

SOSYAL RİSK İLKESİ VE UYGULAMA ALANI (SOCIAL RISK AND ITS PRACTICE)

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ*

ÖZET

Danıştay, son yıllarda tabii afetlerden ve terör eylemlerinden doğan zararlardan idareyi sosyal risk ilkesi uyarınca sorumlu tutmaktadır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ise bu konuda daha çok kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanmaktadır. Ancak tabii afetlerden ve terör eylemlerinden doğan zararlar nedeniyle idarenin sorumluluğunda doğrudan sosyal risk ilkesinin kullanılması doğru değildir. Zira sosyal risk ilkesi, yasama organının düzenlemelerine dayanak teşkil eden bir kuramdır. Yargı organı ise tabii afetler ve terör eylemlerinden doğan zararların tazmini için açılan davalarda öncelikle hizmet kusurunun varlığını araştırmalıdır.

ANAHTAR KELİMELELER

İdarenin sorumluluğu, sosyal risk, kamu külfetleri karşısında eşitlik, hizmet kusuru, terör eylemlerinden sorumluluk, tabii afetlerden sorumluluk

ABSTRACT

In Turkey as Danıştay (Hight Administrative Court) holds the Administration responsible for the natural disasters and terrorism according to the social risk principle, AYİM (Hight Military Administrative Court) bases on liability of the State to the “L'égalité des citoyens devant les charges publiques” principle. But it wouldn't be convinient to use social risk principle directly. The administrative courts have to investigate “faute de service” firstly.

KEYWORDS

Liability of the State, social risk, “L'égalité des citoyens devant les charges publiques”, “faute de service”, responsibility of terror, responsibility of natural disasters

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

SOSYAL RİSK İLKESİNİN ANLAMI

Sosyal risk ilkesi, ilk olarak Fransa'da savaş zararlarının idarece karşılanması amacıyla uygulanan bir sorumluluk ilkesidir. Ülkemizde ise 1980'li yıllarda yoğunlaşan terör eylemlerinden doğan zararların karşılanmasında, idarenin sorumluluğunun dayanağı olarak kullanılmaya başlanmıştır.

Tabii afetler, toplumun içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşulların ortaya çıkardığı kitle hareketleri ve bunlardan doğan saldırıların yol açtığı zararlarla savaşlarda sivil halkın uğradığı zararların kusursuz olan kişiler üzerinde bırakılmasının hakça bir davranış olmayacağı düşüncesi sosyal risk ilkesini ortaya çıkarmıştır¹. Azrak'a göre sosyal risk ilkesinin hukukî temeli "imkân ve fırsat eşitliği"; felsefî kökeni ise Anayasa'nın Başlangıç kısmında yer alan dayanışma ilkesidir².

Sosyal risk, insanların birlikte yaşamalarından doğan kaçınılmaz bir tehlike halidir. Bu tehlikenin zararları sonuçlarının nedensellik bağı aranmadan idarece giderilmesini öngören ilkeye de sosyal risk ilkesi denilmiştir³. Toplumun içinde bulunduğu kargaşadan, olağandışı bir biçimde belli bazı kişilerin uğradıkları zararların, toplumun siyasî bir örgütlenmesi olan devlet tarafından toplum adına ödenmesi gereği sosyal risk ilkesi çerçevesinde kabul edilmektedir⁴. Diğer kusursuz sorumluluk hallerinden farklı olarak, sosyal risk sorumluluğunda zararı yaratan, idarenin hukuka uygun bir faaliyeti, personelinin davranışı ya da tehlikeli bir faaliyeti veya muhataralı tesislerin yapısındaki bir neden değil, idareye yabancı kişilerin, toplulukların, idare tarafından önlenemeyen ya da önlenmesi daha büyük zararlar yaratabilecek olan davranış ve eylemleridir. Şu halde zarar ile idari eylem arasında bir nedensellik bağının bulunmadığı tek kusursuz sorumluluk hali budur. Sosyal risk kuramının uygulanabilmesi için idari eylem ile zarar arasında bir nedensellik bağı aranmasa bile, idarenin üçüncü kişilerin zarar verici davranış ve eylemlerinden sorumlu tutulabilmesi için, bunları önlemek

¹ AZRAK Ali Ülkü, "İdarenin "Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramı"na Göre Kusursuz Sorumluluğu", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, İstanbul 1980, s. 136-137; ÇELİKKOL Hüseyin, "İdarenin Objektif Sorumluluğu", İBD, sy. 2, İzmir 1985, s. 20; KANETİ Selim, "Özel Hukuk Alanında Toplumsal Hasar Temeline Dayanan Sorumluluk", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, İstanbul 1980, s. 147.

² AZRAK, s. 141.

³ ESİN Yüksel, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1976, s. 155; AZRAK, s. 136.

⁴ ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, İstanbul 1966, s. 1744; AZRAK, s. 137; ESİN, s. 155.

devletin birincil ödevlerinden olmasına karşın, kusuru olmaksızın önleyememiş ya da daha büyük zararlara yol açmamak için önlemekten kaçınmış olması gerekir⁵.

İdarî sorumluluğun gelişmiş bir düzeyde olduğu Fransa ve Almanya gibi ülkelerde toplumun içinde bulunduğu kargaşadan doğan bu tür zararların ödenmesi bazı genel kanunlarla düzenlenmiştir. Savaş hallerinde kişilerin zararlarının ödenmesi kabul edilmiştir. Ülkemizde de bu konuya ilişkin bazı kanunlar öngörülmüştür. Ama bunlar genel değil, özel niteliktedir. 3634 sayılı Millî Müdafaa Mükellefiyetleri Kanunu seferberlik hallerinde devletin sorumluluğu hükümlerini içerir. Ancak bunlar savunma ihtiyacını karşılamak amacıyla, idarenin istimal yoluyla özel mülkiyete müdahalelerinden doğan tazmin borcuna ilişkindir ve sosyal risk ilkesinden ziyade, kamu külfetleri karşısında eşitlik düşüncesine dayanır. 2330 sayılı Nakdi Tazminat Kanunu, 2629 sayılı Uçuş, Paraşüt, Denizaltı, Dalgıç ve Kurbağadam Hizmetleri Tazminat Kanunu gibi kanunlar ise mesleki risk ilkesi dikkate alınarak hizmeti yürüten kamu görevlilerinin uğradığı zararların giderilmesine yönelik kanunlardır. Sosyal risk düşüncesini en iyi yansıtan özel düzenlemeler ise 6-7 Eylül 1955 tarihinde İstanbul ve İzmir’de meydana gelen toplumsal olaylarda zarara uğrayan kişilerin zararlarının tazminine ilişkin 28.2.1956 tarih ve 6684 sayılı Kanun ile Şırnak ve Çukurca’da terörist eylemler sonucu meydana gelen zararların idarece tazminine ilişkin 28.8.1992 tarih ve 3838 sayılı Kanun’dur. Bu konuda daha genel düzenlemelere örnek olarak da son günlerde yürürlüğe giren 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanununun 17. maddesine dayanılarak çıkarılan Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Yönetmelik⁶ ile 6831 sayılı Orman Kanununun değişik 71 inci maddesine dayanılarak hazırlanan Orman Yangınlarını Söndürme Çalışmaları Esnasında Ölenlere ve Sakatlananlara Ödenecek Tazminata İlişkin Yönetmeliği⁷ verebiliriz.

SOSYAL RİSK İLKESİNİN ÖZELLİKLERİ

İdarenin sorumluluğunun genişlemesine yol açan sosyal risk ilkesi, diğer sorumluluk hallerinden farklı olarak bir takım özelliklere sahiptir⁸. İhtihatla şekillenen bu özellikleri şu şekilde belirtebiliriz:

⁵ ARMAĞAN Tuncay, İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, Ankara 1997, s. 162-163.

⁶ RG, 20.10.2004, sy: 25619

⁷ RG, 11.12.2004, sy: 25667

⁸ AZRAK, s. 137.

Zararla İdare Arasında Nedensellik Bağının Bulunmaması

İdarenin eylem ve işlemlerinden sorumlu tutulabilmesi için, idarenin sorumluluğuna ilişkin Anayasa, m. 125 deki “idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zarar” ifadesi gereğince, zararlar idarenin eylem ve işlemi arasında nedensellik bağının bulunması zorunludur. Ancak Danıştay içtihadına göre sosyal risk ilkesini diğer kusursuz sorumluluk hallerinden ayıran, zararlar idarenin eylemi arasında nedensellik bağının bulunmamasıdır. Yargı yerine göre sosyal riske dayalı olarak idarenin sorumluluğuna hükmedilen durumlarda zarar, idarenin faaliyetinden, idarenin personelinin kusurlu ya da kusursuz davranışından, hizmete tahsis edilmiş idare tesislerinden ya da hizmet araç geçreçlerinden değil, idarenin dışında gelişen ya da idareye tamamen yabancı, idarece önlenemeyen veya önlenmesi daha büyük zararlar açacak olan eylemlerdir.

Danıştay’ın eylem ile zarar arasında nedensellik bağı bulunmamasına rağmen, idarenin dışındaki kişilerin, nesnelerin ya da vakıaların sebep olduğu zararlar idarenin sorumlu olabileceğini düşünmesi, idari sorumluluğun “tek yasal dayanağı” olarak nitelendirilen Anayasa m. 125 hükmüne aykırıdır. Başka bir ifadeyle yasal dayanaktan yoksundur. Sosyal riski, başkalarının eylemlerinden doğan zararlar dolayısıyla idarenin kusursuz sorumluluğu olarak tanımlayan anlayış burada “zarara neden olan eylem ya da işlem, idarenin eylemi ya da işlemi değilse, neden idare sorumludur?” sorusuna tatmin edici cevap verememektedir.

Zarara İdare Tarafından Önlenemeyen Ya Da Önlenmesi Daha Büyük Zararlara Yol Açacak Tehlikelerin Neden Olması

Sosyal risk ilkesi uyarınca idarenin tazmin yükümlüsü olduğu zarara neden olan risk, idarece önlenemeyen ya da önlenmesi daha büyük zararlar yaratacak olan riskdir⁹.

Toplumu tehdit eden risk nedeniyle ortaya çıkan zararın idarece önlenememesinin çeşitli nedenleri olabilir. Topluma yönelik tehdit bir anda ortaya çıkmış olabilir. İdare üzerine düşeni yapmış olmasına rağmen zarara sebep olan fiilden önceden haberdar olmamış olabilir. Hatta mutad ihtiyaçlara cevap vermek üzere organizasyonunu yapmış olan idarenin personeli ve ekipmanı bu riski ortadan kaldırmak için yeterli olmayabilir. Kısaca, idare, mevcut yasal yükümlülüklerini ve ihtiyacın gereklerini yerine getirmiş olmasına rağmen zarara engel olamayabilir.

⁹ AZRAK, s. 138; ÇELİKKOL, s. 21.

Ancak toplumu tehdit eden tehlikelere karşı idarenin önlem alması, bu konuda gerekli organizasyonu yapması idare için bir yükümlülüktür. Dolayısıyla somut olaydaki verilere göre kusuru yokmuş gibi görünüyorsa da bu tür tehditlere karşı her zaman bir adım önde olmak zorunda olan idarenin, tamamen kusursuz olduğundan söz edilemez. Kaldı ki önleyebileceği halde “zararın idarece önlenmesinin daha büyük zararlara yol açması” düşüncesi ile önlemediği tehlike sebebiyle oluşan zararlarda, kusurunun olmadığını söylemek zaten mümkün değildir.

Zararın Birarada Yaşamının Kaçınılmaz Sonucu Olması

Toplumsal bir hayat süren bireyler, toplumda karşılaşılan kitle hareketleri, savaş, saldırı ve kargaşalardan etkilenmekte, zarara uğrayabilmektedirler. Zararı doğuran etken, kimi zaman vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları devletin politikası, kimi zaman aynı devletin vatandaşı bir başka kişinin ya da grubun siyasî fikirleri, kimi zaman ise bir başka devletin ya da örgütün politikası olabilmektedir. İşte sosyal risk anlayışı da insanların birlikte yaşamasından doğan, hiçbir şekilde dahil olmadıkları mücadeleler ve hesaplaşmalar nedeniyle var olan bir risklerin paylaşılması düşüncesinden hareketle sosyal devlet anlayışının ortaya koyduğu bir idarî sorumluluk düşüncesidir.

Ancak sosyal devlet anlayışının sonucu olduğu iddia edilen bu ilkenin sosyal adalet anlayışına ne derece uyduğu tartışmalıdır. Zira topluma yönelik tehdit karşısında zarara uğrayanlar eşit konumda iken; alınan risk, uğranılan zarar dikkate alındığında eşitlik ortadan kalkmaktadır. Örneğin terör eylemi neticesi gerçekleşen patlamada bir kişinin hasar gören aracının değeri ile bir başkasının hasar gören aracının değerleri çok farklı olabilmektedir. Bu durumda toplum her ikisinin de riskini eşit olarak paylaşmakta; ancak ödenen tazminat bakımından ciddi farklılıklar oluşabilmektedir.

TERÖR EYLEMLERİNDE SOSYAL RİSK UYGULAMASI

Sosyal risk ilkesinin en çok uygulandığı alan, idarenin terör eylemlerinden doğan sorumluluğudur. Ülkemizde sosyal risk ilkesinin yoğun bir şekilde uygulanması, terör olaylarının artmasıyla başlamıştır. Danıştay, Kamu düzenini bozmaya ve hatta anayasal düzeni yıkmaya yönelik terör olayları sırasında zarar görenlerin bu zararlarının idarece tazmin edilmesini sağlamak amacıyla sosyal risk ilkesi uygulanmaktadır.

Danıştay’ın Yaklaşımı

Davacıların köy muhtarı olan murislerinin yasadışı örgüt elemanlarınca öldürülmesi nedeniyle uğradıkları zararın giderilmesi amacıyla açtıkları davada,

idare mahkemesi önceden ihbar, şikayet veya başvuru bulunmadan idarenin genel önlemler almasının yeterli olduğunu, ayrıca özel ve devamlı önlemler almasının beklenilemeyeceğini, dolayısıyla idarenin hizmet kusuru bulunmadığı ve sosyal risk ilkesinin şartlarının da oluşmadığını belirterek davayı reddetmiştir. Danıştay'a göre;

“Kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında bireylerin uğradığı özel ve olağandışı zararların idarece tazmini gerektiği idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. İdarenin belirtilen hukuki sorumluluğu, Türkiye Cumhuriyetinin hukuk devleti olma niteliğinin doğal sonucudur. İdarenin hukuki sorumluluğu sadece kusur esasına, hizmet kusuru teorisine dayanmamakta; idare kusur koşulu aranmadan da sorumlu sayılabilmektedir. Kural olarak idare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan, nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlüdür. Ancak sözü edilen kuralın istisnası olarak, idarenin, faaliyet alanıyla ilgili önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararları da nedensellik bağı aranmadan tazmin etmesi gerekmektedir. Kolektif sorumluluk anlayışına dayalı sosyal risk adı verilen bu ilke, bilimsel ve yargısal içtihatla kabul edilmiştir. Ülkemizin belli bir yöresinde yoğunlaşan terörist olaylar denilen eylemlerin devlete yönelik olduğu, Devletin anayasal düzenini yıkmayı amaçladığı, bu tür olayların zarar gören kişi ve kurumlara karşı kişisel husumetten ileri gelmediği bilinmekte ve gözlenmektedir. Sözü edilen eylemler nedeniyle zarara uğrayan terörist eylemlere herhangi bir şekilde katılmamış olan kişiler kendi kusur ve eylemleri sonucu değil, toplumun içinde bulunduğu sosyal kargaşadan zarar görmekteyler. Kısaca zararın nedeni toplumun bireyi olmaktadır. Belirtilen şekilde ortaya çıkan zararların özel ve olağandışı nitelikleri dikkate alınıp nedensellik bağı aranmadan, terörist olayları önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemeyen idarece yukarıda açıklanan sosyal risk ilkesine göre tazmini gerekir. Esasen terörist olaylar sonucu ortaya çıkan zararların idarece tazmini böylece topluma pay edilmesi hakkaniyet gereği olduğu gibi, sosyal devlet ilkesine de uygun düşecektir. ... İdarenin hizmet kusurunun bulunmadığı saptansa bile, olağanüstü hallerin yürürlükte olduğu bir zaman ve yerde ortaya çıkan olağandışı zararların sosyal risk ilkesi gereği idarece tazmini gerekmekte olup, açılan tazminat davasını, idarenin hizmet kusuru bulunmadığı, sosyal risk ilkesi koşullarının da gerçekleşmediği gerekçesiyle reddeden mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemektedir”¹⁰.

¹⁰ D10D, 13.10.1993, E 92/3372, K 93/3777, DD sy. 89, s. 581-583.

Emniyet Müdürlüğünde bekçi olarak görev yapmakta iken katıldığı bir güvenlik operasyonunda terör örgütü mensuplarının açtığı ateş sonucu yaralanan ve tedavi sonucunda, düzenlenen sağlık raporunda aktif bekçilik görevi yapamayacağı belirlenerek vazife malulü olarak emekliye sevk edilen davacının uğradığı zararın tazmini için açtığı davada, Danıştay, mahkeme kararının sosyal risk ilkesi uygulanarak manevi tazminatın kabulüne ilişkin kısmı sonucu itibarıyla yerinde görmüştür¹¹. Danıştay, benzer bir olayda da davacılar murisinin ilkokul öğretmeni olarak çalışmaktayken teröristlerce şehit edilmesi nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davada, ülkenin belli yöresinde yoğunlaşan devlete yönelik ve anayasal düzeni yıkmayı amaçlayan terör eylemleri sonucu, kendi kusur ve eylemleri nedeniyle değil, salt toplumun bireyi olarak ve toplumun içinde bulunduğu sosyal kargaşa nedeniyle davacılar murisinin şehit edilmesi sonucu uğranılan zararın, terör olaylarını önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemeyen davalı idarece sosyal risk ilkesine göre tazmini gerektiğine karar veren idare mahkemesi kararın bu kısmını onamıştır¹².

Danıştay aynı gerekçelerle jandarma karakolu bahçe duvarına konulan bombanın patlaması sonucu bitişik lojmanda kalan oğlu yaralanan kişinin¹³; yasadışı örgüt elemanlarınca karayoluna yerleştirilen mayının patlaması sonucu kamyonu hasar gören kişinin¹⁴; teröristlerce kamyonu yakılan kişinin¹⁵; yasadığı

¹¹ “İdare kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında hizmetin işleyişinde ve düzenlenişinde kusuru olmasa bile kamu ajanının kendi kişisel kusurundan doğmamış olmak koşuluyla ajanın çalışma gücündeki eksilme nedeniyle ortaya çıkan maddi zararı kusursuz sorumluluk ilkesine göre gidermekle yükümlüdür...davacının, görevi sırasında geçirdiği silahlı çatışmada yaralanması ile sonrasında uzun süre devam eden tedavi çabaları ile sonuçta benzerlerinden daha önce görevinden ayrılmak zorunda kalması nedeniyle duyduğu acı, ıstırap ve elemin kısmen de olsa karşılanabilmesi amacıyla kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca manevi tazminata hükmedilmesi gerekmekte olup..” D10D, E 99/4192, K 2001/2332, 14.6.2001, (karar yayınlanmadı)

¹² D10D, 28.05.1998, E 96/10146, K 98/2344, DD, sy. 98, s. 572–575.

¹³ D10D, 16.11.1995, E 95/566, K 95/5746, DD, sy. 91, s. 1134–1137.

¹⁴ D10D, 04.10.1996, E 95/1102, K 96/5774, DD, sy. 93, s. 530–532.

¹⁵ D10D, 25.12.1997, E 96/9012, K 97/6164, DD, sy. 96, s. 616–619. Bozulan kararında idare mahkemesi, olayda idarenin hizmet kusuru ve zararlar arasında illiyet bağı olmadığı, bireylerin uğradıkları kişisel ve olağanüstü zararların illiyet bağı aranmadan sosyal risk ilkesine göre tazmin edilebilmesi için ise ülke bazında fiili bir durum olarak yaşanan terör eylemleri arasında niteliği itibarıyla tazmin yükümlülüğü doğuran eylemlerin ayrımının yapılması gerektiği; aksi takdirde terör eylemleri nedeniyle devletin ilgililere sürekli ödeme yapması sonucunun doğacağı; uyuşmazlıkta kamyonu yakılan davacının fakirleşmiş olmakla birlikte, hayatını idame ettirmesini engelleyecek bir zarara uğramadığı ve olayın hayatını tümünden değiştire-

örgüt elemanlarına yapılan saldırıda evi, ahırları, samanlığı yanan ve hayvanları telef olan kişinin¹⁶ uğradığı olağandışı ve bireysel zararların sosyal risk ilkesi gereği idarece tazmini gerektiğine karar vermiştir.

Danıştay Uygulamasının Değerlendirilmesi

Gözler, bazı açılardan haklı olarak kararı eleştirmektedir¹⁷. Yazar'a göre kararda geçen "idarenin, faaliyet alanıyla ilgili önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararları da nedensellik bağı aranmadan tazmin etmesi gerekmektedir" ifadesi yanlıştır. Zira öncelikle, idarenin "önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği" zararlarda hizmet kusuru olması gerekir. Ayrıca, nedensellik bağı aranmadan idarenin sorumluluğuna hükmedilmesi mümkün değildir. Sorumluluk için illiyet bağının aranması genel sorumluluk hukukunun da gereğidir. Kararda kullanılan "kolektif sorumluluk" anlayışının idarenin mali sorumluluğunda yeri yoktur. Kaldı ki sosyal risk ilkesinin dayanağı olması da düşünülemez. Fransız uygulaması dikkate alındığında sosyal risk ilkesinin terorist saldırılarda kullanılması da doğru bir uygulama değildir. "Terörist olaylar sonucu ortaya çıkan zararların idarece tazmini böylece topluma pay edilmesi hakkaniyet gereği olduğu gibi, sosyal devlet ilkesine de uygun düşecektir" düşüncesi de gerçekçi değildir. Bir kere illiyet bağı aranmadan zararın tazminine karar vermek, ancak karar verenlerin hakkaniyet anlayışının sonucu olabilir. Ayrıca örneğin terorist eylem neticesinde çok zengin birinin çok büyük rakamlarla zarara uğradığı düşünülürse onun zararının toplanan vergilerle ödenmesi nasıl sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olabilir?

Gözler'in eleştirdiği bazı hususlara katılmamak mümkün değildir. Her şeyden önce idarenin sorumluluğunun dayanağı olarak karşımıza çıkan "idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür" şeklindeki anayasal ilke karşısında idarenin sorumluluğu bakımından zararlar idarenin faaliyeti arasında "nedensellik bağı" aranmayacağını kabul etmek mümkün değildir. Ancak, özellikle terorist eylemlerden doğan zararlarda nedensellik bağı konusunda farklı yaklaşımlara ihtiyaç olduğu da muhakkaktır. İdari yargı mercileri, bu gibi durumlarda daha dikkatli ve geniş kapsamlı bir araştırma yapmalı; idarenin kusuru bulunup bulunmadığı konusuna yoğunlaşmalıdırlar.

cek etki doğuran bir nitelik taşımadığı; dolayısıyla uğranılan zararın "sosyal risk" ilkesine göre tazmin edilecek zarar kapsamında bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

¹⁶ D10D, 08.10.1996, E 95/2388, K 96/5893, DD, sy. 93, s. 520-523.

¹⁷ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, c. II, Bursa 2003, s. 1130-1136.

Kararda bahsedilen kolektif sorumluluk anlayışı açıklanmaya muhtaçtır. Kolektif sorumluluk anlayışı ile kastedilen zararın bir kişi üzerinde bırakılmayıp bütün topluma pay edilmesi ise idarenin kusurlu kusursuz, sorumluluğuna hükmedilen her durumda aslında bir anlamda zarar topluma pay edilmektedir. O halde kolektif sorumluluk anlayışı diye ifade edilen anlayışın sosyal risk ilkesinin belirleyicisi olması düşünülemez.

Danıştay, sosyal risk ilkesini konusunda savunulabilir bir yaklaşım sergilememektedir. Diğer yandan ülkemizde sosyal risk ilkesinin mutlaka Fransa'daki uygulama doğrultusunda gelişmesini beklemek de anlamsızdır. Danıştay'ın terorist saldırı sonucu hayatını kaybeden kamu görevlisi muhtarın, öğretmenın yakınlarının uğradığı zararın, idarece karşılanması yönünde gösterdiği çaba; Fransa dahil, hiçbir hukuk devletinde ülkemizin son dönemde karşılaştığı terör eylemlerinin büyüklüğü ve bundan uğranılan zararlar düşünüldüğünde yadırganacak bir durum değildir. Kaldı ki bu tür eylemlerin münferit olay olarak nitelendirilip, zararın zarar görenin üstünde bırakılması, kamu görevlisini dahi koruyamayan idareye güveni ciddi şekilde sarsacak, sadece devletin görevlisi oldukları için zarar tehdidi altında bulunan bu görevlerin kimse tarafından yapılmamak istenmesine yol açacaktır. Dava konusu olayda idare, terör eylemleri nedeniyle olağanüstü hal uygulanan yörede kendi kamu görevlisinin dahi güvenliğini sağlayamamak suretiyle güvenlik kamu hizmetindeki zafiyetini göstermiştir. Danıştay'ın pek çok kararında, kamu görevlilerinin suç niteliğindeki fiilleri ile verdikleri zararlarda idareyi, kamu görevlisinin göreve alınması, yetiştirilmesi, denetlenmesindeki kusuru nedeniyle hizmet kusuru bakımından sorumlu tuttuğu düşünülecek olursa; güvenliğin sağlanması konusunda da gerekli teşkilat, teçhizat, teknik donanımın sağlanıp sağlanmadığı, her türlü tedbirin alınıp alınmadığı hususunda da dava konusu olaylarda ciddi bir hizmet kusuru araştırması yapılması herhalde daha uygundur.

Danıştay'ın terör eylemi sonucu uğranılan zararlarda sosyal risk ilkesini uygulaması kimi zaman, kararda belirtilenin aksine, hakkaniyet ve sosyal devlet ilkesi ile bağdaşmayacak sonuçlar da doğurmaktadır. Nitekim dava konusu bir olayda davacı müteahhit firma, İstanbul'da yapımı sürdürülen Emniyet Müdürlüğü binasının teröristlerce bombalanması nedeniyle uğradığı zararın idarece tazmini istemiyle açtığı davayı, idare mahkemesi, olayın münferit bir olay olduğu, zarar ile idarenin kolluk görevi arasında nedensellik bağı bulunmadığı, idarenin hizmet kusuru bulunduğu da kanıtlanamadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Danıştay, yukarıda alıntılar yaptığımız 13.10.1993 tarihli kararın gerekçesini aynen tekrarlayarak, terör eyleminin devlete yönelik olduğunu, olayın kişisel husumetten kaynaklanmadığını, bu sebeple, ortaya çıkan olağandışı

bireysel zararın sosyal risk ilkesi gereği idarece tazmini gerekeceği gerekçesiyle kararı bozmuştur”¹⁸.

Kararlara konu olan olayların birebir örtüştüğünü söylemek mümkün değildir. Bir kere ilk kararda zarar gören, terör eyleminin yönelik olduğu devletin temsilcisi bir kamu görevlisidir. Binanın bombalanması olayında zarar gören ise binanın yapımını üstlenen müteahhit firmanın taşeronu başka bir firmadır. Sonra ilk karardaki olayda terör eylemlerinin yaygınlaşması neticesi ilan edilen olağanüstü halin uygulandığı, yani topluma yönelik tehdidin varlığının muhtemel olduğu bir yerde gerçekleşmiştir. İkinci olaydaki bombalama eylemi ise idarenin özel bir güvenlik tedbiri almasının gerekli olmadığı, hizmet sözleşmesi ile özel hukuk kişilerine yaptırdığı henüz tamamlanıp idareye teslim edilmemiş bir inşaatda gerçekleşmiştir. Danıştay, firmanın, uğranılan zarar miktarı ile orantılı olarak güvenlik tedbiri alıp almadığını bile araştırmaya gerek duymadan sosyal risk ilkesine dayanarak idarenin sorumluluğuna hükmetmiştir. Eğer sosyal risk ilkesi, bu olayda uygulama alanı bulabiliyorsa, her tür terör eyleminden doğan zararların bu ilkeye göre giderilmesi gerekir ki bu durumu Anayasa'nın 125. maddesine dayandırmak mümkün değildir.

Oysa Danıştay, içmesuyu inşaatının yüklenicisi olan davacı şirketin şantiye binasının teröristlerce basılarak araç ve gereçlerinin yakılıp, işçilerin kaçırılması olayında; hem kusur sorumluluğuna hem de kusursuz sorumluluğa dayanılamayacağını belirttiikten sonra, “önceden başvuruda da bulunduğu halde meydana gelmesi kuvvetle olası olayın önlenmesi için gerekli önlemleri almadığı, gerekli imkan ve aracı temin edilerek hazır bulundurmadığı anlaşılan idarenin hizmet kusuru açık olup; idarenin doğan zararı tazmini gerektiğinden” bahisle idare mahkemesinin kararının sonuç bölümünü uygun bularak onamıştır¹⁹. Danıştay başka bir kararında ise: “tazmini istenen zarar, davacının yolculuk yaptığı otobüse kimliği belirsiz kişi veya kişilerce konulan bombanın 26.11.1998 tarihinde patlaması sonucu doğmuştur. ... Bu durumda uyuşmazlığın çözümünde, idarenin güvenlik hizmetlerinin işletilmesinde kusurlu davranışının bulunup bulunmadığı araştırıldıktan sonra karar verilmesi gerekirken, sosyal risk esasına göre hüküm kurulmasında hukuka uyarlık görülmemiştir”²⁰ diyerek terör olaylarında öncelikle hizmet kusurunun varlığını n araştırılması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu çerçevede Danıştay'a göre meydana gelmesi kuvvetle olası olayın önlenmesi için gerekli önlemlerin alınmaması, gerekli imkan ve aracın temin edilerek hazır bulundurulmaması idare için hizmet kusuru oluşturur. Güvenliğin sağlanması

¹⁸ D10D, E 94/1682, K 95/4256, 09.10.1995, DD, sy. 91, s. 1137-1140.

¹⁹ D10D, 10.4.1996, E 95/53, K 96/1913, DD, sy. 92, s. 757-760.

²⁰ D10D, 14.01.2002, E 2001/3171, K 200(2)/12 (karar yayınlanmadı)

için önceden başvuruda bulunulmuş olması ise hizmet kusurunun varlığı için bir ön şart olmayıp, hizmet kusuruna ulaşmada diğer delilleri destekleyen bir durumdur.

Devlet kusursuz kişilerin zarar gördüğü terörist eylemleri önlemek ve huzurlu bir toplum düzeni sağlamakla yükümlüdür. Vatandaşlarının can ve mal güvenliğini sağlamak devletin en ilkel görevlerinden birisidir. İdare, bu görevini yerine getirmemekle hizmeti kusurlu işletmiştir²¹. Uygulamanın kusursuz sorumluluk alanında gelişmesinin temel nedeni idarenin sorumluluğunun hizmet kusuruna dayandırılması halinde ortaya çıkacak kusuru ispat meselesidir. Oysa idare, kusursuz sorumluluk ilkeleri uyarınca sorumlu tutulursa zarar gören açı-sından kusuru ispat söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla uğradığı zararı daha kolay ve çabuk bir şekilde tazmin edilebilecektir. Bu açıdan terör olaylarından dolayı idareyi, kusursuz sorumluluk ilkeleri gereğince sorumlu tutmak kişilerin yararına olmaktadır. Bu durum, idare hukukunun kişileri devlet karşısında koruma amacına da uygun düşmektedir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Son yıllarda ülkemizin bir bölümünde yaygınlaşan terör eylemleri neticesi, silahlı kuvvetler mensuplarının uğradığı zararlarda zararlı idarenin yürüttüğü hizmet arasında illiyet bağı olduğunu ifade eden AYİM'e göre zararın idare tarafından kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca giderilmesi gerekmektedir:

“İdare, Güneydoğuda ve Doğu Anadolu'da güvenliği sağlamak amacıyla kamu hizmetini yoğun şekilde ifa etmeye çalışmakta ve bu hizmeti ajanları vasıtasıyla yerine getirmektedir. İdarenin terör hareketlerine karşı giriştiği faaliyet savaş hali sayılmadığından mücbir sebep olarak kabul edilemez. Bu faaliyetler sırasında kamu hizmetini ifa ederken idare ajanının zarara uğraması ile hizmet arasında nedensellik bağının bulunduğu açıktır. Zararın meydana gelmesinde idarenin bir kusuru bulunmadığından, davacıların zararın doktrin ve mahkeme kararlarıyla gelişen KUSURSUZ SORUMLULUK ilkesine göre davalı idarece karşılanması gerektiği Kurulumuzca kabul görmüştür”²².

Terör eylemleri sonucu, görevleri sırasında zarara uğrayan silahlı kuvvetler mensupları ile yakınlarını uğradıkları zararın tazmini için açılan davalarda bazen herhangi bir kusursuz sorumluluk ilkesinden bahsetmeden “olayımızda

²¹ GÜNDAY, s. 333.

²² AYİM2D, 11.10.2000, E 00/634, K 00/603, AYİMD, sy. 15, s. 984-986; AYİM2D, 24.02.1999, E 98/368, K 99/123, AYİMD, sy. 14, s. 934-937; AYİM2D, 10.06.1998, E 97/677, K 98/463, AYİMD, sy. 13, s. 921-924.

idareye atfı kabil bir hizmet kusurunun varlığından söz edilemez ise de; kamu görevinin ifası sırasında meydana gelen zarar ile görevden kaynaklanan eylem arasında sıkı bir illiyet bağı bulunduğu, zararın hizmetin içinden doğduğu nazara alındığında kusursuz sorumluluk kuram ve ilkesi gereğince davacının uğradığı zararın davalı idarece karşılanması gerek(ir)”²³ formülünü kullanan AYİM, bazen de “zararlı sonuç doğuran olay ile hizmet arasında illiyet bağı bulunduğundan kusursuz sorumluluk ilkesine göre zararın zarar gören üzerinde bırakılmayarak topluma yayılması adalet, eşitlik, hakkaniyet esaslarına uygun düşeceğinden davacının zararlarının bu esaslara göre karşılanması gerekeceği sonucuna ulaşılmıştır”²⁴ diyerek idarenin sorumluluğuna hükmetmektedir.

AYİM kararlarının büyük bir kısmında bu konuda idarenin sorumluluğunun, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca olacağı belirtilmektedir. Nitekim jandarma devriyesi aracında bulunan davacının, görev dönüşü askeri araca teröristlerce yapılan roketli saldırı sonucu uğradığı zararın kusursuz sorumluluk kavramı uyarınca idarece tazminini gerekli bulan AYİM’e göre;

“Son yıllarda Güneydoğu ve Doğu Anadolu’da yoğunlaşan terör eylemleri sebebiyle Anayasanın 120 nci maddesine göre bazı illeri kapsayan olağanüstü hal ilan edilmiş, bu olağanüstü hal uygulaması sırasında çok sayıda güvenlik görevlileri ve asker kişi şehit olmuştur. Devletin terör hareketlerine karşı giriştiği faaliyet savaş hali sayılmadığı gibi, mücbir sebep olarak da nitelendirilmediğinden, bu faaliyetler sırasında teröristlerin eylemlerinden zarara uğrayanların bu zararı, tüm ülkede olmayıp, ülkenin bir kısmında terör örgütleri tarafından yaratılan bir zarar olduğundan, savaş halinde olduğu gibi tüm toplumun katlanmak durumunda kaldığı bir kamu külfeti olarak değerlendirilmeyip, özel ve olağandışı nitelik taşıyan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince idare tarafından tazmini gereken bir zarar olarak kabul edilmiştir”²⁵.

²³ AYİM2D, 13.06.2001, E 00/498, K 01/511, AYİMD, sy. 16, s. 659-664; AYİM2D, 24.03.1999, E 98/853, K 99/200 AYİMD, sy. 14, s. 937-938; AYİM2D, 01.04.1998, E 97/718, K 98/228 AYİMD, sy. 13.

²⁴ AYİM2D, 11.12.2002, E 01/440, K 02/979, AYİMD, sy. 18, k. 2, s. 858-861; AYİM2D, 25.12.2002, E 01/767, K 02/982, AYİMD, sy. 18, k. 2, s. 855-858; AYİM2D, 03.12.2001, E 01/205, K 01/902, AYİMD, sy. 17, s. 1172-1175; AYİM2D, 21.03.2001, E 00/52, K 01/360, AYİMD, sy. 16, s. 656-659; AYİM2D, 04.12.1996, E 96/200, K 96/1022, AYİMD, sy. 12, s. 1039-1042; AYİM2D, 26.01.1994, E 88/451, K 94/146, AYİMD, sy. 9.

²⁵ AYİM2D, 22.06.2001, E 00/417, K 01/570, AYİMD, sy. 17, s. 1178-1180; AYİM2D, 22.06.2001, E 01/45, K 01/568, AYİMD, sy. 16, s. 664-666; AYİM2D, 02.05.2001, E 00/259, K 01/389, AYİMD, sy. 16, s. 652-656; AYİM2D,

Terör eylemlerinden uğranılan zararlarla ilgili olarak, zarar verici eylemi yapanla idare arasında bir ilişkinin bulunmadığı durumlarda dahi zararlar idarenin faaliyeti arasında illiyet bağının olabileceğini kabul eden AYİM, sadece görev sırasındaki zararlarla ilgili değil; zarara uğrayanın kamu görevlisi sıfatı nedeniyle meydana gelen zararlarla da illiyet bağının kesilmeyeceği görüşündedir. Bu çerçevede davacıların desteği olan müteveffa astsubayın özel aracıyla karayolunda giderken, yol kesen bölücü örgüt mensuplarınca şehit edilmesinden doğan zararın tazmini için açılan davada idarenin kusursuz sorumluluk ilkesi gereği sorumlu olduğuna hükmeden AYİM kararda şu görüşlere yer vermiştir:

“İdarenin sorumluluğu kusurlu davranış nedenini aşarak kusursuz sorumluluk hallerini de kapsayan bir genişlik kazanırken diğer yandan zarar verici eylemi yapanla idare arasında bir ilişkinin bulunmadığı, bazı hallerde dahi idarenin sorumlu tutulması kabul edilmektedir. Böylece öğretide ve yargı kararlarında idarenin eylemlerinden dolayı sorumluluğu, mücbir sebep ve idarece alınacak tedbirlerle giderilmesi mümkün olmayan umulmadık haller dışında kabul edilmektedir. Müteveffaya gece yola gitmemesi yolundaki emir tebliğine rağmen saat 19.00 sıralarında yola devam etmesi fiili illiyet bağını kesecek nitelikte olmayıp müterafik kusur olarak değerlendirilmiştir. Bu nedenlerle davacının zararlarının özel ve olağandışı özellik taşıyan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince davalı idarece karşılanması gerektiği sonucuna varılmıştır”²⁶.

18.10.2000, E 00/585, K 00/673, AYİMD, sy. 15, s. 976-978; AYİM2D, 14.04.1999, E 98/796, K 99/288, AYİMD, sy. 14, s. 932-934; AYİM2D, 17.06.1998, E 97/395, K 98/512, AYİMD, sy. 13, s. 917-921; AYİM2D, 10.12.1997, E 97/233, K 97/1032, AYİMD, sy. 12, s. 1036-1039; AYİM2D, 26.02.1997, E 95/385, K 97/189, AYİMD, sy. 12, s. 1042-1044; AYİM2D, 12.06.1996, E 95/85, K 96/599, AYİMD, sy. 11, s. 935-938; AYİM2D, 20.06.1996, E 95/965, K 96/563, AYİMD, sy. 11, s. 933-935; AYİM2D, 28.06.1995, E 94/1587, K 95/578, AYİMD, sy. 10; AYİM2D, 26.04.1995, E 94/1301, K 95/322 AYİMD, sy. 10, s. 953-957; AYİM2D, 11.01.1995, E 93/556, K 95/18, AYİMD, sy. 10; AYİM2D, 16.11.1994, E 93/221, K 94/1679, AYİMD, sy. 9.

²⁶ AYİM2D, 18.02.1998, E 98/541, K 98/203, AYİMD, sy. 13, s. 910-914. OHAL Bölgesinde görevli olup şahsi eşyalarını getirmek üzere birliğinden izinli özel arabasıyla karayolunda seyir halinde iken bölücü teröristlerce yolu kesilerek şehit edilen astsubayın yakınlarının uğradığı zararın tazmini için açılan dava da AYİM kararında aynı gerekçeye yer vermiştir: “İdarenin hukuki sorumluluğu için; bir zararın mevcudiyeti, zarara yol açan eylemin idareye yüklenebilir olması, zararlar eylem arasında nedensellik bağının bulunması yeterlidir. Ölüm olayının davacıların yakınının Silahlı Kuvvetlere mensup birisi olanak OHAL Bölgesinde emniyet ve asayişin sağlanmasında görevlendirilmiş olması nedeniyle bu durumu bilen teröristlerce gerçekleştirilen eylem sonucunda meydana geldiği ve Astsubay'ın salt ifa ettiği

Yine davacıların desteği diş tabibi subayın terör örgüt mensuplarınca, mesai sonrası muayenehanesinde öldürölmesi nedeniyle doğan zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca idarece tazmini gerektiğine karar veren AYİM'e göre;

"Her ne kadar ölümü doğuran olayın meydana gelmesinde idarenin herhangi bir kusurundan söz edilemez ise de, Silahlı Kuvvetlerin mensubu olarak ifa ettiği görevler dolayısıyla şehit edilen kamu ajanlarının ölümü nedeniyle doğan zarardan kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca davalı idarenin sorumlu tutulması gerekir. İdarenin sorumluluğu için bir zararın mevcudiyeti, zarara yol açan eylemin idareye yüklenebilir olması, zararlar eylem arasında nedensellik bağının bulunması yeterlidir. Ölüm olayının davacıların yakınıının Silahlı Kuvvetlere mensup birisi olduğunu bilen teröristlerce gerçekleştirilen eylem sonucunda ve müteveffanın salt ifa ettiği kamu görevi yüzünden öldürölmesi nedeniyle fiil ve sonuç ilişkisinin idareye yüklenebilir olduğu değerlendirilmiştir... Devletin terör hareketlerine karşı giriştiği faaliyet savaş hali sayılmadığı ve dolayısıyla mücbir sebep olarak nitelendirilmediğinden, bu faaliyetler sırasında teröristlerin eylemlerinden zarara uğrayanların bu zararı, tüm ülkede değil ülkenin bir kısmında terör örgütleri tarafından yaratılan bir zarar olduğundan, savaş halinde olduğu gibi tüm toplumun katlanmak durumunda olduğu bir kamu külfeti olarak değerlendirilmemiş, özel ve olağandışı nitelik taşıyan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince zarar olarak kabul edilmiştir."²⁷

Aslında bu kararlarda AYİM'in bakış açısına göre dahi kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanılması doğru olmamıştır. Zira ortaya çıkan zarar, görevlinin, kamusal bir yükümlölük nedeniyle kamunun yararına yapılan görev nedeniyle zarara uğraması niteliğinde olmayıp, doğrudan taşıdığı resmi sıfatının getirdiği bir riskten kaynaklanmaktadır.

kamu görevi yüzünden öldürölüdüğü cihetle fiil ve sonuç ilişkisinin idareye yüklenebilir özellikte olduğu değerlendirilmiştir. Ölenin vazife gereği görev mahalline gidiş için yolculuk ettiği aracın kamu aracı ya da özel araç olmasının sorumluluk açısından bir önemi bulunmamaktadır. Devletin terör hareketlerine karşı giriştiği faaliyet savaş hali sayılmadığı ve dolayısıyla mücbir sebep olarak nitelendirilmediğinden, bu faaliyetler sırasında teröristlerin eylemlerinden zarara uğrayanların bu zararı, tüm ülkede değil ülkenin bir kısmında terör örgütleri tarafından yaratılan bir zarar olduğundan, savaş halinde olduğu gibi tüm toplumun katlanmak durumunda olduğu bir kamu külfeti olarak değerlendirilmemiş, özel ve olağandışı nitelik taşıyan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince zarar olarak kabul edilmiştir" AYİM2D, 17.01.1996, E 95/248, K 96/27, AYİMD, sy. 11, s. 923-928.

²⁷ AYİM2D, 09.04.1997, E 1996/554, K 1997/303, AYİMD, sy. 13.

O halde terör eylemlerinden uğranılan zararlar ilgili AYİM uygulamasında şu hususlar ön plâna çıkmaktadır:

1) Görev sırasında veya görev sebebiyle ortaya çıkan zarara, idare dışı unsurların yol açmasına rağmen Yüksek Mahkeme, zararın hizmetin içinden doğduğu gerekçesiyle ortaya çıkan zarar ile, idarenin güvenliği sağlamak amacıyla yoğun şekilde ifa etmeye çalıştığı kamu hizmeti arasında nedensellik bağının bulunduğunu kabul etmekte; dolayısıyla, Danıştay gibi nedensellik bağı bulunmayan hallerde de idarenin sorumlu olabileceği gibi bir düşünceye itibar etmemektedir.

2) İdarenin sorumluluğu için idarenin güvenlik kamu hizmetinde kusuru bulunmasa dahi zararın idari faaliyetin yürütülmesi sırasında meydana gelmesi nedeniyle zararın zarargören üzerinde bırakılmayarak topluma pay edilmesinin hakkaniyete ve kamu külfetleri karşısında eşitliğe uygun düşeceğini ifade etmektedir. Böylece zararın yürütülen hizmetin bünyesinde barındırdığı bir tehlikeden kaynaklandığını kabul edip, idarenin sorumluluğunu mesleki risk ilkesine değil; zarar görenin kamu yararı uğruna katlandığı kamusal yükümlülük nedeniyle uğradığı özel ve olağanüstü zararın topluma pay edilmesi düşüncesinden hareketle kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayandırmaktadır.

3) AYİM, tazminat miktarının belirlenmesinde, güvenlik kamu hizmetini gören kamu görevlilerinin taşıdıkları mesleki risk nedeniyle uğradıkları zararlarla ilişkin bir Kanun olan 2330 sayılı Nakdi Tazminat Ödenmesi ve Aylık Bağlanması Hakkındaki Kanun hükümlerine göre zarargören ya da yakınlarına ödenen tazminatların da dikkate alınacağını kabul etmektedir²⁸.

²⁸ “Nakdi Tazminat ödenmesi ve Aylık Bağlanması Hakkında 2330 Sayılı Kanunun 6 ncı maddesinde bu Kanun hükümlerine göre bağlanan aylık ve ödenen nakdi tazminatın uğranılan maddi ve manevi zararlar karşılığı olduğu belirtilmektedir. Davacı hakkında GATA Sağlık Kurulu tarafından düzenlenmiş bulunun 17.09.1997 gün ve 11936 Sayılı raporda : sol diz üstü 1/3 orta bölümünden ampute, sağ kalça dizartüküle, sol el bileği dorsoflexion terbest, parmaklarda operasyon ve abduksiyon hareketi olmadığının tesbit edildiği bildirilerek “mayına basması sonucu sağ kalça dizartikülasyonu + sol diz üstü amputasyonlusu + sol ulna + parçalı kırığı + sağ el 3, 4 metacarp ve 3. parmak proksimal falanks kırığı tanıları ile karar hanesinde belirtilen işgücü kayıp oranı ve günlük yaşam aktivitelerinde bir başkasının bakım ve yardımına muhtaç olduğunun belirtilmiş bulunması gözönünde bulundurularak Mahkememizin bu konudaki yerleşik içtihatları uyarınca davacının günün her saatinde bir bakıcının bakım ve yardımına muhtaç olmayıp, günün belli saatlerinde PART-TİME esasına göre kendisine yardım edecek bir bakıcı tarafından gerekli hizmetlerin verilmesinin yeterli olduğu ve Sağlık Kurulu raporunda belirlenen sakatlık durumu itibarıyla 1/4 bakıcı ücreti takdir edilmesi gerektiği sonucuna varılmış, re’sen seçilen bilirkişiye bu yönde verilen talimat uyarınca bilirkişi tarafından dü-

TABİİ AFETLERDEN DEVLETİN SORUMLULUĞU

Tabii afetler, uzunca bir süre idarenin sorumluluğunu kaldıran nedenler olarak kabul edilmiştir. İdarenin tamamen dışında gerçekleşen ve kural olarak idarenin önüne geçemeyeceği fevkalade ve arızı olaylar olarak nitelendirilen tabii afetlere bakış, özellikle ülkemizde son yıllarda Marmara Bölgemizde gerçekleşen depremden sonra değişmeye başlamıştır²⁹.

Gerçekten de Dünyanın çeşitli yerlerinde, örneğin Japonya’da meydana gelen 7–8 büyüklüklerinde depremler, herhangi bir can kaybına, kayda değer mali kayıplara yol açmazken, ülkemizde 4 ve üzeri büyüklükteki depremler ciddi zararlara yol açabilmektedir. İki ülke arasındaki bu korkunç farklılık hangi sebeplerden kaynaklanmaktadır? Bu durum, özellikle Marmara Depreminden sonra gerek kamuoyunda gerekse hukuki zeminde tartışılmış; ortaya çıkan felaket tablosunda mahalli idarelerin (genel olarak da devletin) düzenleme ve denetim zafiyetinin olduğu yolunda tespitler yapılmıştır. Bu tespitler sonucunda, tabii afetler nedeniyle meydana gelen zararlardan, kamu hizmetini kendinden beklenen kalitede yapmayan, üzerine düşen düzenleme ve denetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen idarenin, hizmet kusuru ilkesi uyarınca sorumlu olacağı kabul edilmeye başlanmıştır. Bu çerçevede, “davacıya ait taşınmazda tabii bir afet olan heyelan sonucu oluşan zararın 2918 sayılı Yasa ile 5539 sayılı Yasa uyarınca bu yapıya mesken ruhsatı vermediği anlaşılan davalı idarenin yürüttüğü hizmetten kaynaklanmadığı sonucuna ulaşıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır” diyen

zenlenerek Mahkememize ibraz edilen 15.02.1999 tarihli bilirkişi raporunda davacı ...’in maddi tazminat hakedişinin, nakdi tazminatın faizlendirilmiş mahsubundan sonra 8.187.032.550.Tl. olduğu bildirilmiştir”. AYİM2D, 22.06.2001, E 00/417, K 01/570, AYİMD, sy. 17, s. 1178–1180. “Mahkememizin yerleşik içtihatları gereğince davacıya T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğüne bağlanan vazife malullüğü aylığı ve ödenen tütün ikramiyeleri olay nedeniyle sağlanan yarar olarak kabul edilecek maddi zararlardan düşülmekte ayrıca 2330 sayılı Nakdi Tazminat Ödenmesi ve Aylık Bağlanması Hakkındaki Kanun hükümleri uyarınca davacıya nakdi tazminat ödendiğinden bahse konu Kanununun 6 ncı maddesinde, bu kanun hükümlerine göre ödenecek nakdi tazminat ile bağlanacak emekli aylığının maddi ve manevi zararlar karşılığı olduğu, yargı mercilerinde maddi ve manevi zararlar karşılığı olarak kurumların ödemekle yükümlü tutulacakları tazminatın hesabında bu kanun hükümlerine göre ödenen nakdi tazminat ile bağlanmış bulunan aylıkların göz önünde tutulacağı belirtilmiştir” AYİM2D, 11.12.2002, E 01/440, K 02/979 AYİMD, sy. 18, k. 2, s. 858–861

²⁹ KUTLU Meltem, “Deprem ve İdarenin Sorumluluğu”, AİD, c. 32, sy. 4, s. 15 vd.

Danıştay³⁰ kararın mefhum-u muhalifinden, idarenin ruhsat verseydi tabii afet olmasına rağmen hizmet kusuru sebebiyle sorumluluğunu kabul etmektedir.

Kaldığı DGM lojmanı, deprem sonucu yıkılan ve bu sebeple zarara uğrayan kişinin açtığı davada idare mahkemesi,

“her ne kadar deprem felaketi umulmayan bir durum ise de, idare hukukunda, umulmayan hal ile hizmet arasında zahiri bir ilişki olduğundan; bunun yol açtığı zarar idari bir hasar niteliğinde kabul edilerek ‘hasar’ kuramına göre idarenin sorumluluğunun kabul edildiği; umulmayan hal, hizmet kusurunu ortadan kaldırdığı halde, kusursuz sorumluluğu önleyemeyeceği; bu durumda lojmanın satın alınması sırasında idarece deprem bölgesi olan Erzinçan’da satın alınan binanın gerekli teknik şartları taşıyıp taşımadığı hiç araştırılmadığından, idarenin kusurlu bulunduğu, kaldı ki, DGM Lojmanı II, hakim ve savcı lojmanları ile özel kişilere ait bir takım binaların ya hiç hasar görmediği ya da küçük çapta hasara uğradığı anlaşılmakta olup anılan lojmanın tamamen yıkılmasının, inşaatın teknik yeterlilikte yapılmadığı ve depreme elverişli olmadığını gösterdiği, lojmanın satın alınmasında gerekli ve yeterli teknik inceleme yapılmadığından, deprem felaketinin, idarenin kusurunu ortadan kaldırmayacağı”

gerekçesiyle, davacının maddi ve manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne karar verilmiştir. Danıştay 10. dairesi ise

“zararın mücbir sebep sayılması gerektiği açık olan deprem sonucu meydana geldiği, kusurdan uzak, önceden bilinemeyen, karşı konulamayan, idarenin faaliyetleri dışında meydana gelen gerçek bir olay olan mücbir sebebin zararı idareye yüklenebilir olmaktan çıkaran, zararlar idari faaliyetler arasındaki nedensellik bağını ortadan kaldıran etkenlerin başında geldiği”, dolayısıyla idarenin tazmin sorumluluğundan söz etmeye imkan bulunmadığını ifade etmiştir.10. daire mücbir sebep–umulmayan hal arasındaki farka da değinerek “umulmayan halin idarenin faaliyetleri içinde doğan sebeplerden kaynaklandığı, bu özelliğiyle de idarenin faaliyetleri dışında doğan mücbir sebepten ayrıldığı, bu ayrım nedeniyle depremin umulmayan hal olarak nitelendirilmesine olanak olmadığı gibi umulmayan hallerde nedensellik bağı kurulması koşuluyla idarenin kusursuz sorumluluğundan söz edilirken, nedensellik bağı bütünüyle ortadan kalkan mücbir sebep hallerinde, idarenin tazmin sorumluluğuna gidilemeyeceği”

³⁰ D10D, 17.06.1998, E 96/4488, K 98/2665, DD, sy. 98, s. 563.

gerekçesiyle mahkeme kararını bozmuştur. İdare mahkemesinin ısrar kararı üzerine Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, birinci derecede deprem bölgesi olan ilde gerekli inceleme ve araştırma yapmadan lojman satın alan idarenin hizmet kusuru bulunduğunu belirterek idare mahkemesi kararını onamıştır³¹.

Uyuşmazlık Mahkemesi de deprem nedeniyle uğranılan zararların idarenin hizmet kusuru esasına göre tazmini istemiyle açılan davanın idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği görüşündedir³². Yine Yüksek Mahkeme'ye göre devlet malı niteliğinde olan Kale surlarının çökmesi sonucunda işyerinin enkaz altında kalması ve murisin ölümü nedeniyle uğranılan zararların, idarenin hizmet kusuru esasına göre, idari yargı yerinde çözümlenmesi gerekir³³.

AYİM, tabii afetlerden idarenin sorumluluğu konusunda idarenin sorumluluğuna hükmetmesi açısından benzer bir sonuca ulaşmakla beraber, gerekçe olarak farklı yaklaşım sergilemektedir. Öngörülemezlik ve önlenememe özelliği dolayısıyla mücbir sebep teşkil etmekle beraber; güvenlik gerekçesiyle zorunlu olarak stratejik önemi olan bir bölgede inşa edilen sınır karakoluna düşen çığ altında kalarak ölen erin yakınlarının uğradıkları zararın, görülen askeri hizmetle meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağının kesilmediği dikkate alındığında, kusursuz sorumluluk kuramı gereğince idarece karşılanması gerektiğine karar veren Yüksek Mahkeme kararında yargı kararlarına ve doktrine atıf yaparak mücbir sebebi anlattıktan sonra³⁴ mücbir sebepten doğan zararlardan idarenin

³¹ DİDDGK, 17.01.1997, E 95/752, K 97/57, DD, sy. 93, s. 95-99.

³² UM, 12.11.2001, E 01/87, K 01/94, RG, 17.01.2002, sy. 24643.

³³ UM, 12.11.2001, E 01/70, K 01/79, RG, 17.01.2002, sy. 24643.

³⁴ "Mücbir sebep (zorlayıcı neden), genel anlamda sezilemeyen ve karşı konulamayan bir olay demektir. Bu kavram Borçlar Kanununun çeşitli maddelerinde (m. 252, 293, 478, 481) "Mücbir sebep", "mücbir kuvvet" ve "esbabı mücbire" deyimleri ile anlatılmaktadır. Zorlayıcı neden, zararı idareye yüklenebilir olmaktan çıkaran ve zararlar idari etkinlik (faaliyet) arasındaki illiyet bağını kesen etkenlerin başında gelir. Zorlayıcı neden sayılan olaylar genellikle doğadan gelir. Deprem, yıldırım, taşkın, fırtına, kasırga, bora, toprak ve dağ kayması, çığ, sel, yağmur vb. gibi. Bunun yanında; harp, devrim(ihtilâl), ayaklanma, ekonomik abluka, olağanüstü durumların yol açtığı yağmacılık, çapulculuk gibi insan ve toplum olayları ile Devletçe konulmuş hukuki yasaklar da zorlayıcı neden sayılır (Yüksel ESİN Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, II. Kitap, Esas, Ankara 1976, Sh.237). Bir Danıştay kararında () mücbir sebep kavramının başlıca unsurları "kusursuzluk", "sezilemezlik", "karşı konulamazlık" ve "gerçeklik" şeklinde ifade edilmektedir. Dİ2D, 18.06.1975, E 1972/2721, K 1975/1343. Mücbir sebebin unsurları sayılırken Danıştay'ın, tanımda yer verdiği fakat unsurları sıralamada adını anmadığı bir husus daha vardır: Olayın kökeninin "failin dışında" kalması (Dışsallık unsuru). Yargı kararlarında ve bunları değerlendiren bilimsel çalışmalarda, mücbir sebebin kaza, tesadüfi olay veya "umulmayan hal" denilen ve zararlar ilişkili faaliyetin içinden doğan olaylardan

ayrılabilmesi için bu unsura başvurulmaktadır. Böyle bir ayırımın pratik yararı ise şu noktadadır: Kaza ve benzeri umulmayan hallerde, zarara yol açan olay, kökeni itibarıyla sorumluluğu tartışılan hukuk kişinin faaliyeti içinde olduğundan; bu kişi, kusuru bulunmasa da objektif olarak sorumlu tutulabilir. Oysa, mücbir sebebin varlığı kabul edildiğinde artık objektif olarak sorumlu tutulabilir. Oysa, mücbir sebebin varlığı kabul edildiğinde artık objektif sorumluluk da söz konusu olmaz. Çünkü olay, sorumlu tutulabilecek kişi ile zarar arasında etkin biçimde girmiş ve illiyet bağı koparmıştır (YAYLA Yıldızhan, İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep, Sorumluluk Hakkında Yeni Gelişmeler III.Sempozyumu, İstanbul 1980, Sh.4748). Gerçekten, umulmayan (beklenmeyen) halin öğretideki tanımlaması da bizi bu sonuca götürmektedir. Çünkü öğretide tanımlamaya göre; idarenin faaliyeti yürütülürken birdenbire ortaya çıkan, yani öngörülemeden fakat bilinse önlenebilir olan bir olayın meydana gelmesi, beklenmeyen hale sebebiyet verir. Diğer bir deyişle, beklenmeyen haller; idarenin kusurlu sorumluluğunu kaldıran, fakat kusursuz sorumluluğun devamına engel olmayan ani, umulmayan veya o sırada bilinmeyen olaylardır. (Yıldızhan YAYLA, İdare Hukuku, İstanbul 1990, Sh.155.) oysa mücbir sebebi teşkil edecek olaylar, idarenin elindeki araçlarla ya da herhangi bir güçle önlenemeyecek, karşı konulamayacak türdendir. Böyle “sezilememek” ve “karşı konulamamak” zorlayıcı sebebin ayırt edici unsurları olmaktadır. Öte yandan “kusursuzluk” ve “gerçeklik” unsurları gözetildiğinde de aynı sonucu vurgulamak mümkündür. Gerçekten idari kusurdan ileri gelen bir olayı zorlayıcı sebeple (mücbir sebeple) açıklamak mümkün değildir. Yine zorlayıcı sebepten söz edebilmek için söz konusu olayın doğmuş, meydana gelmiş olması gerekir. Doğması beklenen veya doğacağı sanılan olaylar mücbir sebep iddiasına konu olamaz. (Kazım YENİCİ Yüksel ESİN, İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983, sh.102) Mücbir sebep üzerindeki bu tanımlama ve açıklamalar, zaman içerisinde idari yargı organlarında ve öğretide farklı bir mahiyet ve anlam kazanmıştır. Gelişen teknoloji ve idarenin yükselen standardı, mücbir sebep uygulamasının giderek azalmasına yol açmaktadır. Çünkü idare, güçlülüğü ölçüsünde sorumludur. İdarenin elindeki istatistikler, bilgiler, veriler, iletişim imkânları ve uzman personel, olaylardaki öngörülmezlik unsurunu giderek daraltmaktadır. Sözelimi, yağış istatistikleri, aynı olayın daha önce yer ve zamanı belirlenebilir şekilde görüldüğünü belgeleyen kayıtlar öngörülmezliği sınırlandırabilmektedir. Öngörülmezlik gibi önlenemezlik bakımından da idarenin standardı özel kişilerin çok üstündedir. Mesela, idare bir faaliyete başlarken, bir tesis kurarken, bunun yerini seçmekte genellikle takdir yetkisine sahiptir. Ama, idarenin elindeki bilgi ve bululara rağmen, sözelimi bir heyelan bölgesinden veya dere yatağına yakın bir noktadan karayolu geçirilmişse, yolun çökmesi halinde idare sorumlu tutulabilecektir. Çünkü, zarar veren tesisi, kaçınılması gereken bir yere yapmıştır. Bunun gibi, idare, teknik imkânları elverdiğince tabii (doğal) olayları dahi engelleyecek tedbirleri almalıdır. Bununla birlikte, idarenin standardını abartmak, Devletin mali ve teknik imkânlarını aşan yükümlülükleri kamuya yüklemek olur. Danıştay da, alınacak tedbirlerin ekonomik ve mali yükünü göz önünde tutarak bu standardı uygulamaktadır. (Yıldızhan YAYLA, İdare Hukuku I., sh.156) Kurulduğu yıllardan itibaren AYİM’de, önüne gelen olaylarda “mücbir sebep” teşkil eden olaylarda idarenin sorumluluğu ya da sorumsuzluğuna ilişkin muhtelif kararlara varmıştır. Örneklemek gerekirse; Hudut karakolunda görevli iken, karakol ihtiyacı için 500 metre ilerideki çeşmeden su almaya giderken düşen çığ altında kalarak ölen

sorumluluğu konusunda, öğretilerdeki görüşlerle yargı kararlarının teknolojinin gelişmesine paralel olarak değiştiği ifade edilerek kararını şöyle tamamlamıştır:

“Dava konusu sınır karakoluna çığ düşmesi olayında da ortada mücbir sebep teşkil eden bir doğa olayı nedeniyle, davacıların desteğinin öldüğü maddi bir vakıadır. 1984 yılından itibaren giderek geniş bir alana yayılan ve devletin bütünlüğüne ve öz varlığına yönelen bölücü terör olayları nedeniyle, sınır karakollarının sayısı davalı idarece çoğaltılmış ve askeri açıdan stratejik konum ve önemi bulunan sınır bölgesinde bu karakollar inşa edilmiştir. Davalı idare, bu karakolları inşa ederken bölgenin coğrafi ve iklim yapısından ziyade, güvenlik nedenlerini daha ön planda tutmak zorunluluğunda kaldığından, davacı vekilinin çığa müsait bir bölgede karakolun inşasının hatalı olduğu, bu nedenle davalı idarenin hizmet kusurunun açık olduğuna ilişkin iddialarına katılmak mümkün görülmemiştir. Ancak, olayın cereyan ettiği anda salt askerlik hizmetinin ifası maksadıyla davacının sınır karakolunda görevli olarak bulunması dahi, idarenin sorumluluğu için yeterli bir neden oluşturacağından, idarenin kusursuz sorumluluğunun bulunduğu açıktır. Gerçekten askerlik görevinin ifası amacıyla sivil yaşamından soyutlanarak üniforma giyen ve kendisine emredilen bir askeri vazifenin ifası, Türk Devletinin sınırlarını bölücü teröristlerden korunması

erin yakınlarının açtığı tazminat davasında, karakolun bulunduğu bölgenin çığ tehlikesinin büyük olduğu bir mıntika olmasının umulmayan hale sebebiyet verdiği değerlendirilerek, idarenin sorumluluğu yoluna gidilerek tazminata hükmedilmiş (AYİM.3.D13.7.1976; “1974/61E. 1976/407K.”); Hudut taburunda görevli iken çığ düşmesi sonucu ölen üsteğmenin yakınlarının açtığı tazminat davasında, idarenin kusursuz sorumluluğu yoluna gidilerek tazminata hükmedilmiş (AYİM.3.D8.6.1976; 1976/1935E. 1976/3065K.); Hudut taburunda görevli iken, bölükten karakola tertip edilen yeni eratı getirmek, bazı ihtiyaç maddelerini getirmek ve karakol eratının memleketten gelen paralarını almak üzere görevli olarak Bölük merkezine giden ve dönüşte yolda aniden çıkan tipi sebebiyle donarak ölen erin yakınlarının açtığı tazminat davasında; idarenin kusursuz sorumluluğu yoluna gidilerek tazminata hükmedilmiş (AYİM.3.D21.9.1976; 1974/2425E., 1976/5184K.); Hudut nöbeti sırasında havanın fazla yağışlı olması nedeniyle düşen yıldırımın isabeti sonucu ölen erin yakınlarının açtığı tazminat davasında, hudut nöbeti görevine tahsis edilen önemli bir yerde devamlı görev halinde bulunan personelin yağışlı havalarda yıldırımdan korunması için tedbir alınmamış olunması dolayısıyla, ortada bir umulmayan halin söz konusu olduğu belirtilerek, idarenin kusursuz sorumluluğu yoluna gidilerek, tazminata hükmedilmiş (AYİM.3.DJ4.12.1976; 1974/512E., 1976/8150K.) Anılan AYİM Kararlarından da açıkça görüleceği üzere, Mahkememizin kararları öğretilerdeki son gelişmelere paralel bir seyir izlemiş idarenin yükselen standardı gözetilerek, mücbir sebep teşkil eden doğa olaylarının varlığına rağmen, idarenin sorumluluğu yoluna gidilmiştir”. AYİM2D, 14.04.1993, K 93/6147, AYİMD, sy. 8.

maksadıyla sınır karakolunda görevlendirilen desteğin, bu doğa olayına maruz kalarak şehit düşmesinde, her halükarda askeri görevin sebep ve etkisi bulunmakta, bunun doğal sonucu olarak ta idarenin kusursuz sorumluluğuna yol açan bir illiyet bağının mevcut olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, ortada mücbir sebep teşkil eden bir doğa olayı (çığ düşmesi) mevcut olmakla beraber, öğretide bu yönde gelişen görüşler ve Mahkememizin evvelki istikrarlı kararları gözetilerek ve idarenin yükselen standardı da göz önüne alınarak, davacıların uğradıkları zararın kusursuz sorumluluk esasına göre idarece karşılanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır”³⁵.

