

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**



Cilt: 17

Sayı: 1

Yıl: 2009



SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ISSN: 1306-8075

Sahibi

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Prof. Dr. Mehmet AYAN (Dekan)

Editörler (Editors)

Doç. Dr. İbrahim ERCAN
Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN
Arş. Gör. Mustafa ARIKAN

Yayın Kurulu (Editorial Board)

Prof. Dr. Mehmet AYAN	Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM
Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER	Doç. Dr. M. Fatih UŞAN
Prof. Dr. Yavuz ATAR	Doç. Dr. İbrahim ERCAN
Prof. Dr. Sami KARAHAN	Doç. Dr. Faruk BİLİR
Prof. Dr. Ömer ULUKAPI	Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN
Prof. Dr. Mustafa AVCI	

Danışmanlar Kurulu (Advisory Board)

Prof. Dr. Nizamettin AKTAY (Gazi Ü.)	Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ (Gazi Ü.)
Prof. Dr. Fahrettin ARAL (Ankara Ü.)	Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Başkent Ü.)
Prof. Dr. Rıza AYHAN (Gazi Ü.)	Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU (İstanbul Ü.)	Prof. Dr. İlhan ULUSAN (İstanbul Kültür Ü.)
Prof. Dr. Halil CİN (Ufuk Ü.)	Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Ali ERTEN (Bilkent Ü.)	Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Ankara Ü.)
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU (Gazi Ü.)	Prof. Dr. Ejder YILMAZ (Ankara Ü.)

Haberleşme Adresi (Communication Address)

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 **KONYA**
Tel: 0332 241 00 45 Fax: 0332 241 01 05
<http://www.hukuk.selcuk.edu.tr>
e-mail: hukukdergi@selcuk.edu.tr

© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2000 yılından itibaren hakemli dergi olarak yayınlanmaktadır. Yılda iki sayı halinde yayımlanan dergimizde yer alan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir.

Yayın şartları dergimizin son sayfasında yer almaktadır.

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ AKADEMİK HAKEM HEYETİ LİSTESİ*

ÖZEL HUKUK BÖLÜMÜ

Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Prof. Dr. Şahin Akıncı	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Gökhan Antalya	(Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fahrettin Aral	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Ayan	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İhsan Erdoğan	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fikret Eren	(Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Kudret Güven	(Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ayşe Havutçu	(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Çiğdem Kırca	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Cengiz Koçhisarlıoğlu	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bilge Öztan	(Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Ünal	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Cevdet Yavuz	(Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Murat Doğan	(Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Kürşat Turanboy	(Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Süleyman Yalman	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Zafer Zeytin	(Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Sabih Arkan	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ömer Adil Atasoy	(Osmangazi Üniv. İİBF, Eskişehir)
Prof. Dr. Rıza Ayhan	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Yadiğar İzmirli	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Sami Karahan	(İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İsmail Kırca	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fırat Öztan	(Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Asuman Turanboy	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Vahit Doğan	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Cemal Şanlı	(İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Turgut Turhan	(Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Roma Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Özcan Çelebicin	(Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Arzu Oğuz	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

* Hakemler, soyadlarına göre alfabetik olarak sıralanmıştır.

Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Nadi Günal (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Ramazan Arslan (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Oğuz Atalay (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Süha Tanrıver (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Erdal Tercan (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ömer Ulukapı (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ejder Yılmaz (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Recep Akcan (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. İbrahim Ercan (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Kadir Arıcı (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ömer Ekmekçi (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoglu (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali Nazım Sözer (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Haluk Hadi Sümer (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Adnan Tuğ (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Fatih Uşan (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

KAMU HUKUKU BÖLÜMÜ

Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Yavuz Atar (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Erdoğan (Hacettepe Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Hayati Hazır (Gazi Üniversitesi İİBF.)
Prof. Dr. Erdal Onar (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Atilla Özer (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hasan Tunç (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Faruk Bilir (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

İdare Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Tayfun Akgüner (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Zehredin Aslan (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Cevdet Atay (Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Halil Kalabalık (Sakarya Üniversitesi İİBF.)
Prof. Dr. İl Han Özey (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Yıldızhan Yayla (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ramazan Yıldırım (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Turan Yıldırım (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Aydın Gülan (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Cemil Kaya (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı

- Prof. Dr. Enver Bozkurt (Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Şaban Çalış (Selçuk Üniversitesi İİBF)
Doç. Dr. Akif Kütükçü (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Türk Hukuk Tarihi

- Prof. Dr. S. Gül Akyılmaz (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Avcı (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Gülnihal Bozkurt (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Halil Cin (Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ekrem Buğra Ekinci (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ahmet Mumcu (Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Anabilim Dalı

- Prof. Dr. Hakan Hakeri (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Kayıhan İçel (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İzzet Özgenç (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bahri Öztürk (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Doğan Soyaslan (Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Adem Sözüer (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Cumhur Şahin (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Durmuş Tezcan (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

- Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz (Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Niyazi Öktem (Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ali Şafak Balı (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

- Prof. Dr. İlyas Doğan (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Mustafa Yıldız (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Reyhan Sunay (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Vergi Hukuku Anabilim Dalı

- Prof. Dr. Mustafa Akkaya (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Yusuf Karakoç (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. F. Rifat Ortaç (Gazi Üniversitesi İİBF.)

EKONOMİ – MALİYE BÖLÜMÜ

- Prof. Dr. Serdar Altınok (Selçuk Üniversitesi İİBF.)
Prof. Dr. Selahattin Sarı (Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hilmi Zengin (Karadeniz Teknik Üniversitesi İİBF.)

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

KAMU HUKUKU

DOÇENTLİK SINAVI VE DOÇENTLİK KADROSUNA
ATANMA 11

Yrd. Doç. Dr. Mustafa AVCI

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA İFADE ALMA VE
SORGU..... 43

Yrd. Doç. Dr. Mehmet ARICAN

ÖZEL HUKUK

CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU..... 69

Arş. Gör. Mustafa ARIKAN

PAYLI MÜLKİYET HİSSESİNİN HACZİ VE SATIŞI..... 91

Yrd. Doç. Dr. Gökçen TOPUZ

TEZ ÖZETLERİ

TÜRK VE ALMAN HUKUKUNDA GEREKÇE
YÜKÜMLÜLÜĞÜ..... 119

Dr. Atila Erkal

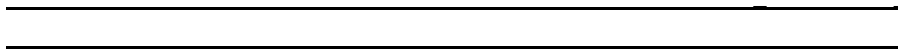
TÜRK HUKUKUNDA EVLAT EDİNME..... 151

Arş. Gör. Mahmut KİZİR

THE SUBSIDIARY PROTECTION OF EUROPEAN
CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 185

Dr. Murat TUMAY

Makaleler



Kamu Hukuku

DOÇENTLİK SINAVI VE DOÇENTLİK KADROSUNA ATANMA

Yrd. Doç. Dr. Mustafa AVCI*

ÖZET

2547 sayılı Kanun ve Doçentlik Sınav Yönetmeliğinde doçentlik sınavına başvuru koşulları ve sınava ilişkin hususlar düzenlenmiştir. Dolayısıyla Üniversitelerarası Kurulun doçentlik sınavına başvuru koşulları ve sınavın yapılışına ilişkin olarak kanun ve yönetmeliklerde düzenlenen hususlara ters düşecek veya aykırılık teşkil edecek nitelikte düzenlemeler yapmaması gerekir.

Doçentlik kadrosunda çalışacak olan kişiler, Anayasanın 128. maddesinde belirtilen kamu görevlileri arasında yer alırlar. Anayasanın 128. maddesinin 2. fıkrasında, kamu görevlilerinin çalışma koşullarına (atanma, nitelik vs.) ilişkin konuların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Ancak, 'kanunla düzenleme' ilkesi, her konunun bütün ayrıntılarıyla kanunla düzenlenmesi şeklinde anlaşılmalıdır. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, konunun temel esasları kanunla belirlenmek koşuluyla, uzmanlık ve teknik konular genel düzenleyici işlemlerle yürütmenin düzenleme yetkisine bırakılabilir. Bu nedenle üniversitelerin, doçentlik kadrosuna atanmada arayacakları koşulları, kanun ve yönetmeliklere aykırı olmayacak şekilde ve genel düzenleyici işlemlerle yapmaları gerekir. Kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının ve Anayasanın 128. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen diğer konuların kanunla düzenlenmesi kuralı, kamu görevliliğine alınacaklar için bir güvencedir. İdarenin bu konuda yapacağı düzenlemeler nedeniyle oluşacak hak kayıplarının önlenmesi bakımından önemlidir.

ANAHTAR KELİMELER: Doçentlik sınavı, doçentlik kadrosu, atanma, kamu görevlileri, akademik unvan.

ASSOCIATE PROFESSORSHIP AND PROMOTION TO ASSOCIATE PROFESSORSHIP

ABSTRACT

The Law no. 2547 and the Regulation on the Examination for Associate Professorship specify the application requirements for this examination and the

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

other procedures concerning the examination. That is why the Inter-University Council should not bring any stipulations that are in conflict with the terms and conditions set by the laws and regulations related with the application requirements and procedures of the examination.

The permanent position of associate professorship is included in the scope of public employment defined by the Article 128 of the Turkish Constitution. The paragraph 2 of the Article 128 in the Constitution stipulates that the regulations concerning the qualifications and appointments of public employees shall be made by the law. However, the principle of “making by law” does not entail that all details of each topic should be set by law. The regulatory authority of the executive power is limited, complementary and dependent. The technical issues or the issues that require expertise can be put under the regulatory authority of the execution on condition that the basic principles are determined by the law. Therefore, the universities can specify themselves the requirements for promotion to associate professorship by general regulatory procedures without violating laws and regulations. It is a guarantee of the rights of prospective public employees to set the stipulation that laws are required to specify the qualifications, appointments and other procedures mentioned in the paragraph 2 of the Article no. 128 in the Constitution. This guarantee is of importance to avoid any loss of rights that result from relevant regulations of the administration.

KEYWORDS: Exam of associate professor, staff of associate professor, appointment, public employees, academic title.

GİRİŞ

Doçentlik sınavını başarmış olanlar doçent unvanını elde ederler. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa göre (md.25), doçent unvanını almış olmak doçentlik kadrosuna atanabilmek için gerekli olan bir koşuldur¹. Ancak, doçent unvanının alınmış olması mutlaka doçentlik kadrosuna atanılacağı anlamına gelmemektedir. Yükseköğretim Kanunu (md.25) ve Öğretim Üyeliğine Yükseltme ve Atanma Yönetmeliğinde (md.10–16) belirtilen atanma usulü neticesine göre doçentlik kadrosuna atanma veya atanmama işlemi gerçekleştirilecektir.

5772 sayılı Kanun ile değişik 2547 sayılı Kanunun 24.maddesi ve Doçentlik Sınav Yönetmeliğinin 4.maddesine göre, doçentlik sınavı,

¹ Bakınız. Türkiye Cumhuriyeti Yükseköğretim Mevzuatı. **Yalın Yayıncılık**. İstanbul. 2007. s.35vd.

Üniversitelerarası Kurul² tarafından yılda iki kere açılır³. Doçentlik Sınav Yönetmeliğinin 3.maddesinde doçentlik sınavının Üniversitelerarası Kurulca belirlenen ve Yükseköğretim Genel Kurulu tarafından onaylanan alanlarda açılacağı belirlenmiştir⁴. 2547 sayılı Kanunun 24.maddesinde doçentlik sınavına katılabilmek için gerekli olan koşulları sağlayan kişilerin, ayrıca başvuracakları doçentlik sınavı temel alanları için öngörülen koşulları da gerçekleştirmiş olmaları gereklidir. Doçentlik sınavı temel alanlarının her biri için ayrı koşullar öngörülmüştür⁵. Doçentlik sınavı temel alanlarının her biri için ayrı koşulların öngörülmesi, liyakat ilkesinin sağlanmasına yöneliktir. Görevin gerektirdiği niteliğin yapılacak olan o göreve uygunluğu gerçekleştirilmiş olmaktadır. Her görevin gerektirdiği nitelik birbirinden farklıdır. Doçentlik sınavında her bir temel alan için farklı koşulların aranması da liyakat ilkesine uygundur.

Çalışmada doçentlik sınavı koşulları ile doçentlik kadrosuna atanma usulüne ilişkin bilgiler verildikten sonra, ortaya çıkan sorunlar konuya ilişkin Danıştay kararları çerçevesinde ele alınmış ve belirlenen sorunlara çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır.

1. DOÇENTLİK SINAVI

1.1. Akademik Unvanların Verilmesi ve Yargısal Denetim

Akademik unvanların verilmesi (doçentlik unvanı) ile akademik personelin atanması (doçentlik kadrosuna atanma) ayrı ayrı işlemlerdir. Dolayısıyla bu işlemler için oluşturulan jürilerin görevlerinin farklılık arz etmesi için niteliği gereğidir⁶. Akademik unvanların verilmesi için oluşturulan jürilerin

² Üniversitelerarası Kurulun ve bu Kurula bağlı komisyonların çalışmaları, Üniversitelerarası Kurulun ve bu Kurula Bağlı Komisyonların Çalışma Esasları Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. **Resmi Gazete**. Tarih ve Sayısı: 14.12.1982/17898.

³ 5772 sayılı Yükseköğretim Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 4.maddesiyle değiştirilen 2547 sayılı Kanunun 24.maddesi. Bakınız. **Resmi Gazete**. Tarih ve Sayısı:28.06.2008/26920.

⁴ “Bu alanlar, her yıl Ocak ayında güncellenmiş olarak Yükseköğretim Kurulunun internet sitesinde yayımlanır.” Bkz. Doçentlik Sınav Yönetmeliği. **Madde 3**. Ayrıca, doçentlik sınavına girecek olan adayların Üniversitelerarası Kurul tarafından belirlenen ‘anahtar sözcük listesi’nden çalışma alanlarını belirlemesi gerekir. Bakınız. <http://www.yok.gov.tr/uak/Erişim> Tarihi:03.04.2009.

⁵ Bakınız. <http://www.yok.gov.tr/uak/Erişim> Tarihi:08.04.2009.

⁶ Danıştay. 5.Daire. Karar Tarihi:17.03.1987. Esas:1986/1685. Karar:1987/405. Bakınız. <http://www.danistay.gov.tr/Danistay> **Bilgi Bankası**/Erişim Tarihi:15.04.2009.

görevi, adayın o konu ile ilgili bilimsel yeterliliğinin olup olmadığını belirlemek iken, akademik personelin atanması için oluşturulan jürilerin görevi ise, yükseköğretim kurumlarında eğitim-öğretim ve diğer akademik görevleri en iyi yapacak olan personeli belirlemeye çalışmaktır. Bu nedenle, doçentlik kadrosuna atama yapılırken, üniversitede akademik personel olarak çalışan adayın doçentlik kadrosuna atanmasıyla, daha önce üniversitede akademik personel olarak çalışmamış adayın doçentlik kadrosuna atanması konusunda ayırım yapılması da gereklidir, özellikle üniversitede akademik personel olarak çalışan adayların öncelikli olarak doçentlik kadrosuna atanmasını sağlayacak kanuni düzenlemeler yapılmalıdır. Çünkü üniversitede ders vermek, pratik çalışmalar yapmak ayrı bir tecrübendir ve üniversitede çalışmış olmayı gerektirir.

Ayrıca belirtilebilir ki, akademik unvanların alınması, üniversitelerde ilgili unvanların akademik kadrolarına atanmak için bir koşul olmakla beraber unvanın alınmış olması, belirtilen kadrolara atanmak için idarenin bu konudaki yetkisini bağlamadığı gibi, öncelikli olarak atanma hakkını da kişilere vermemektedir. Danıştay 5.Dairesi, 2547 sayılı Yasa hükümlerinin, doçent unvanını taşıyan kişiye, unvanından daha alt bir görev olan yardımcı doçentlik kadrosuna öncelikli atanma hakkı vermediğini belirtmiştir⁷.

Akademik unvanların verilmesi konusundaki takdir yetkisi ve bu yetkinin denetimi, bilimsel çalışmalara ilişkin kanaat hürriyeti çerçevesinde düşünülmelidir. Akademik unvanların verilmesi ile ilgili işlemlerin yargısal denetiminin bilimsel özerkliği zedelediği, bilimsel özerkliğin, akademik unvanların verilmesi ile ilgili kararların üniversite dışındaki hiçbir makam tarafından denetlenememesini gerektirdiği ve bu nedenle Anayasa ve kanunlarda değişiklik yapılarak üniversitelerin akademik kararlarının yargısal denetim dışına çıkarılması gerektiği bazı yazarlar tarafından ileri sürülmüştür⁸. Bu görüşlere katılmak mümkün değildir. Özerklik, bağımsızlık ve sınırsız hareket serbestliği anlamına gelmemektedir. Ayrıca hukuk Devletin en temel özelliği, Anayasanın 125.maddesinde de belirtildiği gibi, idarenin her türlü işlem ve eyleminin yargısal denetime tabi olmasıdır⁹. Bazı idari kararların her ne olursa

⁷ Danıştay. 5.Daire. Karar Tarihi:24.03.1992. Esas:1991/4101. Karar:1992/712. Bakınız. [http://www.danistay.gov.tr/Danistay Bilgi Bankasi/Erisim Tarihi:25.04.2009](http://www.danistay.gov.tr/Danistay_Bilgi_Bankasi/Erisim_Tarihi:25.04.2009).

⁸ CİN, Halil. **Çağdaş Eğitim, Çağdaş Üniversite**. (Rektörlerin Başbakan Süleyman Demirel'e verdiği brifing. T.C. Başbakanlık Yayını. Ankara. 1992). s.287.

⁹ Hukuk Devleti ilkesi ve idarenin yargısal denetimi ile ilgili olarak bakınız. GİRİTLİ, İsmet – BİLGİN, Pertev – AKGÜNER, Tayfun. **İdare Hukuku**. Der Yayınları. İstanbul. 2006. s.18; GÜNDAY, Metin. **İdare Hukuku**. İmaj

olsun yargısal denetim dışına çıkarılması en başta hukuk Devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Anayasa Mahkemesinin de bir kararında belirttiği gibi, özerklik, Anayasa ve kanunların çizdiği sınırlar dâhilinde hareket serbestliğini ifade eder¹⁰. Yargısal denetim, kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasının bir güvencesidir. Akademik yükselmelerde jüri kararlarının büyük önemi vardır. Jüri değerlendirmeleri hatalı veya kasıtlı olabilir, gerçeği yansıtmayabilir. Bunun güvencesi yargı denetimidir. Nitekim Danıştay 5.Dairesi, jüri değerlendirmelerini incelemek suretiyle, gerekçesiz veya gerekçenin hukuka uygun olmadığı veya kanun ve yönetmeliklere uygun olmadığı durumlarda müdahale etmiştir¹¹.

1.2. Doçentlik Sınavına Katılabilmek İçin Gerekli Koşullar

5772 sayılı Yükseköğretim Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 4/b maddesiyle 2547 sayılı Kanunun 24.maddesindeki doçentlik

Yayıncılık. Ankara. 2003. s.45; AZRAK, A.Ülkü. “İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu”. **Anayasa Yargısı**. Sayı:9. Ankara. 1993. s.330; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref – TAN, Turgut. **İdare Hukuku Genel Esaslar**. Cilt:1. Turhan Kitapevi. Ankara. 2006. s.37vd; AKYILMAZ, Bahtiyar. **İdare Hukuku**. Sayram Yayınları. Konya. Ocak. 2004. s.46; YAYLA, Yıldızhan. **İdare Hukuku**. Filiz Kitapevi. İstanbul. 1985.s80vd.; GÖZLER, Kemal. **İdare Hukuku**. Cilt:I. Ekin Yayınevi. Bursa. 2003. s.96vd.

¹⁰ Anayasa Mahkemesi. Karar Tarihi:30.05.1990. Esas:1990/2. Karar:1990/10. Bakınız. <http://www.anayasa.gov.tr/> **Kararlar Bilgi Bankası**/Erişim Tarihi:03.03.2009.

¹¹ Danıştay 5.Dairesi konu ile ilgili şu kararı vermiştir: “Profesörlük kadrosuna atanmak için başvuran adayın, jüri tarafından olumsuz değerlendirildiği, hâlbuki jüri değerlendirmelerinin kanun ve yönetmeliklerde belirtilen konuları kapsamı gerektiği, kanun ve yönetmelikte yer almayan bir durumun olumsuz değerlendirmeye gerekçe olamayacağı için hukuka aykırı olduğu belirtilebilir”. Danıştay. 5.Daire. Karar Tarihi:06.10.1989. Esas:1988/3148. Karar:1989/1718. Bakınız. <http://www.danistay.gov.tr/> **Danıştay Bilgi Bankası**/Erişim Tarihi:06.05.2009.

Danıştay 8.Dairesi ise bir kararında şuna hükmetmiştir: “Profesörlüğe yükseltmek için başvuran adayın, jüri tarafından uluslar arası düzeyde orijinal eserler vermiş olmak koşulunu yerine getirilmediği gerekçesi ile verilen olumsuz görüşün, yaptırılan bilirkişi incelemesinde bu koşulun yerine getirildiği tespit edilmek suretiyle profesörlüğe yükseltilmesi gerekmektedir”. Danıştay. 8.Daire. Karar Tarihi:09.11.1992. Esas:1991/736. Karar:1992/2678. Bakınız. <http://www.danistay.gov.tr/> **Danıştay Bilgi Bankası**/Erişim Tarihi:06.05.2009. Görüldüğü üzere Danıştay, akademik unvanların verilmesi ile ilgili işlemlerin hukuka uygunluğunu denetlemektedir.

sınavına başvuru koşulları değiştirilmiştir. Buna göre doçentlik sınavına katılabilmek için; 1) Bir lisans diploması aldıktan sonra doktora veya tıpta uzmanlık unvanını veya Üniversitelerarası Kurulun önerisi üzerine Yükseköğretim Kurulunca tespit edilen belli sanat dallarının birinde yeterlik kazanmış olmak, 2) Üniversitelerarası Kurulun her bir bilim disiplininin özelliklerini dikkate alarak belirteceği görüş çerçevesinde Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikte belirtilen şartları taşıyan özgün bilimsel yayın ve çalışmalar yapmak, 3) Yükseköğretim Kurulunun belirlediği kıstaslar çerçevesinde yapılan merkezi yabancı dil sınavında başarılı olmak gerekir. Ayrıca, daha önce de belirtildiği gibi, Üniversitelerarası Kurul tarafından başvurulacak doçentlik temel alanı için öngörülen koşulları sağlamış olmak da gerekir¹².

1.2.1. Doktora veya Tıpta Uzmanlık Unvanı Almış Olmak ya da Yeterlik Kazanmış Olmak

2547 sayılı Kanuna göre (md.24), doçentlik sınavına katılabilmek için, doktora veya tıpta uzmanlık unvanını almış olmak gerekir. Ayrıca, Üniversitelerarası Kurulun önerisi üzerine Yükseköğretim Kurulunca tespit edilen belli sanat dallarının birinde yeterlik kazanmış olmak da doçentlik sınavına katılabilmek için gerekli olan bu koşulu sağlamaktadır. Doçentlik Sınav Yönetmeliğine (md.4/2-a) göre, “yurt dışında yapılmış olan doktora, sanatta yeterlik veya tıpta uzmanlık öğreniminin ilgisine göre Üniversitelerarası Kurul veya Sağlık Bakanlığı tarafından bir anabilim veya bilim dalı ile ilişkilendirilerek denkliğinin kabul edilmiş olması” da gereklidir.

1.2.2. Özgün Bilimsel Yayın ve Çalışmalar Yapmış Olmak

5772 sayılı Kanun ile değişik 2547 sayılı Kanunun 24.maddesine göre, doçentlik sınavına katılabilmek için, özgün bilimsel yayın ve çalışmalar yapmış olmak gerekir. Doçentlik Sınav Yönetmeliğine (md.4/2-c) göre, “Doktora, tıpta

¹² 31.01.2009 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan yeni Doçentlik Sınav Yönetmeliğine (md.4/3) göre, “Doçentlik unvanının iktisabı için aranan özgün bilimsel çalışmalara ilişkin asgari ölçütler, Üniversitelerarası Kurul tarafından, her bir alan göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenir ve her yıl Ocak ayında güncellenmiş olarak Yükseköğretim Kurulunun internet sitesinde yayımlanır. Bu ölçütler, en erken yayımı tarihini izleyen ikinci dönemde yapılacak olan doçentlik başvurularında dikkate alınır”.

Doçentlik Sınav Yönetmeliğinin geçici maddesine (md.1/2) göre, “2009 yılı içindeki doçentlik başvuruları, 1/9/2000 tarihli ve 24157 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Doçentlik Sınav Yönetmeliğine istinaden belirlenen temel alanlara göre yapılır ve bu başvurularla ilgili değerlendirmelerde söz konusu Yönetmelik hükümlerine istinaden belirlenen ölçütler esas alınır”.

uzmanlık veya sanatta yeterlik unvanı iktisap edildikten sonra, doçentlik başvurusunda bulunulacak olan anabilim dalında özgün bilimsel yayın ve çalışmaların yapılmış olması” şarttır. Dolayısıyla, maddede belirtilen nitelikteki bilimsel yayın ve çalışmalardan doktora, tıpta uzmanlık veya sanatta yeterlik unvanı kazanıldıktan sonra yapılmış olanlar doçentlik sınavında değerlendirmeye tâbi olacaktır. Doktora, tıpta uzmanlık veya sanatta yeterlik unvanı alınmadan önce yapılmış olan bilimsel yayın ve çalışmalar değerlendirilmeyecektir. Ayrıca bu ölçüte göre, yapılacak olan araştırma ve yayınların uluslararası nitelikte olmasının gerekip gerekmediği kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Nitekim Danıştay 8.Dairesi mevcut yasal düzenlemede, uluslararası yayın yapmış olmak profesörlüğe yükseltimede ön koşul olarak belirtilmiş olmakla beraber, doçentlik sınavında uluslararası dergilerde yayın yapma koşulu aranmadığını belirtmiştir¹³. Ancak, Üniversitelerarası Kurul tarafından bazı doçentlik temel alanları için uluslararası yayın yapmış olmak koşulu öngörülmüştür. Kanun koyucu, araştırma ve yayınların özgün olup olmamasını düzenlemiştir. Yapılacak özgün araştırma ve yayınların ulusal veya uluslararası nitelikte olması gerekip gerekmediğini belirtmemiştir. Bazı temel alanlar için uluslararası yayın yapmış olmak koşulunun getirilmesi gerekli olabilir ancak kanun koyucunun düzenlemiş olduğu bir konuya aykırılık teşkil edecek veya ters düşecek nitelikte bir koşulun idare tarafından düzenlenmemesi de gerekir.

Ayrıca belirtilebilir ki, adayın yapmış olduğu araştırma ve yayınların özgün olup olmadığının takdiri, adayın eserlerinin incelenmesi aşamasında, doçentlik sınav jürisi tarafından yapılacaktır.

1.2.3. Merkezi Yabancı Dil Sınavını Başarmış Olmak

5772 sayılı Kanun ile değişik 2547 sayılı Kanununun 24.maddesine göre Yükseköğretim Kurulunun belirlediği kıstaslar çerçevesinde yapılan merkezi yabancı dil sınavında başarılı olmak gerekir. Yeni Doçentlik Sınav Yönetmeliğinin 4.maddesinin 4.bendine göre ise, doçentlik sınavına katılabilmek için, ÖSYM tarafından yapılan merkezi yabancı dil seviye belirleme sınavına (Üniversitelerarası Kurul yabancı dil sınavına -ÜDS¹⁴-) girip,

¹³ Danıştay. 8.Daire. Karar Tarihi:09.11.1998. Esas:1998/4075. Karar:1998/3593. Bakınız. [http://www.danistay.gov.tr/Danistay Bilgi Bankasi/Erisim Tarihi:28.01.2009](http://www.danistay.gov.tr/Danistay_Bilgi_Bankasi/Erisim_Tarihi:28.01.2009).

¹⁴ Eski yönetmelikte adaylar hangi temel alandan doçentlik sınavına başvuracaksa, ÜDS’ye o alandan girmek zorunda idi. Yeni yönetmelikte bu konu ile ilgili bir hüküm bulunmadığından doçentliğe başvuru için ÜDS belgelerinde Bilim Alanı ayırımı yapılmamaktadır. Bakınız. <http://www.yok.gov.tr/uak/docentlik/snavi/snavkılavuzu/> Erişim Tarihi: 17.06.2009.

65 ve üzeri puan almış olmak gerekir¹⁵. Girilecek yabancı dil sınavının, adayın bilim dalı ile ilgili olması koşulu aranmamaktadır. Bilim alanı bir yabancı dille ilgili olanlar bu sınavı başka bir yabancı dilde vermek zorundadırlar.

Doçentlik Sınav Yönetmeliğinin 4.maddesinin 5.bendinde, “Uluslararası düzeyde yapılan yabancı dil seviye tespit sınavlarındaki başarı notunun doçentlik başvurusu için aranan merkezi yabancı dil sınavındaki başarı şartını karşılayıp karşılamadığına Yükseköğretim Yürütme Kurulu tarafından karar verilir” hükmü uyarınca, uluslararası düzeyde yapılan yabancı dil seviye tespit sınavlarından İngilizce ÜDS ve İngilizce KPDS sınavları ile yurtdışında çeşitli kurum ve kuruluşlar tarafından yapılan İngilizce dil sınavlarının sonuçlarının eşdeğerliliğine ilişkin Yükseköğretim Yürütme Kurulunun 31.12.2008 tarihinde almış olduğu ve YÖK internet sitesinde yer alan tablo esas alınmaktadır. Doçentlik Sınav Yönetmeliğinin yürürlüğe girdiği tarih olan 31.01.2009 tarihinden sonra alınacak KPDS’den 65 puan (İngilizce, Almanca, Fransızca) ve üstü ve 2001–2008 tarihleri arasında yapılan KPDS sonuçları geçerli olmayacaktır. ÜDS’den 65 puan ve üstü ve Kanun gereği 1996 yılından önce alınan Doçentlik Merkezi Yabancı Dil Sınavı Sonuç Belgesinde geçerlik süresi aranmayacaktır. Üniversitelerarası Kurulun 14.06.2000 tarihli toplantısında alınan karar uyarınca, 2000 yılından önce (Kasım Dönemi dâhil) KPDS’den 70 puan ve üstü (İngilizce, Almanca, Fransızca) alanların KPDS belgelerinde geçerlik süresi aranmayacaktır¹⁶.

¹⁵ Doçentlik Sınav Yönetmeliği

Başvuru Zamanı ve Şartları

Madde 4:... (2)Doçentlik başvurusu için;...

b)Merkezi yabancı dil sınavında başarılı olunması,

(4)Doçentlik başvurusunda bulunabilmek için adayın, Türkiye’de yükseköğretim kurumlarında dört yıllık lisans programında yabancı dil olarak öğretilen, kendi alanında akademik bakımdan ilerlemesini sağlayan ve uluslararası geçerliliği bulunan dillerden birini bildiğini, ÖSYM tarafından yapılan merkezi yabancı dil seviye belirleme sınavından en az altmış beş puan alarak, belgelemesi gerekir. Anabilim veya bilim dalı belli bir dille ilgili olanlar, bu sınavı başka bir yabancı dilde vermekle yükümlüdürler.

(5)Uluslararası düzeyde yapılan yabancı dil seviye tespit sınavlarındaki başarı notunun doçentlik başvurusu için aranan merkezi yabancı dil sınavındaki başarı şartını karşılayıp karşılamadığına Yükseköğretim Yürütme Kurulu tarafından karar verilir. ... Bakınız. **Resmî Gazete**. Tarih ve Sayısı: 31.01.2009/27127.

¹⁶ Bkz.<http://www.yok.gov.tr/uak/docentliksinavi/sinavkılavuzu/> Erişim Tarihi: 17.06.2009.

1.3. Doçentlik Sınavına Başvurma

5772 sayılı Kanun ile değişik 2547 sayılı Kanununun 24.maddesine göre, doçent adayları, Üniversitelerarası Kurulun tespit edeceği tarihe kadar¹⁷, Üniversitelerarası Kurula gerekli belge ve yayınlar ile birlikte başlıca bilim dalı ile uzmanlık ve araştırma konularını da bildirerek başvururlar. Doçentlik Sınav Yönetmeliğine (md.4) göre, “Başvuruların eksiksiz olup olmadığı ve bu Yönetmelikte aranan şekil şartlarını taşıyıp taşımadığı kontrol edilir. Dosyasının eksiksiz olduğu ve gerekli şekil şartlarını taşıdığı tespit edilen adayın jürisi en kısa zamanda Üniversitelerarası Kurul tarafından oluşturularak, aday ile jürinin asıl ve yedek üyelerine mensubu buldukları üniversite rektörlüğü aracılığı ile bildirilir. Bu bildirim yazısı üzerine eserler aday tarafından jüri üyelerinin her birine posta yolu ile gönderilir. Aday, eserlerin jüri üyelerine ulaştığına ilişkin belgelerinin birer örneğini Üniversitelerarası Kurula teslim eder”.

Doçentlik sınavına başvuru işlemi neticesinde verilecek olan kararlar, kesin, icrai ve kendiliğinden yürütülebilir nitelikte olan kişisel (birel) işlemlerdir yani dava konusu edilebilir nitelikte olan idari işlemlerdir. Kişisel (birel) kararlara karşı yazılı bildirim tarihini izleyen günden başlayarak altmış gün içinde iptal davası açılabilir¹⁸. Doçentlik sınavına başvuru işlemi kabul edilmeyen veya reddedilen aday, doçentlik sınavına giremeyecektir yani doçentlik sınavına başvuru işlemi neticesinde verilen karar icrai niteliktedir.

Ayrıca Üniversitelerarası Kurul, Doçentlik Sınav Yönetmeliğine aykırı olmayacak bir biçimde ve bu yönetmeliğin uygulanmasındaki ayrıntıları göstermek üzere kararlar almaktadır. Örneğin, Üniversitelerarası Kurulun 05.11.2001 tarihli toplantısında alınan karar uyarınca, doçentlik jürileri Üniversitelerarası Kurulda onaylandıktan sonra başvurularını geri çeken adaylar takip eden dönemlerde başvurduklarında sınavları aynı jüri tarafından yapılmaktadır. Üniversitelerarası Kurulun 12.06.1987 tarihli toplantısında alınan karar uyarınca, aynı dönemde iki ayrı bilim dalından doçentlik sınavına başvurulamamaktadır. Üniversitelerarası Kurulun 25.07.1997 tarihli toplantısında mesleği dilbilim olanların Türkçe öğrenim görseler bile ikinci bir

¹⁷ Doçentlik Sınav Yönetmeliğinin 4.maddesinin 1.bendine göre; “Doçentlik başvurusu, Nisan veya Ekim ayları içinde, Üniversitelerarası Kurulun belirleyeceği bir tarihe kadar yapılır. Üniversitelerarası Kurulca bir tarih belirlenmemesi halinde, başvurular, Nisan veya Ekim ayının on beşinci günü başlayıp, en geç ilgili ayın son çalışma günü mesai saati bitimine kadar devam eder”. (ÜAK'nin yayımladığı sınav kılavuzunda, 2009 Dönemi doçentlik başvurularının 15 Nisan/30 Nisan 2009 ve 15 Ekim/30 Ekim 2009 tarihleri arasında yapılacağı belirlenmiştir).

¹⁸ GİRİTLİ-BİLGİN- AKGÜNER. **a.g.e.** s.881vd.

dilden yabancı dil sınavına girmeleri gerektiğine, Üniversitelerarası Kurulun 30.09.2005 tarihli toplantısında alınan karar uyarınca, Karşılaştırmalı Edebiyat Bilim Alanından da başvuran adayların ikinci bir dilden yabancı dil sınavına girmelerine karar verilmiştir. Üniversitelerarası Kurulun 05.04.2007 tarihli toplantısında alınan karar uyarınca, doçentlik sınavına başvuran yabancı uyruklu adayların Doçentlik Sınav Yönetmeliğinin 5.maddesi uyarınca Üniversitelerarası Kurulca eşdeğerliği tespit edilmiş uluslararası sınavlarda Kurulca belirlenmiş geçerli notu almaları halinde yabancı dil sınavlarını başarmış sayılmalarına, adayın vatandaşı olduğu ülke dilinin bu bilim dillerinden birisi olmasının değerlendirmenin o dilde yapılmasına engel olmadığına karar verilmiştir. Üniversitelerarası Kurulun 15.10.2004 tarihli toplantısında alınan karar uyarınca, Özgeçmiş ve Eserler listesinde akademik çalışmaları ile ilgili tüm eserlerin yazılması gerekmektedir. Üniversitelerarası Kurulun 14.09.2005 tarihli toplantısında alınan karar uyarınca tüm Temel Alanlarda Başvuru Koşulunu sağlayan eserlerde yayımlanmış koşulu aranmakta yayına kabul yazıları kabul edilmemektedir. Örneğin yine, Üniversitelerarası Kurulun 27.04.2003 tarihli toplantısında alınan karar uyarınca, doçentlik sınavına başvuran ancak haklarında Etik bakımdan ihbar bulunan adayların başvurularını geri çekmeleri halinde dahi dosyaları Üniversitelerarası Kurul Etik Komisyonunca incelenmektedir¹⁹.

Üniversitelerarası Kurulun doçentlik sınavına başvuruya ilişkin olarak aldığı kararlar, kişisel nitelikte değil, genel düzenleyici nitelikte olan idari düzenlemelerdir. Kanuni idare ilkesi gereğince, idarenin görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi gerekir. Ancak bu ilke, düzenlenecek konunun bütün ayrıntılarıyla kanunla düzenleneceği şeklinde anlaşılmalıdır. Üniversitelerarası Kurul, Yükseköğretim Kanununda ve Doçentlik Sınav Yönetmeliğinde düzenlenen doçentlik sınavına başvuru koşullarına aykırı olmayacak nitelikte ve bu koşulların uygulanmasını göstermek amacıyla teknik

¹⁹ Üniversitelerarası Kurul tarafından alınan başka kararlar da vardır: “Üniversitelerarası Kurulun 12.06.1987 tarihli toplantısında alınan karar uyarınca, aynı dönemde iki ayrı bilim dalından doçentlik sınavına başvurulamamaktadır. Üniversitelerarası Kurulun 15.10.2004 tarihli toplantısında, daha önce farklı bir daldan doçentlik sınavına başvurarak başarılı olan adayların yeni başvurularında doçent unvanını almasını sağlayan yayın listelerinin yeni jüri üyelerine gönderilmesinin uygun olduğuna karar verilmiştir. Üniversitelerarası Kurulun 24.12.1993 tarihli toplantısında alınan karar uyarınca, jüriler belli olduktan sonra ‘kodlama hatası’ yaptıklarını belirterek başka dallardan jüri oluşturulmasını isteyen adayların müracaatları gündeme alınmamaktadır”. Bakınız. [Http://www.yok.gov.tr/uak/docentlik/snavi/snavkılavuzu/](http://www.yok.gov.tr/uak/docentlik/snavi/snavkılavuzu/)Erişim tarihi:17.06.2009.

ve uzmanlık gerektiren konularda düzenleme yapabilir²⁰. Nitekim Danıştay 8.Dairesi, “Üniversitede doçent unvanı ile görev yapacak akademik personelin bilimsel yayın ve eserlerinin belli düzeyde olmasını sağlamak, eğitimin kalitesini yükseltmek ve başvurularda yapılacak olan değerlendirmenin objektif kriterlere göre gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla doçentlik sınav yönetmeliğine uygun nitelikte koşullar getirilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığına” hükmetmiştir²¹.

²⁰ Ayrıntılı bilgi için “Doçentlik Kadrosuna Atanma” kısmına bakınız.

²¹ Danıştay 8.Daire. Karar Tarihi:30.04.2003. Esas:2002/693. Karar:2003/1944. Bakınız. [http://www.danistay.gov.tr/Danistay Bilgi Bankası/Erişim Tarihi:23.06.2009](http://www.danistay.gov.tr/Danistay_Bilgi_Bankasi/Erisim_Tarihi:23.06.2009).

Danıştay 8.Dairesi aynı doğrultuda verdiği başka bir kararında şunu belirtmiştir: “Dava, ...Üniversitesi Ticaret ve Turizm Eğitim Fakültesi öğretim üyesi olan davacının, doçentlik sınav başvurusuna ilişkin koşulların yeniden düzenlenmesine dair Üniversitelerarası Kurulun ve Kurula Bağlı Komisyonların Çalışma Esasları Yönetmeliğinin temel alan tabloları, anahtar sözcük tabloları ile belirlenen Tablo 11-Sosyal, Beşeri ve İdari Bilimler Temel Alanlarının koşulu, Koşul No:111'in 2.Tanımlar başlığında gösterilen Ulusal Hakemli Dergi tanımının iptali istemiyle açılmıştır.

Dava konusu edilen ‘ulusal hakemli dergi’ başlıklı düzenlemede; ‘Editörü ve en az beş değişik üniversitenin öğretim üyelerinden oluşmuş danışmanlar grubu olan, bilimsel/sanatsal özgün araştırma makaleleri yayımlayan, yılda en az iki kez yayımlanan ve son beş yılda düzenli olarak basılıp dağıtımı yapılmış, üniversite kütüphanelerinde erişilebilir olan dergi’ olarak tanımlanmıştır. Dava konusu edilen ulusal hakemli dergi tanımına ilişkin bu koşulların sadece davacının başvuruda bulunduğu muhasebe ve finans temel alanı için düzenlenmiş olmadığı, birçok temel alanı içine aldığı görülmektedir. 2547 sayılı Yasa uyarınca doçentlik sınavına katılabilmek için lisans diploması aldıktan sonra, doktora, tıpta uzmanlık veya sanatta yeterliği kazanmış ve yabancı dil sınavını başarmış olma yanında orijinal bilimsel araştırma ve yayınlar yapmış olma koşulu da aranmaktadır. Doçentlik Sınav Yönetmeliği de bu kapsam içerisinde düzenlenmiş ve adayların başvurduğu alanlarda sağlamaları gereken akademik koşulları Üniversitelerarası Kurula önermek üzere komisyon oluşturulması öngörülmüş olup bu yönetmeliğin 7.maddesine uygun olarak oluşturulan Temel Alan Danışma Komisyonunca usulüne uygun olarak dava konusu koşullar belirlenmiştir.

Üniversitede doçent unvanı ile görev yapacak akademik personelin bilimsel yayın ve eserlerinin belli düzeyde olmasını sağlamak, eğitimin kalitesini yükseltmek ve başvurularda yapılacak olan değerlendirmenin objektif ölçütlere göre gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla, yönetmeliğe uygun nitelikte koşullar getirilmesinde hukuka aykırılık görülmemiştir”. Danıştay. 8.Daire.

1.3.1. Doçentlik Sınavı Jürisinin Oluşturulması

2547 sayılı Kanununun 24/c maddesi ve Doçentlik Sınav Yönetmeliğinin 5.maddesine göre, Üniversitelerarası Kurul, Doçentlik Sınav Komisyonunun önerisi üzerine, doçentliğe başvuran adayın eserlerini göz önüne alarak, ilgili bilim/sanat alanı için oluşturulan profesörler listesinden²² beş kişilik bir jüri ve bu jüri için iki yedek üye tespit eder. Adayın başvurduğu alanda yeterli öğretim üyesinin bulunmaması halinde, istisnai olarak, jüri üç asıl ve iki yedek olmak üzere beş üye ile teşkil edilebilir.

Öğretim Üyeliğine Yükseltme ve Atanma Yönetmeliğinde de doçentlik sınavı jürisinin oluşturulmasına ilişkin hükümler vardır. Öğretim Üyeliğine Yükseltme ve Atanma Yönetmeliğine göre (md.13), aynı bilim dalında yeter sayıda üye bulunmadığı veya adayın bilim dalı veya uzmanlık ve araştırma konularının özelliği zorunlu kıldığı takdirde, yakın bilim dallarında jüri üyesi seçimi yapılabilir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, yakın bilim dalından beş kişilik jüri oluşturma imkânı varken, bu yapılmadan en son çözüm olarak öngörülen üç kişilik jüri belirlenmesinin hukuka uygun olmadığına karar vermiştir²³. Jüri üyelerinin beş kişiden oluşturulmadığı hallerde bu sayı üçe kadar indirilebilir²⁴.

Karar Tarihi:25.04.2002. Esas:2001/2179. Karar:2002/2463. Bakınız. <http://www.danistay.gov.tr>/**Danıştay Bilgi Bankası**/Erişim Tarihi:29.01.2009.

²² Doçentlik Sınav Yönetmeliği

Sınav jürisinin oluşturulması

Madde 5:... (2)Doçentlik jürilerinde görev alabilecek öğretim üyelerinin listesi, bunlara hangi alanlarda doçentlik jürilerinde görev alabileceklerinin sorulması üzerine alınacak olan cevaplar ile kadrosunun bulunduğu üniversitenin görüşü dikkate alınarak hazırlanır. Bu listeler, akademik yükseltmeler, istifa veya emeklilik gibi sebeplerle görevden ayrılmalar göz önünde bulundurularak Yükseköğretim Kurulu personel veri tabanı üzerinden güncellenir. Doçentlik sınav komisyonundaki asıl ve yedek üyelikler, bu listede ilgili alanlarda yer alan öğretim üyeleri arasında objektif ölçütlere göre ve eşit olarak dağıtılır.

(3)Doçentlik sınav jürisinde görev alabilmek için öğretim üyesinin Devlet veya vakıf üniversitesinde 2547 sayılı Kanununun 26.maddesi hükümlerine göre profesör olarak atanmış ve yetmiş iki yaşını doldurmamış olması şarttır.

²³ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu. (Danıştay Kanununda 2004 yılında yapılan değişiklikle İdari Dava Daireleri Kurulu olarak değiştirilmiştir). Karar Tarihi:05.11.1993. Esas:1991/254. Karar:1993/530. Bakınız. <http://www.danistay.gov.tr>/**Danıştay Bilgi Bankası**/Erişim Tarihi:11.05.2009.

²⁴ 5772 sayılı Kanun ile değişik 2547 sayılı Kanununun 24/c maddesi.

1.3.1.1. Doçentlik Sınavı Jürisinin Doçent Adayının Eserlerini İncelemesi

Doçentlik sınavı iki aşamalıdır: 1) Eserlerin incelenmesi aşaması, 2) Sözlü sınav aşaması. Öncelikle doçent adayının eserlerinin incelendiği ‘eserlerin incelenmesi’ aşaması gerçekleştirilir. Bu aşamadan başarılı olunması halinde ‘sözlü sınav’ aşamasına geçilir. 2547 sayılı Kanununun 24.maddesi ve Doçentlik Sınav Yönetmeliğinin 6.maddesine göre, doçentlik sınav jürisi, adayın eserlerini ayrıntılı olarak inceler ve eserler konusundaki olumlu veya olumsuz görüşlerini gerekçeli olarak üniversite rektörlüğü aracılığı ile Üniversitelerarası Kurula sunar. Jüri, sadece eserlerin özgünlüğünü ve içeriğini değil, aynı zamanda eserlerin doçent olmak istenilen bilim dalı ile ilgili olup olmadığını da inceleyip karara bağlayacaktır. Danıştay 8.Dairesi, doçent adayının eserleri üzerinde inceleme yapan jürinin ortak raporunda adayın başka bir bilim dalından başvurmasının daha uygun olacağı, doçent adayının çalışmalarının, eserlerinin içeriği ile doçent olmak istenilen bilim dalının birbirinden farklı olması nedeniyle eserler üzerinde bilirkişilerce inceleme yaptırılmasına gerek kalmadığına karar vermiştir²⁵. Kararda da görüldüğü üzere, doçentlik sınav jürisi, doçent adayının eserlerinin doçent olunmak istenilen bilim dalı ile ilgili olup olmadığını da değerlendirmektedir ki işin niteliği de bu değerlendirmenin yapılmasını gerekli kılar.

2547 sayılı Kanun (md.24) ve Doçentlik Sınav Yönetmeliğine göre (md.6), Jüri üyeleri tarafından hazırlanan raporlar Üniversitelerarası Kurul Başkanlığına gönderilir. Değerlendirmeye esas alınan jüri raporlarının birer nüshası, eser incelemesi sonucuna ilişkin bildirim yazısı ile birlikte adaya gönderilir. Değerlendirmeye esas alınan jüri raporları itibarıyla çoğunlukla eser incelemesinde başarılı bulunan aday, sözlü sınava tabi tutulur.

1.3.1.1.1. Eserlerin İncelenmesi Aşamasının Yargısal Denetimi

Eserlerin incelenmesi sonucunda jüri üyeleri tarafından hazırlanan olumsuz raporlar kanaatimizce dava konusu edilemez. Çünkü jüri üyelerinin raporları ve doçentlik sınav jürisinin eserleri incelemesi bir hazırlık işlemidir, dolayısıyla dava konusu edilebilir nitelikte bir idari işlem değildir²⁶. Üniversitelerarası Kurul tarafından adayın eser inceleme aşamasından başarılı olup olmadığına dair alacağı karar ise, aynı doçentlik sınavına başvuru işlemi

²⁵ Danıştay. 8.Daire. Karar Tarihi:23.10.1991. Esas:1989/1328. Karar:1991/1684. Bakınız. [http://www.danistay.gov.tr/Danistay Bilgi Bankasi/Erisim Tarihi:05.04.2009](http://www.danistay.gov.tr/Danistay_Bilgi_Bankasi/Erisim_Tarihi:05.04.2009).

²⁶ Dava konusu edilebilir nitelikteki idari işlemlerin özellikleri için bakınız. KALABALIK, Halil. **İdare Hukuku Dersleri**. Değişim Yayınları. İstanbul. 2004. s.99vd.; AKYILMAZ. **a.g.e.** s.271.

üzerine verilen karar gibi kesin, icrai ve kendiliğinden yürütülebilir nitelikte olan bir idari işlemdir, bir başka deyişle dava konusu edilebilir nitelikte bir idari işlem olduğu için yazılı bildirim tarihini izleyen günden başlayarak altmış gün içinde dava konusu edilebilir²⁷. Doçentlik sınav jürisini oluşturan üyelerin hazırladığı raporları, Üniversitelerarası Kurulun, doçent adayının eser incelemesinde başarılı olup olmadığı konusunda alacağı karara karşı açılacak olan davada “delil” niteliğinde kabul etmek gerekir. Çünkü Üniversitelerarası Kurulun alacağı kararın dayanağı jüri raporlarıdır. Doçentlik Sınav Yönetmeliğine (md.6) göre, değerlendirmeye esas alınan jüri raporları itibarıyla çoğunlukla eser incelemesinde başarılı bulunan aday, sözlü sınava tabi tutulur.

1.3.1.2. Doçentlik Sözlü Sınavının Yapılması

2547 sayılı Kanun (md.24) ve Doçentlik Sınav Yönetmeliğine göre (md.6/7), “Sözlü sınavın yapılacağı yer, tarih ve saat, Üniversitelerarası Kurul tarafından adaya, mazereti kabul edilenler dışındaki asıl ve yedek jüri üyelerine bildirilmek üzere, mensubu oldukları üniversite rektörlüklerine ve sınavın yapılacağı üniversite rektörlüğüne bildirilir. Sözlü sınavın yapılacağı üniversitenin rektörü, sınav için gerekli fiziki ve teknik imkânları hazırlamakla yükümlüdür. Jüri, sözlü sınav için üye tam sayısı ile toplanır. Adaylar belirtilen gün, saat ve yerde sözlü sınava alınırlar. Sınavda jüri üyelerinden biri, başkan olarak görev yapar”.

Danıştay 8.Dairesi, daha önce eserlerin incelenmesi aşamasında olumsuz görüş bildirerek takdir hatasına düştüğü belirlenen jürinin, doçentlik sınavı sözlü aşamasında da bilim jürisi olarak görevlendirilmesinin yapılacak değerlendirmenin objektifliği konusunda kuşku uyandıracak gerekçesiyle hukuka uygun olmayacağına karar vermiştir²⁸. Dolayısıyla Danıştay

²⁷ İdari işlemler konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız. GİRİTLİ-BİLGEN-AKGÜNER. **a.g.e.** s.881vd; GÖZLER. **a.g.e.** s.510vd; GÖZÜBÜYÜK-TAN. **a.g.e.** s.408vd.

²⁸ “Dava, doçentlik bilim sınavında davacının eserlerini doçentlik için yeterli görmeyen bilim jüri üyelerinin sözlü sınavında da görevlendirilmesi işleminin iptali istemiyle açılmıştır. Davacının, klasik arkeoloji dalındaki eserlerinin doçentlik sınavı bilim jürisi tarafından yeterli görülmemesi üzerine açılan davada Danıştay 8.Dairesince bilirkişi incelemesi sonucu, üç kişilik bilirkişi kurulunca düzenlenen 25.5.1992 günlü raporda, davacının, Doçentlik Sınav Yönetmeliğine göre, özgün ve bilimsel nitelikte yeterince araştırma ve yayınları bulunduğu belirtilmesi nedeniyle yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne 2.7.1992 gününde karar verilmiş olup, anılan karardan sonra, Üniversitelerarası Kurul Başkanlığı kararı ile sözlü sınavın 8.10.1992 günü yapılacağı belirlendiği, sınav bilim jürisi olarak da ilk jüri üyelerinin görevlendirildiği ve davacı tarafından da bu jüri üyelerinin belirlenmesine

8.Dairesinin kararına göre, doçentlik sınavının eserlerin incelenmesi aşamasında takdir hatasına düştüğü tespit edilen jürinin, doçent adayının sözlü sınav aşamasında görevlendirilmemesi gerekir. Bu durumda doçentlik sınav komisyonu tarafından sözlü sınav için başka bir jüri oluşturulmalı veya takdir hatasına düştüğü belirlenen jüri üyesi/üyeleri yerine başka jüri üyesi/üyeleri görevlendirilmelidir. Böylece yapılacak sözlü sınavın objektifliği de sağlanmış olur.

Doçentlik Sınav Yönetmeliğine göre (md.6), “Sözlü sınav sonunda jüri, adayın başarılı olup olmadığına çoğunlukla karar verir. Bu karar, düzenlenen tutanakta imza altına alınır ve başkan tarafından jüri üyeleri önünde adaya sözlü olarak bildirilir”.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, sözlü sınava gelmeyen adayların durumu da Doçentlik Sınav Yönetmeliğinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Doçentlik Sınav Yönetmeliğine (md.6) göre, “Sözlü sınava gelmeyen aday, bu sınava gelmesine engel olacak nitelikte bir mazeretinin varlığı halinde, bunu, varsa belgeleyen evrakla birlikte Üniversitelerarası Kurula bildirir. Mazeret bildiriminde bulunmaması veya bildirdiği mazeretin Doçentlik Sınav Komisyonu tarafından kabul edilmemesi halinde, aday bir sözlü sınav hakkını kaybeder. Doçentlik Sınav Komisyonunun sözlü sınava gelmeyen adayın bildirdiği mazereti kabul etmesi halinde, sözlü sınav, Üniversitelerarası Kurulun yeniden belirleyeceği yer, tarih ve saatte bu madde hükümlerine göre yenilenir”.

1.3.1.2.1. Doçentlik Sözlü Sınavının Yargısal Denetimi

Doçentlik Sınav Yönetmeliğine göre (md.6), Sözlü sınav, doçent ve profesör unvanına sahip öğretim üyelerine açıktır. Sözlü sınavın yapılacağı yer ile gün ve saati, sınavın yapılacağı üniversite rektörlüğünce internet sayfasında yayımlanır. Jüri başkan ve üyeleri, sözlü sınavın denetlenebilirliğini sağlamak için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar. Ancak bu tedbirlerin neler olduğu mevzuatta açıkça belirtilmemiştir. Denetlenebilirliği sağlamaya yönelik tedbirlerin neler olduğunun ilgili yönetmelikte açık ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde düzenlenmesi gerekirdi.

ilişkin işlemin iptali istemiyle bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Daha önce eserlerin incelenmesi aşamasında olumsuz görüş bildirerek takdir hatasına düştüğü belirlenen jürinin, doçentlik sınavı sözlü aşamasında da bilim jürisi olarak görevlendirilmesinin yapılacak değerlendirmenin objektifliği konusunda kuşku uyandıracığı açıktır”. Danıştay. 8.Daire. Karar Tarihi:28.06.1993. Esas:1992/2742. Karar:1993/2518. Bakınız: <http://www.danistay.gov.tr/>
Danıştay Bilgi Bankası/Erişim Tarihi:19.04.2009.

Doçentlik sözlü sınavı neticesinde verilen karar da kesin, icrai ve kendiliğinden yürütülebilir nitelikte olan yani dava edilebilir nitelikte bir kişisel idari işlemdir. Danıştay 8.Dairesi, doçentlik sözlü sınavında başarısız bulunan adayın, hangi yönlerden başarısız olduğunun tutanakta belirtilmesi gerektiğini, hangi yönlerden başarısız olduğu belirtilmeksizin sadece bir tutanak ile başarısız olduğunun belirtilmesinin hukuka uygun olmadığına karar vermiştir²⁹. Danıştay 8.Dairesi bir başka kararında ise, sözlü yapılan sınavlarda sınavla ilgili yazılı bir kanıt bulunmaması nedeniyle, bu sınavda ilgilinin başarılı olup olmadığının bilirkişi incelemesi yaptırılarak yargı yolu ile denetlenmesi olanağı bulunmadığına hükmetmiştir³⁰. Danıştayın ‘sözlü sınavın denetlenebileceğine’ hükmettiği kararları da bulunmaktadır. Örneğin, Danıştay 5.Dairesi, sınav değerlendirme kurulu üyelerinin puanları arasında fahiş farklar bulunması halinde sözlü sınavın iptal edileceğine dair vermiş olduğu kararla sözlü sınavın hukuka uygunluğunu denetlemiştir³¹. Aynı şekilde Danıştay 12.Dairesi de, sözlü sınava ilişkin soru ve cevapların somut bilgilere dayanmaması nedeniyle yargısal denetimin yapılması olanağının bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddedilmesini hukuka aykırı bularak sözlü sınavın yargısal denetiminin yapılabileceğini belirtmiştir³². Dolayısıyla, sözlü sınavlar ile ilgili temel sorunun, sözlü sınavın denetlenmesi ve eğer hukuka aykırılık söz konusu ise bunun kanıtlanıp kanıtlanamaması ile ilgili olduğu görülmektedir. Sözlü sınavların yapılmasını öngören düzenlemelerin subjektif değerlendirmelere imkân vermeyecek şekilde ve ayrıntılı olarak belirtilmesi, sözlü sınavların ses ve görüntü kaydının alınması³³ ve bu kayıtların en azından dava açma süresi

²⁹ Danıştay. 8.Daire. Karar Tarihi:19.10.2004. Esas:2004/1367. Karar:2004/3878. Bakınız. [http://www.danistay.gov.tr/Danistay Bilgi Bankasi/Erisim Tarihi:20.05.2009](http://www.danistay.gov.tr/Danistay_Bilgi_Bankasi/Erisim_Tarihi:20.05.2009).

³⁰ Danıştay. 8.Daire. Karar Tarihi:13.09.1989. Esas:1989/302. Karar:1989/671. Bakınız. [http://www.danistay.gov.tr/Danistay Bilgi Bankasi/Erisim Tarihi:20.05.2009](http://www.danistay.gov.tr/Danistay_Bilgi_Bankasi/Erisim_Tarihi:20.05.2009).

³¹ Danıştay.5.Daire. Karar Tarihi:09.12.1986. Esas:1986/564. Karar:1986/1372. Bakınız. [http://www.danistay.gov.tr/Danistay Bilgi Bankasi/Erisim Tarihi:21.05.2009](http://www.danistay.gov.tr/Danistay_Bilgi_Bankasi/Erisim_Tarihi:21.05.2009).

³² Danıştay.12.Daire. Karar Tarihi:24.12.1997. Esas:1997/857. Karar:1997/4259. Bakınız. [http://www.danistay.gov.tr/Danistay Bilgi Bankasi/Erisim Tarihi:21.05.2009](http://www.danistay.gov.tr/Danistay_Bilgi_Bankasi/Erisim_Tarihi:21.05.2009).

³³ “Sözlü sınavda verilen yanıtların, teknolojik olanaklardan yararlanılarak kayıt altına alınması suretiyle, objektif nitelikte incelenip denetiminin yapılmasına olanak tanınmasının, hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesi açısından önemli ve yerinde bir uygulama olacağı düşünülmektedir”. Danıştay. 5.Daire.

geçinceye kadar saklanmasına ilişkin kuralların mevzuat ile düzenlenmesi, sözlü sınav konusundaki ispat sorununu ortadan kaldıracak ve yargı tarafından yapılacak olan hukuka uygunluk denetiminin sınırlarını belirleyecek, ayrıca hukuki istikrar ve güven ilkesinin gerçekleşmesini sağlayacaktır. Sözlü sınavın kayda alınmasının ve sınav evrakı gibi saklanmasının mevzuat ile düzenlenmesi, sözlü sınavın kayda alınmaması veya saklanmaması hâlinde, iptal edilmesine hukuki gerekçe oluşturacaktır. Sözlü sınavda başarısız sayılma işleminin yargısal denetimini kolaylaştıracak altyapının bütün unsurlarıyla oluşturulmasını sağlamak, hukuka bağlı idarenin görevidir³⁴. Hukuk Devleti ilkesi de, idari işlemlerin yargısal denetimini olanaksızlaştıracak ya da güçleştirecek düzenlemelere izin vermemektedir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, “Sözlü sınavlara ilişkin düzenlemeler içeren yönetmelik maddelerinin subjektif değerlendirmelere yol açmayacak şekilde yapılması gerektiğini ve sözlü sınavların da yargı denetimine tabi olduğunu, aksi bir değerlendirmenin Anayasada belirtilen, ‘idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi olduğu’ kuralı ve hukuk Devleti ilkesiyle bağdaşmayacağını, davacının sözlü sınavda başarısız sayılmasına ilişkin işlemde, sınav öncesinde soruların ve yanıtlarının hazırlanmamış olması, sözlü sınavın sesli ve görüntülü kayıt yapılmak suretiyle gerçekleştirilmemesi, ayrıca komisyon üyelerince takdir edilen notun gerekçeleriyle ortaya konulmaması nedenleriyle hukuka uyarlık bulunmadığını” belirtmiştir³⁵.

1.3.1.2.2. Adayın Doçentlik Sözlü Sınavına Tekrar Alınması

Sözlü sınavda başarısız sayılan veya sözlü sınav hakkını kaybeden adayın sözlü sınava tekrar alınması için Doçentlik Sınav Yönetmeliğinin

Karar Tarihi:21.05.2008. Esas:2007/1771. Karar:2008/3008. **Danıştay Dergisi.** (Yıl:38. Sayı:119. Ankara. 2008). s.191-194; “Sözlü sınavla ilgili kriterlerin düzenlendiği yönetmelikte hüküm bulunmasa dahi; sözlü sınavın niteliği gereği, yargı denetimine olanak tanıyacak şekilde, ayrıntılı sınav tutanağı düzenlenmesi gerektiği düşünülmektedir”. Danıştay. 12.Daire. Karar Tarihi:09.06.2008. Esas:2008/535. Karar:2008/3422. **Danıştay Dergisi.** (Yıl:38. Sayı:119. Ankara. 2008). s.407-408.

³⁴ Danıştay. 12.Daire. Karar Tarihi:09.06.2008. Esas:2008/535. Karar:2008/3422. **Danıştay Dergisi.** (Yıl:38. Sayı:119. Ankara. 2008). s.408.

³⁵ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 29.03.2007 tarih ve 2007/234 sayılı yürütmenin durdurmasına ilişkin itiraz incelemesi neticesinde vermiş olduğu kararın gerekçesinden alınmıştır. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 13.11.2008 tarih ve 2008/774 sayılı yürütmenin durdurulmasına ilişkin itiraz incelemesi neticesinde de aynı gerekçelerle itirazın reddine karar vermiştir. Bakın: <http://www.danistay.gov.tr/GuncelKararlar/Erisim> Tarihi: 14.07.2009.

4.maddesindeki süre içerisinde başvurması gerekir³⁶. Tekrar sözlü sınava alınacak aday için yeni bir jüri oluşturulmaz. Öğretim üyeliği görevinden istifa, emeklilik veya mazeret sebebiyle jürinin ikiden fazla üyesinin eksilmesi halinde, Üniversitelerarası Kurul tarafından jürinin eksilen üyelikleri doldurulur.

Ancak, Danıştay 8.Dairesinin bir kararında belirttiği gibi, tarafsız kalamayacağı tespit edilen jüri üyelerinin yapılacak olan sözlü sınavda görevlendirilmemesi gerekir³⁷.

³⁶ Doçentlik Sınav Yönetmeliğinin 6.maddesine göre, “Sözlü sınavda başarısız olan veya sözlü sınav hakkını kaybeden aday, 4.maddenin 1.fıkrasında belirlenen sürelerde yeniden başvuruda bulunması halinde, tekrar sözlü sınava alınır. Bu başvuruda, 4.maddede doçentlik başvurusu için aranan şartların taşındığına dair belgelerin yeniden ibrazı istenmez”.

³⁷ “Dosyanın incelenmesinden, davacının 1992 yılında ‘doçentlik sınavı’ için başvurduğu eğitim bilimleri, program geliştirme bilim dalında eserlerinin incelenmesi aşamasında oybirliği ile başarılı olduğu, daha sonraki aşama olan sözlü sınav aşamasında iki kez başarısız olduğu, bu iki sınavda da görev alan Prof.Dr... ve Prof.Dr... kendisine karşı tarafsız davranmadıkları ve aralarında uyuşmazlık olduğundan bahisle 25.4.1994 günlü dilekçesi ile adı geçen öğretim üyelerinin 13.10.1994 günü gireceği ve son hakkı olan sözlü sınav komisyonunda görevlendirilmeleri halinde objektif bir değerlendirme yapmayacakları savıyla sınav jürisinde görevlendirilmemelerini Üniversitelerarası Kurul Başkanlığından talep ettiği, ancak 13.10.1994 günü yapılacak sözlü sınavı için oluşturulan jüride adı geçen öğretim üyelerinin de yer aldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacının talebi değerlendirilmeksizin son kez gireceği 13.10.1994 günü yapılacak sözlü sınav jürisinin oluşturulmasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır”. Danıştay. 8.Daire. Karar Tarihi:20.04.1995. Esas:1994/4313. Karar:1995/1314. Bakınız. [http://www.danistay.gov.tr/Danistay Bilgi Bankası/](http://www.danistay.gov.tr/Danistay_Bilgi_Bankasi/)Erişim Tarihi:11.06.2009.; Danıştay 8.Dairesi yine konu ile ilgili bir davada şöyle demektedir: “Olayda, davacının gerek ilk kez, gerekse ikinci kez katıldığı sözlü sınavlarda aynı jüri üyelerinin görevlendirildiği, kendi okulunun Anabilim Dalı Başkanı olan Prof. Dr. ...'ın da bu jüride bulunduğu, davacının adı geçen bu jüri üyesiyle arasının sözlü sınavdan önce de açık olduğu, jüri üyesinin davacıya karşı davranışlarından soruşturma geçirdiği ve tanık beyanlarından da jüri üyesi olarak tarafsızlığı hususunda kuşkular olduğu, anlaşılmaktadır. Aktarılan bu durum karşısında, davacıyla ilgili olarak yürütülen sınavın nesnellığı konusunda duraksama ve kuşku duyulabileceği açıktır. İlgilisinin bilimsel geleceğini belirleyecek olan sınav aşamalarının olumsuz değerlendirme ve yaklaşımlarından uzak bir görünüm taşıması gerektiğinde kuşku yoktur. Bu gelişim ve bilimsel gereklilikler karşısında, davacıyla çekişmesi olan bir öğretim üyesinin de katılımıyla jüri oluşturularak yapılan sözlü sınavda hukuka

Doçentlik Sınav Yönetmeliğine göre (md.6), “Eser incelemesinde başarılı olmasına rağmen sözlü sınavlarda üç defa başarısız olan veya başarısız sayılan aday sözlü sınav için yeniden başvurduğunda, bu sınavı yapmak üzere yeni bir jüri oluşturulur. Yeni jüri oluşturulmasında mevcut jürinin salt çoğunluğu sağlayacak sayıda üyesinin değiştirilmesi şarttır”. Eski Doçentlik Sınav Yönetmeliğine göre, eser incelemesinde başarılı olmasına rağmen sözlü sınavda üç defa başarısız olan aday, doçentlik sınavının tüm aşamalarını yeni baştan tekrar etmek zorunda idi. Yeni Yönetmelik ise, bu kuralı değiştirmiş ve sözlü sınavda üç defa başarısız olan adayın yeni jüri oluşturmak suretiyle tekrar sözlü sınava girebilmesini sağlamıştır.

1.3.1.3. Doçentlik Belgesinin Verilmesi

2547 sayılı Kanun (md.24) ve Doçentlik Sınav Yönetmeliğine göre (md.6), doçentlik sınavında başarılı olanlara Üniversitelerarası Kurul Başkanlığı tarafından ‘doçentlik belgesi’ verilir. Doçentlik belgesi, doçent unvanının alındığına dair bir belgedir. Doçentlik unvanını alan kişiler üniversitelerin doçentlik kadrosuna atanmak için gerekli koşulu sağlamış olmaktadırlar. Ancak, daha öncede ifade edildiği gibi, doçent unvanının alınmış olması, mutlaka doçentlik kadrosuna atanmayı sağlamaz. Yükseköğretim Kanunu (md.25) ve Öğretim Üyeliğine Yükseltirme ve Atanma Yönetmeliğinde (md.10–16) belirtilen atama usulü neticesine göre doçentlik kadrosuna atama veya atamama işlemi gerçekleştirilecektir.

1.4. Yabancı Ülkelerde Alınan Doçentlik Unvanı

2547 sayılı Kanuna göre (md.27), yabancı ülkelerde alınan doçentlik unvanının Türkiye’de geçerli olabilmesi, Üniversitelerarası Kurulun bu konuda bir karar almasına bağlıdır. Yabancı ülkelerde alınan doçentlik unvanının geçerli olabilmesi için, doktora veya tıpta uzmanlık unvanına ya da sanatta yeterlik belgesine sahip olmak gerekir. Yabancı ülkelerde alınan doçentlik unvanının Türkiye’de geçerli olabilmesi için, en az iki yıl bu unvan ile yabancı ülkelerdeki öğretim ve araştırma kurumlarında çalışmış olmak da gerekir. Ayrıca, başvuran adayın çalıştığı yabancı ülkedeki yükseköğretim kurumunun, Türk yükseköğretim kurumu düzeyinde olduğu Üniversitelerarası Kurul tarafından kabul edilmelidir³⁸.

ve kamu görevi gereklerine uyarlık bulunmamaktadır”. Danıştay. 8.Daire. Karar Tarihi:21.12.2000. Esas:1999/526. Karar:2000/8502. Bakınız. [http://www.danistay.gov.tr/Danistay Bilgi Bankası/](http://www.danistay.gov.tr/Danistay_Bilgi_Bankasi/)Erişim Tarihi:12.06.2009.

³⁸ Bakınız. Yurtdışından Alınan Doçentlik Unvanının Değerlendirilmesine İlişkin Açıklamalar. <http://www.yok.gov.tr/uak/>Erişim Tarihi:11.02.2009.

1.5. Disipline Aykırı Fiiller

Doçentlik Sınav Yönetmeliğine (md.7) göre; eser incelemesi yapan jüri üyeleri, başvuru dosyasında yer alan herhangi bir eserde intihal olduğunu tespit ederse, durumu bir raporla Üniversitelerarası Kurula bildirecektir. İntihal iddiası ile ilgili olarak bir karar verilinceye kadar, Üniversitelerarası Kurul doçentlik başvurusu ile ilgili herhangi bir işlem yapmayacaktır³⁹. İntihal, Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 11.maddesinde öğretim mesleğinden çıkarma cezasını gerektiren fiil ve haller arasında belirtilirken şu şekilde tanımlanmıştır: “Bir başkasının bilimsel eserinin veya çalışmasının tümünü veya bir kısmını *kaynak belirtmeden* kendi eseri gibi göstermek”. Osmanlıca-Türkçe sözlükte intihal: Çalma, başkasının yazısını veya şiirini *kendinin gibi gösterme*, iktibas: Ödünç alma, bir kelimeyi, bir cümleyi veya bunların manalarını olduğu gibi alma şeklinde tanımlanmıştır⁴⁰. Kısaca belirtmek gerekirse, bilimsel çalışmalarda dipnot veya kaynakça kısmında kaynak belirtilmeden yapılan alıntılar intihal fiilini oluşturur ve disiplin cezasını gerektirir. Bilimsel çalışmalarda intihal fiilinin oluşup oluşmadığı yapılacak incelemeler sonucunda ortaya çıkacaktır.

Doçentlik Sınav Yönetmeliğine (md.7) göre; “Eser incelemesi yapan jüri üyeleri, başvuru dosyasında yer alan herhangi bir eserde *intihal dışında yayın ve araştırma etiğine aykırılığın varlığını* tespit ederse, durumu bir raporla Üniversitelerarası Kurula bildirir. Bu iddia ile ilgili olarak bir karar verilinceye kadar, Üniversitelerarası Kurul doçentlik başvurusu ile ilgili herhangi bir işlem yapmaz. Bu durumda aday hakkında yükseköğretim disiplin mevzuatı hükümlerine göre derhal soruşturma yapılır. İddianın asılsız çıkması halinde, doçentlik süreci kaldığı yerden devam eder ve ilgili jüri üyesi hakkında şartların varlığı halinde idarî ve adli soruşturma yapılır. İddianın doğru olduğunun tespiti halinde, aday yaptığı doçentlik başvurusunda başarısız sayılır”. Yönetmelikte geçen “*intihal dışında yayın ve araştırma etiğine aykırılığın*” ne olduğu ve

³⁹ “Üniversitelerarası Kurul, intihal iddiası hakkında gerekli işlemlerin yapılması için durumu belgeleri ile birlikte Yükseköğretim Kurulu Başkanlığına gönderir ve ayrıca diğer jüri üyeleri derhal durumdan haberdar edilerek, iddia sonuçlandırılıncaya kadar rapor hazırlamamaları sağlanır. İntihal iddiası ile ilgili olarak yükseköğretim disiplin mevzuatına göre işlem yapılır. İntihal iddiasının doğru olmadığı tespit edildiğinde, doçentlik süreci kaldığı yerden devam eder. İntihal iddiasının doğru olduğunun tespiti halinde, aday yaptığı doçentlik başvurusunda başarısız sayılır. Adayın idarî, cezaî ve hukukî sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır”. Bakınız. Doçentlik Sınav Yönetmeliği. **Madde 7.**

⁴⁰ Danıştay. 8.Daire. Karar Tarihi:05.07.2001. Esas:2000/1806. Karar:2001/3586. Bakınız.<http://www.danistay.gov.tr/DanistayBilgiBankasi/E.T.:12.06.2009>.

hangi objektif esaslara göre tespit edileceği sorunu çözüme tam anlamıyla kavuşmuş değildir. Üniversiteler, çıkarmış oldukları yönetmeliklerle veya almış oldukları kararlarla, ya da Üniversitelerarası Kurul Etik Komisyonu tarafından alınan kararlarla bu konu düzenlenmeye çalışılmıştır. Kanaatimizce Yükseköğretim Kurulu tarafından yayın ve araştırma etiğine aykırılıkların neler olduğu konusunda açık bir düzenleme yapılmalıdır. Böylece bu konudaki karmaşa ve dağınıklık giderilerek yeknesaklık sağlanabilir.

Doçentlik Sınav Yönetmeliğine (md.7) göre; “Doçentlik sınavı için başvuru dosyasının içeriğinde adayla ilgili olarak disiplin suçu oluşturan başka bir durumun varlığı nedeniyle soruşturma başlatılmış olması halinde, durum Üniversitelerarası Kurula bildirilir. Bu soruşturma sonuçlanıncaya kadar, Üniversitelerarası Kurul doçentlik başvurusu ile ilgili herhangi bir işlem yapmaz”.

2. DOÇENTLİK KADROSUNA ATANMA

Anayasaya göre (md.128/2), “memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, *atanmaları*, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir”. Buna göre, *doçentlik kadrosuna atanacakların* statüsünün kanunla düzenlenmesi gerekir. Çünkü doçentlik kadrosunda çalışanlar, Anayasanın 128.maddesinde belirtilen ‘diğer kamu görevlileri’ arasındadırlar. Ancak, personel hukukunda bu konunun tartışmalı olduğu görülmektedir. Konunun kanun hükmünde karamameler veya idarenin genel düzenleyici işlemleriyle düzenlenip düzenlenemeyeceği hususunda Anayasa Mahkemesinin kararları söz konusudur. Anayasa Mahkemesi, Anayasanın çeşitli maddelerinde yer alan ‘kanunla düzenleme’den ne anlaşılması gerektiğini, kararlarında açıklamıştır. Buna göre, kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devri anlamına geleceğinden, Anayasanın 7.maddesine aykırı düşecektir⁴¹. Ancak, yasada temel esasların ve çerçevenin belirlenmesi koşuluyla, uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması Anayasaya aykırılık oluşturmayacaktır⁴².

