

ISSN:1309-6826



TÜRKİYE  
ADALET AKADEMİSİ

TAAAD  
TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ  
DERGİSİ

Ekim 2016 - Sayı 28 - Yıl: 7

Üç ayda bir yayımlanan ulusal hakemli dergidir

[www.taa.gov.tr](http://www.taa.gov.tr)

2016

28



# TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

“Adalet İçin Bilgi”

28

YIL:7, SAYI:28, EKİM 2016

[www.taa.gov.tr](http://www.taa.gov.tr)

ISSN: 1309-6826

**SAHİBİ/OWNER**

Yılmaz AKÇİL

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı  
Danıştay Üyesi

\*

**GENEL EDİTÖR/GENERAL EDITOR**

Ertan AYDIN

Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

\*

**EDİTÖR/EDITOR**

Dr. Veli KARATAŞ

Hâkim

**SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ/EDITOR IN CHIEF**

Fethullah SOYUBELLİ

Hâkim

\*

**YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD**

Mustafa ARTUÇ

Türkiye Adalet Akademisi Başkan Yardımcısı

Ertan AYDIN

Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

Ahmet ŞANSAL

İnsan Kaynakları ve Destek Hizmetleri Daire Başkanı

Prof. İbrahim AYDINLI

İş Hukuku Öğretim Üyesi

Prof. İlhan ÜZÜLMEZ

Ceza Hukuku Öğretim Üyesi

\*

**KAPAK TASARIM/COVER DESING**

Özgül EMEKÇİ ÖZBUDAK

\*

**YAYIN YÖNETİM MERKEZİ**

**PUBLICATION MANAGEMEMENT CENTER**

Türkiye Adalet Akademisi

Ahlatlıbel Mah. İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı

Çankaya/Ankara

**Tel:** 312 489 81 80 • **Faks:** 312 489 81 01

**E-posta:** bilimsel.dergi@taa.gov.tr

**Web:** www.taa.gov.tr

**BASKI**

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası,  
İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi, ŞAŞMAZ/ANKARA

## YAZIM VE YAYIM KURALLARI

1. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Hakemli bir dergi olup, dergide Türkçe ulusal hakemli makaleler yayımlanmaktadır.
2. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi üç ayda bir (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim aylarında) yayımlanır.
3. Dergiye gönderilen yazıların daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir. Bu konudaki sorumluluk yazarlara aittir.
4. Makalelerin [www.taa.gov.tr](http://www.taa.gov.tr) adresinde bulunan makale gönder butonu ile gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, genel editör ve editörler ile iletişim kurulabilir.
5. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan Başlık, 150-250 kelime arası Özet ve 5-8 kelime arası Anahtar Kelimeler bulunmalıdır. Hakemli makalelerde Başlığın, Özeti ve Anahtar Kelimelerin Türkçe'nin yanı sıra İngilizce, Fransızca veya Almanca yazılması zorunludur.
6. Yazının ana bölümleri ve kaynakça 11, dipnotlar ise 9 punto yazılmalı "Calibri" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalıdır.
7. Dergiye gönderilen makaleler "Giriş", "Gelişme" ve "Sonuç" bölümlerinden oluşmalı ve yazıda dipnot atf sistemi kullanılmalıdır.
8. Makale, kaynakça dâhil 3.000 kelimedenden az ve 10.000 kelimedenden çok olmamalıdır.
9. Yazarın akademik ünvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın mesleği, ünvanı, elektronik posta adresi adına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
10. Makalelerin Yayın Kurulu ve en az 1 hakem tarafından olumlu bulunması gerekmektedir.
11. Yazarlara ve hakemlere "Türkiye Adalet Akademisi Yayın ve Yayın Kurulu Çalışma Yönetmeliği" kapsamında telif ve inceleme ücreti ödenmektedir. Dergide yazısı yayımlanmış olan yazarlara beş adet dergi ücretsiz olarak gönderilmektedir.

- Dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.
- Dergide yayımlanan yazılar kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
- Derginin elektronik versiyonuna [www.taa.gov.tr](http://www.taa.gov.tr) adresinden ulaşılabilir.

## DANIŞMA KURULU\*

Prof. Dr. Adem Sözüer  
Prof. Dr. Ahmet Gökçen  
Prof. Dr. Ahmet Gürbüz  
Prof. Dr. Ahmet Mithat Kılıçoğlu  
Prof. Dr. Ali Güzel  
Prof. Dr. Arzu Oğuz  
Prof. Dr. Atilla Özer  
Prof. Dr. Aziz Can Tuncay  
Prof. Dr. Bahri Öztürk  
Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz  
Prof. Dr. Bilge Öztan  
Prof. Dr. Cevdet Yavuz  
Prof. Dr. Cumhuri Şahin  
Prof. Dr. Ejder Yılmaz  
Prof. Dr. Emine Akyüz  
Prof. Dr. Ender Ethem Atay  
Prof. Dr. Enver Bozkurt  
Prof. Dr. Erkan Küçüküngör  
Prof. Dr. Faruk Turhan  
Prof. Dr. Feridun Yenisey  
Prof. Dr. Fügen Sargın  
Prof. Dr. Gökhan Oral  
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez  
Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu  
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoglu  
Prof. Dr. Hasan Bacanlı  
Prof. Dr. Hasan Tunç  
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz  
Prof. Dr. Hikmet Sami Türk  
Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu  
Prof. Dr. İhsan Erdoğan  
Prof. Dr. İmdat Elmas  
Prof. Dr. İsmail Kayar  
Prof. Dr. İsmail Kırca  
Prof. Dr. Kamil Ufuk Bilgin  
Prof. Dr. Kayıhan İçel  
Prof. Dr. Kemal Gözler  
Prof. Dr. Kudret Güven

Prof. Dr. M. Fatih Yavuz  
Prof. Dr. Mehmet Tevfik Gülsoy  
Prof. Dr. Metin Feyzioğlu  
Prof. Dr. Metin Günday  
Prof. Dr. Muhammet Özekes  
Prof. Dr. Muharrem Kılıç  
Prof. Dr. Mustafa Akkaya  
Prof. Dr. Mustafa Avcı  
Prof. Dr. Mustafa Erdoğan  
Prof. Dr. Mustafa Fadil Yıldırım  
Prof. Dr. Mustafa Koçak  
Prof. Dr. Nadir Arıcan  
Prof. Dr. Nevzat Koç  
Prof. Dr. Nuray Ekşi  
Prof. Dr. Osman Doğru  
Prof. Dr. Osman Pehlivan  
Prof. Dr. Salih Cengiz  
Prof. Dr. Selçuk Öztekin  
Prof. Dr. Selma Çetiner  
Prof. Dr. Serap Yazıcı  
Prof. Dr. Sermet Koç  
Prof. Dr. Serpil Salaçın  
Prof. Dr. Süha Tanrıverdi  
Prof. Dr. Şanal Görgün  
Prof. Dr. Şebnem Korur Fincancı  
Prof. Dr. Şükrü Kızılot  
Prof. Dr. Tankut Centel  
Prof. Dr. Tayfun Akgüner  
Prof. Dr. Tevfik Odman  
Prof. Dr. Timur Demirbaş  
Prof. Dr. Turan Yıldırım  
Prof. Dr. Veli Özer Özbek  
Prof. Dr. Yasemin Günay Balcı  
Prof. Dr. Yavuz Atar  
Prof. Dr. Yener Ünver  
Prof. Dr. Yusuf Karakoç  
Prof. Dr. Zehra Odyakmaz

\* Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır. Derginin hakemler kurulu [www.taa.gov.tr](http://www.taa.gov.tr) adresinde bulunmaktadır.

## İÇİNDEKİLER/CONTENENTS

- ◆ **Doç. Dr. Mehmet Ali ZENGİN** ..... 1  
ABD Başkanlık Sisteminde Fren ve Denge Mekanizması Üzerine Bir İnceleme  
*An Examination on Checks and Balances Mechanism in USA Presidential System*
- ◆ **Doç. Dr. Mustafa AVCI – Yrd. Doç. Dr. Seçkin YAVUZDOĞAN** .....29  
Avrupa Birliği'ne Üye Ülkelerde Esnek Personel Rejimi ve Türkiye Uygulamalarının Kısmi Bir Analizi  
*Flexible Civil Servants Regime in Members of European Union and a Suggestion for Turkey*
- ◆ **Yrd. Doç Dr. Murat ERDEM – Arş. Gör. Samet İLDEŞ** .....57  
Azerbaycan Cumhuriyeti Yargı Sistemi  
*Judicial System of Republic of Azerbaijan*
- ◆ **Arş. Gör. Enes KÖKEN** .....85  
Resmi Belgenin Düzenlenmesinde Yalan Beyan Suçu  
*Perjury in Organized Crime Official Document*
- ◆ **Arş. Gör. Felemez GÜNEŞ** .....103  
İYUK Madde 28/4 Değişikliği: Yargı Kararlarının İdare Tarafından Uygulanmaması ve Çözüm Önerileri  
*Amendment of İYUK art. 28/4: Lack of Enforcement of Jurisdiction Adjudications by Administration and Solition Offers*
- ◆ **Arş. Gör. Dr. iur. Soner DEMİRTAŞ LL.M.** .....129  
Alman İçtima Öğretisinde Doğal Hareket Tekliği  
*Die natürliche Handlungseinheit in der deutschen Konkurrenzlehre*

◆ Arş. Gör. Tuğçe ORAL.....	145
Niyet Mektubu	
<i>Letter of Intent</i>	
◆ Asım KAYA .....	173
Ülkemize Suriyeden Sığınanlar ve Onların İnsan Onuru	
<i>Syrian Refugees in Turkey and Their Human Dignity</i>	
◆ Birsen ELMAS .....	207
Yargıtay Kararları Işığında İddianamenin İadesi	
<i>Return of Indictment in the Light of the Decisions of the Court of Cassation</i>	
◆ Gökhan ÇAYAN .....	235
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı	
<i>The Right of Access to Court in The Light of European Court of Human Rights and Constitutional Court Decisions</i>	
◆ Habip OĞUZ .....	273
Sorumluluk Hukukunda Kusur	
<i>Fault in Liability Law</i>	
◆ Kadir BAĞCI .....	287
Haksız Fiilde Ceza Zamanaşımı Süresi	
<i>The Timeout Time Penalty Tort</i>	
◆ Mehmet ALTUNDİŞ .....	313
Tıbbi Kişisel Verilerin Tutulması ve Korunması Yükümlülüğü ve İdarenin Bu Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesinden Doğan Sorumluluğu	
<i>The Retention and Protection of Medical Personal Data and Liability of the Supply These Obligations of Administration</i>	

- ◆ **Muhammet Kürşat ÜÇÜNCÜ** ..... 353  
Hukuk İle Kültür İlişkisi  
*The Relationship Between Law and Culture*
- ◆ **Mustafa Hayri TACIN** .....389  
Uygulama Bakımından Zorunlu Geçit Hakkı Davası  
*The Case of Mandatory Crossing Right in Application and Its Conditions*
- ◆ **Sevda YILMAZ** .....415  
6545 ve 6552 Sayılı Kanunlar Çerçevesinde İdari Yargılama Usûlü  
Değişiklikleri  
*Changes of Administrative Jurisdiction in Law No. 6545 and 6552*
- ◆ **Yakup YILDIRIM** .....447  
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyetinin  
Sınırlandırılması  
*Restriction of the Freedom of Expression in the Judgments  
of the European Court of Human Rights*
- ◆ **Ezgi Kızılkaya DOĞRU** .....471  
Aile Hekimliğinde Disiplin Hükümleri ve İhtar Puanları  
*Disciplinary Rules of the Family Medicine and Warning Score*





*Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;*



*Veri Tabanlarında Taranmaktadır.*



---

**MAKALELER / ARTICLES**

---



# ABD BAŞKANLIK SİSTEMİNDE FREN VE DENGE MEKANİZMASI ÜZERİNE BİR İNCELEME

*An Examination on Checks  
and Balances Mechanism in USA Presidential System*

**Doç. Dr. Mehmet Ali ZENGİN\***

## ÖZET

Başkanlık sistemi hükümet sistemleri ile ilgili üç temel sistemden birisidir. Bu üç sistem parlamento ve yürütmenin konumlarına göre belirlenebilir. Bu noktada parlamento ve yürütme arasındaki mesafe başkanlık sisteminin temel özelliğini anlayabilmek için esaslı bir göstergedir. Başkanlık sistemi ABD’de devletin kuruluşundan bu yana uygulanmaktadır. Diğer yandan hükümet sistemleri devirlerinin şartlarını yansıtır. Bu durum başkanlık sistemi için de geçerlidir. Ancak günümüzde başkanlık sistemi konusunda fren ve denge araçlarının korunabilmesi bakımından pek çok tartışma yaşanmaktadır. Bu araçlar esasında kongre ve başkan arasındaki ilişkiyi düzenlemek ve onları sistemde dengeli bir çerçeve içerisinde kalmaya zorlamaktır. Bununla birlikte sistemi işletmek için uzlaşma anlayışına dayanan siyasi kültür, sistemin işletilmesi bakımından bir diğer faktör olarak ifade edilebilir. Başkanlık sisteminde kuvvetler ayrılığı şiddetli bir şekilde görünmesine rağmen, kongre ve başkan çoğu durumda yan yana olmak zorundadır. Aslında fren ve denge araçları, siyasi atmosferin yanı sıra onları bir arada olmaya zorlamaktadır. Bu durumda eğer fren ve denge araçları ve siyasi atmosfer onları bir arada olmaya zorlarsa başkan genellikle kongreden daha fazla güç sahibi olmaktadır. Örneğin Başkan G.W. Bush döneminde Kongre büyük oranda başkanın anti-terör politikalarını desteklemiştir. Bu nedenle fren ve denge araçlarının etkinliğinin farklı siyasi atmosfere göre değişebileceğini söyleyebiliriz. Bu noktada araçların işletilmesinin bize her zaman aynı sonucu vermeyeceği söylenebilir.

**Anahtar Kelimeler:** Başkanlık, Kongre, Kuvvetler Ayrılığı, Fren ve Denge Araçları.

## ABSTRACT

Presidential system one of the three main systems about governmental systems. These three systems can be defined according to positions of parliament and government. In this point, distance between parliament and government is main indicator in order to understand an essential feature of presidential systems. Presidential system have been implemented in USA since its foundation. On the other hand, governmental systems reflect their era’s conditions. This concept is also valid for presidential systems. However, today there are so many debates in US presidential systems in terms of keeping checks and balances tools. These tools

---

\* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. avmalizengin@gmail.com avmalizengin@gmail.com.

essentially invested in order to regulate relationship between Congre and President and force them to stay balanced framework in the system. Nevertheless, political culture can be expressed another factor which bases on compromise mentality in terms of operating system. Although seperation of powers appears harshly in prrsidential system, Congress and President should work side by side in many situation. In fact that tools of checks and balances force them get together as well as political atmosphere. In this position, If tools of checks and balances and political atmosphere force them get together, president generally have more power than Congress. To illustrate, in the President G.W.Bush term Congress support substantially to President's anti-terror policy. President G.W.Bush had got a serious fluence on Congress. Therefore, effectiveness of checks and balances tools can be changed according to different political atmosphere. In this point it can be said that operating the tools give us not same conlusion every time.

**Keywords:** Presidency, Congress, Seperation of Power, Checks and Balances Tools.

◆◆◆◆

## Giriş

Başkanlık sisteminin ana vatani olan ABD'deki uygulanma şekli ile diğer ülkelerdeki uygulanma şekli arasında sistemin başkanlık sistemi olup olmadığının sorgulanmasına varacak seviyede bir fark meydana gelmektedir. Bununla birlikte bu sistemlerin birbirlerinden farklı olmasında yasama ve yürütme arasındaki ilişkinin son derece önemli bir etkisi bulunmaktadır. Aslında hükümet sistemlerine karakteristik özelliklerini yasama ve yürütmenin birbirleri karşısındaki konumları vermektedir. Bu yüzden sistemler incelenirken bu ilişkiye değinilmesi kaçınılmaz olacaktır. Başkanlık sisteminde sistemin ana özellikleri yürütmenin tek başlı olması ve doğrudan halk tarafından seçilmesidir. Tabi bu durumda yürütmenin yasama karşısındaki konumu ve gücü, yasama ile dengeli bir ilişkinin tesisi bakımından hassas bir düzenleme yapılmasını gerektirmektedir. Öte yandan yasama ve yürütme arasındaki sınırın belirlenmesi ve bunların dengeli bir şekilde bir arada tutulabilmeleri sistemlerin başarısında ortaya çıkan esaslı bir nokta haline gelmektedir. Bu dengenin sağlanmasında ülke koşullarının dikkate alınması önemli bir yere sahip olacaktır. Buna göre sistemlerin birebir kopyalarının başka ülkelerde uygulanması çabaları her zaman aynı sonuçları vermemektedir. Buna göre ABD tipi başkanlık sistemi ülke koşulları gözetilerek ülke pratiklerine uyumlu bir sistemin tasarlanması şeklinde ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte son zamanlarda yasama ve yürütmenin birbirlerini frenlemek ve dengelemek amacıyla kullandıkları araçların uygulaması dönem dönem farklılıklar gösterebilmektedir. Bu noktada söz konusu araçların etkin bir şekilde işletilememesi sistem krizlerine neden olmakta ve tartışmalar şiddetlenmektedir. Bu nedenle bu araçların incelenmesi ve sistemdeki tıkanık-

ların aşılması bakımından üstlendikleri fonksiyonların ele alınması başkanlık sistemini açıklayabilmek bakımından önemli bir konudur. Yapılan çalışmada da ABD başkanlık sisteminin detayları üzerinde durulmuş ve zaman zaman güç dengesinde meydana gelen sapmalar değerlendirilmeye çalışılmıştır.

## 1. ABD Başkanlık Sisteminde Kongre'nin Oluşumu

Başkanlık sisteminde yasama organı yani Kongre başkanlık seçimlerinden ayrı bir seçimle göreve gelir.<sup>1</sup> Kongre iki meclisli bir yapıya sahiptir. Bunun nedeni temel olarak federalizmin benimsenmiş olmasıdır. Zira Senato tüm eyaletlerin eşit temsili esasına dayanırken Temsilciler Meclisinde ise eyaletlerin nüfusları oranında temsilci sayısı değişmektedir.<sup>2</sup> Bununla birlikte yasamanın her iki kanadına seçilebilmek için öngörülen şartlar farklılık göstermektedir.

### 1.1. Temsilciler Meclisinin Oluşumu

Temsilciler Meclisi için seçilebilme şartları 7 yıllık ABD vatandaşı olmak, 25 yaş, aday olunan eyalette ikamet etmektir.<sup>3</sup> Temsilciler Meclisinin seçimleri 2 yılda bir yenilenir.<sup>4</sup> Seçimlerde yeniden adaylık mümkündür.<sup>5</sup> Eğer boş yer Temsilciler Meclisinde ise, bunu doldurmak için eyalet valisi özel bir seçim çağrısında bulunmalıdır. Bununla birlikte, eğer normal seçim tarihi yakın ise, Vali özel bir seçim çağrısında bulunmak yerine, o koltuğun boş kalmasına izin verebilir.<sup>6</sup> Temsilciler Meclisinin üye sayısı 435'dir.<sup>7</sup> Her 10 yılda bir yapılan nüfus

---

<sup>1</sup> YAZICI, Serap, Başkanlık Sistemleri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme, TBB Yayını, 2005, s. 127.

<sup>2</sup> Bununla birlikte Temsilciler Meclisinde 435 üyenin yanı sıra District of Columbia, Commonwealth of Puerto Rico ve diğer dört bölgeyi temsilen oy hakları bulunmayan 6 temsilci daha bulunmaktadır. Legislative Branch [www.whitehouse.gov/our-government/legislative-branch](http://www.whitehouse.gov/our-government/legislative-branch) (21.10.2013)

<sup>3</sup> ABD Anayasası Madde 2, Bölüm 1/2, ABD Anayasası (Açıklamalı) [www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf](http://www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf) (03.03.2013) Temsilciler Meclisinde bölgeleri temsil eden temsilciler için bu bölgelerde ikamet şartı aranmamaktadır. Legislative Branch [www.whitehouse.gov/our-government/legislative-branch](http://www.whitehouse.gov/our-government/legislative-branch) (21.10.2013)

<sup>4</sup> The U.S. House of Representatives, [www.house.gov/content/learn/](http://www.house.gov/content/learn/) (03.03.2013), ABD Anayasası (Açıklamalı) [www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf](http://www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf) (03.03.2013)

<sup>5</sup> ABD Anayasası Madde I, Bölüm II /1, ABD Anayasası (Açıklamalı) [www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf](http://www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf) (03.03.2013)

<sup>6</sup> ABD Anayasası (Açıklamalı) [www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf](http://www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf) (03.03.2013)

<sup>7</sup> Bu sayı 1911 yılında çıkartılan ve 1913 yılında yürürlüğe giren Kamu Yasası'nın (Public Law) 62/5. maddesi ile getirilmiştir. The U.S. House of Representatives, [www.house.gov/content/learn/](http://www.house.gov/content/learn/) (03.03.2013) 1929 yılında ise Kongre, toplam temsilci sayısını 435 olarak saptamıştı ve o karar gereğince temsilci sayısı sabittir. ABD Anayasası (Açıklamalı) [www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf](http://www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf) (03.03.2013)



sayımına göre eyaletlerin Temsilciler Meclisi'ne yolladıkları üye sayısı değişebilmektedir. Ancak her eyaletin en az bir temsilcisinin bulunması zorunludur. Temsilciler Meclisi, toplantılarını yönetmek üzere üyeleri arasından bir Başkan seçer.<sup>8</sup>

## 1.2. Senatonun Oluşumu

Senato için seçilebilmenin şartları 9 yıllık ABD vatandaşı olmak, 30 yaş, aday olunan eyalette ikamet etmek şeklindedir.<sup>9</sup> Senato seçimleri 2 yılda bir üye tam sayısının 1/3'i oranında yenilenir. Seçimlerde yeniden adaylık mümkündür. Senatörler, altı yıllık dönemler için seçilir. Her iki yılda bir, senatörlerin üçte biri yenilenir ve üçte ikisi göreve devam eder. Bu düzenleme, üyelerinin tamamı her iki yılda bir yeniden seçilen Temsilciler Meclisi'nden farklı olarak, Senato'yu sürekli yenilenen bir kuruluş haline getirmektedir. Ayrıca Anayasa'da 17. Değişiklik ile boşalan yerlerin doldurulması yöntemini değiştirmiştir. Halk, yeni bir Senatör seçinceye kadar, Vali bir kişiyi atayacaktır. Yine 1913 yılında gerçekleştirilen 17. Değişiklik sonrasında eyalet meclislerinin senatörleri seçmesi usulü yerine halkın senatörleri doğrudan seçmesi usulüne geçilmiştir.<sup>10</sup> Senatonun üye sayısı 100'dür. Buna göre her eyalet 2'şer üye ile temsil edilmektedir. Başkan yardımcısı resmen Senato başkanı olarak görev yapar ancak oy hakkı bulunmaz. Bununla birlikte başkan yardımcısı sadece verilen oylar eşit çıktığı zaman istisnai olarak oy hakkına sahip olmaktadır. Başkan yardımcısının eşitliği bozma yetkisi önemli olabilmektedir.<sup>11</sup> Örneğin, 1789 yılında Başkan yardımcısı John Adams'ın verdiği oy, Başkan'a Senato'nun onayını almadan kabine üyelerini görevden alma yetkisini vermiştir. Senato, Başkan yardımcısı bulunmadığı zaman toplantıları yönetecek geçici bir başkan seçer.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> Temsilciler Meclisi Başkanı'nın devlet yönetimi silsilesinde 3. Sırada yer aldığı ifade edilmektedir. Legislative Branch [www.whitehouse.gov/our-government/legislative-branch](http://www.whitehouse.gov/our-government/legislative-branch) (21.10.2013) Temsilciler Meclisi Başkanı hem anayasal hem de etki sahibi bir liderdir. Zira başkan (speaker) meclisin çoğunluğunun desteğine sahiptir. Structure of Congress, [www.etch.northern.edu/blanchak/pols100/pols100lectures/congress.structure.htm](http://www.etch.northern.edu/blanchak/pols100/pols100lectures/congress.structure.htm) (22.10.2013)

<sup>9</sup> ABD Anayasası Madde III, Bölüm III, ABD Anayasası (Açıklamalı) [www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf](http://www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf) (03.03.2013)

<sup>10</sup> ABD Anayasası (Açıklamalı) [www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf](http://www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf) (03.03.2013) Legislative Branch [www.whitehouse.gov/our-government/legislative-branch](http://www.whitehouse.gov/our-government/legislative-branch) (21.10.2013)

<sup>11</sup> ABD Anayasası Madde IV, Bölüm III, ABD Anayasası (Açıklamalı) [www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf](http://www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf) (03.03.2013)

<sup>12</sup> ABD Anayasası Madde V, Bölüm III, ABD Anayasası (Açıklamalı) [www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf](http://www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf) (03.03.2013) Bu geçici başkanının onursal bir görevi bulunmaktadır. Buna göre geçici başkanlık görevini çoğunluk partisinin en kıdemli

Zira resmi olarak başkan yardımcılarını Senato başkanı olarak gözüke de toplantılara geçici başkan başkanlık etmektedir. Bunun dışında Başkan Yardımcısının Başkanın koltuğu boşaldığında onun yerine geçme dışında başka bir görevi bulunmamaktadır.

## 2. ABD Başkanlık Sisteminde Kongrenin İşleyişi

ABD’de kongre çok faal bir role sahiptir. Buna göre Kongre, Avam Kamarası gibi sadece hükümetin önermelerini kabul eden ya da değiştiren parlamentolar olarak değil aynı zamanda siyaset belirleyen, kanun yapma tekeli elinde bulunduran, alternatif politikalar geliştirme kabiliyetine sahip bir parlamentodur.<sup>13</sup> Yine ABD’de çoğunluk partisinden seçilen meclis başkanları İngiltere’de ki Avam Kamarasının başkanından (Speaker) farklı olarak partili kimliğini korur. Bununla birlikte Kongre’nin yasama faaliyeti uzun ve karışık bir süreç öngörmektedir. Buna göre Kongre üyesinin bağlı bulunduğu meclise kanun önermesini vermesiyle yasa yapma işlemleri başlar. İlgili komisyonda tasarı rafa kaldırılmaz ve tartışma kararı alınır ise tasarı Kongre’de görüşülecek hale getirilir. Önerge sahibi üyenin bağlı bulunduğu mecliste kabul edilen tasarı görüşülmek üzere diğer meclise havale edilir ve burada da aynı süreçler takip edilir. Eğer tasarı üzerinde iki meclis mutabakata varamaz ise uzlaşma komisyonu kurulur.<sup>14</sup> Mali yönü bulunan kanun önerileri sadece Temsilciler meclisince verilebilir. Ancak Senato kanunu kabul edip etmemekte serbesttir. Bu noktada Temsilciler Meclisine verilen yetki sadece öneri de bulunma ile ilgilidir. Buna göre vergi yasa tasarıları Temsilciler Meclisi’nden kaynaklanmalıdır. Vergi yasalarının, yasama organının alt meclisinden kaynaklanması bir İngiliz geleneğine dayanmaktadır. Orada, alt meclis (Avam Kamarası) üyelerini halk seçtiği için, onların halkın isteklerini daha iyi yansıtacağı düşünülüyordu. Zira üst meclisin (Lordlar Kamarası) üyelerini ise halk seçmiyordu. Ancak 17. Değişiklik kabulünden bu yana, Birleşik Devletlerde bu kuralın pek önemi bulunmamaktadır. Çünkü artık hem Senato hem de Temsilciler Meclisi üyeleri halk tarafından seçilmektedir. Ayrıca Senato vergi ile ilgili bir yasa tasarisını, baştan sona

---

üyesi yürütmektedir. Structure of Congress, [www.etch.northern.edu/blanchak/pols100/pols100lectures/congress.structure.htm](http://www.etch.northern.edu/blanchak/pols100/pols100lectures/congress.structure.htm) (22.10.2013)

<sup>13</sup> DURGUN, Şenol. Parlamenter Yapılar ve Parlamenterlerin Temsil Gücü, Ankara, 2005. s. 139.

<sup>14</sup> KUZU, Burhan, Türkiye için Başkanlık Sistemi, s. 24-25 [www.tesam.org.tr/download/\\_burhankuzu.pdf](http://www.tesam.org.tr/download/_burhankuzu.pdf) (1009.10.2013) Komisyon sayısı iki kanat için de farklılık göstermektedir. Senato’da 20 komisyon ve 68 alt-komisyon bulunmaktadır. [www.senate.gov/pagelayout/committees/d\\_three\\_sections\\_with\\_tasers/committees\\_home.htm](http://www.senate.gov/pagelayout/committees/d_three_sections_with_tasers/committees_home.htm) (21.10.2013) Temsilciler Meclisinde ise 25 komisyon bulunmaktadır. [www.house.gov/committees/](http://www.house.gov/committees/) (21.10.2013)

yeniden yazmak suretiyle tümüyle değiştirebilme yetkisine sahiptir.<sup>15</sup> Kongre'deki en eski komisyon 1789 tarihli "Ways and Means" komisyonudur. Bu komisyon görevini ABD Anayasası'nın 1. maddesinin 7. bölümünün 1. fıkrasındaki "Gelirleri arttırmaya yönelik bütün yasa tasarıları Temsilciler Meclisi'nde hazırlanacaktır" hükmü çerçevesinde yerine getirmektedir.<sup>16</sup> Parlamantonun etkinliğini arttırıcı bir özellik olarak bu komisyonlar uzmanlık gerektiren, istikrarlı komisyonlardır. Partiler, komisyonlar üzerinde sınırlı bir etkiye sahiptir. Aynı şekilde parlamantonun da komisyonlar üzerinde kuvvetli bir etkisi bulunmamaktadır. Komisyonların oluşumu ve işleyişi kapsamlı bir şekilde belirlenmiştir.<sup>17</sup> Komisyon üyelerini normalde her meclisin kendi başkanı seçmektedir ancak uygulamada bunları ilgili komisyonun başkanları seçmektedir. Komisyon başkanlarının seçiminde kıdem usulü benimsenmiştir. Ancak çok yaşlı üyelerin komisyon başkanı olmaları sıkıntıya neden olduğu için şuan komisyon başkanlarının meclislerdeki çoğunluk önderince ve parti meclis grubunca seçilmeleri öngörülmektedir.<sup>18</sup> Öte yandan komisyonların verimli bir şekilde çalışmasında Kongre'de çalışan uzmanlar önemli bir etkiye sahiptir. Buna göre Kongre'de çalışan yaklaşık 40 bin görevli sadece yasama görevinde değil, konuşmalar, basınla ilişkiler ya da seçmen isteklerinin izlenmesi gibi konularda önemli role sahiptirler.<sup>19</sup> Kongre üyeleri seçim kampanyalarında parti merkezinden destek

<sup>15</sup> ABD Anayasası (Açıklamalı) [www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf](http://www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf) (03.03.2013)

<sup>16</sup> Committee History, [www.waysandmeans.house.gov/about/history.htm](http://www.waysandmeans.house.gov/about/history.htm) (02.03.2013)

<sup>17</sup> DURGÜN, s. 148. Her komisyon belli bir politik alana yöneliktir. Her alt-komisyon daha özel politik alanlara yönelik olarak çalışmaktadır. Örneğin Temsilciler Meclisindeki Ways and Means Komisyonu'nun alt-komisyonları sosyal güvenlik ve ticaret konularında çalışmaktadır. Bununla birlikte alt-komisyonların sayısı bağımsızlık durumları ve otonomileri bağlı oldukları komisyonlara göre farklılık göstermektedir. Buna karşın alt-komisyonlar komisyonlar tarafından kendilerine verilen özel görevleri yerine getirir ve bağlı oldukları komisyonun belirledikleri ilkeler çerçevesinde çalışırlar. SCHNEIDER, Judy, The Committee System in the U.S. Congress, [www.usinfo.org/enus/government/branches/docs/committee\\_system.pdf](http://www.usinfo.org/enus/government/branches/docs/committee_system.pdf) (21.10.2013)

<sup>18</sup> ÖRGÜN, Faruk, Dar Gelen Gömlek Başkanlık Sistemi, İstanbul, 1999, s.84. Komisyon yetkileri başkanda toplanmaktadır. Buna göre başkan komisyonun ajandasını belirler, toplantıları yönetir ve komisyona tahsis edilen fonları kontrol eder. Bununla birlikte diğer komite üyelerini de komitenin işleyişine dâhil eden pek çok düzenleme mevcuttur. Örneğin belli bir çoğunluğa ulaşılması halinde üyeler komisyonu toplantıya çağırabilmektedir. Yine azınlığın kıdemli üyesi (bu üye genellikle komisyonda en fazla çalışan üyedir) başkanının komisyonu yönetimine katılır. SCHNEIDER, Judy, The Committee System in the U.S. Congress, [www.usinfo.org/enus/government/branches/docs/committee\\_system.pdf](http://www.usinfo.org/enus/government/branches/docs/committee_system.pdf) (21.10.2013)

<sup>19</sup> ÖRGÜN, s.87. Bununla birlikte komisyonlar kendilerine ayrılan fonlarla personel çalıştırabilmektedirler. Yine bu personelin işine son vermek komisyonun yetkisindedir. Personel için genel olarak azınlık üyeleri için bir oran öngörülmüş olsa da, bu personellerin idaresi komisyon başkanına aittir. SCHNEIDER, Judy, The Committee System in the U.S.

almadıklarından ve esasen seçilmeleri seçim bölgelerine bağlı bulunduğundan seçmenlerin tatmini parti politikalarına uyma eğiliminin önüne geçmektedir. Bu sayede Kongre üyeleri kararlarını serbestçe belirleyebilmekte ve kendi partilerinin görüşünün aksi istikametinde hareket edebilmektedir.<sup>20</sup> Buna göre parlamentoların politika belirleyiciliği ve başkanın egemenlik alanı dışında bulunmalarının en önemli sebeplerinden bir tanesi partilerin merkezîyetçi bir yapıya sahip olmamaları, ideolojiye dayanmamaları ve disiplinsiz olmalarıdır.<sup>21</sup> Diğer yandan partisiyle ilişkisi devam eden başkan kendisini sürekli destekleyecek bir parti hareketinden yoksundur. Her konu için kendisine bir çoğunluk bulmak mecburiyetindedir. Ancak son elli yılda yapılan hesaplamalar başkanların önerilerinin  $\frac{3}{4}$  gibi büyük bir çoğunluğunu Kongre'den geçirdikleri ifade edilmektedir.<sup>22</sup> Bununla birlikte Kongre üyeleri toplandıkları süre boyunca ya da toplantıya gidip gelirken ağır suç hali dışında tutuklanamamaktadırlar. Yine Kongre'deki sözlerinden dolayı sorumlu değildirler. Bunun dışında milletvekilleri ile ilgili davalarda dokunulmazlık gündeme gelmemektedir.<sup>23</sup>

### 3. Başkanlık Sisteminde Yürütmenin Oluşumu ve İşleyişi

Başkanlık sisteminde yürütme yetkisi bir bütün olarak başkandadır. Başkan hem devletin başkanıdır hem de hükümetin başıdır. Başkanı doğrudan halk seçer.<sup>24</sup> Buna göre yürütme somut olarak başkanın üzerinde tezahür eder. Bu anlamda iktidarın kişisel düzeye indirgenmesi söz konusu olmaktadır. Başkanın görev süresi dört yıldır ve ikiden fazla göreve gelemez. Seçimler iki turludur.

---

Congress, [www.usinfo.org/enus/government/branches/docs/committee\\_system.pdf](http://www.usinfo.org/enus/government/branches/docs/committee_system.pdf) (21.10.2013)

<sup>20</sup> DURGUN, s. 142.

<sup>21</sup> TURHAN, Mehmet, Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası, Diyarbakır, 1989, s. 39.

<sup>22</sup> ÖRGÜN, s.89.

<sup>23</sup> ÖRGÜN, s.82. *Üyeler, Devlete ihanet, ağır suç ve kamu güvenliğini ihlal dışında, kendi meclislerinin toplantılarına katıldıkları sırada, ya da bu toplantılara gider gelirken hiç bir şekilde tutuklanmayacaklardır ve meclislerden herhangi birinde yaptıkları konuşma ve tartışmalar nedeniyle o meclis dışında başka bir yerde sorgulanmayacaklardır.* ABD Anayasası Madde 2, Bölüm 6, ABD Anayasası (Açıklamalı) [www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf](http://www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf) (03.03.2013) Söz konusu düzenleme ile memnun olmayan üyelerin politik duruşları nedeniyle tutuklanması veya soruşturulması engellenmek istenmektedir. Öte yandan konuya dair Yüksek Mahkeme'nin verdiği ilk karar Kilbourn v. Thompson kararıdır. Kararda Kongre üyelerinin yasama faaliyetine yönelik hareketlerinin dokunulmazlık kapsamında olduğu, bunun haricinde bunların sorgulanamayacakları gibi bir anlamın çıkartılmayacağı ifade edilmektedir. Yine yasama faaliyetlerine ilişkin hareketlerin delil olarak kullanılmayacağı da ayrıca belirtilmektedir. Kilbourn v. Thompson, 103 U.S. (13 Otto) 168, 26 L. Ed. 377 (1880). [www.legal-dictionary.thefreedictionary.com/Congressional+immunity](http://www.legal-dictionary.thefreedictionary.com/Congressional+immunity) (21.10.2013)

<sup>24</sup> TURAN, İter, Başkanlık Sistemi Sevdası Zayıf Temelli Bir Özlem, TBB Yayını, 2005, s. 114-115.

Buna göre her eyaletteki eyalet yasama organı tarafından belirlenen şekilde seçilen bir insanlar grubu yani Seçiciler Kurulu'nu oluşturur. Tüm eyaletlerde seçmenler bu seçicileri seçerler. Seçiciler ise başkan ve başkan yardımcısını seçerler. Bu durumda hiçbir aday Seçiciler Kurulu'nun salt çoğunluğunun oyunu alamazsa Temsilciler Meclisi en çok oy almış üç aday arasından birini başkan olarak seçer. Yine başkan yardımcılığı içinde adaylar salt çoğunluğu sağlayamazlarsa Senato en çok oy alan iki adaydan birini başkan yardımcısı olarak seçer.<sup>25</sup> Başkan olabilmenin üç şartı vardır. Bunlar doğuştan veya ABD Anayasası'nın kabulü sırasında Birleşik Devletler vatandaşı olmak; otuz beş yaşında olmak; 14 yıldır Birleşik Devletlerde ikamet etmektir. Başkan'ın görevden uzaklaştırılması, ölümü, istifası veya görevinin yetki ve işlevlerini yerine getirmede yetersiz olduğu hallerde, bu yetki ve işlevler başkan yardımcısına geçecektir. Ayrıca hem başkan hem de başkan yardımcısının görevden alınması, ölümü, istifa ya da görevde yetersizliği halinde Kongre, yasa ile hangi görevlinin başkan olarak görev yapacağını bildirecek ve yetersizlik ortadan kalkıncaya ya da bir başkan seçilinceye kadar bu kişi başkan olarak görev yapacaktır. Buna göre ABD'de 9 Ağustos 1974 tarihinde Başkan Richard M. Nixon'ın başkanlık görevinden istifa etmesi üzerine yerini başkan yardımcısı Gerald R. Ford almıştır. O tarihe kadar Amerikan Başkanları'nın görev sürelerinin tamamlanmadan sona ermesinin tek nedeni ölüm hali olarak öngörülmekteydi. Anayasadaki 25. Değişiklik ile başkanın görevini yapamayacak duruma düşmesi durumunda başkan yardımcısının başkan olması öngörülmektedir. Diğer yandan başkan yürütmede tek karar merciidir. Bununla birlikte sekreter (bakan) adı verilen görevliler başkana yürütme işlerinde refakat eder. Ancak bunlar ne halka ne de yasamaya karşı sorumlu olmayıp doğrudan başkana karşı sorumludurlar. Sekreterlerin sayısı 13'dür. Başkan bunlarla kurul halinde toplantı yapmayıp ihtiyaç duyduğu sekreterle (bakanlarla) toplantı yapmaktadır. Toplantılarda oylama yapılmayıp tutanak da tutulmamaktadır.<sup>26</sup> Öte yandan Anayasa ile başkana bir maaş sağlanmakta ve böylece yoksul bir kişinin başkan olmasına imkân tanınmaktadır. Bununla birlikte başkanın maaşı görev süresince yükseltilemez veya indirilemez. Bunun haricinde başkan federal hükümet veya eyaletlerden başka bir ücret alamaz. Yine Anayasa yeni seçilen başkana kimin ant içireceğini belirlememektedir. Bununla birlikte Başkan George Washington'a o tarihte New York'da bir eyalet görevlisi olan Robert R. Livingston ant içirmiştir. Ancak daha sonra bu görevi Birleşik Devletler Yüksek Mahkeme Başkanı'nın üstlen-

---

<sup>25</sup> ÖRGÜN, s. 86.

<sup>26</sup> ÖRGÜN, s. 90.

mesi bir gelenek haline gelmiştir.<sup>27</sup> Buna göre başkanlık seçimini kazanan aday 20 Ocak'ta Yüksek Mahkeme Başkanı huzurunda ant içer. Kongre tarafından kanunların çıkartılmasından sonra başkanın bu noktada taşıyacağı en önemli yükümlülük Anayasaya sadakatle bağlı kalmak ve bu bağlılık çerçevesinde kanunları uygulamaktır.<sup>28</sup>

#### 4. Başkanlık Sisteminde Yasama-Yürütme İlişkisi

##### 4.1.Genel Olarak

Başkanlık sisteminde yasama yürütme ilişkilerinde pratikteki örnekler bakımından çeşitlilik bulunmaktadır.<sup>29</sup> Başkanlık sistemini, hem yürütme organının başı hem de devlet başkanı olan başkanın belirli bir süre için halk tarafından seçildiği ve yasama organının başkanı düşüremediği, başkanın da yasama organını feshedemediği bir sistem olarak tanımlayabiliriz.<sup>30</sup> Bu sistemde yasama ve yürütme organları hem göreve gelişleri hem de görevi sürdürme açılarından birbirinden bağımsızdırlar. Bu iki organ ayrı ayrı seçimlerle göreve getirilirler.<sup>31</sup> Bununla birlikte başkanlık sisteminde organların birbirinden kopması ihtimalini ortadan kaldırmak için denetim ve denge sistemi ile desteklenmiş<sup>32</sup> bir güçler ayrılığı öngörülmektedir. Yine parlamenter sistemin iyi bir şekilde işlenmesini sağlayan parti disiplininin ABD'de mevcut olmaması nedeniyle güçler ayrılığının başkan ve kongre çoğunluğunun ayrı partilerden olması durumunda ortaya çıkaracağı tıkanıklıkların aşılması mümkün olabilmektedir.<sup>33</sup> Başkan yasama organının üyesi değildir. Yürütme

---

<sup>27</sup> ABD Anayasası (Açıklamalı) Madde II, Bölüm I, [www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf](http://www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf) (03.03.2013)

<sup>28</sup> WATERMAN, Richard W. Presidential Signing Statements: The Constitutional Versus the New Government Models, Advanced Placement Program, Government and Politics: United States Balance of Power Between Congress and the President, 2008, s.24.

<sup>29</sup> YAZICI, Serap Başkanlık ve Yarı Başkanlık Sistemleri Türkiye için bir Değerlendirme, (Başkanlık) İstanbul, 2002, s. 19.

<sup>30</sup> ULUŞAHİN, Nur, Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi, Yetkin Yayınları Ankara 1999, s. 37-40.

<sup>31</sup> TUNÇ, Hasan, YAVUZ, Bülent, Avantaj ve Dezavantajlarıyla Başkanlık Sistemi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2009, sayı 81, s. 7. Bu noktada ABD'de iki yüzyıldır anayasal modelin temel çerçevesi takip edilmektedir. Buna göre bu üç kuvvetin gücü zaman zaman değişiklik gösterse de, (örneğin Başkanın gücü savaş dönemlerinde artmaktadır) esas olarak bunlar arasındaki denge şimdiye kadar korunmuştur. WATERMAN, 2008, s.25.

<sup>32</sup> ATAR'a göre ABD Başkanlık modelinde önemli sorunlar bulunmaktadır. Bu nedenle ancak sistemin aksayan yönleri düzeltildiği takdirde rasyonel ve dengeli bir başkanlık sistemi ortaya çıkabilecektir. ATAR, Yavuz, Demokrasilerde Anayasal Değişmenin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı, Konya, 2000, s.217.

<sup>33</sup> HEKİMOĞLU, Mehmet, Merdan, Anayasa Hukukunda Karşılaştırmalı Demokratik Hükümet

organı kanun teklifinde bulunamaz, yasama çalışmalarına katılamayacağı gibi yasama organının çalışmalarını da engelleyemez.<sup>34</sup> Yani bu sistemde yasama organının içinden çıkan bir yürütme söz konusu değildir. Bu nedenle de başkanın yani yürütme organının yasamanın güvenine ihtiyacı yoktur ve ona karşı da sorumlu değildir. Bununla birlikte başkanın sınırlı da olsa veto, her dönem başında yasama organına mesaj verme gibi yetkilerle yasama faaliyetlerine etki etme imkânı olabilmektedir.<sup>35</sup> Bununla birlikte fren ve denge (checks and balances) sisteminde her kuvvetin öncelikli olarak karar verme yetkisine sahip olduğu konular vardır. Buna karşın her kuvvet minimal seviyede gönüllülük olsa da diğer kuvvetlerle işbirliğine ihtiyaç duyar. Zira alınan kararın ya da girişimin başarıyla uygulanması buna bağlıdır. Bununla birlikte yönetim içerisindeki yetki sahibi kişiler arasındaki çekişme nedeniyle yönetimin belli kademeleri arasındaki işbirliği ve koordinasyon sıkı pazarlıklar ve karşılıklı olarak birbirlerinin sahip oldukları yetkileri kabullenme sonrasında gerçekleşebilmektedir. Buna göre anayasal kuvvetler ayrılığı pratikte yetki sahibi rakipler arasında sağlanabildiği ölçüde gerçekleşebilecektir.<sup>36</sup> Öte yandan ABD’de bugün mevcut sistemin ülke kurucularının anayasayı yazarken arzuladıkları sistemi yansıtmadığı düşünülmektedir.<sup>37</sup> Buna göre ABD’de özellikle son dönemlerde başkanlar sahip oldukları tek taraflı yetkileri daha güçlü bir şekilde kullanır hale gelmişlerdir. Bu yetkilerin kullanımı için yasama veya yargının herhangi bir hamlede bulunması gerekli değildir. Bu noktada bu yetkilerin bazıları uzun yıllardır kullanılmakta olup bunlar hakkında genel bir kabul söz konusudur.<sup>38</sup>

---

Sistemleri ve Türkiye, Ankara, Kasım 2009, s. 30-31. Fren ve denge mekanizmasına dayalı kuvvetler ayrılığı kanun yapma yetkisinin sadece yasamada olması, sadece başkanın kanunları onay ya da veto yetkisine sahip olması, yine sadece başkanın kanunların yürütülmesinden sorumlu olması anlamına gelmektedir. Bununla birlikte ABD Anayasası mahkemelere kanunları yorumlama yetkisi vermemesine rağmen bu durum yargısal bakış (judicial review) yaklaşımının ilk kez uygulandığı Başkan Jefferson döneminde verilen Marbury v. Madison kararından bu yana kabul gören bir uygulamadır. WATERMAN, 2008, s.24.

<sup>34</sup> TUNÇ-YAVUZ, s. 9.

<sup>35</sup> TUNÇ-YAVUZ, s. 13. Bu noktada Anayasaya koyucuların sistemi bu şekilde oluşturmalarındaki amaç her erkin diğer erki kontrol altında tutabilecek kadar bir güçle donatılması esasına dayanmaktadır. Bu nedenle burada denge hassas bileşenlerin birlikteliği bakımından sağlanmaktadır ve bu sağlanamadığı zaman bir erkin aşırı güçlenmesine yol açılmaktadır. WATERMAN, 2008, s.24-25.

<sup>36</sup> ChecksandBalances, www.auburn.edu/~johnspm/gloss/checks\_and\_balances (12.10.2013)

<sup>37</sup> WATERMAN, s.23.

<sup>38</sup> WATERMAN, s.25.

## 4.2. Başkanlık Sisteminde Yasama-Yürütme Arasındaki İlişkiyi Dengeleyen Araçlar

### 4.2.1. Yasamanın Sahip Olduğu Araçlar

#### 4.2.1.1. Bütçe Onayı

##### 4.2.1.1.1. Genel Olarak

Kongrenin başkan karşısında sahip olduğu en etkili araçlardan birisi bütçe-yi onaylama yetkisidir. Buna göre iyi bir bütçeye sahip olmak isteyen başkanın Kongre ile arasını iyi tutması gerekir.<sup>39</sup> Bütçe başkan tarafından hazırlansa da Kongre'nin bütçe üzerindeki denetimi çok daha fazladır.<sup>40</sup> Bu nedenle de bütçe yapımı Kongre açısından önemli bir denetim aracıdır. ABD'de bütçe sürecinin tamamlanması oldukça karmaşık bir yapıdadır ve halen de tartışılmaktadır. Tartışmanın nedenlerinden biriside Kongre'nin bütçe üzerinde belirleyici olma arzusudur. Aslında Kongre'nin günümüzde de devam eden bu arzusunun pratik bir anlamı da bulunmaktadır.<sup>41</sup> Zira katı parlamenter sistemin uygulandığı İngiltere'de bile 1990'lı yıllarda yasamanın kamu harcamalarını etkin bir şekilde kontrol edebilmesini destekleyen<sup>42</sup> yeni önlemler uygulamaya konulmuştur. Mali problemler ve mali risklere çare bulunması, yaşlanan nüfus, performans yönetimi ve bütçe reformları gibi konular karşısında yürütme ve yasamanın bütçe süreci içerisindeki rollerinin uyarlanması gerektirmektedir. Bu noktada tartışmalar yürütmenin bütçe formülasyonundaki konumunun icrai mi olacağı yoksa gözleme ile mi sınırlı olacağı konusu üzerinde gerçek-

---

<sup>39</sup> GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı, Bursa, 2011, s. 236.

<sup>40</sup> ÖRGÜN, s. 85.

<sup>41</sup> Bu noktada iyi yönetim ve mali şeffaflık bakımından yasamanın aktif olarak sürece katılımı önemli görülmektedir. Yine mali siyasete yönelik yasamada yapılan tartışmaların bütçeye duyulan aidiyeti arttıracığı ifade edilmektedir. Bununla birlikte yasamanın sürece daha aktif bir katılının mali disiplini kötüleştirme riskinin bulunduğu düşünülmektedir. Bu durum "ortak havuz" (\*) probleminde yol açabilecektir. Buna göre yürütme tarafından hazırlanan bütçe yasama aşamasında genişleyebilecektir. Yasamanın bütçeyi serbestçe değiştirme yetkisine sahip olduğu yerlerde parlamento harcamaları arttırmaya, vergileri düşürmeye yönelik değişiklikler yapma eğiliminde olacaktır. LIENERT, Ian, Role of the Legislature in Budget Processes, International Monetary Fund, 2010, s.1-2. (\*) Ortak havuz bireylerin bireysel olarak yararlandıkları kaynağın külfetinin kolektif olarak karşılanması durumunu ifade etmektedir. Bu anlamda o havuzdan elde edilen menfaat bireysel olmakla birlikte havuzun maliyeti ya da külfeti tüm üyelere paylaştırılmaktadır. Common Pool, [www.investopedia.com/terms/c/common-pool.asp](http://www.investopedia.com/terms/c/common-pool.asp) (12.10.2013)

<sup>42</sup> Buna göre bazı ülkelerde mali sınırlamalar ve değişiklikler nedeniyle mali politikalar üzerindeki siyasi gerginliğin artması yasamaya yeni roller ve sorumluluklar yüklenmektedir. POSNER, Paul, PARK, Chung-Keun, Role of The Legislature In The Budget Process: Recent Trends and Innovations, OECD Journal on Budgeting. Vol.7, No. 3, 2007, s.2.



leşmektedir.<sup>43</sup> Bununla birlikte ABD’de Başkan ve Kongrenin bütçe üzerindeki yetkilerini de konu edinen bir dizi reform gerçekleştirilmiştir. Ancak bütçe ile ilgili olan bu reformların yeterli olmadığı ve bütçe sürecindeki karmaşıklığın zamanla bu süreci daha az şeffaf hale getirdiği ifade edilmektedir. Buna göre yapılan reformlar bütçe açığını kapatmayı başaramadığı gibi Kongre üyelerini de harcama ve vergiler üzerinde sıkı kararlar almaya sevk edememiştir.<sup>44</sup>

#### **4.2.1.1.2. 1921 Tarihli Bütçe ve Hesap Kanunu (The Budget and Accounting Act)**

ABD’de ilk dönemlerde (1821-1921) tüm kurumlar bütçelerini koordinesiz ve merkezileşmemiş bir şekilde doğrudan Kongre’ye sunmaktaydılar. Yani federal bütçe konusunda merkezi, yetkili idari bir birim bulunmamaktaydı. Bununla birlikte zamanla ihtiyaçların artması nedeniyle 20. yüzyılın başlarında Kongre bütçeyi merkezileştirmeye, koordine etmeye ve başkana bütçe üzerinde kontrol sağlamaya yönelik bir dizi yasal düzenleme yapma yoluna gitmiştir.<sup>45</sup> Bu noktada federal hükümeti bütçe oluşturma bakımından sorumlu kılan en önemli adım 1921 tarihli Bütçe ve Hesap Kanunu (The Budget and Accounting Act, BAA) olmuştur. BAA başkana idarenin tüm birimlerinin tahmini bütçesini ve harcama kalemlerini Kongre’ye sunma konusunda yetki vererek sorumluluk yüklemektedir. Bunun sonucunda da ulusal bütçe merkezileşmiş ve bu nedenle de “başkanın bütçesi” olarak adlandırılmıştır. Bu noktada başkanın birinci sorumluluğu kurumların harcama önceliklerinin ve yapılacak kesintilerin belirlenmesidir. Kanunun hazırlanışında yaşanan tartışmalarda Kongre’nin daima tahsisat ve bütçe üzerinde gücünü koruma isteğinde olduğu görülmektedir. Buna göre bazı reformcuların İngiliz parlamenter sisteminden ödünç aldıkları bazı bütçe önerileri<sup>46</sup> ile Kongre’yi zayıflatma girişimlerinde buldukları ifade

---

<sup>43</sup> POSNER, PARK, (2007); s.2.

<sup>44</sup> THURBER, James A. The Dynamics and Dysfunction of the Congressional Budget Process: From Inception to Deadlock, s.1. [www.american.edu/spa/ccps/upload/Congressional-Budget-Process-article.pdf](http://www.american.edu/spa/ccps/upload/Congressional-Budget-Process-article.pdf) (12.10.2013)

<sup>45</sup> THURBER, s. 30.

<sup>46</sup> Örneğin Kongre’nin 2/3’si tarafından önerilmedikçe, meclis başkanları tarafında teklif edilmedikçe ya da her hangi bir artış talebinde bulunulmadıkça Kongre’nin para tahsisinde bulunamaması ve buna benzer önerilerin tümü reddedilmiştir. THURBER, s.2. Bu noktada yasamanın en zayıf durumda olduğu sistemin Westminster tipi parlamenter sistem olduğu ifade edilmektedir. Buna göre yürütme yasamadan doğmakta ve yasama siyaseten yürütmeyle destekleme mecburiyetindedir. Parlamenter sistemde yasamada çoğunluğa sahip parti bütçeye karşı oy kullanmakla kendi hükümetinin devrilmesine neden olabilir. Bu nedenle de yürütmenin etkisi yasama üyelerinin seçimine kadar uzanmaktadır. Zira bu durumda yasama üyeleri seçmenlerinden ziyade parti liderlerine bağlılık yemininde bulunmaktadır. POSNER, PARK, (2007); s.4.

edilmektedir. Başkanın sunduğu bütçe bundan sonra “yasama bütçesi” haline gelmektedir. Zira bundan sonra Kongre bütçe üzerinde basit çoğunlukla istediği değişikliği yapabilmektedir ki Kongre bu yolla başkanın bütçesinin altında bir seviyede kalmak istememiştir.<sup>47</sup>

#### **4.2.1.1.3. 1974 Tarihli Bütçe ve Kontrol Kanunu (The Congressional Budget and Impoundment Control Act, CBICA)**

CBICA ile ortaya konulan ilk gelişme Kongre’nin harcama ve gelirlere ilişkin bütçe planının tamamını tek başına yapamayacak olmasıdır. İkinci olarak yapılan düzenleme ile Kongre tarafından federal kurumlara tahsis edilen fonların Başkan Nixon tarafından geri çekilmesi (impoundment) ya da kullanılmalarının engellenmelerine yöneliktir. Zira Başkan Nixon ile Kongre arasında fonların geri çekilmesi hakkında yaşanan bu gerilim CBICA ile yapılan reformun dayanaklarından birini oluşturmaktadır.<sup>48</sup> Bu kanun ile Kongre mali güce ilişkin kendi anayasal kontrolünü pek çok yollardan tekrar kurmuştur. Buna göre başkanın fonları geri çekmesini kontrol etmeye yönelik olarak bunu istismar etmesine son verecek yeni usuller getirilmiştir.<sup>49</sup> Buna göre geri çekme gücü başkana fon harcamalarını iptal etme ya da erteleme imkânı vermektedir. Kongre yıllarca bu tasarruflar üzerinde kontrol sağlama mücadelesi vermiş olmasına rağmen bu uygulama hala başkana bütçenin uygulanması bakımından önemli ölçüde

---

<sup>47</sup> THURBER, s.1-2.

<sup>48</sup> THURBER, s.5-6.

<sup>49</sup> THURBER, s.6. Bununla birlikte bütçe ile ilgili olarak Başkan’a yöneltilen istismar iddialarının biri de Kısmi Veto Kanunu’ndan (Line Item Veto Act) ileri gelmektedir. Bu Kanun’un §691e(4) (A-B-C) maddesi fıkralarına göre başkan federal bütçe açığı azaltmak, temel yönetim fonksiyonlarını bozmamak ve ulusal menfaatlere zarar vermemek koşuluyla bütçe ile ilgili çıkan bazı kanuni hükümleri doğrudan iptal edebilmektedir. Buna göre başkanın iptal edebileceği hükümler; herhangi bir miktarda dolar harcamaya yönelik takdir yetkisi ihdas eden, yeni ve doğrudan harcama kalemleri ihdas eden, vergi gelirlerine her hangi bir sınırlama getiren hükümler veto aşamasızın başkan tarafından iptal edilmektedirler. Bununla birlikte başkan iptal edilen hükümlere ilişkin olarak yürürlüğe girmelerinden itibaren 5 iş günü içerisinde Kongre’ye bildirimde bulunur ve konuya dair özel mesajını iletir. Yine Kısmi Veto Kanunu’na karşı açılan bir davada Yüksek Mahkeme Kanun’un Anayasa’nın 1.maddesi, 7. Bölüm, 2.cümleyle aykırı olduğuna karar vermiştir. Bu noktada Mahkeme’ye göre söz konusu Kanun ile başkana usulüne göre çıkartılmış olan kanunların hükümlerini tek taraflı olarak iptal etme gibi anayasal olmayan bir yetki verilmiştir. Clinton, et al. v. City of New York, et al., 118 S.Ct. 2091 (1998) Yine Başka bir kararında Mahkeme yargı fonksiyonu bakımından konuyu ele almış ve başkana bir kanun hükmünü iptal etme yetkisinin yargı alanına yönelik bir tecavüz olduğunu ifade etmiştir. Snake River Potato Growers, Inc., et al. v. Rubin, et al., 985 F.Supp. 168 (D.D.C. 1998). Son olarak Mahkeme aynı konuda bazı Kongre üyeleri tarafından yapılan bir başvuruyu somut menfaat ihlali bulunmadığı gerekçesiyle değerlendirmeye almamış ve dosyayı bölge mahkemesine geri göndermiştir. Raines v. Byrd, 521 U.S. (1997), 117 S. Ct. 2312 (1997).

takdir hakkı tanımaktadır.<sup>50</sup> Öte yandan bu kanun ile bütçe tarihinde ilk defa Kongre başkandan bağımsız olarak kendi bütçe planını geliştirme, koordine etme ve kendi önceliklerini sıralama usulüne kavuşmuştur. Bu kapsamda hem Senato hem de Temsilciler Meclisi'nde bütçe reform önerileri de dâhil olmak üzere bütçe çalışmalarını yürütmekle görevlendirilen ayrı ayrı bütçe komisyonlar kurulmuştur. Bu komisyonlar bütçenin tamamıyla yani tahsisat, yetki, gelirler, vergi harcamaları, kredi politikaları gibi konuların hepsiyle ilgilenmektedir. Bu komisyonlar eş zamanlı olarak verilen bütçe önermelerini geliştirirler, tüm seviyelerdeki gelir ve harcamaları önceliklerine göre tespit ederler. Bütçe önermeleri ise başkanın bütçe tahminleri ve tercihlerine yönelik itirazları içermektedir.<sup>51</sup> Öte yandan CBICA ile getirilen önemli bir yenilik de Kongre Bütçe Ofisi'nin (Congressional Budget Office, CBO) kurulmasıdır. Uzmanlardan oluşan bu ofis Kongre üyelerine bilgi sunup rapor hazırlamaktadır.<sup>52</sup> Bu komitelerin hukuk oluşturma ve bu yolla harcama ve vergilendirme yetkisi ihdas etmeleri söz konusu olmamaktadır. Bununla birlikte komiteler güçlü ve etkin bir iç planlama ile kongreyi yönlendirerek toplam gelir ve harcamaların seviyesini ve önceliklerini belirleyebilir.<sup>53</sup>

#### 4.2.1.2. Kanun Teklif Etme Tekeli

ABD'de Başkan'ın kanun teklif etme yetkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte özellikle Başkan REGAN'dan bu yana başkanlar tek taraflı yetkilerini politika üretmek için kullanmışlardır. Bunun sonucunda da başkanlar Kongre'ye yönelttikleri kanun çıkarma taleplerinde istekli görünmemişlerdir. Bunun yerine tek taraflı olarak kendi politikalarını üretmek yasamanın kullanımı içerisinde başkılık gücünü genişletmişlerdir.<sup>54</sup> Kanun teklifini yazılı hale getirme konusunda bunun bir Kongre üyesi tarafından gerçekleştirilmesi zorunlu olmamakla birlikte, bu tasarının sunumunun mutlaka bir Kongre üyesi tarafından yapılması gerekmektedir. Bununla birlikte federal bütçe tasarısı gibi bazı önemli tasarılar başkanın talebi üzerine sunulmaktadır.<sup>55</sup> ABD'den farklı olarak

---

<sup>50</sup> McMURTRY, Virginia A. The Impoundment Control Act of 1974: Restraining or Reviving Presidential Power? Public Budgeting & Finance, Vol. 17, 1997, s.39.

<sup>51</sup> THURBER, s.6.

<sup>52</sup> Overview, www.cbo.gov/about/overview (12.10.2013)

<sup>53</sup> THURBER, s.6.

<sup>54</sup> WATERMAN, s.25.

<sup>55</sup> Bununla birlikte Tasarılar sunulduktan sonra Temsilciler Meclisi'nde planlı bir tartışma sürecine girilmektedir. Buna göre konuşmak isteyen her üye birkaç dakikalığına söz alabilmektedir. Yine değişiklik türleri ve sayıları sınırlıdır. Senato'da ise çoğu tasarı bakımından müzakereler sınırsızdır ve herhangi bir değişiklik önergesi verilebilir. Bu nedenle senatörler tasarının oylamasına geçilmesini uzatabilirler. Ancak bu noktada 60 senatörün karar alma-

bazı ülkelerde başkanların kanun teklifinde bulunma yetkileri vardır. Bunların hükümetlerce yapılan kanun tasarılarından farkları yoktur. Yani parlamento tasarımı reddedebilmektedir. Arjantin, Brezilya ve Şili de bu hak başkana tanınmıştır.<sup>56</sup>

#### 4.2.1.3. Meclis Tahkikatı

Meclis tahkikatı belirli bir alanda ya da belirli kişilerin menfaatleri konusunda Kongre tarafından başlatılan bir incelemedir. Kongre inceleme yetkisini Meclis ya da Senato komisyonlarına ya da alt-komisyonlarına delege eder. Bu noktada Kongre yasama fonksiyonu ile bağlantı kurabilmesi koşuluyla geniş bir inceleme alanına sahiptir. Bununla birlikte her komisyon incelemenin yürütülmesine dair özel kurallar benimseyebilir.<sup>57</sup> Öte yandan ABD Anayasası'nda meclis tahkikatına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte 10. Değişiklikte yer alan "Anayasa tarafından Birleşik Devletlere verilmeyen veya Anayasa tarafından eyaletlere yasaklanmayan yetkiler, eyaletlere veya halka aittir" ifadesinin lâfzî yorumuna göre Kongre'nin tahkikatta bulunabilmesi ancak böyle bir yetkinin anayasada bulunmasıyla mümkün olabilir. Ancak bu noktada hem yasama uygulamaları hem yargı içtihatları, Anayasa'nın bu yetkiyi zımnen (örtülü olarak) tanıdığı yönündedir. Buna göre kanun yapma yetkisi, ilerde çıkacak kanunlara dayanak olacak bilgiyi toplama yetkisini de kapsar.<sup>58</sup> Yüksek Mahkeme verdiği bir kararda Kongre'nin inceleme yetkisini yasama fonksiyonuna özgü temel bir yetki olarak görmektedir. Buna göre Kongre'nin her iki kanadı da sadece anayasa tarafından verilen yetkilere değil, bunların kullanımını destekleyen destekleyici yetkilere de sahiptir.<sup>59</sup> Bununla birlikte Temsilciler Meclisi İçtüzük X.2(b)(1) maddesine göre bütün dai-

---

siyla oyalama (filibuster) taktiklerine son verilip müzakereler bitirilip oylamaya geçilmesi kararlaştırılabilir. Müzakereler biter bitmez basit çoğunluğun oyuyla tasarılar Senato'dan geçmektedir. Legislative Branch [www.whitehouse.gov/our-government/legislative-branch](http://www.whitehouse.gov/our-government/legislative-branch) (21.10.2013)

<sup>56</sup> YAZICI, (Başkanlık) s. 36.

<sup>57</sup> MODIRZADEH, Naz K. Counterterrorism and Humanitarian Engagement Project, Congressional Inquiries, Mart, 2013, s.2-3.

<sup>58</sup> ÖZBUDUN, Ergun: İngiltere ve Amerikada Meclis Tahkikatı, AÜHF Dergisi, C.17, S.1-4, 1960, s.235.

<sup>59</sup> McGrain v. Daughtry, 273 U.S. 1927. [www.supreme.justia.com/cases/federal/us/273/135/case.html](http://www.supreme.justia.com/cases/federal/us/273/135/case.html) (25.10.2013) Bir başka kararında ise Mahkeme inceleme yetkisini yasama sürecinin doğal bir uzantısı olarak görmektedir. Buna göre söz konusu yetki geneldir ve mevcut ya da ihtiyaç duyulan muhtemel yasal düzenlemeler için inceleme yapılmasını kapsar. Yine bu yetki ekonomik, sosyal, siyasi sistem içindeki sorunlara Kongre'nin çözüm bulabilmesine imkân vermek için yapılacak araştırmaları da içermektedir. Watkins v. United States, 354 U.S. 1957. [www.supreme.justia.com/cases/federal/us/354/178/case.html](http://www.supreme.justia.com/cases/federal/us/354/178/case.html) (25.10.2013)

mi komisyonlar kendi çalışma alanlarına giren düzenlemelerin uygulanması ve bunun Kongre'nin iradesine uygun bir şekilde gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda çalışma yapıp konuyu inceleyebilir. Yine İttüzüğün XI.1(b) maddesine göre komisyonlar X. Madde ile kendilerine yüklenen sorumlulukların yerine getirilmesi bakımından uygun ve gerekli olan çalışma ve incelemeyi her zaman yapma yetkisine sahiptir.<sup>60</sup> Öte yandan meclis tahkikatının başkanın görevini kaybetmesine yönelik doğrudan bir etkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte Başkan Clinton'a yönelik yürütülen itham (impeachment) sürecinde süreç öncesinde bir meclis tahkikatı yapıldığı görülmektedir.<sup>61</sup>

#### 4.2.1.4. İtham (Impeachment)

Başkanın cezai sorumluluğunun tespitinde itham ya da suçlama yetkisi Temsilciler Meclisine aittir ve başkanı itham edebilmek için özel bir çoğunluk gerekmemektedir. Bununla birlikte yargılama Senato'da yapılmaktadır ve mahkûmiyet için 2/3 lük bir çoğunluğa ihtiyaç vardır. Yine yargılama görevi esnasında Senato'ya Yüksek Mahkeme başkanı başkanlık eder. Yargılama neticesinde suçlu bulunan başkanın görevi sona erer.<sup>62</sup>

#### 4.2.1.5. Uluslararası Anlaşmalar ve Yüksek Düzeyli Federal Görevlileri Atama

Başkan uluslararası anlaşmaları yapar ancak bunun onayı Senato'nun 2/3 oyuyla gerçekleşir.<sup>63</sup> Yine yüksek düzeyli federal görevlileri başkan atar ancak

---

<sup>60</sup> Bununla birlikte tahkikat sürecinin karmaşık, sıkıcı ve detaylı bir süreç olduğu ve yıldırma ya da gözdağı verme gibi taktiksel bir yaklaşımla da kullanılabildiği yönünde dezavantajların bulunduğu dile getirilmektedir. SHIMBERG, Steven, Checks and Balance: Limitations on the Power of Congressional Oversight, Law And Contemporary Problems, Vol.54, No.4, 1991, s. 245-247; Yine tahkikat süreci içerisinde inceleme konusu yapılan kişi ve organizasyonların kötü bir şekilde anıldıkları ve tahkikatın bunlara zarar verdiği ifade edilmektedir. MODIRZADEH, s.5.

<sup>61</sup> MODIRZADEH, s.2. Buna göre 05.10.1998 tarihinde Adalet Komisyon'unda itham (impeachment) sürecinin başlatılabilmesi için yapılan tahkikat neticesinde yeterli delillere ulaşıp ulaşılmadığı oylamaya sunulmuş ve 16 hayır oyuna karşılık 21 evet oyuyla itham sürecinin başlatılmasına karar verilmiştir. The Impeachment Process: 1998, www.nytimes.com/learning/general/specials/impeachment/ (25.10.2013)

<sup>62</sup> İtham (Impeachment) usulü ABD'de üç Başkan için işletilmiştir. Bunlar; Andrew Johnson, Richard Nixon, Bill Clinton'dur. Başkan Johnson Senato'da yargılanmış ama yapılan son oylama da bir farkla suçlu bulunmamıştır. Daha sonra Johnson ABD tarihinde ilk kez eski bir Başkan olarak Senato'ya seçilmiştir. Başkan Nixon ise itham sürecinin neticesinden çekinerek süreç tamamlanmadan görevinden istifa etmiştir. Başkan Clinton ise Senato'da yargılanmış ve yapılan oylama lehine sonuçlanmıştır. www.historyplace.com/ unitedstates/impeachments/nixon.htm (clinton.htm) (johnson.htm) (22.10.2013)

<sup>63</sup> ABD Anayasası Madde 2, Bölüm 2/2-c.1, ABD Anayasası (Açıklamalı) www.photos.state.gov/libraries/ turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf (03.03.2013)

bunlarda Senato'nun onayına tabidir. Fakat bunlar için nitelikli bir çoğunluk söz konusu değildir.<sup>64</sup> Bununla birlikte uygulama anlaşması (executive agreement) şeklindeki uluslararası anlaşmalar için Senato'nun onayı aranmamaktadır. Bu nedenle uygulama anlaşmaları Başkanların tek başına kullanacağı yetkiler kapsamındadır.<sup>65</sup>

## 4.2.2. Yürütmenin Sahip Olduğu Araçlar

### 4.2.2.1. İrtibat Ofisleri

Başkanların kongrede lobi faaliyetlerini gerçekleştirdikleri irtibat ofisleri bulunmaktadır. Başkan kongre liderleri ile olan ilişkilerini bu ofisler aracılığı ile sağlar. Bu sayede başkan kongrenin programına ters kararlar almasına en-

---

<sup>64</sup> ABD Anayasası Madde 2, Bölüm 2/2-c.2, ABD Anayasası (Açıklamalı) [www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf](http://www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf) (03.03.2013) Bu noktada federal ofis görevlisi olarak nitelendirilmenin iki kriterinin bulunduğu ifade edilmektedir. Bunlardan ilki ofisin Federal Hükümetin egemenlik yetkisinin bir parçası şeklindeki yasal bir yetki kullanılarak ortaya çıkartılması, ikincisi ise devamlılık kriterinin varlığıdır. BRADBURY, Steven G. Officers of the United States Within the Meaning of the Appointments Clause, Opinion of the Office of Legal Counsel, Vol.31, 2007, s.1.

<sup>65</sup> WATERMAN, s.25. Bununla birlikte başkanın tek başına yapabileceği uygulama anlaşmalarının tespiti konusunda bazı tartışmalar olduğu görülmektedir. Buna göre kısaca NAFTA olarak bilinen Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması'nın (North American Free Trade Agreement, NAFTA) Kongre onayı konusunda yaşanan süreç farklı şekillerde yorumlanmıştır. Ortaya atılan iddiaya göre NAFTA'nın kabulünde uluslararası anlaşmaların Senato tarafından kabulü sürecinin yaşanmaması bu anlaşmayı anayasaya aykırı hale getirmiştir. Bu noktada Alabama Federal Bölge Mahkemesi 1999 yılında verdiği *Made in the USA Foundation v. United States* kararında başkanın NAFTA ile ilgili görüşmeleri yürütme ve neticelendirme yetkisinin bulunduğunu, bu yetkinin 1988 tarihli Omnibus Trade and Competitiveness Act ve 1974 tarihli Trade Act'in 151. Bölümü ile başkana verildiğini dile getirmektedir. Yine Mahkemeye göre Anayasa'nın dış ticaret hükmü başkanın dış ilişkiler konusunda yetkilendirildiği 2.maddesiyle birlikte düşünüldüğünde yapılan anlaşmaların anayasal zeminini ortaya çıkarmaktadır. *Made in the USA Found. v. United States*, 56 F.Supp.2d 1226 (W.D.Ala. 1999). [www.leagle.com/decision/20011542242F3d1300\\_11394](http://www.leagle.com/decision/20011542242F3d1300_11394) (09.10.2013) Daha sonra ABD Yüksek Mahkemesine yapılan temyiz başvurusu da yapılan incelemenin ardından reddedilerek, Bölge Mahkemesi'nin kararı yani Başkan'ın NAFTA ile ilgili olarak uygulama anlaşması yapabilme yetkisi Anayasaya uygun bulunmuştur. Bu noktada Mahkeme'ye göre dışişleri ve ticaret konusunda ahengin sağlanması ihtiyacı bakımından konu ele alınacak olursa NAFTA'nın anayasaya aykırılığına hükmedilecek olması sadece NAFTA'nın geçerliliğine değil ulusal ekonomiyi, dış işleri bakımından sahip olunan gücü de olumsuz etkileyeceği gibi son yarım yüzyılda yapılan diğer uluslararası ticaret anlaşmalarını da potansiyel olarak zayıflatacaktır. *Made in the USA Found. v. United States*, 242 F.3d 1300 (11th Cir. 2001). Benzer tartışmalar Uruguay Çerçeve Anlaşması (Uruguay Round Agreement) bakımından da yapılmıştır. Bu anlaşmanın Tarife ve Ticarete İlişkin Genel Anlaşma himayesinde olmadığı ve Kongre'nin onayının gerektiği hakkında bkz. DELLINGER, Walter, *Whether Uruguay Round Agreements Required Ratification As A Treaty*, [www.justice.gov/olc/gatt.htm](http://www.justice.gov/olc/gatt.htm) (09.10.2013)

gel olmaya çalışır.<sup>66</sup> Bu ofisler yönetim ofislerinden farklıdır. Buna göre ABD’de Başkan her gün çok sayıda karar vermek zorunda kalmaktadır ve bu kararların her birinin Amerika’nın geleceği için önemli sonuçları vardır. Bu nedenle de başkana destek sağlamak amacıyla 1939 yılında Başkan Roosevelt döneminde Başkanın Yönetim Ofisi (Executive Office of the President) kurulmuştur.<sup>67</sup>

#### 4.2.2.2. Başkanlık Kararnameleri ve ABD’deki Fiili Durum

ABD başkanlık sisteminde başkanın kararname çıkarma yetkisi bulunmamaktadır. Bazı Latin Amerika ülkelerinde ise başkana kararname çıkarma yetkisi verildiği görülmektedir. Bu şekilde başkan, yasamanın yetki alanına girmektedir. Şili Anayasası’na göre anayasanın belirlediği konularda Kongre, yetki devri ile başkana kararname çıkarabilme hakkı tanımaktadır. Brezilya da ise başkan acil durumlarda kararname çıkarabilir, ancak 30 gün içerisinde kongreye sunulmayan ve kanun haline gelmeyen kararnameler ortadan kalırlar. Yine ABD modeli haricinde genel olarak başkanlık sistemleri başkana olağan üstü hal dönemlerinde temel hak ve hürriyetlere dönük bazı kısıtlamalar yapma hakkı vermektedir.<sup>68</sup> Yani bu durumda başkanın kriz dönemle-

---

<sup>66</sup> ÖZER, Atilla, Başkanlık Hükümeti Sistemi ve Bu Sistemin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği, Ankara, 1998, s. 44.

<sup>67</sup> Executive Office of the President, [www.whitehouse.gov/administration/eop](http://www.whitehouse.gov/administration/eop) (12.10.2013) National Security Advisor; National Economic Council; Office of Legislative Affairs; Office of Cabinet Affairs; Office of Cabinet Affairs; Office of the Vice President; Office of Management and Budget ve Council on Environmental Quality Yönetim Ofisi’nin birimlerinden bazılarıdır. Tamamı için bkz. Executive Office of the President, [www.whitehouse.gov/administration/eop](http://www.whitehouse.gov/administration/eop) (12.10.2013) 20.yüzyılın ortalarına kadar kişisel danışmanlar olarak başkana hizmet sunan görevlilerin yerini özellikle 2.Dünya Savaşı’ndan sonra profesyonel kurumlar almıştır. PFIFFNER, James, Organizing The Twenty First Century White House, (ed.) THURBER, James, (iç) Rivals for Power: Presidential-Congressional Relations, Maryland, 2013, s.64.

<sup>68</sup> YAZICI, (Başkanlık) s. 30-31. AKMAN-ASLAN, Canan, Başkanlık Sistemlerinin Latin Amerika Deneyimi: Çok-Parti Sistemlerindeki Çeşitlilikler, Sorunlar ve Fırsatlar, (Ed.) KAMALAK, İhsan (İç) Başkanlık Sistemi ve Türkiye, 2007, s. 178-179. Bununla birlikte ABD’de temel hak ve hürriyetlere yaklaşım konusunda başkanın yetkileri ve anayasaya uygunluk bakımından belli sıkıntılar yaşandığı görülmektedir. Buna göre Hamdan v. Rumsfeld davasında Guantanamo Körfezinde gözaltında tutulan kişilerin denetimi konusunda Başkan G.W. Bush tarafından kurulan askeri komisyonun hukuki geçerliliği konusu ele alınmıştır. Karara göre bu komisyonun kurulması ve işleyişi bakımından Başka’nın yetkisi bulunmamakla birlikte Askeri Adalet Kanunu ve 1949 tarihinde imzalanan Geneva Sözleşmesi’ne aykırılık bulunmaktadır. Bu noktada Hâkim Scalia’nın karşı oy yazısına göre Gözaltı Uygulama Kanunu (Detainee Treatment Act, DTA) §1005(e) (1), 119 Stat. 2742’de yer alan hükme göre izhar celbine yönelik mahkeme ilamı çıkartılanlar ya da Guantanamo Körfezi, Küba’da Savunma Bakanlığı tarafından yabancıların gözaltına alınanlarca yapılan başvuruların değerlendirmeye alınmayacağı belirtilmektedir. Hâkim Scalia’ya göre sadece bu hüküm bile mevcut davanın reddi için yeterlidir. Scalia çoğunluğun yorumunu temelsiz bulmaktadır. Buna göre çoğunluğun Senato tartışmalarına dair tutanaklarda kendilerine destek olarak kullandığı kayıtlar kanun

rine özgü kararname çıkarma yetkisi söz konusu olabilmektedir. Öte yandan 2006 yılında ABD’de Savunma Bakanlığı’na ilişkin ilave kanuna eklenen bir hüküm, sorgulama görevi bulunan askeri personelin işkence kullanmasını suç haline getirmekteydi. Düzenlemenin etkinliğini sağlamak ve başkan tarafından hükme yönelik tüm müdahaleleri önlemek için Senatör McCain ilave bir hükmün eklenmesini sağlamıştır. Buna göre mevcut hükmü değiştiren veya iptal eden yeni bir kanun hükmü çıkarılması hariç olmak üzere söz konusu bölümdeki hükümler değiştirilemez. Bununla birlikte Başkan Bush, bu hükmün yorumunun anayasal yetkiyle uyum, en üst amir olarak başkanın idarenin bütününe yönetmesi ve yargının anayasal limitlerine uygunluk anlayışı içerisinde gerçekleştirileceğini beyan etmiştir.<sup>69</sup> Görüldüğü üzere insan haklarının en önemli konularından birisi kabul edilen işkenceyle mücadeleye dair sorgu görevindeki askeri personelin işkence kullanımının suç haline getirilmesi gibi net bir konuda dahi Başkan Bush’un yorum yoluyla kanun metninin dışına çıkabileceği kaygısı taşınmıştır. Şüphesiz ki bunda Başkanın İmza Beyanı’nın rolü büyüktür.

#### 4.2.2.3. Kanunları Veto Yetkisi

Başkanın kongreden gelen kanunları veto etme yetkisi vardır. Buna göre Kongre’ye geri gönderilen tasarılar gerek Temsilciler Meclisi gerekse Senato’da nitelikli çoğunlukla yani her ikisinde de 2/3 oranında kabul edilirse başkanın kanunu yayımlamaktan başka yapabileceği bir şey yoktur.<sup>70</sup> Bunun haricinde

---

oylandıktan sonra Kongre kayıtlarına eklenmiştir ve çoğunluk bu durumun bir fark oluşturmayacağını iddia etmektedir. Hâkim Scalia’ya göre konuya ilişkin olarak Başkanlık İmza Beyanı dikkate alınmamıştır. Muhalefet yazısında da görüldüğü üzere Hâkim Scalia Başkanın İmza Beyanı’na doğrudan atıf yapmakta ve yazdığı karşı oy yazısında bunu bir hukuk kaynağı olarak göstermektedir. Supreme Court, 548 U.S. 557 (2006)

<sup>69</sup> BEUTLER, Brain, Revealed: Bush’s Presidential Signing Statements Have Been Used to Nullify Laws, [www.alternet.org/story/54543/revealed%3A\\_bush's\\_presidential\\_signing\\_statements\\_have\\_been\\_used\\_to\\_nullify\\_laws](http://www.alternet.org/story/54543/revealed%3A_bush's_presidential_signing_statements_have_been_used_to_nullify_laws) (11.10.2013) Başkan G. W. Bush imza beyanı yetkisini işkencenin, insanlık-dışı fena muamelenin önlenmesine yönelik ulusal ve uluslararası düzenlemelerin net olmayan, belirsiz hükümlerini zayıflatmaya yönelik olarak kullandığı ileri sürülmektedir. Bu noktada Başkan G. W. Bush’un imza beyanları birey haklarının çok kötü ihاللere karşısında koruma altına alınmasını tehlikeye atmaktadır. Buna göre Başkan başkanlık yetkisini ulusal mevzuatın işkenceyi yasaklayan uluslararası standartlarla çatışacak şekilde tekrar yorumlanmasına onay verecek şekilde kullanamayacaktır. PALMER, Erin Louise, Reinterpreting Torture: Presidential Signing Statements and the Circumvention of U.S. and International Law, American University Washington Collage of Law, Human Rights Brief 14. No. 1, 2006, s. 24.

<sup>70</sup> WATERMAN, s.23, Başkanın kanunları yayımlamaktan başka çaresi bulunmamakla birlikte kanunların uygulanması bakımından Başkanın İmza Beyanı idare üzerinde yoğun bir etkiye sahiptir. Buna göre Birleşik Devletler Hükümeti Denetim Ofisi ‘nin 2007 tarihli raporunda



ABD’de “cep vetosu” olarak adlandırılan bir veto yöntemi daha bulunmaktadır. Buna göre on günlük süre sonunda başkanın imzalamadığı ya da geri göndermediği bir kanunun yürürlüğe girmesi için bu süre sonunda Kongre’nin toplanık vaziyette bulunması gerekir. Bu on günlük süre sonunda eğer Kongre tatilde ise kanun tasarsısı kendiliğinden düşer.<sup>71</sup> Bu noktada başkanın veto yetkisi ile engelleyemediği kanunlarla ilgili olarak başvurabileceği ilave bir diğer anayasal çare daha bulunmaktadır. Buna göre başkan veto etmesine rağmen engelleyemediği kanunlar için Kongre’ye yönelik bir beyanda ya da tavsiyede bulunur ve söz konusu kanunun değiştirilmesini, kaldırılmasını ve yeni bir kanunun yapılmasını isteyebilir.<sup>72</sup> Yine Başkan G.W. Bush’un kendi dönemi içerisinde 12 veto hakkı kullandığı<sup>73</sup> ve bunlardan sadece 1 tanesini 2007 yılı öncesinde kullandığı belirtilmektedir. Aslında 2007 öncesinde sadece 1 tane veto hakkının kullanılması Haziran 2007 sonrasında Demokratların Kongre’de çoğunluğu elde etmeleriyle<sup>74</sup> ilgili bir durumdur. Bu bakımdan G. W. Bush’un modern başkanlık tarihi içerisinde en az veto hakkı kullanan başkan olarak kayıtlara geçtiği belirtilmektedir.<sup>75</sup>

---

(United States Government Accountability Office, GAO), G.W. Bush’un İmza Beyanı’nda itiraz ve eleştiride bulunduğu 160 hükümden 19 tanesinin seçildiği ve bunların kurumlar tarafından nasıl uygulandığının incelendiği belirtilerek, yapılan incelemede kurumların 6 tane kanun hükmünü uygulamadıklarının tespit edildiği sonucuna ulaşılmıştır. United States Government Accountability Office (GAO), Presidential Signing Statements Accompanying the Fiscal Year 2006 Appropriations Acts (Report) 18.06.2007, [www.gao.gov/decisions/ap-pro/308603.pdf](http://www.gao.gov/decisions/ap-pro/308603.pdf) (11.10.2013)

<sup>71</sup> ÖRGÜN, s. 85.

<sup>72</sup> WATERMAN, s.24.

<sup>73</sup> Başkan G.W. Bush’un veto ettiği kanunlar şu şekildedir; Stem Cell Research Enhancement Act of 2005; US Troop Readiness, Veterans’ Care, Katrina Recovery, and Iraq Accountability; Stem Cell Research Enhancement Act of 2007; Children’s Health Insurance Program Reauthorization Act of 2007; Water Resources Development Act of 2007; Appropriations: Labor, Health and Human Services, Education, 2008; Children’s Health Insurance Program Reauthorization Act of 2007; National Defense Authorization Act for FY2008; Intelligence Authorization Act for Fiscal Year 2008; Food, Conservation, and Energy Act of 2008; Food, Conservation, and Energy Act of 2008; Medicare Improvement for Patients and Providers Act of 2008. Vetoes by President George W. Bush, [www.senate.gov/reference/Legislation/Vetoes/BushGW.htm](http://www.senate.gov/reference/Legislation/Vetoes/BushGW.htm) (12.10.2013)

<sup>74</sup> Kongrenin başlangıcından bu yana partiler bakımından sahip olduğu kompozisyon için bkz. Composition of Congress, by Political Party, 1855–2015. [www.infoplease.com/ipa/A0774721.html](http://www.infoplease.com/ipa/A0774721.html) (11.10.2013)

<sup>75</sup> KATHY, Gill, Bills Vetoed by President Bush, [www.uspolitics.about.com/od/electionissues/tp/Bush-Vetos.Htm](http://www.uspolitics.about.com/od/electionissues/tp/Bush-Vetos.Htm). (11.10.2013) 1789’den bu yana cep vetoları da dâhil edildiğinde başkanlık vetosu sayısının 2564 olduğu ifade edilmektedir. Vetoes by President George W. Bush, [www.senate.gov/reference/Legislation/Vetoes/BushGW.htm](http://www.senate.gov/reference/Legislation/Vetoes/BushGW.htm) (12.10.2013)

#### 4.2.2.4. Başkanın İmza Beyanı (Presidential Signing Statement)

Başkan kanunları imzalarken bazen kanuna dair düşüncelerini de yazılı olarak beyan etmektedir.<sup>76</sup> Başkanın İmza Beyanı resmi bir beyandır. Bu beyan ile başkan imzaladığı kanunun geneli hakkında görüş<sup>77</sup> bildirmektedir. Bu noktada başkan bu beyan ile kanuni bir dille yorumda bulunmakta, hükümlere ilişkin anayasal itirazlarını dile getirmektedir. Aslında burada başkan söz konusu hükümlerin yönetime dair sahip olduğu anayasal yetkilerle uyumlu bir yaklaşım içerisinde uygulanacağını beyan etmektedir. Buna göre ABD tarihinde bu beyan 19. yüzyıla dayanmakla birlikte, uygulama modern dönemde ciddi bir tartışma konusu haline gelmiştir.<sup>78</sup> Zira bu beyan ile başkan kanunun belli hükümleri veya bölümleri hakkında hoşnutsuzluğunu ifade etmekte ve bu yolla yorum yapma imkanına sahip olmakta ve kanundan ne anlam çıkarttığını<sup>79</sup> da ifade etmektedir. Bu durum özellikle kanundaki belirsizlikler bakımından çok önemlidir. Çünkü bu beyanlar kanunların nasıl yorumlanması gerektiği konusunda mahkemelere yol gösterici bir etkiye sahiptir.<sup>80</sup> Buna göre G.W. Bush döneminde 127 kanundan 1070 hükme<sup>81</sup> ilişkin olarak itirazda ya da beyan-

<sup>76</sup> MUNSON, Holly, What's a Presidential Signing Statement? [www.blog.constitutioncenter.org/2012/01/whats-a-presidential-signing-statement/](http://www.blog.constitutioncenter.org/2012/01/whats-a-presidential-signing-statement/) (10.10.2013); Presidential Signing Statements Research Guide, [www.law.georgetown.edu/library/research/guides/presidentialsigningstatements.cfm](http://www.law.georgetown.edu/library/research/guides/presidentialsigningstatements.cfm) (10.10.2013)

<sup>77</sup> Bu noktada sunulan beyanın üç amacının bulunduğu dile getirilmektedir. İlk amaç retoriktir ve burada kanunun pozitif ya da negatif yönleri ve bunların yönetimin bakış açısıyla uyumu belirtilmektedir. İkinci amaç siyasi ve burada kanundaki belirsizliklere ilişkin olarak başkanın görüşleri netleştirilir. Üçüncü olarak kanunun net olan kısımları hakkında başkanın anayasal açıdan yaptığı değerlendirmeler yer alır. MUNSON, 2013. Öte yandan bu beyanların yasal, anayasal ve idari yönleri bulunmaktadır. Bununla birlikte bu beyanlar genel olarak karşı hamle ya da savunma amacıyla kullanılırken, yakın zamanda bunların kullanılmasının yargısal etkiler de doğurduğu beyan edilmektedir. DELLINGER, Walter, The Legal Significance of Presidential Signing Statements, 1993. [www.justice.gov/olc/signing.htm](http://www.justice.gov/olc/signing.htm) (11.10.2013)

<sup>78</sup> GARVEY, Todd, Presidential Signing Statements: Constitutional and Institutional Implications, Congressional Research Service, (Summary) 2012.

<sup>79</sup> Bu sırada başkan anayasaya aykırılık iddialarına ilişkin itirazlarını ve idarenin söz konusu kanunu nasıl uygulaması gerektiğine dair görüşlerini de ifade etmektedir. Bu noktada bazen tek bir imza beyanı yukarıdaki amaçların hepsini kapsamaktayken, bazen bir kanuna yönelik birden fazla amaçla birden fazla beyanda bulunulabilmektedir. United States Government Accountability Office (GAO), Presidential Signing Statements Accompanying the Fiscal Year 2006 Appropriations Acts (Report) 18.06.2007, [www.gao.gov/decisions/appro/308603.pdf](http://www.gao.gov/decisions/appro/308603.pdf) (11.10.2013)

<sup>80</sup> WATERMAN, s.26. Bu noktada ABD'de Başkan G.W. Bush döneminde kullanılan imzalamaya beyanlarının iptal edilen (ABD sistemi bakımından "ihmal" edilen) kanun hükümlerinin yaklaşık %30'u üzerinde etkili olduğu ifade edilmektedir. BEUTLER, Brain, Revealed: Bush's Presidential Signing Statements Have Been Used to Nullify Laws, [www.alternet.org/story/54543/revealed%3A\\_bush's\\_presidential\\_signing\\_statements\\_have\\_been\\_used\\_to\\_nullify\\_laws](http://www.alternet.org/story/54543/revealed%3A_bush's_presidential_signing_statements_have_been_used_to_nullify_laws) (11.10.2013)

<sup>81</sup> Bu noktada sayının tam olarak tespit edilmesinin mümkün olmadığı, çünkü itiraz konusu olan

da bulunulmuştur.<sup>82</sup> Clinton dönemindeki 381 imza beyanı ile Başkan G.W. Bush'un 161 imza beyanı karşılaştırıldığında ilk bakışta Başkan Bush'un imza beyanı kapsamında daha önceki pratiklerden ayrıldığı düşünülmektedir. Ancak Bush'un imza beyanlarındaki itiraz ve iddialar ele alındığında G.W. Bush'un imza beyanlarının nitelik olarak farklılığı ortaya çıkmaktadır. Zira G.W. Bush döneminde 161 imza beyanından 127'sinde yani %79'unda çeşitli anayasal itiraz ve iddialar yer almaktadır.<sup>83</sup> Bu noktada başkanların genel olarak itirazlarını dayandırdıkları noktaları üç ana başlıkta toplamak mümkündür. Bunlar sırasıyla; idarenin bütünlüğü, Anayasa madde 2 ve kuvvetler ayrılığı şeklindedir.<sup>84</sup> Bununla birlikte imza beyanının üç fonksiyonu olduğu ifade edilmektedir. Bunlardan ilki kamuya özellikle kanundan etkilenecek seçmenlere açıklamada bulunmak ve başkanın kanunun uygulanmasını doğuracağı muhtemel etkileri dile getirmesi şeklindedir. İkincisi idari personelin kanunları nasıl uygulayacakları konusunda yönlendirilmesidir.<sup>85</sup> Örneğin Başkan Kennedy Meksika'dan getirilecek tarım işçilerine ilişkin yasayı imzalarken Çalışma Bakanlığı'nın (Labour Department) yerel tarım işçilerinin ücret ve çalışma koşullarının korunması doğrultusunda kanunu uygulaması gerektiğine açıklık getirmiştir.<sup>86</sup>

---

kanunun hükümlerinin "diğer", "bazı", "belli sayıda" hüküm şeklinde ifade edildiği belirtilmektedir. KINKOPF, Neil, SHANE, Peter M. Signed Under Protest: A Database of Presidential Signing Statements, 2001-2009, Public Law and Legal Theory Working Paper Series No. 141, 2011. [www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1748474](http://www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1748474) (11.10.2013)

<sup>82</sup> KINKOPF, SHANE, s. 3. Bu itirazların hukuksal ya da anayasal bir önemden ileri gelmediği, aksine belli hükümlerin arkasındaki politikanın eleştirilmesi amacı taşıdıkları düşünülmektedir. Yine başkanın gelecek kanunlara karşı nasıl tepki vereceği konusunda Kongre'ye tavsiyelerde bulunma, torba kanunlara ek yapılması gibi uygulamaların kınanması, toplumun kanunun bölümlerini destekleyen kesimlerine ya da bunu destekleyen Kongre üyelerine mesaj verme gibi amaçlar da imza beyanı kapsamında yer alabilmektedir. DELLINGER, (Presidential Signing Statements) Bu noktada G.W. Bush'un Başkanlığı'nın sadece son iki yılındaki imza beyanlarında 23 itirazda bulunduğu ve bu durumun ortaya çıkmasında partisinin (Cumhuriyetçilerin) Kongre'nin her iki kanadında da çoğunluğa sahip olamamasının etkili olduğu düşünülmektedir. Buna göre imza beyanı kuvvetler arası mücadelede bir araç olarak kullanılmaktadır ve düşüğe geçen tarafın yani başkanın bunu kullanması beklenen bir durumdur. KINKOPF, SHANE, (2011); s. 3.

<sup>83</sup> GARVEY, 2012, s. Başkan Regan döneminde 250 imza beyanında bulunulmuş olup bunun 86'sı yani %34'ü yasal hükümlere ilişkin itiraz içermektedir. Başkan George H.W. Bush döneminde 228 imza beyanında bulunulmuş olup bunun 86'sı yani %34'ü yasal hükümlere ilişkin itiraz içermektedir. Başkan Clinton döneminde 381 imza beyanında bulunulmuş olup bunun 70'i yani %18'i itiraz içermektedir. BRADLEY, Curtis A., POSNER, Eric A., Presidential Signing Statements and Executive Power, Constitutional Commentary. Vol.23, 2006, s.323.

<sup>84</sup> KINKOPF, SHANE, s. 3.

<sup>85</sup> ABD Yüksek Mahkemesi bir kararında Kongre tarafından çıkartılan bir kanunun içerdiği buyrukların yerine getirilmesi için yapılacak yorumun kanunun icrasının özünü oluşturduğunu ifade etmektedir. Cf. Bowsher v. Synar, 478 U.S. 714, 733 (1986)

<sup>86</sup> Public Papers of the Presidents: John F. Kennedy, 639, 640 (1961). Nakl. DELLINGER, 1993 (Presidential Signing Statements)

Aynı şekilde Başkan Truman komünist blok ülkeleriyle ticaret konusunda getirilen sınırlamalara istisna belirleme bakımından Ulusal Güvenlik Konseyi'nin (National Security Council) gücünü daha geniş bir alanda kullanması gerekeceğini açıklığa kavuşturulmuştur.<sup>87</sup> Üçüncüsü ise kanunun belli hükümlerinin uygulanmasında anayasaya aykırılık bulunacağına duyulan inanç Kongre'ye ve kamuoyuna duyurulmaktadır. Buna göre böyle bir hükmün idare tarafından uygulanması etkili olmayacaktır. Zira bu yönde harcanacak bir çaba anayasaya aykırı durumlar ortaya çıkartacaktır.<sup>88</sup>

#### 4.2.2.5. Başkanın Açılış Yılı Mesajı

Başkan, her yıl Kongre'ye Birliğin durumu hakkında kendi mesajını sunar. Başkan George Washington ve Başkan John Adams döneminde başkanlar mesajlarını bizzat kendileri sunmuşlardır. Yine Başkan Woodrow Wilson ve Başkan Franklin D.Roosevelt de mesajlarını kendileri sunmuşlardır. Ancak yüz yıldan fazla bir süre boyunca başkanların çoğu mesajlarını Kongre'de okunmak üzere yazılı olarak sunmaktadırlar. Kongre'ye sunulan ünlü mesajlar arasında Monroe Doktrini ile Başkan Wilson'un "On Dört Noktası" gibi mesajlar önemli mesajlar arasında yer almaktadır.<sup>89</sup>

#### 4.2.2.6. Başkanlık Bildirgesi

Başkanlık bildirgelerinin sunulması diğer kuvvetlerden bağımsız olarak başkanın tek başına kullanabileceği bir yetkidir. Söz konusu bu bildirgeler Başkan Washington'dan bu yana Kongre'den belli yasaların çıkartılmasını sağlamak için bir mesaj işlevi görmüştür. Bununla birlikte bunların seramonik anlamlarından başka bir önemi pek fazla olmamasına karşın Başkan Lincoln döneminde kölelerin azat edilmeleri Özgürlük Bildirgesi<sup>90</sup> (Emancipation Proclamation) ile mümkün olabildiği.<sup>91</sup>

---

<sup>87</sup> Public Papers of the Presidents: Harry S. Truman, 319 (1951). Nakl. DELLINGER, 1993 (Presidential Signing Statements)

<sup>88</sup> DELLINGER, 1993, (Presidential Signing Statements)

<sup>89</sup> ABD Anayasası (Açıklamalı) [www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf](http://www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf) (03.03.2013)

<sup>90</sup> Bu bildirgeye göre 1 Ocak 1863 tarihinden itibaren herhangi bir Devlette veya Devletin bir parçasında köle olarak tutulan, Birleşik Devletlere karşı isyancı olarak kabul edilen herkes özgürdür. Birleşik Devletler hükümeti, askeri yetkililer ve donanma yetkilileri de dâhil olmak üzere bu kişilerin özgürlüklerini tanıyacak ve koruyacaktır; bu kişilerin özgürlüklerine karşı tekrar baskıcı tavır ya da tavırlar sergilemeyecektir. Bu kişilerden durumları uygun olanlar askeri garnizonlara, istasyonlara, gemilere kabul edileceklerdir. [www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/emancipate.htm](http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/emancipate.htm) (09.10.2013)

<sup>91</sup> WATERMAN, s.25.

## SONUÇ

Başkanlık sistemi yasama organının, yasama ve denetleme faaliyetlerini etkin bir şekilde yerine getirebilmesine imkân tanıyan bir sistemdir. Yasama ile yürütmenin aynı elde toplanmasına fiilen imkân veren sistemlerde kuvvetlerin birbirlerini kontrol edip dengeleyebilmeleri mümkün olamamaktadır. ABD Başkanlık sisteminde yasama ve yürütmenin birbirlerine muhtaç olmaları kural olarak gücün tek elde toplanması imkânını ortadan kaldırmaktadır. Ancak sistem bu anlayış üzerine kurulmuş olsa da uygulamada siyasi atmosfere göre güç dengesinde değişimlerin olduğu görülmektedir. Özellikle ulusal güvenliğin tehdit edilmesi, ekonomik kriz veya doğal felaketler gibi olağan üstü durumlarda başkanın olması gerekenden daha fazla bir güce sahip olduğu söylenebilir. Hatta Başkan G.W. Bush kendi döneminde anayasal yetkisi olmadığı halde askeri bir komitenin kurulmasını dahi gerçekleştirebilmiştir. Görüldüğü üzere çoğu zaman güç dengesini bir seviyede tutmak mümkün olmamıştır. Yine Kongre, tarihi boyunca kendisini merkezi bir konumda tutma arzusunu taşımıştır. Bunun en güzel örneği bütçe tasarılarının onaylanmasıdır. Kongre'nin bu arzusuna karşın bürokratik ağırlık yürütmenin kaçınılmaz bir şekilde Kongrenin yetki alanına nüfuz edebilmesine imkân vermektedir. Bu yapı içerisinde Kongrenin kendisine tanınan araçları etkin bir şekilde kullanabilmesi dahi her zaman mümkün olamamaktadır. Örneğin çok detaylı bir düzenleme gerektiğinde vergi kanunlarının hazırlanmasında ayrıntıların düzenlenmesi konusunda iş, büyük oranda bürokratlara yani idareye sevk edilmektedir. Görüldüğü üzere ABD tipi başkanlık sisteminde detaylara inildikçe fren ve denge araçlarının kullanımının her dönemde aynı etkiye ve sonuçlara sahip olmadığı görülmektedir. Buna rağmen genel olarak ABD Başkanlık sisteminde fren ve denge mekanizmasının işlediği ifade edilebilir. Zaten Amerikalılar sistemin teorisine sapanıp kalmamakta, teori kadar belki daha fazla sistemden elde edilebilecek fayda yani pratik ile meşgul olmaktadır. Netice itibarıyla Başkanlık sistemi ve mekanizmaları artı ve eksileriyle ABD'de başarıyla işletilebilmektedir.



### KAYNAKÇA

AKMAN-ASLAN, Canan, Başkanlık Sistemlerinin Latin Amerika Deneyimi: Çok-Parti Sistemlerindeki Çeşitlilikler, Sorunlar ve Fırsatlar, (Ed.) KAMALAK, İhsan (İç) Başkanlık Sistemi ve Türkiye, 2007.

ATAR, Yavuz, Demokrasilerde Anayasal Değişmenin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı, Konya, 2000.

BEUTLER, Brain, Revealed: Bush's Presidential Signing Statements Have Been Used to Nullify Laws, [www.alternet.org/story/54543/revealed%3A\\_bush's\\_presidential\\_signing\\_statements\\_have\\_been\\_used\\_to\\_nullify\\_laws](http://www.alternet.org/story/54543/revealed%3A_bush's_presidential_signing_statements_have_been_used_to_nullify_laws)

BRADBURY, Steven G. Officers of the United States Within the Meaning of the Appointments Clause, Opinion of the Office of Legal Counsel, Vol.31, 2007.

BRADLEY, Curtis A. POSNER, Eric A., Presidential Signing Statements and Executive Power, Constitutional Commentary. Vol.23, 2006.

DELLINGER, Walter, Whether Uruguay Round Agreements Required Ratification As A Treaty, [www.justice.gov/olc/gatt.htm](http://www.justice.gov/olc/gatt.htm)

DELLINGER, Walter, The Legal Significance of Presidential Signing Statements, 1993. [www.justice.gov/olc/signing.htm](http://www.justice.gov/olc/signing.htm)

DURGUN, Şenol, Parlamenter Yapılar ve Parlamenterlerin Temsil Gücü, Ankara, 2005.

GARVEY, Todd, Presidential Signing Statements: Constitutional and Institutional Implications, Congressional Research Service, (Summary) 2012.

GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı, Bursa, 2011.

HEKİMOĞLU, Mehmet, Merdan, Anayasa Hukukunda Karşılaştırmalı Demokratik Hükümet Sistemleri ve Türkiye, Ankara 2009.

KATHY, Gill, Bills Vetoed by President Bush, [www.uspolitics.about.com/od/electionissues/tp/Bush-Vetos.Htm](http://www.uspolitics.about.com/od/electionissues/tp/Bush-Vetos.Htm).

KINKOPF, Neil, SHANE, Peter M. Signed Under Protest: A Database of Presidential Signing Statements, 2001-2009, Public Law and Legal Theory Working Paper Series No. 141, 2011. [www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1748474](http://www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1748474)

KUZU, Burhan, Türkiye için Başkanlık Sistemi, [www.tesam.org.tr/download/burhankuzu.pdf](http://www.tesam.org.tr/download/burhankuzu.pdf).

LIENERT, Ian, Role of the Legislature in Budget Processes, International Monetary Fund, 2010.

McMURTRY, Virginia A. The Impoundment Control Act of 1974: Restraining or Reviving Presidential Power? Public Budgeting & Finance, Vol. 17, 1997.

MODIRZADEH, Naz K. Counterterrorism and Humanitarian Engagement Project, Congressional Inquiries, Mart, 2013.

MUNSON, Holly, What's a Presidential Signing Statement? [www.blog.constitutioncenter.org/2012/01/whats-a-presidential-signing-statement/](http://www.blog.constitutioncenter.org/2012/01/whats-a-presidential-signing-statement/)

ÖRGÜN, Faruk, Dar Gelen Gömlek Başkanlık Sistemi, İstanbul, 1999.

ÖZBUDUN, Ergun: İngiltere ve Amerikada Meclis Tahkikatı, AÜHF Dergisi, C.17, S.1-4, 1960.

ÖZER, Attila, Başkanlık Hükümeti Sistemi ve Bu Sistemin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği. 2.Baskı. Ankara 1998.

PALMER, Erin Louise, Reinterpreting Torture: Presidential Signing Statements and the Circumvention of U.S. and International Law, American University Washington Collage of Law, Human Rights Brief 14. No. 1, 2006.

PFIFFNER, James, Organizing The Twenty First Century White House, (ed.) THURBER, James, (iç) Rivals for Power: Presidential-Congressional Relations, Maryland, 2013.

POSNER, Paul, PARK, Chung-Keun, Role of The Legislature In The Budget Process: Recent Trends and Innovations, OECD Journal on Budgeting. Vol.7, No. 3, 2007.

SCHNEIDER, Judy, The Committee System in the U.S. Congress, [www.usinfo.org/enus/government/branches/docs/committee\\_system.pdf](http://www.usinfo.org/enus/government/branches/docs/committee_system.pdf).

SHIMBERG, Steven, Checks and Balance: Limitations on the Power of Congressional Oversight, Law And Contemporary Problems, Vol.54, No.4, 1991.

THURBER, James A. The Dynamics and Dysfunction of the Congressional Budget Process: From Inception to Deadlock, s.1. [www.american.edu/spa/ccps/upload/Congressional-Budget-Process-article.pdf](http://www.american.edu/spa/ccps/upload/Congressional-Budget-Process-article.pdf)

TUNÇ, Hasan, YAVUZ, Bülent, Avantaj ve Dezavantajlarıyla Başkanlık Sistemi. T.B.B. Dergisi Sayı:81. 2009.

TURAN, İlter, Başkanlık Sistemi Sevdası: Zayıf Temelli Bir Özlem, T.B.B. Yayını (İç.) Başkanlık Sistemi, Ankara 2005.

TURHAN, Mehmet, Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası, Diyarbakır, 1989.

ULUŞAHİN, Nur, Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi, Ankara 1999.

ULUŞAHİN, Nur, Saf Hükümet Sistemleri Karşısında İki Başlı Yürütme Yapılanması, Ankara 2007.

WATERMAN, Richard W. Waterman, Presidential Signing Statements: The Constitutional Versus the New Government Models, Advanced Placement Program, Government and Politics: United States Balance of Power Between Congress and the President, 2008.

YAZICI, Serap, Başkanlık Sistemleri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme. T.B.B. Yayını (İç) Başkanlık Sistemi, Ankara, 2005.

YAZICI, Serap, Başkanlık ve Yarı Başkanlık Sistemleri Türkiye İçin bir Değerlendirme, İstanbul, 2001.

### **İNTERNET KAYNAKLARI**

[www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/emancipate.htm](http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/emancipate.htm)

[www.senate.gov/reference/Legislation/Vetoos/BushGW.htm](http://www.senate.gov/reference/Legislation/Vetoos/BushGW.htm)

[www.supreme.justia.com/cases/federal/us/354/178/case.html](http://www.supreme.justia.com/cases/federal/us/354/178/case.html)

[www.senate.gov/pagelayout/committees/d\\_three\\_sections\\_with\\_teachers/committees\\_home.htm](http://www.senate.gov/pagelayout/committees/d_three_sections_with_teachers/committees_home.htm)

[www.house.gov/committees/](http://www.house.gov/committees/)

[www.legal-dictionary.thefreedictionary.com/Congressional+immunity](http://www.legal-dictionary.thefreedictionary.com/Congressional+immunity)

[www.historyplace.com/unitedstates/impeachments/nixon.htm](http://www.historyplace.com/unitedstates/impeachments/nixon.htm) (clinton.htm) (johnson.htm)

Committee History, [www.waysandmeans.house.gov/about/history.htm](http://www.waysandmeans.house.gov/about/history.htm)

Structure of Congress, [www.etch.northern.edu/blanchak/pols100/pols100lectures/congress.structure.htm](http://www.etch.northern.edu/blanchak/pols100/pols100lectures/congress.structure.htm)

ABD Anayasası (Açıklamalı) [www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf](http://www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf)

Composition of Congress, by Political Party, 1855–2015. [www.infoplease.com/ipa/A0774721.html](http://www.infoplease.com/ipa/A0774721.html)

Presidential Signing Statements Research Guide, [www.law.georgetown.edu/library/research/guides/presidentialsigningstatements.cfm](http://www.law.georgetown.edu/library/research/guides/presidentialsigningstatements.cfm)



United States Government Accountability Office (GAO), Presidential Signing Statements Accompanying the Fiscal Year 2006 Appropriations Acts (Report) 18.06.2007, [www.gao.gov/decisions /appro/308603.pdf](http://www.gao.gov/decisions/appro/308603.pdf)

Vetoos by President George W. Bush, [www.senate.gov/reference/Legislation/Vetoos/BushGW.htm](http://www.senate.gov/reference/Legislation/Vetoos/BushGW.htm)

Executive Office of the President, [www.whitehouse.gov/administration/eop](http://www.whitehouse.gov/administration/eop)

The Impeachment Process: 1998, [www.nytimes.com/learning/general/specials/impeachment/](http://www.nytimes.com/learning/general/specials/impeachment/)

Overview, [www.cbo.gov/about/overview](http://www.cbo.gov/about/overview)

Common Pool, [www.investopedia.com/terms/c/common-pool.asp](http://www.investopedia.com/terms/c/common-pool.asp)

Legislative Branch, [www.whitehouse.gov/our-government/legislative-branch](http://www.whitehouse.gov/our-government/legislative-branch)

# AVRUPA BİRLİĞİ'NE ÜYE ÜLKELERDE ESNEK PERSONEL REJİMİ VE TÜRKİYE UYGULAMALARININ KISMİ BİR ANALİZİ

## *Flexible Civil Servants Regime in Members of European Union and a Suggestion for Turkey*

Doç. Dr. Mustafa AVCI<sup>1</sup> – Yrd. Doç. Dr. Seçkin YAVUZDOĞAN<sup>2</sup>

### ÖZET

Başlangıçta, milli savunma, adalet, tapu ve kadastro, eğitim, güvenlik gibi klasik kamu hizmetlerini sunan ve bu hizmetler doğrultusunda teşkilatlanan devlet, giderek genişlemiştir. Bu genişlemeye rağmen devletin etkin hizmet sunması güçleşmiştir. İhtiyaçlar arttığı için genişleyen hizmet sektörü açısından kamu hizmetlerinin görülmesinde özelleştirme ve değişik usullerin kullanılması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Çalışmada Avrupa Birliği ülkelerinde esnek personel rejiminin yaygınlaşması sureti ile yaşanan değişim ve bu değişimin Türk personel rejimine etkileri incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Kamu Personel Rejimi, Esnek Personel Rejimi, Avrupa Birliği Ülkelerinde Esnek Personel Rejimi, Kamu Personeli, Sözleşmeli Personel.

### ABSTRACT

The government which was only serving classical public services like national defence, justice, landregistry and cadastre, education, security, etc. enlarged over time. This enlargement makes hard to provide public services. Rising needs forced the government to apply privatization and other methods. In this study, the change in European Union created by developing flexible civil servants regime and effects of it to Turkish civil servant regime is going to be analysed.

**Keywords:** Civil Servant, Civil Servants Regime, Flexible Civil Servants Regime, Civil Servant Regimes of European Union Members, Contracted Officers.

◆◆◆◆

### GİRİŞ

Henry Ford'un 1914 yılında hareketli montaj hattını oluşturarak başlattığı seri üretim sistemi Fordizm'in sembolü olmuştur. Henry Ford'un, Frederic Winslow Taylor'un hareket ve zaman etütlerini anlatan bilimsel yönetim anlayışını benimseyerek uygulamaya koyduğu sistemi, 1945-1973 yılları arasında

<sup>1</sup> Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı/Eskişehir/Türkiye, mavci@anadolu.edu.tr

<sup>2</sup> Yrd. Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı/Antalya/Türkiye, sydogan@akdeniz.edu.tr

'Hâkim Üretim Sistemi' olarak kabul edilmiştir.<sup>3</sup> Kitle üretim sistemlerinin tüketicinin taleplerini karşılayamaması, üretimde esnekliğin olmaması, değişime karşı kuvvetli işçi direnişlerinin yaşanmaya başlaması Fordist sistemin yetersiz kalmasına ve yeni düzen arayışlarına yol açmıştır. İlk defa İtalya'da ortaya çıkan esnek üretim sistemi bir diğer adıyla Post-fordist sistem, yeni üretim sektörlerinin gelişmesine, teknolojik ve ticari yeniliklere imkan tanıırken, aynı zamanda; çalışanlara sosyo-ekonomik imkanlar tanımıştır.<sup>4</sup> Yeni kamu yönetimi anlayışının etkisiyle kamu kurumlarında meydana gelen yenilik ve değişimle birlikte kamuda personelin çalıştırılma şekli de değişmeye başlamıştır. Bu doğrultuda, hukuk düzeni, devlet, bürokrasi, kamu personel rejimi değişmiş, dolayısıyla da kamu personel rejiminin anayasal ilkeleri yeniden yapılanmıştır. Bu süreçte kamu personel rejimi de esnekleşmiştir.<sup>5</sup> Anglo- Sakson ülkelerde kamu personel rejimlerinde daha hızlı ve öncü bir yeniden yapılanma ortaya çıkmıştır. ABD'de 1978 yılında çıkarılan Civil Service Reform Act ve İngiltere'de 1995 yılında kabul edilen Civil Service Management Code bu alandaki öncü düzenlemelerden olmuştur.<sup>6</sup>

1970'li yıllarda dünyada meydana gelen ekonomik, sosyal ve siyasî değişimlerin etkisi ile çalışma ilişkileri de dikkat çekici gelişmeler göstermiştir. Başta bilimsel ve teknolojik değişiklikler iktisadî hayatı, işçi-işveren ilişkisini, mevzuat ve uygulanan politikaları etkilemiştir. Bu çerçevede değişen ve gelişen dünya şartlarında talepleri daha verimli ve kaliteli karşılamak adına Fordist anlayıştan kaynaklanan yapısal sorunları aşma arayışı içinde 'Post-fordizm' bir diğer ifadeyle 'Esneklik Yaklaşımı' doğmuştur. Post-fordizmle birlikte rasyonelleşmenin gereği olarak bir yandan personelin vasıflı hale getirildiği, motive edilen, işletmeyle bütünleştirilen bir model ile işçilerin sayısal olarak esnekleştirildiği bir modelin aynı anda verildiği iddia edilmiştir. 1914 yılının kitlesel üretiminin sembolü olan Henry Ford'un seri üretiminin 1945-1970 yılları arasında yaygınlık kazanması, ardından 1970'li yıllarda gelişen ve değişen ihtiyaçlar doğrultusunda doğan esnek üretim kavramı ve bu kavram ile uygulanan sistemin 1980'li yıllarla birlikte kamu yönetimindeki dönüşümün temeli olması, günümüz yönetimindeki esnek istihdam çeşitlerinin temelini oluşturmaktadır.<sup>7</sup> Ortaya çıkan değişiklikler doğrultusunda yoğun rekabet ve

---

<sup>3</sup> Ateş, H. ve Çöpoğlu M., "Kamu Yönetimi ve Çalışma Hayatında Esneklik", *Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi*, Cilt: X, Sayı: I, 2015, s.97.

<sup>4</sup> Ateş ve Çöpoğlu, 2015:100.

<sup>5</sup> Aslan, O. E., *Kamu Personel Rejiminin Anayasal İlkeleri*, TODAİE Yayınları, 1.bs., Ankara, 2006, s.106-107.

<sup>6</sup> Aslan, 2006:108-109.

<sup>7</sup> Ateş ve Çöpoğlu, 2015:105.

işsizlik gibi nedenlerin de etkisiyle, mevcut yapı değiştirilerek, yeni gelişmelere ve rekabete uygun esnek bir yapılanmanın sağlanması esnek üretimin hayata geçirilmesindeki önemli başlangıçtır.<sup>8</sup>

Esnek üretimin temel hedefleri; çalışanların şartlarını iyileştirmek, işletmenin verimliliğini arttırarak sürdürmek, üretimi kolaylaştırmak, rekabeti arttırmak, teknolojik gelişmelerin endüstriye uygulanmasını sağlamak, işçi ve işverene hareket serbestisi sağlamak, istihdamın teşvik edilmesini ve işsizliğin azaltılmasına imkân vermek ve çalışanların yönetime katılmasını sağlamaktır. Esnek üretim sisteminin bir parçası olan esnek çalışma, geleneksel çalışma düzeninden ayrılmayı ifade etmekte ve her geçen gün yaygınlaşmaktadır. Çalışma şartlarında esneklik uygulamaları, bir çalışanın hukuki düzenlemelerle bir işyerinde çalışmaya başlaması ve işten çıkması yerine, önceden belirlenmiş kurallar neticesinde çalışma şartlarını ihtiyaçlara göre değişik şekilde düzenleyebilme imkânı sağlamaktadır. Bu sistemde standart olmayan çalışma süreleri ve çeşitleri vardır. Bu sistemle işveren ve çalışan, çalışma süre ve türlerini karşılıklı anlaşma ile belirleyebilmektedir.

Öncelikle özel sektörde kendine yer bulan esneklik uygulamaları, zaman içerisinde kamu yönetiminde de kendisine yer bulmaya başlamış; kamu sektöründeki teşkilat, personel ve yönetim anlayışına esneklik getirme çalışmaları başlamıştır. Amaç daha verimli, etkin, aktif ve esnek bir idari yapı elde etmektir. Kamu yönetimindeki bu gelişmelere daha kolay uyum sağlanabilmesi adına yapılan çalışma mevzuatının düzenlenmesi, hükümet tarafından kamu harcamalarının kontrol altına alınma çabası, hizmet verimliliğinin artırılması gibi düzenlemeler halka daha iyi hizmet verebilmeyi hedefleyen uygulamalardır. Yoğun rekabet, işsizlik gibi nedenlerin de etkisiyle esnek istihdam ihtiyacının artması ve işletmelerle kamu kurumlarının bu anlamda çalışmaya başlaması da bu dönemin ürünüdür. Ayrıca uzmanlaşmanın artmasıyla daha az maliyetle daha çok iş yaptırılma politikalarının benimsenmesi sonucunda verimlilik ve kalitede artışlar gözlemlenmektedir.

Post-Fordist Üretimin ilkeleri, kamu personel rejimine de etki etmiştir. Kamu kurumlarındaki esnekleşme uygulamalarının esnek üretim kavramının etkisiyle ortaya çıktığı söylenebilir. Sözleşmeli personel istihdamı, kısmi zamanlı çalışma ve taşeronlaşma uygulamalarıyla daha verimli ve kaliteli hizmet sunmanın önü açılmıştır.<sup>9</sup> Çözüm üretebilme imkânı veren esneklik sistemi,

---

<sup>8</sup> Ateş ve Çöpoğlu:2015:107.

<sup>9</sup> Ateş ve Çöpoğlu, 2015:110.

çalışma şartları ve iş sürelerindeki katı kuralların yumuşatılması suretiyle ihtiyaçlara, hizmet ve üretim taleplerine, değişen yaşam tarzlarına uyumu kolaylaştırmayı amaçlamaktadır.<sup>10</sup>

Esnek üretim kavramı ile tasarruf, verimlilik ve etkinliğe dayalı uygulanan sistem 1980'li yıllarla birlikte esnek düzenleme ve uygulamaları getirerek kamu yönetimindeki dönüşümün temeli olmuş ve önemini arttırmıştır. Bu dönüşüm insanı en önemli sermaye olarak görmeyi sağlamıştır.<sup>11</sup> Buna göre yapılandırılan yönetim anlayışındaki değişim, esnek uygulamaların sistematik olarak çalışma hayatına girmesinin de başlangıcı olmuştur.

Fordist düzenin statü hukukuna bağlı tekil istihdam biçiminin yerini, memurun sözleşme esasına göre istihdam edildiği parçalı-çoklu istihdam biçiminin aldığı ifade edilmiştir.<sup>12</sup> Günümüzde sözleşmeli çalışma istisna olmaktan çıkmış ve kural haline gelmeye başlamıştır.<sup>13</sup> İş güvencesi tanımı değişmiş, performans dayalı ücret uygulamaları gündeme gelmiş ve taşeronlaşmaya sıkça yer verilir olmuştur.<sup>14</sup> Kamuda esnek yönetim anlayışının benimsenmesini öngören esnek üretim ve birikim rejimi güvencesiz, belli süreli ve sözleşmeye dayalı memurluk üzerine kurulmuştur. Esnek istihdam sistemlerinin kamuya yansımalarıyla güvencesiz istihdam, sözleşmeli memurluk, geçici ve mevsimlik çalışma yöntemleri gibi esnek çalışma modelleri sisteme entegre olmuştur.<sup>15</sup> Bunun sonucunda, geleneksel memur ve kamu işçisi tanımlarının çok ötesinde istihdam yöntem ve uygulamaları kamu yönetiminde yerini almıştır. Fordist aşamada kamu hizmetlerinin statü hukukuna bağlı memurlar eliyle görülmesi ilkesi, Post-Fordist aşamada, sözleşmeli personel ve taşeron personel eliyle kamu hizmetlerinin görülmesi ilkesi ile yer değiştirmiştir.<sup>16</sup> Kamu personel rejiminin kanun ile düzenlenmesi ilkesinin yerini, idari düzenleyici işlemler ve sözleşmeler üzerinden düzenleme almıştır. İdari düzenleyici işlem ve bireysel sözleşmeye bağlı olmak esnekliğin temel koşulu olmuştur.<sup>17</sup>

---

<sup>10</sup> Ateş ve Çöpoğlu, 2015:111.

<sup>11</sup> Ateş ve Çöpoğlu, 2015:108.

<sup>12</sup> Aslan, O.E., *Kamu Personel Rejimi Statü Hukukundan Esnekliğe*, TODAİE Yayınları, Ankara, 2005, s.410.

<sup>13</sup> Saklı, A. R., "Fordizm'den Esnek Üretim Rejimine Dönüşümün Kamu Yönetimi Üzerindeki Etkileri", *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt:12, Sayı:44, 2013, s.111.

<sup>14</sup> Çapar, S., "1980 Sonrası Türk Kamu Yönetiminin Değişim ve Dönüşümü", *İdarecinin Sesi Dergisi*, 2011, s.39.

<sup>15</sup> Saklı, 2013:109.

<sup>16</sup> Aslan, 2006:110.

<sup>17</sup> Aslan, 2006:111.

## I. AVRUPA BİRLİĞİ'NE ÜYE ÜLKELERDE KAMU PERSONELİNİN İSTİHDAM BİÇİMLERİ

Avrupa Birliği; tüzel kişiliği olan, kendine özgü kurumları ve işleyişi ile uluslararası bölgesel örgüt niteliğindedir. Avrupa Birliği'nin karar alma süreci ve icra yetkisi kurucu anlaşmalarda düzenlenmektedir.<sup>18</sup> Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde kamu görevi kavramının her üye devletin kendi ulusal kültürünün bileşenlerinden biri olduğunu belirtmek için egemenlik veya bu kavrama verilen ayrıcalıklardan hareket edilmektedir ve bunlar ise kamu görevi kavramını açıklamaya yeterli değildir.<sup>19</sup> Avrupa Birliği'ne üye devletlerde “memur” u tanımlamak, aynı zamanda üye ülkeler arasında memur kavramını karşılaştırmak, Avrupa ölçeğinde kamu istihdamını karşılaştırmak ve kamu personel sistemini tanımlamak çok güçtür. Bunun nedenleri arasında, değişen kamu istihdam eğilimleri, kamu personel kanunlarında devam eden reformlar, kamu istihdam sözleşmelerinin yeni biçimleri, yeni işe alım biçimleri, kamu ve özel sektör arasında artan hareketlilik sayılabilir.<sup>20</sup>

Avrupa'nın belli başlı ülkelerinde hükümetler, kamu istihdam rejimlerinde esneklik uygulamalarını 1990'lı yıllardan bu yana uygulamışlardır. Pek çok Avrupa ülkesinde maaşlar kıdemden çok, gösterilen bireysel performansa göre verilmektedir. Hatta İtalya gibi bazı ülkeler statü hukukuna bağlı personel rejimini ciddi biçimde değiştirerek özel sektör işgücü piyasasına benzer bir istihdam rejimine geçmiştir.<sup>21</sup> Avrupa Birliği ülkelerinin genelinde görülen genel eğilim, kamu istihdamı sistemlerinin giderek esnekleştirilmesi, geçici istihdam ve kısmi zamanlı çalışmanın (part-time) yaygınlaştırılmasıdır.

Yaptıkları işten bağımsız olarak, tüm kamu personeline memuriyet rejimini uygulayan Fransa, Belçika, İspanya gibi ülkeler, mevcut personel rejiminin kurallarından kaçmak için geçici nitelikte sözleşmeli personel istihdamını her geçen yıl daha da fazla tercih etmeye başlamışlardır.

Esnek çalışma biçimlerinin kamu kesimine taşınması, statü rejimine tabi, kıdem ve liyakatin öncelikli olduğu kamu istihdam ilişkilerini büyük ölçüde tasfiye ederek, iş güvenceli istihdam yerine sözleşmeliği esas alan istihdam bi-

---

<sup>18</sup> Gürsel, M., K. ve Önüt, L., B., “Avrupa Birliği'nin Kurumsal Yapısına Egemen Olan İlkeler”, *AİD*, Sayı:42, 2009, s.73.

<sup>19</sup> Gürsel, M., K., “Kamu Görevine Girişte Kadın-Erkek Eşitliği Konusunda Bir Değerlendirme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:4, Sayı:2, 2002, s.46.

<sup>20</sup> Auer, A, Demmke, C. ve Poltett, R., *Civil Services in the Europe of Fifteen: Current Situation and Prospects*. European Institute of Public Administration, Maastricht, 2009, s.7.

<sup>21</sup> Eğitim Sen, *Kamunun Dönüşümü ve 657 DMK Değişiklikleri Üzerine*, Eğitim Sen Yayınları, 2010, s.18.

çimlerine geçilmesini beraberinde getirmiştir.<sup>22</sup> Bu ve benzeri yöntemler sayesinde kamu istihdamı yıllar içinde kademeli olarak azaltılmış ve kamuda daha esnek çalışma getirilmiştir.

Kamu personel sistemi açısından Avrupa Birliği ülkelerinin önceliği, 'performansa dayalı ücret', kamu hizmet sunumunun 'müşteri odaklı' olarak gerçekleştirilmesi, çalışanlar arasında rekabet yaratılması gibi 'serbest piyasa ekonomisi' ilkelerinin hayata geçirilmesidir. Bu ilkelerin hayata geçmesinin en somut sonucu, istihdam biçimlerinde köklü değişikliklere gitmek, kamu istihdamının genel anlamda 'sözleşmeli' hale getirilerek esnekleşmesini sağlamaktır.<sup>23</sup>

Avrupa Birliği ülkelerinde sadece birkaç kamu hizmeti, geçmişte olduğu gibi merkezidir. Örneğin Avusturya'da, federal düzeyde 153.762 kamu çalışanınin, sadece 9455'i bakanlıklarda çalışmaktadır.<sup>24</sup>

İtalya, Hollanda, İspanya, Danimarka ve Avusturya'da kısmi zamanlı (part-time) çalışma son derece yaygındır. İspanya, Avusturya ve İtalya'da gerçekleşen reformlarla ücret sistemi içinde, bireysel performansın kapsamı ve etkisi giderek arttırılmıştır. Hatta İtalya'da hükümetlerle devlet memurları arasındaki ilişki 1993 yılında özelleştirilmiş, çoğu kamu görevlisi özel sektörde çalışanlarla aynı istihdam koşullarına tabi hale getirilmiştir.<sup>25</sup>

Ayrıca, bazı ülkelerde üst düzey kamu personeli bulunmaktadır. Polonya yaklaşık 1.500 aday seçkin memur (bunların 1.100 tanesi yeterlilik prosedürünü geçmiş ve 400 tanesi Kamu Yönetimi Ulusal Okulu mezunudur) ile diğer memurlar ve kamu görevlileri arasında bir ayırım yapar. Bu elit memurların sayısının ileride artacağı beklenmektedir. Birleşik Krallık' ta, 3.300 üzerinde profesyonellerden oluşan geniş bir grup ülke genelinde 55 devlet dairesi ve kurumlarında seçkin memur olarak istihdam edilmektedir. Aralarında doktorlar, avukatlar ve bilim adamlarının yanı sıra politika danışmanları ve yöneticiler yer almaktadır.<sup>26</sup> Buna ek olarak, diğer bazı Üye Devletler, örneğin Belçika, üst düzey kamu personeli pozisyonunu uygulamaktadır.

Avrupa Birliği ülkelerinde kamu istihdamının büyüyen çeşitliliği karşısında, kamu personeli istihdam modeline ilişkin olarak şunlar söylenebilir. Merkezi

---

<sup>22</sup> Eğitimsen Yayınları, 2010:23.

<sup>23</sup> Eğitimsen Yayınları, 2010:27.

<sup>24</sup> Cardona, F., "TheScope of Civil Service Systems in EuropeanCountries", <http://www.oecd.org/puma/sigmaweb/acts/civilservice/docs/csscope.pdf>, 2000, E.T. 18.09.2015.

<sup>25</sup> Eğitimsen Yayınları, 2010:20.

<sup>26</sup> Bellocchi, L., "Elements of Model Civil Service Laws for Developing Nations." *OPR, World Bank, Washington, D.C., 1993, s.129.*

bakanlıklardaki memurlar, polisler, hâkimler, diplomatlar ve askerler özel bir statüye sahiptirler. Ancak, bazı üye devletler, bu modelden vazgeçmektedirler. Almanya silahlı kuvvetlerinde memurdan daha çok sözleşmeli personele yer verilmektedir. Bu durum Almanya’da silahlı kuvvetlerin yönetimi için de geçerlidir. Danimarka’da, merkezi bakanlıklarda memurlardan daha çok iş sözleşmeleri ile istihdam edilen ve iş kanunu hükümlerine göre istihdam edilen sözleşmeli personel bulunur. Buna ek olarak, diğer birçok üye devlet merkezi teşkilatta, bakanlıklarda iş hukuku kapsamında sözleşmeli personel istihdam etmektedirler. Danimarka’da, anayasa bazı devlet çalışanlarının memur olarak istihdam edilmesi gerektiği varsayımına dayanmaktadır. Ancak, ne kategorileri ve konumları ne de yüzdeleri detaylı bir şekilde tarif edilmiştir.<sup>27</sup>

Kamu çalışanları çok parçalı ve çeşitli hale gelmiştir. Belli bir süre için atanan ve performans esasına dayalı ücret alan ve hedeflerine ulaşan üst düzey yöneticiler, memurlar veya görev süresi belli olan sözleşmeli personel, diğer kamu çalışanları, kısa vadeli personel örneğin müşavirler ve danışmanlar ve teknik personel gibi kamu çalışanlarına rastlanılabilmektedir.<sup>28</sup> Ayrıca, kamu hizmetlerinde yürütülen faaliyetler çok farklıdır. Bugün, kamu hizmeti, sokakları süpürmekten, uzayı keşfetmeye kadar geniş bir yelpazeye sahiptir. Astronot ya da sokağı süpüren kişi, memur olarak istihdam edilebileceği gibi, iş sözleşmesi ile çalışan kamu işçisi ya da sözleşmeli personel olarak istihdam edilebilir. Çoğu durumda, istihdam şeklinin arkasında bir mantık yoktur.

İngiltere’de devlet organlarında şeffaflığı amaçlayan düzenlemeler ve özelleştirme uygulamalarının yapılması ile devletin faaliyetleri daralmış, bireylerin ekonomideki yerleri kuvvetlenmiş ve ekonomiye katkıları artmıştır. Bu düzenlemeler ve özelleştirme uygulamalarının sonucu olarak, birey ve devlet arasındaki ilişkileri ve kamu hizmetlerinin sorumlularını tamamen değiştiren yeni bir kamu hizmeti anlayışı ortaya çıkmıştır.<sup>29</sup> Kamu hizmetlerini sunanlar ile birey arasındaki ilişki kısmen özel şirketlerde sözleşme ile belirlenen ilişkilere benzetilmeye çalışılmıştır. Bu düzenlemeler ve özelleştirme uygulamaları sayesinde devletin sunacağı hizmetler daralmıştır ve devlet artık kendi sunacağı hizmetleri daha etkili, verimli ve ekonomik şekilde gerçekleştirebilecektir.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Bellochi, 1993:130.

<sup>28</sup> Hondeghem, A. ve Putseys, L., The contractualisation of top-management: a comparative view, presented at a seminar organised at the European Institute of Public Administration, Maastricht, 25-26 October, 2004, s.5.

<sup>29</sup> Denhardt, V. ve Denhardt, J., *New Public Service*, Expanded Edition, Sharpe Inc., U.S.A., 2007, s.53.

<sup>30</sup> Leyland, P. ve Woods, T., *Administrative Law Facing the Future: Old Constraints & New Horizons*, Blackstone Press Limited, Great Britain, 1997, s.22-24.



Birçok üye ülkede iş hukuku kapsamında istihdam edilen birçok kamu yöneticisi kendi uzmanlık alanları söz konusu olduğunda ön planda olan yüksek eğitilmiş profesyonellerdir. Ayrıca, iş hukuku kapsamında istihdam edilen bazı kamu çalışanları ülke çapında bir etkiye sahip politikaları hazırlayabilir ve milyonlarca insan bundan yararlanabilir. Öte yandan, birçok ülkede ise kamu hukuku kapsamında istihdam edilen devlet memurlarının politika oluşturmak adına neredeyse hiçbir sorumlulukları yoktur.<sup>31</sup> Her iki durumda da bunlar doktorlar, avukatlar, bilim adamları, mühendisler, muhasebeciler, maliyeciler, politika analistleri, yöneticiler, kâtipler, sekreterler ve işçiler gibi değişik meslek gruplarından oluşabilir.<sup>32</sup> Birçok ülkede, öğretmenler, profesörler ve sağlık çalışanları kamu hukuku statüsü kapsamında değildir. Bazı üye devletlerde eğitim sektöründeki istihdam da iş kanunu tarafından düzenlenmektedir.<sup>33</sup>

Avrupa Birliği'ne Üye Devletlerde, memurların tüm kamu çalışanları arasındaki yüzdesi yaklaşık %10 ile %90 arasında değişmektedir. Yunanistan'da, tüm kamu çalışanlarının % 90'ı ulusal hukuka göre memur olarak tanımlanır. Fransa'da, her 100 kamu çalışanından, % 82'si memurdur.<sup>34</sup> Almanya'da kamu hizmetinde çalışanların yaklaşık % 40'ı memurdur. Danimarka'da, tüm kamu çalışanlarının sadece % 36'sı memurdur ve bu sayı azalmaktadır. Birleşik Krallık iş gücü 29 milyon civarındadır. Bunun yaklaşık % 17.5'i kamu sektöründe çalışmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere Birleşik Krallık üst düzey memur ve memur arasında bir ayırım yapmaktadır Birlikte sadece yaklaşık 550.000 civarında memur bulunmaktadır ve bu toplam ekonomik olarak aktif nüfusun %1.66'sını oluşturmaktadır. Kamu çalışanlarının geri kalanı yaklaşık 5, 4 milyon civarındadır.<sup>35</sup> Bu, tüm kamu çalışanlarının yaklaşık % 10'unun memur olarak istihdam edildiği anlamına gelmektedir.

Yunanistan'ın nispeten küçük bir kamu sektörü vardır. Aktif nüfusun yaklaşık % 14'üne tekabül etmektedir. Ama kamu çalışanları arasında memurların oranı yüksektir ve toplam aktif nüfusun yaklaşık % 12'si civarındadır. Bu Yunan anayasası ve / veya kamu personel kanunları uyarınca kamu çalışanlarının ge-

---

<sup>31</sup> Cardona, 2000.

<sup>32</sup> Rosenbloom, D., ve Krravchuk, R., *Public Administration*, Fifth Edition, New York, 2002, s.4.

<sup>33</sup> Demmke, C., *Are Civil Servants Different Because They Are Civil Servants*, Luxembourg, 2005, s.28.

<sup>34</sup> Delevoeye, P.J., "Thepublicemploymentobservatory, Annualreport", Meeting of the Steering Committee of the Public Employment Observatory, 9 December, Paris, 2011.

<sup>35</sup> United Kingdom, Cabinet Office, Personnel Statistics, Media Brief, 2012. (www.statistics.gov.uk)

nellikle memur olarak işe alınması gereği ile açıklanabilir.<sup>36</sup> Benzer hükümler İspanya ve Avusturya'da da vardır.

Avusturya'da diğer kamu çalışanlarına oranla memur sayısını azaltma amaçlı devam eden bir süreç vardır. Şu anda, toplam aktif nüfusun sadece% 5.36'sı kamu personeli statüsüne sahiptir. Yeni Üye Devletlerde de büyük farklılıklar vardır. Genellikle, en yeni üye devletler nispeten küçük ya da çok küçük bir çekirdek kamu personel yapısına sahiptir. Polonya'da, aktif çalışan nüfusun sadece % 0.89'u, Slovakya'da (kolluk kuvvetleri hariç) % 2.30'u, Macaristan'da % 2.6'sı, Letonya'da % 3.63'ü, Litvanya'da %4.17'si, Kıbrıs'ta % 4.40'ü, Estonya'da yaklaşık% 5'i ve Çek Cumhuriyeti'nde % 5.9'u (silahlı kuvvetler dâhil) kamu personelidir, oysa Slovenya'da rakam% 17 ve Malta'da% 22'den fazladır.<sup>37</sup>

Şu anda, hemen tüm Üye Devletler iş hukuku kapsamında sözleşmeli personel istihdam etmektedir. Örneğin, Almanya silahlı kuvvetlerde memurlardan daha çok iş sözleşmesi ile çalışan istihdam etmektedir. Bu husus Almanya'da silahlı kuvvetlerin yönetimi için de geçerlidir.<sup>38</sup> Danimarka'da, merkezi bakanlıklarda memurlardan daha çok sözleşmeli personel istihdam edilmektedir.<sup>39</sup> Buna ek olarak, diğer birçok Üye Devletler bakanlıklarda iş hukuku kapsamında personel istihdam etmektedirler.

Avrupa Birliği'ne üye devletlerde memurlar iş sözleşmesi ile çalışan sözleşmeli personel ve işçilerden birçok açıdan farklılık göstermektedir ve aslında daha yüksek bir istihdam korumasından faydalanırlar. Bu hususta tarihsel ve kültürel nedenler rol oynamaktadır. Bir memur ve devlet arasındaki bağlantı, bir çalışan ve bir özel şirket ilişkisinden farklıdır. Bu bağlantı sadece "yaşam boyu istihdam" kavramı ile tarif edilemez.<sup>40</sup> Bu bağlantı, tüm aktif çalışma hayatı boyunca devam eder ve memura bazı yükümlülükler getirir ama aynı zamanda memurun faydalandığı hakları da açıklamaktadır.

## II. SADECE MEMURLAR TARAFINDAN YERİNE GETİRİLEBİLECEK VEYA SADECE MEMURLARA ÖZGÜ GÖREV ALANLARI

Geleneksel hale gelen hangi işler sadece memurlar tarafından yapılmalıdır sorusu kesin olarak cevaplandırılmamıştır.<sup>41</sup> Ayrıca hangi işlerin iş kanununa

---

<sup>36</sup> Cardona, 2000.

<sup>37</sup> Demmke, 2005:30.

<sup>38</sup> Yavuzdoğan, S., *Devlet Memurları Kanunu Uyarınca Naklen Atama*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.73.

<sup>39</sup> Auer vd., 2009:23.

<sup>40</sup> Demmke, 2005:42.

<sup>41</sup> Demmke, C. ve Linke, U., "Who's a Nationaland Who's a European?" Exercising Public

tabi kamu çalışanları veya kamu hukuku statüsüne tabi memurlar tarafından yapılması gerektiği sorusu sadece Avrupa Birliği genelinde değil dünya çapında da farklı ele alınmaktadır. Kim memur olmalıdır sorusunun cevabı her zaman görevin özel niteliği ile bağlantılı olmuştur.<sup>42</sup> Yukarıda belirtilen durum için önemli argümanlar bulunmaktadır. Çünkü polis, yargıç ve asker gibi bir grup kamu çalışanının vatandaşların temel haklarına müdahale etme hakkı ve gerekirse kısıtlama hakkı vardır.<sup>43</sup> Ancak, iş sözleşmesine tabi olarak çalışanların, vatandaşların temel haklarına müdahale edebilmesine izin vermek çok güçtür. Sonuç olarak, çoğu üye devlet kamu istihdamının benzer biçimlerini benimsemeye ve memurlara ve diğer çalışanlara verilecek görev ve yetkiler arasında net bir çizgi çizmeye yönelmektedir. Bazı Üye Devletler'de, örneğin Danimarka, Almanya, İspanya, Yunanistan ve Belçika'da anayasa ve / veya anayasa mahkemeleri resmi bir yasal istihdam sisteminin kurulmasını şart koşmaktadır. Bu gereksinimler kamu görevliliğine girişte iş sözleşmesi yapma olasılığını dışlamamaktadır. Ancak, kamu istihdamı normal olarak kamu hukukuna tabi memurlardan oluşmalıdır ve iş kanununa tabi çalışanların istihdamı bir istisna olmalıdır. Ancak, birçok ülkede iş sözleşmeleri ile personel istihdamı bir istisna değildir. Öte yandan, birçok memur kamu yetkilerini uygulamamaktadır ve ayrıca teknik görevleri yürütmek amacıyla istihdam edilmektedirler.<sup>44</sup> Aslında, bazı üye devletler aynı sektörlerde ve bazen aynı meslek için farklı istihdam ilişkileri uygulamaktadırlar. Bu, aynı zamanda, yeni belirsizliklerin bir sonucudur. Birçok görev özel sektörde gerçekleştirilenlerden farklılık göstermeyecek şekilde icra edilmektedir.<sup>45</sup>

Fransa'da, bakanlıklar tarafından istihdam edilen 199.600 personelin 108.200'ü ya da % 54'ü kadrolu olmayan personel kategorilerine aittir. Bu çalışanlar işin doğası gereği ya da geçici çalışma karakterlerinden dolayı kadrolu personel tarafından yapılmayan işleri yapmaktadırlar. Bu durum aynı zamanda kanunlarla yurt dışında veya denizaşırı topraklarda görevli çalışanlar için de böyledir. Kadrosuz personele ihtiyaç bazı istihdam gereksinimleri sebebiyle oluşan istihdam sınırlaması eksikliği ile ilintilidir ve bazı mesleklerde ara sıra ya da mevsimsel ihtiyaçlara cevaben istihdam sürekli olmayan işleri de kapsamaktadır.<sup>46</sup> Örnek vermek gerekirse teknik işlerde çalışanların beşte biri kadrosuzdur.

---

Power and the Legitimacy of Art. 39 4 EC in the 21st Century", EIPASCOPE, 2003, s.40.

<sup>42</sup> Cardona, 2000.

<sup>43</sup> Cardona, 2000.

<sup>44</sup> Auer vd., 2009:23.

<sup>45</sup> Demmke, 2005:33.

<sup>46</sup> Bellocchi, 1993:78.

Birleşik Krallık çokça geçici personel istihdam etmektedir. İngiliz kamu personeli içinde 534.400 çalışandan, 10.820 tanesi geçici işçi olarak istihdam edilmiştir.<sup>47</sup>

Almanya’da kamu hizmetinde çalışan memurlar ve sözleşmeliler bulunmaktadır. Ancak, her iki sınıf hemen hemen benzer işleri yürütürler. Tam da görev tahsisindeki bu tutarsızlıktan dolayı, Beamte ve Angestellte arasındaki farkların aslında neden var olduğu sorusu sürekli gündeme gelmektedir. Şimdiye kadar, Angestellte’nin görevlerini Beamte’den farklı yaptıklarını gösteren hiçbir kanıt yoktur.

