karşısında bir ücret alması da önemli değildir^[22]. Önemli olan, müstahdemin yapmış olduğu fiilin işverenle arasındaki tabiyet ilişkisi nedeniyle yapılmış olmasıdır.

Burada dikkat edilmesi gereken bir başka husus ise, borcun ifasının taraflar arasında mevcut bir sözleşme nedeniyle ifa yardımcısına bırakıldığı durumlarda bir zararın meydana gelmesi halinde ortaya çıkan sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumluluk ile işverenin sorumluluğunun karıştırılmamasıdır^[23]. Taraflar arasında bir sözleşmenin bulunduğu ve bu sözleşmeden doğan bir borcun ifası veya bir hakkın kullanılmasının ifa yardımcısına bırakıldığı hallerde ortaya çıkan zararlardan sorumluluk sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre belirlenir^[24]. Yani burada, işverenin sorumluluğu hükümlerine dayanılmaz. Esas itibarıyla, sözleşmeye aykırılık ile işverenin sorumluluğu arasındaki en büyük fark işverenin sorumluluğunda ortaya çıkan zararın sözleşme dışı bir mutlak hak ihlali oluşmasıdır^[25]. Öte yandan, ifa yardımcısının verdiği zarar hem sözleşmeye aykırılık hem de mutlak hak ihali oluşturuyorsa bu durumda iki sorumluluk türünün yarışması söz konusu olur. Yani mağdur, sözleşmeye aykırılık ya da işverenin sorumluluğu esaslarından birine başvurabilir. Dolayısıyla, zarar gören kişi her iki sorumluluktan birine başvurabilecektir. Türk Hukuku'na göre birden fazla sorumluluk halinin yarıştığı durumlarda hakimin, zarar gören farklı bir talepte bulunmadıkça ya da kanunda başka türlü hüküm verilmedikçe zarar görenin en fazla tazminat alabileceği esasın uygulanması gerekmektedir^[26]. KKTC Hukuku'nda konu ile ilgili bir düzenleme ve mahkeme kararı bulunmamaktadır.

İdarenin, işveren sıfatıyla sorumluluğuna ilişkin en sık görülen olaylar kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında verilen sağlık hizmetleri sonucunda ortaya çıkan zararlarla ilgilidir. KKTC Hukuku'nda bir kamu sağlık kurumuna bağlı olarak çalışan hekim ile diğer sağlık personelinin sağlık hizmetlerinin görülmesinden dolayı sebep oldukları zararlara karşı açılan davalarda Haksız Fiiller Yasası

[20] Nomer, 129; Horsey / Rackley, s.329.

[21] Kocayusufpaşaoğlu, s. 74.

[22] Nomer, 129.

[23] Kocayusufpaşaoğlu, s. 74, Şenocak, Zarife, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara, 1995, s. 135.

[24] Kocayusufpaşaoğlu, 75.

[25] Kocayusufpaşaoğlu, s. 76.

[26] Öz, Turgut, Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler, İstanbul, 2012, s. 11.

m. 13 uygulanmaktadır. Söz konusu davalar, Sağlık Bakanlığına karşı zararın meydana geldiği Kaza Hukuk Mahkemesi'nde açılmaktadır. Nitekim Yüksek Mahkeme de, “yasal olarak teşhis, tedavi ve rehabilitasyon konusunda gerekli düzenlemeleri yapmak, tedbir almak, hastalara şifa dağıtmakla yükümlü bir hastahannenin ve sağlığı yöneten İdarenin yasal yükümlülüğü olduğuna göre, hastaların sağlığı ile ilgili öngörülebilir bir risk karşısında ne yapılacağına açıklıkla belirlenmemesinin, tedbir alınmamasının veya hastalara karşı dikkatli olma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin sonucuna katlanmak, ihmâl hukukunun kaçınılmaz sonucudur. Meselenin bu çerçevede incelenmesi gerekmektedir^[27]” şeklindeki kararıyla gerekli önlemlerin alınmamasından dolayı idareni işverenin sorumluluğuna göre sorumlu tutulduğu ortaya çıkmaktadır.

b. Zararın Hizmetin İfası Sırasında Hizmetle İlgili Olarak Meydana Gelmesi

İstihdam edenin sorumluluğuna dayanılarak açılan davalarda ikinci koşul, zararın hizmetin ifası sırasında hizmetle ilgili olarak meydana gelmesidir. Yani, zararın hizmetin görülmesi sırasında meydana gelmiş olması ve zararın meydana gelmesinde failin hizmet kusurundan ayrılabilen kişisel kast ve kusurunun bulunmaması gerekmektedir^[28]. Aksi takdirde, failin kişisel sorumluluğu doğacağından artık dava idare aleyhine değil fail aleyhine açılacaktır.

Yasa bu durumu şöyle düzenlemiştir: “Bir işveren, müstahdeminin herhangi bir fiilinden aşağıdaki hallerde sorumlu olur: Bu fiil yapılmasına yetki vermiş olacağı veya yapılmasını onaylayacağı bir fiil ise veya bu fiil müstahdemin istihdam edilmekte olduğu sırada yapılmışsa...işveren bu fiilden sorumlu olur (m. 13 / 1)”. Burada, müstahdemin zarara yol açan fiilinin vermiş olduğu hizmetle ilgili olup olmadığının tespitinde “*Salmond Test*” adı verilen bir yöntem kullanılmaktadır^[29]. Buna göre, müstahdemin fiilinin işveren tarafından işle ilgili görülüp izin verilen bir fiil olup olmadığı ile ilk bakışta bu fiilin işle ilgili olarak gözükmemesine rağmen işverenin onaylayacağı bir fiil olup olmadığı araştırılmaktadır.

İşverenin, sorumluluğunun doğabilmesi için fiilin bizzat müstahdem tarafından yapılması da gerekmektedir. Nitekim hükümde yer alan “Ancak,

[27] Yüksek Mahkemenin 21/2015 sayılı kararı için bkz. www.mahkemeler.net.

[28] Kamu hizmetinin görülmesi sırasında, idare ajanının hizmet kusurundan ayrılabilen kişisel kast ve kusurunun bulunması halinde dava, idare ajanına karşı adli yargıda açılır. Bu konuda bkz. Nomer, s. 134.

[29] Horsey / Rackley, s.334.

müstahdemin, işveren tarafından açıkça veya zımnen yetkilendirilmediği halde, kendi görevini işverenin bir başka müstahdemi olmayan herhangi bir kişiye devretmesi halinde, işveren müstahdemi olmayan böyle bir kişinin herhangi bir fiilinden sorumlu olmaz” ifadesi bu durumu açıkça ifade etmektedir. Dolayısıyla, müstahdemin işi bir başkasına gördürmesi halinde artık işverenin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Böyle bir durumda, zarar verenin kişisel kusuru çerçevesinde haksız fiil sorumluluğu ortaya çıkmaktadır.

22/1987 sayılı Yargıtay/Hukuk kararında, kol kırığı nedeniyle devlet hastanesine başvuran hastaya, hastanede uzman hekim olmaması nedeniyle bir başka hekim tarafından müdahale edilmesi ancak bu hekimin hastaya tıbbi müdahale ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek komplikasyonlar hakkında bilgi vermemesi ve hasta takibini yapmamasından dolayı Sağlık Bakanlığı, işverenin sorumluluğu hükümlerine göre tazminat ödemekle yükümlü kılınmıştır^[30]. Karar şu şekildedir: “Olayın meydana geldiği hastanede görevli, Ortopedi ve Travmatoloji Servisi Klinik Şefinin kendi servisine intikal eden vakalar ve özellikle alçı müdahalesinin yapılması gerektiği vakalarda Ortopedi uzmanının hazır olması gerektiği ve haberi olmadan alçı müdahalesinin hiçbir kimse tarafından yapılmaması için talimat verdiği görülmektedir. Klinik Şefinin bu yazısına göre bu tür vakalar için ilgilileri defalarca ikaz ettiği ancak başarı sağlanamadığı anlaşılmaktadır. Yine sunulan şahadetten öyle anlaşılmaktadır ki 27.1.1980 tarihinde ilgili uzman doktor evinde ve “hasta” bulunmakta idi. Klinik Şefinin 28.1.1980 tarihli yazısından alçıya alma işlemlerinin ehil ellerde yapılmasının şart olduğu anlaşılmaktadır. İlgili uzmanın ilgili tarihte “hasta” olduğu varsayımından ve bu dalda başka bir uzman bulunmadığı gereğinden hareketle küçüğün kolunun alçıya alınması bu şartlar altında doğru olabilirdi. Ne var ki küçüğün ertesi gün bu sefer esas uzman doktor tarafından niye görülüp alçının tetkik edilmediğini anlayamadık. Diğer bir ifade şekliyle kaza günü mevcut uzman doktor şu veya bu nedenle hazır olmayabilir ve acil müdahale bir başka doktor veya teknisyen tarafından yapılabilir ve bu durumda herhangi bir mahzur olmayabilir. Ancak uzman doktorun yokluğunu intaç eden sebepler ortadan kalktıktan sorna yani doktora ertesi gün erişilebildiği halde, mecburiyet tahtında yapılan alçı işleminin doğru olup olmadığının artık o uzman tarafından tetkik edilmesi gerekirdi. Bu yapılmamakla tedavi yönteminde hastanenin bu hususta gerekli tedbiri almakta kusur ettiği açıktır.” Kararda, işverenin sorumluluğu yanında hastanenin aynı zamanda Sağlık Bakanlığı'nın tıbbi organizasyon kusuru olduğu da ortaya çıkmaktadır. Nitekim olayda, hastanede konu ile ilgili olarak tek bir uzman hekimin bulunması, bu hekimin hastanede bulunmadığı zamanlarda yerine

[30] Yüksek Mahkemenin 22/1987 sayılı kararı için bkz. <http://www.mahkemeler.net>

hizmet verebilecek aynı konuda başka bir hekimin bulunmaması tıbbi organizasyon kusuru olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, mahkeme burada hem işverenin müstahdem in fiilinden dolayı olan sorumluluğu hem de işverenin işyerinde gereken donanımı sağlamamasından kaynaklanan sorumluluğunu birlikte değerlendirmiştir.

c. Zarar ile Müstahdem in Fiili Arasında İlliyet Bağı Olması

İlliyet bağı, zararla sonuçlanan olayın başlamasına etken olan bir eylem ya da ihmaldir^[31]. Olayın meydana gelmesinde etkili olmayan ya da olayla ilgili olmayan başka sonuçlar doğuran eylem ve ihmaller illiyet bağının kurulmasını sağlamaz^[32]. İstihdam edenin sorumluluğunun doğabilmesi için son şart, zarar ile müstahdem in fiili arasında illiyet bağının bulunmasıdır.

İstihdam edenin sorumluluğu bakımından illiyet bağı, fiil ile zarar arasında uygun bir bağ kurulabilmesini anlatır. Burada, ortaya çıkan zararın fiil ile ilişkilendirilmesi gerekmektedir. Yani, failin fiilinin zararın ortaya çıkmasına uygun olması gerekmektedir. Bu nedenle, hayat tecrübelerine göre bir fiilin olayların normal akışında meydana getirebileceği zararlarla olan bağın olup olmadığı araştırılmalıdır^[33]. Dolayısıyla, fiilin zararın ortaya çıkmasına uygun olup olmadığı tespit edilmelidir^[34]. Yani, müstahdem in fiilinin hayatın normal akışına göre zararı ortaya çıkarıp çıkaramayacağı belirlenmelidir. Örneğin, hastanın penislin alerjisi olup olmadığı tespit edilmeden yapılan bir tedavinin hastanın ölümüyle sonuçlanması halinde hekimin bu tedaviyi yapması ile hastanın ölümü arasında uygun illiyet bağının olduğu açıktır. Ancak, hastanın uygulanan penicilin tedavisinden sonra kalp krizi sebebiyle ölümü halinde ise uygun illiyet bağının olup olmadığı araştırılmalıdır. İlk örnekte, hastanın bünyesinden kaynaklanan sebeplerin hastanın zarar görmesine sebep olduğu hallerde failin sorumlu olmasına rağmen tazminatta katkısız sorumluluk çerçevesinde indirim yapılmasıdır^[35].

[31] Kocayusu fpaşaoğlu, s. 50.

[32] Kocayusu fpaşaoğlu, s. 51.

[33] Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), İstanbul, 2009, s. 519.

[34] Oğuzman / Öz, s. 519.

[35] Oğuzman/Öz, s.520.

II. Kurtuluş Kanıtı Savunmasında Bulunup Bulunulamayacağı Sorunu

İşverenin, müstahdemin seçiminde, müstahdeme talimat vermede ve nezaret etmede gerekli özen ve dikkati gösterdiğini veya gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı bile zararın ortaya çıkmasına engel olamayacağını ispatlamakla sorumluluktan kurtulmasını sağlayan savunmaya kurtuluş kanıtı adı verilmektedir^[36]. Böylece kurtuluş kanıtı, işverenin kendisine yasa tarafından yükletilmiş olan objektif sorumluluktan kurtulmasını sağlamaktadır.

İşverenin, müstahdemin seçiminde özen gösterdiğini, müstahdemi işe alırken veya sonradan kendisine yeni bir iş verilirken, onun yapacağı iş için gerekli kişiliğe, bilgiye, ehliyete, tecrübeye sahip olduğu hususunda yeterli araştırma yaptığı konusunda hakimi ikna edecek delilleri sunması gerekiyor^[37]. Haksız Fiiller Yasası'nda, işverenin müstahdemin fiilinden sorumlu tutulmaması için herhangi bir kurtuluş kanıtı^[38] getirip getiremeyeceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Yüksek Mahkeme de verdiği kararlarda, işverene kurtuluş kanıtı getirme imkanı tanımamıştır. Bunun en büyük sebebi, Yasanın mehazı olan İngiliz *Tort Act.*'da böyle bir düzenlemenin yapılmış olmasıdır. Zira, İngiliz Hukuku'nda konu *vicariously liability* yani vekaleten sorumluluk altında düzenlenmiş olmasıdır. *Vicariously liability*'de müstahdemin işle ilgili olarak yapmış olduğu eylem ve davranışları gerçekleştirirken işverene vekalet ettiği kabul edilmektedir^[39]. Vekalet aktinde ise vekil vekalet kapsamında müvekkilin fiillerinden sorumlu olduğundan burada herhangi bir kurtuluş kanıtı getirme imkanı bulunmamaktadır^[40].

III. Davanın Niteliği ve Tarafları

İşverenin, müstahdemin fiilinden sorumluluğu nedeniyle açılan tüm davalar, adli dava niteliğindedir. Diğer bir ifadeyle, zarar ister özel sektöre isterse kamuda

[36] Oğuzman/Öz, s. 38.

[37] Oğuzman, s. 520.

[38] Türk Borçlar Kanunu'nda da işverenin kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma olanağı kaldırılmıştır. Eski Borçlar Kanunu m. 55'de ise işveren, iki şeyden birini ispat etmekle sorumluluktan kurtulabilmekteydi. İlk olarak, müstahdemin zarar vermemesi için halin gerektirdiği tüm önlemleri aldığını yani müstahdemi seçmede; talimat vermede ve gözetimde kendisine düşen objektif özen yükümünü yerine getirdiğini ispatlamakla sorumluluktan kurtulabilir. İkinci olarak işveren, kendisine düşen tüm yükümlülükleri yerine getirmiş olsaydı dahi zararın ortaya çıkmasına engel olamayacağını kanıtlamakla da sorumluluktan kurtulabilir. Bu konuda bkz. Nomer, s. 135; Tandoğan, s. 65.

[39] Horsey / Rackley, s. 325 vd.

[40] Horsey / Rackley, s. 325 vd.

ortaya çıkmış olsun dava, kaza hukuk mahkemelerinde görülmektedir. Yetkili mahkeme ise davalının ikametgahı esasına göre belirlenir. 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası'na göre "Kaza Mahkemesi...davalının veya davalılardan herhangi birinin, davanın ikame edildiği zamanda, Kaza Mahkemesi yetki alanı içinde ikamet etmesi veya iş yapmış olması... halinde bu Yasanın 25'inci maddesi kurallarına uygun olarak davaya bakıp karara bağlamaya yetkilidir (m. 24 /1-b).

Yüksek Mahkemeye göre işverenin sorumluluğu nedeniyle açılan davalarda, zarara sebep olan kişinin de davaya taraf gösterilmesine gerek yoktur. Diğer bir anlatımla, dava sadece işverene karşı açılabilir. 8/2013 sayılı Yüksek Mahkeme Kararına^[41] göre, davalının kontrolünde, davalının müstahdemleri veya işçileri veya ajanları tarafından yapılan bir ihmâl nedeniyle bir zarar oluştuğuna göre oluşan zarar nedeniyle, fiilen zarara sebebiyet veren kişi veya kişilerin davaya dahil edilmemesi veya taraf yapılmaması bir eksiklik olmadığı gibi, bu kişiler davaya dahil edilmeden de davalı aleyhine dava ikame edilebilir ve hüküm alınabilir. Mevzuatımız gereği, bu konuda hukuken bir engel yoktur". Bu durum, 27/2013 sayılı İyi İdare Yasası'nda da düzenlenmiştir. Yasaya göre idare, kendi işlem, ihmâl ve eylemlerinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. İdare, zarar görenin zararını giderdikten sonra, kusurlu işlem ya da eylemiyle zararın doğmasına sebebiyet veren kamu personeline, mahkeme tarafından tespit edilen kusur oranında rücu eder (m.22).

Söz konusu karar çerçevesinde, davanın tarafları zararın ortaya çıktığı kurum ve kuruluş ile fail esas alınarak tespit edilmelidir. Buna göre, davalı ilgili kamu kurumudur. Örneğin, 6/2009 sayılı Kamu Sağlık Çalışanları Yasası m. 12/2'de bu durumu doğrudan doğruya düzenlemiştir. Buna göre, "hizmetin işleyişinden zarar gören üçüncü kişiler, bu zararlardan ötürü bu görevleri yerine getiren görevli aleyhine değil Bakanlık aleyhine dava açarlar. Bakanlığın, genel kurallara göre sorumlu olan kamu sağlık çalışanlarına rücu hakkı saklıdır. Mahkemece kusurlu bulunmayan kamu sağlık çalışanına hiç bir şekilde rücu edilemez ve hakkında bu Yasa gereğince işlem yapılamaz".

Söz konusu davada davacı, hizmetinin görülmesi nedeniyle zarara uğrayan kişi yani mağdurdur. Yasaya göre, "Bu Yasada bundan sonra ele alınan konular haksız fiil sayılır ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti toprakları içinde veya deniz sularının çekilmiş haldeyken, bıraktığı en alçak su izinden ölçülmek üzere, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti sahillerinden üç millik bir mesafeye kadar uzanan deniz sahası içinde yapılan bir haksız fiil nedeniyle zarara uğrayan herhangi bir kişi, bu Yasa kurallarına bağlı olarak, haksız fiil işleyen veya haksız fiilden

[41] Yüksek Mahkemenin 8/2013 sayılı kararı için bkz. www.mahkemeler.net

sorumlu olan kişiden, Mahkemenin bahşetmeye yetkili olduğu mağduriyetini giderici çareler elde etme hakkına sahiptir” (m. 3/1). Mağdurun, küçük ya da kısıtlı olması halinde dava yasal temsilcisi tarafından açılır. Hukuk Usulü Tüzüğü altında 9 numaralı Emirin madde 11'e göre, “dava açabilecek yetkili bir vasisi olmayan bir küçük ve akıl hastası veya suçlu akıl hastası olsun veya olmasın, akli dengesi bozuk herhangi bir kişi, celpnamede adı gösterilecek ve en yakın dost veya akrabası olarak tanımlanacak olan bir kişi aracılığı ile davacı olarak dava açabilir. Bu gibi bir küçük veya akli dengesi bozuk kişi aleyhine dava açıldığında, savunması mahkeme veya yargıç tarafından dava amaçları için atanacak bir vasi tarafından yapılır ve böyle bir vasi davanın devam ettiği süre içinde yaptığı gerekli masraflardan şahsen sorumlu olmaz”.

Haksız fiil nedeniyle ölüm olayı meydana gelmişse, Haksız Fiiller Yasası 58 uygulanmaktadır: “Herhangi bir kişinin bir haksız fiil sonucu hayatını kaybetmesi ve böyle bir kişinin, haksız fiil ölümle sonuçlanmamış olsaydı, haksız fiilden gördüğü bedensel zarar için bu Yasa kuralları uyarınca ölüm tarihinde tazminat istirdat etme hakkına sahip olacak bir kişi olacağı hallerde, söz konusu ölen kişinin kocası, karısı, ebeveyni ve çocuğu söz konusu haksız fiilden sorumlu olan kişiden aşağıda belirtilen kurallar uyarınca tazminat istirdat edebilir: (a) Dava, ölen kişinin vasiyetnamesinin tenfiz memuru, terekesinin idare memuru veya varisleri tarafından kendi adlarıyla ölenin kocası, karısı, ebeveyni ve çocuğu yararına veya bunlardan hayatta olanlar yararına açılır: Ancak, bu gibi vasiyetname tenfiz memuru, tereke idare memuru veya varisler tarafından ölüm tarihinden başlayarak altı ay içinde dava açılmadığı takdirde, vasiyetname tenfiz memuru, tereke idare memuru veya varislerin yararlarına dava açabilecekleri tüm kişiler adına bu gibi kişilerin tümü veya herhangi biri tarafından kendi ad veya adlarıyla dava açılabilir”. Yasada, dava açma hakkını doğrudan doğruya mirasçılara vermemiştir. Davanın mirasçılar adına tereke tenfiz memuru tarafından açılabileceğini düzenlemiştir. Tereke tenfiz memurunun bu davayı mağdurun ölümden itibaren altı ay içinde açması gerekmektedir. Altı ay içinde tereke tenfiz memurunun bu davayı açmaması halinde dava açma hakkı mirasçılara geçer.

Mirasçıların haksız fiil nedeniyle tazminat talep edebilmesi için yansıma zararlarının varlığı gerekmektedir. Yasaya göre, “böyle bir davada, davanın kimler adına açıldığı hususunda ve bu kişilerin her birinin ölen kişinin ölümü nedeniyle uğradığı parasal zarar hususunda tafsilat verilmesi gerekir (m. 58/1/c)”. Dolayısıyla bu davayı mağdurun hükümde sayılan mirasçılarından bakmakla yükümlü olduğu kişiler açabilecektir.

IV. Tazminatın Belirlenmesi

Haksız fiile dayanarak açılan davalar sonucunda mahkeme kusur oranında tazminata hükmetmektedir. Yasada, tazminat miktarının belirlenmesine ilişkin olarak genel esaslar belirlenmemiştir. Yüksek Mahkeme verdiği bir kararda tazminat miktarının belirlenmesine ilişkin olarak şu esasları belirlemiştir: “Zarara uğrayan bir şahsa verilecek tazminatın tam ve yeterli olması gerekir. Ancak kişinin düşer olduğu zarar hesap yolu ile ölçülmediğinde kendisine verilecek tazminatın makul ve adil olması gerekmektedir. Mahkemeler bu gibi davalarda verilecek zarar ziyanı takdir ederken geçmiş yıllarda benzeri meselelerde takdir edilen miktarları göz önünde bulundurmaktadır. Tabiidir ki bu gibi bir kıyas yapılırken paranın, hüküm tarihindeki, alım gücündeki azalmanın da dikkate alınması gerekmektedir... bir davada verilecek tazminat miktarını takdir ederken benzeri davalarda takdir edilen miktarları göz önünde bulundurur. Ancak paranın alım gücündeki düşme neticesi birkaç yıl önce benzeri bir meselede takdir edilen tazminat miktarı çoğu kez yetersiz kalmaktadır^[42].”

KKTC Hukuku’nda tazminat özel ve genel tazminat olarak ikiye ayrılmaktadır. Özel tazminat, kişinin günlük kazanç kaybını karşılamaktadır. Genel tazminat ise haksız fiil nedeniyle zarara uğrayan kişinin haksız fiil sebebiyle uğradığı diğer maddi zararlar ile manevi zararın giderilmesine yöneliktir. Yani genel tazminat miktarının hesaplanmasında, mağdurun hastane ve tedavi masrafları, iş gücü kaybı ve manevi zararı dikkate alınmaktadır.

Ölüm halinde tazminatın hesaplanmasında uygulanacak esaslar ise m. 58 /1(b)de hükme bağlanmıştır: “Herhangi bir hayat sigortası (assurance) veya herhangi bir sigorta sözleşmesi uyarınca müteveffanın ölümü üzerine ödenen veya ödenecek olan herhangi bir para miktarı ve müteveffanın cenaze masrafları veya onun adına matem tutulması için ödenen veya ödenmesi gereken herhangi bir para miktarı dikkate alınmaz”. Buna göre, haksız nedeniyle elde edilen başka bir gelir varsa bu durumda tazminat talep edilemeyecektir. Öte yandan, Türk Hukuku’ndan farklı olarak tazminatın hesaplanmasında, cenaze ve defin masrafları dikkate alınmamaktadır.

[42] 51/87 sayılı Yüksek Mahkeme kararı için bkz. www.mahkemeler.net

SONUÇ

İdarenin müstahdemin fiilinden dolayı sorumluluğu açısından KKTC Mahkemelerinin konuyu “işverenin müstahdemin fiilinden dolayı sorumluluğu” kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Hem Anayasa'daki düzenlemeler hem de İngiliz Hukuku'nun etkisiyle konu, Haksız Fiil Yasası çerçevesinde değerlendirilmektedir.

KKTC Anayasası'na göre, idari davalara bakmakla yükümlü olan Yüksek İdare Mahkemesi sadece idari işlemlerden doğan davalara baktığından, idarenin müstahdemin fiilinden dolayı sorumluluğuyla ilgili davalar, Kaza Hukuk Mahkemelerinde açılmaktadır. Bu çerçevede mahkemeler, İdareyi işveren olarak nitelendirmektedir. İdare, müstahdemin işle ilgili olarak vermiş olduğu zararlardan sorumludur. Sorumluluğun gerçekleşebilmesi için müstahdemin herhangi bir kusuru olmasına gerek yoktur. Burada, İdare ile müstahdem arasında bir bağın olması yeterlidir. Bağdan kasıt, müstahdemin işini İdarenin emir ve talimatı altında yapmakta olmasıdır. Hiyerarşik bağın tespitinde, *control and integration test* çerçevesinde, işverenin müstahdemin işi yapmaya ehil olup olmadığını ve işi nasıl yaptığını kontrol etmesi ile yapılan işin, işverenin işinin önemli bir kısmını oluşturması unsurlarının varlığı aranmaktadır. Ancak burada, özellikle temizlik gibi alanlarda yapılan hizmet alımlarının işverenin sorumluluğundan ayırt etmek için ücretin de kim tarafından ödendiğine bakılmaktadır. Bu üç unsurun da işverende birleşmesi halinde işverenin müstahdemin fiilinden dolayı kusursuz sorumlu olduğu kabul edilmektedir.

KKTC Hukuku'nda, Türk Hukuku'ndan farklı olarak işverene kurtuluş karinesi getirme imkanı tanımlanmamıştır. Yani işveren, müstahdemin seçiminde, müstahdeme talimat vermede ve nezaret etmede gerekli özen ve dikkati gösterdiğini veya gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı bile zararın ortaya çıkmasına engel olamayacağını ispatlamakla sorumluluktan kurtulamaz. Buradayı, idareyi sorumluluktan kurtarabilecek tek husus müstahdemin vermiş olduğu zararın işle ilgili olmayan bir fiilden dolayı ortaya çıkmış olmasıdır.

Dava sonucunda mahkeme, idarenin sorumluluğuna karar vermesi halinde mağdura zararı oranında tazminat ödenmesine hükmeder. KKTC Hukuku'nda tazminat özel ve genel tazminat olarak ikiye ayrılmaktadır. Özel tazminat, kişinin günlük kazanç kaybını karşılamaktadır. Genel tazminat ise haksız fiil nedeniyle zarara uğrayan kişinin haksız fiil sebebiyle uğradığı diğer maddi zararlar ile manevi zararın giderilmesine yöneliktir.

KAYNAKÇA

Dichter, Mark / Turnbull, Kenneth / Howse, Matthew / Zelek, Mark, Labour & Employment, UK, 2011.

Elliott, Catherine / Quinn, Frances, Tort Law, UK, 2007, s. 361-362.

Gürler, Emir Ali, KKTC Hukuku'nda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, İstanbul, 2017.

Horsely, Kirsty/Rackley, Erika, Tort Law, UK, 2009, s. 325.

Külahçı, Şölen, KKTC Sağlık Hukuku, İstanbul, 2016.

Leyland, Peter / Anthony, Gordon, Administrative Law, UK, 2012.

Necatigil, Zaim, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Anyasa ve Yönetim Hukuku'nun Esasları, Lefkoşa, 2015.

Nomer, Haluk, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), İstanbul, 212.Nomer, Haluk, Borçlar Hukuku, İstanbul, 2012.

Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), İstanbul, 2009

Öz, Turgut, Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler, İstanbul, 2012.

Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), İstanbul, 2011.

Stauch, Marc / Wheat, Kay / Tingle, John, Medical, Law, NewYork, 2007.

Stauch, Marc / Wheat, Kay, Text, Cases and Materials on Medical Law and Ethics, New York, 2005.

Şenocak, Zarife, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara, 1995.

Tandoğan, Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1981.

Turhan, Turgut, Tarihsel Bakış Açısıyla Kıbrıs Türk Hukuk Sistemi, AÜHFD, Y. 2008, C. 57, S. 2, s. 253-286.

Makaleler

Articles

“MUVAZAA” NEDENİNE DAYALI TASARRUFUN İPTALİ DAVALARININ KOŞUL VE SONUÇLARI*

Av. Talih UYAR**

Öz: Bu makalede; uygulamada çok sık karşılaşılan “tasarrufun iptali davaları”nın (İİK. mad. 277-284) özel bir türü olan “muvazaa” (TBK. m. 19) nedenine dayalı tasarrufun iptali davalarının neredeyse tüm özellikleri irdelenmiştir.

Anahtar kelimeler:

Muvazaa, tasarrufun iptali davası, şahsi dava, haciz yoluyla takip, görevli/ yetkili mahkeme, davacı sıfatı, ihtiyati haciz, aciz vesikası.

I- Bilindiği gibi; tasarrufun iptal davası; *«borçlunun alacaklılarına zarar veren bazı tasarruflarını -davacı alacaklı bakımından, onun alacağı ölçüsünde-hükümsüz hale getirmeye yarayan bir dava»*,^[1] *«borçlunun alacaklısını zarara sokmak kastıyla malvarlığın- dan çıkarmış olduğu mal ve hakların veya bunların*

* Bu yazı, bir dava dosyasına “hukuki mütalâa” (uzman görüşü) ‘HMK. m.293’ olarak sunulmuştur.

** Avukat | İzmir Barosu (9 Eylül Üniv. Huk. Fak. E. Öğr. Görv.) t.uyar@talihuyar.com

[1] BERKİN, N. İflas Hukuku, 1972, s: 489 - ÖNEN, T. İptâl Davaları (Ank. İk. Tic. İl. Ak. D. 1969/1, s: 39) - OLGAC, S. Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları (Dr. A. Recai Seçkin’e Armağan, 1974, s: 457 vd.)

yerine geçen değerlerin, tasarruftan zarar gören alacaklının alacağını elde etmesi amacıyla dava açarak tekrar borçlunun malvarlığına geçmesini sağlayan dava»^[2], “borçlunun alacaklısını zarara uğratmak kastıyla malvarlığından çıkarmış olduğu mal ve hakların veya bunların yerine geçen değerlerin, tasarruftan zarar gören alacaklı tarafından, alacağını elde etmek amacıyla dava açarak tekrar borçlunun malvarlığına geçmesini sağlayan bir dava türü”^[3] [4] şeklinde tanımlanabilir.

Bu davanın amacı, borçluların henüz tasarruf yetkilerinin kısıtlanmamış olduğu dönemde (yani; «haciz»den ve «İflâs kararı»ndan önce) alacaklılarından mal kaçırmak kastı ile, kötü niyetle yapmış oldukları hukukî işlemleri, davacı alacaklı bakımından hükümsüz sayarak, borçlunun malvarlığından uzaklaştırdığı (çıkardığı) dava konusu mal üzerinde, alacaklının -sanki, bu mal halâ borçluya aitmiş gibi- cebri icra yolu ile alacağını elde etmesini -bu malın haciz ve satışını isteyerek- sağlamaktır.^[5] [6]

II- Yapılan açıklamalardan anlaşıldığı gibi iptâl davası, «dava konusu malın aynına ilişkin bir aynî dava olmayıp kişisel bir dava»dır.^[7] Yani bu dava sonunda,

[2] Bknz: 17. HD. 08.07.2010 T. 2481/6636 (www.e-uyar.com)

[3] SERTKAYA,A.Ş./KUL,S. Tasarrufun İptali Davaları,2016, s:4.

[4] BKNZ: HGK. 02.02.2005 T. 15-666/1

[5] UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 3. Baskı, 2014, C:3, s:4306.

[6] Bknz: 17. HD. 09.04.2013 T. 7724/5114; 09.04.2013 T. 4120/5124; 26.03.2013 T. 3101/4187; 21.03.2013 T. 2675/3897; 21.03.2013 T. 2708/3898; 05.03.2013 T. 5153/2720; 27.01.2011 T. 9680/424; 07.03.2011 T. 11643/2001; 21.03.2011 T. 7361/2517; 8.7.2010 T. 2483/6636; 18.2.2010 T. 9109/1313; 26.5.2009 T. 2672/3631; 4. HD. 16.2.2010 T. 4343/1376; 17. HD. 14.5.2009 T. 1488/3133; 4. HD. 25.09.2006 T. 1117/9749 vb. (www.e-uyar.com)

[7] UMAR, B. Türk İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davası, 1963, s: 19 - KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku, 1997, C: 4, s: 3409 - KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2013, 2. Baskı, s: 1397 -SERTKAYA,A.Ş./KUL,S. age. s:7 -MUŞUL,T. Tasarrufun İptali Davaları, 2015, s:14 vd. - BERKİN, N. age. s:495 - , BERKİN, N. İflâs Hukuku Rehberi, 1980, s: 111 - ÜSTÜNDAĞ, S. İflâs Hukuku, 2007, 7. Baskı, s: 288 - ÖNEN, T. agm. s: 39 - KURTOĞLU, S. İcra Hukuku Açısından İptal Davasının Hukuki Niteliği (İBD. 1973/7-8), s: 776 vd. - ESENER, T. Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, 1956, s: 105 - ÖZSUNAY, E. Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, 1968, s: 233 -KOSTAKOĞLU, C. Takip Hukukunda İptal Davaları (Yasa D. 1989/8, s: 1039 - Adalet D. 1989/6, s: 9) - MUŞUL, T. İcra ve İflâs Hukuku, 2013, 6. Baskı, C:2, s:1739 - AKŞENER, H. Ş. İcra ve İflâs Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, 2. Baskı, 2007, s: 27 - AKKAYA, T. «Alacaklıdan Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflâs Kanununda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu (Legal Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, 2006/3, s: 672.) - ERTEKİN, E./ KARATAŞ, İ. İcra ve İflâs Hukukunda İstihkak ve Tasarrufun İptali Davaları, 1995, s: 576. - KARATAŞ, İ./ERTEKİN, E. Tasarrufun İptali Davaları, 1998, s:17vd. -ULUKAPI, Ö. İcra ve İflâs Hukuku, 2015, s: 499. - GÜNEREN, A. İcra ve İflâs Hukukunda İstihkak Davaları ile Tasarruf İptâl Davaları, 2004, s:1015. - GÜNEREN,

tasarrufa konu mal, alıcı (veya devir alan)nın malvarlığından çıkarılarak, tekrar borçlunun malvarlığına geri verilmez. Tasarrufa konu mal, yine alıcı (veya devir alan)ın malvarlığında kalmakla beraber, davayı kazanan davacı-alacaklı, o malı haciz ettirip sattırma ve satış bedelinden alacağını alma imkanını elde etmiş olur.

Yüksek mahkeme, iptal davalarının bu niteliğini, çeşitli içtihatlarında; «*tasarrufun iptali davaları, borçlanan bir şahsın daha sonra yaptığı tasarruflarla borcunu ödeyemeyecek derecede malvarlığını azaltması halinde, yapılan bu tasarrufların alacaklıya karşı geçersiz sayılması ve temlike konu malın borçlunun malvarlığına iade edilmeden, o mal üzerinde icra takibi ile alacağın tahsiline imkan veren ve takip hukuku içinde yer alan ‘şahsi’ bir davadır...*», «*iptâl davaları ‘aynî’ nitelikte dava olmayıp, borçlu tarafından yapılan tasarrufun alacaklıya karşı bâtil olduğunun tespitine ilişkindir...*»^[8] «*tasarrufun iptali davasının hukuki yönü ile ‘aynî dava’ olmayıp ‘şahsi dava’ olduğu*»^[9] şeklinde belirtmiştir.

Federal Mahkeme de «*iptâl davası, aynî bir dava değildir, yani bu dava ile, iptâlî istenen tasarruf ile oluşmuş (kazanılmış) aynî hakkın hiç bir zaman oluşmadığına dair karar verilmesi istenmez... iptâl davası hakkı, niteliği itibariyle kişiseldir, aynî değildir...*»^[10] şeklinde, bu davanın ‘aynî’ bir dava olmayıp, ‘kişisel’ bir dava olduğunu vurgulamıştır.

İptâl davasının aynî bir dava olmayıp, kişisel bir dava olmasından -uygulamada önem taşıyan- şu **sonuçlar** doğar:

√ İptâl davası aynî bir dava olmadığından, davanın konusu taşınmaz mal dahi olsa, özel yetki hükmü olan -ve taşınmazın bulunduğu yerdeki mahkemenin yetkili olduğunu belirten- HMK’nun 12. maddesi iptâl davalarında uygulanmaz yani bu durumda dahi yetkili mahkeme HMK. mad. 5’e (ve kimi kez de, HMK. mad. 16’ya) göre belirlenir.^[11]

A. Tasarrufun İptâl Davaları, 2012, 3. Baskı, s:49. - PEKCANİTEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M. İcra ve İflâs Hukuku, 2013, 11. Bası, s:878.

[8] Bknz: 12. HD. 8.12.2011 T. 9093/27212; 17. HD. 19.7.2007 T. 3033/2544; HGK. 5.6.2002 T. 15-421/499; 15. HD. 6.12.1990 T. 4123/5350 (www.e-uyar.com)

[9] Bknz: 12. HD. 08.12.2011 T. 9093/27212; 29.11.2011 T. 8816/25094; 17. HD. 17.05.2011 T. 8699/4906; 04.04.2011 T. 1830/3466, 04.04.2011 T. 1654/3040; 24.03.2011 T. 8291/2676 vd. (www.e-uyar.com)

[10] Bknz: ATF 20, 404; ATF 26 II 213 (BRAND, E. age. s: 42 vd.) (Diğer örnekler için bknz: KURTOĞLU, S. agm. s: 778)

[11] Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. a.g.şerh, C:3, s: 4500 vd.; - UYAR, T. İİK. Şerhi, 2009, C:12, s:19669 vd. - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. Tasarrufun İptâlî Davaları, 2011, 4. Baskı, C:1, s:1118.

√ İptâl davası aynî bir dava olmadığından, davanın değeri, iptal konusu tasarrufun kıymetine göre değil, «*alacaklının elindeki aciz belgesinde gösterilen ödenememiş (açık) alacak miktarı ile iptal konusu tasarrufun kıymetinden daha az olanına göre*» saptanır.

Bu kıstasa (ölçüte) göre belirlenen değer; iptâl davasına bakacak «*görevli mahkeme*»^[12]yi saptamada, bu davada alınması gereken «*peşin harç*» ile «*karar ve ilâm harcı*»nı^[13] ve dava sonunda hükmedilecek «*avukatlık ücreti*»ni hesaplamada önem taşır.

√ İptâl davası aynî bir dava olmadığından, iptâl isteminin kabul edilmesi halinde, «*dava konusu tasarrufun tümünün iptaline*» değil, «*takip konusu alacak miktarı ile sınırlı olarak (takip konusu alacak ve -faiz, masraf gibi- eklentilerine yetecek oranda) tasarrufun iptaline*» karar verilir.^[14]

√ İptâl davası aynî bir dava olmadığından iptâl konusunun taşınmaz mal olması halinde, iptâl isteminin kabul edilmesi halinde, «*...davalı üçüncü kişi üzerindeki tapu (trafik) kaydının iptaline ve borçlu adına tesciline*» şeklinde değil, «*taşınmaza ilişkin -satış, bağış, ipotek vb.- işleminin iptaline ve davacı alacaklıya dava konusu taşınmaz üzerinde haciz ve satış isteme yetkisinin tanınmasına...*»^[15] şeklinde karar verilir.

√ İptâl davası aynî bir dava olmadığından, bu dava sonucunda verilen karar, *kesinleşmesi beklenmeden* uygulanır.^[16] Çünkü, bu dava sonucunda verilen kararlar, HMK. mad. 367/2 hükmünün kapsamı içine girmez.

√ İptâl davası aynî bir dava olmadığından, davalının iflâs etmesi halinde, davacı dava (tasarruf) konusu malı, *iflâs masasından* çıkaramaz. Çünkü bu

[12] Ayrıntılı bilgi için bkznz: UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. a.g.şerh, C:3, s: 4503. - UYAR, T. İİK. Şerhi, 2009, C:12, s:19712 vd. - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. Tasarrufun İptali Davaları, C:1, s:1152 vd.

[13] Bknz: UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. a.g.şerh, C:3, s: 4593 vd. - UYAR, T. İİK. Şerhi, C:12, s:19738 - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. Tasarrufun İptali Davaları, C:1, s:1213

[14] Ayrıntılı bilgi için UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. a.g.şerh, C:3, s:4591 vd. - UYAR, T. İİK. Şerhi, C:12, s:20028 - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. Tasarrufun İptali Davaları, C:2, s:2093 vd.

[15] Ayrıntılı bilgi için bkznz: UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. a.g.şerh, C:3, s:4577 vd. - UYAR, T. İİK. Şerhi, C:12, s:20026 vd. - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. Tasarrufun İptali Davaları, C:2, s:2082 vd.

[16] Bknz: 12. HD. 29.11.2011 T. 8816/25094; 24.4.2007 T. 5791/7973; 17. HD. 30.05.2011 T. 10068/5481; 17.05.2011 T. 4056/4907; 14.04.2011 T. 1830/3466; 04.04.2011 T. 1654/3040; 24.03.2011 T. 8291/2676 (www.e-uyar.com)

durumda, davacının sadece iflâs masasına karşı bir «*iflâs alacağı*» söz konusu olur.^[17]

III- İptâl davasının “kimler tarafından” açılabileceği, İİK. mad. 277’de, “kimlere karşı” açılabileceği ise İİK. mad. 282’de düzenlenmiştir.^[18]

İptâl davasını kimlerin açabileceği -yani, bu davada kimlerin “*davacı sıfatı*” nı taşıyabileceği- bu maddede -sayılarak (tahdidi olarak)- belirtilmiştir. Burada belirtilen kişilerin dışındakilerin dava açma hakkı yoktur.

İptâl davasının *haciz* ya da *iflâs* yolu ile takipte açılmış olmasına göre, “*davacılık sıfatı*” nı ayrı ayrı incelemek gerekir:

Haciz yolu ile takiplerde;

aa) Kesin (kat’i) aciz belgesi (İİK. mad. 143; 105/I) sahibi alacaklı açabilir.^[19]

bb) Geçici aciz belgesi (İİK. mad. 105/II) sahibi alacaklı açabilir.^[20]

(Yukarıdaki i k i d u r u m d a; borçlu hakkında alacaklı tarafından yapılmış birden fazla icra takibi varsa, alacaklı her icra takibi için ayrı ayrı aciz belgesi alarak iptal davası açabilir. Ayrıca, alacaklı bir icra takibinde aldığı aciz belgesine dayanarak, hakkında aciz belgesi almadığı icra takibine konu ettiği alacağı için iptal davası açamaz. Keza alacaklı, başka bir alacaklının almış olduğu aciz belgesine dayanarak, kendisi ayrıca aciz belgesi almadan, kendi alacağı hakkında iptal davası açamaz...)^[21]

[17] UYAR, B. age. s: 19

[18] UYAR, T. Tasarrufun İptali Davasının Tarafları (Prof. Dr. Fırat Öztana’a Armağan, C:2, 2010, s:2243-2274)

[19] Bknz: 17. HD. 4.4.2011 T. 7124/3028; 27.1.2011 T. 5310/430; 20.1.2011 T. 7202/215; 1.7.2010 T. 5096/6229; 15. HD. 10.5.2004 T. 1892/2621, 1.10.2001 T. 3971/4209; 16.4.2001 T. 1400/1954; 17. HD. 19.7.2007 T. 3037/2545; 12.7.2007 T. 3032/2476; 15. HD. 4.11.2004 T. 1832/5619; 3.11.2004 T. 1725/5593 vb. (www.e-uyar.com)

[20] Bknz: 17. HD. 10.12.2009 T. 6893/8204; 23.11.2009 T. 8206/7773; 19.11.2009 T. 5582/7734; 20.11.2008 T. 3181/5422; 11.4.2007 T. 555/2363; 15. HD. 10.5.2004 T. 1892/2621; 1.10.2001 T. 3971/4209; 16.4.2001 T. 1400/1954; 17. HD. 19.7.2007 T. 3037/2545; 12.7.2007 T. 3032/2476; 15. HD. 4.11.2004 T. 1832/5619; 3.11.2004 T. 1725/5593 vb. (www.e-uyar.com)

[21] KURU, B. El Kitabı, s:1416 vd.

cc) Ayrık olarak, kendisine karşı İİK. mad. 97/XVII’ye göre açılan^[22] “istihkak davası”nda, alacaklı; *aciz belgesi sunmadan*^[23] “karşılık dava” olarak da iptâl davası açabilir.^[24]

Hemen belirtelim ki; **Yargıtay 17. Hukuk Dairesi**^[25] -daha önce, bu konuda verilen kararları temyizen inceleyen **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi** ve **Yargıtay 15. Hukuk Dairesi**^[26] ve **Hukuk Genel Kurulu**^[27] gibi- “dava açarken veya daha sonra yargılama/temyiz/karar düzeltme aşamasında” aciz vesikası ibraz edilmemesi halinde, davanın görülemeyeceğini, yakın zamana kadar, yerel mahkemelerce bu konuda verilen kararları temyizen incelemiş bulunan **Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de** -“*muavazaa nedenine dayalı iptâl davaları*”nın- “*aciz vesikası ibraz edilmesine gerek kalmadan görülebileceği*”ni kabul etmekteydi...^[28]

Bugün tüm “tasarrufun iptali davalarına ilişkin olarak yerel mahkemelerce verilen kararları incelemekte olan **Yargıtay 17. Hukuk Dairesi** “*TBK’nun 19. maddesine dayanılarak açılmış olan muvazaa nedenine dayalı tapu iptali ve tescil davalarında*” aciz belgesi aramamaktadır.^[29]

Bilindiği gibi, “*kesin (kat’i) aciz belgesi*”, haciz edilen malların paraya çevrilmesi sonunda, alacağını kısmen ya da tamamen alamamış olan alacaklıya verilen bir belgedir (İİK. mad. 143/I).^[30] Ayrıca “*borçlunun hiç haczi kâbil malı*

[22] Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. a.g.şerh, C:2, s:1917 vd. - UYAR, T. İİK. Şerhi, 2006, C:5, 3. Baskı, s:8190 - UYAR, T. İcra Hukukunda İstihkak Davaları, 1994, 3. Baskı, s: 770

[23] Bknz: : UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. a.g.şerh, C:3, s: 4498. - UYAR, T. İİK. Şerhi, C:12, s: 19670 vd.

[24] Bknz: 15. HD. 26.10.1988 T. 2869/3403, 27.10.1987 T. 2251/3709 (www.e-uyar.com)

[25] Bknz: 17. HD. 21.03.2013 T. 12347/3975; 14.03.2013 T. 5988/3307; 14.03.2013 T. 5569/3301; 26.06.2012 T. 1921/8024; 19.01.2012 T. 1829/269; 18.04.2012 T. 12788/4874; 25.03.2013 T. 5561/4060; 04.04.2011 T. 7124/3028; 27.01.2011 T. 5310/430; 20.01.2011 T. 7202/215; 01.07.2010 T. 5069/6229 vb. (www.e-uyar.com)

[26] Bknz: 15. HD. 15.01.2003 T. 6346/153; 20.02.2002 T. 642/862; 22.09.2004 T. 3920/4487; 03.11.2004 T. 1725/5593; 04.11.2004 T. 1832/5619; 19.02.2003 T. 6107/5900 (www.e-uyar.com)

[27] Bknz: HGK. 04.07.2007 T. 4-450/449; 14.04.2004 T. 15-182/220 (www.e-uyar.com)

[28] Bknz: 4. HD. 28.03.2011 T. 2023/3257; 14.03.2011 T. 717/2586; 28.02.2011 T. 3088/2012; 08.03.2011 T. 407/2480 (www.e-uyar.com)

[29] Bknz: 17. HD. 02.04.2013 T. 7306/4613; 28.03.2013 T. 6151/4361; 04.03.2013 T. 5918/2619 (www.e-uyar.com)

[30] Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T. İİK Şerhi, C:8, 3. Baskı, s:11853 vd. - ÖZTEK, S. İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemenin Aciz Vesikası (İİK. m. 143; m. 251), 1994, s:48 vd. - DELİDUMAN, S. İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemenin Aciz Belgesi, 1995, s:28 vd.

bulunmadığını saptayan haciz tutanağı” (İİK. mad. 105/I) “**kesin aciz belgesi hükmünde**” olduğu gibi,^[31] “*borçlunun bulunan ve haciz edilen mallarının icra dairesince takdir edilen kıymetlerine göre, borcu karşılamayacağını belirten haciz tutanağı*” (İİK. mad. 105/II) da “**geçici aciz belgesi**” yerine geçer.^[32]

Yüksek mahkeme, tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için, davanın bir “*ön şartı*” olan aciz belgelerine (vesikalarına) ilişkin olarak;

“Tasarrufun iptali davalarının, elinde kat’i veya geçici aciz vesikası bulunan alacaklılar tarafından açılabileceğini, yani aciz halinin mevcut olmasının, davanın görülebilme koşulu olduğunu, bu hususun mahkemece re’sen gözetilebileceğini”^[33]

“Temyizen Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nce incelenecek olan ‘muvaazad’ (BK. 18; şimdi; TBK. mad. 19) iddiasına dayalı olarak açılan tasarrufun iptali davalarına, davacı tarafından ‘aciz belgesi’ ibraz edilmese dahi bakılması (sonuçlandırılması) gerekeceğini”^[34]

“Haciz tutanağında ‘borçlunun haczi kabil malının bulunmadığının’ ya da ‘borçlunun borcu karşılayacak yeterli malının bulunmadığının’ belirtilmiş olması halinde, bu tutanağın ‘aciz vesikası’ sayılacağını (niteliğinde olacağını)”^[35]

[31] Ayrıntılı bilgi için bkz: UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İİK. Şerhi, 2006, C:2, s:2082 vd. - UYAR, T. a.g. şerh, C:6, 2. Baskı, s:9138 vd.

[32] Ayrıntılı bilgi için bkz: UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. a.g.şerh, 2006, C:2, s:2083 vd. - UYAR, T. İİK. Şerhi, C:6, s: 9139 vd. - ÖZTEK, S. age. s: 22 vd. - DELİDUMAN, S. age. s:8 vd.

[33] Bknz: 17. HD. 01.4.2013 T. 9664/4520; 21.03.2013 T. 8057/3971; 19.03.2013 T. 5119/3664; 14.03.2013 T. 5569/3301 (www.e-uyar.com)

[34] Bknz: 17. HD. 05.05.2011 T. 3814/4847; 4. HD. 28.03.2011 T. 2023/3257; 14.03.2011 T. 717/2586; 28.02.2011 T. 3088/2012; 17. HD. 24.01.2011 T. 1723/469 (www.e-uyar.com)

[35] Bknz: 17. HD. 06.03.2008 T. 4113/1082; 15. HD. 22.03.2001 T. 5103/1434; 09.04.2001 T. 5397/1803; 26.01.2005 T. 4587/258; 17. HD. 11.03.2008 T. 287/1141; 15. HD. 18.04.2007 T. 6008/2521; 17. HD. 21.01.2008 T. 5653/179; 15. HD. 07.05.2002 T. 2211/2368; 17. HD. 04.10.2007 T. 4627/2955; 08.10.2007 T. 4394/3010; 01.07.2008 T. 2898/3682; 15. HD. 15.05.2002 T. 1395/2523; 17. HD. 19.07.2007 T. 2982/2552; 18.09.2007 T. 3993/2650; 18.09.2007 T. 4041/2651; 22.10.2007 T. 4353/3158; 15. HD. 30.10.2003 T. 5707/5100; 08.04.2005 T. 1049/2145; 12. HD. 08.03.2005 T. 1659/4687; 17. HD. 31.05.2010 T. 4308/4925; 08.07.2010 T. 4306/6635; HGK. 15.05.2002 T. 15-367/403; 17. HD. 09.05.2011 T. 10595/4459; 23.12.2010 T. 3122/11438; 21.03.2013 T. 8433/3974 (www.e-uyar.com)

“Borçlunun malvarlığı üzerinde çok miktarda haciz bulunması ve borçlarını ödeyememiş olmasının, aciz halinin varlığını ve mal kaçırma niyetinin bulunduğunu göstereceğini”^[36]

“Mahkeme tarafından ‘aciz belgesi’ sunması için davacıya kesin mehil verilebileceğini”^{[37] [38]}

belirtmiştir.

İptâl davası açabilmesi için, alacaklının “aciz belgesi”ne sahip olması niçin istenmektedir? İptâl davası, alacaklının alacağını, kısmen ya da tamamen borçlunun malvarlığından -onun, alacaklılarına zarar vermek amacı ile mallarını kaçırmış olması nedeniyle- sağlayamadığı durumlarda açılabilen bir dava olduğundan, alacaklı “borçlusunun aciz halinde olduğunu” ancak aciz belgesi ile kanıtlayabildiğinden, iptâl davası açan alacaklının, icra müdürlüğünden alacağı “aciz belgesi”ni “İİK. mad. 143, 105/I” (ya da; geçici aciz belgesi hükmündeki “haciz tutanağını” “İİK. mad. 105/II”) mahkemeye -ileride belirteceğimiz gibi; “dava dilekçesi” ile birlikte ya da “yargılama sona erinceye kadar”- sunması gerekir...

IV- Tasarrufun iptali davasının d i n l e n e b i l m e s i i ç i n
“dava tarihinden ö n c e veya s o n r a”^{[39] [40]} (yargılama sırasında) davacı-alacaklı tarafından yapılmış ve kesinleşmiş bir i c r a t a k i b i bulunması gerekir.^{[41] [42]}

[36] Bknz: 17. HD. 8.6.2010 T. 2315/5299; 25.5.2010 T. 2340/4686; 19.2.2009 T. 4913/801 vb. (www.e-uyar.com)

[37] Bknz: 17. HD. 23.11.2009 T. 8051/7771; 14.9.2009 T. 5267/5315; 14.9.2009 T. 5267/5321 (www.e-uyar.com)

[38] Karş: 17. HD. 12.5.2009 T. 2884/3093 (www.e-uyar.com)

[39] GÜNEREN, A. Tasarrufun İptali Davaları, 3. Baskı, 2012, s:403

[40] Bknz: 17. HD. 11.03.2013 T. 5718/3199; 26.11.2012 T. 6703/13012; 15. HD. 18.11.2003 T. 5510/5515 (www.e-uyar.com)

[41] SERTKAYA, A.Ş./KUL, S. age. s:195 vd. – MUŞUL, T. Tasarrufun İptali Davaları, s:382 - GÜNEREN, A. Tasarrufun İptali Davaları, s:403 vd. - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. Tasarrufun İptali Davaları, C:2, s:1558 - KOSTAKOĞLU, C. Takip Hukukunda İptal Davaları, (Ad. D. 1989/6, s:23 vd. - Yasa D. 1989/8, s:1050 vd.) - ŞİMŞEK, E. Uygulamalı İcra ve İflas Kanunu, 1989, s:852

[42] Bknz: 11. HD. 11.3.2013 T. 5718/3199; 26.11.2012 T. 6703/13012; 17. HD. 03.11.2011 T. 2228/10229; 03.10.2011 T. 3588/8567; 26.05.2011 T. 9358/5323; 16.0.2011 T. 3901/4867; 24.03.2011 T. 7161/2673; 07.03.2011 T. 6767/1995; 07.02.2011 T. 12468/899; 04.11.2010 T. 5462/9379; 03.06.2010 T. 3019/5107; 08.02.2010 T. 10275/857; 28.12.2009 T. 8452/9007; 15.12.2009 T. 8495/8457; 12.11.2009 T. 8903/7489; 29.09.2009 T. 3072/5789; 20.05.2009 T. 2951/3395; 26.12.2008 T.

İptal davası mutlaka bir *icra takibine* dayalı olarak açıldığı ve dava sonucunda davacıyı haklı bularak “*davanın kabulüne*” karar verecek duruma gelen mahkemenin “*davacı-alacaklının sayılı icra takibine konu alacağını eklentileri ile birlikte karşılayacak miktarla sınırlı olarak dava konusu taşınmaz/taşınır üzerinde davacı-alacaklıya cebri icra yetkisi (haciz ve satış isteme yetkisi) tanınmasına....*” ş e k l i n d e karar vermesi gerekeceğinden^[43] yargılama sona ermeden, davacı-alacaklı tarafından davalılardan borçlu hakkında yapılmış ve kesinleşmiş bir i c r a t a k i- b i n i n bulunması gerekir.

Ayrıca, mahkemece tasarrufun iptali davası sonucunda karar verilebilmesi için, alacaklı tarafından takip konusu yapılmış olan a l a c a ğ ı n d a kesinleşmiş olması gerekir.^{[44] [45]}

Bu nedenle; davacı-alacaklı, davalı-borçlu hakkında örneğin; *senetsiz* veya bir *adi senede* dayalı olarak takip yapmış ve 7 günlük “*itiraz süresi*” içinde borçlu tarafından -icra dairesine başvurularak- ödeme emrine (takip konusu *borca* ya da *imzaya*) itiraz edilememişse hem *takip* ve hem de *alacak* kesinleşmiş olur. Alacaklı, böylece kesinleşmiş olan icra takibine (ve takip konusu alacağına) dayanarak tasarrufun iptali davası açabilir... Yapılmış olan bu takibe karşı borçlu tarafından süresi (7 gün) içinde “icra dairesi”ne başvurularak itiraz edilmişse, alacaklının bu itirazı hükümsüz hale getirmek amacıyla “itirazın iptali” için “mahkeme” ye^{[46] [47]} ya da “*itirazın kaldırılması*” için “icra mahkemesi” ne başvurmuş olması halinde, bu başvuruların sonucu, tasarrufun iptali davasına

4215/5810; 14.7.2008 T. 2594/3948; 14.08.2008 T. 3088/3951; 29.05.2008 T. 386/2885; 26.06.2008 T. 727/3542; 15.05.2008 T. 1800/2608; 22.04.2008 T. 459/2096; 21.04.2008 T. 4950/2050; 08.10.2007 T. 4397/3011; 20.09.2007 T. 3827/2724; HGK. 17.01.2007 T. 15-1/1; 15. HD. 18.11.2003 T. 4639/5513; 05.05.2003 T. 898/2384; 04.12.2000 T. 3553/5342; 28.11.1999 T. 5051/173 (www.e-uyar.com)

[43] UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İcra ve İflas Kanunu Şerhi “El Kitabı” 2. Bastı, 2012, C:2, s:3113

[44] UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. Tasarrufun İptali Davaları, C:2, s:1560 - GÜNEREN, A. Tasarrufun İptali Davaları, s:398 – SERTKAYA,A.Ş./KUL,S. age. s:190 – MUŞUL,T. Tasarrufun İptali Davaları, s:382

[45] Bknz: 17. HD. 01.04.2013 T. 8176/4516; 10.09.2012 T. 6784/8885; 28.03.2012 T. 1335/3768; 31.03.2011 T. 6372/2899; 06.04.2010 T. 2043/3166; 20.10.2009 T. 4804/6607; HGK. 11.06.1997 T. 4-322/520; 15. HD. 25.10.1995 T. 3259/5830 (www.e-uyar.com)

[46] GÜNEREN, A. Tasarrufun İptali Davaları, s:403 vd.

[47] Bknz: 17. HD. 23.02.2010 T. 10319/1442; 4. HD. 22.06.2009 T. 5788/8420; 17. HD. 11.05.2009 T. 203/3002; 20.05.2009 T. 2978/3396 (www.e-uyar.com)

bakan mahkemece “*bekletici mesele*” yapılarak verilecek kararların kesinleşmesinden sonra davanın sonuçlandırılması gerekir.^{[48] [49]}

Eğer alacaklı, bir *kambiyo senedine* dayalı olarak borçlusunu hakkında takip yapmış ve borçlusunu “5 gün” içinde -icra mahkemesine başvurarak- “*borca*” (İİK. mad. 168/5) ya da “*imzaya*” (İİK. mad. 168/4) i t i r a z etmemiş; “beş (İİK. 168/3) ya da 7 gün (İİK. mad. 168/I) içinde” ş i k a y e t yoluna başvurmamışsa t a k i p kesinleşir. Eğer borçlu belirtilen süreler içinde *ödeme emrine itiraz* ya da *şikayette* bulunmuşsa, icra mahkemesince “*itirazın (ya da; şikayetin) reddine*” karar verilince t a k i p kesinleşir. Fakat bu durum, tasarrufun iptali davasının mahkemece sonuçlandırılması için yeterli değildir. Ayrıca takip konusu a l a c a ğ ı n da kesinleşmiş olması gerekir. Bunun için de icra mahkemesinin vermiş olduğu “*itirazın/şikayetin reddine*” ilişkin kararın da kesinleşmiş olması gerekir.

Eğer alacaklı, bir *ilama* dayalı olarak takipte bulunmuşsa; borçlunun İİK. mad. çerçevesinde icra mahkemesine başvurup -5 gün içinde- “*itfa*”, “*imhal*”, “*zamanaşımı*” ya da “*borçlu olmadığı*” itirazında bulunmaması ya da bu itirazının reddedilmesi ile (yahut; İİK. mad. çerçevesinde “icra mahkemesi” ne başvurup şikayette bulunmaması ya da bu şikayetin reddedilmesi ile) yapılmış olan t a k i p kesinleşir. Bu kararların kesinleşmesi ile de a l a c a k kesinleşir.

Keza; borçlu tarafından takip, takip konusu borç hakkında *menfi tespit davası* açılmışsa, “*bu davanın reddine*” dair verilen kararın kesinleşmesi ile de takip konusu a l a c a k kesinleşmiş olur. Tasarrufun iptali davasına bakan mahkemece borçlu tarafından açılmış olan bu “menfi tespit davası” nın sonucu “*bekletici mesele*” yapılıır.^[50]

Tasarrufun iptali davasına bakan mahkemenin, yargılamayı sonuçlandırıp “davanın kabulü”ne dair karar verebilmesi için, davadan ö n c e veya davadan s o n r a borçlu hakkında açılmış bir i c r a t a k i b i n i n bulunup bulunmadığını araştırıp; **a)** Hem i c r a t a k i b i n i n **b)** Ve hem de icra takibine konu a l a c a ğ ı n *kesinleşmiş* olduğunu saptaması gerekir.

[48] GÜNEREN, A. Tasarrufun İptali Davaları, s:403 vd.

[49] Bknz: 17. HD. 23.02.2010 T. 10319/1442; 11.05.2009 T. 203/3002; 4. HD. 22.06.2009 T. 5788/8420; 17. HD. 16.03.2009 T. 1612/1477; 20.09.2007 T. 3827/2724; 15. HD. 28.11.2002 T. 5744/5609; 15. HD. 21.11.2002 T. 4561/5440; 03.10.2001 T. 2054/4297 (www.e-uyar.com)

[50] Bknz: 17. HD. 31.03.2011 T. 6372/2899; 06.04.2010 T. 2043/3166; 20.10.2009 T. 4804/6607; HGK. 11.06.1997 T. 4-332/520 (www.e-uyar.com)

Buna karşın alacaklı, davalı-borçlu hakkında -ne tasarrufun iptali davasından önce ve ne de dava sırasındaki- hiçbir icra takibi yapmadan,^[51] muhtemel alacağı için^[52] tasarrufun iptali davası açamaz...

Yüksek mahkeme, “icra takibinin kesinleşmiş olması” koşulu ile ilgili olarak;

√ “Tasarrufun iptali davalarında davacının kesinleşmiş bir alacağı olmasının dava şartı olduğunu”^[53]

√ “Tasarrufun iptali davasında varlığı zorunlu bulunan icra takibinin, dava tarihinden önce yapılmış olması bir zorunluluk olmadığından icra takibinin dava tarihinden sonra yapılabileceği, önemli olan yargılama aşamasında borçlu hakkında icra takibinin varlığı olduğunu”^[54]

√ “Tasarrufun iptali davasının açıldığı gün (ya da daha sonra) icra takibinin başlatılmasının mümkün olduğu, böyle bir durumda mahkemeye ‘davacı tarafından yapılmış bir icra takibi bulunmadığı’ gerekçesi ile ‘iptal davasının reddine’ karar verilemeyeceği, mahkemeye davanın esasına girilerek iptal koşullarının oluşup oluşmadığının incelenerek bir karar verilmesi gerekeceğini”^[55]

√ “İptal davasının açılabilmesi koşullarından birinin de, kesinleşmiş bir alacağın bulunması olduğunu”^[56]

√ “İcra mahkemesince zamanaşımı nedeniyle icranın geri bırakılmasına karar verilmesi halinde, davacı tarafından İİK. mad. 33a/2 uyarınca, yedi gün içinde dava açılmaması halinde, geçerli bir icra takibinin varlığından söz edilemeyeceğinden, mahkemeye tasarrufun iptali davasının reddine karar verilmesi gerekeceğini- Borçludan aldığı malı elden çıkaran davalıdan, elden çıkardığı tarihteki gerçek bedelin, alacak ve fer’leriyle sınırlı olmak üzere tahsiline hükümlenacağı nazara alınarak taşınmazın dördüncü kişiye geçişi için davacıdan talebi sorularak bu kişinin davaya dahil edilmesi halinde delilleri toplanıp yargılamaya devam ile bir hüküm verilmesi gerekeceğini- Davacının takibe konu ettiği çeklerin keşide tarihlerinin iptali istenen tasarruftan çok sonra olduğu nazara alınarak, davacının alacağın daha önce doğduğuna dair delilleri mahkemeye sorulmadan karar verilemeyeceğini”^[57]

[51] Bknz: 17. HD. 21.01.2010 T. 9229/181; 17. HD. 16.11.2009 T. 6501/7528 (www.e-uyar.com)

[52] Bknz: 17. HD. 11.05.2009 T. 318/3005 (www.e-uyar.com)

[53] Bknz: 17. HD. 01.04.2013 T. 8176/4516 (www.e-uyar.com)

[54] Bknz: 17. HD. 11.03.2013 T. 5718/3199 (www.e-uyar.com)

[55] Bknz: 17. HD. 26.11.2012 T. 6703/13012 (www.e-uyar.com)

[56] Bknz: 17. HD. 10.09.2012 T. 6784/8885 (www.e-uyar.com)

[57] Bknz: 17. HD. 28.03.2012 T. 1335/3768 (www.e-uyar.com)

√ “Davacı alacaklılarının, ayrı ayrı alacakları nedeniyle farklı dosyalardan takip yapmış olmaları halinde aralarında ‘zorunlu takip arkadaşlığı’ değil ‘ihtiyari takip arkadaşlığı’ var sayılacağını; dava koşullarının her takip dosyası bakımından ayrı ayrı araştırılması gerekeceğini”^[58]

√ “İptâl davasının açılabilmesi için, davacı-alacaklının davalı-borçlu hakkında icra takibi yapmış, bu takibin -davadan önce veya dava sırasında- kesinleşerek, davacının davalıda gerçekleşmiş bir alacağının bulunmasının zorunlu olduğunu”^[59]

√ “İptâl davalarında, ‘davacının davalıda bir alacağının bulunmasının’ ve ‘davacının borçlu hakkında yaptığı icra takibinden bir sonuç elde edememiş olması’nın ön koşul olduğunu”^[60]

√ “Alacaklı sıfatı ile borçlu ve onunla işlemde bulunan 3. kişi aleyhine açılan ‘borçlunun 3. kişiye yaptığı muvazaalı satış işleminin iptali’ davasında, icra takibinin kesinleşmesi yeterli olmayıp, aynı zamanda takip konusu alacağın da kesinleşmesi gerekeceğinden, borçlu tarafından alacaklıya karşı açılıp devam eden olumsuz tespit davasının sonucunun, iptal davası için ‘bekletici mesele’ oluşturacağını”^[61]

√ “Borçlunun, hakkında yapılan -ilamsız- takibe itiraz etmiş ve alacaklı tarafından “itirazın iptali davası” açılmış olması halinde, tasarrufun iptali davasında, itirazın iptali davasının kesinleşecek sonucunun ‘bekletici mesele’ yapılması gerekeceğini”^[62]

√ “İptal davasının dayandığı icra takip dosyasında, borçluya gönderilen ödemel icra emrinin, Tebligat Kanunu’nun hükümlerine uygun olarak borçluya tebliğ edilip, takibin kesinleşmiş olması gerektiğini”^[63]

[58] Bknz: 17. HD. 26.04.2011 T. 10675/3948 (www.e-uyar.com)

[59] Bknz: 15. HD. 28.11.1999 T. 5051/173; 05.05.2003 T. 898/2384; 17. HD. 29.05.2008 T. 386/2885; 26.06.2008 T. 727/3542; 15.05.2008 T. 1800/2608; 22.04.2008 T. 459/2096; 15. HD. 22.09.1997 T. 3757/3864; 28.06.2005 T. 1163/3873; 17. HD. 14.07.2008 T. 2594/3948; 15. HD. 18.11.2003 T. 4639/5513; 17.12.2003 T. 4545/6078; 04.12.2000 T. 3553/5342; 17. HD. 26.12.2008 T. 4215/5810; HGK. 08.03.2006 T. 15-34/36; 17. HD. 26.05.2011 T. 9358/5323; 16.05.2011 T. 3901/4867; 24.03.2011 T. 7161/2673; 07.03.2011 T. 6767/1995; 07.02.2011 T. 12468/899; 04.11.2010 T. 5462/9379; 03.06.2010 T. 3019/5107; 26.12.2008 T. 4215/5810 (www.e-uyar.com)

[60] Bknz: 15. HD. 24.05.1989 T. 4546/2485; 17. HD. 24.03.2011 T. 2174/2656 (www.e-uyar.com)

[61] Bknz: 17. HD. 20.10.2009 T. 4804/6607; 06.04.2010 T. 2043/3166; HGK. 11.06.1997 T. 4-332/520; 17. HD. 31.03.2011 T. 6372/2899 (www.e-uyar.com)

[62] Bknz: 17. HD. 23.2.2010 T. 10319/1442 (www.e-uyar.com)

[63] Bknz: 17. HD. 8.2.2010 T. 10275/857; 14.9.2009 T. 3384/5315 (www.e-uyar.com)

√ “*Davalı-borçlu hakkında yapılmış bir icra takibi bulunmaması halinde, açılmış olan davanın reddine karar verilmesi gerekeceğini*”^[64]

√ “*Borçluya karşı yapılmış olan icra takibi hakkında, İİK. 71 uyarınca icra mahkemesince ‘icranın geri bırakılması’ kararı verilmişse, mahkemece ‘tasarrufun iptali davasının reddine’ karar verilmesi gerekeceğini*”^[65]

√ “*Tasarrufun iptali davalarında ‘borçlu hakkında yapılmış olan icra takibinin kesinleşmiş olması’nın, davanın ön koşulu olduğunu*”^[66]

√ “*Tasarrufun iptali davasının dayanağını teşkil eden takipte -kesinleşen mahkeme kararı ile- borçlunun alacaklıya borçlu bulunmadığının (borçlunun, borçlu olmadığı) saptanmış olması halinde, açılmış olan tasarrufun iptali davasının reddedilmesi gerekeceğini*”^[67]

√ “*Tasarrufun iptali davasının dinlenebilmesi için, alacaklı tarafından, davalı-borçlu aleyhine yapılmış bir icra takibi bulunması gerektiğini*”^[68]

belirtmiştir.

V- Açılmış olan tasarrufun iptali davasında, “*takip konusu alacağın kesinleşmesi*” için, bazı davaların sonuçlarının mahkemece «*bekletici mesele*» yapılması gerekir. **Yüksek mahkeme**, bu konuyla ilgili olarak;

√ “*Muvazaa iddiasına dayalı tasarrufun iptali istemine ilişkin davalarda, davacının zararının, dolayısı ile de, alacak hakkının ‘desteğinin ölüm gününde’ doğmuş sayılacağı, bu davada davacının borçlu hakkında icra takibine geçmiş olmasına ve onun hakkında aciz belgesi almış olmasına gerek bulunmadığı ancak davacının açmış olduğu tazminat davasının sonucunun beklenerek tasarrufun iptali davasının sonuçlandırılması gerekeceğini*”^[69]

√ “*Alacaklı sıfatı ile borçlu ve onunla işlemde bulunan 3.kişi aleyhine açılan ‘borçlunun 3. kişiye yaptığı muvazaalı satış işleminin iptali’ davasında, icra takibinin kesinleşmesi yeterli olmayıp, aynı zamanda takip konusu alacağın*

[64] Bknz: 17. HD. 21.1.2010 T. 9229/181 (www.e-uyar.com)

[65] Bknz: 17. HD. 19.1.2010 T. 7767/96 (www.e-uyar.com)

[66] Bknz: 17. HD. 28.12.2009 T. 8452/9007; 15.12.2009 T. 8495/8457; 12.11.2009 T. 8903/7489 vb. (www.e-uyar.com)

[67] Bknz: 17. HD. 23.11.2009 T. 6128/7781; 13.4.2009 T. 5713/2307; 30.3.2009 T. 5342/1822 (www.e-uyar.com)

[68] Bknz: 17. HD. 16.11.2009 T. 6501/7528 (www.e-uyar.com)

[69] Bknz: HGK. 04.07.2007 T. 4-450/449; 4. HD. 08.03.2011 T. 407/2480; 17. HD. 25.09.2006 T. 11117/9749 (www.e-uyar.com)

da kesinleşmesi gerekeceğinden, borçlu tarafından alacaklıya karşı açılıp devam eden olumsuz tespit davasının sonucunun, iptâl davası için ‘bekletici mesele’ oluşturacağını”^[70]

√ “Tasarrufun iptâli davasının dinlenme koşullarından birisinin de ‘takip konusu alacağın kesinleşmiş olması’ gerektiğinden, takip konusu borca, itiraz edilmiş olması ve alacaklı tarafından ‘itirazın iptali davası’ açılmış olması (ya da; icra mahkemesinden ‘itirazın kaldırılması’nın talep edilmiş olması) halinde, mahkemece bunların sonucunun (kesinleşmesinin) “bekletici mesele” yapılması gerekeceğini”^[71]

√ “İtirazın iptali davaları’nın, tasarrufun iptali davalarında ‘bekletici mesele’ olarak kabul edilmesi gerektiğinden, bu iki davanın birleştirilerek birlikte görülemeyeceğini”^[72]

√ “Tasarrufun iptâli davasının ‘tazminat davası’ nedeniyle açılmış olması ve mahkemece hükmedilmiş olan tazminatın Yargıtay’ca bozulmuş olması halinde, tazminat davasının kesinleşmesi beklenmeden tasarrufun iptâli davasının sonuçlandırılmayacağını”^[73]

√ “Mahkemece icra (ödeme) emrinin davalı-borçluya tebliğ ettirilmesi ve böylece takibin kesinleşmesi beklenerek, sonucuna göre, tasarrufun iptâli davası hakkında karar verilmesi gerekeceğini”^[74]

√ “Davalı-borçlu tarafından yapıldığı anlaşılan ‘aciz belgesinin iptali’ konusundaki şikayetin sonucunun, iptâl davasında ‘bekletici mesele’ yapılması gerekeceğini”^[75]

belirtmiştir.

VI- İptâl davasının dinlenebilmesi için ayrıca, “davacı-alacaklının alacağının, dava (iptâl) konusu tasarruftan önce doğmuş olması” gerekli midir? Başka bir deyişle, davacı-alacaklı, “kendi alacağının doğum tarihinden önce yapılan tasarrufların iptâlini” isteyemez mi? Bu konunun **doktrinde** tartışmalı olduğunu

[70] Bknz: 17. HD. 31.03.2011 T. 6372/2899; 6.4.2010 T. 2043/3166; 20.10.2009 T. 4804/6607; HGK. 11.6.1997 T. 4-332/520 (www.e-uyar.com)

[71] Bknz: 17. HD. 23.2.2010 T: 10319/1442; 4. HD. 22.6.2009 T. 5788/8420; 17. HD. 11.5.2009 T: 203/3002 vb. (www.e-uyar.com)

[72] Bknz: 17. HD. 16.3.2009 T: 1612/1477 (www.e-uyar.com)

[73] Bknz: HGK. 8.3.2006 T. 15-34/36 (www.e-uyar.com)

[74] Bknz: 15. HD. 22.1.2001 T. 5903/362 (www.e-uyar.com)

[75] Bknz: 15. HD. 7.5.1992 T. 2135/2460; 4.3.1992 T. 869/1042 (www.e-uyar.com)

görüyoruz.^[76] Fakat; **yüksek mahkeme** öteden beri “*tasarrufun iptali davasının dinlenebilmesi için, davacı-alacaklının ancak alacağıının doğumundan sonra borçlu tarafından yapılmış olan tasarrufların iptalini isteyebileceğini, yani kendisinin henüz alacaklı sıfatını taşımadığı dönemde borçlunun yapmış olduğu tasarrufların iptalini isteyemeyeceğini*” belirtmiştir.^[77]

VII- Borç, taraflar (davacı-alacaklı ile davalı-borçlu) arasında, *bir taşınır/ taşınmaz satışından, kredi sözleşmesinden, faturadan, senetten vs. doğmuşsa, borcun doğum tarihi* sırasıyla; satışın yapıldığı, faturanın düzenlendiği,^[78] kredi sözleşmesinin düzenlendiği,^[79] *senedin düzenlendiği*^[80] tarih sayılır. Ancak, son durumda yani; alacaklının bir senede (adi ya da kambiyo senedine) dayanarak takipte bulunmuş olması halinde, *kural olarak, “alacağın, senedin düzenlendiği tarihte doğduğu”* kabul edilir. Ancak, alacaklı “*senedin daha sonra düzenlendiğini, alacağın doğduğu asıl temel ilişkinin daha önce olduğunu*” iddia edebilir. Bu durumda, alacaklı bu iddiasını kanıtlarsa, “senedin düzenlendiği tarih” değil “taraflar arasında temel ilişkinin olduğu tarih” *borcun doğum tarihi* sayılır.^[81]

U y g u l a m a d a özellikle kambiyo senedine (bono’ya ya da çek’e) dayalı icra takiplerinde, alacağını borçlusundan tahsil edememiş alacaklılar tarafından açılan tasarrufun iptali davalarında, icra takibi bono’ya dayanıyorsa -kural olarak- borcun, *bononun tanzim tarihinde, ç e k’e dayanıyorsa -çek’in «keşide tarihi»nde değil- çekin bankaya, takas odasına ibraz edildiği tarihte*

[76] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. a.g.şerh, C:3, s:4369 vd.

[77] Bknz: 17. HD. 26.12.2008 T. 4139/5808; 11.11.2008 T. 4984/5235; 6.11.2008 T. 1911/5139; 30.10.2008 T. 1899/4984; HGK. 1.12.2004 T. 15-553/624; 30.10.2002 T. 15-849/861; 26.6.2002 T. 15-543/552; 15. HD. 10.3.2005 T. 6645/1365; 10.3.2005 T. 6646/1364; 14.12.2004 T. 5965/6501; 23.9.2004 T. 3966/4595; 23.6.2004 T. 367/3525; 24.2.2004 T. 306/960 vb. (www.e-uyar.com)

[78] Bknz: 17. HD. 04.04.2011 T. 7105/3027; 15. HD. 14.10.2003 T. 4002/4750 (www.e-uyar.com)

[79] Bknz: 17. HD. 05.03.2013 T. 4980/2718; 20.01.2011 T. 7945/229; 17.02.2010 T. 1210/1237; 09.02.2010 T. 8716/957; 19.01.2010 T. 6359/94; 10.12.2009 T. 66108/8208; 19.01.2009 T. 3224/10 (www.e-uyar.com)

[80] Bknz: 17. HD. 01.04.2013 T. 8979/4519; 09.04.2013 T. 8333/5123; 08.05.2008 T. 371/2420; 10.03.2008 T. 4366/1138; 21.02.2008 T. 5184/770; HGK. 18.02.2004 T. 15-18/84; 15. HD. 29.01.2003 T. 6349/449; 16.05.2002 T. 2052/2586; 17. HD. 06.05.2008 T. 371/2420; 10.03.2008 T. 4366/1138 (www.e-uyar.com)

[81] Bu konuda ayrıca bkznz: AKŞENER, H.S. agm. s:4007 vd. - KURU, B. El Kitabı, s:1402 vd. - GÜNEREN, A. Tasarrufun İptali Davaları, s:420 – UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. Tasarrufun İptali Davaları, C:2, s:1567

doğduğu kabul edilir. **Yüksek mahkemenin**^[82] içtihatları da bu doğrultudadır. Ayrıca **yüksek mahkeme**^[83] açılmış olan tasarrufun iptali davalarında «*taraf-
ların isticvap edilerek, takip dayanağı çekin/bononun keşidesine neden olan temel
ilişkinin (hukuki ve ticari ilişkinin) ne olduğunun ve bunun doğum tarihinin
tarafardan sorulmasını ve tarafların varsa buna ilişkin delillerini ibraz etmeleri
için süre verilmesini, bu konuda tarafların ticari defter, belge ve kayıtları üzerinde
birlikli inceleme yapılmasını*» istemektedir.

Yüksek mahkeme “borcun doğum tarihi” ile ilgili olarak;

√ “*Borçlu şirket hakkında yapılan takip sırasında, şirket borcuna kefil olan,
şirketin aynı zamanda ortak ve müdürü olan kişinin borcunun doğum tarihinin;
'kefil olduğu tarih' olmayıp 'ortağı ve kefil olduğu şirketin borçlandığı tarih'
olduğunu*”^[84]

√ “*Takip dayanağı bonoların tanzim tarihi iptali istenen satıştan sonra oldu-
ğundan borcun iptali istenen tasarruftan önce doğmasının dava ön koşulu olup,
mahkemece reşen araştırılacağını, dava koşulu gerçekleşmediği takdirde işin esası
hakkında hüküm kurulamayacağını*”^[85]

√ “*Takip konusu davacının alacağının tasarruftan sonra doğmuş olması
halinde, tasarrufun iptali davasının reddine karar verilmesinde bir usulsüzlük
bulunmadığını*”^[86]

√ “*Tasarrufun iptali davalarında kural olarak, tasarrufun iptal edilebilmesi
için borcun doğum tarihinin iptali istenilen tasarruf tarihinden önce olması gere-
kirse de, uygulamada kambiyo senetlerinin tanzim tarihlerinden önceki bir ticari
ilişki nedeniyle düzenleniyor olmaları sebebiyle davacı şirketler ile davalı şirketler
arasında tasarruf tarihinden önce ticari bir ilişki olup olmadığı ve davacının ala-
cığının dayanağı bononun bu ticari ilişki nedeniyle tanzim edilmediğinin*

[82] Bknz: 17. HD. 13.04.2010 T. 710/3424; 19.10.2008 T. 5251/6528; 03.06.2008 T. 858/3001; 15. HD. 22.09.2008 T. 4491/5508; 17. HD. 10.04.2008 T. 5292/1831; 06.05.2008 T. 371/2420; 10.03.2008 T. 4366/1138; 13. HD. 27.03.2002 T. 528/1437; 15. HD. 14.02.2002 T. 5714/30; 263.10.2004 T. 3310/5282 (www.e-uyar.com)

[83] Bknz: 17. HD. 28.03.2013 T. 14204/4372; 11.03.2013 T. 7006/3209; 04.03.2013 T. 1586/2620; 22.02.2012 T. 1172/1979, 06.11.2012 T. 2959/12122; 28.11.2012 T. 5128/11359; 09.05.2011 T. 9851/4454; 02.05.2011 T. 9032/4190; 15.03.2011 T. 12199/2285; 07.03.2011 T. 6758/1993; 30.05.2011 T. 10146/5438; 03.02.2011 T. 5065/674; 16.02.2010 T. 10122/1205; 02.02.2010 T. 8720/701 vd. (www.e-uyar.com)

[84] Bknz: 17. HD. 01.04.201 3T. 15317/4587 (www.e-uyar.com)

[85] Bknz: 17. HD. 01.04.2013 T. 8979/4519; 09.04.2013 T. 8333/5123 (www.e-uyar.com)

[86] Bknz: 17. HD. 08.04.2013 T. 9618/4985 (www.e-uyar.com)

saptanması için ticari defter, belge ve kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yapılması gerekeceğini”^[87]

√ “Davacı bankanın kredi sözleşmesinin tasarruftan sonra düzenlenmiş olması halinde, tasarrufun iptali davasının ‘ön şart yokluğu’ndan reddedilmesi gerekeceğini”^[88]

√ “İptal davasının dinlenebilme koşullarından birisinin ‘takip konusu borcun iptali istenen tasarruftan önce doğmuş olması’ olduğunu; takip konusu alacağın çeklerden kaynaklanması halinde çekin vadeli olarak düzenlenmiş bulunması ve davacı tarafın da ‘borcun daha önce doğduğunu iddia etmesi halinde mahkemece borcun ‘gerçek doğum tarihi’nin araştırılması gerekeceğini”^[89]

√ “Tasarrufun iptali davalarında, mahkemece ‘borcun hangi tarihte doğduğunu’ ve ‘borcun doğumuna ilişkin hukuksal nedenin kaynağı’nın araştırılması gerekeceğini”^[90]

√ “ ‘Takip konusu borcun haksız fiilden kaynaklanan tazminat davası sonucunda verilen kararın kesinleştiği tarihte’ değil, ‘haksız fiilin işlendiği tarihte’ doğmuş sayılacağını”^[91]

√ “İİK’nun 277 vd. göre açılan tasarrufun iptali davaları sonucunda iptal kararı verilebilmesi için, alacaklının takip konusu yaptığı alacağının, davaya konu olan tasarruftan önce doğmuş olması gerektiği, bu hususun ‘davanın ön şartı’ olduğu, alacaklıların, kendi alacaklarının doğumundan önce yapılmış olan tasarrufların iptalini isteyemeyeceklerini”^[92]

[87] Bknz: 17. HD. 28.03.2013 T. 14204/4372 (www.e-uyar.com)

[88] Bknz: 17. HD. 05.03.2013 T. 4980/2718 (www.e-uyar.com)

[89] Bknz: 17. HD. 06.11.2012 T. 2959/12122 (www.e-uyar.com)

[90] Bknz: 17. HD. 28.11.2011 T. 5128/11359 (www.e-uyar.com)

[91] Bknz: 17. HD. 07.05.2009 T. 2710/2908; 26.05.2011 T. 9286/5320; 24.02.2011 T. 8039/1617 (www.e-uyar.com)

[92] Bknz: 15. HD. 05.03.1998 T. 5606/852; 4. HD. 04.02.2008 T. 4639/1065; 17. HD. 10.03.2008 T. 4366/1138; 13.03.2008 T. 4594/1244; 15. HD. 20.03.2002 T. 5662/1252; 29.01.2003 T. 6349/449; 20.02.2003 T. 6499/813; 13.01.2004 T. 6711/72; 10.03.2005 T. 6646/1364; 10.03.2005 T. 6645/1365; 24.02.2004 T. 306/960; 17. HD. 11.02.2008 T. 569/1139; 14.01.2008 T. 5527/47; 15.01.2008 T. 5073/73; 22.01.2008 T. 4757/229; 01.04.2008 T. 2550/1622; 05.05.2008 T. 1121/2349; 05.05.2008 T. 1637/2353; 05.05.2008 T. 186/2356; 27.05.2008 T. 435/2833; 23.06.2004 T. 367/3525; 13.05.2008 T. 863/2565; 10.06.2002 T. 1698/3103; 26.06.2000 T. 2648/3242; 22.05.2002 T. 1586/2717; 25.09.2007 T. 3195/2774; 01.10.2003 T. 4011/4459; 14.10.2008 T. 2640/4592; 23.09.2004 T. 3966/4595; 13. HD. 25.06.1979 T. 3011/3730; 15. HD. 17.09.2003 T. 3207/4014; 23.09.2002 T. 2908/4069; 17. HD. 06.12.2007 T. 3408/4088;

√ “Tasarrufun iptali davalarında ‘borcun, tasarruf tarihinden önce oluştuğunun (doğduğunun) davacı-alacaklı tarafından kanıtlanması gerekeceğini”^[93]

√ “Davacı tarafından, ‘takip konusu bonolara bağlı borcun, davalı borçlu ile arasındaki, bonoların tanzim tarihinden önceki hukuki/ticari ilişkiden doğmuş olduğu’nun ileri sürülmesi halinde, mahkemece davacıya bu konudaki kanıtlarının sorulup araştırılmadan, bu iddiasını ispat imkanı davacıya verilmeden davanın sonuçlandırılmayacağını”^[94]

√ “Borcun doğum tarihinin -davacı tarafça- her türlü delille kanıtlanabileceğini, davacının tüm delilleri toplandıktan, gösterdiği tanıklar dinlendikten sonra, mahkemece davacıya yemin teklifi hakkının kullanılması gerekeceğini”^[95]

√ “İptali istenen tasarrufun, borcun doğumundan sonra yapılmış olup olmadığının saptanması için, temel ilişkinin takip konusu çeklerin keşide tarihlerinden önce kurulmuş olup olmadığına -gerektiğinde; ticari defterler üzerinde de bilirkişi incelemesi yaptırılarak- araştırılması gerekeceğini”^[96]

√ “Kural olarak bonoya bağlı alacağın, bononun düzenlendiği tarihte doğmuş olacağını”^[97]

√ “Davacı-alacaklının çekten kaynaklanan alacağının, çekin üzerinde yazılı olan ‘keşide tarihi’nde değil, çekin bu tarihten önce bankaya/takas odasına ibraz edildiği tarihte doğmuş sayılacağını”^[98]

belirtmiştir.

VIII- «Malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tüm işlemler, borçlunun içinde bulunduğu mâli durumun ve zarar verme kastının, işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hallerde iptal edilebilir» (İİK. mad. 280/I, c:1).

15. HD. 17.07.2007 T. 3604/4931; 17. HD. 30.10.2008 T. 1899/4984; 15. HD. 08.11.2001 T. 4730/5059; 17. HD. 06.11.2008 T. 1911/5139 vd. (www.e-uyar.com)

[93] Bknz: 17. HD. 8.6.2010 T. 2404/5290 (www.e-uyar.com)

[94] Bknz: 17. HD. 30.05.2011 T. 10146/5438; 03.02.2011 T. 5065/674; 23.12.2010 T. 3122/11438; 16.12.2010 T. 6154/1112; 20.12.2010 T. 416/11290; 25.2.2010 T. 10668/1657; 9.2.2010 T. 8856/961; 17.12.2009 T. 6861/8515 vb. (www.e-uyar.com)

[95] Bknz: 17. HD. 12.11.2009 T. 5996/7494 (www.e-uyar.com)

[96] Bknz: 17. HD. 14.9.2009 T. 5267/5321 (www.e-uyar.com)

[97] Bknz: 17. HD. 8.5.2008 T. 371/2420; 10.3.2008 T. 4366/1138 (www.e-uyar.com)

[98] Bknz: 17. HD. 6.5.2008 T. 865/2397; 24.5.2007 T. 1737/1785; 15. HD. 14.1.2002 T. 5714/30 (www.e-uyar.com)

Bu madde uyarınca, borçlunun *alacaklarına zarar verme kastıyla yapmış olduğu hileli işlemlerin (tasarrufların) iptal edilebilmesi için;*^[99]

a) *Borçlunun malvarlığı, borçlarını ödemeye yetmemelidir.*

b) *Borçlu, alacaklılarına zarar verme (mal kaçırma) kastı ile üçüncü kişilerle tasarrufta (işlemden) bulunmuş olmalıdır.*^[100]

Bir borçlu eğer, alacaklılarına zarar vermek (alacaklarından mal kaçırmak) için, bir alacağını *gerçekte borçlu olmadığı üçüncü bir kişiye temlik ederse* bu temlik «hileli bir tasarruf» olarak bu maddeye göre iptale tabidir. Fakat, borçlu eğer, üçüncü bir kişideki alacağını -ödeme yerine geçmek üzere- *gerçekten borçlu olduğu üçüncü bir kişiye temlik ederse*, bu temlik bu madde (İİK. mad. 280) anlamında «iptale tabi bir tasarruf» niteliğinde sayılamaz. Çünkü, borçlu borcunu ‘*nakit olarak*’ ödeyebilir. Bu ödeme İİK. mad. 280’nin kapsamına girmez. Ya da borçlu ‘*çek vererek*’ de borcunu ödeyebilir. Bu ödeme de bu maddenin kapsamına girmez...

c) *Borçlunun tasarrufta (işlemden) bulunduğu üçüncü kişiler iyiniyetli (MK. mad. 3) olmamalıdır.*^[101] Borçlunun içinde bulunduğu mâli durumun (yani; borçlunun malvarlığının borçlarını karşılamadığının) ve alacaklılarına zarar verme kastının, borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişilerce bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emareler (karineler) olmalıdır. Yani, borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişi, borçlunun kastını biliyor olmalıdır.^[102] Bu şartın gerçekleşmiş olması için, «*tasarruftan yararlanan üçüncü kişinin, gereken dikkati gösterdiği takdirde, borçlunun durumunu ve işlemin mahiyetini anlayabilecek*

[99] MUŞUL, T. age. C:2, s:1828 vd. –SERTKAYA,A.Ş./KUL,S. age. s:351 vd. –MUŞUL,T. Tasarrufun İptali Davaları, s:317 vd. - AKKAYA, T. İcra ve İflâs Hukukunda İptale Tabi Tasarruflar «İİK. m. 277-284» (Eskişehir Bar. D. Ekim/2006, S:11, s:40 vd.) - GÜNEREN, A. Tasarrufun İptal Davaları, s:817 vd.

[100] Bknz : 17. HD. 25.12.2008 T. 3226/5749; 8.11.2008 T. 5121/5376; 29.5.2008 T. 5644/2240; 23.12.2008 T. 2341/5720; 27.11.2008 T. 3542/5572; 20.5.2008 T. 1919/2695; 3.4.2008 T. 1110/1685 vb.; 17.6.2008 T. 1241/3288; 13.5.2008 T. 863/2565 (www.e-uyar.com)

[101] Bknz: 17. HD. 20.11.2008 T. 2777/5418; 18.9.2008 T. 2116/4154; 18.9.2008 T. 2033/4158; 19.6.2008 T. 867/3381; 10.6.2008 T. 106/3144; 9.6.2008 T. 1076/3108; 13.5.2008 T. 947/2566; 18.3.2008 T. 5545/1349; 11.2.2008 T. 5526/512; 25.3.2008 T. 5290/1474; 11.2.2008 T. 5526/512; 15. HD. 24.3.2003 T. 787/1493; 29.5.2002 T. 2660/2868; 17. HD. 7.2.2008 T. 5596/461; 14.1.2008 T. 4742/39; 25.10.2007 T. 4800/3213 vb. (www.e-uyar.com)

[102] Bknz: 17. HD. 26.5.2008 T. 1801/2773; 10.7.2008 T. 960/3200; 1.7.2008 T. 1028/3678; 19.6.2008 T. 861/3380; 13.3.2008 T. 5188/1246; 28.2.2008 T. 4106/927; 17.6.2008 T. 1241/3288; 5.6.2008 T. 564/3077; 26.5.2008 T. 1801/2773; 13.5.2008 T. 863/2565; 25.3.2008 T. 5290/1474; 8.10.2007 T. 4394/3010 (www.e-uyar.com)

durumda olması» yeterlidir. Başka bir deyişle, «*üçüncü kişi, küçük bir soruşturma, dikkat veya gözlem ile borçlunun durumunu bilebilecek durumda ise*», bu şart gerçekleşmiş kabul edilmelidir.^[103]

Borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastı ile yaptığı (hileli) tasarrufların iptal edilebilmesi için; az önce belirttiğiniz emarelerin (karinelerin) varlığı davacı-alacaklı tarafından^[104] *her türlü delille*^[105] –özellikle; yaşam deneyi kuralları ile, hayatın olağan akışı ile^[106] ^[107]– ispat edilebilir. Burada «*tam ispat*» aranmayıp, «*yaklaşık ispat*» kuralları ile yetinilir.^[108]

Ayrıca önemi nedeniyle belirtelim ki; “*vakıa ve karinelere olayda iyiniyet iddiasında bulunamayacak durumu belirmiş olan kimsenin kötüniyetinin, diğer tarafa ispat ettirilmesine gerek bulunmadığı*”ndan;^[109] davalı (borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin (ya da, üçüncü kişi ile işlemde bulunmuş olan dördüncü kişinin) “*iyiniyet iddiasında bulunamayacak konumda olması halinde*” bu kişilerin “*kötüniyetli oldukları*”nın ayrıca davacı tarafından kanıtlanmasına gerek yoktur.

Yüksek mahkeme bu konuyla ilgili olarak;

√ «*Basiresiz tacirlerin tasarruflarına bilerek ya da bilmesi gereken koşullarda katılanların, iyiniyet iddiasında bulunamayacaklarını*»^[110]

[103] BERKİN, N. İflâs Hukuku, s:511 - AKKAYA, T. agm. s:42

[104] Bknz: 17. HD. 31.03.2011 T. 2459/2907; 16.02.2011 T. 5347/998; 22.5.2008 T. 2023/2766; 15. HD. 5.7.2006 T. 2786/4194; HGK. 21.12.2005 T. 15-625/736; 15. HD. 25.6.2003 T. 2619/3490; 9.6.2003 T. 441/3358; 18.9.2002 T. 3826/3946; 13.4.2004 T. 1152/2104; 11.5.2000 T. 532/2327; 6.4.1994 T. 260/2072; 21.11.1989 T. 2793/4876

[105] Bknz: 17. HD. 17.05.2011 T. 9509/4909; 21.5.2009 T. 1786/3457; 4.3.2010 T. 10307/1887; 14.5.2009 T. 1293/3131; 9.4.2009 T. 2083/2224; 16.9.2008 T. 1215/4098; 22.5.2008 T. 2023/2766 (www.e-uyar.com)

[106] KURU, B. El Kitabı, s:1410 – SERTKAYA,A.Ş./KUL,S. age. s:352

[107] Bknz: 17. HD. 20.11.2008 T. 2777/5418; 7.10.2008 T. 3219/4472; 13.3.2008 T. 904/1248; 21.1.2008 T. 5456/174; 10.7.2007 T. 3405/2424; 15. HD. 20.3.1996 T. 113/1544; 17. HD. 14.2.2008 T. 5351/619; 15. HD. 20.9.1995 T. 3945/4845; HGK. 29.12.1993 T. 15-647/880 (www.e-uyar.com)

[108] PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M. age. s:866 - AKKAYA, T. agm. s:44

[109] Bknz: İçt. Bir. K. 14.2.1951 T. 17/1 (www.e-uyar.com)

[110] Bknz: 15. HD. 26.3.1996 T. 7055/1663; İİD. 13.11.1969 T. 9913/10678 (www.e-uyar.com)

√ «Borçlu tarafından eşinin vekiline yapılan satışta, vekilin iyiniyet iddiasında bulunamayacağını»^[111]

√ «Olayların akışından, üçüncü kişinin 'borçlunun varlığını eksiltmek amacı ile işlemde bulunduğunu' bildiği ya da bilmesinin gerektiği durumlarda, iyiniyet iddiasında bulunamayacağını»^[112]

belirtmiştir.

IX- Davalı -borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişilerin iddia ve savunmalarında «h a y a t ı n o l a ğ a n a k ı ş ı n a y k ı r ı l ı k b u l u n m a s ı hal de, bu tutarsız iddia ve savunmalar, taraflar arasında yapılmış olan tasarrufların iptaline neden olur.

“Hayatın olağan akışına aykırılık” ne demektir? “*Hayatın olağan akışı*” kriteri, hukukçuların olaylara yorum getirmede kullandıkları ölçülerden ve prensiplerden birisidir. Buna göre insanların genelinin, sosyal yapı içerisinde yapageldikleri davranışlar “*hayatın olağan akışı*” kriterini oluşturmakta ve bu kriter de hukuki problemlerin yorumlanmasında kullanılmaktadır.^[113]

Başka bir deyişle; tecrübe (hayatın olağan akışı) kuralları “*hayatta sık tekrar eden, tekrarlanması ihtimal dahilinde olan olayların veya bilimsel ve teknik bilgilerin oluşturduğu ve kendilerini oluşturan somut olaylardan bağımsız hale gelmiş kurallar*”dır; vak’a tespitinde, hukukun olaya uygulanmasında, hakimin bir değer hükmü vermesinde, delillerin değerlendirilmesi ve bir delilin ispat değerinin saptanmasında, muhtevası belli olmayan kuralların (kötüniyet gibi) uygulanmasında önemli rol oynar.^[114]

“*Hayatın olağan akışı*” kriteri, Yargıtay ve diğer üst derece mahkemelerinde, pek çok alandaki hukuki problemlerin çözülmesinde bir yorum kuralı olarak kullanılmaktadır. Yargıtay “*hayatın olağan akışı*” kriterini, “*olayların sebep-sonuç ilişkisine uygun olarak gerçekleşip gerçekleşmediğinin irdelenmesi, sosyal yapı içerisinde olağan karşılanacak türden olup olmadığının belirlenmesi*” şeklinde anlamaktadır. Söz gelimi “*bir ikrarının delil değerinin ortaya konulması için*

[111] Bknz: 15. HD. 15.12.1994 T. 4679/7580 (www.e-uyar.com)

[112] Bknz: 12. HD. 12.2.1981 T. 7089/918 (www.e-uyar.com)

[113] DEMİR, A. Yargıtay İçtihatlarındaki Hayatın Olağan Akışı Kriteri (Terazi Der. Aralık/2008, S:28, s:129)

[114] ALANGOYA, Y. “Senede Karşı Senetle İspat” Kuralı ve “Hayatın Olağan Akışı” Kavramı (N.KOCAYUSUFPAŞAOĞLU İçin Armağan, 2004, s:528, dipn.32)

diğer şartların yanında hayatın olağan akışına uygun düşüp düşmediğinin de araştırılması gerektiği” ifade edilmektedir.^[115]

“Hayatın olağan akışı” kriterinin uygulama alanı oldukça geniştir. Aynı zamanda, “aksi ispatlanana kadar doğru kabul edilen bir karine” olduğundan, hukukçular için adaletli karar vermede kullanılan, oldukça pratik bir kriter niteliğini taşımaktadır.

Sonuç olarak “hayatın olağan akışı” kriteri, mevcut hukukumuzda hukukçuların hemen her alanda uygulayabildikleri, onların işlerini kolaylaştıran önemli bir prensiptir.^[116]

Yüksek mahkeme “tasarrufun iptali davaları”nda ‘hayatın olağan akışı’ kriteri ile ilgili olarak;

√ «Tasarruftarihinden önce borçlu ile davalı üçüncü kişiler arasında herhangi bir ‘yakınlık’, ‘iş arkadaşlığı’, ‘ticari ilişki’, ‘komşuluk’, ‘iş ortaklığı’, ‘akrabalık’, ve ‘tanıdıklık’ bulunup bulunmadığı araştırılarak, davalı üçüncü kişinin, borçlunun alacaklılarına zarar verme kastıyla hareket ettiğini bilen veya bilmesi gereken kişilerden olup olmadığı irdelenerek, varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekeceğini»^[117]

√ «‘Borçlu’ ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin, borçlunun ‘iş arkadaşı/ticari ilişkisi bulunan kişi’ olması halinde, bu kişinin borçlunun içinde bulunduğu mâli durumu ve alacaklarına zarar verme kasdını bilmesi gereken konumda bulunduğundan, borçlu ile bu kişi arasındaki işlemin -İİK. 280/II ve II uyarınca- iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[118]

√ «Davalılar arasında ‘yakın ilişki’, ‘akrabalık’, ‘arkadaşlık’, ‘komşuluk’, ‘iş ortaklığı’, ‘iş ilişkisi’ nedeniyle herhangi bir yakınlığın bulunması halinde, üçüncü kişinin, borçlunun ‘mali durumunu ve mal kaçırma kasdını bilebilecek durumda sayılmasına’ neden olacağını»^[119]

[115] DEMİR, A. agm. s:130

[116] DEMİR, A. agm. s:133

[117] Bknz: 17. HD. 17.03.2011 T. 5301/2394; 24.02.2011 T. 572/1621; 25.10.2010 T. 4979/8747 (www.e-uyar.com)

[118] Bknz: 17. HD. 01.10.2007 T. 3595/2888; 18.04.2011 T. 8013/3611 (www.e-uyar.com)

[119] Bknz: 17. HD. 04.05.2007 T. 2298/1921; 15. HD. 31.01.2006 T. 8010/364; 17. HD. 02.02.2009 T. 3413/324; 28.05.2009 T. 3857/3655; 19.11.2009 T. 5407/7733; 23.11.2009 T. 5998/7772; 26.04.2010 T. 7066/3827; 13.05.2010 T. 3869/4504; 25.05.2010 T. 2340/4686; 27.05.2010 T. 2211/4800; 08.06.2010 T. 2484/5292; 08.06.2010 T. 2945/5291; 08.06.2010 T. 2328/5294; 15.06.2010 T. 3835/5516; 22.06.2010 T. 3180/5799; 22.06.2010 T. 3107/5797; 01.07.2010 T. 5742/6228;

√ «Üçüncü kişinin, borçlunun hem komşusu hem akrabası olması halinde, borçlunun alacaklılarına zarar verme kasdıyla hareket ettiğini bilebilecek durumda sayılacağını»^[120]

√ «Davalı-üçüncü kişinin, borçlunun yakın akrabası ve arkadaşı olması halinde, borçlunun mal kaçıрма kastını ve alacaklılarına zarar verme kasdını bilebilecek konumda sayılacağını»^[121]

√ «Borçlu ile davalı üçüncü kişinin birbirini tanıyan kişiler olması ve davalı üçüncü kişinin, borçlunun kefilisi olması, üçüncü kişinin borçlunun alacaklılarına zarar verme kastı ile hareket ettiğini bilmesi gereken kişilerden olması nedeniyle, üçüncü kişiye yapılan tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[122]

belirtmiştir.

X- İcra ve İflâs Kanununda bu konuda açık bir hüküm bulunmadığından, HMK.'nin genel hükümleri gereğince, iptâl davası; *davalı-borçlu ya da üçüncü kişinin ikametgâhının bulunduğu yerde* (HMK. mad. 7) açılabilir.^{[123] [124]}

Haciz yolu ile takiplerde açılan iptal davalarında ve iflâs yolu ile takiplerde açılan iptal davalarında, «davalı» iki kişi olduğundan,^[125] dava bunlardan birinin ikametgâhının bulunduğu yerde açılabilir (HMK. mad. 7).^[126]

08.07.2010 T. 3653/6631; 01.04.2013 T. 6585/4513; 08.04.2013 T. 14245/4988; 11.03.2013 T. 16000/3150; 18.03.2013 T. 5379/3515; 18.03.2013 T. 5572/3518; 25.03.2013 T. 6400/4069; 01.04.2013 T. 6404/4511 (www.e-uyar.com)

[120] Bknz: 17. HD. 21.12.2009 T. 10321/8646 (www.e-uyar.com)

[121] Bknz: 17. HD. 19.3.2009 T. 6000/1526 (www.e-uyar.com)

[122] Bknz: 17. HD. 26.5.2008 T. 1801/2773; 10.7.2008 T. 960/3200 (www.e-uyar.com)

[123] UYAR, T. Tasarrufun İptali Davalarında «Yetki», «Görev», «Süre», «Harç», «Vekalet Ücreti», (Yargı Düny. Ağustos/2008, s:13-22)

[124] Bknz: 17. HD. 25.11.2008 T. 3792/5533; 10.3.2008 T. 2684/1136; 8.10.2007 T. 3576/3007; 15. HD. 19.12.2001 T. 5180/5612 vb. (www.e-uyar.com)

[125] Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. a.g.şerh, C:3, s:4564 vd. - UYAR, T. İİK. Şerhi, C:12, s:19943 vd., II-b s:3090 vd. - UYAR, T. İİK. Şerhi, C:12, s:19947 vd.

[126] Bknz: 17. HD. 22.10.2009 T. 7497/6638; 15. HD. 27.6.2006 T. 3505/3951; 6.4.2004 T. 1606/1945; 18.5.1998 T. 1811/2082 (www.e-uyar.com)

Bu dava, *aynî* bir dava olmayıp *kışisel* bir dava olduğundan^{[127] [128]} konusu taşınmazlara ilişkin olsa bile, yine HMK. mad. 12 uygulanmaz, yani, «taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi» yetkili değildir.^{[129] [130]}

Ancak; İİK. 277 vd. dayalı tasarrufun iptali davasının yargılama sırasında davacı tarafından *ıslah* yolu ile TBK. 19’a dayalı tapu iptali ve tescil davasına dönüştürülmüşse dava ‘taşınmazın aynına ilişkin bir dava’ haline gelmiş olur ve HMK.nun 12. maddesi gereğince, «taşınmazın bulunduğu yerdeki mahkeme» yetkili olur.^[131]

İptâl davasında, eğer «*iptâlî istenen tasarrufun alacaklıları zarara sokmak kasdıyla yapıldığı*» (ve bu nedenle, ‘*haksız fiil*’ oluşturduğu) iddia ediliyorsa, «tasarrufun (haksız fiilin) yapıldığı yerde» (HMK. mad. 16) de iptâl davası açılabilir.^[132]

İptal davası «*yetki sözleşmesinde öngörülen yetkili mahkemede*»^[133] -örneğin; takip dayanağı bono’da^[134] Genel Kredi Sözleşmesinde ya da Müşterek Borçluluk

[127] Ayrıntılı bilgi için bkz: UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. a.g.şerh, C:3, s:4309 vd. - UYAR, T. İİK. Şerhi, C:11, s:18860 vd.

[128] Bknz: 17. HD. 25.1.2010 T. 9351/356; 5.10.2009 T. 3981/5966; 12.3.2009 T. 5939/1335; 10.12.2009 T. 6753/8200; 26.10.2009 T. 8028/6767; 25.11.2008 T. 3792/5533 vb. (www.e-uyar.com)

[129] UMAR, B. age. s: 91 - KURU, B. age. C:4, s:3539 - KURU, B. El Kitabı, s:1426 - PEKCANİTEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M. age. s:869 vd. - ÜSTÜNDAĞ, S. age. s: 300 - OSKAY, M./KOÇAK, C./DEYNEKLİ, A./DOĞAN, A. İİK. Şerhi, 2007, C:5, s:6002 - GÜRDOĞAN, B. İflâs Hukuku, 1966, s:242 - OLGAÇ, S. Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davaları (Dr. A.Recai Seçkin’e Armağan 1974, s: 474, dipn. 53) - SARISÖZEN, İ. İcra ve İflâs Hukukuna Göre İptâl Davalarında Yargılama Usulü (ABD. 1977/3, s:449) - ÖNEN, T. agm. s: 45 vd. - AKYAZAN, S. İnceleme ve Açıklamalar, 1965, s: 190 - KOSTAKOĞLU, C. Takip Hukukunda İptâl Davaları (Ad. D. 1989/6, sh:9 - Yasa D. 1989/8, s:1038) - MUŞUL, T. Tasarrufun İptali Davaları, s:125 vd. - MUŞUL, T. age. C:2, s:1768 vd. - KARATAŞ, İ./ERTEKİN, E. Tasarrufun İptali Davaları, s: 33.

[130] Bknz: 17. HD. 25.11.2008 T. 3792/5533; 18.03.2013 T. 5943/3520; 4.11.2008 T. 2636/5095; 16.10.2008 T. 1834/4690; 28.4.2008 T. 1073/2146; 21.4.2008 T. 5377/2051; 15.11.2007 T. 3042/3663; 15. HD. 27.6.2006 T. 3505/3951; 23.12.2003 T. 6319/6197; 2.4.2002 T. 1041/1548; 2.4.2001 T. 1134/1659 vb. (www.e-uyar.com)

[131] Bknz: HGK. 7.4.2004 T. 4-206/297 (www.e-uyar.com)

[132] Bknz: 4. HD. 22.04.2010 T. 4012/4807; 15. HD. 6.10.1983 T. 1382/2284(www.e-uyar.com)

[133] Bknz: 17. HD. 10.12.2009 T. 6753/8200; 15. HD. 19.4.1999 T. 626/1475 (www.e-uyar.com)

[134] Bknz: 17. HD. 5.7.2010 T. 5570/6376; 22.12.2009 T. 7968/8775; 9.6.2009 T. 5337/4100 (www.e-uyar.com)

ve Müşterek Müteselsil Kefalet Taahhütnamesinde öngörülen yerde (HMK. mad. 17'de öngörülen koşuların oluşması şartıyla ve özellikle *iki tarafında tacir olması halinde*)^[135] açılabilir.

Ayrıca belirtelim ki; 1086 sayılı HUMK'un uygulandığı dönemde «yetki sözleşmesi» genel yetkili mahkemenin davaya bakma yetkisini -kural olarak ortadan kaldırmıyordu.^[136] Halbuki bugün 6100 sayılı HMK.nun 17. maddesinde “Tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemelerde açılır.” denilmiştir.

«Bono»da yazılı olan «özel yetki kaydı», bono borçlusunu olmayan diğer davalar için bağlayıcı olamaz.^[137]

Yetki itirazında bulunan (davalı) tarafın -HMK. mad. 19 uyarınca- yetkili mahkemeyi de bildirmesi gerekir.^[138]

Mahkeme davalının “yetki itirazı”nın kabul edilmesi halinde «mahkemenin yetkisizliğine ve dosyanın talep halinde yetkili ... mahkemesine gönderilmesine...» şeklinde^[139] karar verilmesi gerekir.

Tasarrufun iptali davalarında mahkemece -davalı tarafından yetki itirazında bulunulmamış olması halinde- doğrudan doğruya «yetkisizlik kararı» verilemez^[140]

XI- İİK. mad. 281'de, iptâl davasının sadece «mahkemede» görüleceği belirtilmiştir. Şu halde, iptâl davasının, asliye hukuk mahkemesinde görülmesi gerekir.

Haciz yolu ile takipte; yeni HMK.'nin yürürlüğe girdiği 1.10.2011 tarihinden sonra açılan iptal davası asliye hukuk mahkemesinde (HMK. mad.2) görülür.

İptâl davası «asliye hukuk» mahkemesi yerine «icra mahkemesi»nde açılırsa, icra mahkemesince; «dava dilekçesinin görev yönünden reddine ve istek halinde

[135] Bknz: 15. HD. 6.4.2004 T. 1084/1939; 10.10.2001 T. 3118/4472; 26.6.2001 T. 2917/3486 (www.e-uyar.com)

[136] Bknz: 17. HD. 15.5.2008 T. 404/2604 (www.e-uyar.com)

[137] Bknz: 12. HD. 5.7.2010 T. 5570/6376; 17. HD. 15.5.2008 T. 404/2604 (www.e-uyar.com)

[138] Bknz: 15. HD. 2.4.2001 T. 1134/1659 (www.e-uyar.com)

[139] Bknz: 17. HD. 30.4.2007 T. 1081/1420 (www.e-uyar.com)

[140] Bknz: 15. HD. 23.5.2006 T. 2255/3033; 11.2.2004 T. 6560/629; 9.2.1998 T. 270/397 (www.e-uyar.com)

dosyanın görevli ... Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine» şeklinde karar verilmesi gerekir.^[141]

6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 5/(3) maddesi ile “asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişkinin -iş bölümü ilişkisi’ olmayıp- ‘görev ilişkisi’ olduğu kabul edilmiş olduğu”ndan, bundan böyle tasarrufun iptali davalarının asliye hukuk mahkemesi yerine ticaret mahkemesinde açılması halinde, ticaret mahkemesince -davalı tarafın -iş bölümü itirazı’nda bulunması beklenmeden- re’sen görevsizlik kararı verilmesi gerekecektir. Bu husus 6102 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde yüksek mahkemece de bu konuya ilişkin içtihatlarda açıkça vurgulanmıştır.^[142]

Yeni 6102 sayılı TTK’nun yürürlüğe girdiği **01.10.2012 tarihinden önce açılmış** olan iptal davalarına da ticaret mahkemesinde bakılamaz. Ancak, bu dönemde, ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki (görev değil) iş bölümü ilişkisi (6762 sayılı s. TTK. mad. 5/II) olduğundan, iptal davasının ticaret mahkemesinde açılmış olması halinde, davalılar tarafından -10 günlük esasa cevap süresi içinde- “iş bölümü itirazı”nda bulunulması gerekiyordu.^[143] Aksi takdirde ticaret mahkemesi, açılmış olan iptal davasını görmeye devam ediyordu.

Keza, iptal davaları, kredi sözleşmesine dayalı bir dava niteliğini taşımadığından, bu davalara tüketici mahkemelerinde de bakılamaz.^[144]

Bu davalara ne aile mahkemelerinde^[145] ve ne de iş mahkemelerinde^[146] bakılamaz...

Yine iptal davaları, Bankalar Kanunu’ndan kaynaklanan davalar niteliğinde olmadığından -5411 sayılı (yeni) Bankacılık Kanunu’nun 142. (ve yürürlükten kalkmış olan 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun 14/5-d) maddesi uyarınca- bu davalara ticaret mahkemelerinde bakılamaz...^[147]

[141] Bknz: 15. HD. 13.12.1993 T. 15156/19374; 12. HD. 24.09.1987 T. 12757/9300 (www.e-uyar.com)

[142] Bknz: 17. HD. 11.02.2013 T. 13129/1301 (www.e-uyar.com)

[143] Ayrıntılı bilgi için bknz: KURU, B. Hukuk Muhakemeleri Usulü 6. Baskı, 2011, C:1, s:692

[144] Bknz: 15. HD. 12.10.2005 T. 6766/2641 (www.e-uyar.com)

[145] Bknz: 17. HD. 12.5.2009 T. 2714/3092 (www.e-uyar.com)

[146] Bknz: 17. HD. 22.4.2008 T. 4121/5669 (www.e-uyar.com)

[147] Bknz: 15. HD. 22.3.2005 T. 7464/1705; 29.11.2004 T. 10857/12340, 9.11.2004 T. 3690/5728 vb. (www.e-uyar.com)

İptal davalarına, ancak istihkak davalarına karşı “karşılık dava” şeklinde açılmış olmaları halinde (İİK. mad. 97/XVII), icra mahkemelerinde bakılabilir.^[148] Buna karşın, «karşılık dava» olarak açılmayıp, ayrı (müstakil) olarak açılan iptal davalarına, icra mahkemelerinde bakılamaz...^[149]

İptal davalarına bakma konusunda genel mahkemeler^[150] -yani; asliye hukuk mahkemeleri- görevli olup görev konusu kamu düzenine ilişkin olduğundan, mahkemece doğrudan doğruya gözetilir...^[151]

Yeni HMK.’nin yürürlüğe girmesinden (yani; **1.10.2011 tarihinden**) önce açılmış olan iptal davaları için görevli mahkeme; davacı-alacaklının elindeki borç ödemeden aciz belgesinde (ya da aciz belgesi niteliğindeki haciz tutanağında) ödenmemiş olarak belirtilen alacak miktarına ve iptale tabi tasarrufun değerine göre belirlenir. Bu değerlerden hangisi az ise ona göre; iptal davası *sulh hukuk* veya *asliye hukuk mahkemesinde* (HUMK. mad. 8/1) görülür.

XII- İptâl davalarında dava konusunun (müddeabihin) değeri üzerinden nisbi olarak «peşin harç» ve «karar ve ilâm harcı» alınır.

Hacizdeki iptal davalarında yani haciz yolu ile takiplerde, davacının alacağıının (aciz belgesinde yazılı olan alacağıının) **miktarı** ile, iptâl konusu tasarrufun (tasarrufa konu taşınırın/taşınmazın) **değerinden** hangisi az ise, ona göre^[152] harç hesaplanır.

XIII. Hakim, iptâl edilmesi istenen tasarruf konusu mallar hakkında davacının istemi üzerine *ihtiyati haciz* kararı verebilir (İİK. mad. 281/II).

a) Genel hükümlerden (İİK. mad. 259) farklı olarak, burada ihtiyati haciz kararı alabilmek için güvence göstermek zorunlu değildir. «Güvence gösterilmesine gerek bulunup bulunmadığını ve miktarını» hakim takdir eder. Ancak, davanın

[148] Bknz: 21.HD. 10.10.2005 T. 4687-9066; 15. HD. 28.6.2004 T. 4836/6344; 29.6.1994 T. 335/4396 (www.e-uyar.com)

[149] Bknz: İÇt. Bir. K. 24.2.1954 T. 2/7 - 17. HD. 15.03.2012 T. 558/3210 (www.e-uyar.com)

[150] Bknz: 17. HD. 22.4.2009 T. 298/2615 - 17. HD. 28.1.2010 T. 6301/546 (www.e-uyar.com)

[151] Bknz: 17. HD. 18.5.2009 T. E:3365/3243 (www.e-uyar.com)

[152] Bknz: 17. HD. 25.03.2013 T. 6657/4073; 21.03.2013 T. 6883/3887; 11.03.2013 T. 6894/3206; 04.03.2013 T. 6883/3887; 10.05.2012 T. 816/5968; 09.05.2012 T. 4008/5929; 30.5.2011 T. 3932/5494; 23.5.2011 T. 10066/5140; 24.6.2010 T. 2105/5924; 22.6.2010 T. 3107/5797; 18.3.2010 T. 1137/2405; 18.2.2010 T. 10567/1315; 25.11.2008 T. 3569/5536; 18.11.2008 T. 2633/5370; 7.11.2008 T. 1621/5170 vb. (www.e-uyar.com)

konusu, İİK. mad. 283/II gereğince, üçüncü kişinin elinden çıkardığı malların değerine ilişkinse, güvence gösterilmesi zorunludur (mad. 281/II).

Gerçekten, İİK. mad. 259/I-III’de;

«İhtiyatî haciz isteyen alacaklı hacizde haksız çıktığı takdirde borçlunun ve üçüncü şahsın bu yüzden uğrayacakları bütün zararlardan mesul ve Hukuk Muhakemeleri Kanununun 87 nci maddesinde yazılı teminatı vermeye mecburdur. Ancak alacak bir ilâma müstenid ise teminat aranmaz. Alacak ilâm mahiyetinde bir vesikaya müstenid ise mahkeme teminata lüzum olup olmadığını takdir eder.»

denilmişken, İİK. mad. 281/II’de;

«Hâkim, iptale tabi tasarrufların konusu olan mallar hakkında alacaklının talebi üzerine ihtiyati haciz kararı verebilir. Teminatın lüzum ve miktarı mahkemece takdir ve tâyin olunur. Şu kadar ki, davanın elden çıkarılmış mallar yerine kaim olan kıymete taallûku halinde, teminat göstermeksizin ihtiyati haciz kararı verilemez.»

denilmiştir.

Görüldüğü gibi; davacı-alacaklının «ihtiyati haciz» talebini yerinde bulan mahkemenin, bu kararı verirken -İİK. mad. 259/I’den farklı olarak- davacı-alacaklıdan mutlaka *teminat* gösterilmesini istemesi gerekmemektedir.^[153] Bu husus maddenin -538 sayılı Kanuna ait- Hükümet Tasarı Gerekçesinde «iptal davası neticesinde cebri icraya konu teşkil etmesi istenilen mallar üzerinde alacaklıya doğrudan doğruya ihtiyati haciz vazedebilmek yetkisi tanınmış ve bu hususta teminat iraeisi dahi mecburi olmaktan çıkarılarak, bu cihet mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Vaktinde verilecek bir haczi ihtiyati kararının, bir takım hallerde üçüncü şahsın haksız mukavemetini kırmaya yardım edeceğini tahmin etmek caizdir...»^[154] ş e k l i n d e ifade edilmiştir... Mahkeme «teminatın lüzum (yani, teminat gösterilmesi gerekip gerekmediğini) ve miktarını» tayin edecektir. Bunun için ö n c e mahkemenin «teminat gösterilmesine gerek bulunup bulunmadığını» değerlendirmesi, ondan s o n r a da, eğer «teminat gösterilmesine gerek görürse» o zaman «ne kadar (ne miktarda) teminat gösterilmesini» (HMK. mad. 871(1) -%10, %15, %20 oranında gibi- kararlaştıracaktır.