⁴¹ Anayasa Mahkemesi, “Anayasaya göre yasa ile düzenlenmesi gereken konularda, yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisinin” verilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi. Karar Tarihi:02.10.1996. Esas:1996/61. Karar:1996/35. Bakınız. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Bilgi/Bankasi/Erisim/Tarihi:08.01.2009>.

⁴² Anayasa Mahkemesi. Karar Tarihi:11.06.2003.Esas:2001/346. Karar:2003/63.; Anayasa Mahkemesi. Karar Tarihi:27.11.1997. Esas:1997/37. Karar:1997/69.; Anayasa Mahkemesi. Karar Tarihi:07.05.2002. Esas:2000/17. Karar:2002/46.

Anayasada öngörülen ‘kanunla düzenleme’nin, kanun hükmünde kararnamelerle düzenleme yapılmasını kapsayıp kapsamadığı da tartışmalıdır⁴³. Kanun Hükmünde Kararnameler rejimi, Anayasanın 91.maddesinde belirtilmiştir. Bir konunun 91.maddedeki KHK düzenleme yasağı kapsamına girip girmediğinin tespitinden önce, Anayasanın ‘kanunla düzenlenir’ dediği konuların KHK ile düzenlenip düzenlenemeyeceğinin tartışılması gerekir. Doktrinde, Anayasanın değişik maddelerinde öngörülen ‘kanunla düzenleme’ koşulunun o konuda KHK çıkarılmasını engellemediği belirtilmiştir. Anayasanın kanunla düzenleneceğini öngördüğü bir konu, KHK ile ilgili hüküm olan Anayasanın 91.maddesinin sınırlaması dışında kalmadıkça ya da 163.maddede olduğu gibi, kanun hükmünde kararname çıkarılmayacağı açıkça belirtilmedikçe, KHK ile düzenlenebilir⁴⁴. Dolayısıyla Anayasanın 128.maddesinin 2.fikrasında belirtilen memurlar ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin ve atanmalarının, Anayasanın 91.maddesinin 1.fikrasında belirtilen sınırlamaya⁴⁵ girip girmediğinin belirlenmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi, KHK ile düzenleme yasağını, Anayasanın 12–40 ve 66–74.maddelerinin alanlarına ilişkin düzenlemelerle sınırlı tutmuş ve yasak kapsamına giren maddelerle dolaylı bir ilginin varlığını yeterli görmemiştir⁴⁶. Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 128.maddesi ile ilgili yapılacak

Bakınız. [http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar Bilgi Bankası/](http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar_Bilgi_Bankasi/) Erişim Tarihi:09.01.2009.

⁴³ AZRAK, Ali Ülkü. “Hukuk Devleti Açısından Memurların Mesleki Güvenceleri”. **Kamu Personeli Sorunları. İdare Hukuku Sempozyumu.** Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Eskişehir. 2003. s.4.

⁴⁴ Bakınız. ÖZBUDUN, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku.** 8.Bası. Yetkin Yayınları. Ankara. 2004. s.235.; GÖZLER, Kemal. **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi.** Ekin Kitapevi. Bursa. 2000. s.102.

⁴⁵ 1982 Anayasası Madde 91: “...Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez”.

⁴⁶ “Dolaylı biçimde kişi hak ve özgürlüklerini ilgilendirmeyecek bir düzenleme düşünmek oldukça güçtür. Bu nedenle de dolaylı bir ilginin varlığına dayanılarak sonuca gitmek isabetli değildir”. Anayasa Mahkemesi. Karar Tarihi:06.01.1986. Esas:1986/15. Karar:1987/1. Bakınız. [http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar Bilgi Bankası/](http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar_Bilgi_Bankasi/)Erişim Tarihi:13.02.2009.

düzenlemelerin, arada doğrudan bir ilgi olmadığı için 91.maddedeki yasak kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir⁴⁷.

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerinde ve Anayasanın 128.maddesinin 2.fıkrasında belirtilen diğer konularda, ivedi ve zorunlu hâllerde, yetki kanununda belirtilen konulara ilişkin olarak KHK ile düzenleme yapılabileceği söylenebilir de⁴⁸, kamu görevlilerinin çalışma koşullarına ilişkin düzenlemeleri ivedi ve zorunlu olarak nitelendirmek zor olduğu için⁴⁹, bu konularda KHK ile düzenleme yapılamayacağı belirtilebilir.

İdarenin genel düzenleyici işlemlerine gelince, Anayasa Mahkemesinin de belirttiği gibi, idarenin genel düzenleyici işlemleri, hem kanuna aykırı olmamalı, hem de kanuna dayanmalıdır. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yürütme, temel ilkeleri, çerçevesi ve sınırları kanunla belirlenmiş konuların uygulanmasını göstermek amacıyla düzenleme yapabilir⁵⁰. Bu durumda, idare, kanunların uygulanmasını göstermek amacıyla teknik ve uzmanlık gerektiren konuları genel düzenleyici işlemlerle

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi. Karar Tarihi:08.02.1989. Esas:1988/38. Karar:1989/7. Bakınız. [http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar Bilgi Bankasi/Erisim Tarihi:14.02.2009](http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar_Bilgi_Bankasi/Erisim_Tarihi:14.02.2009).

⁴⁸ Anayasa Mahkemesinin artık yerleşik hâle gelen içtihadına göre, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi, Anayasanın 91.maddesindeki koşullara ilave olarak, “önemli, ivedi ve zorunlu” hâllerde verilmelidir. Anayasa Mahkemesi. Karar Tarihi:01.02.1990. Esas:1988/64. Karar:1990/2. Bakınız. [http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar Bilgi Bankasi/Erisim Tarihi:14.02.2009](http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar_Bilgi_Bankasi/Erisim_Tarihi:14.02.2009).

⁴⁹ Anayasa Mahkemesine göre, “niteliği itibariyle uzun süreli ve çok yönlü çalışmayı gerektiren düzenlemeler ivedi ve zorunlu olarak nitelenemez”. Anayasa Mahkemesi. Karar Tarihi:05.10.2000. Esas:2000/45. Karar:2000/27. Bakınız. [http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar Bilgi Bankasi/Erisim Tarihi:15.02.2009](http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar_Bilgi_Bankasi/Erisim_Tarihi:15.02.2009); “1982 Anayasası döneminde idari teşkilât ve kamu personelinin nitelikleri konusunda birçok KHK çıkarılmıştır. Anayasa Mahkemesi ise, bazen ivedilik ve zorunluluk koşuluna uymadığı, bazen de yasama yetkisinin devri anlamına gelebileceği için sınırları belirsiz ve genel nitelikli yetki kanunlarını iptal etmiştir”. Anayasa Mahkemesi. Karar Tarihi:20.03.2001. Esas:2001/9. Karar:2001/56. Bakınız. [http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar Bilgi Bankasi/Erisim Tarihi:15.02.2009](http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar_Bilgi_Bankasi/Erisim_Tarihi:15.02.2009).

⁵⁰ SEZER, Yasin. **Türk Yüksek Mahkemeleri ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Kararları Işığında Kamu Hizmetine Girme Hakkı**. Seçkin Yayınevi. Ankara. 2006. s.57vd.

düzenleyebilir⁵¹. Anayasa Mahkemesine göre, Anayasanın 128.maddesine uygun olarak, yasada bulunması gereken temel esaslara yer verilmek ve idarenin düzenleme yapacağı alanın sınırları çizilmek kaydıyla, idare tarafından genel düzenleyici işlemlerle düzenleme yapılması, Anayasanın 128.maddesine ve ‘kanunla düzenleme’ yapılması ilkesine aykırı değildir⁵².

Anayasanın 128.maddesinde ifade edilen ‘kanunla düzenleme’ ilkesine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararlar çerçevesinde şu sonuca varılabilir: Yasama yetkisi, TBMM tarafından kullanılması gereken ve devredilemez bir yetkidir. Ancak, ‘kanunla düzenleme’ ilkesi, her konunun bütün ayrıntılarıyla kanunla düzenlenmesi şeklinde anlaşılmalıdır. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, konunun temel esasları kanunla belirlenmek koşuluyla ve ‘belirli kanun alanları dışında⁵³, uzmanlık ve teknik konular genel düzenleyici işlemlerle yürütmenin düzenleme yetkisine bırakılabilir.

2.1. Yükseköğretim Kurumlarının Öğretim Üyeliğine Atanmada İlave Özel Koşullar Getirmesi

2547 sayılı Kanun ve Öğretim Üyeliğine Yükseltme ve Atanma Yönetmeliğinde öğretim üyeliğine atanma koşulları belirtilmiştir. Buna göre, doçentlik kadrosuna atanabilmek için 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48.maddesindeki genel koşullara sahip olmak gerekir. Ayrıca, doçentlik unvanını almış olmak ve üniversitelerin, doçentlik kadrosuna atama için, Yükseköğretim Kurulunun onayını almak suretiyle, münhasıran bilimsel kaliteyi artırmak amacıyla yönelik olarak, bilim disiplinleri arasındaki farklılıkları da göz önünde bulundurarak belirlediği objektif ve denetlenebilir nitelikteki ek koşulları yerine getirmiş olmak gerekir.

⁵¹ Anayasa Mahkemesi. Karar Tarihi:22.12.1988. Esas:1988/5. Karar:1988/55. Bakınız. [http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar Bilgi Bankası/](http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar_Bilgi_Bankasi/) Erişim Tarihi:16.02.2009.

⁵² Anayasa Mahkemesi. Karar Tarihi:11.06.2003. Esas:2001/346. Karar:2003/63.; Anayasa Mahkemesi. Esas:1987/16. Karar:1988/8. Karar Tarihi:19.04.1988. Bakınız. [http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar Bilgi Bankası/](http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar_Bilgi_Bankasi/) Erişim Tarihi:17.02.2009.

⁵³ Anayasanın 91.maddesinin 1.fıkrasında KHK ile düzenlenemeyeceği belirtilen temel hak ve hürriyetler, haliyle idarenin genel düzenleyici işlemlerine de konu olamazlar. Bu konular ancak kanun ile düzenlenebilir.

Görüldüğü üzere, yükseköğretim kurumları, öğretim üyeliğine atamalarda ilave özel koşullar isteyebilme konusunda yetkilendirilmiştir⁵⁴. Öğretim Üyeliğine Yükseltme ve Atanma Yönetmeliğinin 2.maddesine eklenen 2.fıkra ile öğretim üyeliğine yükseltme ve atanma ile ilgili olarak, kanun ve yönetmeliklerin yanı sıra yükseköğretim kurumları tarafından ilave özel koşulların getirilebileceği kabul edilmiştir. Ancak, getirilen bu kuralın yürütmesi, yükseköğretim kurumlarının böyle bir düzenleme yapma yetkisine sahip olmadığı gerekçesiyle, Danıştay 8.Dairesi tarafından durdurulmuştur⁵⁵. Danıştay 8.Dairesi tarafından verilen bu yürütmeyi durdurma kararının gerekçesinde şu belirtilmiştir: “2547 sayılı Yasa ve Öğretim Üyeliğine Yükseltme ve Atanma Yönetmeliğinde yer alan hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden; öğretim üyeliklerini elde etme ve atanma koşullarının ayrıntılı olarak belirlendiği, bu koşullar içinde üniversite ve üniversite senatolarına atama ölçütü belirleme yetkisi verilmesinin; düzenleyici işlemlerin Anayasa, yasa, tüzük, yönetmelik ve hukukun genel ilkelerine aykırı hükümler içermemesi prensibine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır. Bu durumda, 2547 sayılı Yasada Yükseköğretim Kuruluna belli bir çerçeve içinde yönetmelikle düzenleme yapma yetkisi verilmiş olması ve bu yetkiyi başka organlara devir etme yetkisi verilmemiş olması nedeniyle kanuna aykırı düzenleme getiren

⁵⁴ Nitekim Danıştay ilgili daireleri tarafından değişik tarihlerde verilen kararlarda, yükseköğretim kurumlarının, öğretim elemanı ve dolayısıyla eğitim ve öğretimin kalitesini arttırmak için ilave koşullar getirebileceği belirtilmiştir. İlgili kararlar için bakınız. <http://www.danistay.gov.tr/>**Danıştay Bilgi Bankası.**

⁵⁵ Dava konusu edilen Yönetmelik değişikliği ile anılan Yönetmeliğin 2.maddesine eklenen fıkra ile “İlgili yasa ve yönetmelik hükümleriyle öngörülen koşulların yanı sıra; doçentliğe atama ile yardımcı doçentliğe ve profesörlüğe yükseltme ve atamalarda ilan edilen bir kadroya başvurabilmek için yükseköğretim kurumları tarafından belirlenen ve Yükseköğretim Kurulu tarafından uygun bulunan asgari ölçütleri sağlamak zorunludur. Ayrıca yardımcı doçent adaylarının yabancı dilden senatolarca belirlenen ve Bazı Akademik Kadrolara Öğretim Elemanı Dışındaki Kadrolardan Naklen Yapılacak Atamalarda ya da Açıkta Atamalarda Uygulanacak Merkezi Sınav ile Giriş Sınavlarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğinde öğretim elemanları için belirlenen taban puanından az olmayan bir puan almaları zorunludur” hükmü, aynı Yönetmeliğe eklenen Geçici madde ile de, “bu Yönetmeliğin yayımını takip eden takip eden üç ay içinde, yükseköğretim kurumlarının, öğretim üyeliğine yükseltme ve atamalarda aranacak asgari ölçütleri belirlemeleri ve Yükseköğretim Kurulunun onayını alarak uygulamaya koymaları zorunlu olup, yeni ölçütler uygulamaya konuluncaya kadar daha önce Yükseköğretim Kurulu tarafından onaylanan ölçütlerin uygulanmasına devam edilir” hükümleri getirilmiştir.

Öğretim Üyeliğine Yükseltme ve Atanma Yönetmeliğinde yapılan değişiklikte hukuka uyarlık bulunmamaktadır⁵⁶”.

Danıştay 8.Dairesinin bu kararına değişik sebeplerle katılmak mümkün değildir⁵⁷. Üniversitelerin farklı eğitim-öğretim kalitesine sahip olduğu ve dolayısıyla öğretim elemanlarında aranılacak nitelikler bakımından üniversitelerin farklı ölçütler getirmesinde kamu yararı ve hizmet gereklerine bir aykırılık olmadığı belirtilebilir. Danıştay 8.Dairesi tarafından verilen yürütmeyi durdurma kararında, Yükseköğretim Kurulunun konu ile ilgili yönetmelik çıkarma ve uygulama yetkisi olduğu, üniversite yönetim kurullarının ve üniversite senatolarının böyle bir yetkiye sahip olmadığı belirtilmiştir. Danıştay 8.Dairesinin bu kararı, üniversitelerin uygulamalarında yeknesaklığı sağlamak açısından doğrudur ancak; üniversitelerin sağladıkları olanaklar ile eğitim-öğretim seviye ve kalitesi farklı olduğundan, bütün üniversitelerin aynı kurallara tabi kılınması bazı sakıncaları da beraberinde getirecektir. Çünkü farklı üniversitelerde görev yapan ve aynı olanaklara sahip olmayan öğretim üyelerinin aynı kıstaslara tabi olması, şekil açısından eşitlik gibi görünse de, aslında eşitsizliğe yol açacaktır. Bu nedenle, üniversitelerin kendi konumlarını ve olanaklarını göz önüne alarak öğretim üyeliğine atanma ve yükseltmelerde farklı kıstaslar getirmesi kanaatimizce yerinde olacaktır. Nitekim 5772 sayılı Kanun ile 2547 sayılı Kanunda yapılan değişikliklerle ilave özel koşulların belirlenmesinde üniversiteler yetkilendirilmiştir. 5772 sayılı Kanun ile değişik 2547 sayılı Kanunun 25.maddesine eklenen ‘c’ bendiyle üniversitelerin, doçentlik kadrosuna atama için, Yükseköğretim Kurulunun onayını almak suretiyle, münhasıran bilimsel kaliteyi artırmak amacıyla yönelik olarak, bilim disiplinleri arasındaki farklılıkları da göz önünde bulundurarak, objektif ve denetlenebilir nitelikte ek koşullar belirleyebileceği düzenlenmiştir.

⁵⁶ Danıştay. 8.Dairesinin 2007/3688 esas sayılı Yürütmenin Durdurulması kararı. Bakınız. <http://www.yok.gov.tr/>Erişim Tarihi:19.12.2007.

⁵⁷ Danıştay 8.Dairesinin vermiş olduğu 2006/6252 ve 2007/3688 esas sayılı yürütmenin durdurulması kararlarına karşı oy gerekçesinde şu belirtilmiştir: “Dava konusu düzenleme 2547 sayılı Yasanın yükseköğretim kurumlarının görevlerine ilişkin 7, 12 ve 14.maddeleri ile uyumlu olup, yükseköğretimin amaç ve ilkeleri, üniversitelere ve yüksek teknoloji enstitülerine, bilimsel ve idari özerkliğe sahip kuruluşlar olarak, kendilerini geliştirme, verimlerini arttırma, öğretim elemanlarını yetiştirme, yüksek düzeyde bilimsel çalışmalar ve araştırmalar yapma yükümlülüğünü yüklemektedir.

Bütün bu görev ve yükümlülükler, Yükseköğretim Kuruluna ve yükseköğretim kurumlarına, iptali istenen hususlarda da düzenleme yapma yetkisini vermektedir”.

Danıştay 8.Dairesi, doçentlik kadrosuna yapılacak atamalarda üniversitelerin düzenleyeceği özel koşulların birden çok adayın olduğu durumlarda tercih sebebi olabileceğini, tek adayın söz konusu olduğu durumlarda, getirilen özel koşulların yokluğunun atamama işlemine gerekçe olamayacağını belirtmiştir⁵⁸. Ancak 5772 sayılı Kanun ile değişik 2547 sayılı Kanunun 25.maddesi, bu konuda bir ayırım yapmaksızın üniversitelerin düzenleyeceği özel koşulların tek aday olarak başvuru alan öğretim üyeliği kadrolarına yapılacak atamalarda da değerlendirileceğini öngörmüştür. Yapılan bu kanuni düzenleme, yükseköğretim kurumlarında eğitim-öğretim hizmetleri ile diğer akademik görevleri en iyi şekilde yapacak personelin atanmasına ve akademik kalitenin artmasına imkân sağlaması bakımından olumlu olmuştur. Ayrıca daha önce de belirtildiği gibi, üniversitede fiilen çalışıyor olmanın getireceği yararlar sebebiyle doçentlik ataması yapılırken, üniversitede akademik personel olarak çalışan adayın doçentlik kadrosuna atanmasıyla, daha önce üniversitede akademik personel olarak çalışmamış adayın doçentlik kadrosuna atanması konusunda ayırım yapılması da gereklidir, özellikle üniversitede akademik personel olarak çalışan adayların öncelikli olarak doçentlik kadrosuna atanmasını sağlayacak kanuni düzenlemeler yapılmalıdır.

2.2. Doçentliğe Yükseltme, Atanma Usulü ve Yetkili Makam

2.2.1. Doçentliğe Yükseltme ve Atanma Usulü

Yükseköğretim Kanunu (md.25) ve Öğretim Üyeliğine Yükseltme ve Atanma Yönetmeliğine göre (md.10–16), “bir üniversite biriminde açık bulunan doçentlik kadrosu, rektörlükçe, isteklilerin başvurması için ilan edilir. Müracaat eden adayların durumlarını incelemek üzere rektör tarafından, varsa biri ilgili birim yöneticisi, en az biri de o üniversite dışından olmak üzere üç profesör tespit edilir. Bu profesörler, adaylar hakkında ayrı ayrı mütalaalarını rektöre bildirirler. Rektör, bu mütalaalara dayanarak üniversite yönetim kurulunun görüşünü de aldıktan sonra atamayı yapar”. Vakıf üniversitelerinde rektör tarafından yapılan doçentliğe atama işleminin mütevellî heyetince onaylanması da gereklidir⁵⁹.

Doçentlik kadrosuna yapılacak atamada birden çok aday söz konusu ise, profesörlerden alınan mütalaalar ve üniversite yönetim kurulunun görüşü rektör tarafından değerlendirilir, hangi aday raporlarında daha olumlu belirtilmiş ise, o kadroya atanabilir. Ancak, doçentlik kadrosuna yapılacak atamada, profesörlerden alınan mütalaalar ve üniversite yönetim kurulundan alınan görüş,

⁵⁸ Danıştay. 8.Daire. Karar Tarihi:09.11.1998. Esas:1998/4075. Karar:1998/3593. Bakınız. <http://www.danistay.gov.tr/DanistayBilgiBankasi/E.T.:27.03.2009>.

⁵⁹ Bakınız. Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği. **Resmi Gazete**. Tarih ve Sayısı: 31.12.2005/26040.

rektörün atama konusundaki takdir yetkisini bağlı yetki hâline dönüştürmez. Bu durum rektörün keyfi işlem tesis edebileceği anlamına da gelmez. Rektör, haklı bir gerekçe ortaya koymak ve bu haklı gerekçeyi somut bilgi ve belgelerle kanıtlamak suretiyle profesörler ve üniversite yönetim kurulundan alınan görüşlerin aksi yönde karar alabilir.

Doçentlik kadrosuna yapılacak atamada tek aday söz konusu olduğunda da, yine yukarıda yapılan açıklamaların geçerli olduğu belirtilebilir. Ancak Danıştay 8.Dairesi, tek aday olarak doçentlik kadrosuna yapılan başvuruda, doçent unvanını alarak bilimsel yeterliliğini kanıtlayan kişinin atamasının yapılması gerektiğini belirterek, üç profesörden ikisinin vermiş olduğu olumsuz görüşü ve üniversite yönetim kurulunun olumsuz görüşünü esas alarak kadroya atamama işlemini tesis eden rektör kararının hukuka uygun olmadığına karar vermiştir⁶⁰. Danıştay 8.Dairesinin bu kararına göre, tek aday olarak başvuru doçentlik kadrosuna yapılacak atamalarda, profesörlerden alınan mütalaaların ve üniversite yönetim kurulu görüşünün değerlendirilmemesi ve adayın mutlaka atamasının yapılması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Ancak, Danıştay 8.Dairesinin bu kararına katılmak mümkün değildir. Çünkü daha önce de belirtildiği gibi, akademik unvanların verilmesi ile akademik personelin atanması ayrı ayrı işlemlerdir. Dolayısıyla bu işlemler için oluşturulan jürilerin görevleri ve alınan görüşlerin niteliği farklılık arz eder ve bu durum işin niteliği gereğidir⁶¹. Akademik unvanların verilmesi için oluşturulan jürilerin görevi, adayın o konu ile ilgili bilimsel yeterliliğinin olup olmadığını belirlemek iken, akademik personelin atanması için oluşturulan jürilerin görevi ve alınan görüşlerin amacı ise, yükseköğretim kurumlarında eğitim-öğretim hizmetleri ile diğer akademik görevleri en iyi şekilde yapacak olan personeli belirlemeye çalışmaktır. Bu nedenle, profesörlerden alınan mütalaalar ve üniversite yönetim kurulu tarafından bildirilen görüşlerin tek aday olarak başvuru doçentlik kadrosuna yapılacak atamalarda da değerlendirilmesi gereklidir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere bildirilen görüşleri değerlendirecek olan makam rektördür. Rektör, haklı bir gerekçe ortaya koymak ve bu haklı gerekçeyi somut bilgi ve belgelerle kanıtlamak suretiyle takdir yetkisini farklı yönde kullanabilir.

⁶⁰ Danıştay. 8.Daire. Karar Tarihi:13.10.2003. Esas:2003/2062. Karar:2003/4001. Bakınız. <http://www.danistay.gov.tr/> **Danıştay Bilgi Bankası/** Erişim Tarihi:03.03.2009.

⁶¹ Danıştay. 5.Daire. Karar Tarihi:17.03.1987. Esas:1986/1685. Karar:1987/405. Bakınız. <http://www.danistay.gov.tr/>**Danıştay Bilgi Bankası/**Erişim Tarihi:04.03.2009.

2.2.2. Doçentliğe Atanmada Yetkili Makam

Doçentlik kadrosuna atamada yetkili makam rektördür. Rektörün atama konusundaki takdir yetkisini, hukuka uygun olarak ve somut bilgi ve belgelere dayanan haklı bir gerekçe göstermek suretiyle kullanması gerekir. Danıştay 5.Dairesi, kişinin doçentlik kadrosuna atanmasının yapılması için yaptığı başvuru üzerine gerekli işlemler başlatıldığına, jüri üyelerince olumlu görüş bildirilip üniversite yönetim kurulunca da olumlu karar alındığına göre, *hukuken geçerli hiçbir nedene dayanmayan* atamama işleminin iptalinin usule ve hukuka uygun olduğuna karar vermiştir⁶². *Somut bilgi ve belgelere dayanan haklı bir gerekçenin varlığı hâlinde* rektör, bildirilen olumlu görüş ve kararın aksi yönde takdir yetkisini kullanabilir. Danıştay 8.Dairesi de, doçentliğe yükseltmek için yasal düzenlemelerde öngörülen tüm akademik süreçlerden geçerek konu ile ilgili bilim jürisinin görüşü ve Üniversitelerarası Kurulun kararı ile bilimsel olarak başarılı ve yeterli bulunması nedeniyle doçentliğe yükseltilen davacının, üç öğretim üyesinin olumlu görüşlerine karşın, *hiçbir gerekçe gösterilmeksizin* doçentliğe atanmamasının hukuka uygun olmadığına karar vererek *rektörün atamama kararında haklı bir gerekçe göstermesi gerektiğini* belirtmiştir⁶³. Rektörün atama konusundaki takdir yetkisini haklı bir gerekçeye dayandırması durumunda, atama işlemi yapılmayabilir. Nitekim Danıştay 5.Dairesi, güvenlik soruşturması sonucuna göre yapılmayan atama işleminin hukuka uygun olduğunu belirtmiştir⁶⁴.

Doçentlik unvanının alınmış olduğu anabilim dalından açılan doçentlik kadrosuna başvurulması gerekir. Nitekim Danıştay 8.Dairesi de vermiş olduğu bir kararda, doçentlik unvanı alınmış olunan anabilim dalından başka bir anabilim dalında açılan doçentlik kadrosuna atama yapılmamasını hukuka uygun bulmuştur⁶⁵. Danıştay 8.Dairesinin vermiş olduğu karar isabetlidir. Çünkü doçentlik unvanının alınmış olduğu anabilim dalından başka, herhangi bir

⁶² Danıştay. 5.Daire. Karar Tarihi:27.06.1988. Esas:1987/777. Karar:1988/1960. Bakınız. [http://www.danistay.gov.tr/Danistay Bilgi Bankasi/Erisim Tarihi:03.04.2009](http://www.danistay.gov.tr/Danistay_Bilgi_Bankasi/Erisim_Tarihi:03.04.2009).

⁶³ Danıştay. 8.Daire. Karar Tarihi:18.01.1996. Esas:1994/5583. Karar:1996/101. Bakınız. [http://www.danistay.gov.tr/Danistay Bilgi Bankasi/Erisim Tarihi:04.04.2009](http://www.danistay.gov.tr/Danistay_Bilgi_Bankasi/Erisim_Tarihi:04.04.2009).

⁶⁴ Danıştay. 5.Daire. Karar Tarihi:28.03.1985. Esas:1984/1023. Karar:1985/822. Bakınız. [http://www.danistay.gov.tr/Danistay Bilgi Bankasi/Erisim Tarihi:05.04.2009](http://www.danistay.gov.tr/Danistay_Bilgi_Bankasi/Erisim_Tarihi:05.04.2009).

⁶⁵ Danıştay. 8.Daire. Karar Tarihi:03.11.1999. Esas:1998/2338. Karar:1999/5757. Bakınız. [http://www.danistay.gov.tr/Danistay Bilgi Bankasi/Erisim Tarihi:05.04.2009](http://www.danistay.gov.tr/Danistay_Bilgi_Bankasi/Erisim_Tarihi:05.04.2009).

anabilim dalından doçentlik kadrosuna başvurulması halinde doçentlik unvanının anabilim dalı şeklinde alınmış olmasının bir anlamı kalmazdı.

2.3. Yabancı Uyruklu Öğretim Elemanlarının Doçentliğe Atanması

2547 sayılı Kanuna (md.34) göre; “Yükseköğretim kurumlarında, sözleşme ile görevlendirilecek yabancı uyruklu öğretim elemanları, ilgili fakülte, enstitü veya yüksekokul yönetim kurulunun önerisi ve üniversite yönetim kurulunun uygun görüşü üzerine rektör tarafından atanırlar. Bunlar, öğretim görevleri bakımından, bu kanunda aylıklı öğretim elemanları için konulmuş olan hükümlere tabidirler. Yabancı uyruklu öğretim elemanlarının bu şekilde atanmaları veya görevlendirilmeleri, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun Bakanlar Kurulu kararını gerektiren hükümlerine tabi olmadan, Yükseköğretim Kurulunca İçişleri Bakanlığına bildirilir ve iki ay içinde alınacak olumlu görüş neticesinde ilgili üniversitesi ile sözleşmesi yapılır”.

SONUÇ

2547 sayılı Kanun ve Doçentlik Sınav Yönetmeliğinde doçentlik sınavına başvuru koşulları ve sınava ilişkin hususlar düzenlenmiştir. Dolayısıyla Üniversitelerarası Kurulun doçentlik sınavına başvuru koşulları ve sınavın yapılışına ilişkin olarak kanun ve yönetmeliklerde düzenlenen hususlara ters düşecek veya aykırılık teşkil edecek nitelikte düzenlemeler yapmaması gerekir.

Doçentlik sınavının eserlerin incelenmesi aşamasında takdir hatasına düştüğü tespit edilen jürinin, doçent adayının sözlü sınav aşamasında görevlendirilmemesi gerekir. Bu durumda doçentlik sınav komisyonu tarafından sözlü sınav için başka bir jüri oluşturulmalı veya takdir hatasına düştüğü belirlenen jüri üyesi/üyeleri yerine başka jüri üyesi/üyeleri görevlendirilmelidir.

Ayrıca belirtilmesi gerekir ki, doçentlik sözlü sınavı ile ilgili temel sorun, sözlü sınavın denetlenmesi ve eğer hukuka aykırılık söz konusu ise bunun kanıtlanıp kanıtlanamaması ile ilgilidir. İlgili mevzuat ile sözlü sınavların ses ve görüntü kaydı alınmak suretiyle yapılmasının düzenlenmesi, sözlü sınavların denetlenmesi konusunda ortaya çıkan sorunların çözümlenmesini sağlayabilir. Sözlü sınavlarda alınacak ses ve görüntü kayıtlarının, sınav evrakı gibi en azından dava açma süresi geçinceye kadar saklanması da gerekir. Sözlü sınavın kayda alınmasının ve sınav evrakı gibi saklanması mevzuat ile düzenlenmesi, sözlü sınavın kayda alınmaması veya saklanmaması halinde, iptal edilmesine hukuki gerekçe oluşturacaktır. Sözlü sınavda başarısız sayılma işleminin yargısal denetimini sağlayacak altyapının bütün unsurlarıyla oluşturulmasını sağlamak, hukuka bağlı idarenin görevidir. Hukuk Devleti ilkesi de, idari işlemlerin yargısal denetiminin yapılmasını olanaksızlaştıracak ya da güçleştirecek şekilde yapılan düzenlemelere izin vermemektedir.

Doçentlik kadrosuna atama yapılırken, üniversitede akademik personel olarak çalışan adayın doçentlik kadrosuna atanmasıyla, daha önce üniversitede

akademik personel olarak çalışmamış adayın doçentlik kadrosuna atanması konusunda ayırım yapılması da gereklidir, özellikle üniversitede akademik personel olarak çalışan adayların öncelikli olarak doçentlik kadrosuna atanmasını sağlayacak kanuni düzenlemeler yapılmalıdır. Çünkü üniversitede ders vermek, pratik çalışmalar yapmak ayrı bir tecrübedir ve üniversitede çalışmış olmayı gerektirir.

Doçentlik kadrosunda çalışacak olan kişiler, Anayasanın 128.maddesinde belirtilen ‘diğer kamu görevlileri’ arasında yer alırlar. Anayasanın 128.maddesinin 2.fikrasında, kamu görevlilerinin atanma ve niteliklerine ilişkin konuların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Ancak, ‘kanunla düzenleme’ ilkesi, her konunun bütün ayrıntılarıyla kanunla düzenlenmesi şeklinde anlaşılmalıdır. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, konunun temel esasları kanunla belirlenmek koşuluyla, uzmanlık ve teknik konular genel düzenleyici işlemlerle yürütmenin düzenleme yetkisine bırakılabilir. Bu nedenle üniversitelerin, doçentlik kadrosuna atanmada arayacakları koşulları, Yükseköğretim Kanununda ve Doçentlik Sınav Yönetmeliğinde düzenlenen doçentlik sınavına başvuru koşullarına aykırı olmayacak şekilde ve bu koşulların uygulanmasını göstermek amacıyla, teknik ve uzmanlık gerektiren konulara ilişkin olarak, genel düzenleyici işlemlerle yapmaları gerekir. Kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının ve Anayasanın 128.maddesinin 2.fikrasında belirtilen diğer konuların kanunla düzenlenmesi kuralı, kamu görevliliğine alınacaklar için bir güvencedir. İdarenin bu konuda yapacağı düzenlemeler nedeniyle oluşacak hak kayıplarının önlenmesi bakımından önemlidir.

Doçentlik kadrosuna atamada yetkili makam rektördür. Rektörün atama konusundaki takdir yetkisini, hukuka uygun olarak ve gerekçe göstermek suretiyle kullanması gerekir. Rektörün atama konusundaki takdir yetkisi, birçok Danıştay kararında da belirtildiği gibi kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlıdır. Dolayısıyla hukuka uygun olmayan ve somut bilgi ve belgelere dayanan haklı bir gerekçe gösterilmeksizin alınan atamama kararları hukuka aykırılık teşkil edecektir.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar. **İdare Hukuku**. Sayram Yayınları. Konya 2004.

AZRAK, Ali Ülkü. “Hukuk Devleti Açısından Memurların Mesleki Güvenceleri”. **Kamu Personeli Sorunları. İdare Hukuku Sempozyumu**. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Eskişehir. 2003.

AZRAK, A.Ülkü. “İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu”. **Anayasa Yargısı**. Sayı:9. Ankara. 1993.

CİN, Halil. **Çağdaş Eğitim, Çağdaş Üniversite.** Rektörlerin Başbakan Süleyman Demirel'e verdiği brifing. T.C. Başbakanlık Yayını. Ankara. 1992.

Danıştay Dergisi. Muhtelif Sayılar. Danıştay Başkanlığı Yayın İşleri Müdürlüğü.

GİRİTLİ, İsmet –BİLGİN, Pertev –AKGÜNER, Tayfun. **İdare Hukuku.** Der Yayınları. İstanbul. 2006.

GÖZLER, Kemal. **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi.** Ekin Kitapevi. Bursa. 2000.

GÖZLER, Kemal. **İdare Hukuku.** Cilt:I. Ekin Yayınevi. Bursa. 2003.

GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref –TAN, Turgut. **İdare Hukuku Genel Esaslar.** Cilt:1. Turhan Kitapevi. Ankara. 2006.

GÜNDAY, Metin. **İdare Hukuku.** İmaj Yayıncılık. 7.Baskı. Ankara. 2003.

KALABALIK, Halil. **İdare Hukuku Dersleri.** Değişim Yayınları. İstanbul. 2004.

ÖZBUDUN, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku.** 8.Bası. Yetkin Yayınları. Ankara. 2004.

SEZER, Yasin. Türk Yüksek Mahkemeleri ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Kararları Işığında Kamu Hizmetine Girme Hakkı. Seçkin Yayınevi. Ankara. 2006.

YAYLA, Yıldızhan. **İdare Hukuku.** Filiz Kitapevi. İstanbul. 1985.

YILDIRIM, Turan. **İdari Yargı.** Beta Yayıncılık. İstanbul. 2008.

_____**Türkiye Cumhuriyeti Yükseköğretim Mevzuatı.** Yalın Yayıncılık. İstanbul. 2006.

_____**Üniversitelerarası Kurulun ve bu Kurula bağlı komisyonların çalışmaları, Üniversitelerarası Kurulun ve bu Kurula Bağlı Komisyonların Çalışma Esasları Yönetmelik. Resmi Gazete.** Tarih ve Sayısı: 14.12.1982/17898.

_____**Doçentlik Sınav Yönetmeliği. Resmi Gazete.** Tarih ve Sayısı: 01.09.2000/24157.

_____**Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği. Resmi Gazete.** Tarih ve Sayısı: 31.12.2005/26040.

_____**Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği. Resmi Gazete.** Tarih ve Sayısı:21.08.1982/17789.

_____**Öğretim Üyeliğine Yükseltilme ve Atanma Yönetmeliği. Resmi Gazete.** Tarih ve Sayısı:28.01.1982/17588.

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA İFADE ALMA VE SORGU

Yrd. Doç. Dr. Mehmet ARICAN*

ÖZET

Bir suç ile ilgili olarak kovuşturma aşamasına geçmeden önce soruşturma evresinin en önemli ceza muhakemesi işlemlerinden birisi şüphelinin ifadesinin alınmasıdır. Kovuşturma evresinde ise bu işlem sanığın sorgusu olarak ortaya çıkmaktadır. Soruşturma evresinde şüphelinin ifadesi suç soruşturmasına yön vermekte ve delillerin toplanmasına yardımcı olmaktadır. Kovuşturma evresinde ise sanığın sorgusu yargılamanın seyri ve delillerin değerlendirilmesi bakımından büyük önem taşımaktadır. Bu nedenlerle, Ceza Muhakemesi Kanunu ifade alma ve sorgu prosedürünü çok sıkı kuralara bağlamış ve kuralların ihlal edilmesi durumunda alınan ifadeyi veya sorguyu geçersiz saymıştır. Bu makalede mahiyeti itibarıyla aynı ancak bağlanan hukuki sonuçlar bakımından farklı bu iki işlemin hem yasal boyutu incelenmekte hem de kuralların uygulamaya yansımaları mercek altına alınmaktadır.

ANAHTAR KELİMELEER: İfade Alma, Sorgu, Şüpheli ve Sanık Hakları.

QUESTIONING OF SUSPECTS AND DEFENDANTS IN CRIMINAL PROCEDURE LAW

ABSTRACT

Interrogation of a suspect is one of the important procedures of a criminal investigation, since it may have a direct impact on the collection of evidence. Interrogation of a defendant during the trial has also the same importance. For this reason, the Code of Criminal Procedures designs the rules regarding the interrogation process strictly. According to Code, any statement obtained in violation of the rules cannot be used for the conviction. This article examines the regulation of the interrogation of suspects and defendants, the ways in which the rights of the suspect are protected and the reliability of evidence guaranteed.

KEYWORDS: Interrogation, Suspects Rights, Exclusion of Evidence.

* Polis Akademisi, Güvenlik Bilimleri Fakültesi Öğretim Üyesi.

1. Giriş

İfade ve sorgu soruşturma ve kovuşturma evrelerinin önemli ceza muhakemesi işlemleridir.¹ Bu önem iki yönden ortaya çıkmaktadır: Birincisi ifade ve sorgu tutanakları soruşturma ve kovuşturmaya yön vermekte; delillerin toplanmasına ve değerlendirilmesine yardımcı olmaktadır.² İkincisi ise insan hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından ifade ve sorgu işlemleri hassasiyet arz etmektedir. İşkence ve kötü muamele gibi yollara genellikle şüpheliyi veya sanığı konuşturmak veya suçunu ikrar ettirmek için başvurulduğu düşünüldüğünde; gerçeğe aykırı beyanların tutanaklara geçirilmesi ve neticede masum insanların mahkum olması söz konusu olabilir. İşte bu nedenlerle Ceza Muhakemesi Kanunu ifade alma ve sorgu prosedürünü çok sıkı kurallara bağlamış ve kuralların ihlal edilmesi durumunda ifade veya sorguyu geçersiz saymıştır. Hatta getirilen yeni düzenleme ile ifade alma işleminin kolluğa bırakılmayıp doğrudan Cumhuriyet savcısı tarafından yapılması istenmiştir.³ Kolluk her seferinde savcı tarafından verilecek ayrı adli emirler üzerine ifade alma yetkisi kazanmaktadır.⁴ Kanun Koyucu bu sıkı düzenleme ile bir yandan şüpheliden delile gitme yolunu zorlaştırmak; diğer yandan da insan hak ve özgürlüklerini güvence altına almak istemiştir.⁵

İfade alma ve sorgunun titizlikle yapılmasının hukuk normları ile güvence altına alınması, bir anlamda şüpheli veya sanık beyanlarının özgür iradelerine dayalı olmasını gerektirmektedir.⁶ Eğer iradenin yasak ifade alma ve sorgu yöntemleriyle etkilenmesi sözkonusu ise veya kurallardan herhangi bir sapma varsa; bu durum da alınan ifade veya sorgu hükme esas alınmayacaktır. Ancak, bütün bu sıkı prosedür ve kurallara rağmen Türk Ceza Adalet sisteminin mevcut işleyişi dikkate alındığında hala büyük oranda suç soruşturmasının ve kovuşturmanın temelini şüpheli ve sanık beyanları oluşturmaktadır.⁷ Örneğin,

¹ Demirbaş, Timur (2006) 'İfade Alma, Sorgu', İçinde: Yenisey, F., Ziyalar, N., Bağcı, O., Özaşçılar, M., *Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller*, İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, s. 16.

² Demirbaş, Timur (2006) s. 16.

³ Öztürk, Bahri & Erdem, Mustafa Ruhan (2008) *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, Ankara: Seçkin, s. 489.

⁴ CMK, m. 90/5, 91.

⁵ Şahin, Cumhur (2005) *Ceza Muhakemesi Kanunu, Gazi Şerhi*, Ankara: Seçkin, s. 411.

⁶ Yenisey, Feridun (1995) *Arama Elkoyma Yakalama ve İfade Alma*, A.Ü. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, s. 138.

⁷ Şahin, Cumhur (1994) *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 20.

ifade alma işlemi soruşturmayı yürüten makamlar için o kadar önem taşımaktadır ki, zaman zaman yasal sınırlar zorlanarak sırf ifadesine başvurmak üzere kişiler gözaltına alınabilmektedir.⁸ Halbuki mevzuatın çizdiği çerçeve içerisinde haklı görülmedikçe sırf ifadesine başvurmak üzere kişileri gözaltına almak hukuki değildir.⁹ İfade alma soruşturmanın bir parçasıdır; onu soruşturmanın odak noktası ya da çıkış noktası olarak kullanmamak gerekir.¹⁰

Bu arada belirtmek gerekir ki, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesinin (g) ve (h) bentlerinde soruşturma konusu suç ile ilgili olarak şüphelinin kolluk veya Cumhuriyet savcısı tarafından dinlenmesi ifade alma, kovuşturma konusu suç ile ilgili olarak sanığın hakim veya mahkeme tarafından dinlenmesi ise sorgu olarak tanımlanmaktadır. Ancak, Öztürk ve Erdem'in de belirttiği gibi esasen ilgilinin sahip olduğu haklar ve hukuki statüsü bakımından bu iki işlem arasında bir fark yoktur.¹¹ Aradaki fark, her iki işleme bağlanan hukuki sonuçlar bakımındandır.¹² Dolayısıyla bu yazıda yapılan yorumlar aksi belirtilmedikçe hem ifade alma hem de sorgu için geçerlidir.

2. İfade ve Sorgu İle İlgili Yasal Reformların Kronolojisi

İfade ve sorgu prosedürü ile ilgili kronolojik gelişmelere baktığımızda 1992 yılının bir milat olduğunu görüyoruz. Bu tarihte 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun (CMUK) “*İfade ve Sorgunun Tarzı*” başlığını taşıyan 135. maddesinin 3842 sayılı yasa ile değiştirilmesi ülkemizde sanık haklarının tarihi gelişimi açısından önemli bir adım olmuştur.¹³ Yapılan değişikliklerle ceza muhakemesi hukuku tarihinde ilk defa kolluk, savcı ve hakimin ifade alma ve sorgu sırasında uyacakları hususlar ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Bu kapsamda “müdafininin hukuki yardımından yararlanma hakkı”, “susma hakkı”, “lehine olan delillerin toplanmasını isteme hakkı” ve

⁸ Öztürk, Bahri & Erdem, M. Ruhan (2008) s. 543.

⁹ Öztürk, Bahri & Erdem, M. Ruhan (2008) s. 543.

¹⁰ Yasa'nın 247. maddesine göre şüphelinin ifadesi alınmadan da diğer koşulların varlığı halinde dava açılabilme imkanı vardır. Yargıtay kararları da bu imkanı teyit etmiştir. (Y. 2. CD. 27.06.2006 tarih 2006/6104E., 2006/12460K.).

¹¹ Öztürk, Bahri & Erdem, M. Ruhan (2008) s. 453.

¹² Soyaslan, Doğan (2007) *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 335.

¹³ Demirbaş, Timur (2009) “Terör Şüphelilerinin Sorgulanması” *Terörle Mücadele Sempozyumu*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi IGUL Direktörlüğü, İstanbul, 20 Mart 2009.

“yakınlarına haber verme hakkı” ve “bu hakların hatırlatılması/öğretilmesi hakkı” gibi haklar yasal güvence altına alınmıştır.¹⁴

İfade ve sorgu prosedürü ile ilgili ikinci bir milat ise, 1998 tarihinde yürürlüğe giren “*Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği*”dir. 1992 değişikliklerinden ancak 6 yıl sonra, mülga 1412 sayılı Kanunda yer alan yakalama, gözaltına alma ve ifade alma ile ilgili hükümlerin nasıl uygulanacağı bir yönetmelikle düzenlenebilmiştir. Bu yönetmeliğin “*İfadenin esasları*” başlığını taşıyan 22. maddesi Kanunda nispeten ayrıntılı düzenlenen hususları biraz daha açıklamıştır.

2002 yılında “*Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği*”nin 22. maddesi ve 9. maddesi değiştirilerek, sanığın yakalama işlemini yakınlarına haber verme hakkının kapsamı genişletilerek sadece yakalamadan değil, yakalama süresinin uzatılmasına ilişkin emirden de haberdar edilmesi imkanı sağlanmıştır. 2003 yılında ise 4928 sayılı Kanunla 1992 tarihli 3842 sayılı Kanunun 31. maddesi yürürlükten kaldırılarak tüm ceza yargılamasında 1412 sayılı CMUK’nun 135. madde hükmünün uygulanmasının yolu açılmıştır.

2004 yılına geldiğimizde ise, 1412 sayılı CMUK’nun yerine geçmek üzere 4/12/2004 tarihinde 5271 sayılı yeni Ceza Muhakemesi Kanunu Kabul edilmiştir. 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren bu yeni Yasanın 147. maddesi mülga Kanunun 135. maddesinin yerini almıştır. Aynı tarihte 1998 tarihli “*Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği*” de yenilenmiştir. İfade alma ve sorgu ile ilgili düzenlemeler büyük ölçüde 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu’nda yer alan maddelerle örtüşmektedir. Çok farklı düzenlemelerin olmamasının nedeni, yukarıda belirtildiği gibi bu alandaki reform çalışmalarının büyük bir kısmının esasen 1992 yılında 3842 sayılı Kanunla Ceza Muhakemesi Usulü Kanununda yapılan değişiklikler ile gerçekleştirilmiş olmasındandır.

3. İfade ve Sorgunun Yasal Prosedürü

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) 145, 146, 147, ve 148. maddelerinde ifade alma ve sorgu ile ilgili hükümlere yer verilmektedir. Ayrıca Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 23, 24 ve kısmen 25 ve 26. maddelerinde ifade almanın esasları ve usulü

¹⁴ Devlet Güvenlik Mahkemelerinin yetkisine giren suçlar bakımından bu hakların kullanımı ile ilgili kısıtlamalar devam etmiştir. Bu mahkemelerin kaldırılmasından sonra bazı kısıtlamalar kendiliğinden ortadan kalkmış ancak CMK 250. madde ve Terörle Mücadele Kanunundan doğan farklılıklar geçerliliğini korumaktadır.

düzenlenmektedir.¹⁵ Konulan esaslar, hâkim, mahkeme, Cumhuriyet savcısı, kolluk âmir ve memurları hakkında aynı derecede olmak üzere geçerlidir.

Kanunun kabul ettiği sisteme göre, ifadesi alınacak veya sorgusu yapılacak kişi gözaltında veya tutuklu değilse ilk önce düzenlenecek bir davetiye ile çağrılması gerekmektedir. Çağrı kağıdında çağrılma nedeni açıkça belirtilmek zorundadır. Ayrıca gelmezse sonradan zorla getirileceği bu çağrı kağıdında yer almalıdır (m. 145). Zorla getirileceği çağrı kağıdında belirtilen kişi bu çağrıya uymazsa hakkında zorla getirme kararı verilebilir. Ayrıca hakkında tutuklama kararı verilmesi veya yakalama emri düzenlenmesi için yeterli nedenler bulunan şüpheli veya sanığın da zorla getirilmesine karar verilebilir (m. 146).¹⁶ Zorla getirme kararı ile çağrılan şüpheli, derhal, olanak bulunmadığında, yol süresi hariç 24 saat içinde Cumhuriyet savcısının önüne götürülür ve ifadesi alınır. İfade tamamlandığında, zorla getirme kararı da son bulur. İfade ve sorgu için çağrı ile zorla getirme kuralları temelde aynıdır. Şüpheli veya sanık, tanık, bilirkişi, şikayetçi ve diğer ilgililerin çağrılması da kural olarak aynıdır.

CMK m. 145 ve 146'da belirlenen prosedürün uygulanması ifade veya sorgunun hukuken geçerliliği bakımından büyük önem taşımaktadır. Bu noktada soruşturmayı başlatan ve yürüten makam olarak Cumhuriyet Savcılarımıza da büyük iş düşmektedir. Bir şüphelinin yakalanması ve gözaltına alınması ile ilgili sorumluluk 5271 sayılı Kanunun getirdiği sisteme göre artık kollukta değil Cumhuriyet savcısında olduğundan, savcılar yakalama ve gözaltı kararı verirken bunun sadece ifade alma amacı ile yapılmadığı konusunda hassas davranmak zorundadırlar.

CMK 147. maddeye göre şüphelinin ifadesini almada veya sanığın sorgulanmasında izlenecek usul ise ana hatlarıyla şöyledir:¹⁷

i. Önce şüpheli veya sanığın kimliği saptanır. Şüpheli veya sanık kimliği ile ilgili sorulara doğru cevap vermek zorundadır. Aksi takdirde yanlış verilen cevaplar ayrı bir ceza soruşturmasının konusu olabilir.¹⁸

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bakınız: Özkorul, İsmet, 'Ceza Muhakemesi Kanunu' www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/173.doc, Giriş: Şubat 2006.

¹⁶ Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nu (PVS) 15. maddeye istinaden polis tarafından çağrılan kişiler için zorla getirme sözkonusu değildir. Bu konu ile ilgili bkz. Kunter, Nurullah & Yenisey, Feridun & Nuhoğlu, Ayşe (2008) *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Onaltıncı Bası, İstanbul: Beta, s. 824-826.

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bakınız: Yerdelen, Erdal, '5271 Sayılı CMK' www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/190.doc Giriş: Şubat 2006.

- ii. Şüpheli veya sanığa yüklenen suç anlatılır. (İsnadı öğrenme hakkı)
- iii. Şüpheli veya sanığa hakları bildirilir. (Hakların öğretilmesi) Bu haklar:
 - a. Müdafî seçme ve onun hukuki yardımından yararlanabilme hakkı
 - b. Yakınlarından istediğine yakalandığı bildirme hakkı
 - c. Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmama (susma) hakkı
 - d. Şüpheden kurtulmak için somut delillerin toplanmasını isteme hakkı
- iv. olarak sıralanmaktadır.
- v. İfade alma sırasında ifade verenin veya sorguya çekilenin kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınır.
- vi. İfade ve sorgu işlemlerinin kaydında teknik imkanlardan yararlanılır.
- vii. İfade veya sorgu bir tutanağa geçirilir. Bu tutanakta:
 - a. İfade veren veya sorguya çekilen kişinin açık kimliği
 - b. İfade alma veya sorguya çekilme işleminin yapıldığı yer ve tarih
 - c. İfade alma veya sorguya çekme sırasında hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatları
 - d. İfade alma veya sorgunun yapılmasında yukarıdaki işlemlerin yerine getirilip getirilmediği bu işlemler yerine getirilmemişse bunun nedenleri
 - e. Tutanak içeriğinin ifade veren veya sorguya çekilen ile hazır olan müdafî tarafından okunduğu ve imzalarının alındığı
 - f. İmzadan çekinme halinde bunun nedenleri yer alır.

Görüldüğü üzere 147. maddede ifadenin mekanı, zamanı ve süresi ile ilgili hüküm içermemektedir. Esasen bu konuların yönetmelik ile belirlenmesi gerekirken, Yönetmelik de herhangi bir hüküm içermemektedir. Yönetmelik 25. maddede ifade alma odasından bahsetmekle birlikte herhangi bir standart getirmemiştir. Bu itibarla ifade alma veya sorgunun karakol veya savcılık dışında bir yerde ve gece de yapılabilmesi mümkündür. Hatta kişinin özgürlük kısıtlamasını en düşük düzeyde tutmak için gece gözaltına alınan bir şüpheli sabaha kadar sadece ifadesinin alınabilmesi için tutulmamalıdır.

İfade alma veya sorgunun ne kadar sürebileceği konusunda da bir süre sınırlaması yoktur; kişinin özgür iradesi etkilenmeyecekse gerektiği kadar ifade alma süreci devam edebilir. Eğer ifade alma süresi kişinin aşırı yorulmasına yol açacak kadar uzun tutulursa, bu durum madde 148/1 uyarınca yasak sorgu

¹⁸ Duruma göre, resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyanda bulunma (TCK, madde 206) veya başkasına ait kimlik bilgilerinin kullanılması suçları (TCK, madde 268) oluşabilir.

yöntemi olarak değerlendirilebilir. Örneğin, ifadesi alınanın yaşı, fiziki durumu gibi faktörler gözönüne alınmak kaydıyla fasıllarla bir günde toplam 8 saati aşan ifade veya sorgunun yasak sorgu yöntemi sayılacağı ileri sürülmüştür.¹⁹

Bu arada, mülga CMUK'nun 135. maddesi ile karşılaştırıldığında CMK 147. madde ile getirilen düzenlemede iki husus öne çıkmaktadır. Bunlardan bir tanesi “İfade ve sorguda ifade verenin veya sorguya çekilenin kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınması” diğeri ise “ifade ve sorgu işlemlerinin kaydında teknik imkanlardan yararlanılması” zorunluluğudur.

a) İfade Veren veya Sorgulananın Kişisel ve Ekonomik Durumu Hakkında Bilgi Alınması

CMK m. 147/1 (g) bendinde yer alan düzenlemenin temel amacı, TCK madde 52/2-4'de öngörülen adli para cezasının tayininde mahkemeyi bilgilendirmektir. Hakim adli para cezasının belirlenmesinde bu bilgiyi kullanacaktır. Elbette gerektiğinde bu bilginin doğruluğu araştırılacak ve ceza buna göre tayin edilecektir. Bu noktada böyle bir düzenlemenin genel olarak “iyiniyeti” ve “masumiyeti” konusunda bir itirazımız olmamakla beraber, kişinin kişisel ve ekonomik durumu hakkındaki bilgilerin kişi hak ve özgürlükleri bakımından duyarlılık arzettiğini düşünüyoruz. Kişinin ekonomik durumu ve kazancı bir noktaya kadar kamuoyunun bilgisine açıktır; bir noktadan sonra mahremiyet arzedebilir. Bu itibarla daha ortada hiçbir somut vakıalar olmadan sırf bir soruşturma kapsamında şüphe üzerine ifadesi alınan bir kişinin kazancının ve ekonomik durumunun ifade tutanaklarına geçirilmesinin hukuki uyarlılığı konusunda ciddi kaygılarımızın olduğunu belirtmek gerekir. Kaldı ki, Şahin'in de vurguladığı gibi “Soruşturma evresinde şüphelinin geçmişi, sabıka durumu, ailevi ilişkileri, malvarlığı gibi kişisel ve ekonomik durumun araştırılması çoğunlukla gerekli olmayabilir”.²⁰ Bu bilgiler muhtemelen kovuşturma aşamasında kusurun tespitinde veya cezanın tayininde lazım olacaktır. Dolayısıyla, her ne kadar suç soruşturması gizli dahi olsa, hakkında dava açılma olasılığı düşük olan bir kişiye “maddi durumunuz nedir, aylık kazancınız nedir” gibi soruşturma ile ilgisiz sorular sorulmasını kişi hak ve özgürlükleri bağlamında çok yerinde bulmuyoruz. Şayet doğrudan veya dolaylı olarak soruşturma konusu ile ilgili değilse, örneğin mali suçlarla ilgili bir soruşturma değilse, şüphelinin kollukta veya savcılıkta ifadesinin alınması sırasında ekonomik durumu ile ilgili soruların kovuşturma aşamasına bırakılması yerinde olacaktır.²¹ Zaten sanığın kişisel ve ekonomik durumuna göre kusur tespiti veya ceza tayini gerekiyorsa, bu durumların mahkeme

¹⁹ Şahin, Cumhuriyet (2007) *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Ankara: Seçkin, s. 150.

²⁰ Şahin, Cumhuriyet (2007) s. 145.

²¹ Şahin, Cumhuriyet (2007) s. 145.

tarafından bizzat araştırılması gerekecektir; ifade tutanağındaki bilginin doğruluğu araştırılmadan kusur ve ceza tayini yargılama sistemimize göre mümkün değildir.²²

b) Teknik İmkan ve Araçlardan Yararlanma

CMK 147. madde ile getirilen diğer bir yenilik “ifade ve sorgu işlemlerinin kaydında teknik imkanlardan yararlanılması” zorunluluğudur.²³ Bu zorunluluğun temelinde kişinin ifadesinin ses veya görüntü kaydedici araçlarla kayda alınmasına yasal dayanak getirilmesi yatmaktadır. Dolayısıyla ifade almada teknik imkanlardan yararlanma zorunluluğunu kolluğun ifadeyi mutlaka ses veya görüntü kaydedici cihazlar gibi teknik araçlarla alması gerektiği şeklinde yorumlamamak gerekir. Zira CMK’nın 147, 191 ve 219. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde böyle bir zorunluluğun olmadığı sonucu çıkar. 219. madde duruşmanın teknik araçlarla kaydını bir zorunluluk olarak düzenlememektedir. Yine 191. madde sanığın sorgusunun 147. maddede belirlenen usule göre yapılacağını öngörmektedir. Şahin’in belirttiği gibi eğer ifadenin veya sorgunun mutlaka ses veya görüntü kaydedici cihazlarla alınması bir zorunluluk olarak kabul edilirse; bu maddeler ile yapılan düzenlemelerin birbiri ile çelişmesi gündeme gelecektir.²⁴ Bu itibarla, ifade almanın veya sorgunun teknik araçlarla yapılmasını imkan dahilinde bir zorunluluk olarak yorumlamalıdır. Nitekim bilgisayarda teknik bir araçtır ve bilgisayar kullanılarak alınan ifade 147. maddenin 1. fıkrasının (h) bendinde öngörülen koşula göre yapılmış olur. Başta da vurguladığımız gibi bu zorunluluğun temelinde teknik imkanlardan yararlanılmasını teşvik etmek ve aynı zamanda teknik imkanlardan yararlanılması halinde alınan ifadenin geçerli olmasını temin etmek düşüncesi vardır. Örneğin, alınan ifadenin görüntülü ve sesli olarak kayda alınması sonradan bu ifadenin geçerliliğine yapılacak itirazları büyük ölçüde bertaraf edecektir. Şafak ve Bıçak istisnasız bütün soruşturmalarda ifade alma işleminin en azından teybe kaydedilmesinin zorunlu tutulmasını istemektedir. Yazarlara göre bu tür bir zorunluluk hem ifade sırasında şüphelinin iradesinin sakatlanmasına yönelik hukuka aykırılıkların önüne geçecek, hem de kolluğun

²² Böyle bir öneriye, düzenlemenin sağladığı pratik faydaları kaybetme düşüncesiyle karşı çıkacak uygulayıcılara tavsiyemiz, durumun vahametini anlamak için kendilerini “bir soruşturma kapsamında ifadesine başvuru alan kişi” yerine koymaları ve böyle bir soruya karşı gösterecekleri reaksiyonu test etmeleridir. Bir hakimin bir savcının kaç lira maaş aldığı gizli bir bilgi olmamakla birlikte, bunu başkaları ile paylaşmak kimsenin hoşuna gitmeyecektir.

²³ CMK, m. 147/1 (h).

²⁴ Şahin, Cumhuriyet (2005) s. 438 vd.

töhmets altında kalmasını önleyecektir.²⁵ Bu görüşe katılmamak mümkün değildir.

c) Çocuklarla İlgili Hükümler

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun (ÇKK) 15. maddesi ve Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 19. maddesi çocuklar hakkındaki suç soruşturmalarının çocuk bürosunda görevli Cumhuriyet savcısı tarafından bizzat yapılmasını öngörmektedir. Dolayısıyla, soruşturma kapsamında çocuğun ifadesinin alınması ihtiyacı doğduğunda bu mutlaka müdafinin katılımıyla Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacaktır. Savcı yetişkinlerde olduğu gibi bu işlemi kolluğa yaptıramayacaktır. Ayrıca çocuğun yararına aykırı olduğu saptanmadığı veya kanunî bir engel bulunmadığı durumlarda ise çocuğun ana-babası veya vasisi ifade alınırken hazır bulunabilir. Yine istenirse çocuğun ifadesinin alınması veya çocuk hakkındaki diğer işlemler sırasında, çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi bulundurulabilir. (ÇKK m. 15/2).

4. Şüpheli ve Sanığın Hakları

CMK madde 147'de ifade alma ve sorgunun usulü belirlenirken şüpheli ve sanığın sahip olduğu yasal haklar da gösterilmiştir. Şüpheli veya sanığın statüleri gereği CMK veya başka kanunlardan doğan diğer hakları saklı kalmak kaydıyla ifade alma prosedürüne ait beş temel hakkı vardır. Bunlar sırasıyla susma hakkı, müdafî bulundurma hakkı, yakınlarına haber verme hakkı, isnadı ve haklarını öğrenme hakkı ve şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteme hakkıdır.

a) Susma Hakkı

147. maddenin 1. fıkrasının (e) bendinde ve Yönetmeliğin 23. maddesinin (f) bendinde yer alan susma hakkı şüpheli veya sanığın sahip olduğu hakların en başında gelmektedir. Soruşturmayı yürüten makamlar bakımından bir takım dezavantajları beraberinde getirirse de, konuşmak istemeyen bir kişiyi zorla konuşturmak mümkün olmadığından bu hak insan hakları açısından büyük önem taşımaktadır.²⁶ Susma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde yer alan en temel insan haklarından birisini oluşturan suçsuzluk karinesinin tamamlayıcı unsurudur.²⁷

²⁵ Şafak, Ali & Bıçak, Vahit (2005) *Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis*, 6. Baskı, Ankara: Roma Yayınları, s. 240-241.

²⁶ Leng, Roger (1994) 'The Right to Silence Debate' (Susma Hakkı Tartışmaları) In: Morgan, D. & Stehenson, G. M. *Suspicion and Silence: The Right to Silence in Criminal Investigations*, Blackstone.

²⁷ Soyaslan, Doğan (2007) s. 339.

Susma hakkı, “isnat edilen suç hakkında açıklamada bulunmamayı” kapsamaktadır. Yoksa kişi, (a) bendinde açıkça beyan olunduğu üzere “kimliğe ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmak zorundadır.” Susma hakkının suçlar bakımından bir istisnası veya kullanma zamanı ile ilgili bir sınırlaması yoktur. İfadesi alınan kişi susma hakkını her zaman kullanabilir. Bu hakkını ifade almadan önce kullanabileceği gibi, ifade alma sırasında da kullanabilir. Kişinin ifade almaya başladıktan sonra susma hakkını kullanmaya karar vermesi halinde o andan itibaren ona soru sorulamayacağından, ifade almaya son verilmesi gerekir.²⁸ Ayrıca soruşturma için başkaca bir gereklilik kalmamışsa susma hakkını kullanan gözaltındaki bir şüpheli ya salıverilmeli ya da hakim karşısına çıkarılmalıdır.²⁹

Susma hakkı, şüphelilerin sahip olduğu yasal haklar içerisinde kolluğun en çok rahatsız olduğu haktır. Kolluk makamlarının rahatsızlığı “profesyonel suçluların veya terör suçu faillerinin bu hakkı kullanıyor” olmasından kaynaklanmaktadır.³⁰ Kolluğa göre hem suçlular hem de onlara ³¹hukuki

²⁸ Kunter, Nurullah & Yenisey, Feridun & Nuhoğlu, Ayşe (2008) s. 837-839.

24.4.2009 tarihli İstanbul Barosu Tarafından “Hukuk Devleti İçin Kamuoyuna Duyuru” konulu internet duyurusunun 21 maddesinde “Poliste veya jandarmada susma hakkını kullanan kişiler, derhal Cumhuriyet Savcısının huzuruna çıkarılmak zorundadır. Susma hakkını kullanan bir kişinin gözaltı süresinin uzatılması eşyanın tabiatına aykırıdır. Aksine bir davranış, keyfi muamele ve kişi hürriyetini ihlal suçunu oluşturur.” Görüşü ileri sürülmüştür. Burada vurgulanmak istenen nokta özü itibarıyla doğru olmakla birlikte, soruşturmayı yürüten makamın polis veya jandarma olmayıp Cumhuriyet savcısının bizzat kendisi olduğu gözden kaçmıştır. Dolayısıyla susma hakkını kullanan şüphelinin derhal Cumhuriyet savcısının huzuruna çıkarılması yerine salıverilmesi ya da hakim önüne çıkarılması gerekir. Bu arada şüphelinin susma hakkını kullanması gözaltı işleminin otomatik olarak hemen sona erdirilmesini gerektirmez. Soruşturma kapsamında yapılması gereken başka işlemler varsa gözaltı devam edecektir. Suç soruşturması sadece ifade almaktan ibaret olmayıp; gözaltı koruma tedbiri de sadece ifade almak için değildir. (Baro duyurusu için bkz. <http://www.istanbulbarosu.org.tr/Detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=4098>)

³⁰ Doğan, Suat (2003) “Adi ve Terör Suçları Bağlamında Susma Hakkı Kullanımı ve Uygulamadaki Yansımaları”, *Polis Dergisi*, Sayı 34, 2003, (http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/34/yeni/web/Suat_DOGAN.htm); Erdoğan, Ramazan (2003) “Türkiye’de Polisin İfade Alma Yetkisi ve Güncel Sorunlar”, *Polis Dergisi*, Sayı 36, 2003, (http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/36/web/ceza_muhakemeleri_usulu_kanunu/ramazan_erdogan.htm).

³¹ İngiltere örneğinde olduğu gibi.

yardımda bulunan müdafiler tarafından susma hakkı amacının dışında bir anlamda “suistimal” edilmektedir. Bu yüzden bir çok soruşturma kendilerince etkili olarak yürütülememektedir. Kolluğun kaygıları iyiniyetli bir yaklaşım olarak bir noktaya kadar mazur görülmeyle birlikte, susma hakkının mahiyeti ve önemi ile ilgili bazı hususların kolluk tarafından iyi anlaşılmadığı görülmektedir. Bu bağlamda kolluk tarafından anlaşılamayan hususlardan bir tanesi, susma hakkının kullanılmasında “profesyonel suçlu-adi suçlu” ayırımı yapmanın mümkün olmadığı; ikincisi de soruşturmaların tek bilgi kaynağının şüpheli ifadesi olmamasıdır.³² 1992 yılında 3842 sayılı yasa ile hukukumuzda girmiş olan susma hakkı alternatifini olan bir hak değildir. Her ne kadar bazı Anglo-Sakson ülkelerinde bu hakkın kullanımının mahkemede sanık aleyhine bir çeşit delil olarak değerlendirilmesi mümkünse de; böyle bir uygulamayı susma hakkını dolaylı olarak ortadan kaldırdığı için savunmak olası değildir. Zira böyle bir uygulamanın anlamı “bu hakkı kullanabilirsin ama aleyhine delil olabilir” demektir. Kıta Avrupası Hukuku ile mukayese edildiğinde özgürlükleri hem tanıma hem de kısıtlama konusunda genellikle daha aceleci ve aktif davranan Anglo-Sakson Hukukunun bulduğu bu çözümün uygun olmadığı düşüncesindeyiz.

İkinci olarak kolluğun susma hakkı ile ilgili şikayetinin temelinde ülkemizde hala geçerli bir uygulama olan “sanıktan delile gitme” alışkanlığı vardır. Her ne kadar geçmişle mukayese edildiğinde günümüz de kolluk makamları mümkün mertebe bu uygulamayı terk etmeye çalışsalar da, soruşturmaların çoğu şüpheli ifadesi üzerinden yürütülmektedir.³³ Böyle olunca da şüphelinin konuşmak istememesi en önemli bilgi kaynağını kurutmaktadır. Haliyle bu da sıkıntıya yol açmaktadır. Halbuki, yapılması gereken bu hakkın doğal ve vazgeçilmez bir hak olduğunu kabul ederek soruşturma metot ve stratejilerinin susma hakkının kullanıldığı varsayımı üzerine kurmaktır.

b) Müdafinin Hukuki Yardımından Yararlanma Hakkı

Müdafî bulundurma hakkı veya müdafî seçme hakkı da diyebileceğimiz bu hak ifadesi alınacak şüphelinin yararlandığı temel haklardandır. Avukat yerine müdafî teriminin tercih edilmesinin nedeni özel hukuk davalarından farklı olarak müdafînin şüpheli veya sanığın temsilcisi olmamasıdır. Ceza Muhakemesi Hukuku prensiplerine göre müdafî yargılama makamlarından bir tanesidir ve

³² Amerikan Yüksek Mahkemesi suçlar arasında sanık haklarının kullanımı açısından basit-ağır tarzı bir ayırım yapmanın bu haklarının özüne dokunabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. Kunter, Nurullah & Yenisey, Feridun & Nuhoğlu, Ayşe (2008) s. 839 vd.

³³ Öztürk, Bahri & Erdem, M. Ruhan (2008) s. 543.

kamusal bir görev üstlenmektedir.³⁴ CMK'da yer alan düzenlemeye göre şüpheli ve sanığa müdafii seçme hakkı olduğu, müdafii hukukî yardımından yararlanabileceği ve müdafii ifade veya sorguda hazır bulunabileceği bildirilecektir (m. 147/1(c)). Eğer kendisi müdafii seçecek durumda olmadığını ve bir müdafii yardımından faydalanmak istediğini beyan ederse bu takdirde kendisine baro tarafından bir müdafii tayin edilecektir.³⁵ Mülga Kanununun 135. maddesinde yer alan “müdafii hazır bulunmasında soruşturmayı geciktirmemek kaydı” ve “müdafii vekaletname aranmaksızın ifade veya sorguda hazır bulunacağı” hususları 147. maddeye alınmamıştır. Bununla beraber, Yönetmeliğin 21. maddesinde soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla ve yakalanan kişi isterse, vekâletname aranmaksızın en çok üç müdafii ifadede hazır bulunabileceğini öngörmektedir.

Müdafii hukuki yardımından yararlanma hakkı bakımından uygulamada soruşturma makamlarını en çok ilgilendiren husus müdafii ifade sırasındaki faaliyetleridir. Yönetmeliğin 23. maddesi “*Müdafii sadece hukukî yardımda bulunabilir, şüphelinin ifadesi alınırken şüpheliye sorulan soruya doğrudan cevap veremez, onun yerini aldığı izlenimi veren herhangi bir müdahalede bulunamaz. Hukukî yardım maddî olayı karartabilecek müdahalelerin yapılması anlamına gelmez. Müdafii şüpheliye bütün kanunî haklarını hatırlatabilir ve müdafii her türlü müdahalesi tutanağa geçirilir.*” hükümlerine yer vermektedir. Bu düzenlemenin amacı müdafii ifade veya sorguya engel olacak davranışlarda bulunmaması ve faaliyetlerini savunma hakkı ile sınırlamasını temindir.³⁶ Ancak bu durum müdafii ifade alma sırasında sadece pasif bir rol üstlenmesi şeklinde yorumlanamaz.³⁷ Müdafii yasal sınırlar içerisinde ifadesi alınan şüpheliye söyleyeceklerinin doğuracağı hukuksal sonuçlar hakkında bilgi verebilir, yol gösterici olabilir; hatta hiç bir şey söylememesinin, yani susmasının menfaatine olacağını telkin edebilir. Aksi bir çözüm, müdafii rolünü ifade alma sırasında sadece izleyen, gözlemleyen konumuna getirir ki, bu durum hakkının vaz edilmişinin amacına aykırıdır.

Ayrıca, CMK'nın 149. maddesinin 2. fıkrası soruşturma evresinde, ifade alma sırasında şüphelinin en çok üç avukatı hazır bulundurabileceği öngörülmektedir. Ancak bu sınırlama ifade alma anıyla ilgili; hukuki

³⁴ Hakeri, Hakan & Ünver, Yener (2008) *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 99-100.

³⁵ Baro dışında bir yerden avukat istenmesi kabul edilmemiştir.

³⁶ Öztürk, Bahri & Erdem, Mustafa Ruhan (2008) s. 465.

³⁷ Demirbaş, Timur, 2006, s. 17; Demirbaş, Timur (1996) *Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, no. 71, s. 133-134.

yardımla ilgili değildir. Yoksa, şüpheli istediği sayıda müdafinin hukuki yardımından faydalanabilir. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK) 10. maddesinin (b) ve (c) bentlerinde ise “Şüpheli, gözaltı süresince yalnız bir müdafinin hukuki yardımından yararlanabilir. Gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmidört saat süre ile kısıtlanabilir; ancak bu süre içerisinde ifade alınamaz.” “Şüphelinin kolluk tarafından ifadesi alınırken, ancak bir müdafii hazır bulunabilir.” hükümlerine yer verilmiştir.³⁸ Buna göre TMK kapsamına giren suçlarda ifadesi alınacak şüpheli en fazla bir müdafinin hukuki yardımından faydalanabilecek ve ifade alma anında yanında sadece bir müdafii hazır bulunabilecektir. Gerektiğinde ise bu hakkın kullanımı hakim kararıyla yirmidört saat geciktirilebilecektir; yalnız bu süre zarfında şüphelinin ifadesi alınmayacaktır. TMK'nın bu kısıtlamasının hukuksal olup olmadığı tartışmalıdır.³⁹

c) Yakınların Haber Verilmesi Hakkı

İfade alma ile ilgili üçüncü hak, yakalanan kişinin yakınlarına yakalandığını bildirmesinin sağlanmasıdır. Dikkat edilirse her ne kadar bu hak 147. maddede ifade alma ile ilgili başlık altında düzenlenmiş olmasına rağmen esasen yakalanıp da gözaltına alınmış bir kişi ile ilgilidir. Kişi gözaltında değilse tabiatıyla böyle bir hakta sözkonusu değildir.⁴⁰ Ancak burada CMK madde 95 saklı tutulmuştur.⁴¹ Madde 95'e göre şüpheli veya sanık yakalandığında, gözaltına alındığında veya gözaltı süresi uzatıldığında, Cumhuriyet savcısının emriyle bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verilir.⁴² Buna göre yakalanan kişinin arzusuna bakılmaksızın yakalandığı bir yakınına bildirmek zorunluluğu vardır. Ancak burada “Yakalanan kişi bir yakının adresini veya telefonunu vermezse ne olacaktır?” sorusu gündeme gelebilir. Bu durumda soruşturma makamları yakalananın yakınlarını kendiliklerinden biliyorlarsa bu yükümlülüğü yerine getireceklerdir; eğer böyle bir bilgi yoksa çocuklarla ilgili

³⁸ TMK madde 10 (Değişik madde : 29/06/2006 - 5532 S.K 9.Mad).

³⁹ Ermiş, Münip (2007) “Terörle Mücadele Kanunu ve İnsan Hakları”, *Ceza Hukuku Günleri Sempozyumunda Sunulan Tebliğ*, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve 9 Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Nisan 2007, (http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1024.htm) Erişim: Haziran 2009.

⁴⁰ Yakalananın yakınlarına haber verme hakkı CMK m. 95 ve Yönetmelik m. 8'de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

⁴¹ Ayrıca TMK madde 10'daki kısıtlamalarda saklıdır.