Birçok ülkenin aksine Almanya’da kamu personeli genel olarak iki gruba ayrılmıştır. Bu grupların ilki Beamte (memur), ikincisi ise Angestellte (sözleşmeli) dir. Ortalama olarak kamu görevlilerinin %60’ı kamu işçilerinden ve %40’ı kamu görevlilerinden oluşur. Kamu görevlileri dört sınıftan oluşmaktadır ve bu sınıflar arasında geçişler çok zor kurallara bağlanmıştır. Bu sınıflar yukarıdan aşağıya olmak üzere Höherer Dienst, gehobener Dienst, mittlerer Dienst, einfacher Dienst sınıflarıdır. Her sınıf liyakat ilkesine uygun olarak geçişleri düzenleyen en az beş basamaktan oluşur.<sup>48</sup>

Almanya’da federal devlet, federe devlet ve yerel idare seviyesinde istihdam ilişkilerinin büyük çoğunluğu (toplamda 2.6 milyonu) özel hukuk ilişkisidir. Bunlar kamu hizmetinde çalışan sözleşmelilerdir. Bunların iş ilişkileri özel sektördeki ilişkiler gibidir. Bu ilişkinin temeli bireysel iş sözleşmeleri, toplu iş sözleşmeleridir. Memurlar en elit ve ayrıcalıklı tabakadır.<sup>49</sup> Memurlara postaneden yüksek seviyelere kadar her yerde karşılaşılabirsiniz. Bunlar genelde hukuk ve ekonomi içerikli dersler de almış üniversite mezunlarıdır.<sup>50</sup> Almanya federal meclisinden kamu görevlisi meclisi gibi bahsedilir, çünkü buradaki üyelerin birçoğu memurdur. 12. Federal mecliste her 3 vekilden biri memurdur ve bu grubun %10 u öğretmendir.<sup>51</sup>

Almanya’da ekonomi, siyasi bilimler veya bunlarla ilintili fakültelerden mezun olanların kamu sektöründe istihdam olanakları çok sınırlıdır.<sup>52</sup> Höherer

---

<sup>47</sup> United Kingdom, Cabinet Office, Personnel Statistics, Media Brief, 2012, s.13.

<sup>48</sup> Derlien, H. U., “The German public service: between tradition and transformation”, In: Derlien, H. U. / Peters, B. G. (Hrsg.): The State at Work: Public Sector Employment in Ten Western Countries, Cheltenham, 2008, s.170.

<sup>49</sup> Demmke, C. ve Moilanen, T., *Civil Services in the EU of 27*, Peter Lang, Frankfurt, 2010, s.70.

<sup>50</sup> Wolff, H. A., “The Civil Service in Germany Annual Report”, IUS Publicum, 2011, s.4.

<sup>51</sup> Wolff, 2011:7.

<sup>52</sup> Reichard, C. ve Manfred, R., “Inertia of education and recruitment in the German civil service”, Paperpresented at the EGPA Conference for PSG 9 “Public Administration andTeac-

Dienst (Administrative class) sınıfına girebilmek için tercihen hukuk fakültesi olmak üzere bir lisans programından mezun olmak ve değişik kamu ve özel sektör kuruluşlarında olmak üzere asgari iki yıllık hazırlık programını tamamlamak gereklidir. Bu esnada adayın değişik kurslara katılımı sağlanarak idari konular hakkında tecrübe edinmesi sağlanır. Yine Gehobener Dienst (executive class) sınıfına girebilmek için belli lisans programlarından mezun olmak gereklidir.<sup>53</sup> Federal devlet, Lander(federe devlet) ya da mahalli idareler kamu görevlisinin eğitim ve hazırlanmasından sorumludur. Bazı Avrupa ülkelerinde kamu görevlilerinin yetişmesini sağlayan okullar bulunmakla birlikte Almanya'da bu amaçla özgülenmiş herhangi bir okul ya da üniversite bulunmamaktadır. Ancak bazı üniversitelerde kamu görevlilerine özgü kurslar açılabilir.<sup>54</sup>

Sınıflar arasında geçişler mümkün olmakla birlikte bu geçişler çok zor şartlara bağlanmıştır. Örneğin Gehobener Dienst (executive class) sınıfından Höherer Dienst (Administrative class) sınıfına geçiş yapabilmek için tercihen bir hukuk lisansına sahip olmanın yanında çok ağır bir eğitim ve zorlu sınavlardan geçmek gereklidir.<sup>55</sup> Dolayısıyla Alman kamu personel sistemi liyakat ilkesinin layık veçhile uygulandığı ve siyasi kayırmacılığın asgariye indirildiği bir sistem olarak tanımlanabilir.<sup>56</sup>

Almanya ile ilgili son olarak şu söylenebilir. Alman anayasası kamu personel rejiminin esneklik yönündeki yeniden yapılanmasını statü hukukunun korunması lehinde engellemektedir. Bu yöndeki anayasal ilkeler Almanya'da yerel düzeyde esnek istihdamın kabul edilmesine karşın federal memurlar için statü hukukunun anayasal bir ilke olarak varlığını koruması karşısında, esnekliğin yerel düzeyde kalmasına yol açmıştır. Anayasal ilkeler Almanya'da esnekliğin önünü federal düzeyde kapamıştır.<sup>57</sup>

Danimarka'da, memur yüzdeleri bakanlıktan bakanlığa değişmektedir. Kamu personelinin büyük çoğunluğu sözleşme ile çalıştırılan kamu işçilerin-

---

hing", Toulouse, 8-10 September, 2010, s.3.

<sup>53</sup> Reichard, C. ve Manfred, R., "Inertia of education and recruitment in the German civil service", Paperpresented at the EGPA Conference for PSG 9 "Public Administration andTeaching", Toulouse, 8-10 September, 2010.

<sup>54</sup> Reichard ve Manfred, 2010:5.

<sup>55</sup> Reichard, C., "The study of public management in Germany. Poorly institutionalized and fragmented", in: Kickert, Walter(ed.): TheStudy of Public Management in Europe and the US. London, New York, 2008, s.57.

<sup>56</sup> Yavuzdoğan, S., "Almanya'da Kamu Görevlilerinin Hizmet Öncesi Eğitimi ve Atanmaları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Nisan, 2016, s.230-250.

<sup>57</sup> Aslan, 2006:109.

den oluşmaktadır.<sup>58</sup> Kilise İşleri Bakanlığı tarafından istihdam edilenlerin % 84'ü memur olarak istihdam edilirken, % 2'si bu sıfatla Mülteci, Göçmen ve Entegrasyon İşleri Bakanlığı tarafından istihdam edilmektedir. Öte yandan, Danimarka Devlet Demiryolları'nın tüm çalışanlarının % 68'si memurdur, bu rakam Vergilendirme Bakanlığı için %56, Maliye Bakanlığı için sadece % 18 civarındadır.<sup>59</sup> Bakanlıklar arasındaki istihdam tercihlerindeki farklılıklar dikkat çekici niteliktedir.

Belçika'da, kural olarak kamu personeli mevzuatı idareye kamu personelini kamu hukukuna tabi olarak istihdam etme zorunluluğu getirmektedir, istisnai olarak sözleşmeli personel istihdam edilebilir.<sup>60</sup> Genellikle, birçok kişi esas olarak kamu hukukuna tabi memurlar için ayrılan işlerde istihdam edilmektedir. 2008 rakamlarına göre, federal düzeyde tüm çalışanların % 78'i kamu hukukuna tabi memurdur ve %22'si sözleşmeli statüdedir.<sup>61</sup> Memur sayısı bölgesel düzeyde azalmaktadır.

Hollanda'da, kamu hizmetinde çalışan personelin çoğunluğunun kamu hukukuna tabi istihdam ilişkileri bulunmaktadır. Ancak, kamu sektöründeki istihdam ilişkileri çoğunlukla özel sektörde olanlar ile uyumlu hale getirilmiştir. Örneğin, çalışma saatleri, iş konseyleri, fırsat eşitliği v.b. ile ilgili kanunlar aynı zamanda kamu görevlileri için de geçerlidir. Buna ek olarak, kamu sektörünü 12 sektöre bölmek için 1999 yılında bir karar alınmıştır. O zamandan beri, eğitim sektöründe çalışanların %50'si (Hollanda'da kamu kesiminde çalışanların % 45'ini temsil eder) memur olarak atanmış değildir. 16 Aralık 1998 tarihinde, Hollanda'da kamu personeline ilişkin bir tavsiye yayınlanmıştır. Rapor çok pragmatik olarak Hollanda'da personel rejiminde esnekleşme sürecine devam edilmesi gerektiği sonucuna vurgu yapmıştır. Ancak, kamu hukuku statüsünün toptan kaldırılması maddi nedenler gerekçesiyle değil ancak böyle bir adımın en az dört yıl alacağı, karmaşık ve zaman alıcı bir süreç olacağı gerekçesiyle tavsiye edilmiyordu. Buna ek olarak, raporda, kamu hukukuna tabi olarak çalışan kamu görevlilerinin toptan kaldırılması için "*doğru zaman*"ın henüz gelmediği sonucuna varılmıştır. Ayrıca, maliyetlerin yararlılara ağır basıp basmadığı dikkate alınması gereken konulardan biri olmuştur.<sup>62</sup> Hollanda'da, bu

---

<sup>58</sup> Demmke ve Moilanen, 2010:72.

<sup>59</sup> Report of the Danish Ministry of Finance, "*State Sector Personnel in Denmark*", Copenhagen, November, 2010, s.40.

<sup>60</sup> Bellochi, 1993:81.

<sup>61</sup> Janssens, K. ve Janvier, R., "Statutory and contractual employment in the Belgian public sector. The gap between theory and practice", EGPA-Conference, Ljubljana, Slovenia, 1-4 September, 2008, s.15.

<sup>62</sup> Auer vd., 2009:58.

pragmatik yaklaşım hala kamu hukukuna dayalı istihdam ilişkisinin meşruiyet sorununu gündeme getirmektedir.

Polonya'da özel bir durum vardır. 4.300.000 civarında kamu çalışanı mevcuttur ve iki tür memur bulunmaktadır. Bunların yaklaşık 1.500 tanesi çok zor bir yeterlilik prosedürü geçen ve çoğunlukla bakanlıklar ve diplomaside çalışan seçkin memurdur. Kamu hukukuna tabi olarak çalışan 1.185.000 kamu görevlisi mevcuttur. Silahlı kuvvetler çalışanları, hâkimler ve polis birbirinden farklı statülere sahiptirler.<sup>63</sup>

İspanya'da<sup>64</sup> kamu hizmetindeki kadrolara genellikle iş kanununa tabi çalışanlar atanmaz. İş sözleşmeleri ile personel çalıştırılabilecek kadrolar; daimi olmayan pozisyonlar, güvenlik, kapıcılık, ulaşım ve benzeri günlük görevleri içeren pozisyonlar, binaların bakımı, ekipman ve tesisler, grafik sanatlar, anketler, kamu güvenliği ve sosyal iletişim gibi konularla ilgili kadrolar, teknik bilgi gerektiren uzman pozisyonları, kamu görevlileri içinden hiç kimsenin bu görevleri yerine getirmek için uygun olmaması koşuluyla yardımcı işlevleri yerine getiren veya idari destek mahiyetindeki pozisyonlar ve makine kullanımı, dosyalama ya da benzeri işleri içeren ve idari usul veya yardımcı mahiyette pozisyonlardan oluşmaktadır.<sup>65</sup>

İsveç'te çalışanların sadece çok küçük bir azınlığı, örneğin yargıçlar gibi, özel bir statüye sahiptir. Tüm kamu çalışanlarının % 1'inden azı özel sektörde çalışanlardan farklı bir çalışma ilişkisine sahiptir. İsveç'te kamu çalışanlarının %99'u özel hukuk hükümlerine tabi olarak çalışmaktadır.

Farklı ülke uygulamalarına bakıldığında, memurlara verilen görevler ve diğer çalışanlara verilen görevler arasında net bir çizgi çizmek neredeyse imkânsızdır. Birçok ülkede, iş sözleşmeleri bakımından personel istihdam imkânı bir istisna olarak kabul edilmemektedir.<sup>66</sup> Ek olarak, bazı Üye Devletler özel hukuk hükümlerine göre memurları ve diğer çalışanları aynı anda ve aynı pozisyonlarda istihdam edebilmektedirler. Örneğin, Hollanda'da, tüm öğretmenlerin yaklaşık yarısı ya kamu hukukuna göre ya da iş kanununa tabi çalışanlar olarak istihdam edilmektedir. Almanya'da da öğretmenler bazı eyaletlerde iş hukukuna tabi olsalar da bazı eyaletlerde memur olarak istihdam edilmektedirler. Avusturya'da, tüm federal öğretmenlerin neredeyse yarısı kamu hukukuna

---

<sup>63</sup> Bellocchi, 1993:32.

<sup>64</sup> Ministerio de Administraciones Públicas, "Civil Service in Spain", Publication of the Spanish EU-Presidency, 2012, s.39.

<sup>65</sup> Auer vd., 2009:43.

<sup>66</sup> Ministerio de Administraciones Públicas, 2012:39.

tabi olarak istihdam edilmemektedir.<sup>67</sup> *Tüm Üye Devletlerdeki durum göz önüne alındığında, şöyle bir sonuca ulaşılabilir; Üye Devletler'in çoğu memurlar ve diğer kamu görevlileri arasında bir ayırım uygulamasına rağmen, bu ayırım hangi görevin kim tarafından yürütüldüğü konusunda belirleyici olamamaktadır.* Birçok durumda, iş kanununa tabi kamu çalışanları önemli devlet görevlerini memur gibi yerine getirebilirler. Dolayısıyla yapılması gereken Avusturya'da Bundesmitarbeitergesetz'de olduğu gibi tüm kamu çalışanlarına uygulanabilir bir kanun oluşturmaktır.<sup>68</sup>

### III. TÜRK KAMU PERSONEL REJİMİNDE YENİDEN YAPILANMA İÇİN MODEL ÖNERİSİNİN ANA HATLARI

Türkiye'de süreç kamu kesimini özel kesim istihdamına yaklaştırma, özel istihdam standartlarında olmak üzere belki onunla bütünleştirme sürecine doğru evrilmiştir.<sup>69</sup> Gerçekten de kamu hizmetleri giderek karmaşıklaşmakta, her biri ayrı birer uzmanlık alanı oluşturmaktadır.<sup>70</sup> Artık kamu hizmetleri her önüne gelenin yapabileceği iş olma niteliğini kaybetmiş; karmaşık bir o kadar da uzmanlık ve mesleki tecrübe isteyen faaliyetler haline gelmiştir.<sup>71</sup> Önceleri hiç bilinmeyen birçok konu ve faaliyet, bugün devletin ilgilendiği, hizmet yürüttüğü ya da yoğun olarak düzenlediği alanlar haline gelmiştir. Sosyo-ekonomik gelişme, teknik yenilikler, toplumsal ihtiyaçlar, ideolojik ve siyasal baskılar, devletin görev alanını genişletmiş ve yapısını büyütmüştür.<sup>72</sup> Diğer bir ifade ile kamu hizmetleri ve memurluk, artık eskisi gibi siyasi iktidarların veya yöneticilerin yetersiz, yeteneksiz, taraflı ve gelecek seçimleri garantilemek hesaplarıyla hareket eden, yandaşlarıyla yürütülecek "basit" bir olgu değildir.<sup>73</sup>

Artık pek çok alanda üreten değil düzenleyen, denetleyen ve yaptırım uygulayan bir idare ile karşı karşıyayız. Kamu hizmeti çeşitliliklerinin artması kamu hizmetinin hukuksal rejiminin de değişmesine ve zenginleşmesine yol açmış bulunmaktadır.<sup>74</sup>

---

<sup>67</sup> Auer vd., 2009:45.

<sup>68</sup> Bellocchi, 1993:54.

<sup>69</sup> Güler, B., A., "Türkiye'de Kamu Personel Rejimi Esasları", *Türkiye'de Kamu Personelinin Yeniden Yapılandırılması Sempozyumu*, Ankara, 22-23 Şubat, 2003.

<sup>70</sup> Tutum, C., *Personel Yönetimi*, TODAİE, 2.bs., Ankara, 1979, s.13.

<sup>71</sup> Uz, A., "Anayasal Bir Hak Olarak Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Liyakat İlkesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:2 Sayı:1*, 2011, s.86.

<sup>72</sup> Eryılmaz, B., "Kamu Bürokrasisinin Denetlenmesinde Yeni Gelişmeler", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt: 26, Sayı: 4, 1993, s.81.

<sup>73</sup> Güran, S., *Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri*, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1980, s.129-130.

<sup>74</sup> Gönen, Y., "Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliğine İlişkin Bir



1876 Anayasasının 39. maddesinde; atamalarda yetenek ve liyakatin esas alınacağı, memuriyetten çıkarmayı gerektiren bir durum olmadıkça memurların görevine son verilemeyeceği, iyi çalışan memurların, bu çalışmalarının değerlendirileceği, öngörülmüştü. Nitekim 1876 Anayasası'nın 39. maddesinde *"Bilcümle memurin nizamen tayin olunacak şerait üzere ehil ve müstahak oldukları memuriyetlere intihab olunacaktır ve bu veçhile intihab olunan memurlar kanunen mucibi azil hareketi tahakkuk etmedikçe veya kendisi istifa eylemedikçe veyahut Devletçe bir sebep-i zaruri görülmedikçe azil ve tebdil olunamaz..."*<sup>75</sup> hükmü ile Devlet memuru olarak çalıştırılacaklara bir takım temel hakların sağlandığı görülmektedir. Bu madde ile öncelikle, memurların, kanunen belirlenen şartları taşımak kaydı ile yeterli oldukları veya hak ettikleri görevlere atanabilecekleri belirlenmektedir. 1924 Anayasası; 92. maddesinde, vatandaşların "ehliyet ve istihkakına göre" devlet memuriyetlerinde istihdam olunma hakkına sahip olduğu hükme bağlanmış, bu düzenleme ile, siyasal etkiden uzak, hizmete giriş ve yükselişte "liyakat ilkesi" ni esas alan, memurluğu meslek olarak gören, güvenceli ve eşitlikçi bir personel rejiminin amaçlandığı anlaşılmaktadır.<sup>76</sup> Aynı ilke 1982 Anayasasının 70. Maddesinde şöyle yer almıştır: "Her Türk kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiç bir ayırım gözetilemez."

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun "Temel İlkeler" başlığı altındaki 3. maddesinde yer alan "liyakat ilkesi" şöyle tanımlanmıştır: "Devlet kamu hizmeti görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında Devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmaktır."

Kamu hizmetlerine en yetenekli kişilerin girmesini sağlamaya yönelik bir ilke olan liyakat ilkesi<sup>77</sup>, herkese açık olarak yapılan yarışma sınavı ile gerçekleşir.<sup>78</sup> Ayırım gözetilmeksizin bütün vatandaşlara kamu görevliliğine girme olanağı sağlandıktan sonra yegâne ölçüt kişilerin yeteneği, bilgisi, nitelikleri olmalı ve bunların ölçülüp tespit edilmesi, herkesin eşit koşullar ve olanaklar altında katıldığı objektif sınavlara dayanmalıdır.<sup>79</sup> Gerek sınavlarda, gerekse

---

Değerlendirme", *GÜHFD*, C.XIV, sy.2., 2010, s.361.

<sup>75</sup> Gözübüyük, A. Ş., *Açıklamalı Türk Anayasaları, Anayasaların Yapılışları-Özellikleri*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s.18.

<sup>76</sup> Uz, 2011:85.

<sup>77</sup> Mihçioğlu, C., "Türkiye'de Memuriyete Girişte Liyakat Prensibi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: XIII, Sayı:1-2, 1958, s.113.

<sup>78</sup> Şen, M. L., "Liyakat İlkesi ve Türk Personel Sistemindeki Uygulaması". *Amme İdaresi Dergisi*. Cilt:28. Sayı:1. Ankara, 1995, s.83.

<sup>79</sup> Sayıştay Genel Kurulu bir kararında, hizmetin gereği olarak kullanılması gereken istisnai

hizmete alma koşullarında adayın başvurduğu hizmete uygunluk derecesi ölçümlenmelidir. Aranılan koşullar hizmetle ilgili değilse, genelde ve soyutta geçerli olmaları liyakat ilkesine uygun oldukları anlamına gelmeyebilir. Görevin gerektirdiği nitelikler belirlenirken, ölçütleri ve düzeyi düşük tutmak kamu hizmetine yarar sağlamayacağı gibi, çok yükseltmek de beklenen kaliteyi her zaman getirmeyebilir. Bu nedenle personel rejiminin tümüne egemen olması gereken liyakat ilkesinin, kamu görevliliğine giriş aşamasındaki uygulamasını ifade eden “görevin gerektirdiği nitelikler” kavramının içeriğinin tespiti önemlidir. Kamu hizmeti kavramının genişliği düşünüldüğünde, hizmeti yapacak kişide aranılacak nitelikleri genellemek her zaman mümkün olmayacaktır. Bunların neler olacağı her görevin özelliğine, türüne ve niteliğine göre farklılık gösterebilecektir.

Liyakat sisteminden sapmaların oluşturduğu ara modellerin, saf kayırmacılık sisteminden daha tehlikeli sonuçlar ortaya çıkarabileceği, kayırmacılık sisteminde, iktidar değişikliklerinde tüm kamu görevlilerinin gittiği ve yerine yenilerin geldiği, dolayısıyla memurluk kadrolarında bir şişmenin olduğu, oysa liyakat sisteminin bozulduğu uygulamalarda siyasi iktidar değiştiğinde iktidara yakın olmayan memurların pasif görevlere getirilmekle birlikte kamu görevlisi statüsünü koruduğu, buna bağlı olarak da bürokraside ihtiyaç fazlası çok sayıda memur bulunduğu, bunun da kamuda gizli işsizliğin temel nedenleri arasında yer aldığı, her iktidar değişikliğinde; müsteşardan daire başkanına, vali ve emniyet müdürüne, büyükelçilere kadar pek çok makamda değişikliğe gidildiği, “verimlilik” ve “etkinlik” gibi piyasa kurallarına göre işletilmesi gereken KİT’lerin de iktidar değişikliğinden en fazla etkilenen kurumlar arasında yer aldığı yorumları yapılmaktadır.<sup>80</sup> Gerçekten Türkiye’deki durum, tam olarak buna örnek teşkil edecek niteliktedir. Zira sadece merkezi yönetim teşkilatında değil; KİT’lerde, kamu bankalarında ve hatta TBMM’de bile aşırı personel

---

memurluk kadrolarının, Devlet memurluğuna girmede esas olan sınav sistemini aşmaya yönelik olarak diğer memur kadrolarına naklen atanma amacıyla kullanılmasının, Anayasa ile getirilmiş bulunan kamu hizmetine girmede liyakat ilkesinin ihlali anlamına geleceğini belirtmiştir: “Devlet memurluğu kadrolarının liyakat esasına uymayan ve bu kadroların gerektirdiği niteliklere sahip bulunmayan kişilerin atanmasına imkân sağlayabileceğinden, 657 sayılı Kanunun anılan 59.maddesi hükümleri uyarınca açıktan istisnai memurluk kadrolarına atananların bir müddet sonra Devlet memurluğuna alınma için açılmış bulunan sınavlara katılmadan ve dolayısıyla bu sınavlarda başarılı olmadan diğer memurluk kadrolarına atanmaları, uygulama ve sonuçları bakımından Hazine menfaatlerini zarara uğratan nitelikte bulunmaktadır”. Bakınız. Sayıştay Genel Kurulu Kararı. Karar Tarihi:04.04.2005. Karar No:5119/1. <http://www.mersintks.net>. E.T.08.01.2007.

<sup>80</sup> Eryılmaz, 1993:81.

istihdamı söz konusudur.<sup>81</sup> Siyasi partiler, iktidarın tutumunu partizanlık ve kadrolaşma olarak nitelendirerek eleştirmekle birlikte, kendileri iktidara geldiklerinde, aynı yöntemleri kullanarak seleflerini aratmayacak şekilde kayırmacılık yapmakta, hizmete girişte ve görevde yükselme ve naklen atamalarda, partilerin tavassutu özellikle üst düzey görevler bakımından yaygın bir uygulama olarak varlığını sürdürmektedir. Hatta ülkemizde hizmetsiz memuriyetlerin (arpalıklar) kurumsallaştırıldığı<sup>82</sup> bürokraside “bankamatik memuru” olarak isimlendirilen bir sınıfın ortaya çıktığı, bu bağlamda, 29 yıldır Merkez Valisi olarak görev yapanların olduğu bile rapor edilmiştir.<sup>83</sup>

Bu haliyle bünyesinde kayırmacılığı barındıran bir liyakat sisteminin ülkemizde uygulandığı söylenebilir. Söz konusu sistemin, özellikle hizmete alınmada liyakatin esas alınmaması nedeniyle, kamuda işin gerektirdiği nitelikleri haiz olmayan ama statüye bağlı güvencelere sahip olması nedeniyle emekli olana kadar ya da kendisi istemediği sürece bulunduğu kadrodan ayrılmayan, çok etkin ve verimli çalıştırılmayan ve bu hususta bir motivasyona da sahip olmayan, gizli işsiz olarak nitelendirebileceğimiz bir kesimin ortaya çıkmasına neden olduğu kanısındayız.<sup>84</sup> Bu melez sistemin ortaya çıkardığı sonuçların, Türk Kamu İdaresinin rasyonelleştirilmesi önündeki en büyük engel olduğu da söylenebilir.<sup>85</sup>

1999 yılında Anayasada yapılan değişiklikle (mad.47/4) Devlet tarafından yürütülen kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere gördürülebilmesinin önü açılmıştır. Bu düzenleme statü hukukundan esnek kamu personel rejimine geçişin sağlanmasına yöneliktir. Anayasanın 128. maddesinde yer alan ve statü hukukunu aşındıran bu düzenlemeyle, esnek kamu personel rejiminin esas alınması hedeflenmiştir.<sup>86</sup> Kamu personel rejiminin esnekleştirilmesinden kastedilen Devlet tarafından yürütülen kamu hizmetlerinin özel hukuk hükümlerine tabi personele ya da statü hukukuna tabi olmayan personele yaptırılmasıdır. Böylece kamuda memur statüsü yerine sözleşmeli personel statüsünün, kadro gereği eşit işe eşit ücret yerine sözleşme gereği performans ücret sisteminin getirilmesi amaçlanmıştır. Esnekliğin ilk uygulaması kamusal istihdam sisteminin küçültülmesi anlamında sayısal esnekliğin kullanılarak personel sayısının azaltılması, diğeri de küçülen kamusal

---

<sup>81</sup> Öztürk, N., K., “Liyakat Sistemini Korumanın Farklı Bir Yolu: Liyakat İlkesi Koruma Kurulu” *Türk İdare Dergisi*, Haziran, 2002, s.131.

<sup>82</sup> Tutum, C., “Kamu Personeli Sorunu”, Kamu Yönetimi, İkinci Kitap, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Danıştay, Ankara, 1990, s.575.

<sup>83</sup> Uz, 2011:88.

<sup>84</sup> Uz, 2011:89.

<sup>85</sup> Uz, 2011:89.

<sup>86</sup> Avcı, M., *Kamu Görevliliğine Giriş*, Yayınevi, Ankara, 2007, s.172.

istihdamda esnekliğin uygulanarak personel sistemine egemen olan ilkelerin kırılması şeklindedir.<sup>87</sup> Esneklik anlayışı memur statüsü yerine sözleşmeli personel statüsünü, işçi statüsüne karşılık olarak geçici işçiliği desteklemektedir.<sup>88</sup>

Türkiye’de 2010 yılı itibari ile memur sayısı 1.769.730 iken<sup>89</sup>, 2016 yılı mayıs ayı itibari ile bu sayı 2.517.513’dür. Sözleşmeli personel sayısı 119.199, işçi sayısı 344.111, geçici personel sayısı ise 22.496’dır.<sup>90</sup> Bir hesaplama yapıldığında sözleşmeli personel ve geçici personel sayısının diğer istihdam türlerine göre yüzde olarak daha fazla arttığı gözlemlenebilmektedir.

Esneklik anlayışı kamu istihdam sisteminde 1988 yılında 657 sayılı kanunda yapılan değişiklik ile yardımcı hizmetler sınıfının, 2003 yılında 4924 sayılı kanunla sağlık hizmetleri sınıfının ve 2004 yılında 5188 sayılı kanun ile emniyet hizmetleri sınıfında dönüşüm yaratmıştır.<sup>91</sup> Esneklik anlayışı getirilen düzenlemelerle güvenceli “memur” statüsünde daralma oluşturulmuş, sözleşmesel istihdam sisteminde genişleme sağlanmıştır.

1988 yılında getirilen 318 sayılı kanun hükmünde kararname ile yardımcı hizmetler sınıfına dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerden, hizmet yerlerinin ve tedavi kurumlarının temizlenmesi, tesisatın bakım ve işletilmesi ve benzeri nitelikteki hizmetlerin üçüncü şahıslara ihale yoluyla gördürülebileceği hükmü getirilmiştir.

2003 yılında 4924 sayılı “Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’la<sup>92</sup> birlikte esneklik üzerinden yeni liberal politikalar uygulamaya geçirilmiştir. Kanun sağlık hizmetleri sınıfını yardımcı hizmetler sınıfı gibi taşeronlaştırarak özel sektöre açmıştır. Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerin, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebileceği belirtilmiştir.

Esneklik anlayışı ile dönüşüm geçiren diğer hizmet sınıfı emniyet hizmetleri

---

<sup>87</sup> Köroğlu, Ö.T., “Türkiye’de Personel Yönetiminden İnsan Kaynaklarına Geçişte Esneklik ve Memur Statüsü”, *Türk İdare Dergisi*, s.469, 2010, s.147.

<sup>88</sup> Köroğlu, 2010:148.

<sup>89</sup> Köroğlu, 2010:150.

<sup>90</sup> [http://www.dpb.gov.tr/F/Root/dosyalar/istatistikler/kamu\\_per\\_istatistikleri/mayis2016/1.pdf](http://www.dpb.gov.tr/F/Root/dosyalar/istatistikler/kamu_per_istatistikleri/mayis2016/1.pdf) E.T. 05.06.2016

<sup>91</sup> Köroğlu, 2010:152.

<sup>92</sup> 4924 Sayılı “Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması İle Bazı Kanun ve KHK’larda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’, 24.07.2003, RG, 25178.

sınıftır. Emniyet hizmetlerinde deregülyasyona gidilerek, hizmet, serbest piyasa açılmıştır. 2004 yılında çıkarılan 5188 sayılı «Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun»<sup>93</sup> hükümleri uyarınca kolluk hizmetlerinin özel güvenlik şirketlerine gördürülebilmesinin önü açılmıştır.

Sözleşmeli personel, statü hukukundan esnek kamu personel rejimine geçişin bir ürünüdür.<sup>94</sup> Statü hukukunda kamu görevlisi, kanunlarla ve idare tarafından belirlenen genel düzenlemelerle, tek yanlı olarak istihdam edilir. Dolayısıyla idare ile kamu görevlisi arasındaki ilişkinin koşullarını belirlemede karşılıklı irade serbestliği geçerli değildir. Statü hukuku içerisinde tek yanlı hizmete alınan kamu görevlisi, geçici olarak çalıştırılmaz; sürekli olarak hizmet yapar. Statü hukukuna tabi olan kamu görevlisinin görevine son verilmesi ancak, önceden belirlenmiş genel düzenlemelere karşı davranışı ile olur. Statü hukuku içerisinde olan kamu görevlisinin görevine son verilmesini gerektirecek davranışların neler olduğu da önceden belirlenmiş genel düzenlemelerde yer alır. Kamu görevlisinin görevine son verilmesini gerektirecek davranışları belirleyen düzenleme çoğu zaman kanun düzeyinde gerçekleşir.

Kamu personel rejiminin esnekleştirilmesinin bir unsuru olarak sözleşmeli personel, memurlar ve diğer kamu görevlileri gibi statü hukukuna değil, sözleşme ilişkisine bağlıdır. Sözleşme ilişkisinde statü hukukunun unsuru olarak, genel düzenleyici işlemlerle personelin bütün çalışma koşullarının düzenlenmesi yerine, esnekliğin unsuru olarak sözleşmelerle personelin çalışma koşulları belirlenmektedir.<sup>95</sup>

Esnek kamu personel rejiminde kanunilik ilkesi, yerini sözleşmeyle düzenleme esasına bırakır. Esnek kamu personel rejiminde, sözleşmeli personelin çalışma koşulları (statüsü) kanun ile değil, çoğunlukla sözleşmeyle belirlenmektedir.<sup>96</sup> Sözleşme esasına göre, idareyle sözleşme imzalayan personel ve idare, imzalanan sözleşmenin koşullarıyla bağlıdır. 657 sayılı Kanuna tabi sözleşmeli personel istihdamında, sözleşmeli personel çalıştırılmasına ilişkin esaslar kabul edilmiş olsa da, idare ile personel arasındaki çalışma ilişkisinin esası sözleşmedir. Çünkü Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslarda, sözleşmeli personelin çalışma koşullarından çok, sözleşmeli personel rejiminin genel esasları düzenlenmiş, çalışma koşulları ise sözleşmeyle belirlenmeye bırakılmıştır. Örneğin statü hukukunda personel maaşlarının

---

<sup>93</sup> 5188 sayılı "Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun", 26.06.2004, RG, 25504.

<sup>94</sup> Avci, 2007:173.

<sup>95</sup> Aslan, 2006:128.

<sup>96</sup> Aslan, 2006:129.

bütün unsurları kanunla ve kanuna bağlı olarak genel düzenleyici işlemlerle belirlenmiştir. Esnek kamu personel rejiminin bir ürünü olan sözleşmeli personel çalıştırılmasında ise, sözleşmeli personelin ücreti, sözleşmeyi imzalayacak olan yetkili amir veya makamın takdirine bırakılmıştır. Böylece kanun ve genel düzenleyici işlemlerle ücretin belirlenmesi yerine, sözleşmeyle ve amirin takdiri doğrultusunda her bir personel için ücretin ayrı ayrı belirlenmesi yöntemi getirilmiştir.<sup>97</sup>

Esnek kamu personel rejiminde, sözleşmeler bireysel esaslara dayanır. Maliye Bakanlığı tarafından tip sözleşmeler hazırlansa da, personel çalıştırılacak olan idare, Maliye Bakanlığına vize ettirmek koşuluyla sözleşme hazırlayabilir, sözleşmeli personelin çalışma koşullarını belirleyebilir. Uygulamada da, idarelerin sözleşme örneği hazırladığı görülmektedir. Dolayısıyla sözleşmeli personel rejimi esaslarının büyük kısmı, Maliye Bakanlığınca hazırlanan tip sözleşmeler ya da idare tarafından yapılan sözleşmelerle yürütülmektedir.

Kısacası, düzenlemelere bakıldığında kamu idare, kurum ve kuruluşlarında çalışan sözleşmeli personelin statü hukuku ile sözleşmeli personel rejimi arasında bir yerde olduğu ve sözleşmeli personel statüsünün, esnekleştirilen kamu personel rejiminin ana istihdam şekli niteliğini kazandığı görülmektedir.<sup>98</sup> Özellikle düzenleyici kurumların personel rejiminde ana istihdam şekli sözleşmeli personel olmuştur. Memur statüsünün ortadan kaldırıldığı bu kurumlarda, hizmetler sözleşmeli personel tarafından yerine getirilir.

Kamu personel rejiminin esnekleştirilmesi ve yeniden düzenlenmesi çalışmalarlarıyla birlikte birçok kuruluşun personel ve teşkilât kanununda değişiklik yapılarak ve Bakanlar Kurulu tarafından kanun hükmünde kararname çıkarılarak kamu idare, kurum ve kuruluşlarında sözleşmeli personel çalıştırılmasına izin veren hükümler getirilmek suretiyle sözleşmeli personel uygulamasının yaygınlaştırıldığı görülmektedir. Sözleşmeli personel uygulaması, görevlerde uzmanlaşmanın doğal bir sonucu olarak, özellikle uzmanlık gerektiren görevlerde kârlılık ve verimlilik amacını gerçekleştirebilmek için en uygun istihdam şekli olarak görülmüştür.<sup>99</sup>

Memur güvencesi olmaksızın personel çalıştırmak istenmesinin, diğer bir deyişle sözleşmeli personel çalıştırılmasının en önemli nedeni, ihtiyaç kalmayan personelin işten kolay çıkarılabilmesini sağlamaktır. Ayrıca kamu

---

<sup>97</sup> Aslan, 2006:129-130.

<sup>98</sup> Aslan, 2005:334.

<sup>99</sup> Canman, D., *“Türkiye’de Kamu Personel Rejiminde İyileştirme Çalışmaları ve Son Gelişmeler”*. *Türk İdare Dergisi*, Sayı:378. Ankara, 1988, s.148.

hizmetinin yürütülmesine ilişkin olarak yapılan hizmet için gerekli özellikleri taşımayan veya bu özellikleri sonradan kaybeden kişilerin de görevine son verilebilmesi amaçlanmıştır. Böylelikle görevine son verilen kişilerin yerine kamu hizmetinin daha iyi ve aksamadan yürütülebilmesi için ehil olan kişilerin getirilebilmesi sağlanacaktır.<sup>100</sup> Devlet memurlarının çalışma performansında zaman içinde meydana gelen düşüş ve azalma sürekli hizmetlerde sözleşmeli personel çalıştırılmasının nedenlerinden birisidir. Memurların statüleri gereği önceden belirlenmiş kurallar sistemine tabi olmasının, performanslarına göre ücretlendirilebilmelerine olanak vermediği ileri sürülmüştür.<sup>101</sup> Bu nedenle performansa dayalı ücret sisteminin uygulanabilmesi için sözleşmeli personel çalıştırma yoluna gidilmektedir. Nitekim Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı tarafından KÖYMER projesi kapsamında köylerde uygulamaya konulan 657 sayılı Kanunun 4/B maddesine tabi sözleşmeli mühendis ve veteriner hekim uygulaması çerçevesinde vize edilen tip sözleşmede; personelin Bakanlıkça çıkarılacak ve sözleşmenin eki sayılacak yönergede belirtilen esaslara göre performans değerlendirmesine tabi tutulacağı düzenlenmiştir. Bu performans değerlendirmesinde başarı gösterenlere sözleşme ücretinin % 10'una kadar performans ücreti ödenebilecektir. Performans değerlendirmesinde başarı gösteremeyenlerin ise belirtilen yönergedeki esaslar çerçevesinde Bakanlığın uygun görüşü ile sözleşmeleri feshedilebilecektir.<sup>102</sup> Keza kurumların özel personel ve teşkilât kanunlarına göre çalıştırılan sözleşmeli personel için de performansa dayalı ücret veya çalışma sisteminin getirildiği görülmektedir<sup>103</sup>.

Esnek kamu personel rejiminde, kanunilik ilkesine bağlılık söz konusu değildir. Dolayısıyla esnek kamu personel rejimi Anayasanın 128.maddesiyle çelişir. Kamu görevlisi kabul edilen sözleşmeli personele kanunilik ilkesinin uygulanmaması Anayasanın 128.maddesine aykırıdır.<sup>104</sup> Ancak Anayasa Mahkemesi bir kararında, Anayasanın 128.maddesinde öngörülen sözleşmeli personel çalıştırma usûl ve esaslarının kanunla belirlenmesi gereğinin 657 sayılı Kanunun 4/B maddesiyle yerine getirildiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesine göre, 657 sayılı Kanunun 4/B maddesinde Bakanlar Kuruluna bazı yetkiler verilmiştir. Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esasları düzenleyen Bakanlar Ku-

---

<sup>100</sup> Avcı, 2007:180.

<sup>101</sup> Bilgin, K.U., *Kamu Performans Yönetimi*, TODAİE Yayınları, Ankara, 2004, s. 401.

<sup>102</sup> Avcı, 2007:171.

<sup>103</sup> Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün merkez ve taşra teşkilâtında sözleşmeli olarak istihdam edilen spor uzmanı ve antrenörler ile idare arasında imzalanan idari hizmet sözleşmeleri örnek olarak gösterilebilir.

<sup>104</sup> Avcı, 2007:171.

rulu kararında da 657 sayılı Kanunun verdiği yetkiler kullanılmıştır. Dolayısıyla Anayasanın 128.maddesine aykırılık yoktur<sup>105</sup>. Anayasa Mahkemesinin bu kararına katılmak mümkün değildir.<sup>106</sup> **Çünkü Anayasa Mahkemesinin kararında da belirtildiği gibi, 657 sayılı Kanunun 4/B maddesinde Bakanlar Kuruluna bazı yetkiler verilmiştir**, Bakanlar Kurulu kararında da 657 sayılı Kanunun verdiği yetkiler kullanılmıştır. Hâlbuki kanunilik ilkesi gereği, sözleşmeli personelin hizmete alınmasından, disiplin işlemlerine kadar diğer *bütün çalışma koşullarına* ilişkin temel esasların kanunla düzenlenmesi gerekir<sup>107</sup>. Dolayısıyla şayet esnek personel rejimi temel personel rejimi olarak kabul edilecekse öncelikle Anayasa'nın 128. maddesi olmak üzere ilgili hükümlerde Anayasa değişikliği yapılması zaruridir.

## SONUÇ

Günümüzde kamu hizmeti anlayışının değişmesinin bir sonucu olarak devletin üstlendiği kamu hizmetlerinin niteliği ve niceliği de değişmiştir. Bütün bu değişmeler egemenlik anlayışının farklılaşmasının bir göstergesi ve uzantısıdır. Çünkü klasik egemenlik kuramında egemenlik tek elde toplanmaktadır. Bu sebeple kamu hizmetlerinin değişen niteliği klasik egemenlik anlayışı ile bağdaşmamaktadır. Klasik egemenlik kuramına göre, devlet tek kamu hizmeti sunan olmak zorundadır aksi halde egemen devlet ile çelişir. Egemenliğini hiç kimseye devredemez. Ancak gerek egemenlik anlayışındaki değişmeler gerekse kamu hizmeti anlayışındaki gelişmeler çatışma sorununu ortadan kaldırmıştır.

Devlet artık tüm kamu hizmetlerini üstlenen bir yapılanma değildir. Devlet, özel sektörün yapmak istemeyeceği ve aynı zamanda kamunun da ihtiyacı olan hizmetleri üretecektir. Bunun dışında kalan her şeyi özel sektöre bırakacaktır. Bu durum egemenliğin devri demek değildir. Günümüzdeki egemenlik anlayışı devletin, sadece özel sektörün karışmak istemeyeceği veya işin niteliği icabı karışamayacağı alanlara müdahale edeceğini ifade eder.

Kamu personel rejiminin esnekleştirilmesinden kastedilen Devlet tarafından yürütülen kamu hizmetlerinin özel hukuk hükümlerine tabi personele ya da statü hukukuna tabi olmayan personele yaptırılmasıdır. Böylece kamuda

---

<sup>105</sup> Anayasa Mahkemesi. Karar Tarihi:30.01.1992. Esas:1991/8. Karar:1992/5. Bakınız. [http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar Bilgi Bankası](http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Bilgi/Bankasi). E.T.16.08.2008.

<sup>106</sup> AvCI, 2007:171.

<sup>107</sup> Anayasa Mahkemesine göre, "Anayasada belirtildiği üzere yasa ile düzenlenmesi gereken konularda, yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmemesi" gerekir. Anayasa Mahkemesi. Karar Tarihi:02.10.1996. Esas:1996/61. Karar:1996/35. Bakınız. [http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar Bilgi Bankası](http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Bilgi/Bankasi). E.T.17.08.2008.



memur statüsü yerine sözleşmeli personel statüsünün, kadro gereği eşit işe eşit ücret yerine sözleşme gereği performans ücret sisteminin getirilmesi amaçlanmıştır.

Liberal görüşe göre, devletin özel kesimin eline tamamıyla bırakamayacağı düşünülen kamu hizmetleri adalet, güvenlik ve savunma ile tartışmalı olmakla birlikte sağlık hizmetleri olarak ifade edilebilir. Bazı tahkim uygulamaları dışında adalet hizmeti devletin tekelindedir. Özel güvenlik ve özel sağlık kuruluşlarınca ifâ edilen hizmetler dışında güvenlik ve sağlık hizmetleri idare tarafından sunulmaktadır. Belirtilen kamu hizmetleri dışındaki bütün faaliyetler, kamu hizmeti niteliği taşıya bile, özel kesime gördürülebilir. Adalet ve dış güvenlik hizmetlerinin kural olarak statü hukukuna bağlı kamu görevlileri vasıtasıyla yerine getirilebileceği, adalet, dış güvenlik ve kısmen iç güvenlik hizmetleri dışında idare tarafından kamu hizmetlerinin sunulması hâlinde bunun sözleşmeli personel eliyle gördürülebileceği ifade edilebilir.

Sözleşmeli personel, statü hukukundan esnek kamu personel rejimine geçişin bir ürünüdür. Sözleşmeli personel istihdamı, kısmi zamanlı çalışma ve taşeronlaşma uygulamalarıyla daha verimli ve kaliteli hizmet sunmanın önü açılmıştır. İşletmelerde kârlılık ve verimliliğin ancak çalışanların katılımı ile sağlanabileceği yönünde gelişen yönetim anlayışı, yeni üretim ve istihdam modellerine öncülük yapmıştır. Bu yönde gelişen kurumsal düzeydeki ilk örnekleri Sağlık Bakanlığı ve Yalova Belediyesi karşımıza çıkartmıştır.

Sağlık Bakanlığımızın günümüz dünyasında “yeni kamu işletmeciliği” anlayışıyla birlikte Türkiye’de kamu personel sistemindeki değişimleri izleyip performans değerlendirme ve ek ödeme sisteminin ilk olarak uygulamış olup, personelin ilerleme ve değerlendirme yönteminde değişiklikler yapmıştır. Sağlık hizmetlerinin niteliğindeki dönüşümün sağlık personeli istihdamının yönünü kadro sisteminden sözleşmeli sisteme doğru çevireceği ve kamu-özel ortaklığı ile kamu hastane birlikleri tarzındaki örgütlenme değişiminin taşeron personel ile yabancı sağlık personeli istihdamını arttıracakları ileri sürülmektedir.

Esnek çalışma sistemi kapsamında bir diğer önemli örnek ise Yalova Belediyesi’nin ZAMBAK uygulamasıdır. ‘Zamandan ve Mekândan Bağımsız Kamu Yönetimi Sistemi’ açılımla hayata geçirilen bu model bilgi toplumunun dinamiklerini ve gelişen teknolojiyi yansıtmaktadır. Bu modelin amacı personelin verimliliğini arttırmak, hizmetlerin iyileşmesini sağlamak, zamanı kısaltarak daha iyi hizmetler sunmak, bir anlamda tasarruf, başka bir anlamda hızlı iş yönetimi yapabilmektir.

İşletmelerle kamu kurum ve kuruluşlarının, değişen teknolojik şartlara, re-

kabete, küreselleşen dünya pazarlarına uyum sağlamak ve ayakta kalabilmek için esneklik, bilgi ve iletişim teknolojileri odaklı bir yapılanma içerisinde hareket etmeleri gerekmektedir. Esnek, yeniliğe açık, takım çalışması uygulayan ve katılımcı yönetimi benimseyen girişimci kamu yönetimleri, vatandaşların isteklerine hızlı cevap verebilirler.

◆◆◆◆

### KAYNAKÇA

Aslan, O. E., *Kamu Personel Rejiminin Anayasal İlkeleri*, TODAİE Yayınları, 1.bs., Ankara, 2006.

Aslan, O.E., *Kamu Personel Rejimi Statü Hukukundan Esnekliğe*, TODAİE Yayınları, Ankara, 2005.

Ateş, H. ve Çöpoğlu M., “Kamu Yönetimi ve Çalışma Hayatında Esneklik”, *Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi*, Cilt: X, Sayı:1, 2015.

Auer, A, Demmke, C. ve Poltet, R.(2009), *Civil Services in the Europe of Fifteen: Current Situation and Prospects*. European Institute of Public Administration, Maastricht, 2009.

Avcı, M., *Kamu Görevliliğine Giriş*, Yayınevi, Ankara, 2007.

Bilgin, K.U., *Kamu Performans Yönetimi*, TODAİE Yayınları, Ankara, 2004.

Bellocchi, L., “Elements of Model Civil Service Laws for Developing Nations.” *OPR, World Bank, Washington, D.C., 1993*.

Canman, D., “Türkiye’de Kamu Personel Rejiminde İyileştirme Çalışmaları ve Son Gelişmeler”. *Türk İdare Dergisi*, Sayı:378. Ankara, 1988.

Cardona, F., “The Scope of Civil Service Systems in European Countries”, <http://www.oecd.org/puma/sigmaweb/acts/civilservice/docs/csscope.pdf>, 2000, E.T. 18.09.2015.

Çapar, S., “1980 Sonrası Türk Kamu Yönetiminin Değişim ve Dönüşümü”, *İdarecinin Sesi Dergisi*, 2011, s.39.

Delevoye, P.J., “The public employment observatory, Annual report”, Meeting of the Steering Committee of the Public Employment Observatory, 9 December, Paris, 2011.

Demmke, C. ve Moilanen, T., *Civil Services in the EU of 27*, Peter Lang, Frankfurt, 2010.

Demmke, C., *Are Civil Servants Different Because They Are Civil Servants*, Luxembourg, 2005.

Demmke, C. ve Linke, U., “Who’s a National and Who’s a European?” Exercising Public Power and the Legitimacy of Art. 39 4 EC in the 21st Century”, EIPAS-COPE, 2003.

Denhardt, V. ve Denhardt, J., *New Public Service*, Expanded Edition, Sharpe Inc., U.S.A., 2007.

Derlien, H. U., “The German public service: between tradition and transformation”, In: Derlien, H. U. / Peters, B. G. (Hrsg.): *The State at Work: Public Sector Employment in Ten Western Countries*, Cheltenham, 2008.

Eryılmaz, B., “Kamu Bürokrasisinin Denetlenmesinde Yeni Gelişmeler”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt: 26, Sayı: 4, 1993.

Eğitim Sen, *Kamunun Dönüşümü ve 657 DMK Değişiklikleri Üzerine*, Eğitim Sen Yayınları, 2010.

Gözübüyük, A. Ş., *Açıklamalı Türk Anayasaları, Anayasaların Yapılışları-Özellikleri*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.

Gönen, Y., “Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliğine İlişkin Bir Değerlendirme”, *GÜHFD*, C.XIV, sy.2., 2010.

Güler, B., A., “Türkiye’de Kamu Personel Rejimi Esasları”, *Türkiye’de Kamu Personelinin Yeniden Yapılandırılması Sempozyumu*, Ankara, 22-23 Şubat, 2003.

Güran, S., *Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri*, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1980.

Gürsel, M., K. ve Önüt, L., B., “Avrupa Birliği’nin Kurumsal Yapısına Egemen Olan İlkeler”, *AİD*, Sayı:42, 2009.

Gürsel, M., K., “Kamu Görevine Girişte Kadın-Erkek Eşitliği Konusunda Bir Değerlendirme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:4, Sayı:2, 2002.

Hondeghem, A. ve Putseys, L., *The contractualisation of top-management: a comparative view, presented at a seminar organised at the European Institute of Public Administration, Maastricht, 25-26 October, 2004.*

Janssens, K. ve Janvier, R., “Statutory and contractual employment in the Belgian public sector. The gap between theory and practice”, EGPA-Conference, Ljubljana, Slovenia, 1-4 September, 2008.

Kavruk, H., “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Yapısı ve Kamu Hizmeti Anlayışına Yön Veren Çağdaş Gelişmeler”, *Türk İdare Dergisi*. Yıl: 65, Sayı: 399, 1993.

Leyland, P. ve Woods, T., *Administrative Law Facing the Future: Old Constraints & New Horizons*, Blackstone Press Limited, Great Britain, 1997.

Mihçioğlu, C., “Türkiye’de Memuriyete Girişte Liyakat Prensibi”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: XIII, Sayı:1-2, 1958.

Ministerio de Administraciones Públicas, “Civil Service in Spain”, Publication of the Spanish EU-Presidency, 2012.

Öztürk, N., K., “Liyakat Sistemini Korumanın Farklı Bir Yolu: Liyakat İlkesi Koruma Kurulu” *Türk İdare Dergisi*, Haziran, 2002.

Reichard, C. ve Manfred, R., “Inertia of education and recruitment in the German civil service”, Paper presented at the EGPA Conference for PSG 9 “Public Administration and Teaching”, Toulouse, 8-10 September, 2010.

Reichard, C., “The study of public management in Germany. Poorly institutionalized and fragmented”, in: Kickert, Walter (ed.): *The Study of Public Management in Europe and the US*. London, New York, 2008.

Köroğlu, Ö.T., “Türkiye’de Personel Yönetiminden İnsan Kaynaklarına Geçişte Esneklik ve Memur Statüsü”, *Türk İdare Dergisi*, s.469, 2010.

Report of the Danish Ministry of Finance, “*State Sector Personnel in Denmark*”, Copenhagen, November, 2010.

Rosenbloom, D., ve Kravchuk, R., *Public Administration*, Fifth Edition, New York, 2002.

Saklı, A. R., “Fordizm’den Esnek Üretim Rejimine Dönüşümün Kamu Yönetimi Üzerindeki Etkileri”, *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt:12, Sayı:44, 2013.

Şen, M. L., “Liyakat İlkesi ve Türk Personel Sistemindeki Uygulaması”. *Amme İdaresi Dergisi*. Cilt:28. Sayı:1. Ankara, 1995.

Tutum, C., “Kamu Personeli Sorunu”, *Kamu Yönetimi*, İkinci Kitap, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Danıştay, Ankara, 1990.

Tutum, C., *Personel Yönetimi*, TODAİE, 2.bs., Ankara, 1979.

United Kingdom, Cabinet Office, Personnel Statistics, Media Brief, 2012.

United Kingdom, Cabinet Office, A Draft Civil Service Bill, A Consultation Document, 2012.

Uz, A., “Anayasal Bir Hak Olarak Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Liyakat İlkesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:2 Sayı:1, 2011.

Wolff, H. A., “The Civil Service in Germany Annual Report”, IUS Publicum, 2011.

Yavuzdoğan, S., *Devlet Memurları Kanunu Uyarınca Naklen Atama*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Yavuzdoğan, S., “Almanya’da Kamu Görevlilerinin Hizmet Öncesi Eğitimi ve Atanmaları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Nisan, 2016.

# AZERBAIJAN CUMHURİYETİ YARGI SİSTEMİ

*Judicial System of Republic of Azerbaijan*

Yrd. Doç Dr. Murat ERDEM<sup>1</sup> – Arş. Gör. Samet İLDEŞ<sup>2</sup>

## ÖZET

Çalışmamızda Azerbaycan Cumhuriyeti yargı sistemi, yargılamaya ilişkin ilkeler ışığında, mahkemeler, mahkeme-hukuk şurası, hâkimlik, savcılık, noterlik, avukatlık, icra memurluğu, bilirkişilik kurumlarının yanı sıra tahkim yargılaması başlıkları olarak incelenmiştir. Böylece Azerbaycan ile ülkemiz arasında bu alanda bir karşılaştırma ve etkileşime katkı sağlanması amaçlanmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Azerbaycan Yargı Sistemi, Hâkim, Savcı, Noter, Bilirkişi, İcra Memurları, Avukat, Tahkim.

## ABSTRACT

In our study, the judicial system of Republic of Azerbaijan will be examined in the view of the principles relating to the proceedings and by the titles of courts, courts-law council, judges, prosecutors, notaries, lawyers, law enforcement officers, expert witnesses as well as arbitration. So it is aimed to contribute to a comparison and interaction in this field between our country and Azerbaijan.

**Keywords:** Azerbaijan Judicial System, Judges, Prosecutors, Notaries, Experts, Law Enforcement Officers, Lawyers, Arbitration.

◆◆◆◆

## I. YARGILAMAYA İLİŞKİN ANAYASAL HÜKÜMLER

Azerbaycan Anayasası'nın<sup>3</sup> 125 ve devamı maddelerinde, yargılama erkine ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Azerbaycan Cumhuriyeti'nde yargılama yetkisi sadece mahkemeler aracılığıyla kullanılabilir. Bu yetki Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, Azerbaycan Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi, Azerbaycan Cumhuriyeti İstinaf Mahkemeleri, Genel Mahkemeler ve diğer ihtisas mahkemelerine aittir. Ceza

<sup>1</sup> Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (muraterdem@sakarya.edu.tr)

<sup>2</sup> Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (sildes@sakarya.edu.tr)

<sup>3</sup> 00 sayılı 12 Kasım 1995 tarihli Azerbaycan Respublikasının Konstitutsiyası, <http://www.e-qanun.gov.az/framework/897>, Erişim Tarihi: 03.03.2016.

yargılamalarında iddia makamında Azerbaycan Cumhuriyeti Başsavcılığı kurumu bulunmaktadır<sup>4</sup>.

Mahkemelerin kuruluşu, yetkileri, değiştirilmesi, uygulanacak usuller sadece kanunla belirlenebilir<sup>5</sup>. Hâkimler, bağımsız, tarafsız ve dokunulmazdır<sup>6</sup>.

Anayasa, yargılama erkine ilişkin genel kurallardan bahsettikten sonra ayrıntılı hususların kanunlarca düzenleneceğini vurgulamaktadır. Yargılamaya ilişkin ilkeler aşağıda ilgili kanunların hükümleri çerçevesinde incelenecektir.

## II. YARGILAMAYA İLİŞKİN İLKELER

### A. Mahkeme ve Hâkimler Hakkında Kanun'da Yer Alan Genel İlkeler

Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Kanun'da<sup>7</sup>; eşitlik, hâkimlerin bağımsızlığı<sup>8</sup>, savunmanın kutsallığı, yargılamanın aleniliği, yargılamanın çekışmeli olması, doğal hâkim-mahkeme ilkesi gibi ilkelere yer verilmiştir<sup>9</sup>. Bu kanun, tüm yargı sistemine etki etmesi nedeniyle bu ilkelerin her yargı yolu<sup>10</sup> için ihdas edildiğini belirtebiliriz.

### B. Hukuk Yargılama Usulü Kanununda Yer Alan İlkeler

Hukuk yargılama usulü kanununda<sup>11</sup>, doğal hâkim, hâkimlerin bağımsızlığı, kanun ve mahkeme karşısında eşitlik, açıklık-alenilik ilkeleri mevcuttur<sup>12</sup>.

### C. Ceza Yargılama Usulü Kanununda Yer Alan İlkeler

Ceza yargılama usulü kanununda<sup>13</sup>; kanunilik, eşitlik, insan hak ve özgür-

---

<sup>4</sup> Azerbaycan Respublikasının Konstitutsiyası, md. 125/1-2-3-4.

<sup>5</sup> Azerbaycan Respublikasının Konstitutsiyası, md. 125/5-6.

<sup>6</sup> Azerbaycan Respublikasının Konstitutsiyası, md. 128.

<sup>7</sup> 310-IQ sayılı 10 Haziran 1997 tarihli Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, <http://e-qanun.az/framework/3933>, Erişim Tarihi: 13.04.2016.

<sup>8</sup> ARSLAN, Ramazan- TANRIVER, Süha, Yargı Örgüt Hukuku, 2. bs., Yetkin Yay., Ankara 2001, s. 186, 187.

<sup>9</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu md. 7, 9, 10, 12, 13, 15.

<sup>10</sup> KALABALIK, Halil- ERDEM, Murat, Temel Hukuk Bilgisi, 8.bs., Seçkin Yay., Ankara, 2016, s.456-479.

<sup>11</sup> 780-IQ sayılı, 28 Aralık 1999 tarihli Azerbaycan Respublikası Mülki Prosessual Mecellesinin Tasdik Edilmesi, Yürürlüğe Girmesi ve Bununla Bağlı Hukuki Düzenlenem e Meseleleri Hakkında Azerbaycan Respublikası Kanunu ile tasdik edilen Azerbaycan Respublikasının Mülki Prosessual Mecellesi, <http://www.e-qanun.az/code/9>, Erişim Tarihi: 13.04.2016

<sup>12</sup> Azerbaycan Respublikasının Mülki Prosessual Mecellesi, md. 6, 7, 8, 10.

<sup>13</sup> 907-IQ sayılı, 14 Haziran 2000 tarihli Azerbaycan Respublikasının Cinayet Prosessual MEcellesinin Tasdik Edilmesi, Yürürlüğe Girmesi ve Bununla Bağlı Hukuki Düzenleme Meseleleri

lüklerinin korunması, kişilerin şeref ve haysiyetlerinin korunması, kişi dokunulmazlığının korunması, özel hayatın korunması, konut dokunulmazlığının korunması, mülkiyet hakkının korunması, savunmanın kutsallığı, kişinin kendi ve yakınları aleyhine delil vermeme serbestisi<sup>14</sup>, masumiyet karinesi<sup>15</sup>, çelişme ilkesi, şüpheden sanık yararlanır ilkesi, bir fiilden dolayı iki defa yargılama yapılamaz ilkesi, mahkemeye ulaşma hakkı, beraat eden kimsenin zararlarının tazmini ilkelerine yer verilmektedir<sup>16</sup>.

#### **D. İdari Yargılama Usulü Kanununda Yer Alan İlkeler**

İdari yargılama usulü kanununda<sup>17</sup>, hâkimlerin bağımsızlığı, mahkeme önünde eşitlik, re'sen araştırma ilkesi<sup>18</sup>, çekişme ilkesi, sözlülük ilkesi, açıklık-amenlik ilkesi gibi ilkeler ayrıca düzenlenmiştir<sup>19</sup>.

### **III. YARGI TEŞKİLATI**

#### **A. Genel Olarak**

Azerbaycan Anayasası'nın 125. maddesinin 6. bölümüne uygun olarak mahkemelerin görev ve yetkilerinde değişikliklerin yapılması ancak kanunla mümkün olabilir ve ayrıca olağanüstü yahut bu kanun kapsamında sayılmayan mahkemelerin kurulması yasaklanmıştır<sup>20</sup>. Mahkemeler ve hâkimler hakkındaki mevzuat; Azerbaycan Anayasası, Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Kanun ve diğer kanun ve uluslararası sözleşmelerden oluşmaktadır<sup>21</sup>.

Mahkemeler, ancak kendileri için kanunla belirlenmiş alan ve konularda görevlidir ve yargılama görevini ifa ederken, kişi hak ve özgürlüklerine riayet etmek şartıyla tüm kurum, kuruluş, siyasi parti ve tüzel kişilerin hukuki menfa-

---

Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu ile tasdik edilen Azerbaycan Respublikasının Cinayet Prosesual Mecellesi, <http://e-qanun.az/code/14>, Erişim Tarihi: 22.03.2016.

<sup>14</sup> Bu konuda bkz. ÖZTÜRK, Bahri, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. bs., Seçkin Yay., Ankara, Temmuz 2013, s.155.

<sup>15</sup> Bu konuda bkz. CENTEL, Nur - ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10.bs., Beta Yay., İstanbul, Eylül 2013, s.148.

<sup>16</sup> Azerbaycan Respublikasının Cinayet Prosesual Mecellesi, md.10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 32, 33, 34, 35, 36. Ayrıca bkz. SEMENDEROV, Firudin, Cinayet Hukukunda Ceza Problemi, Baku Üniversitesi Neşriyyatı, Baku, 2009, s. 81 vd.

<sup>17</sup> Azerbaycan Respublikasının İnzibati Prosesual Mecellesi, <http://e-qanun.az/code/20>, Erişim Tarihi: 17.04.2016.

<sup>18</sup> Bu konuda bkz. KARSLI, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. bs., Alternatif Yay., İstanbul 2012, s. 297.

<sup>19</sup> Azerbaycan Respublikasının İnzibati Prosesual Mecellesi, md.10, 11, 12, 15, 17.

<sup>20</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.1

<sup>21</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.2.



atlerini de korumak zorundadır. Mahkemelerin bu sayılanlar dışında herhangi bir görevi üstlenmesi hukuksuzdur<sup>22</sup>.

Mahkemeler görevlerine göre; ilk derece mahkemesi, istinaf mahkemesi ve temyiz mahkemesi olmak üzere 3 dereceli bir yapılanmaya sahiptir. Yargılamalar, heyet halinde çalışan hâkimler veya tek hâkimle yürütülebilir. İlk derece mahkemelerinde yargılama tek hâkimle yürütülebileceği gibi 3 (üç) hâkimden oluşan bir heyetle de yürütülebilir. İstinaf ve temyiz mahkemelerinde ise 3 (üç) veya daha fazla hâkimden oluşan heyetler mevcuttur<sup>23</sup>.

Mahkemelerin kararları uygun vasıtalarla duyurulur ve istinaf ve temyiz merciinin kararları da bir ay içerisinde ilan edilir ayrıca elektronik yolla da duyurulur. Üst mahkemeler tarafından kararı bozulmuş ilk derece mahkemesinin kararları da ilan edilir. Bu kararlara, ülkedeki tüm gerçek ve tüzel kişiler uyumlu ve gereğini yerine getirmelidir. Bu kararların gereğinin yerine getirilmesi ise hukuken sorumluluğu gerektirir<sup>24</sup>.

Azerbaycan yargı sisteminde önem arz eden kurumlardan birisi de Mahkeme-Hukuk Şurası'dır. Mahkeme teşkilatını izaha geçmeden önce bu kurum incelenecektir.

## **B. Mahkeme-Hukuk Şurası**

Mahkeme-Hukuk Şurası; yargı sisteminin yönetimi ve hâkimlerin bağımsızlığının sağlanması, hâkim adaylarının seçilmesi, hâkimlerin faaliyetlerinin değerlendirilmesi, hâkimlerin görev yerlerinin değiştirilmesi, hâkimlerin görevden alınması, hâkimlerin disiplin sorumluluklarına gidilmesi konularını inceleyen ve sonuca bağlayan bir idaredir<sup>25</sup>. Bağımsız bir idaredir; yasama-yürütme ve yargı organları, baro ve bilimsel kurumlarla işbirliği halinde çalışır<sup>26</sup>.

Şura; hâkimler, yasama, yürütme, savcılık organları ve baro temsilcilerinden oluşan 15 (on beş) üyeden oluşan bir organdır<sup>27</sup>. Üyelerin teminatı mevcuttur<sup>28</sup>. Ayrıca üyeler bağımsız ve dokunulmazdır<sup>29</sup>.

---

<sup>22</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.3.

<sup>23</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.4.

<sup>24</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 5-6.

<sup>25</sup> 818-I numaralı, 28 Aralık 2004 tarihli, Mahkeme-Hukuk Şurası Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, <http://e-qanun.az/framework/7303>, Erişim Tarihi: 18.04.2016, md.1.

<sup>26</sup> Mahkeme-Hukuk Şurası Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.4.

<sup>27</sup> Mahkeme-Hukuk Şurası Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 6.

<sup>28</sup> Mahkeme-Hukuk Şurası Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 8.

<sup>29</sup> Mahkeme-Hukuk Şurası Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md 9.

Şura'nın, mahkemelerin yetki ve görev alanlarının düzenlenmesine ilişkin teklif sunmak, hâkim adaylarını seçmek, hâkimlerin görev yerlerini değiştirmek, görev sürelerinin uzatılmasına ilişkin kararları almak, hâkim eğitimlerini yürütmek, mahkemelerin finansmanını temin etmek gibi görevleri de mevcuttur<sup>30</sup>.

### **C. Mahkemeler Teşkilatı**

Azerbaycan yargı teşkilatı;

- Bölge (şehir) mahkemeleri,
- Ağır suçlar mahkemeleri (Ağır ceza mahkemeleri),
- Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti ağır suçlar mahkemeleri,
- Askeri mahkemeler,
- Ağır suçlara ilişkin askeri mahkemeler (Askeri ağır ceza mahkemeleri)
- İdari ve ekonomik (genel itibariyle ticari) mahkemeler,
- Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi,
- İstinaf Mahkemeleri,
- Azerbaycan Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi,

şeklinde örgütlenmektedir. Ayrıca Anayasa kapsamında Anayasa Mahkemesine de yer verilmiştir<sup>31</sup>. Her bir mahkeme bağımsız bir tüzel kişiliktir<sup>32</sup>.

### **C. Bölge (Şehir) Mahkemeleri**

İlk derece mahkemesi olarak bölge (şehir) mahkemeleri, kanunla kendisine verilmiş olan idari, cezai davalara ve diğer tüm davalara bakma yetkisine sahiptir<sup>33</sup>. Bu mahkemeler, Azerbaycan Cumhuriyeti bölgelerinde, şehirlerinde kurulur. Yeni bir mahkeme, Mahkeme-Hukuk Şurasının teklifi üzerine Anayasa'nın 109. maddesinin 32. bendine uygun olarak kurulur<sup>34</sup>.

Bu mahkemeler başkan ve hâkimlerden oluşmaktadır. 12 (oniki) veya daha fazla hâkim bulunan bölge (şehir) mahkemelerinde, bir de başkan yardımcılığı

---

<sup>30</sup> Mahkeme-Hukuk Şurası Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 11.

<sup>31</sup> Azerbaycan Respublikasının Konstitusiyası md. 130.

<sup>32</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.19.

<sup>33</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.20.

<sup>34</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 20-21.

oluşturulur<sup>35</sup>. Mahkeme başkanları temel itibariyle görevli bulunduğu mahkemelerdeki yargılamaların intizamla yürütülebilmesi, kararların uygulanırılığının tespiti ve takibi, mahkemenin çalışmasıyla ilgili yüksek mahkemeye bilgi verme görevlerini yerine getirir. Başkan yardımcıları ise başkanın olmadığı durumlarda onun yerine vazifelerini ifa etmekle görevlidir<sup>36</sup>.

#### **D. Ağır Suçlar Mahkemeleri**

Bu mahkemeler ilk derece mahkemesi olup, kanunla belirlenmiş alanlarda ceza davalarına bakarlar. Bu mahkemeler de Mahkeme-Hukuk Şurasının teklifi üzerine Anayasa'nın 109. maddesinin 32. bendine uygun olarak kurulurlar. Bir başkan ve hâkimlerden oluşurlar. 12 den fazla hâkimi bulunan mahkemeye bir de mahkeme başkan yardımcısı atanır<sup>37</sup>.

Mahkeme başkanı, mahkemede yürütülen yargılamaların düzgün bir şekilde yürütülmesini gözetir, duruşmalara başkanlık eder, mahkeme görevlilerinin işe kabul ve çıkarılmalarını temin eder; mahkemenin işleriyle ilgili yüksek mahkemeye rapor sunar, mahkemenin işleyişiyle ilgili teklif ve önerileri kabul eder<sup>38</sup>.

Mahkeme başkan yardımcısı ise, duruşmalara başkanlık eder, başkan tarafından kendisine verilmiş görevleri yerine getirir. Ayrıca başkan olmadığı durumlarda yerine geçerek başkanın görevlerini ifa eder<sup>39</sup>.

#### **D. Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti'nin Ağır Suçlar Mahkemesi**

Bu mahkeme de yetki alanı Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti'nin başkenti Nahçıvan şehri olmak üzere ilk derece mahkemesi olarak ceza davalarına bakmakla görevlidir. Mahkeme başkan ve hâkimlerden oluşur. Hâkim sayısı Mahkeme-Hukuk Şurası tarafından belirlenir<sup>40</sup>.

Mahkeme başkanı, yukarıdaki örneklerine uygun olarak bu mahkemenin başkanlığını yürütür<sup>41</sup>.

#### **E. Askeri Mahkemeler**

Askeri mahkemeler kendi yetki ve görev alanlarında ilk derece mahkeme-

---

<sup>35</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.22.

<sup>36</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.22-23.

<sup>37</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 25, 26, 27.

<sup>38</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.28.

<sup>39</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 29.

<sup>40</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 30-1, 30-2, 30-3.

<sup>41</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 30-4.

si olarak ceza davalarına bakar. Bu mahkemeler Azerbaycan Silahlı Kuvvetler Kurulu'nun bulunduğu alanlar ve dahi diğer birleşik kuvvetlerin yetkili olduğu alanlarda kurulur. Askeri mahkemeler de mahkeme başkanı ve hâkimlerden oluşur. 12 (oniki)' den fazla hâkimi olan mahkemelerde mahkeme başkan yardımcılığı da mevcuttur<sup>42</sup>.

Mahkeme başkanı; mahkemenin işlerinin düzenlenmesinden, duruşmalara başkanlık edilmesinden, mahkemenin diğer çalışanlarının idari yönden denetlenmesinden, mahkemenin işleriyle alakalı yüksek mahkemeye rapor sunulmasından, mahkeme hakkında yöneltilen teklif, şikayet ve önerilerin değerlendirilmesinden sorumludur<sup>43</sup>.

Mahkeme başkan veya başkan yardımcılarının görevleri geçici olarak diğer bir mahkeme hâkimine bırakılabilir. Tek hâkimli bir askeri mahkemenin hâkiminin görevini bir diğer askeri mahkeme hâkimi üstlenebilir<sup>44</sup>.

#### **F. Ağır Suçlara İlişkin Askeri Mahkemeler**

Bu mahkeme yine askeri idarenin görev alanındaki bazı ceza davalarıyla ilgili yargılamaların yürütülmesiyle görevlidir. Bu mahkeme Bakü şehrinde kurulur. Azerbaycan silahlı kuvvetlerinin eylem ve işlemlerine şamildir<sup>45</sup>.

Bu mahkeme; mahkeme başkanı, mahkeme başkan yardımcısı ve hâkimlerden oluşur. Mahkeme hâkimlerinin sayısı, Anayasa'nın 109. maddesinin 32. bendine uygun olarak belirlenebilir<sup>46</sup>.

Mahkeme başkanı; mahkeme işlerinin teşkili, duruşmaların yürütülmesi, hâkimler arasında iş dağılımı, mahkeme çalışanlarının idaresi, mahkemenin işleriyle ilgili yüksek mahkemeye bilgi verilmesi, mahkemenin işleyişi ile ilgili başvuruların alınması işleri ile görevlidir. Başkan yardımcısı ise, başkanca belirlenmiş işlerden sorumlu olduğu gibi başkanın olmadığı zamanlarda onun yetkilerini kullanır. Mahkeme başkan yardımcısının görevleri geçici olarak bir diğer hâkime verilebilir<sup>47</sup>.

---

<sup>42</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.31, md.32, md.33.

<sup>43</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.34.

<sup>44</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.35.

<sup>45</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.36, md.37.

<sup>46</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.38.

<sup>47</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.39, md.40, md.41.

## G. İdari ve Ekonomik Mahkemeler

İdari ve ekonomik mahkemeler, kanunla kendisine verilmiş idari ve ekonomik uyuşmazlıkların ilk derece mahkemesi olarak çözüm makamıdır. Bu mahkemeler, Anayasa'nın belirlediği ülkenin idari ve ekonomik bölümlerinde yetkili olmak üzere kurulurlar. Başkan, başkan yardımcısı ve hâkimlerden oluşurlar. Hâkim sayısını Mahkeme - Hukuk Şurası belirler<sup>48</sup>.

Mahkeme başkan ve başkan yardımcılarının görevleri daha önce arz ettiğimiz mahkeme başkan ve başkan yardımcılarının görevleriyle özdeşdir<sup>49</sup>.

## H. Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti'nin Yüksek Mahkemesi

Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi (Nahçıvan Yüksek Mahkemesi) kanunla yetkilendirilmiş alanda, temyiz mercii olarak yargılama yapar. Nahçıvan'da kurulur ve yetki alanı Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti'dir.

Nahçıvan Yüksek Mahkemesi, başkanlık kurulu, idari işler kurulu, idari-ekonomik davalar kurulu, ceza davaları kurulu ve askeri davalar kurulundan oluşur. Bu kurullardan davalara bakmak için daireler oluşturulabilir. Bu dairelere mahkeme başkanı, mahkeme başkan yardımcısı ve kurul başkan ve hâkimleri dahil olabilir<sup>50</sup>.

Nahçıvan yüksek mahkemesi; başkanlık kurulu, mahkeme başkanı, mahkeme başkan yardımcısı, ve kurul başkanlarından oluşur. Mahkeme başkanı, başkanlık kurulunun da başkanıdır. Bu kurul, 3 aylık periyotta birden az olmamak üzere toplanır. Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti Başsavcısı, toplantıya yürütme organı başkanı ve diğer kimseleri davet edebilir. Toplantı gündemleri kurul üyelerine toplantıdan önce en geç 10 gün içinde gönderilir. En az 3 üyenin bulunmasıyla toplantı gerçekleşmiş sayılır. Kurul, kararlarını açık oylamayla ve salt çoğunlukla alır<sup>51</sup>.

Başkanlık kurulu, mahkemede görev yapan hâkimler arasından kurulları ve daireleri oluşturur. Kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi için Yüksek Mahkeme'ye başvurma yetkisi de mevcuttur. Başkanlık kurulu, ilk derece mahkeme başkanlarının raporlarını kabul eder. Böylece mahkeme istatistiklerinin tutulması söz konusu olabilecektir<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 42, md. 43, md. 44.

<sup>49</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.45, md. 45-1.

<sup>50</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.52, md.53.

<sup>51</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.55.

<sup>52</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.54.

Dava kurulları ise, ilk derece mahkemelerinin kararlarını temyiz merci olarak inceleyen birimlerdir<sup>53</sup>.

Naçıvan yüksek mahkemesi başkanı, yüksek mahkemenin temsilcisidir ve temel olarak mahkemenin idaresinden sorumludur. Bununla birlikte; kurul toplantılarına başkanlık etmek, yargı işlevi konusunda Mahkeme-Hukuk Şurasına teklifler sunmak, hâkimlerin disiplin soruşturmalarıyla ilgili Mahkeme-Hukuk Şurasına başvurmak, mahkeme başkanlık kurulunun gündemini belirlemek gibi görevleri de mevcuttur<sup>54</sup>.

Dava kurul başkanları, ilgili davalar ve ilgili görüşmelere başkanlık ederler<sup>55</sup>.

### I. İstinaf Mahkemeleri

İstinaf mahkemeleri, ilk derece mahkemelerinde görülen davaların istinaf yolu ile incelendiği üst derece mahkemeleridir<sup>56</sup>. İstinaf mahkemeleri; başkanlık kurulu, idari kurul, idari-ekonomik davalar kurulu, ceza davaları kurulu ve askeri davalar kurulundan oluşur. Kurullar davalara bakmak için kendi içinden daireler oluşturabilir<sup>57</sup>. Mahkemeyi, mahkeme başkanı temsil etmektedir. Başkan aynı zamanda mahkeme çalışanları üzerinde idari amirdir. Başkan, görev yaptığı mahkemedeki hâkimler ile bağlı ilk derece mahkeme hâkimlerinin disiplin amiri konumundadır. Hakkında disiplin kovuşturmasını gerektiren bir iddia bulunan hâkimleri, Mahkeme- Hukuk Şurasına sevk eder<sup>58</sup>.

İstinaf mahkemelerinin başkanlık kurulları; mahkeme başkanı, mahkeme başkan yardımcısı ve kurul başkanlarından oluşur. Başkanlık kurulu, en az 3 ayda bir olmak üzere toplanır. Mahkeme başkanı başkanlık kuruluna başkanlık eder. Toplantı gündemi kurul üyelerine toplantı tarihinden itibaren en geç 10 gün önce bildirilir. Kurul kararlarını açık oylamayla ve oy çokluğu ile alır. Kurulun toplantı yeter sayısı en az 3 üyedir<sup>59</sup>.

Azerbaycan hukukunda, ilk derece mahkemelerinin nihai kararlarına karşı

---

<sup>53</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 56.

<sup>54</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.57.

<sup>55</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 59.

<sup>56</sup> ÖZEKES, Muhammet, 100 Soruda Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz, 3.bs., Yekin Yay., Ankara 2016, s. 38. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. ZÜLFÜGAROVA, Gülnar, Türk ve Azerbaycan Hukukunda Karşılaştırmalı Olarak İstinaf ve İstinaf Usulü, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Basılmamış yüksek lisans tezi, Konya 2012, s. 3 vd.

<sup>57</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 61, md. 62. Zülfügarova, a.g.e., s. 64.

<sup>58</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.66.

<sup>59</sup> Mahkemeler ve Hâkimler hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 64.

istinaf kanun yoluna gidilebilmektedir<sup>60</sup>. Ayrıca usul kanunlarında gösterilmiş ve davanın gidişatını olumsuz bir şekilde etkileyen ara kararlara karşı da istinaf kanun yoluna başvurmak imkanı vardır. Bu nitelikte olmayan diğer ara kararlara karşı ise ancak nihai kararlarla birlikte temyiz yoluna başvuru mümkündür. İstinaf başvurusu, kararın verildiği tarihten itibaren 10 gün içerisinde ilk derece mahkemesine yapılır. İlk derece mahkemesi başvuruyu yerinde görürse ve kararını değiştirmezse dosyayı 7 gün içinde istinaf merciine sevk eder<sup>61</sup>.

Başkanlık kurulları, dava kurullarını ve dava dairelerini kurmakla yükümlüdür. Dava kurullarının ve dava dairelerinin kurulmasına ilişkin teklifleri Başkan sunar<sup>62</sup>. Başkanlık kurullarının, kanunların Anayasa'ya aykırılığından bahisle Yüksek Mahkeme'ye başvuruda bulunma yetkisi mevcuttur. Kurul, başkanlarının raporları ve kendisine bağlı ilk derece mahkemeleri başkanlarının raporları doğrultusunda kanunların uygulanmasına ilişkin esasları görür. Mahkemenin iş tecrübesinin yayınlanması ve iş istatistiklerinin çıkarılmasını sağlar. Yine ilk derece mahkemelerine, yargılamaya ilişkin metodik tavsiyelerde bulunur<sup>63</sup>.

Mahkeme dava kurulları, ilk derece mahkemelerince verilen kararların istinaf kanun yolunda doğrudan incelendiği kurullardır. Her bir daire kendi görev alanında mahkeme istatistiklerini tutar, mahkeme iş tecrübesini tespit eder ve yayınlar, ilk derece mahkemelerine usule ilişkin tavsiyelerde bulunur<sup>64</sup>.

İstinaf mahkemesi başkan yardımcısı, duruşmalara başkanlık edebilir, mahkeme başkanı tarafından kendisine tevdi edilen görevleri yerine getirir. Ayrıca mahkeme başkanının olmadığı zamanlarda başkanın yetkilerini başkan yardımcısı kullanabilir<sup>65</sup>. Şayet başkan yardımcısı yoksa veya görevini ifa edemeyecek bir durum mevcutsa o zaman mahkeme başkanı, kurul başkanlarından bir üyeyi geçici olarak başkan yardımcılığı görevine atar<sup>66</sup>.

Dava kurulları başkanları ise, dava kurulları huzurundaki duruşmalara başkanlık eder. Kurula ait yargılama istatistiklerinin tutulması, mahkeme iş tecrübesinin tespiti ve yayınlanması da yine kurul başkanına ait bir görevdir<sup>67</sup>. Kurul başkanı, görevini yerine getiremez hale gelir yahut görev süresi sona erdikten

---

<sup>60</sup> Zülfügarova, a.g.e., s. 60.

<sup>61</sup> Zülfügarova, a.g.e., s. 66-67.

<sup>62</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.66.

<sup>63</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 63.

<sup>64</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 65.

<sup>65</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 67.

<sup>66</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu md. 69/1.

<sup>67</sup> Mahkemeler ve Hâkimler hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu md.68.

sonra yerine yeni bir kimse atanamazsa mahkeme başkanı tarafından o kurul hâkimlerinden birisi kurul başkanı olarak görevlendirilir<sup>68</sup>.

### **İ. Azerbaycan Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi**

Yüksek Mahkeme Azerbaycan hukuk sisteminde en üst yargı organıdır. Tüm yargı kolları açısından temyiz mahkemesi olarak görev yapmaktadır. Bakü şehrinde bulunur ve yetki alanı ülkenin tamamı olarak belirlenmiştir<sup>69</sup>. Yüksek Mahkeme; yüksek mahkeme başkanı, yardımcısı, kurul başkanları ve hâkimlerden oluşur. Yapısal olarak temel iki ana birim mevcuttur. Bunlardan birisi, Yüksek Mahkeme Genel Kurulu bir diğeri ise Temyiz Kurulu'dur. Ayrıca mahkeme bünyesinde; medeni davalar kurulu, idari-ekonomik davalar kurulu, ceza davaları kurulu ve askeri davalar kurulları oluşturulur<sup>70</sup>.

Yüksek Mahkeme hâkimlerinin sayısı, Mahkeme-Hukuk Şurası tarafından belirlenir. Ayrıca mahkemenin bünyesinde, kanunların uygulanması, içtihatlarda istikrarın sağlanması ve bilimsel tekliflerin sunulması amacıyla, "bilimsel maslahat şurası" faaliyet göstermektedir<sup>71</sup>.

Yüksek mahkeme genel kurulu, yüksek mahkeme başkanı, başkan yardımcısı, kurul başkanları ve hâkimlerden oluşur. En az 3 ayda bir toplanır. Mahkeme başkanı toplantılara başkanlık eder. Toplantı yeter sayısı üye tam sayısının üçte ikisi kadardır. Karar yeter sayısı toplantıya katılanların salt çoğunluğudur. Kararların gereklerini yüksek mahkeme memurları yerine getirir<sup>72</sup>.

Genel kurul, tüm mahkeme başkanlarının sunmuş oldukları yukarıda açıklanan raporlar doğrultusunda, mahkemeler iş tecrübesinin ilan edilmesi ve mahkeme istatistiğinin tutulması ile yetkilidir. Genel kurul, mahkeme başkanının teklifi üzerine yüksek mahkeme hâkimleri arasından dava kurullarını ve dava dairelerini oluşturur. Bilimsel maslahat şurasının raporlarının tasdiki de genel kurulun görevlerindedir. Hâkimlerin görevden uzaklaştırılması, Azerbaycan Cumhurbaşkanı'nın talebini aldıktan sonra kararı aynı yönde ise bu kararı 30 gün içinde Cumhurbaşkanı'na sunar. Genel kurulun Azerbaycan Milli Meclisine yasma teşebbüsü babında başvuru hakkı da bulunmaktadır. Hâkimlerin yeminlerini kabul etmek, kanunun belirttiği hallerde Mahkeme-Hukuk Şurası kararlarına karşı yapılan şikayetleri değerlendirmek gibi görevleri de mevcuttur<sup>73</sup>.

---

<sup>68</sup> Mahkemeler ve Hâkimler hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu md.69/2.

<sup>69</sup> Mahkemeler ve Hâkimler hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu md.77.

<sup>70</sup> Mahkemeler ve Hâkimler hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu md. 78.

<sup>71</sup> Mahkemeler ve Hâkimler hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu md. 77/son.

<sup>72</sup> Mahkemeler ve Hâkimler hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu md. 80.

<sup>73</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu md.79.



Yüksek mahkeme dava kurulları, istinaf mahkemelerine yapılan temyiz başvurularının değerlendirildiği birimlerdir. Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi'nin baktığı davalarda yapılmış temyiz başvuruları da dava kurullarınca incelenir<sup>74</sup>.

Yüksek mahkeme başkanı, yüksek mahkeme teşkilatının başıdır. İşlerin dava kurulları arasında paylaşılması, kurullar hakkında genel kurula teklif verilmesi, mahkeme memurlarının idari işleri yüksek mahkeme başkanının görevlerindedir. Bu yönüyle mahkeme teşkilatının idari amirliği görevinin de mevcut olduğu belirtilebilir<sup>75</sup>. Yine mahkeme başkanı, mahkemede görülen davaların planlamalarını, duruşmaların gün ve saatlerini de belirler. Mahkeme başkan yardımcısı ise, toplantılara başkanlık edebileceği gibi başkanca verilmiş görevlerin yerine getirilmesinden de sorumludur. Ayrıca başkanın bulunmadığı zamanlarda onun görevini yardımcısı yerine getirir<sup>76</sup>.

Dava kurullarına ise kurul başkanları başkanlık eder. Dava kurullarındaki yargılamaların sevk ve idaresinden kurul başkanları sorumludur. Başkan, görevini ifa edemediği durumlarda ise kurul başkan yardımcılarını aynı görevi üstlenirler<sup>77</sup>.

## J. Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi

Azerbaycan Anayasa Mahkemesi, Azerbaycan devlet başkanının teklifi ile Azerbaycan Milli Meclisi tarafından seçilen 9 (dokuz) hâkimden oluşan bir yüksek mahkemedir<sup>78</sup>.

Anayasa Mahkemesi; Başkan'ın, Milli Meclis'in, Bakanlar Kurulu'nun, Yüksek Mahkeme'nin, Azerbaycan Baş Savcılığı'nın, Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti Yüksek Meclisi'nin kanun, karar, ferman ve diğer düzenleyici işlemlerinin, Azerbaycan Cumhuriyeti'nin uluslararası sözleşmelerinin, Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti Anayasası'nın, meclis kararlarının, bakanlar kurulu kararlarının Anayasa'ya uygunluğunu denetler<sup>79</sup>.

Azerbaycan Cumhuriyetinin Anayasası'nın yorum yetkisi sadece Anayasa Mahkemesi'ne aittir. Anayasa'da bu husus özellikle vurgulanmıştır<sup>80</sup>.

---

<sup>74</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu md.81.

<sup>75</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu md.83.

<sup>76</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu md. 84.

<sup>77</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu md.84.

<sup>78</sup> Azerbaycan Respublikasının Konstitutsiyası, md 130.

<sup>79</sup> Azerbaycan Respublikasının Konstitutsiyası, md. 130/3.

<sup>80</sup> Azerbaycan Respublikasının Konstitutsiyası, 130/4.

Anayasa, kişilerin, hak ve hürriyetlerini ihlal eden yürütme eylem ve işlemleri ile yasama işlemlerine karşı bireysel başvuru hakkının bulunduğunu düzenlemektedir<sup>81</sup>.

Anayasa Mahkemesi, yönetsel bağımsızlık ilkesi gereğince, kendi yetki alanına ilişkin düzenleyici işlemler ihdas edebilir<sup>82</sup>.

#### IV. YARGILAMAYA KATILAN KİŞİLER

##### A. Hâkimler

Mahkeme; başkan, başkan yardımcıları, dava kurul başkan ve yardımcılığı ve hâkimlerden oluşur. Kurul halinde çalışan mahkemelerde her bir hâkim eşit statüye sahiptir. Aralarındaki fark sadece tayin ve kanunlar tarafından kendilerine verilmiş yetkilerden kaynaklanır<sup>83</sup>.

Hâkimler yaşları 30'dan daha az olmayan, sınavlarda başarılı olmuş, yüksek hukuk tahsili görmüş ve 5 yıldan fazla hukuk mesleğiyle meşgul olan kişiler arasından seçilir. Çifte vatandaş olanlar, din hizmetlileri, göreve elverişsiz bulunan ya da mahkemece bu yönde haklarında karar verilmiş olanlar, tıbbi ve akli engelleri bulunanlar, daha önce suç işlemiş ve bu yüzden mahkum olmuş olanlar, bir hâkime yakışmayan hareketler nedeniyle görevden azledilen kişiler hâkim olamazlar<sup>84</sup>.

Hâkimlerin seçilmesi için yazılı ve sözlü sınav yapılır. Bu sınavlar Mahkeme-Hukuk Şurası'nca oluşturulan Hâkim Seçme Komitesi tarafından yapılmaktadır. Sınavı başarıyla tamamlayanlar daha sonra uzun süreli eğitim aşamasına geçer. Eğitim aşamasının sonucunda adaylar, puanlarına göre sınıflandırılır. Mahkeme-Hukuk Şurası bu isimleri yürütme organına sunar.

Hâkimlere ait yeterliliklere sahip olan ve hukuk alanında belli bir nüfuza sahip olan, hukuk eğitiminin üzerine 20 yıllık iş tecrübesine ve yüksek manevi keyfiyetlere sahip olan kişiler<sup>85</sup>, yukarıda belirtilen prosedürden bağımsız olarak Mahkeme-Hukuk Şurası'nın teklifi ile yüksek hâkimliklere atanabilirler<sup>86</sup>.

Hâkimleri, Azerbaycan Cumhurbaşkanı tayin eder. Fakat, Yüksek Mahkeme, Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi ve İstinaf Mahkemesi

---

<sup>81</sup> Azerbaycan Respublikasının Konstitusyası, md. 130/7-8.

<sup>82</sup> Azerbaycan Respublikasının Konstitusyası, md.130/9.

<sup>83</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 91 ve 92.

<sup>84</sup> Mahkemeler ve hâkimler hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 93.

<sup>85</sup> Hâkimlerin vasıfları için bkz. AKCAN, Recep, Hâkimlerin Vasıflar, 1.bs., Türkiye Adalet Akademisi Yay., Ankara 2014, s. 57-138.

<sup>86</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 93-4.

hâkimlerini ise Cumhurbaşkanı'nın teklifi üzerine Milli Meclis tayin etmektedir<sup>87</sup>.

Hâkimler, 3 yıl için atanırlar. Her yıl en az bir defa eğitime çağrılır ve değerlendirmeye tabi tutulurlar. Şayet bu değerlendirmeler neticesinde görevin devamına aykırı bir hususa rastlanmaz ise hâkimin görev süresi 65 yaşına kadar uzatılır. Şayet ihtiyaç söz konusu ise Mahkeme-Hukuk Şurasının teklifi ile görev süresi 70 yaşına kadar uzatılabilir. Yüksek Mahkeme hâkimleri için yaş sınırı 68 olup diğer mahkeme hâkimleri için 66 yaşır.

### 1. Hâkimlerin Bağımsızlığı

Kanun hâkim bağımsızlığına ayrıca ve özellikle yer vermiştir. Buna göre; Hâkimler bağımsızdır ve yalnızca Anayasa ve kanunlara tabidir. Hâkimlerin bağımsızlığı;

- Siyasi etkilerden uzak tutma;
  - Değiştirilmezlik;
  - Dokunulmazlık;
  - Tayin, çağrı, uzaklaştırma ve göreve son vermenin sınırlandırılması;
  - Yargılama yetkisinin bağımsızlığı ve yargılamanın kanunda gösterilen usulde hayata geçirilmesi;
  - Yargılama faaliyetine herhangi bir kişi tarafından sınır konulamaması;
  - Hâkimlerin şahsi güvence altına alınması;
- yolları ile temin edilebilir<sup>88</sup>.

### 2. Hâkimlerin Dokunulmazlığı

Hâkimler dokunulmazdır. Suçüstü halleri saklı kalmak kaydıyla, hâkimler; tutulamaz, hapsedilemez, alıkonulamazlar. Mahkeme-Hukuk Şurasının izni olmadan ceza takibatına maruz kalamazlar. Dokunulmazlık, hâkimlerin yerleşim yerleri, makamları, ulaşım ve iletişim araçları, posta, telgraf yazışmaları, şahsi mülkleri ve senetlerine de etki eder<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 94.

<sup>88</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 100.

<sup>89</sup> Kanun değişikliğinden önce mevcut bulunan sistemle karşılaştırma için bkz. ZENGİN, Eyüp-KAMALOV, Nesimi, "Azerbaycan Respublikası Mahkeme Sisteminde Mahkeme Søjeleri ve Mahkeme İcraatı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.48, S.1, 1999, s.103.

Suçüstü halinde yakalanan hâkim derhal Azerbaycan Başsavcılığına bildirilir. Savcı, soruşturmanın gerekliliğini Mahkeme-Hukuk Şurası'na sunar. Şura, 24 saat içinde bu husustaki kararını vermelidir<sup>90</sup>.

### **3. Hâkimlerin Korunması**

Hâkimlerin korunmasını temin etmek maksadıyla kanun hükümleri çerçevesinde kendilerine silah verilebilir. Hâkimler, görevleri süresince silahı saklamak, taşımak ve gereğince kullanmak hakkına sahiptirler<sup>91</sup>.

### **4. Hâkimlerin Savaş Çağrısı ve Celbinden Masuniyeti**

Hâkimler yetki sürelerinde savaş çağrısından ve seferberlik emirlerinden muaftırlar<sup>92</sup>.

### **5. Hâkimlikle Bağdaşmayan İşler**

Hâkimler atama veya seçilme yoluyla hiçbir kamusal görevi ifa edemezler. Bilimsel ve eğitime dair ve sanatsal faaliyetlerden başka hiçbir ticari yahut alım-satım işlemleriyle meşgul olamazlar. Siyasi bir faaliyet yürütemez ve siyasi partilere üye olamazlar<sup>93</sup>.

### **6. Hâkimlerin Siyaset Yasakları**

Hâkimler, yemin etmeden önce herhangi bir siyasi partinin yahut diğer siyasi oluşumların üyeliklerinden çıkmalıdır. Bu üyeliklerini sonlandırmayanlar, hâkimlik vazifesini sürdürmeye devam edemezler<sup>94</sup>. Bununla birlikte hâkimler ortak menfaatlerin gerçekleştirilmesi amacıyla gönüllülük ve eşitlik esasları çerçevesinde dernek yahut benzeri oluşumlar kurmakta serbesttir<sup>95</sup>.

### **7. Hâkimlerin Maddi ve Sosyal Teminatı**

Kanun'un 106. maddesi, hâkimlerin alacağı maaşları miktar olarak belirtmiştir. Hâkimlik görevinin devamında, hâkimin hak ettiği miktardan aşağı bir bedel verilemez<sup>96</sup>.

---

<sup>90</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.101.

<sup>91</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.102.

<sup>92</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.103.

<sup>93</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.104.

<sup>94</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 105.

<sup>95</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 105-1.

<sup>96</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 106.

Hâkimler her yılın kırk takvim günü izne sahiptirler. Hâkimler izne ayrıldıklarında iki ay tutarında yolluk verilir<sup>97</sup>.

Barınma ihtiyacı olan hâkimler için görevlerine tayin edildikleri günden itibaren 6 aylık süre içinde kendilerine barınma imkanı sağlanır<sup>98</sup>.

Hâkimlere, ölüm durumunda yahut görevlerini devam ettiremeyecek derecede rahatsızlanmaları veya yaralanmaları durumunda ikramiye ödenir. Bununla birlikte malvarlığı değeri kaybına neden olan hallerde aynı şekilde tazminat ödenmesi gündeme gelebilmektedir<sup>99</sup>.

### **8. Hâkimlerin Disiplin Sorumluluğu**

Kanun 111 vd. maddelerinde hâkimlerin disiplin sorumluluğunu doğuracak nedenlerini sınırlı olarak saymış ve bu hususta yaptırım uygulama yetkisinin Mahkeme-Hukuk Şurası'nda olduğu vurgulanmıştır<sup>100</sup>.

### **9. Hâkimlerin Görevlerine Son Verilmesi**

Hâkimler;

- Görevden ayrılmak için dilekçe verdiklerinde;
- Görevden alındıklarında;
- Ehliyetleri sınırlandırıldığında;
- Öldüklerinde;
- Mahkeme kararıyla haklarında ölüm ilanı verildiğinde yahut gaip olduğunda;
- Hâkimliğe ilişkin yeterlilik şartlarını yitirdiklerinde;
- Hâkimlikle bağdaşmayan bir işle uğraştıklarında;
- Vatandaşlıklarına son verildiğinde;
- Altı aydan fazla süren bir malullük nedeniyle görevlerine devam edememeleri halinde;
- Bir yıl içinde iki defa disiplin cezasına çarptırıldıklarında;
- Çalışma yetkinliğinin tamamen kaybı durumunda;

---

<sup>97</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu md. 107.

<sup>98</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu md. 108.

<sup>99</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu md. 109.

<sup>100</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu md. 111, 111-1, 112,

görevleri sona erecektir. Buna ilişkin karar Mahkeme-Hukuk Şura'sınca alınmaktadır.

## **B. Yeminli Jüri**

Azerbaycan yargı sisteminde kısmen de olsa jüri usulüne yer verilmektedir. Buna göre, kanunda belirtilmiş bazı yargılamalarda;

- seçme hakkına sahip olanlar;
- listelerin oluşturulmasına dek 25 yaşını tamamlamış olanlar;
- çifte vatandaşlığa tabi olmayanlar;
- başka bir idari yükümlülüğü bulunmayanlar;
- daha önce hükümlü veya hakkında bir soruşturma başlatılmamış olanlar;
- ehliyetsiz yahut sınırlı ehliyetli olmayanlar

arasından yeminli jüri seçilebilir. Bununla birlikte, sağır, dilsiz, ve körler, bedensel engelleri jürilik vazifesini yürütmesine engel olanlar, 70 yaşını dolduranlar, yasama yahut yürütme organlarının rehberleri, yardımcıları, hâkimler, savcılar, kolluk, askerlik gibi meslekleri icra edenler, avukatlar, noterler, din hizmetlileri jürilikten azledilirler<sup>101</sup>.

Jüri listeleri iki buçuk yıl için hazırlanır. Asıl listelere ek olarak yedek jüri listeleri de mevcuttur<sup>102</sup>. Jüri üyelerine yaptıkları iş karşılığı merkezi idareden belli bir miktar ücret ödenmesi de yapılır<sup>103</sup>.

## **C. Savcılık**

Azerbaycan yargılama sisteminde savcılık kurumu, başsavcılık şeklinde örgütlenmektedir. Buna göre, savcılık mahkeme teşkilatından bağımsız bir teşkilat olmakla birlikte, bu ikisi yargılamanın birlikte yürütülmesini temin etmektedirler.

Azerbaycan'da bulunan tüm savcılar Azerbaycan Cumhuriyeti Başsavcılığı'na bağlıdır<sup>104</sup>.

Savcı, ceza davalarında soruşturmanın başlatılması ve yürütülmesinden so-

---

<sup>101</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 115.

<sup>102</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu md 117, 118.

<sup>103</sup> Mahkemeler ve Hâkimler Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu md.121.

<sup>104</sup> 767-IQ sayılı, 7 Aralık 1999 tarihli, Prokurorluk Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, <http://www.e-qanun.gov.az/framework/5229>, Erişim Tarihi: 17.03.2016, md. 3.

rumludur. Ayrıca yargılama esnasında iddia makamı olarak mütalası sunmak suretiyle yargılamaya dahil olur<sup>105</sup>.

Savcı, görevini yerine getirirken kanunilik, herkesin kanun önünde eşitliği, gerçek ve tüzel kişilerin hak ve hürriyetlerine saygı gösterilmesi, objektiflik, bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerine uygun davranmak zorundadır<sup>106</sup>.

Azerbaycan'da savcılık sistemi; Azerbaycan Cumhuriyet Baş Savcılığı, Yol-suzluğa Karşı Mücadele Genel Müdürlüğü, Azerbaycan Cumhuriyeti Askeri Savcılığı, Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti Başsavcılığı, Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti Askeri Savcılığı, Bölge (şehir) savcıları, askeri ihtisas savcıları şeklindedir<sup>107</sup>.

Azerbaycan Cumhuriyeti Başsavcısını, Milli Meclis'in onayı ile Azerbaycan Devlet Başkanı seçer ve görevden alır. Diğer savcıları ise Azerbaycan Devlet Başkanının onayı ile Azerbaycan Devlet Başsavcısı seçer ve görevden alır. Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti Başsavcısı da aynı usulle göreve tayin edilebilmektedir<sup>108</sup>.

#### D. Bilirkişiler

Bilirkişiler, bilimsel, teknik, sanatkarlık ve zanaatkarlık ve diğer özel bilgi alanlarında mahkemeye yardımcı olan görevlilerdir<sup>109</sup>. Bilirkişiler bu vazifelerini, insan hak ve özgürlüklerine saygı, kanuna riayet, bağımsız uzmanlık, bilimsel ve teknik incelemenin hususiyetlerinden istifade, objektiflik prensiplerine göre yürütmelidirler<sup>110</sup>.

Bilirkişiler, yüksek eğitim mezunu, uzmanlık alanında uygun bir mesleki geçmişe sahip olanlar arasından belirlenir. Uzmanlığın seviyesine göre, bilirkişilerin yetkinlik derecesi belirlenir<sup>111</sup>.

Bilirkişiler, vazifelerini yaparken, inceleme konusu malzeme ve materyale ulaşabilmek, araştırması için ek araştırma tesisi ve imkanı talep etmek, gerekli bilgilendirmeleri yapabilmek amacıyla duruşmalara dahil olabilmek gibi haklara sahiptirler<sup>112</sup>.

---

<sup>105</sup> Prokurorluk Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md 4.

<sup>106</sup> Prokurorluk Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 5.

<sup>107</sup> Prokurorluk Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.8.

<sup>108</sup> Azerbaycan Respublikasının Konstitusiyası, md. 133.

<sup>109</sup> 758-IQ numaralı, 18 Kasım 1999 tarihli, Devlet Mahkeme Ekspertizası Faaliyeti Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, erişim Tarihi: 13.04.2016, md 3. Bu konuda bkz. TAN-RIVER, Süha, Medeni Yargıda Bilirkişilik, Yetkin Yay, Ankara 2016, s. 25-26.

<sup>110</sup> Devlet Mahkeme Ekspertizası Faaliyeti Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu md. 4. Azerbaycan Bilirkişilik konusunda bkz. Zengin/Kamalov, Mahkeme Sujesi, s. 117 vd.

<sup>111</sup> Devlet Mahkeme Ekspertizası Faaliyeti Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu md. 11.

<sup>112</sup> Devlet Mahkeme Ekspertizası Faaliyeti Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu md. 12.

Bilirkişiler; ilk derece mahkemesi bilirkişileri, ek mahkeme bilirkişileri, tekrar muhakemesi bilirkişileri, komisyon muhakeme bilirkişileri, karmaşık mahkeme bilirkişileri olmak üzere türlere ayrılırlar<sup>113</sup>.

Bilirkişilerin ne surette atanacakları usul kanunlarına bırakılmıştır<sup>114</sup>. Kanun sağ kişiler ve ölümler üzerinde bilirkişi incelemesine ilişkin özel hükümler barındırmaktadır<sup>115</sup>.

### E. Avukatlar

Yargılama esnasında her bir kişi hak ve özgürlüklerinin korunması için kendi seçtiği bir avukata müracaat etmek, tutuklandığı, tutulduğu, hapsedildiği yahut hakkında suç soruşturmasının başladığı andan itibaren avukat hakkından yararlanmak haklarına sahiptir.

Avukatlık faaliyeti baro diye nitelendirebileceğimiz “vekiller kuruluna” üye olmak ve vekalet yemini etme şartına bağlıdır<sup>116</sup>. Avukatlar; yüksek hukuk eğitilmişler, 3 yıldan az olmamak şartıyla hukuk stajı olanlar veya bilimsel ve pedagojik eğitim kurumlarında hukuk alanında en az 3 yıl faaliyet gösterenler, baro tarafından açılan yazılı ve sözlü sınavları başarıyla tamamlayan kişiler arasından seçilir. Eski avukat yahut hâkimler, yazılı sınava girmeden sadece sözlü sınavla ve zorunlu eğitime devam etmeden avukat olabilirler. Hukuk doktorası yapmış olanlar ve eski Anayasa Mahkemesi hâkimi, istinaf ve temyiz mahkeme başkanları yazılı sınav ve sözlü sınava girmeden ve zorunlu eğitime tabi olmadan avukat olabilirler. Diğer bir kamu görevini ifa edenler avukat olarak vazife yapamazlar<sup>117</sup>.

Barolar, tüzel kişiliğe sahip özerk idarelerdir. Avukatların göreve alınması ve görevden çıkarılması ve dahi disiplin sorumluluklarının gereklerinin yerine getirilmesi baroların görevidir<sup>118</sup>.

Avukatların görevine, kendilerinin talebi üzerine, mahkemelerce haklarında kısıtlanma, ölüm veya gaiplik kararı verilmesiyle, ölümle ve baro üyeli-

---

<sup>113</sup> Devlet Mahkeme Ekspertizası Faaliyeti Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu md.15.

<sup>114</sup> Devlet Mahkeme Ekspertizası Faaliyeti Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu md.21.

<sup>115</sup> Devlet Mahkeme Ekspertizası Faaliyeti Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu md. 27 v.d.

<sup>116</sup> 783-IQ numaralı, 28 Aralık 1999 tarihli, Vekillik ve Vekillik Faaliyeti Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, Erişim Tarihi: 12.03.2016, md. 4.

<sup>117</sup> Vekillik ve Vekillik Faaliyeti Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu md. 8.

<sup>118</sup> ÖZKAN, Meral Sungurtekin, Avukatlık Mesleği, 3.bs., Barış Yay., İzmir 2012, s. 100-105. Vekillik ve Vekillik Faaliyeti Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 9.



ğinden çıkarılmalarıyla son verilir. Bu kararı baro yönetim kurulu alır<sup>119</sup>.

## F. İcra Memurları

İcra memurları mahkeme kararlarının gereklerini yerine getiren görevliler olarak tanımlanmıştır<sup>120</sup>. İcra memurları, İcra Hakkında Kanun ve Medeni Usul Kanunu'ndan kaynaklanan görevleri ifa etmekle vazifelendirilmişlerdir.

Yüksek hukuk eğitimi tamamlamış Azerbaycan vatandaşları icra memuru olabilmektedirler. Anayasa Mahkemesi, Azerbaycan Yüksek Mahkemesi ve Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi tarafından icra memurlarının göreve getirilmesine ilişkin özel düzenlemeler mevcuttur<sup>121</sup>.

İcra memurlarına havale olunmuş işlerin yerine getirilebilmesi için icra hâkimiyeti organı kurulur. Bu organa Azerbaycan Cumhuriyeti Baş İcra Memuru başkanlık eder<sup>122</sup>.

İcra memurları, icra senetlerinin (ilamların) tam ve düzgün icra edilmesini temin eder. Kararın ilgili taraflarına icra işlemleriyle ilgili rehberlik etme görevi de bulunmaktadır<sup>123</sup>.

İcra memurları, kararın gereğini yerine getirmek amacıyla gerçek ve tüzel kişiler üzerlerinde, eşyalarında, konutlarında, işyerlerinde cebri icra yetkilerini kullanabilmektedir<sup>124</sup>. İcra memurlarının işlemlerine karşı itiraz yoluna başvurulabilmektedir. İcra memurlarının kendi eylemlerinden kaynaklanan cezai sorumlulukları saklıdır<sup>125</sup>.

İcra memurları hakkında kanun, icra memurlarının maddi teminatlarının bulunduğunu da özellikle düzenlemiştir<sup>126</sup>.

## G. Noterler

Noterler resmi bir takım belgelerin gerçeğe uygun bir şekilde hazırlanması için, hukuken önemli bir takım olayların sağlam bir şekilde belgelendirilmesi ve onaylanması için görevlendirilmiş bulunan kişilerdir<sup>127</sup>.

---

<sup>119</sup> Vekillik ve Vekillik Faaliyeti Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 23.

<sup>120</sup> 782-IQ sayılı, 28 Aralık 1999 tarihli, İcra Memurları Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.1, Erişim Tarihi: 17.04.2016.

<sup>121</sup> İcra Memurları Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.3.

<sup>122</sup> İcra Memurları Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 6.

<sup>123</sup> İcra Memurları Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.7.

<sup>124</sup> İcra Memurları Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.8.

<sup>125</sup> İcra Memurları Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.11.

<sup>126</sup> İcra Memurları Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 12 ve 13.

<sup>127</sup> Bkz. Bilgi için TANRIVER, Süha, "Bir Hukuki Güvenlik Kurumu Olarak Noterlik ve Noterlerin

Yüksek hukuk eğitilmiş, yüksek ahlaki seciyelere sahip Azerbaycan vatandaşları noter olabilmektedir<sup>128</sup>. Noter olabilmek için, noter sertifikası alınmalıdır<sup>129</sup>. Noter olmak isteyen kimse bir dilekçe ile ilgili idareye başvurur, bu başvurudan sonra 1 ay içinde inceleme yapılır ve kanuni şartları taşıdığı anlaşılırsa, belgeleri ihtisas komisyonuna sunmalıdır. Sertifika başvurusu yapan kişiye yazılı ve sözlü sınav yapılır. Sınavda başarılı olan kimseler zorunlu eğitime tabi tutulur<sup>130</sup>. Sertifika almaya hak kazananlara ilk etapta 5 yıllık süre için sertifika verilir ve bu süre 5' er yıllık periyotlarla uzatılabilmektedir<sup>131</sup>.

Sertifikalar kural olarak kanunda gösterilen gerekçelerle mahkeme kararıyla iptal edilebilir. Yine noterin kendisi dilekçe ile talep ederse, noter andı edilmezse, noter ölürse, vatandaşlığına son verilirse, noter hakkında mahkemeye ölüm yahut gaiplik kararı alınırsa, sertifikanın süresi uzatılmazsa, çalışma gücünden 6 ay süreyle kayıp meydana gelirse, noterin sertifika almak için sunduğu bilgilerde sahtelik mevcutsa yahut noter 65 yaşına gelmişse, sertifika, mahkeme kararı olmaksızın iptal edilir<sup>132</sup>.

## V. TAHKİM

Azerbaycan Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası uyuşmazlıklarda milletlerarası tahkim usulü uygulanabilmektedir. Taraflar farklı devletlerin tabiyeti ise, tahkim anlaşması işlerlik kazanabilecektir. Bu tahkim anlaşmasında, taraflar aralarındaki uyuşmazlığın devlet mahkemeleri yerine hakem heyeti huzurunda çözümünü tercih edebilirler. Tahkim anlaşması şekil itibarıyla "sözleşme" niteliği taşıyıp taşıyamaması önem arz etmeksizin, taraflar arasında doğabilecek hukuki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin bir uyuşmadır<sup>133</sup>. Böyle bir uyuşma bir sözleşmenin hükmü olabileceği gibi ayrı bir sözleşme olarak da tanzim edilebilir. Her halükarda bu sözleşmenin yazılı olması gereklidir<sup>134</sup>. Tahkim kaydı, asıl sözleşme-

---

Denetimi Üzerine Bazı Düşünceler", Makalelerim III, Yetkin Yay., Ankara 2016, s. 81-85. 762-IQ sayılı, 26 Kasım 1999 tarihli, Notariat Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.1, Erişim Tarihi. 13.03.2016.

<sup>128</sup> Noterlerin toplumsal önemi hakkında bkz. ULUKAPI, Ömer- ATALI, Murat, Noterlik Hukuku, 3. bs., Mimoza Yay., Konya 2013, s. 5.

<sup>129</sup> Notariat Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu md.3.

<sup>130</sup> Notariat Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu md. 4.

<sup>131</sup> Notariat Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu md.6.

<sup>132</sup> Notariat Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu md. 7.

<sup>133</sup> SÖĞÜT, İpek Sevda, Roma Hukukunda Tahkim, 1. bs., XII Levha Yay., İstanbul 2011, s. 104-105.

<sup>134</sup> YEŞİLİRMAK, Ali, Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 1. bs., XII Levha Yay., İstanbul 2011, s. 78. 757-IQ sayılı, 18 Kasım 1999 tarihli, Beynelhalk Arbitraj Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, Erişim tarihi: 08.04.2016, md. 7/1.

nin bir parçası niteliğindeyse o halde bu sözleşmenin de yazılı olması gerekir ve tahkim kaydı bu sözleşmenin bir maddesi görünümünde olmalıdır<sup>135</sup>.

Taraflar hakem sayısını kendileri belirleyebilirler<sup>136</sup>. Şayet bu konuda bir anlaşma mevcut değilse o halde hakem sayısı 3 olarak belirlenecektir<sup>137</sup>. Taraflar kanunda belirlenen diğer şartlara da uymak kaydıyla aralarında hakem belirleme usulü kararlaştırabilirler. Böyle bir anlaşma mevcut değilse o halde bakılır; şayet 3 hakem tayin edilecekse taraflardan her birisi bir hakem seçer, bu iki hakem de 3. hakemi belirler. Taraflardan birisi 30 gün içinde kendi hakemini tayin etmezse yahut taraflarca seçilen iki hakem 30 gün içinde 3. hakemi seçmezlerse taraflardan herhangi birisinin talebi üzerine hakemler mahkeme tarafından tayin edilir<sup>138</sup>.

Hakem görevini devam ettiremeyecek durumdaysa, uzunca bir süre görevini devam ettiremeyecekse veya görevini yerine getirmekten imtina ediyorsa, tarafların aralarında anlaşmaları kaydıyla hakemin görevine son verilebilir. Taraflar bu konuda uyuşmazlarsa, taraflardan her biri hakemin görevine son verilebilmesi için mahkemeye başvurabilir. Mahkemenin bu konuda verdiği karar kesin-dir, itiraz edilemez<sup>139</sup>.

Hakem heyeti kendi yetki alanı konusunda ve tahkim sözleşmesinin varlığı ve geçerliliği konusundaki itirazlar konusunda kendisi karar verebilir. Bu amaçla yapılan inceleme tahkime ilişkin hükümler ana sözleşmeden bağımsız yapılır. Tahkim klotunun (şartının) geçersizliği ana sözleşmenin tamamının geçersizliği sonucunu doğurmaz. Tahkim mahkemesi, taraflara eşit bir şekilde davranmalı ve yargılamaya eşit bir şekilde katılımlarını temin etmek için her türlü imkanı tanımalıdır<sup>140</sup>.

Taraflar kanunun hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla tahkim yargılamasında uygulanacak usulü aralarında kararlaştırabilirler. Böyle bir anlaşma mevcut değilse tahkim mahkemesi, uygulanacak usul konusunda kanun hükümlerini esas alacaktır. Hakem heyeti her bir delilin yargılamada esasa etkili olarak kullanılması, aidiyeti, içeriği ve önemi konusunda belirleme yapmak serbestisine de sahiptir<sup>141</sup>.

---

<sup>135</sup> Beynelhalk Arbitraj Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 7/2.

<sup>136</sup> EKŞİ, Nuray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, 1. bs, Beta Yay., İstanbul 2013, s. 156-160.

<sup>137</sup> Beynelhalk Arbitraj Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.11.

<sup>138</sup> Beynelhalk Arbitraj Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.11/3.

<sup>139</sup> Beynelhalk Arbitraj Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.14.

<sup>140</sup> Beynelhalk Arbitraj Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 18.

<sup>141</sup> Beynelhalk Arbitraj Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.19.

Hakem heyeti kararlarını oy çokluğu ile alır. Usule ilişkin meselelerde tek hakem de karar verebilmektedir<sup>142</sup>. Taraflar aralarında uyuşmazlığı giderirlerse hakem heyeti bu hususu kesinleştirir<sup>143</sup>.

Tahkim mahkemesinin kararı mutlaka tanınmalı ve tenfiz edilmelidir<sup>144</sup>. Yetkili mahkemeden tahkim mahkemesinin kararının bir dilekçe ile tanınması ve tenfizi istenmelidir. Tanıma ve tenfize ilişkin hükümler saklıdır<sup>145</sup>.

## SONUÇ

Azerbaycan Cumhuriyeti 18 Ekim 1991 yılında bağımsızlığına kavuşmuş ve devamında yoğun kanunlaşma çalışmaları yapılmıştır<sup>146</sup>. Bu ilk kanunlaşma aşamalarında Rusya hukukundan etkilenme görülüyor ise de 2000’li yılların başından itibaren kanunlaşma ve yargılama kurumlarında yapılan değişikliklerde, millileşme ve evrensel hukuk kurallarına uyum hızla devam etmektedir. Çalışmamızda Azerbaycan hukuk sisteminde yapılan güncel değişimler, yargılamaya hâkim ilkeler ışığında yargı sistematiğinde yer alan kurumlar incelenmiştir. Özellikle kanunlaşmada yapılan milli ve evrensel değişim ve gelişmeler güncel mevzuat ışığında sunulmaya çalışılmıştır.

Azerbaycan yargı sisteminin tipik bir “yargı birliği” sistemi olduğu görülmektedir. Tüm yargı kolları üst derece mahkemesi olarak tek bir yüksek mahkemeye bağlıdır. Ayrıca yargı teşkilatı “görev” den daha çok “yetki” esasına göre örgütlenmiştir. Bu noktada pek tabii bazı ihtisas mahkemelerine yer verilmiş olduğunu da göz ardı etmemek gerekir. Ayrıca her ne kadar yargı birliği sistemi olarak adlandırırıyorsak da Anayasa Mahkemesi ile Yüksek Mahkeme’nin birbirinden bağımsız yapılar olduğuna da dikkat çekmek gerekir. Böylece Yüksek Mahkeme sadece temyiz mahkemesi olarak görülmekte ve Anayasa Mahkemesi de kendisine mahsus işlevleri yerine getirmektedir.

Bir diğer husus, mahkeme teşkilatından bağımsız bir ülke cumhuriyet başsavcılığı kurumunun mevcut olmasıdır. Bu kurum yargılamada “mahkeme yanı” savcı olmaktan daha çok özerk bir pozisyonda bulunmaktadır. Savcı yargılamanın bir süjesidir ancak Azerbaycan sisteminde idari bir farklılaşma mevcuttur.

---

<sup>142</sup> Beynelhalk Arbitraj Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md.29.

<sup>143</sup> Beynelhalk Arbitraj Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 30.

<sup>144</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. KAPLAN, Yavuz, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, 1.bs., Seçkin Yay., Ankara 2002, s. 31.

<sup>145</sup> Beynelhalk Arbitraj Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, md. 35, 36.

<sup>146</sup> 1991 sonrası değişiklikler ve yargılama sistemi hakkında bkz. ZENGİN, Eyüp-KAMALOV, Nesimi, “Azerbaycan Respublikası’nda Mahkeme Sistemi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 48, S.1, 1999, s. 57.

Böylece hâkimlik ve savcılık mesleği arasındaki ayırmda belirginleşmiştir.

Ülkemizdeki Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na benzer bir kurum olan Mahkeme-Hukuk Şurası Azerbaycan yargı sisteminde de bulunmaktadır. Bu konsey bir çok yönüyle HSYK ile benzerlik gösterse de, savcılık işlemlerinin ve savcılarının farklı bir kurum idaresinde bulunması ve yetkilerinin Türk hukuk sistemindeki kadar geniş olmadığı söylenebilir. Mahkeme-Hukuk Şurası'nın özerkliği de ayrıca vurgulanmalıdır. Üyelerinden herhangi birisinin yürütme organına tabi doğal üye olmaması, kuvvetler ayrılığının örneği olarak gösterilebilir. Devlet Başkanı'nın Şura üzerindeki yetkileri de bu denklemde farklılık olarak belirtilebilir.

Hâkimlerin dokunulmazlığı kurumuna ayrıca yer verildiği görülmektedir. Dokunulmazlık, bağımsızlık ve hâkimlik teminatının yanı sıra ceza soruşturma ve kovuşturmalarının etkilerinden hâkimlerin etkilenmeyeceği şekilde mevzuatta düzenlenmiştir.



#### KAYNAKÇA

AKCAN, Recep, Hâkimlerin Vasıflar, 1.bs., Türkiye Adalet Akademisi Yay., Ankara 2014.

ARSLAN, Ramazan- TANRIVER, Süha, Yargı Örgüt Hukuku, 2. bs., Yetkin Yay., Ankara 2001.

CENTEL, Nur - ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10.bs., Beta Yay., İstanbul, Eylül 2013.

EKŞİ, Nuray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, 1. bs, Beta Yay., İstanbul 2013.

KALABALIK, Halil- ERDEM, Murat, Temel Hukuk Bilgisi, 8.bs., Seçkin Yay., Ankara, 2016.

KAPLAN, Yavuz, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, 1.bs., Seçkin Yay., Ankara 2002.

KARSLI, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. bs., Alternatif Yay., İstanbul 2012.

ÖZEKES, Muhammet, 100 Soruda Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz, 3.bs., Yekin Yay., Ankara 2016.

ÖZKAN, Meral Sungurtekin, Avukatlık Mesleği, 3.bs., Barış Yay., İzmir 2012.

ÖZTÜRK, Bahri (Ed.), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 6.bs., Seçkin Yay., Ankara, Temmuz 2013.

SÖĞÜT, İpek Sevda, Roma Hukukunda Tahkim, 1. bs., XII Levha Yay., İstanbul 2011.

SEMENDEROV, Firudin, Cinayet Hukukunda Ceza Problemi, Baku Üniversitesi Neşriyyatı, Baku, 2009.

TANRIVER, Süha, “Bir Hukuki Güvenlik Kurumu Olarak Noterlik ve Noterlerin Denetimi Üzerine Bazı Düşünceler”, Makalelerim III, Yetkin Yay., Ankara 2016.

TANRIVER, Süha, Medeni Yargıda Bilirkişilik, Yetkin Yay, Ankara 2016.

ULUKAPI, Ömer- ATALI, Murat, Noterlik Hukuku, 3. bs., Mimoza Yay., Konya 2013.

YEŞİLİRMAK, Ali, Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 1. bs., XII Levha Yay., İstanbul 2011.

ZENGİN, Eyüp- KAMALOV, Nesimi, “Azerbaycan Respublikası Mahkeme Sisteminde Mahkeme Søjeleri ve Mahkeme İcraatı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.48, S.1, 1999.(Kısaltma, Zengin/Kamalov, Mahkeme Sujesi)

ZENGİN, Eyüp-KAMALOV, Nesimi, “Azerbaycan Respublikası’nda Mahkeme Sistemi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 48, S.1, 1999.

ZÜLFÜGAROVA, Gülnar, Türk ve Azerbaycan Hukukunda Karşılaştırmalı Olarak İstinaf ve İstinaf Usulü, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Basılmamış yüksek lisans tezi, Konya 2012.

## İNTERNET KAYNAKLARI

00 sayılı 12 Kasım 1995 tarihli Azerbaycan Respublikasının Konstitutisyası, <http://www.e-qanun.gov.az/framework/897>, Erişim Tarihi: 03.03.2016.

310-IQ sayılı 10 Haziran 1997 tarihli Mahkemeler ve hâkimler hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, <http://e-qanun.az/framework/3933>, Erişim Tarihi: 13.04.2016.

757-IQ sayılı, 18 Kasım 1999 tarihli, Beynelhalk Arbitraj Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, Erişim tarihi: 08.04.2016.

758-IQ numaralı, 18 Kasım 1999 tarihli, Devlet Mahkeme Ekspertizası Faaliyeti Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, erişim Tarihi: 13.04.2016.

762-IQ sayılı, 26 KASım 1999 tarihli, Notariat Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, Erişim Tarihi. 13.03.2016.

767-IQ sayılı, 7 Aralık 1999 tarihli, Prokurorluk Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, <http://www.e-qanun.gov.az/framework/5229>, Erişim Tarihi: 17.03.2016.

780-IQ sayılı, 28 Aralık 1999 tarihli Azerbaycan Respublikası Mülki Prosessual Mecellesinin Tasdik Edilmesi, Yürürlüğe Girmesi ve Bununla Bağlı Hukuki Düzenlenem e Meseleleri Hakkında Azerbaycan Respublikası Kanunu ile tasdik edilen Azerbaycan Respublikasının Mülki Prosessual Mecellesi, <http://www.e-qanun.az/code/9>, Erişim Tarihi: 13.04.2016.

782-IQ sayılı, 28 Aralık 1999 tarihli, İcra Memurları Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, Erişim Tarihi: 17.04.2016.

783-IQ numaralı, 28 Aralık 1999 tarihli, Vekillik ve Vekillik Faaliyeti Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, Erişim Tarihi: 12.03.2016.

818-I numaralı, 28 Aralık 2004 tarihli, Mahkeme-Hukuk Şurası Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu, <http://e-qanun.az/framework/7303>, Erişim Tarihi: 18.04.2016.

907-IQ sayılı, 14 Haziran 2000 tarihli Azerbaycan Respublikasının Cinayet Prosessual Mecellesinin Tasdik Edilmesi, Yürürlüğe Girmesi ve Bununla Bağlı Hukuki Düzenleme Meseleleri Hakkında Azerbaycan Respublikasının Kanunu ile tasdik edilen Azerbaycan Respublikasının Cinayet Prossesual Mecellesi, <http://e-qanun.az/code/14>, Erişim Tarihi: 22.03.2016.

## **KISALTMALAR CETVELİ**

- a.g.e. adı geçen eser  
bkz. bakınız  
bs. bası  
C. Cilt  
HSYK. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu  
md. madde  
s. sayfa  
S. Sayı  
vd. ve devamı  
Y. Yıl  
yay. yayıncılık/yayınevi/yayınları





# RESMİ BELGENİN DÜZENLENMESİNDE YALAN BEYAN SUÇU

*Perjury in Organized Crime Official Document*

Arş. Gör. Enes KÖKEN<sup>1</sup>

## ÖZET

Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabının, "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısmının, "Kamu Güvenine Karşı Suçlar" başlıklı dördüncü bölümünde düzenlenmiştir.

Makalemizde, TCK m. 206'da düzenlenen "*resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan*" suçu detaylı şekilde açıklanacaktır. Bu suçun özellikleri, korunan hukuksal yarar, mağdurun ve failin kim olduğu, manevi unsur ve suçun özel görünüş şekilleri kapsamında değerlendirmeler yapılacaktır. Bu açıklamalar yapılırken doktrindeki tartışmalara yer vermeye çalışacağız.

Bu suç tipi ile alakalı çalışmamızı yaparken kaynak noktasında (özellikle makale) sıkıntı çektik. Uygulamada çok sık karşılaşılan bu suç tipi ile alakalı yazarların çalışma yapmasını bekliyoruz.

**Anahtar Kelimeler:** Kamu Görevlisi, Resmi Belge, Sahte Belge, Özel Belge, Yalan Beyan.

## ABSTRACT

Organized crime misrepresentation in the official document of the Turkish Penal Code, "Crimes Against Society entitled" the third part, "Crimes against public trust" is arranged in the fourth section entitled.

In our article, Art. Turkish Penal Code at 206 "misrepresentation in the regulation of official documents" crimes will be explained in detail. The features of this crime, the protected legal interest, who is the victim and the perpetrator, the evaluation will be made under the mental element of the offense and the special cases. These statements will try to place the debate in doctrine while.

While our work in the relevant source point with this type of crime (particularly article), we suffer. In practice, we expect to do very common operation of this type of crime-related authors.

**Keywords:** Public Servant, Official Document, Forget Document, Private Document, False Pretenses.

◆◆◆◆

---

<sup>1</sup> Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi. kueneskoken@hotmail.com

## I. GİRİŞ

Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu TCK madde 206'da düzenlenmiştir. Maddeye göre; *“Bir resmi belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”*

Bu suç tipi 765 sayılı TCK'nın çeşitli hükümlerinde düzenlenmiş idi.

765 sy TCK m. 343: *“Her kim resmi bir varaka tanzimi esnasında kendisinin veya başkasının hüviyet ve sıfatı yahut mezkûr varaka ile sıhhati ispat olunacak sair ahval hakkında memurine karşı yalan beyanatta bulunursa bundan dolayı umumi veya hususi bir zarar husule geldiği taktirde üç aydan bir seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”*<sup>2</sup>

765 sy TCK m. 351: *“(Değişik: 21.1.1983 – 2787/13 md.) Bir kimse hüviyet cüzdanı, nüfus tezkeresi, ruhsatname veya pasaport almak maksadıyla bu evrakta kendi isim ve şöhret veya sıfatını sahte olarak dercettirir veyahut şahadet etmek suretiyle bu yolda evrak almak filinde başkasının cürüm ortağı olursa altı aydan iki yıla kadar hapis ve beşbin liradan otuzbin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.”*

765 sy TCK m. 353: *“(Değişik: 21.2.1983 – 2787/15 md.) Zabitanın teftişine tabi defter tutmaya veya kendi sanat ve mesleğinin muamelatına dair zabıta-ya malumat vermeye mecbur olanlardan bu defterlerde sahtekârlık eden veya yanlış malumat veren veya sahte tarih koyan üç aydan bir yıla kadar hapis ve beşbin liradan otuzbin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.”*

765 sy TCK m. 528: *“Bir memura vazifesini yaptığı sırada isim veya şöhret veya sıfat ve sanatını ve mesken ve ikametgâhını veya doğduğu yeri yahut sair şahsi evsafını beyandan imtina eden şahıs otuz liraya kadar hafif para cezayı nakdiye mahkûm olur. Ve eğer hakikat hilafında beyanatta bulunursa bir aya kadar hafif hapis cezasıyla cezalandırılır.”*

Madde 206'nın gerekçesi ise şu şekildedir: *“Madde, doktrinde “fikri sahtecilik olarak adlandırılan bir suç tipini düzenlenmektedir. Kişi, kendi beyanıyla, sahte bir resmi belgenin düzenlenmesine neden olmak hakkında sahip değildir. Kişinin açıklamaları üzerine düzenlenen resmi belgenin bu beyanın doğruluğunu ispat edici bir güce sahip olması suçun oluşması için gereklidir. Aksi takdirde düzenlenen belge, yapılan beyanın doğruluğunu ispat edemeyeceğinden, kişi kendi beyanı ile böyle bir belgenin düzenlenmesine etmen olmuş sayılmaz ve*

---

<sup>2</sup> ERMAN, Sahir; Ceza Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992, s. 485.

*kendisinin bu madde uyarınca cezalandırılmasının neden ve hikmeti kalmaz. O halde bakılacak husus şudur: Beyanın doğruluğu düzenlenen resmi belgeyi ispat edecek ise, madde uygulanacaktır; buna karşılık beyanı alan memur, beyanın doğruluğunu tahkik edip, buna kanaat getirdikten sonra resmi belgeyi düzenlemek durumunda ise yani resmi belge sadece kişinin beyanı üzerine değil de, memurca yapılacak inceleme sonucuna göre meydana getirilmekte ise, bu maddedeki suç oluşmaz. Nitekim, kişiyi çok geniş bir surette “doğruyu söylemek”le yükümleyen İtalyan Ceza Kanununun 483. Maddesi de aynı esası kabul etmiş ve İtalyan Yargıtayının yerleşmiş içtihadı da bun yönde olmuştur.*

*Bu nedenle, gümrük muayene memuruna, belirli bir malı ithal veya ihraç edeceği yolunda yalan beyanda bulunan kişi, bu maddedeki suçu işlemiş olmaz; zira beyanı alan gümrük muayene memuru sırf bu beyanla yetinmeyip, beyanın doğruluğunu incelemekle yükümlüdür.*

*Resmi belge ile doğruluğu ispat edilecek olayların ne olduğu, belgenin niteliğine göre belirir.*

*Hâkime, değişik olaylar karşısında, yalan beyanın niteliğine göre temel cezayı belirlemek bakımından taktir yetkisi sağlamak maksadıyla maddedeki ceza üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak saptanmıştır”<sup>3</sup>.*

Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyanda bulunma suçu, TCK m. 204/2’de<sup>4</sup> düzenlenen kamu görevlisinin resmi belgede fikri sahteciliğine benzetilmektedir. Bu iki suç tipinin ortak özelliği resmi belgenin içerik olarak gerçek durumu yansıtmamasıdır. Buna karşılık, fikri sahtecilikte, söz konusu sahtecilik bizzat kamu görevlisi tarafından gerçekleştirildiği halde, 206. madde de üçüncü bir kişi tarafından icra edilmektedir<sup>5</sup>. Gerekçede, “... doktrinde “fikri sahtecilik” olarak adlandırılan bir suç tipi düzenlenmektedir” denmekte ise de, 206. madde de fikri sahtecilik söz konusu değildir. Fikri sahtecilik, madde 204/2’de yer almakta olup kamu görevlisinin gerçeğe aykırı belge düzenlemesidir<sup>6</sup>. Bundan dolayı, gerekçedeki bu ifade kanaatimizce yerinde değildir.

---

<sup>3</sup> ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara, 2005, s. 953-954.

<sup>4</sup> TCK m. 204/2: “Görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmi bir belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren, gerçeğe aykırı olarak belge düzenleyen veya sahte resmi belgeyi kullanan kamu görevlisi üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

<sup>5</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK; Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, Ankara, 2014, s. 769.

<sup>6</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara, 2013, s. 673-674.

## II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ YARAR

Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu ile korunan hukuki değer kamu düzenidir. Çünkü, yalan beyan sonucu oluşturulan sahte resmi belge nedeniyle, resmi belgenin doğruluğuna karşı toplumda var olan güven duygusu zedelenecektir. Belirtilen zararlı sonucun meydana gelmemesi bakımından bu suç tipi yaratılmıştır<sup>7</sup>. Başka bir ifade ile, belge kişinin doğru beyanda bulunmaması nedeniyle gerçeğe aykırı olduğundan belgede sahtecilik eylemi oluşmaktadır. Bundan dolayı, korunan hukuki değer kamu düzenidir<sup>8</sup>.

Madde 206 resmi bir belgenin düzenlenmesine neden olacak şekilde yalan beyanda bulunmayı yasaklamıştır. Suçun hukuki niteliğinin yalan tanıklık olduğu da doktrinde ileri sürülmüştür<sup>9</sup>. Ancak, suçu oluşturan yalan beyanın bir takım hukuki işlemlere temel esas alınması ve kanıt niteliğinin bulunmasından dolayı, yalan beyan ile sahte belge meydana getirilmektedir. Bundan dolayı, bu suç aslında madde 204/2'de yer alan resmi belgede sahtecilik suçunun bir çeşididir<sup>10</sup>.

## III. MADDİ UNSUR

### A. SUÇUN KONUSU

Suçun konusu failin *yalan* beyanına dayanarak kamu görevlisinin düzenlediği ve beyanın doğruluğunu ispat edici bir gücü olan resmi bir belgedir<sup>11</sup>. *Yalan*, “aldatmak amacıyla bilerek ve gerçeğe aykırı olarak söylenen söz, gerçek olmayan, asılsız, uydurma” demektir<sup>12</sup>.

Kişinin beyanı sonucu sahte resmi bir belgenin düzenlenmesi kanun koyucu tarafından yasaklanmıştır. Suçun oluşması için kişinin yapmış olduğu açıklamalar üzerine düzenlenen resmi belgenin bu beyanın doğruluğunu ispat edici güce sahip olması gerekir. Aksi halde, düzenlenen belge yapılan beyanın doğruluğunu ispat edemeyeceğinden dolayı kişi kendi beyanı ile resmi bir belgenin düzenlenmesine neden olmuş kabul edilemez. Beyanın doğruluğu düzenlenen resmi belge ile ispat edilecek ise madde 206 uygulanacaktır. An-

---

<sup>7</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. baskı, Ankara, 2013, s. 781.

<sup>8</sup> NECATİ, Meran; Sahtecilik – Malvarlığı – Bilişim Suçları İle Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, 2. Baskı, Ankara, 2008, s. 448.

<sup>9</sup> YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ; Türk Ceza Kanunu, Cilt 5, 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 6308.

<sup>10</sup> YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ; s. 6308.

<sup>11</sup> EŞEN, Sinan; Malvarlığına Karşı Suçlar Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Eylül, 2007, s. 532.

<sup>12</sup> www.tdk.gov.tr

cak, gerekçede de belirtildiği üzere, beyanı alan memur, beyanın doğruluğunu araştırıp, buna kanaat getirdikten sonra resmi belgeyi düzenlemek durumunda ise yani resmi belge sadece kişinin beyanı üzerine değil de kamu görevlisi tarafından yapılacak inceleme sonucuna göre meydana getirilmekte ise, madde 206'da düzenlenen suç oluşmayacaktır<sup>13</sup>.

## B. FAİL

TCK'da suçun faili olabilecek kişiler hakkında herhangi özellik aranmamıştır. Bu suçun faili herkes olabilir. Özgü suç olarak düzenlenmemiştir<sup>14</sup>. Ancak, Tezcan/Erdem/Önok'a göre, kamu görevlisi bu suçu görevinden dolayı işleyemez. Aksi halde 206. madde de yer alan suç değil, madde 204/2'de yer alan fikri sahtecilik suçu oluşacaktır<sup>15</sup>. Biz yazarların görüşüne katılmıyoruz. Çünkü, bir memur düzenlemiş olduğu sahte belgeyi, yalan beyan olarak başka bir memura pekâlâ verebilir. Buna karşılık, kamu görevlisi bir başka kişinin fiiline iştirak ederek bu suçu işleyebileceği gibi kişisel sebeplerden dolayı da bu suçun faili olabilir<sup>16</sup>. Örnek verecek olursak, babası hakkında kesinleşen icra takibinden dolayı haciz için gelen kamu görevlisine gerçeğe aykırı olarak borçlunun taşındığını beyan etmesi durumunda, görevi ile işlenen suç arasında bağlantı bulunmadığından burada kamu görevlisi *resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan* suçunu işlemiş olacaktır<sup>17</sup>.

Yalan beyanda bulunduğu esnada beyanın yapıldığı kamu görevlisinin resmi belgeyi düzenlemeye yetkili olması gerekir. Madde metninde "resmi belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisi" ifadesine yer verildiği için kamu görevlisi resmi belgeyi düzenlemeye yetkili değil ise bu suç oluşmayacaktır<sup>18</sup>.

Önemle ifade etmek gerekir ki, yalan beyanda bulunan kişi tanık olursa ve yalan açıklama, başlamış bir soruşturma kapsamında ve tanık dinlemeye yetkili kişiler karşısında gerçekleşirse, bu takdirde TCK m. 272'de yer alan yalan tanıklık suçu gündeme gelecektir<sup>19</sup>.

---

<sup>13</sup> MERAN; s. 449; Bkz. TCK madde 206 gerekçesi.

<sup>14</sup> TAŞDEMİR, Kubilay; Belgelerde Sahtecilik Suçları, Ankara, 2013, s. 410.

<sup>15</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK; s. 769.

<sup>16</sup> MALKOÇ, İsmail; Sahtecilik Suçları ve Mala Karşı Suçlar, Ankara, 1990, s. 24.

<sup>17</sup> BAKICI, Sedat/YALVAÇ, Gürsel; Ceza Hukuku Özel Hükümleri, 2. Baskı, Ankara, 2008, s. 1028.

<sup>18</sup> ESEN; s. 532.

<sup>19</sup> TOROSLU, Nevzat; Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara, 2013, s. 239; Aynı yönde bkz., GÖKÇEN, Ahmet; Belgede Sahtecilik Suçları, Ankara, 2013, s. 412.

### C. MAĞDUR

Artuk/Gökçen/Yenidünya'ya göre, suçun mağduru toplumu oluşturan herkestir<sup>20</sup>. Kanaatimizce, yazarların görüşü isabetlidir. Çünkü, yukarıda belirttiğimiz üzere suçla korunan hukuki yarar kamu düzenidir. Bundan dolayı, suçun mağdurunu *toplum* olarak belirtmek yerinde olacaktır. Buna karşılık, Meran'a göre, suçun mağduru yoktur. Suçtan zarar gören ise toplumdur<sup>21</sup>.

### D. HAREKET

Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu, failin resmi bir belgeyi düzenlemeye yetkili olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunması şeklinde işlenmektedir<sup>22</sup>. Ayrıca, bir zararın oluşması aranmamaktadır<sup>23</sup>. Bundan dolayı, TCK m. 206'nın sırf hareket (neticesiz/şekli/neticesi harekete bitişik) suçu olduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte, bir görüşe göre de, resmi bir belgenin düzenlenmesine esas teşkil edecek şekilde yalan beyanda bulunulması halinde kamu güvenliği bozulmakta ve dolayısıyla toplumsal bir zarar meydana gelmektedir<sup>24</sup>.

*Yalan*, sözlük anlamı olarak; *“aldatmak amacıyla bilerek ve gerçeğe aykırı olarak söylenen söz, gerçek olmayan, asılsız, uydurma”* manalarına gelmektedir. *Beyan* ise, *“söyleme, bildirme”* anlamına gelmektedir<sup>25</sup>.

765 sayılı TCK'da gerçeğe aykırı beyanın *“resmi belgenin düzenlenmesi sırasında”* gerçekleşmesi gerektiğini belirttiği halde, yeni TCK'da bu şekilde bir açıklamaya yer verilmemiştir. Ancak, TCK m. 206'da suçun faili olan kamu görevlisinin *“bir resmi belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olması”* gerektiğinden bahsedildiği için, yeni TCK açısından da yalan beyanın resmi belgenin düzenlendiği sırada gerçekleşmesi koşulu arandığı sonucu çıkmaktadır<sup>26</sup>. Buna paralel olarak, TCK m. 206'nın başlığında *“resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan”* ifadesine yer verilmiş olmasından dolayı söz konusu beyanın mutlaka resmi belgenin düzenlenmesi anında gerçekleşmiş olması gerekmektedir<sup>27</sup>. Ayrıca, yalan beyanın *“kamu görevlisine”*<sup>28</sup> yapılmış olması ve bu kamu görev-

---

<sup>20</sup> ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA; s. 679.

<sup>21</sup> MERAN; s. 449.

<sup>22</sup> SOYASLAN, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara, 2014, s. 520.

<sup>23</sup> MERAN; s. 453.

<sup>24</sup> YAŞAR/GÖKÇAN/ARTUÇ; s. 6308.

<sup>25</sup> www.tdk.gov.tr, 16/06/2016.

<sup>26</sup> BAKICI/YALVAÇ; s.1029.

<sup>27</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE; s. 782.

<sup>28</sup> TCK m. 6/1-c: “Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya

lisinin de “*resmi belge düzenlemeye yetkili olması*” gerekir. Diğer bir ifade ile, salt kamu görevlisine yalan beyanda bulunulması suç teşkil etmemektedir<sup>29</sup>. Ayrıca, yalan beyanda bulunmanın özel kanunlarda suç olarak düzenlenmemiş olması gerekir. Aksi halde, TCK m. 206 değil, ilgili özel kanun hükümleri uygulanacaktır<sup>30</sup>.

Resmi belgenin tanımı ve unsurları TCK m. 204’te ifade edilmiştir. Kısaca resmi belge, kamu görevlisinin görevi gereği düzenlediği belgedir<sup>31</sup>. Özel belgenin düzenlenmesi sırasında yalan beyanda bulunulması halinde bu suç oluşmayacaktır<sup>32</sup>. Ancak, yalan beyan özel belge ile gerçekleştirilebilir. Bu husus içtimalı bahsinde ayrıca incelenecektir.

Yalan beyan üzerine düzenlenen belgenin imza veya diğer herhangi bir unsurdanda eksiklik olmaması gerekir. Eğer resmi belgenin unsurlarında eksiklik varsa yalan beyan olsa dahi TCK m. 206’da düzenlenen suç tipi oluşmayacaktır<sup>33</sup>.

765 sayılı TCK m. 343’te yalan beyanın “*hüviyet ve sıfat*” veya “*söz konusu varaka ile ispatlanabilen diğer durumlar hakkında*” olması gerektiği ifade edilmiş iken<sup>34</sup>; yeni TCK m. 206’da, sadece “*yalan beyanda bulunma*” ifadesine yer verilmiştir. Bundan dolayı, 765 sayılı TCK’nın daha lehe olduğu belirtilebilir<sup>35</sup>. Bu hükme göre, kamu görevlisine yalan beyanda bulunan kişinin cezalandırılabilmesi için bu beyanın yer aldığı resmi belgenin bu durumun gerçeğe uygunluğunu ispatlamaya yönelik olması gerekir. Yalan beyanın belgeyi düzenlemekle yetkili kamu görevlisine yapılması gereklidir<sup>36</sup>. Buradaki yalan beyan yazılı veya sözlü açıklama şeklinde olabilir. Diğer bir ifade ile, failin belgeyi düzenleyen kamu görevlisine gerçek dışı bir takım açıklamalarda bulunması gerekir. Burada fail, resmi belgenin düzenlenmesine kendi beyanı ile katılmaktadır. Ayrıca, bulunulduğu anda gerçeğe uygun olan beyanın, sonrada herhangi bir sebeple yanlış hale gelmesi durumunda bu suç oluşmaz<sup>37</sup>. Dolayısıyla burada

---

seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi,”

<sup>29</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK; s. 770.

<sup>30</sup> “5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun 68/1-c maddesinde; “Mülki idare amirince bu Kanunun 50. Maddesinde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen kişilere 250 YTL, gerçeğe aykırı beyanda bulunanlara 500 YTL idari para cezası verilir.”