Mahkeme neye göre -yani; hangi hususları inceleyerek- *teminata gerek bulunup bulunmadığına* karar verecektir? **Kanımızca;** mahkeme «yaklaşık

[153] AKŞENER, H. S. Tasarrufu İptali Davalarında İhtiyati Haciz (Legal D. Ağustos/2013, s:116)

[154] UYAR, T. Gereğçeli-İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C:12, s:19152

ispat kurallarına göre,^[155] ^[156] hem **davacı-alacaklının alacağına varlığına ve miktarına** ve hem de özellikle **dava konusu tasarrufun iptali gereken bir tasarruf olduğuna** kanaat getirmiş olmalıdır. Örneğin;

√ «*Dava konusu tasarrufun borçlu ile üçüncü dereceye kadar -neseben veya sıhren- hisımları arasında yapılmış bir (ivazlı) tasarruf olduğunun*»^[157]

√ «*Dava konusu tasarrufun tapuda gösterilen değeri ile gerçek değeri arasında bir mislinden fazla bir fark bulunduğunun*»^[158]

√ «*Dava konusu tasarrufun 'para veya mutad ödeme vasıtaları'ndan başka bir ödemeye ilişkin olduğunun*»^[159]

√ «*Dava konusu tasarrufun 'vadesi gelmemiş bir borç için yapılan ödeme'ye ilişkin olduğunun*»^[160]

√ «*Malvarlığı borçlarına yetmeyen borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin, 'borçlunun içinde bulunduğu mâli durumu ve alacaklılarına zarar verne kasdını bildiği ya da bilebilecek durumda' olduğunun (TMK. mad. 3), örneğin;*

√√ «*Taraflar arasında 'organik bağ' bulunduğunun -örneğin; borçlu ile üçüncü kişinin şirket (tüzel kişi) olup, ortaklarının velveya yöneticilerinin aynı kişiler (ya da*

[155] Ayrıntılı bilgi için bknz: ALBAYRAK, H. Medeni Usul ve icra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, 2013, s:29 vd., 251 vd.

[156] "Yaklaşık ispat"; niteliği itibarı ile dava olmayan, mahkemeden bir takım usuli taleplerin kabul edilmesinde incelenmesi gereken maddi şartların ispatında kullanılan bir yöntemdir. Örneğin, geçici hukukî himaye tedbirleri..., delil tesbiti talebi gibi 'dava' olmayan yalnızca mahkemeden davanın ilerlemesini sağlayıcı usuli işlemler kategorisine giren maddi anlamda 'kesin hüküm' teşkil etmeye elverişli olmayan usuli taleplerin kabulü için verilen ara kararlarında kullanılır... Yaklaşık ispatta hakim, daha düşük bir kanaat ile yetinebilir. Çünkü edindiği kanaat ile taraflar arasındaki uyumsuzluğu sona erdirici bir karar verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Dolayısıyla düşük seviyedeki bir ispat ölçüsü, karşı tarafın haklarının ve hukuk devleti ilkesinin zedelenmesine yol açmaz... Bir tarafın bir takım usuli iddialarına tekrar verebilmek için, en azından belli seviyede bir kanaatin edinilmesi gerekir. (ALBAYRAK, H. age. s:30, 32)

[157] Bknz: 17. HD. 4.4.2013 T. 7891/4800; 21.3.2013 T. 8433/3974; 4.4.2013 T. 7891/4800; 5.6.2012 T. 1968/7306; 17.2.2011 T. 4968/1236; 8.7.2010 T. 1975/6630; 21.3.2011 T. 6891/2510; 22.2.2011 T. 9382/1460; 22.2.2011 T. 9364/1459 vb. (www.e-uyar.com)

[158] Bknz: 17. HD. 9.4.2013 T. 8279/5122; 8.4.2013 T. 9632/4986; 28.3.2013 T. 10381/4371; 9.4.2013 T. 8279/5122; 5.3.2013 T. 5038/2731; 15.4.2013 T. 10718/5448; 2.4.2013 T. 7658/4623; 8.4.2013 T. 6700/4976 vb. (www.e-uyar.com)

[159] Bknz: 17. HD. 4.4.2013 T. 1380/4811; 2.4.2013 T. 7471/4619; 27.11.2012 T. 11563/13096; 6.11.2012 T. 2454/12116; 11.2.2008 T. 5526/512; 26.4.2011 T. 12744/3911; 11.4.2011 T. 8424/3332 vb. (www.e-uyar.com)

[160] Bknz: 15. HD. 19.9.2000 T. 3585/3892 (www.e-uyar.com)

yakın akbaralar) olması halinde, borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin ‘borçlunun malvarlığını ve zarar verme kasdını’ bildiği farzedilerek, mahkemece dava konusu işlemin -davacı alacaklı bakımından- iptaline karar verileceğinden, borçlu ile üçüncü kişi arasında böyle bir organik bağ bulunduğunun»^[161]

√√ «Borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin iddia ve savunmalarında ‘hayatın olağan akışına aykırılık’ bulunduğunun»^[162]

√√ «Borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin aynı işkolunda (sektörde) faaliyet gösterdiklerinin»^[163]

√√ «Borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişi arasında ‘ticari ilişki’, ‘iş arkadaşlığı’, ‘iş ortaklığı’ bulunduğunun»^[164] vb.

saptanması halinde, yargılama sonucunda mahkemece «tasarrufun iptaline» karar verileceğinden, yukarıdaki durumlarda, davacı-alacaklının i h t i y a t i h a c i z talebinin *teminatsız* yerine getirilmesi gerekir.

Buna karşın, «dava konusu tasarrufun, davacı alacaklının alacağıın doğumundan önce yapılmış olduğu»nun -dosya (dava dilekçesi) içeriğinden- anlaşılması halinde, yargılama sonucunda, açılmış olan tasarrufun iptali davası reddedileceğinden^[165] mahkemece «teminat karşılığında dahi» davacı-alacaklının talebini kabul edip *ihtiyati haciz kararı* vermemesi gerekir...

b) Davacı-alacaklının, İİK. mad. 281/II, c:1’deki açık hüküm nedeniyle d a v a d i l e k ç e - s i ’nde «*ihtiyati haciz*» talebinde bulunması, mahkemece de -«*ihtiyati haciz* niteliğinde *ihtiyati tedbir*» ya da «*ihtiyati tedbir* niteliğinde *ihtiyati haciz*» değil- -davacı-alacaklının talebinin yerinde bulunması halinde- «*ihtiyati haciz kararı*» verilmesi gerekir.

[161] Bknz: 17. HD. 12.2.2013 T. 4250/1406; 19.3.2013 T. 4881/3660; 30.3.2009 T. 6139/1827; 25.12.2013 T. 6208/6281; 12.11.2009 T. 5758/7495 vb. (www.e-uyar.com)

[162] 17. HD. 2.4.2013 T. 7471/4619; 26.3.2013 T. 7090/4175; 25.3.2013 T. 6176/4066; 7.2.2011 T. 6468/890; 17.1.2011 T. 10482/54; 14.3.2013 T. 5830/3302; 13.9.2012 T. 8083/9227 vb. (www.e-uyar.com)

[163] Bknz: 17. HD. 3.12.2012 T. 12662/13378; 2.5.2012 T. 3773/5423; 22.9.2009 T. 163/2613; 11.6.2009 T. 1719/4135; 23.6.2009 T. 2033/4554 vb. (www.e-uyar.com)

[164] Bknz: 17. HD. 17.3.2011 T. 5301/2394; 24.2.2011 T. 572/1621; 7.2.2011 T. 6556/894; 25.10.2010 T. 4979/8747; 22.4.2009 T. 163/2613; 11.6.2009 T. 1719/4135; 4.5.2007 T. 2298/1921 vb. (www.e-uyar.com)

[165] Bknz: 17. HD. 1.4.2013 T. 15317/4587; 1.4.2013 T. 8979/4519; 9.4.2013 T. 8333/5123; 8.4.2013 T. 9618/4985; 28.3.2013 T. 14204/4372; 11.3.2013 T. 7006/3209 vb. (www.e-uyar.com)

Ancak, u y g u l a m a d a malesef kimi kez **davacılar** -«ihtiyati haciz» yerine- *ihtiyati tedbir* talebinde bulunmakta, kimi kez de **mahkemeler** -dava dilekçesinde «ihtiyati haciz» istenmiş olmasına rağmen- *ihtiyati tedbir kararı* vermektedirler. İleride «sıra cetveli» yapıldığında, *ihtiyati tedbir kararlarına sıra cetvelinde yer verilmediği*»nden, bu uygulama davacı-alacaklı için hak kaybına sebebiyet vermektedir. Bu hatalı uygulama nedeniyle, **yüksek mahkeme**^[166] -çok isabetli olarak- «*tasarrufun iptali davasında davacı tarafından 'ihtiyati tedbir' talep edilmiş olsa dahi, bu talebin 'ihtiyati haciz' talebi niteliğinde olduğunu, bu nedenle mahkemece 'ihtiyati tedbir' değil 'ihtiyati haciz' kararı verilmesi gerekeceğini*» belirtmiştir.

c) U y g u l a m a d a kimi mahkemeler davacı-alacaklının talebi üzerine yazdıkları *ihtiyati haciz kararı* -doğru olarak- davacı alacaklıya vermekte ve davacı alacaklı bu kararı, davasını dayandırdığı icra dosyasına ibraz edip, icra müdürlüğü vasıtasıyla dava konusu taşınmaz/taşınır üzerine ihtiyati haciz kararını uygulamaktadırlar. Kimi mahkemeler ise -dava konusu taşınmaz hakkında- yazdıkları ihtiyati haciz kararını doğrudan doğruya Tapu Sicil Müdürlüğüne bildirip, taşınmazın tapu kaydına «ihtiyati haciz kararını doğrudan doğruya Tapu Sicil Müdürlüğüne bildirip, taşınmazın tapu kaydına «ihtiyati haciz şerhi» işlenmesini istemektedirler. Mahkemelerin bu şekilde ihtiyati haciz kararı Tapu Sicil Müdürlüklerine uygulatmaları, ileride dava sonuçlanıp mahkemece «*davanın kabulüne*» karar verilmesi ve davacı-alacaklının dava konusu taşınmazın önce kıymet takdirini isteyip sonrada satılmasını icra dairesinden istemesi halinde sorun yaratmakta ve icra daireleri -icra dosyasından, dava konusu taşınmazın kayıtları üzerine konulmuş ihtiyati haciz bulunmadığından- alacaklının talebini yerine getirmekte tereddüt etmektedirler. Bu nedenle, mahkemelerin verdikleri «*ihtiyati haciz kararı*»nın uygulanması için doğrudan doğruya Tapu Sicil Müdürlüklerine «*ihtiyati haciz müzekkeresi*» göndermeyip yazdıkları ihtiyati haciz kararını davacı-alacaklıya verip «*kendi takip dosyalarına bu kararı ibraz ettirip, ihtiyati haciz kararını icra dairesi vasıtasıyla uygulatmaları*» daha isabetli olacaktır.

ç) Mahkemece, «davacı-alacaklının ihtiyati haciz kararını alabilmesi için t e m i n a t yatırması» öngörülmüş ve gereken teminat yatırılmışsa, davacı-alacaklı bu teminatını ne zaman geri alabilir?

Kanımızca, bu konuda *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliğinin* «Teminatların iadesi» başlıklı 59. maddesi kıyasen uygulanmalı^[167] ve bunun

[166] Bknz: 17. HD. 24.9.2012 T. 8174/9903 (www.e-uyar.com)

[167] Ayrıntılı bilgi için bknz. UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. a.g.şerh, C:3, s:3994

için «tasarrufun iptali davası» sonucunda verilen kararın kesinleşmesi ayrıca beklenmemelidir...

d) İptal davası açmış olan davacı-alacaklı, dava dilekçesinde (ya da daha sonra) ‘*ihtiyati haciz*’ den başka ‘*ihtiyati tedbir*’ kararı verilmesini isteyebilir.^{[168] [169]}

e) İİK. mad. 281/II uyarınca verilen «ihtiyati haciz kararı» ne zaman ve ne şekilde *kesin hacze* dönüşür? İİK. mad. 264/III burada kıyasen uygulanacak mıdır? **Doktrinde**^[170] tartışmalı olan bu konu hakkında **yüksek mahkeme** «İİK. 281/II’de düzenlenmiş olan *ihtiyati haczin*, İİK. 257 vd.’daki *ihtiyati hacizden farklı olduğunu, davayı kazanan davacı alacaklının İİK. 181/II kapsamındaki ihtiyati haczin dayanağı olan ilamı bir aylık süre içinde, icra dairesine ibraz etmesinin zorunlu bulunmadığını (İİK. mad. 264/III hükmünün burada uygulanmayacağını)*»^[171] «tasarrufun iptali davası sırasında verilen *ihtiyati haczin ‘tasarrufun iptali kararı’ ile kesin hacze dönüşmüş olacağını*»^[172] belirtmiştir...

U y g u l a m a d a k i önemi nedeniyle ayrıca belirtelim ki; mahkemenin «tasarrufun iptaline, davanın kabulüne» karar verdiği tarihte, daha önce tapuya konulan *ihtiyati haciz*, kendiliğinden *kesin hacze* dönüşmüş olduğundan, davacı-alacaklının -ayrıca, mahkemenin kararının kesinleşmesini beklemeden- bu tarihten itibaren bir yıl içinde (İİK. mad. 106, 110) *satış avansını da yatırarak satış talebinde bulunması* gerekir. Aksi taktirde, bir yıl geçince koydurduğu haciz düşer...

XIV- İptâl davalarında, «davacının, davalılardan borçluda bir alacağının bulunması» ve «davacının; borçlu hakkında yaptığı icra takibinden bir sonuç elde edilmemiş -yani alacağın kısmen/tamamen tahsil edilememiş- olması» ön koşul olduğundan^{[173] [174]}, mahkeme iptâl davasının yargılaması sırasında öncelikle

[168] KURU,B. İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, 2016, s:676, dipn. 10

[169] Bknz: HGK. 13.11.2002 T. 15-846/907 (www.e-uyar.com)

[170] UYAR, T. İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, 2. Bası, s:298 - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. Tasarrufun İptali Davaları, C:2, s:1264. - ÖZEKES, M. İhtiyati Haciz, 1999, s:392 - DEYNEKLİ, A. İİK.’nun 268. Maddesinde 4949 sayılı Kanunla Değişiklik Yapıldıktan Sonra Alınan İhtiyati Hacizlerde Hacze İştirak Derecesi (Tür. Bar. Bir. D. - Nisan/2005, s:177 vd.) - SERTKAYA,A.Ş./KUL,S. age. s:257 - MUŞUL,T. Tasarrufun İptali Davaları, s:404 vd.

[171] Bknz: 19. HD. 17.2.2005 T. 4602/1453 (www.e-uyar.com)

[172] Bknz: 17. HD. 18.10.2010 T. 8591/8433; 10.3.2008 T. 3025/1137; 19. HD. 7.2.2005 T. 4371/7720; 19. HD. 24.06.2009 T. 5586/6192 (www.e-uyar.com)

[173] Bknz: 15. HD. 24.5.1989 T. 4546/2485 (www.e-uyar.com)

[174] Bknz: UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. a.g.şerh, C:3, s:4524 vd. -UYAR, T. İİK. Şerhi, C:12, İİK. mad. 277 s:18879 vd.

bu ön koşulun gerçekleşmiş olup olmadığını *kendiliğinden* araştırır. Bunu yaparken «*icra dairesinin düzenlediği aciz belgesinin geçerli olup olmadığını*» da tartışamaz.^[175] Tersine, aciz belgesinin iptali için icra mahkemesine yapıldığı ileri sürülen şikâyetin sonucunu, kendisi için 'bekletici mesele' sayması gerekir.^[176] Fakat, davalı-üçüncü kişi (veya borçlu) «*davacının alacağının mevcut olmadığını*» -örneğin *muvazaaya dayandığını*- iddia ve ispat edebilir.^[177] Davalı-üçüncü kişi bu iddiasını ispat için tanık dinletebilir.^[178] Yani bu durumda HMK. mad. 200 hükümleri uygulanmaz... Hakim, delilleri serbestçe takdir eder...^[179]

Yüksek mahkeme, bu konu ile ilgili olarak;

- «*Tasarrufun iptali davasının dinlenebilmesi için; alacaklının borçluda gerçek bir alacağın olması gerektiği, eğer tasarrufta bulunanın alacaklıya gerçek bir borcu olmadığı iddia ediliyorsa, bu durumda tasarruf sahibinin öncelikle borçlu sıfatının çözümlenmesi gerektiğini, davalı-borçlunun kızının davacı-alacaklının kardeşi ile evli olması ve aradaki akrabalık bağının alacağın gerçek olmadığını kabulü için yeterli olmadığını; davalı tanıkları davacı ve borçluyu tanımamakta olup, davacı tanığının alacağın muvazaalı olduğu yönünde beyanı da bulunmadığından ve takip, dava konusu tasarruftan sonra yapılmış olmakla beraber borcun, iptali istenen tasarruftan önce doğmuş olması ve ayrıca davalı-üçüncü kişi tarafından davalı-borçluya gönderilen 13.03.2007 tarihli ihtarnamenin, davalı-borçlu hakkında 06.03.2007 tarihli takipten sonra olması ve elatmanın önlenmesi davasının, iş bu tasarrufun iptali davasından sonra 24.04.2007 tarihinde açılmış ve davalı-borçlunun 11.10.2006 tarihinde davalı-üçüncü kişiye sattığı evde 21.05.2010 tarihli tahliye ve hacze kadar oturması gözetildiğinde, takip konusu alacağın muvazaalı olduğunu kabulüne imkan bulunmadığını*»^[180]

- «*İptal davasının dinlenebilmesi için ortada 'gerçek bir borcun' olması gerekeceğini*»^[181]

- «*Alacaklının gerçek bir alacağının bulunmadığı hallerde tasarrufun iptali davasının dinlenemeyeceğinden, davacı ile borçlunun oğlunun bahsedilen şirkette birlikte çalışıp çalışmadıkları, takip dayanağı bononun hangi gerekçe ile ne zaman*

[175] Bknz: 15. HD. 18.5.1990 T. 1755/2258; 13. HD. 9.11.1981 T. 5203/7058 (www.e-uyar.com)

[176] Bknz: 15. HD. 7.5.1992 T. 2135/2460; 4.3.1992 T. 869/1042 (www.e-uyar.com)

[177] KURU, B. age. C:4, s:3506 (www.e-uyar.com)

[178] Bknz: 17. HD. 26.03.2013 T. 7206/4179 (www.e-uyar.com)

[179] KURU, B. El Kitabı, s:1420 (www.e-uyar.com)

[180] Bknz: HGK. 23.10.2013 T. 17-224/1478 (www.e-uyar.com)

[181] Bknz: 17. HD.19.03.2013 T. 5481/3666 (www.e-uyar.com)

davacıya verildiği hususları üzerinde durularak hasıl olacak duruma göre bir karar verilmesi gerekeceğini»^[182]

- «*Davacı tarafından davalı borçluya faizle para verildiği, bundan dolayı vergi inceleme raporları çerçevesinde davacı hakkında asliye ceza mahkemesince mahkûmiyet kararı verildiği anlaşıldığından, mahkemece açılmış olan iptal davasının ‘davacının, davalı borçludan gerçek bir alacağı mevcut olmadığı’ gerekçesiyle ‘reddine’ karar verilemeyeceğini»^[183]*

- «*İİK.’nin 277 vd. maddelerine göre açılan tasarrufun iptali davalarında, davalı üçüncü kişinin ‘borçlu ile alacaklı arasındaki icra takibinin muvazaalı olduğunu’ ileri sürmesi halinde, mahkemece bu iddianın incelenmesi gerekeceğini, çünkü iptal davasının dinlenebilirlik koşullarından birisinin de tasarrufta bulunan kişinin ‘borçlu’ durumda olması, başka bir deyişle alacaklının gerçekten ‘alacaklı’ sıfatını taşıması gerektiğini»^[184]*

- «*Tasarrufun iptali davası sırasında, üçüncü kişinin, davacı alacağının gerçek bir alacak olmadığı ileri sürebileceği, bu durumda, öncelikle davacı alacağının gerçek bir alacak olup olmadığı yönünde davalı üçüncü kişinin delillerinin nelerden ibaret olduğunun sorulması, davacı tarafın alacağının kaynağına ilişkin delillerin toplanması ve davacı alacağının doğum tarihinin takip dayanağı bononun vade tarihi değil tanzim tarihi olduğu da dikkate alınarak neticesine göre bir karar verilmesi gerekeceğini»^[185]*

vurgulamıştır...

XV- İİK. mad.284’te iptâl davalarının bağlı olduğu (açılabileceği) süre gösterilmiştir...

Bu maddede *iptâl davalarının bağlı olduğu (açılabileceği) süre* gösterilmiştir...

a- Bu maddeye göre, iptâl davasının «*tasarrufun yapıldığı tarihten itibaren*» beş sene içinde açılması gerekir.^[186]

[182] Bknz: 17. HD. 13.11.2012 T. 602/12443 (www.e-uyar.com)

[183] Bknz: 17. HD. 07.02.2011 T. 12468/899 (www.e-uyar.com)

[184] Bknz: 17. HD. 30.10.2007 T. 4356/3297; 15. HD. 10.6.2003 T. 587/3094; HGK. 19.6.2002 T. 15-495/528; 26.2.1997 T. 15-890/127; 15. HD. 01.04.1997 T. 1262/1778; 18.06.1996 T. 3294/3421; HGK. 09.03.1979 T. 13-288/234; 13. HD. 27.02.1979 T. 5645/878; 30.04.1976 T. 5638/3529 ; 15. HD. 1.04.1997 (www.e-uyar.com)

[185] Bknz: 17. HD. 11.07.2012 T. 5955/8883; 11.04.2012 T. 1729/4537 (www.e-uyar.com)

[186] Bknz: 17.HD. 28.3.2011 T. 7348/2748; 28.3.2011 T. 7367/2750; 16.9.2008 T. 3156/4102; 20.3.2008 T. 5652/1358; 17.3.2008 T. 123/1249; 24.1.2008 T. 4046/272 vb. (www.e-uyar.com)

Bu süre tüm -yani; İİK. mad. 278, 279 ve 280'de öngörülen- iptâl davalarında uygulanır.

Ancak hemen belirtelim ki, «tasarruf» tarihi ile «haciz», «aciz» yahut «iflâs» tarihi arasında İİK 278/II'deki durumlarda iki sene,^[187] İİK. 279/I'deki durumlarda bir sene^[188] geçmişse, İİK. mad. 284'deki süre dolmamış bile olsa, iptâl davası açılmaz. Çünkü; İİK. mad. 278/II ve 279/I'deki «iki yıllık» ve «bir yıllık» süreler, «tasarrufun iptâlê tâbi olup olmadığını» saptamada rol oynar. İİK. mad. 284'deki 'beş yıllık süre' ise, «İİK. mad. 278/II ve 279/I'deki süreler içinde yapıldığı için, iptâlê tâbi olan bir tasarrufun iptâl edilebilmesi için açılacak davanın en geç hangi tarihe kadar açılabilceğini» belirtir. Bu nedenle, eğer tasarruf, İİK. mad. 278/II ve 279/I'de öngörülen sürelerden önce yapılmış olduğu için iptâlê tâbi değilse, artık İİK. mad. 284'deki sürenin uygulanması söz konusu olmaz.^[189] Çünkü, iptâlî mümkün bir tasarruf yoktur ki, iptâl davası açılabilin...

Mahkemece «İİK'nun 278. maddesinde öngörülen iki yıllık sürenin geçtiği» (yani; tasarrufun son iki yıl içinde yapılmamış olduğu)saptansa dahi, ayrıca «İİK'nun 284. maddesinde öngörülen beş yıllık sürenin de geçmiş olup olmadığı» da araştırılarak, sonucuna göre karar verilmesi gerekir.^[190]

Yüksek mahkeme;

√ «Dava konusu taşınmazlar için (daha önce) açılmış olan tapu iptali ve tescil davasında verilmiş olan kararın kesinleşmesinden itibaren beş yıl geçtikten sonra açılan tasarrufun iptali davasının reddedilmesi gerekeceğini»^[191]

√ «Davacı üçüncü kişinin, borçlunun ekonomik durumu ve mal kaçırma kasdını bilebilecek konumda bulunduğu durumlarda, tasarruf tarihinden itibaren beş yıllık yasal süre içinde açılmış olan tasarrufun iptali davasının kabulü gerekeceğini»^[192]

belirtmiştir...

[187] Ayrıntılı bilgi için bkznz: UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. a.g.şerh, C:3, s: 4393 vd. - UYAR, T. İİK. Şerhi, C:12, s:19155

[188] Ayrıntılı bilgi için bkznz: UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. a.g.şer, C:3, s:4423 vd. - UYAR, T. İİK. Şerhi, C:12, s:19341 vd.

[189] Bknz: 13. HD. 23.9.1974 T. 2101/2073 (www.e-uyar.com)

[190] Bknz: 17. HD. 26.9.2008 T. 2841/4334 (www.e-uyar.com)

[191] Bknz: 17. HD. 25.1.2010 T. 8818/349 (www.e-uyar.com)

[192] Bknz: 17. HD. 2.6.2009 T. 1173/3823 (www.e-uyar.com)

b- Burada söz konusu olan süre «hak düşürücü süre»dir.^[193] Bu nedenle, dava açılırken bu süreye uyulup uyulmadığı, yani bu sürenin geçmiş olup olmadığı, mahkemece doğrudan doğruya gözetildiği gibi, davanın her aşamasında da taraflarca ileri sürülebilir.^[194]

Yüksek mahkeme;

√ «Tasarrufun iptali davalarının tasarruf tarihinden itibaren 5 yıllık süre içinde açılması gerekeceğini»^[195]

√ «İptale konu tasarruf ile açılan tasarrufun iptali davası arasında İİK mad. 284’de öngörülen 5 yıllık hak düşürücü süreden fazla bir sürenin geçmiş olması halinde davanın reddi gerekeceğini- Tasarrufun iptali davasının borçlu ve borçlu ile işlem yapan üçüncü kişiye karşı açılması gerekeceğini (İİK. mad. 282), olayda davalı olarak gösterilen kimse hakkında yapılmış bir icra takibi bulunmadığı gibi adı geçen davalı tarafından yapılan bir tasarruf işlemi de bulunmadığından, bu davalı yönünden davanın husumet nedeniyle reddi gerekeceğini»^[196]

√ «İptal davasının, tasarrufun yapıldığı tarihten itibaren beş yıllık hak düşürücü süre içinde açılması gerektiğini (ve davanın bu süre içinde açılıp açılmadığının mahkemece doğrudan doğruya araştırılacağını)»^[197]

[193] KURU, B. age. C:4, s:3543 - KURU, B. El Kitabı, s:1218 – SERTKAYA,A.Ş./KUL,S. age. s:141 - ÖSKAY, M./KOÇAK, C./DEYNEKLİ, A./DOĞAN, A. İİK. Şerhi, C:5, s:6057 - PEKCANİTEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M. age. s:681 - YILDIRIM, K. İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davaları, 1995, s:283 – MUŞUL,T. Tasarrufun İptali Davaları, s:355 - MUŞUL, T. age. C:2, s:1832 - ÜSTÜNDAĞ, S. age. s:302 - ALTAY, S. Türk İflâs Hukuku, 2004, C:1, s:685 - KARATAŞ, İ./ERTEKİN, E. Tasarrufun İptali Davaları, s:124 - BERKİN, N. İflâs Hukuku, s:503 - UMAR, B. age. s:112 - KOSTAKOĞLU, C. Takip Hukukunda İptâl Davaları (Ad. D. 1989/6, s:32 - Yasa D. 1989/8, s:1057) - GÜNEREN, A. Tasarruf İptâl Davaları, s:314 vd.

[194] Bknz: UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C. a.g.şerh, C:3, s:4605.

[195] Bknz: 17. HD. 11.04.2013 T. 10039/5217; 29.05.2013 T. 9631/5807; 09.04.2013 T. 7788/5117; 18.03.2013 T. 6539/3524 (www.e-uyar.com)

[196] Bknz: 17. HD. 01.11.2012 T. 10386/11800 (www.e-uyar.com)

[197] Bknz: 17. HD. 09.07.2007 T. 3413/2413; 19.07.2007 T. 3044/2546; 16.09.2008 T. 3156/4102; 02.02.2009 T. 6145/327; 26.02.2009 T. 4989/914; 17.03.2009 T. 4097/1485; 19.03.2009 T. 6028/1519; 26.03.2009 T. 6053/1757; 16.06.2009 T. 1597/4307; 17.09.2009 T. 4892/5526; 10.11.2009 T. 7493/7366; 23.11.2009 T. 6456/7789; 21.01.2010 T. 94/187; 25.01.2010 T. 9339/355; 28.01.2010 T. 9722/539; 08.02.2010 T. 10080/854; 09.02.2010 T. 6592/954; 25.02.2010 T. 524/1651; 13.05.2010 T. 1968/4501; 24.01.2008 T. 4046/272; 17.03.2008 T. 123/1249; 20.03.2008 T. 5652/1358; 28.03.2011 T. 7348/2748; 28.03.2011 T. 7367/2750; 07.03.2011 T. 6660/1991; 07.03.2011 T. 6768/1996; 24.01.2011 T. 4457/345; 18.03.2013 T. 6539/3524 (www.e-uyar.com)

√ «İİK. 284'deki beş yıllık hak düşürücü sürenin 'ilk tasarrufun yapıldığı tarihten itibaren' işlemeye başlayacağını»^[198]

√ «Tasarrufun iptali davalarında beş yıllık hak düşürücü sürenin, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh edilmiş olması halinde, bu şerh tarihinden, aksi takdirde tapuda tescilin yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlayacağını»^[199]

√ «İflas masasınca, müflisten satın aldığı taşınmazı başkasına satan kimse hakkında, taşınmazın satış bedeli için açılan davanın, beş yıllık hak düşürücü süre içinde açılması gerektiğini»^[200]

belirtmiştir...

c- «Muvazaa iddiası»na (TBK. mad. 19) dayalı tasarrufun iptali davaları her zaman açılabilir. Çünkü muvazaa iddialarında «hak düşürücü süre» ya da «zamanaşımı süresi» söz konusu olmaz.^[201]

Bugün «muvazaa nedenine dayalı tasarrufun iptali davaları» dahil, tüm «tasarrufun iptali davaları» hakkında yerel mahkemelerce verilen kararları temyizen inceleyen **Yargıtay 17. Hukuk Dairesi** «Davacının kendisinin alacağını akim bırakan bir işleme karşı, takip yapılmamış olması halinde ve İİK. 284. maddedeki hak düşürücü sürenin geçmiş olması gibi durumlarda 818 sayılı BK 18. (6098 sayılı T.B.K 19.) maddeye dayalı olarak bir dava açabileceği gibi aynı işlem için koşulların varlığı halinde İİK. 277 vd maddelerine göre bir tasarrufun iptali davası açmasının da mümkün olduğunu»^[202] belirtmiştir.

*

Bir uyuşmazlıkta;

Davacı vekili .././.... tarihli “dava dilekçesi”nde özetle;

“Davalılardan A.R.A. ile dava dışı M.A.A., M.Ö., SAN. ve TİC. A. Ş.'nin müvek -kilinden almış oldukları borcu ödememesi üzerine, müvekkilinin M. .. İcra Müdürlüğü'nün 2015/... sayılı dosyası ile yapmış olduğu icra takibine itiraz edip bu takibi durdurmalarından sonra, haklarında açmış oldukları 'itirazın iptali davası'nın devam ettiğini, müvekkilinin davalı-borçlu A.R.A.' dan alacaklı olduğu

[198] Bknz: 17. HD. 21.12.2009 T. 8434/8637; 16.11.2009 T. 6552/7532 (www.e-uyar.com)

[199] Bknz: 17. HD. 17.2.2009 T. 3020/728 (www.e-uyar.com)

[200] Bknz: 15. HD. 16.2.1981 T. 141/1018 (www.e-uyar.com)

[201] Bknz: 17. HD. 12.6.2008 T. 630/3223; 27.3.2008 T. 5099/1546; 4. HD. 17.3.2008 T. 1813/3444 (www.e-uyar.com)

[202] Bknz: 17. HD. 11.03.2013 T. 6461/3144 (www.e-uyar.com)

miktarın -faiz ve masraflar hariç- ...,..... TL olduğunu, davalı-borçlunun bu borcunu ödememek için dava konusu M. ili L. köyü, B. mevkiinde bulunan (6) parça taşınmazdaki 1/3 hissesini .././..... tarihinde, davalının oğlu olan senet borçlusunu M. A. A.’nın eşi S. A.’nın kardeşi olan diğer davalı S. A. isimli kişiye muvazaalı olarak ve mal kaçırmak kastı ile devrettiğini, taraflar arasında düzenlenmiş bulunan .././..... tarihli sözleşmede açıkça ‘(borçlu) A.R.A.’ya ait malların her ne kadar (davalı) S.A.’ya devredildiği için bunlar üzerinde kayıtlı gözükmekte ise de, bu devrin gerçek bir evir olmayıp, emaneten yapıldığı, daha sonra bu malların satılması halinde elde edilecek satış bedelinin borçlunun oğlu M.A.A. ile Ü. Ö.’in çocukları arasında paylaşılacağı...’ öngörülerek dava konusu taşınmazın devrinin muvazaalı bir devir olduğunun açıkça ifade edildiğini, taşınmazları satın almış gözükken davalı S.A.’nın, diğer davalı borçlu A.R.A.’nın ekonomik sıkıntı içinde bulunduğunu bilen ve ilebilecek durumda olan kişi (İİK. mad.280/I) konumunda bulunduğunu, bu nedenle muvazaalı olan bu tasarrufun iptali gerektiğini, dava konusu taşınmazlar üzerinde kendilerine cebri icra yoluyla satış yetkisi tanınmasını vb...” belirtmiştir.

Davalı vekili .././..... tarihli “cevap dilekçesi”nde özetle;

“Davanın görevsiz ve yetkisiz mahkemede açılmış olduğunu, çünkü devrinin iptali istenen tasarrufa konu taşınmazların M.’nin E. ilçesinde bulunduğunu, bu nedenle davayı görmeye yetkili ve görevli mahkemenin E. Asliye Hukuk Mahkemesi olduğunu, tasarrufun yapıldığı tarihin üzerinden beş yıl geçtiğini, çünkü iptali istenen tasarrufların .././..... tarihinde yapılmış olduğunu bu davanın ise beş yıllık süre geçtikten sonra .././..... tarihinde açılmış olduğunu bu nedenle davanın öncelikle zamanaşımı süresinin geçmesi nedeniyle reddedilmesi gerektiğini, ayrıca tasarrufun iptali davasını ancak, elinde kesin veya geçici aciz belgesi bulunan alacaklının açabileceğini, bu hususun mahkemece kendiliğinden dikkate alınacağını, bu davada ise davacı tarafından böyle bir belge sunulmamış olduğunu, yine davanın dinlenme koşullarından birisinin de ‘icra takibinin kesinleşmiş olması’ olduğunu, hâlbuki davaya konu müvekkilleri hakkındaki icra takibinin kesinleşmemiş olduğunu, alacaklının açtığı itirazın iptali davasının devam ettiğini, dava konusu tasarruf ‘borcun doğumundan sonra yapılmış ise’ hakkında tasarrufun iptali davası açılabilirliğini, halbuki somut olayda M. 3. İcra Müdürlüğü’nün 2015/... sayılı takibine dayanak olan bononun .././..... düzenleme tarihi taşıdığını, fakat davalılar arasında muvazaalı yapıldığı iddia edilen tasarrufların .././..... tarihini taşıdığını, kısacası iptali istenen tasarrufların borcun doğumundan sekiz ay önce yapılmış olduğunu, bu nedenle mahkemece davanın esasına girilemeyeceğini, iptal davasının görülebilirlik koşullarından birisinin de gerçek bir alacağın varlığı ve bu alacağın takip sırasında aciz vesikasına bağlanmış olması gerektiğini, borçlunun haczedilebilecek mallarının bulunması halinde bu mallarının borcunu ödeme

yeterli olması halinde alacaklının borçlunun yaptığı tasarrufların iptalini istemekte hukuki menfaatinin bulunmayacağını, müvekkiller arası devirlerin 'gerçek' devirler olduğunu, her iki müvekkilinin de ticaretle uğraşmakta olduğunu, davalılardan alıcı-üçüncü kişi S.A.'nın satın aldığı bu taşınmazların bedelini diğer davalı müvekkiline ödemiş olduğunu ve kendisinin davalı-borçlunun maddi durumunu bilebilecek durumda olmadığını, ayrıca M. İcra Müdürlüğü'nün 2015/... sayılı dosyasında tek borçlunun müvekkili A.R.A. olmadığını, diğer borçlular M.A.A., M.Ö., SAN. ve TİC. A. Ş. olduğunu ve bunların borca itiraz etmeyip haklarında takibin kesinleşmiş bulunduğunu, takip konusu borcun bu borçlulardan tahsili mümkün iken onlara gidilmeyip sadece müvekkili hakkında bu davanın açılmış olmasının kötü niyetin bir göstergesi olduğunu, harca esas değer de hatalı olarak gösterildiğini, icra takip çıkışı üzerinden harç yatırılması gerekirken bu hususun atlanarak eksik harç yatırılmış olduğunu vb..." ileri sürerek "haksız açılan davanın reddine karar verilmesini" istemiştir.

Cevaba cevap veren davacı vekili/... tarihli dilekçesinde özetle;

"Tasarrufun iptali davalarının taşınmazın aynına ilişkin bir dava niteliğinde bulunmadığı, kişisel hakka dayalı bir dava olduğunu, bu nedenle davanın taşınmazın bulunduğu yerde değil davalılardan birisinin ikametgâhı olan M.'de açılmış olmasında bir usulsüzlük bulunmadığını, davalılar hakkında yapılmış olan icra takibine onların itirazları üzerine takibin durduğunu bu nedenle icra dosyasından kesin ya da geçici aciz vesikasının alınmasının mümkün bulunmadığını, ancak kendilerinin yaptığı sorgulamada davalı borçlu A.R.A.'nın ne takip konusu borcu ve ne de henüz icraya koymadıkları Euro bedelindeki senetlerini ödeme gücü bulunmadığının saptandığını, Yargıtayımızın bu konudaki içtihatları uyarınca alacak kesinleşmeden de tasarrufun iptali davası açılabileceğini, mahkemece borçlular hakkında açıldığı bildirilen itirazın iptali davasının sonucunun 'bekletici meselâ' yapılarak, davacı alacaklının kesin alacak tutarının belirleneceğini, davalılar arasındaki tasarrufun yapılma tarihinin davalılar vekilinin ifade ettiği gibi/... değil/... olduğunu, müvekkilin ilk olarak/... tarihinde davalılara borç para verdiğini, daha sonra davalıların müvekkilinden aldıkları borç karşılığında/... tanzim tarihli Euro bedelli senedi müvekkillerine verdiklerini, ancak bu senedi ödememiş olan davalıların bu senet yerine/... vade tarihli yine bedelli senedi verdiklerini, davalıların verdikleri senedin vadesini uzatmak amacıyla/... vade tarihli senedi müvekkiline verdiklerine dair taraflar arasında dosyaya da ibraz edilmiş bulunan bir protokol düzenlendiğini,/... vade tarihli senedin de vadesinde davalılarca ödenmemesi üzerine müvekkili tarafından bu senede dayalı olarak icra takibi yapılmış olduğunu, davalıların müvekkiline verdikleri ilk senedin tanzim tarihi/... olup, taraflar arasındaki akrabalık ilişkisinin de davalı-üçüncü kişi S.A.'nın, diğer davalı-borçlu

A.R.A.’nin ekonomik durumunu, borca batık durumda olduğunu bilen/bilebilecek durumda olan bir kişi olduğunu ortaya koyduğunu, ayrıca tarafların aralarında yaptıkları .././..... tarihli ‘SÖZLEŞMEDİR’ başlıklı belgede bu hususun açıkça vurgulandığını, çünkü bu belgede ‘her ne kadar taşınmazların S. A. üzerinde durmasına rağmen bunun emaneten olduğunu, daha sonra bu malların satılıp elde edilen paradan davalı-borçlunun oğlu M.A. ile Ü. Ö.’nün çocukları arasında paylaşılacağına öngörüldüğünü’ vb...” belirterek “davalıların yersiz ve haksız itirazlarının reddine, açtıkları davanın kabulüne, tasarrufa konu taşınmazlar üzerinde kendilerine cebri icra tanınmasına karar verilmesini” istemiştir.

*

Bu uyuşmazlıkta;

- Davacı A.R.A.’ya (ve dava dışı SAN. ve TİC. A.Ş.’ye, A.M. A. ile M. Ö.’ye), muhtelif tarihlerde borç para vermiş ve karşılığında kendilerinden; .././..... tanzim ve .././..... vade tarihli, Euro bedelli bono ile .././..... tanzim ve .././..... vadeli .././..... Euro bedelli bono almış ancak bu senetlerin ödenmemesi üzerine bunlar borçlulara iade olunarak bunların yerine .././..... vadeli, Euro bedelli ve .././..... vadeli, Euro bedelli bonolar alınmıştır. Bu husus .././..... tanzim tarihli PROTOKOL’de açıkça ifade edilmiştir.

- Davacın alacaklıya -önceki borç yerine- verilen bu senetlerin de vadelerinde ödenmemesi üzerine davacı-alacaklı bu senetlerden .././..... vade tarihli,, tanzim tarihli, Euro bedelli bonoyu M. .. İcra Müdürlüğünün 2012/..... sayılı dosyasında “genel haciz yolu ile ilamsız takip” şeklinde -her dört borçlu hakkında- icraya koymuş, borçlulardan A.M.A. ile A.R.A. takibe -“üç yıllık zamanaşımı süresinin geçmiş olması” nedeniyle- itiraz ederken, diğer (2) borçlu M.Ö. ile O. A. Ş. takibe itiraz etmemişler ve haklarındaki takip kesinleşmiştir.

- Davalı-alacaklı A.Ş.O. -M. .. Asliye Hukuk Mahkemesinde, 2016/... Esas- A.R.A. ile A. M. A. hakkında ‘itirazın iptali davası’ açmıştır.

- Borçlulardan A.R.A., adına kayıtlı bulunan M. ili, L. köyü, B. mevkiinde bulunan (6) parça taşınmazlardaki 1/3 payını .././..... tarihinde gelini S.A.’nın abisi -diğer takip borçlusu oğlu A.M.A.’nın kayınbiraderi- olan S.A.’ya satması üzerine, davacı-alacaklı A.Ş.O., hem takip borçlusu A.R.A. ve hem de üçüncü kişi (borçlunun taşınmazlardaki 1/3 paylarını satın almış olan, üçüncü derecedeki sıhri hismi) S.A. aleyhine bu *tasarrufun iptali davasını* .././..... tarihinde -M. .. Asliye Hukuk Mahkemesinde (Dosya no:2016/... Esas)- açarak “davalılar arasındaki devir (satış) tasarrufunun muvazaalı olduğunu, taraflar arasında hem İİK. mad. 280/II’deki üçüncü dereceye kadar akrabalık bulunduğunu ve hem de üçüncü kişi S.A.’in, borçlu A.R.A.’nın mal kaçırma kastıyla hareket ettiğini, İİK.

mad. 280/I uyarınca bilebilecek durumda bulunduğunu” belirterek “dava konusu (6) parça taşınmaza ilişkin devir (satış) tasarrufunun iptali ile kendisine bu taşınmazlar üzerinde cebri icra yetkisi tanınmasını” istemiştir.

Her iki davalıyı temsil eden vekilleri -yukarıda; s:26’da özetlediğimiz- ../../.... tarihli “cevap dilekçesi”nde belirttiği hususları ileri sürerek “açılan davanın reddine karar verilmesini” istemiştir.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız gibi;

A. Tasarrufun iptali davaları, dava konusu malın aynına ilişkin bir *ayni dava* olmayıp, *kişisel (şahsi) dava* olduklarından,^[203] taşınmazlara ilişkin tasarrufun iptali davaları taşınmazın bulunduğu yerde değil,^[204] davalı-borçlu ya da davalı-üçüncü kişinin ikametgahının bulunduğu yerde açılır.^[205]

Yine tasarrufun iptali davaları *ayni bir dava* olmadığından, davanın değeri; iptal konusu tasarrufun değerine göre değil, alacaklının ödenmemiş olan alacak miktarı ile iptal konusu tasarrufun kıymetinden hangisi az ise, ona göre belirlenir.^[206] *Görevli mahkeme*, daima -01.10.2011 tarihinden sonra açılan tasarrufun iptali davalarında- asliye hukuk mahkemesidir.^[207]

B. Tasarrufun iptali davaları -kural olarak- tasarrufun yapıldığı tarihten itibaren beş yıl içinde açılır (İİK. mad. 284).^[208]

Ancak, *muvazaa nedenine (TBK. mad. 19) dayalı tasarrufun iptali davaları* her zaman açılabilir. Çünkü, muvazaa iddiasında ‘*hak düşürücü süre*’ ya da ‘*zamanaşımı süresi*’ söz konusu olmaz.^[209]

Davacı vekili ../../.... tarihli dava dilekçesinde, ısrarla açtığı davanın “muvaazaa nedenine dayalı tasarrufun iptali davası olduğunu” -sayfa: 1’de “Davanın konusu” kısmında + sayfa: 2’de “Dilekçenin 4. 5. ve 6. maddelerinde” + sayfa:3’te “Sonuç ve istem” bölümünde ve ../../.... tarihli “cevaba cevap dilekçesi”nin 1. 2. ve 3. sayfalarında- açıkça belirmiştir...

[203] Bknz: Yuk. dipn. 5

[204] Bknz: Yuk. dipn. 9

[205] Bknz: Yuk. dipn. 123-140

[206] Bknz: Yuk. dipn 12

[207] Bknz: Yuk. dipn. 141-142

[208] Bknz: Yuk. dipn. 186

[209] Bknz: Yuk. dipn. 201

C. Tasarrufun iptali davaları -kural olarak- ancak “Kesin veya geçici aciz vesikası sahibi alacaklılar” tarafından (İİK. mad. 143, 105/I, 105/II) açılabilirse de, muvazaa nedenine dayalı tasarrufun iptali davası açmış olan kişilerden (alacaklılardan) “aciz vesikası” istenmez.^[210]

Ç. Tasarrufun iptali davasının d i n l e n e b i l m e s i i ç i n “dava tarihinden ö n c e veya s o n r a” (yargılama sırasında) davacı-alacaklı tarafından yapılmış ve kesinleşmiş bir i c r a t a k i b i bulunması gerekir.^[211]

Ayrıca, mahkemece tasarrufun iptali davası sonucunda karar verilebilmesi için, alacaklı tarafından takip konusu yapılmış olan a l a c a ğ ı n da kesinleşmiş olması gerekir.^[212]

Bu nedenle; davacı-alacaklı, davalı-borçlu hakkında örneğin; *senetsiz* veya bir *adi senede* dayalı olarak takip yapmış ve 7 günlük “*itiraz süresi*” içinde borçlu tarafından -icra dairesine başvurularak- ödeme emrine (takip konusu *borca* ya da *imzaya*) itiraz edilememişse hem *takip* ve hem de *alacak* kesinleşmiş olur. Alacaklı, böylece kesinleşmiş olan icra takibine (ve takip konusu alacağına) dayanarak tasarrufun iptali davası açabilir... Yapılmış olan bu takibe karşı borçlu tarafından süresi (7 gün) içinde “icra dairesi” ne başvurularak itiraz edilmişse, alacaklının bu itirazı hükümsüz hale getirmek amacıyla “itirazın iptali” için “mahkeme”ye ya da “*itirazın kaldırılması*” için “icra mahkemesi” ne başvurmuş olması halinde, bu başvuruların sonucu, tasarrufun iptali davasına bakan mahkemece “*bekletici mesele*” yapılarak verilecek kararların kesinleşmesinden sonra davanın sonuçlandırılması gerekir.^[213]

Somut olayda da, davacı-alacaklı; takip borçlularından A.R.A. ile A.M.A., haklarındaki takibe itiraz etmiş olduklarından, bunlar hakkında M. 3. Asliye Hukuk Mahkemesinde -dosya no:2016/...- “itirazın iptali davası” açmıştır.

Tasarrufun iptali davasında, davacı tarafından açılmış olan bu “itirazın iptali davası” nın sonucunu ‘*bekletici mesele*’ yapılması ve bunun sonucuna göre tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekecektir.

D. Tasarrufun iptali davalarında, “*dava konusu tasarrufun, borcun doğumundan sonra yapılmış olup olmadığı*” araştırılır.^[214]

[210] Bknz: Yuk. dipn. 28, 29

[211] Bknz: Yuk. dipn. 39, 40, 41, 42

[212] Bknz: Yuk. dipn. 44, 45

[213] Bknz: Yuk. dipn. 46, 47, 48, 49

[214] Bknz: Yuk. dipn. 77

Bu olayda; davacı-alacaklı tarafından, davalı-borçlunun -diğer dava dışı borçlularla birlikte- imzaladığı .././.... vade tarihli,... Euro bedelli senede dayalı olarak yapılan icra takibinden sonra, bu borcun ödenmemesi üzerine .././.... tarihinde davalı-borçlu A.R.A. ve üçüncü kişi (üçüncü derece sihri akrabası) S.A. hakkında açılmıştır.

Davacı vekili; .././.... tarihli “cevaba cevap dilekçesi”nde “*davalı-borçlu tarafından, müvekkiline olan borcu karşılığında verilen ilk senedin tanzim tarihinin .././.... olduğunu, müvekkilinin alacağının doğum tarihinin bu tarih olduğunu, dava konusu iptalini istedikleri tasarrufun ise bundan (yani borçlanmadan) sonra olduğunu, bunun tarihinin ise .././.... olduğunu*” belirtmiştir.

Altında davacı-alacaklı A.Ş.O. ile -senet borçlularından- SAN. ve TİC. A.Ş. İle M.Ö.’nün imzalarının bulunduğu .././.... tarihli PROTOKOL’de “*.././.... tanzim ve .././.... vade tarihli,... Euro bedelli, borçlusu A.M.A., M.Ö., A.R.A., SAN. ve TİC. A.Ş. olan bononun, alacaklı A.Ş.O. tarafından, bankadan protesto edilmeden geri alınıp borçlulara iade edildiği ve bu senedin yerine vade uzatmak amacıyla .././.... vade tarihli senedin teslim edildiği*” açıkça belirtilmiştir.

İptali istenen (6) parça taşınmaza ilişkin devir (satış) tarihi de .././.... olduğundan, yani borçlu, borcunun doğumundan (alacaklıya borçlandıktan sonra), dava konusu devir (satış) tasarruflarını yapmış olduğundan, bu tasarruflar iptale tabidir.

E. Tasarrufun iptali davasının dinlenebilmesi için; davacının, davalı-borçlu-daki alacağının ‘*gerçek bir alacak*’ olması gereklidir. Yani, bu alacağın muvazaaya dayalı gerçek olmayan bir alacak niteliğinde olmaması gerekir.^[215]

Somut olayda; davacı-alacaklının alacağı hem .././.... tarihli PROTOKOL’e ve hem de tanzim .././.... vade tarihli -imzaları inkar edilmemiş olan senede dayalı olduğundan- ve davalılarca “*muvazaalı olarak yaratılmış bir alacak olduğu iddia ve ispat edilmemiş olduğundan*”, bu alacağın -M. .. Asliye Hukuk Mahkemesinin 29016/... E. sayılı ‘itirazın iptali davası’nın sonucuna göre- belirlenecek alacak miktarı çerçevesinde dava konusu tasarrufun iptaline karar verilmesi uygun olacaktır.

F. Tasarrufun iptali davalarında, davalı-borçlu; “*alacaklının, takibe itiraz etmemiş olan diğer borçlulara başvurarak onlardan alacağını tahsil etmeye teşebbüs etmeden doğrudan doğruya kendisine gelinemeyeceğini*” ileri süremez.

[215] Bknz: Yuk. dipn. 177-185.

Alacaklı, tasarrufun iptali davasını açmadan önce -davalı-borçlunun ileri sürdüğü gibi- diğer borçlular hakkında haciz işlemi yapmak, onlardan tahsil edemediği için kendisinden mallarını kaçırmış olan borçlu (ve üçüncü kişi) hakkında dava açmak zorunda değildir İİK.mad.277-284’te böyle bir yoruma açık herhangi bir hüküm bulunmamaktadır...

G. Dava konusu olayda, takip borçlusunu davalı A.R.A. ile diğer davalı S.A. arasında “*üçüncü derecede sıhri hısımlık*” bulunduğu -üçüncü kişi S.A., “takip borçlusunu davalı A.R.A.’nın gelini S.A.’nın abisi” olduğundan- davalı borçlu A.R.A. tarafından diğer davalı S.A.’ya ‘M. ili L. köyünde bulunan (6) parça taşınmazdaki 1/3 hissenin devri’ işlemi **üç nedenle** iptale tabidir:

(1) **İİK. mad. 278/III-1 uyarınca** “*borçlu ile neseben veya sıhren üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) hısımlar arasında yapılan ivazlı tasarruflar*” bağışlama hükmünde olup iptale tabidirler.

Bu hükmün kabulüne, bu tür tasarrufların çok kez *muvaazalı* olması ve muvaazaanın *ispatının* alacaklı için çok güç olması gerçeği yol açmıştır.^[216]

Ayrıca belirtelim ki, madde bu şekle 3494 sayılı Kanun ile -25.11.1988 tarihinde- yapılan değişiklik sonucunda gelmiştir. Daha önce madde metninde yer alan «**ikinci dereceye kadar hısımlar**» sözcükleri, «*uygulamada borçlunun, üçüncü derece dahil hısımlarıyla da anlaşmak suretiyle mallarının haczinden veya iflâs etmeden önce, alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla yaptıkları ivazsız tasarrufları, başka bir isim altında gizledikleri görüldüğünden, bunun önlenmesini teminen akrabalık derecesi ikinci dereceden üçüncü dereceye çıkarılmıştır*» gerekçesiyle «**üçüncü dereceye kadar hısımlar**» şeklini almıştır.

Yüksek mahkeme bu hükümle ilgili içtihatlarında;

√ «3. kişi Hasan’ın borçlu Ali’nin yeğeninini eşi, davalı Hakan’ın ise davalıların oğlu olduğundan, İY’nin 278/1 maddesi uyarınca bu derece akrabalar arasında yapılan tasarrufların ‘bağışlama’ hükmünde sayılıp iptali gerekeceğini»^[217]

√ «*Davalı borçlunun dava konusu taşınmazları eşinin abisinin oğlu olan davalıya devretmiş olması nedeniyle yapılan tasarrufun İİK 278/1. maddesi gereğince bağışlama hükmünde olup iptale tabi olduğunu, aynı Yasanın 280. maddesi gereğince davalının, borçlunun amacını ve durumunu bilebilecek kişilerden olması nedeniyle iptale tabi olduğunu*»^[218]

[216] UMAR, B. age. s:67.

[217] Bknz: 17. HD. 21.03.2013 T. 8433/3974 (www.e-uyar.com)

[218] Bknz: 17. HD. 05.06.2012 T. 1968/7306 (www.e-uyar.com)

√ «Borçlu ile 'teyze oğlu' ve 'amca çocuğu' arasındaki tasarrufların 'bağışlama' hükmünde olup iptale tabi olduğunu»^[219]

√ «Borçlu ile kayınbiraderi arasındaki tasarrufların 'bağışlama' hükmünde olup iptale tabi olduğunu»^[220]

√ «'Borçlu' ile 'enişesi' arasındaki tasarrufların -İİK. 278/III-1 uyarınca- iptale tabi olduğunu»^[221]

√ «İİK.278/III-1 uyarınca, bu bentte belirtilen 'yakın akrabalar' (hısımlar) arasındaki tasarrufların ivazlı dahi olsa 'bağışlama' niteliğinde olup, hükümsüz olduğunu»^[222]

√ «'Borçlu' ile 'bacanağı' arasındaki tasarrufların -İİK. 278/III-1 uyarınca- iptale tabi olduğunu»^[223]

√ «'Borçlu' ile 'baldızı' arasındaki tasarrufların -İİK. 278/III-1 uyarınca- iptale tabi olduğunu»^[224]

√ «'Borçlu' ile 'dünürü' arasındaki tasarrufların -İİK. 278/III-1 uyarınca- iptale tabi olduğunu»^[225]

√ «'Borçlu' ile 'kayınvalidesi' arasındaki tasarrufların -İİK. 278/III-1 uyarınca- iptale tabi olduğunu»^[226]

√ «'Borçlu' ile 'eski bacanağının kardeşi' arasındaki tasarrufların - taraflar arasında İİK. 278/III-1 maddesinde belirtilen derecede bir akrabalık bulunmadığından- iptale tabi olmadığını»^[227]

[219] Bknz: 17. HD. 17.02.2011 T. 4968/1236; 08.07.2010 T. 1975/6630 (www.e-uyar.com)

[220] Bknz: 17. HD. 21.03.2011 T. 6891/2510; 22.02.2011 T. 9382/1460; 22.02.2011 T. 9364/1459; 31.01.2011 T. 6147/598; 20.12.2010 T. 4575/11294 (www.e-uyar.com)

[221] Bknz: 17. HD. 1.4.2010 T. 987/2958; 30.3.2010 T. 1406/2876; 27.11.2008 T. 3222/5569; 7.10.2008 T. 1702/4470; 3.7.2008 T. 740/3716 vb. (www.e-uyar.com)

[222] Bknz: 17. HD. 6.11.2008 T. 1903/5142; 7.10.2008 T. 1702/4470; 24.3.2008 T. 5509/460 vb. (www.e-uyar.com)

[223] Bknz: 17. HD. 25.10.2010 T. 8554/8753; 6.4.2009 T. 5119/2079; 17.4.2008 T. 360/2021; 17.9.2007 T. 3738/2618; 28.5.2007 T. 1728/1813 vb. (www.e-uyar.com)

[224] Bknz: 17. HD. 04.03.2013 T. 1081/2631; 03.05.2012 T. 669/6669; 25.10.2010 T. 8554/8753; 13.10.2009 T. 3906/6275; 10.3.2008 T. 4366/1138; 15. HD. 26.1.2005 T. 4752/262; 30.10.2003 T. 3761/5096 vb.

[225] Bknz: 17. HD. 11.2.2008 T. 5526/512 (www.e-uyar.com)

[226] Bknz: 17. HD. 01.04.2013 T. 8490/4518; 15. HD. 21.3.2011 T. 7158/2516; 11.2.2010 T. 9628/1052; 25.3.2002 T. 5608/1323 (www.e-uyar.com)

[227] Bknz: 15. HD. 21.11.2001 T. 3321/5346 (www.e-uyar.com)

belirtmiştir.

Belirtilen tasarrufların iptali için **“borçlunun alacaklıya zarar vermek kasıtlı hareket etmiş olup olmaması”** ve **“alıcının iyiniyetli olup olmaması”** önem taşımaz.^[228] **Yüksek mahkeme** de, bu konudaki çeşitli kararlarında “yakın hısımlar arasındaki tasarrufların iptal edilebilmesi için, borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişinin kötünüyetli olduğunun ayrıca ispat edilmesine gerek bulunmadığını” -doktrinde ileri sürülen görüş doğrultusunda- açıkça belirtmiştir. Gerçekten, yüksek mahkeme bu konuyla ilgili olarak;

√ «Borçlu ile diğer davaluların kardeş olmaları nedeniyle diğer davaluların iyiniyetli olup olmadıklarına ve bedel farkına bakılmaksızın tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceği»^[229]

√ «Yakın hısımlar arasında yapılan tasarrufların iyiniyet ve bedel farkı gözeltilmeksizin iptale tabi olduğunu»^[230]

√ «Akrabalar arasındaki tasarrufların İİK. 278/III-1. maddesi gereğince iyiniyet ve bedel farkına bakılmaksızın bağışlama hükmünde olup iptale tabi bulunduğunu»^[231]

√ «İİK 278/III-1 uyarınca ‘yakın hısımlar’ arasındaki tasarrufların iptâl edilebilmesi için, borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişinin kötünüyetli olduğunun ayrıca ispat edilmiş olmasına gerek bulunmadığını»^[232]

√ «İİK.nun 278. maddesinin uygulandığı durumlarda iyiniyet ya da alacaklıyı ızzar kastının aranmayacağı»^[233]

[228] UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C. a.g.şerh, C:3, s:4402 – KURU,B. El Kitabı, s:1404, 1411. – YILMAZ,E. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 2016, s:1206. – MUŞUL,T. İcra ve İflas Hukuku Esasları, 5. Baskı, 2015, s:811. –MUŞUL, T. Tasarrufun İptali Davaları, s: 276. – SERTKAYA,A.Ş./KUL,S. age. s:303. – KARSLI,A. İcra ve İflas Hukuku, 2014, 3. Baskı, s: 544. – COŞKUN,M. Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu, 2016, 5. Bası, C:4, s:4706 – AKŞENER,H.S. age. s:123.

[229] Bknz: 17.HD.15.06.2015 T. E: 2014/4103, K: 8625 (www.e-uyar.com)

[230] Bknz: 17. HD. 30.03.2010 T. E:1431, K:2877 (www.e-uyar.com)

[231] Bknz: 17. HD. 8.2.2010 T. E:2009/9909, K:852 (www.e-uyar.com)

[232] Bknz: 17. HD. 24.5.2007 T. 1737/1785; 15. HD. 15.9.2004 T. 3861/4166 (www.e-uyar.com)

[233] Bknz: 17. HD. 14.5.2007 T. E:2167, K:1646 (www.e-uyar.com)

√ «Borçlu” ile “eşi” arasındaki tasarrufların -İİK. 278/III-1 uyarınca- iyiniyete bakılmaksızın iptâlâ tabi olduğunu»^[234]

√ «Borçlu” (dayı, amca, teyze, hala) ile “yeğeni” arasındaki tasarrufların -İİK. 278/III-1 uyarınca- iptâlâ tabi olduğunu»^[235]

√ «Borçlu tarafından ‘oğlu’na ve onun tarafından da -iyiniyet iddiasında bulunama yacak durumda bulunan- ‘yakın komşu’suna yapılan satışın iptale tabi olduğunu»^[236]

belirtmiştir.

Her ne kadar davalılar vekili ..!..!.... tarihli “cevap dilekçesi”nde “**müvekkili S. A.’nın iyiniyetli olduğunu, diğer davalı-borçlu A.R.A.’nın maddi durumunu bilmediğini ve bilebilecek durumda olmadığını**” belirtmişse de, yukarıda yaptığımız açıklamalar ve atıfta bulunduğumuz Yargıtay içtihatları doğrultusunda, davalı üçüncü kişinin iyiniyetli olması, İİK.nun 278/III-1 maddesine göre açılan tasarrufun iptali davalarında önem taşımadığından, davalılar vekilinin bu savunmasına itibar edilemez...

(2) **İİK. mad. 280/II uyarınca** “borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişi, borçlunun üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan ve sıhri hısımları, borçlunun birinci fıkrada beyan olunan durumu (yani borçlunun alacaklılarına zarar verme kastını) bildiği farz olunur”.

Yüksek mahkeme, İİK. mad. 280/II’de öngörülen bu karine ile ilgili olarak;

√ «Borçlunun taşınmazını satın alan üçüncü kişinin, borçlunun eşinin kardeşinin oğlu olması halinde, borçlunun amacını ve mali durumunu bilebilecek kişilerden sayılması gerekeceğini»^[237]

√ «Davalının, borçlunun eşinin amcasının oğlu olması nedeniyle borçlunun alacaklılarından mal kaçırmak ya da alacaklılarını ızzar kastı ile hareket ettiğini bilebilecek kişilerden olduğundan tasarrufun iptalinin gerekeceğini (İİK. 280/I)»^[238]

√ «Davalı üçüncü kişinin, borçlunun görümcesinin kocası olması nedeniyle, borçlunun mal kaçırmaya kasdını bilebilecek durumda olduğunu»^[239]

[234] Bknz: 15. HD. 21.2.2005 T. E: 2004/4373, K: 884 (www.e-uyar.com)

[235] Bknz: 15. HD. 31.5.1999 T. E:1826, K:2193 (www.e-uyar.com)

[236] Bknz: 15. HD. 5.3.1992 T. 459/1114 (www.e-uyar.com)

[237] Bknz: 17. HD. 02.04.2013 T. 7518/4620 (www.e-uyar.com)

[238] Bknz: 17. HD. 25.03.2013 T. 6740/4074 (www.e-uyar.com)

[239] Bknz: 17. HD. 16.05.2011 T. 10116/4860 (www.e-uyar.com)

√ «*Davalı üçüncü kişinin, borçlunun eski eşinin kardeşi olması nedeniyle, borçlunun alacaklılarına zarar verme kasdını bilebilecek durumda sayılması gerekeceğini*»^[240]

√ «*Borçlu, davalı üçüncü kişinin halasının kocası olduğundan, davalı üçüncü kişinin, borçlunun alacaklılarından mal kaçırmak ya da alacaklılarına zarar verme kasdıyla hareket ettiğini bilebilecek kişilerden olması*’ nedeniyle, borçlu ile üçüncü kişi arasındaki tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[241]

√ «*Borçlunun davalı üçüncü kişinin kocasının kardeşi olan üçüncü kişiye yaptığı satışın -üçüncü kişinin, davalı borçlunun alacaklılarına zarar verme kasdıyla hareket ettiğini bilebilecek durumda olması nedeniyle- iptaline karar verilmesi gerekeceğini*»^[242]

√ «*Davalı borçlu ile davalı üçüncü kişinin teyze çocukları olması nedeniyle, üçüncü kişinin, davalı borçlunun mali durumunu ve alacaklılarına zarar verme kasdını bilen veya bilebilecek kişilerden olması nedeniyle, borçlu ile üçüncü kişi arasındaki satış işleminin iptaline karar verilmesi gerekeceğini*»^[243]

√ «*Davalı üçüncü kişinin, borçlunun amcasının oğlu olması nedeniyle, üçüncü kişinin borçlunun alacaklılarına zarar verme kasdıyla hareket ettiğini bilebilecek durumda olması nedeniyle, borçlu ile üçüncü kişi arasındaki satışın iptaline karar verilmesi gerekeceğini*»^[244]

√ «*‘Borçlu’ ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin, borçlunun ‘bacanağı’ olması halinde, bu kişinin borçlunun içinde bulunduğu mâli durumu ve alacaklılarına zarar verme kasdını bilmesi gereken konumda bulunduğundan, borçlu ile bu kişi arasındaki işlemin -İİK. 280/I ve II uyarınca- iptaline karar verilmesi gerekeceğini*»^[245]

√ «*Borçlunun kayınbiraderi olan üçüncü kişinin, borçlunun amacını ve mal kaçırmaya kasdını bilebilecek durumda olduğunu*»^[246]

[240] Bknz: 17. HD. 26.04.2011 T. 12734/3908 (www.e-uyar.com)

[241] Bknz: 17. HD. 18.04.2011 T. 7112/3608 (www.e-uyar.com)

[242] Bknz: 17. HD. 07.03.2011 T. 6669/1992 (www.e-uyar.com)

[243] Bknz: 17. HD. 17.02.2011 T. 4968/1236 (www.e-uyar.com)

[244] Bknz: 17. HD. 24.01.2011 T. 4362/344 (www.e-uyar.com)

[245] Bknz: 17. HD. 15.2.2010 T. 10849/1141; 12.11.2009 T. 8029/7490 vb. (www.e-uyar.com)

[246] Bknz: 17. HD. 20.12.2010 T. 4575/11294; 19.1.2010 T. 8719/99 (www.e-uyar.com)

√ «Borçlunun dayısının damadı olan üçüncü kişinin, borçlunun mal kaçırma kasdını bilebilecek durumda olduğunu»^[247]

√ «Borçlunun kardeşi ile evli olan üçüncü kişi davalının kardeşinin, borçlunun mal kaçırma kasdını bilebilecek durumda olduğunu»^[248]

√ «'Borçlu' ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin, borçlunun 'bacanağı' olması halinde, bu kişinin borçlunun içinde bulunduğu mâli durumu ve alacaklılarına zarar verme kasdını bilmesi gereken konumda bulunduğundan, borçlu ile bu kişi arasındaki işlemin -İİK. 280/I ve II uyarınca- iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[249]

√ «Borçlunun kardeşinin damadı olan üçüncü kişinin, borçlunun amacını ve mal kaçırma kasdını bilebilecek durumda olduğunu»^[250]

√ «Üçüncü kişi borçlunun teyzesinin eşinin, borçlunun mal kaçırma kasdını bilebilecek durumda olduğunu»^[251]

√ «'Borçlu' ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin, borçlunun 'kuzeni' olması halinde, bu kişinin borçlunun içinde bulunduğu mâli durumu ve alacaklılarına zarar verme kasdını bilmesi gereken konumda bulunduğundan, borçlu ile bu kişi arasındaki işlemin -İİK. 280/I ve II uyarınca- iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[252]

√ «Davalı üçüncü kişinin eşi ile borçlunun eşinin baba ayrı anne bir kardeş olmaları halinde, üçüncü kişinin borçlunun mali durumunu ve alacaklılardan mal kaçırma amacını bilebilecek durumda olan kişilerden sayılması nedeniyle, bu kişiye yapılan tasarrufun iptâline karar verilmesi gerekeceğini»^[253]

√ «Davalı üçüncü kişinin oğlunun borçlunun kız kardeşi ile evli olduğunun anlaşılması halinde borçlu tarafından davalı üçüncü kişiye satılan daireye ilişkin tasarrufun iptâline karar verilmesi gerekeceğini»^[254]

[247] Bknz: 17. HD. 15.12.2009 T. 7524/8463 (www.e-uyar.com)

[248] Bknz: 17. HD. 10.11.2009 T. 7214/7365(www.e-uyar.com)

[249] Bknz: 17. HD. 28.5.2009 T. 1227/3656; 17.9.2007 T. 3738/2618; 28.5.2007 T. 1728/1813 (www.e-uyar.com)

[250] Bknz: 17. HD. 18.5.2009 T: 547/323(www.e-uyar.com)

[251] Bknz: 17. HD. 5.5.2009 T. 611/2870 (www.e-uyar.com)

[252] Bknz: 17. HD. 26.1.2009 T. 197/173; 28.1.2009 T: 9724/540; 6.11.2007 T. 4050/3434 (www.e-uyar.com)

[253] Bknz: 17. HD. 23.12.2008 T. 3789/5719(www.e-uyar.com)

[254] Bknz: 17. HD. 4.11.2008 T. 4012/5092 (www.e-uyar.com)

√ «Davalı üçüncü kişinin borçlunun ‘üvey amcası’ olması halinde borçlu tarafından bu kişiye yapılan satışın iptâline karar verilmesi gerekeceğini»^[255]

√ «Borçlu ile üçüncü kişinin dînür bulunmaları nedeniyle, üçüncü kişinin borçlu olan dînürünün alacaklılarından mal kaçırmak ya da alacaklılarına zarar verme kastı ile hareket ettiğini bilebilecek kişilerden olması nedeniyle kendisine yapılan tasarrufun iptâline karar verilmesi gerekeceğini»^[256]

√ «Davalı üçüncü kişinin borçlunun amcasının oğlu olduğunun anlaşılması halinde bu davalının borçlunun alacaklılarından mal kaçırmak ve alacaklılarını zarara sokmak kastı ile hareket ettiğini bilebilecek durumda olması nedeni ile bu davaya borçlu tarafından yapılan satışların iptâline karar vermesi gerekeceğini»^[257]

√ «Üçüncü kişi ile borçlunun dedelerinin kardeş olmaları nedeniyle, üçüncü kişinin, borçlunun amacını ve mal kaçırmaya kasdını bilebilecek durumda olduğunu»^[258]

√ «‘Borçlu’ ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin, borçlunun ‘enişesi’ olması halinde, bu kişinin borçlunun içinde bulunduğu mâli durumu ve alacaklılarına zarar verme kasdını bilmesi gereken konumda bulunduğundan, borçlu ile bu kişi arasındaki işlemin -İİK. 280/I ve II uyarınca- iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[259]

√ «‘Borçlu’ ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin, borçlunun ‘kardeşinin kayınpederi’ olması halinde, bu kişinin borçlunun içinde bulunduğu mâli durumu ve alacaklılarına zarar verme kasdını bilmesi gereken konumda bulunduğundan, borçlu ile bu kişi arasındaki işlemin -İİK. 280/I ve II uyarınca- iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[260]

√ «İİK.‘nun 280. maddesinde borçlunun yakın hısımları aleyhine bir karinenin öngörölmüş olduğunu, bu karineye göre maddede saptanan derecede yakınlığı bulunanların, borçlunun zarar verme kastını bildiğinin varsayıldığını»^[261]

√ «‘Borçlu’ ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin, borçlunun ‘eski gelini’ olması halinde, bu kişinin borçlunun içinde bulunduğu mâli durumu ve

[255] Bknz: 17. HD. 26.9.2008 T. 2964/4337 (www.e-uyar.com)

[256] Bknz: 17. HD. 23.05.2011 T. 10069/5141; 19.6.2008 T. 737/3378 (www.e-uyar.com)

[257] Bknz: 17. HD. 11.04.2011 T. 2319/3342; 29.5.2008 T. 518/2888 (www.e-uyar.com)

[258] Bknz: 17. HD. 20.1.2008 T: 2837/89 (www.e-uyar.com)

[259] Bknz: 17. HD. 1.11.2007 T. 1146/3332; 27.9.1997 T. 3409/2814 (www.e-uyar.com)

[260] Bknz: 17. HD. 17.7.2007 T. 3425/3223 (www.e-uyar.com)

[261] Bknz: 17. HD. 14.1.2008 T. 4742/39; 15. HD. 28.3.2005 T. 6898/1819; 31.1.2006 T. 8010/364 (www.e-uyar.com)

alacaklılarına zarar verme kasdını bilmesi gereken konumda bulunduğundan, borçlu ile bu kişi arasındaki işlemin -İİK. 280/I ve II uyarınca- iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[262]

ifade etmiştir.

(3) İİK. mad. 280/I, c:1 uyarınca “*Malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kasdıyla yaptığı tüm işlemler, borçlunun içinde bulunduğu mâli durumun ve zarar verme kasdının, işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hallerde iptal edilebilir.*”^[263]

Somut olayda, davalı-borçlu A.R.A. ile diğer davalı üçüncü kişi S.A. arasındaki akrabalık nedeniyle, davalı-üçüncü kişi S. A. İİK. mad. 280/I, c:1 uyarınca “*borçlunun içinde bulunduğu mali durumu ve bu kişinin zarar verme kasdıyla hareket ettiğini bilebilecek durumda olan kişi*” sayıldığından, borçlu ile bu kişi arasındaki dava konusu (6) adet taşınmaza ilişkin pay devri/satışı işlemi, davacı-alacaklı bakımından geçersiz sayıldığından, iptale tabidir. **Yüksek mahkeme** bu hususu çeşitli kararlarında açıkça belirtmiştir. Gerçekten bu konuyla ilgili içtihatlarında yüksek mahkeme;

√ «*Davalılar arasında ‘yakın ilişki’, ‘akrabalık’, ‘arkadaşlık’, ‘komşuluk’, ‘iş ortaklığı’, ‘iş ilişkisi’ nedeniyle herhangi bir yakınlığın bulunması halinde, üçüncü kişinin, borçlunun ‘mali durumunu ve mal kaçırma kasdını bilebilecek durumda sayılmasına’ neden olacağını*»^[264]

√ «*Üçüncü kişinin, borçlunun hem komşusu hem akrabası olması halinde, borçlunun alacaklılarına zarar verme kasdıyla hareket ettiğini bilebilecek durumda sayılacağını*»^[265]

[262] Bknz: 15. HD. 19.11.2003 T. 4277/5571 (www.e-uyar.com)

[263] Bknz: Yuk. dipn. 99-112

[264] Bknz: 17. HD. 04.05.2007 T. 2298/1921; 15. HD. 31.01.2006 T. 8010/364; 17. HD. 02.02.2009 T. 3413/324; 28.05.2009 T. 3857/3655; 19.11.2009 T. 5407/7733; 23.11.2009 T. 5998/7772; 26.04.2010 T. 7066/3827; 13.05.2010 T. 3869/4504; 25.05.2010 T. 2340/4686; 27.05.2010 T. 2211/4800; 08.06.2010 T. 2484/5292; 08.06.2010 T. 2945/5291; 08.06.2010 T. 2328/5294; 15.06.2010 T. 3835/5516; 22.06.2010 T. 3180/5799; 22.06.2010 T. 3107/5797; 01.07.2010 T. 5742/6228; 08.07.2010 T. 3653/6631; 01.04.2013 T. 6585/4513; 08.04.2013 T. 14245/4988; 11.03.2013 T. 16000/3150; 18.03.2013 T. 5379/3515; 18.03.2013 T. 5572/3518; 25.03.2013 T. 6400/4069; 01.04.2013 T. 6404/4511 (www.e-uyar.com)

[265] Bknz: 17. HD. 21.12.2009 T. 10321/8646 (www.e-uyar.com)

√ «*Davalı-üçüncü kişinin, borçlunun yakın akrabası ve arkadaşı olması halinde, borçlunun mal kaçırma kastını ve alacaklılarına zarar verme kasdını bilebilecek konumda sayılacağını*»^[266]

√ «*Borçlu ile davalı üçüncü kişinin birbirini tanıyan kişiler olması ve davalı üçüncü kişinin, borçlunun kefil olması, üçüncü kişinin borçlunun alacaklarına zarar verme kastı ile hareket ettiğini bilmesi gereken kişilerden olması nedeniyle, üçüncü kişiye yapılan tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceğini*»^[267]

belirtmiştir.

Buraya kadar ayrıntılı olarak arz ve izah ettiğimiz nedenlerle;

Yukarıda olaydaki; tasarrufun iptali davası, süresi içinde, yetkili ve görevli mahkemede, borçlunun borçlandıktan sonraki dönemde yapmış olduğu devir/satış tasarrufu hakkında, muvazaaya dayalı olarak, gerçek bir alacak için açılmış olduğundan, İİK. mad. 278/III-1, 280/II, 280/I, c:1 uyarınca yapılmış olan dava konusu tasarrufların iptaline karar verilmesi gerekeceğinden,^[268] yargılaması devam etmekte olan “itirazın iptali davası” ‘bekletici mesele’ yapılarak, kesinleşecek alacak miktarı (ve eklentileri) ile sınırlı olarak dava konusu devir/satış işleminin iptali ile davacı-alacaklıya, dava konusu taşınmaz payları üzerinde cebri icra yetkisi tanınması gerekecektir. 18.11.2016

[266] Bknz: 17. HD. 19.3.2009 T. 6000/1526 (www.e-uyar.com)

[267] Bknz: 17. HD. 26.5.2008 T. 1801/2773; 10.7.2008 T. 960/3200 (www.e-uyar.com)

[268] Bknz: Yuk. dipn. 216-236; 237-262; 263-267

TİCARİ KREDİ SİGORTASININ HUKUKİ YAPISI VE GÜNCEL SORUNLAR

Prof. Dr. Huriye KUBİLAY*
Yrd. Doç. Dr. Cem ÖZCAN**

GENEL OLARAK

Ticari yaşamın gelişmesi ticari faaliyetlerin güvenli bir ortamda sürdürülmesine bağlıdır. Kredi işlemlerinin gelişmesini sağlaması, özel sigortanın başlıca yararları arasında gösterilmektedir.^[1]

Ticari kredi sigortasının, yalnızca yurtiçi ticarete değil; uluslararası ticarete de; ihracatçıların uluslararası müşterileri ile olan ilişkilerinde de kullanılıyor olması, sigortacılık faaliyetinin “uluslararasılaşma”sı yönündeki eğiliminin güçlenmesini sağlamaktadır^[2].

Ticari kredi sigortası, ticari faaliyette bulunanlara güvenli bir ticari ortam sağlanması açısından önemli bir hizmet sunmaktadır. Bununla birlikte, bazı Avrupa Birliği üye devletlerinde, özellikle İngiltere’de ve giderek artan bir

* İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

** İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

[1] KARAYALÇIN, 24.

[2] Bk. Commission 27.09.1996:Commission Decision Case No:IV/COMP/M.813 – Allianz/Hermes,European Commission, 71-72.

şekilde, kredi sigortalılarının temel işlevlerine faktoring yoluyla da ulaşılacağı düşünülmektedir^[3].

Politik ve ticari rizikoların gerçekleşmemesinde menfaati bulunan tacir, menfaatini korumak için bir mal sigortası niteliğinde olan ticari kredi sigortası sözleşmesi yaparak, sigorta korumasından yararlanabilir (TTK m.1453).

Ticari kredi sigortası ile sigortacı, teşebbüs sahibinin *politik* ve *ticari* kredi riskini üstlenmekte, gerektiğinde riskin dışarıdan, sigortacı tarafından yönetimi sağlanmakta ve risk gerçekleştiğinde finansal çözüm getirilmektedir.

Yerli ve yabancı yatırımlar yönünden her zaman için *politik* ve *ticari* riskler söz konusu olabilmektedir. Günümüzde *politik* ve *ticari* riskler, ekonomiye yön veren önemli bir etken olarak görülmektedir. Bu nedenle, anılan risklere karşı sigorta koruması sağlayan ticari kredi sigortasının başlıca işlevlerinden biri olarak, ulusal veya uluslararası ticareti kolaylaştırma işlevinden söz etmek mümkündür.

Ticari kredi sigortası (Trade credit insurance), sigortalının kontrolü dışındaki, hem *ticari* hem de *politik* risklere karşı koruma sağlamaktadır. Sigortalının karının artırılmasına ve müşterilerinin ani ve beklenmedik mali yetersizlik riskinin azaltılmasına katkıda bulunur. Müşterilerin sigortalıya borçlanmış olduğu ticari kredi borçlarını zamanında ödeyememeleri riskine karşı, sigorta koruması sağlanmış olur. Ödemelerin zamanında yapılmaması işletmenin zayıflamasına ve yatırım kapasitesinin düşmesine yol açacaktır.

Türk Eximbank İhracat Kredi Sigortalarında; *ticari riskler* ve *politik riskler* şöyle sıralanmaktadır^[4];

Ticari Riskler

İflas, tasfiye, konkordato, ilgili mahkeme kararı veya benzeri gerekçeler kaynaklı alıcının ödeyememe hali,

Alıcının kabul ettiği mal bedellerini vade tarihinden itibaren 4 ay içinde ödememesi veya ödeyememesi,

Alıcının sevk edilen malları ihracatçıdan kaynaklanmayan nedenlerle kabul etmemesi veya edememesi.

[3] Bk. Commission 27.09.1996:Commission Decision Case No:IV/COMP/M.813 – Allianz/Hermes,European Commission, 71-72.

[4] https://www.eximbank.gov.tr/dosyalar/sigorta/kisa/ihracatci_firmalara_bilgiler.pdf Erişim tarihi: 17.03.2017.

Politik Riskler

Transfer yasakları veya kısıtlamaları,

Alıcının ülkesinde meydana gelen savaş, ihtilal, iç savaş, isyan ve benzeri haller nedeniyle mal bedellerinin ödenmemesi,

İthal yasakları veya kısıtlamaları, ithal müsaadelerinin iptali,

Alıcının ülkesinde ya da Türkiye sınırları dışında mallara el konulması veya benzeri haller,

Kamu alıcısının ödeyememe hali.

Orta ve Uzun Vadeli İhracat Kredi Sigortası Programı ile ihracatçıların tek bir satış sözleşmesine bağlı olarak ve azami vadesi OECD ve Berne Union düzenlemelerine paralel olarak değerlendirilecek Türk menşeli mal ve hizmetlerin ihracatından doğacak alacakları, sigorta teminatı altına alınmakta ve teminat altına alınan ihracat işlemi ile ilgili olarak ticari bankalardan finansman sağlanması olanaklı kılınmaktadır.

Uygulanmakta olan Orta ve Uzun Vadeli İhracat Kredi Sigortası Programı ile Türk ihracatçılarına,

- Rekabet üstünlüğü sağlanması,
- Gelişmekte olan riskli pazarlarda uzun vadeli satış imkanlarının artırılması,
- Poliçenin teminat gösterilmesi ile ticari bankalardan finansman sağlanmalarının kolaylaştırılması amaçlanmaktadır^[5].

Teminat Mektuplarının Haksız Nakde Çevrilmesi Sigortasında, Türk Eximbank, müteahhit firmanın kusuru, hatası veya ihmali kaynaklanmaması şartıyla, tamamen müteahhit firmanın kontrolü dışında ve poliçe tarihinden sonra ortaya çıkan olay ve şartlar neticesinde teminat mektubunun haksız nakde çevrilmesi sonucu, müteahhit firmanın, kendisi lehine teminat mektubunu düzenleyen ticari Türk bankası ile imzaladığı Genel Kredi Sözleşmesi (GKS) kapsamında, bu bankaya ödemekle yükümlü olduğu tutara istinaden tazminata konu tutarın belirli bir oranını, Sigorta Sözleşmesi'nde belirtilen şartlar ve sınırlar içinde tazmin etmektedir^[6].

[5] <https://www.eximbank.gov.tr/TR,746/genel-bilgi.html>Erişim tarihi: 17.03.2017.

[6] <https://www.eximbank.gov.tr/TR,773/teminat-mektuplarinin-haksiz-nakde-cevrilme-sigortasi.html>Erişim tarihi: 17.03.2017.

Türk Eximbank İhracat Kredi Sigortası çerçevesinde, ihracatçıların bir yıl içinde, Türk Eximbank tarafından kapsama alınan ülkeleredeki^[7] çeşitli alıcılara yapacağı 360 güne kadar vadeli tüm sevkiyatlar sigortalanmaktadır. İhracat Kredi Sigortası yönetiminde esas, uygun risk dağılımının sağlanmasıdır. Tüm sevkiyatların sigortalanması ile sigortalıların hem düşük hem de yüksek riskli alıcı ve ülkelere gerçekleştirdiği ihracat işlemlerinin aynı poliçe kapsamına dahil edilmesi ile uygun bir risk dağılımı sağlanmakta ve buna bağlı olarak prim oranları asgari düzeylerde tespit edilmektedir^[8].

Ticari kredi sigortası genellikle bir alıcı portföyünü kapsar ve uzun süre borçlarını ödeyememe, aciz hali ve iflas durumlarının sonucu olarak ödenmeyen fatura ve alacakların kararlaştırılmış bir yüzdesinin ödenmesini taahhüt eder. Sigorta primi, sigortalı alıcılar portföyünün kredi riski ortalamasını yansıtır. Ayrıca, ticari kredi sigortası tek bir işlemi veya sadece bir alıcıyla yapılan ticareti de kapsayabilir.

Ticari kredi sigortası ile mali yetersizlik riskine karşı kapsamlı bir sigorta korumasının sağlanmasının yanı sıra, müşterilerle ve bankalarla ilişkilerin gelişmesine ve ticari faaliyetlerin güvenle sürdürülmesine katkıda bulunulur^[9].

Sigorta kuruluşu, sigortalılarının müşterilerinin mali durumunu ve mali performansını izler ve müşterilerin her birine, işlerinin yürütülüşünü ve faaliyetlerini yansıtan bir düzey belirler. Bu risk değerlendirmesine dayanarak, alıcıların her birine, sigortalının ticaretini yapabileceği ve bir şeyler yanlış gittiğinde talep edebileceği, belirli bir kredi limiti tahsis eder. Yeni veriler geldikçe sigorta limitleri artırılabilir veya indirilebilir.

Sigortacı, sigortalının teslim ettiği mallar veya verdiği hizmetler için alıcı/müşterinin ödeme yeterliliği ve alıcı/müşterilerin mali durumunu etkileyebilecek her türlü değişiklik konusunda sigortalıyı bilgilendirir^[10]. Sigortalının alıcısının/müşterisinin ödeme yapamayacağının anlaşılması durumunda, sigortalıya en

[7] Türk Eximbank'ın Kısa Vadeli İhracat Kredi Sigortası Uygulamaları çerçevesinde 01.04.2017 tarihinden itibaren, 4 gruba ayrılmış 238 ülke sigorta kapsamında bulunmaktadır. Bk. https://www.eximbank.gov.tr/dosyalar/sigorta/kisa/ihracatci_firmalara_bilgiler.pdf Erişim tarihi: 17.03.2017.

[8] https://www.eximbank.gov.tr/dosyalar/sigorta/kisa/ihracatci_firmalara_bilgiler.pdf Erişim tarihi: 17.03.2017.

[9] (<http://www.eulerhermes.com/credit-insurance/Pages/protect-your-business.aspx> (Erişim tarihi: 24.03.2017)

[10] Sigortacının ve sigorta acentelerinin bilgilendirme yükümlülüğü hakkında bk. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu, m.11 (3). Sigortacının ve acentenin aydınlatma yükümlülüğü hakkında bk. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.1423)

çok sigorta bedeli kadar sigorta tazminatı ödenir. Gerektiği takdirde borcun tahsili süreci de sigortacı tarafından yönetilir.

Avrupa Komisyonu'nun 1998: Commission Decision COMP/M.1082 – Allianz/AGF Kararı'nda, Allianz/Hermes (Commission 27.09.1996: Commission Decision Case No:IV/COMP/M.813 – Allianz/Hermes) kararının aksine Komisyon, kredi sigortasının farklı bir ürün piyasası olduğunu; bu sektörde faaliyette bulunabilmek için büyük yatırım yapılması, uygun bir know-how'ın ve yeterli insan kaynağının kullanılması gerektiğini kabul etmektedir^[11].

I- TİCARİ KREDİ SİGORTASININ TARİHÇESİ

1- Dünyada

Günümüzde kredi sigortası ticaret hayatında çok önemli bir yer tutmaktadır. Hem iç hem de uluslararası ticarete tacirlerin alacaklarını elde edememe riski her zaman mevcuttur. Hatta denebilir ki bu risk neredeyse ticaretin kendisi kadar eskidir.^[12] Eski çağlardan beri ticaretin gelişip ayakta durabilmesi için kredi yaygın bir biçimde kullanılmaktadır. Buna bağlı olarak kredinin geri ödenmemesi riskine karşı da alacaklıların çeşitli teminatlar vasıtasıyla kendilerini güvence altına almaya çalıştıkları görülmektedir. Tarihte özellikle Ortadoğu ve Akdeniz ticaretinde önemli rol oynamış olan Asurlular ve Fenikelilerin bile geçmişte farklı teminatları kredinin ödenmemesi riskini bertaraf etmek için kullandıkları bilinmektedir.^[13] Bununla birlikte kredi sigortasının ortaya çıkmasını görmek için 19. yüzyılı beklemek gerekmiştir. Cenevizli bir sigortacı olan Bonajuto Paris Sanguinetti bugünkü İtalya'nın Livorno kentinde deniz ticareti ile ilgili sigortalar yaparken borçların ödenmemesi riskine karşılık müşterilerini koruma fikrini ortaya atmıştır. Sanguinetti'nin bu düşüncesi kendi firmasının iflasına yol açsa da bu alandaki ilk ciddi teorik çalışma olarak karşımıza çıkmaktadır.^[14]

Kredi sigortasının daha sistemli ve özellikle de endüstriyel ticareti de kapsayacak bir biçimde ortaya çıkması ise 20.yüzyılda Birinci Dünya Savaşı'nı takip eden yıllarda gerçekleşmiştir. Bu dönemde ticaret hayatında banka kredileri aracılığıyla iş yapan tacirler, bu kredilerin artan maliyeti ve sistemin yavaşlığı sebebiyle kredi sigortasına yöneldiler. İşte bu ortamda Avrupa'da sözü edilen ihtiyaçlara

[11] Bk. 1998: Commission Decision COMP/M 1082 – Allianz/AGF, European Commission, 74-75.

[12] HABIB-DELONCLE Louis/PELISSIER Anne/THURET Christian/BRUN Philippe, Assurance-crédit, Lamy Assurances 2016, s.4.

[13] HABIB-DELONCLE/PELISSIER/THURET/BRUN, Lamy Assurances, s.4-5.

[14] HABIB-DELONCLE/PELISSIER/THURET/BRUN, Lamy Assurances, s.5.

cevap verebilmek amacıyla ilk kredi sigortası firmaları ortaya çıkmaya başladı. Almanya'da 1917'de kurulan Hermes Kreditversicherung, Büyük Britanya'da 1918 yılında kurulan Trade Indemnity, 1925'te İtalya'da ortaya çıkan SIAC (Societa Italiana Assicurazione Crediti) ve 1927'de Fransa'da kurulan SFAC (Société Française d'Assurance Crédit) bu alandaki ilk örnekler olarak sayılabilir.^[15] İlk başlarda yeni kurulan bu firmaların, herhangi bir ayırım gözetmeksizin, hem iç ticaret çerçevesinde yapılan satışlardan doğan alacakları hem de farklı Avrupa ülkeleri ve hatta sömürge ülkelere yönelik yapılan satışları kapsayacak şekilde kredi sigortası hizmeti verdikleri görülmüştür. İkinci Dünya Savaşı öncesine gelindiğinde bazı kredi sigortası firmalarının yeterince özenli çalışmamları ve ciddi riskler almaları sebebiyle iflasın eşiğine geldikleri de bilinmektedir.^[16]

İkinci Dünya Savaşı sonrasında kredi sigortası alanında, yurt çapında gerçekleşen iç ticarete dönük kredi ile ihracata yönelik kredinin sigortalanması arasında bir ayırma gidildiği görülmektedir. Bunun en önemli nedeni ihracatın ülke ekonomilerinde oynadığı rolün artmasıdır. Bunun dışında kredi sigortası alanında faaliyet gösteren firmalar yurtdışına ihracat yapan şirketlerin alacaklarının sigortalanmasının iç ticaretteki sigortaya göre daha fazla risk taşıdığını fark ettiler. Bu noktada dış ticarete, yabancı ülkelerde iş yapan satıcıların sıklıkla ambargolar ya da birtakım farklı politik risklerle de karşı karşıya kaldıkları görüldü. Bu nedenle 1940'lı yılların sonlarına doğru Avrupa devletlerinin çoğu ihracat kredisini sigortalayacak ajanslar^[17] kurma yoluna gittiler. Örneğin Fransa'da günümüzde hala varlığını sürdüren COFACE^[18] dış ticareti ve ihracatı teşvik etmek isteyen Fransız devleti tarafından bu yıllarda kurulmuştur.^[19] Devlet tarafından kurulup faaliyetleri özel hukuka tabi olarak yürütülen bu kurumlar Avrupa'nın birçok ülkesinde tekel niteliğinde örgütlenip çalışmalarını sürdürmüşlerdir.^[20] COFACE, halen NATIXIS Grubu'nda faaliyetlerini sürdürmektedir.

Kredi sigortası alanında özellikle 1990'lı yıllardan itibaren ciddi bir özelleştirme hareketine gidilmiştir. Örneğin, EULER HERMES, ALLIANZ

[15] HABIB-DELONCLE/PELISSIER/THURET/BRUN, Lamy Assurances, s.5.

[16] HABIB-DELONCLE/PELISSIER/THURET/BRUN, Lamy Assurances, s.6.

[17] Export Credit Agencies.

[18] Compagnie Française pour le Commerce Extérieur.

[19] HABIB-DELONCLE/PELISSIER/THURET/BRUN, Lamy Assurances, s.6.

[20] Ülkemizde Türk-Eximbank bu alanda faaliyet gösteren kurumlara örnek gösterilebilir, ayrıntılı bilgi için bkz. SAKARYA Şakir/UÇAK Sefer, Türkiye'de İhracat Kredi Sigortası Uygulaması; ABD ve Güney Kore ile Karşılaştırması, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:6, sayı:11, Bahar 2007/2, s.103-117.

GROUP'tan iki sigorta şirketinin birleşmesi sonucu ortaya çıkmıştır. EULER HERMES, dünyanın bir numaralı sigorta kuruluşudur. ATRADIUS, NCM ve GERLING Kreditversicherung'un birleşmesi ile kurulmuş olup, daha sonra GERLING Sigorta Grubundan ayrılarak bu adı almıştır. Bu gelişmelerin en önemli sebepleri dünyada yaşanan petrol ve borç krizleri ile Avrupa Birliği'nin artık tam anlamıyla genişleyip bir ortak pazar haline dönüşmesidir. Nitekim Avrupa Birliği'nde 7 Mayıs 1998'de kabul edilen 98/29/CE sayılı Konsey Yönergesi ihracat kredisi sigortası alanında orta ve uzun vadeli sözleşmelere uygulanacak hükümlerin yeknesak hale getirilmesi amacıyla kabul edilmiştir. Tüm bu gelişmelere paralel olarak önceden devlet eliyle kurulup işletilen bu ajanslar yapılan çalışmalar sonucunda özelleştirilerek varlıklarını günümüze kadar sürdürmüşlerdir.^[21]

Kredi sigortasının, dünya genelinde etkisini fazlasıyla hissettiren küreselleşme ile birlikte, gelişmekte olan ülkelere de yayılması sağlanmıştır. 2000'li yıllarda gözlemlenen bu durum özellikle tüm dünyayı etkileyen 2008 ekonomik krizi ile birlikte kredi sigortası ile ilgili konuların daha ciddi biçimde yeniden gözden geçirilmesi gerekliliğini ortaya çıkarmıştır.^[22] Bu nedenle ticari alacak sigortası olarak da adlandırılan bu özel sigorta türünün hukuki niteliği ve buna bağlanan sonuçlar ayrıntılı olarak incelenmelidir.

2- Türkiye'de

Halen yürürlükte bulunan Kredi Sigortası Genel Şartları, 01.02.2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Türkiye İhracat Kredi Bankası Anonim Şirketinin Kuruluş ve Görevlerine İlişkin Esasların yürürlüğe konulması; Başbakan Yardımcılığının 17/9/2012 tarihli ve 2914 sayılı yazısı üzerine, 25/3/1987 tarihli ve 3332 Sayılı Kanununun 2. maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 28/1/2013 tarihinde kararlaştırılmıştır (Karar Sayısı: 2013/4286)^[23].

Türkiye İhracat Kredi Bankası Anonim Şirketi Esas Sözleşmesinde bankanın amaç ve faaliyet konuları şöyle belirlenmektedir:

[21] HABIB-DELONCLE/PELISSIER/THURET/BRUN, Lamy Assurances, s.6-7.

[22] SCALISE Christian, L'assurance-crédit et la couverture des opérations commerciales et de trade-finance, Responsabilité et Assurances, 2013, s.26; HABIB-DELONCLE/PELISSIER/THURET/BRUN, Lamy Assurances, s.5-6.

[23] Resmi Gazete, Tarih: 23.02.2013, Sayı:28568.

Bankanın amacı; ihracatın geliştirilmesi, ihraç edilen mal ve hizmetlerin çeşitlendirilmesi, ihraç mallarına yeni pazarlar kazandırılması, ihracatçıların uluslararası ticarete paylarının artırılması, girişimlerinde gerekli desteğin sağlanması, ihracatçılar ve yurtdışında faaliyet gösteren müteahhitler ve yatırımcılara uluslararası piyasalarda rekabet gücü ve güvence sağlanması, yurtdışında yapılacak yatırımlar ile ihracat amacına yönelik yatırım malları üretim ve satışının desteklenerek teşvik edilmesidir (m. 6).

Bankanın amacını gerçekleştirmek üzere yapabileceği faaliyetler şunlardır:

Yurtdışı müteahhitlik hizmetleri ile dış yatırımların geliştirilmesi için kredi açmak, finansmanına katılmak, sigorta ve garanti sağlamak (m. 6 (c)),

İhracatçıların ticari ve politik riskler nedeniyle ortaya çıkabilecek zararlarını teminat altına almak ve ihracatçılara bu konuda güvenceler sağlamak suretiyle, mal ve hizmet satışını teşvik etmek üzere ihracat kredi sigortası yapmak (m.6 (ç)),

Yurtiçi ve yurtdışı bankalara ve finans kurumlarına ihracata yönelik krediler açmak, garantiler vermek (m.6 (d)),

İhracatçıların yurtiçi satışlarını, ortaya çıkabilecek zararlara karşı teminat altına almak amacıyla yurtiçi kredi sigortası imkanı sunmak (m.6 (e)),

İhracatçıların yurtdışında doğrudan veya dolaylı olarak en az yüzde elli sermayesine sahip oldukları firmalar tarafından üretilen ve o ülke içerisinde veya o ülkeden Türkiye dışındaki diğer ülkelere yapılan satışları teminat altına almak amacıyla kredi sigortası yapmak (m.6 (f)),

Reasürans imkanlarından yararlanmak, reasürans imkanı sağlamak (m.6 (g)),

İhracat veya döviz kazandırıcı faaliyetlere yönelik olarak yurtiçi yatırım malı imalat ve satışını kredilendirmek (m.6 (h)),

Sigorta acenteliği yapmak (m.6 (j)),

Resmi ve özel kurum, kuruluş ve bankalar ile kredi açtığı, finansmanına katıldığı, garanti verdiği ve sigorta ettiği gerçek ve tüzel kişi, kurum ve kuruluşlardan faaliyetleri ile ilgili her türlü belge ve bilgiyi istemek, kredi, garanti ve sigorta ilişkisi olan müşterilerinin uygulamalarını takip ve kontrol etmek (m.6 (k)),

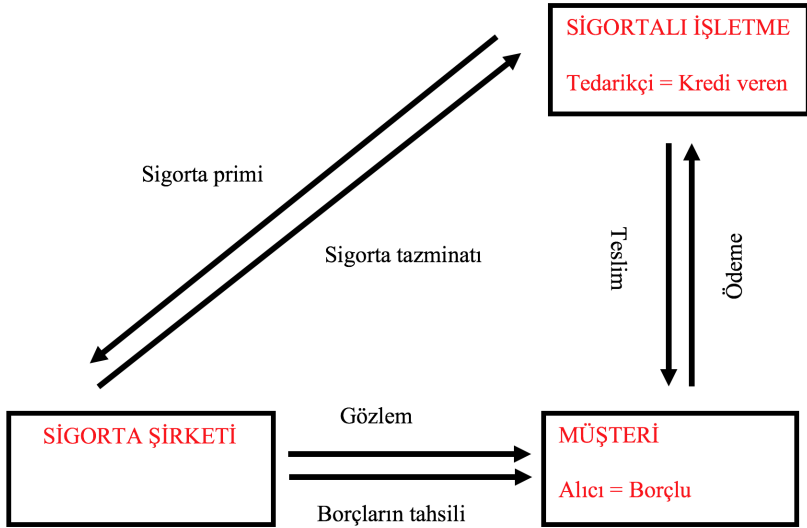
Kendi ihtiyacı için taşınmaz kiralamak, satın almak, satmak, bunlar üzerinde tasarruf etmek; alacaklarının tasfiyesi amacıyla taşınmaz iktisap etmek, ayrıca, açılan kredi ve verilen garantiler karşılığında taşınmaz ipoteği de dahil olmak üzere her türlü teminatı almak (m.6 (l)).

Kredi sigortaları;

- Kısa vadeli ihracat kredi sigortaları
- Orta ve uzun vadeli ihracat kredi sigortaları
- Teminat mektupları haksız nakde çevrilme sigortası, olarak sınıflandırılmaktadır.

II- TİCARİ KREDİ SİGORTASININ KONUSU

Kredi sigortasının konusu, borçlunun ödeme yetersizliği içinde olmasıdır^[24].



Kredi Sigortası Genel Şartları'na göre bu sigortanın konusu şöyle belirlenmektedir:

"A.1- Sigortanın Konusu

Bu sigorta sözleşmesi ile kararlaştırılan kredili satış ve kredili hizmet işlemlerinde alıcının; A.1.1. İflas etmesi,

A.1.2. Tüzel kişi olması halinde, borçlarını ödeyememesi nedeniyle hakkında tasfiye kararı alınması,

[24] HOFMANN, 212 (par.28). Şekil için bk. <http://www.eulerhermes.com/credit-insurance/Pages/protect-your-business.aspx> (Erişim tarihi: 24.03.2017)

A.1.3. Borçlarının ödenmesi ile ilgili olarak bir mahkeme veya yetkili bir resmi merci tarafından tüm alacaklıları bağlayan kısıtlayıcı bir karar alınması,

A.1.4. Borç ödemede acze düşmesinin belgelenmesi veya bu durumun sigortacı tarafından kabul edilecek başka bir şekilde kanıtlanması suretiyle yapılan icra takibinin sonuçsuz kalması,

A.1.5. Borçları ile ilgili konkordato ilan etmesi ve hukuki olarak yukarıda belirtilen durumlara eşdeğer görülen diğer haller sonucu satıcı konumundaki sigortalının Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde yaptığı satışların bedelini kısmen veya tamamen alamaması nedeniyle uğrayacağı maddi zararlar,

A.1.6. Ayrıca sözleşme olması şartı ile; yukarıda sayılan hallerin dışında alıcının sözleşmede kararlaştırılan şartlarla mal veya hizmet bedelini ödememesi (temerrüt) hali teminat altına alınmıştır.

Teminat poliçede belirtilmek şartıyla yukarıda sıralanan riziko gruplarından sadece biri veya birkaçı veya tamamı için verilebilir.”

Kredi riskleri, bireysel riskler, ticari riskler ve politik riskler olarak ortaya çıkabilir. “Ticari riskler”, alacaklı temerrüdü, borca batıklık ve iflas durumlarından kaynaklanabilir. Yabancı malvarlığını kamulaştırma, el koyma ve devletleştirme gibi kamu otoritesi uygulamaları, savaş, grev, ihracat yapılan ülkedeki para ve ödeme rejimi değişiklikleri de *politik risklere* örnek verilebilir.

III- TİCARİ KREDİ SİGORTASININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE TABİ OLDUĞU HÜKÜMLER

Kredi sigortasının hukuki niteliği konusu tartışmalıdır. Ticari alacakların bu yolla güvence altına alınmasının gerçek anlamda bir sigorta sayılıp sayılmayacağı, üzerinde fikir ayrılıkları olan bir konudur. Bazı ülkelerde kredi sigortası sözleşmelerinin sigorta mevzuatı dışında bırakılıp borçlar hukuku kurallarına tabi kılındığı bilinmektedir. Birçok ülkede bu durum bizim sigorta hukukumuzda yabancı olan “büyük risk” kavramı ile örtüştürülmektedir. Özellikle Almanya ve Avusturya gibi ülkelerde büyük risk kapsamına giren konular sigorta mevzuatının dışında tutulmaktadır.^[25] Bazı ülkelerde ise kredi sigortası konusunun açık bir hükümle genel hükümlere tabi kılındığı görülmektedir. Bu noktada Fransız hukukundaki durum örnek olarak verilebilir. Fransız Sigorta Kanunu'nun L-111-1. maddesi kredi sigortasına ilişkin hususların kanunun kapsamı dışında

[25] KULLMANN Jérôme, Sortir les Grands Risques du Code des Assurances, 20ème rencontres AMRAE, http://www.amrae.fr/sites/default/files/2012_02_09_SortirGrandsRisquesCodeAssurances_AMRAE.pdf E.T:19.03.2017.

olduğunu belirtmektedir. Bunun nedeni olarak kredi sigortasının gerçek anlamda bir sigorta faaliyetinden çok bankacılık alanına özgü olabilecek bir hizmet olarak görülmesidir.^[26] Diğer taraftan günümüzde Fransız doktrininde ağırlıktaki görüş kredi sigortasının gerçek anlamda bir sigorta operasyonu olduğu yönündedir. Gerçekten de kredi sigortası sözleşmesinde, alacağın ödenmemesi şeklinde gerçekleşebilecek bir risk, bu riskin gerçekleşmesi halinde sigortalıya ödeme yapacak olan bir sigortacı ve sigortalı tarafından ödenmesi gereken prim gibi, her türlü sigorta sözleşmesinde görülen temel unsurlar mevcuttur.^[27]

Fransız hukukunda kredi sigortası sözleşmelerinin sigorta kanunu dışında bırakılması, bu alanda genel hükümlere bakılması sonucunu doğurmaktadır. Bu doğrultuda kredi sigortası sözleşmesinin tarafları, borçlar hukukundaki irade özerkliği prensibinin bir sonucu olarak, sözleşme hükümlerini kanuna aykırı olmamak koşuluyla serbestçe belirleyebilmektedirler. Fransız hukukunda genel olarak kabul edilen görüşe göre taraflar dilerlerse sözleşmede sigorta kanunu hükümlerinin uygulanacağını kararlaştırabilirler. Başka bir ifadeyle kredi sigortası sözleşmesinin tarafları, adeta iç hukukta bir hukuk seçimi yapmak suretiyle aslında uygulama dışı bırakılan sigorta kanunu hükümlerinin kendi aralarındaki sözleşmeye uygulanmasını da sağlayabilirler.^[28]

Kredi sigortası sözleşmesi hukuki yapısı itibarıyla bir şahsi teminat sözleşmesidir. Tam iki tarafa borç yükleyen (sinalagmatik) ve ivazlı bir sözleşme olan kredi sigortası sözleşmesi, yalnızca ticari nitelikteki alacakları güvence altına almak için yapılmaktadır.^[29]

Kredi sigortasında, sigortacı, kredi verenin alacak hakkını elde edememesi riskini üstlenir. Bu sigortanın, başka tacirlere mal satan üreticiler ve toptancılar için uygun olduğu kabul edilmektedir.^[30] Özel sigorta kapsamındaki hayat dışı/elementer sigorta grubunun^[31] alt branşlarından biri olan kredi sigortası, isteğe bağlı olarak yapılan sigortalardandır^[32]. Kredi sigortası, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun, Birinci Kısım "*Genel Hükümler*"ı ve "*Sigorta Türlerine İlişkin Özel*

[26] CASSON Philippe, Assurance-crédit, Répertoire de droit commercial, 2014, s.3.

[27] HEUZE Vincent, Assurance-crédit et sûretés personnelles, Recueil Dalloz, 2014 s.495; CASSON, s.3-4.

[28] CASSON, s.3.

[29] HEUZE, s.495.

[30] WEYERS, 50 (par.92); WILLIAMS/SMITH/YOUNG, 554.

[31] 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu, m.5 (2).

[32] Özel sigortalara ve isteğe bağlı sigortalar hakkında bk. KUBİLAY, 4-5; Kredi Sigortalılarının uygulamada görülen altı farklı türü hakkında bk. Commission 27.09.1996: Commission Decision Case No:IV/COMP/M.813 – Allianz/Hermes, European Commission, 71-72.

Hükümler'le ilgili İkinci Kısım'ın, "*Zarar Sigortaları*"na ilişkin Birinci Bölümünün hükümleri ile yönetilir. Bir *zarar/tazminat sigortası*^[33] niteliğinde olan ticari kredi sigortası, aktif sigorta-pasif sigorta ayrımında, *aktif sigortalar*^[34] arasında yer alan bir sigortadır. Aktif sigortalar; "*Mal üzerindeki menfaat sigortası*", "*Alacak sigortası*" ve "*Kar sigortası*" olarak sınıflandırılabilir^[35]. Bu sınıflandırmada kredi sigortası, bir tür "*Alacak sigortası*"dır. Aktif sigortaların, "*mal*" (sachen) ve "*haklar*" (Rechte) ayrımında, kredi sigortaları, "*haklar*" altında yer alır^[36]. Rizikonun konusuna göre yapılan sınıflandırmada "*malvarlığı sigortası*" olarak nitelendirilir^[37]. "*Malvarlığı sigortası*" da kendi içinde "*maddi varlıklar üzerindeki menfaatin sigortası*" (insurance on tangible property) ve "*gayri maddi varlıklar üzerindeki menfaatin sigortası*" (insurance on intangible property) olmak üzere iki gruba ayrılır^[38]. Bu ayrım yönünden, "*Alacak sigortası*" (Forderungsversicherung – Del credere insurance) niteliğindeki kredi sigortası^[39], "*gayri maddi varlıklar üzerindeki menfaatin sigortası*" olarak nitelendirilebilir. Bu sigorta ile, sigortacı, kredi verenin alacak hakkını tamamen veya kısmen elde edememesi riskini üstlenir^[40]. Kredi sigortalarını, sigorta korumasının coğrafi sınırı yönünden "*Yurtiçi Kredi Sigortaları*"^[41] ve "*İhracat Kredi Sigortaları*"^[42] gruplarına ayırmak mümkündür.^[43] İhracat Kredi Sigortalarının, sigorta özel şartlarında belirtilmek kaydıyla sigortacının henüz onayını vermemiş olduğu alıcılara yapılan satışları da kapsayacak tarzda akdedilmeleri mümkündür. Bu nedenle, ticari kredi sigortalarının "*Abonman/Flotan Sigorta*" niteliğinde de akdedilebildikleri görülmektedir. Sigorta ettirenlerin, böyle durumlarda, sigortacı ile çerçeve bir sözleşme yaptıktan sonra sigorta koruması kapsamına alınmasını istedikleri menfaatlerini (sevkiyatlarını) somut hale geldikçe sigortacıya bildirmeleri, sigorta korumasından yararlanabilmeleri için zorunludur.

[33] Zarar/Tazminat sigortaları hakkında bk.CLARKE, 22-23; KARAYALÇIN, 32 vd..

[34] "Aktif sigorta" hakkında ayrıntılı açıklama için bk.KENDER, 208 vd.

[35] KENDER, 210.

[36] WEYERS, 49 (par.91).

[37] KENDER, 208; LYDE&LLP, 310 (36.04); CLARKE, 28-30..

[38] CLARKE, 17.

[39] HOFMANN, 212 (par.28).

[40] HOFMANN, 212 (par.29).

[41] ÇEKER, 237-238; Türkiye İhracat Kredi Bankası Anonim Şirketi Esas Sözleşmesi, m.6 (e).

[42] WILLIAMS/SMITH/YOUNG, 554; ÇEKER, 233-237; Türkiye İhracat Kredi Bankası Anonim Şirketi Esas Sözleşmesi, m.6 (ç).

[43] ÇEKER, 233.

Zarar/Tazminat sigortası niteliğinde olan ticari kredi sigortasını, meblağ sigortası niteliğinde olan kredi hayat sigortasından ^[44]ve kredi iş göremezlik sigortasından ^[45] ayırmak gerekir^[46].

Uygulamada ticari kredi sigortalılarının, başka riskleri de kapsayacak şekilde “*karma sigorta*” olarak da akdedildikleri görülmektedir^[47].

Ticari kredi sigortası, tacirlerin ticari faaliyetlerini ilgilendiren bir sigortadır. 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren uygulamada, sigorta sözleşmesi hukukunun temel noktaları sigortalının tüketici veya tacir olmasına göre farklılaşmaya başladı. Böylece, zamanla tacirlere uygulanan sigorta hukuku düşüncesinden ayrılarak tüketicilere uygulanan “*Tüketici Sigorta Hukuku*” (Consumer Insurance Law) gelişmeye başladı. İngiltere’de 2012 yılında Tüketici Sigorta Kanunu yürürlüğe konuldu^[48]. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu bakımından, sigorta ettirenlerin tüketici olup olmadıklarına bakılmaksızın tüketici gibi korundukları, sigorta korumasının yalnızca tüketicilerle sınırlı olmadığı sonucuna varmak mümkündür^[49]. Nitekim, Türk Ticaret Kanunu’nun “*Aydınlatma yükümlülüğü*” ile ilgili 1423. maddesinin 3. fıkrasında, “*tüketiciyi aydınlatma açıklaması*”ndan açıkça söz edilmekte olup; “*Hazine Müsteşarlığı, çeşitli ülkelerin ve özellikle Avrupa Birliğinin düzenlemelerini dikkate alarak, tüketiciyi aydınlatma açıklamasının şeklini ve içeriğini belirler.*” denilmektedir. Tacirlerin ticari faaliyetleri ile ilgili olması ve özel sigorta alanının Türk Ticaret Kanunu ile düzenleniyor olması (TTK m. 3 ve 19) sebebiyle ticari kredi sigortası ile ilgili uyuşmazlıkların çözümünde ticari hükümler (TTK m. 1) uygulanır^[50]. Uyuşmazlıkların çözümünde Asliye

[44] REAVIS III, 76; WILLIAMS/SMITH/YOUNG, 318 .

[45] REAVIS III, 87.

[46] Zarar/Tazminat sigortaları ve meblağ sigortaları hakkında bk. LYDE&LLP, 31 (4.04); KUBİLAY, 6, 11.

[47] Bk. 1998: Commission Decision COMP/M 1082 – Allianz/AGF, European Commission, 74-75.

[48] BIRDS, 15-16.

[49] ÜNAN, 5.

[50] “28.05.2014 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 3/1 bendinde “Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi” tüketici, 3/1 bendinde ise “Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem” tüketici işlemi olarak tanımlanmıştır. 6502 sayılı Kanun’un 73üncü maddesinde tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara dair davalarda tüketici mahkemelerinin görevli olduğu belirtilmiş, 83/2. maddesinde ise taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olmasının, bu işlemin

Ticaret Mahkemeleri (TTK m. 4 ve 5) veya Sigorta Tahkim Komisyonu (5684 sayılı Sigortacılık Kanunu, m. 30) görevlidir.

Kredi sigortası sözleşmesinin sigortalısı işletmeler, her bir müşterisinin veya alıcısının kredi limitine kadar sigorta teminatından yararlanabilirler. Her kredi limiti, gerektiğinde; yani, ticari ilişkilerin artması veya alıcının mali durumunda değişiklik meydana gelmesi halinde izlenir ve uyarlanır.

IV- TİCARİ KREDİ SİGORTASI VE GENEL İŞLEM KOŞULLARI

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 20 ila 25. maddeleri arasında genel işlem koşullarına ilişkin hükümlere yer verildiği görülmektedir. Kanunun 20. maddesi genel işlem koşullarının tanımını vermektedir. Bu hükme göre: “Genel işlem koşulları bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıdaki sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirilmede önem taşımaz.”

Sözleşmelerde genel işlem koşullarının yer alması, belirli bir standardizasyon sağlaması ve zaman kazandırması gibi nedenlerle tercih edilmektedir^[51]. Bununla birlikte sözleşmelerin taraflarca serbestçe müzakere edilmeden ve taraflardan birinin iradesi doğrultusunda hazırlanması, özellikle hazırlayanın lehine sonuçlar doğurmakta ve karşı tarafın zarar görme riskini beraberinde getirmektedir. Türk hukukunda ilk defa 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde sözleşmenin zayıf tarafı olarak addedilen tüketicilerin haklarının korunması amacıyla genel işlem şartlarının kötüye kullanılmasını yasaklayan hükümler getirilmiştir. Günümüzde 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun genel hükümler kısmında yer alması nedeniyle genel işlem koşullarına ilişkin hükümler tacirler arasındaki sözleşmelerde de uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle kredi sigortası sözleşmelerinde kullanılan genel işlem koşulu niteliğindeki hükümlerin TBK'nın aradığı geçerlilik koşullarını taşıması gerekmektedir^[52]. TBK'ya bakıldığında genel işlem koşullarının geçersizliği durumu için “yazılmamış sayılma” yaptırımının öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Kanunun 21. maddesi: “Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının

tüketici işlemi sayılmasını ve 6502 Sayılı Kanun'un görev ve yetkiye dair hükümlerinin uygulanmasının engelleyemeyeceğine değinilmiştir. HMK'nın 1inci maddesinde ise görev hususunun kamu düzenine dair olduğu, mahkemece yargılamanın her aşamasında resen gözetileceği düzenlenmiştir.”Y 11.HD. 28.02.2017, E.2016/2247, K.2017/1166.

[51] EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014, s.215.

[52] ÜNAN Samim, Kredi (Ticari Alacak Sigortası) Genel Şartları Şerhi, 2013, s.14-15.

sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkanı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır” hükmünü içermektedir. Aynı şekilde 22. maddede de yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi ele alınmaktadır ve bu hükme göre: “Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.” Bu sözü edilen hükümler de göstermektedir ki kredi sigortası sözleşmelerinde sigortacı tarafından tek taraflı olarak hazırlanan ve karşı tarafa serbestçe müzakere edilmeden getirilen düzenlemeler yazılmamış sayılma yaptırımı ile karşı karşıya kalabilecektir.

Kredi sigortası sözleşmelerinde yer alan hem genel hem de özel şartlar genel işlem koşulu olarak değerlendirilmeye elverişlidirler. Burada özellikle Hazine Müsteşarlığı tarafından hazırlanan kredi sigortası genel şartlarının da genel işlem koşulu sayılmasına engel bir durum yoktur.^[53] Bu noktada TBK’nın 20. maddesinin son fıkrası da bu görüşü destekler niteliktedir: “Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.”

V- SİGORTA ETTİRENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa göre;

“cc) Sözleşme süresi içinde

aaa) Genel olarak

MADDE 1444- (1) Sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasından sonra, sigortacının izni olmadan rizikoyu veya mevcut durumu ağırlaştırarak tazminat tutarının artmasını etkileyici davranış ve işlemlerde bulunamaz.

(2) Sigorta ettiren veya onun izniyle başkası, rizikonun gerçekleşme ihtimalini artırıcı veya mevcut durumu ağırlaştırıcı işlemlerde bulunursa yahut sözleşme yapılırken açıkça riziko ağırlaşması olarak kabul edilmiş bulunan hususlardan biri gerçekleşirse derhâl; bu işlemler bilgisi dışında yapılmışsa, bu hususu öğrendiği tarihten itibaren en geç on gün içinde durumu sigortacıya bildirir.”

[53] ÜNAN, s.14.

Rizikonun ağırlaşması halinde sigortalının beyan yükümlüğü Kredi Sigortası Genel Şartları'nda da özel olarak düzenlenmektedir:

“B- ZARAR VE TAZMİNAT

B.1- Muhtemel Zarar Hali ve Rizikonun Ağırlaşması

Sigortalının, bir alıcının ticari veya mali durumu ile ilgili herhangi bir olumsuz bilgiden veya teslimat veya ödeme belgelerinin tevdiinde herhangi bir zorluk veya olağan dışı bir durumdan veya sözleşmenin ifası ile ilgili teminatların tesisinden veya sigorta sözleşmesinin kapsadığı bir zarara yol açabilecek herhangi bir olaydan veya borç ile ilgili bildirimlerden veya açılan davalardan haberdar olur olmaz durumu sigortacıya bildirmesi ya da sigortacının böyle bir durumu saptaması muhtemel zarar halidir.

Muhtemel zarar halinde sigortacı, C.6 maddesinde belirtilen esaslara uygun olarak ve gerekçelerini belirterek bildirim yapmak suretiyle, bir veya birden fazla alıcı ile ilgili veya bazı sözleşme tipleri ile ilgili teminatı azaltabilir veya kaldırabilir.

(Değişik- Yürürlük:25.08.2011) Sigortacının bu şekilde teminatı azaltması veya kaldırmasını takiben, son altı ay içinde düzenlenen satış sözleşmelerine ilişkin olarak, sigortalının belirlenecek bir süre için yapmaya mecbur olduğu teslimatlar için daha önce yürürlükte olan teminat ek sözleşmeyle kapsama alınabilir.

Borç ile ilgili herhangi bir temerrüt hali, sigortalı tarafından vade tarihinden veya uzatılmış vade tarihinden itibaren 60 gün içinde sigortacıya bildirilir. Bu süre özel şartlarda belirtilmek kaydıyla vade veya uzatılmış vadeden itibaren 30 güne indirilebilir.

Bu bildirim yapılmadığı takdirde sigortalı teminattan yararlanma hakkını kaybeder.

Alıcının iflası başlamış veya tasfiye memuru, yedimin veya ilgili makam tayin edilmişse ya da vade tarihinden veya uzatılmış vade tarihinden itibaren 30 gün içinde borcun tam olarak ödenmemiş olması durumunda, sigortacı tarafından açıkça yetki verilmedikçe, sigortalı söz konusu alıcı ile ilgili olarak herhangi bir teslimat yapamaz veya vade tarihinin uzatılmasını kabul edemez.

Muhtemel zarar bildiriminden sonra yapılacak herhangi bir tahsilat derhal sigortacıya bildirilir.”

Kredi Sigortası Genel Şartlarında, sigortalının değişiklikleri bildirme yükümlülüğü şöyle düzenlenmektedir:

“B.10. Değişikliklerin Bildirilmesi

Sigortalı yasal statüsünde veya faaliyetlerinin nitelik yahut kapsamında önemli bir değişiklik olduğunda, bunu en geç 15 gün içinde sigortacıya bildirmekle yükümlüdür. Sigortalının ödeme güçlüğü içinde olması veya faaliyetlerine son vermesi durumunda, sigortacı, söz konusu olayın ortaya çıktığını öğrendiği tarihten itibaren en geç sekiz gün içinde iş bu sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahiptir.

(Değişik- Yürürlük:25.08.2011) C.2. maddesinin diğer hükümleri saklıdır.”

Sigortalının rizikoya ilişkin yükümlülükleri ve bu yükümlülüğe aykırı davranmasının yaptırımını Kredi Sigortası Genel Şartları'nda ayrıntılı olarak düzenlenmektedir:

“B.7- Rizikoya İlişkin Olarak Sigortalının Yükümlülükleri

Sigortalı, bir alıcının ticari veya mali durumu ile ilgili herhangi bir olumsuz bilgiden veya teslimat veya ödeme belgelerinin tevdiinde herhangi bir zorluk veya olağan dışı bir durumdan veya sözleşmenin ifası ile ilgili teminatların tesisinden veya sigorta sözleşmesinin kapsadığı bir zarara yol açabilecek herhangi bir olaydan veya borç ile ilgili bildirimlerden veya açılan davalardan haberdar olur olmaz durumu sigortacıya bildirmekle yükümlüdür.

Sigortalının bu sigorta kapsamında yükleneceği rizikonun tayini için sigortacıya yardımcı olması ve rizikoyla ilgili olarak bildiği tüm ayrıntıları sigorta sözleşmesinin yürürlüğe girmesinden önce sigortacıya iletmesi zorunludur.

Sigortalı, satış işlemine başlarken ve devamında rizikonun tutarı ve süresini de dikkate alarak azami dikkati göstermekle ve bütün işlemleri sigortalı değilmişçesine aynı dikkat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.

