

**HUKUK GÜVENLİĞİ VE GENİŞ ANLAMDA
MÜLKİYET HAKKI ÇALIŞMA GRUBUNUN
667 – 688 SAYILI OHAL KHK'LARI
HAKKINDA RAPORU**



Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 344

*HUKUK GÜVENLİĞİ VE GENİŞ ANLAMDA
MÜLKİYET HAKKI ÇALIŞMA GRUBUNUN
667 – 688 SAYILI OHAL KHK'LARI HAKKINDA RAPORU*

ISBN: 978-605-9446-43-3

Yayıncı Sertifika No: 15566

© Türkiye Barolar Birliği

Baskı Tarihi: Temmuz 2017, Ankara

Türkiye Barolar Birliği
Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad.
Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8
06520 Balgat - ANKARA

Tel: (312) 292 59 00 (pbx)

Faks: 312 286 55 65

www.barobirlik.org.tr

yayin@barobirlik.org.tr

Baskı

Şen Matbaa

Özveren Sokağı 25/B

Demirtepe-Ankara

(0312. 229 64 54 - 230 54 50)

Sertifika No: 14251

HUKUK GÜVENLİĞİ VE GENİŞ ANLAMDA MÜLKİYET HAKKI ÇALIŞMA GRUBUNUN 667 – 688 SAYILI OHAL KHK'LARI HAKKINDA RAPORU

HUKUK GÜVENLİĞİ VE GENİŞ ANLAMDA MÜLKİYET HAKKI ÇALIŞMA GRUBU

Başkan : *Av. Münci Özmen*

Üyeler : *(Soyadı alfabetik sırasıyla):*

Av. Enver Aksakal

Yard. Doç Dr. Artuk Ardıçoğlu

Av. Mustafa Kemal (Bögün) Baran

Av. Dr. Gülnur Erdoğan

Av. Doğan İlhan

Av. Hasan Keleşoğlu

Av. Mehmet Koyuncu

Av. Gonca Özmumcu

Av. Songül Sadioğlu

Av. Nurhan Ünal

Av. İzzet Varan

Av. Şafak Yılmaz

MART 2017 / ANKARA

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	9
I. GİRİŞ - HUKUK KURALLARI	11
1. Türkiye'nin iç hukuk kuralları	11
1.1. Anayasanın olağanüstü hallerle ilgili kuralları	11
1.2. 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu	13
2. Türkiye'yi bağlayan uluslararası hukuk kuralları	14
2.1. BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (1948)	14
2.2. Avrupa Konseyi (AK) Statüsü (kuruluş anlaşması) (1949)	14
2.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) (1950)	15
2.3.2. Türkiye'nin AK Genel Sekreteri'ne sunduğu 21.7.2016 tarifli askıya alma (derogation) bildirim ve kapsamı	20
2.3.3. Venedik Komisyonu'nun 667 - 676 sayılı olağanüstü hal KHK'larına ilişkin 12.12.2016 tarihli görüşü	21
2.4. BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966)	23
2.4.1. BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nden doğan yükümlülüklerden ayrılan tedbirler alınması (derogations) ile ilgili, Sözleşmenin 4. maddesi	25
2.4.2. Türkiye'nin BM Genel Sekreteri'ne sunduğu, yükümlülüklerden ayrılan tedbirler alma (derogation) bildirim 26	
2.4.3. BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ne göre kurulmuş bulunan İnsan Hakları Komitesi'nin yükümlülüklerden ayrılan tedbirlere (derogations) ilişkin 29 no.lu Genel Yorumu	26
2.5. BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (1966) ..	27
2.6. Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) Sözleşmeleri	28

2.7. Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı	30
--	----

II.ÇALIŞMA GRUBUNUN GÖREV ALANINI BELİRLEYEN KAVRAMLAR

31

1.Hukuk güvenliği kavramı.....	31
2.Geniş anlamda mülkiyet hakkı kavramı.....	33
2.1.İç hukuk	33
2.2.AİHS'ye Ek 1 no.lu Protokol'ün 1. Maddesi	33
2.3.Devletin, mülkiyet hakkını koruma yükümlülüğü	35
2.4.Devletin zilyetlik/mülkiyet hakkına müdahalesi.....	35
2.4.1. Devletin, zilyetlik/mülkiyet hakkından yoksun bırakması	35
2.4.2. Kişinin zilyetlik/mülkiyet hakkından yoksun bırakıldığına ilişkin şikayetinin AİHM tarafından 4 aşamalı olarak incelenmesi	36
2.4.3. AİHM'nin, zilyetlik/mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikayeti, başka bir hakkın kapsamında değerlendirmesi	38
2.4.4. Zilyetlik/mülkiyet hakkı ihlalinin, başka hak ihlallerinin sonucu olması	38
2.4.5. Aynı olgunun zilyetlik/mülkiyet hakkı dahil, birkaç hakkın ihlaline kaynak oluşturması	39
2.4.6. Devletin, mülkün kullanımını denetlenmesi	39

III.667-688 SAYILI OLAĞANÜSTÜ HAL KHK'LARININ , HUKUK GÜVENLİĞİ VE GENİŞ ANLAMDA MÜLKİYET HAKKI İLE İLGİLİ MADDELERİ

40

• Görevden ve meslekten çıkarma	41
• Görevden ve meslekten çıkarılanların çalışma ve diğer haklarının kısıtlanması	42

- Öğrencilikten çıkarılanların ve görevden uzaklaştırılan veya haklarında soruşturma veya kovuşturma yapılan doçent adaylarının çalışma ve diğer haklarının kısıtlanması 43
- Kapatılan kurum ve kuruluşların varlıklarına bedelsiz olarak el konması, şirketlere kayyım atanması ve şirketlerin tasfiye edilmesi 44
- Özel hukuk alanında doğan haklara müdahale 45
- Eylem ve işlemlerinden dolayı, görevlilerin veya görev alanların sorumsuzluğu 46
- Hak arama yollarının kapatılması ve zararların önlenmesinin engellenmesi 47

IV.HAK ARAMA YOLLARI..... 49

- 685 sayılı KHK' da kurulması öngörülen Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonu..... 49
- 685 sayılı KHK'nın öngördüğü Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonu'nun başvuruları almaya başlayacağı tarihin ilan edilmesine kadar, bu Komisyonun görevine giren konularda tüketilecek yollar..... 51
- 685 sayılı KHK'nın öngördüğü Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonu'nun görevine girmeyen konularda tüketilecek yollar52
- Yargı mensuplarının meslekten çıkarılmalarına karşı, 685 sayılı KHK'da öngörülen, Danıştay'da dava açma yolu 52
- İç hukuk yollarının AİHM kararlarına odaklı olarak tüketilmesi .52
- AİHS ve ek Protokollerde güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin askıya alınmalarının, AİHM'ye yapılacak başvuruları etkilemesi 54

V.DEĞERLENDİRME VE SONUÇ..... 54

Kaynakça 55

Kısaltmalar (alfabetik sırayla) 57

ÖNSÖZ

15 Temmuz 2016 darbe girişiminden sonra ilan edilen olağanüstü hal çerçevesinde yürürlüğe konulan KHK'lar ile çok kapsamlı olağanüstü hal tedbirleri alınmış ve yasalarda, olağanüstü hal dönemiyle sınırlı olmayan değişiklikler yapılmıştır. Bu nitelikte KHK'ların çıkarılmasına devam edilmektedir.

Darbe girişimiyle ortaya çıkan tehlikenin boyutları büyüktür. Anayasamızın ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerimizin sınırları içinde kalmak koşuluyla, söz konusu tehlikenin giderilmesi amacıyla yönelik tedbirlerin alınmasının, hukuk devletine aykırı bir yönü yoktur. Ancak, yürürlüğe konulan KHK'larla, söz konusu tehlikenin giderilmesi amacının ötesine geçilmiş ve uygulamaya konulan tedbirlerde, gereklilik ve orantılılık koşulları gözetilmemiştir. Bu durum, başta hukuk güvenliği olmak üzere, hukuk devletinin temel niteliklerine aykırı bir görünüm yaratmıştır. Hak arama yollarının kapatılması ise, hukuk devletinde, hiçbir gerekçeyle açıklanamayacak bir aykırılık oluşturmanın yanında, diğer bütün aykırılıkları da daha ağır bir hale getirmiştir.

Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi Yürütme Kurulu'na bağlı, Hukuk Güvenliği ve Geniş Anlamda Mülkiyet Hakkı Çalışma Grubu, olağanüstü hal çerçevesinde yürürlüğe konulan 667-688 sayılı KHK'ları, Anayasamız ve taraf olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 1 no.lu Protokol ile güvence altına alınan mülkiyet hakkı açısından incelemiş ve sunulan raporu hazırlamıştır.

Bu raporun, değerli meslektaşlarımın çalışmalarında yararlı olmasını diler, Hukuk Güvenliği ve Geniş Anlamda Mülkiyet Hakkı Çalışma Grubu üyelerine ve Türkiye Barolar Birliği'nin emeği geçen görevlilerine teşekkür etmeyi bir borç bilirim.

Av. Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

HUKUK GÜVENLİĞİ VE GENİŞ ANLAMDA MÜLKİYET HAKKI ÇALIŞMA GRUBUNUN 667 - 688 SAYILI OHAL KHK'LARI HAKKINDA RAPORU

I. GİRİŞ - HUKUK KURALLARI

1. Türkiye'nin iç hukuk kuralları

1.1. Anayasanın olağanüstü hallerle ilgili kuralları

- a) Anayasanın 15. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, olağanüstü hallerde, *“milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla”*, *“durumun gerektirdiği ölçüde”* temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Ancak, bu uygulamanın sınırları vardır.

Bu sınırların ilkinin, aynı fıkroda yer alan, *“milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla”* ibaresi ortaya koymaktadır. Bu kural uyarınca, olağanüstü hal tedbir ve uygulamalarının, Türkiye'nin taraf olduğu, dolayısıyla, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler altına girdiği insan haklarıyla ilgili uluslararası sözleşmelerin (örn., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi [AİHS], BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi) hükümlerine aykırı olmaması gerekmektedir.

Aynı fıkroda yer alan ikinci sınır, *“durumun gerektirdiği ölçüde”* ibaresiyle ifade edilmiştir. Bu ibareden, temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasını kısmen veya tamamen durduran veya Anayasada öngörülen güvencelere aykırı olarak alınan tedbirlerin, olağanüstü hale yol açan tehlikenin ortadan kaldırılması için gerekli ve bu amaç açısından ölçülü yani, bu amaçla orantılı ol-

ması koşullarına (“*gereklilik*” ve “*orantılılık*” koşulları) bağlandığı anlaşılmaktadır.

Diğer sınır, aynı maddenin 2. fıkrasında yer alır: Buna göre, olağanüstü hallerde, kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaktan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

b) Anayasanın 121. maddesinin 3. fıkrasına göre, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü hal süresince, “*olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda*” kanun hükmünde kararname (KHK) çıkarabilir ve Resmi Gazetede yayımlandığı gün TBMM'nin onayına sunulur; bu KHK'ların TBMM tarafından onaylanmasına ilişkin süre ve usul İttüzükte belirlenir.

Anayasanın bu fıkrasının atıfta bulunduğu TBMM İttüzüğü'nün 128. maddesinin 1. fıkrası ise, şu hükmü içerir: TBMM'ne sunulan olağanüstü hal KHK'ları öncelikle ve ivedilikle ve en geç 30 gün içinde görüşülür ve karara bağlanır. 128. maddenin 2. fıkrasına göre, komisyonlarda en geç 20 gün içinde görüşmeleri tamamlanmayan olağanüstü hal KHK'ları, TBMM Başkanlığınca doğrudan doğruya Genel Kurul gündemine alınır ¹.

Anayasanın 121. maddesinin 3. fıkrası, olağanüstü hal KHK'larını konu bakımından sınırlamıştır: Olağanüstü hal KHK'ları sadece “*olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda*” çıkarılabilir. Bunun dışında kalan konularda KHK çıkarılması Anayasaya aykırıdır.

¹ TBMM tatildeyken çıkarılan OHAL KHK'larının, belirtilen kurala göre görüşülmesini sağlamak amacıyla TBMM'nin toplantıya çağırılmaması, Venedik Komisyonu'nun 12.12.2016 tarihli görüşünün 51 ve 52. paragraflarında eleştirilmiştir (Venedik Komisyonu'nun 12.12.2016 tarihli görüşünün Türkçe çevirisi TBB'nin web sitesinde yayımlanmıştır). Venedik Komisyonu hakkında bilgi için bkz., dip-not 17.

- c) Anayasanın 119. ve 120. maddeleri ile 121. maddesinin 1. fıkrası, OHAL'in geçici bir yönetim usulü olduğunu ortaya koyar. 119 ve 120. maddelere göre, olağanüstü hal en çok 6 ay süre için ilan edilebilir. Anayasanın 121. maddesinin 1. fıkrası ise, T.B.M.M.'nin olağanüstü halin her defasında en çok 4 ay süre için uzatılmasına karar alabileceğini belirtir. Olağanüstü hal yönetim usulünün geçici nitelikte olmasının nedeni, nihai amacın, temel hak ve özgürlüklerin tam olarak uygulandığı olağan yönetim düzenine olabilecek en kısa zamanda dönülmesidir. Nihai amaç bu olunca, olağanüstü halin devamı veya uzatılması için, olağanüstü hale yol açan tehlikenin ortadan kaldırılamamış veya devam ediyor olması ve bu durumun da ortaya konması gerekir.

1.2. 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu

Bu kanunun 4. maddesi, Anayasanın 121. maddesinin 3. fıkrasının tekrarı niteliğindedir.