⁴² Ayrıca yakalanan veya gözaltına alınan yabancı ise, yazılı olarak karşı çıkmaması halinde, durumu, vatandaşı olduğu devletin konsolosluluğuna bildirilir (CMK m. 95/2).

hükümler saklı kalmak kaydıyla her soruşturma açısından illa bir yakın bulup haber verme külfetine girmek gerekemeyebilir.

d) Lehine Olan Delillerin Toplanması İsteme Hakkı

İfade alma ile ilgili önemli ancak gözden kaçan ve uygulamada pek yer bulmayan bir hususta 147. maddenin (f) bendinde yer alan ifadesi alınan veya sorguya çekilenin şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebilme hakkıdır. Kanun bu hakkın şüpheliye veya sanığa hatırlatılmasını ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ifade alma ve sorgu sırasında ileri sürmek olanağı tanınmasını öngörmektedir. Ancak uygulamada aksayan bir çok husus gibi bu da kağıt üstünde kalmaktadır. Ne kolluk ne de savcılık makamı bir çok soruşturmada şüpheli lehine delil toplama ihtiyacı hissetmemektedir. Hatta buna mahkemeleri de dahil edebiliriz. Bununla beraber şüpheli veya müdafinin böyle bir talebi varsa en azından bunu ifade tutanağına kaydettirmeleri faydalı olacaktır. Eğer bu konuda bir ihmâl varsa, bunun en azından temyiz incelemesinde dikkate alınması muhtemeldir.

e) Hakların Öğretilmesi ve İsnadı Öğrenme Hakkı

İfade alma işlemine başlamadan önce şüpheliye ve sorguya çekilmeden önce sanığa kendisine yüklenen suçun anlatılması ve ifade ve sorgu işlemlerinden doğan haklarının hatırlatılması gerekmektedir. 147. maddede düzenlenen bu noktaların atlanması alınan ifadenin veya sorgunun hukuka aykırı ve dolayısıyla geçersiz olması sonucunu doğuracaktır. Özellikle susma hakkı ve müdafinin hukuki yardımından faydalanma hakkı açısından bu hak önem arz etmektedir. Uygulamada polis merkezlerinde gözaltına alınan ve ifade verecek kişinin sahip olduğu hakları içeren bir broşür şüphelilere verilmektedir. Ancak bir çok olayda şüphelilerin bu dokümanın içeriğini anlayacak düzeyde olmadığı bir gerçektir. Bu nedenle Kanunun amacına uygun bir bilgilendirme bir broşür yanında şüphelinin sahip olduğu hakların tek tek yüze karşı okunması ve şüphelinin bu hakların mahiyetini anlamasının sağlanması şeklinde olmalıdır. Aynı şekilde mahkemelerde de hakların öğretilmesi konusunda hassas davranıldığını söylemek zordur. Uygulamada bu konuda da çok fazla bir aşama kaydedilmemiş bulunmaktadır.

5. İfade Alma ve Sorguda Yasak Usuller

Kanunun ifade almanın usul ve esaslarını düzenleyen 147. maddesini müteakip 148. maddesi ile ifade alma ve sorguda başvurulmaması gereken ve bazen mevzuata göre suç oluşturacak olan yasak usuller gösterilmektedir. Madde, şüpheli veya sanığın beyanının hür iradesine dayanması gerektiği ilkesinden hareketle, kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddet uygulanmasını özgür iradeyi engelleyici yöntemler

olarak göstermiştir.⁴³ Mülga 1412 sayılı Kanunun 135/a maddesi ile karşılaştırıldığında; yeni madde metninde önemli bir düzeltme yapılarak “zorla ilaç verme” yerine “ilaç verme” kavramı benimsenmiştir. Dolayısıyla artık ilacın zorla verilmesi gerekli değildir. İlaç verme her halükarda yasaklanmıştır. Ayrıca maddenin 2. fıkrası ile iradeyi bozacak nitelikte kanuna aykırı yarar vaat edilemeyeceği de hükme bağlanmıştır. Bu hususlara aykırı hareket edilmesinin müeyyidesi, ifade alma işleminin şüpheli veya sanığın rızası ile yapıлып yapılmadığına bakılmaksızın yok hükmünde sayılması ve delil olarak değerlendirilmemesidir (m. 148/3). Bununla beraber 147. madde ile belirlenen ifade ve sorgu usulüne aykırı hareket edildiğinde ne tür bir müeyyide öngörüldüğünü düzenlememiştir. Yargıtay'ın CMK'nın kabulünden önceki içtihatlarında bu konuda net bir görüş ortaya çıkmamakla birlikte, genel eğilim şüpheli ve sanığın 148. maddede vurgulandığı üzere özgür iradesini kısıtlayacak veya ortadan kaldıracak her türlü davranışın ifade ve sorguyu geçersiz kılacağıdır.⁴⁴

Madde ile düzenlenen diğer bir husus ise şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında bu işlemin ancak Cumhuriyet savcısı tarafından bizzat yapılması zorunluluğudur (m. 148/5). Dolayısıyla kolluk aynı olayla ilgili olarak şüphelinin ifadesini ancak bir kez alabilecektir. Yeniden ifade alma ihtiyacı çıktığında artık bunu savcı kolluğa bırakamayacaktır. Bununla beraber yeni bir ifade niteliğinde olmayıp, şüphelinin önceki ifadesine eklenmesi gereken bazı açıklamalar olursa bunun ek ifade tutanağı şeklinde yapılmasına bir engel durum olup olmadığı tartışmalıdır. Kanunun lafzından hareket edilirse, tamamlanmış bir ifade tutanağına yapılacak her türlü ekleme ikinci bir ifade sayılacağından savcı tarafından bizzat yapılması gerekecektir. Ancak daha geniş bir yorum tarzı benimsenirse, önceki ifadeye ek olarak yapılan açıklamalar yeni bir ifade olarak değerlendirilmeyecek ve halihazırdaki ifadenin devamı ve tamamlayıcısı olarak kabul edilecektir. Bunu da kolluk makamları yapabilecektir.

a) Müdafî Hazır Bulunmaksızın Alınan İfade

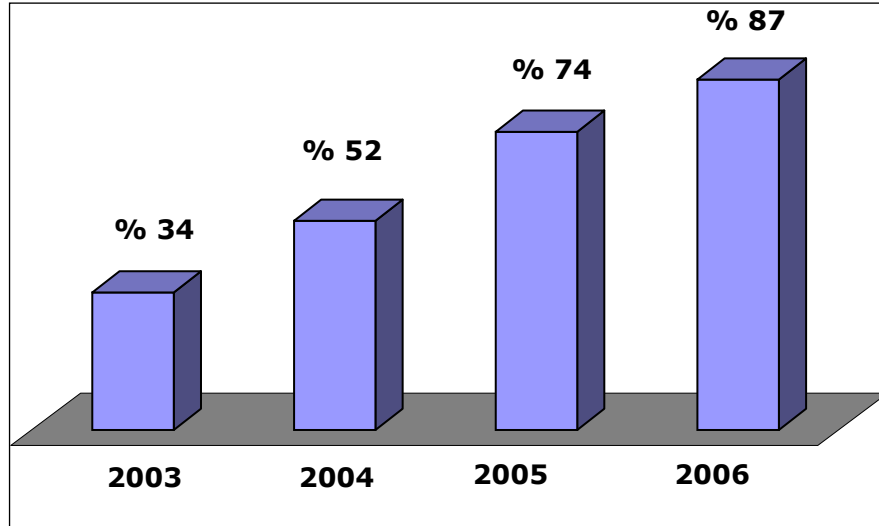
Şüphelinin kolluk tarafından ifadesinin alınması bakımından geçmiş uygulama ile günümüzde geçerli uygulama arasındaki en önemli farkların başında kolluk tarafından müdafî hazır bulunmaksızın alınan ifadenin geçerliliği konusundadır. CMK'nın 148. maddesinin 4. fıkrası, “*müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli*

⁴³ Yasak sorgu usulleri ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bakınız: Şahin, Cumhuriyet (2007) s. 160 vd.

⁴⁴ Bu konuda detaylı açıklama için bakınız: Öztürk, Bahri & Erdem, Mustafa Ruhan (2008) s. 490 vd.

Ceza Muhakemesi Hukukunda İfade Alma ve Sorgu

veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmaz” hükmünü taşımaktadır.⁴⁵ Bu durum kanunen bir zorunluluk olmayan hallerde de kolluğu müdafî huzurunda ifade almaya zorlaması nedeniyle “dolaylı bir mecburi müdafilik” sistemi olarak görülmektedir.⁴⁶ Zira, alınan ifadenin kovuşturma aşamasında değerini yitirmemesi için ifade alma sırasında bir müdafîin hazır bulundurulması kanun koyucu tarafından dolaylı olarak teşvik edilmektedir.⁴⁷ Böyle bir dolaylı teşvikin gözaltına alınanların müdafî yardımından faydalanma oranı üzerindeki etkisi ise kaçınılmazdır. Emniyet Genel Müdürlüğünün, terör ve kaçakçılık suçlarından gözaltına alınan şahıslara ait istatistikleri bu önermeyi destekleyici mahiyettedir. Tablo 1’de görüldüğü üzere bahse konu suçlardan gözaltına alınan şahısların müdafîin hukuki yardımından yararlanma oranlarında her geçen yıl artış olduğu gözlenmektedir.



Tablo 1. İl Emniyet Müdürlükleri Terörle Mücadele ve Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Şubelerince gözaltına alınan şahısların müdafîin

⁴⁵ Madde metninde geçen “şüpheli” terimi yersizdir. Zira ifadeyi doğrulama işlemi kovuşturma aşaması işlemi olduğundan kişi artık şüpheli değil sanıktır. Bkz. Toroslu, Nevzat & Fezyioğlu, Metin (2008) *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınları, s.192.

⁴⁶ Kunter, Nurullah & Yenisey, Feridun & Nuhoğlu, Ayşe (2008) s. 834.

⁴⁷ Öztürk, Bahri & Erdem, Mustafa Ruhan (2008) s. 489-490.

hukuki yardımından yararlanma istatistikleri.⁴⁸

CMK 148/4 ile getirilen kuralın önemli bir uzantısı da müdafî huzurunda alınan kolluk ifade tutanaklarının delil olma yeteneği kazanmasıdır. Delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesi uyarınca kollukta alınan ifade mahkeme huzurunda kabul edilmediği takdirde delil olma özelliği kazanamazken,⁴⁹ müdafîin hazır bulunması Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu'na göre bu tutanaklara "sisteme ve prensiplere" aykırı olarak delil olma yeteneği kazandırmıştır.⁵⁰ Özellikle, CMK m. 148, 213 ve 217 birlikte değerlendirildiğinde ortaya böyle bir sonuç çıkmaktadır.⁵¹ Kaldı ki, ifade müdafî huzurunda alınırca, duruşmada sanık müdafî huzurunda verdiği bu ifadenin gerçeği yansıtmadığını ancak müdafîin kollukla işbirliği yaptığını ileri sürerek iddia edebilecektir ki; bu da imkansız olmasa bile çok ufak bir olasılıktır.

b) Zorunlu Müdafîlik

İfadesi alınan kişi veya sorgusu yapılan kişi bir müdafîin hukuki yardımının gerekliliği konusunda bazen tereddüde düşebilir veya "nasıl olsa suçsuzum bana bir şey olmaz" diye düşünebilir. Hatta bazen de "suçum sabit; bir müdafî olsa ne değişir ki" diye düşünebilir. Bütün ihtimalleri göz önüne alan kanun koyucu 5271 sayılı Kanun ile zorunlu müdafîlik sisteminin kapsamının genişletmiştir. Öztürk ve Erdem'e göre "Türkiye, adil yargılamanın ayrılmaz parçası olan savunma hakkının tam olarak gerçekleşebilmesi için CMK m. 150 hükmü ile büyük bir devrimi gerçekleştirerek mecburi müdafî sistemini kurmuştur."⁵² Bu düzenleme Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarıyla da paralellik arz etmektedir.⁵³ Kanunun 150. maddesine göre soruşturma konusu suçun cezasının üst sınırı beş yıl ve daha fazla hapis ise ve kişinin müdafîi yok ise istem olmaksızın resen müdafî atanacaktır. Bu durum ağır ceza mahkemesinin görevine giren tüm suçlarda tüm sanıklar için müdafî bulundurulmasını zorunlu hale getirmiştir. Asliye ceza mahkemesinin görevine giren suçlarda ise ceza miktarının üst sınırına bakılacaktır. Ayrıca 150. maddenin 2. fıkrasına göre kişi 18 yaşından küçük ise ya da sağır veya dilsiz ise ve kendisini savunamayacak derecede malul olursa ve bir müdafîi yok ise resen

⁴⁸ Kaynak: <http://www.egm.gov.tr/temuh/insanhaklari4.htm>, 2006 yılı 01.01.2006-30.11.2006 tarihleri arasında kapsamaktadır.

⁴⁹ Şahin, Cumhuriyet (2001) *Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğruyalığı İlkesi)*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 98-99.

⁵⁰ Kunter, Nurullah & Yenisey, Feridun & Nuhoğlu, Ayşe (2008) s. 834-835.

⁵¹ Şahin, Cumhuriyet (2007) s. 160-161.

⁵² Öztürk, Bahri & Erdem, M. Ruhan (2008) s. 13.

⁵³ AİHM kararları için bkz: *Artico v. Italy*, 13.05.1980; *Croissant v. Germany*, 25.09.1992; *Benham v. United Kingdom*, 10.06.1996.

bir müdafî görevlendirilecektir.

6. Kolluk Uygulamaları ve İfade Alma

Teorik olarak, ifade alma prosedürünün sıkı kurallara bağlanmasının alınan ifadenin maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasında oynadığı rolü esasen gölgelemeyeceği, bilakis önemini artıracığı açıktır. Yalnız pratikte bu durum kolluk güçleri bakımından bir takım sıkıntıları ve yakınmaları da beraberinde getirmektedir. Kolluk güçleri CMK 148. maddenin 4. fıkrası ile getirilen düzenlemenin örtülü zorunlu müdafîlik sistemini getirdiğini ve dolayısıyla artık bir müdafîin yokluğunda alınan ifadelerin geçersiz sayılması gibi bir sonucun doğduğunu ileri sürmektedir. Her ne kadar Kanun sadece çocuklar, sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olanlar ile “üst sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmalardaki sanık veya şüphelilere” müdafî yardımını isteğe bağlı olmaksızın zorunlu kılsa da, diğer durumlarda alınan ifadenin mahkeme huzurunda kabulü arandığından, müdafîsiz ifade alma gibi bir kolluk yetkisinin pratikte artık kalmadığı düşünülmektedir. Her ne kadar meseleye başka bir açıdan baktığımızda müdafî huzurunda alınan değeri artacak ve emekler boşa gitmeyecek olsa da, müdafîimiz alınan ifadenin öneminin tamamen ortadan kalkması kolluk güçleri üzerinde moral olarak olumsuz etki yapmaktadır. Kolluk mensupları ile yapılan görüşmelerde hep bu durum ön plana çıkartılmakta ve "Devlet bizim aldığımız ifadeye hukuki değer atfetmiyorsa, biz neden uğraşalım. Zaten, Kanunun kabul ettiği sisteme göre, kolluğun kendiliğinden ifade alma yetkisi yoktur. Buyursun savcılar bütün ifadeleri kendileri alsınlar" şeklinde serzenişlere yol açmaktadır.⁵⁴ Bu şikayet avukatların zamanında kolluk birimlerine intikal etmedikleri ve avukatın gelişinin beklenmesinin gözaltı süresini gereksiz uzattığı iddiası ile birlikte dile getirilmektedir.⁵⁵

Bu tür yakınmalar için üretilebilecek çözüm, müdafî hazır bulunmaksızın kollukta alınan ifadenin sanığın bir beyanıyla tamamen geçersiz sayılması yerine, en azından mahkemeye sanığın iddiasını nazara alıp almama hususunda bir yetki vermek olabilir. Zira sanık kollukta alınan ifadesini reddederse bunun nedeni kendisine sorulacak; eğer yasak sorgu yöntemlerine başvurulmuşsa bu bir ihbar kabul edilip konu idari ve adli açıdan soruşturulacaktır. Eğer her hangi bir haklı gerekçe göstermeden ifadenin geçersiz sayılması sözkonusu ise, bu keyfi bir uygulama olarak kabul edilecektir. İşte rahatsızlığın kaynağında bu çelişki yatmaktadır.

Uygulamada sıkıntı doğuran diğer bir hususta, 148. maddenin 5. fıkrasına göre ifadesi alınmış olan şüphelinin aynı olayla ilgili olarak tekrar

⁵⁴ Erdoğan, Ramazan (2003).

⁵⁵ Erdoğan, Ramazan (2003).

ifadesinin alınmaması ve ikinci bir ifade alma işleminin ancak cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilecek olmasıdır. İlk bakışta oldukça yerinde görünen bu kural, ifadesi alınmış ve bir tutanağa bağlanmış şüphelinin aklına sonradan gelen lehte veya aleyhte bir hususu bu tutanağa ilave ettirememesi riski taşımaktadır. Tartışmalı olmakla birlikte, Kanunun lafzi yorumundan hareketle kolluğun hiç bir şekilde ek ifade almasına imkan tanınmamaktadır. Şüphelinin sonradan söyleyecek bir şeyleri olması durumunda bunu Cumhuriyet Savcısına söylemesi gerekmektedir. Bu durumun uygulamada bir takım sorunlara yol açacağı açıktır.

Öte yandan, ifade alma sırasında avukatların şüphelinin söylediklerine müdahale ederek uyarılarda bulunması kolluğu rahatsız edici bir durum olarak ortaya çıkmaktadır. Yönetmeliğin 23. maddesinde müdafî tarafından yapılan hukuki yardımın maddi olayı karartacak müdahaleleri yapabileceği anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla müdafî sorulan sorulara şüphelinin yerine geçecek şekilde cevap veremez veya onun yerini aldığı izlenimini verecek müdahalelerde bulunamaz. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi bu durum müdafîin ifadede sadece pasif bir rol üstlenmesi şeklinde yorumlanmamalıdır.⁵⁶ Müdafî yasal sınırlar içerisinde görevini yerine getirmek adına ifade alma işleminin bütünlüğünü ve seyrini bozmadan ifadesi alınan şüpheliye açıklamalarının doğuracağı hukuksal sonuçlar hakkında bilgi vermek ve müdahaleler yapmak zorundadır. Özellikle, şüpheliye sorulan yönlendirici sorulara müdafîin itiraz etme hakkı vardır; bu hakkın engellenmesi halinde ifade tutanağına şerh koyulabileceği gibi ayrı bir tutanakta düzenlenebilir. Böyle bir durumda alınan ifade mahkeme aşamasında muhtemelen geçersiz sayılacaktır.

İfade alma prosedürü ile ilgili olarak kolluk güçlerinin yakınmalarından bir tanesi de daha önce vurgulandığı gibi susma hakkı ile ilgilidir. Kolluk güçleri müdafîlerin şüphelileri susma haklarını kullanmaları yönünde yerli-yersiz yönlendirdiklerini iddia etmektedirler.⁵⁷ Susma hakkını kutsal savunma hakkının bir parçası olarak gördüğümüzden, müdafîlerin şüphelilere veya sanıklara bu yönde telkinde bulunmasını normal karşılamak gerektiğini düşünüyoruz. Bir başka deyişle, susma hakkının mutlak olduğu bir sistemde müdafîin yapacağı telkinin hiç bir sınırlamaya veya yaptırıma tabi tutulması düşünülemez. Bununla beraber, müdafîin hukuki yardımından sanığı veya şüpheliyi mümkün mertebe sınır koymaksızın yararlandırmak, tanınan hakkın kötüye kullanılmasına yol açmamalıdır. Zira, bu hakkın yerli-yersiz her seferinde kullanılması ve bir anlamda işin kolayına kaçılması zaman içerisinde hakkın sınırlandırılması sonucunu doğurabilir. İngiltere gibi bazı ülkelerde susma hakkı bakımından bu

⁵⁶ Demirbaş, Timur (2006) s. 17; Demirbaş, Timur, (1996) s. 133-134.

⁵⁷ Doğan, Suat (2003).

yönde bir değişim olmuştur. Dolayısıyla müdafilerin en azından hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuracak telkinlerden kaçınması kendi mesleklerinin geleceği açısından önem taşımaktadır. Zira, bir hakkın kötüye kullanılması, er veya geç o hakkın kısıtlanmasına yol açacaktır.⁵⁸ Nitekim, hukukumuzda bazı koşullarda susma hakkının bilinçsiz kullanılması şüphelinin cezada etkin pişmanlık indiriminden yararlanamaması sonucunu doğurmaktadır.⁵⁹

7. Sonuç

Ceza Muhakemesi Kanunu şüphelinin ifadesinin alınması ve sanığın sorgulanması işlemlerini sıkı kurallara bağlamıştır. Bununla beraber, gerek kuralların uygulanabilirliği konusundaki pratik zorluklar, gerekse yılların verdiği alışkanlıkların terk edilememesi uygulama ile kitaptaki hukuk arasında zaman zaman tezatların ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Bunun en bariz örneği hakların öğretilmesindeki sıkıntıdır. Bugün ne soruşturma makamlarının ne de kovuşturma makamlarının hakların öğretilmesinde Yasanın öngördüğü prosedürü tam olarak uyguladığını söylemek mümkün değildir. Aynı şekilde CMK ile getirilen düzenleme ile ifade alma işleminin kolluğa bırakılmayıp doğrudan Cumhuriyet savcısı tarafından yapılması hedeflenmesine rağmen, bu işlem hala personel ve alt yapı yetersizliği ve en önemlisi yerleşmiş prosedür nedeniyle büyük oranda kolluk tarafından yapılmaktadır.⁶⁰ Bu da kuralların gelişigüzel ve alışageldiği şekilde uygulanmaya devam etmesi anlamını taşımaktadır ki, bu durum maalesef bir alt-kültür olarak yerleşmiş bulunmaktadır. Sadece ifade alma işleminde değil, uzlaşma hükümlerinden tutun, çapraz sorgu, adli kolluk uygulamaları ve gözaltı gibi bir çok soruşturma ve kovuşturma aşaması işlemlerinde bu uygulamadaki hukuk ve kitaptaki hukuk çelişmesini veya uyumsuzluğunu görmekteyiz. Bu durumu düzeltmek için kanun koyucunun önünde iki seçenek olduğunu düşünüyoruz: Ya kurallar uygulanabilir olacaktır, ya da eğer bir kural varsa bunun uygulandığını görene kadar işin peşini bırakmamak gerekecektir. Elbette, hal ve şartlara göre uygulanabilir kurallara yer vermek en kolay ve pratik çözümdür. İfade alma açısından konuya örnek vermek gerekirse, Kanunda yazılı ifade alma kurallarının öngörülen prosedür içinde tavizsiz ve eksiksiz bir şekilde uygulanması için basit suçlarla, ağır suçlar arasında prosedürün uygulanması ile ilgili bir fark gözetilmesi gerekecektir. Çok basit bir soruşturma kapsamında alınan ifade ile cinayet soruşturmasında aynı prosedürün uygulanmasını istemek ilk başta kuralların

⁵⁸ Leng, Roger (1994) s. 18 vd.

⁵⁹ Kunter, Nurullah & Yenisey, Feridun (2005) *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ek, İstanbul, s. 310.

⁶⁰ CMK, m. 90/5, 91. Bkz. Öztürk, Bahri & Erdem, Mustafa Ruhan (2008) s. 452 ve 489.

bütünlüğü ve herkes için eşitliği açısından doğru gözükse de, her gün irili ufaklı binlerce ifadenin alındığı ve mahkemelerce sorgulama yapıldığı gözönüne alınırsa böyle bir tasnif gerekli olabilir. Çok karmaşık ve detaylı fakat uygulanmayan prosedürler yerine, basit ama tavizsiz uygulanan prosedürler ülkemizde ceza adalet sistemine ait hukuk kurallarının eksiksiz uygulanması kültürünün yerleşmesine yardımcı olacaktır.

Diğer taraftan, ifade ve sorgunun şüpheli veya sanığın özgür iradesine dayanmasını sağlamak için sistemin çok sıkı kurallara bağlanması, bir anlamda kolluk, savcı ve hakim gibi ifadeyi alacak makamların işini büsbütün zorlaştırılmamalı ve hatta bu makamlarca alınan ifadelerin haklı bir gerekçeye dayanmaksızın delil değerini yitirmesi sonucunu doğuracak düzenlemelere gidilmemelidir. Kunter'in belirttiği gibi sanığın hak ve menfaatlerinin korunmasının ceza muhakemesinin “yegane gayesi” olamaz. Kunter'e göre ceza davası ile doğan hukuki ilişkilerin sanıktan başka süjeleri de vardır ve bu süjelerin de korunmaya değer hak ve menfaatleri vardır.⁶¹ Her ne kadar gözaltına alınan şüphelinin içinde bulunduğu olumsuz psikolojik atmosferin veya olayın şokunun şüpheli tarafından henüz atlatılmamış olunmasının, kollukta alınan ifadelerin gerçeği tam olarak yansıtmamasına engel olduğu iddia edilse de, şüpheli şahıs kendisine yöneltilen sorularla ilgili olarak en doğru yanıtları daha ilk kolluk ifadesinde vermektedir.⁶² Olayın sıcaklığını koruması ve söylenecekler üzerinde fazla düşünülmemiş olması yalan olarak nitelendirilebilecek gerçeğe aykırı ifadelerin beyanına engel olmaktadır. Aradan belli bir zaman geçince şüphelinin en azından kaçamak cevaplar verme olasılığı artmaktadır.⁶³ Dolayısıyla, yapılan düzenlemelerin uzun vadede işlevini yitirmemesi ve ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasını engellememesi için kanun koyucu orta bir yol bulmak zorundadır. Meselenin zorluğunu ve karmaşıklığını kabul etmekle birlikte, bu orta yol bir taraftan şüpheli veya sanığın haklarını koruma altına alırken, diğer taraftan maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasını temin etmek üzere soruşturma ve kovuşturma makamlarını güçlendirmek olarak tanımlanabilir.⁶⁴

Bu arada, teknolojinin çok fazla geliştiği günümüzde soruşturma makamlarının Yasanın da öngördüğü şekilde teknik imkanlardan yararlanmak

⁶¹ Kunter, Nurullah (1986) *Muhakeme Hukuku dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Bası, İstanbul, s.23.

⁶² Yenisey, Feridun (1993) *Hazırlık Soruşturması ve Polis*, 3.Baskı, İstanbul; Toroslu, Nevzat & Feyzioğlu, Metin (2008) s. 191.

⁶³ Bu durum zaman zaman halk arasında “karakolda doğru söyler, mahkemede şaşar” deyimini ile dile getirilmektedir.

⁶⁴ Şahin, Cumhuriyet (2007) s. 154-155; Şahin, Cumhuriyet (2005) s. 414 vd.

adına, yazılı ifade tutanağına alternatif bir uygulama olarak değil; ama ilave bir işlem olarak ifadenin ses ve görüntü kaydedici cihazlarla kaydedilmesi uygulamasına kademeli olarak geçmesi gerekmektedir.⁶⁵ Halihazırda bazı önemli soruşturmalarda bu tarz teknik imkanlardan yararlanılmaktadır.⁶⁶ Ancak, bunun yurt geneline ve suçların çoğunu kapsayacak şekilde yaygınlaştırılmasında fayda vardır. Günümüzde artık dijital video sistemlerinin geliştiği ve ucuzladığı hesaba katılırsa işin parasal boyutu altından kalkılmaz değildir. Olayın hemen akabinde sığağı sığağına müdafî huzurunda video kameraya alınmış bir şüpheli ifadesinin mahkemede görüntülü olarak izlenmesi, delilleri değerlendiren hakime veya mahkemeye heyetine karar vermede önemli ölçüde yardımcı olabilir. Bu sağlanamasa bile, en azından yasak ifade alma yöntemlerinin kullanılıp kullanılmadığı daha rahat tespit edilecektir.

Benzer uygulamanın kovuşturma evresinde duruşmada gerçekleştirilen sorgu işlemi için yapılması ise şimdilik gerekli ve mümkün gözükmemektedir. Özellikle CMK madde 219 uyarınca duruşmada teknik araçlarla kayda alınan işlemlerin vakit geçirilmeksizin yazılı tutanağına dönüştürülmesi zorunluluğı karşısında böyle bir projenin uygulanma kabiliyeti yoktur. Bazı önemli davalarda yapıldığı gibi duruşmanın tamamının kaydedilmesi madde 219 bağlamında değerlendirilmemektedir. Bununla beraber, günümüzde artık sokaktaki vatandaşın bile her hareketinin MOBESE kameralarıyla izlenip kaydedildiği gözönüne alınırsa, duruşmalarında her saniyesinin dijital ortamlarda sesli ve görüntülü olarak kayda alınacağı çağın uzak olmadığı düşünülebilir.

KAYNAKÇA

BİÇAK, Vahit, 'İfadenin Tutanakla Tesbitinden Vazgeçilmelidir', <http://www.bilkent.edu.tr/~vahit/ar4.htm>, Erişim: 05.02.2006.

DEMİRBAŞ, Timur (2009) "Terör Şüphelilerinin Sorgulanması" *Terörle Mücadele Sempozyumu*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi IGUL Direktörlüğü, İstanbul, 20 Mart 2009.

DEMİRBAŞ, Timur (2006) 'İfade Alma, Sorgu', İçinde: Yenisey, F., Ziyalar, N., Bağcı, O., Özaşçılar, M., *Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller*, İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi.

⁶⁵ Şahin, Cumhuriyet (2007) s. 157; Bıçak, Vahit, *İfadenin Tutanakla Tesbitinden Vazgeçilmelidir*, <http://www.bilkent.edu.tr/~vahit/ar4.htm>, Erişim: 05.02.06; Şafak, Ali & Bıçak, Vahit (2005) s. 240-241.

⁶⁶ Bu konuda Terörle Mücadele Şubelerinin ses de alan "MOBESE" tarzı kapalı devre televizyon sistemleri ile donatıldığı bilinmektedir.

DEMİRBAŞ, Timur (1996) *Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, no. 71.

DOĞAN, Suat (2003) “Adi ve Terör Suçları Bağlamında Susma Hakkı Kullanımı ve Uygulamadaki Yansımaları”, *Polis Dergisi*, Sayı 34, 2003, (http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/34/yeni/web/Suat_DOGAN.htm).

ERDOĞAN, Ramazan (2003) “Türkiye’de Polisin İfade Alma Yetkisi ve Güncel Sorunlar”, *Polis Dergisi*, Sayı 36, 2003, (http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/36/web/ceza_muhakemeleri_usulu_kanunu/ramazan_erdogan.htm).

ERMİŞ, Münip (2007) “Terörle Mücadele Kanunu ve İnsan Hakları”, *Ceza Hukuku Günleri Sempozyumunda Sunulan Tebliğ*, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve 9 Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Nisan 2007, (http://www.turkhukusitesi.com/makale_1024.htm) Erişim: Haziran 2009.

HAKERİ, Hakan & ÜNVER, Yener (2008) *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.

Kunter, Nurullah & Yenisey, Feridun & Nuhoğlu, Ayşe (2008) *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Onaltıncı Bası, İstanbul: Beta.

KUNTER, Nurullah & YENİSEY, Feridun (2005) *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ek, İstanbul.

KUNTER, Nurullah (1986). *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Bası, İstanbul.

LENG, Roger (1994) ‘The Right to Silence Debate’ (Susma Hakkı Tartışmaları) In: Morgan, D. & Stehenson, G. M. *Suspicion and Silence: The Right to Silence in Criminal Investigations*, Blackstone.

ÖZBEK, V. Özer, (2003) “Devlet Güvenlik Mahkemesinin Görev Alanına Giren Suçlarda Yapılan Hazırlık Soruşturması Ve Avrupa Birliği Uyum Süreci Çerçevesinde Yapılan Değişikliklerin Buna Etkisi”, *Polis Dergisi*, Sayı 36, 2003.

ÖZKORUL, İsmet, ‘Ceza Muhakemesi Kanunu’ www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/173.doc Giriş: Şubat 2006.

ÖZLEM, Önder, "Güncel Bazı CMK Hükümleri Ve Kolluk (54 Baro Ve 13 Akademisyenin Duyurusu Kapsamında)" http://www.turkhukusitesi.com/makale_1014.htm, Erişim: 06.05.2009.

ÖZTÜRK, Bahri & ERDEM, M. Ruhan (2008) *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, Ankara: Seçkin.

SOYASLAN, Doğan (2007) *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.

ŞAFAK, Ali & BIÇAK, Vahit (2005) *Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis*, 6. Baskı, Ankara: Roma Yayınları.

ŞAHİN, Cumhuriyet (1994) *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Ankara: Yetkin Yayınları.

ŞAHİN, Cumhuriyet (2001) *Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğruları İlkesi)*, Ankara: Yetkin Yayınları.

ŞAHİN, Cumhuriyet (2005) *Ceza Muhakemesi Kanunu, Gazi Şerhi*, Ankara: Seçkin.

ŞAHİN, Cumhuriyet (2007) *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Ankara: Seçkin.

TOROSLU, Nevzat & FEYZİOĞLU, Metin (2008) *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınları.

YENİSEY, F., ZİYALAR, N., BAĞCI, O., ÖZAŞÇILAR, M. (2006) *Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller*, İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi.

YENİSEY, Feridun (1995) *Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma*, A.Ü. İnsan Hakları Merkezi Yayınları.

YENİSEY, Feridun (1993) *Hazırlık Soruşturması ve Polis*, 3.Baskı, İstanbul.

YERDELEN, Erdal, '5271 Sayılı CMK' www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/190.doc, Giriş: Şubat 2006.

Makaleler



Özel Hukuk

CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU

Arş. Gör. Mustafa ARIKAN*

ÖZET

Culpa in contrahendo sorumluluğu Türk Hukuk sisteminde kanuni düzenlemelere konu olmamıştır. Ancak Yargıtay kararlarında ve doktrinde bu sorumluluk türünün uygulanabileceği kabul edilmiştir. Tarafların sözleşme yapmak üzere müzakerelere başlamalarıyla birlikte söz konusu sorumluluk alanı meydana gelmektedir. Bu çalışmada culpa in contrahendo sorumluluğu ve hukuki niteliği üzerindeki tartışmalar ele alınmıştır.

ANAHTAR KELİMELELER: Sorumluluk, Güven İlişkisi, Sözleşme Öncesi İlişkiler, Sözleşme Görüşmeleri, Haksız Fiil Sorumluluğu.

DIE HAFTUNG AUS CULPA İN CONTRAHENDO ZUSAMMENFASSUNG

Die Haftung aus culpa in contrahendo hat im türkischen Rechtssystem keine positive Regelung gefunden. Diese Haftung ist allerdings nach dem Rechtssprechung und der Literatur anzuwenden. Das Anwendungsbereich dieser Haftung kommt zustande, sobald die Vertragsparteien eine Vertrag abschliessen möchten und dafür mit der Verhandlung begonnen haben. In diese Arbeit werden die Debatten über die culpa in contrahendo Haftung und ihre Rechtsnatur untersucht.

SCHLÜSSELWÖRTER: Die Haftung, Vertrauensverhältnis, Vorvertraglicher Beziehungen, Vertragsverhandlung, Deliktshaftung.

I. GİRİŞ

Sözleşme, bir anda kurulup meydana gelen hukuki işlem değildir. Sözleşmenin kurulması bir sürecin varlığını gerektirir. Sözleşme kurulmadan önce taraflar sözleşmenin muhtevası, şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar. Bu görüşmelerin uzunluğu veya kısalığı sözleşmenin mahiyetine, hal ve şartlara göre değişiklik arz edebilir. Bir sözleşme kurmak amacıyla görüşmelere başlayanlar arasında MK. m. 2'de ki dürüstlük kuralından kaynaklanan bir güven ilişkisi doğar. Zira görüşmecilerden her biri veya onların yardımcıları karşı tarafın ve onun koruma alanındaki üçüncü kişilerin şahıs ve mal varlığı değerleri üzerinde etkili olabilecek bir konuma geçmişlerdir. Bu nedenle taraflar arası ilişki daha sıkılaşmış ve

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD.

dolayısıyla birbirlerine doğru bilgi verme, bilinmesi gereken konularda açıklama yapma, karşı tarafı muhtemel bir takım zararlardan uzak tutma şeklinde ifade edilen bazı koruma yükümlülükleri ortaya çıkmıştır. Taraflar bu yükümlülüklere kusurlu bir şekilde aykırı davranırlar ve aralarındaki güven ilişkisini ihmal ederlerse bundan doğan zararlardan sorumlu olurlar¹.

II. KAVRAM

Sözleşmenin kurulmasından önceki kusurlu davranıştan kaynaklanan sorumluluk türüne Culpa in contrahendo sorumluluğu adı verilmektedir. Sorumluluk olgusunu ortaya çıkaran olaylar genellikle haksız fiil, sözleşme ve sebepsiz zenginleşmedir. Fakat toplumsal yaşamın meydana getirdiği birtakım iktisadi, psikolojik olgular öyle bir takım sorunlar yaratmıştır ki, bunları sorumluluk olgusunu doğuran klasik olaylarla açıklama imkânı kalmamıştır. Doktrin de bu yeni gereksinimlere kayıtsız kalmayarak yeni isimler altında, özü ve biçimi farklı olan, yeni hukuki kurumlar oluşturmuştur. Culpa in contrahendo sorumluluğu da bu yeni kurumlardan birisidir².

¹ **GAUCH**, Peter/ **SCHLUEP**, Walter R./**JÄGGI**, Peter, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 6. Auflage, Zürich 1995, Nr. 962/a; **EREN**, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003, s. 1083, 1084; **YALMAN**, Süleyman, Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006, 15; **ULUSAN**, İlhan; Culpa in Contrahendo Üstüne, Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan 1, İstanbul 1982, s. 285 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip ; Borçlar Hukuku Dersleri, 1. Fasikül, 2. Bası, İstanbul 1985, s. 22-23; **TEKİNAY**, S. Sulhi / **AKMAN**, Sermet / **BURCUOĞLU**, Haluk / **ALTOP**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 975-976; **TUNÇOMAĞ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), C.1, 6.Baskı, İstanbul 1976, s. 212; **SUNGURBEY**, Ayfer Kutlu, Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrahendo, İstanbul 1988, s. 117; **YILMAZ**, Hamdi, Sözleşme Görüşmelerinde Kusur "Culpa İn Contrahendo" ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler, Yargıtay Dergisi, C.XI, S.3, Temmuz 1985, s. 224; **VON TUHR**, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.1-2, (Çeviren, Cevat Edege) 2. Baskı, Ankara 1983, s. 187, 188; **OĞUZMAN**, M. Kemal / **ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası., İstanbul 1999, s. 271; **ATAAY**, Aytekin, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, 5. Basım, İstanbul 1995, s. 244.

² Diğer yeni kurumlar ise sözleşmenin müspet ihlali, eylemsel borç ilişkisi, klasik edim ilişkisi ve davranış yükümü gibi kurumlardır. Bu tip kurumlar Roma Hukuku öğretisi tarafından varlığı fiilen anlaşılmış ancak hukuki anlamda sistematize edilip ortaya konulamamıştır. Bunlarla gelişen toplumsal sürecin beraberinde getirdiği bir takım konular olarak karşılaşılmaktadır.

Culpa in contrahendo sorumluluğu ilk olarak Jhering³ tarafından ele alınmıştır. Yazar, Roma Hukuk öğretilerinde gerçekleşen alışverişe uygun olmayan malları veya mevcut olmayan bir terekeyi satan kişinin alıcıya karşı sorumlu olması gibi bazı olaylardan hareket ederek Culpa in contrahendo sorumluluğuna yönelmiştir. Zira taraflardan birinin kusurlu davranışı neticesinde iradeler arasında uyumsuzluk doğmasıyla geçersiz olarak meydana gelen veya hiç meydana gelmeyen sözleşmede bu durumun ortaya çıkmasına neden olan kişiyi, sorumlu tutmak mümkün değildi. Çünkü bu konuya ilişkin kanunda uygulanabilecek somut bir hüküm mevcut değildi. Culpa in contrahendo adı altında yeni bir sorumluluk türü kabul edilerek oluşan bu zararın tazmin edilmesi amaçlanmıştır. Jhering Roma Hukukunda rastladığı olayların etkisiyle Culpa in contrahendo kavramını sadece geçerli olarak meydana gelmemiş hükümsüz hukuki işlemler açısından incelenmiştir. Fakat görüşme kusuruna rağmen geçerli olarak kurulan sözleşmelerde bu soruna değinmemiştir. Oysa bugün doktrinde sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun geçerli bir şekilde meydana gelmiş hukuki işlemler için de uygulama alanı taşıdığı kabul edilmektedir⁴. Culpa in contrahendo sorumluluğundan bahsedebilmek için kurulmuş bir akdin varlığı şart değildir⁵.

Bütün bu açıklamalardan sonra, Culpa in contrahendo sorumluluğu, sözleşmenin kurulmasından önceki safhada taraflardan birinin veya yardımcılarının, diğer tarafa veya onun koruma alanında bulunan kişilere aralarında oluşan toplumsal bağlantı sonucu doğan, kökenini dürüstlük kuralında bulan güven ilişkisine aykırı davranarak vermiş olduğu zarardan sorumlu olmasıdır şeklinde tanımlanabilir⁶.

³ **JHERING**, Rudolf, Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, Jherings Jahrbuch für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht, Band 4 (Jena 1861), s. 1 vd.

⁴ **YALMAN**, s. 38; **ULUSAN**, s. 3; **YILMAZ**, s. 236; **EREN**, s. 1085; **GONZENBACH**, Rainer, Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1987, s. 7; **BAYGIN**, Cem, Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması, AÜEHFD 2000/ C.IV., Sayı:1-2, s. 346.

⁵ **YALMAN**, s. 38; **GAUCH**, Peter, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 6. Auflage, 1995 Zürich, s. 178; **BAYGIN**, s. 346.

⁶ **GAUCH/SCHLUEP/JÄGGİ**, s. 177; **GONZENBACH**, s. 7; **YALMAN**, s. 38; **ULUSAN**, s. 275; **SUNGURBEY**, s. 99 vd., 124; **SEROZAN**, Rona, “Culpa İn Contrahendo”, “Akdin Müsbet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli:Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD. 1968, S. 3, İstanbul 1968, s. 110-111; **İNAN**, Ali Naim,

III. SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNİN ÖZELLİKLERİ VE DOĞURDUĞU YÜKÜMLÜLÜKLER

A. Sözleşme Görüşmelerinin Özellikleri

Sözleşme görüşmeleri, borç ilişkisinin aksine, taraflar açısından değişken bir durum ifade eder. Taraflar, irade özerkliğinin sağladığı faydaları bilerek derhal bir sözleşme yapmaktan ziyade özgürce karar verebilme imkânını kullanmak isterler. Bu özellik, sözleşmesel bir ilişki kuramamakta ancak diğer taraftan da yeni bir sorumluluk alanının (culpa in contrahendo'nun) doğumuna yol açmaktadır. Sözleşme görüşmelerinin diğer bir özelliği de hazırlayıcı niteliğinin etkisiyle sürekli bir gelişim ve değişim içinde bulunmasıdır⁷. Bu özellik sayesinde görüşmelerin başlangıcındaki özgür karar alma imkânı gittikçe daralmaktadır. Nihai amaca gittikçe yaklaşılmakta ve belirgin bir biçim verilmektedir. Bir başka özellik de, nihai amacın sözleşme olduğu düşünülürse, bu görüşmelerin sözleşmenin tipine göre karşılıklı veya iki taraflı bir özellik taşımasıdır⁸. Bu açıklamalardan anlaşılıyor ki, sözleşme görüşmeleri sonradan kurulacak olan sözleşmeden soyut ve bağımsız bir niteliği haizdir⁹. Gerçekten taraflarca ulaşılmak istenen ortak amaca güvenerek başlayan, sosyal bir ilişki ile diğer tarafın tehlike alanına giren kişinin bu süreçte karşısındaki kişi veya kişilerden özel nitelikte bir zarardan uzak tutma yükümünü beklemekte hakkı vardır¹⁰.

B. Sözleşme Görüşmelerinin Doğurduğu Yükümlülükler

Sözleşme görüşmelerinde taraflar, birbirlerine karşı özen göstermek, gerekli bilgiyi vermek ve birbirlerinin mal ve şahıs varlıklarına¹¹ zarar vermemek gibi birtakım yükümlülükleri haizdirler. Bu yükümlülüklerin temelinde dürüstlük kuralı yatmaktadır. Aydınlatma ve açıklama yükümlülüğü değişen şartlara ve olaylara ilişkin bir yükümlülüktür. Diğer bir önemli

Culpa in contrahendo -Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma , Adalet Dergisi 1954, Yıl: 45, S.7, s. 878- 879; **İNAN**, Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1984, s. 483; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 976 vd.; **YILMAZ**, s. 234 vd.; **BAYGIN**, s. 346.

⁷ **ULUSAN**, s. 288.

⁸ **ULUSAN**, s. 288.

⁹ **SEROZAN**, s. 119; **ULUSAN**, s. 288; **TUNÇOMAĞ**, s. 147.

¹⁰ **SEROZAN**, s. 122; **ULUSAN**, s. 289.

¹¹ Şahıs varlığına verilen zararın culpa in contrahendo sorumluluğunun kapsamına girip girmeyeceği konusundaki tartışmalar için bkn. **SEROZAN**, s. 111; **YALMAN**, s. 85 vd.; **LARENZ**, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, 14. Auflage, München 1987, s. 9, N. 11; **SUNGURBEY**, s. 103 vd.

yükümlülük de, taraflardan birisinin mevcut olmayan olguları açıklamayarak varılmak istenen hukuki işlemin gerçekten oluşacağı ümidini uyandırması ve bunun neticesi olarak karşı tarafı birtakım zararlara uğratması halinde belirginleşmektedir¹². Gerçekten hukuken meydana gelmemiş bir sözleşmeyi geçerli olarak tanıtmak ve bu sayede şekle bağlılık yükümlülüğünü aşmaya kalkışmak durumu bu ikinci yükümlülüğün ihlali anlamına gelir¹³.

IV. CULPA İN CONTRAHENDONUN BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

A. Fiili Sözleşme İlişkisinden Farkı

Fiili ilişkilerden kural olarak sözleşmeye dayanan borçlar doğmaz. Fiili ilişkiler sadece haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme borcunu meydana getirirler¹⁴. Ancak son zamanlarda özellikle Alman hukuk doktrininde bazı fiili ilişkilerden borçlar doğabileceği görüşü ortaya atılmıştır¹⁵. Fiili sözleşme ilişkileri kavramı sanki geçerli bir sözleşme varmışçasına özel hükümler doğuran bazı fiili ilişkileri ifade eder. Bu fiili ilişkiler, bir ortaklığa veya işletmeye girmekten kaynaklanan borç ilişkileri veya sosyal tipteki davranışlardan kaynaklanan borç ilişkileri olmak üzere iki grupta toplanabilir. Ortaklık ve hizmet sözleşmesi gibi sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde, sözleşme ile sözleşme ilişkisi arasında ayırım yapılır. Sözleşme ilişkisinin

¹² TUNÇOMAĞ, s. 148; EREN, s. 42, 43; ULUSAN, s. 290; OĞUZMAN/ÖZ, s. 67, 68.

¹³ Borçlu aldatma kasdı ile karşı tarafı şekle bağlı bir sözleşmeyi şekilsiz yapmaya sevk etmiş ve sonra da şekil eksikliğini ileri sürerek borcundan kurtulmak istemişse bu davranış dürüstlük kuralı ve ahlaka aykırı düşer. Bu durumda hukuki işlemin kural olarak batıl sayılacağı ve zarar görenin, zararını BK. m. 42/II uyarınca tazmin ettirebileceği söylenebilir. Ancak burada karşı tarafı sözleşmeyi şekilsiz yapmaya sevk edip sonradan şekil eksikliğini öne sürmenin BK. m. 41/II'ye değil de müzakereye girişmeden doğan borç ilişkisine (culpa in contrahendo) aykırılık şeklinde nitelendirilmesinin daha doğru olacağı yönündeki görüşler de mevcuttur, bkz. TUNÇOMAĞ, s. 243; YAVUZ, Nihat, Tapulu Taşınmazların Haricen Satışı ve Buna Hasren “Venire Contra Factum Proprium” (Çelişkili Davranış) “Nemo Auditor” (Kötü Kazanılmış Durum Hukuksal Korumanın Dışında Kalır) ve Culpa İn Contrahendo (Sözleşme Müzakerelerinde Kusur) Kavramları Hakkında Kısa Açıklamalar, YD 1993, S. 3, s. 274.

¹⁴ TUNÇOMAĞ, s. 144; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 68, 69.

¹⁵ ULUSAN, s. 291; TUNÇOMAĞ, s. 144; ESSER, Josef, Schuldrecht 4. Auflage, Band I, Allgemeiner Teil, Karlsruhe 1970, s. 97; OĞUZMAN/ÖZ, s.42; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 68.

sözleşmeden bağımsız olarak meydana gelebileceği örneğin hizmet sözleşmesi olmasa veya batıl olsa bile hizmet ilişkisinin işçinin işletmeye girmesinden ve orada çalışmasından doğabileceği ifade edilmektedir¹⁶.

Sosyal tipteki görünüm biçimi ise özellikle modern toplumun ulaşımı ve varlığını sürdürmesine yönelik (ulaşım araçları, su, gaz, elektrik işletmeleri gibi) gerçek irade açıklaması gerektirmeyen toplumsal tipteki davranışlardan doğmaktadır. Görülüyor ki, fiili nitelikteki borç ilişkilerinde davranış alanı belli bazı fiili ilişkilere hasredilmek suretiyle sınıflandırılmış bulunmaktadır¹⁷. Oysa Culpa in Contrahendo'da bu şekilde bir sınırlandırma söz konusu değildir¹⁸. Aksine irade özgürlüğünün baskın olduğu geniş bir alan içinde sözleşme görüşmeleri cereyan etmektedir. Ayrıca fiili sözleşme ilişkisinde herhangi bir irade açıklamasına ihtiyaç duyulmadığı için hazırlık ilişkisi, görüşme aşaması düşünülmezsizin sözleşme varsayımına dayanılmaktadır¹⁹. Bu nedenle culpa in contrahendo sorumluluğu fiili sözleşme ilişkileri altında incelenemez²⁰.

B. Sözleşme Yapma Vaadinden Farkı

Özel hukukun klasik özelliği olan irade özerkliği sonucunda kişiler sözleşme yapmak konusunda kural olarak tamamen özgürdür. Bununla birlikte bazen bir sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu olabilir. Bu zorunluluk kanun hükmünden kaynaklanabileceği gibi taraflar arasında akdedilmiş bir vaadden de kaynaklanabilir²¹. Birinci durumda sözleşme yapma mecburiyeti ikinci durumda ise sözleşme yapma vaadinden söz edilir. Sözleşme yapma vaadinde bir kimse başka birisi ile bir sözleşme yaparak ileride o şahısla veya üçüncü kişi ile belirlenen bir akdi yapmayı taahhüt eder. Bu şekilde taahhütte bulunan kimse taahhüdü gereğince asıl sözleşmeyi yapmakla yükümlüdür. Bu konuda dikkat edilecek nokta sözleşme yapma vaadine konu edilen sözleşmelerin borç doğuran sözleşmeler olması gerekir. Görüldüğü gibi sözleşme yapma vaadi culpa in contrahendodan oldukça farklı edim yükümlülüklerinin söz konusu olduğu taraflardan birinin ya da her ikisinin

¹⁶ TUNÇOMAĞ, Kenan, Hizmet Sözleşmesinin Meydana Gelmesi ve Hükümsüzlüğü, İHD. 1969/2, s.128; TUNÇOMAĞ, s. 144.

¹⁷ YALMAN, s. 24.

¹⁸ YALMAN, s. 24.

¹⁹ YALMAN, s. 24.

²⁰ YALMAN, s. 24.

²¹ BK. m. 22/I'e göre "Bir akdin ileride inşa edilmesine dair yapılan mukavele muteberdir", TUNÇOMAĞ, s. 188; VON TUHR, Andreas/SIEGWART, Alfred, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweife Auflage, Zürich 1942, s. 249; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 365, 366; OĞUZMAN/ÖZ, s. 135; ULUSAN, s. 292.

ileride bir sözleşme yapma borcunu yükledikleri bir sözleşmedir. Yoksa esas sözleşmenin yapılmasını kolaylaştıracak görüşmeler niteliğinde değildir. Diğer bir farklılık da tasarrufi nitelikteki işlemler sözleşme yapma vaadine konu oluşturamazken sözleşme görüşmelerinde bu şekilde herhangi bir sınırlandırma söz konusu değildir.

V. BAZI CULPA İN CONTRAHENDO HALLERİ

A. KANUNLARDA DÜZENLENMİŞ OLAN CULPA İN CONTRAHENDO DURUMLARI

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu düzenleyen genel bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Bununla birlikte gerek Borçlar Kanununda gerekse Medeni Kanunda culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin bazı münferit hükümler yer almaktadır. BK. 3, 15, 26/1, 36/2, 39/1, 192/2, 205/3, 464/2 maddeleri ile MK. 395/2 maddesi culpa in contrahendo sorumluluğuna örnek gösterilebilir.

1) Kendi Kusuru ile Hataya Düşen Tarafın, Akdin İptal Edilmesinden Dolayı Karşı Tarafın Uğradığı Zararlardan Sorumluluğu (BK. m. 26/1)

BK. m. 26'ya göre, hata sebebiyle sözleşmeyi iptal eden taraf, hata kendi kusurundan ileri gelmiş ise sözleşmenin bu şekilde iptalinden doğan zararı tazminle yükümlüdür. Hâkim hakkaniyet iktiza ederse zarar gören lehine daha fazla tazminata hükmedebilir. Bu durum (BK. m. 26), culpa in contrahendo sorumluluğunun tipik bir örneğini oluşturmaktadır²². Ayrıca BK. m. 28 ve 29'a göre hile veya ikrah altında yapılan sözleşmenin iptal edilmesi veya iptalinden feragat edilmesi hallerinde, aldatan veya korkutanın BK. m. 31/II'ye göre ödemek zorunda olduğu tazminat borcu da niteliği itibariyle bir culpa in contrahendo sorumluluğudur²³.

2) Temsil Edilen Kişinin Sorumluluğu (BK. m. 36/2)

Temsil edilen kişi temsilciye bir yetki belgesi vermişse, temsil ilişkisinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde bu belgenin mümessil tarafından temsil olunana iade edilmesi veya mahkemeye tevdi olunması gerekir. Temsil edilen veya halefleri söz konusu belgeyi almakta ihmalkâr davranırsa, yetkisiz temsilcinin iyi niyetli üçüncü kişilerle yaptığı işlemlerin hükümsüzlüğü nedeniyle bu kişilerin uğramış olduğu zararı tazmin etmekle

²² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 977; OĞUZMAN / ÖZ, s. 90; EREN, s. 1087; YALMAN, s. 42; YILMAZ, s. 240.

²³ EREN, s. 1089; OĞUZMAN / ÖZ, s. 95, 97; YALMAN, s. 43; BAYGIN, s. 358, 359.

yükümlü olurlar. Temsil edilen kişinin veya haleflerinin bu sorumluluğu da bir tür culpa in contrahendo sorumluluğudur²⁴.

3) Yetkisiz Temsilcinin Sorumluluğu (BK. m. 39/1)

BK. m. 39/1'e göre yetkisiz temsilcinin yaptığı hukuki işleme temsil edilen icazet vermezse temsilci sıfatıyla hareket eden kişi karşı tarafın yetkisinin bulunmadığını bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat etmedikçe sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Burada temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin sözleşme yapılırken diğer tarafa doğru söylemesi ve onu geçerli olmayan bir sözleşme yapmaya yöneltmesi söz konusudur²⁵.

4) Başlangıçtaki İmkânsızlık Nedeniyle Sorumluluk (BK. m. 20)

BK. m. 20/1'e göre borçlanılan edim, başlangıçtan itibaren objektif olarak imkânsız ise sözleşme batıldır. Alman Hukukunda sözleşme yapıldığı sırada edimin imkânsız olduğunu bilen veya bilmesi gereken tarafın, sözleşmenin geçerli olduğuna güvenerek borç ilişkisine giren karşı tarafın bu ilişkinin hükümsüzlüğünden doğan zararını tazmin etmekle yükümlü olduğu BGB. 307/1'de ifade edilmiştir²⁶. Türk/ İsviçre Hukukunda ise başlangıçtaki imkânsızlığı bilmesine rağmen sözleşme yapan kimsenin sorumluluğunu düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu duruma ilişkin sorunların çözümünde BK m. 26, 36/2 ve 39 hükümleri kıyasen uygulanabilir. Bu nedenle sözleşmenin kurulduğu anda taraflardan birisi borçlandığı edimin ifasının imkânsız olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa karşı tarafın zararını tazmin etmek zorundadır. Çünkü sözleşme görüşmeleri esnasındaki kusurlu davranışı

²⁴ OĞUZMAN / ÖZ, s. 176; YILMAZ, s. 240; EREN, s. 1089; YALMAN, s. 43; BAYGIN, s. 359.

²⁵ SUNGURBEY, s. 96 vd., 116 vd.; YALMAN, s. 44; YILMAZ, s. 240; KARAHASAN, Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku (Sözleşmeler ve Sözleşmeden Doğan Sorumluluk), İstanbul 1996, s. 353, 354; EREN, s. 1089; BAYGIN, s.359. Sözleşme öncesi borç ilişkisinden doğan yükümlülükler bir güven ilişkisine dayandığına göre bu yükümlülükler aykırı hareket edilmesinden dolayı temsilcinin mi yoksa temsil olunan kişinin mi sorumlu olacağı çözümünde alıcının kimin şahsına güven beslemiş olduğuna bakmak gerekir. Araba alım-satımında uzmanlaşmış galeri sahibi kullanılmış arabaların, aracı ve temsilci sıfatıyla satımında mal sahibinin sınırsız yetkili yöneticisi kimliği ile sahneye çıktığına göre, sözleşme görüşmeleri evresindeki davranış yükümüne aykırılıklardan ötürü, kendi şahsına güven besleyen müşteriye karşı güven zararının tazmini ile yükümlü sayılmalıdır. Alman Federal Mahkemesinin Jüristenzeitung 1975, 227/28'de yayınlanmış olan 29.01.1975 tarihli kararı için bkn. SEROZAN, Rona, Sorumluluk Hukuku Alanında İlginç Alman Mahkeme İçtihatları, MHAD 1977, Y.11, S. 14, s. 116.

²⁶ BAŞPINAR, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, s. 178.

sözleşmenin butlanı sonucunu doğurmuştur²⁷. Aynı durum sözleşmenin hukuka ve ahlaka aykırılığını önceden bilen veya bilmesi gereken kimse için de geçerlidir. Bu şahıs da sözleşmenin geçerli olmamasından dolayı karşı tarafın uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır²⁸.

5) Vesayet Altındaki Şahsın Sorumluluğu (MK. m. 452)

Sözleşme görüşmelerinde kusurun bir örneği de MK. m. 452'de görülmektedir. MK. m. 452/II'ye göre vesayet altındaki kişi fiil ehliyetine sahip olduğu konusunda karşı tarafta yanlış bir kanaat uyandırır, karşı tarafın bu yüzden uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Bu hüküm de bir culpa in contrahendo sorumluluğu halini öngörmüştür²⁹.

B. KANUNLARDA DÜZENLENMEMİŞ OLAN CULPA IN CONTRAHENDO HALLERİ

1) Görüşmeler Esnasında Kusurlu Olarak Yanlış Bilgi Veren Sorumluluğu

Sözleşme görüşmelerine katılanlardan her biri, diğerinin sözleşmenin kurulması ya da koşulları ile ilgili kararını etkileyecek konular hakkında doğru bilgi vermek ve açıklamada bulunmak zorundadır. Taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut ise sorun bu ilişkiye göre çözülür. Ancak taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut değilse yanlış bilgi verenin sorumluluğu bir culpa in contrahendo sorumluluğudur³⁰. Sorumluluğun doğabilmesi için yanlış bilgi verenin kusurlu olması gerekir. Kusur, kast veya ihmâl şeklinde ortaya çıkabilir.

Tarafların hangi ölçüde açıklama yapmak zorunda olduğu genel olarak değil sözleşmenin niteliği, görüşmelerin gelişme biçimi tarafların amaçları ve bilgileri göz önünde tutularak her somut olayın şartlarına göre değerlendirilmelidir³¹.

Sözleşme görüşmeleri esnasında taraflar birbirlerini yanıltıcı nitelikteki davranışlardan kaçınmak zorunda oldukları gibi karşı tarafın bazı hususlarda

²⁷ ALTUNKAYA, Mehmet, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara 2005, s. 233; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 977; OĞUZMAN / ÖZ, s. 77, BAYGIN, s. 361, EREN, s. 1089, 1123; Yargıtay 15. HD.'nin 9. 6. 1975 T., E.515/K.2952 sayılı kararı için bkz. KARAHASAN, s. 247, 248; YALMAN, s. 45, 46.

²⁸ BAŞPINAR, s. 179; Yargıtay 15. HD., 7. 5. 1981, K. 1981/1050, karar için bkn. YKD. 1981, S. 9, s. 1179, 1180.

²⁹ YILMAZ, s. 240; YALMAN, s. 44; BAYGIN, s. 360; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 978.

³⁰ EREN, s. 1089, 1090; YALMAN, s. 47.

³¹ YILMAZ, s. 242; BAYGIN, s. 361.

yanıldığını anlayan taraf, culpa in contrahendo sorumluluğunun gereği olarak, onu uyarmakla yükümlüdür.

2) Kişinin Sözleşme Yapma Niyeti Olmamasına Rağmen Diğer Bir Kişide Sözleşme Yapma midi Uyandırmasından Dolayı Sorumluluğu

Sözleşme yapma niyeti olmadığı halde kötü niyetle ve yanıltıcı davranışlarla başkasında böyle bir mit doğuran kimse, sözleşmenin yapılmamasından doğan zararı tazmin etmelidir. Yine şekil açısından geçersiz bir sözleşmenin yerine getirileceği veya sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu izlenimini uyandıran kusurlu taraf, sözleşmeye güvenen karşı tarafın uğradığı zararı gidermekle ykmldr³².

3) Koruma Yükümlülüğünün İhmali Nedeniyle Doğan Görüşme Sorumluluğu

Taraflardan her biri veya yardımcıları diğer tarafa veya onun koruma alanı içinde bulunan kişilere zarar vermemek için gerekli dikkat ve özeni göstermek, koruma yükümlülüklerine uymak zorundadır. Zira görüşmelerin başlaması ile görüşenler arasında kurulan güven ilişkisi koruma yükümlülüklerini de kapsar³³. Koruma yükümlülükleri tarafların kurulacak sözleşme dışındaki menfaatlerinin özellikle malvarlığı ile kişilik değerlerinin korunmasını amaçlar³⁴. Bu konuda Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin vermiş olduğu ünlü muşamba topu kararı örnek gösterilebilir. Bir müşteri yer muşambası almak için mağazaya uğrar. Tezgahtar, müşteriye muşambaları gösterirken, dikkatsiz davranması nedeniyle bir top muşambanın yerinden kaymasına ve müşterinin vücut bütünlüğünün ihlaline sebebiyet verir. Alman İmparatorluk Mahkemesi, bu olayda mağaza sahibini, yardımcı kişinin davranışından doğan bu zarardan dolayı sözleşme öncesi (culpa in contrahendo) sorumluluk kurallarına göre sorumlu tutmuş ve olayda sözleşme sorumluluğunu uygulamıştır³⁵.

³² OĞUZMAN / Z, s. 309; EREN, s. 1090; AKYOL, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995, s. 65; YALMAN, s. 48.

³³ EREN, s.1090, 1091; OĞUZMAN / Z, s. 310; YALMAN, s. 49; BAYGIN, s. 362; YAVUZ, Nihat, Culpa İn Contrahendo ya da Asli Edim Yükümünden Bağımsız Yasal Borç İlişkisi Kuramı (Nazariyesi) Açıısından Tapulu Taşınmazın Haricen Satışı Nedeniyle Alıcının Talep Hakları, Yargıtay Dergisi 2002 /2003, s. 79.

³⁴ Sözleşme müzakereleri sırasında gösterilmesi gereken özeni, yalnızca karşı tarafın maddi çıkarına zarar vermeme açıısından kabul etmek, kişi varlığını mal varlığının belirli bir dilimi lsnde korumamak adalete ve kanunun ruhuna aykırı düşer. SEROZAN, Bağımsız Borç İlişkisi, s. 111.

³⁵ Bu karar için bkn. SUNGURBEY, s. 103 vd; EREN, s. 1091, 1092; YILMAZ, s. 239; SEROZAN, Bağımsız Borç İlişkisi, s. 111; YAVUZ, Culpa İn

VI. CULPA İN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİNİ AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER

A. GENEL OLARAK

Culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğinin haksız fiil hükümlerine mi yoksa borca aykırılık hükümlerine mi tabi olacağı tartışmalıdır. Tartışmalar bu sorumluluğun tarihçesinden de kaynaklanmaktadır. Jhering, bu sorumluluğun hukuki niteliğini önceleri haksız fiil olarak nitelendirirken sonraları haksız fiil kavramının kapsamının darlığı nedeniyle bu görüşünü terk ederek, "ileride doğacak sözleşme" görüşünü benimsemiştir³⁶. Bir görüşe göre sözleşme görüşmeleri aşamasında kusurlu davranışı ile karşı tarafa zarar veren kimse haksız fiil esasına göre sorumlu tutulabilir³⁷. Başka bir görüşe göre³⁸, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla görüşenler arasında sözleşme benzeri bir güven ilişkisi ortaya çıkar. Sözleşme kurulsa da kurulmasa da, bu görüşme taraflara birtakım yükümlülükler yüklemektedir. Dolayısıyla bu yükümlülüklerin ihlali sözleşme sorumluluğuna neden olur. Üçüncü bir görüşe göre³⁹ ise, bu tür sorumluluk ne haksız fiil ne de sözleşme sorumluluğudur. Burada MK. m. 2'den kaynaklanan kendine özgü bir sorumluluk hali söz konusudur.

Contrahendo, s. 79; Benzer bir başka karar da görüşmeciye değil de onun koruma alanında bulunan üçüncü kişiye yönelik; on dört yaşında bulunan kız, annesine yardım etmek üzere geldiği süper markette yerdeki bir sebze yaprağına basarak kaymış, yere düşmüş ve sağ dizinde ameliyatı gerektirecek ağırlıkta bir sakatlığa uğramıştır. Culpa in Contrahendo kavramının çatısı altında ele alınıp sözleşme hukuku sorumluluğu ile bütünleştirilen bu yasal borç ilişkisi olayda mağdurun sözleşme görüşmelerinde bulunma amacıyla karşı tarafın etki alanına ve buna bağlı olarak o kişiden kendisine karşı özel bir özen göstermesini bekleyebilecek bir konuma girmesiyle haklılık kazanır, **SEROZAN**, Mahkeme İçtihatları, s. 114 vd.

³⁶ **JHERİNG**, s. 26; **YILMAZ**, s. 243.

³⁷ **KELLER**, Max/**SCHÖBI**, Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Band I, 3. Auflage, Frankfurt/Basel 1988, s.42 vd.; **MERZ**, Hans, Vertrag und Vertragsschluss, 2. Auflage, Freiburg 1992, Nr.152.

³⁸ **VON TUHR**, Andreas/**PETER**, Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Auflage, Zürich 1979, s. 192 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 312; **SEROZAN**, İfa Engelleri, § 19, Nr. 1; **EREN**, s.1086; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 979.

³⁹ **GONZENBACH**, s. 64 vd; **GAUCH/SCHLUEP/JAGGI II**, N. 981; **EREN**, s. 1087; **BAYGIN**, s. 352; **YILMAZ**, s. 246, 247, 248.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğini sözleşmeye ya da haksız fiile dayandırmanın pratik önemi zamanışı, kusurun ispatlanması ve yardımcı kişilerin sorumluluğu gibi konularda kendini göstermektedir. Sözleşme sorumluluğunda dava zamanışı süresi 10 yıldır (BK. m.125); alacaklı borçlunun kusurunu ispat etmekle yükümlü değildir (BK. m.96) ve borçlu yardımcı kişinin davranışlarından dolayı kurtuluş beyinesi getirme imkânından yoksundur (BK. m.100). Oysa haksız fiil sorumluluğunda zamanışı süresi 1 yıldır (BK. m.60); davacı davalının kusurunu ispatlamak zorundadır (BK.m.41) ve zarar yardımcı kişinin fiilinden doğmuşsa davalı BK. m.55'e göre sorumlu olur. Dolayısıyla davacı kurtuluş beyinesi getirerek sorumluluktan kurtulabilir.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğini açıklayan görüşleri üç başlık altında saymak mümkündür. Bu görüşler, haksız fiil görüşü, sözleşme görüşü ve kendine özgü sorumluluk görüşü şeklinde isimlendirilebilir.

B. HAKSIZ FİİL GÖRÜŞÜ

Bu görüşe göre, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk niteliği itibariyle haksız fiil sorumluluğudur⁴⁰. Çünkü görüşme safhasında taraflar arasında sözleşme ilişkisi doğmaz. Sözleşme sorumluluğu da sözleşmenin kurulmasını ve içerdiği bir yükümlülüğün ihlalini gerektirir. Oysa burada sözleşme öncesi bir davranıştan doğan zarardan sorumluluk söz konusudur. Bu kurama göre culpa in contrahendo sorumluluğu, kimseye zarar vermeme, davranışlarda gerekli dikkat ve özeni gösterip güveni sarsmamaya ilişkin genel bir yükümlülüğün ihlali biçiminde belirir. Böylece meseleyi dürüstlük kuralının ihlali çerçevesinde genel özen ve açıklama yükümlülüğünün ihlali olarak belirleyen haksız fiil kuramının dayandığı başlıca gerekçeyi "akitsiz akdi sorumluluk olmaz" ilkesiyle özdeşleştirmek mümkündür⁴¹. Mevcut bir sözleşme söz konusu olmadığı için haksız fiil niteliği ön plana çıkan culpa in contrahendo'da tarafların düşüncelerini açığa vurmaları, karşı tarafça yanlış yorumlanabilecek tutum ve davranışlardan sakınmaları veya bunları sürdürmemeleri gerekir. Bu durum herkes için yürürlükte bulunan, herkesten uyulması beklenen soyut özen yükümünün ihlali sayılarak bundan doğan sorumluluğun BK. m. 41 çerçevesinde yasal dayanağa kavuşabileceği kabul edilmelidir⁴².

Öncelikle kabul edilmelidir ki, haksız fiil görüşünün savunucuları sözleşme öncesi dönemde yapılan görüşmelerin özelliklerini, önem ve değerlerini görmezden gelmişlerdir. Bununla da kalmayarak bu görüşmeler

⁴⁰ **EREN**, s. 1084, 1085 ve dpn. 442.

⁴¹ **ULUSAN**, s. 302 ve dpn. 68.

⁴² **ULUSAN**, s. 302; **İNAN**, Culpa İn Contrahendo s. 884; **YILMAZ**, s. 244; **EREN**, s.1084; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 978 ve dpn. 3; **BAYGIN**, s. 347.

sirasındaki dürüstlük kuralı ile örtüşmeyen davranışları “genel özen gösterme” “zarar vermeme” gibi basit, soyut ve genel kavramlarla açıklamışlardır. Halbuki culpa in contrahendo’da haksız fiilin genel soyut ilkeleri söz konusu değildir. Bilakis belirli kişiler arasında cereyan eden somut nitelikli bir özen yükümünün, özel ve somut bir zarardan koruma yükümünün söz konusu olduğu açıktır⁴³. Ayrıca yukarıda açıklandığı gibi (III, A’da) haksız fiil sorumluluğunun kabul edilmesinin zamanaşımı, kurtuluş beyyinesi, ispat yükü gibi konularda mağdur için dezavantajları mevcuttur.

C. SÖZLEŞME GÖRÜŞÜ

1) Genel Olarak

Sözleşme görüşüne göre, culpa in contrahendo sorumluluğu niteliği itibariyle bir sözleşme sorumluluğudur. Bu nedenle borca aykırılığı düzenleyen kurallar Culpa in contrahendo sorumluluğuna da kıyasen uygulanmalıdır. Sözleşme görüşü, kurulacak/amaç sözleşme, bağımsız işlem ve yasal borç ilişkisi şeklinde alt başlıklar halinde ele alınmıştır.

2) Kurulacak (Amaç) Sözleşme Görüşü

Bu görüşe göre, culpa in contrahendo sorumluluğu niteliği itibariyle sözleşme sorumluluğu veya sözleşme sorumluluğu benzeri bir sorumluluktur⁴⁴. Bu görüş çerçevesinde, henüz akdın müzakereleri sırasında taraflar arasında bir hukuki ilişki kurulur. Bu ilişki sözleşme mahiyetinde olmasa da ona benzer nitelikte bir güven ilişkisidir. Bu güven ilişkisi, müzakerelere başlayan taraflara, birbirlerine özen gösterme, birbirlerini aydınlatma ve koruma yükümleri yükler. Bu yükümlülüklerin ihlali, sözleşmeden doğan sorumluluğa ait prensiplerin kıyasen culpa in contrahendo için de uygulanmasını gerekli kılar⁴⁵.

Sözleşme sorumluluğu, sözleşme öncesi dönemde taraflar arasında cereyan eden görüşmelere somut bir nitelik verir. Bu görüşe göre, sözleşme görüşmeleri esnasında kişilerin uymak zorunda oldukları karşılıklı görev ve yükümlülüklerin kurulacak sözleşmeden ayrı, bağımsız bir niteliği yoktur. Aksine bu yükümlülükler, geçerli olarak kurulması düşünülen sözleşmeye dâhil olup bir bütünlük arz ederler. Dolayısıyla sözleşme nedeniyle sorumlu tutulan borçlu, sözleşme görüşmelerindeki davranışları nedeniyle de sorumlu tutulabilmelidir⁴⁶. Bu görüşün eleştiriye açık tarafı, geçerli bir sözleşmenin mevcudiyetine ihtiyaç hissetmesidir. Zira taraflar sözleşme görüşmeleri

⁴³ ULUSAN, s. 303; İNAN, Culpa İn Contrahendo, s. 885, 886.

⁴⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s. 312, 313; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 979; EREN, s. 1086; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 186 vd.; SUNGURBEY, Yetkisiz Temsil, s. 117 vd.; ULUSAN, s. 300 vd.

⁴⁵ LARENZ, I, s. 106; SUNGURBEY, s. 124.

⁴⁶ ULUSAN, s. 305; İNAN, Culpa İn Contrahendo, s. 999, 1000.

safhasında bu ilişkinin kendilerini bir sözleşmeye ulaştıracağını bilmedikleri gibi sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu zannında olsalar dahi, onlar açısından bilinmeyen bir nedenle sözleşme geçersiz de olabilir.

3) Bağımsız İşlem Görüşü

Bu görüşün en bariz özelliği, sözleşme öncesi döneme ilişkin somut yükümlülüklerle ulaşılmak istenen hukuki işlem arasında bir ayırım yapmasıdır. Bu görüş sözleşme müzakerelerini kurulacak sözleşmeden ayrı tutarak özel bir hukuki işlem niteliği ile vasıflandırmıştır. Hatta bu görüşün⁴⁷ sözleşme öncesi dönemi “Sözleşme Görüşmeleri Hukuki İlişkisi” olarak adlandırması bu safhanın bağımsızlığı ve hukuki niteliği bakımından önemlidir.

Bağımsız işlem teorisi, sözleşme görüşmeleri sırasındaki ilişkilerin niteliği ile ilgili farklı görüşlere yol açacak şekilde gelişmiştir. Bir yaklaşıma göre bu ilişkiler iki taraflı diğer bir yaklaşıma göre ise tek taraflıdır. İki taraflı olduğunu savunanlara göre⁴⁸, culpa in contrahendo sorumluluğunun temeli, sözleşme öncesi dönemde tarafların karşılıklı olarak ihbar ve haber yükümlülükleri ile bağlı kılındıkları zımni bir sözleşmeye dayandırılmaktadır. Bu zımni sözleşme faraziyesi kurulacak sözleşme teorisindeki geçersiz sözleşme ilişkisinin doğurduğu güçlüğün aşılmasına hizmet etmiştir. Ancak, culpa in contrahendo sorumluluğunu, aydınlatma ve koruma yükümlülükleriyle donanmış zımni sözleşme niteliğinde gören görüş soruna çözüm getirebilecek doyuruculuktan uzaktır⁴⁹.