Bu çerçevede AYİM, görev sırasında meydana yıldırım düşmesi³⁶, toprak kayması³⁷ gibi tabii olaylar neticesi meydana gelen zararlardan idarenin kusursuz sorumluluk ilkelerine göre sorumlu olduğu görüşündedir.

GÜVENLİK KAMU HİZMETİNİN YÜRÜTÜLMESİNDE HİZMET KUSURU

Kamunun güvenliğine, bireylerin can ve mal emniyetine yönelik tehditlerin neden olduğu zararlarda idarenin sorumluluğu, yargı organı tarafından genellikle kusursuz sorumluluk ilkesi kapsamın ele alınmakta ve Danıştay tarafından sosyal risk ilkesi, AYİM tarafından ise kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi tercih edilmektedir. Ancak terör eylemlerinden zarara uğrayanların açacakları

³⁵ AYİM2D, 14.04.1993, K 93/6147, AYİMD, sy. 8.

³⁶ “Davacıların yakını J.Er...’nin nöbet görevi esnasında yıldırım düşmesi sonucunda ölümü olayında davalı idareye atfı kabil bir hizmet kusurunun varlığından söz edilemez. Kamu hizmeti sayılan askerlik görevi sırasında idarenin bir kusuru bulunmaksızın meydana gelen zararın, zarar gören üzerinde bırakılmayıp, bu kamu hizmetinden faydalananlara yansıtılması hukukun temel ilkelerinden olan hak ve nesafet kurallarına dayalı fedakarlığın kamuya paylaşılması ilkesinin gereği olduğu, davacıların uğradıkları zararların kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca davalı idarece karşılanması gerektiği kabul edilmiştir”. AYİM2D, 11.11.1996, E 96/109, K 96/921, AYİMD, sy. 12, s. 976-979, Aynı yönde AYİM2D, 01.12.1999, E 99/97, K 99/82, AYİMD, sy. 14, s. 879-881; AYİM2D, 18.04.2001, E 00/274, K 01/388, AYİMD, sy. 16, s. 592-594.

³⁷ “Olayımızda idareye atfı kabil bir hizmet kusurunun varlığından söz edilemez ise de, müteveffanın görevli bulunduğu esnada bu doğa olayına maruz kalarak şehit düşmesinde askeri görevin sebep ve etkisi bulunduğundan, bunun doğal sonucu olarak idarenin sorumluluğuna yol açan bir illiyet bağının mevcut olduğu görülmektedir. Ortada mücbir sebep teşkil eden bir doğa olayı mevcut olmakla birlikte idarenin yükselen standardı göz önüne alınarak ve Mahkememizin istikrarlı kararları gözetilerek davacıların uğradıkları zararların kusursuz sorumluluk esasına göre davalı idarece karşılanması gerektiği sonucuna varılmıştır”. AYİM2D, 22.04.1998, E 97/649, K 98/316, AYİMD, sy. 13, s. 826-829.

davalarda idari yargı yerleri öncelikle idarenin kamu düzenini, bireyin güvenliğini koruma görevini tam olarak yerine getirip getirmediğini; başka bir ifadeyle idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığını araştırmak; hizmet kusuru yoksa, şartları gerçekleşmişse idarenin kusursuz sorumluluğu uyarınca sorumluluğu belirlemek durumundadır.

Mumcu kararında, davayı gören idare mahkemesi, “insan hak ve özgürlükleriyle sosyal devlet kavramlarının önem kazandığı günümüzde, idarenin sorumluluğunun yalnızca ‘Hizmet kusuru’ ilkesiyle sınırlı tutulmadığı, ‘kusursuz sorumluluk, objektif sorumluluk ve kolektif sorumluluk anlayışına dayalı sosyal risk’ ilkesine göre de idarenin sorumlu tutulacağı yargı kararlarıyla kabul edildiği, bu nedenle ülkenin içinde bulunduğu yoğun terör eylemlerinin bir sonucu olarak öldürülen ...’nun mirasçılarının olay nedeniyle uğradıkları zararların kusursuz sorumluluk ve kolektif sorumluluk ilkesi gereği tazmini gerektiği” ne karar vermiştir. Kararı bozan Danıştay’a göre ise

“3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 20. maddesinde, terör ve anarşi ile mücadelede görev yapan ve bu görevi ifade eden adli, istihbari, idari ve askeri görevliler, zabıta amir ve memurları, Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürü ve genel müdür yardımcılarını terör suçlarının muhafaza edildiği ceza ve tutukevlerinin savcılarını ve müdürlerini, devlet güvenlik mahkemeleri hakim ve savcılarını ile bu görevlerinden ayrılmış olanlar ve terör örgütlerinin açık hedefi haline gelen ve getirilenler ile suçların aydınlatılmasına yardımcı olan tanık ve ihbarcılar hakkında gerekli koruma tedbirlerinin devlet tarafından alınacağı hükme bağlanmıştır. ... ‘Teröre karşı Koruma Tedbirleri Yönetmeliği’ nde ise suçların aydınlatılmasına yardımcı olan kişilerden terorist örgütlerin açık hedefi haline gelen veya getirilenlerin istekleri halinde ve merkez özel koruma komisyonunun kararı ile korumalarının sağlanacağı öngörülmüştür. Görüldüğü üzere ve terör örgütlerinin açık hedefi haline gelenler hakkında gerekli koruma önlemlerinin devlet tarafından alınacağı 3713 sayılı Yasa’nın 20. maddesiyle açık ve kesin olarak hükme bağlandığından, dayalı olduğu Yasaya aykırı düzenlemeler içermesinin kabulüne olanak bulunmayan Yönetmelik hükmünün esas alınması da olanaksızdır. ...’nun araştırmacı gazeteci, yazar ve aydın olarak yaptığı araştırmalarla suçların ve suç örgütlerinin ortaya çıkarılmasındaki katkıları ve düşünceleri nedeniyle terör örgütlerinin açık hedefi haline geldiği bilinmekteydi. ...’nun terör örgütlerinin açık hedefi haline gelmesi yanında, bu örgütlerce 3713 sayılı yasanın 20. maddesinin kapsamına girenlere yönelik eylemlerde bulunduğu da dikkate alındığında yasa’nın açık ve kesin

hükmü karşısında gerekli koruma tedbirlerinin alınmaması bir hizmet kusurudur”³⁸.

Görüldüğü gibi idare, öncelikle güvenliğin sağlanması konusunda önleyici kolluk görevini yerine getirmeli ve kamu düzenini tehdit edebilecek, bireylerin can, ırz, mal güvenliğine yönelebilecek tehditleri bertaraf edebilmek amacıyla “gerekli önlemleri” almalıdır. Güvenlik tedbiri alınmaması nedeniyle meydana gelen zararlardan idare hizmet kusuru nedeniyle sorumlu olacaktır³⁹. Bireylerin güvenliğini korumakla görevli olan idarenin, bu hizmeti gereği gibi yerine getirmek için hizmetin işleyişi ve yerine getirilişi için gerekli teşkilatı kurmak, her türlü araç ve olanağı hizmete hazır bulundurması da zorunludur. Bu çerçevede “önceden başvuruda da bulunduğu halde meydana gelmesi kuvvetle olası olayın önlenmesi için gerekli önlemleri almadığı, gerekli imkan ve aracı temin ederek hazır bulundurmadığı anlaşıl原因 idarenin hizmet kusuru açık olup, idarenin doğan zararı tazmini gerek(ir)”⁴⁰.

İdare güvenliğinin sağlanması için talepte bulunmasına rağmen, kişinin güvenliğini sağlamak için gerekli tedbirleri almamışsa, hizmet kusuru nedeniyle

³⁸ D10D, 18.03.1998, E 96/10292, K 98/1190, DD, sy. 97, s. 682–683.

³⁹ “Görevli olduğu karakol çevresinde yeterli güvenlik tedbirlerinin alınmaması sonucu karakola yapılan baskında murislerinin öldürülmesi nedeniyle davacılara duydukları acı ve üzüntünün karşılığı olarak manevi tazminat verilmesi gerekir”. D10D, 04.05.1998, E 96/7918, K 98/1853, DD, sy. 98, s. 565. “Sosyal Sigortalar Kurumu ... Hastanesinde tedavi görmekte iken, doktor kıyafeti giymiş bir kişi tarafından tecavüz girişiminde bulunulan davacının manevi zararının hiçbir güvenlik tedbiri almamış olması sebebiyle hizmet kusuru bulunan idarece tazmin edilmesi gerekir”. D10D, 9.2.2000, E 98/4977, K 00/380, DD, sy. 104, s. 521. Kamu hizmetinin özelliğine göre, yıkım sırasında gereken ölçüde önlemlerin alınmasının zorunlu olduğu, gerekli güvenlik önleminin almadığı anlaşıl原因 belediyenin, yıkım şefinin gecekondü sahibi tarafından bıçaklanarak öldürülmesi olayında hizmet kusuru açıktır ve davacıların ölüm olayı nedeniyle uğradıkları zararın tazmini gerekir. D8D, 09.02.1998, E 97/3376, K 98/266, DD, sy. 97, s. 545. Davacıların murisinin tutuklu bulunduğu cezaevinde hasmı olan başka bir mahkum tarafından tabancayla öldürülmesinde, aralarında husumet bulunan kişilerin aynı cezaevinde bulundurulması ve cezaevine tabanca sokulmaması için gerekli önlemleri almaması nedeniyle idarenin hizmet kusuru bulunmaktadır. D10D, 16.11.1999, E 97/5989, K 99/6046, DD, sy. 103, s. 876.

⁴⁰ D10D, E 95/53, K 96/1913, 10.4.1996, DD, sy. 92, s. 757–760. Aynı yönde bkz. D10D, E 96/10292, K 98/1190, 18.03.1998, DD 1999, sy. 97, s. 678–685; E 94/7359, K 95/3559, 12.7.1995, DD, sy. 91, s. 1106–1116; D10D, E 96/448, K 97/5647, 11.12.1997, DD, sy. 96, s. 602–604.

sorumludur⁴¹. Ancak, güvenlikle ilgili yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğuna karar vermek için, zarar görenin güvenliğinin temini konusunda önceden idareden talepte bulunmuş olması zorunlu değildir. Bu çerçevede olayın niteliğine göre herhangi bir talep olmasa da güvenlikle ilgili önceden caydırıcı veya önleyici özel ve genel önlemlerin alınmamış olması hizmet kusuru olarak nitelendirilecektir. Nitekim Danıştay da ilçede bulunmadığı bir sırada teröristlerce evi basılarak bütün özel eşyalarının yakılması sonucu zarara uğrayan kaymakamın açtığı davada, idarenin, olayın önceden haber alınması mümkün olmayan, münferit bir olay olduğu yönündeki iddiasına itibar etmeyerek, “can ve mal güvenliğinin korunması şeklindeki kamu hizmetinin düzenlenmesinde ve işleyişindeki yetersizlik olarak ortaya çıkan hizmet kusuru nedeniyle zararın” tazminine karar veren idare mahkemesi kararını onamıştır⁴².

Danıştay, daha önce bir kişiyi öldürme girişiminde bulunan ancak akıl hastası olduğu için cezalandırılmayan kişinin Kızılay meydanında rasgele ateş açması sonucu bir kişiyi yaraladığı olayda İçişleri Bakanlığı ile birlikte Adalet Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığını da sorumlu görerek, “toplumsal güvenlik yönünden gerekli olduğu saptanmasına rağmen akıl hastası ilgilinin tıbbi kontrol altında tutulmasını sağlamayan idarelerin, akıl hastası kişinin tabancayla rasgele ateş etmesi sonucu davacının yaralanması olayında, ağır hizmet kusurları(nın)” bulunduğu karar vermiştir⁴³.

Bomba imha bürosunda görevli polis memurunun, imha etmek için getirilen bombanın patlaması sonucu ölümü nedeniyle, yakınlarının açtığı tazminat davasında idare mahkemesi, doğru bir yaklaşımla;

⁴¹ Karara konu olan olayda, devamlı tehdit edildiğini, para vermemesi halinde öldürüleceği ve işyerinin yakılacağı yolundaki tehdidi savcılığa bildiren şahsın işyeri, savcılığın gerekli tedbirleri alacağını bildirmesine rağmen silâhli kişilerce yakılmıştır. Danıştay’da idareyi “yürütmekle görevli olduğu hizmeti tam olarak yerine getirmediği” gerekçesiyle tazminata mahkum etmiştir. D10D, 27.01.1983, E 82/3123, K 83/163 DD, sy. 52–53, s. 488.

⁴² D10D, 9.3.1993, E 91/3270, K 93/979, DD, sy. 88, s. 508–509. Danıştay, teröristlerce öldürülen muhtarın yakınlarının açtığı davada, idarece önceden caydırıcı veya önleyici özel ve genel önlemlerin alınmadığı, vatandaşın can ve mal güvenliğinin korunması için yıllardır var olduğu herkesçe bilinen terörist eylemlerin önlenmesi için bir tedbir almayan idarenin bu davranışının hizmet kusuru teşkil ettiği gerekçesiyle tazminata karar veren idare mahkemesi kararını da onamıştır. D10D, 8.4.1992, E 90/1683, K 92/1311, DD, sy. 86, s. 577–579.

⁴³ D10D, 04.10.1990, E 89/303, K 90/2083, DD, sy. 82–83, s. 993–995.

“Dava konusu olayda cadde ve sokaktaki bir bombaya, insanları uzaklaştırıp çevre emniyetini aldıktan sonra müdahale eden uzmanların çok sayıda insan bulunan binada patlayıcı madde ile uğraşmalarının bir çelişki olduğu, teşkilatlardaki şu anki uygulamada olaylarda elde edilen bomba ve patlayıcı maddelerin emniyet müdürlükleri binalarına getirildiği, uygun depo olmadığı için varsa uzmanlara ait bürolardaki depolarda bekletildiği, gerekli olan işlemler sonuçlandırıldıktan sonra uygun görülen açık arazide bomba ve patlayıcı maddelerin imha edildiği, bilhassa olayların yoğun olduğu illerde bazen büro ve depolarda bekletilen bomba ve patlayıcı miktarının fazla olabildiği, olası patlamada zaiyatın çok fazla olabildiği, bu tür olaylara meydan vermemek ve olabildiğince zayıyatı asgariye indirmek için bomba ve patlayıcı maddelerin insanların bulunduğu yerlere ve binalara getirilmemesi, incelemelerin belirlenecek veya hazırlanacak uygun yerlerde yapılması, işi bitenlerin bekletilmeden, biriktirilmeden gayrimeskun bir mahalde nihai imhasının gerektiği, il emniyet müdürlüklerinde uygun yerlere ve ihtiyacı karşılayacak şartlara haiz depolama ve inceleme yerlerinin temininin zorunlu olduğu, bu durumda personelini, gerekli örgütünü, araç ve gerecini hizmetin gereklerine uygun biçimde hazırlamayan dayalı idarenin olayda hizmet kusurunun bulunduğu, bu nedenle ilgililerin zararlarını tazminle yükümlü olduğu(na)”

karar vermiştir. Kararı onayan ancak gerekçesini uygun bulmayan Danıştay’a göre;

“Gelişen toplum ihtiyaçları ile birlikte bu hüküm (Anayasa m. 125) geniş yorumlanmak suretiyle idare ajanlarının kişisel davranışları, hatta üçüncü kişilerin eylemlerinin doğurduğu zararların da idarenin sorumluluğu sonucunu doğurmuştur. Özellikle kitle hareketlerinden doğan kargaşa ve saldırıların yol açtığı zararların onların doğumunda hiçbir kusuru olmayan kişilerin omuzlarında bırakılmasının hakkaniyete uygun olmayacağı düşüncesi kusursuz sorumluluk ilkesini doğurmuştur. Gelişen teknoloji ve ihtiyaçlara bağlı olarak idarenin yürüttüğü hizmetlerin bazılarının, bünyesinde risk taşıdığı görülmektedir. İşte içinde hizmetin özelliğinden kaynaklanan risk bulunan faaliyetlerden dolayı gerek bu faaliyeti yürüten idare ajanlarının gerekse hizmetten yararlananların ya da üçüncü kişilerin uğradıkları zararların kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmini gerekmektedir. ...bomba imhası riskli hizmetlerdir. Yani idarece bütün önlemler, araç, gereç ve personel sağlansa bile aynı sonuç doğabilecektir. Bu nedenle bomba imhası nedeniyle meydana gelen ölüm olayından dolayı ilgililerin uğradığı zararın idare mahkemesi kararında belirtildiği gibi hizmet kusuru

ilkesine göre değil, kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmini gerekmektedir”⁴⁴.

Danıştay kararı birkaç açıdan eleştiriye açıktır. Danıştay idarenin sorumluluğunun hukuki dayanağının 125. madde olduğunu belirttikten sonra idare ajanlarının kişisel davranışlarının, hatta üçüncü kişilerin eylemlerinin doğurduğu zararların bu hükmün geniş yorumlanmak suretiyle idarenin sorumluluğu sonucunu doğurduğunu ifade etmektedir. Danıştay’ın son dönemde Anayasa 129/5 hükmünü de dikkate alarak kamu görevlilerinin kişisel kusurunu, hizmet kusuru olarak gördüğü bilinmektedir. Ancak kamu görevlilerinin kişisel kusurlarıyla verdiği zararlardan idarenin kusursuz sorumluluğunun söz konusu olacağına ilişkin yerleşmiş bir içtihadı olduğu söylenilemez. Kaldı ki Danıştay, genel olarak aynı olayda hem hizmet kusurunun hem kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanamayacağı görüşündedir. 125. maddenin açık hükmü karşısında üçüncü kişilerin eylemlerinden idarenin illiyet bağı aranmadan sorumlu kılınması ise hukuka uygun bir durum değildir. Danıştay’ın kararda kusursuz sorumluluk ilkesinin “özellikle kitle hareketlerinden doğan kargaşa ve saldırıların yol açtığı zararların onların doğumunda hiçbir kusuru olmayan kişilerin omuzlarında bırakılmasının hakkaniyete uygun olmayacağı düşüncesi”nden kaynaklandığını söylemesi de hatalıdır. Zira burada belirtilen ilke, terör eylemleri bakımından son yıllarda uygulanmaya başlanan, ancak isabetli olup olmadığı tartışmalı olan sosyal risk ilkesidir. Kaldı ki olayda sosyal risk ilkesinin uygulanabileceği bir durum yoktur. Danıştay’ın ifade ettiği gibi idarenin yürüttüğü hizmetin özelliği gereği riskli olduğu durumlarda bu riskin getirdiği zararların kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazminin gerekeceği muhakkaktır. Bomba imhasının riskli hizmetlerden olduğu; idarece bütün önlemler, araç, gereç ve personel sağlansa bile aynı sonucun doğabileceği de açıktır. Bu sebeple bomba ve patlayıcı maddelerin sebep olduğu zararlarda risk ilkesine göre idarenin sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Ancak idarenin ya da kamu görevlisinin, bünyesinde tehlike barındıran faaliyetlerde yasayla öngörülen tedbirleri almamış olmasının idari kusura yol açacağı da açıktır. Olayda el geçirilen bomba imha edilmeden önce birçok insanın bulunduğu emniyet müdürlüğü binasına getirilmiş, uygun depolara konulmamıştır. Dolayısıyla meydana gelen zarar bombanın taşıdığı riskten ziyade idarenin yürüttüğü hizmetin işleyişindeki bozukluktan, kamu görevlisinin tedbirsizliğinden kaynaklanmaktadır. Kusurun olduğu durumlarda ise kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılmaz. Yargı kararları idareler için aynı zamanda yol gösterici niteliktedir. Ancak Danıştay’ın bu kararı, kendinden beklenen şekilde yürütülmediği açık olan bu hizmetin düzel-

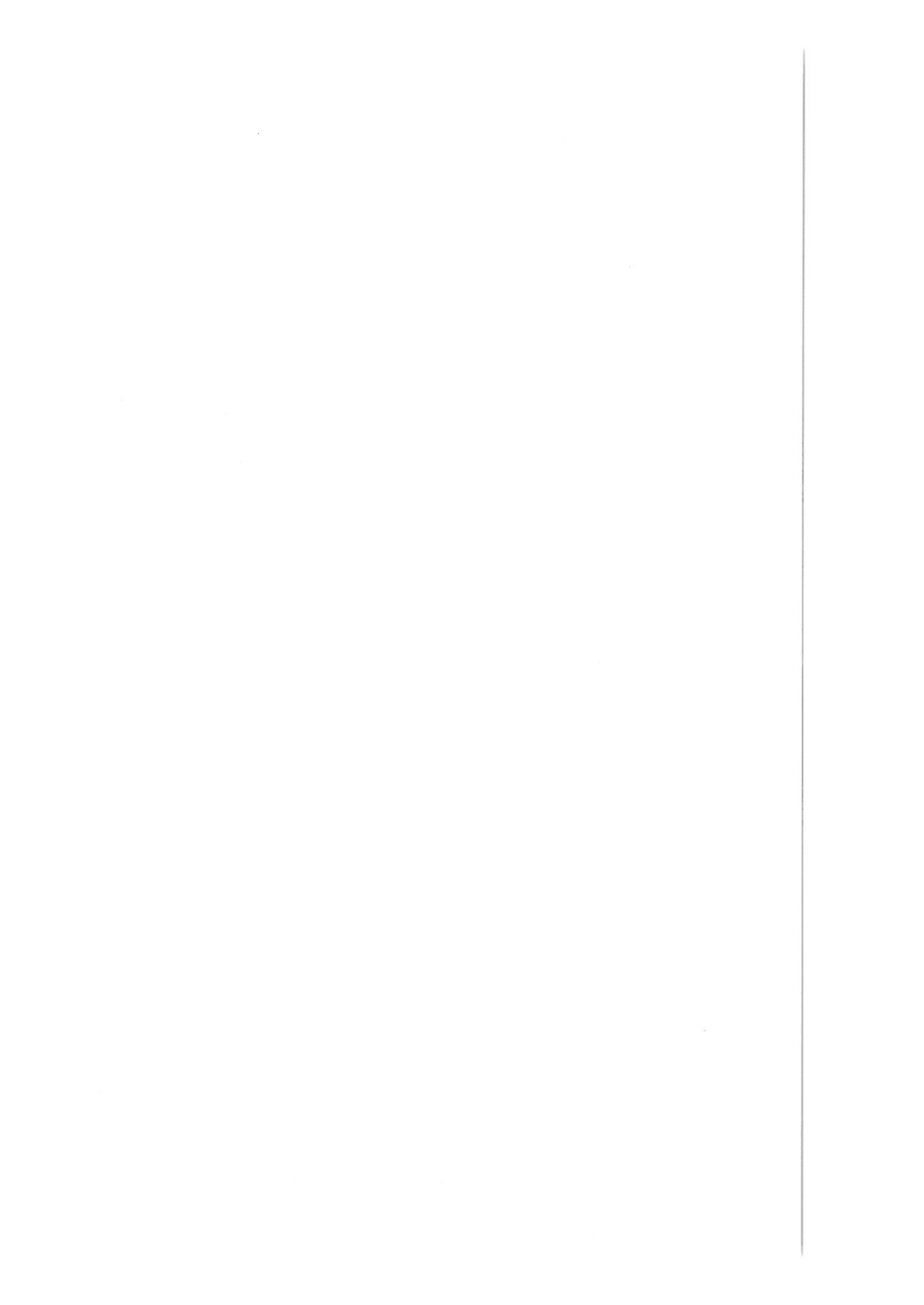
⁴⁴ D10D, 23.06.1997, E 96/3996, K 97/2544, DD, sy. 95, s. 637–640.

tilmesi konusunda idareye yol gösterici olmaktan uzak; üstelik idare mahkemesinin haklı gerekçelerle verdiği kararın gerekçesinin düzeltilmesiyle, hizmette görülen aksaklığın devamına da yol açacak nitelikte bir karardır.

KISA DEĞERLENDİRME

Tabii afetlerin, kamunun güvenliğine, bireylerin can ve mal emniyetine yönelik tehditlerin neden olduğu zararlardan idarenin mali sorumluluğu bakımından yargı organı tarafından genellikle kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılmaktadır. Ancak idari yargı yerleri, terör eylemlerinden zarara uğrayanların açacakları davalarda sorumluluğa hükmederken öncelikle idarenin kamu düzenini, bireyin güvenliğini koruma görevini tam olarak yerine getirip getirmediğini; başka bir ifadeyle idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığını araştırmak; hizmet kusuru yoksa, şartları gerçekleşmişse idarenin kusursuz sorumluluğu uyarınca sorumluluğu belirlemek zorundadır.

O halde tabii afetlerden ve terör eylemlerinden doğan zararlar nedeniyle idarenin sorumluluğunda doğrudan sosyal risk ilkesinin kullanılması doğru değildir. Zira sosyal risk ilkesi, sorumluluğun belirlenmesinde yargı organının kararlarından çok, yasama organının düzenlemelerine dayanak teşkil eden bir kuramdır. Yargı organı ise tabii afetler ve terör eylemlerinden doğan zararların tazmini için açılan davalarda öncelikle hizmet kusurunun varlığını araştırmalıdır.



OSMANLI HUKUKUNDA KÖLELİĞİN SONA ERMESİ İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER ve TANZİMAT FERMANI'NIN İLANINDAN SONRA KÖLELİK MÜESSESESİ

Prof. Dr. Gül AKYILMAZ*

ÖZET

Osmanlı Devleti'nde kölelerin hukuki statüsü tamamen İslam Hukuku hükümlerince düzenlenmiştir. Köleler bir çok hukuk branşında önemli kısıtlamalara tabi tutulmuşlardır. Tanzimat döneminde yabancı devletlerin de baskısıyla köle ticaretini yasaklayan hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Ancak Osmanlı toplumunda kök salan bu kurum İmparatorluğun sonuna kadar varlığını korumuştur.

ANAHTAR KELİMELER

Kölelik, Köle Ticareti, Tanzimat Fermanı, İslam Hukuku, Hukuki Kısıtlamalar

ABSTRACT

In Ottoman Empire legal statue of slaves are dependent on Islamic Law principles. Slaves had to suffer very significant limitations. In Tanzimat period because of strong pressures of foreign powers (especially England) Ottoman State had to make some regulations which forbidden slave trading. But this foundation had very strong seeds in Ottoman society and it was thought that slavery was completely an Islamic foundation. So slavery preserved its presence at the end of the Empire. Unfortunately the Ottoman slaves could never gain their freedom.

KEY WORDS

Slavery, Slave Trading, Tanzimat Charter, Islamic Law, Legal Limitations

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I. GİRİŞ

Köle, hukuki, iktisadi ve sosyal bakımdan hür insanlardan farklı ve aşağı statüde bulunan kimse demektir¹.

İnsanoğlunun tarihi kadar eski olan kölelik müessesesine ilk çağlardan başlayarak bir çok uygarlıkta rastlamak mümkündür. Sümerler, Akadlar, Eski Mısır, Hitit, Fenike, Babil, Hint uygarlıklarında kölelik müessesesi varolmuştur. Eski Yunan ve Roma'da da kölelik yerleşik bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Kölelik kurumunun ortaya çıktığı uygarlıklarda kölelerin hukuki statüleri hemen hemen aynıdır. Köleler haklara ve borçlara ehil değillerdir ve bu nedenle hukuk sistemi içinde kişi olarak kabul edilmemişlerdir. Köleler hakkın sahibi değil konusu olmuşlardır. Mal olarak kabul edildikleri için açık pazarlarda alınıp satılmışlar, trampa edilmişler, herhangi bir mal gibi mirasa konu olmuşlar, rehin verilebilmişlerdir. Kölelerin miras hakkı olmadığı gibi, hürlerle evlenmeleri de yasaklanmıştır. Köle ile efendi arasındaki ilişki tamamen hakimiyet esasına dayanmış, köle efendisine mutlak itaate mecbur tutulmuştur. Ayrıca efendinin köleyi sınırsız olarak terbiye etme ve cezalandırma hakkı da vardır. Köleler genellikle tarım ve ev işlerinde kullanılmışlardır².

Eski uygarlıklarda köleliğin çok çeşitli kaynakları mevcuttur. Örneğin Roma'da köleliğin başta gelen sebepleri savaş esirliği, köleden dünyaya gelme ve köle ticareti olmakla birlikte bunlardan başka da kölelik sebepleri de vardır. Ağır suç işleyen Roma vatandaşları ceza olarak köleliğe mahkum edilebildikleri gibi korsanlarca kaçırılan kişilerin köle olarak satılması, borcunu ödeyemeyen kimsenin alacaklısının kölesi sayılması, fakir kişilerin çocuklarının köle olarak satılmaları, terk edilmiş çocukların kendilerini büyütenlerin kölesi yapılmaları gibi çok çeşitli yollarla bu kurumun beslendiği görülmektedir³.

Genellikle eski hukuk sistemlerinde azad kurumuna da yer verilmiştir. Kölelerin azadı efendisinin izni ile veya belli bir süre dolduktan sonra gerçekleşmiştir. Eski Yunan ve Roma'da ise azad kurumunu çok daha geliştiril-

¹ HAMİDULLAH Muhammed/AYDIN M. Akif; "Köle" TDVİA Örnek Fasikül, İstanbul 1986, s. 126.

² BOZKURT Gülnihal, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Kölelik, Ankara 1980 (Basılmamış Doktora Tezi), s. 10; ENGİN Nihat, Osmanlı Devletinde Kölelik, İstanbul 1998, s. 8-13. Bazı hukuk sistemleri kölelere birtakım haklar tanımıştır. Örneğin Hititlerde köleler mülk edinebilir, özgür kişilerle evlenebilir, bazı durumlarda mahkemeye başvurabilirdi. Asur hukukunda da köle aileleri parçalanamaz, ancak birlikte satılırlardı.

³ SCHWARZ Andreas B., Roma Hukuku Dersleri, c. I, (Çeviren: RADO Türkan), İstanbul 1965, s. 223-224.

miştir⁴. Azad edilen köleler hürriyetlerine kavuşmakla birlikte, gerek kamu hukuku, gerekse özel hukuk bakımından hür doğanlarla eşit sayılmamışlar, alt tabakaya mensup kabul edilmişler ve bazı haklardan yoksun kalmışlardır⁵.

Eski Türk devletlerinde de (Hunlar, Göktürler, Uygurlar) kölelik müessesesi mevcuttur. Savaşlarda esir edilen yabancı milletlere mensup şahıslar köleleştirilmişler, bunların çocuk ve torunları da köle kabul edilmiştir. Bu kölelerden tarlada çalışmak ve çobanlık etmek gibi hizmetler beklenmiştir⁶.

Tek tanrılı dinlerden Yahudilikte de kölelik müessesesi kabul edilmiştir. Tevrat'ta kölelikle ilgili bazı bölümler vardır. Bu bölümlerden kölelerin Yahudi köleler ve yabancı köleler olmak üzere ikiye ayrıldığı anlaşılmaktadır. Yabancı kölelerin kaynağı genellikle savaş esirliğidir. Yahudi köleler ise borç ve fakirlik sebebiyle kendilerini satan insanlar ya da aileleri tarafından satılan çocuklardır. Bir Yahudi kölenin altı yıl hizmetten sonra yedinci yılda serbest bırakılması gerekir. Ancak yabancı kölelerin azadından bahsedilmez⁷. İncil'de de kölelerin azad edilmesinden bahsedilmektedir. Saint Thome Aquino'ya göre kölelik Hz. Adem'in cennette iken yasak meyveyi yemekle işlediği ilk günahın kaçınılmaz sonucudur⁸.

İslâmiyet'in ortaya çıktığı dönemlerde Arap yarımadasında köleliğin yerleşik bir kurum olarak varolduğu bilinmektedir. Cahiliye çağında köleliğin en büyük kaynağı savaşlardır. Bunun dışında kaçırılarak köleleştirme, borcunu ödemeyen borçlunun köle olarak satılması, babanın çocuklarını satması, bir şahsın belli bir para karşılığında kendini köle olarak satması da müesseseyi besleyen kaynaklar olmuştur. Ayrıca adam öldürme, hırsızlık, zina gibi suçları işleyenler mağdurun veya ailesinin kölesi sayılmışlardır. Mal olarak kabul edilen köleler alınıp, satılmış, miras yoluyla mirasçılara intikal etmiş, hediye ve

⁴ Roma hukukunda kölelerin belli başlı azad edilme şekilleri şunlardı: Pretorun önünde farazî bir hürriyet davasıyla azad etme, her beş yılda yapılan nüfus sayımlarında kölenin efendinin izni ile vatandaş listesine kayıd edilmesi, efendinin ölüme bağlı olarak yaptığı vasiyetname ile kölesini azad etmesi, şahitler huzurunda azad etme, efendinin kölesini sofrasına alması ile azad, rahipler huzurunda yapılan beyan ile azad. SCHWARZ, c. I, s. 212-213.

⁵ BOZKURT, Kölelik, s. 11; ENGİN, s. 17.

⁶ ARSAL Sadri Maksudî, Türk Tarihi ve Hukuk, İstanbul 1947, s. 213, 287; ENGİN, s. 19-20.

⁷ AYDIN M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 1999, s. 241; ENGİN, s. 18-19.

⁸ AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 241. Hıristiyanlık kölelik müessesesine karşı bir itirazda bulunmadığı gibi, şiddetini hafifletecek bir kural da getirmemiştir. Üstelik erkek ve kadın bütün kölelerin sahiplerine mutlak itaatini emretmiştir. PAKALIN Mehmet Zeki, Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü, II, İstanbul 1993, s. 301.

mehir olarak verilmişlerdir⁹. Araplar arasında köle ticareti de son derece yaygındır ve kölelerin çoğunluğunu bu yoldan getirilen Afrikalı siyahlar teşkil etmiştir.

Amerika'nın keşfi ile kölelik yeni bir boyut kazanmıştır. Afrikalı zenciler Amerika'ya köle olarak satılmışlar. XVI. Yüzyıldan XIX. Yüzyıla kadar Afrika'dan Amerika'ya 32 milyondan fazla zenci köle olarak getirilmiştir. Kölelik müessesenin kaldırılması uzun mücadeleler sonunda gerçekleştirilebilmiştir. Fransız İhtilâli'nin etkisiyle ilk olarak 1794'de Fransa'da köle ticareti yasaklanmış, ardından 1807'de İngiltere İmparatorluğa bağlı her yerde köle ticaretini yasaklamıştır¹⁰. 1833'de İngiltere, yönetimi altındaki bütün ülkelerde kölelerin azad edilmesini kararlaştırmış, bunu 1848'de Fransa, 1858'de Portekiz ve 1863'de Hollanda takip etmiştir¹¹. A.B.D.'nde ise Kuzey-Güney savaşından sonra 1865'de kölelik kaldırılmıştır.

Uluslararası platformda konu 1890 yılında Brüksel Konferansında ele alınarak Afrika'dan yapılmakta olan köle ticaretinin sona erdirilmesi için ciddi tedbirler benimsenmiş, ardından 1919 tarihli Saint-Germain Antlaşmasıyla uluslararası ve kıtalararası köle ticareti gözetim altına alınmıştır¹². 1926 yılında Milletler Cemiyeti köleliğin kısa süre içinde kaldırılmasını tavsiye etmiş, nihayet 1948 İnsan Hakları Evrensel Beyannâmesi ile kölelik ve köle ticareti yasaklanmıştır. Beyannâmenin 4. maddesine göre "Kimse kölelik ya da kulluk altında tutulamaz; kölelik ve köle ticareti her türüyle yasaktır".

II. İSLAM HUKUKUNDA KÖLELİK MÜESSESESİ

Osmanlı Devleti'nde kölelik kurumu İslam hukuku kurallarına tabi olmuş, kölelerin hukuki statüsü şer'i hukuk tarafından düzenlenmiştir. Bu nedenle İslam hukukunun konuya yaklaşımı büyük önem arz etmektedir.

İslamiyet ortaya çıktığında köleliği gerek Arap toplumunda gerekse diğer komşu toplumlarda yerleşik bir kurum olarak bulmuş ve müesseseyi kabul etmiştir. İslâmiyet'in kölelik müessesesini kabul etmesi eşitlik ideali ile çelişir görünmektedir. Bununla beraber İslâmiyet'in köleliğe karşı tavrını iki özelliğin belirlediği söylenebilir: Bunlardan birincisi İslâmiyet'in tedrici olarak kölelik kurumunu kaldırmayı hedeflemiş olması, ikincisi de azad oluncaya kadar köle-

⁹ BOZKURT, Kölelik, s. 13.

¹⁰ ESEN Bülent Nuri, Kölelik ve Hürriyet, İstanbul Tarihsiz, s. 102.

¹¹ "Kölelik", Türk Ansiklopedisi, c. 22, s. 275.

¹² PARLATIR İsmail, Tanzimat Edebiyatında Kölelik, Ankara 1987, s. 2.

lere insanca muamele edilmesi konusunda etkin önlemlerin alınmasıdır¹³. İslâmiyet'in kölelik müessesesini neden tamamen ortadan kaldırmadığı konusunda çeşitli görüşler mevcuttur. Bilindiği üzere İslâm hukukunda köleliğin en önemli kaynağı savaş esirliğidir. İslâm hukukuna göre savaşta ele geçirilen esirler için üç durum söz konusu olabilir. Karşılıksız ya da belli bir fidye karşılığı serbest bırakmak, hürriyetlerini ellerinden alarak köle statüsüne geçirmek, ya da öldürmek¹⁴. Köleliğin ortadan kaldırılması halinde, eğer esirlerin serbest bırakılması mümkün olmazsa kendilerini bekleyen akıbet ölümdür. Bu kötü sonu önlemek için köleliğin kaldırılmadığını savunan İslam hukukçuları vardır. Yine harp sonrası esirlere yönelik toplu katliam duygularını kölelik uygulamasının yumuşattığı ayrıca milletlerarası ilişkilerin savaş esasına dayandığı bir ortamda tek taraflı olarak köleliğin ortadan kaldırılmasının, kaçınılmaz olarak kaldırılan taraf aleyhine sonuçlar doğuracağı, bu nedenle köleliğin kaldırılmadığı konusunda da tezler bulunmaktadır¹⁵.

İslâm hukukçularının bir kısmı ise köleliği inançsızlığın cezası olarak nitelemişlerdir. Köleliğin bir iyileştirme (ıslah) kurumu olduğunu savunanlar olduğu gibi bu kurumun bir İslâmlaştırma müessesesi olarak kullanıldığı konusunda da görüşler mevcuttur¹⁶.

İslâm hukukunun ana kaynakları Kur'an ve Sünnette kölelik kurumu kabul edilmiştir. Bazı ayetlerde köle ile hür insan arasındaki farklar ortaya konmuştur: "Allah şöyle bir örnekleme yaptı: Hiçbir şeye gücü yetmeyen, başkasının eşyası (malı) durumunda olan bir köle ile bizden bir güzel rızıkla rızıklandığımız bir kişi. Bunlar aynı olur mu?", "Ey iman edenler! Öldürülenler hakkında üzerinize kısas yazılmıştır. Hür kişiye karşılık hür, köleye karşılık köle..."¹⁷. Bununla beraber Kur'an'da kölelere iyi davranılması tavsiye edilmektedir: "Allah kulluk edin. Ana-babaya, akrabaya, yetim ve öksüzlere, çaresizlere, yakın ve uzak komşuya, yanınızdaki arkadaşına, yolda kalmışa, maliki olduğunuz kişilere iyi ve güzel davranın"¹⁸.

Yine Kur'an'da "Hep birbirinizdensiniz" denilerek hür erkeklerin köle kızlarla evlenmelerine cevaz verilmiştir. "Sizden hür, mümin kadınla evlenmeye

¹³ AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 242.

¹⁴ FENDOĞLU Hasan Tahsin, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2000, 509-520; ENGİN, s. 26-27.

¹⁵ Bu konudaki görüşler için bkz. AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 242-243.

¹⁶ Bu görüşler için bkz. FENDOĞLU, Hukuk Tarihi, 522-523.

¹⁷ Nahl 16/75; Bakara 2/178.

¹⁸ Nisa 4/36.

güç yetiremeyen kimse, ellerinizin altındaki, genç mümin köle kızlardan biriyle evlensin. Hep birbirinizdensiniz...”¹⁹. Ayrıca Kur’an’da köle azadının çok çeşitli yolları ortaya konmuş ve bu konuda kölelere yardım edilmesi tavsiye edilmiştir. “Zafer ve mutluluğa ermek o kişinin hakkıdır ki, Allah’a, ahiret gününe, meleklerle, kitaplara, peygamberlere inanır... özgürlüğüne kavuşmak gayretinde olanlara malını seve seve verir”, “... Yanlışlıkla bir mümini öldürenin, özgürlüğü elinden alınmış bir mümini özgürlüğüne kavuşturması... gerekir.” “Allah ... bilinçli olarak gerçekleştirdiğiniz yeminlerden sizi sorumlu tutar. Böyle bir yeminin kefareti, ailenize yedirmekte olduğunuzun orta derecesinden on yoksulu doyurmak, yahut onları giydirmek, yahut da özgürlüğünden yoksun kalmış bir benliği özgürlüğüne kavuşturaktır.” “Kadınlarına zihar edip sonra sarf etmiş oldukları söze geri dönenler ilişkiye girmelerinden önce, özgürlüğünü yitirmiş bir benliği özgürlüğüne kavuşturacaklardır”²⁰.

Hz. Peygamber çok çeşitli hadislerde kölelere iyi davranılmasını öğütlemiş ve köle azadını teşvik etmiştir. “Her kim mümin bir boyunu hürriyete kavuşturursa, Allah hürriyete kavuşturulan kişinin her uzvuna karşılık hürriyete kavuşturan o adamın bir uzvunu ateşten azad eder”²¹. “Her kim kölesini tokatlar yahut döverse artık o tokatlama ve dövmekten dolayı onun vereceği kefareti bu köleyi azad etmektir.”

Görüldüğü üzere İslamiyet kölelik kurumunu kabul etmekle birlikte bu kuruma karşı yeni ve farklı bir yaklaşım tarzı benimsemiştir. İslâm hukukunun kölelik müessesesi konusunda getirdiği yeniliklerden ilki kölelik kaynaklarını sınırlamasıdır. Esas itibarıyla İslâm hukukunda köleliğin iki kaynağı vardır. Savaş esirliği ve doğum nedeniyle kölelik²². İslâmiyet daha önceki dönemlerde görülen bizzat kendini satmak veya borç sebebiyle kölelik gibi kölelik nedenlerini reddeder.

İslâm hukukunda köleliğin en önemli kaynağı savaş esirliğidir. Müslümanlarla gayrimüslimler arasındaki savaşta aman dilemeyen (zimmiliği kabul

¹⁹ Nisa 4/98.

²⁰ Ayetler sırasıyla Bakara 2/177, Nisa 4/92, Maide 5/89, Mücadile 58/3.

²¹ Sahih-i Müslim ve Tercümesi, (Çeviren: SOFUOĞLU Mehmet), c. IV, İstanbul 1969, s. 488.

²² AYDIN esas itibarıyla köleliğin tek kaynağı olduğu, doğum nedeniyle köleliğin birinciye bağlı olduğu görüşündedir. AYDIN, Hukuk Tarihi, 243 Bkz. H.A.K., Esbâb-ı Mucibe Mazbatası, AKGÜNDÜZ Ahmet, Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır 1986, s. 315.

etmeyen) veya İslâmiyet'i kabul etmeyenler esir düşerlerse köleleştirilebilirler²³. Kur'ân'ı Kerim savaş esirlerinin harp sona erince ya karşılıksız veya fidye karşılığı salıverilmesinden bahseder²⁴. Buna mukabil savaş esirlerinin köle edilmesine doğrudan doğruya izin veren bir ayet yoktur. İslâm hukukçuları devlet başkanının dönemin kamu yararıyla bağlantılı olarak bu konuda karar verme yetkisinin bulunduğunu söylemişlerdir. Buna göre ulul'emr savaş esirlerinin karşılıksız veya kurtuluş akçası (fidye) mukabilinde veya esir mübadelesi şeklinde serbest bırakılabileceklerine ya da köle statüsüne geçirilmelerine karar verebilir²⁵. Köle statüsüne geçirilen esirlerin gayrimüslim olması şarttır. Savaş esirleri arasında bulunan müslümanlar köle yapılamaz²⁶.

İslâm hukukunda köleliğin ikinci kaynağı doğum yani köleden doğmadır. Kölelik için annenin hukuki durumu esas alınır. Köle bir anneden doğan çocuklar köledir. Anne hür, baba köle ise doğan çocuklar hür olur. Köle bir kadından doğan çocuğun köle olması kuralının tek istisnası bir insanın kendi cariyesinden doğan çocuğudur. Bir kimsenin kendi babasının kölesi olması söz konusu olmayacağı için böyle bir cariyeden doğan çocuk hürdür²⁷. Buna karşılık cariyeden doğan çocuğun babası, efendiden başka bir hür erkek olursa çocuk anneyi izleyerek yine köle olur.

İslâmiyet'in kölelik kurumu ile ilgili getirdiği ikinci önemli yenilik köle azadını teşvik etmesi ve azad yollarını çoğaltmasıdır. İslâm'da köleler çeşitli yollarla hürriyetlerine kavuşabilmişlerdir. Köleler bir karşılık beklenmeden Allah rızası için azad edilebilir (gönüllü azad), bir sözleşme ile hürriyetini satın alabilir (mükatebe), efendi ölümü halinde kölenin hürriyetine kavuşacağı şartını koşabilir (tedbir) veya efendisinden bir çocuk doğuran cariyeye (ümm-i veled) efendisi ölünce azad olabilir²⁸. Ayrıca belli dini kuralların ihlâlinin kefareti olarak köle azadı öngörülmüştür. Kasta benzer ya da hataen adam öldürme

²³ ANSAY Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, Ankara 1954, s. 79; BOZKURT, *Kölelik*, s. 17; AYDIN, *Hukuk Tarihi*, s. 243; CİN Halil/AKYILMAZ Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya 2003.

²⁴ "Küfre batmışlarsa burun buruna geldiğinizde boyunlar vurulur. Nihayet onları bastırıp sindirdiğinizde, antlaşma bağını sıkı bağlayın. Artık bundan sonrası ya bir bağışlama ya bir fidyedir" Muhammed 47 /4.

²⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BOZKURT, *Kölelik*, s. 17-20; FENDOĞLU, *Hukuk Tarihi*, s. 510 vd.

²⁶ BOZKURT, *Kölelik*, s. 21; AYDIN, *Hukuk Tarihi*, s. 244.

²⁷ BOZKURT, *Kölelik*, s. 22; AYDIN, *Hukuk Tarihi*, s. 244; CİN/AKYILMAZ, s. 269.

²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. BOZKURT, *Kölelik*, s. 61 vd.; AYDIN, *Hukuk Tarihi*, s. 248 vd.; CİN/AKYILMAZ, s. 276v.d.

fiillerini işleyenler, yeminini bozanlar, karısına karşı zihar yapanlar kefarete olarak köle azad etmek zorundadırlar²⁹. Üstelik hürriyetine kavuşan bir köle herhangi bir sınırlamaya tâbi olmadan her türlü haktan istifade edebilir.

İslâmiyetin kölelikle ilgili olarak benimsediği bir diğer yenilik kölelere kötü muameleyi yasaklamış olmasıdır. İslâm hukukuna göre Allahın kulu olma açısından hür ile kölenin bir farkı yoktur ve efendi kölesine kendi evladı gibi davranmak zorundadır³⁰. Hatta kölelere iyi muamele sadece bir tavsiye çerçevesinde bırakılmamış, İslâm hukukçularının önemli bir kısmı efendi bu konudaki sorumluluklarını yerine getirmese, kölenin efendiden zorla alınarak başkasına satılacağını veya azad edilebileceğini kabul etmişlerdir³¹.

İslâmiyet'in kölelikle ilgili olarak yaptığı tüm bu olumlu düzenlemelere rağmen, köle hak (vücut) ve fiil (eda) ehliyetine sahip bir hukukî şahsiyet değildir. Alınıp, satılabilir, sahibi öldüğünde terekeye dahil olup mirasçılara intikal eder, mehir karşılığı verilebilir. Bu açıdan adeta bir mal gibi telakki edilebilir³². Mülkiyet ve miras hakkı yoktur. Mülkiyet hakkı olmadığı için kazandığı herşey efendisine aittir. Yalnız mükâteb köle yani efendisiyle hürriyet

²⁹ İlgili ayetler için bkz. dipnot 20.

³⁰ “Şeriat-ı İslâmiyede ise cümle insanlar dergâh-ı Ulûhiyette (Allah katında) müsâvi olduklarından ve haiz oldukları sıfat-ı zimmet icabınca.. râkikin sahibi olan kimse onun her türlü hukuk-u şer’iyyesine riayetle mükelleftir. Kölesini evladından farklı tutamaz.” HAK, Esbab-ı Mucibe Mazbatası, AKGÜNDÜZ, Külliyyat, s. 315. Resullullah Sahabe-i Kiramdan Ebu Zerri Gıffarinin kızmış olduğu bir köleye “Ey siyah kadının oğlu” diye hitap ettiğini görünce “Ya Ebâzer! Sende cahiliyye ahla-kından eser var. O köleler, sizin kardeşlerinizdir. Allah Teala onları sizin ellerinizin altında kılmış, artık siz onlara yediğiniz şeylerden yediriniz, giydiğiniz şeylerden giydiniz, onlara acz kalacakları şeyleri teklif etmeyiniz, edecek olursanız, kendilerine yardımda bulununuz” diye buyurmuşlardır. BİLMEN Ömer Nasuhî, Hukuku İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu, c. 4, İstanbul Tarihsiz, s. 57.

³¹ Muaviye İbnu Süveyd İbni Mukarrin anlatıyor. “Bizim bir kölemize bir tokat attım ve kaçtım. Sonra öğleden az önce döndüm... Babam köleyi de beni de çağırdı. Sonra köleye ona misilleme yap! dedi. Hizmetçi affetti. Bunun üzerine babam anlattı: “Biz Beni Mukarrin, Resullullah zamanında tek bir köleye sahiptik. Ona, birimiz bir tokat vurdu. Bu hadise Resullullahın kulağına ulaşmıştı. “Onu azad edeceksiniz” emir buyurdular...” (Müslim, Eymân 31, Tirmizi, Nüzûr 14, Ebu Davud, Edeb 133), Kütüb-i Sitte, c. 12, s. 6.

³² Buna rağmen İslâm hukukunda kölelik müessesesi ile ilgili düzenlemeler eşya hukukundan çok aile hukuku içinde incelenmiştir. Bunun nedeni ise kölelerin tarım, maden işçiliği gibi üretim alanlarından çok ev işlerinde kullanılmalarıdır. SCHACHT J., Introduction to Islamic Law, Oxford, 1964, s. 130; WAINES David, An Introduction to Islam, Cambridge 1996, s. 98.

anlaşması yapmış olan kölenin durumu biraz daha farklıdır. Köle mükâtebe anlaşmasıyla vücut ehliyetini kazandığı gibi, kısmen eda ehliyetini de kazanır.

III. TANZİMAT FERMANI'NIN İLANINDAN ÖNCE OSMANLI DEVLETİ'NDE KÖLELİK MÜESSESESİ

Osmanlı Devleti'nde ilk dönemlerden itibaren kölelik müessesesi mevcut olmuştur. Avrupa kıtasında yapılan fetihler sonucunda ele geçirilen esirlerin bir kısmı Acemioğlanlar Ocağına gönderilirken, bir kısmı da gaziler veya tüccarlar tarafından Anadolu'ya getirilip esir pazarlarında satılmışlardır³³. Osmanlılar müessesenin işleyişinde büyük oranda İslâmî kurallara bağlı kalmışlardır. Bilindiği üzere İslâm hukuku, diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak köleye belli bir hukuki statü tanımıştır ve konuyu ayrıntılı bir biçimde düzenlemiştir. Ayrıca İslâm hukuku köle sahibine hakların yanısıra ödevler yüklemiştir. Köle sahibi kölesine insanca davranmak zorundadır. Aksi takdirde kadı tarafından kölesini satmaya veya azad etmeye zorlanabilir³⁴. İşte bu sebeplerle Osmanlı toplumundaki kölelerin durumu çağdaşı devletler veya Kuzey ve Güney Amerika'daki kölelerle karşılaştırılamayacak kadar iyidir. Birçok yazar Osmanlı toplumunda kölelerin hayatının hür ama yoksul birinden daha kötü olmadığı hatta bazı açılardan daha iyi bile olduğunu savunmuşlardır³⁵.

Bunda Osmanlı da kölelerin daha çok kamu yönetimi, askerlik ve ev hizmetleri alanlarında kullanılıp, Batı toplumları ve Amerika kıtasında olduğu gibi tarım ve endüstride kullanılmamalarının da büyük payı vardır. Ayrıca köleler arasında reнге, işleve veya kölelik durumunun kökenine göre hiçbir ayırım yapılmamıştır³⁶. Özellikle küçük yaşlarda eve alınan köleler ailenin bir ferdi haline

³³ SAHİLLİOĞLU Halil, "Onbeşinci Yüzyılın Sonu ile Onaltıncı Yüzyılın Başında Bursa'da Kölelerin Sosyal ve Ekonomik Hayattaki Yerleri", ODTÜ Gelişme Dergisi, Ankara 1979, s. 69.

³⁴ TOLEDANO Ehud R., Osmanlı Köle Ticareti 1840–1890, İstanbul 1994, s. 5; LEWIS Bernard, "The Tanzimat and Social Equality", *Economie et Societes dans L'Empire Otoman fin du XVIII e debut du XXe siecle*, s. 49.

³⁵ "Safiye Sultan" isimli tarihi romanda Ann Chamberlain Hüseyin'in ağzından şunları söylemektedir: "Özgür bir adamın akşam evine ekmek götürceği garanti değildir. Oysa, eğer sahibi parasını batırmıyorsa bir kölenin böyle bir sorunu yoktur. Özgür bir adam açlıkla, çocuklarının nafakasıyla, büyüklerinin hastalıklarıyla, yaşlılıkla, işlerin yıpratıcılığı ile savaşmak zorundadır. Bir kölenin sırtındaysa bu yükler yoktur", CHAMBERLAIN Ann, *Safiye Sultan –I–* (Çeviren: KÂMURAN Solmaz), İstanbul 2000, s. 136.

³⁶ TOLEDANO, s. 5.

gelmişler, bunlardan bir kısmı azad edildikten sonra bile eski efendilerinin evlerini terketmemişlerdir.

Birçok Avrupalı gezgin ve yazar da yukarıda söz edilen hususlara eserlerinde değinmişlerdir. Örneğin II. Mahmut devrinde İstanbul'da bulunan Moltke, Osmanlı ülkesinde kölelerin durumunun Avrupalıların hür hizmetlilerinden çok daha iyi olduğundan, efendinin kölesini koruduğu ve hastalanırsa baktığından ve onu aşırı yormaktan kaçındığından, azatlanan kölenin geçimine yardım edildiğinden bahsetmektedir³⁷.

Tüm bu olumlu yönlerine rağmen Osmanlı Devletinde kölelerin önemli hukuki kısıtlamalarla çevrili oldukları da bir gerçektir ve Tanzimat öncesi kölelerin hukuki statüsünü kısaca gözden geçirmek yararlı olacaktır.

Daha önce de vurguladığımız gibi Osmanlı Devleti'nde kölelerin hukuki statüsü tamamen İslam Hukuku kurallarına uygun olarak düzenlenmiştir.

Kölelik, İslam-Osmanlı hukukunda ehliyetsizlik değil, ehliyet arızası olarak kabul edilmiştir. Kölenin eksik vücub (hak) ehliyeti bulunmaktadır. Bunun sonucu olarak mülkiyet hakkı yoktur, kazandıklarının hepsi efendisininindir. Ancak mükateb denilen efendisiyle hürriyet anlaşması yapmış olan kölenin kazandıkları kendisininindir. Kölelik bir miras engeli olduğu için köleler mirasçı olamazlar. Köle bir kısım borçlara ehildir ve haksız fiil sorumluluğu vardır. Ancak işlemiş olduğu haksız fiilleri ya efendisi tazmin eder ya da kölesinin bunun için satılmasına razı olur³⁸.

Köle eda (fiil) ehliyeti bakımından da eksik ehliyetliler grubunda yer almaktadır. Özellikle aleyhte veya lehte ve aleyhte olma ihtimali bulunan işlemleri efendisinin izni olmadan yapamaz. Çünkü bu işlemlerin zararı sonunda efendisine dokunur. Mülkiyet hakkı bulunmadığı için lehinde olan işlemleri de yapma hakkı yoktur diyenler olduğu gibi eksik ehliyetlilerin genel konumuna uygun olarak hibe ve vasiyet kabulü gibi tamamen lehte olan işlemleri yapabilir diyen hukukçular da vardır³⁹.

Eksik ehliyetli olarak nitelenen köleler ticaret hukuku açısından mal olarak kabul edildikleri için sahipleri onları para karşılığı satabilmiş veya başka mallar-

³⁷ VON MOLTKE, Türkiye Mektupları (Çeviren: ÖRS Hayrullah), İstanbul 1969, s. 36. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BOZKURT, Kölelik, s. 27.

³⁸ AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 232; CİN/AKYILMAZ, s. 271v.d..

³⁹ ŞEN Murat, Eski Hukukumuzda Gerçek Kişilerin Hak ve Fiil Ehliyeti, Konya 1998, Basılmamış Doktora Tezi, s. 302; AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 232-233.

la ya da başka kölelerle takas edebilmiştir⁴⁰. Köle ve cariyeler köle pazarlarında alınıp satılmışlardır. İmparatorluktaki en büyük ve en işlek köle pazarı İstanbul'dadır⁴¹. Bunun dışında ana ticaret yollarının üzerinde ya da yakınlarındaki kentlerde de köle pazarları kurulmuştur. Bu açıdan en faal kentler, Mekke, Medine, Cidde, Basra, Trablusgarp, Şam, Bağdat, Kahire ve İzmir olmuştur. Pazarda satılan köle ve cariyelerden devlet "bac" vergisi almıştır.

Tüccarlar tarafından yapılan satışların genellikle kaydı tutulmazken efendileri tarafından satılan köleler şer'iyeye sicillerine kaydedilmiştir⁴². Köle satışları alan ile satan arasında pazarlık usulü ile gerçekleştirildiği gibi dellâl tarafından müzayede usulü ile de yapılabilmektedir. Dellal satışlarında köle çarşıda satışa çıkarılıp, açık artırma ile en yüksek fiyatı verene satılmıştır⁴³. Vâris bırakmadan ölenlerin terekelerinde bulunan köle ve cariyelerle borçlu şekilde ölen yönetici sınıf üyelerinin terekelerindeki köleler beytül-mâl tarafından satılmıştır⁴⁴.

⁴⁰ Ali oğlu Hüseyin'in, bir at, bir katır ve 1700 akçe karşılığında Pir Ali oğlu Mü'mine bir Arap cariyeye verdiğini söyleyerek halen alamadığı 1700 akçeyi dava etmesi ile ilgili zabıt. ONGAN Halit, Ankara'nın İki Numaralı Şer'iyeye Sicili, Ankara 1974, s. 40, No: 524.

⁴¹ İstanbul'daki köle pazarının en canlı tasviri Charles White tarafından yapılmıştır. Bkz. TOLEDONA, s. 44-45.

⁴² Isparta'nın Yenice mahallesinden Abdi b el-Hac Ahmed kardeşinden kendisine irs ile intikal eden. Kölesi açık kaşlı, sarı elâ gözlü, yüzünün sağ yanında siyah beni olan Piyale b. Abdullah'ı Sinan b. Ali'ye 8.000 akçeye satmıştır. İ.Ş.S. 164/187 - 4 (21-29 Zilhicce 1027/10-18.XII. 16-18) SAK İzzet, Şer'iyeye Sicillerine Göre Sosyal ve Ekonomik Hayatta Köleler (17. ve 18. Yüzyıllarda), Konya 1992, Basılmamış Doktora Tezi, s. 168'den naklen. Bor kazasından Rahime Hatun bt. Cafer Beğ adlı kadın Şadan ve Üftâde adındaki cariyelerini 40.000 akçeye satıp, Faide ve Kûşâde adlarında iki cariyeye almıştır. B.Ş.S. 378/95-3 (11 Safer 1032/15.XII.1622), SAK, s. 169'dan naklen.

⁴³ Örneğin Antep'in Yahni Mahallesinden Bülbülcüoğlu demekle meşhur el-Hac Ömer b. Hasan'ın terekesi borcuna kâfi gelmeyince vârisleri tarafından terekede bulunan Gürcü asıllı Hatice bt. Abdullah ile sagire kızı dellâl tarafından satışa çıkarılmış, es-Seyyid el-Hac Ömer 115 gurus verince daha fazla veren çıkmadığı için ona satılmıştır. G.Ş.S. 69/108-2 (21 Zilhicce 1130/15.XI.1718). SAK s. 172'den naklen.

⁴⁴ Selanikli olup Diyarbekir'de vefat eden Mehmed adındaki sipahinin vârisi bulunmadığından terekesinde bulunan orta boylu Habeş asıllı kölesi Süleyman b. Abdullah dellâl tarafından Antep sancağı kethûdası Mustafa Çavuş'a 4.000 akçeye satılmıştır. G.Ş.S. 12/75-2 (1-10 Receb 1017/11-20.X.1608), SAK, s. 173'den naklen.

Belgelerden anlaşıldığı üzere köleler kendilerini satın alan kişilerin mülkü olarak kabul edilmektedir⁴⁵.

Efendinin köle üzerindeki mülkiyet hakkının doğal sonucu olarak kaçan köleler yakalanıp efendilerine teslim edilmiştir⁴⁶. Özel hukuk bakımından eşya olarak kabul edildiklerinin bir göstergesi olarak köleler diğer mallar gibi hibe akdinin de konusu olabilmişlerdir. Hibeler genellikle karı, koca, çocuklar gibi yakın akrabalara yapılmış, yabancıya köle hibe edilmesi örneklerine son derece az rastlanmıştır⁴⁷. Köleler yine eşya gibi kabul edilmelerinin sonucu olarak kocalar tarafından nikahladıkları eşlerine mehir olarak verilebilmişlerdir⁴⁸.

⁴⁵ “Üsküdar şehrinde bulunan Gizlice Evliya yakınında oturan Mustafa kızı Zeyni Hatun’un ... hazır bulunduğu celsede ikrar ve sözlü takrir edip şöyle beyanda bulundu: İşbu açık başlı, ela gözlü, sarışın Rus asıllı Abdullah kızı Belkis adlı mülküm olan cariyeyi adı geçen Beyzade Fatma Hanım’a 1400 geçer akçe karşılığında kesin satışla teslim etmiş olup... bu günden sonra vasıfları sayılan bu câriye, adı geçen vekalet sahibinin halis mülküdür. Dilediği gibi tasarruf edebilir... 22 Rebi’ülevvel 1028/1619” 46–136/34, Şerhiye Sicilleri, Türk Dünyası Araştırma Vakfı, c. I, İstanbul 1988, s. 234; Enbiyalı köyünden İsmail’in yavadan zabtolunan Rus asıllı köle Hasan hakkındaki mülkiyet iddiasını ispat ettiğine dair zabıt, ONGAN, s. 94, No: 1223; Karasanklı köyünden Abdi Bey oğlu Sarı Bey’in Ankara Mirliyası Hüsrev Bey adına mahkemeye gelen İdris karşısında yave diye tutulan Piyale adlı kölenin mülkü olduğunu ispat eylediğine dair...”, ONGAN, s. 140, m. 1784.