<sup>31</sup> İTİŞGEN, Rezzan; “*Resmi Belgede Sahtecilik Suçu*”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C. 8, S. 84, Ağustos, 2013, s. 53.

<sup>32</sup> YURTCAN, Erdener; Yargıtay Kararları Işığında Sahtecilik Suçları, İstanbul, 2009, s. 101.

<sup>33</sup> TAŞDEMİR; s. 411.

<sup>34</sup> ERMAN, Sahir; Sahtekârlık Cürümleri, 3. Baskı, İstanbul, 1970, s. 445.

<sup>35</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE; s. 782.

<sup>36</sup> “yalan beyanda bulunma suçunun oluşabilmesi için, sanığın resmi belgeyi düzenleme yetkisine sahip kamu görevlisi bulunması gereklidir.” 11. CD, 259.2007, 6660/5847.

<sup>37</sup> Yargıtay 6. CD, 26.2.2004, 22244/12046.



esas alınan kriter kamu görevlisinin resmi belgeyi düzenlediği andır.

Bu suç tipiyle alakalı Kabahatler Kanunu'nda benzer bir düzenleme mevcuttur ve çok sık şekilde karıştırılmaktadır. KK m. 40'a göre; "(1) Görevle bağlantılı olarak sorulması halinde kamu görevlisine kimliği veya adresiyle ilgili bilgi vermekten kaçınan veya gerçeğe aykırı beyanda bulunan kişiye, bu görevli tarafından elli Türk Lirası idari para cezası verilir." Söz konusu kabahatten anlaşılacağı üzere, kamu görevlisinin göreviyle bağlantılı şekilde kimliğini sorması üzerine, bu bilgiyi vermeyen veya sahte bilgi veren failin davranışı TCK m. 206 kapsamına değil, KK m. 40 kapsamında "kimliği bildirmeme" kabahati kapsamına girer<sup>38</sup>.

Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçunun oluşabilmesi için açıklamanın gerçek dışı olması ve belgenin delil gücünün bu beyana dayanması gerekir. Bundan dolayı, o resmi belge ile ispatı gerekmeyen olgulara ilişkin yalan beyanda bulunulduğu takdirde bu suç meydana gelmez<sup>39</sup>. Bunun yanında, belgenin gerçeği yansıtmaması failin beyanlarına dayanması gerekir. Önemle belirtmek gerekir ki, belgeyi düzenleyen kamu görevlisi, failin yapmış olduğu açıklamanın gerçeğe uygun olup olmadığı hususunu araştırma yükümlülüğü altında ise, TCK m. 206'da düzenlenen suç tipi oluşmayacaktır<sup>40</sup>.

Yargıtay, babasının ölümünden sonra geçersiz kalan vekâletname ile SSK'dan maaş almaya devam eden<sup>41</sup> veya kendisi yerine başkasını sınava sokan kişinin TCK m. 206'da yer alan suç işlediğini belirtmiştir<sup>42</sup>.

Suçun meydana gelebilmesi *yalan beyanda bulunulmasına* bağlıdır. Failin başka bir hareketi yalan beyan olarak algılanarak belge düzenlenmesi halinde bu suç oluşmayacaktır. Örnek vermek gerekir ise, fail şüphe üzerine yakalandığında gerçek ismini söylemesine rağmen üzerinden sahte kimlik çıkması ve kolluğun bu iki isme göre tutanak düzenlemesi durumunda TCK m. 206'da yer alan suç oluşmayacaktır<sup>43</sup>.

Kişinin gerçeğe uygun şekilde beyanda bulunmasına rağmen kamu görevlisi bu beyanı gerçeğe aykırı şekilde kayda geçerse, burada TCK m. 206 değil, TCK m. 204/2'de yer alan suçun olduğu ifade edilebilir<sup>44</sup>.

---

<sup>38</sup> ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA; s. 676.

<sup>39</sup> GÜNDÜZ/GÜLTAŞ; s. 139.

<sup>40</sup> DONAY, Süheyl; Türk Ceza Kanunu Şerhi, 2013, s. 301.

<sup>41</sup> Yargıtay 6. CD, 29.05.1995, 4233/5645.

<sup>42</sup> Yargıtay 6. CD, 27.6.1995, 7465/7620; Yargıtay 11. CD, 27.2.2008, 3130/1104.

<sup>43</sup> 11. CD, 25.9.2007, 6660/5847.

<sup>44</sup> TOROSLU; s. 237.

#### IV. MANEVİ UNSUR

Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu kasten işlenebilen bir suçtur<sup>45</sup>. Fail bilerek ve isteyerek yalan açıklamada bulunmalı, muhatabının kamu görevlisi olduğunu ve bir evrak düzenleneceğini bilmelidir<sup>46</sup>. Fail sahte olduğunu bilmediği bir belgeyi kullanırsa kasten hareket etmeyeceğinden dolayı suçun manevi unsuru gerçekleşmemiş olacaktır<sup>47</sup>. Ayrıca, suçun olası kastla da işlenmesi mümkündür. Bu suçun taksirli hali ise TCK'da düzenlenmemiştir.

İşlediği suç sebebiyle kendisi hakkında yapılan soruşturma ve kovuşturmayı engellemek amacıyla başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerini kullanan kişi TCK m. 268'de düzenlenen iftira suçundan sorumluluğu doğacaktır<sup>48</sup>.

#### V. DAHA AZ CEZAYI GEREKTİREN NİTELİKLİ HAL

TCK m. 211'e göre; "(1) Bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın ispatı veya gerçek bir durumun belgelenmesi amacıyla belgede sahtecilik suçunun işlenmesi halinde, verilecek ceza, yarısı oranında indirilir." Madde de belgede sahtecilik suçundan bahsedildiği için, bu hükümden resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçunu işleyen kişinin yararlanıp yararlanamayacağı hususunda kanunda boşluk vardır.

Artuk/Gökçen/Yenidünya'ya göre, TCK m. 211'in bu suç bakımından uygulama olanağı yoktur<sup>49</sup>.

Gündüz/Gültaş'a göre ise, TCK m. 211 bu suç bakımından uygulanabilir<sup>50</sup>. Ancak, kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Her ne kadar kanunda açıklık olmasa dahi, TCK m. 211'de gerçek bir durumun belgelenmesi arandığı için, dolaylı olarak TCK m. 206 açısından uygulanamayacağı sonucu çıkmaktadır.

#### VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

##### A. TEŞEBBÜS

Bu suça teşebbüsün mümkün olup olmadığı hususunu izah etmeden önce cevaplanması gereken önemli bir soru vardır. Suçun tamamlanması için resmi belgeyi düzenleme yetkisine sahip kamu görevlisine yalan beyanda bulunul-

---

<sup>45</sup> ERMAN; Sahtekârlık, s. 446.

<sup>46</sup> SOYASLAN; s. 521.

<sup>47</sup> POLAT, Halil; Uygulamada En Çok Karşılaşılan Suçlar, Ankara, s. 742.

<sup>48</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK; s. 771.

<sup>49</sup> ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA; s. 679; Aynı yönde bkz. TAŞDEMİR; s. 417; Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK; s. 771; Bkz., GÖKÇEN; s. 413.

<sup>50</sup> GÜNDÜZ/GÜLTAŞ; s. 139.

ması yeterli midir? Yoksa bu beyanın kamu görevlisi tarafından ayrıca resmi belgeye geçirilmiş olması gerekir mi? Madde de kamu görevlisine “*yalan beyanda bulunmak*” ifadesi yer aldığı için, suçun tamamlanabilmesi bakımından kamu görevlisine yalan beyanda bulunmak yeterlidir, ayrıca bu yalan beyanın resmi belgeye geçirilmiş olması gerekmez. Buradan anlaşılacağı üzere, kamu görevlisi resmi belgeyi düzenlememiş olsa dahi kendisine yalan beyanda bulunmuş ise suç tamamlanmıştır, yani fail tamamlanmış resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçundan cezai sorumluluğu doğmuştur<sup>51</sup>. Doktrinde, görüşümüzün aksini savunan yazarlar da mevcuttur. Yaşar/Gökcan/Artuç’a göre, maddede “*yalan beyanla*” birlikte “*resmi belge düzenleme*” öğelerinin de yer alması nedeniyle, suçun tamamlanması için her iki unsurun birlikte gerçekleşmesi gerekir<sup>52</sup>. Ancak, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi biz bu görüşü isabetli bulmuyoruz. Çünkü, maddede “*resmi belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine...*” ifadesi yer almaktadır. Bu ifadenin “*resmi belge düzenlemek*” şeklinde değerlendirilmemesi kanaatindeyiz. Bundan dolayı, yukarıda belirttiğimiz görüşü isabetli bulmuyoruz. Aslında bu tartışmanın kaynağı madde başlığı ile içeriğinin farklı yorumlanmasından doğmaktadır. Madde başlığında “*resmi belgenin düzenlenmesinde ...*” ifadesi yer alırken, madde içeriğinde “*bir resmi belgeyi düzenlemek ...*” ifadesi yer aldığı için farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Kanaatimizce, yapılan bu tartışmaların önüne geçmek için kanunda şu şekilde bir değişiklik yapılması isabetli olacaktır: “*Bir resmi belgeyi düzenleme yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunarak resmi belge düzenlenmesine sebep olan kişi... cezalandırılır.*”

Yalan beyanın sözlü veya yazılı olabileceğine önceki başlıklarda değindik. Bu yalan beyan mutlaka sözlü olarak değil yazılı şekilde de gerçekleşebilecektir. Ancak, burada cevaplanması gereken önemli bir soru daha vardır. Acaba yalan beyan sözlü şekilde ifade edilmesi üzerine düzenlenen resmi belgenin daha sonra fail tarafından inkâr edilmesi halinde nasıl bir değerlendirme yapılacaktır? Burada şüpheden sanık yararlanır ilkesi işletebilecek midir? Kanaatimizce, sözlü şekilde gerçekleşen yalan beyanın inkâr edilmesi halinde şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği sanığın beraat etmesi gerekir. Buradaki düşüncemizi ispat kuralları çerçevesinde değerlendirdik, ancak ispat hususunu bir kenara bırakacak olursak suçun oluşmasına bir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla burada ortaya çıkan sonuç, sözlü şekilde gerçekleşen bu suça teşebbüs ispat zorluğundan dolayı mümkün gözükmemektedir. Madde gerekçesi de görüşümüzü desteklemektedir. Ancak, yazılı şekilde gerçekleşen yalan beyanın kısım-

---

<sup>51</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK; s. 772; Aynı yönde bkz., GÖKÇEN; s. 415.

<sup>52</sup> YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ; s. 6311.

lara bölünebildiği takdirde<sup>53</sup> veya beyanın kamu görevlisine gönderilmesi için bir araç kullanılmış ise bu suça teşebbüs mümkün hale gelecektir.

Gerekçeye göre, *resmi belge sadece kişinin beyanı üzerine değil de, memurca yapılacak inceleme sonucuna göre meydana getirilmekte ise bu maddedeki suç oluşmaz*. Bu durumda cevaplandırılması gereken bir soru daha karşımıza çıkmaktadır. Acaba, failin yalan beyanı, kamu görevlisi tarafından yapılan inceleme sonucu tespit edilmiş ise failin sorumluluğu doğacak mıdır? Yoksa işlenemez suç hükümleri mi uygulanmalıdır? Kanaatimizce, bu husus tartışmalı olmakla birlikte, bu durumda işlenemez suçtan ve teşebbüsten bahsedilemez. Çünkü, bu suçun sırf hareket (şekli/neticesiz/neticesi harekete bitişik) suç olduğunu yukarıda belirtmiştik. Sırf hareket suçlarına kural olarak teşebbüs mümkün olmadığından dolayı soruya olumsuz cevap verilmelidir. İstisna olarak, ancak hareketler kısımlara bölünebildiği hallerde teşebbüs mümkündür. Örnek olarak, yazılı şekilde hazırlanan yalan beyanın kargoyla gönderilmesi sırasında yolda kaybolması verilebilir. Doktrinde görüşümüzün aksini savunan yazarlar mevcuttur<sup>54</sup>. Bu görüşler ise, dayanak olarak gerekçeyi esas almaktadırlar. Gerekçenin bağlayıcı olmadığını belirtmek isteriz. Gerekçeye göre esas alınması gereken kriter, düzenlenen resmi belgenin memur tarafından incelenip incelenmeyeceğidir.

Fail yalan beyanını tamamlamadan veya tamamlayıp henüz resmi belge düzenlenmeden beyanından gönüllü olarak vazgeçerse, TCK m. 36'da düzenlenen gönüllü vazgeçmeden yararlanacaktır. Ancak, Yargıtay'ın uygulaması bu yönde değildir<sup>55</sup>.

## B. İŞTİRAK

İştirake ilişkin genel kurallar uygulanır. Faili yalan beyanda bulunmaya ikna eden kişinin azmettiren olarak sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Tezcan/Erdem/Önok'a göre, kamu görevlisinin kişinin yalan beyanda bu-

---

<sup>53</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; s. 681.

<sup>54</sup> Bkz, TAŞDEMİR; s. 414; nakleden TAŞDEMİR, MALKOÇ; s. 1463.

<sup>55</sup> "Sanığın, kaza tespit tutanağı hazırlaması için jandarmaya trafik kazasının yerini, kazanın olmadığı farklı bir yer olarak söyle belirtmesi şeklindeki eyleminde; bildirilen olayın adli vakia olması, beyanın doğruluğunun kolluk görevlilerince araştırılmasının gerektirilmesi karşısında; resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyanda bulunmak suçunun unsurlarının oluşmadığının gözetilmemesi, Kabule göre de; sanığın beyanı üzerine görevli jandarmalar tarafından kazanın bildirilen mahalde olmadığı tespit edilerek trafik kazası tespit tutanağının düzenlenmemesi nedeniyle eylemin teşebbüs aşamasında kaldığının gözetilmemesi" (Yargıtay 11. CD., 14.2.2102, 15850/1487); Yargıtay 11. CD., 27.10.2011, 10876/21231; bkz. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; s. 681.

lunduğunu bilmesine rağmen resmi belgeyi düzenlemesi durumunda TCK m. 204/2'den sorumluluk doğacaktır<sup>56</sup>.

### C. İÇTİMA

#### 1. Bileşik Suç Açısından Değerlendirilmesi

Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu, bir başka suçun unsurunu veya ağırlaştırıcı sebebinin oluşturuyor ise TCK m. 42 uyarınca tek bir suçtan ceza tayin edilir.

Artuk/Gökçen/Yenidünya'ya göre, bu durumda TCK m. 212<sup>57</sup> gereği iki ayrı suçtan ötürü ceza verilir<sup>58</sup>. Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Çünkü, TCK m. 212'nin uygulama alanı *sahte resmi veya özel belgedir*. TCK m. 212'nin uygulama alanı açısından değerlendirecek olursak; Yargıtay'a göre TCK m. 212, sadece TCK'da yer alan suçlar için geçerlidir. Ancak bizce, TCK m. 212, hem TCK hem de özel kanunlar için geçerlidir. Bizim savunduğumuz görüş ve Yargıtay<sup>59</sup> açısından ortak olan nokta, TCK m. 212'nin uygulama alanına TCK m. 206'nın dahil olmayıp, sadece TCK m. 204 ve TCK m. 207'nin dahil olduğudur. TCK m. 206'da, *resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyandan* bahsedilmektedir. Bundan dolayı, TCK m. 206, TCK m. 212 açısından uygulama alanına sahip değildir.

#### 2. Zincirleme Suç Açısından Değerlendirilmesi

TCK m. 43/1 c. 3'e göre, mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da zincirleme suç hükümleri uygulanır. Bu suç tipinde mağdur belli bir kişi olmadığı için, aynı suç işleme kararının varlığı halinde birden fazla kez yalan beyanda bulunduğu takdirde zincirleme suç söz konusu olacaktır.

#### 3. Fikri İçtima Açısından Değerlendirilmesi

Yalan beyanda bulunan kişinin bu beyanı başka bir suçu oluşturuyorsa bu takdirde TCK m. 44 gereği fikri içtima kuralları uygulanacaktır. Yalan beyanda bulunmanın yanında suç teşkil eden başka bir fiil mevcut ise her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılmalıdır<sup>60</sup>. İşlenen fiilin özel bir suç tanımına uyması halinde de,

---

<sup>56</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK; s. 772; Aynı yönde bkz. ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA; s. 681; Bkz., GÖKÇEN; s. 417.

<sup>57</sup> TCK m. 212: "Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur."

<sup>58</sup> ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA; s. 681.

<sup>59</sup> 6. CD. 16.05.2007, 2006/20126, 2007/6317; GÖKÇEN; s. 419.

<sup>60</sup> BAKICI/YALVAÇ; s. 1030.

fail tek bir fiil ile birden fazla suç tipine aykırı davranmış olacağından fikri içtima gereği en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılması gerekir. Çünkü, TCK m. 5 gereği, Ceza Kanununun genel hükümleri özel ceza kanunları içinde uygulanacaktır. Örnek verecek olursak, kişinin kolluk veya savcı önünde ifadesinin alınması sırasında kimliğinin olmadığını bildirip, kendisini başka bir kişi olarak tanıtarak beyan vermesi ve bu beyana dayanarak soruşturma yürütülmesi ve kamu davası açılması halinde fail yalan beyandan değil, m. 206'ya göre özel norm niteliğinde olan ve iftira suçunu düzenleyen TCK m. 268'e göre sorumlu olacaktır. Çünkü, TCK m. 44 açısından, TCK m. 268'in cezası m. 206'ya göre daha fazla olduğu için *iftira* suçundan hüküm kurmak gerekecektir<sup>61</sup>.

Bu suç, iftira ve yalan tanıklık suçlarına göre genel norm niteliğindedir. Eğer failin eylemi bu suç tiplerinin unsurlarını oluşturuyorsa bu durumda resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan değil, iftira veya yalan tanıklık suçlarından sorumluluk söz konusu olacaktır<sup>62</sup>.

Fikri içtima konusuyla alakalı ele alınması gereken bir hususta şudur: Yalan beyan sahte belge ile gerçekleşirse failin sorumluluğu nasıl belirlenecektir? Fail, hem TCK m. 204 ve m. 207'de düzenlenen belgede sahtecilik suçlarından hem de TCK m. 206'da düzenlenen suçtan mı sorumlu olacaktır? Bu durumda nasıl bir yol izleneceği konusunda doktrinde sadece Özen'in görüş ileri sürdüğünü tespit ettik. Özen'e göre, *"Yalan beyanda bulunma, belgede sahtecilik suçu işlenerek gerçekleştirilmiş ise, belgenin resmi veya özel olmasına göre TCK m. 204 veya 207. maddesinde düzenlenen belgede sahtecilik suçu ve TCK m. 206'da düzenlenen yalan beyanda bulunma suçları işlenmiş olacaktır. Bu durumda, fikri içtima hükümlerine göre hareket edilmesi gerektiği düşünülebilir. Fakat, TCK m. 212 gereğince, gerçek içtima hükümleri uygulanmalıdır. Yalan beyanda bulunma, belgede sahtecilik suçu işlenmeden gerçekleştirilmiş ise, sadece TCK m. 206'da düzenlenen yalan beyanda bulunma suçundan sorumluluk yoluna gidilecektir"*<sup>63</sup>.

Kamu görevlisinin, yapılan beyanın *yalan* olduğunu bilmeden resmi belgeyi düzenlemesi gerekir. Aksi halde, suçun işlenişine katılmış olup, failin yalan beyanını bildiği halde resmi belge düzenlemesi durumunda her ikisi açısından da TCK m. 204'te yer alan suç tipi gerçekleşecektir<sup>64</sup>.

Yalan beyanda bulunmak suretiyle düzenlenen resmi belgenin, bir başka

---

<sup>61</sup> MERAN; s. 453-454.

<sup>62</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE; s. 783.

<sup>63</sup> ÖZEN, Mustafa; Gıda Hukuku, Ankara, 2015, s. 135.

<sup>64</sup> YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ; s. 6313.

resmi belgenin oluşturulmasında kullanılması halinde, TCK m. 206 değil, m. 204'ün olduğu kabul edilir<sup>65</sup>. Burada yalan beyan üzerine düzenlenen belge- nin araç olarak kullanılması söz konusudur. Yargıtay'ın uygulaması da bu yön- dedir<sup>66</sup>.

Yalan beyanın, suçluyu kayırmak, bir suçu gizlemek veya tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmemek şeklinde gerçekleşmesi halinde, fiilin niteliği- ne göre TCK m. 281, m. 283 ve m. 284'te düzenlenen suçlardan biri oluşacak- tır<sup>67</sup>.

Yargıtay, sahte belgeye rağmen yalan beyanda bulunulması durumunda (örneğin, sahte kimlik kartını ibraz ederek kimliği hakkında yalan beyanda bu- lunmak) eylemin yalnızca sahtecilik suçunu oluşturacağını kabul etmiştir<sup>68</sup>.

Taşdemir'e göre, kişinin sahte şekilde düzenlediği nüfus cüzdanını kulla- narak kamu görevlisine yalan beyanda bulunması ve bunu dayanarak kamu görevlisinin de tutanak düzenlemesi halinde resmi belgede sahtecilik suçu ile resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu oluşmaktadır<sup>69</sup>. Ancak bu hususta Yargıtay'ın farklı içtihatları mevcuttur<sup>70</sup>. Yazara göre, bu durumda fikri içtima değil gerçek içtima kurallarının uygulanacaktır.

Fail kimliğine ilişkin olarak, kamu görevlisi bir belge düzenlerken yalan be- yanda bulunursa, fail aynı zamanda KK m. 40'ta yer alan *"kimliği bildirmeme"* kabahatini gerçekleştirmiş olur. Ancak, KK m. 15/3'e göre, bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabi- lirdir<sup>71</sup>.

Meran'a göre, kimliği hakkında yalan beyanda bulunarak tebligatı alan kişi hakkında, fikri içtima kuralları gereği, Tebligat Kanunu m. 55 değil, TCK m. 206 uygulanır. Çünkü, TCK m. 206'nın cezası daha ağırdır<sup>72</sup>. Buna karşılık, Erman'a

---

<sup>65</sup> BAKICI/YALVAÇ; s. 1029.

<sup>66</sup> Yargıtay 11. CD., 27.3.2013, 2010/17240 – 2013/5052.

<sup>67</sup> YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ; s. 6313.

<sup>68</sup> Yargıtay 11. CD., 14.5.2008, 2528/4893; "Sahte nüfus cüzdanını gümrük kapısında görevli- lere ibraz ederek kullanmaktan ibaret eylemin, 765 sayılı Kanunun 350/3, 5237 sayılı Kanu- nun 204/1 maddesine uyan suça oluşturduğu gözetilmeden yalan beyanda bulunma suçun- dan mahkumiyet kararı verilmesi yasaya aykırıdır."; Yargıtay 6. CD., 5.10.2006, 2015/9311; "Kimliğini, üst aramasında ele geçen sahte nüfus cüzdanı içeriğine uygun olarak bildirdiğinin anlaşılması karşısında, eylemin bir bütün olarak TCK 350/1-3. maddesine uyduğu gözetilme- den, ayrıca 5237 sayılı TCK m.206 ile de hükümlülüğüne karar verilmesi bozmayı gerektirir."

<sup>69</sup> TAŞDEMİR; s. 415.

<sup>70</sup> Yargıtay 11. CD., 28.9.2012, 21380/16337; Yargıtay 11. CD., 27.3.2012, 3903/4252.

<sup>71</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE; s. 783.

<sup>72</sup> MERAN; s. 455.

göre, bu durum özel bir kanunda suç olarak tanımlanmış ise TCK değil, özel kanun hükmü uygulanır. Yani burada uygulanacak hüküm Tebligat Kanunu m. 55'tir<sup>73</sup>. Meran'ın görüşünü isabetli bulmuyoruz. Çünkü, TCK m. 44'te yer alan "*birden fazla suçtan*" ifadesinden anlaşılması gereken TCK'da yer alan suç tipleri için geçerlidir<sup>74</sup>. Dolayısıyla, bir fiil ile hem TCK'da yer alan bir suç tipi hem de özel kanunlarda yer alan bir suç tipi ihlal edilecek olursa uygulanacak olan özel kanundur. Açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde, yukarıda bahsi geçen durumda uygulanacak olan Tebligat Kanunu m. 55'tir.

## VII. YAPTIRIM

TCK m. 206'ya göre, bir resmi belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

## VIII. MUHALEMESİ

Suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı değildir. Madde bakımından yetkili (görevli) mahkeme Asliye Ceza Mahkemesidir.

## SONUÇ

Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu TCK madde 206'da düzenlenmiştir. Maddeye göre; "Bir resmi belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır."

Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu, TCK m. 204/2'de düzenlenen kamu görevlisinin resmi belgede fikri sahteciliğine benzetilmektedir. Bu iki suç tipinin ortak özelliği resmi belgenin içerik olarak gerçek durumu yansıtmamasıdır. Buna karşılık, fikri sahtecilikte, söz konusu sahtecilik bizzat kamu görevlisi tarafından gerçekleştirildiği halde, 206. madde de üçüncü bir kişi tarafından icra edilmektedir.

Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu ile korunan hukuki değer kamu düzenidir. Çünkü, yalan beyan sonucu oluşturulan sahte resmi belge nedeniyle, resmi belgenin doğruluğuna karşı toplumda var olan güven duygusu zedelenecektir.

Suçun konusu failin yalan beyanına dayanarak kamu görevlisinin düzenle-

---

<sup>73</sup> ERMAN; s. 513.

<sup>74</sup> HAKERİ; Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara, 2014, s. 604.



diği ve beyanın doğruluğunu ispat edici bir gücü olan resmi bir belgedir.

TCK'da suçun faili olabilecek kişiler hakkında herhangi özellik aranmamıştır. Herkes bu suçun faili olabilir. Özgü suç olarak düzenlenmemiştir. Ancak, kamu görevlisi bu suçu görevinden dolayı işleyemediği, doktrinde savunulsa dahi biz bu görüşe katılmıyoruz. Mağdur bakımından ise, doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, mağdur toplumu oluşturan herkeştir. Diğer bir görüşe göre ise, bu suçta mağdur yoktur. Suçtan zarar gören ise toplumdur.

Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu, failin resmi bir belgeyi düzenlemeye yetkili olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunması şeklinde işlenmektedir. Ayrıca, bir zararın oluşması aranmamaktadır.

Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Fail bilerek ve isteyerek yalan açıklamada bulunmalı, muhatabının kamu görevlisi olduğunu ve bir evrak düzenleneceğini bilmelidir. Fail sahte olduğunu bilmediği bir belgeyi kullanırsa kasten hareket etmeyeceğinden dolayı suçun manevi unsuru gerçekleşmemiş olacaktır. Bu suç taksirle işlenemez.

Beyanda bulunulmasıyla birlikte suç tamamlanmıştır. Bu beyanın kamu görevlisi tarafından belgeye aktarılmış ya da belgenin kullanılmış olmasına gerek yoktur. Bundan dolayı, kural olarak teşebbüse elverişli değildir. Bu konuyla alakalı tartışmalara ve görüşlere metin içerisinde yer verilmiştir.

İştirake ilişkin genel kurallar uygulanır. Faili yalan beyanda bulunmaya ikna eden kişinin azmettiren olarak sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyanda bulunma suçu, bir başka suçun unsurunu veya ağırlaştırıcı sebebini oluşturuyor ise TCK m. 42 uyarınca tek bir suçtan ceza tayin edilir.

TCK m. 43/1 c. 3'e göre, mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da zincirleme suç hükümleri uygulanır. Bu suç tipinde mağdur belli bir kişi olmadığı için, aynı suç işleme kararının varlığı halinde birden fazla kez yalan beyanda bulunduğu takdirde zincirleme suç söz konusu olacaktır.

Yalan beyanda bulunan kişinin bu beyanı başka bir suçu oluşturuyorsa bu takdirde TCK m. 44 gereği fikri içtima kuralları uygulanacaktır. Yalan beyanda bulunmanın yanında suç teşkil eden başka bir fiil mevcut ise her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılmalıdır. Bu konuyla alakalı tartışmalara ve görüşlere metin içerisinde yer verilmiştir.



### KAYNAKÇA

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

BAKICI, Sedat/YALVAÇ, Gürsel; Ceza Hukuku Özel Hükümleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

DONAY, Süheyl; Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınları, 2013.

ERMAN, Sahir; Ceza Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992.

ERMAN, Sahir; Sahtekârlık Cürümleri, 3. Baskı, Sulhi Garan Matbassı, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1550, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 336, İstanbul, 1970.

ESEN, Sinan; Malvarlığına Karşı Suçlar Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Adalet Yayınları, Eylül, 2007.

GÖKCEN, Ahmet; Belgede Sahtecilik Suçları, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2014.

İTİŞGEN, Rezzan; *“Resmi Belgede Sahtecilik Suçu”*, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C. 8, S. 84, Ağustos, 2013.

MALKOÇ, İsmail; Sahtecilik Suçları ve Mala Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1990.

NECATİ, Meran; Sahtecilik – Malvarlığı – Bilişim Suçları İle Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

ÖZBEK, V. Özer/KANBUR, M. Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5.baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

ÖZEN, Mustafa; Gıda Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

POLAT, Halil; Uygulamada En Çok Karşılaşılan Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara.

SOYASLAN, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

TAŞDEMİR, Kubilay; Belgelerde Sahtecilik Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

TEZCAN, Durmuş/ERDEM, M. Ruhan/ÖNOK Murat; Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

TOROSLU, Nevzat; Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2013.

YAŞAR, Osman/GÖKCAN, H. Tahsin/ARTUÇ, Mustafa; Türk Ceza Kanunu, Cilt 5, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

YURTCAN, Erdener; Yargıtay Kararları Işığında Sahtecilik Suçları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2009.

# İYUK MADDE 28/4 DEĞİŞİKLİĞİ: YARGI KARARLARININ İDARE TARAFINDAN UYGULANMAMASI VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

*Amendment of İYUK art. 28/4: Lack of Enforcement of Jurisdiction Adjudications by Administration and Solition Offers*

**Arş. Gör. Felemez GÜNEŞ\***

## ÖZET

Bu çalışmanın amacı, yargı kararlarına ana hatlarıyla değinildikten sonra, yargı kararlarının idare tarafından uygulanmasını zorlaştırıcı sorunlara ve bu sorunların doktrin ve içtihatlardaki farklı görünümüne az da olsa açıklık getirmektir. Çalışmanın başka bir amacı da yargı kararlarının uygulanmasını güçleştiren mekanizmalar çerçevesinde bu sorunlara önerilen çözüm önerilerini değerlendirmektir.

**Anahtar Kelimeler:** İdari Yargılama, Yargı Kararları, Kararın Uygulanmaması, İdarenin Sorumluluğu, İdare Hukuku.

## ABSTRACT

Purpose of this study is to clarify issues which complicate enforcement of juristiction adjudications by administration and perspectives in doctrin and court practices of these issues, after dealing with the main lines of juristiction adjudications. Another purpose of this study is to evaluate intended solution offers to this issues within the scope of mechanisms that strengthen enforcement of jurisdiction adjudications.

**Keywords:** Administrative Jurisdiction Procedure, Jurisdiction Adjudications, Lack of Enforcement of Decision, Responsibility of Administration, Administrative Law.

◆◆◆◆

## GİRİŞ

Temel hak ve özgürlüklerin korunmasını ilke edinmiş ve adaleti güvence altına almayı hedeflemiş demokratik bir sistemde, yasal düzenlemelere rağmen yargı kararlarının idare tarafından uygulanmaması söz konusu yasal düzenlemeleri anlamsız kılar<sup>1</sup>. Nitekim Mustafa Kemal Atatürk'ün "*Her şey kanun*

---

\* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı, felemez.gunes@atauni.edu.tr

<sup>1</sup> Celal Erkut, "İdari Yargı Kararlarının Uygulanmasını Güçlendirici Mekanizmalar", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 141. Yıl Sempozyumu*: 11 Mayıs 2009, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 79, Ankara 2009, s. 30; Metin Günday, "İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu", *Hukuk Kurultayı 2000-1*, 11- 16 Ocak 2000, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2000, s.

yapmaktan ibaret değildir. Aksine her şey kanunları uygulamak ve uygulatırmaktan ibarettir. Uygulayan, yerine getiren, daima karar verenden daha kuvvetlidir.”<sup>2</sup> sözünden hareketle idarenin yargısal denetime tabi olmasının bir anlam ifade edebilmesi, bu kararların, içeriklerine uygun bir şekilde uygulanmasına bağlıdır<sup>3</sup>.

İYUK madde 28, yargı kararlarının icaplarına göre idarenin, gecikmeksizin işlem tesis etmesi veya eylemde bulunması gerektiğini belirtir. Aynı zamanda, yargı kararlarının uygulanması medeni hak ve yükümlülüklerin ve cezai alanda kişiye yöneltilen suçlamaların yargı mercileri tarafından makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun olarak görülmesini isteme olarak ifade edilen “adil yargılanma hakkı”nın odağını oluşturur<sup>4</sup>. Nitekim herhangi bir yargı organı tarafından verilen bir kararın uygulanması, AİHS’nin 6. maddesinin maksatları açısından yargılamanın bütünüleyici bir unsuru olarak görülür<sup>5</sup>.

“Hukuk devleti ilkesinin doğal bir gereği” olan yargı kararlarının uygulanması aynı zamanda hukuki güvenlik ilkesinin göstergelerinden en önemlisidir<sup>6</sup>. Çünkü hukuk devleti ilkesinin kabul edildiği bir devlette, devlet sadece hukuk kuralları koyup bu kurallara bireylerin uyması ile yetinmez. Devletin kendisi hem bu kurallara uyar hem de uymadığı takdirde kendisini denetleyecek yargı-

---

351-354; Tuğçe Bülbül Güner, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Nedeniyle İdarenin ve Kamu Görevlisinin Sorumluluğu, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2012, s. 2, 20; Cemil Kaya, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusunda Danıştay’ın Yaklaşımı (İYUK Madde 28 Üzerinde Bir İnceleme)*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 12.

<sup>2</sup> Atatürk’ün Söylev ve Demeçleri, C.I, 1945, naklen <http://www.Tekadamdevrimi.com/index.Php?option=comcontent&view=article&id=151&Itemid=36>, 25.02.2016.

<sup>3</sup> Şener Dalyan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Türk İdari Yargı Uygulamaları”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 146. Yıl Sempozyumu*: 12 Mayıs 2014, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 86, Ankara 2014, s.101; Kaya, s. 11, 43.

<sup>4</sup> Erkut, s. 30. Ayrıca bkz. Nurben Ömerbaş, “İdari Yargılama Usulünde Hızlandırıcı Mekanizmalar”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 141. Yıl Sempozyumu*: 11 Mayıs 2009, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 79, Ankara 2009, s. 95.

<sup>5</sup> Ahmet Kılıç-Türkiye davası, Başvuru no:38473/2, 25 Nisan 2006, naklen Tahsin Yılmaz, *Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Sorumluluk*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2012, s. 17.

<sup>6</sup> Evren Altay, “Yargı Kararlarının Uygulanması”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu*: 11 Mayıs 2007, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 74, Ankara 2007, s. 111; Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargısı*, 29. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 1; Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 660-661; Ramazan Yıldırım, *İdare Hukuku Dersleri I-II*, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2012, II/248; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 136; Kaya, s. 5, 43; D5D, KT, 14.05.197, E.1974/5266, K. 1975/2770, DD, S. 20-21, s. 368.

sal denetim mekanizmalarını kurar<sup>7</sup>. Nitekim bu durumu AİHM, 10 Kasım 2004 tarihli “Lemke -Türkiye” davasında<sup>8</sup> şu ifadelerle açıklamıştır:

*“AİHM ayrıca idarenin, hukuk devletinin bir unsuru olduğunu ve bunun da en önemli ögesinin yargının iyi yönetimi ilkesi olduğunu ve yargı kararlarının idare tarafından yerine getirilmesinin reddedilmesi ya da geciktirilmesi durumunda, yargılama sürecinde kişiye tanınan güvencelerin varlık nedenlerini kaybettiğini özellikle hatırlatmaktadır.”*

## 1. YARGI KARARLARININ İDARE TARAFINDAN UYGULANMA ZORUNLULUĞU

Bir hukuk devletinde yargı kararlarının uygulanmamasından bahsedilemez. Anayasa ve yasalarda açık düzenlemeler varken idare, yargı kararlarını uygulamaktan kaçınmaz<sup>9</sup>. Anayasa'nın 11. maddesine göre, Anayasa hükümleri

---

<sup>7</sup> Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, 15. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2014, s. 812; Bertil Emrah Oder “Anayasal Düzende İdari Yargı Sistemi”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu*: 12 Mayıs 2015, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 89, Ankara 2015, s. 97; İl Han Özey, *Yargısal Korunma*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 3; İsmet Giritli, Pertev Bilgin, Taygun Akgüner, Kahraman Berk, İdare Hukuku, 5. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2012, s.79-83; Yahya Kazım Zabunoğlu, İdare Hukuku I-II, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. I/95; Yılmaz, s. 1-4.

<sup>8</sup> Lemke-Türkiye Davası, Başvuru no:17381/02, 5 Haziran 2007, [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-123672\\_13.02.2016](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-123672_13.02.2016).

<sup>9</sup> Nitekim hukuk devletinde yargı kararlarının uygulanmamasından söz edilmesi mümkün olmadığı gibi yargı kararlarının uygulanmasının zorunlu olduğunu belirtmesine de gerek yoktur. Günday, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, s. 351.

Hukuk devleti ilkesinin yerleştiği sistemlerde yargı kararlarının uygulan(ma)maması üzerinde uzun uzun durulmaz, aynı zamanda idarenin ve kişilerin mahkeme kararlarını yerine getirmemelerinden dolayı aleyhlerine tazminat davası açılması da pek gündeme gelmez. Karavelioğlu, s. 934. Ancak bu konu üzerinde niçin durulduğu ile ilgili olarak bkz. Turan Yıldırım, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, *133. Yıl Danıştay Sempozyumu*, 11-12 Mayıs 2001, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 63, Ankara 2003, s. 154 vd.

Ayrıca Ozansoy, bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: “İdari yargı kararlarının uygulanmaması gibi bir sorununun, hukuk devleti açısından ‘düşünülemeyeceği’ sıkça dile getirilir. Buna karşın, gerek Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasında yer alan hüküm, gerek 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin 1., 2., 3., ve 4. fıkralarında yer verilen hükümler karşısında, bu sorunun ‘yasama, yürütme ve idare’ açısından pekala ‘düşünülebilir’ bir nitelikte görüldüğü ortadadır. Keza, bugün burada Danıştay çatısı altında ve bir panel konusu olarak tartışılmayı hak etmekle, sorunun ‘tasavvur dışı’lığının bir gerçeğe değil, fakat bir temenniye gönderme yaptığı da açıktır. Yalın gerçek, yargı kararlarına ‘uyulmayabileceği’nin, Türk idaresinin pratikleri açısından ‘geleneksel’ ve ‘mütemadi’ bir niteliğe kavuştuğudur.”, Cüneyt Ozansoy, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması ve İdare Gerçeği”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, *133. Yıl Danıştay Sempozyumu*: 11-12 Mayıs 2001, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 63, Ankara 2003, s. 165.

yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlar. Benzer olarak Anayasa'nın 129. maddesinin 1. fıkrası da "*Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler.*" ifadesi ile Anayasa hükümlerinin bağlayıcılığına ve üstünlüğüne vurgu yapmıştır<sup>10</sup>. Anayasa'nın 138. maddesine göre ise yasama, yürütme ve idare mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Bu organlar mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez<sup>11</sup>.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 28. maddesi, idarenin, yargı mercilerinin "*kararlarının<sup>12</sup> icaplarına göre, gecikmeksizin<sup>13</sup> işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur*" olduğunu belirtir<sup>14</sup>. Ayrıca uygulama süresinin "*hiç bir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü*" geçmeyeceğini ifade eder<sup>15</sup>. Başka bir deyişle söz konusu hüküm, otuz günün dolmasına kadar idareye bir uygulamama yetkisi tanıyan hüküm değildir. Aksine her durumda bu sürenin otuz günü aşmayacağı<sup>16</sup>, kararların uygulanması

<sup>10</sup> Özcan Özbey, "İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk", *Ankara Barosu Dergisi*, S.4, Güz 2009, Ankara 2010, s. 46; Ceylan Şahin Kaplan, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması*, Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Bolu 2008, s. 32; Serdar Yılmaz, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Zorunluluğu ve Bu Kararların Uygulanmamasına Karşı Öngörülen Hukuksal Önlemler*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s. 57; Yıldırım, II/297; Zabunoğlu, s. 1/720.

<sup>11</sup> Halil Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, Sayram Yayınları, 5. Baskı, Konya 2013, s. 206; Candan, s. 661; Adnan Şahin, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Sorumluluk*, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2009, s. 118; D5D, KT, 08.07.2005, E.2004/5997, K.2005/3465, <http://www.hukukturk.com/danistay-kararlari>, 14.04.2016.

<sup>12</sup> İdari yargı kararları, iptal kararları, yürütmenin durdurulması kararları, iptal veya tam yargı davalarında verilen tazminat kararları ve ara kararlardır. Yerine getirilmelerinin zorunluluğu açısından bu kararlar arasında bir fark bulunmamaktadır. Adli yargı yeri tarafından verilen esasa ilişkin kararlar da idare tarafından uygulanmalıdır. Uğur, s. 89. Detaylı bilgi için ayrıca bkz. D8D, KT, 17.05.1989, E.87/984, K.89/329, DD, S.76-77, s. 568; Candan, s. 664-669; Gözübüyük, s. 250-261; Güner, s. 5; Kaya, s. 45; Şahin, s. 111.

<sup>13</sup> D5D, KT, 10.11.1997, E.1995/3611, K.1997/248, <http://www.hukukturk.com/danistay-kararlari>, 07.03.2016. Ayrıca bkz. Candan, s. 664; Atay, s. 704; Kaya, s. 47.

<sup>14</sup> "İşte, idari yargılama usulü kanununun 28'inci maddesi, bu gereği, bu zorunluluğu düzenlemektedir. Maddenin birinci fıkrasında yer alan "*....Mecburdur.*" ibaresi, *bu zorunluluğu ifade etmektedir.*", naklen Candan, s. 664. Ayrıca bkz. Atay, s. 704.

<sup>15</sup> "Fıkradaki "*...geçemez.*" ibaresi, *otuzuncu gün idare için tanınan sürenin sınırını oluşturduğunu, bu sürenin uzatılmayacağını göstermektedir. Bir başka noktada da, bu sürenin sonuna kadar beklemenin idare için bir hak olmadığıdır.*", naklen Candan, s. 680.

<sup>16</sup> Yaşar Güçlü, *Danıştay ve Yargıtay İçtihatları Işığında İdari Yargı Kararlarının Uygulanması*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 182; İl Han Özay, *Günüşiğında Yönetim*, İstanbul 2004, s. 887-888; Kaya, s. 47.

için idarenin gereksinim duyduğu sürenin otuz günle sınırlı olduğunu belirten bir hükümdür<sup>17</sup>. Nitekim Danıştay İYUK madde 28 çerçevesinde yargı kararlarının uygulanması açısından derhal uygulama ilkesinin geçerliliğini şu şekilde vurgulamıştır:

*“Anayasanın 2. maddesinde yer alan “Hukuk Devleti” ilkesinin doğal sonucu olarak idarenin mahkeme kararlarını “aynen” ve “gecikmeksizin” uygulamaktan başka bir seçeneği bulunmamaktadır. Bu kural, idareye kararın tebliğ tarihinden başlayıp otuz günün dolmasına kadar süren bir uygulamama yetkisi tanıyan bir hüküm değildir. Aksine maddede kararların derhal uygulanması ilkesi benimsenmiş olup her durumda bu sürenin otuz günü aşamayacağı, kararların uygulanması için idarelerin gereksinim duydukları sürenin nihayet otuz günle sınırlı bulunduğu hükme bağlanmıştır”<sup>18</sup>.*

Yargı kararlarının idare tarafından uygulanma zorunluluğu ile ilgili olarak Danıştay 5. Dairesi, “Anayasa ve İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda yer alan bu hükümler yargı kararlarının bağlayıcılığını ve uygulanma zorunluluğunu belirtmeleri yönünden temel hükümler olup, idareye keyfi bir biçimde yargı kararını uygulamama olanağı ve yetkisi tanıma(z).” hükmünü vermiştir<sup>19</sup>. Aynı zamanda söz konusu yasal düzenlemeler karşısında idarenin bağlı yetkisi bulunup idareye yargı kararlarını uygulamama konusunda yorum ve değerlendirme gibi bir takdir hakkı tanımamıştır<sup>20</sup>.

*“Bir hukuk devletinde, yargı kararlarının eleştirilebilmesi doğaldır. Mahkeme kararlarına karşı gerek akademik çevrelerden, gerekse uygulayıcılar tarafından yapılacak eleştirilerin, mahkemeler bakımından da yararlı olduğu söylenmelidir. Bununla birlikte mahkeme kararlarının eleştirilmesi, mahkeme kararlarına uyma zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır”<sup>21</sup>.*

---

<sup>17</sup> D1D, KT, 08.10.1987, E.1987/367, K.1987/352, DD, S.70-71, s. 72. Ayrıca bkz. Günday, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, s. 354; Evren Altay, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 2.

<sup>18</sup> D5D, KT, 10.11.1997, E.1995/3611, K.1997/248, <http://www.hukukturk.com/danistay-kararlari>, 07.03.2016; D10D, KT, 27.02.2007, E.2004/13990, K.2007/739, <http://www.hukukturk.com/danistay-kararlari>, 14.04. 2016.

<sup>19</sup> D5D, KT, 15.12.1993, E.1992/5927, K.1993/5798, naklen Altay, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar, s. 6.

<sup>20</sup> Celal Karavelioğlu, *Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 7. Baskı, Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, Ankara 2009, s. 934; Günday, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, s. 355; Özay, *Günişığında Yönetim*, s. 882; Giritli, Bilgin, Akgüner, Berk, s. 117; Atay, s. 705; Kaya, s. 75.

<sup>21</sup> Altay, “Yargı Kararlarının Uygulanması”, s. 112.



## 2. YARGI KARARLARININ İDARE TARAFINDAN UYGULANMAMASI

İYUK madde 28'e göre yargı kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine tazminat davası açılabilir. Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi hâlinde ise tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir. Buradan hareketle İYUK, yargı kararlarının uygulanmasını düzenlemekle kalmamış, kararların uygulanmaması halinde tazminat yolunu da öngörmüştür<sup>22</sup>.

İYUK madde 28, idareye yargı kararlarını uygulamama olanağı tanımamaktadır. Aksine kararların icabına göre işlem ve eylem yapma zorunluluğunu idareye yükledikten sonra maddi veya hukuki imkânsızlık sebebiyle yargı kararlarının uygulanmaması durumunda dahi genel hükümler çerçevesinde ilgilinin hukukunu korumak istemiştir. Başka bir deyişle İYUK, maddi veya hukuki imkânsızlık sebebiyle yargı kararlarının uygulanmadığı hallerde bile bireyin haklarını güvence altına almaya yöneliktir<sup>23</sup>.

Anayasa yargı kararlarının uygulanmasını emretmektedir<sup>24</sup>. Yargı kararlarının çok açık imkânsızlık halleri dışında uygulanmaması, anayasal bir emrin ihlali olarak cezai anlamda olduğu gibi idari ve mali anlamda da bir sorumluluktur<sup>25</sup>. Nitekim yargı kararlarını uygulamamanın ilgililer açısından Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 257. maddesindeki görevi kötüye kullanma suçunu<sup>26</sup> oluşturduğu hem Danıştay hem de Yargıtay tarafından kabul edilmiştir<sup>27</sup>. Bu konu-

---

<sup>22</sup> Yıldırım, s. 154.

<sup>23</sup> Bülent Kent, "İdari Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanmasını Güçlendirici Alternatif Mekanizma Olarak Zorlayıcı Para Cezası", *Ankara Barosu Dergisi*, S.2011/4, Ankara 2011, s. 52; Yıldırım, s. 154.

<sup>24</sup> 1982 Anayasası, m. 138/4. Ayrıca bkz. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 587.

<sup>25</sup> Verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmaması ve görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmemesi, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125. maddesinde disiplin cezasını gerektiren fiil ve haller olarak sayılmıştır. Bu durumda devlet memurlarına uyarma, kınama ve aylıktan kesme disiplin cezaları verilir. Hatta yargı kararlarını uygulamayan kamu görevlilerinin görevden alınabileceklerine dair bkz. DDDK, KT, 15.02.1980, E.1979/44, K.1980/146, DD, S.36-37, s. 290.

Ayrıca 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 71. maddesi, kamu görevlisinin kasıt, kusur veya ihmalden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olması durumunda sebebiyet verdiği zararın kamu görevlisinden tahsilini öngörmektedir. Ayrıca bkz. Kaya, s. 75.

<sup>26</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257. maddesine göre görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle ya da görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan kamu görevlisi hapis cezası ile cezalandırılır. Ayrıca bkz. Kaya, s. 97; Yıldırım, s. 155.

<sup>27</sup> Danıştay, 02.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargı-

da Yargıtay Ceza Genel Kurulu eski tarihli bir kararında “...idarenin, mahkeme kararına uymak zorunda bulunmasına ilişkin anayasa buyruğunun anılan organlara, takdir hakkı tanımadan uyulması zorunlu bir görev yüklediği, bu görevin yerine getirilmesinde ihmal gösterilmesi veya ısrarla bundan kaçınılması halinde, derecesine göre, görevi savsaklamak veya kötüye kullanmak suçlarının oluşacağı, ... yürütmenin durdurulması kararının 6 aydan fazla bir zaman geçtiği halde uygulanmamasının görevi ihmal suçunu oluşturduğunu...” ifade etmiştir<sup>28</sup>.

Yargı kararlarının idare tarafından uygulanmaması çeşitli şekillerde olabilir. İdarenin yargı kararları karşısında hareketsiz kalmasını ifade eden yargı kararlarının uygulanmaması<sup>29</sup>, hiç uygulamama veya geciktirerek<sup>30</sup>, eksik ya da şeklen uygulama şeklinde olabilir<sup>31</sup>. Hiç uygulamama aslında idarenin yargı kararlarını ihmal etmesidir<sup>32</sup>. Hiç uygulamama kişinin idareden yargı kararlarını uygulamasını istemesi üzerine idarenin hiç hareket etmemesi, davacının yargı kararının uygulanma talebini reddetmesi, kararın icabına göre işlem tesis etmemesi veya otuz gün içinde açıkça cevapsız bırakma işidir. Bu durum açık veya zımni ret halidir<sup>33</sup>.

İdari yargı kararlarının gereği gibi uygulanmaması, yargı kararının geciktiri-

---

lanması Hakkında Kanun uyarınca yargı kararlarını uygulamayan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında cezai soruşturma açılması gerektiğini belirtmiştir. D5D, KT, 12.02.1991, E.1988/3400 K.1991/178, <http://www.Hukukturk.com/danistaykararlari>, 26.02.2016. Yargıtay da bu yönde mahkûmiyet kararları vermiştir. Bunun için bkz. YCGK, KT, 25.09.1978, E.1978/230, K.1978/303, <http://www.hukukturk.com/yargitay-kararlari>, 26.02.2016; YCGK, KT, 03.10.1994, E.1994/4, K.1994/209, <http://www.hukukturk.com/yargitay-kararlari>, 26.02.2016. Benzer kararlar için bkz. YİBBGK, KT, 22.10.1979, E.1978/7, K.1979/2, <http://www.hukukturk.com/yargitay-kararlari>, 26.02.2016; Kemal Gözler, İdare Hukuku, C.2, 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2009, s. 1135-1137.

<sup>28</sup> YCGK, KT, 25.9.1978, E.1978/4230, K.1978/303, C.5, S.8, s. 1202, naklen Yılmaz, s. 140.

<sup>29</sup> Detaylı bilgi için bkz. Jean Paul COSTA, “L'exécution des décisions de justice”, in. AJDA-6, 1995, s. 227 vd., naklen Erkut s. 24.

<sup>30</sup> Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, s. 886; Candan, s. 684.

<sup>31</sup> İsmail Uğur, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, s. 55.

<sup>32</sup> Candan, s. 683; Yıldırım, s. II/296; Güner, s. 12.

<sup>33</sup> Yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle açılacak davalarda İYUK m. 13'e göre idareye başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak, “hukuka bağlı bir sistemde idarenin, ilgililer başvurmasa dahi karar gereğini yerine getirmeleri bir görev ve zorunluluktur.”, D10D, KT, 16.12.2003, E.2002/7659, K.2003/5195, <http://www.hukukturk.Com/danistay-kararlari>, 07.03.2016. Bunun için ayrıca bkz. D5D, KT, 08.07.2005, E.2004/5997, K.2005/3465, <http://www.hukukturk.Com/danistay-kararlari>, 26.02.2016; Bahtiyar Akyılmaz, İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya 2003, s. 482-486; Gözübüyük, s. 255; Güner, s. 61; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s. 482.

lerek, eksik veya şeklen uygulanmasıdır (görünüşte uygulama). İdari yargı kararının geciktirilerek uygulanması, idarece 2577 sayılı Kanunun belirttiği azami otuz günlük süreden sonra gerçekleşen uygulanmasıdır<sup>34</sup>. Danıştay, mücbir sebeplerden otuz günlük süre içerisinde işlemin tamamlanmasının mümkün olmadığı durumlarda, bu süre içerisinde idarenin harekete geçmiş olmasını ve işlemin davaya bakan mahkemeye değerlendirileceği makul bir sürede tamamlanmasını yeterli görmektedir<sup>35</sup>.

Yargı kararının eksik uygulanması durumunda, idare yargı kararının tam olarak uygulanması için gerekli olan işlemleri eksik tesis eder. Bunun sonucu olarak yargı kararının uygulanması ile giderilen etki ve sonuçlar tam olarak giderilmemiş olur<sup>36</sup>. Örneğin İstanbul Havalimanı Başmüdürlüğü'nde koruma ve güvenlik görevlisi olarak çalışan davacının resen emekli edilmesi üzerine açılan davada mahkeme, resen emekli edilme işlemi iptal etmiştir. Ancak, idare davacıyı koruma ve güvenlik kadrosuna değil de apron memurluğu kadrosuna atamasını yapmıştır. Bu durumda mahkeme, iki kadro arasındaki maaş farkını da gerekçe göstererek mahkeme kararının eksik uygulandığı gerekçesiyle, apron memurluğuna yapılan atama işlemi iptal etmiştir<sup>37</sup>.

Yargı kararının biçimsel uygulanması ise yargı kararları doğrultusunda işlem tesis edilmesine karşın başka bir işlem ile tesis edilen bu işlemin etkisiz kılınmasıdır<sup>38</sup>. YCGK, 03.10.2006 tarihli ve E. 2006/4-196, K. 2006/204 sayılı kararında, *"Somut olayda, sanık, İdare Mahkemesi kararına dayanarak göreve başlatılan katılanı, yine aynı gün geçici görevle bir başka ilçede süresiz olarak görevlendirmek suretiyle, Anayasanın 138/son maddesi ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Yasasının 28/1'inci maddesine aykırı olarak idare mahkemesi kararını uygulamış gibi görünüp, sonuçlarını etkisiz hale getirmiş, yarattığı sonuç itibarıyla de, katılanın mağduriyetine neden olmuştur."* hükmünü vermiştir<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> Özay, *Günüşiğında Yönetim*, s. 887; Yıldırım, s. II/295; Güner, s. 26.

<sup>35</sup> D5D, KT, 09.02.2000, E.1997/1268, K.2000/434, <http://www.hukukturk.com/danistay-kararlari>, 05.03.2016. Ayrıca bkz. Güner, s. 27.

<sup>36</sup> Bahadır Turan Durmaz, "Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Sorumluluk", <http://www.abchukuk.com/makale/makale314.html>, 13.02.2016; Candan, s. 683-684.

<sup>37</sup> D8D, KT, 12.05.2015, E.2015/159, <http://www.memurlar.net/haber/519562/>, 21.06.2016.

<sup>38</sup> D6D, KT, 25.02.1992, E.1990/1958, K.1992/714, DD, S.86, s. 342; Güner, s. 28.

<sup>39</sup> "...Göz ardı edilemeyecek bir diğer husus, anılan suçun, "mahkeme kararlarını yerine getirmeme, geciktirme ya da şeklen uygulandığı izlenimi yaratılarak etkisiz hale dönüştürme" suretiyle işlendiği hallerde "memurun amaç veya saikinin" önem taşımayacağı keyfiyetidir." YCGK, KT, 03.10.2006, E.2006/4-196, K.2006/204, <http://www.hukukturk.com/danistay-kararlari>, 26.02.2016. Benzer olarak bkz. YCGK, KT, 03.10.1994, E.1994/4, K.1994/209, <http://www.hukukturk.com/danistay-kararlari>, 26.02.2016. Ayrıca yargı kararlarının uygu-

### 3. İDARENİN SORUMLULUĞU, TAZMİN VE GENEL KORUMA REJİMİ

Özel hukukta kişi temel alınarak kusur tanımlandığı için kusur öznel bir nitelik taşır. Kamu hukukunda ise kusur, özel hukuktaki kusurdan farklı olarak kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişinden kaynaklandığı için nesnel nitelikli olup kasıt, ihmâl ve dikkatsizlik gibi öznel öğeler kusur için aranmamaktadır<sup>40</sup>.

Türk kamu hukukunda idarenin sorumluluğu kusurlu sorumluluk ve kusursuz sorumluluk olarak ayrılmakta olup kusurlu sorumluluk idare hukuku doktrin ve içtihadında hep hizmet kusuruna dayandırılmıştır<sup>41</sup>.

Hizmet kusuru, genel olarak herhangi bir görev veya faaliyetin kurulması ve işleyişi sırasında kişisel olarak kamu görevlilerine atfedilemeyen veya anonim ve nesnel bir nitelik kazanan eksiklik olarak ifade edilir<sup>42</sup>. Bu eksiklik sebebiyle idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için, idarenin, yargı kararlarını hiç veya gereği gibi uygulamaması gerekir<sup>43</sup>.

Danıştay genel olarak hizmet kusurunu bir kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki aksaklık ve bozukluk olarak ifade etmiştir. Ayrıca Danıştay, “...İdarenin uygunsuz, iyi olmayan bir etkinliği, kusurlu bir davranışı, hizmetin gereği gibi yapılamaması, idarenin yeterli olanaklara sahip olmaması, kullanmak zorunda olduğu yetkiyi kullanmamak ve harekete geçirmemek suretiyle zarara sebebiyet vermesi; kamu hizmetinin işlemesinde olağan sayılmayacak bir gecikme, işin gerektirdiği çabukluğun gösterilmemesi hallerinde idarenin hizmeti kusurlu işlettiği”ni kabul etmiştir<sup>44</sup>.

Bununla birlikte Danıştay, idarenin, Anayasa hükümlerini hiçe sayarak “bir yargı kararını aynen ve gecikmeksizin uygulamaktan kaçınmasının “ağır hizmet kusuru” oluşturacağı(na), kişinin hizmet kusuru nedeniyle mal varlığında, meydana gelen eksilmenin ve bu nedenle duyduğu her türlü sıkıntı ve üzün-

---

lanmaması, davacının yol açtığı olanaksızlıktan kaynaklanmış, idare dışındaki bir gerçek veya tüzel kişiden doğmuş veya yasal bir zorunluluktan ileri gelmiş ise bu durum hakkında bkz. Metin Günday, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2011, s. 385; Özyay, *Günişliğinde Yönetim*, s. 889; Kazım Yenice, Yüksel Esin, İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983, s. 603; Özyay, *Günişliğinde Yönetim*, s. 889; Candan, s. 667-669; Güner, s. 14; D6D, KT, 25.02.1992, E.1990/1958, K.1992/714, DD, S.86, s. 342.

<sup>40</sup> Yılmaz, s. 100; Kalkan, s. 12.

<sup>41</sup> Gözler, s. 749.

<sup>42</sup> Günday, İdare Hukuku, s. 369; Gözler, 753; Gözübüyük, *Yönetmelik Yargısı*, s. 285; Candan, s. 683; Kalkan, s. 16-17.

<sup>43</sup> Candan, s. 683-703.

<sup>44</sup> D10D, KT, 12.07.1995, E.1994/7359, K.1995/3559, <http://www.hukukturk.com/danistay-kararlari>, 26.02.2016; Mustafa Avcı, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mâil Sorumluluğu”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2012/1, Ankara 2012, s. 117.

*tüden kaynaklanan manevi zararın giderilmesi gerek(tiğine)” hükmetmiştir<sup>45</sup>.*

Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasına göre idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür. Anayasanın 40. maddesinin 3. fıkrasında, *“Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.”* denilmektedir. Söz konusu hüküm gereğince kamu görevlisinden kaynaklanan maddi ve manevi zararın tazmini idareye aittir<sup>46</sup>.

Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasına göre ise memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir. Anayasa’da bunun istisnası da düzenlenmemiştir<sup>47</sup>. Başka bir deyişle memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları kendi aleyhine değil de ancak idare aleyhine açılabilir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 13. maddesi, *“Kişiler, kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.”* hükmünü içermektedir. Söz konusu maddedeki kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olma ölçütü de yargı kararlarının uygulanmamasında idarenin sorumluluğuna vurgu yapmaktadır<sup>48</sup>. Bu konuda Danıştay 5. Dairesi, *“Anayasa ve İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda yer alan bu hükümler ..., idareye keyfi bir biçimde yargı kararını uygulamama olanağı ve yetkisi tanımadıkları gibi, idare bütçesinden ödeyeceği bir tazminatı gözden çıkararak yargı kararını uygulamaktan da kaçınmaz. Böyle bir davranış kesin hükme saygı ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmaz.”* hükmünü vermiştir<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> D10D, KT, 27.02.2007, E. 2004/13990, K. 2007/ 739, <http://www.hukukturk.com/danistay-kararlari>, 26.02.2016. Ayrıca bkz. *Danıştay Kararları Dergisi*, S. 36 - 37, s. 109; S. 59, s. 225; S. 93- 94, s. 376; Gözübüyük, s. 258; Günday, İdare Hukuku, s. 376; Candan, s. 688-689; Atay, s. 705; Zabunoğlu, s. 1/717; Güner, s. 27; Kaya, s. 75-78; Yılmaz, s. 102.

<sup>46</sup> Güçlü, s. 191-192; Candan, s. 687.

<sup>47</sup> AYM, KT, 27.09.2012, E. 2012/22, K. 2012/133, RG, 11.10.2012, S. 28494. Aynı zamanda 11.11.1983 tarihli, 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu’nun 28/4. maddesinde, 3222 sayılı ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 06.06.1985 tarihli Yasa ile değişik 5. maddesinde, Anayasa’nın anılan maddesine uygun hükümler getirilmiştir.

<sup>48</sup> Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, s. 886-890.

<sup>49</sup> D5D, KT, 15.12.1993, E.1992/5927, K.1993/5798, naklen Altay, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar, s. 6.

Söz konusu rücu mekanizmasında *“kendilerine rücu edilmek kaydıyla’ ibaresinin; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idareye karşı açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etmeyi amaçla(ladığı)”<sup>50</sup> görülmektedir. Ve “...bu Anayasal zorunluluk nedeniyle bu gibi hallerde davacıların, dava dilekçelerinde ayrıca ve mutlaka rücu talebinde bulunmaları gerekmemektedir”<sup>51</sup>. Buradan hareketle Danıştayın hizmet kusuru nitelemesi, sorumluluk rejimi açısından öncelikle tazminat davasının idareye karşı açılmasını, sonra idarenin sorumlu olan kamu görevlisine rücu etmesini öngörmektedir<sup>52</sup>.*

Rücu mekanizması özellikle kişisel kusur durumunda geçerlidir. Bu durumda idare, rücu kurumunu ödemek zorunda kaldığı tazminata müteakip harekete geçirmelidir<sup>53</sup>. Bu durum hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesinin bir gereği olup idarenin bu konuda takdir yetkisi yoktur. Aynı zamanda tazminatı ödeyen ilgili idare, sorumlu kamu görevlisine rücu etmez ise TCK ve 657 sayılı DMK madde 12 anlamında sorumluluk doğacak ve sorumlu kamu görevlisine rücu etmeyen görevli kişi bu durumdan idarenin uğramış olduğu zararı tazmin etmek durumunda kalacaktır<sup>54</sup>. Bu konuda Danıştay 5. Dairesi, *“...Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasında; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabileceği şeklinde emredici bir kurala yer verilmiştir. Anayasanın sözü edilen maddesindeki “kendilerine rücu edilmek kaydıyla” ibaresinin; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri*

---

<sup>50</sup> D10D, KT, 06.02.2009, E. 2006/1212, K.2009/652, <http://www.hukukturk.com/danistay-kararlari>, 07.03.2016. Ayrıca bkz. Atay, s. 706; Güçlü, s. 243.

<sup>51</sup> D10D, KT, 27.02.2007, E.2004/13990, K.2007/739, <http://www.hukukturk.com/danistay-kararlari>, 07.03.2016. Ayrıca bkz. D5D, KT, 10.11.1997, E.1995/3611, K.1997/2485, <http://www.hukukturk.com/danistay-kararlari>, 07.03.2016; Atay, s. 705-709; Güner, s. 104-105.

<sup>52</sup> D5D, KT, 25.01.2001, E.1998/1970, K.2001/5153, <http://www.hukukturk.com/danistay-kararlari>, 26.02.2016; Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, s. 887.

<sup>53</sup> Altay, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar, s. 289 vd.; Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 759-760; D10D, KT, 27.02.2007, E.2004/13990, K.2007/739, <http://www.hukukturk.com/danistay-kararlari>, 26.02.2016; Güçlü, s. 244.

<sup>54</sup> Rücu mekanizmasında, görevli yargı yeri doktrinde tartışma yaratan bir konudur. Bu konuda çoğu hukukçu idari yargının görevli olduğunu savunursa da uygulamada adli yargının görevli olduğu kabul edilmiştir. Nitekim, DMK m. 13'te yer alan “genel hükümler” ibaresi buna dayanak gösterilmektedir. Kaplan, s. 94. Detaylı bilgi için bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, KT, 12.06.2000, E.2000/14, K.2000/20, <http://www.hukukturk.com/uyusmazlik-mahkemesi-kararlari>, 26.02.2016; Kazım, Esin, s. 608-610; Gözler, *İdare Hukuku*, C.2, s. 1162; Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 759-760.

*kusurlar nedeniyle idare aleyhine açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etmeyi ifade ettiğinde kuşkuya yer bulunmamaktadır... Dolayısıyla hükmedilen tazminatı ödeyecek olan idarenin, olayda kişisel kusuru ve sorumluluğu saptanacak ilgili kişi veya kişilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi Anayasadan kaynaklanan bir zorunluluktur.” hükmüne yer vermiştir<sup>55</sup>.*

Uyuşmazlık Mahkemesi de, kamu görevlilerinin, “...haklı haksız yargı mercileri önüne çıkarılmasını önlemek, kamu hizmetinin sekteye uğratılmadan görülmesini sağlamak ve aynı zamanda mağdur olan kişiye de kamu görevlisine nazaran ödeme gücü daha yüksek bir sorumluyu muhatap kılarak kamu düzenini korumak...” gerektiğini ifade etmiştir<sup>56</sup>. Başka bir deyişle Anayasa ile getirilen bu düzenleme hem kamu görevlisine bir teminat sistemi<sup>57</sup> olarak koruma sağlar hem de zarar görenin ekonomik gücü daha yüksek olan devlete başvurarak zararını bir an önce gidermesini temin eder<sup>58</sup>.

Bu konuda 11.09.2014 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan 6552 sayılı ve 10.09.2014 tarihli İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararna-

<sup>55</sup> D5D, KT, 25.12.2001, E.1998/1970, K.2001/5153, <http://www.hukukturk.com/danistay-kararlari>, 26.02.2016.

<sup>56</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, KT, 18.05.1992, E.1992/15, K.1992/18, <http://www.hukukturk.com/uyusmazlik-mahkemesikararlari>, 26.02.2016. Benzer karar için bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, KT, 04.04.1997, E.1997/16, K.1997/15, RG, 18.05.1997, S. 22993, s.3.

<sup>57</sup> “Maddedeki teminat iki açıdan incelenmelidir. Her şeyden önce, idare edilenler lehine bir teminat mevcuttur. İdare edilenler, kamu hukukuna tabi görevler dolayısıyla kendilerine verilmiş olan zararlar, doğrudan doğruya görev sahibi kurum aleyhine dava açabilecekler ve böylece asıl ödeme kabiliyeti olan bir davalı bulmuş olacaktırlar. Aksi takdirde, özellikle büyük zararlar bakımından, davayı kazansalar bile, ödeme, kabiliyeti olmayan bir memurla karşı karşıya kalmaları mümkündür. Halbuki maddedeki şekliyle, her zaman için karşılarında ödeme kabiliyetine sahip bir kurum bulabileceklerdir.

İkinci teminat, memur, daha doğrusu «Kamu hukukuna tabi hizmetlerle görevli personel» bakımındandır. Bu gibi personel, görevlerini yerine getirirken, daimî bir tazminat tehdidi altında kalmayacaklar ve dolayısıyla kamu hizmetlerinin çok ağır görülmesi gibi bir sakıncayla karşılaşmayacaklardır. Ancak, daimî olarak ve ilk elden dava tehdidi altında bulunmamak, memurların tamamıyla sorumsuz hareket edebilecekleri şeklinde anlaşılmalıdır. Bu madde ile memur, mütemadiyen mahkemelerde kendi aleyhine açılmış davalarla uğraşmaktan korunmuştur ama, görevleri dolayısıyla idareye vermiş olduğu zararlardan ötürü idareye karşı olan sorumluluğu devam etmektedir.” Millet Meclisi, 129. Birleşim-16.06.1965 Çarşamba, Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem 1, Toplantı 4, C.42, S.977, s. 10, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar>, 07.04.20116.

<sup>58</sup> Recep Emre Kalkan, İdare Hukukunda Rücu Müessesesinin Kamu Görevlileri Açısından Uygulanması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012, s. 1.

melerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun ile İdarî Yarılama Usulü Kanunun'un 28. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik, kamu görevlilerinin görevleri sırasında sebep oldukları zararların giderilmesi konusunda doğrudan sorumlu olma ve zarara uğrayan ilgililerce açılacak tazminat davasının doğrudan muhatabı olma uygulamasına son vermiştir. Söz konusu değişiklikte yargı kararının uygulanmaması sebebiyle sadece idare aleyhine dava açılabilir<sup>59</sup>. Bu nedenle yapılan düzenlemede ilgili kamu görevlisine karşı "kişisel kusura" dayanarak dahi tazminat davası açılmayacaktır.

Eski İYUK'ta yargı kararının idare tarafından yerine getirilmemesi durumunda hem idare aleyhine hem de kamu görevlisi aleyhine tazminat davası açılabiliriyordu. Bu durum Anayasa'ya aykırılık oluşturuyordu. Çünkü Anayasa'nın 125. maddesinde yargı kararlarının yerine getirilmemesi durumunda sadece idare aleyhine dava açılabilirliği düzenlenmiştir. Yeni düzenleme ile bu aykırılık ortadan kaldırılmıştır.

Ancak her ne kadar anayasal ve yasal düzenlemeler birbirine uygun ve bunun yerinde olduğu düşünülürse de bu durumun yargısal denetimin sorunlu olduğu bir rejime değil bir yarar, zarar getirdiği söylenebilir. Çünkü yargısal denetimin zayıf olduğu ve olması gereken şekilde yürümediği bir ülkede bu durum, idare personelinin yargı kararlarının yerine getirilmemesini daha da bir soruna dönüştürebilir.

#### **4. SORUNLAR VE ÖĞRETİDE ÖNERİLEN ÇÖZÜMLER**

İdari yargı kararlarının uygulanmaması sorunu çeşitli sebeplerden kaynaklanmaktadır. Burada önce bu sorunları doğuran birkaç sebep ortaya konulacak, ardından önerilebilecek bir takım müstakbel çözüm üzerinde durulacaktır.

##### **4.1. Sorunlar**

İdarenin yürüttüğü hizmet alanlarının sürekli artması ile birlikte idareden kaynaklanan sorunlar da artış göstermektedir. İdare hukukunun uygulama ve etki alanının da benzer şekilde genişlemesi<sup>60</sup> çerçevesinde bu sorunlara değinilecektir.

---

<sup>59</sup> Günday, İdare Hukuku, s. 376. Ayrıca bkz. YİBBGK, KT, 24.09.1979, E.1978/7, K.1979/2, <http://www.hukukturk.com/yargitay-kararlari>, 26.02.2016.

<sup>60</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. N. Münci Çakmak, "İdare Hukukunun Anlam ve Önemi", İÜHFİM, C.69, S.1-2, İstanbul 2011, s. 714 vd.



#### 4.1.1. İdarenin Davalı Konumda Olması

İdari yargı teşkilatı içinde icra dairesi ve savcılık makamı yoktur. Bundan dolayı kural olarak yargı yerlerince verilen yargı kararlarının uygulanma yükümlülüğü de davada haksız çıkan ve davalı konumunda olan idareye aittir<sup>61</sup>. İdarenin iptal davasında davalı konumunda olması bir sorun değil ancak idarenin verilen kararı gereği gibi veya hiç uygulamaması bir sorun teşkil edebilir. Çünkü idare, yargı kararlarını faaliyetlerine engel olarak kabul edebilir ve muhaliflerine verilmiş bir destek olarak nitelendirebilir<sup>62</sup>. Ayrıca idare, yargıya negatif idare olarak bakıp yargının yetkisine ortak olduğu algısı ile hareket edebilir. Bununla birlikte idare, hukuka bağlı kalınarak iyi idare olunamayacağını, hukuk dışı kimi uygulamaların idarenin gereği olduğunu düşünebilir<sup>63</sup>. Bu durumların varlığı, idarenin yargı kararlarını uygulamamasına sebebiyet verebilir.

#### 4.1.2. Yasal Düzenleme Eksikliği

Kararların icrası ile ilgili olarak, yargı kararları hiç veya gereği gibi uygulanmadığı “bir durumda hakları ihlal edilmiş olanlar tarafından ne gibi usuller izlenerek, hangi mercilere ne tür başvurularda bulunulacak ve bu başvurular neticesinde yapılacak inceleme, tespit ve uygulanacak yaptırımları içerecek kapsamda” detaylı bir yasal düzenleme bulunmamaktadır<sup>64</sup>. Ancak yargı kararlarının nasıl uygulanacağı ile ilgili olarak sadece Anayasanın 138/4. maddesi ve 2577 sayılı Kanunun 28. maddesindeki yasal düzenleme yer almaktadır<sup>65</sup>.

#### 4.1.3. İlgili Uyuşmazlıkların Çözüm Yeri

İdari yargı kararının uygulanmaması ile ilgili uyuşmazlıkların çözüm yeri idari yargı olmalıdır. İdarenin işleyişine ve konunun çözümüne daha yakın olan yargı merciinin idari yargı olduğu açıktır<sup>66</sup>. Ancak idare adına işlem yapan ki-

---

<sup>61</sup> Altay, “Yargı Kararlarının Uygulanması”, s. 121; Gözübüyük, s. 250; Özay, *Günişliğinde Yönetim*, s. 883; Kalabalık, s. 208; Candan, s. 660; Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara Ağustos 2015, s. 493; Güner, s. 1, 20, 21; Kaplan, s. 82-84; Şahin, s. 115. Ayrıca bkz. D10D, KT, 27.02.2007, E.2004/13990, K. 2007/739, <http://www.hukukturk.com/danistay-kararlari>, 07.03.2016.

<sup>62</sup> Yargısal denetime direnç gösteren Türk idaresi zaten hukukla barışık değildir. Ayrıca idaredeki bozulmanın ve siyasallaşmanın bir olgu olarak kabul edilip yadırganmadığı da görülmektedir. Orhun Yet, “İdari Yargının Etkinliğine İlişkin Sorunlar”, *2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu Bildirisi*, <http://www.danistay.gov.tr>, 05.12.2015; Erkut, s. 33.

<sup>63</sup> Mehmet Ünlüçay, “İdarenin Yargısal Denetimi ve Hukukun Üstünlüğü”, *Danıştay Dergisi*, S.107, Ankara 2004, s. 1-8.

<sup>64</sup> Erkut, s. 32-34; Ömerbaş, s. 96; Kalabalık, s. 208.

<sup>65</sup> Uğur, s. 81; Günday, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, s. 351-356.

<sup>66</sup> Oktay Aydın, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Sorunları ve 2577 sayılı Yasa'nın 28/4.

şinin sorumluluğunun saptanmasında ve rücu mekanizmasının işletilmesinde adlî yargının görevli sayılması ve bu konunun adlî yargının hem uzmanlık alanı hem de yetkisi dışında olması sebebiyle gerekli ceza verilememektedir<sup>67</sup>. Yargı kararlarının uygulanmaması idare ve idari personelden kaynaklandığı için bu sorunların bu konularda uzmanlık alanı olan idari yargıda çözülmesi gerekir.

#### 4.1.4. Kamu Denetçiliği (Ombudsman)

5548 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 9. maddesine göre Kamu Denetçiliği Kurumunun görevleri, idarenin işleyişi ile ilgili yapılan şikâyetler üzerine, Türkiye Cumhuriyetinin Anayasada belirtilen nitelikleri çerçevesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygı, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmaktır<sup>68</sup>. Ancak Ombudsmanın genel anlamıyla bağlayıcı kararlar alma yetkisi olmadığından dolayı Ombudsman, kararların yerine getirilmesinde etkili olamaz. Nitekim Ombudsman uyulması zorunlu kararlar alamaz, idareyi mahkûm edemez, idari işlemi iptal edemez, memur hakkında bizzat disiplin ve ceza kovuşturmasını başlatma gibi yaptırım uygulayamaz<sup>69</sup>.

#### 4.2. Önerilen Çözümler

##### 4.2.1. İdari Usul Yasası

İdare işlem ve eylemlerini uygularken yalnızca kâğıt üzerinde kalmayan kendi usul ve kurallarını belirleyen bir idari usul yasasına sahip olmalıdır<sup>70</sup>. Söz konusu yasada iptal davası sonucunda verilen kararların nasıl uygulanacağı ve söz konusu kararların idare tarafından uygulanmaması durumunda nasıl bir yol izleneceği ile ilgili detaylı bir düzenleme yer almalıdır<sup>71</sup>. Ayrıca idarenin

---

maddesinin İstisna Hali", <http://www.yarsav.org.tr/index.php?p=171>, 14.04.2016.

<sup>67</sup> Yıldırım Uler, İdari Yargıda İptal Kararının Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:281, Ankara 1970, s. 4, 110, <http://auhf.ankara.edu.tr/kitaplar/kamu-hukuku/idari-yargida-iptal-karalarinin-sonuclari-dr-yildirim-uler/>, 14.02.2016; Çağlayan, s. 42.

<sup>68</sup> Zehra Odyakmaz, "İdari Yargı İle İlgili Öneriler", İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 30. Yılında İdari Yargı Sempozyumu: 9 Mart 2012, Ankara Barosu Başkanlığı, ARCS OFSET Matbaacılık, Ankara 2013, s. 198.

<sup>69</sup> Ali D. Ulusoy, "Danıştay'ın Yargılama Dışı Görevleri", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 146. Yıl Sempozyumu*: 12 Mayıs 2014, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 86, Ankara 2014, s.70; Kalabalık, s. 208.

<sup>70</sup> Odyakmaz, s. 197.

<sup>71</sup> Uğur, s. 82; Oğuz Sancaktar, "Türk İdari Yargı Sisteminde Yargılama Sürecinden Kaynaklanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri", İdari Yargılama Sürecinde Yaşanılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Çalıştayı: 14 Ocak 2013, Ankara 2013, s. 39; Kaplan, 119; Şahin, s. 127.

yargı kararlarını yerine getirmemesi durumunda idareye karşı başvuracak veya idareyi hukuk düzeni içerisine çekecek gerekli düzenlemeler mevcut olmalıdır.

#### 4.2.2. Ayrı Bir Suç Olarak İhdas Edilme

İdare kendi kendine işleyen bir mekanizma olmadığından idarenin bütün işlemleri düşünce, irade ve niyetleri farklı olan kamu görevlileri tarafından yerine getirilir. Yargı kararlarını da yerine getirmeyen ilgili memurlar olup söz konusu yargı kararlarının uygulanmaması, ilgili memurların kusurundan kaynaklanmaktadır<sup>72</sup>. Çünkü idare denilen mekanizma ilgili memurlardan oluşur. Bundan dolayı bu kararları yerine getirmeyen bu görevlilerin sorumluluğu ciddi bir şekilde ele alınmalı, Türk Ceza Kanunu'nda, yargı kararının uygulanmamasını kamu görevlisinin kişisel kusuru kabul eden ayrı bir suç olarak ihdas edilebilmeli ve caydırıcılık için kişiler aleyhine yasalarda açık bir şekilde hukuksi, cezai ve mali yaptırımlara gidilebilmelidir<sup>73</sup>.

#### 4.2.3. Mahkemenin Denetleme Yetkisi

Mahkeme, yargı kararlarının tam, eksik veya kötü uygulanıp uygulanmadığını izleyebilmelidir. Bunu için mahkeme bünyesinde bir "İzleme Komitesi" oluşturulup mahkeme bu komite ile birlikte yargı kararlarının nasıl uygulandığını denetleyebilmelidir<sup>74</sup>. Bu konuda hâkim asıl kararla birlikte, idareye yargı kararını yerine getirmek için ne yapması gerektiği konusunda yargısal emir ve talimat verebilmelidir. Hâkim zorunlu olarak bir tedbirin alınmasını emredebilmeli, kararın uygulanması için başka bir idari işlem yapması gerekiyorsa bunu idareden yapmasını isteyebilmeli ve süresini

---

<sup>72</sup> Çağlayan, s. 297; Yıldırım, s. 156-157.

<sup>73</sup> Ayrıca bkz. Evren Altay, "İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu", *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000*, C.1, Ankara 2000, s. 359; Özyay, *Günışığında Yönetim*, s. 884; Kalabalık, s. 208.

Yargı kararını uygulamayarak kurum düzenini ihlal eden kamu görevlisi disiplin suçunu işlemekte ve tabiatıyla, bir disiplin cezası verilmesini zorunlu kılmaktadır. Bunun yanında yargı kararını uygulamayan kamu görevlisinin yetkileri kısılabılır veya kamu görevlisi pasifize edilebilir ya da bulunduğu görevden alınarak daha alt bir göreve atanabilir. Yılmaz, 368. Ayrıca bkz. Kalabalık, s. 208; Uğur, s. 83; Yıldırım, s. 152; Ozansoy, "İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması ve İdare Gerçeği", s. 165-167.

<sup>74</sup> "Bazı uyuşmazlıklarda iptal kararı, hakkın yerine getirilmesini sağlayamadığı için, iptal hükmü yanında idareye yol gösterici veya idari işlem niteliğinde karar vermek zorunlu olmaktadır. ... (Bundan dolayı) yargı kararlarına doğrudan uygulanabilirlik niteliği tanıyarak davalı idareyi devreden çıkarmak önerilebilecek bir çözümdür. İdari eylem ve ya işlem niteliğinde karar verilemeyeceğini söyleyen Anayasa ve İYUK hükümlerinin kaldırılmasıyla bu sonuç elde edilir.", naklen Yıldırım, s. 159-161.

idareye emredebilmelidir<sup>75</sup>. Mahkeme idareyi bir işlemi yerine getirmeye zorlayabilmelidir<sup>76</sup>. Mahkeme gerekirse bunu tespit etmek ve kararın uygulanmasını sağlamak için infaz savcısı, şerif, komiser gibi görevliler atayabilmelidir<sup>77</sup>.

İdari usul yasasında yer edinmek üzere yargı kararlarını uygulamayan idareye karşı, kararı veren mahkemeye başvuru imkânı tanınabilir<sup>78</sup>. Aynı zamanda verilen para cezasının tahsil edilip edilmediğini, yine kararı veren mahkeme denetleyebilmeli ve paranın tahsil edilmesini sağlayabilmelidir<sup>79</sup>.

#### 4.2.4. Uygulama Davası ve İtaatsizlik Cezası

Kararın uygulanmaması nedeniyle mağdur olan ilgili, idare mahkemesine başvurabilmelidir<sup>80</sup>. Vatandaşların şikâyeti üzerine mahkeme idarenin kararı hiç veya gereği gibi uygulamadığını tespit ederse idareye 1 aydan çok olmak üzere süre verir ve bu süre içerisinde idareden kararı uygulamasını ister. Bu süre zarfında mağdur olan kişiye uğradığı zarar için tazminat ödenebileceği gibi kararın yerine getirilmediği her gün için idareye para cezası ve kararı uygulamayan sorumluya hem kendine karşı hem de idare aleyhine açılan davada hükmolunan meblağları ödemek zorunda bırakacağı en üst limitte para cezası verilmeli ve ayrıca hapis cezası uygulanmalıdır<sup>81</sup>.

---

<sup>75</sup> Yargı kararlarının uygulanmaması sebebiyle ilgililerin idareye karşı açmayı düşündükleri davaların süresi Danıştay 6. Dairesine göre otuz günlük sürenin bitiminden başlamak üzere altmış gündür. D6D, KT, 25.02.1992, E.1990/1958, K.1992/714, <http://www.hukukturk.com/danistay-kararlari>, 14.03.2016. Danıştay 8. Dairesine göre ise son başvuru tarihi itibari ile dava süresi içinde başvurulması gerektirir. D8D, KT, 17.05.1989, E.1988/808, K.1989/395, DD, S.76-77, s. 568. Danıştay 10. Dairesi ile VDDGK, ilgilinin yargı kararının uygulanması istemiyle on yıllık zamanaşımı süresi içinde idareye başvurarak kararın uygulanmasını istemesi ve bu istemin reddedilmesi üzerine altmış günlük süre olduğunu belirtir. D10D, KT, 25.03.1991, E.1990/147, K.1991/1115, <http://www.hukukturk.com/danistay-kararlari>, 14.03.2016. Ancak doktrinde ilgilinin her daim yargı kararının uygulanmaması sebebiyle doğudan doğruya tazminat davasını açabileceğini savunanlar vardır. Bunun için bkz. Günday, "İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu", s. 356; Gözübüyük, Tan, s. 597-602. Ayrıca bkz. Kalabalık, s. 208. Ayrıca idari işlem ve eylem niteliğinde yargı kararları ile ilgili bkz. Lütfi Duran, "İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararlarıyla Vergi Davalarının Çözümü", *AİD*, C.20, S.4, Ankara 1987, s. 5 vd.

<sup>76</sup> Ş. Cankat Taşkın, "İdari Yargının Güncel Sorunları ve Yargı Kararlarının Uygulanmaması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.71, Ankara 2007, s. 335-336.

<sup>77</sup> Ali Ulusoy, "Fransız İdari Yargı Reformu", *Danıştay Dergisi*, S.103, Ankara 2001, s. 27, 28; Erkut, s. 23; Yıldırım, s. 163.

<sup>78</sup> Uğur, s. 82; Taşkın, s. 334.

<sup>79</sup> Taşkın, s. 334.

<sup>80</sup> Çağlayan, s. 107.

<sup>81</sup> Taşkın, s. 344, 335; Özay, *Günişığında Yönetim*, s. 883; Erkut, 23; Yılmaz, s. 145; Yıldırım, s. 163.

#### 4.2.5. Koruyucu Daire

İdari yargı kararlarının icrasının izlenmesi, denetlenmesi ve uygulanmadığının tespiti için idari yargı bünyesinde yeni bir yapılanmaya gidilerek herkesin başvurabileceği bir “koruyucu daire” oluşturulmalıdır<sup>82</sup>. İdari yargı kararlarının gerekleri doğrultusunda ve makul süreler içinde uygulanmaması halinde bu durum tespit edilecek ve ilgili kamu görevlileri hakkında Cumhuriyet Savcılıklarına suç duyurusunda bulunulabilecektir<sup>83</sup>. Yine bu kapsamda, Danıştay Başkanlar Kurulu’nun alacağı bir kararla yargı kararlarının icrasının izlenmesi ve denetlenmesi konusunda, Başsavcılığın da görüşüyle, Başsavcılığa bağlı bir Komisyon oluşturulabilecektir<sup>84</sup>.

#### 4.2.6. İdari Savcılık

İdaredeki aksaklıkları daha çabuk ve etkin bir şekilde takip edebilecek “idari savcılık” kurulmalıdır. Danıştay savcılığı veya kurulması önerilen idari yargı savcılığı doğrudan doğruya veya şikâyet üzerine harekete geçip kararın akıbetini takip edebilmeli, gerektiğinde sorumlular hakkında yaptırım gücüyle teçhiz edilmelidir<sup>85</sup>.

Savcılık kurumu yanında Danıştay Başsavcısı işlerin durumu ve bunların yürütülmesinde aksaklık varsa sebepleri hakkında her takvim yılı sonunda Danıştay Başkanlığına bir rapor vermeli ve alınmasını lüzumlu gördüğü idari tedbirleri bildirmelidir. Ayrıca yargı kararını uygulamamaktan doğan suç şüphesini Cumhuriyet savcılıklarına bildirmelidir<sup>86</sup>.

#### 4.2.7. Vatandaş Talep Sistemi

İdari yargı kararlarının uygulanmama sebepleri hakkında bilgi toplama amaçlı olarak Danıştay web sitesinde, yargı kararlarının uygulanmaması ile ilgili olarak iletişim için bir elektronik posta adresi ile form olmalıdır. Ayrıca yargı kararlarının uygulanmama sebeplerinin yerine dürüst sistemleri yerleştirmek için uygun tavsiyeler geliştirilmelidir. Bu konuda “Vatandaş Talep Sistemi” geliştirilmelidir. Eğer bir konuda yargı kararlarının uygulanması bir grup vatandaş tarafından şikâyet edilirse ve gerçek gerekleri varsa, Danıştay savcılığı o şikâyeti yürütür, raporlar ve şikâyet eden vatandaşlara yargı kararlarının uygulanmama sonuçlarını bildirmelidir.

---

<sup>82</sup> Erkut, s. 34.

<sup>83</sup> Erkut, s. 24, 34.

<sup>84</sup> Erkut, s. 23, 37; Özey, *Günüşiğinde Yönetim*, s. 883.

<sup>85</sup> Odyakmaz, s. 215; Uğur, s. 82.

<sup>86</sup> Erkut, s. 23.

#### **4.2.8. Hukuki Danışma ve/ya Dâhili İnceleme Dairesi**

İdare bünyesinde idari personelin görevlerini etkin ve verimli bir şekilde yürütmesini sağlayan bir “Hukuki Danışma ve/ya Dâhili İnceleme Dairesi” oluşturulup aktifleştirilebilir. Hukukçu akademisyen, hukuk müşavirleri, avukat, uzman ve uzman yardımcılardan ve ayrıca idare ile işi kalmayan emekli kişilerden oluşan bu birim hizmet içi eğitim vererek ve gerekli koordinasyonu oluşturarak idari personelin bilgi, tecrübe ve yeteneğe sahip olmasını sağlamalıdır. Ayrıca bu birim idare tarafından sorulan hukuki konular ile idari işlemler hakkında ve hukuki uyumsuzlukların sulh yolu ile çözümü konusunda görüş bildirebilmelidir. Bunun yanında söz konusu bu daireye, yargı yoluna başvurulmadan kendisine zorunlu başvuru yapılmalı, daire idarenin yetkisi dâhilinde giderilmesi gereken uyumsuzlukların idari yargıya taşınmamasını da sağlamalıdır.

#### **4.2.9. Rücu Müessesesi**

İdari kararı veren ve iptal davası sonucunda verilen iptal kararlarını yerine getirecek olan genelde aynı kişiler olduğu için rücu mekanizmasında sorunlar yaşanabilir. Bu durumda yargı kararlarının uygulanması hususunda rücu müessesesinin işletilmesinde engel olabilecek hususlara çözümler üretilmelidir. Rücu müessesesi işletilmez ise kasıtlı olunmadığının ileri sürülmesi ve tazminat ödemek suretiyle mahkeme kararına uyulmayabileceği şeklinde bir yorum kamu görevlilerini cesaretlendirir<sup>87</sup>. Bundan dolayı kamu görevlilerinin yargı kararlarını uygulamama sonucu doğan tazminat yükünü devlet bütçesine yıkmamak için rücu sistemi işler bir şekilde işletilebilmelidir<sup>88</sup>. Bunun için rücu müessesinin işletilip iletilmediği mahkemece denetlenebilmelidir.

#### **4.2.10. Müteselsil Sorumluluk**

Kamu görevlisinin kişisel sorumluluğunun yanı sıra görev sorumluluğu dava konusu edilebilmelidir. Nitekim kamu görevlisinin görev sorumluluğunda idarenin sorumluluğu kendi kusurundan değil de kamu görevlisinin kusurundan kaynaklanmaktadır. Bu durumda idarenin sorumluluğu kamu görevlisinin sorumluluğunun bir yansımasıdır. Çünkü idareyi, somut olarak işleyen, bir mekanizmaya dönüştüren, personeli yani kamu görevlileridir<sup>89</sup>. Yargı kararlarının

---

<sup>87</sup> Yıldırım, s. 154.

<sup>88</sup> 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu madde 71, kamu görevlisinin kasıt, kusur veya ihmalden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olması durumunda sebebiyet verdiği zararın kamu görevlisinden tahsilini öngörmektedir.

<sup>89</sup> Sait Güran, “İdarenin ve Ajanının Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler, (Sorumluluk)”, *Danıştay Dergisi*, Ankara 1979, S.34-35, s. 59.

uygulanmaması durumunda sadece idare aleyhine dava açmak kamu görevlilerinin rahat davranabilmelerine imkân verebilmektedir. Ancak Anayasa’da yargı kararlarının uygulanmaması durumunda sadece idare aleyhine dava açılabileceği belirtilmiştir. Bundan dolayı kamu görevlisi ve idare aleyhine birlikte dava açılmayacağı açık olsa da kamu görevlileri de davaya dâhil edilebilmeli, bir tür müteselsil sorumluluk yoluna gitmenin önü açılmalıdır<sup>90</sup>.

#### **4.2.11. Şeffaflık İlkesi**

Şeffaflık ilkesi ile yargı kararlarının uygulanıp uygulanmadığı konusunda toplum haberdar olur<sup>91</sup>. Bu vesile ile idare vatandaşlara karşı sorumlu olur. Örneğin Avusturya’da mahkemeler yıllık raporlar hazırlar ve yargı kararlarının uygulanması ile ilgili yapılan değerlendirmeler toplumla paylaşılır. Ayrıca yargı kararları ve Kamu Denetçilerince yargı kararlarının uygulanıp uygulanmadığı ile ilgili hazırlanacak raporlar medya acılığıyla yayınlanır. Bu vesile ile idarenin şeffaflığı sağlanır.

#### **4.2.12. Devlet Denetleme Kurulu’nun İşletilmesi**

İdari yargı kararlarının uygulanmasını sağlama konusunda Devlet Denetleme Kurulu aktif olarak işletilebilir. Bu konuda kurula doğrudan başvuru yolu açılması ve kurulun Cumhurbaşkanı’nın onayı olmadan harekete geçebilmesi sağlanabilir. Ayrıca Cumhurbaşkanı’nın gerek görmesi durumunda yargı kararlarının uygulanması ile ilgili raporlar doğrudan doğruya adli ve idari mercilere ilgililer hakkında cezai sorumluluk yolu işletilebilir<sup>92</sup>.

#### **4.2.13. Ombudsmanın İşletilmesi**

İdari yargı kararlarını yerine getirmeyen idare aleyhine ilgililer Ombudsmana ulaşabilmelidir<sup>93</sup>. Hatta bireyler başvurmadan da Ombudsmana doğrudan harekete geçme yetkisi tanınabilir. Ombudsman idare kararlarını “hukuka uygunluk açısından” incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak üzere tavsiye kararları verir. Söz konusu “hukuka uygunluk açısından” ibaresi, Ombudsmanın tavsiye kararlarının önemini arz eder. Çünkü Ombudsmanın kararları her ne kadar tavsiye niteliğinde ise de hukuka uygunluk açısından yapılan inceleme sonucunda kararın hukuka aykırı olduğu tavsiye edilebilir. Bu durum idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluk açısından sorgulanabilir ol-

---

<sup>90</sup> Altay, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, s. 361.

<sup>91</sup> Özbey, s. 62.

<sup>92</sup> Güner, s. 131-132; Yıldırım, s. 162.

<sup>93</sup> Yıldırım, s. 162.

masına yol açabilir. Bundan dolayı Ombudsmanın vereceği tavsiye kararlarına idarenin uymaması sonucu bu tavsiye kararları hukuka ve Anayasa'ya aykırılık açısından idari yargıya taşınabilir, idari yargıdan bu tavsiye kararlarını dikkate alıp bu yönde işlem tesis etmesi yönünde talep gelebilir.

#### **4.2.14. İdare Kültürü**

İdare kendisinin davalı konumunda bulunduğu, adli ve idari yargı yerlerince verilen her türlü kararı başvuruya gerek olmaksızın, derhal ve aynen yerine getirmek zorundadır. Bunun için etkin olan idare ile yargının birbirleriyle uyum halinde çalışmasıdır. Bu da hukuk devleti fikrini içselleştiren ve hukuka saygı bilinciyle donatılan idare kültürünün oluşması ile mümkün olur<sup>94</sup>. Aynı zamanda idare, idare kültürünün bir parçası olan ancak kâğıt üzerinde kalmayan kendi yetkin mesleki ahlak standartlarını ve ahlak kurallarını belirleyip bunları eğitim ile aktifleştirmeli, içselleştirmeli ve uygulamalıdır. Ayrıca yargı kararlarının tam ve gereği gibi uygulanması için bu konuda strateji belirleyen başka ulusal ve uluslararası kuruluşlar ile idari yargı kurumları arasında gerekli oluşumlar meydana getirilmelidir. Başka bir deyişle, yargı kararlarının uygulanması konusunda yargı, hükümet, kamu yönetimi, medya ve sivil toplum kuruluşları diyalogu geliştirilmeli, devlet ve devletin tüm kurumları arasında daha yakın işbirliği sağlanmalı, tek yönlü değil de çok yönlü stratejiler izlemek için hukuk devleti ilkesi perspektifinde toplumun tüm kesimleri arasında bir uzlaşma olmalıdır.

### **SONUÇ**

Hukuk devleti ilkesinin gereği, her türlü yargı kararının idare tarafından uygulanması zorunluluğudur. Ancak Türkiye'de hukuk devleti ilkesi Anayasa ile güvence altına alınmasına rağmen yargı kararlarının uygulanması konusundaki tartışmaların devam ettiği ve hatta bunun ciddi bir soruna dönüştüğü görülmektedir. Bu durumun hukuk devleti ilkesinin henüz tam olarak kavranmadığından kaynaklandığı söylenebilir. Ayrıca yargı kararlarının yerine getirilmemesi hukuk devleti ilkesinin tahrip edilmesine yol açabilir. Bu durumun önü alınmazsa tamiri imkânsız sonuçların ortaya çıkabileceğinin açık olduğu söylenebilir.

Yargı kararlarının uygulanmaması gibi bir sorun sadece söz konusu olayın taraflarını değil herkesi etkilemektedir. İdari yargı kararlarının uygulanmaması

---

<sup>94</sup> Cüneyt Ozansoy, "İdare Hukukunun Arka Bahçesi Olarak İdare Kültürü", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl Sempozyumu*: 12 Mayıs 2008, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 77, Ankara 2008, s. 37-40.



başta birey ve sonrasında tüm toplumu etkileyecek bir süreç olduğu için zamanla toplumun bu durum karşısında pasif kalması ve bunun bir kültür haline gelme olasılığı da mevcuttur. Bundan dolayı yargı kararlarının uygulanıp uygulanmadığı sorununa son verilmesi, bu konuda ilkeli ve istikrarlı yasal düzenlemeler yoluna gidilmesi yerinde bir tutum olacağı kanısındayız. Çünkü idareye etki edebilen bağımsız yasal düzenlemelerin varlığı, yargı kararlarının uygulanmasını sağlamada önemli faktörlerdir.

İdare karşısında kişiler açısından hukuki güvenlik ilkesinin tesisi için detaylı yasal düzenlemelerin yanı sıra yargı kararlarının istikrarlı uygulanabilirliği önem arz etmektedir. Bundan dolayı hukuka gerekli güvenin sağlanması, idare ve kamu görevlilerinin yargı kararlarını gereği gibi uygulaması ile mümkün olmaktadır. Bununla birlikte bilinçli bir toplumun duyarlılığı ve demokratik hesap sorulabilirliğin varlığı yargı kararların uygulanmasında önemli rol oynar. Ayrıca idare ve idare personeli ile idari yargı mensupları arasında idari kararların hukuka uygunluğu ve yargı kararlarının tam ve gereği gibi uygulanması konusunda gerekli koordinasyonun sağlanması kanımızca yerinde bir yaklaşım olacaktır.



#### KAYNAKÇA

**Akyılmaz**, Bahtiyar, *İdare Hukuku*, Sayram Yayınları, Konya 2003.

**Altay**, Evren, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar*, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

**Altay**, Evren, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000*, C.1, Ankara 2000.

**Altay**, Evren, “Yargı Kararlarının Uygulanması”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu: 11 Mayıs 2007, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları*, No: 74, Ankara 2007.

**Atay**, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.

**Avcı**, Mustafa, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mâlî Sorumluluğu”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.2012/1, Ankara 2012.

**Aydın**, Oktay, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Sorunları ve 2577 sayılı Yasa’nın 28/4. maddesinin İstisna Hali”, <http://www.yarsav.org.tr/index.php?p=171>, 14.04.2016.

**Bülbül Güner**, Tuğçe, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Nedeniyle İdare-*

*nin ve Kamu Görevlisinin Sorumluluğu*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2012.

**Candan**, Turgut, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

**Çağlayan**, Ramazan, *İdari Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015.

**Çakmak**, N. Münci, "İdare Hukukunun Anlam ve Önemi", *İÜHFİM*, C.69, S.1-2, İstanbul 2011.

**Dalyan**, Şener, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Türk İdari Yargı Uygulamaları", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 167. Yıl Sempozyumu: 12 Mayıs 2014*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 86, Ankara 2014.

**Duran**, Lütfi, "İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararlarıyla Vergi Davalarının Çözümü", *AİD*, C.20, S.4, Ankara 1987.

**Durmaz**, Bahadır Turan, "Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Sorumluluk", <http://www.abchukuk.com/makale/makale314.html>, 13.02.2016.

**Erkut**, Celal, "İdari Yargı Kararlarının Uygulanmasını Güçlendirici Mekanizmalar", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 141. Yıl Sempozyumu: 11 Mayıs 2009*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 79, Ankara 2009.

**Giritli**, İsmet, **Bilgin**, Pertev, **Akgüner**, Taygun, **Berk**, Kahraman, *İdare Hukuku*, 5. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2012.

**Gözler**, Kemal, **Kaplan**, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, 15. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa 2014.

**Gözler**, Kemal, *İdare Hukuku*, C.2, 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2009.

**Gözübüyük**, Şeref, **Tan**, Turgut, *İdari Yargılama Hukuku*, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.

**Gözübüyük**, Şeref, *Yönetmelik Yargı*, 29. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.

**Güçlü**, Yaşar, *Danıştay ve Yargıtay İçtihatları Işığında İdari Yargı Kararlarının Uygulanması*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010.

**Günday**, Metin, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2011.

**Günday**, Metin, "İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu", *Hukuk Kullantısı 2000-1*, 11- 16 Ocak 2000, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2000.

**Güran, Sait**, “İdarenin ve Ajanının Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler, (Sorumluluk)”, *Danıştay Dergisi*, S.34-35, Ankara 1979.

**Kalabalık, Halil**, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, 5. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2013.

**Kalkan, Recep Emre**, *İdare Hukukunda Rücu Müessesesinin Kamu Görevlileri Açısından Uygulanması*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012.

**Karavelioğlu, Celal**, *Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 7. Baskı, Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, Ankara 2009.

**Kaya, Cemil**, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusunda Danıştay'ın Yaklaşımı (İYUK Madde 28 Üzerinde Bir İnceleme)*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013.

**Kent, Bülent**, “İdari Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanmasını Güçlendirici Alternatif Mekanizma Olarak Zorlayıcı Para Cezası”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.2011/4, Ankara 2011.

**Oder, Bertil Emrah**, “Anayasal Düzendeki İdari Yargı Sistemi”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu*: 12 Mayıs 2015, *Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları*, No: 89, Ankara 2015.

**Odyakmaz, Zehra**, “İdari Yargı İle İlgili Öneriler”, *İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 30. Yılında İdari Yargı Sempozyumu*, 9 Mart 2012, Ankara Barosu Başkanlığı, ARCS OFSET Matbaacılık, Ankara 2013.

**Ozansoy, Cüneyt**, “İdare Hukukunun Arka Bahçesi Olarak İdare Kültürü”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl Sempozyumu*: 12 Mayıs 2008, *Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları*, No: 77, Ankara 2008.

**Ozansoy, Cüneyt**, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması ve İdare Gerçeği”, *İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü*, 133. Yıl *Danıştay Sempozyumu*, 11-12 Mayıs 2001, *Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları*, No: 63, Ankara 2003.

**Ömerbaş, Nurben**, “İdari Yargılama Usulünde Hızlandırıcı Mekanizmalar”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 141. Yıl Sempozyumu*: 11 Mayıs 2009, *Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları*, No: 79, Ankara 2009.

**Özay, İl Han**, *Günışığında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.

**Özay, İl Han**, *Yargısal Korunma*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

**Özbey**, Özcan, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.4, Ankara 2010.

**Sancaktar**, Oğuz, “Türk İdari Yargı Sisteminde Yargılama Sürecinden Kaynaklanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *İdari Yargılama Sürecinde Yaşanılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Çalıştayı*: 14 Ocak 2013, Ankara 2013.

**Şahin**, Adnan, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Sorumluluk*, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2009.

**Şahin Kaplan**, Ceylan, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması*, Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Bolu 2008.

**Taşkın**, Ş. Cankat, “İdari Yargının Güncel Sorunları ve Yargı Kararlarının Uygulanmaması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.71, Ankara 2007.

**Uğur**, İsmail, *İdari Yargı Kararların Uygulanması*, *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006.

**Uler**, Yıldırım, *İdari Yargıda İptal Kararının Sonuçları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 281, Ankara 1970.

**Ulusoy**, Ali D., “Danıştay’ın Yargılama Dışı Görevleri”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 146. Yıl Sempozyumu*: 12 Mayıs 2014, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 86, Ankara 2014.

**Ulusoy**, Ali, “Fransız İdari Yargı Reformu”, *Danıştay Dergisi*, S.103, Ankara 2001.

**Ünlüçay**, Mehmet, “İdarenin Yargısal Denetimi ve Hukukun Üstünlüğü”, *Danıştay Dergisi*, S.107, Ankara 2004.

**Yenice**, Kazım, **Esin**, Yüksel, *İdari Yargılama Usulü*, Ankara 1983.

**Yet**, Orhun, “İdari Yargının Etkinliğine İlişkin Sorunlar”, *2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu Bildirisi*, <http://www.danistay.gov.tr>, 05.12.2015.

**Yıldırım**, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri I-II*, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2012.

**Yıldırım**, Turan, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, *İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü*, 133. Yıl *Danıştay Sempozyumu*: 11-12 Mayıs 2001, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 63, Ankara 2003.

**Yılmaz, Serdar, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Zorunluluğu ve Bu Kararların Uygulanmamasına Karşı Öngörülen Hukuksal Önlemler*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.**

**Yılmaz, Tahsin, *Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Sorumluluk*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2012.**

**Zabunoğlu, Yahya Kazım, *İdare Hukuku I-II*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.**

# ALMAN İÇTİMA ÖĞRETİSİNDE DOĞAL HAREKET TEKLİĞİ

*Die natürliche Handlungseinheit in der deutschen Konkurrenzlehre*

**Arş. Gör. Dr. iur. Soner DEMİRTAŞ LL.M.\***

## ÖZET

Alman Ceza Kanununun 52. maddesinde ‘fikri içtima’ düzenlenmiştir. Bu maddeye göre aynı hareket birden fazla ceza kanununu veya aynı ceza kanununu birden fazla ihlal ederse, sadece tek bir cezaya hükmedilir. Buna karşın kanun koyucu içtima öğretisi bağlamında hareket kavramından ne anlaşılması gerektiğini açıklamamıştır. Bundan dolayı ne zaman bir hareketin, ne zaman ise birden fazla hareketin var olduğunu tespit etmek gerekir. Hareket kavramından neyin anlaşılması gerektiğini tespit etmek ve hareket teklifi ile çokluğu ayırımını yapmak için öğretilerde ve yüksek yargı kararlarında bazı kriterler geliştirilmiştir. Ancak bu kriterler arasında birlik yoktur. Yüksek yargı kararları arasında dahi bir birliktelikten söz etmek mümkün değildir. Öğretilerde de hareket kavramını belirlemede tatmin edici bir çözüm bulunamamıştır. İçtima öğretisinde kapsayıcı bir hareket teklifi formu bulmak için çeşitli kriterler geliştirilmiştir. Bu bağlamda doğal anlamda hareket, doğal hareket teklifi ve tipik hareket teklifi formları söz konusudur. Bu makalenin konusunu oluşturan doğal hareket teklifi ise Krallık Mahkemesi tarafından ortaya çıkarılmış ve Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından devralınmış ve halen uygulanmaya devam etmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Hareket Teklifi, Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Hukuki Değerler, Polisten Kaçış Olayları.

## ZUSAMMENFASSUNG

Der deutsche Gesetzgeber hat in § 52 StGB ‘Tateinheit’ geregelt. § 52 StGB ist folgendermaßen: Verletzt dieselbe Handlung mehrerer Strafgesetze oder dasselben Strafgesetz mehrmals, so wird nur auf eine Strafe zu erkennen. Hingegen hat er nicht abgeklärt, was eine Handlung im konkurrenzrechtlichen Sinn ist. Deswegen ist festzustellen, wann eine Handlung (Handlungseinheit) vorliegt oder wann mehrere Handlungen (Handlungsmehrheit) gegeben sind. Zum Feststellen des Handlungsbegriffs im konkurrenzrechtlichen Sinn und zur Abgrenzung der Handlungseinheit von der Handlungsmehrheit werden im Schrifttum und in den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs einige Kriterien entwickelt. Diese Kriterien sind jedoch uneinheitlich bewertet. Auch ist es schwer von einer Übereinstimmung zwischen den verschiedenen höchstrichterlichen Entscheidungen zu sprechen. Es ist aber klar, dass auch in der Lehre bis heute keine befriedigende Lösung bzw. kein einheitlicher Handlungsbegriff, der für alle Fälle Anwendung finden kann, gefunden wurde. Um eine umfassende

---

\* Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD, soner6161@hotmail.com

Form zur Feststellung der Handlungseinheit in der Konkurrenzlehre zu finden, werden verschiedene Handlungseinheitsformen entwickelt. In diesem Zusammenhang spricht man von Handlung im natürlichen Sinn, von natürlicher Handlungseinheit und tatbestandlicher Handlungseinheit. Die natürliche Handlungseinheit, die in diesem Aufsatz behandelt wird, wurde im deutschen Recht vom Reichsgericht entwickelt und vom BGH übernommen und angewendet.

**Schlüsselwörter:** Handlungseinheit, Höchstpersönliche Rechtsgüter, Polizeifluchtfälle.



## I. Genel Olarak

Aralarında ilişki bulunan ayrı ayrı her bir hareketi tek bir hareket olarak bir araya getirebilmek için, Alman Krallık Mahkemesi (AKM) tarafından geliştirilen ‘doğal hareket tekliği’ (natürliche Handlungseinheit) kavramı Alman Federal Yüksek Mahkemesi (AFYM) tarafından da kabul görmüş ve uygulanmıştır. Krallık Mahkemesi ve AFYM kararlarına göre, failin hareketleri arasında (objektif) üçüncü bir kişinin bakış açısıyla dar bir zamansal ve mekânsal bağlantı mevcutsa, bu hareketler tek bir iradi karara dayanıyorsa doğal hareket tekliği söz konusudur.<sup>1</sup> Yani hareketler arasında doğal bir birliktelik vardır.

Alman hukukunda doğal hareket tekliği öğretilde farklı şekilde değerlendirilmiştir. Ağırıklık olarak doğal hareket tekliği ‘gereksiz’ ve ‘reddedilmesi gereken’ bir müessese olarak görülmüş ve eleştirilmiştir. Çünkü doğal hareket tekliğini kabul etmeyenler, genel itibariyle doğal hareket tekliği kapsamında birleştirilen ayrılabilir birçok hareketin tipik hareket tekliği kavramı altında değerlendirilebileceğini ve tek bir hareket sayılabileceğini savunmuşlardır.<sup>2</sup> Bu görüşte olanlar tekrarlayan hareketlerle ya da birbirini takip eden hareketlerle suçun gerçekleştirilmesi hallerini kabul etmekte, ancak bu durumları tipik hareket tekliği altında incelemektedirler.<sup>3</sup> Öğretinin bir kısmı ise doğal hareket tekliğini ayrı bir hukuki müessese ve hareket tekliği hali olarak görmekte, yargı kararlarında olduğu gibi geniş bir şekilde yorumlamamaktadırlar.<sup>4</sup>

## II. Doğal Hareket Tekliğinin Şartları

AFYM ve AKM kararlarına göre doğal hareket tekliğinin dört şartı bulunmaktadır.

---

<sup>1</sup> RGSt 58, 116; BGHSt 4, 219, 219 vd.; 10, 230, 231.

<sup>2</sup> Kindhäuser, JuS 1985, 105.

<sup>3</sup> LK-Rissing van Saan, vor § 52, Rn. 12; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, § 17 Rn. 763.

<sup>4</sup> Warda, FS-Oehler, S. 241 vd.; Otto, Strafrecht AT, § 14 Rn. 36, 44.

## 1. İradi Kararın Tekliği

Doğal hareket tekliğinden bahsedebilmek için failin davranışları tek bir iradi karara dayanmak zorundadır. AFYM kararları arasında, tek bir iradi kararın ne zaman söz konusu olduğuna dair yeknesaklık bulunmamaktadır. Ayrıca AFYM birçok olayda tek bir iradi kararın tespitinde farklı kriterler kullanmıştır. Bu kriterlere ‘tek bir iradi karar’, ‘aynı nevide hareket etme isteği’ ve ‘belli bir amaca ulaşmak’ gibi kavramlar örnek olarak verilebilir.<sup>5</sup> Doktrinde de, bazı yargı kararlarına paralel olarak, kastın yenilenmesinin hareket sayısını da artıracığı anlamına geldiği kabul edilmemiştir. Bu duruma, olay sırasında kastın yaralama kastından öldürme kastına geçilmesi örnek olarak verilmiştir.<sup>6</sup> Failin sadece belli bir amaca ulaşmak şeklindeki kararı da iradi kararın tek olduğu anlamına gelmemektedir.<sup>7</sup> Ancak böyle bir amaç doğal hareket tekliğinin kabulünde ipucu niteliğine sahip olabilir. Bu şekilde ‘belli bir amaca ulaşmak’ şeklindeki kararı tek kıstas olarak kabul etmek hareket tekliğinin belirlenmesinde hukuki belirsizliğe sebep olabilir.

AFYM bir kararında doğal hareket tekliğinin kabulünde kesintisiz bir iradi kararın varlığını aramamıştır. Karara konu olayda, hırsızlık yapmaya karar veren iki sanık polis aracının görülmesi üzerine hırsızlık yapma kararından vazgeçmişler, ancak polis aracının gitmesi üzerine tekrar hırsızlık yapmaya karar vermişlerdir. Mahkeme karar gerekçesini, doğal hareket tekliğinin diğer şartlarının varlığı ile güçlendirmiş ve kesintisiz bir iradi kararın varlığını aramamıştır.<sup>8</sup> Başka bir olayda ise, sanık bir kişiyi öldürmek için pusuya yatar ve mağdurun geçişi sırasında ona iki el ateş eder, ancak atışlar mağdura isabet etmez ve akabinde sanığın silahı tutukluk yapar. Bunun üzerine mağdur kaçır. Sanıkta mağduru öldürme kastını yenileyerek mağduru takip eder ve onu öldürür. Mahkeme bu olayda her ne kadar fail, silahının tutukluk yapmasından sonra adam öldürme kastından vazgeçip ardından kastını yenilese de doğal hareket tekliğinin varlığını kabul etmiştir.<sup>9</sup>

Başka bir olayda fail mağdurun kendisine bir tokat atmasından dolayı onunun kırıldığını hissetmiş ve onun sağlığına zarar vererek, bilincini kaybetmesine sebep olmuştur. Bunun üzerine fail mağdura yardım etmiş ve mağdur kendine gelmiştir. Mağdurun daha sonra ona küfredmesinden dolayı mağduru

---

<sup>5</sup> BGH NJW 1977, 2321.

<sup>6</sup> Mannzen, Die Handlungseinheit im Strafrecht, S. 13.

<sup>7</sup> Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz, S. 287.

<sup>8</sup> Mahkemenin esas gerekçesi olayın dışarıdan görünüş itibarıyla tek bir hareket teşkil ettiğidir.

<sup>9</sup> Bringewat, Die Bildung der Gesamtstrafe, Rn. 22 (BGH Urt. v.21.04.1977- StR 72/77).



öldürmüştür. Bu olayda AFYM hareket tekliğini kabul etmemiş ve faili gerçek içtima hükümlerine göre cezalandırmıştır. Bu karara göre failin mağdura yardım etmesi iradi kararın bariz bir şekilde kesildiği/bölündüğü anlamına gelir ve iradi kararın tekliğinden bahsetmek söz konusu değildir.<sup>10</sup>

Yargı kararlarından çıkan sonuç ise şu şekildedir: Fail aynı suçu işlemek kastı ile hareket etmiş ve bu kastından kısa süreliğine vazgeçmiş olsa da doğal hareket tekliği söz konusudur. Eğer fail asıl kastından vazgeçmiş ve akabinde başka bir suç işlemeye karar vermişse doğal hareket tekliğinin şartları oluşmaz. Bununla birlikte 'ilk suçu işlediği sırada' yeni ve başka bir suç işlemeye karar verirse tek bir iradi karar söz konusudur ve doğal hareket tekliğinin kabulü gerekir.

## 2. Aynı Tip Hareketlerin Çokluğu

Doğal hareket tekliğinin bir diğer şartı tekrarlayan ya da (belli zaman aralıklarıyla) art arda yapılan birden fazla aynı tip hareketlerin varlığıdır. Tekrarlayan hareketlerin yapılması halinde hareketlerin aynılığı noktasında genellikle herhangi bir sorun çıkmaz, çünkü fail aynı hareketleri tekrarlamaktadır. Örneğin failin mağdura ardı ardına on kere tokat atması halinde tek bir hareket söz konusudur. Bunun yanında fail amacına ulaşmak için farklı hareketlerde bulunursa bu durumda da hareket tekliğinden söz edilebilir. Örneğin failin olay sırasında öldürme ya da yaralama araçlarını değiştirmesi halinde hareket tekliği söz konusudur. Mağduru yaralamaya yönelik tekme, tokat ya da bir sopa ile vurulması hareketleri aynı hareket olarak değerlendirilir.<sup>11</sup>

## 3. Dar Bir Zamansal ve Mekânsal Bağlantı

Doğal hareket tekliği için dar (sıkı) bir zamansal ve mekânsal bağlantı gereklidir. Ancak bu durum yüksek mahkeme kararlarında farklı şekilde değerlendirilmiştir. Buna göre kısa süreli aralar doğal hareket tekliğinin kabulünü engellemez. AFYM'nin önüne gelen bir olayda fail mağduru öldürmek kastıyla hareket etmiş ancak başka birinin olayı görmesi üzerine ilk faili bırakıp diğer mağdura saldırmış ve onu yaralanmıştır. Daha sonra ilk mağdura geri dönüp

---

<sup>10</sup> AFYM başka bir kararında ise, failin öldürme kastının yaralama eylemi sırasında meydana gelmediği için yaralama ve akabindeki öldürmeye teşebbüs fiilleri arasında gerçek içtima kurallarını uygulamıştır. Mahkemeye göre bu olayda tek bir iradi karar söz konusu değildir. Karara konu olayda fail cinsel ilişkiye girdiği sırada mağdurun yüzüne tokat atar. Bunun üzerine mağdur kusar ve hırıldamaya başlar. Bunun üzerine fail mağdura şişe ile vurur. Daha sonra mağduru yakınlarının olayı öğrenmesini engellemek için mağduru öldürmeye karar verir, fakat bu amacına ulaşamaz. BGH NJW 1984, 1568.

<sup>11</sup> Roxin, Strafrecht AT II, § 33 Rn. 32, 43 vd.; MK-v.Heintschel-Heinegg, § 52 Rn. 56.

onu öldürmeye teşebbüs etmiştir. İlk mağdura yönelik bu hareketler araya zaman dilimi girmiş olsa da tek bir hareket olarak değerlendirilmiştir.<sup>12</sup> AFYM kararlarında fiiller arasındaki zaman aralığının ne kadar olması gerektiği konusunda belirleme yapmamış, her bir olayda ayrı ayrı değerlendirmede bulunmuştur. Örneğin dolandırıcılık niteliğindeki hareketler arasında birkaç aylık sürenin olduğu olayda ya da hırsızlığa teşebbüs ve teşebbüs hareketlerinden bir buçuk saat sonra işlenen hırsızlık fiilleri arasında doğal hareket teklifi kabul edilmemiştir.<sup>13</sup>

Doktrinde Warda'ya göre doğal hareket teklifiindeki zamansal ve mekânsal bağlantıyı tipik hareket teklifiinde olduğu gibi değerlendirmemek gerekir. Çünkü zaman aralığı doğal hareket teklifiinde tipik hareket teklifiinde olduğu gibi çok uzun olmamalıdır.<sup>14</sup> Bu görüş tipik hareket teklifiinde, yapılan eylemler arasındaki sürenin haftalar hatta aylar dahi olabileceğinden dolayı isabetlidir.

Fiiller arasındaki mekânsal bağlantıya ise doktrinde ve yargı kararlarında fazla yer verilmemiştir, çünkü zamansal bağlantının var olduğu durumlarda mekânsal bağlantının da varlığı kabul edilir. Buna rağmen icra hareketleri farklı mekânlarda yapılmış olabilir. Bu durumda doğal hareket teklifiinin diğer şartları mevcutsa doğal hareket teklifiini kabul etmek gerekir. Örneğin fail, hareket halindeki bir araç içinde mağduru art arda gerçekleştirdiği hareketlerle yaralasa hareketler arasında mekânsal bağlantı olmasa da doğal hareket teklifiinin kabulü gerekir.

#### **4. Hareketlerin Üçüncü Kişi Tarafından Objektif Olarak Tek Görülmesi**

Yüksek mahkeme kararlarına göre hareketlerin üçüncü bir kişinin bakış açısıyla ve genel hayat anlayışına göre birliktelik teşkil etmeleri gerekir. Bu şart değerlendirilirken doğal hareket teklifiinin diğer şartları ile birlikte bir değerlendirilmeye tabi tutulmuştur. Dışardan görünüş (değerlendirme) itibarıyla hareketler objektif olarak tek kabul ediliyor ise doğal hareket teklifi söz konusudur.<sup>15</sup> Ayrıca doktrinde doğal hareket teklifiinin belirlenmesinde üçüncü bir kişinin bakış açısıyla olayın teklik arz etmesi gerekliliği subjektif bir durum olabileceği için eleştirilmiş ve bu şekilde hukuki belirliliğin sağlanamayacağı ileri sürülmüştür.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> BGH NStZ 1993, 234, 234 vd.

<sup>13</sup> BGHSt 21, 319, 322; BGHSt 40, 75, 77 vd.

<sup>14</sup> Warda, FS-Hirsch, S. 391, 398 vd.

<sup>15</sup> BGHSt 2, 218, 221.

<sup>16</sup> Maiwald, NJW 1978, 300 vd.; Warda, FS-Oehler, S. 252; Burada Alman Krallık Mahkemesinin bir kararına değinmek yerinde olacaktır. Söz konusu karara göre icra hareketleri birbirinden

### III. Doğal Hareket Tekliğinin Kabul Edildiği Durumlar

#### 1. Tekrarlayan ya da Art Arda Yapılan Hareketlerle İşlenen Suçlarda Doğal Hareket Tekliği

AFYM kararlarında da saptandığı gibi doğal hareket tekliğinin iki fonksiyonu bulunmaktadır. Tekrarlayan ya da art arda yapılan hareketlerle işlenen suçlarda AFYM doğal hareket tekliğini birden çok hareketi (ayrılabilir parçaları) tek bir hareket olarak kabul etmek için kullanmaktadır. Bu durumda doğal hareket tekliği, sadece birden fazla suç işlendiği kabulünün önüne geçmez, aynı zamanda Alman Ceza Kanunu m. 52' de düzenlenen fikri içtima kurallarının uygulanmasını da engeller. Bu sayede doğal hareket tekliği ilk fonksiyonunu yerine getirir. Birden fazla hareketle tek suç işleyen faile, fikri içtima kurallarının uygulanması söz konusu olamaz.

Tekrarlayan hareketlerle işlenen suçlarda fail aynı hareketi hızlı bir şekilde ardı ardına yapmakta ve aynı suçun unsurlarını yerine getirmektedir. Her bir hareket suçun unsurlarını yerine getirmekte, ancak toplam olarak bütün hareketler tipiklik bağlamında tek bir hareket olarak kabul edilmektedir. Buna örnek olarak failin mağdura önce defalarca yumruk atması daha sonra mağduru sopa ile ya da herhangi bir silahla yaralaması olayı verilebilir.<sup>17</sup> Bu nitelikteki suçlar birden fazla hareketi şart koşmazlar ancak birden fazla hareketle de bu suçlar işlenebilirler. Failin suçu işlerken tek bir harekette bulunması ya da birden çok vücut hareketi yapması suçun oluşması açısından önem taşımaz. Ardı ardına yapılan hareketlerde de tekrarlayan hareketlerde olduğu gibi tek bir suçun işlenmesi söz konusudur. Bu şekilde hareketlerle, tekrarlayan hareketlerin farkı, failin amacına adım adım ulaşması ve hareketler arasındaki zaman aralığının tekrarlayan hareketlerde olduğu gibi çok kısa olmamasıdır.<sup>18</sup> AFYM bu konu ile ilgili bir kararda art arda yapılan hareketlerle suçun evvela teşebbüs aşamasında kalması ve daha sonra suçun tamamlanması halinde doğal hareket tekliğini kabul etmiştir. Bu durumda fail birbirinden ayrı hareketlerle amacına ulaşmak istemektedir. Örneğin bir dükkândan malları çalmak için birkaç gecede bu dükkânın arka kapısını kırmak ve sonunda eşyaları çalmak doğal anlamda hareket tekliği oluşturur. Bu olayda her gece yapılan hareketler (teşebbüs hareketleri) ve en son gece yapılan hırsızlık hareketleri tek bir hareket olarak değerlendirilir.

---

ayrı olan farklı suçların işlenmesi halinde failin amacı tek bir sonuca ulaşmak olsa da doğal hareket tekliğinin varlığını kabul etmek doğru değildir. in: Hartung, SJZ 1950, 326, 330.

<sup>17</sup> Roxin, Strafrecht AT II, § 33 Rn. 34; BGH NSTZ 1996, 493, 494.

<sup>18</sup> Roxin, Strafrecht AT II, § 33 Rn. 32, 44; Maiwald, Die Natürliche Handlungseinheit, S. 76; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 66 III 2.

## 2. Diğer Bazı Suçlarda Doğal Hareket Tekliği (Fikri İçtimain Uygulanmasına Sebepiyet Veren Doğal Hareket Tekliği)

AFYM tarafından doğal hareket tekliğine ikinci bir fonksiyon daha yüklenmiştir. Buna göre farklı ya da birden fazla suçun işlenmesi halinde hareketler doğal hareket tekliği bağlamında değerlendirilip tek bir hareket olarak kabul edilir ve hareketin tekliğinden ve birden fazla suçun işlenmiş olmasından dolayı fikri içtima kuralları uygulanır.<sup>19</sup> Bu bağlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hukuki değerlerin ihlalinde ve farklı nitelikteki suçların işlenmesinde doğal hareket tekliği yoluyla hareketlerin tek bir hareket olarak kabulü tartışmalıdır. Bu gibi durumlarda dahi doğal hareket tekliğinin kullanılması suretiyle fikri içtima uygulamasının genişletilmesi doktrinde eleştirilmiştir.

### a. Farklı Nitelikteki Suçların İşlenmesi

AFYM yukarıda açıklanan şartların gerçekleşmesi halinde farklı nitelikteki suçların işlenmiş olması halinde de doğal hareket tekliğini kabul etmiştir. Örneğin failin hırsızlık yaptıktan sonra suçun delillerini yok etmek amacıyla hırsızlık yaptığı evi yakması halinde doğal hareket tekliğinin kabulü gerekir. Yüksek mahkeme kararına konu olmuş bu olayda mahkeme hareket tekliğini 'birden fazla hareketin birlik içeren bir yaşamsal hadise' olduğu gerekçesiyle kabul etmiştir. Bu birliktelikten dolayı sıkı bir bağlantı içinde bulunan hırsızlık ve yangın çıkarma hareketlerini birbirinden ayrı hareketler olarak değerlendirmek mümkün değildir.<sup>20</sup>

Alman hukukunda polisten kaçış olayı olarak adlandırılan durumlarda da AFYM tarafından hareket tekliğinin gerçekleştiğinden bahisle, fikri içtima kuralları uygulanmıştır. Bu olaylarda mahkeme doğal hareket tekliğinin şartlarından olan tek bir iradi karar kavramını çok geniş yorumlamış ve neredeyse amaç ile aynı şekilde değerlendirmiştir. Yani bu tür olaylarda mahkeme tek bir iradi karar yerine tek bir amaca ulaşma isteğini belirleyici kıstas olarak kabul etmiştir. Buna göre polisten kaçış sırasında 'sırf polisten kurtulmak amacıyla' gerçekleştirilen birden fazla hareket içtima bağlamında tek bir hareket olarak kabul edilmelidir. AFYM bir kararında hareketler arasında tam ve hatta kısmi bir aynılık ya da fillerin birleştirme (ekleme) etkisi olup olmadığını incelemekten, polisten kurtulmak amacıyla tek bir iradi karara dayanan kaçış esnasında gerçekleştirilen birden fazla hareketi tek bir hareket olarak kabul ederek fik-

---

<sup>19</sup> MK-v. Heintschel-Heinegg, § 52 Rn. 53; LK-Rissing-van Saan, vor § 52 Rn. 18; Sowada, Jura 1995, 245, 247.

<sup>20</sup> BGH NStZ 1997, 276.

ri içtima kurallarını uygulamıştır.<sup>21</sup> Bu olayda mahkeme kaçış sırasındaki mala zarar verme, kaza yerinden kaçma, polise mukavemet ve tehlikeli yaralama hareketlerinin birliktelik teşkil ettiğini kabul etmiştir. Bu tür olaylarda önemli olan failin birden fazla farklı suçun işlenmesinde tek bir iradi kararla hareket etmesi ve gerçekleştirilen hareketlerin doğal bir gözlem neticesinde teklik oluşturmasıdır.<sup>22</sup> Bu kabule karşılık AFYM bazı kararlarında polisten kaçış olaylarında hareket tekliğini kabul etmemiştir.<sup>23</sup>

AFYM tarafından polisten kaçış olaylarında kullanılan kıstaslar ve hareket tekliğinin kabulü bazı olaylarda ‘sivil bir kişiden kaçma’ halinde de kabul edilmiştir. Bu karara göre doğal hareket tekliğinin kabulünde failin polisten ya da bir sivilden kaçmasının herhangi bir önemi yoktur ve her iki halde de hareket tekliği kabul edilmelidir.<sup>24</sup> Ayrıca bunun yanında AFYM polisten kaçış eyleminin otomobille gerçekleştirilmesi halinde hareket tekliğini kabul etmekte, ancak koşarak kaçma eylemi söz konusu olduğunda hareket tekliğini kabul etmemektedir. Söz konusu karara göre polisten kaçış olaylarına uygulanan kriterler bu olaylarda uygulanacak şekilde genişletilemez, çünkü ilk olayda (otomobille polisten kaçma olayında) fail otomobile bağımlı bir şekilde hareket etmekte ve failin hareket kabiliyeti otomobilin özelliklerine bağımlı ve sınırlıdır. Son olayda ise fail herhangi bir şeye bağımlı olmaksızın kaçışını hukuka uygun veya hukuka aykırı eylemlerle sonlandırabilir.<sup>25</sup> Burada AFYM kararları arasında bir çelişki olduğunu vurgulamak gerekir. Çünkü failin tek bir iradi karara dayanarak polisten kaçma isteği ilk olayda (otomobille kaçma) hareket tekliğinin gerekçelendirilmesinde önemli bir kıstas olarak alındığı halde, ikinci olayda göz önünde bulundurulmamıştır. Yüksek Mahkemenin ‘failin eylemlerini herhangi bir araca bağılı olmadığı olayda her duruma uyarlayabilir’ şeklindeki gerekçesi de kabul edilebilir gözükmemektedir. Çünkü birçok olayda herhangi bir araçla kaçma eylemi sırasında da fail hareketlerini her ne kadar araca bağımlı olsa da her duruma uyarlayabilir. Ayrıca vurgulamak gerekir ki yaya olarak polisten kaçan şahsın da hareket etme kabiliyeti takip dolayısıyla önemli oranda sınırlandırılmıştır.

Bütün bunların yanında hareket tekliği saptanırken birçok olayda polisten

---

<sup>21</sup> BGHSt 22, 67, 76; aynı şekilde: BGH NZV 2001, 265; BGH NStZ-RR 1997, 331, 331 vd.; bknz. MK-v.Heintschel-Heinegg, § 52 Rn. 58.

<sup>22</sup> ‘Doğal hareket tekliği bağlamında bu olayda doğal bir gözlem neticesinde kendi içinde kapalı (birbirine yakın), birbirine bağılı ve teklik oluşturan bir vakıa söz konusudur.’ BGH VRS 57, 277, 279; 66, 20.

<sup>23</sup> BGH VRS 50, 94; BGH NZV 1995, 196.

<sup>24</sup> BGH NJW 1989, 2550 vd.

<sup>25</sup> BGH Urt. v. 5.6.1973, 1 StR 270/73, in: Dallinger, MDR 1974, 12, 13.

kaçış eylemi sırasında failin kişiye sıkı sıkıya bağlı hukuki değerleri ihlal edip etmediği de göz önünde bulundurulmamıştır. AFYM bir kararında kaçış sırasında yapılabilecek bütün hareketlerin tek bir hareket oluşturacağını, ancak kişiye sıkı sıkıya bağlı hukuki değerlerin ihlali halinde hareketin birden fazla bölüme ayrılabilceğini vurgulamıştır. Yani bu durumlarda hareketlerin teklik oluşturmadığı kabul edilmiştir.<sup>26</sup>

Bu olaylarda olduğu gibi, farklı nitelikteki hukuki yararların ihlali halinde doğal hareket tekliğinin kabul edilmesi doktrinde ‘doğal hareket tekliğinin belirlenmesinde birlik içeren ve genel kıstaslar’ olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Doktrinde de belirtildiği gibi Yüksek Mahkemenin de çelişkili kararlarından anlaşıldığı üzere, doğal hareket tekliği müessesesi büyük bir hukuki belirsizlik meydana getirmektedir. Çünkü bu müessese, her ne kadar kanun koyucu böyle bir durum istemese de, hâkime ölçüsüz ve sınırları belli olmayan bir hareket (takdir) alanı sunmaktadır.<sup>27</sup> Özellikle doğal hareket tekliğinin sübjektif unsuru istenildiği gibi yorumlanmakta ve AFYM tarafından bazı olaylarda kişinin ulaşmak istediği amaçla eş tutulmaktadır. Warda’ya göre böyle bir kabul ve uygulama şekilsiz, sınırsız ve adeta bütün ceza kanununu kapsayan bir durumun meydana gelmesine sebep olabilecek niteliktedir.<sup>28</sup>

### **b. Birden Fazla Kişiye Ait Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Hukuki Değerlerin İhlali<sup>29</sup>**

Birden fazla kişiye ait kişiye sıkı sıkıya bağlı hukuki yararların ihlali halinde doğal hareket tekliğinin kabul edilip edilmeyeceği sorusuna doktrinde ve yargı kararlarında açık ve net bir cevap verilememiştir. AFYM bu nitelikteki hukuki yarar ihlalleri halinde doğal hareket tekliğini esas olarak reddetmemiş, ancak zamansal ve mekânsal bağlantı şartını bu tür olaylarda katı bir şekilde uygulayarak doğal hareket tekliğinin uygulama alanını sınırlandırmıştır. Fail eğer tek bir iradi karara dayanarak hareket etmişse ve doğal hareket tekliğinin bütün

---

<sup>26</sup> BGH Urt. 23.08.1979, 4 StR 392/79, in: Holtz MDR 1979, 985, 987.

<sup>27</sup> Roxin, Strafrecht AT II, , § 33 Rn. 54 vd. Roxin’e göre doğal hareket tekliğinin bu şekilde geniş bir alanda uygulanması kanun koyucunun iradesine uygun değildir. Çünkü kanun koyucu Genç Ceza Hukukunda olduğu gibi ‘Tek Ceza Prensibini’ değil ‘Ayrırma Prensibini’ kabul etmiştir.; bknz. Warda, FS-Oehler, S. 252; Kühl, Strafrecht AT, § 21 Rn. 17; Rissing-van Saan’a göre hareket tekliğinin bu kadar geniş bir şekilde uygulanması sisteme yabancı ve dogmatik olarak problemlidir. LK-Rissing-van Saan, vor § 52 Rn. 18 vd.

<sup>28</sup> Warda, FS-Oehler, S. 252; Maiwald’a göre de doğal hareket tekliği formülünün genişletilmesi doğal hareket tekliğinin kontrol edilemeyecek derecede uygulama alanını genişletebilir. Maiwald, Die Natürliche Handlungseinheit, S. 102.

<sup>29</sup> Alman Ceza Kanunundaki kişiye sıkı sıkıya bağlı hukuki değerlere örnek olarak yaşam, vücut dokunulmazlığı, cinsel dokunulmazlık, kişisel hürriyet, kişilerin onuru ve özel hayatı verilebilir.

şartları mevcutsa bu müessesenin bu tür hukuki yarar ihlallerinde uygulanmasında herhangi bir engel yoktur. Bu kabulün sonucu olarak birden fazla kişinin tekrarlayan silah atışları ile ya da birbirini takip eden bıçak darbeleri ile yaşam hakları ya da vücut dokunulmazlıkları ihlal edilmiş ise birden fazla hareket tek bir doğal hareket olarak kabul edilir.<sup>30</sup> AFYM'nin bir kararına göre doğal hareket tekliği ve toptancı bir bakış açısı yukarıda belirtilen nitelikteki hukuki yarar ihlalleri halinde (özellikle kişilerin hayatı söz konusu olduğunda) sadece istisnai durumlarda kabul edilebilir. Çünkü birden fazla kişiye ait bu nitelikteki hukuki yararların ihlalinde zamansal bağlantı ve tek bir iradi kararın varlığı birbirini takip eden hareketlerin tek bir hareket olarak değerlendirilmeleri için bir gerekçe değildir.<sup>31</sup> Yüksek mahkeme bu kararlarıyla doğal hareket tekliğinin bu tür olaylarda çok sıkı şartlar altında kabul edilebileceğini ve bu uygulamanın genişletilemeyeceğini vurgulamış olmaktadır.

Birbirini takip eden hareketlerle iki kişiyi öldürmeye teşebbüs etme hareketlerini AFYM tek bir hareket olarak kabul etmemiştir. Bu karara göre art arda ve iki iradi karara dayanarak iki mağdura karşı işlenen eylemler tek bir hareket olarak kabul edilemez. Çünkü ikinci mağdura karşı yapılan hareketteki iradi karar yeni bir durum olduğundan dolayı müstakil bir karar olarak değerlendirilmelidir. Ayrıca teklik ve birbirine bağıllık arz eden bir eylem söz konusu olmadığı için doğal hareket tekliğinden bahsedilemez.<sup>32</sup> AFYM'nin vermiş olduğu bu karar sonuç olarak yerinde bir karar olmakla birlikte, kararın gerekçesi, mahkemenin diğer benzer olaylarda vermiş olduğu kararlarla kıyas edildiğinde çelişki oluşturur. Bu karara göre, eğer fail başlangıçtan itibaren tek bir iradi kararla iki mağdura karşı hareket etmiş olsaydı kişiye sıkı sıkıya bağılı hukuki yararlar ihlal edilmiş olsa dahi bu nitelikteki haklar göz önünde bulundurulmaksızın doğal hareket tekliği kabul edilecekti.

AFYM'nin bir kararına göre doğal hareket tekliğinin kabulü için fail ya aşırı derecede dar bir zamansal ve mekânsal bağlantı içinde hareket etmeli ya da saldırı (failin bakış açısıyla) saldırı yapılacak kişilerin yani mağdurların belirlenmemiş olduğu bir insan topluluğuna karşı yapılmış olmalıdır.<sup>33</sup> Karara göre eğer bu şartlardan biri yoksa doğal hareket tekliğinin kabulü için diğer şartın varlığı aranır. Her iki şartın aynı anda bir olayda gerçekleşmiş olması gerekmez. Ancak

---

<sup>30</sup> BGH NJW 1985, 1565; BGH NStZ 2001, 219; BGH StV 1990, 544; BGHSt 37, 289 vd.; bkz. Roxin, Strafrecht AT II, , § 33 Rn. 39; Rengier, Strafrecht AT, § 56 Rn. 71.

<sup>31</sup> BGH StV 1994, 538; BGH NStZ 1996, 129.

<sup>32</sup> BGH NStZ 1993, 234.

<sup>33</sup> BGH StV 1994, 538; 'Bu şekilde bir istisnai duruma failin saniyeler içinde aralıksız olarak iki mağdura karşı birden fazla ateş etmesi olayı örnek olarak verilebilir.' BGH StV 1990, 544.

bu karara rağmen yüksek mahkeme, başka bir kararında her iki şartında gerçekleşmediği bir olayda doğal hareket teklifiğini kabul etmiş ve müessesenin uygulama alanını daha da genişletmiştir. AFYM'nin kararına konu olan bir olayda iki sanık bir evde bulunan iki mağduru dövmeyle amaçlamaktadır. Bu amaçla evin bir odasına girdikten sonra sanıklar, mağdur H'yi dövmüş ve bunun üzerine H başka bir odaya kaçmıştır. Sanıklarda H'yi takip ederek gittiği odada onu dövmeyle devam etmişlerdir. Sanık A diğer mağdurun uyuduğu ve o ana kadar meydana gelen olaylardan haberi olmayan mağdur W'nin de uyuduğu odaya dönmüş ve onu dövmeyle başlamıştır. Daha sonra diğer sanıkta aynı odaya gelip mağdur W'yi dövme eylemine katılmıştır. AFYM bu olayda birden fazla tehlikeli yaralama eylemleri arasında gerçekleştirilen hareketlerin doğal hareket teklifi oluşturduğu gerekçesiyle fikri içtima kabul etmiştir.<sup>34</sup> Kararlar arasındaki çelişkiyi daha iyi ortaya koyabilmek için mahkemenin şu kararına da değinmekte fayda vardır. AFYM 26.03.1981 tarihli bir kararında doğal hareket teklifi için gereken, failin belli bir insan grubunu hedef alarak ya da saldırı yapılacak kişilerin yani mağdurların (grup içinde) belirlenmemiş olması koşulunun gerçekleşmediği gerekçesiyle hareketlerin teklik oluşturmadığına hükmetmiştir.<sup>35</sup>

Yukarıda değinilen bazı olaylarda AFYM her ne kadar bazen doğal hareket teklifiğini kabul etmiş olsa da benzer birçok kararında doğal hareket teklifiğini reddetmiştir. Birden fazla iradenin dışı yansımasıyla (birden fazla hareketle) kişiye sıkı sıkıya bağlı hukuki değerler ihlal edilmiş ise, bu hareketleri 'ne hareketlerin birbiri ardına yapılmış olması', 'ne de hareketlerin tek bir iradi karara ya da tek bir kasta dayanması' doğal hareket teklifi müessesesi ile bir araya getirip içtima bağlamında tek bir hareket olarak kabul edilmesini sağlamaz.<sup>36</sup>

AFYM tarafından farklı kişilere ait kişiye sıkı sıkıya bağlı hukuki değerlerin ihlali halinde doğal hareket teklifiğinin kabulü doktrinde eleştirilmiştir. Buna göre farklı kişilere ait kişiye sıkı sıkıya bağlı hukuki değerlerin ihlali halinde bu değerler toptancı bir bakış açısı ile ve niceliğe sahip bir değer olarak değerlendirilemez. Çünkü kişiye sıkı sıkıya bağlı hukuksal değerler niteliksel bir öneme sahiptir.<sup>37</sup> Doktrinde Warda'ya göre kişiye sıkı sıkıya bağlı hukuksal değerlerin ihlali müstakil bir haksızlık teşkil eder ve bu ihlal doğal bir bakış açısı ile tek bir hukuki değer ihlali olarak değerlendirilmez.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> BGH NStZ 1985, 217.

<sup>35</sup> BGH StV 1981, 396 vd.

<sup>36</sup> BGHSt 2, 247; 16, 398; BGH StV 1981, 396 vd.; BGH NStZ 1984, 311; aksi yönde: BGH NStZ-RR 1998, 233.

<sup>37</sup> Roxin, Strafrecht AT II, § 33 Rn. 41; Maiwald, NJW 1978, 201.

<sup>38</sup> Warda, JuS 1964, 84.



AFYM kararına konu olan bir olayda baba yatak odasında ilk olarak öldürmek kastıyla eşinin boğazını beş dakika boyunca sıkarak. Daha sonra ağlayarak yatak odasına giren oğlunu boğarak öldürür. Yüksek Mahkeme bu olayda failin tek bir iradi kararlar hareket etmediğinden bahisle doğal hareket tekliğini kabul etmemiştir.<sup>39</sup> Doktrinde Maiwald bu kararı mahkemenin diğer kararları ile çeliştiği gerekçesiyle eleştirmiştir. Çünkü mahkeme tek bir iradi kararı bazı olaylarda vazgeçilmez bir unsur olarak kabul etmemiştir. Sonuç olarak mahkeme kararı doğru olsa da gerekçesi isabetli değildir. Kanaatimizce de yerinde olarak Maiwald bu olayda, doğal hareket tekliğinin tek bir iradi karar olmamasından dolayı mahkeme tarafından reddedilmesini yerinde bulmamıştır. Çünkü farklı kişilere ait kişiye sıkı sıkıya bağlı hukuki değerlerin ihlalinde tek bir iradi karar bulunsa da doğal hareket tekliği kabul edilmemelidir.<sup>40</sup> Ayrıca Maiwald'a göre AFYM'nin belli bir grubun hedef alınması olaylarında doğal hareket tekliğini belirlemedeki kriterleri de kabul edilemez. Çünkü, eğer bir fail saldırıda bulunacağı kişileri daha önceden belirlememiş ve grubun içindeki bireylere karşı adam öldürmeye ya da yaralamaya yönelik eylemlerde bulunursa, bu fail hedef aldığı kişileri önceden belirlemiş olan bu tür eylemlerde bulunabilecek faile karşı dezavantajlı bir duruma gelecektir. Doğal hareket tekliğinin farklı kişilere ait kişiye sıkı sıkıya bağlı değerlerin ihlali halinde reddedilmesi objektif bir engele dayanır. Bu engelde bu hukuki değerlerin niteliğinden kaynaklanır.<sup>41</sup> Bu görüşe karşılık Wagemann bu tür olaylarda doğal hareket tekliğini kabul edip, planlı hareket eden failin, mağdurları belirlemeyen faile karşı avantajsız bir duruma düşmeyeceğini ileri sürmüştür. Çünkü bu durumda ani kararlar suç işleyen kişideki hukuka aykırı davranma enerjisi (yapmış olduğu hareketin hukuka aykırılığı) planlı hareket eden kişiye göre daha azdır.<sup>42</sup>

Öğretide bu tür olaylarda doğal hareket tekliği her ne kadar fazla kabul görmese de bazı yazarlar tarafından kabul edilmektedir. Doğal hareket tekliğini kabul edenlere göre doğal anlamda tek bir hareketle, örneğin tek bir bomba ile birden fazla kişinin ölmesi halinde hareket tekliğini kabul edip, ardışık hareketlerle birden fazla kişinin ölmesi olayında kabul etmemek çelişkili bir durum meydana getirir.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> Maiwald, NJW 1978, 300 vd.