Sözleşme öncesi ilişkiyi tek taraflı olarak kabul eden ikinci yaklaşıma⁵⁰ göre de sözleşme öncesi işlemlerle kurulmak istenen hukuki işlem birbirinden ayrı ve bağımsızdır. Bu görüş, özellikle icap aracılığıyla sözleşme kurma söz konusu olduğunda tarafların dürüstlük kuralı çerçevesinde kalarak, imkânsızlıkları bildirme yükümlülüğünü çıkış noktası olarak almaktadır⁵¹. Bir görüşe göre⁵², tarafından güven ilişkisi çerçevesinde “sözleşme görüşmeleri hukuki ilişkisi” olarak adlandırılan bu görüş çerçevesinde aynı yazar culpa in contrahendo’yu ilk olarak sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle doğan

⁴⁷ **ULUSAN**, s. 307.

⁴⁸ **ULUSAN**, s. 307; **BAYGIN**, s. 349; **İNAN**, Culpa İn Contrahendo, s. 1006; **LARENZ**, s. 106.

⁴⁹ **ULUSAN**, s. 308; **YALMAN**, s. 76; **BAYGIN**, s. 350; **İNAN**, Culpa in Contrahendo, s. 1007.

⁵⁰ **İNAN**, Culpa İn Contrahendo, s. 1008; **ULUSAN**, s. 309.

⁵¹ **ULUSAN**, s. 309; **İNAN**, Culpa İn Contrahendo, s. 1008; **BAYGIN**, s. 350.

⁵² **STOLL**, H., Die Haftung für das Verhalten Während der Vertragverhandlungen , Leipziger Zeitschrift, 23, s. 533-536 (**İNAN**, Culpa İn Contrahendo, s. 1008-1009’dan naklen).

sorumluluk ikinci olarak geçerli sözleşmenin kurulması sırasındaki tutum nedeniyle sorumluluk ve nihayet numerus clausus ilkesinin geçerli olduğu sözleşme öncesi dönemde sözleşmeye icap veya sözleşmeye girişme isteği şeklinde tek taraflı bir hukuki işlem olarak nitelediği tutum nedeniyle sorumluluk türleri kabul ederek, kurulacak sözleşme teorisine yapılan eleştirilerden kurtulmuş gözükmetedir⁵³.

4. Yasal Borç İlişkisi Görüşü

Yasal borç ilişkisi görüşü⁵⁴, culpa in contrahendo sorumluluğunu doğrudan doğruya kanuna dayandırmak istemektedir. Bu görüşün kabul edilmesiyle culpa in contrahendo sorumluluğuna haksız fiil ve sözleşme görüşünü uygulamakta karşılaşılan eksiklikler de bertaraf edilebilir. Bu görüş sözleşme müzakereleri aşamasında taraflar arasında oluşan hukuki ilişkinin kanuna dayandırılmasının kabul edilmesi halinde culpa in contrahendo sorumluluğuna temel arama gayretlerinin anlamsız kalacağı nedeniyle eleştirilmiştir⁵⁵.

D. KENDİNE ÖZGÜ VEYA KARMA GÖRÜŞ

Birtakım yazarlar⁵⁶ sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun hukuki niteliği itibarıyla ne haksız fiil sorumluluğu ne de sözleşme sorumluluğu olduğu görüşündedirler. Bu fikre göre⁵⁷ culpa in contrahendo sorumluluğu, hukuki dayanağını MK. m.2'de bulan kendine özgü bir sorumluluk türüdür ve kendine özel kurallarına tabidir. Culpa in contrahendo sorumluluğunu değerlendirirken hem haksız fiil hem de sözleşmeye ilişkin unsurlar taşıdığını göz önünde tutmak gerekir⁵⁸. Bir görüşe göre ise, kendine özgü bir niteliğe sahip

⁵³ **ULUSAN**, s. 309; **İNAN**, Culpa İn Contrahendo, s. 1009.

⁵⁴ **BLOMEYAR**, A., Allgemeines Schuldrecht, Zürich 1964, s. 72 (**YALMAN**, s. 77'den naklen); **İNAN**, Culpa İn Contrahendo, s. 1011; **ULUSAN**, s. 310;

⁵⁵ **İNAN**, Culpa İn Contrahendo, s. 1012; **ULUSAN**, s. 311; **YALMAN**, s. 78.

⁵⁶ **GONZENBACH**, s. 64 vd; **GAUCH/SCHLUEP/JAGGI II**, N. 981; **EREN**, s. 1087; **BAYGIN**, s. 352; **YILMAZ**, s. 246, 247, 248.

⁵⁷ **YILMAZ**, s. 249; **EREN**, s. 1087.

⁵⁸ Özellikle Bucher bu görüşü savunur. Bu yazar culpa in contrahendo sorumluluğunu sadece iki açıdan inceler; zamanaşımı ve yardımcı kişilerin sorumluluğu bakımından meseleyi ele alır. Zamanaşımı yönünden tazminat alacağınıın BK. m.125'e göre 10 yıllık süreye tabi olduğunu savunur. Yardımcı kişinin sorumluluğu açısından da BK. m.100'ün uygulanması gerektiğini savunarak sonuç itibarıyla sözleşme sorumluluğuna yaklaşmaktadır; Bucher'in görüşlerinin ayrıntıları için bkn. **YILMAZ**, s. 249.

olan culpa in contrahendo sorumluluğuna sözleşme hukuku kurallarının uygulanması gerekir⁵⁹.

Bazı yazarlar da bu sorumluluğu mutlaka haksız fiil veya sözleşme sorumluluğu kapsamında incelemenin zorunlu olmadığını, aksine her somut olayda durumun özellikleri de göz önünde tutularak hangi sorumluluk nedeninin (haksız fiil veya sözleşme sorumluluğu) bulunduğunu araştırmak gerektiğini savunurlar⁶⁰. Bir başka görüşe göre de, culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğini araştırmak gereksizdir⁶¹. Çünkü sorumlu kişinin iradesinden bağımsız olarak doğan tazminat yükümlülüğünde sözleşme ve sözleşme dışı yükümlülükler arasında ayırım yapmak manasızdır. Burada çözüme kavuşturulması gereken problem şudur; bir görüşme ilişkisinden doğan tazminat alacağı koşulları ve içeriği ile ilgili olarak hangi modalitelere bağlıdır? Modalitelerden kasıt alacağın tabi olduğu zamanaşımı, yardımcı kişiden dolayı sorumluluk ve ispat yükünün dağılımıdır⁶².

E. CULPA İN CONTRAHENDOYA İLİŞKİN YENİ ÇÖZÜM YOLLARI

Burada culpa in contrahendo sorumluluğunu sözleşme sorumluluğu olarak nitelendiren geleneksel sözleşme kuramlarının değişik bir türü olarak gözüken iki farklı yaklaşım incelenecektir.

1) Sözleşme Benzeri Güven İlişkisi

Bu görüşe göre, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk niteliği itibariyle sözleşme sorumluluğu veya sözleşme sorumluluğu benzeri bir sorumluluktur⁶³. Bu görüş çerçevesinde sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla taraflar arasında sözleşme benzeri bir güven ilişkisi doğar. İleride sözleşme kurulmasa veya kurulmasına rağmen geçersiz olsa dahi bu ilişki görüşen taraflara birbirlerine özen gösterme, birbirlerini aydınlatma ve koruma yükümlülüklerini yükler. Bu yükümlülüğün ihlali, tıpkı sözleşmeden doğan yükümlülüğün ihlali gibi sözleşme sorumluluğuna neden olur.

⁵⁹ GAUCH/SCHLUEP/JAGGI, II, N. 981.

⁶⁰ BUHLER'in görüşü için bkz. YALMAN, 80, 81; YILMAZ, s. 248.

⁶¹ Jaeggi'nin görüşleri için bkz. SUNGURBEY, s. 124; YALMAN, 79, 80; YILMAZ, s. 248; EREN, s. 1087.

⁶² YILMAZ, s. 246; EREN, s. 1087; SUNGURBEY, s. 124.

⁶³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 979; TUNÇOMAĞ, s. 211; İNAN, Borçlar Hukuku, s. 483; OĞUZMAN / ÖZ, s. 311; SEROZAN, Bağımsız Borç İlişkisi, s. 111; ULUSAN, s. 300, 304; SUNGURBEY, s. 117 vd., 124; SEROZAN, Rona/KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/ARPAÇI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2002, s. 189; VON TUHR /SIEGWART, s. 182, 183; TUNÇOMAĞ, s. 147.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk sözleşme (veya sözleşme benzeri) sorumluluğu olduğu için tazminat talebi BK. m.125'e göre 10 yıllık zamanaşımına tabidir. Görüşmecilerin yardımcılarından dolayı sorumluluklarına da borçlunun yardımcıları nedeniyle sorumluluğunda olduğu gibi BK. m.100 uygulanır. Kusuru ispat yükü ise BK. m.41'de olduğu gibi zarar görene düşmez. Aksine zarar veren BK. m.96 uyarınca kusursuz olduğunu ispatlamak zorundadır⁶⁴.

2) Davranış Yükümleri İlişkisi

Doktrinde yeni bir görüş tarzı da, culpa in contrahendoyu taraflar arasındaki edim ilişkisinin dışında, tarafların birbirlerine karşı uymakla yükümlü buldukları davranış yükümlerinin ihlali şeklinde görmektedir⁶⁵.

Borç ilişkilerindeki asli ve tali edim yükümlerinin⁶⁶ yanı sıra ve bunlardan bağımsız olarak birtakım davranış yükümleri de vardır. Bu davranış yükümleri (koruma yükümü) bir borç ilişkisi kurmaya yönelik olarak birbiriyle sosyal temas haline girmiş olan kişilerin birbirlerine doğru bilgi vermek,

⁶⁴ Sözleşme benzeri – quasi Contractus – görüşü için özellikle bkz. **ULUSAN**, s. 312 ve aynı sayfada dpn. 94'de ki yazarlar; **ADAL**, Erhan, Sözleşme Görüşmeleri Nedeniyle Olan Tutumdan Dolayı “Culpa in Contrahendo” Sorumluluğu (Karşılaştırmalı Araştırma), MÜİİBFD. 1985 / 2, C. 2, S. 2, s. 28, 29, 30; **TUNÇOMAĞ**, s. 147; **İNAN**, Borçlar Hukuku, s. 483; **VON TUHR / SIEGWART**, s.182, 183.

⁶⁵ **SEROZAN**, Bağımsız Borç İlişkisi, s. 108 vd; **TUNÇOMAĞ**, s. 211, 212 (1976); **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s.18 vd; **HATEMİ**, Hüseyin, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1994, s. 3; **ÖZSUNAY**, Ergun, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1976, s. 14; **ULUSAN**, s. 314.

⁶⁶ Edim yükümleri asli ve tali olmak üzere ikiye ayrılır. Asli edim yükümleri borç ilişkisinin hukuki niteliğini, tipini belirleyen ve sözleşmeden beklenen asıl amacı simgeleyen yükümlerdir. Örneğin satım sözleşmesinde satıcının satılanı teslim ve mülkiyeti nakil borcu ile alıcının satım bedelini ödeme borcu asli edim yükümlülüğüdür. Borçlu asli edim yükümlülüğüne aykırı davranırsa ve ifa imkansızlaşırsa bunun yerine tali edim yükümlülüğü geçer. Demek oluyor ki borç ilişkisinin sonraki safhalarında asli edim yükümleri yerine veya yanında “tali edim yükümleri” olarak adlandırılan başka yükümlülükler geçer. Bu kavramları ile ilgili daha geniş açıklamalar için bkn. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 17; **EREN**, s. 29, 30; **AYAN**, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2007, s. 24, 25; **KILIÇOĞLU**, s. 18; **AKINCI**, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Konya 2006, s. 45, 46; **SEROZAN**, Bağımsız Borç İlişkisi, s. 117; **ŞENOCAK**, Zariye, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995, s. 84; **LARENZ**, s. 10; **GÜMÜŞ**, M. Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001, s. 117.

birbirlerini aydınlatmak ve karşı tarafın malını ve canını zarardan koruyacak tedbirleri almak şeklindeki mükellefiyetlerini ifade eder. Davranış yükümlerinin kaynağı MK. m. 2/1'deki güven ilkesidir. Edim yükümlerinin ifası dava yoluyla istenebildiği halde davranış yükümlerinin yerine getirilmesi dava yoluyla istenemez. Ancak davranış yükümleri yan edim yükümü şekline getirilmiş ise ifası dava yoluyla istenebilir⁶⁷. Ancak aynen ifası talep ve dava edilemeyen davranış yükümlerinin kusurlu ihlali zarar veren tarafı tazminat borcu altına sokabilir⁶⁸. Davranış yükümleri bazen edim ilişkisinden bağımsızlıklarını yitirir ve bu ilişkinin kapsamına dâhil olurlar. Davranış yükümlerinin yan edim yükümü haline gelmesi ya tarafların anlaşmasıyla ya da açık bir kanun hükmü gereğince gerçekleşir. Mesela BK. m. 256 kiracının özen gösterme borcunu bir yan edim yükümlülüğü olarak düzenlemiştir. Yine BK. m.185'teki teslim masraflarının satıcıya ait olacağına dair hüküm de bir yan edim yükümlülüğüdür. Keza satım sözleşmesinde satılan şeyin ambalajlama makine vs. gibi şeyleri kurma, her ay bakımını üstlenme gibi yan edim yükümlerini de tarafların kararlaştırdığı yan edim yükümlerine örnek olarak göstermek mümkündür. Görüldüğü gibi yan edim yükümlülükleri de edim sonucunun gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir. Davranış yükümleriyse somut edim ilişkisinin amacına uygun bir ifadenin gerçekleştirilmesi çıkarına değil, karşı tarafın zarardan uzak tutulması amacına yönelmiştir⁶⁹. Davranış yükümlerinin edim yükümlerinden bağımsızlığı sadece işlevsel nitelik taşımakla kalmayıp aynı zamanda doğuştan bağımsızlığı da içerir. Bu nedenle davranış yükümleri sözleşme öncesinde ortaya çıkabileceği gibi sözleşme devam ederken ve hatta sözleşme ortadan kalktıktan sonra da mevcut olabilir⁷⁰.

Davranış yükümleri teorisine göre culpa in contrahendo sorumluluğu icap ve kabul beyanlarından soyut olarak, bir kimsenin kişi ve mal varlığı değerini başka birisinin etki alanına sokan, hukuken korunmaya değer amaca yönelik bir sosyal temasla kurulan davranış yükümleri ilişkisine dayanır. Bu görüşe göre, söz konusu davranış yükümleri ilişkisi, icap ve kabul ile bir sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra da sürer ve hatta borçlar karşılıklı olarak ifa edilmiş olsa bile devam eder⁷¹. Ayrıca geçerli bir edim ilişkisinin varlığını da

⁶⁷ SEROZAN, Bağımsız Borç İlişkisi, s. 117.

⁶⁸ SEROZAN, Bağımsız Borç İlişkisi, s. 117.

⁶⁹ SEROZAN, Bağımsız Borç İlişkisi, s. 117; EREN, s. 31 vd.; AKINCI, s. 46; SEROZAN, İfa Engelleri, s. 214.

⁷⁰ SEROZAN, s. 119, 120; AKINCI, s. 47; KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2001, s. 19.

⁷¹ Sözleşme devam ederken hatta ortadan kalktıktan sonra da taraflar birbirlerine zarar verici davranışlardan kaçınmak zorundadırlar. Özellikle de hizmet sözleşmesi gibi bazı sözleşmelerde sadakat ve sır saklama yükümlülükleri

şart koşmaz ve sadece sözleşmenin tarafları değil onların etki alanındaki üçüncü kişileri de kapsar⁷². Bu görüş henüz ortada sözleşme yokken veya mevcut sözleşme sona erdikten sonra taraflar arasında, edim yükümlerinden bağımsız bir borç ilişkisinin varlığını kabul ederek haksız fiil sorumluluğunun sınırlarını sözleşmeden doğan sorumluluk lehine daraltarak BK. m.96, 100 ve 125'in uygulama alanını alışılmışın dışına taşımaktadır.⁷³

SONUÇ

Culpa in contrahendo (sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk) sorumluluğu, Borçlar Kanunu'nda genel bir hükümle düzenlenmemiştir. Ancak bu şekilde genel bir düzenleme olmamasına rağmen kanun koyucu tarafından münferit hükümlerle kaleme alınmıştır. Culpa in contrahendo sorumluluğu kanundaki münferit hükümler dışında doktrinde edimin başlangıçtaki imkânsızlığı, sözleşme yapma niyeti olmadan karşı tarafta sözleşme yapma ümidi uyandırma, sözleşme müzakereleri esnasında karşı tarafa yanlış bilgi verme veya gerekli bilgileri açıklamama gibi hallerde de kabul edilmektedir. Culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki mahiyeti ile ilgili görüşleri haksız fiil görüşü, sözleşme görüşü ve karma görüş şeklinde sınıflandırmak mümkündür. Kanaatimizce sorumluluğun hukuki mahiyetinin sözleşme görüşü ile açıklanması daha uygundur. Zira sözleşme müzakereleri arasında taraflar arasında meydana gelen güven ilişkisi hukukî ilişkidir. Bu hukukî ilişkiye sözleşme hükümlerinin kıyasen uygulanabilmesi mümkündür.

BİBLİYOGRAFYA *

ADAL, Erhan, Sözleşme Görüşmeleri Nedeniyle Olan Tutumdan Dolayı "Culpa in Contrahendo" Sorumluluğu (Karşılaştırmalı Araştırma), MÜİİBFD. 1985 / 2, C. 2, S. 2, s. 27-40.

AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Konya 2006.

AKYOL, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, İstanbul 1995

ATAAY, Aytekin, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, 5. Basım, İstanbul 1995.

sözleşme sona erse de devam eder. Keza vekâlet sözleşmesi sona erdikten sonra vekilin sır saklama borcu da bu tür bir yükümlülüktür, bkz. **AKINCI**, s. 47; **ÖZ**, Turgut, Yönetim (Management) Sözleşmesi, İstanbul 1997, s.100; **GÜMÜŞ**, s.131; **SEROZAN**, İfa Engelleri, s. 219.

⁷² **SEROZAN**, Bağımsız Borç İlişkisi, s. 122; **SEROZAN**, İfa Engelleri, s. 213; **BAYGIN**, s. 356.

⁷³ **SEROZAN**, Bağımsız Borç İlişkisi, s. 122.

* Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflar parantez içinde kısaltılarak gösterilmiştir.

- AYAN**, Mehmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Konya 2007.
- BAŞPINAR**, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998.
- BAYGIN**, Cem, Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması, AÜEHFD 2000/ C.IV., Sayı:1-2, s. 345-377.
- EREN**, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003.
- GAUCH**, Peter, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 6. Auflage, Zürich 1995.
- GONZENBACH**, Rainer, Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1987.
- GÜMÜŞ**, M. Alper, Türk – İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001.
- HATEMİ**, Hüseyin, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1994.
- İNAN**, Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1984.
- İNAN**, Ali Naim, Culpa in contrahendo -Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma , Adalet Dergisi 1954, Yıl: 45, S.7, s.878-887.; s. 999- 1013 (Culpa İn Contrahendo).
- KARAHASAN**, Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku (Sözleşmeler ve Sözleşmeden Doğan Sorumluluk), İstanbul 1996.
- KILIÇOğLU**, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2001.
- KOCAYUSUFPAŞAOğLU**, Necip; Borçlar Hukuku Dersleri, 1. Fasikül, 2. Bası. İstanbul 1985.
- LARENZ**, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, 14. Auflage, München 1987.
- OğUZMAN**, M. Kemal / **ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası., İstanbul 1999.
- ÖZ**, Turgut, Yönetim (Management) Sözleşmesi, İstanbul 1997.
- ÖZSUNAY**, Ergun, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1976.
- SEROZAN**, Rona / **KOCAYUSUFPAŞAOğLU**, Necip/ **HATEMİ**, Hüseyin/ **ARPAÇI**, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2002.
- SEROZAN**, Rona, “Culpa İn Contrahendo”, “Akdin Müsbet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD. 1968, S. 3, İstanbul 1968, s. 108- 129 (Bağımsız Borç İlişkisi).
- SEROZAN**, Rona, Sorumluluk Hukuku Alanında İlginç Alman Mahkeme İctihatları, MHAD 1977, Y.11, S. 14, s. 113- 123 (Mahkeme İctihatları).
- SUNGURBEY**, Ayfer Kutlu, Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrahendo, İstanbul 1988.

ŞENOCAK, Zarife, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995.

TEKİNAY, S. Sulhi / **AKMAN**, Sermet / **BURCUOĞLU**, Haluk / **ALTOP**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

TUNÇOMAĞ, Kenan, Hizmet Sözleşmesinin Meydana Gelmesi ve Hükümsüzlüğü, İHD. 1969/2 (Hizmet Sözleşmesi).

TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), C.1, 6.Baskı, İstanbul 1976.

ULUSAN, İlhan; Culpa in Contrahendo üstüne, Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan 1, İstanbul 1982, s. 275- 319.

VON TUHR, Andreas/**SIEGWART**, Alfred, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweite Auflage, Zürich 1942.

VON TUHR, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.1-2, (Çeviren, Cevat Edege) 2. Baskı, Ankara 1983.

YALMAN, Süleyman, Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006.

YAVUZ, Nihat, Culpa İn Contrahendo ya da Asli Edim Yükümünden Bağımsız Yasal Borç İlişkisi Kuramı (Nazariyesi) Açısından Tapulu Taşınmazın Haricen Satışı Nedeniyle Alıcının Talep Hakları, Yargıtay Dergisi 2002/2003.

YAVUZ, Nihat, Tapulu Taşınmazların Haricen Satışı ve Buna Hasren “Venire Contra Factum Proprium” (Çelişkili Davranış) “Nemo Auditor” (Kötü Kazanılmış Durum Hukuksal Korumanın Dışında Kalır) ve Culpa İn Contrahendo (Sözleşme Müzakerelerinde Kusur) Kavramları Hakkında Kısa Açıklamalar, YD 1993, S. 3, s. 270- 300 (Haricen Satım).

YILMAZ, Hamdi, Sözleşme Görüşmelerinde Kusur “Culpa İn Contrahendo” ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler, Yargıtay Dergisi 1985/1-4, C.XI, S.3, s. 240- 252.

PAYLI MÜLKİYET HİSSESİNİN HACZİ VE SATIŞI*

Yrd. Doç. Dr. Gökçen TOPUZ**

ÖZET

Bu çalışmanın konusunu paylı mülkiyet hissesinin haczi ve paraya çevrilmesi oluşturmaktadır. Çalışmada, taşınır üzerindeki paylı mülkiyet hissesinin, taşınmazlar üzerindeki paylı mülkiyet hissesinin ve alacaklar üzerindeki paylı hak sahipliği hissesinin haczi ve paraya çevrilmesi incelenmektedir.

ANAHTAR KELİMELER

Haciz, paraya çevirme, hisse, paylı ortaklık, paylı mülkiyet.

DIE PFÄNDUNG UND VERWERTUNG VON ANTEILEN EINER BRUCHTEILSGEMEINSCHAFT ÜBERBLICK

Im Arbeit wurde über die Pfändung und Verwertung von Anteilen einer Bruchteilsgemeinschaft geschrieben. Es wurde unter drei Überschriften systematisiert: Miteigentum an bewegliche Sachen; Miteigentum an Grundstücken; Anteile an einer gemeinschaftlichen Forderung.

SCHLAGWORT

Pfändung, Verwertung, Anteil, Bruchteilsgemeinschaft, Miteigentum.

§ 1. PAYLI MÜLKİYET HİSSESİNİN HACZİ

A. GENEL OLARAK

Türk Medeni Kanunu'nun 688. maddesinde düzenlenen paylı mülkiyet, birden çok kişinin maddi olarak bölünmemiş bir malın tamamına belli paylarla malik olmasıdır.

Türk Medeni Kanunu'nun 688. maddesinde, birden çok kişinin bir şeyin tamamına belli paylarla malik olmaları halinde paylı mülkiyet ilişkisinin olduğu hükme bağlanırken, BGB § 741'de bir hakkın birden çok kişiye düşmesi halinde, kanunda aksine bir düzenleme yoksa paylı mülkiyete ilişkin BGB § 742- 758. maddelerin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Türk Medeni

* Bu çalışma Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde hazırlanan ve 2008 yılında savunulan "Hisse Haczi ve Satışı" adlı doktora tezinin bir bölümüdür.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Kanunu'nun 688. maddesinde ise “bir hak”tan bahsedilmemekte bilakis “bir şey” den bahsedilmektedir. Ancak söz konusu hükme rağmen doktrinde aynı hakların ve alacak haklarının da paylı olarak birden fazla kişiye ait olabileceği kabul edilmektedir¹. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu bazı kararlarda, müşterek olarak açılan banka hesaplarına paylı mülkiyete ilişkin esaslarının uygulanacağını kabul etmektedir². Bu nedenle biz de çalışmamızda bu konuyu doktrin ve Yargıtay’ın görüşleri doğrultusunda “alacaklar üzerindeki paylı hak sahipliği hissesinin haczi ve satışı” başlığı altında paylı mülkiyet hissesinin haczi ve satışı bölümünde incelemeyi uygun gördük.

Paylı mülkiyet ilişkisinde her bir hissedar, Türk Medeni Kanunu’nun 688. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince hissesi üzerinde malik hak ve yükümlülüklerine sahip olup, hissesini devredebilir ve rehnedebilir. Ayrıca hisse, hissedarın borçları nedeniyle alacaklıları tarafından haczedilebilir (TMK m.688, III). Paylı mülkiyet hissesinin haczedilebileceği (cebri icra yapılabileceği) Alman hukuku ve İsviçre hukukunda da kabul edilmektedir. Ancak söz konusu hukuk sistemlerinin paylı mülkiyet hissesinin hacziyle ilgili düzenlemeleri bir birinden oldukça farklıdır. Bu farkları ortaya koymadan önce haczin konusunu oluşturan paylı mülkiyet hissesi kavramının incelenmesi zorunludur.

B. PAYLI MÜLKİYET HİSSESİ KAVRAMI

Paylı mülkiyet hissesi kavramının anlamı hususunda, küçük farklılıklar dışında, genel olarak aynı anlama gelecek şekilde tanımlar yapılmaktadır.

Alman hukukunda paylı mülkiyet hissesi kavramı, hak ve yükümlülüklerin tamamının bir araya getirildiği ve alacaklının tatminini sağlamaya uygun bir hak, şeklinde açıklanmaktadır³.

İsviçre hukukunda da paylı mülkiyet hissenin tanımı yapılmaktadır. Bir görüşe göre, hisse her bir ortağın ortaklık (üyelik) sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülüklerinin tamamıdır⁴. Bir başka görüşe göre ise, hissenin dar ve geniş

¹ M. Kemal **Oğuzman**, / Özer **Seliçi**/ Saibe **Oktay -Özdemir**, Eşya Hukuku, İstanbul 2004, s. 242.

² (2. HD 10.11.1986, 9534/9849: YKD 1987/6, s. 849; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 242, dn. 88); (2.HD 29.1.1987, 11119/495: YKD 1987/12, s. 1763; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 242, dn.88).

³ Georg **Furtner**, s. Zwangsvollstreckung in Bruchteilsmiteigentum, NJW 1969, s. 973.

⁴ Romano **Kunz**, Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, Bern 1963, s.104–105.

olmak üzere iki anlamı vardır⁵. İlk olarak hisse, birlikte maliklerden her birine düşen yetkiler anlamına gelir. İkinci ve geniş anlamda hisse ise, birlikte maliklerden her birine düşen yetki ve yükümlülükleri ifade eder. Dar anlamıyla hisse, hissenin her hangi bir şekilde sınırlandırılması halinde önem kazanmaktadır. Şayet hisse her hangi bir şekilde sınırlandırılırsa, bu durumda her bir malikin yükümlülüğü hissenin sınırlandırılmasında dikkate alınmaz. Geniş anlamda hisse ise, hissenin satılması halinde dikkate alınmaktadır. Şayet hissenin satılması söz konusu olursa, hisseyi satın alan tüm hak ve yükümlülüklerle hisseyi edinmiş olur. Bu nedenle hisse kavramının dar veya geniş anlamda kullanılıp kullanılmadığı somut olayın şartlarına göre belirlenmelidir⁶.

Türk hukuk doktrininde de paylı mülkiyet hissesinin değişik tanımları yapılmıştır. Esener tarafından yapılan tanıma göre, hisse, mülkiyet hakkından doğan bölünmeye elverişli ve her paydaşın diğer paydaşlara oranla haiz olduğu sayısal yetki ve ödevlerin bütünüdür⁷. Sirmen'e göre, paylı mülkiyette hisse, her paydaşın mülkiyetten doğan yetki ve ödevlerinin bütünüdür⁸. Özmen tarafından yapılan tanıma göre ise, tek bir şey üzerinde oluşan tek bir mülkiyet hakkına birlikte sahip olan paydaşların oluşturduğu, tüzel kişiliği olmayan müşterek mülkiyet birliğinde, eşyanın fiziki yapısında gözükmeyen, mülkiyet hakkının sağladığı yetki ve yükümlülüklerden oluşan bağımsız malvarlığı nesnesine hisse denir⁹.

Kanaatimizce haczin konusu olarak paylı mülkiyet hissesi, birlikte maliklerden her birine düşen hak ve yükümlülüklerin tamamını ifade etmektedir.

C. PAYLI MÜLKİYET HİSSESİNİN HACZİ

I. Taşınır Mallar Üzerindeki Paylı Mülkiyet Hisselinin Haczi

Taşınır mallar üzerindeki paylı mülkiyet hissesinin haczi hususunda, Alman, İsviçre ve Türk hukukunda farklı düzenlemeler söz konusudur.

Alman hukukuna göre, taşınır mallar üzerindeki paylı mülkiyet hissesi ZPO § 857 anlamındaki diğer malvarlığı haklarından¹⁰. Paylı mülkiyet hissesi BGB § 747 gereğince devredilebildiği için, haczedilebilir bir haktır¹¹.

⁵ Reto **Mengiardi**, Die Errichtung von beschränkten dinglichen Rechten zugunsten und zu Lasten von Miteigentumsanteilen und Stockwerkeigentumseinheiten, Bern 1972, s. 47–48.

⁶ **Mengiardi**, s. 48.

⁷ Turhan **Esener**, Eşya Hukuku, Ankara 1985, s. 90.

⁸ Lale **Sirmen**, Eşya Hukuku Dersleri, Ankara 1995, s. 264.

⁹ Ethem Sabâ **Özmen**, Türk Hukukunda Paydaşlıktan Çıkarma Davası, Ankara 1992, s. 25.

¹⁰ Dieter **Gramentz**, Die Aufhebung der Gemeinschaft nach Bruchteilen durch den Gläubiger eines Teilhabers, Bielefeld 1989, s. 3; Hans **Brox/Wolf**– D.

Taşınır mallar üzerindeki paylı mülkiyet hissesinin haczi, haciz kararı yoluyla yapılır (ZPO § 857 Abs.1, § 851, § 829)¹². Haczin bildirileceği üçüncü kişi veya kişiler ise, diğer hissedarlardır¹³. Borçlu hissedarın hissesinin haczedilmesi, paylı mülkiyet ilişkisinden hissedara düşen tüm hakları kapsar¹⁴.

İsviçre hukukunda hisse haczine ilişkin düzenleme olan SchKG Art. 104'te "...diğer ortaklık mallarındaki hisselerin haczedilmesi halinde haczin ilgili üçüncü kişilere bildirileceği" ifade edilmektedir. Söz konusu madde de geçen "diğer ortaklık (topluluk/birlik) mallarındaki hisse" kavramının içine elbirliği hissesi ve paylı mülkiyet hissesinin girdiği kabul edilmektedir¹⁵. Ancak paylı mülkiyet hissesinin taşınır bir mal, bir alacak veya taşınmaz üzerinde olup olmadığı hususunda her hangi bir açıklama yapılmamaktadır¹⁶. Ancak taşınmaz mallar üzerindeki paylı mülkiyet hissesinin haczi ile ilgili olarak özel bir düzenleme öngörülmüştür.

Türk hukukunda da paylı mülkiyet hissesinin haczedilebileceği Türk Medeni Kanunu'nun 688. maddesinin üçüncü fıkrasında açıkça belirtilmektedir. Ancak söz konusu maddede paylı mülkiyet hissesinin taşınır, taşınmaz veya bir

Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, Köln–Berlin–Bonn– München 2003, s. 463; Fritz **Baur/Rolf Stürner/Alexander Bruns**, Zwangsvollstreckungsrecht, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin 2006, s. 407; Winfried **Schuschke/Wolf–Dietrich Walker**, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz Kommentar zum Achten Buch der ZPO Band I Zwangsvollstreckung §§ 704–915h ZPO, Köln– Berlin– Bonn– München 2002., s. 1329.

¹¹ **Schuschke/Walker**, s. 1329; Leo **Rosenberg/Hans Friedhelm Gaul/Eberhard Schilken**, Zwangsvollstreckungsrecht, München 1997, s. 891; **Brox/Walker**, s. 464; Kurt **Stöber**, Forderungspfändung Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte, Bielefeld 2002, s. 918.

¹² **Gramentz**, s. 3; **Brox/Walker**, s. 464; **Schuschke/Walker**, s. 1329; Farklı görüş için bkz. Wolfgang **Marotzke**, Wie pfändet man Miteigentumsanteile an beweglichen Sachen? Erlanger Festschrift für Karl Heinz Schwab, Erlangen 1990, s. 277–303.

¹³ **Gramentz**, s. 3; **Brox/Walker**, s. 464; **Schuschke/Walker**, s. 1329; **Stöber**, s. 918.

¹⁴ **Brox/Walker**, s. 464.

¹⁵ Carl **Jaeger/Hans Ulrich Walder/Thomas M. Kull/Martin Kottmann**, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Erläutert für den praktischen Gebrauch, Band I, Zürich 1997, s. 539; Adrian **Stahelin/Thomas Bauer/Daniel Stahelin**, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel– Genf– München 1998, SchKG II Art. 88–220.

¹⁶ bkz. **Jaeger/Walder/Kull/Kottmann**, B.I, s. 539 vd.

alacak üzerinde olması arasında bir fark olup olmadığı hususu belirtilmemektedir.

Paylı mülkiyet hissesinin haczinin hangi hükümlere göre yapılacağı hususunda İcra ve İflâs Kanunumuzda açık bir hüküm yoktur. Doktrinde paylı mülkiyet hissesinin haczinin, her ne kadar İcra ve İflâs Kanunu'nun 94. maddesinde açıkça paylı mülkiyet hissesinden bahsedilmemiş olsa da bu madde kapsamında düşünülmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁷. Ayrıca doktrinde paylı mülkiyet hissesinin haczedilmesi halinde, haczin İcra ve İflâs Kanunu'nun 94. maddesinin birinci fıkrası gereğince diğer hissedarlara da bildirilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁸.

Paylı mülkiyet hissesinin hangi hükümlere göre haczedileceğini belirleyebilmek için, paylı mülkiyet ilişkisinin tahlil edilmesi yol gösterici olabilir. Doktrinde paylı mülkiyet ilişkisinde, birden çok kişinin söz konusu mala (aynî hak veya alacak hakkına) hisseli olarak hak sahibi oldukları kabul edilmektedir¹⁹. Bu nedenle paylı mülkiyet ilişkisine, “paylı ortaklık (hisseli ortaklık)” da denildiği belirtilmektedir²⁰. Paylı mülkiyet ilişkisini paylı ortaklık (hisseli ortaklık) olarak kabul ettiğimiz takdirde, paylı ortaklık hissesinin haczi kanaatimizce İcra ve İflâs Kanunu'nun 94. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen “...bir şirket...hissesi haczedilirse” ibaresinin kapsamına girerdi. Ancak şirket kavramı ile paylı mülkiyet ilişkisi arasında bir fark olmasa idi kanun koyucu bu müesseseleri ayrı ayrı düzenlemezdi. Nitekim Alman hukukunda, kanunun her iki müesseseyi ayrı ayrı düzenlemesinden dolayı bu müesseselerin birbirinden farklı olduğu, kabul edilmektedir²¹. Aynı şekilde Türk hukukunda da

¹⁷ Talih **Uyar**, İİK.nun 94. Maddesi Hakkında Bir İnceleme, s. 6, www.talihuyar.com; Talih **Uyar**, İcra Hukukunda Haciz, Manisa 1983, (Haciz), s. 287.

¹⁸ Baki **Kuru**, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004, (El Kitabı), s. 398; **Uyar**, (Haciz), s. 287.

¹⁹ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 242.

²⁰ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 242.

²¹ Paylı ortaklık (birlik/topluluk) kavramı ile şirket kavramı arasındaki fark Alman hukukunda ortaya konulmuştur. BGB Titel 16'nın başlığı şirket (Gesellschaft) iken, BGB Titel 17'nin başlığı topluluk/birlik (Gemeinschaft)tir. Ancak kanunda bu iki müessese ayrı ayrı düzenlendiği için, bir hakka birden çok kişinin ortaklaşa sahip olmaları halinde, topluluk/birlik (Gemeinschaft) veya şirket (Gesellschaft) ilişkisinin ayrımı yapılabilmektedir. Topluluk halinde veya birlikte haksahipliği ve şirket arasındaki farklar için bkz. J.von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 714–764, Berlin 2002, s. 80 vd.

kanun her iki müesseseyi ayrı ayrı düzenlemiştir. Doktrinde de paylı mülkiyet ile şirket arasında fark olduğu kabul edilmektedir²². Paylı mülkiyet sözleşmeden ve kanundan doğabilir. Paylı mülkiyet ilişkisi kanundan doğmuş ise, sözleşme unsuru; paylı mülkiyet ilişkisi sözleşmeden doğmuş ise, ortak amaç ve affectio societatis²³ unsurları, paylı mülkiyet ile şirket arasındaki farkları oluşturur²⁴. Bu nedenle İcra ve İflâs Kanunu'nun 94. maddesinde geçen "...bir şirket... hissesi haczedilirse" ifadesinin içine kanaatimizce paylı mülkiyet hissesinin haczi girmemektedir. Bunun sebebi ise, İcra ve İflâs Kanunumuzun 94. maddesinin hatalı olarak kaleme alınmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim mehaz kanun olan İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun (SchKG) 104. maddesi, İcra ve İflâs Kanunumuzun 94. maddesinden farkı olarak kaleme alınmıştır. SchKG Art. 104'e göre, bir intifa hakkı, paylaşılmamış miras, şirket veya diğer ortaklık (topluluk/birlik) malları üzerindeki hisse haczedilirse, icra dairesi haczi ilgili üçüncü kişilere bildirir. Söz konusu maddede geçen "diğer ortaklık (topluluk/birlik) malları" kavramı ile elbirliği ve paylı mülkiyet ilişkisinin anlaşılması gerektiği İsviçre hukukunda kabul edilmektedir²⁵. Fakat İcra ve İflâs Kanunumuzun 94. maddesinde bu şekilde bir ayırım yapılmamış, " Bir intifa hakkı veya taksim edilmemiş bir miras veya bir şirket yahut iştirak halinde tasarruf edilen bir mal hissesi haczedilirse icra dairesi,...ilgili üçüncü şahıslara keyfiyeti ihbar eder" şeklinde bir düzenleme öngörülmüştür. Kanaatimizce hisse haczine ilişkin olan İcra ve İflâs Kanunumuzun 94. maddesi yeniden kaleme alınmalı ve paylı mülkiyet hissesi haczinin de bu madde kapsamında yapılması gerektiği belirtilerek tereddütler ortadan kaldırılmalıdır.

Taşınır mallar üzerindeki paylı mülkiyet hissesi hakkında kanaatimizce İcra ve İflâs Kanunu'nun 94. maddesi uygulanamaz; ancak Türk Medeni Kanunu'nun 688. maddesinde de açıkça belirtildiği gibi, paylı mülkiyet hissesi yalnız başına haczedilebilir. Haciz işlemi kanunda açık bir düzenleme olmadığı için, paylı mülkiyet ilişkisinin söz konusu olduğu hakkın niteliğine göre yapılabilirdir. Şayet paylı mülkiyet hissesi taşınır bir mal üzerinde ise, hissenin haczi de taşınır malların haczi hükümlerine göre yapılabilirdir.

II. Taşınmaz Mallar Üzerindeki Paylı Mülkiyet Hisselinin Haczi

Taşınırlarda olduğu gibi, taşınmaz mallar üzerindeki paylı mülkiyet hissesinin haczi hususunda da Alman, İsviçre ve Türk hukukunda bir birinden çok farklı düzenlemeler öngörülmüştür.

²² Mehmet **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2006, s. 18.

²³ Affectio societatis, şirket amacının gerçekleştirilmesi için, ortakların birlikte çaba sarfetmeleridir. bkz. **Bahtiyar**, s. 14; Reha **Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu**, Ortaklıklar Ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2003, s. 34.

²⁴ **Bahtiyar**, s. 18; **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, s. 34.

²⁵ **Jaeger/Walder/Kull/Kottmann**, B.I, s. 539.

Alman hukukunda taşınmaz mallar üzerindeki paylı mülkiyet hissesinin haczedilemeyeceği²⁶, ZPO § 864 Abs. 2'deki açık düzenleme gereğince, taşınmaz malların cebri icrası yoluyla²⁷ cebri icra yapılabileceği kabul edilmektedir²⁸.

Alacaklının ZPO § 864 Abs. 2 gereğince borçlunun taşınmaz mal üzerindeki hissesinin cebri artırmasını, cebri idaresini veya teminat ipoteği konulmasını isteme hakkı vardır. ZPO § 866 Abs. 2'deki açık düzenleme gereğince alacaklı bu tedbirlerden sadece birinin uygulanmasını isteyebileceği gibi, birinin yanı sıra diğerlerinin uygulanmasını isteme hakkına da sahiptir.

Cebri artırmada taşınmazın satılması yoluyla alacaklının tatmin edilmesi amaçlanmaktadır²⁹. Cebri artırma kararı alacaklının talebi üzerine taşınmaz malın bulunduğu yerdeki, icra mahkemesi olarak, asliye mahkemesi tarafından verilir (ZVG § 1 Abs.1). İcra mahkemesi cebri artırma kararı vermeden önce gerekli olan şartların mevcut olup olmadığını kontrol eder ve şartların mevcut olması halinde cebri artırma kararı verir³⁰. Bu karar borçluya tebliğ edilir³¹. Mahkeme cebri artırma kararının borçluya tebliğ edilmesini beklemeksizin, cebri artırma kararının tapu siciline kaydedilmesini tapu dairesinden ister (ZVG § 19 Abs. 1). Tapu dairesi cebri icra şartlarının bulunup

²⁶ **Stöber**, s. 915; Adolf **Baumbach**/Wolfgang **Lauterbach**/Jan **Albers**/Peter **Hartmann**, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, München 2007, s. 2382; Gerhard **Lüke**/Peter **Wax**, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 3 §§ 803–1066, München 2001, s. 463; Friedrich **Stein**/Martin **Jonas**, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Tübingen 2004, B.8, s. 415; Hans– Joachim **Musielak**, Kommentar zur Zivilprozessordnung, München 2005, s. 2246.

²⁷ Taşınmazlara yapılacak cebri icra hakkında bilgi için bkz. yukarı §1, A, I.

²⁸ Hans Christian Andreas **Andrea**, Zwangsvollstreckung in Miteigentumsanteile an Grundstücken, Hamburg 1973, s. 7; **Baur/Stürner/Bruns**, s. 407; **Brox/Walker**, s. 465; **Stein/Jonas**, B. 8, s. 415; **Rosenberg/Gaul/Schilken**, s. 759; **Schuschke/Walker**, s. 1329; **Lüke/Wax**, B.3, s. 463; **Stöber**, s. 915; **Musielak**, s. 2246.

²⁹ **Brox/Walker**, s. 492; Hanns **Prütting**/Barbara **Stickelbroch**, Zwangsvollstreckungsrecht, München– Berlin 2002, s. 161.

³⁰ **Brox/Walker**, s. 494 vd.; Rolf **Lackmann**, Zwangsvollstreckungsrecht mit Grundzügen des Insolvenzrecht, München 2003, s. 160 vd.

³¹ **Brox/Walker**, s. 496; **Lackmann**, s. 161; Hanns **Prütting**/Barbara **Stickelbroch**, Zwangsvollstreckungsrecht, München– Berlin 2002, s. 161.

bulunmadığını kontrol etmeksizin, cebri artırma kararını tapu siciline kaydetmek zorundadır³².

Cebri artırma kararının verilmesi taşınmaz üzerinde alacaklı lehine el koyma sonucunu doğurmaktadır(ZVG § 20 Abs.1)³³. El koyma kararı cebri artırma kararının borçluya tebliği ile hüküm doğurmaya başlar (ZVG § 22). Ancak borçluya tebligat yapılmadan tapu siciline cebri artırma kararı işlenmiş ise, bu andan itibaren cebri artırma kararı hüküm doğurmaya başlar (ZVG § 22). El koyma kararı ile alacaklı taşınmazdan tatmin olma hakkını elde ederken, borçlu için nispi temlik yasağı ortaya çıkar. Alacaklının tatmin olma hakkı taşınır haczindeki haciz rehin hakkı gibi değildir. Alacaklının hakkı, satış bedelinden sırasına göre tatmin olma hakkıdır³⁴. Alacaklının tatmin olma hakkı borçluya ve kendisinde sonra gelen alacaklılara karşı geçerlidir. Bunun dışında üçüncü kişilere karşı alacaklının bir hakkı söz konusu değildir³⁵.

Cebri artırma kararı ile borçlunun taşınmaz mal üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi kısıtlanır³⁶. Borçlu, taşınmaz veya taşınmazın kapsamına giren konular üzerinde tasarrufta bulunursa bu alacaklıya karşı geçersizdir³⁷. Taşınmazın tapu sicilindeki kaydına cebri artırma kararı işlendikten sonra iyi niyetle kazanma mümkün değildir³⁸.

Taşınmazların cebri artırılması kararından başka, taşınmazın cebri idaresi yolu da taşınmazlara cebri icranın bir türünü oluşturmaktadır. Cebri idarenin amacı, bir taşınmazdan veya bir taşınmaz üzerindeki paylı mülkiyet hissesinden ya da taşınmazlar üzerindeki haklardan yararlanılması suretiyle alacaklının tatminini sağlamaktır³⁹.

Cebri idare kararı, alacaklının talebi üzerine icra mahkemesi tarafından verilir⁴⁰. Mahkeme cebri idare kararının yanı sıra cebri idareci de belirler⁴¹.

³² Brox/Walker, s. 497; Prütting/Stickelbroch, s. 162.

³³ Brox/Walker, s. 497; Lackmann, s. 161; Prütting/Stickelbroch, s. 162.

³⁴ Brox/Walker, s. 498; Lackmann, s. 161; Prütting/Stickelbroch, s. 162.

³⁵ Brox/Walker, s. 498.

³⁶ Brox/Walker, s. 499; Lackmann, s. 161; Prütting/Stickelbroch, s. 162.

³⁷ Brox/Walker, s. 499.

³⁸ Prütting/Stickelbroch, s. 162.

³⁹ Baur/Stürner/Bruns, s. 476; Brox/Walker, s. 499.

⁴⁰ Baur/Stürner/Bruns, s. 477; Brox/Walker, s. 560.

⁴¹ Baur/Stürner/Bruns, s. 478; Brox/Walker, s. 560; Prütting/Stickelbroch, s. 171.

Cebri idareci taşınmazı idare eder ve taşınmazın kullanılmasından elde edilen paraları hak sahiplerine öder⁴².

Cebri idare kararı da cebri artırma kararı gibi verilir. İcra mahkemesi taşınmazın cebri olarak idare edileceğini tapu dairesine bildirmelidir⁴³. Cebri idare kararı alacaklı lehine taşınmaza el koyma sonucunu doğurur. El koyma kararı cebri artırma kararı gibi kararın borçluya tebliğ edilmesiyle veya borçluya tebliğden önce tapu siciline kayıtlı hüküm doğurmaya başlar⁴⁴. Cebri idare kararı verilmesiyle borçlunun ZVG § 148 Abs. 2 gereğince taşınmazı idare etme ve yararlanma hakkı elinden alınır⁴⁵.

Alman hukukunda taşınmazlara yapılacak olan cebri icra türlerinden sonuncusu ise, teminat (cebri/adli) ipoteğidir. Teminat ipoteğinin nasıl konulacağı ZPO § 867'de düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre alacaklının talebi üzerine tapu dairesi tarafından borçlunun taşınmaz malına ipotek kaydı işlenir. Teminat ipoteğinin tapuya kaydedilmesi alacaklının alacağının ödenmesi anlamına gelmemekte, sadece alacaklının alacağı, aynı teminat altına alınmaktadır⁴⁶. Alacaklının alacağının aynı teminat altına alınması ile daha sonra yapılacak tasarruflarla alacaklının hakkının olumsuz yönde etkilenmesi engellenilmektedir⁴⁷. Teminat ipoteği, ipoteğin konulmasına neden olan alacağa sıkı şekilde bağlı olup, alacağın mevcut olmaması halinde ipotek hakkının mevcut olmayacağı kabul edilmektedir⁴⁸. Borçlu borcunu ödemez ise, alacaklı taşınmazın cebri artırılmasını isteyebilir⁴⁹.

Alacaklının bu üç yol dışında başka bir seçeneği daha vardır. Bu yol ise, paylı mülkiyetin ortadan kaldırılmasından doğan hakların haczedilmesidir. **Hissedarlar** taşınmaz üzerindeki paylı mülkiyet ilişkisinin sona erdirilmesini her zaman için isteyebilirler⁵⁰. Paylı mülkiyet ilişkisine son verme BGB § 753 Abs 1'e göre taşınmazın cebri artırılması ve satış bedelinin hissedarlar arasında

⁴² **Baur/Stürner/Bruns**, s. 480; **Brox/Walker**, s. 560; **Prütting/Stickelbroch**, s. 171.

⁴³ **Brox/Walker**, s. 561; **Lackmann**, s. 162.

⁴⁴ **Brox/Walker**, s. 561; **Lackmann**, s. 162.

⁴⁵ **Baur/Stürner/Bruns**, s. 477; **Brox/Walker**, s. 562; **Lackmann**, s. 162.

⁴⁶ **Baur/Stürner/Bruns**, s. 482; **Brox/Walker**, s. 575; **Prütting/Stickelbroch**, s. 173.

⁴⁷ **Brox/Walker**, s. 575.

⁴⁸ **Brox/Walker**, s. 575 ve 578; **Prütting/Stickelbroch**, s. 173.

⁴⁹ **Prütting/Stickelbroch**, s. 173.

⁵⁰ **Schuschke/Walker**, s. 1329; **Brox/Walker**, s. 465; **Stöber**, s. 916; Udo **Hintzen**, Pfändung und Vollstreckung im Grundbuch, Herne– Berlin 2000, s. 30.

paylaştırılması yoluyla da yapılabilir⁵¹. Paylı mülkiyet ilişkisinin sona erdirilmesinden doğan paylaştırmaya katılma ve cebri artırma sonunda elde edilen satış bedelindeki hissenin ödenmesi haklarının⁵², hissedarın alacaklısı tarafından ZPO § 857, § 829, § 835'e göre haczedilebileceği ve tahsil için devredilebileceği kabul edilmektedir⁵³.

Paylı mülkiyet ilişkisinin ortadan kaldırılmasını isteme hakkının devredilemez bir hak olduğu ve bu nedenle de ZPO § 857 Abs.1 ve § 851 Abs.1'e göre haczedilemez bir hak olduğu kabul edilmektedir⁵⁴. Ancak hissedarların paylı mülkiyet ilişkisinden doğan cebri artırma bedeline katılma haklarının müstakbel alacak olarak temlik edilebileceği⁵⁵ ve temlik alanın bu hakkı kullanacağı kabul edilmektedir⁵⁶. Bu nedenle de müstakbel alacak olan hissedarın artırma bedeline katılma hakkının cebri icraya tabi olması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁷. Üçüncü kişi ise, diğer hissedarlardır⁵⁸. Alacaklının, borçlu hissedarın artırma bedeline katılma hakkını haczettirdikten ve devrettirdikten sonra, taşınmazın cebri artırılmasını isteme ve artırma sonunda borçluya düşecek hissenin kendisine ödenmesini isteme hakkı vardır⁵⁹.

Borçlu hissedarın borçlar hukuku nitelikli paylı mülkiyet ilişkisinin ortadan kaldırılmasından doğan haklarının haczedilmesi halinde, borçlu ortağın paylı mülkiyet hissesi üzerinde haciz rehin hakkının oluşmayacağı ileri

⁵¹ **Brox/Walker**, s. 465.

⁵² **Furtner**'e göre paylı mülkiyet ilişkisinin kaldırılmasından doğan haklar borçlar hukuku karakterli olup, bu hakların haczinin mümkün olması gerekir. bkz.**Furtner**, s. 872 vd.

⁵³ **Brox/Walker**, s. 465; **Lüke/Wax**, B.3, s. 464.

⁵⁴ **Schuschke/Walker**, s 1329; **Brox/Walker**, s. 465; **Stein/Jonas**, B.8, s. 415; Rolf **Hoffmann**, Zwangsvollstreckung in Miteigentumsanteile an Grundstücken– OLG Köln, OLGZ 1969, 338, JuS 1971, s. 20.

⁵⁵ **Andrea**'ya göre, paylı mülkiyet ilişkisinin ortadan kaldırılmasından doğan haklar bağımsız olarak temlik edilemezler ve bu nedenle de haczedilemezler. bkz.**Andrea**, s. 86.

⁵⁶ **Schuschke/Walker**, s 1329; **Brox/Walker**, s. 465; **Stöber**, s. 916; **Hintzen**, s. 31. **Hoffman**'a göre, paylı mülkiyet ilişkisinin tasfiyesinden doğan hakların taşınırın haczi gibi haczedilemeyip, bu haklara sadece teminat ipoteği konularak cebri icra yapılabilir. bkz.**Hoffmann**, s. 24.

⁵⁷ **Schuschke/Walker**, s 1329; **Baur/Stürner/Bruns**, s. 407; **Brox/Walker**, s. 465; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, s. 2382; **Stöber**, s. 916.

⁵⁸ **Schuschke/Walker**, s 1329; **Stöber**, s.916; **Hintzen**, s. 32.

⁵⁹ **Schuschke/Walker**, s 1329; **Brox/Walker**, s. 465; **Stöber**, s. 917.

sürülmektedir⁶⁰. Taşınmazlar üzerindeki paylı mülkiyet hissesinin taşınmazlara cebri icra yolu ile yapılacağı gerekçesiyle, hissenin **haczedilemeyeceği** ve bu nedenle de tapu siciline tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığına dair bir kaydın işlenemeyeceği kabul edilmektedir⁶¹.

İsviçre hukukunda VZG Art. 23 ve 23d arasında taşınmaz üzerindeki paylı mülkiyet hissesinin haczi düzenlenmektedir. VZG Art. 23'e göre bir taşınmaz üzerindeki paylı mülkiyet hissesinin haczedilmesi halinde, haciz tutanağına borçlunun ve diğer hissedarların ismi ve onlara düşecek olan paylı mülkiyet hissesinin oranının değeri ve paylı mülkiyet ilişkisinin kurulduğu taşınmazın ve taşınmaz üzerindeki teferruatın takdir edilen değeri yazılmalıdır. Kat mülkiyetinin söz konusu olması halinde de borçluya düşecek olan taşınmazdaki bölümün ve onun teferruatlarının yazılması gerekir. Haczedilen taşınmaz üzerindeki paylı mülkiyet hissesinin gelirleri, kira ve hâsılât kirası bedelleri hakkında VZG Art. 14'ün uygulanacağı VZG Art. 23 Abs. 3'te belirtilmektedir. VZG Art. 14'e göre, bir taşınmazın haczedilmesi halinde taşınmazın semereleri, kira ve hâsılât kira bedelleri de taşınmaz haczinin kapsamına girer. Taşınmaz üzerindeki haciz devam ettiği müddetçe taşınmazın semereleri, kira ve hâsılât kirası bedelleri özel olarak haczedilemezler (VZG Art.14, Abs.1). Ancak haciz tutanağına mevcut olan kira ve hâsılât kiralalarının yazılması gerekmektedir (VZG Art.14 Abs.1).

İcra dairesi en geç hacizden sonraki gün haczi (geçici veya kesin haczi) tapu idaresine bildirmelidir (VZG Art.15). Tapu idaresi borçlu hissedarın tasarruf yetkisinin kısıtlandığını sadece borçlunun hissesinin kaydedildiği tapu sicilinin sayfasına işlemelidir (VZG Art.23a, a). Diğer hissedarların hissesinin kayıtlı olduğu sayfalara kayıt yapılmamalıdır (VZG Art.23a, a). Tapu siciline borçlu hissedarın hissesinin haczedildiği ve ZGB Art.648 Abs. 2'ye göre hissedarların paylı mülkiyet ilişkisi kurulmuş olan malın satılmasına, malın sınırlandırılmasına veya amacının değiştirilmesine ilişkin karar verebilmeleri için artık icra dairesinin izninin alınması gerektiği belirtilir (VZG Art.23a, a).

Hissenin haczedildiği, tapu sicilinden başka, hisse daha önceden rehnedilmiş ise rehin alacaklısına, kat mülkiyeti söz konusu ise kiracısına bildirilmelidir (VZG Art.23a, b). Şayet taşınmazın tamamı veya haczedilen bağımsız bölüm hasara karşı sigortalı ise haczin sigortacıya da bildirilmesi gerekir (VZG Art. 23a, b). Ayrıca paylı mülkiyet ilişkisinin söz konusu olduğu taşınmaz üzerinde (taşınmazın tamamı üzerinde) rehin kurulmuş ise, haczin bu rehin alacaklısına da bildirilmesi gerekir (VZG Art.23a, c).

⁶⁰ **Hintzen**, s. 33.

⁶¹ **Hintzen**, s. 33.

VZG Art.23a, c gereğince icra dairesi hissenin haczedildiğini ve hisseye düşecek olan gelirlerin artık borçluya değil de icra dairesine ödenmesi gerektiğini diğer hissedarlara veya onların temsilcisine bildirmelidir.

Türk hukukunda ise, paylı mülkiyet hissesinin haczedilebileceği Türk Medeni Kanunu'nun 688. maddesinin üçüncü fıkrasında açıkça hükme bağlanmış, ancak İcra ve İflâs Kanunumuzda haciz işleminin hangi hükümlere göre yapılacağı hususunda bir düzenleme öngörülmemiştir. Doktrinde İcra ve İflâs Kanunu'nun 91. ve 92. maddelerinin paylı mülkiyet hissesinin haczinde uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁶². Kanaatimizce de haciz işlemi paylı mülkiyet ilişkisinin söz konusu olduğu hakkın niteliğine göre yapılabilir ve şayet paylı mülkiyet hissesi taşınmaz bir mal üzerinde ise, hissenin haczi de taşınmaz malların haczi hükümlerine göre yapılabilir. Buna göre İcra ve İflâs Kanunu'nun 92. maddesine göre haciz işlemi yapılmalıdır. 92. maddeye göre taşınmazın haczi hâsılât ve menfaatlerini de kapsar. Haciz, taşınmaz kendilerine rehnedilmiş olan alacaklıların haklarına hâlel getirmez. İcra dairesi, taşınmaz kendilerine rehnedilmiş olan alacaklılarla kiracılara hacizden haber verir. İcra dairesi, taşınmazın idare ve işletmesi ile eklentinin korunması için gerekli tedbirleri alır. Bu tedbirler meyanında icra dairesi, eğer taşınmazda kiracı varsa bu kiracıya, işleyecek kiralara icra dairesine ödemesini emreder. Zarar görme ihtimali bulunan eklenti, rehin alacaklısının talebi üzerine, işletmenin faaliyetine engel olmayacak şekilde muhafaza altına alınır. İdare ve muhafaza masrafları satış bedelinden öncelikle ödenir.

Taşınmazlar üzerindeki paylı mülkiyet hissesinin haczedilmesi halinde, haczedilen hissenin üzerinde şufa hakkı olması halinde şufa/önalım hakkı sahibinin ve cebri icra alacaklısının hukuki durumların ne olacağı da incelenmesi gereken konulardandır.

Üzerinde şufa hakkı olan hissenin haczedilmesi, değişik ihtimallerle gerçekleşmiş olabilir. Bu ihtimallerden birini, hissenin üçüncü bir kişiye satılması halinde diğer hissedarların şufa haklarını kullanmak istemeleri ve bu arada hisseyi satın alan üçüncü kişinin borcu nedeniyle hissenin haczedilmesi oluşturur. Şufa hakkı dava yoluyla kullanılabilen (TMK m. 734,I) ve bu dava inşaî dava niteliğinde olup, hükmün kesinleşmesiyle birlikte hüküm ve sonuç doğurmaktadır⁶³. Bu nedenle de şufa davası sonuçlanmadan önce hisseye haciz konulması ihtimalinde, dava sonunda hisseyi şufa hakkına dayanarak alan kişi, hisseyi hacizle yüklü olarak satın almış olmaktadır⁶⁴.

⁶² Saim Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2000, s. 248.

⁶³ Ergun Önen, İnşai Dava, Ankara 1981, s. 175.

⁶⁴ “Dava borç tespiti, taşınmaz üzerinde bulunan haciz şerhinin kaldırılması istemi ile açılmış olup yargılama sonunda davanın kabulüne karar verilmiş, karar davalılar tarafından temyiz edilmiştir. Şufa davası ile oluşan kararlar inşaî

Bir başka ihtimal ise, hissenin üçüncü kişiye satılmasından sonra şufa hakkı sahibi şufa hakkını dava yoluyla kullanmış ve davayı kazanmış ise, ancak bu esnada söz konusu durum tapu siciline kaydedilmeden önce hisseyi satın alan kişinin borcu nedeniyle hisse haczedilmiş ve haciz tapu siciline kaydedilmiş ise, bu durumda ne yapılacaktır? Hisseyi şufa hakkına dayanarak alan kişi hisseyi hacizle yüklü olarak mı alacak; yoksa cebri icra alacaklısının hakkı, haczettirmiş olduğu hissenin satış bedeli üzerinden mi devam edecek veya cebri icra alacaklısı eli boş mu dönecektir?

Taşınmaz mülkiyeti, Medeni Kanun'un 705. maddesinin birinci fıkrasına göre tescille kazanılır. Ancak söz konusu maddenin ikinci fıkrasında bu kuralın istisnaları belirtilmiş olup, bu istisnalar arasında mahkeme kararı da sayılmaktadır. Bu hüküm gereğince şufa davası sonucunda verilen hükmün kesinleşmesiyle şufa hakkı sahibi, hissenin maliki konumuna gelmektedir. Bu durumda şufalı hisseyi satın almış olan üçüncü kişinin hisse üzerindeki hakkı, mahkeme kararının kesinleşmesiyle ortadan kalkar. Bu durum tapu siciline kaydedilmemiş olsa bile hüküm ve sonuç doğurur. Buna karşın şufa davasından haberi olmayan alacaklının tapu sicilinde borçlu hissedar üzerine kayıtlı hisseyi haczettirmesi ise, hissenin şufa hakkı sahibine satılmasıyla bir nevi sonuçsuz kalacaktır. Çünkü borçluya ait olmayan bir malın veya hakkın haczi söz konusu olacaktır. Oysa cebri icra alacaklısı taraflar arasında şufa davası açıldığını bilseydi, borçlunun hissesini değil, hissenin şufa hakkı sahibine satılması karşılığında ödenecek olan parayı haczettirecek ve herhangi bir hak kaybına uğraması da söz konusu olmayacaktı. Ancak cebri icra alacaklısı tapu sicilindeki kayıtlara güvenerek, borçlunun hissesinin olduğunu düşünüp bu hisse hakkına haciz koydurmuş ve bu esnada şufa davası sonunda verilen hüküm kesinleşmiş ve alacaklının haczettirmiş olduğu hisse hakkı ortadan kalmıştır. Bu durumda alacaklının hak kaybına uğramaması için haczin hissenin satış bedeli üzerinden devam edip etmeyeceğine cevap verilmesi gerekir. Bu noktada aynı ikame ilkesinin⁶⁵ uygulanıp uygulanmayacağı önem kazanmaktadır.

(kurucu) nitelikte olup kararlar birlikte sonuç doğurmaktadırlar, bu itibarla karardan önce konulan haczin geçerliliğine şufa davasının etkisinin bulunması söz konusu değildir. Kaldı ki haciz, şufa davası açılmadan önce tahakkuk etmiş ve tapuya bildirilmiş olan S.S.K. alacaklarından dolayı tapuya işlenmiş olup gerek haciz kararının tapuya bildirildiği 28.1998 tarihi, gerekse haczin uygulandığı 12.1.1998 tarihi şufa davasının açıldığı tarihten önceki tarihler olup, hacze konu olan borç da çok daha önce tahakkuk etmiş olduğundan haciz şerhinin danışıklı olarak konulduğunun kabulü de mümkün değildir” (1. HD 30.6.2004, 8180/7986: www.kazancı.com.tr .).

⁶⁵ Aynı ikame ilkesi, mamelektan çıkan bir mal veya kıymet yerine diğer bir mal veya kıymetin onun yerine geçmesini ifade eder. Yani, bir mamelekin

Haczedilmiş olan bir malın yerine kaim olan şey veya kıymetlerin de haczedilmiş sayılıp sayılmayacağı ile ilgili olarak, doktrinde görüşler ileri sürülmüştür. İsviçre hukukunda Jäger'e göre, haczedilmiş malın yerine kaim olan şey veya kıymetin de haczin kapsamına girip girmediğine genel bir cevap verilemez⁶⁶. Eğer haczedilen şeyin yerine kaim olan şey icra memurunun zilyetliğinde bulunuyorsa, alacaklı da bu şey üzerinde, haczedilmiş şey üzerinde sahip olduğu haklara sahip olur. Bu da mahcuz malın icra memurunun muvafakati ile bir başka şeyle veya para tevdi edilerek telafi edilmesi halinde söz konusu olur. Hacizli mal yerine geçen şeyde borçlu yerine, sadece icra memuru tasarruf yetkisine sahip olursa, bu durumda haczedilen şeyin yerine kaim olan şey de (surrogat da) haczedilmiş sayılır⁶⁷. Buna karşın, diğer hallerde haczedilen şey yerine kaim olan şey veya kıymet haczedilmiş sayılmamaktadır. Bu nedenle de haczedilen şeyin yerine kaim olan şey veya kıymetin ayrıca haczedilmesi gerekir⁶⁸. Buna karşın haczedilemeyen malların yerine geçen mal veya kıymetlerin kural olarak haczedilemeyeceği kabul edilmektedir⁶⁹.

Bunun dışında doktrinde aynı ikame ilkesinin bazı hususlarda uygulanması gerektiği kabul edilmekte ve Yargıtay uygulamalarına da rastlanmaktadır. Örn. miras sebebi ile istihkak davasının konusuna giren mal, davalının mamelekenden çıkmış ise, bu takdirde çıkan mal yerine mameleke girmiş olan mal veya kıymetlerin verilmesini davacı aynı ikame ilkesi gereğince talep edebilmektedir⁷⁰. Adi şirket hissesinin haczedilmesinde de aynı ikame ilkesinin uygulanacağı Alman ve İsviçre hukuklarında kabul edilmektedir. Adi şirket hissesinin haczedilmesi halinde, borçlu ortak şirketten çıkabileceği gibi veya diğer ortaklar tarafından da çıkarılabilmektedirler. Borçlunun şirketten çıkması veya çıkarılması halinde, hisse hakkı sona ermektedir. Borçlunun hisse

cüzlerinden kaybedilmek suretiyle iktisap olunan şeyler, o mameleke girerler. Bkz. Zahit **İmre/Hasan Erman**, Miras Hukuku, İstanbul 1989, s. 382.

⁶⁶ Carl **Jäger**, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, Zürich 1911; Art. 96, N.4 (naklen, **Üstündağ**, s. 206).

⁶⁷ **Jäger**, Art. 96, N.4 (naklen, **Üstündağ**, s. 206).

⁶⁸ **Jaeger/Walder/Kull/Kottmann**, s. 497; İlhan **Postacıoğlu**, İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1973, s. 274.

⁶⁹ **Üstündağ**, s. 207.

⁷⁰ **İmre/ Erman**, s. 382; "Mirasçılar arasında miras payının temlikine ilişkin sözleşmeler geçerlidir ve satışı yapan mirasçının satış konusu payla ilişkisinin kesilmesi sonucunu doğurur. Mirasçılar arasında yapılan satış vaadi sözleşmesinin, miras payının temlik olarak kabulü ile alıcı yararına satış vaadi ile satıma konu pay üzerinde mülkiyet hakkı doğmuş olduğundan, mülkiyet hakkı yerine geçen bedelin davalı satıcıdan istenmesi mümkündür" (HGK 2.3.1983, 13-1240/187: www.kazancı.com.tr.).

hakkı haczedilmiş olmasına rağmen, onun şirketten çıkması veya çıkarılması halinde, hissesinin yerine geçmek üzere borçluya bir bedel ödenmesi gerekmektedir. Bu durumda İsviçre ve Alman hukuklarında hissenin karşılığında ödenecek olan bedel, haciz tutanağında belirtilmemiş olsa bile haczedilmiş sayılmakta ve bu bedelin cebri icra alacaklısına ödenmesi gerektiği kabul edilmektedir⁷¹.

Öte yandan üzerinde şufa hakkı olan hissenin haczedilmesi ve şufa davası sonunda verilen hükmün kesinleşmesi aynı anda olursa, bu durumda, hissenin ve haczin akıbeti hususunda Kanun'da her hangi bir hüküm yoktur. Nasıl ki, Medeni Kanun'un 700. maddesinde hisse üzerinde intifa hakkı kurulması halinde, diğer hissedarların paydaşlığın giderilmesini isteyebilecekleri ve paydaşlığın satış yoluyla giderilmesi halinde de, intifa hakkı sahibinin hakkının hissenin satış bedeli üzerinde devam edeceği kabul ediliyor ise⁷², hacizde de benzer bir çözüm yolu kabul edilmeliydi. Bu durum hem şufa hakkı sahibinin, hem de şufa hakkından habersiz olup, hisseyi haczettiren cebri icra alacaklısının lehine olurdu. Şufa davası sonuçlanmadan hisse üzerine haciz konulursa, şufa hakkı sahibi ya hisseyi hacizle yüklü olarak almak zorunda kalacak ya da şufa hakkından vazgeçecektir. Diğer taraftan şufa davası sonunda verilen hükmün kesinleştiğinden haberi olmayan alacaklı da şufalı hisseye haciz koydurarak, zaman ve para kaybedecektir. Bu sakıncalı durumunun bertaraf edilmesi için, Medeni Kanun'da bu yönde bir değişiklik yapılması yerinde olur. Ya da İcra ve İflâs Kanunu'nda haczin, haczedilen malın yerine kaim olan mal veya kıymeti de kapsayacağı kabul edilmelidir.

Taşınmazlar üzerindeki hissenin haczedilmesi halinde haczin tapu siciline bildirilip bildirilmeyeceği hususu da önemlidir. Doktrinde, haczin icra dairesi tarafından tapu dairesine bildirmesi ve tapu siciline şerh verilmesi gerektiği kabul edilmektedir (m.91)⁷³. Katimizce de taşınmazlar üzerindeki paylı mülkiyet hissesinin haczedilmesi halinde, haczin tapu siciline bildirilmesi ve şerh edilmesi gerekir. Elbirliği mülkiyetinden farklı olarak, paylı mülkiyette

⁷¹ Johannes **Behr**, Die Vollstreckung in Personengesellschaften, NJW 2000, s. 1137-1144, s. 1139; Herbert, **Roth**, Pfändung und Verpfändung von Gesellschaftsanteilen, ZGR 2000, s. 193, s. 193; Raymond L. **Bisang**, Die Zwangsverwertung von Anteilen an Gesamthandschaften, Zürich, 1978, s. 149; Robert C.A. **Bourquin**, Die Zwangsvollstreckung in den Anteil des Schuldners am Gesellschaftsvermögen einer Kollektiv- oder Komandit- Gesellschaft, BISchK 1956, Heft 4, s. 97-113, s. 105.

⁷² Bkz. Ahmet M. **Kılıçoğlu**, Medenî Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003, s. 307.

⁷³ **Kuru**, (El Kitabı), s. 398; Baki **Kuru**/Ramazan **Arslan**/Ejder **Yılmaz**, İcra ve İflâs Hukuku (Ders Kitabı), Ankara 2007, s. 268.

hissedarlar, diğer hissedarların onayı olmaksızın hisselerini serbestçe devredebilecekleri için, haczin tapu siciline bildirilmesi ve şerh edilmesi alacaklının korunması açısından önem arz eder.

III. Alacaklar Üzerindeki Paylı Hak Sahipliği Hisselinin Haczi

Alacaklar üzerinde de paylı hak sahipliği hisselinin söz konusu olabileceği ve bunun haczedilebileceği kabul edilmektedir. Ancak haciz işleminin hangi hükümlere göre yapılacağı hususunda İcra ve İflâs Kanunumuzda açık bir düzenleme söz konusu değildir.

Alman hukukuna göre alacaklar üzerindeki paylı haksahipliği hissesi devredilebilir (BGB § 747) ve bu nedenle de ZPO § 857 Abs.1 ve § 851 Abs. 1 gereğince haczedilebilir⁷⁴. Cebri icra işlemi, ZPO 857, 829 ve § 835 hükümlerine göre haciz ve devir kararı ile yapılır⁷⁵. Haczin bildirileceği üçüncü kişilerin ise diğer hissedarlar ve söz konusu alacağın borçlusunu olduğu kabul edilmektedir⁷⁶.

Türk hukukunda biraz önce belirtildiği gibi paylı mülkiyet hisselinin hangi hükümlere göre haczedileceği hususunda İcra ve İflâs Kanunu'nda bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu nedenle kanaatimizce haciz işlemi paylı mülkiyet ilişkisinin söz konusu olduğu hakkın niteliğine göre yapılabilir. Şayet paylı hak sahipliği hissesi bir alacak üzerinde ise, hisselin haczi de alacakların haczi hükümlerine göre yapılabilir. Nitekim doktrinde müşterek hesap⁷⁷ sahiplerinden her birisinin hisselinin, alacaklıları tarafından bankaya haciz ihbarnamesi gönderilmek suretiyle haczedilebileceği kabul edilmektedir⁷⁸.

Alacaklar üzerindeki paylı hak sahipliği hisselinin haczinde, borçlunun hisselinin ne oranda olacağı ve haczin kimlere bildirileceği hususu da önemli bir

⁷⁴ **Schuschke/Walker**, s. 1329; **Brox/Walker**, s. 466; **Stöber**, s. 918–919.

⁷⁵ **Schuschke/Walker**, s. 1329; **Brox/Walker**, s. 466.

⁷⁶ **Gramentz**, s. 15, dn.40; **Schuschke/Walker**, s. 1329; **Brox/Walker**, s. 466; **Stöber**, s. 919.

⁷⁷ Müşterek hesap, birden fazla kişinin bankada açtığı hesaba denir. Müşterek hesap asıl müşterek hesap (teselsüllü müşterek hesap) ve iştirak halinde hesap (teselsülsüz müşterek hesap) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Asıl müşterek hesapta hesap sahiplerinden her biri, yalnız başına hesabın tamamı üzerinde tasarrufta bulunabilir. İştirak halinde hesapta ise hesap sahipleri ancak müşterek imza ile hesap üzerinde tasarrufta bulunabilirler. bkz.Baki **Kuru**, Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi, 2002, s. 122 vd.

⁷⁸ **Kuru**, (Bankalardaki Mevduat), s. 124; Talih **Uyar**, Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki– Kıymetli Evraka Bağlı Olmayan– Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK mad.89) , s.30–31, www.talihuyar.com.

konudur. Bankalarda açılan müşterek hesaplarla ilgili olmak üzere Yargıtay'ın vermiş olduğu bazı kararlar vardır⁷⁹. Yargıtay 1986 tarihli bir kararında “Birden çok kişi, ortak olarak (şayian) bir şeye malik bulunup da payları eylemli olarak belirlenmemişse onlar, o şeyin paydaşı olurlar. Aralarında aksine bir anlaşma yoksa asıl olan paydaşların paylarının birbirine eşit olmasıdır (MK m. 623; şimdi: m. 688). Olayda banka hesabı müşterek olarak açılması ve taraflar arasında pay açısından bir sözleşme bulunmadığı anlaşılmıştır. O halde az önce belirlenen kurala göre, hesapta mevcut parada, karı kocanın payları birbirine eşittir”⁸⁰ demektedir.

Doktrinde de müşterek hesap halinde, hesap sahiplerinin eşit paya sahip olacakları ve bu nedenle de müşterek hesaptaki paranın yarısının haczedilebileceği kabul edilmektedir⁸¹.