⁴⁶ “İzmir’de İmam Numan nezdine firar eden Arap kölenin Mustafa Mahmud’un malı olduğu şer’an sabit olduğundan İstanbul’a iadesine dair İzmir kadısı ve voyvodasına yazılan emir” CTA, No: 261, t: 28/2/ 1185, “Tancık oğlu Emin-i Hâs-ı Hümayun olan Abdi oğlu Cafer, şer’i mahkemeye beraberinde Abid oğlu Hamza adlı köleyi getirip “kaçan köle budur” dedi. Kaya oğlu müteveli Ahmet ve Mustafa oğlu Mehmed adındaki kimseler şöyle şahidlik yaptılar. “Bu köle Küçük Sinan Bey’in hatununun kuludur” dediler. Köle, anılan Küçük Sinan Bey’in adamı olan Kara Cafer’e teslim olundu” Muharrem 946 (1539), G1/210 (785), ŞS, s. 231; Kütahya’dan Mısır askeri topçubaşısının zenci kölesi Bursa’ya kaçıp geldiğinden talep olunmakla kölenin ve eşyasının nâzikâne tevkif olunacağı arz olunmaktadır. BOA, HHT, No: 20327, t: 1248.

⁴⁷ “Konya’nın Hoşhan mahallesinden el-Hac Abdulfettah Çavuş oğluna Halime adlı zenci cariyesini ve küçük kızı Zeyneb’e de bir köle ve Mülayim isimli cariyesini hibe etmiştir”, “Anteb’in Kızılca Mescid Mahallesi’nden el-Hac Kasım, karısı Fatma bt. Ahmed’e Gürcü asıllı, açık başlı, ak benizli, elâ gözlü Nâzire isimli cariyesini hibe etmiştir”, “Konya’nın Sahib Yakası Mahallesinden Fatma bt. Cafer adlı kadın, Macar asıllı Şahin adındaki kölesini kocası Ali b. Mehmed’e hibe etmiştir.” Bu üç örnek ve diğer örnekler için bk. SAK, s. 27–28. Köleler efendisinin borcu karşılığında rehin olarak da verilebilmişlerdir. “Hacı Ali oğlu Derviş ve Yakub oğlu Ömer şer’i mahkemeye beraberce geldiler. Yakub oğlu Ömer şöyle ikrar ve itiraf eyledi, “Hacı Derviş’e tam otuz beş adet sikke altın cariyeyi satın alma bedelinden borcum vardır. Zikrolunan cariyeyi anılan meblağ altın karşılığında rehin verdim” dedi. Hacı Derviş dahi zikrolunan cariyeyi aldı ve Mahmud oğlu Hasan yanına emanet koydu.

Aile hukuku açısından da köleler için önemli bir sınırlandırma getirilmiştir. Köle ve cariyelerin ancak efendilerinin izniyle evlenmeleri mümkündür⁴⁹. Eğer köle ve cariyeler efendiden izin almadan evlenmişlerse nikahın geçerli olup olmaması efendinin vereceği icazete bağlıdır. Efendi nikaha icazet verirse nikah sahih, aksi halde batıl olur. Bu izin verilene kadar nikah askıdadır. Efendisinden habersiz evlenen kölenin müdebber, mükateb ve ümmi-i veled statüsünde olması da durumu değiştirmez⁵⁰. Diğer taraftan, efendiler köleleri üzerindeki zorlayıcı velâyet (velâyet-i icbar) yetkisine dayanarak köle ve cariyelerini zorla evlendirebilirler⁵¹.

Köle ve cariyenin evliliklerinden doğan çocukları cariyenin efendisinin malı sayılır. Bir hür bir cariyeye ile evlenmişse, doğacak çocuklar cariyenin efendisinin malı olur.

Boşanma açısından ise köle statüsünde bulunan koca tam ehliyetli kabul edilmiştir. Bunun için bir kölenin karısını boşaması için efendisinin rızasını alması gerekmez⁵².

Taleb üzerine sicile yazıldı” Zilkade sonu 945/1538, G 1/177 (618) Şerhiye Sicilleri, c. I, s. 233.

⁴⁸ “Konya'nın Piri Paşa Mahallesinden es-Seyyid el-Hac Abdülkadir Efendi, karısı Şerife el-Hac Kerime'ye, Kâtibe, Halime ve Hatice adlarında üç cariyeyi mehir olarak vermiştir”, “Sahib Ata Mahallesi'nden iken Hemadan seferinde vefat eden çavuşlar Kethüdası Ali Ağa b. Musa, karısına mehir olarak bir Acem köle vermiştir”, SAK, s. 30.

⁴⁹ BOZKURT, Kölelik, s. 30; AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 244; AKGÜNDÜZ, Kölelik, s. 146; ŞEN, S. 136; CİN/ AKYILMAZ, s.272-273.

⁵⁰ BOZKURT, Kölelik, s. 30; İbrahim Halebi; Mülteka (Sadeleştiren: DAVUDOĞLU Ahmet), c. I, İstanbul 1980, s. 506. Halebi burada gerekçe olarak “Efendisinden izinsiz evlenen köle, zina edicidir” hadis-i şerifini nakletmektedir. Özellikle erkek kölenin evlenmesi, efendi için birtakım mali mükellefiyetler getireceği için efendinin rızası aranır. Eşine mehir verme sorumluluğu ve nafaka yükümlülüğü olan erkek köle, bunları yerine getirmediği takdirde ya efendisi bu ödemeyi yapacak veya kölesinin bu uğurda satılmasına razı olacaktır. Feteva-ı Hindiyeye (Tercüme: EFE Mustafa), c. 2, Ankara, tarihsiz, s. 447; ÜÇOK/MUMCU/ BOZKURT, Türk Hukuk Tarih, Ankara 1996, s. 86.

⁵¹ ŞEN, s. 136; AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 245, CİN/ AKYILMAZ, s.273. Mükâteb ve müdebber köleler zorla evlendirilemez. Fetevay-ı Hindiyeye, c. 2, s. 448.

⁵² SAVA PAŞA, İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd (ARIKAN Baha), c. II, Ankara 1956, s. 341; BOZKURT, Kölelik, s. 42; AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 245; CİN/ AKYILMAZ. S. 273-274; HALEBİ, c. 1, s. 530. Halebi burada “Ey insanlar, sizden birinizin hali nedir ki, kölesini cariyesiyle evlendiriyor. Sonra aralarını ayırmak istiyor. Kadını boşamak ancak kadının inciğinden tutanın hakkıdır” hadisi şerifine atıf yapmaktadır.

Kölelik bir miras engelidir⁵³. Yani köleler mirasçı olamazlar. Bir kölenin mülk edinme hakkı bulunmadığı için kendisine intikal edecek miras payı efendisine ait olacaktır ki bu da miras hukukunun temel esprisine aykırıdır. Bu nedenle kölelere miras hakkı tanınmamıştır. Köle mükâteb, müdebber veya ümmü'l veled olsa da durum değişmez⁵⁴. Ayrıca kölenin herhangi bir mal varlığı bulunmadığı için muris sıfatıyla başkasına miras bırakması da mümkün değildir.

Kendisi mirasçı olamayan köle, efendisi öldüğü zaman terekesine dahil olur ve efendisinin diğer mallarıyla birlikte mirasçılar arasında pay edilir⁵⁵. Kölelerin paylaşımı konusunda mirasçılar arasında anlaşmazlık çıkarsa, terekede bulunan köleler satılarak, elde edilen para taksim edilmiştir⁵⁶.

Eski hukukumuzda kölenin şahitliği kabul edilmemiştir. Şahidin taşınması gereken şartlar içinde hür olmak şartı da vardır ve kölenin hür üzerindeki şهادeti caiz görülmez⁵⁷. Ayrıca kölelere genel olarak davada taraf olma hakkı tanınmamıştır.

Köleler İslâm-Osmanlı ceza hukukunda hür insanlardan farklı bir muameleye tabi tutulmuş ve bazı cezalar hafifletilerek kendilerine uygulanmıştır. Buna karşılık kölelerin ceza hukuku bakımından korunması da hürlere göre daha zayıftır. Örneğin yaralama fiillerinde köle olan mağdura karşılık hür olan suçluya arada denklik olmadığı gerekçesiyle kısas cezası verilemez.

IV. OSMANLI HUKUKUNDA KÖLELİĞİN SONA ERMESİ

Daha önce de değindiğimiz gibi İslâm-Osmanlı hukukunda köleliğin sona erdirilmesi konusunda bir çok yol mevcuttur. Köleleri özgürlüğe kavuşturan

⁵³ BERKİ Ali Himmet, İslâm Hukukunda Feraiz ve İntikal, Ankara 1986, s. 31; Fetevây-ı Hîndiye, c. 14, s. 494; HALEBİ, c. 2, s. 548.

⁵⁴ HALEBİ, c. 2, s. 548; BOZKURT, Kölelik, s. 48.

⁵⁵ Bursa sakinlerinden vefat eden Çingilloğlu'nun kölesi Hüseyin'in muhalefatıyla birlikte mirasçılarına intikal edeceğine dair arz. BOA, CTA, No: 2772, 17/Z/1215 (1801); Konya'nın Pürçekli Mahallesinden Mehmet Ağa'nın malları arasında bulunan Gülbay, Gülbeyaz ve Gülistan adlarındaki üç cariye ile Mehmet adındaki kölesinin zevceleri Ümmü Gülsüm ve Fatıma ile oğulları Ahmet ve Rüstem, kızları Hatice ve Fatma'ya kaldığına dair kayıt K.Ş.S. 51/91-2 (18 Şaban 1140/30.III.1727), SAK, s. 25'den naklen.

⁵⁶ Larende'nin Göderegözü köyünden iken vefat eden İsa'nın üç adet kölesi oğulları el-Hac Memi, el-Hac Veli ve Receb Beşe'ye kalmış, fakat aralarında anlaşmazlık çıkınca köleler satılarak elde edilen para taksim edilmiştir. K.Ş.S. 293/591-9, SAK, s. 25'den naklen.

⁵⁷ HALEBİ, Mülteka, c. 2, s. 115.

yollardan ilki ve en yaygın olanı “ıtk” efendinin kölesini kendi rızasıyla karşılıksız olarak azadlamasıdır ki buna gönüllü azad da denir. Kur'an ve Sünnet'de gönüllü azad teşvik edilmiştir⁵⁸. Şer'îye sicillerine bakıldığında, çok sayıda kölenin bir karşılık beklenmeden Allah rızası için azad edildikleri görülmektedir⁵⁹. Kölelerin bu yolla azad edilmeleri için aslında mahkemenin tesciline gerek yoktur, köle sahibinin iki şahit huzurunda “sen hürsün” demesi yeterlidir. Fakat Osmanlı uygulamasında ileride herhangi bir probleme neden olmaması için genellikle bu tür köle azadlarının iki şahidin varlığıyla mahkemeye tescil ettirildiği ve azad edilmiş köleye bu durumu belgeleyen bir “ıtkname” verildiği görülmektedir.

Köle azadının bir ikinci yolu mükatebe (kitabet, sözleşme) yoluyla azadlıdır. Bu durumda efendi ile köle arasında bir hürriyet sözleşmesi yapılır ve sözleşmeye göre köle ya belli bir miktar para ödemeyi veya belli bir malı üretmeyi veyahud da belli bir süre çalışmayı taahhüd eder⁶⁰. Kitabette efendi sözleşme

⁵⁸ “İyilik yüzlerinizi doğu ve batı yönüne çevirmekten ibaret değildir. Asıl iyilik Allah'a, ahiret gününe, meleklerle, kitaba ve peygambere inanan, Allah sevgisiyle yakınlarına, yetimlere, yoksullara, yolda kalmışlara, dilenenlere veren ve köle ve esirleri kurtarma uğrunda malını harcayanın yaptığı iyiliktir” Bakara 2/177.

⁵⁹ Şer'îye Sicillerinde yer alan şu belge gönüllü azadın niteliği konusunda iyi bir fikir vermektedir: Anadolu vilayetinde bulunan Amasya asıllı ve halâ Sultan Bayezid Mahallesi sakinlerinden olan eski sadrazam rahmetli Ahmet Paşa'nın Enderuni mehterlerinden Hacı Mehmet oğlu Mehter Mustafa Ağa, şerefli ve nurlu şer'î yargı meclisinde, kendisi köle olduğunu itiraf eden orta boylu, kara kaşlı, şehla gözlü ve bu yazılı belgenin sahibi Abdullah oğlu İbrahim'in huzurunda şöyle ikrarda bulundu: Adı geçen ve vasıfları tayin edilen kölemi, sadece yüce Allah'ın rızası, rahmet sahibi Rabbim'in hoşnudluğu ve Allah'a selim kalb ile gelenler dışında mal, mülk ve evladın kimseye fayda vermeyeceği kıyamet gününün azabı korkusu için azad ettim. Bu azad işlemim Hz. Peygamberin “Kim bir mümin köleyi azad ederse, yüce Allah da onun her uzvu karşılığında sahibinin bir uzvunu cehennem ateşinden azad eder” hadisine uymaya amaçladım ve bu kölemi asıl hürlerle kattım. Bu günden sonra adı geçen diğer asıl hürler gibi olup velâ hakkımdan başka kendisinde hiçbir hakkım kalmamıştır. Bu ikrar beyanı üzerine beyanı mahkemece tasdik edildi ve talep üzerine durum sicile kaydedildi. 11 Safer 1169/1755, B23–127/47, Şeriyye Sicilleri, c. I, s. 225–226. Başka örnekler için bkz. SAK, s. 90–91. Bu tür azadın şartları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. BOZKURT, Kölelik, s. 62–67; HALEBİ, c. I, s. 601–606.

⁶⁰ Üsküdar'a bağlı Şile kasabası sakinlerinden Kondor çocuğu Firfeni isimli zimmî değerli ve saygınlığı yüce yargı meclisinde, orta boylu, sarışın, Rus asıllı ve bu belgenin yazılmasına sebep teşkil eden kölesi Abdullah oğlu Vasıl huzurunda kendi rızasıyla şöyle ikrarda bulundu: Bu yazım belgenin yazım tarihinden 4 ay bitinceye kadar dürüst bir şekilde çalışmak şartıyla adı geçen köleyle azadlık andlaşması (mükatebe) yaptım. Zikredilen aya kadar dürüst bir şekilde çalıştıktan sonra, diğer

yapıldıktan sonra anlaşmayı tek taraflı olarak bozamaz. Mükateb köle borcunu ödeyeceği için kendi hesabına çalışır, efendi kölesini kendi hesabına çalışmaya zorlayamaz. Bir kölenin kitabete kesilmesi onun ticarete mezun olduğunu gösterir ve elde edeceği kazancı kendisine aittir. Ayrıca kira, alım-satım akidlerini yapabilir, borç ikrarında bulunabilir. Mükateb köleyi efendisi satamaz, hibe edemez, zorla evlendiremez⁶¹. Köle belirlenen meblağı ödediğinde veya belirlenen süre çalıştıktan sonra ayrıca bir işlem yapılmasına gerek olmadan otomatikman azad olur⁶².

Köle azadında bir üçüncü yol tedbir müessesedir. Tedbirde efendi ölümünden sonra kölesinin azadlanmasını vasiyet eder ve köle müdebber köle haline gelir. Efendisi ölünce de hürriyetine kavuşur. Kitabette olduğu gibi tedbirde de efendi sözünden geri dönemez. Müdebber kıldığı köleyi, satış, bağışlama gibi yollarla mülkünden çıkaramaz. Ancak efendi müdebber köleyi kiraya verebilir, kendi işlerinde çalıştırabilir. Cariyeyi ise odalık olarak kullanabilir. Efendi'nin ölümünden sonra müdebber köle kayıtsız şartsız hür olur, varisler köle üzerinde herhangi bir halk iddia edemezler⁶³.

hürler gibi hür olsun". Adı geçen ikrarcının ikrar beyanı, lehine ikrarda bulunan köle de şifâhen tasdik edince durum talep üzerine sicile kaydedildi. 10-20 Cemaziyelevvel 1032/1623, Ü6 - 147/7, Şerriye Sicilleri, c. I, s. 227; Mahmiye-i Konya Mahallâtından Bağ'ulya Mahallesi sakinlerinden Halil b. İlyas nam kimesne meclis-i şer'i şerifde orta boylu, elâ gözlü, açık kaşlı, sarışın, Rusi'ül-asl olub mezkûr Halil'e rikk-ı mu'terif olan Yusuf b. Abdullah nam gûlâm mahzarında ikrar ve itiraf edüb abd-i memlûkim olan mezbur Yusuf'u sekiz bin râyic fi'l-vakt akçeye kitabete kesdim, mind ba'd kendi müstakil kâr ve kisbinde olup meblâğ-ı merkûmu tamam eda ve teslim edüb ve ben dahi teslim ve kabz eyledikten sonra cümle malımdan itâk ve mülkümünden itlak edüb, kendi nefesine mâlik ve malının tasarrufuna kâdir ola mevâli üzerine sâbit olan hakk-ı velâdan gayrı üzerinde hakk kalmadı dedikde mezkûr Yusuf tasdik edüb bi't-taleb ketb olundu. 28 Cemaziyeleahir 1054, K.Ş.S. 7/38 - 2, SAK, s. 107'den naklen. Benzer örnekler için bkz. ONGAN, s. 9, No: 100, No: 450, s. 35, No: 514, s. 39; No: 796, s. 65.

⁶¹ HAMİDULLAH/AYDIN, s. 131, BOZKURT, Kölelik, s. 72; Zeyd kulu Amr'ı şu kadar akçe kitabete kesip Amr dahi kabul idüp bedel-i kitabeti edadan aciz değil iken Zeyd Amr'ı rızasız bey'e kadir olur mu? El-cevâb: OLMAZ, Zeyd kulu Amr'ı beş sene kendiye hizmet etmek üzere kitâbete kesüb Amr dahi kabul eylese Amr beş sene hizmet edecek azad olur mu? El-cevâb: OLUR, Çatalcalı Ali Efendi, Fetevây-ı Ali Efendi, Matbaat Amire, 1311, s. 139.

⁶² CİN/AKYILMAZ, s.277-278; SAHİLLİOĞLU, s. 78-80.

⁶³ Zeyd kulu Amr'ı tedbir-i mutlak ile tedbir ittikten sonra Zeyd fevt olup süls müsaid olsa verese Amr'ı istirkak ve bey'e kadir olurlar mı? El-cevâb: OLMAZ; Zeyd tedbir-i mutlak ile tedbir ettiği cariyeleri Hind'i, Zeyneb'i vatt itmek caiz olur mu? El-cevâb: OLUR; Zeyd kulu Amr'ı tedbir-i mutlak ile tedbir ettikten sonra Amr bir

İslâm hukukunda sadece kadın köleler (cariyeler) için mümkün olan hürriyete kavuşma yollarından birisi de müstevlide ya da istilâd denilen cariyenin efendisinden bir çocuk dünyaya getirmesidir. Eğer cariyeye efendisinden ölü ya da diri bir çocuk dünyaya getirir ve efendi de çocuğun kendisinden olduğunu ikrar ederse cariyeye ümm-i veled konumuna yükselmekte ve efendisi ölünce hürriyetine kavuşmaktadır⁶⁴. Efendi çocuğun kendisinden olduğunu kabul ettikten sonra sözünden dönemez, cariyeye ise efendisi ölünceye kadar onun kölesi olarak kalmaya devam eder. Ancak ümm-i veled olan cariyeyi efendisi başkasına satamaz, bağışlayamaz, rehin veremez. Bununla birlikte kiraya verebilir, birisine nikahlayıp, mehrini alabilir⁶⁵. Dilerse efendi ölümünü beklemeden ümm-i veledini kitabet akdi karşılığında ya da bedelsiz azad edebilir. Şeriye sicillerinde de bu konuda örnekler rastlanmaktadır⁶⁶.

Bütün bunların dışında işlenen bazı suçlar ve yapılan hatalar sonucunda köle azadı, bu suç ve hataların kefareti olarak kabul edilmiştir. Hataen adam öldürme, yemini bozma, zıhar (karısını mahremlerinden birine benzetme) gibi fiillerin kefareti olarak köle azadı bütün müslümanlara tavsiye edilmiştir.

Yukarıda üzerinde durduğumuz yollardan biriyle hürriyetine kavuşan köleyle eski efendisi arasında "mevlalık" denen özel bir ilişki şekli doğar. Eski efendi azatladığı kölenin mevlâsı olur. İki taraf da mirasçı bırakmadan ölürlerse birbirlerinin mirasçısı olurlar⁶⁷. Efendi azatladığı kölesinin hataen işlediği cinayetlerde de verilmesi gereken diyeti akilesi ile beraber öder. Azad'ın bir diğer önemli sonucu hürriyetine kavuşan köle bütün haklarına kavuşur, her türlü ehli-

miktar mal küb eylese ol mal Zeyd ile Amr'dan kangısının olur? El-cevab: Zeyd'in olur. Fetevây-ı Âli, s. 137-138; BOZKURT, Kölelik, s. 68.

⁶⁴ Zeyd sağire kızı Hind'in cariyesi Zeyneb'i tezevvüc etmeksizin vata ve ihbal idüp Zeyneb veled doğurdukda Zeyd veled bendendir deyü davet eylese Zeyneb Zeyd'in ümm-i veledi olup Zeyneb'in kıymetini Zeyd'e ziman lazım olur mu? El-cevâb: OLUR, Fetevây-ı Âli, s. 133.

⁶⁵ HALEBÎ, c. 1, 620-621.

⁶⁶ Trabzon'dan Derviş Beşe, cariyesi Gülizâr'ın hamilinin kendisinden olduğunu belirterek ümm-i veledi olduğunu ikrar etmiştir. T.Ş.S. 1821/176-3; Konya'nın Şükran Mahallesinden el-Hac Ahmet b. el-Hac Mehmed'in cariyesi Kara Mercan bt. Abdullah mahkemede sahibi üzerine dava ederek "hala yedimde olan bir yaşında oğlu Abdullah nam sağir Ahmed'in ferâşından hasıl olub sulbî oğlu olmağla ben ümm-i veledi oldum sual olunsun" deyince, Ahmed çocuğun kendisinden olduğunu inkar edip, cariyenin ümm-i veledi olduğu iddiasını kabul etmemiştir. K.Ş.S. 18/62-1. SAK, s. 129'dan naklen.

⁶⁷ Zeyd ve Amr ale'l-iştirakü's-sevi malik oldukları cariyeleri Hind'i itak ettiklerinden sonra Zeyd fevt olup ba'dehu Hind dahi fevt olup Amr'ı ve Zeyd'in oğlu Bekir'i terk eylese kısmet-i tereke nicedir? El-cevâb: BERABER, Fetevây-ı Âli, s. 140.

yete tam olarak sahip olur. Yani hürlerle tamamen eşit seviyeye gelir⁶⁸. Oysa kölelik kurumunun mevcut olduğu birçok ülkede hürriyetine kavuşmuş eski bir köle hürlerle denk olmamış, bazı sınırlandırmalara tabi tutulmuştur.

V. OSMANLI DEVLETİ'NDE TANZİMAT FERMANI'NIN İLANINDAN SONRA KÖLELİK MÜSESSESİ

1815 Viyana Kongresi ile köle ticaretinin yasaklanması pek çok Avrupa ülkesini köle ticaretine son vermeye yöneltirken, II. Mahmut da “köle pazarlarının kaldırılmasını ve köle, cariye satışının şeriatın uygun göreceği şekilde yapılmasını” emretmiştir. Buna rağmen köle ticareti sürdürülmüştür⁶⁹.

Tüm Osmanlı tebaası için, üstü kapalı bir biçimde de olsa hukuki eşitlik öngören Tanzimat Fermanı kölelik müessesini kaldırmadığı gibi, iyileştirici bir düzenleme de getirmemiştir. Fransız İnsan ve Vatandaşlık Hakları Bildirgesi'nden esinlendiği açıkça belli olan Ferman'da, bildirgenin ikinci maddesinde insanların tabii hakları olarak belirtilmiş olan hürriyet, mülkiyet ve güvenlik hakları “can emniyeti”, “ırz ve namus masuniyeti ve mal mahfuziyeti” deyimleri ile karşılanırken, hürriyet kelimesine yer verilmemiştir⁷⁰. Bunda İslâmiyet'in caiz gördüğü bir müesseseyi yasaklamanın getireceği sosyal tepkilerin de büyük payı olsa gerektir. Nitekim köle ticareti ile ilgili birtakım kısıtlamalar getirilmeye çalışıldığında en kuvvetli ve muhafazakar tepkinin Mekke ve Medine'den çıkması bir rastlantı değildir. Tanzimat Fermanı'nın hemen akabinde 1840'da İngiltere'deki “Dış Ülkelerdeki Köleliği Önleme Cemiyetinin” baskılarıyla dışişleri bakanı Lord Palmerstone, İstanbul'daki İngiliz büyükelçisine Osmanlı

⁶⁸ Tifliden birlikte esir edilip İstanbul sakinlerinden Hayatizade namında birine satılarak azad olduktan sonra bir müddet ticaretle iştigal edip vefat eden biraderi Hacı Mustafa'nın veraseti kendisine aidken, merhum Hayatizade'nin oğullarından biri velâyet iddiasında bulunup terekesine el attığından hukukunun muhafazası için Hacı Ahmed'in verdiği istida-dilekçe, BOA, CTA, No: 1885, t: 29, Ra: 1190 (1776); Hürriyeti verilmiş olan Abdullah oğlu Yusuf'un Konuş köyündeki evleri ile ekilmiş buğday, arpa ve burçak hissesini başkalarına sattığı hakkında hüccet, Evâsıt-ı Cemaziyelâhir 998. ONGAN, s. 107, No: 1396.

⁶⁹ ÜÇOK/MUMCU/BOZKURT, s. 87. Yönetici sınıf içerisinde yer alan kişiler bile köle tüccarlarından köle satın almayı sürdürmüşlerdir. “Sabık Cidde valisi Tosun Paşa Hicazda iken dairesi halkından iki fakir kölesi bulunduğu için bir miktar köle mübayaası için esirci taifesinden Ahmed adındaki şahsa para verip Rum canibine gönderilmiş, esirci Anapa tarafından bir miktar köle satın almış, ancak bunlardan sadece sağ kalan dört tanesi İstanbul'a ulaşabilmiştir. BOA, HHT, No: 19695. D t: Gurre/R/1232, (1817).

⁷⁰ KARAL Enver Ziya, “Gülhane Hatt-ı Hümayununda Batının Etkisi”, Belleten, c. XXVIII, sy. 112, 1964, s. 598.

nezdinde girişimlerde bulunması talimatını verince Lord Ponsonby'den ilginç bir cevap almıştır. Ponsoby İngiliz hükümetine yazdığı raporda izlenimlerini şöyle belirtmektedir: “Konudan söz ettim ve bu ülkede toplumun çatısıyla iç içe girmiş, kanunlarla ve Sultanın kendisinden en alttaki köylüye kadar tüm sınıfların alışkanlıkları, hatta dini ile sıkı sıkıya bağlantılı bu kurumun kaldırılması için yapılan bu önerinin aşırı şaşkınlıkla karışık bir gülümsemeyle karşılanmasına tanık oldum. Kanımca Lord hazretlerinin amaçlarını gerçekleştirmek için yapılacak her girişim başarısız olacaktır ve bu girişimler ısrarla sürdürülürse, Türklerin gücendirileceğinden korkmaktayım”⁷¹. Nitekim Tanzimat Fermanı'ndan sonra çıkartılan 1840 tarihli ceza kanununda “vezirden dağdaki çobana kadar herkesin eşit tutulacağı” belirtilmesine rağmen, kölelerle ilgili bir kayıt yoktur.

1847'de Sultan Abdülmecid nazırların ve Meclis-i Ahkâm-ı Adliye üyelerinin katıldığı bir toplantıda İstanbul'daki esir pazarları sorununu gündeme getirmiştir. Padişah esir pazarlarında satılan kölelerin aşağılandığı ve kendilerine çok kötü davranıldığını, bunun şeriata ve insani ilkelere aykırı olduğunu söyleyerek esir pazarlarının hemen kaldırılmasını emretmiş ve Sultan Abdülmecid'in irade-i seniyyesi ile İstanbul'daki esir pazarları kaldırılmıştır⁷². İstanbul esir pazarlarının kaldırılması tamamen Osmanlı'nın kendi inisiyatifi sonucudur ve Tanzimat çerçevesinde başlatılan reformların bir parçası olarak kabul edilebilir. Muhtemelen Batılılaşan bir başkent in ortasında açık köle pazarının artık zamanın görüşleri ile uzlaşamaz nitelikte olduğu düşünülmüştür. Bu önemli adıma rağmen özel esir ticareti yasal olarak yapılmaya devam etmiştir.

1847'den sonra da İngiliz hükümetinin köle ticaretinin yasaklanması konusunda Osmanlı Devleti üzerindeki baskılarının devam ettiği görülmektedir. Sadrazam Mustafa Reşit Paşa'nın baskılar karşısında 4 Kasım 1847 tarihinde Trablusgarb valisine gönderdiği bir emirname konu ile ilgili Osmanlı görüşünü yansıtmaya bakımdan ilgi çekicidir. Sadrazamın emrinde ne vilayete köle ithalini ve vilayetten köle ihracını yasaklayan, ne de köle ticaretini men eden bir hüküm yoktur. Sadece eğer köle tüccarları uygun önlemleri alsalardı, köle ticaretinin insani bir tarzda sürdürülebileceğinden bahsedilmektedir⁷³.

⁷¹ TOLEDANO, s. 79.

⁷² İrade-i Seniyye'nin metni BOA, CTM, No: 3177, t: 1847'de yer almaktadır.

⁷³ Emirnâmenin Osmanlı yönetiminin konuya yaklaşımını özetleyen özellikle şu ifadeleri kayda değerdir: “Söylemesi gereksizdir ki Şeriat köle bulundurmaya izin verirken, bize onlara, baba şefkati ile davranmamızı emreder. Allah onlara kötü davranılmasını yasaklamıştır. Bu hüküm öyle iyi bilinir ki, yukarıda bahsedilen köleleri getirenler, onlara böyle zalim davranmakla, insan olarak adlandırılma hakkını yitir-

1851 tarihli Ceza Kanunnamesinin 19. Maddesindeki kölelerle ilgili düzenlemeler, köleliğin Osmanlı'da hâlâ yasal bir kurum olduğunun göstergesidir.

1854'de İngiltere'nin yoğun baskıları sonucunda Çerkez ve Gürcü köle ticareti yasaklanmıştır. Bununla beraber Osmanlı Devleti'nde köleliğin kaldırılması hiç gündeme gelmediği gibi köle ticaretinin yasaklanması bile büyük sorunlara neden olabilmıştır. Bu açıdan 1855'de Mekke Şerifi Abdülmuttalib'in önderliğinde başlatılan ayaklanma ilgi çekicidir. Olay 1855'in bir Nisanında Cidde'nin önde gelen bir gurup tüccarının ilmiye sınıfının hatırı sayılır kişilerine ve Mekke Şerifine bir mektup göndermeleriyle başlamıştır. Mektupta köle ticaretinin sınırlanması ile ilgili girişimlerden duyulan hoşnutsuzluk ifade edilmekte ve bu durum şeriata aykırı bir uygulama olarak nitelendirilmektedir⁷⁴. Fakat ondan daha da ilgi çekici olan taraf mektupta ifade edilen hoşnutsuzluğun sadece kölelikle sınırlı kalmamasıdır. Tüccarlar hıristiyanların empoze ettiklerini düşündükleri reform programından genel olarak rahatsızlardır ki bunun içinde kadınlarla ve gayrimüslimlerle ilgili düzenlemeler de vardır⁷⁵.

Mektup bir miktar heyecan yaratmış, Mekke Şerifi Abdülmuttalib ile ulemanın lideri Şeyh Cemal bir ittifak oluşturmuşlardır. Nitekim, birkaç ay sonra Hicaz valisi Mekke bölge valisine köle ticaretini yasaklayan bir emir gönderdiğinde Şeyh Cemil bu yasak ve fısıltılarda ifade edilen diğer reformlarla ilgili bir fetva yayınlamıştır. Bu fetvaya göre "Kölelerle ilgili yasaklar şeriata aykırıdır. Hem bu nedenden hem de kadınların peçesiz gezmelerine izin verme, boşanmayı kadınların eline terketme gibi yapılacağı söylenen yenilikler İslâm hukukuyla bağdaşmamaktadır. Bu önerilerle Türkler kafir olmuştur. Kanları helâldir ve çocuklarının köleleştirilmesi İslâm hukukuna uygundur"⁷⁶.

Fetva arzulanan yetkiyi yaratmış, Osmanlılara karşı kutsal savaş ilân edilmiş, ayaklanma başlamış ve ancak 1856 Haziranında sona erdirebilmiştir.

mişlerdir. Kölelere karşı böyle haksız davranışları önlemek yetkililerin görevidir. Bu nedenle zât-ı âliniz adı geçen köleleri satın alan tüccarları katınıza çağırarak, bir daha kölelere karşı benzeri şekilde aşırıya kaçmaya cesaret ederlerse şiddetle cezalandırılacaklarını iyice anlamalarını sağlayın", TOLEDANO, s. 92.

⁷⁴ BOZKURT Gülnihal, "Osmanlı Devleti'nde Köle Ticaretinin Önlenmesi İçin Yapılan Çalışmalar", XI. Türk Tarih Kongresinden ayrı basım, Ankara 1994, s. 1504; TOLEDANO, 110-111; LEWIS, Tanzimat, s. 52.

⁷⁵ Mektupta müslüman bir kadının gayrimüslim erkekle evlenmesine izin verileceği, kadınlara daha fazla hak ve hürriyet tanınacağı, gayrimüslimlere Mekke ve Medine'de ikâmet etme izninin verileceği gibi söylentilerden bahsedilmektedir. LEWIS, Tanzimat, s. 52.

⁷⁶ LEWIS, Tanzimat, s. 52; BOZKURT, Köle Ticareti, s. 1504; TOLEDANO, s. 111.

Osmanlı Hukukunda Köleliğin Sona Ermesi İle İlgili Düzenlemeler ve Tanzimat Fermanı'nın İlanından Sonra Kölelik Müessesesi

Abdülmuttalib'de görevinden alınmıştır. Yine de 1857'de yayınlanan fermanla zenci köle ticareti yasaklanırken Hicaz bölgesi yasaklamanın dışında tutulmuştur. Bütün bu olaylar da göstermektedir ki kökleri toplumun derinliklerine inen kölelik kurumunu bırakın kaldırmak, son derece insanlık dışı olan köle ticaretini yasaklamak bile Osmanlı da hiç de kolay değildir.

1856'da yayınlanan Islahat Fermanı'nda müslim ve gayrimüslim tebanın her hususta eşitliği vurgulanırken köleler hakkında bir kayıt konmamıştır. Fakat ertesi yıl (1857) Sultan Abdülmecid önemli bir adım atarak Osmanlı Devleti'nin sınırları içinde zenci köle ticaretinin yasaklanması ve tacirlerin cezalandırılması konusunda bir ferman çıkartmıştır. Abdülmecid'in fermanına göre uzak ve sıcak bölgelerden getirilen zenciler hem uzun yola, hem de soğuk iklime ve bunun getirdiği hastalıklara dayanamayarak ölmektedir. Ayrıca bu ticaret insanlığa da aykırıdır. Bu nedenle zenci köle ticaretinin yasaklanması gerekmektedir. Bu fermanın yayınlandığı ve gerekli yerlere ulaştığı andan itibaren hiçbir yere zenci köle gönderilmemesi ve köle tacirlerine durumun bildirilmesi istenmektedir. Bu tarihten sonra getirilecek köleler köle tacirlerinin elinden alınacaktır. Fermana göre köle ticaretine devam edenlere ilk seferinde 1 yıl hapis cezası verilecek ve giderek bu ceza arttırılacaktır. Zenci köle taşıyan gemilere de devlet tarafından el konulacak ve kaptanları cezalandırılacaktır⁷⁷.

Köle ticaretinin önlenmesine yönelik olan ferman, köleliğin kaldırılması yolunda önemli bir adım olmasına rağmen, sadece yayınlandığı tarihten sonra tacirlerin getirecekleri köleler için geçerlidir ve halihazırdaki kölelerin hürriyetlerine kavuşmaları ile ilgili bir düzenleme içermemektedir. Fermana göre eldeki köleler aynı statüde kalmaktadırlar. Yasaklanan sadece açık artırma usulü ile satılmalarıdır. Ayrıca miras, hibe, el altından satış gibi yollarla kölelerin hala el değiştirmeleri mümkündür.

Dönemin sadrazamı Mustafa Reşit Paşa Fermanı İngiliz elçiliğine bildirirken bu adımın "aslında zenci köleliğinin tamamen kaldırılması ilkesinin kabul edilmesinde bir başlangıç" olarak atıldığını söylemektedir⁷⁸.

⁷⁷ BOZKURT, Köle Ticareti, s. 1505–1506, Fermanın metni için bkz. BOZKURT Gülnihal, "Köle Ticaretinin Sona Erdirilmesi Konusunda Osmanlı Devleti'nin Taraf Olduğu İki Devletlerarası Anlaşma", A.Ü. Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, Ankara 1990'dan ayrı bası, s. 73–77.

⁷⁸ Sultan Abdülmecid'in İngiliz elçiliği baştercümanına bu konuda söyledikleri de kayda değerdir: "... Osmanlıda kölelere başka yerlerde olduğundan daha iyi davranılmasına rağmen, bazan çok suistimal edildikleri de oluyor. Bu zavallı yaratıklar ile Allah önünde eşit değil miyiz? Öyle ise neden hayvanlara benzetilsinler?" TOLEDANO, s. 123.

1858 tarihli Arazi Kanunnamesinde de kölelerle ilgili hükümler vardır. Kanunnamenin 112. Maddesinde köleliğin bir “intikal engeli” olduğu açıkça belirtilmiştir. Madde, köle ve cariyelerin efendilerinin izni ve memurun marifetiyle miri araziye devletten tefviz yahut üçüncü şahıslardan ferağ yoluyla iktisap etmesine izin vermiş, kölenin azad edilmeden ölmesi halinde arazisinin kimseye intikal etmeyeceğini, azad edildikten sonra ölen köle ve cariyenin arazisinin ise ancak hür olan mirasçılara intikal edeceğini kabul ederek, köleliği intikal engeli saymıştır⁷⁹

I. Meşrutiyetin hemen öncesinde İngiltere’nin köle ticaretinin tamamen yasaklanması ile ilgili olarak Osmanlı hükümetine yaptığı baskılar sırasında İngiliz köle ticareti bölümünün başında bulunan Wylde’nin sözleri de aslında bir gerçeğin ifadesidir ve kölelerin bir bölümünün statülerini istekli bir biçimde kabullendiklerini göstermektedir: “.. Çerkes ve Gürcü ticareti denilen olayda ebeveynleri kız çocuklarını satmakta, onlar da ileride Türk memurlarının karıları olabilme umuduyla Türk haremlerine girmeyi bir ayrıcalık gibi görmektedir. Ne kadar görmezlikten gelmeyi istesek de bu durum gerçektir”⁸⁰.

1867’de gerçekleşen bir olay kölelik kurumu konusunda devletin tavrının değişmekte olduğunu sinyallerini vermektedir. İki kadın ikisi erkek dört kişi; orta yaşta bir kadın, oğlu, gelini, onların dört çocuğu, kadının evli olmayan iki oğlu ve iki de kızı, toplam onbir kadın ve erkekten oluşan bir Çerkez ailenin mülkiyetine sahiptir. Sahipleri kölelerini aralarında pay etmeye karar verince, bunlardan altısı Tekfurdağında kalırken beşi de paylarına düştükleri sahipleriyle İstanbul’a gitmek mecburiyetiyle karşı karşıya kalmışlardır. Köleler paylaşımına karşı çıkınca, sahipleri şer’iye mahkemesinden “kölelerin sahiplerine itaat etmelerini emreden” bir ilâm almışlardır. Kölelerin toplam değeri 20.000 kuruş olarak biçilmiştir. Konu Meclis-i Valây-ı Ahkâmı Adliye’ye havale edilmiş, yapılan görüşmeler sonucunda 20.000 kuruşun devlet hazinesinden ödenerek tüm ailenin azad edilmesine karar verilmiş ve Sultan da gerekli ödemeyi yapmıştır⁸¹. Bu önemli örnek şer’iye mahkemesinin kararına rağmen devletin üst yargı organının kölelik kurumuna karşı olumsuz tavrını ortaya koymaktadır.

⁷⁹ CİN Halil, Eski ve Yeni Türk Hukukunda Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, Ankara 1979, s. 40.

⁸⁰ TOLEDANO, s. 143. “Yoksul Kafkas köylülerinin çocuklarını, özellikle de kız çocuklarını zengin İstanbullu tüccarlara satmaları öylesine yaygındır ki. Yalnızca kendileri için para sağlamak değildir amaçları. Asıl önem verdikleri, çocuklarının iyi beslenmesi, iyi giyinmesi, zavallı köylerindeki çok daha iyi imkânlarla kavuşmalarıdır” CHAMBERLAIN, c. I, s. 137.

⁸¹ TOLEDANO, s. 135.

Osmanlı Hukukunda Köleliğin Sona Ermesi İle İlgili Düzenlemeler ve Tanzimat Fermanı'nın İlanından Sonra Kölelik Müessesesi

Osmanlı Devleti'nde büyük değişiklikler yaratacak 1876 tarihli Kanuni Esasi'nin Mithat Paşa tarafından hazırlanarak II. Abdülhamit'e sunulan 140 maddelik taslağında kölelikle ilgili de önemli bir düzenleme bulunmaktadır. İlgili maddede nereden getirildikleri, asılları bilinmeyen köle ve cariyelerin ticareti, şeriata, insanlığa ve medeniyete aykırı olduğundan Sarayda bulunan tüm köle ve cariyelerin harem ağaları da dahil olmak üzere azatlanması, Osmanlı topraklarında köle ticareti ve dışardan köle ithalinin tamamen yasaklanması ve tüm ülkede halkın elinde bulunan kölelerin belirli bir süre tayin edilerek o sürenin sonunda hürriyetlerine kavuşturulmaları veya razı olan köle sahiplerinin kölelerle kitabet akdi yapmaları sağlanarak bir daha köle satın almalarının engellenmesi gibi düzenlemeler yer almaktadır⁸². Fakat bu taslak Padişaha sunulduktan sonra, Padişah tasarıda değişiklikler yapmış ve bu esnada kölelerle ilgili madde de tasarıdan çıkarılmıştır. 1876 tarihli Kanun-i Esasi'nin 9. Maddesi "bütün Osmanlılar hürriyet-i şahsiyelerine maliktir" demesine rağmen, kölelerle ilgili özel bir vurgulama yoktur. 1880 yılında Osmanlı Devleti ile İngiltere arasında İngiltere'nin baskıları sonucunda "Zenci Esirler Ticaretinin İlgası ve Men'i Hakkında" yeni bir sözleşme yapılmıştır. Antlaşmada Osmanlı Devleti zenci kölelerin taşınması ve Osmanlı sınırları içinde kalan bölgelere Afrikalı kölelerin ithalini ve deniz yoluyla geçmelerini yasaklamayı taahhüt etmiştir. Köle taşıma işine karışan köle taciri ve gemi adamları haklarında tutulacak bir iddianame ile yargılanacak ve cezalandırılacaklardır⁸³. Sözleşmenin önemli sonuçlarından ilki Osmanlıda kölelik kurumunun hukuken devam ettiğini göstermesidir. İkincisi ise 1857 tarihli fermanın getirdiği ülkeye zenci köle sokulması yasağına, Osmanlı topraklarındaki zenci kölelerin yurtdışına çıkış yasağı da eklenmek suretiyle köle ticaretinin tamamen önlenmek istenmesidir. Sözleşmenin dikkat çekici noktalarından birisi de, İngiliz gemilerine Osmanlı gemilerini kontrol etme yetkisini tanınmasıdır. İngilizler ziyaret ettikleri gemilerde bulunan, köle ticaretine karışmış kişileri tutuklayarak, Osmanlı makamlarına teslim edecektir⁸⁴.

1889'da Osmanlı Devleti'nde zenci köle ticaretini ülkenin her tarafında yasaklayan "Zenci Köle Ticaretinin Men'ine Dair Kanun" çıkarılmıştır. Kanuna göre Osmanlı Devleti sınırları içinde zenci köle ticareti ve köle ithal; ihracı ve taşınması yasaklanmıştır. Fakat bu düzenlemede de mevcut kölelerin hürriyetle-

⁸² BOZKURT, Köle Ticareti, s. 1510; PAKALIN M. Zeki, Mithat Paşa, İstanbul 1940, s. 143.

⁸³ Andlaşmanın metni için bkz. BOZKURT, Devletlerarası Anlaşma, s. 46-49.

⁸⁴ BOZKURT, Devletlerarası Anlaşma, s. 50.

rine kavuşmaları konusunda bir hüküm yer almamakta sadece ülkeye yeni köleler getirilmesi önlenmeye çalışılmaktadır.

Osmanlı Devleti 18 Kasım 1889'da imzalanan ve Afrika'dan yapılan köle ticaretini engelleyen Brüksel Anlaşmasına da imza koymuştur.⁸⁵ Brüksel Anlaşmasınının 68. maddesinde 1889 yılında zenci köle ticaretini yasaklayan Osmanlı Devleti'nden övgüyle söz edilmesi dikkat çekicidir.

1891 tarihinde yayınlanan "Üseray-ı Zenciye Ticaretinin Men'ine Dair Kanunname" ile zenci kölelerin Osmanlı ülkesine sokulması yeniden yasaklanmış, memurların bu konuda re'sen hareket ederek, köle ticareti yapanlara bir yıl hapis ve müsadere cezası uygulanacağı hatırlatılmıştır.⁸⁶

1909'da Kanuni Esasi'de yapılan değişiklikler sonucunda Osmanlı Devleti'nde vatandaşların hepsinin ırk ve mezheplerine bakılmaksızın şahsî hürriyetlerine sahip ve hukuken eşit oldukları ve Osmanlı tâbiyetinde bulunan herkesin Osmanlı vatandaşı kabul edildiği görülmektedir. Köle ve cariyeler grubunun da Osmanlı vatandaşı olup olmadığı konusunda ise bir açıklık yoktur.

1909'da V. Mehmet, Çerkez ve diğer kölelerin de zenciler gibi alınıp satılmalarını yasaklayan bir ferman çıkarmıştır.⁸⁷ Fermanın mazbatasında Dar'ül İslâm'da hürriyetin asıl olduğu ve Osmanlı topraklarında köleliğin yasaklandığı, belirtilmektedir.⁸⁸ İradede Çerkezlerin ticaret konusu olamayacakları, alım-satımlarının zencilerde olduğu gibi yasaklandığı hükmü de yer almaktadır.

1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesinin tasarısını hazırlayan komisyonun mazbatasında "Osmanlı Devleti 1856 Paris Barışı ile Avrupa Cemiyet-i Düveliyesine dahil olup, işbu cemiyetin hukuk ve vezaifini kabul etmiş, bu suretle İslâm'da köleliğin yegane sebebi olan daimi harbilik Osmanlı Devleti için kalkmıştır. Osmanlı Devleti zenci ticaretini yasaklayacağına ve bu ticaretle uğraşanları cezalandıracağına ve esirlere azadname verileceğine dair anlaşmalar

⁸⁵ Osmanlı dışında Almanya, Avusturya-Macaristan, Kongo, Belçika, Danimarka, İspanya, A.B.D., Fransa, İngiltere, İtalya, İran, Hollanda, Rusya, Portekiz, İsveç-Norveç ve Zanzibar da protokolü imzalamıştır. Brüksel Antlaşmasınının metni için Bkz. BOZKURT, Devletlerarası Anlaşma, s. 52-73.

⁸⁶ DÜSTUR, Birinci Tertip, Mütemmim, s. 132.

⁸⁷ Söz konusu irade-i seniyye 15 Şevval 1327/14 Teşrinievvel 1325 tarihli olup tam adı "Çerkez vesair köle ve cariyelerin de üserayı zenciye gibi men'i bey ve şerası hakkında irade"dir.

⁸⁸ İrade de "ve memâliki Osmaniye de esaret kanunen memnu ..." denilmekle birlikte, kölelik hale hukukî bir müessese olarak devam etmektedir. Burada sözü edilen yasağın köle ticareti olması muhtemeldir. Metin için bkz. DÜSTUR, İkinci Tertip, c. I, s. 831.

imzalanmıştır. Bundan başka Kanun-ı Esasi'de Osmanlıların şahsi hürriyetlere mâlik oldukları da tasdik edilmiştir. Bu nedenle Osmanlı Devleti'nde yabancı veya Osmanlı bir kölenin mevcudiyeti söz konusu değildir. Onun için Memalik-i Osmaniyyeye aid bu kanun layihasında kölelere dair ahkamdan bahsedilmemiştir⁸⁹ şeklinde önemli bir açıklama yapılmasına rağmen İmparatorluğun sonuna kadar kölelik kurumu ilga edilmemiştir.

VI. SONUÇ

Makalemiz içinde belirttiğimiz gibi Osmanlı Devleti kölelerle ilgili düzenlemelerde büyük oranda İslâm hukuku kurallarına bağlı kalmıştır. Bu kurallar kölelik kurumunda önemli iyileştirmeler yapmakla birlikte, birtakım kısıtlamaları da beraberinde getirmiştir. Ancak Osmanlı Devleti'nde "esaret ne zannedildiği kadar umutsuz ne de güçsüz bir durumdur"⁹⁰. Efendi, kulunu çocuğundan farklı tutamaz, ancak çocuklarını dövmesi ve azarlaması caiz olan durumlarda dövebilir ve azarlayabilir⁹¹. Öte yandan kölelerin kısas ve diyete uyruk olmaları, köle azadının çok çeşitli yollarının olması ve teşvik edilmesi, Kur'an'ın kölelere iyilik yapmayı emreden ayetleri kölenin bir maldan, eşyadan çok bir insan olduğunu ortaya koymaktadır. Özellikle kölenin kısasa uyruk olması sahibinin hiçbir şekilde onu öldürme hakkının bulunmayacağını göstermektedir⁹². Bununla beraber köleler hak ve fiil ehliyetine sahip değildirler. Buna bağlı olarak mülkiyet ve mirasçılık hakları yoktur. Herhangi bir mal gibi alınıp satılabilir, borç karşılığı rehin olarak ya da nikah akdi öncesi mehir olarak verilebilir, terekeye dahil olup mirasçılar arasında bölüşülebilirler. Efendilerinin izni olmadan nikah aktedemez, şahitlik yapamaz, davada taraf olamazlar. Ceza hukuku alanında bazı suçlarda hürlerin yarısı kadar ceza almaları gibi lehlerine olan durumlar söz konusu olsa da Hanefi mezhebi dışında bir köleyi öldüren hür insana kısas cezası uygulanmaz. Yine bazı mezheplere göre diyetleri hürler göre daha düşük tespit edilir. Tüm bu kurallar bütün iyileştirme çabalarına rağmen kölelerin hürlerle eşit olmadığının göstergeleridir

Tanzimat Fermanı'nın ilanından sonra da kölelik kurumu ile ilgili bazı adımların atıldığı görülmektedir. 1857, 1889, 1891 ve 1909 tarihlerinde çıkarılan ferman ve kanunlarla köle ticareti yasaklanmaya çalışılmıştır. Yine 1889'da bu konudaki uluslararası bir antlaşma olan Brüksel Antlaşmasına Osmanlı Devleti de imza koymuştur. Burada dikkat çekici olan nokta bir zamanlar köle ticaretin-

⁸⁹ AKGÜNDÜZ, Külliyyat, s. 315-316; BOZKURT, Köle Ticareti, 1529.

⁹⁰ CHAMBERLAIN, c. I, s. 139.

⁹¹ ÜÇÖK COŞKUN, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Ankara 1960, s. 91-92.

⁹² MUMCU, Katl, s. 63.

Prof. Dr. Gül Akyılmaz

den büyük paralar kazanan İngiltere'nin Osmanlı Devleti'ndeki kölelerle çok yakından ilgilenmesi ve köle ticaretinin yasaklanması konusunda Osmanlı yönetim kademeleri nezdinde yoğun baskılar yapmasıdır.

1917 Hukuk-ı Aile Kararnamesi tasarısını hazırlayan komisyonun mazbatasında ilgi çekici bir ifadeye yer verilmiştir. Bu ifadeye göre 1856 Paris Barışı ile Osmanlı Devleti "Avrupa Cemiyeti Düveliyesine" dahil olduğu ve böylelikle köleliğin ayakta kalan tek sebebi olan "harbilik" gerekçesi de çöktüğü için Osmanlıda artık köleliğin varlığından söz edilemez. Mazbatadaki bu iddialı ifadeye rağmen Osmanlı Devleti'nin yıkılışına kadar mevcut köleleri hür insanlar haline getirecek hukuki düzenlemelere rastlanılmamıştır.

2004 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ ÜZERİNDE BİR DEĞERLENDİRME

Yrd. Doç. Dr. Faruk BİLİR*

ÖZET

Bu değişikliklerle birlikte, Anayasa yürürlüğe girdiği günden bugüne kadar 9 kez değiştirilmiş oldu. Bunlardan en önemli değişiklikler kuşkusuz 1995 ve 2001 yıllarında yapılmıştır. Türkiye'nin Avrupa birliğine uyum sürecinde giriştiği adımların bir parçası niteliğindeki bu değişiklikler önemli nitelikte değişikliklerdir.

Anayasada kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olduğu belirtilmekte ve Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü kılınmakta, ölüm cezaları ile ilgili hükümler ilgili maddelerden çıkarılmakta, basın araçlarının korunması maddesi yeniden düzenlenmekte, usulüne uygun yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınması öngörülmekte, Yüksek Öğretim Kurulunun oluşturulmasında Genelkurmay Başkanlığının aday göstermesine son verilmekte, Devlet Güvenlik Mahkemeleri ile ilgili madde yürürlükten kaldırılmakta, silahlı kuvvetlerin ellerinde bulunan Devlet mallarının TBMM adına denetlenmesinde gizlilik esası ortadan kaldırılmaktadır. Bunlardan en önemli değişiklikler şüphesiz, milletlerarası andlaşmalar, kadın erkek eşitliğinin Anayasada yer alması ve Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kaldırılmasıdır.

Anahtar Kelimeler

Anayasa, Kadın Erkek Eşitliği, Yüksek Öğretim Kurumu, Devlet Güvenlik Mahkemeleri

SUMMARY

With these latest changes in 2004, the Constitution has been modified six times since it was first implemented. The changes in the years between 1995 and 2001 are certainly the most important ones of them. These are crucial because they are the part of important steps with regard to the period of adaptation to the European Union.

Under the Constitution man and women have equal rights and the State is mainly responsible for the application of this equality, some articles dealing with 'the punishment of death' have been omitted, the article dealing with the protection of the equipments of media have all been modified, the decisions of international treaties which have been implemented methodically have been advised to be accepted mainly, the previous nomination -application of General Staff in the forming of High Education Board and the article dealing with the State Security Court have all been abrogated, some secret applications in the investigation of State Owned, possessed by armed forces have also been abrogated and they can now be easily investigated in behalf of Turkish Grand National Assembly. The most important changes among them are certainly the international treaties, the existence of equal rights in the Constitution between man and women and the abolishment of State Security Court.

Key Words

Constitution, Man And Women Rights, High Education Board, State Security Court

* S. Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1982 Anayasası, 7 Mayıs 2004 tarihinde 5170 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun"¹la TBMM tarafından bir kez daha değiştirildi. Bu değişikliklerle birlikte, Anayasa yürürlüğe girdiği günden bugüne kadar 9 kez değiştirilmiş oldu. Bu değişiklikler, 1987, 1993, 1995, 1999, 2001, 2002 ve 2004 yıllarında yapılmıştır. Bunlardan en önemli değişiklikler kuşkusuz 1995 ve 2001 yıllarında yapılmıştır. Türkiye'nin Avrupa birliğine uyum sürecinde giriştiği adımların bir parçası niteliğindeki bu değişiklikler şu şekilde özetlenebilir:

Anayasada kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olduğu belirtilmekte ve Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü kılınmakta, ölüm cezaları ile ilgili hükümler ilgili maddelerden çıkarılmakta, basın araçlarının korunması maddesi yeniden düzenlenmekte, usulüne uygun yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınması öngörülmekte, Yüksek Öğretim Kurulunun oluşturulmasında Genelkurmay Başkanlığının aday göstermesine son verilmekte, Devlet Güvenlik Mahkemeleri ile ilgili madde yürürlükten kaldırılmakta, silahlı kuvvetlerin ellerinde bulunan Devlet mallarının TBMM adına denetlenmesinde gizlilik esası ortadan kaldırılmaktadır. Bunlardan en önemli değişiklikler şüphesiz, milletlerarası andlaşmalar, kadın erkek eşitliğinin Anayasada yer alması ve Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kaldırılmasıdır.

1- Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 90 ıncı maddesinin son fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir:

"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."

Türk hukukunda milletlerarası andlaşmaların yeri konusunda bir çok tartışma yapılmıştır. Doktrinde hakim olan görüş ise, Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasında yer alan hükümden "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir" hareketle, milletlerarası andlaşmaların Türk normlar hiyerarşisinde kanun düzeyinde yer aldığıdır. Ancak doktrinde bazı yazarlarca, insan haklarına ilişkin milletlerarası sözleşmelerin özellikle de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin özel bir durumunun olduğu ve kanunlardan üstün tutulması gerektiği yolunda görüşler mevcuttur². Bu görüşlere göre,

¹ Resmi Gazete, 22 Mayıs 2004, Sayı 25469.

² BATUM, Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul, s. 31; SOYSAL, Mümtaz, "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve U-

insan haklarına ilişkin sözleşmeler özellikle de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi niteliği gereği diğer sözleşmelerden farklı bir özellik taşımaktadır. “AİHS özellikleri itibarıyla, Sözleşme organları içtihadına uyulmasını zorunlu kılan, hatta Sözleşmeci tarafa gerekiyorsa uygunluğu anayasa değişikliği yoluyla sağlama ödevi altına sokan bir metindir. Taraf ülkeler Sözleşme Hukukuna iç hukuklarını uydurma amacıyla sürekli bir gözden geçirme ödevi altındadırlar³. Bütün bir hukuk sisteminin uyum içinde olmak zorunda olduğu bir Sözleşmenin Anayasal değerinde olduğunu hatta kimi yönlerden anayasa üstü konumda bulunduğunu ayrıca söylemek fazladır⁴. Ayrıca bazı yazarlara göre, uluslararası insan hakları sözleşmelerinin kanunlardan üstün ve anayasal değerinde olduğu sonucuna anayasanın 15. maddesinden ulaşmak mümkündür. Bu görüşe göre, “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”. Savaş, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde bile temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının tamamen veya kısmen durdurulmasına ancak milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla izin verildiğine göre, bunun olağan zamanlarda evleviyetle geçerli olması gerekir. dolayısıyla, bu yorum kabul edilirse ulusal üstü insan hakları hukukunun iç hukukta anayasal değere sahip olduğu görüşüne pozitif bir dayanak sağlanmış olacaktır⁵.

Görüldüğü gibi, insan haklarına ilişkin milletlerarası sözleşmelerin iç hukuk bakımından üstünlüğünü kabul eden görüşler, haklı olarak bu sözleşmelerin kanunlardan üstün ve anayasal değerinde olması gerektiğini ifade etmektedir.

Belirtmek gerekir ki, bu değişikliğe göre, milletlerarası andlaşmaların, kanunlardan üstün olduğu tek nokta, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalardır. Diğer konulardaki andlaşmalar bakımından üstünlük söz konusu değildir. Bu milletlerarası andlaşmaların, Türk normlar

uluslar arası Sözleşmeler”, Anayasa Yargısı 2, Ankara, 1996, s. 16- 17 ; AKILLIOĞLU, Tekin, “Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Yeri ve Değeri”, Tarık Zafer Tunaya’ya Armağan, İstanbul, 1992, s. 51; ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Konya, 2002, s. 374; TANÖR, Bülent- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, 2001, s. 478; YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul, 1993, s. 52 vd.

³ AKILLIOĞLU, s. 51; TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul, 2003, s. 11-12.

⁴ AKILLIOĞLU, s. 51.

⁵ ATAR, s. 374- 375.

hijerarşisinde kanunlardan üstü bir değere, dolayısıyla işlevsel olarak anayasal değere sahip olması anlamına gelmektedir⁶.

Bu değişiklik milletlerarası andlaşmaların anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı ile ilgili bir hüküm içermemektedir. Yani, milletlerarası andlaşmalara karşı yargı yolu yine kapalıdır. Bu nedenle, bu sakıncayı önlemek için, kanunla uygun bulunan andlaşmalar bakımından Anayasa mahkemesinin ön denetimine tabi tutulması yönünde bir düzenleme öngörülebilir⁷.

Yapılan bu değişiklik, doktrinde yapılan, milletlerarası andlaşmaların yeri konusundaki tartışmalara son noktayı koymaktadır. Ancak yapılan düzenlemede sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmaların üstünlüğünün kabul edilmesi, hangi anlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalar olduğu konusunda ileride yeni bir tartışma doğurabilir.

Belirtmek gerekir ki, Anayasa da 2001 yılında yapılan değişiklikler ve mevcut bu değişiklikler, Avrupa Birliği uyum sürecinde 1982 Anayasasında yapılan değişikliklerdir. Bu değişiklikler yapılırken gözönünde bulundurulan temel düzenlemelerden birisi de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir. Ülkemiz Avrupa İnsan Hakları sözleşmesini onaylamakla bu sözleşmede yazılı hak ve hürriyetleri kendi vatandaşlarına tanıma ve bu sözleşme doğrultusunda iç huku-

⁶ GÖZLER, Kemal, <http://www.anayasa.gen.tr/madde90.htm> (21.5.2004) , GÖZLER, yapılan bu değişikliğin eksik bir düzenleme olduğunu şu gerekçelerle açıklamaktadır: “Türkiye’de milletlerarası andlaşma ile kanun arasında hiyerarşi kurulamaz; çünkü her ikisi de Meclisin adf çoğunluğuyla kabul edilirler. Eğer milletlerarası andlaşmalara kanun üstü ve dolayısıyla anayasal bir değer tanınacaksa, yapılması gereken şey, milletlerarası andlaşmaların Meclisin adf çoğunluğu tarafından değil, Meclisin üçte iki çoğunluğuyla uygun bulunmasını öngörmektir. Mantık ve normlar hiyerarşisi bunu gerektirir. Bu yapılmazsa, bu şu anlama gelir ki, meclisin adf çoğunluğu normalde dokunamayacağı Anayasaya, milletlerarası andlaşmaları uygun bulmak suretiyle dokunabilecektir. Bu ise, Türkiye’de Anayasanın üstünlüğünün çiğnenmesi demektir. Katı bir Anayasa sistemine sahip ülkemizde Anayasa, Meclisin adf çoğunluğu tarafından değil, ancak nitelikli çoğunluğu tarafından değiştirilebilir. O hâlde, Türk hukuk sisteminde milletlerarası andlaşmalara kanun üstü bir değer atfedilemez. Milletlerarası andlaşmalara illâ kanun üstü bir değer, yani anayasal bir değer verilmesi isteniyorsa, yapılması gereken şey, milletlerarası andlaşmaların Meclisin adf çoğunluğuyla değil, üçte iki gibi nitelikli çoğunluğuyla kabul edilmesini şart koştuktan ibarettir. Eğer 90’ıncı maddeye “kanunlar ile milletlerarası andlaşmaların çatışması hâlinde milletlerarası andlaşmalar esas alınır” diye bir cümle ilâve edilmesi isteniyorsa, hemen arkasından “bu andlaşmalar, ancak Türkiye Büyük Millet Meclisinin üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla uygun bulunabilirler” şeklinde ikinci bir cümle ilâve etmek gerekir”.

⁷ Bkz. Türkiye Barolar Biliği Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, 2001, s. 63.

kunda gerekli düzenlemeleri yapma yükümlülüğü altına girmiştir⁸. Dolayısıyla yapılan bu değişiklik olumlu ve faydalı bir değişiklik olmasının yanında geç kalmış da bir değişikliktir.

2- Anayasada ölüm cezasının kaldırılması ile ilgili yapılan değişiklikler şunlardır:

- Anayasasının 15 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "ile ölüm cezalarının infazı" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.
- Anayasasının 17 nci maddesinin dördüncü fıkrasının başında geçen "Mahkemelerce verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesi hali ile" ibareleri metinden çıkarılmıştır.
- Anayasasının 87 nci maddesinde yer alan ", mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine" ibaresi madde metninden çıkartılmıştır.
- Anayasasının 38 inci maddesinin dokuzuncu fıkrası madde metninden çıkartılmış, onuncu fıkrası ile son fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez. "

"Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş suç sebebiyle yabancı bir ülkeye geri verilemez".