<sup>40</sup> Maiwald, NJW 1978, 301.

<sup>41</sup> Maiwald, JR 1985, 514; Bununla birlikte AFYM mağdurların belirlenmiş olduğu bir olaya ilişkin kararında doğal hareket tekliğini kabul etmiştir. Örn:BGH NSTZ 1995, 217.

<sup>42</sup> Wagemann, Jura 2006, 583.

<sup>43</sup> Frister, Strafrecht AT, § 52 Rn. 22; SK-Samson/Günther, vor §52 Rn. 38; bknz. Deiters, Strafzumessung, S. 80, 82.

### **c. Birden Fazla Kişiyeye Ait Aynı Nitelikteki Devredilebilir Hukuki Değerlerin İhlali**

Doktrinde farklı kişilere ait kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hukuki değerlerin ve birbirinden farklı hukuki değerlerin ihlali hallerinde hareket tekliği kabul edilmemiş olsa da farklı kişilere ait aynı nitelikteki devredilebilir hukuki değerlerin ihlali halinde hareket tekliği kabul edilmiştir. Eğer fail birkaç saat içinde birden fazla eşya çalmışsa bu eşyaların aynı ya da farklı kişilere ait olup olmamasına bakmaksızın doğal hareket tekliği kabul edilmiştir.<sup>44</sup> Bu kabulün gerekçesi ise şudur: Kanun, örneğin hırsızlık suçunda mülkiyeti korur. Bundan dolayı kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hukuki değerlerden farklı olarak değer sahibinin kim olduğunun önemi yoktur.<sup>45</sup> Bu görüşün aksine, eğer fail çaldığı eşyaların farklı kişilere ait olduğunu biliyorsa, hareket çokluğu söz konusudur diyen görüşte mevcuttur.<sup>46</sup>

AFYM' de bir yer altı garajında bulunan üç kişiyeye ait araçlara zarar verildiği olayda birden fazla kişinin hukuki değerlerinin ihlali halinde de hareket tekliğinin kabul edileceği gerekçesiyle (doğal) hareket tekliğini olayda uygulamıştır.<sup>47</sup> Başka bir olayda bir firmadan hırsızlık yapmak amacıyla üçüncü bir kişinin aracı çalınır ve bu amaçla kullanılır. Yüksek Mahkeme'ye göre bu olayda firmaya ve üçüncü şahsın mülkiyet haklarına yönelik hırsızlık hareketleri doğal hareket tekliği olarak değerlendirilmelidir, çünkü hareketler kişisel, zamansal ve mekânsal bir bağlantı içinde yapılmıştır. Aracın çalınması firmadan hırsızlık yapmayı mümkün hale getirmiştir. Bundan dolayı bu hareketler içtima bağlamında tek bir hareket olarak kabul edilirler.<sup>48</sup>

### **IV. Doğal Hareket Tekliğinin Beşinci Şartı: Aynı Suç Tipinin Gerçekleştirilmesi**

Genel olarak doktrinde ağırlıklı görüşe göre doğal hareket tekliği çok sınırlı bir uygulama alanına sahiptir. Yineleyen ya da ardışık hareketlerle suçun unsurlarının gerçekleştirilmesi tek bir hareket olarak yorumlanmış ve doğal hareket tekliğinin farklı kişilere ait kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hukuksal değerlerin ihlalinde ve farklı nitelikteki hukuki değerlerin ihlali hallerinde uygulanacak şekilde

---

<sup>44</sup> Roxin, Strafrecht AT II, § 33 Rn. 36, Örneğin fail havaalanında kontrol sırasında birden fazla kişinin bant üzerinde giden eşyalarından yıldırım hızıyla çalarsa doğal hareket tekliği söz konusudur ve çalınan her şey bir hırsızlık suçunun konusudur.

<sup>45</sup> Werle, Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, S. 100; Maiwald, Die natürliche Handlungseinheit, S. 80; bkz. Roxin, Strafrecht AT II, § 33 Rn. 36 vd.

<sup>46</sup> Habermaas, Die ideale Konkurrenz, S. 18.

<sup>47</sup> BGH NStZ 1996, 494.

<sup>48</sup> BGH GA 1969, 92.

genişletilmesi kabul edilmemiştir. Eğer aynı suçun ihlali söz konusu değilse tek bir hareketten söz edilemez.<sup>49</sup> Aynı suç ya da aynı nitelikteki suç kavramından ise suçun ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerinin anlaşılması gerektiği doktrin-  
de vurgulanmıştır.<sup>50</sup> Yineleyen ya da ardışık hareketlerle işlenen suçlarda ve aynı nitelikteki devredilebilir hukuki değerlerin ihlali hallerinde aynı suç tipi söz konusudur. Bundan dolayı bu sayılan durumlarda hareket tekliği sorunsuz bir şekilde saptanabilir. Yüksek Mahkeme kararları bir kenara bırakıldığında, doktrindeki bu şekilde yapılan sınırlamalardan dolayı 'aynı suç tipinin gerçe-  
leştirilmesini' doğal hareket tekliğinin beşinci şartı olarak kabul edebiliriz.

### Sonuç

Alman Hukukunda yargı kararları ile geliştirilmiş ve uygulaması yaygınlaşmış olan doğal hareket tekliği öğretilerde eleştirilmiş ve doğal hareket tekliği altında değerlendirilen yineleyen ve ardışık hareketler tipik hareket tekliği kavramı altında değerlendirilmiştir. Doğal hareket tekliğinin kabul edildiği diğer olaylarda ise hareket tekliği farklı gerekçelerle reddedilmiştir. Burada özellikle Warda'nın doğal hareket tekliğini 'bariz bir şekilde isteğe göre kullanılan bir metot' olarak nitelendirmesi, vurgulanması gereken ve doğal hareket tekliği uygulamasının gereksiz yere genişletildiğini yansıtan önemli bir cümledir. Warda'nın vurguladığı bu durum AFYM kararlarında açıkça saptanabilir, çünkü Yüksek Mahkeme birçok olayda belli prensipler ve şartlar çerçevesinde doğal hareket tekliğini uygulamak yerine olaya özgü çözüm yolları geliştirmiştir. Ancak bu şekilde doğal hareket tekliği uygulamasının kapsamının genişletilmesi, öğreti tarafından da vurgulandığı üzere, kanunun anlamı ve amacı ile uyuşmamaktadır. Yargı kararlarından da saptanabileceği gibi doğal hareket tekliğinde bazen teklik arz eden iradi karar yanlış yorumlanmış ve özellikle polisten kaçış olaylarında teklik arz eden amaçla bir tutulmuştur. Bu gibi uygulamalardan dolayı doğal hareket tekliği hukuki belirsizlikleri de beraberinde getirmiştir. Her ne kadar farklı kişilere ait kişiye sıkı sıkıya bağlı hukuki değerlerin ihlalinde yargı doğal hareket tekliğini kabul etmiş olsa da bu uygulama öğretilerde kabul görmemiştir. Bu durumda, bu nitelikteki hukuki yararların ihlalinde aynı ya da farklı hukuki yararın ihlal edilip edilmediği önem taşımaz.

Farklı kişilere ait devredilebilir aynı nitelikteki hukuki yararların ihlali halinde ise şartları mevcutsa doğal hareket tekliği kabul edilmiştir. Ancak bu tür olaylarda hareketler arasında çok sıkı bir zamansal ve mekânsal bağlantı bulunmalıdır.

---

<sup>49</sup> Warda, FS-Oehler, S. 247, 256; Roxin, Strafrecht AT II, , ř 33 Rn. 59 vd.; Mitsch, JuS 1993, 388; Sowada NZV 1995, 468.

<sup>50</sup> Roxin, Strafrecht AT II, , ř 33 Rn. 53; Warda, FS-Oehler, S. 245.

Ancak burada unutulmamalıdır ki kanun her ne kadar mülkiyete karşı suçlarda mülkiyet hakkını korusa da mülkiyet hakkı sahipleri de bu tür suçlarda göz ardı edilmemelidir. Aksi bir durum mülkiye haklarına tecavüz eden tek bir suç işleyen kişiyi diğer işlenen suçlardan dolayı (fazla) ceza almayacağından bahisle aynı nitelikteki suçu birden fazla kişiye karşı işleme noktasında teşvik edici olabilir. Çünkü aksi kabule göre failin cezası, teorik olarak kaç kişinin mülkiyet hakkına karşı suç işlediğine bağlı değildir. Bunların dışında doğal hareket teklifi (yineleyen veya ardışık hareketler) öğretide tipik hareket teklifinin bir alt kategorisi olarak görülmüş ve bazen geniş anlamda tipik hareket teklifi olarak adlandırılmıştır.

Tipikliği meydana getiren hareketlerin kanunda her zaman bütün ayrıntılarıyla düzenlenmesi mümkün değildir. Bundan dolayı hareketlerin ne zaman teklif/birlik oluşturacağını bazen yorum yoluyla ortaya çıkarmak gerekecektir. Bu şekilde yorum yoluyla doğal hareket teklifi müessesesine ihtiyaç duymadan yineleyen ve ardışık hareketlerle işlenen suçlarda hareketin tek olduğunun tespiti mümkündür. Bundan dolayı doğal hareket teklifi altında incelenen bazı hallerin tipik hareket oluşturduğu açıktır ve bunlar tipik hareket teklifi altında değerlendirilmelidir.



#### KAYNAKÇA

- Bringewat, Peter*, Die Bildung der Gesamtstrafe, Berlin New York 1987
- Deiters, Mark*, Strafzumessung bei mehrfach begründeter Strafbarkeit, Studien zur Ratio der §§ 52-55 StGB, Baden-Baden 1999
- Frister, Helmut*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage München 2013
- Geerds, Friedrich*, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, Hamburg 1961
- Habermaas, H. Fr.*, Die ideale Konkurrenz der Delikte, Stuttgart 1882
- Hartung, Fritz*, Tateinheit und künstliche Verbrechenseinheit in der neueren Rechtsprechung des Reichgerichts, SJZ 1950, 326
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage Berlin 1996
- Kindhäuser, Urs*, Normverstoß und natürliche Handlungseinheit–BGH, NJW 1984, 1668, JuS 1985, 100
- Kühl, Kristian*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage München 2012
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch(LK)*, Großkommentar, Band 2, §§ 32-55, Berlin 2006 12. Auflage

- Maiwald, Manfred*, Anmerkung zu BGH v. 18.12.1984, JR 1985, 512
- Maiwald, Manfred*, Die Feststellung tatmehrheitlicher Deliktsbegehung, NJW 1978, 300
- Maiwald, Manfred*, Die natürliche Handlungseinheit, Heidelberg 1964
- Mannzen, Walter*, Die Handlungseinheit im Strafrecht, Kiel 1934
- Mitsch, Wolfgang*, Konkurrenzen im Strafrecht, JuS 1993, 385
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MK)- Band 2, §§ 38-79b, München 2012, 3. Auflage
- Otto, Harro*, Strafrecht Allgemeiner Teil Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage Berlin 2004
- Rengier, Rudolf*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage München 2014
- Roxin, Claus*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK-StGB)*, hrsg. von Rudolphi/Horn/Samson/ Günther, Band I, Stand: 24. Liefgr., März 1995
- Sowada, Christoph*, Die natürliche Handlungseinheit- eine Rechtsfigur mit ungewisser Zukunft, NZV 1995, 465
- Sowada, Christoph*, Probleme der natürlichen Handlungseinheit, Jura 1995, 245
- Wagemann, Christian*, Natürliche Handlungseinheit bei Angriffen auf höchstpersönlichen Rechtsgüter, Jura 2006, 580
- Warda, Günter*, Funktionen und Grenzen der natürlichen Handlungseinheit, in: Festschrift für Dietrich Oehler, Köln Berlin Bonn München 1985, S. 241
- Warda, Günter*, Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre, JuS 1964, 81
- Warda, Günter*, Konstruktive Möglichkeiten und Grenzen der Zusammenfassung eines mehraktigen Geschehens zu einer Tat, dargestellt am Beispiel des Tatbestandsmerkmals "quälen" in § 225 StGB, in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch, Berlin New York 1999
- Werle, Gerhard*, Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, Berlin 1981
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 44. Auflage Heidelberg 2014

# NİYET MEKTUBU

*Letter of Intent*

Arş. Gör. Tuğçe ORAL<sup>1</sup>

## ÖZET

Bu çalışmada öncelikle niyet mektubu kavramı genel hatlarıyla incelenmiş, şekli, içeriği ve taşıyabileceği amaç konusunda genel bilgi verilmiştir. Ardından niyet mektubunun unsurları olan tek taraflı irade açıklaması olması, hukuki ilişkiye ilişkin niyeti belli etmesi bağlanma iradesinin olmaması hususları üzerinde durulmuş ve niyet mektubunun görünüş şekilleri tartışılmıştır. Bu kapsamda, niyet mektubunun öneri, ön sözleşme ve opsiyon niteliğini taşıyabilip taşıyamayacağı yorumlanmıştır. Ardından niyet mektubunda asıl sözleşmeye ilişkin hususlar ve zımnen kararlaştırılan unsurların akıbeti analiz edilmiş ve niyet mektubuna bağlanan sonuçlar ayrıntılı olarak incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Niyet Mektubu, Sözleşme Müzakereleri, Culpa in Contrahendo, Önsözleşme.

## ABSTRACT

In this study, it is begun by analyzing the term, the form, the content and the purposes of the letter of intent. Then the components of the letter of intent, which are being unilateral declaration, showing the intent to a legal relationship and not having a will to be bound, are investigated and the forms of letter of intent were drawn out. In particular, it was examined whether the letter of intent can have a character of an offer, invitation to an offer and an option. Finally the sequel of the issues about the contract and the points decided tacitly are analyzed and the results arising from letter of intent were detailed.

**Keywords:** Letter of Intent, Contract Negotiations, Culpa in Contraehndo, Preliminary Contracts.

◆◆◆◆

## GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu'na göre, sözleşmeler, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulmaktadır. Ulusal ve özellikle uluslararası ticaretin sürdürülmesi esnasında, tarafların yapacakları sözleşmeler bu kadar kısa zaman zarfın-

---

<sup>1</sup> Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Elemanı.  
Tugce.Oral@ankara.edu.tr

da kurulamamaktadırlar. Tarafların, sözleşmenin yapısını, içeriğini ve muhatap oldukları tarafı daha çok irdeleme ihtiyaçları sebebiyle, sözleşme hemen kurulamaz. Bu sebeple, tarafların sözleşme müzakereleri ihtiyaçları doğar. Müzakerre sürecinde düzenlenen metinlerden biri de niyet mektubudur.

Çalışmada, öncelikle, niyet mektubu kavramı, niyet mektubunun düzenleneceği şekil, içeriği ve amacı üzerinde durulmuştur. Ardından, niyet mektubunun unsurları, görünüş şekilleri, niyet mektubunda yer alan düzenlemeler ve niyet mektubuna bağlanan sonuçlar ele alınmış ve tartışılmıştır.

### I. Kavram, Şekil, İçerik ve Amaç

Niyet mektubu (*letter of intent*, *Absichtserklaerung*, *Lettre d'Intention*), hukuki işlemin kurulmasından önceki aşamaya ilişkin bir müessesedir. Bu kurum, ilk kez 1942<sup>2</sup> yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde kullanılmış<sup>3</sup>, ardından Anglo Amerikan hukuk doktrininde ve uygulamasında<sup>4</sup> geliştirilmiş olup, birçok sektörde farklı ülkelerde bulunan sözleşme taraflarınca uygulanmış ve uygulama ile başta Kıta Avrupası hukuk sistemi<sup>5</sup> olmak üzere, dünyaya yayılmıştır<sup>6</sup>. Günümüzde de sözleşme öncesi aşamada en sık kullanılan kavram niteliğini taşımaktadır<sup>7</sup>. Her ne kadar niyet mektubunun sözleşme öncesi aşamada en sık kullanılan kavram olmasında, kavramın himaye beyanları (*Comfort Letter*, *Patronatserklaerung*, *lettre de patronage*) da dâhil olmak üzere birçok sözleşme öncesi müessesenin<sup>8</sup> yerine kullanılması etkiliyse de, himaye beyanları incelenen konu dışında kalmaktadır.

---

<sup>2</sup> SCHUT, Wilma M. S., *Letters of Intent*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1986, s. 1.

<sup>3</sup> FURMSTON, Michael Philip/POOLE, Jill/NORISADA, Takao, *Contract Formation and Letters of Intent*, John Wiley & Sons, Chichester, 1998, s. 143.

<sup>4</sup> LAKE, Ralph B., "Letters of Intent: A Comparative Examination Under English, U.S., French, and West German Law", *George Washington Journal of International Law and Economics*, Vol 18, 1984-1985, s. 335 vd.; TOMME, Charlotte, *Letter of Intend in "Civil" en "Common" Law*, Faculteit Rechtsgeleerdheid Universiteit Gent, 2010, s. 8, [http://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/001/458/397/RUG01-001458397\\_2011\\_0001\\_AC.pdf](http://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/001/458/397/RUG01-001458397_2011_0001_AC.pdf) (son erişim tarihi: 19.02.2014); STIEFEL, Ernst C., "As They See Us", *Typische Rechtsprobleme bei amerikanischen Investitionen in Deutschland*, Festschrift für Reimer Schmidt, Verlag Versicherungswirtschaft Karlsruhe, 1976, s. 237; HACKL, Ernst M., *The Letter of Intent-Enforcement and Liability Risks: Talks by Charles Polzin in Frankfurt am Main*, *Deutsch-Amerikanische Juristen-Vereinigung Newsletter*, 2/2012, s. 78.

<sup>5</sup> DİNAR, R. Cem, *Niyet Mektubunun Hukuki Niteliği ve Bağlayıcılığı*, İstanbul, 2008, s. 3.

<sup>6</sup> TOMME, s. 8.

<sup>7</sup> İŞINTAN, Pelin, *Sözleşme Müzakereleri*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2009, s. 69; TOMME, s. 8.

<sup>8</sup> LAKE, s. 331; TOMME, s. 25 vd.

Niyet mektubu, doktrinde tartışmalı olmakla birlikte<sup>9</sup>, taraflardan birinin ya da ikisinin yapılması öngörülen bir hukuki ilişki için müzakerelerin devam etmesi, ilişkinin kurulması ve bazı durumlarda içeriği hakkında da niyetlerini belirttikleri, kural olarak bağlayıcı olmayan<sup>10</sup>, yalnızca tarafları manevi yükümlülük altına sokan<sup>11</sup> yazılı irade açıklamasıdır<sup>12</sup>.

Niyet mektubu, sözleşme yapma düşüncesi olan taraflardan biri tarafından diğerine “niyet mektubu” başlığı ile yazılı şekilde gönderilmektedir<sup>13</sup>. Ancak, kanımızca, doktrindeki<sup>14</sup> iddianın aksine, niyet mektubunun mutlaka “mektup” olarak karşı tarafa gönderilmesi gerekmemektedir. Zira hızla gelişen teknoloji ile, tarafların niyetlerini belli ettikleri bir yazının, faks ya da e-posta gibi unsurlar vasıtasıyla göndermek yerine, mektup olarak göndermeleri, onlar-

---

<sup>9</sup> Aşağıda da yer verileceği üzere doktrinde niyet mektubunun tek taraflı veya iki taraflı olabileceği savunulmaktadır. Ancak, niyet mektubunun iki taraflı olarak yapılabileceğinin kabulü halinde, neredeyse sözleşme öncesi yazılı olan tüm müzakereleri kapsayacak kadar genişletilmesi söz konusu olacaktır. Bu sebeple, kanımızca niyet mektubunun yalnızca tek taraflı olabileceği savunulmalıdır.

<sup>10</sup> **KRAMER**, Ernst A., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22 OR, Staempfli, Bern, 1991, Art. 22, Nr. 57; **SCHWENZER**, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Bern 2000, Nr. 28.09; **GOLDBLATT**, Michael L., “Letters of Intent Can Be Screening Device”, Preventive Law Reporter, March 1998, s. 29; **DİNAR**, s. 4. Ancak, bazı durumlarda, niyet mektubunun hukuki açıdan tarafları bağlayıcı hükümleri barındırması da mümkündür. (**MACALUAY**, Stewart, “Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study”, American Sociological Review, Vol. 28, No. 1, February 1963, s. 60 <http://orientation.uchicagolawandecon.org/readings/Macaulay%20on%20Noncontractual%20Relations.pdf> (son erişim tarihi: 21.02.2014); **DİNAR**, s. 4.

<sup>11</sup> **KNAPP**, Charles, “Enforcing the Contract to Bargain”, New York University Law Review, Vol. 44, October 1969, s. 673 <http://librarysource.uchastings.edu/repository/Knapp/44NYUL-Rev673.pdf> (son erişim tarihi: 21.02.2014).

<sup>12</sup> **STELLINGWERF**, Frank/**MANTESE**, Gerard, “Letters of Intend”, Michigan Bar Journal, Vol. 13, s. 1 <http://www.michbar.org/journal/article.cfm?articleID=153&volumeID=13> (son erişim tarihi: 19.02.3014); **MARSHALL**, Tony, “Beware Letters of Intent”, Construction Law International, Vol. 3, No. 3 September 208, s. 10; **COIPEN**, Michel, “Éléments de théorie générale des contrats”, E. Story-Scientia, Diegem, 1999, s. 31; **HOMBURGER**, Thomas C./**SCHUELLER**, James R., “Letters of Intent-A Trap for the Unwary”, Real Property, Probate and Trust Journal, Vol. 37, Fall 2002, s. 510; **AYRANCI**, Hasan, Ön Sözleşme, Ankara 2006, s. 91 vd.; **GOLDBLATT**, s. 29; **LAKE**, s. 331; **DİNAR**, s. 4; **İŞINTAN**, s. 69 vd.; **HACKL**, s. 78; **ABT Associates, Inc. V. JHPIEGO Corp**, [http://www.leagle.com/decision/2000627104FSup-p2d523\\_1584](http://www.leagle.com/decision/2000627104FSup-p2d523_1584) (son erişim tarihi: 19.02.3014).

<sup>13</sup> **SIEBOURG**, Peter, Der Letter of Intent: ein Beitrag zum US-amerikanischen und deutschen Recht mit vergleichenden Anmerkungen, Bonn, 1979, s. 4; **LUTTER**, Marcus, The Letter of Intent, 3. Auflage, Heymann, Köln Berlin Bonn München, 1998, s.10; **DİNAR**, s. 6; **İŞINTAN**, s. 73; **LAKE**, s. 332 vd.; **TOMME**, s. 8.

<sup>14</sup> **DİNAR**, s. 6; **LUTTER**, s. 10.



dan beklenmemelidir. Yazılı şekilde ve kim tarafından kaleme alınmış olduğu<sup>15</sup> belli olacak şekilde düzenlenmiş niyet mektubunun, başkaca bir koşula gerek kalmaksızın, her türlü yolla, gönderilmesi yeterlidir.

Niyet mektubunun içeriği hakkında, günümüzde bu müessesenin kullanımı özellikle ticaret hayatında hızla arttığından ve liberal etkinin en fazla hissedildiği alanlardan biri olan Borçlar Hukuku sahasında bağlanma iradesi olmadan yapılan sözleşme öncesi ilişkilerden biri olduğundan, kuşkusuz ki kurulması planlanan sözleşmenin içeriğiyle ilgili olmak koşuluyla, bir sınırlama yapılması kanımızca uygun olacaktır. Başka bir ifade ile, taraflar, her türlü sözleşmenin<sup>16</sup> her türlü safhası hakkında niyetlerini, hazırlayacakları niyet mektubu vasıtasıyla belirtebilmelidirler<sup>17</sup>. Bu anlamda, bir hukuki ilişkinin kurulması hakkındaki niyeti belli eden niyet mektubunun geçerliliğinin, hukuki ilişkinin konusu ile de ilgili olmadığı kanaatini taşımaktayız. Başka bir ifade ile, kurulacak hukuki ilişkinin konusunun taşınır ya da taşınmaz veyahut da haklar ile ilgili olması, bu hukuki ilişki konusunda niyet mektubu yazılabilmesine engel olmayacaktır. Zira sözleşmenin içeriği ile ilgili bazı noktalardaki niyetin, niyet mektubu aracılığıyla belli edilmesi, bu noktaların mevzuat hükümlerine aykırı şekilde gerçekleştirilebileceği anlamına gelmemektedir. Bu husus, özellikle de şekil konusunda önem taşımaktadır. Belirli bir kanuni şekil öngörölmüş hukuki işlemler için, niyetin belli edildiği niyet mektuplarının, o kanuni şekilde değil, yalnızca yazılı şekilde yapılması yeterlidir. Zira niyet mektubu, taahhüt ya da tasarruf aşaması değildir; yalnızca taahhüt ya da tasarruf aşamasına ilişkin niyetin belli edildiği sözleşme öncesi bir kurumdur. Bu sebeple, taahhüt ya da tasarruf aşamasına ilişkin işlemlerin mevzuata uygun şekilde yapılması zorunlu olduğundan, sözleşmenin konusu ne olursa olsun, taahhüt ve tasarruf aşamasına ilişkin mevzuattaki emredici hükümlere aykırılık teşkil eden noktalar geçersiz olacaktır. Sadece bu noktalarda kanunun emredici hükümlerine aykırılık oluşturabilecek olması endişesiyle taşınmazların konusunu teşkil ettiği hukuki işlemler için niyet mektubu yazılamayacağını, bir başka deyişle, yalnızca taşınır ve hakların konusunu teşkil ettiği hukuki işlemler için kaleme alınan niyet mektubunun geçerli olabileceğini öne sürmek, kanımızca doğru olmayacaktır<sup>18</sup>.

Niyet mektubunun amacı, hiçbir zaman bir hukuki ilişkinin yasal sonuçla-

---

<sup>15</sup> İŞINTAN, s. 73.

<sup>16</sup> Doktrinde bazı yazarlar, mektubun içeriğinin sadece bir yapım, teslimat veya hizmetle sınırlı olması gerektiğini savunmaktadırlar. (BUCHER, Eugen, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Bern, 1988, s. 289; LUTTER, s. 10).

<sup>17</sup> Benzer görüş için bkz. DİNAR, s. 8.

<sup>18</sup> Karşıt görüş için bkz. DİNAR, s. 9-10.

rını belirleme amacı taşımamaktadır; sadece ilişkinin taraflarının kendilerini daha güvende hissetmeleri için yapılmaktadır<sup>19</sup>. Bu anlamda, esasen niyet mektubunun tek bir amacının olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Niyet mektubu, taraflar arasında kurulan hukuki ilişkiden hatta bazen sözleşme müzakerelerinden önce<sup>20</sup> gönderildiğinden dolayı, taraflardan birinin attığı ilk adımı göstermektedir<sup>21</sup>. Bunun dışında, niyet mektuplarının amacı, en genel anlamda, her türlü hukuk ilişkinin her safhasına ilişkin niyetin kural olarak bağlayıcı olmamak kaydıyla karşı tarafa belli edilmesidir. Başka bir ifade ile, taraflar, niyet mektubu aracılığıyla, hukuki ilişkinin amacını, hukuki ilişkinin önceden belli olan sonuçlarını saymak ve istenmeyenleri düzeltmek istediklerini, sözleşme müzakereleri esnasında sözleşmenin belli olan yönlerini, sözleşmenin esaslı ve anlaşılabilir noktalarını, henüz üzerinde anlaşılabilen detaylarını, üçüncü kişilerin de sözleşmeye kâkışı veya sözleşmeden elde edecekleri menfaat varsa, bunların niteliğini, belirtebilirler<sup>22</sup>.

## II. Unsurları

### A. Tek Taraflı Bir İrade Açıklaması Olması

Niyet mektubunun tek taraflı ya da iki taraflı hukuki işlem olduğu konusunda doktrinde tartışma mevcuttur.

Doktrindeki birinci görüşe göre, niyet mektubu, kurulacak olan hukuki ilişkinin taraflarının biri veya ikisinin, hukuki ilişkinin içeriğine ilişkin görüşlerini belirttiği sözleşme öncesi bir ilişkidir<sup>23</sup>. Hatta bu mektup, çoğunlukla büyük çapta ticari işler için kullanıldığından<sup>24</sup>, taraflardan birinin niyetini yazıp karşı tarafa imzalaması için göndermesi şeklinde de görülebilir<sup>25</sup>.

---

<sup>19</sup> **STEIN**, Steven G. M./**RHINER**, Joel J., Enforcing Letters of Intent and Handshake Agreements, *The Construction Lawyer*, April 2000, s. 39; **SCHUT**, s. 10.

<sup>20</sup> **ESİN**, İsmail G./**LOKMANHEKİM**, Tunç S., *Uygulamada Birleşme ve Devralmalar*, Beta, İstanbul, 2003, s. 9.

<sup>21</sup> **DİNAR**, s. 10.

<sup>22</sup> **FONTAINE**, Marcel/**DE LY**, Pilip, *Droits des contrats internationaux*, Bruylant, Brussel, 2003, s. 6.

<sup>23</sup> **SCHLOSSER**, Ralph, "Les lettres d'intention: portée et sanction des accords précontractuels", *Responsabilité Civile et Assurance, Etudes en l'honneur de Baphiste Rusconi*, Lausanne 2000, s. 345-362; **LAKE**, Ralph B./**DRAETTA**, Ugo, *Letters of Intent and Other Precontractual Documents*, Second Edition, Salem, 1994, s. 6; **LAKE**, s. 331; **TOMME**, s. 8; **STELLINGWERF/MANTESE**, s. 1; **KRAMER**, Art. 22 Nr. 54; **ESİN/LOKMANHEKİM**, s. 9.

<sup>24</sup> **PALANDT**, Otto, *Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'sche Kurz Kommentare*, 71. neuarbeitete Auflage, München, 2012, Art. vor 145, Rn. 18; **HOMBURGER/SCHUELLER**, s. 510; **MARSHALL**, s. 10 vd.; **LAKE**, S. 331.

<sup>25</sup> **LUTTER**'e göre, bu durumda, uygulamada şu cümleye benzer ifadeler kullanılır: "Sizden bu

Buna karşılık, bizim de katıldığımız diğer bir görüşe<sup>26</sup> göre ise, niyet mektubu, tek taraflı ve kural olarak bağlayıcı olmayan irade açıklamasıdır. Niyet mektubu aracılığıyla taraflardan biri, bağlayıcı olmamak kaydıyla hukuki işlemi hangi içerikte yapmak niyetinde olduğu hakkında diğer tarafa bilgi vermektedir. Ancak, bu noktada niyet mektubunun bir irade açıklaması teşkil edip etmediğinin de tartışılması gerekmektedir. Bir görüşe göre, niyet mektubu, bağlanma iradesi bulunmadığından, irade beyanı niteliğini taşımamaktadır<sup>27</sup>. Ancak, irade beyanının objektif (beyan unsuru) ve sübjektif (irade unsuru) olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır<sup>28</sup>. Sübjektif unsurun içeriğinde de fiil iradesi, işlem iradesi ve beyan iradesi bulunmaktadır; ancak bağlanma iradesi bulunmamaktadır. Her ne kadar işlem iradesinin içeriğinde bağlanma iradesinin de bulunabileceği düşünülse de, esasen işlem iradesinin bu unsuru içermediği, bir beyanın öneri sayılabilmesi için, irade beyanının yanı sıra bağlanma iradesinin de arandığından anlaşılabilir. Bu anlamda, bağlanma iradesi unsuru, niyet mektubunun irade beyanı olduğu gerçeğini etkilememektedir, zira, niyet mektubu ile, bir hukuki işlemin tarafı olma niyeti, bir başka ifade ile işlem iradesi karşı tarafa bildirilmektedir. Niyet mektubu, bu yönüyle, dostluk ve hatır beyanı niteliğini taşımamakta<sup>29</sup>, hatta bazı durumlarda, öneriye davet niteliğini dahi taşıyabilmektedir<sup>30</sup>.

## B. Hukuki İlişkiye İlişkin Niyeti Belli Etmesi

Niyet mektubu ile, hukuki ilişkinin kurulmasına ilişkin niyet karşı tarafa bil-

---

mektubu imzalayarak onaylamanızı bu yolla da bu niyet mektubunu kayıtsız şartsız olarak kabul ettiğinizi ve bu mektubun içeriğine dayanılarak hazırlanmış olan sözleşmeyi de kabul edeceğinizi deklare etmenizi rica ederiz.” (LUTTER, s. 9).

<sup>26</sup> **HOLGER**, Jahn, Der Letter of Intent, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2000, s. 261; **BLAUROCK**, Uwe, Der Letter of Intent, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, s. 334; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 1. Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş – Hukuki İşlem – Sözleşme, Yenilenmiş, Genişletilmiş, Tamamlanmış 4. Bası, İstanbul 2008, s. 111; **HOCHEDLINGER**, Gerhard, Der Letter of Intent in Theorie und Praxis, Anwaltsblatt, 2003/9, s. 465 <http://www.oerak.or.at/downloads/03-anwbl09.pdf> (son erişim tarihi: 25.02.2014); **LUTTER**, s. 10; **TOMME**, s. 8-9; **PALANDT**, Art. Vor 145 Rn. 18; **SCHWENZER**, Art 28 Nr. 28.09; **DİNAR**, s. 7; **İŞINTAN**, s. 71. Kısmen farklı **AYRANCI**, s. 91 vd. Zira yazara göre, niyet mektubu bir irade beyanı değildir; ancak tek tarafça hazırlanması, niyet mektubunu sözleşme taslağından ayırmaktadır.

<sup>27</sup> **AYRANCI**, s. 92.

<sup>28</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara, 2013, s. 128 vd.

<sup>29</sup> **İŞINTAN**, s. 72.

<sup>30</sup> **LUTTER**, s. 29-30; **AYRANCI**, s. 92.

dirilir, amaç ortaya konulur ve kurulmak istenen ilişkinin kapsamı belirlenip çerçevesi çizilir. Bu doğrultuda müzakerelere başlanıp, sözleşme sonucuna varılabilir. Ancak müzakereler esnasında da niyet mektubu yazılabilir. Bu da müzakerelerin içeriğini ve mektuptan sonra yapılacak müzakerelerin içeriğine ilişkin niyetleri içerecektir<sup>31</sup>.

### C. Bağlanma İradesinin Olmaması

Niyet mektubunun iki taraflı olabileceğini savunan yazarlar, niyet mektubunun bağlayıcı şekilde yorumlanmasının da mümkün olduğunu düşünmektedirler. Zira, bu şekilde bir niyet mektubunun üç farklı şekilde<sup>32</sup> yorumlanabileceği, hem doktrince<sup>33</sup> hem de özellikle Anglosakson yargısı<sup>34</sup> tarafından savunulmaktadır.

Ancak, yukarıda da belirtildiği gibi, görüşümüz niyet mektubunun tek taraflı bir işlem olduğu yönünde olduğundan, niyet mektubunun kural olarak bağlanma iradesiyle yazılmadığını ve bu sebeple Anglosakson hukukunca niyet mektubuna atfedilen anlama katılmadığımızı belirtmemiz yerinde olacaktır<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> **SOLOWAY**, Todd E./**BERNSTEIN**, Joshua D., The Enforceability of Letters Of Intent, New York Law Journal, 29.01.2014, <http://www.newyorklawjournal.com/real-estate-update/id=1202640378933/The+Enforceability+of+Letters+of+Intent%3Fmcode=1380566193211&curindex=9> (son erişim tarihi; 26.2.2014); Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/KRAMER, Ernst, Allgemeiner Teil, Band I, Art. 1-240, 4. Auflage, München, 2001, Art. Vor 145 Rn. 41; **AYRANCI**, s. 91 vd.; OGH 2 Ob 72, 07.12.1995, [https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JIT\\_19951207\\_OGH0002\\_0020OB00072\\_9400000\\_000](https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JIT_19951207_OGH0002_0020OB00072_9400000_000) (son erişim tarihi: 26.02.2014).

<sup>32</sup> Niyet mektubunun ilk olarak olmadığı yönünde yorumlanması mümkündür. Bunun yanında, niyet mektubu, sözleşme taslağı olarak da yorumlanabileceği gibi, “*“if” contract*” adı verilen, taraflardan birinin karşı tarafla şartlarını kabul etmesi halinde sözleşme yapacağını gösteren metin olarak da yorumlanabilir.

<sup>33</sup> **HOMBURGER/SCHUELLER**, s. 518 vd.; **MARSHALL**, s. 11 vd.

<sup>34</sup> Niyet mektubunun mümkün olan görünüş şekilleri özeti için bkz. British Steel Corporation v. Cleveland Bridge and Engineering Co. Ltd., özet için bkz. [http://218.188.25.84/contract\\_dispute\\_case/case\\_3.pdf](http://218.188.25.84/contract_dispute_case/case_3.pdf) (26.02.2014); Bağlayıcı olmadığı yönünde bkz. ABT Associates, Inc. v. JHPIEGO Corp, [http://www.leagle.com/decision/2000627104FSupp2d523\\_1584](http://www.leagle.com/decision/2000627104FSupp2d523_1584) (son erişim tarihi: 19.02.2014); Sözleşme taslağı teşkil ettiği yönünde bkz. Emcor Drake & Schull Limited v. Sir Robert McAlpine, kararın içeriği için bkz. **BAKER**, Ellis/**LAVERS**, Anthony, Letters of Doubtful Intent, Journal of The Institution of Civil Engineering Surveyors, April 2005, [http://www.whitecase.com/files/Publication/fa874436-5050-4b6c-8521-248ce7c-60bcc/Presentation/PublicationAttachment/76a8b68e-3d02-4f00-a69a-b804c62def41/article\\_Letters\\_of\\_Doubtful\\_Intent.pdf](http://www.whitecase.com/files/Publication/fa874436-5050-4b6c-8521-248ce7c-60bcc/Presentation/PublicationAttachment/76a8b68e-3d02-4f00-a69a-b804c62def41/article_Letters_of_Doubtful_Intent.pdf) (son erişim tarihi: 26.4.2014); “*“if” contract*” teşkil ettiği yönünde bkz. Harvey Shopfitters Ltd. v. ADI Ltd. [http://www.adjudication.co.uk/archive/view/case/11/harvey\\_shopfitters\\_ltd\\_v\\_adi\\_ltd\\_2003\\_ewca\\_civ\\_1757](http://www.adjudication.co.uk/archive/view/case/11/harvey_shopfitters_ltd_v_adi_ltd_2003_ewca_civ_1757) (son erişim tarihi: 26.02.2014).

<sup>35</sup> Aynı yönde bkz. **BLAUROCK**, s. 147; **LUTTER**, S. 25 vd.; **SCHLOSSER**, s. 352; **AYRANCI**, s. 91

Bu şekilde bağlayıcı nitelik taşınamaması istenen niyet mektuplarının içeriğine, ileride doğacak uyuşmazlıkların önlenmesi açısından, “bağlayıcı olmamak kaydıyla”, “hiçbir taahhüt altına girilmeksizin” gibi terimler konulmaktadır<sup>36</sup>. Bu durumda, bağlanma iradesinin olmadığı açıkça belirtildiğinden, mektubun sahibinin niyet mektubunda yazan hususlarla bağlı olmadığı kabul edilmesi gerekmektedir<sup>37</sup>. Kanımızca, bunun tek istisnası belli hükümler için özel olarak bağlı olduğunun açıkça ifade edilmesidir. Bu durumda da yalnızca o hüküm için taraf bağlanacaktır. Bu şekilde bağlayıcı niteliği olmayan niyet mektuplarının hukuki niteliği, öneriye davettir<sup>38</sup>.

Niyet mektubunun bağlayıcı nitelik taşıması, tarafın iradesinin bağlayıcı bir irade beyanında bulunmak isteyip, koşullar dahilinde bunu esasen bağlayıcı nitelik taşımayan niyet mektubu aracılığıyla yapmış olmaları halinde, dürüstlük kuralı ve güven prensibi çerçevesinde iradelerin değerlendirilmesiyle mümkündür<sup>39</sup>.

### III. Görünüş Şekilleri

Niyet mektubunun görünüş şekilleri, bu mektubun öneri, öneriye davet, teyit mektubu ya da ön sözleşme şeklinde yorumlanabilip yorumlanamayacağı tartışmalarını da beraberinde getirir. Başka bir ifade ile, kural olarak öneriye davet niteliğini taşıyan niyet mektubunun, bazı durumlarda, teyit mektubu, ön sözleşme, hatta öneri niteliğini de taşıyabilecek olup olmadığı doktrinde tartışılmaktadır.

---

vd.; **İŞINTAN**, s. 74; **LAKE**, s. 333; **LAKE/DRAETTA**, s. 8; Dunhill Securities Corporation v. Microthermal Applications, Inc. [http://ny.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19691105\\_0000346.SNY.htm/qx](http://ny.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19691105_0000346.SNY.htm/qx).

<sup>36</sup> Uluslararası alanda, “*unverbindlich*” veya “*no-binding clause*” olarak da karşılaşılabilen bu terimlerin, özellikle kıta Avrupası hukuk sisteminde bağlayıcılığı tamamen ortadan kaldırdığı kabul edilmektedir. (**MEYERSON**, Alfred M./**ARMSTRONG** Thad H., Letters of Intent – Enforceability Issues, Probate & Property, September/October 2003, s. 54; **STELLINGWERF/MANTESE**, s. 2; **HOMBURGER/SCHUELLER**, s. 518 vd.; **İŞINTAN**, s. 76;) Ancak, kıta Avrupası hukuk sistemi için de Anglosakson sistemi gibi, sadece bu ifadelerin yeterli olmadığını, bunların yanında tarafların diğer ifadelerinin de yorumlanması gerektiğini savunan yazarlar da mevcuttur. (Bkz. **İŞINTAN**, s. 76, dn. 254. Yazar bu konuda aksi görüşte olduğunu belirtmiştir.) **DİNAR**'a göre de, her ne kadar mektubun bağlayıcı olmadığı belirtilmiş olsa da, mektuptaki başka bir hüküm, mektubu bağlayıcı hale getirebilir. (**DİNAR**, s. 63-64).

<sup>37</sup> Aynı yönde, **İŞINTAN**, s. 76.

<sup>38</sup> **TUNÇOMAĞ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, İstanbul 1976, s. 184 vd.; **LUTTER**, s. 29-30; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 64; **AYRANCI**, s. 92; **DİNAR**, s. 64.

<sup>39</sup> **KELLER**, Max/**SCHÖBI**, Christian, Das schweizerische Schuldrecht, , Band I, allgemeine Lehren des Vertragrechts, 3. Auflage, Basel Frankfurt, 1988, s. 12 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip, Güven Nazariyesi Karşılığında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul, 1968, s. 5 vd. (**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Hata); **BUCHER**, s. 123 vd.; **DİNAR**, s. 65 vd.

## A. Niyet Mektubunun Öneri Niteliğini Taşyabilip Taşymayacağını Tartışılması

Niyet mektubunun, bazı hallerde, diğler şartların da gerçekleşmesiyle öneri teşkil edebileceğı savunulmaktadır. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, niyet mektubunun kural olarak öneriye davet teşkil ettiğı açıktır. Ancak bir görüşe göre<sup>40</sup>, niyet mektubunu kaleme alan tarafın iradesi, bu mektup aracılığıyla kendisini de bağılı hissettiğı bir öneride bulunmak ise; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesinin birinci fıkrası göz önüne alınırsa, beyanın yalnızca niyet mektubu başlığı altında karşı tarafa iletilmiş olması, beyanın niteliğinin öneri olmasını engellemez. Zira, tarafların gerçek ve müşterek beyanları önem taşımakta, kullandıkları terimler önem taşımamaktadır. Bu görüşe göre, niyet mektubunun, sözleşmenin objektif ve sübjektif bakımdan esaslı noktalarını içermesi ve kaleme alan tarafın bu beyanı ile bağılı olduğunu açıkça belirtmesi durumunda; karşı tarafın da aynı yönde bir irade beyanında bulunması ile sözleşmenin kurulmasını öngörmesi halinde, tarafların iradeleri karşılıklı olarak birbirine uygun olduğundan, mektubun öneri niteliğini taşıdığı söylenmesi yanlış olmayacaktır. Ancak bu durumda, mektup içeriğindeki iradenin ve beyanın sözleşmenin objektif ve sübjektif bakımdan esaslı noktalarını içerip içermediğı çok iyi araştırılmalıdır<sup>41</sup>.

Bizim de katıldığımız diğler bir görüşe<sup>42</sup> göre ise, niyet mektubunun içeriğı sözleşmenin yalnızca kabul ile kurulmasını mümkün kılrsa dahi, niyet mektubunun öneri niteliğini taşıdığı savunmak doğru değildir. Bu durumda, yalnızca önerinin bu mektup altında gönderildiğinin; ancak içeriğinin niyet mektubu değil, öneri olduğunun söylenmesi mümkün olacak ve bu mektubun niyet mektubu şeklinde nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. Zira, aksi halde, niyet mektubunun çerçevesi çok genişletilmiş olacak ve hukuki müesseselerin birbirine karıştırılabilmesi olanaklı hale gelecektir.

## Niyet Mektubunun Ön Sözleşmenin Kurulmasını Sağlayabilip Sağlamayacağını Tartışılması

Ön sözleşme, edim olarak borç doğuran sözleşmenin kurulmasını konu edinen sözleşmedir<sup>43</sup>. Ön sözleşmenin kurulması ile, taraflardan biri veya her ikisi

---

<sup>40</sup> **LARENZ**, Karl, *Allgemeinen Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7. Auflage, München 1989, Art. 19, II, a, Art. 19, III; **LUTTER**, s. 19 vd. **DİNAR**, s. 34 vd.

<sup>41</sup> **LUTTER**, s. 20.

<sup>42</sup> **AYRANCI**, s. 93.

<sup>43</sup> **HONSELL**, Heinrich/**VOGT**, Nedim Peter/**WIEGAND**, Wolfgang/**BUCHER**, Eugen, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1-529 OR, 3. Auflage, Basel Genf München 2003, Art. 22 Nr. 4; **OĞUZMAN**, Kemal/ÖZ, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, İstanbul

ön sözleşme konusu sözleşmenin kurulmasını talep etme hakkına sahip olmaktadır, bu da bir alacak hakkıdır<sup>44</sup>. Ön sözleşmede asıl sözleşmenin sahip olması gereken tüm unsurların bulunmasına gerek duyulmayacaktır<sup>45</sup>. Başka bir ifade ile, ön sözleşmenin edimi, sözleşmeden farklı olarak, ileride bir konuda kurulacak bir sözleşmedir ve bu sözleşmede, tarafların belirli olan objektif ve sübjektif bakımdan esaslı noktalar<sup>46</sup> üzerinde anlaşması gerekmemekte, yalnızca iradelerinin esaslı noktaları belirlenebilir<sup>47</sup> bir sözleşmenin kurulmasına ilişkin noktada birleşmesi gerekmektedir<sup>48</sup>. Aksi durum, ön sözleşmenin değil, sözleşmenin kurulması anlamına gelecektir.

Kanımızca, niyet mektubu ile, sözleşmenin kurulmasına yönelik önerinin yapılması mümkün değilse<sup>49</sup> de, niyet mektubunun muhatapça ön sözleşmenin yapılmasına ilişkin öneri olarak nitelendirilmesi mümkündür. Niyet mektubunun içeriğinde yer alan sözleşmenin, ileride ayrıca yapılacak olan öneri ve kabul beyanları vasıtasıyla kurulacak olması için, niyet mektubundaki irade beyanının kabul edilmesi suretiyle bir ön sözleşme kurulabilecektir<sup>50</sup>. Bu sonu-

---

2009, s. 148; **LARENZ**, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1997, s. 86; **von TUHR**, Andreas/**PETER**, Hans, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrecht, Band I, 3. Auflage, Zürich, 1979, s. 273-274, 277; **BECKER**, Hermann, Berner Kommentar, Band IV, Obligationenrecht, I. Abteilung, allgemeine Bestimmungen, Art. 1- 183, 2. Auflage, Bern 1941, Art. 22 Nr. 1; **STAUDINGER**, Julius/**DILCHER**, Hermann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 1. Buch, 12. neubearbeitete Auflage, Berlin, 1980, Art. vor. 145 ff. Rn. 31 (STAUDINGER/YAZAR); **SCHWENZER**, Art. 26, Nr. 26.05; **KRAMER**, Art. 22 Nr. 73; **AYRANCI**, s. 41 vd.; Münch-KommBGB/**KRAMER** Art. vor 145 Rn. 41.

<sup>44</sup> **AYRANCI**, s. 44.

<sup>45</sup> **STAUDINGER/DILCHER**, Art. vor. 145 ff. Rn. 31 vd.

<sup>46</sup> Ön sözleşmenin içeriğinde, asıl sözleşmeye ilişkin objektif ve sübjektif bakımdan esaslı noktaların belirlenmesinin gerekip gerekmediği konusunda, doktrinde, temel olarak üç görüş bulunmaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz. **AYRANCI**, s. 113 vd.): Birinci görüşe göre, ön sözleşme ile kurulması konusunda anlaşılan sözleşmenin objektif ve sübjektif yönden esaslı noktalarının belirli olması gerekmektedir. İkinci görüşe göre, bu noktaların yalnızca belirlenebilir olması yeterlidir. Son görüşe göre ise, ön sözleşmenin asıl sözleşmeden daha çok belirli unsuru ihtiva etmesi gerekir. **AYRANCI**'ya göre, ön sözleşmenin sözleşmeden ayrılmasını sağlayan nokta, ön sözleşme vasıtasıyla yalnızca bir borçlandırıcı işlemin kurulmasına ilişkin taahhüt altına girilmesi; ancak, doğrudan doğruya bir edimin ifasının taahhüt edilmemesidir. Bu sebeple de asıl sözleşmenin ifası anında edimlerin belirlenebilir olması, ön sözleşmenin de yeteri kadar belirli olduğu anlamına gelmektedir.

<sup>47</sup> Kanımızca, taraflar ön sözleşme ile sözleşmenin esaslı bakımdan tüm noktalarını ele almamış olsalar dahi, örtülü olarak kurdukları sözleşme ile bağlı oldukları iradelerini dışarıya yansıtmaları, ön sözleşmenin geçerli şekilde kurulduğu yönünde yorumlanmalıdır. Zira, ön sözleşmede, asıl sözleşmenin sahip olması gereken tüm unsurlar yer alamayacaktır.

<sup>48</sup> **Von TUHR/PETER**, s. 274; **AYRANCI**, s. 51.

<sup>49</sup> Bkz. III, A.

<sup>50</sup> **AYRANCI**, s. 93; **DİNAR**, s. 45 vd.

ca, tarafların iradelerinin Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi çerçevesinde yorumlanması suretiyle ulaşılabilecektir.

Sözleşmenin kurulması konusundaki öneri ile ön sözleşmenin kurulması konusundaki önerinin niyet mektubu ile karşı tarafa yöneltilip yöneltilmeyeceği hususunda farklı düşünceye sahip olmamızın sebebi; niyet mektubunun ön sözleşmeye öneri teşkil ederken, asıl sözleşmeye ilişkin niyet mektubu niteliğini koruyacak olmasından ileri gelmektedir. Niyet mektuplarında, yukarıda ele alındığı üzere, hangi noktalarda mutabakata varılması gerektiği kural olarak bağlayıcı olmayacak bir biçimde düzenlenip, bu yönüyle mektup, sözleşmenin kurulması için hazırlanan öneri beyanından ayrılmaktadır. Ancak, niyet mektubunun içeriğinde bulunan borç doğuran ve henüz objektif ve subjektif bakımdan esaslı noktaları yalnızca belirlenebilir ama belirlenmemiş bir sözleşmenin kurulacağına ilişkin bağlayıcı bir beyan, muhatapça da ön sözleşme kurulması iradesi ile kabul edilirse, bu durumda, ön sözleşmenin kurulamayacağına iddia edilmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesinin tamamen göz ardı edilmesi sonucunu doğuracaktır. Bunun karşılığında, ön sözleşmeye öneri teşkil eden mektup, asıl sözleşme için niyet mektubu niteliğini korumaya devam edecektir.

### **C. Niyet Mektubunun Opsiyon Niteliğini Taşıyabilip Taşıyamayacağına Tartışılması**

Opsiyon sözleşmesi, ileride kurulması muhtemel bir sözleşmenin taraflarından birinin, tek taraflı bir irade beyanı ile sözleşme kurma hakkı kazanarak, sözleşmenin kurulması konusundaki düşüncesini netleştirmek, aynı zamanda da muhatapın başka biri ile sözleşme yapma ihtimalini önlemek amacıyla muhatapla kurduğu sözleşmedir<sup>51</sup>. Bu sözleşme sonucunda, taraflardan biri, tek taraflı bir irade beyanı ile sözleşmenin kurulmasını ya da bazı hükümlerinin değiştirilmesini sağlayan<sup>52</sup> yenilik doğurucu bir hak<sup>53</sup> olan opsiyon hakkı elde etmektedir.

---

<sup>51</sup> **KIRCA**, İsmail, Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, Ankara 2000, s. 36-37, 186; **ANTALYA**, Gökhan, "Opsiyon Akdi ve Opsiyon Hakkı", *Facultatis Decima Anniversaria*, 10. Yıl Armağanı, İstanbul 1993, s. 194 <http://katalog.marmara.edu.tr/muyayinevi/YN543.pdf> (son erişim tarihi: 04.03.2014); **BAK**, Başak, "Borsa Opsiyon Sözleşmesi", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Yıl 2009, C. 64, S.4, s. 41 [http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/64/4/5\\_Bak\\_Basak.pdf](http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/64/4/5_Bak_Basak.pdf) (son erişim tarihi: 04.03.2014); MünchKommBGB/**KRAMER**, Art. vor. 145 Rn. 51.; **STAUDINGER/DILCHER**, Art vor 158 ff. Nr 12; **AYRANCI**, s. 96.

<sup>52</sup> **LARENZ**, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil*, 13. Auflage, München 1986, Art. 44, IV; MünchKommBGB/**KRAMER**, Art. vor. 145 Rn 41, 50; **HONSELL/VOGT/WIEGAND**, Art. 22 Nr. 22; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 104; **AYRANCI**, s. 96.

<sup>53</sup> **DİNAR**, s. 54.



Yukarıda açıklanan sebeplerle, niyet mektubunun öneri olarak nitelendirilemeyeceğine ilişkin görüşümüzü burada tekrarlayıp özellikle niyet mektubunun kural olarak bağlayıcı nitelik taşıyamamasının beraberinde getirdiği sebeplerle, niyet mektubunun opsiyon sözleşmesinin kurulabilmesi için ya da opsiyon hakkının kullanılabilmesi için bir irade beyanı teşkil edemeyeceğini savunuyoruz.

#### IV. Niyet Mektubunda Yer Alan Düzenlemeler

##### A. Asıl Sözleşme İle İlgili Düzenlemeler

Taraflar, niyet mektubu aracılığıyla, asıl sözleşmenin içeriğine, sözleşme öncesi ilişkilerine, uygulanacak hukuki rejime ya da uyuşmazlık çıktığı takdirde nasıl bir yol izleneceğine ilişkin düzenleme yapabilirler. Niyet mektubu uzun soluklu sözleşme ilişkilerinde karşılaşılan bir müessese olduğundan, taraflar, bu ilişkinin her aşamasında kendilerini güvende hissetmek ve nelerle karşılaşabileceklerini bilebilmek isterler. Sözleşmenin kurulmasının ardından, taraflar bir hukuki metin ile bağlı olduklarından, daha güvende olabilirler; ancak sözleşme öncesi ilişkilerde, bağlayıcı bir unsur olmadığından, bu ilişkilerin kendileri için minimum risk taşımasını isterler. Bazı hallerde de bu riskleri en aza indirmek için, aralarında anlaşma yapabilirler<sup>54</sup>. Bu anlaşmalar, asıl sözleşmenin yan yükümlülüklerine ilişkin olup<sup>55</sup>, kendi başlarına<sup>56</sup> asli yükümlülükler, yan yükümlülükler ve yan edim yükümlülükleri içeren sözleşmelerdir. Bu noktada, asıl sözleşme öncesi riskleri en aza indirmek amacıyla yapılan sözleşmelere niyet mektubu ile öneride bulunulabilip bulunulamayacağı sorusu, iki farklı durum gözetilerek cevaplanmalıdır. Eğer, asıl sözleşme öncesi risklere ilişkin sözleşmede belirtilen hususlar asıl sözleşmede de özellikle bedele ilişkin<sup>57</sup> klotlar arasında ele alınmışsa, bu durumda, asıl sözleşme öncesi yapılan sözleşme, bağımsız nitelik taşımayacaktır<sup>58</sup>. Asıl sözleşme öncesi risklere ilişkin kurulan sözleşmenin asıl sözleşmeden bağımsız nitelik taşıyamaması halinde, bu sözleşmenin kurulması için yapılacak önerinin niyet mektubunda düzenlenememesi gerekecektir. Ancak, söz konusu iki sözleşmenin bağımsız nitelik taşımaları durumunda, niyet mektubu, bir sözleşme için öneri veya kabul teşkil edecekken, asıl sözleşme için hala bağlayıcı olmayan niyet mektubu vasfını

---

<sup>54</sup> DİNAR, s. 70.

<sup>55</sup> LUTTER, s. 39 vd.

<sup>56</sup> BLAUROCK, s. 335 vd.

<sup>57</sup> LUTTER, s. 41.

<sup>58</sup> Kısmen benzer, DİNAR, s. 72-73. Ancak yazarın, her iki sözleşmede belirtilen unsurların niyet mektubunda belirtilip belirtilmediği hususunda getirmiş olduğu kıstasa katılmıyoruz.

koruyacaktır. Bu sebeple de bağımsız nitelik arz eden ve sözleşme öncesi riskleri kapsayan sözleşmenin niyet mektubu ile bulunulacak olan bir irade beyanı ile kurulması kanımızca mümkündür. Bu şekilde bir sözleşme yapılmamış olsa dahi, niyet mektubu, taraflara sözleşme müzakerelerinin ciddiyetle yürütmek ve muhatabın beklemekte olduğu davranış biçimine uygun şekilde davranış sergilemek gibi sözleşme öncesi yükümlülükler doğuracaktır<sup>59</sup>. Buna rağmen, muhatap da daima niyet mektubunun bağlayıcı olmadığını unutmamalı ve niyet mektubu gönderene bu şartla güvenmelidir<sup>60</sup>.

Kanımızca, niyet mektubu vasıtasıyla, asıl ilişkiye uygulanacak hukuki rejimin de belirlenmesi, niyet mektubunun öneri niteliği taşıyamayacağı sebebiyle mümkün değildir. Ancak niyet mektubundan doğacak uyumsuzlukların hangi hukuki rejime tabi olacağı, niyet mektubunda belirtilebilecektir<sup>61</sup>.

### **B. Niyet Mektubunda Zimnen Kararlaştırılan Hukuki Düzenlemeler**

Niyet mektubunda, bazı hususların açıkça yer alması mümkün olduğu gibi; niyet mektubunun gönderilmesi anından sözleşme müzakerelerinin olumlu ya da olumsuz son bulduğu ana kadar tarafların sahip oldukları hak ve yükümlülüklerini belirlememeleri de mümkündür.

Niyet mektubunda açıkça belirlenmiş unsurların kural olarak bağlayıcı olmadığı yukarıda ele alınmıştır. Bu anlamda açıkça yazılsa dahi bağlayıcılığından söz edilemeyen yükümlülüklerin zimnen kararlaştırılmayacağı düşünülebilecektir. Bu konu, özellikle, niyet mektubu gönderen tarafın başka bir muhatapla da sözleşme görüşmesine girebilip giremeyeceği konusunda önem taşımaktadır. Her ne kadar niyet mektubu, sözleşmenin yapılması için öneri beyanı teşkil etmeyecek ve bağlanmayı beraberinde getirmeyecek ve sözleşme özgürlüğünün kapsamına sözleşmenin tarafını seçebilme<sup>62</sup> ve dolayısıyla müzakere edebilme özgürlüğü girebilecekse de, niyet mektubu gönderenin başka bir taraf seçme özgürlüğü bulunmayacaktır<sup>63</sup>. Zira aksi halde, niyet mektubunu gönderen taraf, çelişkili davranış sergilemiş olacaktır<sup>64</sup>. Çünkü niyet mektubunu gönderen taraf, yalnızca niyetini belli etmiş olsa da, ticari teamüllere göre, muhataba, başka muhataplarla sözleşme müzakerelerine

---

<sup>59</sup> İŞINTAN, s. 79.

<sup>60</sup> İŞINTAN, s. 79.

<sup>61</sup> LUTTER, s. 148; DİNAR, s. 80.

<sup>62</sup> EREN, s. 17.

<sup>63</sup> LUTTER, s. 48. Aynı yönde, DİNAR, s. 86.

<sup>64</sup> AKYOL, Şener, Medeni Hukukta Çelişki Yasası, İstanbul 2007, s. 13 vd.

girişmeyeceğine ilişkin söz vermektedir<sup>65</sup>. Ancak, bu özgürlük, makul ölçüde ve belirli bir süre ile sınırlı olmalıdır<sup>66</sup>.

Tarafların sözleşme müzakereleri esnasında, birbirleriyle şirketlerinin ticari sırrı teşkil edecek bilgileri paylaşmaları ticari hayat açısından son derece normaldir. Ancak tartışılması gereken konu, niyet mektubunda gizli tutulması gerektiğinin yer almaması halinde, muhatabın elde ettiği bilgileri gizli tutma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığıdır. Doktrinde bir görüşe göre, niyet mektubunda açıkça yer almamasına rağmen, taraflar bu bilgileri paylaşırken, karşı tarafça asla paylaşılmaması gerektiğini belirtmişlerse ve karşı tarafça da bu husus kabul edilmişse, zımnen gizli tutma yükümlülüğü altına girilmiştir<sup>67</sup>.

Ancak bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre, tarafların müzakere esnasında hangi bilgiler için karşı tarafın gizli tutma yükümlülüğü altına girdiğini hüküm altına alan bir düzenleme yapmaları gerekmektedir<sup>68</sup>, zımnen böyle bir yükümlülük altına girilmesi mümkün değildir. Zira aksi takdirde, hangi bilgilerin sır niteliği taşıyacağı, muhatapça her zaman kolayca belirlenemeyecektir.

## V. Niyet Mektubuna Bağlılanan Sonuçlar

### A. Haksız Fiilden Kaynaklanan Talepler

Haksız fiilden kaynaklanan talepler, Türk – İsviçre Hukukunda tarafların menfi ve müspet zarar ayırımına dayandırılmamaktadır<sup>69</sup>, zira menfi-müspet zarar ayırımı, sözleşme sorumluluğunda söz konusu olmaktadır<sup>70</sup>. Ancak Alman hukukunda, menfi zararın 826. maddede hükme bağlanan ahlaka ve adaba aykırı harekete dayanan zararın içine girebileceği savunulmuştur<sup>71</sup>.

Bu anlamda esasen hukukumuzda göre, sözleşmenin geçerli şekilde kurulacağına veya kurulduğuna ilişkin güvenin boşa çıkmasından doğan zarar, sözleşmeden doğan sorumluluk hükümleri çerçevesinde tazmin edilmeli; ancak, haksız fiil hükümleri çerçevesinde tazmin edilmemelidir. Ancak, sözleşmenin geçerli şekilde kurulduğuna veya kurulacağına ilişkin güvenin boşa çıkmasına sebep olan taraf, sadece karşı tarafa zarar verme kastıyla hareket etmişse, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde

---

<sup>65</sup> DİNAR, s. 86.

<sup>66</sup> DİNAR, s. 86.

<sup>67</sup> DİNAR, s. 86-87.

<sup>68</sup> HUET, Jérôme/DUPUIS-TOUBOL, Frédérique, "Violation de la Confidentialité des Négociations" Petites Affices, S. 41, 4.4.1990, s. 4.

<sup>69</sup> EREN, s. 530; OĞUZMAN/ÖZ, s. 339 vd.

<sup>70</sup> EREN, s. 1057.

<sup>71</sup> PALANDT, Art. vor 823, Nr. 17; MEDICUS/LORENZ, BT, Rn.1329 vd.

ahlaka aykırı hareketle zarar verenin haksız fiil sorumluluğuna da tabi tutulabilecektir<sup>72</sup>. Türk Hukukunda bu madde, Alman Medeni Kanunu'nun 826. maddesine tekabül etmektedir<sup>73</sup>.

## B. Sebepsiz Zenginleşmeden Kaynaklanan Talepler

Sebepsiz zenginleşme, haklı bir sebebe dayanmaksızın başkasının mal varlığı veya emeği aleyhine zenginleşmedir. Zenginleşme, fakirleşenin edimi ifa etme amacını güderek bulunduğu davranış<sup>74</sup> ile gerçekleşebileceği gibi, başka bir şekilde<sup>75</sup> de, yani müdahaleden veya umulmayan olaydan da<sup>76</sup> gerçekleşebilecektir<sup>77</sup>. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 77. maddesinin ikinci fıkrasına göre, sebepsiz zenginleşme, özellikle *“geçerli olmayan veya gerçekleşmemiş ya da sona ermiş bir sebebe dayanması durumunda”* gerçekleşmektedir.

Niyet mektubunun muhatabının mektubu aldığı anda, karşı tarafa adeta bir hukuki ilişki varmışçasına ifada bulunması durumunda, gerçekleşmemiş sebebe dayanan zenginleştirmede bulunduğu rahatlıkla söylenebilecektir. Zira niyet mektubu, öneri teşkil edemeyeceğinden, ifa davranışı zımnen kabul beyanı şeklinde yorumlansa dahi, gerçekleşmemiş bir sebebe dayanan ifa söz konusu olacaktır. Ancak bu noktada kazandırmanın temelinde yatan beklentinin boşa çıkması durumunda, kazandırmanın baştan itibaren geçersiz sayıldığı; kazandırma anında geçerli bir borcun bulunmamasının zenginleşmenin sebepsiz sayılması için yeterli olmadığı vurgulanması gerekmektedir<sup>78</sup>.

Niyet mektubunu kaleme alan tarafın sebepsiz zenginleşmesi, malvarlığının aktifini arttıracak şekilde olabileceği gibi, muhatabın kendisini zarar edeceği yatırımlardan korumak için yapacağı araştırma masraflarından kurtarması şeklinde meydana gelebilecektir<sup>79</sup>. Bu durumlarda, niyet mektubunu düzenleyen tarafın karşı karşıya kalacağı dava, sebepsiz zenginleşme davası olacaktır.

Sebepsiz zenginleşme talebi sonucunda ortaya çıkan kazandırma mikta-

---

<sup>72</sup> DİNAR, s. 144-145.

<sup>73</sup> EREN, s. 599.

<sup>74</sup> MEDICUS, Dieter/LORENZ, Stephan, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 16. Auflage, München, 2012, Rn. 1125; ÖZ, Turgut, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990, s. 79; SEROZAN, Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 1994, Art. 24 Nr. 20 vd.; PALANDT, Art. 812 Rn. 1; EREN, s. 854-855.

<sup>75</sup> ÖZ, s. 34-35.

<sup>76</sup> EREN, s. 855 vd.

<sup>77</sup> ULUSAN, İhsan, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul, 1984, s. 8-9.

<sup>78</sup> DİNAR, s. 135, 140; ÖZ, s. 99.

<sup>79</sup> LUTTER, S. 95; DİNAR, S. 136-138.

rının belirlenmesi oldukça zordur, zira adeta çok bilinmeyenli bir denkleme karşı karşıya kalınmaktadır. Özellikle muhatabın niyet mektubunu göndereni zarar edeceği yatırımlardan korumak için yaptığı masrafların objektif olarak belirlenmesi mümkünse de, bunun için harcadığı vakit, yaptığı masraflarda ortaya koyabilecek olduğu itibar, her zaman maddi karşılığı olmayan hususlardır. Yine de somut olayın iyice incelenmesi suretiyle zenginleşmenin miktarının bulunması kanımızca mümkündür. Dolayısıyla zenginleşmenin iadesi talebinin isabetli olmadığı görüşüne<sup>80</sup> katılmamaktayız.

### C. Vekaletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Talepler

Vekaletsiz iş görenin, işi, gördüğü kişinin hesabına yaparken, onun çıkarına veya olası iradesine uygun şekilde davranması, vekaletsiz iş görmeyi iş gören açısından hukuka uygunluk sebebi yapmaktadır<sup>81</sup>. Başka bir deyişle, böyle bir durumda, lehine vekaletsiz iş görülen, iş görenden her hangi bir tazminat talep edemeyecektir. Aksine bu durumda caiz olan vekaletsiz iş görme söz konusu olacak<sup>82</sup> ve vekaletsiz iş görmüş olan, lehine vekaletsiz iş görülen kişiden tüm masraflarını, vekalet sözleşmesi hükümleri çerçevesinde talep edebilecektir<sup>83</sup>.

Konunun, niyet mektubunu kaleme alan ve muhatabı açısından değerlendirilmesi gerekirse, niyet mektubunun asıl sözleşmenin kurulması için öneri teşkil edemeyeceği de dikkate alınır; niyet mektubunun muhatabı, sözleşme görüşmeleri esnasında taraflarca kararlaştırılmamış olmasına rağmen, niyet mektubunu kaleme alanın hem objektif hem de sübjektif olarak<sup>84</sup> lehine ve onun muhtemel iradesine uygun önlemler alırsa ya da araştırmalarda bulunursa, karşı taraftan yaptığı masrafları talep edebilecek; bununla beraber karşılığında da elde ettiği tüm bilgi ve hakları lehine vekaletsiz iş gördüğü niyet mektubu sahibine devretme yükümlülüğü altına girecektir<sup>85</sup>.

---

<sup>80</sup> DİNAR, s. 140.

<sup>81</sup> OFTINGER, Karl/STARK, Emil, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Band II, erster Teilband, 4. Auflage, Zürich 1987, s. 81; Von TUHR/PETER, s. 419-420; EREN, s. 606-607.

<sup>82</sup> SOERGEL, Hans Theodor/SPICKHOFF, Andreas, Schuldrecht, §§823-853, ProdHG, Umwelt-HG, 13. Auflage, Stuttgart, 2012, § 823, Anh. I, Rn. 49.

<sup>83</sup> Burada, lehine vekaletsiz iş görülenin yalnızca sübjektif menfaatine uygun hareket edilmesi yetmemektedir. Aynı zamanda, o kişi yerine başka bir kişinin bulunması halinde yapılan menfaat değerlendirilmesi de somut olayda önem taşımakta ve kişinin menfaatinin olup olmadığının değerlendirilmesinde baz alınmaktadır. Başka bir ifade ile sübjektif değerlendirmenin yanında objektif değerlendirilmesinin yapılması da önemlidir. (PALANDT, Art. 681, Nr. 2 vd.-Art. 667, 2 vd.; DİNAR, s. 100-101.)

<sup>84</sup> LARENZ, Band II, Art. 57, I, a-b.; PALANDT, Art. 683, Nr. 4.

<sup>85</sup> PALANDT, Art. 681 Nr. 2 vd.; LUTTER, s. 58-59.

## D. Culpa In Contrahendo'dan Kaynaklanan Talepler

Culpa in Contrahendo, temelini Medeni Kanun'un 2. maddesinde düzenlenmiş olan dürüstlük kuralından almakta olup, hukuki ilişkinin kurulmasından önceki dönemde taraflar arasındaki müzakereler esnasında, taraflardan birinin karşılıklı güvene aykırı davranmak suretiyle karşı tarafa vermiş olduğu zararlardan sorumluluğudur<sup>86</sup>. Sözleşme müzakerelerinin başlaması ile taraflar arasında dürüstlük kuralına dayanan<sup>87</sup> sözleşme benzeri bir güven ilişkisi kurulmaktadır<sup>88</sup>. Bu güven ilişkisi de tarafların birbirini aydınlatma ve koruma yükümlülüklerini de beraberinde getirecektir<sup>89</sup>.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliği konusunda, doktrinde üç görüş mevcuttur:

Birinci görüşe göre, culpa in contrahendo sorumluluğu, hukuki niteliği itibariyle, bir haksız fiil sorumluluğudur<sup>90</sup>. Bu görüşe göre, sözleşme müzakereleri ile taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi ortaya çıkmamaktadır ve sözleşme-

<sup>86</sup> **HEHLI**, Christoph, Die alternativen Rechtsbehelfe des Kaeufers: unter besonderer Berücksichtigung der Haftung aus Culpa in Contrahendo, Zürich, 2008, Nr. 365 vd.; **DEMİRCİOĞLU**, Huriye Reyhan, Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Ankara, 2009, s. 41 vd.; **ERGÜNE**, Mehmet Serkan, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. 1 İstanbul, 2010, s. 909 vd.; **ADIGÜZEL**, Sibel, Sözleşme Görüşmelerinde Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2012, Y. 3, S. 9, s. 283 vd. <http://www.taa.gov.tr/dosya/dergiler/taad9/index.html#/288/zoomed> (son erişim tarihi: 12.03.2014); **BAYGIN**, Cem, Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2000, C. IV, S. 12, s. 345 vd. [http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2000\\_1\\_18.pdf](http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2000_1_18.pdf) (son erişim tarihi: 12.02.2014); **ULUSAN**, İhsan, "Culpa in Contrahendo Üstüne", Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul 1982, s. 275 vd.; **SUNGURBEY**, Ayfer Kutlu, Yetkisiz Temsil – Özellikle Culpa in Contrahendo (sözleşmenin kurulmasında kusur) ve Olumsuz Zarar, İstanbul, 1988, s. 99 vd., 117 vd., 124; **YALMAN**, Süleyman, Türk İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006, s. 13; **MEDICUS**, Dieter/**LORENZ**, Stephan, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 20. Auflage, München, 2012, Rn. 618 vd; **EREN**, s. 1128; **von TUHR/PETER**, s. 192 vd.; **SCHWENZER**, s. 275 vd.; **DİNAR**, s. 106; **İŞINTAN**, s. 139, 152 vd.

<sup>87</sup> **MEDICUS/LORENZ**, AT, Rn. 618 vd.; **SUNGURBEY**, s. 117, 124; **EREN**, s. 1129; **İŞINTAN**, s. 137 vd., 155; **DİNAR**, s. 106 vd.; **TUNÇOMAĞ**, s. 213; **ULUSAN**, Culpa in Contrahendo, s. 286.

<sup>88</sup> **EREN**, s. 1128.

<sup>89</sup> **POHLMANN**, Andre, Die Haftung wegen Verletzung von Aufklaerungspflichten: Ein Beitrag zur Culpa in Contrahendo und zur positiven Forderungsverletzung unter Berücksichtigung der Schuldrechtsreform, Berlin 2002, s. 36 vd, 169 vd, 181-182; **STOLL**, Hans, "Tatbestaende und Funktionen der Haftung für Culpa In Contrahendo", Festschrift für Ernst von Ceammerer zum 70. Geburtstag, Tübingen, 1978, s. 436 vd.; **LARENZ**, Band I, s. 102; **MEDICUS/LORENZ**, Rn. 272; **SCHWENZER**, s. 277; **SUNGURBEY**, s. 117 vd; **HEHLI**, Nr. 367 vd.

<sup>90</sup> **KILIÇOĞLU**, s. 83; **KELLER/SCHÖBI**, s. 42 vd.; **YALMAN**, s. 50.

nin kurulmadığı aşamada sözleşmeden doğan sorumluluk da olmayacaktır<sup>91</sup>. Sözleşme öncesi davranışlardan doğan zararlarda akdi sorumluluk kabul edilirse, sözleşme müzakereleri süreci ile sözleşmenin yapılmasının ardından başlayan süreç arasında bir farklılık kalmayacaktır. Bu da culpa in contrahendo sorumluluğunun akdi sorumluluktan ayrı bir tür olarak yaratılmasını anlamsız kılacaktır.

İkinci görüş, culpa in contrahendo sorumluluğunun sözleşmeden doğan sorumluluk olduğunu savunmaktadır<sup>92</sup>. Bu görüşe göre, sözleşme görüşmelerinin başlaması ile birlikte taraflar arasında, güvene dayalı bir hukuki ilişki doğar. Görüşmelerin sonunda bir sözleşme kurulmasa da, bu görüşmeler esnasında taraflar arasında, Medeni Kanun'un 2. maddesinden kaynaklanan özen gösterme, koruma ve aydınlatma yükümlülükleri söz konusu olacaktır<sup>93</sup>. Söz konusu yükümlülüklerin ihlali de, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlali gibidir ve akdi sorumluluğa sebep olacaktır<sup>94</sup>. Zira taraflar arasında henüz sözleşme kurulmamış olsa da, hukuki ilişkinin kurulmuş olması, sözleşme öncesi sorumluluğa haksız fiil sorumluluğunun uygulanmasını engelleyecektir<sup>95</sup>.

Üçüncü görüş ise, culpa in contrahendonun, kendine özgü bir sorumluluk türü olduğudur<sup>96</sup>. Bu görüşü savunan yazarlar, culpa in contrahendonun ne tam haksız fiil sorumluluğu, ne de sözleşmeden doğan sorumluluk olduğunu kabul etmektedirler. Hatta bu görüşün savunucuları da kendi aralarında bu türün hangi sorumluluk türüne yaklaştığı konusunda ayrılmaktadırlar<sup>97</sup>.

Niyet mektubunun bağlayıcı olmaması sebebiyle, niyet mektubunu gönderen tarafın karşı tarafla sözleşme yapma yükümlülüğü söz konusu değildir. Bu sebeple de, niyet mektubunun muhatabının sözleşme yapma beklentisinin olması, niyet mektubunu göndereni sorumlu kılmayacaktır. Zira, culpa in cont-

---

<sup>91</sup> KELLER/SCHÖBI, s. 43.

<sup>92</sup> BECKER, Art. 26 Nr. 11; EREN, s. 1131; Von TUHR/PETER, s. 192-193; OĞUZMAN/ÖZ, s. 323-324; SCHWENZER, s. 279; SUNGURBEY, s. 117 vd.

<sup>93</sup> LARENZ, Band I, s. 102; MEDICUS/LORENZ, Rn. 272; SCHWENZER, s. 277; SUNGURBEY, s. 117 vd.

<sup>94</sup> LARENZ, Band I, s. 106; EREN, s. 1131; SUNGURBEY, s. 124.

<sup>95</sup> EREN, s. 1132.

<sup>96</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R. Schweizerisches Obligationenrecht, allgemeiner Teil, Band II, 6. Auflage, Zürich, 1995, Nr. 981; BUCHER, s. 286 vd.; EREN, s. 1132-1133; BAYGIN, s. 352.

<sup>97</sup> GAUCH/SCHLUEP, culpa in contrahendonun kendine özgü bir sorumluluk türü olmakla birlikte bundan kaynaklanan uyuşmazlıklara akdi sorumluluk hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmuştur. (GAUCH/SCHLUEP, Nr. 981) Buna karşın, BUCHER'e göre, bu sorumluluk türü, Medeni Kanun'un 2. maddesine dayanmaktadır. (BUCHER, s. 286 vd.).

rahendo, edimin ifası talebi doğurmayacaktır<sup>98</sup>, kaldı ki niyet mektubundan da bu yönde bir edim doğmayacaktır. Bu sebeple de sözleşmenin kurulması umudunun zarara uğraması sebebiyle, culpa in contrahendo sorumluluğuna gidilemeyecektir<sup>99</sup>.

Buna karşın, yukarıda da belirtildiği üzere, culpa in contrahendo ile koruma altına alınan, tarafların sözleşme öncesi birbirleri ile sözleşme yapacaklarına dair güven ve bu güvene dayanarak yapılan tüm davranışlardır. Bu güveni kurlu biçimde boşa çıkaran niyet mektubu göndericisi, karşı tarafın niyet mektubuna güvenmesi sebebiyle uğramış olduğu<sup>100</sup> zararlara katlanacaktır. Ancak bu güvenin sınırlarının ve haklı olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Niyet mektubunda, gönderen bir sözleşmenin kurulması için niyetini belli etmekle beraber, bu sözleşmenin kurulacağı kesin değildir<sup>101</sup>. Aksinin savunulması sözleşme özgürlüğü ilkesi ile çelişecektir. Bu anlamda, muhatabın, niyet mektubu karşısında gereğinden fazla güven duyması yanlış olup, bu aşırı güvene dayanılarak yapılan harcamalar da culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde tazmin edilmeyecektir. Zira, niyet mektubunu muhatap, karşı tarafın niyeti doğrultusunda yaptığı harcamaların riskini kural olarak üstlenmektedir. Bu nedenle de bu riski en aza indirebilmek için, muhatabın maksimum özeni göstermesi gerekmektedir. Bu özeni göstermeyip haklı sebebe dayanmayan güven doğrultusunda hareket eden muhatabın zararı karşılanmayacaktır<sup>102</sup>. Bu sebeple, niyet mektubu muhatapça iyice irdelenmeli ve niyet mektubunda yer alan ve açıklığa kavuşturulmak istenen unsurlar vasıtasıyla, karşı tarafın sözleşme yapma niyetinin ne denli fazla olduğu ortaya çıkarılmalıdır. Niyet mektubu eğer sözleşme müzakereleri devam ederken yazılmışsa, karşı tarafta uyandıracığı güven de daha fazla olacaktır<sup>103</sup>. Ancak niyet mektubu gönderen, sözleşme yapmak gibi bir niyeti olmamasına karşın bu mektubu gönderip karşı tarafta gerçeğe uygun olmayan bir güven uyandırıyor, artık bu temelsiz güven doğrultusunda yapılan tüm masrafların mektubu kaleme alanca culpa in contrahendo çerçevesinde tazmin edilmesi gerekmektedir<sup>104</sup>. Karşı tarafa sözleşme yapılacağına ilişkin güven gerçeğe uygun olarak verilip sonradan ira-

---

<sup>98</sup> **DİNAR**, s. 111.

<sup>99</sup> **STOLL**, s. 451; **DİNAR**, s. 123.

<sup>100</sup> **STAUDINGER**, Julius/**LÖWISCH**, Manfred, Kommentar zum BGB, 2. Buch, Art. 255-327, 12. Auflage, Berlin, 1979, Art. Vor 275-283, Nr. 56. (STAUDINGER/..., 2. Buch)

<sup>101</sup> **LUTTER**, s. 85.

<sup>102</sup> **LUTTER**, s. 86; **STAUDINGER/LÖWISCH**, 2. Buch, Art. Vor 275-283, Nr. 57.

<sup>103</sup> **LUTTER**, s. 70.

<sup>104</sup> **LUTTER**, s. 71; MünchKommBGB/**KRAMER**, Art. vor. 145 Nr. 41; **STAUDINGER/DILCHER**, Art. vor. 145 ff. Rn. 31; **DİNAR**, s. 111 vd.



de değişirse, bunun muhataba bildirilmesi gerekmektedir<sup>105</sup>. Ancak böyle bir durumda sözleşme özgürlüğü ilkesi ile karşı tarafa verilen güven karşı karşıya gelmektedir. Kuşkusuz ki, kimse niyet mektubu gönderdiği için sözleşme yapmaya zorlanamayacaktır; ancak, niyet mektubunda belirtilen unsurlar ile müzakereler esnasındaki davranışlar arasında bir çelişki olursa ve sözleşme kurulmazsa, karşı tarafın güveninin boşa çıkmasından kaynaklanan tüm zararı tazmin edilmelidir<sup>106</sup>. Bu zarara, karşı tarafın sözleşme yapacağına duyulan güvenden dolayı kaçırılan fırsat da kuşkusuz dahil olacaktır<sup>107</sup>.

## SONUÇ

Niyet mektubu, hukuki işlemin kurulmasından önceki aşamaya ilişkin bir müessesedir. Bu müessese, doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, taraflardan birinin ya da ikisinin yapılması öngörülen bir hukuki ilişki için müzakerelerin devam etmesi, ilişkinin kurulması ve bazı durumlarda içeriği hakkında da niyetlerini belirttikleri, kural olarak bağlayıcı olmayan, yalnızca tarafları manevi yükümlülük altına sokan yazılı irade açıklamasını ifade etmektedir.

Kural olarak öneriye davet niteliğini taşıyan niyet mektubunun, bazı durumlarda, teyit mektubu, ön sözleşme, hatta öneri niteliğini de taşıyabilecek olup olmadığı doktrinde tartışılmaktadır. Kanımızca, niyet mektubunun içeriği sözleşmenin yalnızca kabul ile kurulmasını mümkün kılrsa dahi, niyet mektubunun öneri niteliğini taşıdığını savunmak doğru değildir. Bu durumda, yalnızca önerinin bu mektup altında gönderildiğinin; ancak içeriğinin niyet mektubu değil, öneri olduğunun söylenmesi mümkün olacaktır. Niyet mektubu ile, sözleşmenin kurulmasına yönelik önerinin yapılması mümkün değilse de, niyet mektubunun muhatapça ön sözleşmenin yapılmasına ilişkin öneri olarak nitelendirilmesi mümkündür. Sözleşmenin kurulması konusundaki öneri ile ön sözleşmenin kurulması konusundaki önerinin niyet mektubu ile karşı tarafa yöneltilip yöneltilemeyeceği hususunda farklı düşünceye sahip olmamızın sebebi; niyet mektubunun ön sözleşmeye öneri teşkil ederken, asıl sözleşmeye ilişkin niyet mektubu niteliğini koruyacak olmasından ileri gelmektedir. Niyet mektubunun öneri olarak nitelendirilemeyeceğinden, opsiyon sözleşmesinin kurulabilmesi için ya da opsiyon hakkının kullanılabilmesi için bir irade beyanı da teşkil etmeyecektir.

Taraflar, niyet mektubu ile asıl sözleşmeye ilişkin hususları kural olarak bağ-

---

<sup>105</sup> DİNAR, s. 114 dn. 426'daki yazarlar.

<sup>106</sup> LUTTER, s. 76-77.

<sup>107</sup> DİNAR, s. 127.

layıcı olmamak kaydıyla belirleyebilecek olmalarının yanında, zimnen kararlaştırdıkları unsurlar da bulunabilecektir. Ancak tarafların müzakere esnasında hangi bilgiler için karşı tarafın gizli tutma yükümlülüğü altına girdiğini hüküm altına alan bir düzenleme yapmaları gerekmektedir, zimnen böyle bir yükümlülük altına girilmesi mümkün değildir. Zira aksi takdirde, hangi bilgilerin sır niteliği taşıyacağı, muhatapça her zaman kolayca belirlenemeyecektir.

Niyet mektubunun doğurduğu sorumluluk konusunda, dörtlü bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Esasen hukukumuzda göre, sözleşmenin geçerli şekilde kurulacağına veya kurulduğuna ilişkin güvenin boşa çıkmasından doğan zarar, sözleşmeden doğan sorumluluk hükümleri çerçevesinde tazmin edilmeli; ancak, haksız fiil hükümleri çerçevesinde tazmin edilmemelidir. Ancak, sözleşmenin geçerli şekilde kurulduğuna veya kurulacağına ilişkin güvenin boşa çıkmasına sebep olan taraf, sadece karşı tarafa zarar verme kastıyla hareket etmişse, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde ahlaka aykırı hareketle zarar verenin haksız fiil sorumluluğuna da tabi tutulabilecektir. Sebepsiz zenginleşme konusunda, niyet mektubunun muhatabının mektubu aldığı anda, karşı tarafa adeta bir hukuki ilişki varmışçasına ifade bulunması durumunda, gerçekleşmemiş sebebe dayanan zenginleştirmede bulunduğu rahatlıkla söylenebilecektir. Zira niyet mektubu, öneri teşkil edemeyeceğinden, ifa davranışı zimnen kabul beyanı şeklinde yorumlansa dahi, gerçekleşmemiş bir sebebe dayanan ifa söz konusu olacaktır. Ancak bu noktada kazandırmanın temelinde yatan beklentinin boşa çıkması durumunda, kazandırmanın baştan itibaren geçersiz sayıldığı; kazandırma anında geçerli bir borcun bulunmamasının zenginleşmenin sebepsiz sayılması için yeterli olmadığı vurgulanması gerekmektedir. Niyet mektubunun muhatabı, sözleşme görüşmeleri esnasında taraflarca kararlaştırılmamış olmasına rağmen, niyet mektubunu kaleme alanın hem objektif hem de subjektif olarak<sup>108</sup> lehine ve onun muhtemel iradesine uygun önlemler alırsa ya da araştırmalarda bulunursa, karşı taraftan yaptığı masrafları talep edebilecek; bununla beraber karşılığında da elde ettiği tüm bilgi ve hakları lehine vekaletsiz iş gördüğü niyet mektubu sahibine devretme yükümlülüğü altına girecektir. Culpa in contrahendo ile koruma altına alınan, tarafların sözleşme öncesi birbirleri ile sözleşme yapacaklarına dair güven ve bu güvene dayanarak yapılan tüm davranışlardır. Bu güveni kusurlu biçimde boşa çıkaran niyet mektubu göndericisi, karşı tarafın niyet mektubuna güvenmesi sebebiyle uğramış olduğu zararlara katlanacaktır.

◆◆◆◆

---

<sup>108</sup> LARENZ, Band II, Art. 57, I, a-b.; PALANDT, Art. 683, Nr. 4

### KAYNAKÇA

**ADIGÜZEL**, Sibel, “Sözleşme Görüşmelerinde Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2012, Y. 3, S. 9, s. 281- 312 <http://www.taa.gov.tr/dosya/dergiler/taad9/index.html#/288/zoomed> (son erişim tarihi: 12.03.2014)

**AKYOL**, Şener, Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007

**ANTALYA**, Gökhan, “Opsiyon Akdi ve Opsiyon Hakkı”, Facultatis Decima Anniversaria, 10. Yıl Armağanı, İstanbul 1993, s. 194 <http://katalog.marmara.edu.tr/muyayinevi/YN543.pdf> (son erişim tarihi: 04.03.2014)

**AYRANCI**, Hasan, Ön Sözleşme, Ankara 2006

**BAK**, Başak, “Borsa Opsiyon Sözleşmesi”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Yıl 2009, C. 64, S.4, s. 39-75 [http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/64/4/5\\_Bak\\_Basak.pdf](http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/64/4/5_Bak_Basak.pdf) (son erişim tarihi: 04.03.2014)

**BAKER**, Ellis/**LAVERS**, Anthony, Letters of Doubtful Intent, Journal of The Institution of Civil Engineering Surveyors, April 2005, [http://www.whitecase.com/files/Publication/fa874436-5050-4b6c-8521-248ce7c60bcc/Presentation/PublicationAttachment/76a8b68e-3d02-4f00-a69ab804c62def41/article\\_Letters\\_of\\_Doubtful\\_Intent.pdf](http://www.whitecase.com/files/Publication/fa874436-5050-4b6c-8521-248ce7c60bcc/Presentation/PublicationAttachment/76a8b68e-3d02-4f00-a69ab804c62def41/article_Letters_of_Doubtful_Intent.pdf) W(son erişim tarihi: 26.2.2014)

**BAYGIN**, Cem, Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2000, C. IV, S. 12, s. 345-377 [http://www.erkincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2000\\_1\\_18.pdf](http://www.erkincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2000_1_18.pdf) (son erişim tarihi: 12.02.2014)

**BECKER**, Hermann, Berner Kommentar, Band IV, Obligationenrecht, I. Abteilung, allgemeine Bestimmungen, Art. 1- 183, 2. Auflage, Bern 1941

**BLAUROCK**, Uwe, Der Letter of Intent, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, S. 147, Y. 1983, s. 334 – 339

**BUCHER**, Eugen, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Bern, 1988

**COIPEN**, Michel, Eléments de théorie générale des contrats, E. Story-Scientia, Diegem, 1999

**DEMİRCİOĞLU**, Huriye Reyhan, Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Ankara, 2009

**DİNAR**, R. Cem, Niyet Mektubunun Hukuki Niteliği ve Bağlayıcılığı, İstanbul, 2008

- EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara, 2013
- ERGÜNE**, Mehmet Serkan, “Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. 1 İstanbul, 2010, s. 909-926
- ESİN**, İsmail G./**LOKMANHEKİM**, Tunç S., Uygulamada Birleşme ve Devralmalar, İstanbul, 2003
- FAZIO**, Joseph M., “Devil is the Detail: When Being More Thorough Can Get You into Trouble: Drafting Letters of Intent”, Michigan Bar Journal, Vol. 92, Issue 6, June 2013, s. 26-29
- FONTAINE**, Marcel/**DE LY**, Pilip, Droits des contrats internationaux, Bruylant, Brussel, 2003
- FURMSTON**, Michael Philip/**POOLE**, Jill/ **NORISADA**, Takao, Contract Formation and Letters of Intent, John Wiley & Sons, Chichester, 1998
- GAUCH**, Peter/**SCHLUEP**, Walter R. Schweizerisches Obligationenrecht, allgemeiner Teil, Band II, 6. Auflage, Zürich, 1995
- GOLDBLATT**, Michael L., “Letters of Intent Can Be Screening Device”, Preventive Law Reporter, March 1988, s. 29-31
- HACKL**, Ernst M., The Letter of Intent-Enforcement and Liability Risks: Talks by Charles Polzin in Frankfurt am Main, Deutsch-Amerikanische Juristen-Vereinigung Newsletter, 2/2012, s. 77-78
- HEHLI**, Christoph, Die alternativen Rechtsbehelfe des Kaeufers: unter besonderer Berücksichtigung der Haftung aus Culpa in Contrahendo, Zürich, 2008
- HOCHENDLINGER**, Gerhard, Der Letter of Intent in Theorie und Praxis, Anwaltsblatt, 2003/9, s. 465-471 <http://www.oerak.or.at/downloads/03-anwbl09.pdf> (son erişim tarihi: 25.02.2014)
- HOLGER**, Jahn, Der Letter of Intent, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2000
- HOMBURGER**, Thomas C./**SCHUELLER**, James R., “Letters of Intent-A Trap for the Unwary”, Real Property, Probate and Trust Journal, Vol. 37, Fall 2002, s. 509-535
- HONSELL**, Heinrich/**VOGT**, Nedim Peter/**WIEGAND**, Wolfgang, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Auflage, Basel Genf München 2003 (HONSELL/VOGT/WIEGAND/...)

**HUET, Jérôme/DUPUIS-TOUBOL, Frédérique**, “Violation de la Confidentialité des Négociations” *Petites Affices*, S. 41, 4.4.1990, s. 4-11

**İŞINTAN, Pelin**, Sözleşme Müzakereleri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2009

**KELLER, Max/SCHÖBI, Christian**, Das schweizerische Schuldrecht, , Band I, allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Auflage, Basel Frankfurt, 1988

**KILIÇOĞLU, Ahmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı Ankara 2011

**KIRCA, İsmail**, Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, Ankara 2000

**KNAPP, Charles**, “Enforcing the Contract to Bargain”, *New York University Law Review*, Vol. 44, October 1969, s. 673 – 728 <http://librarysource.uchastings.edu/repository/Knapp/44NYULRev673.pdf> (son erişim tarihi: 21.02.2014)

**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 1. Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş – Hukuki İşlem – Sözleşme, Yenilenmiş, Genişletilmiş, Tamamlanmış 4. Baskı, İstanbul 2008

-----, Güven Nazariyesi Karşılığında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul, 1968 (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hata)

**KRAMER, Ernst A.**, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22 OR, Bern, 1991

**LAKE, Ralph B.**, “Letters of Intent: A Comparative Examination Under English, U.S., French, and West German Law”, *George Washington Journal of International Law and Economics*, Vol. 18, 1984-1985, s. 331-353.

**LAKE, Ralph B./DRAETTA, Ugo**, Letters of Intent and Other Precontractual Documents, Second Edition, Salem, 1994

**LARENZ, Karl**, Allgemeinen Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Auflage, München 1989

-----, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987 (LARENZ, Band I)

-----, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13. Auflage, München 1986 (LARENZ, Band II)

**MACALUAY, Stewart**, “Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary

Study”, American Sociological Review, Vol. 28, No. 1, February 1963, s. 55 - 67  
<http://orientation.uchicagolawandecon.org/readings/Macaulay%20on%20Noncontractual%20Relations.pdf> (son erişim tarihi: 21.02.2014)

**MARSHALL**, Tony, “Beware Letters of Intent”, Construction Law International, Vol. 3, No. 3, September 2008, s. 10 – 15

**MEDICUS**, Dieter/**LORENZ**, Stephan, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 20. Auflage, München, 2012 (MEDICUS/LORENZ, AT)

-----, Stephan, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 16. Auflage, München, 2012 (MEDICUS/LORENZ, BT)

**MEYERSON**, Alfred M./**ARMSTRONG** Thad H., Letters of Intent – Enforceability Issues, Probate & Property, September/October 2003

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, Band I, Art. 1-240, 4. Auflage, München, 2001(MünchKommBGB/...)

**OFTINGER**, Karl/**STARK**, Emil, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Band II, erster Teilband, 4. Auflage, Zürich 1987

**OĞUZMAN**, Kemal/**ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2009

ÖZ, Turgut, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990

**PALANDT**, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, Beck’sische Kurz Kommentare, 71. neuarbeitete Auflage, München, 2012

**POHLMANN**, Andre, Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten: Ein Beitrag zur Culpa in Contrahendo und zur positiven Forderungsverletzung unter Berücksichtigung der Schuldrechtsreform, Berlin 2002

**SCHUT**, Wilma M. S., Letters of Intent, Tjeenk Willink, Zwolle, 1986

**SCHLOSSER**, Ralph, “Les lettres d’intention: portée et sanction des accords précontractuels”, Responsabilité Civile et Assurance, Etudes en l’honneur de Baphiste Rusconi, Lausanne 2000, s. 345-362

**SCHWENZER**, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Bern 2000

**SEROZAN**, Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 1994

**SIEBOURG**, Peter, Der Letter of Intent: ein Beitrag zum US-amerikanischen und deutschen Recht mit vergleichenden Anmerkungen, Bonn, 1979

**SOERGEL**, Hans Theodor, Schuldrecht, §§823-853, ProdHG, UmweltHG, 13. Auflage, Stuttgart, 2012

**SOLOWAY**, Todd E./**BERNSTEIN**, Joshua D., The Enforceability of Letters Of Intent, New York Law Journal, 29.01.2014, <http://www.newyorklawjournal.com/real-estate-update/id=1202640378933/The+Enforceability+of+Letters+of+Intent%3Fmcode=1380566193211&curindex=9> (son erişim tarihi; 26.2.2014)

**STAUDINGER**, Julius, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 1. Buch 12. neubearbeitete Auflage, Berlin, 1980 (STAUDINGER/...)

**STAUDINGER**, Julius Kommentar zum BGB, 2. Buch, Art. 255-327, 12. Auflage, Berlin, 1979 (STAUDINGER/... 2. Buch)

**STEIN**, Steven G. M./**RHINER**, Joel J., Enforcing Letters of Intent and Handshake Agreements, The Construction Lawyer, April 2000, s. 37 - 41

**STELLINGWERF**, Frank/**MANTESE**, Gerard, "Letters of Intend", Michigan Bar Journal, Vol. 13, s. 1 <http://www.michbar.org/journal/article.cfm?articleID=153&volumeID=13> (son erişim tarihi: 19.02.3014)

**STIEFEL**, Ernst C., "As They See Us", Typische Rechtsprobleme bei amerikanischen Investitionen in Deutschland, Festschrift für Reimer Schmidt, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 1976

**STOLL**, Hans, "Tatbestände und Funktionen der Haftung für Culpa In Contrahendo", Festschrift für Ernst von Ceammerer zum 70. Geburtstag, Tübingen, 1978, s. 435-476

**SUNGURBEY**, Ayfer Kutlu, Yetkisiz Temsil – Özellikle Culpa in Contrahendo (sözleşmenin kurulmasında kusur) ve Olumsuz Zarar, İstanbul, 1988

**TOMME**, Charlotte, Letter of Intend in "Civil" en "Common" Law, Faculteit Rechtsgeleerdheid Universiteit Gent, 2010, [http://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/001/458/397/RUG01-001458397\\_2011\\_00\\_01\\_AC.pdf](http://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/001/458/397/RUG01-001458397_2011_00_01_AC.pdf) (son erişim tarihi: 19.02.2014)

von **TUHR**, Andreas/**PETER**, Hans, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrecht, Band I, 3. Auflage, Zürich, 1979

**TUNÇOMAĞ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, İstanbul 1976

**ULUSAN**, İhsan, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul, 1984

-----, "Culpa in Contrahendo Üstüne", Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul 1982, s. 275-319 (ULUSAN, Culpa in Contrahendo)

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





# ÜLKEMİZE SURİYEDEN SİĞINANLAR VE ONLARIN İNSAN ONURU<sup>1</sup>

*Syrian Refugees in Turkey and Their Human Dignity*

**Asım KAYA\***

## ÖZET

Günümüzde toplu göçlerin artmasıyla birlikte mülteci sorunu daha da önemli hale gelmiştir. 2011 yılından beri 2.5 milyondan fazla Suriyeli ülkelerindeki savaş koşullarıyla nedeniyle ülkemize sığınmıştır. Bunların önemli bir bölümü Avrupa'ya geçmeye çalışmıştır. Göç sürecinde çeşitli zorluklarla karşılaşmışlardır. Bu zorlu süreçte Türkiye'nin ve Batılı ülkelerin farklı yaklaşımları ile karşılaşmışlardır. Türkiye açık kapı politikasını benimserken Batılı ülkeler sınırlarını kapatmışlardır.

Suriyelilerin bulunmuş oldukları ülkelerde sahip oldukları haklar insan onuru bakımından önemlidir. Bu haklardan bazıları barınma hakkı, ulaşım hakkı ve çalışma hakkıdır. Suriye toplumunun ve Türk toplumunun büyük bir çoğunluğunun Müslümanlardan oluşması nedeniyle İslam'da insan onuru incelemeye değerdir. Suriyeliler göç esnasında ve sığındıkları ülkelerde bir takım suçların mağduru oldukları görülmektedir. İnsan hakkı ihlallerine yol açan ve insan onurunu zedeleyen bazı suç tipleri bulunmaktadır. Türk Ceza Hukukunda düzenlenen bu suç tipleri, göçmen kaçakçılığı, insan ticareti ve fuhuş suçu olarak sıralanabilir.

**Anahtar Kelimeler:** Mülteci Krizi, Suriye, İnsan Onuru, İslam, Barınma Hakkı, Çalışma Hakkı, Ulaşım Hakkı, Mülteci Kampı.

## ABSTRACT

Today, refugee problem has become gradually more important together with ever-increasing mass migration. More than 2.5 millions of Syrians have taken refuge in Turkey since 2011 due to war conditions in their country. Most of them tried to pass to Europe. Refugees faced many difficulties during migration process. In the course of these tough times, they were subject to different approaches by Turkey and Europe. Turkey adopted open door policy, whereas Western states chose closing their doors.

Rights of Syrians in their new countries do matter in terms of human dignity. Some of these rights are right to housing, travel and to work. Since the majority of Syrian and Turkish societies is Muslim, human dignity in Islam is a question worth examination. Syrians apparently are victims of certain crimes during migration and in their countries of asylum. Certain types of crime violate human rights and harm human dignity. According to Turkish Criminal Law, these crimes include migrant smuggling, human trafficking and prostitution.

---

<sup>1</sup> Asım KAYA, Fatsa Cumhuriyet Savcısı, Özyeğin Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi. asimkaya@adalet.gov.tr

**Keywords:** Refugee Crisis, Syria, Human Dignity, Islam, Right to Housing, Right to Work, Right to Travel, Refugee Camp.



## GİRİŞ

2011 yılından bugüne kadar ülkemize sığınan Suriyeliler çeşitli konularda incelemeye değerdir. Toplu şekilde ülkemize gelen ve sığınan insanlar çeşitli zorluklarla karşılaşmaktadırlar. Bu zorluklar karşısında bu insanların onuru en önemli kavram olmuştur. İnsan onurlu bir şekilde yaşama hakkına doğuştan sahiptir. Bu kişilerin ne sıfatla nitelendirileceğinden görecekları muameleye kadar insan onuru ölçü olarak karşımıza çıkacaktır. Ülkemize sığınan insanlar 2011 yılından bu yana “Suriyeli Misafirler” olarak kabul edilmiştir. Bu tabir devlet yetkilileri ve kurumlar tarafından kullanılmıştır.<sup>2</sup> Göç akımının başladığı ilk zamanlarda ülkemize sığınan bu insanlar için misafir kelimesinin kullanılması tesadüfi olmayıp özenle seçilmiş bir kelimedir. Öncelikle Türk toplumunda misafir önemli bir yere sahiptir.<sup>3</sup> Misafir özenle ağırlandırılmalı ve uğurlanmalıdır. Ancak bu tabir hukuki bir tabir olmamakla birlikte sığınanların ülkemizde kalmış oldukları süre uzadıkça anlamını yitirmektedir. Onları hukuki bir statüde değerlendirmeye çalıştığımızda, mülteci, sığınmacı, geçici korunan gibi statüler karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca, sorunun başlangıcından bugüne kadar olan süreçte Türkiye ile Batı ülkelerinin konuya yaklaşımının farklı olduğu dikkatimizi çekmektedir. Suriyelilerin hakları da bu yaklaşım bakımından ve uygulamada önemli olmaktadır. Türk toplumunun ve Suriye toplumunun çoğunluğunun Müslüman olması nedeniyle İslam dininde insan onuru özenle irdelenmelidir. Suriyeliler insan onuru bakımından bazı suç tipleriyle karşı karşıya kalmaktadırlar. Bunlar Türk Ceza Kanununda yer alan göçmen kaçakçılığı, insan ticareti ve fuhuş suçları olarak sıralanabilir.

## 1. İNSAN ONURU TANIMI

Alman Anayasa Mahkemesine göre, “İnsan onuru, insanın bizzat kendisinden sorumlu olması, tinsel-ahlaki bir varlık olup kendini gerçekleştirme özgürlüğüne sahip olması demektir”. Bir tanıma göre ise insan onuru insanın sadece insan olması sebebiyle değer ve saygı görmesidir.<sup>4</sup> İnsan akli ve ah-

---

<sup>2</sup> <https://www.afad.gov.tr/Dokuman/TR/98-2014061912629-suriyeli-misafirlerimiz.pdf> (G.T. 19/02/2015).

<sup>3</sup> <http://www.gateofturkey.com/section/tr/471/7/kultur-ve-sanat-gelenek-ve-gorenekler-misafirperverlik> (G.T. 19/02/2016).

<sup>4</sup> Kahan Onur ARSLAN, “İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması”, S. 120, TBBD, Ankara, 2015. s. 157

laki yeteneklere sahip olması nedeniyle maddi ve manevi açıdan değerlidir. İnsan kendi yaşamını ahlaki olarak belirleme ve kendini geliştirme yetisine sahiptir. İnsan onurunu doğuştan ve doğal olarak kazanmıştır.<sup>5</sup> İnsan onuru kavramı ilk olarak Çiçero'da görülmektedir. Çiçero onuru hiyerarşik yapı bir sosyal sistemin, yaşadığı dönemi Roma İmparatorluğunun bir unsuru olarak görür.<sup>6</sup> Eski Yunan'da insanın öz değerine vurgu yapan anlayışın bulunduğunu görmekteyiz. Stoacı okulun kurucusu Zenon, insanların eşitliği ve kardeşliği temasını işlemiş, her türlü ayrımcılığı reddederek siteyi kutsallıktan arındırmıştır. Stoacı düşünürler insanın doğuştan eşit ve özgür olduğunu kabul etmişlerdir.<sup>7</sup> Modern anlamda insan onuru kavramına ilk olarak Pico della Mirandola'da (1463-1496) rastlamaktayız. Mirandola, *De Dignitate Hominis* adlı eserinde ilk kez insan onurunun insan özgürlüğüyle sağlandığını, iyi ve kötü arasında ayırım yapmada özgür iradesiyle, iyiyi seçebileceğini, kendi yazgısını çizebileceğini vurgulamıştır.<sup>8</sup> Bu kavramı bugüne en yakın anlamıyla temellendiren ise Immanuel Kant olmuştur. Kant'a göre insanı diğer canlılardan farklı kılan ve ona onurunu ve değerini veren şey, sahip olduğu iyi irade ve bu iradeyi otonom olarak ahlak yasasına uygun biçimde kullanabilme kapasitesidir.<sup>9</sup> Alman Anayasası 1. maddesinde açıkça insan onuru kavramına yer vererek tüm hukuk sistemini bu ilke üzerine oturtmuştur. Bu ilke sistemin kurucu ilkesi olarak görülmektedir. Bu kavramın açıkça düzenlenmesinin tarihsel bir takım nedenleri vardır. Tabii ki Nazi döneminde yaşanan olayların bunda etkisi büyüktür.<sup>10</sup> Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, BM İnsan Hakları Bildirgesi, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Biyotıp ve İnsan Hakları Sözleşmesi, bazı ülke Anayasaları, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 17. madde ve Başlangıç bölümü 6. kısımda insan onurunun düzenlendiğini görmekteyiz.<sup>11</sup>

## 2. ÜLKEMİZE SURIYE'DEN SIĞINANLARIN STATÜSÜ VE BELİRLENEN STATÜNÜN NETİCESİ

Mültecilerle ilgili ilk düzenleme Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin

<sup>5</sup> Nihat BULUT, "Eski Yunan'dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış", C. XII, S. 3-4, EÜHFD, s. 3

<sup>6</sup> Altan HEPER, "İnsan Onuru ve İnsan Tasarımı ve Aktüel Tartışmalar", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, XII Levha Yayıncılık, 2010, s. 1928-1929

<sup>7</sup> HEPER, a.g.m., s. 4, Münci KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, Ankara, 1993, Yetkin Yayınları, s. 19

<sup>8</sup> HEPER, a.g.m., s. 1929

<sup>9</sup> Nagehan GÜRBÜZ, Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru, XII Levha Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 8

<sup>10</sup> İlyas DOĞAN, "Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş", (s. 51-59). C. 13, S. 2, SÜHFD, Konya, 2005, s. 57

<sup>11</sup> HEPER, a.g.m., s. 1927

1951 Cenevre Sözleşmedir. Bu düzenleme içeriği itibariyle yetersiz görül-  
müş ve sonrasında Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1967 Protokolü ile  
yeniden düzenlenmiştir. Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1967 Proto-  
kolü'ne göre; Irkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya  
siyasi düşünceleri yüzünden zulme uğrayacağından haklı sebeplerle kork-  
tuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin koruma-  
sından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen;  
yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı  
ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku  
nedeniyle dönmek istemeyen her şahıs mülteci olarak tanımlanmaktadır.<sup>12</sup>  
Ülkemizden iltica-sığınma talebinde bulunan yabancıların talepleri; 1951 Ta-  
rihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi ve 1967 tarihli  
EK protokole bağlı olarak çıkarılan 94/6169 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla  
onaylanarak 30.11.1994 tarih ve 22127 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak  
yürürlüğe giren «Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek  
Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca  
Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Ha-  
reketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik» hükümlerine  
göre değerlendirilmekteydi. Bu Yönetmeliğe göre Türk hukukunda mülteci  
ve sığınmacı statüleri bulunmaktaydı. 1951 Tarihli Mültecilerin Hukuki Du-  
rumuna Dair Cenevre Sözleşmesine göre Türkiye'ye, Avrupa ülkelerinden  
gelen ve iltica talebinde bulunan yabancıları, 1951 Cenevre Sözleşmesindeki  
5 kritere uyması durumunda mülteci statüsü vererek daimi ikametine izin  
verdiği, Avrupa ülkeleri dışındaki ülkelerden gelerek Türkiye'den sığınma ta-  
lebinde bulunan yabancıları Sözleşmesindeki 5 kritere uyması durumunda  
"Sığınmacı" statüsü vererek 3. ülkeye yerleştirilene kadar uluslararası ko-  
ruma sağlayacağını belirlemiştir.<sup>13</sup> Son yıllarda meydana gelen göç dalgaları  
nedeniyle mevzuatta değişikliğe gidilmiş 2014 Nisan ayında 6485 sayılı Ya-  
bancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu kanunda ge-  
tirilen "Şartlı Mülteci" statüsü ile sığınmacı kavramı ortadan kalkmış ve aynı  
zamanda "Mülteci" ve "Şartlı Mülteci" dışında "İkincil Koruma" adı verilen  
ayrı bir statü daha belirlenmiştir. Bu statüler dışında "Geçici Koruma" adı  
verilen ve esasen insani yardım eksenli geçici bir rejim de öngörülmüştür.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Oğuzhan TÜRKOĞLU, "Mülteciler ve Ulusal/Uluslararası Güvenlik", C. XXX, S. 2, 2011, ss. 101-118, UÜİİBD, s. 103

<sup>13</sup> <https://www.egm.gov.tr/sayfalar/iltica-goc-islemleri.aspx> (G.T. 15/02/2015).

<sup>14</sup> Feyzullah CİHANGİR, "Türkiye'deki Suriyeliler'in Hukuki Statüsü Üzerine Bir Çalışma", <http://akademikperspektif.com/2015/02/23/turkiyedeki-suriyelilerin-hukuki-statusu-uzerine-bir-calisma/> (G.T. 18/02/2016). Derya KAP, "Suriyeli Mülteciler; Türkiye'nin Müstakbel

Bu rejimin uygulanması için Geçici Koruma Yönetmeliği yayınlanmıştır.<sup>15</sup>

6485 sayılı Yasa'nın 61. maddesine göre, Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında mülteci statüsü verilir. Söz konusu tanımdan da anlaşılacağı üzere Türkiye mülteci tanımını belirlerken coğrafi kısıtlama koyarak Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle gelenleri mülteci olarak kabul etmiştir.<sup>16</sup> Kanun'un 62. Maddesine göre Avrupa ülkeleri dışından gelenler ise şartlı mülteci olarak kabul edilmiştir.

Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 1. maddesinde amacının, ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma amacıyla kitlesel olarak Türkiye sınırlarına gelen veya sınırları geçen yabancılardan 6458 sayılı YUKK 91. madde gereğince uluslararası koruma talebi, bireysel olarak değerlendirmeye alınamayanlara sağlanabilecek geçici koruma işlemlerinin usul ve esasları ile bu kişilerin Türkiye'ye kabulü, Türkiye'de kalışı, hak ve yükümlülükleri, Türkiye'den çıkışında yapılacak işlemleri, kitlesel hareketlere karşı alınacak tedbirleri ve ulusal ve uluslararası kuruluşlar arasındaki işbirliği ile ilgili hususların düzenlenmesi olduğunu belirtmiştir.<sup>17</sup> Söz konusu yönetmeliği geçici 1. maddesi uyarınca, 28/04/2011 tarihinden itibaren Suriye Arap Cumhuriyeti'nde meydana gelen olaylar sebebiyle geçici koruma amacıyla Suriye Arap Cumhuriyeti'nden kitlesel veya bireysel olarak sınırla-

---

Vatandaşları", Akademik Perspektif, 2014, s. 32, [http://www.ikv.org.tr/images/files/Akademik-Perspektif-Aralik-2014\\_30-35\(1\).pdf](http://www.ikv.org.tr/images/files/Akademik-Perspektif-Aralik-2014_30-35(1).pdf), «Türkiye'deki Suriyeliler: Toplumsal Kabul ve Uyum Araştırması», Hacettepe Üniversitesi Göç ve Siyaset Araştırmaları Merkezi, <http://www.hugo.hacettepe.edu.tr/TurkiyedekiSuriyelilerToplumsalKabulveUyumHUGO.pdf>. (G.T. 15/02/2016).

<sup>15</sup> Geçici Koruma Yönetmeliği, İçişleri Bakanlığının 13/8/2014 tarihli ve 8027 sayılı yazısı üzerine, 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 91 inci maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 13/10/2014 tarihinde kararlaştırılmıştır., <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/10/20141022-15-1.pdf> (G.T. 18/02/2016).

<sup>16</sup> Neva Övünç, ÖZTÜRK, Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 398

<sup>17</sup> İbrahim KAYA, Esra Yılmaz Eren, "Türkiyedeki Suriyelilerin Hukuki Durumu Arada Kalanların Hakları ve Yükümlülükleri", SETAV, Rapor, s. 30, [http://file.setav.org/Files/Pdf/20151230134459\\_turkiyedeki-suriyelilerin-hukuki-durumu-pdf.pdf](http://file.setav.org/Files/Pdf/20151230134459_turkiyedeki-suriyelilerin-hukuki-durumu-pdf.pdf) (G.T. 18/02/2016).

rimıza gelen veya sınırlarımızı geçen Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşları ile vatansızlar ve mülteciler, uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş olsalar dahi geçici koruma altına alınırlar. Geçici korumanın uygulandığı süre içinde, bireysel uluslararası koruma başvuruları işleme konulmaz. Bu maddeye göre 28/04/2011 tarihinden itibaren Türkiye'ye giren Suriye vatandaşları "Geçici Korunan" statüsündedir.<sup>18</sup>

Ülkemize sığınan Suriyelilerin geçici korunan statüsünde olması mülteci veya şartlı mülteci statüsü verilmemesinin neticesi ise bu statüde olanların bazı haklardan sınırlı şekilde yararlanmasıdır. Bu haklara, seyahat hakkı, barınma hakkı ve çalışma hakkı örnek olarak verilebilir. Söz konusu haklara ilişkin ayrıntılı değerlendirme ilerleyen başlıklarda yapılacaktır.

### 3. TÜRKİYE'NİN SORUNA YAKLAŞIMI VE İNSAN ONURU

Türkiye Osmanlı İmparatorluğu döneminden beri birçok kez kendisine sığınanlara kapılarını açmıştır. Osmanlı İmparatorluğu döneminde genel olarak açık kapı politikasının benimsendiği görünmektedir. Özellikle Polonya, Doğru Avrupa, Rusya, Balkanlar, Karadeniz, Kafkasya, Ortadoğu ve Orta Asya'dan sığınanlara yerleşim hakkı tanınmıştır. 1852-1922 yılları arasında Kafkas, Tatar ve Kırım'dan dört milyon insan Anadolu'ya göç etmiş, 1933 ve 1945'li yıllarda Almanya'daki Nazi baskıları nedeniyle 800 Alman vatandaşı gelmiş, 1989 yılında Bulgaristan'dan 29.548 kişi gelerek Türk Vatandaşlığına alınmıştır. 1990-1991 yıllarında Körfez Krizi nedeniyle 460.000 Iraklı ülkemize gelmiştir.<sup>19</sup>

Son yıllarda artan mülteci sayısındaki artış nedeniyle mali açıdan büyük yükümlülükler meydana gelmiştir. UNHCR verilerine göre dünyadaki mültecilerin % 42'si, kişi başına geliri 5000 doların altındaki ülkelerde yaşamaktadır. Bu oran mültecilerin getirdiği mali yükün önemli bir kısmının gelişmekte olan veya az gelişmiş ülkelerce paylaşıldığını göstermektedir. Türkiye 1, 6 milyondan fazla mülteci ile dünyada ilk sırada yer almaktadır. Türkiye'nin göçmen ve mülteci üreten ülkeler ile hedef ülkeler arasında kara, deniz ve hava yolları açısından geçiş noktasında bulunması Türkiye'nin transit ülke olarak pek çok sorun ile yüzleşmesine neden olmaktadır.<sup>20</sup> Düzenli ya da düzensiz göç hare-

---

<sup>18</sup> Aytül UZUN, "Günümüzün Sosyal ve Ekonomik Sorunu Olan Suriyelilerin Mülteci ve Ekonomi Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", Ankara Barosu Dergisi, 2015/1, s. 113, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2015-1/03.pdf> (G.T. 18/02/2016).

<sup>19</sup> Mesut Hakkı CAŞIN, Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları, C. II, İstanbul, 2013, Legal Yayınları, s. 1384

<sup>20</sup> Seda BİROL, "Mülteci Krizi ve Türkiye'nin Rolü", [http://www.hazar.org/analizdetail/analiz/multeci\\_krizi\\_ve\\_turkiye%E2%80%99nin\\_rolu\\_1413.aspx](http://www.hazar.org/analizdetail/analiz/multeci_krizi_ve_turkiye%E2%80%99nin_rolu_1413.aspx) (G.T. 16/02/2016).

ketlerinde, varılacak hedef konumundaki ülkelere hedef ülke denmektedir.<sup>21</sup> Transit ülke ise hedef ülkeye varılmak için geçilen ülkedir.

Sığınma arayan kişilerin karşılaştıkları en önemli sorun bir yabancı devlet ülkesine girmek istemeleri sırasında sınırdan geri çevrilip çevrilmeyecekleri veya bir kere ülkeye girdikten sonra kaçtıkları devletin ülkesine iade edilip edilmeyecekleridir. Geri Vermeme (non-refoulement) ilkesi adı altındaki bu ilke konumuz bakımından önemli olup 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1969 Afrika Birliği Örgütünün Sığınmacılar Sözleşmesinde açıkça yer almaktadır.<sup>22</sup> Türkiye'nin uygulamış olduğu açık kapı politikası gereği Suriyelileri hiçbir ayırım gözetmeksizin kabulü ve geri göndermemesi insan onuruna ve insan haklarına uygun bir politika olarak karşımıza çıkmaktadır. Ülkemize sığınan insanların iade edilmesi halinde geri gönderildikleri yerde eziyet ve işkenceye uygulama ihtimali fazla olduğu gibi mevcut çatışma ortamından etkilenmemeleri mümkün değildir. İnsani bütün hukuk sistemlerinde geçerli olan ve siyasi suçlular için kabul gören iade yasağının çatışma ortamından kaçan binlerce masum insan için değerlendirilmemesi mümkün değildir. Ayrıca, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin 31. maddesi gereği "geri gönderme ilkesi" (the principle of non-refoulement) ile bağlı bulunmaktayız. Bu ilkeye göre, sığınma talebinde bulunan kişi, yaşam ve özgürlüğünün tehlike altında olacağı varsayılan bir ülkeye geri gönderilemez. Geçici Koruma Yönetmeliği'nde de yönetmelik kapsamındaki kişiler açısından geri gönderme yasağı bulunduğu açıkça düzenlenmiştir (m.6). Bakanlar Kurulu kararı ile tamamen ya da kısmen sona erdirilmediği sürece (m.11) veya "geçici koruma" statüleri iptal edilmedikçe (m.8), yönetmelik kapsamında "geçici koruma" statüsü verilmiş Suriyeliler, Türkiye'de kalış hakkına sahip olacaklardır (m.25).<sup>23</sup>

Türkiye çıkarmış olduğu Geçici Koruma Yönetmeliği'nde insan onurunu ön planda tutmuştur. Özellikle Yönetmeliğin 48. maddesinde yer alan özel ihtiyaç sahiplerine ilişkin düzenleme bu bakımdan önemlidir. Bu düzenlemeye göre, özel ihtiyaç sahibi olanlara başta sağlık hizmeti olmak üzere, psiko sosyal destek, rehabilitasyon olmak üzere, her türlü yardım ve destek imkanlar ölçüsünde öncelikli ve bedelsiz sağlanmaktadır. Çocuklarla ilgili işlemlerde çocuğun yüksek yararı gözetilmektedir. 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve ilgili Yönetmelik

---

<sup>21</sup> [http://www.goc.gov.tr/files/files/goc\\_tasar%C4%B1m\\_icler.pdf](http://www.goc.gov.tr/files/files/goc_tasar%C4%B1m_icler.pdf) (G.T 20/06/2016).

<sup>22</sup> Hüseyin PAZARCI, Uluslararası Hukuk, B. 6, Ankara, 2008, Turhan Kitapevi, s. 214

<sup>23</sup> UZUN, a.g.m., s. 113



kapsamında şiddet gören mağdur için derhal gerekli önlemler alınmaktadır. Ayrıca, 49. maddeye göre, Yönetmelik kapsamındaki yabancılar, başka bir ülkede bulunan eşi, ergin olmayan çocukları ve bağımlı ergin çocukları ile Türkiye’de bir araya gelmek üzere aile birleşimi talebinde bulunabilmektedir. Bu hüküm ile “aile birleşimi” hususuna dikkat edilmiştir.

Bugün için Türkiye 2.620.553 Suriyeli’ye ev sahipliği yapmaktadır.<sup>24</sup> Yapılan bir araştırma Türkiye’de toplumun Suriyelileri kabul düzeyinin yüksek olduğunu ortaya koymuştur. Araştırmaya katılanların yüzde 72, 2’sinin Suriyelileri “zulümden kaçan insanlar”, “Türkiye’deki misafirlerimiz”, “din kardeşlerimiz” olarak tanımlaması, Türkiye genelinde Suriyelilerle ilgili toplumsal kabulün sanıldığı kadar aksine yüksek olduğu şeklinde yorumlanmıştır.<sup>25</sup>

Türkiye’nin soruna yaklaşımı insani bakımdan ve uluslararası sözleşmelerin uygulanması bakımından çok olumlu ve önemlidir. Geçici Koruma Yönetmeliği’nin de birçok soruna çözüm bulabilecek şekilde insani değerler dikkate alınarak hazırlandığı görülmektedir. Ancak 6485 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda düzenleme getirmek yerine Geçici Koruma Yönetmeliği ile statü belirlenmesi uzun sürede bazı sorunlara yol açabileceği görülmektedir. Adından da anlaşılacağı üzere “geçici” bir durum veya süre için ara çözüm bulunabilirdi. Ancak 2011 yılından beri süregelen ve henüz ne kadar süreceği belli olmayan bir duruma geçici koruma sağlamaya çalışmak uygun değildir. Böyle bir konuda uzun vadeli, Suriyelilerin Türkiye’ye entegrasyonunu içeren, belirli bir sürenin dolması ve Ülkeye uyumun sağlandığının tespiti halinde Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığını kazanabilmeyi de içeren bir sürecin mevzuat kapsamında düzenlenmesi daha uygun olurdu. Bu konuyla ilgili temel hak ve hürriyetleri ilgilendiren hükümlerin ise kanun düzeyinde düzenlenmesi gerekirdi. Geçici Koruma Yönetmeliği 25. maddeye göre, geçici koruma kimlik belgesi Türkiye’de kalış hakkı sağlamakta, ancak bu belge kanunda düzenlenen ikamet izni veya ikamet izni yerine geçen belgelere eşdeğer sayılmamakta, uzun dönem ikamet iznine geçiş hakkı tanımamakta, süresi ikamet izni toplamında dikkate alınmamakta ve sahibine Türk vatandaşlığına başvuru hakkı tanımamaktadır. Özellikle bu madde uzun dönem ikamet taleplerinde ve vatandaşlık taleplerinde uzun süre Türkiye’de kalan geçici korunanlar için sorun teşkil edebilecek şekilde-dir. Sığınma talebi ile başlayıp şartların sağlanıp uygun görülmesi halinde Vatandaşlık ile biten, düzgün bir entegrasyon süreci Türkiye için daha önem-

---

<sup>24</sup> <http://data.unhcr.org/syrianrefugees/regional.php> (G.T. 16/02/2016).

<sup>25</sup> Derya KAP, a.g.m, s. 33(G.T. 15/02/2016)

li olacaktır. Ayrıca, ileride Suriye'deki şartların düzelmesi halinde bu kişiler Türkiye ve Suriye toplumu ve devleti arasında kültürel, sosyal ve ticari bir köprü vazifesi göreceklerdir.

#### 4. BATININ SORUNA YAKLAŞIMI VE İNSAN ONURU

Yakın tarihe bakıldığında Avrupa'ya birçok defa göç dalgasının olduğu görülmektedir. Fransa ve Almanya savaşın yıkıcı etkileriyle başa çıkabilmek için 1945-1973 yılları arasında 'açık kapı politikası' uygulamışlardır. Hızlı ekonomik kalkınmayı gerçekleştirmek için göçmen iş gücü sağlamışlardır.<sup>26</sup> 1973 yılında dünya çapında ortaya çıkan petrol krizi nedeniyle açık kapı politikasından vazgeçmişlerdir.<sup>27</sup> Bu yıllarda Avrupa ülkeleri kendi iç meseleleriyle mücadele etmeye çalışmışlardır.<sup>28</sup> Avrupa'da soğuk savaş döneminden sonra ortaya çıkan mültecilere karşı tolerans ve hoşgörü anlayışının özellikle son zamanlarda değiştiği, şüphecilik ve yabancı karşıtlığının egemen olduğu kabul edilmektedir. Özellikle Afrika kökenli insanlara ve Müslümanlara karşı kültürel, dinsel ve ırksal farklılık nedeniyle farklı yaklaşımların olduğu, iç politikada ulusal cephe kapsamında yabancı karşıtlığının destek topladığı ve islamafobi-islam korkusu düzleminde ırkçı ve ön yargılı söylemlerin halk desteği topladığı belirtilmektedir.<sup>29</sup> Suriyeli mülteciler konusu Batı'nın bu meseleye yaklaşımı bakımından ayrı bir önem taşımaktadır. 3 yaşındaki Aylan Kurdi'nin Türkiye'nin Bodrum kıyılarından Yunan adasına geçmeye çalışırken hayatını yitirmesi sonucunda cansız bedeninin kıyıya vurması ile Batıda birçok devlet başkanı konu ile ilgili açıklama yapmıştır. Bu acı olaydan sonra Almanya Başbakanı Angela Merkel Avrupa'nın ve Almanya'nın sorumluluk alması gerektiğini belirterek Almanya Anayasasında yer alan "**İnsan Onuru Dokunulmazdır**"<sup>30</sup> hükmünü hatırlatmıştır.<sup>31</sup> Fransa Cumhurbaşkanı Hollande ise tek kurbanı Aylan olmadığına dikkat çekerek hemen harekete geçilmesi gerektiğini söylemiştir.<sup>32</sup> Avrupa Birliği (AB) Konseyi'nin 1995 yılında kabul ettiği İltica Prosedürü Asgari Teminatları

---

<sup>26</sup> CAŞIN, a.g.e, s. 1417

<sup>27</sup> Mehmet ÖZCAN, Avrupa Birliği Sığınma Hukuku Ortak Bir Sığınma Hukukunun Ortaya Çıkışı, USAK, İstanbul, s. 26-27

<sup>28</sup> Mesut Hakkı CAŞIN ve Uğur ÖZGÖKER, Avrupa Birliği'nin Siyasal ve Ekonomik Temelleri, Derin Yayınları, İstanbul, 2013, s. 75

<sup>29</sup> CAŞIN, a.g.e, s. 1424

<sup>30</sup> <http://www.milliyet.com.tr/merkel-i-sarsan-fotograf/dunya/detay/2115964/default.htm> (G.T. 16/02/2016).

<sup>31</sup> <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/refugee-crisis-live-aylan-kurdis-death-drives-international-pressure-for-europe-to-act-as-people-10484471.html> (G.T. 15/02/2016).

<sup>32</sup> [http://www.ntv.com.tr/dunya/batili-liderler-aylanin-olumune-ne-dedi, jFIN2\\_XfCU2stT-PqRFDJng](http://www.ntv.com.tr/dunya/batili-liderler-aylanin-olumune-ne-dedi, jFIN2_XfCU2stT-PqRFDJng) (G.T. 16/02/2016).

Hakkında 20 Haziran 1995 tarihli Konsey ilke kararında, mülteciler ve insan hakları konusundaki uluslararası yükümlülükler uylması gerektiği kabul edilerek geri göndermeme ilkesinin uygulanması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Böylece iltica başvurusu hakkında bir karar alınmadığı sürece sınır dışı etme tedbirinin uygulanmaması gerektiği kabul edilmiştir.<sup>33</sup> Suriyeliler konusunda AB uygulamasına bakıldığında ise AB Konseyi tarafından belirlenen bu standartlara uylmadığı açıkça görülmektedir. AB sınırlarına gelen Suriyelilerden hiçbir iltica başvurusu almadan iade etmektedir.

Türkiye ve AB arasında yapılan mülteci krizine yönelik 7 Mart 2016 tarihinde Bürükselde yapılan zirvede öngörülen geri kabul anlaşması gereğince Türkiye üzerinden Yunan adalarına geçen Suriyeliler Türkiye'ye geri iade edilmekte<sup>34</sup> olup bu anlaşmaya göre Türkiye'ye AB fonlarından proje karşılığında 3 milyar Avro<sup>35</sup> ödeme yapılacaktır. Ayrıca Türkiye Schengen ülkelerine vizesiz<sup>36</sup> seyahat hakkı kazanacaktır. Söz konusu anlaşmanın içeriği ve uygulamasının uzun vadede tartışma konusu oluşturacağı açıktır. İnsan onuru bakımından ilk dikkat çeken eksikliğin, Suriyelilerin Türkiye'ye iadesinde parasal değerlerin ve bir ülkeye sağlanması düşünölen avantajların pazarlık konusu yapılmasıdır. İnsan onuru, bilinçli olma, kendi kaderini belirleme ve insana kendi çevresini şekillendirme yeteneğini veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruh ve manevi güçtür." İnsanı eşya haline getiren ve kişiliği dolayısıyla sahip olduğu değerinkârı anlamına gelen her türlü işlem, insan onuruna aykırıdır.<sup>37</sup> Bunun yanında Suriyelilerin sığınmak istedikleri ülkenin dikkate alınmaması bir diğer olumsuz durumdur. BMMYK Yürütme Komitesi'nin 1979 tarihli ve 15 sayılı kararında sığınma arayan kişinin sığınmak istediği ülkeyle ilgili niyetlerinin de mümkün olduğu ölçüde göz önüne alınması gerektiği vurgulanmıştır.<sup>38</sup> Toplu şekilde AB sınırlarına geçen mültecilerin sığınma talepleri dahi alınmamakta

---

<sup>33</sup> Yücel ACER, İbrahim KAYA ve Mahir GÜMÜŞ, Küresel ve Bölgesel Perspektiften Türkiye'nin İltica Stratejisi, USAK Yayınları, Ankara, 2010, s. 138

<sup>34</sup> <http://www.amerikaninnesi.com/content/turkiye-ab-arasndaki-uzlasmanin-ayrntilari/3232150.html> (G.T. 12/03/2016).

<sup>35</sup> [http://www.bbc.com/turkce/haberler/2016/03/160307\\_ab\\_turkiye](http://www.bbc.com/turkce/haberler/2016/03/160307_ab_turkiye) (G.T. 12/03/2016).

<sup>36</sup> [http://www.ab.gov.tr/files/pub/turkiye\\_ab\\_vize\\_muafiyeti\\_sureci\\_ve\\_geri\\_kabul\\_anlasmasi\\_hakkinda\\_temel\\_sorular\\_ve\\_yaniltlari.pdf](http://www.ab.gov.tr/files/pub/turkiye_ab_vize_muafiyeti_sureci_ve_geri_kabul_anlasmasi_hakkinda_temel_sorular_ve_yaniltlari.pdf) (G.T. 12/03/2016).

<sup>37</sup> Cengiz GÜL, "Klonlama ve Kök Hücre Çalışmaları Karşısında İnsan Onurunun Korunması Hakkı", <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=KLONLAMA%20VE%20K%D6K%20H%DCCRE%20C7ALI%DEMALARI%20KAR%DEISINDA%20%20DDNSAN%20ONURUNUN%20KORUNMASI%20HAKKI&kimlik=-1385159815&url=makaleler/cgul-1.htm> (G.T. 19/06/2016)

<sup>38</sup> Yusuf Sidar Şahin, Avrupa Birliği Mülteci Hukukunda Üye Devletlerin İltica Başvurusunu Değerlendirme Yetkisinin Çerçevesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2013, s. 115, [www.yok.gov.tr/tez-veri-tabani](http://www.yok.gov.tr/tez-veri-tabani)

ve yine toplu şekilde Türkiye'ye iade edilmektedirler. Bu iadede aile birliği, sağlık şartları ve iade edilen ülkede güvenli şekilde yaşayıp yaşayamayacağı gibi hususların dikkate alınmaması insan onuru bakımından bir eksikliklerdir. Ayrıca AB mevzuatı kapsamında konuya bakıldığında AB'nin bugün itibarıyla Suriyeli mültecilere olan bakışının insani bakımdan eksik olduğu görülecektir. 15 Haziran 1990 tarihinde Dublin'de Danimarka hariç o zaman ki Avrupa Topluluğu (AT) üyeleri tarafından "Avrupa Topluluklarına Üye Devletlerden Birinde Yapılan İltica Başvurularının İncelenmesinden Sorumlu Devletin Belirlenmesine İlişkin Sözleşme" (Dublin Sözleşmesi) imzalanmıştır.<sup>39</sup> Dublin Sözleşmesi ile taraf devletler birbirlerini karşılıklı olarak güvenli üçüncü ülke olarak tanımlamaktadırlar.<sup>40</sup> AB sınırlarına gelen Suriyelileri hiçbir istisna gözetmeksizin Türkiye'ye iade ederek Dublin Sözleşmesinde yer alan mülteciler hususundaki yükün kendi arasındaki paylaşımını gerçekleştirmemektedir. AB'nin bu sorumluluk almayan yaklaşımı sonucunda mülteciler, başta ilk ayak bastığı yerler olan *İtalya, Malta, Yunanistan ve İspanya* olmak üzere, birçok ülkede sıkıntı ve saldırılar ile karşı karşıya kalmaktadırlar.<sup>41</sup>

## 6. SURIYELİ GEÇİCİ KORUNANLARIN BAZI HAKLARI

Genel olarak mültecilerin ve özel olarak Suriyelilerin karşılaştıkları güçlükler sadece ülkelerinde bulunan çatışma ve yoksulluk ortamından kaçmakla sınırlı değildir. Aileleriyle birlikte daha iyi bir mesleğe ve eğitime sahip olabilmek için yeni bir ülkeye gittiklerinde barınma, seyahat ve belirli hizmetlere ulaşma bakımından da sıkıntılarla karşılaştıkları görülmektedir.<sup>42</sup> II. Dünya Savaşı sonrası gelişmeler ve BM rejiminin devletler tarafından benimsenmesi sonucunda uluslararası toplum mülteci sorununa kalıcı ve kapsamlı çözümler bulmaya çalışmıştır. Bu kapsamda, 1948 yılında ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 14. maddesinde iltica hakkı temel bir hak olarak kabul edilmiştir.<sup>43</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ise sığınma ve iltica konularında doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. Sözleşme'nin 3. maddesinde ise kişilerin işkence, gayri insani ve küçük düşürücü muamele ya da cezalandır-

---

<sup>39</sup> Hilal AKALIN, Avrupa Birliği Üyelik Sürecinde Türkiye'de Mülteci Hukuku: Suriye Örneği, İstanbul, 2013, s. 56 [www.yok.gov.tr](http://www.yok.gov.tr) tez veri tabanı, yüksek lisans tezi,

<sup>40</sup> AKALIN, a.g.y.l.t, s. 57,

<sup>41</sup> Yavuz GÜÇTÜRK, "Avrupa'nın Ölümçül Mülteci Politikası", <http://setav.org/tr/avrupanin-olumcul-mul-teci-politikasi/yorum/27102> (G.T. 17/03/2016).

<sup>42</sup> Anna PURKEY, "A Place in the World: Human Dignity in Migration and Refugee Assistance", Action Réfugiés Montréal General Assembly – May 2015, s. 2-3 <http://www.action.org/documents/AGM2015-Keynote.pdf> (G.T. 16/02/2016).

<sup>43</sup> CAŞIN, a.g.e, s. 1387

maya maruz kalma riski ile karşılaşabilecekleri bir ülkeye sınır dışı edilmesine karşı koruma getirmiştir.<sup>44</sup> 1951 Cenevre Sözleşmesine göre sığınmacı olan kişi bazı konularda eşit davranış görme hakkına sahiptir. Bu konular şöyle sıralanabilir; dinsel ibadet ve çocukların dinsel eğitimi, düşünsel ve endüstriyel mülkiyet, yargı organları önünde taraf olarak bulunma, ilk öğretimden yararlanma, sosyal yardımlar, çalışma koşulları ve sosyal güvenlik hakkı, meslek ve mesken sahibi olma gibi.<sup>45</sup> Suriyelilerin insan onuru bakımından hakları gündeme geldiğinde ilk olarak dikkate alınması gereken onların onurlu bir şekilde barınması, ulaşım sağlayabilmesi ve çalışma hakkı olduğunu görüyoruz.

İnsan onuru temel bir hak mıdır yoksa insan haklarının dayandığı temel norm olarak mı değerlendirilmelidir sorusu tartışılmıştır. Alman Anayasa Mahkemesi insan onuru bir temel hak olarak değerlendirmektedir. Bazı karşıt görüşler ise insan onurunun bir temel hak olarak kabul edilmemesi gerektiğini savunmaktadır. Örneğin Dürig'e göre insan onuru, insan haklarının dayandığı temel bir norm olarak değerlendirilmelidir.<sup>46</sup> Bir düşünceye göre, insan onurunun salt kendisinin bir insan hakkı olmadığı, insan haklarının temelini oluşturduğu, bir başka ifade ile insan hakkı ile aynı zamanda insan onurunun kastedildiği, anlamda iki yönlülüğün söz konusu olduğu, yani burada "olan" (insan hakkı) ve olması gereken (insan onuru) olduğu, insan onuru kavramı insan hak ve özgürlüklerinde olması gerekene ulaşmada kutup yıldızı işlevi gördüğü savunulmuştur.<sup>47</sup> Bize göre de insan onuru diğer bütün insan haklarının dayandığı temel bir normdur. Bu hakların tamamı insan onuruna uygun şekilde düzenlenmeye çalışılmalıdır.

## A. ONURLU BİR ŞEKLİDE BARINMA HAKKI

Onurlu bir şekilde barınma hakkının ilk basamağını bir insanın kendi ülkesinde onurlu bir şekilde barınması oluşturmaktadır. Yani öncelikle bir insanın onurlu bir şekilde barınma hakkından söz edebilmek için onun göçe zorlanmaması, kendi ülkesinde, kendi şehrinde ve kendi mahallesinde özgürce barınabilme hakkı bulunmalıdır. Kendi mahallesinde şiddet veya başka nedenlerden dolayı barınamayan birisi için kendi şehrinde barınabilme hakkı, kendi şehrinde barınamayan birisi için kendi ülkesinde barınabilme hakkı tartışılmalıdır. Son yıllarda topluca sığınma olaylarının sayısının artması nedeniyle sığınmacıların ayrılmak istedikleri devlet topraklarında veya kabul eden devlet top-

---

<sup>44</sup> CAŞIN, a.g.e, s. 1388

<sup>45</sup> PAZARCI, a.g.e, s. 215-216

<sup>46</sup> GÜRBÜZ, a.g.e, , s. 15

<sup>47</sup> DOĞAN, s. 56

raklarında “güvenli bölge-safety zone-safe haven” adı verilen uygulamaların gerçekleştiği görülmektedir.<sup>48</sup> Başka bir ülkeye göç etmeden kendi ülkesinde barınabilmenin en son aşamasını ise “güvenli bölge”<sup>49</sup> ve “uçuşa yasak bölge” uygulamalarında görüyoruz. Bir ülkenin belli bir kısmı uçuşa yasak bölge ilan edilerek burada insanların kamplarda barınabilmesi sağlanabilmekte böylece diğer bir ülkeye geçiş son çare ve alternatif olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konudaki en tanınmış uygulama “Körfez Savaşı” sonrası Iraklı peşmergeler için Kuzey Irak’ta güvenli bölgeler kurulmasıdır.<sup>50</sup> Almanya Başbakanı Angela Merkel yaptığı açıklamalarda, Suriye’de uçuşa yasak bölgenin olması gerektiğini savunmuştur. Ancak bu öneri Türkiye Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan tarafından uzun yıllardır ortaya atılan ve Avrupa tarafından kabul görmeyen bir öneridir.<sup>51</sup>

2015’in başından beri yaklaşık 160 binden fazla kişinin geldiği ve ekonomik kriz içindeki Yunanistan’da hem adalar hem de anakarada bulunan mültecilere barınak tedariki yeterli değildir. Binlerce mültecinin Türkiye üzerinden ulaştığı Kos adası bunun en açık örneğidir. Kayıt merkezi ya da barınaklar bulunmadığı Kos’ta mülteciler geceyi plaj ve parklarda ve stadyumda geçirirken, Yunanistan adaya yolladığı dev bir yolcu gemisi ile barınma sorununa çözüm bulmaya çalışmaktadır.<sup>52</sup> Onurlu bir şekilde barınma hakkı söz konusu olduğunda buranın asgari yaşam koşullarını taşıması gerekmektedir. Söz konusu yerin isminden çok niteliği önemlidir. Bir kişinin çadırda barınması ilk bakışta insani bakımdan uygun gelmeyebilir. Ama soğuk alan, ısıtma sistemi ve yatak olmayan, kalması gereken kişilerin tam olarak sığmadığı bir ev yerine bu şartları sağlayan çadırda kalmak daha tercih edilebilirdir. Bu yüzden barınılan yerin yaşam şartları çok önemlidir. Sığınmacılar ya da mültecilerden ihtiyacı olanlara, yabancılara sağlanan sosyal konut ya da kira yardımı niteliğinde konut yardımı yapılması insanilik prensibinin gereği olarak kabul edilmektedir. Burada 1951 Cenevre Sözleşmesi’nin konut hakkına ilişkin düzenlemesi önemli olmaktadır. Bu düzenlemeye göre mülteci olarak kabul edilenlerin diğer yabancılarla eşit haklara sahip olması gerektiği belirtilmiştir.<sup>53</sup> Sözleşme’nin 21.

---

<sup>48</sup> CAŞIN, a.g.e, s. 1396

<sup>49</sup> KAYA, EREN, a.g.r, s. 73

<sup>50</sup> PAZARCI, a.g.e, s. 214

<sup>51</sup> <http://www.reuters.com/article/us-mideast-crisis-merkel-nofly-idUSKCN0VO1ZH>, [https://www.washingtonpost.com/world/middle\\_east/syria-aid-convoys-prepare-to-head-to-besieged-areas/2016/02/17/c111830c-d559-11e5-a65b-587e721fb231\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/world/middle_east/syria-aid-convoys-prepare-to-head-to-besieged-areas/2016/02/17/c111830c-d559-11e5-a65b-587e721fb231_story.html) (G.T. 18/02/2016).