Gerçekten de müşterek hesap açılması halinde, Türk Medeni Kanunu'nun 688. maddesi uygulama alanı bulur. Söz konusu maddedeki açık düzenleme gereğince, paylı mülkiyette taraflar başka türlü belirlemedikleri müddetçe, her hissedarın hissesi eşittir. Hissedarlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olur ve pay devredilebilir, rehnedilebilir ve alacaklılar tarafından haczettirilebilir. Buna göre, müşterek hesap sahiplerinden birinin hissesinin haczi söz konusu olduğunda, hesap sahipleri başka türlü belirlememişler ise, eşit paya sahip olacakları için, mevduat, hesap sahibi sayısına bölünerek elde edilen meblağ haczedilmelidir. Örn. dört kardeş müşterek hesap açtırmışlar ve aralarında hisselerinin oranlarını belirlememişler ve daha sonra içlerinden birinin borcundan dolayı mevduata haciz konulacak ise, bu durumda hesaptaki mevduatın dörtte birine haciz konulmalıdır. Ancak diğer hesap sahipleri aralarında başka bir oranda hissedar olduklarını iddia ederlerse, bu iddialarını icra dairesine bildirirler ve bu iddia istihkak prosedürüne göre çözümlenmelidir⁸².

⁷⁹ “...Müşterek mevduat hesap ilişkisinde, birden fazla kişinin birlikte hesap açarak tek başına veya birlikte hesaptan para çekme amaçlanmaktadır. Bu surette açılan müşterek hesapta hisselerin birbirine eşit olması esas olup, hesap sahiplerinden birinin kendi hissesi oranından fazla para çekmesi ve tasarrufta bulunması vekâletsiz işgörme hükümlerine tabi olacaktır...” (11. HD 21.3.2003, 1579/2539: www.kazancı.com.tr); aynı yönde (2. HD 10.11.1986, 9534/9849: **Kuru**, (Bankalardaki Mevduat), s.124).

⁸⁰ (2. HD 10.11.1986, 9534/9849: **Kuru**, (Bankalardaki Mevduat), s.124).

⁸¹ **Kuru**, (Bankalardaki Mevduat), s.124.

⁸² **Kuru**, (Bankalardaki Mevduat), s.125.

Haczin ihbar edileceği üçüncü kişinin ise, banka olduğu, diğer hesap sahibi veya sahiplerine ise, haczin banka tarafından bildirileceği yine doktrinde kabul edilmektedir⁸³.

§ 2. PAYLI MÜLKİYET HİSSESİNİN SATIŞI

A. TAŞINIR MALLAR ÜZERİNDEKİ PAYLI MÜLKİYET HİSSESİNİN SATIŞI

Alman hukukunda taşınır mallar üzerindeki paylı mülkiyet hissesinin satış işlemi ZPO §§ 857, 835'e göre tahsil için devir yoluyla yapılır⁸⁴. BGB § 751'e göre alacaklı, elindeki ilâm geçici icra edilebilir bir ilâm değilse, paylı mülkiyet ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilir⁸⁵. Hissedarların paylı mülkiyet ilişkisinin ortadan kaldırılmasını isteme hakları ortadan kaldırılmış veya sınırlandırılmış olsa bile **cebri icra alacaklısı paylı mülkiyet ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilir**⁸⁶. Paylı mülkiyet ilişkisinin kaldırılması, şayet paylı mülkiyete konu olan malın değerinde bir azalma söz konusu olmaksızın aynen paylaştırılması mümkün ise, malın hissedarlara hisselerine göre paylaştırılması suretiyle yapılır (BGB§ 752). Alacaklı paylaşım işlemine diğer hissedarlarla birlikte katılmayı ve malın aynen paylaşımından borçluya düşecek hissenin verilmesini isteyebilir. Paylı mülkiyete konu teşkil eden malın değerinde bir kayıp olmaksızın aynen paylaştırılması mümkün değilse, söz konusu mal rehnin paraya çevrilmesi hakkındaki hükümlere göre satılarak, elde edilen bedel hisseleri oranında hissedarlara ödenir. Bu durumda paylı mülkiyet ilişkisi malın satılması suretiyle ortadan kaldırılmış olmaktadır. Paylı mülkiyet ilişkisinin malın satılması suretiyle ortadan kaldırılması halinde, **alacaklı**, diğer hissedarlardan malın satılmasına katlanmalarını, satış bedelinin paylaştırılmasına katılmayı ve borçlu hissedarlara düşecek olan hissenin kendisine ödenmesini isteyebilir⁸⁷.

Taşınır mallar üzerindeki paylı mülkiyet hissesinin haczedilmesi halinde, hissenin ZPO § 857 Abs. V, § 844'e göre pazarlıkla veya açık artırma yoluyla paraya çevrilemeyeceği kabul edilmektedir⁸⁸. Bunun sebebi ise, paylı mülkiyet hissesinin devri için malın açık artırmada edinen kişiye teslim edilmesi gerekirken, burada teslim mümkün değildir. Şayet cebri icra borçlusu vasıtalı zilyed ise, vasıtasız zilyede karşı sahip olunan istihkak hakkının temlik yoluyla devir işlemi gerçekleştirilebilir (BGB § 931). Ancak ZPO § 817 anlamındaki

⁸³ **Kuru**, (Bankalardaki Mevduat), s.124.

⁸⁴ **Schuschke/Walker**, s. 1329; **Brox/Walker**, s. 464.

⁸⁵ **Schuschke/Walker**, s. 1329; **Brox/Walker**, s. 464.

⁸⁶ **Brox/Walker**, s. 464.

⁸⁷ **Brox/Walker**, s. 464.

⁸⁸ **Brox/Walker**, s. 464.

teslim, sadece vasıtasız zilyedliğin devridir. Borçlu hissedar söz konusu mala sadece kendisi veya bir başkası ile vasıtasız zilyed ise BGB § 929'a göre zilyedliğin devredilebilmesi, hisse haczinde dikkate alınmaz. Çünkü haczin konusu, üzerinde paylı mülkiyet ilişkisinin olduğu mal değil, bu mal üzerindeki hissedir⁸⁹.

İsviçre hukukunda haczedilen hisselerin paraya çevrilmesini düzenleyen SchKG Art. 132'de "diğer ortaklık malları üzerindeki hisseler" ifadesinin içine paylı mülkiyet hissesinin de girdiği kabul edilmektedir⁹⁰. Ancak bu hissenin taşınır bir mal, alacak veya taşınmaz mal olması hakkında bilgi verilmemiştir. SchKG Art. 132'ye göre, bir paylı mülkiyet hissesinin haczedilmesi halinde paraya çevirmenin nasıl yapılacağı belirlenmesi için icra müdürü tetkik merciine başvurur. Tetkik merci ilgilileri de dinledikten sonra artırma yapılmasına karar verebileceği gibi paraya çevirme için birini idareci tayin edebilir veya gerekli diğer tedbirlerin alınmasına karar verebilir.

Türk hukukunda taşınır üzerindeki paylı mülkiyet hissesinin satış işleminin, taşınırın satışı usulüne göre (112 vd) yapılacağı, doktrinde kabul edilmektedir⁹¹. Paylı mülkiyet hissesi yalnız başına satılabilir. Ancak hissedar sayısının çok fazla olması halinde hissenin satışının mümkün olmayacağı, bu nedenle İcra ve İflâs Kanunu'nun 121. maddesinin uygulanmasının gerektiği de haklı olarak savunulmaktadır⁹².

Kanaatimizce İcra ve İflâs Kanunu'nun 121. maddesi paylı mülkiyet hissesinin haczinde uygulanabilmelidir. Çünkü söz konusu maddede belirtilen sayma tahdidî nitelikte değildir. Söz konusu madde hükmüne göre "Bir intifa hakkı veya taksim edilmemiş bir miras veya bir şirket yahut iştirak halinde tasarruf olunan bir mal **hissesi gibi yukarıki maddelerde gösterilmeyen başka nevi malların** satılması lazımgelirse icra memuru satışın nasıl yapılacağını tetkik merciinden sorar" şeklinde tadadî bir sayma söz konusudur. Nitekim mehzar kanun olan İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun (SchKG) 132. maddesine göre paylı mülkiyet hissesinin paraya çevrileceği kabul edilmektedir. Bu nedenle İcra ve İflâs Kanunu'nun 121. maddesinin uygulanmasında hiçbir sakınca olmadığı gibi, satış için kanaatimizce bu maddenin uygulanması bir zorunluluktur. Çünkü paylı mülkiyet hissesinin haczi ve satışını düzenleyen İcra ve İflâs Kanunumuzda özel bir düzenleme yoktur.

⁸⁹ Brox/Walker, s. 464.

⁹⁰ Kurt Amonn, Grundriss des Schuldbetriebs und Konkursrechts, Bern 1993, s. 234.

⁹¹ Necmeddin M. Berkin, Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul, 1980, s. 322; Kuru, (El Kitabı), s. 546; Talih Uyar, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C.5, İİK 82-97; C. 6 İİK 97a- 133, Ankara 2006, (Şerh), s. 9476.

⁹² Kuru, (El Kitabı), s. 546; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 358, dn. 10.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 121. maddesine göre icra mahkemesi, alacaklıya şüyuun giderilmesi davası açmak için yetki verebilmelidir⁹³. Nitekim Alman hukukunda BGB § 751'de alacaklıya paylı mülkiyet ilişkisinin ortadan kaldırılmasını isteme hakkı tanınmıştır. Aynı şekilde Türk hukukunda da alacaklıya bu hakkın tanınması gerekir. Kanaatimizce 121. maddenin kapsamına paylı mülkiyet hissesinin satışının da girmesi gerekir. Şayet paylı mülkiyet hissesinin satışını 121. madde kapsamında değerlendirirsek, alacaklıya şüyuun giderilmesi davası açmak için yetki verilmesinin de hukuki temelini bulmuş oluruz. Ancak Yargıtay alacaklıya bu şekilde bir yetkinin verilemeyeceğini kabul etmektedir⁹⁴.

B. TAŞINMAZ MALLAR ÜZERİNDEKİ PAYLI MÜLKİYET HİSSESİNİN SATIŞI

Alman hukukuna göre, borçlunun taşınmaz mallar üzerindeki paylı mülkiyet hissesine cebri icranın nasıl yapıldığı paraya çevirmenin şeklini de belirler. Borçlunun **paylı mülkiyetin ortadan kaldırılmasından doğan hakları** haczedilmiş ise, bu hakların paraya çevrilmesi, ZPO § 857 ve § 835 Abs.1'e göre alacaklıya tahsil için devir yoluyla yapılır⁹⁵. Bu hakların itibari değerleri olmadığı için ödeme yerine devir kararı ile paraya çevirmenin mümkün olmadığı kabul edilmektedir⁹⁶.

İsviçre hukukunda ise, haczedilen taşınmaz malların paraya çevrilmesine ilişkin yönetmelik olan VZG'nin 73-73i maddelerinde taşınmaz mal üzerindeki paylı mülkiyet hissesinin paraya çevrilmesi düzenlenmiştir.

Paraya çevirme talebi SchKG Art. 116'da taşınmaz malların paraya çevrilmesi için öngörülen süreye göre yapılır⁹⁷. Taşınmazlar için öngörülen süre ise, hacizden itibaren en erken altı ay, en geç iki yıl sonra istenebilir. VZG Art.73'e göre, paylı mülkiyet hissesi paraya çevrilecek ise, icra dairesi tarafından talep edilecek olan tapu sicili örneğinin sadece haczedilen hisse hakkında değil, taşınmazın tamamı hakkında bilgi içermesi gerekmektedir⁹⁸. Paylı mülkiyet hissesinin artırma kararının ilanında, borçlunun hissenin oranı, hissenin özellikleri, paylı mülkiyet ilişkisinin söz konusu olduğu taşınmazın

⁹³ **Kuru**, (El Kitabı), s. 547.

⁹⁴ (6.HD 7.5.1997, 4023/4161: YKD 1997/9, s. 1419); (HGK 24.9.2003, 6-514-512: ABD 2004/1, s. 223-231; **Kuru**, (El Kitabı), s. 546, dn.8).

⁹⁵ **Hintzen**, s. 34.

⁹⁶ **Hintzen**, s. 34.

⁹⁷ **Fritzsche/Walder**, s. 454.

⁹⁸ VZG Art.28'e göre paraya çevirme talebinin borçluya bildirilmesinden sonra icra dairesi, artırma yoluyla satılacak olan taşınmazın tapu sicilindeki kaydının bir örneğini talep eder.

takdir edilen kıymeti ve teferruatı, şayet kat mülkiyeti söz konusu ise, borçluya düşen bölümün ve teferruatlarının da bildirilmesi gerekir (VZG Art.73a, Abs.1). Ayrıca önceki kanton kanunlarına göre oluşmuş ancak henüz tapu kütüğüne kaydedilmemiş olan rehin ve irtifak hakkı sahiplerinin haklarını bildirmeleri için bir çağrı (ilan) yapılır (VZG Art.73a Abs.2). Şayet tapu sicili örneğine göre paylı mülkiyet ilişkisinin söz konusu olduğu taşınmazın üzerinde rehin hakkı olduğu ortaya çıkarsa, bu durumda artırma tarihi geçici olarak belirlenmez ve Art.73a Abs.2'deki gibi tapu sicilinden anlaşılmayan rehin ve irtifak haklarının belirlenmesi için bir davet (ilan) yapılır ve bu hakların düzene konulması sağlanır (VZG Art.73a Abs.3). Taşınmazın üzerinde rehin hakkı olduğu VZG Art.73a Abs. 2 ve 3 anlamındaki kamusal ilanın bir örneği rehin hakkı veya intifa hakkı sahiplerine de tebliğ edilir (VZG Art. 73b). Daha sonra paraya çevrilecek olan hisse üzerindeki yükler ve paylı mülkiyet ilişkisinin söz konusu olduğu taşınmaz üzerindeki yükler bir birinden ayrılarak tapu siciline kaydedilir. Haczedilen hisse ve taşınmaz üzerindeki yüklerin kaydı, hisseyi haczettiren alacaklıya veya alacaklılara, ipotek alacaklılarına, şerhlerden anlaşılan diğer hak sahiplerine ve borçluya bildirilir (VZG Art.73d).

Yüklerin düzene konulması aşamasının sonucuna göre, taşınmazın rehinle yüklü olduğu anlaşılırsa, artırma geçici olarak yapılmaz (73e Abs.1). Paylı mülkiyete konu teşkil eden taşınmazın rehinli olması ve borçlunun ve diğer hissedarların rehin alacaklısına karşı müteselsilen sorumlu olmaları halinde, icra dairesi, rehin alacaklısı ve diğer hissedarlar ile taşınmaz üzerindeki rehin yükünün her bir hisseye göre paylaşılmasını isteyerek, borç yükümlülüğünün uygun olarak paylaşılması için bu kişiler arasında müzakere düzenler (VZG Art. 73e Abs.2). Müzakere amacına ulaşırsa, tapu sicilinde gerekli değişiklikler yapıp, yüklerin kaydı müzakere sonucuna uygun hale getirilir ve borçlunun hissesi bu şekliyle artırmaya çıkarılır (VZG Art.73e, Abs. 2).

İcra dairesi paylı mülkiyet ilişkisinin ortadan kaldırılması için ilgililerle müzakere yapabilir (VZG Art. 73e, Abs.3). Paylı mülkiyet ilişkisinin kaldırılmasıyla, borçluya düşecek parselin paraya çevrilmesi sonucunda elde edilen bedelden veya paylı mülkiyet konusu taşınmazın satılması sonucunda borçluya düşecek bedelden alacaklının kısmen veya tamamen tatmin edilmesi sağlanmaya çalışılır (VZG Art.73e, Abs.3). İcra dairesinin, hukuki ilişkide yapmak istediği değişiklikler esnasında borçlunun katılma hakları, icra dairesi tarafından kullanılır (VZG Art. 73e, Abs.4).

Yüksek kantonal tetkik mercii biraz önce belirtilen uzlaşma müzakerelerini kendisi yapabileceği gibi, alt derecedeki bir tetkik mercii de yetkili olduğunu belirtebilir (VZG Art.73e, Abs.5).

İcra dairesi taşınmaz üzerindeki rehin hakkının hisselerle göre paylaşılmasını veya paylı mülkiyet ilişkisinin ortadan kaldırılmasını sağlayamaz ise, hisse bu şekliyle artırmaya çıkarılır. Diğer hissedarların kanuni ön alım

haklarını (ZGB Art.682) kullanabilmeleri için, özel olarak hissedarlara hissenin satışının yapılacağı bildirilir (SchKG Art. 139)⁹⁹. Diğer hissedarlar artırma için gerekli olan en yüksek artırma bedelini teklif ederlerse, hisse, diğer hissedarlara ihale edilir. Şayet diğer hissedarlar ön alım haklarını kullanmak istemezler ise, hisseyi artırmada edinen üçüncü kişiye karşı ön alım hakkını ileri süremezler¹⁰⁰.

Türk hukukuna göre, taşınmaz üzerindeki paylı mülkiyet hissesinin paraya çevrilmesi işlemi, taşınmazların paraya çevrilmesine ilişkin hükümlere göre yapılır¹⁰¹. Yani satış işlemi açık artırma yoluyla yapılır. Ancak hissedar sayısının çok fazla olması halinde hissenin paraya çevrilmesi çok zor olabilir. Bu nedenle icra mahkemesinin alacaklıya şüyuun giderilmesi davası açmak için yetki verilmesi gerektiği doktrinde kabul edilmektedir¹⁰². Ancak Yargıtay, borçlunun taşınmaz üzerindeki paylı mülkiyet hissesinin doğrudan doğruya satılabileceği, alacaklının ortaklığın giderilmesi davası açma yetkisinin haczedilen hissenin elbirliği hissesi olması halinde mümkün olacağı ve bu nedenle de İcra ve İflâs Kanunu'nun 121. maddesine göre alacaklıya ortaklığın giderilmesi davası açma yetkisinin verilemeyeceğini ve İcra ve İflâs Kanunu'nun 121. maddesine göre paylı mülkiyet hissesinin paraya çevrilemeyeceğini kabul etmektedir¹⁰³.

⁹⁹ **Jaeger/Walder/Kull/Kottmann**, B.I, s.735; **Fritzsche/Walder**, s. 454.

¹⁰⁰ **Fritzsche/Walder**, s. 454.

¹⁰¹ **Berkin**, s. 322; **Kuru**, (El Kitabı), s. 546; **Uyar**, (Şerh), C. 6, s. 9476.

¹⁰² **Kuru**, (El Kitabı), s. 546–547.

¹⁰³ “Davalılardan ve arkadaşları vekilinin 5107 parsel sayılı taşınmazın satışına ilişkin temyize gelince; borçlu mirasçının alacaklısı, alacağını tahsil maksadıyla İcra Tetkik Mercii'nden alacağı yetki belgesine dayanarak borçlunun ortağı olduğu taşınmaz için ortaklığın giderilmesi davası açabilir. Böyle bir durumda İİK'nun 121. maddesine göre alacaklının dava hakkı, ancak taşınmazın elbirliği mülkiyeti halinde kayıtlı olmasına bağlıdır. Dava konusu 5107 parsel sayılı taşınmaza ait dosyaya celbedilen son tapu kaydından taşınmazın miras bırakan S. adına kayıtlı iken mirasçılarının elbirliği halindeki mülkiyete son vererek paylı mülkiyete çevirdikleri, 4833/66440 payın 05.05.2004 tarihinde intikal suretiyle borçlu H. adına tescil edildiği görülmektedir. Bu durumda *taşınmazda elbirliği halinde mülkiyet söz konusu olmadığından, paylı mülkiyette payın haczi ve satışı mümkün bulunduğundan, bu parsel hakkında açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken, «satış kararı» verilmesi hatalı olmuştur*”. (6.HD 12.7.2005, 6366/7456: www.talihuyar.com.; **Uyar**, (Şerh), c. 6, s. 9481–9482); bu yönde başka kararlar için bkz. (6. HD 14.1.2003, 8277/141: **Uyar**, (Şerh), C.5, s. 7871); (2.HD 11.10.2005, 11464/13914; 6.HD 26.10.1989, 12935/16016; HGK 24.9.2003, 6/514/512: www.kazancı.com.tr.).

Kanaatimizce taşınmaz üzerindeki paylı mülkiyet hissesinin paraya çevrilmesi İcra ve İflâs Kanunu'nun 121. maddesine göre yapılabilmesi ve gerekirse icra mahkemesinin alacaklıya şüyuun giderilmesi davası açma yetkisi vermesi gerekir. Çünkü 121. maddede ki sayma tahdidî nitelikte olmayıp, tadadî niteliktedir. Ayrıca taşınmaz üzerindeki paylı mülkiyet hissesinin nasıl paraya çevrileceğine ilişkin İcra ve İflâs Kanunu'nda açık bir hüküm de mevcut değildir.

Haczedilen taşınmazlar üzerindeki paylı mülkiyet hissesinin satılması halinde, Türk Medeni Kanunu'nun 733. maddesinin birinci fıkrasındaki açık hüküm gereğince, diğer hissedarların şufa hakları söz konusu değildir. Ancak diğer hissedarların, hacizli hisse için en yüksek peyi ileri sürerek hisseyi satın almalarına da bir engel yoktur.

C. ALACAKLAR ÜZERİNDEKİ PAYLI HAK SAHİPLİĞİ HİSSESİNİN SATIŞI

Alman hukukuna göre BGB § 751 gereğince borçlu hissedarın hissesinin haczedilmesi ve devredilmesi kararından sonra, alacaklının paylı mülkiyet (ortaklık) /hak sahipliği ilişkisinin ortadan kaldırılmasını isteme hakkı vardır¹⁰⁴. Alacaklar üzerindeki paylı mülkiyet (ortaklık)/ hak sahipliği ilişkisi alacağın tahsili ve hissedarların hisselerine göre alacağın paylaşılması suretiyle ortadan kaldırılabilir¹⁰⁵. Ancak alacak henüz tahsil edilemiyor ise, BGB § 754'e göre bu alacağın satılması ve elde edilen bedelin hissedarların hissesine göre paylaşılması suretiyle de paylı mülkiyet (ortaklık)/ hak sahipliği ilişkisi ortadan kaldırılabilir¹⁰⁶.

Türk hukukunda alacaklar üzerindeki paylı hak sahipliği hissesinin İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesine göre haciz ihbarnamesi gönderilmek suretiyle yapılacağı doktrinde kabul edilmektedir¹⁰⁷. Haciz işlemi 89. maddeye göre yapıldığı için, paraya çevirme için özel bir işlemin yapılmasına gerek yoktur¹⁰⁸.

Bize göre de, alacaklar üzerindeki paylı hak sahipliği hissesinin haczi İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesine göre yapıldığı için, ilgili üçüncü kişiye gönderilen haciz ihbarnamesinde borçluya ödeme yapılmaması, borçlunun alacağının icra dairesine ödenmesi gerektiği bildirildiği için, ayrıca paraya çevirme işlemi yapılmasına gerek yoktur. Ancak haczedilen alacağın henüz vadesi gelmemiş ise, bu durumda bu alacağın açık artırma yoluyla satılması

¹⁰⁴ Schuschke/Walker, s. 1329; Brox/Walker, s. 466.

¹⁰⁵ Schuschke/Walker, s. 1329; Brox/Walker, s. 466.

¹⁰⁶ Brox/Walker, s. 466.

¹⁰⁷ Kuru, (Bankalardaki Mevduat), s. 124; Uyar, (İİK mad.89), s.30–31.

¹⁰⁸ Uyar, (İİK mad.89), s.30–31.

mümkündür¹⁰⁹. Bunun dışında haczedilen alacak çekişmesiz ise, ödeme yerine alacaklıya devri de mümkündür. Şayet alacak çekişmeliyse, tahsil için devir yoluyla da haczedilen alacak üzerindeki hisse paraya çevrilebilmelidir.

SONUÇ

Hisse hakkının doğduğu ilişki, paylı mülkiyet ilişkisi olabilir. Paylı mülkiyet ilişkisi ise, taşınır mallarda, taşınmazlarda, alacaklarda söz konusu olmaktadır. Paylı mülkiyet hissesinin haczedilebileceği ve paraya çevrilebileceği hususunda Alman ve İsviçre hukuklarında somut düzenlemeler mevcuttur. Ancak Türk hukukunda Türk Medeni Kanunu'nun 688. maddesinin üçüncü fıkrasında paylı mülkiyet hissesinin haczedilebileceği hükme bağlanmış, fakat haciz ve paraya çevirme işleminin hangi hükümlere göre yapılacağı İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Haciz ve paraya çevirme işleminin nasıl yapılacağı belirlenmesi için İcra ve İflâs Kanunu'nda değişiklik yapılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Amonn, Kurt: Grundriss des Schuldbetreibungs und Konkursrechts, Bern 1993.

Andrea, Hans Christian Andreas: Zwangsvollstreckung in Miteigentumsanteile an Grundstücken, Hamburg 1973.

Bahtiyar, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2006, s. 18.

Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, München 2007.

Baur, Fritz / Stürner, Rolf / Bruns, Alexander: Zwangsvollstreckungsrecht, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin 2006.

Behr, Johannes: Die Vollstreckung in Personengesellschaften, NJW 2000, s. 1137–1144.

Berkin, Necmeddin M.: Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul, 1980

Bisang, Raymond L.: Die Zwangsverwertung von Anteilen an Gesamthandschaften, Zürich, 1978.

Bourquin, Robert C.A.: Die Zwangsvollstreckung in den Anteil des Schuldners am Gesellschaftsvermögen einer Kollektiv- oder Komandit-Gesellschaft, BISchK 1956, Heft 4, s. 97–113.

Brox, Hans/Walker, Wolf-D.: Zwangsvollstreckungsrecht, Köln- Berlin-Bonn- München 2003.

Esener, Turhan: Eşya Hukuku, Ankara 1985.

¹⁰⁹ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, İcra Ve İflâs Hukuku, Ankara 2006, s. 250.

- Furtner, Georg:Zwangsvollstreckung in Bruchteilsmitigentum, NJW 1969, s.871–873.
- Gramentz, Dieter: Die Aufhebung der Gemeinschaft nach Bruchteilen durch den Gläubiger eines Teilhabers, Bielefeld 1989.
- Hintzen, Udo: Pfändung und Vollstreckung im Grundbuch, Herne–Berlin 2000.
- Hoffmann, Rolf:Zwangsvollstreckung in Miteigentumsanteile an Grundstücken- OLG Köln, OLGZ 1969, 338, JuS 1971, s. 20- 24.
- İmre, Zahit / Erman, Hasan: Miras Hukuku, İstanbul 1989.
- Jaeger, Carl/Walder, Hans Ulrich/Kull, Thomas M./Kottmann, Martin:Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs; Erläutert für den praktischen Gebrauch, Band I, Zürich 1997.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: Medenî Kanun`umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003.
- Kunz, Romano :Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, Bern 1963.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2007.
- Kuru, Baki: Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi, 2002.
- Kuru, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004, (El Kitabı).
- Lackmann, Rolf: Zwangsvollstreckungsrecht mit Grundzügen des Insolvenzrecht, München 2003.
- Lüke, Gerhard/Wax, Peter: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 3 §§ 803–1066, München 2001.
- Mengiardi, Reto:Die Errichtung von beschränkten dinglichen Rechten zugunsten und zu Lasten von Miteigentumsanteilen und Stockwerkeigentumseinheiten, Bern 1972.
- Musielak, Hans– Joachim: Kommentar zur Zivilprozessordnung, München 2005.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Özdemir- Oktay, Saibe:Eşya Hukuku, İstanbul 2004
- Önen Ergun: İnşai Dava, Ankara 1981.
- Özmen, Ethem Sabâ: Türk Hukukunda Paydaşıktan Çıkarma Davası, Ankara 1992.
- Pekantez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2006.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin:Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul 2003.
- Postacıoğlu, İlhan: İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1973.
- Prütting, Hanns / Stickelbroch, Barbara: Zwangsvollstreckungsrecht, München– Berlin 2002.

Rosenberg, Leo/Gaul, Hans Friedhelm/Schilken, Eberhard:Zwangsvollstreckungsrecht, München 1997.

Roth, Herbert: Pfändung und Verpfändung von Gesellschaftsanteilen, ZGR 2000, s.187–222.

Schuschke, Winfried/Walker, Wolf- Dietrich: Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz Kommentar zum Achten Buch der ZPO Band I Zwangsvollstreckung §§ 704–915 h ZPO, Köln, Berlin, Bonn, München 2002.

Sirmen, Lale: Eşya Hukuku Dersleri, Ankara 1995.

Stahelin, Adrian/Bauer, Thomas/Stahelin, Daniel :Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel- Genf- München 1998, SchKG II, Art. 88- 220.

Stein, Friedrich/Jonas, Martin: Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 8, Tübingen 2004, (B. 8).

Stöber, Kurt: Forderungspfändung Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte, Bielefeld 2002.

Uyar, Talih: İcra Hukukunda Haciz, Manisa 1983, (Haciz).

Uyar, Talih: İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C.5, İİK 82–97; C. 6 İİK 97a-133, Ankara 2006, s. 9476, (Şerh).

Uyar, Talih: İİK.nun 94. Maddesi Hakkında Bir İnceleme, www.talihuyar.com.

Uyar, Talih: Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki– Kıymetli Evraka Bağlı Olmayan– Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK mad.89) , s.30–31, www.talihuyar.com.

Üstündağ, Saim: İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2000.

Tez Özetleri

TÜRK VE ALMAN HUKUKUNDA GEREKÇE YÜKÜMLÜLÜĞÜ*

Dr. Atila Erkal**

ÖZET

İdari işlemlerin gerekçelendirilmesi özellikle bireylerin hukuki korunması için büyük önem arz etmektedir. İdari işlemde gerekçe yükümlülüğü kanunda genel bir hüküm olarak düzenlenmişse, İdare tesis ettiği idari işlemi gerekçelendirmelidir. Gerekçe yükümlülüğü Almanyada İdari Usul kanununda genel bir hüküm olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık Türkiye’de bir İdari Usul kanunu ve bununla birlikte İdari işlemde genel bir gerekçe yükümlülüğü mevzu bahis değildir.

ANAHTAR KELİMELER: Gerekçe yükümlülüğü, Gerekçe zorunluluğu, Gerekçe, İdari Usul, Almanya

DIE PFLICHT ZUR BEGRÜNDUNG VON VERWALTUNGSAKTEN IM TÜRKISCHEN UND DEUTSCHEN RECHT

ABSTRAKT

Die Begründung eines Verwaltungsakts hat insbesondere bei dem Rechtsschutz der Einzelnen eine erhebliche Bedeutung. Soweit die Begründungspflicht durch ein Gesetz als eine generelle Vorschrift geregelt ist, sind die Verwaltungsakte mittels der Verwaltung zu begründen. In Deutschland ist die Begründungspflicht im Verwaltungsverfahrensgesetz geregelt. Demgegenüber besteht in der Türkei noch kein Verwaltungsverfahrensgesetz und somit auch keine allgemeine Begründungspflicht.

SCHLÜSSELWÖRTER: Begründungspflicht, Begründungszwang, Begründung, Verwaltungsverfahren, Deutschland

* Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde 2002 tarihinde yazılan yüksek lisans tezinin özetidir.

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

GİRİŞ

İdari işlemlerin yapılışında belli bir şekle uyulması ve belli bir usulun izlenmesi gerekmektedir. İdari işlemlerin belli bir sebebe dayanması gerekmesine rağmen, Türkiye’de sebebin ilgiliye bildirilmesini düzenleyen genel bir hukuk kuralı yoktur. Kavram olarak her ne kadar sebep ve gerekçe bir birine benzese de farklı anlam taşımaktadırlar. Sebep daha çok idareyi işlem yapmaya yönelten etken, gerekçe ise en basit ifadeyle işlemin sebebinin ilgiliye bildirilmesidir. Gerekçe yükümlülüğü ise işlemin sebebinin ilgiliye bildirilmesinin ödev şeklinde düzenlenmesidir. Bu da genel gerekçe yükümlülüğünün kanunlarda düzenlenmesi ile sağlanacaktır. Burada asıl olan gerekçe yükümlülüğünün genel bir ilke olarak İdari Usul Kanununda düzenlenmesi gerkliliğidir. Çünkü “Modern bir idari usul”¹ her şeyden önce hukuk devletinin bir sonucudur.

Türk hukukunda gerektiği değeri görmemiş ve hukuk uygulamasında fazla yer alamamış modern bir idari usulün ayrılmaz parçası olan gerekçe yükümlülüğü bu çalışmada incelenecektir. İkinci bölümde Türk Hukukunda gerekçe yükümlülüğü, Alman hukukunda gerekçe yükümlülüğü, farklı kanunlar ele alınarak incelenecektir.

I. KAVRAM

Özel hukuk işlemlerinden farklı olarak idari işlemlerin bir takım kurallara uyularak tesis edilmesi gerekmektedir. Bu kurallar özellikle idari işlemin yapılış usulünde kendisini göstermektedir. Gerek şekil şartları gerekse muhteva açısından özel hukuk işlemlerinden ayrılmaktadır. Bu çerçevede özellikle bir işlemin idari işlem vasfına haiz olabilmesi bir takım özellikleri taşıması gerekmektedir. İdari işlemin belli bir hukuki sonuç doğurmaya yönelik bir düzenleme olması ve belli bir sebebe dayanması gerkliliği, gerekçe kavramıyla yakından ilgilidir. Bu nedenle bu kavramların birbirinde ayırt edilmesi gerekmektedir.

¹ “İdari usul, idarenin kamu gücünü kullanarak bireylerin hak ve çıkarlarını etkilemeden önce, ilgililerin birtakım hak ve yetkilerle donatılarak, idare makamı önünde menfaatlerini korumalarına imkan sağlayan çağdaş bir müessesedir”. **ODYAKMAZ** Zehra, “İdari Usulden Beklediklerimiz, İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu (17-18 Ocak 1998), Ankara 1998, s. 2; **ODYAKMAZ** Zehra, Hazırlanmakta Olan İdarî Usûl Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma Ve Bireye Tanınan Haklar”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Naci Kınacıoğluna Armağan, Aralık 1997, C. I, sy. 2, s. 3.

A. DÜZENLEME VE GEREKÇE YÜKÜMLÜLÜĞÜ

İdari işlemin özelliklerinden biri de hukuki sonuç doğurmaya yönelik bir düzenleme olmasıdır². Bu unsur idari işleme, hukuki işlem niteliği veren ve idari eylemden ayırdeden özelliktir³. Düzenleme, hukuki bağlayıcılığı olan bir tespit; belli bir kişiye yönelik hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade beyanı ya da birbirini tamamlayan irade beyanlarıdır⁴. Düzenleme kavramı bir yönüyle idari işlemi ortaya çıkarma faaliyetini; diğer bir yönüyle de bu faaliyetin sonucunu kapsamaktadır⁵.

İdarenin, idari işlemle doğrudan doğruya dışarıya yönelmiş bir hukuki sonuç hedeflemiş olması gerekmektedir⁶. Bu sebeple idarenin iç işleyişi ile ilgili faaliyetler idari işlem kapsamı dışında tutulmaktadır⁷. Yani idarenin, bir idari işlemle hukuki sonucu istemiş olması gerekmektedir⁸. Hukuki sonucun (dış etki) istenmemiş olması, halinde idari işlemden söz edilemez⁹. İdari işlemin unsurunu oluşturan düzenlemenin, hukuki etki yaratabilmesi için, tamamlanmış olması da gerekmektedir. Aksi takdirde hukuki etki ortaya çıkmaz¹⁰. Kaldı ki düzenlemenin tamamlanmamış olması, yapılan irade açıklamasının, idari işlem niteliğine sahip olamamasının da bir sonucudur.

² İdari makamlarca yapılma, kamu gücü kullanımı, tek yanlılık, icrailik, idari işlemin diğer özellikleridir.

³ **AKYILMAZ** Bahtiyar - **SEZGİNER** Murat, İdare Hukuku Dersleri, Konya 2001, s. 201.

⁴ **AKYILMAZ** Bahtiyar, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara 2000, s. 37.

⁵ **AKYILMAZ**, İdari İşlem, s. 38.

⁶ **WALLERATH** Maximilian, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Siegburg 1992, s. 170.

⁷ **ULE** Carl Hermann-**LAUBINGER** Hans Werner, Verwaltungsverfahrenrecht, 3. Aufl. München 1986, s. 349; Ancak bu tür işlemler uygulamada hukuki etki yaratıyorsa, idari usulün konusunu oluşturan birer idari işlem olarak kabul edilir. **AKYILMAZ**, İdari İşlem, s. 45; Buna karşılık Wallerath, idarenin iç işleyişi ile ilgili işlemlerde dış etki amaçlanmadığı için, her ne kadar istisnaen dış etkisi de olsa, idari işlem vasfı kazanamayacağını belirtmektedir. **WALLERATH**, s. 170-171.

⁸ **MEYER** Hans-**BORGS-MACIEJEWSKI** Herman, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Farnfurt 1982, VwVfG § 35 Rn. 28.

⁹ **WALLERATH**, s. 170.

¹⁰ **AKYILMAZ / SEZGİNER**, s. 201.

Düzenleme usul sürecinde gerçekleşen bir durumdur. Yani idari işlemin yapılış sürecinde, idarenin yerine getirmek zorunda olduğu bir husustur. Gerekçe ise idari işlemin tamamlanmasından sonra, idare tarafından doğrudan veya ilgilinin istemi üzerinde işlemin sebebinin ilgiliye bildirilmesidir. Dolayısıyla düzenleme ile bir hukuki sonucun gerçekleştirilmesinin hedeflenmesi bir anlamda idarenin, işleminin sebebinin hukuki sonucudur diyebiliriz. Bu itibarla sebeple hedeflenen hukuki sonucun birbirine bağlı olması gerekmektedir. İşlemin muhatabı sebeple hedeflenen hukuki sonuç arasındaki ilişkiyi, gerekçe bulunuyorsa daha kolay kavrayacak ve hukuka aykırılığı tespit ettiği takdirde gerekli hukuk yoluna müracaat edebilecektir. Sonuç olarak, düzenlemeyle hedeflenmiş hukuki sonuca gerekçede yer verilmesi etkili bir hukuki korumayı sağlayacaktır.

B. SEBEP VE GEREKÇE YÜKÜMLÜLÜĞÜ

İdare, işlem yaparken keyfi davranamaz. İdareyi işlem tesis etmeye götüren belli bir sebebin ya da sebeplerin mevcudiyeti gerekir. İdari işlemlerin belli bir sebebe dayalı olması gerekliliği idare hukukunun temel bir kuralıdır¹¹. Bu durum idare hukukunun kozalist bir hukuk dalı olmasının sonucudur. Yani idarenin, hiçbir davranışı sebepsiz olamayacağı gibi, davranışlarının sebebi de mutlaka bir hukuk kuralına dayanmak zorundadır¹². Dolayısıyla idari işlemlerin, kendilerinden önce var olan ve hukuk kurallarınca belirlenmiş bulunan bir sebebe dayanması gerekmektedir. Bu bir idari işlem olabileceği gibi maddi bir olay da olabilir¹³.

İdari işlemin sebebi, o idari işlemde önce gelen, idareyi o işlemi yapmaya sevkeden ve objektif hukuk kurallarınca belirlenmiş bulunan bir

¹¹ **ONAR** Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, c. I, İstanbul 1966, s. 282; **ÖZAY** İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul 2002, s. 356; **GÖZÜBÜYÜK** A. Şeref, Yönetim Yargısı, Ankara 2001 s. 222; **GÖZÜBÜYÜK** A. Şeref – **TAN** Turgut, İdare Hukuku, c. II, Ankara 1999, s. 472; **GÜNDAY** Metin, İdare Hukuku, Ankara 1999, s. 119; **KABOĞLU** İbrahim Ö., Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Jürisprudansı ve İdari Kararların Gerekçeli Olma Zorunluluğu, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, Ankara 1-4 Mayıs 1990, s. 323.

¹² **ÖZAY**, Yönetim, s. 302; **MULLER IBOLD** Till, Die Begründungspflicht im europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht, Frankfurt am Main; Bern; New York; Paris 1990, s. 4.

¹³ **GÜNDAY**, s. 120; **ÖZAY**, Yönetim, s. 357; **GÖZÜBÜYÜK**, Yargı, s. 222; **GÖZÜBÜYÜK** / **TAN**, c. II, s. 472; **AKYILMAZ** / **SEZGİNER**, s. 224; **ÖZYÖRÜK** Mukbil, İdare Hukuku (İdari Yargı Ders Notları), Ankara 1977, s. 139; **GÖZÜBÜYÜK** A. Şeref - **DİNÇER** Güven, İdari Yargılama Usulü, Ankara 2001, s. 138.

etken¹⁴; idari işlemin içeriği ile irade beyanı arasındaki illiyettir¹⁵. Başka bir ifadeyle sebep, idari makam tarafından yapılan idari işlemin doğru ya da yanlış, hukuka uygun ya da aykırı, savunulabilir ya da savunulamaz olduğuna bakmaksızın, idari işleme temel teşkil eden mülahaza yada düşünceleri ifade eder¹⁶. Bu itibarla gerekçesiz işlem olabileceği halde sebepsiz işlem olamaz¹⁷.

İdari işlem mutlaka bir sebebe dayanmak zorunda olmakla birlikte mevzuatta işlemin sebebi her zaman gösterilmeyebilir ya da sebep olarak belirsiz kavramlar gösterilmiş olabilir.

İdarenin tasarruflarını maddi olarak haklı çıkartan sebep, kavram olarak idari işlemin gerekçesinden başka bir şeyi ima etmektedir¹⁸. Yani sebep ve gerekçe kavramları birbirine çok yakın olsalarda farklı olguları ifade etmektedirler.

Gerekçe yükümlülüğü, idarenin neden tasarrufta bulunduğunu açıklamak veya onu bir önlem almaya götüren nedenin ne olduğu hakkında bilgi vermesi demektir¹⁹. Başka bir ifadeyle, idari makamın niçin, nasıl ve hangi şartlarda o işlemi yaptığını ve neden başka bir içerikte bir işlem yapmadığını ortaya koyması²⁰; idari makam veya karar alan makamın hukuki sebepten ne yaptıklarını takdim etmeleri²¹; “içteki yani görünmeyen sebepleri ya da olayları” açıklamalarıdır²².

İdari işlemlerde sebep ilkesinden değil, gerekçe ilkesinden ya da gerekçe yükümlülüğünden söz edilir²³. Bununla birlikte gerekçe yükümlülüğü kavramı açık bir kavram değildir. Bu kavramın anlaşılması için temel olarak farklı durumlar düşünülebilir. Bunlardan biri gerekçe yükümlülüğünün, idareyi

¹⁴ **GÜNDAY**, s. 119; **ÖZAY**, Yönetim, s. 357; **GÖZÜBÜYÜK**, Yargı, s. 222; **GÖZÜBÜYÜK / TAN**, c. II, s. 472; **AKILLIOĞLU** Tekin, Yönetim İşlemlerinde Gerekçe İlkesi, AİD, c. 15, sy. 2, 1982, s. 7; **AKYILMAZ / SEZGİNER**, s. 224; **ÖZYÖRÜK**, İdari Yargı, s.139; **GÖZÜBÜYÜK / DİNÇER**, s. 138.

¹⁵ **MALORNY** Michael, Die Pflicht zur Begründung von Verwaltungsakten, Diss., Spayer 1981, s. 5.

¹⁶ **AKYILMAZ**, İdari İşlem, s. 199; **MALORNY**, s. 5.

¹⁷ **AKILLIOĞLU**, Gerekçe, s. 7.

¹⁸ **MULLER IBOLD**, s. 5.

¹⁹ **MULLER IBOLD**, s. 5.

²⁰ **AKYILMAZ**, İdari İşlem, s. 200; **MALORNY**, s. 6.

²¹ **SCHEFFLER** Hans Hermann, Die Allgemeine Pflicht zur Begründung von Verwaltungsakten, DÖV 1977, s. 769.

²² **MULLER IBOLD**, s. 5.

²³ **AKILLIOĞLU**, Gerekçe, s. 8.

işlem yapmaya yönelten sebep olarak gösterilmesi, diğeri ise gerekçe yükümlülüğünün şekil ya da usul şartı olarak öngörülmesidir²⁴. Bu durumda idare, kararında ortaya koyduğu mülahazaları açıklamaya zorlanmaktadır²⁵.

Kavramın doğru anlaşılması için “gerekçe” ve “sebep” arasındaki ayrımın tespit edilmesi gerekmektedir. İdarenin tasarruflarını haklı çıkartan sebep, maddi hukukla ilgilidir. Sebep üzerindeki denetim ise münferit olay da maddi hukukla ilgili olan sebebin uygulanması için şartların mevcut olup olmadığıdır²⁶. Ancak idare vatandaşın haklarına müdahalede kanuni bir yetkiye ihtiyaç duymaktadır. Dolayısıyla idarenin sebepsiz ve bununla birlikte keyfi davranışı hukuka uygun değildir ve bu sebeple kabul edilemez. Gerekçe ise sebep unsurunun olaya doğru uygulanıp uygulanmadığının vatandaş tarafından idari işlemin yapılmasından sonra denetlenmesini sağlamaktadır.

Bir kararın gerekçesi, kararın içeriğinde yer alan sebeplerle de karıştırılmamalıdır. Zira işlemin muhatabı idarenin tasarrufunu yanlış veya hukuka aykırı bulursa bunu idarenin karar metninde belirttiği sebeplerle karşılaştırarak işlemin gerekçesinin yanlış olduğunu öne sürebilecektir.

Sebep ile gerekçe birbirinden farklı işlevlere sahiptir²⁷. Sebep unsuru yargıca, gerekçe ise ilgiliye yöneliktir²⁸. Bunun yanında gerekçe, mahkeme, idare ve üçüncü kişiler açısından da küçümsenmeyecek derecede fayda sağlamaktadır.

İdare gerekçeyi vatandaşın ikna edecek şekilde düzenlenmeli²⁹; ilgili gerekçe ile işleme karşı savunma geliştirebilme imkanına sahip olabilmelidir³⁰. Böylece ilgilinin hukuki korunması daha etkin sağlanmış olacaktır³¹. Bu bağlamda gerekçe asıl olarak yargı denetimine ilişkin bir öge değil, fakat bilgi alma hakkının bir parçasıdır³².

²⁴ **MULLER IBOLD**, s. 4.

²⁵ **MULLER IBOLD**, s. 4.

²⁶ **MULLER IBOLD**, s. 4.

²⁷ **KIRATLI** Metin, Danıştay’ın İdarenin Takdir Yetkisini Denetlemesi ve Bağlaması, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, 1967, sy. 6, s. 33.

²⁸ **AKYILMAZ**, İdari İşlem, s. 200.

²⁹ **VOUCKO** Manfred, Die pflicht zur Begründung von Verwaltungsakten, Diss., Frankfurt 1967, s. 20.

³⁰ **SEZGİNER** Murat, Usul Kanunlarında İdari İşlemin Dış Görünüşü, İdari Usul Kanunu Uluslararası Sempozyumu, Ankara 1998, s. 218-219.

³¹ **VOUCKO**, s. 20.

³² **AKILLIOĞLU**, Gerekçe, s. 9.

Gerekçe yükümlülüğü ile idari makam, hangi olaylar ve hangi hukuki sebebe binaen işlem tesisi ettiğini ortaya koymaktadır³³. Gerekçe, kararı alacak olan idari makama, karara dayanak olacak maddi ve hukuki olayları iyice araştırmaya, aydınlatmaya zorlamaktadır³⁴. Böylece “hissi veya keyfi kararlar” (Gefühlsentscheidungen) önlenmiş ve idari işlemlerin hukuki olması sağlanmış olmaktadır. Aslında bir gerekçenin reddi, aynı zamanda uzun yıllara dayanan bir tecrübeye ve uzmanlığa sahip idarenin reddi anlamına gelmektedir³⁵. Bu sebeple de vatandaşların idareye güveni zedelenmiş olmaktadır. Gerekçe ile idareye kendini kontrol etmesinde bir araç sunulmaktadır. Bu kontrolle idarenin yanlış veya eksik işlem yapması önlenmektedir. Bu sebeple de vatandaşın idareye güveni artmaktadır. Böylece idare yeni önlemler için zaman kazanmaktadır. Bunun yanında bir işlemin gerekçesi, benzer sebebe dayalı yeni bir işlem için de geçerli olacağından süreklilik ve istikrar açısından da önemli olacaktır³⁶.

C. GEREKÇE İLKESİ

Gerekçe ilkesi, pozitif düzenlemelerde yer almasa bile idari işlemin gerekçelendirilmesi³⁷ ve ilgililere bildirilmesinin ödev biçiminde düzenlenmesidir³⁸. Gerekçe yükümlülüğünün genel olarak hukuk devleti ilkesinden kaynaklanması sebebiyle³⁹ açık bir düzenleme olmasa da hukuk devletinde idari işlemlerin gerekçelendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁴⁰.

İdari işlemin gerekçelendirilmesi yükümlülüğü, eğer kanunda açık bir şekilde düzenlenmişse bu durumda idare bu yükümlülüğe uyarak işlemin gerekçelerini bildirmek zorundadır. Ancak pozitif düzenlemelerde böyle bir yükümlülük yer almamışsa, bir hukuk devletinde idare gerekçe ilkesine binaen idari işlemin gerekçelerini ilgililere bildirmek zorundadır.

Gerekçe ilkesi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 28 Eylül 1977 tarihli ve (77) 31 sayılı “İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması

³³ VOUCKO, s. 19; GÖZÜBÜYÜK / TAN, c. I, s. 344.

³⁴ SEZGİNER, Sempozyum, s. 219.

³⁵ VOUCKO, s. 21; bkz. KOOP Ferdinand, Die Heilung von Mängeln des Verwaltungsverfahrens und Nachschieben von Gründen im Verwaltungsprozeß, VerwArch Band 61 (1970), s. 222-223.

³⁶ VOUCKO, s. 20.

³⁷ AKILLIOĞLU, Gerekçe, s. 9

³⁸ AKILLIOĞLU Tekin, Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İkinci Kitap, Kamu Yönetimi, Ankara 1990, s. 816.

³⁹ MULLER IBOLD, s. 136; MALORNY, s. 83.

⁴⁰ MALORNY, s. 22.

Hakkında Karar” başlığı altında IV. ilke olarak düzenlenmiştir⁴¹. Buna göre; “Haklarını, özgürlüklerini yada yararlarını zedeler nitelikte yönetsel işlem söz konusu olduğunda, ilgiliye işlemin dayandığı nedenler hakkında bilgi verilir. Bu bilgi verme, işlem metninde nedenlerin açıklanması biçiminde olabileceği gibi, ilgilinin isteği üzerine makul bir süre içinde ayrıca yazılı olarakta yapılabilir.”⁴².

Bu kararın ekinde yapılan yorumu göre, gerekçe sadece uyulması gereken bir şekil şartı olarak ele alınmamış, ilgili için kullanılabilir bir hak olarak da düşünülmüştür. Bu sebeple idari işlemin metninde bir gerekçe yer almasa da, dava açma süresi içinde, ilgilinin talebi üzerine gerekçe yazılı olarak bildirilmek zorundadır⁴³.

II. GEREKÇE YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN DAYANAĞI

Bireyin hukuki korunmasıyla doğrudan ilgili olan gerekçe yükümlülüğü dayanağını, modern devlet anlayışı olan hukuk devletinden almaktadır. Bunun yanında hukuk devletinde gördüğümüz, idarenin kanuliliği, kuvvetler ayrılığı, adil usul, adil yargılanma, insan onuru, hukuki teminat, takdir yetkisi, savunma hakkı, bilgi edinme hakkı gibi ilkeler de gerekçe yükümlülüğünün gücünü aldığı diğer ilkelerdir.

III. GEREKÇE YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İŞLEVİ

Gerekçe, kanuna uygun kararların tesisine ve bu bağlamda kararın doğru ve adil olmasına hizmet etmektedir⁴⁴. İdarenin, karar almasında, özellikle şekil hususunda kendi inisiyatifinin olduğu durumlarda, idari kararın maddi doğruluğu ve amaca uygun olması idari işlemde gerekçe yükümlülüğü ile sağlanmaktadır⁴⁵. Gerekçe yükümlülüğü maddi hukukun somutlaştırılmasına, maddi doğru bir kararla gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir⁴⁶.

⁴¹ 25 Mart 1957 tarihli Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşmasınının 190. maddesinde topluluk hukuku gereği ulusal makamların kararlarının gerekçeli olması zorunluluğu getirmiştir. Buna göre konsey veya komisyon tarafından yapılan her hukuksal işlemin, gerek genel nitelikli normatif işlem, gerek bireysel kararlar için gerekçeli olma zorunluluğu vardır. Bu hükme uyulmaması, 173. madde hükmüne göre, esasa ilişkin şekil ihlali olarak yaptırıma tabi tutulur. **KABOĞLU**, *Jurisprüdans ve Gerekçe*, s. 309.

⁴² **AKILLIOĞLU**, *Gerekçe*, s. 17; **AKILLIOĞLU** Tekin, *Bireyin Yönetsel İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz*, AİD., c. 14, sy. 3, 1981, s. 51.

⁴³ **AKILLIOĞLU**, *Gerekçe*, s. 17.

⁴⁴ **BADURA**, JA 1981, s. 38; **DEGENHARDT** Cristoph, *Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag*, DVBl 1982, s. 877.

⁴⁵ **SCHWAB**, s. 17.

⁴⁶ **SCHWAB**, s. 26.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA GEREKÇE YÜKÜMLÜLÜĞÜ

I. GENEL DÜZENLEMENİN BULUNMAMASI

Türk idare hukuku mevzuatında genel bir gerekçe yükümlülüğü öngören herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu sebeple idari işlemlerin gerekçelendirilmesi zorunluluğu da yoktur. Aslında bu durum idari işlemin yapılış usulünü düzenleyen genel bir usul yasasının bulunmayışından kaynaklanmaktadır. Buna rağmen gerekçe yükümlülüğü birtakım özel durumlar için, özel yasalarda, kanun hükmünde kararnamelerde, tüzük ve yönetmeliklerde hüküm altına alınmıştır.

Türk hukukunda genel bir düzenlemenin olmaması gerekçe konusunda Danıştay 10. Dairesinin attığı ileri adımın Genel Kurulca bozulması sonucunu doğurmuştur. Davaya konu olan olayda Basın Kartları Yönetmeliğinin ilgili maddeleri idari işlemin gerekçeli olmasını bir şekil şartı olarak düzenlemiştir. Danıştay 10. Dairesi, sarı basın kartı verilmesi istemini gerekçe göstermeden reddeden işlemi, “idari işlemlerin gerekçeli olması ilkesi” ne aykırı bularak iptal etmiştir⁴⁷. Ancak Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu ilgili şekil kuralını, işlemin varoluş şartına ilişkin olmayan, dolayısıyla sonucu etkilemeyen bir husus olarak görmüş ve işlemin esasının incelenmesini engellemeyeceği gerekçesiyle kararı bozmuştur⁴⁸.

Türk hukuku açısından sevindirici gelişme, idarenin faaliyetlerini yürütürken ne tür kurallara hangi mekanizma içinde uyacağını belirten “idari usul kanunu ön taslağı”nın hazırlanmış olmasıdır⁴⁹. Bu taslağın 20. maddesi idari işlemin gerekçesini düzenlemektedir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre, her idari işlemin gerekçesi olmalıdır. Bu madde bütün idari işlemleri kapsadığı için düzenleyici işlemler de bu kapsama girmektedir. Yine birinci fıkranın devamında idari işlemin gerekçesinde, idareyi işlem yapmaya yönelten maddi ve hukuki sebepler ile araştırma sonuçları da yer almalıdır. Gerekçe yoruma meydan vermeyecek şekilde açık ve net yazılmalıdır. Maddenin ikinci fıkrasında takdir yetkisine dayalı idari işlemlerin kamu yararına kullanılması gerektiği ve kamu yararını da gerekçelendirmek zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır. Üçüncü fıkrasında gizlilik kapsamındaki işlemlerde sadece gizliliğin hukuki dayanağının gerekçede gösterilmesi yeterlidir. Dördüncü fıkrasındakıyı red

⁴⁷ D10D, E. 1993/1403, K. 1994/5633, KT. 10.11.1994, DD. sy. 90, s. 1043.

⁴⁸ DİDDGK, E. 1995/769, K.1997/525, KT. 17.10.1997, DD. sy. 95, s. 84.

⁴⁹ İl Han ÖZAY başkanlığında Türk Hukukunun Avrupa Hukukuna uyumu çerçevesinde hazırlanan taslak.

veya gerekçenin anlaşılır olmaması ya da idari karar ile gerekçe arasında bir çelişki bulunması durumunda ilgilinin idareye başvurusu durmunda, idare ilgiliye 7 gün içerisinde açıklama yapmakla yükümlendirilmiştir. Son fıkrada ise idareye yapılan başvurunun itiraz ve dava açma süresini durdurduğu düzenlenmiştir.

Bu madde idari işlem de genel gerekçe yükümlülüğünü düzenlemekte ve bütün idari işlemler için gerekçeyi zorunlu kılmaktadır. Her ne kadar tasarıda gerekçe yükümlülüğüne aykırı davranılması halinde müeyyidesi belirtilmemiş ise de, idarenin yasaya aykırı davranması sebebiyle idarenin kanuniliği ilkesine binaen işlemin yargı organı tarafından iptali gerekir.

A. İDARI İŞLEMİN ŞEKLİ VE GEREKÇE İLİŞKİSİ

İdari işlemlerin hemen hemen hepsi belli şekil kurallarına uyularak yapılır. Dolayısıyla şekil, bir idari işlemin en önemli unsurunu oluşturmaktadır⁵⁰. Özel hukuk alanında şekil serbestisi ilkesi geçerli olmasına karşın, idare hukuku alanında birtakım istisnalar hariç şekle bağlılık esastır⁵¹. Şekil, özünde usulün bir parçası olmakla birlikte, iptal sebebi olarak ele alındığında, işlemin yapılması için gereken yol ve yöntemleri göstermektedir⁵².

Şekil, idari işlemin hukuk düzenine intikalinde maddi biçim olarak tanımlanmaktadır⁵³. Başka bir ifadeyle şekil, idari işlemin dış dünyaya yansımından önce işlemi yapacak olan idari makamın iradesinin oluşumuna yönelik usulü ve idari işlemin dış dünyadaki görüntüsünü⁵⁴ ifade eder⁵⁵. Yani şekil bir yandan idari işlemin hukuk düzenine intikalindeki kılığı diğer yandan da vücuda getirilmesinde izlenen usuldür⁵⁶. Devletin tasarruflarında, tasarrufun devletin fonksiyonlarına, kamu ve devletin manfaatlere uygunluğunu temin edecek en önemli araç şekildir⁵⁷. İdari işlemlerde şeklin kural olması, hem idari işlemin varlığının ispatı için gerekli hem de idari işlemi yapan makamın tesbiti

⁵⁰ GÜNDAY, s.113

⁵¹ ÖZAY, Yönetim, s. 394

⁵² GÖZÜBÜYÜK, Yargı, s. 214; GÖZÜBÜYÜK / TAN, c. I, s. 447.

⁵³ ÖZYÖRÜK, Yargı, s. 153; ÖZAY, Yönetim, s. 394; GÜNDAY, s. 114.

⁵⁴ İdari işlemin dış görünüşünden bahsetme alışkanlığı yoktur. Çünkü idarenin işlemleri içinde yer alan sözlü işlemlerinin görünmesi mümkün değildir. Burada kastedilen işlemdeki iradenin dış dünyaya yansıma şeklidir. AKYILMAZ / SEZGİNER, s. 222.

⁵⁵ AKYILMAZ, İdari İşlem, s. 67; SEZGİNER, Sempozyum, s. 201.

⁵⁶ ÖZYÖRÜK, İdare Hukuku, s. 81.

⁵⁷ ONAR, c. I, s. 307-308.

ve işlemin yapılış usulünün öğrenilmesi bakımından önemlidir⁵⁸. Bu gibi sebeplerle devletin diğer işlemleri gibi, idari işlemler de belli şekil kurallarına uyularak ve belli usuller izlenerek tesis edilmelidir⁵⁹.

Ülkemizde genel bir idari usul kanununun bulunmaması şekil ve usulle ilgili hükümlerin mevzuatımızda dağınık bir şekilde düzenlenmesine yol açmıştır. Bunun yanında idare hukukunun içtihatlarla gelişen bir hukuk dalı olması sebebiyle yargısal içtihatla da birtakım usul ve şekil kuralları ortaya çıkmıştır⁶⁰. Özellikle Danıştay şekil kurallarının iptal sebebi olarak kabul edilebilmesi için birtakım ölçütler kullanılmaktadır⁶¹.

Aslında, şekil ve usul kavramları farklı anlamlara sahiptir. Ancak şekil bir üst kavram olarak kullanılmaktadır⁶². İdari usul kuralları, idari işlemlerin sağlığı ve geçerliliği üzerinde şekil şartlarına nispeten daha etkili ve belirleyicidir. Yani idari işlemler bazı durumlarda sırf şekil eksikliği sebebiyle iptal edilmemektedir. Buna karşın usulüne uyulmayarak yapılan bir idari işlemin iptali gerekir⁶³. İdari işlemin unsurlarından olan şekil, diğer unsurlar gibi yargısal içtihatlar ile belirlenmiş, daha sonrada yasa kuralı haline almıştır. Ancak bu esnada usul işlemin unsurlarından sayılmamış şekil unsuru içinde değerlendirilmiştir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde şekil olarak ifade edilen unsurun, hem işlemin hazırlanış usulünü, hem de dış görünüşünü ifade eder şekilde kullanılması sebebiyle⁶⁴ “usul-şekil” biçiminde

⁵⁸ **ÖZAY**, Yönetim, s. 394.

⁵⁹ **GÜNDAY**, s. 114.

⁶⁰ Belli başlı usul ve şekil kuralları için bkz. **GÜNDAY**, s. 114-115.

⁶¹ D8D., E. 76/1575, K. 77/6113, KT., 16.11.1977, DD., sy. 30-31, s. 298; D8D., E. 84/74, K. 84/1345, KT. 5.11.1984, DD., sy. 58-59, s. 300.

⁶² **SEZGİNER**, Sempozyum, s. 201; 2577 sayılı İYUK'na görede idari işlemin unsurları arasında sayılan şekil unsurunun aynı zamanda usulü de kapsadığı belirtilmektedir. **GÖZÜBÜYÜK / TAN**, c. I, s. 337; Danıştay da şekil unsurunu, usulü kapsayacak şekilde tanımlamaktadır: “İdari işlemlerde şekil, işlemin hukuken geçerlik kazanmasının önemli öğelerinden birini oluşturmaktadır. O kadar ki, bir işlemin tesisinde, yasanın, düzenleyici tasarrufların veya yerleşmiş içtihatların öngördüğü koşullara uyulmamış olması o işlemi hükümsüz kılabilir veya işlemin iptaline neden olabilir.” D5D, KT. 22.11.1988, E. 88/2845, K. 88/2749, DD, sy. 74-75, s. 286.

⁶³ **DURAN** Lütfi, İdari Usulün İlkeleri ve Kapsadığı Konular, AİD., c. 31, sy. 2, Haziran 1998, s. 4.

⁶⁴ **AKYILMAZ / SEZGİNER**, s. 221.

anlaşılması ve usulün şekilden önce konulması amaca daha iyi hizmet edeceği söylenebilir⁶⁵.

İdari işlemin gerekçesi ise hem şekil hem usul kuralı olarak kendini göstermektedir. Eğer gerekçe kanunla düzenlenmiş ise şekil kuralıdır ve idari işlemde gösterilmesi gerekir. Ancak kanunda böyle bir düzenleme yok ise bu durumda usul kuralı olarak ele alınacaktır. Bu sebeple gerekçenin bütün idari işlemler için şekil olarak kabul edilebilmesi için idari işlemde genel gerekçe yükümlülüğünü düzenleyen bir idari usul kanununun mevcudiyeti gerekmektedir. Türk hukukunda kural olarak idari işlemlerde gerekçe gösterilmesi bir şekil şartı değildir⁶⁶. Ancak bu husus ilgiliye yöneliktir. Yani idare, işlemin gerekçesini ilgiliye bildirmek zorunda değildir. Ancak 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca idare, tesis etmiş olduğu idari işlemin gerekçesini yargı organına göndermekle yükümlüdür. Re'sen araştırma ilkesi gereğince de idari yargı hakimi idari işlemin gerekçesini idareden talep edebilmektedir.

İdari yargıda dava açma sürelerinin hak düşürücü süre olmaları ve çoğunlukla hukuku bilmeyen vatandaşların⁶⁷ bu süreleri kaçırmaları çok sayıda idari işlemin hukuka aykırı bir biçimde yürürlükte kalmasına neden olmaktadır. Bu çerçevede İYUK'nun 20. maddesi de bu gibi durumlarda bir anlam taşımayacaktır. Oysa idari işlemin gerekçesi işlem metninde gösterilmiş ve ilgiliye bildirilmiş olsa idi, ilgili gerekçeyele birlikte hukuka uygunluğu kontrol etme imkanına sahip olur ve bunun sonucunda bir aykırılık görürse yargı yoluna başvuru imkanını daha iyi değerlendirebilirdi⁶⁸. Böylece ne ilgili süre engeline takılır ne de hukuka aykırı bir işlem yürürlüğe girerdi. İşte bu olumsuzluk ancak idari işlemde genel bir gerekçe yükümlülüğünün hüküm altına alınması ile mümkün olabilir. Bu sebeple günümüze kadar eksiliği her zaman hissedilen bir idari usul kanunu en kısa zamanda çıkartılmalıdır. Bu sayede bir usul kuralı olan gerekçe yükümlülüğü aynı zamanda şekil kuralı halini almış olacak ve idareyi gerekçe göstermeye zorlayacaktır.

Danıştay idari işlemde gerekçe gösterilmemesini sonucu etkilemeyen bir şekil şartı olarak görmektedir. Danıştayın gerekçe yükümlülüğü ile ilgili en

⁶⁵ ÖZAY, s. 394, AKYILMAZ, İdari İşlem, s. 67, 187.

⁶⁶ Ancak gerekçe yükümlülüğü bir takım özel kanunlarda yer almaktadır. Bu sebeple de bu durumlarda idari işlemde bulunmaması şekil yönünden hukuka aykırı kabul edilmelidir.

⁶⁷ Kanunu bilmemek mazerettir. AKYILMAZ, İdari İşlem, s. 217.

⁶⁸ İdari işlemin yazılı olması, işlemde bulunan gerekçe, dava açma süreleri, ispat hukuku gibi konularda büyük fayda sağlamaktadır. ERKUT Celal, İdari İşlemin Kimliği, Ankara 1990, s. 29.

dikkat çekici kararı 17.10.1997 tarihli karardır⁶⁹. Davacıya sarı basın kartı⁷⁰ verilmemesine ilişkin işlemi, idari işlemlerin gerekçeli olması ilkesine aykırı olduğundan bahisle iptal eden Danıştayın Onuncu Dairesinin 10.11.1994 gün ve E:1993/1403. K: 1994/5633 sayılı kararı, temyizden bozulma talebiyle, İdari Dava Daireleri Genel Kuruluna gelmiştir. İDDGK, Danıştay Onuncu Daire kararını idari işlemde gerekçeye yer verilmemesini sonucu etkilemeyen bir şekil ve usul şartı olduğu gerekçesiyle bozmuştur.

Burada her ne kadar gerekçenin idari işlemin sonucunu etkilemediği iddia ediliyorsa da, bundan daha önemli olan bireyin korunması gözardı edilmektedir⁷¹.

Gerekçe yükümlülüğü idari işlemin sonucunu da etkilemekte hatta işlemin kaldırılmasına neden olmaktadır. Bilindiği gibi gerekçe yükümlülüğünün işlevlerinden biri de ilgiliyi tatmin ve ikna etmektir. Burada ilgiliye, yapılan idari işlemin hukuka uygun olduğu anlatılmaya çalışılmaktadır. Buna rağmen tatmin olmayan ilgili yargı yoluna başvurabilecektir. Kararda da belirtildiği üzere işlemde gösterilen gerekçe, işlemin yasaya uygunluğunu değerlendirme, itiraz edip etmeme, yargı yoluna gidip gitmeme konusunda işlemin ilgisine yardımcı olacağını belirtmektedir. Danıştay burada aslında işlemin gerekçesinin önemini vurgulamaktadır. Çünkü bireyler haklarını ancak işleme itiraz ederek veya yargı yoluna başvurarak talep edebilecektir. Hukuku bilmeyen vatandaş, idarenin yapmış olduğu işlemin hukuka uygun olduğunu zannederek belki de işleme karşı başvuru yollarına gitmeyecektir. Çünkü elinde işlemin hukuka uygunluğunu kontrol edebilecek her hangi bir materyal yoktur. Bu sebeple gerekçe, ilgiliye kendi haklarını korumasında yol gösteren önemli bir

⁶⁹ DİDDGK, KT. 17.10.1997, E. 95/769, K. 97/525, DD. sy. 95, s. 84.

⁷⁰ 10 Eylül 1986 gün ve 19217 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Basın Kartları Yönetmeliği” nin 35. maddesi uyarınca kart düzenlememe gerekçesi, yazı ile bildirilir hükmü yer almaktadır. Yine bu yönetmeliğin 29 Haziran 1993 gün ve 21622 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan değişik 46. maddesine göre “komisyon kararları gerekçeli olarak alınır ve bir tutanakla tespit edilir”.

⁷¹ Bireyler hukuku bilmedikleri için genelde süreleri kaçırmakta; bu sebeple de haklarını savunamamaktadırlar. Hukuka uygun gibi görünen bir idari işlemin hukuka aykırı olduğu idari korunma sürelerinin sona ermesinden sonra tespit edilirse, idare hukukunda sürelerin hak düşürücü olması sebebiyle bireyin gerekli organlara başvuru imkanı sona erecektir. Dolayısıyla da savunma hakkı elinden alınmış olacaktır. Danıştay kararında da İYUK’un 2. maddesinin hakime tanıdığı re’sen araştırma yetkisinin, aynı zamanda davacılar güven sağladığı belirtilmektedir. Dolayısıyla dava süresinin kaçırılmasından dolayı dava açamayan ilgili davacı konumunda olamayacağı için böyle bir güvenceden yararlanamayacaktır

araçtır. Bu sebeplerle gerekçe gösterilmemesi İDDGK'nun ifade ettiği gibi sonucu etkilemeyen bir şekil şartı değil, idari işlemin iptal sebebidir.

B. İDARI İŞLEMİN SEBEBİ VE GEREKÇE İLİŞKİSİ

Sebeup ve gerekçe yükümlülüğü başlığı altında da incelediğimiz üzere, hukuka bağılı idarenin yapmış olduğı işlemler, akli dengesi yerinde makul bir insanın davranışları gibi, belli bir sebebe dayanmalıdır⁷². Bu sebep idari işlemlerden önce gelen, idari işlem dışında, idareyi böyle bir işlem yapmaya yönelten etkenlerdir⁷³. Bu bir idari işlem veya maddi bir olay olabilir⁷⁴. İdari işlemin gerekçesi ise, idarenin neden tasarrufta bulunduğunu veya onu bir önlem almaya götüren sebebin ne olduğı hakkında ilgiliye bilgi verilmesidir⁷⁵. Başka bir ifadeyle, idari makamın niçin, nasıl ve hangi şartlarda o işlemi yaptığını ve neden başka bir içerikte bir işlem yapmadığını ortaya koyması⁷⁶; idari makam veya karar alan makamın hukuki sebepten ne yaptıklarını takdim etmeleri⁷⁷; “içteki sebepleri” açıklamalarıdır⁷⁸. İdari işlemin sebebi bir nevi idari işlemin gerekçesini oluşturmaktadır⁷⁹. Yani idari işlemin sebebi ile gerekçesi arasında bir ayniyet bulunmaktadır⁸⁰. Ancak idari işlemin gerekçesi sebebine nazaran daha geniştir. Şöyleki; idari işlemin sebebi, idareyi o işlemi yapmaya sevk eden gösterilmiş saiktir. Gerekçe ise sebebin açıklanması yanında gerektiğinde sebebe en yakın sözkonusu ihtimaller dahilindeki işlemlerin niçin yapılmadığı hususunda da bilgi verilmesidir.

Daha önce de belirttiğimiz üzere Türk hukukunda idarenin yaptığı işlemlerde gerekçe gösterme yükümlülüğü yoktur. Ancak İYUK'nun 20.

⁷² **AZRAK** Ali Ülkü, Umumi İdari Usulün Teorik Esasları ve Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Gelişimi, Doktora Tezi (Yayımlanmamıştır), İstanbul 1964, s. 217; **AKILLIOĞLU**, Gerekçe, s. 7.

⁷³ **GÜNDAY**, s. 119; **ÖZAY**, Yönetim, s. 357; **GÖZÜBÜYÜK**, Yargı, s. 222; **GÖZÜBÜYÜK / TAN**, c. II, s. 472; **AKILLIOĞLU**, Gerekçe, s. 7; **AKYILMAZ / SEZGİNER**, s. 224; **ÖZYÖRÜK**, İdari Yargı, s.139; **GÖZÜBÜYÜK / DİNÇER**, s. 138.

⁷⁴ **GÜNDAY**, s. 120; **ÖZAY**, Yönetim, s. 357; **GÖZÜBÜYÜK**, Yargı, s. 222; **GÖZÜBÜYÜK / TAN**, c. II, s. 472; **AKYILMAZ / SEZGİNER**, s. 224; **ÖZYÖRÜK**, İdari Yargı, s. 139; **GÖZÜBÜYÜK / DİNÇER**, s. 138.

⁷⁵ **MULLER IBOLD**, s. 5.

⁷⁶ **AKYILMAZ**, İdari işlem, s. 200; **MALORNY**, s. 6.

⁷⁷ **SCHEFFLER**, DÖV 1977, s. 769.

⁷⁸ **MULLER IBOLD**, s. 5.

⁷⁹ **GÖZÜBÜYÜK**, Yargı, s. 222.

⁸⁰ **AKILLIOĞLU**, Gerekçe, s. 7.

maddesi “Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakla yükümlü oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar. Mahkemeler belirlenen süre içinden lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir.” şeklinde bir hüküm ihtiva etmektedir. Bu hükme göre mahkemeler re’sen araştırma yetkisine sahiptir⁸¹. Bölge idare mahkemeleri bu hüküm içinde yer almasa da İYUK’nun 45/4. maddesi gereğince resen araştırma yetkisine sahiptir. Hükme göre mahkemeler gerekli gördükleri bilgi ve belgeleri idareden talep edebilirler⁸². Dolayısıyla idare, ilgiliye işlemin gerekçesini bildirmese bile mahkeme talep ettiği takdirde, bu hüküm gereğince işlemin gerekçesini mahkemeye sunmakla yükümlüdür. Bu durumda idare gerekçeyi mahkemeye bildirmek suretiyle açıklar. İYUK’nun 20. maddesi idarenin istenen bilgi ve belgeleri verme yükümlülüğünün istisnalarını da düzenlenmiştir. 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 49. maddesi de benzer bir hüküm ihtiva etmektedir.⁸³

Burda ifade edilen gerekçe, usul sürecinde karşımıza çıkan gerekçe değil yargılama sürecinde sebebin ortaya çıkartılması için idare tarafından resen verilen veya mahkemenin talep ettiği gerekçedir. İdari usul açısından ise sebebin ilgiliye bildirilmesi, başka bir ifadeyle idarenin hukuki dayanak ile ne yaptığını açıklamasıdır. Bu kendini özellikle sebep olarak belirsiz kavramlar gösterilen ve sebebini öngörmediği işlemler açısından önem arz etmektedir. İşlemin sebebinin

⁸¹ “Madde hükmü uyarınca, idari yargı yerleri, uyumsuzluk konusu olayın hukuki nitelendirmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kurallarını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak yönlerinden tam bir yetkiye sahiptirler. İdari yargı yerleri buna ek olarak olayın maddi yönünü belirleme noktasından da her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden de yapabilirler. İddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını serbestce araştırabilecekleri gibi tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırmaya da yönelebilirler”. D3D., KT. 21.11.1990, E. 90/2057, K. 90/3199, DD., sy. 82-83, s. 223; DVDDGK. KT. 26.1.1996, E. 95/266, K. 96/38, DD., sy. 92, s. 194.

⁸² “2577 sayılı Kanununun 20. maddesinin 1. fıkrasında; Danıştay, idare ve vergi mahkemelerinin, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapacakları, mahkemelerin belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilecekleri belirtilmek suretiyle, idari yargı yerlerine geniş bir resen araştırma yetkisi tanınmıştır”. D7D., KT. 20.5.1993, E. 93/4047, K. 93/2067, DD., sy. 88, s. 394.

⁸³ D10D, KT. 20.4.1998, E. 96/9507, K. 98/1533, DD, sy. 98, s. 514.

mevzuatta gösterilmesi durumunda ise ilgili işlemin sebebini mevzuatta açıkça gösterildiği için bir nebze olsun öğrenebilmektedir.