Sigortalı, sigortacının önceden yazılı izni olmaksızın alıcının borcu ile ilgili herhangi bir haktan veya teminattan feragat edemez, tamamen veya kısmen iskonto kabul edemez ve borçla ilgili herhangi bir anlaşmaya, uzlaşmaya giremez veya herhangi bir düzenleme yapamaz. Ancak sigortalı, sigortacının ön izni olmaksızın sigortacıya bilgi vererek alıcının kabul ettiği son kredi şartlarıyla belirlenen son ödeme süresini, özel şartlarda belirtilen ödeme süresini aşmamak kaydıyla uzatabilir.

Sigortalı, alıcının vade tarihinde ödeme yapmaması halinde borçla ilgili zararı gidermek veya asgarie indirmek üzere gerekli tüm önlemleri sigortalı değilmişçesine almak ve bu durumla ilgili olarak sigortacının vereceği bütün talimatları yerine getirmekle, alıcı kefiline veya herhangi bir üçüncü kişiye karşı olan hakları da dahil olmak üzere borçla ilgili bütün haklarını korumak için gerekenleri yapmakla yükümlüdür. Bu yükümlülükler tazminatın ödenmesinden sonra da devam eder.

Alınan önlemlere ilişkin giderler, bu önlemler faydasız kalmış olsa bile sigortacı tarafından ödenir.

Sigortalı sözleşme ile ilgili haklarını ve yükümlülüklerini yerine getirdiğinin ispatı amacıyla, sigortacının talep edebileceği bütün bilgi ve belgeleri sigortacıya temin eder. Sigortalı, sözleşme ile ilgili olarak sigortacı tarafından yapılacak incelemelere izin verir.”

“B.8- Tazminat Hakkının Eksilmesi veya Düşmesi

Sigorta ettiren B.7 maddesinde sayılan yükümlülüklerini yerine getirmez ve bunun sonucu zarar miktarında bir artış olursa, sigortacının ödeyeceği tazminattan bu suretle artan kısım indirilir.

Sigorta ettiren, kasten yükümlülüklerine uymaz ve zarar miktarını kasten arttırıcı eylemlerde bulunursa, bu poliçeden doğan hakları düşer.”

VI- SİGORTA PRİMİNİN ARTIRILMASI

Sigorta süresi içinde, riskin artmasına bağlı olarak primin artırılması mümkündür^[54]. Sigorta sözleşmesi yapılırken tespit edilen rizikoyu etkileyen hususlarda meydana gelen olumsuz etkenlerin ortaya çıkması “riziko ağırlaşması” (TTK m. 1444) olarak ifade edilir^[55]. Sigortacı sözleşmenin süresi içinde, rizikonun gerçekleşmesi veya mevcut durumun ağırlaşması ihtimalini ya da sözleşmede riziko ağırlaşması olarak kabul edilebilecek olayların varlığını öğrendiği takdirde, bu tarihten itibaren bir ay içinde sözleşmeyi feshedebilir veya prim farkı isteyebilir. Farkın on gün içinde kabul edilmemesi halinde sözleşme feshedilmiş sayılır (TTK m. 1445 (1)).

Süresinde kullanılmayan fesih ve prim farkını isteme hakkı düşer (TTK m. 1445 (3)).

Türk Ticaret Kanununun m. 1445 hükmü, sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine değiştirilemez; değiştirilirse bu Kanun hükümleri uygulanır (TTK m. 1452 (3)). Bu hüküm uyarınca, sigorta ettirenin ve sigortalının lehine olan Kredi Sigortası Genel Şartları'nın^[56] aşağıdaki hükmü uygulanır.

[54] LYDE&LLP, 38 (5.02).

[55] KENDER, 273.

[56] 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 11inci maddesinin 1inci fıkrası hükmüne göre, sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, Müsteşarlıkça onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenlenir.

Kredi Sigortası Genel Şartları'na göre, “*Sigorta primi, özel şartlarda belirlenen her dönem itibariyle, sigortalının yine özel şartlarda belirtilen usullere göre sigortacıya beyan etmesi kararlaştırılan satış sözleşmelerinden oluşan cirosu esas alınarak belirlenir.*”

Ancak, sigortalı özel şartlarda belirlenen her dönem için, asgari bir prim ödemek zorundadır. Sigortalının, özel şartlarda belirlenen her dönem itibariyle beyan etmesi kararlaştırılan cirosu esas alınarak belirlenen primin, aynı döneme karşılık gelen asgari primden fazla olması halinde, asgari primi aşan kısım sigortalıdan tahsil edilir.” (Kredi Sigortası Genel Şartları, C. 1.)

VII- SİGORTALININ ALACAĞI ÜZERİNDE ÜZERİNDEKİ TASARRUFLAR

Ticari alacakların güvence altına alınması amacıyla yapılan kredi sigortası sözleşmesindeki sigortalının alacağı, alacağın temlikli ya da rehni gibi tasarruflara konu olabilir. Kredi Sigortası Genel Şartları incelendiğinde alacağın devri (temlikli) ile ilgili olarak B.9maddesinin : “*Sigortalı, sigorta sözleşmesi uyarınca sigortacıya karşı sahip olduğu tazminat alacağını ancak sigortalının yazılı onayı ile başkasına temlik edebilir. Temlik işlemi sigortalının işbu sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinin hiçbirini ortadan kaldırmaz. Tazminat alacağını devralmış kişi, tazminat ödemesi ile ilgili olarak sigortalıdan daha fazla bir hakka sahip olamaz ve sigortalının işbu sözleşmeden doğan tüm hakları, temlikten hiçbir şekilde etkilenmeksizin, aynen geçerli olmaya devam eder.*”

Sigortalının yukarıdaki koşullar çerçevesinde tazminat alacağını devretmiş bulunduğu kişi, bir finansal kurum olduğu takdirde, sigortalı, sigortalının onayı ile bu finansal kuruma sigorta sözleşmesinden doğan borçlarını da nakil edebilir.” hükmünü içermektedir. Görüldüğü üzere bu hüküm sigortalının alacağını devretmesini yasaklamamakta fakat sigortalının yazılı onayına tabi kılmaktadır.

Hukuki niteliği itibariyle bir tasarruf işlemi olan alacağın devri^[57] kredi sigortası alanında da uygulanabilecektir. Bir para alacağı olması nedeniyle sigortalının sigortacıya karşı sahip olduğu alacak devre elverişlidir. TBK'da, 183. maddenin birinci fıkrasında “*Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir”* hükmü bulunmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi Genel Şartlardaki hüküm gereği sigortalının yazılı rızası olmadan devir gerçekleşmeyeceği gibi sözleşmede devrin yasaklanması da mümkündür. TBK m. 184 f. 1 hükmü gereği alacağın

[57] EREN, s.1228.

devrinin yazılı şekilde yapılması gereklidir. Buradaki şekle ilişkin düzenleme geçerlilik şeklindedir.

Sigortacının sigortalıya karşı olan borcunu yazılı olarak tanımış olması ve açık bir devir yasağının bulunmaması halinde TBK m. 183 f. 2 hükmü uygulanabilecektir. Bu hükme göre: *“Borçlu, devir yasağı içermeyen yazılı bir borç tanımına güvenerek alacağı devralmış olan üçüncü kişiye karşı, alacağın devredilmeyeceğinin kararlaştırılmış bulunduğu savunmasını ileri süremez.”*

Kredi sözleşmesinden sigortalı lehine doğan alacağın, devredilmesi dışında rehne konu olması da mümkündür. Böyle bir durumda sigortacının 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun alacak rehnine ilişkin hükümlerine dikkat ederek hareket etmesi gerekmektedir. Bu noktada sigortacı Türk Medeni Kanununun 961. maddesinde yer alan *“Rehin kendisine ihbar edilmiş olan borçlu, borcunu asıl alacaklıya veya rehin alacaklısına ancak değerinin rızasıyla ödeyebilir.”*

Bu rızanın bulunmaması hâlinde borçlu, borcunu tevdi etmekle yükümlüdür” şeklindeki düzenlemelere uygun davranmak zorundadır.

VIII- TİCARİ KREDİ SİGORTASI VE HALEFİYET

Bir borç ilişkisinde borcun borçlu tarafından değil de bir üçüncü kişi tarafından ifası, kural olarak borç ilişkisini sona erdirmez. Borçlu alacaklıya karşı olan borcundan kurtulsa da alacaklının yerini bu sefer üçüncü kişi alır ve borçlunun sorumluluğu bu kişiye karşı devam eder. Kanunda açık bir hüküm bulunan hallerde halefiyet hükümleri uygulanmak suretiyle ifada bulunan üçüncü kişi alacaklıyı tatmin etmiş olduğu alacaklıya ait olan haklar da kendisine geçer.^[58]

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda halefiyet ile ilgili düzenleme 127. maddede yer almaktadır. Bu hükme göre: *“Alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişi, aşağıdaki hallerde ifası ölçüsünde alacaklının haklarına halef olur:*

1. *Başkasının borcu için rehnedilen bir şeyi rehinden kurtardığı ve bu şey üzerinde mülkiyet veya başka bir aynı hakkı bulunduğu takdirde.*

2. *Alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişinin ona halef olacağı, borçlu tarafından ifadan önce alacaklıya bildirildiği takdirde.*

Diğer halefiyet hallerine ilişkin kanun hükümleri saklıdır.”

TBK'nın 127. maddesinin son fıkrası diğer halefiyet hallerine ilişkin kanun hükümlerine atıf yapmak suretiyle kredi sigortası sözleşmelerinde halefiyet

[58] EREN, s.930.

konusunda uygulanması gereken Türk Ticaret Kanununun 1472. maddesini işaret etmektedir. Esasen kredi sigortasının bir zarar sigortası olmasının sonucu olarak bu hüküm, uygulanması gereken düzenlemedir.^[59]

TTK m. 1472 hükmüne göre: “*Sigortacı, sigorta tazminatını ödediğinde, hukuken sigortalının yerine geçer. Sigortalının, gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel kadar, sigortacıya intikal eder. Sorumlulara karşı bir dava veya takip başlatılmışsa, sigortacı, mahkemenin veya diğer tarafın onayı gerekmeksizin, halefiyet kuralı uyarınca, sigortalısına yaptığı ödemeyi ispat ederek, dava veya takibi kaldığı yerden devam ettirebilir.*”

Sigortalı, birinci fıkraya göre sigortacıya geçen haklarını ihlal edici şekilde davranırsa, sigortacıya karşı sorumlu olur. Sigortacı zararı kısmen tazmin etmişse, sigortalı kalan kısımdan dolayı sorumlulara karşı sahip olduğu başvurma hakkını korur.” Bu hüküm uyarınca, sigorta tazminatını ödeyen sigortacı, sorumlulara karşı kanuni halefiyet hakkını kullanarak dava açabilecek veya takip başlatabilecektir. Sigorta tazminatının sigortacı tarafından ödenmesinden sonra, sigortalı, sigortacıya geçen hakları ihlal edici şekilde davranırsa; borçluyu ibra ederse sigortacıya karşı sorumlu olacaktır. Sigorta ettiren, halefiyet anından önce; yani henüz hak sigortacıya geçmeden, halefiyeti ihlal edici fiil veya muamelede bulunursa, madde gerekçesi’nden de açıkça anlaşıldığı üzere TTK m. 1448 hükmü uygulanabilir. Şöyle ki; “*GEREKÇE/Madde 1448 – 6762 Sayılı Kanunun koruma tedbirlerini düzenleyen 1293. maddesi temelde korunmuş ancak, uygulamada karşılaşılan sorunları giderebilmek amacıyla biraz daha genişletilmiştir. Öncelikle, yükümlülük sadece rizikonun gerçekleştiği dönemde değil, gerçekleşme ihtimalinin yüksek olduğu dönem için de öngörülmüştür. Zira, bu maddenin amacı, zararın artması yanında zararın oluşmasına da engel olmaktır. Kişi kendisini tehlikelerden korumak için sigortaya başvurur. Yoksa tehlike istenilen bir durum değildir. Bu nedenle, sigorta ettiren, sigortasını yaptırmış olsa bile ihmalkar davranmamalı, rizikonun doğmaması veya doğmuşsa da zararın artmasını önleyici her türlü tedbiri almalıdır.*”

TBK ve TTK’daki hükümler dışında bir de Kredi Sigortası Genel Şartları içerisinde halefiyete ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Genel şartların B.6 hükmüne göre: “*Sigortacı ödediği tazminat tutarınca, hukuken sigortalı yerine geçer. Sigortalı, sigortacının açabileceği davaya yararlı ve elde edilmesi mümkün belge bilgileri vermeye zorunludur.*”

İhracat kredi sigortasında sigortalının kambiyo mevzuatından kaynaklanan yükümlülükleri her halükarda kendi üzerinde kalır.”

[59] Bu duruma ilişkin diğer öneriler için bk. KENDER, 362-364; ÜNAN, 75.

Görüldüğü üzere Türk hukukundaki mevzuat, yasal halefiyeti öngörmektedir. Bu durumda alacaklının alacağını borçludan elde edememesi üzerine, kredi sigortası sözleşmesinde kararlaştırılan sınırlar çerçevesinde, sigortacı alacaklıya ödemede bulunacak ve bu oranda alacaklının haklarına halef olacaktır.^[60] Sigortacı, sözleşmede kararlaştırılan miktar dışında alacaklıya herhangi bir ödemede bulunma yükümlülüğü altında değildir. Başka bir deyişle sigortacı alacaklının alacağını elde edememesi nedeniyle uğradığı diğer zararlarını karşılamak durumunda değildir. Yasal halefiyet dışında sigortalının alacak hakkını sigortacıya temlik etmesi yoluyla da sigortacının söz konusu hakka ulaşması sağlanabilmektedir. Sigortacı ile sigortalı arasında ya baştan yapılan kredi sigortası sözleşmesinde ya da daha sonra sigortacının ödeme yapacağı esnada yapılan anlaşma ile alacağın temlik kararlaştırılıp sigortacının bir nevi akdi halefiyetten yararlanmasına imkan verilebilir.^[61]

IX- TİCARİ KREDİ SİGORTALARINDA RİSK DEĞERLENDİRME

Ticari kredi sigortalarının yurtiçi ve ihracat kredi sigortası olması göz önünde bulundurularak, sigorta ettirenlerin kredi risklerinin değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Ülkemizde kurulmuş risk değerlendirme kuruluşları bu konuda sigorta şirketlerine yardımcı olabilirler.

1- Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi

5684 Sayılı Sigortacılık Kanununda düzenlenen Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi, kredi sigortalarından beklenen yararın sağlanmasında katkı sunabilir. Sigortacılık Kanunundaki düzenlemeye göre;

“MADDE 31/B – (Ek: 13/6/2012-6327/61 md.) (1) Türkiye Sigorta, Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği nezdinde, sigortalılar ve sigorta sözleşmesinden dolayı da olsa menfaat sağlayanlara ilişkin olarak, yanlış sigorta uygulamaları dahil, risk değerlendirmesine esas bilgileri toplamak ve bu bilgilerin sigorta, reasürans ve sigortacılık faaliyetinde bulunan emeklilik şirketleri ile Müsteşarlıkça belirlenecek kişilerle paylaşılmasını sağlamak amacıyla Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi kurulur.”

[60] ÜNAN, s.75.

[61] ÜNAN, s.75-76.

2- Kredi Kayıt Bürosu

Kredi Kayıt Bürosu, bireysel ve kurumsal müşterilerin bilgilerini depolayan ve düzenleyici ve denetleyici otorite tarafından denetlenen bir veri paylaşım kuruluşudur.

Kredi Kayıt Bürosu topladığı müşteri verilerini kredi skorlarına ve raporlarına dönüştürür.

Kredi Kayıt Bürosu'nun da ticari kredi sigortalarının gelişmesine katkı sağlayabilecek bir kuruluş olarak değerlendirilmesi uygundur.

SONUÇ

Ticari kredi sigortası, tacirlerin ticari faaliyetleri ile ilgili bir sigorta branşı olması ve sigorta sözleşmelerinin de Türk Ticaret Kanununda düzenleniyor olması sebebiyle "*ticari hükümler*"e (TTK m. 1) tabidir. Bu konudaki uyuşmazlıkların Asliye Ticaret Mahkemeleri veya Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde çözümü yoluna gidilmelidir.

Ticari kredi sigortası, ticari yaşamın güven ortamında sürmesine katkıda bulunan bir sigorta branşıdır. Bu sigorta ile sigortanın işlevlerinden biri olan "*Sosyal ve ekonomik çöküntü ve kayıpların önlenmesi*" işlevinin gerçekleştirilememesi, aksine sosyal ve ekonomik çöküntü ve kayıplara yol açılması sigortanın amacına aykırılık oluşturur.

Bu nedenle, risk değerlendirme kuruluşlarının vereceği skorlar ve hazırladıkları raporlar, ekonominin sağlıklı çalışması açısından son derece önemlidir. Gerçeği yansıtmayan skorların ve raporların, en gelişmiş ekonomilerin çöküşüne ve küresel krize neden olabileceği yaşanmış olaylar olduğundan katı yasal önlemlerin alınarak uygulanması suretiyle bu tür sosyal ve ekonomik felaketlerin yaşanmaması için gerekli önlemler alınmalıdır.

KAYNAKÇA

BIRDS, John, Birds' Modern Insurance Law, UK 2013.

BOZER, Ali, Sigorta Hukuku, Genel Hükümler – Bazı Sigorta Türleri, Ders Kitapları serisi 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın Nu: 406, Ankara 2004/11.

CASSON Philippe, Assurance-crédit, Répertoire de droit commercial, 2014.

CLARKE, Malcolm, Policies and Perceptions of Insurance, An Introduction to Insurance Law, New York 1997.

ÇEKER, Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, 16. Baskı, Adana 2016.

EUROPEAN COMMISSION, Switching of Tangible and Intangible Assets Between Different Insurance Products, Studies on issues pertaining to the insurance production process with regard to the application of the Insurance Block Exemption Regulation (IBER), http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/KD0216917ENN.pdf (Erişim tarihi: 21.03.2017).

HABIB-DELONCLE Louis/PELISSIER Anne/THURET Christian/BRUN Philippe, Assurance-crédit, Lamy Assurances 2016.

HEUZE Vincent, Assurance-crédit et sûretés personnelles, Recueil Dalloz, 2014, s.493 vd.

HOFMANN, Edgar, Privat-versicherungsrecht, 3. Auflage, München 1991.

KARAYALÇIN, Yaşar, Risk-Sigorta-Risk Yönetimi, Özel Sigorta Hukukuna Giriş, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın Nu:156, Ankara 1984.

KENDER, Rayegan, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, Sigorta Müessesesi-Sigorta Sözleşmesi, Güncelleştirilmiş Onbeşinci Bası, İstanbul 2016.

KUBİLAY, Huriye, Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, İzmir 2003.

KULLMANN Jérôme, Sortir les Grands Risques du Code des Assurances, 20ème rencontres AMRAE, http://www.amrae.fr/sites/default/files/2012_02_09_SortirGrandsRisquesCodeAssurances_AMRAE.pdf E.T:19.03.2017.

LYDE, Barlow&LLP, Gilbert, Insurance Law Handbook, Fourt Edition, 2008.

MOLES, Peter, Financial Risk management, Sources of Financial Risk and Risk Assessment, UK 2013.

REAVIS III, Marshall Wilson, Insurance: Concepts & Coverage, Property, Liability, Life, Health and Risk Management, Canada 2012.

SAKARYA Şakir/UÇAK Sefer, Türkiye’de İhracat Kredi Sigortası Uygulaması; ABD ve Güney Kore ile Karşılaştırması, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:6, sayı:11, Bahar 2007/2, s.103-117.

SCALISE Christian, L’assurance-crédit et la couverture des opérations commerciales et de trade-finance, Responsabilité et Assurances, 2013, s.26.

ÜNAN, Samim,–Sigorta Tüketici Hukuku, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Sigortaya Uygulanabilecek Hükümleri – On-line Sigorta, İstanbul 2016.

Kredi (Ticari Alacak Sigortası) Genel Şartları Şerhi, 2013.

WEYERS, Hans-Leo, Versicherungs-vertragsrecht, Germany 1986.

WILLIAMS, Jr. C. Arthur/SMITH, Michael L./YOUNG, Peter C., Risk Management and Insurance, Seventh Edition, United States of America, 1995.

Venedik Komisyonu Raporları

--

VENEDİK KOMİSYONU

Av. Seher KIRBAŞ CANİKOĞLU*

Avrupa Konseyi Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu, Venedik'te toplandığı için daha yaygın ve bilinen adıyla Venedik Komisyonu, anayasal konularda Avrupa Konseyi'nin danışma organıdır.

Venedik Komisyonu'nun rolü, Komisyonun üyesi ülkelere hukuki öneriler oluşturmak ve daha spesifik olarak da, hukuki ve kurumsal yapılarını demokrasi, insan hakları ve hukuk alanlarındaki uluslararası deneyimler ve Avrupa standartlarına uygun standartlar çizgisine getirmek isteyen devletlere yardımcı olmaktır.

Komisyon aynı zamanda, uyuşmazlık ve ihtilafların yönetiminde de rol oynayarak ve devletlere geçiş dönemlerinde "acil anayasal yardım" sağlayarak, ortak bir anayasal mirasın yaygınlaşması ve konsolide olmasını sağlamaya yardımcı olur.

Komisyon, 18 Avrupa Konseyi üye devleti tarafından, Mayıs 1990'da kurulmuştur. Halihazırda Komisyona üye 61 ülke vardır ve 2017 itibariyle, üye ülkelerin toplam nüfusu 3 milyarın üzerindedir.

Bu ülkeler, 47 Avrupa Konseyi üyesi ülke (*Arnavutluk, Andora, Ermenistan, Avusturya, Azerbaycan, Belçika, Bosna Hersek, Bulgaristan, Hırvatistan, Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Gürcistan, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İzlanda, İrlanda, İtalya, Letonya, Liechtenstein, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Monako, Karadağ, Hollanda, Norveç, Polonya, Portekiz, Moldavya, Romanya, Rusya, San Marino, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, İspanya, İsviçre, İsveç, Makedonya, Türkiye, Ukrayna, İngiltere*) ve

14 de Avrupa Konseyi üyesi olmayan ülkelerdir (*Cezayir, Brezilya, Şili, Kosta Rika, İsrail, Kazakistan, Güney Kore, Kosova, Kırgızistan, Fas, Meksika, Peru, Tunus, ABD*). *Belarus* yedek üye, *Arjantin, Kanada, Papalık, Japonya ve Uruguay* gözlemci üyedir. *Fransızca Konuşan Ülkeler Anayasa Mahkemeleri Birliği, Güney Afrika, Avrupa Birliği ve Filistin* özel statüdedir.

Avrupa Birliği ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, Komisyonun çalışmalarına katılım sağlayan iki uluslararası partneridir.

Komisyonun genel kurul toplantılarına, Avrupa Komisyonu ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Bürosu da katılır.

Komisyonun Daimi Sekreteryası, Fransa Strazburg'daki Avrupa Konseyi Genel Merkezi'nde bulunmaktadır. Genel Kurul toplantıları ise Mart, Haziran, Ekim ve Aralık aylarında olmak üzere yılda 4 kere İtalya Venedik'teki Scuola Grande di San Giovanni Evangelista'ta yapılmaktadır.

Komisyonun bireysel üyeleri; uluslararası hukuk ve kamu hukuku alanında üniversite profesörleri, yüksek yargı ve anayasa mahkemesi yargıçları, ulusal parlamento üyeleri ve devlet memurlarından oluşmaktadır. Bu bireysel üyeler, komisyona üye ülkeler tarafından dört yıllığına atanır ve bireysel olarak faaliyet gösterirler. Her üye ülke tarafından, bir asil ve bir veya iki yedek üye atanır. Aralık 2009'dan bugüne kadar, komisyonun başkanlık görevi, Gianni Buquicchio tarafından yürütülmektedir.

Komisyonun faaliyetleri, aynı zamanda Avrupa Komisyonu'nun da faaliyetlerinin temelini oluşturan üç ana ilke olan demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğünü temel alır. Bu ilkeler ışığında, Komisyonun üç ana faaliyet alanı, aşağıdaki şekildedir:

- Demokratik kurumlar ve temel haklar
- Anayasal haklar ve tabi haklar
- Seçimler, referandumlar ve siyasi partiler

Bu faaliyet alanlarına dair, Komisyon tarafından görüşler, çalışmalar, raporlar hazırlanır, seminerler ve konferanslar düzenlenir.

Venedik Komisyonunun temel hedefi, bir yandan Avrupa'nın temel değerleri nezdinde kıtanın "anayasal mirasının" yayılmasına katkıda bulunmak, diğer yandan da ülkelere "anayasal ilkyardım" yapmaktır.

Komisyona, bu hedef doğrultusunda, dört alanda faaliyet göstermektedir. Bunlar: Anayasa hazırlanması sürecine yardım etme, Seçimler, referandumlar ve siyasi parti düzenlenmelerine yardımcı olma, Anayasa mahkemeleriyle ve ombudsmanlarla işbirliği yapma, eşitli uluslararası konularda çalışmalar yapma, raporlar hazırlama, seminerler düzenleme.

Venedik Komisyonu, özellikle Berlin Duvarı'nın çöküşü sonrası Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin anayasa hazırlama sürecinde ihtiyaç duydukları yardımı sağlamış ve bu ülkelerin Avrupa standartlarına uygun anayasalar hazırlamalarında öncü rol üstlenmiştir.

Venedik Komisyonu'nun ana görevi, devletlerce incelemesi için iletilen taslak mevzuat veya halihazırda yürürlükteki mevzuata dair hukuki görüş hazırlamaktır. Komisyon tarafından, aynı zamanda çeşitli çalışmalar ve raporlar da hazırlanır. Komisyon üyelerinden oluşan gruplarca hazırlanan taslak görüşler ve çalışmalar, genel kurul toplantılarında tartışılarak son haline getirilir.

Komisyon tarafından, bir anayasa mahkemesi veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin talebi üzerine, bir mevzuat için sadece anayasaya uygunluk değil, karşılaştırmalı anayasal hukuk ve uluslararası hukuk yönlerinden bilirkişi raporları da hazırlanabilmektedir.

Üye ülkelerin parlamentoları, hükümetleri, devlet başkanları, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Avrupa Konseyi Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresi, Avrupa Birliği, AĞİT Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Bürosu ve Komisyonun çalışmasında yer alan diğer uluslararası kuruluşlar, Komisyondan görüş talebinde bulunabilirler.

Komisyon'dan görüş isteme talebi, e-posta, faks veya posta yoluyla Komisyon başkanına veya Komisyon Sekreteriyasına yapılabilmektedir.

Komisyon, hazırladığı görüşlerdeki çözümler konusunda empoze edici bir yaklaşım göstermez. Bunu yerine, üye devletlerin deneyim ve uygulamalarını paylaşmayı önceleyen ve diyalogu temel alan bir yaklaşım kullanır. Bunu sağlamak için, paydaşlarla görüşmek ve konuyu mümkün olduğunca objektif şekilde ele almak için, bir çalışma grubu tarafından ilgili ülke ziyaret edilir. Ülkenin ilgili yetkililerince de, Komisyona raporun taslak haline dair görüşler iletilebilir. Bu sebeplerde dolayı, Komisyon tarafından hazırlanan görüşler, ilgili ülke tarafından genellikle dikkate alınır.

Komisyon tarafından bir görüşün hazırlanma süreci, aşağıda özetlendiği şekildedir:

- Görüş talep edilen mevzuata dair Komisyona talepte bulunulması
- Sekreteryaya desteğiyle, raportör üye ve uzmanlardan oluşan bir çalışma grubu kurulması
- Mevzuatın uluslararası standartlara uyumluluğu üzerine taslak görüş hazırlanması
- İlgili ülkenin yetkililer, sivil toplum ve diğer ilgili paydaşlarla görüşmek üzere ziyaret edilmesi
- Nihai taslak görüşün hazırlanması
- Nihai taslak görüşün genel kurul toplantısı öncesi Komisyonun tüm üyelerine sunulması
- Taslak görüşün bir alt-komisyonunda ve ulusal yetkililerle görüşülmesi (bu adım sadece gerekli bazı durumlarda uygulanır)
- Nihai taslak görüşün genel kurul toplantısında görüşülmesi ve düzenlenerek son haline getirilmesi
- Oluşan nihai görüşün, görüş talep eden organa iletilmesi
- Nihai görüşün, Komisyonun web sitesinde yayımlanması

Demokrasinin kalitesi sadece yasaların kalitesine değil, aynı zamanda uygulamaya da bağlı olduğu için, Komisyon tarafından anayasa mahkemeleri, parlamentolar, merkezi seçim kurulları ve üniversitelerle birlikte, çeşitli seminer ve konferanslar da düzenlenmektedir.

Komisyon tarafından bugüne kadar 50'dan fazla ülke ve 80'den fazla çalışma üzerine, 500'den fazla görüş oluşturulmuştur.

Onlarca üniversite ve mahkeme ile birlikte, 250 seminer ve konferans düzenlemiştir.

İnsan hakları ve idari mevzuatla ilgili, 3000'in üzerinde devlet memuruna eğitim verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2002 yılından bugüne kadar 90'ın üzerinde davada, Venedik Komisyonu'nun görüşlerine atıfta bulunmuştur.

Komisyon, Avrupa Konseyi ülkelerinde kabul edilmiş standartları ve iyi uygulamaları, komşu ülkeler başta olmak üzere, sınırların ötesinde paylaşmaktadır.

Komisyunun amaçları arasında, farklı kıtalardaki ülkeler arasındaki diyalog yollarını geliştirmek de bulunmaktadır. Buna bağlı olarak da, 2002 yılında genişleyerek, Avrupa kıtası dışındaki birçok ülkeyi de tam üye olarak kabul etmiştir. Böylelikle, Orta Asya, Güney Akdeniz ve Latin Amerika ülkeleriyle işbirliği programları geliştirilebilmiştir. Venedik Komisyonu tarafından Orta Asya'da anayasa, yargı sistemi ve seçim sistemi reformları alanlarında, birçok proje geliştirilmiştir. Bu bağlamda, Tacikistan, Kırgızistan ve Kazakistan'daki ulusal yetkililer, Komisyonla oldukça olumlu bir diyalog geliştirmişlerdir.

Arap Baharı sonrasında, Komisyon ile Fas ve Tunus arasında çok olumlu bir diyalog kurularak başarılı projeler yürütülmüş, bu durum da bölgedeki diğer ülkelerden Mısır, Ürdün ve Libya ile diyalog yollarını açmıştır.

Latin Amerika ülkeleri, demokrasiye geçiş, anayasa ve seçim mevzuatı gibi konularda Avrupa ile her zaman deneyim paylaşımı yapmak istemişler, Venedik Komisyonu da bu konulardaki diyalogu mümkün kılmada önemli bir rol üstlenmiştir. Son yıllarda Komisyon tarafından Brezilya, Meksika, Şili ve Peru ile başarılı faaliyetler ve projeler yürütülmüştür.

Venedik Komisyonu, bu bölgelerdeki uluslararası çeşitli kuruluşların ve ülkelerin yetkili makamlarının bağımsız, tarafsız, yetkin ve güvenilir bir partneri olarak, saygınlığını kanıtlamıştır.

Türkiye'de özellikle son yıllarda hukuk ve demokrasi konularında bir geriye gidişin olduğunu, mevzuatta yapılan değişiklikler ve mahkemelerce verilen kararların bu geriye gidişi pekiştirdiğini görmemek mümkün değildir. Venedik Komisyonu, Türkiye'deki önemli mevzuat değişiklikleri ve bu değişikliklerin hukuka ve demokrasiye etkileri konusunda hükümet yetkilileri, sivil toplum örgütleri, muhalefet partileri ve ilgili olabilecek diğer paydaşlarla görüşmeler yapmış, bu görüşmeler sonucunda düzenlemelerin ulusal ve uluslararası hukuka uygunluğu, demokrasi ve insan haklarına etkileri üzerinden değerlendirmelerde bulunmuş ve tavsiyelerine yer vermiştir. Komisyon tarafından bu konularda yayımlanan görüşlerden özellikle son dönemlerde ülke gündemini uzun süre meşgul eden ve gelecekte de etme potansiyeli olan, hukuku, insan haklarını ve demokrasiyi etkileyecek olanların Ankara Barosu Dergisi'nde yer almasının önemli olduğu kanaatindeyiz. Bu sebeple, aşağıdaki görüşleri yayımlamanın uygun olacağına karar verdik:

- Türkiye Büyük Millet Meclisi Tarafından 21 Ocak 2017 Tarihinde Kabul Edilen ve 16 Nisan 2017 Tarihinde Referanduma Sunulacak Olan Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Görüş (13 Mart 2017)

- Anayasa'nın 83. Maddesinin 2. Fıkrasının Askıya Alınması/Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması Hakkında Görüş (14 Ekim 2016)
- Son Dönemde Çıkarılan KHK'larda Yer Alan Medya Özgürlüğüne İlişkin Tedbirler Üzerine Görüş (13 Mart 2017)
- Sulh Ceza Hakimliklerinin Görev, Yetki ve İşleyişleri Hakkında Görüş (13 Mart 2017)
- Sokağa Çıkma Yasaklarının Yasal Çerçevesi Hakkında Görüş (13 Haziran 2016)
- 15 Temmuz 2016 Başarısız Darbe Girişimi Sonrasında Çıkarılan 667 ila 676 Sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri Hakkında Görüş (12 Aralık 2016)
- Türk Ceza Kanunu'nun 216, 299, 301 ve 314. Maddeleri Hakkında Görüş (15 Mart 2016)

Meslektaşlarımıza faydalı olması dileklerimizle...

AVRUPA KOMİSYONU
VENEDİK KOMİSYONU

Strazburg, 13 Haziran 2016
842/2016 sayılı Görüş Raporu CDL-AD(2016)010

AVRUPA HUKUK YOLUYLA DEMOKRASİ KOMİSYONU
(VENEDİK KOMİSYONU)
TÜRKİYE

SOKAĞA ÇIKMA YASAKLARININ YASAL ÇERÇEVESİ
HAKKINDA
GÖRÜŞ RAPORU

**Venedik Komisyonunun 107. Genel Kurul Toplantısında
kabul edilmiştir
(Venedik, 10-11 Haziran 2016)**

Rapora Temel Teşkil Eden Görüşlerin Sahipleri

Sn. Joao CORREIA (Üye, Portekiz)

Sn. Ghazi JERIBI (Üye, Tunus)

Sn. Jan VELAES (Üye, Belçika)

Sn. Hanna SUCHOCKA (Eski Üye, Polonya)

GAYRİRESMİ ÇEVİRİ

Bu belge İnsan Hakları Ortak Platformu tarafından Türkçeye çevrilmiştir.

www.venice.coe.int

ANKARA BAROSU'NUN NOTU: Çeviride kısmi düzeltmeler yapılmıştır. İngilizce “derogation” terimi çeviride “aykırılık”, “aykırı davranma” ve benzer biçimlerde karşılanmış olmakla birlikte bu terim, sözleşmelerde öngörülen yükümlülüklerin sözleşmeciler tarafından yine sözleşmede öngörülen usule uygun olarak (yükümlülüklerin askıya alınmasından farklı olarak) azaltılması, bu yükümlülüklerden geçici olarak muaf olma anlamına gelmekte olup çevirinin bütünlüğü açısından bu sözcüğün çevirisine müdahale edilmemiştir.

I. Giriş

1. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi İzleme Komitesi Başkanlığı, 15 Mart 2016 günü Venedik Komisyonuna bir yazı göndererek, Türkiye’de uygulanan sokağa çıkma yasaklarına ilişkin yasal çerçevenin Avrupa standartlarına uyumu hakkında görüş bildirmesini talep etmiştir (bkz. CDL-REF(2016)028).

2. Bu görüş raporunu hazırlamak için Sn. J. Correia, Sn. G. Jeribi, Sn. H. Suchocka ve Sn. J. Velaers’den oluşan bir raportörler grubu oluşturulmuştur. Venedik Komisyonu delegasyonu, yetkili makamlar (Adalet Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı, Anayasa Mahkemesi), siyasi partilerin temsilcileri ve sivil toplum temsilcileri ile görüşmek üzere 26 ve 27 Nisan 2016 tarihlerinde Ankara’yı ziyaret etmiştir. Komisyon, Türk makamlarına bu ziyareti mükemmel bir biçimde organize ettikleri için, görüşme yapılan kişilere de gösterdikleri yardımseverlikten ve verdikleri bilgilerden dolayı teşekkür etmektedir. Türkiye’deki yetkili makamlar taslak Görüş raporu hakkındaki gözlemlerini 9 Haziran 2016 günü Komisyona yazılı bir şekilde vermişlerdir.

3. Bu görüş raporu, anayasa ve mevzuat hükümlerinin Türkiye’deki yetkili makamlarca temin edilen İngilizce çevirisine dayanan Fransızca çevirinin üzerinden yapılan değerlendirme neticesinde hazırlanmıştır. Çeviri metnin, asıl metne tamamen sadık olamayacağı düşünülürse, gündeme getirilen meselelerden bazılarının bu hükümlerin içeriğinden ziyade çeviri hatasından kaynaklanmış olması da mümkündür.

4. Bu görüş raporu, raportörlerin katkılarına dayanarak hazırlanmış, 9 Haziran 2016 tarihinde temel haklara dair Alt Komisyon toplantısında tartışılmış ve müteakiben de Venedik Komisyonunun 10-11 Haziran 2016 tarihlerinde Venedik’te gerçekleştirilen 107. Genel Kurul Toplantısında kabul edilmiştir.

II. Başlangıç

A. Arka plan

5. Sivil halka ve güvenlik güçlerine yönelik saldırıların boyutundaki ve miktarındaki artışın gösterdiği gibi, son aylarda Türkiye’de şiddet ve terör tırmanmaktadır.

6. Ayrıca, 2015 yaz aylarından bu yana Türkiye’nin güneydoğusunda şiddet şimdiye kadar olmadığı kadar artmış, Türk güvenlik kuvvetleri ve bölgedeki silahlı gruplar arasında büyük çatışmalar meydana gelmiş ve bu durum yerel halk açısından ağır sonuçlar doğurmuştur.

7. 2015 Ağustos ayından bu yana yürütülen güvenlik operasyonları çerçevesinde bölgedeki bazı illerde ve yaklaşık yirmi ilçede (Cizre, Silopi, İdil-Şırnak, Dargeçit-Mardin ve Sur-Diyarbakır) valiler ve kaymakamlar tarafından, süresi bir kaç gün ilâ bir kaç hafta arasında değişen, hatta bazı durumlarda bir kaç aya kadar uzayan altmış kadar sokağa çıkma yasağı ilan edilmiştir. 2016 Nisan ayında İçişleri Bakanlığından alınan bilgilere göre uygulanan sokağa çıkma yasakları şöyledir: Dışarı çıkma yasağının kaldırıldığı belli aralıklarla birlikte; Cizre – toplam 75 gün (bu tedbir halen yürürlükteydi), Silopi- 75 gün, Sur – 87 gün ve İdil – 11 gün. Bu yasaklardan yaklaşık 200.000 kişi doğrudan etkilenmiştir. Bu arada, resmi olmayan kaynaklar, sokağa çıkma yasaklarının, uzun dönemler aralıksız devam ettiğini bildirmektedir.^[1]

8. Bu istisnai koşullara rağmen, Türkiye’deki yetkili makamlar, sokağa çıkma yasaklarını koyarken, Türkiye Anayasasının veya uluslararası insan hakları sözleşmelerinin, bazı insan hakları yükümlülüklerine belli usuli ve maddi koşullar altında aykırı davranılmasına izin veren hükümlerine başvurmamışlardır

9. Aynı zamanda, çok sayıda yerel ve uluslararası kaynak tarafından son aylarda bu bölgelerde yaşayan kişilerin durumunun endişe verici boyutta kötüleştiği de bildirilmiştir. Yaşanan çatışmalardan dolayı bölgeyi terk edenlerin sayısı, bilginin verildiği kaynağa bağlı olarak 100.000 ila 200.000 arasında değişmektedir. Resmi olmayan gözlemcilere göre^[2] bölgede yaşayan 1.500.000

[1] Bkz. Uluslararası Af Örgütü, İnsan Hakları İzleme Örgütü, Uluslararası Kriz Grubu, Federation Internationales des Droits de l’Homme (FIDH), Türkiye İnsan Hakları Derneği (İHD), Türkiye İnsan Hakları Vakfı (HRF), Diyarbakır Barosu vs. tarafından düzenlenmiş raporlar.

[2] Bkz. Uluslararası Af Örgütü, İnsan Hakları İzleme Örgütü, Uluslararası Kriz Grubu, Federation Internationales des Droits de l’Homme (FIDH), Türkiye İnsan Hakları Derneği (İHD), Türkiye İnsan Hakları Vakfı (HRF), Diyarbakır Barosu vs. tarafından düzenlenmiş raporlar.

kişi, şu andaki durumdan doğrudan doğruya veya dolaylı şekilde etkilenmektedir. Çatışmalar sırasında büyük ölçekli mal kaybı ve maddi hasar meydana gelmiş, daha da önemlisi sivillerden ve güvenlik kuvvetlerinden yüzlerce kişi hayatını kaybetmiş, hak ve özgürlük ihlallerine ilişkin iddialar, hem ulusal hem de uluslararası alanda büyük tepki toplamıştır.

10. Çatışmalardan en çok etkilenen güneydoğu bölgesi de dâhil Türkiye'ye yaptığı son ziyaret sonrasında açıklama yapan Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, 2015 Ağustos ayında bu yana devam eden terör karşıtı operasyonların en can alıcı özelliğinin "Türkiye'nin Güneydoğusunda mahalleleri veya şehirleri kapsayacak şekilde ilan edilen, tüm gün süren, ucu açık ve giderek uzayan sokağa çıkma yasakları" olduğuna dikkat çekmiştir.^[3] Terörle savaşmanın ve halkı korumanın Türkiye'nin hakkı ve görevi olduğunu kabul eden Komiser, güvenlik meseleleri ile insan hakları arasında bir denge kurmaya ihtiyaç duyulduğunu vurgulamıştır. "Komiser, PKK [Kürdistan İşçi Partisi] ve Dağ tarafından gerçekleştirilenler dâhil, Türk vatandaşlarına ve devletine yönelik tüm terör eylemlerini ve şiddeti kesin bir dille kınamaktadır." Komiser, ayrıca Türkiye'yi "bu mücadele sırasında insan haklarından ve hukukun üstünlüğü ilkesinden sapmamaya" teşvik etmiş, "zira bu durumun nihayetinde bu örgütlerin çıkarlarına hizmet edeceğini" ifade etmiştir.

11. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiseri, 10 Mayıs 2016 günü "son bir kaç ayda Türkiye'nin güneydoğusunda Türk ordusu ve güvenlik kuvvetlerince gerçekleştirdiği iddia edilen ihlallere dair biz dizi endişe verici şikâyet geldiğini" açıklamıştır. Yüksek Komiser, yaptığı basın açıklamasında şu ifadeleri kullanmıştır: "PKK [Kürdistan İşçi Partisi] ile bağlantısı olduğu iddia edilen gençlik gruplarının ve diğer devlet dışı yapıların Cizre'de ve diğer bölgelerde uyguladıkları şiddeti ve diğer yasa dışı eylemleri kesinlikle kınıyorum ve terör eylemleri sonucunda meydana gelmiş tüm can kayıplarından üzüntü duyuyorum." Sözlerine şöyle devam etmiştir: "Vatandaşlarını şiddet eylemlerinden korumak Türkiye'nin görevi olsa da yetkililerin güvenliği sağlarken veya teröre karşı operasyonlar yürütürken insan haklarına saygı göstermesi ve işkence, yargısız infaz, ölçsüz ölümcül güç kullanımı ve keyfi gözaltı eylemlerini yasaklayan uluslararası hukuka uyması gerekir."

[3] Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserininin 14 Nisan 2016 tarihinde Türkiye ziyaretini müteakiben yaptığı açıklama <http://www.coe.int/en/web/commissioner/-/turkey-security-trumping-human-rights-free-expression-under-threat?inheritRedirect=true&redirect=%2Ffr%2Fweb%2Fcommissioner%2Fcountry-report%2Fturkey>

B. Bu görüş raporunun kapsamı

12. Venedik Komisyonu, daha önce bir çok defa ifade ettiği gibi^[4] her türlü terör eylemini kesinlikle kınadığını tekrar etmek istemektedir. Bu tür eylemler, tam da AİHS'in yücelttiği değerlere bir saldırdır ve bu eylemlerin hiç bir şekilde haklı gösterilmesi mümkün değildir. Venedik Komisyonu, demokratik bir devletin saldırıya uğradığında kendisini savunma hakkına ve halkını da bu tür eylemlere karşı koruma görevine sahip olduğunu tekrarlamaktadır. Komisyon, Türkiye'deki yetkili makamların karşılaştığı durumun ciddiyetinin, teröre karşı verdikleri mücadelede aşmak zorunda oldukları zorlukların karmaşıklığının ve bu açıdan kendilerine düşen yükün ağırlığının ve PKK'nın AB tarafından bir terör örgütü olarak kabul edildiğinin farkındadır.

13. Bununla beraber, teröre karşı verilen mücadele sırasında özgürlük, demokrasi, insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğüne saygı gibi ortak Avrupa değerleri güvence altına alınmalıdır.^[5] Her devletin halkını ve topraklarını tehdit eden eylemlere karşı kendisini savunması ve güvenliğini sağlaması meşru ise de alınan tedbirlerin yasallık ilkesine uygun, gerekli ve orantılı olması şarttır.

14. Bu görüşün kapsamı, uluslararası hukuktan, özellikle AİHS ve Avrupa Konseyi standartlarından doğan yükümlülükler ışığında Türkiye'de sokağa çıkma yasaklarının yasal çerçevesinin ve 2015 Ağustos ayından bu yana Türkiye'nin Güneydoğusundaki bazı şehirlerde ve ilçelerde uygulanan sokağa çıkma yasağı kararlarının yasal dayanağının incelenmesi ile sınırlıdır. İncelenecek yasal meseleler arasında sokağa çıkma yasağının anayasal dayanağı, bu durumun Türk mevzuatına nasıl yansdığı, idari makamların (valiler ve kaymakamlar) ilan ettiği sokağa çıkma yasaklarının yasal dayanağı, haklara ve temel özgürlüklere

[4] CDL-AD(2015)006, Güvenlik hizmetlerinin demokratik denetimine ilişkin 2007 raporunun güncellemesi ve elektronik istihbarat kurumlarının demokratik denetimine ilişkin rapor; CDL-AD(2008)004, Silahlı kuvvetlerin demokratik kontrolüne ilişkin rapor (2008); CDL-AD(2006)15 Olağanüstü hallerde insan haklarının korunmasına dair görüş raporu (2006); Olağanüstü hallerde insan hakları ve demokratik kurumların işleyişi (Demokrasi bilimi ve tekniği, No 17) (1996) CDL-STD(1996)017-e; Olağanüstü Yetkiler – Demokrasi bilimi ve tekniği No. 12 (1995), CDL-STD(1995)012-e; CDL-AD(2016)006 Fransa'nın "Ulusun Korunması" adlı Anayasada değişiklik öngören kanun taslağına ilişkin Görüş raporu; CDL-AD(2011)049, Ermenistan olağanüstü halin yasal rejimine dair kanun taslağına ilişkin görüş raporu.

[5] AİHM içtihatlarında teröre karşı mücadelenin meşruiyetini tutarlı bir şekilde kabul ederken, bu meşru mücadelenin, AİHS'de öngörülen haklara saygı gösteren bir şekilde yürütülmesi gerektiğine de tekrar tekrar işaret etmiştir (bkz. Öcalan-Türkiye, başvuru no. 46221/99, 12 Mayıs 2005, 104 numaralı paragraf); Ramirez Sanchez-Fransa, Başvuru No 59450/00, 4 Temmuz 2006, 84, 115 numaralı paragraflar.

getirilen kısıtlamalar, alınan koruma tedbirleri ve bu düzenlemelerin Avrupa standartlarına uyumu yer almaktadır.

15. Venedik Komisyonunun kendisine verilen görev ve iletilen talep doğrultusunda yaptığı değerlendirmenin amacı, yetkililerin sokağa çıkma yasağıyla bağlantılı olarak aldığı spesifik tedbirler veya bu tedbirlerin uluslararası anlaşmaların (özellikle AİHS ve Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi^[6]) Güneydoğu Türkiye'deki gibi istisnai durumları düzenleyen hükümlerine ne ölçüde uyduğu konusunda yorum yapmak değildir. Hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğine dair farklı iddialar karşısında taraf tutmak da Venedik Komisyonunun yetkisinde değildir.

III. Uluslararası yasal çerçeve

A. İstisnai bir tedbir olarak sokağa çıkma yasağı

16. Tüm siyasi rejimlerde sokağa çıkma yasağı ilan etme imkânı varsa da bu terimin, uluslararası alanda kabul edilmiş belli bir tanımı mevcut değildir. Bununla beraber, farklı hukuk sistemlerinde yer alan sokağa çıkma yasakları ayırt edici özellikleriyle tanımlanabilir.

17. Öncelikle sokağa çıkma yasakları, başlangıçta istisnai koşullar karşısında başvuru istisnai bir tedbir olarak görülmüştür ve genellikle olağanüstü hal veya sıkıyönetim ile bağlantılı olarak ortaya çıkmıştır. Sokağa çıkma yasakları, devletin, (devlete karşı, hükümete karşı veya halkın farklı kesimleri arasında) şiddet eylemlerinin ortaya çıkması ihtimalinin yüksek olduğu veya şiddetin tırmandığı durumlarda, hukuku ve düzeni korumak, sürdürmek ve eski haline getirmek ve vatandaşlarının can ve mal güvenliğini korumak için başvurabileceği bir dizi tedbir arasında yer almaktadır.

18. İkinci olarak, diğer istisnai tedbirler gibi sokağa çıkma yasakları, herkesin normalde sahip olduğu günlük hak ve özgürlüklerin yasak süresince kısıtlanmasını da beraberinde getirmektedir. Sokağa çıkma yasağının, her şeyden evvel halk ayaklanmasını, isyanı ve şiddeti önlemesi ve kontrol etmesi için tasarlanmış kısıtlamaları, genellikle arzu edilen ve gerekli görülen ya da en kötüsü katlanılmak zorunda olunan bir durum olarak görülmektedir. Sokağa çıkma yasağından etkilenebilecek haklar ve özgürlükler, bu yasağın uygulandığı duruma ve alınan spesifik tedbirlere bağlı olarak büyük değişiklikler gösterebilir. Bu hak ve özgürlükler şöyle sıralanabilir; kişinin özgürlük ve güvenlik hakkı; özel ve aile hayatına saygı hakkı; toplanma özgürlüğü; örgütlenme özgürlüğü;

[6] Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi.

din özgürlüğü; bilgi alma ve verme özgürlüğü, mülkiyetin korunması hakkı, eğitim hakkı, işkence ve insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yasağı, yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü hakkı.

19. Sokağa çıkma yasağının ilk etkilediği hak, serbest seyahat hakkıdır. Genel anlamıyla sokağa çıkma yasağı “insanların gece belli bir saatten sonra dışarı çıkmamasını şart koşan bir emir veya kanun”^[7] veya akşamları belli kuralların uygulandığı kesin bir saati belirleyen, özellikle ister sivillerin isterse diğer izinsiz kişilerin dışarıda kalmasını yasaklayan veya insanların toplandığı kamuya açık alanların kapatılmasını emreden bir kararnamedir. Sokakta olan herkese yaptırım uygulanır ve bu yaptırımlar tutuklama ve hapis olabilir, hatta daha kısıtlayıcı bir sokağa çıkma yasağı (sıkıyönetim) söz konusu olduğunda sokaktaki kişi “resmi yetkililerin bilgisi ve izni olmadan sokağa çıktığı için silahla vurularak öldürülebilir”^[8].

20. Pratikte, bir sokağa çıkma yasağı, bu terimin genel kabul gören anlamının ötesinde, süresine (günün belli saatlerinde uygulanan veya daha nadiren, daimi, tüm gün süren sokağa çıkma yasağı) belirli bir dönem için ilan edilmiş olup olmamasına, kapsadığı coğrafi alana (köy, semt veya daha geniş bir coğrafi alan / bölge); uygulanan kısıtlamaların niteliğine (bu yasak, sadece dışarı çıkma yasağı ile sınırlı kalmayabilir) göre değişebilir. Bir sokağa çıkma yasağının uygulandığı toplumun sosyal, ekonomik, kültürel ve siyasi hayatı ile temel hakların kullanılması üzerinde yarattığı etkinin büyük ölçüde bu etmenlere bağlı olduğu açıktır. Bu nedenle hem olağanüstü halin getirdiği sorunlara eğilmeye hem de devlet yetkisinin suiistimal edilmesi riskini azaltmaya yardımcı olacak uygun bir yasal çerçeveye ihtiyaç vardır; bu sayede hukuk vasıtasıyla istisnai koşulların getirdiği istisnai bir tedbirin alınması ve kişi hak ve özgürlüklerine ilişkin kaygılar arasında uygun bir denge kurulabilir.

21. Sokağa çıkma yasakları genellikle olağanüstü halin (veya sıkıyönetimin) resmi bir şekilde ilan edilmesiyle bağlantılı olduğundan, ilke olarak kuralları açıktır. Bir çok ülke olağanüstü hallerde geçerli olan özel hukuk kurallarını (genellikle anayasalarında) belirler, olağanüstü hal/sıkıyönetim ilan edilmesine ilişkin temel koşulları ve usulleri, böyle bir durumda sokağa çıkma yasağı dâhil olmak üzere alınabilecek tedbirleri, temel haklara getirilen kısıtlamalarla birlikte uygulanacak koruma tedbirlerini tanımlar. Bu gibi tedbirlerin nasıl uygulanacağı mevzuat ile belirlenir. Venedik Komisyonunun olağanüstü yetkilere

[7] Merriam-Webster Sözlüğü.

[8] Sokağa çıkma yasağının daha ayrıntılı bir analizi için bkz. Paul R. Brass (2006) Collective Violence, Human Rights, and the Politics of Curfew, Journal of Human Rights, 5:3, 323-340, DOI: 10.1080/14754830600812324.

dair Raporunda işaret ettiği gibi^[9] “Bir Devlet, mantıksız veya keyfi olmadığı müddetçe, olağanüstü hal durumunda kamu sağlığını, güvenliğini ve refahını korumak için normalde anayasanın koruduğu haklar olarak kabul edilebilecek hakları çiğneyebilir.” Bu bağlamda, devletler, uluslararası anlaşmaların, temel haklara aykırılığı düzenleyen ve olağanüstü hallerde başvurabilecekleri hükümlerine uymak zorundadırlar.

22. Devlet, resmi olarak olağanüstü hal ilan etmemeye karar verdiğinde ve sokağa çıkma yasağının “normal” zamanlarda uygulanmasına müsaade ettiğinde ise durum farklıdır. Bu koşullar altında, böyle bir karardan dolayı temel haklara getirilen kısıtlamaların, uluslararası belgelerin söz konusu haklara ilişkin sınırlama hükümlerine uyması şarttır (aşağıya bkz.).

B. Olağanüstü hal – insan haklarına ilişkin uluslararası hükümler

23. Olağanüstü hallerde, hem devletin muhtelif yetkilileri ve kurumları arasındaki sorumluluk ve yetki paylaşımında değişiklikler meydana gelir hem de normal insan hakları standartlarına aykırı tedbirler alınır. Bu aykırı tedbirlerin kanunlarla düzenlenmesi elzemdir zira geçmiş deneyimler, en ciddi insan hakları ihlallerinin olağanüstü hallerde meydana gelme eğiliminde olduğunu göstermiştir.^[10]

24. Uluslararası hukukta bu düzenleme temel insan hakları belgelerinde yer alan ve olağanüstü hallerde yükümlülüklerin askıya alınmasına imkân veren hükümler yapılmıştır. Bu hükümler şöyle sıralanabilir: AİHS madde 15, Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi madde 4, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi madde 27. Bu belgelerde yer alan yükümlülükleri askıya alma usulleri, ilgili uluslararası kurumlara devletlerin, ulusun varlığını korumak amacıyla giriştikleri ve temel hakları ihlal eden eylemleri de dâhil olmak üzere tüm eylemlerini izleme aracı sunmaktadır.

25. Buna göre, AİHS madde 15, devletlere Sözleşme ile üstlenmiş oldukları belli hak ve özgürlükleri güvence altına alma yükümlülüklerini istisnai koşullar altında geçici, sınırlı ve denetimli bir şekilde askıya alma^[11] imkânı sunmaktadır:

[9] Olağanüstü Yetkiler, zikredilmiş kaynakta, s. 6.

[10] Olağanüstü Yetkiler, zikredilmiş kaynakta, s. 4.

[11] Türkiye, 1990'ların başında ulusal güvenliğine yönelik tehditleri ve bu tehditlere karşı savaşında daha güçlü tedbirlere ihtiyacını dile getirerek ve AİHS madde 15'e dayanarak bir dizi deklarasyon sunmuş ve bu sayede Hükümete yayınların yasaklanması, matbaaların kapatılması, grevlerin askıya alınması veya grev için iznin zorunlu kılınması, köylerin veya meskûn mahallerin boşaltılması veya kişilerin olağanüstü hal bölgesi dışındaki bir

1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.
 2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez.
 3. Aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir.
26. Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi madde 4 ise şöyledir:
1. Ulusun hayatını tehdit eden ve varlığı resmen ilan edilmiş olan olağanüstü bir durumun ortaya çıkması halinde, bu Sözleşmeye Taraf Devletler, uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülüklerine aykırı olmamak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din ya da toplumsal kökene dayalı bir ayrımcılık içermemesi kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde olmak üzere, bu Sözleşmeden doğan yükümlülüklerinden ayrılan tedbirler alabilirler.
 2. Bu hükme dayanılarak Sözleşme'nin 6, 7, 8 (1. ve 2. fıkralar), 11, 15, 16 ve 18. maddelerine aykırılık getirilemez.
 3. Aykırılık hakkından yararlanmak isteyen bu Sözleşmeye Taraf Devletler, hangi hükümleri uygulamaktan kaçındıklarını ve bu davranışta bulunmalarına yol açan nedenleri, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri aracılığıyla, bu Sözleşmeye Taraf diğer Devletlere derhal bildireceklerdir. Böyle bir aykırılığı sona erdirdikleri tarih konusunda da yine aynı kanal aracılığıyla bir bildirimde bulunacaklardır.

yere yerleşmesinin emredilmesi ve kamu görevlilerinin başka yerlere tayin edilmesi gibi AİHS'nde yer alan güvencelere aykırı katı tedbirler alma yetkisi kazandırmıştır. Bu katı tedbirler 1993 yılında yükümlülükleri askıya alma bildiriminin kapsamını AİHS madde 5 (özgürlük ve güvenlik hakkı) ile ilgili olarak sınırlayan Türkiye, 2002 Ocak ayında bu deklarasyonları geri çekmiştir.

27. Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi madde 4'e ilişkin 29 sayılı Genel Yorumda işaret edildiği gibi,^[12] Sözleşmenin hükümlerine aykırı tedbirlerin istisnai ve geçici nitelikte olması şarttır ve bir devletin bu tedbirlere başvurmasından önce iki temel şart karşılanmalıdır. Bunlar, ulusun hayatını tehdit eden olağanüstü bir halin var olması ve devletin resmen olağanüstü hal ilan etmesidir.^[13] “Bu ikinci şart, en çok ihtiyaç duyulan bir zamanda yasallık ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin korunması bakımından elzemdir. Devletler, Sözleşmenin herhangi bir hükmüne aykırı davranılmasıyla sonuçlanabilecek bir olağanüstü hal ilan ederken, böyle bir olağanüstü halin ilanını ve olağanüstü yetkilerin kullanılmasını düzenleyen kendi anayasa hükümlerine ve diğer kanun hükümlerine uygun hareket etmelidirler [...]”

28. Ayrıca, AİHS madde 18'de şu ifadeler yer alırken, “Bu Sözleşme hükümleri ile anılan hak ve özgürlüklere izin verilen kısıtlamalar öngörüldükleri amaç dışında uygulanamaz.”, madde 17 ile “bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşmede öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan” faaliyetler veya eylemler yasaklanmaktadır.

29. Venedik Komisyonunun değerlendirmesinde dikkate aldığı standartlar ve kaynaklar arasında, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin 1713 (2005) sayılı Tavsiye Kararı da yer almaktadır.^[14] Bu tavsiye kararında, “güvenlik ihtiyacının genellikle hükümetleri istisnai tedbirler almaya yönelttiği” dikkate alınırken “bu tedbirlerin gerçekten de istisnai olması gerektiği, zira herhangi bir Devletin olağanüstü koşullarda dahi hukukun üstünlüğü ilkesini göz ardı etme hakkına sahip olmadığı” vurgulanmaktadır. Aynı tavsiye kararında, “herhangi bir alanda alınan istisnai tedbirler meclis tarafından denetlenmeli ve temel anayasal hakların kullanılmasını ciddi şekilde engellememelidir” denmektedir.

30. Parlamenterler Meclisi, son dönemde aldığı 2090 (2016) sayılı Kararında^[15] teröre karşı mücadelenin önemini kabul ederken, “terör karşıtı tedbirlerin orantılı olmayan kısıtlamalar getirme veya demokratik kontrolü zayıflatma ve

[12] Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, 29 numaralı Genel Yorum, Olağanüstü Hal (madde 4), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 Ağustos 2011.

[13] Bir durumun olağanüstü hal kabul edilmesi için karşılanması gereken şartlar ve istisnai durumlarda devletlerin uyması gereken ilkeler hakkında daha fazla bilgi için bkz. CDL-AD(2016)06, 27-28 numaralı paragraflar.

[14] Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, 1713 (2005) numaralı Tavsiye Kararı, 23 Haziran 2005, üye devletlerde güvenlik sektörünün demokratik gözetimi, 23 Haziran 2005, <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=11000&lang=en>

[15] <http://assembly.coe.int/nw/xml/Xref/XML2HTML-EN.asp?fileid=22481&lang=en>.

bu nedenle Devletin güvenliğini korumak adına temel özgürlükleri ve hukukun üstünlüğü ilkesini ihlal etme” riskinin bulunduğu daire uyarıda bulunmuştur.

31. Bu bağlamda, Venedik Komisyonu, olağanüstü hallerde istisnai tedbirlere başvurmak için aşağıdaki kriterleri de içeren “Hukukun Üstünlüğü Kontrol Listesine”^[16] atıfta bulunmaktadır:

Olağanüstü hallerde istisnalara yer verilmiş mi?

- i. Olağanüstü hallerde (savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka olağanüstü haller) uygulanabilecek belli ulusal hükümler mevcut mu? Ulusal hukuka göre böyle durumlarda insan haklarına aykırı tedbirler alınması mümkün mü? Böyle bir istisnai tedbiri almak için karşılanması gereken koşullar ve kriterler nelerdir?
- ii. Ulusal hukuk, olağanüstü hallerde dahi bazı haklara aykırı davranılmasını yasaklıyor mu? Aykırı tedbirler orantılı mı; süre, koşullar ve kapsam bakımından kesinlikle durumun gerektirdikleriyle sınırlı mı?
- iii. Olağanüstü hallerde yürütmenin, normal kuvvetler ayrılığına aykırı davranması imkânı da süre, koşul ve kapsam bakımından sınırlı mı?
- iv. Olağanüstü hali tespit etmekte kullanılan usul nedir? Olağanüstü halin varlığına ve süresine ve bu olağanüstü hal durumunda başvurulacak aykırı tedbirin kapsamına dair meclis kontrolü ve yargı denetimi mevcut mu?

32. Komisyon, konuyla ilgili çalışmasında ve olağanüstü halleri düzenleyen ulusal yasal kurallar hakkında verdiği görüşlerde bu meseleleri değerlendirmiştir.^[17]

33. Yukarıda bahsedilen tüm kurallardan anlaşıldığı kadarıyla, sokağa çıkma yasağı gibi istisnai tedbirlerin kullanılması açısından

- devletlerin, teröre karşı mücadelede istisnai tedbirler almasına prensipte müsaade edilmektedir;
- olağanüstü hal ilan edilmesi elzem bir koşuldur. Olağanüstü halin ilan edilme şekline ilişkin denetim, olağanüstü yetkilerin kullanılmasına ilişkin anayasal ve yasal hükümlere göre yapılmalıdır;
- alınan tedbirler her halükarda kanunlarla öngörülmeli, gereklilik (gerçek ve yakın bir tehdide yönelik alınmalı) ve orantılılık kriterlerini karşılamalı, geçici olmalı (tehdit ortadan kalktığında tedbir de kalkmalıdır)

[16] CDL-AD(2016)007 Hukuku Üstünlüğü Kontrol Listesi, 11-12 Mart 2016.

[17] Bkz. 5 numaralı dipnot.

meclisin denetiminde olmalı, temel anayasal hakların kullanılmasını ciddi şekilde engellememeli; ihlal edilemez haklara saygı göstermeli; yargı denetimine açık olmalıdır.

C. Yükümlülükler aykırı tedbirler alma mekanizmasının dışında alınan istisnai tedbirler

34. Bir Devletin, AİHS madde 15 kapsamında^[18] Sözleşmenin haklarına aykırı tedbirler alma hakkından yararlanmama kararı, Sözleşmenin tamamıyla kabul edilmesinden farksızdır ve ülke hukukunda veya uluslararası hukukta bunun uygulanmasına yönelik bir engel bulunmadığı anlaşılmaktadır.^[19]

35. Böyle bir karar, devletin, sadece aykırı tedbirler alınması mümkün olmayan haklarla değil, Sözleşmedeki tüm haklarla ilgili yükümlülüklerine uyumunun “normal” denetiminin önünü açmaktadır. Sözleşme, söz konusu hakka bağlı olarak devletlere sadece belli eylemlerden uzak durmaları hususunda negatif yükümlülükler yüklememekte, aynı zamanda hem maddi hem de usulle ilgili bir çok pozitif yükümlülük de yüklemektedir.

36. Buna göre, bir devletin aldığı istisnai bir tedbir (sokağa çıkma yasağı gibi) ve bu tedbirden dolayı temel haklara getirilen kısıtlamalar, Sözleşmenin “normal” zamanlarda geçerli olan hükümlerine nazaran değerlendirilecek ve ilgili hakların her birine özgü sınırlama hükümlerinde belirlenen koşulları karşılamak zorunda olacaktır: bu tedbirler (erişilebilirlik, açıklık ve tahmin edilebilirlik şartlarına uygun olarak) kanunlarda öngörülmekte midir? Meşru bir amaç gütmekte midirler ve demokratik bir toplumda gerekli midirler? Orantılılık testinden geçmekte midirler?

IV. Sokağa çıkma yasakları için geçerli ulusal yasal çerçeve. Analiz

A. Anayasal hükümler

a) Olağanüstü hal bağlamında sokağa çıkma yasağı

37. Türk hukukunda sokağa çıkma yasağından, Anayasanın düzenlediği ve özellikle temel haklarla ilgili hükümleri geçersiz kılma olasılığı bulunan iki istisnai durumda başvurulabilecek tedbirlerden biri olarak açıkça bahsedilmektedir.

[18] Bir devlet Kişisel ve Siyasi Haklar Sözleşmesi madde 4'ten yararlanmama kararı aldığı da benzer sonuçlar doğmaktadır.

[19] Bkz. Khashiyev ve Akayeva – Rusya (Başvuru No. 57942/00 ve 57945/00).

Bu istisnai durumlar şöyledir: (1) Şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması ve (2) sıkıyönetim.

38. Türkiye Anayasasında olağanüstü hali ele alan, olağanüstü halin resmen ilan edilmesine ilişkin açık koşulları, kuralları ve usulleri ve yetkililerin olağanüstü hal durumunda uymaları gereken genel ilkeleri belirleyen açık hükümler bulunması memnuniyetle karşılanmalıdır. Venedik Komisyonu, olağanüstü hal ilanının anayasada yer almasının, hem olağanüstü halin ilanına veya uzatılmasına ilişkin şartlar, hem de olağanüstü halin uygulanması sırasında izin verilen tedbirler bakımından suiistimallere karşı korumayı güçlendirdiğine işaret etmiştir.^[20]

39. Venedik Komisyonundan Türkiye’de bu yetkileri düzenleyen anayasal ve yasal çerçeveye ilişkin ayrıntılı bir çalışma yapması veya bu yasal sistemlerin uluslararası standartlar ve ilkelerle uyumlu olup olmadığını değerlendirmesi istenmemiştir. Bununla beraber, prensipte^[21] Türkiye’de sokağa çıkma yasağının böyle olağanüstü haller için düşünüldüğü, zira bu gibi olağanüstü hallere ilişkin mevzuatta bundan açıkça bahsedildiği söylenmelidir.

40. Bu nedenle, Komisyon son dönemde alınan sokağa çıkma yasağı tedbirlerinin yasal dayanağını incelerken, Türkiye Anayasasında böyle bir tedbire yer verilen yasal düzenlemeleri, daha açık bir ifadeyle olağanüstü hal bağlamında yapılan yasal düzenlemeleri tespit ederek işe başlamıştır.^[22] Daha açık bir ifadeyle, doğası gereği temel hakların kısıtlanması ile sonuçlanan bir tedbirle ilgili olarak sorulması gereken soru, anayasal ilkelere ve Türkiye’nin bu alanda üstlendiği uluslararası yükümlülüklerle tam uyum sağlamak için bu tedbirle birlikte hangi korumaların temin edildiğidir. Anayasanın 90. maddesine göre, Türkiye’de usulünce yürürlüğe konmuş uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğuna dikkat edilmelidir. Türk kanunları ve temel haklara ilişkin uluslararası antlaşmalar arasında çıkabilecek uyumsuzluklarda uluslararası antlaşma hükümleri esas alınmaktadır.

b) Temel hakların kısıtlanmasına uygulanan kurallar

41. Komisyon, Türkiye Anayasasında, temel hakların normal koşullarda (13. madde) veya olağanüstü koşullarda (15. madde) sınırlanabileceğine dair belli hükümler bulunduğunu dikkate alarak değerlendirmesine başlamıştır.

[20] Olağanüstü yetkiler, zikredilen kaynakta. Ayrıca bkz. CDL-AD(2015)006, 46 numaralı paragraf.

[21] Bkz. bu görüşün 52 numaralı paragrafı.

[22] Bu görüş bağlamında, Venedik Komisyonu ağırlıklı olarak olağanüstü halle ilgili anayasal ve yasal çerçeveyi inceleyecektir.

42. Anayasanın 13. maddesi şöyledir: “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

43. Anayasanın 15. maddesi, AİHS’in 15. maddesine dayanarak olağanüstü hallerle ilgili olarak aşağıdaki genel ilkeyi belirlemektedir. “Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz...”

c) Olağanüstü hal – anayasal çerçeve

44. Olağanüstü hale ilişkin anayasal ilkeler Anayasanın 119 ila 121. maddeleri arasında ele alınmıştır.^[23] Anayasanın 119.^[24] ve 120.^[25] maddeleri olağanüstü halin ilan edilmesine ilişkin maddi ve şekli koşulları ve olağanüstü halin süresini

[23] Anayasanın 122. maddesi, sıkıyönetim durumunda uygulanacak anayasal kuralları belirlemektedir.

[24] Anayasanın 119. maddesi, doğal bir afet veya ciddi bir ekonomik kriz sonrasında olağanüstü hal ilan edilmesiyle ilgilidir.

[25] Olağanüstü hallerle ilgili düzenleme
MADDE 121- Anayasanın 119 ve 120. maddeleri uyarınca olağanüstü hal ilânına karar verilmesi durumunda, bu karar Resmî Gazetede yayımlanır ve hemen Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur. Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde ise derhal toplantıya çağırılır. Meclis, olağanüstü hal süresini değiştirebilir, Bakanlar Kurulunun istemi üzerine, her defasında dört ayı geçmemek üzere, süreyi uzatabilir veya olağanüstü hali kaldırabilir.

ve coğrafi kapsamını belirlerken, 121. madde^[26] olağanüstü hal kararının onaylanmasını düzenlemektedir.^[27]

d) Meclis denetimi

45. Bu tür kararların istisnai nitelikte olduğunu gösteren olumlu bir nokta da, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun olağanüstü hal ilan edebilmesi için, önce Milli Güvenlik Kurulunun görüşünü sonra da meclisin onayını almasını şart koşan şekli düzenlemelerdir. Olağanüstü hal, yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde süresi altı ayı geçmemek üzere ilan edilebilir. Bu yüzden olağanüstü hal ilan etme kararının Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanması şarttır ve meclis aynı zamanda olağanüstü halin süresini değiştirmeye, dört aya kadar bir dönem için uzatmaya veya kaldırmaya karar verebilir (121. madde).

e) Yargı denetimi

46. Anayasada ayrıca, olağanüstü halin ilan edilmesinden sonra Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararname çıkarabileceği de yer almaktadır. 121. maddenin, bu tür kararnamelerin meclisin onayından geçmesini şart koşan hükmü olumlu olsa da, olağanüstü hallerde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmayacağı da (bkz. Anayasanın 148. maddesi) dikkate alınmalıdır. Ayrıca, Anayasanın 91. maddesine göre, sıkıyönetim durumunda ve olağanüstü hallerde hak ve özgürlüklerin, istisnai olarak, kanun hükmünde

[26] 119 uncu madde uyarınca ilân edilen olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, Anayasanın 15 inci maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya nasıl durdurulacağı, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usulleri, Olağanüstü Hal Kanununda düzenlenir.

Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnameler çıkarabilir. Bu kararnameler, Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur; bunların Meclisçe onaylanmasına ilişkin süre ve usul, İçtüzükte belirlenir.

[27] Aynı şekilde, 122. madde sıkıyönetim ilanının maddi ve şekli koşullarını tesis etmekte ve sıkıyönetimin uygulanmasına ilişkin düzenlemelerin tarifi için ilgili kanuna (sıkıyönetim kanunu) gönderme yapmaktadır.

kararnemelerle düzenlenebilmesi mümkündür. Olağanüstü hal ilanı, parlamento kararı biçimini aldığından, bu noktada da anayasal denetim bulunmamaktadır.

47. Ayrıca, yetkililerce teyit edildiği üzere, olağanüstü hal döneminde Bakanlar Kurulunca çıkarılan kararnemeler, yasama sürecinin erken aşamasını oluşturduğundan idari mahkemelerin salahiyetine de girmemektedir.

48. Aynı zamanda, olağanüstü hal sırasında yetkililerin diğer idari “kararları/işlemleri”^[28] olağan yargı denetimine tabi olsa da olağanüstü hal sırasında idari işlemlere karşı açılacak davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilememektedir (Olağanüstü Hal Kanununun 33. maddesi; bu madde Anayasanın 125. maddesine dayanmaktadır).^[29]

49. Bu bilgiler ışığında, sokağa çıkma yasağı tedbirlerinin uygulanmasını amaçlayan bir kararnamenin yasallık denetimine tabi olup olmadığı açık değildir. Komisyon, olağanüstü hal sırasında yetkililerin yükümlülükleri askıya alan tedbirlerinin ve kararlarının yargı tarafından denetlenmesinin önemiyle ilgili olarak Fransa'nın “Ulusun Korunması” adlı anayasasında değişiklik öngören kanun taslağına dair hazırladığı Görüş raporuna atıfta bulunmaktadır.^[30] Komisyon, Türkiye'deki yetkili makamlara, olağanüstü hallerde yetkili makamlarca alınan tüm tedbirlerin yasallığının, gerekliliğinin ve orantılılığının etkin bir şekilde denetlenmesini mümkün kılacak uygun bir sistem oluşturmalarını tavsiye etmektedir.

f) Uygulama yöntemleri–yasallık şartı

50. Anayasanın 121. maddesi, olağanüstü halin resmen ilan edilmesinden sonra olağanüstü hal sırasında kamuya getirilebilecek yükümlülüklerin nasıl tespit edileceği, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne şekilde alınacağı, hangi usullerin izleneceği ve yetkililerin görevlerinde olağanüstü hal sırasında ne gibi değişiklikler yapılacağı konularıyla ilgili olarak ilgili kanuna (Olağanüstü Hal Kanununa) gönderme yapmaktadır. Bu nedenle, sokağa çıkma yasağıyla bağlantılı tüm yükümlülükler ve tedbirler kanunda öngörülmüş olmalıdır.

[28] 33. maddeye göre bu yetkililer şunlardır: İçişleri Bakanı, Olağanüstü Hal Bölge Valisi, il valisi.

[29] “Kanun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlandırabilir.” (Anayasanın 125. maddesi)

[30] CDL-AD(2016)06, paragraf 71-74, ayrıca bkz. Olağanüstü yetkiler, zikredilen kaynaktan ve BM İnsan Hakları Komitesinin Olağanüstü Hallerle ilgili 29/2001 numaralı Genel Yorumu (Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi madde 4), CCPR/C/21/Rev.1/Add 11, paragraf 14.

51. Anayasanın 121. maddesinde yer alan bir kuralın, hak veya özgürlüklerin sınırlandırılması veya durdurulması için Anayasanın 15. maddesindeki ilkelere uyulmasını şart koşması da memnuniyetle karşılanabilir. Böyle bir kuralın anlamı, bu gibi tedbirlerin sadece “durumun gerektirdiği ölçüde” -bu şekilde orantılılık ilkesinin istisnai rejim sırasında da geçerli olduğuna da işaret edilmektedir- ve Türk devletinin uluslararası yükümlülüklerine uygun şekilde alınması gerektiğidir ve tabii ki tüm bunlar yetkili makamların AİHS ile Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin temel hakları koruyan hükümlerine aykırı olan tedbirleri duyurması zorunluluğunu ifade etmektedir. Ayrıca, Olağanüstü Hal Kanununun kendisi de Anayasanın, olağanüstü hal-lerde dahi dokunulamayan hakları sıralayan 15. maddesindeki şartlara atıfta bulunmaktadır,^[31] ve bu da söz konusu hakların korunması için önemli bir anayasal korumayı teşkil etmektedir.^[32]

B. Sokağa çıkma yasağını düzenleyen yasal hükümler

52. 25 Ekim 1983 tarihli ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanununun (bundan sonra “Olağanüstü Hal Kanunu” olarak anılacaktır) 11(a) maddesinde, genel güvenlik, asayiş ve kamu düzenini korumak, şiddet olaylarının yaygınlaşmasını önlemek amacıyla alınabilecek tedbirler arasında “sokağa çıkmanın sınırlandırılması veya yasaklanması” da açıkça sayılmaktadır. Aynı zamanda, 13 Mayıs 1971 tarihli ve 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 3(l) maddesi, sokağa çıkma yasağını, gerektiğinde alınabilecek tedbirlerden biri olarak sıralamaktadır. Bununla beraber, sokağa çıkma yasağını veya bu yasağın uygulanmasına ilişkin maddi veya şekli şartları, yasağı uygulama yollarını veya uygulanmasıyla ilgili sınırlamaları tanımlayan bir metin mevcut değildir.

53. Olağanüstü halin ciddi sonuçları düşünüldüğünde, bu durum kabul edilebilir gözükmemektedir. Venedik Komisyonu, yetkililerin yukarıda bahsedilen hükümleri gecikmeden incelemesini ve sokağa çıkma yasağı kararlarıyla ilgili olarak Türk mevzuatında öngörülen istisnai tedbirlerle bağlantılı tüm koşullara ve güvencelere yer veren açık, kesin ve ayrıntılı kuralların hazırlanması için gerekli adımları atmasını tavsiye etmektedir.

[31] “Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; 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.”

[32] Venedik Komisyonu, Olağanüstü Yetkiler, zikredilen kaynakta.

54. Venedik Komisyonu, Türk Ceza Muhakemesi Kanununda^[33] “10 Haziran 1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanununa dayanılarak alınan sokağa çıkma yasağını ihlal etmenin” (madde 91(4)(e)^[34]) kolluk kuvvetlerince gözetimiyle sonuçlanabileceği yazdığını da dikkate almaktadır. Bununla beraber, 10 Haziran 1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanununda (bundan sonra “İl İdaresi Kanunu” olarak anılacaktır) sokağa çıkma yasağına açık bir atıfta bulunulmamaktadır.

C. Türkiye'nin güneydoğusunda uygulanan sokağa çıkma yasaklarının yasal dayanağı

a) Yetkili makamların düşüncesi

55. 2015 Temmuz ayından bu yana Türkiye'nin güneydoğusunda meydana gelen karışıklığın yatıştırılması sırasında, sokağa çıkma yasakları ilan edilirken istisnai durumlara ilişkin anayasal ve yasal hükümlere atıfta bulunulmamıştır.

56. Bununla beraber, Türkiye'deki yetkili makamların raportörlere gönderdiği bir bilgilendirme yazısına göre,^[35] Anayasanın 119, 120 ve 121. maddeleri ile Olağanüstü Hal Kanunu doğrultusunda olağanüstü hal ilan etmek, hatta Anayasanın 122. maddesi doğrultusunda sıkıyönetim ilan etmek için gereken yasal koşullar mevcuttu ve mecliste bu kararları onaylamak için yeterli çoğunluk bulunuyordu. Oysa yetkililer, bunun yerine sokağa çıkma yasaklarını İl İdaresi Kanununun 11. maddesine dayanarak uygulamayı tercih etmişlerdir.

57. Yetkililer, AİHS'i (AİHS madde 15 ve Anayasanın 15. maddesi uyarınca) kısmen dahi askıya almamak ve “temel hak ve özgürlükler alanında gerilememek” ve demokrasi ve demilitarizasyon yolunda elde edilen kazanımları korumak amacıyla bu yolu seçtiklerini ileri sürmektedirler. Bu koşullar altında, sokağa çıkma yasaklarının “...sivil inisiyatifi devam ettirmenin ve temel hak ve özgürlükleri korumanın esnek bir yöntemi” olarak uygulanmasının yerel halkın lehine olduğu şeklinde bir açıklama yapmaktadırlar. Yetkililere göre, terör örgütünün yüzlerce militanının bulunduğu ve yüzlerce bubi tuzağının kurulduğu, kitlelerin arasından güvenlik kuvvetlerini hedeflediği kentlerde sokağa çıkma yasaklarının uygulanması, hükümetin insan hakları alanındaki

[33] 4 Aralık 2004 tarih ve 5271 numaralı Kanun, değiştirildiği haliyle.

[34] Ceza Muhakemesi Kanununun 91. maddesinin dördüncü fıkrası, 27 Mart 2015 tarihinde Ceza Kanununda değişiklik yapan 6638 numaralı Kanununun 13. maddesi ile değiştirilmiştir.

[35] Türkiye'deki yetkili makamların 24 Nisan 2016 günü Venedik Komisyonuna gönderdiği bilgi notu, s. 3.

pozitif yükümlülüklerinin bir parçasını teşkil etmektedir. Söz konusu yazıda, Türkiye Cumhuriyetinin teröre karşı verdiği savaşta birinci önceliğinin silahlı terör örgütünün üyeleri ile sivilleri birbirinden ayırmak ve sivil ölümlerinin önüne geçmek olduğu ifade edilmektedir. Bu nedenle sokağa çıkma yasakları esasen bu amaca hizmet etmektedir.^[36]

58. Yetkililere göre, böyle bir tercihte bulunulması sayesinde silahlı gruplarla mücadele ederken insanların can ve mal güvenliği daha kolay korunabilmektedir, çünkü sokağa çıkma yasaklarını sadece yerel yetkililer uygulayabildiğinden, böyle bir yasak kararı ihtiyaca göre alınmakta ve uygulanmaktadır. Yetkililer ayrıca, temel hakları koruması amaçlanan tedbirler açısından, bu tercihin daha fazla esneklik ve orantılılık sağladığını düşünmektedirler. Yetkililer, bu bağlamda, sokağa çıkma yasaklarının şehirlerin veya ilçelerin sadece güvenlik operasyonlarının yapıldığı kısımlarında ve sadece operasyon sürecinde uygulandığını da ifade etmektedirler. Aynı zamanda, bu durumdan etkilenenlerin temel ihtiyaçlarını karşılamak, özellikle gıda ve sağlık hizmetlerine erişim sağlamak için sürekli çaba sarf edildiğine de işaret etmektedirler.

59. Türkiye'deki yetkili makamlar, İl İdaresi Kanununun aşağıdaki hükümlerini, sokağa çıkma yasağı kararlarının yasal dayanağı olarak göstermektedirler (bkz. CDL-REF(2016)028):

- “Suç işlenmesini önlemek, kamu düzen ve güvenini korumak için gereken tedbirleri” alma konusunda valiye yetki veren ve bunun için de devletin genel ve özel kolluk kuvvetlerinin kullanılmasını öngören madde 11(a)
- “Huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisini” valinin ödev ve görevleri arasında sayan madde 11(a)
- İlçelerde aynı yetkileri aynı şartlarla kaymakama veren madde 32(b) ve 32(ç);
- Kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi hâlinde vali veya kaymakam tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan tedbirlere aykırı davranışların üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmasını öngören madde 66.

[36] 24 Nisan 2016 tarihli bilgi notu, s. 4.

60. Türkiye'deki yetkili makamlara göre, İl İdaresi Kanununda sokağa çıkma yasağından bahsedilmiyorsa bile, Ceza Muhakemesi Kanununun 91(4)(e) sayılı maddesinde sokağa çıkma yasağından, İl İdaresi Kanununa dayanılarak alınabilecek bir tedbir olarak bahsedilmesi sokağa çıkma yasağı kararlarının, resmen olağanüstü hal ilan etmeksizin sadece bu kanuna dayanarak alınabileceğini göstermektedir.

61. Venedik Komisyonuna, Türkiye'nin güneydoğusunda valiler ve kaymakamlarca alınan sokağa çıkma yasağı kararlarının tümünün İl İdaresi Kanununun hükümlerine dayandığı bilgisi verilmiştir. Örneğin, 2015 Eylül ayında, Şırnak valisi bir basın açıklaması yaparak, ayrılıkçı terör örgütünün mensuplarını yakalamak ve insanların can ve mal güvenliğini korumak için 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 11(c) maddesine göre Cizre ilçesinde sokağa çıkma yasağı ilan edildiğini ve başka bir emre kadar bu yasağın 4 Eylül 2015 günü saat 20.00'den itibaren geçerli olacağını söylemiştir.

b) İlgili içtihatlar

62. Türkiye'deki yetkili makamlar, raportörlere verdikleri bilgilerde, sokağa çıkma yasakları sırasında temel hakların ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvurular üzerine idare mahkemeleri, Anayasa Mahkemesi^[37] ve AİHM tarafından alınan bazı kararlara yer vermişlerdir. Tedbir kararı talep eden başvuru sahipleri, sokağa çıkma yasaklarının kanunlara uygun olmadığı itirazında bulunmuşlardır. Yetkililerin görüşüne göre bu kararlar, sokağa çıkma yasaklarının yargı denetimine tabi olduğunu göstermekte, hatta gösterilen yasal dayanağın geçerliliğini pekiştirmektedir.

63. Komisyon, Türk mahkemelerinin, durumun ciddiyetini, şiddetin seviyesini, insanların maruz kaldıkları riskleri dikkate alarak, sokağa çıkma yasaklarının temelsiz kabul edilemeyeceği düşüncesiyle davacıların taleplerini reddetmiş olduklarını dikkate almaktadır.

64. Anayasa Mahkemesi, başvuru sahiplerinin verdikleri bilgilerin yetersiz olduğu kanaatine varmış ve talep ettikleri tedbir kararlarını vermeyi reddetmiş, ancak yetkilileri durumu incelemeye ve zor durumda kalan kişilere, tespit edilen ihtiyaçlarına göre yardım etmeye davet etmiştir. Mahkeme, 11 Eylül 2015 tarihli

[37] Örn. bkz. Diyarbakır 3. İdare Mahkemesi'nin kararı (Esas No. 2015/803 Karar No. 2015869) T.C. Anayasa Mahkemesi'nin tedbire ilişkin ara kararı B. No. 2015/19907, 26/12/2015.

kararında,^[38] sokağa çıkma yasağı uygulamanın nedenlerini (terör örgütünün mensuplarını yakalamak ve terör saldırıları sırasında can ve mal güvenliğini korumak) dikkate almış ve “valiliğin anılan gerekçelerle sokağa çıkma yasağı ilan etmesinin temelsiz olduğu söylenemez” şeklinde tespitte bulunmuştur. Mahkeme, sokağa çıkma yasakları hakkında daha sonra verdiği tüm kararlarda, bu bulgudan ayrılması için bir gerekçe bulunmaması sebebiyle sistemli bir şekilde bu bulguya atıfta bulunmuştur.

65. Bununla beraber, Komisyon, Anayasa Mahkemesi temsilcileri ile bir araya gelen raportörlere Mahkemenin henüz yasallık meselelerini esastan incelemediği ve tedbir kararlarının reddedilmiş olmasının, Mahkemenin sokağa çıkma yasaklarına yeşil ışık yaktığı şeklinde yorumlanmaması gerektiğinin söylendiğine dikkati çekmektedir.

66. 2015 Aralık ayından bu yana Türkiye’deki sokağa çıkma yasağı tedbirleriyle bağlantılı olarak bir kaç düzine tedbir kararı talebi alan Avrupa Mahkemesi, bazı başvurulara öncelik vermeye karar vermiştir.^[39] Mahkeme, bazı davalarda Türkiye’deki yetkili makamları, mağdur olan başvuru sahiplerinin can güvenliğini ve vücut bütünlüğünü korumak için gerekli tüm tedbirleri almaya çağırarak, tedbir kararları vereceğine işaret etmişse de, bir çok talebi de başvuru sahiplerinin iddia ettikleri fiili durum hakkında ayrıntılı bilgi bulunmaması dâhil olmak üzere farklı sebeplerden reddetmiştir. Bu aşamada yine Avrupa Mahkemesinin henüz söz konusu sokağa çıkma yasağı kararlarının yasallığını incelemeyeceği ifade edilmelidir.

c) Analiz

i. Devletlerin olağanüstü yetkilere karar verirken takdir payı

67. Venedik Komisyonu, daha önceki görüş raporlarında,^[40] uluslararası hukukta, devletlerin olağanüstü bir hal olup olmadığını ve yükümlülüklerin askıya alınmasına ihtiyaç duyulup duyulmadığını değerlendirmek bakımından belli bir takdir payına sahip olduğunu ifade etmiştir. Durumun ciddiyetini ve tüm ilgili etmenleri dikkate alarak, ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü halin var olup olmadığını ve ne zaman var olduğunu ve bu durumla mücadele etmek için olağanüstü hal ilan edilmesine ihtiyaç olup olmadığını değerlendirmek ulusal

[38] T.C. Anayasa Mahkemesi, Mehmet Girasun ve Diğerleri (B. No. 2015/15266), 15/09/2015, 14 numaralı paragraf.

[39] Bkz. Kayıt Memurunun 5 Şubat 2016 günü yapmış olduğu basın açıklaması.

[40] CDL-AD(2016)006, 59 numaralı paragraf, CDL-AD(2011)049, 11 numaralı paragraf, Venedik Komisyonu, Olağanüstü yetkiler, zikredilen kaynak, s. 22.

makamların takdirindedir. Aynı şekilde, olağanüstü halin üstesinden gelmek için yükümlülüklerin ne şekilde ve ne ölçüde askıya alınacağına karar vermek de devlet yetkililerinin takdirindedir. Bununla beraber, devletlerin bu alanda geniş bir takdir payı olsa da, yetkileri sınırsız değildir ve AİHM bu yetkileri bir miktar denetlemektedir.^[41]

68. 1987 yılından itibaren Türkiye'nin güneydoğusundaki illerde tekrar tekrar olağanüstü hal ilan edilmiş ve 1990, 1991, 1992 ve 1993 yıllarında Türkiye'deki yetkili makamlar, PKK'nın ülkenin güneydoğusunda yürüttüğü "terör eylemlerinin yoğunluğundan ve çeşitliliğinden" dolayı AİHS'in 15. maddesi doğrultusunda bu Sözleşmede korunan bazı haklara aykırı tedbirler alacaklarını Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine bildirmiştir. AİHM, Aksoy-Türkiye davasında verdiği 18 Aralık 1996 tarihli kararında, Türkiye'nin güneydoğusundaki PKK terör eylemlerinin boyutunun ve özellikle de etkisinin, bu bölgede ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü hal yarattığına kanaat getirmiştir.^[42]

69. Venedik Komisyonu, Türkiye'deki yetkili makamların, sokağa çıkma yasaklarını meşru kılmak için Türkiye'nin güneydoğusundaki "PKK terör eylemlerini" işaret etmelerine karşın, bu durumun "ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü bir hal yarattığını" savunmamayı ve bunun, AİHS'de yer alan hakları ve özgürlükleri koruma yükümlülüklerini geçici, sınırlı ve denetimli bir şekilde askıya alacak istisnai bir durum olduğunu ileri sürmemeyi tercih ettiklerini dikkate almaktadır.

70. Bu nedenle, mevcut yasal durum 1980'lerdeki ve 1990'lardaki durumdan farklıdır ve olağanüstü hal ilan etmek için gerekli tüm ön şartların karşılanacağını ileri sürmelerine karşın Türkiye'deki yetkili makamların yapmış oldukları siyasi bir tercihi yansıtmaktadır. Aynı zamanda, bir devletin savaş veya olağanüstü hal durumunda temel haklarla ilgili yükümlülüklerine aykırı davranmak için anayasadan ve uluslararası sözleşmelerden doğan imkânları kullanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Tam aksine, bir devlet güç zamanlarda bile bu yükümlülüklere uyma konusunda kararlılık gösterdiğinde bu durum memnuniyetle karşılanmalıdır.

71. Venedik Komisyonu, bu tercihi ve yetkili makamların gösterdikleri sebepleri, özellikle böyle bir tercihte bulunmalarının gerekçesini açıklarken

[41] Bkz. AİHM Brannigan ve McBride – Birleşik Krallık, Başvuru No. 14553/89; 14554/89, 25 Mayıs 1993, 43 numaralı paragraf, Aksoy-Türkiye, başvuru no. 21987/93, 18 Aralık 1996, 68 numaralı paragraf; A ve Diğerleri-Birleşik Krallık, Başvuru No. 3455/05, 19 Şubat 2009, 173 numaralı paragraf

[42] Aksoy-Türkiye, başvuru no. 21987/93, 18 Aralık 1996, 70 numaralı paragraf.

sokağa çıkma yasaklarını bireylerin haklarını koruma aracı olarak kullandıklarına dair yaptıkları vurguyu dikkate almıştır.

ii. “Normal” halde sokağa çıkma yasağı – yasal sonuçları

72. Komisyon, Türkiye Anayasasında ve yürürlükte bulunan kanunlarda sokağa çıkma yasağının açıkça yer aldığını da dikkate almaktadır. Bu yüzden, Türkiye’de, sokağa çıkma yasağı, yasal ilkelere dayanan, kanunlarda öngörülmüş (iki istisnai durumda uygulanacak özel hukuki rejimi düzenleyen, dayanağını Anayasadan alan iki kanun) ve olağanüstü halin veya sıkıyönetimin ilanına bağımlı bir kurumdur. Bu iki durumu ilan etme ve uygulama yetkisi kapsamlı ve ayrıntılı bir şekilde tanımlanmıştır. Bu yüzden farklı yorumlara yol açabilecek yasal bir boşluk veya belirsizlik söz konusu değildir.

73. Ayrıca, sokağa çıkma yasağı doğası gereği, temel haklara sınırlamalar getiren istisnai bir tedbir olduğundan, bu yasağı düzenleyen metinler hem esas hem de yetki ve kapsam bakımından dar şekilde yorumlanmalıdır.

74. Komisyon, bu koşullar altında, Anayasanın 120. maddesinin yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde olağanüstü hal ilan etme yetkisini Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna vermesine ve Olağanüstü Hal Kanununun 11. maddesinin sokağa çıkma yasağını “olağanüstü hal ilan edildiği zamanlarda” alınabilecek tedbirler arasında sıralamasına karşın, genel bir kanun marifetiyle (İl İdaresi Kanunu) sokağa çıkma yasağını içeren özel bir kanunun (Anayasanın oluşturduğu özel bir rejimin bir parçasını teşkil eden Olağanüstü Hal Kanunu) devre dışı bırakılıp, konuyla ilgili karar verme yetkisinin mülki amirlerle verilmesinin yasal olarak kabul edilebilir olup olmadığını sorgulamaktadır.

75. Özel kanunun devre dışı bırakılması yetkililerin yaptığı siyasi bir tercihten dolayı kabul edilebilir görülecekse, ilgili kararların hukukun üstünlüğünün ve temel haklara saygının gerekliliklerine uygun şekilde alındığından emin olmak için iki temel meselenin ele alınması şarttır:

öncelikle, sokağa çıkma yasağı yetkililerin temel aldığı mevzuata dayanarak “normal” zamanlarda uygulandığında Anayasada ve Olağanüstü Hal Kanununda, sokağa çıkma yasaklarını istisnai rejimlerle sınırlandırmak için tesis edilmiş tüm koşulların ve güvencelerin karşılandığından emin olunmalıdır;

ikinci olarak, temel hakları sınırlayan bir tedbir olarak, “normal” zamanlarda alınan bir sokağa çıkma yasağı kararının, temel haklarla ilgili olarak Anayasanın

gerekliliklerini ve Türkiye'nin uluslararası yükümlülüklerinden doğan gereklilikleri yerine getirip getirmediğinin tespit edilmesi çok önemlidir.

76. Komisyon, yetkililerin yaptıkları tercih bağlamında, AİHS'in ve Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin gereklilerinin yanı sıra Anayasanın 13. maddesinin hükümlerinin hak ve özgürlüklere getirilen tüm kısıtlamalar açısından geçerli olduğuna işaret etmektedir. Ayrıca, bu hak ve özgürlüklere saygının ve bunların ihlallerinin, yetkililerin bu haklar karşısındaki pozitif yükümlülüklerinin ışığında değerlendirilmesi gereklidir.

1. Son dönemdeki sokağa çıkma yasakları açısından geçerli koşullar ve korumalar

77. Daha önce de ifade edildiği gibi, Türkiye'de sokağa çıkma yasaklarına izin veren olağanüstü hal kurallarında bir dizi koruma mevcuttur (bkz. yukarıda bölüm IV.A.a.). Bu korumalar şu şekilde sıralanabilir; Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunda gerçekleşen kolektif bir karar alma süreci; Millî Güvenlik Kurulunun görüşünün alınması; azami altı aylık bir sürenin bulunması; kararın Resmi Gazetede yayınlanması, hemen Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulması (TBMM olağanüstü hali kaldırma ve böylece sokağa çıkma yasağını iptal etmeye de karar verebilir) ve ilgili uluslararası kurumlara bildirimde bulunulması. Ayrıca, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu kanun hükmünde kararname çıkarabilir ve bu kararname Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur ve Meclis de bu kararnameyi reddedebilir ve böylece sokağa çıkma yasağı tedbirlerini ortadan kaldırabilir.

78. Yukarıda sayılan korumaların hiç biri İl İdaresi Kanununda mevcut değildir; bu Kanunun 11. maddesi valilere ve kaymakamlara "huzur ve güvenliğinin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması" ödevlerinin bir parçası olarak çok geniş yetkiler vermektedir. Bu kanunda, bırakın uluslararası kurumlara bildirimde bulunma şartını, bir sokağa çıkma yasağı kararının alınmasından önce yerine getirilmesi gereken maddi koşullar veya usuller hakkında bile bilgi verilmemektedir ve yine bu tedbirin orantılılığının ve sınırlarının ve uygulama şekillerinin değerlendirilmesi hakkında bir hüküm yer almamaktadır. Anayasanın 15. maddesi doğrultusunda yükümlülükler aykırı bir tedbire başvurulmasının, alınan aykırı tedbirlerin uluslararası denetime tabi tutulması olasılığını da beraberinde getirdiği dikkate alınmalıdır.

79. İl İdaresi Kanununda, böyle bir tedbirin sınırlı ve geçici olmasını şart koşan “zaman” kriteriyle ilgili de herhangi bir hüküm yoktur ve pratikte sokağa çıkma yasakları farklı uzunluklarda uygulanmıştır (sokağa çıkma yasaklarının bazıları bir kaç saat sürerken, en uç örneklerden bazıları bir kaç hafta boyunca aralıksız devam etmiştir). Valilerin kararlarında da sokağa çıkma yasaklarının süresi belirlenmemiştir.

80. Aynı şekilde, sokağa çıkma yasağı kararlarının önceden meclis tarafından onaylanması yolu da mevcut değildir, ayrıca raportörlerin Türkiye ziyareti sırasında edindiği bilgilere göre, bu tedbirlerin daha sonra denetlenmesine ilişkin bir belirti de yoktur (bu taleplerden sorumlu parlamenterler komitesi henüz sokağa çıkma yasağının kapsamındaki yerleri ziyaret edememiştir).

81. Komisyon, pratikte, böyle önemli bir kararın vali tarafından tek taraflı alınamayacağını anlamaktadır. Yetkililerce de doğrulandığı üzere, valiler (devletin yerel temsilcileri olarak) genellikle böyle bir karar almadan önce İçişleri Bakanlığına ve diğer resmi kurumlara (özellikle güvenlik teşkilatına) danışmaktadır. Aralarında yapılan tartışmaların, sokağa çıkma yasağının gerekliliği, kapsayacağı coğrafi alan ve süresi ve uygulanması için gereken tedbirler hakkında olduğuna şüphe bulunmamaktadır. Yetkili makamlar, bu durumu yetki ikamesi ve orantılılık ilkelerinin bir uygulaması olarak görmektedirler ki istisnai tedbirler açısından bu iki ilkenin de çok önemli olduğu açıktır. Bununla beraber, Komisyonun düşüncesine göre, bunlar münferit tartışmalardır ve kanunun öngördüğü genel uygulama koşullarının yerine geçemez veya meclisin istisnai tedbirlere uyguladığı denetime eşdeğer olamaz, zira bu denetim, yürütmenin planladığı buna benzer tedbirlerin onaylanmasından önce mecliste tartışılmasına imkân vermektedir.

82. Aynı şekilde, valilerin kararlarında, sokağa çıkma yasağının gerekçelerinin kısaca açıklandığı doğrudur ve Komisyon da bunu sorgulamamaktadır, aynı şekilde bu kararların halka duyurulduğu, yayımlandığı ve Anayasanın 125. maddesi doğrultusunda olağan durumlarda alınan diğer idari tedbirler gibi yargı denetimine tabi olduğu da doğrudur.^[43] Bununla beraber, bu durum, Anayasanın koruduğu temel haklara kısıtlamalar getiren böyle bir kararın, sokağa çıkma yasaklarıyla ilgili olarak herhangi bir devlet yetkilisine açıkça bir yetki vermeyen bir kanuna dayanarak bir devlet yetkilisi tarafından resmen alındığı gerçeğini değiştirmemektedir. Buna rağmen, bu yasağa uyulmaması halinde hapis cezasına kadar gidebilecek cezalar uygulanmaktadır.

[43] “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır”.

83. Venedik Komisyonu, yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, sokağa çıkma yasağının İl İdaresi Kanununa dayanarak uygulanması durumunda bu tedbirin kullanılmasını düzenleyen (ve Anayasanın istisnai rejimler için geçerli hükümlerine dayanan) özel mevzuatta bu tedbirle bağlantılı olarak yer verilen güvencelerin sağlandığı sonucuna varamamaktadır.

2. Sokağa çıkma yasağının temel hakları kısıtlaması

84. Daha önce de ifade edildiği gibi, sokağa çıkma yasağının başlıca sonucu seyahat özgürlüğünün sınırlanmasıdır. Bu özgürlük, Türkiye Anayasasının 23. maddesi^[44] ile güvence altına alınmıştır. Seyahat Özgürlüğü, AİHS'in, Türkiye tarafından 19 Ekim 1992 tarihinde imzalanmış ancak henüz onaylanmamış 4 sayılı Protokolünün 2. maddesi^[45] ve onaylanmış olan Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 12. maddesi ile de güvence altına alınmıştır. Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 12. maddesine ilişkin 27 sayılı Genel Yorumda ise seyahat özgürlüğünün sınırlanabileceği koşullar sıralanmaktadır ve bu koşullar şunları içermektedir:

- hakların kısıtlanabileceği koşullar bizzat kanunda belirlenmelidir;
- kısıtlamaların uygulanmasına izin veren kanunlarda hassas kriterler yer almalı ve bu kanunlar yürütmeye sorumlu olanlara kontrolsüz bir takdir hakkı vermemelidir;
- kısıtlayıcı tedbirler orantılılık ilkesine uymalıdır; bu tedbirler koruyuculuk işlevlerini yerine getirmeye uygun; arzu edilen sonuca ulaşabilecek yollar arasında en az müdahale eden ve korunacak çıkarlarla orantılı tedbirler olmalıdır;

[44] “Herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir. Yerleşme hürriyeti, suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak; seyahat hürriyeti ise suç soruşturması ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir.” (Türkiye Anayasasının 23. maddesi)

[45] “1. Bir devletin ülkesi içinde usulüne uygun olarak bulunan herkes, orada serbestçe dolaşma ve ikametgâhını seçebilme hakkına sahiptir. Herkes, kendi ülkesi de dâhil, herhangi bir ülkeyi terk etmekte serbesttir. Bu haklar, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler olarak ve yasayla öngörülmüş sınırlamalara tabi tutulabilir. 4. Bu maddenin 1. fıkrasında sayılan haklar, belli yerlerde, yasayla konmuş ve demokratik bir toplumda kamu yararının gerektirdiği sınırlamalara tabi tutulabilir.”

- orantılılık ilkesine saygı sadece kısıtlamaları çerçeveleyen kanunla sınırlı kalmamalıdır; kanunu uygulayan idari ve adli yetkililer de bu ilkeye saygı göstermelidirler.

85. Bu yorumların ve AİHM'in içtihatlarından doğan kriterlerin ışığında, Türkiye'nin güneydoğusunda uygulanan sokağa çıkma yasaklarının yasal dayanağı sorgulanabilir. Venedik Komisyonu'nun görüşüne göre, öncelikle son dönemdeki sokağa çıkma yasaklarının seyahat özgürlüğü hakkına getirdiği kısıtlamaların “kanunda öngörüldüğü” sonucuna varılamaz.^[46]

86. Komisyon, yukarıdaki bulgularının ışığında, sokağa çıkma yasaklarının dayanağı olarak gösterilen mevzuat hükümlerinin, bu durumdan etkilenen nüfus açısından hukukun niteliğine, tahmin edilebilirliğine ve daha genel bir ifade ile hukuki güvenliğe dair ciddi sorular doğurduğu düşüncesindedir.^[47] Yetkililerin istinat ettiği, ülkenin yakın tarihi nedeniyle söz konusu nüfusun zaten sokağa çıkma yasaklarına aşına ve alışıktığı olduğu gerçeği, düzenlemelerdeki bu boşluğu hiçbir şekilde telafi edemez.

87. Venedik Komisyonu, orantılılık ilkesinin önemine de işaret etmektedir. Sokağa çıkma yasağı kararı verilirken ve uygulanırken ve başka hak ve özgürlükleri sınırlayabilecek diğer tedbirler alınırken de bu ilke uygulanmalıdır. İlave tedbirler, sokağa çıkma yasağı sırasında halka getirilebilecek ilave kısıtlamalar olabilir; örneğin okullar ve işyerleri kapatılabilir, kamu hizmetlerinin verilmesiyle ilgili kısıtlamalar getirilebilir veya kamu etkinlikleri yasaklanabilir veya yetkililerin bu bağlamda yürüttüğü güvenlik operasyonları böyle kısıtlamalar getirebilir. Sokağa çıkma yasağının kendisi gibi bu tedbirlerin de tamamı, tehdidin ölçüsü ve yakınlığı ile orantılı olmalı ve sadece tehditten etkilenen yerlerde uygulanmalıdır. Türkiye Anayasasının 13. maddesi de orantılılık ilkesinin önemini doğrulamaktadır.

88. Komisyon, yetkili makamların yapmış oldukları tercih bağlamında, hak ve özgürlüklere getirilmesine izin verilebilecek yegâne kısıtlamaların,

[46] Komisyon, Olağanüstü Hallerde İnsan Haklarının Korunmasına dair Görüş raporunda, ulusun emniyetinin ve kamunun güvenliğinin korunması için bazı temel haklara sınırlamalar getirilmesi, hatta bu alandaki bazı yükümlülüklerle aykırı davranılması gerekse de “insan hakları ve özgürlüklerine getirilen sınırlamalar ve yükümlülüklerle aykırı tedbirler her halükarda kanunla düzenlenmelidir ve tercihen Anayasada bir dayanağı bulunmalıdır... Kanunda sınırlamaların haklı olabileceği durumlar belirtilmeli, tercihen yükümlülüklerle aykırı tedbirlerin alınmasını haklı gösterecek olağanüstü haller tanımlanmalı, bu sayede kısıtlayıcı veya yükümlülüklerle aykırı tedbirler alma yetkisinin başka amaçlarla suiistimaline veya ulusal kanunlar ve AİHS'de müsaade edilenden geniş kapsamlı kullanılmasına karşı güvence yaratılmalıdır.” demiştir. CDL-AD(2006)015, 35 numaralı paragraf.

[47] Ayrıca bkz. bu görüş raporunun 53 numaralı paragrafı.

kanunda öngörülen ve Anayasanın ve uluslararası belgelerin temel haklarla ilgili hükümlerinde açıklanan şekilde haklı gösterilebilen kısıtlamalar olduğuna işaret etmektedir.

89. Komisyon, temel alınan mevzuatta kesin hükümlerin bulunmamasından dolayı, sokağa çıkma yasakları sırasında yürütülen “güvenlik operasyonlarını”, güç kullanımını ve silahlı kuvvetlerin sevkini ve operasyonların denetlenmesini (karar alma yetkileri, operasyonlara duyulan ihtiyacın ve operasyonların ölçeğinin ve süresinin değerlendirilmesi ve jandarma, polis ve ordu arasında görev dağılımı) düzenleyen kuralların yerli yerinde olmasını sağlamanın ne kadar önemli olduğunu hatırlatmayı istemektedir. Bu kurallar özellikle devletin, vatandaşlarının AİHS’in 2. maddesi ve Türkiye Anayasasının 17. maddesinde güvence altına alınan ve dokunulmaz hakkı olan yaşam hakkını ve vücut bütünlüğünü koruma ödevi açısından büyük bir önem taşımaktadır.^[48] Komisyon, Olağanüstü Hallerde İnsan Haklarının Korunmasına dair Görüş raporunda yer alan şu ifadeleri tekrarlamaktadır: “can kaybı riskinden kaçınma veya bu riski en aza indirme yükümlülüğü, sadece bir operasyonun planlanması ve yürütülmesi sırasında güvenlik kuvvetlerine yüklenmemiştir, bu yükümlülük aynı zamanda güç kullanımını düzenleyen yeterli idari ve yasal çerçeveyi oluşturması gereken yürütme ve yasama organları için de geçerlidir.”^[49]

90. Süresi uzatılan bir sokağa çıkma yasağının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesi ve Türkiye Anayasasının 19. maddesi ile korunan özgürlük hakkı üzerinde doğrudan yarattığı sonuçların ve bu haklara getirilen kısıtlamaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5.1 maddesine uyumu da sorgulanabilir.^[50]

91. Sokağa çıkma yasağı kararlarının nasıl uygulandığı, bu kararların uygulanmasının nüfusun diğer hak ve özgürlükleri üzerinde nasıl bir etki yarattığı veya sokağa çıkma yasakları sırasındaki gerçekleştiği iddia edilen suiistimler

[48] Türk mahkemeleri de, sokağa çıkma yasakları hakkında son dönemde aldıkları kararlarda Anayasanın 17. maddesine atıfta bulunmuşlardır. (bkz. Diyarbakır İdare Mahkemesinin Kararı, Esas No. 2015/803, Karar No. 2015869)

[49] Olağanüstü Hallerde İnsan Haklarının Korunmasına dair Görüş Raporu, CD-AD (2006)015, 27 numaralı paragraf, bkz. AİHM Makaratzis-Yunanistan, Başvuru no. 50385/99, 20 Aralık 2004, 62 numaralı paragraf, ayrıca bkz. Nachova ve Diğerleri-Bulgaristan, Başvuru no 43577/98 ve 43579/98, 6 Temmuz 2005, 96 ve 97 numaralı paragraflar.

[50] Bkz. AİHM, Mancini-İtalya, Başvuru no. 44955/98, 12 Aralık 2001, 23-26 numaralı paragraflar, Lavents-Litvanya, Başvuru No. 73819/01, 18 Nisan 2007, paragraf 113-114, Nikolova – Bulgaristan (no. 2), Başvuru no 31195/96, 25 Mart 1999, Dacosta Silva – İspanya, Başvuru no. 69966/01, 2 Kasım 2006.

ve ihlaller hakkında yorum yapmak Venedik Komisyonunun görevi değildir. Bununla beraber, Komisyon, yetkili makamların bu haklarla ilgili pozitif yükümlülüklerinin bulunduğunu, bu nedenle de bu hakların korunmasını ve etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamak ve vatandaşları hem pratikte hem de hukuki seviyede suiistimallerden korumak için uygun tedbirleri almak durumunda olduklarına dikkat çekmektedir.^[51]

92. Yakın dönemdeki sokağa çıkma yasağı kararlarının alınması için dayanak gösterilen yasal hükümler, sokağa çıkma yasağı kararlarının alınması ve uygulanması için gereken yasal çerçeveyi temin etmemekte veya bu yasakların uygulanmasından önce, uygulanması sırasında ve sonrasında sivil halkı korumak için (uygun durumlarda başka bir mevzuat doğrultusunda) hangi tedbirlerin alınması veya başka hangi adımların atılması gerektiğini belirtmemektedir.

V. Sonuçlar

93. Venedik Komisyonu, 2015 yaz aylarından bu yana Türkiye'nin özellikle şiddetli çatışmaların, çok sayıda sivil kayıplar dâhil olmak üzere önemli can kayıplarının ve büyük maddi hasarın yaşandığı güneydoğusunda meydana gelen gelişmeleri kaygıyla dikkate almıştır.

94. Komisyon, son dönemde ülkede yaşanan terör saldırılarının ciddiyeti ve sayısı nedeniyle Türkiye'deki yetkili makamların büyük ve üstesinden gelmesi güç zorluklarla karşılaştığını da kabul etmektedir. Türkiye'deki yetkili makamların terörle mücadele konusunda gösterdiği çaba ve kararlılık meşrudur.

95. Bununla beraber, Komisyon, terör tehlikesiyle savaşmak ve vatandaşlarını terör saldırılarına karşı korumak için tüm kaynaklarını seferber etmenin bir devletin görevi olmasına karşın, hukukun üstünlüğü ilkesini gözeterek, demokratik bir toplumda güvenlik ihtiyacı ile hak ve özgürlüklerin kullanılması arasında doğru bir dengenin kurulmasının da aynı derecede önemli olduğuna işaret etmektedir.

96. Türkiye'deki yetkili makamlar karşılaştıkları durumun ciddiyetine karşın, ilgili yerlerde gerekli gördükleri güvenlik operasyonlarını yapmak için olağanüstü hal ilan etmemeyi seçmişlerdir, oysa bu operasyonlar ve alınan tedbirler (örneğin

[51] Avrupa Mahkemesinin de işaret ettiği gibi, devletler temel hakların tam anlamıyla kullanılabilmesi için somut maddi ve hukuki koşulları sağlayacak adımları atmak zorundadırlar, özellikle bkz. Öneriyıldız-Türkiye, Başvuru no. 48939/99 18 Haziran 2001, 95, 136 numaralı paragraflar, Ouranio ve Diğerleri – Yunanistan, Başvuru no. 74989/01, 20 Ocak 2006, 37 numaralı paragraf.

sokağa çıkma yasağı) kaçınılmaz olarak beraberinde hak ve özgürlüklere, kimi zaman sonuçları son derece ağır olabilen kısıtlamalar getirmektedir.

97. Venedik Komisyonu, yetkili makamların bu konuda bir tercih yapmış olduğunu ve bu tercihlerini de, kendi ifadeleriyle, olağanüstü hal ilan etmek için gerekli tüm ön koşulların var olduğu bir durumda dahi hak ve özgürlükleri koruma arzusu ile meşrulaştırdıklarını dikkate almıştır.

98. Bu nedenle Komisyon, 2015 Ağustos ayından bu yana uygulanan sokağa çıkma yasaklarının, Türkiye’de sokağa çıkma yasağı dâhil olmak üzere istisnai tedbirleri düzenleyen anayasal ve yasal çerçeveye dayanmadığını dikkate almaktadır. Herhangi bir sokağa çıkma yasağının bu çerçeveye uyabilmesi için Anayasanın 119 ilâ 122. maddesinde öngörüldüğü gibi olağanüstü hal ilanı ile bağlantılı olması gerekmektedir. Bu da, Komisyonun daha önceki çalışmalarında benimsemiş olduğu, fiili olağanüstü yetkilerden kaçınılması ve bu olağanüstü yetkilerin, temel haklara ilişkin yükümlülüklerle aykırı alınan tedbirlerin ve bu tedbirlerin alınma nedenlerinin uluslararası örgütlere bildirilmesi yükümlülüğü de dâhil olmak üzere çeşitli yükümlülükler ve güvencelerle birlikte resmen ilan edilmesinin, bu sayede bu tedbirlerin uluslararası örgütlerin denetimine açılmasının veya mecliste tartışılmasına ve onaylanmasına imkân vermenin daha iyi olduğu yönündeki yaklaşımına da uygundur.

99. Venedik Komisyonunun görüşüne göre, sokağa çıkma yasağı kararlarının dayandırıldığı İl İdaresi Kanunu ve kararların kendileri Anayasada yer alan ve Türkiye’nin temel haklar alanındaki uluslararası yükümlülüklerinden, özellikle AİHS’den ve ilgili içtihatlardan doğan yasallık şartlarını karşılamamaktadır.

100. Venedik Komisyonu, bu durumu düzeltmek için Türkiye’deki yetkili makamları özellikle aşağıdaki tavsiyeleri uygulamaya davet etmektedir:

- sokağa çıkma yasağı ilan ederken yasal dayanak olarak İl İdaresi Kanununun hükümlerine başvurulmaması ve sokağa çıkma yasağı kararları dâhil olmak üzere tüm olağanüstü tedbirlerin, Türkiye’de istisnai tedbirlere ilişkin yürürlükte bulunan anayasal ve yasal çerçeveye uygun şekilde alınması ve bu esnada ilgili uluslararası standartların gözetilmesi ve temel hakların korunmasıyla ilgili ulusal ve uluslararası yükümlülüklerle uyulması;
- olağanüstü hallerle ilişkin yasal çerçevenin, olağanüstü hal resmen ilan edildiğinde, sokağa çıkma yasağı gibi tüm istisnai kararların ve tedbirlerin, etkin bir yasallık denetimine, özellikle de bu tedbirlerin gerekliliği ve orantılılığı bakımından bir denetime tabi olmasını sağlayacak şekilde gözden geçirilmesi

- Olağanüstü Hal Kanununda gerekli tüm değişiklikleri yaparak, sokağa çıkma yasaklarının uygulanmasına ilişkin maddi, usulle ilgili ve geçici düzenlemelerin, özellikle de sokağa çıkma yasağı kararlarının tabi olması gereken koşulların ve korumaların (meclis ve yargı denetimi dâhil) kanunda açıkça tanımlanması

101. Venedik Komisyonu, Türkiye'deki yetkili makamlara ihtiyaç duydukları her türlü yardımı sunmaya hazırdır.

Venedik, 14 Ekim 2016

858 / 2016 Sayılı Görüş

CDL-AD(2016)027

Orijinal: İngilizce

AVRUPA HUKUK YOLUYLA DEMOKRASİ KOMİSYONU

(VENEDİK KOMİSYONU)

TÜRKİYE

**ANAYASA'NIN 83. MADDESİNİN İKİNCİ FIKRASININ ASKIYA
ALINMASI HAKKINDA GÖRÜŞ**

(YASAMA DOKUNULMAZLIĞI)

**Venedik Komisyonu tarafından 108. Genel Oturumunda
kabul edilmiştir (Venedik, 14-15 Ekim 2016)**

Görüş bildiren üyeler:

Bay Michael Frendo (*Üye, Malta*) G

Bay Dan Meridor (*Üye, İsrail*) G

Bayan Jasna Omejec (*Üye, Hırvatistan*) G

Bay Jean-Claude Scholsem (*Yedek Üye, Belçika*)

Bay Kaarlo Tuori (*Üye, Finlandiya*)

İHOP'un notu: Bu görüşün gayri resmi çevirisi İnsan Hakları Ortak Platformu için Ayşegül Bahçıvan tarafından yapılmıştır.

I. Giriş

1. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 'Milletvekili dokunulmazlığı: Parlamenterler Meclisi üyelerine tanınan ayrıcalık ve dokunulmazlıkların kapsamı ile ilgili karşılaşılan zorluklar' başlıklı 2127 (2016)1 Sayılı Kararına dayanarak^[1], Meclisi Başkanı Sayın Pedro Agramunt, 1 Temmuz 2016 tarihli yazısıyla, Türkiye Büyük Millet Meclisi (bundan böyle Meclis veya Parlamento) üyelerinin dokunulmazlığını güvence altına alan Anayasa'nın 83. Maddesinin geçici bir hükümle askıya alınması ile ilgili Venedik Komisyonu'nun görüşünü talep etmiştir.

2. Komisyon, bu görüşün hazırlanmasında raportör olarak Sayın Michael Frenco, Sayın Dan Meridor, Sayın Jasna Omejec, Sayın Jean- Claude Scholsem ve Sayın Kaarlo Tuori'yi davet etmiştir.

3. Sayın Meridor ve Sayın Omejec'ten oluşan ve Sayın Markert ve Sayın Dürr'ün eşlik ettiği Venedik Komisyonu Heyeti 19 Eylül 2016 tarihinde Ankara'ya ziyaret etmiş ve sırasıyla Adalet Bakanlığı, Anayasa Mahkemesi ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde temsil edilen dört siyasi partiyle görüşmüştür. Venedik Komisyonu, bu ziyaretin düzenlenmesinden dolayı Adalet Bakanlığı'na şükranlarını sunar.

4. Raportörler, Türk makamları tarafından kendilerine verilen Anayasa değişikliği hükmünün İngilizce çevirisine ve Ankara ziyaretinden çıkan sonuçlara dayanarak yorumlarını hazırlamışlardır. Çeviri, her hususta orijinal metni doğru bir şekilde yansıtmayabilir. Dolayısıyla burada ele alınan bazı sorunların kaynağı, ilgili hükümden ziyade çeviri metin olabilir.

5. T.C. Adalet Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı Sayın Mustafa Erol ile yapılan görüş alışverişini takiben işbu görüş Venedik Komisyonu'nun 108. Genel oturumunda kabul edilmiştir (Venedik, 14-15 Ekim 2016).

II. Genel

6. Bu görüş, 15 Temmuz 2016 tarihindeki darbe girişimi sonrasında kabul edilen ilk görüştür. Venedik Komisyonu bu darbeyi şiddetle kınar^[2] ve hayatını kaybeden çok sayıda insanın ailelerine taziyelerini sunar. Demokratik kurumları askeri güçle kaldırmak Avrupa Konseyi'nin demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğü değerlerinin mutlak bir şekilde inkarıdır.

[1] <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=22971&lang=en>.

[2] Venedik Komisyonu Başkanı 18 Temmuz 2016 tarihinde yaptığı açıklamada darbeyi şiddetle kınamıştır. <http://www.venice.coe.int/webforms/events/?id=2266>.

7. Bu görüş, yasama dokunulmazlığı ilkesinin, değişikliğin kabul edildiği tarihte dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaları bulunan milletvekilleri hakkında bu dosyalar bakımından uygulanamayacağını öngören 12 Nisan 2016 tarihli Anayasa Değişikliği ile ilgilidir (bundan böyle 'Değişiklik'). Aşağıda yer alan V. Bölümde daha fazla ayrıntı verilmiştir. Değişiklik darbeden önce kabul edilmiş olmakla birlikte, Türkiye'de darbe sonrası durum da bu görüşle bağlantılıdır.

8. 20 Temmuz 2016 tarihinde Türkiye Hükümeti, Anayasa'nın 120. Maddesi ile 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'na (Madde 3/1b) dayanarak üç ay süreyle Olağanüstü Hal ilan etmiştir. Karar 21 Temmuz 2016 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmış ve Meclis tarafından onaylanmıştır. Böylece 21 Temmuz 2016 tarihi itibarıyla Olağanüstü Hal yürürlüğe girmiştir.

9. Avrupa Konseyi Genel Sekreteri 21 Temmuz 2016 tarihinde Türkiye Daimi Temsilcisinden İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşmeden (bundan böyle 'Sözleşme') doğan yükümlülüklerle Sözleşmenin 15. Maddesi uyarınca derogasyon uygulanacağına dair beyan içeren aynı tarihli bir yazı almıştır.

III. Yasama Dokunulmazlığının Kapsamı ve Kaldırılması ile İlgili Rapor

10. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kart – Türkiye kararında^[3] şu ifadelerle yer vermiştir: "Mahkeme, dokunulmazlığın bu bakımdan Milletvekili yararına kişisel bir ayrıcalık olmadığını, daha ziyade vekilin statüsüyle bağlantılı bir ayrıcalık olduğunu ve bu nedenle de imtiyaz sahibi tarafından feragat yoluyla kaldırılamayacağını yineler". Yasama Dokunulmazlığının Kapsamı ve Kaldırılmasına ilişkin Raporunda, (CDL-AD (2014)011, bundan böyle 'Rapor') Venedik Komisyonu, yasama dokunulmazlığının Milletvekilleri için kişisel bir imtiyaz olmadığını ancak kurum olarak parlamentoyu koruduğunu ifade eder. Raporun 35. Paragrafındaki açıklamaya göre "yasama dokunulmazlığı ile ilgili kuralların varlığı her şeyden önce temsili demokrasi ilkesini koruma ihtiyacına dayanmaktadır. Bu türden bir dokunulmazlık, halkın seçilmiş temsilcilerinin, yürütmeden, mahkemelerden ve siyasi muhaliflerden gelebilecek taciz veya gereksiz müdahalelerden korkmaksızın demokratik işlevlerini fiilen yerine getirebilmelerini sağlamak için uygun ve gerekli olduğu ölçüde haklı gösterilebilir. Bu durum meclisteki muhalefet ve siyasi azınlıklar bakımından özellikle önemlidir."