Kanunun 11. maddesinde ise, şiddet hareketlerinde alınacak tedbirler sayılmıştır. Bu tedbirler, yerleşim yerlerini boşaltmak; öğrenime ara vermek; öğrenci yurtlarını, eğlence yerlerini, konaklama tesislerini kapatmak; ulaşım araçlarının bölgeye giriş çıkışını kayıtlamak, yasaklamak; sokağa çıkma yasağı koymak; kişilerin dolaşmalarını, toplanmalarını yasaklamak; kişilerin üstünü, araçlarını, eşyalarını aramak ve bunlara el koymak; yayınları yasaklamak ve toplatmak; sahne oyunlarını ve filmleri yasaklamak ve durdurmak; kişi ve toplulukların bölgeye girişini yasaklamak, bölge dışına çıkarmak ve bölgede yerleşimi yasaklamak; toplantı ve gösterileri yasaklamak, ertelemek; derneklerin faaliyetini durdurmak gibi tedbirlerdir.

Kanunun 33. maddesine göre, İçişleri Bakanına, OHAL Bölge Valisine ve Valiye OHAL'le ilgili olarak tanınan yetkilerin kulla-

nımı kapsamındaki işlemlere karşı idari yargıda açılan davalarda yürütmenin durdurulması kararı verilmez.

2. Türkiye'yi bağlayan uluslararası hukuk kuralları²

2.1. BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (1948)³

BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Giriş Bölümü'nün ilk cümlesinde belirtildiği gibi, dünyada özgürlük, adalet ve barışın, ancak, her insanın onurunun ve vazgeçemeyeceği ve devredemeyeceği haklarının bulunduğunun içselleştirilmesiyle sağlanabileceği düşüncesinden doğmuş ve klasik, sosyal ve ekonomik hak ve özgürlükleri güvence altına alan uluslararası insan hakları sözleşmelerine kaynak oluşturmuştur. Bunların başında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile BM Ekonomik, Kültürel ve Sosyal Haklar Sözleşmesi gelir (sözü edilen iki BM Sözleşmesi için bkz., aşağıda, 2.4. ve 2.5. no.lu paragraflar).

AİHS giriş bölümünde, AİHS'ye taraf devletlerin, AİHS'deki güvenceler üzerinde anlaşmaya varmakla, BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde yer alan hakların etkin olarak tanınıp saygı gösterilmesi yönünde ilk adımı atmış oldukları belirtilmiştir. Buradan, AİHS'nin özünde BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde yer alan haklar bulunduğu anlaşılmaktadır.

2.2. Avrupa Konseyi (AK) Statüsü (kuruluş anlaşması) (1949)⁴

AK Statüsünün 3. maddesinde AK üyesi devletlerin “*hukuk devleti*” ilkesini ve insan hakları ile temel özgürlüklerin herkes

² Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına göre, yasa ve Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşma, aynı konuda farklı hükümler içeriyorsa, uluslararası anlaşma hükümleri esas alınır.

³ 10.12.1948 tarihinde BM Genel Kurulunda kabul edilmiştir.

⁴ Türkiye 13.4.1950 tarihinde taraf olmuştur.

tarafından kullanılabilmesini kabul etmeleri gerektiği vurgulanmıştır. Bu gereğe uymamanın yaptırımı, 8. maddede, ilgili devletin AK'de temsilinin askıya alınması, üyelikten çekilmesinin istenmesi veya üyelikten çıkarılması olarak düzenlenmiştir.

2.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) (1950)⁵

AİHS'nin Giriş Bölümü'nde, AİHS'ye taraf devletlerin, adalet ve barışın temelinde özgürlüklerin yattığına ve bu özgürlüklerin, “*etkin siyasi demokrasi*” ve insan haklarına saygı gösterilmesiyle sürdürülebileceğine olan inançlarını teyit ettikleri ve siyasi gelenekler, ülküler, özgürlük ve “*hukuk devleti*” bakımından aynı düşünce ve mirası paylaştıkları belirtilmiştir. AİHS'nin giriş bölümü, AİHS'nin özünü yansıtmaları bakımından önemlidir. Bu bölümde belirtildiği gibi, AİHS, BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde yer alan hakların etkin olarak tanınıp saygı gösterilmesi yönünde atılan ilk adımdır (bkz., yukarıda 2.1. no.lu paragraf). İlk adım olduğu için, AİHS'nin ana metninde, klasik temel hak ve özgürlüklerin sadece 12 tanesine yer verilmiştir. Bunlar, yaşam hakkı (m. 2), işkence yasağı (m. 3), kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (m. 4), özgürlük ve güvenlik hakkı (m. 5), adil yargılanma hakkı (m. 6), işlendiği zaman yasada suç sayılmayan bir eylemden dolayı cezalandırılma yasağı (m. 7), özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı (m. 8), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (m. 9), ifade özgürlüğü (m. 10), toplanma ve örgütlenme özgürlüğü (m. 11), evlenme hakkı (m. 12) ve AİHS'deki hakların ihlali durumunda, iç hukukta ihlali giderecek etkin çözüm yolu hakkından (m. 13) ibarettir ⁶. Diğer hak ve özgürlükler

⁵ Türkiye 18.5.1954 tarihinde taraf olmuştur.

⁶ AİHS m. 14'te yer alan ayrımcılık yasağı, kendi başına bir hak doğurmaz. Bu nedenle, AİHS'nin ana metninde yer alan hak ve özgürlükler arasında sayılmamıştır. Bu yasak, sadece AİHS'de yer alan hak ve özgürlüklerin uygulanmasıyla ilgilidir. Maddeye göre, AİHS'deki hak ve özgürlükler, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka nitelikte görüşler, ulusal ve toplumsal köken, bir ulusal azınlıkla bağlantı, mülkiyet, doğum veya başka statüler temelinde

ise, AİHS'ye Ek Protokollerle düzenlenmiştir. Örneğin, mülkiyet hakkı, eğitim hakkı ve seçme-seçilme hakkı Ek 1 no.lu Protokolle güvence altına alınmıştır^{7, 8}.

2.3.1. AİHS'den doğan yükümlülüklerin askıya alınması (derogation)⁹ ile ilgili AİHS'nin 15. maddesi

AİHS'nin 15. maddesine göre, olağanüstü hallerde, “durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde” ve “milletlerarası hukuktan doğan

de ayrımcılık yapılmadan uygulanmalıdır. Dolayısıyla, ayrımcılık yasağına, sadece AİHS'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerin ayrımcılık yapılarak ihlal edildiği durumlarda dayanılabilir. Buna karşılık, ayrımcılığı genel olarak yasaklayan Ek 12 no.lu Protokol'e taraf olan devletler açısından ayrımcılık yasağı kendi başına hak doğurur yani, genel ayrımcılık yasağına dayanmak için başka hak veya özgürlüğün ihlal edildiğini ileri sürmek gerekmez. Türkiye Ek 12 no.lu Protokole taraf değildir.

⁷ AİHS'ye Ek Protokoller, güvence altına aldıkları hak ve özgürlükleri, bu Protokollere taraf olan devletler açısından AİHS'nin ana metnine ekler ve AİHS, bu devletler açısından, eklenen hak ve özgürlüklerle kaynaşmış bir bütün oluşturur. Bu nedenle, fesih söz konusu olduğunda, taraf olunan Ek Protokollerini değil, AİHS'yi feshetmek gerekir.

⁸ Türkiye, Ek 1 no.lu Protokolü, eğitim hakkıyla ilgili 2. maddesine çekince koyarak 18.5.1954 tarihinde taraf olmuştur. Çekinceye göre, Ek 1 no.lu Protokol'ün eğitim hakkıyla ilgili 2. maddesi, Tevhid-i Tedrisat Kanunu'nun hükümlerinin uygulanmasını etkilemeyecektir. Çekince metni için bkz.: http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/009/declarations?p_auth=gKkGLmpp&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_enVigueur=false&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_searchBy=state&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_codePays=TUR&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_codeNatu-re=2 (erişim tarihi: 4.4.2017).

⁹ Bazı hukukçular “derogation” sözcüğünün, “askıya alma” değil, “yükümlülüklerin azaltılması” olarak çevrilmesinin daha doğru olacağını savunmaktadırlar. AK İnsan Hakları Komiseri'nin 7.10.2016 tarihli memorandumunun 14. ve 25. paragraflarında da, “derogation” sözcüğünün, yükümlülüklerin askıya alınması anlamına gelmediği vurgulanmıştır. Burada, “yükümlülüklerin askıya alınması” ibaresinin kullanılmasının nedeni, AİHS'nin resmi çevirisinin 15. maddesinin başılığında kullanılmış olmasıdır. AİHS'nin 15. maddesinin karşılığı olan, Anayasanın 15. maddesinde ise kavram, “temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması” veya “Anayasada öngörülen güvencele aykırı tedbirler alınabilmesi” olarak ifade edilmiştir (bkz., yukarıda I. Bölümün 1.1. no.lu paragrafı)

yükümlülüklere ters düşmemek koşuluyla”, AİHS’de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alınabilir ¹⁰. Bu metnin, Anayasanın 15. maddesinin 1. fıkrası ile benzerliği açıktır – şu farkla ki, bu metinde, OHAL tedbirlerinin sınırlarından biri olan “*gereklilik*” koşulu, “*durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde*” biçiminde ifade edilmiştir. Anayasanın 15. maddesinin 1. fıkrasında ise, bu “*gereklilik*” koşulu, OHAL tedbirlerine daha geniş bir alan bırakmak amacıyla, “*durumun gerektirdiği ölçüde*” ibaresiyle düzenlenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ise, alınan OHAL tedbirlerini bireysel başvurular üzerinden denetlerken, AİHS’nin 15. maddesinde formüle edilen “*gereklilik*” koşulunu esas alır. “*Gereklilik*”, “*tehlike*”nin giderilmesi amacına yönelik olmalıdır. Bu bağlamda, askeri personel, istihbarat görevlisi ve polis gibi kamu adına zor kullanma yetkisine sahip görevlilerin yaratacağı “*tehlike*” ile bu tür yetkileri bulunmayan öğretmenin, akademisyenin veya işçinin yaratacağı “*tehlike*”nin aynı ölçüde olduğu söylenemez ¹¹.

AİHM’nin, AİHS’nin 15. maddesinde formüle edilen “*gereklilik*” koşuluyla ilgili en önemli kararı 19.2.2009 tarihli *A. ve diğerleri / Birleşik Krallık* Büyük Daire kararıdır ¹². AİHM, bu kararında,

¹⁰ Tırnak içindeki ibareler, Adalet Bakanlığının web sitesinde yer alan AİHS çevirisinden alınmıştır: http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/uluslararası_belgeleri/insanhaklari_temel.pdf (erişim tarihi; 27.1.2017)
AİHS’nin geçerli olan metinleri İngilizce ve Fransızcadır (AİHS md. 59/son). AİHS’nin 15. maddesinin İngilizce metninde “strictly required by the exigencies of the situation” ibaresi, “durumun kesinlikle gerektirdiği” biçiminde çevrilebilir. Dolayısıyla, Adalet Bakanlığı web sitesinde yer alan Türkçe AİHS’nin 15. maddesinin bu ibaresi, geçerli metni yansıtmaktadır.

¹¹ Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri’nin 7.10.2016 tarihli memorandumunun 28. paragrafı ile Venedik Komisyonu’nun 12.12.2016 tarihli görüşününün 107. paragrafı. Venedik Komisyonu hakkında bilgi için bkz., dip-not 17.

¹² Kararın Türkçe çevirisi; [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"docname":\["\ "-CASE OF A. AND OTHERS v. THE UNITED KINGDOM - \[Turkish Translation\] by the COE Human Rights Trust Fund\""}, "documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-114906"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (erişim tarihi; 9.3.2017)

yabancıların uluslararası terörist olmaları şüphesine dayanılarak, önlem için belirsiz süre gözaltında tutulmalarını (*preventive detention*), durumun kesinlikle gerektirdiği bir tedbir olarak görmemiş ve bu OHAL tedbirinin, orantısız olduğu gerekçesiyle, kişi özgürlüğünü ve güvenliğini (AİHS m. 5/1) ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Kararda, “*gereklilik*” koşulunun değerlendirilmesinin, hukuki nitelikte bir değerlendirme olduğunun; bu nedenle, AİHM'nin bu değerlendirmeyi yapmaya yetkisinin bulunduğunun belirlenmesi de, kararın önemli bir noktasıdır.

AİHM'nin, Türkiye aleyhinde, uygulanan olağanüstü hal tedbirinin, kesin gereklilik koşuluna uymadığı gerekçesiyle, ilgili olağanüstü hal tedbirinin askıya alma kapsamına girmediğini belirten iki kararı bulunmaktadır: 23.9.1998 tarihli *Demir vd./ Türkiye* ve 13.11.2003 tarihli *Elçi vd./ Türkiye* kararları.

AİHS'nin 15. maddesinde “*orantılılık*” koşuluyla ilgili bir hükmün yer almamış olması, AİHM'nin OHAL tedbirlerini denetlerken “*orantılılık*” koşulunu aramayacağı anlamına gelmez. AİHM, AİHS'de güvence altına alınan hak ve özgürlüklere yapılan her müdahalede, amaçla orantılı olmak koşulunu aramaktadır. OHAL tedbirlerinin “*orantılı*” olmasından, OHAL'e neden olan tehlikenin giderilmesi amacıyla orantılı olması yani, aşırıya kaçılmaması anlaşılır. Bu bağlamda, tehlikenin giderilmesi için, görevlilerin açağa alınması veya ilgili kuruluşların faaliyetlerinin geçici olarak durdurulması gibi geçici tedbirler yeterli olabilecektir, görevlilerin meslekten çıkarılması, kuruluşların temelli kapatılması gibi kalıcı ve aşırı tedbirler “*orantısız*” olarak değerlendirilebilir.

AİHS'nin bütün maddelerinden doğan yükümlülöklere aykırı tedbirler alınmasına olanak bulunmamaktadır. AİHS'nin 15. maddesinin 2. fıkrası, meşru savaş eylemleri sonucunda meydana gelen ölümler dışında yaşam hakkıyla ilgili 2. maddeye; işken-

ce ve kötü muamele yasağıyla ilgili 3. maddeye; köle ya da kul yapma yasağıyla ilgili 4. maddenin 1. fıkrasına ve kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralıyla ilgili 7. maddeye aykırı tedbirler alınmayacağını açıkça öngörmüştür. AİHS'ye Ek 7 no.lu Protokolün 1.8.2016 tarihinde Türkiye açısından yürürlüğe girmesi üzerine, bu Ek Protokolün, kişinin aynı suçtan iki kez yargılanıp cezalandırılmayacağı kuralıyla ilgili 4. maddesi de aykırı tedbirler alınamayacak yükümlölükler listesine eklenmiştir ¹³.