38. maddenin dokuzuncu fıkrası "Savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez" hükmünü içermekteydi. "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38. maddede de "genel müsadere cezası verilemez" hükmü, "ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez" şeklinde değiştiriliyor. Ayrıca, bu maddenin "vatandaş suç sebebiyle yabancı bir ülkeye geri verilemez" ibaresi yerine, "Uluslararası Ceza Divanı'na taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş suç sebebiyle yabancı bir ülkeye geri verilemez" ibaresi konulmuştur.

Yapılan değişiklikler Anayasanın 15, 17, 38 ve 87 . .maddelerinde yer alan ölüm cezası ile ilgili hükümler tamamen kaldırılmaktadır. Bilindiği gibi, 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla Anayasanın 38. maddesi "Savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez" şeklinde değiştirilmiş. 3/8/2002 tarih ve 4771 Sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun"la çeşitli kanunlardaki ölüm cezası

⁸ TUNÇ, Hasan, "2001 Değişiklikleri Çerçevesinde Milli Güvenlik ve İnsan Hakları İlişkisi", G. Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran- Aralık 1999, C:III, Sayı:1-2, s. 194-201.

öngören hükümler müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülürken; sadece “savaş ve çok yakın savaş tehdidi hallerinde işlenmiş suçlar için öngörülen” ölüm cezaları saklı tutulmuş, “terör suçları dahil” diğer suçlarla ilgili öngörülen ölüm cezaları müebbet ağır hapse çevrilmiştir. Böylece, bu kanunla terör suçlarına ilişkin ölüm cezaları da kaldırılmak suretiyle, bu konuda Avrupa normlarıyla uyum sağlanmıştı. 2004 yılında yapılan bu son değişiklikle de bir tür bu değişikliklerin devamı olarak, anayasanın bazı maddelerinde yer alan ölüm cezası ile ilgili ifadeler temizlenmiştir. Kısaca zaten kaldırılmış olan idam cezasının Anayasadan da ifade olarak da ayıklanması yoluna gidilmiştir.

17 Temmuz 1998 tarihinde, Roma’da gerçekleştirilen Uluslararası Ceza Mahkemesi Kurulmasına Dair Birleşmiş Milletler Roma Diplomatik Konferansı sonucunda, Uluslararası Ceza Mahkemesinin statüsü yüz yirmi ülkenin desteğiyle kabul edilmiştir⁹. Uluslararası Ceza Divanı, divanı kuran Roma Statüsünde bahsedilen, uluslararası toplumu ilgilendiren çok ciddî suçları işleyenler hakkında yargı yetkisini kullanmak üzere daimî bir mahkeme sıfatıyla 1 Temmuz 2002 tarihinde kurularak faaliyete geçmiştir. Uluslararası Ceza Divanı, uluslararası toplumu müşterek olarak ilgilendiren çok ciddî suçlarla sınırlı olmak üzere yargı yetkisine sahiptir ve bunlar, insanlığa karşı işlenmiş suçlar, savaş suçları, soykırım suçları ve saldırı suçlarıdır. Türkiye, Uluslararası Ceza Divanını kuran statüyü imzalamamıştır. Türkiye, henüz Uluslararası Ceza Divanı’nın yetkisini tanımış değildir. Ayrıca, divanın kapsamına giren suçların büyük bir bölümü, yasalarımızda da yer almamaktadır

Türkiye, Anayasada yapmış olduğu bu düzenlemeyle, şimdiden Ceza Divanı’na taraf olma yolunda bir irade belirtmiş olmaktadır. Divanın yargı yetkisini kabul eden bir düzenleme de, hukukun üstünlüğüne inanan ve uluslararası hukuka saygılı olan ülkemiz açısından tutarlı bir davranış olacaktır.

3- Anayasasının 10 uncu maddesinin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir:

“Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.”

Bu değişiklikle, devlet kadın ve erkeklerin her türden haklar bakımından eşitliğinin gerçekleşmesini sağlamak bakımından yükümlü kılınmaktadır. Yani devlete pozitif bir yükümlük yüklenmektedir. Getirilen bu hüküm Alman Ana-

⁹ ALİBABA, Arzu, “Uluslar arası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu”, A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2000, C:49, S:1-4, s. 181 ; Ayrıca Bkz. AYDIN, Devrim, “Uluslar arası Ceza Hukukunun Gelişimi”, A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2002, C:51, S:4, s. 131- 167.

yasası'nın 3. maddesinin 2. fıkrasında da yer almaktadır. Ayrıca bu hüküm Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesinde (CEDAW) yer almaktadır. Bu sözleşmenin 1. maddesine göre "kadınlara karşı ayrımcılık" terimi, erkeklerle kadınların eşitliği temeli üzerinde ve medeni durumlarına bakılmaksızın siyasal, ekonomik, toplumsal, kültürel, kişisel ya da bir başka alanda kadınların insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, bu hak ve özgürlükleri kullanmalarını ve bunlardan yararlanmalarını zedelemek ya da kaldırmak amacıyla cinsiyet, temeli üzerinde yapılan herhangi bir ayırım, dışlama ya da kısıtlama anlamına gelir". Belirtmek gerekir ki Anayasanın 10. maddesinde, kadın erkek eşitliği teminat altındadır. Çünkü Anayasanın 10. maddesine göre, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir". Ancak kadınların kanun önünde eşit olmalarının, gerçekte eşitliği sağlamadığı ifade edilmektedir. Bu nedenle Anayasaya kadınlar lehine hükümler konulması yani kadınlara pozitif ayrımcılık kriteri getirilmesi ifade edilmektedir. Kısaca pozitif ayrımcılık, hak ve imkanlardan eşit olarak yararlanmayanlara, birtakım istisna ve ayrıcalıkların tanınmasıdır. Yani Anayasada pozitif ayrımcılık kriteri düzenlenirse, kanunlarda da kadınlar lehine bir takım düzenlemelerin, anayasal dayanağı sağlanmış olacaktır. Kanaatimizce, bunlar olumlu ve güzel istekler olmasına rağmen bu düzenlemelerinden doğuracağı bir takım sakıncalar olacaktır. Dolayısıyla pozitif ayrımcılık kriteri esas alınmaksızın kadınlar lehine olumlu bir takım değişikliklerin de, Anayasanın bu yeni hükmü karşısında yapılabileceği savunulabilir. Şöyle ki, gerek batı demokrasilerinde, gerek bizde, kadınlar milletvekili olma hakkından eşit olarak yararlanmamaktadırlar. Bunun sebebi ise gerek batıda gerekse ülkemizde, kısmen tarihi, kısmen mahalli kısmen de siyasidir Ancak günümüzde, birçok alanlarda görülen kadınların, millet temsilciliğinde de yer alması kaçınılmazdır. Çünkü, adaylık bakımından, kadınlarla erkekler arasında hukuki bakımdan bir fark bulunmamaktadır. Farklar daha çok yukarıda saydığımız nedenlerden kaynaklanmaktadır. Bu nedenler ise, günümüzde bazı mesleklerde olduğu gibi artık aşılımıştır. Ülke çapında kadını etkileyen sorunların yine onlar tarafından çözülmesi daha yararlı olacaktır. Ayrıca, kadınlar tarafından geliştirilen farklı katkılar ve çözümler sayesinde, milletin temsili daha da başarılı olacaktır. Dolayısıyla, kadınlarında, milletvekili olması yönünde desteklenmesi gerekmektedir. Kadın üyeleri teşvik etmek, seçimlerde onları aday göstermek konusunda siyasi partilere önemli görevler düşmektedir. Ayrıca, ülkemizde, yapılacak düzenlemelerle kadınlara kota tanınması, onların sayılarının çoğaltıl-

ması açısından etkili olacaktır¹⁰. Ancak, bu durumun, Anayasada pozitif ayrımcılık yönünde bir hüküm yer almadan da yapılabilir. Yukarıda belirttiğim gibi bu, uygulamaları teşvik açısından yapılması, sürekli bir uygulama halini alması en azından, erkekler açısından çok büyük eşitsizlikler yaratması sonucunu da doğurmaması gerekir.

4- Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 30 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

"Kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçları, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamaz."

Yapılan bu değişiklikle, basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentilerinin birtakım sebeplerle zapt ve müsadere edilmesini öngören düzenleme kaldırılmıştır. Değiştirilen madde metninde zapt ve müsadere sebepleri olarak, "Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, Cumhuriyetin temel ilkeleri ve millî güvenlik aleyhinde işlenmiş bir suçtan mahkûm olma" öngörülmüştü. Yapılan bu düzenleme ile basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçlarının, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilmesi veya işletilmekten alıkonulması yasaklanmıştır. Dolayısıyla bu düzenleme ile basımevi ve eklentileri ile basın araçlarının suç aleti olduğu gerekçesiyle müsadere ve zaptı mutlak olarak yasaklanmıştır. Bu değişiklikle 1961 Anayasasının 25. maddesindeki düzenlemeye tekrar dönülmüştür. 1961 Anayasasının 25. Maddesi, basım evi ve eklentilerinin ve basın araçlarının suç vasıtası olduğu gerekçesiyle de olsa, zapt ve müsadere edilemeyeceğini veya işletilmekten alıkonulamayacağını mutlak ve sınırsız bir şekilde belirtmiştir¹¹. Dolayısıyla 1961 Anayasasının 25. maddesi hükmü, çağdaş anlayışa daha uygundur. Değiştirilen 1982 anayasasının 30. maddesi hükmü ise, basın özgürlüğüne, demokratik bir toplumda zorunlu olmayan bir sınırlama getirmekteydi¹². Bu nedenle getirilen düzenleme basın hürriyeti alanında olumlu bir değişikliktir.

5- Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 131 inci maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

"Yükseköğretim Kurulu, Üniversiteler ve Bakanlar Kurulunca seçilen ve sayıları, nitelikleri, seçilme usulleri kanunla belirlenen adaylar arasından rektör-

¹⁰ BEETHAM, David- BOYLE, Kevin, Demokrasinin Temelleri, (Çev: Vahit BİÇAK), Ankara, 1998, s. 49; BİLİR, Faruk, Türkiye'de Milletvekilliği ve Milletvekilliğinin Sona Ermesi, Ankara 2001, s. 71- 72.

¹¹ İÇEL, Kayıhan, Kitle Haberleşme Hukuku, İstanbul, 2001, s. 52.

¹² TOBB Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, Ankara 2000, s. 42.

lük ve öğretim üyeliğinde başarılı hizmet yapmış profesörlere öncelik vermek sureti ile Cumhurbaşkanınca atanan üyeler ve Cumhurbaşkanınca doğrudan doğruya seçilen üyelerden kurulur."

Bu değişiklikle, Genelkurmay Başkanlığınca seçilen Yükseköğretim Kurulu temsilcisi çıkarılmıştır. Yapılan bu değişikliği idarenin sivilleştirilmesi yolunda bir değişiklik olarak kabul etmek gerekir. Bu düzenleme, sivil-asker ilişkilerinin Avrupa Birliği ülkelerindeki standartlara uygun hale getirilmesi ve idarenin sivilleştirilmesinin sağlanması amacıyla yapılmış bir düzenlemedir.

6- Anayasasının 160 ıncı maddesinin son fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. Bu fıkra, "Silahlı Kuvvetler elinde bulunan Devlet mallarının Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlenmesi usulleri, Millî Savunma hizmetlerinin gerektirdiği gizlilik esaslarına uygun olarak kanunla düzenlenir hükmünü öngörmekteydi. Yapılan bu değişiklikle, Sayıştayın denetimine izin vermeyen istisnai hüküm kaldırılmış oldu. Böylece, Silahlı Kuvvetlerin elinde bulunan Devlet mallarının denetimi de Sayıştay tarafından yapılacaktır. Yapılan bu değişiklikle, Türk Silahlı Kuvvetleri de Sayıştay denetimine girmiş bulunmaktadır. Bu değişiklik, Avrupa Birliği 2002 ilerleme raporunda belirtilen, şeffaflık ve etkin yönetimin sağlanması, devlet harcamalarının denetlenmesinde şeffaflığın sağlanması kriterleri uyarınca yapılmış bir değişikliktir.

7- Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 143 üncü maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu madde ile devlet güvenlik mahkemeleri düzenlenmişti. Dolayısıyla, bu değişiklikle, devlet güvenlik mahkemeleri kaldırılmıştır. Anayasaya göre devlet güvenlik mahkemeleri, "Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, hür demokratik düzen ve nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyet aleyhine işlenen ve doğrudan doğruya Devletin iç ve dış güvenliğini ilgilendiren suçlara bakmakla görev" yapmak üzere kurulmuştu. Bu mahkemeler bu alanda görev yapan uzmanlık mahkemeleriydi¹³. Ancak görev alanları genişletilmesi ve farklı bir yargılama usulü takip edilmesi neticesinde, olağanüstü yetkileri olan mahkemeler gibi işlev gördü. Bu mahkemelerce verilen kararlar ve bu mahkemelerde yapılan yargılama bir çok kez Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından adil yargılanma ilkesine aykırı bulunarak eleştirildi. Sonuçta, 18.6.1999 tarih ve 4388 sayılı kanunla¹⁴ Anayasanın 143. maddesinde yapılan değişiklikle, devlet güvenlik mahkemelerinde yer alan askeri üyelerin yerine sivil hakimlerin atanması ilkesi getirildi. Bu değişiklik, Avrupa İnsan Hakları

¹³ GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, 2000, s. 836.

¹⁴ Resmi Gazete: 18 Haziran 1999 - 23729 / mükerrer

Mahkemesi kararları doğrultusunda yapılmış bir değişikliktir. Çünkü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, devlet güvenlik mahkemelerinde bakılan davaları, askeri hakimlerin yeterince bağımsız olmadıkları gerekçesiyle "adil yargılanma" ilkesine aykırı bulmaktaydı¹⁵. Daha sonra bu mahkemelerde uygulanan yargılama usulü de değiştirildi¹⁶. Belirtmek gerekir ki, Devlet güvenlik mahkemelerini Anayasada ayrı bir madde halinde düzenlemesine ve yolla olağandışı bir yargı mercii oluşturma riskine girmeye gerek yoktur. Bu tür mahkemelerin de genel mahkemelerin kuruluş ve işleyişine uygun biçimde oluşturulması gerekir¹⁷. Aslında bu mahkemelerin yerine, devletin iç ve dış güvenliği ve terör konularında uzmanlaşmış ağır ceza mahkemeleri kurulması daha uygun olacaktır¹⁸.

GENEL DEĞERLENDİRME

Genel olarak baktığımızda, Avrupa Birliğine uyum sağlamak amacıyla yapılan bu değişiklikler olumlu ve gerekli değişikliklerdir. Genelde bu değişiklikler hukuk devleti ve demokrasi alanında yapılmış değişikliklerdir. Bu değişikliklerin Demokrasi ve hukuk devletinin daha işler hale gelmesi bakımından önemli ve olumlu bir adım olduğunu söylemek mümkündür. Ancak uygulamada, bu değişiklikler kadar önemli ve gereklidir. Başka bir ifadeyle Anayasada yapılacak değişiklikler kadar, uyum yasaları ile bunların yaşama geçirilmesi de önemlidir.

Türkiye'nin Avrupa Birliğine uyum sürecinde giriştiği reformların bir parçası niteliğindeki bu değişiklikler arasında en önemli ve kuşkusuz en çok sorun yaratabilecek düzenleme Anayasanın 90. maddesinde yapılan değişikliktir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, burada temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası anlaşmalara üstünlük tanınmaktadır. Gerçektende, Avrupa Birliğine uyum sürecinde olması gereken ve zorunlu bir düzenlemedir. Avrupa Birliği içerisinde bazı ülkelerde bu tür milletlerarası anlaşmalara üstünlük tanınmaktadır. Ancak

¹⁵ İncal Türkiye kararı (41/1997/825/1031) 9 Haziran 1998. Bu kararda Avrupa İnsan hakları Mahkemesi, başvuran kişinin DGM'de yer alan askeri yargıç nedeniyle bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanmadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre, "DGM de görev yapan askeri yargıçların durumunu kuşku hale getiren nedenler; hala yürütme organından emir alan, orduya mensup birer asker olmaları, askeri disipline tabi olup ordu tarafından haklarında sicil verilmesi, göreve atanmalarıyla ilgili kararların ekseriyetinin ordunun idari makamlarında bulunan yetkililer tarafından alındığı, göre sürelerinin 4 yıl olması ve yenilenebilmesi halleridir".

¹⁶ 16.6.1983 tarihli ve 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, R. G. 22.6.1999, Sayı: 23733/mükerrer

¹⁷ TOBB Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, Ankara ,2000, s. 102.

¹⁸ Bkz. Türkiye Barolar Biliği Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, 2001, s. 90.

kanaatimizce bu değişiklikte uygulamada bazı sorunlara neden olabilecek niteliktedir. Bu değişiklikte hangi andlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma olduğu konusunda herhangi bir açıklık yoktur¹⁹. Ayrıca bu değişiklikte, milletlerarası andlaşmalara karşı Anayasa Mahkemesine başvurulması ile ilgili bir hüküm de yer almamaktadır. Yani, milletlerarası andlaşmalara karşı yargı yolu yine kapalıdır. Bu nedenle, bu sakıncayı önlemek için, kanunla uygun bulunan andlaşmalar bakımından Anayasa mahkemesinin ön denetimine tabi tutulması yönünde bir düzenleme öngörülebilirdi.

Bu değişiklikte Anayasanın bazı maddelerinde yer alan ölüm cezası ile ilgili ifadeler temizlenmesi, zaten kaldırılmış olan idam cezasının Anayasadan da ifade olarak da ayıklanması yoluna gidilmesi olumlu bir değişikliktir.

Değişiklikle devletin, kadın ve erkeklerin her türden haklar bakımından eşitliğinin gerçekleşmesini sağlamak bakımından yükümlü kılınması, yani devlete pozitif bir yükümlük yüklenmesi de olumlu bir düzenlemedir. Devlet bu yükümlüğün gereği olarak, yani bu Anayasal teminat altında, gerekli yasal düzenlemeleri de yapması gerekir. Çünkü, bu düzenleme kadın erkek eşitliği ile ilgili olarak, yapılacak bütün hukuki düzenlemelerde temel oluşturacaktır. Dolayısıyla, bu düzenleme artık cinsiyet ayrımı yapmamakla eşitliğin sağlanmasından daha ileri bir yükümlülüğü içermektedir.

Basın araçlarının korunması ile ilgili maddede yapılan düzenleme ile basımevi ve eklentileri ile basın araçlarının suç aleti olduğu gerekçesiyle müsaderesi ve zaptı mutlak olarak yasaklanmıştır. Bu değişiklikte 1961 Anayasasının 25. maddesindeki düzenlemeye tekrar dönülmüştür. Bu değişiklikte basın hürriyeti alanında olumlu bir değişikliktir.

Devlet güvenlik mahkemelerinin kaldırılması da Avrupa Birliği uyum sürecinde yapılması gerekli bir değişikliktir. Bu mahkemelerin yapısı ve bu mahkemelerde uygulanan yargılama usulü, devlet güvenlik mahkemelerinin olağandışı mahkeme niteliğinde olmasını gerektirmekteydi. Ayrıca bu durum sık sık eleştirilmekte ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da adil yargılanma ilkesine aykırı bulunmaktaydı. Bu mahkemelerin yapısının değiştirilmesi ve yargılama usulünün değiştirilmesi de yapılan eleştirileri önlememiştir. Dolayısıyla, bu mahkemelerin kaldırılması olumlu ve gerekli bir değişikliktir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu mahkemelerin yerine, devletin iç ve dış güvenliği ve terör konularında uzmanlaşmış ağır ceza mahkemeleri kurulması daha uygun olacaktır.

¹⁹ GÖNENÇ, Levent, <http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/makanayor/docs/analiz/90.madde.htm>

Ayrıca bu değişiklikler yeterli değişiklikler de değildir. Çünkü 1982 Anayasasında hukuk devleti ve demokrasi alanında yapılması gerekli başka değişikliklere de vardır. Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü dendiğinde “yönetenlerin her türlü işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tabi olduğu devlet” anlaşılır. Bağımsız, tarafsız ve güvenceli bir yargı sistemi hukuk devletinin en büyük teminatıdır. Bu nedenle, Anayasada yapılacak değişikliklerle, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlere, Yüksek Askeri Şura kararlarına, olağanüstü KHK'lere ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı yargı yolu açılmalıdır. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yapısı ve işleyişi bakımından yürütmeden bağımsızlaştırılmalıdır²⁰.

Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçim usulü değiştirilmelidir. Yasama organı da Anayasa Mahkemesine üye seçebilmelidir. Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçimi, yasama yürütme ve yargı organları arasında eşit bir şekilde paylaşılmalıdır²¹.

Milletvekillerinin, yasama görevini hür iradesiyle yapması ve meclis çalışmalarına katılmasına engel olunmamasını sağlamak amacıyla dokunulmazlık gereklidir. Ancak dokunulmazlık, kesinlikle milletvekillerinin şahısları için sınırsız bir imtiyaz olmaması gerekir. Ülkemizde de, mevcut düzenlemede bazı değişiklikler yapılmak suretiyle, dokunulmazlığın sınırları daraltılmalıdır. Yapılacak bir değişiklikle şu hususların dikkate alınması gerekir:

Suçüstü halinde, sadece ağır cezayı gerektiren suçlarda değil bütün cürümlerde dokunulmazlığın kendiliğinden kalkması gerekir.

Tutuklanma ve tutulamama dışında, diğer işlemler yapılabilmelidir. Milletvekilinin ifadesi alınabilmeli ve konutunda arama yapılabilmeli, sorgulanabilmeli ve yargılanabilmelidir.

Ayrıca adli makamlarca hazırlanacak dokunulmazlık dosyalarının, doğrudan TBMM'ye gönderilmesi gerekir. Adalet Bakanlığı ve Başbakanlığın bu dokunulmazlık dosyalarının ulaştırılmasında herhangi bir yetkisinin olmaması gerekir.

Ayrıca adli makamlarca, TBMM'ye gönderilen dosyaların hemen gündeme alınması konusunda, belirli ve kesin süreler öngörülmek suretiyle, bu dosyaların komisyonlarda ve Meclis Başkanlığında bekletilmemesi sağlanmalı-

²⁰ ERDOĞAN, Mustafa, “Türkiye'nin Anayasa Sorunu”, Yeni Türkiye, Sayı:30, C:2, s. 359- 360.

²¹ GÖZLER, Kemal, Anayasa Değişikliği Gerekli mi?, Bursa, 2001, s. 96.

dır. Hatta bu konuda, dokunulmazlık dosyalarının, TBMM'ye geldiği tarih dikate alınmak suretiyle, belirli bir sürede tamamlanması sağlanmalıdır.

Anayasa hakların, Anayasa yargısı kanalıyla korunması amacıyla, “Anayasa şikayeti” yolu açılmalıdır. Bu yolla temel hak ve hürriyetleri ihlal edilen kişiler, doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesine müracaat edebileceklerdir. Anayasa şikayeti, temel hak ve hürriyetlerin kendisine özgü bir hukuksal koruma aracı olarak, kişilere, devlet gücünün temel hak ve hürriyetlerini ihlaline karşı bir korunma imkanı sağlayacaktır. Anayasa şikayeti, kişileri, Anayasa ile canlı bir ilişkiye sokacak ve Anayasa Hukukunun gelişmesine özellikle de temel hak ve hürriyetlerin yorumuna katkıda bulunacaktır²².

Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler Anayasa sayılmalı, sadece bu işlemler yargı denetimi dışında bırakılmalıdır.

Avrupa Birliği ile bütünleşme sürecinde, Anayasa değişiklikleri sık sık gündeme gelmektedir. Anayasa da yapılışından itibaren bir çok değişiklik yapılmıştır. Bundan sonrada yapılacak değişiklikler vardır. Aslında Avrupa Birliği süreci olmasaydı dahi, bu değişikliklerin yapılması gerekirdi. Çünkü bu anayasa topluma dar gelmekte, toplumun eriştiği dinamikleri yeterince yönlendirememektedir. Anayasalar, toplumla uyumlu oldukları ve çağdaş hükümler içermesi şartıyla, kendilerinden beklenen görevleri yerine getirebilirler.

²² GÖREN, Zafer, Anayasa ve Sorumluluk, Ankara, 1995, s. 149.



TÜRK İDARE HUKUKUNDA İCRAİ OLMAYAN İDARİ İŞLEMLER

Yrd. Doç. Dr. Cemil KAYA*

ÖZET

Bireylerin hukuki durumları onların rıza ve onayına bağlı olmaksızın kamu otorite-
lerinin tek taraflı idari işlemleriyle değiştirilebilir. İdarenin tek yanlı irade açıklaması ile
hukuki sonuç doğuran işlemleri için icrai işlem kavramı kullanılır. İdarenin icrai işlem-
leri dava konusu yapılabilir. İcrai niteliği bulunmayan idari işlemlere karşı açılan
davalar ise ilk inceleme aşamasında reddedilir. Nitekim 2577 sayılı İdari Yargılama
Usulü Kanunu'nun ilk inceleme konularını düzenleyen 14. maddesinde, "kesin ve yürü-
tülmesi gereken bir işlem" in iptal davasına konu olabileceği düzenlenmiştir. Bununla
birlikte kesin ve icrai kavramları birbirinden farklıdır. Bireylerin hukuki durumlarını
etkilemeyen, hukuk düzeninde herhangi bir değişikliğe yol açmayan işlemler değişik
adlarla ifade edilmiş ve değişik tasniflere tabi tutulmuştur. Bu işlemler, hazırlık işleme-
ri, görüş belirten işlemler, bildirici işlemler, iç -düzen işlemleri, uygulamaya ilişkin
işlemler olmak üzere beş başlık altında toplanabilir. Bununla birlikte bu ayırımın her
zaman için kesinlik arzettiğini söylemek mümkün değildir.

Anahtar sözcükler: Türk idare hukuku, idari yargı, tek taraflı işlem, icrai olmayan
işlem, iptal davası

ABSTRACT

The legal status of individuals could be changed by public authorities using their
unilateral decision making-power notwithstanding the individual's consent or
approval. The term executory act is used for acts causing legal effect by unilateral
declaration of will of the administration. Executory acts of the administration is subject
judicial review. Cases brought against non-executory acts are rejected in preliminary
investigation. In this connection article 14 of Procedure of Administrative Justice Act
(no: 2577) which deals with the preliminary examination topics provided that "final and
executory acts" are subject to action for annulment. However "final" and "executory"
denote different meanings. Acts which do not effect legal status of individuals and do
not make any change in legal order are given different names and classified in various
ways. These acts can be brought together under five headings as preparatory acts, view
declaring acts, declarative acts, in-order acts and acts of operation. Nevertheless, it is not
possible to claim that this classification is always the declaratory of rule.

Key words: Turkish administrative law, administrative justice, unilateral decision,
non-executory act, action for annulment

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD. Öğretim Üyesi

GİRİŞ

İdari bir işlemin temel özelliği, hukuki bir sonuç doğurmaya yönelik olması ve bu amaçla hukuki bir durumu ortadan kaldırması, değiştirmesi veya yeni bir durum yaratmasıdır. İdarenin tek yanlı irade açıklaması ile hukuki sonuç doğuran işlemleri için icrai işlem kavramı kullanılır ve idari yargıda idarenin icrai işlemleri dava konusu yapılabilir. İcrai niteliği bulunmayan idari işlemlere karşı açılan davalar ise ilk inceleme aşamasında reddedilir.

İcrai olmayan idari işlemler ilk inceleme konusu olması yanında idari davalarda husumet, yargı denetiminin kapsamı ve bir işlemin icrası sebebiyle açılacak tam yargı davalarında idarenin sorumluluğu gibi konularla da yakından ilgilidir. Şöyleki, idari davalarda husumet kesin ve icrai işlemi yapmış olan idareye yöneltilir. Yine, yargı yerlerinin, icrai olan bir idari işlemi, icrai olmayan bir işlem olarak nitelendirmesi yargı denetiminin kapsamını daraltır, adeta bir hükümet tasarrufu alanı doğurur. Bir idari işlemin icrası sebebiyle tam yargı davası açılması ile icrai işlem arasında da yakın bir bağlantı vardır. Bir idari işlemin icrası sebebiyle idare aleyhine tam yargı davası açılabilmesi için öncesinde kesin ve icrai bir idari işlem bulunmalıdır. Nitekim bir tacir, işyerinde stok şeker bulunduğu iddiasıyla şikayet edilmiş, belediyece yapılan inceleme sonucu tutulan zabıta savcılığa sevk edilmiş ve bir müddet tutuklu kaldıktan sonra aklanmıştır. Tacirin, uğramış olduğu zarar nedeniyle açtığı tam yargı davası, belediyece düzenlenen tutanağın kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir¹.

Bu çalışmada icrai olmayan idari işlemler konusu, Türk² idari makamlarının³ idare hukuku alanına⁴ ilişkin işlemleri çerçevesinde ele alınmıştır. Çünkü,

¹ D8D, E. 84/115, K. 85/317, KT. 26.3.1985, DD, 1986, sy. 60-61, s. 393-395. Aynı yönde bkz. DDDK, E. 60/48, K. 66/1578, KT. 25.11.1966, DDDK Kararları, Birinci Kitap (1965-1978), 1981, s. 722.

² Daniştay, vize istemini reddeden Hollanda Büyükelçiliğinin işleminin idari yargı organlarınca denetlenemeyeceğine karar vermiştir. D10D, E. 92/586, K. 92/697, KT. 26.2.1992, DD, 1993, sy. 86, s. 592.

³ Yasama ve yargı organlarının "idari işlev" niteliğindeki bazı işlemleri de, fonksiyonel bakımdan idari olduğundan, idare işlemlerinin hukuki rejimine tabidir. **Duran**, Lutfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 385. Bu konu ile ilgili kararlar için bkz. DDDK, E. 47/36, K. 47/46, KT. 16.5.1947, DKD, 1947, sy. 36-37, s. 62-63; DDDK, E. 66/417, K. 72/46, KT. 14.1.1972, AİD, c. 5, Haziran 1972, sy. 2, s. 118-119; D12D, E. 74/1941, K. 77/1358, KT. 23.5.1977, AİD, c. 11, Aralık 1978, sy. 4, s. 99-100; D5D, E. 87/2379, K. 87/1785, KT. 16.12.1987, DD, 1988, sy. 70-71, s. 271-275; D5D, E. 95/4416, K. 96/1911, KT. 17.5.1996, DD, 1997, sy. 92, s. 451-459; AYİMDK, Gensek No: 2000/1728, K. 2000/59, KT. 19.10.2000, AYİMD,

öncelikle bir idarenin kullandığı yetki ile açıkladığı kamusal iradenin, etki ve sonuçlarını idare hukuku alanında doğurması, ondan sonra icrai olup olmadığına bakılması gerekmektedir. Son olarak, çalışmada, doktrin ve yargı içtihatları gözönünde bulundurularak icrai olmayan idari işlemlerin nitelik ve kapsamı belirlenmeye çalışılmıştır.

I. KESİNLİK – İCRAİLİK AYIRIMI

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun ilk inceleme konularını düzenleyen 14. maddesinde, “kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem” in⁵ iptal

2001, sy. 15, s. 164-169; AYİMDK, E. 94/21, K. 94/4, KT. 10.2.1994, AYİMD, 1995, sy. 9, s. 95-107.

⁴ İdari makamların idare hukuku alanına ilişkin olmayan işlemleri için bkz. Ceza kovuşturması açılmasına veya açılmamasına ilişkin olarak verilen kararlar > D5D, E. 2003/4231, K. 2004/815, KT. 1.3.2004, DKD, 2004, sy. 4, s. 152-153; D8D, E. 97/5382, K. 98/333, KT. 11.2.1998, DD, 1999, sy. 97, s. 557-559; D5D, E. 90/4543, K. 91/13, KT. 10.1.1991, DD, 1992, sy. 82-83, s. 442-443; D5D, E. 70/8535, K. 72/1716, KT. 13.3.1972, DD, 1973, sy. 8, s. 170-171; D8D, E. 97/5382, K. 98/333, KT. 11.2.1998, DD, 1999, sy. 97, s. 557-559; DDDK, E. 78/765, K. 80/599, KT. 31.10.1980, DD, 1982, sy. 42-43, s. 107-108; DDDK, E. 65/206, K. 65/743, KT. 8.10.1965, DKD, 1966, sy. 97-99, s. 114-115; DDDK, E. 78/1182, K. 79/407, KT. 23.11.1979, DD, 1980, sy. 38-39, s. 91-94; DDDK, E. 68/519, K. 70/651, KT. 11.12.1970, DD, 1971, sy. 3, s. 146-147; DİDDGK, E. 94/926, K. 95/739, KT. 27.10.1995, DD, 1996, sy. 91, s. 103-105; D8D, E. 96/1992, K. 98/3436, KT. 26.10.1998, DD, 1999, sy. 99, s. 364-365; D8D, E. 72/5315, K. 73/1833, KT. 25.4.1973, DD, 1974, sy. 12-13, s. 402. **Aksi yönde bkz.** D8D, E. 97/1763, K. 99/3899, KT. 15.6.1999, DD, 2000, sy. 102, s. 529-530; D8D, E. 93/1701, K. 94/225, KT. 25.1.1994, DD, 1996, sy. 90, s. 909-910; D8D, E. 86/683, K. 87/371, KT. 24.9.1987, DD, 1988, sy. 70-71, s. 436-438; Ceza mahkemesinin vermiş olduğu bir kararın yazılı emirle bozulması isteminin Adalet Bakanlığınca reddi kararı > D10D, E. 91/3500, K. 92/46, KT. 15.1.1992, DD, 1993, sy. 86, s. 594. Benzer şekilde bkz. D12D, E. 74/1760, K. 74/2088, KT. 16.9.1974, AİD, c. 7, Aralık 1974, sy. 4, s. 204-205; Bir kamu görevlisinin eylemlerinin ceza yargısında suç teşkil edip etmediğinin değerlendirilmesi için yapılan idari tahkikat raporu > AYİM2D, E. 2003/41, K. 2003/56, KT. 22.1.2003, AYİMD, c. 1, 2003, sy. 18, s. 157-159; Tabur Kuruluş ve Kadrosunda bulunan bir kısım teşkillerin, bazı görevler yönünden Tabur Karargah ve Destek Bölüğüne bağlanması emri > AYİM1D, E. 98/1051, K. 99/932, KT. 12.10.1999, AYİMD, 2000, sy. 14, s. 216-218; Asker kişileri hakkında kıt'ası Komutanlıklarınca suç dosyası tanzim edilmesi işlemi > AYİM1D, E. 92/42, K. 93/209, KT. 30.3.1993, AYİMD, 1994, sy. 8, s. 194-195.

⁵ Bu kavram Danıştay kararlarında, “kesin ve uygulanması gerekli işlem” > D6D, E. 94/3027, K. 95/1838, KT. 1.5.1995, DD, 1996, sy. 91, s. 610; “kesin ve uyulması zorunlu işlem” > D5D, E. 87/275, K. 87/1789, KT. 16.12.1987, DD, 1988, sy. 70-71, s. 269; D9D, E. 90/651, K. 91/1468, KT. 11.4.1991, DD, 1992, sy. 82-83, s. 879; D9D, E. 92/2135, K. 92/2713, KT. 18.11.1992, DD, 1993, sy. 87, s. 472; “kesin ve

davasına konu olabileceği düzenlenmiştir. İlginçtir ki, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun ilk inceleme konularını düzenleyen 44. maddesinde bu husus yer almamış; bu boşluk, aynı Kanununun 56. maddesinin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununa yaptığı atıfla doldurulmuştur. O halde idari yargılama usulü alanını düzenleyen her iki kanunun, iptal davası açılabilmesi için ortada “kesin” ve “icrai” nitelikte bir idari işlemin bulunması şartını aradığını söyleyebiliriz.

İdari davaya konu olabilecek kesin ve icrai işlem kavramını *Danıştay*, “bir idari işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu sayılabilmesi ise; hukuk düzeninde varlık kazanabilmesi için gerekli prosedürün son aşamasını da geçirmiş bulunmasına bir başka idari makamın onayına ihtiyaç göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklikler meydana getirebilmesine yani idare edilenlerin hukukunu şu ya da bu yönde etkileyebilmesine bağlı bulunmaktadır” şeklinde tanımlamıştır⁶. Ancak bu tanımlama işlemin kesinliği yanında menfaat koşulunu da içerdiğinden “... işlemin ‘kesin ve yürütülebilir’ nitelikte olması, sadece işlemin kimliği ile ilgili bir nitelemeden ibarettir ve iptal davasının konusunun ‘objektif koşulu’ na ilişkindir. Buna karşılık, iptal davasının ‘subjektif koşulu’ olan ‘menfaat ihlali’nin varlığı, idare edilenlerin işlem karşısındaki hukuksal konumu bakımından değer taşımaktadır” gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir⁷.

“Kesin” (nihai – final) ve “icrai” (yürütülebilir – executive)⁸ kavramları birbirinden farklı nitelermelerdir⁹. *Danıştay* bu ayrımı şu şekilde yapmıştır: “... idari işlemin kesinliği, idari prosedürün son aşamasının da bitirilmiş olmasını,

davacının hukukunu etkiler bir işlem” > D3D, E. 90/24, K. 91/1252, KT. 26.3.1991, DD, 1992, sy. 82-83, s. 267 şeklinde de ifade edilmiştir.

⁶ D3D, E. 86/1733, K. 86/1500, KT. 4.6.1986, DD, 1987, sy. 64-65, s. 104; D3D, E. 87/2893, K. 88/2353, KT. 13.10.1988, DD, 1989, sy. 74-75, s. 187; D3D, E. 90/24, K. 91/1252, KT. 26.3.1991, DD, 1992, sy. 82-83, s. 266-267; D3D, E. 89/4241, K. 91/2649, KT. 17.10.1991, DD, 1992, sy. 84-85, s. 139; D3D, E. 90/3593, K. 92/143, KT. 15.1.1992, DD, 1993, sy. 86, s. 197; D11D, E. 96/1175, K. 96/2221, KT. 28.5.1996, DD, 1997, sy. 92, s. 846.

⁷ **Erkut**, Celal, İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (1-4 Mayıs 1990), Birinci Kitap, İdari Yargı, Ankara 1991, s. 111.

⁸ “... doğrudan veya zorla yerine getirmeye ilişkin ilkeler saklı kalmak koşuluyla ‘uygulanabilir’ olma gücünü taşıyan ‘icrai’ işlemlere ‘yürütülebilir’ demek daha doğrudur”. **Özay**, İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul 2002, s. 327- dn. 469, s. 328 - dn. 472.

⁹ **Erkut**, Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara 1990, s. 118, 120.

yani hukuki sonuç yaratabilmesi için bir başka idari makamın onayına gereksinimi bulunmamasını; yürütülmesinin zorunlu olması da, hukuk düzeninde değişiklik meydana getirecek biçimde uygulanmasının gerekli olmasını ifade etmektedir”¹⁰ ve “İdare hukukunda, kamu gücünün, idare edilenler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etki yaratan işlemler, icrai (yürütülmesi gerekli) işlemler; idari karar alma sürecinde başkaca bir aşamadan geçmesine gerek kalmayan, yani nihai nitelikte olan işlemler ise, kesin işlemler olarak tanımlanmaktadır”¹¹.

Kesinlik kavramı, “işlemin uygulanmaya hazır, tamam (nihai) bir işlem niteliğinde olduğunu” gösterir¹². *Sezginer*’e göre, “bir idari işlemi yapan makam, o işlemle ilgili olarak nihai iradesini açıklamış ve işlemle ilgili yapılacak herhangi bir şey yoksa, işlem kesindir. Final işleme ulaşmak bakımından diğer bir makamın bir işlemi veya onayı gerekiyorsa, bu durum işlemin kesinlik niteliğine zarar vermez, onu ortadan kaldırmaz”¹³. *Danıştay*, vesayet makamının onayına sunulan bazı¹⁴ işlemleri kesin işlem olarak görmüştür. Yüksek Mahkeme, vesayet işlemlerinde vesayet makamının onayına sunulan işlemlerin kesin işlem olduğu, vesayet makamının onay işleminin ise asıl işlemin tamamlayıcısı¹⁵ olduğu tezinden hareketle vesayet makamının tasdik kararına karşı açılan davaları reddetmiştir¹⁶. Bir üst makamın onayına sunulan birkısım işlemler ise kesin olmayan işlemlere örnek olarak verilebilir: Karayolları Trafik Kanunu uyarınca İlçe Trafik Komisyonu kararları, İl Trafik Komisyonunca incelenip vali onayı ile kesin ve icrai işlem niteliği kazanır (KTK. m. 12). *Danıştay*’a göre, İlçe Trafik Komisyonu kararları tek başına idari davaya konu olabilecek nitelikte kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem niteliği taşımamaktadır¹⁷. Bunun gibi, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu uyarınca TMMOB Mimarlar Odası Onur Kurulu kararları, Yüksek Onur Kurulunun onayı ile kesin ve

¹⁰ D7D, E. 97/2452, K. 98/3120, KT. 30.9.1998, DD, 1999, sy. 100, s. 358-359.

¹¹ D7D, E. 99/1760, K. 2000/67, KT. 19.1.2000, DD, 2001, sy. 104, s. 371.

¹² **Tan**, Turgut, İdarenin Kesin İşlemleri ve 5917 Sayılı Kanunun Uygulanması, AİD, c. 2, sy. 4, Aralık 1969, s. 109.

¹³ **Sezginer**, Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Ankara 2000, s. 46-47.

¹⁴ Danıştay, imar planı değişikliğine ilişkin belediye meclisi önerisinin iptali istemini, değişikliğin İmar ve İskan Bakanlığınca onaylanmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. D6D, E. 77/3859, K. 81/1234, KT. 20.4.1981, DD, 1982, sy. 44-45, s. 281-283.

¹⁵ Aksi yönde bkz. “... gerek vesayet makamının onayına sunulan işlemler gerekse onay işlemleri birbirinden bağımsız işlemlerdir”. **Erkut**, İptal Davası, s. 125.

¹⁶ D11D, E. 71/3449, K. 73/1166, KT. 14.5.1973, DD, 1974, sy. 12-13, s. 482-483; D11D, E. 79/665, K. 79/3992, KT. 8.11.1979, DD, 1980, sy. 38-39, s. 368-369.

¹⁷ D8D, E. 2002/2340, K. 2003/1650, KT. 9.4.2003, DKD, 2003, sy. 2, s. 284-285.

icrai işlem niteliği kazanır (TMMOBK. m. 27). *Danıştay* da, Mimarlar Odası Onur Kurulunun onaya tabi işlemini, idari davaya konu olabilecek nitelikte kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem niteliğinde görmemiştir¹⁸. Kesinlik, işlemin idari karar alma sürecinde başkaca bir aşamadan geçmesine gerek kalmaması yanında, zımni red süresi dolmadan açılan davalar ve muğlak cevap üzerine açılan davalarla da ilgili bir kavramdır. İdareye müracaat üzerine zımni red süresi dolmadan açılan davalarda da henüz ortada idari davaya konu olabilecek kesin (nihai) bir red işlemi bulunmamaktadır¹⁹. Yine, idareye müracaat üzerine idarenin vermiş olduğu muğlak cevap kesin bir işlem olmamakla birlikte, kanunkoyucu İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca muğlak cevaba karşı dava açılabilmesine imkan tanımıştır. *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi* vermiş olduğu bir kararında, bir müracaata idarece verilen cevapta "yapılabileceği" sözcüğünün yer almasından hareketle, idarenin açık ve kesin olmayan, "ihtimale" dayalı cevabının dava konusu yapılamayacağına karar vermiştir²⁰.

İcrailik kavramı, idari işlemlerin idarenin tek yanlı irade açıklaması ile ilgililerin hukuki durumları üzerinde etki yapmasını ifade eder²¹. İcrai işlem ile kastedilen husus, işlemin hukuki etkisidir. İşlemin yürürlüğe girmesi²², kesin olması, bireyin menfaatini etkilemesi gibi hususlar işlemin icrailiği ile değil, hukuki etkisini yapan ve icrailik niteliği kazanan işlemin iptal davasına konu olabilmesi için gerekli şartlardır. İcrai işlemler, "... yükledikleri borçlar ve tanıdıkları haklar ile, mevcut hukuksal düzeni değiştirmek amacıyla, idare tarafından yapılan tek yanlı hukuksal işlemler"²³; "... idarenin mevcut hukuki durumu değiştirmek amacıyla aldığı kararlar"; "kamu gücü ve kudretinin, üçüncü kişiler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini gösterdiği işlemler"²⁴; "... dışsal hukuki etkiye sahip, yani ilgilisi için (üçüncü kişi ya da

¹⁸ D8D, E. 2003/3030, K. 2004/309, KT. 23.1.2004, DKD, 2004, sy. 4, s. 221-222.

¹⁹ D7D, E. 74/2165, K. 75/2111, KT. 19.11.1975, DD, 1976, sy. 22-23, s. 324-325; D6D, E. 54/813, K. 55/1893, KT. 12.10.1955, DKD, 1959, sy. 72, s. 130-131; D12D, E. 68/310, K. 70/65, KT. 15.1.1970, AİD, c. 6, Aralık 1973, sy. 4, s. 122. **Aksi yönde bkz.** D7D, E. 99/1827, K. 2000/846, KT. 27.3.2000, DD, 2001, sy. 104, s. 377-378.

²⁰ AYİM2D, E. 2000/655, K. 2001/200, AYİMD, 2001, sy. 16, s. 130-131.

²¹ **Günday**, Metin, *İdare Hukuku*, Ankara 2003, s. 112.

²² Bkz. **Akıllıoğlu**, Tekin, *Yönetmelik İşlemlerde Yürürlüğe Giriş Sorunu*, AİD, c. 12, sy. 2, Haziran 1979, s. 33-44.

²³ **Giritli**, İsmet – **Bilgen**, Pertev – **Akgüner**, Tayfun, *İdare Hukuku*, İstanbul 2001, s. 813.

²⁴ **Erkut**, *İptal Davası*, s. 119.

nesnelere etkileyen) hukuki sonuç doğurmaya yönelik olarak yapılan işlemdir”²⁵ şeklinde tanımlanmıştır. *Danıştay* da icrai işlemi, “... idarenin kamu erkine dayanarak mevcut hukuki durumda bir değişiklik yapmaya matuf hukuki tasarruflardır” şeklinde tanımlamıştır²⁶.

II. İCRAİ OLMAYAN İDARİ İŞLEMLER

Bireyler, isteklerinin yerine getirilmesi için idareye müracaat etmeksizin, yani ortada idarece tesis edilmiş bir işlem bulunmaksızın idareyi belli bir yönde harekete zorlamak amacıyla doğrudan dava açamayacağı²⁷; idari davaya konu olamayacak bir istemle, örneğin gerekli yasal düzenlemelerin yapılması istemi ile, idareye başvurarak alacakları cevaba göre dava açamayacağı²⁸ gibi idari makamlarca tesis edilmiş bazı işlemlere karşı da dava açamaz. Çünkü bu işlemler icrai nitelikte bulunmadığından dava konusu edilemez. Yetkili bir idarenin tesis etmiş olduğu işlemin icrai niteliğinin bulunmaması yanında, yargı yerleri, yetkili olmayan idari makamlara müracaat üzerine bu idarelerin tesis etmiş olduğu işlemleri de icrai nitelikte saymamaktadır. *Danıştay*, pul bayiliği

²⁵ **Akılmaz**, Bahtiyar, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Ankara 2000, s. 45.

²⁶ DDDK, E. 75/59, K. 76/133, KT. 30.4.1976, DD, 1977, sy. 24-25, s. 158.

²⁷ D6D, E. 69/1945, K. 70/1795, KT. 24.6.1970, DD, 1971, sy. 2, s. 193-195; D11D, E. 73/52, K. 73/1984, KT. 23.10.1973, DD, 1974, sy. 14-15, s. 485-486; D12D, E. 69/1652, K. 70/78, KT. 29.1.1970, AİD, c. 6, Aralık 1973, sy. 4, s. 122-123; D7D, E. 84/141, K. 85/3333, KT. 23.12.1985, DD, 1986, sy. 62-63, s. 311-313; AYİM2D, E. 92/322, K. 92/857, KT. 16.12.1992, AYİMD, 1994, sy. 8, s. 198-200; AYİM1D, E. 99/337, K. 99/359, KT. 20.4.1999, AYİMD, 2000, sy. 14, s. 218-220; AYİM2D, E. 2001/29, K. 2001/25, KT. 11.1.2001, AYİMD, 2001, sy. 16, s. 132-134.

²⁸ AYİM1D, E. 95/730, K. 96/109, KT. 6.2.1996, AYİMD, 1997, sy. 11, s. 270-271; AYİM1D, E. 92/1081, K. 92/1482, KT. 27.10.1992, AYİMD, 1994, sy. 8, s. 186-188; AYİM1D, E. 90/304, K. 90/645, KT. 30.10.1990, AYİMD, c. 1, 1993, sy. 7, s. 137-139; “bir düzenleyici tasarrufun değiştirilmesi yolundaki talebin reddi, müracaat sahibi hakkında tesis edilmiş idari bir işlem olarak telakki edilemeyeceği gibi, bir konunun kanun çerçevesinde düzenlenmesi tamamen idarenin hak ve yetkileri cümlesinden bulunmasına ve bir düzenleyici tasarrufun iptali talep edilmiş olmadıkça, idare aynı konuyu yeniden düzenlemeye yargı yoluyla zorlanamayacağına göre, tüzük hükmünün değiştirilmesi talebinin reddini, idari davaya konu olabilecek nitelikte bir işlem olarak da kabule imkan bulunmamaktadır”. DDDK, E. 71/31, K. 72/956, KT. 10.10.1972, DD, 1973, sy. 11, s. 189. Aynı karar için bkz. DDDK Kararları, Birinci Kitap (1965-1978), 1981, s. 720-721. Aynı yönde bkz. D8D, E. 90/1764, K. 91/1395, KT. 19.9.1991, DD, 1992, sy. 84-85, s. 602-603; D10D, E. 90/3953, K. 92/369, KT. 10.2.1992, DD, 1993, sy. 86, s. 593; D12D, E. 72/2299, K. 73/1705, KT. 31.5.1973, *Danıştay Onikinci Daire Kararları*, Birinci Kitap, c. II, Ankara 1976, s. 197; D12D, E. 69/1862, K. 70/442, KT. 10.3.1970, *Danıştay Onikinci Daire Kararları*, Birinci Kitap, c. II, Ankara 1976, s. 25.

yapabilmek için ruhsat tezkeresi verme ve bunları iptal yetkisinin mahallin en büyük mal memuruna ait olması nedeniyle, Maliye Bakanlığına vaki müracaat üzerine verilen kararın icrai nitelikte olmadığına²⁹; Denizden doldurma işlerinde karar verme yetkisinin o yerin en büyük mal memuruna ait olması nedeniyle, Belediyeye vaki müracaat üzerine verilen kararın icrai nitelikte olmadığına karar vermiştir³⁰. *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi* de emekli olan korumalı asker kişilere emeklilik statülerinde lojman tahsis etmeye Genelkurmay Başkanlığı yetkili olduğu halde, bu konuda yetkili olmayan Jandarma Genel Komutanlığınca tesis edilen olumsuz işlemin icrai nitelik taşımadığına karar vermiştir³¹.

Bireylerin hukuki durumlarını etkilemeyen, hukuk düzeninde herhangi bir değişikliğe yol açmayan işlemler doktrinde “etkisiz kararlar”³², “icrai olmayan işlemler”³³, “idari karara benzeyen işlemler” veya “idarenin, idari karar sayılmayan işlemleri”³⁴ şeklinde değişik adlarla ifade edilmiştir³⁵. Bu nitelikteki işlemler doktrinde değişik tasniflere de tabi tutulmuştur. *Gözübüyük – Tan* bu işlemleri, görüş belirten işlemler, danışma işlemleri, hazırlık çalışmaları, uygulama ile ilgili işlemler ve idarenin iç yapısı ve işleyişi ile ilgili işlemler olmak üzere beş³⁶; *Duran*, gösterici işlemler, hazırlayıcı işlemler ve iç düzen işlemleri

²⁹ D12D, E. 66/1059, K. 66/3193, KT. 19.11.1966, Danıştay Onikinci Daire Kararları, Birinci Kitap, c. II, Ankara 1976, s. 443.

³⁰ D8D, E. 67/681, K. 67/928, KT. 8.3.1967, Danıştay Sekizinci Daire Kararları, Ankara 1974, s. 460. Aynı yönde bkz. DDDGK. E. 50/22, K. 51/182, KT. 16.3.1951, DKD, sy. 50-53, s. 112; D7D, E. 84/4303, K. 85/1, KT. 7.1.1985, DD, 1986, sy. 60-61, s. 322-324; D9D, E. 87/1057, K. 88/1383, KT. 5.4.1988, DD, 1989, sy. 72-73, s. 603-605.

³¹ AYİM1D, E. 94/591, K. 94/680, KT. 10.5.1994, AYİMD, 1995, sy. 9, s. 110-112.

³² *Gözübüyük*, A. Şeref – *Tan*, Turgut, *İdare Hukuku – İdari Yargılama Hukuku*, c. 2, Ankara 2003, s. 307; *Yıldırım*, Turan, *İdari Yargı Ders Notları*, İstanbul 2003, s. 14. *Özay*, bütün idari işlemlerin en azından sebep unsurunun gereğini yerine getirme gibi bir etkisinin söz konusu olacağından hareketle, iptal davasına konu olamayacak işlemlerin etkisiz işlem başlığı altında toplanmasını eleştirmektedir. s. 328, dn. 473. Aynı şekilde *Erkut* da, icrailik özelliğinin işlemin niteliği bakımından önem taşıdığını, etkililik özelliğinin ise işlemin üçüncü kişiler üzerinde doğurduğu hukuki sonuçlar açısından değer ifade etmekte ve dolayısıyla daha çok menfaat koşulunu ilgilendirdiğinden hareketle, icrai ve icrai olmayan işlemler anlamında ele alınan etkili-etkisiz işlemler terimlerinin kullanılmasını eleştirmektedir. *İptal Davası*, s. 118-119.

³³ *Gözler*, Kemal, *İdare Hukuku*, Bursa 2003, s. 594.

³⁴ *Duran*, s. 397-398.

³⁵ İdarenin yapmış olduğu işlemlerin sadece ismine bakarak icrai olup olmadığını belirlemekten ziyade, işlemin doğurduğu hukuki sonuca bakılması daha yerinde olacaktır. *Erkut*, *İptal Davası*, s. 133; *Gözler*, s. 632.

³⁶ *Gözübüyük – Tan*, s. 307-328.

olmak üzere üç³⁷; *Giritli – Bilgen – Akgüner*, bildirici, beyan edici, hazırlayıcı ve iç düzen işlemler olmak üzere dört³⁸; *Özyörük*, iç düzen işlemleri, hazırlayıcı işlemler ve tamamlayıcı işlemler olmak üzere üç³⁹; *Günday*, gösterici işlemler, hazırlık işlemleri ve iç düzen işlemleri olmak üzere üç⁴⁰; *Yıldırım*, niyet açıklama, görüş bildirme, tavsiyede bulunma, danışma işlemleri, hazırlık işlemleri olmak üzere beş⁴¹; *Erkut*, iç düzen işlemler, hazırlık işlemleri, bilgi verici ve açıklayıcı nitelikteki işlemler, uygulamaya ilişkin işlemler, hukuki etkisini yitirmiş işlemler ve idarenin yersiz işlemleri olmak üzere altı⁴²; *Gözler*, hazırlık işlemleri, teyit edici işlemler, iç düzen işlemleri ve enformel işlemler olmak üzere dört başlık altında toplamıştır⁴³. Biz bu işlemleri, hazırlık işlemleri, görüş belirten işlemler, bildirici işlemler, iç düzen işlemleri ve uygulamaya ilişkin işlemler olmak üzere beş başlık altında toplamış bulunuyoruz.

A. HAZIRLIK İŞLEMLERİ (ÖN – ÖNERİ – YARDIMCI İŞLEMLER)

Hazırlık işlemleri, bir idari işlemin yapılmasından önce tesis edilen ve karar almaya yetkili makamı bağlamayan ve genellikle⁴⁴ icrai niteliği bulunmayan işlemlerdir. Örneğin araştırma ve incelemeler, tavsiye, teklif, telkin, dilek, temenni ve düşünceler, mütalaa ve raporlar, tutanaklar, savunmaya davet yazıları⁴⁵ hazırlayıcı işlem niteliğindedir⁴⁶. Usuli güvence niteliği taşıyan hazırlık işlemleri kural olarak doğrudan doğruya iptal davasına konu teşkil etmez. Nitekim bir kararında *Danıştay*, “idari yargı yerinde, ancak hazırlık aşamasından geçmiş olan kesin ve yürütülmesi gerekli idari işlemler dava konusu edilebilir”⁴⁷ şeklinde karar vermiştir. Hazırlık işlemlerinin hukuka aykırılıkları ancak nihai ve icrai işlemin iptali konusundaki istem ile birlikte ileri sürülebilir. Bununla birlikte bu işlemlerin etkisiyle hukuki durumu olumsuz etkilenen bir

³⁷ *Duran*, s. 398-399.

³⁸ *Giritli – Bilgen – Akgüner*, s. 812.

³⁹ *Özyörük*, Mukbil, İdari Yargı Ders Notları, Ankara 1977, s. 214-215.

⁴⁰ *Günday*, s. 112-113.

⁴¹ *Yıldırım*, s. 14.

⁴² *Erkut*, İptal Davası, s. 133-149.

⁴³ *Gözler*, s. 595.

⁴⁴ *Günday*, s. 112.

⁴⁵ *Danıştay*, disiplin soruşturması başlatılmasına ilişkin işlemi de hazırlık işlemi olarak görmüş, disiplin cezası verilmesi durumunda bu cezaya karşı dava açılabileceğine karar vermiştir. D8D, E. 2004/46, K. 2004/1739, KT. 12.4.2004, Yayımlanmamıştır.

⁴⁶ *Duran*, s. 398; *Günday*, s. 112; *Özyörük*, s. 215; *Erkut*, İptal Davası, s. 139; *Gözler*, s. 595-596.

⁴⁷ D12D, E. 79/3920, K. 81/2327, KT. 9.11.1981, DD, 1982, sy. 46-47, s. 388.

kişi, *ayrılabilir işlem kuramı*⁴⁸ sayesinde, işlemin sonucunda alınacak kararı beklemeden hazırlık işleminin iptalini isteyebilir⁴⁹.

1. Danışma İşlemleri

Hukuk düzenine herhangi bir değişiklik getirmeyen danışma işlemleri, hazırlık işlemlerinin en önemli bölümünü oluşturur⁵⁰. Danışma işlemleri, bir idari makamın, birtakım işlemler yapmadan önce diğer bir idari makama danışması ve onun düşüncesini alması suretiyle oluşur⁵¹. Danışma sonunda açıklanan düşünceler, idari işlemin oluşmasına yardımcı bulunur ve icrai nitelikten yoksundur⁵². Diğer icrai olmayan işlemler gibi, bu işlemler de ilgililer üzerinde herhangi bir sonuç doğurmadıklarından tek başlarına dava konusu edilemezler. Ancak nihai işleme karşı açılan davada bunların da hukuka aykırılıkları ileri sürülebilir. Danışma işlemleri, alınması isteğe bağlı ve alınması zorunlu olmak üzere ikiye ayrılabilir.

a. Alınması İsteğe Bağlı Olanlar

Mevzuatta bir idari makama danışma zorunlu olarak öngörülmemiş olsa bile bir idarenin bir konu hakkında diğer bir idareye danışmasına herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır. Bu şekilde danışma sonucunda alınan düşünceler, asıl işlemin hazırlayıcısı rolünü oynarlar ve iptal davasına konu olmazlar. *Danıştay*, İcra Müdürlüğünün bir konu hakkında Defterdarlıktan aldığı **görüşün** (mütalaanın) iptali istemini, "... idari davaya konu olabilecek işlemler idarenin tek yanlı, kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemleridir. Belirli konularda bilgi edinmek için idareye sorulan sorular ve yapılan başvurulara karşılık olarak idarenin verdiği **cevap ve açıklamalar**, belirli bir hukuki durumu ya da olguyu belirtmekle yetinen 'icrailik' niteliğinden yoksun işlemlerdir. Bu itibarla bu türden bir işlemin idari bir davaya konu edilmesi mümkün değildir" gerekçesiyle⁵³; Defterdarlığın tereddüde düştüğü bir konu hakkında Maliye Bakanlığından aldığı görüş hem Türkiye Noterler Birliğine hem de Defterdarlığa gönderilmiş, Türkiye Noterler Birliği de Bakanlık görüşünü bir **genelge** ile Noterlere duyurmuştur. Maliye Bakanlığının görüşü ve Türkiye Noterler Birliği genelgesinin

⁴⁸ Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. **Sezginer**, Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Ankara 2000.

⁴⁹ **Duran**, s. 399; **Yıldırım**, s. 15; **Erkut**, İptal Davası, s. 140. Aksi yönde bkz. **Gözler**, s. 603 vd.

⁵⁰ **Erkut**, İptal Davası, s. 142.

⁵¹ **Gözler**, s. 597.

⁵² **Erkut**, İptal Davası, s. 142.

⁵³ D7D, E. 97/2574, K. 98/2036, KT. 26.5.1998, DD, 1999, sy. 98, s. 424-426.

iptali istemi, “uygulamadaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla bildirilen görüşler, tavsiye ve danışma yazıları, kesin ve yürütülmesi gereken işlemler olmadıkları gibi hukuki sonuç doğuracak nitelik taşımadıkları için idari davaya konu olamazlar” gerekçesiyle reddedilmiştir⁵⁴.

Alınması isteğe bağlı danışma işlemlerinin idari davaya konu olmayacağına ilişkin birçok yargı kararı bulunmaktadır. Örneğin, umuma mahsus istirahat ve eğlence yerlerinin açılmasından önce yapılacak işlemler konusunda İstanbul İlinde Valilik ve Belediye Başkanlığı arasında ortaya çıkan **görüş ayrılığını gidermek** üzere İçişleri Bakanlığı Hukuk Müşavirliğinin verdiği **mütalaa**⁵⁵; İşinden çıkarılan bir kişi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin niteliğini belirlemek amacıyla Sıkıyönetim Komutanlığının, Bölge Çalışma Müdürlüğünden **görüş talep etmesi** üzerine, Müdürlüğün, iş ilişkisinin vekalet akdi olduğu yönünde verdiği **mütalaa**⁵⁶; Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığının bir sorusuna **cevap** teşkil etmek üzere Maliye Bakanlığınca verilen **mütalaa**⁵⁷; İcra dairesinin isteği üzerine, hacizli bir malın gümrük muhafaza ücretinin saptanması yolunda, **mütalaa** şeklindeki belediye encümeni kararı⁵⁸; Türkiye Noterler Birliğince bir konu hakkında Maliye Bakanlığına sorulan bir hususa Bakanlığın vermiş olduğu istişari nitelikteki **cevap**⁵⁹ icrai nitelikte görülmemiştir.

b. Alınması Zorunlu Olanlar⁶⁰

Mevzuatta bazen bir idari işlem tesis edilmeden önce bir diğer idareye danışılması kanunen zorunlu olarak öngörülmüş olabilir. Bu nitelikteki işlemlere, alınması zorunlu danışma (istişari) işlemleri adı verilir. Bu işlemler de asıl işlemin hazırlayıcısı olduklarından iptal davasına konu edilemezler.

⁵⁴ DVDDGK. E. 2002/203, K. 2002/340, KT. 25.10.2002, DKD, 2003, sy. 2, s. 127-129.

⁵⁵ DDDK, E. 75/59, K. 76/133, KT. 30.4.1976, DD, 1977, sy. 24-25, s. 156-158.

⁵⁶ D10D, E. 87/259, K. 87/1027, KT. 13.5.1987, DD, 1988, sy. 68-69, s. 700-701.

⁵⁷ D4D, E. 66/2507, K. 68/4760, KT. 4.11.1968, DKD, 1969, sy. 127-130, s. 155-156. Danıştay'ın mütalaa niteliğinde gördüğü diğer kararları için bkz. D5D, E. 51/1155, K. 52/803, KT. 21.3.1952, DKD, 1953, sy. 54-57, s. 306-307; D6D, E. 51/1927, K. 52/619, KT. 20.3.1952, DKD, 1953, sy. 54-57, s. 463-464; D6D, E. 51/1109, K. 51/2350, KT. 10.12.1951, DKD, 1953, sy. 54-57, s. 482-483; D9D, E. 63/2061, K. 63/2010, KT. 10.12.1963, DKD, 1965, sy. 91-92, s. 208; D9D, E. 65/4038, K. 67/1481, KT. 17.5.1967, DKD, 1968, sy. 115-118, s. 328-330.

⁵⁸ DDDK, E. 64/481, K. 70/32, KT. 16.1.1970, AİD, c. 6, Aralık 1973, sy. 4, s. 120. Aynı karar için bkz. DDDK Kararları, Birinci Kitap (1965-1978), 1981, s. 717.

⁵⁹ D7D, E. 97/2452, K. 98/3120, KT. 30.9.1998, DD, 1999, sy. 100, s. 357-359.