[3] AİHM, Kart – Türkiye davası, Başvuru no. 8917/05, par. 97.

11. Venedik Komisyonu, raporunda Milletvekilinin yasama sorumsuzluğu ile dokunulmazlığı arasında ayırım yapar.^[4] ‘Sorumsuzluk’ “milletvekilliği görevinin icrası ile ilişkili olarak kullanılan oylar, bildirilen görüşler ve söylenen sözlere karşı her türlü adli işlem karşısındaki dokunulmazlık, diğer bir deyişle, sıradan vatandaşların sahip olduğundan daha geniş bir ifade özgürlüğü anlamına gelir”. Öte yandan ‘dokunulmazlık’ kanunu ihlal etmekle itham edilen milletvekillerinin, üyesi buldukları meclisin rızası olmadan tutuklanamayacakları, gözaltına alınamayacakları ve yargılanamayacakları anlamına gelir. Her durumda, dokunulmazlık geçicidir ve Milletvekilinin görevi sona erdikten sonra adli süreç başlatılabilir.

12. Sorumsuzluğun tam kapsamı ülkeden ülkeye farklılık gösterir. Raporun 64. Paragrafına göre: “genel bir kural olarak sorumsuzluk sadece yasama görevinin icrası sırasında ifade edilen görüş ve açıklamalar için geçerli olmakla birlikte bu sınırlamanın kapsamı değişkenlik gösterir. Pek çok ülkede, ihtilaflı ifadelerin kullanıldığı mekanın bir önemi yoktur, ifadenin yasama faaliyeti bağlamında gerçekleşmesi yeterlidir. Dolayısıyla, özel ifade özgürlüğü imtiyazı mekanla sınırlı değildir ve gerek mecliste gerekse meclis dışında, medyada veya kamuya açık miting ve tartışmalar dahil, milletvekilinin yasama göreviyle bir şekilde ilişkili her türlü sözü için geçerlidir. Bunun aksine başka ülkelerde, fikirlerin, komisyonlar dahil, Mecliste ifade edilmesi gerekir.”

13. Sorumsuzluk, Milletvekillerinin fikir ve konuşma özgürlüğünün güvence altına alınmasına odaklanır ve böylece meclis tartışmalarının özgürce yapılmasını kolaylaştırır.^[5] Çoğu anayasada sorumsuzlukla ilgili hükümlere yer verilmiştir. Venedik Komisyonu, ulusal anayasalarda ve uluslararası insan hakları belgelerinde ifade özgürlüğü ile ilgili genel hükümlerin yer almasına rağmen, “milletvekili sorumsuzluğu ile ilgili ulusal kuralların anayasa hukukunun meşru öğeleri olduğunu ve bunun demokratik yollarla seçilmiş temsili bir mecliste siyasi tartışma yürütme özgürlüğüne duyulan özel ihtiyacın etkili bir şekilde karşılanması gerekçesine dayandığını” ve “günümüzde korumanın esas kapsamının çoğunlukla

[4] Diğer ilgili çalışmalar: ‘Milletvekili dokunulmazlığı: Parlamenterler Meclisi üyelerine tanınan ayrıcalık ve dokunulmazlıkların kapsamı ile ilgili karşılaşılan zorluklar’ başlıklı 2127 (2016)1 Sayılı Kararı (<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=22971&lang=en>), AB Parlamentosu araştırması: “Non-liable? Inviolable? Untouchable?” (www.agora-parl.org/sites/default/files/parliamentary_immunities_final_web.pdf) veParlamentolararasıBirliğinDünyaÇapındayürüttüğüMeclisYetkileriBaşlıklıÇalışma;(Inter-Parliamentary Union Study on the Parliamentary Mandate throughout the World of 2000) (www.ipu.org/english/pressdoc/gen94.htm).

[5] CDL-AD(2014)011, par. 12.

AİHS'in 10. Maddesinde yer almasına rağmen, milletvekili sorumsuzluğu ile ilgili ulusal kurallara hala ihtiyaç olduğunu" ileri sürmüştür.^[6]

14. Raporda yer alan karşılaştırmalı anayasa analizi^[7], 7 yasama dokunulmazlığının yasama sorumsuzluğuna kıyasla daha az yaygın olduğunu göstermektedir. Köklü demokrasilerde yürütme erkinden -savcılar dahil- gelebilecek olası tacizler eski önemini kısmen kaybetmiş olup dokunulmazlığın kaçınılmaz olarak beraberinde getirdiği eşitlik ilkesinden muaf tutulma haline gerekçe olarak görülmemektedir. Her durumda dokunulmazlık geçidir ve Milletvekilinin görevi sona erdikten sonra adli süreç devam edebilir.

15. Raporda işaret edildiği üzere (par. 152), "yasama dokunulmazlığı ile ilgili kuralların konmasının temel tarihsel gerekçesi, bir kurum olarak parlamentonun çalışmalarını, yürütme erkini bir parçası olan savcı dahil, yürütmeden (Kral) gelebilecek gereksiz baskıya karşı korumaktır. Bu gerekçe aynı zamanda, genellikle azınlıkta olan, parlamentodaki muhalefetin, iktidardaki çoğunluktan gelebilecek gereksiz baskılara karşı korunmasını da kapsamaktadır. Ayrıca, milletvekillerinin başka siyasi partilerden gelebilecek, örneğin, siyasi muhaliflerden gelebilecek asılsız suç iddiaları şeklindeki tacizlere karşı korur." Bu temelde, "Venedik Komisyonu, çoğu modern Avrupa demokrasisinde dokunulmazlığa ilişkin bu gerekçelerin sorunlardan arı olmadığını belirtmiştir."

16. Venedik Komisyonu şu halde, yargıya ve savcılık hizmetlerine güven duyulan köklü demokrasilerde yasama dokunulmazlığına duyulan ihtiyaç konusunda ikna olmamış olsa dahi, bazı ülkelerde bu korumaya ihtiyaç duyulduğunu kabul etmektedir: "bazı ülkelerde, hukuk sisteminin kötüye kullanılmasına karşı yasama dokunulmazlığına ilişkin kuralların sağladığı korumaya halen esaslı bir ihtiyaç duyulabilir. Gerçek demokrasiye geçiş sürecinde olan bazı ülkelerde veya demokrasinin hala nispeten yeni ve kırılgan olduğu ülkelerde, milletvekilleri dahil olmak üzere siyasi muhalifleri itibarsızlaştırmak, cezalandırmak veya yok etmek için polis veya savcılık yetkilerinin kullanıldığı olaylara ilişkin deneyimler vardır. Ayrıca, yargı erkini bağımsız davranacağı ve yürütmeden uygunsuz şekilde etkilenmeyeceğine her devlette güven duyulmayabilmektedir. Bazı ülkelerde, muhalefet başta olmak üzere milletvekilleri, asılsız hukuki iddialar şeklinde yöneltilen siyasi tacizler karşısında sıradan vatandaşların olmadığı bir şekilde savunmasız kalabilmektedir." (par. 154).

17. Bu nedenlerle, Haziran 2015'te kabul edilen Ukrayna Milletvekili ve Hakimlerin Dokunulmazlığı hakkındaki anayasa değişikliği taslağı üzerine

[6] CDL-AD(2014)011, par. 89.

[7] CDL-AD(2014)011, par. 14.

sunduğu Görüş'te, Venedik Komisyonu, ülkede dokunulmazlığın korunması yolunda tavsiyede bulunmuştur.^[8]

IV. Türkiye'de yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına yönelik standart prosedür

A. Anayasal dayanak

18. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 83. Maddesi Türkiye Büyük Meclisi üyeleri için, Raporda tanımlandığı şekliyle her iki dokunulmazlık türünü de içermektedir: milletvekili sorumsuzluğu ve yasama dokunulmazlığı.

19. Milletvekilleri Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden sorumlu tutulamazlar. Buna göre, Meclis Üyeleri (veya vekiller) Meclis'te ifade ettikleri görüşlerle ilgili tam bir sorumsuzluktan yararlınsalar dahi, Meclisin karar vermesi halinde, aynı görüşleri Meclis dışında ifade ettikleri veya tekrarladıkları için yargılanabilirler (geriye dönük olarak). Bu nedenle, Türkiye sorumsuzluğun kapsamının oldukça sınırlı tutulduğu ülkeler grubunda yer almaktadır.

20. Anayasa değişikliği kabul edilmeden önce, bahsi geçen sınırlı kapsamlı sorumsuzluk o kadar önemli değildi zira TC anayasası sorumsuzluğun yanı sıra yasama dokunulmazlığını da getirmektedir. TC Anayasası'nın 83. Maddesinin 2. Paragrafına göre, Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Bu hüküm Meclis üyelerinin yasama dokunulmazlığı ilkesine iki istisna getirir: 1) Milletvekilinin suçüstü hali; 2) seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14. Maddesi kapsamında yer alan suçlar. Değişiklikle birlikte 83. Maddenin ikinci paragrafı geçici olarak askıya alınmıştır.

21. Anayasa'nın 83/3. Maddesine göre^[9], Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine

[8] CDL-AD(2015)013, par. 31.

[9] *Yasama dokunulmazlığı*

MADDE 83. – Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisce başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar.

Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde

getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır. Anayasanın 76. Maddesi Milletvekili seçilme yeterliliğini düzenler: “kamu hizmetinden yasaklılar, taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar; zimmet, ihtilâs, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma, terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar, affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler.”

22. TBMM İçtüzüğü'nün 135. Maddesine göre (bundan böyle İçtüzük)^[10] göre, Anayasanın 76. Maddesinde belirtilen bir suçtan dolayı hüküm giyen milletvekilinin üyeliği düşer. Böyle bir durumda üyeliğin düşmesi için TBMM'nin oylama yapmasına gerek görülmediği anlaşılmaktadır; zira, İçtüzüğü'nün 136. Maddesine göre milletvekili hakkındaki kesinleşmiş mahkeme kararının Genel Kurulun bilgisine sunulmasıyla üyelik sıfatı sona ermektedir.

23. Anayasanın 85. Maddesine göre^[11] ilgili milletvekili (veya bir diğer milletvekili), kararın iptali için kararının alındığı tarihten başlayarak yedi gün içerisinde Anayasa Mahkemesine başvurabilmektedir. Anayasa Mahkemesi kararın, Anayasaya, kanuna veya İçtüzüğe aykırı olduğu gerekçesiyle Meclis kararını iptal edebilir.

24. Bu hükümler, Türkiye'nin yasama dokunulmazlığının Anayasayla güvence altına alındığı ülkelerden biri olduğunu göstermektedir. Anayasa değişikliğiyle bu hükümler kaldırılmadığı için, Türkiye'deki kurucu iktidarın buradaki belirgin teminatın, ülkesindeki demokrasinin ve yargının bağımsızlığına ve tarafsızlığına

yetkili makam, durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zaman aşımını işlemez.

Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır.

Türkiye Büyük Millet Meclisindeki siyasi parti gruplarınca, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınmaz.

[10] https://global.tbmm.gov.tr/docs/rules_of_procedure_en.pdf.

[11] İptal istemi

MADDE 85. –Yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya milletvekilliğinin düşmesine 84 üncü maddenin birinci, üçüncü veya dördüncü fıkralarına göre karar verilmiş olması hallerinde, Meclis Genel Kurulu kararının alındığı tarihten başlayarak yedi gün içerisinde ilgili milletvekili veya bir diğer milletvekili, kararın, Anayasaya, kanuna veya İçtüzüğe aykırılığı iddiasıyla iptali için Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Anayasa Mahkemesi, iptal istemini onbeş gün içerisinde kesin karara bağlar.

duyulan güvenin derecesini dikkate alarak, ülkede hala geçerli ve gerekli olduğu varsayımından yola çıktığı sonucuna varılabilir.

B. Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünde yer alan usul ve güvenceler

25. Yasama dokunulmazlığının kaldırılması için izlenmesi gereken usul Anayasanın 83 ve 85. Maddelerine dayanmaktadır. İçtüzükte ayrıntılı kurallara yer verilmiştir.

26. Bir milletvekilinin suç işlediği iddia edildiğinde, savcı ve mahkemeler dokunulmazlığının kaldırılması talebinde bulunabilmektedir. Bu talep Adalet Bakanlığı tarafından, Meclis Başkanlığına sunulmak üzere Başbakanlığa iletilir.

27. Meclis Başkanlığı bu talebi, Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyona havale eder. Karma Komisyona Anayasa Komisyonu Başkanı başkanlık eder. Anayasa Komisyonun başkanvekili, sözcüsü ve katibi aynı görevleri Karma Komisyonda sürdürürler (İçtüzük 131. Madde). Karma Komisyon başkanı, dokunulmazlık dosyalarını incelemek üzere ad çekme suretiyle beş üyeli bir hazırlık komisyonu teşkil eder.

28. Beş kişiden oluşan Hazırlık komisyonu, göreve başlamasından itibaren en geç bir ay içinde Karma Komisyona bir rapor sunar. Komisyon ilgili milletvekilini dinleyebilir ancak tanık dinleyemez (İçtüzük 132. Madde).

29. Karma Komisyon, Hazırlık Komisyonu tarafından hazırlanan raporu görüşür ve bir ayda sonuçlandırır. Karma Komisyon dokunulmazlığın kaldırılmasına veya kovuşturmanın milletvekilliği veya bakanlık sıfatının sona ermesine kadar ertelenmesine karar verir (İçtüzük 133. Madde).

30. Karma Komisyon raporu, kovuşturmanın ertelenmesi şeklinde ise Genel Kurulda okunur. On gün zarfında bu rapora yazılı olarak itiraz edilmezse kesinleşir (aşgari itiraz sayısı belirtilmemiştir) (İçtüzük 133/3. Madde). Rapor, dokunulmazlığın kaldırılması şeklinde ise veya itiraz edilmişse Genel Kurulda görüşülür ve oylanır.

31. Dokunulmazlığının kaldırılması istenen milletvekili isterse hazırlık komisyonunda, Karma Komisyonda ve Genel Kurulda kendini sözlü olarak savunabilir veya bir üyeye savundurabilir. Genel Kuruldan önceki son söz savunmanındır (ilgili milletvekili).

V. 12 Nisan 2016 tarihli Anayasa Değişikliği

32. 12 Nisan 2016 tarihinde Millet Meclisi, Anayasa'ya geçici 20. Maddeyi ekleyen bir anayasa değişikliğini kabul etmiştir. Geçici 20. Madde şöyledir:

“Bu maddenin Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edildiği tarihte; soruşturmaya veya soruşturma ya da kovuşturma izni vermeye yetkili mercilerden, Cumhuriyet başsavcılıklarından ve mahkemelerden; Adalet Bakanlığına, Başbakanlığa, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına veya Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaları bulunan milletvekilleri hakkında, bu dosyalar bakımından, Anayasanın 83 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü uygulanmaz.

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on beş gün içinde; Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığında, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığında, Başbakanlıkta ve Adalet Bakanlığında bulunan yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyalar, gereğinin yapılması amacıyla, yetkili merciine iade edilir.”

33. Anayasa'nın geçici 20. Maddesi 20 Mayıs 2016 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 15 gün içinde tamamen “tüketilmiştir”; 4 Haziran 2016 tarihinde bekleyen bütün dosyalar ‘gereğinin yapılması’ amacıyla ilgili yetkili mercide iade edilmiştir.

34. Buna göre, Değişikliğin yayınlandığı tarihe kadar Millet Meclisine dokunulmazlığın kaldırılması için havale edilen bütün talepler bakımından dokunulmazlıklar kaldırılmıştır. Buna karşın, bu tarihten sonra gelen dosyalar Anayasanın 83. ve 85. Maddesinde düzenlenen usule ve TBMM İçtüzüğüne göre işlem görmüştür.

35. Venedik Komisyonu heyetine, Değişikliğin 139 milletvekili hakkında yaklaşık 800^[12] suç dosyası ile ilgili olduğu bildirilmiştir:

- Adalet ve Kalkınma Partisinden (AKP) 317 milletvekilinden 27'si – çoğunluk
- Cumhuriyet Halk Partisinden (CHP) 133 milletvekilinden 51'i – muhalefet
- Halkların Demokratik Partisinden (HDP) 59 milletvekilinden 51'i – muhalefet
- Milliyetçi Hareket Partisinden (MHP) 40 milletvekilinden 9'u – muhalefet

[12] Anayasa Değişikliğinin giriş bölümünde kabul tarihinde 562 dosyanın beklediği ifade edilmektedir. Değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihteki dosya sayısı çok daha yüksek görünmektedir ancak Komisyon heyeti nihai dosya sayısı ile ilgili bilgi alamamıştır.

- 1 bağımsız milletvekilinden 1'i.

Heyetin muhataplarından bazıları, biraz daha farklı rakamlar vermişlerdir ancak bunlar genel tabloyu etkilememektedir. Özellikle HDP temsilcileri, dokunulmazlıkların kaldırılmasının 59 milletvekilinden 55'i ile ilgili olduğunu belirtmiştir.

36. Değişiklik, en fazla etkilenen siyasi parti olan HDP'nin oylarına karşı yüksek bir anayasal çoğunlukla kabul edilmiştir. Heyet'e Anayasa değişikliğini Anayasaya aykırı gördüğü halde, ana muhalefet partisi CHP'nin terör faaliyetlerini destekleyen kişileri korumak istemekle suçlanmamak için kabul oyu verdiği yolunda bilgi verilmiştir.

37. Komisyon heyetine, Değişikliğin kabulünden sonra dokunulmazlığı kaldırılan çoğu Meclis üyesinin savcılık tarafından çağrıldığı ve sorgulandığı bildirilmiştir. Muhalefetteki HDP milletvekillerinin Değişikliğin geçerliliğine itiraz ettikleri için bu çağrılara uymamışlardır. Diğer partilere mensup milletvekillerinin çağrılara uyduğu anlaşılmaktadır. Bu tarihe kadar 139 milletvekilinden hiçbiri gözaltına alınmamıştır ancak HDP milletvekilleri partilerine mensup milletvekillerinin yakında gözaltına alınmasını beklemektedir.

VI. 3 Haziran 2016 Tarih ve 2016/117 Sayılı anayasa Mahkemesi Kararı

38. 3 Haziran 2016 tarih ve 2016/117 sayılı kararında anayasa Mahkemesi 12 Nisan 2016 tarihli Anayasa Değişikliğinin, Anayasa Mahkemesinin 85. Madde kapsamında denetleyebileceği ve Anayasanın 83. Maddesi kapsamında dokunulmazlığın kaldırılmasına yönelik bir meclis kararı olarak görülmesine talebiyle yapılan bir başvuru üzerine görüş bildirmiştir. Bu gerekçeyle başvurular Anayasanın 83. Maddesi ve TBMM'nin İçtüzüğünde öngörüldüğü şekilde dokunulmazlıkların kaldırılması usulünde dinlenmedikleri için savunma haklarına saygı gösterilmediğini ileri sürmüşlerdir.

39. Anayasa Mahkemesi, oybirliğiyle verdiği kararında, 12 Nisan 2016 tarihinde TBMM tarafından kabul edilen kararın Anayasanın 85. Maddesi kapsamında denetlenemeyeceğini çünkü Anayasa Değişikliğinde olması gereken usule ilişkin unsurları taşıdığını ifade etmiştir (başlık: 'Türkiye Cumhuriyeti anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı', nitelikli çoğunluk oyu gerekmektedir).

40. Anayasa Mahkemesine göre: "Anayasada değişiklik yapan bir kanunun Anayasa Mahkemesince denetimi ancak anayasanın 148. Maddesinin ikinci fıkrası

uyarınca açılan bir iptal davası ile mümkün olup söz konusu kanunun anayasanın 85. Maddesi çerçevesinde denetlenebilmesi olanaklı değildir”.

41. Anayasa Mahkemesi ayrıca şöyle belirtmiştir: “*Anayasada açıkça öngörülmüş bir dava yolu kapsamında denetim olanağı bulunan ve özel koşullara tabi tutulan Anayasaya aykırılık iddiasının, iptali talep edilen kuralın parlamento kararı niteliğinde olduğu ileri sürülerek Anayasanın 85. Maddesine göre milletvekillerinin münferit iptal taleplerine konu edilmesi, anayasanın 148. Maddesi^[13] hükmünün anlamsız ve işlevsiz hale gelmesi sonucunu doğurur”.*

42. Anayasanın 148. Maddesi, Anayasa değişikliklerinde denetlemenin, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı olduğunu ifade eder. 148. Madde kapsamında yapılacak şekil bakımından denetlemenin, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye

[13] Görev ve yetkileri

MADDE 148. – (Değişik: 12/9/2010-5982/18 md.) Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararname ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz. Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılmayıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır. Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir. Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz; def'i yoluyla da ileri sürülemez.

(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/18 md.) Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.

(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/18 md.) Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.

(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/18 md.) Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.

(Değişik: 12/9/2010-5982/18 md.) Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanını, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcivekilini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar. (Ek fıkra: 12/9/2010-5982/18 md.) Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ile Jandarma Genel Komutanı da görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanırlar.

Yüce Divanda, savcılık görevini Cumhuriyet Başsavcısı veya Cumhuriyet Başsavcivekili yapar.

(Değişik: 12/9/2010-5982/18 md.) Yüce Divan kararlarına karşı yeniden inceleme başvurusu yapılabilir. Genel Kurulun yeniden inceleme sonucunda verdiği kararlar kesindir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa ile verilen diğer görevleri de yerine getirir.

Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün içinde istenebileceği belirtilmiştir.

43. Venedik Komisyonu, 148. Maddesi kapsamında Anayasa Mahkemesi'ne başvuracak yeterlilikte destek olmadığını öğrenmiştir. Muhalefet partisi CHP, değişikliğin Anayasa'ya aykırı olduğunu düşünmekte ancak terörü desteklemekle suçlanmamak için siyasi nedenlerle Değişiklik lehine oy kullanmaya karar vermiş (bkz. Bölüm V), bu nedenle de anayasaya aykırılığı gerekçesiyle itirazda bulunmamıştır.

44. Sonuç olarak, Değişikliğin kabul edilmesinde uygulanan usul Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmemiştir.

VII. Analiz

45. Yasama dokunulmazlığı konusunda iki önemli değer arasında bir rekabet vardır: bir yandan tüm vatandaşların kanun önünde eşitliği ilkesi, diğer yandan Meclis Üyelerine özel koruma getirilmesi. Bu iki değer arasındaki denge devletten devlete ve zamandan zamana değişiklik gösterebilir ve göstermektedir.

46. Yukarıda ifade edildiği üzere, Venedik Komisyonu, milletvekili sorumsuzluğu ilkesinin korunmasından yanadır. Bu nedenle Komisyon, Değişikliğin milletvekili sorumsuzluğunu etkilememiş olmasından dolayı memnundur.

47. Yasama dokunulmazlığı konusuna gelince, yukarıda ifade edildiği üzere, Komisyon'un görüşüne göre, bu ayrıcalığın korunmasının gerekli ve haklı olup olmadığı ilgili ülkenin özel durumuna bağlıdır. Bu nedenle, Komisyon mevcut durumda Türkiye'de yasama dokunulmazlığının kaldırılmasının haklı gösterilip gösterilemeyeceğini inceleyecektir. Ayrıca, Komisyon, seçilen yöntemin –belirgin güvenceler sağlayan bir Anayasa maddesinin geçici olarak askıya alınması– Avrupa'nın anayasal mirasından gelen ilkeler ve hukukun üstünlüğü ilkesi ile bağdaşıp bağdaşmadığını inceleyecektir.^[14]

A. Türkiye'de mevcut durumda dokunulmazlık ve ifade özgürlüğü

48. Anayasa Değişikliği teklifinin genel gerekçesinde “bazı milletvekillerinin seçilmeden önce ya da seçildikten sonra yapmış oldukları teröre manevi ve moral destek manasındaki açıklamaları, bazı milletvekillerinin teröre ve teröristlere

[14] CDL-AD(2016)007, Hukukun Üstünlüğü Kontrol Listesi, bölüm II.E. 15AİHM, Castells – İspanya davası, Başvuru no. 11798/85, par. 42. 16AİHM, Kart – Türkiye davası, Başvuru no. 8917/05, par. 88.

fiili manada destek ve yardımları, bazı milletvekillerinin ise şiddet çağruları kamuoyunda büyük infial” meydana getirdiğini ve değişikliğin amacının bu konulara cevap vermek olduğu ifade edilmiştir. Milletvekillerinin teröre destek olarak yorumlanabilecek ifadeleri gerçekten ceza hukuku kapsamında cezalandırılabilir ancak bu türden ifadeler normalde siyasi nitelikte olduğundan yasama dokunulmazlığı kapsamında yer alıp almayacakları sorusu özellikle önemlidir.

49. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre: “İfade özgürlüğü herkes için önemli olmakla birlikte halkın seçilmiş temsilcileri için özellikle önemlidir. Milletvekili seçmenlerini temsil eder, onların kaygılarına dikkat çeker ve menfaatlerini savunur. Bu doğrultuda, başvuru gibi bir muhalefet milletvekilinin ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin Mahkeme tarafından dikkatlice incelenmesini gerektirir.^[15] Yasama dokunulmazlığı ile ilgili olarak, Mahkeme şöyle demiştir: “yasama dokunulmazlığı sisteminin özünde olan nitelikler ve olağan hukuktan istisna tutulmanın amacı halkın temsilcilerine özgür ifade olanağı sağlamak ve yandaş partililerce yapılacak şikayetlerin meclis işlevlerini engellemesini önlemektir”^[16].

50. Genel olarak, bazı dosyalar kaçakçılık, zimmete para geçirme gibi adi suçlarla ilgili olsa da, 12 Nisan 2016 tarihli Kararla dokunulmazlığın kaldırıldığı dosyaların çoğu ifadeyle ilgili suçlara ilişkindir; örneğin, Cumhurbaşkanı hakaret etmek, kamu görevlisine hakaret etmek, terör propagandası yapmak veya kine tahrik etmek. Özgür ifadenin güvence altına almasının önemi düşünüldüğünde, Milletvekillerinin doğası gereği görevlerinin icrasıyla ilişkili olan Meclis dışındaki söylemleri dahil siyasi söylemlerinden ötürü yaptırımı tabi tutulmaları sorunlu hale gelmektedir. Savcılık dahil yargı sisteminin yeterince bağımsız olduğu ülkelerde adi suçlar için dokunulmazlığın kaldırılması için geçerli nedenler olabildiği halde, siyasi nedenlerle girilen fiillere ve özellikle de siyasi söylem konusunda son derece dikkatli bir yaklaşım benimsenmelidir. Mevcut durumda, bir muhalefet partisinin neredeyse bütün milletvekillerinin bu tedbirden etkilenmeleri durumu daha da sorunlu hale getirmektedir.

51. Dikkatli davranılması için bir diğer neden, Türkiye’nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ifade özgürlüğü konusunda hakkında en çok ihlal kararı verilen ülkelerden biri olmasıdır. Şu anda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi nezdinde, çoğu terör propagandası ile ilişkili ifade özgürlüğünün ihlal

[15] AİHM, Castells – İspanya davası, Başvuru no. 11798/85, par. 42.

[16] AİHM, Kart – Türkiye davası, Başvuru no. 8917/05, par. 88.

edildiği 104 kararın (Incal grubu davaları) uygulanması beklenmektedir.^[17] Bu davalara, Cumhurbaşkanına ve diğer kamu görevlilerine hakaret davaları da eklenmelidir.

52. Venedik Komisyonu, kişilerin ifadelerinden dolayı yargılanmalarına yol açan Türk Ceza Kanunu maddelerinin de geniş yorumlanmasına ilişkin kaygılarını ifade etmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 216, 299, 301 ve 314. Maddeleriyle ilgili Mart 2016'da yayınladığı Görüş'te Komisyon ifade özgürlüğü ile ilgili ceza kanunu hükümlerini incelemiş ve bu maddelerin "aşırı yaptırımlara neden olduğu ve fazlasıyla geniş uygulandığı, 10. Madde ilgili içtihat başta olmak üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklara Dair Sözleşmenin 19. Maddesi kapsamında koruma altına alınan davranışları cezalandırdığı" sonucuna varmıştır.^[18]

53. Özellikle Ceza Kanunu'nun 216. Maddesi (Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik ve Aşağılama) "hükümet politikalarına karşı sert eleştirileri cezalandırmak için kullanılmamalıdır" (par. 124). Aşırı derecede kullanılmasından dolayı, 229. Madde (Cumhurbaşkanına Hakaret) tamamen kaldırılmalıdır (par. 126). 301. Madde (Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama) muğlak ifadelerin doğurduğu sorunları ortadan kaldırmak için değiştirilmelidir (par. 127). 314. Madde dar yorumlanmalıdır ve 220. Maddede (Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurmak) "Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır" hükmü kaldırılmalıdır. Görüş'te ayrıca, bu hükümleri uygulayan mahkemelerin uygulamalarının bu sorunları yeterince hafifletmediği sonucuna varılmıştır.

54. İfade özgürlüğü ile ilgili bu türden sınırlamalar söz konusu hükümler kapsamında yargılanan herkes açısından sorunlu olmakla birlikte, ceza yargılamasına maruz kalmaktan korkmadan Meclis dışında siyasi görüşlerini ifade edemeyen milletvekilleri üzerinde özellikle olumsuz etkisi vardır. 139 Milletvekilinin dokunulmazlığının kaldırılmasıyla 12 Nisan 2016 tarihli değişiklik, milletvekillerini Meclis üyesi olarak faaliyetleriyle ilişkili söylemlerinden dolayı aşırı ceza alma riskine maruz bırakmaktadır.

[17] Avrupa Konseyi, Bakanlar Komitesi, AİHM Kararlarının Uygulanmasının İzlenmesi, 13 Eylül 2016 tarihli CM/Notes/1265/H46-29-rev (özel), 1265. Oturum, 20-22 Eylül 2016, H46-29 Incal ve Gözel ve Özer grubu – Türkiye, (Başvuru No. 22678/93, 43453/04), Referans belgeler: ResDH(2004)38, ResDH(2001)106, CM/Inf(2003)43; CM/Inf/DH(2008)26, DH-DD(2016)842, DH-DD(2015)447-rev, DH-DD(2014)502, CM/Del/Dec(2015)1230/22

[18] CDL-AD(2016)002, par. 123.

B. Yargının işleyişi

55. Bir ülkede yasama dokunulmazlığını ihtiyaç duyulup duyulmadığı en nihayetinde savcılık dahil yargı sisteminin bağımsızlığına ve tarafsızlığına bağlıdır. Ancak, Türkiye yargısının mevcut işleyişiyle ilgili ciddi kuşkular bulunmaktadır.

56. “Türkiye’de demokratik kurumların işleyişi” başlıklı 2121 Sayılı Kararında (2016), Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi şöyle demiştir: “Yargı bağımsızlığı Anayasa’da güvence altına alınmıştır. 2010 yılındaki anayasa referandumundan bu yana çok sayıda yargı paketi kabul edilmiştir. Bu paketler, seçilmiş hakimlerin Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu’nda daha güçlü bir şekilde yer almalarına imkan tanımıştır ki bunlar olumlu gelişmelerdir. Ancak, yakın zamanda meydana gelen olaylar ve 2014 yılında HSYK kanununda yapılan değişiklikler yargının bağımsız olmaması ve yürütmenin yersiz müdahalesi sorununu gündeme getirmiştir”^[19].

57. 16 Ekim 2015 tarihli Türkiye Değerlendirme Raporunda, Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Karşı Devletler Grubu (GRECO) şu sonuca yer vermiştir: “Türkiye’de yargı, anayasal güvencelere rağmen, ülkenin yürütme erkinden yeterince bağımsız olarak algılanmamaktadır. Yargı bağımsızlığının güçlendirilmesi, yıllardır Türkiye’deki yargı reformunun ana hedeflerinden biri olmuştur. Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu’nun (HSYK) yargının kendi kendini yöneten bir organı olarak kurulması böyle bir bağımsızlığı sağlamanın unsurlarından biriydi ve hakim ve savcılarının bu organda daha güçlü bir şekilde yer almalarını sağlayan 2010 yılındaki anayasa reformu aynı zamanda olumlu bir adımdı. Ancak, Türkiye’de 2014/2015 yıllarında çok sayıda yargı mensubu hakkında disiplin soruşturması başlatılması ve görevden alınmaları üzerine kamuoyundan ve uluslararası kuruluşlardan gelen eleştiriler HSYK’nın rolü ve bağımsızlığı ile ilgili tartışmaları daha da fazla tetiklemiştir. Raporunda yürütmenin bu organ üzerindeki potansiyel etkisini azaltarak HSYK’nın bağımsızlığının artırılmasına hala ihtiyaç duyulduğu kabul edilmektedir.”^[20]

58. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Mart 2016’da yaptığı Türkiye ziyareti sonrasında aynı sonuca varmıştır: “Yürütmenin ve yargının meşru eleştiriler karşısındaki hoşgörüsüzlüğü somut bir dondurucu etkiye ve otosansüre

[19] Par 29, <http://website-pace.net/documents/19895/2436341/20160523-TurkishInstitutions-EN.pdf/cc4c76b9-1602-4d77-9038-e79aec4f9484>

[20] GrecoEval IV Rep (2015) 3E, GRECO tarafından 69. Genel Oturumda kabul edilmiştir. (Strazburg, 12-16 Ekim 2015), [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/Eval%20IV/GrecoEval4Rep\(2015\)3_Turkey_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/Eval%20IV/GrecoEval4Rep(2015)3_Turkey_EN.pdf).

yol açmış, ülkedeki demokratik tartışmaların kapsamını daraltmıştır.” Komiser ayrıca,

Avrupa Konseyi’nin diğer organlarının, Venedik Komisyonu’nun ve Yolsuzluğa Karşı Ülkeler Grubunun (GRECO) yargıda örgütlendiği farz edilen bir terör örgütüyle mücadelenin yargı bağımsızlığını zayıflatmış olabileceği yolundaki görüşlerini paylaşmaktadır. “Türkiye Cumhurbaşkanı’nın Anayasa Mahkemesi’yle ilgili kısa süre önce söylediği sözler ve diğer siyasetçilerin beyanatları da halkın yargının bağımsızlığına olan güvenini zedelemiştir”^[21]21

59. Değişikliğin kabul edildiği tarihte bile yargı sisteminin milletvekili dokunulmazlıklarının kaldırılmasına izin verecek derecede istikrarlı olup olmadığı yolunda ciddi şüpheler bulunmaktaydı. Siyasi açıdan son derece önemli bazı davalara ilişkin kararlar büyük çaplı usulsüzlüklerin ortaya çıkmasından sonra Türkiye mahkemeleri tarafından iptal edilmiştir (Ergenekon^[22]/Balyoz^[23] adıyla bilinen davalar).

60. Darbe girişiminden bu yana Türkiye yargısı daha da büyük bir sıkıntı içindedir. En yüksek mahkemelerin hakimleri dahil olmak üzere, 3000’den fazla hakim ve savcı yargılanmaksızın görevden alınmıştır. Anayasa Mahkemesi bile doğrudan etkilenmiş ve iki üyesinin görevden alınmasına yol açan bir karar almıştır.^[24] Bu hakim ve savcıların büyük kısmı şu anda tutukludur.

61. Son olarak, Venedik Komisyonu heyetine 139 milletvekili ile ilgili dosyaların önemli bir kısmının 15 Temmuz 2016 tarihindeki darbe girişiminden sonra hapsedilen ve/veya görevden alınan savcılar tarafından hazırlandığı bildirilmiştir. Venedik Komisyonu bu bilgiyi teyit edememiştir. Bu bilgi doğru ise, söz konusu savcılar tarafından soruşturulan dosyalar kapatılmalı ve yeni soruşturma başlatılmalıdır. Yeni savcılar da ceza yargılaması yapılması gerektiği yolunda aynı sonuca varırsa ilgili milletvekillerinin dokunulmazlıkları Anayasa’nın 83. Maddesine göre kaldırılmalıdır.

62. Türkiye’de yargının bugün geçmişe göre daha da kırılğan hale gelen durumu gözetildiğinde, milletvekilleri Anayasa’nın 83. ve 85. Maddelerinin ve

[21] <http://www.coe.int/en/web/commissioner/-/turkey-security-trumping-human-rights-free-expression-under-threat?inheritRedirect=true&redirect=%2Fen%2Fweb%2Fcommissioner%2Fcountry-report%2Fturkey>.

[22] Bkz. AİHM, Mergen ve Diğerleri – Türkiye (başvuru no. 44062/09, 55832/09, 55834/09, 55841/09 ve 55844/09) ve Ayşe Yüksel ve Diğerleri–Türkiye (no. 55835/09, 55836/09 ve 55839/09)

[23] <http://aa.com.tr/en/turkey/turkish-court-acquits-hundreds-in-sledgehammer-case/61933>.

[24] T.C. Anayasa Mahkemesi, 2016/12 Sayı ve 4 Ağustos 2016 tarihli karar.

Meclis Tüzüğü'nün sağladığı usul güvenceleri olmadan olası keyfi yargılamalara maruz kalmamalıdır. Mevcut durumu dikkate alındığında, Milletvekillerinin dokunulmazlıklarının kaldırılması için olabilecek en kötü zaman seçilmiş gibi görünmektedir.

C. Orantılılık

63. Anayasa Değişikliği Kanunu'nun genel gerekçesinde dokunulmazlıkların tamamının kaldırılması ve aynı zamanda Meclis çalışmalarının tıkanmasına da fırsat verilmemesi dikkate alındığında Anayasaya geçici bir madde eklemek suretiyle bir çözüm düşünüldüğü ifade edilmiştir. Mecliste bekleyen çok sayıda fezleke olduğundan, bu süreçlere çok fazla zaman ayrılmış olacak ve uzun bir süreç sebebiyle Meclis çalışmaları tıkanmış olacaktır.

64. Dokunulmazlıkların geçici bir düzenlemeyle kaldırılmasına alternatif olarak Meclis İçtüzüğü'ndeki karmaşık prosedürü basitleştirmenin mümkün olup olmayacağını sorulması üzerine, iktidar partisi heyete bunun mümkün olmayacağını zira usulün Anayasa'da belirlendiğini ve İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırı olamayacağını söylemiştir. Muhalefet partileri CHP ve HDP bu görüşe katılmamışlar ve Meclisin dosya sayısıyla başa çıkabileceğini belirtmişlerdir.

65. Komisyon'un görüşüne göre, Anayasa'nın 83 ve 85. Maddeleri Meclisin çalışma usulünü sadeleştirmeye yeterince imkan tanımaktadır. Aslında, bu maddeler detaylı bir prosedür dayatmamaktadır. Hazırlık Komisyonu'nun Karma Komisyon'a, Karma Komisyon'un da Genel Kurul'a rapor vermesini öngören usul Meclis İçtüzüğü'nden doğmaktadır. Böyle bir prosedür elbette dokunulmazlıktan yana işlemektedir ve ilgili milletvekilleri için çok sayıda güvence getirmektedir; ancak karmaşıklığından dolayı genellikle pratikte uygulanmaması sonucunu doğurmuş ve TBMM bu süreci işletmek yerine milletvekillerinin görev süresinin dolmasını beklemeyi tercih etmiştir. Milletvekilleri için tek bir savunmanın olduğu basitleştirilmiş bir prosedür öngörülebilir ve 83. Maddenin çerçevesine bağlı kalındığı takdirde anayasaya aykırı olmayacaktır.

66. Dokunulmazlıkların kaldırılması ile ilgili prosedürün basitleştirilemeyeceği varsayılsa bile, ilgili milletvekillerinin dokunulmazlıklarının topyekün kaldırılmasına gerek yoktu. En azından, aynı anayasa değişikliği kapsamında vekillerin yargılamaya karşı Anayasa Mahkemesi'ne itirazda bulunma hakları korunabilirdi. Meclisin iş yükü Anayasa Mahkemesine itirazı kaldırmak için gerekçe gösterilemez.

67. Daha hafif bir çözüm aramak yerine Meclis 139 milletvekilinin dokunulmazlıklarının tamamen kaldırılması gibi radikal bir tedbire başvurmuştur.

Bu nedenle Venedik Komisyonu 139 Milletvekili için yasama dokunulmazlığının kaldırılması bağlamında bütün güvencelerin topyekün kaldırılmasının orantılılık ilkesine aykırı olduğu sonucuna varmıştır.

D. Dokunulmazlıkların geçici bir Anayasa değişikliğiyle kaldırılmasının doğan geçici niteliği

68. Türkiye’de yasama dokunulmazlığın korunması lehine temel bir tercih yapıldığı, TBMM’nin Nisan 2016’da kurucu iktidar olarak görevini icra ettiği sırada Anayasa’nın 83. ve 85. Maddelerini gelecekteki tüm dosyalar için muhafaza etmesinden anlaşılmaktadır.

69. Geçici 20. Maddenin geçici olduğu aşıkardır. Bu hüküm Anayasa’da ‘Geçici Hükümler’in toplandığı Altıncı Kısım’da yer almaktadır. Geçici 20. Maddenin yürürlüğe girdiği tarihte hazır olmayan fezlekeler bu maddenin kapsamı dışında kalmakta ve olağan sistem kapsamında yer almaktadır. Bu durumda 20. Madde ‘tek seferlik’ bir istisnadır. Bunun sonucunda, Geçici 20. Madde (soyut unsurları barındıran) genel bir kural olmayıp geçici bir çözümdür.

70. Komisyon heyetine Türkiye’de geçmişte de Anayasa değişikliği yoluyla Anayasa’ya geçici maddelerin eklendiği bildirilmiştir. Bu durum özellikle 27 Aralık 2002 tarih ve 4777 Sayılı Kanun’un Geçici 1. Maddesi ile ilgilidir^[25]. Bu maddeye göre, Anayasa’nın 67. Maddesinin son fıkrası TBMM’nin 22. Döneminde yapılacak ilk ara seçimlerde uygulanmayacaktır. Anayasa’nın Maddesinin son fıkrasına göre, seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz. Bu güvence, 2 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliğiyle eklenmiştir.^[26] Aynı istisna, Geçici 17. Maddenin getirildiği 10 Mayıs 2007 tarih ve 5659 sayılı Kanunla da gerçekleşmiştir.^[27]

71. Bu düzenleme, 27 Aralık 2002 tarih ve 4777 Sayılı Kanun ile 10 Mayıs 2007 tarih ve 5659 Sayılı Kanunun yürürlüğe girdikleri tarihten sonra yapılan ara seçimlerde, seçimlerden önceki bir yıl içinde kabul edilen seçim kanunu değişikliklerinin uygulanabildiği anlamına gelmektedir. Bu düzenlemeler gerçekten de bir anayasa hükmüne getirilen geçici istisnalara örnektir. Ancak, nitelikleri bakımından 12 Nisan 2016 tarihinde yapılan değişiklikle karşılaştırılmazlar;

[25] 31 Aralık 2002 tarihli Resmi Gazete.

[26] 11 Ekim 2001 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

[27] Bağımsız adayların birleştirilmiş oy pusulalarına dahil edilmesi ile ilgili bu istisna Anayasa’nın 67 maddesinin son fıkrasınının 10 Haziran 1983 tarih ve 2839 Sayılı Milletvekili Seçimleri Kanunu hükümlerine uygulanmasını hariç bırakmıştır.

önceki düzenlemeler bireylerin hukuki durumlarına müdahale eder nitelikte değildir ve aynı şahsi özelliklere sahip değildir (Aşağıda E Bölümüne bakınız). Esas bakımından farklı olmasının yanı sıra, 2002 ve 2007 tarihli değişiklikler seçim sistemine getirilecek değişikliklerin seçimlerden hemen önce yapılması yönündeki 2001 tarihli anayasal güvenceyi tek bir seçim için kaldırmıştır. 4777 Sayılı Kanun'un Geçici 1. Maddesiyle 10 Mayıs 2007 tarihli 5659 sayılı Kanun'un geçici 17. Maddesini, bugünkü Değişiklik bakımından olumlu bir örnek olarak göstermek zordur.

72. Anayasa'ya geçici nitelikte bir istisna getirmek, Anayasa değişikliği yoluyla olsa dahi, özellikle anayasal güvencelerin azaltıldığı veya kaldırıldığı durumlar söz konusu olduğunda sorunludur.

E. Kişisel kapsam – Şahsa yönelik mevzuat

73. İncelenen Anayasa değişikliği şahsa yönelik anayasal mevzuat olarak nitelendirilebilir. Değişiklik genel tabirler kullanılarak hazırlanmış olsa da, gerçekte tek tek kim oldukları bilinen 139 milletvekili ile ilgilidir. Bu durum, anayasa değişikliği prosedürünün kötüye kullanılması anlamına gelir: Esas bakımından değişiklik, kimlikleri bilinen milletvekillerinin dokunulmazlıklarının kaldırılmasına yönelik toplu bir karar anlamına gelmektedir; bu kararlar, askıya alınan 83. Maddeye göre, tek tek alınmış olmalıydı ve belli güvencelere tabi olmalıydı.

74. Anayasa Mahkemesi'nin 2016/117 Sayılı kararı bu değerlendirmeye ters düşmemektedir. Mahkeme, Anayasa'nın 85. Maddesi kapsamında yapılan başvuruyu reddetmek zorunda olduğunu zira 12 Nisan 2016 tarihinde kabul edilen kanunu şekil itibarıyla Anayasa'nın 148. Maddesi kapsamında denetlemeyecek bir anayasa değişikliği olarak ele alması gerektiğini ileri sürmüştür. Anayasa'nın 148. Maddesi kapsamında bir denetim Mahkemeye başvuru yapılmadığı için yürütülmemiştir.

F. Eşitlik

75. Şahsa yönelik her türlü mevzuatta olduğu gibi, Değişiklik eşitlik ilkesi açısından da sorunludur. 139 milletvekiliyle bundan önce gündeme gelen tüm dosyaların yanı sıra Değişikliğin kabul edilmesinden bu güne çıkarılan fezlekeler arasında bu türden bir ayırım yapmak için Meclis'in iş yükü gerekçe gösterilemez. Bu nedenle Değişiklik eşitlik ilkesini ihlal etmektedir.

76. Çoğunluk partisine dokunulmazlıkların geçici usulle kaldırılmasından sonra yeni dosyalar için normal usulün uygulanıp uygulanmayacağı sorulması üzerine, heyete yeni fezlekelere bakılmayacağını, milletvekillerinin görev süresi bittikten sonra yargılama yapılabileceği söylenmiştir. Bu durumda, Değişiklikle dokunulmazlıkları kaldırılan milletvekilleriyle davaları sonra görülecek milletvekillerine yapılan muameledeki fark fiilen daha da büyüktür. 139 milletvekili için dokunulmazlıklar bireysel prosedür uygulanmadan kaldırılırken yeni dosyalarda dokunulmazlıkların kaldırılması konusu büyük ihtimalle hiç ele alınmayacaktır ve ilgili milletvekilleri görev süreleri boyunca koruma kalkanından tamamen yararlanacaktır.

VIII. Sonuçlar

77. Venedik Komisyonu Değişikliğin yasama dokunulmazlığının temel unsurlarından biri olan yasama sorumsuzluğunu kaldırmamış olmasından dolayı memnuniyetini bildirmektedir.

78. Ancak, söz konusu Milletvekillerinin dokunulmazlıkları iade edilmelidir. Venedik Komisyonu'na göre, Türkiye'deki mevcut durumda yasama dokunulmazlığı meclisin işleminin temel güvencesidir. Türkiye Büyük Millet Meclisi, bir kurucu iktidar olarak, dokunulmazlığın gelecekteki dosyalara ilişkin koruyarak bu durumu teyit etmiştir. Türkiye yargısındaki mevcut durum gözetildiğinde, dokunulmazlıkların kaldırılması için olabilecek en kötü zaman seçilmiştir.

79. Ayrıca, bu istisna ile ilişkili fezlekelerin çoğu milletvekillerinin ifade özgürlüğü ile ilgilidir. Milletvekillerinin ifade özgürlüğü demokrasinin temel unsurudur. Milletvekillerinin ifade özgürlüğünün geniş tutulması gerekir ve Meclis dışında konuştuklarında da bu korumadan yararlanmalıdırlar. Bölgesel özyönetim gibi şiddet içermeyen siyasi amaçlara şiddet içermeyen yollarla ulaşmaya çalışmak ceza yargılamasının konusu olamaz. Rahatsız edici ifadelerin (Cumhurbaşkanına, kamu görevlilerine, Millete, Cumhuriyete vb. karşı söylemler) genel olarak hoş görülmesi gerekir ancak özellikle Milletvekilleri tarafından ifade edildiğinde hoşgörülle ele alınmalıdır. İfade özgürlüğüne getirilecek kısıtlamaların dar yorumlanması gerekir. Ancak şiddet çağrılarını içeren veya şiddetin faillerini doğrudan destekleyen ifadeler ceza yargılamasına yol açabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadı Türkiye'nin ifade özgürlüğünü güvence altına alma konusunda problemlili olduğunu göstermektedir, özellikle de terör propagandası olarak görülen davalarda. Bunun nedeni kısmen, Türk Ceza Kanunu'nun 216, 299, 301 ve 314. Maddeleri ile ilgili Mart 2016 tarihli CDL-AD(2016)002 Sayılı Görüşte de açıklandığı üzere, Ceza Kanunu'nun bazı

hükümlerinin kapsamının fazla geniş olmasıdır. Bu durum ifade özgürlüğünü genel olarak tehdit ederken özel olarak Milletvekillerinin de ifade özgürlüğünü görünür şekilde tehlikeye atmaktadır.

80. 12 Nisan 2016 tarihli Anayasa Değişikliği Meclis'te halihazırda bekleyen fezlekelerle ilgili 139 milletvekili hakkında 'tek seferlik' geçici ve şahsa yönelik bir düzenlemedir. Kurucu iktidar yetkisini kullanarak TBMM Anayasa'nın 83 ve 85. Maddelerinde yer alan dokunulmazlık rejimini gelecekteki dosyalar bakımından muhafaza etmiş, ancak genel bir dil kullanmakla birlikte kimlikleri bilinen kişilerle ilgili belli fezlekeler bakımından bu rejime istisna getirmiştir. Bu durum anayasa değişikliği prosedürünün kötüye kullanılmasıdır.

81. Söz konusu milletvekilleri hakkındaki fezlekelerin tek tek ele alınmasının fazla uzun süreceği ve TBMM'nin gündemini gereksiz yere işgal edeceği argümanı ikna edici değildir. Dokunulmazlıkların kaldırılması usulünü basitleştirmek yerine, mevcut karmaşık sistem muhafaza edilmiş ancak 139 milletvekili bakımından istisna uygulanmıştır. TBMM'nin iş yükü, bu milletvekilleri hakkındaki fezlekelerin Değişikliğin kabulünden önce ve sonra Meclise gelen tüm dosyalardan ayrı tutulmasına gerekçe gösterilemez. Bu uygulama eşitlik ilkesini ihlal etmektedir. Komisyon'a göre, Türkiye'de yasama dokunulmazlığı sistemi, zayıflatılmamalı, aksine, özellikle Milletvekillerinin ifade özgürlüğünü güvence altına alacak şekilde güçlendirilmelidir.

82. Venedik Komisyonu, özellikle Anayasa reformu ile ilgili devam eden çalışmalar bakımından Türkiye Cumhuriyeti yetkililerinin gelecekteki destek talepleri karşısında bu makamların emrine amade çalışmaya devam edecektir.

Strasbourg, 12 Aralık 2016

CDL AD(2016)037

Görüş No. 865 / 2016

Aslı İngilizcedir

**AVRUPA HUKUK YOLUYLA DEMOKRASİ KOMİSYONU
(VENEDİK KOMİSYONU)**

TÜRKİYE

15 TEMMUZ 2016 BAŞARISIZ DARBE GİRİŞİMİ SONRASINDA

ÇIKARILAN

**667 İLÂ 676 SAYILI OLAĞANÜSTÜ HAL KANUN HÜKMÜNDE
KARARNAMELERİ HAKKINDA**

GÖRÜŞ

Venedik Komisyonu Tarafından

109. Genel Kurul Toplantısında

Kabul Edilmiştir

(Venedik, 9-10 Aralık 2016)

Aşağıdaki katılımcıların yorumlarına dayanılarak kabul edilmiştir:

Sn. Claire BAZY MALAURIE (*Üye, Fransa*)

Sn. Sarah CLEVELAND (*Üye, Amerika Birleşik Devletleri*)

Sn. Regina KIENER (*Üye, İsviçre*)

Sn. Hanna SUCHOCKA (*Venedik Komisyonu Onursal Başkanı*)

Sn. Kaarlo TUORI (*Üye, Finlandiya*)

Sn. Jan VELAERS (*Üye, Belçika*)

I. Giriş

1. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi (AKPM) İzleme Komitesi Başkanlığı tarafından, 27 Eylül 2016 tarihli yazıyla, Venedik Komisyonu'nun, bilhassa sonrasında çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin tümü olmak üzere Türkiye'deki olağanüstü hal uygulamasının, genel itibariyle, Avrupa Konseyi standartlarına uygunluğuna ilişkin görüşü talep edilmiştir.

2. Bu görüşün oluşturulması doğrultusunda, Sn. Claire Bazy Malaurie, Sn. Sarah Cleveland, Sn. Regina Kiener, Sn. Hanna Suchocka, Sn. Kaarlo Tuori ve Mr Jan Velaers raportör olarak davet edilmiştir. 3 ve 4 Kasım 2016 tarihlerinde, bir Venedik Komisyonu heyeti Ankara'yı ziyaret etmiş ve Devlet yetkilileri, siyasetçiler, hukukçular ve STK temsilcileri ile bir dizi toplantı gerçekleştirmiştir. Venedik Komisyonu, ziyaretin kusursuz bir biçimde organize edilmiş olmasından ötürü Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı ve Adalet Bakanlığı'na minnet ve teşekkürlerini sunar.

3. İşbu görüş, raportörlerin, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerin (bkz. CDL-REF(2016)061 ve CDL-REF(2016)061add), Türk makamları tarafından askıya alma (derogasyon) beyanları (askıya alma süreci hakkında daha fazla bilgi için aşağıda bakınız) ile birlikte Avrupa Konseyi'ne sunulmuş olan İngilizce ve Fransızca tercümelemleri temelinde ortaya koymuş oldukları yorum ve kanaatler esas alınarak hazırlanmıştır. Söz konusu tercümelemler, her durumda, ilgili belgelerin orijinal Türkçe versiyonlarını her veçheden doğru bir biçimde yansıtmıyor olabilir; dolayısıyla, dile getirilen konu ve meselelerin bir kısmı tercüme ile ilgili sorulardan kaynaklanmış olabilir.

4. Venedik Komisyonu tarafından, aynı zamanda, ilişkiğindeki ilâve belgelerle birlikte, Türk makamlarının, raportörlerin Ankara ziyaretine ilişkin olarak hazırlamış olduğu yazılı Müzekkere (bundan böyle; Hükümet Müzekkeresi, bkz. CDL-REF(2016)067 de nazar-ı dikkate alınmıştır).

5. İşbu görüş, Venedik Komisyonu tarafından, Venedik'te düzenlenen 109. Genel Kurul'da (9-10 Aralık 2016) kabul edilmiştir.

II. Arka Planda Yer Alan Olaylar ve Bulgular

6. 15 Temmuz 2016 akşamı, Türk Silahlı Kuvvetleri mensubu bir grup subay ülkede yönetime el koyarak Cumhurbaşkanı Erdoğan'ı devirme girişiminde bulunmuştur. Kalkışmacılar Meclisi bombalamış, diğer kamu binalarına saldırmış, önemli şehirlerde yol ve köprüleri kapatmış ve bir TV kanalına el koymuştur. Kalkışmacılar, Hükümete bağlı kalan Devlet görevlilerinin meşru

direnşini bastırmak için ağır silahlar kullanmaktan çekinmemişlerdir. Yüzlerce sivil hayatını kaybetmiş ya da yaralanmıştır. Ancak, Türk Silahlı Kuvvetleri ve halkın gösterdiği direniş sayesinde darbe girişimi başarısız olmuştur. Ordu, polis ve diğer kolluk güçleri içindeki kalkışmacılar görevlerinden alınmış ve tutuklanmışlardır.

7. Venedik Komisyonu, bir kez daha, kalkışmacıların sergilediği gaddarlığı şiddetle ve kesin bir dille kınamakta ve birlik içerisinde kalkışmacılara karşı duran Türk halkı ile dayanışma içinde olduğunu ifade etmektedir. Venedik Komisyonu'nun resmi adı "Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu"dur. Demokratik yollardan işbaşına gelmiş bir hükümete karşı girişilen bir askeri darbe, tanımı itibariyle, demokrasi ve hukukun üstünlüğü değerlerinin inkârı anlamını taşımaktadır. Dolayısıyla; Venedik Komisyonu demokratik bir hükümeti güç kullanarak alaşağı etmeye teşebbüs edenlerin daima karşısında olacaktır.

8. 20 Temmuz 2016 tarihinde Hükümet tarafından üç ay süresince olağanüstü hal ilan edilmiştir. OHAL ilanının Meclis tarafından onaylanmasını müteakip, Hükümet kanun hükmünde kararname yoluyla yasama erkini kullanmaya başlamıştır. Bunların ilki, 23 Temmuz 2016 tarihinde yürürlüğe giren 667 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname olmuştur. Sonraki aylarda, bir dizi başka kanun hükmünde kararname de çıkarılmıştır. 5 Ekim 2016 tarihinde Hükümet olağanüstü halin süresini, 19 Ekim itibaren olmak üzere üç ay daha uzatmıştır. Süre uzatımı 11 Ekim 2016 tarihinde Meclis tarafından onaylanmıştır.

9. Geline nokta, on iki kanun hükmünde kararname (667 ilâ 678 sayılı olmak üzere) çıkarılmış bulunmaktadır. Venedik Komisyonu'na, 22 Kasım 2016 tarihinde iki yeni olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi çıkarılmış olduğu bildirilmekle birlikte; söz konusu son iki kanun hükmünde kararnamenin İngilizce nüshaları mevcut olmadığından ve bunlar resmi olarak Avrupa Konseyi'ne bildirilmediğinden, aşağıdaki analiz ilk on kanun hükmünde kararnameyi kapsamaktadır. Bu kanun hükmünde kararnamelerde, Devlet aygıtının kapsamlı bir biçimde, kalkışmayla bağlantılı olduğu iddia edilen kişilerden arındırılması öngörülmektedir. Kanun hükmünde kararnamelerle, aynı zamanda, terörle ilgili faaliyetlere ilişkin cezai soruşturma kuralları da basitleştirilmektedir. Olağanüstü hal süresince 100.000'i aşkın memur, subay, yargıç, öğretmen ve akademisyen görevlerinden alınmıştır. On binlercesi tutuklanmış ve kovuşturmayla uğramıştır. Kalkışma girişimiyle bağlantılı olduğu iddia edilen özel kurum ve kuruluşlar kapatılarak mallarına en konmuştur.

10. Türk resmi kaynaklarına göre, kalkışmanın, ABD'de yaşayan Müslüman bir din adamı olan Bay Fethullah Gülen'in destekçileri tarafından organize

edildiğine dair kuvvetli deliller bulunmaktadır. Türk resmi belgelerinde Gülen cemaati “FETÖ/PDY” (“Fethullah Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması”) olarak adlandırılmaktadır.

11. Başlangıçta Gülen cemaatinin faaliyet ağı çok sayıda eğitim kurumu, hayır yardım kuruluşu, ticari kuruluşlar vb. yapılardan oluşmakta olduğu ifade edilmektedir. Hükümete göre, Güleciler kamu eğitimi, iş dünyası ve sivil toplum alanındaki (üçüncü sektör) kapsamlı mevcudiyetlerine ek olarak, gizlice Devlet kurumlarına da sızmaya başlamıştır.

12. Türk resmi makamlarına göre; Güleciler 2013 yılının Aralık ayında, bazı kabine üyeleri aleyhine atılan yolsuzluk ithamlarıyla AKP Hükümetini istikrarsızlaştırma girişiminde bulunmuştur. Bu olay, bugün, Hükümet tarafından Gülecilerin ilk darbe girişimi olarak görülmektedir. Aralık 2013’te yaşanan olayların ardından Hükümet Gülen cemaatinin önde gelen kurum ve kuruluşlarını kapatmaya başlamıştır (*Bank Asya ve Zaman gazetesi* gibi).

13. Ayrıca, Gülen sempatisini olduğundan kuşkulanan çok sayıda memur, subay ve yargıç disiplin soruşturmalarına uğramış ya da bunların görev yerleri değiştirilmiştir. Ancak bu tedbirler, iddiaya göre çoktan çeşitli Devlet kurumlarına sızmış bulunan Gülecilerin gizli engellemeleri nedeniyle, sınırlı ölçüde etkili olabilmektedir.

14. Türk makamlarına göre, sürecin gelişimine ilişkin benimsedikleri görüş, bazı kalkışmacılardan, tutuklanmalarında sonra alınan ifadeler ve Bay Gülen ve destekçilerini işaret eden çeşitli dolaylı kanıtlarla desteklenmektedir. Venedik Komisyonu, Türk toplumunun oldukça geniş bir kesiminin, Türk makamlarının, Gülen hareketinin rolüne ilişkin görüşünü paylaştığını kabul etmektedir. Bay Gülen’in kendisi ise darbe girişiminde herhangi bir rolü olduğu iddialarını reddetmektedir.

15. Başarısız darbe girişimi ile ilgili yargılamaların pek çoğu henüz devam etmektedir. Venedik Komisyonu bir mahkeme olmayıp; ne mevcut durumda ortada duran bu denli karmaşık olgusal anlaşmazlık ve tartışma konularını çözümlene yetkisini ne de bunun için gerekli kaynakları haizdir. Hâlihazırda, darbe girişimi sonrası uygulamaya konan tedbirlere ilişkin bireysel davalar Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve diğer yetkili uluslararası yargı mercileri ve yarı- yargısal merciler nezdinde derdest vaziyettedir. İşbu görüş dâhilinde ortaya konan hiçbir husus, mezkûr mahkeme ve diğer yetkili yargı mercilerinin, bireysel davalar kapsamında ulaşabileceği, olgulara ilişkin hiçbir hüküm ve sonuç açısından peşin hüküm tesis ettiği yönünde yorumlanmamalıdır.

16. Venedik Komisyonu, her bireyin, suçluluğu mahkemece ispat edilene değin masum addedilme hakkına halel getirmeksizin, kendi yasal analizini oluşturma doğrultusunda, Türk makamlarınca ortaya konan olgulara dayalı iddiaları nazar-ı dikkate almaktadır. İddialardan ilki, başarısız darbe girişiminin, en azından kısmen Bay Gülen'in ordu ve diğer Devlet kurumlarındaki destekçilerinden oluşan eşgüdümlü bir grup tarafından hazırlanıp uygulamaya konduğudur. Türk makamları Gülen cemaatini bir "terör örgütü" olarak nitelendirmiş olup; İslam İşbirliği Teşkilatı da bu kanaati paylaşmaktadır.^[1] "Terör(izm)" kavramının bir dizi farklı tanımı mevcuttur. Bu tanımlamaların ne ölçüde ve kapsamda münasip olduğu bir yana; darbe girişiminin planlanması ve uygulanmasında *doğrudan rol alan* kimselerin bir suç örgütü teşkil ettiklerine kuşku yoktur.

17. İkinci olgusal iddia, darbe girişiminden önce dahi, Gülen cemaatinin bazı mensupların, Türk Ceza Kanunu kapsamında suç niteliği taşıdığı tartışmalı bir takım yasadışı fiillere karışmış olduklarıdır. Bu fiiller, iddiaya göre, çeşitli Devlet kurumlarına giriş sınavlarının manipüle edilmesi, Gülen cemaatinin yardım ve hayır projelerinin finansmanında kullanılacağı söylenerek, hayır amaçlı bağış adı altında bir tür kayıtsız, zorunlu "vergi" (himmət) toplanması, siyasi rakipler aleyhine kişileri töhmet altında bırakacak uydurma deliller oluşturulması vb. faaliyetleri kapsamaktadır. Türk makamlarına göre; bu tür manipülasyonların en bilinen örnekleri, neticesinde en azından bir kısmı uydurulmuş delil niteliğindeki delillere istinaden birçok kişinin hüküm giydiği, *Ergenekon* ve *Balyoz* adıyla bilinen davalardır. Ancak, bu durum, Bay Gülen'le bağlantılı organizasyon ya da projelerle herhangi bir zamanda teması olmuş herkesin kendiliğinden bu suçların işlenmesine yardım ettiğinin ve bunları azmettirdiğinin düşünülebileceği anlamını taşımamaktadır.

III. Olağanüstü hal tedbirlerinin analizi

18. Venedik Komisyonu, en başından beri, yalnızca Türkiye'deki duruma ilişkin, ihtilafa konu belli olguların değil, aynı zamanda Türkiye'deki olağanüstü hal rejiminin hukuki veçhelerinin de son derece karmaşık ve farklı yorumlamalara açık olduğunu vurgulamaktadır. Tek bir görüş dâhilinde ve bu denli kısa bir süre içerisinde, Türk Hükümetinin darbe girişimi sonrası süreçte almış olduğu tedbirlerden kaynaklanan hukuki meselelerin tümünün ele alınması imkânsızdır. Dolayısıyla, Venedik Komisyonu, asli önemi haiz olduğu mütalaa edilen birkaç seçili konu başlığı üzerine yoğunlaşacaktır. İşbu görüş, olağanüstü hal rejiminin kapsamlı bir analizi olarak addedilmemelidir.

[1] Bkz. <http://www.dailysabah.com/war-on-terror/2016/10/19/organization-of-islamic-cooperation-declares-feto-a-terrorist-group>

19. Ayrıca; 9 Kasım 2016 tarihinde, AKPM Siyasi İşler ve Demokrasi Komitesi, Venedik Komisyonu'ndan, yakın zaman içinde Türkiye'de çıkarılan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinde medya özgürlüğüne ilişkin olarak öngörülen tedbirlere dair bir görüş talebinde bulunmuştur. Bu konu ayrıca bir inceleme gerektirmekte olup; bu nedenle, işbu görüş içerisinde ele alınmayacaktır.

A. Normatif çerçeve

Venedik Komisyonu, olağanüstü hal tedbirlerinin analizine girmeden evvel, Türkiye'de ve uluslararası ölçekte mevcut olağanüstü hal normatif çerçevesini ana hatlarıyla mütalaa edecektir.

1. Ulusal yasal çerçeve

Anayasa'nın 120. Maddesi, Hükümete "Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketleri" söz konusu olduğu takdirde, olağanüstü hal ilan etme yetkisi tanımaktadır. 120. Madde çerçevesinde olağanüstü hal kararı yayımlanır ve derhal Türkiye Büyük Millet Meclisi onayına sunulur. Olağanüstü hal rejimi ancak sınırlı bir süre için uygulamaya konabilir.^[2]

22. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 91. Maddesi çerçevesinde, Meclis, olağan hallerde, Hükümete belirli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi tanıyabilir. Olağanüstü hal rejimi sırasında ise, Hükümet, böyle bir yetkilendirmeye hacet olmaksızın, yalnızca Meclis tarafından onaylanmış bir olağanüstü hal ilanına (Anayasa'nın 121. Maddesi, 3. Fıkra) istinaden, kanun hükmünde kararnameler yoluyla yasama erkini kullanabilir. Bu şekilde çıkarılacak olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri "olağanüstü halin gerektirdiği konulara" ilişkin olmalı ve Hükümet tarafından, Meclis'in aynı gün nihai (*ex post*) onayına sunulmalıdır ("ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur"); bunların Meclisçe onaylanmasına ilişkin süre ve usul, İçtüzükte belirlenir (*a.g.e.*).^[3]

[2] Bu gereklilik, BM insan hakları ve istisna halleri Özel Raportörü tarafından bir "hukukilik" ilkesiyle izah edilmiştir. Buna göre, olağanüstü hal sürecinde insan hakları ve temel hürriyetler üzerinde tesis olunan kısıtlamalar ulusal ve uluslararası hukuk çerçevesinin öngördüğü sınırlar dâhilinde kalmalıdır. Bkz. BM insan hakları ve istisna halleri Özel Raportörü Nihai Raporu, E/CN.4/Sub.2/1997/19, <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=E/CN.4/Sub.2/1997/19/Add.1&Lang=F>

[3] Kanun hükmünde kararnameler; (a) bir ön yetki kanunu gerektirmemeleri, (b) Cumhurbaşkanının başkanlığı ettiği Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılmaları ve (c) olağan dönem kararnamelerinin aksine, temel haklar, bireysel haklar ve siyasi haklar gibi

23. Hükümetin olağanüstü hal yetkilerine ilişkin sınırlar, Anayasa'nın 15. Maddesinde ortaya konmaktadır. İlgili maddede, yalnızca “durumun gerektirdiği ölçüde olmak” üzere ve “milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek” kaydıyla, “olağanüstü hallerde”, temel hak ve hürriyetlerin kullanılması “kısmen ya da tamamen” durdurulabilir. 15. Maddede, aynı zamanda, örneğin kişinin yaşama hakkı ya da kişinin maddi varlığının bütünlüğü gibi askıya alınamayacak (derogasyona konu edilemeyecek) haklar sıralanmaktadır.

24. İlâveten, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 121. maddesinin 2. fıkrasında şu hüküm yer almaktadır:

“[Doğal afetler ve benzeri halleri düzenleyen] 119. madde uyarınca ilân edilen olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, Anayasanın [olağanüstü halin türüne bakılmaksızın, olağanüstü hallerde insan hakları üzerinde tesis edilebilecek sınırlamaların ele alındığı] 15. maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya nasıl durdurulacağı, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usulleri, Olağanüstü Hal Kanununda düzenlenir.”

25. Olağanüstü Hal Kanunu 1983 yılında kabul edilmiştir; Anayasada bu kanunda doğrudan atıfta bulunulmuş olmasından, bir olağanüstü hal kanun hükmünde kararname ile uygulamaya konacak herhangi bir tedbirin, kabulünden sonra çıkarılacak tüm olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelelerinden bir yasal çerçeve teşkil ettiği belirtilen 1983 tarihli Kanuna uygun olması gerektiği anlaşılmaktadır. Venedik Komisyonu, kanun hükmünde kararnamele (örneğin bkz. 667 ve 668 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerin girizgâhı) ile askıya alma (derogasyon) beyanları içerisinde mevcut olağanüstü hal açısından bir yasal çerçeve olarak 1983 tarihli Kanuna atıfta bulunulduğunu vurgular.^[4] Dolayısıyla, anlaşıldığı üzere, Anayasa'nın 121. Maddesinin 3. Fıkrası tahtında kabul edilen tüm kanun hükmünde kararnamele, tadil edildiği haliyle mezkûr 1983 tarihli Kanuna uygunluk arz etmesi gerekmektedir.

26. Bir başka deyişle; Anayasanın 15., 120. ve 121. Maddeleri ile, Hükümetin olağanüstü hal yetkileri şu sınırlamalara tâbi kılınmıştır:

alanları da düzenleyebilmeleri açısından olağan dönem kararnamelerden şu açılardan farklıdır. (E. Ozbudun, The Constitutional system of Turkey, 1876 to the Present, Palgrave, Macmillan, 2011, sa. 70-71)

[4] Bkz. <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2016/CN.580.2016-Eng.pdf>

- Hükümete ancak “Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddî belirtilerin ortaya çıkması” halinde olağanüstü hal yetkileri tanınabilir ve bunlar Hükümet tarafından ancak böyle bir durumda kullanılabilir;
- Hükümet, olağanüstü hal ilanı ve kanun hükmünde kararname çıkarılması hususunda belirli bir usule uygun hareket etmelidir (aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanma dâhil olmak üzere);
- belirli temel haklar etkilenmemelidir;
- diğer haklar üzerinde tesis olunan kısıtlamalar gerekli ve orantılı^[5] (“[...] gerektirdiği ölçüde [...]”) ve aynı zamanda geçici mahiyette^[6] (“olağanüstü hal süresince”) olmalıdır;
- Devletin milletlerarası yükümlülükleri ihlal edilmemelidir;
- Hükümet, olağanüstü hal hukukuna uygun hareket etmelidir.

27. Buna göre; Anayasa, Hükümetin, olağanüstü hal dönemlerinde temel hak ve hürriyetleri askıya alma (derogasyon) yetkisini açık biçimde sınırlandırmaktadır. Buna ek olarak; Anayasada, Hükümetin olağanüstü hal yetkilerine ilişkin, denetim ve denge mekanizmasının (erkler ayrılığı) söz konusu olduğu durumlarda, *zımnî* sınırlamalar öngörüldüğü çıkarımı da yapılabilir.

28. Bilhassa, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 4. maddesi, Anayasa değişiklikleri ile değiştirilemeyecek, tadili mümkün olmayan hükümler içermektedir. Bunlar arasında, Anayasanın, Devletin yönetim şeklinin Cumhuriyet olduğunu düzenleyen 1. maddesi hükümleri ile 2. maddenin Cumhuriyetin özelliklerine ilişkin hükümleri sayılabilir. 2. maddede Türkiye Cumhuriyeti’nin “başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan” “demokratik [...] bir hukuk Devleti” olduğu hükme bağlanmaktadır. Buna mukabil, Başlangıç kısmında, diğer niteliklerin yanı sıra “hürriyetçi demokrasi”, kuvvetler ayrımı ilkesi ile Anayasa ve hukukun üstünlüğü ilkesi kavramlarına atıf yapılmaktadır.

29. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında, değiştirilemez ilkelerin, olağanüstü halde de askıya alınamaz olduğu sarîh biçimde belirtilmemekle birlikte, bu husus aşîkâr ve izahatın varestedir. “Olağanüstü hal süresince devlet kurumları normal işleyişini sürdürmekle birlikte, erklerin dağılımı yürütme organı lehine tadil

[5] “Gereklilik” ve “orantılılık”, yargı yetki bölgesine bağlı olarak, kimi zaman özü itibarıyla aynı, kimi zaman ise aynı sınımanın iki unsuru olarak değerlendirilmektedir.

[6] Zaman bakımından bir orantılılık unsuru olarak değerlendirilebilir.

edilir”.^[7] Anayasa Hükümete oldukça geniş olağanüstü hal yetkileri tanıyabilmektedir. Bununla birlikte bu yetkiler sınırsız olamaz; aksi takdirde Anayasa bir kendi kendini ortadan kaldırma mekanizması içermiş ve erklerin ayrılığı rejimi yerini yürütme organının pervasız iktidarı almış olacaktır. Olağanüstü hal rejiminde erklerin dağılımında yapılacak herhangi bir değişiklik, anayasal ve yasal hükümlerin açıkça öngördüğü ve “duruma ait zaruretlerin” gerektirdiği sınırlarla sınırlandırılmalıdır. “Nitekim, modern anayasaların çoğunda, *hükümetin temel yapısal niteliklerine* olağanüstü halde dahi müdahale edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir (italik biçimlendirme sonradan eklenmiştir).^[8] Hükümetin yeni kalıcı yetkileri ya da diğer bileşen organların yetkilerinde, bileşiminde ya da işleyiş esaslarında kalıcı bir değişiklik öngören yeni düzenlemeler kaynağını kanun hükmünde kararnamelerden almamalıdır: bunlara, Anayasada açıkça cevaz verilmiş olması gerekmektedir.

2. Uluslararası mevzuat çerçevesi

30. Antlaşmalardan kaynaklanan insan hakları yükümlülüklerinin askıya alınması (derogasyonu) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 15. maddesi ve Medeni ve Siyasal Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşmesi’nin (MSHUS) 4. maddesinde hükme bağlanmakta olup; bu maddelerin her ikisi de oldukça benzer ifadelerle, ulusun yaşamını tehdit eden genel tehlike hali zamanlarında yükümlülüklerin askıya alınmasına (derogasyonuna) cevaz vermektedir. Türkiye her iki antlaşmaya da taraftır.

31. 21 Temmuz 2016 tarihinde, Türk makamları tarafından Avrupa Konseyi Genel Sekreterine, AİHS’nin 15. maddesi çerçevesinde, darbe girişimi sonrası uygulamaya konacak tedbirlerin, AİHS kapsamındaki yükümlülüklerin askıya alınabileceğini (derogasyonunu) bildirilmiştir. İzleyen haftalarda, sonraki kanun hükmünde kararnamelerin çıkarılmasının ardından bir dizi başka bildirimde daha bulunulmuştur.

32. 21 Temmuz 2016 tarihinde aynı zamanda Birleşmiş Milletler Genel Sekterine de MSHUS’nin 4. maddesi tahtında, Türkiye’nin, MSHUS’nin madde 2/3 ile 9, 10, 12, 13, 14, 17, 19, 21, 22, 25, 26 ve 27. maddelerinde öngörülen hakların askıya alınacağı hakkında bildirimde bulunulmuştur.

[7] CDL-AD(2016)006, Fransa’nın Anayasa “Ulus Koruma” Kanun Tasarısı Hakkında Görüş, § 64.

[8] Bkz. Prof. E. Özbudun’un verdiği örnekler, Olağanüstü Hal Yetkileri ve Yargısal Denetim, “Olağanüstü hal durumlarında İnsan Hakları ve demokratik kurumların işleyişi”, 3-5 Ekim 1996 tarihlerinde Wrocław’da (Polonya) düzenlenen Seminere ait materyaller, UniDem tutanakları, sa. 15.

33. Askıya alma (derogasyon) mekanizması Türk makamlarının, antlaşma temelli insan hakları belgeleri ile üstlendikleri yükümlülüklerinin kapsamını geçici olarak azaltma imkânı tanımaktadır. Bununla birlikte; AİHS ve MSHUS çerçevesindeki askıya alma (derogasyon) haklarının kullanımı belli koşullara bağlıdır.^[9]

- Yükümlülükleri askıya alma (derogasyon) hakkının kullanımı yalnızca acil durumlarda (harp ya da ulusun yaşamı tehdit eden diğer genel tehlike zamanı) talep edilebilir;
- Söz konusu yükümlülükleri askıya alma (derogasyon) hakkından yararlanan Devlet, kendi ulusal hukukun yanı sıra, ilan ve bildirim gereklilikleri gibi belirli usul koşullarına (bkz. AİHS, 15. madde, 3. Fıkra; MSHUS, 4. madde, 3. Fıkra)^[10] riayet etmek zorundadır;
- Devletin alacağı, yükümlülükleri açısından askıya alma (derogasyon) teşkil edecek tedbirler gerek kapsamı gerekse de süreleri açısından, “yalnızca duruma ait zaruretlere kati olarak gerektirdiği ölçü ve kapsamda” olabilir ve bu tedbirlerin gerekliliği ve orantılılığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) denetimine ve İnsan Hakları Komitesi (İHK) gözetimine tâbidir;^[11]
- Belirli haklar herhangi bir biçimde askıya alınamaz;
- Askıya alma (derogasyon) uygulamaları ayrımcı mahiyet arz edemez yahut Devletin uluslararası hukuk çerçevesindeki diğer yükümlülükleri ile tutarsız olamaz;

[9] CDL Tam kapsamlı olarak addedilmemesi gereken bu liste, Venedik Komisyonu'nun, incelemeye konu özel durum açısından önemli ve bununla ilintili olarak değerlendirdiği unsurlar üzerine odaklanmaktadır

[10] AİHS'nin 15. Maddesinin 3. Fıkrasında, askıya alma (derogasyon) hakkını kullanan bir Devletin, almış olduğu tedbirler ve bunların gerekçeleri hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreterine tam bilgi vermesi gerekli kılınmaktadır. MSHUS 4. Maddesinin 3. Fıkrasında da, “hangi hükümlerin askıya alınmış (derogasyona konu edilmiş) olduğunun ve buna hangi gerekçelerle tevessül edildiğinin” Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine bildirilmesi yükümlülüğü yüklenmektedir.

[11] Venedik Komisyonu, Hukukun Üstünlüğü Kontrol Listesi'nde, “orantılı” kavramını koşullar, kapsam ve süre bakımından “duruma ait zaruret”in kati biçimde gerektirdiği ölçü ve kapsamla sınırlı olarak tanımlamıştır. Bkz. CDL- AD(2016)007, no. 31, ii. Ayrıca bkz. R. Higgins, “Derogations under Human Rights Treaties”, BYBIL 48, (1976-1977), 282-283; ayrıca bkz. A. Mokhtar, “Human Rights Obligations v. Derogations. Article 15 of the European Convention on Human Rights”, IJHR, cilt. 8, 2004, 70.

- Hâkim amaç, insan haklarının gerektiği ölçüde gözetilebildiği normal halin yeniden tesisinin temini olmalıdır.^[12]

34. Ulusal Anayasa ile AİHS ve MSHUS içerisinde yer alan uluslararası hukuk çerçevesindeki “diğer yükümlülükler” ibaresine atıf ile askıya alınamayacak (derogasyona konu edilemeyecek) hakların, her iki sözleşmede sıralanan hakları içerdiği ifade edilmektedir. Ayrıca, Devletin gerek antlaşma gerekse de genel uluslararası hukuk kaynaklı olmak üzere, bir kısmı tanımı itibariyle sınırlanamayacak hak niteliğinde olan diğer uluslararası yükümlülüklerine (Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 15. maddesi metni içerisinde de açıkça ifade edilmiş olmakla) de riayet etmesi gerekmektedir. Buna göre, sınırlanamayacak hakların kapsamı AİHS ve MSHUS içerisinde yer alan iki sarıh listede sayılanlardan daha geniştir. Bilhassa, BM İnsan Hakları Komitesi’ne göre, MSHUS’ne Taraf Devletler, hiçbir hal ve koşulda, Sözleşmenin 4. maddesi hükümlerini insancıl hukuka yahut uluslararası hukukun amir normlarına aykırı hareket etmelerinin gerekçesi olarak gösteremez. İnsan Hakları Komitesi, sınırlanamayacak hakların korunması açısından, hürriyeti keyfi olarak kısıtlama ve ilan edilip bildirilmemiş tutuklama yasağı dâhil olmak üzere diğer insan haklarının belli veçhelerinin ve masumiyet karinesi ile tutukluluğun hukuka aykırılığının derhal tespiti için mahkemeye çıkarılma hakkı dâhil olmak üzere adil yargılamanın temel ilkelerinin sınırlanamaz mahiyette olması gerektiğini kabul etmiştir.^[13] Türkiye’nin taraf olduğu diğer antlaşmalar (sosyal ve iktisadi haklara ilişkin antlaşmalar olmak üzere) içerisinde de, Hükümetin alacağı olağanüstü hal tedbirlerine yönelik bir normatif çerçeve ortaya konmaktadır.

B. “Ulusun yaşamını tehdit eden bir olağanüstü halin” mevcudiyeti

1. Olağanüstü halin ilanına ilişkin asıl karar

35. Venedik Komisyonu, olağanüstü halin, AİHS 15. madde 1. Fıkra ile MSHUS 4. madde 1. fıkra tahtındaki herhangi bir derogasyon için bir ön koşul olarak, “ulusun yaşamını tehdit eden bir duruma” ilişkin olması gerektiğini tekrar vurgular. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 120. maddesinde olağanüstü hal ilanına yol açabilecek hallerle ilgili olarak, “Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddî belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddî şekilde bozulması” ifadesi kullanılmaktadır.

[12] CCPR, Genel Yorum No. 29, para. 1.

[13] CCPR, Genel Yorum No. 29, Olağanüstü Haller (Madde 4), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), para. 10 ve sonraki paragraflar.

36. AİHM, *Lawless* davasında, “ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü hale” ilişkin olarak şu tanıma yer vermiştir: “tüm nüfusu etkileyen ve Devleti oluşturan toplumun yaşam düzenine karşı bir tehdit teşkil eden istisnai bir kriz veya olağanüstü hal durumu”.^[14] Mahkeme, daha sonra, *Brannigan ve McBride* davasında, “ulusal otoritelerin, o sırada hâsıl olan zorunlu gereksinimlerle doğrudan ve sürekli temasları nedeniyle, esas olarak, gerek böyle bir tehlike halinin mevcudiyeti gerekse de böyle bir halin bertaraf edilmesi açısından lüzumlu askıya almaların (derogasyonların) mahiyeti ve kapsamı konusunda karar verme açısından bir uluslararası yargıca nazaran daha iyi bir konumda bulunduğunu; bu minvalde ve bu haseple, ulusal otoritelere geniş bir takdir payı bırakılması gerektiğini; bununla birlikte, Akit Tarafların sınırsız bir takdir yetkisini haiz olmadığını; diğer husus ve veçhelerin yanı sıra, Devletlerin, kriz haline ait ‘zaruretlerin kati surette gerektirdiği ölçü ve kapsamın’ ötesine geçmiş olup olmadıkları hususundaki karar ve hüküm yetkisinin Mahkemeye ait olduğunu” değerlendirmiştir.^[15]

37. MSHUS 4. madde, 1. fıkrası, MSHUS Hükümlerinin Sınırlandırılması ve Askıya Almalar (Derogasyonlar) Üzerine Siracusa Prensipleri içerisinde yorumlanmıştır.^[16] Siracusa Prensiplerinin 39. Fıkrasında; “ulusun yaşamına tehdit hali: (a) nüfusun bütünü ve Devletin ülkesinin bütünü yahut bir kısmını etkileyen ve (b) nüfusun maddi bütünlüğünü, Devletin siyasi bağımsızlığını yahut ülkesinin bütünlüğü ya da Sözleşmede tanınan hakların temini ve korunması açısından vazgeçilmez mahiyetteki kurumların mevcudiyetini ya da temel işleyişini tehdit eden bir hal” olarak ifade edilmektedir.

38. Venedik Komisyonu, herhangi bir çekinceye yer bırakmaksızın, 15 Temmuz 2016 tarihinde yaşanan darbe girişiminin, Türk demokrasisinin varlığına karşı bir tehdit oluşturması hasebiyle, “ulusun yaşamını tehdit eden genel bir tehlike hali” teşkil ettiğini takdir etmektedir. Ayrıca, darbe girişiminin, tam da Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 120. Maddesinde olağanüstü halin ilanı açısından bir ön koşul olarak öngörülen türden bir durum olduğu aşikârdır.

39. Venedik Komisyonu, darbe girişimini müteakip, Türkiye’nin demokratik kurumlarını ve 200’ü aşkın insanın ölümüne ve binlercesinin yaralanmasına yol açan şiddetli saldırılara maruz kalmış nüfusunu savunma hak ve salahiyetini haiz olduğunu mütalaa etmektedir. Venedik Komisyonu, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri ile birlikte, “darbe girişiminin arkasında olanlarca işlenmiş

[14] *Lawless, İrlanda’ya Karşı (no. 3)*, 1 Temmuz 1961, § 28, Seri A no. 3

[15] *Brannigan ve MacBride, Birleşik Krallık’a*, 26 Mayıs 1993, § 43, Seri A no. 258-B

[16] Ek, BM Dok E/CN.4/1984/4 (1984)

olan suçların ciddiyeti ve Türk demokrasisi ile Türk devletinin karşı karşıya kaldığı açık tehdit göz önüne alındığında, bu tehdide karşı ivedi ve kararlı bir tepki verilmesinin hem doğal hem de gerekli olduğunu” teslim etmektedir.^[17]

2. Olağanüstü hal süresinin uzatılması

40. Darbe girişiminin üzerinden üç ay geçtikten sonra, olağanüstü hal süresinin uzatıldığı sırada, “ulusun yaşamını tehdit eden genel tehlike halinin” hâlâ mevcut olup olmadığı ise nispeten muallâktadır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 120. maddesinde, “Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya *şiddet olayları sebebiyle* kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması” şartı öngörülmektedir (vurgu eklenmiştir). Bu noktada, Türk makamları, darbe girişiminin “fili evresinin” yalnızca birkaç saat sürmüş olmakla birlikte, Bay Gülen’in pek çok destekçisinin hâlen Devlet aygıtında yuvalanmış olmaları nedeniyle, tekrar bir darbe girişimi yaşanması riskinin hâlâ mevcut olduğu hususunda ısrarcıdır. Bu iddia, özellikle de yüz binlerce kamu görevlisi görevden alınmış, on binlercesi tutuklanmışken, oldukça spekülâtif görünmektedir.

41. Daha genel bir perspektiften, Venedik Komisyonu, olağanüstü halin uzatılmasının, her durumda kamu güvenliğinin yeniden tesisi ve hukukun üstünlüğünün tekrar sağlanmasının en iyi yolu olmadığı kanaatindedir. Belirli başka ülkelerde yaşananlar, olağanüstü hal rejiminin süresi uzadıkça, Devletin, başlangıçta olağanüstü hal yetkilerinin kullanımını meşru kılan nesnel kriterlerden uzaklaşma ihtimalinin arttığını göstermektedir. Bir durumun süresi uzadıkça, o durumun istisnai nitelikte olarak ele alınma gerekçeleri azalmakta, bunun sonucunda da duruma, normal hukuksal araçlarla yaklaşma imkânı ortadan kalmaktadır. MSHUS çerçevesinde, İnsan Hakları Komitesi askıya almaların (derogasyonların) geçici mahiyette olması gerektiğini vurgulayarak, uzun süreli olağanüstü halleri eleştirmiştir (örneğin bkz. Komitenin İsrail (1998) ve Mısır’a (2002) ilişkin sonuç gözlemleri).

42. Türk makamlarına göre, olağanüstü halin uzatılması, yalnızca 15 Temmuz darbe girişimi nedeniyle değil aynı zamanda “terör örgütlerinin, 15 Temmuz darbe girişimi sonrasında kamu düzeni ve güvenliğinin bozulmasında istifade etmek amacı güden” faaliyetleri dolayısıyla da haklı bir karardır. Venedik Komisyonu, yakın geçmişte Türkiye’nin bir dizi terör saldırısı yaşamış olduğunu

[17] İnsan Hakları Komiseri, “Türkiye’de olağanüstü hal kapsamında alınan tedbirlerin insan hakları üzerindeki etkileri hakkında Memorandum”, CommDH(2016)35, no. 25

kabul etmektedir. Türkiye tarafından Avrupa Konseyi Genel Sekreterine sunulan askıya alma (derogasyon) beyanında, söz konusu “diğer terör saldırılarına” atıfta bulunulmuştur. Ancak, olağanüstü hal, esas olarak, 667 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ilişkin bilgi notunda işaret edildiği üzere, “terör örgütünün (FETÖ) tüm unsurlarıyla ve süratle bertaraf edilebilmesi ve ülkemizde demokrasiye, hukuk devletine, vatandaşlarımızın hak ve özgürlüklerine yönelik bu tehdidi ortadan kaldırmak için gereken adımları en etkin ve hızlı şekilde atabilmek” tir. Türk makamlarına göre; “bu terör şebekesinin en süratli ve etkin biçimde kökünün kazınması için, Olağanüstü Hal ilanına başvurulması zorunlu olmuş” olup, kanun hükmünde kararnamelerle “FETÖ ile en süratli ve etkin biçimde mücadele tedbirlerinin kolaylaştırılması amaçlanmaktadır”. 667 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ilişkin bilgi notunda da, “tedbirlerin, Devlet kurumlarına tümüyle sızmış bulunan FETÖ terör örgütüne karşı etkin mücadele maksadıyla alınmış olduğu” teyit edilmektedir. Dolayısıyla; odağın “diğer terör eylemlerine” dönmesi halinde, bu kanun hükmünde kararnamelerin hâlâ haklı gerekçeye dayanıyor olup olmayacağı sorusu gündeme gelmektedir.

43. Bu minvalde, Venedik Komisyonu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, yukarıda da atıfta bulunulan *Brannigan ve McBride* davasında benimsediği ve ulusal otoritelerin (mevcut bağlamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi), esas olarak, böyle riskin ciddiyetini değerlendirme açısından daha iyi bir konumda bulunduğunu vurguladığı tutumu hatırlatmaktadır. Bu husus, nihai olarak, ulusal ve uluslararası düzeylerde yetkili yargı organlarınınca değerlendirilebilecek olup; uluslararası düzeyde bu değerlendirmeyi yapacak olan merci bilhassa AİHM’dir. İşbu görüşün amacı açısından, olağanüstü hal süresinin uzatılmasının gerekçelendirilmesi meselesi açık bırakılabilir.^[18]

44. Her halükarda, “ulusun yaşamına” karşı bir tehdidin mevcut olması halinde dahi, Hükümet ancak “duruma ait zaruretin” gerektirdiği (Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 15. maddesi) ve hatta “duruma ait zaruretin *kati biçimde* gerektirdiği” (italik biçimlendirme sonradan eklenmiştir – MSHUS, madde 4 ve AİHS, madde 15) tedbirleri alabilir. Venedik Komisyonu, bu ana meseleyi ele almadan evvel, olağanüstü hal ilanına, kanun hükmünde

[18] Olağanüstü hal süresinin sınırlandırılması ilkesine ilişkin olarak; ayrıca bkz. BM Özel Raporünün İnsan Hakları ve Olağanüstü Hal meselesine ilişkin raporunda (1997) yer alan tavsiyeler, paragraf 74 ve 75. Ayrıca bkz. Harris, O’Boyle ve Warbrick (Law of the European Convention on Human Rights, 3. baskı (2014), at sa. 841); mezkûr çalışmada Harris, O’Boyle ve Warbrick, Marshall, BK’a Karşı davası dâhilindeki davanın kabulü kararına atıfta, olağanüstü hal rejimi ölçü ve kapsamında, “devletin, söz konusu mücadelenin en azından durağan (yeniden canlanmasına ilişkin hakiki bir potansiyel arz etmekle) vaziyette olduğu yönündeki kanaatinin makul bir kanaat olduğuna dair delil toplayabileceğini” savunmaktadır.

kararnamelerin çıkarılmasına ve insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaların askıya alınmasına (derogasyonuna) ilişkin usulü inceleyecektir.

C. Usule Uygunluk

1. Olağanüstü halin ilanı ve Meclis tarafından onaylanması

45. 20 Temmuz 2016 tarihinde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Hükümet, Milli Güvenlik Konseyiyle yaptığı istişare ederek ülkede 21 Temmuz 2016 itibariyle doksan günlük olağanüstü hal ilan edilmesine karar vermiştir. Türkiye Büyük Millet Meclisi, yaz dolayısıyla tatilde olmasına rağmen derhal toplanmış ve aynı gün olağanüstü hal ilanını onaylamıştır. Hükümetin TBMM genel kurulunda onaylanan 5 Ekim 2016 tarihli kararıyla, olağanüstü hal üç ay daha uzatılmıştır. Dolayısıyla olağanüstü hal ve uzatılması ilanına ilişkin iç usullere resmi olarak uyulmuştur.

2. Kanun hükmünde kararnamelerin Hükümet tarafından çıkarılması ve Meclis tarafından onaylanması

46. Meclisin, olağanüstü hal ilanını onaylayan kararı, Hükümetin olağanüstü hal kapsamında kanun hükmünde kararnama çıkarma yetkisini kullanmasına olanak tanımıştır.

47. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasınının 121. maddesi 3. fıkrasına göre: “[Olağanüstü hal] kanun hükmünde kararnameleri Resmi Gazete yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur; bunların Meclisçe onaylanmasına ilişkin süre ve usul, İç Tüzükte belirlenir”. Söz konusu kanun hükmünde kararnamelerin, TBMM genel kurulunda ve komisyonlarında öncelikle ve ivedilikle görüşülmesi gerekir.[19] Yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulmayan kanun hükmünde kararnameler, o gün yürürlükten kalkar ve Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından reddedilen kanun hükmünde kararnameler de karar Resmi Gazetede yayımlandığı gün yürürlükten kalkar. Kanun hükmünde kararnamelerin, değiştirilmesi onaylanmış değişik hükümleri, Resmi Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girer.

48. Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü madde 128’e göre: “Anayasasının 121 ve 122’nci maddeleri gereğince çıkarılan ve Türkiye Büyük Millet

[19] Bakanız Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü Madde 90 §1: “Yetki Kanunu tasarıları ve kanun hükmünde kararnameler, Anayasasının ve İçtüzüğün kanunların görüşülmesi için koyduğu kurallara göre ancak, komisyonlarda ve Genel Kurulda diğer kanun tasarı ve tekliflerinden önce ve ivedilikle görüşülür”.

Meclisine sunulan kanun hükmünde kararname, 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, *derhal en geç otuz gün içinde* [vurgulama sonradan eklenmiştir] görüşülür ve karara bağlanır. Komisyonlarda en geç yirmi gün içinde görüşmeleri tamamlanmayan kanun hükmünde kararnameler, Meclis Başkanlığınca Genel Kurul gündemine alınır”.

49. Şimdiye kadar on tane kanun hükmünde kararname^[20] çıkarılmış, Resmi Gazetede yayımlanmış ve Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine bildirilmiştir:

- 22 Temmuz 2016 tarihli 667 sayılı KHK,
- 25 Temmuz 2016 tarihli 668 sayılı KHK,
- 31 Temmuz 2016 tarihli 669 sayılı KHK,
- 17 Ağustos 2016 tarihli 670 sayılı KHK,
- 17 Ağustos 2016 tarihli 671 sayılı KHK,
- 1 Eylül 2016 tarihli 672 sayılı KHK,
- 1 Eylül 2016 tarihli 673 sayılı KHK,
- 1 Eylül 2016 tarihli 674 sayılı KHK,
- 29 Ekim 2016 tarihli 675 sayılı KHK,
- 29 Ekim 2016 tarihli 676 sayılı KHK.

50. Resmi makamlara göre tüm kanun hükmünde kararnameler, Anayasanın 121. Maddesi 3. Fıkrası gereğince ivedilikle Meclisin onayına sunulmuştur. Ancak 1 Temmuz'dan 1 Ekim 2016'ya kadar Meclis yaz dolayısıyla tatilde olduğundan 1 Ekim 2016 tarihinde tatilden dönen Meclis, 18 Ekim 2016 tarihinde Hükümetin çıkardığı ilk kanun hükmünde kararnameyi görüşüp kabul etmiş (667 sayılı KHK)^[21] ve sonraki kanun hükmünde kararnameleri de incelemeye başlamıştır.

51. Türkiye Cumhuriyeti makamları, İçtüzükte belirtilen 30 günlük sürenin, Meclisin tatilden döndüğü andan itibaren başladığını addeder. Anayasanın ve Meclis İçtüzüğünün bu şekilde yorumlanması, Venedik Komisyonu açısından büyük bir endişe konusudur. Hükümetin, iki ayı aşkın bir süre boyunca meclis

[20] En son çıkan iki kanun hükmünde kararname, işbu görüşte tahlil edilmemiştir.

[21] Bazı küçük değişiklikler ve ek tedbirler eklenmiştir.

denetimi olmaksızın olağanüstü hal kapsamında çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerle yasama erkini kullanmasına cevaz verilmiştir.

52. Venedik Komisyonu, Meclis Başkanı veya Cumhurbaşkanının, tatil esnasında Meclisi toplayabileceğine işaret etmektedir (Anayasanın 93. Maddesi; İçtüzüğün 7. Maddesi). 20 Temmuz 2016 tarihinde Meclis, olağanüstü halin ilanının onaylanması için toplanmış ama sonrasında *olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin* onaylanması için toplanmamıştır; oysa ki uygulama açısından, Meclisin kanun hükmünde kararnamelerin onaylanması maksadıyla toplanması, olağanüstü halin ilanının onaylanması maksadıyla toplanmasından çok daha önemlidir.

53. Venedik Komisyonu, bu durumun Anayasa ve İçtüzükle açıkça uyumsuz olduğu inancını taşımaktadır. Anayasada geçen “derhal” ibaresi, sadece olağanüstü halin ilanının onaylanması konusunda kullanılmasına rağmen Anayasa ve İçtüzük, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin incelenmesini de açıkça ivedilik gerektiren bir husus olarak görmektedir.^[22] Olağanüstü hal tahmilinin “yürütme yetkisi için süre” olduğuna dair ortak kanıya rağmen çağdaş anayasacılık, bu süreçteki düzenlemelerin Meclisin rolünü teminat altına almasını öngörmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerini, Türkiye Büyük Millet Meclisinin geriye dönük (*ex post*) denetimi altına sokmaktadır. Böyle bir denetim etkin olmalıdır; olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin çıkarılmasıyla bunların Meclis tarafından incelenmesi arasındaki uzun gecikme, söz konusu tedbirlerin, meclis denetimi olmaksızın, o süreç içinde tek taraflı olarak uygulandığı anlamına gelir. Ayrıca bahsi geçen durumda olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin zamanında denetlenemiyor olması çok daha tartışmalı bir durumdur çünkü inceleme kapsamındaki süre esnasında kanun hükmünde kararnamelerle ilgili yargı denetimi gerçekleşmemiştir ve Anayasa Mahkemesi de, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerini, sadece bir defa yasalarca onaylandıktan sonra *soyut (in abstracto)* olarak görebilmektedir (bununla ilgili detaylar için bakınız aşağıdaki Bölüm F).

54. Bununla beraber Meclis artık iş başında olduğundan Meclisi, Anayasa uyarınca denetleme yetkisini kullanmaktan hiçbir şey alıkoymaz. Ancak burada bile Meclis geç hareket etmiştir: dolayısıyla 668, 669 ve 671 sayılı Kanun

[22] Bakınız Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde 121, § 1: “Olağanüstü hal ilan edilmesi durumunda [...] bu karar [...] *hemen* Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur. Eğer Meclis tatilseyse derhal toplantıya çağılır (italik biçimlendirme sonradan eklenmiştir); ayrıca bakınız “olağanüstü hal kapsamındaki kanun hükmünde kararnamelerin aynı gün Meclisin onayına sunulmasını” öngören 121. Madde, §3.

Hükmünde Kararnameler, 8 ve 9 Kasım 2016'da yani yaz tatili bitimini müteakip 30 gün geçtikten sonra onaylanmıştır; 674 sayılı Kanun Hükmünde Kararname 10 Kasım'da onaylanmış; diğer kanun hükmünde kararnameler de gündeme konmuş ancak henüz görüşülmemiştir.^[23] Meclis, ülke çapında olağanüstü bir hal olduğunu kabul etmiş olmasına rağmen sonrasında bu olağanüstü hale, olağanüstü hal muamelesi yapmamıştır. Söz konusu gecikmelerden ötürü olay sonrası meclis denetimi de etkinliğinin bir kısmını yitirmiştir.^[24]

3. Derogasyon Beyanları

55. 21 Temmuz 2016 tarihli yazılarında Türk makamları, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği ve Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine, olağanüstü hal esnasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinden derogasyonlarını bildirmiştir. Sonraki haftalarda, Türk Hükümeti Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine, ilişitirilmiş açıklama notlarıyla birlikte diğer olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerini bildirmiştir. Olağanüstü hali uzatma kararı da Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine ve Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine bildirilmiştir. 675 ve 676 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler ise Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine 17 Kasım 2016 tarihinde bildirilmiştir.

56. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 15. maddesi çerçevesinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine verilen derogasyon beyanında, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinden hangi Sözleşme maddelerinin etkilendiği belirtilmemiş; sadece Avrupa Konseyine bu kanun hükmünde kararnamelerinin içeriği bildirilmiştir. Aksine Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 4. maddesi kapsamında Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine yapılan

[23] 670 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin onaylanıp onaylanmadığı belli değildir.

[24] Venedik Komisyonunun, bu gecikmelerin sebebi hakkında kesin bilgisi bulunmamaktadır. Meclis İçtüzüğü'nün 126 sayılı (olağanüstü halle ilgili kararlar" başlıklı) Maddesi gereğince "yukarıdaki fıkrada belirtilen kararda öngörülen sürenin kısaltılması veya *uzatılması* hakkında, siyasi parti grupları veya en az yirmi üyenin imzasıyla görüşme sırasında bir önerge verilebilir" (italik biçimlendirme sonradan eklenmiştir). Ancak "yukarıdaki fıkranın", olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin onaylanmasını değil, olağanüstü halin ilanını kapsadığı görülmektedir. İstisnasız görünen 30 gün kuralını koyan İçtüzük maddesi, "olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelerin görüşülmesi başlıklı 128. Maddedir. 128. Maddenin ikinci kısmında "komisyonlarda en geç yirmi gün içinde görüşmeleri tamamlanmayan kanun hükmünde kararnameler Meclis Başkanlığınca Genel Kurul gündemine alınır" denmektedir – ancak bu madde, Meclis Başkanının bu kararnameleri, bu Maddenin ilk kısmında öngörülen 30 günlük süreyi aşan ileri bir tarihte gündeme almasına izin verilmesi olarak anlaşılmalıdır.

beyanda ise olağanüstü hal tedbirlerinin içeriği değil de bu tedbirlerden etkilenen hükümlerin bir listesi bulunmaktadır.

57. Yukarıda alıntı yapılan Siracusa İlkelerine göre Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 4. maddesi 1. fıkrası kapsamındaki beyan, “Derogasyon tedbirlerinin, Sözleşmenin tanıdığı üzere, öngörülen etkilerinin kısa bir tanımını ve beyanda önce bu haklardan derogasyona uğrayan kararların nüshalarını” içermelidir (bakınız sayfa 45 (e)). BM İnsan Hakları Komitesi, Taraf Devletlerin yapacağı beyanların, alınan tedbirler hakkında eksiksiz bilgileri ve bunların sebeplerine dair net açıklamaların yanı sıra olağanüstü haldeki değişiklikleri beyan etme yükümlülüğünü de içermesi gerektiğini vurgulamıştır. Komisyon, Taraf Devletin, bir beyanda bulunmamış olsa bile, yasa ve usullerinin 4. Maddeye uygunluğunu denetleme görevini öne sürmüştür.^[25]

58. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 15. maddesi ve Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 4. maddesi kapsamındaki beyan koşuluna uyulup uyulmadığı noktasında Venedik Komisyonu herhangi bir görüş belirtmeyecektir. Her şeyden önce, beyanların biçim ve esasları açısından geçerliliğini değerlendirmek bu uluslararası anlaşmaları uygulamaya yetkili kurumlara aittir.^[26]

D. Olağanüstü hal tedbirlerine genel bakış

59. Olağanüstü hal ilanı/derogasyonun esas etkisi, Hükümetin normal şartlar altında kabul edilemeyecek bazı tedbirler alabilmesidir. Avrupa insan hakları sistemi açısından bu rejim, Hükümetin olağanüstü halle nasıl başa çıkacağına dair takdir payını önemli derecede genişletmekte olup bu da, işbu görüşün başlangıç noktası olacaktır.

60. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hem de Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi kapsamında Hükümetin takdir yetkisi, “durumun zaruretinin ve sınırlanamaz hakların kati suretiyle gerektirdikleriyle” sınırlıdır.^[27] Venedik Komisyonu önceden de

[25] Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi Genel Görüş No. 29, paragraf 17

[26] Venedik Komisyonunun Türkiye'nin taraf olduğu diğer uluslararası sözleşmelerden derogasyonla ilgili kapsamlı bilgisi bulunmamaktadır.

[27] İnsan Hakları Komiserinin de kesin bir dille ifade ettiği üzere, “AİHS tahtında korunan insan haklarına müdahalelerde uygulanan gereklilik ve orantılılık testi, olağanüstü halle ilgili derogasyon döneminde değişikliğe uğrar ancak askıya alınamaz”, Bakınız İnsan Hakları Komiserinin Türkiye’de olağanüstü halde alınan tedbirlerin insan hakları üzerindeki etkilerine ilişkin müzakeresi, CommDH(2016)35, No. 25.

bu kısıtlamaların son derece mühim olduğunu vurgulamıştır çünkü “Devlet Uygulamaları göstermektedir ki en ağır insan hakkı ihlalleri, olağanüstü hal bağlamında ortaya çıkma eğilimindedir ve Devletler de bir olağanüstü hal bahanesiyle derogasyon yetkilerini başka amaçlar için veya durumun zaruretinin meşrulaştırdığından daha büyük kapsamda kullanmaya meyillidirler”.^[28] İnsan Hakları Komitesi de benzeri şekilde, sadece kendi başına olağanüstü halin değil, derogasyon sebebiyle alınan bazı tedbirlerin de durumun zarureti sebebiyle gerekli olduğunun gösterilmesi gerektiğini vurgulamış ve sözleşmelerden derogasyon yapan devletlerin, orantılılık ilkesine yeteri kadar dikkat etmediğine dair endişelerini dile getirmiştir.^[29]

61. Ayrıca, Türk Hükümetinin takdir yetkisi kapsamı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının ve ayrıca uluslararası insan haklarının da kurucu ilkesi olan *hukukun üstünlüğü genel ilkesiyle* de sınırlıdır. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi (AKPM) 1713 sayılı (2005) Tavsiye Kararında, “güvenlik ihtiyacının genellikle hükümetleri istisnai tedbirler almaya yönelttiği” belirtilirken “hiçbir Devletin, olağanüstü durumlarda bile hukukun üstünlüğü ilkesini göz ardı etme hakkı olmadığı” vurgulanmıştır.^[30] Aynı şekilde AKPM, 2090 sayılı (2016) Tavsiye Kararında “terör karşıtı tedbirlerin orantısız kısıtlamalar getirme veya demokratik kontrolü zayıflatma ve bu suretle Devletin güvenliğini korumak adına temel özgürlükleri ve hukukun üstünlüğü ilkesini ihlal etme” riskinin bulunduğu uyarıda bulunmuştur.^[31] Venedik Komisyonu birçok kez “olağanüstü halde bile olsa hukukun üstünlüğü temel ilkesinin geçerli olması şartının” altını çizmiştir.^[32] Son olarak *Al-Dulimi ve Montana Management Inc./*

[28] Venedik Komisyonunun 66. Genel Kurulunda kabul edilen, olağanüstü hallerde insan haklarının korunmasına ilişkin görüş raporu (Venedik 17-18 Mart 2006), CDL-AD(2006)015, no. 12; Görüş Raporu... Fransa Venedik Komisyonunun 107. Genel Kurulunda kabul edilen, sokağa çıkma yasaklarının yasal çerçevesi hakkında görüş raporu (Venedik, 10-11 Haziran 2016) CDL-AD (2016)010, no. 23. Ayrıca bakınız Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Genel Görüş No. 29, paragraf 2: “Devletler, sonuçları Sözleşmenin herhangi bir hükümünden derogasyona yol açabilecek bir olağanüstü hal ilan ederken, anayasal hükümlere göre ve bu gibi ilanları ve olağanüstü yetkilerin kullanılmasını yöneten diğer yasa hükümleri uyarınca hareket etmelidir”.

[29] KSHUS, Genel Görüş No. 29, paragraf. 4.

[30] Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Tavsiye Kararı 1713 (2005), üye devletlerde güvenlik sektörünün demokratik gözetimi, 23 Haziran 2005, <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewuHTML.asp?FileID=11000&lang=en>

[31] Karar 2090(2016), <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.as?fileid=22481&lang=en>

[32] DL-AD(2011)049, Ermenistan olağanüstü halin yasal rejimine dair kanun taslağına ilişkin görüş raporu, § 44.

İsviçre davasında,^[33] AİHM “[Avrupa] Sözleşmesinin, Avrupa kamu düzeninin anayasal bir sözleşmesi olduğundan hareketle [referanslar atlanmıştır] Taraf Ülkelerin bu bağlamda Sözleşmeye en azından o kamu düzeninin temellerini koruyacak bir titizlik seviyesinde uyması gerektiğini” gözlemlemiştir. Avrupa kamu düzeninin temel bileşenlerinden biri de, hukukun üstünlüğü ilkesi olup keyfiyet, bu ilkenin inkârı anlamına gelmektedir”.

62. Olağanüstü tedbirlerin gerekliliğinin ve orantılılığının ve bu tedbirlerin hukukun üstünlüğüne uygunluğunun tahlili, *dinamik bir yaklaşımı* gerektirir. AİHM, 15. maddenin 3. fıkrasının, olağanüstü tedbire duyulan ihtiyacın sürekli olarak gözden geçirilmesi gerektiğine^[34] işaret ettiğini ve 15. maddenin yorumunda, aşamalı intibaka yer ayrılması gerektiğini tespit etmiştir.^[35] Aynısı, bazı tedbirlerin orantılılığı ve gerekliliğinin daha detaylı tahlil edilmesini de kapsar – büyük bir kamusal krizin hemen ardından meşrulaştırılan bir tedbire, birkaç ay sonrasında gerek duyulmayabilir.

63. 667-676 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler kapsamında alınan bazı tedbirlerin detaylı incelenmesine geçmeden önce Venedik Komisyonu, Hükümetin kabul ettiği olağanüstü hal tedbirlerinin ortak özelliklerini inceleyecektir.

1. Olağanüstü Hal Tedbirlerinin Kişi Bakımından ve Zaman Bakımından Uygulanması Kapsamı

64. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 121. maddesinin 3. fıkrası, “Hükümetin, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararnamelerle yasama erkini kullanmasına” izin vermektedir. Bu bağlamda Venedik Komisyonu, Anayasa Mahkemesinin 10 Ocak 1991 tarihli kararında belirtilen konumunu anımsatır. Söz konusu kararda Mahkeme, “[olağanüstü hal] kanun hükmünde kararnamelerinin düzenleme kapsamı, ‘olağanüstü halin veya sıkı-yönetimin gerektirdiği konularla’ sınırlıdır [...] *Olağanüstü halin gerektirdiği konular, olağanüstü halin arkasındaki sebep ve amaçlarla sınırlıdır* (italik biçimlendirmeden sonradan eklenmiştir) demiştir^[36]. Başka bir ifadeyle olağanüstü bir

[33] AİHM (GG), no. 5809/08, 21 Haziran 2016, § 145

[34] *A.g.e., Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık* § 54

[35] AİHM 18 Ocak 1978, *İrlanda/Birleşik Krallık*, § 83.

[36] Anayasa Mahkemesi 10 Ocak 1991, Esas Sayısı: 1990/25, Karar 1991/1. Ayrıca Bakınız A.R. Çoban, “Anayasal Kararın Karşılaştırılması. Avrupa Anayasa Hukukunun Karşılaştırmalı Yorumlanması üzerine bir Yaz Okulu. 4. Baskı – 2009. Olağanüstü haller ve temel haklar. Türkiye. Türkiye’de olağanüstü hallerde Temel Haklar”, sayfa 9.

tedbirin, olağanüstü hal ilanına sebebiyet veren durumla yeterince yakın bir bağlantısı olmalıdır.

65. Venedik Komisyonu, 20 Temmuz 2016 tarihli olağanüstü hal ilanının, hitap ettiği kamu tehdidine yönelik hiçbir atıf içermediğine ve yasal düzeni yeniden sağlamak için alınması gereken tedbirleri kısaca bile olsa anlatmadığına işaret etmektedir. Bu, üzüntü verici bir durumdur: bu unsurlar olmaksızın, Hükümetin olağanüstü yetkilerine esasen etkili bir sınırlama getirmek zordur.

66. İncelemeye konu olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin “sebepleri ve amaçları”, derogasyon yazılarıyla birlikte Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine sunulan Bilgi Notlarında Türk makamları tarafından açıklanmıştır. Söz konusu Bilgi Notlarında, FETÖ/PDY ile mücadele ihtiyacından bahsedilmektedir. Hükümet Müzekkeresi ayrıca, “*darbe girişiminde bulunan* [italik biçimlendirme sonradan eklenmiştir] terör örgütünün tüm unsurlarıyla birlikte bertaraf edilmesi” ihtiyacından da bahsetmektedir (sayfa 10). Türkiye’nin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine sunmuş olduğu derogasyon beyanında başka terör saldırılarına da işaret edilmekte (bakınız no.65) ve “darbe girişimi ve diğer terörist eylemlerle birlikte bu girişimin sonuçları, Türkiye demokrasisine ve Devletine ciddi tehdit oluşturmuş olup bu tehdide karşı hızlı ve kararlı bir tepki verilmesi doğal ve de gerekliydi” denmektedir.

67. Aslında olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri, Türkiye’de ve uluslararasıca “terörist” olarak tanımlanan bir örgüt olan PKK’yla ve Türkiye’de “terörist” olarak tanımlanan diğer gruplarla bağlantılı olduğu iddia edilen diğer kişi ve örgütleri de etkilemektedir. 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 1. maddesinde öngörüldüğü üzere bu kararnamenin amacı “darbe teşebbüsü ve terörle mücadele çerçevesinde alınması zaruri olan tedbirleri almaktır”. “Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen kamu görevlilerinin görevden çıkarılacağı da belirtilmiştir.^[37]

Bu geniş kapsamlı formüller, olağanüstü hal tedbirlerinin sadece Gülen cemaatine değil milli güvenliğe tehdit arz eden tüm örgütlere uygulanabileceğini göstermektedir.^[38]

[37] Bakınız 667 sayılı KHK Madde 2 (1), d, 2 (3), 3 (1), 4 (1) ve 5 (1); 668 Sayılı KHK Madde 2 (1) ve 2 (4); 699 sayılı KHK Madde 2 (1) ve 20; 670 Sayılı KHK Madde 2 (1), 5 (1) ve 7 (1); 771 Sayılı KHK Madde 23; 772 Sayılı KHK Madde Madde 2 (1); 773 Sayılı KHK Madde 4 (1), 5 (1), 7 (1), 9 (1) ve 774 Sayılı KHK Madde 8.

[38] Ayrıca Türk Makamları müzekkeresi sayfa 11’e bakınız.

68. Şüphesiz ki Devlete, ulusal ve uluslararası hukuki yükümlülüklerine uygun olduğu müddetçe, siyasi platformlarına, dini yakınlıklarına veya etnik yapılarına bakılmaksızın tüm terör örgütlerine karşı aktif tedbirler almasına sadece cevaz verilmemiş, Devlet bu tedbirleri almak zorunda bırakılmıştır. Venedik Komisyonu, olağanüstü bir halin kötüye gidip yeni biçimler alabileceğini de kabullenmektedir: nitekim büyük bir doğal afet sonradan ortaya çıkan bir salgın hastalıkla daha da şiddetlenebilir. Bu gibi gelişmeler, önceden tahayyül edilmemiş yeni tedbirlerin alınmasını gerektirebilir. Ancak bu tedbirlerle, Temmuz ayında ilan edilen olağanüstü hal arasında yeterince yakın bir *bağlantı noktası* daima olmalıdır. Hükümet, belirli bir olağanüstü halle bağlantılı olarak Temmuz 2016'da Meclisten talep ederek aldığı olağanüstü yetkileri duruma uygun kullanmalıdır. Hukukun Üstünlüğü Kontrol Listesinde vurgulandığı üzere (başka uluslararası insan hakları standartlarına atfen) olağanüstü hal bağlamında “[hükümetin] söz konusu [olağanüstü] yetkilerinin süresi, koşulları ve kapsamı bakımından kati sınırlamalar konması şarttır”^[39]. Kamu düzeni ve emniyetine yönelik diğer tehditler, olağan yasalar vasıtasıyla çözümlenmelidir.

69. Bu bilgiler ışığında hangi “konuların” “olağanüstü hal ile gerekli görüldüğüne” (Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında kullanılan bir dil) veya “durumun zaruretinden sebep kati suretle gerekli görüldüğüne” (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinde kullanılan bir ifade) ve olağanüstü hal ile Hükümetin aldığı tedbir arasında yeterince yakın bir bağlantı noktası olup olmadığına duruma göre karar verilmesi gerekir. Venedik Komisyonunun, bazı davaları incelemesi gerekmemektedir; Hükümetin yetkilerini aşırıp aşmadığına ve olağanüstü halin ilanına veya sonraki gelişimine yol açan durumla yeteri derecede bağlantısı olmayan kişi ve olaylara karşı olağanüstü hal tedbirleri uygulamış olup olmadığına Türkiye Meclisi ve mahkemelerinin karar vermesi daha yerinde olur. Dolayısıyla, Venedik Komisyonu bu bağlamda özel bir tavsiyede bulunmayacak sadece Türk makamların dikkatini, olağanüstü yetkilerin kapsamını kısıtlayan temel ilkelere çekecektir.

2. 1983 tarihli Olağanüstü Hal Kanununa uygunluk

70. Anayasanın 121. Maddesi, 2. Fıkrası gereğince Hükümetin olağanüstü hal yetkilerinin kapsamı, 1983 tarihli Olağanüstü Hal Kanunu çerçevesinde belirlenmiştir (bundan böyle 1983 Kanunu olarak anılacaktır). Türk makamları, Müzekkerenin 46. Sayfasında kanun hükmünde kararnamelerin, 1983 Kanunuyla aynı yasal hükmü taşıyacağı konusunda tartışmaktadırlar; ancak bu yaklaşım, 121. madde 2. fıkrayı gereksiz kılacaktır. Bu anayasal hükmün

[39] Yukarıda alıntılanan §51.

arkasındaki mantık (olağanüstü halle ilgili bazı hayati önemi haiz konuların, *peşinen* bir yasayla düzenlenmesi gerektiği), eğer Hükümet, çıkardığı kararnameleriyle – kanun hükmünde olanlarla bile – bu kanun dışına çıkarsa geçerliliğini yitirecektir.

71. Venedik Komisyonu, incelemeye konu olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin kamu görevlilerinin görevden alınması, tüzel kişiliklerin tasfiyesi ve mallarına el konulması gibi çeşitli tedbirler sunduğunu gözlemlemektedir.

72. 1983 Kanununun 9 ve 11. Maddeleri, (Temmuz 2016 kalkışmasına benzer durumları kapsayan) Madde 3 (1) (b)'ye istinaden olağanüstü hal ilan edildiği zaman alınması gereken tedbirleri tanımlamaktadır. Bu iki madde, Hükümetin alabileceği tedbirlerin *blok* bir listesini içermektedir. Özellikle, bu tedbirler arasında kamu görevlilerinin veya hakimlerin görevden alınmasından bahsedilmemektedir.^[40] 1983 Kanunu, tüzel kişiliklerin *kalıcı suretle tasfiye edilmesine* de olanak vermemektedir; Madde 11 (o) sadece “dernek faaliyetlerini; her dernek hakkında ayrı karar almak ve üç ayı geçmemek kaydıyla *durdurmak*” hükmünü içermektedir (italik biçimlendirme sonradan eklenmiştir).

73. Bunlar, 1983 Kanununda tanımlanan kanunen caiz tedbirler listesinin dışına çıkan kanun hükmünde kararnamelerin getirdiği tedbirlere sadece birkaç örnektir. Soru, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin, görünüşte iç “hukuka aykırılığına” ne şekilde yaklaşılması gerektiğidir.

74. Türk makamları, 1983 Kanununa harfiyen uyulması gerekmediğini ileri sürmektedir.^[41] Aynı zamanda “olağanüstü hal döneminde uygulanabilecek bazı tedbirlerin, konuyla ilgili olmalarına göre, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (62/1, 72/3, 96, 178. maddeler); 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu (madde 31/B) veya 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu (madde 131/3) gibi diğer [...] kanunlarda da yer aldığı” iddia etmektedirler^[42].

[40] Madde 9 (i) “mahal için hayati önem taşımayan işyerlerinin kapatılmasından” bahsetmektedir ancak bu tedbir, Devlet aygıtının tüm seviyelerde kapsamlı bir şekilde arındırılmasıyla aynı tedbir gibi görünmemektedir. Madde 32, bölge valilerine, adli ve askeri personel hariç olmak üzere, görevlerini yapmaları veya tedbirlere uymamaları halinde disiplin cezası verme yetkisi (ancak görevden çıkarma yetkisi değil) verir, başka bir deyişle bu hükümler, kamu görevlilerinin görevden alınmasına olanak sağlamaz.

[41] Müzekkere, sayfa 45: “2935 Sayılı Kanunda belirtilen olağanüstü halin devamı süresince uygulanabilecek bazı kısıtlamaların, alınabilecek bazı tedbirlerin eklenmesi ve kamu görevlilerine verilebilecek bazı yetkiler, diğer gerekli ve zaruri tedbirlerle ilgili yasal bir düzenleme yapma imkânını ortadan kaldırmaz. Başka bir ifadeyle, olağanüstü halin devamı süresince alınabilecek tedbirlerle ilintili olarak 2935 Sayılı Kanun hükümlerince belirlenen bir tekelden [bahsetmek] mümkündür”.

[42] *A.g.e.*

75. Bu durumu, Anayasanın 121. maddesi 2. fıkrasıyla bağdaştırmak güçtür. Her şeyden önce, Türk makamlarının bahsettiği bu kanunların, *bu durumda (in casu)* uygulanmış olan tedbirlere gerçekten de izin verip vermediğinin doğrulanması gerekir. Her hâlükârda 121. madde 2. fıkra, Hükümetin olağanüstü hal yetkilerinin sınırlarını belirlemek için özel bir kanuna işaret etmektedir.^[43]

76. Ayrıca olağanüstü hal esnasında yürütme organlarını, *olağan mevzuatın* verdiği normal yetkileri kullanmaktan hiçbir şey alıkoymaz. Hükümet; Devlet Memurları Kanunu, İl İdaresi Kanunu veya Bankacılık Kanununa istinaden ilgili idari birimleri, bu yetkileri kullanması için teşvik edebilirdi. Aksine Hükümet, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleriyle, görünüşte normal mevzuata dayalı olmayan ve aynı zamanda 1983 Kanununun izin verdiği tedbirler listesinin dışına çıkmış olan özel tedbirler koymayı tercih etmiştir.