AİHS'nin ilgili maddelerinde açıkça belirtilmiş olmasa da, AİHS'nin giriş bölümünde yer verilen ve AİHM tarafından "çoğulcu demokrasi" olarak tanımlanan, "*etkin siyasi demokrasi*" ye ve "*hukuk devleti*" ne aykırı tedbirler alınmasına olanak bulunmadığı tartışmasızdır.

Keza, AİHM'ye bireysel başvuru hakkına aykırı tedbirler alınması da olanak değildir. AİHM'nin, AİHS'den doğan yükümlölüklere aykırı tedbirler alınmasını, AİHS'nin 15. maddesinin içerdiği koşullara ve çoğulcu demokrasi ile hukuk devletine uygunluğu açısından denetlemesi devam eder.

AİHS'nin ve Ek Protokollerin, aykırı tedbirler alınmayan maddelerinin, aykırı tedbirler alınabilen maddeler üzerinden yani, dolaylı yoldan ihlal edilmemesine dikkat edilmelidir ¹⁴. Aykırı tedbirler alınmayan maddelerin dolaylı yoldan ihlali, AİHS'nin 15. maddesinin 1. fıkrasında belirtildiği gibi, "*milletlerarası hukuktan doğan yükümlölüklere ters düşmek*" anlamına gelir.

AİHS'nin 15. maddesi de, olağanüstü halin geçiciliğini öngörmektedir. Maddeye göre, olağanüstü hal uygulayan devlet, AK

¹³ Aykırı tedbir alma yasağını, Ek 7 no.lu Protokolün 4. maddesinin 3. fıkrası belirtmiştir.

¹⁴ Venedik Komisyonu'nun 12.12.2016 tarihli görüşünün 161, 171 ve 214. paragrafları. Venedik Komisyonu hakkında bilgi için bkz., dip-not 17.

Genel Sekreterine, alınan OHAL tedbirleri, nedenleri ve OHAL tedbirlerine son verilip, AİHS'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerin yeniden tam olarak uygulanmaya başlandığı tarih hakkında bilgi verecektir. Bu hükümden, AİHS'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerin tam olarak uygulandığı olağan düzenin asıl olduğu ve alınan OHAL tedbirleriyle olağanüstü hale yol açan tehlike giderildikten sonra zaman geçirmeden olağan düzene dönülmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

2.3.2. Türkiye'nin AK Genel Sekreteri'ne sunduğu 21.7.2016 tarihli askıya alma (derogation) bildirimini ve kapsamı

Türkiye'de 21.7.2016 tarihinden itibaren olağanüstü halin geçerli olması üzerine, 21.7.2016 tarihinde, AİHS'nin 15. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, AİHS'den doğan yükümlülüklerle aykırı tedbirler alındığı AK Genel Sekreterine bildirilmiş ve yükümlülüklerle aykırı tedbirler alınması bu tarihte yürürlüğe girmiştir. Bu bildirimde, AİHS'nin hangi maddelerinden doğan yükümlülüklerle aykırı tedbirler alındığı belirtilmemiştir.

AİHS'nin hangi maddelerinden doğan yükümlülüklerle aykırı tedbirler alındığının bildirilmemiş olması, yukarıda belirtildiği gibi, AİHS'nin bütün maddelerinden doğan yükümlülüklerle aykırı tedbirler alınabileceği sonucunu doğurmaz.

Türkiye'nin 21.7.2016 tarihinde AK Genel Sekreterine sunduğu askıya alma bildiriminin ekinde bulunan "15 Temmuz 2016 Darbe Girişiminden Sonra Olağanüstü Hal İlanı" (*State of Emergency Declared in Turkey Following the Coup Attempt on 15 July 2016*) başlıklı notun, 2, 4, 6. paragraflarında, olağanüstü halin FETÖ terör örgütü ile etkin olarak mücadele edebilmek için olağanüstü hal ilanına ihtiyaç duyulduğu belirtilmiş; 9 ve 10. paragraflarda ise, olağanüstü hal ilanının amacının, temel özgürlükleri kısıtlamak değil, FETÖ terör örgütünün süratle ve etkin olarak tasfiye edilmesi

olduğu vurgulanmış ve bu amaca ulaşıldığında bütün olağanüstü hal tedbirlerine son verileceği açıklanmıştır¹⁵.

Hükümet, AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu Ek Protokollerde güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin askıya alınmasını, söz konusu notta belirttiği amaçla sınırlandırmış bulunmaktadır. Bu sınırlama, AİHM'nin, OHAL KHK'larının uygulanması nedeniyle mağdur olduklarını ileri sürerek başvuruda bulunanların başvurularını inceleme yetkisinin belirlenmesi bakımından önemlidir. AİHM, askıya alma durumunda, yapılan başvuruları inceleme yetkisini, Hükümetin sunduğu bildirim ve bu bildirim açıklık getiren eklere ve notlara göre belirler¹⁶. Bu bağlamda, FETÖ terör örgütüyle etkin mücadele amacına yönelik olmayan olağanüstü hal tedbirleri, AİHM tarafından, Hükümetin söz konusu nottaki sınırlaması nedeniyle, askıya alma kapsamında değerlendirilmeyebilir.

2.3.3. Venedik Komisyonu'nun¹⁷ 667 – 676 sayılı olağanüstü hal KHK'larına ilişkin 12.12.2016 tarihli görüşü

- **Venedik Komisyonu'nun olağanüstü hal tedbirleri ve uygulamaları hakkında ilkesel bakış açısı:**

¹⁵ <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTM-Content?documentId=090000168069538b> (erişim tarihi; 4.4.2017).

¹⁶ AİHM, Sakık vd. / Türkiye (26.11.1997) kararında, Ankara'nın askıya alma bildiriminde belirtilen şehirlerden olmadığı gerekçesiyle, Hükümetin ilgili maddenin askıya alındığı itirazına itibar etmemiştir. Sadak / Türkiye (8.4.2004); Yurttaş / Türkiye (27.5.2004); Abdülşamet Yaman / Türkiye (2.11.2004) ve Bilen / Türkiye (21.2.2006) kararları da aynı yöndedir.

¹⁷ Venedik Komisyonu, Avrupa Konseyi (AK) bünyesinde faaliyet gösteren ve devletlerin anayasaları ile diğer yasalarını, AİHS, Ek Protokoller, Protokoller ve AK Statüsünden oluşan AK hukuku ve AİHM'nin içtihatlarıyla koyduğu standartlar açısından inceleyip görüş bildiren ve görüşlerine, AİHM kararlarında atıfta bulunulan bir kuruldur. Bu kurulun asıl adı "Hukuk Yoluyla Demokrasi için Avrupa Komisyonu"dur; toplantılarını Venedik'te yaptığı için "Venedik Komisyonu" olarak anılmaktadır.

Olağanüstü hal tedbirlerinin ve uygulamalarının amacı olağan hukuk düzenine (insan haklarına saygılı demokratik hukuk düzenine) dönüş olmalıdır. Bu tedbir ve uygulamaların kalıcı olması demokrasi için tehlike oluşturur. Hukuk devleti ilkesi, “*Avrupa'nın ortak kamu düzeni*” ni oluşturmaktadır ve bu düzende keyfiliğe yer verilmez. Bu nedenle, devlet yetkilerini kullananların takdir yetkisi sınırsız değildir. Bu bağlamda yargısal denetimin kısıtlanması hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Adil yargılanma hakkına aykırı tedbirler alınabilse de, bu hakkın temel ilkelerine aykırı tedbirler alınamaz; kimse keyfi olarak özgürlüğünden yoksun ve insan hakları ihlallerine karşı çaresiz bırakılamaz¹⁸.

- **Venedik Komisyonu'nun olağanüstü hal tedbirleri ve uygulamalarıyla ilgili değerlendirmeleri:**

FETÖ ile bağlantılı kamu görevlilerinin tasfiyesinde (görevlerine son vermede ve meslekten çıkarılmalarında), bunun, işlem öncesinde idari ve usuli güvencelerle, işlem sonrasında ise, adil yargılamaya uygun yargı denetimiyle gerçekleştirilebileceği; kanıtlara dayanmayan ve aile bireylerini de kapsayacak genişlikte ve toplu cezalandırmaya dönüşen bir uygulamanın kabul edilemeyeceği belirtilmektedir. Bu tasfiyede, kamu adına zor kullanma yetkisine sahip olanlarla olmayanlar arasında ayırım yapılmaması ve “*açığa alma*” gibi geçici tedbirler yerine, özel sektörde çalışmayı dahi engelleyecek sonuçlar doğuran görevden almaların, güdülen amaçla orantısı sorgulanmakta ve görevden almaların kanıtla dayanması ve dayanılan kanıttan görevden alınan kişinin bilgilendirilmesi gerektiği hatırlatılmaktadır.

Bazı kamu görevlilerinin KHK'ların ekindeki listelerle, bazılarının ise, idari işlemle görevden alınmalarının ayrımcılık yarattığına ve eşitlik ilkesine aykırı olduğuna işaret edilmektedir.

¹⁸ Venedik Komisyonu'nun 12.12.2016 tarihli görüşününün 161. paragrafı.

Yargıçların görevden alınmalarının daha yüksek standartlara bağlı olması gerektiğinin altı çizilmekte; yargıçların, objektif verilere göre değil, sübjektif şüphelere / değerlendirmelere (667 sayılı KHK m. 3) göre görevden alınmalarının sakıncalı olduğu vurgulanmaktadır.

Olağanüstü hal tedbirlerini uygulayanların sorumsuzluğu ile ilgili düzenleme eleştirilmektedir.

Göztaltı süresinin 30 güne çıkarılmasının ve Cumhuriyet Savcısının kararıyla 5 güne kadar avukatla görüşmenin kısıtlanmasının¹⁹ sadece, kişi özgürlüğu ve güvenliği (AİHS m. 5) ve savunma hakkı ve adil yargılanma hakkıyla (AİHS m. 6) bağlantılı olmadığına; aykırı tedbirler alınabilecek maddeler kapsamında olmayan, işkence ve kötü muamele yasağını (AİHS m. 3) da ilgilendirdiğine dikkat çekilmektedir.

Kurum ve kuruluşların tasfiye edilmeleriyle ve varlıklarına el konulmasıyla ilgili olarak, geçici tedbirler (banka hesaplarının dondurulması gibi) yerine kalıcı ve yok edici uygulamalara girişilmesi ve özel sektördeki kurum ve kuruluşların varlıklarına el konulurken, bunların borçlarının üstlenilmemesi eleştirilmekte; bütün bu işlemlerde, kanıtlara dayanılmadığı eleştirilmektedir.

2.4. BM Medeni²⁰ ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966)²¹

¹⁹ 668 sayılı KHK'nın 3. maddesinde ve bu KHK'yı yasalılaştran 6755 sayılı yasanın 3. maddesinde yer alan bu tedbirler, 23.1.2017 tarihli RG'de yayımlanan 684 sayılı KHK'nın 11. maddesiyle değiştirilmiş, göztaltı süresi 7 güne indirilmiş, göztaltında Cumhuriyet Savcısının kararıyla 5 güne kadar avukatla görüşmenin kısıtlanmasına ilişkin hüküm de kaldırılmıştır.

²⁰ Bazı hukukçular, herkese tanınan haklar olmaları ve sadece özel hukuk alanındaki haklarla ilgili olmamaları nedeniyle, "Civil Rights"ın "Medeni Haklar" olarak çevrilmesi yerine, "Kişisel Haklar" olarak çevrilmesini doğru bulurlar. Burada, resmi çeviriye uyulmuştur.

²¹ Türkiye bu Sözleşmeye 23.9.2003 tarihinde taraf olmuştur. Türkiye, bu Sözleşmenin bütünüyle ilgili üç bildirimde bulunmuştur. Birinci bildirimde göre, Türkiye, Sözleşmeyi, BM Yasası'ndaki (Charter of the United Nations) yü-

Bu Sözleşme ve BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde yer alan hak ve özgürlükleri, bağlayıcı hukuk metinleriyle güvence altına alma amacıyla yapılmıştır. Her iki Sözleşme de, insan hakları alanının temel nitelikteki sözleşmelerindendir. Giriş bölümlerinde, özgür insanların, korkudan ve yoksulluktan kurtulma ülküsünün, bu Sözleşmelerde yer alan hakların gerçekleştirilmesiyle sağlanabileceği vurgulanmıştır.

BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, klasik hak ve özgürlüklerin geniş bir listesini içerir. Bunlar, halkların, kendi geleceğini belirleme hakkı (*self-determination*) ve kendi doğal servet ve kaynakları üzerinde özgürce tasarruf etme hakkı (m. 1), ayrımcılık yasağı, bu Sözleşmenin sağladığı hakların hayata geçirilmesini isteme hakkı, hak ve özgürlüklerin ihlali durumunda, iç hukukta ihlali giderecek etkin çözüm yolu hakkı (m. 2), bu Sözleşmedeki hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından kadın-erkek eşitliği (m. 3), yaşam hakkı (m. 6), işkence ve kötü muamele yasağı (m. 7), kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (m. 8), özgürlük ve güvenlik hakkı (m. 9), özgürlüğünden yoksun bırakılanların insanca muamele ve onuruna saygı gösterilmesini isteme hakkı (m. 10), sözleşmeden doğan borç nedeniyle hapis cezası yasağı (m. 11), seyahat ve yerleşme özgürlüğü (m. 12), ülkede yasal olarak bulunan yabancıların, ancak yasaya uygun olarak alınan kararlarla sınırdışı edilebilmesi (m. 13), adil yargılanma hakkı (m. 14), işlendiği zaman yasada suç sayılmayan bir eylemden dolayı cezalandırılma yasağı (m. 15), hukuksal kişiliğin tanınması hakkı (m. 16), özel hayata, aile hayatına, konuta, haberleşmeye,

kümlülükler çerçevesinde uygulayacaktır. İkinci bildirimde göre, Türkiye, Sözleşmeyi, sadece diplomatik ilişki içinde bulunduğu taraf devletlere karşı uygulayacaktır. Üçüncü bildirimde göre, Sözleşme, sadece Türkiye sınırları içinde uygulanacaktır. Söz konusu üç bildirim ve Sözleşmenin Türkçe metni için bkz., 21.7.2003 tarihli RG.

onur ve şöhrete keyfi veya yasa dışı olarak müdahale yasağı (m. 17), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (m. 18), görüş sahibi olma ve ifade özgürlüğü (m. 19), savaş propagandası yasağı (m. 20), toplanma hakkı (m. 21), örgütlenme özgürlüğü (m. 22), ailenin korunması ve evlenme hakkı (m. 23), küçüklerin korunma hakkı (m. 24), vatandaşların seçme-seçilme hakkı (m. 25), yasa önünde eşit korunma hakkı (m. 26) ve etnik, dinsel ve dilsel azınlıkların, topluluk olarak kullanabilecekleri kültürel, dinsel ve dilsel haklarıdır (m, 27)²².