Türk hukukunda sebep ve gerekçenin kavram olarak aynı anlama geldiği şeklinde bir anlayış vardır. Ancak yapılan bazı düzenlemelerde bunların farklı kavramlar olduğu açıkça belirtilmiştir. Mesela Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 52. maddesi, idari kararda bulunması gereken hususları sayarken h bendinde idari kararın gerekçesinin ve hukuki dayanağının yani sebebini de bulunacağını hüküm altına alarak iki kavramı farklı anladığını göstermiştir.

II. GEREKÇE YÜKÜMLÜLÜĞÜ GETİREN BAZI ÖZEL DÜZENLEMELER

Türk hukukunda daha önce belirttiğimiz gibi idari işlemde genel gerekçe yükümlülüğünü düzenleyen bir İdari Usul Kanunu hatta genel bir düzenleme mevcut değildir. Ancak bu idarenin yapmış olduğu işlemlerin hiç birisinde gerekçe göstermeyeceği anlamına gelmez. Mamafih birtakım özel düzenlemelerde gerekçe yükümlülüğü düzenlenmiştir. Dolayısıyla idare bu yükümlülüğe uyarak işlemlerinde gerekçe göstermekle yükümlüdür. Aksi takdirde işlem şekil yönünden hukuka aykırı olacaktır.

İdari işlemde gerekçe yükümlülüğünü düzenleyen hükümler mevzuatımızda dağınık bir şekilde yer almaktadır. Gerek kanunda, gerek tüzük, gerekse yönetmelikle idare için gerekçe yükümlülüğü getirilmiştir.

A. KANUNLAR

İdari işlemde gerekçe yükümlülüğü Avukatlık Kanunu'nun⁸⁴ (AvK.) 8. maddesi, 19. maddesi, 71. maddesi, 153. maddesi gibi değişik maddelerinde düzenlenmiştir.

İdari işlemde gerekçe yükümlülüğünü düzenleyen diğer bir özel kanun Türkiye Radyo Ve Televizyon Kanunu'nun⁸⁵ 13/3. maddesidir.

İdari işlemde gerekçe yükümlülüğü ile ilgili dikkat çeken diğer bir kanun Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu'nun⁸⁶ 48. ve 54. maddeleridir.

İdari işlemde gerekçe yükümlülüğünü düzenleyen diğer bir kanun Devlet İhale Kanunudur⁸⁷. Bu kanunun 28. maddesi uygun bedelin tespitiyle, tercihe layık görülenleri ve tercih gerekçelerinin kararda belirtilmesini düzenlemektedir.

⁸⁴ 19.3.1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu. En son değişiklik 02.05.2001 tarihinde 4667 sayılı kanunla yapılmıştır.

⁸⁵ 11.11.1983 tarih ve 2954 sayılı Kanun.

⁸⁶ 7.12.1994 tarih ve 4054 sayılı Kanun.

⁸⁷ 8.9.1983 tarih ve 2886 sayılı Kanun.

Gümrük Kanunu'nun⁸⁸ ek 2. maddesinin dördüncü fıkrası gümrük idarelerinin, gümrük mevzuatının uygulanmasına ilişkin bir karar verilmesini talep eden kişilerin taleplerinin reddi veya muhatap aleyhine verilecek kararların gerekçeli olması gerektiğini düzenlemektedir.

Yukarıda belirttiğimiz kanunlarda yer alan maddeler gerekçe yükümlülüğü ile ilgili olan kanunlardır. Ancak bu kanunların yanında idari kararların gerekçeli alınmasını düzenleyen başka kanunlar da mevcuttur.

B. KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER

Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin⁸⁹ 54. maddesi, gerekçe yükümlülüğü hakkındadır.

Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin⁹⁰ 31/2. Maddesine göre; "İdame ve yenileme yatırımları, yönetim kurulunun kararı ile yapılır ve durum, gerekçesiyle birlikte kararı izleyen onbeş gün içinde ilgili bakanlığa, Devlet Planlama Teşkilatı'na ve Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu'na bildirilir."

C. TÜZÜKLER

Gümrüğe Terkedilen, Terkedilmiş Sayılan, Müsadere Edilen Eşyanın Tasfiyesine İlişkin Tüzüğün⁹¹ 15/A-5 maddesine göre; "Satış kurulu gerekçesini belirtmek suretiyle satışı yapıp yapmamakta serbesttir. Satış kurulunun kararı kesindir". Buradan da anlaşılacağı üzere satış kurulu satışı yapıp yapmayacağını ancak gerekçe göstererek bildirir.

Kültür Bakanlığı Teftiş Kurulu Tüzüğü⁹² 9. maddesi görevden uzaklaştırmayı düzenlemektedir. Maddenin 3. fıkrasına göre ise; "görevden uzaklaştırılma keyfiyeti, müfettiş tarafından gerekçesiyle birlikte görevden uzaklaştırılana, birinci derecedeki amiriyle atamaya yetkili amirine ve diğer ilgililere yazıyla hemen bildirilir".

Tababet Uzmanlık Tüzüğü'nün⁹³ 21. maddesi tez değerlendirme jürilerinin kuruluşu ve tezlerin değerlendirilmesini düzenlemektedir. Bu

⁸⁸ 19.7.1972 tarih ve 1615 sayılı Kanun.

⁸⁹ 24.6.1995 tarih ve 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname.

⁹⁰ 8.6.1984 tarih ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname.

⁹¹ 10.11.1983 tarih ve 83/7385 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG, No: 18353, 17.12.1983.

⁹² 20.7.1990 tarih ve 90/712 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG, No: 20638, 17.9.1990.

⁹³ 5.4.1973 tarih ve 73/6229 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG, No: 14511, 18.4.1973.

maddeye göre; “tez değerlendirme jürisi 3 kişiden oluşur. Birisi ilgili asistanın şefidir; diğer iki üye baştabip veya müdür tarafından aynı dal veya bu dala yakın dal şeflerinden seçilir. Jüri çalışma tarzını kendisi düzenler. Kararlar çoğunlukla alınır. Jüri üyeleri çekimsiz kalamazlar. Tezin reddi halinde yazılı gerekçeyle sonuç asistana bir hafta içinde bildirilir”.

Tapu Sicil Tüzüğü'nün⁹⁴ 23. maddesi gerekçe yükümlülüğünü düzenlemektedir. Bu maddeye göre “mevzuat ve bu tüzükte yer alan hükümlere uygun olmayan ve Türk Medeni Kanununun 921 inci maddesine göre geçici şerhe de imkan bulunmayan istemler, geciktirilmeden, gerekçesi, itiraz yeri ve süresi de belirtilmek suretiyle reddedilir...”.

D. YÖNETMELİKLER

Basın Kartları Yönetmeliğinin⁹⁵ 35. maddesine göre; “Genel Müdürlükçe yapılan inceleme sonunda veya konu komisyona intikal ettirilmiŝse, Komisyonun ilk toplantısında alınacak karar gözönünde tutularak, Genel Müdürlükçe kart düzenlenir veya beyanname sahibine, kart düzenlememe gerekçesi, yazı ile 15 gün içinde bildirilir”.

Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğinin⁹⁶ 23. maddesi, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 52. maddesine benzer bir hüküm ihtiva etmekte ve kararlarda bulunması gereken hususları düzenlemektedir. Bu yönetmeliğın 23/h bendi karada, gerekçe ve kararın hukuki dayanağında bulunması gerektiğini hüküm altına almaktadır.

Evlendirme Yönetmeliğinin⁹⁷ evlenmenin reddini düzenleyen 23. maddesi, evlenme engellerinden herhangi birinin bulunması durumunda evlenmenin yapılmasının reddedileceğı ve durumun taraflara bildirileceğini belirterek idareye gerekçe yükümlülüğü getirmektedir.

Döner Sermayeli Kuruluşlar İhale Yönetmeliğinin⁹⁸ de gerekçe yükümlülüğü getirmektedir. Bundan başka, Fonlar İhale Yönetmeliğinin⁹⁹ Döner Sermayeli Kuruluşlar İhale Yönetmeliğine benzer hükümler ihtiva etmektedir.

İstanbul Olimpiyat Oyunları Hazırlık ve Düzenleme Kurulu Alım Satım ve İhale Yönetmeliğinin¹⁰⁰ de, Döner Sermayeli Kuruluşlar İhale Yönetmeliğine

⁹⁴ 18.5.1994 tarih ve 94/5623 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG, No: 21953, 7.6.1994.

⁹⁵ RG, No: 19217, 10.9.1986.

⁹⁶ 23.5.1997 tarih ve 97/9468 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG, No: 23026, 21.6.1997.

⁹⁷ 10.7.1985 tarih ve 85/9747 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG, No: 18921, 7.11.1985.

⁹⁸ 15.6.1984 tarih ve 84/8213 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG, No: 18479, 4.8.1984.

⁹⁹ 27.6.1984 tarih ve 84/8277 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG, No: 18478, 3.8.1984.

¹⁰⁰ 12.6.1993 tarih ve 93/4497 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG, No: 21624, 1.7.1993.

benzer hükümler getirmiştir. Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı Ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nin¹⁰¹ 32. maddesi de yine gerekçe yükümlülüğüne ilişkindir. Son olarak, İmar Planı Yapılmasına ve Değişikliklerine Ait Esaslara Dair Yönetmeliğin¹⁰² 14. maddesi onaylanmış imar planlarına yapılacak itirazın belediye meclisince 15 gün içinde incelenerek gerekçeleri de belirtilmek suretiyle kesin karara bağlanacağını karar tarihinden itibaren onbeş gün içinde belediye başkanlığınca ilgisine yazı ile bildirileceğini öngörmektedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ALMAN HUKUKUNDA GEREKÇE YÜKÜMLÜLÜĞÜ

I. TARİHİ GELİŞİM

Alman hukukunda idari işlemlerde gerekçe yükümlülüğü, federal düzeyde, 1976 tarihli idari usul kanununun kabul edilmesiyle getirilmiştir. Ancak bu tarihten önce de Almanya'da gerekçe yükümlülüğünü öngören birtakım eyalet kanunlarının olduğu görülür. Alman Anayasa Mahkemesi'nin idari işlemlerde gerekçe yükümlülüğünün varlığını tanıyan kararları da mevcuttur.

II. 1976 TARİHLİ İDARİ USUL KANUNU'NUN (VERWALTUNGSVERFAHRENGESETZ-VwVfG) KABUL EDİLMESİNDEN SONRAKİ DURUM

A. İDARİ USUL KANUNU § 39

Alman İdare Hukukunda idari işlemlerde gerekçe yükümlülüğü, İdari Usul Kanunu § 39 da düzenlenmiştir. Buna göre;

Yazılı olan ya da yazı ile belgelenen bir idari işlem yazılı gerekçeleri taşır. Gerekçelerde idari makamın karara varmasında dikkate aldığı önemli maddi ve hukuki esaslar anlatılır. Takdir yetkisine giren kararlardaki gerekçelerde de, yetkili makamın üzerinde takdir yetkisini kullandığı bakış açısı gösterilir.

Aşağıdaki durumlarda gerekçe göstermeye gerek yoktur;

1. Yetkili makam bir talebe uyuyorsa, ya da bir bildirim izliyorsa ve idari işlem bir üçüncü kişinin haklarını etkilemiyorsa,
2. Yetkili makamın fiili ve hukuki durumlar hakkındaki düşüncesi yazılı gerekçeler olmaksızın idari işlemin yöneldiği ya da ondan etkilenen kişi tarafından önceden biliniyorsa ya da kolaylıkla fark edilebilecek gibi ise,

¹⁰¹ 1.3.1993 tarih ve 93/4186 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG, No: 21552, 14.4.1993.

¹⁰² RG, No: 18916, 2.11.1985.

3. Yetkili makam çok miktarda ya da otomatik bir aracın yardımıyla birbirinin benzeri idari işlemler yapıyorsa ve olayın koşulları gerekçe beklemeye yer bırakmıyorsa,

4. Gerekçeler bir hukuk kuralından çıkıyorsa,

5. Genel bir işlem alenen duyurulmuş (ilan edilmiş) ise.

B. VERGİ KANUNU (ABGABENORDNUNG -AO) § 121

Vergi kanunu usulündeki gerekçe yükümlülüğü de genel idari usule benzer bir şekilde düzenlenmiştir. Karar usulü (Ausgangsverfahren) hakkında, idari işlemlerde gerekçe yükümlülüğü AO¹⁰³ § 121 de “Yazılı veya yazıyla belgelendirilmiş idari işlem gerekli olduğu zaman yazılı gerekçelendirilmek zorundadır” şeklinde düzenlenmiştir.

C. SOSYAL GÜVENLİK KANUNU (SOZIALGESETZBUCH-SGB X) § 35

Alman hukukunda Sosyal Hukuk Usulü (sozialrechtliches Verfahren) de idari işlemlerde gerekçe yükümlülüğünü öngören genel bir idari usul kuralı ortaya koymuştur. Bu kural Sosyal Güvenlik Kanunu'nun 10. kitabı (SGB(X))¹⁰⁴ § 35'te idari işlemin gerekçeleri başlığıyla yer almaktadır.

D. ÖZEL DÜZENLEMELER

Farklı eyalet kanunlarında özellikle genel idari usul alanında özel düzenlemeler bulunmaktadır. Bu idari usul kanunlarındaki kurallar VwVfG'in § 1 den doğmaktadır. Buna göre Lex-Specialis (özel kanun) düşüncesinin gözü önüne alınması gerekli değildir.

III. GEREKÇE YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İSTİSNALARI

A. GENEL OLARAK

Alman hukukunda gerekçe yükümlülüğü için birtakım istisnalar getirilmiştir. Gerekçe yükümlülüğü bakımından istisna sayısının çok olması tartışılmaktadır¹⁰⁵. Bunların önemli bir kısmı, kanuni bir kural halini almıştır. İstisnalar, istisnasız olarak idari işlemlerde gerekçe yükümlülüğü ile ilgilidir. Alman hukukunda düzenleyici işlemler için gerekçe yükümlülüğü, sadece belli olaylar için düzenlenmiş olmakla birlikte birel işlemlerden farklı olarak genel istisnalar yoktur.

¹⁰³ 16.3.1976 tarihli Abgabenordnung (AO 1977), BGBl. I 1976, s. 613, en son 19.12.1985 tarihli kanunla değiştirilmiştir, BGBl. I 1985, s. 2355.

¹⁰⁴ 18.8.1980 tarihli Sozialgesetzbuch, 10. Buch, Verwaltungsverfahren, en son 22.10.1983 tarihli Kanunla değiştirilmiştir, BGBl. I 1983, s. 1532.

¹⁰⁵ Bkz. MEYER / BORGS, VwVfG, § 39 Rn. 8; KOPP, VwVfG, § 39 Rn. 17; MULLER IBOLD, s. 171.

Dikkat edilmesi gereken diğerk bir husus, gerekçe yükümlülüğü ile ilgili istisnaların kural olarak sadece karar veren makamın, kararına ilişkin olmasıdır. İtiraz üzerine verilen kararlar ise daha ayrıntılı olarak gerekçelendirilmelidir. Alman İdari Yargılama Usulü Kanunu (VwGO)¹⁰⁶ § 73/II, VwVfG § 39 II. maddesinde istisnalardan söz etmemektedir. Bu çerçevede, genel olarak, itiraz üzerine verilen kararlarda bir gerekçe bulunması gerektiği kabul edilmektedir¹⁰⁷.

İkinci fıkradaki istisnalar özel kanunla düzenlenmiş gerekçe yükümlülükleri için de sınırlı bir şekilde geçerlidir¹⁰⁸. VwVfG § 63 vd. uyarınca “şekli idari usul” sadece 39/2-1 ve -3 de anlam taşımaktadır¹⁰⁹.

Zikredilmesi gereken bir başka husus, istisnaların sadece idari usulle ilgili olduğudur. İdari işlemin gerekçesiz çıkmış olması durumunda ve itiraz hakkında karar verilmiş olsa bile idare kendi gerekçelerini (VwGO § 80/V), en geç yargılama usulünde ortaya koymalıdır¹¹⁰.

Eğer gerekçe yükümlülüğünün istisnaları idari işlemin bir kısmına veya bunun gerekçesine ilişkinse ve bir istisna sadece bu şekilde etkisini gösteriyorsa farklı durum söz konusudur¹¹¹. Yani idari işlemin bir kısmı için gerekçe yükümlülüğü varken diğerk kısmı için gerekçe yükümlülüğü yoksa gerekçe yükümlülüğünün olduğu kısım bağımsız olarak gerekçelendirilebilir. Ancak geri kalan kısım yüzünden gerekçe anlaşılmıyorsa verilen gerekçenin kapsamlı olması gerekmektedir. Bu durumda gerekçe istisnayı da kapsamaktadır. Yani gerekçe yükümlülüğünün zorunlu olmadığı kısım da gerekçelendirilmelidir.

B. VwVfG § 39 II, AO § 121 II, SGB (X) § 35 II’DE DÜZENLENMİŞ İSTİSNALAR

VwVfG § 39/II’ye paralel hükümler olan AO § 121/II ve SGB(X) § 35 II’de de bir dizi istisnalar hüküm altına alınmıştır. Bu istisnalar sadece nihai

¹⁰⁶ Aynı şekilde SGG § 85, bkz. AO § 366.

¹⁰⁷ VGH München, 27.11.1986 tarihli karar, BayVBl. 1987, s. 372; VGH Kassel, 3.1.1985 tarihli karar, NVwZ 1985, s. 675; **KOPP**, VwVfG, § 39 Rn. 11.

¹⁰⁸ Bkz. **STELKENS / BONK / LEONHARDT**, VwVfG, § 39 Rn. 6, **WENDT**, JA 1980, s. 32; **MEYER / BORGS**, VwVfG, § 39 Rn. 2; **KOPP**, VwGO, § 73 Rn. 11; **REDEKER / OERTZEN**, VwGO, § 73 Rn. 22; **TIPKE / KRUSE**, AO, § 121, Rn. 4.

¹⁰⁹ Bkz. § 69 Abs. 2, § 39 Abs. 2 No. 1 ve No. 3 VwVfG; BVerwG, 5.12.1986 tarihli kararı, BayVBl. 1987, s. 601.

¹¹⁰ BVerwG, 29.10.1964 tarihli kararı, E 19, s. 337; VGH Kassel, 3.1.1985 tarihli kararı, NVwZ 1985, s. 675; VGH München, 27.11.1986 tarihli kararı, BayVBl. 1987, s. 372.

¹¹¹ **PICKEL**, SGB(X), § 35 Anm. 3; **MEYER / BORGS**, VwVfG, § 39 Rn. 8.

kararlar için geçerlidir. SGB(X) uygulama alanında istisnalar SGB(X) § 35 III maddesinde sınırlandırılmıştır. İdare § 35 II/1-3'deki istisnaya rağmen ilgili gerekçeyi idari işlemin bildirilmesinden itibaren bir yıl içinde talep ederse, idare işlemin gerekçesini bildirmelidir¹¹². Gerekçe bildirimden önce, yani idari işlemin uygulamasından önce de talep edilebilir¹¹³.

IV. İDARİ TASARRUF BAKIMINDAN GEREKÇE YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERDE GEREKÇE YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Avrupa birliği hukukun tersine Federal Almanya'da düzenleyici işlemlerin gerekçelendirilmesinde bir hukuki yükümlülük kabul edilmemiştir. Buna rağmen bu hususta bir takım girişimler vardır¹¹⁴.

Düzenleyici işlemlerde gerekçe yükümlülüğü istisnai olarak tanınmaktadır. Özellikle İmar hukukunda özel düzenlemeler vardır¹¹⁵. Genel olarak düzenleyici işlemlerde gerekçe yükümlülüğünün bulunmaması hem kanunkoyucunun hem de idarenin düzenleme yetkisi çerçevesinde bir eksiklik olarak görülmektedir¹¹⁶.

B. BİREL İŞLEMLER

Alman hukukunda birel işlemler için gerekçe yükümlülüğü getirilmiştir. Kanunkoyucunun burada hükmü geniş kapsamlı düzenlemiş ve ucu açık

¹¹² Bkz. **PICKEL**, SGB(X), § 35 Anm. 3; **GRUNER**, SGB(X), § 35 Anm. IV, s. 14; **SCHOLZ** Rainer, Sozialgesetzbuch SGB(X), Zehntes Buch, (X), Kommentar, Frankfurt, Lblslg., § 35 Anm. 4; **JAHN** Kurt, Sozialgesetzbuch für die Praxis, Band II, SGB(X), Kommentar 1976, Lblslg., § 35 Rn. 3.

¹¹³ **GRUNER**, SGB(X), § 35 Anm. IV.

¹¹⁴ **MULLER IBOLD**, s. 169.

¹¹⁵ § 9 Abs. 8, § 10, § 12 BauGB, bkz. **BRUGGELMANN** Hermann - **GRAUVOLGEL** Gustav, Bundesbaugesetz, Stuttgart u.a., 1986, § 9 Anm. VII 1 vd.; **BATTIS** Ulrich / **KRAUTZBERGER** Michael / **LOHR** Rolf Peter, Baugesetzbuch, Aufl. 2., München 1987, § 9 Rn. 123 vd.

¹¹⁶ Bkz. **DOLZER**, DöV 1985, s. 18; **GERN** Alfons – **SCHONHOFF** Horst, Begründungspflicht kommunaler Kollegialentscheidungen, VBIBW 1985, s. 44 .

bırakılmıştır.¹¹⁷ Özellikle idarenin, irade açıklamasının söz konusu olduğu durumlarda, gerekçe yükümlülüğünün varlığı savunulmaktadır¹¹⁸.

C. SÖZLÜ İDARİ İŞLEMLER

Türk hukukunda, normalde yazılı şekilde alınması gereken bir idari işlemin, acele hallerde, sonradan işlemin teyit edilmesi kaydıyla, belli durumlarda sözlü olarak yapılabileceği özel düzenlemelerde yer almıştır¹¹⁹. Alman Hukukunda VwVfG § 35/(2) hükmünün ikinci cümlesi, “sözlü idari işlem belgelenmesinde haklı bir yarar varsa ve ilgili kişi isterse derhal yazı ile belgelenir” şeklindeki ifadeyle sözlü idari işlemin belli şartlar çerçevesinde yazılı hale getirileceği belirtilmektedir. Bir idari işlem sözlü yapıldığı takdirde VwVfG § 39 I'e göre bir gerekçe yükümlülüğü çıkmamaktadır. Ancak ilgili yazılı bir teyit ve bu çerçevede bir gerekçe talep edilmektedir¹²⁰.

D. İDARİ SÖZLEŞMELER

Almanya'da kamu hukuku alanında münferit bir olay mevzuatta başka bir tasarruf şekli öngörülmemişse, sözleşme şeklinde de tezahür edebilir¹²¹. Almanya'da gün geçtikçe daha fazla bir uygulama alanı bulan¹²² bu tür

¹¹⁷ MEYER / BORGS, VwVfG, § 38 Rn. 9; KNACK / SCHWARZE, VwVfG, § 38 Anm. 3.3.; JAKOBS Michael Ch., Zur Abgrenzung der Verwaltungsrechtlichen Zusage von Auskunft und Vorbescheid, Jura 1985, s. 235 vd.

¹¹⁸ ERICHSEN / MARTENS, Allgemeines Venvallungsrecht, § 11 II 4 s. 175; ULE/LAUBINGER, Verwaltungsverfahrensrecht, § 49 I, 1 s. 358; MAURER Hartmut, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, JuS 1976, s. 491.

¹¹⁹ 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nun 15. madde hükmüne göre, “Genel kapsamlı yükümlülükler için her çeşit yayın araçlarıyla ilan, gerektiğinde belirli yükümlülükler için ilgililere yazılı olarak ve acil hallerde daha sonra yazı ile teyit edilmek üzere sözlü olarak duyuru yapılır”. Aynı Kanun'un 21. maddesi ise Bölge valisinin askeri birliklerden yardım istemesi mümkündür. “Acil durumlarda bu istek, sonradan yazılı şekle dönüştürülmek kaydıyla sözlü olarak yapılabilir”. 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu 9. maddesine göre; “Vali ve kaymakamın arama ve elkoymaya ilişkin emri yazıyla verilir. İvedi durumlarda sözlü olarak verilen emir en kısa zamanda yazı ile doğrulanır”. 13. maddeye göre ise “Yakalanan kişiye yakalama sebebi yazılı mümkün olmayan hallerde ise sözlü olarak bildirilir”.

¹²⁰ MULLER IBOLD, s. 187.

¹²¹ Bu husus VwVfG § 54'den çıkmaktadır; STELKENS / BONK / LEONHARDT, VwVfG, § 54 Rn. 1 vd.; MEYER / BORGS, VwVfG, § 54 Rn. 1.

¹²² Bkz. KOPP, VwVfG, § 54 Rn. 2; STELKENS / BONK / LEONHARDT, VwVfG, § 54, Rn. 3 VwVfG örnek tasarısı gerekçesine dayanılarak, s. 73; MEYER / BORGS, VwVfG, § 54 Rn. 1.

sözleşmeler, idari makamın irade açıklaması yapmasıyla bir özel hukuk düzenlemesi olarak çıkarmaktadır. Bunlar aslında bir nevi idari işlemdir ve muhataba sözleşmenin tesisine neden olan sebepleri içeren gerekçenin bildirilmesini gerekli kılmaktadır.

E. KURUL KARARLARI

Kurul kararları, birden fazla iradenin aynı anda ve aynı yönde açıklanması ile meydana gelmektedir. Alman Hukuku'nun aksine Türk hukukunda kural olarak kurul kararlarının gerekçeli olma zorunluluğu yoktur. Ancak bazı özel düzenlemelerde kurul halinde alınacak kararların gerekçeli olması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bunun yanında kararda aksi yönde oy kullananların da bunun gerekçesini belirtmesi gerektiği ifade edilmiştir¹²³.

V. GEREKÇENİN YAZILIŞI

İdari işlemin gerekçesinin nasıl yazılması gerektiği, idari işlemin türüne göre değişiklik arz etmektedir. Burada önemli gerekçe yükümlülüğü bulunan kararların gerekçelendirilmesidir.

A. YAZILI ŞEKİL-YAZILI OLMAYAN ŞEKİL

Kural olarak gerekçenin şeklinde dikkat edilmesi gereken hususlar VwVfG § 39/I 1'de düzenlenmiştir¹²⁴. Buna göre; “yazılı, elektronik veya yazıyla belgelendirilmiş bir idari işlem gerekçelendirilmelidir”¹²⁵. Bu hükümden idari işlemin yazılı gerekçelendirilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Bu yazılı şekil şartı kanunda aksi belirtilmedikçe diğer alanlarda uygulanmamaktadır¹²⁶. Federal Anayasa Mahkemesi bir kararında, basit olarak nitelendirilebilecek bir yükümlülük durumunda gerekçelerin yazılı yapılacağı husunda anayasal bir kuralın bulunmadığını belirtmektedir. Burada ilgilinin hukuki korunması için sözlü bir gerekçe yeterli olmaktadır¹²⁷.

Gerekçe somut karar için, geçerli olan sebeplerin sadece karara etki ettiğinin göstergesidir¹²⁸. Bu sebeple yazılı şekil şartı gerekçe yükümlülüğünün delil koruma fonksiyonuna hizmet eder. Almanya'da idari işlemler ve gerekçe kural olarak bir belgede bir araya getirilir. Bu sebeple ilgiliye gerekçe işleme

¹²³ İstanbul Su Ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanunu'nun 8. maddesi yönetim kurulunun alacağı kararların gerekçeli olacağını düzenlemektedir.

¹²⁴ Paralel düzenleme, AO § 121/II, SGB(X) § 35/II.

¹²⁵ **MULLER IBOLD**, s. 192; **MEYER / BORGS**, VwVfG, § 39 Rn. 3; **GRUNER**, SGB(X), § 35 Anm. II.1., s. 7.

¹²⁶ Adli idari işlem veya imtihan hukuku için bkz. VwVfG § 2/ III- 1, EGGVG § 23.

¹²⁷ BVerwG, 29.10.1975 tarihli karar, E 40, s. 286.

¹²⁸ BSG, 29.6.1978 tarihli karar, BSG E 47, s. 5.

bildirilir. Yazılı gerekçeden sadece metnin yazılı hale getirilmesi anlaşılmalıdır. Önemli olan, düşünce açıklamasının herhangi bir şekilde fiziksel bir vücut bulmasıdır¹²⁹.

Yazılı gerekçenin eksik olması durumundan ilgili memurun bu gerekçeyi sözlü olarak tamamlaması her ne kadar doğru olsa da bunun tekrar yazılı olarak teyit edilmesini gerektirir¹³⁰.

B. HUKUKİ OLAYIN GEREKÇELENİRİLMESİ

VwVfG 39/I-2¹³¹'deki hükme göre, idari makamın dayandığı fiili ve hukuki durumunun gerekçede bulunması gerektiği belirtilmiştir¹³². Hükümlerde alışılmış olduğu gibi¹³³ idari makam sadece durumu bildirmeli ve açıklamalıdır. Olay basit bir olay ise, kendi basit sunuşu yeterlidir. Eğer olay karmaşık ise, olayla ilgili bazı durumlar açıkça veya bilinmiyorsa, idare belli bir sonuçtan yola çıktığını gerekçelendirmelidir¹³⁴. İdare bunun dışında ilgilinin talebine binaen de işlem tesis edebilir¹³⁵. İşlem gerekçelendirilirken anlaşılabilirliğe dikkat etmelidir. Kanun lafzının tekrarlanarak gerekçe gibi gösterilmesi yetersizdir¹³⁶.

¹²⁹ Belirgin yapılması için her hangi bir teknik araç yardımı gerekmediği sürece (Mikrofilm, bilgisayar hafıza araçları vs.).

¹³⁰ **KNACK / SCHWARZE**, VwVfG, § 39 Anm. 3.2.2., **STELKENS / BONK / LEONHARDT**, VwVfG, § 39 Rn. 22.

¹³¹ Paralel düzenleme olan SGB(X) § 35/I-2, AO § 121 farklılık sözkonusudur . **TIPKE / KRUSE**, AO und FGO, AO § 121, Rn. 3 AO § 121/II-2.

¹³² BVerwG, 14.10.1965 tarihli karar, E 22, s. 217 (DöV 1966, s. 137); bkz., BSG, 29.6.1978 tarihli karar, E 47, s. 5; **MEYER / BORGS** VwVfG, § 39 Rn. 25; **KNACK, SCHWARZE**, VwVfG, § 39 Anm. 6.1.; **DOLZER**, DÖV 1985, s. 13.

¹³³ **MEYER / BORGS**, VwVfG, § 39 Rn. 26 a; **PICKEL**, Lehrbuch, s. 271; **PICKEL**, SGB(X), § 35 Anm. 2 d; **STELKENS / BONK / LEONHARDT**, VwVfG, § 39 Rn. 10.

¹³⁴ KG, 26.11.1980 tarihli karar, RIW 1981, s. 405; RIW 1981, s. 409; **MEYER / BORGS**, VwVfG, § 39 Rn. 26, 27; **TIPKE / KRUSE**, AO und FGO, AO § 121, Rn. 3; **STELKENS / BONK / LEONHARDT**, VwVfG, § 39 Rn. 12; **SCHEFFLER**, DöV 1977, s. 769.

¹³⁵ VwVfG § 39/II-1, AO § 121/II-1, § 35/II-1 SGB(X). Bkz. **TIPKE / KRUSE**, AO und FGO, AO § 121, Rn. 3; **HUBSCHMANN / HEPP, SPITALER**, AO und FGO, AO § 121, Rn. 8; **STELKENS / BONK / LEONHARDT**, VwVfG, § 39 Rn. 12; **SCHEFFLER**, DöV 1977, s. 770.

¹³⁶ VG Köln, 20.1.1981 tarihli karar, InfAusIR 1981, s. 161; LSG Rheinland Pfalz, 11.12.1975 tarihli karar, SozVers 1976, s. 302; **STELKENS / BONK / LEONHARDT**, VwVfG, § 39 Rn. 13; **ZSCHACKE**, NJW 1954, s. 414.

C. AÇIKLIK VE ANLAŞILABİLİRLİK

Bir kararın gerekçesinin tam ve ilgili için anlaşılabilir olması gerektiği, VwVfG § 39 da açık bir şekilde ifade edilmemiştir. Ancak AO § 121/I, idari işlem anlaşılabilir bir şekilde gerekçelendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹³⁷. Ayrıca gerekçenin mümkün olduğu kadar kısa ve açık bir şekilde kaleme alınması gerekmektedir¹³⁸.

Gerekçe, bütün önemli veriler bir araya getirildiği takdirde ilgiliye fayda verebilir. Aynı zamanda idarenin öz denetim ve dış denetimi için de anlaşılabilir bir gerekçe zorunludur¹³⁹.

D. MADDİ VE HUKUKİ GEREKÇELERİN YAZILMASI

1. Maddi Gerekçeler

Bir idari işlemin gerekçesi, işleme neden olan münferit olayı, somut ve açık bir şekilde ortaya koymalıdır¹⁴⁰. Yani idare, gerekçede, işlemi yapmaya neden olan sebep veya sebepleri belirtmelidir¹⁴¹. Bu nedenle gerekçe, işlemin oluşumuna yönelik bütün hazırlık safhalarını ve sonuçlarını içermelidir¹⁴². Bu kapsamda münferit olay ve özellikle ilgili açısından önemli durumların gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Neyin önemli olduğu sadece münferit olayın dikkatle ele alınmasıyla belirlenebilir¹⁴³. Ancak bir gerekçede, göz önünde bulundurulması gereken diğer kriterlerin de yer alması gerekmektedir¹⁴⁴.

2. Hukuki Gerekçeler

İdare, idari işlemin gerekçesinde önemli hukuki mülahazalara yer vermelidir. Bunlardan ilki idarenin kararını destekleyen kanun hükmünü belirtmesidir¹⁴⁵. Çünkü hukuki gerekçe kararın niteliğine göre, idari işlemin yöneldiği hukuki sonucu ve dayandığı temel sebebi gösterir¹⁴⁶. Ancak idare

¹³⁷ HUBSEHMANN/HEPP/SPITALER, SPANNER, AO und FGO, AO § 121 Rn. 3.

¹³⁸ VOUCKO, s. 64; MALORNY, s. 100; AKYILMAZ, İdari İşlem, s. 209.

¹³⁹ MULLER IBOLD, s.199.

¹⁴⁰ MALORNY, s. 100.

¹⁴¹ SCHWAB, s. 30.

¹⁴² MALORNY, s. 101.

¹⁴³ BVerwG, 5.7.1985 tarihli karar, NJW 1986, s. 739 (E 72, s. 5); SCHEFFLER, DÖV 1977, s. 769; MEYER / BORGS, VwVfG, § 39 Rn. 25, KNACK / SCHWARZE, VwVfG, § 39 Anm. 6.1.

¹⁴⁴ MALORNY, s. 100.

¹⁴⁵ SCHICK, JuS 1971, s. 5; MALORNY, s. 102; SCHWAB, s. 31.

¹⁴⁶ SCHICK, JuS 1971, s. 5; MALORNY, s. 102.

işlemin gerekçesinde dayandığı kanunu ve ilgili maddesini anlaşılır biçimde belirtmelidir. Kanunun adı tam olarak yazılmalı, kısaltmasından kaçınılmalıdır. Çünkü, ilgili belli bir hukuk eğitimi almadığı için kısaltmaların ne anlama geldiğini bilmeyebilir. Hatta idarenin dayandığı kanun hükmünün fotokopisini gerekçeye eklemesi ilgilinin daha etkili bir hukuki korumadan faydalanabilmesini sağlayabilmektedir. Bunun yanında idarenin, kanuni dayanağın yerini de belirtmesi gerekmektedir¹⁴⁷. Böylece ilgili veya vekalet verdiği avukatı bir derya kadar geniş olan hukukun içeriğinden, ilgili hukuki dayanağı zaman kaybetmeden hızlı bir şekilde bulabilecek ve hukuka uygunluğunu kontrol edebilecektir¹⁴⁸.

E. OTOMATİK ARAÇLARLA YAPILAN İŞLEMLERDE GEREKÇENİN YAZILMASI

Teknolojik gelişmeye paralel olarak, idarenin enfarmasyon teknolojisi de önemli derecede değişmektedir¹⁴⁹. Özellikle idarenin çok sayıda kişi ile ilgili olarak, elektronik data veri yardımıyla yaptığı idari işlemler, idari usul kanununun uygulanmasında kolaylıklar sağlamaktadır¹⁵⁰. Enfarmasyon teknolojisi, idari işlemin kalitesinin artırılmasına hizmet etmektedir.

Otomatik araçlarla yapılan işlemler, genellikle teknik bir kalıp aracılığıyla yapılmaktadır. Yani bu işlemler daha önce belirlenmiş belli bir metin kalıbında çıkmaktadır¹⁵¹. Bu sebeple de ilgililer, idari işlemi öngörebilmektedir¹⁵². Bunun yanında idari işlemin açık ve anlaşılabilir olmasına da dikkat edilmelidir¹⁵³. Zaten hukuk devleti, sosyal devlet kalitesini, idari işlemlerin açık ve kontrol edilebilmesiyle de göstermektedir¹⁵⁴. Ancak otomatik araç yardımıyla yapılan idari işlemlerde çok sayıda kısaltmaların kullanıldığı görülmektedir¹⁵⁵. Bu da ilgililerin çoğu zaman idari işlemde bir şey anlamamasına yol açmaktadır. Aynı şekilde gerekçe de anlaşılmamaktadır.

¹⁴⁷ **SCHWAB**, s. 31-32; **AKYILMAZ**, s. 210.

¹⁴⁸ **MALORNY**, s. 102; Bu husus gerekçe yükümlüğünün bir zorunluluğu değildir. Ancak idare bunu gerekçesinde belirtebilir. **SCHWAB**, s. 31.

¹⁴⁹ **SCHWAB**, s. 108.

¹⁵⁰ **MULLER IBOLD**, s. 194.

¹⁵¹ **MULLER IBOLD**, s. 194; **SCHWAB**, s. 108.

¹⁵² **SCHWAB**, s. 108.

¹⁵³ **MALORNY**, s. 121.

¹⁵⁴ **SCHWAB**, s. 109.

¹⁵⁵ **MULLER IBOLD**, s. 194.

F. TAKDİR YETKİSİNE DAYANAN İŞLEMLERDE GEREKÇENİN YAZILMASI

İdarenin, takdir yetkisine dayanan işlemlerinde de gerekçe yükümlülüğü söz konusudur. Dolayısıyla idare, bu tür işlemlerin gerekçesini de ilgililere bildirmekle mükelleftir. Ancak idarenin “karar hareket özgürlüğü” (Entscheidungsspielraum) her olayda aynı büyüklükte değildir. Bazı alanlarda idarenin takdir yetkisi çok geniş, bazı alanlarda da asgari bir karar hareket özgürlüğü vardır¹⁵⁶. Gerekçe yükümlülüğü için de aynı sonuç vardır. Bu sebeple, takdir yetkisine dayanan işlemlerde idarenin gerekçesinin kapsamı diğer işlemlere göre farklılık arz etmektedir¹⁵⁷.

G. İDARENİN KENDİ GÖRÜŞÜNÜN GÖSTERİLMESİ

VwVfG § 39/I 2 uyarınca idare, kendisini karara yönlendiren sebepleri bildirmelidir. Buradan çıkan sonuç, idarenin temel olarak karar üzerine etki edici gerekçeleri göstermesi ve gerekliliğidir¹⁵⁸. Buradan, olayla ilgili maddi sebeplerin verilmesi yükümlülüğü çıkmaktadır. Dolayısıyla ileri sürülen gerekçelerin arkasına saklanılmaması gerekmektedir¹⁵⁹. Bunun yanında idare temel olarak birçok sebebe dayanmışsa hepsini de belirtmelidir¹⁶⁰. Ancak idare söz konusu olan unsurları ve münferit düşünceleri bir araya getirmeye de zorlanmamalıdır¹⁶¹. İdare bu konuda gerekli gayreti göstermeli,¹⁶² münferit olayların gösterilmesinde önemli hususlara yoğunlaşmalı¹⁶³ ve sınırlar dışına çıkan sunumlardan kaçınmalıdır¹⁶⁴.

¹⁵⁶ MULLER IBOLD, s. 214;

¹⁵⁷ MEYER / BORGS, VwVfG, § 39 Rn. 11; STELKENS / BONK / LEONHARDT, VwVfG, § 39 Rn. 17 a.

¹⁵⁸ KOPP, VwVfG, § 39 Rn. 6.

¹⁵⁹ MEYER / BORGS, VwVfG, § 39 Rn. 29; GERN / SCHONHOFF, VBIBW 1985, s. 43.

¹⁶⁰ Bkz. STELKENS / BONK / LEONHARDT, VwVfG, § 39, Rn. 12; SCHICK, JuS 1971, s. 6.

¹⁶¹ BVerwG, 7.5.1981 tarihli karar, DVB1. 1982, s. 199 (DöV 1982, s. 77); Bkz. 23.1.1961 tarihli karar, E 12, s. 25; 14.10.1965 tarihli karar, E 22, s. 217.

¹⁶² OVG Münster, 3.9.1980 tarihli karar, BauR 1981, s. 364; PICKEL, SGB(X), § 35 Anm. 2 a; DETEMER, Begründungspflicht, s. 58; SCHICK, JuS 1971, s. 6.

¹⁶³ GRUNER, SGB(X), § 35 Anm. II.2. S. 7, BFH, 17.7.1984 tarihli karar, StRK, AO § 69/7.

¹⁶⁴ Bkz. BVerwG, 7.5.1981 tarihli karar, ZBR 1982, s. 87; bkz. SCHEFFLER, DöV 1977, s. 769. (resmî gerekçe dayanan); KOPP, VwVfG, § 39 Rn. 8;

VI. EKSİK VEYA HATALI BİR GEREKÇENİN HUKUKİ SONUÇLARI

VwVfG § 45'te sakatlığın giderilmesi ve düzeltme, § 46 ve § 80'de usul hükümlerine ve şekil hükümlerine aykırılığın sonuçları düzenlenmiştir.

Gerekçe yükümlülüğüne aykırı bir şekilde çıkartılan idari işlemler hukuka aykırıdır. Ancak bunlar yok hükmünde işlemler değildir¹⁶⁵. VwVfG § 44 de idari işlemin hükümsüzlüğü düzenlenmektedir. Gerekçe noksanlıkları çok ağır hatalar değildir. Bu sebeple genelde bu eksiklikler giderilmektedir¹⁶⁶. Ancak idari işlem gerekçeyle çelişik ise bu durumda hükümsüz olur¹⁶⁷.

A. GEREKÇE NOKSANLIKLARININ DÜZELTİLMESİ

İdarenin kanunen emredilmiş gerekçe yükümlülüğüne aykırı davranması gerekçenin tamamen eksik olması veya yetersiz olması sonucunu doğurmaktadır. Böyle durumlarda idari karar bir usul noksanlığına takılmış olmaktadır¹⁶⁸.

Gerekçe yükümlülüğüne aykırılık, hukuka aykırılığa neden olmaktadır. Yani yokluk müeyyidesinin hukuki sonuçları değil, iptal edilebilirliğin sonuçlarını doğurmaktadır¹⁶⁹. Ancak bazı durumlarda idari işlem, yokluğun hukuki sonuçları ile de karşılaşabilir. Eğer başka kanunlar bir gerekçeyi şart koşuyorsa ve gerekçe idari işlemin oluşumunda zorunlu unsur ise ve açıkça idari işlemde bulunması gerektiği hüküm altına alınmışsa ve buna aykırı davranılmışsa, bu işlem yokluğun hukuki sonuçlarına maruz kalmaktadır¹⁷⁰. Gerekçe yükümlülüğüne uymamanın telafi imkanı § 45/2'ye göre, Usulün bitimine veya davanın açılmasına kadar geçerlidir.

HÜBSEHMANN / HEPP / SPITALER, AO und FGO, AO § 121 Rn. 11; **GRUNER**, SGB(X), § 35 Anm. 11.2. s. 7.

¹⁶⁵ **KOOP**, VwVfG, Rn. 32.

¹⁶⁶ **TIPKE / KRUSE**, AO und FGO, AO § 121 Rn. 11.

¹⁶⁷ **SCHICK**, JuS 1971, s. 7.

¹⁶⁸ **MALORNY**, s. 149.

¹⁶⁹ **REDEKER / OERTZEN**, VwGO, § 73 Anm. 20; **ZSCHACKE**, NJW 1954, s. 414; **SCHEFFLER**, DöV 1977, s. 771; **VOUCKO**, s. 85; **SCHICK**, JuS 1971, s. 7; VGH Freiburg, NJW 1957, s. 36; VG Stuttgart, VerwRspr. 5 Nr. 123.

¹⁷⁰ **STELKENS / BONK / LEONHARDT**, VwVfG, § 45, Anm. 8; **SCHICK**, JuS 1971, s. 7.

B. DÜZELTİLEMEYEN GEREKÇE NOKSANLIKLARININ HUKUKİ SONUCU

Bir idari makam idari işlemde gerekçe yükümlülüğüne aykırı davranırsa ve gerekçe noksanlığını gidermesse, usuli hata olarak görülmesi gerekmektedir¹⁷¹.

Bir idari işlemde gerekçe eksiklikleri giderilmemişse yargısal içtihadı ve doktrine göre¹⁷², usul hatasının tek başına idari işlemin iptal edilip edilmemesine neden olabilecek derecede ağır bir usul hatası olup olmadığının tespit edilmesi ve buna göre karar verilmesi gerektiği yolundadır. Kısacası her somut olaya göre ayrı bir değerlendirilmenin yapılması gerekmektedir.

SONUÇ

İdare çoğunlukla işlem tesis etmekte ve sebebini ilgiliye bildirmemektedir. Usul kurallarının mevzuatımızda dağınık bir şekilde yer alması ve genel bir idari usul kanunun bulunmaması bazen idareyi keyfi davranmaya yöneltebilmektedir. Kişilere bu işlemleri kontrol etme imkanı, bir takım özel düzenlemelerde yer alan usul kuralları hariç, verilmediği için hukuka aykırı işlemler yürülmeye girebilmektedir. Türk hukukunda özel düzenlemelerle hüküm altına alınmış gerekçe yükümlülüğü sadece belirli ve dar çerçevede çoğunlukla münferit durumları kapsamaktadır. Aynı durumdaki kişi ve olayların bir kısmı için gerekçe yükümlülüğünün kanunlarla düzenlenmesi bir kısmı için gerekçe yükümlülüğünün hariç tutulması eşitliğe de aykırı bir durumdur.

Buna karşılık Avrupa hukuklarına ve özellikle Alman hukukuna baktığımızda genel bir idari usul kanunun mevcudiyetini görmekteyiz. Hatta Alman hukukunda üç büyük alan olarak gösterilen İdare Hukuku, Sosyal Güvenlik Hukuku ve Vergi Hukukunda farklı genel idari usul kanunun bulunması dikkat çekicidir. Alman hukukuna baktığımızda özellikle yükümlendirici idari işlemlerde gerekçeye yer verilmemesi işlemin iptaline neden olması bakımından bireyin güvenliği açısından çok önemli bir unsurdur. Bunun yanında yararlandırıcı işlemler açısından bir istisna olsa da, gerektiğinde gerekçe verilebilmektedir. Ancak düzenleyici işlemler için bir çok Avrupa hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da bir gerekçe yükümlülüğü zorunlu değildir.

Gerekçe yükümlülüğünün tatmin ve ikna işlevi ile ilgili yargı yoluna başvurmayaacağı için yargı yükü hafiflemiş ve adalet erken tecelli etmiş olacaktır. Bu sebeple taslak haline getirilmiş olan idari usul kanunun bir an önce

¹⁷¹ MALORNY, s. 152,153.

¹⁷² BVerwG, DVBl. 1965, s. 26; OVG Lüneburg, DöV 1966, s. 803; PAPIER, s. 16 vd.; OSSENBUHL, DöV 1964, s. 515; KOPP, Verfassungsrecht, s. 96.

çıkartılması Türk hukukunun avrupa birliği hukukuyla entegrasyonu için de zaruridir. Özellikle son zamanlarda yapılan düzenlemeler bireyin korunması açısından takdire şayandır. Bu çerçevede Anayasada yapılan Ekim 2001 değişiklikleri ile 40. maddeye eklenen idari usul ilkelerinden olan başvuru yollarının gösterilmesi yükümlülüğü sevindirici bir gelişmedir.

KAYNAKÇA

AKILLIOĞLU Tekin, Bireyin Yönetimsel İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz, AİD., c. 14, sy. 3, 1981.

AKILLIOĞLU Tekin, Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İkinci Kitap, Kamu Yönetimi, Ankara 1990.

AKYILMAZ Bahtiyar - **SEZGİNER** Murat, İdare Hukuku Dersleri, Konya 2001.

AKYILMAZ Bahtiyar, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara 2000.

AZRAK Ali Ülkü, Umumi İdari Usulün Teorik Esasları ve Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Gelişimi, Doktora Tezi (Yayımlanmamıştır), İstanbul 1964.

BATTIS Ulrich / **KRAUTZBERGER** Michael / **LOHR** Rolf Peter, Baugesetzbuch, Aulf 2. München 1987.

BRUGGELMANN Hermann - **GRAUVOLGEL** Gustav, Bundesbaugesetz, Stuttgart u.a., 1986.

DEGENHARDT Cristoph, Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, DVBl 1982.

DURAN Lütfi, İdari Usulün İlkeleri ve Kapsadığı Konular, AİD., c. 31, sy. 2, Haziran 1998.

GERN Alfons – **SCHONHOFF** Horst, Begründungspflicht kommunaler Kollegialentscheidungen, VBIBW 1985.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref - **DİNÇER** Güven, İdari Yargılama Usulü, Ankara 2001.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref – **TAN** Turgut, İdare Hukuku, c. II, Ankara 1999.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Yönetimsel Yargı, Ankara 2001.

GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, Ankara 1999.

JAHN Kurt, Sozialgesetzbuch für die Praxis, Band II, SGB(X), Kommentar 1976, Lblslg.

KABOĞLU İbrahim Ö., Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Jürisprudansı ve İdari Kararların Gerekçeli Olma Zorunluluğu, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, Ankara 1-4 Mayıs 1990.

KIRATLI Metin, Danıştay'ın İdarenin Takdir Yetkisini Denetlemesi ve Bağlaması, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, 1967, sy. 6.

KOOP Ferdinand, Die Heilung von Mängeln des Verwaltungsverfahrens und Nachschieben von Gründen im Verwaltungsprozeß, VerwArch Band 61 (1970).

MALORNY Michael, Die Pflicht zur Begründung von Verwaltungsakten, Diss., Spayer 1981.

MAURER Hartmut, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, JuS 1976.

MEYER Hans-**BORGS-MACIEJEWSKI** Herman, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Farnkfurt 1982.

MULLER I BOLD Till, Die Begründungspflicht im europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht, Frankfurt am Main; Bern; New York; Paris 1990.

ODYAKMAZ Zehra, “İdari Usulden Beklediklerimiz, İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu (17-18 Ocak 1998), Ankara 1998.

ODYAKMAZ Zehra, Hazırlanmakta Olan İdari Usûl Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma Ve Bireye Tanınan Haklar”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Naci Kınacıoğluna Armağan, Aralık 1997, C. I, sy. 2.

ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, c. I, İstanbul 1966.

ÖZAY İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul 2002.

ÖZYÖRÜK Mukbil, İdare Hukuku (İdari Yargı Ders Notları), Ankara 1977.

SCHEFFLER Hans Hermann, Die Allgemeine Pflicht zur Begründung von Verwaltungsakten, DÖV 1977.

SCHOLZ Rainer, Sozialgesetzbuch SGB(X), Zehntes Buch, (X), Kommentar, Frankfurt, Lblslg.

SCHROTER Hans, u.a., Bundesbaugesetz, Aufl. 4, 1980.

SEZGİNER Murat, Usul Kanunlarında İdari İşlemin Dış Görünüşü, İdari Usul Kanunu Uluslararası Sempozyumu, Ankara 1998.

STELKENS Paul - **BONK** Heinz - **LEONHARDT** Joachim, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, München 2. Aufl. 1983.

ULE Carl Hermann-**LAUBINGER** Hans Werner, Verwaltungsverfahrensrecht, 3. Aufl. München 1986.

VOUCKO Manfred, Die pflicht zur Begründung von Verwaltungsakten, Diss., Frankfurt 1967.

WALLERATH Maximilian, Allegemeines Verwaltungsrecht, 4.Aufl., Siegburg 1992.

TÜRK HUKUKUNDA EVLÂT EDİNME

Arş. Gör. Mahmut KİZİR*

ÖZET

Bu tez çalışmasının konusu, “Türk Hukukunda Evlat Edinme” dir. Evlat edinme, Türk Medeni Kanununun 305. maddesinde “Küçüklerin Evlat Edinilmesi” ve 313. maddesinde “Ergin ve Kısıtlıların Evlat Edinilmesi” olarak düzenlenmiştir.

Bu çalışmamızda “Türk Hukukunda Evlat Edinme” konusunun ele alınıp incelenmesindeki amaç, evlat edinme işleminin toplumumuzda gittikçe daha çok uygulama alanı bulmasıdır. Gerek çocuğu olmayan ailelere çocuk sevgisinin tattırılmasına, gerekse ana ve babadan mahrum çocukların sıcak bir aile yuvasına kavuşmalarına hizmet eden böylesine yararlı bir müesseseye açıklık kazandırmakta bir diğer amaç olmuştur. Yine 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile evlat edinme hususunda, esasa ve usule ilişkin olarak çok önemli değişikliklerin yapılmış olması ve bu değişikliklerin yeni baştan ele alınıp incelenmesi gerekliliği bir diğer etkindir.

Çalışmamızda, öncelikle evlat edinmenin önemi ve tarihi gelişimi incelenmiştir. Daha sonra evlat edinmenin tanımı ve Türk Medeni Kanununda düzenleniş şekli ve hukuki mahiyeti ele alınmıştır. Nihayet, evlat edinmenin şartları, sonuçları ve evlatlık ilişkisinin sona ermesi ayrıntılı olarak ele alınmıştır

ANAHTAR KELİMELELER: Hukuk, medeni hukuk, aile hukuku, evlat edinme, evlatlık.

THE ADOPTION IN TURKISH LAW

SUMMARY

This study aims to dwell on the subject of adoption in Turkish Law. Adoption is arranged under the two articles of Turkish Code of Civil Law taking part in the 305th article as “The Adoption of Youngsters” and in the 313th article as “Adoption of Adults and Retarded”.

The reason why we have chosen this theme in this study is that the process of adoption has an increasing number of practice scopes in our community. Another reason has been to enlighten such an institution which is either beneficial for enabling families in breavement of children to feel love of child or for supplying parentless children with family. The new arrangements as to adoption articles and their practice in the 4721st Turkish Code of Civil Law

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD.

issued in 1.1.2002 and the need for reconsideration of these may be considered as another reason for dwelling on this theme in our study.

The first step of our study consists of the importance of adoption and its historical development. The following part comprises the definition of adoption, its arrangement in Turkish Code of Civil Law and its juristic entity and the last part dwells on the stipulations of adoption, their consequences and the cancel of adoption relationship.

KEY WORDS: Law, civil law, family law, adoption, adopted child.

Ş1. EVLÂT EDİNME KAVRAMI, TANIMI VE HUKUKİ MAHİYETİ

I. EVLÂT EDİNME KAVRAMI

Kavram olarak evlât edinme, tam ve sınırlı evlât edinme rejimi olarak iki başlık altında incelenebilir.

Tam evlât edinme rejimi, evlâtlık ile evlât edinen arasında evlilik birliğine dayalı nesep ilişkisi ile tamamen aynı özelliklerde hısımlık ilişkisi doğurur. Bu tür evlât edinme de evlâtlık, evlât edinen kişiden doğmuş, ana babasına nesep bağıyla bağlı çocuklarla aynı statüye dahildir. Bu nedenle evlâtlık, evlât edinenin kan ve sihri hısımlıkla hısımlık olur. Evlâtlığın asıl ana babasıyla olan nesep bağı sona erer. Bu şekildeki düzenlemeden maksat, evlâtlığı asıl ailesinden koparmak ve evlât edinen aileyi gerçek ailesi gibi benimsemesini temin etmektir¹.

Sınırlı evlât edinme rejiminde ise, evlâtlık ile asıl ailesi arasındaki ilişkiler sınırlı olarak devam etmektedir. Aynı şekilde, evlâtlık ile evlât edinen arasında ise sınırlı bir hısımlık ilişkisi meydana gelmektedir. Örneğin evlâtlık ve evlât edinenin hısımları arasında hiçbir hısımlık bağı yoktur. Evlâtlığın asıl ana babası istedikleri takdirde evlâtlık olarak verdikleri çocukla kişisel ilişki kurabilmeyi talep edebilirler². Bu durumun çocuğun psikolojisine olumsuz etki yapacağı ve çocuğun iki aile arasında ikilem yaşamasına sebep olabileceği

¹ **AKYÜZ**, Emine, Evlât Edinmeye İlişkin Uluslararası Sözleşmeler, Çağdaş Hukuk Sistemleri ve Türk Medenî Kanunu, Hamide Topçuoğlu' na Armağan, Ankara 1995, s. 155; **ARAT**, Tuğrul, Evlât Edinme Hukukundaki Gelişmelere Toplumsal İşlevsel Açından Bakış, Osman Fazıl BERKİ'ye Armağan, Y. 1977, s. 154.

² **RUHİ**, Ahmet Cemal, Türk Hukukunda Evlât Edinme ve Evlât Edinme İle İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye'de Tanınması, Ankara 2002, s. 19; **KLINKHARDT**, Horst, İki Türlü İkinci Evlât Edinme (Schwandorf Sulh Mahkemesinin 28.07.1992 tarih ve XVI 4/91 sayılı kararı üzerine), AÜEHFD, C. IV, 2002, s. 19 (Çeviren, Ahmet Cemal RUHİ).

aşikârdır³. Sınırlı evlât edinme türü, tam evlât edinmenin etkileri itibariyle, evlâtlığın, gerek evlât edinen ve onun hısımlarıyla olan ilişkileri bakımından, gerek asıl ailesiyle ilişkileri bakımından daha dar kapsamlı bir nesep ilişkisi meydana getirmektedir. Özellikle evlât edinmenin miras hukukuna ilişkin etkisi, meydana gelen evlât edinme ilişkisinin tam yada sınırlı hangi türden bir ilişki niteliği taşıdığıнын belirlenmesinde önemli bir ölçüttür⁴.

II. TANIMI

743 sayılı önceki düzenleme ile evlât edinme işlemiyle, evlât edinen ile evlâtlık arasında bir nesep ilişkisi kurulacağına ilişkin bir düzenleme yer almamasına rağmen, doktrinde, evlât edinme işlemiyle evlât edinenle evlâtlık arasında, evlilik içi sahih nesebe benzer bir ilişki kurulacağı ifade edilmekte ve bu hukukî ilişki sözleşmeden doğan nesep ilişkisi yada akdi nesep veya suni nesep gibi isimlerle nitelendirilmekteydi⁵. Doktrinde yapılan tanımlamalarda bu nitelendirme gereğince yapılmaktaydı. Buna göre, evlât edinme, akdi temele dayanan ve sahih nesep hükümlerini doğuran bir hukukî muameledir⁶. Yada, bir akit ile kurulan ve tamamlanması kamu otoritesinin müdahalesini gerektiren akdi bir nesep bağıdır şeklinde ifade edilmiştir⁷.

4721 sayılı yeni Medenî Kanunumuzda ise, evlât edinme ile de nesep ilişkisinin kurulabileceği açık bir şekilde hükme bağlanmıştır. TMK. m. 282/ f. III'e göre; "Soybağı ayrıca evlât edinme yoluyla da kurulur"⁸. 743 sayılı önceki Medenî Kanunumuza göre, evlât edinme işlemi hâkimden izin alındıktan sonra resmi şekilde yapılan bir sözleşmeyle gerçekleşmekte iken, yeni Medenî Kanunda evlâtlık ilişkisinin mahkeme kararıyla kurulacağı öngörülmüştür⁹. Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda şöyle bir tanım yapılabilir: Evlât edinme,

³ **RUHİ**, Tanınma, s. 19.

⁴ **ARAT**, Bakış, s. 155; **KLINKHARDT**, s. 348.

⁵ **OĞUZOĞLU**, H. Cahit, Medenî Hukuk Dersleri II, Ankara 1940, s. 231; **KÖPRÜLÜ**, Bülent/ **KANETİ**, Selim, Aile Hukuku, İstanbul 1986, s. 229, **VELİDEDEOĞLU** H. Veldet, Türk Medenî Hukuku (Aile Hukuku), C. II, İstanbul 1950, s. 278; **ACABEY**, M. Beşir, Soybağı, Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı, İzmir 2002, s. 168.

⁶ **YALMAN**, Süleyman, Evlât Edinme ve Evlâtlığın Miras Hakkı, SÜHFD, C. V, Y. 1996, S. 1-2, s. 213; **ARAS**, Ferzan Arif, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Evlât Edinme, İstanbul 1945, s. 35.

⁷ **ÇELİKEL**, Aysel, Evlât Edinmenin Kanunlar İhtilafı Bakımından Meydana Getirdiği Problemler, İÜHFM, C. XXX, S. 1-2, Y. 1964, s. 218.

⁸ **AKINTÜRK**, Turgut, Aile Hukuku, C. II, İstanbul 2002, s. 320.

⁹ **ACABEY**, s. 169.

çocuksuz veya arzuladığı cins ve sayıda çocuk sahibi olamamış kimselerin özlemini gideren, evlât edinen ile evlâtlık ve onun fûruu arasında nesebe ilişkin hükümler doğuran ve mahkeme kararı ile kurulabilen şekle bağlı bir medenî hukuk işlemidir¹⁰.

III. HUKUKÎ MAHİYETİ

743 sayılı Türk Kanunu Medenîsinin 256. maddesi “Evlât edinme, evlât edinenin oturduğu yer sulh hâkiminin izni üzerine yapılacak resmi bir senetle olur ve evlât edinme doğum kütüğüne yazılır” hükmünü içermekteydi. 257. maddenin kenar başlığı ise, “akdin hükmü” şeklinde kaleme alınmıştı. Her iki maddeden de anlaşılacağı üzere, evlât edinme ilişkisi, taraflar arasında yapılacak bir sözleşmeyle kurulmaktaydı¹¹. Buna göre, evlât edinme işlemi, evlât edinen ile evlâtlık arasında sahih nesep ilişkisine yol açan bir sözleşme niteliğine haizdi. Diğer bir ifadeyle, evlât edinme, taraflar arasında nesep ilişkisini sözleşme ile kuran bir hukuksal kurum niteliği taşımaktaydı¹². Yargıtay’ da aynı görüşü benimsemişti¹³.

4721 sayılı TMK. m. 315/1’ e göre, artık evlâtlık ilişkisinin mahkeme kararıyla kurulacağı öngörülmüştür. Bu düzenleme karşısında 743 sayılı Medenî Kanun döneminde yapılan tartışmalar artık son bulmuştur. Önceki kanun döneminde evlât edinmenin hukukî niteliği ile ilgili olarak bunun “şart tasarruf” mu yoksa bir “sözleşme” mi olduğu tartışmaları yapılmakta¹⁴, baskın görüş ise bunun bir sözleşme olduğunu kabul etmekte idi¹⁵. Yeni düzenleme karşısında artık evlât edinmenin hukukî niteliğinin bir sözleşme olduğunu kabul etmeye imkân kalmamıştır. Buna göre nesep ilişkisi kamu düzeni ile ilgili bir kurum

¹⁰ AKINTÜRK, s. 372.

¹¹ KILIÇOĞLU, Ahmet, Medenî Kanunumuzun Aile- Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003, s. 109.

¹² ARIK, K. Fikret, Evlât Edinme Bakımından Türk ve İsviçre Doktrin ve Tatbikatı Arasında Bir Mukayese, AÜSBFD, C. XIII, Y. 1958, S. 4, s. 96; FİŞEK, Hicri, Nesebin Tashihi, AÜHFD, C. VIII, S. 1-4, Y. 1951, s. 557; GÖNENSAY, A. Samim, Medenî Hukuk, C. II, İstanbul 1940, s. 30; FEYZİOĞLU, N. Feyzi, Aile Hukuku Dersleri, İstanbul 1971 s. 358; ÖZTAN, Aile Hukuku, Ankara 2000, s. 437; VELİDEDEOĞLU, Aile, s. 309.

¹³ Yargıtay 10.11.1954 Tarihli İBK. 17 E/ 24 K, RG. 27.02. 1955 Tarih, S. 8889.

¹⁴ ÖZTAN, Aile, s. 438.

¹⁵ ARSEBÜK, Esat, Medenî Hukuk, C. II, Ankara 1940 s. 504; SAYMEN, Ferit Hakkı/ ELBİR, Halit Kemal, Türk Medenî Hukuku, C. III, İstanbul 1957, s. 336; VELİDEDEOĞLU, Aile, s. 309; FEYZİOĞLU, s. 358; KÖPRÜLÜ/ KANETİ, s. 229.

olup, özel hukuk sözleşmesine konu olamaz¹⁶. Bu nedenle evlât edinme “medenî hukuk işlemi” olarak nitelendirilmektedir¹⁷.

Ş2. EVLÂT EDİNMENİN ŞARTLARI

I. KÜÇÜKLERİN EVLÂT EDİNİLMESİ AÇISINDAN

Küçüklerin evlât edinilmesine ilişkin düzenleme Türk Medenî Kanunumuzun 305. maddesi ile 312. maddeleri arasında sekiz madde olarak yer alırken, ergin ve kısıtlıların evlât edinilmeleri ise sadece bir madde halinde 313. maddede düzenlenmiştir. Bu madde dışında kalan konularda küçüklerin evlât edinilmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulama yoluna gidilebileceği öngörülmüştür¹⁸.

A. GENEL ŞARTLAR

Türk Medenî Kanunu küçüklerin evlât edinilmelerine ilişkin genel şartlar olarak; küçüğün bakılmış ve eğitilmiş olması, evlât edinmenin küçüğün yararına olması ve diğer çocukların haklarının zedelenmemiş olması ile evlâtlık işlemlerinde aracı kurumun gerekliliğini öngörmüştür.

1. Küçüğün Bakılmış Ve Eğitilmiş Olması

TMK. m. 305’ e göre; “Bir küçüğün evlât edinilmesi, evlât edinen tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olma koşuluna bağlıdır”. Bu hüküm İsviçre Medenî Kanununun 264. maddesinden alınmıştır. Buna göre, bir küçüğün evlât edinen tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması şarttır¹⁹.

Evlât edinen tarafından bir yıl süreyle bakım ve eğitim şartı, evlât edinme müessesesine yeni girmiş yerinde bir düzenlemedir. Bir ömür beraber yaşayacak tarafların birbirlerine ısınmaları, aralarında sıcak bir ana- baba, evlât ilişkisinin olması bu müesseseden beklenen faydayı beraberinde getirir. Ancak taraflar arasında böyle aile ilişkisi kurulmamışsa bu durumun baştan tespit edilmesi tarafların bu ilişkiden en az zararlı ayrılmalarına yol açar²⁰. Evlât

¹⁶ KILIÇOĞLU, Yenilik, s. 110.

¹⁷ ALTAŞ, Hüseyin, Evlâtlık Sözleşmesinde Amaç, THD, Mayıs 2000, Y. 1, S. 1, s. 103; AKINTÜRK, s. 362.

¹⁸ AKINTÜRK, s. 363.

¹⁹ ŞIPKA, Şükran, 4721 Sayılı Türk Medenî Kanununun Evlât Edinmeye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi, İÜHF, C. LVII, S. 1-2, s. 307; İPEKÇİ, Nizam, Mukayeseli Yeni Medenî Kanun ve Değişikliklerin Kapsamı, Ankara 2003, s. 31; RUHİ, Ahmet Cemal, Mukayeseli Olarak Türk Medenî Kanununda ve Türk Medenî Kanunu Tasarısında Evlât Edinmenin Maddi Şartları, Fehiman TEKİL’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 652.

²⁰ AYDOS, Sadık, Yeni Medenî Kanuna Göre Evlât Edinme, GÜHFD, C. IV, S. 1-2, Y. 2000, s. 121; AKYÜZ, Emine, Çocuğun Güvenliği Sorunu, Ankara 1989, s. 134.

edinilecek olan bir küçüğün bakım ve eğitime emek harcamak, tarafların iç dünyasında olumlu izler bırakır. İnsan, uğrunda emek harcadığı varlığı sever ve evlât edinen tarafından bakım ve eğitime yaptığı bu katkılar gelecekte yapacaklarına dair birer karine teşkil eder²¹. Böylece, bir kimsenin bakmadığı ve eğitime hiçbir katkısı olmadığı herhangi bir küçüğü evlât edinmesi engellenmekte ve bir çeşit deneme ve uyum süresiyle tarafların birbirlerini tanımalarına da imkân sağlanmaktadır²².

2. Evlât Edinmenin Küçüğün Yararına Olması

TMK. m. 305/ II'ye göre, "Evlât edinmenin her halde küçüğün yararına bulunması ve evlât edinmenin diğer çocuklarının yararlarının hakkaniyete aykırı bir biçimde zedelenmemesi de gerekir". Bu hükme göre, evlât edinmede öncelikle küçüğün yararı temel ilke olarak benimsenmiştir²³. Bu nedenle, evlât edinme işleminin yapılabilmesi evlâtlığa alınacak olan küçüğün menfaatine uygun olması şartına bağlıdır, hatta madde gerekçesindeki ifadeyle "evlât edinme işleminin olmazsa olmaz" koşuludur²⁴.

3. Evlât Edinenin Diğer Çocuklarının Haklarının Zedelenmemiş Olması

Kanun koyucunun getirdiği bu şarttan anlaşılacağı üzere bu yeni düzenleme, 743 sayılı önceki Medenî Kanunumuzdaki düzenlemeden farklı olarak alt soyu bulunan kimselere de bir küçüğü yada küçükleri evlât edinebilme imkanı tanımaktadır²⁵. 743 sayılı önceki Medenî Kanunumuzun 253. maddesinde evlât edinme hakkının nesebi sahih fûruu bulunmayanlara münhasır olduğu hüküm altına alınmıştı. Buradaki amaç, sahih nesepli alt soyu olan kişinin zaten evlât sevgisini tatmış olduğu ve öz evladı yanında evlâtlığa yeterince özen gösteremeyeceği ve ayrıca sahih nesepli çocukların miras haklarının da zarara uğrayacağı endişesidir²⁶.

Nesebi sahih fûruu olanlar için, evlât edinmeyi bu kadar kesin bir şekilde yasaklamak modern hukukî gelişmelere aykırı düşmektedir. Gerçekten yalnız bir çocuğu olan yada hep aynı cinsiyetten çocukları olan ana-babalar, bu

²¹ **BALKAR**, Süheyla, Türk Hukukunda Evlât Edinme, GSÜHFD, Y. 1, S. 2, 2002, s. 247; **AYDOS**, s. 121.

²² TMK. Tasarı ve Gerekçesi, m. 305.

²³ **ÖZUĞUR**, Ali İhsan, Velâyet, Vesayet, Soybağı ve Evlât Edinme Hukuku Ankara 2002, s. 234; **ŞİPKA**, s. 308.

²⁴ TMK. Tasarı ve Gerekçesi, m. 305.

²⁵ **SAZAK**, Ömer Faik, Medenî Kanuna Göre Evlât Edinme, Antalya Barosu Dergisi, Nisan 2002, Y. 23, S. 44, s. 10; **AKINTÜRK**, s. 364.

²⁶ **ŞENER**, Esat, Evlâtlık Müessesesi Üzerine Birkaç Söz, TNBHD, S. 61, Yıl. 1989, s. 4; **FEYZİOĞLU**, s. 362; **ZEVKLİLER**, Aile, s. 884.

çocuğa bir kardeş bulmayı yada farklı cinsiyetten çocuk sahibi olabilmeyi arzulayabilirler. Ayrıca evlât edinilecek kimsesiz bir çocuğunda kardeş ihtiyacını göz önünde bulundurmak gerekir²⁷.

4. Evlâtlık İşlemlerinde Aracı Kurumun Gerekliliği

Yeni getirilen bu düzenleme ile evlât edinme işlemlerinde aracılık sadece Bakanlar Kurlunca yetki verilen devletin kendi yetkili kurum ve kuruluşları tarafından yapılabilecektir. Gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerinin bu faaliyetleri yürütemeyecekleri belirtilmiştir²⁸. 1988 tarihli Tasarıda, gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine bu yetki verilmiştir²⁹. Bu çerçevede uzun zamandan beri fiilen aracılık yapan Başbakanlık Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğüne bağlı Sosyal Hizmetler İl ve İlçe Müdürlükleri bu konuda yetki verildiği takdirde resmi aracı kurum olarak görev yapabilirler³⁰.

B. ÖZEL ŞARTLAR

Türk Medenî Kanunumuz küçüklerin evlât edinilmesi konusunda yukarıda açıklanan genel şartlardan başka bir takım şartlar daha aramaktadır. Özel şartlar olarak nitelendirilen bu şartları aşağıda inceleyeceğiz.

1. Birlikte Evlât Edinme Halinde

a. Eşlerin Birlikte Evlât Edinme Zorunluluğu

743 sayılı önceki Medenî Kanunumuz eşlerden birinin evlât edinebilmesini diğer eşin bu işleme rıza göstermesi şartına bağlamıştı (TKM. m. 255/I)³¹. Bunun sebebi, evlât edinilmenin, her iki tarafın eşini de, hisleri, menfaatleri ve hukukî durumları bakımından yakından ilgilendirmesidir³².

4721 sayılı yeni Türk Medenî Kanununun 306/I. maddesine göre; “Eşler ancak birlikte evlât edinebilirler; evli olmayanlar birlikte evlât edinemezler” hükmü getirilmiştir. Buna göre, kanun koyucu bir küçüğü veya ergin yada kısıtlı bir kişiyi birlikte evlât edinebilme hakkını sadece eşlere tanımakta, evli olmayanlara örneğin, iki kardeşe yada iki arkadaşa bir kimseyi evlât edinme

²⁷ **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, İstanbul 1971, s. 361.

²⁸ **RUHİ**, Tanınma, s. 50.

²⁹ **ŞİPKA**, s. 318.

³⁰ **RUHİ**, Tanınma, s. 50.

³¹ **OĞUZMAN**, Kemal/ **DURAL** Mustafa, Aile Hukuku, İstanbul 1998, s. 252; **YALMAN**, s. 215.

³² **ATAAY**, Aytekin, Medenî Hukukta Evlât Edinme, İstanbul 1957, s. 59 (ATAAY, Evlat Edinme); **OĞUZMAN/DURAL**, s. 252.

hakkı vermemektedir³³. Kanunda “ çocuksuzluk (sahih nesepli alt soyun olmaması)” şartı kalkınca buna bağlı olarak eşlerin birlikte evlât edinme zorunluluğu getirilmiştir. Zira, artık çocuğu olan eş de evlât edinebileceğine göre İsviçre’de olduğu gibi (İMK. m. 264/a), kural olarak eşlerin tek başına evlât edinmesine izin verilmemektedir³⁴.

b. Eşlerin Birlikte Evlât Edinme Şartları

Eşlerin birlikte evlât edinebilmeleri için alternatif iki şart aranmaktadır. Bunlar, eşlerin en az beş yıldan beri evli olmaları veya otuz yaşını doldurmuş olmaları gerekir (TMK. m. 306/II). Birlikte evlât edinme için bu iki şarttan sadece birinin bulunması yeterlidir³⁵.

aa. Eşlerin En Az Beş Yıldan Beri Evli Olmaları Gerekir

Eşlerin birlikte evlât edinmelerinde aranılacak alternatif şartlardan biri, onların en az beş yıldan beri evli olmalarıdır. Bu şartı gerçekleştiren eşlerin belli bir yaşı doldurmuş bulunmalarına gerek yoktur. Örneğin, kısa bir süre önce evlenmiş olmakla birlikte otuz yaşını doldurmuş bulunan eşler evlât edinebilecekleri gibi; otuz yaşını doldurmamış olmakla birlikte en az beş yıldan beri evli olan eşler de evlât edinebilir³⁶.

bb. Eşlerin Otuz Yaşını Doldurmuş Olmaları Gerekir

Eşlerin yaşına ilişkin genel temayül, evlât edinenin yaşının küçültülmesine doğru açık bir gidiş göstermekte ve bu hususta Medenî Kanunumuz örnek teşkil etmektedir. 1983 öncesi kırk olan evlât edime yaşı 2846 sayılı kanunla otuz beşe indirilmiş ve 4721 sayılı yeni düzenleme ile bu yaş sınırı otuz yaşın doldurulması olarak kabul edilmiştir³⁷. Alman Medenî Kanununun 1743. maddesine göre, Alman Hukukunda evlât edinme yaşı 25 olarak düzenlenmiştir. Bu sayede evlât edinme tabiatı taklit eder kuralından ayrılarak, bu müesseseye sosyal bir hizmet gördürmek amaçlanmaktadır³⁸. Çünkü evlât edinme ihtiyacı genç yaşlarda duyulur. Ayrıca çocuğu olmayan

³³ **BAYGIN**, Cem, Evlât Edinmenin Koşulları, AÜEHFD, C. VII, S. 3-4, Cumhuriyetin 80. Kuruluş Yılına Armağan, Erzincan 2003, s. 607 (BAYGIN, Koşullar); **AKINTÜRK**, s. 365.