⁶⁰ **Gözübüyük – Tan**, alınması zorunlu görüşlere danışma işlemleri adını vermektedir. s. 309.

Alınması zorunlu olan danışma işlemlerine karşı dava açılmayacağı konusunda birçok yargı kararı bulunmaktadır. Örneğin, bir yabancı Türk vatandaşlığına alınma istemini mevzuat gereği ilk aşamada inceleyen İçişleri Bakanlığı, istemin reddi önerisini Bakanlar Kuruluna teklif edeceğini ilgiliye bildirmiştir. Bu bildirim iptali istemi, "... vatandaşlığa alınma konusunda tesis olunan işlemler bir seri işlem olup bunlardan İçişleri Bakanlığınca Bakanlar Kuruluna sunulan teklif, Bakanlar Kurulunca alınacak nihai işlemin **hazırlığını**, başka bir deyişle **ön işlemi** teşkil etmekte; son işlem Bakanlar Kurulunca tesis olunmaktadır. Son işlemin hazırlığını teşkil eden ön işlemler kesin ve yürütülmesi gerekli işlem sayılmayacağından, idari davaya konu edilmeleri mümkün bulunmamakta; ancak kesin işlemin dava konusu edilmesi gerekmektedir" gerekçesiyle reddedilmiştir⁶¹. Yine Karayolları Genel Müdürlüğünün, karayolu kenarında akaryakıt istasyonu açılmasına İl Trafik Komisyonunca muvafakat verilmemesi yönünde **mevzuat uyarınca yazdığı mütalaa şeklindeki yazısının** iptali istemi, yazının tek başına kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem niteliğinde bulunmadığı, ruhsat verme işlemi sürecinde işlemin tamamlanması aşamasının bir parçası olduğu, belediyenin ruhsat vermeme işlemi ile birlikte dava konusu edilebileceği gerekçesiyle reddedilmiştir⁶².

Alınması zorunlu olan danışma işlemleri ile ilgili olarak idari teşkilatı düzenleyen mevzuatta güzel örnekler bulunmaktadır. Örneğin, 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 7. maddesinde, bir köyün belediye sınırları içine girebilmesi için köyün müracaatı, plebisit, il genel meclisi kararı, valilik istişari mütalaa, İçişleri Bakanlığı ve Danıştay mütalaa ve Cumhurbaşkanının onayı aranmıştır. *Danıştay*, bir köyün belediye sınırları içine alınması istemini reddeden il genel meclisi kararını, nihai işlemin **hazırlayıcısı** niteliğinde görmüştür⁶³. Bir köy ile bu köye bağlı olan bir mahallenin ayrılmasına ilişkin olarak yapılan yazım ve sayım işleminin iptali ve yapılacak halkoylamasının durdurulması istemini, yazım, sayım ve halkoylamasının ileride yetkili birimce ayrılmaya ilişkin olarak yapılacak kesin nitelikteki idari işlemin **hazırlayıcısı** ve **ön işlemi** niteliğinde görmüştür⁶⁴. Diğer bir uyuşmazlıkta *Danıştay*, il genel meclisinin, köylerin birleşerek bir belediye kurmasının uygun olacağı yolundaki kararının kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem niteliğinde bulunmadığına karar vermiş-

⁶¹ D12D, E. 76/969, K. 78/211, KT. 8.2.1978, DD, 1979, sy. 32-33, s. 807-808; D12D, E. 72/2235, K. 73/1668, KT. 26.5.1973, Danıştay Onikinci Daire Kararları, Birinci Kitap, c. II, Ankara 1976, s. 379.

⁶² D11D, E. 75/4863, K. 77/1038, KT. 15.3.1977, DD, 1978, sy. 28-29, s. 609-610.

⁶³ D11D, E. 77/482, K. 79/1040, KT. 9.4.1979, DD, 1980, sy. 36-37, s. 551-552.

⁶⁴ D8D, E. 87/945, K. 87/682, KT. 28.12.1987, DD, 1988, sy. 70-71, s. 429-430.

tir⁶⁵. Yine, iki ilçe arasındaki sınırla ilgili olarak 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 2. maddesi ve Sınır, Mülki Ayrılma, Birleştirme ve Köy Kurulması, Kaldırılmasına İlişkin Yönetmeliğin 2 maddesi uyarınca verilen, sınırın değiştirilmesinin uygun görülmediğine ilişkin il genel meclisi kararının iptali istemini, kararın kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olmadığı, **görüş bildirir** nitelikte olduğu gerekçesiyle reddetmiştir⁶⁶.

2. Mükellefiyet Tesis Eden İşlemler

Mükellefiyet tesis eden işlemlerin hazırlık işlemi olduğu yargı kararlarında kabul edilmektedir. *Danıştay*'a göre, mükellefiyet tesisine ilişkin işlem vergi yargısı açısından **ön işlem** niteliğindedir ve vergi uyumsuzluğuna konu olabilmesi için sonuç doğurucu bir işlemle tamamlanması gerekmektedir. Bu açıdan, mükellefiyet tesisine ilişkin idari işlemler, idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem niteliğinde bulunmadıklarından münhasıran iptal davasına konu edilemez⁶⁷.

3. Kıymet Takdir İşlemleri

Kıymet takdir işlemleri de hazırlayıcı işlem niteliğindedir⁶⁸. Taşınmazın haciz yoluyla satışına esas olmak üzere Vergi Dairesi Müdürlüğünce oluşturulan satış komisyonunca tesis edilen, bilirkişi raporuna dayalı kıymet takdiri işleminin iptali istemi, kıymet takdiri kararının hazırlayıcı işlem olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir⁶⁹.

⁶⁵ DDDK, E. 71/596, K. 72/626, KT. 2.6.1972, AİD, Aralık 1972, c. 5, sy. 4, s. 161. Aynı karar için bkz. DDDK Kararları, Birinci Kitap (1965-1978), 1981, s. 720.

⁶⁶ D8D, E. 86/431, K. 88/211, KT. 22.3.1988, DD, 1989, sy. 72-73, s. 509-510.

⁶⁷ D7D, E. 78/3004, K. 79/834, KT. 19.4.1979, DD, 1980, sy. 36-37, s. 446-448; D7D, E. 81/3975, K. 83/188, KT. 3.2.1983, DD, 1984, sy. 52-53, s. 343-345; D4D, E. 86/2004, K. 88/1564, KT. 18.4.1988, DD, 1989, sy. 72-73, s. 256-258; D11D, E. 96/5978, K. 97/4181, KT. 21.11.1997, DD, 1998, sy. 96, s. 661-664; D11D, E. 96/6122, K. 97/3917, KT. 10.11.1997, DD, 1998, sy. 96, s. 664-667. **Aksi yönde bkz.** D3D, E. 87/2893, K. 88/2353, KT. 13.10.1988, DD, 1989, sy. 74-75, s. 186-188; D9D, E. 89/1025, 91/439, KT. 14.2.1991, DD, 1992, sy. 82-83, s. 875-877; D4D, E. 88/4887, K. 91/3142, KT. 16.10.1991, DD, 1992, sy. 84-85, s. 225-227; D3D, E. 90/3593, K. 92/143, KT. 15.1.1992, DD, 1993, sy. 86, s. 195-198; D4D, E. 90/1315, K. 92/2632, KT. 16.6.1992, DD, 1993, sy. 87, s. 256-259; D4D, E. 2002/4036, K. 2003/2246, KT. 7.10.2003, DKD, 2004, sy. 3, s. 158-161; D3D, E. 2003/1501, K. 2004/703, KT. 11.3.2004, DKD, 2004, sy. 4, s. 119-120.

⁶⁸ *Gözler*, s. 600.

⁶⁹ D3D, E. 97/2422, K. 98/1795, KT. 21.5.1998, DD, 1999, sy. 97, s. 242-243.

4. Raporlar

Hazırlayıcı işlemlerin geniş bir alanını da raporlar oluşturmaktadır. Raporlar, ilgili oldukları konuda icrai karar alma yetkisine sahip bulunan idareye ışık tutan ilmi bir mütalaa, bilimsel bir inceleme niteliğindedir. Raporların hukuka aykırı oldukları ancak uygulama işlemi ile birlikte ileri sürülebilir. Bununla birlikte bir kararında *Danıştay*, inşası yapılan işle ilgili olarak idarece düzenlenen müteahhitlik kıymetlendirme raporunu kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem saymıştır⁷⁰. *Kanaatimizce* bu raporlar, iş bitirme belgesi ile birlikte değerlendirildiğinden hazırlık işlemi niteliğindedir. Yargı kararlarına konu olmuş hazırlayıcı işlem niteliğindeki raporlara örnek olması bakımından aşağıda yer verilmiştir.

Sağlık Kurulu Raporları – Adli Raporlar. Sağlık kurulu raporları birer hazırlık işlemidir. *Danıştay*, kişinin malulen emekliliğine engel olan sağlık kurulu raporunun iptali istemini, “dava doğrudan doğruya sıhhi bir heyetçe verilen raporun iptali talebinden ibaret olmasına ve malulen tekaüde sevki hakkında davacının mensup olduğu idarenin herhangi bir tasarrufu mevcut bulunmamasına binaen idari davaya mevzu teşkil edebilecek karakteri haiz idari bir tasarruf mahiyetinde olmayan ve sırf ilmi bir kanaatin tezahürü bulunan raporun iptali dileğiyle açılmış olan davanın tetkik kabiliyeti olamayacağı” gerekçesiyle reddetmiştir⁷¹. Yine bunun gibi, kişinin orta dereceli alkollü olduğuna ilişkin Devlet Hastanesi Başhekimliğince düzenlenen adli rapor formunun iptali istemi, raporun adli ve idari işlemlerin hazırlığı niteliğinde olduğu ve tek başına idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem niteliğinde bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir⁷². *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi* de, bir kişinin Silahlı Kuvvetlerde sivil memur olarak görev yapamayacağına ilişkin GATA Sağlık Kurulu raporunun iptali istemini kesin bir işlem olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir⁷³.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, salt sağlık kurulu raporu yanında yükümlünün kontrol muayenesine veya hakem muayenesine sevkine ilişkin işlemi de hazırlık işlemi olarak görmüş, henüz bu aşamda ortada askerliğe sevk yönünde

⁷⁰ D10D, E. 89/2303, K. 90/3068, KT. 19.12.1990, DD, 1992, sy. 82-83, s. 965-967.

⁷¹ D5D, E. 50/2008, K. 51/961, KT. 20.3.1951, DKD, sy. 50-53, s. 497-498. Aynı yönde bkz. D12D, E. 73/232, K. 74/2864, KT. 16.12.1974, DD, 1975, sy. 18-19, s. 671.

⁷² D8D, E. 2002/3476, K. 2002/6237, KT. 23.12.2002, DKD, 2003, sy. 1, s. 311-312. Benzer yönde bkz. D12D, E. 69/1571, K. 70/74, KT. 20.1.1970, AİD, c. 6, Aralık 1973, sy. 4, s. 121.

⁷³ AYİM2D, E. 90/334, K. 91/189, KT. 8.5.1991, AYİMD, c. 1, 1993, sy. 7, s. 139-140.

tesis edilmiş kesin ve yürütülebilir bir işlem olmadığına karar vermiştir⁷⁴. *Danıştay* da, daha önce aldığı rapor gereği kişinin belli bir hastaneden rapor alması gerektiğini belirten işlemin kesin ve yürütülebilir bir işlem olmadığına karar vermiştir⁷⁵.

Teftiş Raporları. Müfettişlerce hazırlanan teftiş raporları da idari davaya konu olamaz. Nitekim *Danıştay*'a göre, "dava konusu edilen teftiş layihaları, belediyelerin belli mali yıllardaki gelir ve giderleri ile ilgili evrak üzerinde yapılan incelemelere göre kanun ve mevzuata uymayan hususların tenkit ve tavsiyelerini kapsamakta ve bu yönü ile de kesin ve uygulanması gereken bir işlem olmamaktadır"⁷⁶.

Kıymet Takdir Komisyonu Raporları. Kıymet takdir komisyonu raporları idari davaya konu olamaz. *Danıştay*'a göre, "kamulaştırma işlemi, kamu yararı veya kamulaştırma kararı alınması, kıymet takdiri yapılması gibi birtakım idari kararların alınması suretiyle oluşan bir idari işlem olup, kıymet takdiri işlemi de kamulaştırma işleminin tamamlanmasını sağlayan esaslı unsurlardan birini oluşturur. Kıymet takdirindeki bir sakatlık veya kanuna aykırılık ancak kamulaştırma işleminin iptali istemiyle açılan bir davada bir iptal nedeni olarak ileri sürülebilir"⁷⁷.

Güvenlik Soruşturması Raporları. *Danıştay*, güvenlik soruşturması raporlarını idarenin iç işleyişi ile ilgili veya bazen de hazırlayıcı işlem niteliğinde görmekte ve güvenlik soruşturması raporlarının iptali istemine karşı açılan davaları, bu raporların kesin ve yürütülmesi gerekli ve tek başına hukuki sonuçlar doğurabilecek nitelik taşımadığı, iptal davasına konu olabilecek bir işleme bağlı olma durumu istisna olmak üzere idari dava konusu yapılamayacağı gerekçesiyle reddetmektedir⁷⁸. Bununla birlikte *Danıştay*, "dava konusu bilgi fişinin

⁷⁴ AYİM2D, E. 97/530, K. 97/988, KT. 17.12.1997, AYİMD, 1998, sy. 12, s. 145-150; AYİM2D, E. 97/818, K. 98/279, KT. 15.4.1998, AYİMD, 2000, sy. 13, s. 142-144.

⁷⁵ D5D, E. 62/4200, K. 63/689, KT. 21.2.1963, DD, 1965, sy. 89-90, s. 128-129.

⁷⁶ D5D, E. 76/9152, K. 80/2001, KT. 5.5.1980, DD, 1981, sy. 40-41, s. 173-174. Aynı yönde bkz. D5D, E. 53/1548, K. 54/83, KT. 18.1.1954, DKD, 1955, sy. 64-65, s. 149; D12D, E. 65/2663, K. 67/552, KT. 4.4.1967, DKD, 1968, sy. 115-118, s. 471-474.

⁷⁷ D6D, E. 83/764, K. 84/1565, KT. 26.3.1984, DD, 1985, sy. 56-57, s. 242-243.

⁷⁸ D5D, E. 89/1170, K. 89/1788, KT. 25.10.1989, DD, 1990, sy. 78-79, s. 284-285; D5D, E. 88/948, K. 89/785, KT. 4.5.1989, DD, 1990, sy. 76-77, s. 324-326. Aksi yönde bkz. D10D, E. 87/1317, K. 87/1838, KT. 16.11.1987, DD, 1988, sy. 70-71, s. 565-566; D10D, E. 93/5008, K. 94/5059, KT. 19.10.1994, DD, 1996, sy. 90, s. 1116-1118. Doktrinde Yıldırım, "Güvenlik soruşturması olumsuz sonuçlandığında, işlemin diğer aşamalarına geçilmemektedir. Güvenlik soruşturmasının olumsuz ol-

yaşamı boyunca her an ilgilinin karşısına çıkarılabileceği açık olup, ilgilinin menfaat ilgisi bulunduğu, kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olduğu tartışmasız olan fiş kaydı şeklindeki idari işlemin idari davaya konu olabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Aksi bir düşünce, bir kısım idari işlemlerin yargı denetiminin dışında kalması gibi bir sonuç doğuracaktır. Böyle bir durumun hak arama özgürlüğü ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılamayacağı açıktır” gerekçesiyle “bilgi fişleri” ni kesin ve yürütülebilir bir işlem olarak görmektedir⁷⁹. Buna karşılık *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi* vermiş olduğu bir kararında, özlük dosyasına işlenen sakıncalı olmayı belirten “şerhin”, icrai niteliği haiz olmadığından tek başına idari dava konusu yapılamayacağı görüşündedir⁸⁰.

Gizli Sicil Raporları. Müfettişler tarafından düzenlenen gizli sicil raporları da kural olarak tek başlarına iptal davasına konu yapılamaz. Bununla birlikte *Danıştay*, ilgilinin bir üst göreve atanmasını engelleyen gizli sicil raporunun tek başına iptal davasına konu yapılabileceğine karar vermiştir⁸¹.

Toprak Üstü Uygulamaya İlişkin Karma Kurul Raporları. *Danıştay*, iki köy sınırını⁸² veya iki il sınırını⁸³ tespit eden kararname uyarınca sınırın toprak üstü uygulamasına ilişkin olarak sınırın geçiş yerlerinin arazi üzerinde taraflara gösterilmesine dair karma kurul raporunun kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem niteliği bulunmadığına karar vermiştir.

Vergi İnceleme Raporları. Vergi inceleme raporları, vergi kontrol memurları tarafından tanzim edilen ve mükellefle ilgili birkısım tespitler içeren raporlardır. *Danıştay*, mükellefin defter ve belgelerinin Maliye ve Gümrük Bakanlığı vergi kontrol memurları tarafından incelenmesi sonunda tanzim edilen vergi inceleme raporlarının kesin ve yürütülmesi gerekli bir idari işlem niteliği taşımadığına karar vermiştir⁸⁴.

ması, işlemin tamamlanmasını engellediği için hazırlık işlemi olmasına rağmen etkili bir işlemdir. İlgililerin hukuki durumlarını etkilemektedir. Bu nedenle dava konusu edilebilir” görüşündedir. s. 15.

⁷⁹ D10D, E. 95/1313, K. 95/5706, KT. 16.11.1995, Yayımlanmamıştır. Aynı yönde bkz. D10D, E. 95/2100, K. 97/4607, KT. 18.11.1997, Yayımlanmamıştır; D10D, E. 99/2330, K. 2001/2013, KT. 28.5.2001, Yayımlanmamıştır.

⁸⁰ AYİM2D, E. 85/170, K. 85//181, KT. 13.11.1985, AYİMD, c. 1, 1993, sy. 7, s. 136-137.

⁸¹ D12D, E. 96/217, K. 97/1297, KT. 9.6.1997, DD, 1998, sy. 96, s. 679-683.

⁸² D8D, E. 88/462, K. 89/839, KT. 2.11.1989, DD, 1990, sy. 78-79, s. 403-405; D8D, E. 90/1764, K. 91/1395, KT. 19.9.1991, DD, 1992, sy. 84-85, s. 602-603.

⁸³ D8D, E. 79/3606, K. 82/514, KT. 23.4.1982, DD, 1983, sy. 48-49, s. 305.

⁸⁴ D9D, E. 92/2790, K. 93/78, KT. 13.1.1993, DD, 1994, sy. 88, s. 441-442; D4D, E. 93/4430, K. 95/372, KT. 30.1.1995, DD, 1996, sy. 91, s. 414-417; D9D, E. 96/5879,

Kimyager Raporları. Hararete mukavim tuğla olarak beyan edilen eşyaya, gümrük laboratuvarında inşaat tuğlası şeklinde rapor verilmesi üzerine bu raporun iptali istemini *Danıştay*, kimyager raporlarının yetkili makamlarca yapılacak işlemlere dayanak alınabileceği gerekçesiyle reddetmiştir⁸⁵.

Soruşturma Raporları. *Danıştay*, soruşturma raporlarının ve bu rapora ilişkin onayın kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olmadığına karar vermiştir⁸⁶.

5. Tutanaklar

Belli bir fiili durumu tespit eden tutanaklar tek başına idari dava konusu yapılamaz. Tutanaklar, asıl işlemin hazırlayıcısı niteliğindedir. *Danıştay*, emtiaın taşındığı araçta sevk irsaliyesinin bulunmadığının **tespitine** ilişkin düzenlenen tutanağın⁸⁷ ve müşteriye yapılan emtia satışı dolayısıyla ödeme kaydedici cihaz fişi düzenlenmediğinin **tespitine** ilişkin düzenlenen tutanağın⁸⁸ fiili bir durumu tespit ettiği, idarenin bir irade açıklaması niteliğinde olmadığı gerekçesiyle idari dava konusu yapılamayacağına karar vermiştir.

B. GÖRÜŞ (DÜŞÜNCE – MÜTALAA) BELİRTEN İŞLEMLER

Görüş belirten işlemlere doktrinde gösterici işlemler de denilmektedir. Bu işlemlerde idare, belli bir konu veya sorunla ilgili görüş, düşünce, niyet ve tasarılarını açıklar. Görüş belirten işlemler, ilgililerin istemleri üzerine veya doğrudan doğruya idarece tesis edilebilir⁸⁹. İdarenin görüşü, düzenleyici veya birel işlemler ile dış dünyaya yansiyabilir.

2559 sayılı Kanunun uygulanması ile ilgili Başbakanlık Genelgesinin eki niteliğindeki “2559 sayılı Yasanın Uygulanmasında Gözönünde Tutulacak **Esaslar**” ın ilgili hükmünün iptali istemini *Danıştay*, bu düzenlemenin konu hakkında **Başbakanlığın görüşünü** belirtmekten öte bir anlam taşımadığı, kesin

K. 97/4488, KT. 26.12.1997, DD, 1998, sy. 96, s. 554-555; DVDDGK, E. 96/371, K. 98/91, KT. 22.5.1998, DD, 1999, sy. 98, s. 106-111. **Aksi yönde bkz.** DVDDGK, E. 98/358, K. 99/58, KT. 29.1.1999, DD, 2000, sy. 101, s. 228-231; D4D, E. 2002/509, K. 2003/2652, KT. 30.10.2003, DKD, 2004, sy. 4, s. 145-146.

⁸⁵ D12D, E. 68/31, K. 68/1270, KT. 30.5.1968, AİD, c. 6, Aralık 1973, sy. 4, s. 121-122.

⁸⁶ D5D, E. 2001/1925, K. 2004/1920, KT. 28.4.2004, DKD, 2004, sy. 5, s. 153-154.

⁸⁷ D4D, E. 94/3073, K. 95/21, KT. 16.1.1995, DD, 1996, sy. 90, s. 498-500, DD, 1996, sy. 91, s. 376-378.

⁸⁸ D4D, E. 95/2467, K. 96/2078, KT. 21.5.1996, DD, 1997, sy. 92, s. 406-409.

⁸⁹ Duran, s. 398; Günday, s. 112.

ve uygulanması zorunlu bir niteliğinin bulunmadığı nedeniyle reddetmiştir⁹⁰. Bunun gibi, 196 seri nolu Gelir Vergisi Genel **Tebliğinde** yer alan bir hükmün iptali istemi, düzenlemenin üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini olumsuz yönde etkilemediği, doğrudan uygulanabilir, kesin ve nihai nitelikte bulunmadığı, **uygulamada birliği sağlama** amacını güden **bakanlık görüşü** olduğu gerekçeyle reddedilmiştir⁹¹. Yürütmeyi durdurma kararlarının uygulanma biçimine ilişkin olarak çıkarılan bir **genelge** de kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem olarak görülmemiştir⁹².

1. Teklifler

Danıştay'a göre, İl Milli Eğitim Disiplin Kurulunun, Valilikten bir kamu görevlisinin il içinde görev yerinin değiştirilmesi yönündeki teklifine dair kararı **görüş** belirten bir karardır⁹³. Diğer bir kararında *Danıştay*, il disiplin kurulunun bir kamu görevlisi hakkında altı ay kıdem tenzili cezası verilmesi **teklifinin** iptali istemini, bu işlemin kesin olmadığı ve atamaya yetkili amirin onayı ile kesinlik kazanacağı gerekçeyle reddetmiştir⁹⁴.

2. Cevabi Yazılar

Cevabi yazılar, idarelerin bireylerin müracaatlarına vermiş olduğu icrai olmayan işlemlerdir. Teyit istemine karşılık verilen cevaplar, yol gösterici cevaplar ve ilmî cevaplar olmak üzere üçe ayrılabilir.

a. Teyit İstemine Karşılık Verilen Cevaplar

Bireyler bazen kafalarında geçen düşünceleri teyit ettirmek için idareye başvurabilir. Bu durumda idarenin vermiş olduğu cevap halihazırda bireylerin durumunu olumsuz yönde etkilemez. Dolayısıyla teyit istemine karşılık verilen cevap icrai nitelikte bulunmaz. Bu konudaki yargı kararlarına aşağıda yer verilmiştir.

İmal edilen bir cihazın %10 oranında istihsal vergisine tabi tutulması gerektiği düşüncesinde olan bir kişi bu görüşünün teyidi için Maliye Bakanlığına

⁹⁰ D5D, E. 87/275, K. 87/1789, KT. 16.12.1987, DD, 1988, sy. 70-71, s. 267-270. Kararın eleştirisi için bkz. **Erkut**, İptal Davası, s. 137.

⁹¹ D4D, E. 96/2376, K. 97/4606, KT. 5.12.1997, DD, 1998, sy. 96, s. 159-162. Aynı yönde bkz. D4D, E. 62/1758, K. 63/168, KT. 23.1.1963, DKD, 1965, sy. 89-90, s. 80-81; DDDK, E. 69/466, K. 73/682, KT. 9.11.1973, DD, 1974, sy. 14-15, s. 230-232.

⁹² D8D, E. 73/2057, K. 73/2991, KT. 3.10.1973, AİD, c. 7, Haziran 1974, sy. 2, s. 209.

⁹³ D5D, E. 72/7204, K. 76/2153, KT. 19.4.1976, DD, 1977, sy. 24-25, s. 248.

⁹⁴ DMD, E. 78/7774, K. 80/1477, KT. 25.3.1980, DD, 1981, sy. 40-41, s. 457-458.

müracaat etmiş; Maliye Bakanlığı ise % 20 oranında vergilendirileceği yönünde işlem tesis etmiştir. Bu **cevabi yazının** iptali istemini *Danıştay*, yazının bir **görüş ve mütalaadan** ibaret olduğu, kesin ve yürütülmesi gerekli bir niteliği bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir⁹⁵.

Bir kamu görevlisi, henüz ortada tarh ve tebliğ edilmiş veya tevkif yolu ile alınmış bir vergi veya cezası bulunmadan, aldığı ihtisas ücretinin aylık ücretleriyle birleştirilmeden ayrı ayrı vergilendirilmesi gerekeceği görüşüyle Maliye Bakanlığına müracaat etmiştir. Maliye Bakanlığı, Gelir Vergisi Kanununun tetkikinden, aynı işveren tarafından aynı hizmet karşılığında yapılan muhtelif ödemelerin topluca vergilendirileceği anlamı çıkartılacağı gerekçesiyle istemi reddetmiştir. Bu olumsuz cevaba karşı açılan davayı *Danıştay*, “olayda, dava konusu edilen Maliye Bakanlığı yazısına nazaran davacının ihtisas ücretleriyle maaşlarının birleştirilmesi suretiyle müterakkiyet sebebiyle fazla olarak ödediği iddiasıyla fuzulen tahsil edildiğine inandığı miktarın geri verilmesi yolunda açık talebi ve idarece bu talebin reddine ilişkin bir işlem tesis edilmiş olmayıp davalı Bakanlık **görüşlerini** belirtmek suretiyle davacının müracaatına menfi cevap vermiş bulunmaktadır. Bu durumda ortada henüz dava konusu olabilecek bir idari kararın bulun(madığı)” gerekçesiyle reddetmiştir⁹⁶.

Yine bir diğer davada, hazine adına kayıtlı arsa üzerine yapılacak özel okul binasının, bina inşaat vergisine tabi tutulup tutulmayacağı yolunda Maliye Bakanlığına müracaat edilmiştir. Maliye Bakanlığı, binanın bu vergiye tabi tutulacağı yönünde cevap vermiştir. Bu cevaba karşı açılan davayı *Danıştay*, “... Bakanlıkça verilen ve 1318 sayılı Finansman Kanununun bina inşaat vergisiyle ilgili hükmünün uygulanma tarzına ilişkin görüşleri yansıtan cevabın iptali istenilmekte ise de Maliye Bakanlığının dava konusu edilen **cevabi yazısı** kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem ve karar niteliğinde olmayıp bir kanun hükmünün uygulanma tarzına ilişkin istişari nitelikte bir **görüş ve mütalaadan** ibarettir. Ortada bina inşaat vergisini doğuran bir olayın vukuu ve tarh, tahakkuk ve tebliğ işlemlerinin yerine getirilmesi ve sonucunda bir vergi alacağının doğması söz konusu değildir” gerekçesiyle reddetmiştir⁹⁷.

İmar planında ilköğretim yeri olarak ayrılan taşınmazlarının idarece kamulaştırmadan vazgeçilmesi ve serbest bırakılması için Milli Eğitim Müdürlüğüne **görüş verilmesi yolunda yapılan başvurunun** reddine ilişkin işlemin iptali istemi, bu reddin 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 13/3. maddesi uyarınca mevcut planın değiştirilmesi için belediyelere yapılacak başvurularda,

⁹⁵ D7D, E. 75/213, K. 75/2514, KT. 24.12.1975, DD, 1976, sy. 22-23, s. 322-323.

⁹⁶ D4D, E. 65/4613, K. 68/2116, KT. 15.4.1968, DKD, 1969, sy. 123-126, s. 229-230.

⁹⁷ D7D, E. 76/1539, K. 77/3723, KT. 12.12.1977, DD, 1978, sy. 30-31, s. 291-292.

planın değiştirilmesi için belediyelere yapılacak başvurularda, bu istem incelenirken gözönünde tutulacak bir görüş niteliğinde olduğu, dava konusu edilebilecek kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem niteliğinde bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir⁹⁸.

b. Yol Gösterici Cevaplar

Bir idareye müracaat eden bireylere ne yapmaları, nasıl hareket etmeleri gerektiği yönünde yol gösteren cevaplar iptal davasına konu yapılamaz. Örneğin, kademe farkından doğan alacağının verilmesi için Bursa Valiliğine başvuran ancak Valiliğinin, Milli Eğitim Bakanlığına müracaat edilmesi gerektiği yönündeki cevabi yazısının iptalini isteyen kişinin açmış olduğu dava, “bir kararın iptal davasına konu olabilmesi için sadece idari bir karar olması yeterli olmayıp, aynı zamanda kesin ve icrası lazım gelen bir karar olması bilinen idare hukuku ilkesidir. Kesin ve icrası gereken bir karardan maksat da kararın yetkili bir merci tarafından verilmiş olması ve resen icra edilebilme kabiliyetidir ... Bursa Valiliğinin yukarıda sözü edilen yazısı davacının doğrudan doğruya Milli Eğitim Bakanlığına müracaat etmesini bildiren bir yazı olup ortada kesin ve icrası lazım gelen bir karar yoktur” gerekçesiyle reddedilmiştir⁹⁹.

Yol gösterici cevapların icrai niteliğinin bulunmadığı yönünde diğer davalarda *Danıştay*, “iptal davaları kesin ve yürütülmesi gereken idari işlemler aleyhine açılabilir. Halbuki iptal davasına konu olan Belediye Başkanlığının ... kararı ise davacının tamire muhtaç olan evi hakkında Belediyeye müracaatla tamirat ruhsatıyesini almasını bildiren ve davacıya **yol gösteren** bir işlem olup kesin ve icrası gereken bir karar değildir”¹⁰⁰ ve “... iptali istenen Valilik yazısı, idari dava konusu teşkil edebilecek, kesin ve lazimülcra bir karar mahiyetinde olmayıp, davacının, belediye ile yapmış olduğu mukavelenamenin feshi için adli mercilere veya belediye encümen kararına karşı *Danıştay*’a müracaatı gerektiğini belirten **cevabi yazı** niteliğindedir”¹⁰¹ şeklinde karar vermiştir. *Danıştay*, ödeme emrine karşı usulüne uygun olmayan bir itiraza Gümrük Müdürlüğünce verilen bilgi mahiyetindeki cevabi yazının da kesin ve yürütülmesi zorunlu bir nitelikte bulunmadığını belirtmiştir¹⁰². *Danıştay*, vergi yükümlülerinin bir konuda aydınlanmak için idareye yaptıkları başvuruya verilen **cevapların da görüş bildiren, bilgi veren** bir yazıdan ibaret olduğu ve iptal

⁹⁸ D6D, E. 94/3836, K. 95/298, KT. 18.1.1995, DD, 1996, sy. 91, s. 605-608.

⁹⁹ D5D, E. 75/3447, K. 75/6663, KT. 31.10.1975, DD, 1976, sy. 22-23, s. 256-257. Aynı karar için bkz. AİD, c. 9, Eylül 1976, sy. 3, s. 111-112.

¹⁰⁰ D6D, E. 65/137, K. 66/2261, KT. 30.5.1966, DD, 1967, sy. 103-106, s. 281.

¹⁰¹ D12D, E. 65/2121, K. 65/107, KT. 10.6.1965, DKD, 1966, sy. 95-96, s. 447.

¹⁰² D7D, E. 84/505, K. 84/2596, KT. 17.12.1984, DD, 1985, sy. 58-59, s. 245-247.

davasına konu teşkil edecek idari işlem niteliğinde bulunmadığına karar vermiştir¹⁰³.

Doçentlik kadrosuna atamasının yapılması için ilgili idareye başvuran ancak bu istemi, “usulüne uygun olarak açık kadro ilan edildiği ve bu şahıs da başvurduğu takdirde, diğer personelle birlikte bu personelin durumu da yeniden değerlendirilecektir. Adı geçen personele tebliğini rica ederim” gerekçesiyle reddedilen bir kişinin *Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde* açmış olduğu dava, cevabın bilgi mahiyetinde olduğu ve icrai niteliğinin bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir¹⁰⁴.

c. İlmî Cevaplar

Ezanın hoparlörle okunması konusunda araştırma yapan ve bu konuda bir kitap yayınlama düşüncesinde olan bir kişi, ezanın hoparlörle okunmasının ilmi gerekçesini öğrenmek amacıyla Din İşleri Yüksek Kurulu’na müracaat etmiştir. Din İşleri Yüksek Kurulu ilgiliye, “ibadete çağrı olan ezanın hoparlörle okunmasının gayesine uygun olduğunu, bununla beraber hoparlörün fazla açılmaması gerektiğini” cevaben bildirmiştir. Cevabi yazının iptal istemi, işlemin *mütalaa* mahiyetinde bulunduğu gerekçesiyle reddedilmiştir¹⁰⁵.

3. Bildiriler

İdari makamlar tarafından tesis edilen bildiriler de birer görüş açıklamalarıdır. *Danıştay*, Bayındırlık Bakanlığınca yapılacak proje yarışmalarında, Mimarlar Odası Yönetmeliğine uyulması yolundaki Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliğinin *bildirisini*, idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülebilir bir işlem niteliğinde görmemiştir¹⁰⁶.

C. BİLDİRİCİ İŞLEMLER

Bildirici işlemler, belli bir konuda bilgi veren işlem niteliğindedir¹⁰⁷. Bu işlemler daha ziyade, idareye herhangi bir müracaat olmaksızın doğrudan idare tarafından tesis edilir. Bildirici işlemler de hukuk düzeninde herhangi bir değişiklik yapmadıklarından icrai nitelikte değildirler.

¹⁰³ D4D, E. 84/1818, K. 85/127, KT. 17.1.1985, DD, 1986, sy. 60-61, s. 206-207.

¹⁰⁴ AYİM2D, E. 92/296, K. 93/123, KT. 17.3.1993, AYİMD, 1994, sy. 8, s. 191-194.

¹⁰⁵ D12D, E. 68/1150, K. 69/702, KT. 10.4.1969, AİD, c. 2, Aralık 1969, sy. 4, s. 218-219.

¹⁰⁶ D8D, E. 69/3882, K. 70/2306, KT. 10.11.1970, Danıştay Sekizinci Daire Kararları, Ankara 1974, s. 202.

¹⁰⁷ *Giritli – Bilgen – Akgüner*, s. 812.

1. Bildirimler

Bildirim mahiyetindeki işlemler kesin ve yürütülebilir işlem olmadığından iptal davasına konu olamaz. Bununla birlikte bir kararında *Danıştay*, **işlem tesisinde bağlayıcı hukuki açıklamalar getiren** bildirim mahiyetindeki işlemin iptal davasına konu olabileceğini kabul etmiştir¹⁰⁸. Bildirim işlemleri konusunda *Danıştay*'ın katılmadığımız bir kararı da mevcuttur. Kararda *Danıştay*, tehlikeli şekilde enerji nakil hattına yaklaşan inşa halindeki binada can ve mal güvenliğinin sağlanması, yangın tehlikesinin önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması yönünde TEK Trakya İşletme Grup Müdürlüğü yazısını, bildirim işlemi olarak görmemiş, kesin ve yürütülebilir işlem olarak görmüştür¹⁰⁹. *Kanaatimizce* bu işlem tipik bir bildirim işlemi niteliğindedir.

Bildirim işlemlerinin büyük bir bölümü vergi hukuku alanında karşımıza çıkmaktadır. Vergi, resim ve harçlarla bunlara bağlı kamu alacaklarına ilişkin uyuşmazlıklarda kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlemler, vergi ve ceza ihbarnamesi, tahakkuk fişi ve ödeme emri tebliği, haciz tutanağı düzenlenmesi¹¹⁰, tahakkuku tahsile bağlı vergi, resim ve harçlarda bunların tahsil edilmesi ve düzeltme ve şikayet başvurularının yetkili makamlarca reddedilmesi halinde ortaya çıkar. Bunlar dışında kalan vergi, resim ve harçlara ilişkin olan ve borçluya borcunu gösterici, bildirici, ödemeye davet edici vb. işlemler kesin ve yürütülmesi zorunlu olmayan idari işlem sayılmaktadır¹¹¹. Bununla birlikte *Da-*

¹⁰⁸ D6D, E. 99/539, K. 2000/1247, KT. 2.3.2000, DD, 2001, sy. 104, s. 307-309.

¹⁰⁹ D6D, E. 91/1865, K. 92/2073, KT. 7.5.1992, DD, 1993, sy. 86, s. 348-349.

¹¹⁰ "Kanunda ilgililerine duyurulması öngörülmemeyen haciz tutanakları, yönetsel işlemlerin tüm niteliklerini taşıdığından haczin uygulanması koşulu gerçekleşmeden de davaya konu yapılabilir". DVDDGK, E. 89/40, K. 89/45, KT. 2.6.1989, DD, 1990, sy. 76-77, s. 145-149.

¹¹¹ D9D, E. 79/3972, K. 80/4239, KT. 13.11.1980, DD, 1982, sy. 42-43, s. 224-226; D9D, E. 81/4372, K. 82/4613, KT. 4.11.1982, DD, 1983, sy. 50-51, s. 384-385; D4D, E. 77/2495, K. 78/52, KT. 12.1.1978, DD, 1979, sy. 32-33, s. 399; D9D, E. 82/736, K. 83/214, KT. 20.1.1983, DD, 1984, sy. 52-53, s. 398-401; D4D, E. 85/1209, K. 86/4141, KT. 23.12.1986, DD, 1987, sy. 66-67, s. 210-212; D7D, E. 84/3739, K. 86/2811, KT. 27.11.1986, DD, 1987, sy. 66-67, s. 324; D7D, E. 86/1183, K. 89/1077, KT. 4.5.1989, DD, 1990, sy. 76-77, s. 469-471; D7D, E. 88/382, K. 89/122, KT. 25.1.1989, DD, 1990, sy. 76-77, s. 501-505; D4D, E. 91/95, K. 91/297, KT. 24.1.1991, DD, 1992, sy. 82-83, s. 344-345; D8D, E. 91/2349, K. 91/1546, KT. 8.10.1991, DD, 1992, sy. 84-85, s. 538-539; D3D, E. 93/3099, K. 94/961, KT. 29.3.1994, DD, 1996, sy. 90, s. 394-395; D9D, E. 94/6066, K. 95/2451, KT. 10.10.1995, DD, 1996, sy. 91, s. 983-984; D7D, E. 94/1926, K. 95/1571, KT. 12.4.1995, DD, 1996, sy. 91, s. 765-768; D4D, E. 99/2843, K. 2000/2559, KT. 7.6.2000, DD, 2003, sy. 105, s. 263-264; D9D, E. 99/4322, K. 2000/4002, KT. 14.12.2000, DD, 2003, sy. 105, s. 513-514; D7D, E. 2000/3035, K. 2002/3888, KT.

nıstay, “Devlet’in vergilendirme faaliyeti ile ilgili kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlemlerin, kamu maliyesi hizmetini düzenleyen yasal metinlerde öngörülen tip işlemlerle sınırlandırılması, bu alanın yönetimiyle ilgili olarak kamu idaresine tanınan yetki ve görevlerin de sınırlandırılması veya idarenin bu alandaki birtakım faaliyetinin hukuka uygunluk denetiminden kaçırılması sonucunu doğurur”¹¹² ve “vergi dairelerinin idari işlevleriyle ilgili olarak vergi hukuku alanında tesis ettikleri, doğrudan uygulanabilir nitelikte, yükümlünün hukukunu doğrudan etkileyen ve onların hukuki statülerinde hak ve yükümlülüklerinde değişiklik veya yenilik yaratan irade açıklamalarına karşı açılan davaların görülüp çözümlenmesi görevi, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun 6 ncı maddesinin (a) bendi hükmü gereği vergi mahkemelerine aittir. Bu hükme dayanılarak idarenin tarh, tahakkuk ve tahsil dışında kalan ancak idari işlem niteliğinde olduğundan kuşku duyulmayacak işlemlerin davaya konu edilemeyeceklerinin kabulü mümkün değildir”¹¹³ gerekçesiyle yukarıda sayılanlar dışında birçok vergi işlemini kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlem olarak nitelendirip denetlemektedir¹¹⁴.

2.12.2002, DKD, 2003, sy. 1, s. 269-271; D7D, E. 2000/5877, K. 2003/271, KT. 30.1.2003, DKD, 2003, sy. 2, s. 270-271; D3D, E. 2001/4400, K. 2003/4925, KT. 11.11.2003, DKD, 2004, sy. 3, s. 131-133.

¹¹² D3D, E. 86/1733, K. 86/1500, KT. 4.6.1986, DD, 1987, sy. 64-65, s. 104.

¹¹³ D4D, E. 90/1315, K. 92/2632, KT. 16.6.1992, DD, 1993, sy. 87, s. 258.

¹¹⁴ Bkz. D4D, E. 86/2516, K. 86/4172, KT. 25.12.1986, DD, 1987, sy. 66-67, s. 208-210; DVDDGK, E. 87/24, K. 87/27, KT. 27.11.1987, DD, 1988, sy. 70-71, s. 117-122; D3D, E. 86/1733, K. 86/1500, KT. 4.6.1986, DD, 1987, sy. 64-65, s. 102-105; D4D, E. 86/5282, K. 87/931, KT. 11.3.1987, DD, 1988, sy. 68-69, s. 337-340; D4D, E. 86/5282, K. 87/931, KT. 11.3.1987, DD, 1988, sy. 68-69, s. 337-340; D9D, E. 87/107, K. 87/4170, KT. 25.12.1987, DD, 1988, sy. 70-71, s. 514-515; D3D, E. 87/2893, K. 88/2353, KT. 13.10.1988, DD, 1989, sy. 74-75, s. 186-188; D9D, E. 87/3945, K. 89/159, KT. 20.1.1989, DD, 1990, sy. 76-77, s. 647-649; D3D, E. 90/24, K. 91/1252, KT. 26.3.1991, DD, 1992, sy. 82-83, s. 265-267; D3D, E. 90/24, K. 91/1252, KT. 26.3.1991, DD, 1992, sy. 82-83, s. 265-267; D3D, E. 89/4241, K. 91/2649, KT. 17.10.1991, DD, 1992, sy. 84-85, s. 137-140; D9D, E. 91/1096, K. 91/3345, KT. 21.11.1991, DD, 1992, sy. 84-85, s. 677-678; D4D, E. 90/1315, K. 92/2632, KT. 16.6.1992, DD, 1993, sy. 87, s. 256-259; D10D, E. 91/4445, K. 92/4079, KT. 19.11.1992, DD, 1993, sy. 87, s. 559-561; D4D, E. 92/4545, K. 93/4060, KT. 28.9.1993, DD, 1995, sy. 89, s. 197-199; DVDDGK, E. 93/73, K. 93/139, KT. 25.11.1993, DD, 1995, sy. 89, s. 137-141; D4D, E. 92/1825, K. 93/5068, KT. 5.11.1993, DD, 1995, sy. 89, s. 225-227; D7D, E. 91/6114, K. 94/866, KT. 23.2.1994, DD, 1996, sy. 90, s. 811-813; D7D, E. 95/1035, K. 95/1468, KT. 5.4.1995, DD, 1996, sy. 91, s. 768-771; D11D, E. 96/1175, K. 96/2221, KT. 28.5.1996, DD, 1997, sy. 92, s. 844-846; D4D, E. 96/5234, K. 97/2887, KT.

Vergi hukuku alanı dışında *Danıştay*, maaşından herhangi bir kesinti yapılmaksızın kuruma verdiği zararı kamu görevlisine bildiren işlemin¹¹⁵; tahsilat işlemlerine geçilmeksizin haksız iktisap edilen maaş ve ikramiyelerin iadesi yolunda tesis edilen bildirim işleminin¹¹⁶; eşinin ölümünde kusurlu olduğunu iddia eden doktorlar hakkında gerekli soruşturmanın yapılması için idareye başvuran kişiye, idarece “genel cerrahi konsültasyonunda bir ihmal ve gecikmenin olmadığı” yönünde verilen bildirim¹¹⁷ kesin ve icrai nitelik taşımadığına karar vermiştir. Yine, Bakanlıkça da onaylanan hak sahipliği komisyonunu kararı ile ikinci bir sağlam konutunun olması nedeniyle hak sahibi sayılmayan ve bu işleme karşı süresi içinde dava açmayan bir kişi, heyelan nedeniyle hasara uğrayan evinin yapımı için kredi verilmesi istemiyle Valiliğe başvurmuştur. Kişinin başvurusu, daha önceki komisyon raporu gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. *Danıştay* valilik işlemini bildirim mahiyetinde görmüştür¹¹⁸.

Danıştay, kesinleşmiş bir yargı kararının yerine getirilmesini sağlamak amacıyla idare tarafından yazılan yazıları da bildirim mahiyetinde görmektedir. Nitekim *Danıştay*'a göre, “(yargı kararı üzerine) ikinci kez düzenlenen bu ihbarname, yargı kararına göre ödenmesi gereken kamu alacağını gösteren ve bildirim niteliği taşıyan bir belge olup, dava konusu yapılması ve bu suretle konunun yeniden incelenmesi mümkün değildir”¹¹⁹. Buna karşılık *Danıştay*, ödeme emrine karşı açılan davanın reddi üzerine mahkeme kararıyla kesinleşen ödeme emri muhteviyatı üzerinden 6183 sayılı Kanununun 58/5. maddesi uyarınca

6.10.1997, DD, 1998, sy. 95, s. 268-270; D3D, E. 97/361, K. 98/849, KT. 11.3.1998, DD, 1999, sy. 97, s. 200-202; D7D, E. 99/3135, K. 2000/987, KT. 6.4.2000, DD, 2001, sy. 104, s. 343-346; D7D, E. 99/1760, K. 2000/67, KT. 19.1.2000, DD, 2001, sy. 104, s. 368-372; DVDDGK, E. 2000/71, K. 2000/341, KT. 27.10.2000, DD, 2003, sy. 105, s. 122-124; D4D, E. 2002/4036, K. 2003/2246, KT. 7.10.2003, DKD, 2004, sy. 3, s. 158-161.

¹¹⁵ D10D, E. 86/810, K. 88/735, KT. 21.4.1988, DD, 1989, sy. 72-73, s. 679-681.

¹¹⁶ D5D, E. 76/5067, K. 79/2613, KT. 3.10.1979, DD, 1980, sy. 38-39, s. 194-195. Aynı yönde bkz. D5D, E. 77/2002, K. 79/5430, KT. 19.12.1979, DD, 1980, sy. 38-39, s. 196-197.

¹¹⁷ D10D, E. 97/7535, K. 99/6895, KT. 14.12.1999, DD, 2001, sy. 103, s. 920-922.

¹¹⁸ D10D, E. 87/1376, K. 90/764, KT. 4.4.1990, DD, sy. 80, s. 426-427.

¹¹⁹ D9D, E. 89/1219, K. 91/115, KT. 22.1.1991, DD, 1992, sy. 82-83, s. 863-865; D7D, E. 90/6928, K. 91/1622, KT. 14.5.1991, DD, 1992, sy. 84-85, s. 514-515; D9D, E. 99/415, K. 2000/173, KT. 26.1.2000, DD, 2001, sy. 104, s. 483-484. Aynı yönde bkz. D8D, E. 82/2340, K. 83/1939, KT. 7.10.1983, DD, 1984, sy. 54-55, s. 321-322.

hesaplanan haksız çıkma zammını¹²⁰; gecikme faizi ve gecikme zammını içeren ihbarnameyi¹²¹ kesin ve yürütülmesi zorunlu ayrı bir işlem olarak görmüştür.

2. Hatırlatmalar -Tekrarlar

Hatırlatmalar ve tekrarlar da bildirici işlem niteliğindedir. İdare tarafından alınan önceki bir kararı hatırlatan veya tekrar eden işlemler iptal davasına konu olamaz. *Danıştay*, taşocağı resminin Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre tarhi, tahakkuku ve tahsilinin yapılacağına, taşocağı resmine ilişkin Balıkesir İl daimi Encümeni kararının Vergi Usul Kanununun düzenlediği manada bir tarhiyat olmayıp, bir **hatırlatmadan** öte bir anlam taşımadığına ve dolayısıyla kesin bir idari işlem sayılamayacağına karar vermiştir¹²².

3. Uyarılar (İkazlar)

İdare tarafından yapılan *bazı*¹²³ uyarıların kesin ve yürütülebilir işlem niteliği bulunmamaktadır. Valiliğin, bir kanun hükmünü Çiftçi Malları Koruma Meclisi Başkan ve üyelerine hatırlatan ve yanlış bir iş yapmalarını konusunda onları uyaran işlemi **uyarıcı** nitelikte görülmüştür¹²⁴. Yine, bir lise öğretmenin görevli bulunduğu ilçede kiraladığı bir binada para karşılığında öğrencileri barındırdığı yolunda söylentiler çıkması üzerine idarece, “dikkatinin çekilmesi” yolunda tesis edilen işlem idari davaya konu olacak nitelikte bulunmamıştır: “İdarelerin yürütmekle mükellef buldukları kamu hizmetlerinin gereklerine uygun hareket etmeleri yolunda kamu hizmeti görevlilerinin nazarı **dikkatlerini celbe** her zaman için yetkileri mevcut olup, bu yoldaki ikazlar kamu görevlilerinin hak veya menfaatlerini ihlal edici tasarruflar olarak değil idarenin iç bünyesini ilgilendiren ve idari davaya konu teşkil etmeyecek nitelikte kararlar olmaktan ileri bir nitelik taşımazlar”¹²⁵.

Danıştay bir kararında, idareler arasında yapılan uyarı yazılarının da iptal davasına konu olamayacağını belirtmiştir. Buna göre, noterlerce düzenlenen, motorlu taşıt araçları için satış yetkisi veren vekaletnamelerin süreli olacağına

¹²⁰ D3D, E. 92/3026, K. 93/3379, KT. 24.11.1993, DD, 1995, sy. 89, s. 193-195.

¹²¹ D7D, E. 98/3019, K. 99/3100, KT. 29.9.1999, DD, 2001, sy. 103, s. 673-676.

¹²² D9D, E. 73/2837, K. 75/2080, KT. 27.11.1975, DD, 1971, sy. 22-23, s. 381-382.

¹²³ 442 sayılı Köy Kanunu'nun 41. maddesine göre, görevini yapmayan köy muhtarına yapılan yazılı uyarı kesin ve icrai bir işlemdir. Bkz. D8D, E. 86/281, K. 87/438, KT. 28.10.1987, DD, 1988, sy. 70-71, s. 432-433.

¹²⁴ D12D, E. 69/1124, K. 71/2714, KT. 25.11.1971, *Danıştay Onikinci Daire Kararları*, Birinci Kitap, c. I, Ankara 1976, s. 160.

¹²⁵ D5D, E. 70/5793, K. 71/6843, KT. 8.11.1971, DD, 1972, sy. 6-7, s. 252. Aynı karar için bkz. AİD, c. 5, Haziran 1972, sy. 2, s. 120.

ilişkin Türkiye Noterler Birliği Genelgelerinin iptali talep edilmiştir. *Danıştay* bu genelgeleri, noterlik mesleği ile ilgili ve uygulamadaki bazı aksaklıkları gidermeye yönelik **idari bir uyarı** niteliğinde görerek iptal davasına konu olamayacağına karar vermiştir¹²⁶.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, lojman yönetim kurulu başkan vekili tarafından lojman sakinlerini rahatsız ettiği gerekçesiyle **uyarı** mahiyetinde noterden çekilen ihtarnameyi, lojmandan çıkarma işleminin tesisine yönelik hazırlık mahiyetinde görerek, icrai, etkin ve kesin nitelikte görmemiştir¹²⁷. Yine *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi*, İç Hizmet Kanununun 24. maddesi uyarınca tanzim edilen uyarı cezasının kesin ve icrai niteliğinin bulunmadığına, kaldı ki 1602 sayılı *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun* 21. maddesinin son fıkrası gereğince disiplin amirleri tarafından verilen cezaların yargı denetimi dışında kaldığına karar vermiştir¹²⁸.

Genel uyarıların yanında yaptırım tehdidi taşıyan uyarıcı işlemlerin kural olarak iptal davasına konu edilebileceği doktrinde kabul edilmektedir¹²⁹. Nitekim *Danıştay*, bir seyahat acentasına gönderilen, faaliyetlerini 1618 sayılı Kanuna uygun şekilde sürdürmemesi halinde **işletme belgesinin iptal edileceğine dair ihtar yazısını** kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem olarak kabul etmiştir¹³⁰. Yaptırım tehdidi taşıyan bir işlemin icrai işlem yapmaya yetkili olmayan bir makam tarafından tesis edilmiş olması halinde ise bu işlem tavsiye niteliğinde görülmüştür. *Danıştay*, icrai işlem yapma yetkisi bulunmayan Büyükşehir Belediyesi Ulaşım Koordinasyon Merkezi Başkanlığının, akaryakıt istasyonunun iki ay içinde başka bir yere taşınması, bu süre içinde taşınılmaması halinde kapatılacağına dair işlemini **tavsiye niteliğinde** görmüştür¹³¹.

Yaptırım tehdidi taşıyan uyarıların kesin ve yürütülmesi gerekli işlem niteliğinde bulunmadığı yönünde *Danıştay* kararları da mevcuttur. Millet Meclisi ek binalarının projelendirilmesinin bir yarışma sonunda saptanmasının sağlanması yolundaki ilke kararına uygun hareket etmeyen üyelerin onur kuruluna verileceği işlemi¹³²; daha önce aldığı raporun yetersiz olduğu gerekçesiyle Ankara Numune Hastanesinden sakatlığını belgeleyen yeni bir rapor alıp ibraz etmediği

¹²⁶ D8D, E. 97/5095, K. 99/3962, KT. 16.6.1999, DD, 2000, sy. 102, s. 467-471.

¹²⁷ AYİM1D, E. 95/575, K. 95/571, KT. 30.5.1995, AYİMD, 1996, sy. 10, s. 292-293.

¹²⁸ AYİM1D, E. 96/28, K. 96/59, KT. 23.1.1996, AYİMD, 1997, sy. 11, s. 268-270.

¹²⁹ Duran, s. 398; Erkut, İptal Davası, s. 145; Gözübüyük – Tan, s. 307-308.

¹³⁰ D10D, E. 96/3286, K. 98/4670, KT. 30.9.1998, DD, 1999, sy. 99, s. 543-545.

¹³¹ D8D, E. 95/3162, K. 98/252, KT. 5.2.1998, DD, 1999, sy. 97, s. 514-515.

¹³² D8D, E. 78/3328, K. 79/2888, KT. 8.10.1979, DD, 1980, sy. 38-39, s. 276-277.

takdirde ücretlerinin vergilendirileceği işlemi¹³³; eski belediye başkanı hakkında kişi borcu tahakkuk ettirilmesine ve anılan borcun bir hafta içinde ödenmemesi halinde kanuni yollara başvurulacağına dair belediye başkanlığının **uyarı** işlemi¹³⁴; seyyar satıcılık yaptığı barakayı sabit hale getirdiği nedeniyle 5 gün içinde yıkması konusunda yapılan tebliğ işlemi¹³⁵; haczin gereklerinin yerine getirilmesi aksi halde Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre işlem yapılacağı işlemi¹³⁶ kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem niteliğinde görülmemiştir.

Danıştay, kanundaki prosedür izlenmeden yapılan yaptırım tehdidi taşıyan işlemin iptal davasına konu olamayacağına karar vermiştir. Sulh Hukuk Hakimliğince verilmiş bir izin ve Belediye Encümenince verilmiş bir yıkım kararı olmadan, belediyeden ruhsat alınmadan yapılan yapının 7 gün içinde tahliye edilmesi, aksi takdirde belediye başkanlığınca yıktırılacağı şeklindeki yazının idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olmadığına karar verilmiştir¹³⁷.

D. İÇ – DÜZEN İŞLEMLERİ (HİZMET İÇİ İŞLEMLER – İÇ YAZIŞMALAR)

Hiyerarşi güç ve yetkisinin açıklanması ve yönlendirmesi sonucunda ortaya çıkan iç-düzen işlemleri¹³⁸, idarenin kuruluş ve işleyişini düzenleyen işlemlerdir. İdarenin iç düzen işlemleri icrai nitelikte değildir. İdare, hizmetin gereği olarak, kamu görevlilerinin çalışma yer, zaman ve yöntemi konularında uygun gördüğü tedbirleri alabilir¹³⁹. İdarenin iç çalışma düzeni ve yöntemi konusunda yapılan bu tür işlemlerin dava konusu yapılması hem idarenin çalışma düzenini ve hizmetlerin işleyişinin etkinliğini zedeler hem de takdir yetkisi ve hiyerarşi yetkisinin kullanılması bakımından idareyi olumsuz yönde etkiler¹⁴⁰. Bununla birlikte iç-düzen işlemlerinin gerek kamu görevlileri ve gerekse üçüncü kişiler

¹³³ D13D, E. 79/4381, K. 80/199, KT. 30.1.1980, DD, 1981, sy. 40-41, s. 425-426.

¹³⁴ D11D, E. 78/2310, K. 80/4753, KT. 23.12.1980, DD, 1982, sy. 42-43, s. 295-297.

¹³⁵ DDDK, E. 69/209, K. 72/148, KT. 3.3.1972, DDDK Kararları, Birinci Kitap (1965-1978), 1981, s. 720.

¹³⁶ D4D, E. 99/77, K. 99/1951, KT. 12.5.1999, DD, 2000, sy. 102, s. 263-264.

¹³⁷ D6D, E. 72/3353, K. 73/2059, KT. 16.5.1973, DD, 1974, sy. 12-13, s. 311-312.

¹³⁸ **Erkut**, İptal Davası, s. 133.

¹³⁹ **Gözübüyük – Tan**, s. 319; **Duran**, s. 399; **Günday**, s. 112; **Erkut**, İptal Davası, s. 133.

¹⁴⁰ **Erkut**, İptal Davası, s. 134.

üzerinde bir etki doğurması halinde dava konusu yapılabileceği kabul edilmektedir¹⁴¹.

İç-düzen işlemleri, düzenleyici işlem niteliğinde olabilecekleri gibi birel işlem niteliğinde de olabilir. *Danıştay*, birçok kararında genelge, tamim, tebliğ, sirküler gibi adsız düzenleyici işlemlerin doğrudan iptal davasına konu olamayacağına karar vermiştir. Örneğin, 8 seri nolu Gümrük Hattı Dışı Eşya Satış Mağazaları konulu Gümrük **Genel Tebliğinin** ilgili maddesinin iptali istemi, "... bir idari davanın ilk derece mahkemesi sıfatıyla *Danıştay*da görülebilmesinin ilk koşulu, idari davaya konu edilen idari işlemin düzenleyici nitelikte olmasıdır. İdare Hukukunca, düzenleyici işlem, idarenin, aynı durumda olan idare edilenler için bağlayıcı, soyut hukuk kuralı koyan, yani normatif nitelikte olan tek yanlı tasarruflarına verilen addır. Bu nitelikte olmayan, daha önce yürürlüğe konulan üst hukuk normunu yineleyen veya bu üst hukuk normunun nasıl anlaşılması gerektiği konusunda alt idari birimlere ya da idare edilenlere **açıklamalar getiren** idari tasarruflar hukuk düzeni'nde herhangi bir değişiklik oluşturmayacaklarından, idare edilenler yönünden bağlayıcı, dolayısıyla da düzenleyici değildirler. İdarenin bu nitelikteki bir işleminin, idari yargı denetimine tabi tutulması, bu denetimin varlık nedenine uygun düşmez" gerekçesiyle reddedilmiştir¹⁴². *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi* de, muvazzaf subaylığa geçirilme istemi 1992 yılında boş kontenjan bulunmaması nedeniyle reddedilen bir kişinin bu olumsuz işlemin iptali yerine kendisine uygulanmayan "Jandarma Genel Komutanlığı Mensubu Astsubayların Subaylığa Geçme İşlemleri Yönergesi" nin iptali istemini, "Bu yönergenin genel olarak idarenin, ilgili birimlerine, mevzuatı yorumlayış biçimini bildiren, onlara hareket tarzlarını gösteren, üçüncü şahısların hak ve menfaatlerini ihlal etmeyen, bir düzenleyici işlem niteliğinde olmayan, sadece **idarenin iç yapısı ve işleyişi** ile ilgili bir belge olduğu, bu haliyle iptal davasına konu olamayacağı sonucuna ulaşılmıştır" gerekçesiyle reddetmiştir¹⁴³. Bununla birlikte, yönlendirici ve yorumlayıcı niteliğinin dışında tamamen **yeni birtakım düzenlemeler getiren** adsız düzenleyici işlem ise *Danıştay* tarafından denetlenmiştir. Örneğin Yüksek Mahkeme, Maliye ve Gümrük Bakanlığının teşkilatına gönderdiği **iç genelgeyi**, "genel olarak idarenin, teşkilata mevcut mevzuat anlayışını bildiren onlara hareket tarzlarını gösteren üçüncü şahısların hak ve menfaatlerini ihlal etmeyen keza

¹⁴¹ **Gözübüyük – Tan**, s. 319; **Özyörük**, s. 214-215; **Duran**, s. 400; **Erkut**, İptal Davası, s. 134.

¹⁴² D7D, E. 2002/3710, K. 2002/4371, KT. 24.12.2002, DKD, 2003, sy. 1, s. 259-260.

¹⁴³ AYİMDK, E. 93/2, K. 93/7, KT. 7.10.1993, AYİMD, 1994, sy. 8, s. 196-198. Aynı yönde bkz. AYİMDK, E. 95/2, K. 95/8, KT. 8.6.1995, AYİMD, 1996, sy. 10, s. 294-297; AYİMD2D, E. 93/321, K. 94/1248, KT. 22.6.1994, AYİMD, 1995, sy. 9, s. 107-109.

birer düzenleyici tasarruf mahiyetinde olmayan, sadece bir **iç düzenleme** olarak kabul edilen tamim, genelde gibi isimler alan tasarrufların idari dava konusu olamayacakları kabul edilmekte ise de, böyle bir tasarruf sübjektif hakları ilgilendirip ihlal eden ve düzenleyici bir niteliği taşırsa dava konusu edilmesi doğaldır” gerekçesiyle denetlemiştir¹⁴⁴.

Danıştay, bir hususun tatbikinde **doğacak tereddütleri ortadan kaldırmak amacıyla idarenin teşkilatına gönderdiği tamimleri** idarenin iç işleyişini düzenleyici (dahili) işlem niteliğinde görmüş¹⁴⁵; bu tamimlere dayanan uygulama işlemlerine karşı ise dava açılabilirliğini kabul etmiştir¹⁴⁶. Yine Yüksek Mahkeme, **kalkınma planlarının ve yıllık programların** idareye hitap ettiğine, bunlara karşı dava açılmayacağına, bunların uygulanması zımında tesis edilecek idari işlemlere karşı dava açılabilirliğine¹⁴⁷; taksitlendirilecek olan vergi ve resimler için faiz alınmaması yönündeki **genelgenin, idarenin hareket tarzını gösteren bir iç düzenleyici işlem** niteliğinde olduğuna¹⁴⁸; idarenin vergi kanunlarının **uygulanmasına** ilişkin olarak teşkilatına gönderdiği genel tebliğlerin **idarenin iç bünyesine** ilişkin olduğuna¹⁴⁹; tek başına yeni kurallar getirmeyen sadece yasal düzenlemeleri **açıklayan bir genel tebliğin** idari davaya konu teşkil edebilecek düzenleyici bir işlem mahiyetinde bulunmadığına karar vermiştir¹⁵⁰.

Danıştay, **idareler arasındaki yazışmaları iç yazışma niteliğinde görmekte** ve bu yazışmaların iptal davasına konu olamayacağına karar vermektedir. *Danıştay* önüne gelen bir uyuşmazlıkta, Maliye Bakanlığının, haklarında inceleme yapılan yeminli mali müşavirlerin hazırladığı vergi iadesi tasdik raporlarının işleme konulmadan önce bakanlığa gönderilmesi konusunun

¹⁴⁴ D9D, E. 91/573, K. 91/3295, KT. 13.11.1991, DD, 1992, sy. 84-85, s. 650. Aynı yönde bkz. D7D, E. 66/2196, K. 67/2374, KT. 21.10.1967, DKD, 1968, sy. 119-122, s. 260.