2.4.1. BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nden doğan yükümlülüklerden ayrılan tedbirler alınması²³ (derogations) ile ilgili, Sözleşmenin 4. maddesi

BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesi de AİHS'nin 15. maddesine benzer bir düzenleme getirmiştir. Olağanüstü hallerde, Sözleşmeden doğan yükümlülüklerden ayrılan tedbirler alınabilmesi, burada da, “*durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde*” olmasına bağlı kılınmıştır. AİHS'nin 15. maddesinde öngörüldüğü gibi, Sözleşmenin yaşam hakkıyla ilgili 6., işken- ce ve kötü muamele yasağıyla ilgili 7., kölelik yasağıyla ilgili 8. (maddenin 1. ve 2. fıkraları), suç sayılmayan bir eylemden dola- yı cezalandırılma yasağıyla ilgili 15. Maddelerinden doğan yü- kümlülüklerden ayrılan tedbirler alınamaz. Ek olarak, hukuksal kişiliğin tanınması hakkıyla ilgili 16. ve düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ile ilgili 18. maddelerinden doğan yükümlülüklerden ayrılan tedbirlerin alınamayacağı da öngörülmüştür.

²² Türkiye, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 27. maddesine çekince koymuştur. Çekinceye göre, 27. madde, Anayasa'nın ve Lozan Antlaşma- sı'nın ve Eklerinin ilgili hükümleri uyarınca yorumlanıp uygulanacaktır. Çe- kince metni için bkz. 21.7.2003 tarihli RG.

²³ Resmi çeviride kullanılan ibareye uyulmuştur.

2.4.2. Türkiye'nin BM Genel Sekreteri'ne sunduğu, yükümlülüklerden ayrılan tedbirler alma (derogation) bildirimi

Türkiye'de 21.7.2016 tarihinden itibaren olağanüstü halin geçerli olması üzerine, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin “*derogation*”la ilgili 4. maddesi uyarınca, Sözleşmenin 2/3, 9, 10, 12, 13, 14, 17, 19, 21, 22, 25, 26 ve 27. maddelerinden doğan yükümlülüklerinden ayrılan tedbirler alındığı BM Genel Sekreterine bildirmiştir. Bildirim 21.7.2016 tarihinde yapılmış, 2.8.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir ²⁴.

2.4.3. BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ne göre kurulmuş bulunan İnsan Hakları Komitesi'nin yükümlülüklerden ayrılan tedbirlere (derogations) ilişkin 29 no.lu Genel Yorumu ²⁵

BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 28. maddesine göre kurulmuş bulunan İnsan Hakları Komitesi'nin olağanüstü hal tedbirleriyle ilgili son yorumu olan, 24.7.2001 tarihli ve 29 no.lu Genel Yorumu, olağanüstü hallerde, Sözleşmenin getirdiği yükümlülüklerden ayrılan tedbirler alınırken (*derogations*) göz önünde bulundurulacak koşulları belirtmektedir. Bu koşullar, yukarıda 2.3.1. no.lu paragrafta açıklanan, AİHS'nin 15. maddesi çerçevesinde alınabilecek aykırı tedbirler için öngörülen koşullarla benzerlik taşımaktadır.

İnsan Hakları Komitesi'nin Genel Yorumu'nda, “*kesin gereklilik*” ve “*ulusun yaşamına yönelik tehdit*”, birlikte bulunması gereken koşullardır. Bu koşullardan sadece birinin varlığı, yü-

²⁴ Bkz., https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en (erişim tarihi; 27.1.2017).

²⁵ http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f21%2fRev.1%2fAdd.11&Lang=en (erişim tarihi; 9.3.2017).

kümlülüklerden ayrılan tedbirler alınması için yeterli değildir. “*Kesin gereklilik*” koşulu, “*orantılılık*” ilkesinin bir yansıması olduğu gibi, keyfiliğe karşı da bir önlemdir. Yükümlülüklerden ayrılan tedbirler için göz önünde bulundurulacak diğer koşullar ise, “*yasallık*” (*legality*) ve “*hukuk devleti ilkesine (rule of law) saygı*”dır. Bu iki vazgeçilmez koşul, olağanüstü hallerde de geçerliliğini sürdürür. “*Geçicilik*” ve “*ihlallere karşı etkin çare (effective remedy) sağlanması*” da, İnsan Hakları Komitesi’nin aradığı koşullardandır. “*Geçicilik*”ten, alınacak aykırı tedbirlerle, Sözleşme’nin getirdiği yükümlülüklerin tam olarak yerine getirileceği olağan düzene geçilmesinin amaçlanması anlaşılmaktadır. Olağanüstü hallerde meydana gelen ihlallere karşı etkin çare sağlanması, Sözleşme’nin 2. maddesinin 3. paragrafının getirdiği bir yükümlülüktür ve her ne kadar, Sözleşme’nin 4. maddesinde, yükümlülüklerinden ayrılabilecek hükümler arasında sayılmamışsa da, bu koşula aykırı tedbir alınmaması, hukuk devletinin gereğidir. “*Diğer uluslararası yükümlülüklerle aykırı olmamak*” da, gözetilmesi gereken koşullardandır. Bu yükümlülükler, toplu cezalandırmanın, zorla göç ettirmenin (*forced displacement*) ve adil yargılanma hakkının en temel ilkelerinden olan, keyfi tutuklamanın ve masumiyet karinesine aykırılığın yasak olmasını içerir.

2.5. BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (1966)²⁶

BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile ilgili açıklama burada da geçerlidir (bkz., yukarıda 2.4. no.lu paragraf).

BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin 1. maddesi, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nde olduğu

²⁶ Türkiye bu Sözleşmeye, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’yle aynı tarihte yani, 23.9.2003 tarihinde taraf olmuştur. Türkiye, bu Sözleşme’nin bütünüyle ilgili olarak, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi için yaptığı bildirimlerin aynısını yapmıştır. Bkz., yukarıda dip-not 21. Söz konusu üç bildirim ve Sözleşmenin Türkçe metni için bkz., 11.8.2003 tarihli RG.

gibi, halkların, kendi geleceğini belirleme (*self-determination*) ve kendi doğal servet ve kaynakları üzerinde özgürce tasarruf etme haklarına ayrılmıştır. Sözleşmede yer alan ekonomik, sosyal ve kültürel haklar şunlardır: Bu Sözleşmedeki hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından kadın-erkek eşitliği (m. 3), çalışma hakkı (m. 6), adil ücret, kişi ve ailesi için yeterli yaşam standardı, güvenli ve sağlıklı çalışma ortamı ve işyerinde ilerlemede fırsat eşitliği sağlayan, adil ve elverişli çalışma koşulları isteme hakkı (m. 7), sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkı, grev hakkı (m. 8), sosyal güvenlik ve sosyal sigorta hakkı (m. 9), ailenin, ananın, çocuğun ve gencin korunma hakkı (m. 10), kişi ve ailesi için yeterli yaşam standardı, gıda, giyecek ve konut hakkı ve yaşam koşullarının sürekli iyileştirilmesini isteme hakkı, açlıktan kurtulma hakkı (m. 11), sağlık hakkı (m. 12), eğitim hakkı (m. 13)²⁷, kültürel etkinliğe katılma ve bilimsel gelişmeden yararlanma hakkı (m. 15).

2.6. Uluslararası alışma Örgütü (UÇÖ) Sözleşmeleri

Birleşmiş Milletler örgütü içinde hükümet, işi ve işverenden oluşan üçlü yapıya sahip tek kuruluş olan Uluslararası alışma Örgütü (UÇÖ) (*International Labour Organization - ILO*), kurulduğu günden bugüne kadar 83 yılda çalışma standartlarının oluşturulması amacıyla kabul ettiği 189 Sözleşme ile sosyal adaletin temel unsurları olan insan haklarına saygıyı, saygın yaşam standartlarını, insanca çalışma koşullarını, istihdam olanaklarını ve ekonomik güvenceleri geliştirmek ve gelişmelerden tüm çalışanları bilgilendirmek amacını gütmektedir²⁸.

²⁷ Türkiye, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin eğitim hakkıyla ilgili 13. maddesinin, ana-baba veya vasilerin, çocuklarını devlet okulları dışındaki okullara gönderme ve kendi inançları doğrultusunda ahlak ve din eğitimi almalarını sağlama hakkıyla ilgili 3. paragrafına ve kişi ve kuruluşların eğitim kurumları kurma ve yönetme hakkıyla ilgili 4. paragrafına çekince koymuştur. ekinceye göre, 13. maddenin 3. ve 4. paragrafları, Anayasanın 3., 14. ve 42. maddeleri çerçevesinde uygulanacaktır. ekince metni için bkz., 11.8.2003 tarihli RG. Ayrıca bkz., yukarıda dip-not 8.

²⁸ <http://www.ilo.org/ankara/areas-of-work/lang--tr/index.htm> (erişim

UÇÖ'nün temel nitelikte 8 tane Sözleşmesi vardır. Bunlar, 29 Sayılı Zorla Çalıştırma Sözleşmesi (1930), 87 Sayılı Örgütlenme Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması Sözleşmesi (1948), 98 Sayılı Örgütlenme ve Toplu Sözleşme Hakkı Sözleşmesi (1949), 100 Sayılı Eşit Ücret Sözleşmesi (1951), 105 Sayılı Zorla Çalıştırmanın Yasaklanması Sözleşmesi (1957), 111 Sayılı Ayrımcılık (İstihdam ve Meslek) Sözleşmesi (1958), 138 Sayılı Asgari Yaş Sözleşmesi (1973) ve 182 Sayılı Çocuk İşçiliğinin En kötü Biçimleri Sözleşmesi'dir (1999) ²⁹.

Bu temel Sözleşmelerden Türkiye'nin de taraf olduğu özellikle 105 Sayılı Zorla Çalıştırmanın Yasaklanması Sözleşmesi (1957) ile 111 Sayılı Ayrımcılık (İstihdam ve Meslek) Sözleşmesi (1958) Türkiye'nin raporlama yükümlülüğü açısından önem taşımaktadır. 105 Sayılı Sözleşme, zorla ya da zorunlu çalıştırmanın herhangi bir biçiminin siyasal zorlama ve eğitime, siyasal ya da ideolojik görüşlerin açıklanması nedeniyle cezalandırma, işgücünü harekete geçirme, çalışma disiplini sağlama, ayrımcılık ve greve katılanları cezalandırma aracı olarak kullanılmasını yasaklarken, 111 Sayılı Sözleşme ise, iş verme, eğitim ve çalışma koşullarının düzenlenmesinde ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal görüş, ulusal kimlik ve sosyal köken temelinde ayrımcılık yapılmasının ulusal politikalarla önlenmesi, fırsat ve uygulama alanında eşitliği geliştirme ödevi yüklemektedir.

Türkiye UÇÖ'nün 1932 yılından bu yana üyesi olmasına rağmen, 189 Sözleşmeden sadece 59'unu onaylamış ve onayladıklarından da sadece 55 tanesi yürürlüğe girmiştir. Türkiye temel Sözleşmelerin tamamını onaylamış ancak, yönetim sözleşmelerinin (öncelikli) 4 tanesinden 3'ünü, teknik sözleşmelerin ise,

tarihi; 5.3.2017) ve <http://bianet.org/biamag/emek/14162-ilo-sozlesmele-ri-ve-turkiye> (erişim tarihi; 5.3.2017).

²⁹ http://www.ilo.org/ankara/about-us/WCMS_372880/lang--tr/index.htm (erişim tarihi; 5.3.2017).

177 tanesinden sadece 48'ini onaylamıştır. Bu eksiklik nedeniyle Türkiye, çalışanların haklarının ihlalinde ilk sıralarda yer almaktadır³⁰.

2.7. Avrupa Sosyal şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal şartı

Avrupa Sosyal şartı, ikinci kuşak haklar olarak kabul edilen sosyal ve ekonomik hakları (çalışma hakkı, örgütlenme hakkı, sosyal güvenlik hakkı, adil ücret hakkı gibi) koruma altına alan, AK bünyesinde 1961 yılında kabul edilmiş uluslararası bir sözleşmedir. BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin Giriş Bölümü'nün ilk cümlesindeki, insanların vazgeçilemez ve devredilemez haklarının bulunduğu vurgusu, sosyal ve ekonomik haklar dâhil, tüm insan haklarının bir bütün oluşturduğuna ve bu bütünlüğün, insan onurunun korunması ve ona saygı duyulması için var olduğuna işaret eder. Bu yaklaşıma göre, klasik hak ve özgürlükler, ikinci kuşak haklarla bütünlenmelidir³¹. Avrupa Sosyal şartı bu anlayışın ürünüdür.