77. Bu durumların ışığında, 1983 Kanununda doğrudan belirtilmemiş bu olağanüstü tedbirlerin Anayasanın 121. maddesine uygunluğunu değerlendirmek Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesine düşecektir.^[44]

3. Bazı olağanüstü hal tedbirlerinin kalıcı olma niteliği

a. Genel Esaslar

78. Olağanüstü hal rejiminin en önemli özelliği, *geçici olma niteliği* olup 1984 senesinde Uluslararası Hukuk Derneğince kabul edilen, Olağanüstü Hallerdeki İnsan Hakları Normlarına ilişkin Paris Minimum Standartları, Bölüm A sayfa 3 (a)'da^[45] vurgulanmıştır. Bu nitelik ayrıca, yukarıda bahsedilen insan hakları ve istisnai hallerle ilgili olarak Birleşmiş Milletler Özel Raporörü tarafından

[43] 1983 Kanununun başka bir olası yorumu da, Kanunun *bölgesel* makamlarla alınacak tedbirlerin bir listesini tespit edip sınırsız yetkiyi (*carte blanche*) merkezi Hükümete bırakmış olmasıdır. Aslında 1983 Kanununun 9 ve 11. maddelerinde listelenen tedbirlerin hepsi “yerel” niteliktedir. Ancak 1983 Kanununun kelimesi kelimesine okunmasından bu sonuç çıkarılmamakta olup her hâlükârda, hatta 1983 Kanununun merkezi Hükümetin yetki kapsamını tanımlamadığı varsayılsa bile, Anayasanın 121. Maddesi 2. Fıkrasındaki koşulun (Hükümetin takdir yetkisinin, Olağanüstü Halle sınırlanması gerektiği) yerine getirilmemiş olduğu ve Hükümetin yasal bir boşluk içinde hareket ettiği anlamına da gelmektedir.

[44] Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin daha sonra Meclis tarafından onaylanmasının, 1983 Kanununda belirtilen tedbirlere ne derecede “meşruluk kazandırmış” olarak görüldüğü belirsizdir. Venedik Komisyonu, bu soruyu yerel adli makamlara bırakmakta ancak 1983 Kanununun dışına çıkan tedbirlerin Meclis tarafından geriye dönük olarak (*ex post*) onaylanmasını da Anayasanın 121. maddesi mantığıyla çelişkili bulmaktadır.

[45] <http://www.uio.no/studier/emner/jus/humanrights/HUMR5503/h09/undervisningsmateriale/ParisMinimumStandards.pdf>

da önemle belirtilmiştir. Venedik Komisyonu bu niteliği, Fransa'nın "Ulusun Korunması" hakkındaki Anayasal Kanun Taslağına ilişkin Görüş Raporunda da teyit etmiştir[46]. Aynı şekilde Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 4. Maddesine ilişki Genel Görüş No.29, Sözleşme hükümlerinden sapan tedbirlerin "istisnai ve geçici nitelikte" olması gerektiğine işaret etmektedir.[47]

79. Zor olan soru, olağanüstü hal rejimi kapsamında alınan bireysel tedbirlerin ne derecede *kalıcı etkisi* olabileceğidir (başka bir ifadeyle, etkilerinin olağanüstü hal dönemi dışına çıkıp çıkamayacağıdır). Burada, bireysel tedbirlerle yapısal (genel) hükümler arasında bir ayırım yapılması gerekir. bireysel tedbirler, tehdidin ancak geri dönüşü olmayacak bir eylemle bertaraf edilebileceği zamanlarda bazen geri alınabilir.[48] Bununla birlikte olağanüstü hal rejimi esnasında Hükümet, mümkün olan en geniş kapsamda ve tehdidin başka türlü bertaraf edilemeyeceği zamanlarda, geçici bireysel tedbirler, yani sınırlı süreli olan veya daha sonra iptal edilebilecek veya değiştirilebilecek tedbirler almayı denemelidir. Çünkü olağanüstü halin nihai amacı, Devletin olağan hale geri dönebilmesidir.

80. Yapısal (genel) tedbirler söz konusu olduğunda ise olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelemlerinin hükümleri, olağanüstü halin sona ermesiyle birlikte hukuki geçerliliğini yitirmelidir. Bu gibi kanun hükmünde kararnamelerle mevzuatta kalıcı değişiklikler yapılmamalı, kalıcı değişiklikler olağan mevzuata bırakılmalıdır. Bu durum, etkili hukuk yollarının varoluşu açısından özellikle önemlidir: hukuk yolu sağlayan usullerin boyutları değiştirilebilir ancak etkili hukuk yolları tamamen uygulamadan kaldırılamaz. Hükümetin, eylemlerinin yargısal denetimini dışarıda bırakmasına veya böyle bir denetimi etkisiz kılabilmek için iç tüzüğü değiştirmesine izin verilmemelidir. Aynı ölçüde Hükümet, diğer bağımsız Devlet kurumlarının konumunu zayıflatan, yapılarını, işleyiş ilkelerini vs. değiştiren kurallar da koyabiliyor olmamalıdır.[49]

[46] CDL-AD(2016)006, § 65

[47] Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Genel Görüş No.29, Olağanüstü Haller (Madde 4), Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi /C/21/Rev.1.Add.11.31 Ağustos 2001

[48] Örneğin, tehlikeli bir bulaşıcı hastalık bulaşmış sığırın öldürülmesi veya yıkılma riski olan binaların imha edilmesi gibi.

[49] Yukarıda alıntı yapılan Genel Görüş No.29, Paragraf 14 şunu vurgulamaktadır: "Bir Taraf Devlet, olağanüstü hal esnasında ve söz konusu tedbirlerin, durumun zaruretinden sebep kati suretle gerekli görülmesi şartıyla, yargı yollarını veya diğer yolları yöneten usullerinin uygulamadaki işleyişinde değişiklik yapsa bile, Sözleşmenin 2. Maddesi 3. Fıkrası kapsamında etkili bir hukuk yolu bulma esas yükümlülüğüne uymak zorundadır".

b. Olağanüstü hal süresini aşan bireysel tedbirler

81. İncelemeye konu olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleleri, olağanüstü hal süresini aşan tedbirler içermektedir. Nitekim 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 2. maddesi, iki binden fazla özel kurumun kalıcı surette kapatılmasına hükmetmektedir: söz konusu Kanun Hükmünde Kararname çerçevesinde 35 sağlık kuruluşu, 934 okul, 109 öğrenci yurdu, 104 vakıf, 1125 dernek, 15 üniversite ve 29 işçi sendikası kapatılmıştır.^[50] Söz konusu Kanun Hükmünde Kararnamenin 2. maddesi (2). fıkrasına göre bu gibi tüzel kişiliklerin tüm malvarlıkları kalıcı surette ve bedelsiz olarak Devlete devredilmektedir. 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3. ve 4. maddeleri, hakimlerin ve diğer kamu görevlilerinin, ilgili yargı organlarının veya idare kurumlarının kararlarıyla görevden çıkarılmasını öngörmektedir.

82. 668 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 2. maddesinde, görevden çıkarılacak kamu görevlilerinin bir listesinden bahsedilmektedir. Söz konusu Kanun Hükmünde Kararname ayrıca kapatılacak basın kuruluşları listesini de içermektedir. Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 2. Maddesi (3) Fıkrası kapsamında söz konusu basın kuruluşlarının tüm mal varlıkları, kalıcı ve bedelsiz olarak Devlete devredilmektedir.

83. Müteakip kanun hükmünde kararnameler de benzeri tedbirler içermektedir: Tüm bu tedbirler kalıcı olup kanun hükmünde kararnamelerde “[ilgili kanun hükmünde kararnameler] kapsamında alınan kararlar ve yapılan işlemler nedeniyle açılan davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemez” denmektedir (bakınız 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname madde 10(1), 668 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname madde 38(1) vd.)

84. 15 Temmuz 2016 tarihindeki darbe girişimine yol açan kalkışmanın niteliği göz önünde bulundurulduğunda Venedik Komisyonu, Devlet aygıtının kalkışmaya dâhil olduğu tespit edilen kişilerden hızlıca arındırılması ihtiyacını anlayışla karşılamaktadır. Eğer kalkışmacılar yargı teşkilatı, savcılık, emniyet, ordu vs. içinde halen aktif olsalardı kalkışmayla mücadeleyi hedefleyen eylemlerin hiçbiri başarıya ulaşmayacaktı.

85. Ancak kalıcı değil de *geçici* tedbirler kullanılarak da aynı sonuca ulaşılabilir. Eğer Gülenli varsayılanlar, ihtiyati bir tedbir olarak görevlerinden çıkarılmak yerine *uzaklaştırılsalardı* kalkışmanın tekerrür etme riski önemli derecede azaltılabilirdi. Benzeri şekilde kurumların tüm malvarlıklarına mutlak surette el koymak yerine davalarının normal usullere uygun bir mahkeme tarafından

[50] Rakamlar Hükümet Müzekkeresi sayfa 12’de verilmiştir.

incelenene kadar banka hesaplarındaki yüksek tutarları geçici olarak dondurmak veya önemli miktarda işlem yapmalarını engellemek, geçici kayyum atamak ve sadece söz konusu kurumun hayatta kalabilmesine yardımcı olabilecek ekonomik faaliyetlere izin vermek de yeterli olabilirdi. Bu tipte geçici tedbirler nihayetinde, olağan yargı sürecine göre alınan kararların doğruluğunun daha adilane incelenmesine olanak tanır.

86. Ayrıca Venedik Komisyonu, kanun hükmünde kararnamelerin de kendi içinde bireysel tedbirler bulundurmasını da üzüntüyle karşılamaktadır; böyle bir düzenleme yöntemi, ilgili şahısları kişiye özgü muameleden mahrum bıraktığı gibi davalarının yargısal denetimini de açıkça engellemektedir. Bu konuyla ilgili daha fazla bilgi için bakınız aşağıda §4; ayrıca Bölüm E §1(f), Bölüm F §2 ve Bölüm G.

c. Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleriyle getirilen yapısal değişiklikler

87. Yapısal bir niteliği olduğu ve kurumların statü ve işleyişlerini veya olağan iç tüzüklerini etkilediği görünen kanun hükmünde kararnameler mevcut düzenlemelere de bir takım değişiklikler getirmiştir. Kanun hükmünde kararnamelerin getirdiği bazı tedbirler açıkça geçici olmasına rağmen,^[51] diğer tedbirler mevcut mevzuatta değişiklik yapmakta olup kanun hükmünde kararnamelerde bu tedbirlerin, olağanüstü halin bitmesinden sonra geçerliliğini yitireceğini belirtilmemektedir. Nitekim resmi makamlar bu tedbirleri mevzuatta kalıcı olarak tutma eğilimindedirler.

88. Buradan hareketle örneğin 671 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 23. maddesinde, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı kaldırılmakta ve görevleri Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna devredilmektedir. Söz konusu Kanun Hükmünde Kararnamenin 25. Maddesinde, haberleşmenin dinlenmesine ve elektronik veri arşivlerine erişim sağlanmasına izin verilmesine ilişkin yeni bir usul belirlenmektedir. Bu suretle, Elektronik Haberleşme Kanununun mevcut 60. maddesi değiştirilmektedir. 674 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 16. maddesiyle, ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı hakkındaki 5275 sayılı kanun değiştirilerek Cumhuriyet Başsavcılığına, tutuklukların ceza infaz kurumlarından “geçici olarak çıkmalarını” kısıtlama yetkisi verilmiştir. Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 38. maddesi, belediyeler hakkındaki 5393 sayılı Kanunu tadil

[51] Bakınız örneğin “olağanüstü hal süresi boyunca” getirilen tedbirlerden bahseden 668 sayılı Kanun Hükmünde Kararname Madde 3(1) ve 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname Madde 6 (1).

ederek teröre yardım ve yataklık suçları sebebiyle görevlendirilen uzaklaştırılan belediye başkanlarının yerine yenilerinin getirilmesine dair usulü belirlemektedir. 676 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 1. Maddesi, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından yürütülen kovuşturmalarda duruşmada en çok üç avukatın hazır bulunması kuralını getirmektedir. Madde 3, Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerini değiştirerek bu gibi suçlar bakımından gözaltındaki şüphelinin müdafiiyle görüşme hakkını 24 saat süreyle kısıtlayabilmektedir. Madde 6, 5275 sayılı Kanun hükümlerini değiştirmekte olup tutuklunun avukatıyla yaptığı görüşmelere ilişkin sınırlamalarla ilgili kuralları belirlemektedir. Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerindeki bu gibi yapısal değişikliklerin listesinin devamı mevcuttur.^[52]

89. Venedik Komisyonu, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin, özellikle de bu gibi değişikliklerin Anayasada kesin ve açık ifadelerle belirtilmediği durumlarda, yasal kurumlara, usullere ve mekanizmalara kalıcı yapısal değişiklikler getirmemesi gerektiği hususunda önceden sergilediği tutumunu tekrarlamaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2. maddesinde beyan edildiği üzere “Hukukun üstünlüğüyle yönetilen demokratik bir [...] devlet” olma fikri, sınırlı hükümet ilkesini de içinde barındırmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Hükümetin insan hakları hükümlerinden derogasyonuna ancak olağanüstü hal devam ettiği sürece ve “kati suretle gerekli olması” şartıyla izin vermekte olup bu yetkiyi, olağanüstü hal sürecinin bitiminden sonra uygulanacak hukuk kurallarını kapsayacak şekilde genişletmemektedir. İnsan Hakları Komitesinin de belirttiği üzere “Sözleşmeden derogasyon yapan bir Taraf Devletin öncelikli amacı, [insan haklarına] yeniden tam saygı duyulacağı bir normallik durumunun geri kazanılması olmalıdır”.^[53]

90. Ayrıca Venedik Komisyonunun görüşüne göre olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin Meclis tarafından geriye dönük (*ex post*) onaylanıyor olması dahi, bu gibi tedbirlerin kalıcı olarak meşrulaştırılmasına yol açmamalıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, olağanüstü hal durumu için özel bir yasal çerçeve belirlemektedir ki bu yasal çerçeve kalıcı kuralların koyulması için uygun değildir. Bir olağanüstü halin kendi içinde siyasal mantığı vardır: yürütme organları, hızlıca ve önlem olarak hareket etmelidir; böyle zamanlarda

[52] 668 sayılı Kanun Hükmünde Kararname Madde 4 (1), Milli Savunma Bakanlığına askeri mahkeme kurma ve kaldırma yetkisi vermektedir. 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 16. maddesi kapsamında askeri hâkimlerle ilgili disiplin yetkileri, Milli Savunma Bakanlığı bünyesindeki bir organa verilmektedir. 669 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 17. maddesi, 357 sayılı Kanunun 31'inci maddesini ilga ederek askeri hâkimlerin görevden uzaklaştırılmasına yeni kurallar getirmektedir.

[53] Genel Görüş No. 29, §.1.

kamuoyu, hükümetin her bir organının radikal ve hatta bir nebze basit tedbirler almasını bekler. Dolayısıyla olağanüstü hal bağlamı, karmaşık toplumsal ve yasal konuların etraflıca ve hassasiyetle görüşülmesine az da olsa olanak tanır. Venedik Komisyonu, bu gibi yapısal değişikliklerin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının da öngördüğü üzere olağanüstü hal bittikten sonra normal bir şekilde getirilip tartışılmasını tavsiye etmektedir.

4. Kişilerin şahsına yönelik (*Ad hominem*) olağanüstü hal mevzuatı

91. Venedik Komisyonu, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin, kapatılacak kurumlardan ve kamu hizmetinden alınacak olan kişilerden oluşan listeleri içerdiğine işaret etmektedir. Bu düzenleme konusu endişe kaynağıdır.

92. Olağanüstü hal rejimlerinde genel uygulama, Hükümetin çıkarabileceği genel normlar ile (kanun hükmünde kararnameler) karşılığında bu genel normların (kanun hükmünde kararnameler) izin verdiği bireysel tedbirler arasında ayırım yapmaktır. Genel kanun hükmünde kararnamelerle bireysel tedbirler arasında ayırım yapmak, gereklilik ve orantılılık ilkelerine uyulması açısından gerekli olup uygun yargı denetimine olanak sağlar. Örneğin kamu görevlilerinin şahsına yönelik (*ad hominem*) ve yargıya taşınamayan kanun hükmünde kararnamelerle ve basit yargılama usulü (veya hiç yargılama olmaksızın – detaylar için bakınız aşağıda Bölüm E, § 1) sonucunda toplu halde görevden alınması, gereklilik ve orantılılık ilkelerine gereken ihtimamın gösterilmesini ve söz konusu görevden alımların meşru olup olmadığının doğrulanmasını, imkânsızlaştırmasa da, oldukça zorlaştırdığından aynı zamanda son derece büyük bir sorundur. Genel kanun hükmünde kararnamelerle bireysel tedbirler arasında bir ayırım yapılması, temel insan haklarının korunması ve asgari bir hukuk üstünlüğünün temin edilmesi için ileriye dönük (*ex ante*) idari usul güvencelerinin ve geriye dönük (*ex post*) yargı güvencelerinin getirilmesi açısından hayati önem taşımaktadır.

93. Venedik Komisyonu, görevlerinden ötürü (Ordu veya Emniyet içindeki konumları vs.) güvenlik tehdidi potansiyeli olan sınırlı sayıdaki kişilere yönelik acil eyleme geçilmesi ihtiyacının doğmuş olabileceğini kabul etmektedir. Ancak söz konusu acil eylem, ilgili idare makamlarının kararlarıyla geçici olarak uzaklaştırma olmalıydı ve sonrasında da bunu adli bir yargı süreci takip etmeliydi.

94. Aksine olağanüstü hal ilan edilmesinden birkaç hafta sonra on binlerce kamu görevlisi ve binlerce tüzel kişiliğin listeye konması^[54], bu kişi ve

[54] Nitekim 25 Temmuz 2016 tarihinde, görevinden alınacak askerî personel listesini içeren 668 sayılı Kanun Hükmünde Kararname çıkarılmış; 17 Ağustos 2016 tarihinde de

kurumların davalarının etraflıca ele alınamamış olduğunu ve netice itibarıyla de bu tedbirlerin, kalkışmayla ilgisi olmayan çok sayıda masum insanı ve kurumu etkileyebileceği izlenimini uyandırmaktadır.^[55] Devlet aygıtını araştırma görevini, uygun idari makamlara vermek ve kararların uygun şekilde gözden geçirilerek vaka bazında alınmasını sağlamak daha uygun olurdu. 1096 (1996) sayılı Kararında Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi (AKPM) (komünizm sonrası arındırma süreçleri bağlamında) “toplu değil de bireysel olan suçların, her bir bireysel olayda kanıtlanması gerekir– bu da, arındırma yasalarının toplu değil de bireysel uygulanması ihtiyacını vurgulamaktadır” şeklinde ifade etmiştir.^[56] Venedik Komisyonu, bu listelerde bulunan kişi ve kurumlar için uygulanması gereken usule dair koruma tedbirlerini ve bazı olağanüstü hal tedbirlerini inceleyerek bu fikri daha da geliştirecektir.^[57]

5. Sorumsuzluk Hali

95. Venedik Komisyonu, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerin Devlet kurumu ve memurlarını olağanüstü hal esnasında alınan tedbirlerden sorumsuz kılan hükümlerinden endişe duymaktadır. Nitekim 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 9 (1) sayılı maddesinde “bu Kanun Hükmünde Kararname kapsamında karar alan ve görevlerini yerine getiren kişilerin bu görevleri nedeniyle hukuki, idari, mali veya cezai sorumluluğu doğmaz” denmektedir. Müteakip kanun hükmünde kararnamelerde de benzeri hükümlere rastlanabilir.

96. Türk makamlarına göre bu maddenin amacı, olağan kurallardan sapmak zorunda kalsalar bile kanun hükmünde kararnameleri uygulayacak olan memurlara, bunu yaparken herhangi bir sorumluluğa maruz kalmayacaklarına dair

görevinden alınacak devlet memurlarının listesini içeren 670 sayılı Kanun Hükmünde Kararname çıkarılmıştır.

[55] Ki bunlar, AİHM'nin 6. Maddesi 2. Fıkrasıyla ve KSHUS'nin 14. Maddesi 2. Fıkrasıyla güvence altına alınan, masum sayılma haklarını etkileyebilir.

[56] “Eski totaliter komünist sistemlerin mirasının bertaraf edilmesine yönelik tedbirler”, sayfa 12. Ayrıca bakınız İnsan Hakları Komitesi, *M.K., vd./Slovakya*, Tebliğ No. 2062/2011 (23 Mart 2016'da kabul edilen görüşler), § 9.3-9.4 (insan haklarına veya demokrasiye önemli bir tehdit oluşturduğu gerekçesiyle devlet memurlarının arındırılması, bireysel bir değerlendirmeyi gerektirir; meşru bir amaca ulaşmayı hedefleyen objektif ve makul ölçütlere dayanmalıdır ve hukuk kurallarına Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi kapsamındaki diğer haklara uygun olmalıdır).

[57] “Yaptırım listeleriyle” zorunlu tedbirlerin getirilmesi, Birleşmiş Milletler sisteminde ara sıra kullanılmaktadır; ancak bu gibi tedbirlerin yine de keyfiyeti engellemek amacıyla ulusal bir düzeyde gözden geçirilmesi gerekir: bakınız *Al-Dulimi ve Montana Management Inc./İsviçre AİHM (GG)*, no. 5809/08, 21 Haziran 2016.

güvence vermektir. Ayrıca resmi makamlar, “Kanun Hükmünde Kararnameler kapsamında hesap verme zorunluluğunun olmaması halinin, kişilerin görevleriyle ilgili olarak hesap verme zorunluluğunun olmaması demek olduğunu ve memurların kişisel suçlarıyla ilgili tüm sorumluluklarının devam edecek olduğunu” belirtmektedir.

97. Ancak Venedik Komisyonu görüşüne göre, bu madde özellikle cezai sorumsuzluk hali açısından çok tehlikeli bir mesaj göndermektedir. Bu sorumsuzluk kanun hükmünde kararnamelerin, Türkiye Cumhuriyeti Ceza Kanunu kapsamında aksi halde “suç” olarak nitelendirilecek bazı eylemlere doğrudan izin ve emir verdiğini veyahut da en azından görevlerini yerine getirirken suç işleyenlerin cezalandırılmayacağını ima ettiği şeklinde anlaşılabilir.

98. Ayrıca bu sorumsuzluk hali, çeşitli devlet kurumları ve memurlarına kanun hükmünde kararnamelerle verilen geniş kapsamlı takdir yetkileri kapsamında yapılan işlemlerden doğan sorumluluğun kaldırılması olarak da görülebilir. Bu yine tehlikeli bir mantık olup hukukun üstünlüğüne aykırıdır. Bir kişi, takdir yetkilerini makul bir çerçevede ve iyi niyetle (*bona fide*) kullanabilir. Ancak aşağıda da açıklanacağı üzere olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri, son derece muğlak terimlerle ifade edilmiş olup bu kararnameleri uygulayan devlet memurlarına neredeyse kontrolsüz yetkiler vermektedir. Bu da, hukukun üstünlüğüne dayanan bir Devlette müsamaha gösterilemeyecek geniş ölçekli suiistimal riski yaratmaktadır.

99. Son olarak bu hüküm, kişilerin şahsına yönelik (*ad personam*) cezai sorumsuzluk hali olarak – başka bir ifadeyle, bu “Kanun Hükmünde Kararname kapsamında görevlerini yerine getirmiş” şahıslara, açıkça yetkileri dışında hareket etmiş veya sınırlanamaz insan hakları yükümlülüklerini ihlal etmiş olsalar bile dokunulmazlık veriyormuş gibi – görülebilir (örneğin kötü muamele görmüş tutuklular). Maksat bu olmasa bile bu şekilde algılanması mümkündür. Kanun hükmünde kararnamelerle alınan tedbirlerin bazılarının, olağanüstü halin bitmesinden sonra da kalması beklendiğine göre, bu sorumsuzluk hali Türk hukuk düzeninin kalıcı bir özelliği haline gelebilir ki bu da şüphesiz kabul edilemez bir sonuçtur.

100. Dolayısıyla Venedik Komisyonu, bu maddelerin kanun hükmünde kararnamelerden çıkarılmasını ısrarla tavsiye etmektedir.

E. Belirli olağanüstü hal tedbirleri

1. Kamu görevlilerinin görevden alınması ve bununla ilintili tedbirler

a. Tedbirlerin Tanımlanması

667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 4 (1) maddesi, “terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen” kamu görevlilerinin görevden çıkarılmasını hükmetmektedir. Bu görevliler, ilgili idari kurum ve görevlilerin kararıyla görevden alınır. Hâkimler ise madde 3 (1) gereğince ilgili yargı organlarının (üst mahkemeler ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, bundan böyle HSYK olarak anılacaktır) kararıyla görevden alınır.

102. 668 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 2. maddesi, [...] “FETÖ/PDY aidiyeti, iltisakı veya irtibatı olan” askeri personelin görevden çıkarılmasını hükmetmektedir. Bu Kanun Hükmünde Kararname içeriğinde ek olarak, askeri hizmetten alınacak kişilerin uzun bir listesi de bulunmaktadır. 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 2. maddesinde de benzer bir hüküm yer almakta olup görevden alınacak askeri personel ve jandarma personelinin başka bir listesini içermektedir. 670 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 2. maddesi, [...] FETÖ/PDY aidiyeti, iltisakı veya irtibatı olan” kamu görevlilerinin görevden alınmasını” hükmetmektedir. Ayrıca kamu görevinden, ordudan ve emniyetten çıkarılanların isimlerinden oluşan ekleri de bulunmaktadır. 672 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 2. maddesinde “terör örgütleriyle üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı” olan kamu görevlilerin görevden çıkarılması hükmedilmektedir.^[58] Yine, Kanun Hükmünde Kararnameye ilâştirilen başka bir listede de isimler yer almaktadır.

103. Kişilerin Gülen cemaatiyle bağlantılarını değerlendirmek için kullanılan ölçütler, en azından resmi yollarla kamuya açıklanmamıştır. Venedik Komisyonu raportörlerine, görevden almaları örneğın Bank Asya’ya ve “paralel devletin” diğerk şirketlerine parasal katkıda bulunma, Fethullah Gülen’le bağlantılı bir sendika veya derneğin yöneticisi ya da üyesi olma, *ByLock* mesajlaşma uygulamasını ve bu gibi şifreli mesajlaşma programlarını kullanma gibi çeşitli ölçütlerden oluşan bir kombinasyonun değerlendirilmesine dayanarak karar verildiğı bildirilmiştir. Ayrıca söz konusu görevden almalarda, ilgili şahıslar hakkındaki emniyet veya gizli servis raporları, sosyal medya bağlantılarının, bağışlarının, ziyaret ettiğı web sitelerinin analizi ve hatta “paralel devlet” yapılarına ait olan

[58] Venedik Komisyonu, bu formülün artık “FETÖ/PDY” değil genel anlamıyla terör örgütlerine atıfta bulunduğuına işaret etmektedir.

öğrenci yurtlarında kalmış olmaları veya çocuklarını Fethullah Gülen'le bağlantılı okullara göndermiş olmaları esas alınabilmektedir. İşyerindeki arkadaşlarından veya komşularından alınan bilgiler ve hatta Gülençi yayınlara sürekli abonelik de, bir ismin “görevden alınma listelerine” konması için kullanılan birçok ölçüt arasında sayılmaktadır.

104. Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnemelerinin kabul edilmesinden beri 100.000’i aşkın kamu görevlisi^[59] görevden alınmıştır.^[60] Bunların büyük çoğunluğu, 669, 670 ve 672 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnemelerin ilişığı listelerde doğrudan isimleri geçen görevlilerdir. Daha düşük seviyelerde, yani 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname çerçevesindeki ilgili idari kurumlar veya yargı organları tarafından alınan kararlarla kaç kamu görevlisinin görevden alındığı ve kaç tanesinin sonraki kanun hükmünde kararname eklerindeki listelerde isimlerinin doğrudan geçtiğı ise tam olarak net değildir.

105. Her iki görevden alma türünün de (ya kanun hükmünde kararnemelerle *doğrudan* ya da kanun hükmünde kararnamelere *dayanarak*), kamu görevlilerinin disiplin yükümlülükleri açısından olağan hukuk çerçevesi dışında kaldığı anlaşılmaktadır. Bunlar, yeni ölçütlere^[61] -Gülen cemaatiyle ve Türkiye’de “terörist” olarak adlandırılan diğer örgütlerle bağlantılara- dayanan olağanüstü tedbirlerdir.^[62] Üstelik bu görevden almalar, normal bir disiplin usulüne uygun değildir. Soru, Devlet aygıtının bu şekilde arındırılmasının, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasından ve uluslararası hukuktan doğan standartlara uygun olup olmadığıdır.

[59] Bu bağlamda “kamu görevlisi” terimi, askeri ve emniyet personelinin yanı sıra hâkim ve savcılar da kapsar.

[60] Silahlı kuvvetler ve polis personeli ayrıca bakanlıklarda, yerel idarelerde çalışan idari personelle öğretmenler, devlet hastanesi doktorları vs. dâhildir.

[61] Veyahut da farklı bir şekilde formüle edilmiş eski bir ölçüttür. Venedik Komisyonu, bir suç örgütüne mensup olmanın kamu hizmetiyle asla bağdaşmadığını farz etmektedir ancak aşağıda da anlatılacağı üzere kanun hükmünde kararnemelerin, idare ve yargı organlarınca yorumlandığı haliyle, eski ilkeleri yeni durumlara uyumlamak istediğı görülmektedir.

[62] Farklı Kanun Hükmünde Kararnemeler, bu bağlantıları farklı sözcüklerle ifade etmektedir – “mensubiyet”, “bağlantı” vs. Venedik Komisyonu, bunun tercümeden doğan bir problem olabileceğini ve tüm kanun hükmünde kararnemelerde, ilgili şahıslarla FETÖ/PDY arasında aynı türden bir bağlantıdan bahsedildiğini anlamaktadır.

b. Kamu hizmetlerinin düzenlenmesinde Devlete tanınan geniş takdir hakkı

106. Avrupa insan hakları yükümlülükleri açısından ve kamu görevlilerini kapsayan iş uyuşmazlıkları ile ilgili olarak 1999 senesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi aşağıdaki beyanda bulunmuştur:^[63]

“[...] Her bir devletin kamu hizmeti sektöründe bazı makamlar, genel yararı ilgilendiren sorumluluklara ya da kamu hukukundan kaynaklanan yetkilerin kullanımına katılıma ilişkindir. Bu gibi makamlardaki kişiler de dolayısıyla Devletin egemenlik yetkisinin bir parçasını kullanmaktadır. Bundan ötürü Devletin bu memurlardan özel bir güven ve sadakat bağlılığı talep etme konusunda meşru bir çıkarı bulunmaktadır. Öte yandan bu ‘kamu idaresi’ yönü olmayan diğer makamlar bakımından böylesine bir çıkarı bulunmamaktadır”.

107. Yukarıda bahsedilenler, kamu görevlilerinin iş uyuşmazlıklarıyla ilgili olarak mahkemeye başvuru hakkı olup olmadığına dair uzun süren tartışmalar bağlamında söylenmiştir. Bu konuyla ilgili AİHM içtihadı, 1999 senesinden beri önemli derecede değişmiştir. Ancak bu yorumun altında yatan fikir halen güncelliğini korumaktadır: kamu hizmetini düzenleyen politika, *sadakat* fikrine dayalı olup bu da, en azından “Devletin egemenlik yetkisinin bir parçasını kullanan” makamlar söz konusu olduğunda Devlete kimi göreve alacağına/görevden alacağına karar verme konusunda daha geniş bir takdir hakkı vermektedir.^[64] Hâkimler, savcılar, polis memurları ve askeri personel, “Devletin egemenlik yetkisinin bir parçasını kullanan” kamu görevlileri kategorisine özellikle (*par excellence*) girer. Bu mantık, Devletin idari mekanizmasının derinlerine nüfuz etmiş gizli bir örgütle mücadele etmek zorunda kaldığı büyük kriz zamanlarında evleviyetle (*fortiori*) uygulanabilir.

108. Dolayısıyla başlangıç noktası olarak Venedik Komisyonu, darbe girişimi sonrası sadakat ölçütünün nispeten yitirilmiş olmasına dayanarak ve acele muhakeme usulüyle kamu görevlilerinin görevden geçici olarak alındığı^[65] basitleştirilmiş bir sistem getirilmesi zorunda kaldığını kabul etmektedir. Ancak bu, kamu görevlilerinin toplu halde görevden alınmalarının, orantılılık ve gereklilik ilkelerine uyulmasını zorunlu kılan bir insan hakları mevzusu

[63] *Pellegrin/France*, [GG], 8 Aralık 1999, Hüküm ve Karar Raporları 1999-VIII, § 65

[64] Tedbir, özellikle kamu görevi yapmayan Devlet kurumu çalışanlarını etkilediğinde bu payın daha az olduğu kabul edilmelidir.

[65] Aşağıdaki paragraflarda Venedik Komisyonu çoğunlukla “görevden alma” terimini kullanacaktır çünkü bu, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamele getirilmiş olduğu tebirdir. Ancak bu durum, Devletin görevden alma yerine uzaklaştırmasına yönelik önceden verilen tavsiyeyi değiştirmez.

olmadığı anlamına gelmez. Bu sebepten sorulacak ilk soru, kamu görevlilerinin insan haklarının bu durumda (*in casu*) tehlikede olup olmadığıdır.

c. İnsan Haklarının tehlikede olması

109. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, kamu hizmetine girme hakkını güvence altına alır. Anayasanın 70. maddesinde “her Türk kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir” (§ 1) ve “hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez” (§ 2) denmektedir. Bu hak, savunulabilir bir şekilde, zımnen bu hizmette kalma hakkını da kapsamaktadır. Ancak bu hükmünde birçok zımnî kısıtlaması olup olağanüstü hallerde bu hak, tamamen ortadan kalkmasa da *özellikle zayıf* bir hak haline gelmektedir.

110. Uluslararası düzeyde ise kamu görevlilerinin görevden alınması, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının 1. maddesi 2’inci fıkrası kapsamında gündeme gelebilir.^[66] Ayrıca Uluslararası Çalışma Örgütünün 1958 tarihli 111 sayılı Ayrımcılık Sözleşmesi (İş ve Meslek) de kamu sektöründe görevden alınmaların değerlendirilmesinde konuyla ilgili olarak dikkate alınabilir.^[67]

111. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, kamuda ya da özel sektörde olsun, belirli bir mesleği yapma hakkını güvence altına almaz. Dolayısıyla genellikle kamu hizmetine girememe ve *bu şekilde* kamu hizmetinden alınma durumu, Strasburg Mahkemesi nezdinde bir şikâyet esası oluşturamaz.^[68] Ancak bu durum, kamu görevlilerinin görevden alınmalarının, AİHS kapsamında başka bir hakkı gündeme getirmeyeceği anlamına gelmez. AİHS’nin bazı hükümleri, görevden alınma *sebepleri ve etkilerine* dayanarak uygulanabilir.

112. Bu yüzden, bir kişi dinini açıkladığı, fikrini beyan ettiği, yasalara uygun şekilde kurulmuş bir dernek veya sendikaya mensup olduğu veya çocuklarını dini bir okula gönderdiği için görevinden alınıyorsa bu eylem, AİHS’nin 9’uncu, 10’uncu veya 11’inci maddeleri (ve bu güvencelerle bağlantılı olarak madde 14 kapsamındaki veya AİHS 1 sayılı Protokolünün 2’inci maddesi kapsamındaki haklara müdahale olarak görülebilir.

[66] Türkiye Cumhuriyeti tarafından 27 Haziran 2007 tarihinde onaylanmıştır; kaynak: <http://www.coe.int/en/web/turin-european-social-charter/signatures-ratifications>

[67] http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111

[68] Bakınız AİHM 28 Ağustos 1986, *Glasenapp ve Kosiek/ Almanya*, § 49 ve § 35.; AİHM 26 Eylül 1995, *Vogt/ Almanya*, §§ 43-44; *Thlimmenos/Yunanistan*, § 41.

113. Örneğin Türkiye’de son zamanlarda yaşanan görevden alınmaların, belirli bir sendika üyeliğine dayandığı söylenmektedir.^[69] Kamu görevlilerinin, bir suç örgütüne üyelikleri nedeniyle görevden alınmaları, AİHS’nin 11. maddesiyle düzenlenmemektedir.^[70] Ancak yasalara uygun faaliyet gösteren bir sendikanın suç örgütü olup olmaması tartışma konusudur. Bu sebepten 11. maddenin bu gibi görevden almalarda uygulanabilirliği göz ardı edilemez. Aynı şekilde AİHS’nin 10. maddesi de görevden almaların bir kamu görevlisinin beyan ettiği fikirlerine dayanarak gerçekleşmiş olduğu hallerde uygulanabilir.^[71]

114. AİHM bazen bu görevden almaları, AİHS’nin, *başkaca hakların yanı sıra*, özel hayata, aile hayatına ve konuta saygı gösterilmesini güvence altına alan 8. maddesi prizmasından değerlendirmeye hazırlanmıştır.^[72] AİHM içtihadına göre özel hayat “bir bireyin başka bireylerle, mesleki veya iş nevi ilişkileri de dâhil olmak üzere, ilişki kurma ve geliştirme hakkını kapsar”.^[73] Bu sebepten “özel sektörde çalışmaya başlamayı geniş ölçüde yasaklamayı” getiren bir kısıtlamanın “özel hayatı” etkilediği kabul edilir;^[74] ayrıca belirli bir yaşam tarzıyla veya kişisel tercihlerle bağlantılı olarak görevden alınmanın da “özel hayatı” etkilediği tespit edilmiştir.^[75] Hatta belirli koşullar altında yerli pasaporta el konması da özel hayata müdahale olarak görülebilir.^[76] Türkiye bağlamında ise olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerine dayanarak yapılan görevden almalar birçok olumsuz sonuçları da beraberinde getirmektedir: ömür boyu kamu sektöründe (bildirildiğine göre avukatlık da buna dâhil)^[77] ve özel güvenlik şirketlerinde çalışmama yasağı, unvan ve rütbe kaybı, pasaportların iptali, lojmanları neredeyse derhal tahliye etme vs.^[78] Fethullah Gülen’le bağlantılı olduğundan kuşkulanan

[69] Bakınız Türkiye’de olağanüstü hal kapsamında alınan tedbirlerin insan hakları üzerindeki etkilerine ilişkin İnsan Hakları Komiserinin Müzekkeresi, CommDH(2016)35, sayfa 31

[70] Bakınız *Özcan vd./Türkiye* davasında AİHM’nin kabul edilebilirlik kararı Türkçe kaynak (dec.), 13 Haziran 2002, no. 56006/00, § 6.

[71] Bakınız *Kudeshkina/Rusya*, no. 29492/05, § 79, 26 Şubat 2009

[72] Bakınız *Oleksandr Volkov/Ukrayna*, 9 Nisan 2013, § 165-167

[73] Bakınız *C./Belçika*, 7 Ağustos 1996, § 25, Raporlar 1996-III

[74] Bakınız *Sidabras ve Džiautas/Litvanya*, no. 55480/00 ve 59330/00, § 47, AİHS 2004-VIII; *Bigaeva/Yunanistan*, no. 26713/05, §§22-25, 28 Mayıs 2009

[75] Bakınız *Özpinar/Türkiye*, no. 20999/04, §§43-48, 19 Ekim 2010; ayrıca bakınız *Fernández Martínez/İspanya* [GG], no. 56030/07, § 112, AİHS 2014 (özetleri)

[76] *Smirnova/Rusya*, no. 46133/99 ve 48183/99, §§ 96-97, AİHS 2003-IX

[77] Bakınız Türkiye’de olağanüstü hal esnasında alınan tedbirlerin insan hakları üzerindeki etkilerine ilişkin İnsan Hakları Komiseri Müzekkeresi”, CommDH(2016)35, sayfa 33

[78] Bakınız 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, Madde 4 (2); 668 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname, Madde 2 (2); 669 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname, Madde

kişilerin isimleri kamuoyuna açıklanmakta ve raporörlerin söylediğine göre bu durum da eski kamu çalışanlarının özel sektörde bile yeni iş bulma ihtimalini azaltmaktadır. Bu tedbirlerin birleşik etkisi, konuyu kabul edilebilir olarak AİHS'nin 8. maddesi kapsamına sokabilir.^[79]

115. Son olarak AİHS 6. ve 13. maddeleriyle güvence altına alınan usul hakları da tehlikeye sokabilir (adil yargılanma ve etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı). Venedik Komisyonu, bazı ülkelerde *arındırmayla-ilintili-kovuşturmalardan* etkisi göz önünde bulundurulduğunda AİHM'nin bu kovuşturmaları AİHS 6. maddesinin ceza bendi kapsamında yorumladığını hatırlatır.^[80] İnsan Hakları Komitesi, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi kapsamında bu gibi kovuşturmalardan, *diğerlerine ilaveten*, 14. madde çerçevesindeki adil yargılanma haklarını ve KSHUS madde 2 § 3 çerçevesindeki etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkını da içine alacak şekilde benzeri bir içtihat geliştirmiştir.^[81] Venedik Komisyonu, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinden etkilenen bireylerin mahkemeye ve diğer yasal yollara başvurma hakkını incelerken bu konuya aşağıda tekrar dönecektir.

116. Özetle, kamu görevlilerinin görevden alınma *sebepleri* ile bu görevden almaların görevlilerin hayatları üzerindeki çeşitli veçhelerde uygulamalı *etkilerinin* kombinasyonu, AİHS ve KSHUS'nin birçok güvencesini gündeme getirmektedir.

117. Her bir vakada hangi insan haklarının devrede olduğu vakaya göre değişkenlik gösterebilir. Venedik Komisyonu, görevden almaları hangi olguların tetiklediğini bilmemekle beraber bu görevden almaların özel hayatları mı yoksa Anayasa, AİHS, KSHUS vs. kapsamında korunan diğer hayati menfaatleri mi etkilediğini değerlendirememektedir. Ancak, bu vakaların ezici çoğunluğunda görevden almaların, ilgili kamu görevlilerinin insan haklarını etkilediği kesindir.

118. İnsan haklarının *etkilenmiş* olması, *ihlal edilmiş* oldukları anlamına gelmez. Ancak bir insan hakkı tehlikedeysse Hükümet, olağanüstü hal zamanlarında

2 (2); 670 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname, Madde 2(2) ve 4 (1); 672 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname, Madde 2 (2)

[79] Venedik Komisyonu, bu görevden almaların, kamu görevlilerinin AİHS kapsamında korunmayan ancak diğer uluslararası sözleşmeler veya Türkiye Cumhuriyeti Anayasası hükümleri kapsamında teminat altına alınan emeklilik hakları ve diğer sosyal hakları üzerindeki etkilerini incelememiştir.

[80] Bakınız *Matyjek/Polonya* (dec.), no. 38184/03, 30 Mayıs 2006, §§ 48-59. Ancak Venedik Komisyonu, *bu durumda* 7. maddenin uygulanması gerektiğini iddia etmeye hazır değildir.

[81] Bakınız yukarıdaki not 56; ayrıca bakınız AKPM Arındırma Kararı 1096(1996), para. 12.

derogasyonun, sınırlanabilen bir hakkı içermesini, gerekli ve orantılı olmasını ve “duruma ait zaruretlere sebep kati suretle gerekli görülmesini” temin etmelidir.

d. Gülen cemaatiyle işbirliğinin, kamu hizmetiyle bağdaşmaz hale geldiği an^[82]

119. Disipline dair yükümlülükler veya buna benzer başka bir tedbirler öngörülebilir olmalıdır; bir kamu görevlisinin cezalandırılabilmesi için öncelikle statüsüyle bağdaşmayan bir şey yaptığını anlaması gerekir. Dolayısıyla mantıklı ve bilgili bir kişinin – ki kamu görevlileri de mantıklı ve bilgili olmalıdır – zaman içinde Gülen cemaatiyle süregelen bağlantılarının açıkça kabul edilemez olduğunu idrak etmek zorunda olduğu bir ânı tespit etmek önemlidir.

120. Söz konusu durumun açıkça güç tarafı, Türk makamlarına göre Gülen cemaatinin uzun yıllardır iki yüzü olduğudur: aynı zamanda hem Devlet içinde nüfuz kazanmak için şaibeli yöntemler kullanan gizli bir organizasyon hem de yasalara uygun bir şekilde çalışan dernek ve projelerden oluşan bir ağ. Türk resmi makamlarının, Gülen cemaatinin “yasalara uygun olarak somutlaşmasının” sadece bir dış görünüşten ibaret olduğu ve Fethullah Gülen’le işbirliği yapmış veya Gülen bağlantılı bir projede yer almış herkesin, örgütün gerçek amaç ve yöntemlerini bildiğine dair geniş içerikli bir varsayımdan yola çıktığı görülmektedir.

121. Venedik Komisyonu, bu varsayımın çok ileri gittiğini düşünmektedir. Türk resmi makamları, Devletin resmi yapılarının uzun yıllardır Fethullah Gülen ile bağlantılı proje ve derneklerle işbirliği yaptığını inkâr etmemektedir. Ağın ölçeği ve kamusal, sosyal ve ekonomik hayatın tüm çevrelerinde varlık gösterdiği göz önünde bulundurulduğunda, aynı zamanda bu örgütün “gizli yüzünden” bihaber şekilde, ağıla irtibat kurmuş, faaliyetlerine destek vermiş veya hatta bu ağ adına bazı görevlerde bulunmuş binlerce insan olması gerekir.

122. Hukukun üstünlüğüne dayanan bir devlette ciddi suçlamaların belgelenip adil yargılanma ilkelerine ve müdafaa haklarına saygı duyularak bağımsız ve tarafsız bir hukuk mahkemesi huzurunda tartışılması gerekir. Dolayısıyla

[82] Venedik Komisyonu, görevden almaların başka “terör örgütleriyle” olan bağlantılara dayanabileceğinin farkındadır; ancak Komisyon, Gülen cemaatiyle bağlantılı olduğu iddia edilen kamu görevlilerinin görevden alınmasına odaklanacaktır çünkü görünüşte bu tedbirlerin asıl amacı budur. Ancak görevden almaların önemli bir kısmının PKK sempatisini olduğu iddia edilen kişilerle ilgili olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu görevden almalar, yukarıdaki Bölüm D (1)’de belirtildiği üzere olağanüstü halin zaruretiden sebep kati suretle gerekip gerekmediklerine dair daha fazla soru işareti yaratmaktadır.

normal şartlar altında Gülen cemaatinin faaliyetlerini incelemek ve örgütü, darbe girişiminin ve/veya başka suçların azmettiricisi olarak mahkûm etmek (veya etmemek) ve bir şahsın bu örgütle cezai ilişkisi olup olmadığını tespit etmek mahkemelerin işidir.

123. Türk makamlarına göre darbe girişiminden önce bile birçok ceza soruşturmaları başlatılmış ve Güleni olduğu varsayılan yüzlerce kişi mahkemeye verilmiştir. Bu şahıslara karşı açılan davaların içinde yasadışı dinleme, nüfuz ticareti, evrak sahteciliği vs. bulunmaktadır. Bu davaların bazıları ilk derece mahkemelerinde görülüp mahkûmiyetle sonuçlanmıştır.[83] Ancak görünen o ki şimdiye kadar bir mahkeme tarafından Gülen cemaatinin kapsamlı bir tahlilini sunan ve cemaati suç veya terör örgütü olarak ilan eden *kesinleşmiş* bir hüküm verilmemiştir. En azından Türk makamları bu noktada kesin bir bilgi verememektedir.[84]

124. Tüm bunların ışığında, Venedik Komisyonu kamu görevlilerinden, böyle bir nihai yargı kararı *dahi beklemeden* ve iddia edilen suç faaliyetleriyle ilgili tüm detayları bilmeksizin Gülen cemaatiyle ilişkilerini kesmelerinin beklenmiş olabileceğini kabul etmektedir.

125. Türk makamlarına göre Gülen cemaatinin “suç işleyen” yapı niteliği belirginleşmiş olması gereken nokta, 17- 25 Aralık 2013 tarihlerindeki telefon dinleme olayıdır. Makamlar özellikle Cumhurbaşkanı Aralık 2013-Mart 2014 tarihleri arası yaptığı açıklamalardan bahsetmektedir.[85]

126. Venedik Komisyonu, Milli Güvenlik Konseyinin birçok kararında (4 Ağustos 2016 tarihli Anayasa Mahkemesi kararında bahsedilen 30 Ekim 2014 tarihli kararından başlayarak) “paralel yapıların” milli güvenliğe tehdit

[83] Nitekim Türk makamlarının çevirisini temin ettiği Erzincan Ağır Ceza Mahkemesinin 16 Haziran 2016 tarihinde kabul edilen 2016/127 sayılı kararının Yargıtay’da temyize gittiği görülmektedir ancak Venedik Komisyonunun bu davayla ilgili diğer gelişmeler hakkında bilgisi bulunmamaktadır.

[84] Türk resmi, Fethullah Gülen’in kendisiyle ilgili olarak Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından verilen 10 Mart 2003 tarihli kararın bir nüshasını çıkartmıştır. Söz konusu tutanaklarda Fethullah Gülen, laik hükümeti devirmek amacıyla yasadışı örgüt kurmakla suçlanmaktadır. 2003 kararında incelenen cezai eylemler, 1999 senesinden önce gerçekleşmiştir. Kararın sonunda Devlet Güvenlik Mahkemesi 4616 sayılı Af Kanunundan alıntı yapmış ve suçlamaların esası konusunda fikir beyan etmeyerek cezai yargılamayı 5 seneliğine ertelemiştir. Bu davayla ilgili sonraki gelişmeler hakkında herhangi bir bilgi bulunmamaktadır.

[85] Özellikle 18 Aralık 2013 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Gülen cemaatini bir basın açıklamasında “suç örgütü” olarak nitelemiştir. Ayrıca 22 Mart 2014 tarihli konuşmasında Cumhurbaşkanı, halka çocuklarını Gülen okullarına göndermemeleri çağrısını yapmıştır.

oluşturduğunun belirtildiğini gözlemlemektedir. Türk makamlarına göre bu terimin Gülen cemaatine atıfta bulunduğu geniş ölçüde anlaşılmaktadır. Milli Güvenlik Konseyinin önceki kararlarının dili daha muğlaktır.

127. Gülen cemaatinin, bir bütün olarak (veya herhangi bir kesimi) “anamlı ilişkiler”^[86] kurmanın kamu görevlilerinden beklenen sadakat yükümlülüğüyle bağdaşmadığı bir örgüt haline ne zaman geldiğini, eğer geldiyse, objektif olgulara dayanarak tespit etmek önemlidir. Ayrıca bunun tüm kamu görevlilerine göre ne zaman *netlik kazandığını* tespit etmek de çok önemlidir. Bunların tespitinde Türk makamları, Gülen cemaatini “milli güvenliğe tehdit” olarak açıkça belirleyen yetkili organların resmi kararlarını dikkate alabilir. Bu hususta netlik olmaması, geriye dönük ceza olarak görülebilecek haksız görevden almaya yol açabilir. Venedik Komisyonu, Türk makamlarının en kısa zamanda yukarıda bahsedilen zamanlama konusundaki tutumunu netleştirmesini tavsiye etmektedir. Böylece Türk mahkemeleri, bu hususta Hükümetin objektif bir şekilde haklı çıkarılıp çıkarılmadığını da gözden geçirmelidir.

e. Bir görevden alınma ön koşulu olarak Gülen cemaati ile bağlantılı olarak

128. Sıradaki soru, bir kamu görevlisinin görevden alınması için Gülen cemaati veya onun kollarıyla sürdürdüğü bağlantılarının *yoğunluğudur*. Kanun Hükmünde Kararnamede “ilişki, bağlantı veya irtibat”, “üyelik, mensubiyet veya iltisaktan” bahsedilmektedir. Bu geniş kapsamlı tanımlar, Gülen cemaatiyle kurulan *her türlü bağlantının* görevden alınmaya yol açacağını ima etmektedir.

129. Türk makamları, bu “yoğunluk” değerlendirmesinin her bir olayda mevcut bulunan fiili unsurlara dayalı olduğunu açıklamaktadır. Dolayısıyla sadece “üyelik” anlamına gelecek bağlantılar ceza kovuşturmasına yol açabilmektedir. Resmi makamlar, Ceza Kanununun bir suç örgütüne üyeliği ele alan 314. maddesine atıfta bulunmaktadır. Türk resmi makamlarına göre bir suç örgütüne üye olmakla “ilişkisi”, “bağlantısı”, “irtibatı” vs. olması arasındaki fark, o şahsın taşıdığı bir takım kriterlere dayalı olup olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesini uygulayan idare organlarıncaya belirlenmektedir. Resmi makamlar, birini örgüt üyesi olarak veya sadece örgütle “bağlantılı”, “ilişkili” veya irtibatlı olarak nitelendirmek için ölçütlerin nasıl kullanıldığını ilgili birtakım açıklamalarda bulunmuştur. Ancak bu ölçütler resmi olarak yayımlanmamış ve kullanımları da herhangi bir düzenlemede veya yargı kararında açıklanmamıştır.

[86] Bu kavram, hemen aşağıdaki fıkrada açıklanacaktır.

130. Venedik Komisyonu, görevden uzaklaştırmaları (veya hatta görevden almaları) meşru kılmak için gereken bağlantının, bir kişiyi bir suç örgütü “üyesi” olarak tanımlamak için gereken bağlantıdan daha az yoğun olabileceğini kabul etmektedir. “Üyelik”, suç örgütüyle “organik bir ilişkiyi” gerektirir.^[87] Bir kamu görevlisinin görevden alınması için (geçici veya kalıcı olarak) suç örgütüyle daha zayıf bir bağlantıyı gerektirebilir.^[88]

131. Yine de bu bağlantının *anlamlı* olması gerekir– başka bir ifadeyle kamu görevlisinin sadakatiyle ilgili objektif kuşku uyandırmalı ve masum, tesadüfi vs. bağlantıları hariç tutmalıdır. Venedik Komisyonu, kanun hükmünde kararnamelerdeki ifadenin bu doğrultuda düzeltilmesini tavsiye etmektedir: görevden almaya, ancak *kamu görevlisinin demokratik yasal düzene sadakatinde objektif olarak ciddi şüphe uyandıracak bir şekilde hareket ettiğini açıkça gösteren fiili unsurların birleşimine* dayanarak hükmedilebilir.

f. Gerekçelendirilmiş ve kişiye özgü görevden alma kararlarının bulunmayışı

132. Venedik Komisyonu, kamu görevlilerinin görevden alınmalarının, ya ilgili idare organının^[89] kararıyla ya da olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ilişkisindeki “listeler” sistemiyle uygulandığını hatırlatır.

133. 2011 Raporunda Venedik Komisyonu, keyfilik yasağının, hukukun üstünlüğü kavramının en önemli unsurlarından biri olarak bahsetmiştir. “Modern, karmaşık toplumlarda bir takım hükümet görevlerinin yerine getirilmesinde takdir yetkisinin şart olmasına rağmen bu yetkinin keyfi bir şekilde kullanılmaması gerektiği” belirtilmiştir. Yetkinin bu şekilde kullanılması, hukukun üstünlüğü kavramıyla çelişen, esas itibariyle haksız, mantıksız, yersiz veya baskıcı kararların verilmesine cevaz verir”.^[90] Keyfiliğin yasaklanması aynı

[87] Bu noktada, Türk Ceza Kanununun 216, 299, 301 ve 314 sayılı Maddeleri §§ 98 vs. hakkındaki CDL-AD(2016)002 sayılı Görüş Tavsiyesinde Türk mahkemeleri içtihadının detaylı bir analizine bakınız.

[88] Bakanız Arnavutluk Yargı Sistemi üzerine Anayasal Değişiklik Tasarısı hakkında CDL-AD(2015)045 sayılı Geçici Görüş, § 122, Venedik Komisyonu, bir hâkimin bu gibi bağlantılardan sebep görevden alınabileceği fikrine karşı hiçbir itirazda bulunmaksızın, bilinen suçlularla “düzenli ve uygunsuz” irtibatla bulunduğu için hâkim ve savcılarının soruşturulma gerekçelerini incelemiştir.

[89] Hâkimler için– HSYK ve üst mahkemelerin genel kurulları tarafından

[90] CDL-AD(2011)003rev, hukukun üstünlüğüne ilişkin rapor, § 52.

zamanda uluslararası insan hakları hukuku çerçevesinde mahremiyetin korunmasının ve adil yargılanmanın temel ilkesidir.^[91]

134. Türk makamları ise her görevden alımın, somut delillere dayalı olduğu ve her bir dosyanın kişiye özgü değerlendirildiği konusunda ısrar etmiştir; onların ifadeleriyle “görevden alma kararları, her bir kamu görevlisi için ayrı olarak yürütülen geniş kapsamlı araştırma ve değerlendirmeler neticesinde alınmıştır”. Ancak bu gibi kişiye özgü kararların yokluğunda bu, kanıtlanması güç bir iddiadır. Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri, delillere ilişkin bir standart belirlemekte ve nihai değerlendirmenin, gerekçeli ve delilere dayalı olması şartını koşmamaktadır. İnsan Hakları Komiserinin müzekkeresinde de vurgulandığı üzere “bu gibi durumlarda farklı idarelerin bir terör örgütüne mensubiyet veya irtibatla ilgili aynı muğlak ölçütleri farklı şekillerde yorumlayarak benzer durumlarda farklı sonuçlara varmış olmaları veya iyi niyetle yapılan yasal işlemleri suç tesisi olarak addetmeleri makul gelebilir. Bu, bazı görevden almaların arkasındaki sebeplerle ilgili her türlü spekülasyonu doğal olarak teşvik eden bir durumdur”.^[92] Venedik Komisyonu ayrıca “gerekçe gösterme yükümlülüğünün idari kararlar için de geçerli olması gerektiğine” dair önceki tutumunu hatırlar.^[93] Görünen o ki bu yükümlülüğe *bu durumda* uyulmamıştır.

135. Buna iki örnek verilebilir. 4 Ağustos 2016 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi aldığı hükümlerle Fethullah Gülen’le bağlantılı olduğu iddia edilen iki üyesinin meslekten ihracına karar vermiştir. Bu hüküm, “terör örgütlerine veya yapı/oluşumlara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen” Anayasa Mahkemesi hâkimlerini (667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3 (1) maddesiyle Anayasa Mahkemesi Genel Kuruluna verilen) görevden alma yetkisine dayanmaktadır. Bu hükmün gerekçesi, 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Türkiye’de nasıl yorumlandığını göstermektedir. Anayasa Mahkemesi özellikle şu şekilde ifade etmiştir (bakınız §§ 84 vs.):

“Tedbirin uygulanması için mutlaka terör örgütüyle [...] Anayasa Mahkemesi üyeleri arasında bağ kurulması aranmamış; [...] yapı, ‘örgüt’ veya ‘gruplarla’ bağ kurulmuş olması yeterli görülmiştir. Meslekten çıkarma tedbirinin uygulanabilmesi için söz konusu bağın, yapıya, örgüte veya gruba ‘üyelik’ veya ‘mensubiyet’ şeklinde olması zorunlu olmayıp ‘iltisak’ ya da ‘irtibat’ şeklinde olması da yeterlidir. Son olarak [667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname]

[91] KSHUS, Madde 14 ve 17.

[92] Yukarıda alıntı yapılmıştır, s. 31

[93] Bakınız Hukukun Üstünlüğü Kontrol Listesi, yukarıda alıntısı yapılmıştır, § 68

Maddesinde yapı, örgüt veya gruplar ile üyeler arasındaki bağın sübut derecesinde ortaya konulması aranmamıştır. Böyle bir bağın Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunca 'değerlendirilmesi' yeterli görülmüştür. Buradaki değerlendirme Genel Kurulun salt çoğunluğundan oluşacak bir 'kanaati' ifade etmektedir. Kuşkusuz bu kanaat, cezai sorumluluğun bulunup bulunmadığından bağımsız olarak sadece söz konusu şahsın meslekte kalmasının uygun olup olmadığı yönünde bir değerlendirmeden ibarettir. Kanun Hükmünde Kararnamenin 3. Maddesinde bu kanaate varılabilmesi için belli türde bir delile dayanma zorunluluğu öngörülmemiştir. Bu kanaatin hangi hususlara dayanılarak oluşacağı Genel Kurulun salt çoğunluğunun takdirine bırakılmıştır. Burada önemli olan belli bir kanaate varılırken keyfilikten uzak durulmasıdır. Şüphesiz yukarıda belirtilen bağın bulunup bulunmadığına ilişkin değerlendirme yapılırken, yetkili kurulları belli bir kanaate ulaştıracak nedenler her somut olayın özelliğine göre değişebilecektir”.

136. Bu uzun alıntı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi için, birinci dereceden yasayla hükmedilen olağanüstü tedbirlere dayanarak bir hâkimi görevden alma kararının verilmesi için, yargıda belirli bir delilin açıklanıp tahlil edilmesine hacet olmadığını göstermek açısından gereklidir. Aslında yukarıda alıntısı yapılan hüküm, söz konusu iki hâkim aleyhine *hiçbir* delilden bahsetmemektedir. Görevden alınmaları kararını vermesi için Anayasa Mahkemesinin çoğunluğunun, Anayasa Mahkemesi üyesiyle Gülen cemaati arasında bir bağ olduğuna *sübjektif olarak ikna olması* yeterli olmuştur. Görünüşe göre binlerce kamu görevlisinin adının kanun hükmünde kararnamelere iliştirilmiş “görevden alma listelerine” eklenmesi ve idari organlarca görevden alınmaları için de aynı yaklaşım kullanılmıştır.

137. Başka bir örnek olarak 2016/428 sayılı 31 Ağustos 2016 tarihli HSYK kararı gösterilebilir.^[94] Bu kararla HSYK, binlerce hâkim ve savcının görevden alınmasını emretmiş ve isimlerini kararname eklerinde listelemiştir. Bu karar, 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3 (1) Maddesiyle HSYK'ya verilen olağanüstü yetkilere dayanarak alınmıştır.

138. Bu karar neredeyse 60 sayfayı bulmaktadır (isim listeleri hariç). “FETÖ/PDY”nin yasadışı ve hatta suç teşkil eden faaliyetlerinin sayısız örneklerini içermekte ve Fethullah Gülen'in öğretilerinin ve yeni üye almak, Devlet kurumlarına sızmak ve para toplamak için ağ tarafından kullanılan yöntemlerin altını çizmektedir. Bu gizli örgütün yapısını ve üyeleri arasındaki haberleşme yöntemlerini açıklamaktadır. Bu kararda, “FETÖ/PDY” ile bağı olduğu iddia edilen

[94] <http://www.HSYK.gov.tr/Eklentiler/files/Reasoned-Decision-of-Dismissal.pdf>

hâkim ve savcılarının sahte delil hazırladığı ve yetkilerini muhaliflerini haksız yere suçlamak amacıyla kötüye kullandığı birçok vakadan bahsedilmektedir.

139. Özetle bu karar, Gülen cemaatinin suç işleyen yapı niteliğini ortaya çıkaran kapsamlı bir rapor olarak değerlendirilmektedir. Ancak bu kararda, ekli listede isimleri geçen binlerce hâkim ve savcı aleyhindeki iddiaları destekleyecek belirli bir delilden bahsedilmemektedir. Böyle bir delil mevcut olabilir ancak HSYK kararında bahsedilmemiştir ve dolayısıyla da görevden alınan hâkim ve savcılarla Gülen cemaati arasındaki bağın varlığı da objektif olarak tespit edilememektedir.

140. Özetle Venedik Komisyonu, kamu görevlilerinin görevden alınmasıyla sonuçlanan karar verme sürecinin, görevden alımların kişiye özgü gerekçelere dayanmaması bakımından kusurlu olduğu ve bu suretle bu kararlarla ilgili olarak anlamlı bir geriye dönük (ex post) yargı denetimi yapılmasının neredeyse imkânsız kılındığı sonucuna varmaktadır (bu noktada bakınız aşağıda Bölüm G).

g. Görevden almalar öncesinde idari yargı sürecinin işletilmemesi

141. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri yukarıda alıntı yapılan müzekkeresinde olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin, kamu görevlilerinin görevden alınmaları hükmünün verilmesinden önce hiçbir çekişmeli yargılamaya gerek görmediğini belirtmiş; “en azından kişilerin kendilerine karşı yöneltilen delillere ulaşma ve karar alınmadan önce kendi iddialarını sunabilme hakları olmalıydı” şeklinde vurgulamıştır.^[95]

142. Kişiyeye özgü gerekçeli kararların olmayışı yukarıda tartışılmıştı. Görevden almalar öncesinde uygulanan *usullere* ilişkin olarak, Venedik Komisyonu, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserinin görüşünü bütünüyle paylaşmaktadır: bu usuller, idari yargı sürecinin bazı asgari gereklerine uygun düşmelidir.

143. Venedik Komisyonu, ilgili kamu görevlilerinin en azından kendilerine karşı ileri sürülen delilleri öğrenmeleri ve görevden alım kararından önce o deliller hakkında yorum yapmalarına izin verilmesi gerektiğini düşünmektedir.

h. İltintili tedbirler (gayrimenkulden tahliyeler, pasaportlara el konması, iletişim araçlarına erişim)

144. 667 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 5 (1) maddesinde kamu hizmetinden çıkarılanların pasaportlarının iptal edileceği belirtilmektedir. Bu

[95] Sayfa 30-32

kanun hükmünde kararnameyle ilgili Bilgi Notuna göre bu tedbir, “soruşturmanın güvenliği ve kanundan kaçmayı önlemek” için alınmıştır. Ancak pasaporta el konması, 673 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 10. Maddesi gereği “genel güvenlik açısından zararlı kabul edildiğinden” görevden alınanların eşlerini ilgilendirebilir.^[96] Ayrıca görevden alınan kamu görevlileri “oturdukları kamu konutlarından veya vakıf lojmanlarından on beş gün içinde tahliye edilir”.^[97] 670 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3 (1) Maddesine göre “yetkili kurul, komisyon ve diğer mercilerce ihtiyaç duyulan telekomünikasyon yoluyla dinleme de dâhil olmak üzere her türlü bilgi ve belge, *kamu ve özel tüm kurum ve kuruluşlarca* [italik biçimlendirme sonradan eklenmiştir] vakit geçirilmeksizin verilir” ve bu tedbir, sadece görevden alınmalarıyla ilgili olarak soruşturma kapsamında olanları değil onların eş ve çocuklarını da ilgilendirmektedir.

145. Tüm bu tedbirler, kamu görevlilerinin aile fertlerini de yani Gülen cemaatiyle hiçbir alakası olmayan insanları da ciddi şekilde etkilemektedir. Bu gibi kamu görevlilerinin yakın çevresinde bulunan kişilerin mahremiyetine, evine ve hareket özgürlüğüne müdahale etmek için bilhassa güçlü gerekçelerin bulunması gereklidir.^[98]

146. Venedik Komisyon ayrıca olağanüstü rejimin esas amacının demokratik kurumları normal işleyişine geri döndürmek, kalkışmayı bertaraf etmek ve yeni bir darbe girişimini engellemek olduğunu hatırlatır. Venedik Komisyonu, kamu görevlisi ve ailesinin kamu konutlarından tahliye edilmesi gibi tedbirlerin bu amaca ne derece hizmet ettiğinden emin değildir. Komisyonun görüşüne göre, cezalandırıcı nitelikte olduğu ve bir tür yardım ve yataklık suçunu ima ettiği sürece, bu tedbirler “durumun zaruretleriyle kati suretle gerekli” olarak kabul edilemez.

i. Yargıçların görevden alınması

Türk resmi makamlarına göre yargı organı, orduyla birlikte, içine en çok “sızılan” Devlet kurumlarından biri olmuştur.^[99] 667 Sayılı Kanun Hükmünde

[96] Bu tedbirlerin sonraki kanun hükmünde kararnamelerde sürdürülüp sürdürülmediği veya iptal edilip edilmediği belli değildir.

[97] Bakınız 667 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname, Madde 3 (1); 668 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname, Madde 2 (2); 669 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname Madde 2 (2) ve sonraki kanun hükmünde kararnamelerdeki benzeri hükümler.

[98] Bakınız AİHS Madde 8, KSHUS Madde 17, Kişisel ve Siyasal Haklar Merkezi, Genel Görüş No. 16: Madde 17 (Mahremiyet Hakkı) (1988).

[99] Bakınız örneğin HSYK eski üyesi bir hâkimin yeminli ifadesinin haber raporu: <http://www.hurriyetdailynews.com/>

Kararnamenin 3. maddesi, üst yargı mercilerine (Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Yüksek İdari Mahkeme, Sayıştay) Fethullah Gülen ile irtibatı bulunan üyelerini görevden alma yetkisi vermiştir. Alt mahkeme hâkimleri de HSYK kararıyla görevden alınacaktır. Bu kanun hükmünde kararname gereğince iki Anayasa Mahkemesi hâkimi görevinden alınmış ve yargı merciinin çeşitli kademelerinde çalışan binlerce hâkim de işlerini kaybetmiştir. Toplamda (*in toto*) 3,673 hâkim, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelere dayanarak görev yerlerinden alınmıştır;^[100] bu rakama üst mahkemeden 173 hâkim ve 5 HSYK üyesi de dâhildir. 198 hâkimi ise HSYK tarafından sonradan eski görevine iade edilmiştir.

148. Hâkimler doğrudan kanun hükmünde kararnamelerle değil de ilgili yüksek mahkemelerin ve HSYK'nın kararıyla görevden alınmış olmalarına rağmen kamu görevlilerinin doğrudan kanun hükmünde kararnamelerle emredilerek toplu görevden alımlarıyla ilgili olarak yukarıda söylenen her şey, hâkimler için de geçerlidir. Ancak durumun şöyle bir veçhesi de göze çarpmaktadır: hâkimler, özel kamu görevlileri kategorisine girer ve bağımsızlıkları anayasal ve uluslararası düzeyde güvence altına alınır (bakınız KSHUS, Madde 14 § 1 ve AİHS, Madde 6 § 1). Bu sebepten yargı sistemi içinde veyahut da örneğin HSYK gibi yargı sisteminin idari organları içindeki her türlü görevden alma, ciddi bir olağanüstü halde bile bilhassa titiz bir incelemeye tabi olmalıdır. Bu gibi görevden almalar sadece söz konusu hâkimlerin şahsının insan haklarını etkilemez aynı zamanda bütün olarak yargı sistemini de zayıflatır. Sonuç olarak bu gibi görevden almalar, yargı sistemi içinde bir “soğutma etkisi” (*chilling effect*) yaratarak diğer hâkimleri de bu gibi tedbirlere kendilerinin de maruz kalma korkusundan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameler kapsamında alınan tedbirler hakkında aksi yönde karar alma konusunda isteksiz kılabilir. Bu tedbirlerin, yargının bağımsızlığı ve Devlet içinde güçler ayrılığının etkinliği üzerinde olumsuz etkileri olabilir. Bu nedenle de hâkimler açısından alınan tedbirlerin bu “kurumsal boyutuna” özel olarak dikkat edilmesi gerekir.

149. Venedik Komisyonu, 667 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin, alt mahkeme hâkimleri söz konusu olduğunda görevden alma yetkisini HSYK'ya veya üst mahkeme üyeleri söz konusuysa üst mahkemeye verdiğini yinelemektedir. Bu zincir, disiplin ihlalleri sebebiyle hâkimlerin görevden alınmasına ilişkin olağan kurullarla büyük ihtimalle tam olarak örtüşmemektedir; ancak bazı durumlarda yargının ve idari organlarının bağımsızlığına saygı göstererek

govt-gulenists-bargained-over-top-judiciary-posts-former-justice-says.aspx?pageID=238&nID=106231&NewsCatID=509

[100] İstatistikler, Türkiye Cumhuriyeti Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'ndan 15 Kasım 2016 tarihinde alınmıştır.

bu yetkilerin üst mahkemelere ve HSYK'ya verilmesi kabul edilebilir bir çözüm olarak görülebilir.

150. Tüm bunların ışığında diğer kamu görevlilerinin görevden alınması usulü açısından yapılan tüm diğer açıklamalar, hâkimlerin görevden alınması ile ilgili olarak da geçerlidir. Venedik Komisyonu, bir hâkimin görevden alınmasını emreden her bir kararın, bireye özgü alınması ve gerekçelendirilmesi gerektiğini, gerçekliği kanıtlanabilir delillere dayalı olması gerektiğini ve HSYK nezdindeki prosedürde en azından asgari kanuni usullere uyulması gerektiğini vurgulamaktadır. Venedik Komisyonu ayrıca, yerleşik görüşü gereği, görevden alınmış hâkimlerin normal şartlarda disiplin tedbirlerine karşı itiraz hakkı olması gerektiğini hatırlatır (genel olarak kamu görevlilerine tanınan yargı yolları hakkında bakınız aşağıdaki F ve G Bölümleri).^[101]

2. Cezai takibata ilişkin tedbirler

a. Tedbirlerin Tanımlanması

151. 667 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname, bir takım ciddi suçlarla ilgili davaların incelenmesinde soruşturma organları, kovuşturma ve mahkemelerin görevlerini kolaylaştırmayı amaçlayan bazı kurallar getirmiştir. 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameyle getirilen başlıca değişiklikler aşağıdaki şekildedir:^[102]

- Tutuklu kişinin hâkim önüne çıkarılması için gereken son süre 30 güne uzatılmaktadır;^[103]
- Polis, askeri personelle ilgili tanık ifadesi alabilir ve davalarıyla ilgilenebilir;
- Tutuklularla avukatları arasındaki sözlü görüşmeler, güvenlik amacıyla kaydedilebilir ve aralarında alıp verdikleri evraklara el konabilir; bu görüşmelerin zamanlaması düzenlenebilir ve Baro tarafından savcılığın talebi üzerine avukat değiştirilebilir;

[101] Bakınız CDL-AD(2007)028, Venedik Komisyonu Adli Atamalar Raporu, § 25; Ayrıca bakınız CDL-AD(2014)008, Bosna Hersek Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu hakkında Taslak Kanun üzerine Görüş, § 110

[102] Bu tam liste değildir; önemi daha az olan diğer değişiklikler, Venedik Komisyonu tarafından incelenmemiştir.

[103] Hükümet Müzekkeresi sayfa 70'e göre, 28 Ekim 2016 itibarıyla, FETÖ/PDY soruşturmaları kapsamında tutuklanan 45,225 kişinin %61,1'i (27,514 kişi) 1-5 gün boyunca, %24,1'i (11,042 kişi) 6-10 gün boyunca, %9,4'ü (4,139 kişi) 11 -15 gün boyunca, %3,7'si (1,760 kişi) 16-20 gün boyunca, %1,2'si (478 kişi) 21-25 gün boyunca ve %0,5' de (292 kişi) 26-30 gün boyunca hâkim karşısına çıkarılmadan gözaltında tutulmuştur.

- Savcılık, belirlenen suçlar ile ilgili soruşturma bulunması halinde müdafiyi yasaklayabilir;
- Bir sanık, bir duruşmada en fazla üç avukat tarafından temsil edebilir;
- Duruşmanın başlamasından önce iddianame veya iddianamenin yerine geçen belge “okunur ya da özetlenerek anlatılır”;
- Tutukluğunun incelenmesi veya tahliye talepleri dosyada yazılı bulunana dayanarak yürütülebilir (yani ilgili şahsın dinlenmesine gerek olmadan);
- Tutuklu sadece en yakın akrabaları tarafından ziyaret edilebilir ve telefonla her on beş günde bir en fazla on dakika konuşabilir.

152. Müteakip kanun hükmünde kararname de ceza muhakeme usulü kurallarını daha da değiştirmiştir. Bu suretle 668 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 3 (1) maddesiyle aşağıdaki başlıca tedbirleri getirmiştir:

- Yakalama emrine karşı tahliye talebi veya itiraz, öncelikle kararı alan sulh hâkimi tarafından incelenir ve en geç on gün içinde itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderilir;
- Tahliye talepleri otuz gün içinde, dosya üzerinden ve sözlü duruşmaya gerek görülmezsizin karara bağlanır;
- Gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda özel mülklerde ve işyerlerinde (avukatlık büroları da dâhildir) savcı emriyle arama yapılmasına izin verilebilir; söz konusu el koyma işlemleri beş gün içinde hâkimin incelemesine sunulur; bu usul, bilgisayar, veri tabanı, yazılım vs. incelenmesi için de geçerlidir.
- Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı, geriye dönük (ex post) yargı denetimine tabi olan gizli soruşturma tedbirlerinin (örneğin telefon dinleme) alınması kararını verebilir;
- Savcılık, sanıkla “ayrıcılık tanıklar” (örneğin eşler ve avukatlar) arasındaki haberleşmeye el koyabilir veya inceleme altına alabilir;
- Eğer soruşturmanın amacını tehlikeye düşürecekse savunma avukatının dosya içeriklerini inceleme veya örnek alma yetkisi, savcının kararıyla kısıtlanabilir.
- Tutuklunun avukatla görüşme hakkı, savcının kararıyla beş gün kısıtlanabilir ancak bu zaman zarfında resmi ifade alınmaz.

153. Ön açıklama olarak Venedik Komisyonu, 667 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 6 (1) maddesi ve 668 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3(1) Sayılı maddesi çerçevesinde bu tedbirlerin “olağanüstü hal süresince” ve “26 Eylül 2004 tarihli 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabı, Dördüncü Kısmı, Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümleri kapsamında adı geçen suçlar, 12 Nisan 1991 tarihli 3717 sayılı Terörle Mücadele Yasası kapsamına giren suçlar ve toplu suçlarla ilgili olarak” getirildiğine işaret etmektedir.

154. Ne yazık ki ilk iki kanun hükmünde kararnamenin geçici hükümlerinden bazıları, 29 Ekim 2016 tarihli 676 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede kalıcı hale getirilmiştir – veyahut da en azından 676 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamedeki anlatımdan bu çıkarılmaktadır. Nitekim 1. maddesinde “uç avukat ilkesi”, bundan böyle tüm organize suç vakaları için Ceza Usul Kanununun bir parçası haline gelmiştir. Söz konusu Kanun Hükmünde Kararnamenin 2’inci maddesinde ayrıca, müdafilik görevinden yasaklanması için avukatın bir suçlama altında olması yeterli görülmüştür. Sadece 24 saatlik bir süre için olsa da müdafiyale görüşme hakkı olmadan gözaltında kalma olasılığı da kalıcı hale getirilmiştir (Madde 3). Son olarak tutukluyla avukatı arasındaki gizli görüşmelere kısıtlama koyan kurallar da kalıcı hale getirilerek 5275 sayılı Kanuna eklenmiştir.

155. Tüm bunlar göstermektedir ki, bu gibi tedbirleri getiren olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesinin Meclis tarafından onaylanmasıyla sonradan hukuken (*de jure*) kalıcı hale getirilebilecek bazı olağanüstü tedbirlerin fiili (*de facto*) olarak “kalıcılaşma” riski bulunmaktadır. Bu da, Venedik Komisyonunun gözünde demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğünün tehdit altında olması demektir. Yukarıda da vurgulandığı üzere mevzuatta yapılan kalıcı değişiklikler, olağanüstü hal rejimi çerçevesinde yürürlüğe sokulmamalıdır: bu değişikliklerin kalıcı olma gerekliliği, olağan meclis usulleri çerçevesinde zaman baskısı altında olmadan ve olağanüstü hale sebebiyet veren dramatik olayların yol açtığı duygusal tepkilerden arî olarak tartışılmalıdır.

b. Devletin, olağanüstü hal dönemlerindeki usul gereği insan hakları yükümlülüklerine ilişkin derogasyon sınırlamaları

156. Ceza muhakeme usulü kurallarına yapılan değişiklikler, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve uluslararası insan hakları hukuku tarafından güvence altına alınan bir dizi “usul haklarını”, özellikle de özgürlük hakkını (tutuklamalar ve tutukluluk usulleriyle ve gecikmeden mahkeme huzuruna çıkarılma hakkıyla ilgili olarak) ve adil yargılanma hakkını (müdafiyale görüşme, avukat-müvekkil ilişkisinin gizliliği ve savcılık yetkililerinin arama ve el koyma yetkilerinin

genişletilmesi) etkilemektedir. Arama ve el koyma yetkileri ile gizli takip ve tutukluların yakınlarıyla ilişkilerini kısıtlanması ile ilgili yapılan değişiklikler de ayrıca mahremiyet, aile yaşantısı, haberleşme gizliliğine ve özel hayata saygı haklarını etkilemektedir. İlk soru, Devletin olağanüstü halde bu haklardan ne kadar uzaklaşabileceğidir.

157. AİHS madde 15 § 2’de yazılanlara göre, usule dair haklar, sınırlanamaz hakların bir parçası değildir. Ancak madde 15 § 1, derogasyon tedbirlerinin “kati suretle gerekli” olmasını şart koşmakta olup bu ifade normal şartlarda, yetkinin kötüye kullanılmasına ve keyfi davranışlara karşı temel korunma tedbirlerinin, derogasyon sonrasında dahi yürürlükte olması gerektiği anlamına gelmektedir.

158. Madde 15 § 2 kapsamında bir Sözleşme Tarafının alabileceği tedbirlerin, “uluslararası hukuk çerçevesindeki diğer yükümlülükleriyle çelişkili olmaması gerektiği” de dikkate alınmalıdır. Türkiye, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesini onaylamış olup söz konusu Sözleşmenin 4. Maddesinde sınırlanamaz hükümlerin bir listesi bulunmaktadır. İnsan Hakları Komitesi yukarıda bahsedilen 29 sayılı Genel Görüşünde, KSHUS’ nin 4. Maddesinde özel olarak listelenen haklara ek olarak Sözleşme kapsamında sınırlanamaz başka belirli yükümlülükler de bulunduğunu belirtmiştir.^[104]

“Taraf Devletler hiçbir durumda insani hukuku veya uluslararası hukukun hakim kurallarını ihlal ederek, örneğin rehin almak, toplu ceza vermek, özgürlüğü keyfi olarak kısıtlamak suretiyle veyahut da suçsuzluk karinesi de dâhil olmak üzere adil yargılanmanın temel ilkelerinden sapmak suretiyle, hareket etmelerinin gerekçesi olarak Sözleşmenin 4. Maddesine başvuramazlar”.

159. İnsan Hakları ve Olağanüstü Hal (1997) sorunu raporunda BM Özel Raportörü şu tavsiyede bulunmuştur (orantılılık ilkesiyle ilgili olarak, italik biçimlendirmeler sonradan eklenmiştir): “Bir olağanüstü hal, bazı sınırlanabilir (derogable) insan haklarının kullanılmasını etkilediği zaman *idari veya adli tedbirler*, bu gibi hakların kullanılması açısından içerebilecekleri olumsuz sonuçların olabildiğince hafifletilmesi veya onarılması amacıyla kabul edilmelidir.”^[105]

160. Diğer yargı yetkilerinden verilen örnekler de usule dair bazı hakların, *zımni olarak* sınırlanamaz hak olarak görülebileceğini doğrulamaktadır. Bu sebepten Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, sınırlanamaz nitelikteki “bu gibi hakların korunması için esas teşkil eden adli güvencelerin” askıya alınmasını

[104] Para 11; ayrıca bakınız yukarıdaki § 34.

[105] BM Özel Raportörünün İnsan Hakları ve Olağanüstü Hal sorunu hakkındaki raporu (1997), para 91 (3).

net bir şekilde yasaklamaktadır (Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi madde 27 § 2). Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, “Olağanüstü Hallerde İhzar Müzekkeresi (*habeas corpus*)”^[106] hakkındaki tavsiye görüşünde devletlerin, tutukluluğun yasalara uygunluğunu araştırmak için yargı yoluna başvurma haklarını (Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 7 § 6) ve yargısal korunma haklarını (Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 25 § 1) askıya almamasını tavsiye etmiştir.

161. Dolayısıyla Türkiye’nin, yetkili mercilerce yorumlandığı üzere, AİHS madde 15 § 2 çerçevesinde KSHUS madde 4 § 2’ye uygun hareket etme yükümlülüğü olduğu ve adalete başvuru hakkının da (en azından esasen adil yargılanma açısından ve diğer sınırlanamaz haklarla ilgili olarak) *zımnen sınırlanamaz* olduğu ileri sürülebilir. Bir olağanüstü halde usul haklarının korunmasıyla ilgili olarak yukarıda anlatılanların ışığında Türkiye, AİHS ve KSHUS kapsamında “adil yargılanma temel ilkelerinden” veya keyfi tutuklama yasağından sapamaz ve insan hakları ihlallerine karşı yasal yollara başvurma haklarını inkâr edemez.^[107]

162. Venedik Komisyonu, “sınırlanamazlık” halinin sadece bu usul haklarının özüyle ilintili olabileceğini kabul etmektedir; muhtemelen usule dair bazı ilintili güvenceler de bir kenara konulabilir veya kapsam bakımından önemli derecede daraltılabilir ancak bunun için olağanüstü halin kati suretle bunu gerektirmesi şarttır. Aksi halde olağanüstü hal ilan etmenin işe yarar bir mantığı olmayacaktır.

163. Venedik Komisyonu, ceza usul hukuku alanındaki olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleleriyle teklif edilen tüm tedbirleri değerlendirecek bir konumda değildir. Dolayısıyla sadece iki önemli değişiklik üzerinde yoğunlaşacak olup bunlar, dava öncesi gözaltı ve tutukluluk ile avukatla görüşme hakkıyla ilgilidir.

b. Tutuklamaya ve gözaltında alıkonmaya ilişkin tedbirler

164. AİHS 5. maddesi ve KSHUS 9. maddesi, bireyleri Devletin kendilerini keyfi olarak hürriyetinden yoksun kılmasına karşı korumaktadır. Şimdiye kadar

[106] Amerikan Uluslararası Hukuk Derneğinde yayımlanan 30 Ocak 1987 tarihli OC-8/87 sayılı Tavsiye Görüşü, Uluslararası Yasal Materyaller Sayı 27, No. 2 (Mart 1988), sayfa. 512-523.

[107] Venedik Komisyonu, suçsuzluk karinesi hakkının, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 15. Maddesine göre olağanüstü hal zamanlarında askıya alınamayacağını gözlemlemektedir; söz konusu madde, adil yargılanma suçsuzluk karinesinin ön koşulu olduğundan adil yargılanma güvencelerinin de, milli Anayasa kapsamında *fiili (de facto)* olarak sınırlanamaz olduğunu ima etmektedir.

kalkışmaya iştirakle bağlantılı olarak Türkiye’de on binlerce şüpheli gözaltına alınmıştır.^[108]

165. AİHS 5. maddesinin iki unsuru, bu toplu tutuklamalarla bağlantılı olarak bilhassa önemlidir. Birincisi, gözaltı kararının, şüpheliye karşı “makul şüphe” esasına dayanarak alınmış olması şartıdır. Bir şüpheliyi tutuklamak için gereken delil standardı, cezai hüküm için gerekenle aynı olmamasına rağmen resmi makamların, en azından tutuklanan kişiden iddia edilen suçta işlemiş olabileceğine dair makul düzeyde şüphe edildiğini [gösterebilen] bazı bilgi veya bulguları temin etmesi gerekir.”^[109]

166. Önemli diğer bir güvence ise, tutuklanan kişinin “hâkim huzuruna derhal çıkarılması” (AİHS madde 5 § 3) ve tahliyesini talep etme hakkının olması (AİHS madde 5 § 4) şartıdır. Hem 4. hem de 5. maddedeki § 3, esasında aynı temel güvenceden bahsetmektedir – tutukluluğun adli incelemesinin hızlı yapılması.

167. 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 6 (1) maddesine dayanarak bir olağanüstü hal esnasında şüpheli biri, hâkim huzuruna çıkarılmadan önce en fazla otuz gün gözaltında tutulabilir (ayrıca bakınız 668 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname madde 3 (1)).

168. AİHM, madde 5 § 3 ile tutuklu bir kişiye verilen güvencenin öneminin altını birçok kez çizmiştir. Mahkeme, “bu şekilde re’sen acele bir adli inceleme; keyfi davranışa, *duyurulmayan (incommunicado)* alıkonulmaya ve kötü muameleye karşı önemli bir koruma tedbiri sunmaktadır” demiştir.^[110] Ancak Mahkeme, terörizmle mücadele mevzuatı bağlamında, tutuklu kişinin yetkili merciler tarafından hâkim huzuruna çıkarılmadan önce normalden daha uzun bir süre geçmesini haklı gösteren olağandışı olayların veya özel güçlüklerin var olmasını da kabul etmektedir.^[111] Bir Devletin 15. madde kapsamında derogasyona girmesi halinde bu süre uzatılabilir. *Brannigan ve McBride* kararında^[112] Mahkeme, şüpheli teröristlerin yargı denetimi olmaksızın yedi güne

[108] Bakınız Uluslararası Af Örgütü’nün Türkiye’deki başarısız darbe girişimi ve sonrasıyla ilgili endişelerinin bir özeti, 6 Eylül 2016.

[109] *O’Hara/Birleşik Krallık*, no. 37555/97, §35, AİHS 2001-X

[110] *Magee vd./Birleşik Krallık*, no. 26289/12, 29062/12 ve 29891/12, §74, AİHS 2015 (alıntılar)

[111] *Magee vs.*, yukarıda alıntı yapılmış; § 78, daha fazla referansla; ayrıca bakınız *Brogan vd./Birleşik Krallık*, 29 Kasım 1988, §§ 60 vd., Seri A no. 145-B; veya Türkiye bağlamında *Demir vd. /Türkiye*, 23 Eylül 1998, §§ 49 vd., *Hüküm ve Kararlar Raporları* 1998-VI

[112] Yukarıda alıntı yapılmış, § 36.

kadar tutuklu olarak tutulmalarına izin verilmesi nedeniyle Birleşik Krallığın takdir payını aşmadığı kararına varmıştır. *Aksoy/Türkiye* davasında ise Mahkeme, hakem huzuruna getirilmeden önce yargı denetimi olmaksızın on dört gün gözaltında tutulma süresini, derogasyon halinde dahi “ivedilik” şartına uygun bulmadığına dair bir tutum sergilemiştir.^[113]

169. Venedik Komisyonunun, 30 gün kuralının Türkiye’nin insan hakları yükümlülüklerine uygun olup olmadığına dair ciddi şüpheleri vardır. Mevcut durum, *Aksoy* vakasında incelenen olağanüstü halden muhtemelen ayrı tutulabilir. Örneğin, toplu görevden alımların, yargı sisteminin sorunsuz işleyişini etkileyeceği ve gözaltı konularının yargı denetiminden geçmesinde gecikmelere yol açacağı ortadadır. 668 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede madde 3 (1), duyurulmayan (*incommunicado*) alıkonulmaya daha da katı bir sınırlama getirmekte (5 gün) iken Aksoy vakasında gözaltı, sadece hâkim denetimi dışında bırakılmıyor, aynı zamanda avukat, doktor, arkadaş veya akrabayla görüşme hakkı gibi yasal haklar da elden alınıyordu. Ancak denetimden yoksun gözaltı süresi sınırını 30 güne uzatarak Türk resmi makamlarının, AİHM’nin önceden derogasyon sonrası makul bulduğu sınırı aştığı açıkça ortadadır. Dolayısıyla Venedik Komisyonu, bu süre sınırının azaltılmasını tavsiye etmektedir. İnsan Hakları Komiserinin de belirttiği üzere “bu durum, darbe girişiminden beri tutuklama sayısında görülen azalmaya ve ziyaret esnasında Adalet Bakanlığı tarafından verilen bilgiler ışığında şimdiye kadar vakaların %95’inde gözaltı süresinin uygulamada 3-4 günü aşmadığı gerçeğine dayanarak kolaylaştırılmalıdır.”^[114]

c. Bir avukat tarafından etkin bir biçimde müdafaa hakkı

170. Kanun hükmünde kararnameler çerçevesinde, AİHS madde 6 § 3 (c) ile teminat altına alındığı üzere suçlanan herkesin bir avukat tarafından etkin bir biçimde müdafaa hakkı da kısıtlanabilir (yukarı bakınız). Özellikle 668 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname çerçevesinde gözaltında bulunan bir şüphelinin avukata danışma hakkı, en fazla beş günle kısıtlanabilir. Uluslararası Af Örgütü, tutukluların ailelerine nerede olduklarını veya başlarına ne geldiğini dahi haber vermeden dört veya daha fazla gün boyunca polis tarafından kimseyle görüştürülmeksizin (*incommunicado*) alıkonulduğu birçok vaka bildirmektedir.^[115] Bu bağlamda “bir sanığın üçüncü şahıslar duymadan avukatıyla görüşme hakkı, adil yargılanmanın temel şartlarından biridir. Eğer bir

[113] *Aksoy/Türkiye*, 18 Aralık 1996, §§ 65 ve 84, Hüküm ve Kararlar Raporları 1996-VI

[114] Yukarıda alıntı yapılan Komiser Müzekkeresi bakınız, sayfa 25.

[115] Uluslararası Af Örgütünün, Türkiye’deki başarısız darbe girişimi ve sonrasında ilgili endişelerinin özeti, 6 Eylül 2016.

avukat müvekkiliyle görüşemez ve böyle bir gözetim olmadan kendisinden gizli bilgiler temin edemezse ‘avukatın yardımı, yararlılığının çoğunu yitirecektir’ [...]” ifadesinin hatırlanması gerekmektedir.^[116]

171. Bir kişinin kendi seçtiği bir avukatla zamanında ve kısıtlama olmaksızın görüşmesi, AİHS’nin sadece 6. maddesi değil, 3. ve 5. maddeleri bağlamında da ilgilidir (işkence yasağı ve özgürlük hakkı; ayrıca sınırlandırılmaz hakları içeren KSHUS 7. ve 9. maddelerine bakınız). *Aksoy* kararında AİHM, “avukat, doktor, akraba veya arkadaşla görüşmenin engellenmesi ve mahkeme huzuruna getirilmeden önce tutuklanmanın hukukiliğini test edecek gerçekçi bir imkânın olmaması, kendisinin tamamen onu alıkoyanların insafına bırakılmış olduğu anlamına gelmektedir” şeklinde karara varmıştır.^[117]

172. Ayrıca yakın zamanda görülen *İbrahim vd.* davasında ise AİHM: “bir avukatla hızlı görüşme imkânı, gözaltındaki şüphelilerin savunmasızlığında önemli bir denge teşkil etmekte cebir ve kötü muameleye karşı esaslı bir koruma sağlamaktadır. [...] Sorulması gereken ilk soru, avukatla görüşmeyi geciktiren zorlayıcı sebeplerin ne olduğudur. Zorlayıcı sebepler ölçütü, katı bir ölçüttür: avukatla erken görüşmenin temel niteliği ve önemi açısından, bilhassa da şüphelinin ilk sorgulanması esnasında avukatla görüşmenin kısıtlanmasına ancak istisnai hallerde izin verilir, geçici nitelikte olması gerekir ve davanın belli koşullarının kişiye özgü değerlendirilmesine dayanması gerekir [...]”.^[118]

173. Venedik Komisyonu, “davanın belli koşullarının kişiye özgü değerlendirilme” ihtiyacının altını çizmek ister. Aslında AİHS kapsamında hukuki yardım almayı kısıtlama kararı veya müdafî-müvekkil ilişkisinin gizliliğini sınırlayıcı koşullar koyma kararı, güvenlik riski olduğunu ikna edici bir şekilde gösteren fiili karineden oluşan bir kombinasyona dayandırılabilir. Nitekim AİHM’nin *Khodorkovskiy ve Lebedev* davasında da belirttiği gibi “sanığın oluşturduğu güvenlik riskleriyle ilgili meşru kısıtlamalar olabilir. ‘Güvenlik riskinin’ olduğu, kendisine karşı yapılan suçlamaların niteliğinden, tutuklunun suç profilinden, kovuşturma esnasındaki davranışlarından vs. çıkarılabilir. Bu sebepten Mahkeme, terörizm ve organize suç vakalarında müdafî-müvekkil ilişkisine bazı kısıtlamalar getirilmesine müsamaha göstermiştir [...]”.^[119]

[116] *Khodorkovskiy ve Lebedev/Rusya*, no. 11082/06, 13772/05, §627, 25 Temmuz 2013.

[117] Yukarıda alıntı yapılmıştır, § 83.

[118] *İbrahim vd./Birleşik Krallık* [GG], no. 50541/08, 50571/08, 50573/08 ve 40351/09, §§255, AİHS 2016, §§ 255 ve 258

[119] Yukarıda alıntı yapılmıştır, § 628

174. Ancak fiili karinenin kullanılması, her bir vakadaki koşulların kişiye özgü bir şekilde incelenmesi ihtiyacını kapsam dışında bırakamaz. Kanun hükmünde kararnamelerde belirtilen böyle kısıtlamalar genelde konulmamalı ve rutin bir usul haline gelmemeli; ancak ender rastlanan ve sınırları dar çizilmiş bir istisna olarak kalmalıdır. Bu özellikle de, burada olduğu gibi, kötü muamele ve işkence iddialarıyla ilgili haklı endişelerin olduğu hallerde geçerlidir (bakınız altta §3). Avukatla görüşme hakkına geçici kısıtlama koyma kararı, ancak güvenlik riskleri olduğunun ikna edici bir şekilde gösterildiği münferit vakalarda istisnai durumlarda alınabilir ve olayın unsurları açısından gerekçelendirilmeli, müdafaaya bildirilmeli ve mahkeme de bu gibi kısıtlamaların geçerliliğini gözden geçirebilmelidir.^[120]

d. Şüphelilere cezai sorumluluk yükleme gerekçeleri

175. Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri, Gülen cemaati üyesi olduğu iddia edilen kişilerin işledikleri iddia edilen suçlar için cezai sorumluluklarına gidilmesini gerektir esasa ilişkin gerekçeleri değiştirmemiştir. Ceza Kanununun yanı sıra içtihadın da (özellikle de silahlı bir suç örgütüne mensubiyetin *suç delilini* (*corpus delicti*) tanımlayan içtihat) halen geçerli olduğu görülmektedir.^[121]

176. Venedik Komisyonuna, görevden almalar için kullanılan kriterlerin aynaları ile ceza davalarının açıldığı bilgisi verilmiştir. Venedik Komisyonu, birey ile kalkışma arasında olası bir bağ olduğuna işaret eden birçok fiili unsurun bir arada gerçekleşmesinin, soruşturma açmak için makul bir başlangıç noktası olduğu konusunda hemfikiridir. Ancak o bireyi tutuklamak (“makul şüphe”) ve mahkum etmek (“makul şüphenin ötesinde”) için ise evleviyetle (*a fortiori*), deliller ilişkin eşğin çok daha yüksek olması gerekmektedir. Olağanüstü hal rejimi kapsamında toplu görevden almalar karar vermede kişiye özgü olmama durumu göz önünde bulundurulduğunda Venedik Komisyonu, cezai hüküm için sanığın bir suç örgütüne kendi rızasıyla katıldığını ve o örgütün amaç ve yöntemlerinden haberdar olduğunu gösteren bilhassa yüksek standartta bir delil olması ve hükmün, bireysel suça dair ikna edici bir kanıtı dayanması gerektiğini hatırlatmak zorunda hissetmektedir.

[120] Örneğin savcılığın bir avukat aleyhine soruşturma açma kararı, avukatın mesleğini kötüye kullanmış olduğuna ve vakadan alınması gerektiğine dair nihai bir kanıt değildir; avukatın davadan alınmasını inceleyen encümen, öncelikle soruşturma açılması için objektif gerekçelerin olup olmadığını doğrulamalıdır

[121] Bakınız özellikle Türkiye Ceza Hukuku, CDL-AD(2016)002, 216, 299, 301 ve 314 sayılı Maddeleri, § 95 hakkındaki CDL-AD(2016)002 sayılı Görüş.

3. Kötü muamele ve işkence iddiaları

177. Venedik Komisyonu, darbe girişimi sonrası tutuklananlara Türk makamlarının kötü muamele ve hatta işkence ettiği yönünde iddialar içeren raporlardan derin endişe duymaktadır.^[122] Venedik Komisyonunun bireysel vakaları araştırma görevi veya bunları araştırarak kaynağı bulunmamaktadır; dolayısıyla bu bağlamda herhangi bir bulgu yaratmaktan da imtina edecektir. Ancak Venedik Komisyonu, Türk makamlarının dikkatini, darbe girişimi sonrası kabul edilen ve yukarıdaki 2. fıkrada bahsedilen tedbirlerin^[123] tutukluları kötü muameleyle karşı koruyan hayati teminatları ortadan kaldırmak suretiyle kötü muamele ve işkence *ihhtimalini artırdığı* yönündeki aşikâr olgulara çekmek istemektedir. Komisyon ayrıca, işkence ve zulüm, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ya da ceza yasağının hem AİHS hem de KSHUS kapsamında sınırlanamaz insan hakları yükümlülüğü olduğunun altını önemle çizmek ister. Hiçbir olağanüstü hal, böylesine kötüye kullanımı meşru kılamaz.

4. Özel kuruluş ve şirketlerin tasfiyesi ve bunların varlıklarına el konulması

178. 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 2'inci maddesinde “FETÖ/PDY”ye aidiyeti, iltisakı veya irtibatı belirlenen kurum ve kuruluşların tasfiyesine hükmedilmiştir. Bu kurumların arasında özel sağlık kurumları, özel eğitim kurumları, özel öğrenci yurtları ve pansiyonlar, vakıf ve dernekler ve bunların iktisadi işletmeleri, sendikalar, federasyonlar vs. bulunmaktadır. Tasfiye edilecek tüzel kişiliklerin bir listesi de Kanun Hükmünde Kararnameye iliştilmiştir. Madde 2(2) kapsamında bu şirketlerin tüm varlıkları, ücretsiz olarak Devlete devredilmektedir. 668 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameyle de özel basın kuruluşlarının tasfiyesi kararı alınmıştır.

179. Tüm bu tedbirler, AİHS'nin sağladığı birçok hakka, örneğin dernek kurma özgürlüğüne (madde 11) ve mülkiyetin korunması hakkına (AİHS Protokol No.1, madde 1) geniş ölçüde müdahale etmektedir. Basın kuruluşlarının tasfiyesi de AİHS madde 10 çerçevesinde (ifade özgürlüğü) sorun

[122] Örneğin bakınız 24 Ekim 2016 tarihli İnsan Hakları İzleme Komitesi raporu, <https://www.hrw.org/report/2016/10/24/blank-check/turkeys-post-coup-suspension-safeguards-against-torture>

[123] Maksimum gözaltı süresinin 30 güne uzatılması, tutuklukların beş güne kadar avukatla görüştürülmemesi, kendi istedikleri avukatı tutma haklarının ve avukatlarıyla gizli görüşme haklarını kısıtlanması gibi.

yaratabilirken^[124] eğitim kurumlarının tasfiyesi de öğrencilerin eğitim hakkını (AİHS Protokol No.1 Madde 2) etkileyebilir. Aynı zamanda, *diğerlerinin yanı sıra*, KSHUS çerçevesinde ifade ve dernek kurma özgürlüğüyle ilgili olarak 19. ve 21. maddeler kapsamındaki paralel yükümlülükleri de içine almaktadır^[125]

180. Yukarıda da vurgulandığı üzere Venedik Komisyonu, Gülen cemaatiyle bağlantılı olduğu iddia edilen özel kurumların faaliyetlerinin geçici olarak *durdurulması* ve mal varlıklarının koşullu olarak dondurulmasının, mal varlıklarının kesin tasfiyesi ve el konulmasından daha az etkili olmayacağını, üstelik bireylerin hak ve özgürlükleriyle de daha tutarlı olabileceğini düşünmektedir. Venedik Komisyonu ayrıca bu tedbirin sadece ilgili tüzel kişileri değil onlara bağlı binlerce masum insanı – çalışanları, yüklenicileri, öğrencileri, hastaları vs. – da etkilediğinin altını çizmektedir. 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname madde 2 (2)'de “birinci fıkrada sayılanların her tür borçlarından dolayı hiçbir şekilde Hazineye bir hak veya talepte bulunulamaz” denmiştir. Bu, Devletin tasfiye edilen şirketlerin varlıklarına el koyduğu ancak borçlarını kabul etmediği anlamında anlaşılabilir. Böyle bir hüküm, iddia edilen yasadışı faaliyetlerle hiç iştigal etmediği halde sadece tasfiye edilen şirketlerle sözleşmesi, iş gücü veya başka bir bağlantısı olan diğer ekonomik oyuncular da haksız yere cezalandırabilir.^[126]

181. Venedik Komisyonu, kamu görevlilerinin toplu görevden alınmalarına benzer şekilde özel kurumların da kapatılmasının bireye özgü kararlar alınmasızın gerçekleştirilmiş, denetlenebilir kanıtlara dayandırılmamış ve görünüşe göre hukuki esaslara uyarınca yerine getirilmemiş olmasından üzüntü duymaktadır. Devletin, kendi cihazının kurumları ve kamu görevlilerinin atamaları ve görevden alınmaları söz konusu olduğunda biraz daha geniş yetkisi olabilir. Ancak bu kısımda kanun hükmünde kararnameler, Devlettten bağımsız *özel kurumları* hedef almaktadır. Bu yüzden de özel kurumları, varlıklarının keyfiyete göre tasfiye edilip alınmasına karşı koruyacak teminatların getirilmesi evleviyetle (*fortiori*) önemlidir. Bu endişe, eylemler ifade özgürlüğünün

[124] Türkiye’de olağanüstü hal kapsamında basın özgürlüğü sorunu, Venedik Komisyonu tarafından ayrı bir görüşte tartışılacaktır.

[125] Bakınız Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, Genel Görüş No. 34, Madde 19: Fikir ve ifade özgürlüğü (2011).

[126] 675 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri çerçevesinde tasfiye edilen kurumlarda hesabı olan finans kuruluşlarının borçlarını, hiç değilse kısmen hariç tutarak bu sorunu ele almış görünmektedir. Bu kanun hükmünde kararname ayrıca, tasfiye edilmiş şirketlere karşı yöneltilen tüm iddiaları da Devlete devredecek görünmektedir; ancak işbu Kanun Hükmünde Kararnameye binaen Devletin, kendi varlık limitleri dâhilinde tasfiye edilmiş şirketlerin tüm borçlarını kabul edip etmemesi gerektiğini ileri sürmek zordur.

kullanılabilmesi açısından hayati olan basın kuruluşlarını hedef aldığına ise özellikle vahim hale gelmektedir.

182. Tüm bu tedbirlerin “durumun zaruretinden sebep kati suretle gerekli görüldüğünün” varsayılabilmesi halinde Venedik Komisyonu, resmi makamları bu gibi tedbirleri durdurmaya veyahut da hâlihazırda alınmış olan haksız tedbirleri geri almaya veya düzeltmeye çağırılmaktadır.

F. Anayasal inceleme

183. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, 2001’deki bir raporunda Avrupa Konseyi üye ülkelerinin AİHS 15. maddesi kapsamında yararlandıkları geniş takdir hakkının, *etkili iç denetlemelerle karşılıklı olarak dengelenmesi* gerektiğini tartışmıştır: “Sözleşmenin, önleyici nitelikte bir meclis denetimi ile sonrasında yargı denetimi yapılması şeklinde iç denetimlerin yapıldığını varsaymasından sebeptir ki kesinlikle yetkili makamlar derogasyon konusunda geniş bir takdir payından faydalanmaktadır”. Aslında bu durum, Sözleşme haklarının korunmasında ikincillik (*subsidiarite*) ilkesinin esasidir.”^[127] Komiser ayrıca “etkili bir iç denetimin, Sözleşmeden derogasyon görünümünde olan tedbirler açısından da özellikle önemli olduğunu vurgulamaktadır: meclis denetimi ve yargı denetimi, yürütmenin keyfi değerlendirme yapma olasılığına ve sonradan orantısız tedbirler uygulanması olasılığına karşı esaslı güvenceler olduğu anlamına gelir”.^[128]

184. Meclis kontrolü söz konusu olduğunda Venedik Komisyonunun da yukarıda gözlemlendiği üzere iki ayı aşkın bir süre boyunca Meclis, *belirli* kanun hükmünde kararname üzerindeki denetim hakkını kullanmamıştır. Meclis, Ekim 2016’da görevine yeniden başladıktan sonra bile olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin gözden geçirilmesiyle ilgili 30 günlük süreye tam olarak uymamıştır.

185. Ayrıca Venedik Komisyonu, “parlamentar demokrasiye yürütmenin normalde parti liderlerinden ve diğer partideki diğer önemli şahsiyetlerden oluşmasından sebep, yasama denetiminin [...] icraatta yürütme yetkisinin kötüye kullanılmasını kontrol altında tutacak kadar etkili olmayabileceği” konusunda hemfikirdir. Bu sebepten hukukun üstünlüğüne dayalı bir Devlette yasama

[127] İnsan Hakları Komiseri Bay Alvaro Gil-Robles’in, Birleşik Krallık’ın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi CommDH(2002)7 9. §, Madde 5 paragraf 1’den derogasyonun çeşitli açıları hakkındaki görüşü.

[128] *A.g.e.*, paragraf 8

denetimi, uygun ve etkili yargı kontrolü yöntemleriyle tamamlanmalıdır.”[129] Nitekim aşağıdaki fıkralarda Venedik Komisyonu, Türkiye’deki mevcut yargı yollarını ve diğer hukuki yollarını analiz edecektir.

186. En başından beri Venedik Komisyonu, olağanüstü hal tedbirlerinin anayasal denetimiyle yargı denetimi arasında bariz bir paradoks olduğuna işaret etmektedir. 4 Ağustos 2016 tarihinde Anayasa Mahkemesi iki üyesini görevden alarak esasında tam da o karar için hukuki dayanak teşkil eden 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin geçerliliğini teyit etmiştir. Ayrıca Yargıtay ve Türkiye Cumhuriyeti’nin diğer yüksek mahkemelerinin yanı sıra HSYK da, 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameyle tanınan olağanüstü yetkileri kullanarak binlerce hâkimi görevden almıştır. Bu da, söz konusu mahkemeler huzurunda hâkim ve savcılar toplu görevden alım usulünün meşruiyetine itiraz edilmesinin çok az başarı şansı olacağı anlamına gelmektedir. Hâkim ve savcılar büyük ihtimalle halen bireysel davalarının incelenmesini talep edebiliyor veya kanun hükmünde kararnamelerin başka yönlerini tartışabiliyorlar (daha fazla detay için aşağı bakınız) ancak *fiili* görevden alım şemasının genel meşruiyeti tartışmaya açılmamaktadır.

1. Soyut (in abstracto) anayasal inceleme

a. Kanun hükmünde kararnamelerin Meclis tarafından onaylanması öncesi anayasal incelemesi

187. Olağanüstü hal ilan etme kararı söz konusu olduğunda bu karar, Meclis tarafından onaylanmadan önce ve sonra Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmeye tabi tutulamamaktadır çünkü onay, yasa şeklinde verilmemektedir. Fransa’nın “Ulusun Korunması” hakkındaki Anayasal Kanun Tasarısına ilişkin görüşünde Venedik Komisyonu, “karşılaştırmalı anayasa hukukunun, olağanüstü hal ilanlarında yargı denetimine gerek duyulmasının uygun olup olmayacağı üzerine açık ve tartışmasız bir cevap vermediğini, bu gibi kararların bir hayli politik niteliği göz önünde bulundurulduğunda bunun tuhaf olacağını”^[130] kabul etmektedir. Bu sebepten 20 Temmuz 2016 tarihli ilan

[129] Bakınız E. Özbudun, CDL-STD (1996)017 Olağanüstü hallerde İnsan Hakları ve demokratik kurumların işleyişi –demokrasinin bilim ve tekniği No.17 (1996), sayfa 12.

[130] CDL-AD(2016)006, Fransa’nın “Ulusun Korunması” Anayasal Kanun Tasarısı hakkında Görüş, § 61

Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmemiş olmasının da kendi içinde sorun teşkil etmediği görülmektedir.^[131]

188. *Bazı kanun hükmünde kararnamelerle ilgili olarak Anayasanın 148 § 1 maddesi prensipte bunların anayasal denetimlerini engellemektedir:*

“Olağanüstü hal esnasında çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin biçim ve içeriği açısından anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz [...].”

189. Önceki içtihadında Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, bu hükme serbest bir yorum sağlayarak ancak zaman bakımından ve yer bakımından (*ratione temporis ve ratione loci*) olağanüstü hal kapsamını aşmaları takdirinde olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin anayasaya uygunluğunu incelemede kendisinin yetkili olduğunu ilan etmişti.^[132]

190. Ana muhalefet partisi CHP Eylül 2016’da, *diğerlerinin yanı sıra* 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameyi (geçici olmanın aksine) kalıcı tedbirler getirmesinden sebep Anayasa Mahkemesi huzurunda tartışmaya açmıştır. Ancak 13 Ekim 2016 tarihinde Anayasa Mahkemesi itirazı reddederek Kanun Hükmünde Kararnamenin soyut (*in abstracto*) incelemesini geri çevirmiştir. Venedik Komisyonu Raportörlerine açıklandığı üzere Anayasa Mahkemesi eski içtihadını terk etmiş olup mutlak ifadelerle olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin incelenmesine engel olan madde 148 § 1’in kelimesi kelimesine yorumlanmasına sadık kalmayı tercih etmiştir.

191. Anayasanın yorumlanmasında Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi daha doğru bir konumdadır. Ancak olağanüstü hal ilanından sonra doğan anayasal durum, Venedik Komisyonunda endişe uyandırmaktadır. İlanın kendisi dahi Hükümetin olağanüstü yetkilerinin kapsamını belirlememiştir. Benzeri şekilde, ilanın onaylanmasında Meclis hiçbir şekilde Hükümetin yetki sınırlarını belirlememiştir. Anayasa, olağanüstü hallerde bile ihlal edilmemesi gereken genel ilkeler içermektedir ancak Meclis Hükümete genel talimat vermediğinden ve Ekim ayına kadar bazı kanun hükmünde kararnameler üzerindeki denetim fonksiyonlarını yerine getirmedüğinden Hükümet de bu süre içinde kuvvetler

[131] Venedik Komisyonu, olağanüstü hal ilanının ve buna karşılık alınan tedbirlerin uygunluğunun, *diğerlerinin yanı sıra*, AİHM tarafından da incelenmeye tabi olduğunu vurgulamaktadır.

[132] Bakınız Anayasa Mahkemesi 10 Ocak 1991, Esas 1990/25, Karar 1991/1; Anayasa Mahkemesi 3 Temmuz 1991, Esas no 1191/6, Karar No. 1991/20, bakınız A.R Çoban, “Anayasal Kararın Karşılaştırılması. Avrupa Anayasa Hukukunun Karşılaştırmalı Yorumlanması üzerine bir Yaz Okulu. 4. Baskı – 2009. Olağanüstü haller ve temel haklar, Türkiye. Türkiye’de olağanüstü hallerde Temel Haklar”, sayfa 9.

ayrılığı olmaksızın sadece kendi iyi niyetiyle ülkeyi yönetmek için kontrolsüz bir yetkiye sahip olmuştur. Bu durum, demokratik hukuk düzeni açısından, özellikle de Hükümetin aldığı tedbirlerin gerçekte geri alınamaz nitelikte olması açısından tehlike arz etmektedir.

192. Venedik Komisyonu, 1983 Yasasıyla 2016 senesinde Hükümetin çıkardığı kanun hükmünde kararnameler arasındaki açık tutarsızlıklar nedeniyle önceden yapmış olduğu gözlemleri hatırlatmak ister. Eğer Türk Hükümeti buna benzer olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin 1983 Yasasını değiştirebileceği veya tamamlayabileceğini düşünüyorsa söz konusu kanun hükmünde kararnameler, başka bir yasama tasarrufu muamelesi görmeli ve dolayısıyla da Anayasa Mahkemesinde “normal” yasalarla aynı şekilde denetime tabi tutulmalıdırlar. Eğer aksine bu kanun hükmünde kararnamelerin ikinci dereceden bir statüsü olursa ve anayasal denetime tabi tutulamazlarsa o zaman 1983 Yasasına tamamen uymaları gerekmektedir. Her hâlükârda Anayasa Mahkemesinin, Meclisin olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleriyle onayladığı yasaların anayasaya uygunluğunu değerlendirme yetkisi olmalıdır (bakınız hemen aşağı).

b. Kanun hükmünde kararnamelerin Meclis tarafından onaylanması sonrası anayasal incelemesi

193. Raportörlere bir olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesinin Meclis tarafından onaylanmasından sonra o karara Anayasa Mahkemesinde itiraz edilebileceği çünkü onaylamanın yasa şeklinde yapıldığı ve yasaların da soyut (*in abstracto*) anayasal incelemeye tabi olduğu bilgisi verilmiştir. Bu sebepten şu anda Hükümetin yetkileri hem meclis denetimine hem de Meclis tarafından onaylanmış kanun hükmünde kararnameler açısından Anayasa Mahkemesinin anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulabilir (yetkili bir merciinin talebi üzerine).

194. Geriye, anayasaya uygunluk denetiminin ne kadar hızlı ve etkili bir şekilde yapılacağını ve kapsamının ne olacağını gözlemlemek kalıyor. Şu anda Anayasa Mahkemesinin, Meclis tarafından onaylanmış kanun hükmünde kararnamelerle çıkarılan tedbirleri esastan değerlendirmede yetkili olduğunu ilan edip etmeyeceği açık değil. Bu konularda Anayasayı yorumlamak aslında öncelikle Anayasa Mahkemesine ait olmakla birlikte, Venedik Komisyonunun görüşü, Anayasa Mahkemesinin böyle bir yetkiye sahip olması gerektiği yönündedir. Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri, mevzuata kendi içinde sorun yaratacak bir takım kalıcı yapısal değişiklikler getirmiştir. Ayrıca Hükümet, Anayasanın 15. maddesinde belirlenen sınırların aşılması olarak

görülebilecek bireysel tedbirler almıştır. Madde 148 § 1 Hükümete bir soluk aldırabilir ancak bu da, Hükümetin sırf olağanüstü hal esnasında gerçekleştirdiği diye eylemlerinin geriye dönük (ex post) anayasal denetimden muaf tutulması olarak görülmemelidir. Aksi halde Hükümet bu süreyi, Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmeksizin geleceği de kapsayacak şekilde mevzuatı tamamen yeni baştan yazabilmek ve temel hak ve özgürlükleri sınırlamak amacıyla kullanabilecektir. Böyle bir yaklaşım, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında saklı anayasal denetim fikrine aykırı olacaktır.

2. Somut (in concreto) anayasal inceleme

a. Kanun hükmünde kararnemelerin Meclis tarafından onaylanmasından önce ortaya konan bireysel şikâyetler

195. Raportörlere, 2016 Kasım ayının başına kadar Anayasa Mahkemesine, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnemelerinin uygulamasıyla ilgili olarak, çoğu da görevden alımlarla ilgili, 45,000'nin üzerinde bireysel şikâyetle bulunduğu bildirilmiştir.

196. En başından beri Venedik Komisyonu, *önceden var olan* yasal hükümlere (ceza hukuku hükümleri veya disiplin hükümler) dayanılarak uygulanan bu gibi tedbirlerin yine de Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmesi gerektiğine işaret etmektedir. Bu sebepten son zamanlardaki bir kabul edilebilirlik kararında AİHM, duruşma öncesi gözaltı emrine karşı Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel bir şikâyetin, etkili bir kanuni yola başvuru hakkı olduğuna ve özellikle de yakalama yetkisinin olağanüstü hal kanun hükmünde kararnemelerinden kaynaklanmamasından sebep bu başvuru hakkının da olağanüstü hal esnasında bile tüketilmesi gerektiğine dair içtihadı onaylamıştır[133]. Bu gibi tedbirlerle ilgili bireysel başvuru hakkının da olağanüstü hal kanun hükmünde kararnemelerinden etkilenmemesi gerektiği ifadesi de bulunmaktadır.

197. Doğrudan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnemeleriyle veyahut da bu kanun hükmünde kararnemelere dayanarak emredilen bireysel tedbirlerin anayasal denetimi konusu ise çok daha karmaşıktır. Bu olasılığın henüz üstü çizilmemiş olmasına ve 148. maddede normların somut incelemesi (örneğin bazı vakalarla ilintili olarak) kapsam dışında bırakılmamasına rağmen şu anda Anayasa mahkemesinin bu gibi tedbirlerle ilgili bireysel şikâyetleri kabul edip etmeyeceği açık değildir. Bunların ışığında Venedik Komisyonu, böyle *somut* bir incelemenin olmasında iki önemli yasal engel görmektedir.

[133] Bakınız *Zeynep Mercan/Türkiye*, (dec.), no. 56511/16, 8 Kasım 2016, özellikle § 29

198. Öncelikle (“Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve yargılama usulleri hakkındaki”) 6216 sayılı Kanununun 45. Maddesi çerçevesinde bireysel başvuru hakkı sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamında Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükleri” ilgilendirir.

199. Prensipte ceza soruşturmaları kapsamında alınan tedbirler (yakalama, arama, avukatla görüşmeyi sınırlama gibi), AİHS’nin ve özellikle de 5,6, ve 8. maddelerinin esas kapsamı dâhilindedir. Aynı durum, şirketlerin tasfiyesi ve mallarına el konulması için de geçerlidir – bu tedbirler de açıkça AİHS’nin 1. Protokolü madde 11 ve madde 1 kapsamındadır. Kamu görevlilerinin görevden alımlarıyla ilgili olarak ise AİHS, bu konuları açıkça (*expressis verbis*) düzenlememektedir. Bu yüzden 6216 sayılı Kanununun 45. maddesinde belirtilen hukuk yolu, ancak Anayasa Mahkemesi bu vakaları AİHS’nin 8 ila 11. maddeleri ve geçerli olabilecek diğer anlamlı hükümleri gözünden incelemeye hazır olursa etkili olacaktır.

200. İkinci ve daha ciddi engel ise 6216 sayılı Kanununun 45. Maddesi § 3’te belirtilen “doğrudan” ifadesidir:

“Yasama işlemleriyle düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz.”

201. Yukarıda bahsedilen Hükümet Müzekkeresine göre idari organların (veya kanun hükmünde kararnamelerle kamu görevlilerini görevden alma yetkisi verilen diğer organlar, örneğin HSYK) bireysel tedbirlere karar vermesi halinde önce diğer hukuk yolları tüketildikten sonra Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılabilir. Ancak bireysel tedbiri zaten kanun hükmünde kararname koyduğundan (kanun hükmünde kararnamelere iliştilen “listeler” halinde) bu tedbire karşı, haklı olarak, ne Anayasa Mahkemesi ne de genel mahkemeler nezdinde itiraz etmek mümkün değildir.^[134] Ancak Anayasa Mahkemesi ve genel mahkemelerin bu yorumda hemfikir olup olmayacaklarına bakılması gerekir.^[135]

[134] Müzekkerenin 35 sayfasında şöyle denmektedir “[...] idari organların kanun Hükmünde Kararnamelerle tanınan yetkilere dayanarak yaptığı idari işlemlere karşı yargı yolu açık olduğunda{n} [...] bu işlemlere karşı bireysel başvuru yapılabilir. Buna karşılık Kanun Hükmünde Kararnamelere olarak gerçekleştirilen ihraç işlemleri ise teknik açıdan yasama işlemi niteliğinde olduğundan bu işlemlere karşı dava ve bireysel başvuru yolu kapalıdır”.

[135] Venedik Komisyonu, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasınının 159. Maddesi, 9. Paragrafı gereğince Kurulun, meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz” dendiğini fark etmektedir. Bu hüküm, açıkça meslekten ihraçların yargı denetimine tabi *olduğu* anlamına gelmektedir.

202. Venedik Komisyonu, kişilerin şahsına yönelik mevzuat uygulamasına itirazını zaten dile getirmiştir. Birçok açıdan son derece sorunlu bir uygulamadır: normal şartlarda bireysel karar alma sürecinin beraberinde getireceği usuli teminatları bu kişilere tanımamakta ve eşitlik ilkesini ihlal etmektedir.[136] Mevcut bağlamda bazı kişi veya tüzel kişiliklerinin isimlerinin neden kanun hükmünde kararnamelerin iliştiğindeki listelerde yer aldığını, bazılarının ise yer almadığı bilinmemektedir. Bu keyfi ayırımın bir neticesi olarak kamu görevlilerinden oluşan büyük bir grubun, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunma hakkından mahrum bırakılması kabul edilemez bir durumdur.

b. Kanun hükmünde kararnamelerin Meclis tarafından onaylanmasından sonra ortaya çıkan bireysel şikâyetler

203. Eğer olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesini onaylayan bir yasa soyut olarak (*in abstracto*) Anayasa Mahkemesi tarafından incelenebiliyorsa 6216 sayılı Kanunun madde 45 § 3 ile bir bağ kalmaz ve o noktadan sonra Anayasa Mahkemesi de olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleriyle ilgili bireysel şikâyetleri inceleme yetkisine kavuşmalıdır.

204. Ancak bu tür bir inceleme, çok değişkenli bir denklemi de beraberinde getirmektedir. Anayasa Mahkemesi, kanun hükmünde kararnamelere iliştilen listelerde adı bulunan tüm bu kamu görevlilerinin vakalarını inceleyebilecek midir? Anayasa Mahkemesinin, bu kanun hükmünde kararnamelerin, prensipte, “incelenemez” olduğu süre boyunca kanun hükmünde kararnamelerle çıkarılmış olan bireysel tedbirleri kaldırma yetkisi olacak mıdır?[137] Sonuncusu fakat bir o kadar önemlisi: 6216 sayılı Kanunun madde 45 § 2 kapsamındaki yasal yolların tüketilmesi şartı ve madde 47 § 5’de[138] belirtilen süre sınırları ne şekilde uygulanacaktır?