<sup>52</sup> GÜÇTÜRK, a.g.m,

<sup>53</sup> ACER, KAYA ve GÜMÜŞ, a.g.e, s. 141

maddesine göre Taraf Devletler, konut edinme bakımından, bu konu yasalar ve yönetmeliklerle düzenlendiği ya da kamu makamlarının kontrolüne tabi olduğu oranda, ülkelerinde yasal olarak ikamet eden mültecilere, her halde genel olarak aynı şartlar altındaki yabancılara uygulanandan daha az olmayacak biçimde, mümkün olduğu kadar müsait bir muamele sağlayacaklardır. Ancak yukarıda Suriye'den gelenlerin mülteci statüsünde kabul edilmediğini "Geçici Korunan" statüsünde olduklarını belirtmiştik. Barınmaya ilişkin söz konusu yükümlülük mülteciler için geçerli olup geçici korunanlar için geçerli değildir. Türkiye'nin Suriye'den gelenlerin statüsünü bu şekilde belirlemesi barınma şartlarının sağlanmasına ilişkin yükümlülükler bakımından bir eksiklik olarak görünmektedir. 2011 yılından beri Ülkemizde olan Suriyelileri geçici korunan olarak görmek geçici çözümlere neden olacağı için uzun vadede bir takım sorunlara neden olabilecektir.

Türkiye Suriyelilere çadır kentlerde yiyecek, sağlık, güvenlik, sosyal aktivite, eğlence, eğitim, ibadet, tercümanlık, temizlik hizmeti ve benzeri imkanlar sağlamıştır.<sup>54</sup> BM'nin Haziran 2014'de yayımladığı Suriye Mülteci Raporu'na göre, Türkiye Suriye'den kendisine gelen kişilere yüksek standartlarda hizmet sunmuştur.<sup>55</sup> Uluslararası Kriz Grubu 2013 yılında yayımladığı raporda kamplar için "şimdiye kadar görülen en iyi mülteci kampları" (the best ever refugee camps) tabirini kullanmıştır.<sup>56</sup> Ülkemize sığınan insanların barınması sadece yatacak veya kalacak yer olarak düşünülmemesi gerekir. Barınma insan onuruna ve insan haklarına uygun olması için geniş yorumlanmalı, normal bir insanın günlük yaşamını devam ettirecek imkanlar mümkün oldukça sunulmaya çalışılmalıdır. İçerisinde okulun, sosyal merkezlerin ve günlük gıda ihtiyacının karşılanabildiği marketlerin bulunduğu barınma merkezleri oluşturulmalıdır. Türkiye Kilis Öncüpınar Barınma merkezinde bunun mümkün olduğunu göstermiştir.<sup>57</sup> Ancak Ülkemize gelen bütün Suriyeliler kamplarda kalmadıkları dikkate alındığında kamplar dışında kalanların da barınma şartlarının insan onuru ihlal etmemesi gerektiği görülmektedir. Türkiye'deki Suriyelilerin büyük bir bölümünün kamp dışında yaşadığı tespit edilmiştir. Kamp dışında yaşayan

---

<sup>54</sup> KAYA, EREN, a.g.r, s. 68

<sup>55</sup> UNHCR, "2014 Syria Regional Response Plan Strategic Overview" s. 180 <http://www.unhcr.org/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=kW8rfZyCnLTQ5ZhMYNvw6SoFrzn5EDc-5m7WdDzzZwVQ> (G.T. 18/02/2016).

<sup>56</sup> "Blurring the Borders: Syrian Spillover Risks for Turkey", International Crisis Group, 30 Nisan 2013, s. 8. <http://www.crisisgroup.org/~media/Files/europe/turkey-cyprus/turkey/225-blurring-the-borders-syrian-spillover-risks-for-turkey.pdf> (G.T. 18/02/2016).

<sup>57</sup> <http://www.hurriyetdailynews.com/turkey-builds-first-two-story-container-refugee-camp.aspx?pageID=238&nID=95366&NewsCatID=341> (G.T. 19/02/2016).

Suriyeliler büyük çoğunlukla kampların bulunduğu sınır illerinde yaşamlarını sürdürmektedir. Bunun yanı sıra batıda Mersin, Konya ve doğuda Batman, Şırnak'a uzanan hat üzerinde Suriyeliler bulunmaktadır. Ancak aradan geçen zaman ile başta İstanbul ve Ankara gibi büyük şehirler olmak üzere Suriyelilerin değişik oranlarda olsa da Türkiye geneline yayıldıkları görülmektedir.<sup>58</sup> Antalya il merkezinde yapılan bir araştırmaya göre Suriyelilerin ikamet ettikleri yerlerde topluca bir arada kaldıkları ve birkaç ailenin 30-40 kişiyi bulacak şekilde bir arada yaşadıkları tespit edilmiştir.<sup>59</sup>

Son olarak Anayasa Mahkemesi'nin Suriyeli bir sığınmacının başvurusuyla ilgili olarak vermiş olduğu kararına<sup>60</sup> bakıldığında; *"Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nin başvurusunun kaldığı dönemdeki koşullarını; başvurusunun iddiaları, Türkiye İnsan Hakları Kurumu ve TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonunun bu konuda yayınladığı raporları, ilgili Bakanlıkların görüşlerini, konuya ilişkin uluslararası sözleşmeleri ve standartları ve AİHM içtihatlarını dikkate alarak inceleyen Anayasa Mahkemesi, kişi başına üç metrekaresinin altında bir yaşam alanına karşılık gelebilecek şekilde Merkezin aşırı kalabalık olmasının, başlı başına başvurusunun Merkezde kaldığı dönemde maruz kaldığı koşulların Anayasa'nın 17. maddesinde yasaklanan "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" muamele düzeyinin aşılmasına yol açabilecek nitelikte olduğunu"* değerlendirdiği<sup>61</sup>, söz konusu kararda başvurusunun kaldığı yer ve ortam ile insan onuruyla ilgili olarak insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele düzeyinin birlikte incelendiği görülmektedir.

## B. ONURLU BİR ŞEKİLDE ULAŞIM HAKKI

Suriyelilerin ülkemize sığınma süreci çok zor şartlarda meydana gelmektedir. İlk göç dalgasında gelen Suriyelilerin tamamı Irak Kürt Bölgesel Yönetimi (IKBY) tarafından Duhok'taki Dumiz kampına yerleştirilirken ikinci dalga ile sayının giderek artması ve Duhok vilayetinin kapasitesini aşması nedeni

---

<sup>58</sup> ORSAM, Suriye'ye Komşu Ülkelerde Suriyeli Mültecilerin Durumu: Bulgular, Sonuçları ve Öneriler, Rapor No: 189, Ankara, 2014, s. 15 [http://www.orsam.org.tr/en/enUploads/Article/Files/201452\\_189tur.pdf](http://www.orsam.org.tr/en/enUploads/Article/Files/201452_189tur.pdf) (G.T. 19/06/2014)

<sup>59</sup> İnsan Hakları İzleme ve Değerlendirme Merkezi, Suriyeli Mültecilerin Yaşamlarına Ait İnsan Hakları Raporu, <http://www.ihidem.org/yazdir/suriyeli-multecilerin-yasamlarina-ait-insan-haklari-raporu-108h.htm> (G.T. 19/06/2016)

<sup>60</sup> Uğur ALTUN ve Özge GÖREL, Sığınmacılar ve Mülteciler Raporu, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, Ankara, s. 77, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/543.pdf> (G.T. 20/06/2016)

<sup>61</sup> Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, 11/11/2015 tarih B. No: 2014/13044 kararına ilişkin AYM tarafından yapılan basın açıklaması



ile Suriyeliler minibüslere yerleştirilerek Irak Kürt Bölgesi (IKB) sınırları içinde yer alan Erbil ve Süleymaniye Vilayetleri'nde açılan diğer kamplara gönderilmeye başlanmıştır. Sınır kapılarının kapatılması bu göç sürecini daha da zorlaştırmıştır. Suriye Kürtlerinin büyük bölümü Pişhabur sınır kapısını geçerek IKB'ye geçmektedir. Sınır kapısının kapatıldığı dönemlerde buraya yakın bir bölgede yer alan nehir üzerinde inşa edilen bir köprü üzerinden ya da kayıklar vasıtası ile mülteci akını devam etmektedir. Suriyeliler Irak'a göç ederken büyük ölçüde yaya olarak seyahat ettikleri tespit edilmiştir.<sup>62</sup> Dünya Suriyelilerin Macaristan'dan Avusturya'ya ve Almanya'ya gitme hikayesini acı bir şekilde izlemiştir. Binlerce insan trenlere ve otobüslere bindirilmeye çalışırken götürülenmiştir. Kimi Suriyeli yollarda kalmış kimisi bir trenin camından içeri girmeye çalışırken görülmüştür.<sup>63</sup> Bu durumun insan onuruyla bağdaşmayacağı açıktır. İnsani koşullar altında barınmak tek başına yeterli olmayıp insani koşullar altında bir yerden başka bir yere gitme hakkı da konumuz bakımından önemlidir. AB Schengen sistemi ile AB vatandaşlarına bunu sağlamıştır. Ancak Suriyelilere yönelik yaklaşımının eksik olduğu görülmektedir. Türkiye şiddet uygulamadan Suriyelilerin toplu şekilde ülkeye alınmasını ve yerleşmelerini çözüme kavuşturmuştur.<sup>64</sup> Ancak özellikle Macaristan'da bu durumu görmek mümkün olmamıştır. Dünyada kendi ülkesinde görmüş olduğu baskıdan kaçarak eşi ve çocuklarıyla başka bir ülkeye gitmeye çalışan ve savunma kabiliyeti yok denecek kadar az olan insana polis ve asker şiddeti uygulamak kadar kolay bir şey yoktur. Bu insanlara ilk olarak devletin sert yüzünü göstermek bir devlet için zayıflık göstergesidir.

Seyahat özgürlüğü bazı gerekçelerle sınırlandırılabilir de temel insan haklarından birisi olarak kabul edilmektedir. AB ortak iltica kuralları seyahat özgürlüğüne ilişkin açık hükümler belirlemiştir. 27 Ocak 2003 tarihli Konsey Yönergesine göre sığınmacılara belirli kısıtlamalar söz konusu olsa da ikamet ve dolaşım özgürlüğü tanınmıştır. Bu yönergeye göre üye ülkeler, kamu yararı, kamu düzeni ya da gerektirdiği takdirde sığınma başvurusunun hızlı bir şekilde karara bağlanabilmesi için başvuruda bulunanların belirli bir adreste bulunmalarını zorunlu tutabilirler.<sup>65</sup> 29 Nisan 2004 tarihli Konsey Direktifi gereğince, mülteci veya ikincil koruma statüsünde bulunanlara ülke içinde serbest dola-

---

<sup>62</sup> ORSAM, a.g.r, s. 44

<sup>63</sup> <http://www.theguardian.com/world/2015/sep/04/hundreds-refugees-march-austria-budapest-hungary-syrians> [http://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/09/150904\\_macar\\_tren\\_multeciler](http://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/09/150904_macar_tren_multeciler) (G.T.19/06/2016)

<sup>64</sup> <http://www.hurriyet.com.tr/suriyeliler-ikna-edildi-tem-karayolu-ulasima-acildi-30120221> (G.T. 18/02/2016)

<sup>65</sup> ÖZCAN, a.g.e, s. 179-180

şım imkanı bulunmaktadır. Türkiye’de şartlı mülteci ve ikincil koruma altındakilere bu hak sınırlı olarak verilmektedir. Bu kişilerin kontrol altında tutulabilmesi için bu tür sınırlamaların getirilebileceği kabul edilmiştir.<sup>66</sup> Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun 84. maddesi uyarınca, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahiplerinin seyahat belgesi talepleri 5682 sayılı Kanunun 18 inci maddesi çerçevesinde değerlendirilmektedir.

### C. ONURLU BİR ŞEKİLDE ÇALIŞMA HAKKI

Mültecilerin ve sığınmacıların belirli bir gelir elde ederek insani standartlarda bir hayat sürdürebilmeleri amacıyla çalışma imkanlarının sağlanması gerektiği kabul edilmiştir. Böylelikle bu kişiler yaşam standartlarını yükseltmelerinin yanı sıra sığındıkları topluma yük olmamaları sağlanmakta ve o topluma uyum sağlamaları kolaylaşmaktadır. 29 Nisan 2004 tarihli AB Konsey Direktifine göre, bir kişiye mülteci statüsü verilir verilmez o iş alanı ile ilgili genel kurallara tabi olmak şartıyla bir işte çalışma veya kendi işini yapma imkanı verilmektedir.<sup>67</sup> AFAD tarafından yayınlanan Türkiye’deki Suriyeli Sığınmacılar 2013 Raporu’na göre barınma merkezleri dışında yaşayan Suriye uyruklu yabancıların dörtte üçü iş aramaktadır.<sup>68</sup>

Çalışma şartları insani yaşam koşulları bakımından çok önemlidir. İnsan günün büyük bir bölümünü çalıştığı iş yerinde geçirmektedir. İlk başlarda Suriyelilerin Türkiye’de çalışma izinlerinin bulunmadığı görülmektedir. Bu nedenle finansal bakımdan çok zor şartlarla karşılaşmışlardır. Onların tekstil fabrikalarında, elbise satış yerlerinde, restoranlarda, inşaat sektöründe ve tarım arazilerinde çalıştıkları görülmektedir. Çalışma izni olmadıkları için tespit edilmeleri halinde kamplara gönderilmekteydiler. Bu sıkıntıları gören Türk yetkililer önlem alma çalışmalarına başlamışlardır.<sup>69</sup>

Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan Geçici Koruma Yönetmeliği sayesinde çalışma hakkına ilişkin sorunlar giderilmeye çalışılmıştır. Bu yönetmelik kapsamındaki yabancılara 25/4/2006 tarihli ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu kapsamında tahsis edilecek yabancı kimlik numarası ile söz konusu

---

<sup>66</sup> ACER, KAYA ve GÜMÜŞ, a.g.e, s. 460

<sup>67</sup> ACER, KAYA ve GÜMÜŞ, a.g.e, s. 156-157

<sup>68</sup> Muzaffer KOÇ, İbrahim GÖRÜCÜ ve Nihat AKBIYIK, “Suriyeli Sığınmacılar ve İstihdam Problemleri”, Birey ve Toplum Dergisi, C. 5, S. 9, s. 86, bireyvetoplumdergisi.com/article/download/5000164605/5000148997+&cd=1&hl=tr&ct=clnk&gl=tr (G.T. 19/06/2016).

<sup>69</sup> Soner CAGAPTAY, “The Impact of Syria’s Refugees On Southern Turkey”, The Washington Institute For Near East Policy, s. 10 [https://www.washingtoninstitute.org/uploads/Documents/pubs/PolicyFocus130\\_Cagaptay\\_Revised3s.pdf](https://www.washingtoninstitute.org/uploads/Documents/pubs/PolicyFocus130_Cagaptay_Revised3s.pdf) (G.T. 18/02/2016).

yabancılar sosyal ve hukuki işlemlerini yürütebileceklerdir. Geçici koruma kimlik belgesine sahip olan yabancılar, Bakanlar Kurulunca belirlenecek sektörlerde, iş kollarında ve coğrafi alanlarda çalışma izni almak için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına başvurabileceklerdir.<sup>70</sup> Bu Yönetmelik çıkarılmadan önce çalıştırılan yabancıların Türk vatandaşlarına göre daha düşük ücretlerde çalıştırıldıkları görülmektedir.<sup>71</sup> Bu hakka kavuşan Suriyeli yabancılar ücreti düşük çalışma şartlarında çalışmaya zorlanamayacaktır.

Geçici Korunan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelikte<sup>72</sup> çalışma şartları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu Yönetmeliğin 7. maddesine göre, Geçici koruma sağlanan yabancılara çalışma iznine başvuru hakkı verilmesinde, Geçici Koruma Yönetmeliğinin 24 üncü maddesi uyarınca yabancıların kalmasına izin verilen iller esas alınmaktadır. Kamu düzeni, kamu güvenliği ya da kamu sağlığı yönüyle çalışma izni verilmesinde sakınca görüldüğünün İçişleri Bakanlığınca bildirildiği illerde çalışma izni verilmesi, Bakanlıkça durdurulur. Bu illerde, verilmiş çalışma izinleri uzatılmaz. Ancak, yabancıların bu ilde kalma hakkı devam ediyorsa, önceden verilen ve geçerliliği devam eden çalışma izinleri, sona erdiği tarihe kadar kullandırılır. Ayrıca geçici korunanların çalıştırılmasıyla ilgili olarak “istihdam kotası” da oluşturulmuştur. Yönetmeliğin 8. maddesine göre, çalışma izni başvurularının değerlendirilmesinde, işyerinde çalışan Türk vatandaşı sayısı üzerinden sektör ve illere göre açık iş ve işe yerleştirmeler dikkate alınarak Bakanlıkça, geçici koruma sağlanan yabancı istihdamı kotası değişen oranlarda uygulanabilir. Maddenin üçüncü fıkra hükmü saklı kalmak üzere, çalışma iznine başvuru alan işyerinde çalışan geçici koruma sağlanan yabancı sayısı, işyerinde çalışan Türk vatandaşı sayısının yüzde onunu geçemez. Toplam çalışan sayısı ondan az olan işyerlerinde, en fazla bir geçici koruma sağlanan yabancıların çalışmasına izin verilebilmektedir.

Çalışma hakkı bakımından her ülkenin kendi koşullarının ön plana çıkması gerektiği kabul edilmiştir. Türkiye gibi ülkelerin geniş çaplı çalışma imkânı tanınmasının sorun oluşturabileceği düşünülmüştür. Türkiye’nin çalışma hakkı konusunu kendi şartlarına göre düzenlemesinin önünde bir engel olması belirtilmiştir.<sup>73</sup>

---

<sup>70</sup> <http://www.goc.gov.tr/files/files/Gi%C3%A7ici%20Koruma%20Y%C3%B6netmeli%C4%9Finin%20Getirdikleri.pdf> (20/06/2016).

<sup>71</sup> [http://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/10/151007\\_suriyeliler](http://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/10/151007_suriyeliler) (G.T. 18/02/2016).

<sup>72</sup> RG. 15/01/2016 T. 29594 S.

<sup>73</sup> ACER, KAYA ve GÜMÜŞ, a.g.e, s. 166

## 7. İSLAM DİNİNDE İNSAN ONURU VE İKİ MÜSLÜMAN TOPLUM

Türk toplumu ve Suriye toplumunun büyük bir çoğunluğunun Müslümanlardan oluşması nedeniyle İslam dininde insan onuruna değinmek gerekmektedir. İslamiyet'e göre insan yaratılmışların en şerefliisidir. Hz. Allah insanı en güzel şekilde yaratmış, ona kendi ruhundan üflemiş, yeryüzünde kendisinin halifesi kılmış yer ve göklerdeki her şeyi onun hizmetine vermiş, yeryüzünün imarı görevini vermiş ve ona emanet etmiştir. İslamiyet'e göre diğer bütün varlıklar insanlığın hizmetine sunulmuştur. İnsana akıl verilmiştir. Bilgi ve kültür üretebilen bir varlıktır. Ona meleklerden daha üst bir makam verilmiştir.<sup>74</sup> İslamiyet'e göre insan başıboş yaratılmış bir varlık değildir. Sorumluluk taşıması yanında onur sahibi olması da bundan kaynaklanmaktadır. İslamiyet'e göre dinde zorlama olmadığı için insan onuru bütün insanlara tanınmıştır.<sup>75</sup> Peygamberimiz Hz. Muhammed (s.a.s.) Vedâ haccında, 9 Zilhicce cuma günü zevâl vaktinden sonra Arafat Vâdisi'nin ortasında 124 bin Müslümanın şahsında bütün insanlığa Veda Hutbesin'de bulunmuştur.<sup>76</sup> Veda Hutbesi'nde insan onurunu zedeleyen davranışlar tenkit edilmiştir ki bunlardan bazıları işkence, ırkçılık, zulüm, zina, adam öldürme, yalandır. Bu hutbede bireysel ve toplumsal onura zarar veren durumlar açıklanarak, bunlardan uzak durulması istenmiş, böylece değerlerinin farkında olan, bunları aktarabilen bireylerden oluşan bir toplum oluşturulmaya çalışılmıştır.<sup>77</sup>

Kuran-ı Kerimde birçok Surede insan onuru ile ilgili ayet vardır<sup>78</sup>. Örneğin Hicr Suresi 27, 28 ve 29. ayetler şöyledir; “Hani Rabbin meleklere, “Ben kuru bir çamurdan, şekillendirilmiş balçıktan bir insan yaratacağım Onu düzenleyip içine ruhumdan üflediğim zaman, onun için hemen saygı ile eğilin” demişti. Bunun üzerine bütün melekler saygı ile eğildiler.” Bu ayetlerde geçen Allah'ın ruhundan üflemesi ve meleklerin insana saygı ile eğilmesi insanı onurlu kılan, onu yücelten hususlardır.<sup>79</sup> Bu hususun ele alındığı diğer bir sure ise Bakara suresidir. Bakara suresi 30. ayette “Hani, Rabbin meleklere, “Ben yeryüzünde bir halife yaratacağım” demişti. Onlar, “Orada bozgunculuk yapacak, kan dökecek birini mi yaratacaksın? Oysa biz sana hamdederek daima seni tesbih ve

<sup>74</sup> Sabri ERTURHAN, “İnsan Onuru Bağlamında İslam Ceza Hukukuna Genel Bir Bakış”, . 21, 2013, s. 185-214, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, s. 185-186

<sup>75</sup> BULUT, a.g.m, s. 8

<sup>76</sup> <http://www.rizemufutlugu.gov.tr/sayfa.asp?sayfaID=28> (G.T. 15/02/2015).

<sup>77</sup> Hasan DAM, Meryem Karataş, “Değerler Eğitimi Açısından Veda Hutbesinde İnsan Onuru”, S. 2, Eylül, 2014, PÜİFD, s. 48-75, s. 63

<sup>78</sup> Ayetlerin Türkçe meali için bkz. <http://mushaf.diyaret.gov.tr/> (G.T. 12/03/2016).

<sup>79</sup> Altan HEPER, “Menschenwürde, Islam und bioethische Fragen”, (369-392), Menschenwürde und Medizin Ein interdisziplinäres Handbuch, Duncker&Hamblot, Berlin 2013, s. 373

takdis ediyoruz.” demişler, Allah da, “Ben sizin bilmediğinizi bilirim”, 31. ayette şöyle buyrulmaktadır; “Allah Adem’e bütün varlıkların isimlerini öğretti. Sonra onları meleklerle göstererek, “Eğer doğru söyleyenler iseniz, haydi bana bunların isimlerini bildirin” dedi., 32. ayette “Melekler, “Seni bütün eksikliklerden uzak tutarız. Senin bize öğrettiklerinden başka bizim hiçbir bilgimiz yoktur. Şüphesiz her şeyi hakkıyla bilen, her şeyi hikmetle yapan sensin” dediler, 33. ayette “Allah şöyle dedi: “Ey Adem! Onlara bunların isimlerini söyle.” Adem, meleklerle onların isimlerini bildirince Allah, “Size, göklerin ve yerin gaybını şüphesiz ki ben bilirim, yine açığa vurduklarınızı da, gizli tuttuklarınızı da ben bilirim demedim mi?” dedi buyrulmaktadır. Bu ayetlerden de görüleceği üzere Allah insanı yeryüzündeki bir halife olarak yaratmış ve isimleri meleklerden önce insana öğretmiştir. Bu da insanı onurlu kılan bir diğer husustur.<sup>80</sup>

Suriye meselesi de İslamiyet’ten ayrı tartışılmaz. Türkiye ve Suriye toplumları ortak bir dine sahip olmasının yanında ortak bir tarih ve kültür geçmişine sahiptir. İslamiyet insan onuruna uygun bir şekilde insanlara davranılmasını emretmektedir. Bugün Suriyelilerin ülkelerinden gelirken ve geldikten sonra onurlu bir muameleye tabi tutulmaları gerekmektedir. Ortak olan din, kültür ve tarih olgusu iki toplumu birbirine yaklaştırmakta, varsa kızgınlıkları hafifletmektedir. Bu konu Suriye’nin ileri aşamada şartlarının düzelmesi halinde de önemli olacaktır. Türkiye’de gerek hukuki bakımdan gerekse İslami bakımdan onurlu muamele gören Suriyeliler Ülkelerine döndüklerinde veya başka ülkelerde iki toplum arasında barış köprüsü göreceklerdir. Bu durum bölgenin en çok ihtiyacı olduğu bölgesel barışa hizmet edecektir.

## **8. SURIYELİLERİN MAĞDURU OLDUKLARI BAZI SUÇ TIPLERİ VE İNSAN ONURU BAKIMINDAN MAĞDURUN RIZASI**

Ülkemize gelen Suriyeliler bakımından sıkça rastlanılabilmesi nedeniyle bazı suç tipleri özellik göstermektedir. Bunlar göçmen kaçakçılığı, insan ticareti ve fuhuş suçlarıdır.

### **A. GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI**

Mültecilere karşı göçmen kaçakçılığı sorunsalının endişe verici boyutlarda olduğu kabul edilmektedir.<sup>81</sup> Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol (Göçmen Kaçakçılığına Karşı Ek Protokol)’ün “Tanımlar” başlıklı 3.

---

<sup>80</sup> HEPER, “Menschenwürde, Islam und bioethische Fragen”, s. 373

<sup>81</sup> CAŞIN, a.g.e, s. 1414

maddesinin (a) bendinde; “göçmen kaçakçılığı”, “doğrudan veya dolaylı olarak, mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek için, bir kişinin vatandaşlığını taşımadığı veya daimi ikametgâh sahibi olmadığı bir Taraf Devlete yasadışı girişinin temini” şeklinde tanımlanmıştır. Avrupa ve Asya’yı birbirine bağlayan bir ülke olması nedeniyle Türkiye’de, göçmen kaçakçılığı suçunun çok sık işlendiği görülmektedir.<sup>82</sup> Türk Ceza Kanunu’nun 79 maddesinde bu suç tipi şöyle düzenlenmiştir;

“(1) Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan;

a) Bir yabancıyı ülkeye sokan veya ülkede kalmasına imkan sağlayan,

b) Türk vatandaşı veya yabancının yurt dışına çıkmasına imkan sağlayan, Kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.

Suç, teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükümlenir.

(2) Suçun, mağdurların; a) Hayatı bakımından bir tehlike oluşturması, b) Onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi, *hâlinde, verilecek ceza yarısından üçte ikisine kadar artırılır.* (3) Bu suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, *verilecek cezalar yarı oranında artırılır.*”

Yukarıdaki madde bu suçun teşebbüs aşamasında kalmasında dahi tamamlanmış gibi cezaya hükmedildiği görülmektedir. Maddenin bu hükmü koruduğu menfaat ve faillerin cezalandırılması bakımından önemlidir. Maddede işlenen suçun mağdurun onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi hali ağırlaştırılmış neden olarak düzenlenmiştir. Bu hüküm göçmen kaçakçılığı suçunun insan onuru ile ilişkisini ortaya koymaktadır. Göçmen kaçakçılığında failler, maddi çıkar veya fayda elde etmek için mağduru sömürmektedir. Bu sömürü; mağdurun mal varlığının fail tarafından verilen ya da verileceği vaat edilen hizmet karşılığı elinden alınması şeklinde gerçekleşmektedir. Bu suç tipinde mağdurun onuru ve temel hak ve hürriyetleri ihlal edilmektedir.<sup>83</sup> Her ne kadar kaçak göçmenler sevk sırasında akut yaralanma, istismar ve hatta ölüm riskleriyle karşı karşıya kalsalar da, kaçakçılık suçunu işleyen kişiyle aralarındaki yasa dışı ilişkinin amacında zorlama ya da kandırma unsuru mevcut

---

<sup>82</sup> Ahmet Caner YENİDÜNYA, Mehmet Emin ALŞAHİN, “Göçmen Kaçakçılığı TCK. m. 79”, TBB Dergisi s. 82, 2009, s. 1-2, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2009-82-510> (G.T. 18/02/2016)

<sup>83</sup> YENİDÜNYA, ALŞAHİN, a.g.m., 7-8

değildir.<sup>84</sup> Bu durumda mağduru zorlayan, üçüncü bir kişinin üzerine yüklene-  
meyen şey yaşam şartlarının zorluğu veya daha iyi bir çevrede yaşama arayışı  
olmaktadır.

Göçmen kaçakçılığı suçu niteliği itibariyle örgütsel yönetimin yaygın olabi-  
leceği suç çeşididir. Bunun nedeni yasa dışı yollarla bir ülkeden başka bir ülke-  
ye geçmek isteyen mağdurların sayıca fazla olmaları, bu mağdurların göçmen  
kaçakçılarıyla tanışması, ücret ödemesi ve nakil işlemlerinin belirli bir sayıda  
fail sayısını, iş bölümünü ve hiyerarşiyi gerektirmesidir. Ancak bunun yanı sıra  
her göçmen kaçakçılığı suçunda örgütün varlığının bulunduğunu kabul edeme-  
yiz. Bunun için ayrıntıları Ceza Genel Kurulunun 03.04.2007 gün ve 2006/10-  
253-2007/80 sayılı kararında açıklandığı üzere; örgütün üye sayısının en az üç  
kişi olması, üyeler arasında soyut bir birleşme değil gevşek de olsa hiyerarşik  
bir ilişkinin bulunması, suç işlenmesi bile suç işlemek amacı etrafında fiili bir  
birleşmenin olması, niteliği itibariyle devamlılık göstermesi gerekir. Örgütün  
yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan  
suçları işlemeye elverişli olması da aranmalıdır. Örgüt yapılanmasında işlen-  
mesi amaçlanan suçların konu ve mağdur itibariyle somutlaştırılması müm-  
kün, ancak zorunlu değildir.<sup>85</sup> Yargıtay kararında belirtilen kriterlerin somut  
olayda bulunması halinde bir örgütün varlığından bahsedilebilecektir.

## B. İNSAN TİCARETİ

Sınır Aşan Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticareti-  
nin, Özellikle Kadınların ve Çocukların Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulma-  
sına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol'ün 2. maddesine göre insan ticare-  
ti, kuvvet kullanarak veya kuvvet kullanma tehdidi ile veya diğer bir biçimde  
zorlama, kaçırma, hile, aldatma, nüfuzu kötüye kullanma, kişinin çaresizliğin-  
den yararlanma veya başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını  
kazanmak için, o kişiye veya başkalarına kazanç veya çıkar sağlama yoluyla,  
kişilerin istismar amaçlı temini, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi,  
barındırılması veya teslim alınması anlamına gelir.<sup>86</sup>

Türk Ceza Kanunu 80. maddeye göre, zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek,  
fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilme-

---

<sup>84</sup> Uluslararası Göç Örgütü (IOM), IOM El Kitabı, İnsan Ticareti Mağdurlarına Doğrudan Yardım, 2008, s. 27, [http://www.turkey.iom.int/documents/IOM\\_el\\_kitabi.pdf?entryId=10260](http://www.turkey.iom.int/documents/IOM_el_kitabi.pdf?entryId=10260) (G.T. 19/02/2016)

<sup>85</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2011/6-351 Esas, 2012/1810 sayılı kararı

<sup>86</sup> Hakan Erdal, "Organize Bir Suç Türü Olarak İnsan Ticareti ve Türkiye Örneği", C. 10, Polis Bilimleri Dergisi, (s. 79-90), s. 81

sini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkaran, tedarik eden, kaçırarak, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimse cezalandırılmaktadır. Bu hükümde belirtilen amaçlarla girilen ve suçu oluşturan fiiller var olduğu takdirde, mağdurun rızası geçersizdir. İnsan onuru insan ticareti suçunda da korunan hukuksal yararlar arasındadır. Ayrıca, mağdurun serbestçe karar verme ve geleceğini belirleme hakkı, mağdurun maddi ve manevi bütünlüğü ile kamu düzeni korunmaktadır.<sup>87</sup> Bu suç tipinde mağdurun rızasının geçersiz sayılması insan onurunu korumaya yönelik bir yaklaşımdır. Ancak esasen tehdit, baskı, cebir, şiddet, nüfuzu kötüye kullanma, kandırma veya kişiler üzerindeki denetim olanağından veya çaresizliğinden yararlanan bir yerde zaten geçerli bir rızadan bahsedilemez.<sup>88</sup>

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) yaptığı tanıma göre, çocuk işçiliği; "çocuğun sağlığını, eğitimini, fiziksel ve zihinsel gelişimini engelleyen, yeteneklerinin gelişmesine mani olan, çocuğu potansiyelinden ve onurundan yoksun bırakan her türlü çalışmadır".<sup>89</sup> Türkiye'de bulunan Suriyeli sığınmacı çocukların demografik yapısına bakıldığında 1 Ekim 2015 tarihinde ülkemizde kayıtlı Suriyeli sayısı 2.072.290 iken bunların 1.125.000'inin 18 yaşının altında çocuk ve genç olduğu, 18 yaş altı bireylerin 286 bini (%14) 12-17 yaş, 433 bini (% 20.2) 5-11 yaş, 415 bini (%20) 0-4 yaş arasında olduğu belirtilmiştir.<sup>90</sup> Bu bilgiler ışığında insan ticareti suçu değerlendirildiğinde 15 yaşından küçük çocuğun çalıştırılmasının insan ticareti suçunu oluşturabileceği çünkü rızasının geçerli bir rıza olmayacağı değerlendirilecektir. Suriyeli sığınmacıların iki-üç bin civarındaki kısmının dilencilik yaptığı, hemen hemen her ilde görülebildiği, özellikle bu kişilerin büyükşehirlerde mahalle aralarında, trafik ışıklarında ve hatta şehirlerarası otoyollarda bile dilencilik yaptıkları tespit edilmiştir.<sup>91</sup> Ekonomik veya diğer sebeplerle bir çok Suriyeli genç kızın para karşılığında ikinci, üçüncü hatta dördüncü eş olarak evlendirildikleri, birçok Suriyeli kadın veya

---

<sup>87</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan ERDEM ve Murat ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 105

<sup>88</sup> Olgun DEĞİRMENÇİ, "Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu", S. 67, (s. 57-96), TBB Dergisi, Ankara, 2006, s. 89

<sup>89</sup> Muazzez Harunoğulları, "Suriyeli sığınmacı çocuk işçiler ve sorunları: Kilis örneği" C. 3, S. 1, Mayıs, 2016, s. 36, <http://tplondon.com/dergi/index.php/gd/article/view/72/31> (G.T. 20/06/2016)

<sup>90</sup> HARUNOĞULLARI, a.g.e, s. 38

<sup>91</sup> ALTUN ve GÖREL, a.g.e, s. 124



kızın fuhuş bataklığına sürüklendiği, bunun sonucu olarak çocuk istismarı gibi sorunlarla karşılaşıldığı görülmektedir.<sup>92</sup> 18 yaşından küçüklerin rızalarıyla bile olsa para karşılığı evlendirilmeleri veya fuhuş yaptırılmaları insan ticareti suçu kapsamında değerlendirilebilecektir.

Deneyimler kaçak göçmenlerin sevk sırasında genellikle çok ciddi tehlikelere maruz kalmalarına rağmen, sistematik olarak fiziksel, cinsel ya da psikolojik açıdan istismar edilmeleri ya da hürriyetlerinin ellerinden alınması veya uzunca bir zaman dilimi boyunca seks endüstrisinde ya da yasa dışı işgücü piyasasında, evlerde köle veya hizmetkar olarak sömürülmeleri ya da başka şekilde yasa dışı bir sömürüye maruz kalmaları ihtimalinin zayıf olduğunu göstermektedir. Ancak, bu özelliklerin tümü değilse de büyük bir kısmı, insan ticareti mağdurları için söz konusudur.<sup>93</sup> İnsan onuru bakımından insan ticareti suçunda gerçekleşen bazı eylemler önem arz etmektedir. Bu eylemler hem insan onurunu etkileyici hem de insan ticareti suçunun oluşup oluşmadığı ve mağdurun tespiti bakımından önemlidir. Bu eylemler; pasaportlara patron tarafından el konulması, eksik ücret, kişisel talep ve aktivitelere izin verilmemesi, aile ile temasın kısıtlanması, dışarıdan kontrolü güç olacak şekilde tertip edilmiş konutlarda kişilerin toplu halde barındırılması, üçüncü kişilerle ilişkilerin sert yöntemlerle engellenmesidir.<sup>94</sup> İnsan ticareti suçunun genellikle uluslararası organize suç örgütleri tarafından kontrol edildiği, bu nedenle insan ticareti mağdurları ve insan ticareti mağdurları ile etkileşim içerisinde bulunan hizmet kuruluşu personelinin ciddi risklere maruz kaldıkları görülmektedir.<sup>95</sup> Bu suç tipiyle mücadele edilebilmesi için kurumlar arası işbirliği ve risk faktörlerinin belirlenmesi önem taşımaktadır. Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 48 maddesinin son fıkrasında; "bu yönetmelik kapsamındaki yabancılardan insan ticareti mağduru olabileceği değerlendirilenler hakkında ilgili mevzuat kapsamında gerekli tedbirler derhal alınır" denilerek, Suriyelilerin insan ticareti suçuna konu olabilmeleri önlenmeye çalışılmıştır.

### C. FUHUŞ

Türk hukukunda insan onurunu ilgilendiren bir diğer suç tipi fuhuş suçudur. 1951 yılında yürürlüğe giren "İnsan Ticaretinin ve Başkalarının Fahişeliğinin Sömürülmesinin Önlenmesi Sözleşmesi"nin başlangıç kısmında belirtildiği

---

<sup>92</sup> ALTUN ve GÖREL, a.g.e, s. 140

<sup>93</sup> Uluslararası Göç Örgütü (IOM), a.g.e, s. 27,

<sup>94</sup> Adalet Bakanlığı AB Genel Müdürlüğü ve Uluslararası Göç Örgütü Türkiye Temsilciliği, Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu El Kitabı, B. 2, 2009, Ankara, s. 135,

<sup>95</sup> Uluslararası Göç Örgütü (IOM), a.g.e, s. 9

gibi: Fahişelik ve bunun beraberinde gelen fahişelik amacıyla insan ticareti musibeti, insan onuru ve değeriyle bağdaşmaz olduğuna ve bireyin, ailenin ve topluluğun esenliğini tehlike altına soktuğuna göre, kadınların ve çocukların ticaretinin önlenmesi bakımından uluslararası belgeler: (1) Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 3 Aralık 1948 tarihinde onaylanan Protokol ile değişik, 18 Mayıs 1904 tarihli “Beyaz Köle Ticaretinin Önlenmesi Antlaşması (International Agreement of 18 May 1904 for the Suppression of the White Slave Traffic)”, (2) 3 Aralık 1948 tarihinde onaylanan Protokol ile değişik, 4 Mayıs 1910 tarihli Beyaz Köle Ticaretinin Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi (International Convention of 4 May 1910 for the Suppression of White Slave Traffic)”, (3) Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20/10/1947 tarihinde onaylanan Protokol ile değişik, 30 Eylül 1921 tarihli “Kadınların ve Çocukların Ticaretinin Önlenmesi uluslararası Sözleşmesi (International Convention of 30 September 1921 for the Suppression of Traffic in Women and Childre)n”, (4) 20/10/1947 tarihinde onaylanan Protokol ile değişik, 11 Ekim 1933 tarihli “Yetişkin Kadınların Ticaretinin Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi (International Convention of 11 October 1933 for the Suppression of the Traffic in Women of Full Age)” belgelerinin kapsamını genişleten bir sözleşme olarak “İnsan Ticaretinin ve Başkalarının Fahişeliğinin Sömürülmesinin Önlenmesi Sözleşmesi (Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others)” ni imzalanmıştır.<sup>96</sup> Türk Ceza Kanunu 227. maddeye göre, Bir kimseyi fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran ya da fuhuş için aracılık eden veya yer temin eden kişi cezalandırılmaktadır. Fuhşa sürüklenen kişinin kazancından yararlanılarak kısmen veya tamamen geçimin sağlanması, fuhşa teşvik sayılmaktadır.

Suriyeli sığınmacı kadınlara karşı gerçekleştirme riski bulunan en önemli suç çeşitlerinden birinin fuhuş suçu olduğunu görmekteyiz. Türk Ceza Kanunu’nun 227/4. maddesine göre, çaresizliğinden yararlanarak bir kimseyi fuhşa sevk eden veya fuhuş yapmasını sağlayan kişi hakkında verilecek ceza yarısından iki katına kadar artırılmaktadır. Buradaki çaresizliğinden yararlanma unsuru her somut olayda ayrıca dikkat edilmeli ve değerlendirilmelidir.

#### **D. MAĞDUR RIZASININ İNSAN ONURU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

İnsan onurunun “*kısıtlanma anlamında kullanımı*” konusunda mağdur

---

<sup>96</sup> Sultan ŞAHİN, Oğuz POLAT, “İnsan Ticareti ve Fuhuşun Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, s. 53-77 S. 16, TAA Dergisi, 2014, s. 59

rızasının insan onuru karşısındaki durumu tartışılmıştır. Örneğin, *Fransa’da barlarda cücü fırlatma adıyla oynanan bir oyuna ilişkin olarak, ilgili belediye tarafından bu eğlence türü insan onuruyla bağdaşmadığı gerekçesiyle yasaklanmış, bu yasağın ardından konu önce yerel mahkeme daha sonra da Conseil d’Etat önüne gelmiştir. Hükümet komiseri, bir cücenin top gibi fırlatılmasının ona ikinci sınıf insan muamelesi yapmak olduğunu ve onur bir eşya statüsüne indirgeyerek onurun ihlal ettiğini savunmuştur. Oyunu tertipleyenler ise cüceye uygun koruyucu kıyafetler giydirildiğini ve can güvenliği için gerekli önlemlerin alındığını savunmuştur. Manuel isimli cüce ise bu oyuna isteyerek katıldığını, aylık geliri olan böyle bir işte çalışmanın onu yalnızlıktan ve işsizlikten kurtardığını ifade etmiştir. Ayrıca, işini kaybetmesi halinde kendisi için uygun bir iş olmadığını, işsiz kalacağını asıl o zaman onurunun ihlal edileceğini söylemiştir. Mahkeme ise cücenin top gibi fırlatılmasına izin vermesi kendi onurundan ödün vermesi anlamına geldiğini belirterek itiraz başvurularını red etmiştir. Konu Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi önüne gelmiş, Komite, taraf devletin bu yasağının kamu düzeni bakımından gerekli olduğunu insan onurunun korunmasının sözleşmenin amaçları ile uyumlu olduğuna karar vermiştir.<sup>97</sup> Görüldüğü gibi saldırı ve hangi yoğunluktaki saldırının kişilik ihlali sonucu insan onurunu ihlal edeceği önemli bir konudur. Ancak bu durumun objektif kriterlere bağlanması zordur.<sup>98</sup>*

Göçmen kaçakçılığı suçunda mağdurun rızasının olduğu, insan ticareti suçunda ise rızanın geçerli bir rıza olarak kabul edilmediği, fuhuş suçunda ise rızanın varlığının teşvik eden, yolunu kolaylaştıran, barındıran veya aracı kılan bakımından suçun oluşmasını engellemediği görülmektedir. Mağdurlar kendi onurlarını korumak için daha zor şartlardan daha iyi şartlara gitmek istediklerini söylediklerinde insan onurunun zedelenip zedelenmediği nasıl belirlenmelidir? Çocuğunu tedavi ettirmek veya bakmak konusunda çaresiz kalan bir annenin organlarından birini sağlığına zarar vermeyecek şekilde satması insan onurunu zedeler mi? Hiçbir şekilde iş bulamayan bir kadının fuhuş yaparak çalışması insan onurunu nasıl etkiler? AB’nin kapıları açarak yardım elini uzatmadığı bir yerde savaştan kaçan ve Türkiye’ye sığınan insanların sağlık bakımından tehlike oluşturmayacak şekilde ve az miktarda para karşılığında bir yerden başka bir yere götürenlerin hukuki durumu nedir? Üçüncü kişiler bakımından konu incelendiğinde bu suç tiplerinde insan onurunun korunduğu gibi ülkenin ekonomik gücü, kamu sağlığı ve yasal düzen de korunmaktadır. Yasa koyucu yukarıda belirtilen maddelerde sadece insan onurunu ve

---

<sup>97</sup> GÜRBÜZ, a.ge. s. 23

<sup>98</sup> HEPER, “İnsan Onuru ve İnsan Tasarımı ve Aktüel Tartışmalar”, s. 1931

insanı korumadığı için bu suç örneklerindeki haklı bir takım gerekçeler suçun oluşmasını engellemeyecektir. Çocuğunun onurunu korumak için veya daha iyi bir çevrede yaşamak için son çare olarak insan onuru bakımından kendisine bir eylemin gerçekleştirilmesine razı olan kişinin insan onuruna bir saldırı gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine kesin bir cevap vermek zordur. Ancak şu husus belirtilebilir ki çocuğunu ameliyat ettirmek zorunda olan bir annenin bu özelliği bilinerek ve bu durumundan yararlanılarak fuhuş yaptırılmasındaki rıza geçerli bir rıza olmayıp insan ticareti suçunu oluşturacaktır. Bu husus her somut olayda ayrı değerlendirilerek rızanın geçerli bir rıza olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Bireyin kendi rızasıyla kendi vücudu üzerinde hangi yoğunlukta davranışlarda hakkı olduğu ile üçüncü kişilerin hakları konusundaki en yoğun tartışmalar ötenazi konusunda yapılmıştır. İlk defa Bacon tarafından kullanıldığı ileri sürülen ötenazi, “ıstırapsız, doğal ölüm”, “huzur, rahat ve kolaylık içerisinde ölüm”, “hoş, güzel, kolay, iyilik edici ölüm” anlamına gelmektedir.<sup>99</sup> Yaşama kutsallığı ya da yaşama dokunulmazlığı tezi ile ötenazinin aleyhine olan görüşler var iken onun karşısında yaşamın niteliği tezi yer almaktadır. Yaşamın niteliği tezinin savunuları arasında yer alan Ronald Dworkin, ötenaziye özerklik ve insan onuru ile bağlantılı olarak bireysel özgürlük çerçevesinde ele almaktadır. Dworkin kişisel özerkliğe vurgu yaparak kişinin yaşam hakkı üzerinde tasarruf edebileceğini savunmaktadır. Kişinin hayatının yaşanmaya değer olup olmadığını kendisi belirleyebilecektir.<sup>100</sup> Özellikle kişi üzerinde gerçekleşecek eşlemlerde üçüncü kişilerin rızası ve bu rızanın geçerliliği insan onuru bakımından çok önemlidir. Konuya örnek olarak Amerika’da görülmüş olan Terri Schiavo davası gösterilebilir.<sup>101</sup> Bu davada, 1990 yılında 26 yaşındaki Terri Schiavo ani kalp durması sonucunda ağır beyin hasarına uğramış ve bitkisel hayata girmiştir. Bu durum karşısında yılında eşi onun bu şekilde yaşamasına razı olmamış, beslenme tüpü ve yapay solunum cihazlarının çıkarılmasını istemiştir. Bu talebin tersi olarak ise Schiavo’nun ebeveynleri kızlarının bu şekilde hayata devam etmesini istemişlerdir. Bu durum Amerika’da insan onuru bakımından ciddi tartışmaların yaşanmasına neden olmuş, 2005 yılında eşinin 15 yıllık hukuk mücadelesi sonucunda Terri Schiavo’nun beslenme tüpü ve yapay solunum cihazları çıkarılmıştır. Rıza gösterilen eylemin yoğunluğu insan onuru bakımından önemli olmaktadır. Bu yoğunluğun derecesi her eyleme göre tespit edilmesi gerekecektir.

---

<sup>99</sup> Arzu BESİRİ, “Ötenazi ve Yaşam Hakkı”, S. 86, s. 189-203, 2009, s. 189, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-86-581> (G.T. 25/03/2016)

<sup>100</sup> GÜRBÜZ, a.g.e, s. 102

<sup>101</sup> GÜRBÜZ, a.g.e, s. 108

## SONUÇ

6485 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan Geçici Koruma Yönetmeliği'ne göre 28/04/2011 tarihinden itibaren Türkiye'ye giren Suriyeliler "geçici korunan" statüsündedir. Bu tarihten önce olanlar ise "sığınmacı" statüsünde değerlendirilir. Kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren "sığınmacı" statüsünü kaldırmıştır. Türkiye ülkemize sığınan Suriyelilere insan onuruna uygun ve insan hakları ihlallerini engelleyecek şekilde yaklaşmış ve onların her türlü sorununa çözüm bulmaya çalışmıştır. Bugün Batı Ülkeleri'nin ekonomik ve güvenlik kaygılarıyla görmezlikten geldiği insanlık dramı Türk toplumu ve devleti tarafından göğüslenmeye çalışılmıştır. Bu noktada ayrımcılık yapılmayarak eşitlikçi bir yaklaşım gösterilmiştir. Ayrıca sınır kapımıza gelen milyonlarca insan geri çevrilmeyerek açık kapı politikası benimsenmiş ve geri gönderilmeleri halinde insanlık dışı muameleye tabi tutulabilecekleri için "geri göndermeme" ilkesine uygun davranılmıştır. Özelliği ve niteliği bakımından yüksek standartlarda olduğu birçok Uluslar arası örgüt tarafından kabul edilen "barınma merkezleri" oluşturularak bu insanlara barınma imkanı tanınmıştır. Burada yiyecek, sağlık ve eğitim hizmetleri de eksiksiz verilmiştir. Sınırdaki çatışmaların ve bu kişilerin güvenlik riski oluşturabilmesine rağmen Türkiye "önce insan" politikası uygulamıştır. Bu yaklaşım tarzı insan onurunun her şeyden önemli olduğunu göstermektedir. Ayrıca, bu kişilere sınırlıda olsa çalışma hakkı tanınarak sosyal hakları genişletilmiştir. Tüm bu olumlu gelişmelere rağmen kamplar dışında yaşayan Suriyeliler için yapılması gereken çok şey bulunmaktadır. Öncelikle bu insanların toplu şekilde barındıkları dikkate alınarak şehirlerde uygun barınma imkanları oluşturulmalıdır. Ayrıca "geçici koruma" statülerinde değişiklik yapılarak Türk toplumuna entegrasyonlarını sağlayabilecek kalıcı etki doğuran adımlar atılmalıdır. Göçmen kaçakçılığı, insan ticareti ve fuhuş suçları ise halen ciddiyetini koruyan suçlardır. Sığınan insanlar bu suçların kolayca muhatabı olabilmektedirler. Bunun için kapsamlı önlemler alınmalıdır. Kısırlarımıza vuran insan cesetleriyle karşılaşmamak için göçmen kaçakçılarının üstüne gidilmeli, faillerin organize bir şekilde çalışmalarının önüne geçilmelidir. Ayrıca zorla çalıştırılmaları ve organlarından faydalanmaları gibi hususlarda özel birimler oluşturulmalıdır. Jandarma ve Emniyet bünyesinde oluşturulacak söz konusu özel birimlerde tahsis edilecek personelin sığınmacılara karşı yaklaşımında insan onurunu üstün tutacak faaliyet tarzı benimsenmelidir. Bunun sağlanabilmesi için ilgili personele göreve başlamadan önce sığınmacılara ilişkin insan onuru ihlalleri konusunda konferans, seminer ve eğitim verilmelidir. Türkiye sorunlarla

mücadele ederken milyarlarca Türk Lirası harcamıştır. Ancak yapmış olduğu bu yardımlar uzun vadede gerek Suriye toplumu gerekse diğer toplumlar tarafından takdir görecektir.



## KAYNAKÇA

### Kitaplar

Adalet Bakanlığı AB Genel Müdürlüğü ve Uluslararası Göç Örgütü Türkiye Temsilciliği, Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu El Kitabı, B. 2, 2009, Ankara.

D., Tezcan, M., R., ERDEM ve M., ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.

H., PAZARCI, Uluslararası Hukuk, B. 6, Ankara, 2008, Turhan Kitapevi.

M., KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, Ankara, 1993, Yetkin Yayınları.

M., H., CAŞIN, Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları, C. II, İstanbul, 2013, Legal Yayınları.

M. H., CAŞIN ve U. ÖZGÖKER, Avrupa Birliği'nin Siyasal ve Ekonomik Temelleri, Derin Yayınları, İstanbul, 2013.

M., ÖZCAN, Avrupa Birliği Sığınma Hukuku Ortak Bir Sığınma Hukukunun Ortaya Çıkışı, USAK, İstanbul.

N., Ö., ÖZTÜRK, Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.

N., GÜRBÜZ, Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru, XII Levha Yayıncılık, Ankara, 2014.

Y., ACER, İ., KAYA ve M., GÜMÜŞ, Küresel ve Bölgesel Perspektiften Türkiye'nin İltica Stratejisi, USAK Yayınları, Ankara, 2010.

### Makaleler

A., BESİRİ, "Ötenazi ve Yaşam Hakkı", TBB Dergisi, S. 86, s. 189-203, 2009.

A., C., YENİDÜNYA, M., E., ALŞAHİN, "Göçmen Kaçakçılığı TCK. m. 79", TBB Dergisi s. 82, 2009.

A., HEPER, "Menschenwürde, Islam und bioethische Fragen", (369-392), Menschenwürde und Medizin Ein interdisziplinäres Handbuch, Duncker&-Humblot, Berlin 2013.

A., UZUN, “Günümüzün Sosyal ve Ekonomik Sorunu Olan Suriyelilerin Mülteci ve Ekonomi Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2015/1.

A. HEPER, “İnsan Onuru ve İnsan Tasarımı ve Aktüel Tartışmalar”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, XII Levha Yayıncılık, 2010.

H., DAM, M., KARATAŞ, “Değerler Eğitimi Açısından Veda Hutbesinde İnsan Onuru”, S. 2, Eylül, 2014, PÜİFD, s. 48-75.

İ., DOĞAN, “Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş”, (s. 51-59). C. 13, S. 2, SÜHFD, Konya, 2005.

K., O., ARSLAN, “İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması”, S. 120, TBB, Ankara, 2015.

N., BULUT, “Eski Yunan’dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış”, C. XII, S. 3-4, EÜHFD.

O., TÜRKOĞLU, “Mülteciler ve Ulusal/Uluslararası Güvenlik”, C. XXX, S.. 2, 2011, ss. 101-118, UÜİİBD

O., DEĞİRMENCİ, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu”, S. 67, (s. 57-96), TBB Dergisi, Ankara, 2006.

S., ERTURHAN, “İnsan Onuru Bağlamında İslam Ceza Hukukuna Genel Bir Bakış”, . 21, 2013, s. 185-214, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi.

S., ŞAHİN, O., POLAT, “İnsan Ticareti ve Fuhuşun Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, s. 53-77 S. 16, TAA Dergisi, 2014.

### **İnternet Makaleleri**

A., PURKEY, “A Place in the World: Human Dignity in Migration and Refugee Assistance”, Action Réfugiés Montréal General Assembly – Mayıs 2015.

C., GÜL, “Klonlama ve Kök Hücre Çalışmaları Karşısında İnsan Onurunun Korunması Hakkı.

D., KAP, “Suriyeli Mülteciler; Türkiye’nin Müstakbel Vatandaşları”, Akademik Perspektif, 2014.

<https://www.egm.gov.tr/sayfalar/iltica-goc-islemleri.aspx> .

F., CİHANGİR, “Türkiye’deki Suriyeliler’in Hukuki Statüsü Üzerine Bir Çalışma”. <http://akademikperspektif.com/2015/02/23/turkiyedeki-suriyelilerin-hukuki-statusu-uzerine-bir-calisma/> .

H., Erdal, "Organize Bir Suç Türü Olarak İnsan Ticareti ve Türkiye Örneği", C. 10, Polis Bilimleri Dergisi, (s. 79-90).

International Crisis Group, "Blurring the Borders: Syrian Spillover Risks for Turkey, 30 Nisan 2013.

İ., KAYA, E., Y., EREN, "Türkiyedeki Suriyelilerin Hukuki Durumu Arada Kalanların Hakları ve Yükümlülükleri", SETAV.

İnsan Hakları İzleme ve Değerlendirme Merkezi, Suriyeli Mültecilerin Yaşamlarına Ait İnsan Hakları Raporu.

M., Harunoğulları, "Suriyeli sığınmacı çocuk işçiler ve sorunları: Kilis örneği" C. 3, S. 1, Mayıs, 2016.

M., KOÇ, İ., GÖRÜCÜ ve N., AKBIYIK, "Suriyeli Sığınmacılar ve İstihdam Problemleri", Birey ve Toplum Dergisi, C. 5, S. 9.

ORSAM, Suriye'ye Komşu Ülkelerde Suriyeli Mültecilerin Durumu: Bulgular, Sonuçları ve Öneriler, Rapor No: 189, Ankara, 2014.

S., BİROL, "Mülteci Krizi ve Türkiye'nin Rolü" .

S., CAGAPTAY, "The Impact of Syria's Refugees On Southern Turkey", The Washington Institute For Near East Policy.

UNHCR, "2014 Syria Regional Response Plan Strategic Overview" .

U., ALTUN ve Ö., GÖREL, Sığınmacılar ve Mülteciler Raporu, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, Ankara.

Uluslararası Göç Örgütü (IOM), IOM El Kitabı, İnsan Ticareti Mağdurlarına Doğrudan Yardım, 2008

Y., GÜÇTÜRK, "Avrupa'nın Ölümcül Mülteci Politikası, SETAV.

### **İnternette Yayınlanan Tezler**

H., AKALIN, Avrupa Birliği Üyelik Sürecinde Türkiye'de Mülteci Hukuku: Suriye Örneği, İstanbul, 2013.

Y., S., ŞAHİN, Avrupa Birliği Mülteci Hukukunda Üye Devletlerin İltica Başvurusunu Değerlendirme .Yetkisinin Çerçevesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2013 .

### **Diğer İnternet Kaynakları**

[http://www.ab.gov.tr/files/pub/turkiye\\_ab\\_vize\\_muafiyeti\\_sureci\\_ve\\_geri\\_kabul\\_anlasmasi\\_hakkinda\\_temel\\_sorular\\_ve\\_yanitlari.pdf](http://www.ab.gov.tr/files/pub/turkiye_ab_vize_muafiyeti_sureci_ve_geri_kabul_anlasmasi_hakkinda_temel_sorular_ve_yanitlari.pdf).



<https://www.afad.gov.tr/Dokuman/TR/98-2014061912629-suriyeli-misafir-lerimiz.pdf>.

<http://www.amerikaninsesi.com/content/turkiye-ab-arasndaki-uzlasma-nin-ayrntilari/3232150.html>.

[http://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/10/151007\\_suriyeliler](http://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/10/151007_suriyeliler) .

[http://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/09/150904\\_macar\\_tren\\_multeciler](http://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/09/150904_macar_tren_multeciler) .

[http://www.bbc.com/turkce/haberler/2016/03/160307\\_ab\\_turkiye](http://www.bbc.com/turkce/haberler/2016/03/160307_ab_turkiye).

<http://data.unhcr.org/syrianrefugees/regional.php> .

<http://www.gateofturkey.com/section/tr/471/7/kultur-ve-sanat-gele-nek-ve-gorenekler-misafirperverlik>.

<http://www.goc.gov.tr/files/files/Gi%C3%A7ici%20Koruma%20Y%C3%B6netmeli%C4%9Finin%20Getirdikleri.pdf> .

[http://www.goc.gov.tr/files/files/goc\\_tasar%C4%B1m\\_icler.pdf](http://www.goc.gov.tr/files/files/goc_tasar%C4%B1m_icler.pdf) .

<http://www.hurriyet.com.tr/suriyeliler-ikna-edildi-tem-karayolu-ulasima-acildi-30120221>.

<http://www.hurriyetaidailynews.com/turkey-builds-first-two-story-container-refugee-camp.aspx?pageID=238&nID=95366&NewsCatID=341>.

<http://www.independent.co.uk/news/world/europe/refugee-crisis-live-aylan-kurdish-death-drives-international-pressure-for-europe-to-act-as-people-10484471.html>.

<http://www.milliyet.com.tr/merkel-i-sarsan-fotograf/dunya/de-tay/2115964/default.htm> .

<http://mushaf.diyaret.gov.tr/> .

<http://www.rizemuftulugu.gov.tr/sayfa.asp?sayfaID=28> .

<http://www.reuters.com/article/us-mideast-crisis-merkel-nofly-idUSKCN0VO1ZH>.

[http://www.ntv.com.tr/dunya/batili-liderler-aylanin-olumune-ne-dedi,jFIN2\\_XfCU2stTPqRFDJng](http://www.ntv.com.tr/dunya/batili-liderler-aylanin-olumune-ne-dedi,jFIN2_XfCU2stTPqRFDJng) .

<http://www.theguardian.com/world/2015/sep/04/hundreds-refugees-march-austria-budapest-hungary-syrians> .

[https://www.washingtonpost.com/world/middle\\_east/syria-aid-convoys-prepare-to-head-to-besieged-areas/2016/02/17/c111830c-d559-11e5-a65b-587e721fb231\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/world/middle_east/syria-aid-convoys-prepare-to-head-to-besieged-areas/2016/02/17/c111830c-d559-11e5-a65b-587e721fb231_story.html) .

### **KARARLAR**

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, 11/11/2015 tarih B. No: 2014/13044 kararına ilişkin AYM tarafından yapılan basın açıklaması .

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2011/6-351 Esas, 2012/1810 sayılı kararı.

### **Resmi Gazete**

RG. 15/01/2016 T. 29594 S.

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/10/20141022-15-1.pdf> .



# YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA İDDİANAMENİN İADESİ

*Return of Indictment in the Light of the Decisions of the Court of Cassation*

**Birsen ELMAS<sup>1</sup>**

## ÖZET

İddianamenin iadesi kurumu, “Yeni Türk Ceza Adalet Sisteminde” benimsenen “Kişilerin Lekelenmeme hakkı” ile “Eksiksiz Soruşturma” ve “Kamu davasının tek ya da zorunlu olduğunda birbirini izleyen oturumlarda ve mümkünse bir günde sonuçlandırılması” ilkelerinin doğal bir sonucu olarak, etkin bir soruşturma yapılmadan ve kamu davası açmak için gerekli olan “yeterli şüpheye” ulaştırarak delilleri elde etmeden iddianamenin düzenlenmesini engellemek amacıyla 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile hukuk sistemimize girmiş yeni bir kurumdur. Ancak, kanun uygulayıcıları tarafından iddianamenin iade nedenlerinin dar bir şekilde yorumlanması nedeniyle geçen on yıllık süre sonunda bu kurumdan amaçlanan hedeflere ulaşıldığını söylemek mümkün değildir.

**Anahtar Kelimeler:** İddianame, İddianamenin İadesi, Lekelenmeme Hakkı, Ara Muhakeme Evresi, Yeterli Şüphe, Suçun Sübutuna Etki Edeceği Muhakkak Sayılan Delil, Delil Toplama, Suçun Hukuki Nitelendirmesi

## ABSTRACT

The method of “return of indictment” which has been recently regulated in the numbered 5271 Code of Criminal Procedure, aims to hinder drawing indictment without conducting a proper investigation and gathering evidence to reach the reasonable doubt as a result of the principles accepted under the “New Turkish Criminal Justice System”, such as “Right not to be Labelled as Guilty”, “Efficient Investigation”, “Completion of Criminal Case in the first session or if necessary at the end of consecutive sessions and in one day if possible”.

However, since the law practitioners interpret the reasons of the return of indictment so strictly, the objective for this method couldn't be attained in the past ten years.

**Keywords:** Indictment, Return of Indictment, the Right not to be Labelled as Guilty, Interlocutory Procedure Period, Reasonable Doubt, Evidence which is Accepted as Essential for Proving, Gathering Evidence, Determining of Crime

◆◆◆◆

---

<sup>1</sup> Yargıtay 9. Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi. [birsenelmas@mynet.com](mailto:birsenelmas@mynet.com)

## I- Genel Olarak

İddianamenin iadesi, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile hukukumuzda girmiş bir kurum olup, iddianamenin, hukuken geçerli ve yeterli delillerin toplanmasından ve dava açma koşullarının gerçekleşmesinden sonra, tüm yönleriyle doğru ve eksiksiz olarak mahkemeye verilmesini sağlamak amacıyla düzenlenmiştir. Böylelikle kamu davasının tek veya zorunlu olduğunda birbirini izleyen oturumlarda ve mümkünse bir günde sonuçlandırılması hedeflenmiştir.<sup>2</sup>

İddianamenin iadesi kurumuyla, iddianamelerin özensiz hazırlanması, mahkemelerin delil araştırarak zaman kaybetmesi ve davaların uzaması engellenmesi amaçlanmıştır.<sup>3</sup> Bu kurumun gelmesi ile; eksiksiz ve tam bir soruşturma sonucunda, dava açmaya yeterli bir delil var ise davanın açılması, açılan davanın yargılanması sırasında delil toplama ile vakit kaybedilmemesi, tek celsede yargılamanın bitirilmesi hedeflenmiştir.<sup>4</sup> Kovuşturma evresinin kısa bir sürede sonuçlandırılması, soruşturma evresinin etkin bir şekilde yapılmasına bağlıdır. Etkin bir soruşturma yapılmadan ve kamu davası açmak için gerekli olan “yeterli şüpheye” ulaştıracak delilleri elde etmeden iddianame düzenlenmesi sonucu kovuşturma evresi “delil toplama” sürecine dönüşmekte, bu ise tek oturumda sonlandırmak istenen evrenin uzamasına ve makul süre içinde yargılanma hakkının ihlaline neden olmaktadır.

İddianamenin iadesi, soruşturma evresinde sunulan iddianamenin, mahkemece incelendikten sonra CMK'nın 174. maddesinde sayılan sınırlı nedenlere bağlı olarak Cumhuriyet savcılığına geri gönderilmesidir.<sup>5</sup> Bu geri gönderme, iddianamenin unsurlarında ve içeriğinde yer alması gereken hususları belirten CMK'nın 170. maddesi çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme üzerine gerçekleşmek zorundadır.<sup>6</sup>

İddianamenin iadesi kurumunun ceza muhakemesinin hangi evresinde bulunduğu konusu doktrinde tartışmalıdır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa göre ceza muhakemesi, “soruşturma” ve “kovuşturma” evrelerinden oluşmaktadır. CMK'nın “Tanımlar” başlıklı 2. maddesine göre soruşturma “Ka-

---

<sup>2</sup> CMK 174. madde gerekçesinden

<sup>3</sup> CENTEL Nur/ZAFER Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku 6. Baskı, s: 468

<sup>4</sup> AYDIN Murat, “İddianamenin İadesi ve Unsurları” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi c. X, s:1, 2 y. 2006

<sup>5</sup> KARAKURT Ahu; Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi (TBB Dergisi, Sayı 82, 2009)

<sup>6</sup> YURTCAN Erdener, Yeni CMK s: 127

nuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi”; kovuşturma ise “iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi” ifade eder. Ancak, CMK’nın 174. maddesinde “iddianamenin iadesi” kurumunun kabul edilmesiyle bu iki evrenin arasına zorunlu olarak “Ara muhakeme evresi” adı verilen bir üçüncü evrenin girdiği kabul edilmiştir.<sup>7</sup> Doktrinde bu görüşün aksini savunan yazarlara göre, iddianamenin iadesi soruşturma aşamasına dahildir.<sup>8</sup> Bu görüşe göre; “iddianamenin iadesi” kurumu, CMK’nın 2. maddesinde soruşturma evresi içinde tanımlanmış olup, iddianamenin kabulü kararı, mahkemece iddianamenin değerlendirilmesi süreci sonrasında verilen bir karar olduğundan, söz konusu süreç soruşturma evresinin içinde yer almaktadır.<sup>9</sup>

İddianamenin iadesi kurumu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun hukukumuzda getirdiği en önemli yeniliklerden biri olmakla birlikte; geçen on yıllık sürenin ardından uygulamada bu kurumdan beklenen faydanın sağlanıp sağlanmadığının tespitinin de önem taşıdığı açıktır. Bu çalışmanın amacı, Yargıtay kararları ışığında iddianamenin iade nedenleri incelenerek, Yargıtay’ın bu kuruma bakış açısını ortaya koymak, gerçekleşen sonuçlar itibarıyla amaçlanan hedeflere ne kadar yaklaşabildiği konusuna ışık tutmaktır.

Yargıtay kararlarında “iddianamenin iadesi” kurumunun ele alınış şeklinin, iddianameyi düzenleyen Cumhuriyet savcıları tarafından “iade nedenlerinin genişletici bir yoruma tabi tutulduğu”; doktrin ve iddianameyi inceleyen hâkimler tarafından ise “iade nedenlerinin daraltıcı bir yoruma tabi tutularak, bu kurumun işlemesinin bir hayli zorlaştırıldığı” şeklinde iki farklı eleştiriye neden olduğu gözlenmektedir. İddianamenin iadesi sebepleri başlığı ile bağlı kalarak yapılan inceleme sonucunda hangi eleştirinin haklı olduğu konusunda bir fikir sahibi olmak da mümkün olabilecektir.

---

<sup>7</sup> ÖZTÜRK Bahri/TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ SIRMA Özge/KIRIT Yasemin F.Saygılar/ÖZAYDIN Özdem/AKCAN Esra Alan/ERDEN Efser; Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku 9. Baskı s: 601; CENTEL Nur/ZAFER Hamide Ceza Muhakemesi Hukuku 6. Baskı s: 468, GÜLTEKİN Özkan, Öğreti ve Uygulamada İddianame ve İddianamenin İadesi, YENİDÜNYA Caner, “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi”, E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi Şubat 2007,

<sup>8</sup> ŞAHİN Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku-1, Ankara 2007, s: 21, 22

<sup>9</sup> KARAKURT Ahu; Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi (TBB Dergisi, Sayı 82, 2009)

## II-İDDİANAMENİN İADESİ SEBEPLERİ

İddianamenin iade nedenleri TCK'nın 174. maddesinde düzenlenmiştir. Mahkeme, iddianamenin ve soruşturma evrakının verildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde soruşturma evresine ilişkin bütün belgeleri inceledikten sonra eksik veya hatalı noktaları belirtmek suretiyle "yalnızca" CMK'nın 174. maddesinde belirtilen nedenlere dayanarak iddianameyi iade edebilecektir. Mahkemenin iade nedenleri konusunda takdir hakkı bulunmamaktadır. Kanunda sayılan nedenler dışında bir nedene dayanılarak iddianamenin iadesi mümkün değildir.

### A-İddianamenin Ceza Muhakemesi Kanununun 170. Maddesine Aykırı Olarak Düzenlenmesi

#### 1-CMK'nın 170. Maddesinin İkinci Fıkrasına Aykırı Olarak Yeterli Şüpheye Ulaşmadan İddianame Düzenlenmiş Olması

CMK'nın 170. maddesinin ikinci fıkrasına göre; soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa, Cumhuriyet savcısı bir iddianame düzenleyecektir.

İddianamenin iadesini düzenleyen CMK'nın 174. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde; 170. maddeye aykırı olarak düzenlenen iddianamelerin iade edileceği hüküm altına alınmıştır. Doktrinde bir kısım yazarlarca; CMK'nın 174. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ile aynı Kanun'un 170. maddesine bir bütün olarak atf yapıldığı, bu sebeple iddianamenin CMK'nın 170. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı olarak düzenlenmesinin de bir iade sebebi olduğu ileri sürülmekte<sup>10</sup> iken, diğer bir kısım yazarlarca da iddianamenin iade sebepleri olarak CMK'nın 170. maddesinin üçüncü fıkrasından başlamak suretiyle bir değerlendirme yapıldığı görülmektedir.<sup>11</sup> Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 14.01.2013 tarih ve 2012/16902-2013/365 sayılı ve 27.05.2013 tarih ve 2013/7637-4779 sayılı kararlarında; "...CMK'nın 174. maddesinde iddiana-

---

<sup>10</sup> KARAKURT Ahu; Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi (TBB Dergisi, Sayı 82, 2009); MERAKLI Serkan, "İddianamenin İadesi Kurumunun Ceza Muhakemesi Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi" Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S.; 2013, s: 1595-1652 (Basım Yılı 2014), YENİDÜNYA Caner, "5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi", E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi Şubat 2007,

<sup>11</sup> ÖZTÜRK Bahri/TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ SIRMA Özge/KIRIT Yasemin F.Saygılar/ÖZAYDIN Özdem/AKCAN Esra Alan/ERDEN Efser; Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku 9. Baskı s: 601; CENTEL Nur/ZAFER Hamide Ceza Muhakemesi Hukuku 6. Baskı s: 468, GÜLTEKİN Özkan, Öğreti ve Uygulamada İddianame ve İddianamenin İadesi,

*menin iadesini gerektiren sebepler sınırlı olarak sayılmıştır. Bunlar arasında gösterilen “170. maddeye aykırı olarak düzenlenen” ibaresi, iddianamenin bu maddede belirtilen şekil unsurlarını taşımasını ifade etmekte olup, “yeterli delil bulunmaması” anlamını içermediğine” işaret edilmek suretiyle iddianamenin iade sebepleri olarak CMK’nın 170. Maddesinin üçüncü fıkrasından başlamak suretiyle bir değerlendirme yapılması gerektiği kabul edilmiştir.*

Yeterli şüphe, şüpheli hakkında kamu davası açıldığında şüphelinin mahkum edilme ihtimalinin beraat etme ihtimalinden daha fazla olması halini ifade eder.<sup>12</sup> Yeterli şüphe, yeterli delille ortaya konulur. Delillerin yeterli bir şüphe oluşturup oluşturmadığı konusunda karar verme yetkisi Cumhuriyet savcısına aittir.<sup>13</sup>

Yargıtay kararlarında, **yeterli delil bulunmaması** soruşturma evrakında yer alan bilgi ve belgelerden suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe olduğu kanısına ulaşılmaması halinde Cumhuriyet savcısının dava açma mecburiyeti bulunduğuna işaret edilerek iade nedeni olarak kabul edilmemiştir.<sup>14</sup> Yine; CMK’nın 170. maddesinin ikinci fıkrası gereğince soruşturma evresi sonucunda toplanan delillerin suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturması durumunda Cumhuriyet savcılığınca iddianame düzenleneceği, delillerin yeterli olmaması halinde beraat kararı verilebilecek olması karşısında somut delillerin toplanmadığından bahisle iddianamenin iadesine karar verilemeyeceği kabul edilmiştir.<sup>15</sup> **Yeterli şüphe bulunmaması** hali de bu kapsamda değerlendirilerek, soruşturma dosyasındaki bilgi ve belgelerin incelenmesi sonucunda yeterli delil olup olmadığı konusunda delilleri takdir etme yetkisinin Cumhuriyet savcısına ait olduğu, bu durumun mahkûmiyet kararı için yapılması gereken değerlendirme ile kıyaslanmaması gerektiği, yeterli şüphelinin varlığı halinde Cumhuriyet savcısının dava açma mecburiyetinin bulunduğu, mahkemece iddianamede sunulan ve kovuşturma aşamasında toplanacak deliller ışığında karar verilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir. Yine; şüphelinin suçunu kabullenmediği ve aleyhine delil saptanmadığı<sup>16</sup> ve **kanıtların hükme yeterli olmadığı**<sup>17</sup>, iddianameye konu suçta

<sup>12</sup> CENTEL Nur/ZAFER Hamide Ceza Muhakemesi Hukuku 6. Baskı s: 425, GÜLTEKİN Özkan, Öğreti ve Uygulamada İddianame ve İddianamenin İadesi, s: 123, ÖZTÜRK-ERDEM: 495; PARLAR Ali/HATİPOĞLU Muzaffer Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu s: 434, YENİDÜNYA Caner, “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi”, E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi Şubat 2007,

<sup>13</sup> CENTEL Nur/ZAFER Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku 6. Baskı, s: 425-426

<sup>14</sup> 10 CD, 17.06.2013, 2013/7895-5910 sayılı kararı .

<sup>15</sup> 23 CD, 09.12.2015, 2015/20337-7830 sayılı kararı .

<sup>16</sup> 6 CD, 18.09.2008, 2007/11953-2008/15814 sayılı kararı

<sup>17</sup> 10 CD, 19.11.2007, 2007/11000-10416; 6 CD, 05.06.2008, 2007/11952-2008/12612 sayılı



ilişkin **delillerin hukuka aykırı olarak elde** edildiği<sup>18</sup> gerekçeleriyle iddianamenin iade edilemeyeceği kabul edilmiştir. Nitekim Yargıtay 9. Ceza Dairesi 06.03.2014 tarih ve 2013/15344-2014/2553 sayılı kararında, *“infaz kurumuna ve tutukevine yasak eşya sokma suçuna ilişkin yürütülen soruşturmada ... şüphelilerin üzerine atılı suçun Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilen TCK’nın 297/2. maddesine uyduğu, dava tarihinde suç olmayan eylemden dava açılmayacağından bahisle”* verilen iade kararının yerinde olmadığına hükmetmiş, gerekçede CMK’nın 170. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Cumhuriyet savcısının dava açma zorunluluğuna ve mahkemelerin iddianamede gösterilen olaylarla ilgili olarak ibraz edilen deliller ve yargılama sırasında ibraz edilebilecek deliller birlikte değerlendirilerek yargılama sonunda bir karar verilebileceğine işaret edilmiştir. Şu halde Yargıtayın, iddianamenin iade sebepleri olarak CMK’nın 170. maddesinin üçüncü fıkrasından başlamak suretiyle bir değerlendirme yapılması görüşünü benimsediğini söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak; Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 20.01.2016 tarih ve 2015/15916-2016/765 sayılı kararı ile *“taksirli öldürme suçundan yürütülen soruşturma sonucunda, toplanan tüm deliller değerlendirildiğinde, meydana gelen trafik kazasından dolayı şüphelinin kusurunun bulunmamasına rağmen, kusurluluğun takdirinin mahkemeye ait olduğundan bahisle düzenlenen iddianamenin “Yeni Türk Ceza Adalet Sisteminde” benimsenen “Kişilerin Lekelenmeme hakkı” ile “Eksiksiz Soruşturma” ve “Kamu davasının tek ya da zorunlu olduğunda birbirini izleyen oturumlarda ve mümkünse bir günde sonuçlandırılması” prensiplerine aykırı olup, anılan iddianamenin şüpheli hakkında dava açmaya yeterli şüphe bulunmaması nedeniyle iadesine ilişkin kararın”* isabetli olduğuna hükmettiği görülmektedir.

## **2-Görevli veya Yetkili Olmayan Bir Mahkemeye Hitaben İddianame Düzenlenmiş Olması**

İddianamenin öncelikle görevli ve yetkili bir mahkemeye hitaben düzenlenmesi gerekir. Görev ve yetki konusunda iddianamede açık bir yanlışlık veya çelişki varsa iade mümkündür.<sup>19</sup> Başka hiç bir araştırmaya gerek kalmaksızın, iddianamenin anlatımından mahkemenin görevsiz veya yetkisiz olduğunun anlaşılması halinde iddianame iade edilecektir. Mahkeme görevli ve yetkili olup olmadığını değerlendirirken Cumhuriyet savcısının hukuki nitelendirmesi ile bağlı olacaktır. Mahkeme, Cumhuriyet savcısının hukuki nitelendirmesinin yerinde olmadığı gerekçesi ile iddianameyi iade edemeyecektir. Bu durumda

---

kararları

<sup>18</sup> 9 CD, 16.11.2015, 2015/14338-2455, 10 CD, 10.03.2014, 2014/1574-1596 sayılı kararları

<sup>19</sup> CMK 174. madde gerekçesinden

mahkemenin, diğer unsurları itibariyle CMK'nın 170. maddesine uygun olarak düzenlenmiş iddianameyi kabul ederek kovuşturma aşamasında görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermesi gerekir. Nitekim Yargıtay kararlarında da; görev ve yetki konusunda iddianamede açık bir yanlışlık veya çelişki olması hali iddianamenin iadesi nedeni olarak benimsenmişken, Cumhuriyet savcılığının hukukî nitelendirmesi ile mahkemenin hukukî nitelendirmesinin farklı olduğu durumlarda, iddianamenin kabulünden sonra kovuşturma evresinde yetkisizlik veya görevsizlik kararı verilmesinin mümkün olduğuna da işaret edilmek suretiyle Cumhuriyet savcılığınca yapılan nitelendirmenin kabul edilmeyerek görev yönünden iddianamenin iade edilemeyeceği belirtilmiştir.<sup>20</sup>

### **3-CMK'nın 170. Maddesinin Üçüncü Fıkrasında Belirtilen Unsurları İçermeyen İddianame Düzenlenmiş Olması**

CMK'nın 170. maddesinin üçüncü fıkrasında iddianamede bulunması zorunlu olan unsurlar düzenlenmiştir. Buna göre; görevli ve yetkili bir mahkemeye düzenlenen iddianamede;

- a) Şüphelinin kimliği,
  - b) Şüphelinin müdafii,
  - c) Maktul, mağdur veya suçtan zarar görenin kimliği,
  - d) Mağdurun veya suçtan zarar görenin vekili veya kanuni temsilcisi,
  - e) Açıklanmasında sakınca bulunmaması halinde ihbarda bulunan kişinin kimliği,
  - f) Şikayette bulunan kişinin kimliği,
  - g) Şikayetin yapıldığı tarih,
  - h) Yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri,
  - ı) Yüklenen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi,
  - i) Suçun delilleri,
  - k) Şüphelinin tutuklu olup olmadığı, tutuklanmış ise, gözaltına alma ve tutuklanma tarihleri ile bunların süreleri,
- gösterilir.

---

<sup>20</sup> 11 CD, 18.10.2006, 2006/5263-8292; 6 CD, 29.01.2007, 2007/1-2; 3 CD; 15.04.2015, 2015/13370-71394 sayılı kararları

**Şüphelinin kimliği** ile kast edilen açık kimliktir.<sup>21</sup> Kimlik bilgileri, şüphelinin soyadını, adını, adresini, medeni halini, doğum yerini, doğum tarihini ve tâbiyetini içerir.<sup>22</sup>

Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 15.02.2016 tarih ve 2015/13083-2016/51266 sayılı kararına göre; *“İddianamede şüphelinin kimliğinin gösterilmesi gerekir. Kimliği belirsiz kişi hakkında dava açılmaz. Kimliğin eksik, kapalı ya da çelişkili olarak belirlenmesi, karışıklığa, hatta ilgisi bulunmayan bir kişinin hükümlülüğüne yol açabilir. Özellikle isim benzerlikleri göz önüne alınarak, şüphelinin ad ve soyadı, bana ve anne adı, doğum tarihi, oturduğu yer ve mesleği gösterilmelidir. Şüphelinin açık kimliği bilinmiyorsa dava açılmamalıdır. Bu durum genellikle gaip ve kaçak şüpheli hakkında söz konusu olur. İddianameye şüpheliyi, diğerlerinden ayırdeden özellikleri olabildiğince yazmak gerekir.*

*Şüphelinin kimliği, iddianamenin şekli unsurlarındandır. Şüphelinin kimliğinin iddianameye yazılmış olması tek başına bir anlam ifade etmez. Kimlik bilgilerinin soruşturmada elde edilen bilgilerle ve gerçek durumla uyumlu olması gerekir. Şüphelinin kimliği olarak yazılan bilgi gerçekle örtüşmüyorsa, soruşturmada elde edilen bilgilere göre belirlenen şüpheli dışında bir kişiye dava açılmış ise, şeklen iddianamenin üzerinde kimlik bilgisinin yazılı olmasının bir anlamı yoktur. Önemli olan bu bilgilerin doğru olarak yazılmış olmasıdır.”*

Yargıtay kararlarında; **şüphelinin açık kimliğinin tespit edilmemesi** bir iade nedeni olarak kabul edilmişken<sup>23</sup>, **nüfus ya da adli sicil kayıtlarına ilişkin belgelerin soruşturma evrakına eklenmemesi**<sup>24</sup> iade nedeni olarak kabul edilmemiştir.

Yine; şüphelinin yabancı uyruklu olması ve üzerinde sahte pasaport ile yakanması halinde; şüphelinin kimliğini doğrulayacak belge bulunmaması, şüphelinin beyan ettiği ismin gerçek kimliği olup olmadığının ülkesinin ilgili makamları nezdinde araştırılmaması hali bir iade nedeni olarak kabul edilirken<sup>25</sup>, yabancı uyruklu şüphelinin kimliğinin iddianamede gösterilmesinin gerekliliği kabul edilmekle birlikte; nüfus kayıt örneği gibi resmi bir belgenin bulunmasının zorunlu olmadığı, dosya kapsamına göre şüphelinin beyanına göre

<sup>21</sup> ÖZTÜRK Bahri/TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ SIRMA Özge/KIRIT Yasemin F.Saygılar/ÖZAYDIN Özdem/AKCAN Esra Alan/ERDEN Efser; Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku 9. Baskı s: 604;

<sup>22</sup> CENTEL Nur/ZAFER Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku 6. Baskı, s: 428

<sup>23</sup> 10 CD, 27.10.2014, 2014/1578-11707; 11 CD, 29.03.2007, 2007/2641-2234 sayılı kararları

<sup>24</sup> 2 CD, 14.06.2006, 2006/4907-12064; 2 CD, 04.02.2015, 2014/38472-2015/1736, 10 CD, 27.10.2014, 2014/9983-11706 sayılı kararları

<sup>25</sup> 13 CD, 08.07.2013, 2013/7840-21608 sayılı kararı

kimlik bilgilerinin tespit edildiği, parmak izi ve fotoğraflarının da alındığı dikkate alınarak yabancı uyruklu şüpheli hakkında kimliğini ispata yarar bir resmi belgenin bulunmaması hali iade nedeni olarak kabul edilmemiştir.<sup>26</sup> Oysa Yargıtay 10. Ceza Dairesi 27.10.2014 tarih ve 2014/4578-11707 sayılı kararında “Yabancı uyruklu şüphelinin üzerinde kimlik bilgilerine esas olacak herhangi bir belge bulunmadığı, yalnızca beyana dayalı kimlik bilgileri esas alınarak iddianame düzenlendiği, şüphelinin kimliği tereddüte neden olmaksızın tespit edilmeden dava açılmasının yasaya aykırı” olduğuna işaret ederek bu hususu bir iade nedeni olarak kabul etmiştir. Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 09.03.2015 tarih ve 2015/733-23188 sayılı kararına göre ise “...Bu hususta istikrar kazanmış uygulamalarda da belirtildiği üzere, şüpheli hakkında bir suçtan iddianame düzenlenebilmesi için, kimliğinin resmi bir belge ile ispatı zorunlu bulunmayıp, aksine bir iddia ya da tespit bulunmaması durumunda şüphelinin kimliği ile ilgili tutarlı beyanına dayanılarak iddianame düzenlenebilecektir. “Daire, bu gerekçe ile; resmi belgede sahtecilik suçundan hakkında soruşturma yürütülen ve müdafii huzurunda tercümanla alınan kolluk beyanında “Suriye vatandaşı” olduğunu ifade etmesine rağmen, Sulh ceza mahkemesinde yine müdafii huzurunda ve tercümanla alınan aynı tarihli ifadesinde “Aslen İranlı olduğu halde emniyette Suriyeli olduğunu söylediğini” kabul eden şüphelinin kimlik bilgileri hususunda bizzat kendi beyanından dolayı tereddüt olduğu, dosya kapsamına göre de bu tereddüdün giderilemediğinden bahisle iddianamenin iadesine ilişkin kararın doğru olduğuna işaret ederek kanun yararına bozma isteminin reddine karar vermiştir.

Yargıtay kararlarında; **şüphelinin adres bilgilerinin açıkça belirtilmemesi**<sup>27</sup> iade nedeni olarak kabul edilmemiştir. Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 25.02.2016 tarih ve 2015/8463-2016/1575 sayılı kararı ile “Yabancı uyruklu şüphelilere ait gerçek kimlik bilgilerinin dosyaya getirilen kimlik ve pasaport kayıtları ile tespit edildiği, bu nedenle şüphelilere ait kimlik bilgilerinin iddianame başlığında ayrıntılı olarak yazılmamasının iddianamenin iadesi sebebi olamayacağı, şüphelinin adres bilgilerinin 5271 sayılı Kanun’un 170. maddesine göre iddianamede gösterilmesi zorunlu olmadığı gibi adres bilgilerinin gerçeği yansıtmaması hususunun da iddianamenin iadesi sebebi olamayacağı” kabul edilmiştir.

**İddianamede, maktul, mağdur veya suçtan zarar görenin kimliği ile şikâyetle bulunan kişinin kimliğinin gösterilmesi zorunlu olup, aksi hal iade ne-**

<sup>26</sup> 11 CD, 17.03.2015, 2015/975-23932, 11 CD, 08.09.2014, 2014/11433-14296 sayılı kararları

<sup>27</sup> 11 CD, 18.02.2016, 2015/8468-2016/1224; 10 CD, 17.06.2013, 2013/7895-5910 sayılı kararları

**denidir.** Yargıtay 13. Ceza Dairesi 30.11.2011 tarih ve 2011/17629-6976 sayılı kararında “...5271 sayılı CMK’nun 170. maddesinin 3. fıkrasının (c) bendinin açık hükmüne göre, iddianamede gösterilmesi gereken hususlar arasında mağdurun kimliği de sayılmıştır. Nihayet 5271 sayılı CMK’nın 174. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi hükmüne göre de “Suçun sübutuna etki edeceği muhakkak olan bir delil toplanmadan” hazırlanan iddianamenin iade edilmesi gerekir. Somut olayda Cumhuriyet savcısının, suça konu malın kime ait olduğunu araştırmadan ve bunu nereden ne şekilde alındığını belirlemeden iddianame düzenlenmesi “bir iade nedeni olarak kabul edilmiş iken aynı Dairenin 13.02.2013 tarih ve 2012/27064-2013/3267 sayılı kararında” Dosya içeriğinden, Cumhuriyet savcısının bisiklet sahibine ulaşılarak ifadesinin alınması talimatı vermesi üzerine emniyet görevlilerinin suç tarihinde tuttıkları iki ayrı tutanakta şikayetçiye ulaşamadığını bildirmeleri karşısında, somut olayda Cumhuriyet savcısının suça konu malın kime ait olduğunu araştırmadan iddianame düzenlemesi söz konusu olmadığı gibi, iddianamede suça konu eşyanın nereden ve ne zaman çalınmaya kalkışıldığı hususu da belirtildiğinden” bahisle müştekinin kimliğinin iddianamede gösterilmemesi iade nedeni olarak kabul edilmemiştir. Yine 3. Ceza Dairesi’nin 19.06.2013 tarih ve 2013/12971-25820 sayılı kararında; 4. Ceza Dairesi’nin 11.10.2011 tarih ve 2011/14137-626 sayılı kararına atıf yapılarak; “Her ne kadar, 5271 sayılı Kanunun 170. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendinde, mağdurun kimliği iddianamede bulunması gereken unsurlar arasında sayılmış ise de; bunun yapılan soruşturma sonucunda mağdurun kimliğinin elde edilmesi durumuna ilişkin olduğu, yapılan bütün araştırma ve soruşturmaya rağmen mağdurun kimliğinin tespit edilememesinin şüpheli hakkında iddianame düzenlenmesine engel durum olmayacağı açıktır. Ceza yargılaması için diğer asli unsurların bulunduğu bir durumda, zorunluluktan kaynaklanan bu eksiklik ceza yargılamasının yapılmasına engel teşkil etmeyecektir. Olay nedeniyle ifadesi alınan şüphelinin “ben elime tuğla aldım şahsa vurdum sonra cebimden çıkardığım bıçağı şahsı sol karın tarafından bıçakladım” şeklindeki beyanı ve dosyada bulunan diğer deliller karşısında, şüphelinin üzerine atılı suçu gerçekleştirdiği, mağdurun açık kimliğinin tespit edilememesinin suçun oluşumunu etkilemeyeceği” gerekçesiyle bu hususun iade nedeni olmayacağı belirtilmiştir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi 08.05.2012 tarih ve 2012/1090-3643 sayılı kararında “İhmalî davranışla kasten adam öldürme suçunun müştekinin ölen bebeğinin mirasçıları olduğu ve iddianame metninde bu hususun eksik bırakıldığı için açık ve net olduğu, bu durumda iddianamenin CMK’nın 170/3. maddesi kapsamında eksik olduğu gerekçesi ile iade edilmesi” gerektiğine işaret edilerek,

iddianamede müştekilerin gösterilmemesi hususu bir iade nedeni olarak kabul edilmiş iken 9. Ceza Dairesinin 12.12.2005 tarih ve 2005/6961-9421 sayılı kararında **iddianamede suç tarihinin yanlış yazılması** iade nedeni olarak kabul edilmemiştir.

CMK'nın 170. maddesinin üçüncü fıkrasındaki iddianamede bulunması gereken hususlar bakımından söz konusu olan zorunluluk, mevcut olup da iddianamede yer verilmeme olarak anlaşılmalıdır.<sup>28</sup> Örneğin şüphelinin müdafii yoksa doğal olarak iddianamede bu hususun yer alması beklenmeyeceğinden, bu nedene dayanılarak iddianamenin iadesi de söz konusu olmayacaktır.

### **3-İddianamede Yüklenen Suçu Oluşturan Olayların Mevcut Delillerle İlişkilendirilerek Açıklanmamış Olması**

CMK'nın 170. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, iddianamede, yüklenen suç oluşturulan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanmalıdır.

İddianamede öncelikle suçu oluşturulan fiilin, yer ve zaman belirtilmek suretiyle bir olay örgüsü içinde açıkça anlatılması, başka bir deyişle hükmün konusunu oluşturulan fiilin sınırlarının çizilmiş olması gerekir. Olay anlatılırken suçun unsurlarını teşkil eden hususlar, yasadaki ifadeler kullanılarak vurgulanmalıdır.<sup>29</sup> İddianamede suçu oluşturulan olayın anlatılması tek başına yeterli değildir. Suçu oluşturulan olayların, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanması gerekir. Bu ise ancak delillerin somut bir biçimde ortaya konulması ile mümkündür. İddianamede, suça konu yapılan fiilin şüpheli tarafından gerçekleştirildiğini gösteren delillerin, yine şüpheli tarafından gerçekleştirildiği sabit olan fiilin hangi nedenlerle suçu oluşturduğuna ilişkin delillerin somut olarak gösterilmesi, bir bakıma fiilin gerekçelendirilmesi gerekir. Olaylar ile deliller arasında ilişki kurulmaksızın sadece delillerin ardı sıra yazılması ve takdir mahkemeye bırakılmış iddianamenin iadesine karar vermek gereklidir.<sup>30</sup>

Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 26.03.2015 tarih ve 2014/21917-2015/24294 sayılı kararına göre; *"5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170/4. maddesindeki, iddianamede yüklenen suçu oluşturulan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanır; şeklindeki düzenleme ile aynı Kanun'un 225/1. maddesinde yer alan; hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suç"*

<sup>28</sup> MERAKLI Serkan, "İddianamenin İadesi Kurumunun Ceza Muhakemesi Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi" Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S.; 2013, s: 1595-1652 (Basım Yılı 2014)

<sup>29</sup> CENTEL Nur/ZAFER Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku 6. Baskı, s: 429

<sup>30</sup> AYDIN Murat, "İddianamenin İadesi ve Unsurları" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi c. X, s:1, 2 y. 2006

*ilişkin fiil ve fail hakkında verilir şeklindeki düzenleme karşısında, iddianame-deki anlatıma göre şüphelilere isnat edilen suçlu oluşturan olayların mevcut delillerle ilişkilendirilerek gösterilmemesi” bir iade nedenidir. Yine; Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 25.03.2015 tarih ve 2015/7099-10801 sayılı kararında; “.... Mağdur FK’nın soruşturma aşamasında ilçe jandarma komutanlığında verdiği 10.01.2014 tarihli ifadesinde, aracın arkasında birlikte oturdukları Urfa’da asker olan şahsın kendisinin burnuna elinin tersi ile vurduğunu beyan ettiği, aracı kullanan diğer şüphelinin kendisine yönelik darp eyleminde bulunduğu na dair herhangi bir iddia ileri sürmediği, ....düzenlenen iddianamede, şüphelilerin iştirak iradesiyle müştekiyi darp ettikleri iddia edilmesine rağmen, bu iddiayı ortaya koyacak bir delilin iddianamede gösterilmediği ve dolayısıyla olayla ilişkilendirilmediği, bu nedenle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 174/1-a maddesi delaletiyle 170/4. maddesi gereğince verilen iade kararının yerinde olduğuna” işaret edilmiş iken 5. Ceza Dairesinin 10.04.2015 tarih ve 2015/5365-9874 sayılı kararında “....belediyesinde görevli olan şüphelilerin hangi ihalelerde komisyon üyesi olarak görev yaptıkları, mevzuata aykırı eylemlerinin ne olduğu, ne şekilde görevi ihmal ederek kötüye kullandıklarına dair bir anlatım bulunmadığı, iddianamede sadece şüphelilerin mevzuata aykırı eylemlerinin bulunduğu şeklinde genel ifadelere yer verildiği gibi mevcut delillerle de eylemlerin ilişkilendirilmediğinden bahisle” verilen iade kararına yapılan itirazın kabulüne ilişkin kararın “CMK’nın 174/2. maddesine göre suçun hukuki nitelendirilmesi sebebiyle iddianame iade edilemeyeceği” gerekçesiyle isabetli olduğuna hükmedilmiştir.*

Yargıtay 11. Ceza Dairesi’nin 23.01.2013 tarih ve 2012/28034-2013/1115 sayılı kararında “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 174/2. maddesinde belirtilen, suçun hukuki nitelendirilmesi sebebiyle iddianame iade edilmez, amir hükmüne aykırı olarak, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca nitelikli zimmet suçunun ne şekilde oluştuğu ve resmi belgede sahtecilik suçunun zimmet suçunun unsuru olarak değerlendirilmesi gerekirken ayrıca sahtecilik suçunun ne şekilde oluştuğu noktasında açıklama yapılmaması” iade nedeni olarak kabul edilmemiştir. Yargıtay 15. Ceza Dairesinin 30.09.2013 tarih ve 2013/14241-14291 sayılı kararı ile; ....suçlu oluşturan olayların mevcut deliller açıklanmamış ve alınan kriminal uzmanlık raporu ile sanık arasında aidiyet belirtilmediği iddianamenin iadesi sebebi olarak gösterilmiş ise de; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 170. maddesinde, iddianamede bulunması gereken hususların neler olacağı gösterildiği, aynı Kanun’un 174/1. maddesinde ise iddianamenin iadesine karar verileceğinin belirtildiği, 5271 sayılı Kanun’un 170/2. maddesinde yer alan, soruşturma evresi sonunda toplanan deliller su-

*çun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa, Cumhuriyet savcısı bir iddianame düzenler, hükmü uyarınca Cumhuriyet savcısının dava açmasının zorunlu olduğu ve suçun hukuki nitelendirmesinin de Cumhuriyet savcısına ait olduğu, bu durumda mahkemece, iddianamede gösterilen olaylarla ilgili olarak ibraz edilen deliller ve yargılama sırasında ibraz edilebilecek deliller birlikte değerlendirilerek yargılama sonucuna göre bir karar verilmesi gerekeceğine “işaret edilmiş, Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 25.12.2014 tarih ve 2014/6835-12572 sayılı kararında da yine aynı gerekçelerle “.....sanığın ağabeyinin ve babasının beyanı dışında şüphelinin terör örgütü üyeliği suçunu işlediğine dair istihbari bilgi mahiyetinde herhangi bir belge ve bilgi dahil delil sunulmaması” iade nedeni olarak kabul edilmemiştir.*

#### **4-İddianamede Şüphelinin Lehine ve Aleyhine Olacak Tüm Delillerin Gösterilmemesi**

CMK'nın 170. maddesinin beşinci fıkrasına göre, iddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususlar da ileri sürülür. Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır. Bu ise sadece şüphelinin aleyhine olan hususların değil, lehine olan hususların da dikkate alınarak bir iddianame düzenlenmesini zorunlu kılar. CMK'nın 160. maddesinin ikinci fıkrasına göre; Cumhuriyet savcısı maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür. Mahkeme şüphelinin lehine olan hususlara iddianamede yer verilip verilmediğine ilişkin denetimi yaparken, sadece iddianamenin içeriği ve soruşturma evraklarından yararlanacaktır, bunun dışında kendisi bizzat yeni bir araştırmaya girişmeyecektir.<sup>31</sup>

Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 03.03.2014 tarih ve 2013/13683-2014/416 sayılı kararına göre; “Şüphelilerin savunmalarında suça konu ilaçları reçeteye bağlı olarak kullandıklarını iddia etmeleri karşılığında, şüphelilerin savunmalarında belirtilen reçetelerin temin edilerek doğruluğu teyit edildikten sonra ele geçen suça konu ilaçlar ile reçetede belirtilen ilaçların isim, miktar ve kullanım süreleri bakımından reçetelerle uyumlu olup olmadıkları yönünden suçun oluşumuna ve şüphelilerin hukuki durumlarına mutlak surette etki edecek Adli Tıp Kurumu Başkanlığından rapor alınmadan ve **şüphelilerin lehlerine olan deliller toplanmadan kamu davası açıldığının anlaşılması** karşısında, iddianamenin iadesi ka-

---

<sup>31</sup> KARAKURT Ahu; Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi (TBB Dergisi, Sayı 82, 2009)



*rarına yapılan itirazın reddine karar verilmesi gerekir.” Ancak Daire 16.02.2015 tarih ve 2014/9687-2015/9221 sayılı kararında ise “.....mahkemesince şüpheli E.D hakkında piyasaya sahte para sürmek suçu hakkında herhangi bir karar verilmeyerek suçun takipsiz bırakıldığı ve şüpheli O.K ile ilgili iletişimin tespiti işleminin bulunmadığı, ifadesinin alınmadığı, evinde ya da işyerinde arama yapılmadığı, şüpheli Ö.D’nin beyanları karşısında beyanlarına başvurulmadan lehine delillerin toplanmadığından bahisle iddianamenin iadesine karar verilmiş ise de; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 170/3. maddesinde iddianamede nelerin gösterileceği, aynı Kanun’un 174/1. maddesinde ise iddianamenin hangi hallerde iadesine karar verileceğinin belirtildiği, 5271 sayılı Kanun’un 170/2. maddesinde yer alan “Soruşturma evresinde toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı bir iddianame düzenler” hükmü uyarınca Cumhuriyet savcısının dav açmasının zorunlu olduğu ve bu durumda mahkemece, iddianamede gösterilen olaylarla ilgili olarak ibraz edilen deliller ve yargılama sırasında ibraz edilebilecek diğer deliller birlikte değerlendirilerek yargılama sonucu bir karar verileceği, mahkemece yapılacak yargılama sonucunda yeterli delil bulunmadığının anlaşılması halinde ancak beraat kararı verilmesinin mümkün bulunduğu, keza anılan mahkemece iddianamenin iadesi nedeni olarak gösterilen hususların 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 174. maddesinde belirtilen iade sebepleri arasında sayılmadığı.....” gerekçesiyle iddianamenin iadesi kararına yapılan itirazın reddine ilişkin kararın bozulmasına karar verilmiştir.*

### **5-İddianamenin Sonuç Kısmında Hükmedilmesi İstenilen Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin Açıkça Belirtilmemiş Olması**

CMK’nın 170. maddesinin altıncı fıkrasına göre, iddianamenin sonuç kısmında, işlenen suç dolayısıyla ilgili kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangisine hükmedilmesinin istendiği açıkça belirtilir. Aksi durum bir iade nedeni olarak kabul edilmiştir. Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 15.05.2010 tarih ve 2010/14732-15842 sayılı kararında “...5271 sayılı Yasanın 170. maddesinin 6. fıkrasında, iddianamenin sonuç kısmında, işlenen suç dolayısıyla ilgili kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesinin istendiğine yer verilmesi zorunluluğu ve aynı yasanın iddianamenin iadesini düzenleyen 174. maddesinin 1. fıkra (a) bendinde 170. maddeye aykırı olarak düzenlenen iddianamenin Cumhuriyet Başsavcılığına iadesine karar verileceği öngörülmüştür. İadesine karar verilen ... sayılı iddianamede, şüphelinin kasten yaralama suçundan TCK’nın 86/2, 3-a maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi isteminde bulunulurken, anılan maddedeki cezalardan hangisine hükmedilmesinin

*istendiği konusunda açıklık bulunmadığı gibi, uygulanması istenen güvenlik tedbirinin de gösterilmesi gerektiği yönündeki yasal düzenleme karşısında, hapis cezasına mahkumiyet halinde, TCK'nın 53. maddesinin 1. fıkrasındaki güvenlik tedbirlerinin uygulanması isteminde bulunulması gerektiğinin gözetilmediği"* gerekçesiyle iddianamenin iadesi kararına yapılan itirazın reddine ilişkin kararın isabetli olduğuna karar verilmiştir.

### **B-İddianamenin Suçun Sübutuna Etki Edeceği Mutlak Sayılan Mevcut Bir Delil Toplanmadan Düzenlenmesi**

CMK'nın 174. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre; suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut bir delil toplanmadan iddianame düzenlenmiş olması, bir iade sebebidir. Bu iade sebebi, uygulamada en sık karşılaşılan iade sebebi olma özelliğini taşımaktadır.

"Suçun sübutuna etki edeceği muhakkak sayılan delil" ne demektir ? Bu sorun gerek doktrinde gerekse uygulamada oldukça tartışmalıdır. Yine "mevcut olduğu halde toplanmamış delil" ibaresinin de oldukça muğlak olduğu kabul edilmektedir. Kanunda kabul edilen bu ifade tarzı, hangi delilin suçun sübutuna etki edeceği veya etmeyeceği ve hangi delillin mutlak sayılması ya da sayılmaması gerekeceği konusunda tereddütlere yol açmaktadır.<sup>32</sup> Bu iade sebebini, toplanma imkanı bulunduğu halde Cumhuriyet savcısı tarafından suçun sübutuna etki edecek mevcut bir delilin toplanmamış olması haliyle sınırlı yorumlamak gerekir.<sup>33</sup> Suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan bir delillin, ancak Cumhuriyet savcısı tarafından toplanma imkanı olduğu halde, toplanmamış olması iddianamenin iadesini gerektirebilir.<sup>34</sup>

Doktrinde bir kısım yazarlara göre, suçun sübutuna etki etmek kavramı ile ifade edilmek istenen, fiilin fail tarafından işlendiğini ispatlayan değil, suçun fail tarafından işlenip işlenmediğini aydınlatacak delildir. Çünkü, fiilin fail tarafından işlendiğini ortaya koyan deliller de şüphesiz suçun sübutuna etki etmiş olurlar.<sup>35</sup> Suçun sübutuna etki edecek mutlak delilden kasıt, yeterli suç şüphesinin varlığını ortaya koyacak delillerin toplanmamış olmasıdır.<sup>36</sup> Mutlak

<sup>32</sup> GÜLTEKİN Özkan, Öğreti ve Uygulamada İddianame ve İddianamenin İadesi, s: 199,

<sup>33</sup> KARAKURT Ahu; Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi (TBB Dergisi, Sayı 82, 2009)

<sup>34</sup> ŞAHİN, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku

<sup>35</sup> MERAKLI Serkan, "İddianamenin İadesi Kurumunun Ceza Muhakemesi Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi" Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S.; 2013, s: 1595-1652 (Basım Yılı 2014)

<sup>36</sup> ÖZBEK Veli/KANBUR M.Nihat/BACAĞIZ Pınar/DOĞAN Koray, A.g.m ..s..323, GÜLTEKİN Özkan, Öğreti ve Uygulamada İddianame ve İddianamenin İadesi, s: 200

delil, şüpheli ile şüpheliye isnat edilen suç arasında en önemli illiyet bağına ortaya koyan, mevcut olmaması halinde şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesini zorunlu kılan delil olarak tarif edilebilir.<sup>37</sup> Bir olayla ilgili olarak yapılacak soruşturmada hem olayın nasıl meydana geldiğini anlamaya yarayan deliller ve hem de sanığın sorumluluğunun artmasına veya azalmasına neden olacak hususları ispata yarayan deliller toplanmalıdır.<sup>38</sup>

İddianamenin iadesi kurumu ile amaçlanan, soruşturma evresinde suçla ilgili gerekli tüm araştırmaların yapılarak delillerin eksiksiz toplanması ve toplanan bu delillerin ışığında suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşuyor ise iddianame düzenlenmesinin sağlanmasıdır. Delil toplama soruşturma evresine ait bir faaliyettir. Kovuşturma evresi, delil toplama değil, delillerin değerlendirilmesi aşamasıdır. Kamu davasının tek celsede bitirilmesi amacının gerçekleştirilmesi, etkin ve yeterli bir soruşturma evresinin geçirilmesi ile mümkündür.

Bir suçla ilgili olarak hüküm vermeden önce toplanması gereken deliller ne ise, soruşturma aşamasında o delillerin toplanması gereklidir. Kanun koyucu mevcut olan delillerin toplanmasına işaret etmiş olup, mevcut olmayan yani var olduğu belli olmayan, araştırıldığında bulunabilecek hususların araştırılmaması ise iade nedeni olamayacaktır.<sup>39</sup> Bu nedenle mahkeme kendisine sunulan iddianameyi incelerken, Cumhuriyet savcılığınca toplanması gerekip de toplanmamış bir delilin bulunup bulunmadığını araştırarak, toplanma imkânı bulunan bir delilin toplanmamış olduğunu belirlemesi halinde iddianameyi iade edecektir.

Yargıtay kararlarında iddianamenin iadesi sebepleri irdelenirken, CMK'nın 174. maddesinin 1.fıkrasının (b) bendinde düzenlenen **"suçun sübutuna etki edeceği muhakkak olan delillerin toplanmamış olması"** sebebiyle ilgili olarak, suçun sübutuna etki edeceği muhakkak olan delillerin nelerden ibaret olduğunun tespiti noktasında bazı ilkelere işaret edilmiştir. Bu anlamda;

-) Şüphelinin adli sicil kaydına konu olan mahkeme ilamlarının soruşturma evrakına eklenmemesi<sup>40</sup> iade nedeni olarak kabul edilmemiştir.

-) Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 24.04.2012 tarih ve 2012/1266-3211 sayılı ka-

<sup>37</sup> TIRTIR Mustafa, A.g.m ..s..25, GÜLTEKİN Özkan, Öğreti ve Uygulamada İddianame ve İddianamenin İadesi, s: 200

<sup>38</sup> AYDIN Murat, "İddianamenin İadesi ve Unsurları" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi c. X, s:1, 2 y. 2006

<sup>39</sup> CMK 174. madde gerekçesinden

<sup>40</sup> 1 CD, 21.01.2008, 2008/429-108 sayılı kararı

rarına göre; “İnsan öldürme suçlarında, ceset en önemli delil olmakla birlikte istisna da olsa bazı durumlarda ceset bulunmamış olsa bile, diğer yan delillerle kişinin öldüğü kesinlik kazanmışsa, ceset bulunmasa da failin öldürme eylemini gerçekleştirdiği anlaşılırsa, dava açılabilir, eylemi gerçekleştirdiği anlaşılırsa mahkumiyet kararı da verilebilir. Ancak olayda kayıp kişi olan A.Ö.’nün öldüğü ya da öldürüldüğüne dair yeterli şüphe bulunmamaktadır. Örneğin kayıp kişinin en son şüphelinin yanından değil, tanıklardan K.K’nin yanından ayrıldığı anlaşılmaktadır. Yine, tanık N.D, A.Ö’nün kayıp olduğu iddia edilen günden bir gün sonra caddede onu gördüğünü söylemektedir. Bu durum karşısında, kayıp kişinin cesedinin bulunması ya da onun öldürüldüğüne ilişkin başkaca yan delillerin bulunması ondan sonra dava açılması gerekir. Mevcut durum itibarıyla CMK’nın 170/1-b. Maddesinde yazılı olan suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan bir delil toplanmadan düzenlenen iddianamenin iadesi gerekir.” Daire; 16.05.2013 tarih ve 2013/1779-3908 sayılı kararında da; “Kasten öldürme suçlarında, sadece maktülün cesedinin henüz bulunmadığı gerekçe gösterilerek sırf bu nedenle iade kararı verilemeyeceği, zira CMK’nın 170. maddesinin 2. maddesine göre, Cumhuriyet savcısının kamu davası açması için yeterli şüphelinin bulunmasının yeterli olduğu, somut olayda maktülün halen kayıp olması da düşünüldüğünde, şüphelinin zora dayanmayan ilk aşamadaki başvuru beyanı ile müdafii huzurunda alınmış Cumhuriyet savcısının ve sulh ceza hâkimi huzurundaki ifadeleri karşısında iddianamenin iadesinin doğru olmadığına” karar verilmiştir. Şu halde, kasten adam öldürme suçlarında cesedin bulunmaması tek başına iade nedeni olarak kabul edilmemekte, diğer yan delillerle kişinin öldüğünün kesinlik kazanması halinde ceset bulunmasa dahi dava açılabilirliği kabul edilmektedir.

-) Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 29.09.2010 tarih ve 2010/27542-26963 sayılı kararında, müştekinin şikayet dilekçesi ve ekleri üzerine, hiçbir araştırma yapılmadan iddianame düzenlenmesi hali bir iade nedeni olarak kabul edilmiş olup, kararın gerekçesinde CMK’nın 160. maddesine atıfta bulunarak, “Cumhuriyet savcısının 5271 sayılı Kanun’un kendisine yüklediği soruşturma görevini hiç yerine getirmediği, ortada kanuna uygun bir soruşturmanın bulunmadığına” işaret edilmiştir.

-) Uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti yapma suçlarında; suça konu maddenin uyuşturucu veya uyarıcı madde niteliğinde olup olmadığının uzman bir bilirkişi aracılığı tespit ettirilmemiş olması iade nedeni olarak kabul edilmiştir<sup>41</sup>; 2313 sayılı Kanun’un 23. maddesinde düzenlenen kenevir ekme suçuna

---

<sup>41</sup> 10 CD, 01.12.2008, 2008/12385-18058 sayılı kararı

konu olan ve dikili olarak ele geçirilen bitkilerin kenevir olup olmadığının tespitinde ziraat bilirkişisinin raporunun yeterli olduğu, bu konuda Kriminal Laboratuvardan rapor alınmasının zorunlu olmadığına işaret ederek, bu gerekçe ile verilen iade kararının yerinde olmadığına hükmetmiştir.<sup>42</sup>

-)Mağdurun kesin raporunun aldırılmaması iade nedeni olarak kabul edilmezken<sup>43</sup>; yaranın yüzde sabit esere neden olup olmadığına ilişkin raporun alınmaması, bu raporun sonucuna göre suçun şikâyete veya uzlaşmaya tabi olma ihtimalinin bulunması ve sonucuna göre kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesinin söz konusu olabileceği dikkate alınarak iddianamenin iadesi nedeni olarak benimsenmiştir.<sup>44</sup>

-) Sanığın müşteki ile yüzleştirilmemesi bazı kararlarda iade nedeni olarak kabul edilmezken<sup>45</sup>; bazı kararlarda ise bu husus, suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan bir kanıtın toplanmaması olarak değerlendirilerek iade nedeni olarak benimsenmiştir.<sup>46</sup>

-) Suça konu belgeler üzerindeki imzanın inkâr edilmesi halinde imza incelemesi yaptırılmaması iade nedeni olarak kabul edilmişken<sup>47</sup>, imza inkârı bulunmadığı halde imzanın hesap açma karnesindeki imzaya benzemediğinden bahisle Cumhuriyet savcılığınca imza incelemesi yaptırılmaması hali iade nedeni olarak kabul edilmemiştir.<sup>48</sup>

-) Zehirli madde katma suçundan yürütülen soruşturmalarda, suç konusu sebzelerden alınan numunelerde yer alan katkı maddesinin gıda kodeksinde belirtilen limitlerin üzerinde olmasının yeterli olmadığı, bu durumun insan hayatı ve sağlığını tehlikeye sokacak nitelikte olup olmadığının tespiti yönünden bilirkişi incelemesi yaptırılmaması iade nedeni olarak kabul edilmiş, gerekçe de bu incelemenin suçun sübutuna etki edeceği muhakkak sayılan delil niteliğinde olduğuna işaret edilmiştir.<sup>49</sup>

-) Karşılıksız yararlanma suçunda; 05.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe atf yapılarak, dava koşulu olan kamu

---

<sup>42</sup> 10 CD, 25.03.2013, 2013/4335-2765 sayılı kararı

<sup>43</sup> 3 CD, 26.02.2014, 2013/31769-2014/3478, 1 CD, 13.01.2010, 2009/8224-2010/3; 3 CD, 25.06.2008, 2008/11398-9272; 9 CD, 06.10.2008, 2008/11871-10553 sayılı kararları

<sup>44</sup> 3 CD, 25.06.2008, 2008/9160-9266 sayılı kararı

<sup>45</sup> 6.CD, 02.03.2009, 2008/2-2009/4148; 6. CD, 03.11.2008, 2007/13750-2008/18669 sayılı kararları

<sup>46</sup> 6 CD, 11.05.2009, 2008/5028-2009/8625 sayılı kararı

<sup>47</sup> 11 CD, 05.06.2009, 2008/13067-2009/6959 sayılı kararı

<sup>48</sup> 10 CD, 27.05.2009, 2009/4322-9944 sayılı kararı

<sup>49</sup> 10 CD, 26.11.2012, 2012/5982-17573 sayılı kararı

zararının TCK'nın 168. maddesine göre soruşturma tamamlanmadan tazmin edilip edilmediğinin araştırılmaması hali iade nedeni olarak kabul edilmiştir.<sup>50</sup>

-) Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 18.01.2016 tarih ve 2015/30831-2016/682 sayılı kararında *“Göçmen kaçakçılığı suçunda korunan hukuki yarar Uluslar arası toplum düzeni olup, menfaat karşılığı ülkeye sokulan veya ülkeden çıkarılan kişilerin suçun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusunu oluşturmaları nedeniyle, suçun konusu olan yabancı uyruklu kişinin beyanının alınmaması”* suçun sübutuna etki eden mutlak bir delil olarak değerlendirilmediğinden iade nedeni olarak kabul edilmemiştir.

-) Kamu kurum ve kuruluşları zararına dolandırıcılık suçundan yürütülen soruşturmada, şüphelilerin eylemlerinde hile, menfaat ve kamu zararı bulunmamasından dolayı suçun oluşmadığı, eylemlerin idari yaptırım gerektiğinden bahisle iddianamenin iadesine karar verilemeyeceği kabul edilmiş, gerekçede mahkemece iddianamede gösterilen olaylarla ilgili olarak ibraz edilen deliller ve yargılama sırasında ibraz edilecek deliller değerlendirilerek yargılama sonucu bir karar verilmesi gerektiğine işaret edilmiştir.<sup>51</sup>

-Çocuğun cinsel nitelikli istismarı suçundan yürütülen soruşturmalarda; mağdurenin ruh sağlığının bozulup bozulmadığı ve mağdurede bulunan zeka geriliği nedeniyle fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayacağı hususlarının suçun sübutuna etki edecek bir delil olmayıp, suçun vasfına etki edecek bir delil niteliğinde olduğuna işaret edilerek belirtilen hususların iade nedeni olmayacağı kabul edilmiştir.<sup>52</sup>

-Yargıtay 13. Ceza Dairesinin 02.12.2012 tarih ve 2011/27923-2012/2008 sayılı kararında *“...araçtan hırsızlık ve dolandırıcılığa teşebbüs suçlarıyla ilgili olarak yürütülen soruşturmada, atılı suçlardan hakkında iddianame düzenlenen ... nolu telefon sahibi R.K. da dahil olmak üzere, atılı suçların kim ya da kimler tarafından, ne şekilde işlendiğine dair hiç bir delil elde edilemediği, ...belki de olaylarla hiç bir alakası olmayabilecek R.K'nın dinlenmesi ve oluşacak duruma göre toplanması gereken ilave bütün delillerin toplanması, suçun sübutuna etki edeceği muhakkak olan bir delil olduğundan, bu delil ya da delillerin toplanmasının”* iade nedeni olacağı hüküm altına alınmıştır.

-Bilişim suçlarında zaman geçtikçe mevcut delilleri elde imkânı azaldığı ve/veya ortadan kalktığı dikkate alınarak CMK'nın 63. maddesinin üçüncü fıkrası

---

<sup>50</sup> 2 CD, 16.09.2015, 2015/16239-15656 sayılı kararı

<sup>51</sup> 2 CD, 16.09.2015, 2015/16239-15656 sayılı kararı

<sup>52</sup> 14 CD, 10.09.2013, 2013/6830-8922 sayılı kararı

gereğince Cumhuriyet savcısının kendisine tanınan yetkiyi kullanarak, iddiaya konu eylemlerin işlendikleri tarihler ve işlenme şekillerinin tespitine yönelik bilirkişi raporu alınmaması iade nedeni olarak kabul edilmiştir.<sup>53</sup>

-Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 15.05.2007 tarih ve 2006/8598-2007/5708 sayılı kararında, kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçundan yürütülen soruşturmada “...şüphelinin bulunduğu araçta ele geçen ve şüpheli tarafından içildiği kesin olarak belirlenemeyen içilmiş esrarlı sigaranın, onun tarafından içilip içilmediğinin ortaya çıkarılabilmesi için, DNA incelemesinde kullanılmak üzere tükürük ve kan örneklerinin alınmasının gerekli olduğuna” işaret edilerek “bu delillerin suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan delillerden olduğuna” hükmedilmiştir. Yine Daire 14.02.2011 tarih ve 2010/57637-2011/1878 sayılı kararında da “Kriminal Polis Laboratuvarları Dairesi Başkanlığı, Olay Yeri İnceleme ve Kimlik Tespit Şube Müdürlüğü tarafından düzenlenen ekspertiz raporuna göre, suç konusu uyuşturucu maddelerin ele geçirildiği paketleri saran bantların iç yüzeyinde 80 adet vücut izi belirlemesine göre, bu vücut izlerinin şüpheliye ait olup olmadığı konusunda yapılacaktır bilirkişi incelemesinin “suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut bir kanıt niteliğinde olduğuna işaret ederek, anılan raporun alınmamasını iade nedeni olarak kabul etmiştir.

Yargıtay kararlarında;

-) Kolluk tarafından ifadesi alınan şikâyetçinin beyanının Cumhuriyet savcısı tarafından alınmaması<sup>54</sup>,

-) Şüphelinin işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilme veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğini etkileyecek ölçüde bir akıl hastalığının bulunup bulunmadığının tespiti yönünde TCK'nın 32. maddesi gereğince rapor aldırılmaması<sup>55</sup>,

-)12-15 yaş grubunda olan suçta sürüklenen çocuk hakkında sosyal inceleme raporunun aldırılmaması<sup>56</sup>,

-) Soruşturma aşamasında gecikmesinde sakınca bulunan bir halin bulunmaması halinde Cumhuriyet savcısı tarafından keşfin yapılmamış olması<sup>57</sup>

<sup>53</sup> 12 CD, 18.11.2013, 2013/17644-25861 sayılı kararları

<sup>54</sup> 6 CD, 17.03.2009, 2007/15778-5139; 2.CD, 31.01.2008, 2007/19874-2008/1497 6 sayılı kararları

<sup>55</sup> 2 CD, 15.01.2014, 2013/36772-2014/564; 4.CD, 08.07.2008, 2008/9952-15840 sayılı kararları

<sup>56</sup> 15 CD, 02.11.2015, 2015/14203-30595 sayılı kararı

<sup>57</sup> 9 CD, 17.10.2005, 2005/6128-7578 sayılı kararı

-) Soruşturma konusu olayla ilgili olarak alınan rapor hakkında ayrıca Adli Tıp Kurumundan rapor alınmaması<sup>58</sup>,

-) Soruşturma aşamasında alınan bilirkişi raporlarının yetersiz veya çelişkili olması<sup>59</sup>,

-) İhaleye fesat karıştırma suçundan yürütülen soruşturmada, bilirkişi incelemesinin yaptırılmaması ve kamu zararının oluşup oluşmadığının belirlenmemesi<sup>60</sup>,

-) Şüpheli hakkında aynı suçtan açılmış dava bulunması<sup>61</sup>,

-) Şüphelinin ifadesinde ismi geçen bir kişinin ifadesinin alınmaması<sup>62</sup>,

-) Tanığın dinlenmemiş olması<sup>63</sup>,

-) Tanık beyanları arasındaki çelişkinin giderilmemesi<sup>64</sup>,

-) Mağdurun yaşının tespit edilmemesi<sup>65</sup>,

-) Sahtecilik suçunda suça konu belgelerin iğfal kabiliyeti olup olmadığı hususunda uzman bilirkişi raporu alınmaması<sup>66</sup>,

-) Suça konu belge asıllarının dosyada olmaması<sup>67</sup>,

-) Bekletici mesele olarak kabul edilebilecek bir kovuşturma dosyasının varlığı<sup>68</sup>,

iate nedeni olarak kabul edilmemiştir.

Bu hususların iade nedeni olarak kabul edilmemesinin en önemli nedeni, belirtilen eksikliklerin mahkeme aşamasında giderilmesinin mümkün görülmesidir.

---

<sup>58</sup> 8 CD, 01.10.2007, 2007/8868-6472 sayılı kararı

<sup>59</sup> 7 CD, 06.02.2008, 2007/583-2008/747, 5 CD, 10.04.2008, 2008/3616-3408, 10 CD, 05.11.2008, 2008/8000-15997, 3 CD, 02.02.2009 2008/18986-2009/1188 sayılı kararları

<sup>60</sup> 5 CD, 05.06.2008, 2008/7400-5938 sayılı kararı

<sup>61</sup> 5 CD, 02.06.2008, 2008/7404-5570 sayılı kararı

<sup>62</sup> 5 CD, 18.09.2008, 2008/10613-7851 sayılı kararı

<sup>63</sup> 11 CD, 05.06.2009, 2008/11856-6988 sayılı kararı

<sup>64</sup> 5 CD, 23.02.2010, 2010/810-1497 sayılı kararı

<sup>65</sup> 5 CD, 13.05.2008, 2008/6146-4302 Sayılı kararı, MERAKLI, Serkan; İddianamenin İadesi Kurumunun Ceza Muhakemesi Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Özel S; 2013, s.1595-1652)

<sup>66</sup> 11CD, 2008/2047-13897 sayılı kararı

<sup>67</sup> 11CD, 19.03.2010, 2009/16742-2010/3286 sayılı kararı

<sup>68</sup> 4 CD, 15.10.2008, 2008/15465-18602 sayılı kararı



Uygulamada en çok karşılaşılan ve elbette çok tartışılan konu ise “**şüphelinin ifadesinin alınmamış olması**” halidir. Birçok Yargıtay kararında şüphelinin ifadesinin alınmaması iade nedeni olarak kabul edilmemiştir.<sup>69</sup> Ancak, şunu belirtmek isteriz ki, kimi kararlarda şüphelinin ifadesinin alınmamasının iade nedeni olarak kabul edilmeyeceği belirtilirken, özellikle son yıllarda bu görüşte bazı değişiklikler yapılarak, soruşturma dosyasında bulunan bilgi ve belgelerden yeterli şüphenin oluştuğunun anlaşılması, şüphelinin ifadesinin alınması için her türlü gayretin gösterilmesine rağmen şüpheliye ulaşılamaması, şüphelinin kaçması ve hakkında yakalama kararı bulunmasına rağmen bir türlü yakalanamaması hallerinin varlığı halinde, şüphelinin ifadesinin alınmamasının iade nedeni olarak kabul edilemeyeceğine hükmedilmiştir.<sup>70</sup> Ancak Yargıtay 13. Ceza Dairesi 02.02.2012 tarih; 2011/27923-2012/2008 sayılı kararında; kural olarak şüphelinin ifadesinin alınmasının en önemli delillerden biri olduğuna işaret edilerek şüphelinin ifadesinin alınmamasının bir iade nedeni olduğunu kabul etmiştir. Yine Yargıtay 15. Ceza Dairesinin 17.02.2014 tarih ve 2013/33204-2014/2705 sayılı kararında, Yargıtay 13. Ceza Dairesinin anılan kararına atf yapılarak şüphelinin müsnet suça ilişkin savunmasının tespit edilmemesinin bir iade nedeni olduğu hususuna önemle vurgu yapılmıştır. Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 27.04.2015 tarih ve 2015/3151-6782 sayılı kararına göre ise “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 247/3. maddesinde kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabileceği; ancak, daha önce sorgusu yapılmamış ise mahkumiyet kararı verilemeyeceği açıklanmıştır. Bu hüküm karşısında; şüphelinin ifadesi alınmadan da diğer koşullar varsa kamu davası açılabilirliği anlaşılmaktadır. Ne var ki, toplanan delillerin kamu davasının açılmasına yeterli olmaması ya da delillerin şüphelinin ifadesinin alınmasını suçun sübutu açısından zorunlu kılması durumunda, şüphelinin ifadesi 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 174/1-b maddesi uyarınca, suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan bir delil niteliğini kazanabilir ve iddianame nedeni olabilir” .

### **C-Önödeme veya Uzlaşmaya Tabi Olduğu Dosyadan Açıkça Anlaşılan İşlerde Bu Usul Uygulanmadan İddianame Düzenlenmesi**

CMK’nın 174. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine göre; önödeme veya uzlaşmaya tabi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılan işlerde

<sup>69</sup> 6 CD, 29.05.2008, 2007/9653-2008/11859 sayılı kararı

<sup>70</sup> 15. CD, 12.10.2015, 2015/14023-2979; 6. CD, 22.04.2010, 2008/22725-2010/4777, 1. CD, 14.04.2010, 2010/1899-238; 11. CD, 09.04.2010, 2009/1850-2010/4319; 11. CD, 12.03.2010, 2009/16331-2010/2702)

önödeme veya uzlaşma usulü uygulanmaksızın düzenlenen iddianameler iade edilecektir.<sup>71</sup>

Mahkeme, kendisine hitaben düzenlenen iddianameyi incelerken, suçun önödeme veya uzlaşma kapsamında olup olmadığının tayini noktasında Cumhuriyet savcısının hukuki nitelendirmesi ile bağlıdır. Yargıtay kararlarında da; mahkemenin suçun önödemeye veya uzlaşmaya tabi olup olmadığını Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan hukuki nitelendirmeye göre belirleyeceği; mahkemenin somut olayda iddianamede belirtilen suçun değil de önödemeye veya uzlaşmaya tabi bir suçun olduğu gerekçesiyle iddianameyi iade edemeyeceği, kovuşturma aşamasında suçun önödemeye veya uzlaşmaya tabi bir suç olduğunun anlaşılması halinde mahkeme tarafından ön ödeme veya uzlaşma hükümlerine göre uygulama yapılacağına hükmedilmiştir.<sup>72</sup>

Mahkeme iddianameyi incelerken sadece uzlaşma veya önödeme kurumlarının işletilip işletilmediğine bakacaktır. Yargıtayın bu konuda aksi yönde kararları bulunmakla birlikte<sup>73</sup> Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 26.03.2014 tarih ve 2014/11141-12714 sayılı kararında “...Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 8. maddesine uygun şekilde uzlaşma teklif formu düzenlenmeksizin yapılan uzlaşma teklifinin usul ve yasaya uygun olmadığından bahisle iddianamenin iadesine karar verilmiş ise de; Cumhuriyet Savcılığı tarafından 18.11.2013 tarihinde ifadesine başvuru alan müştekiye, uzlaşmanın hukuki mahiyeti, uzlaşmayı kabul ve reddetmenin hukuki sonuçları anlatılarak uzlaşma teklifinde bulunulduğu, müştekinin de uzlaşmanın hukuki sonuçlarını anladığını beyan ederek, uzlaşmak istemediğini bildirmiş olması karşısında, uzlaşma işlemlerine devam etmenin hukuki bir anlamı kalmayacağı, yönetmeliğin ekinde yayınlanan uzlaşma teklif formlarının düzenlenmemiş olmasının uzlaşma teklifi yapılmadığı anlamına gelmeyeceği, kaldı ki 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 253/4. maddesinde belirtildiği üzere, soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tabi olması halinde, Cumhuriyet savcısının veya talimatı üzerine adli kolluk görevlisinin, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunacağı, aynı maddenin 5. fıkrasına göre, uzlaşma teklifinde bulunulması halinde, kişinin uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukuki sonuçlarının anlatılacağına hüküm altına alındığı, **uzlaşma teklifinin usulüne uygun yapılmadığı yönündeki mahkeme ile Cumhuriyet savcısı arasındaki görüş ayrılığı**

---

<sup>71</sup> 4. CD, 21.11.2008, 2008/15823-21037 sayılı kararı

<sup>72</sup> 15. CD, 02.11.2015, 2015/14192-30587, 11.CD, 26.12.2005, 2005/9494-14352 sayılı kararları

<sup>73</sup> 15. CD, 02.11.2015, 2015/14192-30587, 11.CD, 26.12.2005, 2005/9494-14352 sayılı kararları

***İlğının iddianamenin iadesi sebebi olamayacağı, çünkü Ceza Muhakemesi Kanunu'nun iddianamenin iadesini düzenleyen 174/1-c maddesine göre ön ödemeye veya uzlaşmaya tabi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılan işlerde ön ödeme veya uzlaşma usulü uygulanmaksızın düzenlenen iddianamenin iade edilmesinden anlaşılması gerekenin, uzlaşma usulünün hiç uygulanmadığı durumlar olarak anlaşılması gerektiği, uzlaşma usulünün uygulandığı, fakat usulüne uygun uygulanmadığının öne sürüldüğü hallerin bu madde kapsamına girmeyeceği ve iddianamenin iade edilemeyeceği***“ kabul edilmiştir. Yine; önödeme usulü uygulanmaksızın ibaresinin; suç önödemeye tabi olmasına rağmen Cumhuriyet savcılığınca şüpheliye ön ödeme ihtaratında bulunulmaması veya ön ödeme ihtaratının usulüne uygun olarak tebliğ edilmemesi demek olduğu, ön ödeme ihtaratının içeriğinde yer alması gereken hususlarda bulunan aykırılık halinin iade nedeni olarak kabul edilmeyeceği belirtilmiştir.<sup>74</sup>

Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 22.12.2015 tarih ve 2015/1717-33429 sayılı kararına göre; kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçuna ilişkin yürütülen soruşturmalarda, TCK'nın 191. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince şüphelinin kendisine yüklenen yükümlülüklerle veya tedavinin gereklerine uygun davranmamakta “ısrar” ettiğinin kabul edilebilmesi için sanığa “önceki tebligat gereğince başvuruda bulunmadığı, bu tebligat üzerine öngörülen süre içinde de başvurmaması halinde yükümlülüklerle ve tedavinin gereklerine uymamakta ısrar etmiş sayılacağı” uyarısı ile yeniden tebligat yapılması, bu tebligata rağmen de başvuruda bulunulmadığı takdirde şüpheli hakkında dava açılması gerektiğine işaret edilerek ısrar koşulunun gerçekleşmemesi durumunda CMK'nın 174. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinin kıyasen uygulanarak “bir kovuşturma şartı olduğundan” iddianamenin iadesine karar verilmesi gerektiği kabul edilmiştir.<sup>75</sup>

Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 16.04.2015 tarih ve 2014/35158-2015/27194 sayılı kararında da; “...yurt dışında suç işleyen şüphelinin dava açıldığı dönem itibarıyla Türkiye’de olmadığı, hakkında bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilip verilmediği araştırılmadan ve yetki konusunda TCK'nın 14. maddesinin değerlendirilmeden” düzenlenen iddianamenin, kovuşturma şartının oluşmadığı gerekçesiyle iadesinin isabetli olduğuna hükmedilmiştir.

---

<sup>74</sup> 2 CD, 09.11.2005, 2005/10475-24468 sayılı kararı

<sup>75</sup> Aynı yöndeki kararlar: 9CD, 08.12.2015, 2015/17003-7950, 9 CD, 01.03.2016, 2015/17425-2016/2148 sayılı kararları

### III-İddianamenin İade Edilemeyeceği Haller

#### A-İddianamenin İadesi İçin Öngörülen Sürenin Geçirilmiş Olması

CMK'nın 174. maddesinin birinci fıkrasına göre, mahkeme tarafından, iddianamenin ve soruşturma evrakının verildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde soruşturma evresine ilişkin bütün belgeler incelendikten sonra eksik veya hatalı noktalar belirtilmek suretiyle iddianamenin iadesine karar verilebilir. Onbeş günlük sürenin sonunda iade kararı verilmesi mümkün değildir.<sup>76</sup> İddianameyi iade için öngörülen süre, kesin bir süredir.<sup>77</sup> Yine aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre, onbeş günlük süre sonunda iade edilmeyen iddianame kabul edilmiş sayılır.<sup>78</sup>

#### B-İade Sebebinin Suçun Hukuki Nitelendirmesine İlişkin Olması

CMK'nın 174. maddesinin ikinci fıkrasına göre, suçun hukuki nitelendirmesi nedeniyle iddianamenin iade edilmesi mümkün değildir. Madde gerekçesinde bu husus; *"Savcının değerlendirmesine tabi hususlar iade gerekçesi olamaz. Bu nedenle mahkeme, savcının nitelendirmesine katılmadığını belirterek bir husus iade konusu yapamaz. Ancak iddianamede bulunması gereken hususlarda bir eksiklik veya yanlışlığa dayanarak iade yoluna gidebilir. Örneğin soruşturulan fiilin önödeme olup olmadığına dair Cumhuriyet savcısına aittir. Bu nedenle Cumhuriyet savcısı, fiilin önödeme kapsamında olmadığı görüşünde ise, mahkeme bu durumda iddianameyi iade edemez"* şeklinde açıklanmıştır.

Mahkeme, kendisine hitaben düzenlenen iddianameyi incelerken, Cumhuriyet savcısının hukuki nitelendirmesi ile bağlıdır. Suçun hukuki niteliği konusunda Cumhuriyet savcısı ile mahkeme arasındaki görüş ayrılıkları iade nedeni olarak kabul edilmemiştir.<sup>79</sup> Mahkeme, Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan hukuki nitelendirmenin yanlış olduğu gerekçesiyle iddianameyi iade edemez. Bu halde mahkemenin, diğer şartları itibarıyla usulüne uygun olan iddianameyi kabul etmesi, yapacağı yargılama sonucunda kendi hukuki nitelendirmesine uygun olan kararı vermesi gerekir.<sup>80</sup>

<sup>76</sup> 13. CD, 21.01.2014, 2013/31804-2014/1384 sayılı kararı

<sup>77</sup> CMK 174. madde gerekçesinden

<sup>78</sup> 3. CD, 26.02.2014, 2014/8584-7982 sayılı kararı

<sup>79</sup> 3. CD, 26.03.2014, 2014/11141-12714 sayılı kararı

<sup>80</sup> 6. CD, 25.01.2010, 2008/6777-2010/368; 7 CD, 07.07.2010, 2007/11331-2010/11367 sayılı kararları

## **C-İadeye İlişkin İlk Kararda Belirtilmeyen Sebeplere Dayanılarak İddianamenin İadesi**

CMK'nın 174. maddesinin dördüncü fıkrasına göre; Cumhuriyet savcısı, iddianamenin iadesi üzerine, kararda gösterilen eksikleri tamamladıktan ve hatalı noktaları düzelttikten sonra, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesini gerektiren bir durumun bulunmaması halinde, yeniden iddianame düzenleyerek dosyayı mahkemeye gönderir. İlk kararda belirtilmeyen sebeplere dayanılarak yeniden iddianamenin iadesi yoluna gidilemez.<sup>81</sup> Bu nedenle, mahkeme, olabildiğince titiz bir inceleme ile, iadeye konu olabilecek bütün hususları belirlemelidir. İade süresinin onbeş gün olması bu tür bir incelemeyi mümkün kılacaktır.<sup>82</sup> Kanun koyucu bu düzenleme ile, iddianamelerin mahkemelerde olabildiğince titiz bir şekilde incelenmesini sağlamak suretiyle farklı nedenlerle iddianamenin bir çok kez iade edilmesini ve bu şekilde makul yargılama süresinin aşılmasını engellemeyi hedeflemiştir.

CMK'nın 2. maddesine göre kovuşturma evresi iddianamenin kabulü ile başlar. Şu halde iddianamenin iade edilmesiyle, soruşturma evresinin tamamlanmadığı kabul edilmektedir. Bu nedenle iddianamenin iadesi kararı üzerine Cumhuriyet savcısı, iade kararında belirtilen eksiklikleri gidermek amacıyla soruşturmayı genişletebilir. Yapılan soruşturma sonucunda, iade kararında belirtilen eksiklikler tamamlandıktan veya hatalı noktalar düzeltildikten sonra yeni bir iddianame düzenlenerek mahkemeye gönderilecektir. Mahkeme kendisine gönderilen bu iddianameyi incelerken, öncelikle iade sebebi olarak gösterilen eksikliklerin tamamlanıp tamamlanmadığına veya hatalı noktaların düzeltilip düzeltilmediğine bakacak, iade kararında belirtilen hususların giderilmediğini tespit ettiği takdirde bu iddianameyi de iade edebilecektir. İade sebebi olarak birden fazla hususun gösterildiği durumlarda, sebeplerden birinin yerine getirilmemiş olması halinde yine mahkeme iddianameyi iade edecektir. Bu haller, tekrar iade yasağı kapsamı içinde değerlendirilmemektedir.

## **IV-İddianamenin İadesinin Sonuçları**

İddianamenin iadesi kararı, kesinleşmiş olmak koşuluyla, Cumhuriyet savcılığını bağlayıcı, kesin nitelikte bir karar niteliğinde olup, gereklerini yerine getirmek yükümlülüğü bulunmaktadır.<sup>83</sup> İddianamenin iadesinin en önemli sonucu, kamu davasının açılmasına, bir başka ifade ile kovuşturma evresine

---

<sup>81</sup> 1. CD, 04.02.2008, 2008/1493-597 sayılı kararı

<sup>82</sup> CMK 174. madde gerekçesinden

<sup>83</sup> 10. CD, 07.04.2014, 2014/2917-2411 sayılı kararı

geçilmesine engel oluşudur.<sup>84</sup> Bu halde, soruşturma evresinin tamamlanmamış olduğu kabul edilir. Cumhuriyet savcısı, iddianame iade edildikten sonra yapacağı soruşturmada, elde ettiği bulgulara göre yazacağı yeni iddianamede tamamen serbesttir.<sup>85</sup> Cumhuriyet savcısı yapacağı soruşturma sonucunda, yeni deliller elde etmesi veya başka şüphelilerin varlığını belirlemesi halinde düzenleyeceği yeni iddianamede başka suç ve şüphelilere yer vereceği gibi, yapacağı soruşturma sonucunda elde ettiği bilgiler ışığında kovuşturmaya yer olmadığına da karar verebilir.

### V-Sonuç

İddianamenin iadesi kurumu, etkin bir soruşturma yapılmadan ve kamu davası açmak için gerekli olan “yeterli şüpheyne” ulaştırarak delilleri elde etmeden iddianamenin düzenlenmesini engellemek amacıyla 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile hukuk sistemimize girmiş yeni bir kurumdur. Bu kurum, “Yeni Türk Ceza Adalet Sisteminde” benimsenen “kişilerin lekelenmeme hakkı” ile “eksiksiz soruşturma” ve “kamu davasının tek ya da zorunlu olduğunda birbirini izleyen oturumlarda ve mümkünse bir günde sonuçlandırılması” ilkelerinin doğal bir sonucu olarak Ceza Muhakemesi Kanununda yerini almış olmakla birlikte, kanunun yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihinden bu yana geçen süre zarfında bu kurumun uygulanma şeklinin, kurum ile amaçlanan hedeflere ulaşma konusunda cesaret verici nitelikte olduğunu söylemek mümkün değildir. Bunda Yargıtay kararlarında, iddianamenin iadesi nedenlerinin çok dar şekilde yorumlanmasının büyük bir rolü bulunmaktadır.

Yargıtay kararlarının büyük çoğunluğunda, iddianamenin iadesi nedenlerinin Kanun’da sınırlı olarak sayıldığına işaret edilerek, iade nedeni olarak gösterilen bir çok hususun kovuşturma evresinde mahkeme tarafından da bertaraf edilebileceği kabul edilmektedir. Bu bakış açısının, “Yeni Türk Ceza Adalet Sisteminde” benimsenen “kişilerin lekelenmeme hakkı” ile “eksiksiz soruşturma” ve “kamu davasının tek ya da zorunlu olduğunda birbirini izleyen oturumlarda ve mümkünse bir günde sonuçlandırılması” ilkeleri ile bağdaştığını söylemek mümkün değildir. Kovuşturma evresinin kısa bir sürede sonuçlandırılmasının, soruşturma evresinin etkin bir şekilde yapılmasına bağlı olduğu, etkin bir soruşturma yapılmadan ve kamu davası açmak için gerekli olan “yeterli şüpheyne” ulaştırarak delilleri elde etmeden iddianame düzenlenmesi sonucu kovuşturma evresinin “delil toplama” sürecine dönüştüğünün, bunun

---

<sup>84</sup> KARAKURT Ahu; Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi (TBB Dergisi, Sayı 82, 2009)

<sup>85</sup> GÜLTEKİN Özkan, Öğreti ve Uygulamada İddianame ve İddianamenin İadesi, s: 327

ise tek oturumda sonlandırmak istenen evrenin uzamasına ve makul süre içinde yargılanma hakkının ihlaline neden olacağı dikkate alınarak, iade sebeplerinin dar bir şekilde yorumlanması anlayışının terk edilmesinin kurumun sağlıklı bir şekilde işleyişine katkı sağlayacağı düşünülmektedir. Nitekim Yargıtayın, son yıllarda verdiği bazı kararlarında bu anlayıştan uzaklaştığı görülmekte ise de, büyük resme bakıldığında, kurumun işlevselliğini sağlamak noktasında “sınırlı sayıda” verilen bu kararların yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir.

◆◆◆◆

### KAYNAKÇA

AYDIN, Murat; İddianamenin İadesi ve Unsurları; Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi c.X, s.1, 2. y. 2006

CENTEL Nur/ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku

GÜLTEKİN, Özkan; Öğreti ve Uygulamada İddianame ve İddianamenin İadesi; Seçkin Yayınları 2011

KARAKURT, Ahu; *Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi*; TBB Dergisi, Sayı 82, 2009

MERAKLI, Serkan; İddianamenin İadesi Kurumunun Ceza Muhakemesi Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi; Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Özel S; 2013, s.1595-1652

PARLAR Ali/HATİPOĞLU Muzaffer, Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu

ÖZBEK Veli/KANBUR M.Nihat/BACAĞIZ Pınar/DOĞAN Koray, Ceza Muhakemesi Hukuku.

ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA, Özge/KIRIT, Yasemin F.Saygılar/ÖZAYDIN, Özdem/AKCAN, Esra Alan/ERDEN, Efser; *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı (2014)*

ŞAHİN, Cumhur; Ceza Muhakemesi Hukuku-1, Ankara 2007

TIRTIR, Mustafa; “İddianamenin İadesi”Kayseri Barosu Dergisi

YAŞAR Osman/OTACI Cengiz, Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu 6. Baskı

YENİDÜNYA, Caner; “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Kamu Davası Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi”, E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler İnternet Dergisi, Şubat 2007

# AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI

*The Right of Access to Court in The Light of European Court of Human Rights  
and Constitutional Court Decisions*

Gökhan ÇAYAN<sup>1</sup>

## ÖZET

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Anayasa'da tanınan bir hakkının ihlal edildiğini iddia eden herkes, mahkemeye erişim hakkına sahiptir. Mahkemeye erişim hakkı, en genel anlamıyla bir mahkeme kararı elde edebilme hakkını güvence altına alır. Söz konusu hak, uzun tartışmalar ve değerlendirmeler neticesinde hem medeni hak ve yükümlülüklerle ait uyumsuzluklarda hem de suç isnatlarında adil yargılanma hakkı kapsamında tanınmıştır. Mahkemeye erişimin, adil yargılanma hakkının ön koşulu olduğu ilk kez "Doğrudan Etki Doktri"ni tarafından kabul edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de 1975 yılında verdiği *Golder* kararıyla mahkemeye erişim hakkını, adil yargılanma hakkının ön şartı olarak kabul etmiştir. Mutlak bir hak olmayan mahkemeye erişim hakkının doğrudan ya da dolaylı olarak sınırlandırılması mümkündür. Ancak bu sınırlandırmanın meşru amaca hizmet etmesi ve ölçülü olması gerekir. Bugün hem AİHM hem de Anayasa Mahkemesi, mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddialarını kabul edilebilir bulmakta ve erişimin engellendiğinin tespit edilmesi halinde ihlal kararı vermektedir. Bu çalışmada yabancı ve Türk Hukuk doktrini ile AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihatları açısından mahkemeye erişim hakkı incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Adil Yargılanma Hakkı, Mahkemeye Erişim Hakkı, *Golder* Kararı, Ashingdane Kriteri, Mahkemeye Erişim Hakkının Sınırlandırılması.