¹⁴⁵ D4D, E. 45/2586, K. 46/3577, KT. 4.12.1946, DKD, 1946, sy. 34, s. 42-43; D4D, E. 50/1698, K. 50/5781, KT. 23.12.1950, DKD, sy. 50-53, s. 190-191.

¹⁴⁶ D12D, E. 65/2656, K. 65/1241, KT. 29.11.1965, Danıştay Onikinci Daire Kararları, Birinci Kitap, c. II, Ankara 1976, s. 442;

¹⁴⁷ DDDK, E. 72/194, K. 73/716, KT. 7.12.1973, DD, 1974, sy. 14-15, s. 233-237. Aynı karar için bkz. DDDK Kararları, Birinci Kitap (1965-1978), 1981, s. 714-715 ve AİD, c. 7, Mart 1974, sy. 1, s. 190-193.

¹⁴⁸ DDDK, E. 67/559, K. 68/332, KT. 12.4.1968, DDDK Kararları, Birinci Kitap (1965-1978), 1981, s. 714.

¹⁴⁹ D4D, E. 77/495, K. 77/2795, KT. 1.11.1977, DD, 1978, sy. 30-31, s. 178. Aynı yönde bkz. D4D, E. 74/435, K. 75/1136, KT. 26.3.1975, DD, 1976, sy. 20-21, s. 304-305.

¹⁵⁰ D4D, E. 89/1807, K. 90/2101, KT. 13.6.1990, DD, 1991, sy. 81, s. 141-144.

ilgili vergi dairelerine bildirilmek üzere valiliklere gönderdiği yazının iptali istenmiştir. Ancak iptal istemi, Maliye Bakanlığınca inceleme konusu yapılan bir hususta ve inceleme ile ilgili olarak tasdik raporlarının gönderilmesi istemiyle valiliklere yazılmış bir **İÇ YAZIŞMA** niteliğinde, kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem niteliğinde olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir¹⁵¹. Yine, idarece verilen bir arazinin geri alınıp tapusunun iptal edilmesi için hazine avukatlığına haber verilmesine ilişkin olarak Bakanlığın Valiliğe yazmış olduğu **YAZININ** geri alınması için yapılan başvurunun reddi işlemine karşı açılan davada da, yazının idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olmadığına¹⁵²; Bir kişiye pasaport verilmemesine neden olan vergi dairesi yazısının idari dava konusu yapılamayacağına¹⁵³; Bir şirket hakkında haciz uygulaması yapılmasına ilişkin inceleme elemanının vergi dairesi başkanlığına hitaben yazdığı **YAZININ** kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem niteliğinde bulunmadığına¹⁵⁴; Hazineye ait taşınmazın işgal edilmesi nedeniyle düzenlenen tahakkuk fişinin **İDARENİN İÇ İŞLEYİŞİ İLE İLGİLİ** ve ecrimisilin takip ve tahsil edilebilmesi için vergi dairesini bilgilendirmek amacıyla düzenlenen bir belge olduğu gerekçesiyle kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olmadığına karar vermiştir¹⁵⁵.

Bakanlık oluru da idarenin bir iç düzen işlemi niteliğindedir. Nitekim *Danıştay*'a göre, "Bakanlık olur'u, bir işlemin yapılması hususunda Bakanlık makamının onayının alınmasından ibaret Bakanlığın bir **İÇ İŞLEMİ** olup, dava konusu edilebilecek kesin ve yürütülmesi gerekli işlem ancak bu olura dayanılarak daha sonra tesis edilebilir"¹⁵⁶.

Bazı iç-düzen işlemleri karşımıza **TAVSİYE** niteliğinde çıkabilir. *Danıştay*, İçişleri Bakanlığının il özel idarelerinin bütçelerinin hazırlanması konusunda valiliklere gönderdiği genelgenin iptali istemini, "... dava konusu genelgeye **TAVSİYE NİTELİĞİNDE** olmaktan ileri bir hukuki değer izafe etmeye imkan yoktur. Genelge bu haliyle özel idare bütçelerinin hazırlanmasına ilişkin **Bakanlık görüşünü ifade eden ve bağlayıcılığı olmayan tavsîye** niteliğindedir" gerekçesiyle reddetmiştir¹⁵⁷. Yine Yüksek Mahkemeye göre, "Ticaret Bakanlı-

¹⁵¹ D8D, E. 96/3742, K. 98/776, KT. 3.3.1998, DD, 1999, sy. 97, s. 559-561.

¹⁵² D8D, E. 81/978, K. 84/1074, KT. 29.6.1984, DD, 1985, sy. 56-57, s. 331-332.

¹⁵³ D12D, E. 65/4196, K. 65/1430, KT. 8.12.1965, Danıştay Onikinci Daire Kararları, Birinci Kitap, c. II, Ankara 1976, s. 139.

¹⁵⁴ D4D, E. 99/1819, K. 99/4300, KT. 30.11.1999, DD, 2001, sy. 103, s. 332-333.

¹⁵⁵ D6D, E. 95/3104, K. 96/610, KT. 6.2.1996, DD, 1997, sy. 92, s. 504-505.

¹⁵⁶ D8D, E. 74/4551, K. 76/375, KT. 3.2.1976, DD, 1977, sy. 24-25, s. 362.

¹⁵⁷ DDDK, E. 71/640, K. 71/886, KT. 5.11.1971, DD, 1972, sy. 6-7, s. 194. Aynı karar için bkz. AİD, c. 5, Mart 1972, sy. 1, s. 149-151; DDDK Kararları, Birinci Kitap

ğının, Türkiye Ticaret Odaları, Sanayi Odaları ve Ticaret Borsaları Birliğine gönderdiği ve Oda ve Borsa personelinin Çalışma Bakanlığınca 1475 sayılı İş Kanununun kapsamına alınmış olduğundan bahisle bu konuda Bölge Çalışma Müdürlükleri ile iyi münasebetin geliştirilmesine, keyfiyetin Oda ve Borsalara duyurularak **uygulama beraberliğinin sağlanmasına** ilişkin işlem **istişari** mahiyeti haiz olması nedeniyle idari dava konusu yapılamaz"¹⁵⁸.

E. UYGULAMAYA İLİŞKİN İŞLEMLER

İdare, yapmış olduğu bir işlemi yürürlüğe ve uygulamaya koymak için formaliteden ibaret bir dizi uygulama işlemi de yapabilir. Bir işlemi yürürlüğe koyan tebliğ, duyuru, ilan, yayın gibi uygulama işlemleri, hukuk düzeninde yeni bir değişiklik meydana getirmediüklerinden, asıl idari işlemin üçüncü kişiler üzerinde etki doğurabilmesini sağladıklarından iptal davasına konu yapılamazlar¹⁵⁹.

Tebliğat işlemleri idari işlemlerin ilgililere duyurulması amacıyla yapılan usuli işlemlerdir. Bu işlemler, ilgililere duyurmaya aracılık ettikleri asıl idari işlemlerden ayrılarak tek başlarına idari davaya konu edilemez. Çünkü, icrai olan işlem tebliğat işlemi değil, asıl olan idari işlemdir. Bununla birlikte, tebliğat işleminde bir usulsüzlük varsa bu ancak icrai işleme karşı açılan davada ileri sürülebilir¹⁶⁰. *Danıştay*, tebliğat işlemlerinin iptal davasına konu olamayacağına ilişkin şu şekilde karar vermiştir: "Tebliğat, idari işlemlerin ilgililerine duyurulması amacıyla yapılan usuli bir işlem olduğundan, tebliğat işlemlerindeki noksanlıklar ancak idari işleme karşı yargı yoluna başvurulması halinde ve idari işlemi kusurlandırmak için ileri sürülebilir. Tebliğat işlemlerinin, ilgililere duyurulmasına aracılık ettikleri asıl idari işlemlerden ayrılarak tek başlarına idari davaya konu edilmeleri mümkün değildir. Zira, hukuki sakatlıklar taşıyan tebliğat işlemlerinin ilgilileri açısından hukuki sonuçlar doğurabilmesi olanağı yoktur ... Bu nedenle, tebliğat işleminin tek başına idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem olarak nitelendirilmesi mümkün

(1965-1978), 1981, s. 719. Aynı yönde bkz. DDDK, E. 59/461, K. 67/614, KT. 2.6.1967, DDDK Kararları, Birinci Kitap (1965-1978), 1981, s. 714.

¹⁵⁸ D8D, E. 74/2901, K. 75/1681, KT. 12.5.1975, DD, 1976, sy. 20-21, s. 478. *Danıştay*'ın istişari nitelikte gördüğü diğer kararlar için bkz. D5D, E. 52/200, K. 53/336, KT. 4.2.1952, DKD, 1954, sy. 59, s. 160-161; D4D, E. 73/3656, K. 75/112, KT. 15.1.1975, DD, 1976, sy. 20-21, s. 330-332.

¹⁵⁹ *Erkut*, İptal Davası, s. 146; *Özyörük*, s. 215; *Sarıca*, Ragıp, İdari Kaza, İstanbul 1949, s. 18.

¹⁶⁰ *Gözler*, s. 606-607.

değildir"¹⁶¹. *Danıştay*, toptancı halinde yer tahsis ücretinin ödenmesine ilişkin **duyuru** şeklindeki bir yazının da kesin ve yürütülmesi gerekli bir idari işlem niteliğinde bulunmadığına karar vermiştir¹⁶².

SONUÇ

İdari işlemlerin önemli bir bölümü doğrudan dışsal hukuki sonuçlar doğurmaya yönelik olarak yapılır. İdari işlemle getirilen düzenleme, ilgilinin mevcut hukuki durumunda değişiklik yaratır. Bu değişiklik, ilgisine yeni bir takım hak ve yükümlülükler getirmek, varolan hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmak veya değiştirmek şeklinde karşımıza çıkabilir. İdarenin bu niteliğe sahip işlemlerine icrai işlemler adı verilir. İptal davaları da ancak, işlem tesis etmeye yetkili makamca alınan kesin, icrai, idare hukuku alanında hüküm ve sonuçlar doğuran işlemlere karşı açılabilir.

İdarenin, ilgilinin hukuki durumu üzerinde doğrudan hukuki sonuç doğurmayan işlemleri de mevcuttur. Bu nitelikteki işlemler doktrinde etkisiz kararlar, idari karara benzeyen işlemler veya icrai olmayan idari işlemler başlıkları altında ifade edilmiştir. Yine bu işlemler doktrinde değişik tasniflere de tabi tutulmuştur. Genel olarak bu işlemler, hazırlık işlemleri, görüş belirten işlemler, bildirici işlemler, iç düzen işlemleri ve uygulamaya ilişkin işlemler olmak üzere beş başlık altında toplanabilir. Bununla birlikte bu ayrımın her zaman için kesinlik arzettiğini söylemek mümkün değildir. Hatta bir idari işlemin icrai olup olmadığını tayin ve tespit etmek için bir genelleme yapmaktan ziyade her somut olaya ve olayın özelliğine bakmak en doğru yol olacaktır.

İcrai niteliği bulunmayan idari işlemlere karşı açılan davalar ilk inceleme aşamasında reddedilir. İcrai olmayan idari işlemdeki hukuka aykırılıklar, ancak kesin ve icrai işlemin iptali konusundaki istem ile birlikte ileri sürülebilir. Bununla birlikte bu işlemlerin etkisiyle hukuki durumu olumsuz etkilenen bir birey, ayrılabilir işlem kuramı yoluyla işlemin sonucunda alınacak kararı beklemeyen icrai olmayan işlemin iptalini isteyebilir.

¹⁶¹ DVDDGK, E. 95/425, K. 97/187, KT. 11.4.1997, DD, 1998, sy. 94, s. 255-256; D4D, E. 98/4783, K. 99/3374, KT. 7.10.1999, DD, 2001, sy. 103, s. 385-386; D5D, E. 53/3626, K. 54/3056, KT. 16.12.1954, DKD, 1957, sy. 68, s. 112-113. Vergi ile ilgili idari işlem kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem ise ve usulüne uygun olarak tanzim edilmemiş ise "şekil" unsuru bakımından iptal edilir. Bkz. D9D, E. 90/651, K. 91/1468, KT. 11.4.1991, DD, 1992, sy. 82-83, s. 877-879; D9D, E. 92/2135, K. 92/2713, KT. 18.11.1992, DD, 1993, sy. 87, s. 470-472; D9D, E. 98/237, K. 99/569, KT. 11.2.1999, DD, 2000, sy. 101, s. 714-716; D9D, E. 2001/2159, K. 2004/2074, KT. 10.3.2004, DKD, 2004, sy. 4, s. 257-259.

¹⁶² D9D, E. 80/1208, K. 81/1710, KT. 26.3.1981, DD, 1982, sy. 44-45, s. 432-434.

İDARE HUKUKU VE İNTERNET (ADMINISTRATIVE LAW AND INTERNET)

Münci ÇAKMAK*

ÖZET

İnternet günümüzde kamu hukuku alanında da artık yer edinmeye başlamıştır. İnternetin idari faaliyetlerin yürütülmesinde kullanımı giderek artmaktadır. Bu nedenle idare hukukunda ilgili düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Özellikle elektronik deliller bu açıdan ayrı bir önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler:

İdare Hukuku, İnternet, Elektronik Delil.

SUMMARY

Internet has become more and more important in the field of public law and its use is increasing in the performance of administrative activities. In this respect it seems necessary to make related regulations and put them into force in the administrative law. Especially the subject of electronic evidence is of significance under these circumstances.

Key Words:

Administrative Law, Internet, Electronic Evidence.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Araştırma Görevlisi.

1- Genel Olarak

Bilgisayarların ve dolayısıyla internetin sosyal yaşama girmesi ve yaygınlaşması sonucu bu alanın hukuk kuralları ile düzenlenmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır.

Bugün, bilgisayarla yapılan bilgi transferine veya analizine dayanmayan işlem oldukça nadirdir.¹ Bilgisayar hemen hemen her alanda ve her konuda vazgeçilmez bir araç halini almıştır.

Her teknolojik olgu insanla ilgilidir çünkü teknoloji, insanlar tarafından ve insanlar için kullanılmaktadır. İnternet, hukuki ilişkilerin içine girmiş ve hatta kaynaşmış bir teknoloji ürünüdür ve bu yüzden hukukla yakın ilişki içindedir. Bu ilişkinin önemi, internet kullanımının yaygınlaşması ile daha da artmıştır. Öyle ki artık internet herkesin ulaştığı varsayılan bir iletişim ve yayın aracı olarak görülmektedir. Ayrıca insanlar tarafından yapılan ve hukuk kuralları ile düzenlenmiş olan her türlü faaliyeti (alım satım, yayın, ticaret) internet ortamında bulmak mümkündür. İnternet, “insan” olgusu ile bu kadar bütünleşmiş olması nedeniyle hemen hemen bütün hukuk dallarını yakından ilgilendirmektedir.

İnternetin idare hukuku açısından önemi, idarenin de internet kullanmak suretiyle faaliyetlerde bulunmasıdır. Bugün internet; idarî işlemlerin yapılması, ilanlar, kamu hizmeti gibi idare hukukunun önemli kavramlarının hayata geçirilmesinde önemli rol oynamaktadır.

İnternet, anayasa kavramı gibi sosyal ve hukukî olaylar veya gereksinimler sonucu değil, doğrudan teknolojik olarak doğmuş ve gelişmiştir. Oluşum safhasında toplumun veya hukukun rolü yoktur. Hatta hukuk, kendini internete uydurmak zorunda kalmaktadır. Hukukî ilişkiler önce internet ortamında yaşanmakta, daha sonradan hukuk kuralları ile düzenlenmeye çalışılmaktadır. Zaman ilerledikçe daha da yaşamımıza girecek olan internet için hukukî düzenlemelerin, internetin ihtiyaçlarını karşılayacak düzeyde bir an önce yapılması gerekmektedir. Günümüzde internete uygulanan bazı hukuk kuralları, dijital hesap makinelerinin dahi icat edilmediği dönemlerde çıkarılmış olan hukuk kurallarıdır.

¹ POOLEY, James H. A. – David M. Shaw: “Finding Out What’s There: Technical and Legal Aspects of Discovery, 4 TEX. INTELL. PROP. L.J. 57,57 (Fall 1995) aktaran RICHARD, Kimberly D: “Electronic Evidence: To Produce or Not To Produce, That is the Question”, Whittier Law Review, Vol. 21, 1999, s. 490.

2- İnternet Nedir?

İnternet, 1969 yılında nükleer bir saldırı durumunda, bilgisayarlar arasında stabil (stable) ağ hatları sağlamak için icat edilmiştir.² Zaman içinde de gelişerek bugünkü halini almıştır.

Genel olarak internet “tüm dünya üzerine yayılmış olan çok geniş bir bilgisayar ağıdır”.³ İnternet sayesinde tüm dünya birbirine bağlanmıştır. Bu bağ sayesinde insanlar birbirleri ile bilgi alış verişi içerisindeyler. Bu bilgi alış verişinin özel olduğu kadar kamusal yönü de mevcuttur. İdare de işlem ve eylemleriyle ilgili olarak bu bilgi alış verişi ağına dahil olmuştur.

İnterneti kendine özgü kılan üç önemli özellik mevcuttur. Bunlar, “çoklar arası iletişim”⁴, “geniş kitlelere düşük maliyetle ulaşılabilme”⁵ ve “editör denetiminden geçmeden internet kullananlara ulaşılabilme olanağı”.⁶

Türkiye’de internet faaliyetleri ile ilgilenen çeşitli kurumlar bulunmaktadır. Ulaştırma Bakanlığına bağlı olan İnternet Kurulu⁷, e-ticaret ile ilgili olarak çalışmalarında bulunan Dış Ticaret Müsteşarlığı e-Ticaret Genel Koordinatörlüğü’ne bağlı e-Ticaret Kurulu (ETİK)⁸, kullanıcılara alan adlarının verilmesi ve düzenlenmesi hususunda Orta Doğu Teknik Üniversitesi, internet ile ilgili faaliyetleri düzenleyen başlıca kurumlardır.

3- İnternetin Kullanım Alanları

İnternetin kullanım alanlarını konular açısından değil, faaliyette bulunan kişiler açısından yapmak konumuz açısından bir zorunluluktur. Çünkü insanlığı ilgilendiren her türlü ekonomik, siyasal, sosyal ve kültürel faaliyetin internet yardımı ile meydana getirilmesi mümkündür. Konumuz açısından önemli olan

² **KEGLEY, Adam R.**; “Regulation of the Internet: The Application of Established Constitutional Law to Dangerous Electronic Communication”, Kentucky Law Journal, Vol. 85, 1996-97, s. 1000.

³ **ÖZDİLEK, Ali Osman**: İnternet ve Hukuk, Eylül 2002, s. 13.

⁴ Internet Symposium: Legal Potholes Along the Information Superhighway, 16 LOY. L.A. ENT. LJ. 541,550 (1996) (transcript of panel comments from symposium on new media law at Loyola Law School, Apr. 11, 1996.) aktaran **KEGLEY, Adam R.**: “Regulation of the Internet”, s. 1001.

⁵ Internet Symposium: Legal Potholes Along the Information Superhighway, aktaran **KEGLEY, Adam R.**: “Regulation of the Internet”, s. 1001.

⁶ Internet Symposium: Legal Potholes Along the Information Superhighway, 551, aktaran **KEGLEY, Adam R.**: “Regulation of the Internet”, s. 1001.

⁷ İnternet Kurulu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. <<http://kurul.ubak.gov.tr>>

⁸ <<http://www.e-ticaret.gov.tr>>

faaliyetlerin niteliği ve çeşidi değil, sadece idarenin yaptığı işlemlerin hukukî niteliğidir. Bu nedenle internette yapılan işlemleri idarenin (Devletin) yaptığı işlemler ve özel kişilerin (gerçek veya tüzel kişi) yaptığı işlemler olarak iki grupta toplayabiliriz. İdarenin internette yaptığı işlemleri de kamu hukukuna ve özel hukuka tabi olan işlemler şeklinde ikiye ayırabiliriz. İdarenin internette yaptığı ve özel hukuka tabi olan işlemleri, normal şartlarda özel hukuka tabi olan işlemleri ile aynıdır. Örneğin bir kamu kurumunun özel bir şirketten internet yoluyla mal veya hizmet alması gibi. Böyle bir konuda uyumsuzluk olması halinde uyumsuzluğu özel hukuk hükümleri çözecektir. İdarenin kamu hukukuna tabi olan işlemleri ise çalışma konumuzun da temeli olan internet üzerinden yapılan resmî ilanlar ve internette tesis edilen idarî işlemlerdir. Bu tür işlem ve eylemler idarî faaliyet olduğu için söz konusu uyumsuzluklara kamu hukuku kuralları daha doğrusu idare hukuku kuralları uygulanacaktır.

İnternet üzerinde, daha doğru bir anlatımla yazılım (program) içerisinde tesis edilen idarî işlemlere “elektronik idarî işlem” adını vermeyi uygun görmekteyiz. Elektronik idarî işlemin, aynı konuda yazılı olarak yapılan idarî işlemle hukukî açıdan hiçbir farkı bulunmamaktadır. İşlemin elektronik olması, oluşturulma yöntemi ile ilgilidir. Buna karşılık elektronik idarî işlem kavramı, söz konusu işlemi, normal usullerle yapılan idarî işlemlerden ve internet ortamında yapılan ilan ve duyurulardan ayırmamıza yardımcı olmaktadır.

İdarenin internette bulunduğu faaliyetin idarî olup olmadığının tespitinde genel hükümler yeterlidir. İnternet ortamı ya daha önceden oluşturulmuş olan bir idarî işlemin ilan yeri ya da oluşturulacak olan bir idarî işlemin tesis edileceği alandır. Bu yönüyle internet, idarî işlem ve eylem olgusunun bir aracıdır (daha genel anlamda kamu hizmeti görülmesinin bir aracıdır). İdare, bu araç yardımı ile ya daha önceden oluşturulmuş olan bir idarî işlemi ilan eder ya da bu aracı, idarî işlemi tesis etmek için kullanır. Başka bir deyişle idare, idarî işlemi doğrudan internet ortamında oluşturur (tesis eder). Elektronik idarî işlem kavramını bu türden, yani doğrudan internet ortamında oluşturulan idarî işlemler için kullanacağız.

4- İdarenin İnternet Kullanması

İnternet, idarenin kamu hizmetini yerine getirirken kullandığı araçlardan biridir. İdarî kurum ve kuruluşlar, görmekle yükümlü oldukları kamu hizmetini görürken internetten faydalanmaktadırlar. Bu açıdan internet, kamu hizmetinden ayrı bir hizmet değil, asıl kamu hizmetinin yerine getirilmesi için kullanılan teknolojik bir araçtır.

Buna karşılık salt internet faaliyetleri ile ilgilenmek de başlı başına bir kamu hizmetidir diyebiliriz. Görevi sadece bu kamu hizmetini görmek olan kurumlar da vardır. Örneğin Telekomünikasyon Kurumu bu gruba dahildir. Ancak bizim çalışma konumuz için önemli olan internetin bir araç olarak kullanılmasıdır. Başlı başına bir kamu hizmeti olarak internet konumuz dışındadır.

Günümüzde idarenin internet kullanması bir zorunluluk değil tamamen bir tercih meselesidir. Kamu kurum ve kuruluşlarının aynı zamanda da yasama, yürütme ve yargı organlarının faaliyetleriyle ilgili olarak internet kullanmalarını gerektiren yasal zorunluluklar yoktur. Fakat idarece görülen hizmetlerin çeşidinin ve nüfusun artması, internet kullanımını hukukî olmasa da pratik açıdan giderek zorunlu hale getirmeye başlamıştır. Ayrıca internette hizmet vermek, hem hizmetleri hızlandırmakta hem de halka kolaylık sağlamaktadır. Bu nedenle idarî kuruluşlar oluşturdukları web sayfaları ile hizmet vermeye başlamışlardır. Halk tarafından bilgisayar ve internet kullanımının artmasıyla birlikte idarî kuruluşlar da yavaş yavaş web siteleri kurmak ve daha iyi hizmet vermek yoluna gitmektedirler.

Gelecekte idarenin internet kullanması kısmen de olsa zorunlu hale gelecektir. Çünkü internetin bu derece gelişmesi kısaca E-devlet olarak tabir edilen elektronik devlet kavramının doğmasına yol açmıştır. Elektronik devlet “temel olarak kamunun hizmet verdiği alanlarda bilgi ve iletişim teknolojilerinin kullanılması yoluyla daha şeffaf, vatandaşa daha yakın, daha ucuz ve daha iyi çalışan bir idari yapı olarak tanımlanabilir.”⁹ Dünyada devlet faaliyetlerinin elektronik ortama aktarılması çalışmaları hızla sürmektedir. Ülkemiz de E-devlet olma yolunda ilerlemektedir.

Elektronik ortamla ilgili olarak “Başbakanlığın 19/03/1998 tarih ve B.02.0.PPG.0.12.320-04993 (1998/13) sayılı Genelgesi ile; kamu bilgisayar ağları konusunda yapılan faaliyetlerin değerlendirilmesi, koordinasyonu, izlenmesi ve finansmanı konusunda karşılaşılan darboğazların aşılması amacıyla Başbakanlık Müsteşarının başkanlığında bazı bakanlık ve kuruluş müsteşarlarından oluşan T.C. Başbakanlık Kamu-Net Üst Kurulu ve Kamu-Net Teknik Kurulu kurulmuştur. e-Türkiye Çalışmaları, Başbakanlığın koordinasyonunda

⁹ İNCE, N. Murat: Elektronik Devlet, Kamu Hizmetlerinin Sunulmasında Yeni İmkanlar, s. 21, bu e-kitap için bkz. <<http://ekutup.dpt.gov.tr/bilisim/incem/e-devlet.pdf>>

E-devlet hakkında daha fazla bilgi için bkz. ALPTÜRK, Ercan: “İnternet ve Etkin Devlet”, <<http://www.ceterisparibus.net/arsiv/alpturk2.doc>>

ve Kamu-Net Üst Kurulu ve Kamu-Net Teknik Kurulu toplantılarının ardından, 30 Temmuz 2001 tarihli geniş katılımlı toplantısı ile başlatılmıştır.”¹⁰

İdare, interneti ilan, kayıt işlemleri, alım-satım, çeşitli başvuruların değerlendirilmesi, eğitim, şahsi kayıtlara erişim (kimlik numarası, vergi numarası gibi), bilgi edinme hakkının kullanılması (internet üzerinden), ihalelerin duyurulması gibi birçok alanda kullanmaktadır.

İdarenin internet kullanması özel kişilere oranla daha sınırlı konularda da olsa bazı hallerde yapılan işlemlerin icraî, hak doğurucu veya hak düşürücü olduğu unutulmamalıdır. Ayrıca bazı işlemlerin internet aracılığıyla yapılması idare tarafından emredilmektedir. Bu hallerde bireylerin işlemlerini internet üzerinde yapmaları zorunlu hale gelmektedir.

İnternette yapılan duyurular tüm dünyaya masrafsız olarak ulaşmakta, bazı bilgiler internette verilerek (Sosyal Sigortalar Kurumu'nun ve Emekli Sandığı'nın emeklilere verdiği hizmetler, T.C. kimlik numarasının internette öğrenilebilmesi gibi) hem halka kolaylık sağlanmakta hem de kurumlardaki yoğunluk azaltılmaktadır.

Bilgiye ulaşmanın bu kadar hızlı olduğu bir çağda idarenin de bu hıza ayak uydurması şarttır. Bu nedenle idarenin internet kullanması hem kendisi hem de yönetilenler açısından son derece faydalıdır.

İdare interneti daha çok bilgilendirme maksatlı kullanmaktadır. İdarî faaliyetlerde yazılı usulün esas olması nedeniyle, idarî işlemlerin tesisinde henüz tam anlamıyla internet ortamına geçilememiştir. İdarî işlemlerin tamamının yazılı olması ve bu belgelerin ispat kuvvetlerinin bulunması, buna karşılık bilgisayarın görsel ve işitsel olması ve ayrıca elektronik imza ile imzalanmamış verilerin ve belgelerin¹¹ ispat kuvvetlerinin hukukî açıdan belirsiz olması nedeniyle henüz yazılı belgeler gibi itibar görmemesi sonucunda idare, tam olarak elektronik ortama geçememektedir.

Ancak internet gün geçtikçe hem dünyada hem de Türkiye’de idarenin işleyişine katılmaktadır. Almanya’da “01.05.2002 tarihinden başlayarak Hamburg Vergi Mahkemesi’nde geçici hukuki himaye talepleri ve dilekçeler e-posta ile

¹⁰ <http://www.e-ticaret.gov.tr/etr_eavr/calismalar.htm>

¹¹ 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yaptığı değişiklikle birlikte elektronik imzalar senet ve kesin delil hükmünde olmasına rağmen, halk arasında yazıcı çıktısı olarak tabir edilen belgelerin hukukî mahiyetleri tartışmalıdır. Bu konuda çeşitli görüşler için bkz. ERTURGUT, Mine: Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara 2004, s. 39 vd.

yapılabilmektedir.” Bu konuda Hamburg, elektronik işlemlerle usuli işlemleri mümkün kılan ilk federal eyalet olmuştur.^{12 13} Benzer şekilde yine Almanya’da elektronik ihale alanında, 03.05.2002 tarihinden itibaren Federal İdare ihalelerinin verilmesinde elektronik usul başlatılmıştır.^{14 15} Türkiye’de ise bugün, bir çok devlet üniversitesinde öğrenciler ders kayıt işlemlerini internet yardımı ile yapmaktadır. İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü bünyesinde hizmet veren Yerelnet projesi ile tüm Türkiye’deki il özel idaresi, belediye ve köylerle ilgili ihale duyuruları internet yardımı ile yapılmaktadır.¹⁶ Devlet Malzeme Ofisi ürünlerini kurumun kendi web sayfasından satın almak mümkündür.¹⁷ Emniyet müdürlüğü bünyesinde araç ve plaka tescil işlemleri, pasaport başvuruları, silah ruhsat işlemleri, çalıntı veya kayıp cep telefonu, çalıntı araç takibi ile ilgili bilgilendirme işlemleri, Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları web sayfası üzerinden bilet işlemleri, 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu’na göre e-posta yolu ile bilgi edinme hakkı kullanılması,¹⁸ Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü web sayfasında arşiv tarama, Gelirler Genel Müdürlüğü İnternet Vergi Dairesinde e-Tahakkuk adı altında vergi hesaplamaları¹⁹ ve buna benzer birçok kamusal hizmet ve idari faaliyet internet aracılığıyla gerçekleştirilmektedir.

Türkiye’de bilgisayar kullanımı kamusal alana girmesine rağmen bu konuda yeterli mevzuat çalışması yapılmamıştır. Bilgisayar ortamında yapılan işlemler, normal şartlarda yazılı olarak yapılan işlemleri düzenleyen mevzuat hükümleri ile yürütülmektedir. Eski uygulamalara yönelik olarak düzenlenmiş

¹² <<http://www.jura.uni-sb.de/turkish/turknachrichten02.html>>

¹³ Hamburg Vergi Mahkemesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bakınız (<<http://www.fghamburg.de>>).

<<http://www.jura.uni-sb.de/turkish/turknachrichten02.html>>

¹⁴ <<http://www.jura.uni-sb.de/turkish/turknachrichten02.html>>

¹⁵ Federal İdare ihaleleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.bmi.bund.de/top/dokumente/Pressemitteilung/ix_78315.htm>,<<http://www.jura.uni-sb.de/turkish/turknachrichten02.html>>

¹⁶ Yerelnet ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. <<http://www.yerelnet.org.tr>>

¹⁷ <www.dmo.gov.tr>

¹⁸ **4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu madde 6:** “Bilgi edinme başvurusu, başvuru sahibinin adı ve soyadı, imzası, oturma yeri veya iş adresini, başvuru sahibi tüzel kişi ise tüzel kişinin unvanı ve adresi ile yetkili kişinin imzasını ve yetki belgesini içeren dilekçe ile istenen bilgi veya belgenin bulunduğu kurum veya kuruluşa yapılır. Bu başvuru, kişinin kimliğinin ve imzasının veya yazının kimden neşet ettiğinin tespitine yarayacak başka bilgilerin yasal olarak belirlenebilir olması kaydıyla elektronik ortamda veya diğer iletişim araçlarıyla da yapılabilir.”

¹⁹ <http://ethk.mb-ggm.gov.tr/eThk/ana_gv_gz.jsp>

olan hukukî hükümlerin bilgisayarlar ve internet için kullanılması bazı hallerde sakıncalar yaratmaktadır. Sözelimi internetten elde edilen bilgilere, bazı kamu kurumları itibar ederken bazı kurumlar itibar etmemektedir. Hatta bazı kurumlar, bireylerin yapması gereken bir takım işlemleri, bireylere zorla internette yaptırmasına rağmen, işlemi yaptıran kamu kuruluşu, işlemin yapıldığı ve kuruluşun kendisine ait olan web sayfasının resmî bir geçerliliği olmadığını kendisi belirtmektedir.

Bilgisayar ile ilgili bazı kavramlar tamamen bilgisayar teknolojisine ait olduğundan, bu hususları düzenleyen yeni hükümler henüz yeterli sayıda değildir. Eski mevzuat hükümleri de yeterli olamamaktadır. Örneğin e-posta ile ilgili uyumsuzlukları çözmek için eski mevzuat hükümleri yetersiz kalmaktadır. Posta, telefon, teleks, faks gibi iletişim araçları hakkında yapılmış olan düzenlemeleri de e-posta'ya uygulamak sağlıklı sonuçlar doğurmayacaktır.

Elektronik işlemler hakkında uluslararası alanda çalışmalar yapılmasına rağmen²⁰, ülkemizde bu faaliyetler yeni başlamıştır diyebiliriz. Son yıllarda

²⁰ **Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL)** tarafından, ülkelere yasa hazırlamalarında örnek olmak üzere iki adet model yasa hazırlanmıştır; a) 1996 tarihli Model Elektronik Ticaret Yasası, elektronik verilerin ve sözleşmelerin hukuken tanınmasına ilişkin hükümler içermektedir.

b) 2001 tarihli Elektronik İmzalara İlişkin Standart Hükümler, elektronik imzalarla ilgili genel esasları belirlemektedir. <http://www.e-ticaret.gov.tr/hukuk/ulus_uyg_25_Nisan_2002.htm>

Amerika Birleşik Devletleri'nde elektronik imzaların hukuki statüsü esas olarak üç kanunla belirlenmiştir;

a) Standart Elektronik İşlemler Yasası, model yasa, 30 kadar eyalet tarafından kabul edildi, eyalet yasalarına göre elektronik imza kullanımı için temel çerçeveyi çiziyor.

b) Ulusal ve Uluslararası Ticarete Elektronik İmza Yasası (E-İmza), ulusal çerçevede esasları belirtiyor.

c) Devlette Kırtasiyenin Azaltılması Hk.Yasa, kamu kurumlarına elektronik kayıtları ve imzaları kullanmada belirli yükümlülükler getiren federal bir yasa. <http://www.e-ticaret.gov.tr/hukuk/ulus_uyg25Nisan2002.htm>

Avrupa Birliği'nde elektronik ticaret ve elektronik imza ile ilgili 2 esas Direktif bulunmaktadır;

a) 8 Haziran 2000 tarihli, 2000/31 AB sayılı, Elektronik Ticaret Direktifi, bilgi toplumu hizmetlerinin üye ülkeler arasında serbest dolaşımını sağlamak amacıyla hazırlanan bu direktifte elektronik sözleşmeler ve bunların hukuki neticelerine ilişkin önemli hususlar bulunmaktadır.

b) 13 Aralık 1999 tarihli, 1999/93 AB sayılı, Elektronik İmza Direktifi. AB üyesi ülkelerin 19 Temmuz 2001 tarihine kadar bu Direktife uyum sağlamak üzere gerekli yasa, düzenleme ve idari hükümleri yürürlüğe koymaları gerekmektedir. Direktifin amacı elektronik imzanın kullanılmasını kolaylaştırmak ve hukuken tanınmalarına katkıda bulunmak şeklinde belirlenmiştir. Elektronik imza sertifikaları, sertifika

çeşitli mevzuatta yavaş yavaş internet ile ilgili hükümlere yer verilmeye başlanmıştır.²¹ En önemli gelişme ise Elektronik İmza Kanunu'nun yayınlanmış olmasıdır.²² Bu Kanun ile sayısal imza²³ ile ilgili olarak hukukumuzda mevcut olan boşluk doldurulmuştur. Yine bu Kanunla Borçlar Kanunu ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na önemli eklemeler de yapılmıştır.²⁴ Ancak geriye dönük olarak da bir takım çalışmaların yapılması gerekmektedir. Halen yürürlükte olan kanunlara da internet ile ilgili faaliyetleri düzenleyen ve aydınlatan yeni hükümler getirilmelidir. Özellikle İdare Hukuku ile internetin kesiştiği husus-

hizmet sağlayıcıları, bunların gözetimi ile ilgili esaslar bu Direktifte yer almaktadır. <http://www.e-ticaret.gov.tr/hukuk/ulus_uyg_25_Nisan_2002.htm>

²¹ **KAMU İHALE KANUNU'nun 47. maddesinin ikinci fıkrası:**

"İdareler ihale konusu işin önem ve özelliğine göre ihale sonuçlarını, yurt içinde ve yurt dışında çıkan başka gazeteler veya yayın araçları, bilgi işlem ağı veya elektronik haberleşme (internet) yolu ile de ayrıca ilân edebilirler."

KAMU İHALE KANUNU'nun 13. maddesinin son fıkrası:

"İdareler, yukarıda belirtilen zorunlu ilânların dışında işin önem ve özelliğine göre ihaleleri, uluslararası ilân veya yurt içinde çıkan başka gazeteler veya yayın araçları, bilgi işlem ağı veya elektronik haberleşme (internet) yolu ile de ayrıca ilân edebilir. Ancak, uluslararası ilân yapılması halinde yukarıda belirtilen asgari ilân sürelerine oniki gün eklenir."

TÜRK CEZA KANUNU'na 6/6/1991 tarih ve 3756 sayılı Kanunla eklenen Onbirinci bap, Bilişim Alanında Suçlar, 525/a, 525/b, 525/c, 525/d., FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU'nun ilgili hükümleri.

²² 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu için bakınız 23 Ocak 2004 tarihli ve 25355 sayılı Resmî Gazete.

²³ Sayısal imza; "elektronik imzanın özel bir çeşidi olup, bir anahtar çifti (açık ve gizli anahtarlar) ile elektronik ortamda iletilen veriye vurulan bir mühürdür. Sayısal imzalar göndericinin kimliğinin açık ve net bir biçimde teyidini, elektronik dokümanın orijinliliğini ve güvenilirliğini mümkün kılar. Gönderici için ve mesajın gönderildiği taraf için tek olan sayısal imzalar doğrulanabilir ve inkar edilemez." **ELEKTRONİK TİCARET HUKUK ÇALIŞMA GRUBU RAPORU (8 Mayıs 1998)**, <<http://www.e-ticaret.gov.tr/raporlar/hukuk.htm>>

²⁴ **ELEKTRONİK İMZA KANUNU:**

MADDE 22. — 22.4.1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanununun 14 üncü maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir.

Güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir.

MADDE 23. — 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa 295 inci maddeden sonra gelmek üzere aşağıdaki 295/A maddesi eklenmiştir.

MADDE 295/A- Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler senet hükmündedir. Bu veriler aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılırlar.

Dava sırasında bir taraf kendisine karşı ileri sürülen ve güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş veriyi inkâr ederse, bu Kanunun 308 inci maddesi kıyas yoluyla uygulanır.

larda yeni hükümlere ihtiyaç vardır. İdarî işlem ve eylem kavramlarının internet ile bağdaştırılması bir zorunluluktur. Çünkü internet, hem ilanların halka duyurulması ve idarî işlem tesisi gibi iki önemli konuda etkin bir rol oynamaktadır hem de kağıt tabanlı belgeleme sisteminden elektronik ortama geçişi hızlandırmakta ve bazı hallerde de zorunlu kılmaktadır.

5- İnternet - İdarî İşlem İlişkisi

İdarî işlemin internet ile ilişkisi kanaatimizce iki çeşit olabilir. Birinci durumda daha önceden tesis edilmiş olan bir idarî işlem internetten sadece ilan edilir veya bu işlem hakkında bilgi verilir. İkinci durumda ise idarî işlem doğrudan internet üzerinde tesis edilir (elektronik idarî işlem). Birinci halde “internet yardımı ile yapılan bir idarî faaliyet” söz konusu olmasına rağmen ikinci halde “internet ortamı içinde yapılan bir idarî faaliyet” söz konusu olmaktadır. Her iki halde de yapılan faaliyet idarîdir.

a) Önceden tesis edilmiş bir idarî işlemin internette ilan edilmesi

Mevzuatta internetten yapılan ilanların yapılış usulleri düzenlenmemiştir. Ayrıca ülkemizde, genel olarak ilan kavramının bir şekli ve usulü de yoktur. Belirli konularda ilanların nasıl yapılacağı özel olarak kanunlarda belirlenmesine rağmen, kamu kurumlarında uygulanan ve teamülen yerine getirilen ilanların yapılış usullerini gösteren genel bir düzenleme mevcut değildir. Kurumların kendi bünyesinde yaptıkları ilanların dayanakları çoğu zaman kendi mevzuatı olmaktadır. İlan etme işlemleri birbirinden farklı usullerle yapılmaktadır. Örneğin ilanların panolarda asılı kalma süreleri kurumdan kuruma değişebilmektedir.

Ülkemizde sadece “ilan yolu ile bildirim” mevzuatta düzenlenmiştir. Tebliğat Kanunu’nun 28. maddesine göre ilanen tebliğat, adresi meçhul olanlara yapılmaktadır. Ancak Tebliğat Kanunu internetten yapılan ilanlarla ilgili bir düzenleme ihtiva etmemektedir. Benzer şekilde İdarî Yargılama Usulü Kanunu’nun dava açma süresini düzenleyen 7. maddesi de ilan hususunu, dava açma süresinin belirlenmesi açısından ele almaktadır.²⁵

İnternet, ulaştığı kitlelerin büyüklüğü ve masrafının az olması nedeniyle tercih edilen bir ilan yöntemi haline gelmiştir. İnternette yapılacak ilanların usullerini belirleyen genel hukukî normlar olmadığı için idarî kurumlar, internette yapacakları ilanların şekil ve usullerini kendi inisiyatiflerine göre be-

²⁵ İYUK md. 7/3: “Adresleri belli olmayanlara özel kanunlarındaki hükümlere göre ilan yoluyla bildirim yapılan hallerde, özel kanununda aksine bir hüküm bulunmadıkça süre, son ilan tarihini izleyen günden itibaren onbeş gün sonra işlemeye başlar.”

lirlemektedirler. İlanın biçimi, internette kalma süresi gibi usule ilişkin konular kurumdan kuruma farklılık göstermektedir. Hatta ilgili kurumun kuruluş ve işleyişiyle ilgili olan mevzuatta, internetten ilanla ilgili herhangi bir hüküm bulunmamasına rağmen bu kurum, fiili olarak internetten ilan yoluna da başvurmaktadır. İdare hukuku açısından internetten ilan yöntemi, çoğu halde genel hukuk kuralları ile yürütülen fiili bir faaliyettir.

İnternetten yapılan ilanlarla ilgili olarak yaşadığımız iki sorun vardır. Birincisi internetten ilan hangi usullere göre yapılması gerektiği, ikincisi ise herhangi bir şekilde internetten yapılan bir ilanın hukukî sonuçlarının ne olacağıdır. Birinci hususu düzenleyen mevzuat veya mevzuat hükmü yoktur. Bu nedenle kamu kurumlarının internette yaptıkları ilanlar birbirinden farklıdır. İdarenin internette yaptığı ilanlar, kamu kurumlarının kendi isteklerine göre yapılmaktadır. Kanaatimizce internette yapılan ilanların ortak usullerinin belirlenmesi ve yasal olarak düzenlenmesi gerekmektedir. İkinci hususta da, yani herhangi bir şekilde internetten yapılan bir ilanın hukukî sonuçlarının neler olması gerektiği konusunda da özel bir mevzuat veya mevzuat hükmü bulunmamaktadır. Bu nedenle hem Tebligat kanunu'nun ilan yolu ile bildirim hem de İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun ilgili hükümlerinin kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı sorunu gündeme gelmektedir. Kanaatimizce Tebligat Kanunu ve İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerinin kıyasen uygulanmamasıdır. Çünkü internet, muhteviyat ve biçim açısından diğer tüm ilan usullerinden farklıdır. Yeni hükümler yapılana kadar mevcut sorunların içtihatlarla birey lehine olarak çözülmesi gerektiği kanaatindeyiz. Her ne kadar internetten yapılan ilan ile panoya asılan ilan arasında hukukî açıdan bir farklılık bulunmasa da, normal usullerle yazılı olarak yapılan ilanlarla ilgili hükümlerin, internetten yapılan ilanlara aynen uygulanması durumunda bazı sakıncaların doğması ihtimâli vardır. Örneğin internette yapılmış olan bir ilan hakkında, bu ilanın kişiler tarafından biliniyor olarak kabul edildiği hususu hukukî açıdan hüküm altına alınmış değildir. Başka bir deyişle bu konuda herhangi bir mevzuat hükmü bulunmamaktadır. İlanın internette kaldığı dönem boyunca gerçekten tüm dünyaya duyurulmuş olması, kanaatimizce herkes tarafından bilindiği varsayımının kabul edilmesini gerektirmez. Burada fiilî olarak yapılan, yani kanunlarda veya düzenleyici işlemlerde düzenlenmemiş olan bir ilan faaliyeti vardır. Başka bir deyişle iki yöntem (yazılı ilan ile internetten ilan) arasında yapılan bir kıyas ve benzetme söz konusudur. Her iki yöntemin amacının aynı olması, birine uygulanan hukuk kurallarının diğerine de uygulanabileceği anlamına gelmez. Hukukî olarak düzenlenmedikçe internetten yapılan ilanların, bireylere yüküm yükleyen hallerde bireyleri bağlamadığı, buna karşılık idareye yüküm yüklese bile idareyi bağladığı kanaatindeyiz. Çün-

kü idare, kanunen düzenlenmemiş bir alanda işlem yapma hakkına sahip olmasa bile yaptığı işlemler hukuka uygunluk karinesinden yararlanmakta ve aynı zamanda icraî niteliğe sahip olduğu için bireylerin hukukî durumlarını etkilemektedir.

Ayrıca, kanunlarda veya düzenleyici işlemlerde yer almayan hususlarda idarenin faaliyet göstermesi düşünülemez. İdarenin her faaliyeti hukukî düzenlemeler tarafından önceden belirlenmiştir. Bu nedenle gereken düzenlemeler yapıncaya kadar böyle eşitsiz bir uygulama, bireylerin mağdur olmaması için zorunlu olmaktadır.

Dikkat çekmek istediğimiz bir başka konu da internetten yapılacak ilanlarla ilgili olan hukukî düzenlemeler yapılırken düzenleyici işlemler yerine kanunların tercih edilmesinin daha yararlı olacağıdır. Kanunla düzenleme yapmak, uygulamada istikrar ve kurumlar arası eşgüdümün sağlanması açısından daha faydalı olacaktır. Bugün internet kullanan kurum sayısı oldukça fazladır²⁶ ve bu sayı giderek artacaktır. Özellikle e-devlet anlayışı, gelecekte idarenin tamamen internet ile bütünleşeceğini göstermektedir. Bütün kamu kurumları için geçerli olan standartları belirleyen düzenlemelerin kanunlarla yapılması, uygulamada istikrarın sağlanması açısından son derece önemlidir.

Sonuç olarak idarî işlemin daha önceden yapılması ve internetin sadece ilan amaçlı kullanılması durumunda :

Yazılı olarak meydana getirilmiş ve panoya asılmış bir ilan ile aynı ilanın internette yapılması durumunda (aynı anda veya sadece internette), internette yapılan bu ilan bireyleri kanaatimizce bağlamamalıdır. Buna karşılık idare, internetten yaptığı ilanlarla tıpkı normal usullerle yaptığı ilanlar gibi bağlı olmalıdır. İnternette duyurulan bir ilanın herkes tarafından biliniyor kabul edilmemesi gerekirken, bu ilanı internette gördüğü için başvuru yapan veya dava açan bireyin hakkı da korunmalıdır. Böyle bir uygulama birey lehine bozulmuş bir eşitliği gözler önüne serse de başkaca bir uygulama (bugün için) kanaatimizce mümkün değildir. Çünkü idarenin internette ilan yapmasını **emreden ve düzenleyen** hiçbir hüküm yoktur. Özel kanunlarda sayılan haller

²⁶ Devlet üniversitelerinin, bakanlıklar ve valiliklerin tamamının web sayfası bulunmaktadır. Cumhurbaşkanlığı, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Başbakanlık, bunlarla birlikte 8 müsteşarlık, 59 genel müdürlük, 27 başkanlık, 11 merkez, 21 enstitü, 12 üst kurul, yüksek mahkemeler, bütün kuvvet komutanlıkları ve Genelkurmay da web sayfaları açmışlardır. Kaynak olarak Ankara Valiliği web sayfasında yer alan E-Devlet menüsü kullanılmıştır. Adres: <<http://www.ankara.gov.tr/index.php?site=&module=cmsPage&page=page&cmsPage=1400>>

dışında internet hukukî bir ilan aracı değildir. Özel kanunlarda sayılan hallerde de internet, normal usulde yapılan ilanlara yardımcı olan ikinci bir ilan aracıdır. Ayrıca internetin herkesçe bilindiği varsayılan bir iletişim aracı olduğu da hiçbir kanunda düzenlenmemiştir. Yazılı olarak meydana getirilmiş ve panoya asılmış bir ilan ile aynı ilanın internetten verilmesinin hukukî olarak (özellikle 3. kişilerin haberdar edilmesi açısından) bir farkı olmamasına rağmen bireylerin menfaatlerine aykırı durumlar söz konusu olduğunda veya bireyleri yükümlülük altına sokacak sonuçlar doğacak ise (hak kaybı, sürenin kaçırılması gibi) normal usullerle yapılan ilanların esas alınması kanaatimizce hem idarenin kanunîliği ilkesi açısından hem de bireylerin korunması açısından daha uygun olacaktır.

İdare, ilanın internetten yapıldığı (veya yapılacağı) gerekçesi ile yazılı olarak (normal usullerle) yapmak zorunda olduğu ilanın yapılmasına gerek duyulmadığı şeklinde bir gerekçe ileri sürerek, normal usullerle yapması gereken ilanı yapmaktan kaçınmaz.

Buna karşılık henüz normal usullerle ilanı veya tebliği yapılmamış bir idarî işlemin içeriğinin internetten öğrenilmesi halinde, normal ilan veya tebligat beklenmeden dava açılması kanaatimizce mümkün olmalıdır. Çünkü yazılı bildirim yapılmadan idarî işlemin içeriğini öğrenen kişinin, yazılı bildirim beklemeyen dava açmasına hukukî bir engel bulunmamaktadır.²⁷ Böyle bir durumda davanın vaktinden önce açıldığı da ileri sürülemez.²⁸

İnternet üzerinden tebligatın hukukî durumu da belli değildir. Tebligat Kanunu tebligatlarla ilgili olan hususları düzenlemesine rağmen elektronik olarak tebligatın mümkün olup olmadığı hakkında bilgi vermemektedir. Kanaatimizce Tebligat Kanunu hükümlerinin elektronik olarak yapılan tebligatlara uygulanması mümkün değildir. Çünkü ilan konusunda olduğu gibi olgular birbirinden farklıdır. Özellikle E-posta olarak tabir edilen ve kişilerin kendilerine ait olan posta birimlerine tebligat yapılması da mümkün değildir. Yapılan tebligatlar Tebligat Kanunu anlamında kabul edilemez ve bireyleri de bağlamaz. Bu şekilde yapılmış olan bir tebligat, sadece bireyin daha önceden dava açabilmesini sağlamaktan öteye gidemez. Çünkü kişilerin E-postalarını kontrol etme zorunlulukları yoktur. Sahte E-postalar nedeniyle kişilerin yanıltılması da mümkündür. Ayrıca kişinin E-postasındaki bilgiye hangi tarihte ulaştığını resmî olarak belirlemek de oldukça zahmetli bir iştir. Bazı hallerde de mümkün değil-

²⁷ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref – Güven DİNÇER: İdari Yargılama Usulü, Kanun-Açıklama-İçtihat, 2. Bası, Ankara 1999, s. 334.

²⁸ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref – Güven DİNÇER: İdari Yargılama Usulü, s. 334.

dir.²⁹ Saydığımız gerekçelerle yeni düzenlemeler yapılanaya kadar ilgililere internetten tebligat yapılmamalıdır. Yapılmış olan tebligatlar ise bireylerin hukukî durumlarında aleyhe bir değişiklik yaratacak nitelikte ise kanaatimizce geçersiz, buna karşılık dava açılabilmesi yönünden geçerli sayılmalıdır.

İdarenin internet ortamında idarî işlemler veya ilgililere ilanlar yaparken hata yapması ve bu hata sonucu bir zarar doğması halinde idarenin sorumlu tutulabilmesi mümkündür. Çünkü Anayasa'nın 125. maddesine göre "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." Eğer idare web sayfaları kullanarak belli duyurular, ilanlar veya işlemler yapıyorsa, bu faaliyetlerin olumsuz tüm hukukî sonuçlarına da katlanmak zorundadır. Özellikle internet kullanımının zorunlu tutulduğu hallerde konu daha da önem kazanmaktadır. Kanaatimizce internet ortamında ilan veya idarî işlemle ilgili bir aksaklık söz konusu olduğunda idare sorumludur. Pratik olayın niteliğine göre sorumluluğun türünün (hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi) değişmesi mümkün olmasına rağmen genel olarak bir hizmet kusurunun varlığından bahsetmek mümkündür.

İnternette yapılan ilan işlemleri de normal ilanlar gibi hukuka uygunluk karesinden yararlanırlar, hukuka aykırı oldukları saptanana kadar hukuka uygun sayılırlar. Ancak günümüz itibariyle; hukuka uygun sayılmaları, yukarıda saymaya çalıştığımız gerekçeler nedeniyle bireyleri mağdur etmemelidir.

b) İdarî işlemin doğrudan internette tesis edilmesi (Elektronik idarî işlemler)

Bazı idarî işlemlerin oluşumunda internet doğrudan etkili olmakta, işlem internet üzerinde daha doğrusu internet yardımı ile yazılım (program) içerisinde tesis edilmektedir. Tesis edilen işlemler ise daha sonra yazılı hale getirilerek belgelenmektedir. Elektronik idarî işlem olarak adlandırmayı uygun gördüğümüz bu tür işlemlere en güzel örnek, öğrencilerin internet aracılığıyla yaptıkları ders kayıt işlemleridir. İdare söz konusu işlemi, kurduğu web sayfası üzerinde doğrudan tesis etmektedir. Kayıt işlemi, internet ortamındaki yazılım (program) içerisinde idare ve öğrenci birlikte yapmaktadır. Yazılı olarak yapılan idarî işlemlerin aksine, işlem oluşurken işlemi oluşturan idarenin görevlisi değil, bilgisayarın kendisidir. İdarî işlem, birey tarafından gereken işlemlerin yapılması ve tuşlara basılması; bilgisayarın da gereken değerlendirmeyi yapması sonucu

²⁹ POP (Post Office Protocol) düzeni ile çalışan sistemlerde POP sunucuları, elektronik posta kullanıcı bilgisayarına indirildikten sonra bu elektronik postaları sunucudan silmektedirler. Detaylı bilgi için bkz. **ÖZDİLEK, Ali Osman**: İnternet ve Hukuk, s. 40-43.

tesis edilmiş olur. İlk aşamada bireyin muhatabının doğrudan bilgisayar olması, yapılan bu işlemin idare tarafından yapılmadığı anlamına gelmez. Yazılımın sahibi ve ayrıca yazılımı kullanan ve kullandıran idaredir. Bir hata olması durumunda sorumlu olan da yine idaredir.

Bir işlemin elektronik idarî işlem olabilmesi için gereken tek şart işlemin yazılım içerisinde tesis edilmesidir. Bu aşamada internet, elektronik idarî işlemin unsurlarından biri değildir. İnternet sadece birey ile yazılımı karşı karşıya getirmektedir. Başka bir deyişle internet kullanılmadan da elektronik idarî işlem tesis etmek mümkündür. Ancak bunun için ilgili bireylerin idarî işlemin tesis edileceği yere gelmeleri ve işlemi oradaki bilgisayarlar yardımı ile tesis etmeleri gerekir. Uygulamada bu tür elektronik idarî işlemlere rastlanılmamaktadır çünkü internet, bireylerin idarî kurumlara gelmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmaktadır. İnternet, elektronik idarî işlemlerin zorunlu unsuru olmamasına rağmen elektronik idarî işlemlerin uzaktan yapılabilmesini sağlayan en önemli araçtır.

Elektronik idarî işlemlerin hukukî niteliği de olağan usullerle yapılan idarî işlemlerle aynıdır. Zaten çoğu durumda internet üzerinde gerçekleştirilmiş olan elektronik idarî işlemler daha sonradan yazılı hale getirildikleri için, uygulamada, işlemin internet üzerinde yapılmış olmasının doğurabileceği olumsuz sonuçlar da bertaraf edilmiş olmaktadır. Buna karşılık elektronik idarî işlemlerde işlemin tekemmül anı belirsizdir. İşlemin oluşma anı, internette son tuşa basılması veya bilgisayarın onaylaması olabileceği gibi yazılı hale getirildiği an da olabilir. Kanaatimizce işlem, programın içinde tekemmül etmektedir. Daha sonradan yazılı hale getirilmesi ise işlemin bir kopyasını almaktan (kağıda dökümünü) almaktan ibarettir.

Bilgi işlem sistemlerinin arızası veya idarenin işlemi bilgisayar ortamından yazılı ortama aktarması esnasında meydana gelen hatalar nedeniyle bireylerin menfaatlerinin zedelenme ihtimâli söz konusu olabilir. Böyle bir durumda bireylerin işlemlerdeki hatalar hakkında yetkili merciilere itiraz hakları ve ayrıca gerektiği durumlarda da dava açma hakları her zaman vardır.

İnternet üzerinde tesis edilmiş olan işlemin ilgiliye tebliğ veya ilan edilmesi hususu da işlemin uygulanabilirliği açısından önem arz etmektedir. İdarî işlemlerin kişiler hakkında hüküm ve sonuç doğurabilmesi için usulüne uygun olarak tebliğ veya ilan edilmesi gerekir. İşlemin icraîliği, işlem internette tesis edildiği anda meydana gelmesine rağmen bu işlemin icraî niteliğinin etkili olabilmesi için ilgiliye tebliğ veya ilanı zorunludur. Kanaatimizce internet üzerinde gerçekleştirilen işlemlerin yazılı hale getirilerek normal usulde yapılan işlemler

gibi tebliğe veya ilana konu edilmesi gerekir. İşlemin internet üzerinde yapıldığı sırada ilgili birey tarafından görüldüğü kesindir. Bu noktada birey, icraî olan idarî işlemten haberdar olmadığını söyleyemez. Çünkü işlem bireyin gözleri önünde ve bireyin faaliyetleri ile gerçekleşmektedir. Ayrıca bu işlemin tesis edildiği tarihi de belirlemek mümkündür. Başka bir deyişle işlem, bilgisayarda bireyin gözleri önünde oluşmakta aynı zamanda da birey, hem işlemten haberdar olmakta hem de işlem yapılırken kendisine o tarihte tebliğ veya tefhim edilmiş gibi olmaktadır. Bu aşamada bireylerin itiraz edebilmesi veya dava açabilmesi hukukî açıdan mümkündür. İtiraz konusunda problem yaşanma olasılığı düşüktür. Çünkü birey, ilgili idarî birime başvurup web sayfası hakkında itirazda bulunacaktır. Ancak konuya iptal davası açısından bakıldığında mahkemeye sunulacak olan belge idarenin hazırladığı değil, bireylerin bilgisayardan alacağı belge (yazıcı çıktısı) veya disket, CD-Rom, sanal bellek gibi araçlara yapılan kayıtlar olacaktır ki, bunların mahkeme tarafından ne derece dikkate alınacağı belli değildir. Yazıcı çıktıların ise hukukî açıdan delil olma nitelikleri tartışmalıdır.³⁰ Bilgisayardan alınan verilerin ise (üzerlerine veri kaydedilebilen disket, CD-Rom, sanal bellek gibi araçlar) ispat gücünü doğrudan düzenleyen bir mevzuat hükmü yoktur. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu sadece, usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik verilerin senet hükmünde olduğunu ve bunların aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılacaklarına hükmetmiştir. Henüz elektronik imza ile idarî işlem tesis edilememektedir. Bu nedenle internet üzerinde gerçekleştirilmiş olan bir idarî işlemin, idare tarafından yazılı hale getirilmesi ve ilgiliye tebliğ edilmesi gerekmektedir. İşlemin biliniyor olmasından yola çıkarak aynı anda kendisine tebliğ de edilmiş olduğu gibi bir sonuca varılmamalıdır. Tebligat isteniyorsa tebligat hükümlerine uyularak yapılmalıdır. İşlem yapıldığı anda ilgili tarafından biliniyor olarak kabul edilmek isteniyorsa, gereken mevzuat değişiklikleri yapılan kadar bu durum, ilan hükümleri (bir önceki başlık altınca incelediğimiz hükümler) çerçevesinde yürütülmelidir. Yani bireyin lehine olduğu durumlarda internette yapılan ilanlar ile normal ilanlar aynı hüküm ve sonuçları doğurmalı, bireyin aleyhine olduğu durumlarda (hak kaybı, sürenin kaçırılması gibi) ise internette yapılan ilanlar dikkate alınmamalı, bu ilanların yazılı olarak normal usulde yapılmış olanları dikkate alınmalıdır.

Kanaatimizce ilgililerin hukukî durumlarını etkileyen elektronik idarî işlemler hakkında internette alınan belgeler ile dava açılabilmesi mümkündür.

³⁰ ERTURGUT, Mine: Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, s. 39 vd.

İşlemin henüz idare tarafından yazılı hale getirilmemiş olması, dava açılabilmesine engel teşkil etmemelidir.

Bilgisayar ortamında yapılan işlemlerin muhakkak yazılı hale getirilmesi gerekir aksi halde idarî işlemlerin genel şekil kuralı olan “yazılı olma” şartı ortadan kalkar. Buna karşılık işlemin yazılı hale getirilmemiş olması (bilgisayarda yer alması) hukukî açıdan işlemin tekemmül etmediğini de göstermez. İnternetin ve bilgisayarların kendine özgü yapıları bizleri, bu şekilde ikili, uyumsuz ve çelişik gibi görünen sonuçlara götürmektedir. Uygulamada sorunların yaşanmaması için gerekli düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

c) İnternet üzerinden alınan belgeler ile elektronik delillerin hukukî durumları ve ispat güçleri

Yargılama usulü kanunlarımızda elektronik kayıtların, yasal delil olarak mahkemelerde kabul görmesini düzenleyen hükümler mevcut değildir. Yanlızca usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler senet hükmündedir ve bu veriler aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılırlar. Bilgisayar çıktılarının ise daha önce belirttiğimiz gibi ispat açısından hukukî durumları belli değildir.

Bugün; İngiltere, Kanada, Avusturalya, Güney Afrika, Singapur, Malezya ve Amerika Birleşik Devletleri, elektronik kayıtların yasal delil olarak kabul edilmesi sorununa değinmektedirler.³¹ Örneğin Kanada mevzuatında Standart Elektronik Delil Kanunu, (Uniform Electronic Evidence Act) “elektronik kayıt”, “elektronik kayıt sistemi” gibi anahtar terimleri tanımlamakta ve kabul olunabilirlikleri ile ilgili kurallar getirmektedir.³²

Teknoloji, kağıt tabanlı bilgi, belge, kayıt ve dolayısıyla kağıt tabanlı delil düzeninden, dijital (elektronik) tabanlı bilgi, belge, kayıt ve delil düzenine doğru geçmeyi zorunlu hale getirmektedir. Elektronik ortamda yapılan işlemlerin giderek artması, bu ortamda yapılan işlemlerin de delil olarak değerlendirilmesi zorunluluğunu beraberinde getirmiştir.

³¹ ANDRADE, Helen S.: RP Laws Unclear on Admission of Electronic Evidence in Courts, BUS. WORLD (MANILA), Oct. 1997, available in 1997 WL 13853180'dan aktaran RICHARD, Kimberly D.: “Electronic Evidence”, s. 474.

³² GREGORY, John: Uniform Electronic Evidence Act, (visited Nov. 27, 1999), <<http://www.jya.com/eueea.htm>> aktaran RICHARD, Kimberly D.: “Electronic Evidence”, s. 474.