Avrupa Sosyal şartı ile çalışma hakkı (m. 1), adil çalışma koşulları hakkı (m. 2), güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları hakkı (m. 3), adil bir ücret hakkı (m. 4), örgütlenme hakkı (m. 5), toplu pazarlık hakkı (m. 6), çocukların ve gençlerin korunma hakkı (m. 7), çalışan kadınların korunma hakkı (m. 8), mesleğe yönelme hakkı (m. 9), mesleki eğitim hakkı (m. 10), sağlığın korunması hakkı (m. 11), sosyal güvenlik hakkı (m. 12), sağlık ve sosyal yardım hakkı (m. 13), sosyal refah hizmetlerinden yararlanma hakkı (m. 14), engellilerin toplumsal yaşamda bağımsız olma, sosyal bütünleş-

³⁰ <http://disk.org.tr/wp-content/uploads/2016/05/Tu%CC%88rkiyenin-ILO-Karnesi-2016.pdf> (erişim tarihi; 5.3.2017). Türkiye'nin imzaladığı sözleşmeler için bkz. <http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm> (erişim tarihi; 10.4.2017).

³¹ Erdoğan, Gülnur; Avrupa Sosyal şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal şartı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 78, Eylül-Ekim 2008, s. 123-165.

me ve katılma hakkı (m. 15), ailenin sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkı (m. 16), çocukların ve gençlerin sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkı (m. 17), diğer sözleşmecı devletlerin ülkelerinde gelir getirici iş edinme hakkı (m. 18), çalışan göçmenlerin ve ailelerinin korunma ve yardım görme hakkı (m. 19) olmak üzere, 19 hak koruma altına alınmış olup, şart'a Ek Protokol (1988) ile istihdam ve meslek konularında cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkı (m. 1), bilgilendirilme ve danışılma hakkı (m. 2), çalışma koşullarının ve çalışma ortamının düzenlenmesi ve iyileştirilmesi sürecine katılma hakkı (m. 3), yaşlıların sosyal korunma hakkı (m. 4) olmak üzere dört hak daha eklenmiştir.

Avrupa Sosyal şartı, Türkiye tarafından bazı maddelerle ilgili bildirimde bulunarak 24.11.1989'da onaylanmıştır. Bu tarihten sonra şart'ın denetim mekanizmaları Türkiye'yi de kapsamına almıştır.

1996 yılında, *“güvence altına alınan sosyal ve ekonomik hakların koruma alanını genişletmek için yeni önlemler alınması”* amacıyla Gözden Geçirilmif Avrupa şartı oluşturulmuş ve imzaya açılmış ancak, 1961 tarihli Avrupa Sosyal şartı da ortadan kaldırılmamıştır. Gözden Geçirilmif Avrupa Sosyal şartı, Türkiye tarafından bazı maddelerle ilgili bildirimde bulunarak 27.6.2007 tarihinde onaylanmıştır.

II. ÇALIşMA GRUBUNUN GÖREV ALANINI BELİRLEYEN KAVRAMLAR

1. Hukuk güvenliği kavramı

Hukuk güvenliği, keyfi uygulamalara yer vermeyen, kişiler ve gruplar üzerinde baskı ve tehdit oluşturmeyen bir devlet düzenini gerektirir. Yasa kurallarının genel, açık, anlaşılır, sürekli,

kesin ve geriye yürümez olması; idarenin yasal ve yargısal denetimi; hak ve özgürlüklere sadece yasaların öngördüğü usul ve biçim uyarınca müdahale edilebilmesi (*due process* ilkesi) ve müdahalenin öngörülebilir olması; yargının bağımsız ve tarafsız olması; yasa önünde eşitlik ve ayrımcılık yasağı gibi hukuk devletin temel ilkeleri, hep, hukuk güvenliğini sağlamaya yöneliktir. Ancak, bu ilkeler yeterli değildir; hukukun genel ilkelerine bağlılık; uluslararası hukuka uygunluk; hukuk düzeninin rasyonel ve uygulanabilir kurallara dayalı olması; yasal düzenlemelerin kamuya duyurulması ve tanımlanmış açık ifadeler içermesi; haklı beklentilerin korunması; metinlerin tutarlılık ve bütünlük içinde olması; kamu kuruluşlarının faaliyetlerinde yasal sınırlar içinde kalması; yargı kararlarının bağlayıcılığı ve hukuki belirlilik de gerekmektedir³². Bunlar arasında yasal kuralların geriye yürümezliği ilkesi, kesinleşmiş hukuksal durumlar ve kazanılmış hakların korunması için bir güvencedir³³.

AİHM, hukuk güvenliğinin varlığı için yargı organına etkin erişim hakkının bulunmasını da aramaktadır. AİHM'ye göre, yargı organına etkin erişim hakkı için, tutarlı bir yargı düzeni olmalı ve bu düzenin, hak arayanlara pratik ve etkili olanaklar sağlaması gerekir. Yasal veya uygulamadaki belirsizlikler, yargı organına erişim hakkına zarar verdiği ölçüde bu hakkın ihlaline yol açar³⁴.

Hukuk güvenliği, bireylerin devlete olan güven duygusuyla da bağlantılıdır. Hukuk devleti olmak, devletin düzenleme ve uygulamalarında bu güven duygusunu sarsmaktan kaçınmasını gerektirir³⁵.

³² AYM, 27.10.2016, Başvuru No. 2014/16928 (RG. 18.11.2016-29892).

³³ AYM, 7.9.2016, E. 2015/88, K. 2016 /156 (RG. 19.10.2016-29862).

³⁴ Geffre / Fransa kabul edilemezlik kararı (23.1.2003).

³⁵ AYM, 28.11.2013, E.2013/64, K.2013/142 (RG. 27.3.2014-28954).

2. Geniş anlamda mülkiyet hakkı kavramı

2.1. İç hukuk

Mülkiyet hakkı, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınmış, Medeni Kanun'un 683. maddesinde ise, ilkel düzeyde düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi (AYM) mülkiyet hakkını “... genel olarak, bir kimsenin başkasına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla bir Şey üzerinde dileğiği biçimde yararlanma, tasarruf etme, başkasına devretme, kullanılanın biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hatta yok etme yetkilerini kapsar” sözcükleriyle tanımlamıřtır³⁶.

2.2. AİHS'ye Ek 1 no.lu Protokol'ün 1. Maddesi

Mülkiyet hakkı, bağlı bulunduğumuz uluslararası hukuk kurallarından olan, AİHS'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün³⁷ 1. maddesinde güvence altına alınmıştır:

“Madde 1 - Mülkiyetin korunması

Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelere uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.”

³⁶ AYM, 20.05.1997, E.1997/36, K.1997/52.

³⁷ AİHS'ye Ek 1 no.lu Protokol için bkz. dip-not 8.

Maddenin ilk cümlesi Türkçeye, “Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı” olarak çevrilmiştir. AK bünyesinde yapılmış olan bütün Sözleşme ve Protokollerin geçerli metinleri İngilizce ve Fransızca’dır. Ek 1 no.lu Protokol’ün İngilizce metninin 1. maddesinin ilk cümlesinde, “zilyetlikten (elinde bulundurma ve kullanma) (*possession*) barışıl olarak yararlanma” ibaresi yer almaktadır. Bu ibare, Ek 1 no.lu Protokolün 1. maddesiyle korunan hakkın, Türk hukukunda tanımlanan mülkiyet hakkından daha geniş kapsamlı bir hak olduğunu ortaya koymaktadır.

AİHM, diğer hak ve özgürlüklerde olduğu gibi, mülkiyet hakkını da “özerk (*otonom*)” olarak yorumlar ve tanımlar, yani, AİHM, devletlerin iç hukuklarında mülkiyet hakkını nasıl düzenlediği ve tanımladığı ile bağlı deđildir³⁸.

Zilyetlik/mülkiyet hakkı, gerçek kişiler yanında, tüzel kişilere de tanınmaktadır. Bu hak, AİHS ve Ek Protokollerin oluşturduğu hak ve özgürlükler sisteminde tüzel kişiye tanınan tek haktr.

AİHM ačíından, her türlü ekonomik çıkar, alacak hakkı, devletin tanıdığı sosyal güvenlik hakkı, parasal değeri olan her şey ve her türlü kullanma ve yararlanma hakkı, ruhsat, lisans, kiracılık hakkı ve zamanaşımına bağlı kazanımlar Ek 1 no.lu Protokol’ün 1. maddesinin koruması altındadır. Ekonomik çıkarla ilgili “meşru beklenti” (örneğin, miras hakkı ya da sözleşmeden doğan alacak hakkı) de bu kapsamdadır. Buna karşılıklı, spekülatif beklenti (örneğin, kâr beklentisi) bu kapsama girmez. Keza, emb-

³⁸ AİHM, Türk hukukunda orman arazisi sayılan ve kıyı şerinde yer alan arazilerin kamulaştırmaya tabi olmadığını öngören, dolayısıyla, tazminatsız el konulmasına dayanak oluşturan yasal hükümlerden etkilenmeksizin ihlal kararları vermiştir (bkz., Köktepe / Türkiye (13.10.2009); Turgut vd. / Türkiye (13.10.2009)).

riyo ³⁹ gibi parasal değeri olmayan şey de koruma kapsamında değildir.

2.3. Devletin, mülkiyet hakkını koruma yükümlülüğü

Ek 1 no.lu Protokol'ün 1. maddesinin başlığıyla ("*Mülkiyetin korunması*") vurgulanmak istendiği gibi, devletin, bu hakkı koruması asıldır ve bu bağlamda, bireylerden gelebilecek tecavüzleri önleme yükümlülüğü de vardır. Devletin, zilyetlik/mülkiyet hakkını koruma yükümlülüğü oldukça geniştir. Bu yükümlülüğün genişliği, konutların bulunduğu yerleşim yerinin yakınına, metan gazı sıkışması nedeniyle patlama tehlikesi yaratacak bir çöplüğün oluşmasını önlemekten ⁴⁰, şirketlerin tasfiyesi için görevlendirilen tasfiye memurunun tarafı davranmasını ve keyfi davranışlarda bulunmasını önleyecek mekanizmaların kurulmasına kadar uzanır ⁴¹.

2.4. Devletin zilyetlik/mülkiyet hakkına müdahalesi

Madde metninden, devletin, zilyetlik/mülkiyet hakkına, iki türlü müdahalede bulunulabileceği anlaşılmaktadır: Yoksun bırakma ve denetleme.

2.4.1. Devletin, zilyetlik/mülkiyet hakkından yoksun bırakması

Madde metninden anlaşılacağı üzere, gerçek veya tüzel kişinin mülkiyet/zilyetlik hakkından yoksun bırakılmasına, ancak, kamu yararının ve yasaya uygunluk koşulunun birlikte bulunması durumunda izin vardır ⁴². Öte yandan, maddede, zilyetlik/mülkiyet hakkından yoksun bırakmaya izin veren durumlar ara-

³⁹ Parrillo / İtalya (27.8.2015 - Büyük Daire).

⁴⁰ Önerıldız / Türkiye (30.11.2004 - Büyük Daire).

⁴¹ Kotov / Rusya (3.4.2012 - Büyük Daire).

⁴² Kamu yararını ve yasallığı kanıtama yükü devlete aittir.

sında sayılan, *yoksun bırakma koşullarının uluslararası hukukun genel ilkelerince belirtilmiş olması*, sadece, yabancılar için geçerlidir ⁴³; vatandaşlar bundan yararlanmazlar.

2.4.2. Kişinin zilyetlik/mülkiyet hakkından yoksun bırakıldığına ilişkin Şikayetinin AİHM tarafından 4 aşamalı olarak incelenmesi

- i. İlk aşamada, zilyetlik/ mülkiyet hakkının mevcut olup olmadığı sorusuna cevap aranır.
- ii. İkinci aşamada, müdahalenin yasal olup olmadığı araştırılır. Müdahalenin yasal olabilmesi için, öngörülebilir yani, yasada önceden belirtilmiş olması gerekir. “Yasa” kavramına, uygulamaya yön veren yerleşik yargı kararları dahildir; yargı organının ne yönde karar vereceği belli olmayan durumlar ise, hariçtir. Yasanın açık, anlaşılır ve erişilebilir olması gerekir. Çok sık değişen ve anlaşılması güç, ne dediği belli olmayan yasalar karışıklığa yol açacağından AİHM tarafından yasa niteliğinde görülmeyebilir. Yasallık unsuru yoksa, zilyetlik/ mülkiyet hakkı sona ermez ⁴⁴. Bu durumda, zilyetliğe konu eşyanın, mülkün iadesi (*restitutio in integrum - restitution*) gerekir; iade olanaklı değilse, o zaman tazminat gündeme gelir.

⁴³ Bu yaklaşım, yabancının vatandaşa göre daha fazla korunmaya gereksinim duyduğu varsayımına dayanmaktadır. Bkz., James vd. / Birleşik Krallık (21.2.1986) kararının 60, 64-66. paragrafları. Uluslararası hukukun genel ilkelerinin kaynağı, Uluslararası Adalet Divanı'nun (Lahey) (ICJ) kararlarıdır.

⁴⁴ AİHM, Loizidou / Türkiye kararında, Kuzey Kıbrıs'ta Rum taşınmazlarına el konulması işleminde yasallık unsuru bulunmadığına karar vermiş ve el koyma işlemini, hukuka aykırı olarak zilyetlik/mülkiyet hakkından yoksun bırakma (*unlawful dispossession*) olarak nitelemiştir. AİHM'ye göre, Loizidou'nun taşınmazına el konulması işleminde yasallık unsuru bulunmadığı için, Loizidou'nun taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı sona ermemiş ve Türkiye, kamulaştırmalarda söz konusu olabilecek, mülkün değeri kadar tazminat ödemeye değil, mülkün kullanımını engellemekten doğan zararın (loss of use) tazminine mahkum edilmiştir (Loizidou / Türkiye – esas hakkında karar) (18.12.1996).

Yasallığın, hukuki belirlilik (*legal certainty*) ilkesiyle sıkı ilişkisi vardır. Bu ilke, kazanılmış haklara saygı ilkesini de içerir.