³⁴ **ŞİPKA**, s. 309; **BALKAR**, s. 253.

³⁵ **AKINTÜRK**, s. 365.

³⁶ **RUHİ**, Tanınma, s. 24; TMK. Tasarı ve Gerekçesi, m. 306/II.

³⁷ **MARX**, Yvonne, Yabancı Memleketler Mevzuatında Evlât Edinme, AD. Y. 42, S. 8, Ağustos 1951, s. 1257 (Çeviren, Reşat D. TESAL); **ÖZTAN**, Bilge, Medenî Kanunun Kabulünün 70. Yılında Aile Hukuku, AÜHFD, C. XLIV, S. 1-2, s. 122.

³⁸ **EGGER**, August, İsviçre Medenî Kanun Şerhi, Aile Hukuku, C. II, Zürich 1943 (Çeviren, Tahir ÇAĞA), s. 44; **ARIK**, Mukayese, s. 99; **TEKİNAY**, s. 359.

ailelerin evlât edinmeleri söz konusu olduğunda, bu ailelere daha erken yaşta bu imkânı vermekle, hem aileler hem de korunmaya muhtaç çocuklar açısından beklentileri karşılanmış olmaktadır³⁹.

c. Eşlerin Birlikte Evlât Edinme Zorunluluğunun İstisnaları

Evli kişiler kural olarak bir küçüğü tek başlarına evlât edinmeyeceklerdir. Ancak TMK. m. 306/III ve 307/II bu kurala iki istisna getirmiştir. Bunlardan ilki TMK. m. 306/III'e göre, eşlerden birinin diğerinin çocuğunu (kendi üvey çocuğunu) evlât edinmesi, diğeri de TMK. m. 307/II' de sayılan bir takım özel hallerin varlığı nedeniyle, eşlerin birlikte evlât edinebilmelerinin mümkün olamamasıdır⁴⁰.

aa. Diğer Eşin Çocuğunu Evlât Edinme

Eşlerden biri, genel kuralın aksine, diğerinin çocuğunu tek başına evlât edinebilir. Şayet eşlerden biri diğerinin çocuğunu evlât edinecekse, en az iki yıldan beri evli olmaları veya evlât edinecek olanın otuz yaşını doldurmuş olması yeterli kabul edilmiştir (TMK. m. 306/III). Ancak bu durumda şöyle bir ihtimal söz konusu olabilir: Otuz yaşını doldurduğu halde, henüz evlilikleri iki yılı doldurmamış olan çiftlerden evlât edinmek isteyen tarafın, evlât edineceği çocuğa bir yıl bakmış ve eğitmiş olması şartı aranacak mıdır? İsviçre'de bu bakım gözetim şartının aranacağı, aksi takdirde evlât edinmeye izin verilmesinin çocuğunun menfaatlerine aykırı olacağı ileri sürülmüştür. Ancak İsviçre Medenî Kanununda 26.6.1998'de çıkartılan ve 1 Ocak 2000'de yürürlüğe giren bir kanun ile yapılan bir değişiklikle (İMK. m. 264 a/III), üvey çocuğun evlât edinilebilmesi için yaş şartı kaldırılarak, en az beş yıldan beri evli olma durumu getirilmiştir. İsviçre'deki bu yeni değişikliğin sebebi; üvey çocuğun sadece yeni eş hatırına evlât edinilmesi halinde, bu evliliğin kısa bir süre sonra boşanma ile sonuçlanmasının, üvey evlât ile evlâtlık ilişkisi kuran diğer eşin ilişkisinde meydana getireceği olumsuzluklardır. Çünkü evlât edinen kişi evlilik sona erince üvey çocuğunu evlâtlık ilişkisinden soyutlayabilir⁴¹. Bu nedenlerle üvey çocukların evlât edinilmesine karşı çıkan yazar, hatta evlât edinilmesini yasaklayan kanunlar bulunmaktadır⁴².

bb. Birlikte Evlât Edinmenin Mümkün Olamaması

TMK. m. 307/II' de, eşlerin ancak birlikte evlât edinebilecekleri kuralının ikinci istisnası yer almaktadır. Buna göre, otuz yaşını doldurmuş olan eş, diğer eşin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksunluğu veya iki yılı aşkın süreden beri nerede olduğunun bilinmemesi yada mahkeme kararıyla iki yılı

³⁹ **TABEL**, Taner, Türk Hukukunda Evlât Edinme (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1992, s. 54; **TEKİNAY**, Aile, s. 359.

⁴⁰ TMK. Tasarı ve Gerekçesi, 306 ve 307. maddeler.

⁴¹ **ŞIPKA**, s. 310.

⁴² **SEROZAN**, Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul 2000, s. 146.

aşkın süreden beri eşinden ayrı yaşamakta olması yüzünden birlikte evlât edinmenin mümkün olmadığını ispat etmesi halinde, tek başına evlât edinebilir⁴³.

2. Tek Başına Evlât Edinme Halinde

TMK. m. 307'de tek başına evlât edinmeye ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Buna göre, evli olmayan kişi otuz yaşını doldurmuş ise tek başına evlât edinebilir (TMK. m. 307/I). Yine, eşin birlikte evlât edinmesinin imkânsız olması halinde de, kanunumuz diğer eşe tek başına evlât edinebilme hakkı vermektedir⁴⁴.

a. Otuz Yaşını Doldurmuş Olmak

Evli olmayan kişilerin evlât edinebilmeleri, otuz yaşını doldurmuş olma şartına bağlanmıştır⁴⁵. Tek başına evlât edinme yaşı İsviçre'den farklı olarak otuz yaşa indirilmiştir. Tek başına evlât edinecek olanlar öncelikle evli olmayan kişilerdir. Zira evli olan kişilerin tek başına evlât edinmesi yukarıda belirtilen istisnalar dışında mümkün değildir⁴⁶.

b. Eşin Birlikte Evlât Edinmesinin Mümkün Olamaması

Eşler bir kimseyi ancak birlikte evlât edinebilirler. Bu itibarla bir eşin tek başına evlât edinmesi kural olarak mümkün değildir. Ancak otuz yaşını doldurmuş bir eş için, bir kimseyi diğer eşiyile birlikte evlât edinmek imkansız hale gelmişse, bu durumda artık kanun koyucu diğer eşe tek başına evlât edinebilme hakkını tanımaktadır. Buna göre, otuz yaşını doldurmuş eş, diğer eşin; ayırt etme gücünden sürekli yoksun bulunması, iki yılı aşkın bir süredir nerede olduğunun bilinmemesi ve mahkeme kararıyla iki yılı aşkın süreden beri kendisinden ayrı yaşamakta olması yüzünden birlikte evlât edinmenin mümkün olmadığını ispat ederse tek başına evlât edinebilir⁴⁷. Tek başına evlât edinme isteminde bulunan eşin yukarıdaki üç halden yalnızca birini mahkemede ispat etmesi gerekli ve yeterli olacaktır⁴⁸.

3. Evlât Edinenle Evlâtlık Arasında Belli Bir Yaş Farkının Olması

Evlât edinenle evlâtlık arasında en az on sekiz yaş fark bulunmalıdır. Yani evlât edinen evlâtlıktan on sekiz yaş büyük olmalıdır⁴⁹. Oysa İsviçre'de

⁴³ AKINTÜRK, s. 366; AYDOS, s. 122; TMK, Tasarı ve Gerekçesi, m. 307/II.

⁴⁴ TMK. Tasarı ve Gerekçesi, m. 307.

⁴⁵ AKINTÜRK, s. 366.

⁴⁶ ŞİPKA, s. 311.

⁴⁷ KILIÇOĞLU, Yenilik, s. 115; AYDOS, s. 122.

⁴⁸ AKINTÜRK, s. 367.

⁴⁹ OĞUZMAN/DURAL, s. 246.

yeni düzenleme ile bu yaş farkı on altıya indirilmiştir (İMK. m. 265)⁵⁰. Kanunumuz bu hükmüyle, evlât edinme yoluyla, evlâtlık ile evlât edinen arasındaki zaman mesafesini, gerçek ana baba ile çocukları arasındaki yaş farkına benzetmek istemiştir⁵¹.

4. Küçüğün Rızası

TMK. m. 308/II' ye göre; "Ayırt etme gücüne sahip olan küçük, rızası olmadıkça evlât edinilemez". Aynı düzenleme 743 sayılı önceki Medenî Kanunumuzun 254. maddesi birinci fıkrasında düzenlenmişti⁵². Buna göre, evlâtlığın kendi rızası ancak ayırt etme gücüne sahip olması halinde söz konusudur. Evlât alınacak kimse eğer ayırt etme gücüne sahip ve reşit yani tam ehliyetli ise, evlât edinme işleminin meydana gelmesi için gerekli olan rızayı kimsenin yardımına veya görüşüne ihtiyacı olmaksızın kendisi verebilir⁵³. Evlâtlığa alınacak kişi ayırt etme gücüne sahip küçük ise, o zaman hem kendisinin hem de ana ve babasının; şayet ayırt etme gücüne sahip kısıtlı ise, vasi ve vesayet dairelerinin onayını almak gerekir⁵⁴.

5. Küçüğün Ana Ve Babasının Rızası

TMK. m. 309/I'e göre; "Evlât edinme, küçüğün ana ve babasının rızasını gerektirir". Buna göre, küçüğün evlât edinilmesi anne ve babanın birlikte rızalarını gerektiren bir işlemdir. TMK. m. 355/I'e göre, ergin olmayan çocuk ana ve babasının velâyeti altındadır. TMK. m. 336/I'e göre ise, evlilik devam ettiği sürece velâyeti ana ve baba birlikte kullanırlar. Bu nedenle, evlât edinme işleminde hem ananın hem de babanın rızası gerekir⁵⁵. Çünkü, yapılan işlemle velâyet hakkı sona ermektedir.

6. Vesayet Dairelerinin İzni

TMK. m. 308/III'e göre; "vesayet altındaki küçük, ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına bakılmaksızın vesayet dairelerinin izniyle evlât

⁵⁰ **TURHAN**, Nedim, Evlât Edinme, YD, C. XXVI, S. 1-2, Ocak- Nisan 2000, s. 5; **ŞIPKA**, s. 311.

⁵¹ **ZEVKLİLER/ ACABEY/ GÖKYAYLA**, Zevkliler Medenî Hukuk, Giriş-Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 2000, s. 975; **TEKİNAY**, Aile, s. 364; **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s. 231.

⁵² **AYDOS**, s. 123.

⁵³ **YALMAN**, s. 215; **TABEL**, s. 67.

⁵⁴ **OĞUZMAN/DURAL**, s. 249.

⁵⁵ Yargıtay 2. HD. 13.5.1985 gün ve 85/4403 E., 85/4609 sayılı kararına göre, "...evlât edinilmesine izin istenen çocuk boşanmadan sonra doğmuş ve velâyeti henüz düzenlenmemiş olduğundan, ana ve babanın velâyeti birlikte kullandıklarının kabulü gerekir. Bu durumda ana ve babanın müşterek rızaları alınmadan sadece babanın rızasına dayanan, evlât edinmeye izin davasının reddi gerekir..." (İKİD., Y. 25, S. 296, Ağustos 1985, s. 3550).

edinebilir". Buna göre, evlât edinilmek istenen kişi vesayet altında ise, örneğin, velâyet nez' edilmiş ve kendisine vasi tayin olunmuşsa, küçük ayırt etme gücüne sahip olsa bile, vasisinin ve vesayet dairelerinin izni gerekir⁵⁶. Evlât edinmeye izni küçüğün yerleşim yerindeki vesayet daireleri verir (TMK. m. 411). Vesayet altındaki küçüğün evlât edinilmesi için, vasisinin rızası ile birlikte, evlâtlığın ikametgahı sulh hukuk mahkemesinin izni ve asliye hukuk mahkemesi hakiminin bunu tasdik etmesi gereklidir. Çünkü vesayet makamı, sulh hukuk mahkemesi; denetim makamı, asliye hukuk mahkemesidir (TMK. m. 397/II)⁵⁷.

II. ERGİNLERİN VE KISITLILARIN EVLÂT EDİNİLMESİ AÇISINDAN

4721 sayılı Medenî Kanun, küçüklerin evlât edinilmesiyle, ergin ve kısıtlıların evlât edinilmesini farklı şartlara tabi tutmuştur. Küçüklerin evlât edinilmesinden farklı olarak, erginlerin ve kısıtlıların evlât edinilmesine daha sınırlı koşullar getirilmiştir⁵⁸.

A. EVLÂT EDİNENİN ALTSOYUNUN OLMAMASI

1. 5399 Sayılı Kanundan Önce

Ergin ve kısıtlıların evlât edinilmesini düzenleyen ve üç bentten oluşan TMK. m. 313/I'de, erginlerin ve kısıtlıların hangi hallerde evlât edinilebilecekleri, üç alternatif şart olarak sınırlayıcı bir şekilde sayılmıştı. Üç alternatif halde de geçerli olan ortak şart, fıkranın ilk cümlesine göre, evlât edinenin altsoyunun bulunmaması idi⁵⁹.

4721 sayılı Medenî Kanunumuz evlât edinmede evlât edinenin alt soyunun bulunmama şartını, sadece küçüklerin evlât edinilmesinde kaldırmış, buna karşılık ergin ve kısıtlıların evlât edinilmesinde muhafaza etmişti. Oysa 743 sayılı önceki Medenî Kanunumuz bir kimsenin bir kişiyi evlât edinebilmesi için, sahih nesepli alt soyunun bulunmama şartını küçük-ergin ayrımı yapmaksızın mutlaka aramaktaydı (TKM. m. 253)⁶⁰.

2. 5399 Sayılı Kanundan Sonra

03.07.2005 tarih ve 5399 sayılı Türk Medeni Kanununda Değişiklik yapılmasına Dair Kanun⁶¹, Medeni Kanunun 313 üncü maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesini değiştirerek "Evlât edinenin altsoyunun açık muvafakatiyle ergin veya kısıtlı aşağıdaki hallerde evlât edinilebilir" hükmünü

⁵⁶ ÖZTAN, Aile, s. 447; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 233.

⁵⁷ ZEVLİLİLER, Aile, s. 887; VELİDEDEOĞLU, Aile, s. 313; ÖZUĞUR, s. 249.

⁵⁸ ŞİPKA, s. 313.

⁵⁹ TMK, Tasarı ve Gerekçesi, m. 313; ŞİPKA, s. 313.

⁶⁰ AKINTÜRK, s. 370, AYDOS, s. 127.

⁶¹ RG. 15.07.2005, S. 25876.

getirmiştir. Bu hükme göre, kanunun yürürlüğe girdiği 15.07.2005 tarihinden itibaren ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesi açısından aranan evlat edinenin altsoyunun bulunmaması koşulu ortadan kaldırmıştır. Kanun koyucunun yayımı tarihinde yürürlüğe girmesini öngördüğü 5399 sayılı kanun 15.07.2005 tarihinde resmi gazetede yayımlanmıştır. Dolayısıyla, 15.07.2005 tarihinden önce gerçekleştirilen ergin ve kısıtlıların evlat edinilmeleri açısından, evlat edinenin altsoyunun bulunmaması koşulu aranacaktır. Buna karşılık 15.07.2005 tarihinden sonra gerçekleştirilen ergin ve kısıtlıların evlat edinilmeleri ile ilgili işlemlerde, evlat edinenin altsoyunun bulunup bulunmaması önem arz etmeyecektir. Ancak evlat edinenin altsoyunun açık muvafakati ile ergin veya kısıtlı evlat edinilebilecektir.

B. ERGİN VEYA KISITLININ BAKILIP GÖZETİLMİŞ VE EVLÂT EDİNENLE AİLE HALİNDE YAŞAMIŞ OLMASI

4721 sayılı yeni Medenî Kanunumuz önceki düzenlemeden farklı olarak, ergin ve kısıtlı olan herkesin evlât edinilebilme imkanını ortadan kaldırmıştır. Gerçekten, kanunumuz ergin ve kısıtlıların evlât edinilebilmelerine ancak 313. maddede üç bent olarak düzenlenen şartlardan birinin mevcudiyeti halinde izni vermektedir. Maddede düzenlenen haller alternatif haller olup, sınırlayıcı (tahdidi) biçimde sayılmışlardır.⁶² Bu haller şunlardır:

1- Bedensel veya zihinsel özürlü sebebiyle sürekli olarak yardıma muhtaç ve evlât edinen tarafından en az beş yıldan beri bakılıp gözetilmekte ise,

2- Evlât edinen tarafından, küçükken en az beş yıl süreyle gözetilmiş ve eğitilmiş ise,

3- Diğer haklı sebepler mevcut ve evlât edinilen, en az beş yıldan beri evlât edinen ile aile halinde birlikte yaşamakta ise,

Yukarıda üç numaralı bentteki “diğer haklı sebepler” ifadesi, madde gerekçesinde “yukarıda sayılanlardan başka haklı sebepler mevcut ise” anlamındadır.

Ergin veya kısıtlıların evlât edinilmelerinde her üç halde de en az beş yıl gibi bir sürenin geçmiş olması istenmektedir. Bu düzenleme ile evlât edinen ile evlâtlığın birbirlerini uzun süre tanımaları, denemeleri evlâtlık kararı almadan önce düşünmeleri esası getirilmiştir⁶³. Öte yandan, evlât edinilecek kişi bakımından da bir takım şartlar aranmıştır. Evlât edinilecek kişi “bedensel ve zihinsel özürlü olmak”, “küçükken bakılmış ve eğitilmiş olmak” yada “evlât edinenle uzun süredir aile halinde birlikte yaşamakta olmak” gibi önemli bir takım şartları haiz olmalıdır⁶⁴.

⁶² AKINTÜRK, s. 370.

⁶³ ÖZUĞUR, s. 252.

⁶⁴ AKINTÜRK, s. 371.

C. ERGİN VE KISITLI EVLÂ İSE DİĞER EŞİN RIZASI

Evlât edinilmek istenen ergin veya kasıtlı kimse eğer evli ise, bu kimse ancak eşinin rızasıyla evlât edinilebilir (TMK. m. 313/II). Hatta evlât edinilecek eş tam ehliyetli olsa bile yine de diğer eşin rızası olmaksızın evlât edinilemez⁶⁵. Eşlerden birinin evlât edinmesi konusunda öteki eşin rıza açıklaması, kullanılması bakımından kişiye sıkı sıkıya bağlı bulunan haklardandır. Bu niteliği dolayısıyla temyiz kudretine sahip bulunan eş kendi başına rıza açıklamasında bulunabilir⁶⁶.

4721 sayılı Medenî Kanunumuza göre ise, rızası alınması gereken kişilerden bu rıza alınmamışsa bu durum evlâtlık ilişkisinin ortadan kaldırılmasını gerektirir ve taraflar hakimden evlâtlık ilişkisinin ortadan kaldırılmasını isteyebilirler (TMK. m. 317)⁶⁷.

D. DİĞER HALLER

Medenî Kanunumuz ergin ve kısıtlıların evlât edinilmelerinde küçüklerin evlât edinilmelerinden farklı bir düzenleme yapmıştır. Ancak TMK. m. 313'te düzenlenen bu kurallar dışında, küçüklerin evlât edinilmelerine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla ergin ve kısıtlıların evlât edinilmesinde de uygulanacağı belirtilmiştir⁶⁸. Buna göre TMK. m. 313/I ve II' de sayılan düzenlemeler dışında erginlerin ve kısıtlıların evlât edinilmelerinde küçüklerin evlât edinilmesine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanacaktır (TMK. m. 313/II)⁶⁹.

§3. EVLÂT EDİNMENİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. ŞAHSÎ SONUÇLARI

Evlât edinme ile birlikte gerek evlâtlığın gerekse evlât edinenin şahsına ilişkin bir takım hüküm ve sonuçlar doğmaktadır. Yine bu sonuçlar bakımından yeni Türk Medenî Kanunumuzda farklı bir düzenleme olarak evlenme yasağı getirilmiştir. Bu hususlar aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

A. EVLÂTLIĞIN ŞAHSINA İLİŞKİN SONUÇLAR

1. Soyadı

4721 sayılı Türk Medenî Kanununa göre, evlâtlığın evlât edinenin soyadını alması, küçük olmasına bağlıdır (TMK. m. 314/III). Ergin olan evlâtlığın evlât edinenin soyadını alması kendi isteğine bağlıdır (TMK. m.

⁶⁵ AKINTÜRK, s. 371.

⁶⁶ ATAAY, Aytekin, Eşinin Evlât Edinmesine Onamını Bildirmesi Gereken Öteki Eşin Ayırt Gücünden (Temyiz Kudretinden) Yoksunluğu, İÜHFD, C. XXXVIII, S. 1-4, s. 439.

⁶⁷ RUHİ, Tanınma, s. 67.

⁶⁸ TMK. Tasarı ve Gerekçesi, m. 313/III.

⁶⁹ AKINTÜRK, s. 372.

314/III). Burada ergin olan evlâtlığa bir seçme hakkı tanınmıştır. Ergin olan evlâtlık dilerse kendi soyadını dilerse evlât edinenin soyadını kullanabilir. Evlâtlık küçük ise, soyadının değişmesi kanun hükmü icabıdır. Evlâtlık işlemleri tamamlanır tamamlanmaz evlât edinenin soyadını alır⁷⁰. Bunun aksine anlaşma yapılamaz. Eğer küçüğün eski soyadını taşımakta haklı bir menfaati varsa, TMK. m. 27/I' e göre soyadının değiştirilmesini isteyebilir⁷¹.

2. İkametgâh (Yerleşim Yeri)

İkametgâh, bir kimsenin yerleşmek niyetiyle oturduğu yerdir. Onun hukukî adresidir⁷². Evlâtlık şayet ergin ise, her şahıs gibi, onunda ikametgâhı genel hükümlere göre tayin edilir⁷³. Evlâtlık, ergin bulunmuyorsa, kendisi evlât edinenin velâyeti altında kabul edilir (TMK. m. 314). TMK. m. 21 gereğince; “Velâyet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri, ana ve babasının; ana ve babasının ortak yerleşim yeri yoksa, çocuğun kendisine bırakıldığı ana ve babanın yerleşim yeridir”. Bu hükme göre, velâyet altındaki küçük veya kısıtlı evlâtlığın ikametgâhı, evlât edinenin ikametgâhıdır⁷⁴.

3. Hısmılık

Evlât edinme işleminin tamamlanması ile, evlâtlık ile evlât edinen arasında bir soybağı ilişkisi kurulur (TMK. m. 282/II). Bu hüküm gereğince, evlâtlıkla evlât edinen arasında hısmılık ilişkisi doğmaktadır. Evlât edinenle evlâtlığın altoyu arasında hısmılık ilişkisinin meydana gelip gelmeyeceği hususu doktrinde tartışılmalıdır. Bazı yazarlar, meydana gelen soybağı ilişkisinin kan bağına değil, kanuna dayalı olduğu gerekçesiyle hısmılık ilişkisinin kurulamayacağını kabul etmektedirler⁷⁵. Aksi görüşte olan yazarlara göre, kanun, evlât edinmenin meydana getirdiği hısmılığı evlâtlığın altoyuna da teşmil etmiştir. Evlâtlığın altoyu ister reşit olsun, ister olmasın, evlât edinen ile hısm telakki edilir⁷⁶ ve ona kan hısmı gibi mirasçı olur (TMK. m. 500). Buna mukabil, evlâtlık, evlât edinenin kan ve sıhrî hısmılarıyla hısm olamaz. Evlâtlık, evlât edinenin daha sonra evlât edindiği evlâtlıkların ve sonradan doğan çocukların kardeşi olmaz⁷⁷. Aynı şekilde, evlât edinenle evlâtlığın kendi

⁷⁰ ÖZTAN, Aile, s. 453; AYDOS, s. 135.

⁷¹ OĞUZMAN/DURAL, s. 260.

⁷² ÖZTAN, Bilge, Medenî Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2002, s. 285.

⁷³ TABEL, s. 107.

⁷⁴ ÖZTAN, Temel Kavramlar, s. 289; AYDOS, s. 136.

⁷⁵ AKINTÜRK, s. 376; ZEVKLİLER, Aile, s. 891; TEKİNAY, Aile, s. 371; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 236-237.

⁷⁶ SAYMEN/ELBİR, s. 349; OĞUZMAN/DURAL, s. 256.

⁷⁷ ARSEBÜK, s. 513; AKINTÜRK, s. 376; RUHİ, Tanınma, s. 54; ÖZTAN, Aile, s. 455.

hısımları arasında bir hısımlık doğmaz; dolayısıyla, evlâtlık ile evlât edinmenin hısımları da birbirleriyle akraba haline gelmezler⁷⁸.

İsviçre’de 1972 yılında yapılan kanuni düzenleme ile, evlât edinilen küçüğün öz ana babası ile hukukî ilişkileri -mirasçılık dâhil- tamamen sona ermektedir. Bu duruma, öğretide tam evlât edinme adı verilmektedir⁷⁹. İsviçre’deki bu düzenleme, çocuğun yararı ve güvenliği ilkesinin sağlanması için kabul edilmiştir. Bu ilke gereğince, evlâtlık, evlât edinen ana ve babanın gerçek çocuğuymuş gibi tüm hukukî sonuçlardan yararlanır. Hatta evlât edinilen çocuk ile, evlât edinenin kan ve sıhri hısımları arasında gerçek bir çocuğun sahip olduğu hısımlık ilişkisi kurulur⁸⁰. Aynı şekilde, İsviçre Medenî Kanununa göre, evlât edinme, küçüğün asıl ana babası ile olan hısımlık ilişkilerini sona erdirirken buna bağlı olarak mirasçılık sıfatını da kaybeder (İMK. m. 367/III). Bunun tek istisnası, diğer eşin çocuğunun evlât edinilmesine görülür. Bu durumda küçüğün asıl ana yada babasına karşı olan nesep ilişkisi devam eder (İMK. m. 367/II). Evlâtlığın kan hısımları ile de hısımlık ilişkisi tamamen sona ermekle birlikte, sadece onlarla olan evlenme engeli devam eder (İMK. m. 95).

4. Evlâtlığın Gerçek Ana Babasıyla İlişkileri

Evlât edinmeyle birlikte, ana babaya ait olan hak ve yükümlülüklerin evlât edinene geçmesi, çocuğun gerçek ana babasıyla olan tüm ilişkilerinin kesileceği anlamına gelmez⁸¹. Yargıtay’a göre, evlâtlığın gerçek ana babası, küçük çocuklarıyla şahsi ilişkide bulunmak hakkına sahiptirler. Evlât edinene buna engel olmak isterse, ana ve baba evlâtlık olan çocuklarıyla şahsi ilişkilerini düzenlenmesini hakimden isteyebilirler⁸².

⁷⁸ **TEKİNAY**, Aile, s. 371; **ARSEBÜK**, s. 513; **ÖZTAN**, Aile, s. 455.

⁷⁹ **ŞIPKA**, s. 314; **SEROZAN**, Çocuk, s. 152.

⁸⁰ **ŞIPKA**, s. 314; **TABEL**, s. 108; **OĞUZMAN/DURAL**, s. 256, dipnot 623.

⁸¹ **OĞUZMAN/DURAL**, s. 261.

⁸² Yargıtay 2. HD, 1.11.1983 gün ve E. 1983/7785, 1983/8111 sayılı kararına göre; “Evlâtlık ilişkisi kurulmakla, evlâtlığın asıl ana babası ile irs bağı kesilmez. Kişisel ilişki kurma hakkı irs ve nesep bağından doğmaktadır. Bu sebeple, evlâtlıkla kendi ana babası arasında kişisel ilişkinin düzenlenmesi zorunlu olup, bu talebe yönelik talebin reddi yerinde değildir” (YKD. 1989, C. X, S. 9, s. 1353); Yine Yargıtay’ın 2. HD. 13.5.1991 gün ve E. 1991/4151, 1991/7800 sayılı kararına göre; “Yargıtay’ın 18.11.1959 günlü ve 12/29 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında açıklandığı üzere, kişisel ilişki kurma hakkı ne velâyet hakkının bir sonucu ne de baba olmanın bir sonucudur. Her şeyden önce çocuğun psikolojik gelişim ve gelecekteki maddi menfaatleri gözetilerek bu hak getirilmiştir” (YKD. C. XVIII, S. 4, Nisan 1992, s. 516-518).

B. EVLÂT EDİNENİN ŞAHSINA İLİŞKİN SONUÇLARI

1. Velâyet Hakkı

Evlât edinme işlemimin tamamlanması ile birlikte, ana babaya ait olan hak ve yükümlülükler evlât edinene geçer (TMK. m. 314/I). Evlât edinme işleminin tamamlanmasıyla henüz reşit olmayan evlâtlık, evlât edinenin velâyeti altına girer⁸³. Yani asıl ana ve babanın evlâtlık üzerindeki velâyet hakkı sona erer⁸⁴. Evlâtlık eşlerden yalnızca biri tarafından evlât edinilmiş ise, sadece evlât edinenin velâyeti altına girer. Evlât edinmeyen diğer eşin velâyeti söz konusu olmaz, yani burada ortak velâyet esası cereyan etmez⁸⁵. Eşlerin birlikte evlât edinmeleri halinde, evlilik devam ettiği sürece eşler velâyeti birlikte yürütürler (TMK. m. 336/I). Velâyet hakkı, taraflardan birinin ölümü halinde sağ kalan eşe, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir (TMK. m. 336/III). Evlât edinme ile meydana gelen velâyet hakkı, normal velâyet hakkındaki kapsama sahiptir. Evlât edinen, velâyeti altındaki evlâtlık hakkında, iâşe ve terbiye, eğitim ve öğrenim görev ve yetkilerine sahip olur⁸⁶. TMK. m. 342/I'e göre, evlât edinen velâyet hakkının kapsamı dahilinde üçüncü kişilere karşı evlât edinmenin kanuni temsilcisidir. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasında eşler birlikte evlât edinmişlerse, iyi niyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayılabilirler. Evlât edinenin velâyet hakkından kısmen veya tamamen vazgeçmesi mümkün değildir⁸⁷. Evlât edinenin ölmesi halinde veya velâyet hakkının kendisinden alınmasından sonra, velâyet hakkı kendiliğinden asıl ana babasına dönmez. Bu durumdaki evlâtlığın velâyeti askıda olup, evlâtlığa bir vasi tayin edilmesi gerekir⁸⁸.

⁸³ **RUHİ**, Tanınma, s. 60; **KÖPRÜLÜ /KANETİ**, s. 237.

⁸⁴ Yargıtay 2. HD. 3.5.1976 gün ve 3621/3760 sayılı kararına göre, "Evlât edinme sözleşmesi gerçekleşince velâyet evlât edinene geçer ve asıl ana babanın velâyet hakkı sona erer" (YKD. Y. 1977, S. 2, s. 179).

⁸⁵ **ZEVKLİLER**, Aile, s. 892; **FEYZİOĞLU**, s. 376.

⁸⁶ **TARAKÇIOĞLU**, İhsan, Ana Babanın Temsil Yetkisi ve Kaynağı, AİTİAD. C. III, S. 1, Y. 1971, s. 200; **SAYMEN/ELBİR**, s. 351.

⁸⁷ **ÖZTAN**, Aile, s. 458.

⁸⁸ Yargıtay 2. HD. 10.11.1954 gün ve 17/24 sayılı kararına göre; "... evlât edinme muamelesinin tekemmülü (tamamlanması) ile ana ve babanın velâyet hakkını zayi edip evlât edinen kimseye geçen küçük üzerindeki velâyet hakkının vefat sebebiyle zevali (son bulması) vukuun da kendiliğinden, salahiyettar makamın müdahalesine lüzum olmaksızın asıl ana ve babaya veyahut bunlardan berhayat olana (yaşayana) avdet (geri dönme) ve intikal etmeyip bu gibi hallerde küçüğe bir vasi tayini icap edeceğine üçte ikiyi geçen ekseriyetle karar verildi" (**ÖZÜĞÜR**, s. 280-282).

2. Bakım Yükümlülüğü

Evlâtlık işleminin tamamlanmasıyla ana babaya ait haklar ve yükümlülükler evlât edinene geçer. Yine ana baba çocuklarının bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler (TMK. m. 185/II). Bu hüküm gereğince, evlât edinme işleminin tamamlanmasıyla evlât edinen, evlâtlığın bakım ve iaşesinden birinci derecede sorumlu hale gelir. Asıl ana ve babanın bakım mükellefiyeti sona erer⁸⁹. Evlât edinen, çocuğun bakım ve eğitimine, mallarının idaresine özen gösterecektir. Eğer, eşler küçüğü birlikte evlât edinmişlerse velâyet birlikte her ikisine de geçeceğinden bakım borcu her ikisine ait olacaktır. Eşler bu borcun yerine getirilmesine birlikte özen gösterecekler yine velâyetle ilgili, mesleki eğitim, dini eğitim, evlâtlık mallarını idare hakkı, küçüğün reşit olacağı tarihe kadar evlât edinen eşlerde olacaktır⁹⁰.

3. Ana Baba Adı

4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 314. maddesinin dördüncü fıkrasına göre; “Eşler tarafından birlikte evlât edinilen ve ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklerin nüfus kaydına ana baba adı olarak evlât edinen eşlerin adları yazılır”. Türk Medenî Kanununda belirtilen istisnai şartların gerçekleşmesi halinde eşlerden sadece birinin evlât edinmesi halinde bu hüküm uygulanmaz⁹¹. Bu durumda olan evlât edinilen kimse asıl ana ve babasının adını taşımaya devam eder⁹².

Kanun koyucunun mümeyyiz olmayan küçüklerin nüfus kaydına ana baba adı olarak evlât edinen eşlerin adları yazılır hükmünü getirmekle, evlâtlıkla evlât edinen eşler arasında doğan suni nesep ilişkisini, doğal ilişkiye benzetmek ve eşdeğer saymak istenmiştir. Bu hüküm dolayısıyla, evlâtlık okul çağına geldiği zaman, ana baba adının kendisini evlât edinenlerden farklı isimlerden oluşmasının meydana getireceği olumsuzluklardan korunacaktır⁹³. Hükümde ayırt etme gücüne sahip olmayan küçükten kastedilen 15 yaşından küçük kişilerdir. Uygulamada 15 yaşından küçük kişilerin evlât edinilmesinde bu

⁸⁹ ÖZTAN, Aile, s. 457.

⁹⁰ SAYMEN/ELBİR, s. 350.

⁹¹ Yargıtay 2. HD. 12.3.1987 gün ve 1161/2059 sayılı kararına göre “...karı-koca tarafından birlikte evlât edinilen ve ayırt etme gücüne sahip bulunmayan küçüklerin nüfusta ana baba adı olarak, evlât edinen karı kocanın adları yazılır. Karı-kocadan sadece birinin evlât edinmesi halinde bu hüküm uygulanmaz. Olayda çocuğu sadece kadının evlât edindiği, kocanın evlât edinmediği sabit olduğundan, ana baba adının evlât edine kadının ve evlât edinmediği halde kocasının adının yazılması usul ve kanuna aykırıdır” (ÖZMEN, İsmail, Velâyet, Nesep ve Evlât Edinme Davaları, Ankara 1999, s. 754).

⁹² RUHİ, Tanınma, s. 51.

⁹³ AKINTÜRK, s. 376.

hüküm uygulanmakta, bu yaştan büyük kişiler için bu hüküm uygulanmamaktadır⁹⁴.

C. EVLENME YASAĞI

743 sayılı Türk Kanunu Medenînin 92. maddesinin üçüncü fıkrasında, evlâtlıkla evlât edinen ve bunlardan biriyle diğ erinin koca ve karısı arasında evlenme yasaktır hükmü yer almaktaydı. Bu hüküm gereğince, evlâtlık ilişkisi bir evlenme engelidir. Yani evlâtlık, evlât edinen ve eşi ile, evlât edinen de evlâtlığın eşi ile evlenemezlerdi. Bunlar dışında kalanlar birbirleriyle evlenebiliyorlardı. TKM. m. 121'e göre, evlât edinen ile evlâtlığın evlenmesi halinde, evlilik iptal edilemez, evlâtlık ilişkisi kendiliğinden ortadan kalkar hükmü yer almaktaydı. Görüldüğü gibi, bu durum kesin bir evlenme engeli değildi⁹⁵. Bu yasağ a rağmen evlâtlık ile evlât edinen veya onlardan biri ile diğ erinin eşi evlenmişlerse, evlenme iptal edilmeyip, evlâtlık ilişkisi kanun gereğ i kendiliğinden ortadan kalkmaktaydı⁹⁶.

4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 129. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, evlât edinen ile evlâtlığın veya bunlardan biri ile diğ erini alt soyu ve eşi arasında evlenmek yasaklanmıştır. Bu hüküm gereğince, evlâtlık ilişkisinden kaynaklanan evlenme yasağı daha da genişletilmiş, evlâtlık ve evlât edinenin diğ erinin alt soyu ile evlenmesini de yasaklamıştır. Örneğ in, bayan A, evli ve B isimli bir kız çocuğ u vardır. Bayan A'nın kocası öldükten sonra, C isimli bekar bir kişi tarafından evlât edinilmiştir. 743 sayılı Türk Kanunu Medenîye göre C, bayan A'nın alt soyu B ile evlenebilmekteydi, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu bunu yasaklamıştır⁹⁷. Yine 743 sayılı önceki kanunumuzda yer alan 121. madde yürürlükten kaldırılmış olduğ undan, artık evlâtlık ilişkisi kesin bir evlenme engeli olarak kabul edilmiştir⁹⁸.

II. MALÎ SONUÇLARI

A. EVLÂT EDİNENİN KÜÇÜĞÜN MALLARINA İLİŞKİN YÖNETİM VE YARARLANMA HAKKI

TMK. m. 314/I gereğince, ana babaya ait olan hak ve yükümlülükler evlât edinene geçer. Buna göre, velâyete ilişkin tüm hak ve yükümlülükler evlât edinene tatbik edilir. Yani, çocuğ un eğitimi (TMK. m. 339), temsil edilmesi

⁹⁴ İçişleri Bakanlığ ı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğ ünün 22.5.1995 gün ve 10595 sayılı, 1995/10 numaralı genelgesi.

⁹⁵ **BERKİ**, Şakir, Türk Hukukunda Evlât Edinme ve Evlâtlığın Mirası, AÜHFD, C. IX, S. 1-2, Y. 1952, s. 13; **DOĞANAY** İsmail, Evlât Edinme ve Bir Kimse Kardeşini Evlât Edinebilir mi? AD. Y. 39, S. 6, s. 733- 734; **YALMAN**, s. 218; **ZEVKLİLER**, Aile, s. 893; **FEYZİOĞLU**, s. 373.

⁹⁶ **ZEVKLİLER**, Aile, s. 893; **TABEL**, s. 113; **İPEKÇİ**, s. 40.

⁹⁷ **KILIÇOĞLU**, Yenilik, s. 7.

⁹⁸ **ŞIPKA**, s. 318; **RUHİ**, Tanınma, s. 63.

(TMK. m. 342), yerleştirilmesi (TMK. m. 347), evlâtlığın mallarını idare ve onlardan istifade (TMK. m. 352-354), evlâtlığın şahsi ve mali açıdan korunması (TMK. m. 346, 347, 348, 349, 352, 353, 360, 363) hususları hep velâyete ilişkin kural ve hükümlere tabidir⁹⁹.

1. Yönetim Hakkı

TMK. m. 352'ye göre; “Ana ve baba, velâyetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler; kural olarak hesap ve güvence vermezler”. Türk Medenî Kanunumuz velâyet hakkına sahip ana ve babaya çocuğun mallarını yönetme hakkını ve yetkisini, hatta yönetme hakkına yönetim yükümlülüğünü de eklemiştir. Ana babaya çocuğun mallarının yönetimi hususunda tanınan bu hak, velâyete sıkı sıkıya bağlıdır¹⁰⁰. Velâyet hakkının, evlât edinmeyle birlikte evlât edinene geçmesi, ona, kural olarak çocuğun mallarını idare ve onlardan yararlanma yetkisini de verir¹⁰¹.

Evlâtlığın mallarını yönetme yeni düzenlemede hem hak hem yükümlülük olarak hükme bağlanmış olduğuna göre, ana baba veya onlardan biri bu haktan feragat edemez veya biri yönetimi diğerine devredemez. 743 sayılı TKM. m. 278'de sadece malları yönetmekten söz etmişken, yeni düzenleme, malları yönetmenin ana ve baba için hem hak hem de yükümlülük olduğunu açıkça belirtmektedir (TMK. m. 352/I).

2. Yararlanma Hakkı

TMK. m. 354'e göre; “Ana ve baba kusurları sebebiyle velâyetleri kaldırılmadıkça, çocuğun mallarını kullanabilirler”. Doğal olarak evlât edinen kişi de TMK. m. 314/I hükmü gereğince, evlâtlığın mallarından yararlanma hakkını kazanır¹⁰². Aslında bu hak evlât edinenin velâyet hakkından doğmaz; sırf suni de olsa, evlâtlığın ana ve babası olmasından doğmaktadır¹⁰³. TMK. m. 354 hükmü gereğince, evlât edinen velâyet hakkından kusuru ile mahrum olmadıkça, henüz küçük olan evlâtlığın mallarından yararlanma hakkı devam eder. Evlât edinen, velâyeti suiistimal sebebiyle velâyetten mahrum edilmiş ise, yararlanma hakkı son bulur. Örneğin evlâtlığın mallarını kendi menfaatine tasarruf eylemesi halinde velâyet nez edilirse evlât edinenin yararlanma hakkı son bulur. Fakat velâyet, evlât edinenin aczi yada temyiz kudretinden mahrumiyeti gibi sebeplerle vesayete tabi olması halinde son bulmuşsa artık yararlanma hakkı son bulmaz¹⁰⁴.

⁹⁹ SAYMEN/ELBİR, s. 351.

¹⁰⁰ AKINTÜRK, s. 415.

¹⁰¹ GÖNENSAY, s. 35.

¹⁰² ZEVLİLİLER, Aile, s. 892.

¹⁰³ BERKİ, Evlât Edinme, s. 116.

¹⁰⁴ BERKİ, Evlât Edinme, s. 117.

B. YARDIM NAFKASI

TMK. m. 185/II' ye göre, çocukların bakım, eğitim ve gözetiminden eşler birlikte sorumludurlar. Bunun sonucu olarak, evlât edinenin, evlâtlığa karşı nafaka mükellefiyeti söz konusudur. Evlâtlık ilişkisinin kurulmasıyla birlikte, asıl ana ve babasının nafaka mükellefiyeti sona erer. Dolayısıyla, evlât edinen kimse evlâtlık reşit oluncaya kadar ona bakmak zorundadır¹⁰⁵. Ancak evlât edinen nafaka mükellefiyetini yerine getirmeye muktedir olmadığı takdirde, evlâtlığa karşı asıl ana ve babasının nafaka mükellefiyeti söz konusu olur. Bu halde, çocuğun asıl ailesi, çocuğun bakım ve iâşesini temin etmekle yükümlüdür¹⁰⁶.

C. EVLÂT EDİNENİN MİRASLA İLGİLİ SONUÇLARI

Evlât edinmenin miras hukuku bakımından meydana getirdiği sonuçları, “evlât edinenin mirasçılığı” ve “evlâtlığın mirasçılığı” açısından ayrı ayrı incelemek mümkündür.

1. Evlât Edinenin Mirasçılığı

743 sayılı TKM. m. 447/II'de evlât edinen bir kimse ve hısımlarının evlâtlığa mirasçı olamayacakları belirtilmişti. Aynı hüküm 4721 sayılı TMK. m. 500/II'de kabul edilmiş ve evlât edinen ve hısımlarının evlâtlığa mirasçı olamayacakları hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm, evlâtlığın gerçek hısımlarının miras hakkını azaltmamak veya kaldırmamak amacıyla konulmuştur. Bununla birlikte, evlât edinen kimseyi evlâtlığın mirasçıları arasına dahil etmek, evlâtlık ilişkisinden menfaati olmayan, bu ilişkiden doğrudan doğruya faydalanamayan evlâtlığın hısımlarının hakkına tecavüz olur¹⁰⁷.

Evlât edinmeye ilişkin olarak İsviçre Medenî Kanununda 30.6.1972 tarihinde köklü değişiklikler yapılmıştır. Buna göre, evlât edinen ve hısımlarının evlâtlığa mirasçı olabilecekleri kabul edilmiştir. 4721 sayılı Türk Medenî Kanununda kanuni mirasçılığın tek taraflı düzenlenmiş olmasını yani bir başka ifadeyle, evlât edineninde evlâtlığa kanuni mirasçı olabilmesi imkanının verilmemiş olması eleştirilmiştir. Örneğin, terk edilmiş bir çocuğun evli bir çift tarafından evlât edinildiğini ve bunların yıllarca çocuğa bakıp okuttuklarını, çocuğun iyi gelir getiren bir meslek edindiğini ve önemli bir malvarlığına sahip olduğunu varsayalım. Böyle bir evlâtlığın genç yaşta bekar ölmesi halinde, yıllarca çocuğa bakan onu okutan ve bağrına basan evli çiftin ona mirasçı olamamalarına neden olacaktır. Buna karşın çocuk öldükten sonra ortaya çıkan hiç tanımadığı hısımları ona mirasçı olabileceklerdir. Bunun hakkaniyet ve

¹⁰⁵ **RUHİ**, Tanınma, s. 55.

¹⁰⁶ **ÖZUĞUR**, s. 277, **EGGER**, s. 56.

¹⁰⁷ **BERKİ**, Evlâtlığın Mirası, s. 22; **YALMAN**, s. 221.

adalet duygularını zedelediği ortadadır¹⁰⁸. Ancak evlât edinenin evlâtlığa mirasçı olabilmesi evlât edinmenin amacına ters düşen evlâtlık ilişkilerini de beraberinde getirebilir. Örneğin, kendisine yüklü bir mal düşen çocuğun evlât edinilmek istenmesinde daha çok sevgi ve çocuğun bakımı değil, onun mallarından yararlanmak söz konusu olabilir. Yine evlât edineni mirasçı kabul etmek, evlâtlık ilişkisinden menfaati olmayan bu ilişkiden doğrudan doğruya yararlanmayan evlâtlık hısımlarının hakkına tecavüz teşkil eder. Bu sebeplerle, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu tasarı halinde TBMM. Adalet komisyonunda görüşülürken, mirasçılığın tek yönlü olması, yani evlât edinenin evlâtlığın mirasçısı olamaması eleştirilmiş, bu yöndeki değişiklik önerisi kabul görmemiştir. Bu daha ziyade evlâtlığın asıl ailesiyle ilişkisinin devam etmekte olması gerekçesine dayandırılmıştır¹⁰⁹.

2. Evlâtlığın Mirasçılığı

a. Genel Esaslar

TMK. m. 314/II'ye göre, evlâtlık, evlât edinenin mirasçısı olur. TMK. m. 500/T'e göre, evlâtlık ve altoyu, evlât edinene kan hısımları gibi mirasçı olurlar. Bu hükümler doğrultusunda, evlâtlık ve altoyu, evlât edinenin birinci zümreden mirasçısı olup, mahfuz hisseye sahiptirler¹¹⁰. Bunun için, miras bırakanın ölümü anında geçerli bir evlâtlık ilişkisi mevcut olmalıdır. Miras bırakanın ölümü anında geçerli bir evlâtlık ilişkisi mevcut değilse, evlâtlık, evlât edinenin mirasçısı olamaz¹¹¹.

Evlâtlık tek başına mirasçı olabilir. Bu durumda, mirasın tümü onun olur. Evlâtlık, evlât edinenin diğer çocuklarıyla birlikte mirasçı olursa, mirastan onlarla eşit oranda pay alır. Evlâtlık sadece evlât edinenin eşiyile birlikte mirasçı olursa, payı terekenin $\frac{3}{4}$ 'üdür. Evlâtlıkların sayısı birden fazla ise, yine hepsinin payı eşittir¹¹². Bütün birinci zümre mirasçıları gibi, evlâtlıkta evlât edinenin mahfuz hisseli (saklı pay) bir mirasçısıdır. Ancak, 743 sayılı TKM. m. 257/I hükmü, evlât edinenin evlâtlık sözleşmesini yaparken, evlâtlığın kanuni miras hakkını ve dolayısıyla mahfuz hissesini (saklı pay) azaltabileceğini, tümüyle ortadan kaldırayabileceğini veya bunu bazı şartlara bağlayabileceğini kabul

¹⁰⁸ ACABEY, s. 171.

¹⁰⁹ AKINTÜRK, s. 378.

¹¹⁰ İMRE/ERMAN, Miras Hukuku, Yasal Mirasçılık, Ölüme Bağlı Tasarruflar, Mirasın Geçmesi, Mirasın Taksimi, İstanbul 2003, s. 31; EGGER, s. 57; YALMAN, s. 222.

¹¹¹ ERDOĞAN, İhsan, Evlilik Dışı Çocuğun Tabii Babası Kolu Hısımlarına Mirasçı Olması ve Baba Kolu Hısımlarının Ona Mirasçı Olması, GÜHFD, C. II, S. 1-2, Haziran -Aralık 1998, İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, s. 38; AYAN, Mehmet, Miras Hukuku, Konya 2007, s. 46; YALMAN, s. 221.

¹¹² AYAN, Miras, s. 46; BERKİ, Evlât Edinme, s. 126.

etmişti. Örneğin, evlât edinen, ilerde bir çocuğu dünyaya geldiği takdirde, evlâtlığın kanuni miras hakkının ortadan kalkacağını, evlâtlık sözleşmesinde beyan edebilirdi. Evlâtlığın kanuni miras ve mahfuz hissesinin (saklı pay) bu şekilde sınırlandırılması veya ortadan kaldırılması yalnız evlâtlık sözleşmesinden önce yapılmış bir resmi senet ile yapılabilirdi¹¹³. Bu hüküm 4721 sayılı Türk Medenî Kanunumuza alınmamıştır. Böylece, evlât edinme kararı ile birlikte, evlâtlık evlât edinene mirasçı olacak, bunun aksine bir anlaşma yapabilme imkanı söz konusu olmayacaktır¹¹⁴.

TMK. m. 314/II'ye göre, evlâtlık, evlât edinenin mirasçısı olur. Buna göre, evlâtlık, sadece kendisini evlât edinen kimseye mirasçı olacaktır. Evlâtlık, evlât edinenin hısımlarının da halefiyet yoluyla mirasçısı olamaz. Yani, evlâtlığın, evlât edinenden daha önce ölmesi halinde, onun yerine geçerek hısımlarının ileride açılacak mirasından pay alamaz¹¹⁵. Bir kimse evli bir kişi tarafın evlât edinilmişse veya evlât edinen kimse sonradan evlenirse, evlâtlık ve altsoyu sadece evlât edinene kanuni mirasçılardır. Evlât edinmemiş olan diğer eşe karşı mirasçılık sıfatları yoktur. Fakat evlâtlık, her iki eş tarafından birlikte evlât edinilmişse, her ikisinin de kanuni mirasçısı olur¹¹⁶. Bir kimse, kendisinden evlilik dışında dünyaya gelmiş bir çocuğu evlât edinmişse, bu halde evlilik dışı dünyaya gelmiş çocuk hem kan hısımları hem de evlâtlık olarak çift sıfatla mirasçı olamayacak, sadece bir sıfatla mirasçı olacaktır. Çünkü aynı hat üzerinden çifte mirasçılık olmaz¹¹⁷.

Evlâtlık, murise birden çok hatla bağlı ise, hatlara düşen mirasın toplamına göre hak sahibi olur. Yani, çift miras payı alır. Örneğin, muris, evlilik dışı iki çocuğu A ve B'den kendisinden evvel ölen oğlu A'nın kızı D'yi evlât edinse, D hem muristen evvel ölen A'nın yerini alarak ve kan hısımları olarak bu hattan, hem de evlât edinme sebebiyle kendisini doğrudan doğruya murise bağlayan hattan hisse alır¹¹⁸.

¹¹³ **EGGER**, s. 57; **YALMAN**, s. 221; **VELİDEDEOĞLU**, Aile, s. 316; **AYAN**, Miras, s. 45; **SAYMEN/ELBİR**, s. 354; **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s. 237; **FEYZİOĞLU**, s. 375-376.

¹¹⁴ **KILIÇOĞLU**, Yenilik, s. 121; **AYDOS**, s. 134.

¹¹⁵ **AYİTER**, Nuşin /**KILIÇOĞLU**, Ahmet, Miras Hukuku, Ankara 1991, s. 51; **ANTALYA**, Gökhan, Miras Hukuku, İstanbul 2003, s. 68; **YALMAN**, s. 222.

¹¹⁶ **KÖPRÜLÜ**, Bülent, Miras Hukuku Dersleri, Mirasçılar- Ölümüne Bağlı Tasarruflar- Mirasın İntikali (Geçmesi), İstanbul 1985, s. 80; **İNAN**, Ali Naim, Miras Hukuku, Ankara 1982, s. 88; **YALMAN**, s. 222.

¹¹⁷ **OĞUZMAN**, s. 67; **RUHİ**, Tanınma, s. 59; **AYAN**, Miras, s. 47.

¹¹⁸ **İNAN**, Miras Hukuku, s. 88- 89; **OĞUZMAN**, s. 67.

b. Evlâtlığın Gerçek Ana Babasından Mirasçılığı

Evlâtlık, evlât edinenin mirasçısı olmakla beraber, gerçek ana babasına karşı olan kanuni mirasçılık durumunu da korur. Yani, evlâtlık, evlât edinenden ve gerçek ana babasından olmak üzere çift miras hakkına sahiptir¹¹⁹. TMK. m. 500 /I'in 2. cümlesi bunu şöyle ifade etmiştir, “Evlâtlığın kendi ailesindeki mirasçılığı da devam eder”.

İsviçre Medenî Kanununun 267/II. maddesine göre, evlât edinme ile birlikte, evlâtlık ve gerçek ana babası arasındaki hısımlık ilişkisi sona ermektedir. Buna bağlı olarak evlâtlık, gerçek ana babasına olan mirasçılık sıfatını kaybetmektedir¹²⁰. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ile, İsviçre'deki bu düzenlemeden ayrı olarak evlâtlığın gerçek ana babasına mirasçı olabilme hakkı korunmuştur. Nihayet, evlâtlığın miras ve başka haklarının zedelenmemesi, aile bağlarının devam etmesi için, evlâtlığın naklen geldiği aile kütüğü ile evlât edinenin aile kütüğü arasında her türlü bağın kurulacağı hüküm altına alınmıştır (TMK. m. 314/V).

c. Evlâtlığın Altsoyunun ve Evlâtlığının Mirasçılığı

aa. Evlâtlığın Altsoyunun Mirasçılığı

TMK. m. 500/I'e göre, evlâtlık ve altsoyu, evlât edinene kan hısımlığı gibi mirasçı olur. Madde gereğince, evlâtlığın altsoyu da evlât edinene halefiyet suretiyle mirasçı olabilmektedir. Evlâtlığın, evlât edinenden önce ölmesi durumunda, varsa altsoyu, kök içinde halefiyet esasına göre, evlâtlığın yerine geçer. Daha önce ölen evlâtlığın altsoyu yoksa, miras bırakanın hısımları miras hakkını elde ederler¹²¹. Evlât edinenden önce ölen evlâtlığın kanuni miras hakkı, evlâtlık bağının kurulmasından sonra doğan çocuklarına geçtiği gibi, evlâtlığın evlât edinilmesinden önce doğmuş çocuklarına da geçer. Bu açıdan, evlâtlığın evlât edinme kararından önce doğmuş altsoyu ile evlât edinme karasından sonra doğmuş altsoyu arasında fark yoktur¹²². Evlâtlığın mirasçılığında olduğu gibi, evlât edinmeden doğan kanuni mirasçılıkta halefiyet kuralı, ancak evlâtlık ile altsoyu arasında cereyan eder. Yani, evlât edinenin mirasından yalnızca evlâtlık ve onun altsoyu yararlanabilir. Evlâtlığın diğer kanuni mirasçıları, örneğin, evlâtlığın anası, babası, kardeşi veya yeğeni halefiyet kuralından yararlanarak evlât edinenden miras alamazlar¹²³. Evlâtlığın yalnızca kendisinin evlât edinenin mirasçısı olması gibi, evlâtlığın altsoyu da yalnızca evlât edinenin mirasçısı olur.

¹¹⁹ AYAN, Miras, s. 47; ANTALYA, s. 65; YALMAN, s. 222.

¹²⁰ ACABEY, s. 170; ŞİPKA, s. 314.

¹²¹ İMRE/ERMAN, s. 31; AYAN, Miras, s. 47.

¹²² İMRE/ERMAN, s. 31-32; BERKİ, Evlât Edinme, s. 142; AYAN, Miras, s. 47.

¹²³ ÖZUĞUR, s. 279; TABEL, s. 118; YALMAN, s. 222.

Evlât edinenin ölümü halinde, onun yerine geçerek, hısımlarının ileride açılacak mirasından pay alamazlar¹²⁴.

bb. Evlâtlığın Evlâtlığının Mirasçılığı

743 sayılı önceki Medenî Kanunumuzun yürürlükte olduğu dönemde kanun, evlâtlığın evlâtlığının evlât edinene mirasçı olup olamayacağı konusunda açık bir düzenleme getirmemişti. Doktrinde bazı yazarlar¹²⁵ ise, böyle bir soruya olumsuz cevap vermektedir. Kanun, evlâtlığın evlâtlığının mirasçı olamayacağını 447/I. maddesindeki hükümlerle dolaylı olarak belirtmekteydi. Buna göre, evlâtlığın evlâtlığı ile evlât edinene kimse arasında izafi dahi olsa bir bağ yoktu. Evlâtlığın, evlilik dışı çocuğuna evlât edinene kimsenin izafi dedesi veya ninesi denilebileceği halde, bu ifadeyi evlâtlığın evlâtlığı ile evlât edine hakkında kullanmak mümkün değildi¹²⁶. TKM. m. 447/I'de evlâtlığın altsoyu tabiri kullanılmakla, evlâtlık bu tabirin kapsamına dahil değildi. Burada, evlâtlığın ancak gerçek altsoyunun mirasçılığından bahsedilebilirdi. Evlâtlığın evlâtlığı kastedilseydi, kanunda bu ciheti belirten bir ibare kullanılması icap ederdi. Bu nedenle, evlâtlığın evlâtlığı, evlâtlığın altsoyu tabirine değil, ancak izafi çocuk tabirine dahil olabilirdi¹²⁷.

4721 sayılı Medenî Kanunumuz evlât edinmenin şekline ve esasına ilişkin yeni hükümler kabul etmiş ve bu yolla evlât edime ile meydana gelen ilişkinin gerçek bir nesep ilişkisine benzetilmesi amaçlanmıştır. Ancak burada, mirasa ilişkin hükümler açısından bunu söylemek oldukça zordur. 743 sayılı önceki düzenlemede yer alan hükümler, miras sözleşmesi yapabilme yetkisi hariç (TKM. m. 257/I. c. 3) neredeyse aynen kabul edilmiştir. Bu nedenle, evlâtlığın evlâtlığı için, evlât edinene mirasçı olamayacağını yine söylemek mümkündür. Evlâtlık, sadece evlât edinene mirasçısı olur; evlât edinenin hısımlarına ise mirasçı olamaz. Dolayısıyla, evlâtlık kök içinde halefiyet esası çerçevesinde evlât edinenin yerini almaz. Evlâtlığın sadece evlât edinene mirasçı olabileceği hususu, evlâtlığın evlâtlığının da yalnızca kendisini evlât edinene mirasçı olabileceğine bir gerekçe teşkil edebilir. Dolayısıyla, evlâtlığın evlâtlığı açısından da kök içinde halefiyet prensibi geçerli olmayacaktır. Böylece, evlâtlığın evlâtlığı da, evlât edinenden miras hakkı elde edemeyecektir.

§4. EVLÂT EDİNMENİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

Türk Medenî Kanunumuzun 317 ve 318. maddelerinde evlâtlık ilişkisinin kaldırılmasına yer verilmişse de evlâtlık ilişkisinin hükümsüzlüğüne ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir¹²⁸.

¹²⁴ TABEL, s. 121.

¹²⁵ FEYZİOĞLU, s. 375; BERKİ, Evlâtlığın Mirası, s. 30.

¹²⁶ BERKİ, Evlâtlığın Mirası, s. 30.

¹²⁷ BERKİ, Evlâtlığın Mirası, s. 30.

¹²⁸ ATAAY, Evlât Edinme, s. 96; TABEL, s. 123; OĞUZMAN/DURAL, s. 262.

Bu hususta, Borçlar Kanununun sözleşmelerin geçersizliğine ilişkin hükümlerin uygulanması düşünülebilirse de, bu hükümlerin uygulanması ilişkinin niteliğine uygun değildir. Çünkü evlât edinme müessesesi artık yeni düzenlemeyle birlikte sözleşme niteliğini de kaybetmiştir. Bu bakımdan kanunumuzdaki boşluğun diğer aile hukuku ilişkilerine ait hükümlerden yararlanılarak doldurulması düşünülebilir. Bu konuda evlenmenin hükümsüzlüğüne ilişkin hükümlerle nesebin düzeltilmesine ilişkin hükümler göz önünde tutulabilir.¹²⁹ Bu doğrultuda, evlât edinme işleminin geçerli olması için kanunun aradığı asli ve şekli şartların tamam olması zorunludur. Evlât edinmenin kurucu unsurları bulunmadığı takdirde yokluk, kurucu unsurlarda kamu düzenini ilgilendiren sakatlık hallerinde kesin hükümsüzlük (Butlan) ve diğer sakatlıklarda iptal edilebilme söz konusudur.¹³⁰

I. YOKLUK

Evlât edinme için gerekli olan kurucu mahiyetteki unsurların hiç yerine getirilmemiş olması halinde evlâtlık ilişkisi yokluk yaptırımına tabi olur. Kurucu mahiyetteki unsurlardan maksat; mahkemeden evlât edinme kararı alınmamış olmasıdır.¹³¹ Doktrinde, tam ehliysiz bir kişinin evlât edinmesi veya tam ehliysiz kişi adına kanuni temsilcinin evlât edinmesi halinde bu işlemin yokluk hükmüne tabi olacağını savunan yazarlarda vardır.¹³² 31 Aralık 2001 tarihinde yürürlükten kaldırılan Türk Kanunu Medenîsinin 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girmesinden önce, Mecelle-i Ahkâmı Adliye döneminde evlât edinme müessesesi olmadığından, nüfus siciline her ne sebeple olursa olsun yapılan evlâtlık kaydı hukukî bir hüküm ifade etmez.¹³³ 743 sayılı TMK. m. 256/1'de evlât edinme sözleşmesinin resmi senetle yapılacağı öngörülmüştü. Resmi senedin düzenlenmemiş olması da yokluk hükmüne tabiydi.¹³⁴

II. BUTLAN

Evlât edinmede mutlak butlanı gerektiren sebepler, kamu düzeni ve genel menfaat konuları ışığı altında tespit edilmelidir. Evlât edinme işleminin

¹²⁹ GENÇCAN, Ömer Uğur, Öğreti ve Uygulamada Geçersizlik Nedeniyle Evlâtlık Bağının Sona Ermesi, Yokluk Butlan ve iptal Davaları, AD. Y. 1992, S. 7, Nisan 2001, s. 31.

¹³⁰ AYAN, Nurşen, Evlât edinmenin Hükümsüzlüğü ve Sona Ermesi, Halil Cin'e 10. Yıl Hizmet Armağanı, Konya 1995. s. 68; KÖPRÜLÜ /KANETİ, s. 238.

¹³¹ HEGNAUER, Cyril, Berner Kommentar, Das Familienrecht, Art. 252-269 c, ZGB, Bern 1984, Art 269, N. 6-9; RUHİ, Tanınma, s. 64; AKINTÜRK, s. 374.

¹³² OĞUZMAN/DURAL, s. 262.

¹³³ Yargıtay 2. HD. 8.11.1982 gün ve 1982/7912 E. ve 1982/8113 K. (YKD. C. IX, S. 2, Şubat 1982, s. 188-189).

¹³⁴ AYAN, Hükümsüzlük, s. 79; ATAAY, Evlât Edinme, s. 96.

şartlarından herhangi birine riayet edilmemiş olması halinde, kamu düzeni ve genel menfaat konuları kapsamında, evlât edinmenin mutlak butlana tâbi olması sonucu doğar¹³⁵. Nitekim 743 sayılı Türk Kanunu Medenîde de 253 ila 255. maddelerdeki şartlara riayet edilmemesi, butlanı gerektiren bir durumdu. Aynı şekilde, evlât edinme işleminde evlât edinenin fiil ehliyetine sahip olmaması da mutlak butlana tâbidir¹³⁶. Önceden başkası tarafından evlât edinilmiş olan birisinin aynı zamanda bir başkası tarafından tekrar evlât edinilmesi hâli de mutlak butlanla hükümsüzdür¹³⁷.

Küçüklerin evlât edinilmesinde, ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasının alınmaması (TMK. m. 308/II) butlan sebebidir. Zira, evlât edinilecek kişinin rızası, evlât edinmenin kurucu unsurlarındandır¹³⁸. TMK. m. 129/b.3'e göre, evlât edinen ile evlâtlığın veya bunlardan biriyle diğerinin altsoyu ve eşi arasında evlenme yaşağı öngörülmüştür. Bu kapsamda evlât edinen, evlâtlık ya da onun boşandığı eşinden başka, evlâtlığın altsoyu ile de evlenemeyecektir. Aynı şekilde, evlâtlık da evlât edinenin altsoyu ile evlenemeyecektir. Bu bağlamda, Türk Medenî Kanunumuz evlâtlık ilişkisinden doğan evlenme yaşağını kesin bir evlenme engeli olarak görmüş ve mutlak butlan yaptırımına tabi kılmıştır¹³⁹. Evlât edinmenin yukarıda sayılan sebeplerle batıl olması durumunda, yokluktan farklı olarak, evlâtlık ilişkisinin geçerli olmadığını iddia eden tarafın butlan davası açması gerekir. Yani, butlanın hüküm ifade etmesi için hakim tarafından karar altına alınması gereklidir¹⁴⁰. Burada, Cumhuriyet Savcısı, evlât edinen veya mirasçıları, evlâtlık veya mirasçıları veya hukukî yararını ispatlayan her ilgili butlan davası açabilir¹⁴¹.

III. İPTAL EDİLEBİLİRLİK

A. GENEL OLARAK

743 sayılı Türk Kanunu Medenîsinin yürürlükte olduğu dönemde, evlât edinme sözleşmesi, bu sözleşmeye ilişkin kurallara uymak şartıyla tarafların anlaşmasıyla her zaman sona erdirilebilirdi. Bunun yanı sıra, evlât edinme sözleşmesinin hakim kararıyla sona ermesi de mümkün olabilmekteydi. Hakim kararıyla sona erme halleri; evlâtlığın mirasçılıktan çıkarılmasını gerektiren

¹³⁵ ATAAY, Evlât Edinme, s. 97.

¹³⁶ AKYÜZ, Güvenlik, s. 162; HATEMİ/SEROZAN, s. 325; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 239.

¹³⁷ OĞUZMAN/DURAL, s. 263; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 239.

¹³⁸ BAYGIN, Koşullar, s. 613.

¹³⁹ BAYGIN, Cem, Evlât Edinmenin Sonuçları, AÜEHFD, C. VII, S. 3-4, Cumhuriyetimizin 80. Kuruluş Yılına Armağan, Erzincan 2003, s. 637.

¹⁴⁰ TABEL, s. 127; ÖZTAN, Aile, s. 462; AYAN, Hükümsüzlük, s. 621

¹⁴¹ GENÇCAN, Geçersizlik, s. 35; RUHİ, Tanınma, s. 66.

nedenlerden birinin varlığı halinde, evlât edinenin mahkemeye müracaatı veya haklı nedenlerle evlâtlığın talebiydi¹⁴². Evlât edinen ile evlâtlığın birbiriyle evlenmesi veya evlât edinen ile evlâtlık arasında soybağının düzeltilmesi halinde evlâtlık ilişkisi kendiliğinden sona ermekteydi¹⁴³.

4721 sayılı Medenî Kanunumuz yeni düzenleme ile evlâtlık ilişkisinin, evlâtlıkla evlât edinen arasında aynen gerçek ana baba ile çocuk arasındaki soybağına benzer bir ilişki olduğunu kabul etmiştir. Nasıl ki bir kimse kendi öz çocuğu yada ana babası ile olan soybağını ne kadar haklı bir sebep olursa olsun ortadan kaldıramaz ise, evlâtlık bağı da ortadan kaldıramayacaktır¹⁴⁴. 4721 sayılı Medenî Kanunumuz evlâtlık ilişkisinin kurulmasını ağır ve sıkı koşullara bağlamış, bu koşullar gerçekleşip ilişkinin kurulmasından sonra, buna son vermenin artık mümkün olamayacağını kabul etmiştir. Bu düzenleme ile kanun koyucu, evlâtlık ilişkisini kurulması zor fakat kurulduktan sonra sona erdirilmesi mümkün olmayan bir ilişki haline getirmiştir. Türk Medenî Kanunu, evlâtlık ilişkisine son vermeyi reddetmesine karşın, bu ilişkinin kurulmasına ilişkin eksikliklerin varlığını sona erme sebebi saymıştır. İlişkinin ise ancak hakim hükmüyle sona erdirilebileceği aşıkardır¹⁴⁵. 4721 sayılı yeni Medenî Kanunumuz, İsviçre Medenî Kanununun yeni hükümlerine paralel düzenlemeler getirmiştir. Buna göre, evlât edinme, esasa ilişkin kanuni şartların yerine getirilmemiş olduğu durumlarda ve alınması gerekli rızaların yokluğunda, hakim hükmüyle iptal edilebilecektir¹⁴⁶. Bu durumda, İsviçre Medenî Kanunundaki düzenlemeye paralel olarak, esasa ilişkin şartların yerine getirilmemesi artık butlan değil, iptal edilebilirlik hükmüne tabidir.

B. SEBEPLERİ

Evlâtlık ilişkisini kaldırılmasını gerektiren sebepler Türk Medenî Kanununda “Rızanın bulunmaması” ve “Diğer noksanlıklar” olarak iki başlık altında düzenlenmiştir.

1. Rızanın Bulunmaması

Yasal sebep bulunmaksızın rıza alınmamışsa, rızası alınması gereken kişiler, küçüğün menfaati bunun sonucunda ağır biçimde zedelenmeyecekse, hakimden evlâtlık ilişkisini kaldırılmasını isteyebilirler (TMK. m. 317). Buna göre;

¹⁴² GENÇCAN, Ömer Uğur, Geçerli Evlâtlık Bağına Sona Ermesi, AD, Y. 93, S. 9, Ekim 2001, s. 113; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 242; AYDOS, s. 137.

¹⁴³ OĞUZMAN/DURAL, s. 264-265.

¹⁴⁴ ŞİPKA, s. 317.

¹⁴⁵ KILIÇOĞLU, Yenilik, s. 120.

¹⁴⁶ AKYÜZ, Güvenlik, s. 163.

1. Vesayet altındaki küçük için ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına bakılmaksızın vesayet dairelerinin izni alınmamışsa (TMK. m. 308/III),

2. Türk Medenî Kanununun 311 ve 312. maddelerinde rızanın aranmaması yönünde belirtilen koşulların oluşmamış olmasına rağmen küçüğün ana ve babasının rızası alınmamışsa,

3. Evlâtlığa alınacak evli bir kimsenin eşinin rızası alınmamışsa (TMK. m. 313/II). Bu durumlarda rızası alınması gereken kişiler evlâtlık ilişkisinin kaldırılmasını hakimden isteyebilirler.

2. Diğer Noksanlıklar

Evlât edinme esasa ilişkin diğer noksanlardan biriyle sakatsa, Cumhuriyet savcısı veya her ilgili evlâtlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilir (TMK. m. 318/I).

Türk Medenî Kanunumuz diğer noksanlıkların “esasa ilişkin” olması koşulunu aramıştır. Buna göre;

1. Evlâtlığın, evlât edinen tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olma şartının gerçekleşmemiş olması (TMK. m. 305/I),

2. Evlât edinenin diğer çocuklarının yararlarının hakkaniyete aykırı bir biçimde zedelenmemiş olma şartına riayet edilmemiş olması (TMK. m. 305/II),

3. Evli olan eşlerden birinin, koşullar oluşmamasına rağmen (TMK. m. 307) bir kimseyi tek başına evlât edinmiş olması,

4. Eşlerin, evlilikte beş yıllık süreyi doldurmamış olmaları yada otuz yaşını doldurmamış olmaları (TMK. m. 306/II),

5. Eşlerden birinin, evlilikte iki yıllık süreyi doldurmamış yada otuz yaşını doldurmamış olmasına rağmen, diğerinin çocuğunu evlât edinmesi (TMK. m. 306/III),

6. Evlât edinenle evlâtlık arasında, en az, on sekiz yaş fark olmaması (TMK. m. 308/I),

7. Ergin ve kısıtlıların evlât edinilmesinde, evlât edinenin altsoyunun bulunması (TMK. m. 313/I),

8. Bedensel veya zihinsel özü sebebiyle sürekli olarak yardıma muhtaç kişiye en az beş yıl süreyle bakılıp gözetilmemiş ve eğitilmemiş olması (TMK. m. 313/I. 1),

9. Ergin ve kısıtlı bir kimse, evlât edinen tarafından küçükken en az beş yıl süreyle bakılıp gözetilmemiş ve eğitilmemiş olması (TMK. m. 313. 2),

10. Evlât edinme işlemine kadar verilebilmesi için gerekli olan kapsamlı araştırma yapılmasına ilişkin yükümlülüğe uyulmamışsa (TMK. m. 316), evlâtlık ilişkisi kurulmasına ilişkin talebin reddi yerine kabulü halinde, Cumhuriyet Savcısı ve her ilgili evlâtlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilecektir.

C. HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE

Evlâtlık ilişkisinin kaldırılması davalarında, dava hakkı, evlâtlık ilişkisinin kaldırılması sebebinin öğrenilmesinden başlayarak bir yıl ve her halde evlât edinme işleminin üzerinden beş yıl geçmekle düşecektir (TMK. m. 319).

Evlâtlık ilişkisinin kaldırılması davaları, davacının evlâtlık ilişkisinin kaldırılması sebebinin öğrendiği tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde açılmalıdır. Eğer davacı, evlâtlık ilişkisinin kaldırılması nedenini öğrenmesine rağmen, davayı bir yıllık hak düşürücü süre içinde açmamış ise, hak düşürücü süre, yargılamanın her safhasında kendiliğinden nazara alınacağından dava reddedilecektir¹⁴⁷. Kanun koyucu, evlâtlıkla ilgili davaların devamlı ileri sürülebilmesini engellemek için, ayrıca, evlât edinme işleminden başlayan beş yıllık hak düşürücü bir süre daha koymuştur. Buna göre, evlât edinme işlemi üzerinden beş yıllık bir hak düşürücü süre geçmişse, ister usule ister esasa (kanuni şartlar) ait noksanlıklar nedeniyle, her ne sebeple olursa olsun evlâtlık ilişkisinin kaldırılması istenemeyecektir. Beş yıllık süre, hak düşürücü süre olduğu için, yargılamanın her safhasında hakim tarafından resen nazara alınacaktır. Evlât edinme işlemi üzerinden beş yıllık hak düşürücü süre geçmişse, artık davanın hak düşürücü sürenin geçmesi nedeniyle reddi gerekecektir¹⁴⁸.

D. İPTAL HÜKMÜNÜN SONUÇLARI

743 sayılı TKM. m. 258/II'de, evlâtlık ilişkisinin ortadan kaldırılması ile birlikte, evlâtlık ilişkisinin geleceğe ait hükümleri de ortadan kalkmış olur ve bu sonuç kesindir, şeklinde bir ifade yer almaktaydı. 4721 sayılı Türk Medenî Kanununda bu konuda özel bir hüküm yer almamaktadır. Kanun koyucu, evlâtlık ilişkisini sahih nesep ilişkisine benzetmek istemiştir. Bu yeni düzenlemeye göre, artık evlâtlık ilişkisi, tarafların anlaşmasıyla; haklı sebeplerin varlığı halinde hakim kararıyla; evlenmeyle yada taraflardan birinin ölmesiyle sona erdirilemez¹⁴⁹.