205. Venedik Komisyonu, Anayasa Mahkemesini bu soruları acil konular olarak değerlendirmeye ve yetki sorununu açıkça ele alan “pilot kararlar” almaya ve yasal yolların tüketilmesi konusunda da net bir yol göstermeye davet

[136] Bakınız CDL-AD(2016)027, Türkiye – Anayasanın 83. Maddesinin ikinci paragrafının askıya alınması hakkında görüş (milletvekili dokunulmazlığı), §§ 73-76.

[137] Bu noktada Venedik Komisyonu, bu yetkiye Anayasa Mahkemesinin sahip olması gerektiğini düşünmektedir – bakınız yukarıda soyut (*in abstracto*) anayasal inceleme hakkındaki fıkra.

[138] Bu hüküm şu şekildedir: “başvuru, hukuki yolları tüketen nihai işlemin başvuru sahibine bildirilmesinden sonra otuz gün içinde veya hukuk yolu açılmamışsa ihlalin tespit edilmesinden itibaren otuz gün içinde yapılmalıdır”.

etmektedir. Bireysel tedbirlerin Anayasaya uygunluğunun değerlendirilmesinde Anayasa Mahkemesinin rolü çok önemlidir.

G. Yargısal İnceleme

206. 667 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname Bilgi Notunda Türk resmi makamları aşağıdaki şekilde iddiada bulunmuşlardır:

“Bu Kanun Hükmünde Kararname kapsamında terörle mücadelenin sekteye uğramaması açısından yürütmenin durdurulması kararı olağanüstü hal süresince verilemeyecektir. Buna karşın yapılan her türlü iş ve işlem aleyhine yetkili ve görevli mahkemelerde dava açılması mümkün olup ayrıca olağanüstü hal süresi bitiminde şartları varsa yürütmenin durdurulması kararı verilebilecektir. Dolayısıyla Kanun Hükmünde Kararname uyarınca yapılacak tüm iş ve işlemler aleyhine yargı yolu açıktır. Bu anlamda etkili hukuk yolu (AİHS madde 13) mevcuttur.”

207. Yukarıda alıntı yapılan Hükümet Müzekkeresinde, biraz daha farklı bir açıdan yorum yapılmıştır. Hükümet, kanun hükmünde kararnamelerle (ekli listelerde) çıkarılan bireysel tedbirlerin, genel mahkemelere veya Anayasa Mahkemesine götürülemeyeceğini ancak olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerine dayanarak daha düşük düzeyde alınan diğer bireysel tedbirlere karşı dava açılabilceğini ileri sürmüştür.^[139]

208. Venedik Komisyonu, bu yorumu olduğu gibi kabul edecek; bu nedenle, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri eklerindeki listelerde alınan görevden alma ve tasfiye kararlarına odaklanacaktır.^[140]

[139] Sayfa 37'den alıntı: “Kanun Hükmünde Kararnamenin, özel bir yasama işlemi niteliğinde olmasından ve idari işlem kapsamında kalmamasından sebep doğrudan kanun hükmünde kararname hükmüyle kapatılan kurum ve kuruluşlarla ilgili olarak asliye mahkemelerine başvurarak işlemin iptalini talep etmenin mümkün olmadığı kabul edilmektedir. [...] Buna ek olarak, kapatılan kurum ve kuruluşlarla bağlantılı olarak ilgili kişilerin idari uygulamayla gerçekleştirilen işlerin incelenmesini ve iptal edilmesini talep etmelerinde hiçbir yasal engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla 673 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 1. Maddesi, Kanun Hükmünde Kararnamenin ilgili listelerinden çıkarılmış olup gerçekleştirilen işlemler iptal edilmiştir. Diğer taraftan kapatma işleminin doğrudan kanun hükmünde kararname hükmüne değil de kanun hükmünde kararnamelerle yetkili kılınan idari kurul veya komisyonların gerçekleştirdiği işlemlere dayalı olması halinde ise bu idari işlemler lehine idari yargı yoluna başvurmak mümkündür.”

[140] Venedik Komisyonu, *Akıf Zihni/Türkiye* (59061/16, 29 Kasım 2016) davasında son alınan bir kararda AİHM'nin kanun hükmünde kararnamelerden biriyle doğrudan görevden alınan bir öğretmenin yapmış olduğu başvuruyu kabul edilemez bulduğuna işaret etmektedir. AİHM, başvuru sahibinin iç hukuk yollarını tüketmeye çalışmış olması, özellikle de bu davayı bir idare mahkemeye götürmesi, sonrasında Anayasa Mahkemesine

209. Türk makamları Müzekkerelerinde, Devletin kamu görevlilerini mahkemeye erişim hakkından yoksun bırakılmasının meşru olduğunu iddia etmiştir. Venedik Komisyonu prensip olarak bu duruma AİHS kapsamında ancak bazı koşullar altında izin verildiğini kabul etmektedir. AİHM tarafından *Vilho Eskelinen* davasında oluşturulan kısıtlara göre AİHS madde 6 § 1'deki “medeni” bendi, şu iki koşul karşılanmadıkça kamu görevlileriyle ilgili tüm ihtilaflar için geçerlidir: (1) iç hukuk, söz konusu görev veya personel kategorisi için mahkemeye başvuru hakkı tanımamıştır (hariç tutuma) ve (2) başvuru hakkı tanınmaması, Devletin yararına olan objektif nedenlerle gerekçelendirilmektedir.^[141] Bu demektir ki bu iki koşul yerine getirilirse madde 6 uygulanamaz. Aksine AİHS'nin 6. maddesinin uygulanabilirliği; ya görevden alma kararını alan idari makamların kendi karar verme usullerinde adil yargılanma koşullarına uydukları (ki açıkça Türkiye'deki durum bu değildir – bakınız yukarıdaki analiz, Bölüm E, § 1) anlamına ya da tam yargı yetkisini haiz bir yargı organı tarafından sonradan denetime tabi tutuldukları ve madde 6 § 1 kapsamındaki teminatları verdikleri anlamına gelir.^[142]

210. İlk koşulu ele aldığımızda yukarıda alıntı yapılan *Baka* davasında alınan son kararda AİHM, “(‘açıkça hariç bırakılma’) koşulunun yerine getirilmiş olduğunun tespit edildiği az sayıdaki davada söz konusu görev için mahkemeye başvurma hakkının tanınmadığı açık ve ‘net’ bir şekilde ifade edildiğine” işaret etmiştir.^[143] Ayrıca AİHM'nin *Saghatelya/Ermenistan*^[144] davasındaki kararına göre kanunun, mahkemeye başvurma hakkını özel olarak hariç tutması gerekmektedir ki bu da belirli bir idari işlem açısından (bu durumda (*in casu*) olağanüstü hal kanun hükümde kararnameleri) herkese açık olan mahkeme yolunun genel olarak kısıtlanmasının yeterli olmayacağı anlamına gelir. Türkiye Cumhuriyeti bağlamında “net” ve “özel” hariç bırakma koşulunun yerine getirilip

bireysel başvuruda bulunması gerektiğine karar vermiştir. Venedik Komisyonu, kanun hükmünde kararnamelerle doğrudan görevden alınan bu kamu görevlilerinin yargı yoluna gidebilme sorularının, ülke içindeki bir anlaşmazlık konusu olduğunu ve Türk mahkemelerinin bu bağlamda henüz son sözünü söylememiş olduğunun farkındadır. (bakınız özellikle 4 Ekim 2016 tarihli, E. 2016/8136, K. 2016/4076 sayılı Danıştay Kararı).

[141] *Vilho Eskelinen vd./Finlandiya* [GG], no. 63235/00, §62, AİHS 2007-II. Vilho Eskelinen testinin uygulanmasında Avrupa Mahkemesi, AİHS 6. Maddesinin yargı mensuplarının görevden alınması için de uygulanabileceği kararını almıştır – bakınız örneğin *Olujić/Hırvatistan*, no. 22330/05, § 35, 5 Şubat 2009; *Tsanova-Gecheva/Bulgaristan*, no. 43800/12, §§ 85-87, 15 Eylül 2015; *Baka/Macaristan* [GG], no. 20261/12, §§100-110, AİHS 2016.

[142] *Albert ve Le Comptel/Belçika*, 10 Şubat 1983, § 29, Seri A no. 58

[143] *Baka/Macaristan*, yukarıda alıntı yapılmıştır, § 113

[144] *Saghatelyan/Ermenistan*, no. 7984/06, §§33-36, 20 Ekim 2015

getirilmediği tartışılır çünkü yargı denetiminin olmaması sonucu, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinden değil yasama işlemlerinin olağan yargı denetimine tabi tutulmayacağına ilişkin genel kuraldan çıkmaktadır. Ayrıca 1983 kanununda, olağanüstü hal esnasında kendiliğinden (*per se*) yargı denetimi hakkını kısıtlayan veya yasaklayan bir hüküm de bulunmamaktadır.

211. Bir kanun hükmünde kararnameye ilişitirilmiş bir listeye bir kişinin adının eklemek, Hükümetin keyfi kararıdır. Bazı kamu görevlileri idari organların kararlarına dayanarak görevden alınırken bazılarının “listeler” aracılığıyla görevden alınmalarının sebebini anlamak imkânsızdır. Nitekim Hükümetin bir kişinin adalete sığınma hakkı olup olmaması üzerinde kontrolsüz bir yetkisi bulunmaktadır. Kişilerin şahsına yönelik böyle bir düzenleme yöntemi, hukukun üstünlüğü ilkesiyle çelişmektedir. Ayrıca bu modelin, *Vilho Eskelinen* testinin uygulanması amaçları açısından AİHM tarafından kabul göreceği de şüphelidir. Ayrıca görevden alma usullerine dair kamu görevlilerinin farklı muamele görmesinin AİHS'nin 6. maddesiyle birlikte 14. maddesine ve KSHUS'nin koyduğu paralel yükümlülüklerle uygun olup olmadığı da tartışma konusudur.

212. Olağan yargı denetimini uygulamada etkisiz kılan başka bir unsur da kişiye özgü gerekçelendirilmenin olmayışıdır. Bu, hem olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri düzeyinde emredilen görevden almalar/tasfiyeler için de hem de idari organlar tarafından yapılan görevden almalar için geçerlidir. Her iki durumda da görevden almaların, kişiye özgü olmayan toplu kararlar şeklinde gerçekleştiği görülmektedir. Kişinin görevden alınma veya bir şirketin tasfiye edilme sebebini bilmeksizin bu kararları mahkeme huzurunda tartışmak oldukça güçtür.

213. Son olarak Venedik Komisyonu, AİHM'nin arındırma ile ilgili tedbirleri, yasal nitelikleri ve etkileri açısından ceza yaptırımını olarak ele almaya hazırlıklı olduğunu yinelemek ister. Kamu görevlilerinin bir arındırma tedbiri olarak görevden alınmaları – terör örgütü olarak tanımlanan Gülen cemaatiyle bağlantılarından ötürü Devlete arz edecekleri tehlike açısından – disiplin kurallarının ihlali sebebiyle olağan görevden almalarından nitelik açısından farklılık göstermektedir. Bu görevden almaların, iş kaybının da ötesinde yasal sonuçları vardır; tüm faktörler bir arada değerlendirildiğinde bu gibi görevden alımların AİHM tarafından ismen olmasa da esasen ceza hukuku tedbirleri olarak nitelendirilebileceği (güvence altına alınmasa bile) göz ardı edilmemektedir. Bu varsayım, AİHS'nin 6. maddesinin ceza bendi de, maddenin 2 ve 3. paragraflarında sıralanan tüm güvenceleri içerdiğinden, uygulanabilecektir.

214. Devletin olağanüstü hal esnasında AİHS'nin 6. maddesi çerçevesindeki (cezai ve medeni bentleri çerçevesindeki) hakları kısıtlamaya ne kadar devam

edeceği sorusu tartışmaya açıktır. Her hâlükârda AİHS madde 15 § 1'e göre derogasyon tedbirlerinin kati suretle orantılı olması şartı, yetkinin kötüye kullanılmasına ve keyfi davranışlara karşı normal olarak temel bir koruma güvencesini gerekli kılacaktır. Venedik Komisyonu, AİHS madde 15 § 1'in, KSHUS kapsamında İnsan Hakları Komitesinin görüşüne uygun olarak, *zımnen sınırlanamaz* bir hak olan mahkemeye başvurma hakkını kapsadığının ileri sürülebileceğini tekrar etmektedir.^[145]

215. Türk Devletinin, olağanüstü hal zamanlarında kamu görevlilerinin mahkemeye başvurma haklarının düzenlenmesinde geniş takdir alanı olduğu varsayılsa bile bu mantık, "listelerle" tasfiye edilmiş *özel* tüzel kişilikler söz konusu olduğunda anlam taşımamaktadır: özel tüzel kişilerle ilgili alınan tedbirlere karşı yargı denetimine izin verilmemesi, "durumun zaruretleriyle" gerekçelendirilmesi neredeyse mümkün değildir.

216. Yukarıdaki değerlendirmeleri göz önünde bulundurarak Venedik Komisyonu, sözde çok sayıda kamu görevlisinin mahkemede olağanüstü hal tedbirlerine itiraz etme imkânının olmamasının Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu diğer uluslararası sözleşmeleri ihlal edip etmediğinin değerlendirmesinin nihai olarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, AİHM ve yetkili diğer uluslararası kurumlara ait olduğunu yinelemektedir.

H. Diğer çare yolları ve başvuru hakları

217. Türk makamlar raportörlere olağanüstü hal tedbirlerinden etkilenen kişiler için başkaca hukuk yollarının açık olduğunu iddia etmiştir. Nitekim Hükümet Müzekkeresinde, idari organların kararıyla görevden alınan kişilerin, davalarını hiyerarşiye uygun olarak iç hukuk yollarıyla inceletebilecekleri ileri sürülmektedir. Bu da 31 Ağustos 2016 tarihli 2016/428 sayılı HSYK kararının son paragrafıyla şu şekilde teyit edilmektedir:

"6087 sayılı Kanununun 33. Maddesi uyarınca kararın bildirilmesinden sonra on gün içinde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Genel Kuruluna yeniden inceleme tabinde bulunulabilir".

[145] Amerikalılar Arası insan hakları sistemi bağlamında bahsedildiği üzere "Olağanüstü hal ilanı – iç hukuktaki genişliği veya çeşidi ne olursa olsun – Sözleşmenin, Üye Ülkelere olağanüstü hal sebebiyle derogasyona veya askıya alınmaya tabi olmayan hakların korunması için vermeyi şart koştuğu hukuki teminatların ortadan kalkmasına veya etkisiz hale gelmesine neden olamaz." Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi, Rapor no.48/00, dava 11.166, *Walter Humberto Vásquez Véjarano/Peru*, 13 Nisan 2000, § 48.

Türk resmi makamlarına göre kamu görevinden alınan kişilere, bu kararlara itiraz imkânı tanınmıştır; sonuç itibariyle itirazlar neticesinde tekrar değerlendirme altına alınan binlerce kamu görevlisi kanun hükmünde kararname gereğince görevlerine iade edilmiştir. Ayrıca Türk resmi makamları, itirazlar ve yeniden incelemeler neticesinde, 673 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamında kapatılmış 53 özel okulun ve 1 özel öğrenci yurdunun ve 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameyle verilen yetkiye istinaden ilgili bakanın kararıyla kapatılmış olan 42 özel eğitim kurumunun ve özel öğrenci yurtlarının da tekrar açıldığını belirtmektedir.

218. Ayrıca listelerde adı geçenlerin, sonraki kanun hükmünde kararnemelerde görevlerine iade edilmek amacıyla doğrudan Meclise de itirazda bulunabildikleri rapor edilmiştir – en azından raportörlere ziyaretleri esnasında böyle söylenmiştir.

219. Bu gibi yasal yolların mevcut olması hoş karşılanmaktadır ancak bunların yargı sürecinin yerine geçemeyeceği açıktır. Meclis ve idari organlar, tanımları itibariyle hüküm verebilen organlar değildir ve vakaları inceleme, adli yargılanma güvencelerine riayet etme ve gerekçeli karar verme yükümlülükleri yoktur.

I. Olağanüstü hal tedbirlerinin incelenmesi için özel geçici (*ad hoc*) kurul

220. Venedik Komisyonu, sorunun boyutu göz önünde bulundurulduğunda görevden alınmış tüm kamu görevlilerinin mahkemeye başvuru haklarının tamamen derhal yeniden devreye sokulmasının imkânsız olmasa bile zor olabileceğini anlayışla karşılamaktadır. Dolayısıyla geçici (*ad hoc*) bir çözüme ihtiyaç duyulabilir.

221. Anayasa Mahkemesinin, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnemelerinin anayasaya uygunluğunu değerlendirme yetkisini sınırlamaksızın Venedik Komisyonu Türk resmi makamlarını diğer seçenekleri gözden geçirmeye davet etmektedir – örneğin kamu görevlilerinin görevden alınmalarıyla ve ilintili diğer tedbirlerle ilgili bireysel vakaların incelenmesinden sorumlu özel bir geçici kurul oluşturulması gibi. Türk resmi makamlarına Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği tarafından benzer şartlar içeren teklif yapılmış olup Venedik Komisyonu, başvurulacak yolun bu olduğuna inanmaktadır.

222. Böyle bir kurulun esas amacı, tüm vakaları kişiye özgü olarak ele alması olacaktır. Bu kurulun, hukuk kurallarının temel ilkelerine saygılı olması, özel kanıtları incelemesi ve gerekçeli kararlar vermesi gerekecektir. Bu kurul bağımsız ve tarafsız olmalı ve durumu öncesine döndürebilmek (*status quo ante*) ve/veya

uygun olan yerlerde tazminat verebilmek için yeterli derecede yetkili kılınmalıdır. Kanun da böyle bir geçici kurulun kararlarının sonradan yargı denetimine tabi tutulmasına imkân tanınmalıdır. Tazminat sınırları ve biçimleri, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına ve uluslararası insan hakları yükümlülüklerine uygun olarak özel bir olağanüstü hal sonrası mevzuatla Meclis tarafından belirlenebilir.

223. Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnemelerine dayanarak tasfiye edilmiş tüzel kişilikler ise sayıca az olduklarından davaları olağan usule uygun olarak mahkemelerce incelenebilir.

IV. SONUÇ

224. Venedik Komisyonu, 15 Temmuz 2016 tarihli başarısız darbe girişiminin hemen arkasından Başkanının Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini devirme teşebbüsünü kınamak için yapmış olduğu ve “hükümetteki her türlü değişikliğin demokratik kanallara uygun olması gerektiğini” vurguladığı bildiriyle tamamen aynı görüşü paylaşmaktadır.^[146]

225. Türk resmi makamlarının tehlikeli bir silahlı kalkışmayla karşı karşıya kalmış olduğu ve olağanüstü hal ilan etmek ve Hükümete olağanüstü yetkiler vermek için geçerli sebepleri olduğu şüphesizdir. Ayrıca bu durumda insan haklarına bazı ek kısıtlamalar getirilmesine de müsaade edilebilir. Bununla birlikte olağanüstü hal rejimi, Anayasanın ve Devletin iç ve uluslararası yükümlülüklerinin belirlediği sınırlar içinde kalmalıdır.

226. Türkiye Cumhuriyeti'nin, olağanüstü hal ilan edilmesine ilişkin hükümleri, bu konuda ortak Avrupa Standartlarıyla uyumlu görülmektedir. Ancak Hükümet, olağanüstü yetkilerini fazlaca kapsamlı yorumlamış ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve uluslararası yasalarca izin verilenin ötesinde tedbirler almıştır.

227. Venedik Komisyonunun, Türkiye'deki mevcut anayasal durumla ilgili başlıca endişeleri aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

- Olağanüstü hal ilan edilmesini müteakiben iki ayı aşkın bir süredir Hükümetin, Meclis veya Anayasa Mahkemesi kontrolü olmaksızın tek başına yasama erkini kullanmasına fiilen (de facto) izin verilmiştir;

[146] <http://www.venice.coe.int/webforms/events/?id=2266>; ayrıca bakınız Avrupa Konseyi Genel Sekreterinin Le Monde/ La Stampa/ Hürriyet/ Hürriyet Daily News/ Frankfurter Allgemeine Zeitung'da 22 Ağustos 2016 tarihinde yayımlanan görüşü.

- Hükümet, geçici bir olağanüstü halin dışına çıkan kalıcı tedbirler almıştır. Kamu görevlileri sadece görevden uzaklaştırılmamış, görevden alınmış, kurum ve kuruluşlar tasfiye edilmiş, mallarına ise geçici olarak Devlet idaresi altına alınmak yerine el konmuştur. Ayrıca Hükümet mevzuatta, normal şartlarda olağanüstü halin dışında olağan yasama sürecinden geçmesi gereken bir takım yapısal değişiklikler yapmıştır;
- Hükümet, olağanüstü hal yetkilerini *kişilerin şahsına yönelik (ad hominem)* mevzuatlarla kullanmıştır. Özellikle on binlerce kamu görevlisi, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerine iştirilmiş listelerden yola çıkılarak görevden alınmıştır. Söz konusu toplu görevden almalar, bireye indirgenmemiştir yani her bir bireyle ilgili doğrulanabilir kanıtlardan bahsedilmemiş ve bunlar kararlarda belirtilmemiştir;
- Kanun hükmünde kararnamelerle veya bunlara dayanarak görevden alınan kamu görevlilerinin idari yasal süreçlerindeki temel haklarına saygı gösterilmemiştir;
- Gülen cemaatiyle veya “terörist” kabul edilen diğer örgütlerle bağlantılı oldukları iddiasıyla toplu görevden alma kararları alınmıştır ancak bu kavram, kabaca tanımlanmış ve bu gibi örgütlerle anlamlı bir bağlantı olmasına gerek görülmemiştir. (örneğin kamu görevlisinin sadakatine yönelik objektif olarak ciddi şüpheler uyandıracak bağlantılar);
- Görevden almalarla ilintili tedbirlerin bazıları, görevden alınan kamu görevlilerinin aile fertlerini de haksız yere cezalandırmıştır;
- Ceza muhakeme usulü açısından, yargı denetimi olmaksızın duruşma öncesi gözaltı süresinin 30 güne uzatılması son derece sorunlu olup şüphelilerin ancak aleyhlerinde “makul şüpheye” dayanarak tutuklanmaları emri verilebilir ve ancak güvenlik risklerinin ikna edici şekilde kendini gösterdiği zamanlarda, sadece çok kısıtlı bir süre boyunca ve son olarak da yargı denetimine tabi olarak münferit vakalarda istisnai durumlarda avukatla görüşme hakkı kısıtlanabilir;
- Hükümet, tutukluları kötü muameleye karşı koruyan hayati güvencelerini de ortadan kaldırmış olup bu da kötü muamele *ihtimalini artırmaktadır*;
- Anayasa Mahkemesinin soyut ve somut (*in abstracto ve in concreto*) olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin anayasaya uygunluğunu inceleyip incelemeyeceği belirli değildir. Venedik Komisyonu, Anayasa Mahkemesinin böyle bir yetkisi olması gerektiğini düşünmektedir;

- Kanun hükmünde kararnamelere iliştirilen “listelere” göre toplu görevden almaların (ve benzeri tedbirler) binlerce insanı görevden alınmalarıyla ilgili yargı denetiminden keyfi olarak mahrum bıraktığı görölmektedir.

227. Venedik Komisyonu, kanun hükmünde kararnamelerle doğrudan görevden alınmış kamu görevlilerinin ve kanun hükmünde kararnamelerle tasfiye edilmiş tüzel kişiliklerin mahkemeye başvuru haklarının olmamasından ise bilhassa endişe duymaktadır. Eğer kamu görevlilerinin mahkemeye başvuru haklarının tamamen yeniden devreye sokulması uygulama açısından mevcut koşullarda imkânsızsa Türk resmi makamları, tüm vakaların kişiye özgü ele alınmasına ve sonuç olarak görevden alınmış olan kişilere “kendini savunma fırsatı” vermesine imkân tanıyacak alternatif yasal mekanizmalar üzerine düşünmelidir. Venedik Komisyonu, bireysel görevden alma davalarının incelenmesi için sonradan yargı denetimine tabi bağımsız bir geçici (*ad hoc*) kurul oluşturulmasıyla ilgili olarak Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği tarafından yapılan teklifi desteklemektedir.

229. Sonuç olarak Venedik Komisyonu, olağanüstü halin asıl amacının, demokratik yasal düzeni geri getirmek olduğunu hatırlatır. Olağanüstü hal rejimi haksız yere uzatılmamalıdır; eğer Hükümet olağanüstü hak yetkileriyle çok uzun süre hükmederse demokratik meşruluğunu kaçınılmaz olarak yitirecektir. Ayrıca olağanüstü hal süresince sınırlanamaz haklara kısıtlama getirilemez ve haklar üzerindeki diğer kısıtlamaların da, belirtilen olağanüstü halin zaruretleri ışığında kati suretle gerekli olduğunun ortaya konması gerekir. Venedik Komisyonu, 15 Temmuz 2016 tarihinde yaşanan dramatik olayların aksine Türk Devletinin kısa zamanda normal işleyişine geri döneceği umudunu taşımaktadır. Venedik Komisyonu, bu bağlamda yetkililerin ihtiyaç duyabileceği her türlü yardımı yapmaya hazırdır. Venedik Komisyonu ayrıca, olağanüstü hal tedbirlerinin basın özgürlüğü üzerindeki etkilerini ayrı bir görüşte inceleyeceğini de hatırlatır.

Strazburg, 13 Mart 2017

CDL-AD(2017)007

872 / 2016 Sayılı Görüş

Orijinal: İngilizce

**AVRUPA HUKUK YOLUYLA DEMOKRASİ KOMİSYONU
(VENEDİK KOMİSYONU)
TÜRKİYE**

**SON DÖNEMDE ÇIKARILAN KANUN HÜKMÜNDE
KARARNAMELERDE YERALAN
MEDYA ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN TEDBİRLER
HAKKINDA GÖRÜŞ**

**Venedik Komisyonu tarafından 110. Genel Oturumunda
kabul edilmiştir.
(Venedik, 10-11 Mart 2017)**

Görüş bildiren üyeler:

Sayın Christoph GRABENWARTER (*Üye, Avusturya, Başkan Yardımcısı*)

Sayın Regina KIENER (*Üye, İsviçre*)

Sayın Martin KUIJER (*Yedek Üye, Hollanda*)

Sayın Herdis KJERULF THORGEIRSDOTTIR (*Üye, İzlanda, Başkan
Yardımcısı*)

GAYRİRESMİ ÇEVİRİ

Bu belge İnsan Hakları Ortak Platformu tarafından Türkçeye çevrilmiştir.

I. Giriş

1. 9 Kasım 2016 tarihinde Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Siyasi İşler ve Demokrasi Alt Komitesi, son dönemde olağanüstü hal kapsamında çıkarılan kanun hükmünde kararnemelerde yer alan medya özgürlüğüne ilişkin tedbirler ile ilgili Venedik Komisyonu'nun görüşünü talep etmiştir.

2. Sayın Christoph Grabenwarter, Sayın Regina Kiener, Sayın Martin Kujerand, Sayın Herdis Kjerulf Thorgeirsdottir bu görüş için raportör olarak davet edilmiştir. Venedik Komisyonu heyeti 6-7 Şubat 2017 tarihlerinde Ankara'yı ziyaret etmiş ve Hükümet yetkilileri, yargı organları, siyasetçiler, avukatlar, gazeteciler ve STÖ temsilcileriyle görüşmüştür. Venedik Komisyonu, bu ziyaretin mükemmel organizasyonundan dolayı Türk makamlarına şükranlarını sunar.

3. Bu görüş, olağanüstü hal kararnemelerinin Türk makamlar tarafından sağlanan İngilizce ve Fransızca tercümeleri (bkz. CDL-REF(2016)061 ve CDL-REF(2017)11) ile Türk Ceza Kanunu'nun İngilizce tercümesi (bkz CDL-REF(2016)011) üzerinden raportörlerin oluşturduğu yorumlara dayanılarak hazırlanmıştır. Bu çeviriler her hususta orijinal Türkçe metni doğru bir şekilde yansıtmayabilir. Dolayısıyla burada ele alınan bazı sorunlar tercüme hatalarından kaynaklanmış olabilir. Venedik Komisyonu, Türk makamları tarafından raportörlerin Ankara ziyareti için hazırlanan yazılı memorandumunu da (bundan böyle Hükümet Memorandumu olarak anılacaktır – bkz. CDL-REF(2017)010) dikkate almıştır.

4. İşbu görüş Venedik Komisyonu'nun 110. Genel Oturumunda kabul edilmiştir (10-11Mart 2017).

II. Arka plan bilgisi

5. 15 Temmuz 2016 tarihindeki başarısız darbe girişiminin ardından Türkiye Hükümeti olağanüstü hal ilan etmiş ve Olağanüstü Hal Kararnemeleri çıkarmaya başlamıştır. Bu zamandan beri 21 kanun hükmünde kararneme çıkarılmıştır (667-687 sayılı KHK'lar). Olağanüstü hal süresi iki defa uzatılmıştır.^[1] Olağanüstü Hal Kararnemelerin öncelikli amacı devlet aygıtına nüfuz eden gizli bir yapılanma olan ve Türkiyeli yetkililerin darbe girişiminden sorumlu tuttuğu "Gülen grubunu" (yetkililer tarafından "Fethullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması" ya da "FETÖ/PDY" olarak adlandırılmaktadır) dağıtmaktır. Bu tedbirler, Venedik Komisyonu'nun 15 Temmuz 2016 tarihindeki başarısız

[1] Türk makamlarının 5 Ocak 2017 tarihli bildiriminde, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne olağanüstü halin 19 Nisan 2017 tarihine kadar üç ay daha uzatıldığı bilgisi verilmiştir.

darbe girişiminin ardından kabul edilen 667-676 sayılı KHK'lar hakkındaki CDL-AD(2016)037 kodlu görüşünde (bundan böyle Olağanüstü Hal KHK'ları Hakkındaki Görüş olarak anılacaktır) ayrıntılı bir şekilde anlatılmıştır.^[2]

6. İşbu görüşün amacı, olağanüstü hal rejiminin Türkiye'de medya özgürlüğünü nasıl etkilediğini incelemektir.^[3] Genel olarak, medya özgürlüğü düzeyi yasal çerçevenin dışında bir dizi etkenin ekonomik, politik, öz-düzenleme bileşimiyle tanımlanır. Finansal baskı yöntemlerinin dolaylı kullanımı bile caydırıcı etkiler yaratabilir ve oto sansüre yol açabilir.^[4] Ne var ki, Venedik Komisyonu'nun delil toplama ve tespit kapasitesi olmadığı ve bireysel vakaları değerlendiremediği için bu etkenlerin tümünü değerlendirme olanağı bulunmamaktadır.^[5] Bu nedenle Komisyon, ifade özgürlüğüyle ilgili olağanüstü hal kararnamelemleri ile düzenlenen tedbirlere ve bunların ilk sonuçlarına odaklanacaktır. Mevcut görüş, temel olarak üç soru grubunu inceleyecektir:

- Medya kuruluşlarının olağanüstü hal kararnamelemleri ile toplu bir şekilde kapatılması
- Olağanüstü hal döneminde gazetecilerin yeni ceza yargılaması kuralları uygulanarak ceza kovuşturmasına maruz kalması
- 685 sayılı KHK ile oluşturulan yeni yasal mekanizma; olağanüstü hal kararnamelemleri, olağanüstü hal kararnamelemleri ile özel ve tüzel kişilere (medya kuruluşları dahil) uygulanan bireysel tedbirleri değerlendirmekle görevlendirilen "inceleme komisyonu".

[2] Bkz. paragraflar 180-182 ve 51-152

[3] Türkiye'de medya özgürlüğünün durumu, darbe girişiminden önce de tartışma konusuydu – uluslararası bir STÖ olan "Sınır Tanımayan Gazeteciler" in web sitesinde (<https://rsf.org/en/turkey>) yer alan, ülkenin geçmiş yıllardaki ifade özgürlüğü sıralamasındaki yerini gösteren ülke profiline bakabilirsiniz. Ayrıca bakınız Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserinin Memorandumu, CommDH(2017)5, 15 Şubat 2017, s.12)

[4] Bu nedenle, örneğin, Venedik Komisyonu heyeti, kamuya ait "resmi reklamların" bölgesel gazetelerden seçici bir şekilde geri çekilmesi konusunda bilgilendirilmiştir. Yerel gazeteler için bu reklam hasılatları temel gelir kaynaklarından birini oluşturmaktadır. Ayrıca bkz. H. Thorgeirsdóttir, "Self-Censorship among Journalists: A (Moral) Wrong or a Violation of ECHR law? (Gazeteciler arasında oto sansür: Etik bir hata mı yoksa AİHS'in ihlali mi?)" (2004) E.H.R.L.R. (No. 4), s. 383-399.

[5] Türkiye'de medya özgürlüğünün durumunu etkileyen çeşitli faktörlerin kapsamlı bir değerlendirmesi ve daha önceki düzenlemeler ile uygulamaların (yani, olağanüstü kararnamelemlerle doğrudan bağlantısı olmayan) analizi için bakınız Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserinin Memorandumu, CommDH(2017)5, 15 Şubat 2017, s.12). Bu dökümanda bağımsız gazeteciler ve medya kuruluşlarıyla ilgili özel davaların analizi de yer almaktadır.

7. İncelenecek ilk soru grubu, medya kuruluşlarının 668, 675, 677 ve 683 sayılı kararnamele toplu olarak kapatılmasına ilişkindir. Medya kuruluşları, “FETÖ/PDY’ye aidiyeti, iltisakı veya irtibatı” olduğu gerekçesiyle kapatılmıştır (668 sayılı KHK’nın 2. Maddesi).^[6] Temmuz 2016’dan beri toplam 190 medya kuruluşu (yayınevleri, gazete ve dergiler, haber ajansları, TV kanalları ve radyolar)^[7] kapatılmış, bu şekilde 2500’den fazla gazeteci ve medya çalışanı işsiz bırakılmıştır.^[8] Kapatma kararına ek olarak, medya kuruluşlarının mallarına el konulmasına karar verilmiştir.^[9] 23 medya kuruluşuna ilişkin daha önce verilen kapatma kararı 675 ve 679 sayılı KHK’lar ile iptal edilmiştir.

8. Bu görüşte incelenecek ikinci soru grubu, ceza hukuku ve ceza yargılamasıyla ilgilidir. Olağanüstü hal kararnamele ceza hukukunun maddi kurallarını değiştirmemişse de olağanüstü hal ilanından sonra gazetecilere, blog yazarlarına ve siyasi aktivistlere yönelik ceza kovuşturmaları fiili olarak artmıştır. Olağanüstü hal döneminde 150’nin üstünde gazeteci, yazılarında terörizmi savundukları ya da diğer benzer “sözlü eylem suçlarını” işledikleri veya silahlı örgütlere üye oldukları iddiasıyla gözaltına alındı ve tutuklandı.^[10] Ek olarak, 667 ve 668 sayılı KHK’larda, soruşturma organlarını, kovuşturmayı ve mahkemeleri rahatlatmak amacıyla yeni usul kuralları getirilmiştir.^[11]

9. Üçüncü soru grubu, önceki kararnamele kapatılan medya kuruluşlarının başvurularını incelemekle görevlendirilen bir inceleme komisyonunun kurulduğu 685 sayılı KHK’ya ilişkindir.

10. Venedik Komisyonu, bu üç soru grubunu temel olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)

[6] Sonraki kanun hükmünde kararnamelerde hemen hemen aynı formül kullanılmıştır.

[7] Bu sayılar Hükümet memorandumundan alınmıştır, bkz. sayfa 79 ve sonrası. Yukarıda bahsedilen Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserinin Memorandumuna göre, “11 Ocak 2017 itibarıyla toplam 158 medya şirketi kapatılmıştır. Bunların içinde 45 gazete, 60 TV kanalı ve radyo istasyonu, 19 dergi, 29 yayınevi ve 5 haber ajansı yer almaktadır” (s.40).

[8] 45 gazete, 16 TV kanalı, 3 haber ajansı, 23 radyo istasyonu, 15 dergi ve 29 yayınevinden oluşan 131 medya kuruluşu FETÖ/PDY ile bağlantılı oldukları iddiasıyla 27 Temmuz 2016 tarihli 668 sayılı KHK ile kapatıldı. 29 Ekim 2016 tarihli 675 sayılı KHK ile 2 haber ajansı, 10 gazete ve 3 dergi kapatıldı. 22 Kasım 2016 tarihli 677 sayılı KHK ile de 7 gazete, 1 dergi ve 1 radyo istasyonu kapatıldı. Doğrudan kanun hükmünde kararnamelerle kapatılmayan medya kuruluşları “ilgili bakanlıklar tarafından kurulan komisyon” kararıyla tasfiye edilebilir” (Bkz. 668 sayılı KHK madde 2.4).

[9] Örneğin bkz. 668 sayılı KHK madde 2(3); sonraki kararnamelerde aynı tedbir yer almaktadır.

[10] Bkz. Türk Ceza Kanunu’nun 216, 299, 301 ve 314. Maddeleri Hakkında Görüş, CDL-AD(2016)002, para. 8-12.

[11] Bu tedbirler, Ocak 2017’de çıkarılan 684 sayılı KHK ile kısmen kaldırılmıştır.

içtihatları bağlamında ele alacaktır. Komisyon, ayrıca, gerektiğinde uluslararası insan hakları hukukunun diğer kaynaklarına (örneğin, Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, MSHUS) ve Türkiye Anayasası'na da atıfta bulunacaktır. Komisyon, olağanüstü hal kararlarının AİHS'ne uygunluğunu değerlendirecek olan nihai kurumun AİHM olduğunu vurgular.

III. Türkiye'deki mevcut olağanüstü rejime ilişkin temel gözlemler

11. Bu gözlemler, büyük oranda Olağanüstü Hal KHK'ları Hakkındaki Görüşe dayanmaktadır. Söz konusu görüşte Venedik Komisyonu, Türkiye'deki olağanüstü hal rejiminin yasal çerçevesini incelemiştir. O görüşte yapılan tavsiyeler hala geçerlidir ve aşağıdaki gibi özetlenebilir:

A. Venedik Komisyonu'nun Önceki Tavsiyelerinin özeti

12. Venedik Komisyonu, darbe girişimini bir kez daha kınar ve demokratik yollarla seçilen hükümetin kendisini savunma hakkını kabul eder.^[12] Olağanüstü hal kararı, Türkiye Anayasasının 120. Maddesi, AİHS'nin 15. Maddesi ve Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin (MSHUS) 4. Maddesine dayandırılabilir. Ne var ki, Venedik Komisyonu olağanüstü halin uzatılmasının gerekliliği konusunda ikna olmamıştır. Genel olarak, bu durum ne kadar uzarsa, istisnai olduğunu gerekçelendirmek o kadar zorlaşır.^[13]

13. Olağanüstü hal rejimlerinde hükümet, sadece olağanüstü halin nedenleri ve amaçlarıyla ilişkili tedbirleri almalıdır.^[14] Bu, kişilerin ve tüzel kişilerin "FETÖ/PDY" ile (ya da ulusal güvenliği tehdit ettiği iddia edilen diğer örgütler ile) bağlantılarını değerlendirmek için kullanılan kriterlerin kamuya en azından resmi olarak açıklanmadığı durumlarda özellikle önem arz etmektedir.^[15] "Terör örgütleri" ile "bağlantılar" genel anlamda tanımlanmış ve bireysel olarak doğrulanmamıştır.^[16] Bireysel davalardaki bu bağlantılara ilişkin doğrulanabilir delillerin yokluğuna yerel mahkemeler önünde etkili bir şekilde itiraz etmek şimdiye kadar mümkün olmamıştır.^[17]

[12] Bkz. CDL-AD(2016)037, par. 7, 38, 39 ve 225

[13] a.g.e. par. 41

[14] a.g.e. par. 79-80, 85

[15] a.g.e. par. 129

[16] a.g.e. par. 128-131, 134-140

[17] a.g.e. par. 80, 203-205, 214-216, 220-223 ve 227

B. Olağanüstü yetkilerin, olağanüstü halin amacını aşacak şekilde kullanılması

14. Önceki iki tavsiye, bu görüşün amaçları bağlamında özellikle önemlidir.

15. Venedik Komisyonu, ilk olarak, kalıcı etkiye sahip yapısal (genel) tedbirlerin ya da bireysel tedbirlerin olağanüstü hal kararlameleri çıkararak değil, normal koşullarda tartışılması ve uygulanması gerektiğini tekrar eder.^[18] Örneğin, bu görüş bağlamında Venedik Komisyonu, 680 sayılı KHK ile 6112 sayılı radyo ve televizyon kanununda kalıcı değişiklikler yapıldığını, özellikle düzenleyici kuruma (RTÜK) geçici veya yasağın tekrar delinmesi durumunda kalıcı yayın durdurma hakkının verildiğini gözlemlemiştir (KHK'nin 17. Maddesi ile değiştirilen yeni 7. Madde). Söz konusu KHK ile terör saldırılarının medyada işlenmesine ilişkin de yeni bir kural getirilmiş ve bu yayınların “terörizmin çıkarlarına hizmet edecek sonuçlar doğurmaması” gerektiği belirtilmiştir. RTÜK'ün yayın lisansı başvurularını değerlendirmesiyle ilgili bir diğer değişiklikle, üst düzey yöneticilerinin (ve hatta “ortaklarının”) terör örgütlerine “iltisakı” yahut bunlarla “irtibatı” olduğu Millî İstihbarat Teşkilatı veya Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından bildirilen medya kuruluşlarının lisans taleplerini ulusal güvenlik ve kamu düzeni gerekçesiyle reddedebilmesi için üst kurula neredeyse sınırsız takdir yetkisi verilmiştir (KHK'nin 19. maddesi).

16. Venedik Komisyonu'nun görüşüne göre bu değişiklikler kendi içinde sorunlu olabilir. 18. Maddede (“terörizmin çıkarlarına hizmet edecek sonuçlar doğuran” yayınları yasaklayan madde) kullanılan formüldeki belirsizlik geniş yorumlara sebebiyet verebilir ve bu durum, terörle ilgili konuları ele alan gazeteciler için caydırıcı etki yaratacaktır.^[19] Sadece belirli kişilerin terör örgütlerine iltisakı veya bunlarla irtibatı olduğu bilgisine dayanarak yayın lisansı başvurularının reddedilmesi de eleştiriye açık bir uygulamadır çünkü bu şekilde yayın lisansı başvurularını engellemeleri için istihbarat kurumlarına takdir yetkisi verilmektedir ki bu yetki siyasi nedenlerle kolayca kötüye kullanılabilir.

17. En önemlisi, Venedik Komisyonu bu değişikliklerin dikkatlice hazırlanmış ve Parlamentoda kabul edilmeden önce düzgün bir şekilde tartışılmış normal bir yasayla değil, bir olağanüstü hal kararnamesiyle getirildiğini belirtir. Bu değişiklikler, hükümet tarafından olağanüstü hal bağlamında ve bu

[18] A.g.e. par. 89-90 ve 227

[19] Bütün teröristlerin amaçlarından biri, halk arasında korkuya neden olmaktır; saldırının büyüklüğü ve içeriğiyle ilgili en küçük bilgiyi bile içeren haberler bu sonucu doğurabilir ve dolayısıyla, “terörizmin çıkarlarına hizmet edecektir”. Teröristlerin yaydıklarına benzer siyasi düşünceleri dile getiren üçüncü kişilerle röportaj yapmak bile – bu kişiler bu amaçlara ulaşmak için barışçıl ve yasal araçları desteklese de – 18. Maddenin ihlali olarak görülebilir.

dönemin amaçlarına uygun şekilde geliştirilen kavramlarla olağan mevzuatı bozmaktadır. Bu durum, olağanüstü kuralların “kalıcılaştırılmasına” ilişkin gerçek bir riskin bulunduğunu ortaya koyar ki bu da normal ve demokratik siyasi işleyişe zarar verir.

18. İkinci olarak, Venedik Komisyonu olağanüstü hali gerektiren nedenler ve olağanüstü hal KHK’lerinde yer alan tedbirler arasında mutlak ve gerçek bağların olması gerektiğini tekrarlar. AİHS’nin 15. Maddesine göre, insan haklarının olağandışı bir şekilde kısıtlanmasına ancak “durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde” izin verilebilir. Benzer şekilde, Türkiye Anayasasına (121. Maddenin 3. fıkrası) göre, kanun hükmünde kararnameleler “olağanüstü halin gerekli kıldığı konular” ile ilgili olmalıdır. Venedik Komisyonu mevcut ortamda bu durumun her zaman geçerli olmadığını ve bunun sorunlu olduğunu düşünmektedir.

19. Örneğin, 1961 tarihli 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri hakkında Kanununun 149/a maddesi, 9 Şubat 2017 tarihinde çıkarılan 687 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu düzenleme, özel radyo ve televizyon kanallarının seçim dönemlerinde genel yayın esaslarına – Anayasaya bağlılık, ülkenin bütünlüğü, milli egemenliği, Cumhuriyeti, kamu düzenini, kamu yararını korumak, genel ahlaki gözetmek, şiddetin telkin edilmesini engellemek, kişilerin özel hayatları ile şeref ve haysiyetlerini korumak, ve özellikle tarafsız yayıncılık ilkesi ile bir siyasi parti adına yayın yapmamak ve belirli bir inanç ve düşüncenin menfaatlerine alet olmamak (298 sayılı kanununun 55/A maddesi ile birlikte okunan 2954 sayılı kanununun 5. Maddesi) – aykırı yayın yapması halinde Yüksek Seçim Kurulu’nun yaptırım uygulamasını ele alır. 687 sayılı KHK uyarınca, seçim döneminde tarafsız veya siyasi anlamda yansız yayın yapmayan özel radyo ve televizyon yayıncılarına Yüksek Seçim Kurulu tarafından artık ceza verilemeyecektir.

20. Venedik Komisyonu, yaptırımların kaldırılmasının olağanüstü hal döneminde nasıl bir gereklilik arz ettiğini ve kanun hükmünde kararnameyle düzenlenecek şekilde “durumun kesinlikle gerektirdiği” bir uygulama olduğunu anlayamamaktadır. Bu hususta Venedik Komisyonu, Türkiye devletinin anayasa değişikliğiyle zor bir dönemece girdiğini gözlemlemektedir. Söz konusu değişikliklerle, esas olarak Cumhurbaşkanının yetkilerinin güçlendirilmesi amaçlanmaktadır.^[20] 687 sayılı KHK, anayasa değişikliği kampanyasında haksız bir etki yaratacak gibi görünmektedir. Venedik Komisyonu hem devlete bağlı hem de

[20] 16 Nisan 2017 tarihindeki referandum için önerilen anayasa değişiklikleri, 21 Ocak 2017 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edilen ve 16 Nisan 2017’de ulusal referandumda oylanacak anayasa değişikliği hakkındaki CDL-AD(2017)005 sayılı Komisyon Görüşünde analiz edilmiştir.

özel yayın kuruluşlarının ve referandum kampanyasının bütün taraflarına adil erişim ile kamu yayıncılarının dengeli ve yansız yayın yapmasının, seçmenlere bilinçli bir seçim yapmaları konusunda yardımcı olmak için gerekli olduğunu hatırlatır.^[21]

C. Olağanüstü hal rejiminin, yaklaşmakta olan referandumun medya tarafından ele alınmasına etkileri

21. Daha genel bir ifadeyle, Venedik Komisyonu şunu yineler: “[...] referandum koşulları, seçmenlerin bir görüş oluşturma özgürlüğünü güvence altına almalıdır. Bu, diğer şeylerin yanı sıra [...] seçmenlere yeterli bilgi verilmesini ve kamuoyu tartışmaları için yeterli zamanın ayrılmasını gerektirir”.^[22] Kritik bir referanduma giderken, misilleme korkusu olmaksızın karşı görüşlerin tartışıldığı sağlıklı ve çoğulcu bir medyaya sahip olmak özellikle önem taşımaktadır. Venedik Komisyonu’nun aşağıda açıklayacağı gibi, büyük oranda olağanüstü hal tedbirlerinin etkisiyle medya özgürlüğünün ciddi bir şekilde zarar gördüğü mevcut koşullarda, Türkiye’nin gelecekteki anayasası hakkında düzgün bir kamusal tartışmanın yürütülmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, bu perspektiften bakıldığında, anayasa değişikliğinin zamanlaması kaygı uyandırmaktadır.

IV. Medya özgürlüğüne ilişkin belli başlı genel ilkeler

22. Türkiye Anayasası, ifade özgürlüğünü çeşitli düzenlemelerle korumaktadır: düşünce ve kanaat hürriyeti (Madde 25); düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (Madde 26); basın hürriyeti (Madde 28); süreli ve süresiz yayın hakkı (Madde 29); ve basın araçlarının korunması (Madde 30). Anayasa Mahkemesi’nin deyişiyle, “ifade özgürlüğü demokratik toplumun temelini oluşturan ana unsurlardan ve toplumun ilerlemesi ve bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini oluşturmaktadır”.^[23]

23. Tam da bu nedenle, medya AİHM tarafından “kamunun bekçi köpeği” olarak adlandırılmaktadır.^[24] Medya üzerindeki kısıtlamalar, demokratik bir

[21] CDL-AD(2010)013, Mart 2010’da değiştirilen Gürcistan Seçim Kanunu hakkında Ortak Görüş, par. 48; ayrıca bkz. gözden geçirilmiş CDL-AD(2002)023, Seçim Konularında İyi Uygulama Kuralları, Rehber İlkeler ve Açıklayıcı Rapor, par. I.2.3.c

[22] CDL-AD(2016)029, Azerbaycan – 26 Eylül 2016 tarihli referandumda oylanacak Anayasa değişikliği taslağı hakkında Görüş, par. 8 (diğer atıflar çıkarılmıştır)

[23] Anayasa Mahkemesinin 14 Aralık 2016 tarihli ve 2016/186 sayılı kararı, par.19

[24] AİHM, 23 Eylül 1994, *Jersild – Danimarka davası* (no. 15890/89); Seri A no. 298, par. 31; AİHM, *Bladet Tromsø a. Stensaas – Norveç davası*, 20 Mayıs 1999 [GC], no. 21980/93, AİHM 1999-III, par 59.

toplumda düzgün çalışan kitle medyasının temel rolü ışığında uluslararası insan hakları kuruluşları tarafından yakından incelenir.^[25] Taraf Devletler medya bağımsızlığını ve çeşitliliğini teşvik etmek için gerekli özeni göstermelidir. İfade özgürlüğü eleştiri niteliğindeki düşüncelerin dile getirilmesini de kapsar. İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasına, ifadenin şiddet ve/veya nefrete teşvik ettiği durumlarda ^[26] ve haksız bir rahatsızlık doğurduğu durumlarda ^[27] izin verilebilir. Ne var ki, polemik yaratan ve saldırgan, bir dereceye kadar abartı ve hatta provokasyon içeren ifadeler AİHM içtihatlarına göre kabul edilebilir.^[28] Aynısı, “düşüncelerin açıklanması ve yayılması sırasında kullanılan ifadelerin sert olması doğal karşılanmalıdır”^[29] diyen Anayasa Mahkemesi için de geçerlidir.

24. Medya özgürlüğü, MSHUS sisteminde olağanüstü öneme sahiptir. BM İnsan Hakları Komitesine göre “özgür, sansürsüz ve engelsiz bir basın ve diğer medya araçları, toplumlarda düşünce ve ifade özgürlüğünün güvence altına alınması ile Sözleşmedeki diğer hakların hayata geçirilmesi için zaruridir. Bu, demokratik bir toplumun temel yapı taşlarından birini oluşturur.”^[30]

25. Belirli insan hakları güvencelerinin ihlal edilmesine bakılmaksızın, olağanüstü hal uyarınca getirilen tedbirlerin genel olarak medya özgürlüğü üzerindeki “caydırıcı etkisine” dikkat çekilmelidir. Bu etki, uygulanan yaptırımların orantılılığını/gerekliliğini – dolayısıyla haklılığını – değerlendirmede de rol oynar.^[31] Ek olarak, devletlerin insanların kendilerini ifade etmelerine ve kamusal tartışmalara korkusuzca katılmalarına izin vererek farklı ve alternatif fikirlerin gelişmesi için elverişli bir ortam yaratma yükümlülüğü vardır.^[32]

[25] Örneğin, bakınız İnsan Hakları Konseyinin 19 Mart 2009 tarihli Mavlonov ve Sa'di – Özbekistan kararı, no. 1334/2004, par. 8.3

[26] Örneğin, bakınız AİHM, *Cumpănă ve Mazăre – Romanya*[GC], no. 33348/96, par. 115, AİHM 2004-XI; *Féret – Belçika*, no. 15615/07, par. 73, 16 Temmuz 2009.

[27] Bakınız AİHM, *Otto Preminger Enstitüsü – Avusturya*, no. 13470/87, 20 Eylül 1994, par. 49.

[28] Bakınız AİHM, *Handyside – Birleşik Krallık*, no. 5493/72, 7 Aralık 1976, par. 49; *Kulis' – Polonya*, no. 15601/02, par. 47, 18 Mart 2008.

[29] 14 Aralık 2016 tarihli karar, a.g.e.

[30] İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 34, par.13; bakınız İnsan Hakları Konseyi 1128/2002 sayılı Marques – Angola kararı, 29 Mart 2005'te kabul edilen görüşler, par. 6.8.

[31] Diğerlerinin yanında bakınız AİHM, *Nikula – Finlandiya*, no. 31611/96, par. 54, AİHM 2002 II; *Cumpănă ve Mazăre*, yukarıda geçen, par. 114; *Dammann – İsviçre*, no. 77551/01, par. 57, 25 Nisan 2006; *Kudeshkina – Rusya*, no. 29492/05, par. 99, 26 Şubat 2009.

[32] Bakınız AİHM, *Dink – Türkiye*, no. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, par. 137, 14 Eylül 2010.

26. AİHS'nin 10. Maddesi ile güvence altına alınan haklar, yine AİHS'nin 15. Maddesi^[33] kapsamında Avrupa Konseyi Genel Sekreterine bildirimde bulunularak^[34] askıya alınabilir. Ne var ki, askıya alınması, AİHS'nin tamamen uygulanmaması anlamına gelmemektedir; herhangi bir olağanüstü sınırlamaya ancak ve ancak “durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde” izin verilebilir^[35]. AİHM, Devletlere olağanüstü hal dönemlerinde geniş takdir yetkisi tanısa da^[36], yetkililerin yeterli sebepler geliştirmesini varsayan^[37] gereklilik/orantılılık kavramları hala geçerlidir^[38]. Benzer şekilde, keyfilige karşı usule ilişkin birtakım güvencelerin oluşturulmasına işaret eder^[39].

27. Aynı şekilde, olağanüstü hal kararlarının kapsamı Türkiye Anayasasında (bakınız madde 121.3) “olağanüstü halin gerekli kıldığı konularla” sınırlı tutulmaktadır ve 15. Maddenin 1. fıkrasına göre anayasal hakların kullanılması “durumun gerektirdiği ölçüde durdurulabilir. Türkiye Anayasası bu açıdan kesinlikle AİHS ile aynı felsefeye dayanmaktadır.

28. Son olarak, BM İnsan Hakları Komitesi de benzer şekilde sadece olağanüstü halin kendisi değil, “alınacak tedbirler de olağanüstü durumun gerektirdiği ölçüde olmalıdır” diye vurgulamıştır ve Taraf Devletlerin orantılılık prensibine gerekli dikkati ve özeni göstermediğini ifade etmiştir.^[40]

V. Medya kuruluşlarının kapatılması

A. Medya kuruluşlarının kapatılmasının ifade özgürlüğüne müdahale anlamına gelip gelmediği

29. Kanun hükmünde kararnamele yazılanlara göre, medya kuruluşları “FETÖ/PDY” (ve “terörist” olarak değerlendirilen veya “Milli Güvenlik Kurulu tarafından Devletin milli güvenliğine karşı faaliyet yürüttüğüne karar verilen diğer örgütler) ile “irtibatları” olduğu iddiasıyla kapatılmıştır. Bu tedbirin ayırt

[33] AİHS 15. Madde kapsamında askıya alınamayan 7. Madde hariç (örneğin, bakınız AİHM, S.W. – Birleşik Krallık, no. 20166/92, 22 Kasım 1995, par.34).

[34] Türkiyeli yetkililer bu bildirim yaptı (bakınız CDL-AD(2016)037, par. 55 ve sonrası).

[35] Bu kavram, 668 sayılı KHK'nın birinci maddesinde belirtilmiştir: “alınması gereken tedbirler”.

[36] AİHM, *İrlanda – Birleşik Krallık kararı*, no. 5310/71, par. 207, 18 Ocak 1978.

[37] AİHM, *Aksoy – Türkiye kararı*, no. 21987/93, par. 78, 18 Aralık 1996.

[38] AİHM, *Brannigan ve McBride – Birleşik Krallık kararı*, no. 14553/89 ve 14554/89, par. 54, 26 Mayıs 1993.

[39] AİHM, *Lawless – İrlanda (3) kararı*, no. 332/57, par. 37, 1 Temmuz 1961.

[40] İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum no. 29, par. 4.

edici özelliği, söz konusu medya kuruluşlarına atfedilen herhangi bir eylemle bağlantısının olmamasıdır.

30. AİHS 10. Madde kapsamındaki ifade özgürlüğü vakalarının çoğunda söz konusu yaptırımı “sözlü eylem” ile ilişkilendirmek mümkündür: yayımlanan bir metin, sözlü beyan, görsel, kamera görüntüsü, vs. Ancak bireyselleştirilmiş kararların ve kesin bilginin olmadığı mevcut olayda, bu tedbiri (tasfiye) belirli yorum, makale, açıklama veya radyo yayını ile – bireysel ya da toplu olarak – ilişkilendirmek Venedik Komisyonu için mümkün değildir.

31. Bu muğlaklık, yine de durumu AİHS’nin 10. Maddesinin çerçevesinden çıkarmamaktadır. Medya kuruluşlarının tasfiyesine yol açan özel ve belirli yayınları tespit etmek imkânsız olmasına rağmen, kanun hükmünde kararnamelemlerin dilinden de net bir şekilde anlaşılmalıdır ki bu tüzel kişiler, medya kuruluşu olduğu için yani yayınları ve bu alandaki faaliyetleri ile ilişkili olarak kapatılmıştır.^[41] Venedik Komisyonu, bu durumun AİHS’nin 10. Maddesi kapsamında koruma talep etmek için yeterli olduğu kanaatinde.^[42]

32. Venedik Komisyonu’nun Ankara’da görüştüğü çok sayıda resmi görevli, yetkililerin aldığı tedbirlerin ifade özgürlüğü ile ilgili olmadığını çünkü bu işlemlerin terörle mücadele kapsamında yapıldığını belirtti. Venedik Komisyonu, konuşma özgürlüğü kavramının nasıl da yanlış anlaşıldığını gösteren bu söylemleri esfle karşılamaktadır. Yetkililerin yayınları, açıklamaları, vb. ile ilişkili olarak kitle medyası veya gazetecilere karşı işlem yaptığı durumlarda, yetkililerin meşru bir amacı (terör propagandasıyla mücadele etmek) olsa bile, 10. Madde *her zaman* devreye girer. Bazı ifade türleri yasal bir şekilde bastırılabilir ancak yetkili makamlar bu vakaları daima AİHS’nin 10. Maddesi (ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasasındaki veya uluslararası insan hakları hukukundaki benzer düzenlemeler) kapsamında değerlendirmek zorundadır.

A. 10. Maddeye uygunluk

33. AİHS 10. Maddede ortaya konulan Avrupa ifade özgürlüğü standartlarıyla uyumlu olmak için, ifade özgürlüğüne getirilen her türlü kısıtlama şu koşulların hepsini sağlamalıdır: yasayla öngörülmesi (“kanunilik”); madde 10.2’deki amaçlardan birini taşımaları (“meşru amaç”) ve meşru amaca ulaşmak

[41] Bununla birlikte, Venedik Komisyonu, kara para aklama veya benzer eylemler için kullanılması durumunda medya kuruluşlarının kapatılmalarının 10. Madde kapsamına girmediğini kabul eder. Ne var ki, yetkili makamların yasadışı

[42] “Medya hizmet sağlayıcıları” ile ilgili düzenlemeler, elektronik medya özgürlüğüne müdahale anlamına gelmektedir (bakınız 6 Ocak 2017 tarihli ve 680 sayılı KHK).

için gerekli olmalıdır (“gereklilik”). “Meşru amaç” ölçütüne ilişkin olarak Venedik Komisyonu, Türk makamlarının sözüne güvenmeye ve medya kuruluşlarının, kavramsal olarak, “ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü ve kamu güvenliğinin korunması ile düzensizlik ve suçun önlenmesi” için tasfiye edildiğini kabul etmeye hazırdır. Venedik Komisyonu, bu Görüşte bu varsayım üzerine çalışacaktır. Bu tedbirlerin “kanuniliği” ve “gerekliliği” konusunda, Venedik Komisyonu aşağıdaki gözlemleri yapmak ister.

1. Kanunilik

34. Kanunilik ölçütü deyince, ilk olarak, müdahalenin *yasal bir dayanağının* olmasından ve ikinci olarak da *yasanın kesin niteliğinden* bahsedilir. Mevcut durumda, çok sayıda medya kuruluşu çeşitli kanun hükmünde kararnamelerle kapatılmıştır.

35. Venedik Komisyonu, 1983 tarihli Olağanüstü Hal Kanunu’nun (OHAL Kanunu) tüzel kişilerin kalıcı olarak ortadan kaldırılmasına izin vermediğine ancak kuruluşların faaliyetlerinin, her bireysel vaka tek tek incelendikten sonra, sadece *geçici olarak askıya alınmasına* olanak tanıdığına yönelik önceki gözlemini hatırlatır.^[43]

36. Ek olarak, “yasanın niteliği” ile ilgili olarak, AİHM “uygulanan hukukun, ilgili kişilerce ulaşılabilir olması ve kişilerin belirli bir eylemin yol açtığı sonuçları durumun makul saydığı ölçüde gerektiğinde uygun tavsiyeler verilerek öngörebilmeleri için yeterli açıklıkta düzenlenmesi gerektiğini”^[44] sıklıkla tekrar eder. Büyük oranda benzer bir hukuki belirlilik ilkesine Anayasa Mahkemesi içtihadında da rastlanmaktadır.^[45] Sorun, “ilgili kişilerin” medya kuruluşları ve bunların sahipleri, ortakları, yöneticileri, vb. “eylem”lerinin “sonuç”larını öngörüp öngöremedikleri ve davranışlarını buna göre düzenleyip düzenledikleriyle ilgilidir.

[43] Bakınız CDL-AD(2016)037, par. 72

[44] AİHM, *The Sunday Times – Birleşik Krallık kararı* (no. 1), par. 49, 26 Nisan 1979, Seri A no. 30, s. 31.

[45] “Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup, bu ilke gereği birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir 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” (14 Aralık 2016 tarihli ve 2016/186 sayılı karar).

37. Türk makamları, Hükümet Memorandumunda, mevzuatın kanun hükmünde kararnamelerden önce de çeşitli ifade türlerini yasaklayan hükümler içerdiğini vurgulamıştır. Özellikle 6112 Sayılı Kanun'un kısıktıcı ve tahrik edici konuşma, terör propagandası vb. yasaklayan 8. Maddesine atıfta bulunmuştur.^[46]

38. Yetkililerin, belirli bir medya kuruluşunu tasfiye edilecek tüzel kişiler listesine eklerken bu medya kuruluşlarına ait bazı belirli yayınları veya benzer işleri dikkate aldıkları göz ardı edilemez. Dolayısıyla, Hükümet Memorandumuna göre, bu "bağlantıların" değerlendirilmesi çeşitli dayanakların ortak kombinasyonuna göre yapılmıştır. Her şeyden önce, ilgili medya kuruluşlarının yayınlarının içerikleri ve ayrıca bu medya kuruluşlarının terör örgütlerine kaynak toplamak veya kara para aklamak için kullanılması bu dayanaklar arasında yer almaktadır.^[47] Hükümet, diğer yorumlarında "medya kuruluşlarının 15 Temmuz darbe girişiminden önce terör örgütü yanlısı yayın yapmaları durumunda idari ve adli yaptırımlarla karşılaşacaklarını öngördüğünü" belirtmiştir.

39. Ne var ki, olağanüstü hal kararnamelerine göre, medya kuruluşları geçmişteki kanuna aykırı davranışları nedeniyle ve geçmişte mevcut olan yasal düzenlemelerden hareketle kapatılmadığı için, bu tasfiyeler yasaların ihlaline bağlı bir çeşit "idari ve adli yaptırım" olarak değerlendirilemez. Bu tasfiyeler *yeni ölçütlere* ("terör örgütleriyle" ve Milli Güvenlik Kurulu tarafından güvenlik tehdidi oluşturduğu ilan edilen diğer örgütlerle "irtibat", "iltisak", vb.) dayandırılmış ve *yeni hızlandırılmış prosedüre* göre gerçekleştirilmiştir.

40. Kapatılan medya kuruluşları geçmişte bazı yasadışı işlere (terör propagandası veya kara para aklama gibi) karışmış olsa bile ne kanun hükmünde kararnamelerde ne de diğer resmi belgelerde bu eylemlerden söz edilmiştir. Dahası, medya kuruluşlarının kapatılma nedeni oldukça muğlak bir biçimde formüle edilmiştir. Ne olağanüstü hal kararnamelerin de ne de diğer resmi belgelerde "bağlantı" ve "üyelik" kavramları detaylıca açıklanmamıştır.^[48] Venedik Komisyonu, Olağanüstü KHK'ler hakkındaki Görüşünde bu tür geniş tanımların "FETÖ/PDY" (veya diğer "terör örgütleri") ile her türlü bağın ilgili tüzel kişilerin tasfiyesine yol açabileceğine ilişkin kaygısını dile getirmiştir. Türkçe karşılığı ne olursa olsun, bu formüllerin masum medya kuruluşları ile bazı

[46] S. 51-53

[47] S. 51

[48] Kanun hükmünde kararnamelerde, hangi medya kuruluşunun kapatılacağını açıklamak için farklı formüller kullanılmaktadır. Dolayısıyla, 668 sayılı KHK "FETÖ/PDY" ile "aidiyeti, iltisakı veya irtibatı" olan medya kuruluşlarının kapatılmasını emrederken 677 sayılı KHK'da "terör örgütlerine [...]üyelığı, mensubiyeti veya iltisakı olan medya kuruluşlarının" kapatıldığı belirtilmiştir.

yasadışı faaliyetlere karışanların birbirinden nasıl ayrılacağını değerlendirmek için yeterince açık olmadığı ortadadır.

41. Özetle, Türkiyeli yetkililerin amacı medya kuruluşlarına geçmişteki davranışları nedeniyle yaptırım uygulamaksa, bu tedbirin AİHS 10. Madde uyarınca “kanuniliği” tartışmaya açıktır. Ek olarak, muhtemelen bu durum AİHS 15. Madde uyarınca askıya alınamayan haklardan biri olan AİHS'nin 7. Maddesi kapsamında da sorun yaratabilir.

42. Öte yandan, medya kuruluşlarının kapatılması *önleyici tedbir* olarak görülebilir. Medya kuruluşlarının geçmişte yaptıkları için değil, *gelecekte yapabilecekleri* için kapatıldıkları iddia edilebilir.

43. Ne var ki, bu bakış açısından değerlendirildiğinde bile bu tedbirin kanuniliği sorunludur. Kanun hükmünde kararnameler medya kuruluşlarının kapatılmasının gerekçesini (“terör örgütleri” ile “iltisak”, vb.) tanımlamış ve belirli tüzel kişiler için *derhal* uygulanmıştır. KHK'lerin tek yasal dayanağı, Hükümete olağanüstü hal dönemi boyunca “olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda” kanun hükmünde kararnama çıkarma yetkisi veren Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 121. Maddesinin 3. Fıkrasıdır.

44. Özel mevzuatın bu şekilde kullanılması, Olağanüstü KHK'ler hakkında Görüşte eleştirilmiştir.^[49] Venedik Komisyonu, mevcut bağlamda Madde 121.3'ün Hükümetin medya kuruluşlarına karşı yaptırımları için yeterli bir “yasal zemin” oluşturmadığını düşünmektedir. Başka şekilde yorumlamak gerekirse, Madde 121.3 kendi isteğine göre yasa çıkarması için Hükümete kontrolsüz güçler vermektedir ve bu da oldukça tehlikeli bir önerme olur. Venedik Komisyonu, “olağanüstü hal döneminde bile hukukun üstünlüğü temel ilkesinin geçerli olduğunu” defaatle vurgular.^[50]

45. Ne olursa olsun Venedik Komisyonu, bu tedbirin gerekliliği konusunda aşağıda da belirtildiği üzere ciddi endişe duymaktadır.

2. Gereklilik

46. Venedik Komisyonu heyetinin Ankara ziyareti sırasında Adalet Bakanlığı'nın yaptığı açıklamaya göre, 15 Temmuz darbe girişiminden önce çeşitli medya kuruluşlarına yönelik 6112 sayılı Kanun gibi olağan araçlar kullanılmış ancak bunlar büyük ölçüde etkisiz olmuştur. Bazı medya kuruluşlarına

[49] CDL-AD(2016)037, par. 86, 91 ve 227 s. 3

[50] CDL-AD(2011)049, Ermenistan olağanüstü hal rejimi yasa tasarısı hakkında Görüş, par. 44.

çeşitli sebeplerden yaptırım uygulanmış (6112 sayılı Kanun kapsamında on defadan fazla ceza alan medya kuruluşlarına dair örnekler verdi) ancak bu durum yayınlarına devam etmelerine engel olmamıştır. Dahası, olağan araçların uygulanması çok hantal ve çok yavaş olmuştur. Yetkili makamlar, devasa finansal rezervleri ve son derece iyi örgütlü yapısı nedeniyle “FETÖ/PDY”nin istisnai bir tehdit olduğunu ve olağan yaptırımların uygulanmasına direnen etkili bir kapasitesinin olduğunu belirtti. Ayrıca, terör örgütleri kontrol ettikleri medya aracılığıyla şifreli mesajlar iletmıştır. Yetkili makamlara göre, bu koşullar yeni bir ölçütün (“terör örgütlerine iltisak”) geliştirilmesini ve hızlı usullerin (KHK'lere eklenen listelerle kapatma veya bazı durumlarda KHK'lerle bu tür kararları alma yetkisi tanınan düzenleyici kurumların kararları) kullanılmasını gerekli kılmıştır.

47. Başlangıç noktası olarak, Venedik Komisyonu, AİHS'nin 10. Maddesinin 2. fıkrası uyarınca ifadenin kendi bağlamı içinde ve somut durumun bütün koşulları ışığında değerlendirilmesi gerektiğini vurgular. Ayrıca, BM İnsan Hakları Komitesi “izin verilebilir kısıtlamalar genellikle içeriğe özgü olmalıdır; belirli sitelerin ve sistemlerin işleyişine getirilecek genel yasaklar MSHUS Madde 19.3 ile bağdaşmaz” diye belirtir.^[51] AİHM'nin, önceki kısıtlamalara (gelecekteki yayınların, vb. baskı altına alınmasını amaçlayan) ilişkin en dikkatli ve özenli inceleme çağrısı yapmasının nedeni budur – gelecekte yapılacak bir konuşmanın “tehlikeliliğini” değerlendirmek ve anlamlı, dengeleyici bir uygulamayı yürütmek çok zordur.^[52]

48. Venedik Komisyonu, olağanüstü hal dönemlerinde bir Devletin gelecekteki davranışlara ilişkin yaygın kanıya dayanarak *önleyici tedbirler* almasının gerekli olabileceğini kabul etmeye hazırdır. Dolayısıyla, yetkililer halk arasında panik yaratabilecek tepkilerden kaçınmak ya da toplumda şiddete yol açabilecek nefret söylemini durdurmak isteyebilir. Yayının geçici olarak durdurulması veya yazılı basın geçici olarak yasaklanması bu tür olağanüstü koşullarda haklı görülebilir ancak normal koşullarda bu tedbirlerin (kesin) yargısal incelemenin yerine geçmesi mümkün değildir.^[53]

49. Ne var ki, bu mantık söz konusu vakada uygulanabilir değildir. *Belirli medya içeriğini engelleyecek* bu tür önleyici tedbirler için acil bir ihtiyacın olması

[51] BM İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 34, par. 43

[52] AİHM, *Ürper ve diğerleri – Türkiye kararı*, no. 14526/07, par. 39, 20 Ekim 2009.

[53] Bakanız CDL-AD(2015)004'te daha önceki kısıtlamalara ilişkin tartışmalar, Karadağ Medya Yasasında Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tasarı hakkında Görüş, par. 14 ve sonrası, AİHM'in *Editions Plon – Fransa kararı*na (no. 58148/00, 18 Mayıs 2004, par. 42) yapılan atıf dahil

gerekir. Kanun hükmünde kararname metinlerine bakıldığında, medya kuruluşlarının kapatılmasının ne tür bir tehlikeyi önleyeceğini öğrenmek mümkün değildir. Söz konusu medya kuruluşlarının temsil ettiği herhangi olası bir tehdidin varlığı, belli başlı bazı olgularla desteklenmelidir – örneğin, ilgili medya kuruluşunun geçmişteki belirli yayınlarının içeriğinden anlaşılmalıdır. Kamu çalışanlarının ihraç edilmesiyle ilgili olarak Venedik Komisyonu, böyle bir kararın “kamu personelinin, demokratik yasal düzene bağlılığı konusunda nesnel olarak ciddi şüphe doğuran bir şekilde hareket ettiğini açıkça gösteren olgusal unsurların birleşimine” (par. 131) dayanması gerektiği hususunda ısrarcıdır. Hükümetin medya kuruluşlarını tasfiye etme kararı, hiçbir olgusal unsura işaret etmemektedir.^[54] Hükümet, belli başlı medya kuruluşlarının yasadışı ağların üyelerine “şifreli mesajlar” iletmek için kullanıldığını ileri sürmüştü; bu “şifreli mesajlara” dair birtakım örnekler vermiştir.^[55] Venedik Komisyonu bu iddiaları not etmiştir ancak bunlar Türkiye’deki mahkemeler tarafından hala incelenmektedir. Ne olursa olsun, bu görüntülerin ve çekimlerin darbeyi düzenleyenlere yönelik “şifreli mesaj” olarak yorumlanması şüpheye açıktır.

50. Venedik Komisyonu, medya kuruluşlarına yönelik kapatma kararlarının tümünün haksız olduğunu iddia etmemektedir. Bu tedbirlerin bir bölümü “durumun gerektirdiği ölçüde” haklı görülebilir ancak buradaki sorun, kapatmaların doğrudan kanun hükmünde kararnamelerle ve doğrulanabilir delillere dayalı bireysel kararlar olmadan yapılmasıdır.^[56]

51. Venedik Komisyonu’nun görüşüne göre, medya kuruluşlarının toplu olarak kapatılmasının “durumun gerektirdiği ölçüde” neden gereksiz ve haksız olduğunun birçok başka sebebi vardır. Venedik Komisyonu, bu tedbirlerin

[54] Terör örgütlerine iltisak” ile ilgili muğlak açıklama, bu bağlantıların özelliğini tanımlamadığı ve bu bağlantıların varlığını ve niteliğini teyit eden herhangi bir *delil* göstermediği için olgusal bir iddia değildir.

[55] Hükümet, *Zaman* gazetesinin (“FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu gerekçesiyle kapatıldı”) elektronik versiyonunda “darbe girişiminden tam 9 ay 10 gün önce yayımlanan” bir reklamı “şifreli mesajlara” örnek olarak gösterdi (bkz. <https://www.youtube.com/watch?v=MtjEtEgUYgk>). Bu reklam, Hükümete göre, “açıkça örgütün üyelerine olası bir darbeyi haber vermiştir”. Hükümetin verdiği başka bir “şifreli mesaj” örneği olan *Sızıntı* dergisindeki (“FETÖ/PDY” ile bağlantılı olduğu iddia edilen) bir görselde “açtığı kapının ardında çiçek bahçesi görünen askeri üniformalı bir kişi” resmedilmişti. Hükümet, ayrıca, “bir ihtimal daha var” yazan bir gazete sayfasını örnek verdi. Son olarak Hükümet, Samanyolu kanalında yayınlanan ve olay gerçekten yaşanmadan uzun zaman önce Rusya’nın bir resim sergisinde Ankara Büyükelçisine suikast düzenlendiği görülen “Nizama Adanmış Ruhlar” adlı TV dizisini işaret etmiştir.

[56] Bakınız CDL-AD(2016)037, par. 181.

kalıcı oluşuna ilişkin önceki gözlemini yinelemektedir.^[57] “Gülen örgütü” ile bağlantılı olduğu iddia edilen medya kuruluşlarının faaliyetlerinin geçici olarak durdurulması daha az etkili olmayacak, Türkiye’nin AİHS yükümlülükleriyle daha uyumlu olacaktır (par. 180). Bir medya kuruluşunun faaliyetlerinin geçici olarak askıya alınmasının Türkiye yasalarındaki olağan kurallar çerçevesinde bile mümkün olduğu görülmektedir.^[58] Gazetelerin belirli sayılarının toplatılması veya belirli makalelerin yayımlanmasının kısıtlanması gibi başka tedbirler de düşünülebilir.

52. Dahası, bir tüzel kişiliğin terör örgütüyle gerçekte bağının olup olmadığı da tartışılabilir (sahibi doğrudan örgüt üyeleri ya da örgütün kendisi değilse). Bir tüzel kişiliğin çalışanının veya yayın kurulu üyesinin bir terör örgütü ile bağlantısının olması durumunda, devletin tüzel kişiliği tamamen kapatmak yerine bütün işleyişe daha az müdahale eden araçları (ör: ceza kanunu, idari yaptırımlar, vb.) vardır.

53. Böyle tedbirlerin karşısındaki bir başka tez, medyanın demokratik bir toplumdaki eşsiz rolüyle ilgilidir. Venedik Komisyonu, daha önce, kamu çalışanlarının (özellikle asker ve polis) Devlete *sadakat yükümlülüklerinin* olduğunu kabul ederek toplu olarak ihraç edilmelerinin meşru olabileceğini gözlemlemiştir. Ne var ki, kamu çalışanlarının aksine gazetecilerin, gazetelerin, TV kanallarının vb. böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Tam aksine, yöneticilere ve siyasetçilere karşı eleştirel tutum takınmak gazeteciliğin erdemlerinden biridir. “Kamunun bekçi köpeği” rolü nedeniyle, medyanın diğer iş alanlarına kıyasla daha yüksek düzeyde korunması gerekir. Ayrıca, yetkililer bu tedbirlerin etkisini değerlendirirken, tedbirlerin yalnızca belirli bir grup gazeteci veya onların okuyucuları üzerindeki değil, medya sektörünün geneli üzerindeki olası *caydırıcı etkilerini* de dikkate almalıdır.^[59]

54. Son olarak, Venedik Komisyonu, olağanüstü kapsamında alınan tedbirlerin, olağanüstü halin ilan edilme gerekçelerine *yeterince yakın* olması gerektiği

[57] A.g.e, par. 79, 85 ve 227(2).

[58] Örneğin, bakınız *Medya FM Reha Radyo Ve İletişim Hizmetleri A.Ş – Türkiye kararı*, no. 3284/02, 14 Kasım 2006. Bu olayda AİHM, bir radyo programının yayın lisansının bir yıl süreyle durdurulmasını incelemiştir. AİHM, bu yasağın çok sert bir ceza olduğunu düşünmüş; ancak böyle toplu sınırlamaların caydırıcı olduğunu kabul etmiştir. Radyo, verdiği mesajlarla tartışmasız bir biçimde şiddet ve silahlı direniş çağrısı yaptığı için bu tedbirin gerekli olduğu görülmüştür

[59] H. Thorgeirdottir, *Journalism Worthy of the Name: Freedom within the Press and the Affirmative Side of Article 10 of the ECHR (Adına Layık Gazetecilik: Basın İçinde Özgürlük ve AİHS 10. Maddenin Olumlu Tarafı)*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2005.

konusundaki pozisyonunu yineler.^[60] Bu yakınlık, olağanüstü hal tedbirlerinin *zaman bakımından* ve *konu bakımından* izin verilebilir kapsamını tanımlar. Bununla birlikte, daha önceden var olan bir sorun bazen yakın bir tehlike haline gelebilir ve olağanüstü bir tedbiri haklı gösterebilir.

55. Bazı medya kuruluşları, darbe girişiminden *önceki* makaleleri, yayınları, vb. nedeniyle darbeden sonra kapatıldı (ve gazeteciler tutuklandı).^[61] Olağanüstü KHK'ler hakkında Görüşünde Venedik Komisyonu, olağanüstü yetkilerin "FETÖ/PDY" dışındaki "terör örgütleri" için de uygulanabileceğini kabul etmiştir.^[62] Ne var ki, İnsan Hakları İzleme Örgütü'ne göre, Türkiyeli yetkililer, 668 sayılı KHK'yi Kürtler, Aleviler ve muhalefet partilerin destekçileri arasında popüler olan 23 TV ve radyo istasyonunu kapatmak için kullandı.^[63] Bu kapatma kararlarının "olağanüstü halin nedenleri ve amaçları" ile ilgili veya bunlarla sınırlı olup olmadığı net değildir. Bununla beraber, Venedik Komisyonu, özel vakaları ve olayları incelemek gibi bir görevinin olmadığını tekrar eder. Hükümetin yetkilerini aşır aştığına, olağanüstü halin ilan edilmesini gerektiren durumla ilgisi olmayan medya kuruluşları, gazeteciler ve diğer kişilere olağanüstü hal tedbirleri uygulayıp uygulamadığına karar verecek olan Türkiye Parlamentosu ve mahkemelerdir.

56. AİHM, müdahalenin orantılılığını değerlendirirken, keyfiliği engelleyen usule ilişkin güvenceleri inceler. Olağanüstü KHK'ler hakkında Görüşünde Venedik Komisyonu, şüpheli kararlar alınmadan önce yargı sürecinde başvurulması gereken güvencelere asgari düzeyde bile saygı gösterilmemesine ve dava yollarının mevcut olmamasına ilişkin kaygısını dile getirmiştir. İdari ve yargısal başvuru yolları sorunu 685 sayılı KHK'de bir dereceye kadar ele alınmıştır; Venedik Komisyonu, meselenin bu tarafını aşağıda, Bölüm VIII'de analiz edecektir.

57. Özetle, Venedik Komisyonu, başarısız darbe girişiminin ardından Türkiyeli yöneticilerin yaşadığı zor durumu dikkate almasına rağmen, medya kuruluşlarının kanun hükmünde kararname yoluyla (ve dolayısıyla bireyselleştirilmiş gerekçelendirme olmaksızın) toplu olarak kapatılmasının AİHS'nin 10. Maddesine uygun olmadığını düşünmektedir.

[60] CDL-AD(2016)037, par. 64 – 69.

[61] Arka plan bilgisi için bakınız İnsan Hakları İzleme Örgütü, Türkiye Basınına Susturmak: Hükümetin Eleştirel Gazeteciliğe Karşı Derinleşen Saldırısı, 2016.

[62] CDL-AD(2016)037, par. 68.

[63] İnsan Hakları İzleme Örgütü, a.g.e, s. 1.

VI. Mal ve mülk müsaderesi

58. Medya kuruluşlarının kapatılmasına tazminat olmadan tüm varlıklarına el konulması eşlik etti. Mal ve mülk müsaderesi, AİHS'e Ek 1 No'lu Protokol ile korunan mülkiyetin korunması hakkına müdahale anlamına gelir. Daha önce de belirtildiği üzere, mülkiyetin korunması askıya alınabilir bir hak olmasına rağmen ve olağanüstü hal rejimlerinde Devletlerin takdir yetkisi bir hayli geniş olmasına rağmen, orantılılık ilkesi hala geçerlidir.

59. Medya kuruluşlarının kapatılmasına ilişkin yukarıda dile getirilen eleştirilerin hepsi, bu kuruluşların mal varlıklarına el konulması için de fazlasıyla geçerlidir. Bu işlem, hükümetin özel olarak çıkardığı ve ilgili kuruluşların bireysel koşullarını değerlendirmeden hızla uyguladığı kanun hükmünde kararnamelerde yer alan muğlak ölçütlere dayanarak yapılmıştır. Bu yöntem, bu tedbirin gerekliliğinin herhangi bir şekilde anlamlı analizini olanaksız kılmaktadır.

60. Değeri ile ilişkili olarak makul bir karşılık ödenmeden mülkiyetin elinden alınmasının, kural olarak, Sözleşme kapsamında haklı görülemeyecek orantısız bir müdahale olduğu, AİHM'nin yerleşmiş bir içtihadıdır.^[64] Bu kuralın bazı açık istisnaları bulunur. Örneğin, yetkililerin yasadışı mallara veya suç gelirlerine el koyması durumunda makul bir maddi tazminatın önerilmesine gerek yoktur. Ne var ki, mevcut vakada böyle bir istisna uygulanamaz çünkü el konulan mülkiyetin herhangi bir suç faaliyetinde kullanıldığı veya kullanılacağı kanun hükmünde kararnamelerde belirtilmemiştir. Hükümet, aslında, sunduğu Memorandumda KHK'ler ile kapatılan kuruluşların terörün finansmanı veya kara para aklamaya karıştığını iddia etmiştir.^[65] Ancak kanun hükmünde kararnameler bu yasal dayanaklara atıfta bulunmadığı için ve bu kuruluşların gerçekten söz konusu faaliyetlere karıştığını gösteren bireysel kararlar mevcut olmadığı için bu iddianın kanıtlanması mümkün değildir.

61. Böyle olsa bile, kuruluşların bütün mal varlıklarına el koymak yerine banka hesaplarının büyük bir bölümünü geçici bir süreliğine durdurmak veya önemli işlemleri engellemek, geçici yöneticiler atamak, bu varlıklar ve fonların menşei ile bunların muhtemel kullanımının kesin olarak belirlendiği normal usulleri takip eden mahkemeler bir karara varana kadar sadece ilgili kuruluşun iş yaşamına devam edebilmesi için gerekli olan ekonomik faaliyete izin vermek de yeterli olabilir.

[64] AİHM, *Lithgow ve diğerleri – Birleşik Krallık kararı*, no. 9006/80 vd., par. 120-122, 8 Temmuz 1986; AİHM, *Yunanistan Eski Kralı – Yunanistan kararı*, no. 25701/94, par. 89, 23 Kasım 2000

[65] S. 24 ve 51

62. Son olarak, Venedik Komisyonu, medya kuruluşlarının kapatılmasının bu kuruluşların terör eylemleriyle hiçbir ilgisi olmayan üçüncü kişilere karşı bütün yükümlülüklerini ortadan kaldırdığını not etmiştir- örneğin, düzenlenlerin, kameramanların, makyaj stilistlerinin, şoförlerin, temizlikçilerin ve diğerlerinin ödenmeyen maaşları ve işle ilgili sosyal yardımları. Medya kuruluşlarının kapatılmasının gerekli olduğunu farz etsek bile, bu “ikincil zararlar” olağanüstü hal kararlarının gerekçeleri ve amaçları ile açıklanamaz. Venedik Komisyonu’nun görüşüne göre Devlet, en azından, kesin olarak kapatılan medya kuruluşlarının finansal borçlarını belki bazı dar kapsamlı istisnalar (terör örgütlerinin üyelerine olan borçlar gibi) uygulayarak üstlenmelidir.

VII. Ceza adalet sisteminin gazetecilere karşı kullanılması

A. Ceza Kanununun maddi kuralları

63. Venedik Komisyonu, Türk Ceza Kanunu’nun 216, 299, 301 ve 314. Maddeleri hakkında bir Görüşü Mart 2016’da kabul etti (CDL-AD(2016)002, TCK hakkında Görüş). Bu görüşte, Türk Ceza Kanunu’nun gazeteciler için sıklıkla uygulanan bazı hükümleri incelenmiştir. Olağanüstü hal KHK’leri Ceza Kanunu hükümlerini değiştirmese bile TCK’nin belirli hükümleri uyarınca gazetecilere yönelik ceza kovuşturması inceleme döneminde yoğun bir şekilde arttığı için, TCK hakkında Görüşte yapılan tavsiyelerin tamamı bugün de fazlasıyla geçerlidir.^[66]

64. Ankara’daki resmi toplantılarda Venedik Komisyonuna, olağanüstü hal KHK’lerindeki idari tedbirleri uygulamak için kullanılan “iltisak” ölçütünün ceza kanunu hükümlerinin esası üzerinde hiçbir etkisi olmadığı yönünde güvence verilmiştir. Bununla birlikte, gazetecilere yönelik kovuşturmaların artması, Ceza Kanunu’nun mevcut hükümlerinin aşırı geniş yorumlanmasının bir sonucu olabilir.

65. TCK hakkında Görüşte yapılan tavsiyelerin tamamını tekrarlamaya gerek yoktur. Yine de, olağanüstü hal bağlamında birini tekrar etmeye ihtiyaç

[66] En azından tutuklu yargılanan gazetecilerin sayısındaki önemli artışa bakılarak durumun böyle olduğu görülebilir – bakınız insan Hakları Komiserinin yukarıda geçen Memorandumu, s. 83. Türkiye Hükümeti, en yaygın kullanılan ve “sözlü eylem suçlarını” (Cumhurbaşkanına hakaret, Türk milletini aşağılama, vb.) tanımlayan hükümler kapsamındaki kovuşturmalarda olağanüstü hal döneminde artış olmadığını gösteren istatistiksel veriler sundu. Ancak bu verilerde yasadışı silahlı örgütlere “üyelik”, terör propagandası veya bu örgütler “adına suç işleme” başlıkları kapsamında yürütülen kovuşturmalar yer almamaktadır. Bu düzenlemelerin yazdıkları nedeniyle gazetecilere dava açmak için son altı ayda yoğun olarak kullanıldığı bilinmektedir.

vardır – suç/silahlı örgüte “üyelik” veya bu örgütler “adına” suç işleme ya da ona “yardım ve yataklık etme” kavramlarıyla ilgili olan tavsiye (bu kavramlar Ceza Kanunu’nun 220 ve 314. Maddelerinde geçmektedir).^[67]

66. Raportörler, Ankara ziyaretleri sırasında, olağanüstü hal ilanının ardından çok sayıda gazetecinin çeşitli terör örgütlerinin *üyeleri* olarak ve sadece yayınlarının *içerikleri* nedeniyle kovuşturmaya uğradığını ve gözaltına alındığını öğrendi. Hükümet, sunduğu Memorandumda tam aksini iddia etmiş ve gazetecilerin gazeteci oldukları için değil, terör örgütü üyesi oldukları ve “bu örgütler lehine propaganda yaptıkları” için tutuklandıklarını ifade etmiştir.^[68]

67. “Sözlü eylem” iki bakış açısıyla incelenebilir: kovuşturma için yeterli bir zemin olarak veya ilgili kişinin başka bir yasadışı faaliyete (örneğin, yasadışı silahlı bir örgüte yeni üyeler kazandırma) karıştığına ilişkin yan delil olarak. “Sözlü eylemlere” dair bu iki bakış açısını ince bir çizgiyle ayırmak iyi olur. Venedik Komisyonu, başvuranların terör örgütüne “üyelik” (veya “yardım ve yataklık”) sebebiyle hüküm giymesine yol açan tek delilin konuşmaları ya da ifadeleri (çeşitli biçimlerde) olduğu durumlarda, AİHM’nin bu davaları AİHS’nin 9, 10 ve/veya 11. Maddeleri çerçevesinde değerlendirdiğini hatırlatır.^[69]

68. Venedik Komisyonu, çoğunlukla sert cezalara yol açan terör örgütüne “üyelik” suçlamalarının (veya benzer suçlar) her tekil vakada sağlam bir dayanak oluşturup oluşturmadığını söyleyemez. Ne var ki, “bir düşüncüyü farklı şekillerde ifade etmenin, yerel mahkemelerin sanığın silahlı bir örgüte üye olduğuna karar vermesi için tek delil olmaması gerektiğini” yineler.^[70]

69. Venedik Komisyonu, Türk Ceza Kanunu ve terörle mücadele mevzuatında kısıktıcı ve tahrik edici söylemler, terör propagandası ve diğer benzer “sözlü eylem suçları” ile mücadeleye olanak tanıyan bazı özel hükümlerin bulunduğu vurgular (bakınız, özellikle, TCK madde 215, 216, 220.8, 217, 299, 300 ve 301 ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu madde 7.2 ve 8.2). Bu tür sözlü eylemler prensipte kanunen kusurlu olabilir ve son kertede ceza bile

[67] CDL-AD(2016)002, par. 12 ve 128

[68] S. 9

[69] Örneğin, bakınız AİHM, *Gül ve diğerleri – Türkiye kararı*, no. 4870/02, par. 32 ve sonrası, 8 Temmuz 2010; AİHM, *Yılmaz ve Kılıç – Türkiye kararı*, no. 68514/01, par. 54 ve sonrası 5 Mayıs 2013. Ayrıca, *gerekli uyarlamaları yaparak*, bakınız Venedik Komisyonu’nun terörle mücadele önlemleri ve insan hakları raporundaki gözlemleri (CDL-AD(2010)022), par. 29 ve sonrası.

[70] CDL-AD(2016)002, par. 12 ve 128.

gerektirebilir.^[71] Yine de bu hükümlere başvuran bir hakim, bunların AİHS'nin 10. Maddesi altındaki yorumlarının farkında olmalıdır. Bu farkındalık, kabul edilebilir ifade türlerinin ceza hukuku araçlarıyla baskı altına alınması riskini azaltır. Buna karşın, aynı yayınlara terör örgütüne “üyelik”, “yardım ve yataklık” veya “örgüt adına” suç işleme başlıkları altında yaklaşıldığında ifade özgürlüğüne haksız müdahale riski çok daha yüksek olur.^[72]

70. Hükümet, sonraki yazılarında Venedik Komisyonu'nu “11.04.2013 tarihli ve 6459 sayılı Kanun ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. Maddesine eklenen fıkrayla birlikte, terör propagandası suçundan ceza almanın terör örgütüne üyelik suçu işlemek için tek başına yeterli olmadığı” konusunda bilgilendirmiştir. Bu açıklama önemlidir ve Türkiyeli yetkililer, bu yaklaşımın TCK'nin uygulanmasına da yansıtıldığına ve sözlü eylem suçlarının (düşüncenin farklı şekillerde ifadesiyle ilgili olan) yasadışı örgüt “üyeliği”, yardım ve yataklık vs. kavramlarından net bir biçimde ayrıldığına dair güvence vermelidir.

71. Hükümet, ayrıca “gazeteci olmalarına rağmen çok sayıda kişinin güvenlik güçleriyle silahlı çatışmaya girdiğinin, polise Molotof kokteyli attığının, masum insanları katlettiğinin ve terör eylemleri planladığının delillerle tespit edildiğini” iddia etmiştir. Aslında mesleği gazetecilik olan bir kişinin bu tür eylemlere karışması durumunda 10. Madde sorunu oluşmaz ve bu kişiler terör örgütü üyesi olarak yargılanabilir. Ne var ki, Venedik Komisyonu'nun odağında bu durumlar değil, söz konusu kişilerin yayınlarının içeriğinden hareketle “üyelik” suçlamasının yapıldığı vakalar yer almaktadır.

72. Yukarıda yazılanlar, Venedik Komisyonu'nun Ceza Kanunundaki “sözlü eylem suçlarıyla” ilgili bu özel hükümlerin kullanımını eleştirmeden onayladığı anlamına gelmemektedir. Bazıları tehlikeli bir biçimde muğlaktır (AİHS'nin 7. Maddesi bağlamında sorun oluşturabilir) veya aşırı derecede yüksek cezalar öngörmektedir. Ceza Kanunu hakkında hazırlanan Görüşte dile getirilen

[71] BM İnsan Hakları Komitesi bu konuda şöyle belirtir: “Taraf Devletler, terörizme karşı önlemlerin 3'üncü paragrafa uygun olmasını sağlamalıdır. “Terörizmi teşvik” ve “radikal faaliyet”, ayrıca terörizmi “yüceltme”, “övme” veya “haklı gösterme” gibi suçlar net bir biçimde tanımlanarak bu gerekçelerle ifade özgürlüğüne gereksiz veya oransız müdahalelerde bulunulmasına meydan verilmemelidir. [...] Gazeteciler meşru faaliyetleri nedeniyle cezalandırılmamalıdır.” İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum no. 34, par. 46

[72] Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, yayımladığı Memorandumda, Cumhuriyet gazetecilerinin tutuklanmasıyla ilgili olarak “hükümeti eleştiren gazete makalelerinin bağlamları dışında okunmasının haricinde, şüpheliler ve bu [‘terör’] örgütleri arasında herhangi bir bağın olduğunu gösteren kesin delillerin olmadığını” vurgulamaktadır (s.87).

eleştirilerin tamamı hala geçerlidir (bakınız özellikle 216, 299^[73] ve 301. Maddelere ilişkin par. 125 ve sonrası). Ancak mevcut bağlamda basın özgürlüğüyle ilgili durumu düzeltmek için atılabilecek ilk adım, “üyelik” kavramını *çok dar* bir şekilde tanımlamaktır. Radikal muhaliflere ve yönetimi acımasızca eleştirenlere Sözleşmenin 10. Maddesinin ikinci fıkrası kapsamında siyasi tartışmalara getirilen sınırlamaya rağmen kabul edilebilir ifade sınırlarını aştıkları için yaptırım uygulanabilir ancak bu kişilerin en azından terörist grupların üyeleriyle aynı temelde değerlendirilmemeleri gerekir.^[74] Venedik Komisyonu, bu nedenle atfedilen tek fiil yayınlarının içeriği olan gazeteciler için “üyelik” kavramının (ve benzerlerinin) kullanılmaması gerektiğini düşünmektedir.

B. Gazetecilerin tutuklu yargılanması

73. Türkiye Gazeteciler Sendikası (TGS), Türkiye Gazeteciler Cemiyeti (TGC) ve Devrimci İşçi Sendikaları Federasyonu’na (DİSK) göre, olağanüstü hal döneminde 210 gazeteci gözaltına alındı; bunların bir bölümü serbest bırakılırken 150’den fazlası tutuklandı. Gazetecilerin (ve diğer medya çalışanlarının) terör suçları şüphesiyle tutuklu yargılanması Avrupa Parlamentosu tarafından daha önce kınanmıştır.^[75]

74. Olağanüstü KHK’ler ile bağlantılı olarak ortaya çıkan ilk sorun, kararnamelede yer alan yeni ceza yargılaması kurallarıdır. Olağanüstü Hal KHK’ları hakkında Görüşte, bu konudaki en önemli sorunlarla ilgili yorumlar bulunmaktadır.^[76] Venedik Komisyonu’na göre, “ceza muhakeme usulü açısından gözaltı süresinin yargı denetimi olmaksızın 30 güne kadar uzatılması oldukça

[73] Venedik Komisyonu, Anayasa Mahkemesinin yakın zamandaki kararında (12 Aralık 2016 tarihli, 2016/186 sayılı) 299. Maddenin anayasaya aykırı olmadığına karar verdiğini gözlemlemiştir. Anayasa Mahkemesi, Devleti temsil eden cumhurbaşkanına karşı gerçekleştirilen hakaret suçunun sadece kendi kişiliğine karşı değil, aynı zamanda devlete karşı da işlenen bir suç olarak değerlendirilmesi gerektiğini; Cumhurbaşkanının kişiliğinin yanında Devletin saygınlığının korunmak istendiğini belirtmiştir (par. 13 ve 16). Anayasa Mahkemesi yine de Anayasanın 26. Maddesi ile korunan ifade özgürlüğünün sert eleştirileri de içerdiğini, kamu gücünü kullanan kişilerin eleştiri sınırlarının daha geniş olduğunu ancak Cumhurbaşkanının “şeref ve itibarını” hedef alan saldırıları hoş görmek zorunda olmadığını kabul etmektedir (par. 19). Anayasa Mahkemesi, aynı zamanda, söz konusu sınırlamanın düşüncü ve kanaatlerin açıklanmasına engel oluşturmadığı ve hakkın özüne dokunmadığı yönündeki inancını korumaktadır. Anayasa Mahkemesinin bu kararı, bu tür kuralların her sağlıklı demokrasi için gerekli olan sınırsız ve özgür siyasi tartışma ortamları üzerinde “caydırıcı etki” yaratma tehlikesine ne yazık ki göz yummaktadır.

[74] AİHM, *Feldek – Slovakyaya kararı*, no. 29032/95, par. 74, 12 Temmuz 2001

[75] Türkiye’de gazetecilerin durumuna ilişkin 27 Ekim 2016 tarihli ortak karar tasarısı (2016/2935(RSP)), par. 3 ve 4

[76] Bakınız par. 151-176

sorunludur; şüpheliler hakkında ancak “makul şüphe” bulunması durumunda tutuklama emri verilmelidir; ve ancak güvenlik risklerinin ikna edici şekilde kendini gösterdiği zamanlarda, sadece çok kısıtlı bir süre için ve yargı denetimine tabi olarak münferit vakalarda istisnai durumlarda avukatla görüşme hakkı kısıtlanabilir.”^[77]

75. Yeni kuralların getirildiği 668 sayılı KHK'nin uygulama alanı Türk Ceza Kanunu'nun Dördüncü Kısım 4-7. Bölümünde tanımlanan suçlarla sınırlı tutulmuştur. Venedik Komisyonu'nun Ceza Kanunu hakkında Görüşte dile getirdiği, *diğerlerinin yanında*, 299 ve 301. Maddeyle ilgili eleştiriler göz önünde tutulduğunda, 668 sayılı KHK'nin uygulama alanının bazı sorumlu hükümlerin yer aldığı Ceza Kanunu'nun Dördüncü Kısım 3. Bölümünü içermemesi olumlu bir gelişmedir.^[78]

76. Venedik Komisyonu, 23 Ocak 2017 tarihinde çıkarılan 684 sayılı KHK ile yapılan değişiklikleri memnuniyetle karşılamaktadır. Bu kararname ile Türkiye Hükümeti şüphelinin hakim karşısına çıkmadan gözaltında tutulabileceği azami süreyi 7 güne indirmiş (en fazla 14 güne kadar uzatılabilir) ve 5 günlük avukata erişim yasağını kaldırmıştır. Gözaltındaki bir kişinin hakim karşısına çıkarılması için geçen süre söz konusu indirimden sonra bile hala çok uzun olsa da bu değişiklikler olumluya işaretir.

77. Bu konuda, gazetecilere atfedilen eylemlerin hukuki niteliği sorun oluşturmaktadır. 668 sayılı KHK yürürlükteyken bir gazeteci yasadışı silahlı örgüt *üyeliği* (mesela yalnızca 314. Madde kapsamında veya 220. Madde ile birlikte) ile suçlanırsa yeni ceza muhakeme usul kuralları uygulanır ve bu da savunma hakkının aleyhine olur. Bu, Venedik Komisyonu'nun “üyelik” kavramının daraltılması ve yazdıklarıyla ilgili olarak gazetecilere uygulanmaması gerektiği hakkındaki önceki tavsiyesini desteklemektedir (bakınız yukarıdaki 72. Paragraf).

78. Bir gazeteci, yeni ceza yargılaması kuralları uygulanmasa bile (örneğin, gazeteciye yöneltilen tek suçlama 216. Madde – “kin ve düşmanlığa tahrik...” ile ilgiliyse), Ceza Muhakemesi Kanunundaki olağan kurallara dayanılarak tutuklanabilir. Bu konuda vurgulanması gereken şu ki, kanun hükmünde kararnameler bazı usul kurallarını geçici olarak değiştirmesine rağmen, yetkililer şüphelilerin tutuklu yargılanma koşullarını tanımlayan kuralları değiştirmeye niyetli değildir. AİHM, daha önceleri iki gazeteciyi “yeterli” ve “suçla ilgili”

[77] A.g.e. par. 227

[78] 3. Bölüm Madde 299 (“Cumhurbaşkanına hakaret”), Madde 300 (“Devletin Egemenlik Alâmetlerini Aşağılama”) ve Madde 301'i (“Türklüğü Aşağılama”) içermektedir.

olmayan nedenlerle uzun süre tutukladığı için Türkiye'nin Sözleşmenin 5.3 ve 4. Maddelerini ihlal ettiğine karar vermişti.^[79] Bu kararlar, gazetecilerin tutuklu yargılanması konusunda ölçüt olmalıdır. Ne yazık ki, olağanüstü hal döneminde gazetecilerin tutuklanmasındaki artışa bakıldığında Türkiyeli yetkililerin içtihadı uygulamadıkları görülmektedir.^[80]

79. Venedik Komisyonu, tutuklu yargılamanın gerekli olup olmadığına, esas olarak sanığın yargının normal seyri içinde yaratabileceği risklerin ışığında değerlendirilmesi gerektiğini hatırlatır. Kaçma, delilleri karartma, yeniden suç işleme ve benzer eylemler bu riskler arasında yer alır.^[81] Tutuklu yargılama, olası bir hapis cezasının yerini almamalıdır.^[82] Şüpheliye atfedilen suçların ağırlığı, bu riskleri değerlendirirken göz önüne alınmalıdır ancak gazeteciler söz konusu olduğunda yalnızca medyadaki haberlerin, yorumların, açıklamaların, vb.nin içeriğinin ve tonunun tutuklu yargılamayı haklı göstermek için yeterince ağır olduğu düşünülmemelidir. Bu gözaltı ve tutuklama tedbirleri, Devlet kurumları ve görevlilerinin faaliyetleriyle ilgili (eleştirel) yorum yapmak isteyen her gazeteci için bir oto sansür ikliminin oluşmasına yol açar.

80. Venedik Komisyonu, olağanüstü hal dönemlerinde ve özellikle ulus çapındaki büyük krizlerin hemen ardından^[83] yetkili makamlara bu "riskleri" değerlendirirken daha fazla hareket alanı tanıdığını kabul eder. Yine de, yetkililer bu bakış açısını tamamen kaybetmemeli ve tutuklama kararlarını yalnızca sanığa atfedilen suçun ("terör" suçları gibi) hukuki niteliğiyle açıklamamalıdır. Venedik Komisyonu'na göre, bir gazeteciye yönelik herhangi bir yakalama,

[79] Bakınız AİHM, *Şık – Türkiye kararı*, no. 53413/11 ve *Nedim Şener – Türkiye kararı*, no. 38270/11, 8 Temmuz 2014. Adli soruşturmayı sert bir şekilde eleştiren bir kitabı hazırlaması ve Ergenekon (2013 yılında üyeleri darbe planlamakla suçlanan bir örgüt) adına propaganda yapan başka bir kitaba katkı sunması, Sayın Şık'ın tutuklu yargılanma gerekçesi olarak gösterilmişti. Sayın Şener'in, faaliyetlerinin üstünü örterek ve kamuoyunu yanıltarak örgüte yardım ve yataklık yaptığından şüphelenildi. İlginç bir biçimde, bu iki gazeteci "Gülen komplosunu" açığa çıkardıkları için tutuklandı.

[80] Venedik Komisyonu, AİHM'in gazetecilerin tutuklanmasının ifade özgürlüğü üzerindeki caydırıcı etkisini göz önüne alarak, bu olaydaki tutuklamayı 10. Madde kapsamında da değerlendirdiğini ve böyle bir tutuklamanın (mahkumiyet kararı verilme bile) başvuru sahiplerinin ifade özgürlüğüne haksız bir müdahale olduğu sonucunu çıkardığını vurgulamaktadır.

[81] Bakınız AİHM, *Zherebin – Rusya kararı*, no. 51445/09, par. 56-63, 24 Mart 2016.

[82] Bakınız AİHM, *Idalov – Rusya*, no. 5826/03, par. 145, 22 Mayıs 2012.

[83] Venedik Komisyonu, Olağanüstü KHK'lar hakkındaki Görüşün 62. paragrafında, olağanüstü hal tedbirlerinin gerekliliği ve orantılılığı ile bunların hukukun üstünlüğü ilkesine uygunluğuna ilişkin yapılacak analizin dinamik bir yaklaşım gerektirdiğini belirtmiştir: büyük bir kamusal krizin hemen ardından haklı olarak getirilen bir tedbire, birkaç ay sonrasında ihtiyaç duyulmayabilir.

tutuklama ve tutukluluğun devamı kararının, tutukluluğun dava süreci için gerekli olduğunu ve diğer önleyici tedbirlerin (örneğin, makul kefalet gibi) bu amacı yerine getiremeyeceğini gösteren *somut olgulara* ilişkin bir değerlendirme (en azından ön değerlendirme) içermelidir. Venedik Komisyonu, özellikle olağanüstü hal ilanından sonra gazetecilerin toplu olarak gözaltına alınmasından endişe duymaktadır.^[84] Toplu yakalama kararları, gözaltına alınan kişilerin hiçbirisiyle ilgili bireysel ve anlamlı bir risk değerlendirmesinin yapılmadığının göstergesidir.

81. Venedik Komisyonu heyeti, Ankara ziyareti sırasında, haklarında yakalama kararı çıkarılan gazetecilerin yakalanmaları ve gözaltına alınmalarının gerekçeleri hakkında bilgi sahibi olmadıklarını öğrenmiştir. Kendilerine verilen tek bilgi, yargılanmalarına/tutuklanmalarına yasal bir zemin oluşturan Türk Ceza Kanunu ve Terörle Mücadele Kanununun hükümlerine yapılan basmakalıp atıfları içermektedir. Buna ilişkin olarak Venedik Komisyonu, gözaltı kararlarının esasen savcılığın ulaşabildiği gizli delillere dayandırılmaması gerektiğini vurgular. Daha en başta AİHS'nin 5. Maddesinin 2. fıkrasında yer alan koşullar yerine getirilmez ise savunma makamı, AİHS'nin 5. Maddesinin dördüncü fıkrasıyla korunan itiraz hakkını kullanamaz ve mahkemeler Madde 5.3 ve 5.4 kapsamında tutuklu yargılamanın gerekliliğini değerlendiremez. AİHS Madde 5.2, yakalanan her kişiye, “yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın” bildirilmesini düzenler ve kişilerin “yakalanmasının asıl gerekçesini” bilme hakkını kapsar.^[85] Bu gerekçeler AİHS Madde 5.2 uyarınca savunma makamına bildirilmeli, adli makamlara sunulmalı ve son olarak, AİHS Madde 5.3 ve Madde 5.4 uyarınca mahkemelerin verdiği kararlara yansıtılmalıdır.

82. Venedik Komisyonu yukarıdaki paragraflarda tutuklu yargılamanın gerekliliğine karar vermek için uygulanması gereken testi tanımlamıştır. Ancak bu testi her davaya kimin uyguladığı da aynı derecede önemlidir. Venedik Komisyonu, yakalama emirlerin Haziran 2014'te kurulan “Sulh Ceza Hakimlikleri” tarafından düzenlendiğini hatırlatır. İnsan Hakları Komiseri'nin deyişiyle, “sulh ceza hakimleri (veya hakimlikleri), tutuklamaların, yayın yasaklarının, medya şirketlerinin devralınması için kayyum atamasının veya internette erişim engellemelerinin de dahil olduğu kimi en sorunlu kararların tam ortasında

[84] Örneğin, 25 Temmuz 2016 tarihinde 42 gazeteci ve 27 Temmuz 2016 tarihinde de 47 gazeteci (*Zaman* gazetesi) hakkında yakalama kararı çıkarıldı. 16 Temmuz'da *Özgür Gündem* gazetesi kapatıldı ve 24 gazeteci gözaltına alındı. 31 Ekim 2016'da *Cumhuriyet* gazetesinin 12 çalışanı gözaltına alındı.

[85] AİHM, *Lazoroski – Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti kararı*, no. 4922/04, par. 52, 8 Ekim 2009

bulunmaktadır”.^[86] Venedik Komisyonu, Sulh Ceza Hakimliklerinin görevleri, yetkileri ve işleyişi hakkında yayınlanan Görüşte dile getirdiği, “sulh ceza hakimliği” sistemine ilişkin eleştirilere Türkiyeli yetkililerin dikkatini çekmek ister (CDL -AD(2017)004, par. 102 ve sonrası). Gözaltı konularının yargısal denetimine ilişkin kapsamlı bir revizyon yapılmadan AİHS’nin 5. Maddesinde geliştirilen ilkelerin etkili bir şekilde uygulanması mümkün değildir.

VIII. İnceleme komisyonunun kurulması (685 sayılı KHK)

83. Olağanüstü Hal KHK’ları hakkında Görüşte vurgulandığı gibi, Türkiye’de olağanüstü hal rejiminin en sorunlu yönlerinden biri yargı yolunun mevcut ol(ma)masıydı.^[87] Mevcut görüş bağlamında, yakın zamana kadar, kanun hükmünde kararnamele ile kapatılan medya organlarının kapatma kararlarıyla ilgili mahkemeler önünde şikayette bulunup bulunamayacağı belirsizdi.^[88]

84. Olağanüstü Hal KHK’ları hakkında Görüşte Venedik Komisyonu, Avrupa Konseyi Genel Sekreterinin bireysel ihraç vakalarının incelenmesi için sonraki yargı denetimine tabi ve bağımsız geçici bir organın oluşturulmasına ilişkin önerisini desteklemiştir.^[89] Bu nedenle Venedik Komisyonu, Türkiyeli makamların Ocak 2017’de çıkarılan kanun hükmünde kararname ile bu durumu çözmeye çalışmasını memnuniyetle karşılamaktadır. Bu kanun hükmünde kararname, olağanüstü hal dönemindeki tüm ihraç ve tasfiyeleri incelemekle yetkili 7 üyeli bir idari komisyon oluşturmuştur.^[90] Ayrıca komisyonun aldığı kararlara karşı itiraz hakkı da tanınmıştır.^[91] Madde 2 (1) (c)’de, KHK’nin bu Görüşte ele alınan konuya da uygulanabileceği açıklanmıştır.

[86] Memorandum, par. 69

[87] Bakınız par. 206 ve sonrası, özellikle par. 227.

[88] Türkiyeli yetkililerin açıklamalarına göre, belirli bir sayıdaki medya kuruluşu Radyo ve Televizyon Üst Kurulu gibi yetkili idari birimlerin kararlarıyla kapatılmıştır. Yetkili makamlara göre bu kapatma kararlarına karşı idari mahkemeler önünde itirazda bulunulabilir.

[89] CDL-AD(2016)037, par. 228

[90] Venedik Komisyonu heyetine, kanun hükmünde kararnamelerle değil de idari birimlerin kararlarıyla yapılan ihraç ve tasfiyelerin yeni kurulan inceleme komisyonunun alanına girmediği bilgisi verilmiştir.

[91] AİHM Başkanı G. Raimondi, 27 Ocak 2017 tarihinde adli yıl açılışında bu gelişme ile ilgili şu açıklamalarda bulundu: “Türkiye’de bu hafta meydana gele gelişmelerin umut verici olduğunu söylemek isterim. Kanun hükmünde kararnameyle darbe teşebbüsünden beri alınan kararlara ilişkin itirazları incelemekle sorumlu bir komisyonun kurulması ve özellikle bu komisyonun kararlarına karşı itiraz yolunun tanınması mükemmel bir girişim.”

85. Venedik Komisyonu kurulacak olan geçici organı aşağıdaki şekilde tarif etmiştir:

“Böyle bir kurulun esas amacı, tüm vakalara kişiye özgü muamele etmesi olacaktır. Bu kurulun, hukuk kurallarının temel ilkelerine saygılı olması, özel delilleri incelemesi ve gerekçeli kararlar vermesi gerekecektir. Bu kurul bağımsız ve tarafsız olmalı ve durumu öncesine döndürebilmek (status quo ante) ve/veya uygun olduğu hallerde tazminat sağlamak için yeterli yetkilere sahip olmalıdır. [...]”^[92]

86. Yeni oluşturulan inceleme komisyonunun bu kriterleri karşılayıp karşılamadığı zamanla görülecektir. Venedik Komisyonu, soruşturma komisyonunun 7 üyesinden 5’ini yürütmenin atadığını, karar yeter sayısının 4 olduğunu gözlemlemektedir. Bir üye komisyon kararıyla inceleme komisyonundan kolayca çıkarılabilir (Madde 4).^[93] Soruşturma komisyonunun süresi iki yıl olacak; bu süre zarfında bu komisyonun 130.000’den fazla ihracı ve özel şirketlerin kapatılmasına ilişkin binlerce davayı gözden geçirmesi beklenmektedir. İnceleme, dava dosyasındaki belgelere dayanarak, görünürde ilgili kişinin katılımı olmaksızın ve kesinlikle halkın veya medyanın katılımı olmaksızın yapılacaktır. Madde 6, yazılı usul bağlamında bile şeffaflığı etkilemek olarak yorumlanabilecek bir gizlilik hükmünü içermektedir.^[94] Başvuru sırasında komisyon, yetkililerin kapatma kararının altında yatan sebepleri bilmediği için, kapatılan bir medya kuruluşunun dosyasını nasıl tartışacağı net değildir. Bu nedenle, ilgili idari birimlerin en azından başvuruculara ve inceleme komisyonuna kapatma gerekçelerini (olgusal unsurları içeren)^[95] açıklaması gerekir.

Dolayısıyla, ilgili idari birliklerin en azından başvuranlara ve soruşturma komisyonuna likidasyona neden olan sebepleri (gerçek unsurları da içeren) açıklama yükümlülüğünü getirmek gerekli olacaktır.

[92] CDL-AD(2016)037, par. 222

[93] Madde 4(1): “[...] Ancak üyenin;
a) Komisyon tarafından kabul edilebilir mazereti olmaksızın bir takvim yılı içinde toplam beş Komisyon toplantısına katılmaması, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 302 nci, 309 uncu, 310 uncu, 311 inci, 312 nci, 313 üncü, 314 üncü ve 315 inci maddelerinde yazılı suçlar nedeniyle hakkında soruşturma veya kovuşturma başlatılması, Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı olduğu gerekçesiyle hakkında Başbakanlıkça idari soruşturma başlatılması veya soruşturma izni verilmesi, hallerinin tespit edilmesi üzerine Komisyon tarafından üyeliğine son verilir.”

[94] Bu konuda, gerekli uyarlamaları yaparak, bakınız CDL-AD(2007)016, Güvenlik Hizmetlerinin Demokratik Gözetimi hakkında Rapor, par. 195-217.

[95] Terör örgütüne “iltisak” kavramına referans verilmesi kendi başına yeterli olmayacaktır.

87. Komisyon kararlarına karşı “Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenecek Ankara idare mahkemelerinde” iptal davası açılabilir. Ancak, bu kararların delillerle desteklenmesi, gerekçelendirilmesi ve/veya yayınlanmasına ilişkin bir zorunluluk yoktur. Dahası, inceleme komisyonunun ne tür çözüm yolları önerebileceği; özellikle önceki koşulları tesis etme, mal varlıklarını iade etme ve şirketin ticari sicilini düzeltme yetkisinin olup olmadığı net değildir.

88. Bu komisyonun büyüklüğü, bileşimi, görevi süresi ve çalışma ilkeleri bakımından bütün dosyaları tek tek ele alıp almayacağı ve doğrulanabilir delillere dayalı gerekçeli kararlar verip vermeyeceği henüz belirsizdir. Komisyon kararlarına karşı bir idari mahkemeye (ve eninde sonunda Anayasa Mahkemesine) iptal davası açılabilmesi oldukça olumludur. Ayrıca, sonrasında yargı yolunun açık olduğu düşünüldüğünde, bu inceleme komisyonunun bir yargı organının bütün özelliklerine sahip olmasına gerek yoktur.^[96] Ancak, komisyon gerekçeli ve bireyselleştirilmiş kararlar verebilme yetisine sahip değilse, idari mahkemelerin ve Anayasa Mahkemesinin bu düzendeki rolü belirsizdir. Komisyonun amacı etkin bir filtreleme mekanizması olarak hizmet etmek ve böylece yargı sisteminin yükünü azaltmaksa, bu komisyon olağanüstü hal KHK’lerinin ekinde yer alan listelerden farklı bir sonuç üretmelidir.

89. Son olarak, Venedik Komisyonu Türkiyeli yetkililerin yeni oluşturulan planın zaman boyutuna dikkat çekmektedir; **“geç gelen adalet, adalet değildir”** sözü sıklıkla kullanılır, ancak bu söz mevcut durumda özellikle önemlidir. İnceleme komisyonunun (henüz çalışmaya başlamayan) potansiyel iş yükü oldukça fazladır. Bu gibi durumlarda, kapatılan medya kuruluşlarının dosyaları öncelik verilecekler arasında olmalıdır. İlk olarak, bu kararların her biri çok sayıda kişiyi (özellikle çalışanlar ve medya kuruluşunun sahipleri) etkilemiştir. İkincisi ve en önemlisi, bu davaların ilgili tüzel kişilerin sahipleri/çalışanlarının menfaatlerini aşan siyasi bir boyutu vardır. Bu hususlar, tarafların davalarını incelemesi için bir hakime başvurmadan önce inceleme komisyonuna gitmek zorunda oldukları göz önüne alındığında özellikle önemlidir. Türkiye’de özgür

[96] Özellikle idare hukuku alanında yargı işlevleri sık sık AİHS’nin 6. Maddesindeki koşulların tamamını sağlamayan idari birimlere verilmektedir. AİHM’nin yerleşmiş içtihadına göre bu durum Sözleşmenin ihlal edildiği anlamına gelmez. Böyle durumlarda AİHM, idari makâmın verdiği kararın AİHS’nin 6. Maddesindeki gerekliliklerin tümünü yerine getiren bir yargı kurumu tarafından bütün yönleriyle (yasal ve olgusal) incelenmesine iç hukukta olanak verilmesini talep eder. Buna tam inceleme doktrini adı verilir. Bakınız M. Kuijer, *The Blindfold of Lady Justice – Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR (Gözleri Bağlı Adalet Tanrıçası – AİHS’in 6. Maddesindeki Koşullar Işığında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı)*, Wolf Legal Publishers 2004, s. 133- 136.

medyanın uzun süre susturulması, hukukun üstünlüğünün egemen olduğu demokratik devletin temellerini etkiler.

90. Özetle, Venedik Komisyonu, yeni kurulan komisyonun, ancak usule ilişkin bazı temel şartlar yerine getirilirse – özellikle komisyon doğrulanabilir delillere dayalı gerekçeli ve bireyselleştirilmiş kararlar verirse – kullanışlı ve faydalı bir hukuk mekanizması olacağını düşünmektedir.^[97]

IX. Sonuçlar

91. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına kesin bir şekilde yerleştiği ve Venedik Komisyonu tarafından defalarca altı çizildiği üzere, siyasi tartışma özgürlüğü demokratik toplum kavramının tam merkezinde yer alır. Siyasi konuları medyada açıkça tartışabilmek, olağanüstü hal dönemi uzatıldığında ve büyük bir anayasa değişikliği süreci başladığında çok daha önemli bir hale gelir.

92. Venedik Komisyonu, 15 Temmuz 2016 tarihindeki başarısız darbe girişiminin hemen ardından bazı olağanüstü tedbirlerin alınması gerektiğini kabul eder. Ne var ki, kanun hükmünde kararlara dayanarak bireyselleştirilmiş kararlar ve zamanında yargı denetimi ihtimali olmadan medya kuruluşlarının toplu bir şekilde kapatılması gibi tedbirler, uluslararası insan hakları hukukunun gerektirdikleri ışığında kabul edilemez ve aşırı tehlikelidir. Gazeteciler hakkında, yazdıklarından dolayı açılan terör örgütü “üyeliği” davalarının artması ve suçla ilgili ve yeterli olmayan nedenlerle gazetecilerin tutuklanması için de aynı durum geçerlidir.

93. Venedik Komisyonu, mevcut durumda Türkiye medyasının kamunun bekçi köpeği işlevini etkili bir şekilde yerine getirememesini, olağanüstü hal döneminin uzatılmasına yönelik ihtiyaçları ve anayasada yapılması beklenen değişiklikleri denetleyememesini esefle karşılar. Venedik Komisyonu, bu nedenle Türkiyeli yetkililere aşağıdaki hususlarda çağrı yapar:

- Özel ve tüzel kişilerin inceleme komisyonuna başvuru yapabilmeleri ve inceleme komisyonunun bireyselleştirilmiş, gerekçeli ve doğrulanabilir delillere dayalı kararlar verebilmesi için 685 sayılı KHK yeni bir düzenlemeyle desteklenmeli, olağanüstü hal tedbirlerinden etkilenen bu kişi ve kurumlara (kapatılan medya kuruluşları dahil) bu tedbirlerin gerekçelerinin ve altında yatan olgusal temelin bildirilmesi;

[97] Kuşkusuz, gerekçeli kararlar verme yükümlülüğü yalnızca medya kuruluşunun yaptığı başvurunun inceleme komisyonu tarafından reddedildiği durumlarda mevcuttur.

- İnceleme komisyonunun önceki duruma yeniden dönme, yani gerekirse kapatılan kurumların yeniden açılması yetkisine ve medya kuruluşlarının başvuruları da dahil olmak üzere en acil başvuruları öncelikli olarak ele alma yetkisine sahip olması;
- Kendilerine yönelik suçlamalar temel olarak yazdıklarına dayanan gazetecilerin terör örgütü “üyeliğinden” (ve benzer suçlardan) yargılanmayacağına dair güvence verilmesi;
- Yazdıkları nedeniyle kovuşturmaya uğrayan gazetecilerin, sadece yazılarının içeriğinden kaynaklanan suçlamaların ağırlığına göre tutuklu yargılanmaması; yetkili makamların AİHM’nin bu konudaki içtihadıyla uyumlu olarak gazetecileri tutuklamak için “suçla ilgili ve yeterli” gerekçeler göstermesi ve bu tutuklamaların istisna olması;
- Kanun hükmünde kararnelerde yer alan ancak olağanüstü halin kesinlikle gerektirmediği tüm tedbirlerin yürürlükten kaldırılması.