- iii. Üçüncü aşamada, müdahalenin meşru bir amaç (kamu yararı, genel çıkar için denetim veya vergi alma gibi) güdüp gütmendiği incelenir.
- iv. Dördüncü aşamada, müdahalenin güdülen meşru amaçla orantılı olup olmadığına bakılır. Müdahalenin, kişileri aşırı külfet altında bırakması, orantısızlığı gösterir. Örneğin, taşınmazın yasal olarak kamulaştırılması durumunda – toprak reformu gibi sosyal adaleti gerçekleştirme amacına yönelik kamulaştırmalar hari⁴⁵ – ödenecek tazminatın rayiç bedelin altında olması, mülk sahiplerini aşırı (orantısız) külfet altında bırakır. Tazminatın, yoksun kalınan mülkün alternatifini karşılamaması da orantısızlık yaratabilir. Örneğin, bir mülkü uzun süre malik olarak kullandıktan sonra iç hukukta açılan dava sonucunda mülkiyetin kaybedilmesi durumunda ödenecek tazminat, kaybedenin alternatif mülk edinmesine yetecek tutarda olmalıdır⁴⁶.

Çeşitli seçenekler içinde, diğer seçenekler bir kenara bırakılıp, mülkiyet hakkından yoksun bırakma seçeneğine öncelik verilmesi orantılılık noktasında ihlal oluřturabilir⁴⁷.

Orantılılık, yarışan çıkarlar arasında dengeli olmayı da gerektirir. Bu bağlamda, kamu yararı ile zilyetlik/mülkiyet hakkı arasında denge sağlanmalıdır. Aynı şekilde, bireysel hakların, örneğin, mülkiyet hakkı ile konut hakkının yarışması durumunda

⁴⁵ Vatandaş, sosyal adalet amaçlı kamulaştırmalarda rayiç bedelin altında tazminat ödenmesine katlanmak durumundayken, yabancı, buna katlanmak zorunda değildir.

⁴⁶ Pincova ve Pinc / ek Cumhuriyeti (5.11.2002).

⁴⁷ Capital Bank AD / Bulgaristan (24.11.2005).

da denge korunmalıdır. AİHM kararlarında, bir kişinin bireysel hakkını teslim ederken, diğer kişinin hakkının çiğnenmemesi ve yeni ihlallere yol açılmaması gerektiğinin altı çizilmektedir ⁴⁸.

AİHM'nin, kişinin zilyetlik/mülkiyet hakkından yoksun bırakıldığına ilişkin şikayetinin 4 aşamalı olarak incelemesi sürecinde kanıt yükü devlete aittir.

2.4.3. AİHM'nin, zilyetlik/mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikayeti, başka bir hakkın kapsamında değerlendirmesi

Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikayet, AİHM'nin hukuki nitelemesine (*legal characterization*) bağlı olarak, bazen, başka bir hakkın kapsamında değerlendirilebilir. Örneğin, AİHM, bir siyasi partinin harcamalarını kanıtlamak üzere, fatura asılları yerine, fatura fotokopilerinin sunulmuş olduğu gerekçeyle, AYM'nin, söz konusu siyasi partiye ödenen Hazine yardımına el konulmasına karar vermesini, mülkiyet hakkı ihlali olarak değeril, örgütlenme özgürlüğü ihlali olarak nitelendirilmiştir ⁴⁹. Belirtelim ki, AİHM, şikayetlerin, AİHS'de yer alan hak ve özgürlüklerden hangisiyle daha fazla ilgili olduğuna, başvurucuların nitelemeleriyle bağlı olmaksızın karar verir.

2.4.4. Zilyetlik/mülkiyet hakkı ihlalinin, başka hak ihlallerinin sonucu olması

Zilyetlik/mülkiyet hakkının ihlali bazı durumlarda, başka ihlallerin sonucu da olabilir. Örneğin, iç hukuk mahkemesinin kamulaştırma bedelini belirlemesinin 75 yıl sürmesi, adil yargılanma hakkının ihlaline; bu ihlal de, mülkiyet hakkının ihlaline neden olmuştur ⁵⁰.

⁴⁸ Demopoulos / Türkiye - kabul edilemezlik kararının 117. paragrafı (1.3.2010).

⁴⁹ Cumhuriyet Halk Partisi / Türkiye (26.4.2016).

⁵⁰ Malama / Yunanistan (1.3.2001); mülkiyet hakkı ihlali, gecikme faizi ödenme-

2.4.5. Aynı olgudan birkaç hak ihlali doğabilir. Örneğin, iç hukuk mahkemesinin, tazminat ödenmesini veya parasal değeri olan bir için yapılmasını öngören kararının icra edilmemesi veya sürün- cemde bırakılması, hem adil yargılanma hakkının, hem mülki- yet hakkının ihlaline kaynak olmuştur ⁵¹.

Aynı olgudan birkaç hak ihlali doğabilir. Örneğin, iç hukuk mahkemesinin, tazminat ödenmesini veya parasal değeri olan bir için yapılmasını öngören kararının icra edilmemesi veya sürün- cemde bırakılması, hem adil yargılanma hakkının, hem mülki- yet hakkının ihlaline kaynak olmuştur ⁵¹.

2.4.6. Devletin, mülkün kullanımını denetlenmesi

Devletin, mülkün kullanımını denetlemesi, Ek 1 no.lu Pro- tokol'ün 1. maddesinde düzenlenen iki müdahale türünün ikincisidir. Maddenin birinci paragrafında, zilyetlik/mülkiyet hakkından yoksun bırakmanın, ancak belirli durumların gerçek- leşmesiyle olabileceği belirtilmiştir. İkinci paragrafta ise, belirli durumlarla sınırlamanın, devletin, mülkün (*property*) kullanımı- nı denetlemesine engel oluşturmayacağı kaydedilmiştir. Devlet, kamu yararı için veya vergi toplamak, katkı payı almak veya para cezalarını tahsil etmek için mülkün kullanımını – gerekli görürse - denetleyebilir. Burada sayılanların dışında kullanımın denetlen- mesine izin yoktur; ayrıca, “*gerekli olmak*” koşuluna uyulmalıdır.

AİHM'nin, mülkün devlet tarafından denetlenmesi ile ilgili şikayeti inceleme yöntemi de, yukarıda açıklanan, zilyetlik veya mülkiyet hakkından yoksun bırakılmaya ilişkin şikayeti incelen- mesi gibidir.

şirketlere kayyım atanması (*compulsory administration*) ve kı- yıların ve ormanların korunmasıyla ve çevre korumacılığıyla il- gili tedbirler bu kapsamdadır. Kıyı şeridinde inşaat yapılmasının yasak olduğunu bilerek yapılan inşaatın tazminat ödenmeksizin

miş olmasıyla ilgilidir.

⁵¹ Burdov / Rusya (2) (15.1.2009).

yıkılması ve bir de yıkım masrafının inşaat sahibinden alınması buna örnektir ⁵². Buna karşılık, kıyı şerisinde tapulu arazisi üstüne inşaat yapan kişinin inşaatının tazminat ödenmeksizin yıkılması, mülkiyet hakkının kullanımının devlet tarafından denetlenmesi kapsamında değil, mülkiyet hakkının sona erdirilmesi/ ortadan kaldırılması kapsamındadır ⁵³.

III. 667-688 SAYILI OLAĞANÜSTÜ HAL KHK'LARININ ⁵⁴, HUKUK GÜVENLİĞİ VE GENİŞ ANLAMDA MÜLKİYET HAKKI İLE İLGİLİ MADDELERİ

1. Bu bölümde, 667 - 688 sayılı olağanüstü hal KHK'larının hukuk güvenliği ve geniş anlamda mülkiyet hakkı ile ilgili maddeleri, AİHM'nin, önceki bölümde sunulmaya çalışılan standartları açısından ele alınmıştır. Konuya AİHM standartları açısından yaklaşılmasının nedeni, AİHM'nin, Türkiye'deki uygulamaların insan haklarına uygunluğunu denetleyen, belirleyen ve yerine göre, ihlalin nasıl giderileceğini gösteren son ve en üst yargı organı olmasındandır ⁵⁵. Belirtilen KHK'ların, kişi dokunulmazlığı, özgürlüğü ve güvenliği, düşünce ve kanaat özgürlüğü, düşünceyi açıklama, yayma ve basın özgürlüğü, dernek kurma, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, sendika kurma hakkı ve eğitim ve öğrenim hakkı ile ilgili maddeleri ise, çalışma grubunun görev alanı dışında kaldığından, irdelenmemiştir.

⁵² Depalle / Fransa (29.3.2010 – Büyük Daire); Brosset-Triboulet vd. / Fransa (29.3.2010 - Büyük Daire) kararları.

⁵³ N.A. vd. / Türkiye ihlal kararı (11.10.2005). AYM'nin, kıyı şerisinde tapulu taşınmaz mülkiyeti olamayacağına ilişkin 15.4.2014 tarihli ve 2012/636 başvuru no.lu kararı, AİHM'nin belirtilen ve benzer ihlal kararlarına aykırıdır.

⁵⁴ 667, 668, 671, 674 sayılı KHK'lar sırasıyla 6749, 6755, 6757, 6758 sayılı yasalarla yasalaşmıştır.

⁵⁵ AİHM'nin denetimi, AYM'nin bireysel başvuru sonucunda verdiği nihai nitelikteki karardan sonra devreye girmektedir.

2. 667-688 sayılı olağanüstü hal KHK'larının, hukuk güvenliği ve geniş anlamda mülkiyet hakkı ile ilgili maddeleri:

- **Görevden ve meslekten çıkarma**

2.1. Kamu görevlilerinin ve kamuda çalışanların (TSK, Jandar-
ma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı, MSB
personeli, Yükseköğretim Personel Kanunu'na tabi personel,
mahalli idareler personeli, Devlet Memurları Kanunu'na tabi
personel ve işçiler, Uzman Erbaş Kanunu'na ve TSK'nde İş-
tihadam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında
Kanun'a tabi personel) idari değerlendirme ve onayla (667 sa-
yıılı KHK m.4) veya KHK ekindeki listede gösterilmek suretiyle
(668 sayılı KHK m. 2(1)a), 4(8)ğ) ve 4(8)h)) ve tebligat yapılmak-
sızın (670 sayılı KHK m. 2(1); 672 sayılı KHK m. 2(1); 673 sayılı
KHK m. 7; 675 sayılı KHK m. 1(1); 677 sayılı KHK m. 1(1); 679
sayılı KHK m. 1(1); 683 sayılı KHK m. 1(1); 686 sayılı KHK m.
1(1)) görevden çıkarılmaları.

2.2. Yargı mensuplarının, idari değerlendirme sonucunda mes-
lekten çıkarılmaları (667 sayılı KHK m.3(1); 668 sayılı KHK m.
4(8)b).

- **2.1. ve 2.2. no.lu paragraflarda belirtilen maddeler için değerlendirme:**

Terör örgütü ve eylemleriyle bağlantıları ve devletin anaya-
sal düzenine sadakatsizlikleri yargısal süreçler sonucunda ka-
nıtlanmadığı sürece, görevden / meslekten çıkarma işlemleri,
hukuk güvenliği kavramına aykırı, keyfi uygulamalar olarak ni-
telendirilebilir ve bu işlemlerin sonucunda, maaş / ücret ve sos-
yal güvenlik haklarından yoksun bırakılma, AİHM kararlarıyla
yorumlanan mülkiyet hakkına aykırı görülebilir ⁵⁶.

⁵⁶ Maaş / ücret ve sosyal güvenlik hakkından yoksun bırakma, AİHM tarafın-

- **Görevden ve meslekten çıkarılanların çalışma ve diğer haklarının kısıtlanması**

2.3. Kamu görevlilerinin ve kamuda çalışanların, görevden çıkarılmalarının kamu hizmetinde yeniden görev almalarına, özel güvenlik şirketlerinde yönetici olmalarına ve çalışmalarına engel oluşturması; bu kişilerin, pilot lisanslarının (667 sayılı KHK m. 4(2) ve 4(3); 668 sayılı KHK m. 2(2)) ve gemi adamlığı belgelerinin iptal edilmesi (670 sayılı KHK m. 2(2)); unvan, sıfat ve meslek adlarını (örn., hakim, savcı) kullanmalarının ve bu unvan, sıfat ve meslek adlarına bağlı olarak sağlanan haklardan yararlanmalarının yasaklanması (670 sayılı KHK m. 4; 675 sayılı KHK m. 2; 677 sayılı KHK m. 1(2) ve 1(3); 679 sayılı KHK m. 1(2), 1(3) ve 2; 686 sayılı KHK m. 1(3)).

- **2.3. no.lu paragrafta belirtilen maddeler için değerlendirme:**

Kişilerin terör örgütü ve eylemleriyle bağlantıları, yargısal süreçler sonucunda kanıtlanmadığı sürece, çalışma hayatında ekonomik çıkar sağlayan lisans ve belgelerin iptali ve yasalara göre kazanılmış unvan, sıfat ve meslek adlarının sağladığı haklardan yararlanmanın yasaklanması, hukuk güvenliği kavramıyla ilişkili olarak, AİHM kararlarıyla yorumlanan mülkiyet hakkına ve başka haklara ⁵⁷ aykırı bulunabilir ⁵⁸.

dan, AİHS'nin 8. maddesiyle güvence altına alınan özel hayat ve aile hayatı hakkıyla ilgili olarak da olumsuz yönde değerlendirilebilir.

⁵⁷ Unvan, sıfat ve meslek adlarının sağladığı haklardan yararlanmanın yasaklanması, AİHS'nin 8. maddesiyle güvence altına alınan özel hayat hakkına da aykırı bulunabilir.

⁵⁸ Lisans ve belgelerin iptali ve unvan, sıfat ve meslek adlarının sağladığı haklardan yasaklanmak, AİHM tarafından, AİHS'nin 8. maddesinin ihlali olarak da değerlendirilebilir. Bu bağlamda bkz., Sidabras ve Džiautas / Litvanya (27.7.2004); Lupşa / Romanya (prg. 38) (8.6.2006); D.M.T. ve D.K.I. / Bulgaristan (24.7.2012).