Genel olarak elektronik delil, bir bilgisayarın bir görevi tamamlaması ile (accomplish a task) dijital biçimde oluşturulan veya saklanan her türlü bilgidir.³³ Elektronik deliller,

- bir kimsenin bilgisayara girdiği bilgiler,
- bilgisayarın operatörün isteğine cevap verirken oluşturulan bilgiler,

- bilgisayarın kullandığı veya işleme tabi tuttuğu bilgiler olabilir.³⁴ O halde elektronik delil, enformasyon bilgi tabanlarını (information databases), işletim sistemlerini, uygulama programlarını, bilgisayar tarafından oluşturulan modelleri, elektronik ve sesli posta mesaj ve kayıtlarını, diğer bilgileri ve bilgisayar hafızasında yer alan açıklamaları içerebilir.³⁵

Web sayfasının bir dökümünün (kağıda, diskete, CD'ye veya taşınabilir belleğe) alındığı hallerde bu dökümün hukukî açıdan geçerliliğini tahlil etmek de konumuz açısından son derece önemlidir. İnternette işlem yapan bireylerin, bu işlemi belgelemeleri için ellerindeki tek imkân, yaptıkları işlemi gösteren web sayfasının bir dökümünü almaktır. Bu dökümlerin hukuksal açıdan ispat gücünü belirleyen ölçütler yeni yeni oluşmaktadır. Ayrıca günümüz teknolojisinin bir sonucu olarak bu çeşit dökümlerin sahte olanlarını düzenlemek son derece kolaydır.

³³ **DAVIS, E. Susan:** "Elementary Discovery, My Dear Watson", CAL. LAW., Mar. 1996, s. 53 ve **SILVERNAIL, Susan J.:** "Electronic Evidence: Discovery in the Computer Age", ALA. LAW., May 1997, s. 176,177'den aktaran **CHUNG, Christine Sgarlata – David J. BYER:** "The Electronic Paper Trail: Evidentiary Obstacles to Discovery and Admission of Electronic Evidence", Boston University Journal of Science & Technology Law, September 22, 1998, s. 183. Elektronik delillerle ilgili daha fazla bilgi için bkz. **CHUNG, Christine Sgarlata – David J. BYER:** "The Electronic Paper Trail", s. 183 vd.; **BESTER, Matthew J.:** "A Wreck on the Info-Bahn: Electronic Mail and the Destruction of Evidence", CommLaw Conspectus, Vol. 6, 1998, s.75-88; **ENG, Kevin:** Legal Update "Spoliation of Electronic Evidence", 5 B.U. J. SCI. & TECH. L. 13, 1999, s. 270-277; **HORNING, Richard Allan:** "Electronically Stored Evidence: Answers to Some Recurring Questions Concerning Pretrial Discovery and Trial Useage", Washington and Lee Law Review, Vol. 41, Number 4, Fall 1984, s. 1335-1358; **RICHARD, Kimberly D.:** "Electronic Evidence: To Produce or Not To Produce, That is the Question", Whittier Law Review, Vol. 21, 1999, s. 463-491.

³⁴ **CHUNG, Christine Sgarlata – David J. BYER:** "The Electronic Paper Trail", s. 183.

³⁵ **CHUNG, Christine Sgarlata – David J. BYER:** "The Electronic Paper Trail", s. 183.

Bilgisayar çıktılarının ispat güçleri zayıftır. Ancak yazıcıdan alınan belgenin (çıktının) idareye onaylatılması durumunda bu belge, normal usullerle düzenlenen resmî belgelerle aynı geçerliliğe sahip olacaktır. Belgenin idareye onaylatılmaması (veya idarenin onaylamaması) durumunda veya bir dava söz konusu olduğunda bireyler, ispat hukuku açısından hangi yollara başvurabileceklerdir? Kanaatimizce böyle bir durumda bireylerin başvurabileceği üç yol vardır. Birincisi mahkemeden, kamu kurumuna ait web sayfasının bir kaydının mahkemeye getirilmesini talep etmek, ikincisi davaya konu olan web sayfasının yazılı olarak idarece düzenlenmiş şeklinin mahkemeye getirilmesini yine mahkemeden talep etmek üçüncüsü ise kendi elinde olan dökümü (internette alınmış) mahkemeye sunmaktır. Birinci ve ikinci yöntemlerde idare web sayfasını değiştirmek suretiyle sorumluluktan kurtulmak yoluna kolayca başvurulabilir. Ayrıca birinci halde, yani mahkemeye disket, cd-rom veya taşınabilir bellek gibi bir kayıt cihazı ile web sayfasını sunmak, ispat hukuku açısından beraberrinde başka bir sorun da gündeme getirebilir. Çünkü idarece mahkemeye sunulan bir elektronik kayıt cihazının idarî hakim tarafından incelenmesi esnasında bu kayıt cihazı bir delil gibi dikkate alınacaktır, halbuki böyle bir durumda idare tarafından mahkemeye sunulan kayıt cihazı delil olmayıp, doğrudan işlemin kendisine ait bir kayıttır. Yani yazılı belgeler ile kayıt cihazındaki bilgiler aynı hukukî değere sahiptir. Çünkü idare, dava konusu idarî işlemi oluşturan yazılımın kendisini veya ekrandaki görüntüsünü mahkemeye sunmaktadır. İdare hukuku açısından dikkat edilmesi gereken ve kanaatimizce çok önemli bir husus bu noktadadır. İdari işlemin kendisi ile ilgili yazı, doküman veya elektronik kayıtlar delil değildir. Doğrudan işlemin kendisidir. Yazı, doküman veya elektronik kayıt bireyler tarafından sunulursa veya idare tarafından sunulmasına rağmen doğrudan işlemin kendisine ait değilse delil niteliğinde olabilir.

Üçüncü halde ise, yani davacı bireyin web sayfasının ilgili bölümünü belge şeklinde veya her hangi bir kayıt cihazına kaydederek mahkemeye sunması durumunda, bu araçların ispat gücü kanaatimizce zayıf kalacaktır. Bilgisayar çıktıları ve diğer araçları, İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesindeki atıfla idarî yargılama usulünde uygulama alanı bulan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 367. maddesine göre özel hüküm sebebi çerçevesi içinde dikkate almaktan başka çaremiz yoktur.³⁶ Bu araçlar idare tarafından gönderildiği zaman doğrudan idarî işlemin bir parçası olmalarına rağmen birey-

³⁶ Bireyler tarafından mahkemeye sunulan cd-romlar keşif olarak da kabul edilebilir çünkü özel hüküm sebebi olan deliller aslında birer keşiftir. Ancak HUMK'nun keşif kelimesini gayrimenkuller için kullanmış olması ve 367. maddede özel hüküm sebebi delilleri ayrıca düzenlemiş olması gerekçesiyle cd-rom ve benzeri delillerin özel hüküm sebebi ismi altında değerlendirilmesi daha doğru olacaktır.

ler tarafından sunulduğunda mevcut hukuk sistemimiz içerisinde onları “delil” saymaktan başka hukukî bir yol mevcut değildir. Bu iki farklı durumun birbirine karıştırılmadan detaylı bir şekilde mevzuatta düzenlenmesi gerekir.

Çok önemli bir detaya da deyinmek istiyoruz. Elektronik deliller, “elektronik delil” olarak değerlendirilmelidir. Elektronik delilin kağıda dökülmüş veya kayıt cihazlarına kaydedilmiş hali, bilgisayarın belleğinde yer alan halinden farklı olabilir. Başka bir deyişle bilgisayardan örneğin kağıda yazdırılan bilgiler, bilgisayarda yer alan orjinalinden eksik veya farklı olabilir. Söz gelimi e-postaların kağıda basılmış halleri, elektronik ortamda kayıtlı bulunan orjinallerinin ihtiva ettiği bir takım bilgileri (dağıtım listeleri, directory adı verilen bölümler, postanın alındığına dair onaylar) içermeyebilir.³⁷ Elektronik delillerin kağıda yapılmış dökümlerinin, elektronik delilin kendisi ile aynı olduğu yaklaşımla değerlendirme yapılmamalıdır.

E-kayıt denilen elektronik ortama kayıtlı bilgilerle ilgili hukukî düzenlemelerin acilen yapılması gerekmektedir. Kamu hukuku açısından Vergi Usul Kanunu’nda elektronik kayıtlarla ilgili bir hükme rastlamak mümkündür. Vergi Usul Kanunu’nun 256. maddesi kısmen de olsa elektronik kayıtlara değinmektedir.³⁸ Ancak e-kayıtların düzenlenmesi tek başına yeterli olmamakta, bu kayıtların elektronik delil olarak değerlendirilmeleri için ihtiyaç duyulan hükümlerin de mevzuatta yer alması gerekmektedir.

Açıkladığımız nedenlerle, internette yapılmış olan bir idarî işlemle ilgili olarak bireylerin, bilgisayardan aldıkları ve idarî işlemi gösteren belgeleri idareye onaylattırmaları, bu işlemin ispatı açısından önemlidir. Eğer belge onaylatılmamışsa ve dava söz konusu olmuşsa, bireyin aldığı belgenin ispat gücü zayıf

³⁷ CHUNG, Christine Sgarlata – David J. BYER: “The Electronic Paper Trail”, s. 186.

³⁸ **Vergi Usul Kanunu madde 256 (4369 sayılı Kanununun 4. maddesiyle başlığı ile birlikte değişen ve 29.7.1998 tarihinden itibaren yürürlüğe giren madde):** Geçen maddelerde yazılı gerçek ve tüzel kişiler ile mükerrer 257. madde ile getirilen zorunluluklara tabi olanlar, muhafaza etmek zorunda oldukları her türlü defter, belge ve karneler ile vermek zorunda buldukları bilgilere ilişkin mikro fiş, mikro film, manyetik teyp, disket ve benzeri ortamlardaki kayıtlarını ve bu kayıtlara erişim veya kayıtları okunabilir hale getirmek için gerekli tüm bilgi ve şifreleri muhafaza süresi içerisinde yetkili makam ve memurların talebi üzerine ibraz ve inceleme için arz etmek zorundadırlar. Bu zorunluluk Maliye Bakanlığınca belirlenecek usule uygun olarak, tasdike konu hesap ve işlemlerin doğrulanması için gerekli kayıt ve belgelerle sınırlı olmak üzere, bu hesap ve işlemlere doğrudan ya da silsile yoluyla taraf olanlara, defter ve belgelerinin tetkiki amacıyla yeminli mali müşavirler tarafından yapılan talepler için de geçerlidir.

kalacaktır. Ancak aynı işlem hakkında, belgenin aynısının idareden istenmesi durumunda, idare tarafından mahkemeye gönderilecek olan bilgisayar dökümünün resmî bir belge olacağı kesindir. İdare yazılı olarak değil de sözkonusu işlemle ilgili düzenlemeyi kayıt cihazına aktarmak suretiyle mahkemeye verirse bu halde de kayıt cihazı içerisindeki bilgiler kanaatimizce resmî sığfata sahip olmalıdır ve bu kayıt cihazı, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 367. maddesi uyarınca özel hüküm sebebi olarak değerdendirilmemelidir. Çünkü doğrudan işlemin kendisi kayıt cihazının içindedir. Nasıl ki idarenin işlem hakkında düzenlediğı yazılı belge delil değilse, işlemi gösteren kayıt cihazı da delil değildir. İşlem kağıda yazılmak yerine kayıt cihazına kaydedilmiştir. Kayıt cihazının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 367. maddesi uyarınca özel hüküm sebebi sayılması, birey tarafından mahkemeye sunulması durumunda söz konusudur.

d) Kamu kurumlarına internet aracılığıyla yapılan başvurular

Kamu kurumlarına internet aracılığıyla yapılan başvurular ise yine yeni bir faaliyettir. Teknolojideki gelişmeler; şahsen, vekil aracılığıyla, telefon, faks gibi araçlarla ve posta yoluyla yapılan başvuru biçimlerine internetten başvurabilme biçimini de eklemiştir. Başvuru elektronik posta yoluyla olabileceğı gibi (e-mail) doğrudan web sayfası üzerinde de yapılabilir. İnternette başvuru kabul etmek tamamen idarenin insiyatifindedir. İdare, bireylere kolaylık olması amacı ile böyle bir usulü tercih edebilir. Nitekim Bilgi Edinme Kanunu'nun 6. maddesi, elektronik ortamda bilgi edinme başvurusu yapılabileceğini düzenlemektedir.

İnternet aracılığıyla yapılan başvuruların ispatlanması hususu da önemlidir. Bireylerin internet yardımı ile yaptıkları başvurular, idarenin kusuru nedeniyle hiç yapılmamış durumuna düşerse (bireyin yaptığı başvurunun idarenin bilgi işlem sistemi içinde kaybolması gibi), idarenin bu hususu dikkate alması gerekir. Böyle durumlarda bireylerin bilgisayardan aldıkları dökümlerin idarece incelenmesi, gerçekten idarenin bir kusuru var ise başvurunun yapılmış olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır.

6- Sorumluluk Hükümleri Açısından İdarenin İnternet Kullanması

İnternette bulunan idarî faaliyetlerle ilgili olarak sorumluluk hususunu düzenleyen özel bir mevzuat veya hüküm yoktur. İdarenin sorumluluğıyla ilgili genel hükümler teorik olarak yeterli olsa da, bu teoriler teknolojinin pratik ihtiyaçlarını her zaman karşılayamamaktadır. Özellikle e-devlet olmak yolunda ilerleyen idarenin ihtiyaçlarının giderilmesi ve teknoloji sayesinde idarî faaliyet-

lere katılan bireylerin mağdur olmaması için yeni hükümlerin getirilmesi gerekmektedir.

İdare, bulunduğu bütün faaliyetlerden dolayı sorumludur. İnternet ister idarenin doğrudan işlemi veya eylemi, isterse idarî işlemin veya eylemin bir aracı olsun, her iki halde de idarenin sorumluluğu söz konusudur ve internet ile ilgili her türlü idarî faaliyet, idarenin klasik usulde yaptığı işlem ve eylemler gibi yargı denetimine de tabidir. Bu nedenle hangi sebepten dolayı olursa olsun idarenin internette bulunduğu faaliyetlerin sorumluluk hükümleri dışına çıkartılması düşünülemez, Anayasanın 125. maddesine göre mümkün de değildir.

Sorumluluk kabul etmeden internette duyuru veya işlem yapmak, bizleri, idarenin işlem ve eylemlerinden sorumlu olmadan faaliyette bulunabileceği gibi bir sonuca götürür ki, bir hukuk devletinde böyle bir uygulamanın yeri olmadığı açıktır. İdarenin internet kullanması bireylerin iyiliği içindir. Başta da belirttiğimiz gibi idarenin internet kullanmak zorunluluğu yoktur. İnternet, teknolojinin zorlaması ile ayrıca hızlı ve kolay ulaşılabilir bir araç olduğu gerekçesiyle ve yine bireylere kolaylık sağlamak amacıyla kullanılmaktadır. Ancak yapılma gerekçesi ne olursa olsun idare, bulunduğu faaliyetlerden dolayı sorumludur. İdare, web sayfaları kullanarak belli duyurular veya işlemler yapıyorsa, bu faaliyetlerin olumlu ve olumsuz tüm hukukî sonuçlarına da katlanmak zorundadır.

Kanaatimizce sorumluluk kabul etmemek için web sayfalarına söz konusu sayfaların resmî geçerliliği olmadığı şeklinde düşülen kayıtlar hukukî açıdan geçersizdir. İdarenin bu şekilde şerhler koyarak kendi düzenlediği web sayfasına itibar etmemesi, bu sayfalardaki bilgilerin doğruluğunu inkâr etmesi mümkün değildir. Eğer şerh düşülerek sorumluluktan kurtulmak mümkün olsa idi, o halde kağıt üzerinde yapılan işlemler üzerine de şerh düşülerek sorumluluk hükümlerinden kaçmak mümkün olurdu ki böyle bir uygulamanın idarenin sorumluluğu ile ilgili tüm ilkeleri yıkacağı açıktır. Kanaatimizce web sayfalarına geçerlilik ile ilgili olumsuz kayıtlar düşülse dahi idarenin sorumluluğu devam etmektedir. Üzerinde şerh olan web sayfaları da bu olumsuz şerh olmasına rağmen geçerlidir. Eğer web sayfası görüntüleri resmî olarak geçerli değilse o halde idarî kurumun bilgi işlem sisteminde (veya bilgi bankasında) yer alan hiçbir bilgi de (data) resmî değildir. Çünkü web sayfasında yer alan bilgiler, idarî kuruma ait bilgi işlem sisteminin bir parçasının veya tamamının ekrana yansıtılmış halidir. Bir bilginin idarenin bilgisayarının içerisinde dururken resmî olması, buna karşılık aynı bilginin internette yayınlanırken resmî olmaması mümkün değildir. Bu yüzden idareye ait olan ve içerisinde resmî geçerliliğin

olmadığını bildiren şerhler düşülen web sayfaları da kanaatimizce resmî niteliğe sahiptir.

Web sayfasındaki bilgiler ile aynı konudaki esas yazılı belgelerde (yani aynı işlemin kağıt üzerindeki halinde) bulunan bilgilerin birbiri ile çelişik olması halinde, internette yer alan bilgilerin resmî olmadığı gerekçesi ile bireyi mağdur etmek de kanaatimizce hukuka aykırıdır. Örneğin yazılı olarak belirlenmiş ve ilan edilmiş sınav tarihlerinin internette hatalı olarak duyurulması durumunda, sınavı kaçırarak öğrenciler hakkında idare, web sayfasının resmî olmadığını, esas geçerli olan ilan yazılı olarak yapılan ilan olduğunu iddia edemez. Kamu kurum ve kuruluşları sorumluluk kabul etmek istemiyorlar ise işlem ve eylemlerinde internet kullanmamalıdır. Kullanıyorlar ise sorumluluk hükümleri altında olduklarını unutmamalıdır. Eğer web sayfasına itibar eden bireylerin menfaatleri ihlâl edilmiş ise idarenin bu ihlalleri telâfi etmesi gereklidir. Sözgelimi örneğimizde, sınavı kaçırarak öğrencilere idarenin yeni bir sınav hakkı tanıması gerekmektedir. Böyle durumlarda menfaati ihlâl edilen bireylerin dava açabilmeleri de her zaman mümkündür.

İdarenin özel hukuk hükümlerine tabi olan faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıklar özel hukuk hükümlerine; idare hukukuna tabi olan faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıklar ise idare hukuku hükümlerine göre çözümlenir.³⁹ Bu nedenle, idarenin internet kullanması eğer özel hukuk hükümlerine tabi olan bir faaliyeti ile ilgili ise (örneğin idarenin internette mal veya hizmet satın alması gibi) uyuşmazlığa özel hukuk hükümleri uygulanacaktır. Buna karşılık idarenin internet kullanırken bulunduğu faaliyet idare hukuku hükümlerine tabi bir faaliyet ise (idarî işlemin internette tesis edilmesi veya ilanlar gibi) uyuşmazlığa idare hukuku hükümleri uygulanacaktır. İdarenin internet kullanırken bulunduğu faaliyetlere idare hukuku hükümlerinin uygulanabilmesi için öncelikle bu faaliyetlerin idarî olup olmadığının tespit edilmesi gerekir.

a) Hizmet kusuru açısından sorumluluk

Hizmet kusuru, idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya da işleyişindeki bozukluk ve aksaklığı ifade eder.⁴⁰ Buradaki hizmet kelimesi sadece kamu hizmetini değil, genel olarak bir idarî görevi veya faaliyeti belirtmektedir.⁴¹ İdarenin internet kullanması ister kamu hizmetini gerçekleştirme aracı olsun isterse genel olarak bir idarî görev veya faaliyet olsun, internette yapılan idarî faaliyetler sonucu meydana gelen zararlardan dolayı

³⁹ GÜNDA Y, **Metin:** İdare Hukuku, 7. Bası (Aynı Bası), Ankara 2003, s. 318.

⁴⁰ GÜNDA Y, **Metin:** İdare Hukuku, s. 320.

⁴¹ GÜNDA Y, **Metin:** İdare Hukuku, s. 320.

idare sorumludur. İnternetin kamu hizmetinin bir aracı olduğu durumlarda bilişim teknolojisi, idarenin hizmetleri görürken yararlandığı bir cihazdır ve bu cihazı esas hizmetten ayırmak mümkün değildir. Hizmet görme araçlarını esas hizmetten ayırmak mümkün olmadığına göre idarenin hizmetleri görürken internetten yararlanması esnasında meydana gelebilecek her türlü bozukluk ve aksaklık kanaatimizce hizmet kusurunu gündeme getirmektedir. Hizmet kusuruna göre, bozukluk veya aksaklık sonucunda hizmet ya kötü işleyecek, ya geç işleyecek ya da hiç işlemeyecektir. İnternetin genel olarak bir idarî görev veya faaliyet yürütmek amacıyla kullanılması durumunda da idarenin sorumluluğu sözkonusudur. İdarenin işlem ve eylemlerinden sorumlu tutulabilmesinin ölçütü bu işlem ve eylemleri kendisinin yapmış olmasıdır. Başka bir deyişle idarenin sorumlu tutulabilmesi için gerekli olan ölçüt bulunulan faaliyetin niteliği (yani kamu hizmeti olması) değil, faaliyette bulunan kişinin kendisi olmasıdır. Özetle idare, internette bulunduğu faaliyetten, kamu hizmeti ile ilgili olmasa bile yine sorumludur.

Somut olayın niteliğine göre hizmet kusurunun çeşidi değişse de idarî kararlarda yanlış ve mesnetsiz birtakım kayıtların yer alması ve idare tarafından ilgilere hatalı ve noksan bilgi verilmesi hallerinde hizmetin kötü işlemesi söz konusudur.⁴²

Faaliyetin “**internet ortamı içinde yapılan bir idarî faaliyet**” (işlemin doğrudan internet içerisinde yapılması) veya “**internet yardımı ile yapılan bir idarî faaliyet**” (ilan veya duyurular) olmasının bir önemi yoktur. Her iki halde de idare kusurundan dolayı sorumludur.

Her ne kadar hukuka aykırı idarî kararlar genellikle sorumluluk doğursa da hukuka aykırı bir idarî karar söz konusu olduğunda, idarenin sorumluluğunun bulunduğunu otomatik olarak söylemek mümkün değildir. İşlemin hukuka aykırı olması yetmez böyle bir durumda zararın doğrudan ve kesin bir zarar olması şarttır.⁴³

İdarî işlemin doğrudan internet üzerinde (program içerisinde) yapılması idarenin faaliyetlerinin idarî ajanlar vasıtasıyla yapılması olgusunun bir istisnasıdır. Her ne kadar programı hazırlayan ve daha sonra işlemi yazılı kayıt-

⁴² **ÖZDEMİR, Necdet:** Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu, Ankara 1963, s. 56.

⁴³ **MORAND-DEVILLER, Jacqueline:** Cours de droit administratif, 7ème édition, Montchrestien, Paris 2001, s. 746-747’den aktaran **ATAY, E. Ethem – Hasan ODABAŞI – Hasan Tahsin GÖKCAN:** Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003, s. 71.

lara geçiren idarenin elemanları olsa da, işlemin yapılma anında idarenin ajanlarının idarî işleme her hangi bir katkısı bulunmamaktadır. Yani işlemin tam oluşma anında meydana gelebilecek olan aksaklıklar gerçek anlamda teknik olarak doğmuş olan sorunlardır.

İnternet üzerinde idarî işlem tesis edilmesi, hizmet kusurunun kişiselleştirilememesi ve müsebbihinin kim olduğunun bilinmemesi⁴⁴ durumuna teknolojik bir boyut eklemektedir. Hizmet kusurunun kişiselleştirilememesi ve müsebbihinin kim olduğunun bilinmemesi teorik olarak idarenin ajanı ile idareyi birbirinden ayırır. İdarenin bilişim teknolojisi araçlarını kullanması esnasında çoğu halde zaten idarenin ajanı, hizmetin görülmesine katılmamaktadır. Çünkü işlemin oluşması anında bireylerin muhatabı doğrudan doğruya bilgisayar (program) olmaktadır.

Ancak tekrar belirtmek isteriz ki, muhatabın bilgisayar olması idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. İdare, hem kendi faaliyetlerinden hem de bilgi işlem sisteminin neden olduğu aksaklıklardan dolayı sorumludur.

b) Kusursuz sorumluluk ilkesi açısından sorumluluk

Kusursuz sorumluluk ilkesinin şartları uygulamada ve doktrinde bellidir. İdarenin internette bulunduğu faaliyetlere Tehlike (Risk) İlkesinin veya Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin uygulanması pek mümkün görünmemektedir. Çünkü internet görsel ve işitsel bir bilgi transferidir. Fizikî eylem gerektiren bir faaliyet değildir. İnternetteki idarî faaliyetler sonucu meydana gelebilecek olan zararlar hukukî zararlardır.

Buna karşılık sorumluluk hukukunda yaşanan “kusursuz sorumluluğun genişlemesi” akımı⁴⁵ ve uyuşmazlıklarda kusursuz sorumluluğun varlığını belirleme yetkisinin yargıca tanınmış olması⁴⁶ nedeniyle idarenin internet kullanması esnasında meydana gelebilecek zararlar sebebiyle kusursuz sorumluluğa doğru bir kayma da söz konusu olabilir.

⁴⁴ ATAY, E. Ethem – Hasan ODABAŞI – Hasan Tahsin GÖKCAN: Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, s. 64.

⁴⁵ Danıştay 12. Dairesi'nin 1.3.1971 gün ve E. 1969/4176, K. 1971/507 sayılı kararı “...Olayda, idarenin hizmeti ifada kusuru kesin olarak tespit edilmemekle beraber; bir amme hizmetinin yürütülmesi sırasında fertlere ika edilen zararların idare huku-ku ilkeleri dairesinde idarece tazmini gerekir.”

⁴⁶ ATAY, E. Ethem – Hasan ODABAŞI – Hasan Tahsin GÖKCAN: Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, s. 103.

Eğer idare internet kullanmaktan bir menfaat elde ediyorsa, bir şeyin nime-tinden yararlanan kimsenin onun külfetlerine de katlanması yaklaşımı⁴⁷ sonucu kusursuz sorumluluk ilkesi de gündeme gelebilir. İnternet kullanımının yeni olması ve bu konuda yargı yollarına yapılan başvuruların henüz yeterli seviyede olmaması nedeniyle içtihat açısından bir eksiklik yaşanmaktadır. Genel olarak kusursuz sorumluluğun mümkün olamayacağı söylene de, teknolojinin geliş-mesi ve internet kullanımının artması sonucunda, gelecekte kusursuz sorumluluğun kapsamının bu konuda da genişlemesi ihtimâli olduğu gözardı edilemez. Çalışmamızın başında da belirttiğimiz gibi hukukî olaylar önce internet ortamında yaşanmakta daha sonra hukukî hükümlerle düzenlenmeye çalışılmaktadır.

Kusursuz sorumluluğun uygulanmasını gerektiren haller söz konusu oldu-ğunda içtihatların bu konuda önemli bir rol oynayacağı açıktır.

c) Sorumlulukla ilgili diğer hususlar

İnternetin yapısına uygun olmak kaydıyla, hizmet kusuru ile ilgili olan her husus, idarenin internette bulunduğu faaliyetler hakkında da aynen geçerlidir. İdare ajanlarının bilgi işlem sistemleri içerisinde yapmış olduğu hukuka aykırı faaliyetler nedeniyle kişisel kusurları gündeme gelebilir. Benzer şekilde bireyin kendi kusuru da söz konusu olabilir. Sorumluluktan kurtulma hükümleri de, internetin yapısına uygun olmak şartıyla, idarenin sorumluluğu açısından geçer-lidir.

Kamusal web sayfalarının “hacker ve cracker”⁴⁸ olarak tabir edilen kişiler-ce saldırıya uğraması ve içlerine sızılarak mevcut bilgilerin değiştirilmesi

⁴⁷ ATAY, E. Ethem – Hasan ODABAŞI – Hasan Tahsin GÖKCAN: Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, s. 102; ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, 3. Bası, İstanbul 1966, s. 1684.

⁴⁸ Hack: İşletim sistemlerinin doğasında var olan açık kapılardan sisteme sızılmasıdır. “Normalde erişim izni olmayan sistemlere, o sistemlerin güvenlik duvarlarının aşıl-rak girilmesidir.” Bu faaliyeti yapan kişilere hacker denir.

Crack: “Kötü niyetli olarak ve kendisine yahut bir başkasına çıkar sağlamak için, Web sayfalarının veya sistemlerin güvenlik duvarlarının, şifrelerinin kırılarak Web sayfasına veya sistemlere zarar verilmesine” denir. Bu faaliyeti yapan kişilere de cracker denir. ÖZDİLEK, Ali Osman: İnternet ve Hukuk, s. 166.

Hacker ile cracker uygulamada genelde aynı anlamda kullanılmalarına rağmen as-lında aralarında önemli bir fark bulunmaktadır. Hacker’lar güvenlik duvarlarını aştıktan sonra sadece bilgiye ulaşırlar. Cracker’lar ise güvenlik duvarlarını aştıktan sonra hem bilgiye ulaşırlar hem de o sistem içerisindeki bilgileri yok etmek, de-ğiştirmek, şifreleri kırmak, şifreleri dağıtmak gibi eylemlerde bulunurlar. Hacker ile

ihitmâli üzerinde de durmak gerekmektedir. Teknolojik olarak yüzde yüz korunmak mümkün değildir. Korunma programları geliştikçe, korunma duvarlarını aşan programlar da gelişmektedir. Ancak böyle bir durumda da idarenin kanaatimizce hizmet kusuru vardır. Her ne kadar crack veya hack eylemi 3. bir kişi tarafından yapılmakta ise de; idare, internet ortamına aktardığı bilgileri ve kayıtları korumakla mükelleftir. Ayrıca idare, bu bilgi ve kayıtların gizliliğinden de sorumludur. İdare, gereken önlemleri aldığını iddia ederek sorumluluktan kurtulamaz. İdarenin teknolojik olarak devamlı surette en yeni ve en gelişmiş korunma programlarını kullanması gerekir.

İdarenin kasten, koruyucu engelleri aşarak deep link⁴⁹ vermesi sonucu, link verilen sitenin uğradığı zarar söz konusu olduğunda, kanaatimizce idare, hem hizmet kusuru ile hem de özel hukuk hükümlerine göre sorumlu olmalıdır. Bu noktada “idarenin web sayfası düzenleme” faaliyeti, bir hizmet olarak kötü işlemiştir. Çünkü ortada deep link verilen sitenin hakkında doğrudan bir bireysel işlem yoktur. İdare, bireylere hizmet etmek için bir web sayfası oluşturmaktadır ve bu oluşturma işi esnasında ilgili web sitesine verilen deep link nedeniyle, link verilen site (sitenin sahibi) zarar görmektedir. Bu durumda kanaatimizce idarenin haksız bir eylemi söz konusudur ve özel hukuk davası açılabilir. Uyuşmazlık bir özel hukuk uyuşmazlığı olmasına rağmen özel hukuk olduğu kadar idare hukuku kurallarının uygulanmasını da zorunlu kılmaktadır çünkü ortada idarenin bir eylemi vardır. Adlî ve idarî yargının görev alanlarını belirleyen kriterler arasında internet ile ilgili hükümler olmadığı için bu boşluğun genel hükümler yardımı ile çözülmesi gerekmektedir. İdarî Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesine göre idarî eylemden veya işleminden dolayı kişisel hakkın doğrudan muhtel olması tam yargı davası açmak için yeterli olduğuna göre, böyle bir uyuşmazlık hakkında tam yargı davası açmak için herhangi bir engel de mevcut olmadığına göre bireyler tam yargı davası açabilirler.

cracker arasındaki temel fark, cracker’ın zarar vermesidir. **ÖZDİLEK, Ali Osman:** İnternet ve Hukuk, s. 166.

Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız **ÖZDİLEK, Ali Osman:** İnternet ve Hukuk, s. 166-177.

⁴⁹ Deep link: Derin linkte link verilen sitenin ana sayfası atlanarak ana sayfadan girilebilen bir sayfasına erişim sağlanmaktadır. (**KARAOĞLU, Erol:** “Bir Web Sitesine Diğer Bir Web Sitesinden Bağlanma (=Linking) Ve Doğurduğu Hukuksal Sorunlar”, <<http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/linking.htm>>, s. 2.) Bu nedenle, kendisine link verilen site, anasayfası atlandığı için reklam gelirleri ve bazı diğer haklardan mahrum kalmaktadır.

SONUÇ

İdarenin interneti reddetmesi düşünülemez çünkü teknoloji hem kamusal alanla hem de kişilerin özel hayatlarıyla içiçe geçmiştir. Şu an için bir geçiş aşaması söz konusudur. Devlet işlerini internet ortamına aktarmak hem süre hem de emek isteyen bir faaliyettir. Bu geçiş aşamasında internete uygulanacak olan kuralların, bireyi zedelemekten ve idare hukukunun kendine özgü ilkelerine ters düşmeden uygulanması gerekmektedir. Teknolojik gelişmelerle birlikte mevcut devlet bürokrasisinin işleyişi ile ilgili şekil ve usul kurallarının ilgili mevzuatta düzenlenmesi gerekir. Özellikle idarenin sorumluluğu hususunda titiz davranılmalı, internette hatalı işlemler yapılması halinde sorumluluk ilkelereinden ayrılınmamalıdır.

Hukukî açıdan panolara asılan hatalı ilanlar ile internetten yapılan hatalı ilanlar arasında bir fark bulunmamaktadır. Aynı şekilde yazılı olarak yapılan ve hata içeren idarî işlemler ile yine internette hatalı olarak oluşturulmuş idarî işlemler arasında da hukukî açıdan bir farklılık yoktur. Web sayfalarında sorumlulukla veya geçerlilikle ilgili olumsuz şerhler veya uyarılarda bulunulmasının da hukukî açıdan geçerli olmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Kamu kurumlarının kamusal işlemlerde internet kullanması durumunda birey menfaatlerini zedelememek için son derece dikkatli davranmaları gerekmektedir. Kanaatimizce kişilerin hukukî durumlarında değişiklik yaratabilecek işlemlerin, gerekli mevzuat altyapısı oluşturulmadan internet yoluyla yapılmaması yerinde olur. Başta Anayasa olmak üzere çeşitli mevzuatın, birçok kanunun ve ilgili diğer düzenleyici işlemlerin internet kullanımını ile uyumlu hale getirilmesi şarttır.

KAYNAKÇA

- AHİ, M. Gökhan:** “Hukuki Bakımdan Sayısal İmza-III”, <http://dergi.tbd.org.tr/yazarlar/07072003/gokhan_ahi.htm>
- ALPTÜRK, Ercan:** “İnternet ve Etkin Devlet”, <<http://www.ceterisparibus.net/arsiv/alpturk2.doc>>
- ANDRADE, Helen S.:** RP Laws Unclear on Admission of Electronic Evidence in Courts, BUS. WORLD (MANILA), Oct. 1997, available in 1997 WL 13853180.
- ATAY, E. Ethem – Hasan ODABAŞI – Hasan Tahsin GÖKCAN:** Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003, Seçkin Yayıncılık.
- BESTER, Matthew J.:** “A Wreck on the Info-Bahn: Electronic Mail and the Destruction of Evidence”, CommLaw Conspectus, Vol. 6, 1998, s. 75-88.
- CHUNG, Christine Sgarlata – David J. BYER:** “The Electronic Paper Trail: Evidentiary Obstacles to Discovery and Admission of Electronic Evidence”, Boston University Journal of Science & Technology Law, September 22, 1998, s. 179-199.
- “The Electronic Paper Trail”
- DAVIS, E. Susan:** “Elementary Discovery, My Dear Watson”, CAL. LAW., Mar. 1996.
- ENG, Kevin:** Legal Update “Spoliation of Electronic Evidence”, 5 B.U. J. SCI. & TECH. L. 13, 1999, s. 270-277.
- ERTURGUT, Mine:** Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara 2004, Yetkin Yayınları.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref – Güven DİNÇER:** İdari Yargılama Usulü, Kanun-Açıklama-İçtihat, 2. Bası, Ankara 1999, Turhan Kitabevi.
- GREGORY, John:** Uniform Electronic Evidence Act, (visited Nov. 27, 1999), <<http://www.jya.com/eueea.htm>>
- GÜNDAY, Metin:** İdare Hukuku, 7. Bası (Aynı Bası), Ankara 2003, İmaj Yayıncılık.
- HORNING, Richard Allan:** “Electronically Stored Evidence: Answers to Some Recurring Questions Concerning Pretrial Discovery and Trial Usage”, Washington and Lee Law Review, Vol. 41, Number 4, Fall 1984, s. 1335-1358.
- İnternet Symposium:** Legal Potholes Along the Information Superhighway, 16 LOY. L.A. ENT. LJ. 541,550 (1996) (transcript of panel comments from symposium on new media law at Loyola Law School, Apr. 11, 1996.)
- “İnternet Symposium:Legal Potholes Along the Information Superhighway”
- İNCE, N. Murat:** Elektronik Devlet, Kamu Hizmetlerinin Sunulmasında Yeni İmkanlar, (e-kitap).

Bu e-kitap için bkz. <<http://ekutup.dpt.gov.tr/bilisim/incem/e-devlet.pdf>>

KARAOĞLU, Erol: “Bir Web Sitesine Diğer Bir Web Sitesinden Bağlanma (=Linking) Ve Doğurduğu Hukuksal Sorunlar”, <<http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/linking.htm>>

KEGLEY, Adam R.: “Regulation of the Internet: The Application of Established Constitutional Law to Dangerous Electronic Communication”, Kentucky Law Journal, Vol. 85, 1996-97, s. 997-1019.

“Regulation of the Internet”

MORAND-DEVILLER, Jacqueline: Cours de droit administratif, 7ème édition, Montchrestien, Paris 2001.

ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, 3. Bası, İstanbul 1966.

ÖZDEMİR, Necdet: Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu, Ankara 1963, Ankara İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi Yayınları, Yeni Desen Matbaası.

ÖZDİLEK, Ali Osman: İnternet ve Hukuk, Eylül 2002, Papatya Yayıncılık.

POOLEY, James H. A. – David M. Shaw: “Finding Out What’s There: Technical and Legal Aspects of Discovery, 4 TEX. INTELL. PROP. L.J. 57,57 (Fall 1995).

RICHARD, Kimberly D.: “Electronic Evidence: To Produce or Not To Produce, That is the Question”, Whittier Law Review, Vol. 21, 1999, s. 463-491.

“Electronic Evidence”

SILVERNAIL, Susan J.: “Electronic Evidence: Discovery in the Computer Age”, ALA. LAW., May 1997.

İNTERNETTEN ULAŞILAN KAYNAKLAR

- 1) <<http://www.ankara.gov.tr/index.php?site=&module=cmsPage&page=page&cmsPage=140>>
- 2) <<http://www.jura.uni-sb.de/turkish/turknachrichten02.html>>
- 3) <<http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/elektronikimza.htm>>
- 4) <http://www.e-ticaret.gov.tr/hukuk/ulus_uyg25Nisan2002.htm>
- 5) <<http://www.e-ticaret.gov.tr/raporlar/hukuk.htm>> (ELEKTRONİK TİCARET HUKUK ÇALIŞMA GRUBU RAPORU 8 Mayıs 1998)
- 6) <http://www.e-ticaret.gov.tr/etr_eavr/calismalar.htm>

ANAYASA MAHKEMESİ ÜYELİĞİ**

(THE STATUS OF CONSTITUTIONAL COURT JUDGES)

Hakim Bülent ULAŞ*

ÖZET

Kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetimi; normlar hiyerarşisi ve bu çerçevede Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ile hukuk devleti ilkelerinin bir gereğidir.

Bireyin temel değer kabul edildiği, insan hakları ve demokrasiyi korumanın ulusal ve evrensel düzeyde ön plana çıktığı çağımızda, Anayasa Mahkemeleri, insan haklarının ulusal düzeyde korunmasında en etkin kuruluşlardır.

Türkiye, 1961 Anayasası ile çağdaş anlamda bir Anayasa Mahkemesine kavuşmuş ve bu kurumla ilgili olarak, yaklaşık kırk yıllık bir deneyime sahip olmuştur.

Anayasa Mahkemesinin işlevlerinin etkinliği; teşkilatlanması ve kullandığı yöntemler yanında, kendisini oluşturan üyelerin nitelikleriyle de doğrudan ilgilidir.

Bu çalışmada; Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirlenme yöntemleri, mahkemeye üye olma koşulları ve üyelik statüsü, Avrupa modeli ve Türkiye uygulaması karşılaştırılarak açıklanmaya çalışılmış ve her bölümün sonunda mevcut uygulamaya ilişkin öneriler sunulmuştur.

Anahtar kelimeler

Avrupa modeli, atama sistemi, seçim sistemi, karma sistem, nitelikler, görev süresi.

ABSTRACT

The inspection of the constitutionality of the laws is a necessity under the hierarchy of laws, the superiority of the constitution and the obligation according to the constitution and the principles of a legal state in this context.

In our time, understanding the individual oriented thought, human rights and democracy is becoming more vital subjects domestically and globally. Therefore the constitutional courts are the ultimately effective institutions on charge.

Turkey has founded the modern Constitutional Court in 1961 and has a deep experience in making this institution work.

The functionality of the Constitutional Court is directly related to its organization, the methods used and also the qualifications of judges on board.

In this study, the determination systems of Court Judges, requirements and the status of enrollment, European model and its Turkish way of application are explained via comparisons and suggestions are provided according to present application.

Key words

European model, appointment system, election system, jointed system, qualifications, term of office.

** Bu çalışmanın hazırlanmasında "Composition of Constitutional Courts Synoptic Tables", European Commission for Democracy Through Law, Council of Europe, 29 May 1996, Strasbourg adlı dökümandan büyük ölçüde yararlanılmıştır.

* K.K.K. Askeri Savcılığı.

GİRİŞ

Günümüzde, anayasa yargısı ve anayasa mahkemelerinin işlevleri artarak genişlemektedir.

Klasikleşmiş, yasaların anayasaya uygunluk denetimi, yüce divan sıfatı ve siyasi partilerin denetimi gibi fonksiyonları yanında artık anayasa mahkemeleri, kuvvetler ayrılığı ilkesinin, demokratik rejimin ve insan hak ve özgürlüklerinin koruyucusu halini almaktadır.

Anayasa yargısı bu yeni işlevlerini yerine getirirken, hukukun üstünlüğü, demokrasi ve insan haklarını sadece korumakla yetinmeyip, getirdiği yorum ve ilkelerle bunların, ulusal ve uluslararası planda gelişimine de katkı sağlamaktadır.

Anayasa mahkemelerinin, görevlerini başarıyla yerine getirebilmeleri, çalışma yöntemleri yanında, büyük oranda kendisini oluşturan üyelerin, yani anayasa mahkemesi üyeleri'nin niteliği ve etkinliğine bağlıdır.

I. ANAYASA YARGISI ve ANAYASA MAHKEMELERİNİN DEĞİŞEN İŞLEVİ

1. ANAYASAYA UYGUNLUĞUN YARGISAL DENETİMİ

En dar anlamıyla anayasa yargısı, yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimidir. Anayasal yargıdan söz edebilmek için; ortada kuvvetler ayrılığına dayalı demokratik bir rejim, en üstte anayasanın yerleştiği hiyerarşik bir kurallar sistemi ve nihayetinde tüm unsurlarıyla bir hukuk devleti olması gerektiği bu kabaca tanımdan dahi anlaşılabilir.

Tarihi ve sosyolojik şartların ortaya çıkardığı ve devlet biçiminde örgütlenmiş bir toplumun; ekonomik, sosyal ve kültürel yapısına ve bu yapıya hakim olan ideolojisine uygun olarak, devlet ve siyasal iktidarın yapısını ve organlarını kuran, organların hak ve yetkileri ile birbirleriyle ilişkilerini belirleyen; vatandaşların temel hak ve özgürlüklerini garanti altına alan; diğer yasalardan farklı biçimlerde yapılan ve değiştirilen temel yasaya anayasa denir¹.

Anayasalar, bir toplumun ana örgütlenmesi, siyasal iktidarlar ve devlet organlarının siyasal ve hukuksal dayanağı ve insan hak ve özgürlüklerinin teminatı olmaları sebebiyle maddi ve şekli bakımdan üstün olmalı, iç hukuk düzenini oluşturan hukuk kuralları hiyerarşisinde en yüksekte yer almalıdır.

¹ A.Mehmet KOCAOĞLU: Anayasa Hukuku(Ankara,1998),16.

Tüm dünyada hukuk kuralları arasında bir sıralama ve bir hukuk hiyerarşisi vardır. Bu hiyerarşide her kural kedisinden yukarda bulunan tüm kurallara uygun olacak ve sonuçta tüm kuralların uyacağı ve aykırı olamayacağı bir temel ya da ana kural bulunacaktır. Bu temel kural, toplumun hukuk fikrinin ifadesi olan anayasadır ve anayasanın bulunduğu bu yüksek konum anayasanın üstünlüğü olarak kabul edilir.

Anayasanın üstünlüğü ve onun tamamlayıcı bir unsuru olan anayasanın bağlayıcılığı ilkeleri, tüm çağdaş hukuk devletlerinde halkın refah ve mutluluğu için ve devlet yetkisinin kötüye kullanılmasının önüne geçmek amacıyla kabul görmüştür.

Anayasaya uygunluk denetimi; kuralların hiyerarşik kademelenmesine dayanan hukuk devleti ilkesinin ihlal edilmesine karşı en üst düzeydeki yaptırımdır. Bu denetim her şeyden önce kanunilik ilkesinin aşılmasını, kanunun hukukla özdeşleşmediğini ve hukuk hakimiyetini ifade etmektedir.

Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığını sağlamak için siyasal ve yargısal denetim kurumları ve yöntemleri geliştirilmiştir. Siyasal denetim mekanizmaları, er yada geç siyasi iktidarın güdümüne girerek işlevlerini yitirdikleri için pek yaygın değildir.

Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminde ise genel kabul gören bir ayrım, merkezileşmemiş, (yaygın) ve merkezileşmiş (tekelci) sistemler olarak iki model vardır. Bunlar, Amerika ve Avrupa modelleri olarak da adlandırılmaktadır.

A. Amerikan Modeli

İlk örneğini Amerika Birleşik Devletleri'nin oluşturduğu merkezileşmemiş olan Amerikan modeli, Amerikan siyasal geleneklerinin etkili olduğu Latin Amerika dışında genel bir kabul görmemiştir. Bu model Avrupa'da Norveç, Danimarka, İsviçre ve Yunanistan'da uygulanmaktadır².

1787 ABD Anayasası'nda öngörülmemiş olmasına rağmen, Yüksek Mahkemenin 1803 yılında verdiği "Marbury A.Madison kararı" Amerikan anayasa yargısının temelini oluşturmaktadır.

Amerikan modelinde, anayasaya uygunluk denetimi, ayrı bir anayasa mahkemesi yerine genel olarak bütün yargı organı tarafından yapılmaktadır. Uygulamadan doğan Amerikan modelinde yargıç sadece kanunu değil, hukuku

² Yargılama Düzeninde Kalite, TÜSİAD Yayınları, TÜSİAD-T/98-11/237 (İstanbul,1998),39.

uygulamakla yükümlüdür. Bunun sonucunda her yargıç, hukuk kuralını uygulamadan önce onun bir üst kurala uygunluğunu doğrulamaktadır. Denetim her düzeyde ve bütün yargıçlar tarafından yapıldığı için yaygındır.

Kuralın hukuka uygunluğu sorunu, dava sırasında gündeme gelen, somut ve zaman zaman ortaya çıkan bir denetimdir. Yargıç tarafından hukuka uygun bulunmayan kural, hukuk düzeninde varlığını sürdürür ancak, dava konusu olaya uygulanmaz.

B. Avrupa Modeli

Avrupa modeli, anayasa mahkemesi modelidir. Anayasa mahkemesi ise özel olarak ve münhasıran anayasal uyumsuzluğu çözüme bağlamak için kurulmuş, mevcut yargı düzeni dışında yer alan, organik ve biçimsel olarak kendine özgü, bağımsız uzmanlaşmış bir yargı merciidir.

Avusturyalı hukukçu Hans Kelsen'in temellerini attığı Avrupa modelinde, anayasa mahkemesinin anayasaya aykırı bulduğu bir kanun, hukuk düzeninden kesin olarak çıkartılarak, kanunların anayasaya uygunluğu zorla sağlanmaktadır.

Avrupa'da kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminde tekelci yetkiye sahip yüksek mahkemeyi ilk önce 29.02.1920'de Çekoslovakya kurmuş, onu 01.10.1920'de Avusturya, 09.12.1931'de İspanya, 01.07.1937'de İrlanda izlemiştir.

Faşizmin genel yükselişi ve İkinci Dünya Savaşı ile, demokratik rejimlere ait diğer bütün kurumlar gibi kesintiye uğrayan anayasa mahkemeleri, savaş sonrasında yeniden gündeme gelmiştir. 1945'de Avusturya'da, 1948'de İtalya'da, 1949'da Federal Almanya'da, 1958'de Fransa'da, 1961'de Türkiye'de, 1978'de İspanya'da, 1982'de Portekiz'de ve 1983'de Belçika'da Avrupa modeli tarzı anayasa mahkemeleri kurulmuştur.

SSCB'nin de dağılmasıyla ancak 20'nci yüzyılın sonunda demokratikleşme sürecine girebilen Doğu ve Orta Avrupa ülkelerinin de hemen hepsi bu merkezileşmiş anayasaya uygunluk denetimini benimsemiş, böylece günümüzde Avrupa modeli genel kabul gören denetim şekli olmuştur.

Anayasa mahkemeleri, kanun yasama meclisindeyken ve henüz yürürlüğe girmeden önce denetim yapabileceği gibi³ kanun yürürlüğe girdikten sonra da denetim yapabilir.

³ Bu denetim tarzını tanıyan ve uygulayan tek ülke Fransa'dır. Fransa'da organik kanunların ve yasama meclisleri iç tüzüklerinin anayasaya uygunluğunun ödeneti-

Kanun yürürlüğe girdikten sonraki denetim ise soyut denetim (iptal davası) ve somut denetim (anayasaya aykırılık itirazı) şeklinde olabilir.

İç hukuk normları ve uluslararası sözleşmelerin yanında, yasamanın hareketsizliğini de denetim konusu yapabilen anayasa mahkemeleri, basit ve ara kararlara⁴ ilave olarak yasamaya çağrı biçiminde kararlar da verebilmektedir.

Avrupa modelinde, anayasa mahkemesi kararlarının etkisi, bağlayıcılığı ve yürürlük tarihi konularında birbirinden farklı uygulamalar ve kabuller mevcuttur.

Kanunların anayasaya uygunluğunun yanı sıra, demokratik seçimlerin denetimi, kuvvetler ayrılığına saygının gözetimi, siyasi partilerin kapatılması gibi işlevleri de üstlenen anayasa mahkemeleri insan haklarının korunmasında en etkin araçlardır. Bunun içindir ki, dünyada 19'uncu yüzyıl parlamentolar yüzyılı iken, 20'nci yüzyıl anayasa mahkemesi yüzyılı olmuştur. Bugün, insanlığın ulaştığı anlayışa göre demokrasi, çoğunlukçu düşünceye dayanan bir rejim değil; özgürlükçü, çoğulcu ve katılımcı bir rejimdir. Bu doğrultuda kanun, artık yalnızca seçilenlerin iradesi değil, denetleyenlerin de iradesinin kabulü ile anayasal anlamına kavuşmaktadır. Bu nedenle anayasa mahkemeleri genel iradenin oluşumunu engellemekten ziyade bu iradeye katkıda bulunan bir rol oynamaktadırlar.

2. ANAYASA YARGISININ İŞLEVİ

Bugün, anayasa mahkemelerinin iki ana işlevinden söz edilebilir. Bunlar anayasal dengelerin korunması ve hak ve özgürlüklerin korunması hatta yaratılmasıdır.

Devlet kurumlarının yetki alan ve sınırlarının muhafaza edilmesi ve demokratik ilkelerin korunması, anayasa mahkemelerinin anayasal dengelerin sağlanması çerçevesinde yerine getirdikleri işlevlerdir.

Günümüzde devlet kurumları arasında yetki sınırlarının belirlenmesine ilişkin anayasaya uygunluk denetimi ise yasama, yürütme, yargı arasındaki yatay kuvvetler ayırımı ile merkezi ve merkez dışı kurumlar arasında düşey kuvvetler ayırımının korunması suretiyle gerçekleştirilmektedir.

mi mecburi, olağan kanunlar ve uluslararası yükümlülüklerin anayasaya uygunluk öndenetimi ise ihtiyaridir.

⁴ Basit kararlar; "anayasaya aykırılık veya uygunluk bildirimleri"dir. Ara kararlar ise "yorumlayıcı kararlar" ve "kısmi anayasaya uygunluk bildirimleri"dir. Bkz. İbrahim Ö. KABOĞLU: Anayasa Yargısı(Ankara,1997).

Seçimlerin ve referandumların denetimi ise anayasa mahkemelerinin demokratik ilkelerin korunması kapsamında yerine getirdikleri işlevlerdir. Bunların dışında, siyasi partilerin denetimi ve yüce divan görevleri de anayasa mahkemesinin belli başlı görevleri arasında sayılabilir.

İkinci Dünya Savaşı sırasındaki ağır insan hakları ihlalleri sonucunda bir çok devlet temel hak ve özgürlükleri anayasalarında düzenleyerek bunların korunması için anayasa mahkemeleri kurmuşlardır.

Yasama ve yürütme kuvvetlerinin güçlenmesine karşı, adeta bir tepki olarak gelişen anayasal yargı, bugün devlet iktidarıyla, insan haklarının korunması arasında bir denge unsuru olarak yerini almıştır.

Anayasal yargı, bu denge fonksiyonunu, diğer işlevlerini görürken otomatik olarak yerine getirir ve insan haklarına saygıyı sağlarken ilkeler geliştirir, hatta özgürlüklere ilişkin kurallar yaratır. Ayrıca anayasa mahkemeleri bireylerin doğrudan başvurusu üzerine, hak ve özgürlük ihlallerine karşı koruyucu rol oynarlar.

3. ANAYASA YARGISI VE DEMOKRASİ

Demokrasi, sadece çoğunluğun yönetimi değil, halkın kendi kendini yönettiği bir sistem olarak tanımlandığında, bu sistemin olağan ve düzenli işlenmesi, halk iradesinin serbestçe oluşumuna bağlıdır. Toplum içinde bugün azınlıkta olan bir siyasi fikir, ancak düşünce ve kanaatlerin demokratik ortamda ifade edilebilmesi suretiyle yarın çoğunluk durumuna gelebilir. Bu nedenle demokrasinin korunmasında anayasa yargısının esaslı bir rolü vardır.

Kanunların, sadece yasama meclisinden çıktığı haliyle değil fakat anayasa mahkemelerinin yorumladıkları biçimde anlam kazanması ve bireylere anayasa mahkemesine doğrudan başvuru imkanı tanınması, anayasa yargısının klasik temsili demokrasiye ilave ettiği iki yeni unsurdur.

Anayasal demokrasi adı da verilen bu yeni demokrasi görünümü aslında hukuk devletinin yücelmesinden başka bir şey değildir.

4. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ

Türkiye’de anayasaya uygunluk denetimi, 1961 Anayasası ile benimsenen, Avrupa modeli merkezi sistem doğrultusunda başlatılmıştır. Bu amaçla, 15 asıl, 5 yedek üyeden oluşan bir Anayasa Mahkemesi kurulmuştur. Mahkemenin oluşumunda daha çok 1947 İtalya Anayasası’ndan etkilenilmiştir⁵.

⁵ Yargılama Düzeninde Kalite,40.

1982 Anayasası da, esas itibarıyla 1961 Anayasası ile benimsenen sistemi sürdürmekle beraber, Anayasa Mahkemesinin üye sayısı ve üyelerin belirlenme yöntemi bakımından bazı değişiklikler yapmıştır. Halen yürürlükte olan düzenlemeye göre, Anayasa Mahkemesi 11 asıl, 4 yedek üyeden kuruludur ve Mahkeme üyelerinin tamamı Cumhurbaşkanı tarafından seçilip-atanmaktadır.

Kısaca görevlerine değinmek gerekirse, Anayasa Mahkemesi; anayasa değişikliklerinin şekil; kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ve TBMM iç tüzüklerinin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya uygunluğunu ve siyasi partilerin hesaplarını denetler.

Siyasi partilerin kapatılması davalarına ve Yüce Divan sıfatıyla, Anayasa'nın 148/3'üncü maddesinde sayılan, en yüksek kamu görevlilerinin cezai sorumluluklarıyla ilgili davalara bakar.

Anayasa Mahkemesi, kanunların Anayasa'ya uygunluk denetimini günümüzde artık klasikleşmiş olan iptal davası ve itiraz ya da defî yollarıyla yapmaktadır. "anayasa şikayeti" yolu sistemimizde mevcut değildir.

Anayasa Mahkemesi kararları, gerekçeli yazılır ve Resmi Gazete'de yayınlanması ile yürürlüğe girer. İptal kararları geriye yürümez.

Anayasa mahkemesi üyelerinin göreve geliş sistemleri, nitelikleri ve statüleri, demokrasinin korunması ve geliştirilmesi yönünde ağır sorumluluklar yüklenen anayasa mahkemelerinin işlevlerini yerine getirmesinde belirleyici bir etkidir.

II. ÜYELERİ BELİRLEME SİSTEMLERİ

1. ATAMA SİSTEMİ

Anayasa mahkemesi üyelerinin, anayasa veya ilgili yasada gösterilen statüdeki kişinin iradesiyle belirlendiği sistemdir. Üyeleri atayacak kişi devlet başkanı olabileceği gibi, yasama ,yürütme hatta yargı organı içinde dahi yer alabilir.

Aslında atama, kavram olarak idari bir işlemi ifade eder. Seçim suretiyle belirlenen üyeler dahi ulusal mevzuatın durumuna göre şekli nitelikte bir atama işlemiyle göreve başlayabilirler. Ancak burada atama kavramıyla işaret edilen husus, anayasa mahkemesi üyesini belirleyen irade ve yetkinin bir veya birkaç kişiye teslim edilmiş olmasıdır.

Demokratik rejimin işleyişinde anayasa mahkemeleri ve dolayısıyla yargıçlarının üstlendiği rol göz önüne alındığında, kuşkuyla karşılanabilecek bu sistem, Avrupa modeline uygun olan ülkelerde genellikle benimsenmemiştir.

Çünkü, bu sistem, mahkeme üyelerini atamak suretiyle belirleyen iktidarın, ülke içindeki tek bir siyasi düşünce temsilcilerinin eline geçerek, anayasal güç dengelerinin sarsılması ve demokratik düzenin yozlaşması tehlikelerini beraberinde getirir.

Atama sisteminin geçerli olduğu Fransa'da, Anayasa Konseyi üyelerinin 3'ü Cumhurbaşkanı, 3'ü Milli Meclis Başkanı, 3'ü de Senato Başkanı tarafından atanır.

Finlandiya ve İzlanda Yüksek Mahkeme üyeleri ise Cumhurbaşkanı tarafından atanmak suretiyle belirlenmektedir.

En az 22 üyesi olan İsveç Yüksek Mahkemesinde yargıçlar mahkeme ve Adalet Bakanı'nın müşterek çalışması sonucu hükümet tarafından atanmaktadır.

2. SEÇİM SİSTEMİ

Seçim sistemi, anayasa mahkemesi üyelerinin yasama organınca seçilmesi esasına dayanır.

Yasama organını oluşturan halk temsilcilerinin, kendi çalışmalarını yargılayacak kişilerin belirlenmesine katılımı, anayasa yargısının demokratik meşruiyetini sağlamak açısından üstünlükleri olan bir yöntemdir.

Mahkeme üyelerinin, yargı organı içindeki diğer yüksek mahkeme üyeleri tarafından veya bizzat anayasa mahkemesinin üyeleri tarafın seçilmesi gibi uygulamalar da seçim sistemi içinde değerlendirilmelidir.

Yasama meclisince yapılan üye seçimlerinde genellikle nitelikli çoğunluk aranmaktadır. Örneğin 2/3 gibi bir nitelikli çoğunluğa genellikle hiçbir siyasi parti tek başına sahip olmadığı için, meclisteki çoğunluk partisi, seçilecek üyelerin tercihi konusunda, muhalefetle uzlaşma zorunluluğunu duyacaktır. Muhalefet partilerinin mahkeme üyelerinin belirlenmesi sürecine katılması nedeniyle oluşan siyasal uzlaşma, anayasa mahkemelerinin aynı düşünce grubunun tekeli altına girmesini önler. Böylece yüksek mahkemede, hukuki ve siyasi fikir akımlarının başlıcalarının temsil edilmesi mümkün olur.

Aslında, anayasa mahkemesi üyelerinin belirlenmesinde hangi sistem kullanılırsa kullanılsın, mahkemelerin güvenilirliği, saygınlığı ve demokratik meşruiyeti açısından, siyasi partilerin üye belirleme sürecine katılması ve etki etmesi kaçınılmazdır. Ancak siyasi partilerin, üye belirleme sürecine katılmasının, ancak demokratik kurumları yerleşmiş ülkelerde olumlu sonuç doğuracağı gerçeği de gözden uzak tutulmamalıdır.

Anayasa Mahkemesi Üyeliği

Avrupa modelini benimseyen ülkeler içinde Almanya, Macaristan, Polonya ve Portekiz anayasa mahkemesi üyeleri seçim sistemiyle belirlenir.

16 üyeli Alman Federal Anayasa Mahkemesinin 8 üyesi Federal Millet Meclisi (Bundestag), 8 üyesi ise Federal Senato (Bundesrat) tarafından 2/3 çoğunluk oylarıyla seçilmektedir. 8'er üyeli iki daire şeklinde teşkilatlanmış olan Alman Anayasa Mahkemesinin her dairede 3'erden toplam 6 üyesi Federal Yüksek Mahkemelerin en az üç yıldır yüksek mahkemede görev yapan yargıçları arasından seçilir. Federal Adalet Bakanlığı bu niteliklere sahip yüksek mahkeme yargıçlarının listesini Parlamenteoya sunar. Bakanlık ayrıca, Federal Meclisteki siyasi parti gruplarının, Federal Hükümetin ve bir federe devlet hükümetinin Federal Anayasa Mahkemesi üyeliğine teklif ettiği isimleri de bir liste halinde Parlamenteoya sunar. Mahkeme başkan ve başkan yardımcısını, üyeler arasından dönüşümlü olarak Federal Senato ile Federal Meclis seçmektedir.⁶

Macaristan'da 11 üyeli Anayasa Mahkemesine aday önerilmesi için Parlamenteodaki farklı siyasi eğilimlerin dengeli katılımıyla bir komisyon oluşturulur. Küçük bir meclisten farkı olmayan bu komisyon, siyasi parti gruplarına bağlı olanların yanı sıra bağımsız milletvekillerinin de katılımıyla, seçilen milletvekillerinden oluşur. Adayları dinlemek durumunda olan Komisyon, görüşünü Parlamenteoya iletir. Parlamenteo, Komisyonun görüşünü dikkate alarak 2/3 çoğunlukla bağımsız bir şekilde kararını verir. Eğer yeterli oy çoğunluğuna ulaşılmazsa, Komisyon, aynı oturum sırasında veya en geç 15 gün içinde yeni önerisini sunar.⁷

Polonya'da ise Anayasa Mahkemesinin 12 üyesi Millet Meclisi (Diet) tarafından salt çoğunluk oyuyla seçilir.

Portekiz'de Anayasa Mahkemesinin 10 üyesi Cumhuriyet Meclisinin 2/3 çoğunluk oyuyla seçilir. Geriye kalan 3 üye ise, meclis tarafından seçilen üyelerin yaptığı seçim sonucuna göre belirlenir.

3. KARMA SİSTEM

Avrupa modelinde genel olarak kabul gören sistem, karma sistemdir. Atama ve seçim sistemlerinin bir arada kullanılmasıyla ortaya çıkan bu sistem, her

⁶ Hasan TUNÇ:Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı(Ankara,1997),131.

⁷ Hasan TUNÇ:"Anayasa Yargısında Yeni Oluşumlar:İşlevsel ve Kurumsal Açından Türk Anayasa Mahkemesi İle Macaristan ve Kore Anayasa Mahkemelerinin Karşılaştırılması", Anayasa Mahkemesinin 33. kuruluş yıldönümü nedeniyle düzenlenen sempozyumda (27-28 Nisan 1995) sunulan bildiri, Anayasa Yargısı Dergisi, XII,1995, 292.

ülkenin demokratik gelenekleri, anayasal güç dengeleri ve yapısına göre farklılıklar göstermektedir.

Anayasa yargısında Avrupa modelini benimseyen ülkeler arasında Arnavutluk, Avusturya, İtalya, Belçika, Romanya, Bulgaristan, Çekoslovakya, Slovenya, Ukrayna, İspanya, Kore ve Türkiye, bu sistemi uygulayan ülkeler olarak sayılabilir.

Karma sistemi uygulayan Avusturya'da Anayasa Mahkemesinin 14 üyesinden mahkeme başkanı ve yardımcısı da dahil 8'i Federal Hükümet, 3'ü Ulusal Konsey, 3'ü Federal Konsey tarafından her boş üyelik için üç katı aday belirlenmek suretiyle seçilir. Yargıçlar, seçim suretiyle belirlenen bu üç katı aday arasından Cumhurbaşkanı'nca atanmaktadır. Avusturya Cumhurbaşkanı'nın kendisine sunulan üç adaylı listenin ikinci sırasındaki adayı ataması, demokrasi geleneğini zedelediği için büyük eleştiri toplamıştır.