## ABSTRACT

Everyone who believes that their The European Convention of Human Rights and Constitutional rights, that are recognized, are violated has the right of access to court. In its most general sense, the right of access to court ensures for people to have a jurisdictional judgment for their cause. After long debates and considerations, the right of access to court is granted in case of both discrepancies of civil rights and obligations and criminal charge with a right to have a fair hearing. The fact that the right of access to court is the prerequisite for the right to be judged fairly was originally accepted by "Direct Effect Doctrine". With The case- law of *Golder* in 1975, European Court of Human Rights also accepted that the right of access to court is the

<sup>1</sup> Ankara Hâkim Adayı; Adalet Bakanlığı; LL. M: Kırıkkale Üniversitesi; LL. B: Kırıkkale Üniversitesi; D. eP: Pázmány Peter Üniversitesi, İletişim: gcayan@yandex.com, www.gcayan.com



prerequisite for the right to a fair trial. It is possible to directly or indirectly restrict the right to access to courts which is not an absolute right in itself. However, this restriction needs to serve the legitimate purposes and be proportionate. Today, both The European Court of Human Rights and Constitutional Court finds the claims about breach of the right of access to court acceptable and if they find that the access is indeed restricted in some way, they decide that a violation has been made. In this article, with the enlightenment provided by Turkish and Foreign Law Doctrine, and the case- law of European Court of Human Rights and Constitutional Court; the right of access to court will be examined.

**Keywords:** The European Convention of Human Rights, the European Court of Human Rights, the Right to a Fair Trial, the Right of Access to Court, the Case of Golder, the Ashingdane Criteria, Restriction of the Right of Access to Court.



## GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS veya Sözleşme) 6'ncı maddesinin amacını gerçekleştirmek, hakları etkili ve uygulanabilir hale getirmek için mahkemeye erişim hakkının tanınması gerekir. Her ne kadar AİHS'nin 6'ncı maddesinin birinci fıkrasında mahkemeye erişim hakkı açıkça düzenlenmemiş olsa da<sup>2</sup>, herkesin, davasını bir mahkeme tarafından görülmesini isteme hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir. Mahkemeye erişim hakkı adil yargılanma hakkının ön koşuludur<sup>3</sup>.

Hak arama hürriyetinin doğal bir tezahürü olan mahkemeye erişim hakkı, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkelerine işlerlik kazandırır<sup>4</sup>. Zira hukuk devleti, devletin hukuk kurallarına bağlı olmasının yanında, bireylere yargısal denetim güvencesinin verilmesini de gerektirir<sup>5</sup>. O halde, Anayasa veya kanunda tanınmış

---

<sup>2</sup> KLOTH Matthias, **IMMUNITIES AND THE RIGHT OF ACCESS TO COURT UNDER ARTICLE OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS**, Martinus Nijhoff Publishers, Boston 2010, s. 3.

<sup>3</sup> Sözleşmenin zımnen mahkemeye erişim hakkını düzenlediği ve mahkemeye erişim hakkının adil yargılanma için ön şart olduğu ilk kez "**Doğrudan Etki Doktrini**"nce kabul edilmiştir (ALSTON Philip/ BUSTELO Maro/ HEENAN James, **THE EU AND HUMAN RIGHTS**, Oxford University Press, New York 1999, s. 191). Doğrudan etki doktrinine karşı olarak "Özsel Etki Doktrini", mahkemeye erişim hakkının adil yargılanma hakkını içermediğini, her ikisinin birbirinden farklı kaynaklar olduğunu kabul ederek Doğrudan Etki Doktrini'ne karşı çıkmaktadır (JONES Christiana, **THE RIGHT TO A FAIR TRIAL UNDER THE CONVENTION**, Kluwer Law Publishing, New York 2014, s. 153).

<sup>4</sup> LAUBENBACH Geronne, **THE CONCEPT OF THE RULE OF HUMAN RIGHTS**, Oxford University Press, Birleşik Krallık 2013, s. 128; OSCE- DIEGEST, **LEGAL DIGEST OF INTERNATIONAL FAIR TRIAL RIGHTS**, OHDİR Yayınları, Varşova 2012, s. 39.

<sup>5</sup> ÇAYAN Gökhan, **Adil Yargılanma Hakkı**, Legal Yayınları, İstanbul 2016, s. 49.

bir hakkının ihlal edildiğini iddia eden herkes, mahkemeye başvurabilmelidir.<sup>6</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de, Sözleşme’yi geniş yorumlayarak<sup>7</sup> mahkemeye etkili erişim hakkını, hukukun üstünlüğü ilkesinin temel unsurlarından biri olarak kabul etmektedir<sup>8</sup>.

Daha önce birkaç başvuruda değinilmiş olsa da mahkemeye erişim hakkı ayrıntılı olarak ilk kez, *Golder V. Birleşik Krallık* başvurusunda incelenmiştir<sup>9</sup>. Mahkûm olan başvurucu, kendisi aleyhine hapis hanesindeki yasa dışı olaylara karıştığı ithamında bulunan güvenlik görevlisine karşı iftira davası açmak için avukatıyla görüşmek istemiş; bu istek, hapis hane kuralları gerekçe gösterilerek engellenmiş, bunun üzerine ilgili, İçişleri Bakanlığına başvurarak avukatıyla görüşmesine izin verilmesini talep etmiştir. Söz konusu talep reddedilerek başvurucunun avukatıyla görüşmesine izin verilmemiştir. Avukatıyla görüşmesine izin verilmeyen davacı, güvenlik görevlisi aleyhine iftira davası açamamış, bunu üzerine mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM’ye başvurmuştur. AİHM her ne kadar başvurucunun kanunen dava açma hakkı olsa da, avukatıyla görüştürülmemesi sebebiyle mahkemeye erişim hakkının fiilen engellendiğini ifade ederek Sözleşme’nin 6’ncı maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>10</sup>. Anılan kararda AİHM, mahkemeye erişim hakkının kaynağını adaletin reddini yasaklayan uluslararası hukuk prensibinden<sup>11</sup> aldığını, somut olayda adaletin reddedildiğini ifade etmiştir<sup>12</sup>.

Mahkemeye erişim hakkı, 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın (Anayasa) 36, 40/ 2 ve 125/ I maddelerinde düzenlenmiştir. Anılan hükümlere göre,

*Madde 36: Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*

*Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.*

*Madde 40/ 2: Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.*

---

<sup>6</sup> AYDIN Bihter, **Türk İdari Yargı Düzeninde Adil Yargılanma Hakkı**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012, s. 49.

<sup>7</sup> ALSTON/ BUSTELO/ HEENAN, s. 202.

<sup>8</sup> GEFRE V. FRANSA, § 34.

<sup>9</sup> KLOTH, s. 3.

<sup>10</sup> GOLDER V. BİRLEŞİK KRALLIK, § 32 vd.

<sup>11</sup> KLOTH, s. 4.

<sup>12</sup> LAUBENBACH, s. 128.

*Madde 125/ I: İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır...*

## I. GENEL OLARAK

Mahkemeye erişim hakkı, en genel anlamıyla bir mahkeme kararı elde edebilme hakkını güvence altına alır.<sup>13</sup> Başka bir anlatımla, medeni hak ve yükümlülüğe ait uyuşmazlığın tarafı olanlar için mahkemede dava açabilme ve dava sonucunda karar verilmesini isteme hakkını; suç isnadı altında olanlar için de haklarında karar verilmesini isteme hakkını ifade eder. AİHM *Ganci V. İtalya* başvurusunda mahkemeye erişim hakkının bu yönü üzerinde sıklıkla durmuştur.

Mahkemeye erişim hakkı evvela medeni hak ve yükümlülükten doğan uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulur. Bu sebeple, medeni hak ve yükümlülükler için idari uyuşmazlıklar mahkemeye erişim hakkı kapsamına girmektedir.<sup>14</sup> Suç isnadına ilişkin uyuşmazlıklarda da mahkemeye erişim hakkı tanınmalıdır.<sup>15</sup> Aslında ceza davasında mahkemeye erişim hakkı, sanığın dava açmasını değil; bağımsız ve tarafsız mahkemeden hakkında karar verilmesini isteme hakkını güvence altına alır.

Mahkemeye erişim hakkının anayasada veya kanunda düzenlenmiş olması, bu hakkın güvence altına alınması bakımından tek başına yeterli değildir. Ayrıca kişilere hak arama için fiilen mahkeme önüne gidebilme imkânının tanınmış olması da gerekir. Fakat bu halde dahi mahkemeye erişim hakkının tesis edildiği söylenemez. Başka bir anlatımla, kişilere anayasa ve kanunla mahkeme önüne fiilen gidebilme imkânının verilmiş olması mahkemeye erişim hakkını tek başına güvence altına almaz. Zira mahkemeye erişim hakkının etkili bir şekilde kullanılabilmesi de gerekir.<sup>16</sup> Gerçekten de, Sözleşme ile güvence altına alınmış hak ve hürriyetlerin tesis edilebilmesi için Akit Devlet'in, mahkemeye başvuru hakkını tanıması ve bu hakkın önündeki fiili ve hukuki engelleri kaldırarak onu etkili hale getirmesi gerekir. Mesela Akit Devlet, mahkemeye erişim hakkını etkili kılabilmek için kişilerin dava açma noktasında sıkıntı yaşayamayacağı şekilde adalet sistemini kurumsallaştırma, yeteri kadar hâkim görevlendirme ve mahkeme kurma yükümlülüğü altındadır.<sup>17</sup> Başka bir anlatımla mahkemeye

---

<sup>13</sup> KUTIC V. HIRVATİSTAN.

<sup>14</sup> ALSTON/ BUSTELO/ HEENAN, s. 202.

<sup>15</sup> RAMAZAN YILMAZ BAŞVURUSU, § § 28, 29.

<sup>16</sup> LAUBENBACH, s. 155.

<sup>17</sup> TOYDEMİR Seçkin, *Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Türk İdari Yargı Sistemi*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013, s. 30.

erişim hakkının pratikte etkili<sup>18</sup> bir yol olabilmesi için Akit Devlet'in bazı davranışlarda bulunması gerekir.

Akit Devlet, mahkemeye erişim hakkını çok sıkı ve zor şartlara tabi tutmaması, hakkın özünü anlamsız kılacak hukuki düzenlemelerden ve mahkemeleri kapatma veya sayısını azaltma ya da süresiz tatil etme gibi fiili davranışlardan kaçınmalıdır<sup>19</sup>. Öte yandan bu haktan beklenen faydanın sağlanabilmesi için Akit Devlet'in pozitif eylemlerde bulunması da elzemdir.<sup>20</sup> Nitekim Akit Devlet, Sözleşme'de tanınan haklara müdahale etmeme gibi negatif bir eylemin yanında, hakların tesisini sağlamak için pozitif eylemler de icra etmek zorundadır.<sup>21</sup> *Airy V. İrlanda* başvurusunda AİHM, mahkemeye erişim hakkının ulusal mevzuatta tanınmış olmasını yeterli görmemiş; bu hakkın etkili bir biçimde güvence altına alınması gerektiğini de ifade etmiştir<sup>22</sup>.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, mahkemeye erişim hakkının pratikte etkili bir yol olması gerekir. Bu noktada, mahkemeye etkili erişim hakkı ile etkili başvuru hakkı birbirine karıştırılmamalıdır. Zira her iki hak arasında, temel farklılıkların olduğunu söylemek mümkündür. Etkili başvuru hakkı AİHS'nin 13'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu hak esas itibarıyla, AİHS'de tanınan haklar için etkili başvuru yapmayı güvence altına alır. Sözleşme kapsamında tanınmayan haklar, 13'üncü madde çerçevesinde etkili başvuru hakkından yararlanamaz. Oysa mahkemeye etkili erişim hakkını zımnen ihtiva eden adil yargılanma hakkını düzenleyen 6'ncı madde, medeni hak ve yükümlülükler için uyumsuzluklarla suç isnadı sayılan bütün halleri kapsamaktadır. Başka bir anlatımla, etkili başvuru hakkı sadece Sözleşme'de tanınan haklar için güvence sağlarken; mahkemeye etkili başvuru hakkı, hukuk ve ceza davalarına konu olabilecek bütün uyumsuzlukları kural olarak güvence altına alır. Mahkemeye erişim hakkı ile etkili başvuru hakkı arasındaki bir diğer farklılık da adil yargılanma hakkının, etkili başvuru hakkına göre daha geniş koruma içermesidir. Zira adil yargılan-

---

<sup>18</sup> BELLET V. FRANSA, § 38; HAMİYET KÖSEOĞLU BAŞVURUSU, § 28.

<sup>19</sup> ÇAYAN, s. 51.

<sup>20</sup> Anayasa Mahkemesi de, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 89'uncü maddesinin "a" bendinin son paragrafında; katılma paylarına karşı dava açılabilmesi hesaplanan payın yarısının ödenmiş olması koşuluna bağlayan hükmünün iptaline dair kararında, Golder V. Birleşik Krallık kararına atf yaparak, dava yoksa adil, aleni ve gecikmesiz bir yargılamadan söz edilemeyeceği, ayrıca *Airey V. İrlanda* kararına atf yaparak, mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen veya hukuken geçici de olsa kapatılmasının veya kullanımını imkânsız kılan koşullara bağlanarak sınırlandırılmasının adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geleceği yönünde tespitler yapmıştır. (Aynen Aktarım: GÖRÜR Hamit, **Adil Yargılanma ve İdari Yargıda Görünüm**, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2010, s. 76)

<sup>21</sup> AYDIN, s. 51.

<sup>22</sup> ALSTON/ BUSTELO/ HEENAN, s. 203.

ma hakkı, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye başvurma hakkını düzenlerken, etkili başvuru hakkı milli bir makama başvuru hakkını düzenler. Etkili başvuru hakkının sağlanmış olması için başvuru makamının mahkeme olması gerekmez<sup>23</sup>.

Mahkemeye erişim hakkı, mahkemeye etkili başvurma imkânının yanında; kesinleşmiş mahkeme kararının icrasını isteme hakkını da içermektedir. Bu sebeple kesinleşmiş mahkeme kararının icra edilmemesi veya icra talebinin reddedilmesi mahkemeye erişim hakkını ihlal edecektir.<sup>24</sup>

Mahkemeye erişim hakkı, ulusal hukuktaki temyiz hakkını otomatik olarak güvence altına almaz. Eğer ulusal mevzuatta uyumsuzluk konusu hakkında taraflara doğrudan temyize gitme imkânı tanınmışsa, mahkemeye erişim hakkı aynı zamanda temyiz talebinde bulunma hakkını da güvence altına alır.<sup>25</sup> Buna karşılık AİHM, ulusal mevzuatta başvuruca doğrudan temyize başvurma imkânı tanınmamasına rağmen *Gorou (2) V. Yunanistan* başvurusunu, mahkemeye erişim hakkı açısından kabul edilebilir bulmuş ve işin esasına girmiştir. *Bayar ve Gürbüz V. Türkiye* başvurusunda ise başvuruca, haklarında verilen adli para cezasına karşı temyiz talebinde bulunmuştur. Temyiz sınırının altında kaldığı gerekçesiyle söz konusu talebin ulusal mahkeme tarafından reddedilmesi üzerine başvuruca, temyiz taleplerinin reddi sebebiyle mahkemeye erişim haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHM, somut olayda her ne kadar kanunda açıkça temyiz hakkı tanınmamış olsa da, ilk derece mahkemesince verilen kararın temyiz sınırının altında kalması sebebiyle kanun yoluna başvurulamamasını mahkemeye erişim hakkına aykırı bulmuştur.

Mahkeme masraflarını karşılama imkânından yoksun olmak, hak arama hürriyetini ve mahkemeye erişim hakkını engelleyebilir. Akit Devletler, mahkemeye erişim hakkını fiilen engelleyen durumları bertaraf etme yükümlülüğü altında olduğundan, söz konusu tehlikeyi gidermek zorundadır. Mahkeme masraflarını ödeme gücünden yoksun bulunanları, bu masraflardan muaf tutmak ya da onları adli yardım kapsamında yararlandırmak Akit Devlet'in üzerine düşeni yapması için yeterlidir. Ancak buradan Akit Devlet'in her davayı muafiyet ve adli yardım kapsamına alması gerektiği gibi bir sonuç çıkarılmamalıdır. Akit Devletler, ulusal mevzuatlarında muafiyet ve yardımın şartlarını serbestçe düzenleyebilirler. Bu halde dahi yapılan düzenlemelerin mahkeme-

---

<sup>23</sup> LAUBENBACH, s. 155- 156.

<sup>24</sup> TOYDEMİR, s. 32.

<sup>25</sup> OSCE- DIEGEST, **Legal Digest of International Fair Trial Rights**, OHDİR Publising, Varşova 2012, s. 41; LUARDO V. İTALYA.

ye erişim hakkını engelleyici nitelikte olmaması elzemdir.<sup>26</sup>

Her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından zaman zaman yargılamanın adilliği kapsamında incelenmiş olsa da gerekçeli karar hakkı, belirli bir davada başvuru tarafından ileri sürülen hukuki meseleler ve maddi vakaların tespitini gerektirmesi nedeniyle, yapısal olarak mahkemeye erişim hakkı kapsamına girmektedir.<sup>27</sup> *Chevol V. Fransa* başvurusunda, başvuru tarafından ileri sürülen maddi ve hukuki vakaların yanıtız bırakılarak idare tarafından verilen görüşün aynen hükme esas alınmasının mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği sonucuna varılmıştır.<sup>28</sup> Mahkeme, davanın niteliğine göre yaptığı tespitleri ve vardığı sonuçları serbestçe gerekçelendirebilir. Ancak bu serbestlik mutlak değildir. Mahkeme, kararını gerekçelendirirken bir takım hususları göz önünde bulundurmalıdır.<sup>29</sup> AİHM, dava konusuyla ilgili olan tüm iddia, savunma ve maddi vakıaların bütün ayrıntısıyla gerekçede yer almasını mahkemeden beklememekte;<sup>30</sup> temel bulguların, tartışılan delillerin ve hukuki muhakemenin kararda gösterilmiş olmasını yeterli görmektedir.<sup>31</sup> Başka bir deyişle, adil yargılanma hakkının tesisi için mahkeme, kararını makul bir şekilde gerekçelendirmek zorundadır.<sup>32</sup> Makul gerekçe, davaya konu olay ve olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koymalı, olay ve olgular ile hüküm arasındaki bağlantıyı gösterecek nitelikte olmalıdır.<sup>33</sup> Mahkeme, verdiği hükmü makul olarak gerekçelendirmemişse mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş olabilir.

Davacının esasa ilişkin asli taleplerinden birisinin hükümde karşılanmamış olması mahkemeye erişim hakkını ihlal eder. Bahar Teber başvurusunda başvuru, 2634 sayılı Kanunun 33/ a maddesiyle 33/ e maddesi uyarınca idari

---

<sup>26</sup> TOYDEMİR, s. 31.

<sup>27</sup> VITKAUSKAS Dovydas/ DIKOV Grigoriy, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması**, Avrupa Konseyi, Strazburg 2012, s. 26.

<sup>28</sup> Öte yandan AİHM davacıda bulunan bir belgenin fotokopisinin davalı tarafından elde edilmesinin imkânsız olduğu ve bu imkânsızlık nedeniyle kendisini etkin bir şekilde savunamadığını gerekçe göstererek, mahkemeye erişim hakkının ihlaline karar vermiştir. Kanımızca bu durum mahkemeye erişim hakkıyla değil; hakkaniyetli yargılanma hakkının zimnen ihtiva ettiği silahların eşitliği ilkesiyle ilgilidir. Ancak söz konusu başvuru mahkemeye erişim hakkı açısından ilk incelemede kabul edilebilir bulunmuş; daha sonra da ihlal kararı verilmiştir.

<sup>29</sup> OSCE- DIGEST, s. 210.

<sup>30</sup> HIRO BALANI V. İSPANYA.

<sup>31</sup> KARAKASIS V. YUNANİSTAN; TATISHVILI V. RUSYA; BOLDEA V. ROMANYA; SUOMINEN V. FİNLANDYA.

<sup>32</sup> AZ. M. BAŞVURUSU.

<sup>33</sup> AZ. M. BAŞVURUSU.

para cezasına çarptırılmıştır. Başvurucu hem “a” hem de “e” fıkrası uyarınca verilen idari para cezalarına karşı iptal davası açmıştır. Davaya bakan ilk derece mahkemesi, “e” bendi uyarınca verilen para cezasının hukuka uygunluğunu incelerken; “a” bendi uyarınca verilen para cezasının hukuka uygunluğunu incelememiştir. Başvurucu tarafından ilk derece mahkemesi kararına karşı yapılan itiraz başvurusunda, bu durumun açıkça belirtilmesine rağmen kanun yolu incelemesinde hukuki denetimi yapılmayan ikinci para cezası hakkında herhangi bir değerlendirme yapılmamış ve bunun üzerine itiraz reddedilmiştir. Başvurucu verilen karar nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, başvurucunun esaslı taleplerinden birisinin incelenmemesi ve kararda karşılanmaması sebebiyle yargılamanın bütünü açısından mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini kabul etmiştir.<sup>34</sup>

Esasa ilişkin olmayan taleplerin mahkemece incelenmemesinin veya talep hakkında verilen kararın makul olarak gerekçelendirilmemesinin mahkemeye erişim hakkını nasıl etkileyeceği konusunda bir açıklık yoktur. Kanımızca, esasa ilişkin olmayan talepler hakkında inceleme yapılmaması veya hüküm kurulmaması mahkemeye erişim hakkı kapsamında değil; gerekçeli karar hakkı veya yargılama sonucunun adilliği ya da hakkaniyetli yargılanma hakkı kapsamında incelenmesi gereken bir konudur. Zira başvurucunun esasa ilişkin taleplerinden birisinde inceleme yapılmaması o talep bakımından mahkemeye erişim hakkının ihlaline sebep olsa da, esaslı talepler hakkında inceleme yapıldığı ve hüküm kurulduğu sürece; esaslı olmayan taleplerin incelenmemesi mahkemeye erişim hakkının ihlaline sebep olmaz. Bu halde somut olayın durumuna göre başvuru, gerekçeli karar hakkı veya yargılama sonucunun adilliği ya da hakkaniyetli yargılanma hakkı çerçevesinde ele alınmalıdır.

Resmi makamların gerçeğe aykırı tavsiyelerine güvenen kişi, sırf bu sebeple, mahkemeye başvurmıyorsa mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş olur<sup>35</sup>. *Maroo Zeeland BV ve Metal Welding BV V. Hollanda* başvurusunda AİHM’ye göre, başvuru hakkında verilen cezanın iptali için açılan davada, temyize gidilmemesi halinde cezada indirim yapılacağına idare tarafından beyan edilmesi üzerine başvurucunun temyiz talebinden feragat etmesi, mahkemeye erişim hakkının engellenmesi sonucunu doğuracağından Sözleşme’nin 6’ncı maddesine aykırılık teşkil edecektir.

Ulusal mahkemenin davayı görev veya yetkisizlik sebebiyle reddetmesi mahkemeye erişim hakkıyla bağdaşır. Buna karşın davayı görevsizlik veya yet-

---

<sup>34</sup> BAHAR TEBER BAŞVURUSU, § § 37, 38, 39.

<sup>35</sup> ÇAYAN, s. 53.

kisizlik sebebiyle reddeden mahkemenin, dosyayı açıkça görevsiz veya yetkisiz olan başka bir mahkemeye göndermesi erişim hakkını ihlal eder. Bu durum aynı zamanda makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmesine de sebep olabilir.<sup>36</sup>

Anayasa Mahkemesi, ilk derece mahkemesince duruşma safahatında verilen ara kararların, esas hükümden ayrı olarak temyiz edilememesini mahkemeye erişim hakkına aykırı görmemiştir. Başvurucu, mahkemece atanan bilirkişilerin tarafsız olmadığından bahisle yeni bilirkişi atanmasını istemiş; bu istek mahkemece reddedilmiştir. Bunun üzerine başvurucu bilirkişi atanmaması talebini temyiz etmiş, fakat mahkeme bu talebi de reddetmiştir. Başvurucu söz konusu karara karşı temyiz isteminin reddedilmesi sebebiyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Söz konusu başvuruda Anayasa Mahkemesi, somut olayda uyuşmazlığın bilirkişi atanması talebinin reddinden kaynaklandığını, bilirkişi atanması talebinin reddinin ara karar niteliğinde olması sebebiyle ancak esas hükümle birlikte temyiz edilebileceğini, bu nedenle mahkemece verilen ara kararının esas hüküm beklenmeden temyiz merciine gönderilmemesinin mahkemeye erişim hakkının ihlaline sebebiyet vermeyeceğini ifade etmiştir<sup>37</sup>.

## II. MAHKEME KAVRAMI VE ERİŞİLECEK MAHKEMENİN NİTELİĞİ

### A. MAHKEME KAVRAMI

Mahkemeye erişim hakkının tesis edildiğinden söz edilebilmesi için erişilecek makâmın, AİHM içtihatlarında öngörülen “mahkeme” kavramına dahil olması gerekir. İç hukukta bir makama başvuru imkânı tanınmış olmasına rağmen söz konusu makam, mahkeme niteliklerini taşııyorsa mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş olur.

AİHM, mahkeme kavramına oldukça önem vermiş, hem bir makâmın mahkeme olabilmesi için taşıması gereken şartları hem de mahkemenin adil yargılanma hakkı kapsamında sahip olması gereken unsurları birçok içtihadında düzenlemiştir<sup>38</sup>.

AİHM bir başvuruyu incelerken öncelikle başvuru konusu kararı veren ma-

---

<sup>36</sup> ZYLKOV V. RUSYA; HAMİYET KÖSEOĞLU BAŞVURUSU, § 28; BAYAR VE GÜRBÜZ V. TÜRKİYE, § 42: Mahkemeye erişim hakkı sadece ilk derece mahkemesine dava açma hakkını değil, eğer iç hukukta itiraz, istinaf veya temyiz gibi kanun yollarına başvurma imkânı tanınmış ise üst mahkemelere başvurma hakkını da içerir.

<sup>37</sup> YAŞAR YILMAZ BAŞVURUSU, § § 35, 36.

<sup>38</sup> ÇAYAN, s. 66.



kamın mahkeme olup olmadığını tayin ve tespit eder. AİHM tarafından bir makamın mahkeme olarak kabul edilebilmesi için şu üç kriterin kümülatif olarak gerçekleşmiş olması gerekir:<sup>39</sup>

1. Bağlayıcı karar verebilme yetkisi: Bir makamın mahkeme olarak kabul edilebilmesi için her şeyden önce bağlayıcı karar verebilme yetkisine sahip olması gerekir.<sup>40</sup> Bağlayıcılıktan kasıt, makamın verdiği kararın kesin ve yürütülmesi gereken (icrai) bir karar olmasıdır. Bu bağlayıcılık, hem yasama ve yürütme organlarına hem de davanın taraflarına şamil olmalıdır. Bağlayıcılığın anayasadan veya kanundan ya da demokratik hukuk devletinde yargıya saygı ilkesinden kaynaklanmasının herhangi bir önemi yoktur. Mahkeme kararlarının bağlayıcı olduğunun hukuk sisteminde kabul edilmesi yeterlidir. Sırf görüş bildirmek amacıyla kurulan makamlar, bağlayıcı karar veremedikleri için mahkeme olarak kabul edilemez. Ancak her bağlayıcı karar veren makamın da mahkeme olarak kabul edileceğini söylemek mümkün olmaz.<sup>41</sup>

2. Kararlarının yargısal olmayan bir makam tarafından değiştirilememesi: Bir makamın mahkeme olarak kabul edilebilmesi için ikinci şart, verdiği kararların yargısal fonksiyon icra etmeyen makamlar tarafından değiştirilememesidir.<sup>42</sup> Eğer bir makamın kararları Yasama, Yürütme veya idare tarafından değiştirilebiliyorsa o makam, AİHM tarafından mahkeme olarak kabul edilmez. Burada kararların “yargısal olmayan bir makam tarafından değiştirilememesi” ifadesine dikkat edilmesi gerekir. Zira kararın ulusal mevzuat hükümleri çerçevesinde bir üst yargısal makam tarafından değiştirilmesi bu şarta aykırılık teşkil etmez.<sup>43</sup> *Van de Hurk V. Hollanda* başvurusunda, ulusal mevzuatta “Kraliyet makamının yargı kararlarının uygulanmamasını emredebileceği” yönündeki düzenlemenin, mahkeme kararlarının yargısal olmayan bir makam tarafından değiştirilmesi sonucunu doğuracağından; ulusal yargılama makamı, mahkeme olarak kabul edilmemiş, bu sebeple de başvurusunun bağımsız ve tarafsız mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

3. Devamlı olarak uyumsuzluk çözmek (Soyut Hukuk Normunu Somut Olaya Uygulamak): En nihayetinde bir makamın mahkeme olarak kabul edilebilmesi için makamın, sürekli olarak soyut hukuk normlarını somut olaya uygulaması ve devamlı olarak önüne gelen uyumsuzlukları çözmesi gerekir. Başvurusunun mil-

---

<sup>39</sup> BOLILOS V. İSVEÇ.

<sup>40</sup> BENTHEM V. HOLLANDA: Mahkeme kavramının doğasında bağlayıcı kararlar verme yetkisi vardır.

<sup>41</sup> OSCE- DIGEST, s. 53.

<sup>42</sup> VAN DE HURK V. HOLLANDA.

<sup>43</sup> VITKAUSKAS/ LEWIS- ANTONY, s.66.

letvekillerine hakaret suçundan parlamento tarafından yargılanıp para cezasına çarptırılmasına ilişkin uyuşmazlığın görüldüğü *Demicoli V. Malta* başvurusunda AİHM, parlamentonun devamlı olarak uyuşmazlık çözmekle görevlendirilemeyeceğini; bu sebeple parlamentonun mahkeme olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir.<sup>44</sup> Yargısal olmayan makamlarca değiştirilemeyen, kararları bağlayıcı olan ve devamlı olarak uyuşmazlık çözen makama, genel ve olağan yargılama faaliyetleri dışında başkaca görevler verilmiş olması, söz konusu makamın mahkeme olarak kabul edilmesini engellemez.<sup>45</sup> Sözgelimi bir makama olağan yargılama faaliyeti dışında bazı idari görevlerin verilmiş olması, o makamın mahkeme olarak kabul edilmesine engel olmaz<sup>46</sup>.

AİHM otonom (özerk) yorum prensibi gereğince sözleşmede yer alan mahkeme kavramını geniş bir biçimde yorumlamaktadır. Ulusal mevzuatta mahkeme olarak tanınmamış ve mahkeme olarak teşkilatlanmamış bazı makamlar AİHM tarafından yukarıdaki kriterler çerçevesinde mahkeme olarak kabul edilebilirken, iç hukuk tarafından mahkeme olarak tanınan bazı makamlar, AİHM tarafından mahkeme olarak kabul edilmeyebilir<sup>47</sup>.

Başvurulacak makamın yukarıdaki şartları taşımaması halinde mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği kabul edilmelidir<sup>48</sup>.

## B. ERİŞİLECEK MAHKEMENİN NİTELİĞİ

Erişilecek olan mahkemenin kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olması gerekir. Aksi takdirde kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş olur<sup>49</sup>.

---

<sup>44</sup> DEMICOLI V. MALTA: Demokratik hukuk toplumlarında kuvvetlerin iç içe geçmesi düşünülemez.

<sup>45</sup> YÜKSEL, YÜKSEL Hatice, **Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, Başbakanlık Uzmanlık Tezi, Ankara 2010, s. 46.

<sup>46</sup> ÇAYAN, s. 68.

<sup>47</sup> AİHM, *Argyrou ve diğerleri V. Yunanistan* başvurusunda iç hukukta idari makam olarak çalışan "Ormancı Uyuşmazlıklarını Çözüm Komisyonu" nun, *Rolf Gustafson V. İsveç* kararında "Zarar Tayin ve Tespit Komisyonu" nun, *Sramek V. Avusturya* kararında "Taşınmaz Takdir Komisyonu" nun bağlayıcı karar verme yetkisine sahip olduğunu, bu kararlar verilirken mahkeme gibi hareket edilerek hukuk kurallarının uyguladığını ve uyuşmazlıkların nihai olarak karara bağladığını; bu sebeple ilgili makamların mahkeme olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. *Campbell ve Fell V. Birleşik Krallık* başvurusunda, hapis hane disiplin kurulunun, kanun hükmünü uygulayarak başvuru hakkında toplamda 91 gün ayrıcalıklardan yararlanma mahrumiyeti ile 570 gün infaz indirim kaybı cezası verdiği; kurulun bu görevleri yaparken yargı yeri gibi hareket ettiği, bu sebeple hapis hane disiplin kurulunun mahkeme olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilerek, kurulca verilen kararlar AİHM tarafından 6'ncı maddeye uygunluk yönünden incelenmiştir.

<sup>48</sup> JONES, s. 173.

<sup>49</sup> JONES, 181.

Kanunla kurulma ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda uluslararası sözleşmelerde bir açıklık yoktur. AİHM *Posoklov V. Rusya* başvurusunda, bir mahkemenin kanunla kurulup kurulmadığının tespitinin iki kriter ile yapılacağını ifade etmiştir. Bu kriterlere göre;

1. Mahkemenin kurulmasına ilişkin ulusal düzenlemenin kaynağının parlamento olması: Mahkemeyi kuran mevzuatın, parlamentonun iradesinden doğmuş olması gerekir. Başka bir anlatımla mahkeme, parlamentonun iradesi ile kurulmalıdır. Parlamento iradesi, mahkemenin yürütme organının veya idarenin iradesiyle değil, yasama organının iradesiyle kurulmasını güvence altına alır<sup>50</sup>. Burada dikkat edilmesi gerekli olan nokta AİHM'nin ölçütünün mahkemeyi kuran düzenlemenin ulusal mevzuatta kanun olarak adlandırılması değil, düzenlemenin parlamento tarafından yapılmış olmasıdır. Yani mahkemenin kanunla kurulmuş olduğunun kabul edilebilmesi için kurucu düzenlemenin parlamentonun iradesinden kaynaklanıyor olması yeterlidir. Ayrıca söz konusu düzenlemenin ulusal mevzuatta kanun olarak adlandırılmış olması gerekmez.<sup>51</sup>

2. Mahkemenin kanunla önceden düzenlenmiş kuruluş prosedürüne ve hukuka uygun olarak kurulması: Mahkemenin, kanunla önceden düzenlenmiş usule ve hukuka uygun olarak kurulması gerekir. Mahkemenin kanunla kurulmuş olmasına rağmen kuruluşun önceden düzenlenmiş usule aykırı olarak yapılması adil yargılanma hakkını ihlal eder.<sup>52</sup>

Bir yargılamanın adil olabilmesi için mahkemenin kanunla kurulmuş olması tek başına yeterli değildir. Ayrıca mahkemenin bağımsız ve tarafsız olması da gerekir. Mahkeme bağımsız ve tarafsız olmadıkça yapılan yargılamanın adil olduğunu söylemek mümkün değildir. Statüye ilişkin bir güvence olan bağımsızlık ile etkinliğe ilişkin bir durum olan tarafsızlık<sup>53</sup> kavramlarını birbirinden sert bir biçimde ayırarak arı hale getirmek mümkün değildir. Bağımsızlık kavramıy-

---

<sup>50</sup> ÇAYAN, s. 67.

<sup>51</sup> OSCE- DIEGEST, s. 54.

<sup>52</sup> POSOKLOV V. RUSYA.

<sup>53</sup> Yargılama faaliyetini yürüten kişilerin duygu ve düşünceleri de tarafsızlık konusunda etkilidir. Bu nedenle yargılama sürecinde yer alan kişilerin yan tutmaması, taraflara karşı objektif olması ve kişiliğinden sıyrılabilmesi önemli bir gerekliliktir. Tarafsızlık, yargısal etkinlikte hâkimin tutumuna yönelik önemli bir ahlaksal konumu ifade etmektedir. Gerçekte tarafsızlık ve tarafsız görünme, adalet sistemine saygının korunmasının temelidir. Mahkemenin tarafsızlığında belirleyici olan şey, başvurusunun kuşkularının objektif olarak kabul edilebilir olup olmamasıdır. AİHM de tarafsızlık ilkesinin ihlal edilip edilmediğini değerlendirirken, salt konuya ilişkin düzenlemenin içeriği ile yetinmeyip ülkedeki hukuk sistemi ve hukuk anlayışı çerçevesinde söz konusu düzenlemenin uygulamada hangi görünüme büründüğüne bakmaktadır (Aynen Aktarım: Görür, 2010: 113).

la<sup>54</sup> mahkemelerin dışarıdan ve içeriden hiçbir baskı ve etki altında kalmaması, yasama ve yürütme organları ile idareden herhangi bir şekilde emir ve talimat almaması kastedilmektedir<sup>55</sup>. Tarafsızlık kavramı ise hâkimlerin önyargılı olmaması, dava sonucuyla doğrudan veya dolaylı olarak maddi ya da manevi ilişki içerisinde bulunmaması ve dışa karşı, yani yürütme organı, davanın tarafları ve medya gibi üçüncü kişilere karşı, tarafsız tutum içinde olmaması<sup>56</sup> anlamına gelir<sup>57</sup>.

Yargılamanın kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye yapılmamış olması; mahkemeye erişim hakkının ihlaline karar verilebilmesi için yeterlidir<sup>58</sup>.

### III. MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKININ SINIRLANDIRILMASI

Mahkemeye erişim hakkı mutlak bir hak değildir<sup>59</sup>. Bu hakkın doğal sınırları yanında Akit Devlet'in de mahkemeye erişim hakkını sınırlandırabilmesi mümkündür<sup>60</sup>. Ancak sınırlandırma; amaç ile orantılı olmalı, hakkın özünü anlamsız kılmamalıdır<sup>61</sup>. Ulaşılmak istenen amaçla orantılı olmayan veya hakkın özünü anlamsız kılan sınırlandırmalar, mahkemeye erişim hakkını dolayısıyla da AİHS'yi ihlal edebilir.<sup>62</sup> Öte yandan dava açma hakkının cinsiyet, dil, vatandaşlık gibi şartlara bağlanması mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılması için makul ve ölçülü olarak kabul edilemez. Akit devletler, mahkemeye erişim hakkı açısından söz konusu statüsel durumları göz önüne almamalı; herkesin, kural olarak, eşit bir biçimde mahkemeye başvurabilmesini temin etmelidir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Ofisi (BMİHO), bu konunun üzerinde sıklıkla durmaktadır. *Avellanal v. Peru* davasında BMİHO, belirli bir malvarlığına sahip

---

<sup>54</sup> (Clarke V. Birleşik Krallık): Yargılama makamının "bağımsızlığı" kavramı, yargının diğer güçlerden ve özellikle de yürütmeden ayrılmasına dair usulü garantilerin mevcudiyetini gerektirmektedir.

<sup>55</sup> LE COMPTE, LEUVA VE DE MEYERE V. BELÇİKA; RINGESIEN V. AVUSTURYA.

<sup>56</sup> BUSCEMI V. İTALYA; CASTEDO V. İSPANYA; HENRYK URBAN V. RYSZARD URBAN V. POLONYA; KARTTUNEN V. FİNLANDYA; KYPRIANOU V. KIBRIS; PARTERER V. AVUSTURYA; PIERSACK V. BELÇİKA.

<sup>57</sup> VITKAUSKAS Dovydas/ LEWIS- ANTHONY Sian, **Right to A Fair Trial Under the European Convention On Human Rights (Article 6)**, Interights Yayınları 2009, 2009, s. 27; OSCE- DIGEST, 2012: 61; VITKAUSKAS/ DIKOV, 2010: 45 vd..

<sup>58</sup> JONES, s. 184.

<sup>59</sup> ÇAYAN, s. 54.

<sup>60</sup> OSCE- DIGEST, s. 42.

<sup>61</sup> LAUNBECH, s. 137; KLOTH, s. 9.

<sup>62</sup> GARCIA MANI BARDO V. İSPANYA; MORTIER V. FRANSA; EDIFICACIONES MARCH GALLEGO S.A. V. İSPANYA, § 34; RODRIGUEZ VALIN V. İSPANYA, § 22.

olmayı arayan dava koşulunu mahkemeye erişim hakkına aykırı bulmuştur.<sup>63</sup>

## A. MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKININ DOĞRUDAN SINIRLANDIRILMASI

Bazı durumlarda mahkemeye erişim hakkı doğrudan doğruya sınırlandırılmış olabilir. Bu sınırlandırmalar dava koşullarına ve mahkemenin yargılama yetkisine yönelik sınırlandırmalar olmak üzere ikiye ayrılır<sup>64</sup>.

### 1. Dava Koşullarına Yönelik Sınırlandırmalar

Her Akit Devlet, dava açma hakkını kendi ulusal mevzuatında birtakım özel şartlara bağlayabilir. Zira AİHM, *Hadjianastassiou V. Yunanistan* başvurusunda, adalete işlerlik kazandırmak ve adaletin daha iyi yürütülmesini sağlamak amacıyla dava açma hakkının bazı özel şartlara bağlanabileceğini kabul etmiştir.

Akıl hastalığı ve zayıflığı, yaş küçüklüğü, ayırt etme gücünden sürekli yoksunluk sebepleriyle davranışlarını yönlendirme kudretine sahip olamayanlar ile hükümlü ya da müflis olanların mahkemeye erişim hakkı ehliyet yönünden kısıtlanabilir<sup>65</sup>. Fakat bu kısırlamaların AİHS'ye uygun olabilmesi için *Ashingdane V. Birleşik Krallık* başvurusunda ifade edilen şartları taşıması gerekir<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> OSCE- DIGEST, s. 43.

<sup>64</sup> ÇAYAN, s. 54.

<sup>65</sup> Türk idarî yargı düzeninde iptal davası açmak için “menfaat ihlâli” yeterli iken, 1994 yılında 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanununda yapılan bir değişiklikle çevre, tarihî ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar dışındaki konularda dava açılabilmesi “kişisel hak ihlâli” koşuluna bağlanmıştır. Bu değişikliğin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla yapılan başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi 21.9.1995 tarih ve E:1995/27 K:1995/47 sayılı kararında şöyle demiştir: “İptal davalarının koşullarını belirleme yetkisi, kuşkusuz ki Anayasa'da belirlenen kurallar içinde kalmak koşuluyla özellikle ‘hukuk devleti’ ilkesi ve hak arama özgürlüğüyle çelişmeden yasa koyucunun takdirindedir. Ancak devletin, hak arama özgürlüğünü daraltan bütün sınırlamaları kaldırması ve bu yolla yargı denetimini yaygınlaştırarak adaletin gerçekleştirilmesini sağlaması hukuk devleti ilkesine yer veren Anayasa'nın 2'nci maddesi gereğidir. Anayasa'da Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik hukuk devleti niteliği vurgulanırken, devletin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine bağlı olması amaçlanmıştır. Çünkü yargı denetimi, hukuk devletinin ‘olmazsa olmaz’ koşuludur. Anayasa'nın ‘Hak arama hürriyeti’ başlıklı 36'ncı maddesinde, herkesin gerekli araç ve yollardan yararlanarak yargı organları önünde davacı ya da davalı olarak sav ve savunma hakkı bulunduğu belirtilmektedir. İtiraz konusu yasa kuralıyla, idarî işlemlere karşı iptal davası açabilmek için, idare hukukunun genel esaslarına aykırı biçimde idarî işlemin davacının ‘kişisel hakkını ihlâl’ etmiş olması koşulu getirilerek hak arama özgürlüğü kısıtlanmış ve birçok işleme karşı dava yolu kapatılmıştır. İdarî yargı denetimini sınırlayan itiraz konusu kuralın hukuk devleti ilkesi ile bağdaştığı söylenemez. Bu nedenle Anayasa'nın 2'nci ve 36'ncı maddelerine aykırıdır...” Böylece idarî yargı düzeninde adalete erişim hakkını önemli ölçüde sınırlandıracak bir kural Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararıyla iptal edilmiştir (Aynen Aktarım: AYDIN, s. 57- 58).

<sup>66</sup> KLOTH, s. 13.

Bu bakımdan dava koşullarına getirilen kısıtlamalar ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olmalı ve hakkın özünü anlamsız kılmamalıdır. Orantılı olmayan veya hakkın özünü anlamsız kılan sınırlandırmalar AİHS'ye uygun olmayacağından mahkemeye erişim hakkını ihlal eder. *Papon V. Fransa* başvurusunda AİHM'ye göre, başvuruçunun polise teslim olmadığı sürece temyiz talebinde bulunamayacağına yönelik dava koşulu, hakkın özünü anlamsız kılacağından mahkemeye erişim hakkının ihlaline sebebiyet verecektir. *Dunayev V. Rusya* başvurusunda, temyiz aşamasında verilen dilekçenin hiçbir gerekçe gösterilmeden reddedilebilmesinin mahkemeye erişim hakkı açısından orantısız bir sınırlandırma olduğu; bu sebeple adil yargılanma hakkının ihlal edildiği ifade edilmiştir.

Davadaki taraf ehliyeti konusunda idareye takdir yetkisinin tanındığı durumlarda bu takdir yetkisinin yargısal denetiminin açık olması gerekir. İdarenin taraf ehliyeti üzerine verdiği kararlar, iç hukukta yargısal denetime tabi değilse; mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş olur.<sup>67</sup>

Ulusal mevzuatta dava açma yetkisi, tam ehliyetliyi temsil eden gerçek veya tüzel kişiye verilmişse, temsilcilerin dava açmaması halinde tam ehliyetlinin mahkemeye erişim hakkının nasıl etkileneceği konusunda AİHM tarafından farklı kararlar verilmiştir. *Litghow ve diğerleri V. Birleşik Krallık* başvurusunda başvuruçular, millileştirilen bir şirketin hissedarı olduklarını, şirketle ilgili dava açabilmeleri için ulusal mevzuat hükümleri gereğince bütün hissedarların ortak bir temsilci atamak zorunda olduğunu, bu durumun da dava açma ehliyetlerini kısıtlayarak adil yargılanma haklarının ihlaline sebebiyet verdiğini iddia etmişlerdir. AİHM 1986 yılında başvurunun esası hakkında karar vermiş ve söz konusu uyuşmazlığın dava şartlarına ilişkin olduğunu, Akit Devletlerin ulusal mevzuatta bu tür kurallar koyabileceğini ifade ederek ihlal tespit etmemiştir. Buna karşılık *Philips V. Yunanistan* başvurusunda AİHM, mühendis olarak görev yapan başvuruçunun ücretinin ödenmemesi sebebiyle dava açmak istediğini; fakat ulusal mevzuatta onun adına söz konusu davayı açma yetkisinin meslek örgütüne verildiğini, meslek örgütünün başvuruçunun talebine rağmen davayı açmadığını, böylece başvuruçunun mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini ifade etmiştir.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> TINNELLY V. BİRLEŞİK KRALLIK.

<sup>68</sup> Öte yandan, kötü niyetli davaçıların, dava açabilmeleri için hâkimin izninin gerektiği; dava açmak isteyen kişinin dava açma hakkını kötüye kullandığının görülmesi durumunda dava açmasına izin verilmeyebileceğini düzenleyen ulusal mevzuat X. Y. V. Birleşik Krallık başvurusunda AİHM tarafından Sözleşmeye uygun bulunmuştur.

Temyize başvuru hakkı, yerel mahkemece aleyhe hükmedilen yüklü miktardaki tazminatın ödenmesine bağlanmışsa mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş olur.<sup>69</sup>

## 2. Mahkemenin Yargılama Yetkisine Yönelik Sınırlandırmalar

Mahkemeye erişim hakkı, mahkemenin uyuşmazlıkları çözme noktasında tam bir yetkisinin bulunmasını da kapsar. Bir uyuşmazlığın çözümünde ulusal mahkemenin tam bir yetkisi bulunmuyorsa mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş olabilir.<sup>70</sup> Zira hukuk devletinin gereği olarak mahkemelerin kural olarak her uyuşmazlığı çözebilme kabiliyetine sahip olması gerekir.

Birçok akit devlette, idarenin bazı eylem ve işlemleri yargı denetimin dışında tutulmuştur. İdarenin eylem ve işlemlerini yargı denetimi dışında tutan bazı kısıtlamalar AİHM’ce Sözleşme’ye aykırı bulunmakta ve bu kısıtlamalar nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği kabul edilmektedir.<sup>71</sup> Mesela, *Pudas V. İsviçre* başvurusunda, başvurucunun taşıma ruhsatının iptal edildiği, bu karara karşı yapılan itirazın Bakanlık tarafından reddedildiği, Bakanlık kararına karşı ulusal mevzuatta yargı yolunun açık olmadığı, bu sebeple de mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği kabul edilmiştir.

İç hukuklarda bazı kişilerin, ifa edilen görev sebebiyle muafiyet veya dokunulmazlıkları bulunmaktadır. Milletvekilleri için öngörülen dokunulmazlık ile yabancı misyon şefleri için öngörülen diplomatik muafıklar bunlara örnek olarak gösterilebilir. Fakat dokunulmazlık ve muafiyetlerin mahkemeye erişim hakkını ihlal etmemesi için *Ashingdane V. Birleşik Krallık* kararında ifade edilen kriterlere uygun olması gerekir.

*Kart V. Türkiye* başvurusunda milletvekili olarak görev yapan başvurucu, hakkında açılan ceza davasının milletvekilliği dokunulmazlığı sebebiyle durduğunu, yargılamanın devam etmesini istemesine rağmen ulusal mevzuatta buna imkân tanınmadığını, bu sebeple de mahkemeye erişim hakkının hukuka aykırı olarak kısıtlandığını ileri sürmüştür. AİHM, aşırıya gidilmemesi koşuluyla, başvurucunun ifa ettiği görev sebebiyle ulusal mevzuatta öngörülen bu tür sınırlandırmaların mahkemeye erişim hakkını ihlal etmeyeceğini kabul etmiştir<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> ÇAYAN, s. 56.

<sup>70</sup> GÖRÜR, s. 92.

<sup>71</sup> Ülkemizde de Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun meslekle ilişki kesilmesi sonucunu doğurmayan işlemeleri, Özelleştirme Yüksek Kurulu kararları, Yüksek Seçim Kurulu kararları gibi yasama kısıntıları bulunmaktadır.

<sup>72</sup> KART V. TÜRKİYE, § 113.

*Jones ve Diğerleri V. Birleşik Krallık* başvurusunda başvuru, 15 Mart 2001 tarihinde Suudi Arabistan'da yaşamakta ve çalışmaktadır. Anılan tarihte Riyad'daki bir kitapçının dışında meydana gelen patlama sonucunda yaralanan başvuru, tedavisinin ardından Suud yetkililerce hastaneden çıkarıldığını ve 67 gün boyunca hukuka aykırı olarak tutulduğunu, Yarbay Abdul Aziz tarafından kendisine işkence yapıldığını iddia ederek Suudi Arabistan İçişleri Bakanlığı ve Yarbay Abdul Aziz'e karşı Birleşik Krallık'ta tazminat davası açmıştır. Davayı gören ilk derece mahkemesi, Suudi Arabistan hukuk danışmanları aracılığıyla tebligat yapmıştır. Fakat Suudi yetkililer, Yarbay Abdul Aziz ile ilgili tebligatı almayı reddetmişlerdir. Başvuru, ilk derece mahkemesinden Yarbay Abdul Aziz'e yeniden tebligat yapılmasını istemiştir. Dava ilk derece mahkemesi tarafından ulusal mevzuat gerekçe gösterilerek düşürülmüştür. Düşürme gerekçesinde ulusal mahkeme, Devletin yargı bağımsızlığı olduğunu, bu sebeple Suudi Arabistan İçişleri Bakanlığı'na karşı dava açılmayacağını; Suudi Arabistan yetkilisi olan Yarbay Abdul Azizi'nde benzer bir korumadan yararlanacağını ifade etmiştir. Karar Yüksek Mahkemede temyiz edilmiş olsa da, söz konusu talep reddedilmiştir. Başvuru, ilk derece mahkemesi tarafından Suudi Arabistan Krallığı ile Yarbay Abdul Aziz'in yargılamadan bağımsız tutulması sebebiyle mahkemeye erişim hakkının engellendiğini, bu durumun adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Başvuru hakkında AİHM şu kararı vermiştir: *"AİHS'nin 6'ncı maddesinin birinci fıkrası herkese, medeni hak ve yükümlülüklerine ilişkin bir uyumsuzluğu mahkeme önüne taşıma hakkı verir. Bununla birlikte mahkemeye erişim hakkı mutlak bir hak değildir. Bazı durumlarda mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılması mümkündür. Ancak getirilen sınırlandırmanın hakkın özünü anlamsız hale getirmemesi, sınırlama amacına uygun düşmesi ve orantılı olması gerekir. Mahkeme daha önce devlet bağımsızlığının, "par in parem non habet imperium" (bir eşitin bir diğer eşit üzerinde yetkisi yoktur) ilkesinden yola çıkılarak geliştirilen ve bir devletin bir başka devletin yargı yetkisine tabi olmamasını ifade eden uluslararası hukuk kavramı olduğunu açıklamıştır. Hukuk yargılamalarında devlet bağımsızlığının tanınması, yabancı bir devletin egemenliğine saygı duyulması amacına hizmet eder. Amaç göz önüne alındığında, yabancı bir Devletin yargılamadan bağımsız tutulması, mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasının meşru olduğunu göstermektedir. Öte yandan Başvurucunun Suudi Arabistan'da bir hukuk davası açma hakkı da mevcuttur. Bu sebeple somut olay bakımından mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini söylemek mümkün değildir<sup>73</sup>."*

---

<sup>73</sup> ÇAYAN, s. 221- 222.



## B. MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKININ DOLAYLI OLARAK SINIRLANDIRILMASI

Bazı durumlarda mahkemeye erişim hakkı, dolaylı olarak sınırlandırılmış olabilir. Süre, şekil ve adli yardım imkânının bulunmaması gibi sınırlandırmalara mahkemeye erişim hakkının dolaylı olarak sınırlandırılması denir<sup>74</sup>.

### 1. Sürelere İlişkin Sınırlandırmalar

Modern hukukta teksif ilkesi sıklıkla uygulanan bir prensiptir. Teksif ilkesi gereğince, dava açma hakkı belirli bir süreyle sınırlandırılabilir. Akit devletler, genellikle dava açma hakkını belirli bir süreye tabi kılmıştır. *Ashingdane* kriterlerine uygun olmak koşuluyla, mahkemeye erişim hakkının belirli bir süreyle kısıtlanması Sözleşme'ye aykırılık oluşturmaz<sup>75</sup>.

Eski iddiaların gündeme getirilmesi veya geçmiş dönemin delillerine ulaşılmadığı zorluklar hukuki kesinliğin tesis edilmesini engeller. Aslında dava açma hakkının belirli bir süreye tabi kılınması, söz konusu engelin bertaraf edilmesini sağlar. Bu halde dahi kısıtlamanın mahkemeye erişim hakkını engelleyecek derecede katı ve ölçüsüz olmaması gerekir. Gerçekten de AİHM, dava açma süresini ele alırken sürenin mahkemeye erişim hakkını engelleyecek derecede katı ve kısa olup olmadığını incelemektedir. *Osu V. İtalya* başvurusunda AİHM, dava açmanın veya kanun yollarına başvurmanın, erişimi imkânsız kılacak ölçüde kısa olmaması koşuluyla belirli bir süreye bağlanmasının hukuki belirlilik ilkesinin bir gereği olduğunu ve sırf bu nedenle mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmiş olmayacağını ifade etmiştir.<sup>76</sup>

Öngörülen süre koşullarının açıkça hukuka aykırı olarak yanlış uygulanması veya yanlış hesaplanması nedeniyle kişiler dava açma ya da kanun yollarına başvurma haklarını kullanamamışsa mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş olur<sup>77</sup>. Dava açma süresine ilişkin olarak iç hukukta farklı yorumlamaların bu-

---

<sup>74</sup> JONES, s. 163.

<sup>75</sup> ÇAYAN, s. 57.

<sup>76</sup> OSU V. İTALYA, § § 37- 39.

<sup>77</sup> Garanti A. Ş. Başvurusu: başvuru, Aralık/2001 dönemine ilişkin olarak ihtirazi kayıtla beyanname vermiş, akabinde vergi dairesi başvuruçunun iadelerinin reddedildiğini 2/7/2002 tarih ve 18259 sayılı sayılı yazıyla bildirmiştir. Bunun üzerine başvuruçuru ihtirazi kayıtla verdiği beyanname üzerinden banka ve sigorta muameleleri sebebiyle vergisi tahakkuk ettirilmesi işleminin iptali istemiyle dava açmıştır. Açılan davada mahkeme, ihtirazi kayıtla verilen beyanname dışında verginin iadesine ilişkin bir başvurunun yapılmadığını, başvuruçuya tebliğ edilen 2/7/2002 tarih ve 18259 sayılı yazının bilgilendirme niteliğinde olduğunu, söz konusu bilgilendirme yazısının yeni bir idari işlem olmadığını, ihtirazi beyannamenin verildiği tarihten itibaren davanın açılması gerektiğini, fakat davanın bildirim yazısından sonra açıldığını ve idari davaya konu olacak bir işlem niteliğinde olmadığını ifade ederek bu yazının dava

lunduğu durumlarda, dava açmaya imkân veren yorumun uygulanması gerekir. Farklı yorumlardan, başvuru hakkının mahkemeye erişim hakkını engelleyen yorumun uygulanmış olması adil yargılanma hakkını ihlal eder<sup>78</sup>. *Muharrem Kılıç başvurusunda*, aylıktan kesme cezasının iptali istemiyle açılan davada verilen karar, 15/ 7/ 2008 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiş, başvuru sürenin son gününün ara vermeye rastlaması nedeniyle 12/ 9/ 2008 tarihinde temyiz dilekçesi vermiştir. Danıştay Dairesi ara vermenin son gününün 4 Eylül olduğunu, sürenin yedi gün uzaması nedeniyle temyiz talebinin en geç 11 Eylülde yapılması gerektiğini kabul ederek temyiz talebinin süre aşımı nedeniyle reddine karar vermiştir. Başvurucunun karar düzeltme talebi de reddedilmiştir. Başvurucu, adli tatilin sona erdiği tarihi ifade eden “Eylül’ün beşine kadar” ibaresini, Danıştay dairelerinin farklı yorumladığını, kimi dairelerin adli tatilin son gününü 5 Eylül olarak kabul ederken kimi dairelerin 4 Eylül olarak kabul ettiğini, adli tatilin son gününün 4 Eylül kabul edilerek temyiz başvurusunun süre aşımı yönünden reddedilmesinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Başvurunun esasında, İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK) ve Danıştay Dairelerinin farklı tarihlerde verdiği kararlarında “Eylül’ün beşine kadar” ibaresinden ne anlaşılması gerektiği yönünde bireyler açısından öngörülebilir bir yaklaşım ortaya koyulmadığını; Danıştay Daireleri ve İDDK’nın sürenin son gününü 12 Eylül olarak yorumladığı kararlarına<sup>79</sup> karşın, 11 Eylül olarak yorumladığı kararlarının da olduğunu<sup>80</sup>; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında<sup>81</sup> ise adli tatilin son gününün 12 Eylül olacağı yönünde karar verildiğini ifade eden Anayasa Mahkemesi, dava açma süresine ilişkin olarak farklı yorumların bulunması durumunda başvuru hakkının lehine olan yorumun uygulanması gerektiği temelinde başvuruyu karara bağlayarak somut olayda mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini kabul etmiştir<sup>82</sup>.

---

açma süresine bir etkisinin bulunmadığı gerekçesiyle davayı süre yönünden reddetmiştir. Mahkemeye erişim hakkının süre yönünden sınırlandırılmasının dava açmayı imkansız hale getirip getirmediği ve uygulamada süreye ilişkin yorumlardan başvuru hakkının lehine uygulanıp uygulanmadığı açısından başvurucuyu inceleyen Anayasa Mahkemesi, başvuru hakkının mahkemeye erişim hakkına yönelik başvuru konusu olayda usul kuralları önceden öngörülecek şekilde olağanın dışında farklı yorumlanmadığı gibi Derece Mahkemesi kararlarının bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik de içermediği anlaşıldığından, başvuru bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin “açıkça dayanaktan yoksun olması” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir (GARANTİ BANKASI A.Ş. BAŞVURUSU, § 50, 64).

<sup>78</sup> BELES V. ÇEK CUMHURİYETİ, § 51; TRICARD V. FRANSA, § 33.

<sup>79</sup> Danıştay İDDK, E. 2012/ 193, K. 2014/ 73, KT: 23/ 1/ 2014.

<sup>80</sup> Danıştay İDDK, E. 2009/ 276, K. 2009/ 52, KT: 19/ 2/ 2009.

<sup>81</sup> 21/ 1/ 2009 tarih ve E.2008/ 14- 831, K. 2009/ 3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı.

<sup>82</sup> MUHARREM KILIÇ BAŞVURUSU.

## 2. Şekle İlişkin Sınırlandırmalar

Akit devletler, mahkemeye erişim hakkını bazı şekil şartlarına tabi kılabilirler. Söz gelimi, dava açmanın bir dilekçeyle yapılması, dilekçenin davacı ve davalının adı- soyadı ile varsa kanuni ya da iradi temsilcileri, işleme karşı dava açılmışsa işlemin tebliğ tarihi gibi bir takım unsurları ihtiva etmesi, yani dilekçenin belirli bir formda hazırlanması, öngörülebilir.<sup>83</sup> Fakat söz konusu şartlar aşırı şekilciliğe<sup>84</sup> meydan vermemelidir. Bu nedenle öngörülen forma uygun olmayan dilekçelerden açık ve net bir talep anlaşılabiliriyorsa başvuru reddedilmemeli; dava görülmelidir. *Dattel (2) V. Lüksemburg* başvurusunda, davacı tarafından açık ve net bir talep ileri sürülmüş olmasa bile iddiaların esasına ilişkin meselelerin araştırılması için belirli bir tahkikat yürütülmesi gerektiği ifade edilmiştir.<sup>85</sup> Buna karşılık *Brualla Gomez de la Torre V. İspanya* başvurusunda AİHM, temyiz talebinin kabul edilebilirliğinin dava açma hakkına göre daha katı şekil kurallarına tabi kılınabileceğini kabul etmiştir.

Süre ve şekil şartlarının, davanın esasının bütünüyle incelenmesini imkânsız hale getirecek derecede aşırı şekilci yorumlanması Sözleşme'yi ihlal eder<sup>86</sup>. Gerçekten de söz konusu usul kuralları, şekli hukuk güvenliğini ve adaletin iyi tecelli etmesini sağlayamadığı sürece mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş olur<sup>87</sup>. Nitekim AİHM *Reisner V. Türkiye* başvurusunda, ulusal mahkeme tarafından süre konusunda yapılan yorumun aşırı derece katı olduğunu, yapılan bu yorum sebebiyle davanın esasının bütünüyle inceleme dışı kaldığını, bu durumun da mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğini ifade etmiştir. Şener Berçin başvurusunda, başvuru sahibinin otomobile el konulmuş<sup>88</sup> ve akabinde mahkeme kararıyla otomobilin müsadere edilmesine karar verilmiştir. Başvurucu, aracının müsadere edilmesi nedeniyle uğradığını ileri sürdüğü zararının tazmini istemiyle İçişleri Bakanlığına başvuruda bulunmuş, oluşan zararının tazmin edilmesini talep etmiş, bu talebin reddi üzerine İdare Mahkemesinde tam yargı davası açmıştır. İdare Mahkemesi, uyuşmazlığın çözümünde 2577 sayılı Kanun'un 12. maddesinin uygulanması gerektiğini ifade ettikten sonra el koyma tarihinden itibaren altmış günlük genel dava açma süresi için-

---

<sup>83</sup> ÇAYAN, s. 57- 58.

<sup>84</sup> MIRAGALL ESCDANO V. İSPANYA; SOTIRIS ve NIKOS KAUTRAS ATTEE V. YUNANİSTAN; RTBF V. BELÇİKA.

<sup>85</sup> VITKAUSKAS/ DIKOV, s. 29.

<sup>86</sup> WALCHLI V. FRANSA, § 29; NERİMAN POLAT BAŞVURUSU, § 55.

<sup>87</sup> FATMA NUR ERTEN VE ADNAN ERTEN V. TÜRKİYE; EFSTATHIOU ve DİĞERLERİ V. YUNANİSTAN.

<sup>88</sup> Söz konusu otomobile, süresinde yurt dışına çıkarılmadığı için kaçak konumuna düştüğü ve sahte belgelere istinaden trafiğe tescil edildiği gerekçesi ile idare tarafından el konulmuştur.

de dava açılmadığı gerekçesiyle davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar vermiş ve bu karar kesinleşmiştir. Anayasa Mahkemesi, 2577 sayılı Kanun'un 7. maddesinde idari uyuşmazlıklarda dava açma süresinin yazılı bildirim izleyen günden itibaren işlemeye başlayacağını düzenlendiğini, ilk derece mahkemesi kararının 2577 sayılı Kanun'un 12. maddesinin oldukça katı bir şekilde yorumlanması neticesinde ortaya çıktığını, süre koşulu gibi dava açmaya ilişkin usul koşullarının katı bir biçimde uygulanmaması gerektiğini belirterek mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>89</sup>.

### 3. Dava Masraflarına İlişkin Sınırlandırmalar

Taraflardan birinin yargılamadaki başarı oranına göre kazanılan veya kaybedilen değer oranında lehine veya aleyhine mahkeme masraflarının hükmedilmesine yönelik düzenlemeler, mahkemeye erişim hakkına müdahale oluşturmaktadır. Fakat abartılı, zorlama veya ciddiyetten yoksun talepleri disipline etmeye yönelik orantılı<sup>90</sup> müdahaleler meşru görülebilir<sup>91</sup>. Bu halde dahi söz konusu müdahalelerin hakkın özüne zarar vermeyecek nitelikte meşru bir amaca dayanması ve kullanılan aracın sınırlama amacı ile orantılı olması gerekir<sup>92</sup>. Başka bir anlatımla dava masrafları ile kişilerin iddiasını ispat etme veya savunmada bulunma menfaatleri arasında denge kurulmalıdır<sup>93</sup>. Dava masraflarının çok yüksek olduğu durumlarda, adli yardım imkânı da verilmemişse, mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş olabilir<sup>94</sup>.

Dava sonucundaki başarıya dayalı olarak taraflara avukatlık ücreti ödeme yükümlülüğü öngörülmesi de bu kapsamda mahkemeye erişim hakkına yönelik bir sınırlandırma oluşturur. Böyle bir sınırlandırmanın meşru görülebilmesi için kamu yararı ile birey hakkı arasında makul bir dengenin gözetilmiş olması gerekir<sup>95</sup>. Zira bir hukuki uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyan başvuruçuların, reddedilen dava konusu miktar üzerinden hesaplanan avukatlık ücretini karşı tarafa ödemeye mahkûm edilmeleri ihtimali, somut olayın koşullarına göre mahkemeye erişimin engellenmesine sebep olabilir. Bu kapsamda, somut olayın özel koşulları çerçevesinde masrafların makullüğü ve orantılılığı, mahkemeye erişim hakkının asgari sınırını teşkil etmektedir<sup>96</sup>. *Oğuzhan Koza-*

---

<sup>89</sup> ŞENER BERÇİN BAŞVURUSU, § 59, 64, 65.

<sup>90</sup> STANKOV V. BULGARİSTAN, § 52.

<sup>91</sup> HÜSEYİN SEZEN BAŞVURUSU, § 51.

<sup>92</sup> OĞUZHAN KOZACIOĞLU BAŞVURUSU, § 41.

<sup>93</sup> AIT- MOUHOUB V. FRANSA, § 57.

<sup>94</sup> KABA V. TÜRKİYE, § 24.

<sup>95</sup> OĞUZHAN KOZACIOĞLU BAŞVURUSU, § 43.

<sup>96</sup> ÖZKAN ŞEN BAŞVURUSU, § 54.

*cioğlu Başvurusunda*, başvuruçunun 125.000 TL maddi ve 25.000 TL manevi tazminat talebiyle açtığı dava reddedilmiş ve reddedilen tazminat talepleri üzerinden başvuruçuyu, idare lehinde 9.150 TL avukatlık ücreti ödemeye mahkum edilmiştir. Başvuruçuyu, davada yüksek miktarda avukatlık ücretine hükmedilmesi sebebiyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Söz konusu başvuruda Anayasa Mahkemesi, her ne kadar başvuruçunun avukatlık ücreti ödemeye mahkum edilmesi sırf bu nedenle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucunu doğurmasa da, avukatlık ücreti ödenmesine ilişkin kararın somut olayın özelliklerine göre ölçülü olup olmadığının incelenmesi gerektiğini, davanın açıldığı sırada ıslah imkanı olmaması nedeniyle hak kaybına uğramamak için talebin yüksek tutulduğunu; somut olayın özellikleri dikkate alındığında ölçülü olmayan avukatlık ücreti sebebiyle başvuruçunun mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini ifade etmiştir<sup>97</sup>.

#### 4. Adli Yardımın Bulunmaması

Dava açma, açılmış bir davayı takip etme ve savunma hakkını kullanma bazı harcamaların yapılmasını gerektirebilir. Zira mahkemeye erişim hakkının özüne zarar verilmediği sürece dava veya savunma işlemlerinin harca bağlanabileceği *Kreuz V. Polonya* başvurusunda kabul edilmiştir<sup>98</sup>. Bu tür harcamalar, hak arayan veya savunma yapan kişinin maddi gücünü aşabileceğinden, kişilerin haklarını arayamaması veya savunma yapamaması sonucunu doğurabilir<sup>99</sup>. Hak arama özgürlüğünün ve savunma hakkının sırf maddi kaygılar sebebiyle tesis edilememesinin engellenmesi ve mahkemeye erişim hakkının güvence altına alınması için hukuk sistemleri, mali imkânlardan yoksun olanları geçici veya sürekli, kısmi ya da tam olarak yargılama masraflarından başışık tutan bir sistem öngörmüştür. Bu sisteme genel olarak adli yardım adı verilmektedir.<sup>100</sup>

Medeni hak ve yükümlülükler ait uyuşmazlıklarda akit devletlerin adli yardım kurumunu düzenleme zorunluluğu yoktur. Ancak belirli şartlar dahilinde medeni hak ve yükümlülükler ait uyuşmazlıklarda, hak iddia eden veya savunma yapan kişinin adli yardımdan yararlandırılmaması, mahkemeye erişim hakkının ihlaline sebebiyet verebilir.<sup>101</sup> AİHS, her ne kadar medeni hak ve yükümlülükler ait uyuşmazlıklarda adli yardım hakkını açıkça güvence altına almamış olsa da; suç isnadına ilişkin davalarda bu güvenceye açıkça yer ver-

---

<sup>97</sup> OĞUZHAN KOZACIOĞLU BAŞVURUSU, § 48.

<sup>98</sup> ÇAYAN, s. 58.

<sup>99</sup> ALSTON/ BUSTELO/ HEENAN, s. 210.

<sup>100</sup> AYDIN, s. 68.

<sup>101</sup> AIREY V. İRLANDA.

miştir<sup>102</sup>. Dolayısıyla adli yardım denetimi, ceza davalarına ilişkin başvurularda daha büyük bir önem taşımaktadır.<sup>103</sup>

Sözleşmeyle adli yardım kapsamına dâhil edilen uyuşmazlıkların haricindeki için devlet, kendi rızasıyla adli yardım kurumu tesis etmişse; her adli yardım talebinin reddi, Sözleşme'nin ihlali anlamına gelir. Ancak akit devlet, adli yardım konusunda kurumsallaşmış, adli yardımı belirli şartlara tabi kılmış veya hangi konularda adli yardımın uygulanacağını açıkça düzenlemişse, bu durumda her adli yardım talebinin reddi Sözleşme'nin ihlali anlamına gelmez. Öte yandan akit devletler, adli yardımın hangi şartlara ya da konulara tabi kılacağını serbestçe belirleyebilir<sup>104</sup>. Bu halde dahi şartları taşıyan davacı ya da davalı, akit devletin inisiyatifiyle düzenlenen adli yardımdan yararlandırılmazsa Sözleşme ihlal edilmiş olur.<sup>105</sup>

O halde adli yardım ile ilgili farklı ihtimaller ortaya çıkmaktadır. Öncelikle, suç isnadına ilişkin uyuşmazlıklarda akit devletler, savunma masraflarını karşılayamayan sanığa adli yardım imkânını sunmak zorundadır. Eğer adli yardım imkânı tanınmazsa, Sözleşme ihlal edilmiş olur. İkinci durum, medeni hak ve yükümlülükler için uyuşmazlıklarda ortaya çıkar. Sözleşme, medeni hak ve yükümlülükler için uyuşmazlıklarda açıkça adli yardım güvencesini tanımamıştır. Dolayısıyla devletin, kural olarak, hukuk davalarında adli yardım imkânı sunma zorunluluğu yoktur. Ancak medeni hak ve yükümlülükler için uyuşmazlığın taraflarına, somut olayın durum ve koşulları gerektiriyorsa adli yardım imkânı sunulması gerekir. Böyle bir durumda Akit Devlet, adli yardım imkânı sunmazsa Sözleşme ihlal edilmiş olur. Üçüncü durum, Akit Devlet'in kendi inisiyatifiyle adli yardım müessesesini tesis ettiği hallerde ortaya çıkar. Eğer Akit Devlet, kendi arzusuyla sözleşmede güvence altına alınmayan uyuşmazlıklar için adli yardım kabul etmişse, bu durumda adli yardım sisteminin kurumsallaştırılıp kurumsallaştırılmadığına bakılır. Eğer Akit Devlet, adli yardım sistemini kurumsallaştırmamışsa, yani adli yardımdan yararlanma şartlarını veya hangi konuların adli yardım kapsamına girdiğini düzenlememişse, bu durumda adli yardım başvurusunun reddedilmesi Sözleşme'nin ihlali için tek başına yeterlidir. Zira Akit Devlet, adli yardımını herhangi bir şarta veya konuya hasretmeyerek, isteyen herkese bu imkânı vereceğini zımnen bildirmiştir. Eğer Akit Devlet, adli yardım sistemini kurumsallaştırmışsa, yani adli yardımdan yararlanma şartlarını veya hangi konuların adli yardım kapsamına girdiğini düzenlemişse, burada

---

<sup>102</sup> ALSTON/ BUSTELO/ HEENAN, s. 203.

<sup>103</sup> McVICAR V. BİRLEŞİK KRALLIK.

<sup>104</sup> GRANGER V. BİRLEŞİK KRALLIK.

<sup>105</sup> OSCE- DIEGEST, s. 67; VITKAUSKAS/ DIKOV, s. 32.

iki farklı durum ortaya çıkar. Akit Devlet tarafından sevk edilen şartları taşıyan veya öngörülen konulara ait olan uyuşmazlık için adli yardımdan yararlanma talebinde bulunanların, söz konusu talebi reddedilirse adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olur. Akit Devlet tarafından sevk edilen şartları taşımayan taleplerin reddi ise Sözleşme'nin ihlali anlamına gelmez. *Granger V. Birleşik Krallık* başvurusunda da ifade edildiği gibi Akit Devlet, adli yardımdan yararlanma şartlarını serbestçe düzenleyebilir. Örneğin; adli yardımdan yararlanılmasını, maddi imkânlardan yoksun bulunma, iddiada açıkça haksız olmama veya hakaniyetin gerektirmesi koşullarına bağlayabilir. Ya da adli yardımın boşanma, velayet, vesayet, küçüklerin korunması gibi konularda uygulanabileceğini düzenleyebilir<sup>106</sup>. Ülkemiz açısından medeni hak ve yükümlülüklerle ait uyuşmazlıklar için adli yardım müessesesi, kurumsallaştırılarak öngörülmüş ve yararlanılması şartlara bağlanmıştır<sup>107</sup>.

Hem medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklarda hem de suç isnatlarında adli yardım sisteminin bireyleri keyfilikten korumaya yönelik somut güvencelere dayanması gerekir<sup>108</sup>. Aksi takdirde mahkemeye erişim hakkı ihlal edilebilir. *Elinç V. Türkiye* başvurusunda başvurucunun çocuğu, meydana gelen bir patlama neticesinde hayatını kaybetmiştir. Başvurucu olay nedeniyle İçişleri Bakanlığı aleyhine tam yargı davası açmıştır. Dava masraflarını ödeyecek maddi güce sahip olmadığından bahisle adli yardım talebinde bulunan başvurucunun bu talebi reddedilmiş ve dava, masrafların ödenmemesi sebebiyle reddedilmiştir. Başvurucu kendisine adli yardım imkânının sağlanmaması

---

<sup>106</sup> ÇAYAN, s. 60.

<sup>107</sup> HMK MADDE 334- (1) Kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmek sizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimseler, iddia ve savunmalarında, geçici hukuki korunma taleplerinde ve icra takibinde, taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması kaydıyla adli yardımdan yararlanabilirler.

(2) Kamuya yararlı dernek ve vakıflar, iddia ve savunmalarında haklı göründükleri ve mali açıdan zor duruma düşmeden gerekli giderleri kısmen veya tamamen ödeyemeyecek durumda oldukları takdirde adli yardımdan yararlanabilirler.

(3) Yabancıların adli yardımdan yararlanabilmeleri ayrıca karşılıklılık şartına bağlıdır.

Maddeden de anlaşılacağı üzere, HMK adli yardımdan yararlanmayı kurumsallaştırarak şartla bağlamıştır. Adli yardımdan yararlanmanın genel şartı ise, kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olmaktır. Karşılık esasları dahilinde yabancılar da adli yardımdan yararlanabilir.

Adil yargılanma hakkı açısından bakarsak, eğer mahkeme kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun bulunan kişilerin adli yardım talebini reddederse, Sözleşme'yi ihlal etmiş olur.

<sup>108</sup> COŞKUN V. TÜRKİYE.

sebebiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurunun esasını inceledikten sonra AİHM, başvurunun yetkili muhtardan fakirlik belgesi aldığını, söz konusu belgenin dikkate alınmaması sebebiyle davanın esasına girilmediğini, adli yardım sisteminin bireyleri keyfilikten korumaya yönelik somut güvencelere dayanması gerektiğini, bakılan davada adli yardım talebinin reddedilmesi sebebiyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini kabul etmiştir<sup>109</sup>.

### 5. Davanın Reddi Halinde Verilen Para Cezalarına İlişkin Sınırlandırmalar

Davaların yığılmasını önlemek ve adalet yönetimini sağlamak amacıyla davası reddedilen tarafa para cezası verilmesi esas itibarıyla mahkemeye erişim hakkını ihlal etmez<sup>110</sup>. Fakat verilen para cezasının miktarı, söz konusu davanın koşullarına göre kişilerin mahkemeye başvurmalarını önemli ölçüde engelliyorsa mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş olur<sup>111</sup>. *Sace Elektrik Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Türkiye* başvurusunda başvuru, ilk derece mahkemesinde ihalenin feshi davası açmıştır. Temyiz aşamalarından geçen dava, başvuru aleyhine kesinleşmiştir. Başvuru, ihalenin feshi talebinin reddedilmesi sebebiyle İcra İflas Kanunu'nun 134/ 2 maddesi gereğince ihale bedelinin %10'u oranında para cezasına çarptırılmıştır. Başvuru aleyhine verilen para cezası sebebiyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Söz konusu başvuruda AİHM, Kanun uyarınca verilen para cezasının amacının gereksiz talepleri önlemek olduğunu, bu kuralın adaletin uygun bir şekilde yönetilmesini sağlamaya ve diğer vatandaşların haklarını korumaya yönelik meşru bir amaç taşıdığını, mevcut davada kısıtlamanın dava koşullarına göre meşru olup olmadığını da incelenmesi gerektiğini, verilen para cezasının miktarının davanın koşullarına göre yüksek olduğunu, bu sebeple başvurunun maruz kaldığı kısıtlamanın mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğini ifade etmiştir<sup>112</sup>.

### 6. Uygulama Kaynaklı Sınırlandırmalar

Mahkemeye erişim hakkı bazen uygulama sebebiyle sınırlandırılmış olabilir. Ancak uygulama sebebiyle mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılması, AİHM tarafından esnek karşılanmamaktadır. Zira Akit Devletler, kurumsal yapılarını ve uygulamalarını AİHM'ye uygun hale getirmek zorundadır. *Bertuzzi V. Fransa* başvurusunda başvuru, avukatlık mesleğini icra eden bir kişiye karşı

---

<sup>109</sup> ELİNÇ V. TÜRKİYE.

<sup>110</sup> AYŞE BAŞÇI ve DİĞERLERİ BAŞVURUSU, § 39.

<sup>111</sup> JONES, s. 157.

<sup>112</sup> SACE ELEKTRİK VE TİCARET A. Ş. V. TÜRKİYE.



dava açmış, mahkemeden avukat yardımında bulunulmasını istemiş ve mahkeme bu isteği kabul ederek başvurucuya adli yardım kapsamında avukat atamıştır. Fakat atanan avukatlar, meslektaşları aleyhine dava almak istemedikleri için birer birer davadan çekilmiştir. Somut olayda, uygulamadan kaynaklı olarak mahkemeye erişim hakkının sınırlandırıldığı, Akit Devlet'in uygulamadaki bu problemi çözmesi gerekirken üzerine düşen pozitif yükümü yerine getirmediği ifade edilerek ihlal kararı verilmiştir<sup>113</sup>.

### C. MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKINDAN FERAGAT

Mahkemeye erişim hakkı mutlak bir hak değildir. Bu sebeple tarafların, medeni hak ve yükümlülükler için uyuşmazlıklarda tahkim lehine mahkemeye erişim hakkından feragat ettiği sıkça görülmektedir. Tarafların yanı sıra adaletin uygulanması açısından inkâr edilemez avantajları bulunan feragat, kural olarak Sözleşme'yi ihlâl etmez.<sup>114</sup> Bu sebeple kişilerin tahkim lehine mahkemeye erişim hakkından feragat etmesi mümkündür.<sup>115</sup>

Kanımızca, kişilerin mahkemeye erişim hakkından tahkim lehine feragat etmiş olmalarına rağmen tahkime gidilmesi, imkânsız kılınmışsa veya hakkın özünü anlamsız kılacak koşullara bağlanmışsa ya da kişinin iddia ve savunmada bulunması hukuka aykırı olarak engellenmişse, bu durumda da mahkemeye erişim hakkının ihlaline karar verilmesi gerekir<sup>116</sup>.

Medeni hak ve yükümlülükler için uyuşmazlıklarda kişiler, tahkim kaydı olmaksızın da mahkemeye erişim hakkından feragat edebilirler. Örneğin, tarafların aralarında yapacağı bir sözleşmeyle mahkemeye erişim hakkından feragat etmeleri mümkündür.

### IV. MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI AÇISINDAN KESİN HÜKÜM ve KESİN HÜKMÜN İCRASI

Yargılama sonucunda uyuşmazlığın kesin hükümle karara bağlanması ve kesin hükmün icrası, mahkemeye erişim hakkının tesis edilebilmesi için önemlidir. Bazı durumlarda, mahkemenin kesin hüküm kuramaması veya kurulmuş bulunan kesin hükmün icra edilmemesi, mahkemeye erişim hakkını ihlal eder<sup>117</sup>.

---

<sup>113</sup> ÇAYAN, s. 61.

<sup>114</sup> AVRUPA KONSEYİ, s. 16.

<sup>115</sup> SUDA V. ÇEK CUMHURİYETİ.

<sup>116</sup> Bkz. Aynı Yönde: JONES, s. 191.

<sup>117</sup> ÇAYAN, s. 62.

## A. KESİN HÜKÜM

Mahkeme kararının kesinleşmesiyle birlikte derhal uygulanabilir hale gelmesine ve iptal edilememesine kesin hüküm adı verilir.<sup>118</sup> Kesin hüküm kaynağını hukuki kesinlik ilkesinden alır.<sup>119</sup>

Adil yargılanma hakkı bakımından kesin hüküm, iki konu ile yakından ilgilidir. İlk olarak bir makâmın, mahkeme olarak kabul edilebilmesi için önüne gelen uyuşmazlığı bağlayıcı ve kesin hükümle sonuçlandırılabilmesi gerekir. Makâmın önüne gelen uyuşmazlıkta bağlayıcı ve kesin karar verememesi, onun mahkeme olarak kabul edilmesini engeller.<sup>120</sup> İkinci olarak mahkemeye erişim hakkının sağlanabilmesi için mahkemenin, önüne gelen uyuşmazlığı kesin hükümle sona erdirmesi gerekir. Zira mahkemeye erişim hakkı, esas itibarıyla kişilerin mahkemeden kesin hüküm alma ve tarafı olduğu uyuşmazlığın bağlayıcı bir kararla sona erdirilmesini isteme hakkını ihtiva eder. Bu sebeple mahkeme tarafından verilen karar kesin ve bağlayıcı değilse mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş olur.

Kesinleşmiş bir mahkeme hükmünün, bazı önemli durumlarda iptal edilmesi, yeniden incelenmesi ya da icrasının tehir edilmesi mümkündür. Ancak iptal etme, yeniden inceleme ya da icrayı tehir etme gibi uygulamaların özel ve zorlayıcı şartlara bağlanmış olması gerekir. Bu şartlar olmadıkça kesin hükmün etkisiz kılınması mahkemeye erişim hakkını ihlal eder. Sözgelimi, kesin hükümle sonuçlandırılmış uyuşmazlık hakkında iki ayrık görüşün bulunduğundan bahisle olağanüstü kanun yolunun işletilebilmesi mahkemeye erişim hakkı ile hukuki kesinlik ilkesinin tesis edilmesini engeller. Çünkü verilen hükümle ilgili iki ayrık görüşün bulunması, kesin hükmü etkisiz kılacak olağanüstü kanun yolunun işletilebilmesi için özel ve zorlayıcı bir sebep değildir.<sup>121</sup> Aynı şekilde geçmişte kesin hükümle çözülmüş uyuşmazlıklara şamil olan bir kanuna ya da içtihat değişikliğine dayanılarak olağanüstü kanun yolunun işletilmesi halinde de Sözleşme ihlal edilmiş olur.<sup>122</sup> Buna karşılık ilk derece yargılamasında usule ve esasa ilişkin ciddi bir eksikliğin bulunması, hükmün esasını derinden etkileyecek yeni bir vakıya ya da delilin ortaya çıkması, hükme esas alınan delilin hukuka aykırı elde edildiğinin ya da sahteliğinin sonradan anlaşılması hallerinde

---

<sup>118</sup> DIKOV/ VITKAUSKAS, s. 35.

<sup>119</sup> Ulusal uygulamada, mahkemelerin farklı kararlar vermesi hukuki kesinlik ilkesini bertaraf etmez. Gerçekten de AIHM, akit devletlerde içtihat birliğinin sağlanmasının belli bir süre alabileceğini kabul etmiştir.

<sup>120</sup> BENTHEM V. HOLLANDA; VAN DE HURK V. HOLLANDA.

<sup>121</sup> BRUMARESCU V. ROMANYA, § 61, 62; RYANYKH V. RUSYA; LENS KAYA V. RUSYA.

<sup>122</sup> VITKAUSKAS/ DIKOV, s. 38.

olağanüstü kanun yollarına gidilmesi mahkemeye erişim hakkını ihlal etmez. Zira bu hallerde özel ve zorlayıcı koşulların bulunduğu varsayılır.

## B. KESİN HÜKMÜN İCRASI

Kesinleşmiş mahkeme hükmünün icrası, yargılama sisteminin ayrılmaz bir parçasıdır. Hukuk sisteminde mahkeme tarafından verilen hükmün icra kabiliyeti yoksa veya icra kabiliyeti işlevsizse ya da icrailik için ek koşullar aranıyorsa adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerin bir anlamı kalmaz. Bu sebeple AİHM, her ne kadar Sözleşme’de açıkça düzenlenmese de, hukukun üstünlüğü ilkesi gereğince, mahkemenin verdiği kesin hükmün icrai olmasını mahkemeye erişim hakkının unsuru olarak kabul etmiştir.<sup>123</sup> *Hornsby V. Yunanistan* başvurusunda, başvuruçular Yunanistan’da yabancı dil okulu açmak için ulusal makamlara başvurduklarını, taleplerinin Yunanistan’da sadece Yunanistan vatandaşlarının okul açma yetkisi olduğundan bahisle reddedildiğini, Roma Anlaşması’nın ihlali sebebiyle Adalet Divanına başvurduklarını, Adalet Divanı tarafından lehlerine karar verilmesi üzerine Ulusal Yüksek Mahkeme tarafından okul açma talebini reddeden idari işlemin iptal edildiğini, ancak bu kararın yetkili idare tarafından beş yılı aşkın süredir icra edilmediğini ileri sürerek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Somut olayda mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar veren AİHM<sup>124</sup>, ihlal kararında şu ifadeleri kullanmıştır; *“Mahkeme’nin yerleşik içtihatlarına göre Sözleşme’nin 6’ncı maddesinin birinci fıkrası herkesin, medeni hak ve yükümlülüklerine ait uyumsuzluklarını, bir mahkeme önüne getirme hakkını güvence altına almaktadır. Ne var ki bir akit devletin hukuk sistemi, nihai ve bağlayıcı bir yargı kararını davanın taraflarından biri aleyhine hükümsüz (inoperative) kılsa, bu hakkın içi boşalacaktır. Sözleşme’nin 6’ncı maddesinin birinci fıkrasının; uyumsuzluğun taraflarına, muhakemenin âdilliği, aleniliği ve süratliliği konusunda usul güvenceleri sağladığı halde, yargısal kararın yerine getirilmesini sağlamadığı düşünülemez. Sözleşme’nin 6’ncı maddesini mahkemeye başvurma hakkı ve davanın yürütülmesiyle sınırlı bir şekilde yorumlamak, Akit Devletlerin Sözleşme’yi onaylarken saygı göstermeyi üstlendikleri hukukun üstünlüğü prensibiyle bağdaşmayan durumlara yol açabilecektir. O halde bir mahkeme tarafından verilen hükmün yerine getirilmesi, Sözleşme’nin 6’cı maddesi bakımından “yargılama”nın bütünleyici bir parçası olarak görülmelidir. Dahası, Mahkeme bu prensibi, daha önce yargılamanın uzunluğuyla ilgili davalarda da kabul etmiştir. Somut olayda davacı, devletin en yüksek idarî yargı organı önünde bir*

---

<sup>123</sup> LAUNBECH, s. 146.

<sup>124</sup> LAUNBECH, s. 146- 147.

*iptal davası açmakla, yalnızca anlaşmazlık konusu işlemin iptalini değil, aynı zamanda bu işlemin yaratmış olduğu bütün sonuçların ortadan kaldırılmasını istemektedir. Bu tür bir davada, davacının etkili biçimde korunması ve hukukî durumunun düzeltilmesi için idarî makamların mahkemenin kararına uyma yükümlülüğünün bulunması gerekir. İdarî makamların yargı kararına uymaları ve hatta uymayı geciktirmeleri halinde, davacının yargılama aşamasında kullandığı Sözleşme'nin 6'ncı maddesindeki güvencelerin bir anlamı kalmayacaktır. Açıklanan nedenlerle mahkemeye başvurma hakkının ihlal edildiğinin kabul edilmesi gerekir.”<sup>125</sup>*

Kural olarak kesin hüküm, tam ve kusursuz bir biçimde icra edilmiş olmalıdır<sup>126</sup>. Kesin hükmün icra edilmemesi veya icrasının tehir edilmesi ya da icrasının ek koşullara bağlanması kişilerin yargıya olan güvenlerinin sarsılması sonucunu doğurur. Yargıya olan güvenin sarsıldığı durumlarda mahkemeye erişim hakkı psikolojik unsurla engellenmiş olur<sup>127</sup>. Zira kişiler, mahkemeye başvurmaları halinde haklarını elde edemeyeceklerini düşünürler. Böyle bir durumda Akit Devletlerin bu psikolojik unsur dahi bertaraf etmesi gerekir. Aksi takdirde mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş olur.<sup>128</sup>

Mahkeme kararının icra edilmesi tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda kararın makul süre içinde icra edilmiş olması da gerekir. Kesin hükmün geç icra edilmesi mahkemeye erişim hakkını ihlal eder.<sup>129</sup> Zira Akit Devletler hakkın yerine getirilmesindeki keyfiligi engellemek zorundadır. Mahkeme kararının icrasının makul sürede gerçekleştirilememesi hukuki veya fiili bir imkânsızlıktan doğmakta ise icranın uzaması mazur görülebilir. Bu tür zorlayıcı durumların mahkeme kararının yerine getirilmesini imkânsız kılması halinde Akit Devletlerin kesin hükme uygun olarak kişileri tatmin etmesi ve uygulama imkânsızlığını telafi etmesi<sup>130</sup> gerekir.

AİHM, Akit Devletlerin kesin hükmün icrası konusunda gereken tedbirleri alması gerektiğini birçok kararında ifade etmiştir. AİHM'ye göre, ulusal icra usulünün karmaşıklığı veya bütçe sistemi, Akit Devlet'i kesin hükmün makul bir süre içerisinde uygulanmasını sağlama yükümlülüğünden kurtaramaz.

Kesin hükmün icrası mutlak bir hak değildir. Hukuki veya fiili imkânsızlık

---

<sup>125</sup> Aynen Aktarım: AYDIN, s. 147- 148.

<sup>126</sup> LAUNBECH, s. 147.

<sup>127</sup> ÇAYAN, s. 64.

<sup>128</sup> HONSBY V. YUNANİSTAN, § 40, 42.

<sup>129</sup> TACEA V. ROMANYA; JELICIC V. BOSNA HERSEK; YURIY NIKOLAYEVIC V. RUSYA.

<sup>130</sup> CINGILLI HOLDING A.S. V. TÜRKİYE.

gibi sebeplerle kesin hükmün icra edilememesi sırf bu sebeple mahkemeye erişim hakkını ihlal etmez<sup>131</sup>. Fakat mahkeme kararının icra edilmesi hukuken veya fiilen imkânsızsa, kararın uygulanmaması sebebiyle ortaya çıkan durumun Akit Devlet tarafından telafi edilmesi gerekir<sup>132</sup>. Eğer mahkeme kararının uygulanmaması sebebiyle ortaya çıkan durum telafi edilmezse, mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş olur. *Cingilli Holding A.Ş. ve Cingillioğlu V. Türkiye* başvurusunda başvuru, hâkim hissedarı olduğu bankaya idare tarafından el konulduğunu, bu karara karşı dava açtığını, dava sonucunun lehine kesinleştiğini fakat talep etmesine rağmen idari makamların söz konusu kararı uygulamadığını ifade ederek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvuruyu kabul edilebilir bularak işin esasına giren AİHM, adil yargılanma hakkının tesis edilebilmesi için mahkeme kararlarının uygulanması gerektiğini, başvuru lehine kesin hükmün yetkili organlarca uygulanmadığını, kararın uygulanmasında fiili veya hukuki imkânsızlık olursa Akit Devlet tarafından uygulanamama sebebiyle ortaya çıkan durumun telafi edilmesi gerektiğini, her ne kadar kararın uygulanmasının hukuken ve fiilen imkânsız olduğunu ileri sürülse de, uygulanamama sebebiyle ortaya çıkan durumun telafi edici önlemlerle giderilmediğini, bu sebeple de mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini ifade etmiştir.<sup>133</sup> *Galanopoulos V. Yunanistan* başvurusunda ise AİHM, yargı kararının uygulanmaması sebebiyle ortaya çıkan durumun Akit Devlet tarafından tazminat ödenmek suretiyle telafi edildiğini belirterek ihlal kararı vermemiştir.

AİHM, mahkeme kararının uygulanmaması sebebiyle ortaya çıkan durumun tazminat ödenmesi suretiyle giderilebileceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte, tazminat dışında başkaca giderim yöntemlerine değinilmemiştir<sup>134</sup>. Bu değinmemenin bilinçli yapıp yapılmadığı konusunda bir açıklık yoktur. Jones ve Kloth, mahkeme kararının icra edilmemesi sebebiyle ortaya çıkan durumun mutlaka tazminat ödenmesi suretiyle telafi edilmesi gerektiğini, başka yöntemlerle durumun telafi edilemeyeceğini kabul etmektedir<sup>135</sup>. Kanımızca bu yaklaşım doğru değildir. Zira buradaki amaç, mahkeme kararlarının mümkün

---

<sup>131</sup> ÇAYAN, s. 64.

<sup>132</sup> JONES, s. 170.

<sup>133</sup> Hükme muhalif kalan bir yargıç, kesin hükmün icrasının idareyi aşırı mali külfet altında bırakacak şekilde yorumlanmaması gerektiğini ileri sürerek karara katılmamıştır. Bkz. CINGILLI HOLDING A.Ş. V. TÜRKİYE BAŞVURUSU, Yargıç Kjolboro Azlık Görüşü, § § 62, 71, 72.

<sup>134</sup> CINGILLIOĞLU HOLDING A. Ş. VE CINGILLIOĞLU V. TÜRKİYE; GALANPOULOS V. YUNANİSTAN.

<sup>135</sup> JONES, s. 174; KLOTH, s. 21.

olduğunca uygulanmasını sağlamak; uygulanamaması halinde ortaya çıkan durumu gidermektir. Bu sebeple mahkeme kararının uygulanamaması sebebiyle ortaya çıkan durumun, mutlaka tazminat ödenmesi suretiyle telafi edileceğini peşinen kabul etmek yanlış olur. Söz gelimi, üzerine okul yapılan mülkün hukuka aykırı olarak kamulaştırıldığı iddiasıyla açılan davada, mahkemece iptal kararı verildiğini düşündüğümüzde bu iptal kararı, fiili imkânsızlık sebebiyle uygulanamayacaktır. Adil yargılanma hakkının tesis edilebilmesi için mahkeme kararının uygulanamaması sebebiyle ortaya çıkan durumun telafi edilmesi gerekir. Bu telafinin sadece tazminatla değil aynı zamanda ayınla yapılması da mümkündür. Söz gelimi, hukuka aykırı kamulaştırılmış mülkün yerine davacıya eş değerde yeni bir mülk verilmesi de mahkeme kararının uygulanamaması sebebiyle ortaya çıkacak durumu telafi edebilecektir. Bu sebeple biz AİHM ile Jones ve Kloth'un görüşlerine katılmıyoruz.

Öte yandan AİHM, kesin hükmün icra edilmemesinin veya geç icra edilmesinin mahkemeye erişim hakkıyla birlikte mülkiyet hakkını da ihlal ettiğini kabul etmektedir<sup>136</sup>.

## SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde adil yargılanma hakkı düzenlenmiştir. Adil yargılanma hakkı, yargılamanın adilliği için uyulması gereken kurallar bütünüdür. Söz konusu kurallara uygun olmayan bir yargılamanın adil olduğunu söylemek mümkün değildir. Bir yargılamanın Sözleşme anlamında adil olabilmesi için kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız mahkemece, makul süre içerisinde aleni ve hakkaniyete uygun olarak tekemmül ettirilmiş olması gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özellikle son dönemlerde Sözleşme'yi geniş biçimde yorumlayarak adil yargılanma hakkının güvencesini ve uygulama alanını genişletmektedir. Yapılan yorumlarda genellikle hukukun üstünlüğü, hukuk devleti ve demokratik devlet gibi modern hukuk ilkeleri esas alınmaktadır. 1970'li yıllara gelindiğinde yabancı hukuk sistemlerinde Sözleşme'de tanınan hakların esaslı kılınabilmesi için mahkemeye erişim hakkının tanınması gerektiğini öngören doğrudan etki doktrini kabul edilmiştir. En nihayetinde 1975 yılında AİHM tarafından verilen *Golder* kararıyla, mahkemeye erişim hakkının adil yargılanmanın ön koşulu olduğu kabul edilmiştir. Bu kararın alınmasında üç durum etkili olmuştur. Bunlardan birincisi hukukun üstünlüğü prensibi, ikincisi adaletin reddini yasaklayan uluslararası hukuk ilkesi ve en nihayetinde de Sözleşme'nin Fransızca metnidir. AİHM, söz-

---

<sup>136</sup> MEMİSAJ V. ARNAVUTLUK.

leşmenin Fransızca metninde mahkemeye erişim hakkının daha belirgin bir biçimde ifade edildiğine, bu ifadenin hukukun üstünlüğü ilkelesiyle birlikte dikkate alındığında mahkemeye erişim hakkının kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu karardan sonra Mahkeme, istikrarlı bir biçimde mahkemeye erişim hakkını adil yargılanma hakkı kapsamında incelemiş, hakka aykırı bir durumu tespit ettiğinde ihlal kararı vermiştir. AİHM'nin kararı iç hukuk sistemimizi de doğrudan etkilemektedir. Zira Anayasa'mızın 36. maddesinde herkesin, adil yargılanma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da düzenlenen adil yargılanma hakkının kapsamının AİHM kararlarına göre belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu sebeple mahkemeye erişim hakkı sadece uluslararası sözleşmede tanınan bir hak değil; aynı zamanda iç hukukumuzda tanınmış Anayasal bir haktr. Bu hakka öncelikle Yasama, Yürütme ve idare organlarının saygı duyması, daha sonra da uygulayıcıların söz konusu hakkı gözetmesi gerekir. Biz bu çalışmamızda mahkemeye erişim hakkını bir bütün halinde incelemeye çalıştık.

Kendi görüşlerimizi metin içinde sıklıkla ifade ettiğimiz için aynı konuları burada tekrar etmiyoruz.

◆◆◆◆

#### KAYNAKÇA

ALSTON Philip/ BUSTELO Maro/ HEENAN James, **The EU and Human Rights**, Oxford University Press, New York 1999, s. 191

AVRUPA KONSEYİ, **6. Madde Rehberi- Adil Yargılanma Hakkı (Medeni Hukuk Yönü)**, Strazburg 2013.

AYDIN Bihter, **Türk İdari Yargı Düzeninde Adil Yargılanma Hakkı**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012.

ÇAYAN Gökhan, **Adil Yargılanma Hakkı**, Legal Yayınları, İstanbul 2016.

GÖRÜR Hamit, **Adil Yargılanma ve İdari Yargıda Görünüm**, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2010.

JONES Christiana, **The Right to A Fair Trial under The Convention**, Kluwer Law Publishing, New York 2014.

KLOTH Matthias, **Immunities and The Right of Access to Court under Article of The European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, Boston 2010, s. 3.

LAUBENBACH Geronne, **The Concept of The Rule of Human Rights**, Oxford

University Press, Birleşik Krallık 2013.

OSCE- DIEGEST, **Legal Digest of International Fair Trial Rights**, OHDİR Publishing, Varşova 2012.

ROBINSON Patric, **The Right to Fair Trail in International Law**, with Specific Reference to the Work of The ICTY, Berkelet J.L Int'l L. Publicist, Vol. 3.

ROZAKIS Christos, **The Right To A Fair Trial in Civil Cases**, Judicial Studies Institute Rewiev, Vol. 4: 2, 2004.

ROZAKIS Christos, **The Right To A Fair Trial: The Light Of European Court Of Human Rights' Decision**, Oxford University Press, İngiltere 2013.

TOYDEMİR Seçkin, **Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Türk İdari Yargı Sistemi**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013.

VITKAUSKAS Dovydas/ DIKOV Grigoriy, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması**, Avrupa Konseyi, Strazburg 2012.

VITKAUSKAS Dovydas/ LEWIS- ANTHONY Sian, **Right to A Fair Trial Under the European Convention On Human Rights (Article 6)**, Interights Yayınları 2009.

YÜKSEL Hatice, **Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, Başbakanlık Uzmanlık Tezi, Ankara 2010.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHAT DİZİNİ

AIREY V. İRLANDA: [Daire], B. N: 6289/ 73, 09/ 10/ 1979.

AIT- MOUHOUB V. FRANSA: [Daire] B. N: 22924/ 93; KT: 28/ 10/ 1998.

ASHINGDANE V. BİRLEŞİK KRALLIK: [Dair], B. N: 8225/ 78, KT: 28/ 05/ 1985

BAYAR VE GÜRBÜZ V. TÜRKİYE: [İkinci Daire] B. N: 37569/ 06, KT: 27/ 11/ 2012.

BELES V. ÇEK CUMHURİYETİ: [Büyük Dair] B. N: 47273/ 99, KT: 12/ 11/ 2002.

BELLET V. FRANSA: [Daire] B. N: 23805/94, KT: 04/ 12/ 1995.

BENTHEM V. HOLLANDA: [İdari Genel Kurul], B. N: 8848/ 80, KT: 23/ 10/ 1985.

BERTUZZI V. FRANSA: [İkinci Daire], B. N: 23278/ 97, KT: 13/ 02/ 2003.

BOLILOS V. İSVEÇ: [İdari Genel Kurul], B. N: 10328/ 83, KT: 29/ 04/ 1988.

BRUALLA GOMEZ DE LA TORRE V. İSPANYA: [Daire], B. N: 26737/ 95, KT: 19/ 12/ 1997.



- BRUMARESCU V. ROMANYA: [Daire], B. N: 28342/ 95, KT: 28/ 10/ 1999.
- BUSCEMI V. İTALYA: [Daire], B. N: 29569/ 95, KT: 16/ 09/ 1991.
- CASTEDO V. İSPANYA: [Komite], B. N: 1122/ 2002, KT: 20/ 10/ 2008.
- CHEVROL V. Fransa, [İkinci Daire], B. N: 49636/ 99, KT: 13/ 02/ 2003.
- CINGILLIOĞLU HOLDING A. Ş. ve CINGILLIOGLU V. TÜRKİYE: [İkinci Daire], B. N: 31822/ 06, 37538/ 06; KT: 21/ 07/ 2015.
- COŞKUN V. TÜRKİYE: [İkinci Daire], B. N: 22442/ 05; KT: 27/ 01/ 2015.
- DATTEL (2) V. LÜKSEMBURG: [Birinci Daire], B. N: 18522/ 06, 30/ 07/ 2009.
- DEMICOLI V. MALTA: [Daire], B. N: 13057/ 87, KT: 27/ 08/ 1991.
- EDIFICACIONES MARCH GALLEGRO S.A. V. İSPANYA: [Daire], B. N: 28028/95, KT: 19/ 2/ 1998.
- EFSTATHIOU ve DİĞERLERİ V. YUNANİSTAN: [Daire], B. N: 36998/ 02; KT: 27/ 09/ 2006.
- ELİNÇ V. TÜRKİYE: [İkinci Daire], B. N: 50388/ 06, K.T: 18/ 10/ 2014.
- FATMA NUR ERTEN VE ADNAN ERTEN V. TÜRKİYE: [İkinci Daire], B. N: 14674/ 11, 25/ 11/ 2014.
- GALANOPOULOS V. YUNANİSTAN: [Birinci Daire], B. N: 11949/ 09, KT: 19/ 12/ 2013.
- GANCI V. İTALYA: [Birinci Daire], B. N: 41576/ 98, KT: 30/ 10/ 2003.
- GARCIA MANI BARDO V. İSPANYA: [Dördüncü Daire], B. N: 38365/ 97, KT: 15/ 02/ 2009.
- GEFFRE V. FRANSA: [Daire], B. N: 51307/99, KT: 23/ 1/ 2003.
- GOLDER V. BİRLEŞİK KRALLIK: [İdari Genel Kurul], BN: 4451/ 70; KT: 21/ 02/ 1975.
- GRANGER V. BİRLEŞİK KRALLIK: [Daire], B. N: 11932/ 86, KT: 28/ 03/ 1990.
- GOROU (2) V. YUNANİSTAN: 89[Büyük Daire], B. N: 12686/ 03, KT: 20/ 03/ 2009.
- HADJIANASTASSIOU V. YUNANİSTAN, [Daire], B. N: 12945/ 87, KT: 16/ 12/ 1992.
- HENRYK URBAN V. RYSZARD URBAN V. POLONYA: [Dördüncü Daire], B. N: 23614/ 08, KT: 30/ 11/ 2010.

- HORNSBY V. YUNANİSTAN: [Daire], B. N: 18357/ 91, KT: 01/ 04/ 1998.
- JELICIC V. BOSNA HERSEK: [Dördüncü Daire], B. N: 41183/ 02, KT: 31/ 10/ 2006.
- JONES V. BİRLEŞİK KRALLIK: [Dördüncü Daire] B. N: 34356/ 06, 40528/ 06, KT: 20/ 06/ 2014.
- KABA V. TÜRKİYE: [İkinci Daire] B. N: 1236/ 95; KT: 01/ 03/ 2011.
- KART V. TÜRKİYE: [BD], B. N: 8917/ 05, KT: 03/ 12/ 2009.
- KARTTUNEN V. FİNLANDYA: [Dördüncü Daire], B. N: 1685/ 10, KT: 10/ 05/ 2011.
- KREUZ V. POLONYA: [Birinci Daire], B. N: 28249/ 95, KT: 13/ 02/ 2003.
- KUTIC V. HIRVATİSTAN: [Birinci Daire], B. N: 48778/ 99, KT: 01/ 03/ 2002.
- KYPRIANOU V. KIBRIS: [Büyük Daire], B. N: 73797/ 01, KT: 15/ 12/ 2005.
- LE COMPTE, LEUVA VE DE MEYERE V. BELÇİKA: [İdari Genel Kurul], B. N: 6878/ 75, 7238/ 75, KT: 23/ 06/ 1981.
- LENSKAYA V. RUSYA: [Birinci Daire], B. N: 28730/ 03, KT: 29/ 01/ 2009.
- LITGHOW ve DİĞERLERİ V. BİRLEŞİK KRALLIK: [Daire], B. N: 9006/ 80, 9263/ 81, KT: 8/ 7/ 1986.
- McVICAR V. BİRLEŞİK KRALLIK: [Birinci Daire], B. N: 463/ 11, KT: 07/ 05/ 2002.
- MEMISAJ V. ARNAVUTLUK: [Daire], B. N: 40430/ 08; KT: 20/ 03/ 2014.
- MIRAGALL ESCDANO ve DİĞERLERİ V. İSPANYA: [Dördüncü Daire], B. N: 38366/ 97, 38688/ 97, 40777/ 98, 40343/ 98, 41446/ 98, 41484/ 98, 41487/ 98, 41509/ 98, KT: 25/ 05/ 2000.
- MORTIER V. FRANSA: [Üçüncü Daire], B. N: 42195/ 98, KT: 31/ 07/ 2011.
- OSU V. İTALYA: [ Birinci Daire], B. N: 36534/97, KT: 11/ 7/ 2002.
- PAPON V. FRANSA: [Birinci Daire], B. N: 54210/ 00, KT: 25/ 07/ 2002.
- PIERSACK V. BELÇİKA: [Daire], B. N: 8692/ 79, KT: 01/ 10/ 1982.
- REISNER V. TÜRKİYE: [İkinci Daire], B. N: 46815/ 09, KT: 21/ 07/ 2015.
- RINGESIEN V. AVUSTURYA: [Daire], B. N: 2614/ 65, KT: 16/ 07/ 1971.
- RODRIGUEZ VALIN V. İSPANYA: [Dördüncü Daire], B. N: 47792/99, KT: 11/ 10/ 2001.
- RTBF V. BELÇİKA: [İkinci Daire], B. N: 50084/ 06, KT: 29/ 03/ 2011.

- PUDAS V. İSVİÇRE: [Daire], B. N: 10426/ 83, KT: 27/ 10/ 1987.
- SOTIRIS ve NIKOS KAUTRAS ATTEE V. YUNANİSTAN: [İkinci Daire], B. N: 39442/ 98, KT: 16/ 11/ 2000.
- SRAMEK V. AVUSTURYA: [İdari Genel Kurul], B. N: 8790/ 79, KT: 22/ 10/ 1984.
- STANKOV V. BULGARİSTAN: [Beşinci Daire], B. N: 68490/ 01, 12/ 7/ 2007.
- SUDA V. ÇEK CUMHURİYETİ: [Beşinci Daire], B. N: 1643/ 06, KT: 28/ 10/ 2000.
- TINNELLY V. BİRLEŞİK KRALLIK: [Daire], B. N: 20390/ 92, KT: 10/ 07/ 1998.
- WALCHLI V. FRANSA: [Üçüncü Daire], B. N: 35787/03, KT: 26/ 07/ 2007.
- VAN DE HURK V. HOLLANDA: [Daire], B. N: 16034/ 90, KT: 19/ 04/ 1994.
- TACEA V. ROMANYA: [Daire], B. N: 746/ 02, KT: 29/ 09/ 2005.
- TRICARD V. FRANSA: [Üçüncü Daire], B. N: 40472/98, KT: 10/ 7/ 2001.
- YURIY NIKOLAYEVIC V. RUSYA: [Beşinci Daire], B. N: 40450/ 04, KT: 15/ 10/ 2009.
- ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHAT DİZİNİ
- AYŞE BAŞÇI ve DİĞERLERİ BAŞVURUSU, B. N: 2913/ 5367, KT: 25/ 2/ 2015.
- BAHAR TEBER BAŞVURUSU, B. N: 2913/ 5553, KT: 25/ 3/ 2015.
- GARANTİ BANKASI A.Ş. BAŞVURUSU, B. N: 2013/4553; KT: 16/ 4 /2015.
- HAMİYET KÖSEOĞLU BAŞVURUSU, B. N: 2013/1341, KT: 21/ 5/ 2015.
- HÜSEYİN GÖNAL BAŞVURUSU, B. N: 2013/ 2491, KT: 17/ 7/ 2014.
- HÜSEYİN SEZGİN BAŞVURUSU, B. N: 2013/ 1793; 18/ 9/ 2014.
- İBRAHİM CAN KİŞİ BAŞVURUSU, B. N: 2012/ 1052; 23/ 7/ 2014.*
- MUHARREM KILIÇ BAŞVURUSU, B. N: 2012/1071; KT: 11/ 3/ 2015.
- MURAT DAŞ BAŞVURUSU, B. N: 2013/ 3063; KT: 26/ 6/ 2014.
- MUSTAFA ÜNLÜ BAŞVURUSU, B. N: 2013/ 735; KT: 17/ 09/ 2014.
- NERİMAN POLAT BAŞVURUSU, B. N: 2012/ 1223; KT: 5/ 11/ 2014.
- OĞUZHAN KOZACIOĞLU BAŞVURUSU, B. N: 2013/4513; KT: 24/ 6 /2015.
- ÖZKAN ŞEN BAŞVURUSU, B. N: 2012/791, KT: 7/ 11/ 2013.*
- RAMAZAN YILMAZ BAŞVURUSU, B. N: 2014/ 2354, KT: 16/ 10/ 2014.

SACE ELEKTRİK VE TİCARET A. Ş. V. TÜRKİYE, B. N: 20577/ 05; KT: 22/ 10/ 2013.

ŞENER BERÇİN BAŞVURUSU, B. N: 2013/ 5516; KT: 22/ 1/ 2015.

YAŞAR YILMAZ BAŞVURUSU, B. N: 2013/ 6183, KT: 19/ 11/ 2014.



# SORUMLULUK HUKUKUNDA KUSUR

*Fault in Liability Law*

**Habip OĞUZ\***

## ÖZET

Sorumluluk, üst bir kavram olarak hem kusur sorumluluğunu hem kusursuz sorumluluğu kapsar niteliktedir. Sorumluluk hukuku özel hukukun önemli dalını oluşturmaktadır. Dar anlamda sorumluluk kavramından akit dışı sorumluluk, en dar anlamda sorumluluk kavramından ise haksız fiil (kusur) sorumluluğu anlaşılır.

Hukuk düzeni ve ahlâk tarafından kınanabilir bir davranış biçimi olarak kusur, kusur sorumluluğunun en temel ögesidir. Kusur, insanın dış dünyaya yansıyan davranışlardan kınanabilir nitelikte olanlarıdır. Objektif ve sübjektif teori olmak üzere kusuru açıklayan iki teori vardır.

Zarar görenin kendi kusuruyla zararının arttığı durumlar ile kusursuz sorumlulukta sorumlu olan kimsenin ayrıca bir kusurunun olduğu ek kusur neticesinde meydana gelen zararların tazmininde kusurun bu nitelikleri de göz önüne alınır.

6098 sayılı Borçlar Kanunumuzda kusurun türlerinin sayılmamış olması, kusurun az ya da çok her türlüşünün (zarar şartı ile) gerçekleşmesi hâlinde tazminata hükmedilmesi gerektiği fikrinden ileri gelmektedir. Böylece kastın ya da ihmalin yoğunluğuna göre hâkim, hakkaniyet çerçevesinde tazminat miktarını tayin edecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Sorumluluk, Kusur, Kusur Çeşitleri, Zarar Görenin Kusuru, Ek Kusur, Davranış.

## ABSTRACT

Liability, as a top concept, covers both fault and faultless liability. Liability law is an important branch of private law. In the narrow sense concept of liability known as non-contractual liability and in the narrowest sense, liability known as tort (fault) liability.

Fault as a censurable behavior by the rule of law and morality is the basis of fault liability. Fault is censurable behaviors of peoples' behavior that reflected to the outside World. There are two theory that explain the fault via objective and subjective theory.

Deficienced with their faults in the case of faultless liability with increased deficiency anyone's also the fault of these qualities in addition to compensation for deficienced caused as a result of faults are also taken into consideration.

In our act of obligations No. 6098, types of fault are not counted. Whether more

---

\* Hâkim, Türkiye Adalet Akademisi, uzx@gmx.com

or less any kind of fault (provided that deficiency) if it occurs, it should ruled over to the compensation. So according to the intent or negligence density, the judge will determine the amount of compensation under equity.

**Keywords:** Liability, Fault, Types of Fault, Fault of Deficienced, Additional Fault, Behavior.



## I. Giriş

Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük'te *"uyulması gereken bir yargıya, bir kural ya da yetkili üstün verdiği buyruğa uyulmaması üzerine suçlu düşme durumu"* olarak ifade edilen sorumluluk<sup>1</sup>, uyulması gereken bir kurala aykırı davranışın hesabını verme<sup>2</sup>, sonucuna katlanma<sup>3</sup> olarak tanımlanabilir.

Öğretide *"sorumluluk"* terimi hakkında çok çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bunun yanında farklı yaklaşımlardan kaynaklı olarak farklı tasniflere de tabi tutulmuştur. Sorumluluk, maddî ve manevî sorumluluk olarak ikili bir ayrıma<sup>4</sup> tâbi tutulduğu gibi akit dışı sorumluluk, akdî sorumluluk, sebep ve tehlike sorumluluğu gibi farklı kavramlar kullanılarak da incelenmiştir. Ancak sorumluluk hukuku denildiğinde öğreti ve uygulamada, akit dışı zararlardan doğan tazminat sorumluluğu akla gelmektedir<sup>5</sup> ve her türlü akit dışı sorumluluk hâlleri için bir üst kavram olarak *"haksız fiil"* kavramı kullanılmaktadır<sup>6</sup>.

Sorumluluk hukuku geniş, dar ve en dar olmak üzere üç farklı anlamda kullanılmaktadır. Geniş anlamda sorumluluk hem akit dışı sorumluluğu hem akdî sorumluluğu kapsamaktadır. Dar anlamda sorumluluk, sadece akit dışı sorumluluğu kapsayacak şekilde kullanılmıştır. En dar anlamda sorumluluktan kastedilen ise yalnızca özel kanunlarda düzenlenmiş olan kusursuz sorumluluk yani sebep ve tehlike sorumluluğunu ifade etmek üzere kullanılmıştır. Türk hukukunda sorumluluk hukuku denildiğinde dar anlamda sorumluluk anlaşıl-

---

<sup>1</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts) web adresinde bulunan sözlük uygulamasında yer alan arama kutucuğuna *"sorumluluk"* kelimesi yazılıp aranmak suretiyle elde edilen sonuçtur (E.T.: 07/12/2015).

<sup>2</sup> YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, B.7, Ankara 2002, s.1109.

<sup>3</sup> OĞUZ, Habip: İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlâli ve Korunması, B.2, Ankara 2012, s.115.

<sup>4</sup> BİRSEN, Kemaleddin: Borçlar Hukuku Dersleri - Borçların Genel Hükümleri, B.4, İstanbul 1967, s.177.

<sup>5</sup> TANDOĞAN, Halûk: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s.3-4 (TANDOĞAN, Mesuliyet); EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.18, Ankara 2015, s.491 (EREN, Borçlar); OĞUZ, 117.

<sup>6</sup> EREN, Borçlar, 490.

maktadır<sup>7</sup>. Bu itibarla “*sorumluluk hukukunda kusur*” denildiğinde de haksız fiil sorumluluğunun unsurlarından bir tanesi olan “*kusur*” kavramının anlaşılması gerekir.

## II. Kusur - Davranış İlişkisi

Dışa yansıyan insan davranışları, hukuk alanında etkiler doğurmaya elverişli hareket olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu davranışlar genel olarak insan iradesinin mahsulüdür. Ancak bazen de insanın iradesi dışında gerçekleşebilir. Dışa yansıyan davranışların insan iradesine bağlı olmadığı durumlara akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi hâller<sup>8</sup> örnek olarak gösterilebilir. Gerçekten de bu gibi hallerde dışa yansıyan insan davranışı kişinin kontrolünden bağımsız olarak dış dünyada yankı bulmakta ve iradî sarhoşluk halleri saklı kalmak kaydıyla bu davranışlar kusur sorumluluğu bağlamında dikkate alınmamaktadır. Yine kusursuz sorumluluk halleri saklıdır<sup>9</sup>.

Dış dünyada yankı bulan insan davranışlarının bir kısmı hukuk alanında etkiler doğurmaktadır. Özellikle kişilerin hukukî işlemlere katıldıkları durumlarda dış dünyaya yansıtılan davranışın tek ve asıl gayesi hukukî işlemi gerçekleştirmek, hukuk alanında bir etki meydana getirme iradesidir.

Kişilerin hukuku ilgilendiren davranışlarının hepsinin hukuka uygun olacağı şüphesiz düşünülemez. Bu davranışların bir kısmı ya hukuka uygun oldukları için ya da hukuka uygunluk sebeplerinden yararlandıkları için kınanabilir bir nitelik arz etmezken diğer bir kısmı muhteva olarak özünde bir haksızlık barındırmaları sebebiyle hukukun korumasından yararlanamaz ve kınanabilir bir niteliğe bürünür.

Bir haksızlığı içermesi bakımından hukuk alanındaki yansıması yaptırımla desteklenen olgulardan bir tanesi de kusurdur. Kusur da insanın dış dünyaya yansıyan bir davranışdır<sup>10</sup> ve bu davranışa hukuk dünyasında bir takım sonuçlar bağlanmıştır. Kusurlu insan davranışı, ihlâl ettiği hakkın niteliğine göre hukuk dünyasında birkaç alanda etkiye neden olmaktadır. Kusurun bir yönü ceza hukuku bağlamında cezaî yaptırımlar iken diğer yönü sorumluluk hukuku bağlamında tazminattır. Ama hukuk tarafından korunan hangi değer ihlâl edil-

---

<sup>7</sup> EREN, Borçlar, 491; OĞUZ, 117.

<sup>8</sup> ERKAN, Vehbi Umut/YÜCER, İpek: “*Ayırt Etme Gücü*”, AÜHFD, C.60, S.3, y.2012, s.489 vd.

<sup>9</sup> AKARTEPE, Alpaslan: “*Türk Borçlar Kanununun Haksız Fiilden Doğan Borçlar Alanında Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler*”, EÜHFD, C.XVI, S.1-2, y.2012, s.160 vd.

<sup>10</sup> Bazen insanın dışa yansıyan bir davranışı olmasa bile kusurlu addedilmesi mümkündür. Kişinin kanundan, sözleşmeden ya da ahlâkî bir ödevden kaynaklanan yapma şeklindeki bir yükümünü ihmal ederek zararlı sonuçla neden olunması halinde durum böyledir.



miş olursa olsun özü itibariyle kusur haksızlık barındıran bir insan davranışıdır.

### III. Kusurun Tanımı

818 sayılı Borçlar Kanununda olduğu gibi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda da kusur, kusur sorumluluğunun temelini oluşturmaktadır. Ancak gerek eski borçlar kanunu gerek yenisi kusurun tanımını yapmamıştır<sup>11</sup>. Kusurun her şeyden önce hukuka aykırı bir davranış olduğunu ifade etmek gerekir.

Kusur, haksız fiilin sübjektif unsurudur<sup>12</sup>. Bu bağlamda kusur, insanın iradesine bağlı olarak ortaya çıkan bir davranış modelidir. 6098 sayılı Borçlar Kanununda kusurun, sorumluluğun kurucu unsurlarından bir tanesi olduğu belirtilmiştir. Diğer taraftan kusur, tazminatın kapsamının tayininde de önemli bir rol oynamaktadır<sup>13</sup>. Buna göre hukuka aykırı bir fiilin sorumluluğu gerektirebilmesi için kişinin kusurlu olması gerekir. Kusur hem ceza hukukunda hem medenî hukukta müşterek bir konudur ve kanunen reddedilmiş ahlâkî bir hareket tarzıdır<sup>14</sup>. Sorumluluğun doğması için kusur, gerekli ve yeterlidir. Ancak bu durumun sorumlular için çok ağır olabilecek sonuçlarını hafifletmek için uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılık bağı gibi ek bir takım hususlara başvurulmaktadır<sup>15</sup>. Hal keza zarar kavramı da bu bağlamda başvurulmuş hususlardan bir tanesidir.

Öğreti ve uygulamadaki hâkim görüşe göre kusur, hukuka uygun olmayan, hukuk düzeni ve ahlâk<sup>16</sup> tarafından kınanan bir davranış ya da davranış noksanlığı biçimidir<sup>17</sup>. Buna göre kusur, hukuka aykırı bir fiili işleyen failin belirli bir

<sup>11</sup> "...Kusurun kanunlarımızda tanımı yapılmamıştır. Uygulama ve öğretilerde kabul görmüş tanıma göre; kusur, hukuk düzenince kınanabilen davranıştır. Kınamanın nedeni, başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken, bu şekilde davranılmayarak, bu tarzdan sapılmış olmasıdır. Kısacası; kusur, genel tanımıyla, hukuk düzeni tarafından bir davranış tarzının kınanması olup; bu kınama, o davranışın belirli koşullar altında bireylerden beklenen ortalama hareket tarzından sapmış olmasından kaynaklanır. Yine, öğreti ve uygulamadaki hâkim görüşe göre, sorumluluk hukuku açısından kusurun, kast ve ihmâl (taksir) olmak üzere ikiye ayrılacağı kabul edilmektedir. Bu bağlamda, kast hukuka aykırı sonucun bilerek ve isteyerek meydana getirilmesi; ihmâl ise, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucun önlenmesi için gerekli önlemlerin alınmaması ve gereken özenin gösterilmemesidir..." (Y. HGK., 2014/77 E., 2015/1712 K., 19.06.2015 T. sayılı kararı)

<sup>12</sup> ERDOĞAN, İhsan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, s.109.

<sup>13</sup> TİFTİK, Mustafa: Akit Dışı Sorumlulukta Maddî Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994, s.55.

<sup>14</sup> VON TUHR, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çev.: Cevat EDEGE, C.1-2, Ankara 1983, s.378.

<sup>15</sup> TANDOĞAN, Halûk: Mukayeseli Hukuk, Hususiyile Türk - İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963, s.17 (TANDOĞAN, Mukayeseli Hukuk).

<sup>16</sup> ERDOĞAN, 109.

<sup>17</sup> EREN, Borçlar, 569; REİSOĞLU, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.25, İstanbul

zihin veya ruh hâlini ifade eder<sup>18</sup>. Hukuk düzeninin bir davranış tarzını kınaması, o davranışın belirli şartların varlığı hâlinde bireylerden beklenen ortalama hareket tarzına uygun olmamasıdır. Eğer bir kimse hukuka uygun davranma imkânı olduğu hâlde kendisinden beklenen hareket tarzına uygun davranmayarak hukuk kuralını ihlâl etmişse kusurlu olarak addedilir<sup>19</sup>. Bu sebeplerden ötürü kusurlu bir davranış daima hukuka aykırı bir davranıştır. Kanunî birkaç istisna dışında kendi kusuru ile hataya düşen ve sözleşme iptal eden kimsenin sorumluluğunda olduğu gibi “*culpa in contrahendo*”<sup>20</sup> sorumluluğu da her zaman kusurlu bir davranışa bağlanmaktadır<sup>21</sup>.

#### IV. Kusur Teorileri

Kusur hakkında ortaya atılmış iki teori bulunmaktadır. Bu teoriler subjektif kusur teorisi ve objektif kusur teorisidir. Teorilerinin beslendikleri husus kusurun kaynağıdır. Bu teorilerden ilki kusuru faile göre değerlendirirken diğeri failin mensup olduğu toplumdaki orta seviyedeki bir insana göre değerlendirir.

Subjektif kusur teorisinde önemli olan bizatihi failin kendisidir. Failin içinde bulunduğu psikolojik ve fikrî şartları, kişisel yetenekleri, eğitim ve öğretim düzeyi, yetişme şartları, meslekî becerisi faile yüklenecek kusurun derecesini belirler. Subjektif kusur teorisine göre kusur, faildeki bir irade zayıflığı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda kusur, faildeki davranış hatasıdır<sup>22</sup> ve irade eksikliğidir<sup>23</sup>.

Objektif kusur teorisinde - objektifleştirilmiş kusur teorisi olarak da adlandırılmaktadır - insanlar arasındaki zihnî, manevî ve ruhî farklılıklar kusurun belirlenmesinde dikkate alınmaz<sup>24</sup>. Objektif kusur teorisine göre önemli olan fail

---

2014, s.171; KARAHASAN, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku - Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk – Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, B.6, İstanbul 2003, s.159 (KARAHASAN, Sözleşme Dışı Sorumluluk).

<sup>18</sup> ÜNAL, Mehmet: “*Manevî Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü*”, AÜHFĐ, C.35, S.1-4, y.1978, s.418 (ÜNAL, Manevî Tazminat).

<sup>19</sup> KARAHASAN, Sözleşme Dışı Sorumluluk, 159.

<sup>20</sup> *Culpa in contrahendo* sözleşme görüşmelerinde kusur anlamına gelmektedir. Bu sorumluluk biçimi Pandekt hukukçusu Rudolf von Jhering’in 1861 yılında yazdığı makaleyle modern hukuka kazandırılmıştır ve sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranışları ifade etmek üzere kullanılmaktadır (KARAKURT, Hakan: “*Culpa In Contrahendo*”, İBD, C.86, S.2012/4, Temmuz - Ağustos 2012, s.222.).

<sup>21</sup> DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan: Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Ankara 2009, s.250.

<sup>22</sup> EREN, Borçlar, 570.

<sup>23</sup> TANDOĞAN, Mukayeseli Hukuk, 45.

<sup>24</sup> KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: “*Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem*

değil failin mensup olduğu toplumdur. Failin mensup olduğu toplumda bulunan orta zekâda, seviyeli, mantıklı, makul bir insanın davranışı kusura esas alınır. Failinin davranışı ile ortada zekâdaki bu insan tipi kıyaslanır ve failin davranışı bu tipten daha kınanabilir bir nitelikte ise failin davranışı kusurlu addedilir<sup>25</sup>.

## V. Kusurun Sorumluluk Hukukundaki Rolü

Sorumluluk hukukunun temel amacı, ortaya çıkan zararın kim tarafından ne oranda tazmin edileceğinin tespitidir. İlke olarak zararı tazmin yükümlülüğü faile ait olacağından kusurun tespiti ve derecesi önem arz etmektedir. Gerek sorumluluğun doğması, gerek tazminatın kapsamının belirlenmesinde önemli bir role sahip olduğu göz önüne alındığında kusurun, sorumluluğu sınırlandırıcı bir yönünün olduğu açıktır<sup>26</sup>. Bu itibarla sorumluluğun tayini ve tazminatın miktarını belirlemede kusur ve kusurun yoğunluğu önemli bir kistastır<sup>27</sup>.

Kusur, cemiyet hayatını düzenleyen hukuk nizamına aykırılık<sup>28</sup> olması do-

---

*Alanında Derecelendirilmesi*", AÜHFD, C.53, S.4, y.2004, s.1 (KOÇHİSARLIOĞLU, Derecelendirme).

<sup>25</sup> EREN, Borçlar, 570.

<sup>26</sup> KAHVECİ, Nuri: "Sorumluluk Hukuku Açısından Zarar Görenin Kusurunun Hukuki Sonuçları", DAAD, C.2, S.3, y.2002, s.131.

<sup>27</sup> Nitekim Yargıtay da verdiği kararlarda bu hususa dikkat çekmektedir. "...İşverenin, tazminattan sorumlu tutulması giderek, tazminat miktarının belirlenmesi; İş Kanununun 77'nci maddesi ile İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin öngördüğü önlemlerin işyerinde alınmış olup olmadığının saptanması ile mümkündür. Bu yön ise, başka bir anlatımla, işverenin kusurlu olup olmadığı, varsa kusur oranının, uzman bilirkişiler tarafından düzenlenecek kusur raporu ile tespit edilmesini gerektirmektedir. Oysa mahkemenin murisin kalp krizi sonucu öldüğü gerekçesiyle kusur raporu almadan karar verdiği açık-seçiktir.

Öte yandan olayın iş kazası olduğu tartışmasız olup, kalp krizinde kişinin yaşının, beslenme şekli ve kültürünün, genetik özelliklerinin ve bünyevi yapısının, tütün bağımlılığı, alkol kullanımı, egzersiz durumunun, cinsiyetinin de faktör olduğu, sağlığının çeşitli faktörlerinin bir araya gelmesiyle bozulabileceği, sigortalının bünyevi yatkınlığı ve genel sağlık durumunun bir araya gelerek miyokart enfarktüsünün ortaya çıkabileceği ve bu durumun olayın uygun illi kısmi sebebi olabileceği gözetilerek kusurun ağırlığının değerlendirilmesinde dikkate alınması gerekir.

*Yapılacak iş; işyeri hekimliği, işgücü sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman olan bir kardiyoloğun da yer alacağı bilirkişi heyetinden kusur raporu almak, verilen raporu dosyadaki bilgi ve belgelerle birlikte değerlendirerek çıkacak sonuca göre karar vermektir...*) Y. HGK., 2012/21-1121 E., 2013/386 K. 20.03.2013 T. sayılı kararı) şeklindeki gerekçesinde Yargıtay, kusur yoğunluğu ile hükmedilecek tazminat miktarının birbiri ile yakından ilgili olduğunu ifade etmiştir.

<sup>28</sup> GÜNDÜZ, Adil: "Manevi Tazminatta Kusurun Rolü", Ankara Barosu Dergisi, y.1972, S.1, s.17.

layısıyla sorumluluk hukukunun önemli kavramlarından. Özellikle kusur sorumluluğunda sorumluluğun kurucu unsurunu oluşturur. Kural olarak hukuk tarafından korunan değerlerde meydana gelen zarara zarar gören kişi katlanır (*casum sentit dominos*)<sup>29</sup>. Ancak haklı bir sebebin bulunması hâlinde zararın zarar görenden başka bir kişiye aktarılması hakkaniyete daha uygundur. Bu açıdan bakıldığında zararın zarar görenden başka bir kişiye aktarılması kusur ile mümkün olmaktadır. Zira kusur, zarar ve sorumluluğun bir başka kişiye yani zarar verene yükletilmesini haklı gösterir<sup>30</sup>.

İllyet bağından ve hukuka aykırılıktan bağımsız olan kusur, tazminat miktarının belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki kusursuz sorumlulukta kusur, sorumluluğun kurucu şartları arasında yer almaz<sup>31</sup>. Zira adından da anlaşılacağı üzere kusursuz sorumlulukta failin sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması aranmaz. Diğer taraftan karşı tarafın kusuruyla zarara uğrayan ve bu sebeple tazminat talebinde bulunmaya hakkı olan kimsenin zararı tazmin edilirken, zararın meydana gelmesinde veya artmasında kendisinin de kusuru varsa tazminatta tenzilat yapılır<sup>32</sup>.

## VI. Kusurun Objektif Yönü

Kusuru objektifi yönü failin davranışlarının kendisinden beklenen ortalama davranış biçiminden sapsmasını, ortalama davranış biçimine uygun olmasını ifade eder. Bu hâli ile kusurun objektif yönü, zararın önceden görülüp bu zararı önlemek için gerekli tedbirlerin alınması konusunda failin göstereceği özen ile ilgilidir<sup>33</sup>. Hukukumuzda kusurun ağırlığı belirlenirken failin dış davranışlarına bakılarak, onun maddî ve objektif özelliklerinin de göz önüne alınması kusurun objektif yönünü ortaya koyar<sup>34</sup>. Failin içinde bulunduğu ruh hali, psiko-sosyal yapısı, eğitim öğretim düzeyi gibi sübjektif unsurlar da gerek kusurun gerek tazminatın belirlenmesinde önemli faktörlerdendir.

## VII. Kusurun Sübjektif Yönü

Kusurun sübjektif yönü, failin kişisel özellikleri ile ilgilidir. Bu özellik sorumluluk hukuku alanında karşımıza ehliyet olarak çıkar. Kusur sorumluluğunda

---

<sup>29</sup> ANTALYA, Gökhan: “Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler”, MÜHF-HAD, C.14, S.4, y.2008, s.68.

<sup>30</sup> EREN, Borçlar, 571.

<sup>31</sup> EREN, Borçlar, 572.

<sup>32</sup> GÜNAL, Yılmaz: “Müterafik Kusur”, AÜSBFD, C.16, S.1, y.1961, s.208.

<sup>33</sup> EREN, Borçlar, 572.

<sup>34</sup> KOÇHİSARLIOĞLU, 4.

zararlı sonuca neden olan davranışın faile isnat edilebilir, bağlanabilir olması gerekir<sup>35</sup>. Şayet zararlı sonuca neden olan davranış faile yükletilemiyorsa kusurlu bir davranıştan da söz edilemez. Fail ile fiil arasında sübjektif bağ kurulabiliyorsa failin sorumluluk ehliyetine sahip olduğu kabul edilir<sup>36</sup>.

Ayırt etme gücü, kusur kavramı ve kusur sorumluluğunun vazgeçilmez öğelerinden birisini oluşturur. Ayırt etme gücü objektif kusur teorisinde de sübjektif kusur teorisinde de önemli bir kavramdır. Ancak belirtmek gerekir ki objektif kusur anlayışının katı bir biçimde uygulandığı durumlarda ayırt etme gücü kavramı göz ardı edilebilmektedir<sup>37</sup>. Buna karşılık sübjektif kusuru teorisinde de teorinin merkezinde yer alan bir kavram olduğunu söylemek yanlış olmaz. Zira ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişiye sorumluluk yüklenemez.

Bir kimsenin ayırt etme gücüne sahip olması ya da olmaması onun hukukî işlem ehliyetini belirlediği gibi başkasına karşı verdiği zarardan bizzat sorumlu olması konusunda da belirleyici bir unsurdur<sup>38</sup>. Medenî Kanunda yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin ayırt etme gücüne sahip olduğu belirtilmiştir (m.13). Bu haliyle ayırt etme gücü kavramından *“kişilerin eylem ve işlemlerinin neden ve sonuçlarını, önem ve kapsamlarını anlayabilmeleri için gerekli olan bilinç, anlayış ve iradeye sahip olmaları”* anlaşılmaktadır<sup>39</sup>. TMK'nın 15'inci maddesinde de kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiillerinin hukukî sonuç doğurmayacağı ifade edilmiştir. Bu itibarla bir kimsenin iş ve işlemlerinden sorumlu tutabilmesi için fiilinin hukuk düzeninde herkesin uyulmakla yükümlü olduğu örnek ortalama fiil tipinden (objektif yön) sapmış olması gerektiği gibi ayrıca ayırt etme gücüne de sahip olması gerekir<sup>40</sup>. Ayırt etme gücü bulunmayan bir kişinin sorumluluk ehliyeti de yoktur.

Kusurun sübjektif yönü ile ilgili olarak anlatılan bu hususların kusur sorumluluğu hakkında geçerli olduğu ifade edilmelidir. Hukukumuzda zarar ve

---

<sup>35</sup> DEUTSCH, Erwin: *“Sorumluluk Hukukununun Temel İlkeleri”*, Çev.: Şeref ERTAŞ, DEÜHFD, y.2 (1981), S.2, s.246.

<sup>36</sup> EREN, Borçlar, 572.

<sup>37</sup> KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: *“Kusurun Objektifleştirilmesinin Ayırt Etme Gücünü Etkilemesi”*, AÜHFD, C.53, S.3, y.2004, s.1 (KOÇHİSARLIOĞLU, Etkileme).

<sup>38</sup> ERKAN/YÜCEER, 485.

<sup>39</sup> KOÇHİSARLIOĞLU, Etkileme, 2; ERKAN/YÜCER, 488.

<sup>40</sup> EREN, Borçlar, 573.

kusur kavramları birbirinden farklı değerlendirilmektedir. Yani zarar her zaman kusur sonucuna bağlanmayabilir. Sorumluluk hukukunda bir kimsenin kusurlu davranışları neticesinde zararlı sonuç doğarken kusursuz sorumlulukta sorumluluk, kusurlu davranışa değil kanunun öngördüğü belirli bir olguya bağlanmıştır. Bu tür sorumlulukta kusur, kurucu unsur olmaktan çıkmıştır<sup>41</sup>. Kusursuz sorumlulukta illiyet bağı daha ön plâna çıkmaktadır. Zira burada artık sorumluluk kusura değil olayla zarar arasındaki sebep-sonuç bağına göre belirlenir<sup>42</sup>.

Türk Medenî Kanununun 50'nci maddesine göre, tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır. Organlar, hukukî işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar. Organlar, kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludurlar. Dolayısıyla tüzel kişinin organlarının iş ve işlemlerinden kaynaklanan kusurlar tüzel kişi isnat edilir. Ayrıca organların kusurlarından dolayı kişisel sorumlulukları da devam etmektedir.

### VIII. Kusurun Çeşitleri

818 sayılı Borçlar Kanununda *“gerek kasten gerek ihmal veya teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer bir kimseye zarar ıka eden şahıs”*ın o zararı tazmin etmeye mecbur olduğu ifade edilmiş iken 6098 sayılı Borçlar Kanununun 49'uncu maddesinde ise kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kimsenin bu zararı gidermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Her iki Borçlar Kanunu kusur açısından birlikte incelendiğinde 818 sayılı Kanunun kusuru temel olarak kast ve ihmal şeklinde bir ayrım tabi tuttuğu ve ihmalin görünüm şekillerinden olan kayıtsızlık ve tedbirsizlikten ayrıca bahsettiği görülmektedir. 6098 sayılı Kanunda ise gerek kastın gerek ihmalin ve gerekse ihmalin diğer görünüm şekillerinin kusurun türleri olduğu gözetilerek sadece kusurdan bahsedilmiştir. Nitekim TBK'nın 49'uncu maddesinin gerekçesinde de *“kast ve ihmalin, kusurun çeşitlerinden olduğu göz önünde tutularak, söz konusu fıkranın, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kişinin, bu zararı gidermekle yükümlü olduğu şekline dönüştürüldüğü”* hususu ayrıca ifade edilmiştir.

49'uncu maddenin 2'nci fıkrasında ise anlatıya istisna niteliğinde bir hüküm mevcuttur. Buna göre; zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bu-

---

<sup>41</sup> YAVUZ, Cevdet: *“Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre ‘Kusursuz Sorumluluk’ Halleri ve İlkeleri”*, MÜHF-HAD, C.14, S.4, y.2008, s.35.

<sup>42</sup> ÜNAL, Mehmet: *“Aile Başkanlığı Hakkında Karar Tahlili”*, AÜHFHD, C.36, S.1-4, y.1979, s.300 (ÜNAL, Karar Tahlili).

lunmasa bile, ahlâka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Burada artık failin zararlı sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için ahlâka aykırı olarak nitelenen fiili kasten işlemesi gerekir.

6098 sayılı Borçlar Kanununda kusurun türlerinden bahsedilmemiş olması, kusur türlerinin önemli olmadığı anlamına gelmez. Genel olarak kusuru kast ve ihmal şeklinde bir ayrıma tâbi tutarak incelediğimizde gerek kastın yoğunluğu gerek ihmalin derecesi tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Türk Borçlar Kanununda kast ve ihmalin kaldırılarak sadece kusurdan bahsedilmiş olması sebebiyle tazminat miktarı belirlenirken hâkime daha geniş takdir hakkı sağladığı söylenebilir. Zira daha önce kast ve ihmal ana ölçüğünde takdir hakkı kullanılırken maddenin değişen hâli ile birlikte kasttan ihmale geniş bir yelpazede kusurun ağırlığı belirlenebilecek ve ona göre tazminata hükmedilebilecektir. Nitekim TBK'nın 51'inci maddesine göre, hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirleyecektir.

Belirtmek gerekir ki zararlı sonucun doğmasına neden olan kast, bünyesinde daha ziyade sübjektif bir unsur barındırırken sorumluluk hukuku, ihmali objektif açıdan değerlendirmektedir. Bu sebeple bu zararlı sonucu doğuran faktörün ihmal niteliğinde olup olmadığı belirlenirken kural olarak failin bireysel ve kişisel yetenekleri dikkate alınmaz<sup>43</sup>. Ancak ihmal kavramı objektifleştirilmiş olmakla birlikte ihmalinin belirlenmesinde esas alınacak ölçüt failin yaşı, cinsiyeti, eğitim ve meslekî durumu, ayırtım gücü gözüne alınarak belirlendiği için sübjektifliğini korumaktadır<sup>44</sup>.

### **IX. Zarar Görenin Kusuru (Ortak Kusur)**

Zarar gören zararın doğmasında veya artmasında etkili olmuş ise hâkim tazminatı indirebileceği gibi tazminatı tamamen de kaldırabilir (TBK m. 52). Eğer zarar görenin kusuru, hukuka aykırı fiil ile zarar arasındaki illiyet bağına kesecek yoğunlukta ise hâkimin tazminatı tamamen kaldırılması gerekir<sup>45</sup>.

Zarar görenin zararın doğmasında veya artmasında etkili olması hususu her ne kadar zarar görenin kusuru şeklinde ifade edilmekte ise de buradaki kusur terimi teknik anlamda bir kusur değildir. Zira kusur ile kastedilen bir kimsenin bir başka kimseye hukuk düzeninin tasvip etmediği bir davranışta bulunmasıdır. Zarar görenin kusurunda ise zarar bizzat zarar görenin aleyhin-

---

<sup>43</sup> EREN, Borçlar, 577.

<sup>44</sup> KOÇHİSARLIOĞLU, Derecelendirme, 2; EREN, 577.

<sup>45</sup> TANDOĞAN, illiyet, 318; TİFTİK, 107.

de doğmuştur. Yani zarar göreninin kendisi de zararın doğmasına ya da artmasına pay sahibidir. Bu anlamda bir kimsenin kendi kendine haksız fiil ika edemeyeceği kabul edildiğinden burada teknik anlamda bir kusurdan bahsetmek mümkün değildir<sup>46</sup>.