- **Öğrencilikten çıkarılanların ve görevden uzaklaştırılan veya haklarında soruşturma veya kovuşturma yapılan doçent adaylarının çalışma ve diğer haklarının kısıtlanması**

- 2.4. FETÖ/PDY terör örgütüne aidiyeti, iltisakı veya irtibatı bulunan ve adları listede belirtilen, yurtdışında öğrenim gören öğrencilerin, öğrencilikle ilişiklerinin kesilmesi ve kamu hizmetinde istihdam edilmelerinin yasaklanması; yurtdışında gördükleri eğitim için denklik işlemi yapılmaması ve akademik unvan ve derecelerine bağlı hakları kullanmaktan yasaklanmaları (673 sayılı KHK m. 4; 675 sayılı KHK m. 4).
- 2.5. *Terör örgütlerine veya MGK tarafından, milli güvenliğe karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olması ya da değerlendirilmesi sebebiyle görevden uzaklaştırılan veya haklarında adli soruşturma ya da kovuşturma yapılan doçent adaylarının doçentlik başvuruları ile ilgili işlemlerin durdurulması; bunlardan kamu görevinden çıkarılanların veya mahkum edilenlerin, doçentlik başvurularının iptal edilmesi (683 sayılı KHK m. 4).*

- **2.4. ve 2.5. no.lu paragraflarda belirtilen maddeler için değerlendirme:**

Kişilerin terör örgütü ve eylemleriyle bağlantıları, yargısal süreçler sonucunda kanıtlanmadığı sürece, yurt dışı öğrenimlerinin engellenmesi, denklik işlemlerinin yapılmaması, doçentlik başvuru işlemlerinin durdurulması veya iptal edilmesi, çalışma hayatında ekonomik çıkar sağlayan lisans ve belgelerin iptali ve yasalara göre kazanılmış akademik unvan ve derecelerini sağladığı haklardan yararlanmanın yasaklanması, hukuk güvenliği kavramıyla ilişikli olarak, AİHM kararlarıyla yorumlanan mülkiyet hakkına ve başka haklara aykırı bulunabilir (karş., dip-not 58).

- **Kapatılan kurum ve kuruluşların varlıklarına bedelsiz olarak el konması, şirketlere kayyım atanması ve şirketlerin tasfiye edilmesi**

- 2.6. KHK ekindeki listede gösterilmek suretiyle veya idari değerlendirme ve Bakan onayıyla kapatılan kurum ve kuruluşların (özel sağlık, öğretim kuruluşları, öğrenci yurtları, pansiyonları, vakıflar, dernekler, vakıf yükseköğretim kuruluşları, sendikalar, federasyonlar, konfederasyonlar) (667 sayılı KHK m. 2(1) ve 2(3); 677 sayılı KHK m. 3(1a); 679 sayılı KHK m. 5(1)) mal varlıklarının, alacak ve haklarının bedelsiz olarak Hazine'ye veya Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne devredilmesi (667 sayılı KHK m. 2(2); 668 sayılı KHK m. 4(8a); 677 sayılı KHK m. 3(2); 679 sayılı KHK m. 5(2)).
- 2.7. KHK ekindeki listede gösterilmek suretiyle veya idari değerlendirme ve Bakan onayıyla kapatılan basın ve yayın kuruluşlarının (özel radyo, televizyon kuruluşları, gazete, dergi, yayınevi, dağıtım kanalları) mal varlıklarının, alacak ve haklarının bedelsiz olarak Hazine'ye devredilmesi (668 sayılı KHK m. 2(1b), 2(3) ve 2(4)); 675 sayılı KHK m. 5(1); 677 sayılı KHK m. 3(1b) ve 3(2); 683 sayılı KHK m. 3).
- 2.8. Kapatılan kurum ve kuruluşların (basın ve yayın kuruluşları dahil) ve bağlı oldukları şirketlerin, bedelsiz olarak Hazine'ye veya Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne devredilen mal varlıkları dışında kalan varlıklarının yine, bedelsiz olarak Hazine'ye devredilmesi ve söz konusu şirketlerin tasfiye edilmesi (670 sayılı KHK m. 5(3)).
- 2.9. şirketlere, terör örgütlerine aidiyeti, iltisakı veya irtibatı nedeniyle açılan soruşturma ve kovuşturma kapsamında kayyım atanması ve bu şirketlerin mevcut durumlarının sürdürebilir olmadığının TMSF tarafından belirlenmesi halinde,

varlıklarının satılması veya şirketin tasfiye edilmesi (674 sayılı KHK m. 13, 19; 675 sayılı KHK m. 9); kayyımlik yetkisinin TMSF'ye devri (677 sayılı KHK m. 7); kayyımların ve tasfiye memurlarının sorumsuz olması (675 sayılı KHK m. 11).

- **2.6., 2.7., 2.8. ve 2.9. no.lu paragraflarda belirtilen maddeler için değerlendirme:**

Belirtilen maddelere dayanan uygulamalar, hukuk güvenliği kavramıyla ilişkili olarak, mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğurabilir. Söz konusu kurum, kuruluş ve şirketlerin, terör örgüt ve eylemleriyle bağlantıları, yargısal süreçler sonucunda kanıtlanmadığı sürece, mal varlıklarına, alacak ve haklarına bedelsiz olarak el konulması ve şirketlerin varlıklarının satılması ve tasfiye edilmesi - bu tür müdahalelerin keyfililiğine karşı yeterli güvenceler bulunmaması durumunda - mülkiyet hakkının ihlali olarak nitelendirilebilir⁵⁹. Kayyımların ve tasfiye memurlarının sorumsuzluğu, keyfililiğe karşı yeterli güvencelerin bulunmadığı yönünde güçlü bir kanı oluşmasına yol açabilir. Ayrıca, şirketin tasfiyesi yerine uygulanabilecek başka seçenekler varsa, tasfiye biçimindeki müdahalenin orantılı olup olmadığı sorgulanabilir.

- **Özel hukuk alanında doğan haklara müdahale**

2.10. Kapatılan ve mal varlıkları Hazine'ye veya Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne devredilen kurum ve kuruluşların borçlarından sorumluluk kabul edilmemesi (667 sayılı KHK m. 2(2); 668 sayılı KHK m.2(3); 677 sayılı KHK m. 3(2); 679 sayılı KHK m. 5(2); 683 sayılı KHK m. 3).

2.11. Teröristlere veya terör örgütlerine yardım ve yataklık suçları nedeniyle, belediye başkanı, başkan vekili ya da meclis üyesi yerine görevlendirme yapılan (674 sayılı KHK m. 38, 40)

⁵⁹ Capital Bank A.D. / Bulgaristan (2005).

belediyelerin ve bağlı kuruluşlarının gerçekleştirdiği ihalelerde, yüklenicilerin, terör örgütlerine iltisakı veya bunlarla irtibatı bulunduğunun EGM tarafından bildirilmesi veya yapılan sözleşmelerin ilgili belediyenin çıkarlarına aykırı olduğunun belirlenmesi üzerine, sözleşmelerin tek taraflı olarak feshedilmesi (677 sayılı KHK m. 8).

2.12. İntifa, irtifak ve kira sözleşmelerinin yararlanıcılarının ve kiracılarının milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı bulunduğu değerlendirildiği takdirde, belirtilen sözleşmelerin iptal edilmesi (667 sayılı KHK m. 8); geçmiş tarihli taşınmaz devir işlemlerinin muvazaa sayılması (675 sayılı KHK m. 12).

- **2.10., 2.11. ve 2.12. no.lu paragraflarda belirtilen maddeler için değerlendirme:**

Özel hukuk alanında, iyi niyetli alacaklıların alacak haklarından yoksun bırakılmaları, hukuk güvenliği kavramıyla ilişkili olarak, mülkiyet hakkına aykırı görülebilir. Keza, sözleşmenin Devletin müdahalesiyle feshedilmesi veya iptal edilmesi sonucunda, sözleşmenin tarafı olan kişilerin zarara uğraması, AİHM kararlarıyla yorumlanan mülkiyet hakkının ihlali olarak nitelendirilebilir⁶⁰.

- **Eylem ve işlemlerinden dolayı, görevlilerin veya görev alanların sorumsuzluğu**

2.13. 667 sayılı KHK kapsamında “karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin” eylem ve işlemlerinden (söz konusu KHK'nın 6. maddesinde yer alan soruşturma ve kovuşturma işlemleri dahil) dolayı, hukuki, idari, mali ve cezai bakımdan sorum-

⁶⁰ Consort Richet ve Le Ber / Fransa (2010).

suz sayılmaları (667 sayılı KHK m. 9); genel olarak da, “darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında karar alan, karar veya tedbirleri icra eden, her türlü adli ve idari önlemler kapsamında görev alan kişiler ile olağanüstü hal süresince yayımlanan KHK'lar kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin” karar, eylem ve işlemlerinden dolayı, hukuki, idari, mali ve cezai bakımdan sorumsuz olmaları (668 sayılı KHK m. 37).

- **2.13. no.lu paragrafta belirtilen maddeler için değerlendirme:**

Kamu görevlilerinin eylem ve işlemlerinden dolayı sorumsuz olmaları, keyfiliğe yol açması ve hukuk güvenliğine aykırı olması bakımından hukuk devleti kavramıyla bağdaşmaz. Değerlendirilen maddelerin yazımı, söz konusu sorumsuzluğun sadece kamu görevlileriyle sınırlı tutulmadığı, kamu görevlisi olmayan fakat bir biçimde, eylem ve işlemlerin yürütülmesine katılan kişilerin de sorumsuz olacağı yönünde yorumlanmaya elverişlidir. Bu yolda yapılacak yorumlar, sorumsuzluğun yol açacağı keyfiliği daha da ağırlaştırır. Öte yandan, alacak hakkına, sosyal güvenlik hakkına, parasal değerleri olan her türlü kullanma ve yararlanma hakkına, ruhsat, lisans ve kiracılık hakkına ve meşru her türlü ekonomik çıkara yönelik keyfi müdahalelerin sorumsuzluk zırhıyla korunması, yarattığı zarar ölçüsünde, mülkiyet hakkının ihlali olarak nitelendirilebilir.

- **Hak arama yollarının kapatılması ve zararların önlenmesinin engellenmesi**

2.14. Kapatılan kurum ve kuruluş, özel radyo ve televizyonlar, gazete, dergi yayınevi ve dağıtım kanalları ile bunların sahibi gerçek veya tüzel kişiler veya bunların mal varlıklarını, hak ve alacaklarını devralan Maliye Bakanlığı veya Vakıflar

Genel Müdürlüğü aleyhine açılan davalar için zorunlu olarak ret; takipler için de zorunlu olarak düşme kararı verilmesi (675 sayılı KHK m. 16); kapatılan kurum ve kuruluşların, kapatılmaları nedeniyle tazminat talebinde bulunmalarının yasak olması (677 sayılı KHK m. 6).

2.15. Olağanüstü hal tedbirleri kapsamında görevden çıkarılanların göreve iade edilmeleri durumunda, arada geçen zaman içinde uğradıkları zararın tazmininin talep edilmesinin yasak olması (675 sayılı KHK m. 3(3); 677 sayılı KHK m. 2(2); 679 sayılı KHK m. 3(2); 683 sayılı KHK m. 2(2); 686 sayılı KHK m. 2(2); 688 sayılı KHK m.1(2)).

2.16. 667 sayılı KHK kapsamındaki (667 sayılı KHK m. 10) ve genel olarak olağanüstü hal süresince yayımlanan KHK'lar kapsamındaki karar ve işlemlerin yürütölmelerinin durdurulmasının yasaklanması (668 sayılı KHK m. 38)

- 2.14., 2.15. ve 2.16. no.lu paragraflarda belirtilen maddeler için değerlendirme:

Açılan dava ve takiplerin KHK gereği, zorunlu olarak ret veya düşme kararıyla sonuçlanması, hak arama yollarının kapatılması olarak değerlendirilip, zarara yol açtığı ölçüde, mülkiyet hakkının ihlali olarak nitelendirilebilir. Olağan dönemde var olan tazminat talep etme hakkının kullanımının, olağanüstü dönemde yasaklanması da yine, mülkiyet hakkının ihlali olarak nitelendirilebilir. Karar ve işlemlerin yürütölmelerinin durdurulmasına karar verilmesinin yasaklanması ise, giderilemeyecek zararlara yol açtığı ölçüde, mülkiyet hakkının ihlali olarak görölebilir.

IV. HAK ARAMA YOLLARI

1. Olağanüstü hal KHK'ları kapsamındaki tedbir ve uygulamalar nedeniyle hakları ihlal edilenlerin, mağduriyetlerini gidermek için başvurabilecekleri iç hukuk yollarının KHK'ların çeşitli hükümleriyle kapatıldıkları, yukarıda III. bölümün 2.14. – 2.16. no.lu paragraflarında belirtilmiştir. Öte yandan, görevden veya meslekten çıkarılanların doğrudan Danıştay'a açtıkları davaların, Danıştay 5. Dairesi'nin görev yönünden reddedilerek, ilk derece idare mahkemelerine gönderildiği; ilk derece idare mahkemelerinin de, olağanüstü hal KHK'larını denetleme yetkilerinin bulunmadığı gerekçesiyle, davaları, incelemeksizin reddettikleri bilinmektedir. Hak arama alanındaki bu çaresizlik karşısında Venedik Komisyonu, 667-676 sayılı olağanüstü hal KHK'larıyla ilgili 12.12.2016 tarihli görüşünde, olağanüstü hal tedbirlerini denetleyen özel ve geçici bir yapı oluşturulmasını önermiştir. Venedik Komisyonu'na göre bu yapı, bağımsız ve tarafsız olmalı, hak ve özgürlüklere sadece yasaların öngördüğü usul ve biçim uyarınca müdahale edilebileceği (*due process*) temel ilkesine saygı göstermeli ve ihlalden önceki duruma dönüşü ve/veya uygun tazminat ödenmesini sağlayacak yetkiyle donatılmalıdır⁶¹.