94. Venedik Komisyonu, ihtiyaç duymaları halinde yetkililere bu konuda yardımcı olmaya hazırdır.

Strasbourg, 13 Mart 2017

CDL-AD(2017)004

Görüş No. 852 / 2016

Aslı İngilizcedir

**AVRUPA HUKUK YOLUYLA DEMOKRASİ KOMİSYONU
(VENEDİK KOMİSYONU)
TÜRKİYE**

**SULH CEZA HAKİMLİKLERİNİN
GÖREV, YETKİ VE İŞLEYİŞLERİ HAKKINDA
GÖRÜŞ**

**Venedik Komisyonu Tarafından 110. Genel Kurul Toplantısında
(Venedik, 10-11 Mart 2017)**

Aşağıdaki Katılımcıların Yorumlarına Dayanılarak kabul Edilmiştir:

Sn. Richard Barrett (*Üye, İrlanda*)

Sn. Nicolae Esanu (*Üye, Moldova Cumhuriyeti*)

Sn. Johan Hirschfeldt (*Yedek Üye, İsveç*)

Sn. Guido Nppi Modona (*Yedek Üye, İtalya*)

I. Giriş

1. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi İzleme Komitesi Başkanı Sn. Cesar Florin Preda tarafından 25 Mayıs 2016 tarihli yazıyla, Sulh Ceza Hakimliklerinin görev, yetki ve işleyişlerine ilişkin görüş talep edilmiştir (adı geçen hakimlikler 6545 Sayılı Kanunla kurulmuştur, bakınız CDL-REF(2017)004 sayılı doküman).

2. Komisyon, bu görüşle ilgili olarak Sn. Barrett, Sn. Esanu, Sn. Hirschfeldt ve Sn. Neppi Modona'yı raportör olarak davet etmiştir.

3. Sn. Esanu ve Sn. Hirschfeldt'in yer aldığı ve Komisyon Sekreterliğinden Sn. Schnutz Dürr'ün de eşlik ettiği bir Venedik Komisyon Heyeti 24 Ocak 2017 tarihinde Ankara'ya gelerek (kronolojik sırayla) Barolar Birliğine, Adalet Bakanlığına, iki Ankara Sulh Ceza Hakimine, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'a ziyaretlerde bulunmuştur. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluyla (HSYK) bir görüşme yapılması mümkün olmamıştır. Adalet Bakanlığı, Komisyon Heyetine Sulh Ceza Hakimlikleri hakkında bir müzekkere sunmuştur (işbu görüş kapsamında bundan böyle CDL-REF (2017)004 sayılı "Müzekkere" olarak anılacaktır). Venedik Komisyonu, ziyaret hazırlıklarının yanı sıra verilen bilgiler için Adalet Bakanlığına minnet ve teşekkürlerini sunar. Taslak görüşe cevaben Adalet Bakanlığı da görüşünü (işbu görüş kapsamında bundan böyle "Hükümet Görüşü" olarak anılacaktır) sunmuş bulunmaktadır.

4. İşbu görüş, raportörlerin katkıları ve ayrıca yürürlükteki mevzuatın gayri resmi tercümesi esas alınarak hazırlanmış olup işbu görüşte yanlış tercümeden kaynaklanan hatalar olabilir.

5. Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı Sn. Selahaddin Menteş ile yapılan fikir teatisi sonrasında işbu görüş, Venedik Komisyonu tarafından 110. Genel Kurulunda (Venedik, 10-11 Mart 2017) kabul edilmiştir.

II. Genel Açıklamalar

6. Venedik Komisyonu, en başından beri darbe girişimini^[1] kesin bir dille kınayanlar arasında Komisyon Başkanının ilk sıralarda yer aldığı, Ekim ve Aralık 2016 tarihlerinde Türkiye'ye ilişkin kabul edilen her iki kararda da söz konusu kınamanın tekrar edilmiş olduğunun ve başarısız darbe girişiminde hayatını kaybeden çok sayıda vatandaşa ve onların ailelerine en içten

[1] <http://www.venice.coe.int/webforms/events/?id=2266>

başsağlığı dileklerini sunduğunun altını çizmek ister^[2]. Sulh Ceza Hakimliklerinin mevcut haliyle kurulma tarihi her ne kadar başarısız darbe girişiminden önceye tekabül etse de, Sulh Ceza Hakimliklerinin görevleri, on binlerce tutukluluk kararı vermek durumunda kalmalarından dolayı çok daha güncel bir konu haline gelmiştir.

7. İşbu görüş, biri medya^[3] hakkındaki Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri, biri de anayasa değişikliği olmak üzere diğer iki [taslak] görüş doğrultusunda hazırlanmıştır. Bahsi geçen ikinci [taslak] görüşte, HSYK'da yargı bağımsızlığını^[4] kısıtlamaya yönelik değişikliklerle ilgili dile getirilen ciddi endişeler, tüm Sulh Ceza Hakimlerinin HSYK tarafından atandığı ve gelecekte de atanacağı gerçeğinden yola çıkılarak, bu görüş açısından büyük önem arz etmektedir.

8. Darbe girişiminden önceki bir tarihte, Haziran 2016'da kabul edilen İnternet Kanunu^[5] hakkındaki Komisyon görüşü, Sulh Ceza Hakimliklerinin çalışmalarının önemli bir kısmını teşkil eden, internet sitelerinin engellenmesi hususuyla ilgili olduğundan, işbu görüşle bilhassa alakalıdır. Söz konusu görüşte Venedik Komisyonu, Sulh Ceza Hakimliklerinin aldığı kararlara yapılan itirazların daha üst mahkemeler tarafından değil de, yine başka Sulh Ceza Hakimlikleri tarafından görülmesi ("yatay temyizler") hususuna karşı eleştirilerde bulunmuştur (bakınız aşağıdaki bölüm IV D).

III. 2014 Değişikliği

A. Sulh Ceza Hakimliklerinin Başlangıç Noktası – 6545 Sayılı 2014 Kanunundan Önceki Durum

9. Müzakerede; Sulh Ceza Hakimliklerinin kurulduğu, 2014'te çıkarılan 6545 Sayılı Kanununun yürürlüğe girmesinden önce, ilk olarak 1412 Sayılı

[2] CDL-AD(2016)027, Türkiye– Anayasanın 83. Maddesinin (yasama dokunulmazlığı) ikinci paragrafının durdurulmasına ilişkin olarak Venedik Komisyonu tarafından 108. Genel Kurulunda (Venedik 14-15 Ekim 2016) kabul edilen görüş ve CDL-AD(2016)037, Türkiye- 15 Temmuz 2016 başarısız darbe girişimi sonrasında kabul edilen 667-676 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerine ilişkin olarak Venedik Komisyonu tarafından 109. Genel Kurulunda (9-10 Aralık 2016) kabul edilen görüş.

[3] CDL-AD(2017)007.

[4] CDL-AD(2017)005, bölüm IV.D.1.

[5] CDL-AD(2016)011, Türkiye– İnternet ortamında yapılan yayınların düzenlenmesi ve bu yayınlar yoluyla işlenen suçlarla mücadele edilmesi hakkındaki 5651 sayılı kanuna ("internet kanunu") ilişkin Venedik Komisyonu tarafından 107. Genel Kurulunda (Venedik 10-11 Haziran 2016) kabul edilen görüş.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunuyla, Sulh Ceza Mahkemelerinin kurulmuş olduğunu ve 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında cezai takibatların ‘soruşturma’ (iddianame öncesi) ve ‘kovuşturma’ (iddianame sonrası) olmak üzere iki evreye ayrılmış olduğu ifade edilmektedir. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, soruşturma evresinde ‘koruma tedbirlerine’ ilişkin kararları alma yetkisini prensipte Sulh Ceza Mahkemelerine vermiştir.

10. Artık kalkmış bulunan Sulh Ceza Mahkemelerinin 2014 yılına kadar görevleri aşağıdaki şekilde olmuştur:

1. Soruşturma evresinde bilumum suçlar için koruma tedbirlerinin alınması (kovuşturma evresindeki koruma tedbirlerine ilişkin kararlar, ya Sulh Ceza Mahkemesi hakimi, Asliye Ceza Mahkemesi hakimi ya da Ağır Ceza Mahkemesi hakimleri tarafından alınmaktaydı)
2. İki yıla kadar hapis cezası ya da iki yıla kadar hapis cezası ve buna bağlı adli para cezası olan veyahut da sadece adli para cezası olan bilumum suçların kovuşturma evresinde dava esaslarına karar verilmesi.

11. Sulh Ceza Mahkemelerinin tutukluluk kararları, Asliye Ceza Mahkemelerine temyize götürülebilmekteydi.

12. Söz konusu Müzekkereye göre bahsi geçen koruma tedbirleri^[6] arasında şüphelinin yakalanması, duruşma öncesi gözaltına alınması, üstünün aranması, el koyma, tutuklama, beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması bulunmaktadır. Kovuşturma evresinde koruma tedbirleri, şüphelilerin davasını gören duruşma hakimi tarafından konmaktadır.

13. Sulh Ceza Hakimliklerinin mevcut halinin temelini teşkil eden başka bir müessese de, Terörle Mücadele Kanununun 10. maddesini değiştiren 5 Temmuz 2012 tarihli 6352 Sayılı Kanun kapsamında ihdas edilmiş ‘özgürlük hakimleri’dir. Söz konusu özgürlük hakimleri, sadece ‘koruma tedbirleriyle’ ilgilenmekte olup yargı yetkilerinin kapsamı, Türk yasaları çerçevesinde terör kapsamındaki cezai suçlarla sınırlı bulunmaktaydı.

14. Müzekkerede, Avrupa Komisyonu bağımsız uzmanı Sn. Luca Perilli’nin hazırladığı “Ceza Adaleti” raporunda özgürlük hakimlerinin 2012-2014 yıllarındaki çalışmalarına büyük ölçüde değer vermiş olduğuna ve bu hakimliklerin

[6] ‘Koruma tedbirleri’ terimi uluslararası anlamda çoğunlukla tanık koruma programları kapsamında kullanılır (ör. Bakanız Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü Madde 68). Bu görüşte Venedik Komisyonu, Müzekkerede isnat edilen ihlal mahiyetindeki tedbirlerden ziyade bu terimi kullanacaktır.

yeniden tesis edilmesi tavsiyesinde bulunmuş olduğuna işaret edilmektedir. Adalet Bakanlığının yanıtları doğrultusunda bu raporun taslağı, 6545^[7] Sayılı Kanunun kabul edildiği tarihle çakışan bir tarihte, Haziran 2014'te Bakanlığa iletilmiştir. Raporun Ocak 2016'ta yayımlanan nihai sürümünde ise Türk resmi makamlarının, özgürlük hakimlerinin yerini Sulh Ceza Hakimlerinin aldığı yönündeki iddiası görülmektedir^[8]. Şubat 2014^[9] tarihi ile 6545 Sayılı Kanunun kabul edildiği 18 Haziran 2014 tarihi arasında bir boşluk olduğundan yeni Sulh Ceza Hakimlikleri, mevcut 'özgürlük hakimlerinin' yargı yetkilerinin genişletilmesi suretiyle değil önceki sulh ceza mahkemelerinin yerine geçirmek suretiyle kurulmuştur. Sn. Perilli'nin raporunda sadece benzeri yatay itirazların mevcut olmadığı bir sistem olan özgürlük hakimlerinden bahsetmiş olduğu nazarı dikkate alınmalıdır.

15. 6 Mart 2014 tarihinde 6526 Sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte, kurulmalarının üstünden henüz iki sene bile geçmeden özgürlük hakimlikleri kaldırılmış ve Terörle Mücadele Kanununun 10. maddesi kapsamındaki yetkileri –kısa bir süreliğine– Ağır Ceza Mahkemelerine verilmiştir. Haziran 2014'te ise terör suçu kapsamındaki davalar da dahil olmak üzere, koruma tedbirleri hakkında karar alabilme yetkisi olan yeni Sulh Ceza Hakimlikleri kurulmuştur.

B. 6545 Sayılı Kanun

1. Yargı Yetkisi

16. Sulh Ceza Hakimlikleri, 28 Haziran 2014 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 6545 Sayılı Kanunla kurulmuştur. Sulh Ceza Mahkemeleri kaldırılmış ve esasa müteallik yargı yetkileri –iki yıla kadar hapisle cezalandırılan daha az ciddi suçların yargılaması– trafik cezaları hakkındaki kararlar hariç olmak üzere Asliye Ceza Mahkemelerine verilmiştir. Öte yandan cezai soruşturmanın denetimi de –her türlü dava için– yeni Sulh Ceza Hakimliklerine verilmiştir.

17. Ceza Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde Sulh Ceza Hakimliklerinin, arama ve el koyma emri (iletişimin engellenmesi için 'telefon dinleme' izni verilmesi de dahil) ile yakalama ve tutuklama emri çıkarma yetkisi de bulunmaktadır. Ayrıca bu hakimliklerin, cumhuriyet savcılarının verdiği takipsizlik kararları üzerinde yargı denetimi de bulunmaktadır.

[7] http://www.abgm.adalet.gov.tr/pdf/ceza%20adaleti%20_2_.pdf

[8] http://www.avrupa.info.tr/sites/default/files/2016-11/Criminal_Justice_report_final_January_2015.pdf, FN. 6.

[9] Terörizmle mücadele kanununu değiştiren 21 Şubat 2014 tarihli 6526 sayılı Kanun, ceza muhakemeleri usulü kanunu ve muhtelif yasalar.

18. Adı geçen Müzekkereye göre, Sulh Ceza Hakimliklerinin kurulma sebebi, uygun gerekçeler gösterilmeksizin koruma tedbiri kararı alındığında yaşanacak sorunların önüne geçmek ve öncelikle koruma tedbirleri, sonrasında da dava esasları hususunda yine aynı hakimin karar almasını engellemektir. Yeni Sulh Ceza Hakimleri söz konusu tedbirlerin uygulanmasında uzmanlaşacak ve bu uygulamanın uyumlandırılmasını sağlayacaktır.

19. Ancak Sulh Ceza Hakimliklerine, Türk kanunları gereği ek yetkiler de tahsis edilmiştir. Bu yetkilerden biri de, internette içeriklerin kaldırılması ve web sitelerinin kapatılmasıdır. Türk kanununun bu veçhesi, internet ortamında yapılan yayınların düzenlenmesi ve bu yayınlar yoluyla işlenen suçlarla mücadele edilmesi hakkındaki 5651 Sayılı Kanuna (İnternet Kanunu)^[10] ilişkin Venedik Komisyonu görüşüne de konu olmuştur. 5651 Sayılı Kanun kapsamında erişim yasağı koyma işlemlerinin bazıları koruma tedbiri olarak addedilemez; ancak esasa müteallik kararların alınmasını sağlayacak özerk işlemler olarak sayılabilir^[11].

20. Sulh Ceza Hakimliklerine verilen başka bir yetki de, trafik kabahatlerinde (hız ihlali cezaları vs.) karar alma yetkisidir. Venedik Komisyonu heyetinin Ankara'da öğrendiğine göre Ankara Sulh Ceza Hakimlikleri tarafından bir senede alınan ortalama 7700 karardan yaklaşık 700'ü tutuklulukla ilgili olup (sadece bu davalarda duruşma olmuş; tüm diğer kararlar yazılı usulde alınmıştır), 2000'i ise diğer 'koruma tedbirleriyle' ve internet ile alakalı kararlardan, 1500'ü diğer Sulh Ceza Hakimliklerinin kararlarına itirazlardan ve toplam karar sayısının neredeyse yarısı olan 3500'ü de trafik kabahatlerinden oluşmaktadır. Tekrar altı çizilmelidir ki bu, ihtiyati tedbirlerle veya koruma tedbirleriyle ilgili değil, dava esaslarıyla ilgili bir yetkidir.

21. Olağanüstü hal kapsamında Sulh Ceza Hakimliklerine verilen başka bir yeni yetki de, 667^[12] Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye istinaden bir avukatın müdafilik hakkını kaldırma yetkisidir.

22. Adalet Bakanlığından verilen bilgiye göre, Türkiye'de 719 Sulh Ceza Hakimi bulunmaktadır. 3.632.164 nüfuslu Ankara şehrinde dokuz Sulh Ceza Hakimi olduğundan, Ankara'daki Sulh Ceza Hakimlerinin, ülke ortalamasının üç katından daha fazla bir nüfusa hizmet verdiği görülmektedir^[13].

[10] CDL-AD(2016)011.

[11] Madde 8A, 9 ve 9A.

[12] Örnek dava için bakınız aşağıdaki bölüm IV.F

[13] 75 milyon kişilik bir nüfus için sulh ceza hakimi başına kabaca ortalama rakam 100.000 kişidir. Ankara'da ise bu rakam 360.000'e yakındır (Ankara'da bir görev yeri başına 10

23. Venedik Komisyonu Heyeti, ziyaretleri esnasında Ankara Adliyesindeki Sulh Ceza Hakimliklerinin durumları hakkında daha fazla bilgi edinme imkanı bulmuştur (her bir Sulh Ceza Hakimliği, kendi başına bir mahkeme sayılmasına rağmen hepsinin Ankara Adliyesinde ofisi bulunmaktadır). Venedik Komisyonu Heyeti Sulh Ceza Hakimlerinin Ankara Adliyesine bitişik ofislerini ziyaret fırsatı da bulmuştur. Ankara Sulh Ceza Hakimlerinin dokuzunun da, kendisi için çalışan beş kişilik bir personeli bulunmaktadır^[14]. Çalışmalarının neredeyse tamamı sadece yazılı halde olup, yalnızca tutuklama davalarında video kayıt sistemleriyle donatılmış özel odalarda duruşma yapmaktadırlar.

24. Trafik kabahatleriyle ilgili kararlar tutuklamaya dair duruşmalardan genelde daha az vakit alsa da Sulh Ceza Hakimlerinin her bir davayla tek tek ilgilenmesi yani hız kameralarının çektiği fotoğrafları tek tek incelemesi gerekmektedir. Tüm bunlara rağmen Sulh Ceza Hakimleri, ağır iş yüklerinin altından (personellerinin de yardımıyla) kalkabildikleri konusunda ısrar etmişlerdir. Üstelik Hükümet Görüşü de, trafik kabahatleri söz konusu olduğunda Sulh Ceza Hakimlerinin sadece fotoğraf incelemesi gerektiğinden iş yüklerinin ağır olmadığı konusunda ısrar etmektedir. Ancak büyük şehirlerde işlenen trafik kabahatlerinin sayısı, kırsal kesimlerdekilere nazaran çok daha yüksek olup bir de Ankara'daki Sulh Ceza Hakimlerinin aşırı iş yükünün üstüne binmektedir.

25. Özetlemek gerekirse Sulh Ceza Hakimliklerinin görevi iki mislidir: 'koruma tedbirlerine' ve dava esaslarına ilişkin kararların alınması. Bu husus ayrıca, hakimliklerin aldığı kararlara karşı itiraz sisteminin incelenmesiyle de ilgilidir.

2. Temyiz –İtiraz– Sistemi ve İşin Örgütlenmesi

Sulh Ceza Hakimliğinin kararları yatay olarak, başka bir ifadeyle ancak başka bir Sulh Ceza Hakimliğine temyiz edilebilmektedir. Bu tarz bir temyize 'itiraz' denir (Ceza Muhakemesi Kanunu Madde 268). İl başına düşen Sulh Ceza Hakimliği sayısı oldukça kısıtlıdır. Sulh Ceza Hakimlikleri, her bölgede birden başlayarak numaralandırılmış olup bir itiraz daima numara olarak kendisini izleyen hakimliğe gönderilir. Şöyle ki bir numaralı Sulh Ceza Hakiminin kararına karşı itiraz, ikinci Sulh Ceza Hakimliği tarafından, ikinci Sulh

sulh ceza hâkimi olduğu varsayılarak hesaplandığında bile bu rakama ulaşılmadığı gibi şu anda dokuz ceza hâkimi için rakam 400.000'dir).

[14] Venedik Komisyonu heyeti Ankara ziyaretinde iki sulh ceza hakiminin personellerinin (yani on kişinin) aynı ofisi paylaştığı ancak bu personelin, birbirlerinin itirazlarına bakan hakimlerin personelleri olmadığı bilgisine ulaşmıştır. Yine de tüm sulh ceza hakimlerinin ve personellerinin ofisleri, binanın aynı kısmında birbirlerine yakın konumdadır.

Ceza Hakiminin kararına karşı itiraz, üçüncü Sulh Ceza Hakimliği tarafından incelenir ve süreç bu şekilde ilerler. En son numaralı Sulh Ceza Hakimliğine itirazlar ise bir numaralı Sulh Ceza Hakimliğine gönderilir.

Ankara'da Sulh Ceza Hakimleri, vardiyalar halinde geceleri ve hafta sonları da çalışmaya devam etmektedir. Bu sistem, 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 54'üncü maddesine dayanarak kararlaştırılmıştır.

A. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi İçtihadı

28. Türkiye Anayasa Mahkemesi, genel itibariyle Sulh Ceza Hakimliklerinin kurulmasına ve Sulh Ceza Hakimlerinin münferit kararlarına karşı birçok itiraz kararı vermek zorunda kalmıştır.

29. 14 Ocak 2015 tarihli 2015/12 sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, Eskişehir 1. Sulh Ceza Hakimliği tarafından açılan mücerret davada Sulh Ceza Hakimliklerinin kurulmasının Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına aykırı olmadığı tespitinde bulunmuştur. Karar şu şekilde özetlenebilir: Sulh Ceza Hakimleri, HSYK tarafından Asliye Mahkemeleri hakimleriyle aynı şekilde atanır. Soruşturma evresinde uzmanlaşmış hakimliklerin kurulması, hukukun üstünlüğü ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. Sulh Ceza Hakimliklerinin kurulması genel bir kaide olup, tüm cezai soruşturma davaları için geçerli olup tabii hakim ilkesine aykırı değildir.

30. Yapıları ve işleyişleri nazarı itibara alındığında Sulh Ceza Hakimlerinin bağımsız hareket etme imkanının olmadığını ileri sürmek için ortada hiçbir gerekçe bulunmamaktadır. Eğer ki, bir Sulh Ceza Hakimi somut, nesnel ve ikna edici deliller ışığında tarafsızca karar vermiyorsa, hakimi davayı görmekten alıkoyacak adli hükümler mevcuttur.

31. Anayasa Mahkemesi ayrıca kanun koyucuların, Sulh Ceza Hakimlerinin kararlarına itiraz sistemini belirleme takdirini olduğunu tespit etmiştir. Bir Sulh Ceza Hakiminin kararlarını başka bir Sulh Ceza Hakimine temyize götürmek, ne hukukun üstünlüğüyle ne de adil yargılanma hakkıyla çelişmektedir.

32. Mücerret davada alınan bu kararı ve 19 Mart 2015 tarihli 2015/31 sayılı benzeri kararı (İzmir Bölge İdare İstinaf Mahkemesi tarafından temyiz) müteakiben Anayasa Mahkemesi, Sulh Ceza Hakimlerinin kararlarına karşı pek çok bireysel şikayeti inceleme altına almıştır^[15]. Mahkeme, Sulh Ceza Hakimliklerinin görevlerini genel hukuk normlarına dayanarak icra ettiklerine

[15] Bakınız Hikmet Kopar vd. Başvuru. No. 2014/14061.

ve Sulh Ceza Hakimlerinin sistem gereği önyargılı olduklarını iddia etmenin mümkün olamayacağına karar kılmıştır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, başka birçok bireysel başvuruyu da kabul edilemez bulmuştur^[16].

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Görülen Dava

33. Sulh Ceza Hakimlikleriyle ilgili olarak 25285/15 başvuru sayılı, Hidayet Karaca v. Türkiye davası, halen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde görülmektedir. Davanın kaydı 7 Mayıs 2015 tarihinde yapılmış olup; Mahkeme tarafından 20 Nisan 2016 tarihinde iletilmiştir^[17].

34. Başvurucu, *diğer iddiaların yanı sıra*, tutukluluğunun kaldırılmasına hüküm vermiş olan ceza mahkemeleri hakimlerinin, Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'ın 27 Nisan 2015 tarihinde yapmış olduğu basın konferansında bu davada bazı mahkemelerin yetkileri dışına çıkmış olduğunu söylemesini takiben HSYK tarafından görevinden alındığını iddia etmektedir^[18].

35. Tebliğ kapsamındaki sorulardan bazıları şunlardır: tutukluluk haline ilişkin muamelelerin İnsan Hakları Sözleşmesinin 5.2 sayılı maddesine uygun olup olmadığı; Sn. Karaca'nın tutukluluk emrini veren (Sulh Ceza) hakimlerinin tarafsız ve bağımsız olup olmadığı; davayı gören (Sulh Ceza) hakimleri kendilerinin, ceza mahkemesi kararına ve Ceza Muhakemeleri Kanununa aykırı olarak, reddi-hakime tabi olmadıklarını beyan etmiş bulunmalarından sebep, tarafsız karar alındığına dair bir teminat olup olmadığı; Sn. Karaca'nın dava dosyasına erişimi mümkün değilken tutukluluğuna etkili bir şekilde itiraz edebilmesinin mümkün olmadığı.

36. Söz konusu dava, iki karşı oy görüşüyle^[19] 14 Temmuz 2015^[20] tarihinde Türkiye Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilemez bulunmuştur.

[16] Bireysel Başvurular Hidayet Karaca Başvuru No. 2015/144, 14/7/2015; Mehmet Fatih Yiğit vd. Başvuru No. 2014/16838, 9/9/2015; Mustafa Başer ve Metin Özçelik, Başvuru No. 2015/7908, 20/1/2016; Mehmet Baransu, Başvuru No. 2015/7231, 17/5/2016.

[17] <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-162979> (sadece Fransızcası mevcuttur).

[18] Bu davayla ilgili olarak duruşma hâkimlerinin görevden alınması konusunda ayrıca Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyinin yorumlarına da bakınız, CCJE-BU(2015)5, http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/Cooperation/Comments%20of%20the%20CCJE%20Bureau%20on%20Turkey_2015.pdf.

[19] Bireysel şikayet Hidayet Karaca Başvuru No. 2015/144 tarih 14/7/2015.

[20] Başarısız darbe girişimi sonrasında Anayasa Mahkemesi tarafından görevinden alınmış iki üyenin görüşü

IV. Analiz

A. Yargı Sisteminin Bağımsızlık Standartları

37. Ulusal yargı sisteminin kurulması ve yapısında değişiklik yapılması, resmi makamların sorumluluğundadır. Takdir payları geniştir ancak sınırsız değildir. Resmi makamlar bu konunun ele alınmasında Anayasalarına ve uluslararası taahhütlere uygun şekilde hareket etmelidir. Kanun koyucu seçilirken, hukukun üstünlüğü gözetilmeli ve adil yargılanma hakkının etkin bir şekilde kullanılması temin edilmelidir^[21].

38. Yargı bağımsızlığı standartları, geniş ölçüde Avrupa düzeyinde ve uluslararası düzeyde yorumlanır. Bu noktada Venedik Komisyonunun Yargı Sisteminin Bağımsızlığı Hakkındaki Raporunun Hakimlerin Bağımsızlığı başlıklı I. Kısmını hatırlatmakta fayda vardır: “*yargı bağımsızlığı, hem yargının ödün verilemeyecek kalitesi gibi objektif bir unsur, hem de bir bireyin hak ve özgürlüklerinin bağımsız bir hakim tarafından belirlenmesi hakkına sahip olması açısından subjektif bir unsur taşımaktadır. Bağımsız hakimler olmaksızın, hak ve özgürlüklerin doğru ve meşru bir şekilde uygulanması mümkün olamaz. Netice itibariyle yargı bağımsızlığı, başlı başına bir amaç değildir*”^[22].”

39. Venedik Komisyonu, “*yargı bağımsızlığını teminat altına alan temel ilkelerin, Anayasa veya muadili metinlerde mutlaka belirtilmesi*” tavsiyesinde bulunmuş olup, bu tavsiyesi, Bakanlar Komitesinin CM/Rec(2010)12 sayılı Tavsiye Kararındaki 7 Sayılı Tavsiye Kararına ve Avrupa Hakimleri Danışma Konseyinin 1 No.’lu Görüşüne uygun düşmektedir.

40. Türk Anayasasının 138’inci maddesi bağımsızlık teminatı vermektedir: “*Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz.[...]*”

41. Söz konusu anayasal koruma şart olsa da –tüm diğer Avrupa Konseyi Üye Ülkelerinde olduğu gibi– Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa

[21] CDL-AD(2007)028, Adli Atamalar– Venedik Komisyonu tarafından 70. Genel Kurulunda (Venedik 16-17 Mart 2007) kabul edilen Rapor; CDL-AD(2010)004, Venedik Komisyonu tarafından 82. Genel Kurulunda (Venedik 12-13 Mart 2010) kabul edilen Yargı Sisteminin Bağımsızlığı hakkındaki Raporu Kısım I: Hakimlerin Bağımsızlığı; CDL-AD(2010)040, Venedik Komisyonu tarafından 85. Genel Kurulunda (Venedik 17-18 Aralık 2010) kabul edilen Yargı Sisteminin Bağımsızlığı: Kısım II – Kovuşturma Hizmetlerine ilişkin Avrupa Standartları hakkında rapor.

[22] CDL-AD(2010)004, paragraf 6.

demokrasilerinde yargı bağımsızlığına ilişkin diğer uluslararası insan hakları yükümlülükleri ve aneleriyle getirilen mükellefiyetlere uyulması için başlı başına yeterli değildir. Anayasal teminatların, bu standartlara ulaşmak için hem mevzuatta hem de teamülde uygulanması şarttır.

B. Yargı Sistemi Değişikliği

42. Sulh Ceza Hakimleri, yargı teşkilatının diğer mensuplarıyla aynı şekilde atanmaktadır. Dolayısıyla Sulh Ceza Hakimliklerinin kuruluşunun, Türkiye'deki yargı değişikliklerinin, bilhassa da 2014 senesinde gerçekleştirilenlerin daha geniş çerçeveden incelenmesi gerekir.

43. Venedik Komisyonu, Türkiye Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanun Tasarısı Hakkındaki Ara Görüşünde (CDL-AD(2010)042) 2010 yılındaki anayasa değişikliklerini, doğru yönde atılan bir adım olarak görmüş, Yüksek Kuruldaki değişiklikleri genel anlamda “*mevcut durumda kayda değer bir ilerleme olarak*” değerlendirmiştir. Komisyon, Yüksek Kurulun idareden çok daha bağımsız bir hal alabilmesi maksadıyla, *diğer değişikliklerin yanı sıra*, Anayasanın 159'uncu maddesini de tadil etmek suretiyle değişikliklere devam edilmesi yönünde Türk yetkililerini teşvik etmiştir.

44. Anayasanın 2010 yılında değiştirilen 159'uncu maddesi, HSYK'nın oluşumunu düzenlemektedir. Kurulun Başkanı olan Adalet Bakanı ile tabii üyesi olan Adalet Bakanlığı Müsteşarı dışında kurulun dört asıl üyesi Cumhurbaşkanı, üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulunca, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca, bir asıl ve bir yedek üyesi Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunca kendi üyeleri arasından atanır. Yedi asıl ve dört yedek üyesi birinci sınıf adli yargı hakim ve savcılar arasından adli yargı hakim ve savcılarınca, üç asıl ve iki yedek üyesi birinci sınıf idari yargı hakim ve savcılar arasından idari yargı hakim ve savcılarınca seçilir^[23].

45. Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı tarafından 2010 yılındaki anayasa değişikliklerinin uygulanmasının bir parçası olarak hazırlanmış olan Ara Görüşün 18. paragrafındaki ibare şu şekildedir: “*Çoğu Avrupa ülkesiyle mukayese edildiğinde Türkiye'deki yargı teşkilatı son derece merkezileşmiş, epey kati bir yapı arz etmekte, geniş çapta denetim ve inceleme yetkisi vermekte ve kapsamlı bir kurumsal çerçeveye sahip bulunmaktadır. Yargının idare ve kontrolünün siyasallaştırılması yönündeki gelenekle birlikte düşünüldüğünde HSYK'nın oluşum ve*

[23] Eğer anayasa değişiklik teklifleri kabul edilmiş olsaydı Yürütmenin HSYK üzerinde çok daha güçlü bir etkisi olacaktı.

yetkileri hususunun sadece Türk yargısının kendisi için değil aynı zamanda genel kapsamda siyasal ve kamusal açısından da neden bu denli önemli olduğu anlaşılmaktadır. Bu sistemde hakim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, tayinleri, görevden alınmaları, şikayetleri ve disiplin cezaları gibi birçok teşkilatlanma konusu Ankara'daki yetkililerce doğrudan ele alınmaktadır.”

46. Venedik Komisyonu hem Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanun Tasarısı hakkındaki CDL-AD(2011)004 sayılı Ara Görüşünde, hem de Hakimler ve Savcılar Kanun Tasarısı hakkındaki Görüşünde, söz konusu değişikliğin bazı unsurlarının yargı bağımsızlığını teminat altına alacak kadar yeterli olmayacağına dair endişelerini dile getirmiştir. Ara Görüşün sonuç kısmındaki ibare şu şekildedir (paragraf 84): “Yeni HSYK'nın nihai başarısı sadece yeni yasal hükümlere değil ayrıca önümüzdeki yıllarda bu hükümlerin ne şekilde uygulanacağına da bağlıdır. Yeni HSYK'nın önemli yetkileri, Türkiye'deki yargının geniş anlamda devlet için değil toplum için çalışan bir organ olmasını sağlayacak ve yeni sistemin halen siyasi kontrol altında olduğu eleştirisinin mesnetsiz olduğunu kanıtlayacak profesyonel, tarafsız ve nesnel bir tarzda kullanılmalıdır”. Ara Görüşün arkasından nihai görüş talebi gelmemiştir.

47. Şubat 2014'de gelen başka bir değişiklikle Adalet Bakanının HSYK içindeki görevi ciddi oranda güçlenmiş oldu. Bu değişikliğin en önemli unsurları, yargı bağımsızlığı ilkesiyle çelişmesi sebebiyle Nisan 2014 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya aykırı bulundu. Mahkeme, söz konusu değişikliklerin “HSYK'yı Adalet Bakanlığına bağlı ve bağımlı bir Genel Müdürlüğe dönüştürdüğünü” ileri sürdü^[24].

48. Venedik Komisyonunun 20 Haziran 2015 tarihli beyanında “15 Şubat 2014 tarihinde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu hakkındaki kanun değiştirilmiş, Adalet Bakanlığının Yüksek Kurul içindeki yetkileri güçlendirilmiştir. Bu adım, anayasa değişikliğinin ardından 2010'da başarıyla gerçekleştirilen müspet değişiklikleri tersine çevirmiştir. Anayasa Mahkemesinin 10 Nisan 2014 tarihli kararınca bu değişikliklerin birçoğunun anayasaya aykırı olduğu beyan edilse de bu karar öncesinde Adalet Bakanlığı, Yüksek Kurulun idari personelinin önemli üyelerini değiştirip Kurul üyelerini başka dairelere atamıştır. Anayasa Mahkemesinin geçmişi kapsayan etkisi olmamasından dolayı bu kararlar bozulmamıştır” denmiştir.^[25]”

[24] Anayasa Mahkemesi, Karar no. 2014/81 of 10 Nisan 2014.

[25] <http://venice.coe.int/files/turkish%20declaration%20June%202015.pdf>

49. Bu değişiklik neticesinde bilhassa HSYK'nın birinci dairesinin, Mecliste çoğunluğu olan tarafa yakın üyelerden oluştuğu iddiaları ortaya atılmıştır^[26]. Bu Dairenin, *diğer yetkilerinin yanı sıra*, yeni Sulh Ceza Hakimlikleri atama yetkisi bulunmaktadır.

50. Venedik Komisyonu heyetiyle görüşmeler yapan Ankara Sulh Ceza Hakimleri, Sulh Ceza Hakimi olmak için kendilerinin bizzat müracaatta bulunmadığını, ancak HSYK tarafından bu görevi kabul etmelerinin istendiği bilgisini heyetle paylaşmışlardır.

51. 2014 yılında 'Paralel devlet' yapısının alenen tartışıldığı bir ortamda, henüz kurulmuş olan Sulh Ceza Hakimliklerine 'paralel devlet' mensuplarının atanmasını engellemenin mümkün olup olmadığı sorulduğunda ise Venedik Komisyonu Heyeti, sıkı bir inceleme yapılmış olduğu ve başarısız darbe girişimi sonrasında tek istisna olarak Sulh Ceza Hakimlerinin görevden alınanlar arasında olmadığı cevabını almıştır.

52. Kapalı ve yatay itirazlardan oluşan bir sistemden bahsedilirken, Sulh Ceza Hakimlerinin seçilme yöntemi endişe verici durmaktadır.

C. Sulh Ceza Hakimliklerinin Kurulması – Uzmanlaşma

53. Hükümet Müzekkeresine göre “*Sulh Ceza Hakimliklerinin kurulmasının amacı, soruşturma usulleri hakkındaki uygulamalarda uzmanlaşma ve bütünlük sağlamak ve ülke genelinde koruma tedbirlerine ilişkin karar verme sürecini standart hale getirmektir.*” Sulh Ceza Hakimliklerinin kurulmasında başlıca iddialardan biri de, hakimlerin uzmanlaşmasının gerekliliği olmuştur.

54. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, ön duruşma konularıyla ilgilenen hakimlerin, duruşma konularıyla ilgilenenlerden ayrı bir mahkemeye ait olması şartı koşmamaktadır. Bir dava sürecinin iki farklı evresine aynı hakim giriyorsa, bu durum ilk bakışta (*prima facie*) tarafsızlık şartlarına aykırı değildir. Warsicka v Polonya (Başvuru No. 2065/03) davasında AİHM'nin 40'inci paragraftaki

[26] Uluslararası Hukukçular Komisyonu bilgilendirme yazısı: Türkiye'de Tehlike Altındaki Yargı Sistemi (<https://www.icj.org/turkey-icj-raises-concerns-at-threats-to-the-independence-of-judges-prosecutors-and-lawyers/>); İngiliz Uluslararası ve Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, Türkiye'de İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü hakkında ön değerlendirme raporu, http://www.biicl.org/documents/852_turkey_scoping_report_-_biicl_-_final.pdf?showdocument=1 Aralık 2013 tarihinden itibaren Türkiye'de insan haklarına saygı ve hukukun üstünlüğü hakkında Rt. Hon. The Lord Woolf C.H. Profesör Sör Jeffrey Jowell KCMG QC Rt. Hon. Sör Edward Garnier QC MP Sarah Palin tarafından yazılan Temmuz 2015 tarihli rapor (http://www.onebrickcourt.com/files/report_combined_2_60576.pdf)

yorumu şu şekildedir: “Mahkeme; AİHS’nin 6. maddesi 1. fıkrasıyla güvence altına alınan adil yargılanma koşullarının, aynı hakimin aynı hukuk davası çerçevesinde arka arkaya farklı görevleri yerine getirmesini kendiliğinden engelleyemeyeceği görüşündedir. Bu durum bilhassa aynı hakimin önce bir davanın esaslarına karar verilmesiyle sonrasında da o karara karşı yapılan itirazın kabul edilebilirliğinin incelendiği işlemlerle ilgilenmesi halinde ilk bakışta (prima facie) bu hükmün gerekleriyle çelişkili görünmemektedir (Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, R.M.B. v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 37120/97, karar 9 Eylül 1998). Aynı hakimin, bir hukuk davasının farklı evrelerine katılmasının, Madde 6 § 1’de öngörülen tarafsızlık koşuluna uyup uymadığına ilişkin değerlendirme söz konusu duruma göre yapılacak olup o davanın mevcut koşulları ve daha da önemlisi o davaya uygulanan medeni hukuk usulü kurallarının özellikleri gözetilecektir”.

55. Hauschildt v. Danimarka^[27] davasında Mahkeme 49’uncu paragrafta şu ifadede bulunmuştur: “Görülmekte olan davada tarafsızlığın olmadığı endişesinin dayanak noktası; mahkemeye başkanlık yapan Şehir Mahkemesi hakiminin ve ayrıca davanın temyizine karar verilmesinin son aşamalarında yer alan Yüce Mahkeme hakimlerinin, yargı işlemlerinin daha önceki evresinde davayla ilgilenmek zorunda kalmış oldukları ve ön duruşma evresinde başvuruyla ilgili çeşitli kararlar almış oldukları gerçeğidir (bakınız yukarıdaki 20-22 ve 26. paragraflar). Böyle bir durum, sanığın yargının tarafsızlığından endişe etmesine vesile olabilir. Bu endişeler anlaşılır olmasına rağmen yine de objektif bakıldığında ille de haklı bulunacak endişeler olarak değerlendirilmemelidir. Bu endişelerin ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği ise her bir davanın kendi ahvaline bağlıdır.”

56. Aynı hakimin cezai takibatın ön duruşma evresine de dahil olduğu hallerde son duruşmanın hakkaniyetine ilişkin doğan soru işaretleri, uygun görülen zamanda farklı bir hakimin atanmasıyla kolaylıkla aşılabılır ki, başka ülkelerde bu şekilde aşıldığı olmuştur.

57. Venedik Komisyonu, Macaristan Cumhuriyeti Anayasasının Mevzuat Kavramı Hakkındaki Görüşünde şunu ifade etmiştir: “Genel bir ilke olarak uzman mahkemelerin oluşturulması sakıncasız görünmektedir; uzman mahkemeler; idare hukuku, iltica ve göç hukuku, iş hukuku ve arazi hukuku gibi alanlarda Avrupa demokrasilerinin ortak bir özelliğidir. Uzman mahkemeler; yargı insicamını iyileştirip davalarla daha etkili bir şekilde ilgilenerek niş alanlarda uzman görüşü sağlamak gibi potansiyel faydalar sunmaktadır. Ancak uzman mahkemelerin kurulmasında, mahkemelerin çok kurumsallaşması ve dolayısıyla da insan hakları

[27] Başvuru no. 10486/83, (1990) 12 AİHM 266

yükümlülüklerini yerine getirmek için gereken bağımsızlık ve tarafsızlıktan yoksun olması gibi olası tehlikeler de bulunmaktadır.^[28]

58. Geniş bir bakış açısının ve engin tecrübenin faydası, daha incelikli ve çok yönlü karar verebilme kabiliyetidir. Hakimler arasında mübadele imkanının olmadığı bilhassa tek hakimli uzman mahkemeler, hukuki görüşleri dallara ayırma riskine girerek özellikle de bireylerin haklarını derinden etkileme olasılığı olan çekişmeli hukuk alanlarında, insan haklarının yeterli bir düzeyde korunup desteklenebildiği bir ortam yaratamayabilirler. Bilakis hakimlerin genel bilgiyi haiz olması daha faydalı olmakla birlikte, bir ceza davası daha iyi idrak edilirse ön duruşma evresinde nasıl daha iyi karar alınabileceğini görmek kolaylaşır.

59. Uzmanlaşma tartışmaları bilhassa cezai yargı yetkisinin merkezileşmesi söz konusu olduğunda önemini yitirmektedir. Suç işlediğinden şüphelenilen şahıslara karşı alınan tedbirler, ceza muhakemeleri usulünün elzem bir parçasını teşkil eder. Çoğu ülkede Sulh Ceza Hakimleri bu gibi kararları soruşturma evresinde alırken Türkiye’de Sulh Ceza Hakimliklerinin kurulmasından sonra bile Sulh Ceza Hakimleri bu kararları kovuşturma evresinde almaya devam etmektedirler. Bu sebepten tüm Sulh Ceza Hakimleri, bu gibi konularda karar almak için tam ehliyetli olmak zorundadır.

60. Ön duruşmadaki cezai konularla ilgilenmek üzere uzman mahkeme kurmak çoğu Avrupa demokrasisinde gelenek haline gelmiş bir hukuk sistemi değildir. Türk resmi makamları, Sulh Ceza Hakimliklerinin kurulmasında Fransız sistemini emsal vermektedir.

61. Fransa’da özgürlükler ve tutuklama hakimleri, duruşma öncesi tutukluluk (veya tutukluluğun devamı) ve kişinin tahliye istemleri hususlarında münferit hakimler olarak karar almaktadırlar (Ceza Muhakemeleri Kanunu Madde 137). Özgürlükler ve tutuklama hakimleri, bir davaya mahkemeye sevk edilmeden önce müdahale edebilmektedirler. Özgürlükler ve tutuklama hakimleri ayrıca, bazı davalarda elektronik denetim tedbirleri alınarak ev hapsine de hükmedebilmektedirler. Sair davalarda ise davadan sorumlu sorgu hakimi yetkilidir. Belirli alanlarda (vergilendirme, kamu sağlığı, ateşli silah vs.) arama yapma, iletişimi engelleme, arama ve el koyma gibi sorumlulukların yanı sıra mahkeme dosyalarına kayıt girme (kayıd düzeltme veya silme) sorumlulukları da bulunmaktadır. Özgürlükler ve tutuklama hakimleri, bireysel hürriyetin tehlike altında olduğu hallerde cezai konuların dışındaki alanlara, bilhassa da yabancıların tutuklanmasına ve izinsiz olarak ruh sağlığı muayenesine gönderilmesine de müdahale edebilmektedirler. Kendilerine bir katip yardımcı olmaktadır. Özgürlükler ve

[28] CDL-INF(1996)002, sayfa 34.

tutuklama hakimlerinin kararlarına yapılan itirazlar, Yargıtay'ın Soruşturma Bölümüne yönlendirilmektedir^[29].

62. Fransız sisteminde özgürlükler ve gözaltı hakimleri, Türkiye'de savcılara mahsus görevlerde bulunan sorgu hakimlerinin teftişini yapmaktadır. Fransız sisteminde sorgu hakimlerinin alacağı en önemli kararların haricen kontrolünü yapmak bir anlam ifade etmektedir. Türkiye'de ise sistem, sorgu hakimi kurumunun lağvedilmesinden sonra tamamen farklılaşmış olduğundan Fransız sistemi uygun bir emsal teşkil etmemektedir. Fransa'da, yüksek mahkemeye dışarıdan itiraz sistemi bulunmaktadır.

63. Türk resmi makamları tarafından yapılan açıklamalara rağmen Türkiye'de Sulh Ceza Hakimliklerinin kurulmasının, ön duruşmadaki hususların insan hakları standartlarına uygun ve etkili bir şekilde belirlenmesinde yaşanan güçlüklerle karşı neden ölçülü ve lüzumlu bir cevap olacağını anlamak dolayısıyla oldukça zordur. Aynı konu hakkındaki yetkiyi Sulh Ceza Hakimlikleri ile ilk derece mahkeme arasında bölüştürmeyi seçmek, bu amaca ulaşılmasına neredeyse hiç uygun düşmemektedir. Tedbir alınmasının altındaki gerçekçi ve hukuki gerekçeler, her iki evrede de temelde birbirine benzer olup bunlarla ilgilenen hakimler için istenen şartlar da aşağı yukarı aynı olmalıdır. Soruşturma evresinde hakimlerin uzmanlığına gerek varken duruşma evresinde gerek olmadığını ileri sürmek zordur.

64. Uzmanlık iddiası kabul görse bile koruma tedbirleri söz konusu olduğunda Sulh Ceza Hakimlerinin uzmanlığına neden teamülde başvurulmadığını anlamak güçtür. Sulh Ceza Hakimlerine, internet iletişimine ilişkin önemli yetkiler verilmiştir. İnternette bazı materyallerin kaldırılıp kaldırılmamasını değerlendirme konusundaki adli uzmanlıkla, ceza davalarında ön duruşma konularının değerlendirilmesine ilişkin uzmanlık arasında hiçbir bağlantı bulunmamaktadır. Hatta Venedik Komisyonu, internet ortamında yapılan yayınların düzenlenmesi ve bu yayınlar yoluyla işlenen suçlarla mücadele edilmesi hakkındaki 5651 Sayılı Kanuna (İnternet Kanunu) İlişkin Görüşünde, Sulh Ceza Hakimliklerine verilen yetkilerin, ön duruşmalarda cezai konulara dair alınacak kararlardan oldukça farklı olduğunu bildirmiştir^[30].

65. Sulh Ceza Hakimlerinin, 'koruma tedbirlerine' dair alınacak kararlardan çok daha basit kararlar olmasına rağmen onları uğraştırdığı görünen basit trafik suçlarıyla ilgili muazzam iş yükü de gözönünde bulundurulduğunda bu

[29] <http://www.justice.gouv.fr/organisation-de-la-justice-10031/lordre-judiciaire-10033/juge-des-libertes-et-de-la-detention-25302.htm>

[30] CDL-AD(2016)011, paragraf 35

konu çok daha büyük önem arz etmektedir. Hükümet Görüşü ise önceki sistemde sulh ceza mahkemelerinin yükünün çok daha ağır olduğunu ve koruma tedbirleriyle gerektiği gibi ilgilenemediklerini iddia etmeyi sürdürmektedir. Eğer ki Sulh Ceza Hakimlikleri, hakimlerin insan hakları konularında yeterli muhakeme yapmaya odaklanabilmelerini sağlamak için kurulmuşsa o halde neden hakimler uzmanlaşmanın amacını boşa çıkaran trafik suçları külfetiyle (üstelik bir de internet sitelerinin kapatılması ve müdafaanın engellenmesiyle) uğraşmaktadırlar?

66. Son olarak Müzekkerede, Sulh Ceza Hakimliklerinin soruşturma dosyalarını kapsamlı bir şekilde inceleme imkanı bulunduğu da işaret edilmektedir. Sulh Ceza Hakimleri, soruşturma evresinde 'koruma tedbirlerinden' sorumludurlar. İlk derece mahkemeleri ise, iddianamenin kabul edilmesiyle birlikte başlayan kovuşturma evresinde aynı tedbirlere yetkilidirler. Tarafların aksine Sulh Ceza Hakimleri, soruşturma evresinin ne zaman bittiğine dair bilgilendirilmezler. O andan itibaren savcı, istemlerini Sulh Ceza Hakimlerine değil de ilk derece mahkemesine yönlendirir. Hükümet Görüşü, uygulamada kanıtların zaten toplanmış olmasından dolayı bu durumun nadiren meydana geldiğine fakat Sulh Ceza Hakimleri tarafından alınan tedbirleri kaldırma yetkisinin ilk derece mahkemelerinde olduğuna işaret etmektedir. Bu durum, soruşturma evresi açısından Sulh Ceza Hakiminin davasını takip etmediği, sadece taraflardan veya savcıdan gelen belli başlı taleplere cevap verdiği anlamına gelmektedir. Sulh Ceza Hakimi, kendi taktiriyle hareket edememekte ve dolayısıyla da sadece geçici (*ad hoc*) bir kontrol sağlayarak bir ceza davasını denetleyememektedir.

67. Özetlemek gerekirse uzmanlaşma, Sulh Ceza Hakimliklerinin kurulması için ikna edici bir sebep olarak görünmemekte ve Sulh Ceza Hakimlerinin, insan haklarına duyarlı konularda muhakeme hazırlanmasına yeteri kadar zaman ayırabilmelerini sağlama amacı da, Sulh Ceza Hakimlerinin koruma tedbirleriyle alakası olmayan işlerle uğraştırılıyor olmasından dolayı uygun bir şekilde yerine getirilememektedir. Bu durum, Sulh Ceza Hakimlerine bilhassa internet sitelerinin kapatılması ve tutuklama davalarında yeterince kişiye özel muhakemeler oluşturma vakti bırakmamaktadır. Sulh Ceza Hakimlikleri, başvuru sonrasında sadece geçici (*ad hoc*) olarak müdahale ettiklerinden, soruşturma evresini şümulü bir biçimde kontrol altına alamamaktadırlar.

D. Temyiz Usulleri – İtirazlar

Ceza Muhakemesi Kanununun 268'inci maddesi gereğince bir Sulh Ceza Hakimliğinin kararları ancak başka bir sulh ceza hakimliğine 'itiraz' yoluyla yatay olarak incelenebilir.

1. Tutukluluk

69. Tutukluluk söz konusu olduğunda AİHS'nin 5.3 sayılı maddesi gereğince, kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için makul sebeplerin bulunduğu veyahut da kişinin suç işlemesine veya suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçeler olması halinde tutuklanan veya gözaltına alınan herkesin, en kısa zamanda bir hakim veyahut da yasalarla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir yetkili memur huzuruna çıkarılması gereklidir. Bu adli kontrol, olası kötü muameleye karşı başvuru yoluna olanak tanımak ve bireysel hürriyetlere haksız müdahaleyi asgari düzeyde tutmak açısından ivedilikle gerçekleştirilmelidir^[31]. AİHS 5.3 sayılı maddede bahsi geçen "yetkili memur", kendisine yasalarla verilen "adli" yetkiye yaraşır güvenceler verebilmelidir^[32]. Gözaltına alınan kişi, tutukluluk kararı alınmadan önce hakim veya yetkili memur tarafından dinlenmelidir^[33]. AİHS'nin 5.1.c sayılı maddesiyle bir bütünlük teşkil eden 5.3 sayılı maddesinin asıl amacı, tutukluluk halinin makullüğünü yitirdiği anda şartlı tahliyeyi talep edebilmektir. Yakalanan bir kişinin adli merci huzuruna çıkarılmış olması, 5.3 sayılı maddenin girizgahına uygun olmaya yeterli değildir. Bu hüküm; yakalanan kişinin huzuruna çıkarıldığı adli yetkiliyi, tutukluluk lehine veya aleyhine olan koşulları gözden geçirmekle, tutukluluğu meşrulaştıracak gerekçelerin olup olmadığına hukuki kıstaslara dayanarak karar vermekle ve bu gibi gerekçelerin olmaması halinde tahliyeyi emretmekle yükümlü tutmaktadır^[34]. Başka bir ifadeyle Madde 5.3, adli görevlinin tutukluluğun esaslarını gözden geçirmesini şart koşmaktadır.

70. AİHS'nin 5.4 sayılı maddesi çerçevesinde, gözaltında tutulan bir kişinin, bir mahkemenin tutuklama işleminin meşruluğunu denetlemesini talep etme hakkı vardır. Bu da kişiye, tutukluluğunun yargı denetimini etkin bir şekilde sorgulama hakkı verir^[35]. Madde 5.4 mucibince tutuklunun, kendisini özgürlüğünden yoksun bırakan ilk kararın ardından ortaya çıkan yeni etkenler

[31] AİHM, De Jong, Baljet ve Van den Brink v. Hollanda, no. 8805/79, 8806/79, 9242/81 of 22.05.1984, paragraf. 51; Aquilina v. Malta [GC], no. 25642/94 of 29.04.1999, paragraf. 48-49.

[32] AİHM, Schiesser v. İsviçre, no. 7710/76 of 04.12.1979, paragraf 29.

[33] AİHM, Schiesser v. İsviçre, no. 7710/76 of 04.12.1979, paragraf 31; De Jong, Baljet ve Van den Brink v. Hollanda, no. 8805/79, 8806/79, 9242/81 of 22.05.1984, paragraf 51; Nikolova v. Bulgaristan [GC], paragraf 49; Aquilina v. Malta [GC], no. 31195/96 of 25.03.1999, paragraf 50.

[34] Bakınız De Jong, Baljet ve Van den Brink v. Hollanda davası, no. 8805/79, 8806/79, 9242/81 tarih 22.05.1984, paragraf. 44, 47 ve 51.

[35] AİHM, Mooren v. Almanya [GC], no. 11364/03 tarih 09.07.2009, paragraf 106; Rakevich v. Rusya, 58973/00 of 58973/00, paragraf. 43

ışığında, özgürlüğünden yoksun bırakılmasının “kanuna aykırı” hale gelip gelmediğine “ivedilikle” karar verme yetkisi olan bir “mahkemeye” başvurma hakkı vardır^[36]. Tahliye taleplerinin aynı adliye memuruna mükerreren yapılabilmesi AİHS’ye aykırı değildir. AİHS’nin 5.4 sayılı maddesine istinaden, bir Devletin bir tutukluluğun meşruluğunun incelenmesi maksadıyla ikinci dereceden bir yargı merci kurma yükümlülüğü bulunmamakla beraber, böyle bir sistem kuran bir Devletin prensip olarak tutuklulara, temyizde de birinci derecede verdiği teminatların aynılarını vermesi gerekir^[37].

71. Sulh Ceza Hakimlikleri, AİHS’nin 5.3 ve 5.4 sayılı madde gerekliliklerine uyması gereken yargı organlarıdır. Buna rağmen bu hakimliklerin aldığı kararlarına karşı yatay temyize gidilebilmesi problem teşkil etmektedir. Temyize karar veren mahkeme “*daha yüksek*” olduğu zaman ilk kararı bozma yetkisini ve deneyimini haiz olmaktadır. “*Daha yüksek*” ile de “*daha yüksek derecede*” anlamına değil “*daha yüksek yetkili*” anlamına gelmektedir: örneğin daha yüksek veya uzmanlaşmış bir mahkeme olabilir fakat aynı düzeyde münferit bir hakim olmayabilir. Venedik Komisyonunun bakış açısına göre Türkiye’deki aynı düzeyde münferit bir sulh ceza hakimine yapılan “itiraz” sistemi, temyizden tarafsız bir şekilde inceleneceğine dair yeterli güvence vermemektedir. Sulh Ceza Hakimleri, denk deneyim ve vasıfları haiz, birbirleriyle aynı ofisleri paylaşan ve birbirlerinin temyizlerine bakan meslektaşlar olup kapalı bir çevre oluşturmaktadırlar. Birbirlerine güvendiklerini tahayyül etmek ve birbirlerinin kararlarına saygı duyma meylinde olmalarını beklemek, mantık dışı olmayacaktır. Doğaları gereği kendi meslektaşlarının, şahıslarının ve bir bütün olarak da kurumlarının itibarını korumaları kuvvetle muhtemeldir. Mevcut sistemde, tutukluluğun hukuka uygunluğunun gözden geçirilmesi için yapılan başvurulara karşı itirazların tarafsız ve anlamlı bir şekilde incelenme olasılığı pek yeterli değildir. Hükümet Görüşü, böyle bir tehlike bulunmadığı konusunda ısrar etmektedir.

72. Temyiz mahkemesine dava açmak genel insan hakları kapsamında değildir. Ancak üst asliye mahkemelerine temyize başvurulamaması, uzman mahkemenin tehlikeleriyle ilgili olarak yukarıda bahsedilen zorlukları iyice artırmakta ve aynı zamanda çoğu Avrupa sisteminde bulunan bağımsız bir üst mahkemeye itirazın sağladığı ortak güvenlik ağını da ortadan kaldırmaktadır. Venedik Komisyonu, Türkiye Ceza Muhakemesi Kanununun 216’ncı,

[36] AİHM, Abdulkanov v. Rusya, no. 22782/06 tarih 03.10.2013, paragraf 208; Azimov v. Rusya, no. 67474/011 tarih 18.04.2013, paragraf. 151-52.

[37] AİHM, Kučera v. Slovakya, no. 48666/99 tarih 17.07.2007, paragraf 107; Navarra v. Fransa, no. 48666/99 tarih 17.07.2007, paragraf 28; Toth v. Avusturya, no. 48666/99 tarih 17.07.2007, paragraf 84.

299'uncu, 301'inci ve 314'üncü Maddeleri Hakkındaki Görüşünde^[38], üst mahkemelerin yönlendirmelerinin, alt mahkemelerin insan hakları standartlarını içtihatlarında yorumlaması ve uygulaması konusunda büyük önem arz ettiğinin altını çizmiştir. Yüksek mahkeme huzurunda yapılan bir temyiz, aynı düzeydeki bir hakimlik huzurunda yapılacak bir temyizle mukayese edildiğinde ilgili taraflara çok daha iyi güvenceler verebileceği aşikardır.

73. Hükümet Görüşü, Sulh Ceza Hakimlikleri uzmanlaşmış olduğundan ve sadece tek bir düzeyde mevcut olduklarından dikey bir itiraz sisteminin öngörülmesinin mümkün olmayacağı konusunda ısrar etmektedir. Bu sav, mevcut sisteme atıfta bulunmakta olup uzmanlaşmış bir sistemdeki hiyerarşiyi bertaraf etmektedir. Hükümet Müzekkeresinde Sulh Ceza Hakimliklerinin kurulmasındaki amaçlardan birinin de “ülke çapında koruma tedbirleriyle ilgili karar verme mekanizmasının standartlaştırılması” olduğu belirtilmektedir. Yatay itirazlardan oluşan bir sistemin, standartlaşma amacına ne şekilde katkıda bulunacağını görmek güçtür. Bilakis yatay itirazlar, içtihadın birleştirilmesi açısından bakıldığında tartışmalı görünmektedir.

74. Venedik Komisyonu Heyetine, Sulh Ceza Hakimlerine bu amaca yönelik düzenli olarak eğitim verildiği bilgisi verilmiştir. Ancak bir adli hiyerarşinin olmaması büyük ihtimalle hukuk normlarının ıraksak yorumlanmasına ve AİHS'nin 5'inci maddesi çerçevesinde sorun oluşturacak olguların uyumsuz bir şekilde değerlendirilmesine yol açacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin görüşüne göre hukuk normlarının ve olguların ıraksak yorumlanıp değerlendirilmesi bir noktada kaçınılmaz olacaktır. Fakat yargı sisteminin, mevzuatın yorumlanması ve uygulanmasında bir birlik ve bütünlük sağlayacak şekilde düzenlenmesinden devlet sorumludur. Birçok ayrı bölge içinde yatay temyizlerden oluşan bir sistemin olmasıyla bu sonuca ulaşılması ise imkansızdır.

75. 667 Sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesinin 6.1 sayılı maddesine göre^[39] “*tutukluğun incelenmesi, tutukluğa itiraz ve tabliye talepleri dosya üzerinden karara bağlanabilir.*” Bu ifade, duruşmaya gerek olmadığı anlamına gelmekte olup AİHS'nin 5'inci maddesi açısından sorun teşkil ettiği açıkça ortadadır; aslında içtihadı göre bir kişinin tutukluluğunun AİHS'nin 5.1.c sayılı maddesi şümülüne girmesi halinde duruşma gerekir^[40]. Tutuklunun, ya bizzat ya da temsil edilmek suretiyle dinlenilmesine fırsat tanınması, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma hususlarında uygulanan usullerin başlıca temi-

[38] CDL-AD(2016)002, paragraf 31

[39] Bakınız CDL-REF(2016)061.

[40] AİHM, Nikolova v. Bulgaristan [GC], no. 31195/96 of 25.03.1999, paragraf 58.

natları arasında bulunmaktadır^[41]. Ancak 21 Temmuz 2016 tarihi itibarıyla AİHS'nin 15. maddesi gereğince Türk resmi yetkilileri, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine, *diğer tedbirlerin yanı sıra*, 667 Sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi kapsamında bulunan tedbirlerin, AİHS çerçevesindeki yükümlülüklerden derogasyonu kapsayabileceğini bildirmiştir. Tutukluluğun hukuka uygunluğunun incelenmesine yönelik başvurular bağlamında dinlenme hakkının kaldırılmasının, olağanüstü hal gözönünde bulundurulduğunda meşru olup olmadığını ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi değerlendirecektir.

76. Tutuklu yargılanma süresinin uzunluğu da Türkiye'de halen ciddi bir sorun teşkil etmektedir^[42]. Adalet Bakanlığı, tutukluların sayısının hüküm giyenlerin sayısına olan oranının, Sulh Ceza Hakimliklerinin kurulmasından önce 2007 ile 2014 seneleri arasında yüzde 50'den yüzde 14'e düştüğünü gösteren istatistikler ibraz etmiştir. Ancak bu oran, darbe girişimine kadar değişmemiş, sabit kalmıştır^[43]. Dolayısıyla bu istatistikler, Sulh Ceza Hakimliklerinin kurulmasının ve aynı düzeydeki Sulh Ceza Hakimlikleri arasındaki yatay itiraz sisteminin, tutuklu yargılanma süresinin uzunluğu sorunsalının azaltılmasında başarılı olmadığını göstermektedir^[44].

77. Sulh Ceza Hakimliklerinin kararları aleyhine prensipte Anayasa Mahkemesine itiraz edilebilmektedir. Burada önemli olan soru, AİHS'nin 5'inci maddesi çerçevesinde bu itirazların yeterli olup olmadığıdır (bakınız yukarıda bahsedilen tutukluluğun gözden geçirilme şartları). Sabeur Ben Ali v. Malta davası kararında Mahkeme "...Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5 § 4 sayılı maddesinde, iç hukuk yollarının yeterince kesinleşmiş olmasından, aksi halde kabul edilebilirlik ve etkinlik gereklerinin yerine getirilemeyeceğinden bahsedildiğini" hatırlatır (bakınız Sakık vd. Türkiye davasının 26 Kasım 1997 tarihli kararı, 1997-VII raporları sayfa p. 2625, § 53). Ayrıca Mahkeme, 5 § 4 sayılı maddenin amacının, tutukluluğun hukuka uygunluğunun "ivedilikle" gözden geçirilmesini sağlamak olduğunu da anımsatmak istemektedir. Örneğin

[41] AİHM, Kampanis v. Yunanistan, no. 17977/91 of 13.07.1995, paragraf 47.

[42] Sn. Luca Perilli'nin "Ceza Adaleti" Raporu http://www.avrupa.info.tr/sites/default/files/2016-11/Criminal_Justice_report_final_January_2015.pdf sayfa 34 ve sonrası.

[43] CDL-REF(2017)004, Ek XII

[44] Aynı istatistikler göstermektedir ki tutuklanan toplam kişi sayısı, 2000 ile 2016 yılları arasında yaklaşık 25.000 kişi civarında büyük oranda sabit kalmıştır. 2008 ve 2009 yıllarında ise tutuklu sayısında önemli bir artış (40.000 kişiye kadar) olmuştur. İstatistikler ayrıca 2000 ile 2016 yılları arasında hüküm giyen kişi sayısının çarpıcı bir şekilde artarak yılda 40.000'den 190.000'e çıktığını göstermektedir. Hükümet Görüşü, bu artışı nüfusun, terör eylemlerinin, suç çeşitliliğinin artmış olmasına, siber-suçlardaki artışa ve genel aflara bağlamaktadır (4616 sayılı Yasa).

Mahkeme, başvuruda bulunulmasından hüküm verilmesine kadar geçen yaklaşık sekiz haftalık bir sürenin, ilk bakışta (prima facie) “ivedilikle” mefhumuna uymasının zor olduğunu telakki etmiştir (29 Ağustos 1990 tarihli E v. Norveç kararı, seri A no. 181 A, p. 27, § 64). (...) Mahkeme ayrıca, tarafların Sözleşmenin 5 § 4 sayılı maddesine dayanarak anayasaya ilişkin başvurularda bulunduğu ve iç hukukun bir parçası olan davaları da incelenmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, Hükümetin kendi yaptığı tanıma göre anayasaya ilişkin bir başvurunun, Asliye Hukuk Mahkemesine sevk edilmesini gerektirdiğini ve Anayasa Mahkemesine temyiz imkanını içerdiğine de dikkat çekmektedir. Teamülde Anayasa Mahkemesine yapılan itirazlar, sadece işin doğası gereği yapılmakta olduğundan bilhassa bu meşakkatli bir süreç haline gelmektedir. Üstelik son zamanlarda gerçekleştirilen uygulamalar göstermektedir ki muameleler, 5 § 4 sayılı madde amaçları gereği “ivedi” olarak nitelendirilebilecek olan süreden her durumda daha uzun zaman almaktadır (bakınız yukarıdaki §24). Buradan da anlaşıldığı gibi Anayasaya ilişkin bir başvuruda bulunmak, başvuruçunun tutukluluğunun hukuka uygunluğunun ivedilikle gözden geçirilmesini temin etmiş olamayacaktır”. AİHS’nin 5’inci maddesi kapsamındaki “ivedilik”^[45] şartı son derece kati olup Anayasa Mahkemesine normal zamanlarda yapılan bir itiraz, AİHS’nin 5’inci maddesi gereğince “ivedi” addedilemez. Mevcut durumda Anayasa Mahkemesinin askeri darbe girişiminden bu yana görülmekte olan 80.000 davası olduğu düşünüldüğünde, bu hususun doğruluk payı çok daha fazla olmaktadır^[46].

78. Özetlemek gerekirse Sulh Ceza Hakimlikleri tarafından verilen tutukluluk emirleri, yatay itiraz sisteminden dolayı sorun teşkil etmektedir. Ayrıca Savcılık, soruşturma evresinde tutukluğu devam eden kişilerin ve gerekçeleri yetersiz olan kararlara dayanarak Sulh Ceza Hakimlikleri tarafından tutuklanan kişilerin en kısa sürede salıverilmesini talep etmelidir.

2. İnternet Sitelerinin Yasaklanması

79. Venedik Komisyonu, 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkındaki Kanuna (İnternet Kanunu) İlişkin Görüşünde Sulh Ceza Hakimlerinin internet sitelerini yasaklama yetkilerini mercek altına almıştır: “8(2) sayılı maddeye göre koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara (yani Başkanlık tarafından alınan idari tedbirlerin (madde 8(4)) aksine bir hakim veya

[45] AİHM, Sabeur Ben Ali v. Malta, no. 35892/97 of 29/06/2000.

[46] <http://www.haberler.com/15-temmuz-sonrasi-aym-ye-60-bin-basvuru-oldu-9077770-haberi/> (Türkçe).

Cumhuriyet savcısı tarafından alınan karara) Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir. Ceza Muhakemesi Kanununun 268(3)a maddesi (18 Haziran 2014 tarihinde değişik) gereğince Sulh Ceza Hakimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, o yerde birden fazla Sulh Ceza Hakimliğinin bulunması halinde, numara olarak kendisini izleyen hakimliğe, tek Sulh Ceza Hakimliği varsa yargı çevresinde en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki Sulh Ceza Hakimliğine aittir. İtiraz üzerine Sulh Ceza Hakimliği tarafından verilen karar nihaidir. Dolayısıyla 5651 Sayılı Kanun kapsamında diğer erişim engelleyen işlemlerde olduğu gibi (ör. Madde 8a, 9 ve 9A kapsamındaki işlemler – aşağıda belirtilmiştir) bir sulh ceza hakimliği tarafından verilen erişimin engellenmesine ilişkin tedbir kararı, Yargıtay'da itiraz edilemez, ancak başka bir Sulh Ceza Hakimliğine sevk edilebilir ve tek itiraz mekanizması da Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel bir başvuru çerçevesidir”. (paragraf 50).

80. Komisyon, soruşturma evresinde Sulh Ceza Hakimi tarafından alınan koruma tedbirinin, ilk derece mahkemesi tarafından kaldırılmıyor olmasını da eleştirmiştir. Bu durumda bu bir koruma tedbiri değil, nihai bir karardır: *“Kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır” ibaresini taşıyan 8’inci maddenin 8’inci paragrafı, ilk derece mahkemesi hakimine erişimi engelleme tedbirinin gerekliliğini inceleme ve ceza davası esnasında ve kapanmadan önce bu tedbiri kaldırabilme imkanını tanımamaktadır. Sulh ceza hakimliği tarafından “koruma tedbiri” olarak alınan bir kararın, asli ceza davalarında ilk derece mahkeme hakimi üzerinde bağlayıcı olması gerekliliği kabul edilemezdir.”^[47]*

81. 5651 Sayılı İnternet Kanununda erişim engelleyen usullerin bazıları cezai takibat^[48] çerçevesinde alınmış “koruma tedbiri” veya “geçici tedbir” iken, bazılarının “*erişim engelleme*” gibi asli kararların alınabilmesine imkan tanıyan tam teşekküllü, özerk usulleri teşkil ettiğinin” altını çizmek gerekmektedir^[49].

82. Komisyon; ilgili tedbirlerin ön duruşmanın veya geçici tedbirlerin kapsamı dışına çıktığı ve ilk derece mahkemesi tarafından incelenmeksizin nihai kararlara vardığı hallerde üst mahkemeye temyiz imkanının olmayışı hakkındaki endişelerini tekrardan dile getirmektedir.

[47] CDL-AD(2016)011, paragraf 52.

[48] Madde 8.

[49] Madde 8A, 9 ve 9A.

3. Sair Tedbirler

83. Sulh Ceza Hakimlikleri, tutukluluğa ya da internet erişiminin engellenmesine karar vermenin yanı sıra başka yetkileri de haizdir: örneğin Sulh Ceza Hakimi, cumhuriyet başsavcısının talebi üzerine, eğer bir soruşturmanın amacını tehlikeye atacaksa, bir savunma avukatının dosya inceleme ve dosyadan belgelerin nüshalarını alma hakkını kısıtlayabilir. Sulh Ceza Hakimi ayrıca terörizmin finansmanı suçlarına ilişkin ceza muhakemesi usulünün bir parçası olarak kayyum tayin edebilir ve özel mülkiyete el koydurabilir.

84. Bu gibi hallerde itirazların yatay hareket etmesi, AİHS şartlarının 6'ncı maddesi açısından da sorun teşkil etmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere itirazın yapılmış olduğu hallerde itiraza imkan sağlama yükümlülüğü olmamasına rağmen itirazın AİHS'nin 6'ncı maddesi şartlarına uyması gereklidir. Tutukluluk davalarında itirazın yetersiz nitelikte olmasına ilişkin yukarıda öne sürülen iddialar da bu bağlamda geçerlidir.

85. Darbe girişimi sonrasında başlatılan birçok cezai soruşturma açısından da bu husus büyük önem arz etmektedir. Komşu Sulh Ceza Hakimliğinden çok daha geniş bir bakış açısına sahip genel kapsamlı bir mahkemeye itiraz edilmezse bu yargı merciinin, bir baskı aracı haline gelmesi kaçınılmazdır.

4. Temyiz Usulleri Hakkında Sonuç

86. Sulh Ceza Hakimleri tarafından alınan kararlara karşı yatay itiraz sistemi, itirazların tarafsız ve anlamlı bir şekilde incelenebileceğine ilişkin yeterli olasılık barındırmamaktadır.

87. Ayrıca dışarıdan temyiz olmaması da mühim adli yetkileri, bilhassa büyük şehirlerde nispeten az sayıdaki Sulh Ceza Hakiminin ellerine teslim etmektedir. Bu durum da, Sulh Ceza Hakimlerini yargı teşkilatının geri kalanından korumakta ve HSYK'nın Birinci Dairesi tarafından seçilmelerini de özellikle sorunlu hale getirmektedir. Bu Daire, anayasaya aykırı 2014 değişikliklerinden menfi etkilenmiştir (yukarıda bahsedilmiştir). Eğer mevcut anayasa değişikliği başarılı olursa, bu endişe katlanarak büyüyecektir.

88. Özetle, eğer Sulh Ceza Hakimlikleri idame ettirilecekse her bir bölge veya adliye içindeki az sayıdaki Sulh Ceza Hakimlerinin arasında gerçekleşen yatay itiraz sistemi son derece ciddi sorun teşkil edecek ve uzmanlaşma ihtiyacı gereğesiyle haklı çıkarılamayacaktır. Venedik Komisyonu, Sulh Ceza Hakimlerinin kararlarına yapılacak itirazlara karar verme yetkisinin, ya farklı bir mahkemeye, örneğin asliye ceza mahkemesine ya

da daha yüksek bir mahkemeye (Türkiye’de temyiz mahkemeleri kurulmaktadır) verilmesini şiddetle tavsiye etmektedir.

E. Sulh Ceza Hakimliklerinin Karar Almalarındaki Etken ve Sebepler

89. Tutukluluk kararının alınmasındaki sebepler, kararı ilgilendiren tarafa yeterli derecede aktarılmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 19 Şubat 2009 tarihli A vd. v. Birleşik Krallık davasındaki hükmüne göre: “*tutukluluk davalarında sanığın suç işlediğine dair makul şüphenin devamı, tutukluluk halinin devamının hukuka uygunluğu açısından mutlaka aranılan bir şart (sine qua non) olduğundan tutukluya aleyhine yöneltilen suçlamalara etkin bir şekilde itiraz etme fırsatı tanınmalıdır (bakınız Becciev v. Moldova, no. 9190/03, §§ 68-72, 4 Ekim 2005). Bu şart, mahkemenin, ifadesinin ilk bakışta (prima facie) tutukluluğun hukuka uygunluğunun devamı hakkında esaslı bir gerekçesi olduğu görünen tanıkları dinlemesini gerektirebilir (adı geçen eserde §§ 72-76, ve Turcan v. Moldova, no. 39835/05, §§ 67-70, 23 Ekim 2007). Ayrıca tutukluya veya temsilcisine, tutuklu aleyhine kovuşturma davasının esasını teşkil eden dava dosyasında bulunan dosyalara erişim hakkı verilmesini de gerektirebilir. (bakınız Włoch, yukarıda alıntı yapılmıştır, § 127; Nikolova, yukarıda alıntı yapılmıştır, § 58; Lamy v. Belçika, 30 Mart 1989, § 29, Seri A no. 151; ve Fodale v. İtalya, no. 70148/01, AİHS 2006-VII)*”^[50]

90. Tutukluluk davalarında tahliye lehine ve aleyhine olan iddialar, “genel ve soyut”^[51] olamaz; bilakis olayın unsurlarından ve tutukludan belirli bir biçimde bahsetmelidir^[52]. Kararın, halka açık incelenmesi için gerekli sebepler vardır^[53]. Tutukluluk halini meşru kılan dört kıstas bulunmaktadır:^[54] (a) sanığın duruşmadan kaçma riski; (b) sanığın tahliyesi halinde adli yönetimin yetersiz kalacağı; (c) başkaca suçlar isleyecek olması veyahut da (d) kamu düzenini bozacak olması. Tutukluluk kararı, bu kıstasların ne şekilde uygulandığını somut olayda belirtmelidir.

[50] AİHM, A vd. v. Birleşik Krallık, no. 3455/05 tarih 19.02.2009, paragraf 204.

[51] AİHM, Boicenco v. Moldova, no. 41088/05 tarih 11.07.2006, paragraf. 142; Khudoyorov v. Rusya, no. 6847/02 tarih 08.11.2005, paragraf 173.

[52] AİHM, Aleksanyan v. Rusya, no. 46468/06 tarih 22.12.2008, paragraf 179.

[53] AİHM, Tase v. Romanya, no. 29761/02 tarih 10.06.2008, paragraf 41

[54] AİHM, Tiron v. Romanya, no. 17689/03 tarih 07.04.2009, paragraf 37; Smirnova v. Rusya, no. 46133/99, 48183/99 tarih 24.07.2003, paragraf 59; Piruzyan v. Ermenistan, no. 33376/07 of 26.02.2012, paragraf 94; ayrıca bakınız http://www.echr.coe.int/documents/guide_art_5_eng.pdf

91. Gerekçeli karar mecburiyeti, adli yargılanma şartlarında zımni olarak yer alır. Van de Hurk v Hollanda^[55] davasında AİHS'nin 6.1 sayılı maddesinin, her iddiaya karşı detaylı bir cevap verilmesini zorunlu kılmadığı ancak mahkemeleri kararlarına gerekçe göstermeye mecbur bıraktığı belirtilmiştir. Adli yargılanma şartı, alınan kararın asli ve esaslı sorulara cevap verecek nitelikte olmasını gerektirir. Gerekçeli kararın sunulmaması, AİHS'nin 6'ncı maddesinin ihlalidir.

92. Venedik Komisyonunun, İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkındaki 5651 Sayılı Kanuna (İnternet Kanunu) Dair Görüşünde de önceden belirttiği üzere "Venedik Komisyonu, Ankara'ya yaptığı ziyareti esnasında Sulh Ceza Hakimliklerinin bazı kararlarının, ifade özgürlüğü hakkının engellenmesini haklı çıkaracak bir etken ve sebep sunmadığını görmüştür. Venedik Komisyonunun elinde, Sulh Ceza Hakimliklerinin kararlarından yeterli sayıda örnek bulunmamasına rağmen, bir mahkeme kararında gerekçelerin belirtilmesinin sadece AİHS'nin 10'uncu maddesi kapsamındaki ölçülülük ilkesini gözetmek açısından değil aynı zamanda AİHS'nin 6'ncı maddesi kapsamındaki adil yargılanma şartlarını da yerine getirmek açısından hayati önem arz ettiğini tekrar eder."^[56]

93. Diğer temyiz davalarında ise gerekçe bulunmamakta^[57] veyahut da gerekçeler insan haklarına ciddi boyutta müdahale etmeyi haklı çıkaracak kadar yeterli bulunmamaktadır^[58]. Çoğunlukla sadece ilk kararın kanuna aykırı olmadığını ifade eden standart şablonlar kullanılmıştır.

94. Hükümet Görüşü haklı olarak her yargı sisteminde yetersiz gerekçelerin olduğu davaların vuku bulabileceğine işaret etmektedir. Dolayısıyla Sulh Ceza Hakimlikleri, yetersiz gerekçelerden ötürü genel anlamda eleştirilmemelidir. Ancak yukarıda incelendiği üzere Sulh Ceza Hakimliklerinin kurulma biçimi ve işleyiş yöntemi, kararlarında yetersiz etkenlerin oluşmasına müsait bir ortam hazırlamaktadır. Bu bakımdan bireysel örnekler yüksek ihtimalle daha da büyük

[55] AİHM, Van de Hurk v Hollanda, no. 16034/90 tarih 19/04/1994.

[56] CDL-AD(2016)011, paragraf 38

[57] Ayrıca bakınız Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserinin, 15 Şubat 2017 tarihi itibarıyla Türkiye'de ifade ve basın özgürlüğü hakkındaki Müzekkeresi (CommDH(2017)5), <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2961658&SecMode=1&DocId=2397056&Usage=2> (paragraf 19, 66, 69-71, 85-89, 102, 106-107 ve 129, sulh ceza hakimlerinin görevlerinden bahsetmektedir).

[58] Olağanüstü hal rejiminde avukatlık yapmayı yasaklayan yetkiyle ilgili örnekler için aşağı bakınız.

bir problemin belirtisidir. Sulh Ceza Hakimliklerinin kararlarında Anayasa Mahkemesine itiraz edilebilmesi bu yapısal soruna çözüm getirmemektedir.

95. Özetlemek gerekirse Sulh Ceza Hakimlerinin bireylerin insan hakları üzerinde çok güçlü etkisi olan kararları yeteri derecede gerekçelendirmedikleri, büyük ihtimalle de aşırı iş yoğunluklarından dolayı gerekçelendirmeye vakit bulamadıkları birçok emsal bulunmaktadır.

F. Olağanüstü Hal Esnasında Sulh Ceza Hakimliklerinin İşleyişine İlişkin Bazı Sorunlar

96. Başarısız askeri darbe girişimi sonrasında Sulh Ceza Hakimlikleri, Gülençi olduğu iddia edilen binlerce kişinin tutuklanması kararını almıştır. 667 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi, duruşma olmaksızın dava dosyasına dayanarak tutuklanmalara olanak sağlamıştır^[59]. Hükümet Görüşü ise, bu yetkilerin ve ayrıca savunma avukatının dava dosyasını inceleme hakkını kısıtlama yetkisinin, olağanüstü hal esnasında demokratik toplum için gerekli olan uygun ve ölçülü tedbirler olduğu konusunda ısrar etmektedir. Hükümet Görüşü ayriyeten teamülde tutuklama taleplerinin daima sadece duruşma sonrası kabul edildiğine de işaret etmektedir. Buna karşın Venedik Komisyonu, tutuklama sayısının yüksek olmasından ötürü yukarıda ifade edilen endişelerin çok daha önemli olduğu görüşündedir.

97. 667 Sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesinin 6.1 sayılı maddesi kapsamında, avukatın müdafilik görevini üstlenmekten men edilmesi yetkisi sorunsalı, Sulh Ceza Hakimliklerinin uygulamasında çok daha sorunlu bir hal almaktadır. Söz konusu hükme göre: “*Yürütülen soruşturmalarda 4 Aralık 2004 tarihli ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 149’uncu maddesine göre seçilen veya aynı kanunun 150’inci maddesine göre görevlendirilen müdafî, hakkında bu maddede sayılan suçlar nedeniyle soruşturma veya kovuşturma bulunması halinde müdafilik görevini üstlenmekten yasaklanabilir. Cumhuriyet savcısının yasaklamaya ilişkin talebi hakkında, Sulh Ceza Hakimliği tarafından gecikmeksizin karar verilir. Yasaklama kararı, şüpheliye ve yeni bir müdafî görevlendirilmesi için ilgili Baro Başkanlığına derhal bildirilir*”.

[Tercüman Notu: Burada Sulh Ceza Hakimliğinin İngilizceye yanlış tercüme edilmiş olmasıyla ilgili bir ibare yer almaktadır].

98. Örnek olarak 2016/5120 No.lu davada İstanbul 2. Sulh Ceza Hakimliği, Sn. Ömer Kavili’nin müdafilik yapma hakkının kaldırılmasına karar

[59] CDL-AD(2016)037, paragraf 151

vermiştir. Bu karar hayret vericidir. Öncelikle Sn. Kavili'nin "FETÖ/PDY" silahlı terör örgütünün mensubu olmakla" suçlanan beş kişinin avukatı olduğu açıklanmaktadır. Avukatlık yapmasının yasaklanmasını haklı gösteren olay ise "Cumhuriyet Başsavcılığımızda 2014/104753 ve 2016/7933 sayılı soruşturma dosyalarının olması" dır. Kararda bu dosyaların kime yöneltildiği bile net bir şekilde belirtilmemekte (Hükümet Görüşü, bunların Sn. Kavili'ye yöneltildiğini ifade etmektedir) ve dosyaların içeriğine ilişkin hiçbir ibare bulunmamaktadır. Dava esaslarına ilişkin kararların haklı gösterilmesinde savcıya göre bir dosyanın var olduğu olgusuna başvurulmaktadır. Ayrıca 6.1.g sayılı maddede öngörüldüğü üzere avukatın söz konusu davada savunma avukatlığı yapmasının yasaklanması yerine Sulh Ceza Hakimi, avukatlık yapmasına yönelik genel ve kalıcı bir yasaklama koymuştur. Böylesine şiddetli bir tedbiri haklı gösterecek en ufak bir gerekçe bulunmamaktadır.

99. Hükümet Görüşü, "Devletin güvenliğine, Anayasal düzene ve Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabı, Dördüncü Kısmı altında listelendiği üzere bu düzenin işleyişine karşı işlenen suçların, Avukatlık Kanununun 'avukatlığa kabulde engeller' başlıklı 5'inci maddesi gereğince avukatlığa engel teşkil eden suçlar arasında olduğu ve bu yetkinin sadece ceza mahkemeleriyle ilgili olduğu ve avukatların hukuk mahkemelerinde mesleklerini icra etmelerine ilişkin herhangi bir kısıtlama olmadığı; bahsi geçen suçlardan hakkında soruşturma açılmış bir avukatın avukatlık yapma hakkının kendiliğinden yasaklanamayacağı ve bu konuya, gerek görülürse her bir dosya için ayrıyeten delil değerlendirmesi yapıldıktan sonra karar verilebileceği" konusunda ısrar etmektedir. Ancak görünen odur ki teamülde, en azından söz konusu davada, Sulh Ceza Hakimlikleri bu kısıtları uygulamamaktadır.

100. Darbe girişimi sonrası Sulh Ceza Hakimlikleri tarafından alınan on binlerce tutukluluk kararı arasında, hakimlerin tutuklanmasına ilişkin olan kararlar da son derece önemlidir çünkü Sulh Ceza Hakimliklerinin, başka hakimleri tutuklama yetkisi bile bulunmamaktadır. Mevkilerine göre hakimler, olağan mahkemelerce ancak gözaltına alınabilir^[60]. Ancak başarısız darbe girişimi sonrası birçok hakim öncelikle görevden alınmış sonra da Sulh Ceza Hakimlerinin kararıyla sıradan vatandaşlar gibi gözaltına alınmıştır. Hükümet Görüşü, hakimlerin "cürmümeşhut" halde yakalanmaları durumunda (adli görevleriyle ilgili olmayan) hususi suçlardan tutuklanabileceğine işaret etmektedir. Askeri darbe girişimine fiili olarak iştirak etmemiş hakimlerin tutuklanmasının cürmümeşhut sayılıp sayılamayacağı ise şüphelidir. Bu husus,

[60] 24/02/1983 tarihli 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 85, 90 ve 91'inci maddeleri.

hakimlere verilen güvenceleri bozmakta ve dava hakkının kötüye kullanılması anlamına gelmektedir.

V. Sonuç

101. Sulh Ceza Hakimleri, resmi olarak yasalara uygun ve yargı örgütü tarafından atanmış hakimlerdir. Ancak yargı yetkileri ve yetkilerini nasıl kullandıkları yakından incelendiğinde pek çok endişe doğmaktadır.

102. Sulh Ceza Hakimliklerinin kurulmasındaki resmi amaç, Sulh Ceza Hakimlerinin insan haklarına duyarlı konularda gerekçelerin hazırlanmasına yeterince vakit ayırabilmelerini sağlamaktır. Ancak bu amaç layıkıyla yerine getirilmemiş ve Sulh Ceza Hakimleri, 'koruma tedbirleriyle' ilgisi olmayan işleri yapma külfeti altına girmişlerdir.

103. Sulh Ceza Hakimliklerinin kurulmasındaki diğer bir resmi amaç da aynı hakimin, önce koruma tedbirleri, sonra da dava esasları hakkında karar almasını engellemektir. Bu sebepten kovuşturma (duruşma) evresinde aynı hakim, koruyucu tedbirler alıp sonra da etki altında kalmadan davanın esasları hakkında karar alabiliyorken neden soruşturma evresinde Sulh Ceza Hakimliklerine ihtiyaç duyulduğunu anlamak oldukça güçtür.

104. Her bölge veya adliyede bulunan az sayıdaki Sulh Ceza Hakimi arasında yatay itiraz sistemi sorunlu olup içtihadın birleştirilmesine mani teşkil etmekte, kapalı bir sistem yaratmakta ve uzmanlaşma ihtiyacını haklı çıkaramamaktadır. Sulh Ceza Hakimlerinin bireylerin insan hakları üzerinde ciddi etkileri olan kararları yeterince gerekçelendiremedikleri sayısız emsal bulunmaktadır. Ağır iş yükleri hakimlere, özellikle tutuklama ve internet sitelerinin kapatılması davalarında kişiye özel yeterince muhakeme yapmalarına yetecek kadar zaman bırakmamaktadır.

106. Yukarıda sayılan sebeplerden, Venedik Komisyonunun tavsiyeleri aşağıdaki şekildedir:

1. Sulh Ceza Hakimliklerinin soruşturma evresi esnasındaki koruma tedbirlerine ('koruma tedbirleri') ilişkin yetkileri kaldırılmalıdır. Olağan hakimlere, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde kişisel özgürlüklere dair koruma tedbirleri alabilme hakkı verilmelidir.
2. Eğer Sulh Ceza Hakimlikleri sistemi devam ettirilecekse Sulh Ceza Hakimlerinin uzmanlaştırılması amacına ulaşılması açısından 'koruma tedbirleriyle' alakası olmayan, bilhassa da hatırı sayılır oranda vakitlerini alan internet sitelerine erişimin engellenmesi ve trafik cezaları gibi tüm

ilgisiz görevlerden alınmaları gereklidir. Sonuç itibariyle dava esasları konusunda artık hiçbir yargı yetkileri olmamalı ve internet sitelerine erişimin engellenmesi de dahil olmak üzere bu gibi konularda gerçek itirazlarda bulunulabilmelidir.

3. Sulh Ceza Hakimleri arasındaki yatay itiraz sisteminin yerine, ya Asliye Ceza Mahkemelerine ya da imkan dahilinde temyiz mahkemelerine dikey itiraz sistemi gelmelidir.
4. Savcılık, tutuklulukları için herhangi bir ilk derece mahkemesi sorumluluk üstlenmedikçe, Sulh Ceza Hakimleri tarafından yetersiz gerekçelerle alınan kararlara dayanarak tutuklanmış bulunan kişilerin en kısa zamanda tahliyesini talep etmelidir.

107. Venedik Komisyonu, bu bağlamda Türk resmi makamlarının ve Türkiye Büyük Millet Meclisinin ihtiyaç duyabileceği her türlü yardımı yapmaya hazırdır.

Strasbourg, 13 Mart 2017

CDL-AD(2017)005

Görüş No. 875/2017

Aslı İngilizcedir

**AVRUPA HUKUK YOLUYLA DEMOKRASİ KOMİSYONU
(VENEDİK KOMİSYONU)
TÜRKİYE GÖRÜŞÜ**

**TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ TARAFINDAN
21 OCAK 2017 TARİHİNDE KABUL EDİLEN VE 16 NİSAN 2017
TARİHİNDE REFERANDUMA SUNULACAK OLAN
ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ TEKLİFİ HAKKINDA**

**Venedik Komisyonu Tarafından 110. Genel Kurul
Toplantısında (Venedik, 10-11 Mart 2017)**

Aşağıdaki katılımcıların yorumlarına dayanılarak kabul edilmiştir:

Sn. Richard BARRETT (*Üye, İrlanda*)

Sn. Veronika BÍLKOVÁ (*Üye, Çek Cumhuriyeti*)

Sn. Sarah CLEVELAND (*Üye, Amerika Birleşik Devletleri*)

Sn. Jean-Claude SCHOLSEM (*Yedek Üye, Belçika*)

Sn. Hanna SUCHOCKA (*Onursal Başkan*)

Sn. Kaarlo TUORI (*Üye, Finlandiya*)

I. Giriş

1. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi İzleme Komitesi Başkanı 16 Aralık 2016 tarihli yazısıyla Venedik Komisyonuna, İzleme Komitesinin 14 Aralık tarihli kararını bildirerek Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında değişiklik yapılmasına dair kanun teklifi hakkındaki görüşlerini mümkün olan en kısa sürede bildirmesi talebinde bulunmuştur.

2. Sn. Richard Barrett, Sn. Veronika Bilkova, Sn. Sarah Cleveland, Sn. Jean-Claude Scholsem, Sn. Hanna Suchocka ve Sn. Kaarlo Tuori raportör olarak görev almışlardır.

3. Türk resmi makamları anayasa değişikliklerinin İngilizce tercümesini 3 Şubat 2017 tarihinde Komisyona sunmuştur (CDL-REF(2017)005; ayrıca bakınız CDL-REF(2017)003 ve CDL-REF(2017)018). Raportörler, tüm hususlarda metnin aslını doğru biçimde yansıtmama ihtimali olan bu söz konusu metni esas alarak yorumlarını hazırlamışlardır. Dolayısıyla, ilgili hükümlerin esastan değil de tercümelerinden kaynaklanan bir takım sorunlar çıkmış olabilir.

4. Sn. Hanna Suchocka ve Sn. Richard Barrett'ten oluşan bir çalışma grubu heyeti, Sn. Thomas Markert ve Sn. Simona Granata-Menghini eşliğinde 20-21 Şubat 2017 tarihlerinde Ankara'ya bir seyahat gerçekleştirmiş olup bu çalışma ziyareti kapsamında Anayasa Mahkemesi ve mecliste temsil edilen siyasi partiler hakkında Başkanlık çalışma grubu üyeleriyle ve Adalet Bakanlığıyla toplantıya katılmışlardır. Venedik Komisyonu, kendilerine vakit ayırdıkları ve yardımcı oldukları için Türk resmi makamlarına teşekkür eder. Heyet ayrıca sivil toplum temsilcileriyle de bir araya gelme imkânı bulmuştur.

5. Venedik Komisyonu, raportörlerin Ankara'ya yaptıkları ziyaretle ilgili olarak Türk yetkili makamları tarafından hazırlanmış yazılı müzakkereyi de (CDL-REF(2017)015) kayda aldığını bildirmek ister.

6. İşbu görüş, 9 Mart 2017 tarihinde demokratik kurumlar Alt komisyonu toplantısında görüşülmesinin ardından Venedik Komisyonu tarafından 110. Genel Kurul Toplantısında (Venedik, 10-11 Mart 2017) kabul edilmiştir.

II. Arka Plandaki Olaylar

A. 15 Temmuz 2016 Başarısız Darbe Girişimi

7. 15 Temmuz 2016 tarihindeki başarısız darbe girişimi sonrasında, 20 Temmuz'da Türkiye'de olağanüstü hâl ilan edilmiştir. Olağanüstü hâl, ilk ilanından sonra iki defa, son olarak da Türkiye'de Yılbaşı gecesi meydana gelen vahşi terör saldırısı sonrası uzatılmıştır. Olağanüstü hâl, son olarak 19 Ocak 2017 tarihi itibarıyla 90 gün daha uzatılmıştır.

8. Venedik Komisyonu, bir kez daha, kalkışmacıların sergilediği gaddarlığı şiddetle ve kesin bir dille kınamakta ve birlik içerisinde kalkışmacılara karşı duran Türk halkı ile dayanışma içinde olduğunu ifade etmektedir. Venedik Komisyonu'nun resmi adı "Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu"dur. Demokratik yollardan işbaşına gelmiş bir hükümete karşı girişilen bir askeri darbe, tanımını itibarıyla, demokrasi ve hukukun üstünlüğü değerlerinin inkârı anlamını taşımaktadır. Dolayısıyla Venedik Komisyonu, demokratik bir hükümeti güç kullanarak alaşağı etmeye teşebbüs edenlerin daima karşısında olacaktır.

B. Türkiye'deki Anayasa Değişikliği Süreci

9. Türkiye Cumhuriyeti'nin mevcut Anayasası, askeri yönetimin sona ermesiyle birlikte 1982 yılında halk oylamasıyla kabul edilmiş olup neredeyse 20 defa değiştirilmiştir; Anayasanın 177 maddesi içinden 110'undan fazlası değişiklik konusu olmuştur. Üç örnekte değişiklikler kısmen (1987) veya tamamen (2007 ve 2010) bir referandumla onaylanmıştır.^[1] 2007 değişiklikleriyle Cumhurbaşkanının görevi daha da önem kazanmış olup uzmanlar bu sistemi bir tür "hafifletilmiş parlamentarizm" olarak tanımlamışlardır.^[2] Parlamenterizmin bu türü, yarı-başkanlık sistemi denilen sistemlerin birçok türünden biri olarak görülebilir. Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesine ilişkin 2007 senesinde gelen değişiklik de yarı-başkanlığa yönelik eğilimin ana unsurunu teşkil etmektedir.

10. İktidar partisi olan Adalet ve Kalkınma Partisi, kısaca AKP, Haziran 2015 genel seçimlerinde kampanya vaatlerinin merkezine başkanlığı oturtmuştur.

[1] 2010 yılındaki değişiklikler ve referandum hakkında bakınız Ergun Özbudun, Türkiye'nin Anayasa Değişikliği ve 2010 Anayasa Referandumu, internet üzerinden IEMED (<http://www.iemed.org/observatori-en/arees-danalisi/arxius-adjunts/anuari/med.2011/Ozbudun-en.pdf>), 4 Şubat 2017 tarihinde erişilmiştir.

[2] Ergun Özbudun, Levent Gönenç tarafından alınan alıntı, Hükümet içindeki Başkanlık Unsurları: Türkiye, Avrupa Anayasa Hukuku İncelemesi, 2008, sayfa 499.

Anayasayı değiştiren 18 maddelik mevcut paket, AKP ve Milli Hareket Partisi MHP tarafından 10 Aralık 2016 tarihinde meclise sunulmuştur.

11. Anayasa komisyonu, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda değişiklik yapan 18 maddelik kanun teklifini 30 Aralık 2016 tarihinde kabul etmiştir. Türkiye Büyük Millet Meclisi (bundan böyle "TBMM" olarak anılacaktır), 9 Ocak 2017 tarihinde söz konusu teklifin maddelerini tek tek görüşmeye başlamıştır.

12. 9 Ocak 2017 tarihinde anayasa değişikliklerini protesto etmek üzere meclis önünde toplananları polis müdahale ederek dağıtmıştır. Ankara Valiliği 10 Ocak 2017 tarihli bir genelgeyle^[3], Olağanüstü Hâl Kanununun 11. Maddesinin verdiği yetkiye istinaden 30 gün süre ile "yol, meydan, cadde, sokak" gibi umuma açık alanlarda yapılacak her türlü toplantı ve gösteri yürüyüşlerini, oyun, temsil, açıklama veya basın açıklamaları gibi gösterileri ve kamusal alanlarda stant açılmasını yasaklamıştır. Buna benzer yasaklar veya kısmi kısıtlamalar koyan başka valilikler de olmuştur.^[4]

13. Anayasa değişikliği teklifi, 21 Ocak 2017 tarihinde TBMM Genel Kurulunda 339 kabul, 142 ret oyu, 5 boş, 2 geçersiz oy ile kabul edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına göre anayasa değişikliği hakkındaki kanunların seçmenlerin onayına sunulmak üzere referandumuna gitmesi için üye tam sayısının beşte üçü (330 oydan fazlası) gerekmektedir.

14. Meclis görüşmeleri esnasında, en büyük muhalefet partisi olan CHP'nin meclis üyeleri ile AKP arasında CHP'nin gizli oy kuralının ihlal edildiğine yönelik iddialarıyla ateşlenen tartışmalar fiziksel kavgaya dönüşmüştür.

15. Anayasa değişikliği metni, 10 Şubat 2017 tarihinde Cumhurbaşkanı tarafından imzalanmış olup 16 Nisan 2017 tarihinde referanduma sunulacaktır.

III. Ön Açıklamalar

16. Son yıllarda anayasa değişikliği, Türkiye'de gündemin birinci sırasında yer almaktadır. Venedik Komisyonu, muhalefeti, sivil toplumu ve kamuoyunu da içine alacak şekilde olabildiğince geniş, açık ve kapsamlı bir süreçte 1982 Anayasasının yerine geçecek eksiksiz bir anayasa değişikliğini desteklediğini dile getirmiştir.^[5] Venedik Komisyonu ayrıca eğer dilerlerse Türk resmi makamlarına

[3] <http://www.ankara.gov.tr/2911-ve-2559-sayili-kanunlar-geregince-yasaklama> (Türkçe)

[4] Kahramanmaraş, Şanlıurfa, Afyonkarahisar, Artvin'de.

[5] Venedik Komisyonu'nun Türkiye'deki Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu hakkındaki Kanun Tasarısına ilişkin Geçici Görüşü (27 Eylül 2010), CDL-AD(2010)042, §§ 11,16;

bu bağlamda yardımcı olmaya hazır olduklarını da ifade etmiş ancak Türk resmi makamları, söz konusu anayasa değişikliklerinin hazırlanma süreci boyunca Komisyondan yardım talebinde bulunmamıştır. Bununla birlikte Türkiye’de devam eden koşullardan sebep Komisyon referandum öncesi görüşünü hazırlamaya karar vermiştir.

17. Şu ana kadar anayasa değişikliği süreci başlatma teşebbüsleri gereken siyasi desteği tam olarak almamış görünmektedir. Bununla birlikte, incelenmekte bulunan 18 taslak madde bile çok kapsamlı bir değişikliği beraberinde getirmektedir: yaklaşık 50 anayasa hükmünün değiştirilmesi ve sair 21 hükmün de yürürlükten kaldırılmasıyla Türkiye Cumhuriyeti’nin yönetim biçiminin Türk yetkililerinin de tarif ettiği üzere “Türk usulü” bir Başkanlık sistemine dönüştürülmesi planlanmaktadır. Haddi zatında bu durum sakıncalı değildir ancak özellikle kuvvetler ayrılığının ve denge-denetleme mekanizmasının temel ilkelerinin gözetilip gözetilmediğini tespit etmek amacıyla Türk sistemi bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Tüm bu değişiklikler, aslen parlamenter olarak kurulmuş eski anayasaya yeni “başkanlık” hükümleri nakletmek suretiyle gerçekleştirilecektir. Hukuki açıdan bakıldığında böyle bir teknik oldukça meşakkatli görünmekte olup birçok zorluğa ve belirsizliğe de yol açacaktır.

18. Teklif edilen değişikliklerin çok yönlü olma niteliğinden sebep her bir değişikliğin detaylı olarak incelenmesi işbu Görüşün kapsamı dışına çıkmaktadır. Bu bağlamda Venedik Komisyonu, hukukun üstünlüğü, demokrasi ve insan hakları kapsamında özellikle önemli olan üç husus üzerinde odaklanacaktır: birincisi, anayasa değişikliği usullerinin mevzuata uygunluğu ve zamanlaması; ikincisi, teklif edilen değişikliklerin yeterince güçlü bir kuvvetler ayrılığı barındırıp barındırmadığı; üçüncüsü de genel kuvvetler ayrılığının bir vechesi olarak değişikliklerin yargı gücüne yeterince bağımsızlık sağlayıp sağlayamayacağıdır.

IV. Analiz

A. Anayasa Değişikliklerinin Kabul Edilme Süreci

19. Venedik Komisyonu, “*kamuoyuna ve kurumlara tartışma olanağı tanıyan ve doğru işleyen bir anayasa değişiklik süreci, anayasanın meşruiyetine, anayasaya aidiyet duygusuna ve demokratik anayasal geleneklerin bütünleşmesine zaman içinde büyük katkıda bulunmaktadır. Buna karşın, anayasa değişikliği dâhilindeki kural ve usullerin yoruma açık ve tartışılır olması veya demokratik süreçten bağımsız acele ile uygulanmaları siyasi istikrara ve daha da önemlisi anayasanın bizzatı*”

ayrıca bakınız Türkiye’deki siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin anayasal ve hukuki hükümler (CDL-AD(2009)006).

meşruiyetine zarar vermektedir. Bu doğrultuda Komisyon, tüm siyasi unsurların ve sivil toplumun dâhil olduğu, açık, usulüne uygun ve zamanında yapılmış müdahalelerin, zaman ve emek gerektirse de anayasa değişikliğinde mutabakat ve başarının sağlanmasına önemli katkılar sağladığı görüşünü yinelemektedir. Bunun gerçekleşmesi için de devletlerin, barışçıl toplantı özgürlüğünü, ifade özgürlüğünü ayrıca tartışmaların basında adil, yeterli ve kapsamlı şekilde yer almasını kolaylaştıracak pozitif yükümlülüklerinin eşit derecede uygunluk göstermesi gerekmektedir”^[6] ifadesini önceden vurgulamıştır.

1. Parlamenter Usullerin Mevzuata Uygunluğu

20. Anayasa değişikliklerinin meclis tarafından kabul edilme sürecinde, alışılmışın dışında bazı gelişmeler yaşanmış ve endişe uyandırıcı bir takım sorunlar ortaya çıkmıştır.

21. Birincisi; müzakereler, muhalefet cephesinden ciddi sayıda vekilin gıyabında gerçekleştirilmiştir. Nitekim 20 Mayıs 2016 tarihinde çıkarılan, 8 Haziran 2016 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan ve aynı gün yürürlüğe giren anayasa değişikliğini müteakiben birçok milletvekilinin dokunulmazlıkları kaldırılmıştır. 4 Kasım 2016 tarihinde meclisteki ikinci en büyük muhalefet partisi olan HDP'nin Başkanı (Selahattin Demirtaş) ve beraberindeki 8 HDP'li milletvekili tutuklanmıştır. Venedik Komisyonu'nun Türkiye'de milletvekillerinin dokunulmazlığının iade edilmesi yolundaki tavsiyesine rağmen halen HDP'li 13 milletvekili tutuklu bulunmaktadır.^[7]

22. İkincisi; Anayasanın 175'inci Maddesi ve TBMM İçtüzüğü'nün 94'üncü Maddesine göre^[8] oylamanın gizli yapılması gerekmektedir. Nitekim Anayasanın 175'inci maddesinde “*anayasayı değiştirme teklifinin kabulü, Meclisin üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla mümkündür*” hükmü yer almaktadır. TBMM İçtüzüğü, gizli oylama maksadıyla “*milletvekillerine beyaz, yeşil ve kırmızı renkte üç yuvarlak birden verilir. Bunlardan oy olarak kullanılacak yuvarlak, bunun için gösterilen kutuya atılır. Diğer iki yuvarlak ayrıca belirtilen yere bırakılır*” şartını koşmaktadır (Madde 148).

23. Söz konusu anayasa değişikliğine ilişkin meclis oylamasında ise bu kurala tam anlamıyla uyulmamıştır. Oylama esnasında değişiklik için oy kullanan pek

[6] Venedik Komisyonu'nu anayasa değişikliği hakkındaki Raporu, CDL-AD(2010)001, §§ 204, 205.

[7] Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 83'üncü maddesinin ikinci fıkrasının askıya alınması hakkında görüş (yasama dokunulmazlığı) CDL-AD(2016)027, 78. Paragraf ve sonrası.

[8] https://global.tbmm.gov.tr/docs/rules_of_procedure_en.pdf

çok milletvekili beyaz yuvarlakları kutuya atmadan önce göstermek suretiyle oylarını açık bir şekilde kullanmışlardır. Tüm bu süreç videoya kaydedilmiş ve yayın kuruluşlarında gösterilmiştir. Bazı milletvekillerinin ellerindeki mührü görmek dahi mümkün olabilmıştır. Ayrıca kullanılmamış oy kâğıtları da oylama sonrasında geri toplanarak iddialara göre özellikle de AKP ile MHP'li milletvekilleri arasında kimlerin değişiklik lehine oy kullanmadığını tespit amaçlı kullanılmıştır. ^[9]

24. Anayasa değişikliğine ilişkin mecliste gerçekleştiren müzakere yöntemi de Türkiye'de eleştirilere yol açmıştır. Günlük müzakereler, hemen hemen hiç ara verilmeden, öğleden sonradan sonraki sabaha kadar sürmüştür. Böylesine uzun süren oturumlar, usulün aceleyle tamamlanmasına sebep olmuştur: genel kuruldaki her iki mütalaada da değişiklikler sadece on iki gün içinde görüşülerek kabul edilmiştir (anayasa komisyonundaki müzakereler dokuz gün sürmüştür). Ancak değişiklik metni müzakereler tamamlandıktan sonra on üç gün boyunca mecliste kalmış; hatta Cumhurbaşkanı metni on dört gün daha mecliste bırakmıştır. Mecliste böylesine aceleyle getirilmiş görüşmeleri, bu gecikmelerle bağdaştırmak güçtür.

25. İlgili mevzuat gereğince müzakereler, Salı, Çarşamba ve Perşembe günleri öğleden sonra saat 2 ila akşam 7 arası TRT-3 televizyon kanalında ve internette canlı olarak yayınlanmıştır. Türk resmi makamlarına göre müzakereler akşam 7 sonrası internette canlı olarak yayınlanmıştır. Meclis görüşmeleri için olağan yayın kuralları bu şekilde olmasına rağmen konunun önemi ve müzakerelerin tüm gece boyunca devam etmiş olduğu göz önünde bulundurulduğunda canlı televizyon yayınının zaman diliminin uzatılması gerekirdi.

26. Venedik Komisyonu, oy gizliliği ihlalinin değişikliğe verilen desteğin hilesiz olması ve milletvekillerinin oylarının şahsi olması niteliğine şaibe katmasından sebep anayasa değişikliği usulünde ciddi bir kusur teşkil ettiği görüşündedir. Parlamenter usullerin, mecliste bulunan siyasal erklerin tümüne gerçek bir açık müzakere fırsatı vermemiş olması da talihsiz bir durumdur. Zira Meclisteki oylama sırasında 11 milletvekili tutuklu bulunmaktadır.

[9] <http://www.hurriyetdailynews.com/secret-ballot-debate-grows-as-charter-talks-proceed.aspx?PageID=238&NID=108381&NewsCatID=338> CHP , oy gizliliğinin ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine başvuracağını duyurdu (<http://www.birgun.net/haber-detay/turkey-s-chp-to-take-constitutional-amendments-to-supreme-court-144167.html>) ancak son olarak kararından vazgeçti (<http://www.hurriyetdailynews.com/main-opposition-to-not-appeal-to-turkeys-top-court-over-constitutionchange.aspx?pageID=238&nID=109739&NewsCatID=338>).

2. Değişikliklerin Kabul Edilmesindeki Zamanlama: Olağanüstü Hâlin Etkileri

27. Meclis görüşmeleri ve anayasa değişikliklerinin kabulü, olağanüstü hâl esnasında gerçekleştirilmiştir. Referandumun, olağanüstü hâlin üst üste ilanının neredeyse dokuzuncu ayını dolduracağı 16 Nisan 2017 tarihinde yapılması planlanmaktadır.

28. Venedik Komisyonu'nun da mükerreren ifade ettiği üzere “*demokratik bir Anayasa yapım sürecinin temel şartları, çoğulcu görüşlere imkân tanıyan koşulların ve yeterli zaman dilimlerinin oluşması, şeffaflık, açıklık ve kapsayıcılık ve ayrıca tartışmalı konuların usullere uygun şekilde müzakere edilebilmesidir*”.^[10] Yeni ve iyi bir Anayasa, toplum içinde mümkün olabilecek en geniş görüş birliği esas alınarak kabul edilmeli ve [...] “*demokratik standartlarla aynı doğrultuda ve toplumun tamamı tarafından kabul gören, daimi bir metnin kabul edilmesindeki en önemli ön koşul, muhtelif siyasal erkleri, sivil toplum kuruluşları ile sivil dernekleri, akademik çevreyi ve basını da içine alan geniş ve sağlam temelli bir müzakerenin gerçekleşmesidir. Çok katı zaman kısıtlamalarından kaçınılmalı ve yeni Anayasanın kabulüne ilişkin takvim, müzakerede kaydedilen ilerlemelere uygun olmalıdır*”.^[11]

Müzakerelerin kamuya açık ve özgür yapılabilmesi için “*buna olanak sağlayan bir ortamda*” yapılması gereklidir.^[12] “*Ayrıca halk oylamasına başvurulacaksa halk oylamasının uygun olarak icra edilmesi, açıklık ve şeffaflığın sağlanması ve seçmenlere açık ve kesin alternatifler sunulması büyük önem arz etmektedir*”.^[13]

29. Uluslararası hukukta, savaş, sıkıyönetim uygulaması, örfi idare veya olağandışı tedbir gibi olağanüstü hâllerde anayasa değişikliği yapılmasını engelleyen resmi bir kural bulunmamaktadır. Ancak birçok anayasada bu gibi hâllerde anayasa değişikliği yapılması yasaklanmıştır (Arnavutluk, Estonya, Gürcistan, Litvanya, Moldova, Karadağ, Polonya, Portekiz, Romanya, Sırbistan, İspanya, Ukrayna).^[14] Örneğin Polonya Anayasası 228 § 6'da açıkça şu ifade yer almakta-

[10] Venedik Komisyonu'nun Macaristan'da Yeni Anayasa Taslağının Görüşülmesi Sürecinde Ortaya Çıkan Üç Yasal Soru hakkındaki Görüşü, CDL-AD(2011)001.

[11] Venedik Komisyonu'nun İzlanda Yeni Anayasa Taslağı hakkındaki Görüşü, (CDL-AD(2013)010).

[12] Venedik Komisyonu'nun Ukrayna Anayasasının Değiştirilme Usulüne İlişkin Görüşü, CDL-AD(2004)030. Ayrıca bakınız Romanya Anayasasının İncelenmesi üzerine Kanun Teklifi hakkında Görüş, CDL-AD(2014)010; 26 Eylül 2016 tarihinde referanduma sunulan Azerbaycan Anayasasındaki taslak değişiklikler hakkında Görüş, CDL-AD(2016)029.

[13] Venedik Komisyonu, anayasa değişikliği raporu, CDL-AD(2010)001, § 192

[14] Venedik Komisyonu, anayasa değişikliği raporu, CDL-AD(2010)001.

dır: “*olağanüstü tedbirlerin alındığı dönemlerde değiştirilemeyecek olanlar şunlardır: Anayasa, Ulusal Parlamento, Senato ve yerel yönetim organları (...)*”. Benzeri şekilde Litvanya Anayasasının 147(2) Maddesinde de: “*olağanüstü hâl veya sıkıyönetim esnasında Anayasada değişiklik yapılamaz*” denmekte ve Ukrayna Anayasasının 157. Maddesinde de: “*Ukrayna Anayasası, sıkıyönetim veya örfi idare şartlarında değiştirilemez*” ibaresi yer almaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında ise böyle bir hüküm bulunmamaktadır.

30. Söz konusu yasak, siyasal sistemin, bilhassa da Anayasanın ve seçim sisteminin esaslarının korunmasına gösterilen önemi yansıtmakta olup olağanüstü hâlin, meclisin normal işleyişinde (özellikle de muhalefetin görevi açısından) kısıtlamalara ve ayrıca çok da sık görüldüğü üzere kitle iletişimin işleyişinde sınırlamalara ve toplanma özgürlüğü gibi siyasal özgürlüklerin kullanılmasında da kısıtlamalara yol açacağı endişesinden kaynaklanmaktadır. Bu koşullar altında anayasa değişikliğinin demokratik bir süreçte gerçekleşmesi tam anlamıyla teminat altına alınamaz.

31. Uluslararası hukukta Devletlerin olağanüstü hâller devam ederken seçime veya referanduma gitmesini engelleyecek resmi bir kural bulunmamakla beraber birçok anayasa kapsamında olağandışı bir durum, gelecek seçimleri erteler veyahut da örneğin parlamentonun süresini uzatmak gibi bir erteleme fırsatı yaratır (Hırvatistan^[15], İtalya^[16], Almanya^[17], Yunanistan^[18], Polonya^[19], Litvanya^[20], Slovenya^[21], İspanya^[22], Macaristan^[23] ve Kanada^[24]). Benzeri şekilde olağanüstü hâl, parlamentonun feshini de engelleyebilir. (Almanya^[25], İspanya^[26],

[15] Anayasanın 77’inci Maddesi.

[16] Anayasanın 60’inci Maddesi.

[17] Anayasanın 115h Maddesi.

[18] Anayasanın 53’üncü Maddesi.

[19] Anayasanın 228’inci Maddesi.

[20] Anayasanın 143’üncü Maddesi

[21] Anayasanın 81’inci Maddesi.

[22] Anayasanın 53’üncü Maddesi

[23] Anayasanın 48’inci Maddesi.

[24] Anayasanın 4(2) Maddesi.

[25] Anayasanın 115h Maddesi.

[26] Anayasanın 116’inci Maddesi.

Portekiz^[27], Polonya^[28], Macaristan^[29], Rusya^[30]). Türkiye’de ise seçimler, savaş ilan edilmesiyle ertelenebilir (Anayasanın 78’inci Maddesi).

32. Bu kural; devletlerin, Venedik Komisyonu’nun olağanüstü hâl esnasında seçimlerin hür ve adil olmasına yönelik Referandumlara dair İyi Uygulama Kodunda sistemleştirilmiş standartlar da dâhil olmak üzere anayasal ve uluslararası standartları yakalayacağı endişesini yansıtmaktadır.^[31] Bu standartlara göre referandumların, evrensel, eşit, hür ve gizli oy kullanma ilkesini esas alması gereklidir. Referandumla sorulan sorunun/soruların açık ve kesin bir şekilde ifade edilmiş olması gereklidir. Referandumun, bağımsız bir organ tarafından düzenlenmesi gereklidir. Devlet makamları, tarafsız bilgiler vermeli ve seçim sonucunu tek taraflı kampanyalarla etkilememelidir. Kamuya ait medya, özellikle de haberlerde, tarafsız yayın yapmalıdır. Temel insan hakları- bilhassa da ifade özgürlüğü, toplanma özgürlüğü, güvenlik hakkı-tamamen gözetilmelidir.^[32]

33. Venedik Komisyonu’nun önceden de ifade ettiği üzere: “*demokratik seçimler ve dolayısıyla da demokrasinin varoluşu, insan haklarına özellikle de ifade ve basın özgürlüğü, siyasi parti kurma dâhil siyasi amaçlı toplanma ve dernek kurma özgürlüğüne saygı gösterilmeksizin gerçekleştirilemez. Bu özgürlüklere saygı gösterilmesi, bilhassa seçim kampanyaları esnasında büyük önem taşımaktadır. Bu temel özgürlüklere getirilecek kısıtlamalarda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ve hatta daha genel bir ifadeyle, hukuki bir dayanağı olma, kamu yararına olma ve oransallık ilkesini gözetme şartına mutlak suretle uyulması gereklidir.*”^[33]

34. Venedik Komisyonu, ‘normal’ hukukun üstünlüğü usullerinde kısıtlamalar olduğunda demokratik işleyişin sekteye uğrayacağına dair apaçık bir tehlikenin bulunduğu görüşündedir. Üstelik olağanüstü hâl esnasında, bilhassa fırsat eşitliği olmak üzere, seçimin temel ilkelerinin sarsılması riski de bulunmaktadır.

[27] Anayasanın 172’inci Maddesi.

[28] Anayasanın 288’inci Maddesi

[29] Anayasanın 48’inci Maddesi

[30] Anayasa’nın 109’uncu Maddesi

[31] Venedik Komisyonu, Referandumlara dair İyi Uygulama Kodu, CDL-AL(2007)008

[32] Ayrıca bakınız Venedik Komisyonu’nun Karadağ’da referandumların düzenlenmesine ilişkin Mevcut Mevzuatın geçerli uluslararası standartlara Uygunluğu hakkındaki Görüşü, CDL-AD(2005)041 ve “Ukrayna’ya bağlı Kırım Özerk Cumhuriyeti Yüksek Kurulu tarafından Rusya’nın federal birimi olarak topraklarına katılacak bir bölge olmak veya 1992 Kırım anayasasının yeniden yürürlüğe girmesi için referandum yapılmasına ilişkin alınan kararın anayasa ilkelerine uygun olup olmadığına” dair Görüşü, CDL-AD(2014)002

[33] Venedik Komisyonu, Seçim Konularında İyi Uygulama Kodu: Ana Esaslar (19 Ekim 2002) CDL-AD(2002)023,§

Benzeri şekilde bireylerin medeni ve siyasi haklarından derogasyonun, seçim sonuçlarının demokratik olmaması riskini yaratması da izahtan varestede bir durumdur.

35. Nitekim Komisyon bu hususta Gürcistan'ın “*seçimlerin yapılabilmesi için huzurlu bir siyasi ortamın sağlanması, tüm özgürlük ve insan haklarının bütünlüğüne tahakkuk etmesi ve kamu düzeni ve asayişin tam anlamıyla teminat altına alınması şartları gerektiğinden*” olağanüstü hâl esnasında veya sıkıyönetim süresi boyunca hatta olağanüstü hâlin kalkmasının üstünden 60 gün geçene kadar seçim yapılamayacağını öngören anayasa hükmünü de olumlu olarak ele almıştır.^[34]

36. Bu analiz, en azından eşit hükümle, anayasa değişikliğine^[35] ve bilhassa da siyasal sistemin değişikliğine ilişkin referandumlar^[36] için geçerli olsa da mevcut anayasal düzenin tamamen çökmesi durumunda olağanüstü hâl esnasında bile anayasa değişikliğinin gerekeceği kuşkusuz kabul edilmektedir. Olağanüstü hâl esnasında anayasada daimi bir değişikliğin yapılmasının gerekip gerekmediği, demokratik ilkelerin hüküm süreceği şartların oluşup oluşmadığına bağlıdır. Aşağıdaki paragraflar bu husustan hareketle devam etmektedir.

37. Venedik Komisyonu, Türkiye'deki olağanüstü hâl kapsamında devam eden mevcut durum nazarı itibara alındığında olağanüstü hâl esnasında çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerle^[37] birçok özel basın kuruluşunun^[38] kapatılmasını ve ifade ve basın özgürlüğüne ciddi ölçüde müdahale edilmesini endişeyle karşıladığını önceden de belirtmiştir. Türk resmi makamlarından alınan rakamlara göre^[39], Temmuz 2016'dan bu yana toplamda (in toto), 190 basın kuruluşu (yayınevleri, gazete ve dergiler, haber ajansları, televizyon ve radyo kanalları da dâhil olmak üzere) kapatılmış ancak 675 ve 679 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler gereğince bu basın kuruluşlarından 23'ünün kapatılma kararı iptal edilmiştir. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri tarafından

[34] Venedik Komisyonu, Gürcistan Anayasasındaki değişikliklere ilişkin anayasa hukuku taslağı hakkında görüş, CDL-AD(2009)030, § 5.

[35] Ayrıca bakınız Venedik Komisyonu, CDL-STD(1995)012, Olağanüstü Hâl Yetkileri, Raporun Yazarı Ergun Özbudun ve Mehmet Turhan, Demokrasinin bilim ve tekniği No. 12, 1995.

[36] Gross and Ní Aoláin, *Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice* (2011 Cambridge).

[37] Venedik Komisyonu'nun 15 Temmuz 2016 başarısız darbe girişimi sonrasında kabul edilen 667 ila 676 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler hakkındaki Görüşü, §§178 vd..

[38] Venedik Komisyonu'nun son çıkarılan olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinde Türkiye'deki basın özgürlüğüne ilişkin alınan tedbirler hakkındaki Görüşü, CDL(2017)006.