Zarar görenin kusurundan bahsedilirken her ne kadar zarar veren kimsenin yani failin sorumluluğunun kusur sorumluluğu olduğu değerlendirilse de failin sorumluluğu kusur sorumluluğu olabileceği gibi kusursuz sorumluluk da olabilir. Bu sebeple, sadece bu terime özgü olmak üzere, ortak kusurdan kastedilen şeyin *“bir kimsenin, ister kusur sorumluluğuna isterse kusursuz sorumluluğa dayansın, diğer bir kimseye verdiği zararın, zarar gören kimsenin yardımıyla meydana gelmesi ya da artması”* şeklinde anlaşılması kanaatimizce uygun olur<sup>47</sup>.

## X. Ek Kusur

Ek kusur, kusursuz sorumlulukla ilgili bir kavram olmasına rağmen bu tür hakkaniyet sorumluluğu yanında ayrıca ortaya çıkmaktadır. Kusursuz sorumlulukta sorumlu olan kişinin sorumluluğu doğuran olay yanında zararın ortaya çıkmasında ya da artmasında etkili olan bir kusuru varsa buna ek kusur denir<sup>48</sup>. Kurtuluş kanıtı getirmenin söz konusu olduğu durumlarda ek kusur varsa kişinin kurtuluş kanıtı getirmesi engellenir. Bunun yanında zarar görenin kusurunu ortadan kaldırabilir. Böylece tazminatta indirim yapılması önlenir. Birden çok kişinin zarardan sorumluluğu halinde rücu ilişkisinde etkili olur<sup>49</sup>. Zira kusursuz sorumlulardan birisi ek kusurlu diğerleri kusursuz ise ek kusurlu olan zarardan daha fazla pay üstlenmek zorundadır<sup>50</sup>. Ek kusurun tazminatın belirlenmesi aşamasında da önemli bir fonksiyonu vardır<sup>51</sup>.

---

<sup>46</sup> EREN, Fikret: Sorumluluk Hukuku Bakımından Uygun İlliyet Teorisi, Ankara 1975, s.198 (EREN, İlliyet); OĞUZ, 141; GÜNAL, 208; TİFTİK, 107; KAHVECİ, 132; Nitekim Yargıtay da benzer kanaattedir: *“...bu madde daha çok zarar görenle ilgilidir. ‘Hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı’ yönündeki genel hukuk ilkesinin etkisiyle, maddede sayılan belirli hal ve durumlarda tazminattan indirim yapılması mümkün bulunmaktadır...”* (Y. HGK., 2010/4-130 E., 2010/161 K., 17.03.2012 T. sayılı kararı).

<sup>47</sup> OĞUZ, 141.

<sup>48</sup> TUNÇ, Ramazan: *“Karayolları Trafik Kanununa Göre İşletenin Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve İşletene Tanınan Genel Kurtuluş Kanıtı - I”*, Yargıtay Dergisi, C.17, S.4, Ekim 1991, s.527.

<sup>49</sup> KALELİ, Şakir: *“Hayvan Tutucusunun Sorumluluğu - I”*, Yargıtay Dergisi, C.5, S.2, Nisan 1979, s.320.

<sup>50</sup> EREN, Borçlar, 824.

<sup>51</sup> ACAR, Bülent: *“Yargıtay’ın, ‘Ek Kusurun Giderimle İlgili Olarak Birlikte Kusuru Etkilemesi’ İşlevini Tanımsızlığı Görüşünün Eleştirisi”*, TBB, S.3, y.1991, s.342.



## XI. Sonuç

Kusur, sorumluluk hukukunun önemli kavramları arasında yer alır. Hatta kusur sorumluluğunda kurucu unsurdur. Zira kusur sorumluluğunda, diğer bir ifadeyle haksız fiil sorumluluğunda, olağan sebep sorumluluğu ya da tehlike sorumluluğunun aksine kusur yoksa sorumluluk da yoktur. Kusur her şeyden önce hukuka aykırı bir davranıştır. Bir davranış hukuka uygunsa ya da hukuka uygunluk hâllerinden yararlanıyorsa kınanamaz.

Kusur, temelde iki teori üzerinde şekillenmiştir. Bunlar sübjektif ve objektif (objektifleştirilmiş) teorileridir. Sübjektif teori sadece failin kişisel özellikleri ve yetenekleri göz önüne alınarak şekillendiği hâlde objektif teori, failin yaşadığı toplumda orta zekâlı, makul, mantıklı bir insanın ortalama davranış biçimini esas alır. Sorumluluk hukukumuzda sübjektif ve objektif teori birlikte yer almıştır. Örneğin kusurluluğun bir türü olarak ihmal, objektif ölçütlere göre belirlenirken bu ihmalin ölçüsü ve derecesi failin yaşı, eğitimi gibi sübjektif unsurlar göz önünde alınarak belirlenir.

Belirtmek gerekir ki fail aleyhinde bir tazminat sonucunun doğabilmesi için kusur tek başına yeterli değildir. Tazminat yükümlülüğünün doğabilmesi için kusuru yanında TBK'nın 49'uncu maddesinde belirtilen hukuka aykırı fiil ve zarar unsurlarının da gerçekleşmesi gerekir. Öte yandan bu zarar ve hukuka aykırı fiili arasında uygun illiyet bağının da bulunması şarttır.



## KAYNAKÇA<sup>52</sup>

**ACAR, Bülent:** *“Yargıtay’ın, ‘Ek Kusurun Giderimle İlgili Olarak Birlikte Kusuru Etkilemesi’ İşlevini Tanımazlığı Görüşününün Eleştirisi”*, TBBD, S.3, y.1991, s.341-346.

**AKARTEPE, Alpaslan:** *“Türk Borçlar Kanununun Haksız Fiilden Doğan Borçlar Alanında Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler”*, EÜHFD, C.XVI, S.1-2, y.2012, s.159-190.

**ANTALYA, Gökhan:** *“Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler”*, MÜHF-HAD, C.14, S.4, y.2008, s.63-83.

---

<sup>52</sup> Dipnotlarda geçen eserlerde yazarların soyadlarına göre atf yapılmıştır. Aynı yazarın birden çok eserine yapılan atıflar ile aynı soyadı taşıyan yazarların eserlerine yapılan atıflar, kısaltılış şekilleriyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

**BİRSEN, Kemaleddin:** Borçlar Hukuku Dersleri - Borçların Genel Hükümleri, B.4, İstanbul 1967.

**DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan:** Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Ankara 2009.

**DEUTSCH, Erwin:** *"Sorumluluk Hukukunun Temel İlkeleri"*, Çev.: Şeref ERTAŞ, DEÜHFD, y.2 (1981), S.2, s.245-259.

**EREN, Fikret:** Sorumluluk Hukuku Bakımından Uygun İlliyet Teorisi, Ankara 1975 (EREN, İlliyet).

**EREN, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.18, Ankara 2015 (EREN, Borçlar).

**ERDOĞAN, İhsan:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006.

**ERKAN, Vehbi Umut/YÜCER, İpek:** *"Ayırt Etme Gücü"*, AÜHFD, C.60, S.3, y.2012, s.485-522.

**GÜNAL, Yılmaz:** *"Müterafik Kusur"*, AÜSBFD, C.16, S.1, y.1961, s.208-220.

**GÜNDÜZ, Adil:** *"Manevi Tazminatta Kusurun Rolü"*, Ankara Barosu Dergisi, y.1972, S.1, s.17-23.

**KAHVECİ, Nuri:** *"Sorumluluk Hukuku Açısından Zarar Görenin Kusurunun Hukuki Sonuçları"*, DAAD, C.2, S.3, y.2002, s.131-142.

**KALELİ, Şakir:** *"Hayvan Tutucusunun Sorumluluğu - I"*, Yargıtay Dergisi, C.5, S.2, Nisan 1979, s.313-342.

**KARAHASAN, Mustafa Reşit:** Sorumluluk Hukuku - Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk – Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, B.6, İstanbul 2003 (KARAHASAN, Sözleşme Dışı Sorumluluk).

**KARAKURT, Hakan:** *"Culpa In Contrahendo"*, İBD, C.86, S.2012/4, Temmuz - Ağustos 2012, s.222-235.

**KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz:** *"Kusurun Objektifleştirilmesinin Ayırt Etme Gücünü Etkilemesi"*, AÜHFD, C.53, S.3, y.2004, s.1-17 (KOÇHİSARLIOĞLU, Etkileme).

**KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz:** *"Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi"*, AÜHFD, C.53, S.4, y.2004, s.1-17 (KOÇHİSARLIOĞLU, Derecelendirme).

**OĞUZ, Habip:** İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlâli ve Korunması, B.2, Ankara 2012.

**REİSOĞLU, Safa:** Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.25, İstanbul 2014.

**TANDOĞAN, Halûk:** Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961 (TANDOĞAN, Mesuliyet).

**TANDOĞAN, Halûk:** Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk - İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963 (TANDOĞAN, Mukayeseli Hukuk).

**TİFTİK, Mustafa:** Akit Dışı Sorumlulukta Maddî Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994.

**TUNÇ, Ramazan:** *“Karayolları Trafik Kanununa Göre İşletenin Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve İşletene Tanınan Genel Kurtuluş Kanıtı - I”*, Yargıtay Dergisi, C.17, S.4, Ekim 1991, s.525-539.

**ÜNAL, Mehmet:** *“Manevî Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü”*, AÜHFD, C.35, S.1-4, y.1978, s.397-437 (ÜNAL, Manevî Tazminat).

**ÜNAL, Mehmet:** *“Aile Başkanlığı Hakkında Karar Tahlili”*, AÜHFD, C.36, S.1-4, y.1979, s.295-304 (ÜNAL, Karar Tahlili).

**VON TUHR, Andreas:** Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çev.: Cevat EDEGE, C.1-2, Ankara 1983.

**YAVUZ, Cevdet:** *“Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Göre ‘Kusursuz Sorumluluk’ Halleri ve İlkeleri”*, MÜHF-HAD, C.14, S.4, y.2008, s.29-61.

**YILMAZ, Ejder:** Hukuk Sözlüğü, B.7, Ankara 2002.

# HAKSIZ FİİLDE CEZA ZAMANAŞIMI SÜRESİ

*The Timeout Time Penalty Tort*

**Kadir BAĞCI\***

## ÖZET

Hukuka aykırı fiil hem haksız fiil hem de suç teşkil edebilir. Bu durumda, failin tazminat sorumluluğu borçlar hukukunu, cezaî sorumluluğu ise ceza hukukunu ilgilendirir. Ancak bir haksız fiilin suç oluşturması, bazı konularda borçlar hukuku açısından önem taşımaktadır. Bunlardan birisi de haksız fiil teşkil eden eylemin aynı zamanda ceza kanunlarına göre suç teşkil etmesi ve ceza davası zamanaşımı süresinin Türk Borçlar Kanunu m. 72/1, 1. cümlede öngörülen sürelerden daha uzun olması halinde, haksız fiilden doğan tazminat taleplerine ceza zamanaşımı süresi uygulanmasında görülür (TBK m. 72/1, 2. cümle).

İşte bu çalışmamızın konusu da ceza davası zamanaşımının hangi koşullarda tazminat davasında uygulanabileceğidir. Çalışmada, öğreti ve Yargıtay kararları ışığında bu koşullar ayrıntılı olarak irdelenmiş, borçlar hukukunda ceza zamanaşımının öngörülme sebebi, ceza davası zamanaşımının kimlere uygulanacağı açıklanmış, bu zamanaşımı süresinin uygulanmasında karşılaşılan kimi sorunlara cevap verilmeye çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Türk Borçlar Kanunu m. 72, Haksız Fiil, Ceza Zamanaşımı.

## ABSTRACT

Unlawful acts can constitute both tort crime. In this case, the perpetrator of the indemnification obligations of the law, and the criminal liability concerns the criminal law. However, creating a tort crime, due in some subjects is important in terms of the law. One of these actions which constitute the tort is also a violation of the criminal law and criminal timeout of the Turkish Code of Obligations m. 72/1, in case longer than the period prescribed in 1 sentence, fines tort claim for damages arising from the implementation of the limitation period is observed (TBK m. 72/1, 2nd sentence).To

That's the subject of this study can be applied in circumstances in which the criminal proceedings in the compensation case is time-barred. In this study, in the light of the teachings and the Court of Cassation elaborates these conditions in detail, liabilities reason prescribed statute of limitations for sanctions in civil, criminal proceedings shall be applied to whom the statute of limitations has tried to provide answers to those encountered some problems in the implementation of this timeout.

---

\* Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimi.  
kadir.bagci@adalet.gov.tr, judge\_elb@hotmail.com

**Keywords:** Turkish Code of Obligations m. 72, Tort, Criminal Timeout.



## GİRİŞ

Haksız fiilden doğan tazminat talepleri için, mağdurun zararı ve tazminat sorumlusunu öğrenmesinden itibaren işlemeye başlayacak iki yıllık ve her hâlde haksız fiilin meydana geldiği tarihten itibaren işlemeye başlayacak on yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür (TBK m. 72/1, ilk cümle). Ancak kanun koyucu hemen ikinci cümlede bu süreler dışında ve bunları aşan ayrı bir süre daha öngörmüştür. İnceleme konumuz olan ve ceza zamanaşımı olarak nitelendirilebilecek olan bu süre TBK m. 72/1, 2. cümlede, “Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.” şeklinde ifade edilmiştir. Bu hükümle hem tazminat sorumluluğunu gerektiren hem de ceza kanunlarına göre suç teşkil eden bir eylemin farklı zamanaşımı sürelerine tabi olması engellenerek adalete ve hukuksal güvenliğe aykırı sonuçların önüne geçilmesi hedeflenmiştir<sup>1</sup>. Gerçekten de haksız fiili gerçekleştiren failin daha ağır cezaî sorumluluğu devam ederken görece daha hafif olan hukukî sorumluluğunun sona ermesi tutarlı bir çözüm olmazdı<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Çelik, Çelik Ahmet: Tazminat ve Alacaklarda Sorumluluk ve Zamanaşımı, Bilge Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2012, s. 301; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 18. Baskı, Ankara 2015, s. 834; Erdem, Mehmet: Özel Hukukta Zamanaşımı, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 137; Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitapevi, 18. Baskı, Ankara 2014, s. 493-494; Saymen, Ferit H. - Elbir, Halid K. : Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, cilt 1, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1958, s. 528; Karacabey, Ö. Faruk: “Haksız Fiillerde Zamanaşımı”, YD., sayı 1, 1979, s. 81; Gürkanlar, Metin: Bir Zarara Birlikte Neden Olan Birden Çok Kişinin Sorumluluğu, Ankara 1982, s. 121; Tekinay, S. Sulhi - Akman, G. Sermet - Burcuoğlu, Haluk - Altıp, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitapevi, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 722; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, cilt 1, Fakülteler Matbaası, 2. Baskı, İstanbul 1976-1977, s. 714; Tutumlu, Mehmet Akif: Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2007, s. 56; Tandoğan, Halûk: Türk Mes’uliyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 362; Antalya, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, cilt 2, Legal Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2015, 510-511.

<sup>2</sup> Oğuzman, M. Kemal - Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, cilt 2, Vedat Kitapçılık, 11. Baskı, İstanbul 2014, s. 75; Kılıçoğlu, Mustafa: Tazminat Hukuku, Bilge Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2014, s. 779; Bu amaç Yargıtay tarafından da şu şekilde ifade edilmiştir: Yargıtay HGK., T: 18.11.1981, E: 1979/4-231, K: 1981/744 (Kazancı İçtihat Bankası) “Bilindiği gibi, haksız eylemlerin bir kısmı, sadece hukuk açısından değil, ceza yasaları bakımından da sorumluluğu gerektirir; haksız eylemin faili, yani sorumlusu genellikle daha ağır sonuçları olan bir ceza kovuşturmasına konu olabileceği sürece, zarar görenin haklarını yitirmesinin mantık dışı olacağı kuşkusuzdur.” Başka bir amaç da Yüksek Mahkeme tarafından şöyle açıklanmıştır: Yargıtay İBK., T: 07.12.1955, E: 17, K: 26 (Kazancı İçtihat Bankası) “...ceza davası devam ettiği sürece zarar görenin ceza mahkemesinden tazminat isteyebileceği ve haksız

Bu sebeple kanun koyucu, sorumluluklar arasındaki dengeyi sağlamak amacıyla ceza davası zamanaşımı ve tazminat davası zamanaşımını uyumlu hale getirmek istemiş<sup>3</sup>, bu şekilde zarar gören kişiler için medeni hukuk çerçevesinde hareket imkanı genişletilmiştir.

Tazminat davasında ceza zamanaşımının düzenleniş nedenlerinden bir diğeri de, haksız fiilden zarar görenin ceza davası devam ettiği sürece kamu davasına katılarak tazminat isteyebilmesinin mümkün olması idi. Ancak, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 365. maddesinin 2. fıkrasındaki kamu davasına katılan kişinin şahsi haklarını isteyebileceğine ilişkin düzenleme, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na alınmamıştır. Bu nedenle söz konusu gerekçenin bugün itibarıyla bir geçerliliği kalmamıştır.

### I. CEZA DAVASI ZAMANAŞIMI SÜRELERİ

Tazminat davalarında uygulanacak olan ceza zamanaşımı süresi, TCK'nun 66. maddesinde düzenlenen "dava zamanaşımı" süreleri olup, aynı Kanunun 68. maddesinde öngörülen "ceza (infaz) zamanaşımı" süreleri değildir<sup>4</sup>. Ceza (infaz) zamanaşımı sürelerinin tazminat davası zamanaşımına herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

Ceza davası zamanaşımı sürelerinin belirlenmesinde TCK m. 66/3, 4 ve 5 hükümleri esas alınır, ancak TCK m. 66/2 uygulanmaz<sup>5</sup>. Buna göre, tazminat dava-

---

eylemin Devlet tarafından izlenmesi mümkün oldukça tazminat davasını kabul etmemek anlamsız olacaktır." Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK., T: 22.02.2012, E: 2011/4-640, K: 2012/89 (UYAP).

<sup>3</sup> Eren, s. 834; Erdem, s. 137; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 722; Narter, Sami: Kursuz Sorumluluk, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2014, s. 1419.

<sup>4</sup> Eren, s. 834-835; Kılıçoğlu, s. 496; Erdem, s. 136; Tandoğan, s. 360-361; Antalya, s. 513; Uygur, Turgut: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, cilt 1, Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 529; Narter, s. 1419; Gökcan, Hasan Tahsin: Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2010, s. 907; Aydos, Oğuz Sadık: "İstisnai Sürenin Nisbi Süreye Etkisi", TAAD, sayı 14, Temmuz 2013, s. 406; Karacabey, s. 86; Hatemi-Gökyayla: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 184; Yıldırım, Abdülkerim: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2015, s. 230; Belli bir süre geçtikten sonra kamu davasının açılmaması manasına gelen "dava zamanaşımı" TCK m. 66'da şu şekilde düzenlenmiştir: a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıl, b) Müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmibeş yıl, c) Yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıl, d) Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda onbeş yıl, e) Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıldır.

<sup>5</sup> TCK m. 66 "(2) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmuş olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmuş olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle kamu davası düşer. (3) Dava

larında uygulanacak ceza zamanaşımı süreleri, eyleme kişileştirme sonucu verilen ceza miktarına göre değil, eylemin uyduğu maddede öngörülen cezanın üst (tavan) haddine göre belirlenecektir<sup>6</sup>. Ayrıca somut olayda, faile daha ağır ceza verilmesini gerektiren nitelikli hallerin varlığı durumunda, ceza zamanaşımı süresinin belirlenmesinde bu haller de göz önünde bulundurulmalıdır<sup>7</sup>. Bir başka deyişle, ceza zamanaşımı süresinin belirlenmesinde, o suçla ilgili olarak hükmedilmesi mümkün olan en yüksek ceza miktarı esas alınmalıdır. Buna karşın, daha hafif cezayı gerektiren nitelikli haller söz konusu ise ceza zamanaşımı süresinin belirlenmesinde bu durum dikkate alınmaz. Aynı şekilde yaş küçüklüğü, teşebbüs ve haksız tahrik dolayısıyla cezada yapılacak olan indirim miktar veya oranları, ceza zamanaşımı süresinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulmaz<sup>8</sup>.

Öte yandan ceza zamanaşımı süresinin başlangıcına TBK hükümlerinin değil de, ceza davası zamanaşımının başlamasına ilişkin ceza kuralının (TCK m. 66/6)<sup>9</sup> kıyasen uygulanacağı öğreti<sup>10</sup> ve uygulamada<sup>11</sup> genel olarak kabul edilmektedir.

---

zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâlleri de göz önünde bulundurulur. (4) Yukarıdaki fıkralarda yer alan sürelerin belirlenmesinde suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurulur; seçimlik cezaları gerektiren suçlarda zamanaşımı bakımından hapis cezası esas alınır. (5) (Değişik fıkra: 29/06/2005-5377 sayılı kanun m. 8) Aynı fiilden dolayı tekrar yargılamayı gerektiren hallerde, mahkemece bu husustaki talebin kabul edildiği tarihten itibaren fiile ilişkin zamanaşımı süresi yeni baştan işlemeye başlar.”

<sup>6</sup> Yargıtay Büyük Genel Kurulu, T: 03.06.1942, E: 1941/36, K: 1942/15 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (Karacabey, s. 87); Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK., T: 19.02.2014, E: 2013/4-440, K: 2014/115 (UYAP).

<sup>7</sup> Zincirleme suç suçun nitelikli hali olmadığından, müteselsil suç dolayısıyla ceza miktarında yapılacak olan artış oranı, ceza zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dikkate alınmaz.

<sup>8</sup> Bakıcı, Sedat: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2007, s. 1239 vd.; Özgenç, İzzet: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, Adalet Bakanlığı Yayını, 3. Baskı, Ankara 2006, s. 736; Antalya, s. 514.

<sup>9</sup> TCK m. 66/6'da, ceza davası zamanaşımının başlangıcı şöyle düzenlenmiştir: “Zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs hâlinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar.”

<sup>10</sup> Oğuzman/ Öz, cilt 2, s. 76; Çelik, s. 335; Feyzioğlu, cilt 1, s. 719; Kılıçoğlu, s. 500; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 725; Karacabey, s. 87; Gökcan, s. 908; Uygur, Turgut: Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, cilt 3, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2010, s. 2797; Reisoğlu, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, 25. Baskı, İstanbul 2014, s. 270; Akçay, Ergin: Türk Borçlar Kanununa Göre Zamanaşımı, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 73; Aksi görüş için bkz. Antalya, s. 514.

<sup>11</sup> Yargıtay HGK., T: 16.04.2008, E: 2008/4-326, K: 2008/325 (UYAP) “Ceza kanununda öngörülen daha uzun zamanaşımı süresi, her halde olay tarihinden itibaren işlemeye başlar; sürenin işlemeye başlaması için, zarar görenin zararı ve onun failini öğrenmesi koşulu aran-

Buna göre, TBK m. 72/1, 2. cümle hükmünün (ceza zamanaşımının) uygulandığı durumlarda, zamanaşımı süresi, zararın ve sorumlu şahsın öğrenildiği tarihten itibaren değil, suç teşkil eden fiilin işlendiği (eylemin tamamlandığı) tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

Ceza kanunu hükümleri, sadece ceza davasının zamanaşımının süresi ve başlangıç noktası bakımından uygulanacak olup, zamanaşımın durması ve kesilmesine ilişkin nedenler ve sonuçları hakkında Ceza Kanunu hükümleri değil, Türk Borçlar Kanunu hükümleri (TBK m. 153-157) uygulanacaktır<sup>12</sup>. Bu bakımdan, Türk Borçlar Kanununda öngörülen bir kesilme nedeni gerçekleştiikten sonra işleyecek olan yeni süre, yine ceza davası zamanaşımı süresi olacaktır<sup>13</sup>. Bununla birlikte, zamanaşımının kesildiği durumlarda salt ceza davaları yönünden öngörülen “yarı oranında uzama” kuralı, hukuk davalarında uygulanmaz<sup>14</sup>.

TBK m. 72/1, 2. cümle hükmünün uygulanabilmesi için, daha uzun ceza davası zamanaşımı süresinin mutlaka ceza kanununda yer alması şart değildir. Zira, bu madde ceza kanunundan değil, ceza kanunlarından bahsetmektedir. Bu nedenle ceza hükümleri taşıyan diğer kanunlardaki ceza davası zamanaşımı süreleri de dikkate alınmalıdır<sup>15</sup>. Örneğin, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, Orman Kanunu, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu vs.

---

maz.” Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK., T: 02.07.2003, E: 2003/4-467, K: 2003/460 (Çelik, s. 340); Yargıtay 4. HD., T: 08.12.2005, E: 2005/109, K: 2005/13301 (Çelik, s. 340); Yargıtay 4. HD., T: 05.05.2003, E: 2003/1832, K: 2003/5814 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 4. HD., T: 08.02.2001, E: 2000/10138, K: 2001/1232 (Çelik, s. 341).

<sup>12</sup> Bilgen, Mahmut: Özel Hukukta Zamanaşımı, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2010, s. 649; Çelik, s. 334; Uygur, Şerh, s. 533; Antalya, s. 514-515; Karacabey, s. 86; Akçay, s. 73; Yargıtay HGK., T: 18.11.1981, E: 1979/4-231, K: 1981/744 (Kazancı İçtihat Bankası) “Ancak hemen belirtmek gerekir ki; BK m. 60/II’deki (TBK m. 72/1, 2. cümledeki) zamanaşımı tamamen hukuka ait bir kurum olup, zamanaşımını durduran ve kesen nedenler yönünden TCK’nun 102, 104-107. (5237 sayılı TCK m. 66 vd.) maddeler değil, aksine BK m. 132-137 (TBK m. 153-157) uygulama alanı bulur.” Aynı yönde bkz. Yargıtay 4. HD., T: 25.01.1968, E: 11315, K: 968 (Çelik, s. 334, dn. 263); Aksi yönde bkz. Yargıtay 15. HD., T: 14.02.1989, E: 1989/261, K: 1989/585 (Bilgen, s. 655).

<sup>13</sup> Erdem, s. 147; Antalya, s. 515.

<sup>14</sup> Çelik, s. 332; Yargıtay HGK., T: 16.04.2008, E: 2008/4-326, K: 2008/325 (Bilgen, s. 650-654) “Öte yandan, aynı Kanununun 104. maddesinde (TCK m. 67/4’te) zamanaşımının kesildiği haller için salt ceza davaları yönünden öngörülen “yarı oranında uzama” kuralı, hukuk davalarında uygulanmaz.”; Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. HD., T: 22.06.2009, E: 2008/3485, K: 2009/7564 (Bilgen, s. 650); Yargıtay 11. HD., T: 27.04.2009, E: 2009/3053, K: 2009/4958 (Bilgen, s. 649); Aksi yönde bkz. Yargıtay 15. HD., T: 14.02.1989, E: 261 K: 585 (Çelik, s. 332); Yargıtay 17. HD., T: 08.09.2004, E: 8400, K: 9121 (Bilgen, s. 655-656).

<sup>15</sup> Oğuzman/ Öz, cilt 2, s. 76; Eren, s. 835; Kılıçoğlu, s. 497; Erdem, s. 138; Karacabey, s. 86; Uygur, Şerh, s. 529; Özkaya, Eraslan: Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2012, s. 242.



## II. CEZA ZAMAŞIMI SÜRESİNİN UYGULANMASI KOŞULLARI

### A. Haksız Fiilin Aynı Zamanda Suç Teşkil Etmesi

TBK m. 72/1, 2. cümle, ceza davası zamaşıımı süresinin uygulanabilmesi için öncelikle tazminat sorumluluğuna neden olan fiilin aynı zamanda ceza kanunlarına göre suç teşkil etmesi gerekir. Bu kapsamda suçun niteliği önemli değildir. Eğer ortada suç teşkil eden bir eylem yoksa, tazminat davası hukuk zamaşıımı sürelerine tabi olacaktır<sup>16</sup>.

Fiilin suç oluşturup oluşturmadığı ceza kanunlarına (ceza hukuku ilkelerine) göre tespit edilir<sup>17</sup>. Bu nedenle, suçun düzenlendiği kanunda belirtilen unsurların tamamı koşul olarak aranacaktır. Yani suçun maddi unsurları kadar manevi unsurunun da bulunması gerekir<sup>18</sup>. Dolayısıyla, cezayı gerektiren fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması şarttır<sup>19</sup>.

Ceza davası zamaşıımının uygulanabilmesi için tazminat sorumluluğuna neden olan fiilin ceza kanunlarına göre suç oluşturması ve cezayı gerektirmesi yeterli olup ayrıca haksız eylem faili hakkında ceza davası açılmış olması veya mahkûmiyet kararı verilmiş olması, hatta soruşturma yapılması gerekli değildir<sup>20</sup>. Bu nedenle tazminat davasına bakan hâkim, zamaşıımı savunması-

<sup>16</sup> Kılıçoğlu, s. 494; Yargıtay 11. HD., T: 14.06.2007, E: 2006/6294, K: 2007/9064 (Kazancı İçtihat Bankası?) "...davacı kendi kendini yaralamış olup, hakkında açılmış bir ceza davası ya da başlatılmış bir soruşturma dosya kapsamında anlaşılacaktır...öncelikle hangi gerekçeyle ceza zamaşıımının uygulanması gerektiğinin açıklanması ve sonuca göre bir hüküm kurulması gerekirken..."

<sup>17</sup> Ceza davası zamaşıımı süresinin belirlenmesinde olduğu gibi suç niteliğinin araştırılmasında da Türk Ceza Kanunu hükümleri yanında özel yasalarda yer alan ceza hükümleri göz önünde bulundurulmalıdır. Karahasan, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, cilt 2, Beta Yayınevi, İstanbul 2003-2004, s. 603; Oğuzman/ Öz, cilt 2, s. 76; Eren, s. 835; Feyzioğlu, cilt 1, s. 718; Kılıçoğlu, s. 497; Erdem, s. 138-139; Çelik s. 308; Akçay, s. 73-74.

<sup>18</sup> Eren, s. 835; Erdem, s. 139; Kılıçoğlu Mustafa, s. 781; Narter, s. 1419; Kılıçoğlu s. 494 (Yargıtay HGK., T: 27.03.1963, E: 3-1, K: 4, SİD, 1963, cilt XVII, s. 5655) "Bir kimse sahibini öldürmek kastıyla hareket edip, silahın isabet almaması nedeniyle hayvanını öldürürse eski TCK'nun 521. maddesindeki hayvan öldürme suçu oluşmaz. Zira, kanunlarımızda tedbirsizlik ve dikkatsizlikle bir kimsenin malına zarar verme veya hayvan öldürme suçu kabul edilmiştir. Bu nedenle, bu olayda hayvanın öldürülmesi nedeniyle açılan tazminat davasına ceza zamaşıımının uygulanması düşünülemez."; Aksi yönde bkz. Yargıtay 4. HD., T: 19.10.1998, E: 1998/4220, K: 1998/7898 (Kazancı İçtihat Bankası) "Davalı hakkında açılan ceza davasında suç kastının bulunmadığı gerekçesiyle beraat etmesi, anılan yasa hükmünün (TBK m. 72/1, 2. cümle) uygulanmasına engel teşkil etmez."

<sup>19</sup> Erdem, s. 139.

<sup>20</sup> Oğuzman/ Öz, cilt 2, s. 76; Eren, s. 835; Kılıçoğlu, s. 494-495; Feyzioğlu, cilt 1, s. 715; Tandoğan, s. 362; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 723; Antalya, s. 512; Uygur, Şerh, s. 532; Özkaya, s. 242; Narter, s. 1419; Gökcan, s. 910; Mustafa Kılıçoğlu, s. 781; Tunçomağ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, cilt 1, Sermet Matbaası, 6. Baskı, İstanbul

la karşılaştığında, davanın esasına girmeden önce, eylemin cezaı gerektirir bir fiil olup olmadığını ceza hukuku ilkelerine göre kendisi değerlendirecek, eylemin suç niteliğinde olduğu kanaatine ulaşırsa ceza zamanaşımını dikkate alacaktır<sup>21</sup>. Yoksa, soruşturma yapılmadığı ya da ceza davası açılmadığı için fiilin suç teşkil edip etmediğini araştırmaktan vazgeçemez<sup>22</sup>. Nitekim Yargıtay içtihatları da bu doğrultudadır<sup>23</sup>.

1976, s. 526; Çandarlı, Zahid: Borçlar Hukukunda Müruruzaman ve Buna Mütedair Temyiz Mahkemesi Kararları, Titaş Basımevi, Ankara 1943, s. 47; Karahasan, cilt 2, s. 601; Reisoğlu, s. 271; Karacabey, s. 82; Çelik, s. 308-309 ve s. 370; Erdem, s. 140; Akçay, s. 74; Nomer, Halûk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, 10. Baskı, İstanbul 2011, s. 168; Ayan, Mehmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Mimoza Yayınları, 6. Baskı, Konya 2010, s. 255; Kayıhan, Şaban: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2012, s. 233; Yağcıoğlu, Ali Haydar: Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2014, s. 233; Yargıtay HGK., T: 10.04.2013, E: 2012/4-1161, K: 2013/498 (UYAP) “(Borçlar Kanunu)...ceza zamanaşımının uygulanabilmesi için, sadece eylemin aynı zamanda bir suç oluşturmasını yeterli görmekte; fail hakkında mahkûmiyet kararıyla sonuçlanmış bir ceza davasının varlığı, hatta böyle bir ceza davasının açılması ya da zarar görenin o davada tazminat yönünden bir talepte bulunmuş olması koşulu aranmamaktadır.”; Yargıtay 3. HD., T: 08.11.2007, E: 2007/15583, K: 16654 (UYAP) “BK m. 60/2 (TBK m. 72/1, 2. cümle) uyarınca, ceza davası zamanaşımının uygulanabilmesi için, ceza davasında tazminat istenmesi gerekmediği gibi, eylemi işleyen hakkında ceza davasının açılmış ya da mahkûmiyet kararı verilmiş bulunması da gerekli değildir. Yalnızca haksız eylemin suç niteliğini taşıması yeterlidir.”; Yargıtay 4. HD., T: 16.12.2002, E: 9658, K: 14127 (Kazancı İçtihat Bankası) “Tazminat davasında ceza zamanaşımının uygulanabilmesi için, açılmış bir kamu davasının bulunması zorunlu değildir. Haksız eylemin aynı zamanda suç oluşturması yeterlidir. Kamu davası çeşitli nedenlerle açılmaması olabilir. HGK’nun 03.06.1953 gün ve 4/71-77 sayılı kararında da açıklandığı üzere bu yön tazminat davasında ceza zamanaşımı süresinin uygulanmasını engellemez.” Aynı yönde bkz. Yargıtay 4. HD., T: 19.01.2015, E: 2014/15846, K: 2015/434 (UYAP); Yargıtay 3. HD., T: 12.11.2009, E: 2009/13096, K: 2009/18071 (UYAP); Yargıtay 4. HD., T: 25.04.2005, E: 1074, K: 4340 (Tutumlu, s. 171-172); Yargıtay HGK., T: 18.11.1981, E: 1979/4-231, K: 1981/744 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 4. HD., T: 20.09.1979, E: 4725, K: 9975 (Çelik, s. 367).

<sup>21</sup> Ölüm veya yaralanma ile sonuçlanan trafik kazalarında, kazayı yapanın (haksız eylemi işleyen) ve aracın plakası saptanamamışsa, Güvence Hesabı (eski adıyla Karayolu Trafik Garanti Sigortası Hesabı) olay tarihindeki limitler üzerinden tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. İşte bu yükümlülüğün dayanağı olan haksız eylem, aynı zamanda ceza yasası uyarınca suç niteliği taşıdığından (eylemi işleyen kimliği belirsiz kişi olsa dahi) Güvence Hesabına (Garanti Sigortası Hesabına) yapılacak başvurularda ve açılacak davalarda uzamış (ceza) zamanaşımı geçerli olacaktır (Çelik, s. 309).

<sup>22</sup> Mustafa Kılıçoğlu, s. 781 “Zarar verici davranış bir muhakeme konusu olmamış ya da ceza davasında maddi anlamda kesinlik kazanmış bir hüküm yok ise, tazminat davasını gören yargıç eylemin ceza kanunu anlamında tipiklik öğelerinin gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemek zorundadır.”

<sup>23</sup> Tandoğan, s. 362; Yargıtay 4. HD., T: 10.06.2013, E: 2013/8422, K: 2013/11047 (UYAP) “Ceza zamanaşımı süresinin uygulanması için somut olay ile ilgili bir soruşturma ya da kovuşturma açılmış bulunması da şart değildir.”

Fail hakkında ceza davası açılmış ve bunun sonuçlanmış olması, tazminat davasında ceza zamanaşımının tamamlanması gibi bir sonuç doğurmaz. Ceza davası sonuçlanmış olsa dahi, ceza zamanaşımı süreleri geçirilmemek koşuluyla, her zaman için hukuk mahkemesinde tazminat davası açılabilir<sup>24</sup>. Yoksa hüküm, tazminat davasının, ancak ceza davası devam ederken açılabilirliği, kamu davası sonuçlandıktan sonra açılmayacağı gibi bir içeriğe sahip değildir. Örneğin, cezayı gerektiren bir eylem hakkında, ceza zamanaşımı kanunda sekiz yıl olarak öngörülmüş, fail hakkında üçüncü yılın sonunda kesinleşmiş mahkûmiyet kararı verilmiş ise, bundan tazminat davasında zamanaşımının tamamlanmış olduğu anlamı çıkmaz. Bu durumda, ceza zamanaşımı süresinde bir değişiklik olmayacak, ceza davası sonuçlandıktan sonra da (kalan beş yıl içinde) tazminat davası açılacaktır.

Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi nedenlerle ceza sorumluluğu olmayan kişiler tarafından işlenmiş fiiller suç niteliği taşıyorsa, bu eylemler yönünden de ceza zamanaşımı uygulanmalı mıdır<sup>25</sup> Öğretide, failin cezaî ehliyeti olmasa dahi, eylem objektif olarak cezayı gerektiriyorsa ceza zamanaşımının uygulanacağını, çünkü cezaya hükmedilmiş olmasının ceza zamanaşımının uygulanması için gerekli olmadığını savunan görüş<sup>26</sup> yanında; cezaî ehliyeti bulunmuyorsa cezalandırılabilir bir eylem olmadığına göre ceza zamanaşımının uygulanamayacağını savunan görüş<sup>27</sup> de rastlanmaktadır. Kanaatimizce, ilk

<sup>24</sup> Uygur, cilt 3, s. 2798; Erdem, s. 141; Çelik, s. 316; Yargıtay 4. HD., T: 05.02.2007, E: 2006/7283, K: 2007/1013 (Bilgen, s. 524) "Dava konusu haksız eylem...suç niteliğinde olup, TCK'nun 102/4. maddesinde öngörülen 10 yıllık ceza zamanaşımına tabidir. Ceza davasının bu süreden önce sonuçlanarak kesinleşmiş olması, BK m. 60/2 (TBK m. 72/1, 2. cümle) hükmü karşısında uzamış ceza zamanaşımı süresinin uygulanmasına engel oluşturmaz."; Yargıtay 4. HD., T: 11.03.1985, E: 1153, K: 2006 (Uygur, cilt 3, s. 2836) "...Eylem suç niteliğindedir ve davalı...ceza mahkemesinde hüküm de giymiştir. Haksız eylem 26.7.1978 tarihinde işlendiğine ve dava da 1.3.1983 tarihinde açıldığına göre, 5 yıllık uzamış zamanaşımının dolmadığı dikkate alınmadan, isteğin bir yıllık sürenin geçtiğinden söz edilerek reddedilmiş olmasında isabet bulunmamaktadır."

<sup>25</sup> Ceza hukukunda, henüz 12 yaşını doldurmamış çocukların cezaî sorumluluğunun bulunmadığı, sadece güvenlik tedbirlerine muhatap olacakları kabul edilmektedir (TCK m. 31/1). Buna karşın Medenî hukukta kusurlu hareketin başlayacağı belli bir yaş belirlenmemiştir. Sonuç olarak, 10 yaşındaki çocuk suç niteliği de taşıyan haksız bir fiil gerçekleştirdiğinde herhangi bir ceza almayacak ancak ayırt etme gücüne sahip ise haksız fiilinden sorumlu olacaktır. Bu durumda ceza zamanaşımı süresinin uygulama alanı bulup bulmayacağı hususu önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır (Aydos, s. 401).

<sup>26</sup> Tandoğan, s. 363 (Yargıtay 4. HD., T: 08.11.1948, E: 7351, K: 4627); Kılıçoğlu, s. 495; Çelik, s. 323-324 ve s. 367; Karahasan, cilt 2, s. 599, dn. 43; Tutumlu, s. 58; Özkaya, s. 242; Narter, s. 1421; Yağcıoğlu, s. 233; Aydos, s. 401; Savaş, Fatma Burcu: "Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlama Anı", TBBD., sayı 74, 2008 Ocak-Şubat, s. 145.

<sup>27</sup> Erdem, s. 139; Karacabey, s. 83; Resioğlu, s. 271; Tekil, Fahiman: Borçlar Hukuku, İstanbul

görüş daha isabetli görünmektedir. Zira, bu tür nedenlerle fail hakkında ceza verilmemiş olması (beraat kararı verilmesi), eylemin suç niteliğini ortadan kaldırmayacağından ceza zamanaşımı uygulanmalıdır. Nitekim Yargıtay'ın da bazı kararlarında bu görüşte olduğu anlaşılmaktadır<sup>28</sup>.

Şahsi cezasızlık nedenlerinin bulunması halinde ise, bu kişilere yönelik tazminat istemlerinde ceza zamanaşımı uygulanmalıdır<sup>29</sup>.

Yaş küçüklüğü gibi bir nedenle cezadan indirim yapılabilecek olması, elbette ceza zamanaşımının uygulanmasına engel değildir.

Bir haksız eylemden dolayı Cumhuriyet Savcılığınca takipsizlik kararı verilmesi veya bir eylemin hiçbir şekilde soruşturma ya da kovuşturma konusu yapılmaması, o eylemin suç niteliğinin araştırılmasına ve koşulları oluşmuşsa ceza zamanaşımının uygulanmasına engel olmadığı gibi takibi şikâyete bağlı suçlarda, şikâyet süresinin geçirilmiş olması, hiç şikâyetçi olunmaması veya şikâyetten vazgeçilmiş olması da dikkate alınmaz<sup>30</sup>. Böyle durumlarda, eylemin suç olup olmadığını ve buna bağlı olarak ceza zamanaşımının uygulanıp uygulanmayacağını hukuk hâkimi ceza hukuku kurallarına göre değerlendirecektir.<sup>31</sup>

---

1981, s. 155.

<sup>28</sup> Yargıtay 4. HD., T: 17.11.1988, E: 6907, K: 9827 (Bilgen, s. 524) "...Haksız fiil işleyen kişinin olay tarihinde 11 yaşından küçük olması nedeniyle ceza ehliyeti yoksa da işlemiş olduğu eylemin suç teşkil etmesi nedeniyle daha uzun olan ceza zamanaşımının uygulanması gerekir."; Yargıtay 4. HD., T: 18.04.2002, E: 2002/301, K: 2002/5075 (Kazancı İçtihat Bankası) "Küçüğün yaptığı ölümlü trafik kazası nedeniyle, babaya karşı, (TMK m. 369 gereği aile başkanı sıfatıyla değil), küçüğe "velayeten" açılan maddi ve manevi tazminat davasında, küçüğün haksız eylemi aynı zamanda Ceza Yasası uyarınca suç oluşturduğundan, uzamış (ceza) zamanaşımı uygulanacaktır."

<sup>29</sup> Erdem, s. 140.

<sup>30</sup> Çelik, s. 360 vd.; Erdem, s. 142; Özkaya, s. 242; Narter, s. 1421; Karacabey, s. 84; Tandoğan, s. 364; Aydos, 405; Savaş, s. 145-146; Yargıtay 4. HD., T: 20.09.1979, E: 1979/4725, K: 1979/9975 (Kazancı İçtihat Bankası) "...takibi şikâyete bağlı suçlarda, şikâyet süresinin geçirilmiş olması nedeniyle ceza davasının açıl(ma)ması, bu suça ait ceza zamanaşımının tazminat davasına uygulanmasına engel değildir. Çünkü şikâyet, ceza kovuşturmasının bir şartıdır ve bir cezalandırılabilme şartı değildir. Bu kovuşturma şartı eksik olsa bile yine suç vardır ve ancak bir kovuşturma konusu olamayacaktır."; Nitekim TCK m. 73/7'ye göre, suçtan zarar gören kişinin yalnızca şikâyetinden vazgeçmiş olması ve bu vazgeçme ile kamu davasının düşmesi, hukuk mahkemesinde tazminat davası açma hakkını ortadan kaldırmaz. Hukuk mahkemesinde tazminat davası açma hakkının kaybedilmesi için, ceza davasında ve hâkim huzurunda "kişisel haklardan da vazgeçtiğini" ayrıca ve açıkça beyan etmesi gerekir.

<sup>31</sup> Oğuzman/ Öz, cilt 2, s. 76; Erdem, s. 141; Reisoğlu, s. 271; Tandoğan, s. 362; Kılıçoğlu, s. 495; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 723; Feyzioglu, cilt 1, s. 715; Von Tuhr, Andreas: Borçlar Hukuku, cilt 1-2, çev. Cevat Edege, Yargıtay Yayınları, Ankara 1983, s. 386; Tunçomağ, s. 526; Tutumlu, s. 58; Aydos, s. 405; Karacabey, s. 84; Tekil, s. 155.

Tazminat davasında ceza zamaşıımının uygulanabilmesi için, ceza davasında şikâyetçi olunması ve katılma isteminde bulunulması da zorunlu değildir<sup>32</sup>.

Ceza mahkemesi fiilin suç teşkil ettiğine karar vererek fail hakkında mahkûmiyet kararı vermiş ve bu karar da kesinleşmişse, TBK m. 74 hükmü uyarınca ceza mahkemesinin bu kararı ile tazminat davasına bakan hukuk hâkimi bağlı olacaktır<sup>33</sup>. Tazminat davasına bakan hâkim, artık başka bir araştırma yapmadan salt bu karardan dolayı ceza zamaşıımını uygulayacaktır<sup>34</sup>.

Ceza mahkemesince verilen kararın beraat olması durumunda ise durum tartışmalıdır. Öğretideki bir kısım yazarlar<sup>35</sup>, beraat kararının hangi sebeple verilmiş olursa olsun, hukuk hâkimini bağlayacağından ceza zamaşıımının uygulanmasını engellediğini ileri sürmektedirler. Buna karşın, aynı görüşte olduğumuz bazı yazarlar ise<sup>36</sup> beraat kararlarını bir ayrıma tabi tutarak, sadece failin suçlu olmadığını kesin olarak tespit eden (maddi olgulara dayanan) beraat kararlarının ceza zamaşıımının uygulanmasını engellediği görüşündedirler.

Gerçekten de ceza mahkemesi, fiilin suç teşkil etmediği (suçun unsurlarının oluşmadığı) ya da suçun işlenmediği (eylem yokluğu veya eylemin sanık tarafından işlenmediği) gerekçesiyle beraat yönünde karar vermiş ise, artık hukuk hâkimi ceza hâkiminin kararıyla bağlıdır ve haksız eylemin suç teşkil edip etmediğini araştıramaz. Böyle bir durumda tazminat davasında, ceza davası zamaşıımı dikkate alınmayacaktır. Buna karşın, ceza mahkemesince verilen beraat kararı, fiilin suç oluşturmadığına ya da suçun işlenmediğine değil de,

<sup>32</sup> Yargıtay 4. HD., T: 16.12.2002, E: 2002/9658, K: 2002/14127 (YKD., cilt 29, sayı 10, Ekim 2003, s. 1511-1512) "...Ceza davasının ve müdahalenin varlığı veya yokluğu BK m. 60/2'deki (TBK m. 72/1, 2. cümledeki) uzamış (ceza) zamaşıımı süresini etkilemez"

<sup>33</sup> Oğuzman/ Öz, cilt 2, s. 76; Eren, s. 799; Kılıçoğlu, s. 501; Erdem, s. 141; Reisoğlu, s. 271; Çelik, s. 379-380; Tandoğan, s. 362; von Tuhr, s. 386; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 723; Özkaya, s. 242; Narter, s. 1420; Gökcan, s. 910; Feyzioğlu, cilt 1, s. 715; Tutumlu, s. 57; Karacabey, s. 84; Akçay, s. 74-75; Yargıtay 4. HD., T: 05.02.2001, E: 12024, K: 1003 (Çelik, s. 381); Yargıtay 4. HD., T: 04.04.1996, E: 2547, K: 2787 (Çelik, s. 381); Yargıtay 4. HD., T: 06.12.1988, E: 7505, K: 10477 (Çelik, s. 381).

<sup>34</sup> Erdem, s. 141.

<sup>35</sup> Kılıçoğlu, s. 501; Ergenekon, Yılmaz: Türk Borçlar Hukukunda Müruruzamanın Kat'ı ve Tatili ile Mukayesesi, Ankara 1960, s. 57; Reisoğlu, s. 271; Arsebük, Esat: *Borçlar Hukuku*, cilt 1-2, 3. Baskı, Ankara 1950, s. 570; Tunçomağ, s. 526; Gürkanlar, s. 121; Tekil, s. 155.

<sup>36</sup> Oğuzman / Öz, cilt 2, s. 76; Eren, s. 835; Erdem, s. 141; Feyzioğlu, cilt 1, s. 716; Çelik, s. 321 ve s. 378 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 723; Mustafa Kılıçoğlu, s. 789; Özkaya, s. 242; Uygur, Şerh, s. 532; Narter, s. 1420; Tandoğan, s. 362-363; Karacabey, s. 85-86; Aydos, s. 404; Savaş, s. 145.

delillerin mahkûmiyet için yeterli olmadığı şeklindeki bir gerekçeye dayanıyor-  
sa, yani beraat kararı delil yetersizliğinden dolayı verilmişse, tazminat davası-  
na bakan hâkim bu kararla bağlı olmayıp fiilin suç niteliğinde olup olmadığını  
araştırması gerekecektir. Böyle bir durumda, hukuk hâkimi, fiilin sorumlu kişi  
tarafından işlenip işlenmediğini de ayrıca takdir edecektir.

Aynı şekilde ceza mahkemesince verilen beraat kararı suç kastı bulunma-  
dığı gerekçesiyle verilmiş ise, hukuk hâkimi bu kararla bağlı olmayıp sorumlu  
kişinin kusurunun bulunup bulunmadığını da araştıracaktır.

Yargıtay da bazı kararlarında<sup>37</sup> ayırım yapmadan her türlü beraat kararının  
ceza zamanaşımının uygulanmasına engel olduğunu belirtmiş ise de, Yüksek  
Mahkeme kararlarının çoğunluğunda<sup>38</sup>, suçun unsurlarının bulunmadığı ge-  
rekçesiyle beraat kararı verilmesi hali dışında, (özellikle delil yetersizliğinden  
beraat kararı verilmesi durumunda) eylemin suç oluşturup oluşturmadığının  
hukuk yargıcı tarafından değerlendirilip saptanması gerektiği belirtilmiştir.

Haksız fiile dayanan tazminat davasında hâkim, aynı fiil nedeniyle ceza  
mahkemesinde devam eden yargılama sürecini bekletici sorun yapamaz<sup>39</sup>. Zira  
bekletici sorun, bir davada hüküm verilebilmesinin başka bir davaya kısmen  
veya tamamen bağlı olması hâline münhasırdır (HMK m. 165). Oysa bu du-  
rumda hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözümlenmesi

---

<sup>37</sup> Yargıtay 4. HD., T: 23.10.2000, E: 2000/5922, K: 2000/9039 (Karara konu olayda, elektrik çarpması sonucu davacının tazminat istemi söz konusudur. Dava şirket ve çalışanları aleyhinde açılmıştır. Ancak şirket yetkilileri aleyhinde açılan ceza davası beraat ile sonuçlanmıştır. Bu durumda, şirket yetkilileri aleyhinde açılacak olan davanın ceza zamanaşımına değil, bir (iki) yıllık kısa zamanaşımı süresine tabi olduğu, bu sürenin geçmiş olması nedeniyle bunlar hakkındaki davanın zamanaşımından reddi gerektiğine karar verilmiştir (Kılıçoğlu, s. 501, dn. 670).

<sup>38</sup> Yargıtay HGK, T: 18.11.1981, E: 1979/4-231, K: 1981/744 (Kazancı İçtihat Bankası) "...hukuk hâkimi, ceza tertibine ilişkin olarak ceza hâkimince verilen ve suçun işlendiğine ya da işlenmediğini kesinlikle tespit eden bir hüküm varsa, bununla bağlıdır (BK m. 53, TBK m. 74). Ancak, ceza hâkimi eylemin suç olup olmadığı üzerinde durmaksızın delil yetersizliği nedeniyle beraat kararı vermiş olursa hukuk hâkimi bununla bağlı olmayarak haksız eylemin suç niteliğini taşıyıp taşımadığını araştırır. Bunun gibi ortada böyle bir hüküm bulunmaması halinde de hukuk hâkimi, cezai sorumluluğu gerektiren bir eylemin işlenmiş olup olmadığını serbestçe inceleyip takdir eder ve olaya uygulanacak zamanaşımını belirler." Aynı yönde bkz. Yargıtay 4. HD., T: 20.12.2010, E: 2010/14109, K: 2010/13254 (UYAP); Yargıtay 4. HD., T: 28.12.2007, E: 13984, K: 16462 (Çelik, s. 321); Yargıtay 4. HD., T: 11.10.2001, E: 5007, K: 9346 (Çelik, s. 321); Yargıtay, 11. HD., T: 22.04.1999, E: 1998/8330, K: 1999/3098 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>39</sup> Kılıçoğlu, s. 482-483. Aksi görüş için bkz. Erdem, s. 142. Ayrıca Yargıtay'ın da aksi yönde verdiği kararlar bulunmaktadır. Örnek olarak bkz. Yargıtay 3. HD., T: 30.03.2009, E: 2009/2018, K: 2009/5425 (UYAP).

mümkün olan bir konu söz konusudur<sup>40</sup>. Bu tür olaylarda hâkimin bilirkişiye başvurmasını yasaklayan HMK'nun 266. maddesinin kıyasen uygulanması suretiyle hukuk yargıcının ceza davasının sonucunu bekletici mesele yapmaması gerektiğini söyleyebiliriz. Ayrıca yargının ağır işleyişi karşısında (hükmün kesinleşmesi için beklenecek süre de göz önünde bulundurulduğunda) ceza mahkemesi kararını beklemek mağdurun mağduriyetini arttıracak sonuçlara yol açabilir<sup>41</sup>.

Haksız eylem failinin olaydan sonra ölmesi durumlarında, (fiile ve tazminat alacaklısının hakkına öncelik verilmesi gerekliliği) ve ayrıca külli halefiyetin doğal bir sonucu olarak ceza zamanaşımının mirasçılar aleyhine açılan tazminat davasında uygulanması gerekir<sup>42</sup>. Bu konuya ileride ayrıntılı bir şekilde yer verileceğinden şimdilik bu kadarını açıklamakla yetiniyoruz.

Mağdurun ölmüş olması halinde, TBK m. 53 gereği yakınların maddi tazminat talepleri ve TBK m. 56/2'ye dayanan manevi tazminat talepleri için de ceza zamanaşımı süresi uygulanmalıdır<sup>43</sup>.

Ceza kanunlarına göre suç teşkil eden bir haksız fiil, genel af suçu olmaktan çıkarılırsa, artık hukuk mahkemesinde görülen tazminat davası için ceza zamanaşımı uygulanmayacaktır<sup>44</sup>. Genel af kabul edildiği için ceza zamanaşımı uygulanması durumu ortadan kalkmış ise, hukukî güvenlik gereği TBK m. 72/1, ilk cümlede yer alan iki ve on yıllık zamanaşımı sürelerinin, genel af kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren işlemeye başlaması gerekir<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> Aydos, s. 404-405.

<sup>41</sup> Aydos, s. 405.

<sup>42</sup> Oğuzman/ Öz, cilt 2, s. 77; Eren, s. 836; Çelik, s. 324; Erdem, s. 145; Narter, s. 1421; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 726. Aksi görüş için bkz. Tutumlu, s. 61.

<sup>43</sup> Erdem, s. 145; Yargıtay 4. HD., T: 27.01.2009, E: 2008/4422, K: 2009/1139 (Kazancı İçtihat Bankası) "Dava, trafik kazası sonucu desteğin ölümü nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. Olayda uygulanacak zamanaşımı, uzamış (ceza) zamanaşımıdır."

<sup>44</sup> Oğuzman / Öz, cilt 2, s. 76; Eren, s. 835; Çelik, s. 327; Feyzioğlu, cilt 1, s. 711; Kılıçoğlu, s. 503; Erdem, s. 143; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 724; Tutumlu, s. 58; Özkaya, s. 243; Uygur, Şerh, s. 533; Antalya, s. 512; Narter, s. 1421; Gökcan, s. 910; Akçay, s. 76-77; Karacabey, s. 89; Arık, K. Fikret: "Haksız Fiil Zamanaşımı Af Halinde Ceza Zamanaşımı Tatbik Edilir mi? Edilmezse Tazminat Davasının Zamanaşımı Ne Zaman Başlar?", SBF, 1954/3, s. 251 vd.; Yargıtay İBK. T: 07.12.1955, E: 1955/17, K: 1955/26 (Erdem, s. 143).

<sup>45</sup> Oğuzman /Öz, cilt 2, s. 77; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 724; Erdem, s. 143; Eren, s. 835; Tandoğan, s. 364-365; Karacabey, s. 90-91; Narter, s. 1421; Antalya, s. 512; Yargıtay, TBK m. 72/1, 1. cümlede yer alan sürelerin bu durumda ne zaman işlemeye başlayacağı konusunda çelişkili kararlar vermiştir. Şöyle ki, bazı kararlarında af yasaının yürürlüğe girmesi ile başlayacağını (Yargıtay HGK., T: 20.10.1954, E: 1954/4-143, K: 1954/146; Yargıtay 3. HD., T: 06.02.1969, E: 1969/705, K: 1969/756), bazı kararlarında ise ceza mahkemesinin af kanununa uygun olarak cezanın düşmesine karar verdiği ve bu kararın kesinleştiği tarih-

Örneğin<sup>46</sup>, fiilin işlendiği tarihte mağdur zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrenmiş olsa dahi, on beş yıllık ceza davası zamanaşımına tabi olan bir fiil iki yıl sonra genel af sonucu cezalandırılmaktan çıkarılınca, iki yıllık kısa (nispi) zamanaşımı süresi dolmuş sayılmayacak ve af tarihinden itibaren yeniden işlemeye başlayacaktır. Fakat, on yıllık mutlak zamanaşımı süresi, on yıldan daha uzun olan eski ceza zamanaşımı süresi ile sınırlı olmak üzere uygulanmalıdır. Aksi halde, eski ceza zamanaşımı süresinden bile uzun bir süre gündeme gelebilir<sup>47</sup>.

Genel affın aksine özel af, fiili suç olmaktan çıkarmadığından ve sadece cezayı ortadan kaldırdığından, bu halde tazminat davalarında ceza zamanaşımının dikkate alınması gerekecektir<sup>48</sup>.

Herhangi bir af olmaksızın, fiil hakkındaki ceza zamanaşımının kısaltılması halinde, kısaltılmış zamanaşımı yine de TBK m. 72'deki iki ve on yıllık zamanaşımı sürelerinden daha uzunsa, bu haliyle ceza zamanaşımı uygulanmaya devam edecektir. Kısaltılan ceza zamanaşımının, anılan zamanaşımı sürelerinden daha kısa olması halinde ise, bu kısaltma tarihinden itibaren artık şartları çerçevesinde TBK m. 72'deki iki ve on yıllık zamanaşımı süreleri işlemeye başlayacak ve tazminat davasında uygulanma niteliğine sahip olacaktır. Fakat, burada da on yıllık mutlak zamanaşımı süresinin, on yıldan daha uzun olan eski ceza zamanaşımı süresi ile sınırlı olmak üzere uygulanması gerektiğine dikkat edilmelidir<sup>49</sup>.

## **B. Fiil İçin Ceza Kanunlarının Öngördüğü Zamanaşımı Süresi TBK m. 72'de Düzenlenen Sürelerden Daha Uzun Olmalıdır**

Haksız fiil teşkil eden eylemin aynı zamanda suç teşkil etmesi halinde, ceza zamanaşımının uygulanabilmesi için, bu suçla ilgili olarak kabul edilen ceza zamanaşımı süresinin tazminat alacağına ilişkin zamanaşımı süresinden daha uzun olması gerekmektedir<sup>50</sup>.

---

ten itibaren başlayacağını ifade etmiştir (Yargıtay 15. HD., T: 15.05.1975, E: 1975/2615, K: 1975/2626; Yargıtay HGK., T: 18.11.1981, E: 1979/4-231, K:1981/744 "Af Yasası kamu davası açılmadan önce çıkmış ise, bir yıllık hukuk zamanaşımı süresi Af Yasasının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, şayet Af Yasası kamu davasının açılmasından sonra çıkmış ise, bu takdirde de af nedeniyle ceza davasının düşmesine ilişkin kararın kesinleşmesi gününden itibaren işlemeye başlayacaktır").

<sup>46</sup> Oğuzman/ Öz, cilt 2, s. 77.

<sup>47</sup> Erdem, s. 143.

<sup>48</sup> Oğuzman/ Öz, cilt 2, s. 76; Eren, s. 835; Kılıçoğlu, s. 503; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 724; Tutumlu, s. 58; Erdem, s. 144; Çelik, s. 326; Narter, s. 1421; Gökcan, s. 910; Karacabey, s. 90; Yargıtay 4. HD., T: 11.12.1978, E: 12356, K: 13942 (Tutumlu, s. 58, dn. 135).

<sup>49</sup> Erdem, s. 144.

<sup>50</sup> Oğuzman/ Öz, cilt 2, s. 75; Eren, s. 836; Erdem, s. 138; Kılıçoğlu, s. 495; Çelik, s. 308;



Ceza zamaşıımı süresinin kabul ediliş nedeni gözetildiğinde, daha uzun olmak koşuluyla bu sürenin hem iki yıllık kısa zamaşıımı süresi hem de on yıllık mutlak zamaşıımı süresi açısından uygulanması gerektiği kabul edilmektedir<sup>51</sup>.

On yıldan fazla ceza zamaşıımı süresinin gündeme geldiği bir durumda, artık kısa (nispi) ve mutlak zamaşıımı süresi devre dışı kalacaktır. Yani, bu durumda, bu süre hem iki yıllık kısa zamaşıımı süresinin hem de on yıllık mutlak zamaşıımı süresinin yerini alacak<sup>52</sup>, tazminat davası en geç bu sürenin sonuna kadar açılabilir. Örneğin, ceza zamaşıımı süresi onbeş yıl ise, fiilin gerçekleştiği tarihte zarar ve sorumlu kişiyi öğrenen zarar gören, iki yıl değil on beş yıl içinde dilediği vakit dava açabilecektir.

Ceza zamaşıımı süresi, kısa zamaşıımı süresinden uzun, mutlak zamaşıımı süresinden kısa ise, bu durumda sadece kısa zamaşıımı süresinin yerine uygulanma imkanına sahip olacak, on yıllık süreye bir etkisi olmayacaktır<sup>53</sup>. Burada da zarar gören, zarar ve sorumlu kişiyi ne zaman öğrenmiş olursa olsun ceza zamaşıımı süresi içinde tazminat davası açabilecek, ancak on yıllık sürenin geçmemiş olmasına dikkat edecektir. Örneğin, ceza zamaşıımının sekiz yıl olduğu bir olayda, zarar gören, zarar ve tazminat sorumlusunu öğrenmesinden itibaren iki yıldan fazla bir süre geçmiş olsa bile, eğer olayın üzerinden sekiz yıl geçmemişse tazminat davası açabilecektir.

Buna karşın, ceza zamaşıımı süresi dolmuş olsa dahi, TBK m. 72/1, ilk cümle uyarınca, zarar gören, zarar ve tazminat sorumlusunu öğrendiği tarih-

---

Tutumlu, s. 59; Uygur, Şerh, s. 531; Narter, s. 1420; Gökcan, s. 910; Akçay, s. 76; Aydos, s. 405; Mustafa Kılıçoğlu, s. 790; Karacabey, s. 86. Eğer ceza zamaşıımı süresi, iki yıllık kısa zamaşıımı süresinden daha kısa ise, o zaman yine TBK m. 72/1, ilk cümle (hukuk zamaşıımı) olaya uygulanacaktır. Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK., T: 18.11.1981, E: 1979/4-231, K: 1981/744 (Kazancı İçtihat Bankası) "Eğer ceza kanunundaki ya da ceza hükümlerini taşıyan kanunlardaki bu eylem için kabul edilen zamaşıımı süresi, Borçlar Kanunundaki bir (iki) yıllık süreden daha kısa ise, o zaman yine BK m. 60/1 (TBK m. 72/1, 1. cümle) olaya uygulanacak; ceza kanunundaki zamaşıımı süresi BK m. 60/1'deki (TBK m. 72/1, 1. cümledeki) süreden daha uzun ise, o zaman bu uzun süre tazminat davaları için de uygulama yeri bulacaktır."

<sup>51</sup> Eren, s. 836; Kılıçoğlu, s. 496; Erdem, s. 137; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 725; Tandoğan, s. 361; Karahasan, cilt 2, s. 600; Narter, s. 1420; Gökcan, s. 910-911; Karacabey, s. 86; Tutumlu, s. 59.

<sup>52</sup> Oğuzman/ Öz, cilt 2, s. 75; Eren, s. 836; Kılıçoğlu, s. 496; Erdem, s. 137; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 725; Karacabey, s. 86; Narter, s. 1420; Akçay, s. 76.

<sup>53</sup> Oğuzman/ Öz, cilt 2, s. 75-76; Çelik, s. 308; Eren, s. 836; Erdem, s. 137-138; Karahasan, cilt 2, s. 601; Tandoğan, s. 361; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 725; Karacabey, s. 86; Narter, s. 1420; Gökcan, s. 911; Tutumlu, s. 59; Akçay, s. 76-77.

ten itibaren işlemeye başlayan iki yıllık kısa zamanaşımı süresi içinde tazminat davası açabilir<sup>54</sup>. Elbette burada on yıllık mutlak zamanaşımı süresi etkisini sürdürmeye devam edecektir. Örneğin, ceza zamanaşımının sekiz yıl olduğu bir olayda, zarar gören, zarar ve sorumlu kişiyi yedi yıl sonra öğrenmişse iki yıl içinde, dokuz yıl sonra öğrenmişse bir yıl içinde tazminat davası açmalıdır.

### III. CEZA ZAMANAŞIMININ UYGULANACAĞI KİŞİLER

#### A. Genel Olarak

Ceza zamanaşımı kural olarak ancak suç teşkil eden haksız eylemi işleyenler hakkında (yani cezaen sorumlu olanlara) uygulanır. Başkasının suç teşkil eden bir fiilinden dolayı tazminat sorumluluğu altında olan (yani kendi fiilleri suç teşkil etmeyen) kişiler hakkında TBK m. 72/1, 2. cümle uygulanmaz<sup>55</sup>. Ancak ek kusur durumunda, ceza zamanaşımının bu kişiler hakkında da uygulanacağı kabul edilmektedir. Örneğin, kusur koşulu aranmadan tazminat sorumluluğu altında bulunan bir kişinin, zararın meydana gelmesinde ayrıca bir kusurunun bulunması (yani kendi eyleminin ayrıca bir suç teşkil etmesi) halinde bu kişi hakkında da ceza zamanaşımı uygulanır.

<sup>54</sup> Öğretideki tartışmalar için bkz. Mustafa Kılıçoğlu, s. 800-801; Yargıtay 4. HD., T: 30.06.1987, E: 4153, K: 5443 (Uygur, cilt 3, s. 2832) "...dava, gerek BK m. 60'da (TBK m. 72'de) öngörülen bir (iki) yıl, gerekse ikinci fıkrasında öngörülen uzamış zamanaşımı içinde açılmamış ise de, olay tarihinden itibaren on yıl içinde açılmış bulunmaktadır. Bu on yıl içinde açılma, aynı zamanda zarar ve faile ittildan itibaren bir (iki) yıl içinde açılma koşullarını da taşıyorsa...mahkemenin zamanaşımı def'ini reddetmesinde hukuka aykırı bir yön yoktur."; Yargıtay HGK., T: 16.04.2008, E: 2008/4-326, K: 2008/325 (Kazancı İçtihat Bankası) "...Ancak, zarar veya onun faili, uzamış zamanaşımı süresinin bitmesinden sonra öğrenilmiş ise; davanın öğrenme tarihinden itibaren, 2918 sayılı Kanununun 109. maddesindeki iki yıllık süre içerisinde açılması gerekir."; Aynı yönde bkz. Yargıtay 4. HD., T: 07.07.2003, E: 2003/7515, K: 2003/8906 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>55</sup> Oğuzman/ Öz, cilt 2, s. 77; Eren, s. 836; Kılıçoğlu, s. 497; Erdem, s. 145; Reisoğlu, s. 271; Akçay, s. 77; Karahasan, cilt 2, s. 603; Mustafa Kılıçoğlu, s. 800; Antalya, s. 511; Özkaya, s. 246; Uygur, Şerh, s. 531; Gökcan, s. 911; Nomer, s. 169; Kayıhan, s. 233; Karacabey, 88; Tutumlu, s. 60 vd.; Yargıtay 4. HD., T: 23.06.1967, E: 4436, K: 5427 (Tutumlu, s. 61, dn. 149) "BK m. 60/2'de (TBK m. 72/1, 2. cümlede) yazılı olan ve suç niteliği bulunan haksız eylemlere ilişkin olan tazminat davalarında ceza zamanaşımının uygulanacağı kuralı, yalnız haksız eylemi işleyenlere karşı açılan davalarla sınırlıdır. Suç niteliğindeki haksız eylemden ötürü, malca sorumlu olanlara karşı açılan davalarda uygulanacak zamanaşımı, TCK m. 465'deki düzenleme hariç, BK m. 60'da (TBK m. 72/1, ilk cümlede) yazılı bir (iki) yıllık zamanaşımı uygulanır." Yargıtay 4. HD., T: 09.04.2009, E: 2008/10964, K: 2009/5304 (UYAP) "...ceza sorumluluğu olmadığı için gazete sahibi hakkında uzamış (ceza) zamanaşımının uygulanması olanağının da bulunmadığı belgindir."

## B. Sebep (Kusursuz) Sorumluluklarda Ceza Zamaşıımı

Aynı fiil yüzünden başka hukuki sebeplerle (örneğin adam çalıştırının<sup>56</sup> ve ev başkanının sorumluluğunda olduğu gibi) kusursuz<sup>57</sup> sorumlu olanlar hakkın-

<sup>56</sup> Yürürlükten kaldırılan 765 sayılı TCK'nun 465. maddesi kapsamındaki suçlarda bu kişiler hakkında da ceza zamaşıımı uygulanıyordu. Anılan hüküm şu şekilde düzenlenmişti: "Bir kimsenin veya bir şirketin hizmetinde bulunanlar tarafından vazife ve hizmet sırasında işlenen 455 ve 459'uncu maddelerde yazılı cürümlerden dolayı hükmedilecek tazminattan o kimse veya şirket malen mes'uldür." Bu düzenleme karşısında Yargıtay, BK m. 55 hükmüne nazaran, TCK m. 465 hükmünün özel bir düzenleme olduğunu kabul etmekte ve çalışanın TCK m. 455 ve TCK m. 459 hükmünde belirtilen suçları işlemesi halinde, tazminat sorumluluğu açısından adam çalıştırın hakkında da ceza zamaşıımın uygulanacağını kabul etmekteydi. Nitekim Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bir kararında aynen şu şekilde karar vermiştir: "Somut olayda davacıya zarar verenin davalı tarafından çalıştırılan konumunda bulunduğu tartışmasızdır. Böyle bir kişinin verdiği zarardan zararı veren kişiyle birlikte onu çalıştırın da hukuki sorumluluğu bulunacağı BK'nun 55. maddesinde ifade edilmiştir. BK'nun anılan maddesinde genel düzenleme dışında TCK'nun 465. maddesinde bir kimsenin veya bir şirketin hizmetinde çalışanlar tarafından çalıştırları sırada işlenen ve TCK'nun 455 ve 459. maddelerinde yazılı eylemlerden dolayı hükmedilecek tazminattan haksız eylemi yapan kişi veya çalıştırın da sorumlu olacağı ifade edilmiştir. Açıklanan şu yasal düzenlemeler itibarıyla TCK'nun 465. maddesinin, BK'nun 55. maddesine göre daha özel nitelik taşıdığı ve çalıştırın da hukuki sorumluluğunun TCK'nun 455 ve 459. maddelerindeki eylemlerle sınırlı tutulduğu anlaşılmaktadır. Yasa koyucu böyle bir düzenlemeyi getirmiş olduğuna göre çalışanın özensiz davranması nedeniyle meydana getirdiği zarardan dolayı çalışanın tabi olduğu zamaşıımının çalıştırın için de uygulanması gerektiği sonucuna varılmalıdır." (Yargıtay 4. HD., T: 31.01.2000, E: 1999/10753, K: 2000/610, Tutumlu, s. 184-186). Anılan Yargıtay kararına muhalefet şerhi koyan Yargıtay üyeleri, adam çalıştırın hakkında ceza davası zamaşıımı süresinin ceza yargılaması devam ettiği sürece söz konusu olabileceğini, ceza mahkemesinde karar verildikten sonra ceza zamaşıımının uygulanmayacağı belirtmişlerdir. Nitekim Yargıtay HGK., T: 27.06.2001, E: 4-472, K: 547 sayılı kararında (Tutumlu, s. 66-67) "TCK'nun 465. maddesinin verdiği bu imkan sonucu sadece ceza davasının devam ettiği sürece BK'nun 60/1. maddesindeki bir yıllık sürenin dolduğundan söz edilemeyecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus; ceza davasının varlığı nedeniyle uzamış olan zamaşıımının (uzamış) zamaşıımı süresi kadar olmayıp, haksız fiil sorumlusu hakkındaki ceza davasının süresi ile sınırlıdır." şeklinde karar vermiştir (Akçay, s. 77, dn. 128). Ne var ki, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'da, mülga TCK m. 465'in karşılığı bulunmadığı gibi, 5271 sayılı CMK ile, mülga 1412 sayılı CMUK m. 365'te düzenlenen kamu davasına katılarak şahsi hakların hüküm altına alınması usulü de kaldırılmıştır. Diğer yandan, 5237 sayılı TCK'nun 20/2. maddesi ile tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımının uygulanamayacağı kabul edilmiştir. Bu nedenle yeni yasalara göre (01.06.2005 tarihinden sonra), adam çalıştırın gerek ceza ve tüzel kişiler hakkında istisnasız olmaksızın ceza zamaşıımı uygulanamayacaktır.

<sup>57</sup> Kusurun aranmadığı sorumluluk hallerine Türk Borçlar Kanununda, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin hukuki sorumluluğu (TBK m. 65), adam çalıştırın sorumluluğu (TBK m. 66), hayvan tutucusunun sorumluluğu (TBK m. 67), bina malikinin sorumluluğu (TBK m. 69) ile Türk Medeni Kanununda düzenlenen taşınmaz malikinin sorumluluğu (TMK m. 730) ve aile başkanının sorumluluğu (TMK m. 369) gösterilebilir. Bunun dışında özel kanunlarla 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda (m. 85) düzenlenen araç işletenin sorumluluğu, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'na göre (m. 134) sivil hava aracı işletenin sorumluluğu

da ceza zamaşaşımı uygulanmaz<sup>58</sup>. Örneğin, bir şahsın yanında çalışan şoförün kaza sonucu bir kişiye yaralaması halinde, fiil aynı zamanda suç teşkil ediyorsa şoför aleyhine açılacak tazminat davası, ceza zamaşaşımı süresi içinde zamaşaşımına uğrar. Halbuki, aynı fiilden dolayı adam çalıştıran sıfatıyla işveren aleyhine açılacak olan tazminat davası hukuk zamaşaşımı süresine tabidir. Yargıtay kararlarının büyük çoğunluğunun da bu yönde olduğu görölmektedir<sup>59</sup>.

### C. Tüzel Kişi Organlarının Sorumluluğunda Ceza Zamaşaşımı

Organlarının suç niteliğindeki haksız fiilleri nedeniyle tüzel kişiye karşı açılacak tazminat davaları açısından ceza zamaşaşımının uygulanıp uygulanmayacağı öğretide tartışmalıdır<sup>60</sup>. TMK m. 48/2 gereği, tüzel kişilerin, organlarının eylemlerinden dolayı sorumlu oldukları kabul edilmekle beraber, bu sorum-

---

ve nihayet 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyetleri Kanunu'na (m. 62) göre Devletin askerî manevra ve atışlardan doğan sorumluluğu da kusursuz sorumluluk halleridir.

<sup>58</sup> Oğuzman/ Öz, cilt 2, s. 77; Kılıçoğlu, s. 497; Erdem, s. 145; Antalya, s. 514; Tandoğan, s. 363-364; Reisoğlu, s. 271; Tutumlu, s. 61; Özkaya, s. 246; Narter, s. 1421; Nomer, s. 169; Karacabey, s. 88; Kayıhan, s. 233; Beyazyüz, Selçuk - Zapata, Tan Tahsin: Borçlar Hukuku, Ankara 2005, s. 100; Saymen/ Elbir, s. 529; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 725; Tunçomağ, s. 526; Eren, s. 836 "...TBK m. 69'a göre adam alıştıranla TMK m. 369'a göre ev başkanının sorumluluğu, çalışanın (işçinin) veya ev başkanlığı altında bulunan (küçük, kısıtlı, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunan) kişilerin davranışına değil, adam alıştıranın veya ev başkanının objektif özen ödevinin ihlaline dayandığı için, ceza davası zamaşaşımı süresi adam çalıştıran ve ev başkanı aleyhine açılan davalarda uygulanmaz. Ancak, bunların davranışı, suç teşkil eden bir fiil niteliği arzettiği takdirde ceza zamaşaşımı uygulama alanı bulur."

<sup>59</sup> Yargıtay 4. HD., T: 14.02.2005, E: 2005/7601, K: 2005/1176 "Eylem suç teşkil edip olayda ceza zamaşaşımının uygulanması gerekir ise, bu süre ancak haksız eyleme katılan için kabul edilebilir. Halbuki, davalı, eylemin faili olmayıp hakkında, TMK m. 369'a göre dava açılmıştır. Bu durumda ceza zamaşaşımının uygulama olanağı bulunmamaktadır. Bu halde süre bir (iki) yıldır."; Yargıtay HGK., T: 27.06.2001, E: 2001/4-472, K: 2001/547 "...ceza zamaşaşımının ancak suç işlemiş olan veya onun fiiline bir şekilde katılmış olanlara karşı uygulanacağı, adam çalıştıran ve malca sorumlu olanlara uygulanamayacağı..."; Yargıtay 4. HD., T: 15.01.1979, E: 1978/12904, K: 1979/146 "Kural olarak, ceza (uzamış) zamaşaşımı, haksız eylemi işleyen kişilere karşı açılan davalarda uygulanabilir. Buna karşılık, Medeni hukuk yönünden sorumlu olan üçüncü kişiler hakkında BK'nun 60/2. (TBK'nun 72/1, 2. cümle) maddesi hükmünün uygulanabilme olanağı yoktur. Örneğin, cezayı gerektiren haksız eylemi işleyen kimseyi istihdam eden (BK m. 55, TBK m. 66) ya da organlarından sorumlu olan tüzel kişilere (TMK m. 48) ceza davasına ilişkin zamaşaşımı uygulanamaz." Aynı yönde bkz. Yargıtay 4. HD., T: 19.10.2009, E: 2009/32, K: 2009/11542; Yargıtay 4. HD., T: 27.01.2003, E: 2002/10604, K: 2003/805; Yargıtay 4. HD., T: 23.12.2002, E: 2002/9964, K: 2002/14403; Yargıtay 4. HD., T: 30.06.1977, E: 1976/893, K: 1977/7606 (Karacabey, s. 88, dn. 38); Yargıtay 4. HD., T: 21.02.1975, E: 1974/9502, K: 1975/2243 (Karacabey, s. 88, dn. 38).

<sup>60</sup> Eren, s. 836; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop s. 725-726; Erdem, s. 144; Reisoğlu, s. 272; elik, s. 349 vd. ve s. 412 vd.; Aydos, s. 407-408; Savaş, s. 144; Güleç (Uçakhan), Sema: Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara 2012, s. 255; Tutumlu, s. 63.

luluğun kusur sorumluluğu olup olmadığı konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Gerçeklik kuramından hareket eden bir kısım yazarlar<sup>61</sup> burada organın iradesinin tüzel kişinin iradesi sayılması gerektiği, bu yüzden organın kusurlu eyleminin de tüzel kişiye ait bir eylem olduğu ve kusura dayanan bir sorumluluk bulunduğu, bu nedenle ceza zamaşaşımının uygulaması gerektiği görüşündedirler. Diğer bazı yazarlar ise<sup>62</sup>, tüzel kişinin niteliği gereği kendisinin bir kusur işleyemeyeceğini, organ sıfatını taşıyan gerçek kişilerin kusurlu eylemlerinden kendi kusuru olmaksızın sorumlu tutulduğunu, bu nedenle ceza zamaşaşımının tüzel kişiler yönünden uygulanamayacağını ileri sürmektedir.

Federal Mahkeme, organların tüzel kişinin bir parçasını teşkil ettiklerini, hareketlerinin üçüncü kişilerin hareketi olarak nitelendirilemeyeceğini belirttikten sonra, organların suç niteliğindeki haksız fiillerinden ötürü tüzel kişiye karşı açılacak tazminat davalarında, ceza davası zamaşaşımının uygulama alanı bulacağına karar vermiştir<sup>63</sup>.

Yargıtay kararlarında ise uzun bir süre organlarının işlediği haksız fiil aynı zamanda suç teşkil etse bile tüzel kişi hakkında (TMK m. 48) ceza zamaşaşımının uygulanamayacağı kabul edilmişti<sup>64</sup>. Ancak, Yüksek Mahkeme son zamanlarda, tüzel kişilerin organlarının işledikleri haksız fiilde, organın fiili tüzel kişiyi sorumluluk altına sokacağından, organı oluşturan kişilerin suç teşkil eden eylemlerinden dolayı tüzel kişi aleyhine açılacak davalarda ceza zamaşaşımı süresinin uygulanması gerektiği görüşünü ileri sürmeye başlamıştır<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> Eren, s. 836 ve orada dn. 25'te yollama yapılan yazarlar: Deschenaux/ Tiercier, s. 204; Brehm, Art. 60, N. 98; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop s. 725-726; Erdem, s. 144 ve orada dn. 542'de yollama yapılan yazarlar: Werro N 1466; Tappy, s. 393; Reisoğlu, s. 272; Çelik, s. 349 vd. ve s. 412 vd.; Narter, s. 1420; Antalya, s. 514; Aydos, s. 407-408; Savaş, s. 144.

<sup>62</sup> Eren, s. 836, dn. 25'te yollama yapılan yazarlar: Oser/Schonenborger, Art 60 N 15, Von Büren s. 427; Güleç, s. 255; Tutumlu, s. 63; Nomer, s. 169.

<sup>63</sup> BGE 112 II 189 vd.; 111 II 440; 112 II 190 (Eren, s. 836, dn. 25); BGE 133 III 6; BGE 125 III 339, JdT 1999 I 859; BGE 111 II 429 (Erdem, s. 144, dn. 542); RO 112 II 172, 08.04.1986 (Savaş, s. 144, dn. 81).

<sup>64</sup> Yargıtay HGK., T: 11.06.2003, E: 2003/4-359, K: 2003/406 (Kazancı İçtihat Bankası) "...tüzel kişilerin organlarının işledikleri haksız fiil aynı zamanda suç teşkil etse bile...ayrık durumlar dışında tüzel kişi hakkında uzamış ceza zamaşaşımının uygulanamayacağı..."; Yargıtay 4. HD., T: 15.01.1979, E: 1978/12904, K: 1979/146 (Kazancı İçtihat Bankası) "...ceza gerektiren haksız eylemi işleyen kimseyi istihdam eden (BK m. 55, TBK m. 66) ya da organlarından sorumlu olan tüzel kişilere (TMK m. 48), ceza davasına ilişkin zamaşaşımı uygulanamaz."; Aynı yönde bkz. Yargıtay 4. HD., T: 28.03.2011, E: 2010/3587, K: 2011/3269 (UYAP); Yargıtay 7. HD., T: 03.11.2009, E: 2009/2530, K: 2009/4905 (UYAP); Yargıtay 4. HD., T: 12.01.2009, E: 2008/4564, K: 2009/295 (UYAP); Yargıtay 4. HD., T: 20.01.2000, E: 1999/9466, K: 2000/284 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 4. HD., T: 05.03.1984, E: 1984/1671, K: 1984/2104 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>65</sup> Yargıtay HGK., T: 26.09.2012, E: 2012/4-319, K: 2012/619 (Kazancı İçtihat Bankası) "Tüzel kişilerin organlarının işledikleri haksız fiil aynı zamanda suç teşkil ediyorsa ceza zamaşaşımı

#### D. Motorlu Araç İşletenin Sorumluluğunda Ceza Zamaşıımı<sup>66</sup>

Yargıtay'ın konuya ilişkin olarak verdiği eski tarihli kararlarında KTK m. 109/2'de öngörülen ceza davası zamaşıımı süresinin işleten ve araç sahibi hakkında uygulanamayacağı görüşünü kabul ettiği anlaşılmaktadır<sup>67</sup>. Bununla birlikte, ülkemizde her geçen gün artış gösteren trafik kazaları sonucu doğan zararlar nedeniyle mağdur kişileri korumak düşüncesiyle Yargıtay'ın sonraki tarihli kararlarında, ceza zamaşıımı süresinin işleten açısından da uygulanacağı yönünde görüşünü değiştirdiği görülmektedir<sup>68</sup>. Bu kararlar ile, motorlu araç işletenlerin, sürücünün suç teşkil eden fiillerinden dolayı cezaen sorumlu tutulmadıkları halde, tazminat sorumluluklarının daha uzun zamaşıımı süresine tabi olduğu kabul edilmiştir<sup>69</sup>. Böylelikle Yüksek Mahkeme, motorlu araç işletenin kusursuz sorumluluğu ile diğer bazı kusursuz sorumluluk halleri arasında, ceza zamaşıımının uygulanırılığı noktasında ciddi bir çelişki yaratmıştır.

#### E. Mirasçılardan Sorumluluğunda Ceza Zamaşıımı

Ceza zamaşıımının failin ölmesi nedeniyle mirasçılara karşı açılacak davalarda uygulanıp uygulanmayacağı konusu ise öğretilerde tartışmalıdır. Doktrinde

---

süresi, tüzel kişi aleyhine açılan tazminat davasında da uygulanır." Aynı yönde bkz. Yargıtay 4. HD., T: 03.12.2013, E: 15875, K: 19016 (UYAP).

<sup>66</sup> Konuyla ilgili 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 109. maddesi aynen şu şekilde kalem alınmıştır: "Motorlu araç kazalarından doğan maddi zararların giderilmesine ilişkin istemler, zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği günden başlayarak iki yıl ve herhalde kaza gününden başlayarak on yıl içinde zamaşıımına uğrar. Dava cezaı gerektiren bir eylemden doğar ve ceza kanunu bu eylem için daha uzun bir zamaşıımı süresi öngörmüş bulunursa, bu süre maddi tazminat istemleri için de geçerlidir." Görülmektedir ki, 818 Sayılı BK m. 60 ile 2918 Sayılı KTK m. 109, zamaşıımı süresinin başlangıcı yönünden birbiriyle uyumlu olmakla birlikte, zamaşıımı süresi yönünden birbirlerinden ayrılmaktaydı. Ancak bu fark da 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı TBK m. 72 ile ortadan kaldırılmış, böylelikle aralarında tam bir uyum sağlanmıştır.

<sup>67</sup> Yargıtay 4. HD., T: 11.04.1979, E: 985, K: 4920; Yargıtay 4. HD., T: 13.03.1981, E: 1164, K: 3171; Yargıtay 4. HD., T: 05.03.1984, E: 1671, K: 2104; Yargıtay 4. HD., T: 06.03.1985, E: 296, K: 1832 (Tutumlu, s. 61, dn. 153).

<sup>68</sup> Yargıtay HGK., T: 12.03.2014, E: 2013/4-544, K: 2014/315 (UYAP) "2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 85/son ve 109/2, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddeleri uyarınca, sürücünün eyleminin suç teşkil ettiği hallerde, uzamış ceza davası zamaşıımının işleteni de kapsadığı kabul edilmektedir."; Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK., T: 11.06.2003, E: 2003/4-359, K: 406 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay HGK., T: 10.10.2001, E: 19-652, K: 705 (Tutumlu, s. 169-170); Yargıtay 4. HD., T: 23.01.2003, E: 2002/9945, K: 2003/760 (Tutumlu, s. 172-173); Yargıtay 4. HD., T: 15.04.1999, E: 1463, K: 3275 (Tutumlu, s. 160); Yargıtay 4. HD., T: 24.04.1989, E:9130, K: 3869 (Tutumlu, s. 152-153).

<sup>69</sup> Kılıçoğlu, s. 498; İçtihat değişikliğinin eleştirisi için ayrıca bkz. Erdem, s. 146-147; Tutumlu, s. 62; Akçay, s. 79-80.

bir kısım yazarlar<sup>70</sup> külli halefiyetin doğal bir sonucu olarak, ceza zamanaşımının failin ölmesi nedeniyle mirasçılara karşı açılacak davalarda da uygulanması gerektiği öne sürmüşlerdir. Bazı bir kısım yazarlar da<sup>71</sup> ceza zamanaşımının cezaî yaptırım ve yasaklara ilişkin olduğu ve failin ölümü ile birlikte bu sorumluluğun ortadan kalktığı gerekçesi ile mirasçılar için sadece hukuk zamanaşımının geçerli olacağı görüşündedirler.

Yargıtay kararlarına bakıldığında konu hakkında yerleşmiş bir içtihadın bulunmadığı görülmektedir. Yüksek Mahkeme eski tarihli kararlarında<sup>72</sup> mirasçılar hakkında koşulları bulunduğu takdirde ceza zamanaşımının uygulanacağı düşüncesinde iken, bir dönem verdiği kararlarda<sup>73</sup> mirasçılar için ceza zamanaşımının uygulanmayacağını belirtmiş, yeni tarihli kararlarında ise<sup>74</sup>, yeniden görüş değişikliğine giderek mirasçıların ölenin külli halefi olması gerekçesinden hareketle, mirasçılar hakkında görülen tazminat davalarında ceza zamanaşımının uygulanacağını kabul etmiştir.

#### IV. CEZA DAVASINDA MÜDAHALE VE ŞAHSİ HAK TALEBİNDE BULUNMANIN ZAMANAŞIMI SÜRESİNE ETKİSİ

##### A. Ceza Davası Derdest İken

Haksız fiilin bir suç teşkil etmesi durumunda, tazminat davasının ceza zamanaşımına tabi olacağı ve ceza davasından önce zamanaşımına uğramayaca-

<sup>70</sup> Oğuzman/ Öz, cilt 2, s. 77; Eren, s. 836; Reisoğlu, s. 271; Çelik, s. 324; Feyzioğlu, cilt 1, s. 717; Tekinay/ Akman /Burcuoğlu /Altop, s. 726; Saymen/ Elbir, s. 528; Narter, s. 1420; Gökçen, s. 911; Aşçıoğlu, Çetin: Trafik Kazalarından Doğan Hukuk ve Ceza Sorumlulukları, Sözkesen Matbaacılık, 3. Baskı, Ankara 2012, s. 460; Karahasanoğlu, cilt 2, s. 613; Gürkanlar, s. 121; Beyazyüz/ Zapata, s. 100; Savaş, s. 143; Aydos, s. 407; Erdem, s. 145 “Aksi halde, fail ölene kadar ceza zamanaşımına tabi olan bir talebin, onun ölümü ile bu sürenin kapsamından çıkması hukuk güvenliği ile bağdaştırılmaz.”; Mustafa Kılıçoğlu, s. 800 “TBK m. 72/1, 2. cümlenin hukuki himayesi, tazminat talebinin muhatabı olan kişinin cezalandırılabilirliği ile ilgili olmadığı, aksine zararın gerçekleşmesi ile ilgili olan davranışın cezalandırılabilirliği ile ilgili oluşudur.”

<sup>71</sup> Uygur, Şerh, s. 531; Arsebük, s. 570; Tutumlu, s. 60-61; von Tuhr, s. 388, Tunçomağ, s. 526; Karacabey, s. 88-89.

<sup>72</sup> Yargıtay 4. HD., T: 31.10.1949, E: 5642, K: 5613 (Tutumlu, s. 60, dn. 145); Yargıtay 4. HD., T: 30.09.1939, E: 2421, K: 1863 (Tutumlu, s. 60, dn. 145)

<sup>73</sup> Yargıtay 4. HD., T: 23.01.1964, E: 2925, K: 379 (Tutumlu, s. 60 dn. 146); Yargıtay 4. HD., T: 10.02.1977, E: 77, K: 1444 (Karacabey, s. 88)

<sup>74</sup> Yargıtay HGK., T: 16.04.2008, E: 2008/4-326, K: 2008/325 (Kazancı İçtihat Bankası) “...uzamış (ceza) zamanaşımı, suç sayılan eylemin failinin, tazminat davasının açılmasından önce veya davanın görülmesi sırasında ölmüş olduğu durumlarda, mirasçılar bakımından da uygulanır.”; Aynı yönde bkz. Yargıtay 4. HD., T: 25.01.1990, E: 1989/6101, K: 1990/285 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 4. HD., T: 14.09.1987, E: 2461, K: 6505 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 4. HD., T: 08.07.1986, E: 1986/4736, K: 1986/5453 (Tutumlu, s. 182-183).

ği 07.12.1955 gün ve 17/26 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla ana ilke olarak kabul edilmişti. Bunun temel dayanağı, zarar görenin, ceza davası devam ettiği sürece müdahale ve şahsi hak isteminde bulunma imkanının bulunması (Mülga 1412 sayılı CMUK m. 365/2) ve bu itibarla haksız fiilin Devlet tarafından takibi sürerken tazminat davasının zamanaşımına uğramasının çelişki yaratmasıydı<sup>75</sup>.

Nitekim Yargıtay'ın yerleşmiş kararlarında da, zarar gören kişinin, 5271 sayılı CMK'nun yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihinden önce ceza davasına katılıp şahsi hak isteminde bulunma imkanı olduğundan, (ceza zamanaşımı süresi geçmiş olsa bile) anılan ceza dosyası kesinleşmediği (derdest olduğu) müddetçe, hukuk davasının zamanaşımına uğramayacağı kabul edilmişti<sup>76</sup>. Ne var ki, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK'da şahsi davaya yer verilmediği gibi, ceza davasına katılmak suretiyle şahsi hak istenebilmesine olanak tanınmadığından, ceza davası devam ettiği müddetçe tazminat davasının zamanaşımına uğramayacağına ilişkin Yüksek Mahkeme kararlarının bir geçerliliği kalmamıştır<sup>77</sup>.

## B. Ceza Davası Sonuçlandıktan Sonra

Hemen belirtmelidir ki ceza davasının açılmış olması ya da şahsi hak istenmeksizin ceza davasına müdahale talebinde bulunulması zamanaşımının kesilmesi için yeterli değildi (BK m. 133, TBK m. 154)<sup>78</sup>. Bu durumda, bir (iki) yıllık zamanaşımı süresi ile ceza zamanaşımı süresi geçmiş ise, ceza mahkemesi kararının kesinleşmesinden sonra açılacak tazminat davasının zamanaşımına uğradığı kabul edilmekteydi.

---

<sup>75</sup> Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. Yargıtay HGK., T: 19.02.2014, E: 2013/4-440, K: 2014/115 (UYAP).

<sup>76</sup> Yargıtay HGK., T: 22.02.2011, E: 2011/4-640, K: 2012/89 (UYAP) "...hukuk davası, ceza davası derdest iken açıldığına göre zamanaşımı süresinin geçtiğinden söz edilemez."; Aynı yönde bkz. Yargıtay 4. HD., T: 12.06.2012, E: 2012/5092, K: 2012/10286 (UYAP); Yargıtay 4. HD., T: 22.05.2007, E: 2006/7929, K: 2007/6826 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 4. HD., T: 21.05.1992, E: 1991/3938, K: 1992/6776 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>77</sup> Bu konuda ayrıntılı içtihatlar için bkz. Yargıtay HGK., T: 08.04.2015, E: 2013/4-1626, K: 2015/1187 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay HGK., T: 19.02.2014, E: 2013/4-440, K: 2014/115 (UYAP).

<sup>78</sup> Yargıtay 4. HD., T: 21.01.2008, E: 2007/4000, K: 2008/286 (Kazancı İçtihat Bankası) "Zamanaşımını kesen sebepler BK m. 133'te (TBK m. 154'te) açıklanmış olup, ceza davasına şahsi hak saklı tutularak müdahale edilmesi zamanaşımını kesen sebeplerden değildir. Yani şahsi hak miktar belirtilerek istenmemişse artık zamanaşımının uzaması söz konusu olamaz."; Aynı yönde bkz. Yargıtay 4. HD., T: 22.01.2013, E: 2012/11089, K: 2013/692 (UYAP); Yargıtay HGK., T: 11.05.1977, E: 1976/4-3068, K: 1977/468 (Kazancı İçtihat Bankası).



Eğer ceza davasında müdahale talebiyle birlikte şahsi hak isteminde bulunmuş ise, bu durum zamaşaşımının kesilmesini sağlamakta ve ceza mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren, BK m. 60/1'deki (TBK m. 72'deki) bir (iki) yıllık zamaşaşımı süresi içinde tazminat davası açılabilmesi mümkündür<sup>79</sup>. Ancak, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK'da şahsi davaya yer verilmediği gibi, ceza davasına katılmak suretiyle şahsi hak istenebilmesine olanak tanınmadığından, ceza mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir (iki) yıllık zamaşaşımı süresinin işlemeye başlayacağı şekildeki görüş ve kararların bir geçerliliği kalmamıştır.

## SONUÇ

Hukuka aykırı fillerin büyük bir çoğunluğu hem suç hem de haksız fiil niteliği taşımaktadır. Aynı eylemin borçlar hukuku ve ceza hukukunda farklı zamaşaşımı sürelerine tabi olması, buna bağlı olarak bir suçtan ceza takibatı altında bulunan bir kimsenin aynı fiilden dolayı hukuk mahkemesinde tazminat sorumluluğundan kurtulabilmesi adalete ve hukuksal güvenliğe uygun düşmez. Bu bakımdan kanun koyucu TBK m. 72/1, 2. cümle ile, zarara sebep olan haksız fiil, aynı zamanda ceza kanunlarına göre suç niteliği taşımakta ve ceza kanununda söz konusu fiil için daha uzun bir dava zamaşaşımı süresi kabul edilmiş ise, tazminata davasında da (gerek iki gerekse on yıllık zamaşaşımı süresi bakımından) daha uzun olan ceza kanundaki zamaşaşımı süresinin uygulanacağını öngörmüştür.

Anılan düzenlemenin mağdurun menfaatini koruma amacı gözetildiğinde, olay tarihinden itibaren işlemeye başlayan ceza zamaşaşımı süresi dolmuş olsa dahi, TBK m. 72/1, 1. cümle uyarınca, zarar görenin zararı ve tazminat sorumlusunu öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlayan iki yıllık ve herhalde haksız fiilin meydana geldiği tarihten itibaren işlemeye başlayacak on yıllık zamaşaşımı süresi içinde tazminat davası açabilir.

Ceza davası zamaşaşımının uygulanabilmesi için tazminat sorumluluğuna neden olan fiilin ceza kanunlarına göre suç oluşturması ve cezayı gerektirmesi yeterli olup ayrıca haksız eylem faili hakkında ceza davası açılmış olması veya mahkûmiyet kararı verilmiş olması gerekli değildir. Tazminat davası açıldığı sırada, ceza mahkemesi tarafından verilmiş bir mahkûmiyet kararı yoksa, fi-

---

<sup>79</sup> Yargıtay 4. HD., T: 11.11.2013, E: 2013/15452, K: 2013/17336 (UYAP) "...davacının ceza davasının zamaşaşımı nedeniyle ortadan kaldırılması nedeni ile manevi zarar istemi hakkında bir karar verilemeyeceğini öğrendiği, kararın kesinleşme tarihinden itibaren bir (iki) yıl içinde dava açmış bulunması karşısında dava zamaşaşımına uğramamıştır." Aynı yönde bkz. Yargıtay 4. HD., T: 03.06.2010, E: 5469, K: 6227 (Çelik, s. 357); Yargıtay 4. HD., T: 27.03.1989, E: 10412, K: 2807 (Çelik, s. 358).

lin suç niteliğinde olup olmadığının takdiri hukuk hâkimine ait olacaktır. Buna karşılık ceza mahkemesi mahkûmiyet kararı ya da fiilin suç teşkil etmediği ya da suçun işlenmediği gerekçesiyle beraat yönünde karar vermiş ise, artık hukuk hâkimi ceza hâkiminin kararıyla bağlıdır ve haksız eylemin suç teşkil edip etmediğini araştıramaz. Eğer, ceza mahkemesince verilen beraat kararı, delil yetersizliğinden dolayı verilmişse, tazminat davasına bakan hâkim bu kararla bağlı olmayıp fiilin suç niteliğinde olup olmadığını araştırması gerekecektir. Böyle bir durumda, hukuk hâkimi, fiilin sorumlu kişi tarafından işlenip işlenmediğini de ayrıca takdir edecektir.

Ceza kanundaki daha uzun olan zamanaşımı süresi ancak haksız eylem fiiline (ölümü halinde mirasçılara) karşı açılacak davalarda uygulanır. Haksız fiilden dolayı kusursuz (malen) sorumlu olanlara ceza kanundaki zamanaşımı süresi uygulanmaz. Buna karşılık, organlarının suç teşkil eden eylemlerinden dolayı tüzel kişi aleyhine açılacak davalarda ceza zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir. Zira, organın fiili, tüzel kişinin fiili sayılır.



#### KAYNAKÇA

**Akçay, Ergin:** *Türk Borçlar Kanununa Göre Zamanaşımı*, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2010.

**Antalya, O. Gökhan:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, cilt 2*, Legal Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2015.

**Arık, K. Fikret:** “Haksız Fiil Zamanaşımı Af Halinde Ceza Zamanaşımı Tatbik Edilir mi? Edilmezse Tazminat Davasının Zamanaşımı Ne Zaman Başlar?”, *SBFD*, 1954/3, s. 251 vd.

**Arsebük, Esat:** *Borçlar Hukuku*, cilt 1-2, 3. Baskı, Ankara 1950.

**Aşçıoğlu, Çetin:** *Trafik Kazalarından Doğan Hukuk ve Ceza Sorumlulukları, Sözkese Matbaacılık*, 3. Baskı, Ankara 2012.

**Ayan, Mehmet:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Mimoza Yayınları, 6. Baskı, Konya 2010.

**Aydos, Oğuz Sadık:** “İstisnai Sürenin Nisbi Süreye Etkisi”, *TAAD*, sayı 14, Temmuz 2013, s. 397-415.

**Bakıcı, Sedat:** *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2007

- Beyazyüz, Selçuk - Zapata, Tan Tahsin:** *Borçlar Hukuku*, Ankara 2005.
- Bilgen, Mahmut:** *Özel Hukukta Zamanaşımı*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2010.
- Çandarlı, Zahid:** *Borçlar Hukukunda Müruruzaman ve Buna Mütedair Temyiz Mahkemesi Kararları*, Titaş Basımevi, Ankara 1943.
- Çelik, Çelik Ahmet:** *Tazminat ve Alacaklarda Sorumluluk ve Zamanaşımı*, Bilge Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2012.
- Erdem, Mehmet:** *Özel Hukukta Zamanaşımı*, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2010.
- Eren, Fikret:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 18. Baskı, Ankara 2015.
- Ergenekon, Yılmaz:** *Türk Borçlar Hukukunda Müruruzamanın Kat'ı ve Tatili ile Mukayesesi*, Ankara 1960.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, cilt 1, Fakülte-ler Matbaası, 2. Baskı, İstanbul 1976-1977.
- Gökcan, Hasan Tahsin:** *Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2010.
- Güleç (Uçakhan), Sema:** *Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması*, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara 2012.
- Gürkanlar, Metin:** *Bir Zarara Birlikte Neden Olan Birden Çok Kişinin Sorumluluğu*, Ankara 1982.
- Hatemi-Gökyayla:** *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, İstanbul 2012.
- Karacabey, Ö. Faruk:** "Haksız Fiillerde Zamanaşımı", *YD.*, sayı 1, 1979, s. 81-100.
- Karahasan, Mustafa Reşit:** *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 5 cilt, Beta Yayınevi, İstanbul 2003-2004.
- Kayıhan, Şaban:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2012.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitapevi, 18. Baskı, Ankara 2014.

- Kılıçoğlu, Mustafa:** *Tazminat Hukuku*, Bilge Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2014.
- Narter, Sami:** *Kusursuz Sorumluluk, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku*, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2014.
- Nomer, Halûk N.:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, 10. Baskı, İstanbul 2011.
- Oğuzman, M. Kemal - Öz, M. Turgut:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, cilt 2, Vedat Kitapçılık, 11. Baskı, İstanbul 2014.
- Özgenç, İzzet:** *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler*, Adalet Bakanlığı Yayını, 3. Baskı, Ankara 2006.
- Özkaya, Eraslan:** *Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler*, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2012.
- Reisoğlu, Safa:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, 25. Baskı, İstanbul 2014.
- Savaş, Fatma Burcu:** "Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlama Anı", *TBBD.*, sayı 74, 2008 Ocak-Şubat, s. 121-148.
- Saymen, Ferit H. - Elbir, Halid K. :** *Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler*, cilt 1, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1958.
- Tandoğan, Halûk:** *Türk Mes'uliyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- Tekil, Fahiman:** *Borçlar Hukuku*, İstanbul 1981.
- Tekinay, S. Sulhi - Akman, G. Sermet - Burcuoğlu, Haluk - Altop, Atilla:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitapevi, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- Tunçomağ, Kenan:** *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, cilt 1, Sermet Matbaası, 6. Baskı, İstanbul 1976.
- Tutumlu, Mehmet Akif:** *Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2007.
- Uygur, Turgut:** *Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, cilt 3, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2010.
- Uygur, Turgut:** *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, cilt 1, Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2013 (Şerh).
- Von Tuhr, Andreas:** *Borçlar Hukuku*, cilt 1-2, çev. Cevat Edege, Yargıtay Yayınları, Ankara 1983.

**Yağcıoğlu, Ali Haydar:** *Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimse-  
nin Mütteselsil Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2014.

**Yıldırım, Abdulkerim:** *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi,  
3. Baskı, Ankara 2015.

Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi İctihat Arama Motoru

Kazancı İctihat Bankası

# TIBBİ KİŞİSEL VERİLERİN TUTULMASI VE KORUNMASI YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE İDARENİN BU YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ YERİNE GETİRMEMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

*The Retention and Protection of Medical Personal Data and Liability  
of the Supply These Obligations of Administration*

**Mehmet ALTUNDIŞ\***

## ÖZET

En temel tanımı ile kişisel veri; kişinin tüm yaşamıyla bağlantılı her türlü özel ya da kamusal bilgiyi içerir. Kişinin adı, adresi, doğum tarihi, medeni hali, uyuşu, mesleği, görüntüsü, kanaatleri, fotoğrafı, e-posta adresi, banka bilgileri, kimlik, emeklilik, kurum sicili ve vergi numarası, parmak izi, eğitim bilgileri, sağlık verileri, telefon mesajları, telefon rehberi, mail, facebook, tweeter, instagram gibi sosyal paylaşım sitelerinde yazdığı veya paylaştığı yazı, fotoğraf, ses veya görüntü kayıtları kişisel verileri olarak değerlendirilebilir

Kişisel veriler arasında belki de hayati öneme sahip olan “sağlık verileri” Avrupa Konseyi’nin Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına ilişkin 108 sayılı Sözleşmesinde “*kimliği belirtilen ya da belirtilebilen gerçek kişiyle ilgili tüm bilgileri ifade eder.*” şeklinde tanımlanmıştır.

Biz bu çalışmada idarenin sağlık hizmetlerinde hangi kişisel verileri koruma (tıbbi kayıt ve arşiv yükümlülüğünü) yükümlülüğünde olduğunu, bu yükümlülüğün kapsamına dahil olan kayıtları, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinden kaynaklanan sorumluluğu ve 26/12/2014 tarihinde TBMM Başkanlığına sunulan “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu” taslağı üzerinde duracağız.

**Anahtar Kelimeler:** Kişisel Veri, Sağlık Hakkı, Tıbbi Kayıtlar, Kişisel Verilerin İşlenmesi.

## ABSTRACT

The most basic definition of the personal data; It includes all kinds of private or public information associated with the entire life of people.

One’s name, address, date of birth, marital status, nationality, profession, figure, opinions, photos, e-mail address, bank details, ID, retirement, corporate registration and tax number, fingerprint, educational information, health datas, sms, contacts, mail, posting to social network sites like facebook, tweeter, instagram or sharings of photos, audio or video recordings can be considered as personal data.

Health data, which may have the vital importance among personel datas, is defined as “All information related to the real person whose identity is specified or

\* İdari Yargı Hâkim Adayı. mehmet.altundis@gmail.com

can be specified.” On the convention numbered 108 “Concerning the Protection of Individuals against Automatic Processing of Personal Datas” of The European Council.

In this work activity, we will focus on the administration’s obligations about to protect which personal data on health care (medical records and archive obligations), the records included in the scope of this obligation, the liability for non-fulfillment of this obligation and submitted draft to the Turkish Parliamentary Speaker’s Office “Law on the Protection of Personal Data” in 12.26.2014.

**Keywords:** Personal Data, the Right to Health, Medical Records, the Processing of Personal Data.



## GİRİŞ

En temel tanımı ile kişisel veri; kişinin tüm yaşamıyla bağlantılı her türlü özel ya da kamusal bilgiyi içerir. İsim, fotoğraf, Twitter, Facebook, Whatsap, Instagram gibi sosyal medya iletileri, e-posta adresi, parmak izi, biyometrik ve tıbbi bilgiler bu kapsama girmektedir.

Kişinin ekonomik ve mesleki bilgileri dahil, onun bütün bilgilerini içeren kişisel veri; özünde bireyin kimliğini ortaya çıkartan, bir kişiyi tanımlayan (onu diğerlerinden ayırt eden) verilerdir. Kişinin adı, adresi, doğum tarihi, medeni hali, uyruğu, mesleği, görüntüsü, kanaatleri, fotoğrafı, e-posta adresi, banka bilgileri, kimlik, emeklilik, kurum sicili ve vergi numarası, parmak izi, eğitim bilgileri, sağlık verileri, telefon mesajları, telefon rehberi, mail, facebook, tweeketer, instagram gibi sosyal paylaşım sitelerinde yazdığı veya paylaştığı yazı, fotoğraf, ses veya görüntü kayıtları kişisel verileri olarak değerlendirilebilir<sup>1</sup>.

Kişisel verilerin korunması hakkı, insan onurunun korunması ve kişiliğin serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bilişim teknolojilerindeki gelişmeler sonucunda, geleneksel yöntemlerle mümkün olmayan çok sayıda verinin toplanabilmesi; daha önce birbirinden

---

<sup>1</sup> “...öğrenciye sorulacak sorular arasında, ...evinizde küslük tartışması yaşanır mı?...ailende fiziksel tartışma yaşanır mı?...ailende cezaevinde kalan kişi var mı?...ebeveynlerden birinde tanısı konulmuş psikiyatrik bir sorun var mı? Çocuğın ebeveynleri ya da başkaları tarafından fiziksel, duygusal, cinsel istismara uğradığına dair bulgular var mı? gibi sorular açık biçimde aile bireylerinin birbirleri ve çocukları ile olan ilişkilerini sorgulamakta ve aile üyelerinin psikolojik sorunlarına ve adli makamlara yansımış bir suç işleyip işlemediklerine ilişkin kişisel bilgilerin işlenmesini öngörmekte olup bu haliyle tartışmasız bir biçimde aile hayatının ve özel hayatın mahremiyetine müdahale etmektedir. Bu bağlamda uygulama, kişinin aile ve özel hayatına ilişkin mahremiyeti koruma altına alan kişisel verilerin kişinin rızası dışında işlenmesini yasaklayan Anayasal düzenlemeler uluslararası sözleşmelere açık bir biçimde aykırı düşmektedir...” Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, Tarih: 13.02.2013, YD İtiraz No: 2012/617.

ilişkisiz şekilde tutulan pek çok verinin merkezi olarak bir araya getirilebilmesi; veri eşleştirme ve veri madenciliği gibi ileri teknolojik imkânlarla analize tabi tutulmak suretiyle, veriden yeni veriler üretme kapasitesinin artması; verilere erişim ve veri transferinin kolaylaşması; kişisel verilerin ticari işletmeler için kıymetli bir varlık niteliği kazanması neticesinde, özel sektör unsurlarınca yaratılan risklerin daha yaygın ve önemli boyutlara ulaşması ve terör ve suç örgütlerinin kişisel verileri ele geçirme yönündeki faaliyetlerinin artması gibi etkenler, günümüzde kişisel verilerin en üst seviyede korunmasını zorunlu kılmaktadır<sup>2</sup>

<sup>2</sup> **Akıllıoğlu**, Tekin, “İdari Usul ve Kişisel Verilerin Korunması”, [www.idare.gen.tr/akillioğlu-idariusul.htm](http://www.idare.gen.tr/akillioğlu-idariusul.htm). Kayseri’de yaşayan emekli astsubay Yıldırım Şimşek, depresyon tedavisi gördüğüne yönelik özel bilgilerinin, bir miras davasında delil olarak kullanılması amacıyla başkasına veren eczane ve akrabalarına karşı başlattığı hukuk mücadelesini kazandı. Şimdi özel bilgilerin eczanelerde yer almasını engellemek için Sosyal Güvenlik Kurumu’na (SGK) ve Sağlık Bakanlığı’na karşı hukuk mücadelesi başlatıyor. Emekli astsubay Yıldırım Şimşek(47), 2003 yılında kendisinin de içinde bulunduğu otomobilin kaza yapması sonucu 3 yaşındaki oğlu Mert Şimşek’i kaybetti. Olayın ardından zor günler geçirdiğini ve depresyon tedavisi gördüğünü belirten 2 çocuk babası Şimşek, 20 yıl çalıştığı Deniz Kuvvetleri’ndeki görevinden de 2006 yılında malulen emekli olmak zorunda kaldığını ifade etti. Yıldırım Şimşek, bu olay sonrasında kullandığı ilaçların akrabaları tarafından bir miras davasında halası ve amcası tarafından aleyhine kullanıldığını anlattı. Akrabalarının Bolu’da bir eczaneden kendisi ile ilgili MEDULA sisteminden aldıkları bilginin miras davasının görüldüğü mahkemeye sunulduğunu, akli dengesinin yerinde olmadığı ve vasi tayin edilmesi gerektiği yönünde talepte bulunulduğunu hatırlattı. Emekli astsubay Şimşek, kendisine ait özel bilginin paylaşılması ile ilgili savcılığa suç duyurusunda bulundu. Eczacı ve akrabaları ile ilgili yaptığı suç duyurusunun yanı sıra tazminat davası açtı. Şimşek, dava açılması ve eczacıya kişilerin özel bilgilerinin paylaşılmasından dolayı 4 yıl hapis, akrabalarına 8’er ay hapis cezasının istendiğini aktararak, “Bunun üzerine akrabalarım ve eczacı avukatları aracı koyarak şikayeti geri almamı istediler. Daha sonra yaptığım görüşmelerde anlaşma sağladık ve aramızda protokol imzaladık. Maddi anlamda yaptığım harcamaları eczacı karşıladı. Akrabalarım ise miras davasındaki hakkımı vermeyi kabul ederek sonuca ulaştık. Ancak benim asıl amacım birçok insanı mağdur eden eczacıların kullandığı MEDULA sisteminin kaldırılması ve bu konuda duyarsız olan SGK’nın yasal olarak hesap vermesini istiyorum.” dedi. Kayseri’de yaşayan emekli astsubay Yıldırım Şimşek, SGK Genel Sağlık Sigortası Genel Müdürlüğü İlaç ve Eczacılık Daire Başkanlığı’ndan şikayeti ile ilgili gelen bir yazıdaki cevabın kendisini şaşırttığını anlattı. Özel bilgilerin paylaşılması ile ilgili şikayet üzerine verilen cevapta, eczanelerle yapılan anlaşmalarda özel bilgileri paylaşması konusunda bir yaptırımın bulunmadığını ifade edildiğini aktaran Şimşek, Anayasa’nın 20. maddesine göre kişilere ait özel bilgilerin paylaşılmaması gerektiğini ve bu durumun aykırı olduğunu dile getirdi. Şimşek, şunları söyledi: “Şu an için yeni hukuk mücadelem SGK ile eczaneler arasında imzalanan ilaç alım sözleşmesinin iptali yönünde. Bununla ilgili açılan davalar var ama ben bunun mağduruyum. Bir hukuk bürosu ile yaptığım görüşmeler sonucunda hazırlıklarımızı yaptık. Hem SGK’nın bu sözleşmesinin iptali hem de benim mağduriyetimle ilgili SGK ve Sağlık Bakanlığına tazminat davası açıyoruz.” Özel bilgilerin paylaşılmasıyla ilgili birçok mağdur olduğunu öğrenen Şimşek, kız istemede de MEDULA sistemi aracılığıyla kişiye ait kullandığı ilaçların değerlendirilerek hayırlı işin engellendiği, Tabipler Birliği’nin yaptığı araştırmalarla bu bilgilerle birçok insanın yine şantaj



Kişisel veriler, ilk defa 1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve 4 Kasım 1950’de imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) tarafından güvence altına alınmıştır. Bununla birlikte, 1960’lardan itibaren bilgi teknolojilerinde artan gelişmelerle, kişisel verilerin korunmasına yönelik daha kapsamlı uluslararası düzenlemelere ihtiyaç duyulmuş, Avrupa Konseyi’nin Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına ilişkin 108 sayılı Sözleşmesi (*Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*) oluşturulmuştur. 108 sayılı Sözleşme, bu alanda bağlayıcılığı olan ilk düzenlemedir<sup>3</sup>.

Türkiye, kişisel verilerin korunması alanında ilk uluslararası belge olan Avrupa Konseyinin 28.01.1981 tarihinde imzaya açtığı 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına Dair Sözleşmeyi imzaya açıldığı gün imzalayan ilk ülkelerden birisidir. Günümüz itibarıyla ise San Marino Sözleşmeyi imzalamayan, Türkiye ise imzalamasına rağmen onay sürecini işletmemiş tek ülke konumundadır. Ülkemizde pek çok kanunda kişisel verilerin toplanması konusunda kurumların yetkili olduğunu belirten hükümler mevcut olmakla birlikte, bu yetki çerçevesinde kişisel verilerin hangi ilkeler kapsamında toplanacağı, ne şekilde korunacağı, kimlerle ve ne şekilde paylaşılacağı, nasıl silineceği, kişilerin Anayasa ile getirilen haklarını kullanabilmeleri için kurumların ne tür önlemler alması gerektiği gibi pek çok hususa genellikle yer verilmediği, bu hususlardan bazılarında yer veren düzenlemelerin ise yeterli düzeyde olmadığı aşikardır<sup>4</sup>.

Son yıllarda kişisel verilerin korunması ya da bazı kişisel verilerin paylaşılması noktasında hassasiyet seviyesi artmıştır. Yalnızca mahkemeler değil artık idari kuruluşlar da kişisel verilerin korunması ya da verilerin paylaşılması hususunda talepler almaya başlamıştır. Son olarak Kamu Denetçiliği Kurumu yapılan bir başvuruda UYAP veri tabanında kayıtlı **beraat** kararlarındaki kişisel bilgilerin dış birimler tarafından görülmesini önleyecek çok ivedi idari ve teknik tedbirlerin alınması yönünde tavsiye kararı vermiştir<sup>5</sup>.

---

uğradığı yönündeki sonuçlara dikkat çekti. Şimşek, milletvekilleri ve hâkim ile savcıların bu bilgilerin gizlendiğini anlatarak, “Sayın Başbakanımız herkesin bir özeli olduğunu ve bunun paylaşamayacağını dile getirdi. Daha bu yıl söyledi. Biz aynı hassasiyeti vatandaşlar için de istiyoruz.” şeklinde konuştu.

<sup>3</sup> **Atak**, Songül: Avrupa Konseyinin Kişisel Veriler Acısından Sağladığı Güvenceler. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 87, s.35-36

<sup>4</sup> <http://www.tccb.gov.tr/faaliyetler/ddkraporlari/> (Erişim Tarihi: 05.10.2015)

<sup>5</sup> Şikâyetçi, 2009 yılında hakkında açılan “elektrik enerjisi hırsızlığı” suçundan Bursa 6. Asliye Ceza Mahkemesinde yargıldığını, yapılan yargılama sonunda anılan suçtan beraat ettiğini ve kararın bu şekilde kesinleştiğini, kesinleşen beraat kararına rağmen yargılamaya

Bu nedenle, kişisel verilerin korunması konusunda çerçeve kanuna ve diğer kanunlarda kişisel verilerin güvenliğine ilişkin özel düzenlemeler yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

Bu hususta hazırlanan kanun tasarısı 26/12/2014 tarihinde TBMM Başkanlığına sunulmuştur<sup>6</sup>.

Biz bu çalışmada idarenin sağlık hizmetlerinde hangi kişisel verileri koruma (tıbbi kayıt ve arşiv yükümlülüğünü) yükümlülüğünde olduğunu, bu yükümlülüğün kapsamına dahil olan kayıtları, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinden kaynaklanan sorumluluğu ve 26/12/2014 tarihinde TBMM Başkanlığına sunulan “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu” taslağı üzerinde duracağız.

### A. Kişisel Veri Kavramı ve Hukuki Dayanakları

Kişisel veri Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair 108 Numaralı Avrupa Konseyi Sözleşmesinde “*kimliği belirtilen ya da belirtilebilen gerçek kişiyle ilgili tüm bilgileri ifade eder.*” şeklinde tanımlanmıştır.

Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD)’nün Rehber İlkelerinde kişisel veriler; “*Belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiye ilişkin tüm bilgiler*” ola-

---

ilişkin tüm bilgi ve belgelerin UYAP kayıtlarında görülmeye devam ettiğini, UYAP sisteminde kayıtlı kişisel verilerinin silinmesi için 11/4/2014 tarihinde öncelikle ..... kayıt numarası ile BİMER’e başvurduğunu, başvurusunun Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne gönderildiğini, bu birimden sadece adli sicil ve arşiv kaydının olmadığı yönünde cevap geldiğini, 16 /4/2014 tarihinde yargılandığı mahkemeye yaptığı başvuruya ise mahkemenin görev ve yetkisinde olmadığı gerekçesiyle talebinin reddedildiğini, son olarak, BİMER üzerinden 3/6/2014 tarihinde ..... kayıt numarasıyla ve 6/6/2014 tarihinde ..... kayıt numarasıyla Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığına gönderilmek üzere başvuruda bulunduğunu, adı geçen birimden alınan cevaplarda; “sadece size özel olarak adli işlemlerinizi takip edebilirsiniz ve süreçleri tamamlayabilirsiniz amacıyla kurgulanmıştır” ve “Hukuk mahkemelerinde açmış olduğunuz dava dosyalarının kesinleşme sürecine kadar mutlaka yapılması gereken (onay sürecinin tamamlanması, eksik harç var ise ödenmesi) işlemler tamamlandığında sistem tarafından otomatik olarak kaldırılmaktadır. Dosya bilgileri de yeniden ele alınma ve ihtiyaç duyulma halinde yeniden görülebilmesi amacıyla saklanmaktadır” şeklinde ifadeler yer verildiğini, bu defa GBT kaydının olup olmadığını öğrenmek için Emniyet Müdürlüğüne gittiğinde ise kendisine “**Herhangi bir GBT kaydınız yok, fakat UYAP kayıtlarında daha önce hırsızlık suçundan yargılandığınız gözüküyor**” denildiğini, hakkında verilen ve kesinleşen beraat kararının polis memurları tarafından UYAP ortamında görülebilmesinde hiçbir hukuki yararın olmadığını ve bu şekilde kişisel verilerine erişilmesinin açıkça hukuka aykırılık teşkil ettiğini iddia ederek, UYAP kayıtlarındaki kişisel verilerinin silinmesi yönünde tavsiye kararı verilmesini talep etmektedir... [http://www.ombudsman.gov.tr/custom\\_page-395-2014-yili-kararlari.html](http://www.ombudsman.gov.tr/custom_page-395-2014-yili-kararlari.html) (Erişim Tarihi: 05.05.2015)

<sup>6</sup> <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Tbmmkms/Tbmmkom/ki%20Fisel%20veriler.pdf> (Erişim Tarihi: 19.11.2015)

rak, Avrupa Birliği'nin 95/46/EC sayılı yönergesinde de “Belirli ya da kimliği belirlenebilir gerçek kişi ile ilişkilendirilebilen her türlü bilgi” olarak ifade edilmiştir<sup>7</sup>.

Yönergeye göre, kimliği belirlenebilir gerçek kişi; “Özellikle bir kimlik numarası referans alınarak doğrudan ya da dolaylı belirlenebilen ya da fiziksel, psikolojik, akli, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğine özgü bir veya birden çok faktörle tanımlanabilen kişidir.”<sup>8</sup>

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ise kişisel verilere yönelik açıkça bir düzenleme yoktur. Bu konudaki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına baktığımızda; AİHM gündemine gelen farklı ülke uygulamalarında, kişisel sağlık verilerinin AİHS'nin 8. maddesi ile koruma altına alındığının vurgulandığını görmekteyiz. Bu tür verilerin nasıl, hangi amaçla, nasıl bir yöntemle toplanacağına dair temel ölçüt ise kanunla yapılacak açık bir düzenlemenin zorunluluğunun yanı sıra açıkça kamu yararı ve kamu güvenliğinin temel amaç olması ve bunlar ile uygulamanın örtüştürülmesidir. Dolayısıyla uygulamanın sadece “kamu yararı” için yapıldığının açıklanması yeterli görülmemekte işlem ile amacın nasıl birleştirildiğinin net bir biçimde belirtilmesi gerekmektedir.

AİHM'nin 4.12.2008 günlü S. Marper/Birleşik Krallık kararında, kişilerin kan, doku örneklerinin amacı dışında kullanılması ve stoklanmasının özel hayatın ve mahremiyetin korunmasının ihlali olarak değerlendirilmiştir<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Avrupa Birliği'nin 24 Ekim 1995 tarihli Kişisel Verilerin İşlenmesi ile İlgili Bireylerin Korunması ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına İlişkin 95/46/AB Sayılı Direktifi md.2/a, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1995:281:0031:0050:EN:PDF> (Son erişim tarihi: 10.09.2015).

<sup>8</sup> Avrupa Birliği'nin 24 Ekim 1995 tarihli Kişisel Verilerin İşlenmesi ile İlgili Bireylerin Korunması ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına İlişkin 95/46/AB Sayılı Direktifi, md.2/a., <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1995:281:0031:0050:EN:PDF> (Son erişim tarihi: 10.09.2015).

<sup>9</sup> “...Mevcut olayda, başvuranların, parmak izleri ve hücre örnekleri ve DNA profilleri, birinci başvuran için, hırsızlığa teşebbüs ve ikinci başvuran için de partnerine karşı şiddet göstermekten dolayı alınmıştır. Veriler, ilk başvuranın beraat etmiş olması, ikinci başvuran hakkında da takip-sizlik kararı verilmiş olmasına rağmen bunların süresiz olarak muhafaza edilmelerini öngören bir kanuna dayanarak stoklanmıştır. Hükümet, muhafaza etme yetkisinin, bir suçla ilişkin soruşturma kapsamında, bir kişiden alınmış olan parmak izleri, biyolojik örneklere uygulandığını ve suçlu ya da masum olmakla ilgili olmadığını iddia etmektedir. Bununla birlikte, başvuranlardan alınmış olan parmak izleri ve hücre örnekleri yasal olarak alınmışlardır ve bunların muhafaza edilmesi, ilgililerin, bir suçtan dolayı şüpheli olmalarına bağlı değildir fakat gelecekteki suçluların kimliğinin belirlenmesi amacıyla, veri tabanının boyutlarının genişletilmesi ve kullanımının artırılması kaygısıyla alınmışlardır. Bununla birlikte, Mahkeme, bu iddianın, 1984 Kanunu'nun 64/3. maddesinde öngörülen ve gönüllü olarak, parmak izi ve hücre örneklerini vermiş olan kişilerin talepleri üzerine bunların imha edilmesine ilişkin yükümlülükle bağdaş-

Kişisel veri olarak kabul edilen bu bilgilerden sağlık bilgileriyle ilgili olan verileri de içeren bir kısmı, diğerlerine göre kişilik haklarının korunması bakımından çok daha özellikli bir korumaya tabi tutulması gerektiği kabul edilmiştir. Hassas veri<sup>10</sup> ya da özel nitelikli veri olarak tanımlanan sağlık verileri<sup>11</sup>, Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme'nin "Özellikli veri kategorileri" başlıklı 6. maddesinde ayrıca ifade edilmiş olup, bu verilerin işlenmeleri kural olarak yasaktır: Buna göre "*İç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça, ırk menşeyini, politik düşünceleri, dini veya diğer inançları ortaya koyan kişisel nitelikteki verilerle sağlık veya cinsel yaşamla ilgili kişisel nitelikteki veriler ve ceza mahkûmiyetleri, otomatik bilgi işlemine tâbi tutulamazlar.*"

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin *Özel Yaşam ve Bilgi Edinme Hakkı* başlıklı 10 uncu maddesinde de kişisel bilgilerin korunmasına "*Herkes, kendi sağlığı hususundaki bilgilerle ilgili olarak, özel yaşamına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*" ifadesiyle yer verilmiştir<sup>12</sup>.

Bütün bu uluslararası belgelerin yanı sıra Anayasamızın "*Özel Hayatın Gizliliği*" başlıklı 20. maddesinin 3. fıkrasında da kişisel verilerin korunmasına ilişkin bir takım ölçütler belirlendikten sonra; kişisel verilerin temel hak ve özgürlükler ile yakın bağı gözetilerek bu alandaki kuralların da yasayla konulması gerektiği emredici biçimde düzenlenmiştir:

---

*masının çok zor olduğunu çünkü bu verilerin, veri tabanının boyutu ve kullanımının gelişmesi için çok önemli olduğunu için zor olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'nin, başvuruların kişisel verileri ve mahkum edilmeyen kişilerin kişisel verileri arasında böyle bir muamele farklılığının geçerli olduğuna karar verebilmesi için, çok ciddi gerekçeler sunması gerekmektedir. Sonuç olarak, Mahkeme, mevcut olayda başvurulara uygulandığı şekilde, suçlu olduğundan şüphelenilen fakat mahkûm edilmemiş kişilerin parmak izleri, biyolojik örnekler ve DNA profillerinin muhafaza edilmesinin genel ve farklılaştırılmamış niteliğinin, söz konusu, kamu çıkarları ve özel çıkarlar arasında adil bir denge sağlamadığını ve savunmacı devletin, kabul edilebilecek takdir marjını aşmış olduğu kanaatindedir. Böylelikle, söz konusu muhafaza etme, başvuruların özel yaşamlarına saygı gösterilmesi haklarına orantısız şekilde saldırı oluşturmakta ve demokratik bir toplumda gerekli olarak görülmemektedir. Bu sonuç, Mahkeme'yi, başvuruların, söz konusu verilerin muhafaza edilme sistemiyle ilgili olan ve bu verilerin uygunsuz ya da yetki aşımı yapılarak kullanılmasına karşı sağlanan korumanın ve bunlara erişimin çok geniş olmasına ilişkin eleştirilerini incelemekten muaf hale getirmektedir..." [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-90051"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (Erişim Tarihi:12.05.2015).*

<sup>10</sup> **Kaya Cemil:** Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi, İÜHFİM, C.69, S.1-2, s.330

<sup>11</sup> Tasarıda sağlık alanına ilişkin kişisel veriler "özel nitelikli kişisel veri" olarak tanımlanmıştır (madde 6).

<sup>12</sup> <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/06/20110611M1-4-1.pdf> (Erişim Tarihi:11.05.2015).

*“Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”*

26/12/2014 tarihinde TBMM Başkanlığına sunulan tasarıda ise kişisel veri “kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” olarak tanımlanmıştır. Tasarıda sağlık alanında kişisel veriler özel nitelikli kişisel veri olarak tanımlandıktan sonra kapsam ve koruma olarak Avrupa Konseyi’nin 108 sayılı “Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme’ye benzer hükümler getirmiştir. Tasarının 6 ncı maddesine göre kural olarak sağlık alanına ilişkin özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi yasaktır. Ancak istisnai hallerde kanunda öngörülen koşullar altına bu veriler işlenebilir.

Kişisel verilerin önemi, değeri ve korunması için yapılması gerekenler, 01.01.2015 tarih ve 29223 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 02.10.2014 tarih ve 2014/149 E. 2014/151 K. sayılı Anayasa Mahkemesi kararında ortaya konulmuştur<sup>13</sup>. Buna göre;

*“...Anayasa’nın 20. maddesinin ilk fıkrasında, herkesin, özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmiş; son fıkrasında da “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.” denilerek kişisel verilerin korunması, özel hayatın gizliliğinin korunması kapsamında güvenceye kavuşturulmuştur.*

*Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sağlanan anayasal güvencenin yaşama geçirilebilmesi için, bu hakkı ilgilendiren yasal düzenlemelerin, açık, anlaşılabilir ve kişilerin söz konusu haklarını kullanabilmelerine elverişli olması gerekir. Ancak böyle bir düzenleme ile kişilerin özel hayatlarını ilgilendiren veri, bilgi ve belgelerin resmi makamların keyfi müdahalelerine karşı korunması olanaklı hâle getirilebilir.*

---

<sup>13</sup> RG. Tarih-Sayı: 26.7.2014-29072

*Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.*

*Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hâle getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvenceler hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnai olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler.*

*Özel hayatın korunması her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Kişinin özel hayatında yaşananların, yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini isteme hakkı, kişinin temel haklarından biridir ve bu niteliği nedeniyle insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde yer almış, tüm demokratik ülkelerin mevzuatlarında açıkça belirlenen istisnalar dışında devlete, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur.*

*Nitekim, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 12. maddesinde "Hiç kimse özel hayatı, ailesi, konutu veya yazışması konusunda, keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı saldırılara maruz bırakılamaz. Herkesin bu saldırı ve karışmalara karşı yasa ile korunmaya hakkı vardır."; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde de, "1. Herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir; 2. Bu hakkın kullanılmasında bir kamu otoritesi tarafından müdahale, demokratik bir toplumda ancak ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenliğin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir." denilerek özel yaşamın dokunulmazlığı sağlanmıştır.*

*(...)AİHM kararlarında da belirttiği gibi, özel hayat bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olup devletin yetkili temsilcileri tarafından ilgililer hakkında rızası olmaksızın bilgi toplamasının her zaman söz konusu kişinin özel hayatını ilgilendireceği kuşkusuzdur.*

*(...) Anayasa'nın 20. maddesi, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına*

*sağlanan anayasal güvenceyi, kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği şeklinde belirtmiştir. Dolayısıyla bu hakkı ilgilendiren yasal düzenlemelerin, çerçevesi çizilmiş, açık, anlaşılabilir, kişiler söz konusu haklarını kullanabilmelerine elverişli ve özel hayatlarını ilgilendiren veri, bilgi ve belgelerin resmi makamların keyfi müdahalelerine karşı korunmasını olanaklı hâle getirmesi gerekmektedir.”* Anayasa Mahkemesi, başka kararlarında olduğu gibi bu kararında da kişisel sağlık verilerinin toplanabilmesi için buna açıkça izin veren, kişinin açık rızasını arayan ve kişilerin kendi verilerini yönetebilmelerine olanak sağlayan yasal düzenleme yapılması gerektiğini ifade etmektedir.

## **B. Tıbbi Kişisel Veri Olarak Hekimin Dosya Tutma ve Arşiv Yükümlülüğü**

Hekimin teşhis ve tedavi sözleşmesinden kaynaklanan bir çok yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüklerinde biri de tıbbi kişisel verileri koruma yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük hekimin teşhis ve tedavi sözleşmesinden kaynaklanan ve yasal dayanağı bulunan bir yükümlülüktür<sup>14</sup>. Hatta bu yükümlülük hekimin arasında sözleşme kurulmuş olsun olmasın her hastaya karşı ifa etmesi gereken bir borçtur<sup>15</sup>. Bu teşhis ve tedaviye yönelik kayıtlar aynı zamanda kişisel veri olarak kabul edilmektedir.

Tıbbi kayıtların tarihi binlerce yıl öncesine dayanır. Milattan önce 668-627 yılları arasında Mezopotomya’da yaşayan Kral Asurbanipal dönemine ait olduğu sanılan 30.000 tabletin 660’ı tıbbi kayıttır<sup>16</sup>. Çağdaş anlamda hasta kaydının geçmişi ise 19.yüzyıla uzanır. Amerikalı cerrah olan W.Mayo, 1907 yılında ünlü Mayo Klinik’te düzenli olarak hasta kaydı yapan, her hasta için ayrı dosya sistemi kuran ve uygulayan ilk kişidir<sup>17</sup>.

Hasta-hekim ilişkisinde hastanın öncelikli olarak iyi bir tedavi alma arzusu ve hekimin de asli edim yükümü olarak tıbbi müdahaleyi deontoloji kurallarına göre ifa etme borcu, diğer yan borçları özellikle aydınlatma ve belge düzenleme ve saklama yükümlülüğünü ikinci plana itmiştir. Tıbbi hizmet sunan özel ya da tüzel kişiler, ister kamu kurumu ister özel kurum olsun kendisine

<sup>14</sup> **Özdemir H.:** Teşhis ve Tedavi Sözleşmelerinde Kayda Geçirme ve Sır Saklama Yükümlülüğü, Sağlık Hukuku Digestası, Yıl:1, S:1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara-2009, s.149; **Doğan M.,** Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Mersin-2009, s.50; **Özpinar B.,** Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara-2007, s.74

<sup>15</sup> **Özay M,** Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara-2006, s.71

<sup>16</sup> **Er, Ü.,** Sağlık Hukuku, Ankara-2008, s.92

<sup>17</sup> **Er, s.92**

başvuran herkesin tıbbi kayıtlarını tutmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün ilk kaynağı olarak karşımıza yukarıda bahsettiğimiz gibi hekimlik mesleği kuralları çıkmaktadır. Aydınlatılmış rızanın ve hastanın bilgi edinme hakkına ilişkin işlevleri ile ilgili olarak ise bu yükümlülük, hekimin hesap verme yükümlülüğü kapsamında vekâlet sözleşmesinde ve özellikle hasta hakları yönetmeliğinde hukuki dayanağını bulmaktadır. Ayrıca tıbbi müdahalenin akışının yanında hekimin aydınlatma ve rıza alma yükümlülüğünün bir gereği olarak da münferit yasal düzenlemelerde dokümantasyon yükümlülüğü karşımıza çıkmaktadır. Örneğin Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesine ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük<sup>18</sup> (RG 18.12.1983/18255) 13. maddesinde izin belgesinden ve aynı tüzüğün ekinde örnek izin belgesi ve doktorun aydınlatma açıklamaları yer almaktadır. Dokümantasyon yükümlülüğü bağımsız bir yan edim yükümü olarak ihlalinde dava edilebileceği gibi, ihlali ile ortaya çıkan zararın, maddi veya manevi, tazmin edilmesi de gündeme gelebilecektir<sup>19</sup>

Hasta ile hekim arasındaki ilişki kural olarak bir vekalet akdi olduğundan, vekalet akdinin hükümlerine göre bu ilişki değerlendirilmelidir. Borçlar Kanununun 392. maddesine göre, vekil müvekkiline yani hekim hastasına hesap vermek zorundadır: *“Vekil, müvekkilin talebi üzerine yapmış olduğu işin hesabını vermeğe ve bu cihetten dolayı her ne nam ile olursa olsun almış olduğu şeyi müvekkile tediye mecburdur. Vekil zimmetinde kalan paranın faizini de vermeğe mecburdur.”* Ayrıca hekime bir kusur iddiası durumunda söz konusu iddianın gerçek olduğunu ispat etmek hastanın görevi değil; iddianın gerçek olmadığını ispat etmek, hekimin görevidir<sup>20</sup>. Bu nedenlerdir ki, hekim hastanın bilgilerini içeren bir dosya tutmalıdır. Bu dosyada, hekimin ispatını kolaylaştırması açısından hastanın tüm bilgileri bulunmalıdır. Bunları kısaca;

- Hastanın kimlik bilgileri
- Hastanın hastaneye geldiği andaki şikayetleri,
- Olayla ilgili kısa bir hikaye,
- Semptom ve fiziki muayene bulguları,
- Tanıya yönelik tetkik ve konsültasyon sonuçları,

---

<sup>18</sup> RG. 18.12.1983, S.18255

<sup>19</sup> Zeytin Z., Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumlulukta İspat Yükü Kuralının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Haller, 1.Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu, s.22

<sup>20</sup> Özdemir, s.150; Özpınar, s.75



- Ameliyat öncesi hastaya konulan muhtemel veya kesin teşhis,
- Planlanan ameliyatın amaç, teknik ve süresini, ameliyatta belirlenen bulguları, uygulanan anestezi türü,
- Hastanın ameliyat sonrası yaşamsal fonksiyonlarına ilişkin muayene bulguları,
- Hastaneden iyileşme veya ölüm nedeniyle ayrılıncaya kadar geçen sürede yapılan periyodik muayene bulguları, klinik seyri, istenen tetkik ve konsültasyon sonuçları,
- Ölüm meydana gelmiş ise ölüm zamanını ve sebebine ilişkin ayrıntılı bilgi şeklinde sıralayabiliriz
- Hekimin teşhis ve tedavi sözleşmesinden kaynaklanan tıbbi kişisel verileri koruma yükümlülüğünün faydaları olarak şunlar söylenebilir<sup>21</sup>;
- Epidemiyolojik veri sağlar
- Sağlık istatistikleri çıkarmamızı sağlar
- Muayenehane yönetimine destek olur
- Risk yönetimi sağlar
- Kalite iyileştirme aracıdır
- İletişim aracıdır

### **C. Tıbbi Kişisel Veri Kapsamında Tutulan Kayıtlar ve Türleri**

Hekimin dokümantasyon yükümlülüğü çerçevesinde tutulması gereken kayıtlar kullanılan malzemeye göre kağıda dayalı ya da elektronik olarak ikiye ayrılabilir. Bu kayıtlar içinde hasta dosyaları, hasta kartları ve bilgi notları bulunur.

Hekim bu yükümlülük çerçevesinde hastaya ilişkin aşağıdaki hususları kayıtlarını tutar;

- Tanıtıcı bilgiler: yaş, cins, iş, eğitim, aile yapısı
- Risk faktörleri: alkol, sigara, yaşam tarzı
- Allerji ve ilaç reaksiyonları
- Problem listesi
- Özgeçmiş: hastalıklar, ameliyatlar
- Veritabanı: esas problem, hikaye, muayene

---

<sup>21</sup> Özay, s.71; Er, s.92

- Tedavi planı: danışmanlık, eğitim, ilaç
- Seyir notları: Bu notlar P S O A P formatında tutulur.

**PSOAP; Problem** (Hastanın belirttiği veya hekimin saptadığı her şey), **Süb-jektif** (Hastanın hissettikleri veya düşündükleri, **Objektif** (Hekimin bulguları), **Assesment** (Değerlendirme-Hekimin değerlendirmesi, **Plan** (Reçete, konsültasyon, danışmanlık, kontrol vizitesi) olarak tanımlanır.

Bu kayıtların tutulmaması hekimin kusuru olarak değerlendirilebilir. Nitekim Yargıtay bir kararında<sup>22</sup> belgelerin ameliyattan sonra tutulması, ameliyat bülteni, anestezi formu gibi girişim anında düzenlenmesi gereken belgelerin düzenlenmemesini kusur olarak kabul etmiştir. Hekim ile hasta arasında tedavi sözleşmesini sona ermesinden sonra tedavi esnasında hasta tarafından hekime verilen dökümanlar hastanın mülkü olduğundan hastaya iade edilmelidir<sup>23</sup>.

Ülkemizde özellikle Sağlıkta Dönüşüm Projesi başlığı altında sağlık hizmetlerinde gözlemlenen gelişmeler yukarıda açıklamaya çalıştığımız kayıtların (kişisel verilerin) elektronik ortamda tutulması, istatistiki veri haline getirilmesi ve bu verilerin Sağlık Bakanlığı, Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) ve özel sağlık sigortaları ile paylaşılmasını beraberinde getirmiştir.

Elektronik hasta kaydı, sağlık kayıtlarına yalnızca yetkili kişilerin ulaşmasını sağlayarak kayıtların gizliliği, mahremiyeti ve güvenliğini sağlar. Amerikan Hekimler Birliği (AMA) Tıp ve sağlık bilgisi sağlayan sitelerin uyması için yayınladığı yönergede konuya verdiği önemi belirtmiştir. Uygun geliştirilmiş ve izlenmiş elektronik hasta kayıt sistemleri sağlık enformasyonuna yalnızca yetki sahibi kullanıcıların erişimine izin verdiği için kâğıda dayalı sistemlerden daha iyi bir koruma ve güvenlik sağlar<sup>24</sup>.

Elektronik sağlık kayıtlarının; tıbbi hataların azaltılması, verilere hızlı ulaşım sağlanması, daha iyi kalitede veriler elde edilmesi ve bu verilerin çok yönlü olarak sunulması, sağlık bakımının sonuçlarının ölçülebilmesi ve değerlendirilebilmesi, gerektiği yer ve zamanda kanıta dayalı kayıtlardaki işlevlerin yanında sağlık kurumunun birimleri arasında iletişimi ve bilgi alışverişini kolaylaştırma,

---

<sup>22</sup> **Yargıtay 3.Hukuk Dairesi** 07.02.2005, E:2004/1208, K:2005/728. Karar için bkz Palmiye İçtihat Bilgi Bankası; Aynı yönde kararlar için bkz. **Doğan**, s.51

<sup>23</sup> **Battal Y.**, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara-2007, s.49; Bu hususta farklı görüşler ileri sürülmektedir. Konuya ilişkin farklı görüşler için bkz. **Er**, s.92-93

<sup>24</sup> **Di Lima S.N.**, Johns T.L. "Health Information Management" Aspen Publication, Maryland, 1998; **Özkaya**, S., Tıbbi Kayıtlar ve Önemi, Adli Bilimler Dergisi, www.pediatriportali.com (Erişim Tarihi:10.03.2010)

hasta verilerine çabuk ulaşabilme, verimliliği artırma ve kayıtların okunaklılığına ilişkin avantajı dâhil olmak üzere pek çok faydalı işlevi vardır.