- **685 sayılı KHK'da kurulması öngörülen *Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonu***

2. 23.1.2017 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 685 sayılı olağanüstü hal KHK'sı *Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonu* kurulmasını öngörmüştür. Bu Komisyonun görevi, 685 sayılı KHK'nın 2. maddesinin 1. fıkrasına göre, olağanüstü hal KHK'ları kapsamında meslekten veya görevden çıkarılanların, öğrencilikle ilişiği kesilenlerin, kapatılan kurum ve kuru-

⁶¹ Venedik Komisyonu'nun 12.12.2016 tarihli görüşününün 220-222. paragrafları.

luşların ve basın-yayın organlarının ve rütbeleri alınan emeklilerin başvurularını inceleyip karara bağlamaktır. Maddenin 2. fıkrası ise, Komisyonun bir görevinin de, 1. fıkra dışında kalan ve olağanüstü hal KHK'larıyla düzenlenen, gerçeğ ve tüzel kişilerin hukuki statüleriyle ilgili başvurular hakkında karar vermek olduğunu belirtmektedir. Bu fıkra, 10. maddenin 2. fıkrasında yer alan “*Kapatılan kurum ve kuruluşlara ilişkin başvurunun kabulü halinde ilgili KHK hükümleri, söz konusu kurum ve kuruluş bakımından tüm hüküm ve sonuçlarıyla birlikte söz konusu KHK'nın yayımı tarihinden geçerli olmak üzere ortadan kalkmış sayılır*” ibaresi ile birlikte okunduğunda, Komisyonun, kapatılan kurum ve kuruluşlarla ilgili başvuruları da incelemekle görevli olduğu sonucuna varılabilir.

3. Maddenin 3. fıkrası, Komisyonun görev alanına girmeyen konulara ilişkindir. Buna göre, **(a)** olağanüstü hal KHK'larında *yer alan ilave tedbirler* ve **(b)** *kanun yollarının açık olduğu işlemler* Komisyonun görev alanına girmez. Olağanüstü hal KHK'larında *yer alan ilave tedbirler*'in neler olduğu açık değildir ve bunların görev alanı dışında tutulmasının makul bir nedene dayanıp dayanmadığı da bilinmemektedir.
4. Komisyonun 7 üyesinin 3'ü kamu görevlileri arasından Başbakan tarafından; 1 üyesi Adalet Bakanlığı merkez teşkilatında veya bağlı kuruluşlarında çalışan hakim ve savcılar arasından Adalet Bakanı tarafından; 1 üyesi mülki idare sınıfına mensup personel arasından İçişleri Bakanı tarafından; 2 üyesi Yargıtay ve Danıştay tetkik hakimleri arasından HSYK tarafından belirlenir. Bu oluşumun, Venedik Komisyonu'nun aradığı standartta bağımsız olduğu kuşkuludur. Bağımsızlığı kuşkulu olan bir yapının, tarafsız davranacağı ve hak ve özgürlüklere sadece yasaların öngördüğu usul ve biçim uyarınca müdahale

edilebileceği (*due process*) temel ilkesine saygı göstereceği de kuşkuldur. Ayrıca, Komisyon, ihlalden önceki duruma dönüşü ve/veya uygun tazminat ödenmesini sağlayacak yetkiyle de donatılmamıştır.

5. *Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonu* henüz başvuruları almaya başlamamıř⁶² ve herhangi bir karar üretmemiştir (24.4.2017). Bu nedenle, AİHM tarafından, tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu ⁶³ olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği önceden kestirilemez.

- **685 sayılı KHK'nın öngördüğü *Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonu'nun* başvuruları almaya başlayacağı tarihin ilan edilmesine kadar, bu Komisyonun görevine giren konularda tüketilecek yollar**

6. Tüketilmesi gereken iç hukuk yoluna başvuru için sürenin geçirildiğine ilişkin itirazlarla ve hak kaybıyla karşılaşılmaması için, bilinen olağan iç hukuk yollarının tüketilmesinin gerektiği düşünölmektedir.

⁶² 685 sayılı KHK'nın Geçici 1. Maddesinde, Komisyonun başvuruları almaya başlayacağı tarihin, bu KHK'nın yayımlandığı 23.1.2017 tarihinden itibaren 6 ay içinde Bakanlık tarafından ilan edileceği belirtilmiştir.

⁶³ Tüketilecek iç hukuk yolu, etkin nitelikte olmalıdır. Etkin iç hukuk yolu, başvuru konusu ihlalin giderilmesini sağlayabilecek ve bu yönde makul ölçüde bir beklenti yaratabilecek nitelikte bir yoldur (9.4.2015 tarihli Halil Ceylan / Türkiye kabul edilemezlik kararı, prg. 22). Etkin olmayan iç hukuk yolunun tüketilmesi gerekmez ancak, bir iç hukuk yolunu, etkin olmadığı gerekçesiyle tüketmekten kaçınabilmek için, sağlam verilere dayanılmalıdır. AİHM, bir iç hukuk yolunun etkin olup olmadığına, söz konusu iç hukuk yolunun işleyişinin ve uygulamalarının, kendi (AİHM) içtihatlarıyla ve koyduğu standartlarla uyum içinde olmasına göre karar verir; bunun için, bir süre, söz konusu iç hukuk yolunun işleyişini ve uygulamalarını izler; bu sürede, söz konusu iç hukuk yolunun tüketilmesini ister. Bu nedenle, başvurucular, bir süre, henüz etkinliği AİHM tarafından belirlenmemiş iç hukuk yollarını tüketmek durumunda kalabilirler.

- **685 sayılı KHK'nın öngördüğü Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonu'nun görevine girmeyen konularda tüketilecek yollar**
7. Bu konularda bilinen olağan iç hukuk yollarının tüketilmesi gerektiğinde tereddüt yoktur.
- **Yargı mensuplarının meslekten çıkarılmalarına karşı, 685 sayılı KHK'da öngörülen, Danıştay'da dava açma yolu**
8. 685 sayılı KHK'nın 11. maddesi ile Geçici 1. Maddesinde, meslekten çıkarılan yargı mensuplarının 60 gün içinde Danıştay'da dava açabilecekleri belirtilerek, kapalı olan yargı yolu açılmış ve yeni/özel bir iç hukuk yolu yaratılmıştır. Bu noktada AİHM, HSYK kararıyla meslekten çıkarılan, Ankara İş Mahkemesi yargıcı Kadriye Çatal'ın, başvuru tarihinden sonra oluşturulan iç hukuk yolunu tüketmemiş olması nedeniyle başvurusunu kabul edilemez bulmuřtur⁶⁴.
- **İç hukuk yollarının AİHM kararlarına odaklı olarak tüketilmesi**
9. AİHS'ye taraf olmamız nedeniyle, AİHS'nin ve taraf olduğumuz ek Protokollerin güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerin ihlaliyle ilgili başvuruları inceleme ve bunlarla ilgili karar verme yetkisine sahip olan AİHM, hukuk sistemimize dahil bir yargı organıdır. Bu yargı organı, AİHS ve ek Protokollerde yer alan hak ve özgürlükleri yorumlar ve standartları belirler.

⁶⁴ 10.3.2017 tarihli Çatal / Türkiye kabul edilemezlik kararı. Bu kararda, Kadriye Çatal'ın AİHM'ye başvuru yaptığı tarihte mevcut olmayan ve sonradan oluşturulan bir iç hukuk yolunun tüketilmesinin istenmesi istisnai bir durumdur. Bu istisnai duruma, kararda da dikkat çekilmiştir. AYM'nin 15.2.2017 tarihli Murat Hikmet Çakmakçı başvuru kararı (kabul edilemezlik kararı) da, 685 sayılı KHK ile oluşturulan yeni/özel iç hukuk yolunun tüketilmemiş olmasına dayanmaktadır.

AİHS'nin 46. Maddesi uyarınca, bu yargı organının nihai kararları ilgili devlet açısından bağlayıcıdır ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin denetimi altında yerine getirilir. Buna göre, AİHM'nin kararlarının ilgili devlet açısından bağlayıcılığı ve yerine getirilmek zorunda olması, uluslararası hukuk yükümlülüğüdür. Bu çerçevede, hukukumuzda, tüketilmesi gereken iç hukuk yollarında karar üretilirken, AİHM'nin Türkiye açısından bağlayıcı olan kararlarına aykırı karar vermeye dikkat edilmesi ve Türkiye açısından bağlayıcı olmayan ancak, emsal oluşturan diğer devletlerle ilgili kararlarının da göz önünde bulundurulması, hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Bu açıdan bakıldığında, hak arama yolunun sonunda AİHM'nin bulunduğu ve tüketilecek iç hukuk yollarında üretilen kararların AİHM kararlarıyla örtüşmemesi durumunda, son çare olarak AİHM'ye başvurulabileceğinin altı çizilebilir. Bu bağlamda, AİHM'ye başvurma hakkının kısıtlanamayacağı ve olağanüstü hallerde askıya alınamayacağı kaydedilmelidir.

10. Yukarıdaki veriler ışığında, ihlallerin iç hukuk yollarında çare bulması yani, giderilmesi gerçekleşmezse, yolun sonunda AİHM'nin bulunduğu düşünülerek, iç hukuk yollarında, AİHS ve ek Protokollerde güvence altına alınan hak ve özgürlükleri yorumlayan AİHM kararıyla örtüşen kararlar üretilmesini istemek gerekmektedir. 685 sayılı olağanüstü hal KHK'sıyla getirilen iç hukuk yolları ve bu yollardan sonra gidilecek yargı yolları da (Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu dahil), bu yaklaşımla tüketilmelidir.

- **AİHS ve ek Protokollerde güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin askıya alınmalarının, AİHM'ye yapılacak başvuruları etkilemesi**

11. AİHM'nin, başvuruları inceleme yetkisinin konu bakımından sınırlandırılabilmesi için, başvurularda dayanılabilecek hak ve özgürlüklerin yukarıda I. Bölümün 2.3.1. no.lu paragrafında açıklanan koşullara (*kesin gereklilik, amaçla orantılılık*) uygun biçimde askıya alınmış olması gerekmektedir. Keza, askıya alma bildiriminin kapsamı dışında kalan konularda da bkz., I. Bölümün 2.3.2. no.lu paragrafı), AİHM'nin başvuruları konu bakımından inceleme yetkisinin sınırlandırıldığından söz edilemez.
12. Bu çerçevede, iç hukuk yolları tüketildikten sonra yapılacak AİHM başvurularında (başvuru formlarında), mağduriyete neden olduğu ileri sürülen olağanüstü hal tedbirlerinin, AİHS'nin 15. maddesinde aranan koşullara uyup uymadığı ve Türkiye'nin AK Genel Sekreterine sunduğu 21.7.2016 tarihli askıya alma bildiriminin kapsamına girip girmediği tartışılmalıdır.

V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

1. Yukarıda III. Bölümde, 667-688 sayılı olağanüstü hal KHK'larının belirtilen maddelerine dayanan uygulamalarının, ilk bakışta ve genel olarak, hukuk güvenliğinin ve geniş anlamda mülkiyet hakkının ihlaline yol açabilecek nitelikte aykırılıklar içerdiği değerlendirilebilir. Ancak, önemli olan, iç hukuktaki idari ve/veya yargısal süreçlerde, olaya özgü değerlendirmelerin yapılması ve varsa, ihlallerin giderilmesi yönünde kararlar alınmasıdır.

2. İç hukuk yollarının kapalı, yetersiz veya etkisiz olmaları nedeniyle, ihlalleri giderecek çözümler üretilememesi durumunda, AİHM'ye başvurmanın son çare olacağı; bunun için,
- AİHM'ye başvurunun ön koşulu olan, mevcut ve yeni oluşturulan iç hukuk yollarının – etkisiz oldukları kendi kararları veya AİHM kararlarıyla belirlenmediği sürece – tüketilmelerinde;
 - bu tüketim sürecinde karar üretecek organların, AİHM kararlarına ve standartlarına uyum sağlamaları gerektiğinin hatırlatılıp, istenmesinde;
 - AİHM önüne gidildiğinde ise, hak ihlallerine yol açan olağanüstü hal tedbirlerinin, AİHS'nin 15. maddesindeki koşullara uyup uymadığının ve ihlale konu olan uygulamanın askıya alma bildiriminin kapsamına girip girmediğinin tartışılmasında
- yarar görölmektedir.

Kaynakça

Ulusal mevzuat

Anayasa

2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu

667 – 688 sayılı olağanüstü hal KHK'ları

İç hukuk yargı kararları

Anayasa Mahkemesi kararları

Uluslararası belgeler

Birleşmiş Milletler belgeleri

BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi

BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi

BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesi uyarınca
21.7.2016 tarihli yükümlülüklerden ayrılan tedbirler alma
bildirimi

BM İnsan Hakları Komitesi'nin yükümlülüklerden ayrılan tedbirlere
ilişkin 29 no.lu Genel Yorumu

BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi

Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri

Avrupa Konseyi belgeleri

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 15. maddesi uyarınca 21.7.2016
tarihli askıya alma bildirimi ve ekleri

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek 1 no.lu Protokol ve çekince
metni

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek 7 no.lu Protokol

Avrupa Sosyal Şartı

Gözden geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin 7.10.2016 tarihli memo-
randumu

Venedik Komisyonu'nun 667 - 676 sayılı olağanüstü hal KHK'larına
ilişkin 12.12.2016 tarihli görüşü

Uluslararası yargı kararları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları

Bilimsel makale

Erdoğan, Gülnur; Avrupa Sosyal şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal şartı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 78, Eylül-Ekim 2008

Kısaltmalar (alfabetik sırayla)

AK : Avrupa Konseyi

AIHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AIHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AYM : Anayasa Mahkemesi

bkz. : Bakınız

EGM : Emniyet Genel Müdürlüğü

ILO : International Labour Organization

karş. : Karşılaştırınız

m. : Madde

MGK : Milli Güvenlik Kurulu

MSB : Milli Savunma Bakanlığı

OHAL : Olağanüstü hal

RG : Resmi Gazete

TCK : Türk Ceza Kanunu

TMSF : Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu

TSK : Türk Silahlı Kuvvetleri

UÇÖ : Uluslararası Çalışma Örgütü