[39] CDL-REF(2017)010

da ifade edildiği üzere “gazeteler, televizyon kanalları, radyolar ve yayınevlerinin de dâhil olduğu 150’den fazla basın kuruluşu hiçbir yargı kararı olmadan kanun hükmünde kararnamelerle kapatılarak varlıkları tasfiye edilmiştir. Buna paralel olarak önceki yıllarda büyük oranda düşmüş olan tutuklu gazeteci sayısı katlanmış; gelen haberlere göre işbu müzekkere yazıldığı sırada bu rakam 151’e çıkmıştır”.^[40] İnsan Hakları Komiseri, “mevcut durumu, AİHS, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı, Avrupa Konseyi standartları ve ayrıca sair uluslararası standartların teminat altına aldığı ilkelerin defalarca ve bariz ihlali olarak” büyük bir endişeyle değerlendirmektedir. Söz konusu ihlallerin yarattığı soğutma etkisi, yalnızca hükümet idaresi altında olmayan veyahut da hükümet yandaşı ve iktidar yanlısı olmayan basın organlarında değil aynı zamanda sıradan vatandaşlar arasında da kendini göstermiştir. Bu etki, gazetecilik için son derece sakıncalı bir ortam yaratmakla kalmamış toplumsal tartışmaların gittikçe kalitesizleşmesine ve tek taraflı olmasına da yol açmıştır”.^[41]

38. Ayrıca 9 Şubat 2017 tarihli 687 Sayılı Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamesiyle, Yüksek Seçim Kurulunun seçim ve referandum kampanyaları süresince tek-taraflı, yanlı yayın yapan özel radyo ve televizyon kanallarına ceza verme yetkisi de ortadan kaldırılmıştır. Bu itibarla olağanüstü hâl ile gerçek bir bağı olmayan, aksine anayasa değişikliği referandumu kampanyasıyla ilişkili olduğu açık bir şekilde görülen bu değişiklik, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının “seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz” şartını koşan 67. Maddesinin lafzına olmasa da ruhuna rağmen yürürlüğe girmiştir. Bu hükmün tam manası ve etkisi, işbu görüşün tahlil kapsamı dışına taşsa da basının tarafsızlığı üzerindeki bariz etkisi sebebiyle, seçim veya referandum kampanyalarının basında yer almasına ilişkin olağan kurallarda tashihe sebep olduğu apaçık ortadadır.

39. Toplanma özgürlüğü hususunda ise anayasa değişiklikleri mecliste görüşülürken Ankara Valiliği olağanüstü hâl mevzuatı çerçevesinde gösteri ve yürüyüşlere yasak getirmiş; ayrıca Türkiye’nin başka bölgelerinde de yasaklar uygulanmıştır.

[40] İnsan Hakları Komiserinin, Türkiye’deki ifade ve basın özgürlüğü hakkındaki müzakkeresi https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2961658&SecMode=1&DocId=2_397056&Usage=2

[41] İnsan Hakları Komiserinin, Türkiye’deki ifade ve basın özgürlüğü hakkındaki müzakkeresi, § 22. Ayrıca bakınız Venedik Komisyonu’nun son çıkarılan olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinde Türkiye’deki basın özgürlüğüne ilişkin alınan tedbirler hakkındaki Görüşü, CDL-AD(2017)007.

40. 2002 yılında, yine olağanüstü hâl devam ederken Türkiye’de gerçekleştirilen genel seçimlerde demokrasinin temel ilkelerinin nispeten iyi korunabildiği belirtilmiştir. Benzeri şekilde olağanüstü hâl ilan edilmiş olmasına rağmen Fransa’da da şu anda başkanlık seçimleri devam etmektedir. Hâlihazırda ülke çapında devam eden olağanüstü hâlin aksine, Türkiye’deki 2002 genel seçimleri esnasında olağanüstü hâl sadece belirli bir coğrafi bölgeyle sınırlı kalmış ve ülke nüfusunun tamamını ilgilendiren insan hakları kısıtlamalarını büyük ölçekte kapsamamıştır. Fransa’da önümüzdeki günlerde gerçekleşecek olan başkanlık ve parlamento seçimlerine bakıldığında, olağanüstü hâl kapsamında uygulanan tedbirlerin, kurumların, sivil ve siyasi hakların işleyişini önemli derecede daha az engellediği görülmektedir.

41. Venedik Komisyonu, önceden bahsedilen hususları müteakiben ve “*anayasa değişikliğinin, kamuoyuna ilgili hususlar üzerinde düşünme ve sonuca etki etme olanağı tanıyan, özgürce ve açıkça tartışılması gereken bir süreç olduğunu*” hatırlatarak^[42] 16 Nisan 2017’de yapılması planlanan anayasa değişikliği referandumunun Avrupa demokrasi geleneğinin temel ilkelerini karşılayabileceğinden ve hatta karşılayacağından kuşku duymaktadır. Üstelik bu standartlara uyulsa dahi olağanüstü hâl devam ederken devlet yönetimini güçlendirmek maksadı taşıdığı beyan edilen bir referandumun sonuçlarının doğruluğuna duyulan güvene de hâle gelecektir.

42. Demokrasi standartlarıyla bağdaşan iki olasılık bulunmaktadır: eğer anayasa değişikliği referandumunun olağanüstü hâl esnasında yapılması kaçınılmaz ise siyasi özgürlükler üzerindeki kısıtlamalar kaldırılmalı veyahut da eğer bu kısıtlamalar iptal edilemiyorsa anayasa değişikliği referandumu olağanüstü hâl bittikten sonraki bir zamana kadar ya da en azından kısıtlamaların uygulanmayacağı bir zamana ertelenmelidir.

B. Başkanlık Sisteminin Tercih Edilmesi

43. Görüşülmekte olan anayasa değişiklikleri, Türkiye’nin siyasi rejimini “Türk usulü” bir başkanlık sistemine dönüştürmeyi hedeflemektedir.

44. Venedik Komisyonu’nun geçmişte de vurguladığı gibi, başkanlık sistemi, yarı başkanlık sistemi ve parlamenter sistem arasındaki birinci tercih, mevzu bahis ülkenin yapacağı siyasi tercih olmalıdır ve o parlamentonun, diğer yetkilerinin yanı sıra, yürütme organına ilişkin yeterli denetim yetkisi olması şartıyla prensipte tüm rejimler, demokrasi standartlarıyla uyum içinde bir araya

[42] Venedik Komisyonu’nun anayasa değişikliği hakkındaki Raporu, CDL-AD(2010)001, § 245.

getirilebilir.^[43] Bununla birlikte Venedik Komisyonu, Başkanın yetkilerini azaltıp parlamentonun yetkilerini artırmayı hedefleyen anayasa değişikliklerini daima memnuniyetle karşılamış ve desteklemiştir.^[44] Demokratik kaldıkları sürece çeşitli hükümet modellerini ve siyasi sistemleri meşrulaştıran çerçeveyi oluşturan unsular ise hukukun üstünlüğünün, güçler ayrılığının ve yargı bağımsızlığının temel ilkeleridir. Bu temel ilkelerin ihmaline ise bütün sistemin dikta rejimine dönüşmesine (daha iyi bir ifadeyle, bozularak dikta rejimine dönüşmesine) sebep olabilir. Bu tehlike, parlamenter rejimden ziyade başkanlık sisteminin getirilmesi durumunda daha da güçlü zuhur etmektedir. Hukuk literatüründe başkanlık sistemi, bilhassa ikiden fazla siyasi partinin iktidar savaşı verdiği ve eskiye dayanan bir siyasi taviz verme geleneğinin bulunmadığı, derin siyasal çatlakları olan ülkelerde genelde demokrasiye daha az vesile olan sistem olarak görülmektedir.^[45] Başkanlık rejimi, denge ve denetleme mekanizmalarının çok güçlü olmasını gerektirir. Parlamenter rejimde siyasi tartışma ve uzlaşmalarla normal bir şekilde çözülebilecek olan ihtilaflar, başkanlık rejiminde genelde mahkemelere taşındığından bilhassa da güçlü ve bağımsız bir yargı zorunludur.

45. Demokratik başkanlık sistemine örnek olarak gösterilen Amerika Birleşik Devletleri de Türkiye'nin başkanlık rejimine geçişine destek vermiştir. Venedik Komisyonu'nun önceden ileri sürdüğü üzere “*Her bir anayasa, çeşitli yetkilerin dengelenmesinin bir neticesidir. Eğer bir devlet organına bir yetki veriliyorsa, diğer yetkilerin de bu yetkiyi etkin bir şekilde denetleyebilmesi gerekir. Bir kurumun ne kadar çok yetkisi varsa denetim mekanizmalarının da o kadar katı oluşturulması gerekir. Karşılaştırmalı anayasa hukuku, sırf kendi ülkesinin Anayasasındaki demokratik kimliği meşrulaştırmak amacıyla başka bir ülkenin anayasasında*

[43] Venedik Komisyonu'nun, Ermenistan Cumhuriyeti'ndeki Anayasa Değişikliklerine ilişkin Geçici Görüşü, CDL-AD(2004)044 § 42; Komisyon özellikle şu uyarıda bulunmuştur “*Doğrudan seçimle gelen Başkanın, siyasi sistemin gerçek “lokomotifi” olduğu Ermenistan’da Millet Meclisinin görevini gerektiği şekilde güçlendirmeksizin aynı anda Başkanın yetkilerini artırmak, devletin demokratik yaşantısı açısından nispeten tehlikeli olacaktır*”.

[44] Diğerleri arasında, 2 Temmuz 2014 tarihinde Ukrayna Başkanı tarafından sunulan Ukrayna Anayasası değişikliği kanun teklifi hakkında Görüş, CDL-AD(2014)037; Kırgız Cumhuriyeti Anayasa Taslağına ilişkin Görüş (21 Mayıs 2010 tarihinde yayınlanan sürüm), CDL-AD(2010)015; Ermenistan Cumhuriyeti'ndeki Anayasa Değişikliği hakkındaki Nihai Görüş, CDL-AD(2005)025; Gürcistan Cumhuriyeti Anayasası Değişikliği Teklifine dair Görüş (CDL-AD(2004)008-e).

[45] Juan J. Linz, The Perils of Presidentialism, *Journal of Democracy*, Vol. 1, 1990, pp. 52-69; Donald L. Horowitz, Comparing Democratic Systems, *Journal of Democracy*, Vol. 1, 1990, pp. 73-79; Scott Mainwaring, Presidentialism, Multipart Systems, and Democracy: the Difficult Equation, *Kellogg Institute Working Paper No 144*, 1990; Juan J. Linz, Arturo Valenzuela (eds), *The Crisis of Presidential Democracy: The Latin American Evidence*, Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1994; Michael J. Mezey, *Presidentialism: Power in Comparative Perspective*, Rienner, 2013.

bir hükmün olup olmadığını tespit etmeye indirgenemez. Her bir anayasa, komp-like bir denge ve denetleme mekanizmaları dizisi olup her bir hükmün de bütün olarak güçler dengesi esasları açısından incelenmesi gerekmektedir".^[46] Türkiye'de görüşülen anayasa değişiklikleri ile Amerika Birleşik Devletleri'nin siyasi rejimi arasında çok az bir benzerlik bulunmaktadır. Aşağıda daha detaylı olarak izah edileceği üzere Türkiye Cumhuriyeti anayasa değişiklikleri taslağı, Başkana ABD anayasasındakinden çok daha fazla yetki verecek olup yürütme, yasama ve yargı arasına çok daha az denge ve denetleme mekanizması dâhil edecektir. Değiştirilen Türkiye Cumhuriyeti anayasası kapsamında, Amerika anayasasının aksine çift meclislilik (*bikameralizm*), federalizm, Başkan yardımcısı seçimi olmayacak; parlamentonun yürütme organındaki atamalar üzerinde etkisi olmayacak; Başkanın (kendi görev süresini tehlikeye atsa bile) kendi iradesiyle parlamentoyu feshetme yetkisi olacaktır. Başkanlık seçimleri her beş senede bir parlamento seçimleriyle ortak yapılacakken ABD'de ise seçmenlerin her iki senede bir ara seçimlerde oy kullanma imkânı bulunmaktadır. Hatta ve hatta güçlü, bağımsız bir yargı bile olmayacaktır. Bu bağlamda, hukukun üstünlüğü ve kuvvetler ayrılığı gibi köklü ilkelerin noksanlığının, Güney Amerika, Asya veya Afrika'da ABD'den esinlenmiş bazı başkanlık sistemlerinde dikta rejimine yol açığının da altının çizilmesi gerekmektedir.

C. Anayasa Değişikliği Kapsamında Kuvvetler Ayrılığı

46. Türk resmi makamları, anayasa değişikliğinin mahiyetini şu şekilde açıklamaktadırlar: "*anayasa değişikliğinin en önemli özelliği, yürütmeyi iki başlı olmaktan çıkarmaktır. Cumhurbaşkanı'nın halkoyuyla seçilmesi nedeniyle halka karşı siyasi sorumluluğu bulunacaktır. Bu değişiklik, Cumhurbaşkanı'nın geniş icra yetkileri nedeni ile gelecekte yürütmenin diğer tarafı olan Başbakan ve Bakanlar Kurulu ile yaşanabilecek muhtemel devlet krizini de ortadan kaldırmaktadır (...)* Demokrasinin fitratında, hesap verme zorunluluğu vardır. Mevcut Anayasaya göre Cumhurbaşkanı'nın birçok yetkisi ve görevi olmasına rağmen hiçbir sorumluluğu bulunmamaktadır. Aslına bakılırsa Anayasanın 105'inci madde başlığı 'sorumluluk ve sorumsuzluk hâli' olarak geçmektedir ancak Cumhurbaşkanı'nın 'vatana ihanet' dışında suçlanamayacağı'nın altı çizilmektedir. Bu değişiklik teklifiyle birlikte bu madde de başlığıyla birlikte değiştirilmiştir. Bundan böyle 105'inci Maddenin başlığı 'Cumhurbaşkanı'nın Cezai Sorumluluğu olarak değiştirilecektir. Eğer Anayasa değişikliği Milletçe onaylanırsa Cumhurbaşkanı sadece edimlerinden, eylemlerinden ve yaptıklarından değil aynı zamanda yapmadıklarından da

[46] Venedik Komisyonu'nun, Macaristan Temel Hukuku Dördüncü değişikliği hakkındaki Görüşü, CDL-AD(2013)012, § 139.

sorumlu tutulacaktır. (...) Değişiklik teklifine göre yürütme yetkisi sadece halkın oyuyla seçilen Cumhurbaşkanına ait olacaktır. (...) Yasama yetkisi ise sadece Meclise ait olacaktır. Cumhurbaşkanı, yasa teklifinde bulunma yetkisi olmayacaktır. Yasama, yürütmeden tamamen ayrı olduğu için “denge ve denetim” ilkesine çok daha uygun bir hükümet sistemi olacaktır. (...) Cumhurbaşkanı, kendisini seçmiş halka karşı siyaseten sorumluluğu vardır”.^[47]

47. Hâlbuki Venedik Komisyonu, söz konusu değişiklikleri incelediğinde, yürütme yetkisinin Cumhurbaşkanıda toplandığı ve meclisin o yetki üzerindeki denetiminin zayıfladığı sonucuna varmaktadır. Venedik Komisyonu bilhassa da Cumhurbaşkanı hesap verme sorumluluğunun söz konusu değişiklikler kapsamında teminat altına alındığı tespitine ulaşmamaktadır. Cumhurbaşkanı görevde olduğu süre boyunca demokratik hesap verme sorumluluğu neredeyse bulunmamakta; ancak ikinci defa Cumhurbaşkanlığına adaylığını koyduğu vakit devreye girmektedir. Normal şartlar altında seçimlerin sadece her beş senede bir yapılacak olması da, ABD Kongresinde her iki senede bir yapılan ara seçimler örneğiyle kıyaslandığında demokratik hesap verme sorumluluğunu zayıflatmaktadır. TBMM, Cumhurbaşkanına güvenoyu verememekte; gensoru olasılığı da bulunmamaktadır. Sorular yalnızca yazılı olup Başbakan veya bakanlardan bilgi istemekten ibarettir (değiştirilmiş Madde 98 (5)). Ayrıyeten Cumhurbaşkanı, görevdeyken işlediği suçların dışında ömür boyu dokunulmazlığa sahip olacak ki bu suçlarda üyelerinin doğrudan veya dolaylı olarak Cumhurbaşkanı tarafından atandığı Anayasa Mahkemesinin nihai hükmünün geçerli olacağı göz önünde bulundurulduğunda Cumhurbaşkanı son derece karmaşık bir soruşturma usulüne tabi olacağı söylenebilir.

1. Cumhurbaşkanı Seçilmesi Ve Görev Süresi

48. 2007 yılından bu yana Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı doğrudan halk tarafından seçilmektedir (Madde 101). Görev süresi beş yıl olup en fazla iki defa seçilebilmektedir. Bu model, değiştirilen Anayasa kapsamında da aynı kalmaktadır. Milletvekili seçilme yeterliğine sahip, kırk yaşını doldurmuş ve yükseköğrenim yapmış her Türk vatandaşı Cumhurbaşkanlığına aday olabilmektedir.

49. Cumhurbaşkanlığına, siyasi parti grupları, en son yapılan genel seçimlerde toplam geçerli oyların tek başına veya birlikte en az yüzde beşini almış olan siyasi partiler ile en az yüz bin seçmen aday gösterilebilmektedir. Aday gösterme hakkı, geçerli oyların %5-10'uyla (önceden bu çıta %10'du) partilere ve ayrıca halka verilmektedir. Venedik Komisyonu, halkın da aday gösterme hakkının

[47] CDL-REF(2017)015, sayfa 6

olmasını memnuniyetle karşılamaktadır ancak bu çığta nispeten yüksek^[48] olup dolayısıyla bu tercihin ne kapsamda kullanılacağı belirsizliğini korumaktadır.

50. Değişiklik tekliflerinde, aday sayısının nispeten az olabileceği hatta ikinci turda sadece bir aday olabileceği öngörülmektedir. Bu durumda değişik 101'inci Maddenin de şart koştuğu üzere seçimler, tek bir adayın seçilmesi için basit oy çokluğunun yeterli olacağı bir referanduma dönüşecektir. Bizatihi kanuna aykırı veya hukuk dışı olmamasına rağmen, mevcut anayasada da halen yer almakta olan bu düzenleme son derece sıra dışıdır. Netice itibariyle seçimler, rekabet ve tercih felsefesi üzerine kurulu olup bunların olmadığı yerde amacına gerçekten hizmet edememektedir.

51. Mevcut Anayasaya göre: “Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona erer” (Madde 101) denmektedir. Değişiklik tekliflerinde meclis üyeliğinin sonlandırılması şartı geçerliliğini korurken partisiyle ilişkisinin kesilmesi şartı yer almamaktadır. Bu da çok önemli sonuçları beraberinde getirmektedir: tek bir istisna (aşağıya bakınız) cumhurbaşkanlığı ve parlamenter seçimlerin eş zamanlı olarak gerçekleştirilmesi ve Cumhurbaşkanının siyasi partiye üye olma yasağının ortadan kaldırılması kuralı, yürütmeye tek bir partinin hâkim olması ve yasama meclisinde çoğunluğu ya da en azından çok önemli bir temsil hakkı olması ihtimalini güçlendirmektedir. Cumhurbaşkanı büyük olasılıkla o partinin başkanı olacak ve parti başkanı kalacaktır. Ayrıyeten Cumhurbaşkanına zaten seçimleri yenileme yetkisi verildiğinden yasamayla yürütme arasında fazlaca yakın bir ilişkinin oluşma tehlikesi de artacaktır.

52. Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı, yasama meclisinin bir üyesi olmayacak ve yasama ve yürütme erkleri resmi olarak birbirinden ayrılacaktır. Ancak bu ayırım yanıltıcıdır. Cumhurbaşkanının bakanları atama ve görevden alma, bakanlardan bazılarını parlamento üyeleri arasından seçme yetkisi olacaktır (Madde 106 § 4). Bu sayede Cumhurbaşkanının yasama meclisi üzerinde etkin bir atama hakkı olacak olup bu da Cumhurbaşkanının meclis gündemini ele geçirmesi tehlikesini doğuracaktır. Ayrıca yasama meclisinin, yine ABD sisteminin tam aksine, atamaları onaylama veya veto etme yetkisinin olmayacağı da unutulmaması gerekmektedir. Bu da, meclisin yasama üzerindeki denetimini sarsmaktadır.

[48] Örneğin Fransa'da adayların seçilebilmesi için seçilmişlerden en az 500'ünün imzalı desteğini alması gerekir. Ancak çığtay nispeten yukarıda tutmak alışılmışında bir uygulama değildir. Örneğin Slovakya'da 15.000 imza gerekiyorken Çek Cumhuriyeti'nde gereken imza sayısı 50.000'dir.

53. Aynı zamanda Cumhurbaşkanı'dan “*Türkiye Cumhuriyeti’ni ve Türk Milleti’nin birliğini temsil etmesi*” ve “*Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetmesi*” beklenmektedir (Madde 104). Venedik Komisyonu, belirli bir siyasi partiye yakın bağlılığı olan bir kişinin, böyle bir görevi üstlenip üstlenemeyeceğinden kuşku duymaktadır. Sadece sembolik olarak siyasi tarafsızlığı olan bir başkanlığın, siyasetle uğraşan (yürütme yetkisinin tamamını da elinde bulunduran) bir başkanlıkla bağdaştırılması güçtür. Değiştirilen anayasa, birbirine aykırı bu iki görüş arasında bir tercih yapamamıştır.

54. Türk resmi makamlarına göre “*yürütme organını temsil eden Cumhurbaşkanı'nın siyasi bir partiyle ilişkisi olması sistemin doğal bir sonucudur çünkü sembolik bir figür olmanın ötesine giden, siyasi sorumlulukları olan ve halkın oyuyla seçilen bir Cumhurbaşkanı'nın siyasi bir partiyle birlikte hareket etmesi yeni sistemin doğurduğu kaçınılmaz bir sonuçtur. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri ve Fransa'da yürütme organını temsil eden başkanlarla siyasi partileri arasındaki bağlantılar devam eder. Bu durum, demokrasi açısından bir sorun teşkil etmemelidir. Hatta zatında partiyle olan ilişkinin ille de kalması gerekmemekte; ayrıca siyasi partinin lideri olarak o ilişkiyi devam ettirme zorunluluğu da bulunmamaktadır. Demokrasinin gereği olarak bu seçim, siyasi partilerin kendi tercihine bırakılmalıdır*”.^[49]

55. Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk Cumhurbaşkanı olan Mustafa Kemal Atatürk ve İsmet İnönü'nün de bir siyasi parti (Cumhuriyet Halk Partisi) üyesi olduğu doğrudur. Ancak bu model, Türkiye'nin geniş çapta tek partili bir ülke olarak hareket ettiği bir dönemde kabul görmüştür. Çok partili modele geçildikten sonra seçilmiş cumhurbaşkanlarının siyasi partileriyle olan ilişkilerini kesmeleri koşulu gelmiştir. Sırf bu koşulun şu anda yürürlükten kaldırılıyor olması gerçeği bile siyasi bir partizanlığın arzu edildiğinin bir sinyalidir. Ayrıyeten güçlerin dağılımındaki değişikliklerin anca 2019 seçimlerinden sonra yürürlüğe girecek olmasına rağmen bu hükmün derhal yürürlüğe girecek olması da dikkat edilmesi gereken bir konudur. Bu durumda söz konusu değişikliğin birinci dereceden sonucu, mevcut Cumhurbaşkanı'nın farklı esaslara dayanılarak seçilmiş olmasına rağmen partisindeki resmi görevine başlamasını sağlamaktır. Türk resmi makamları, Cumhurbaşkanı'nın siyasi partiye üye olma yasağının derhal kaldırılıyor olmasının, Türkiye'deki mevcut rejimin, parlamenter sistemden ziyade yarı-parlamenter sisteme fiilen (*de facto*) daha yakın olduğu ve yarı başkanlık sistemlerinde Cumhurbaşkanı'nın kendi partisine üye olabildiği

[49] Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, Venedik Komisyonu'nun anayasa değişiklikleriyle ilgili ziyareti esnasında ele alınacak olan konular hakkında bilgilendirme notu (20-21 Şubat 2017), CDL-PI(2017)001, sayfa 36.

gerçeğine verilen bir cevap olduğu iddiasındalardır. Ancak Venedik Komisyonu açısından, bu değişiklik teklifinin, anayasal dengede yapılan diğer değişiklikler gibi neden sonraki seçimlere kadar ertelenemediğini anlamak güçtür.

56. Kural olarak Cumhurbaşkanı, beş yıl süreyle sadece iki defa seçilebilir (Madde 101) ki bu da toplamda on yıllık, oldukça uzun bir görev süresi sunmaktadır.^[50] Ancak Cumhurbaşkanının ikinci döneminde Meclis tarafından seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi halinde Cumhurbaşkanı bir defa daha aday olabilmektedir(bakınız aşağıdaki Madde 116). Bu değişiklik, Cumhurbaşkanının asıl metindeki toplam görev süresini uzatarak on yılın üstüne çıkarmak suretiyle Cumhurbaşkanına fiilen (*de facto*) üçüncü bir görev süresi daha tanımaktadır. 101'inci ve 116'ıncı Madde metninden, seçimlerin tekrar yenilenmesinin Türk resmi makamlarının iddia ettiği üzere aynı etkiyi yaratmayacağı çıkarılamaz. Bu şartlar altında Cumhurbaşkanı, olanak dâhilinde sınırsız bir süre boyunca görevde kalabilmekte olup bu kabul edilemez bir durumdur. Linz'in de belirttiği üzere başkanlık sisteminde “*Başkanın yetkisi defaten o kadar yoğun ve kapsamlı olur ki bir Başkanın kaç defa seçilebileceğini sınırlayarak bu yetkilerin denetim altına alınmaması güvensizlik yaratır*”.^[51]

57. Türk resmi makamlarının iddiasına göre “*Cumhurbaşkanının ikinci döneminin uzatılması diye bir şey yoktur. Ancak Meclis, Cumhurbaşkanının ikinci görev süresinin bitiminden önce seçimleri yenilemeye karar verirse Cumhurbaşkanı yeniden aday olabilir. Buna, görev süresinin uzatılması demek doğru olmayacaktır. Başka bir ifadeyle Cumhurbaşkanının ikinci görev süresinin sona ermesinden önce eğer Türkiye Büyük Millet Meclisi 3/5 oy çokluğuyla (360 milletvekili) seçimleri yenileme kararı alırsa Cumhurbaşkanı sadece bir defa daha aday olabilecektir. Burada hedeflenen, Cumhurbaşkanının ikinci görev süresi esnasında Türkiye Büyük Millet Meclisinin seçimleri yenilemeye karar vermesi halinde mevcut Cumhurbaşkanı'na tekrar seçilme fırsatı, halka da Türkiye Büyük Millet Meclisinin yetkisini doğru kullanıp kullanmadığını kontrol edebilme ve demokratik meşruiyeti teyit edebilme fırsatı tanımaktır*”^[52] Ancak değişikliklere göre Cumhurbaşkanının görev süresinin beş yıl olması *geremediği* çünkü anayasaya göre erken seçime gidebilme imkânı olabileceği nazarı itibara alınmalıdır. Öte yandan TBMM'nin Cumhurbaşkanının görev süresini kısaltma kararı da halka sunulacaktır çünkü aynı anda TBMM'nin onayından geçecek olan parlamento seçimleri olacaktır.

[50] ABD Başkanının Anayasa gereği dört yıl görev yapmak üzere 2 defadan fazla Başkan seçilmesi yasaktır. Kongrenin, Başkanın görev süresini uzatma yetkisi yoktur (ABD Anayasası, Değişiklik XXII).

[51] Juan J. Linz, The Perils of Presidentialism, Journal of Democracy, Vol. 1, 1990, sayfa 66.

[52] CDL-REF(2017)015, sayfa 35.

Dolayısıyla Venedik Komisyonu'nun görüşü, Cumhurbaşkanının üçüncü defa göreve gelme imkânının haklı bir sebebi olmadığı yönündedir. Aynı kişinin haddinden fazla bir süre boyunca cumhurbaşkanlığı makamında oturma imkânı olması gerçeğinden hareketle menfi sonuçların doğma riskinin kısıtlanması için mütevali cumhurbaşkanlığı dönemlerine anayasayla sınırlama getirilmesinin önemini Venedik Komisyonu önceden de vurgulamıştır. [53]

2. Cumhurbaşkanının Yeni Yetkileri

58. Değişik Madde 104, Cumhurbaşkanını sadece “Devletin başı” olarak duyurmakla kalmamakta aynı zamanda “yürütme erki de Cumhurbaşkanına aittir” demektedir. Bu hüküm, anayasa değişiklikleri içinde başkanlık sistemine geçme niyetini en açık bir şekilde ifade eden hükümdür. Bu suretle Cumhurbaşkanının, birbirinden çok net bir farkı olmayan iki görevi, hem devletin başı hem de hükümetin başı olma görevi olacaktır. “Devletin başı sıfatıyla Cumhurbaşkanı, diğer milli sembollerin yanı sıra milletin birliğini sembolize etmekte, vatandaşlar arasında vatanperverlik duygusunu uyandırmaktadır. Hükümetin başı sıfatıyla ise milletin aldığı siyasi kararlar lider görevini üstlenmekte; milletin siyasi lideri olmaktadır.” [54]

59. Madde 104, Cumhurbaşkanının “görev ve yetkilerini” sıralamaktadır. Ancak Cumhurbaşkanı “ayrıca seçme ve atama yetkilerini kullanacağından ve kendisine Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri de yerine getireceğinden” bu sıralama teferruatlı değildir (Madde 104(19)). Buna göre 104'üncü Maddede listelenmeyen veyahut da listeden çıkarılmış olan bazı yetkiler, Anayasanın başka kısımlarında yer bulmuştur (örneğin meclis seçimlerini yenileme (Madde 116); olağanüstü hâl ilan etme (Madde 119); bütçe hazırlama ve TBMM'ye sunma (Madde 161) yetkileri). Cumhurbaşkanının yetkileri, kanunlarla da genişletilebilmektedir. [55] Cumhurbaşkanının TBMM içindeki oy çokluğu olan siyasi partinin lideri olması halinde yetkileri de neredeyse sınırsız hale gelebilecektir. Ayriyeten Cumhurbaşkanının bazı yeni yetkileri muğlak ifadelerle yazılmış olup büyük oranda yoruma ve takdire açık kalmıştır.

[53] Venedik Komisyonu, Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası Değişiklik Teklifi hakkında Görüş, CDL-AD(2009)010, § 14.

[54] Michael J. Mezey, *Presidentialism: Power in Comparative Perspective*, Rienner, 2013, sayfa 8.

[55] Venedik Komisyonu önceden Gürcistan'da benzeri bir hükmün kaldırılmasına destek vermiştir (Gürcistan anayasasındaki değişikliklere ilişkin anayasa kanun teklifi hakkında Nihai Görüş, CDL-AD(2010)028, § 57).

60. Söz konusu değişiklikler kapsamında Cumhurbaşkanına muhtelif yeni yetkiler verilmektedir. Başbakanlık ve Hükümet (Bakanlar Kurulu) kaldırılabilir; bunların sahip olduğu tüm yetkiler de Cumhurbaşkanına devredilebilir. Bununla birlikte Cumhurbaşkanına, Bakanlar Kurulunun sahip olmadığı yetkiler, örneğin silahlı kuvvetlerle ilgili yetkiler de verilecektir.

a. Cumhurbaşkanı Yardımcılarını Ve Bakanlar İle Üst Kademe Kamu Yöneticilerini Atama Ve Görevden Alma Yetkisi

61. Değişik 104'üncü Maddeye göre Cumhurbaşkanı "Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanları atayabilecek ve görevden alabilecektir". Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanın atanıp atanmayacağına ve kaç kişi atanacağına karar verme yetkisi sadece Cumhurbaşkanına aittir (106'ıncı Madde) (yine de kendisine Anayasayla bazı yetkiler atfedildiğinden en azından bir Cumhurbaşkanı yardımcısı olmak zorundadır). Cumhurbaşkanı yardımcılarıyla bakanlar arasındaki ayrım net değildir. Demokratik başkanlık sistemlerinde olduğu üzere meclis, atamalara onay veremeyecektir. Anayasayla belirlenen tek kıstas, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların, milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olanlar arasından seçilebileceğidir (Madde 106(4)). Türk resmi makamlarının yaptığı açıklamalara göre "*kural gereği Cumhurbaşkanı yardımcılarının ve bakanların milletvekilleri arasından seçilmesi zorunlu değildir. Getirilen yönetim sisteminde kati bir kuvvetler ayrılığı öngörüldüğünden milletvekillerinin Cumhurbaşkanı yardımcıları veya bakan olarak atanmaları halinde Meclis üyelikleri sona erecektir*".^[56]

62. Bu çözüm, iki bakış açısından sorunludur. Birincisi, yukarıda da bahsedildiği üzere Cumhurbaşkanının kendi Yardımcılarını ve bakanlarını meclis üyeleri arasından seçebiliyor olması, Cumhurbaşkanına meclis üzerinde etkili bir atama hakkı vermekte ve bu suretle de yasamayla yürütme arasındaki kuvvetler ayrılığını tehlikeye atmaktadır.

63. İkincisi, meclis üyesi olmamalarına rağmen Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve bakanlar, görevde buldukları süre boyunca Anayasanın 83'üncü Maddesinde (Madde 106(11)) öngörüldüğü üzere yasama dokunulmazlığından faydalanabilmektedir. Yasama dokunulmazlığının Milletvekili olmayan bakanları da kapsayacak şekilde genişletilmesi imkanı zaten mevcut Anayasada bulunmaktadır. Aşağıda detaylarıyla anlatılacak olan son derece karmaşık meclis

[56] Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, Venedik Komisyonu'nun anayasa değişiklikleriyle ilgili ziyareti esnasında ele alınacak olan konular hakkında bilgilendirme notu (20-21 Şubat 2017) , CDL-REF(2017)015.

soruşturması, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlarına sadece “görevleriyle ilgili işledikleri iddia edilen suçlar bakımından” açılacaktır. Venedik Komisyonu şu hususu önemle hatırlatmak ister: “tüm Avrupa ülkelerinin, yasama dokunulmazlığı konusunda çoğunlukla uzun bir geçmişe dayanan bir takım kurallar biçimine sahip olduğu gerçeğinin de gözler önüne serdiği üzere yasama dokunulmazlığı kavram itibarıyla Avrupadaki anayasal geleneğin bölünmez bir parçasıdır. Temel özellik, meclis üyelerinin (özellikle vurgulanmıştır) öbür taraftan tüm vatandaşlara uygulanan medeni veya cezai hukuk kurallarına karşı belirli bir düzeyde koruma altına alınmalarındır. Asıl fikir, halkın seçtiği temsilcilerin demokratik görevlerini yürütmeden, mahkemelerden veya siyasi muhaliflerden gelebilecek usulsüz suçlama veya tacizlerden korkmaksızın etkili bir şekilde yerine getirebilmeleri için bir takım teminatlara ihtiyaç duymalarıdır.”^[57] Yürütme işlevlerini yerine getirip de seçimle gelmemiş olan kamu yöneticilerine yasama dokunulmazlığının verilmesi ve bu suretle de cezai sorumluluklarının zayıflatılması (bu yetkililer hakkında kovuşturma açılabilmesi için ya görevleri esnasında yasama dokunulmazlığını kaldırmak ya da görev süreleri bitene kadar beklemek gerekecektir), eşitlik ilkesinin ihlaline yol açacak olup bu da demokratik bir başkanlık sistemi çerçevesinde meşru çıkarılamayacak bir durumdur.

64. Değiştirilen anayasa, Cumhurbaşkanı Yardımcıları arasında herhangi bir kural ya da hiyerarşi belirlememektedir. Cumhurbaşkanı Yardımcılarının görev ve sorumlulukları, sadece Cumhurbaşkanı tarafından belirlenecek olup Madde 106(2)-(3) gereğince Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir sebeple boşalması veya Cumhurbaşkanının geçici olarak görevinden ayrılması hallerinde hangi Cumhurbaşkanı yardımcısının Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanacağına en azından belli bir aşamaya kadar Cumhurbaşkanı karar verecektir.

65. Venedik Komisyonu, Cumhurbaşkanının yerine yürütme yetkisini kullanmak üzere seçimle gelmemiş Cumhurbaşkanı yardımcılığı pozisyonunun yaratılmış olmasını önceden de keskin bir ifadeyle eleştirmiştir. “Başkanlık sistemindeki hiçbir şey, bir ülkenin seçmenlerinin veya siyasi liderlerinin, cumhurbaşkanına vermek istedikleri yetkileri tahakküm etmesi için Cumhurbaşkanı Yardımcısı seçmiş olmalarını sağlayamaz”.^[58] Komisyon, “eğer ki ülkeyi Cumhurbaşkanı Yardımcıları yönetecekse Cumhurbaşkanının atamasıyla değil seçimle göreve gelmeleri gerekir. Ayrıca Cumhurbaşkanı Yardımcıları, yeni cumhurbaşkanlığı seçimleri yapılmaya kadar Cumhurbaşkanının yetkilerini geçici olarak kullanacağından bu seçimleri kazanma konusunda ayrıcalıklı bir

[57] Venedik Komisyonu’nun yasama dokunulmazlıklarının kapsamı ve kaldırılmasına ilişkin Rapor hakkındaki Raporu, CDL-AD(2014)011, § 7.

[58] Juan J. Linz, The Perils of Presidentialism, *Journal of Democracy*, Vol. 1, 1990, p. 66.

konumda da olabileceklerdir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının, Cumhurbaşkanı Yardımcısı atama imkânı görevdeki Cumhurbaşkanına halefini seçme konusunda çok fazla söz hakkı vermektedir. Yeni 103-1 sayılı Madde bu cihetle demokratik standartlara uygun değildir” ifadesini kullanmıştır.^[59]

66. Cumhurbaşkanı Yardımcısının, geçici suretle Cumhurbaşkanı vekili olarak hareket edeceği farz edilse de Cumhurbaşkanının geçici olarak görevinden ayrılmasıyla ilgili (makamın boşalması halinde 45-gün sınırı olmasının aksine) dayatılan bir süre sınırlaması– görev süresinin kendi uzunluğu haricinde – bulunmamaktadır. Ayriyeten ülkedeki en güçlü, büyük oranda denetimsiz ve denetlenemez makamın, seçimle gelmemiş bir kişi tarafından işgal edilmesi, bu işgal geçici olsa dahi sorun teşkil etmektedir. Bu sebepten Amerika Birleşik Devletleri’nde Başkan Yardımcısı, Başkanla birlikte seçilmekte ve bu görevin kime ait olacağı peşinen halk tarafından bilinip tespit edilebilmektedir.^[60] Türk yetkili makamlarına göre bu değişiklikler “*Cumhurbaşkanı Yardımcılarının meşruiyetiyle, milletin doğrudan seçtiği Cumhurbaşkanının meşruiyeti arasında orantılı bir bağlantı kurmaktadır*”. Türk yetkili makamları ayrıca Cumhurbaşkanıyla Cumhurbaşkanı Yardımcısının aynı zamanda seçilmesinin “*çifte meşruiyet krizinin doğmasına*” sebebiyet verme riskini taşıdıklarını da iddia etmektedir. Venedik Komisyonu ise söz konusu savla mutabık olamamaktadır. Cumhurbaşkanının, yürütme yetkisini kullanmasına ilişkin demokratik meşruiyeti, bilhassa “seçilmiş” bir Cumhurbaşkanı Yardımcısının demokratik hesap verme sorumluluğu mekanizmasının olmadığı zamanlarda temlik edilebilir bir nitelik taşıyamaz. Cumhurbaşkanı ile Cumhurbaşkanı Yardımcısı arasında meşruiyet krizi çıkması riskine gelince, Komisyon, ABD’nin de tecrübe ettiği üzere ortak seçimlerde belirlenen hiyerarşinin böyle bir risk teşkil etmediğinin kanıtladığı görüşündedir.

67. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, siyasi açıdan sadece Cumhurbaşkanına karşı sorumludur; TBMM kendilerine ancak yazılı olarak soru sorabilir (aşağıya bakınız).

68. Madde 104(8) gereğince Cumhurbaşkanı “*üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları*

[59] Venedik Komisyonu’nun Azerbaycan Anayasasının 26 Eylül 2016 tarihinde Referanduma sunulan değişiklik teklifi hakkındaki Görüşü, CDL-AD(2016)029, §§ 70-72.

[60] Joel K. Goldstein, *The Modern American Vice Presidency*, Princeton University Press, 1982. ABD’de Başkan Yardımcıları, seçimlere Başkanlarla birlikte girdiklerinde “seçimle gelmiş yetkililerdir”. Eğer bir Başkan Yardımcısı istifa ederse, kendisinin demokratik meşruiyeti olmasından sebep yeni Başkan Yardımcısının atanmasını her iki makamın da teyit etmesi gerekmektedir

Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler". Mevcut metinde, Cumhurbaşkanı tarafından atanan ve görevden alınanların numaralandırılmış bir listesi bulunmasına rağmen değişiklik teklifinde sadece "üst kademe kamu yöneticileri" olarak genel bir ifadeye başvurulmuştur. Hangi makamların bu kavram kapsamına girdiğini belirlemek Cumhurbaşkanına kalmıştır. Eğer Cumhurbaşkanı bu terimi geniş kapsamda yorumlamayı tercih ederse, ülkedeki önemli makamların kimlere ait olacağına (ve boş zamanlarında da kimlerin görevden alınacağına) karar vermesi için olağanüstü bir yetki elde edecektir. Cumhurbaşkanı bu yöneticileri sadece atamakla kalmamakta aynı zamanda kararnemeleriyle de bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir. Bu durumda Cumhurbaşkanı aynı zamanda hem bir "kanun koyucu" hem de bir uygulayıcı olmaktadır.

69. 104'üncü Madde tasarısının aksine Amerika Birleşik Devletleri Başkanının, tek taraflı olarak kabineyi ya da diğer yürütme organı yetkililerini atama veyahut da atamalarına ilişkin usulleri düzenleme yetkisi olmadığını altını çizmek gerekir. ABD Anayasasının II. Maddesi, 2. Kısmı, 2. Fıkrası gereğince Başkan, Amerika Birleşik Devletleri'nin resmi yetkililerini Senatonun tavsiyesi ve onayıyla atar. Söz konusu hükümlere binaen sadece kabine kademesindeki makamların değil (daire başkanlıkları) ABD yürütme organında görev yapan 1,200'ü aşkın üst kademe personelin de atanması için Başkan tarafından aday gösterilip Senatonun onayından geçmesi gerekmektedir. Aynı anayasa hükmü kapsamında, Başkana veya diğer uygulayıcılara ikinci derecede yetkilileri atama yetkisinin verilip verilmeyeceği Kongrenin denetimi altındadır. Dolayısıyla, kimin sadece Başkan tarafından atanabileceğini ve ayrıca bu atamaların gerçekleşeceği usulleri meclis kontrol etmektedir.

b. Milli Güvenlik Politikalarını Belirleme Ve Gerekli Tedbirleri Alma Yetkisi

70. Cumhurbaşkanı, "*milli güvenlik politikalarını belirler ve gerekli tedbirleri alır*" (değişiklik teklifi Madde 104(13)). Bu amaçla Cumhurbaşkanı, Genelkurmay Başkanını ve ayrıca teşkilatı ve görevleri cumhurbaşkanlığı kararnemeleriyle düzenlenecek olan Milli Güvenlik Konseyinin neredeyse tüm üyelerini atamaktadır (değişiklik teklifi Madde 118). Cumhurbaşkanının genel itibariyle silahlı kuvvetlerin kullanımı ve milli güvenlik politikası hakkında karar verebilme yetkisi olacaktır. Ayrıca Cumhurbaşkanının üst kademe kamu yöneticilerini atayabilmesine ilişkin yeni hüküm (bakınız yukarıdaki 68. Madde), istihbarat örgütleri ve emniyet içindeki kıdemli yöneticilerin atanmasını da kapsayabilir.

71. Savaş hâli ilanı yetkisi (Türkiye Büyük Millet Meclisinin tatilde veya ara vermede iken ülkenin ani bir silahlı saldırıya uğraması haricinde – Madde 92) Türkiye Büyük Millet Meclisine verilirken olağanüstü hâli ilan yetkisi Cumhurbaşkanına düşmektedir (Madde 119).

72. Silahlı kuvvetlerin sivil kontrolünün güven altına alınması kendi başına memnuniyetle karşılanabilir.^[61] Buna karşın, söz konusu değişikliklerin bu amacı tahakkuk ettirme biçimi, Cumhurbaşkanının eşit ağırlıkta yetkilerle dengelenemeyen yetkilerinin güçlendirilmesine daha da katkıda bulunacaktır.

c. Olağanüstü Hâl İlanı Yetkisi

73. Cumhurbaşkanı, olağanüstü hâl ilanına tek başına karar verebileceği gibi “*olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda*” kararname çıkarabilir (Madde 119). Mevcut Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında üç tip olağanüstü hâlden bahsedilmektedir: Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından ilan edilen olağanüstü hâl (Madde 119), yine Cumhurbaşkanı başkanlığında Bakanlar Kurulu tarafından ilan edilen, şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması sebepleriyle olağanüstü hâl ilanı (Madde 120) ve yine Cumhurbaşkanı başkanlığında Bakanlar Kurulu tarafından ilan edilen sıkıyönetim (Madde 122). Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının olağanüstü hâle dair bu düzenlemeleri, olağanüstü hâl ile ilgili ortak Avrupa standartlarıyla uyum içindedir. Farklı türde olağanüstü hâllerin birbirlerinden ayrılması, çoğu ülkede yaygın başvurulmuş olumlu bir çözümdür: farklı türde olağanüstü hâllerde farklı yöntemlerin kullanılması icap eder.

74. Değişiklik tekliflerinde ise birbirinden farklı olağanüstü hâller arasında herhangi bir ayırım yapılmamaktadır; 120, 121 ve 122’inci maddeler yürürlükten kalkmakta ve Cumhurbaşkanının “*savaş, savaş gerektirecek bir durumun baş göstermesi, seferberlik, ayaklanma, vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması, şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması, tabii afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması hallerinde*” olağanüstü hâl ilan edebilmesi sağlanmaktadır (Değişik Madde 119).

75. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı, olağanüstü hâl ilan etme konusunda münhasır yetkiye sahip olacak ve ayrıca “*104’üncü Maddenin on yedinci fıkrasının*

[61] Venedik Komisyonu’nun silahlı kuvvetlerin demokratik denetimine ilişkin Raporu, CDL-AD(2008)004, §§ 128 vd.

ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara”, yani temel haklar ve siyasi hak ve ödevlere, tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilme yetkisi olacaktır (Değişik Madde 119(6)).

76. Ancak mevcut Anayasanın aksine, değişik 119’uncu maddede, olağanüstü hâl sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin üç ay içinde TBMM’de görüşülüp karara bağlanmaması halinde kendiliğinden (ex officio) yürürlükten kalkacağı ifadesi bulunmaktadır.

d. Yasama Yetkisi

77. Söz konusu değişiklikler çerçevesinde Cumhurbaşkanının yasamayla ilgili inisiyatif yetkisi bulunmamaktadır. Ancak değişikliği teklif edilen 104(17) sayılı Madde mucibince Cumhurbaşkanı “*yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir*”. Yürütme yetkisine bir şekilde “*ilişkin*” olmayan neredeyse hiç konu olmadığından bu nispeten muğlak bir ifadedir. Teklif edilen hüküm, kararnamelerin bilhassa kanunlarla düzenlenecek (Türk resmi makamları, kanunla düzenleme hakkı saklı bulunan 82 anayasa hükmü olduğunu vurgulamışlardır) veyahut da hâlihazırda sarahaten kanunla düzenlenen konularda kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Ayriyeten kararnameler, Anayasada teminat altına alınmış birtakım insan haklarıyla alakası olan konuları düzenlememektedir. Bilakis değişiklik teklifleri, özellikle Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenlenmesi gereken bazı konulara işaret etmektedir (“*bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması*” – Madde 106(11), “*Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri*” – Madde 108(4), “*Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatlanması ve görevleri*” – Madde 118).

78. Bir kararnameyle kanunun çatışması halinde “*aynı konudaki hükümler arasındaki farktan ötürü*” kanun hükmü esas alınacaktır. Türk resmi makamları, “*kararnamelerle kanunlar arasındaki ihtilaflarda normlar hiyerarşisinin uygulanacağını ve herkesin hukuk devletindeki bu hükme göre hareket etmesi gerektiğini*” açıkça ifade etmişlerdir.^[62]

79. Yasamanın, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden üstün kabul edileceği ilkesi, Cumhurbaşkanının yasama gücüne denetim getirdiği için memnuniyetle karşılanmaktadır. Bununla birlikte, hangi alanların kanunla, hangi alanların Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenleneceği konusundaki hükümlerle müştereken yorumlanması gerekecektir. Yalnızca kararnamelerle düzenlenecek

[62] CDL-REF(2017)015, sayfa 37.

– son derece mühim – alanlarda TBMM’nin kanun koymasına mümkün olmayacak ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleleri geçerli olacaktır. Ayrıca değişiklik tekliflerinde, hangi organın Cumhurbaşkanlığı kararnamelelerinin geçersiz ve hükümsüz olduğunu ilan etme yetkisi olacağı belirtilmemiştir. Türk resmi makamlarının açıklamalarına göre “öngörülen düzenlemeyle Cumhurbaşkanlığı kararnamelelerinin, üç farklı koldan yargı denetimine tabi tutulması mümkün olacaktır. Birincisi, eğer Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuka aykırı olduğu düşünülürse bu kararname, TBMM içinde en yüksek üye sayısına sahip olan iki siyasi partinin veya üye tam sayısının en az 1/5’inin talebi üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından incelenecektir. Yine Anayasanın 152’inci maddesi gereğince mahkemelerin, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmesini talep etme hakkı olacaktır. Son olarak, kanunlarla çelişen kararnamelerin idare tarafından uygulandığının düşünülmesi halinde ilgililer idari uygulamanın yargı denetimine tabi tutulmasını talep edebileceklerdir. Ayrıca mahkemelerin, bir ihtilafın çözümlenmesinde kanunla Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çeliştiği yönünde karar vermesi halinde kanun hükmünün icrası, geçerli olan hukuk sayılacaktır. Bu geçerli hukuk ayrıca, yasaları ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini uygulayan herkes için, bilhassa da idare için geçerli olacaktır”.^[63]

80. Türk resmi makamlarının soruna buldukları bu çözüm ilk bakışta makul görünse de Venedik Komisyonu’nun bu çözümün hukuki belirliliğe mucip olup olmadığına ilişkin kuşkuları vardır. Birincisi, çelişkinin yalnızca kısmi olacağını ve muhtemelen de yoruma tabi olacağını tahayyül etmek gerçekçi bir yaklaşım olmasına rağmen ortada apaçık bir ihtilaf olduğunu varsaymaktadır; ikincisi, farklı mahkeme kararlarının tutarlı olacağını farz etmektedir ki bu da bilakis apaçık belirgin olmaktan çok uzak bir ifadedir; üçüncüsü de ihtilafın kolaylıkla Anayasa Mahkemesine götürülebileceğini, Anayasa Mahkemesinin de mevcut iş yüküyle tezat teşkil edecek bir biçimde ivedilikle karar verebileceğini varsaymaktadır; son olarak da Anayasa Mahkemesinin geçerli kararını beklerken devlet idaresinin doğal olarak Reislerinin, yani Cumhurbaşkanının kararlarını uygulama meylinde olacaklarını nazari itibara almamaktadır. Üstelik Anayasa Mahkemesinin, bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin anayasa uygunluğunu ancak Resmi Gazetede yayımlandıktan sonra altmış gün içinde inceleme yetkisi olup (Değişik Madde 151) bu esnada sonraki bir yasayla ilgili bir ihtilaf da doğabilir. Türk resmi makamları, bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hakkında bir uyuşmazlık olması halinde TBMM’nin aynı konu hakkında kanun çıkarabileceğini ve bu çıkarılan kanunun kararnameden üstün sayılacağını ileri sürmektedir. Venedik

[63] CDL-REF(2017)015, sayfa 38.

Komisyonu'nun, bu ihtimalin Cumhurbaşkanının kararnamelelerinde mündemiç alanlarda geçerli olabileceği konusunda kuşkuları vardır.

81. Bu şartlar altında Venedik Komisyonu, kanunların Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden önce gelmesi ilkesinin yeteri düzeyde icraata geçirileceğine ikna olmamıştır. Türkiye'deki mevcut içtihadın parlamenter bir sisteme atıfta bulunduğunun, başkanlık sistemine göre uyarlanması gerekeceğinin ve bunun da zaman alacağını altının çizilmesi gerekmektedir.

82. Türkiye mevzuatı, ABD'dekinden farklılık göstermektedir. ABD Başkanının kanun hükmünde başkanlık kararnameleleri çıkarabilme yetkisi olmasına rağmen (Anayasanın II(1) ve (3) sayılı Maddesine göre bu hak, yürütme yetkisini haiz olan Başkanın konumuna mündemiç sayılmaktadır) başkanlık kararnameleleri Anayasadan, tüzüklerden ve idari düzenlemelerden sonra gelmektedir. Netice itibariyle Başkan, kendisine ait anayasa yetkisi kapsamına girmedikçe veyahut da kendisine Kongre tarafından yetki verilmedikçe başkanlık kararnamesi çıkaramamaktadır. Üstelik başkanlık kararnamesi hiçbir anayasa hükmüne, tüzüğe veya idari düzenlemeye ters düşemez. Bu sebepten Başkanın kararname çıkarabilmesindeki hukuki çerçeve oldukça dar sınırlar içindedir. Söz konusu kararnamelerin hukuki geçerliliği de mahkemelerin incelemesine tabidir. Yine de bu kararnameler, defalarca sistemin mantığı aleyhine çalıştığı ve Başkana sınırlı denetimle tek taraflı olarak hareket etme ve yasama imkânı tanıdığı eleştirisine maruz kalmıştır^[64]. Aynı eleştiri, Türkiye Anayasasındaki değişiklik tekliflerine de yöneltililebilir

83. Olağanüstü hâl esnasında Cumhurbaşkanı, kanun hükmünde Cumhurbaşkanlığı kararnameleri çıkarabilir (değişiklik teklifi Madde 119). Söz konusu kararnameler, Madde 104(17) ile öngörülen sınırlamalara tabi olmadığından insan hakları dâhil olmak üzere her türlü konuyla ilgili olabilir. 15'inci Maddede teminat altına alınanlar da buna dâhil olabilmektedir. Kanun hükmünde kararnameler, Resmi Gazetede yayımlandıkları gün TBMM'nin onayına sunulmalıdır. Meclis bu kararnameleri üç ay içinde görüşüp onaylayacaktır. Üç ay içinde görüşülüp onaylanmayan kararnameler kendiliğinden (ex officio) yürürlükten kalkacaktır. Bu hüküm, olağanüstü hâller dışında kabul edilen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin olan hükümden çok daha net bir ifade içermektedir.

[64] Bakınız Tara L. Brnum, President or King – The Use and Abuse of Executive Orders in Modern-Day America, Journal of Legislation, Vol. 28, Issue 1, 2002, pp. 1-86; or Michael Eliot, The Legality of Obama's Executive Orders (And Why You Should Care), Berkeley Political Review, 11 May 2016.

e. Meclisi Feshetme Yetkisi

84. Salt başkanlık sistemli cumhuriyetlerde meclisi feshetme yetkisinin olması, klasik anlamıyla anlaşılan kuvvetler ayrılığı ilkesinin temelini çürüteceğinden son derece ender rastlanan bir durumdur. [65]

85. Değişiklikler çerçevesinde Cumhurbaşkanının önceki “*Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimlerini yenileme*” yetkisi 104’üncü Maddeden çıkarılmıştır. Bu yetki, Cumhurbaşkanının, Bakanlar Kurulunun güvenoyunu alamaması veya güvensizlik oyuyla düşürülmesi hallerinde ya da Bakanlar Kurulunun kurulmadığı ya da kurulduğu halde güvenoyu alamadığı takdirde Meclis Başkanına danışarak Meclisi feshetmesine ilişkin olup Bakanlar Kurulunun kaldırılmasından sonra bu hüküm (mevcut Madde 116§ 1) de yürürlükten kalkacaktır.

86. Bununla birlikte Cumhurbaşkanına, her ne koşulda olursa olsun Meclisi feshetme yetkisi verilmiş olup bu da Meclisin kendi kendini feshetme yetkisiyle mütenasiptir (her ne koşulda olursun anca 3/5 çoğunlukla); Türk resmi makamları bu husustan seçimlerin “*iki taraflı*” yenilenmesi olarak bahsetmektedirler çünkü her iki durumda da sonuç, hem cumhurbaşkanlığı seçimlerinin hem de meclis seçimlerinin yenilenmesine çıkmaktadır. Cumhurbaşkanı, meclisi feshedip etmemeye ve ne zaman feshedeceğine karar vermekte hür olduğundan kuşkusuz bu durum TBMM üzerinde bir baskıya yol açmaktadır. Ancak meclisin feshi, Cumhurbaşkanının tekrar seçilmeyecek olmasından sebep Cumhurbaşkanının görev süresinin de sona ermesi anlamına gelmektedir. Bu sebepten meclisin feshi, TBMM’nin feshine kendi kendine karar verdiği seçeneğin aksine, Başkanın da ikinci görev süresi devam ederken kullanması son derece ihtimal dışı olan zecri bir tedbir olarak kullanılabilir.

87. Türk resmi makamlarının altını çizdiği üzere “*seçimlerin iki taraflı yenilenmesi bir denge ve denetleme mekanizmasıdır. Uygulamanın birinci boyutunda Cumhurbaşkanı yasama organı seçimlerini yeniliyorken ikinci konjonktür, yasama organının cumhurbaşkanlığı seçimlerini yenileyebileceğini ortaya koymaktadır. Seçimlerin yenilenmesi, TBMM üye tam sayısının beşte üç çoğunluğuyla veya Cumhurbaşkanının kararıyla mümkün olabilecektir. TBMM’nin Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin yenilenmesine karar vermesi halinde meclis seçimleri de yenilecektir.*

[65] ABD Başkanının Meclisi feshetme yetkisi bulunmamaktadır. Ancak bazı istisnalar vardır. Örneğin Ekvator’da (madde 148) Başkan “kendi kararına göre Anayasa kapsamında kendisine ait olmayan görevleri üstlendiğini veya haklı bir gerekçe olmaksızın Milli Kalkınma Planının uygulanmasını defalarca engellediğini düşünürse veyahut da ciddi bir siyasi bir krizden ve yurtiçindeki huzursuzluklardan sebep Anayasa Mahkemesinin de bu lehte hüküm vermesi halinde Millet Meclisini feshedebilir”. Bu geniş kapsamlı yetki, Başkana fesih tehditliyle yaşamayı kendi istediği gibi gerçekleştirme gücü vermektedir.

Benzeri şekilde Cumhurbaşkanının meclis seçimlerini yenilemeye karar vermesi halinde de Cumhurbaşkanlığı seçimleri de eş zamanlı olarak yenilecektir. [66]

88. Komisyonun görüşüne göre hem Cumhurbaşkanlığı hem de Meclis için eş zamanlı öngörülen seçimler, Cumhurbaşkanıyla meclisin birbirlerinin inisiyatiflerinin önünü tıkadığı açmazları çözmek açısından etkili bir yöntem olacaktır. [67] Ancak söz konusu değişiklikler kapsamında Cumhurbaşkanlığı ve meclis seçimlerinin *daima* aynı zamanda yapılması gerektiğine dair genel bir kural yer almaktadır (Madde 77). Bu da; her ne kadar Türk resmi makamları ikinci turda Cumhurbaşkanı olarak seçilen adayın, meclisteki koltuk çoğunluğunu kazanan partinin üyesi olmama ihtimali olduğunu vurgulasa da meclis seçimlerinin çok daha kişisel ve ülke çapında olan Cumhurbaşkanlığı kampanyası kapsamına “çekilmesinden” sebep meclisin, Cumhurbaşkanıyla aynı siyasi partiyi temsil edecek olması ihtimalini de beraberinde getirmektedir. TBMM’nin seçimleri yenilemeye karar vermesi için üye tam sayısının beşte üç çoğunluğuna ihtiyacı vardır. Cumhurbaşkanının meclis üzerindeki (yukarı bakınız) atama yetkileriyle birlikte düşünülürse, uygulamada meclisin Cumhurbaşkanının icraatlarına mânia yaratmayacağı anlamı çıkmaktadır. Aksine bu koşullar altında Cumhurbaşkanının ikinci görev süresi devam ederken TBMM’nin, Cumhurbaşkanının aday olması beklenen seçimleri provoke ederek kendini feshetme yetkisi, Cumhurbaşkanının üçüncü defa göreve gelebilmesinin önünü açacaktır.

89. Öte yandan Cumhurbaşkanıyla Meclisin muhalif siyasal erkleri temsil etmesi halinde ikinci Cumhurbaşkanlığı görev süresi boyunca Cumhurbaşkanı, kaybedeceği düşüncesiyle seçimlerin yenilenmesinden büyük ihtimalle imtina edecek; TBMM de Cumhurbaşkanının tekrar göreve gelme riskinden sebep seçime gidilmesi konusunda tereddüt yaşayacaktır.

f. Devlet Bütçesini Hazırlama Yetkisi

90. 161’inci Madde çerçevesinde Cumhurbaşkanının, TBMM’ye merkezi yönetim bütçesine ilişkin kanun teklifi sunma yetkisi vardır. Bütçe teklifi TBMM’nin Bütçe Komisyonunda görüşülür. Komisyon tarafından kabul edilen bütçe, Genel Kurulda görüşülür. Bütçe kanunun “süresinde yürürlüğe konulamaması halinde” devletin icraatlarının devamını sağlamak amacıyla geçici bütçe kanunu çıkarılır. Geçici bütçe kanunun da çıkarılmaması durumunda

[66] CDL-REF(2017)015

[67] Bakınız J. Linz, Political and social consequences of the choice between a presidential and a parliamentary system, in Constitution making as an instrument of democratic transition, Science and Technique of Democracy no. 3, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1992\)003-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1992)003-e)

ise yeni bütçe kanunu kabul edilinceye kadar bir önceki yılın bütçesi yeniden değerlendirilmesine göre artırılarak uygulanır. ^[68]

91. Değişik 161'inci Maddede Cumhurbaşkanı tarafından teklif edilen bütçe kanununun TBMM tarafından (geciktirilmemesinin aksine) reddedilmesinin sonuçlarından bahsedilmemiştir. Bunun anlamı, Cumhurbaşkanının her hâlikârda önceki yılın bütçesini yeniden değerlendirilmesine göre uygulayacağıdır. Bu da, TBMM'yi Cumhurbaşkanı üzerindeki önemli bir denetim mekanizmasından mahrum bırakmaktadır. Yetkililere göre eğer TBMM bütçeyi onaylamazsa kendisini feshederek Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin yenilenmesine sebep olabilir. Yine de bu "nükleer seçenek", mecliste görüşüleceğinden gerçekçi bir aygıt olarak durmamaktadır.

g. Kanunları Veto Etme Ve TBMM'ye Mesaj Verme Yetkileri

92. Değişik teklifinin 89'uncu Maddesi, Cumhurbaşkanına önemli bir veto yetkisi tanımaktadır. Eğer Cumhurbaşkanı bir kanunu yeniden görüşülmek üzere Meclise geri gönderirse kanun ancak Meclisin üye tam sayısının salt çoğunluğu ile kabul edilebilir. Mevcut Anayasaya göre üye tam sayısının salt çoğunluğu şartı gerekmemektedir. Başkanlık veya yarı-başkanlık sistemiyle yönetilen başka ülkeler de başkanlık vetosunu geçersiz kılmak için benzeri, hatta önemli derecede daha yüksek sayıda çoğunluğun şart koşulduğu doğrudur (örneğin Portekiz'de üye tam sayısının mutlak çoğunluğu, ABD'de her iki yasama meclisinin de üçte iki çoğunluğu, Ukrayna'da üçte iki çoğunluk). Ancak bu ülkelerin birçoğunda Başkanın özerk yasama yetkisi bulunmamakta olup Amerika Birleşik Devletleri örneğinde olduğu gibi eğer böyle bir yetkisi varsa da bu yetki kati yargı denetimine tabi tutulmaktadır. Bu durumun Türkiye'de geçerli olmadığı kolaylıkla kanıtlanabilir. Dolayısıyla veto yetkisi, son derece önemli bir yasama aygıtının Cumhurbaşkanına teslim etmektedir. Üstelik Cumhurbaşkanı, kendisini desteklemeyen bir meclise karşı Anayasayı değiştiren kanunlar hakkında referandum başlatma münhasır yetkisini de kullanabilir.

93. Teklif edilen 104'üncü Madde, Cumhurbaşkanına "ülkenin iç ve dış siyaseti hakkında Meclise mesaj verme" yetkisini tanımakta olup bu da Cumhurbaşkanının yasama üzerindeki etkisini iyice artırmaktadır.

[68] 2013 Vergi Usul Kanununun 298'inci Maddesiyle tanımlanmıştır

h. HSK Üyelerini Ve Anayasa Mahkemesi Hâkimlerini Atama Yetkisi

94. Cumhurbaşkanının hâlihazırda sahip olduğu, Anayasa Mahkemesi hâkimlerinden bazılarını ve Danıştay hâkimlerinin dörtte birini atama yetkisine ek olarak, söz konusu değişiklikler kapsamında Hâkimler ve Savcılar Kurulunun on üç üyesinden dördünü ve ayrıca HSK'ya başkanlık eden Adalet Bakanını atama yetkisi olacaktır. HSK üyesi olan Adalet Bakanı Müsteşarı da muhtemelen Cumhurbaşkanı tarafından atanacak üst kademe kamu yöneticilerinden sayılmaktadır. Bu bağlamda söz konusu değişiklikler kapsamında Cumhurbaşkanının artık nötr bir güç (*pouvoir neutre*) olarak hareket etmesine gerek kalmadığının, bu atamaların parti yanlısı olma riskini doğuracağına altının çizilmesi gerekir. Cumhurbaşkanının görevindeki değişikliğin, netice itibariyle hâkimlerin atanması konusundaki görevini azaltması gerekirdi. Oysaki bu görevi Anayasa Mahkemesi ve Danıştay için devam ederken HSK için de artmıştır.

95. Cumhurbaşkanının bu yetkisinin, Türk yargı sisteminin bağımsızlığı üzerindeki etkilerinden aşağıda bahsedilecektir. Karşılaştırma olması açısından Amerika Birleşik Devletleri Başkanının, ne Yargıtay'ı ne de başka federal hâkimi tek başına atama yetkisi olmadığına dikkat edilmelidir. ABD'de tüm Yüksek Mahkeme Yargıçları ve hatta federal yargı teşkilatının tüm hâkimleri, Cumhurbaşkanı tarafından aday gösterilerek ABD Senatosunun tavsiyesi ve onayıyla görev başına gelmektedir (ABD Anayasası Madde II, Bölüm 2, fıkra 2). Mevcut Senato müzakere kurallarına göre bunun anlamı, uygulamada ABD Senatosunun en az 60 üyesinin nitelikli çoğunluğunun onayıdır.

3. Türkiye Büyük Millet Meclisinin Karşı Yetkileri

96. Türkiye Cumhuriyeti'nde yasama yetkisi TBMM'de bulunmaktadır. Başkanlık sisteminde yasama ve yürütme yetkileri ayrı tutulmalı ve denge ve denetleme mekanizmaları, hiçbirinin ülkede çok baskın olmamasını sağlayacak şekilde devreye sokulmalıdır. Cumhurbaşkanının yeni yetkilerinin bu etkile-yici listesi ve kapsamı karşısında TBMM'ye de mutlaka önemli karşı yetkileri verilmek zorundadır.

97. Türkiye Büyük Millet Meclisinin, mevcut 550 üyesi yerine 600 üyesi olacaktır. Bu değişiklikte birlikte 1961 Anayasası kapsamında Türkiye'de mevcut olan duruma geri dönülmektedir. Oysaki o zaman Cumhuriyeti Senatosu ve Millet Meclisi olmak üzere çift meclis sistemi (bikameral) kabul edilmişti. Başkanlık (ABD, Meksika, Brezilya, Şili) veya yarı başkanlık sistemi (Fransa, Romanya veya Rusya Federasyonu) olan ülkelerde olduğu gibi, yürütmenin denetlenmesine ilişkin özel yetkilerin genelde üst meclise ait olduğu iki meclisin

bulunması şartıyla çift meclis sistemine dönülmesi şaşırtıcı olmayacaktır.^[69] Ancak Türkiye'ye yeniden çift meclis sisteminin getirilmesi öngörülmemektedir.^[70]

a. Cumhurbaşkanlığı Ve Meclis Seçimlerinin Eş Zamanlı Yapılması

98. TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri aynı günde yapılacaktır (Değişik Madde 77). Bu da uygulamada, genelde Cumhurbaşkanının meclis çoğunluğunu da kontrol edeceği anlamına gelir. Buradaki maksat, Cumhurbaşkanı ile meclis arasında başkanlık sisteminin karakteristik bir özelliği olarak ortaya çıkan çelişkilerin önüne geçilmesidir. Ancak, kuvvetler ayrımı esasına ve dolayısıyla da bu kuvvetler arasında çelişki olması ihtimaline dayalı bir başkanlık sisteminin mantığının çok ötesine çıkmaktadır. Açmak gerekirse kuvvetler ayrılığı, farklı kuvvetlerin muhtelif kuvvetlere yönelik tek biçimli bir yaklaşımı önleyecek şekilde tesis edilmesini gerektirir. Seçimlerin eş zamanlı yapılması, anlamlı bir kuvvetler ayrılığı olma ihtimalini ortadan kaldırmaktadır. Eğer değişiklik teklifi, cumhurbaşkanlığı ve meclis seçimlerinin sistematik olarak aynı anda yapılması esasına dayanıyorsa burada kuvvetler ayrılığı esasına dayalı demokratik bir başkanlık sistemi model alınmıyor demektir. Aksine, demokratik sistemlere özgü bir özellik olmayan kuvvetler birliği kavramı izlenmektedir.

99. Burada sadece bir istisna bulunmaktadır: eğer Cumhurbaşkanlığı makamı Cumhurbaşkanının görev süresi bitene kadar bir yıldan daha uzun süreyle boş kalırsa Cumhurbaşkanlığı seçimleri tek başına yapılabilecek ve yeni seçilen Cumhurbaşkanı da önceki Cumhurbaşkanından kalan görev süresini tamamlayacaktır. Birlikte yaşamanın mümkün görüldüğü tek durum bu olup yine de ender bir istisnadır.

b. Meclis Soruşturmaları

100. TBMM'nin Cumhurbaşkanının veya kabinesinin atanmasında hiçbir görevi bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanı ve kabine üzerinde neredeyse hiç denetleme yetkisi olmadığı gibi onaylama duruşması da düzenleyememektedir. Gensoru olasılığı yoktur. Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlara yalnızca yazılı olarak soru sorulabilir (Değişik Madde 98(5)). TBMM güvenoyuna başvuramaz.

[69] Ayrıca bakınız Betty Drexhage, *Bicameral Legislators. An International Comparison*, Ministry of the Interior, The Hague, 2015.

[70] Türkiye, Kıbrıs haricinde Avrupa'da başkanlık sistemiyle tek meclisli parlamentonun olduğu tek ülke olacaktır. Yarı başkanlık sistemi ve tek meclisle yönetilen diğer üç ülke (Litvanya, Portekiz, Ukrayna) arasına katılacaktır.

Değişik Madde 106(6) kabine üyelerinin meclise değil Cumhurbaşkanına karşı sorumlu olduğunu teyit eder.

101. Cumhurbaşkanının yüksek hâkimleri ve Kabine üyelerini atama işlevi açısından bakıldığında Amerika Birleşik Devletleri ile karşılaştırma yapılması yine ilginç bir durumdur. Senatonun, ABD’de ülkedeki seçmenlerin çoğunluğunu temsil etmeyen yasama meclisinin üst meclisi olduğunu hatırlatmakta fayda vardır. Her bir Eyalet, iki Senatör tarafından Senata eşit düzeyde temsil edilmektedir. Dolayısıyla Senato, ABD federalizmini temsil etmek ve Başkanın yetkileri üzerinde federalizm denetimi yapmak adına özel olarak tasarlanmıştır. Uygulamada yürütme organı yetkililerinin ve hâkimlerin Senato onayından geçme süreci, Cumhurbaşkanının kısıtlanmasında oldukça önemli bir rol oynamaktadır. Bu yetki, sadece Senatonun bu makamlarda bulunan personel üzerinde nüfuzunu kullanmasını sağlamakla kalmamakta aynı zamanda Senatonun, bu atama sürecini Başkanı ve yürütme organını denetim altında tutabilmek ve atamaların onaylanmasını reddetmek suretiyle mutabık kalmadığı Başkanlık politikaları ve uygulamalarına ilişkin itirazını ifade etmek amacıyla kullanabilmesini sağlamaktadır.

102. TBMM; Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar hakkında suç işledikleri iddiasıyla meclis soruşturması açabilir. Teklif edilen 98(4) sayılı Madde bu soruşturmayı, “*Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlar hakkında 106’ncı maddenin beşinci, altıncı, yedinci fıkraları uyarınca yapılan soruşturmadan ibaret*” olarak nitelendirirse de teklif edilen 105’inci Madde, Cumhurbaşkanıyla ilgili soruşturmaları da imkânsız kılmaktadır. Soruşturmaların, “*Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle*” açılması istenebilmektedir (teklif edilen Madde 105(1) ve 106(6)). Soruşturmanın açılması için beşte üç çoğunluk gerekmektedir. Bilhassa milletvekillerinin birçoğunun, Cumhurbaşkanı ve kabine üleriyle aynı siyasi partiye üye oldukları göz önünde bulundurulduğunda bu ulaşılması son derece güç olan yüksek bir çitadır. Her halükarda soruşturmalar, ilgili makamlarda bulunanların “*görevleriyle ilgili işledikleri suçlarla*” sınırlıdır ki buna da nadiren rastlanır. Bilakis TBMM’nin yürütme erki içindeki işlevsizlikleri araştırma imkânı bulunmamaktadır. Bu sebeplerden soruşturma, siyasi hesap verme sorumluluğunu teminat altına alan bir işlem olmayıp ithamdan öteye gidememektedir.

103. Soruşturma, Meclisteki siyasi partileri temsil eden on beş kişilik bir komisyon tarafından yürütülmektedir. Komisyon, soruşturma sonucunu belirten raporunu iki, en geç üç ay içinde Meclise sunmalıdır. Rapor, Genel Kurulda görüşülür ve Genel Kurulda üçte iki çoğunluğunun kararıyla Yüce Divana sevk edilebilir. Yüce Divan yargılaması üç ay içinde, en geç altı ay içinde tamamlanır

ve Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanın görevden alınmasıyla sonuçlanabilir.

104. Değişiklik tekliflerinde, hangi suçların meclis soruşturmasına yol açacağı belirtilmemektedir. Değişik 106'ncı madde Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanların "görevleriyle ilgili işledikleri" suçlardan bahsetmekte; hem 105'inci hem de 106'ncı Madde, Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanların seçilmesine mani olabilecek suçları hatırlatmaktadır. Bu gibi suçların kapsamı, meclis sorgulamasının sadece Cumhurbaşkanının vatana ihanetten suçlanabildiği mevcut yönetmelikle mukayese edildiğinde nispeten daha şümüllü görünmektedir (Madde 105(3)). Kimlerin milletvekili seçilemeyeceğini (ve netice itibarıyla Değişik 101(1) ve 106(5) Sayılı Maddelere binaen kimlerin Cumhurbaşkanlığına aday olamayacağını veyahut da Cumhurbaşkanı yardımcısı ya da bakan olarak seçilemeyeceğini) sıralayan Madde 76(2) gereğince diğerlerinin yanı sıra: "taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar; zimmet, ihtilâs, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırmaya, Devlet sırlarını açığa vurma, terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar milletvekili seçilemezler".

105. Anayasa değişikliği tekliflerinde öngörülen meclis soruşturması usulü, kaldırılmasını mümkün kılan sebepler açısından epey geniş kapsamlı dursa da aynı zamanda yüksek sayıda çoğunluğun şart koşulmasından sebep harekete geçirilmesi de bir o kadar zor görünmektedir. Bu da yeni düzenlemeyi, ABD gibi başkanlık sistemi olan diğer ülkelerde kullanılan sisteme benzetmekte ve "bilhassa meclisin güvensizlik oyuyla karşılaştırıldığında meclis soruşturmasının son derece muğlak ve zaman alıcı bir süreç olduğunu" doğrulamaktadır. [71] Yalnızca uç durumlarda uygulanacak olan bu usul, Devletin günü gününe işleyişinde gerçekten de ortak kullanılan bir denetim mekanizması görevi göremez.

106. Ayrıca Cumhurbaşkanının, üyelerinden bazılarını bizatihi atamış olduğu (aşağıya bakınız) muhtemel Anayasa Mahkemesi tarafından yargılanabilmesi kararın bağımsızlığını ve tarafsızlığını da etkileyebilir.

c. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerini Denetleme Yetkisi

107. Meclisin, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini iptal talebiyle Anayasa Mahkemesine götürebiliyor olmasına rağmen olağanüstü hâl esnasında kabul

[71] Juan J. Linz, The Perils of Presidentialism, *Journal of Democracy*, Vol. 1, 1990, sayfa 65.

edilen kararname haricindeki kararname onaylama yetkisi bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanının, Cumhurbaşkanlığı kararname için yetki kanununa ihtiyacı bulunmamaktadır. Bilakis Cumhurbaşkanının, uygunsuz gördüğü her türlü kanunu veto etme yetkisi olup meclisin, vetoyu kaldırabilmesi için tüm milletvekillerinin salt çoğunluğuna ihtiyacı vardır (yukarı bakınız).

108. Bahsi geçen değişikliklerde, kanunların Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden önce gelmesi ve Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararname çıkarılmayacak olması ilkeleri benimsenmiş olsa da Cumhurbaşkanının TBMM'nin yasama sahasına girmesine engel olacak mekanizmaların, pratikte de işlevini yerine getireceğine dair ciddi şüpheler bulunmaktadır.

109. Yukarıda bahsedilenlerin ışığında Cumhurbaşkanının yeni yetkileri hususunda Türkiye Büyük Millet Meclisinin karşı yetkileri yetersiz kalmaktadır: TBMM'nin Cumhurbaşkanının karşısında dengeleyici bir ağırlık olarak durması olasılık dışıdır.

D. Yargının Bağımsızlığı

110. 9'uncu Maddede yargının en temel özelliği olan bağımsızlığa tarafsızlık da eklenmiştir. Tarafsızlık, zaten bağımsızlıkla zımnem ifade edilmektedir; aslında tarafsızlığı teminat altına almak, bağımsızlığın merkezindeki bir orantıdır. Anayasalarda tarafsızlıktan, genelde bağımsızlıkla yan yana sarahaten bahsedilmez. Bağımsızlıkla tarafsızlık arasında ayırım yapılması, tarafsızlığın bağımsızlığı kısıtlama gerekçesi olarak kullanılmasına yol açmamalıdır.

111. Başkanlık sisteminde önemli denetim ve kontrol yetkileri yargının omuzlarındadır. Yargının, yasamadan ve bilhassa da yürütme organından tamamen bağımsız olması; meclisve başkan tarafından alınan kararları kontrol edebilmeli ve gerekirse hükümsüz kılabilmelidir. Hâlbuki anayasa değişikliği teklifleri, böyle bir yapıya müsait görünmemektedir.

112. Öte yandan Venedik Komisyonu, anayasa değişikliği tekliflerinin askeri mahkemelerin kaldırılmasını hedeflemesini memnuniyetle karşılamaktadır (Madde 145). Mutlak suretle kaldırılmasa da 142(2) sayılı Madde teklifinde “*disiplin mahkemeleri dışında askeri mahkemeler kurulamaz. Ancak, savaş halinde asker kişilerin görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevli askeri mahkemeler kurulabilir*” denmekte olduğundan değişiklik

tekliflerinde askeri mahkemelerin birçok yetkisi, sivil mahkemelere devredilmekte ve bu da elbette ki doğru yönde atılan bir adım olarak görülmektedir. [72]

113. Bunun yanı sıra anayasa değişikliği teklifleri, Cumhurbaşkanının karşısında yargı bağımsızlığını kısıtlayan ve Avrupa standartlarına ters düşen yeni hükümler de getirmektedir.

1. Hâkimler ve Savcılar Kurulu

114. Mevcut anayasaya göre Cumhurbaşkanı, HSYK'nın 22 üyesinden sadece 3'ünü atayabilmektedir. Değişiklik tekliflerine göre Cumhurbaşkanın, asil üye sayısı 22'den (artı 12 yedek üye) 13'e indirilecek olan yeni adıyla Hâkimler ve Savcılar Kurulunun (HSK) 4 üyesini, yani neredeyse üçte birini atabilme hakkı olacaktır. HSK'nın diğer iki üyesi olan Adalet bakanı ve Adalet Bakanı Müsteşarı da Cumhurbaşkanı tarafından atanacaktır. Bu sayede HSK üyelerinin neredeyse yarısını Cumhurbaşkanı atamış olacaktır. Geriye kalan 7 üye ise Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından atanacaktır.

115. Türk resmi makamlarının yaptıkları açıklamaya göre: “*HSYK'nın yapısı ve seçim usulündeki değişikliğin amacı, yargıda oluşan politikleşmeyi ortadan kaldırmak, adı geçen kurumun FETÖ gibi gizli amaçları olan örgütler tarafından yeniden ele geçirilmesini engellemek, halkın egemenliğinin bir yansıması olan Meclisi, Venedik Komisyonu'nun 2010 yılında HSYK hakkındaki kanun tasarına ilişkin geçici görüşündeki tavsiye kararlarına istinaden Hâkimler ve Savcılar Kurulunun seçiminde etkili hale getirmektir*”. [73]

116. Venedik Komisyonu, Avrupa standartlarına göre Yargıtay üyelerinin en azından önemli bir kısmının, görevdeşleri tarafından atanmış hâkimler olması gerektiğini hatırlatmak ister. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin CM/Rec(2010)12 sayılı Tavsiye Kararına göre: “*bu tür kurulların üyelerinin en az yarısının, yargının her kademesindeki görevdeşleri tarafından ve yargıda çoğulculuk anlayışı gözetilerek seçilmesi gerekir*.” [...] “*Hâkimlerin seçilmesi ve kariyerleri hakkında karar veren merci, yasama ve yürütme organlarından bağımsız olmalıdır. Söz konusu mercin bağımsızlığının güvence altına alınması için üyelerinin en az yarısının görevdeşleri tarafından seçilecek hâkimlerden oluşması gerekir*.” [74]

[72] Bakınız Eugene R. Fidell, Dwight H. Sullivan (eds), *Evolving Military Justice*, Annapolis: Naval Institute Press, 2002; Federico Andreu-Gazmán, *Military jurisdiction and international law*, Geneva: International Commission of Jurists, 2004.

[73] CDL-REF(2017)015, sayfa 39.

[74] CM/Rec(2010)12 Sayılı Tavsiye Kararı, paragraf 27 ve 46.

117. Venedik Komisyonu ayrıca şunu da belirtmiştir: “hâkimler kurullarının teşekkülüyle ilgili mevcut uygulamalara bakıldığında “*bu kurulların büyük bir oranının, yargı teşkilatı üyelerinden oluşmasının ve yargı mensuplarıyla diğer re’sen veya seçilmiş üyeler arasında adil bir dengenin bulunması gerektiğine ilişkin temel bir kural yer almaktadır*”. Dolayısıyla Hâkimler Kurulunun hatırı sayılır bir kısmı veya çoğunluğu Yargının bizatihi kendisi tarafından seçilmelidir. Hâkimler Kurulunun demokratik meşruiyetini temin etmek amacıyla diğer üyeler, gerekli hukuki niteliklere sahip kişiler arasından olası çıkar çatışmaları da nazariitibara alınarak Meclis tarafından seçilmelidir.”^[75] Venedik Komisyonu, Hukukun Üstünlüğü Kontrol Listesinde “Hâkimler Kurulunda [yargının bizatihi kendisi tarafından] seçilmiş hâkimlerin yanı sıra avukatların ve halkın da yeterli derecede temsil edilebilme” ihtiyacını yinelemiştir.^[76]

118. Venedik Komisyonu, HSYK’nın mevcut Anayasa çerçevesinde atanma biçiminin, geçerli Avrupa standartlarını büyük oranda karşıladığını ancak yine de meclisin biraz daha fazla müdahalesinin tavsiye edilebileceğini tespit etmiştir.^[77]

119. Komisyon, teklif edilen HSK oluşumunun son derece sorunlu olduğunu tespit etmiştir. Üyelerinin neredeyse yarısı (13’ün içinden 4+2=6) Cumhurbaşkanlığı tarafından atanacaktır. Bu veçheden Cumhurbaşkanının artık nötr bir güç (*pouvoir neutre*) olmayacağını, parti politikasıyla işteğal edeceğinin tekrar altının çizilmesi gerekmektedir: Cumhurbaşkanının HSK üyeleri seçiminin, siyasi açıdan tarafsız olmasına gerek olmayacaktır. Geriye kalan 7 üye ise Büyük Millet Meclisi tarafından seçilecektir. Eğer Cumhurbaşkanı partisinin, Mecliste beşte üç çoğunluğu olursa Bakanlar Kurulundaki tüm pozisyonları doldurabilecektir. Eğer eş zamanlı seçim sistemi kapsamında neredeyse teminat altına alındığı üzere koltukların en az beşte ikisine sahip olursa Cumhurbaşkanı tarafından atanan üyelerle birlikte çoğunluğu oluşturmak suretiyle birçok koltuk sayısına sahip olabilecektir. HSK’nın hâkimlerin ve cumhuriyet savcılarının atanması, terfii, tayini, cezalandırılması ve görevden alınması konularını denetleyen ve kendi kendini yöneten bir kurul olması sebebiyle, bu durum yargıyı ciddi derecede tehlikeye atacaktır. Bu kurul üzerindeki kontrolü ele almak, bilhassa da hâkimlerin sıkça görevden alındığı ve tayinlerinin de artık genel bir uygulama haline geldiği bir ülkede hâkim ve cumhuriyet savcılarları üzerindeki kontrolü

[75] Venedik Komisyonu’nun Yargı Adli Atamalarla İlişkin Raporu, CDL-AD(2007)028, paragraf 29; ayrıca bakınız yargı sisteminin bağımsızlığı hakkında Rapor, CDL-AD(2010)004, § 32.

[76] Venedik Komisyonu, Hukukun Üstünlüğü Kontrol Listesi, E.1.a (viii) ve dip not 68, CDL-AD(2016)007.

[77] Venedik Komisyonu’nun Türkiye’deki hakimler ve savcılar yüksek kurulu hakkındaki kanun teklifine dair Geçici Görüşü (27 Eylül 2010 tarihli), CDL-AD(2010)042.

de ele almak anlamına gelecektir. Bu bağlamda değişiklik tekliflerinin, HSYK üyelerinin değişikliklerin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren^[78] en geç otuz gün içinde seçilmelerini öngörmesi ve değişiklikleri destekleyen siyasi erklerin, TBMM'deki koltukların beşte üçünden fazlasına sahip olması ve bu sayede de HSK'daki tüm kadroyu doldurabilmeleri büyük önem arz etmektedir.

2. Danıştay

120. Danıştay'ın Bakanlar Kurulu tarafından teklif edilen kanun tasarılarını inceleme yetkisi, Venedik Komisyonu heyetine yapılan açıklamalara göre yıllar önce yürürlükten kaldırılmış olan tüzük tasarılarını gözden geçirme yetkisiyle birlikte mantık çerçevesinde kaldırılmıştır. Danıştay'a Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hakkında fikir beyan etme yetkisinin verilmemiş olmasının sebebi iddialara göre Anayasa Mahkemesinin sonradan bu anayasaya aykırılığını tespit etmesi halinde ortaya çıkabilecek olası çelişkilerin önüne geçmektir. Ancak kanun tasarılarıyla ilgili olarak sonradan Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılabilirdiği sürece bu gerekçe inandırıcı görünmemektedir. Aslında kanunlarla Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasında çelişki doğması ihtimali (yukarı bakınız) bile Danıştay gibi istisari bir işlevi makbul kılacaktır.

3. Anayasa Mahkemesi

121. HSK üyelerinin atanma usulüyle ilgili değişiklikler, Anayasa Mahkemesinde geniş yankı bulacaktır. Yargıtay ve Danıştay üyelerinin seçilmesinden HSK mesuldür. Her iki mahkemenin de atamaları yapan Cumhurbaşkanına her bir pozisyon için üç aday göndermek suretiyle Anayasa Mahkemesinin iki üyesini seçme hakkı vardır. Bu suretle, Yürütmenin Anayasa Mahkemesi üzerindeki nüfuzu artmaktadır.

122. Aksine Anayasa Mahkemesi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi veren kanunları şu anda olduğu gibi denetleme olasılığını yitirecektir. Söz konusu değişiklikler kapsamında Cumhurbaşkanının herhangi bir kanunun kendisine yetki vermesine ihtiyacı olmayacaktır. Bu değişiklikler, Cumhurbaşkanlığının yasama faaliyetlerinin sınırlarını, kanunların kanun hükmünde kararnamelerin resmi olarak üzerinde olmasıyla tanımlasa da Anayasa Mahkemesine, bu bağlamda ortaya çıkması kaçınılmaz olan ihtilaflar konusunda sarıh bir karar verme yetkisi verilmemiştir.

[78] Geçici Madde 21c

123. Dolayısıyla söz konusu değişikliklerin Anayasa Mahkemesi üzerindeki etkisi, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Askeri Yargıtay'ın kaldırılmasını müteakiben Anayasa Mahkemesinin on yedi yerine on beş üyeden kurulması hakkında 146'ıncı Maddede yapılan değişikliğin resmi sınırları dışına çıkacaktır.

V. Sonuçlar

124. Her Devletin, ister başkanlık olsun ister parlamenter, isterse karma olsun kendi siyasi sistemini seçme hakkı vardır. Ancak bu hak kayıtsız şartsız değildir. Kuvvetler ayrılığı ve hukukun üstünlüğü ilkeleri gözetilmelidir ve bunun için de tasarlanan siyasi sistemin içine yeteri oranda denge ve denetleme mekanizmalarının gömülmesi gerekmektedir. Her bir anayasa, bir dizi karmaşık denge ve denetim mekanizmalarından ibaret olup başka bir ülkenin anayasasında hâlihazırda mevcut olan hükümler de dâhil olmak üzere her bir hükmün, bir bütün olarak kuvvetler dengesi esasına dayanılarak incelenmesi icap eder.

125. 21 Ocak 2017'de Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilen ve 16 Nisan 2017'de halk oylamasına sunulacak olan anayasa değişikliği teklifleri çerçevesinde Türkiye örneğinde olduğu gibi başkanlık sistemi seçilirken bilhassa ihtiyatlı davranılması gerekmektedir çünkü başkanlık sisteminin özünde, bozularak dikta rejimine dönüşme tehlikesi barınmaktadır. Başkanlık sisteminde yasama ve yürüme erkleri, yetkilerini ve meşruiyetlerini belirli aralıklarla düzenlenen seçimler vasıtasıyla halktan alır. Bu iki erk, birbirinden o kadar sert bir çizgiyle ayrılmıştır ki ikisi arasında ihtilaf çıkması kaçınılmazdır. Yönetimin, bu ihtilafların arasını bulması gerekir. Daha anlaşılır bir ifadeyle anlatmak gerekirse tam da bu sebeplerden kuvvetler ayrılığı, farklı yetkilerin birbirinden farklı yaklaşımlara ve siyaset vurgularına izin verecek niteliklerde olması şartını koşar.

126. Teklif edilen anayasa değişikliklerinin amacı, bu değişikliklerin Türkiye'deki köklü parlamentarizm geleneğini hiçbir surette yansıtmamalarına, hatta ülkenin anayasal geçmişinde kırılma noktası yaratacak olmalarına rağmen Türk resmi makamlarının da tanımadığı üzere, "Türk usulü" bir başkanlık sistemi kurmaktır. Söz konusu değişiklikler, demokratik başkanlık sistemlerinin en belirgin özelliği olan kuvvetler ayrılığı esasına dayanmamaktadır. Başkanlık ve meclis seçimleri, yasama ve yürütme erkleri arasında çıkması muhtemel ihtilafları önleyebilmek adına sistemli olarak birlikte düzenlenecektir. Dolayısıyla resmi olarak birbirlerinden ayrılmaları, uygulamada anlamlarını yitirme riskini taşıırken daha zayıf olan erkin, meclisin rolünü de marjinalleştirme riskini doğurmaktadır. Cumhurbaşkanının siyasi hesap verme sorumluluğu, sadece beş yılda bir gerçekleştirilecek olan seçimlerle sınırlı olacaktır.

127. Teklif edilen rejimin aşağıda bahsedilen özellikleri bilhassa kuvvetler ayrılığı konusunda ciddi endişelere yol açmaktadır:

- Yeni Cumhurbaşkanı yürütme yetkisini tek başına kullanacak olup siyasal açıdan muadil bir hükümet kurmayan bakanları atama ve görevden alma, tek başına belirlediği kıstaslara dayanarak üst kademe kamu yöneticilerinin tamamını atama ve görevden alma yetkileri denetimsiz olacaktır.
- Cumhurbaşkanının, bir veya daha fazla Cumhurbaşkanı yardımcısı seçme yetkisi olacak; bu yardımcılardan biri, demokratik bir meşruiyeti veyahut da meclis onayı olmaksızın Cumhurbaşkanlığı makamının boşalması veya geçici olarak görevinden ayrılması halinde Cumhurbaşkanı'na ait yetkileri kullanacaktır.
- Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, sadece meclis denetiminin son derece zayıf bir aygıtı olan meclis soruşturmasıyla yargılanabileceklerdir.
- Cumhurbaşkanına, kendi siyasi partisinin üyesi ve hatta lideri olmasına izin verilecek, bu sayede Cumhurbaşkanı meclisi kontrolü altına alacaktır.
- Cumhurbaşkanlığı ve meclis seçimlerinin zorunlu olarak aynı zamanda yapılması ilkesi getirilecektir.
- Cumhurbaşkanına, her ne sebeple olursa olsun meclisi feshedebilme yetkisi verilecek olup bu yetki, erken Cumhurbaşkanlığı seçimlerine de gitmek zorunda kalındığı düşünüldüğünde demokratik başkanlık sistemlerine esas olarak yabancıdır. Siyasi sorunların bu şekilde çözülmesi, en iyimser ifadeyle, iptidaidir.
- Meclisin, Cumhurbaşkanını ikinci görev süresi devam ederken seçimleri yenilemeye karar vermesi halinde üçüncü defa göreve gelme fırsatı olacaktır. Bu değişiklik, Türk Anayasasında ve ayrıca iyi Avrupa uygulamaları karşılığında da bir kimsenin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceği yönünde konulan sınırlamaya getirilen gerekçesiz bir istisnadır.
- Cumhurbaşkanının ayrıca, Anayasa Mahkemesinin gözden geçirebileceği bir yetki kanununa ihtiyaç duymaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnameleleri çıkarma konusunda kapsamlı bir yetkisi olacaktır; prensipte kanunlar Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden önce gelecek olsa da söz konusu değişiklikler, bu önceliği uygulamada teminat altına alacak etkili mekanizmalar getirememektedir.

- Cumhurbaşkanına, olağanüstü hâl ilan etme ve olağanüstü hâl esnasında herhangi bir sınırlama olmadan Cumhurbaşkanlığı kararnameleeri çıkarma münhasır yetkisi verilecektir.

128. Bir başkanlık rejiminde yasamayla yürütme arasındaki ihtilafların çözülmesi için güçlü ve bağımsız bir yargı olmazsa olmaz bir şarttır. Ancak teklif edilen değişiklikler Türk yargı gücünü güçlendirmek yerine zayıflatmaktadır. Mevcut oluşumu uluslararası standartlarına büyük oranda uyum gösteren Hâkimler ve Savcılar Kurulu, on üç üyesinden altısının artık nötr bir güç (pouvoir neutre) olmaktan çıkacak olan Cumhurbaşkanı tarafından atanacağı, yedi üyesinin de Cumhurbaşkanının kontrolü altında olacak ve seçimlerin eş zamanlı olmasından sebep de büyük ihtimalle Cumhurbaşkanıyla aynı siyasal erkleri temsil edecek olan Büyük Millet Meclisi tarafından atanacak şekilde derhal düzenlenecektir. Kurulun hiçbir üyesi artık görevde hâkimler tarafından seçilmeyecektir. Kurulun, hâkim ve cumhuriyet savcılarının atanması, terfi, tayini, cezalandırılması ve görevden alınması gibi önemli işlevleri denetlediği nazarı itibara alındığında Cumhurbaşkanının bu Kurulu kontrolü altında tutması yargıya da etki edecektir. Hâkimler ve Savcılar Kurulunun kontrol altında tutulması, Cumhurbaşkanının Anayasa Mahkemesi üzerindeki etkisini de dolaylı yollardan artıracaktır.

129. Anayasa değişiklikleriyle birlikte yürütmenin, yargı teşkilatı ve savcılar üzerinde artacak olan kontrolü, Türk yargı sisteminin bağımsızlıktan yoksun olmasıyla ilgili uzun zamandır süregelen endişeler bağlamında çok daha büyük bir sorun yaratacaktır. Söz konusu değişiklikler, yürütmenin üzerinde zaten yetersiz olan yargı denetim sistemini iyice zayıflatacaktır.

130. Venedik Komisyonu, yukarıda belirtilenler ışığında, teklif edilen anayasa değişikliklerinin Türkiye'ye, dikta rejimine dönüşmesinin engellenmesi için gereken denge ve denetleme mekanizmalarından yoksun bir başkanlık rejimi getirdiğini tespit etmektedir. Askeri mahkemelerin kapatılmasına ve Cumhurbaşkanlığın olağanüstü hâl kararnameleerinin TBMM tarafından onaylanmaması halinde kendiliğinden yürürlükten kalkacak olmasına ilişkin memnuniyet verici hüküm, bu sonucu değiştirmeye kâfi gelmemektedir.

131. Meclis görüşmeleri ve anayasa değişikliklerinin kabul süreci, ikinci en büyük muhalefet partisinden çoğu vekilin hapiste olduğu bir ortamda gerçekleştirilmiştir. Oy gizliliğinin ihlal edilmiş olması, değişikliklerin hilesiz bir şekilde desteklenmesi özelliğine ve vekillerin oylarının kişisel olması özelliğine şüphe düşürmüştür. Ne yazık ki parlamento usulleri, meclisteki tüm siyasal erklerin hazır bulunmasıyla açık görüşmelerin yapılması fırsatını tanımamıştır.

132. Meclisin anayasa değişikliği oylamasını kabul etmesi ve halkın onayına sunmasına ilişkin gelişen tüm süreç, ifade ve toplanma özgürlüğü üzerinde son derece esaslı sınırlamaların bulunduğu bir dönemde, olağanüstü hâl esnasında gerçekleştirilmektedir. Özellikle gazeteciler açısından son derece elverişsiz bir ortamın olması ve bu noktada Türkiye’de kalitesiz ve tek taraflı toplumsal tartışmaların yaygın olması, değişikliklere ilişkin anlamlı ve kapsamlı bir demokratik referandum kampanyasının düzenlenme ihtimaline şüphe düşürmektedir.

133. Sonuç itibariyle Venedik Komisyonu, teklif edilen anayasa değişikliklerinin özünde, Türkiye’nin anayasal demokrasi geleneğinde geriye atılacak tehlikeli bir adım olduğu görüşündedir. Venedik Komisyonu, teklif edilen sistemin bozularak dikta rejimine ve kişisel bir rejime dönüşme tehlikesinin altını çizmek istemektedir. Ayrıyeten zamanlama da son derece talihsiz olup başlı başına bir endişe sebebidir: mevcut olağanüstü hâl, anayasa referandumuna layık demokratik bir ortam temin etmemektedir.

134. Venedik Komisyonu, Türk resmi makamlarının ihtiyaç duyabileceği her türlü yardımı yapmaya hazırdır.

AVRUPA KONSEYİ STATÜSÜ

Avrupa Konseyi'nin Statüsü'ne Dair Sözleşme 5 Mayıs 1949 tarihinde Londra'da imzaya açılmış ve 42. maddeye uygun olarak 3 Ağustos 1949 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeye 13 Nisan 1950 tarihinde katılmış ve 12 Aralık 1949 tarihinde onaylamıştır. 5456-Sayılı Onay Kanunu 17 Aralık 1949 gün ve 7382 Sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

Belçika Krallığı, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Krallığı, Danimarka Krallığı, Fransa Cumhuriyeti, Hollanda Krallığı, İrlanda Cumhuriyeti, İsveç Krallığı, İtalya Cumhuriyeti, Lüksembourg Büyük Dukalığı ve Norveç Krallığı hükümetleri;

Adalet ve uluslararası işbirliğine dayalı olan barışı sürdürmenin insanlık toplumu ve uygarlığının korunması için yaşamsal bir önem taşıdığına inanarak; Halklarının ortak mirası olan ve tüm gerçek demokrasilerin temelindeki bireysel özgürlük, siyasal özgürlük ve hukuk düzeni ilkelerinin gerçek kaynağını oluşturan manevi ve ahlaki değerlere derin bağlılıklarını yeniden belirterek;

Bu ülkelerin korunması, daha ileri düzeyde gerçekleştirilmesi ve ekonomik ve sosyal ilerlemenin sağlanması amaçlarıyla Avrupa'nın aynı anlayıştaki tüm üyeleri arasında daha yakın bir birliğe gerek olduğuna inanarak;

Bu gerekçeyle ve halklarının bu konudaki açık beklentilerine karşılık olmak üzere Avrupa devletlerini daha yakın bir birliğe kavuşturacak bir örgüt kurmanın ivedi gereğini göz önüne alarak;

Sonuç olarak, bir Hükümet Temsilcileri Komitesiyle bir Danışma Meclisinden oluşan bir Avrupa Konseyi kurmaya karar vermiş ve bu amaçla aşağıdaki Statüyü benimsemiştir.

BÖLÜM I

AVRUPA KONSEYİNİN AMACI

Madde 1 - 1. Avrupa Konseyinin amacı, ortak mirasları olan ülkü ve ilkeleri korumak ve gerçekleştirmek ve ekonomik ve sosyal ilerlemelerini kolaylaştırmak üzere üyeleri arasında daha güçlü bir birliğe ulaşmaktır.

2. Bu amaç; ortak ilgi konusu olan sorunların görüşülmesi, ekonomik, sosyal kültürel, bilimsel, hukuksal ve yönetsel konularla insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması ve daha ileri düzeyde gerçekleşmesi konusunda sözleşmeler ve ortak eylemler yoluyla Konsey organları eliyle izlenir.

3. Üyelerin Avrupa Konseyine katılmaları Birleşmiş Milletlerin ve taraf oldukları öteki uluslararası örgüt veya birliklerin etkinliklerine katılmalarını etkilemez.

4. Ulusal savunmaya ilişkin konular, Avrupa Konseyinin alanı dışındadır.

BÖLÜM II

ÜYELİK

Madde 2 - Avrupa Konseyi üyeleri, bu Statünün taraflarıdır.

Madde 3 - Avrupa Konseyinin her üyesi, hukukun üstünlüğü ilkesiyle yargı yetkisi içindeki herkesin insan hakları ve temel özgürlüklerden yararlanması ilkesini kabul eder ve 1. Bölümde belirlenen Konsey amacının gerçekleşmesinde içten ve etkin bir biçimde işbirliği yapmayı üstlenir.

Madde 4 - 3. maddenin hükümlerini yerine getirmede yeterli ve istekli olduğu görülen herhangi bir Avrupa devleti, Bakanlar Komitesi tarafından Avrupa Konseyi üyesi olmaya çağrılabilir. Bu yolla çağrılan bir devlet, bu Statüye katılma belgesini Genel Sekretere vermesi üzerine üye sıfatını kazanır.

Madde 5 - 1. Özel durumlarda, 3. maddenin hükümlerini yerine getirme yeterliği ve isteği bulunduğu görülen bir Avrupa ülkesi, Bakanlar Komitesi tarafından Avrupa Konseyinin ortak üyesi olmaya çağrılabilir. Bu yolla çağrılan bir ülke, bu Statüyü kabul ettiğini gösteren bir belgeyi Genel Sekretere vermesi üzerine bir "Ortak Üye" olur. Bir ortak üye ancak Danışma Meclisinde temsil edilmeye yetkilidir.

2. Bu Statüdeki "üye" sözü, Bakanlar Komitesindeki temsil bağlamı dışında, ortak üyeleri de kapsar.

Madde 6 - Yukarıdaki 4. ve 5. maddelere göre çağrı yapılmadan önce Bakanlar Komitesi, önerilen üyenin Danışma Meclisinde bulundurmaya yetkili olduğu temsilci sayısını ve görelî mali katkısını belirler.

Madde 7 - Avrupa Konseyinin herhangi bir üyesi, Genel Sekretere resmi bir bildirimde bulunarak Konseyden çekilebilir. Bu türlü çekilmeler, bildirimün mali yılın ilk dokuz ayı içinde yapılması durumunda o mali yılın sonunda, mali yılın son üç ayı içinde yapılması durumundaysa, gelecek mali yılın sonunda hüküm kazanır.

Madde 8 - 3. madde hükümlerini ciddi biçimde çiğneyen herhangi bir Konsey üyesinin temsil hakları askıya alınabilir ve Bakanlar Komitesi tarafından 7. madde hükümlerine göre çekilmesi istenebilir. Böyle bir üye bu isteğe uymazsa

Komite, belirleyebileceği bir tarihten başlayarak bu üyenin Konsey üyeliğinin sona erdiğine karar verebilir.

Madde 9 - Bakanlar Komitesi, mali yükümlülüğünü yerine getirmeyen bir üyenin bu yükümlülüğünü yerine getirmediği sürece Komitedeki ve Danışma Meclisindeki temsil hakkını askıya alabilir.

BÖLÜM III

GENEL HÜKÜMLER

Madde 10 - Avrupa Konseyinin organları:

1. Bakanlar Komitesi; 2. Danışma Meclisidir. Her iki organa da Avrupa Konseyi Sekreterliği hizmet verir. Madde 11 - Avrupa Konseyinin merkezi Strasbourg'dadır. Madde 12 - Avrupa Konseyinin resmi dilleri Fransızca ve İngilizce'dir.

Bakanlar Komitesi ve Danışma Meclisinin çalışma kurulları, hangi durumlarda ve ne gibi koşullar altında başka dillerin kullanılabileceğini belirler.

BÖLÜM IV

BAKANLAR KOMİTESİ

Madde 13 - Bakanlar Komitesi, 15. ve 16. maddeler uyarınca Avrupa Konseyi adına eylemde bulunan bir organdır.

Madde 14 - Her üye, Bakanlar Komitesinde bir temsilci bulundurmaya yetkilidir ve her temsilcinin bir oyu vardır. Komitedeki temsilciler Dışişleri Bakanlarıdır. Bir Dışişleri Bakanı hazır bulunmadığında ya da durum bunu gerektirdiğinde, kendisi adına davranmak ve olanaklıysa hükümetinin bir üyesi olmak üzere yerine bir yedek temsilci atayabilir.

Madde 15 - 1. Bakanlar Komitesi, Danışma Meclisinin tavsiyesi üzerine veya kendi girişimiyle, sözleşme ve uzlaşmaların yapılması ve hükümetlerce belli konularda ortak bir politikanın izlenmesi dahil, Avrupa Konseyinin amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli önlemleri inceler. Vardığı sonuçlar Genel Sekreter tarafından üyelere duyurulur.

2. Komitenin vardığı sonuçlar, gereğinde, üye hükümetlere tavsiyeler niteliği kazanabilir. Komite, üye hükümetlerden bu tavsiyeler konusunda aldıkları önlemleri bildirmelerini isteyebilir.

Madde 16 - Bakanlar Komitesi, Danışma Meclisinin yetkilerine ilişkin 24, 28, 30, 32 ve 35. maddelerin hükümleri saklı kalmak üzere, Avrupa Konseyinin iç örgütlenmesi ve düzenlenmesine ilişkin her konuda bağlayıcı kararlar alabilir. Bu amaçla, gerekli mali ve yönetsel düzenlemeleri yapar.

Madde 17 - Bakanlar Komitesi, yararlı gördüğü özel amaçlarla danişsal ve teknik komiteler veya komisyonlar oluşturabilir.

Madde 18 - Bakanlar Komitesi, kendi çalışma kurallarını koyar ve öteki konuların yanısıra,

1. Toplantı ve karar yeter sayısını;
2. Başkanın atanma yöntemi ve görev süresini;
3. Karar önerilerinde bulunmak üzere izlenecek yol dahil, gündemin hazırlanma kurallarını
4. 14. maddeye göre yedek temsilcilerin atanması için gerekli bildirim koşullarını;

Belirler

Madde 19 - Danışma Meclisinin her toplantı döneminde Bakanlar Komitesi, gerekli belgelerle birlikte etkinlikleri konusunda Meclisi bilgilendirir.

Madde 20 - 1. aşağıdaki önemli konulara ilişkin Bakanlar Komitesi kararları, oy veren temsilcilerin oybirliğini ve Komiteye katılmaya yetkili temsilcilerin çoğunluğunun oyunu gerektirir.

a) 15. maddenin (2.) fıkrasıyla ilgili tavsiyeler;

b) 19. maddeyle ilgili sorunlar;

Avrupa Konseyi Statüsü

c) 21. maddenin (1.a) ve (2.) fıkralarıyla ilgili sorunlar;

d) 33. maddeyle ilgili sorunlar;

e) 1. maddenin (4.) fıkrasıyla 7, 15, 20 ve 22. maddelerin değiştirilmesi konusunda tavsiyeler ve

f) Öneminden ötürü, aşağıdaki (4.) fıkraya göre alınmış bir kararla Komitenin oybirliğini gerektirdiğine karar verebileceği sorunlar.

2. Çalışma kurallarından ya da mali ve yönetsel düzenlemelerden doğan sorunlar, Komiteye katılmaya yetkili temsilcilerin salt çoğunluğuyla kararlaştırılabilir.

3. 4. ve 5. maddelere göre Komitenin alacağı kararlar, Komiteye katılmaya yetkili tüm temsilcilerin üçte iki çoğunluğunun oyunu gerektirir.

4. Bütçenin, çalışma kurallarının ve mali ve yönetsel düzenlemelerin, yukarıdaki (1e) fıkrasında belirtilenler dışında, bu Statünün maddelerinin değiştirilmesi tavsiyelerinin kabulü ve kuşku doğduğu durumlarda bu maddenin hangi fıkrasının uygulanacağına ilişkin kararlar dahil, Komitenin tüm öteki kararları, oy kullanan temsilcilerin üçte ikilik çoğunluğunun ve Komiteye katılmaya yetkili temsilcilerin çoğunluğunun oyunu gerektirir.

Madde 21 - 1. Komite tersine bir karar almadıkça, Bakanlar Komitesinin toplantıları;

a) Kapalı olarak ve

b) Konseyin merkezinde,

Yapılır.

2. Komite, kapalı olarak yapılan bir toplantının sonuç ve tartışmalarına ilişkin hangi bilgilerin yayımlanacağını belirler.

3. Komite, Danışma Meclisinin her dönem başlangıcından önce ve başlangıcında; bunun dışında gerek gördükçe toplanır.

BÖLÜM V

DANIŞMA MECLİSİ

Madde 22 - Danışma Meclisi Avrupa Konseyinin görüşme organıdır.

Bu statüye göre yetkisi içine giren konulan görüşür ve aldığı kararlar tavsiyeler biçiminde Bakanlar Komitesine sunar.

Madde 23 - 1. Danışma Meclisi, Avrupa Konseyinin 1. bölümünde tanımlanmış olan amaç ve alanı içindeki herhangi bir konuyu tartışıp tavsiyelerde bulunabilir. Bakanlar Komitesi tarafından görüş bildirme isteğiyle kendisine verilmiş herhangi bir konu üzerinde tartışıp tavsiyelerde bulunabilir.

2. Danışma Meclisi, yukarıdaki (1.) fıkra hükümleri uyarınca gündemini hazırlar. Bunu yaparken Konsey üyelerinden kimilerinin ya da tümünün taraf olduğu öteki Avrupa Uluslararası Örgütlerinin çalışmalarını göz önünde bulundurur.

3. Meclis Başkanı kuşku doğduğunda, dönem sırasında ortaya konan herhangi bir sorunun Meclis gündeminde bulunup bulunmadığını kararlaştırır.

Madde 24 - Danışma Meclisi 38. maddenin (4.) fıkrası hükümlerini gereğince göz önüne alarak 23. maddeye göre yetki alanına giren herhangi bir konuyu inceleyerek kendisine rapor sunmak, gündemindeki konulan araştırmak ve tüm çalışma kurallarına ilişkin görüş bildirmek üzere komite ve komisyonlar oluşturabilir.

Madde 25 - 1. Danışma Meclisi, her üyenin, kendi kararlaştıracığı yöntemle kendi parlamentosu tarafından ve üyeleri arasından seçilmiş veya parlamento üyeleri arasından atanmış temsilcilerinden oluşur. Bununla birlikte her üye hükümetin parlamento toplantıda bulunmadığı ve bu konuda izlenecek kuralı koymamış olduğu durumlarda gerekli ek atamaları yapmaya hakkı vardır. Her temsilci, temsil ettiği üyenin uyruğu olmalıdır. Ancak, bir meclis üyesi, aynı zamanda Bakanlar Komitesi üyesi olamaz.

Bu yolla atanmış olan temsilcilerin görev süresi atanmalarını izleyen olağan dönemin açılış tarihinden başlar, bir sonraki olağan dönemin ya da daha sonraki olağan dönemin açılışında sona erer. Ancak parlamento seçimleri yapıldığında üyelerin yeni atamalarda bulunma yetkisi vardır.

Bir üye, ölüm veya çekilmeden doğan boşlukları doldurur ya da Parlamento seçimler sonucu yeni atamalar yaparsa, yeni temsilcilerin görev süresi, atanmalarını izleyen ilk oturum tarihinden başlar.

2. Bir meclis dönemi içinde Meclisin onayı olmadan hiç bir temsilcinin görevine son verilemez.

3. Her temsilcinin, hazır bulunmadığı durumlarda kendisi yerine oturumlara katılacak, konuşacak ve oy verecek bir yedeği bulunabilir.

Yukarıdaki (1.) fıkra hükümleri, yedeklerin atanmasına da uygulanır. Üyeler, aşağıda belirtilen sayıda temsilci bulundurmaya yetkilidir.

Almanya (13.7.1950)	18	İzlanda (9.3.1950)	3
Andora (10.10.1994)	2	Güney Kıbrıs Rum Yönetimi (24.5.1961)	3
Arnavutluk (13.07.1995)	4	Latviya (10.2.1995)	3
Avusturya (16.04.1956)	6	Lihtenştayn (23.11.1978)	2
Azerbaycan (25.1.2001)	6	Litvanya (14.5.1993)	4
Belçika (5.5.1949)	7	Lüksemburg (5.5.1949)	3
Bulgaristan (7.5.1992)	6	Macaristan (6.11.1990)	7
Büyük Britanya Birleşik Krallığı ve Kuzey İrlanda (5.5.1949)	18	Malta (29.4.1965)	3
Çek Cumhuriyeti (30.6.1993)	7	Eski Yugoslavya Makedonya 5 Cumhuriyeti (9.11.1995)	3
Danimarka (5.5.1949)	5	Moldavya (13.7.1995)	5
Ermenistan (25.1.2001)	4	Norveç (5.5.1949)	5
Estonya (14.5.1993)	3	Polonya (29.11.1991)	12
Finlandiya (5.5.1989)	5	Portekiz (22.9.1976)	7
Fransa (5.5.1949)	18	Romanya (7.10.1993)	10
Gürcistan (27.4.1999)	5	Rusya Federasyonu (28.2.1996)	18
Hırvatistan (6.11.1996)	5	San Marino (16.11.1988)	2

Hollanda (5.5.1949)	7	Slovakya (30.6.1993)	5
İrlanda (5.5.1949)	4	Slovenya (14.5.1993)	3
İspanya (24.11.1977)	12	Türkiye (13.4.1950)	12
İsveç (5.5.1949)	6	Ukrayna (9.11.1995)	12
İsviçre (6.5.1963)	6	Yunanistan (9.8.1949)	7
İtalya (5.5.1949)	18		

Madde 27 - Bakanlar Komitesinin Danışma Meclisi görüşmelerinde topluca temsil edilebilme veya Komitenin bireysel temsilcilerinin ya da yedeklerinin Mecliste söz alabilme koşulları Meclise danışıldıktan sonra Komite tarafından bu konuda hazırlanacak çalışma kurallarına göre belirlenir.

Madde 28 - 1. Danışma Meclisi kendi çalışma kurallarını koyar ve üyeleri arasından başkanını seçer. Başkan, gelecek olağan döneme kadar görevde kalır.

2. Başkan oturumu yönetir, ancak görüşmelere katılıp oy veremez. Başkan olan temsilcinin yedeği onun yerine oturuma katılır, konuşur ve oy kullanır.

3. Çalışma kurulları, ötekilerin yanı sıra,

a) Toplantı ve karar yeter sayısını;

b) Başkan ve öteki görevlilerin seçilme yöntemi ve görev sürelerini;

c) Gündemin hazırlanma ve temsilcilere duyurulma yöntemini;

d) Temsilcilerin ve yedeklerinin adlarının bildirilme zamanını ve biçimini; belirler

Madde 29 - 30. maddenin hükümleri saklı kalmak üzere, Danışma Meclisinin,

1. Bakanlar Komitesine tavsiyeleri içeren;

2. Komiteye Mecliste görüşülmesi için konular öneren;

3. Komite ve komisyonlar kur'an;

4. Dönemlerin başlangıç tarihini belirleyen;

5. Yukarıdaki fıkralarda yer almayan durumlarda karar yeter sayısını veya kuşku doğduğunda gerekli çoğunluğu belirleyen;

Kararları dahil tüm kararları oy veren temsilcilerin üçte iki çoğunluğunu gerektirir.

Madde 30 - Danışma Meclisinin, görevlilerin seçilmesi, komite ve komisyonlarda hizmet verecek kimselerin atanması ve çalışma kurallarının kabulünü içeren iç işleyişe ilişkin konulardaki kararları, 29. maddenin 5. fıkrası uyarınca Meclisin belirleyeceği çoğunlukla alınır.

Madde 31 - Bir konunun Danışma Meclisinin gündeminde yer alması için Bakanlar Komitesine yapılacak öneriler üzerindeki görüşmeler önerilen konunun saptanmasıyla, gündeme alınması konusundaki yandaş ve karşı gerekçelerle sınırlıdır.

Madde 32 - Danışma Meclisi, her yıl olağan dönemde toplanır. Olağan dönem oturumlarının tarih ve süresi, elden geldiğince üyelerin parlamento oturumları ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun oturumlarıyla çakışmayacak biçimde Meclis tarafından belirlenir. Meclis ve Bakanlar Komitesi birlikte tersine karar vermedikçe olağan dönem oturumlarının süresi, bir ayı aşamaz.

Madde 33 - Meclis ve Bakanlar Komitesi birlikte başka bir yerde yapılmasına karar vermedikçe Danışma Meclisinin olağan dönem oturumları Konseyin merkezinde yapılır.

Madde 34 - Danışma Meclisi, Bakanlar Komitesi veya Meclis Başkanının girişimiyle ve oturumun tarih ve yeri dahil aralarında anlaşma sağladıktan sonra olağanüstü bir toplantıya çağrılabilir.

Madde 35 - Danışma Meclisi tersine karar almadıkça görüşmeleri açıktır.

BÖLÜM VI

SEKRETERLİK

Madde 36 - 1. Sekreterlik bir Genel Sekreter, bir Genel Sekreter Yardımcısı ve gerekli öteki personelden oluşur.

2. Genel Sekreter ve Genel Sekreter Yardımcısı, Bakanlar Komitesinin tavsiyesi üzerine Danışma Meclisi tarafından atanır.

3. Sekreterliğin öteki personeli, yönetsel işlem kurallarına göre Genel Sekreter tarafından atanır.

4. Sekreterliğin hiç bir üyesi, herhangi bir hükümetten ücretli bir görev kabul edemez. Yine bir Sekreterlik üyesi, Danışma Meclisinin ya da ulusal yasama organlarının üyesi olmayacağı gibi, göreviyle bağdaşmayan bir işle uğraşamaz.

5. Sekreterliğin tüm görevlileri, görevinin Avrupa Konseyi için olduğuna ve bu görevi herhangi bir ulusal düşünceden etkilenmeksizin vicdanına göre yerine getireceğine, görevlerini yaparken herhangi bir hükümetten ya da Konsey dışındaki bir makamdan talimat alıp almayacağına, salt Konseye karşı sorumlu bir uluslararası memur statüsüyle bağdaşmayacak herhangi bir eylemden kaçınacağına ilişkin resmi bir bildirimde bulunur. Genel Sekreter ve Genel Sekreter Yardımcısı bu bildirim Komite önünde, öteki görevlilerse Genel Sekreter önünde yapar.

6. Her üye, Genel Sekreterin ve Sekreterlik görevlilerinin sorumluluklarının özellikle uluslararası niteliğine saygı gösterir ve sorumluluklarını yerine getirirken onları etkilemekten kaçınır.

Madde 37 - 1. Sekreterlik Konseyin merkezinde bulunur.

2. Genel Sekreter, Sekreterliğin çalışmalarından Bakanlar Komitesine karşı sorumludur. Ötekilerin yanı sıra, 38. maddenin (4.) fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere Danışma Meclisinin gerek duyduğu sekreterlik ve öteki hizmetleri sağlar.

BÖLÜM VII

MALİ KONULAR

Madde 38 - 1. Her üye, Bakanlar Komitesi ve Danışma Meclisindeki temsilinin giderlerini kendisi karşılar.

2. Sekreterliğin giderleri ve tüm öteki ortak giderler, tüm üyeler arasında üyelerin nüfuslarına göre Komite tarafından belirlenecek oranlarda bölüşür. Ortak üyelerin katkıları Komite tarafından belirlenir.

3. Konseyin bütçesi, mali düzenlemeler uyarınca Genel Sekreter tarafından yıllık olarak kabul edilmek üzere Komiteye sunulur.

4. Genel Sekreter, Meclisten gelen ve Meclis ve etkinlikleri için bütçede ayrılmış miktarı aşan harcamaları içeren istekleri Komiteye iletir.

5. Genel Sekreter, Komiteye sunulmuş tavsiyelerden her birinin yerine getirilmesinin yol açacağı giderlere ilişkin tahmini tutarını da Bakanlar Komitesine sunar. Uygulanması ek harcamayı gerektiren bir karar, bu gibi bir ek harcamaya karşılık olan masraf tahminleri onaylanmadıkça, Bakanlar Komitesince kabul edilmiş sayılmaz.

Madde 39 - Genel Sekreter, her yıl üyelerin hükümetlerince ödenecek katkı tutarını bildirir ve her üye bunu Genel Sekretere öder. Ödeme yükümlülüğü bildirim tarihinde başlar ve en geç bu tarihten sonraki altı ay içinde yerine getirilir.

BÖLÜM VIII

AYRICALIK VE DOKUNULMAZLIKLAR

Madde 40 - 1. Avrupa Konseyi, üyelerin temsilcileri ve Sekreterlik; üyelerin ülkelerinde, görevini yerine getirmek için gereken ölçüde ayrıcalık ve dokunulmazlıklardan yararlanır. Bu dokunulmazlık; Danışma Meclisinin tüm temsilcilerinin Meclisteki veya Komite ve Komisyonlardaki sözleri ve oyları nedeniyle tüm üye ülkelerde tutuklanma ve yasal işleme karşı bağımsızlığı içerir.

2. Üyeler yukarıdaki (1.) fıkranın hükümlerini yerine getirmek üzere olabildiğince kısa bir sürede anlaşmaya varmayı üstlenir. Bu amaçla Bakanlar Komitesi, üyelerin hükümetlerine, ülkelerinde tanınacak ayrıcalık ve dokunulmazlıkları tanımlayan bir anlaşmanın kabulünü tavsiye eder. Ayrıca, Fransa Cumhuriyeti hükümetiyle Konseyin merkezinde yararlanacağı ayrıcalık ve dokunulmazlıkları belirleyen bir özel anlaşmaya varılır.

BÖLÜM IX

DEĞİŞİKLİKLER

Madde 41 - 1. Bu Statünün değiştirilmesi yolundaki öneriler, Bakanlar

Komitesinde veya 23. maddede öngörülen koşullara göre Danışma Meclisinde yapılabilir.

2. Komite, uygun gördüğü değişiklikleri tavsiye eder ve bir Protokol biçiminde düzenlenmesini sağlar.

3. Statüyü değiştiren bir Protokol, üyelerin üçte ikisi tarafından imzalanıp onaylanınca yürürlüğe girer.

4. Bu maddenin daha önceki fıkralarının hükümlerine bağlı olmaksızın 23., 35. maddeleriyle 38. ve 39. maddelerini değiştiren ve Komite ve Meclişçe kabul edilen değişiklikler, kabul edildiğini gösteren ve Genel Sekreter tarafından üyelerin hükümetlerine verilen bir belgenin taşıdığı tarihte yürürlüğe girer. Bu fıkra, ancak Meclisin ikinci olağan döneminin bitiminden sonra işlerlik kazanır.

BÖLÜM X

SON HÜKÜMLER

Madde 42 - 1. Bu Statü, onaylamaya açıktır. Onay belgeleri Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı hükümetine verilir.

2. Bu Statü, yedi onay belgesinin verilmesiyle birlikte yürürlüğe girer. Birleşik Krallık Hükümeti, Statünün yürürlüğe girdiğini bildiren ve o tarihteki Avrupa Konseyi üyelerinin adlarını gösteren bir belgeyi tüm imzacı hükümetlere gönderir.

3. Bundan sonra bu Statüyü imzalayan her devlet, kendi onay belgesini verdiği tarihten başlayarak bu Statüye taraf olur.

Gereğince yetkili kılınmış olan aşağıda imzası bulunanlar, yukarıdaki hükümleri kabul ederek bu Statüyü imzalamıştır.

Bu Statü, her iki metni de özgün olmak ve tek kopya olarak Birleşik Krallık Arşivine konmak üzere Fransızca ve İngilizce olarak 1949 Mayısının 5.günü Londra'da yapılmıştır. Birleşik Krallık Hükümeti onaylı örneklerini öteki imzacı Hükümetlere gönderir.