İtalya'da Anayasa Mahkemesinin 15 üyesinden 5'i Cumhurbaşkanı tarafından atanır; 5'i ise iki meclisin birleşik oturumunda Parlamento tarafından seçilir. Parlamento da yapılan seçimlerde ilk üç turda oylamada 2/3 çoğunluk, sonraki turlar için 3/5 çoğunluk şartı aranır. Geriye kalan 5 üyeden ikisi Danıştay ikisi Yargıtay, biri de Sayıştay tarafından seçilir⁸.

15 üyeden oluşan Çek Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi üyeleri Senatonun onayı ile Cumhurbaşkanı'nca atanır⁹.

9 üyeli Arnavutluk Anayasa Mahkemesinin 5 üyesi Parlamento tarafından seçilmekte 4 üyesi ise Devlet Başkanı tarafından atanır.

Belçika'da ise Hakem Mahkemesinin 12 üyesi, Millet Meclisi ve Senatunun 2/3 oy çoğunluğu ile seçtiği iki katı aday içinden Kral tarafından seçilerek atanır.

Romanya'da, Anayasa Mahkemesinin 9 üyesinden 3'ü Millet Meclisince 3'ü de Senato tarafından seçilir. Geriye kalan 3 üye de Cumhurbaşkanı'nca atanır.

12 üyeli Bulgaristan Anayasa Mahkemesinde, 4 üye Cumhurbaşkanı'nca atanır. 4 üye Ulusal Meclis tarafından seçilirken, geriye kalan 4 üye ise Yüksek Temyiz Mahkemesi ve Yüksek İdare Mahkemesi Yargıçları Genel Kurulunca seçilir.

⁸ İbrahim Ö. KABOĞLU: Anayasa Yargısı(Ankara,1997),30.

⁹ 16.09.1992 tarihli Çek Cumhuriyeti Anayasası, Md.84/2 ve106/2.

Anayasa Mahkemesi Üyelüğü

İspanya’da, Anayasa Mahkemesindeki 12 üyenin, 4’ü Kongre, 4’ü Senato, 2’si Hükümet, 2’si Adliye Genel Konseyince, seçim ve atama yollarıyla belirlenir ve Kral tarafından atanır.

Slovenya Anayasa Mahkemesinin 9 üyesi Cumhurbaşkanı’nın önerdikleri arasından Ulusal Assamble tarafından seçilir.

15 üyeli Ukrayna Anayasa Mahkemesinin üyeleri, Cumhurbaşkanı ve Parlamento Başkanı’nın uzlaşarak belirlediği, eşit sayıdaki aday arasından Parlamento da (Verkhovna Rada) yapılan gizli oylama sonucunda seçilir.

9 üyeli Kore Anayasa Mahkemesinde 3 üye Devlet Başkanı, 3 üye Yüksek Mahkeme Başkanı, diğer 3 üye ise Parlamento tarafından gösterilen adaylar arasından Devlet Başkanınca seçilip – atanırlar¹⁰.

4. TÜRKİYE’DE DURUM

A. 1961 Anayasası’ndaki Sistem

Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçimi 1961 Anayasası’nın 145 nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

“Anayasa Mahkemesi on beş asıl ve beş yedek üyeden kuruludur. Asıl üyelere dörtü Yargıtay, üçü Danıştay Genel Kurullarınca kendi başkan ve üyeleriyle Başsavcı ve Başkanun sözcüsü arasından üye tam sayılarının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir. Bir üye Sayıştay Genel Kurulunca kendi başkan ve üyeleri arasından aynı usulle seçilir. Millet Meclisi üç, Cumhuriyet Senatosu iki üye seçer. Cumhurbaşkanı’nca da iki üye seçilir. Cumhurbaşkanı, bu üyelere birini Askeri Yargıtay Genel Kurulunun üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ve gizli oyla göstereceği üç aday arasından seçer”

“Yasama meclisleri, bu seçimleri,üye tamsayıların üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla yaparlar. İlk iki oylamada bu çoğunluk sağlanamazsa, salt çoğunlukla yetinilir.”

“Anayasa Mahkemesine, Yargıtay iki, Danıştay ile Yasama Meclislerinin her biri birer yedek üye seçerler. Yedek üyelerin seçiminde de, asılların seçimindeki usul uygulanır.”

Görüldüğü gibi 1961 Anayasası, Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçiminde karma sistemi öngörmüştür. 15 asıl üyeden 8’i, doğrudan yüksek yargı organlarının üyeleri tarafından salt çoğunluk ve gizli oyla; 5 üye ise yasama organınca ilk iki turda 2/3, sonraki turlar için salt çoğunlukla ve gizli oyla seçilmektedir.

¹⁰ Hasan TUNÇ: a.g.m.,292.

Kalan 2 üye, birisi Askeri Yargıtayın salt çoğunlukla seçeceği üç aday arasından olmak şartıyla, Cumhurbaşkanı'nca atanmaktadır.

Yani 8 üye yargı, 5 üye yasama kuvveti tarafından seçim, 2 üye ise yürütme organı içinde yer alan Cumhurbaşkanı tarafından atama suretiyle belirlenmektedir. Esasen Cumhurbaşkanı'nın atadığı üyelere birisi, yargı kuvveti tarafından seçilmiş adayların arasından seçilip atanmaktadır.

1961 Anayasası'nın düzenlemesine göre Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirlenmesi, yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerinin tümünün katılımı ile yapılmaktadır. Sayı olarak seçilenlerin, atanarlara açık farkla üstün olduğu bu karma sistemde, güçler dengesi bakımından ağırlık yargı fonksiyonundadır.

Üyelerin belirlenme yöntemlerini düzenleyen 1961 Anayasası'nın 145'inci maddesi 20.09.1971 tarihinde 1488 sayılı kanunla değişikliğe uğramış, ancak sistem bozulmayarak sadece yasama meclislerinde aranan çoğunluk sayısı, "salt çoğunluk" sayısına indirilmiştir.

B. 1982 Anayasası'ndaki Sistem

1982 Anayasası, önceki Anayasa'nın öngördüğü sistemden ayrılmaktadır. Üye sayısını 15'ten 11'e indiren yürürlükteki Anayasa, Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirlenmesinde yasama organını tamamen devre dışı bırakmıştır.

Öğretide, Prof. Dr. İbrahim Ö. Kaboğlu, 1982 Anayasası'nın getirdiği sistemin "karma sistem" olarak nitelendirilemeyeceğini, bunun bütün sistemlerden farklı "genel bir sapma" olduğu düşüncesindedir¹¹.

Kaboğlu'na göre Anayasa Mahkemesi üyeleri, yasama organı tarafından yapılmadığı müddetçe bir seçimle belirlense dahi, bunu "seçim sistemi" olarak nitelendirmek doğru değildir. Bu nedenle, yasama organının dışlandığı 1982 Anayasal düzenlemesinde seçim sistemi, dolayısıyla karma sistemden bahsetmek mümkün değildir.

Hür iradeyi yansıtabilecek koşullarda yapıldığı müddetçe, yargı hatta yürütme organlarıncaya yapılan seçimlerin dahi, seçim sistemi içinde düşünülebileceği kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirlenme usulü, 1982 Anayasası'nın 146'ncı maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

"Anayasa Mahkemesi on bir asıl ve dört yedek üyeden kurulur."

¹¹ İbrahim Ö. KABOĞLU: a.g.e.,33.

Anayasa Mahkemesi Üyeligi

“Cumhurbaşkanı, iki asıl ve iki yedek üyeyi Yargıtay, iki asıl ve bir yedek üyeyi Danıştay, birer asıl üyeyi Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; bir asıl üyeyi ise Yüksek Öğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan Yüksek Öğretim kurumları öğretim üyeleri içinden göstereceği üç aday arasından; üç asıl ve bir yedek üyeyi üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından seçer”

Danışma Meclisince kabul edilen Anayasa tasarısında ise, Anayasa Mahkemesi üyelerinin Cumhurbaşkanı tarafından seçileceğinin belirtilmesi ile yetinilmiş, üyelerin sahip olacağı şartlar gösterilmediği gibi, bir aday gösterme mekanizmasına da yer verilmeyerek, bu konuda Cumhurbaşkanı'na sınırsız bir takdir yetkisi tanınmıştır¹².

Görüldüğü üzere, 1982 Anayasası'na göre Anayasa Mahkemesi üyelerinin 7'si yüksek yargı organlarının, 1'i Yükseköğretim Kurulunun seçimle belirlediği üç katı aday arasından Cumhurbaşkanı'nın seçip-ataması, 3 üye ise doğrudan Cumhurbaşkanı'nın ataması suretiyle belirlenmektedir. Cumhurbaşkanı bu fonksiyonu, Devlet Başkanı sıfatıyla yerine getirmektedir.

Bu sistemde yasama organının dışlanmış olması, Anayasa Mahkemesinin demokratik meşruiyetine gölge düşürdüğü inancıyla eleştirilmektedir¹³.

Bizce, çağdaş demokratik rejimin bütün unsurlarıyla yerleşmediği, siyasi partilerin kendi içinde demokratik olmak bir yana küçük birer diktatörlük görünümünde olduğu, demokratik rejimi yok etmek çabalarından dolayı iktidar partilerinin dahi Anayasa Mahkemesince kapatıldığı ülkemizde bu eleştirilere tamamiyle katılmak mümkün değildir.

Hatta tam aksine, Anayasa Mahkemelerinin, anayasal demokrasi veya hukuk devletinin en büyük güvencesi haline geldiği günümüzde, rejimin, bünyelerinde daima küçümsenmeyecek oranda antidemokratik potansiyel bulduran, istikrarsız siyasi partilerin oluşturduğu yasama ve yürütme organları yerine, ağırlıklı olarak hukuk teknokratlarına teslim edilmesinde faydalar olduğu dahi söylenebilir.

5. ÖNERİLER

Anayasa Mahkemesi üyelerini belirleme usulleri açısından çeşitli eleştiri ve öneriler yapılmıştır.

¹² Ergun ÖZBUDUN: Türk Anayasa Hukuku(Ankara,2002),374.

¹³ İbrahim Ö. KABOĞLU: a.g.e.,33-34.

Kaboğlu, üyelerin belirlenmesinde yasama organının dışlanması, anti-demokratik bir oluşum kabul ederek, bunun Avrupa modeli dışına taşmak olduğunu ve en azından 1961 Anayasası'nın getirdiği düzenlemeye, kendi deyimleriyle "karma sistem"e dönülmesi gerektiğini, böylece "yasamanın da yürütme karşısında güçleneceğini" belirtmektedir¹⁴.

Anayasa Mahkemesi eski başkanlarından Yekta G.Özden, Anayasa Mahkemesi üyelerini ilgili organların doğrudan seçmesi gerektiğini ve yasama organına da bu hakkın tanınması gerektiğini düşünmektedir¹⁵.

Prof. Dr. Hasan Tunç, Anayasa Mahkemesi üyelerinin normal şartlarda yaş haddine kadar görev yaptığı ve üyelerin kendilerini seçen organlarla organik ve fiili bağlarının kalmayacağı da dikkate alınarak, mahkeme üyelerini seçme yetkisinin yasama, yürütme ve yargı organları arasında eşit olarak paylaştırılmasını teklif etmektedir¹⁶.

Prof. Dr. Yıldızhan Yayla ise, Anayasa Mahkemesi üyelerinin Cumhurbaşkanı da devre dışı bırakılarak, doğrudan yüksek mahkemelerce seçilmelerini önermektedir¹⁷.

Anayasa Mahkemesi eski üyelerinden Yılmaz Aliefendioğlu, 13 üyeli öngördüğü Anayasa Mahkemesinin 2 üyesinin yasama organınca seçilmesini, 2 üyesinin Cumhurbaşkanı'nca doğrudan, diğer 9 üyenin ise yüksek mahkemeler ve YÖK tarafından seçilen üç katı aday arasından Cumhurbaşkanı'nca seçilip atanmasını teklif etmektedir¹⁸.

1982 Anayasası'nın uygulamasında, Anayasa Mahkemesi ile ilgili olarak bazı sorunlar yaşanmış ise de, bunların, Mahkeme üyelerinin belirlenmesine ilişkin olarak Anayasa'nın öngördüğü düzenleme ile ilgili olmadığı düşüncesindeyiz. Yukarıda sıraladığımız eleştiri ve önerilerle ilgili olarak;

- Merkezi sistemde anayasa yargıçlarının, kısmen yüksek yargı organlarıncaya belirlendiği ve devlet başkanı tarafından atandığı ülkeler mevcuttur. Dolayısıyla, mevcut sistemin Avrupa modeli dışında olduğu söylenemez.

¹⁴ İbrahim Ö. KABOĞLU: a.e., 33-35.

¹⁵ Yekta G. ÖZDEN : "Açış Konuşması", Anayasa Yargısı Dergisi, IX, 1993,10; Yekta G. ÖZDEN: "Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Hukuksal Konumu", B.Savcı'ya Armağan, MBV Yayınları, (Ankara,1988),377.

¹⁶ Hasan TUNÇ: a.g.e.,162-164.

¹⁷ Yıldızhan YAYLA: "İktidar ve Yargı veya Anayasa Yargısı ve Hukuk Devleti", Kamu Hukuku Bülteni, III,(Mart, 1990),2.

¹⁸ Yılmaz ALİEFENDİOĞLU: Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi(Ankara,1996),443.

Anayasa Mahkemesi Üyeliği

Esasen, öyle olsa bile Türkiye de kendi başına Avrupa modeli için bir örnektir.

- Üyelerin doğrudan yüksek mahkemelerce seçilmesi önerisi, uzun vadede, demokratik güçler dengesine aykırı, oligarşik bir rejim tehlikesi yaratabilir.
- Hukukun üstünlüğü, yargı bağımsızlığı ve prestij yönünden de, Mahkeme üyelerini seçip-atamak için en uygun makam, devletin başı ve tarafsız konumdaki Cumhurbaşkanı'dır.

Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirlenmesi bakımından; Cumhurbaşkanı'nın üst düzey yöneticiler ve avukatlar arasından atadığı 3 üyenin, doğrudan değil, Barolar Birliği ve sivil toplum örgütlerinin belirlediği üç kat aday arasından Cumhurbaşkanı'nca atanması yöntemi teklif edilebilir.

III. ÜYE OLMA KOŞULLARI

1. AVRUPA MODELİNDE ÜYE OLMA KOŞULLARI

Avrupa modeli uygulaması incelendiğinde; anayasa mahkemelerinin öncelikle, yargıç, avukat, öğretim üyesi gibi hukukçulardan, ikinci derecede ise daha çok hukuk kökenli üst düzey kamu görevlileri ve politikacılardan oluştuğu gözlenmektedir.

Anayasa mahkemelerinin, anayasaya uygunluk denetimi açısından ilke olarak, hukukilik denetimi yaptığı ve siyasi partilerin kapatılması, yüce divan sıfatıyla üst düzey kamu görevlilerinin yargılanması gibi ceza davalarına baktığı düşünüldüğünde, üyelerin hukuk formasyonlu olması çok doğaldır.

Üye olabilmek için, hukuk formasyonu yanında, genel olarak, diğer yüksek mahkemelerde üye olmak, en az 10 -15 yıl avukatlık, yargıçlık, öğretim üyeliği yapmış olmak veya diğer kamu hizmetlerinde görev almış olmak, belli bir yaş sınırında olmak gibi diğer bazı nitelikler de aranmaktadır.

Avrupa modelini benimseyen ülkelerde üyelik koşullarına genel olarak göz atarsak,

Avusturya'da anayasa yargıçları, hukuk diploması yanında en az 10 yıllık bir meslek deneyimine sahip olanlar arasından seçilir. Federal Hükümetin önerisi ile Devlet Başkanı tarafından atanan, içlerinde mahkeme başkanı ve yardımcısının da olduğu 8 üye, üst düzey devlet memuru, yargıçlar ve hukuk profesörleri arasından seçilir. Federal yapı dolayısıyla, 3 üyenin yerleşik ikametgahının Viyana dışında olması da aranan şartlardan birisidir.

Belçika'da en az 5 yıllık adli veya idari yargı mensubu olmak, hukuk profesörü olmak ya da parlamento üyesi olmak şartının yanında 12 üyenin yarı yarıya Almanca ve Fransızca konuşuyor olması gerekir. Mahkeme üyeleri en az 40 yaşında olmalıdır.

Bulgaristan'da, Anayasa Mahkemesi üyesi olabilmek için meslekten hukukçu olmak ve en az 15 yıllık hukuk mesleği deneyimine sahip olmak gerekir.

Çek Cumhuriyeti'nde en az 10 yıllık hukuk mesleği deneyimi ve kırk yaşından küçük olmamak şartları yanında dürüstlük ve tamamiyet şartı ayrıca istenmektedir.

Finlandiya'da hukukçu olmanın yanında idari yargı tecrübesine sahip olmak ve devlet memurları için aranan diğer nitelikleri taşıyor olmak gerekir.

Almanya'da en az 40 yaşında ve normal yargıç niteliklerine sahip olmak, Federal Meclise seçilebilmek için ehliyetine sahip olmak, Federal Parlamento veya Hükümet üyesi olmamak gibi şartlar aranmaktadır. Anayasa Mahkemesine seçilen üyelerin anılan organlarla bir ilişkisi varsa kesilir¹⁹.

Macaristan'da ise Anayasa Mahkemesi üyesi olabilmek için üniversite profesörü veya hukuk ve siyasal bilimler doktoru sıfatına sahip olmak, yada en az 20 yıllık hukuk mesleği deneyimi olmak ve 46-71 yaşları arasında olmak gerekir. Seçilme döneminden önceki dört yıl içerisinde hükümet üyeliği yapmış veya bir siyasi partide görev almış bulunanlar ile kamu kurumunda yöneticilik yapmış olanlar Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilemezler²⁰.

İzlanda'da hukuk profesörü olmak ve en az 3 yıl üniversitelerde çalışmış olmak veya Anayasa Mahkemesinde üyelik dışında en az 3 yıl deneyim sahibi olmak veya hakim-savcı olarak en az 5 yıl çalışmış olmak vasıflarına ilave olarak hukuk fakültesini pekiyi derece ile bitirmek ve 30 yaşından küçük olmamak şartları aranmaktadır.

İtalya'da Anayasa Mahkemesine üye olabilmek için, üniversitede profesör veya en az 20 yıllık avukat yada diğer yüksek mahkemelere üye olmak gerekmektedir. Portekiz'de de anayasa yargıçları için İtalya'dakine benzer şartlar aranmaktadır.

¹⁹ Hasan TUNÇ: a.g.e., 131-132.

²⁰ Hasan TUNÇ: a.g.m., 292.

Anayasa Mahkemesi Üyeliği

13 üyeli Portekiz Anayasa Mahkemesinin Cumhuriyet Meclisi tarafından seçilen 10 üyesinden 3'ünün ve kooptasyon²¹ yoluyla seçilen 3 üyenin meslekten yüksek yargıç olma zarureti vardır. Kalan üyelerin de hukukçu olması gerekmektedir²².

İspanya ve Polonya'da da hukuk diploması ve en az 15 yıllık hukuk mesleği deneyimine sahip olmak koşulları aranmaktadır. İspanya Anayasa Mahkemesinde profesörlerin çok sayıda olması dikkat çekicidir. 1995 yılında 12 üyenin, 3'ü anayasa hukuku, 1'i maliye ve vergi hukuku, 1'i usul hukuku, 1'i uluslararası hukuk ve 1'i ceza hukuku olmak üzere 7'si öğretim üyesi, 4'ü yüksek mahkeme başkanı veya yargıcı, 1'i de avukat kökenlidir.

Romanya'da Anayasa Mahkemesi üyesi olabilmek için, yüksek bir hukuki formasyonunun ve uzmanlık bilgisinin aranması dışında, en az 18 yıl hukuk mesleği yada yüksek öğretim faaliyetinde bulunmuş olmak koşulu vardır. 1995 yılı itibarıyla, Romanya Anayasa Mahkemesi üyelerinin tümüne yakını üniversite profesörlerinden oluşmaktadır. Toplam 9 üyenin 4'ü anayasa hukuku 2'si medeni hukuk profesörü olup, diğer 3'ü hukuk doktoru ünvanına sahip ceza hukuku, medeni usul hukuku ve parlamento hukuku alanında uzmanlıklarıyla tanınmaktadır.

15 üyeli Ukrayna Anayasa Mahkemesine üye olabilmek için, 40 yaşını doldurmuş olmak, hukuk eğitimi almış ve en az 15 yıl hukuk alanı veya bilimsel çalışmalarda deneyim sahibi olmak gerekmektedir.

9 üyeli Kore Anayasa Mahkemesine üye seçilebilmek için, 40 yaşını doldurmuş olmak ve hakim, savcı, avukat olarak veya avukatlık yeterliliğine sahip olmak şartıyla kamu kurum ve kuruluşlarının hukuk işlerinde veya üniversitelerde asistan üstü kariyerde en az 15 yıl çalışmış olmak şartı aranır. Yani Kore Anayasa Mahkemesine üye olabilmenin ön şartı hukuk formasyonuna sahip olmaktır. Örneğin Anayasa Mahkemesine seçilen ilk 9 üyenin 8 kişisi hakim kökenli, 1 tanesi ise savcı kökenli hukukçudur²³.

2. TÜRKİYE'DE ÜYE OLMA KOŞULLARI

A. 1961 Anayasası'ndaki Düzenleme

1961 Anayasası, Anayasa Mahkemesine asıl ve yedek üye olabilmek için gerekli nitelikleri 145'inci maddesinde düzenlemiştir. Buna göre;

²¹ Kooptasyon; mahkemenin kendi üyelerini bizzat kendisinin(mevcut üyelerin) seçmesi anlamında kullanılmaktadır.

²² Hasan TUNÇ: a.g.e.,156.

²³ Hasan TUNÇ: a.g.m., 292-295.

“Yasama Meclislerince seçilecek üyelerden birer kişinin üniversitelerin hukuk, iktisat ve siyasal bilimler öğretim üyelerinin birlikte toplanarak, açık üyeliklerin üç katı tutarında ve gizli oyla gösterecekleri adaylar arasından olması gerekir” (Md145/3).

“Anayasa Mahkemesine asıl veya yedek üye olabilmek için, kırk yaşını doldurmuş bulunmak ve Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay veya Sayıştayda Başkanlık, üyelik, Başsavcılık, Başkanun sözcülüğü veya üniversitelerde hukuk, iktisat ve siyasal bilimler alanlarında en az beş yıl öğretim üyeliği veya onbeş yıl avukatlık yapmış olmak şarttır”(Md145/4).

1961 Anayasası 15 asıl üyeden, 9'unun diğer yüksek mahkeme üyeleri arasından seçilmesini şart koşmuştur. Bunun yanında, 1'i Cumhurbaşkanı, 5'i yasama meclislerince seçilecek 6 üye ise en az 15 yıllık deneyimi olan avukatlar ile hukuk, iktisat, siyasal bilimler konularında en az 5 yıl öğretim üyeliği yapmış kişiler arasından olabileceklerdir.

1971 yılında yapılan değişiklikle 1961 Anayasası'nın 145/3'üncü fıkrası Anayasa'dan çıkartılınca yukarıda belirttiğimiz dördüncü fıkra üçüncü fıkranın yerini almıştır. Böylece Millet Meclisi 3, Cumhuriyet Senatosu 2 olmak üzere yasama meclislerinin seçeceği 5 üyeden ikisi belirlenirken, üniversitelere ve öğretim üyelerine tanınmış olan mutlak kontenjan ortadan kaldırılmıştır.

Buna rağmen 1961 Anayasası, hukukla yakından ilgili sayılabilecek iktisat ve siyasal bilimler alanlarında görev yapan üniversite öğretim üyeleri ve Danıştay ile Sayıştay mensuplarından hukuk diploması olmaksızın seçilebilecek üyeler hariç Mahkemenin tüm üyelerinin hukuk formasyonuna sahip olmalarını zorunlu tutmuştur.

1961 Anayasası'na göre yasama meclislerine üye olanlar ve üst düzey kamu yöneticilerinin Anayasa Mahkemesine üye seçilebilme imkanı yoktur. Anayasa sadece yüksek yargı organları mensupları, avukatlar ve üniversite öğretim üyelerine (hukuk, iktisat, siyasal bilimler alanlarında) bu imkanı tanımıştır.

Yasama ve yürütme organı kaynaklı mahkeme üyesi kabul etmeyen, anayasal denetimi ağırlıklı olarak yargı mensupları ve daha az oranda öğretim üyelerine teslim eden 1961 Anayasası'nın, Avrupa modelinin genel çizgilerine uyduğunu söylemek mümkündür.

B. 1982 Anayasası'ndaki Düzenleme

1982 Anayasası'na göre; Anayasa Mahkemesi 11 asıl üyesinin 7'si, diğer yüksek yargı organlarının kendi içlerinden seçecekleri üç katı aday arasından, 1

üye ise Yüksek Öğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan üniversite öğretim üyeleri arasından seçeceği üç katı aday arasından, Cumhurbaşkanı'nca seçilip atanacaktır. Geriye kalan 3 üye ise, üst kademe yöneticileri ve avukatlar arasından Cumhurbaşkanı'nca doğrudan atanacaktır.

Anayasa konuyu düzenleyen 146'ncı maddesinde, yüksek yargı organlarından seçilecek üyeler için ayrıca başka şartlar öngörmemiştir. Esasen diğer yüksek mahkeme üyelerinin taşınması gereken nitelikler kendi kanunlarında gösterilmiş olduğundan, buna gerek duyulmadığı, düşünülebilir.

Fakat bu düzenleme eksikliği, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Danıştay ve Sayıştayda hukuk formasyonu olmayan hakimlerin bulunduğu ve bunların da Anayasa Mahkemesine üye olarak seçilip atanabileceği ihtimali göz önüne alındığında, Anayasa Mahkemesindeki hukukçu üyelerin oranı bakımından olumsuz bir durum doğurabilir.

1982 Anayasası yüksek mahkemelerden atanacak üyeler dışındaki üniversite öğretim üyeleri, üst kademe yöneticileri ve avukatlar arasından atanabilecek üyeler için ilave bazı nitelikler öngörmüştür.

“Yüksek öğretim kurumları öğretim üyeleri ile üst kademe yöneticileri ve avukatların, Anayasa Mahkemesine asıl ve yedek üye seçilebilmeleri için; kırk yaşını doldurmuş, yüksek öğrenim görmüş veya öğrenim kurumlarında en az on beş yıl öğretim üyeliği veya kamu hizmetinde en az on beş yıl fiilen çalışmış veya en az on beş yıl avukatlık yapmış olması şarttır”(Md.146/3).

Anayasa'ya göre, öğretim üyeleri, üst kademe yöneticileri ve avukatların Anayasa Mahkemesine üye olabilmek için, en az 40 yaşında ve 15 yıllık mesleki deneyime sahip olmaları gerekmektedir. Üst kademe yöneticileri arasından atanabilecek üyeler için ayrıca yüksek öğrenim şartı öngörülmüştür.

2949 Sayılı Kanun²⁴ öğretim üyeleri için “yüksek öğretim kurumlarında hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında öğretim üyesi” olmak şartını getirmekte, üst kademe yöneticilerini ise” Yüksek Öğretim Kurumu başkan veya üyesi veya Yüksek Öğretim Kurumu rektör veya dekanı veya müsteşar, müsteşar yardımcısı, general, amiral, büyükelçi, bölge valisi veya vali” olarak tahdidi şekilde saymaktadır(Md.3).

²⁴ 10.11.1983 tarih ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun.

Görüldüğü gibi; avukatlar bir yana bırakılırsa, öğretim üyeleri ve üst kademeye yöneticileri arasından seçilip atanacak üyelerin, hukuk formasyonuna sahip olmaları şartı yoktur.

Bu durum, yukarıda kısmen değindiğimiz gibi, Anayasa Mahkemesi'nde hukukçu üye oranını olumsuz şekilde etkileme riskini taşımaktadır.

Basit bir ihtimal hesabı yaparsak, Anayasa'nın hukukçu olmayanlara tanıdığı seçilebilme ihtimalinin bütünüyle gerçekleşmesi durumunda, Anayasa Mahkemesinin 11 asıl üyesinden, en fazla 3 tanesi hukuk formasyonuna sahip olabilecektir.

Bir başka ihtimale göre ise, bütün şartların düşündüğümüz gibi gerçekleşmesi halinde 11 asıl üyenin, 5 tanesi asker ve asker kökenli olabilecektir.

Sadece bu iki ihtimal hesabı dahi bizi, 1982 Anayasası'nda, üyeler için aranan mesleki formasyon koşullarının yeterince iyi düzenlenmediği sonucuna götürmektedir. Ayrıca 2949 Sayılı Kanunun 3'üncü maddesine göre, Anayasa Mahkemesi asıl veya yedek üyeliğine seçilebilmek için üyelerin, "Hakimlik mesleğine alınmamayı gerektiren bir suçtan hüküm giymemek veya bu gibi suçlardan dolayı ceza kovuşturması altında bulunmamak ve hakimlik mesleğine alınmasına engel bir hali olmamak" şartlarını da taşıması gerekmektedir.

Üyelerin nitelikleri açısından incelendiğinde, 1982 Anayasası'nın getirdiği düzenleme Avrupa modelindeki genel eğilim dışına çıkmaktadır. Çünkü Avrupa modeli uygulaması incelendiğinde anayasa mahkemesi üyelerinin ağırlıklı olarak hukuk meslek mensuplarından oluştuğu gözlenmektedir.

Oysa Türkiye'de mevcut uygulama Anayasa Mahkemesinde hukukçu olmayan üye oranını, hukukçuların aleyhine bir hayli arttırabilecek niteliktedir. Mahkemenin hukukilik denetimi ve yeri geldiğinde ceza yargılaması yaptığı dikkate alınır, bu durum, öncelikle Anayasa Mahkemesinin yargısal işlevini olumsuz yönde etkileyebilecektir.

Ayrıca Anayasa Mahkemesinin 11'i asıl olmak üzere toplam 15 üyesinden sadece 1 tanesi, hukuk, iktisat yada siyasal bilgiler öğretim üyesi olabilmektedir. Böylesi bir sınırlamaya Avrupa anayasa mahkemelerinde rastlanılmamaktadır.

1982 Anayasası'nın, üniversite kökenli üye sayısı ve uzmanlık koşulu bakımından pek hasis davranırken, hukukçu olmayanlar sayısında ve yelpazesinde fazla cömert bir görünüm sunduğu ileri sürülmektedir²⁵.

²⁵ İbrahim Ö. KABOĞLU: a.g.e., 40.

3. ÖNERİLER

Yukarıda, Anayasa Mahkemesi üyelerinin nitelikleri ve kaynakları bakımından, 1982 Anayasası'nın getirdiği düzenlemeyle ilgili olarak yaptığımız eleştiriler, doktrinde de ittifakla kabul görmektedir.

Prof. Dr. İbrahim Ö. Kaboğlu, yükseköğretim kurumlarından, öğretim üyeleri dışında yöneticiler, üst düzey yöneticilerden de hukuk, ekonomi ve siyasal bilim öğretimi yapmamış olanlarla general, amiral, bölge valisi ve valilere yer vermenin gereksiz ve yararsız bir genişletme olduğu düşüncesindedir²⁶.

Anayasa Mahkemesi eski başkanlarından Yekta G.Özden ise, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinden üyeler seçilmesi karşısında siyasal işlevli bir mahkemede, başka asker kökenli üyelere yer vermenin çalışma konusuyla bağdaşmadığını belirtmektedir²⁷.

Esasen, hukuk formasyonuna sahip olmayan üye sayısının azaltılması gerektiği yönünde öğreti ittifak halindedir²⁸.

Hukukçu olmayan üye kaynağı yönünden Avrupa modelinden sapma gösteren 1982 Anayasası sistemi, hukuk ve yakın bilim dallarında uzmanlaşmış öğretim üyesi miktarı bakımından da Avrupa'dan ayrılmıştır.

Avrupa'daki uygulamanın tersine, bizde Anayasa Mahkemesine üyelikte üniversiteye çok sınırlı yer verildiği gibi, yüksek mahkeme ve üniversiteler birbirinden kopuk durumdadır²⁹.

Gerçi uygulamada, özellikle kamu hukuku ve anayasa hukuku uzmanları da Anayasa Mahkemesi üyeliğine pek ilgi duymamaktadır. Çünkü, Türkiye'de üniversite öğretim üyeleri Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçtikleri takdirde, üniversiteyle ilişkilerini kesmek zorunda kalmaktadır. Doğal olarak bu durum öğretim üyeleri arasında Anayasa Mahkemesine üye olma arzusunu azaltmaktadır. Daha da önemlisi, Anayasa Mahkemesine üniversitede görev yapan öğretim üyesi atanmasından beklenen faydalar kaybolmaktadır.

Diğer anayasa mahkemelerinde olduğu gibi, öğretim üyelerinin üniversite ile ilişkilerinin sürdürülmesine ve Anayasa Mahkemesi üyelerinin, üniversite-

²⁶ İbrahim Ö. KABOĞLU: a.g.e., 38.

²⁷ Yekta G. ÖZDEN: "Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Hukuksal Konumu", B.Savcı'ya Armağan, MBV Yayınları, (Ankara,1988),378.

²⁸ Ergun ÖZBUDUN : a.g.e.,374; Burhan KUZU:1982 Anayasası'nın Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler (İstanbul,1990),173-174; Hasan TUNÇ:Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı(Ankara,1997),166.

²⁹ İbrahim Ö. KABOĞLU: a.e., 41.

lerde ders vermesine olanak sağlayan düzenlemelerin yapılması hukuk otoritelerinin Anayasa Mahkemesinde görev almaları yolunu açacaktır³⁰.

Yılmaz Aliefendioğlu, Anayasa Mahkemesi üyelerinin sayı ve niteliklerine yönelik olarak somut bir öneride bulunmaktadır. Buna göre; 13 üyeli olarak düşünülen Anayasa Mahkemesinin toplam 7 üyesi, 3'ü Yargıtay, 2'si Danıştay, 1'i Sayıştay, 1 üye ise müştereken Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemelerince belirlenecek ve yüksek yargı organları kaynaklı olacak bu üyeler, üç katı aday arasından Cumhurbaşkanı'nca seçilerek-atanacaktır. 2 üye ise diğer nitelikleri taşıyanlar arasından TBMM'ce seçilecektir. Üniversitelerin anayasa hukuku, hukuk sosyolojisi, hukuk felsefesi, ekonomi, maliye ve vergi bilim dallarından en az birinde, en az 15 yıl görev yapmış 2 öğretim üyesi ise, üniversitelerin gösterdiği adaylar arasından Yüksek Öğretim Kurulu tarafından seçilecektir. Geriye kalan 2 üye ise, diğer nitelikleri taşımak koşuluyla, üst düzey yöneticiler, avukatlar ve belirli süre Anayasa Mahkemesinde raportör olarak görev yapanlar arasından Cumhurbaşkanı'nca seçilip-atanacaktır³¹.

Aliefendioğlu, bu önerisi ile, ilerde değineceğimiz yedek üyelik statüsünü de kaldırmaktadır. Askeri yüksek yargı organlarından seçilecek üye sayısını bir azaltırken, iki öğretim üyesi kaynaklı üye için mutlak kontenjan öngörmekte, yasama organına iki üyenin seçimi için imkan vermekte, üst düzey yöneticilerin ve avukatların yanısıra, Anayasa Mahkemesi raportörlerinin de Cumhurbaşkanı'nca seçilebilmesini öngörmektedir.

Uluslararası ilişkilerdeki gelişim ve etkileşim, Anayasa Mahkemesi üyelerinin, en az bir yabancı dili çok iyi bilmesi gerekliliğini de ortaya çıkarmaktadır.

Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçilmelerinde gösterilen özen kadar, kaynak kuruluşların özellikle yüksek mahkeme üyeleri ve üniversite öğretim üyelerinin de niteliklerini yükseltmek gerekmektedir³².

Anayasa Mahkemesi üyelerinin nitelikleriyle ilgili önerileri özetlemek gerekirse;

- Anayasa Mahkemesinde hukuk formasyonlu üyelerin sayısı artırılmalıdır. Bu amaçla Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Danıştay ve Sayıştaydan seçilebilecek üyelerin hukukçu olmaları şartı aranmalıdır.

³⁰ Yekta G. ÖZDEN: a.g.m., 377.

³¹ Yılmaz ALİEFENDİOĞLU: a.g.e.,443.

³² Yılmaz ALİEFENDİOĞLU: a.e., 441.

- Hukuk, siyasal ve iktisat alanlarında görev yapan üniversite öğretim üyelerinin, Anayasa Mahkemesine üye olabilmek için artırılmalı, bunu özendirme ve beklenen faydayı sağlayabilmek için, Mahkemeye üye seçilen öğretim üyelerinin üniversiteleri ile ilişkisini kesme zorunluluğu kaldırılmalıdır.
- Anayasa Mahkemesi üyeleri, en az bir yabancı dili çok iyi bilen, konuyla ilgili bilimsel yayın yapmış olan ve en az doktora düzeyinde akademik kariyere sahip olan kişiler arasından seçilmelidir³³.
- 40 yaşından küçük olmamak, en az 15 yıl mesleki tecrübeye sahip olmak, hakimlik mesleğinin gerektirdiği ahlaki ve hukuki şartları taşıyor olmak gibi nitelikler, Anayasa Yargıçları için şu anda da olduğu gibi aranmalıdır.
- Ayrıca Anayasa Mahkemesi üyeliğini belirleme süreci saydam olmalı, üyelerin öneri ve atama kararları gerekçeli olmalıdır³⁴.

Ancak tüm bu eleştirilere ve önerilere rağmen şunu da ifade etmek gerekir ki; halen uygulamada Anayasa Mahkemesinin 11 asıl üyesinden 1'i iktisat, 2'si siyasal bilgiler, 8'i hukuk fakültesi mezunudur. Bu nedenle Mahkeme üyelerinin mesleki formasyonuna ilişkin dillendirilen sakıncaların Türk devlet ve demokrasi geleneği ile bertaraf edildiğini söylemek mümkündür³⁵.

IV. ÜYELİĞİN HUKUKSAL DURUMU (STATÜSÜ)

1. AVRUPA MODELİNDE ÜYELİK STATÜSÜ

A. Görev Süresi

Anayasa Mahkemesi üyeleri, makul bir süre görevde kalmalıdır. Sürenin kısa olması, üyenin deneyimi ve birikiminden yeterince yararlanılmamasına, uzun olması hatta yaşam boyu üyelik ise üyelerin, dolayısıyla mahkemenin toplumun evriminden kopmasına yol açabilir.

Avrupa modeli incelendiğinde ülkelerin büyük bir kısmı, Anayasa Mahkemesi üyelerinin görev süresini sınırlandırmıştır. Anayasa yargıçlarının görev süresi; Estonya'da 5, Kore ve Portekiz'de 6, Polonya'da 8, Bulgaristan, Maca-

³³ Anayasa Mahkemesinin mevcut 11 asıl üyesinden sadece ikisi, Prof.Dr.Sacit ADALI ve Dr.Serdar ÖZGÜLDÜR akademik kariyer sahibidir. Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/> 08.03.2005.

³⁴ İbrahim Ö. KABOĞLU: a.g.e., 42.

³⁵ Asıl üyelerden Sacit ADALI ve Mustafa YILDIRIM siyasal bilgiler, Haşim KILIÇ ise iktisat kökenli olup, diğerleri hukukçudur. Bkz.<http://www.anayasa.gov.tr/> 08.03.2005.

ristan, Romanya, Slovenya, Fransa, İtalya ve İspanya'da 9, Çek Cumhuriyeti ve Ukrayna'da 10, Almanya'da ise 12 yıl olarak sınırlandırılmıştır.

Bunlardan Estonya, Macaristan, Portekiz ve İspanya'da (bir dönem ara vermek koşuluyla) anayasa mahkemesi üyeleri ikinci kez seçilebilirler.

Bununla beraber görev süresi için sınırlama getirmeyip, emeklilik yaşını esas alan ülkeler de vardır. Anayasa mahkemesi üyeleri, Türkiye ve İsveç'te 65, Finlandiya'da 67, Avusturya, Belçika ve İzlanda'da ise 70 yaşına kadar görevde kalabilirler.

Anayasa mahkemesine üye olabilmek için gerekli asgari yaş sınırını belirten ülkeler de vardır. Buna göre anayasa yargıcı olabilmek için, Estonya, ve İzlanda'da 30, Türkiye, Belçika, Almanya, Çek Cumhuriyeti, Slovenya ve Ukrayna'da 40, Macaristan'da ise 45 yaşını doldurmuş olmak gerekmektedir.

Yasal düzenlemeler bir yana, Avrupa modeli uygulamasında, anayasa yargıçları genellikle 50 yaşını doldurmuş kişilerden seçilmektedir.

Üyelerin, ikinci kez yeniden anayasa yargıçlığına seçilememeleri, bağımsızlıkları ve tarafsızlıkları açısından oldukça önem taşımaktadır.

Üç yılda bir üyelerin üçte birini yenilemek yöntemi ise, anayasa mahkemelerinin birleşimini oksijenlendirmeye katkıda bulunmakta³⁶ ve mahkemelerin, toplumun gelişimi ve değişiminden kopmasına engel olmaktadır.

Görüldüğü gibi Avrupa modelinde, anayasa yargıçlarının görev süreleri ortalama 9 yıl gibi bir süreyle sınırlandırılmakta ve genellikle yeniden seçilmeleri mümkün olmamaktadır.

Görev süresini sınırlandırmayan, Türkiye'nin de içinde bulunduğu az sayıda ülkede ise, anayasa mahkemeleri gelişmeleri takip edememe ve toplumun nabzını elinde bulunduramama riskini taşımaktadırlar. Örneğin İzlanda ve Estonya gibi ülkelerde, şartları varsa bir anayasa yargıcı fiilen 40 yıl görevde kalabilecektir. Bu, toplum dinamikleri açısından gerçekten çok uzun bir süredir. Bu durum, ayrıca anayasa yargısının demokratik meşruiyeti açısından da sakıncalıdır.

Üyelerin cinsiyeti bakımından, Avrupa anayasa mahkemelerinde erkek üye hakimiyeti vardır. 11 asıl üyeli Türk Anayasa Mahkemesinde de halen 2 kadın üye görev yapmaktadır³⁷.

³⁶ İbrahim Ö. KABOĞLU: a.g.e., 43.

B. Görevin Gereklere

Görevin gereklere başlığı altında ele alacağımız konular, anayasa yargıçlarının bağımsızlığı, tarafsızlığı ve saygınlığını sağlamaya ve korumaya yönelik hususlardır.

Bunlar; yargıç bağımsızlığı ve teminatını sağlamaya yönelik, dokunulmazlığa varan hukuki ve mali düzenlemeler, anayasa mahkemesi yargıçlığı ile bağdaşmayan işler, yasaklar ve üyeliğın sona ermesi şekilleridir.

Genel olarak anayasa mahkemesi üyelerinin en azından yargıç teminatına sahip olmaları işlevlerinin doğası gereğidir. Bugün tüm Avrupa ülkelerinde, anayasa mahkemelerinin disiplin hukuku yönünden özerkliği vardır. Mahkemeler, üyeleri üzerindeki disipline ilişkin yetkileri kendileri kullanırlar. Üyelerin, görevlerine ilişkin konularda işleyebilecekleri suçların anayasa mahkemesinin denetiminde olması yargı bağımsızlığının güvencesidir.

Ayrıca yargıç bağımsızlığının bir gereğı olarak, tüm ülkelerde anayasa mahkemesi üyelerinin maaşları, protokol düzeni ve diğere özlük hakları farklı esaslarla düzenlenmiştir.

Bazı ülkelerde disipliner özerklik yanında, anayasa mahkemesi üyelerine dokunulmazlık ve benzeri ayrıcalıklar tanınmıştır. Bulgaristan, İtalya ve İspanya'da anayasa yargıçları parlamenterlerin sahip oldukları dokunulmazlıktan istifade ederler.

Romanya ve Macaristan'da ise anayasa yargıçlarına, parlamenterlerin sahip olduğu dokunulmazlık yanında, bakanlık göreviyle eşdeğere bir statü tanınmıştır.

Avrupa modelini uygulayan bütün ülkelerde, anayasa mahkemesi üyeleri, üyelikle beraber eş zamanlı olarak parlamento, hükümet veya siyasi parti üyeliğı yapamazlar. Bu kural, yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerinin ayrılığı ilkesinden kaynaklanır.

Bu ilke, yargı bağımsızlığı açısından kimi ülkelerde o derecede ileriye götürülmüştür ki, örneğın Almanya ve Macaristan'da anayasa mahkemeleri başkentlerde değil, Karlsruhe ve Esztergom'da, Çekoslovakya'da Brno'da kurulmuştur. Bunun amacı anayasa yargıçlarının, yasama organının olası baskılarından uzak bağımsız bir mekanda görev yapabilmelerini sağlamaktır³⁸.

³⁷ Kadın asıl üyeler H.Tülay TUĞCU ve Fulya KANTARCIOĞLU'dur. Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr./08.03.2005>.

³⁸ İbrahim Ö. KABOĞLU: a.g.e., 45.

Bunun dışında, Avrupa modelinde anayasa yargıçlarının, üyelik dışında başka işle uğraşmaları açısından iki farklı uygulama göze çarpmaktadır. Birincisi; Almanya, İspanya, İtalya, Türkiye, Kore, Macaristan³⁹ ve Bulgaristan'da olduğu gibi anayasa yargıcının bütün zamanını üyelik görevine ayırdığı uygulama, diğeri ise Fransa ve Avusturya'da olduğu gibi, anayasa yargıçlığının kısmi statüde bir görev olarak düzenlendiği uygulamadır. Bu ikinci uygulamada anayasa yargıçlığıyla bağdaşmayan faaliyetler rejimi sıkı değildir.

Fransa'da Anayasa Konseyi üyeliği ile bağdaşmayan görevler, yasa ile tek tek sayılarak ileri derecede geniş tutulmuştur. Avusturya'da ise üyelik sıfatı başlıca mesleki faaliyet olarak düşünülmemekle birlikte, Anayasa, ardı ardına üç oturuma haklı bir nedeni olmaksızın katılmadığı Anayasa Mahkemesince saptanan üyenin, çekilmiş sayılacağını hükme bağlamıştır⁴⁰.

Bununla birlikte ilk uygulamada, yani anayasa yargıcının bütün zamanını görevine ayırdığı durumlarda, bağdaşmazlıklar hem çok sayıda hem de sıklıdır. Bu konuda, Almanya, Macaristan, Portekiz, Slovenya, Ukrayna gibi ülkelerde, üniversitede ders verebilme olanağı ayrık bir durum oluşturur.

2. TÜRKİYE'DE ÜYELİK STATÜSÜ

A. Görev Süresi

Türkiye'de Anayasa Mahkemesi üyeliği belli bir süreyle sınırlandırılmamıştır. 1982 Anayasası; yükseköğretim kurumları öğretim üyeleri ile üst kademe yöneticileri ve avukatların Anayasa Mahkemesine asıl ve yedek üye seçilebilmeleri için "kırk yaşını doldurmuş" olma şartını aramaktadır(Md.146/3). Maddenin düzenleniş tarzından, yaş şartının, diğer yüksek yargı organlarından gelen üyeleri kapsamadığı anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi üyeleri 65 yaşını doldurunca emekliye ayrılırlar (Md.147/1).

1961 Anayasası'nın konuyu düzenleyen 145 ve 146'ncı maddelerinde de üyelik için kırk yaşını doldurmuş olmak ve altmış beş yaşını doldurunca emekliye ayrılmak şartları vardı. Ancak 1961 Anayasası, yüksek yargı organları'ndan gelenler de dahil bütün üyeler için kırk yaşını doldurmuş olmak şartını aramaktaydı.

³⁹ Hasan TUNÇ: a.g.m.,296-298.

⁴⁰ İbrahim Ö. KABOĞLU: a.e., 45.

Anayasa Mahkemesi Üyeliği

Böylece ülkemizde 40 yaşında bir adayın, Anayasa Mahkemesi üyeliğine atanması, ona 25 yıllık bir zaman kesitinde anayasa yargıçlığı yapma olanağı sağlamaktadır⁴¹.

Bu süre gerçekten, Mahkemenin demokratik meşruiyetini gölgeleme ve üyelerin toplumun değişiminden kopma riskini beraberinde getirecek kadar uzun bir süredir.

Anayasa yargıçlığı, memuriyet değil, belli bir süreyle sınırlı olarak yerine getirilen onursal bir görev şeklinde algılanmalıdır.

B. Görevin Gereklere

Anayasa'da Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği belirtildiğinden, Anayasa Mahkemesi üyelerinin hukuksal durumları ve özlük işleri, Anayasa'nın belirlediği esaslar doğrultusunda kanunlarla düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi üyelerinin hukuksal durumları, 2949 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da ; aylık ödenekleri ile öteki mali, sosyal hak ve yardımlar ise 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu ile düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi üyelerinin aylıklarının hesabında, devlet memurlarının aylıklarına esas olan gösterge tablosu ve katsayı ile bu kanuna ekli ek gösterge cetvelinde ünvan ve derecelere göre belirlenen ek gösterge rakamları dikkate alınır. Ancak daha yüksek ek göstergeli bir görevden Anayasa Mahkemesi asıl veya yedek üyeliğine atananların ek göstergeleri, önceki görevlerinin ek göstergelerinden düşük olamaz (2802 S.K. Md.103). Başkan ve üyeler aylık ve ödenekleri dışında ayrıca yüksek hakimlik tazminatı alırlar (270 sayılı KHK).

Anayasa Mahkemesi, gördüğü bir dava nedeniyle verdiği bir kararda, 270 sayılı KHK'ye göre alınan yüksek hakimlik tazminatını incelerken, "Anayasa'da öngörülen görev ve yetkilerinin değişikliği ile statüsünün özelliği Anayasa

⁴¹ 1990 yılında 40 yaşında iken Sayıştay kontenjanından üye seçilen Anayasa Mahkemesi Başkanvekili Haşim KILIÇ, normal şartlarda 2015 yılına kadar 25 yıl boyunca görevini sürdürecektir. Halihazırda görevde bulunan 11 asıl üyeden en genci 40, en yaşlısı 65 yaşında olup, Mahkemenin yaş ortalaması 58'dir. Mevcut üyelerin ortalama olarak 52 yaşında göreve başladıkları ve yaklaşık 13 yıl görev yaptıkları / yapacakları görülmektedir. Biyografiler için bkz. <http://www.anayasa.gov.tr./08.03.2005>.

Mahkemesini diğer yüksek yargı organlarından ayırmaktadır"⁴² demek suretiyle diğer yüksek mahkemeler ile Anayasa Mahkemesi arasında bir ayırım yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi başkan ve üyelerinin görevlerinden doğan ya da görevleri sırasındaki işledikleri suçlarla, kişisel suçları için soruşturma açılması Anayasa Mahkemesinin kararına bağlıdır(2949 SK Md.55).

Başkan ve üyelerin görevle ilgili ve görevleri sırasında işledikleri suçlardan ötürü yargılama yeri Yüce Divan(Anayasa Md.148), kişisel suçlarından ötürü ise Yargıtay Ceza Genel Kuruludur(2949 SK Md.55, İçtüzük Md.24).

Anayasa Mahkemesi üyeleri, asli görevleri dışında resmi veya özel hiç bir görev alamazlar (Anayasa Md.146). Daha önce de belirttiğimiz gibi, üniversite kaynaklı üyelere, üniversitede öğretim üyeliğine devam edebilmesi bakımından bir ayrıcalık tanınması, Türk Anayasa Mahkemesi için bir ihtiyaçtır.

Anayasa Mahkemesi başkan ve üyeleri, Mahkemeye gelmesi olası güncel konulara ilişkin sözlü ya da yazılı görüş belirtebilirler(İçtüzük Md.32). Ancak, yapılacak bilimsel çalışmalar ve bilimsel çalışma içinde bildirilecek görüşler yasak kapsamı içinde düşünülmemelidir⁴³.

2949 Sayılı Kanun'un 46'ncı maddesine göre Anayasa Mahkemesi başkan ve üyeleri aşağıdaki dava ve işlere bakamazlar;

- Kendilerine ait ya da kendilerini ilgilendiren dava ve işler,
- Aralarındaki evlilik bağı kalkmış olsa bile eşinin; kan ve sıhriyet yönünden ana-baba-dede-çocuk-torunların; dördüncü dereceye kadar (bu derece içinde) kan yönünden ve akrabalığı doğuran evlilik kalkmış olsa bile üçüncü dereceye kadar (bu derece içinde) evlenme yönünden yakın hısımlarının ve aralarında evlatlık bağı bulunan kimselerin dava ve işleri,
- Dava ve iş sahibinin vekili, vasisi ya da kayyımı olarak görev yaptığı dava ve işler,
- Hakim, savcı, hakem olarak baktığı, tanık ya da bilirkişi olarak beyanda bulunduğu dava ve işler,
- Görüş ve kanı açıkladığı dava ve işler.

Anayasa Mahkemesi üyesinin tarafsızlığı ve bağımsızlığını sağlamaya yönelik bu yasak ve sınırlamaların dışında, 2949 Sayılı Kanun'da Mahkeme üyeliğinin sona erme biçimleri de ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre;

⁴² AYM'nin 27.04.1993 gün ve E:1992/37, K:1993/18 sayılı kararı.

⁴³ Yılmaz ALİEFENDİOĞLU: a.g.e.,221.

- Anayasa Mahkemesi başkan ve üyeleri asli görevleri dışında resmi veya özel hiçbir görev alamazlar, görev alanlar çekilmiş sayılırlar. Bu husus Anayasa Mahkemesince karara bağlanır(2949 SK Md.11).
- Anayasa Mahkemesi başkan ve üyeleri 65 yaşını doldurunca istekleri olmasa dahi emekliye ayrılırlar. Anayasa Mahkemesi başkan ve üyeleri, yazılı olarak emekliliklerini isteyebilecekleri gibi, müddet ve kabule bağlı olmaksızın görevlerinden çekilebilirler. Bu takdirde Başkanlık, durumu derhal Cumhurbaşkanlığı' na ve yenisinin seçimi için aday gösterilmesi gerekiyorsa ilgili kuruma bildirir(2949 SK Md.12).
- Anayasa Mahkemesi başkan ve üyeliği, Hakimler ve Savcılar Kanunu'na göre, hakimlik ve savcılık mesleğinden çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı kesin hüküm giyilmesi halinde kendiliğinden sona erer(2949 SK Md.13).
- Görevin sağlık bakımından yerine getirilemeyeceğinin sağlık kurulu raporuyla kesin olarak anlaşılması veya göreve izinsiz veya özürsüz ve aralıksız olarak 15 gün veya bir yılda 30 gün süre ile devam edilmemesi hallerinde, Anayasa Mahkemesi başkan ve üyeliği, üye tamsayısının salt çoğunluğunun kararıyla sona erer(2949 SK Md.13).

Anayasa Mahkemesi üyelerinin hukuksal durumunu açıklamaya son vermeden önce, bir konuya daha işaret edeceğiz. Acaba, Cumhurbaşkanı tarafından atanan üyenin, Anayasa ve kuruluş yasasının öngördüğü nitelikleri taşıyıp taşımadığı hususu Anayasa Mahkemesince incelenebilecek midir?

Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı işlemler aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil, yargı organlarına başvurulamaması sorunun önemini arttırmaktadır. Uygulamada Anayasa Mahkemesi kendisini bu konuda yetkili görmüştür. 1992 yılında Cumhurbaşkanı Turgut Özal tarafından, Yüksek Öğretim Kurulunun gösterdiği üç aday arasından seçilen ve Anayasa Mahkemesi üyeliğine atanan Prof.Dr.Süleyman Arslan, "15 yıl öğretim üyeliği yapmış olmak" şartını taşımadığı için, yemin ettirilerek göreve başlatılmamıştır.

Anayasa Mahkemesi, bu tip çok özel durumlarda, atanan üyenin niteliğini inceleyebilme yetkisinde olmalıdır.

3. YEDEK ÜYELİK STATÜSÜ

Türkiye'de Anayasa Mahkemesi üyelerinin statüleri yönünden en çok tartışılan konulardan birisi yedek üyelik uygulamasıdır.

Anayasa ve kuruluş yasasına göre 11 asıl, 4 yedek üyeden oluşan Anayasa Mahkemesinde, seçilebilme nitelikleri ve kaynakları bakımından asıl ve yedek üyeler arasında hiçbir ayırım yoktur. Her iki grup, aynı yöntemle, aynı niteliklerle seçilmektedir. Mahkeme içindeki kıdem sıralaması, asıl yedek ayırımı yapılmadan Anayasa Mahkemesine seçim tarihlerine göre yapılmakta, üyeler aynı statüde aynı aylığı almaktadırlar.

1961 Anayasası'na göre Anayasa Mahkemesi 15 asıl, 5 yedek üyeden oluşmaktaydı.

1961 Anayasası'nda yer alan asıl-yedek ayırımı, 1982 Anayasası'nın hazırlanması sırasında Anayasa Komisyonu ve Danışma Meclisi taslaklarında yer almamış iken, tasarının Milli Güvenlik Konseyinde görüşülmesi sırasında yeni Anayasa'ya da girmiştir. Anayasa Mahkemesindeki asıl yedek üye ayırımının, 30 yılı aşkın bir uygulama sonucunda olumlu sonuç vermediği gözlenmektedir⁴⁴.

Asıl üyelerle, aynı kaynaklardan, aynı yöntemlerle, aynı koşullarla seçilen yedek üyeler, asıl üyelerin sahip oldukları hak, imkan ve yetkilerden yoksundurlar.

Yedek üyeler, yalnızca asıl üyelerin özürleri halinde Mahkeme Kuruluna katıldıklarından, uzman oldukları konularda dahi, hangi toplantıya katılıp, hangisine katılmayacaklarını, son ana kadar bilememektedirler.

Anayasa Mahkemesi başkan ve başkan vekilliği seçimlerine katılamamaktadırlar. Yine aynı şekilde, Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanı olabildikleri halde bu mahkemenin başkanlık seçimlerine katılamamaktadırlar.

Yedek üyelerin hiç bir halde asıl üye olamamaları söz konusu sakıncaları sürekli kılmaktadır⁴⁵.

Yedek üyeler, tıpkı asıl üyeler gibi Anayasa ve yasa gereği resmi ve özel hiçbir görev alamadıkları için, asıl görevi bulunmayan üye durumuna düşmektedirler.

Avusturya dışında Avrupa anayasa mahkemelerinde örneği bulunmayan yedek üyelik statüsünün kaldırılması gereği ittifakla benimsenmektedir⁴⁶.

⁴⁴ Yılmaz ALİEFENDİOĞLU: a.g.e.,217.

⁴⁵ Yılmaz ALİEFENDİOĞLU: "Temel Hak ve Özgürlükler Açısından Anayasa Yargısı", AİD,XXIV,3,(Eylül 1992),30.

⁴⁶ Mustafa GÖNÜL: "Anayasa Mahkemesi'nde Yapısal Bir Sorun", Olaylar ve Görüşler, Cumhuriyet (07.07.1992); Yekta G. ÖZDEN: "Anayasa Mahkemesi

4. ÖNERİLER

Anayasa Mahkemesi üyelerinin görev süresine ilişkin olarak, birbirinden çok farklı ve zıt yönlerde düşünceler ve teklifler vardır.

Eski başkanlardan Yekta G.Özden, mahkeme üyeliğine adaylıkta en çok 60 yaş sınırının getirilmesini, böylece üyelerden ve deneyimlerinden daha uzun süre yararlanılabileceğini belirtmektedir⁴⁷.

Aynı sebepten ötürü, görev süresi ile ilgili diğer düzenlemeler muhafaza edilmek kaydıyla, Anayasa Mahkemesi üyelerinin emeklilik sınırının yetmiş yaşına çıkarılması da teklif edilmektedir⁴⁸.

Prof.Dr.İbrahim Ö.Kaboğlu, bugünkü sistem çerçevesinde 50 yaş alt sınırının getirilmesini, yapılacak ilk anayasal reform sırasında ise, Anayasa Mahkemesi üyelerinin görev süresinin 7-9 yıl gibi makul sayılabilecek bir süreyle sınırlandırılmasını önermektedir⁴⁹.

Y. Aliefendioğlu ise, görev süresinin 65 yaş ile sınırlandırılmasının, 60 yaş üzerinde seçilen üyelerin çok kısa süre hizmet vermesine yol açtığını, bu nedenle üst yaş sınırı olmaksızın üyelerin 12 yıl görev yapmalarını, alt sınırın 45 yaşa çıkarılmasını önermektedir.

Bize göre de görev süresinin 12 yıl ile sınırlandırılması uygun olacaktır. Böylece hem üyelerin yirmi beş yıla kadar çıkabilen uzun sürelerde görev yaparak toplumun değişiminden kopmasının önüne geçilecek, hem de makul bir süre hizmet etmeleri sağlanmış olacaktır.

Yasama organının normal olarak 5 yılda bir değiştiği göz önüne alınırsa 12 yıllık bir görev süresi, anayasa mahkemesi üyelerinin yasama organının estirdiği kısa süreli politik rüzgarlardan daha az etkilenmesine neden olacaktır.

Üyelik için gerekli alt ve üst yaş sınırları açısından ise mevcut uygulamaya devam edilmesinin uygun olacağı düşüncesindeyiz.

Anayasa Mahkemesi üyelerinin resmi ve özel hiç bir görev alamayacaklarına ilişkin yasak, tüm üyeler için, bilimsel çalışmalar yönünden kaldırılmalıdır. Üyelerin, üniversitelerde ders vermeleri, sempozyum, panel, konferans gibi

Üyelerinin Hukuksal Konumu”, B.Savcı’ya Armağan, MBV Yayınları, (Ankara,1988),375-392; Necdet DARICIOĞLU: “Anayasa Mahkemesi Başkanı Necdet Daricioğlu’nun Açış Konuşması”, Anayasa Yargısı,VIII, 1991,8.

⁴⁷ Yekta G. ÖZDEN: a.g.m., 378.

⁴⁸ Yargılama Düzeninde Kalite,41.

⁴⁹ İbrahim Ö. KABOĞLU: a.g.e.,44.

toplantılara konuşmacı ya da başkan olarak katılabilmeleri yolu açık tutulmalıdır.

Büyük çoğunlukla hemfikir olunduğu üzere, Avusturya dışında Avrupa modelinde de uygulaması olmayan yedek üyelik statüsü kaldırılmalı, bunun yerine asıl üye sayısı, mahkemenin toplantı yeter sayısından bir veya iki fazla tutulmalıdır.

Görevin gerekleri bahsinden olmak üzere genel olarak üyelerin hukuki statüsü, bağımsızlık ve teminata ilişkin diğer mevcut düzenlemeler yeterli sayılabilir. Ancak, milletvekillerinin yasama dokunulmazlığı mevcut şekli ile devam ettiği müddetçe, Anayasa Mahkemesi üyelerini de milletvekilleri ve bakanlarla eş değer tutacak güvencelerin Anayasaya konulması düşünülebilir.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi üyelerinin statüleriyle ilgili bazı öneri modellerine ulaşmak mümkündür. Ancak önerilecek tüm alternatif modellerin, mevcut anayasal yapılanma bir bütünlük içinde değerlendirildiğinde tartışmaya açık olacağı da muhakkaktır.

Çünkü Türkiye, Cumhurbaşkanlığı statüsünden, YÖK'ün varlığı ve üniversitelerin yeterliliğine, diğer yüksek yargı organlarının niteliğinden, askeri yargının genel konumuna, siyasi partilerin iç işleyişi ve yasama organından, seçim sistemine kadar, bütün temel kurumları sorgulamaktadır.

Buna rağmen, Anayasa Mahkemesi üyeliği hakkında, öğretide ve uygulayıcılar tarafından çoğunlukla yapılan önerileri aşağıdaki gibi sıralayabiliriz;

- Mahkemenin demokratik meşruiyeti bakımından, üyelerin belirlenmesi sürecine, yasama organı da aktif olarak katılmalıdır.
- Mahkemenin işlevlerini daha etkili yerine getirebilmesi bakımından hukuk formasyonuna sahip üyelerin çoğunlukta olması sağlanmalı, bu amaçla kaynak kuruluşların mevzuatı da göz önüne alınarak yeniden düzenleme yapılmalıdır.
- Üniversite öğretim üyelerine daha çok kontenjan tanınmalı ve mahkeme üyelerinin başka görev alma yasağı, bilimsel çalışmalar açısından yumuşatılmalıdır.
- Mahkeme üyelerinin en az doktora düzeyinde akademik kariyere sahip, yabancı dil bilen ve konuyla ilgili bilimsel yayın yapmış kişiler arasından seçilebilmesi için gerekli düzenlemeler yapılmalıdır.

Anayasa Mahkemesi Üyeliği

- Üyelik için mevcut alt ve üst yaş sınırları muhafaza edilmekle beraber, görev süresi açısından sınırlama yapılmalı, böylece Mahkemenin yenilenerek toplum dinamiklerini kavraması sağlanmalıdır.
- Yedek üyelik statüsü kaldırılmalıdır.
- Mahkeme üyelerinin belirlenme süreci saydamlaştırılmalı, üyelerin öneri ve atama kararları gerekçeli olmalıdır.

Ancak, hangi model ve yapılanma uygulanırsa uygulansın, anayasa yargısının işlevi ve etkinliği, toplumun ve onun bir üyesi olarak anayasa yargıcının hukukun üstünlüğü ve demokrasiye olan inancı ve bağlılığı ile orantılı olacaktır.