Evlâtlık ilişkisinin Türk Medenî Kanununda belirtilen nedenlerden birinin gerçekleşmesi sonucu ortadan kalkması halinde, evlâtlık bağından doğan hukukî sonuçlarda, ileriye dönük, doğmuş ve doğacak haklara ilişkin olarak kesin şekilde ortadan kalkacaktır. Diğer bir ifadeyle, evlâtlık ilişkisini ortadan kaldıran sebep ne olursa olsun, geçmişe yürüyen bir etki meydana getirmez¹⁵⁰. Evlâtlık bağının kalkması ile hükmün kesinleşmesi üzerine, evlâtlık ile evlât edinen arasındaki evlâtlık bağından kaynaklanan hukukî ilişkiler sona erer. Evlâtlık küçük ise, evlât edinenin velâyet hakkı son bulur. Evlâtlık ilişkisinin

¹⁴⁷ ÖZUĞUR, s. 258; RUHİ, Tanınma, s. 66.

¹⁴⁸ ÖZUĞUR, s. 259; RUHİ, Tanınma, s. 66.

¹⁴⁹ RUHİ, Tanınma, s. 78.

¹⁵⁰ OĞUZMAN/DURAL, s. 267; HATEMİ/SEROZAN, s. 329.

sona ermesi ile evlâtlık üzerindeki velâyet hakkı kendiliğinden asıl ana ve babasına geri dönmez. Bu takdirde hakim evlâtlığa bir vasi tayin eder¹⁵¹. Yine kararın kesinleşmesiyle, taraflar arasındaki hısımlık, evlâtlık yönünden miras hakkı, nafaka hak ve borcu, soyadı kullanım hakkı, vatandaşlık hakkı sona erer, evlenme yasağı ortadan kalkar, küçük evlâtlığın yerleşim yeri de artık evlât edinenin yerleşim yeri olamaz¹⁵².

743 sayılı TKM. m. 258/II'de evlâtlık ilişkisinin ortadan kaldırılması kesindir, bundan vazgeçilemez hükmü yer almaktaydı. Buna göre, evlâtlık ilişkisi ortadan kaldırılınca aynı şahıslar tekrar sözleşme ile aralarında yeniden bir evlâtlık ilişkisi kuramazlardı¹⁵³. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunumuzda bu duruma engel bir düzenleme olmadığından, evlât edinme için gerekli şartların gerçekleşmesi halinde, taraflar arasında yeniden evlâtlık ilişkisi kurabilmek mümkün olacaktır. Evlâtlık ilişkisi sonuçları itibariyle ileriye dönük kesin şekilde ortadan kalktığı için, geriye doğru haklara etkili olmaz. Bu sebeple, evlât edinen bakım masraflarını, karşılıklı olarak verilen ve alınan nafakaları yine bağıştan dönme şartları oluşmamışsa, yapılan bağışlar ile ilgili edimleri ve bunların iptalini isteyemezler¹⁵⁴.

SONUÇ

Sosyal özelliği ağır basan bir müessesese olan evlât edinme, günümüzde hukuka ve toplumsal değişmelere uygun olarak sürekli gelişmekte ve bu özelliğini korumaktadır. Bu sebeple, öncelikle, Medenî Kanunumuzun kaynağını oluşturan İsviçre Medenî Kanunundaki evlât edinmeye ilişkin değişikliklerin bizim mevzuatımızda da yer alması sağlanmak istenmiş ve büyük oranda bu değişiklikler Medenî Kanunumuzda yer almıştır. Böylece, kimsesiz ve korunmaya muhtaç çocuklara sıcak bir aile ortamı sunmak ve çocuksuz olan çocuk sevgisinden mahrum ailelere ise bu sevgiyi tattırmak amaçlanmıştır.

Evlât edinme müessesesinin daha işlevsel hâle getirilmesi ve fonksiyonlarını kolay bir şekilde yerine getirebilmesi için yapılan bu değişiklikler -eksikliklere rağmen- büyük oranda amacına ulaşmıştır. Evlât edinmenin sonuçlarına ilişkin Medenî Kanun hükümleri incelendiğinde, kanun koyucunun ne sınırlı evlât edinme rejimini ne de tam evlât edinme rejimini bütünüyle kabul ettiğini söyleyebiliriz. Esas olarak, sınırlı evlât edinme rejimi kabul edilmekle birlikte, tam evlât edinme rejimine ilişkin olarak pek çok hükme de yer verilmiştir. Değişikliğe ilişkin pek çok hüküm, tam evlât edinme rejiminin benimsendiği İsviçre Medenî Kanunundan alınmıştır. Ancak bu

¹⁵¹ ÖZTAN, Aile, s. 468; OĞUZMAN/DURAL, s. 267.

¹⁵² ÖZUĞUR, s. 261; AYAN, Hükümsüzlük, s. 637; RUHİ, Tanınma, s. 78.

¹⁵³ VELİDEDEOĞLU, Aile, s. 318; FEYZİOĞLU, s. 382.

¹⁵⁴ SAYMEN/ELBİR, s. 358; ÖZUĞUR, s. 261.

şekilde aktarılan kanun metinleri yeterince uyumlu olmamış, iki değişik sistemden özgün bir sentez elde edilememiştir.

Ülkemizde, evlât edinmeye ilişkin olarak yapılan son değişiklikler, öncesine kıyasla daha olumlu olmuştur. Bu düzenlemeler neticesinde, evlât edinmeye olan talebin artacağı, müessesenin amacına uygun olarak, daha fazla korunmaya muhtaç çocuğa ve çocuk sevgisine hasret aileye hizmet götürülebileceği şüphesizdir. Ancak, bundan sonraki çalışmalarda, kanun koyucunun, evlât edinme müessesesi hakkındaki düzenlemelerde daha titiz davranması ve bunun ruhuna uygun olarak, mevzuatımızdaki eksikliklerin bir an evvel tamamlanması, bundan beklenen faydaları kat kat arttıracaktır.

KAYNAKÇA

ACABEY, M. Beşir, Soybağı, Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı, İzmir 2002.

AKINTÜRK, Turgut, Aile Hukuku, C. II, İstanbul 2002.

AKYÜZ, Emine, Çocuğun Güvenliği Sorunu, Ankara 1989 (AKYÜZ, Güvenlik).

AKYÜZ, Emine, Evlât Edinmeye İlişkin Uluslararası Sözleşmeler, Çağdaş Hukuk Sistemleri ve Türk Medenî Kanunu, Hamide Topçuoğlu' na Armağan, Ankara 1995 (AKYÜZ, Sözleşmeler).

ALTAŞ, Hüseyin, Evlâtlık Sözleşmesinde Amaç, THD, Mayıs 2000, Y. 1, S. 1.

ANTALYA, Gökhan, Miras Hukuku, İstanbul 2003.

ARAS, Ferzan Arif, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Evlât Edinme, İstanbul 1945.

ARAT, Tuğrul, Evlât Edinme Hukukundaki Gelişmelere Toplumsal İşlevsel Açından Bakış, Osman Fazıl BERKİ' ye Armağan, Y. 1977.

ARIK, K. Fikret, Evlât Edinme Bakımından Türk ve İsviçre Doktrin ve Tatbikatı Arasında Bir Mukayese, AÜSBFD, C. XIII, Y. 1958, S. 4.

ARSEBÜK, Esat, Medenî Hukuk, C. II, Ankara 1940.

ATAAY, Aytekin, Eşinin Evlât Edinmesine Onamını Bildirmesi Gereken Öteki Eşin Ayırt Gücünden (Temyiz Kudretinden) Yoksunluğu, İÜHFD, C. XXXVIII, S. 1-4.

ATAAY, Aytekin, Medenî Hukukta Evlât Edinme, İstanbul 1957 (ATAAY, Evlat Edinme).

AYAN, Mehmet, Miras Hukuku, Konya 2007.

AYAN, Nurşen, Evlât Edinmenin Hükümsüzlüğü ve Sona Ermesi, Halil Cin'e 10. Yıl Hizmet Armağanı, Konya 1995.

AYDOS, Sadık, Yeni Medenî Kanuna Göre Evlât Edinme, GÜHFD, C. IV, S. 1-2, Y. 2000.

AYİTER, Nuşin /**KILIÇOĞLU**, Ahmet, Miras Hukuku, Ankara 1991.

BALKAR, Süheyla, Türk Hukukunda Evlât Edinme, GSÜHFD, Y. 1, S. 2, 2002.

- BAYGIN**, Cem, Evlât Edinmenin Koşulları, AÜEHFD, C. VII, S. 3-4, Cumhuriyetin 80. Kuruluş Yılına Armağan, Erzincan 2003 (BAYGIN, Koşullar).
- BAYGIN**, Cem, Evlât Edinmenin Sonuçları, AÜEHFD, C. VII, S. 3-4, Cumhuriyetimizin 80. Kuruluş Yılına Armağan, Erzincan 2003.
- BERKİ**, Şakir, Türk Hukukunda Evlât Edinme ve Evlâtlığın Mirası, AÜHFD, C. IX, S. 1-2, Y. 1952.
- ÇELİKEL**, Aysel, Evlât Edinmenin Kanunlar İhtilafı Bakımından Meydana Getirdiği Problemler, İÜHFM, C. XXX, S. 1-2, Y. 1964.
- DOĞANAY** İsmail, Evlât Edinme ve Bir Kimse Kardeşini Evlât Edinebilir mi? AD. Y. 39, S. 6.
- EGGER**, August, İsviçre Medenî Kanun Şerhi, Aile Hukuku, C. II, Zürich 1943 (Çeviren, Tahir ÇAĞA).
- ERDOĞAN**, İhsan, Evlilik Dışı Çocuğun Tabii Babası Kolu Hısımlarına Mirasçı Olması ve Baba Kolu Hısımlarının Ona Mirasçı Olması, GÜHFD, C. II, S. 1-2, Haziran -Aralık 1998, İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan.
- FEYZİOĞLU**, N. Feyzi, Aile Hukuku Dersleri, İstanbul 1971.
- FİŞEK**, Hicri, Nesebin Tashihi, AÜHFD, C. VIII, S. 1-4, Y. 1951.
- GENÇCAN**, Ömer Uğur, Geçerli Evlâtlık Bağının Sona Ermesi, AD, Y. 93, S. 9, Ekim 2001 (GENÇCAN, Sona Erme).
- GENÇCAN**, Ömer Uğur, Öğreti ve Uygulamada Geçersizlik Nedeniyle Evlâtlık Bağının Sona Ermesi, Yokluk Butlan ve İptal Davaları, AD. Y. 1992, S. 7, Nisan 2001 (GENÇCAN, Geçersizlik).
- GÖNENSAY**, A. Samim, Medenî Hukuk, C. II, İstanbul 1940.
- HEGNAUER**, Cyril, Berner Kommentar, Das Familienrecht, Art. 252-269 c, ZGB, Bern 1984, Art 269, N. 6-9.
- İMRE/ERMAN**, Miras Hukuku, Yasal Mirasçılık, Ölümüne Bağlı Tasarruflar, Mirasın Geçmesi, Mirasın Taksimi, İstanbul 2003.
- İNAN**, Ali Naim, Miras Hukuku, Ankara 1982.
- İPEKÇİ**, Nizam, Mukayeseli Yeni Medenî Kanun ve Değişikliklerin Kapsamı, Ankara 2003.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet, Medenî Kanunumuzun Aile- Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003.
- KLINKHARDT**, Horst, İki Türlü İkinci Evlât Edinme (Schwandorf Sulh Mahkemesinin 28.07.1992 tarih ve XVI 4/91 sayılı kararı üzerine), AÜEHFD, C. IV, 2002, s. 19 (Çeviren, Ahmet Cemal RUHİ).
- KÖPRÜLÜ**, Bülent, Miras Hukuku Dersleri, Mirasçılar- Ölümüne Bağlı Tasarruflar- Mirasın İntikali (Geçmesi), İstanbul 1985.
- KÖPRÜLÜ**, Bülent/ **KANETİ**, Selim, Aile Hukuku, İstanbul 1986.
- MARX**, Yvonne, Yabancı Memleketler Mevzuatında Evlât Edinme, AD. Y. 42, S. 8, Ağustos 1951 (Çeviren, Reşat D. TESAL).
- OĞUZMAN**, Kemal/ **DURAL** Mustafa, Aile Hukuku, İstanbul 1998.
- OĞUZOĞLU**, H. Cahit, Medenî Hukuk Dersleri II, Ankara 1940.
- ÖZTAN**, Aile Hukuku, Ankara 2000 (ÖZTAN, Aile).

ÖZTAN, Bilge, Medenî Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2002 (ÖZTAN, Temel Kavramlar).

ÖZTAN, Bilge, Medenî Kanununun Kabulünün 70. Yılında Aile Hukuku, AÜHFD, C. XLIV, S. 1-2 (ÖZTAN, 70. Yıl).

ÖZUĞUR, Ali İhsan, Velâyet, Vesayet, Soybağı ve Evlât Edinme Hukuku Ankara 2002.

RUHİ, Ahmet Cemal, Mukayeseli Olarak Türk Medenî Kanununda ve Türk Medenî Kanunu Tasarısında Evlât Edinmenin Maddî Şartları, Fehiman TEKİL'in Anısına Armağan, İstanbul 2003 (RUHİ, Maddî Şartlar).

RUHİ, Ahmet Cemal, Türk Hukukunda Evlât Edinme ve Evlât Edinme İle İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye'de Tanınması, Ankara 2002 (RUHİ, Tanınma).

SAYMEN, Ferit Hakkı/ **ELBİR**, Halit Kemal, Türk Medenî Hukuku, C. III, İstanbul 1957.

SAZAK, Ömer Faik, Medenî Kanuna Göre Evlât Edinme, Antalya Barosu Dergisi, Nisan 2002, Y. 23, S. 44.

SEROZAN, Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul 2000.

ŞENER, Esat, Evlâtlık Müessesesi Üzerine Birkaç Söz, TNBHD, S. 61, Yıl. 1989.

ŞIPKA, Şükran, 4721 Sayılı Türk Medenî Kanununun Evlât Edinmeye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi, İÜHFM, C. LVII, S. 1-2.

TABEL, Taner, Türk Hukukunda Evlât Edinme (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1992.

TARAKÇIOĞLU, İhsan, Ana Babanın Temsil Yetkisi ve Kaynağı, AİTİAD. C. III, S. 1, Y. 1971.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, İstanbul 1971.

TURHAN, Nedim, Evlât Edinme, YD, C. XXVI, S. 1-2, Ocak- Nisan 2000.

VELİDEDEOĞLU, H. Veldet, Türk Medenî Hukuku (Aile Hukuku), C. II, İstanbul 1950.

YALMAN, Süleyman, Evlât Edinme ve Evlâtlığın Miras Hakkı, SÜHFD, C. V, Y. 1996, S. 1-2.

ZEVKLİLER/ ACABEY/ GÖKYAYLA, Zevkliler Medenî Hukuk, Giriş-Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 2000.

THE SUBSIDIARY PROTECTION OF EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Dr. Murat TUMAY*

ÖZET

Bu makale İnsan Hakları Sistemi'nin ikincil olması yoluyla haklar ve ihlal edildiğinde hakların yerine getirilmesi arasındaki mündemiç bulunan bağı incelemeyi hedeflemektedir. Sınırlı bir çalışma olması hasebi ile konunun tüm detaylarının incelenmesi mümkün değildir. Çalışmamız Hakkın Yerine Getirilmesi konseptinin Uluslararası İnsan Hakları Sistemi içindeki tarihsel gelişimi bağlamında iki konsept arasındaki teorik ilişkiyi açıklamakla başlayacaktır. Sonra, Hak ve hakkın Yerine Getirilmesi arasındaki ilişki Avrupa İnsan Hakları Sistemi bağlamında incelenecektir. Çalışmamız Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde İkincillik (Subsidiarity) Prensiplerinin incelenmesi ile sona erecektir.

ANAHTAR KELİMELER: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İkincillik Prensipleri, Hak, Hak İhlali, Hakkın Yerine getirilmesi.

İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN İKİNCİL KORUMASI

ABSTRACT

This study tries to explain the intrinsic relationships between rights and remedy through the subsidiarity of the European Human Rights System. Since it is a small study we are unable to examine the topic in all details. It will begin with theoretical relationships between the two concepts as well as historical development of remedy in international human rights law mechanism. Then rights-remedy relationships in the context of the European Convention system will be explained. The study will finish by looking into the principle of subsidiarity in the structure of the European Convention on Human Rights

KEY WORDS: European Convention on Human Rights, Subsidiarity Principle, Right, Violation of Right, Remedy.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Bu makale Essex Üniversitesinde başarı ile tamamlanan Yüksek Lisans Tezinin özetlenmesi ile türetilmiştir.

I. GİRİŞ

The European Convention on Human Rights is a treaty of a Western European international organization namely Council of Europe. The object of the Council of Europe is to achieve a greater unity between its members for the purpose of safeguarding and realizing the ideals and principles that are their common heritage. In this respect, the rule of law and respect for human rights are two pillars of the organization.

One of the basic principles underlying the Convention, which aims to strike balance between sovereignty of State Party and Conventions' international institutions, is the Principle of Subsidiarity. In the field of human rights, the sovereignty of States requires that central matters should be left to them to reach promotion and protection of fundamental rights. The European Court of Human Rights has determined that the role of the Convention is subsidiary to national protection systems. This outcome is not just interpretative since the principle can be found in the structure of the Convention.

This study tries to explain the intrinsic relationships between rights and remedy through the subsidiarity of the European Human Rights System.

II. DEVELOPMENT OF THE RIGHT A TO REMEDY

1. Development of International Human Rights Law: An Increasing Tendency for a Better Status for Individuals

International human rights law developed rapidly in the last century. Having seen the atrocities of Second World War, the international community established the United Nations with the aim of preventing such tragic occurrences and maintaining international peace and security. The United Nations Charter explains one of its basic principles in its preamble as '*...promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion,*'¹ And its Article 55 requires the international community to promote 'universal respect for, and observance of human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion.'² Furthermore, United Nations has spent considerable much effort in the field of human rights and has produced important standard setting documents and instruments, both non-binding and

¹ Article 1(3) of UN Charter, reprinted in Brownlie I, *Basic Documents on Human Rights 3rd edition*, (Oxford University Press, 1999) p.4

² *Supra* n.8, p.6

binding in nature³ These efforts contributed to strengthen the position of individual against the State.

2. Regional Protection: Strengthening Global Protection

In addition to the universal improvements of the United Nations, regional human rights protection systems were established. The Council of Europe was established in 1949 and adopted The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in 1950. The European system is unique; as it is the first system to have created an international court, thereby allowing the individual to become an actor in international law.⁴ The Inter-American human rights system and African system are two other regional systems. Those regional systems contributed the promotion of the human rights at regional level.

II. RIGHTS AT HOME NOT AT STRASBOURG IN THE CONTEXT OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

When we examine the whole protection structure of the ECHR we see that it requires that rights and freedoms should be secured at the domestic level. In this regard, Articles 1, 13 and 35 reflect this notion clearly. In this chapter the relationship between those Articles is being examining.

1. Obligation to Respect Human Rights (Article 1)

The ECHR at the first place obliges the states parties to secure the rights embodied in the ECHR at their national level. Article 1 of ECHR provides that ;

³ Universal Declaration of Human Rights, otherwise UDHR, was adopted on 10 December 1948 and today it is a part of customary international law. The Universal Declaration was followed by two main covenants which are binding on States parties: International Covenant of Civil and Political Rights (1966), International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966). Furthermore, there are subject specific instruments produced by United Nations.

⁴ Article 34 of ECHR reads: “ The Court may receive applications from any person, non-governmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the convention or the protocols thereto. The High Contracting Parties not to hinder in any way the effective exercise of this right.” Supra n.8 p.36

The Subsidiary Protection of European Convention on Human Rights

‘The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.’⁵

The high contracting parties of the Convention, according to the requirement of Article 1, are obliged to bring their domestic law and practices to the level of the Convention. But the states are free on how to comply with this requirement.⁶ This means that, the state party is not obliged to incorporate the convention into its domestic law. However, goodfaith interpretation of Article 1 requires that state party should provide a mechanism that individuals enjoy guarantees of the Convention. In this regard the European Court of Human Rights has the duty to assess compatibility of domestic law with the Convention when relevant law became the subject of its judgement. It is implicit from this Article that the obligation of state party is immediate. Another obligation of state under this provision is that it has a positive duty to secure rights of individuals. Thus, for example where necessary the state should criminalise the actions of other members of the society which violate an individual’s rights. Accountability for human rights violations rests with the state party but not on individuals. No complaint can be brought against other individuals for human rights violations. Solely the state is responsible for the violation.

The word everyone means that there is no distinction between nationals and non-nationals (citizens/non-citizens) with regard to rights embodied in the convention.⁷ All individuals who are living in the territory of state and even

⁵ Supra note 8, p.327

⁶ Cameron I, *An introduction to the European Convention on Human Rights*, (Iustug Forlag, Upsala, 1998), p.30, This conclusion that the state party is not obliged to incorporate the convention into its domestic law or to secure rights in a given manner referred in a number of cases e.g. in Swedish Engine Drivers’ Union v. Sweden case, Judgement of 6 February 1976, para.50 the Court stated that; ‘...In addition, neither Article 13 (art. 13) nor the Convention in general lays down for the Contracting States any given manner for ensuring within their internal law the effective implementation of any of the provisions of the Convention.’

⁷ The Court in Ireland v. UK Judgement of 18 January 1978 para. 239 stated that; ‘...By substituting the words "shall secure" for the words "undertake to secure" in the text of Article 1 (art. 1), the drafters of the Convention also intended to make it clear that the rights and freedoms set out in Section I would be directly secured to anyone within the jurisdiction of the Contracting States That intention finds a particularly faithful reflection in those instances where the Convention has been incorporated into domestic law ... The Convention does not merely oblige the higher authorities of the Contracting States to respect for their own part the rights and freedoms it embodies; as is shown by Article 14

outside of the states' territory on condition that being effected by its jurisdiction are entitled to complain when their rights violated.⁸ In *Loizidou v. Turkey*⁹ the Court considered the issue of jurisdiction stating ; '...The responsibility of a contracting party may also arise when, as a consequence of military action – lawful or unlawful- it exercises effective control of an area outside its national territory.'

The question of whether Article 1 can be subject of violation separately or in conjunction with any other Article was answered in *Ireland v. UK*¹⁰

Article 1 (art. 1) is drafted by reference to the provisions contained in Section I and thus comes into operation only when taken in conjunction with them; a violation of Article 1 (art. 1) follows automatically from, but adds nothing to, a breach of those provisions; hitherto, when the Court has found such a breach, it has never held that Article 1 (art. 1) has been violated.

Article 1 of the Convention is a general safeguard for individuals; States Parties are obliged to make improvements in good faith to ensure protection and promotion of human rights in their territory.

(art. 14) and the English text of Article 1 (art. 1) ("shall secure"), the Convention also has the consequence that, in order to secure the enjoyment of those rights and freedoms, those authorities must prevent or remedy any breach at subordinate levels." By the word everyone it should be understood that it includes legal and natural persons.

⁸ In *Issa and Others v. Turkey* Application No:31821/96 , The European Court of Human Rights declared admissible the allegations of applicants that their relatives were killed by Turkish security forces while conducting military operation in northern Iraq outside the territory of Turkey. It was said in an outstanding text book regarding the jurisdiction of state that; '...Whereas the Commission emphasises control over persons and property, the court has introduced the test of 'effective control of an area outside its national territory'. It has now been placed beyond doubt that the Convention is applicable to army operations abroad and more subtly, to any subordinate administration that results from such activities...The effect of *Loizidou v. Turkey* (Preliminary objections) is that the state cannot insulate itself from the Convention scrutiny...by operating beyond state frontiers. *Supra* n.37 Harris D.J pp.643, 644

⁹ Preliminary Objections, Judgement of 23 March 1995 para.62

¹⁰ Judgement of 18 January 1978, para.238

III. RIGHT TO AN EFFECTIVE REMEDY (Article 13)

1. The Origin of Article 13

The right to an effective domestic remedy, as explained in first chapter, is found in all international human rights treaties. This right is the crucial one to protect fundamental rights and basic freedoms of individuals. Article 13 of ECHR, which provides the right to an effective domestic remedy, is based on Article 8 of the Universal Declaration of Human Rights. During the drafting procedure of the UDHR Article 8 was proposed by the Mexican delegate based on the amparo¹¹ procedure and this proposal was adopted. As Article 8 of UDHR was originated from the amparo procedure of Latin American states, so it can be said that the amparo procedure is the origin of Article 13 of ECHR as well.¹²

2. The Purpose of Article 13 : Remedy at Home?

The obligation of a state party to the Convention under Article 1¹³ requires that state party should secure the rights and fundamental freedoms by measures one of which is providing effective domestic remedies under Article 13. According to the whole protection system of ECHR, the state party is obliged to implement the rights and freedoms set forth by the Convention at the domestic level by providing domestic remedies. Effective domestic remedy is obviously very important in order to ‘secure’ the rights and freedoms guaranteed by the Convention as a requirement of Article 1.¹⁴ The protection system of the European Convention aims to secure the rights in two ways. Primarily the contracting parties are obliged to ensure protection and promotion of fundamental rights at the domestic level. In this regard, Article 13 of Convention provides a general right to an effective remedy before a national authority. The individuals, according to the Article 13, should have the right to full redress of their human rights violations. However, should the domestic procedures fail to

¹¹ The amparo procedure in Latin American States is somewhat like Habeas Corpus that aims to provide citizens with a judicial protection against the violation of their constitutional freedom.

¹² Raymond J, *A Contribution to the Interpretation of Article 13 of the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Review*, V HRR (1980) 161

¹³ “The high Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section 1 of this Convention.” Article 1 of ECHR supra n.8, p.327

¹⁴ Gomien D, Harris, D, Zwaak L, *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe Publishing, p.336

do this, secondly the international review procedures of the Convention come into play.¹⁵

3. Effective Domestic Remedies and Exhaustion of Them

When we examine Article 1, 13 and 26 of the Convention together, we see that one of the main aims of Convention is to protect rights and freedoms by providing effective and accessible domestic remedies, in the state party itself. By the wording of Article 13 ‘effective remedy before a national authority’ it is understood that there is no need that effective remedy be a judicial one. As long as it is effective any kind of remedy (judicial, administrative, legislative) is sufficient to meet requirement of Article 13.¹⁶

It is crucial that the domestic remedy should be effective to redress the violation of rights set forth in the convention.¹⁷ Therefore, Article 26 does not require to exhaust un-effective domestic remedies.. It should be clarified that in which circumstances domestic remedies are effective or visa versa. We can find the answer in the case-law of the Court.

The Court stated explaining this problem:

“ An action for damages may be relevant for the purposes of Article 26 of the Convention, but the only remedies which that article requires to be exhausted are those that relate to the breaches alleged and which are at the same time *available and sufficient*. The existence of such remedies must be sufficiently certain *not only in theory but also in practice*, failing which they will lack the requisite accessibility and effectiveness; it falls to the respondent State to establish that these various conditions are satisfied. (emphasis added)¹⁸

The wording of Art.13 and as it was developed by the case-law the exhaustion rule requires that provided domestic remedies must be effective. Effectiveness should be assessed in terms of alleged violation of right set forth in Convention in relation to assessing the cumulating of remedies available in the domestic law.¹⁹

¹⁵ Ibid Gomien D et al. p.336

¹⁶ Clements L, Mole N, Simmons A, *European Human Rights: Taking A Case Under The Convention*, Second Edition (Sweet & Maxwell, London , 1999) p.29
Golder v. United Kingdom , Judgement of 21 February 1975, series A, No: 18 para.33, Silver and others v. UK Judgement of 25 March 1983 para.113

¹⁷ Supra n.54, Gomien D et al., p.340

¹⁸ Navarra v. France Judgement of 23 November 1993 Series A No: 273-B para.24

¹⁹ Supra n.37, p.450

Hypothetical availability of effective domestic remedies in national legal system is not enough. In addition to existence of effective domestic remedies in law, there should be facility of applicant to take effective advantage of those remedies. The Court stated:

“ The only remedies which Art.26 of the Convention requires to be exhausted are those that relate to the alleged and at the same time are available and sufficient. The existence of such remedies must be sufficiently certain not only in theory but also in practice, failing which they will lack the requisite accessibility and effectiveness. It falls to the respondent state to establish that these various conditions are satisfied.”²⁰

4. Exceptions of the Application of Exhaustion Rule

The exhaustion of domestic remedies rule can be applied with a degree of flexibility when required by the particular conditions of the case concerned. The Court explained in the *Guzzardi v. Italy*²¹ case that Article 26, which refers to "the generally recognised rules of international law", should be applied with a certain degree of flexibility and without excessive regard for matters of form. Merrills has the opinion that it is not necessary to exhaust every conceivable remedy, but only those that are available and sufficient.²² It was clearly established by the case-law of the European Court of Human Rights that if provided domestic remedies are not effective according to its case-law there will be no need to exhaust them as a prerequisite of admissibility.²³

The Court explained:

“...under international law, to which Article 26 makes express reference, the rule of such exhaustion of local remedies demands only the use of such remedies as are available to the persons concerned and are sufficient that is to say, capable of providing redress for their complaints.”²⁴

²⁰ De Jong Balget & Van Den Brink v. Netherlands , Judgement of 22 May 1984, para.89

²¹ Judgement of 6 November 1980, para.72

²² Merrills J.G, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights* (Manchester University Press) p.213

²³ Campbell and Fell v. UK Judgement of 28 June 1984 paras. 60-61, Van Oosterwijck v. Belgium Judgement of 6 November 1980 para.27, Deweer v. Belgium judgement of 27 February 1980 para.29, Airey v. Ireland judgement of 9 October 1979, para. 19

²⁴ Supra n.69, Vagrancy case, para.60

International Law Commission at the time of preparing draft Articles on state responsibility adopted a provision on exhaustion of domestic remedies and expressed that exhaustion rule requires:

- (a) that the usable remedies must be effective and
- (b) that they must genuinely available in the case in point.²⁵

By implication from these arguments, it is obvious that the effectiveness of domestic remedies depends not only their existing in the national legal system but availability and accessibility of them by applicants.

The exhaustion of domestic remedies issue examined in Andersson (M and R) v. Sweden case. In that case a mother and her son were applicant. They claimed that the removal of the child to public care and the conditions of the care violated the Article 8 the right to respect for family and privacy. There were available remedies in the Swedish law to challenge such decisions. However, the child could take advantage of those remedies only thorough his / her guardian, in that case his mother. The separation of mother from her child made it impossible for her to take effective action to protect the child's rights.²⁶ If individuals are denied or prevented in their access to remedies, those remedies cannot be accepted as genuinely available in practice.²⁷

To be an effective remedy, the remedy must have capability of redressing the violation directly but not merely indirectly. This principle is applied extensively to a state's expulsion of foreign nationals. Expulsion issue has repeatedly been held that where an individual alleges that expulsion would face him / her to serious danger, an appeal without suspensive effect cannot be regarded as an effective remedy. Therefore, in that case there is no need to exhaust ineffective appeal stage. Another situation, which makes a domestic remedy ineffective, is its extensive delay.

Effective domestic remedies should have capacity of satisfying person whose rights have been violated and should be capable to deter such violations. So, such effective remedy should punish perpetrator(s) of violation. If perpetrators of violations (are) punished for their unlawful acts, it expected that it would reduce or stop their repetition.

²⁵ Yearbook of the ILC part 2 p.47 (1977) quoted from Amnesty International written comments in the case of Akdivar v. Turkey Judgement of 16 September 1996

²⁶ Andersson (M and R) v. Sweden, Judgement of 25 February 1992, paras.98-103

²⁷ The Amnesty International comments submitted in the case of Akdivar v. Turkey

The Court stated that:

“ Article 13 imposes, without prejudice to any other remedy available and effective domestic system, an obligation on states to carry out a thorough and effective investigation of incidents of torture. Accordingly as regards article 13 where an individual has an arguable claim that he has been tortured by agents of the state, the notion of an effective remedy entails, in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible and including effective access for the individual to the investigatory procedure.”²⁸

The Court found in Aksoy case that the compensation itself is not sufficient, in addition to compensation; there is requirement of a thorough investigation for identification and punishment of perpetrators. This test should be applied to not only torture cases but also other violations such as violation of the right to life, disappearances, village destruction cases etc. it is crucial that besides awarding compensation for violation of rights and freedoms, a thorough investigation to find and punish perpetrators at domestic level will definitely reduce repetition of violation. So far, this paper has tried to examine the effectiveness of the domestic remedies in a general frame. It came to the conclusion that the requirement of Art.13 that states parties should provide effective domestic remedies to recourse the violations of rights and freedoms first of all at domestic level is one of the core aims of the Convention.

While Article 13 provides obligation of states, Article 26 provides obligation of individual. Article 26 of the Convention provides a condition of admissibility. It requires that applicants should first exhaust all domestic remedies before invoking the Convention institutions.

The exhaustion of domestic remedies rule is based on the generally recognised international law principle that the respondent state must first have an opportunity to correct, by its own means within the framework of its own domestic legal system, the wrong allegedly suffered by the individual.²⁹ Another comment is that the rule of exhaustion of domestic remedies expresses the

²⁸ Aksoy v. Turkey Judgement of 18 December 1996, para.98

²⁹ Nedjati Z.M, *Human Rights under the European Convention*, (North Holland Publishing, Amsterdam, New York, Oxford, 1978) p.16

P.van Dijk, G.J.H van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, (Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston, 1990) p.81

Schouw Nielsen v. Denmark, Yearbook II, (1958-1959) p.412 (438) quoted from van Dijk, *Theory and practice of the European Convention...*

respect for the sovereignty of States.³⁰ Exhaustion of domestic remedies is not an absolute admissibility condition.³¹ The Commission applies the rule with flexibility. The Commission's point of departure for flexibility is that each case should be examined in the light of its particular facts'.³² In this connection, if domestic remedies are ineffective for some reasons then there will be no need to exhaust such remedies.³³ In a situation where there exists an administrative practice and official tolerance at highest level of the state the applicants will not be required to exhaust local remedies. Because, in that situation it is obvious that local remedies cannot provide redressing of violation effectively as required by the Art.13 of Convention.³⁴ According to the Commissions' assessment

³⁰ Et.al Encyclopaedia of Public International Law, Volume 3 (Oxford et.al, 1997) p.238

³¹ The Court clearly explains that exhaustion of domestic remedies rule is not an absolute rule. In it's the van Oosterwijck v. Belgium judgement of 6 November 1980 para.35 the expression of the Court reads; "The rule of exhaustion of domestic remedies is neither absolute nor capable of being applied automatically; in reviewing whether the rule has been observed, it is essential to have regard to the particular circumstances of the individual case."

Article 46 (2) of the American Convention on Human Rights expressly provides that the requirement of exhaustion of domestic remedies "shall not be applicable when:

- a) the domestic legislation of the state concerned does not afford due process of law for the protection of the right or rights that have allegedly been violated.
- b) The party alleging violation of his rights has been denied access to the remedies under domestic law or has been prevented from exhausting them; or
- c) There has been unwarranted delay in rendering a final judgement under the aforementioned remedies

Supra n.8, Brownlie I, p.511, see further information in Advisory opinion of Inter-American Court of Human Rights on the exceptions to the exhaustion of domestic remedies, accessing from http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/b_11_4k.htm visited 20.07.2001

³² Supra n.38, van Dijk, Theory and Practice... p.82

³³ Supra n.82, Akdivar v. Turkey para.67 . "However, there is, as indicated above, *no obligation to haverecourse to remedies which are inadequate or ineffective*. In addition, according to the "generally recognised rules of international law" there may be special circumstances which absolve the applicant from the obligation to exhaust the domestic remedies at his disposal..."(emphasis added)

³⁴ Supra n.37, p. 620

administrative practice has two elements; (a) repetition of acts and (b) official tolerance.³⁵ The Commission explained these two elements as follows:

“By ‘repetition of acts’ is meant a substantial number of acts of torture or ill-treatment which are the expression of a general situation. The pattern of such acts may be either, on the one hand, that they occurred in the same place, that they were attributable to the agents of the same policy or military authority, or that the victims belonged to the same political category; or, on the other hand, that they occurred in several places or at the hands of distinct authorities, or were inflicted on persons of varying political affiliations. By ‘official tolerance’ is meant that, though acts of torture or ill treatment are plainly illegal, they are tolerated in the sense of that the superiors of those immediately responsible though cognisant of such acts, take no action *to punish them or prevent their repetition* (emphasis added); or that higher authority, in face of numerous allegations, manifests indifference by refusing any adequate investigation of their truth or falsity, or that in judicial proceeding, a fair hearing of such complaints is denied.”³⁶

The applicant is obliged, considering these arguments and established case law, by exhausting only effective domestic remedies. Where there is an administrative practice there is no doubt that domestic remedies cannot be effective. So, in such a situation the applicant can bring his / her case before Strasbourg without exhausting domestic remedies. This approach is compatible with the whole structure of Convention and the aim of Strasbourg protection machinery that rights should be protected primarily at home rather than at Strasbourg.

4. Article 13 as an Implementation Tool of the Convention

Article 13 can be regarded as the main tool of implementation of the Convention in the domestic level. This conclusion is found in the courts’ judgement; “The Court reiterates that Article 13 of the Convention guarantees the availability at the national level of a remedy to *enforce the substance of the Convention rights and freedoms* (emphasis added) in whatever form they might happen to be secured in the domestic legal order. The effect of Article 13 is thus to require the provision of a domestic remedy to deal with the substance of an “arguable complaint” under the Convention and to grant appropriate relief, although Contracting States are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their Convention obligations under this provision.”³⁷ As

³⁵ Supra n.54, p.57

³⁶ The Greek Case, Commission Report, 05.11.1969 paras.28-29

³⁷ Supra n.97, Avsar v. Turkey para.429, see for the same conclusion Kilic v. Turkey Judgement of 28 March 2000, para.91. Similarly the Court stated in

it was previously explained, the whole structure of the Convention naturally intends to secure the rights at domestic level. This aim can be reached mainly by providing remedies for violation of rights and freedoms guaranteed in the Convention as required by Article 13.

One of the main problems in the interpretation of Article 13 was determining whether the intention of the provision that required domestic remedies was to provide a facility for individuals in the domestic legal system to test if his/her Convention rights had been violated and if so to remedy them, or whether the provision requires establishing of domestic remedy to obtain the enforcement of a judgement that the individual won at the European Court of Human Rights. This problem results from the literal interpretation of words of provision ‘...whose rights and freedoms ...*are violated* shall have an effective remedy...’ (emphasis added).³⁸ If this literal interpretation has been accepted, no cases would reach the Court when the state party fully complied with the requirement of Article 13. Or, all cases before Strasbourg should have alleged violation of any other article of the Convention as well as Article 13, and a violation of Article 13 would be found only when violation of any other article has been found. This interpretation makes Article 13 meaningless.³⁹

Until its judgement in the *Klass* case in 1978, the Court had accepted the literal interpretation of Article 13. The Court had been finding the violation of Article 13, if it found the violation of any other Article at the same time. However, The Court in its *Klass v. FRG*⁴⁰ case changed this approach rejecting literal interpretation of Article 13 and so clarified this vagueness. The applicant

Soering v. UK Judgement of 7 July 1989 para.120 ‘Article 13 (art. 13) guarantees the availability of a remedy at national level to enforce the substance of the Convention rights and freedoms...The effect of Article 13 (art. 13) is thus to require the provision of a domestic remedy allowing the competent "national authority" both to deal with the substance of the relevant Convention complaint and to grant appropriate relief...’

³⁸ *Supra* n.37, Harris D.J et al. p.444

³⁹ *Supra* n.37, Harris, D.J et al. p.446

⁴⁰ Judgement of 6 September 1978, para.64 The Court stated that; ‘...In the Court's view, Article 13 (art. 13) requires that where an individual considers himself to have been prejudiced by a measure allegedly in breach of the Convention, he should have a remedy before a national authority in order both to have his claim decided and, if appropriate, to obtain redress. Thus Article 13 (art. 13) must be interpreted as guaranteeing an "effective remedy before a national authority" to everyone who *claims* that his rights and freedoms under the Convention have been violated. ‘ (emphasis added)

in that case claimed that tapping of his telephone violated his right guaranteed by Article 8 of the Convention and that he has not remedy to review his claim and obtain redress as a requirement of Article 13. The court rightly ruled that a finding of the violation of the convention on the domestic level cannot logically be a prerequisite of the application of the Article 13. The court stated this connection as follows:

Article 13 (art. 13) states that any individual whose Convention rights and freedoms "are violated" is to have an effective remedy before a national authority even where "the violation has been committed" by persons in an official capacity. This provision, read literally, seems to say that a person is entitled to a national remedy only if a "violation" has occurred. However, *a person cannot establish a "violation" before a national authority unless he is first able to lodge with such an authority a complaint to that effect.* Consequently, as the minority in the Commission stated, it cannot be a prerequisite for the application of Article 13 (art. 13) that the Convention be in fact violated... (emphasis added)⁴¹

Consequently the Court decided in this judgement that the intention of the provision is to provide domestic remedy for *alleged* violation. When individual claims that one of his Convention right has been violated, he should have a remedy before national authority to decide whether there is violation or not. If there is a violation, that domestic remedy should have capability to redress the breach at the domestic level before applying to Strasbourg.

5. Threshold for the Application of Article 13 the Concept of 'Arguable Claim'

The improvement that the Court made in the Klass case that an individual should have a remedy when he claims that his right guaranteed in the Convention has been violated, is an important achievement from the perspective of the individual. It is obvious that alleged violation should be in conjunction with any rights in the Convention but not any other right, for example right to social security. Until the Klass judgement, the Court ruled for a long time that basic understanding from the wording of the Article 13 means that individuals' right should have been violated in fact. Only when this is the case the individual will be able to benefit from domestic remedy as a requirement of Article 13. Obviously, such an interpretation of Article 13 would largely deprive of its meaning and would make it useless.⁴² However the improvement that was held

⁴¹ Supra n.63, Klass case, para. 64

⁴² The Court clarified this notion in its Plattform Arzte fur das Leben v. Austria Judgement of 21 June 1988 at. Para. 25 "The Government's main submission was that Article 13 (art. 13) applied only where a substantive provision of the

in Klass case gives valuable weight to Article 13 and makes it an independent right. According to the judgement of the Klass case, if there is no remedy in the domestic legal system for possible violations of Convention rights and freedoms, the Convention institutions will be able to find a violation of Article 13 even if they don't find violation of any those of substantive rights and freedoms. However the problem of threshold of application to Article 13 arises with this judgement. The question in this regard is that whether any claim gives the individual a right to an Article 13 remedy. The Court in this regard is of the opinion that Article 13 does not require a remedy in domestic law in respect of any supposed grievance under the Convention.⁴³

The Court in the Silver case took another important further step, which answers the question of threshold concerning application of Article 13. The Court held that applicant will have Article 13 remedy only when he has an 'arguable' claim that his Convention right has been violated. The court stated that "...where an individual has an *arguable claim* to be the victim of a violation of the rights set forth in the Convention, he should have a remedy before a national authority in order both to have his claim decided and, if appropriate, to obtain redress..."⁴⁴ The Court has established a threshold of application to the Article 13. This threshold is that not any claim of individual but the arguable claim of individual entitles him/her with right to domestic remedy. The arguable claim notion requires to be clarified as it has possible interpretation of vagueness. The Court has avoided from giving an abstract definition of

Convention had been infringed. As evidence of this, they cited the French text, containing the words "ont été violés", which in their view were clearer than the corresponding English terms ("are violated").

The Court does not accept this submission. Under its case-law, Article 13 (art. 13) secures an effective remedy before a national "authority" to anyone claiming on arguable grounds to be the victim of a violation of his rights and freedoms as protected in the Convention; *any other interpretation would render it meaningless...* (emphasis added)

⁴³ The Court stated this notion in its Boyle and Rice v. UK Judgement of 27 April 1988 at para.52 "However, Article 13 (art. 13) cannot reasonably be interpreted so as to require a remedy in domestic law in respect of any supposed grievance under the Convention that an individual may have, no matter how unmeritorious his complaint may be: the grievance must be an arguable one in terms of the Convention."

⁴⁴ Supra n.65, Silver case, para.113, Leander v. Sweden judgement of 26 March 1987, para.77

The Subsidiary Protection of European Convention on Human Rights

arguability. The arguability of the claim is being tested by the particularities of the case concerned so it is defined on a case-by-case basis.⁴⁵

In the Leander case, applicant Mr. Leander complained that he had been prevented from obtaining a permanent employment and dismissed from a provisional employment on account of certain secret information, which allegedly made him a security risk; was an attack on his reputation and he ought to have had an opportunity to defend himself before a tribunal. He alleged that this was a breach of Article 8 and as there was not any domestic remedy to obtain redress for violation of his right to private life and reputation guaranteed in the Convention constituted a breach of article 13 as well. The Commission expressed the opinion that there had been no breach of Article 8 and that the case did not disclose any breach of Article 13. The Court with regard to Article 13 held that the applicant has the arguable claim concerning Article 8.⁴⁶ Although the Court found that applicants' claim regarding violation of Article 13 was over the threshold of arguability but considering particular circumstances of the case it decided by a narrow majority that aggregate national remedies satisfied the requirements of Article 13.⁴⁷ The Court applied this manner of interpretation when deciding arguable claim threshold concerning alleged violation of Article 13.

In *Plattform Artze fur das Leben case*, a group of individuals who were demonstrating protest against abortion complained that level of police protection was inadequate. They claimed that the Austrian Government had violated the right to peaceful assembly under Article 11. The applicants also claimed that as there was no effective domestic remedy, it constituted a breach of Article 13. The Court held that as the responding government had taken reasonable measures to protect the demonstrators the applicants did not have an arguable claim that Article 11 had been violated. Without such an arguable claim Article 13 could not be considered. The court decided that the responding

⁴⁵ Supra n.106, Boyle and Rice case para.55 states that "The Court does not think that it should give an abstract definition of the notion of arguability. Rather it must be determined, in the light of the particular facts and the nature of the legal issue or issues raised, whether each individual claim of violation forming the basis of a complaint under Article 13 (art. 13) was arguable and, if so, whether the requirements of Article 13 (art. 13) were met in relation thereto."

⁴⁶ Supra n.107 Leander case, para.79 stated that "There can be no doubt that the applicant's complaints have raised arguable claims under the Convention at least in so far as Article 8 (art. 8) is concerned and that, accordingly, he was entitled to an effective remedy in order to enforce his rights under that Article as they were protected under Swedish law."

⁴⁷ Supra n.107 Leander case, para.84

government had not been violated the Article 13.⁴⁸ The court in this case seems to return to the earlier view that without a finding of violation of any other right it cannot be Article 13 claim.⁴⁹

In the *Powell and Rayner* case, a different aspect of the concept that if there is no violation of substantive right there will be no violation of Article 13 was examined. In this case applicants complained about level of noise from operation of the Heathrow airport which they claimed that it violated their rights to respect for their private lives and homes (Article 8), the right to peaceful enjoyment of property (Article 1 of Protocol 1) and as there was no effective domestic remedy violation of Article 13. The Commission declared the case admissible under Article 13 but inadmissible for the rest claims. On the other hand, the Court decided that; as there is no arguable claim of violation of substantive claims there is no entitlement to a remedy under Article 13.⁵⁰ The problem that if an alleged violation of the Convention was found inadmissible on the ground that it is 'manifestly ill founded' whether it also can be arguable for the purpose of Article 13 has not been solved clearly in the case law of Strasbourg. In the *Boyle and Rice* case, "The Government maintained that a claim of violation of one of the substantive Articles of the Convention which has been declared by the Commission to be "manifestly ill-founded" cannot be regarded as "arguable" for the purposes of Article 13 (art. 13)."⁵¹ The Commission did not agree with governments' contention. The court held in that case that:

As the Court pointed out in its Airey judgment of 9 October 1979, rejection of a complaint as "manifestly ill-founded" amounts to a decision that "there is not even a prima facie case against the respondent State" (Series A no. 32, p. 10, § 18). On the ordinary meaning of the words, *it is difficult to conceive how a claim that is "manifestly ill-founded" can nevertheless be "arguable", and vice versa. This does not mean, however, that the Court must hold a claim to be excluded from the operation of Article 13 (art. 13) if the Commission has previously declared it manifestly ill-founded under the substantive Article. The Commission's decision declaring an application admissible determines the scope of the case brought before*

the Court (see the Ireland v. the United Kingdom judgment of 18 January 1978, Series A no. 25, p. 63, § 157). The Court is precluded from reviewing on their merits under the relevant Article the complaints rejected as

⁴⁸ Plattform Arzte fur das leben v. Austria judgement of 21 June 1988 para.39

⁴⁹ Supra n.54, p.338

⁵⁰ Powell and Rayner v. UK, Judgement of 21 February 1990, para.46

⁵¹ Supra n.106, Boyle and Rice case, para.53

The Subsidiary Protection of European Convention on Human Rights

manifestly ill-founded, but empowered to entertain those complaints which the Commission has declared admissible and which have been duly referred to it. The Court is thus competent to take cognisance of all questions of fact and of law arising in the context of the complaints before it under Article 13 (art. 13) (ibid.), including the arguability or not of the claims of violation of the substantive provisions. In this connection, the Commission's decision on the admissibility of the underlying claims and the reasoning therein, whilst not being decisive, provide significant pointers as to the arguable character of the claims for the purposes of Article 13 (art. 13). (emphasis added)⁵²

It is understood from this judgement that the Court is of opinion that there is possibility of a claim to be 'arguable' for the purpose of article 13 which was found by the Commission 'manifestly ill founded' in terms of the main complaint. In the Plattform Arzte case the Commission declared the complaint under Article 11 inadmissible as being manifestly ill-founded but it considered the complaint arguable for the purposes of Article 13. However, the court ruled that no arguable claim that Article 11 was violated has thus been made out; Article 13 therefore does not apply in the instant case.⁵³ This view is contradictory with its earlier judgement in the Boyle and Rice case. The court in the Powell and Rayner case gave a such contradictory judgement regarding relation between 'manifestly ill founded' and 'arguability' concepts. The court in that case ruled that the Commission should establish same threshold when declaring claims 'manifestly ill founded' under Article 27.2(now Article 35.3) and in regard to notion of 'arguability' under Article 13.⁵⁴ Prof. Hampson is of

⁵² Supra n.106, Boyle and Rice case, para.54

⁵³ Supra n.105 Plattform Arzte fur das Leben case, para. 39

⁵⁴ The Court in Powell and Rayner v. UK, Judgement of 21 February 1990 para.33 examined the relationship between manifestly ill founded and arguability concepts : "Furthermore, Article 13 and

Article 27 § 2 (art. 13, art. 27-2) are concerned, within their respective spheres, with the availability of remedies for the enforcement of the same Convention rights and freedoms. The coherence of this dual system of enforcement is at risk of being undermined if Article 13 (art. 13) is interpreted as requiring national law to make available an "effective remedy" for a grievance classified under Article 27 § 2 (art. 27-2) as being so weak as not to warrant examination on its merits at international level. *Whatever threshold the Commission has set in its case-law for declaring claims "manifestly ill-founded" under Article 27 § 2 (art. 27-2), in principle it should set the same threshold in regard to the parallel notion of "arguability" under Article 13 (art. 13).* This does not mean, however, that in the present case the Court is bound to hold Article 13 (art. 13) inapplicable solely as a result of the Commission's decisions of 17 October

the opinion that by rejecting the Commissions' practice of holding certain claims to be 'arguable' for the purposes of Article 13, notwithstanding their 'manifestly ill founded' character under the principle complaint, the court either rejected or showed that it did not understand the concept of 'manifestly ill founded' as it has evolved in the Commission's jurisprudence.⁵⁵

6. Does the Convention Require States to Incorporate it into their Domestic Law?

Having looked at Articles 1 and 13 of the Convention at first sight it seems that these provisions require that the Convention should be internally applicable. Otherwise it is the question how can a State party secure the rights and freedoms guaranteed in the Convention without making these defined rights applicable in the domestic legal system? As for Article 13, a State party of the Convention cannot provide effective remedy without making it possible to claim the violation of defined rights in the Convention before the national authority. The scholars and practitioners in the field argued this question. Prof Thomas Buergenthal expressed his opinion that the Convention obliged the State party to make it internally applicable.⁵⁶

However the view that the Convention obliged State party to incorporate it into the domestic law has not been adopted by the case law of the

1985 and 16 July 1986 declaring the applicants' substantive claims under Articles 6 § 1 and 8 (art. 6-1, art. 8) to be manifestly ill-founded. Whilst those decisions as such are unreviewable, the Court is competent to take cognisance of all questions of fact and law arising in the context of the Article 13 (art. 13) complaints duly referred to it, including the "arguability" or not of each of the substantive claims (...) In order to determine the latter question, the particular facts and the nature of the legal issues raised must be examined, notably in the light of the Commission's admissibility decisions and the reasoning contained therein. In that connection, as the case of Boyle and Rice and the case of Plattform "Ärzte für das Leben" show, a claim is not necessarily rendered arguable because, before rejecting it as inadmissible, the Commission has devoted careful consideration to it and to its underlying facts." (emphasis added)

⁵⁵ Hampson J.F, *The Concept of an Arguable Claim under Article 13 of the European Convention on Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 39(1990) 891 at p.896

⁵⁶ Frowein J.A, *Incorporation of the Convention into Domestic Law*, in Gardner J.P (ed.), *Aspects of Incorporation of the European Convention on Human Rights into Domestic Law*, (The British Institute of International and Comparative Law, 1993) p.3 at p.4

The Subsidiary Protection of European Convention on Human Rights

Convention organs. The Court in the Swedish Engine Drivers' Union case⁵⁷ stated that:

...In addition, neither Article 13 (art. 13) nor the Convention in general lays down for the Contracting States any given manner for ensuring within their internal law the effective implementation of any of the provisions of the Convention.

The court repeatedly confirmed this principle. The Court in the Lithgow and Others⁵⁸ reaffirmed this principle and expressly stated that the State party is not obliged to incorporate the Convention into its domestic law. The Court stated in that case:

...However, 'neither Article 13 (art. 13) nor the Convention in general lays down for the Contracting States any given manner for ensuring within their internal law the effective implementation of any of the provisions of the Convention'(...). Although *there is thus no obligation to incorporate the Convention into domestic law*, by virtue of Article 1 (art. 1) of the Convention the substance of the rights and freedoms set forth must be secured under the domestic legal order, in some form or another, to everyone within the jurisdiction of the Contracting States (...) Subject to the qualification explained in the following paragraph, Article 13 (art. 13) guarantees the availability within the national legal order of an effective remedy to enforce the Convention rights and freedoms in whatever form they may happen to be secured.(emphasis added)

The Court in Boyle and Rice⁵⁹ case confirmed that the State party is free to secure rights guaranteed in the Convention by its own manner. It stated that Article 13 guarantees the availability of a remedy at national level to enforce - and hence to allege non-compliance with - the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they may happen to be secured in the domestic legal order. It can be said that the 'doctrine of margin of appreciation' established by the Convention organs is the expression of the same principle. The Court expressed the opinion that because of their direct knowledge of their society and its needs and resources, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what measures are appropriate in this area and consequently the margin of appreciation available to them should be a wide one.⁶⁰ Consequently, it is obvious from judgement of the

⁵⁷ Judgement of 6 February 1976, para.50

⁵⁸ Judgement of 8 July 1986, para.50

⁵⁹ Judgement of 27 April 1988, para.52

⁶⁰ Lithgow and Others v. UK Judgement of 7 July 1986 para.122

Court regarding interpretation of various provisions particularly Articles 1 and 13 that incorporation of the Convention into the domestic law is not required by the Convention. In this connection, the court has consistently held that a state is not obliged to adopt a particular method of ensuring the observance rights guaranteed by the Convention.⁶¹ However, as the Court expressed in the *Ireland v. UK*⁶² judgement incorporation is ‘a particularly faithful reflection’ of the idea that the Convention rights should be secured within the jurisdiction of the States Parties. Thune says that the best way to strengthen the national protection of human rights is to encourage incorporation of the Convention in the countries where this has not yet been done. Thune rightly argues that Article 13 is not a good tool to implement the convention suggesting that the best way is the incorporating the Convention into domestic law.⁶³

IV. THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY

In this chapter the principle of Subsidiarity will be defined and it will be examined in the contexts of European Union and the ECHR. Examination of the principle in European Union context will help to understand the content and nature of the principle. This examination will give the chance to assess the application of the principle in both the European Union and the ECHR mechanisms.

1. Definition

The general understanding of the Principle of Subsidiarity is that in a community of societal ‘pluralism’ the larger social unit should assume responsibility for functions only insofar as the smaller social unit is unable to do so.⁶⁴ One commentator suggests that subsidiarity in a compound political system with several levels of decision-making means that policies should always be made at the lowest possible level, and that the higher level should only legislate when there is unanimous agreement that uniform regulation is necessary.⁶⁵ The principle requires that problems be solved where they occur, by those who understand them best, and by those who are most affected by them. Only when

⁶¹ Janis M, Kay R, Bradley A, *European Human Rights Law Text and Materials*, (Oxford University Press, 2000) p.472

⁶² *Supra* n.47, *Ireland v. UK* para. 239

⁶³ *Supra* n.1, p.92

⁶⁴ Petzold H, *The Convention and the Principle of Subsidiarity*, in Macdonald R. St. J at all (eds) *the European System for the Protection of Human Rights* (Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-london) 41 at p.41

⁶⁵ Hueglin T, *Federalism, Subsidiarity and the European Union Tradition*, article available at <http://www.ecsanet.org/conferences/1to.htm> visited on 10.07.2001

their efforts fail should the matter be placed before a higher authority.⁶⁶ Subsidiarity divides decision-making in society, considering values of efficiency, liberty and justice so it calls for non-interference with the activities of individuals or smaller groups when these are capable of the tasks appropriate to them, and assistance to individuals and lesser societies when these are not able to perform appropriate or necessary tasks.⁶⁷ The principle originated in Christian theological sources concerned with church governance.⁶⁸ It emerged as a principle of organisation in the law of the Calvinist church and was later taken up by the Catholic Church. It was endorsed in the Encyclical *Quadragesimo Anno* of 1931 as a principle to delimit the functions and responsibilities of the State on the one hand and of society and its members on the other.⁶⁹ Recently, the European Community re-discovered the principle. Now the principle is referred to in the Treaty on European Union.

2. The principle of Subsidiarity and The European Convention on Human Rights

Unlike the treaty on European Union there is not expressly mention of the principle of subsidiarity in the European Convention on Human Rights. This is not surprising as the Council of Europe that the ECHR belongs contrary to the European Union is an international organisation aiming intergovernmental cooperation. The European Union, on the other hand, is a political union organisation. It aims political integration of member states. However not being expressly mentioned of, it should not be understood that principle of subsidiarity has not any role in the organisation and operation of the ECHR. The principle is implicit from the protection system established by the Convention. The ECHR's task is to provide a supplementary remedy to those safeguards that domestic law of the States Parties offers to individuals. Therefore, as it was expressed in one of the judgements of Strasbourg, it is in no way the Court's task to take the place of the competent national courts but rather to review ... the decisions they

⁶⁶ Shelton D, *Subsidiarity, Democracy and Human Rights*, in Gomien D (ed), *Broadening the Frontiers of Human Rights; Essays in Honour of Asbjorn Eide*, 1993 43 at pp.43-44

⁶⁷ Utz A, *the Principle of Subsidiarity and Contemporary Natural Law*, *Natural Law forum*, vol.3 (1958), p.177 quoted from *ibid* Shelton D, p.47

⁶⁸ Vause W.G, *The Subsidiarity Principle in European Union Law -American Federalism Compared*, in 27 *Case Western Reserve Journal of International Law* 61 at 63 (Winter 1995) accessing from lexis, see also *supra* n.129 at pp.43-44, *supra* note 127 at pp.41-42

⁶⁹ *Supra* n.127, p.42,

delivered in the exercise of their power of appreciation.⁷⁰ The role of the Convention institutions is to supervise the national protection of rights and freedoms guaranteed in the ECHR. In spite of the fact that, the ECHR does not mention expressly the principle the Court held that the protection of the ECHR is subsidiary to that of national law. It stated that;

The Court points out that the machinery of protection established by the Convention *is subsidiary to the national systems* safeguarding human rights ... The Convention leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines. The institutions created by it make their own contribution to this task but they become involved only through contentious proceedings and once all domestic remedies have been exhausted (Article 26).⁷¹ (emphasis added)

In addition to the Courts' judgement on the issue, a careful examination of provisions of ECHR too gives us the possibility to see the implied subsidiary character of ECHR mechanism. As we broadly examined in chapter III, the combination of Articles 1, 13 and 26 (now 35) clearly reflects the subsidiary character of the ECHR. In this connection, the States Parties are obliged under Article 1 to secure the Convention rights and freedoms to everyone within their jurisdiction in any form that they freely chose. Article 13 clarifies the obligation of the State Party with regard to enforcement of the rights and freedoms. It requires the availability of a remedy at national level to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they may happen to be secured in the domestic legal order. Its effect is thus to require the provision of a domestic remedy allowing the competent "national authority" both to deal with the substance of the relevant Convention complaint and to grant appropriate

⁷⁰ Handyside v. UK Judgement of 7 December 1976 para.50

⁷¹ ibid para.48; The court reached the same conclusion in the *Belgian Linguistic Case* supra n.39 para, 10 stating "...In so doing it cannot assume the role of the competent national authorities, for it would thereby lose sight of the *subsidiary nature of the international machinery of collective enforcement established by the Convention*. The national authorities remain free to choose the measures which they consider appropriate in those matters which are governed by the Convention. Review by the Court concerns only the conformity of these measures with the requirements of the Convention."(emphasis added), Strasbourg reaffirmed this notion in its supra note 82, Akdivar v. Turkey case "...[I]t is an important aspect of the principle that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights."

The Subsidiary Protection of European Convention on Human Rights

relief.⁷² Article 13 makes clear the States Parties' specific obligation as a requirement of general obligation under Article 1. As it was expressed in the Silver case the application of Article 13 in a given case will depend upon the manner in which the Contracting State concerned has chosen to discharge its obligation under Article 1 directly to secure to anyone within its jurisdiction the rights and freedoms set out in section I.⁷³ Article 26 completes the combination that reflects the subsidiary character of ECHR. Under this provision a potential applicant has to exhaust all available and sufficient domestic remedies, which are capable of providing the redress for the particular violation. Only when there is no remedy at all or on the condition that existing remedy is not effective, the applicant will be able to invoke the protection of the ECHR institutions. The requirements of Articles 1, 13 and 26 taken together significantly reflects the subsidiary character of the Strasbourg mechanism.

Another reflection in the structure of ECHR regarding subsidiarity is Article 60 (after amending by the protocol 11 Article 53). This provision reads;

Nothing in this Convention shall be construed as limiting or derogating from any of the human rights and fundamental freedoms which may be ensured under the laws of any High Contracting Party or under any other agreement to which it is a Party.⁷⁴

The aim of this provision is that the higher level and more favourable human rights guarantees in the national law of States Parties can not be weakened by reference to less effective provisions of the ECHR. Therefore, it is obvious that the ECHR does not have intention to replace the domestic guarantees and to provide safeguards for rights and fundamental freedoms by ECHR guarantees only. It respects the more effective and better protection mechanism of the national law. Article 50⁷⁵ (now 41) also reflects the principle of subsidiarity. This provision requires that if full reparation is not available

⁷² Vilvarajah and Others v. the United Kingdom, Judgement of 30 October 1991, para.122

⁷³ Supra n. 65 Silver case para.113

⁷⁴ Supra n.8, p.339

⁷⁵ "The Court's decisions do not necessarily have the force of law in the legal systems of contracting states. Article 50 provides for cases in which the Court's decisions are incompatible with decisions or measures taken by domestic judicial or other authorities and where the law of a state concerned allows only partial reparation to be made for the consequences of the decision or measure in question. The Court may, in such a situation, accord just compensation to the injured party." Drzemczewski A, *European Human Rights Convention in Domestic Law: A Comparative Study*, 1983 p.5

under national law of State Party, ‘just satisfaction’ can only be awarded by the Strasbourg machinery. The remedy and redress at international level in Strasbourg can come to play only when national legal system cannot provide full reparation. As a result, the protection system of the Strasbourg is secondary to that of national legal mechanism and the redress at Strasbourg is ‘just satisfaction’ which includes the applicants’ legal costs and compensation for pecuniary and non-pecuniary damage. In the framework of subsidiarity, as it was examined earlier, according to the established case law of Strasbourg, in the first place it is the national authorities’ duty to promote and protect human rights and fundamental freedoms of individuals.⁷⁶

The ‘margin of appreciation’⁷⁷ doctrine that established by the Strasbourg case-law stems directly from the principle of subsidiarity.⁷⁸ The Court stated in *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*⁷⁹ regarding this doctrine that;

“...It acknowledges that the national authorities enjoy a *wide margin of appreciation* in matters of morals, particularly in an area such as the present which touches on matters of belief concerning the nature of human life. As the Court has observed before, it is not possible to find in the legal and social orders

⁷⁶ In the *Winterwerp v. UK*, Judgement of 24 October 1979, para. 46 the Court held on this issue that: “...the logic of the system of safeguard established by the Convention sets limits upon the scope of this review. It is in the first place for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply the domestic law, even in those fields where the Convention "incorporates" the rules of that law: the national authorities are, in the nature of things, particularly qualified to settle the issues arising in this connection.”

⁷⁷ Yourow H.C, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, (Martinus Nijhoff Publishers) at p. 13 the author makes definition of the ‘margin of appreciation doctrine’ “...as the freedom to act; maneuvering, breathing or “elbow” room; or the latitude of deference or error which the Strasbourg organs will allow to national legislative, executive, administrative and judicial bodies before it is prepared to declare a national derogation from the Convention, or restriction or limitation upon a right guaranteed by the Convention, to constitute a violation of one of the Convention’s substantive guarantees. It has been defined as the line at which international supervision should give way to a State Party’s discretion in enacting or enforcing its law.”

⁷⁸ Op.cit Handyside case, para.48,

⁷⁹ Judgement of 29 October 1992 para.68

The Subsidiary Protection of European Convention on Human Rights

of the Contracting States a uniform European conception of morals, and the State authorities are, in principle, in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of the requirements of morals as well as on the "necessity" of a "restriction" or "penalty" intended to meet them." (emphasis added)

According to the 'margin of appreciation' doctrine which is natural product of the subsidiarity principle the Convention leaves each State Party in the first place the mandate of securing rights and freedoms guaranteed in the Convention within the domestic legal order.

Considering all these points we see that Subsidiarity is a basic principle of implementing the Convention. This principle is not only interpretative stance but also is reflected in the structure of the Convention.⁸⁰ It recognizes the primary competence and duty of the State to protect effectively within the domestic legal order the fundamental rights and freedoms enshrined in the Convention. In this respect Convention institutions contribute to securing the enjoyment of the rights and freedoms guaranteed, but their responsibilities are secondary to those of the competent national authorities.⁸¹

V. CONCLUSION

A right without remedy cannot be regarded as a real right. Without remedy, a right remain only on the paper. This argument is explained in latin words as; *ubi jus ibi remedium*: where there is a right there is remedy – or inversely, *ubi remedium ibi jus*: where there is a remedy there is a right. Thus rights and remedy can be considered as parts of a whole which we cannot have one without the other. Roughly remedy can be defined as when individuals' right infringed he/she should have possibility of reparation for that infringement. Another definition of remedy is that; an action taken by an authoritative body such as, a legislature, a court, or an administrative agency to enforce compliance with prescribed conduct or to impose a cost for failure to comply.

As it was widely examined in this study, the analytic examination of related provisions of Convention shows its subsidiary character. The examination of Articles 1, 13, 26, 50 and 60 make this notion clear. The requirement to exhaust domestic remedies under Art.26 establishes the primacy of national legal system. Article 13 strengthens this notion since it requires the State to provide an effective national remedy for individuals' whose rights are violated. Subsidiarity is then the basic principle in the implementation of the

⁸⁰ Warbrick C, "*Federal*" *Aspects of the European Convention on Human Rights*, in Michigan Journal of International Law (1989) 698 at 706

⁸¹ Supra note 127, Petzold H, p.60-61

Convention. It provides that, the State Party has the primary competence and duty to protect human rights within the national legal order. One of the features of the principle is that States Parties of the convention are free to provide better protection system. The responsibilities of Convention institutions are secondary to those of the national authorities. The duty of Convention institutions is necessarily to guide and to assist States Parties to secure the individuals' rights and fundamental freedoms.

Article 13 is a crucial provision in terms of subsidiarity principle and the Conventions' protection structure. The requirement of provision is important in securing cooperation between national legal systems and Convention procedure. This provision is a tool of implementing the Convention in domestic level. If States Parties in the light of developments of the case-law provide effective domestic remedies it is so likely that there will be quite a few cases at Strasbourg as they would already be redressed at domestic level. By obliging the State party to provide remedy Article 13 meets the requirement of 'rule of law', which is one of pillars of Council of Europe. In this connection, it is the remedy that makes the right meaningful. Because, just definition what constitutes fundamental rights cannot be considered as a sufficient manner to prevent violations of those rights. It is because of this importance of the remedy that universal and regional human rights mechanisms all include right to a remedy.

Although, the European Court of Human Rights held that Article 13 does not oblige the States Parties to incorporate the Convention into domestic law I agree with G.H Thune's suggestion that the best way to strengthen the national protection of human rights is to encourage incorporation of the Convention into domestic law.

BIBLIOGRAPHY

BOOKS, ARTICLES AND REPORTS

Amerasinghe C.F, *Local Remedies in International Law*, (Grotius Publications Limited, Cambridge, 1990)

Bermann G.A, *Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States*, in 94 Columbia Law Review, 332 (March 1994)

Breton A, Cassano A, Fraschini A, *Decentralization and Subsidiarity: Towardz a Theoretical Reconciliation*, in 19 University of Pennsylvania Journal of International Economic Law 21, (Spring,1998)

Brownlie I, *Basic Documents on Human Rights 3rd edition*, (Oxford University Press, 1999)

Cameron I, *An introduction to the European Convention on Human Rights*, (Iustug Forlag, Upsala, 1998),

The Subsidiary Protection of European Convention on Human Rights

Clements L, Mole N, Simmons A, *European Human Rights: Taking A Case Under The Convention*, Second Edition (Sweet & Maxwell, London , 1999)

Drzemczewski A, *European Human Rights Convention in Domestic Law: A Comparative Study*, 1983

Eide A, Alfredsson G, *The Universal Declaration of Human Rights: A commentary*, (Scandinavian University Press, Oslo, 1992)

Encyclopaedia of Public International Law, Volume 3 (Oxford et.al, 1997)

Frowein J.A, *Incorporation of the Convention into Domestic Law*, in Gardner J.P (ed.), *Aspects of Incorporation of the European Convention on Human Rights into Domestic Law*, (The British Institute of International and Comparative Law, 1993)

Gomien D, Harris, D, Zwaak L, *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe Publishing

Hampson J.F, *The Concept of Arguable Claim under Article 13 of the European Convention on Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 39(1990) 891

Harris D.J, O'Boyle M, Warbrick C, *Law of the European Convention on Human Rights*, (Butterworths, London-Dublin-Edinburgh, 1995)

Hueglin T, *Federalism, Subsidiarity and the European Union Tradition*, article available at <http://www.ecsanet.org/conference/1to.htm> visited on 10.07.2001

Jacobs F.G, *The European Convention on Human Rights*, (Clarendon Press, Oxford, 1975)

Janis M, Kay R, Bradley A, *European Human Rights Law Text and Materials*, (Oxford University Press, 2000)

Kirchner C, *The Principle of Subsidiarity in the Treaty on European Union: A Critique from a Perspective of Constitutional Economics*, in *Tulane Journal of International and Comparative Law* 291 (Spring 1998)

Lawson F.H, *Remedies of English Law*, (Butterworths, London, 1980)

Lenaerts K, *The Principle of Subsidiarity and the Environment in the European Union: Keeping the Balance of Federalism*, in *17 Fordham International Law Journal* 846

Nedjati Z.M, *Human Rights under the European Convention*, (North Holland Publishing, Amsterdam, New York, Oxford, 1978)

Mann K, *Punitive Civil Sanctions: The Middleground Between Criminal and Civil Law*, in *Yale Law Journal*(101)

Merrills J.G, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights* (Manchester University Press)

Murphy D.T, *Subsidiarity and/or Human Rights*, in 1994 University of Richmond Law Review Association University of Richmond Law Review 67 (Winter 1994)

P.van Dijk, G.J.H. Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, (Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1990)

Petzold H, *The Convention and the Principle of Subsidiarity*, in Macdonald R. St. J at all (eds) *the European System for the Protection of Human Rights* (Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-london) 41

Raymond J, *A contribution to the interpretation of the Article 13 of the European Convention on Human Rights*, in V HRR (1980)

Reid K, *A Practitioner Guide to the European Convention of Human Rights*, (Sweet & Maxwell, London, 1998)

Reidy A, Hampson F, Boyle K, *Gross Violations of Human Rights: Invoking the European Convention on Human Rights in the case of Turkey*, in Netherlands Quarterly of Human Rights Volume 15 No. 2 June 1997

Schwartz, R.E, *Chaos, Oppression, and Rebellion: the Use of Self-Help to Secure Individual Rights Under International Law*, in 12 Boston University International Law Journal 255

Shelton D, *Remedies in International Human Rights Law*, (Oxford University Press, 1999)

Shelton D, *Subsidiarity, Democracy and Human Rights*, in Gomien D (ed), *Broadening the Frontiers of Human Rights; Essays in Honour of Asjborn Eide*, (Scandinavian University Press, Oslo, 1993)

Shilling T, *Subsidiarity as a Rule and Principle, or: Taking Subsidiarity Seriously*, available http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/95/9510ind.html#top_of_page visited on 02.09.2001

Swaine E.T, *Subsidiarity and Self-Interest: Federalism at the European Court of Justice*, in 41 Harvard International Law Journal 1 (Winter, 2000)

Theo van Boven, *Study Concerning the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation For Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms*, E/CN.4/SUB.2/1993/8

Thune G.H, *The Right to an Effective Remedy in Domestic Law: Article 13 of the European Convention on Human Rights*, in Gomien D (ed.) *Broadening the Frontiers of Human Rights; Essays in Honour of Asjborn Eide* (Scandinavian University Press, Oslo, 1993)

Trindade C, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, (Cambridge University Press, 1983)

Vause W.G, *The Subsidiarity Principle in European Union Law -American Federalism Compared*, in 27 Case Western Reserve Journal of International Law 61

The Subsidiary Protection of European Convention on Human Rights

Yourow H.C, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, (Martinus Nijhoff Publishers)

Warbrick C, “Federal” *Aspects of the European Convention on Human Rights*, in *Michigan Journal of International Law* (1989) 698

Wolcher, L.E, *The Paradox of Remedies: The case of International Human Rights Law*, in *38 Columbia Journal of Transnational law*, 515.

YAYIN ŞARTLARI

Dergide yayınlanması talebiyle editöre gönderilen eserler, gizli tutulan hakemlerin (iki hakem) olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde eser üçüncü bir hakeme gönderilir.

1. Hazırlanan çalışmaların doc (word belgesi) olarak hazırlanmış **bir disket/cd.si** ile ikisi isimsiz diğeri isimli olmak üzere **üç adet A4 kâğıt çıktısı** gönderilmelidir.

2. Gönderilen makalelerin başına, makalenin **yabancı dildeki adı**, en fazla 100 kelimelik **Türkçe ve yabancı dilde özetlerinin** ve beş adet **anahtar kelimenin (Keywords)** eklenmesi gerekmektedir. Çalışmanın sonunda **kaynakça** yer almalıdır.

3. **Sayfa yapısı:** Üst ve alttan 6'şar cm; yanlardan 4,5'ar cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar kural olarak 35 sayfadan fazla olmamalıdır.

4. **Metin yazıları:** Times New Roman karakteri ile **10,5 punto tek satır** aralığı, ilk satırı özel **1,25 cm** değerinde **paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk** olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. **Başlık 1 biçimi sadece yazının ana başlığı için** kullanılmalıdır. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber "adı SOYADI" biçiminde yazılmalı, gerekli açıklamalar * işareti kullanılarak dipnotta yapılmalıdır.

5. **Dipnotlar:** Times New Roman yazı karakteri, **10 punto, Tek satır** aralığı, **0,7 asılı**, paragraf **sonrası 3 nk** boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda **dipnotlar** otomatik olarak ve her sayfa altında verilmeli, dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, (yayın yılı), Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı (yayın yılı), "Makale Adı" (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atıflarda Yazar soyadı (Yayın yılı) ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.

6. Makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

Bu şartları taşımayan başvurular kabul edilmeyecektir.

Haberleşme Adresi: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi Editörlüğü
Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 **KONYA**

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

e-mail: hukukdergi@selcuk.edu.tr