Ayrıca hastaların ve harcamaların etkin şekilde izlenmesi, daha iyi dokümantasyon ve hastayla çok fazla zaman harcanmasının önüne geçilmesi, arşiv olarak kullanılacak alandan büyük ölçüde kazanç sağlanması, hasta kayıtları kurum içinde fiziksel olarak dolaşmayacağı için kaybolma riskinin ortadan kalması ek faydalar olarak sıralanabilir. Kısaca elektronik hasta kayıtları, sağlık bakım kalitesini artırır; maliyeti azaltır; böylelikle verimlilikte artış sağlar, güvenlidir, günceldir ve hasta merkezlidir. Temel amacıysa hasta bakımını desteklemektir. Özellikle hastanın bilincinin kapalı olduğu acil durumlarda hastaya ait hayati bilgilere ulaşılması son derece önemlidir.

Sağlık Bakanlığı Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü'nün açıklamalarına göre, *Ulusal Sağlık Bilgi Sistemi (USBS)*, "sağlıkta dönüşüm projesi kapsamında uygulamaya koyulan reformların en önemli aşamalarından biri"dir. Sözü edilen belgelerde USBS, "tüm vatandaşları kapsayan, bireyin doğumundan önce başlayıp tüm yaşamı boyunca sağlığıyla ilgili verilerden oluşan işlevsel bir veri tabanının, yüksek bant genişlikli ve tüm ülkeyi kapsayan bir iletişim omurgasında paylaşılması ve tele-tıp uygulamalarına varan teknolojilerin mesleki pratikte kullanılmasını temel alan elektronik kayıt sistemidir. Bu sistem ayrıca sağlık hizmeti sunan tüm kurum ve kuruluşların insan gücü, taşınır, taşınmaz, idari ve mali verilerini de kayıt altına alacak şekilde tasarlanmıştır." şeklinde ifade edilmiştir<sup>25</sup>.

*Sağlık.NET* ise, "sağlık kurumlarında elektronik ortamda üretilen verileri, doğrudan üretildikleri yerden, standartlara uygun şekilde toplamayı, toplanan verilerden tüm paydaşlar için uygun bilgiler üretmek birinci, ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmetlerinde verim ve kaliteyi arttırmayı hedefleyen, entegre, güvenli, hızlı ve genişleyebilen bir bilgi ve iletişim platformudur." şeklinde açıklanmıştır<sup>26</sup>.

Bilindiği üzere, Sağlık Bakanlığı 17 Kasım 2012 tarihinde "Sağlık net 2 veri gönderimi" başlıklı bir Genelge yayınlamak, kamu-özel sağlık kuruluşu ayrımı olmaksızın sağlık hizmeti veren tüm sağlık kurum ve kuruluşlarının *Ulusal Sağlık Veri Sözlüğü (USVS) 2.0.* kapsamında yer alan hastaların sağlık verilerini, Sağlık Net 2 sistemine göndermesi zorunlu kılınmıştır.

Sağlık Net 2 veri gönderimi ile kamu ve özel bütün sağlık kuruluşlarının, top-

---

<sup>25</sup> <http://www.istabip.org.tr/icerik/net2sorucevap.pdf> (Erişim Tarihi: 15.09.2015)

<sup>26</sup> <http://www.saglik.gov.tr/KlinikKalite/belge/1-24095/sagliknet-nedir.html> (16.09.2015)

layıp merkezi sisteme göndermekle yükümlü tutulduğu bilgiler, yalnızca bildirim zorunlu hastalıklara ilişkin değildir. Bunların yanı sıra istenen bilgiler içinde;

- kimlik,
- adres,
- iletişim bilgileri,
- hamilelik testleri,
- sağlık geçmişi,
- özür lülük durumu,
- medeni hal,
- alkol-madde-sigara kullanımı,
- iş, meslek,
- öğrenim durumu,
- eğitim kurumuna devam etme durumu,
- gelir durumu,
- ailesinde intihar girişimi,
- “cinsel partner bilgileri”,
- kişisel bakım,
- kişisel hijyen,
- mahkumiyet/tutukluluk durumu
- hastalık şikayetleri,
- hastanın öyküsü(anemnezi),
- bütün tetkik sonuçları,
- tetkik istenen kurumlar,
- 15-49 yaş arası kadınların, doğum, düşük türü ve sayıları,
- kadın sağlığı işlemleri,
- kullanılan aile planlaması yöntemi,
- gebelik tespiti sonuçları,
- son adet tarihi,
- babanın kan grubu,
- gebe olduğu tespit edilmiş olsun ya da olmasın, doğum ya da düşükle sonuçlanan tüm gebelikler,
- ağız ve diş sağlığı ile ilgili tüm koruyucu hekimlik, teşhis ve tedavi işlemleri ve daha pek çok bilgi yer almaktadır.

Türk Tabipler Birliği, söz konusu Genelge'nin iptali ve yürütmesinin durdurulması için Danıştay'a başvurmuştur. Bunun üzerine Danıştay 15. Dairesi 12.6.2014 tarih ve 2013/2084 Esas sayısı ile Genelge'nin yürütülmesinin durdurulmasına karar vermiştir.

*"... Genelgenin dayanağı olduğu ileri sürülen hükümler incelendiğinde, 3359 sayılı Kanununun 3. maddesi (f) bendinin genel bir düzenleme olup, kayıt ve bildirim sisteminin internet üzerinden bir yazılım yoluyla yapılacağı ve kişisel sağlık verisi kapsamındaki verilerin bu sisteme aktarılacağına (dair) bir düzenleme içermediği, 5258 sayılı Kanunun ise aile hekimlerine ilişkin olduğu, 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 8. maddesinin 1. fıkrasının Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün, 11. maddesinin Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü'nün görevlerine ilişkin olduğu, dava konusu Genelgenin dayanağı olarak değerlendirilebilecek tek hükmün 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 47. maddesi olduğu sonucuna ulaşılmıştır.*

*663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 47. maddesinin 1. ve 3. fıkraları Anayasa Mahkemesinin 14.02, 2013 tarih ve E:2011/150, K:2013/130 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.*

*İptal hükmünde "Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında "Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci bölümünde yer alan "temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve ödevler" in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Anayasa'nın "Özel Hayatın Gizliliği" başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrası "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." hükmüne yer verilmiş, üçüncü fıkrasında ise "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." denilmiştir.*

*Buna göre, Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen ve "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlıklı ikinci bölümünde yer alan özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkün değildir." gerekçesine yer verilmiştir. Bu nedenle, yasal dayanak Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen Genelge'de hukuka uyarlık bulunmamaktadır.*

*Her ne kadar, 12.07.2013 tarihinde kabul edilen ve 02.08.2013 tarih ve*

*28726 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6495 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 73/h-3. maddesi ile 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen hükümleri yeniden düzenlenmişse de sonradan yürürlüğe giren yasal düzenlemenin önceden yürürlüğe konulan Genelge'nin dayanağını oluşturmayacağı açıktır. Kaldı ki, hassas veri kabul edilen kişisel sağlık verilerinin toplanması ve işlenmesinin kapsamı, koşulları ve bu verilerin korunmasına ilişkin usul ve esaslar belirlenmeksizin ve kişisel sağlık verilerine ilişkin bir sınırlama konulmaksızın, sağlık hizmeti alanların kişisel bilgileri ve bu kişilere verilen hizmete ilişkin bilgilerin toplanması, işlenmesi ve paylaşılmasını öngören 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 47. maddesindeki 12.07.2013 tarihinde getirilen düzenlemenin sağlık verilerinin kayıt altına alınmasını sağlayan ve bir veri tabanı sistemi şeklinde kurulan Sağlık Net 2 Veri Gönderimi Sisteminin işleyişine ilişkin tüm ayrıntıları kapsayan bir yasal düzenleme olarak kabulü de mümkün değildir...*

Kararda görüldüğü üzere Danıştay, Anayasal koruma altında olan özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılmasının mümkün olmadığına dair karar veren Anayasa Mahkemesi'nin 14.2.2014 tarihli kararına atıfta bulunarak, sağlık verilerinin "hassas veri" olduğunu ve bunların toplanmasının, işlenmesinin, kapsamının koşullarının ve bu verilerin korunmasına ilişkin usul ve esasların mutlaka Kanun'la düzenlenmesi gerektiğini<sup>27</sup> ve idarelerin bu verileri koruma yükümlülüğü altında olduğunu vurgulamıştır<sup>28</sup>.

Bahsi geçen Anayasa Mahkemesi'nin 2011/150 E., 2013/30 K. sayılı kararı, Danıştay Kararı'nın gerekçesinde de belirtildiği üzere 663 sayılı KHK'nın 47. maddesi ile Sağlık Bakanlığı'nın sağlık kuruluşlarına başvuran hastaların sağlık bilgilerini merkezi olarak toplamasına ilişkin hükmün iptaline ilişkindir.

663 sayılı KHK'nın 47 nci maddesinin 1. fıkrası, "*Bakanlık ve bağlı kuruluşları, mevzuatla kendilerine verilen görevleri, e-devlet uygulamalarına uygun olarak daha etkin ve hızlı biçimde yerine getirebilmek için, bütün kamu ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarından; sağlık hizmeti alanların, aldıkları sağlık hiz-*

---

<sup>27</sup> Aynı yönde bkz. Danıştay 15.Daire, 25.11.2014 tarih ve E:2013/8671, K:2014/8849.

<sup>28</sup> 27/02/2015 tarih ve 29280 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Tarafından Evde Sağlık Hizmetlerinin Sunulmasına Dair Yönetmeliğin "Kayıtların Tutulması" başlıklı 22.maddesinin iptaline yönelik açılan davada, Danıştay 15.Dairesi 06/07/2015 tarih ve E:2015/3602 sayılı kararında; "davalı idarenin bilgi güvenliği ve mahremiyeti hakkında mevzuat hükümlerine uyulması gerektiği tartışmasıdır..." şeklinde açıklayıcı bir dil kullanmıştır.

*metinin gereği olarak ilgili sağlık kurum ve kuruluşuna vermek zorunda oldukları kişisel bilgileri ve bu kimselere verilen hizmete ilişkin bilgileri her türlü vasıta ile toplamaya, işlemeye ve paylaşmaya yetkilidir.” şeklinde düzenlenmiştir.*

Bu karardan sonra Sağlık Bakanlığı tarafından aynı hüküm 2.8.2013 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanan 6495 sayılı “Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 73 üncü maddesinin (h) fıkrasının (3) numaralı bendiyle tekrar yasalaştırılmıştır. Söz konusu hükmün Anayasa’nın 20. maddesine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesine aykırı olması nedeniyle iptali için Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi 04.12.2014 tarih ve E:2013/114, K:2014/22 sayılı kararıyla anılan kanun hükmünü de iptal etmiştir<sup>29</sup>. Yüksek mahkemeye göre;

...Dava konusu kurallarda, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarına, görevlerini yürütebilmeleri için gerekli olan bilgileri toplama, işleme, paylaşma yetkisi verilmekte ve bu yetkinin kapsam ve sınırları düzenlenmektedir.

Anayasa’nın 20. maddesinin ilk fıkrasında, herkesin, özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmiş; son fıkrasında da “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.” denilerek kişisel verilerin korunması, özel hayatın gizliliğinin korunması kapsamında güvenceye kavuşturulmuştur.

Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sağlanan anayasal güvencenin yaşama geçirilebilmesi için, bu hakkı ilgilendiren yasal düzenlemelerin, açık, anlaşılabilir ve kişilerin söz konusu haklarını kullanabilmelerine elverişli olması gerekir. Ancak böyle bir düzenleme ile kişilerin özel hayatlarını ilgilendiren veri, bilgi ve belgelerin keyfi müdahalelere karşı korunması olanaklı hâle getirilebilir.

Anayasa’nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların Anayasa’nın sözü-

---

<sup>29</sup> <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/12/20141206-25.pdf> (Erişim Tarihi: 14.10.2015).

ne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması gerekir.

Ölçülülük ise amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımamasını da içeren bir ilkedir.

Anayasa'nın 20. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere özel hayatın korunması her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Kişinin özel hayatında yaşananların, yalnız kendisi veya kendisinin rıza gösterdiği kişiler tarafından bilinmesini isteme hakkı, kişinin temel haklarından biridir ve bu niteliği nedeniyle insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde yer almış, tüm demokratik ülkelerin mevzuatlarında açıkça belirlenen istisnalar dışında devlete, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur.

663 sayılı KHK'nın 47. maddesinin dava konusu (1) numaralı fıkrasıyla Bakanlık ve bağlı kuruluşlarına, mevzuatla kendilerine verilen görevleri, e-devlet uygulamalarına uygun olarak daha etkin ve daha hızlı biçimde yerine getirebilmeleri amacıyla bütün kamu ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarından; sağlık hizmeti alanların, hizmetin gereği olarak ilgili sağlık kurum ve kuruluşuna vermek zorunda oldukları kişisel bilgileri ve bu kimselere verilen hizmete ilişkin bilgileri her türlü vasıtayla toplama, işleme ve paylaşma yetkisi verilmektedir.

Verilen yetkiyle özel hayatın ve kişisel verilerin korunması haklarına bir sınırlama getirildiği açık olup bu sınırlama, demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamında kalmaktadır. Zira kuralın yöneldiği, sağlık hizmetlerinin etkin ve hızlı biçimde yerine getirilerek herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama görevi, Anayasa ile devlete yüklenen ve toplum düzeninin korunması için alınması gereken zorunlu tedbirlerdendir.

Anılan sınırlamayla, kişilerin her türlü kişisel bilgilerinin değil, sadece sağlık hizmetinin gereği olarak ilgili sağlık kurum ve kuruluşuna vermek zorunda



oldukları bilgilerin toplanması, işlenmesi ve paylaşılması yetkisi verilmektedir. Dolayısıyla bu sınırlamanın özel hayatın ve kişisel verilerin korunması haklarını bütünüyle ortadan kaldırmadığı veya ciddi surette güçleştirip amacına ulaşmasına engel olmadığı da açıktır.

Ancak kuralda söz konusu kişisel bilgilerin “her türlü vasıtayla” toplanmasına, işlenmesine ve paylaşılmasına izin verilmesi, sınırlamayı, öngörülme amacının ötesinde kişisel bilgilerin gizliliğinin keyfi şekilde ihlal edilmesi sonucunu doğurabilecek bir araca dönüştürmektedir. Bu ise sınırlama aracıyla sınırlama amacı arasında bulunması gereken makul dengeyi bozmakta, özel hayatın ve kişisel verilerin korunmasını isteme haklarına kuralda belirtilen sınırlama amacı dışında ölçüsüz bir şekilde müdahale edilebilmesine imkân tanımaktadır.

47. maddenin dava konusu (2) numaralı fıkrasında da (1) numaralı fıkrada belirtilen yöntemlerle toplanan ve işlenen kişisel verilerin ilgili üçüncü kişiler ile kamu kurum ve kuruluşlarıyla paylaşılması öngörüldüğünden yukarıda belirtilen aynı gerekçelerle bu düzenleme de ölçülülük ilkesini ihlal etmektedir.

47. maddenin dava konusu (3) numaralı fıkrasında ise Bakanlık ve bağlı kuruluşlarının, mevzuatla kendilerine verilen görevleri yerine getirebilmek için gereken bilgileri, kamu ve özel ilgili bütün kişi ve kuruluşlardan istemeye yetkili olduğu ve ilgili kişi ve kuruluşların istenilen bilgileri vermekle yükümlü oldukları düzenlenmektedir.

Bakanlık ve bağlı kuruluşlarına verilen görevler çok geniş bir alanı kapsamakta olup bu görevlerin tamamının kişilerin özel hayatlarına müdahale edilmesini gerektirecek bir toplumsal zorunluluğu bünyesinde barındırdığı söylenemez. Dolayısıyla dava konusu kurulla sadece demokratik toplum düzeni yönünden zorunlu olan sınırlamalara değil, özel hayatın ve kişisel verilerin korunması haklarına yapılabilecek her türlü sınırlamaya izin verilmesi, bir başka ifadeyle, kuralda anılan haklara sınırlama getirilirken sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı olarak kullanılmasını temin edecek güvencelere yer verilmemesi ölçülülük ilkesine aykırı düşmektedir.

Bir diğer uygulama MEDULA sistemi olarak adlandırılan 2007 tarihinden bu yana kullanılan, Genel Sağlık Sigortası ile sağlık tesisleri arasında, sağlık tesislerinin iç süreçlerine müdahale etmeksizin fatura bilgisini elektronik olarak toplamak ve hizmetlerin ödemesini gerçekleştirmek için oluşturulmuş sistem yer almaktadır.

Sosyal Güvenlik Kurumu'nun MEDULA çerçevesinde gerçekleştirmiş olduğu çalışmalarda, kaliteli veri üretebilmesi, geleceğe yönelik sağlık harcaması

tahminleri yapılabilmesi, istatistikî bilgi elde edilmesi, risk analizlerinin yapılabilmesi, harcama kalemlerinde değişikliklerin takip edilebilmesi, sağlık politikalarına yön verecek bilgi dayanakları sağlamanın amaçlandığı ifade edilmiştir. Sistemin amaçlar doğrultusunda işletilmesi halinde faydalı olabileceği tartışmasız bir konu olmakla birlikte toplanan verilerin ne şekilde korunduğu, kimlerle paylaşıldığı ve ne kadar süreyle tutulduğu bilinmemekle birlikte elde bu konuda yasal mevzuatın olmaması kişilerin kaygılarını arttırmaktadır<sup>30</sup>.

Genel Sağlık Sigortası MEDULA Web Servisleri Kullanım Kılavuzu'nda yapılan değişiklik ile 1.12.2013 tarihinde özel ve üniversite hastanelerinde Avuç İçi Damar İzi (Biyometrik Kimlik Doğrulama) uygulamaya başlanmış ve tedavi görece hastaların sigortalılara her muayene, konsültasyon, kontrol muayenesi, diyaliz, fizik tedavi, radyoterapi, kemoterapi, hiperbarik oksijen tedavisi gibi işlemlerin her seansında kimlik doğrulaması yaptırmak zorunluluğu getirilmiştir.

Türk Tabipler Birliği, Kılavuz hükümlerinin iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle Danıştay'da dava açmıştır. Danıştay 15.Dairesi 08.07.2014 tarih ve 2014/1150 sayılı kararla biyometrik kimlik doğrulama sisteminin uygulamasını durdurulmasına karar vermiş<sup>31</sup> ve 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 67. maddesinin üçüncü fıkrasına, 1.3.2012 tarihli ve 6283 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen "biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulamasının yapılması ve/veya." ibaresinin Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi E: 2014/180, K:2015/30 sayılı kararla anılan kanun hükmünün Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> **Dülger**, M.Volkan, Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti, İMÜHFD, 2014, s.48

<sup>31</sup> <http://www.istabip.org.tr/icerik/avuiciyurutmeyidurdurma.pdf> (Erişim Tarihi:02.11.2015).

<sup>32</sup> <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/eb0ec514-e01c-47ba-86be-dadf-d0c0c2bv3?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (Erişim Tarihi:02.11.2015). Anayasa Mahkemesinin bu kararı üzerine kişilerin parmak izlerinin kişisel veri olarak değerlendirip değerlendirilmeyeceğinin tartışmaya açılmasının önüne geçilmesi adına hemen belirtelem ki parmak izi tartışmasız kişisel veridir. Yasal mevzuatımızda parmak izi alınması sınırlı şartların varlığı halinde 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) ile kolluk kuvvetine verilmiştir. İç hukuk dikkate alındığında Anayasa'nın 17. maddesi ile düzenlenen "kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" hükmüne, 20. maddesi ile düzenlenen "herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı" ve 13. maddede düzenlenen "temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir." hükümlerine aykırı bir uygulama olduğu açıktır.

11.07.2012 tarih ve 28350 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Genel Sağlık Sigortası Verilerinin Güvenliği ve Paylaşımına İlişkin Yönetmeliğin iptaline yönelik açılan davada da benzer gerekçelerle Danıştay 15. Dairesi 13/03/2015 tarih ve E:2013/5986 sayılı kararla yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir.

Adından söz ettiren bir başka uygulama Gebe-Bebek Takip Sistemidir (GEBESİS). 2008 yılında Aile Hekimliği'ne geçilmesi ile Aile Hekimlerine yardımcı olmak adına GEBESİS kurulmuştur. Sağlık Bakanlığı'nın amacı anne ve bebek sağlığını gözetim altında tutmaktır. Gebelik testi yaptıran tüm kişilerin sonuçları GEBESİS'e aktarılıyor ve TC Kimlik numaraları hangi aile hekimine bağlı ise gebelik durumu o aile hekimine de bildiriliyor. Aile Hekimi sistemde kayıtlı numaraya mesaj göndererek kişiyi gebelik kontrolleri için aile merkezine davet ediyor. Bu uygulamaya geçildiği sıralarda gebelik testi pozitif çıkan bir kişinin babasının cep telefonuna durumla ilgili bilgi mesajı atıldığı haberi yankı uyardır. Bunun üzerine, Sağlık Bakanlığı tarafından, sistemin açıklarını düzeltmelerini buna ilişkin tedbir aldıkları yönünde açıklamalarda bulunulmuştur. Sistemin amacına ulaşması için, gebelik testi gerçekleştiren kişi sistemle ilgili bilgilendirilerek açık rızası alındıktan sonra bilgilerinin GEBESİS'e aktarılması şeklinde bir uygulamanın gerektiğini düşünüyoruz. Aksi takdirde uygulama açıkça hukuka aykırıdır.

Bu alanda Genel Sağlık Sigortası kapsamında verilerin güvenliği ve paylaşılması hakkında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından 11.07.2012 tarih ve 28350 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulan '*Genel Sağlık Sigortası Verilerinin Güvenliği ve Paylaşımına İlişkin Yönetmelik*' üzerinde durulmalıdır. Söz konusu yönetmeliğin yürütmesinin durdurulması ve iptali istemiyle Türk Tabipler Birliği ve Türkiye Psikiyatri Derneği tarafından dava açılmıştır.

Danıştay 15. Daire tarafından Yönetmelik'in dayanak hükmünü oluşturan 5510 sayılı Sosyal Güvenlik ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 78. maddesinin 1. ve 2. fıkralarının iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına karar verilmiştir.

Süreçte, Anayasa Mahkemesi 23.5.2015 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan kararıyla, 5510 sayılı Yasa'nın 78. maddesinde geçen '***Sağlık bilgilerinin ne şekilde korunacağı, ulusal güvenlik nedeniyle sağlık bilgisi paylaşımına açılmayacak kişilerin tespiti ilgili bakanlıkların önerisi üzerine Bakanlıkça tespit edilir. (Ek cümle: 17/4/2008-5754/66 md.) Bu kişi ve grupların sağlık bilgilerinin nasıl tutulacağı ilgili kuruluşların görüşleri alınarak hazırlanacak***

**yönetmelik ile düzenlenir.**’ ibaresini Anayasa’nın 20. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir. Karar gerekçesinde ise, Anayasa’nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda yürütme organına doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapma yetkisi verilemeyeceği, aksi yöndeki düzenlemelerin Anayasa’nın 20. maddesinde öngörülen kişisel verilerin korunmasına ilişkin usul ve esasların ancak kanunla düzenlenebileceğine ilişkin güvenceye aykırı olduğuna vurgu yapılmıştır.

Bu karardan sonra Danıştay 15. Dairesi<sup>33</sup>, dava konusu ‘Genel Sağlık Sigortası Verilerinin Güvenliği ve Paylaşımına İlişkin Yönetmelik’in dayanağının Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiği, üstelik kişisel sağlık verilerinin toplanmasına, işlenmesine ve paylaşılmasına ilişkin düzenlemelerin Anayasa’nın 20. maddesinde öngörülen kişisel verilerin korunmasına ilişkin usul ve esasların ancak kanunla düzenlenebileceğine ilişkin güvenceyi sağlamaktan uzak olduğu gerekçesi ile Yönetmelik’in dava konusu edilen tüm hükümlerinin yürütmesini durdurmuştur. Yürütmesi durdurulan temel maddeler nedeniyle Yönetmelik’in uygulanma olanağı hukuken kalmamıştır.

Gerek Anayasa Mahkemesi’nin gerekse Danıştay 15. Daire’nin ilgili kararları uyarınca, sigortalıların biyometrik veri vermeye zorlandığı dayatmaların, hekimlerin sağlık net 2, E-nabız vb. adlar altında hastalara ait sağlık verilerini Sağlık Bakanlığına iletmeye zorlandığı uygulamaların, SGK ve Sağlık Bakanlığı başta olmak üzere idari kurumların kişilere ait hassas kişisel veri niteliindeki sağlık bilgilerini toplamasının, işlemesinin ve 3. kişilerle paylaşmasının hukuka aykırı olduğu karara bağlanmıştır. Bu hususta kanuni düzenleme yapılarak kişisel verilerin öncelikle koruma altına alınması ve çerçevesi belirlenmiş sınırlar dahilinde paylaşımına açılması kararlardan çıkan ortak sonuçtur.

#### **D. Kişisel Verilerin Tutulmasına Yönelik Hekimin Dosya Tutma ve Arşiv Yükümlülüğünün Hukuki Dayanakları**

Ülkemizde kişisel verilerin korunması ile ilgili bir yasanın hazırlanması için girişimlere 1995 yılında başlanmış olmakla birlikte aradan geçen oldukça uzun süreye rağmen halen bu konuda bir yasa bulunmamaktadır. Bu dönemde konuya ilişkin temel düzenlemeler, Anayasadaki özel yaşamın gizliliği hakkını ve bunu esas alan yasa maddeleri olagelmıştır. Bununla birlikte, 2010’da referan-

---

<sup>33</sup> “...Hassas veri olarak kabul edilen kişisel sağlık verilerinin toplanması ve işlenmesinin kapsamı, koşulları ve bu verilerin korunmasına ilişkin usul ve esaslar belirlenmeksizin ve kişisel sağlık verilerine ilişkin bir sınırlama konulmaksızın sağlık hizmet alanlarının kişilere verilen hizmete ilişkin bilgilerin toplanması, işlenmesi ve paylaşılması hukuken mümkün değildir... Danıştay 15.Daire, 12/06/2014 tarih ve E:2013/2084 sayılı yürütmeyi durdurma kararı

dumda kabul edilerek yürürlüğe giren anayasa değişikliği paketi ile Anayasanın özel yaşamı gizliliği hakkını düzenleyen 20. maddesine şu fıkra eklenmiştir: *“Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”*

Her ne kadar fıkrada atıfta bulunulan yasa halen yürürlüğe girmemiş olsa da, bu değişiklik kişisel verilerin doğrudan Anayasal teminata bağlanmış olması açısından olumlu bir adımdır. Söz konusu Anayasa maddesi dışında Anayasanın kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı, kişi hürriyeti ve güvenliği ile ilgili maddeleri de kişisel verilerin korunmasını ilgilendiren diğer düzenlemelerdir. Bunlara ek olarak, temel hak ve özgürlüklere ilişkin tarafı bulunduğumuz uluslararası sözleşmelere atıfta bulunan Anayasanın 90. maddesi de bu bağlamda göz ardı edilmemesi gereken bir diğer düzenlemedir.

Türkiye’de sağlık bilgilerinin saklanmasına ve gizliliğine ilişkin çeşitli seviyelerde önemli düzenlemeler yürürlüktedir. 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nun 3/f hükmüne göre *“Herkesin sağlık durumunu takip edebilmek için gerekli kayıt ve bildirim sistemi kurulur”*. Bu düzenleme önemli bir hukuksal dayanak oluşturur. Bununla birlikte hekimlerin ve diğer sağlık personelinin sorumluluğuna ilişkin hükümler adı geçen kanunda yer almamaktadır. Bu konuya ilişkin düzenlemeleri daha çok ilgili yönetmeliklerde ve etik kuralların düzenlendiği belgelerde bulmak olanaklıdır.

Konuyla ilgili hukukumuzda bazı önemli yasal düzenlemelere örnek olarak şunlar verilebilir: *Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.72; Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun m.5; Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun m.10/II; Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun m.5/III; Özel Hastaneler Tüzüğü m.29; Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği m.26, m.27; Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik m.17, m.27; Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği m.8/c, m.33, m.34; Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği m.12/IV; Özel Hastaneler Yönetmeliği’nin “Tıbbi Kayıt ve Arşiv, Faturalandırma ve Hastaya Verilecek Belgeler” başlığı altındaki düzenlemeler olan m. 48, m.49, m.50 gibi*

Sağlık hizmeti sunan özel ya da tüzel kişiler, ister kamu kurumu ister özel kurum olsun kendisine başvuran herkesin tıbbi kayıtlarını tutmakla yükümlü-

dür. Bu başvuruların tanı veya tedavi amaçlı olması durumu değiştirmez. Hatta danışma amaçlı başvuruların bile kayıtları tutulmalıdır. Sağlık hizmeti talep eden kişiye verilen hizmetin paralı ya da parasız verilmesinin tıbbi kayıtları tutma yükümlülüğü açısından bir önemi yoktur. Bu durum Tababet Ve şuabatı Tarzı İcrasına Dair Kanun'un (TşTİDK) 72. maddesinde açıkça belirtilmiştir: "Hekimler, diş hekimleri ve ebeler Sağlık Bakanlığı tarafından düzenlenen ve onaylanarak kendisine verilen protokol defterine hastanın kimliğini yazmada mecburdurlar." Kanunda yalnızca ebelerden söz edilmesi diğer yardımcı sağlık personelinin böyle bir yükümlülükleri olmadığı şeklinde anlaşılmamalıdır.

3153 sayılı Kanunun 5. maddesi, "*Röntgen ve radyom ve elektrikle tedavi müesseselerinde buraya kabul edilen hastaları kayda mahsus ve Sağlık Bakanlığı'nca hazırlanan örneklere uygun protokol defterleri tutulması mecburidir.*"; 6. maddesi ise "*Röntgen ve radyom ve her nevi elektrik aletleri ile ancak müessese mütehasısı tarafından veya nezareti altında yapılır ve her tedavi seansının bitmesinden sonra her hasta için ayrı tutulacak bir müşahade varakasına yapılan tedavinin nevi ve devam müddeti ve cereyanın kuvveti veya tatbik edilen radyomun miktar ve şekli ve tedavi yapılan nahiyenin genişliği ve sair tafsilat kaydedilerek mütehasıs tarafından imza edilir. Bu müşahade kağıtları en az üç sene muhafaza edilir.*"

992 Sayılı Seriri Taharriyat ve Tahlilat Yapan ve Masli Teamüller Aranılan Umuma Mahsus Bakteriyoloji ve Kimya laboratuvarları Kanununa Müteferri Olarak Tanzim Olunan Yönetmelik'in 16. maddesi.- "*Her laboratuvarıda protokol ve rapor olmak üzere iki nevi defter tutulmasını zorunlu kılmıştır. Protokol defterinde açılacak hanelere sıra numarası, tarih ve tahlil edilen maddenin nevi ve cinsi, tahlil ve muayenenin nev'i maddenin ait olduğu şahsın ismi, muayene ve tahlilin muhtasaran neticesi ve alınan ücret kaydedilir. Rapor defterleri her nevi tahlile mahsus olmak üzere ayrı ayrı veya hepsi için lazım gelen tafsilatı muhtevi olarak bir nevi olmak üzere arzu edilen şekilde tanzim olunur. Bu defterlerin evrakı ortasından zımbalı olarak iki kısmından mürekkep olup bir kısmı dip koğanı olarak kalır, diğer kısmı muayene ve tahlil edilen maddenin neticei tahliline ait rapordur. Dip koğanların münderecatı rapor münderecatının aynı olacak ve raporla aynı zamanda doldurulacaktır.*" 17. maddesi.- "*Her nevi tahlilat ve muayenat için verilen raporlarda tahlil ve muayene edilen maddenin nev'i, maddenin ait olduğu şahsın ismi, tahlil tarihi ve mufassal olarak tahlil netayici zikredilecek her rapor bir sıra numarasını muhtevi olacaktır. Tahlil edilen madde anasırı mürekkebesinin dozajları yapıldığı takdirde her birisi ayrı ayrı gösterilmelidir.*" hükümlerini içermektedir.

Kayıt sistemine getirilen en son açıklık, 27.03.2002 tarih ve 24708 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Özel Hastaneler Yönetmeliği ile 09.03.2000/23998 ve 23.06.2001/24441 sayılı Resmî Gazetelerde yayımlanan “Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik’le getirilmiştir.

Konuya ilişkin Özel Hastaneler Yönetmeliği’nin 48. maddesine göre “*Özel hastanelerin acil servis, poliklinik, klinik, röntgen, laboratuvar ve ameliyathane gibi tıbbi hizmet ünitelerinde, sayfa ve sıra numarası verilmiş ve her sayfası Müdürlükçe mühürlenmiş defterlerin tutulması zorunludur.*

Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin 46. maddesine göre ise “*Sağlık kuruluşuna başvuran her hasta protokol defterine kaydedilir. Her hekim, Yönetmelikte belirtilen sağlık kuruluşunun ismini taşıyan reçeteyi kullanır ve bu reçeteye kendi imzasını ve kaşesini basar. Muayenehanelerde ise hekim adına düzenlenmiş reçete kullanılır. Sağlık kuruluşunda yazışma, kayıt ve benzeri işlemlerin bilgisayar ortamında gerçekleştirilmesi, bu Yönetmelik ile öngörülen yazılı kayıt sisteminin bulundurulma zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.*

Hasta kayıtlarının saklanma süresi de yukarıda açıklanan mevzuatta farklı olarak bildirilmiştir. 3473 sayılı Muhafazasına Lüzum Kalmayan Evrak ve Malzemenin Yok Edilmesi Hakkında Kanun ile özellikle adli vakalarla ilgili diğer mevzuat hükümleri saklı kalmak üzere;

\* Özel Hastaneler Yönetmeliği’nin 49. maddesine göre, özel hastanelerde tutulan hasta dosyalarının yirmi (20) yıl süre ile saklanması gerekir.

\* Ayaktan Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik’te bu süre beş (5) yıl olarak öngörülmüştür.

\* 3153 sayılı yasanın 6. maddesinde ise *müşahade kağıtlarının en az üç (3) yıl saklanacağı* belirtilmektedir.

Laboratuvarlar dışındaki özel sağlık kuruluşlarının, verdiği hizmet türü itibarıyla 3153 sayılı yasa ile 2219 Hususi Hastaneler Kanunu veya Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik kapsamında faaliyet gösterebileceği esastır. Öte yandan sorumlu müdürünün hekim olması nedeniyle 1219 sayılı kanun kapsamına da girmektedir. Bu bakımdan kayıt ve arşiv sistemi yönünden her üç mevzuatın öngördüğü kuralların yerine getirilmesi aranmalıdır. Bu doğrultuda, başvuran hastaların ad ve kimlikleri ile yapılan her türlü tetkikin kayıt edileceği ve alınan ücretin yazılacağı protokol defteri ile şahsın ismi, tetkik tarihi ve ayrıntılı olarak tetkik sonuçlarını açıklayan raporların kaydedileceği rapor defteri tutmaları, bu defterlerin tarih sırasına

göre protokol numarası taşıması gerekmektedir. Kayıt işlemlerinin defter yerine bilgisayar ortamında gerçekleştirilmesi halinde, basımın önceden müte-selsil numara verilmiş kağıtlara yapılması ve sonradan imzalanıp saklanması kuralı getirilmiştir.

Hastalara ilişkin kayıtların ise özel laboratuvarlarda 1937 tarihli yasaya göre en az (3) yıl, 2001 tarihli yönetmeliğe göre (5) yıl saklanması gerektiği bildirilmektedir. Bu kuruluşun bir özel hastane bünyesinde faaliyet göstermesi halinde ilgili Özel Hastaneler Yönetmeliği'ne göre hasta dosyaları içinde bulunan tıbbi belgelerin saklanma süresi (20) yıl olacaktır.

### **E. Hekimin Tıbbi Kayıt Tutma Yükümlülüğü Kapsamında Tutulması Gereken Kayıtlar**

#### **1) Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğine Göre Tutulması Gereken Kayıtlar:**

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğine Göre Kayıtlar, hasta dosyaları tıbbi müşahede muayene kâğıdı ile derece kâğıdı ve hasta tabelası (ilaç ve iâşe tabelası) olmak üzere üç esas kısımdan ibarettir. Bunlardan başka kurumların ve kliniklerin özelliklerine göre ve Sağlık Bakanlığının izni ile uzmanlarca gerekli görülen ve baştabiplikçe kabul edilen formlar ve kâğıtlar eklenir. Müşahede-muayene ve derece kâğıdına hastaların kurumda saptanan bütün müşahedeleri ve yapılan bütün muayeneleri (klinik, fizik, şimik, bakteriyolojik) sonuç ve bulgularla, tedavi ve günlük değişiklikler yazılır. Kesin teşhise varılmadan müşahede kâğıtlarına teşhis yazılmaz. Ancak hastanın girişinde hasta giriş kâğıdına muhtemel teşhis yazılır. Hasta tabelasına da, hastalara içerden ve dışardan verilen, kullanılan ve uygulanan bütün ilaçlar ve tedbirlerle, gündelik iâşe maddeleri yazılır. Tabelada yazılı ilaç, tedavi vesair tedbirleri hastalara uygulayan hemşireler, uygulama sonuçlarını zamanında ve düzenli olarak hemşire defterine işlerler. Hastalara uygulanacak tedavileri, teşhis, ameliyat ve müdahaleler için yapılacak hazırlıkları, laboratuvar tetkik isteklerini sağlıklı bir şekilde takip ve uygulanması, nöbet ve vardiya devirlerinde bir sonra görev alacakların zamanında bunları yerine getirmesini sağlayacak, kurumların hizmet ve personel durumlarına uygun sistem ve yöntemler geliştirilir ve bunları gerekli kıldığı kayıtlar ve fişler düzenlenir (m.71).

Hasta yatağına yatırıldıktan sonra en kısa süre içinde ilgili tabipler tarafından muayenesi ve gerekli laboratuvar tetkikleri yapılarak bulguları dosyasına işlenir. Gerekli tedavi şekli tespit edilerek tabelasına kaydedilir. Müşahedesini ilgili tabipler tarafından 24 saat içinde tamamlanır. Tabiplerden başka kimse



müşahede alamaz. Müşahedeler okunaklı ayrıntılı olarak yazılır. Müşahedelerin vaktinde usulüne uygun alınıp alınmadığını hastane baştabipleri kontrol eder (m.72).

Ölüm vukuunda servis veya nöbetçi tabibi ölüm sebebini ve zamanını tespitle tabelasına kayıt ve altına imza eder. Ölüm tespitinden sonra servis tabibi veya nöbetçi tabip ve kurumda görevli iki kişi huzurunda ölünün yanında bulunan kişisel eşyası ve parası tespit ve müfredatıyla tabelasına kayıt olunarak usulüne göre muhafaza edilir. Ölünün, tabelasındaki kimliği aynen delikli bir kartona yazılarak sağ ayağının başparmağına bağlanır ve cenaze gasilhaneye nakledilerek, özel defterine kaydı yapılır (m.82).

Ölenlere ait gömme izni, servis tabibinin veya nöbetçi tabibin raporuna dayanarak kurumun Baştabibi tarafından verilir ve usulü dairesinde resmi tabipler tarafından onaylanır. Ölenlerin; adı, soyadı, doğduğu yeri ve kuruma girerken tespit edilen adresi, ölüm nedeniyle birlikte on gün içinde hastanın bulunduğu yerin nüfus dairesine yazılı olarak bildirilir. Kurumdaki ölü veya canlı doğumlar da bir ay içinde o yerin nüfus dairesine bildirilir (m.83).

Ölenin ailesi, yakınları cenazelerini almak isterlerse kendilerine imza karşılığı teslim edilir. Ancak cenazeyi gömecekleri yer ölümün vuku bulunduğu belediye sınırları dışında ise, nakli için gerekli işlem yapılarak, alınan belgenin kurum idaresine ibrazı mecburidir. Medeni kanun hükümlerine göre kişilik kazanmamış ölü doğan çocuklar düşük mahsulleri ve ampute edilmiş organlar adli sakınca bulunmadığı ve aileleri tarafından, plasentalar ise tıbbi maksatlarla kullanılmak üzere ilgililerce alınmadıkları takdirde gömülür veya tesisatı olan kurumlarda fenni şekilde yok edilir. Bu takdirde olay bir tutanakla saptanır (m.84).

## **2) Hasta Hakları Yönetmeliğine Göre Tutulması Gereken Tıbbi Kayıtlar:**

Hasta, sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları, doğrudan veya vekili veya kanuni temsilcisi vasıtası ile inceleyebilir ve bir suretini alabilir. Bu kayıtlar, sadece hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebilir (m.16).

Hasta; sağlık kurum ve kuruluşları nezdinde bulunan kayıtlarında eksik, belirsiz ve hatalı tıbbi ve şahsi bilgilerin tamamlanmasını, açıklanmasını, düzeltilmesini ve nihai sağlık durumu ve şahsi durumuna uygun hale getirilmesini isteyebilir. Bu hak, hastanın sağlık durumu ile ilgili raporlara itiraz ve aynı veya başka kurum ve kuruluşlarda sağlık durumu hakkında yeni rapor düzenlenmesini isteme haklarını da kapsar (m.17).

Tıbbi kayıtlar gerektiğinde kanıt olarak mahkemelere sunulabileceğinden son derece önemli belgelerdir. Bu nedenle ayrıntılı ve düzenli tutulmalarında yarar vardır. Kayıtların okunaklı bir şekilde yazılması karışıklıkları önleyecektir, tutulan kayıtlardaki yanlış anlamaların ve bundan kaynaklanacak zararların sorumlusu da kayıtları yanlış tutan kişi olacaktır. Kayıtlar tutulurken hata yapılmışsa hatanın üzeri alttaki yazı okunacak şekilde çizilmeli ve yenisi yanına yazılmalıdır. Kayıtları tutan kişi düzeltmenin yanına düzeltmenin yapıldığı tarihi ve saati not ederek imzalamalıdır. Burada kayıtlar tutulurken saatin de not edilmesinin özellikle adli olaylarda önemi büyüktür. Kişinin belli bir saate nerede olduğunun ispatının yanında, kişiye yapılan işlemlerin başlama saati de önemlidir. Örneğin kişi hekimi mesleki ihmalden dolayı dava ettiğinde tıbbi girişime başlanması gereken saatte başlandığının ispatı ancak kayıtlarla mümkündür. Tıbbi müdahale başvurularının tanı veya tedavi amaçlı olması durumu değiştirmez. Hatta danışma amaçlı başvuruların bile kayıtları tutulmalıdır. Sağlık hizmeti talep eden kişiye verilen hizmetin paralı ya da parasız verilmesinin tıbbi kayıtları tutma yükümlülüğü açısından bir önemi yoktur. Ayrıca kanunda geçen 'hasta' sözcüğü de geniş yorumlanmalıdır. 'Hasta' kavramı ile sağlık hizmeti almak amaçlı başvuruda bulunan herkes anlaşılmalıdır. Dokümantasyon hataları her ne kadar hastanın tedavisinde sonucu etkilemese de medikal malpraktis davalarında sonucu çok etkilerler.

### 3) Elektronik Hasta Kaydı (EHK)

Sağlık hizmetlerinin sürekliliğinin sağlanması günümüzün gelişen sağlık sistemi içerisinde en önemli özelliklerden birisidir. Sürekliliğin sağlanabilmesi hasta bilgilerinin tüm kullanıcılara yönelik EHK'nın standart, öncelikli ve güvenilir hasta problemlerinin listelenmesini ile gerçekleşebilir. Problem listesinin oluşturulmasında, klinik verinin dış kullanıcıları ve sağlık sisteminin kendi iç yapısı içinde anlaşılabilir olacak şekilde, tıbbi dilin Standard hale getirilmesi gerekir. Seçilen problem kayıt sistemi, tüm enformasyon kullanıcılarının tanımlanan problemleri anlayabilecekleri ve hasta teşhisi ile ilgili bireysel farklarını kavrayabilecekleri kapsamda ve yeterlilikte olmalıdır<sup>34</sup>

Kanıtı Dayalı Tıp kavramının gittikçe önem kazandığı günümüz tıp ortamında hastanın tedavisi ile ilgili alınan kararların iyi belgelendirilmesi lüks değil bir zorunluluktur. Hem hasta ile ilgili alınan kararlar ve girişimler kayıt edilebilmeli hem de bu kararların alınması sırasında uygun literatür bilgisi ile eşleştirmeye-

---

<sup>34</sup> Yılmaz A., Kaplan A., Sincan M., Elektronik Hasta Kayıt Sistemine Kavramsal Bir Yaklaşım, [http://www.sabem.saglik.gov.tr/Akademik\\_Metinler/goto.aspx?id=2440](http://www.sabem.saglik.gov.tr/Akademik_Metinler/goto.aspx?id=2440) (Erişim Tarihi: 10.03.2010)

lerin ve taramaların yapılabilmesine olanak sağlayan altyapılar kurulmalıdır.

Sorun hastaların yaşamları boyunca farklı sağlık kurumları tarafından tedavi edilmeleri ve birbiri ile çoğu kez uyumsuz bilgi sistemlerinde kayıtların bulunmasıdır. Bu sorunun bir çözümü tüm sağlık kayıtlarının merkezi bir veri tabanında tutulması gibi görünse de bu pratik nedenlerle olası değildir. Günümüz bilişim teknolojilerinin geldiği noktada bu sorunun çözümü “Sağlık bilgi Zincirleri” kavramında yatmaktadır. Sağlık bilgi zincirleri hasta kayıtlarını platform ve teknolojiye bağımsız olarak dağıtık yapıda ama birbirine bağlı sistemlerden alarak tek bir ara yüzden sunmaya yarayan teknolojidir.

### **E. İDARENİN TIBBİ KİŞİSEL VERİLERİN TUTULMASI VE KORUNMASI YÜKÜMLÜLÜĞÜ YERİNE GETİRMEMESİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU**

İdarenin kusur esasına dayanan sorumluluğu doktrinde ve içtihatlarda hizmet kusuru kavramı ile açıklanmaktadır<sup>35</sup>. Tanımda yer alan kusur kelimesi idare hukukuna has bir eksikliği ifade eder.

Hizmet kusuru genel anlamda, bir kamu hizmetinin kurulu ve işleyişindeki aksaklık ve bozuklukları anlatır.

Hizmet kusuru, belli bir ya da birkaç kamu personelinin tutum ve davranışına izafe edilemeyen, tamamen idare hukuku teorisine göre bazı özellikleri olan objektif kusurdur<sup>36</sup>.

Anayasanın 125. maddesinin son bendinde idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür düzenlenmesi idarenin işlem ve eylemlerinden dolayı zarar gören kişilere karşı hukuken sorumlu olacağı açıkça ifade edilmiştir.

Sağlık hizmetlerinde hizmet kusuru, idarenin ifa ile mükellef olduğu bu hizmetin kuruluşundaki, işleyişindeki ve ilgili sağlık personeli üzerindeki gözetim ve denetim görevini yerine getirememesindeki bozukluğu, aksaklığı, eksikliği ifade etmektedir<sup>37</sup>.

Sağlık hizmetlerinden doğan zararların tazmini için Danıştay kimi zaman ağır hizmet kusurunu kimi zaman da basit hizmet kusurunu aramaktadır. Ancak genel olarak idare hukukunun ilkeleri ve Danıştay’ın yerleşik içtihatları dik-

---

<sup>35</sup> **Günday**, 1999, s.244

<sup>36</sup> **Armağan Tuncay**: İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları (İdarenin Sorumluluğu), Ankara, 1997, s. 18; **BİRTEK**, Fatih; “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S. 3-4, 2007, s.85.

<sup>37</sup> **Gözübüyük-Tan**, 1998, s.531

kate alındığında, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için zararın, idarenin ağır hizmet kusurundan kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir<sup>38</sup>. Bünyesinde risk taşıyan, hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, ancak idarenin sağlık hizmeti kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir<sup>5</sup>. Daha önce ifade edildiği gibi hekim veya sağlık personeli tarafından yapılan bütün müdahaleler tıbbî müdahale değildir. Nitekim bu anlamda tıbbî müdahaleler ile sağlık hizmeti veya hastanede yapılan işlemler arasında ayırım yapmak gerekmektedir.

Bununla birlikte, idarenin tazmin sorumluluğunun doğması için aranan “ağır hizmet kusuru”; riskli tıbbî müdahaleler ve operasyonlar bakımından geçerli olup; sağlık hizmeti içinde değerlendirilmekle beraber, tıbbî operasyon kapsamına dâhil edilemeyecek birtakım bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç veya gereği gibi yapılmaması dolayısıyla oluşan zararlarda, idarenin sorumluluğundan söz edebilmek için ağır hizmet kusurunun aranmasına gerek bulunmamaktadır”<sup>39</sup>

#### **a. Tıbbi Kişisel Verilerinin Eksik Tutulması**

Tıbbi kişisel verilerin tutulmaması yanı sıra eksik ya da hatalı tutulması da hizmet kusuru teşkil eder. Danıştay, hasta hakkında tutulan tıbbi kayıtların, hasta hakkında uygulanan tedavinin ve tedavide meydana gelebilecek zararlı sonucun sebebinin öğrenilmesine yaradığını, dolayısıyla bu kayıtlardaki eksikliğin, “hastanın doğruyu öğrenme hakkına engel olacağı”nı belirtmektedir<sup>40</sup>.

#### **b. Tıbbi Kişisel Verilerinin Muhafaza Edilmemesi**

Yukarıda açıklandığı üzere tutulması gereken hasta kayıtlarının tutulması

---

<sup>38</sup> **Ahmet Kürşat Ersöz**, Sağlık Hizmetleri Açısından Hizmet Kusurunun Ağırlığı Ve İspat Problemi, İÜHF C. LXIX, S.I-2, s. 927-934, 2011

<sup>39</sup> **Kaplan**, Gürsel, “İdarenin Sağlık Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler, AYİMD, s. 19, s. 173. **Güran**, Sait, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, DD, s. 46-47, s.19

<sup>40</sup> Danıştay’a göre; hastanın sağlık kuruluşuna başvurduğu gün ve saatin, hastaya uygulanan tedavinin, tedaviyi uygulayan doktor ve sağlık personelinin adının, kullanılan ilaç gibi bilgilerin hasta dosyasında (poliklinik defterinde) yer alması hasta haklarının gereği olup, söz konusu kayıtların düzenli ve yeterli tutulmaması, kişinin doğruyu öğrenme hakkına engel olacağından hizmet kusurunu oluşturmakta, dolayısıyla davacının uğradığı manevi zararın tazmin edilmesi gerekmektedir. **Danıştay 10.Daire**, 9.7.2012, E:2010/111, K: 2012/3358. Aktaran AKGÜL, s.35-36

ya da muhafaza edilmesi idare açısından bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi hizmet kusuru teşkil eder<sup>41</sup>. Bu sebeple idare bu yükümlülüğünü yerine getirmediği hallerde ilgililer maddi ve manevi zararlarının tazminini isteyebilirler.

Danıştay; trafik kazasından sonra götürüldüğü hastanede yanlış tıbbi müdahale sonucu felç olduğu iddiasıyla uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davada, hastanede hastanın teşhise yönelik çektirilen bilgisayarlı tomografileri temin edilemediğinden, uygulanan tedavinin mevcut rahatsızlığa uygun olup olmadığının tespitinin yapılamadığını; davacıya ait bilgisayarlı tomografilerin yapılan idari soruşturma sırasında Sağlık Başmüfettişine verilmesine rağmen, anılan soruşturmacı tarafından belgelerin teslim edilmediğinden bahisle davalı idare tarafından bilgisayarlı tomografilerin ibraz edilememesinin hizmet kusurunu oluşturduğunu, bu hususun da yapılan tıbbi müdahalenin irdelenme imkanını ortadan kaldırdığını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, tıbbi müdahalenin irdelenmemesine yol açan bilgisayarlı tomografilerin muhafaza edilememesi şeklindeki hizmet kusuru sonucu davacıların mevcut belirsizlikten dolayı duyduğu üzüntü ve sıkıntıların kısmen de olsa giderilebilmesi için davacının manevi zararının tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>42</sup>.

### **c. Kişisel Sağlık Verilerinin Açıklanması ya da Üçüncü Kişilerle Paylaşılması**

Bireyin özel hayatı içerisinde yer alan sır alanı, üçüncü kişilerden gizlediği kendi rızasıyla paylaştığı kişiler dışında bilinmeyen olaylar ve bilgilerden oluşmaktadır. Bu husus tıp hukukunda hekimler açısından “sır saklama yükümlülüğü” olarak da karşılığını bulmuştur.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 20 nci maddesinde “İlgili mevzuat hükümlerine ve hastalığın mahiyetine göre yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; hasta, sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir” hükmüne yer verilmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 21 inci maddesinde ise, hastanın, mahremi-

---

<sup>41</sup> “...Davacıya ait röntgenlerin hasta dosyası içerisinde yer almaması ve idare tarafından ibraz edilememesi hizmet kusurunu oluşturduğundan yapılan tıbbi müdahalenin irdelenme imkânını ortadan kaldırdığı, tıbbi müdahalenin irdelenmemesine yol açan grafiklerin saklanmaması şeklindeki hizmet kusuru sonucu davacıların mevcut belirsizlikten dolayı duyduğu üzüntü ve sıkıntıların kısmen de olsa giderilebilmesi için mahkemece takdir edilecek manevi tazminatın ödenmesi gerekir”. **Danıştay 10.Dairesi.**, 27.12.2011, E:2009/9151, K: 2011/5976, Aktaran. AKGÜL, s.35-36

<sup>42</sup> **Danıştay 10.Dairesi.**, 30.12.2011, E:2008/950, K: 2011/6169. Aktaran. **AKGÜL**, s.36-37

yetine saygı gösterilmesinin esas olduğu; her türlü tıbbi müdahalenin, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edileceği belirtildikten sonra, mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu istemek hakkının;

“a) Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini,

b) Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini,

c) Tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini,

d) Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını,

e) Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini,

f) Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını” kapsadığı hüküm altına alınmıştır.

İdare tarafından, bireyin rızası olmaksızın sağlık verilerinin üçüncü kişilerle paylaşılması hizmet kusurunu oluşturur<sup>43</sup>. Bu hususta yeni tarihli bir idare mahkemesi kararı da paylaşılmaya değer niteliktedir.

Olaya göre Artvin ili Şavşat İlçesi Çok Programlı Lisesinde öğretmen olan davacı 2012 yılında görev yaptığı kurumda ek ders ücretleri ile ilgili yaşadığı problemle ilgili olarak Okul Müdürlüğü’nce 04/06/2013 tarih ve 215’sayılı yazı ile Şavşat İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü’ne davacının sevki olduğu günlere ilişkin 1. basamak ve 2. basamak sağlık verilerine ilişkin bilgilerin inceletilmekte olduğu hususunun belirtilmesi üzerine, 24/10/2013 tarihinde Şavşat Devlet Hastanesine kişisel verilerinin kendisine verilmesi ile ilgili bilgi alma talebinde bulunmuş, anılan başvuruya verilen 27/11/2013 tarih ve 1500 sayılı cevabi yazıda “Şavşat Çok Programlı Lisesi Müdürlüğü’nden herhangi bir yazı yazıl-

---

<sup>43</sup> “...Olayda, davacılar yakınının Devlet Hastanesinde yapılan ve pozitif çıkan HIV testinin sonucunun, davacıların yakını da dahil olmak üzere doğrulama testi yapılmadan hiç kimseye açıklanmaması ve ilgilinin doğrulama testi için bir üst basamak sağlık kuruluşuna sevki gerekirken, laboratuvar teknisyeni tarafından doğrulama testi yapılmadan önceki aşamada pozitif çıkan test sonucunun açıklanmasının neden ve etkisiyle davacılar yakını intihar etmek suretiyle yaşamını yitirdiği, dava konusu olayın oluş şekli, hastalığın niteliği ve özelliği dikkate alındığında, davacılar yakınının idarenin ağır hizmet kusurunun neden ve etkisiyle intihar etmek suretiyle yaşamını yitirmesi sonucunda doğan zarar ile idari faaliyet arasında uygun nedensellik bağı bulunduğu” **Danıştay 10.Dairesi**, 31.1.1996, E:1994/5314, K: 1996/294. Aktaran **AKGÜL**, s.36-38

madığı ve kişisel veri paylaşılmadığının” öğrenilmesi neticesinde davacı sağlık verilerinin hukuka aykırı şekilde paylaşılmasının hukuka aykırı olduğundan bahisle 5.000, 00 TL manevi tazminat ödenmesi için Sağlık Bakanlığı aleyhine tazminat davası açmıştır.

Rize İdare Mahkemesi 08/10/2015 tarih ve E:2015/304, K:2015/603 sayılı kararıyla davanın kabulüne karar vermiştir. Yerel mahkeme kararında;

*“Anayasanın “Özel hayatın gizliliği başlıklı 20. maddesinin 3. fıkrasında, herkesin, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu, bu hakkın; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsayacağı, kişisel verilerin, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği, kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenleneceği; “Yargı yolu” başlıklı 125. maddesinde ise, idarenin kendi eylemi ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu, belirtilmiştir*

*Bu hükme göre, idarenin hizmetinde bulunduğu toplumun içindeki faaliyetleri dolayısıyla zarar görenlerle görmeyenler arasında dengeyi tekrar kurabilmek için Anayasanın 125. maddesi hükmünün hukuk devleti kavramının bir gereği olarak hakkaniyet ve nesafet kuralları da e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri, sağlık bilgileri kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler kişisel veri kapsamındadır. Kişinin bedensel ya da zihinsel sağlığına ilişkin kayıt edilmiş bilgilerin tamamından oluşan sağlık bilgileri, aralarından bireyin ırk, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, inenhep veya diğer inançları, demek, vakıf ve sendika üyeliği, özel yaşamları ve her türlü mahkumiyetleri ile ilgili verilerin de bulunduğu “hassas” veya “özel niteliği olan” kişisel veriler kategorisinde yer almakta olup, bu yönüyle de özel bir öneme sahiptir.*

*Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunması ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır. Bilişim teknolojilerindeki gelişmeler sonucunda, geleneksel yöntemlerle mümkün olmayan çok sayıda, verinin toplanabilmesi; daha önce birbirinden ilişkisiz şekilde tutulan pek çok sayıda verini”, merkezi olarak bir araya getirilebilmesi; verilerin, veri eşleşleştirme, ve veri madenciliği gibi ileri teknolojik imkanlarla analize tabi tutulmak suretiyle, veriden yeni veriler üretme kapasitesinin artması; verilere erişim ve veri transferinin kolaylaşması; kişisel verilerin ticari işletmeler için kıymetli bir varlık niteliği kazanması neticesinde,*

özel sektör unsurlarınca yaratılan risklerin daha yaygın ve önemli boyutlara ulaşması ve terör ve suç örgütlerinin kişisel verileri ele geçirme yönündeki faaliyetlerinin artması gibi etkenler, günümüzde kişisel verilerin en üst seviyede korunmasını zorunlu kılmıştır. Bu bağlamda Anayasa'nın 20. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesinde, "Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir" hükmüne yer verilerek kişisel verilerin korunması hakkı anayasal güvenceye bağlanmış ve bu şekilde kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı koruma altına alınmıştır. (Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'nın 25/12/2014 tarih ve E:2014/4, K:2014/201)

Bu durumda, idare tarafından yeterli kalitede personel istihdam edilmemiş olması, personelin gerekli eğitime sahip olmaması, personelin hizmetin görülmesinde gerekli dikkat ve özeni göstermemiş olması ve kişisel veri niteliğindeki sağlık verilerinin herhangi bir resmi yazı olmaksızın paylaşılması nedeniyle "hizmetin kötü işlemlerinden" dolayı kusuru doğacaktır.

Kişisel verilerin hukuka aykırı şekilde paylaşmanın manevi tazminat gerektirip gerektirmeyeceği sorunu; Manevi tazminat, idari eylem veya işlem nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa karşılamaya yönelik bir manevi tatmin aracıdır. Belirtilen niteliği gereği manevi tazminatın, zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerekmekte ise de, tam yargı davalarının niteliği gereği takdir edilecek miktarın aynı zamanda idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak bir miktarda olması gerekmektedir.

Manevi tazminat, evrensel hukukta eski kalıplarından çıkarılarak caydırıcılık unsuru da ön plana alınmaktadır. Gelişen hukuktaki bu yaklaşım, kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde, tatmin olma duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gerektiğini de ortaya koymakta ve kişisel verileri de içeren kişi haklarının önemini vurgulamaktadır.

Manevi tazmin ile amaçlanan sadece bir nebze olsun rahatlama duygusu vermek değil, hizmet kusuruyla zarar veren idareyi, gerekli dikkat ve özeni gösterme konusunda etkili biçimde uyarmaktır.

Dava konusu olayda, kişisel veri niteliğindeki sevki olduğu günlere ilişkin 1.basamak ve 2. basamak sağlık verilerinin hukuka aykırı şekilde paylaşılmasının davacının nezdinde, kişisel verilerinin muhafazası ile yükümlü bulunan idarece bu yükümlülüğün kusurlu işletildiği gözetilmek suretiyle geniş bir yorumla tabi tutularak idarenin Anayasa ve yasalardan aldığı görevle ve kamusal usullerle yaptığı faaliyetlerden, bu faaliyetlerin içerdiği tesislerden doğan bireysel nitelikli zararların yanında idare elemanlarının kişisel davranışlarının



*hatta üçüncü kişilerin eylemlerinin doğurduğu zararların dahi kimi hallerde idarenin sorumluluğunu gerektirdiğinin kabulü yoluna gidilmelidir. Böylelikle idarenin sorumluluğu bir yandan kusurlu davranış nedenini aşarak kusursuz sorumluluk hallerini de kapsayan bir genişlik kazanırken, diğer yandan zarar verici eylemi yapanla idare arasında bir ilişki bulunmadığı bazı hallerde bile idarenin sorumlu tutulması gerekmektedir.*

*Belirtilen bu sorumluluk türlerinden idare hukuku öğretisinde “Hizmet Kusuru” olarak adlandırılan ve kusur esasına dayanan idari sorumluluk idari hizmetin kuruluş ve işleyişinden kaynaklanır. Kamu hizmeti eksik veya kötü yürütülmekte veya bu faaliyet idareden beklenen normal hizmet gerekleriyle bağdaştırılamayacak bir nitelik arz etmekte ise idarenin sorumluluğunu gerektiren bir hizmet kusuru var demektir.*

Kişisel veri kavramı, belirli veya belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Bu bağlamda adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmişi, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, IP adresi, hususunda yaratılan şüphe ve ruhsal çöküntü manevi tazmin talebinin karşılanması gereğini ortaya koymaktadır

Gereğeleriyle birlikte yukarıda yer verilen yerel mahkeme kararında isabetle belirtildiği üzere tıp alanındaki kişisel verilerin korunması ve özellikle bu verilerin üçüncü şahıslarla paylaşılmaması hayati öneme sahiptir. Tıp alanındaki kişisel verilerin korunması hususunda idarenin gerek personel gerekse kurumsal eksikliğini tamamlaması zorunludur. Hassas veri olarak kabul edilen tıbbi kişisel verilerin farklı amaçlar doğrultusunda üçüncü şahıslarca kullanılması çok ciddi hak ihlallerini de gündeme getirebilir.

Yerel mahkemenin manevi tazminatın caydırıcılık fonksiyonu üzerinde duran gerekçesi de irdelenmelidir. Gelişen ve değişen dünyada manevi tazminatın evrensel hukukta eski kalıplarından çıkarılarak caydırıcılık unsuru da ön plana alınmaktadır. Bu yaklaşım, kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde, tatmin olma duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gereğini de ortaya koymakta ve vücut bütünlüğü yanında ruh sağlığını da içeren kişi haklarının önemini vurgulamaktadır.

Manevi tazmin ile amaçlanan sadece bir nebze olsun rahatlama duygusu vermek değil, hizmet kusuruyla zarar veren idareyi, gerekli dikkat ve özeni gösterme konusunda etkili biçimde uyardır.

Nitekim Danıştay'ın yeni tarihli kararlarında da manevi tazminatın caydırıcılık özelliğine vurgu yapılmaktadır<sup>44</sup>.

## SONUÇ

Kişisel verilerin korunması hakkı, insan onurunun korunmasının özel bir biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bilişim teknolojilerindeki gelişmeler sonucunda, geleneksel yöntemlerle mümkün olmayan çok sayıda verinin toplanabilmesi; daha önce birbirinden ilişkisiz şekilde tutulan pek çok verinin merkezi olarak bir araya getirilebilmesi; veri eşleştirme ve veri madenciliği gibi ileri teknolojik imkânlarla analize tabi tutulmak suretiyle, veriden yeni veriler üretme kapasitesinin artması; verilere erişim ve veri transferinin kolaylaşması bu alanda idarenin sorumluluğu bir kat daha artırmaktadır.

Hassas veri olarak kabul edilen tıbbi kişisel verilerin tutulmaması, bu verilerin hukuka aykırı şekilde işlenmesi ya da izinsiz paylaşılması idarenin sorumluluğunu doğuracak niteliktedir. İdarenin gelişen ve yön değiştiren bu alanda çok daha etkin ve sorumlu şekilde yer alabilmesi için bir an önce yasal düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Kanunlaşması beklenen Kişisel Verilerin Korunması Tasarısıyla bu noktada önemli bir adım atılmış olacaktır.

◆◆◆◆

## KAYNAKÇA

**Akıllıoğlu, Tekin**, “İdari Usul ve Kişisel Verilerin Korunması”, [www.idare.gen.tr/akkillioglu-idariusul.htm](http://www.idare.gen.tr/akkillioglu-idariusul.htm) (Erişim Tarihi: 10.10.2014)

**Atak, Songül**: Avrupa Konseyinin Kişisel Veriler Acısından Sağladığı Güvenceler. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara-2010, Sayı 87

**Ayan, Mehmet**: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991

**Berber Leyla Keser/Ülgü Mahir/Er Cüneyd**: Elektronik Sağlık Kayıtları ve Özel Hayatın Gizliliği, İstanbul-2009

**Birtek, Fatih**; “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.2, S. 3-4, 2007

**Demir, Mehmet**: Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane-Kamu Hastanesi Ayrımı (Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan), Ankara 2009

---

<sup>44</sup> Danıştay 15.Daire, E:2013/6273, K:2015/4430 sayılı kararı

**Doğan Murat:** Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Mersin-2009

**Dülger M. Volkan:** Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti, İMÜHFD, 2014,

**Er Ünal:** Sağlık Hukuku, Ankara-2008

**Eralp, Özgür,** “KPS (Kimlik Paylaşım Sistemi), AKS(Adres Kayıt Sistemi) Uygulamaları Işığında Bireysel Mahremiyet” <http://www.ozgureralp.av.tr/makaleler/tckimliktdb.htm>

**Gözübüyük, A. Şeref:** Yönetim Hukuku, Ankara-2001

**Günday, Metin:** İdare Hukuku, İdare Hukuku 7. Bası, Ankara, 2003

**Güran, Sait:** “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, DD, s. 46-47

**Hakeri, Hakan:** Tıp Hukuku, Ankara 2007

**Kaya Cemil:** Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi, İÜHFM, C.69, S.1-2,

**Kaplan, Gürsel;** İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler, AYİM Dergisi, S. 19

**Özay, Merter:** Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006

**Özdemir Hayrunnisa:** Teşhis ve Tedavi Sözleşmelerinde Kayda Geçirme ve Sır Saklama Yükümlülüğü, Sağlık Hukuku Digestası, Yıl:1, S:1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara-2009

**Öztürkler, Cemal:** Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara-2006

**Özpinar Berna:** Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara-2007

**Polat Oğuz:** Tıbbi Uygulama Hataları, Ankara-2005

**Reisoğlu, Seza:** Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, (Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu-Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu-Ankara 12-13.03.1982), İstanbul-1983

**Sarıal, Enis:** Sağlıklararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986

**Şenocak, Zarife:** Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara-1998

**Türkmen, Ali:** Hasta-Hekim Hukuku, Samsun-2009

**Üner Ragıp/Fişek Nusret:** Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi ve Uygulama Planı Üzerine Çalışmalar, Ankara-1961

**Yavuz İpekyüz,** Filiz: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul-2006

**Yılmaz Battal:** Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara-2007

**Yılmaz A./Kaplan A., Sincan M.,** Elektronik Hasta Kayıt Sistemine Kavramsal Bir Yaklaşım, [http://www.sabem.saglik.gov.tr/Akademik\\_Metinler/goto.aspx?id=2440](http://www.sabem.saglik.gov.tr/Akademik_Metinler/goto.aspx?id=2440) (Erişim Tarihi: 10.03.2010)

Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler V E İşlenmesi



# HUKUK İLE KÜLTÜR İLİŞKİSİ

*The Relationship Between Law and Culture*

**Muhammet Kürşat ÜÇÜNCÜ\***

## ÖZET

Tarihsel süreç içerisinde varlığını yazılı hukuk kurallarından daha önce oluşturan kültürün, hukuk ve kültür ilişkisinde daha etkin bir role sahip olması olağan bir durumdur. Bu husus aynı zamanda hukukun antropolojik yanının da bir göstergesidir. Kültür ile hukuk arasındaki etkileşimde kültür etkin rolünü örf, adet, gelenek ve ahlak kuralları gibi sosyal normları kullanarak ortaya koyar. Bu sayede hukuk toplum ve birey nezdinde daha meşru ve anlaşılır bir hal alır. Kültür öğelerinden ayrı olarak hukuku ele almak hukukun içinde yetiştiği toplumun değer yargılarına uzak kalmasına sebep olur. Bu uzaklık da hukukun soyut ve kâğıt üzerinde kalmasına sebebiyet verir. Oysa hukuk, toplumun değer yargılarını içinde barındırmanın yanı sıra, toplumda ve bireyde adalet duygusunun oluşmasını amaçlar. Bu amacı gerçekleştirebilen hukuk, asıl görevi olan toplumsal düzeni sağlamayı da başarmış olur. Ancak bu amaca sadece yazılı kurallar ile ulaşılması mümkün değildir. Hukukta olması gereken üst değere, bir başka deyişle adalete, ancak bireysel ve toplumsal anlamda kültürel bir üst değer olan ahlakın kanunlara yansıtılmasıyla ulaşılır.

**Anahtar Kelimeler:** Kültür, Hukuk, Adalet, Ahlak, Değer, Kural.

## ABSTRACT

It is a foregone conclusion that culture, as a fact shaped before written rules in historical process, has a more effective role in the relation between law and culture itself. This is also a proof of the anthropological side of law. Culture reveals its effect on law by using social norms like customs, rituals, traditions and morals. By this means, law becomes more legitimate and comprehensible in the eye of society and individuals. Considering law without cultural elements causes that the law moves away from the values of the society in which it grows. This distance correspondingly causes that the law becomes intangible and on paper. However law aims not only to have values of the society, but also to create the sense of justice in the society and individuals. The law that achieved this goal also fulfills its fundamental duty: Maintaining the social order. But it is impossible to achieve this goal only with the written rules. The only possible way of reaching to the necessary mode in law, in other words to the justice, is to reflect the morals as an individual and social cultural mode on the laws.

**Keywords:** Culture, Law, Justice, Morals, Values, Rules



---

\* Avukat, Ankara Barosu. mkucuncu@gmail.com

## GİRİŞ

Her toplumda sosyal hayatı düzenleyen ve o toplumun tarihsel oluşum sürecinden çıkan örf, adet, ahlak gibi yazılı olmayan kurallar mevcuttur. Bu kuralların aynı zamanda toplumdaki kültürü oluşturması sebebiyle çalışmamızın genelinde bu kurallar kültür kuralları olarak ele alınıp değerlendirilecektir. Hukuk da tıpkı bu kurallar gibi toplumun özünden doğan ve aynı amaca hizmet eden kurallar sistematığıdır. Bu amaç ise; toplumsal düzendir.

İnsanoğlunun yaratılışından bugüne değin birlikte yaşama eğiliminin sonucu olarak gerek kendi gerekse yaşadığı toplumla arasındaki ilişkileri düzenleyecek kurallara ihtiyaç duymuştur. Bu ihtiyaç ilkel toplumlarda tamamen kültür kurallarıyla sağlanmıştır. Ancak modern topluma geçiş ve devlet algısının benimsenmesiyle bu kurallar yerini hukuk kurallarına bırakmıştır. Bu tarihsel gelişim bize açıkça göstermektedir ki hukuk kurallarının dayanacağı esas nokta kültürel kurallar ve öğelerdir. Bununla beraber yaşayan hukukun yani kültürün, yazılmış hukuk ile uygunluğunu sağlamak toplumsal düzenin devamlılığı ve varlığı açısından önem arz etmektedir. Bu sebeple çalışmamızın ilk bölümünde kültürün hukuk üstündeki etkisine ve hukukun oluşumuna yaptığı katkıya değinilecektir.

Hukuk bütün toplumlarda görülmekle birlikte, toplum yaşamı ve düzeni açısından vazgeçilmez bir özelliğe sahiptir. Hukukun tüm toplumlarda var olmasının nedeni hukukun tıpkı kültür gibi toplumsal ve insani bir ürün olmasıdır. Hukukun bu yönünü görmezden gelerek yani toplumun kültüründen bağımsız ortaya çıkmış bir takım kurallar sistematığı olarak ele almak hukuk üzerine geliştireceğimiz yaklaşımların eksik kalmasına sebebiyet verecektir. Bununla beraber yazılı kurallara yaşanmışlık katan ve bu kuralları toplumda meşru hale getiren o toplumun mirası, yani kültürüdür.

Kültürün hukuka yön vermesi hususunda toplumların gelişim ve değişim süreçlerinin de göz önünde bulundurulması esastır. Bu sebeple de konunun daha iyi kavranıp anlaşılması açısından ilkel toplumlarda hukukun gelişimi üzerinde durulmasında yarar vardır. Ancak bu husus bir makaleye değil, daha kapsamlı bir çalışmaya konu teşkil edecek niteliktedir. Bu sebeple çalışmamız genelinde ilkel toplumlarda sosyal kontrol mekanizmaları ya da sosyal normlar arasında kabul gören kültürel öğelerin gelişim süreci detaylı olarak ifade edilmeyecek olup, daha çok bu öğelerin yazılı hukuk kuralları üzerinde etkisinin önemi konu edilecektir. Çalışmamız kapsamında kültürün hukuk üstündeki etkisine ve kültürün hukukun temelinden çıkarılmaması gerekliliği üzerinde durulacaktır.

Hukuk ve kültür ilişkisi birtakım yazarlar tarafından bazı aralıklarla gündeme getirilmiş olsa da hukukun kaynak tartışmaları 20'nci yüzyıldan sonra daha hızlı bir şekilde gelişme göstermiştir. Özellikle kültürün geçirdiği evreler ile sosyal hayatın tamamını etkileyen bir faktör olarak ele alınması kültüre dayalı hukuk yaklaşımlarının hızlanmasına öncülük etmiş ve birçok yazar kültür ile hukuk ilişkisini irdelemiştir. Bu ilişki üzerine kurulan çalışmaların artmasının altında toplumun denetim ve düzeninin sağlanmasında hukuk kurallarının yetersiz kalması yatmaktadır. Bu yetersizliği, özellikle modern toplumda her gün bireyin adalet isyanı açıkça ispatlamaktadır.

Hukuk toplumda bir değer oluşmasını da amaç edinir. Bu değer hukukta adalet olarak karşımıza çıkar ki, aynı zamanda hukukun da amacı olan bu değer, toplumdaki düzeni sağlamanın temel şartıdır. Hukukun amacı olan adaleti sadece pozitif hukuk yani yazılı hukuk kuralları esas alınarak ya da hukuki kurumlar ile sağlamak mümkün değildir. Zira hukuk sadece siyasi bir erkin ya da başkaca bir otoritenin koyduğu genel geçer kurallar bütünü değildir. Hukuku bu yönüyle ele almak bireye yasa koyucu tarafından dışarıdan bir değer dayatıldığını ve buna göre hareketlerini şekillendirdiğinin kabulünü gerektirir. Ancak bu durum insanın özgür iradesinin yani düşüncesinin kısıtlanmasına ve bu durumun davranışlarına yansımaya sebebiyet verecektir. Muhakkak ki insan düşüncesinin özgürlüğünün bir sınırı söz konusu değildir. Ancak bu düşüncenin davranış noktasında karşımıza çıkması bağlamında toplumsal düzenin sağlanması için bir kısıtlama mekanizmasının varlığı esastır. Bu kısıtlamanın dışardan gelecek bir baskı ile değil yine insan düşüncesinin ürünü olan bir başka değerle oluşturulması adaletin sağlanması açısından önem arz etmektedir. Bununla beraber modern toplumda sosyal hayatın hızla gelişmesi ve ilerlemesi bireyi fark etmediği bir yalnızlığın içine sürüklemektedir. Birey içine düştüğü bu yalnızlık sebebiyle davranışlarının doğruluğunu ya da yanlışlığını sadece hukuk kurallarının çizdiği bir çizgiye göre belirlemek zorunda kalmaktadır. Bu da bireyi adalet duygusundan koparmakta, hukuka uygunluğun adil olmak olarak değerlendirmesine sebebiyet vermektedir. Bu sebeple de çalışmamızın ikinci bölümünde adaletin sağlanması açısından ahlakın oynadığı rolün önemine değinilecek ve ahlaktan yoksun yasaların adaleti sağlamada yetersiz kalacağı üzerinde durulacaktır.

### **I. Kültür ve Kültür Kavramı**

Kültürün sosyal bilimciler arasında birçok tanımı olmasına rağmen bu tanımların geneli benzer durumları ifade etmektedir. Her sosyal bilim dalı kendi bakış açısına göre kültürü tanımlar. Her sosyal bilimci kendi pence-



resinden ya da kendi toplumunun tarihsel gelişim sürecinden yola çıkarak farklı tanımlar getirmiştir. Bu sebeple sosyal bilimcilerin üzerinde hemfikir oldukları, genel geçer bir kültür tanımı vermek çok güçtür. Ancak tanımların ortak noktalarının tespiti daha kolay ve pratik bir çözümdür. Bu bağlamda kültürün hukuk üstündeki etkisini gösterecek ortak öğeleri her kültür açısından örf, adet, gelenek ve ahlak anlayışı olarak kabul etmek gerekir. Aşağıda vermiş olduğumuz tanımlarda da bu ortak unsurlar açıkça görülmektedir. Kültür tanımının gerek Batı gerekse ülkemizdeki bazı tanımlarına bakmak çalışmamıza ışık tutacaktır.

C. Wissler, kültürü bir topluluğun yaşayış tarzı olarak kabul eder<sup>1</sup>. R. Thurnwald ise kültürü insan davranışlarının örf ve adetler ile kaynaşması olarak ifade eder<sup>2</sup>. Malinowski ise kültürü; insanların temel ihtiyaçlarını karşılamak üzere, toplumun bu ihtiyaçları giderme şekli olarak ifade etmekte ve kültürün temelini ise fertlerin ihtiyaçlarını koymaktadır<sup>3</sup>. M. Duverger ise *'Kültür, bir insan topluluğundan beklenen davranışları tayinden rolleri oluşturan, düzenlenmiş (coordoné) bir davranışlar, düşünceler ve duyular bütünüdür'* diyerek tanımlar<sup>4</sup>. Taylor ise kültürü *'Kültür; bilgiyi, imanı, sanatı, ahlakı, hukuku, örf ve adetleri, ferdin mensup olduğu cemiyetin bir uzvu olması itibarıyla kazandığı ihtiyaçlarını, çalışkanlıklarını ve bütün diğer maharetlerini ihtiva eden gayet girift bir bütündür'* diyerek tarif eder<sup>5</sup>.

Ziya Gökalp kültürü, *'yalnız bir milletin dinî, ahlâkî, hukukî, muakelevî, be-dîî, iktisat ve fennî hayatlarının ahenktar bir mecmuasıdır'* diyerek tanımlar<sup>6</sup>. E. Güngör kültürü, bir topluluğun ihtiyaçlarını karşılamak üzere kabullenmiş olduğu hayat tarzının bütün maddi ve manevi unsurlarıyla birlikte oluşturduğu bütünlük olarak ifade eder<sup>7</sup>. Bununla beraber bir toplumun kültürünün kendi hayat sorunlarını çözmek üzere denediği ve uzun bir zaman dilimi içinde standart hale getirdiği usuller ve vasıtalar ile anlaşılabilceğinin de altını çizer<sup>8</sup>. M. Turhan ise kültürü, *'bir cemiyetin sahip olduğu maddi ve manevi kıymetlerden teşekkül eden öyle bir bütündür ki, cemiyet içinde mevcut her tür bilgiyi, alakaları, itiyatları, kıymet ölçülerini umumi atitüt, görüş ve zihniyet ve her tür*

---

<sup>1</sup> Turhan, Mümtaz; **Kültür Değişmeleri**, 5. baskı, İstanbul, Çamlıca Yayınları, 2006, s.37.

<sup>2</sup> Bilgiç, Emin; **Milli Kültür Davamız**, İstanbul, Boğaziçi Yayınları, 1986. s. 26.

<sup>3</sup> Bilgiç, s.27.

<sup>4</sup> Yüksel, Mehmet; **Hukuk Kültürü Kavramına Sosyolojik Bir Bakış, (Hukuk Kültürü)** İletişim Kuram ve Araştırmalar Dergisi, S. 35 2012, (Sürelî Elektronik Dergi) s.4.

<sup>5</sup> Turhan, s.37. Bkz. Yüksel, **Hukuk Kültürü**, s.4.

<sup>6</sup> Gökalp, Ziya; **Türkçülüğün Esasları**, 10. baskı, İstanbul, İnkılâp Yayınları, 2010, s.25.

<sup>7</sup> Güngör, Erol; **Halk Kültürü ve Münevver Kültürü**, Töre, S. 30, Temmuz, 1971, s.2.

<sup>8</sup> Güngör, s.3.

*davranış şekillerini içine alır'* diyerek tarif etmektedir<sup>9</sup>.

Kültür, ilkel ve modern toplumlarının tamamında değişik tanımlamalarla da olsa mevcuttur. Kültürün bu tanımları göz önüne alındığı zaman iki temel yaklaşım üzerinde şekillendiği görülmektedir. Buda kültürün maddi ve manevi tanımını ortaya çıkarmaktadır. Maddi kültür, genel olarak, zorunlu temel ihtiyaçlarımızın karşılanması için geliştirilen ilişkilerden ortaya çıkar. Bu sebepten dolayı maddi kültür unsurlarında bütün insanlar hem fikirdir. Bu unsurlar, mesken, gıda (beslenme), giyinme, eş edinme, konuşma, dini ihtiyaçlar, sanat, eğlence vs. gibi unsurlardır. Bu sebeple de kültür bu ihtiyaçları toplumların temin etme şekli olarak ortaya çıkan bir kavramdır. Bundan dolayı her toplumun kendi ihtiyaçlarını temin etmekte gösterdiği farklılıklar ise o toplumun Milli Kültürünü meydana getirir.

Kültürün özelliği ait olduğu fertlere kazandırmış olduğu anlamdır. Bir kültürün sınırı, onun zihniyet ve imanı ile çevrelenebilir. Bu doğrultuda farklı kültür anlayışlarının ortaya çıkması da kültürleri birbirinden ayıran zihniyet ve iman farklılığından kaynaklanır<sup>10</sup>. Kültür çevrelerinde benzer olan veya benzer kaynaklardan beslenen kültürler mevcuttur. Ancak bunların birbiriyle tamamen benzerlik taşıdığını ya da aynı olduğunu söylemek doğru olmaz. Bunu farklılık şuuru olarak isimlendirebiliriz. Bu durum toplumun bütün hayat şekillerini başka kültürlerden ayrı olmaya, değişik bir üslûp kurmaya yöneltir. Milli kimlik olarak da nitelendireceğimiz bu farklılık, düşünce biçiminde, kılık kıyafet, tavır ve davranış biçimlerinde, eğitim ve eğlence anlayışına kadar hayatın her saha ve safhasında kendini hissettirir<sup>11</sup>. Örneğin, aynı dine mensup olan milletlerin dini anlayış şekilleri birbirinden farklıdır. Çünkü toplumlarda ki bireylerin anlama algılarını şekillendiren değer yargıları farklıdır. Bu farkı ortaya çıkaran ise o milletin kültürüdür. Bu farklılıklar da kültürün devamlılığını sağlar.

Bir kültür varsa onun ait olduğu millette vardır. Dolayısıyla millet özelliği gösteren topluluklarında bir kültürü vardır. Her toplumun sahip olduğu kültürün bir tarihsel geçmişi vardır ve bu geçmiş içerisinde yaşananlar o kültürün kaynağını teşkil eder. Bu sayede kültür unsurları geçmiş nesillerden gelecek nesillere aktarılır. Böylece kültürlerin diğer önemli bir karakteri olan devamlılık meydana gelir<sup>12</sup>.

Kültür, insanın düşüncesinin devam eden bir eseri olması bakımından sa-

---

<sup>9</sup> Turhan; s.48.

<sup>10</sup> Ülken, H. Ziya; **Kültür ve Medeniyet**, Türk Düşüncesi, Sayı:13, C:3, 1954, s.8.

<sup>11</sup> Kösoğlu, Nevzat; **Milli Kültür ve Kimlik**, Ötügen Yayınları, İstanbul, 1995, s.31.

<sup>12</sup> Bilgiç, s.45.

bit, zaman içinde toplumsal, ekonomik ve siyasi olaylar ile gelişim göstermesi bakımından dinamik bir yapıya sahiptir<sup>13</sup>. Bu dinamik yapı kültüre seçici bir özellikte katmaktadır. Çünkü kültür, içinde geliştiği milletin değer yargılarına temel teşkil eder. Bu değer yargıları da kültür alışverişinde bir süzgeç görevini üstlenir. Çünkü kültür değişimlerinde; yabancı kültürlerden nelerin alınıp alınmayacağını, toplumdaki hangi ihtiyacı temin için alınacağını o toplumun değer yargısı belirleyecektir.

Kültür, bireyin farkında olduğu ya da olmadığı davranışların, alışkanlıkların sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu davranışlar da toplum düzeninin dinamikleri olmaktadır. Kültüre atfedilen anlamın giderek gelişmesi ve toplumun tamamını etkilemeye başlaması ile kültürün hukuk üstündeki etkisi de göz önünde bulundurulmaya başlanmıştır. Zira toplum düzeninin sağlanması açısından yazılı olmayan kuralların varlığı hukukun antropolojik yönünü ifade eder. Hukuku bu yönüyle ele aldığımız zaman hukukun bir kültür ürünü olduğu gerçeği ile karşılaşırız<sup>14</sup>. Bu gerçeklik hukukun içinde barındığı topluluğun kendi sosyo-kültürel yapısından oluştuğunun da ispatı niteliğindedir<sup>15</sup>.

## II. Kültürün Hukuk Üzerinde Etkisi

Kültür ve hukuk arasındaki ilişkiyi ortaya koymak için yapılan çalışmalar bazı yazarlar açısından gecikmiş ve yetersiz çalışmalar olarak ele alınmaktadır<sup>16</sup>. Kültürün kavramsal olarak değişerek toplumsal ilişkilerin tamamını kavrayacak şekilde anlam kazanması kültüre dayalı yeni hukuk yaklaşımlarının çoğalmaya başlamasını sağlamıştır<sup>17</sup>. Karşılaştırmalı hukuk çalışmaları kültür ile hukuk arasındaki bağı tekrar kurarak, hızla değişen toplumlarda hukukun kültürle ne derece uyumlu olduğunu ve kültürlerin hukukun uygulanmasını, oluşumunu ne derece etkilediğini anlamaya çalışmıştır<sup>18</sup>. Bununla beraber çok kültürlülük üzerine yapılan çalışmalar da hukuk ile kültür ilişkisini farklı bir boyutta ele alarak, farklı sosyal grupların sahip olduğu kültürün eşitlik ilkesi çerçevesinde hukuk kuralları tarafından ne kadar tanıdığı üzerinde durmuştur<sup>19</sup>. Hukuk ve kültürün birbiriyle olan ilişkisini hukuksal bir zemine oturtan

---

<sup>13</sup> Ülken, s.8.

<sup>14</sup> Sümer, Neslihan; **Bir Kültür Ürünü Olarak Hukuk**, AÜHFD, C.38 S.1-2, 1998, s.313.

<sup>15</sup> Sümer, s.314.

<sup>16</sup> Yüksel, Murat; **Hukuki Plüralizm**, Beta Yayınları, İstanbul, 2003 s.7

<sup>17</sup> Akçabay, F. Ceren; **Hukukun Kültürle İmtihani (Law's Ordeal with Culture)**, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmalar Dergisi, C.19, S.2, 2013 s. 1332

<sup>18</sup> Akçabay, s.1332

<sup>19</sup> Akçabay, s.1332

yaklaşımların arasında Almanya’da ortaya çıkan ve savunuculuğunu Savigny’in yaptığı Tarihçi Hukuk Okulu’nun görüşleri önemli bir yer tutmaktadır<sup>20</sup>. Bu iki kavram arasındaki ilişkinin anlaşılmasında toplum düzeninin sağlanması açısından yazılı kuralların yanı sıra yazılı olmayan kuralların da varlığının kabulü esastır. Bu yazılı olmayan kurallar ise, bize hukukun antropolojik yönünü işaret etmektedir<sup>21</sup>. Hukukun bu yönünü dikkate alırsak, hukukun bir kültür ürünü olduğu gerçeğiyle karşılaşırız<sup>22</sup>. Bunun yanı sıra hukukun antropolojik yönü sebebiyle, hukuk ile kültür arasındaki temel ilişkinin anlaşılması açısından ilkel toplumlarda hukukun gelişim evresinin incelenmesinde yarar vardır<sup>23</sup>.

Genel bir tanımlama ile hukuku bireyler arası anlaşmazlıkları çözen kurallar bütünü olarak ifade edebiliriz. Bireyler arasında meydana gelen ve anlaşmazlığa sebebiyet veren davranışlar belirli kültür öğelerini içinde barındırırlar<sup>24</sup>. Bu sebeple kültür öğelerini barındıran davranışının sonucuna çözüm bulan hukukunda yine bu davranışa teşkil eden kültürden ayrı düşünülmesi getirilecek çözümün eksik ve yanlış olmasına sebebiyet verecektir.

Arsal’ın ifadesiyle hukuk, *‘kavaid şeklinde tebellür etmiş bir medeniyettir’*<sup>25</sup>. Bu tanımın bir sonucu olarak hukukun tarihi ve varoluşu, medeniyetlerin tarihi ve varoluşu ile aynıdır. Bu bakımdan, medeniyet ile oluşan ve gelişimini medeniyete paralel bir şekilde devam ettiren hukuku, medeniyetin temel kaynağı olan kültürden ayrı düşünmek pekte mümkün değildir. Zira hukuk bir toplumda meydana gelen sosyal gelişmeler sonucu ortaya çıkan o toplumun ruhunun ürünüdür<sup>26</sup>. Roma hukukçuları bu durumu *‘nerede toplum varsa orada hukuk, nerede hukuk varsa orada toplum vardır’* vecizesi ile ifade etmektedir. Bu ifade de kendi içinde kültür ve hukuk ilişkisini barındıran bir yaklaşımdır.

---

<sup>20</sup> Tarihçi Hukuk Okulu hakkında detaylı bilgi için bakınız; Can, Cahit; **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, (Hukuk Sosyolojisi)** 3. Baskı Ekinoks Yayınları, , Ankara, 2011 s. 188 vd. Bkz: Keyman Selahattin; **Hukuka Giriş**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012 s.210 vd. Bkz: Topçuoğlu, Hamide; **Hukuk Sosyolojisi Dersleri (Sosyoloji Açısından Hukuk)**, 3. Baskı, AÜHF Yayınları, No:174, İstanbul, 1969 s.19 vd.

<sup>21</sup> Sümer, s.313

<sup>22</sup> Sümer, s.313

<sup>23</sup> İlkel toplumlarda hukukun oluşumu ve gelişim çizgisi açısından detaylı bilgi için bakınız; Özcan, M. Tefvik; İlkel Toplumlar da Toplumsal Kontrol Hukuk Dışı Mekanizmalar ve İlkel Hukuk, (İlkel Toplum) 2. Basım, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s.241 vd. Bkz: Özcan, M. Tefvik; **Hukuk Sosyolojisine Giriş, (Hukuk Sosyolojisi)** On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2015 s.193 vd.

<sup>24</sup> Özcan, **Hukuk Sosyolojisi**, s.136

<sup>25</sup> Hafızoğulları Zeki; **Bir Kültür Ürünü Olarak Hukuk Düzeni**, AÜHFD, C.45, S.1 1996, s. 3, Bkz: Köroğlu, Kaya; **Kanun ve Kültür: Töre Kavramının Hukuki ve Sosyolojik Bir Analizi**, TAAD, Y.5, S.16 Ocak, 2014, s.410

<sup>26</sup> Hafızoğulları, s. 8

Zira onlara göre hukuk ve toplum beraber var olmaktadır. Var olan toplumun bir ürünü olan kültürün hukuktan bağımsız olarak oluşumunu ve gelişimini sürdürmesi mümkün değildir. Bununla beraber Aristo'nun yaşadığı dönem içerisinde köleliğin zorunlu olduğunu<sup>27</sup> belirtmesi de, aslında hukukun toplum kültürü ile şekillenmesinin bir sonucudur. Zira roma hukukunda kölelik hukuki bir kurumdur. Yine Aristo hukuku 'Nomos' olarak ifade eder ki, Nomos'u da belirli bir toplumda ortaya çıkmış ve kabul görmüş davranışların bütünü olarak ifade eder<sup>28</sup>. Aristo başta olmak üzere 16'ncı yüzyıl hukukçuları hukuku adil olan ile ifade etmekte olup, adil olanı ise durmaksızın izlenecek bir değer olarak ele almaktadır<sup>29</sup>. Söz konusu değer, toplumsal düzeni sağlayacak ve birey davranışlarını da olması gerekene yöneltecektir<sup>30</sup>. Çünkü hukukun oluşumunda yetiştiği toplumun değer yargılarını ve kültür öğelerini içinde barındıran<sup>31</sup> bir ruh saklıdır.

Hukuk ve kültür arasındaki ilişkiye yönelik araştırmalar esas itibarıyla hukukun kaynağı üzerinde yoğunlaşmakta ve bu kaynağa verilen cevaplara göre değişmektedir. Hukuku özü itibarıyla bir iradenin ürünü olarak değerlendirirsek, bu irade ya beşeri ya da ilahi bir güce dayanacaktır<sup>32</sup>. Hukukun kaynağının<sup>33</sup> beşeri olması hukukun insan ürünü olmasını doğuracaktır ki bunun bir sonucu olarak yine insan ürünü olan kültür de hukukun gelişim ya da değişiminde rol alacaktır. Bununla beraber kaynağı ilahi olan hukuk anlayışında, bu kültürel etkileri görmek daha zor hatta imkânsız olacaktır. Ancak hukukun kaynağı ilahi olsa da toplumsal düzen açısından ihtiyaç duyulan durumlara insan iradesi ile getirilmiş kurallar uygulanmış, burada yine kültürel öğeler ön planda tutulmuştur<sup>34</sup>. Bununla beraber tamamen ilahi kuralların uygulanması sırasında dahi kültürel öğelerden yararlanılarak hukuki bir takım uygulamalar

---

<sup>27</sup> Can, Cahit; **Türk Hukukunun Kökenleri ve Türk hukuk Devrimi (Türk Hukuku)**, Kaynak Yayınları, İstanbul, Mart 2012, s. 47.

<sup>28</sup> Gurvitch, Georges; (Çev. Topçuoğlu, Hamide), **Hukuk Sosyolojisinin Mübeşşirleri**, AÜHFED, C.7, S.1, 1950, Ankara, s.323.

<sup>29</sup> Can, **Hukuk Sosyolojisi**, s.78.

<sup>30</sup> Can, **Hukuk Sosyolojisi**, s.89.

<sup>31</sup> Nar, Şükrü, Mehmet; Kültürel Hukuk: Geleneksel Kontrol Mekanizmaları, TBB Dergisi, S.108, Eylül-Ekim 2013, s.276.

<sup>32</sup> Hafızoğulları, s. 4-6.

<sup>33</sup> Türk hukukun kaynağı açısından bakınız; Hafızoğulları, s. 14 vd.

<sup>34</sup> Bu konuda detaylı bilgi için bakınız, İnalçık, Halil; **Türk Tarihinde Türe ve Yasa Geleneği**, Doğu Batı Düşünce Dergisi, S.13 Ekim 2012, s.163 vd.Bkz: Niyazi, Mehmed; **Türk Devlet Felsefesi**, Ötüken Yayınları, İstanbul, 2005 s. 105 vd. Bkz: Köseoğlu, Nevzat; **Hukuka Bağlılık Açısından Eski Türkler'de –İslam'da ve Osmanlı'da Devlet**, Ötüken Yayınları, İstanbul, 2004, s. 209 vd.

da söz konusu olmuştur<sup>35</sup>. Bu durum Batı'da da hukukun gelişimi incelendiğinde paralellik göstermektedir. Ancak çalışmamız açısından beşeri iradenin sonucu oluşan hukuk dikkate alınacak ve bu hukuktaki kültür izleri ifade edilmeye çalışılacaktır.

Hukuk ile kültür arasındaki ilişkiyi hukuku oluşturan gücün hukuk kurallarının oluşumundaki tutumuna göre de belirlemek mümkündür. Zira hukuku oluşturan güç yasaların ortaya çıkışında toplumda var olan bir kültür kuralını yazılı hukuk kuralı ile destekleyebilir ya da kültür kurallarının hiç değinmediği bir konuda genel, soyut ve objektif bir düzenleme getirebilir<sup>36</sup>. Bu bakış açısı ile toplumsal temeli ilgilendiren yasaların ortaya konulmasında kültürel öğelerin varlığından vazgeçilemeyeceği bir gerçekliktir. Bununla birlikte, kültürel öğelerden uzak olacak düzenlemeler ise, hukukun daha teknik boyutunu oluşturacak kanunlarda ya da kültürel öğelerin yer edinmediği hukuk dallarında ortaya çıkacaktır<sup>37</sup>.

Hukuk ile kültür arasındaki ilişkiyi açıklamaya çalışan yazarların düşünceleri göz önüne alındığı zaman üç farklı ilişkiden söz edebiliriz. Bu ilişkilerin farklı şekilde ortaya çıkmasının temel sebebi, hukukun kültürel öğeler ile donatılmış olup olmaması ve kültürel öğelerden ne kadar bağımsız olduğu düşüncesidir<sup>38</sup>. Bu düşünce çerçevesinde kültür ile hukuk arasında ki ilişkiler üç farklı görüş etrafında toplanmaktadır. İlk olarak hukukun kültürün izin verdiği hususta etki alanı olduğu ve kültürün muhafazasını üstlenmiş bir yapısının olduğu yani hukukun daha durağan bir hal aldığı görüşü, ikinci olarak hukuk ile kültürün birbirini etkilediği aralarındaki dinamik ilişkiyi ifade eden görüş ve son olarak ise, hukuku kültürden tamamen bağımsız ele alıp hukukun kültürü etkileyip değiştirdiği görüşüdür<sup>39</sup>. Bu şekilde farklı ilişkilerin de ortaya çıkmasının sebepleri arasında kanaatimizce hukuk kurallarının özelliklerine bağlı olarak geliştirilen yaklaşımların etkisi çok fazladır. Bu yaklaşımları ise, yasaları insan iradesinin bir ürünü olarak gören pozitivistlerin, üstün ve ideal adalet anlayışı benimsemiş olan idealistlerin ve hukuku toplumun bir ürünü olarak görüp bu doğrultuda kültür kurallarının hukuk kuralları ile somutlaştığını ifade eden realistlerin yaklaşımlarıdır<sup>40</sup>. Hukuku ya da yasaları bu görüşlerden herhangi birisiyle tek

---

<sup>35</sup> Bu konuda detaylı bilgi için bakınız: Niyazi, Mehmed; İslam Devlet Felsefesi, Ötügen Yayınları, İstanbul, 2005, s. 105 vd.

<sup>36</sup> Özcan, İlkel Hukuk, s. 76.

<sup>37</sup> Örneğin davaya cevap süresinin belirlenmesi gibi yargılamanın usulü boyutunu oluşturacak hukuk kurallarında kültürel herhangi bir ögenin etkisi mümkün olmayacaktır.

<sup>38</sup> Yüksel, **Hukuk Kültürü**, s.7.

<sup>39</sup> Yüksel, **Hukuk Kültürü**, s.6.

<sup>40</sup> Can, **Hukuk Sosyolojisi**, s. 150 vd.

başına ifade etmek mümkün değildir. Ancak bir hukuk kuralının toplumsal kabul edilirliliği ancak kültür kuralları ile arasındaki uyum ile mümkün olacaktır.

İlkel ya da gelişmiş her toplumda bireyler arası ilişkileri düzenleyen kurallar, normlar mevcuttur. Bu kuralları iki sınıfta toplamak mümkündür. Birincisi bireyden tamamen bağımsız olarak kendiliğinden gelişen kurallardır ki bunlar toplumsal kültürün içinde oluşan örf, adet, ahlak kuralları yani sosyal normlardır; bir diğeri ise insanın kendi iradesiyle oluşturduğu hukuk kurallarıdır<sup>41</sup>. Sosyal norm olarak ifade ettiğimiz kurallar toplumun kültürünü oluşturmaktadır. Bir toplumun kültürü, bireylerin düşüncede kabul edip eyleme döktüğü, devamlılığı ve tekrarı olan davranışlardır<sup>42</sup>. Çünkü örf, adet ve ahlak, temelinde insan düşüncesinde şekillenir ve daha sonra da insan hareketiyle somut hal alarak kültürü oluşturmaya başlar. Toplumsal hayatı düzenleyen bu sosyal normların ya da kuralların sürekliliğini ya da devamlılığını kültürel sistem ve sistemin içinde yer alan değerler belirler<sup>43</sup>. Bu değerler de gerek hukukta gerekse kültürde “olan” değil “olması gereken değerler” olarak karşımıza çıkar<sup>44</sup>. Bireyler arası davranışların normlara konu olmasıyla bu davranışlar “olması gereken” olarak ifade edilmeye başlanmıştır<sup>45</sup>. Bu kültürel öğeler, yani sosyal normlar bireylerin birbirleriyle yüz yüze kurdukları iletişim ve etkileşim ile oluşmaya başlar<sup>46</sup>. Anılan sebeple sosyal normlar da kültür çevresinde oluşan davranışların “olması gereken” olarak ifade edilmesidir<sup>47</sup>. Bireye belirli bir davranışı yapmayı emreden norm, içinde “olması gerekeni” barındırmadığı sürece etkisini göstermeyecektir<sup>48</sup>. Zira örf – adet de bir kural ya da bir davranış olmanın ötesinde daha geniş bir anlama sahiptir ki, bu anlam olması gerekeni ihtiva etmesini ifade etmektedir<sup>49</sup>.

İlkel toplumların hukuk anlayışına yönelik çalışmalar arasında Malinowski'nin Trobriand Adaları'nda yapmış olduğu saha çalışması ve sonucunda elde ettiği tespitler önem arz etmektedir. Kültürel antropoloji üzerinde çalışan Malinowski, ilkel toplumlar üzerinde yaptığı saha araştırmaları neticesinde, hu-

---

<sup>41</sup> Özcan, İlkel Hukuk, s.38

<sup>42</sup> Rehbinder, Manfred; **Hukuk Sosyolojisi**, (Çev: İlyas Doğan, Hilal Kafkas) Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s.50

<sup>43</sup> Özcan, İlkel Hukuk, s. 39.

<sup>44</sup> Rehbinder, s.50.

<sup>45</sup> Özcan, İlkel Hukuk, s.52.

<sup>46</sup> Özcan, İlkel Hukuk, s. 41. Sosyal normların oluşum süreci için bakınız: Özcan, İlkel Hukuk, s.41 vd.

<sup>47</sup> Özcan, İlkel Hukuk, s. 58, Bkz: Rehbinder, s.17.

<sup>48</sup> Özcan, İlkel Hukuk, s. 66.

<sup>49</sup> Rehbinder, s.17.

kuk kurallarının tanımında kuralın toplumdaki rolünün esas alınması gerektiğini ve bu kuralların toplumsal hayatta uygulamasının da ancak kültürel öğelerin öne çıkarılmasıyla mümkün olacağını ifade etmiştir<sup>50</sup>. Her toplulukta bireyin bir başka bireyin belirli koşullar altında nasıl davranacağını öngörmesine olanak sağlayacak ve bununla beraber kendi davranışının da nasıl anlaşılacağını belirleyebileceği, o toplumun bireyleri tarafından kabul edilmiş alışkanlık ve geleneklere bağlı gelişmiş bir takım kurallar vardır<sup>51</sup>. Bu kurallar yasa yapacak bir iradenin mevcut olmadığı ilkel toplumlarda daha belirgin bir halde ortaya çıkmış olsa da, modern toplumlarda da hala varlığını sürdürmektedir<sup>52</sup>. Ancak kültürel öğeler modern toplumlarda yasa koyucu iradenin tanıdığı ve kanunların atfı yaptığı ölçüde var olabilmektedir<sup>53</sup>. Diğer bir deyişle, modern toplumlarda kültürel öğelerin hukuki nitelik kazanması hukuku yapan ya da uygulayan makamların, yani mahkeme ve hâkimlerin onayına bağlıdır<sup>54</sup>.

İnsanın bir grup ya da daha genel bir ifadeyle toplum içinde yaşaması sayesinde insani değer kazanması, insanları en eski zamanlardan beri bir arada yaşama zorunluluğuna itmiştir<sup>55</sup>. Bu zorunluluk sadece modern toplumlarda değil, ilkel toplumlarda da düzenin güvence altına alınmasını sosyal yaşamın devamlılığı açısından mecbur hale getirmiştir<sup>56</sup>. Bu güvence ilkel toplumlarda kültürel denetim mekanizmaları (örf, adet, gelenek gibi) ile sağlanırken modern toplumlarda daha çok hukuk kuralları ile sağlanmıştır. Ancak ilkel toplumlarda düzenin sağlanması için öngörülen kurallar topluluğun geçim kaynağına ve yaşadıkları coğrafyanın etkilerine göre değişmiştir<sup>57</sup>. Bu değişimlerin temelinde muhakkak ki o topluluğun gelenek ve alışkanlıklarının belirtilen etmenlere göre şekillenmesi yatmaktadır. İlkel toplumdaki modern topluma geçiş ile birlikte bu kontrol mekanizmalarının yerini yine bunları temel alan yazılı hukuk kuralları almaya başlamıştır.

Hukuk kendi içinde bir kültür oluşturmasının yanı sıra, aynı zamanda bir

---

<sup>50</sup> Roberts, Simon; (Çeviren, Koca, A.Erkan) **Düzen ve Kargaşa: Hukuk Antropolojisine Giriş**, Birleşik Yayınları, 2010, Ankara s.26.

<sup>51</sup> Simon; s. 23.

<sup>52</sup> Keyman, **Hukuka Giriş**, s.85.

<sup>53</sup> Keyman, **Hukuka Giriş**, s.88.

<sup>54</sup> Rehbinder, s.61. Bu hususta Yargıtay CD'nin yerleşmiş birçok içtihadı, eylem ya da davranışın TCK'da düzenlenen hakaret suçunu oluşturup oluşturmadığı hususunun belirlenmesinde toplumun kültür algısının göz önünde tutulması gerektiğini belirtmiştir. Örnek, Yargıtay 15. CD 1.11.2015 tarih ve 2015/8256 E, 2015/31162 K ilamı.

<sup>55</sup> Keyman, **Hukuka Giriş**, s.21.

<sup>56</sup> Simon; s. 23.

<sup>57</sup> Grupların ya da toplulukların geçim kaynağı tarım ise kabule edilen kurallar farklı avcılık ise farklıdır. Bu konuda bakınız; Simon, s.77 vd.



kültür nesnesidir. Başka bir ifadeyle kültürel öğeler hukuka meşrutiyet vermekte ve hukukun şekillenip gelişmesine de dayanak teşkil etmektedir<sup>58</sup>. Zira hukuk belirli bir zaman diliminde ortaya çıkan bir kültür olgusudur<sup>59</sup>. Bu sebeple hukuk kurallarının tarihsel oluşum süreci içerisinde kültürel öğelerin etkisi çok fazladır<sup>60</sup>. Var olan bu etki sayesinde ise hukuk toplum bakımından kabul edilir ve istenir bir hal almaktadır<sup>61</sup>. Hukuk kurallarının kültürel boyutunu görmezden gelmek, onların sadece yazıda kaldığının kabulü anlamına gelecektir ki bu da hukukun toplum ve birey nezdindeki etkililiğini ve kabul edilirliliğini güçleştirecektir. Yani hukuku sadece yazılı yasalar ya da mahkeme kararlarından ibaret görmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Bu sebeple toplum düzenin sağlanması açısından yaşayan hukukun (kültürün) göz önüne alınması gerekir<sup>62</sup>. Çünkü her kültürel davranışın bir hukuki yanı olduğu gibi her hukuki olayın da bir kültürel boyutu vardır. Bu boyut hukuk ve kültürün etkileşimini sağlamakta, bu etkileşim hukukun kültürün oluşumuna verdiği destekte, kültürün ise hukukun şekillenmesi ve gelişmesine verdiği destekte açıkça görülmektedir<sup>63</sup>. Ayrıca hukuku içerdiği değerlerden soyut olacak şekilde, sadece uyumsuzlukların çözümüne yönelik yazılı maddeler olarak görmek, kuralı oluşturanların kişisel menfaat ya da yaklaşımları doğrultusunda kurala farklı anlamlar yüklemesine sebep olacaktır<sup>64</sup>. Bu da hukukun genelliğini zedeleyecektir. Hukuk ortak bir paydayı, toplumsal ortak bir değeri ifade etmektedir<sup>65</sup>. İşte bu payda ve değerler toplumun kendi eliyle oluşturduğu kültürel öğelerdir. Bu sebepledir ki hukukun kökeninden kültürü ayrı tutmak ya da hukuku kültürden tamamen ayrı düşünmek de onu üstünlerin hukuku haline getirecektir. Kaldı ki insanın geleneksel toplumdaki modern yaşama geçtiği esas alınır ise kültür ve öğelerine bağlı kurallar mevcut yazılı kuralların yani pozitif hukukun temelini teşkil edecektir<sup>66</sup>.

---

<sup>58</sup> Yüksel, **Hukuk Kültürü**, s.5.

<sup>59</sup> Balkır, Z. Gönül; **Hukuk ve Adalet Estetiği Üzerine Bir Deneme**, HFSA, 23. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012, s.52.

<sup>60</sup> Balkır, s.52.

<sup>61</sup> Yüksel, **Hukuk Kültürü**, s.5.

<sup>62</sup> Rehbinder, s.3.

<sup>63</sup> Anayasa Mahkemesinin 18.02.1971 tarih 1970/22 E, 1971/20 K sayılı ilamında '*...Aslında toplum ve Devlet yaşantısında bir hukukî kurumun o toplumun ve Devletin yapı ve kuruluşuna uygun düşer nitelikte çeşitli biçimlerde düzenlenmesi olanağı ve dolayısıyla olasılığı vardır.*' ibaresine yer verilmiştir. Bu ibareden anlaşılacağı üzere toplumda oluşacak hukuki bir kurumun toplumun yapısına da uygun olması gerekliliği belirtilmiştir.

<sup>64</sup> Can, Cahit; **Hukuk Sosyolojisi**, s. 93.

<sup>65</sup> Can, Cahit; **Hukuk Sosyolojisi**, s. 93.

<sup>66</sup> Nar, s.289.

Hukuk bireyler arası anlaşmazlıklara bir çözüm getirmesi açısından bir sosyal olay durumundadır. Hukuk kurallarının ortaya çıkışı da en basit tabiri ile bireyin toplumsal hayatı düzenleme ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Hukukun sosyal bir olay olması hukuka sosyolojik açıdan bakılmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda hukuk kurallarının kültür gibi ait olduğu çevrenin gerekliliğini içinde barındırması esastır<sup>67</sup>. Yine hukukun toplumsal problemlere çözüm bulması ancak toplumun iradesini yansıttığı ölçüde mümkün olur<sup>68</sup>. Bu durumu sağlayabilmesi için de toplumun iradesinin yaşayan şekli olan kültürü göz önüne alması gerekir. Kaldı ki sürekli bir değişim etkisinde olan toplumu statik kurallar ile düzenlemenin mümkün olamaması sebebiyle hukukun kendisini yenilemesi gerekmektedir. Toplumun değişimi ekonomik, siyasi ve kültürel boyutlarıyla düşünüldüğü zaman, buna ayak uydurmaya çalışan hukuk da bu alanlarda her gün yeni bir uygulama getirmek zorunda kalmış ve bu zorunluluğun bir sonucu olarak neredeyse her gün yeni bir kanun ortaya çıkmıştır. Kanunlaşmanın bu kadar artması da hukukun giderek özel bir bilgi ve eğitim ile öğrenilebilir hale gelmesine sebebiyet vermiştir. Tüm bunların bir sonucu olarak toplumdaki birey Barna Horvath'ın tarifi ile "*Hukuktan bihaber olan uyurgezer*" konumuna gelmiştir<sup>69</sup>. Hızlı bir şekilde artan kanunlaşma sürecini takip edemeyecek olan bireyin, kanunları bilmemesini bir mazeret olarak görmemek de adil bir yaklaşım olmayacaktır. Bu adaletsizliğe bir çözüm yolu bulmanın temel yolu da toplumun temel kurumlarını düzenleyen yasaların kültür temelli ya da kültürel öğelerden yararlanılarak oluşması ile mümkün olur. Çünkü kültür ne kadar hızlı değişirse değişsin birey bu değişime hukuk kurallarının değişimine göre daha kolay uyum sağlayıp, değişimi daha kolay anlayabilir. Ayrıca anılan şekilde ortaya konacak hukuk, toplumda daha çabuk ve kolay meşru bir zemin bulur<sup>70</sup>. Aynı zamanda, toplumdaki bireylerin hukuk adına benzer değerlendirmelere sahip olmasını sağlar<sup>71</sup>. Bu şekilde oluşturulan hukuk aynı zamanda toplumsal bir unsur<sup>72</sup> olacaktır. Çünkü hukuku yetiştirdiği toplumun kültüründen soyutlayarak oluşturmak ya da değiştirmek hukukun toplumsal bir unsur olmasını göz ardı etmek olur.

Ehrlich, hukukun içinde yetiştiği toplumsal olaylardan uzak olamayacağını ve hukukun içerik ve şekil bakımından toplumun yapısına göre olması gerekti-

---

<sup>67</sup> Önkal, Güncel, Sılı, Ayşegül; **Yasaların Toplumsal Kökeni: İthal Dayatmacılık/Yerel Pratikler**, HFSA 24. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s.174.

<sup>68</sup> Ö. Güncel, S. Ayşegül, s.175.

<sup>69</sup> Rehbinder, s.186.

<sup>70</sup> Rehbinder, s.172.

<sup>71</sup> Rehbinder, s.186.

<sup>72</sup> Topçuoğlu, s.128.

ğini ifade etmiştir<sup>73</sup>. Hukuk geçerliliğini ve otoritesini doğduğu toplumdan alır. Bu bağlamda hukuku toplumsal sistemden farklı düşünmek mümkün değildir. Çünkü hukuk kültürel olarak toplumdan farklı değildir<sup>74</sup>. Bu sebeple hukuk, toplumsal gelişmenin ve değişimin herhangi bir düzeyine uyum sağlamakta herhangi bir zorlukla karşılaşmayacaktır<sup>75</sup>. Toplumda meydana gelen bu değişiklik o toplumun kültürel yapılarının da değişmesine sebebiyet verecek ve kültürel bu değişim de hukuku etkileyecektir. Tarihsel süreç içerisinde toplumların kabile sisteminden devletleşmeye geçmesi ya da ekonomik olarak farklı bir sisteme geçişi o toplumun kültürel öğelerinin değişmesine sebebiyet vermiş ve bunun bir sonucu olarak da hukuk değişime ve gelişime uğramıştır.

Kültürün hukuka yön vermesi hususunda toplumların gelişim ve değişim süreçlerinin de göz önünde bulundurulması gerekir. Zira hukuk toplumsal değişimler karşısında kayıtsız kalmamış ve bu gelişmeler ışığında şekillenmiştir. Toplumsal değişimler, bireylerin ve toplumun kültüründe var olan değişimler ya da ekonomik gelişmeler sonucunda ortaya çıkmaktadır. Hukuku da bu değişimlerin dışında tutmak mümkün değildir. Çünkü hukuk da toplumsal yani kültürel bir yapıdır. Örneğin ilkel toplumdan modern topluma doğru geçişin tarihsel süreci incelendiği zaman, toplumların mülkiyet hukukuna atfettiği önem de giderek farklılaşmış ve gelişmiştir. Bu gelişimin temelinde ise, ilkel toplumdan modern topluma geçiş sağlayan bireyin ve toplumun kültürel olarak kabullenmiş olduğu öğelerin değişmesi vardır. İkel toplumlarda kültür açısından temeli teşkil eden aile, klan gibi gruplar olduğu için mülkiyet hakkı bunlara tanınırken, modern toplumda bireyin kültürel bir öğe olarak daha çok ön plana çıkması bireyin mülkiyet hakkının giderek artmasına sebebiyet vermiştir. Ancak bu hak yine kültürün bir sonucu olarak modern toplumlarda dahi sınırsız olarak kullanılamamaktadır.

Hukukun amacını adaleti sağlamak olarak değerlendirecek olursak, yürürlükteki kanunların adil olması bu amacın sağlanması için temel etkindir. Burada pozitivistlerin ileri sürdüğü adalet için kanuna uyulmasının yeterli olduğu düşüncesi, adaleti sağlayıcı nitelikte değildir<sup>76</sup>. Anılan sebeple pozitif hukukun adillliğini ölçecek kıstasların varlığının gerekliliği esas olup bu gereklilik nok-

---

<sup>73</sup> Koch, Klaus-Friedrich, (Çev. Özcan, M. Tevfik), **Hukuk ve Antropoloji**, İÜHFM, C.54, S.1-4, 1991-1994, s. 438.

<sup>74</sup> Freidman, M. Lawrance; (Çev. Özcan, M. Tevfik), **Hukuk Kültürü ve Toplumsal Gelişme**, İÜSBFG, S.14 Ocak, 1996 s.31.

<sup>75</sup> Freidman, s.31.

<sup>76</sup> Akıl, Abdülkadir; **Hukukun Genel İlkeleri ve Hukukun Gelişimine Etkisi**, EÜHFD, C.7, S.3-4 s.396.

tasında yazarlar arasında farklı düşünceler<sup>77</sup> olsa da kanaatimizce bu kıstas pozitif hukukun ürünü olan kanunların kültür öğeleri ile ne kadar ilişkili olduğuna bağlıdır. Adalet bireyin iç dünyası ile ilgili içselleştirilmiş bir kavramdır ve içselleştirilmiş bu duygu da ancak bireyin içinde şekillendiği kültür tarafından oluşturulur<sup>78</sup>.

Modern topluma geçişle birlikte giderek daha karmaşık bir hal alan sosyal yaşam, içindeki hareketliliği ve farklılaştırmayı da giderek arttırmıştır<sup>79</sup>. Bu durum geleneğe dayalı kültürel ilişkilerin ve etkileşimlerin giderek azalmasına sebebiyet vermiştir. Bu azalma bireyin toplum içinde yalnızlığını ve amaçsızlığını ortaya çıkarmış ve toplumsal düzenin sağlanmasına farkına varılmadan bir engel olmuştur. C. Wright Mills, bireyde meydana gelen bu değişimi *“Kitle toplumunda yaşamak, bireylere güvensizlik ve güçsüzlük aşlamakta; bireyi nedenini, niçinini tam anlayamadığı bir huzursuzluğa itmekte, dayanışma içinde bulunan gruplar kurma olanağından yoksun kılmakta; sıkı ve belirli grup ölçülerinin oluşmasını önlemektedir. Kendi öz benliğinden gelen hiçbir amacı, ereği olmadan yaşadığı bu hayat, sonunda, bireyin hiçbir şeye istek, heyecan ve ilgi duymamasına yol açmaktadır”*<sup>80</sup>diyerek ifade etmiştir. L. Lipson ise modern toplumun bu şeklinin kültürel açıdan izahını, modernleşmenin ahlaki değerler üzerinde ki etkisini esas alarak ifade etmiştir. Lipson’a göre *“Yeni ahlaki uyarını, ne krallarla imparatorlarla, ne papazlarla, ne de kardinallerle aşıladı. Öncüler, yürürlükte olan sistemin acımasız adaletsizliklerine tepki gösteren, iyi eğitim görmüş, vicdanlı kadın ve erkekler arasından çıktı. İlerleme Çağının kaynaklarının hemen tamamı, toplumun var olan kurumlarının dışından doğdu. Çünkü devlet ve kilise idaresi, reforma gereksinimi olan iktidar çemberinin merkezindeydi. Daha sonra bunlar da kaçınılmaza boyun eğdi; fakat başlangıçta devlet ve kilise liderleri değişime karşı koymuştu. Ahlaki girişimler, normalde özel kişilerin değişen bilincinden kaynaklanmaktadır, memurların katkısı nadiren görülür, çünkü onların yüksek ilkelerle duyduğu saygı, genellikle hizmet etikleri kurumun istekleri nedeniyle feda edilir ve kendi ayrıcalıklarını korumak adına kokuşur”*<sup>81</sup>.

Görüldüğü üzere her iki yazar da modern toplumda oluşan hareketliliğin

---

<sup>77</sup> Akıl, s.396.

<sup>78</sup> Fikentscher, Wolfgang; (Çev. Berrak Burçin DİLAVER), **Adalet Duygusu ve Kültürel Adalet Kavramı Hukuk ve Antropolojiden Görüşler**, HFSA 23. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, İstanbul, s.181

<sup>79</sup> Yüksel, Mehmet; **Modernleşme Bağlamında Hukuk ve Etik İlişisine Sosyolojik Bir Bakış, (Modernleşme)**AÜSBFD, C.57, S.1-2, 2002, s.185.

<sup>80</sup> Yüksel, **Modernleşme**, s.187.

<sup>81</sup> Yüksel, **Modernleşme**, s.189.

olumsuz etkilerini açıkça ifade etmiştir. Bu olumsuzluğun temelinde bireyin kanunlaşan düzende adalet duygusunu sadece kanunların egemenliğine bırakıp kanunların çizdiği çerçevede toplumsal düzenin varlığını kabulü yatmaktadır. Gerek bireyin gerekse toplumun bu olumsuzluklardan en az seviyede etkilenmesi için hukukun kültürel öğeler ile iç içe olması gerekir ki adalet ve düzenin sadece yazılı kuralların boyunduruğu altında olmadığı anlaşılabilir. Bu iç içe olma sayesinde hukuk “yaşadığı toplumun oluşturduğu bir gerçeklik<sup>82</sup>” halini alacaktır. Bu gerçeklik sayesinde hukuk toplumun değer yargılarını da içinde barındıracak ve gerek bireyi gerekse toplumu olumsuz etkilerden korumuş olacaktır.

Her kültür kuralının hukuka kolaylık sağladığını ya da hukuka temel teşkil ettiğini söylemek zordur. Bazı durumlarda kültürel tutum bir yasanın uygulanmasını kolaylaştırırken bazen de zorlaştırmaktadır. Örneğin ABD’de gelir vergisini toplamak İtalya’ya göre daha kolay olup bunun temel sebebi de vergiye iki milletin bakış açısındaki kültürel farklılıklar, başka bir ifadeyle kamunun tepkisindeki farklılıklardır<sup>83</sup>. Bunun gibi, ABD’de halkın bir kısmı fuhuş yasalarını benimsemez, diğer bir kısmı ise bu yasaların uygulamaya değer olmadığını ifade eder, halkın söz konusu yasalara bu şekilde tepki vermesinin altında yatan gerçeklik ise, kültürel olarak cinsel davranışa atfedilen özgürlüktür<sup>84</sup>.

Kültürel öğeler her ne kadar ülkemiz hukuk sisteminde tamamen bir hukuk kuralı gibi kabul görmese de, diğer bazı ülkelerde hukuk kuralları gibi kabul görmüştür<sup>85</sup>. Kültür, “Common Law” hukuk sisteminin hâkim olduğu ABD ve İngiltere gibi ülkelerde, özellikle ceza ve aile hukukuna ilişkin davalarda savunma kapsamında kullanılmış ve mahkemelerce kabul görmüştür. Bu kabulün altında yatan gerçeklik ise, adalet duygusunun varlığıdır. Örneğin, İngiltere’de çocuklarının yüzünü jilet ile kazıyarak fiziksel zarar verme suçu ile yargılanan Adesanya mahkemedeki savunmasında; yaptığı davranışın kültürel bir gereklilik olduğunu, çocuklarının yüzüne kabilesi olan Yoruba’nın sembolünü çizmesinin çocuklarına kimlik kazandığını belirtmiştir ve anılan yargılama sonucu mahkeme bu kültürel savunmayı dikkate alarak Adesanya’nın tahliyesine karar vermiştir<sup>86</sup>. ABD’nin Kaliforniya eyaletinde bir kadını zorla kaçırıp tecavüz etmekle suçlanan Kong Moua ise savunmasında, bu eylemin üyesi olduğu

---

<sup>82</sup> Keyman, **Hukuka Giriş**, s. 66.

<sup>83</sup> Freidman, s. 34.

<sup>84</sup> Freidman, s.35.

<sup>85</sup> Ortadoğu ülkeleri, Afrika ülkeleri ve İngiltere örf-adet kurallarının ya da din kurallarının kabul yasa olarak kabul edilirliliği açısından örnek olarak verilebilir.

<sup>86</sup> Köroğlu, s.417.

Hmong kabilesinin kültüründe kabul gören bir evlilik geleneği olduğunu ifade etmiş, mahkeme de bu savunmayı dikkate alarak Kong hakkında kaçırma ve tecavüz suçlamalarını düşürerek daha az cezayı gerektiren başkaca bir cezaya hükmetmiştir<sup>87</sup>. Mahkemelerin bu ve benzeri olaylarda kültürel savunmayı kabul etmesinin altında yatan sebep, adalet duygusunun etkinliği ile toplumsal açıdan hukuka olan güvenin ve bağlılık duygusunun güçlendirilmesi ile kültür baskısıyla suç işleyen kişi ile böyle bir baskı olmadan kendi iradesi ile suç işleyen kişinin aynı değerlendirmeye tabi tutulmaması gerekliliğidir<sup>88</sup>. Bununla beraber devlet bazı durumlarda toplumda var olan hukuki çoğulculuğu ortadan kaldırmak ve hukuk birliğini güvence altına almak için kültür öğelerinin hukuk sistemi içinde kabulünü öngörebilir. Bu durumda da kültür bir şekilde hukuku etkilemiş ve değişimine sebebiyet vermiş olur<sup>89</sup>.

Modern toplumun gelişimini bu gelişime öncülük yapan ülkelerin diğer ülkelere sundukları insan hakları düşüncesiyle kültür ve hukuk arasındaki ilişkiyi bağdaştırmak ve böylece bir sonuca ulaşmak doğru bir bakış açısı olmayacaktır. Bu pencereden olaylara baktığımız zaman kadınların Afrika'da sünnnet ettirilmesini ya da Arabistan'da araba kullanma haklarının olmayışını anlamamız zor, hatta imkânsız olacaktır. Zira her iki durum da insan hakları kapsamında kabul edilmesi mümkün olmayan durumlardır. Başka bir açıdan ise, her ikisi de o toplumlar açısından genel geçer ve birey tarafından kabul edilmiş bir kuralı karşılamaktadır. Bireyin kültürel açıdan kabul ettiği ve genel olarak rahatsızlık duymadığı bir kuralı başkaca bir otoriteyle yok saymaya çalışmak toplumdaki huzuru ve düzeni de etkileyecektir. Ancak kültürün zaman içerisinde uğrayacağı değişimlerle olması gerekene yönelik atacağı adımlar bu kuralların da değişmesine sebebiyet verecektir.

Yasa koyucu (devlet, parlamento, yargıç vb.) tarafından ortaya konulan hukuk kuralları bazen ya hiç uygulanmıyor ya da eksik uygulanıyor olabilir<sup>90</sup>. Bunun temel sebebi ise yasallaştırılan kural ile gelinen noktada toplumun uğradığı kültürel değişimin örtüşmemesidir. Bu sebeple yasa koyucunun toplumsal değişimleri göz önüne alarak toplumda ortaya çıkan yeni ihtiyaçlara

---

<sup>87</sup> Köroğlu, s.417.

<sup>88</sup> Köroğlu, s.418.

<sup>89</sup> Bu duruma Avustralya'nın Aborjin kültürünü belirli kıstaslar altında tanıması örnek gösterilebilir. Bkz: Özdemir, Nadire; **Hukuki Çoğulluk Kavramı ve Görünümleri: "Roman Hukuku" ve "Aborjin Hukuku"** HFSA 26. Kitap İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014, s.368 vd. Hukuki çoğulculuk kavramı için bakınız: Özdemir, 363 vd. Bkz: Örucü, Esin; **Hukuk Sosyo – Kültürle Karşılaşınca: Kültürel Çoğulculuk, Hukuksal Çoğulculuk ve Pragmatizm**, İÜHFĐ Prof. Dr. İlhan ÖZAY'a Armağan, C.69, S.1-2, İstanbul, 2011.

<sup>90</sup> Can, **Hukuk Sosyolojisi**, s. 148.

cevap vermesi gerekmektedir. Bu da ancak toplumsal değişmelerin kültür öğeleri çerçevesinde denetlenmesiyle mümkün olur. Örneğin Amerikan hukukçu Herma Kay'ın Amerikan toplumundaki akrabalık ilişkileri çerçevesinde gayri-meşru ilişkiden olan çocukların meşru hale getirilmesi üzerinde yapmış olduğu sosyolojik çalışmada, Kaliforniya mahkemelerinin deneyim yoluyla elde ettiği bulgular ile mevcut aile yapısının biyolojik tanımını daha da geliştirdiğini gözlemiştir<sup>91</sup>. Bu gözlemin sonucunda elde edilen bulgular, kanaatimizce, bölgede mevcut olan toplumsal değişime mahkemelerin de kararlarında yer vererek hukuki ve kültürel bir kurum olan ailenin yeni ve daha geniş bir tanımının yassallaşmasının göstergesi durumundadır. Kültürün oluşumunda nesnel değerlere uygunluğun sağlanması hususunda hukuk düzenine de yükümlülükler düşmektedir. Bu yükümlülük ise, bireyin akla uygun eylemler ile genel insani davranış ve değerleri edinmesini sağlamak ve bireyi olması gereken davranışa yönlendirmektir. Anılan sebeple toplumda var olan her kültürel kuralın hukuk kuralına temel teşkil etmesini ya da etkilemesini beklemek mümkün değildir.

Kültür ile hukuk arasındaki ilişkinin bu denli kuvvetli ve vazgeçilmez olması, ikisinin de insan düşüncesinin ve duygusunun bir ürünü olmasından kaynaklanmaktadır. Zira hukuk kurallarının temelinde mantıktan ziyade duygular vardır<sup>92</sup>. Aralarındaki bu bağ göz önüne alındığı zaman toplumun bir ürünü olan kurumları düzenleyen kanunların, örneğin evlilik müessesesi gibi, kültürel öğelerden uzak olması toplumda beklenemeyecek tepkilere ve karşı çıkışlara sebebiyet verecektir<sup>93</sup>. İşte bu tepkilerle karşılaşmak istemeyen modern toplumlar dahi hukukun toplumsal ve sosyal yanını araştırmakta ve bu araştırmaların sonucunu kanunlaştırma safhasında kullanmaktadır. Örneğin Paris Hukuk Fakültesi bünyesinde 1969 yılında kurulan bir laboratuvar toplumun kurumsal ve normatif değişmelerini araştırmaktadır<sup>94</sup>. Daha sonraları Hukuk Sosyoloji Laboratuvarına dönen bu merkez birçok çalışmasını da Fransa Adalet Bakanlığı ile ortaklaşa yürütmüştür. Söz konusu çalışmalar daha çok ceza ve aile hukukuna yönelik yapılmıştır<sup>95</sup>. Bu araştırmalar kapsamlı bir biçimde ele alındığı zaman toplumun kültürel alışkanlıklarındaki değişimin gözlemlendiği anlaşılmaktadır. Yapılan araştırmalar ile insanların evlenme, evlat edinme, boşanma gibi konulardaki kararlarının sebep sonuç ilişkisi değerlendirilmekte ve gelecekte bu konularda yapılacak kanunlaştırmalarda bir etken olarak kul-

---

<sup>91</sup> Koch, s. 445.

<sup>92</sup> Can, **Hukuk Sosyolojisi**, s.117.

<sup>93</sup> Can, **Hukuk Sosyolojisi**, s.155.

<sup>94</sup> Can, **Hukuk Sosyolojisi**, s. 247.

<sup>95</sup> Can, **Hukuk Sosyolojisi**, s. 247.

lanılmaktadır. Yine Fransa'da hukuk alanını ilgilendiren meslekleri düzenleyen yasanın hazırlanması sırasında avukat, müşavir, uzman vb. kişilerle anketler yapılmış ve anket sonucuna göre yasa tasarısı şekillendirilmiştir<sup>96</sup>. Yapılan bu anketlere verilen cevaplar muhakkak ki o mesleğin kültüründen çıkmaktadır. Nitekim Amerikan realist kuramcılarında Karl Lewellyn'nin kültür ve hukuk ilişkisi üzerine görüşlerinin bir kısmını, hukuku meslek olarak yapan kişilerin sahip olduğu meslek kültürü etkilemiştir<sup>97</sup>. Yine Fransa Medeni Kanununda 1965 yılında yapılan değişiklik de toplumda yapılan anket sonuçlarına göre olmuştur<sup>98</sup>.

Kültür sadece hukukun oluşumuna değil, aynı zamanda oluşan hukuk ile ortaya çıkan hukuk sistemlerine de etki etmiştir. Toplumların kültürel yapılarının benzerliği, benzer hukuk kurallarının ve kurumlarının doğmasına sebep olmuştur<sup>99</sup>. Zira tüm hukuk sistemleri tarihsel ve sosyal koşulların bir araya gelmesi sonucu oluşmuş ve modern kanunlaşma aşamasına gelmeden önce bu hususlar da tespit edilmiştir<sup>100</sup>. Hukuk sistemlerinin değişiminde ve gelişiminde muhakkak ki dış etkilerin belirtisi bulunur<sup>101</sup>. Ancak hukuk sistemlerinin gelişiminin temelinde beslendiği ülke hukuklarının kendi toplumunun toplumsal dinamikleri vardır.

Büyük hukuk aileleri dahi kültürün bir noktasını kendilerine kaynak teşkil etmeye mecbur iken, ulusal hukukun kültürden bağımsız olabileceği düşüncesi eksik ve yetersiz kalmaktadır. Örneğin, Roma ve Cermen halklarının bir araya gelmesiyle oluşan yeni toplumun kültür yapısının ihtiyaç ve problemlere cevap verememesi sebebiyle Roma hukukunu özümseyememesi sonucunda, topluma egemen olan hukuk Cermen hukuku olmuştur<sup>102</sup>. Görüldüğü üzere tarihin en eski ve en önemli hukuk düzenlemelerinden olan Roma Hukuku dahi kültürden etkilenmiş ve kültürel değişime ayak uyduramaması sebebiyle toplumdaki etkinliği azalmıştır.

Kültürün hukuk üzerindeki bu etkisi zaman içerisinde literatüre de yeni bir kavram kazandırmıştır. Bu kavram birçok yazar tarafından "*hukuk kültürü*" olarak ifade edilmiş ve zamanla da kabul görmüştür. Kültürün hızlı bir şekilde değişmesi hukuka da etki ederek günümüz modern toplumlarında hukukun

---

<sup>96</sup> Can, **Hukuk Sosyolojisi**, s. 253

<sup>97</sup> Akçabay, s. 1331.

<sup>98</sup> Can, **Hukuk Sosyolojisi**, s. 254.

<sup>99</sup> Can, **Türk Hukuku**, s.95.

<sup>100</sup> Can, **Türk Hukuku** s.135.

<sup>101</sup> Akıl, s.388.

<sup>102</sup> Can, **Türk Hukuku**, s.110 vd.



bir sosyal kurum niteliğini haiz olması ve toplumsal yaşamın düzenleme aracı olması sebebiyle diğer toplumsal kontrol mekanizmalarından ayrı bir hal almasına neden olmuştur. Aslında hukuk bu kültürel değişime destek sağlayarak kendi içinde bir hukuk kültürünün oluşmasına sebebiyet vermiştir<sup>103</sup>.

Batı tipi hukuk sadece kurallar ve kurumlar sistematığı değil, aynı zamanda kültürel bir gerçekliktir; çünkü oluşumunda ve gelişiminde kültürel öğeler, sosyal gelenekler ve inançlar rol oynamıştır<sup>104</sup>. Buna bağlı olarak hukuk kültürü kavramı “*Common Law*” hukuk sistemi içinde yakın bir geçmişe sahip iken, Kıta Avrupasında ise daha eski bir geçmişe vardır<sup>105</sup>.

Hukuk kültürü kavramını toplumun ya da kültürün hukukî yanlarının sistemli bir şekilde düzenlenmesi olarak ifade edebiliriz<sup>106</sup>. Hukuk kültürü, hukukla ilişkili değerler ve tutumların tamamı olduğu için, bireyin neden ve ne zaman hukuka ihtiyaç duyduğunu tespit eder<sup>107</sup>. Hukuk kültürü, içinde yetiştiği toplumun yaşam koşullarını ve yaşam tarzını belirlemektedir ve bu sebeple de o ülkenin medeniyet tarihinden doğup gelişmek zorundadır<sup>108</sup>. Hukuk kültürü açısından hukuk kavramı bir kurallar bütününden daha fazlası olarak düşünülüp, ait olduğu toplumun kültürünün bir görünüm şekli olarak değerlendirilebilir ve bu bağlamda hukuk düzenlerinin sınıflandırılması da bir nevi kültürleri ayırt etme özelliğine sahip olur<sup>109</sup>.

Hukuk kültürü kavramının anlaşılması açısından Lawrence M. Freidman ve R. Cotterrell’in görüşlerinin karşılıklı olarak değerlendirilmesinde fayda vardır. Freidman’a göre hukuk kültürü, toplumdaki bireyin hukuk ve kurumları üzerindeki bilgisini ifade eder<sup>110</sup>. Bu bilgi ile hukuk ve hukuk sistemi hakkındaki düşüncelerin açıklandığını belirtir<sup>111</sup> Freidman hukuk kültürünü ikili bir ayrımla ele alır. Bu ayrımlar kendi içinde farklı değer yargıları taşır. Toplumun ve bireyin hukuka yönelik bilgisine genel hukuk kültürü, hukuku meslek olarak icra edenlerin hukuka ilişkin tutumlarını da içsel hukuk kültürü olarak ifade eder<sup>112</sup>. Böyle bir ayrıma gitmesinin temelinde hukuk kültürünün açıklayıcı bir özelliğe

---

<sup>103</sup> Yüksel, **Hukuk Kültürü**, s.4.

<sup>104</sup> Yüksel, **Hukuk Kültürü**, s.10.

<sup>105</sup> Yüksel, **Hukuk Kültürü**, s.10.

<sup>106</sup> Yüksel, **Hukuk Kültürü**, s.5.

<sup>107</sup> Freidman, s.30.

<sup>108</sup> Yüksel, Murat; **Hukuk Kültürü, (Hukuk)EÜHFD**, C.7, S.1-2, Haziran, 2003 s.287.

<sup>109</sup> Yüksel, **Hukuk Kültürü**, s.9.

<sup>110</sup> Yüksel, **Hukuk Kültürü**, s.12, Bkz: Yüksel, Mehmet; **Modern Toplumda Hukuk Kültürü, (Modern Toplum) Yaşar Üniversitesi Dergisi**, C.8 S. Özel (Sürelî Elektronik Dergi) s.3242.

<sup>111</sup> Yüksel, **Hukuk**, s.287.

<sup>112</sup> Yüksel, **Hukuk Kültürü**, s.14.

sahip olduğunun kabulü gelir<sup>113</sup>. R. Cotterrell ise bu yaklaşımı eleştirip kabul etmemektedir. Cotterrell, Freidman'dan farklı olarak hukuk kültürü kavramının, sosyoloji biliminin kurumsal bir yanını teşkil etmeyeceğini ve bu sebeple bilimsel işlev mahiyetinde olmadığını, daha ziyade sanatsal bir özellik olduğunu ifade etmiştir<sup>114</sup>.

Ancak kanaatimizce sadece hukuk kültürü kavramıyla hukuk sistemlerini değerlendirmek ve açıklamak yerinde olmaz. Çünkü hukukî sınıflandırma hukuk kültürü anlayışından ziyade siyasi ve ülkesel özelliklere göre şekillenmektedir<sup>115</sup>. Bununla birlikte, hukuk sistemlerinin oluşumuna kaynak teşkil eden ülkelerin de kendi kültürel yapılarının oluşturduğu milli hukukları vardır ve bunları sadece hukuk kültürü kavramı ile izah etmek mümkün değildir. Anılan hususlardan yola çıkarak farklı hukuk sistemlerinin karşılaştırılması veya ayrımının tam ve anlaşılır bir şekilde yapılabilmesi, oluşturdukları hukuk düzenlerini ve kültürlerini daha geniş bir toplumsal kültür algısına ya da anlayışına yerleştirilmekle mümkün olacaktır<sup>116</sup>. Bu anlayışı bir zaman dilimine sığdırmak da mümkün değildir. Çünkü hukuk sistemleri tarihsel değişimlere göre sınıflandırılmıştır<sup>117</sup>. Bu tarihsel değişim farklı ülkelerin hukuk sistemlerinin birbirinden ayrı olmasına sebep olmuştur<sup>118</sup>. Ayrıca söz konusu değişim aynı hukuk sistemi içinde olan iki ülke açısından dahi farklı bir hukukun gelişimine yol açabilir. Bunun temel noktası da yine o iki ülkenin kültürel öğelerindeki tarihsel değişimdir. İngiltere ve ABD'deki mülkiyet hukuku bu hususa örnek teşkil eder. ABD'nin devlet yapısının farklılığı mülkiyet hukukunun İngiltere'den daha farklı bir hal almasına sebebiyet vermiştir<sup>119</sup>. Görüldüğü üzere kültürün bu denli farklı bir yapı ortaya çıkarması sebebiyle, hukuk kültürü kavramı ile hukuk sistemlerinin tam ve kesin çizgilerinin belirlenmesi mümkün değildir.

### III. Ahlakın Adalete Tesiri

Kültürün hukuka etki ettiği alanlardan en önemlisi, ahlakın adalet duygusuna yaptığı etki ve bu iki kavram arasındaki ilişkidir. Çalışmamızın bu bölümünde hukuk ile kültür arasındaki temel ilişkiyi ifade eden ahlak ve adalet ilişkisini ele alacağız. Çünkü ahlakın adalet açısından, adaletin de ahlak açısından oluş-

---

<sup>113</sup> Yüksel, **Hukuk** s.293.

<sup>114</sup> Yüksel, **Hukuk** s.290 vd.

<sup>115</sup> Yüksel, **Hukuk Kültürü** s.10.

<sup>116</sup> Yüksel, **Modern Toplum**, s.3241.

<sup>117</sup> Freidman, s.30.

<sup>118</sup> Bu farklılık açısından Freidman, s.30' da belirtmiş olduğu Louisiana ile Fransa örneklendirmesi gösterilebilir.

<sup>119</sup> Freidman, s.31.

turduğu etki toplumsal düzenin sağlanması bakımından önem arz etmektedir.

Ahlak, hem birey hem de toplumda var olması gereken, insanın düşünce-sinde şekillenerek davranışından topluma yansıyan bir durumu ifade eder. Bu sebeple ahlak insana has bir özelliktir. İnsan ancak ahlak ile anlam ve önem kazanır. Zira ahlak, insanlar arası ilişkileri düzenlemek için konulmuş kuralların tamamıdır<sup>120</sup>. Başka bir ifadeyle ahlak, toplumsal hayat içinde anlam ifade eden, bireyler arasında yaşanan ilişki ve etkileşimler sonucu ortaya çıkan değerler ve normlar bütünüdür<sup>121</sup>. Bu kurallar da toplumun ve bireyin belirli bir zamanda davranışlarını, yaşamını yönlendiren kültürel olguların (inanç, din, emirler, yasaklar değer) tamamıdır<sup>122</sup>.

Ahlak, insanın kişiliğinin ayrılmaz bir parçası olmasının yanı sıra düşünce ve inanç sisteminin de bir ürünüdür. Bu sebeple ahlak, maddi bir olgudan ziyade insanın sahip olduğu manevi değerlerde anlam bulmaktadır. Kültüründe insana dair bir manevi değer olduğu göz önüne alındığı zaman ahlak aynı zamanda kültürün de bir ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır. Ahlak, kültür ile şekillenebildiği gibi kültüre de şekil vermektedir<sup>123</sup>. İnsanlığın var oluşundan bu yana kadar gelişen her kültür muhakkak ki bir ahlak anlayışı benimsemiştir. Bu benimseyiş zaman içerisinde farklı etmenler nedeniyle değişme uğramış olsa da, mutlak olarak varlığını devam ettiren ahlak kuralları vardır. Çalışmamız kapsamında ahlakın zaman içinde uğradığı değişim, gelişim ya da boyutlarına değinmeyecek; ahlaki olması gereken insan davranışı olarak değerlendirip, toplumda bireyler arasındaki ilişkileri düzenlemesi açısından hukuk kurallarıyla ilişkisini ele alacağız<sup>124</sup>.

Adalet kavramının genel geçer bir tanımını yapmak mümkün değildir. Zira adalet üzerine birçok düşünür farklı bakış açıları getirmiş ve zaman içinde bunlar da değişerek farklı boyutlar almıştır. Çalışmamız genelinde adaleti; *“bireyin kişisel görüşlerinden bağımsız, objektif ve mutlak bir değer”*<sup>125</sup> olarak ele alacağız. Adaletin objektif ve mutlak bir değer olması, alışlagelmiş muhafaza

---

<sup>120</sup> Güngör, Erol; **Ahlak Psikolojisi ve Sosyal Ahlak, (Ahlak)** Ötüken Yayınları, İstanbul, 2008s.12.

<sup>121</sup> Yüksel, **Modernleşme**, s.180.

<sup>122</sup> Yüksel, Mehmet; **Modern Kültürde Hukuk ve Ahlak, (Modern Kültür)** HFSA 25. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012 s. 114. Bkz: Yüksel, Mehmet; **Hukuk Sosyolojisi Yazıları, (Hukuk Sosyolojisi)** Ekinoks Yayınları, 2011, Ankara, s.60.

<sup>123</sup> Yüksel, **Modern Kültür** s.115. Bkz: Yüksel, **Hukuk Sosyolojisi** s.64 vd.

<sup>124</sup> Ahlakın gelişim süreci ile ilgili detaylı bilgi için bakınız; Güngör, **Ahlak** s. 40 vd.

<sup>125</sup> Aral, Vecdi; **Hukuka İlişkin Görüşler ve Bunların Değerlendirilmesi İle Birlikte Doğru Görülecek Bir Hukuk Anlayışı, (Hukuka İlişkin)** İÜHFİM, Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar Hatıra Sayısı, C.39, S.1-4, İstanbul, 1974, s.335.

edilmesi gereken bir düşüncenin değil, aksine olması gerekene yönelik insan davranışlarını şekillendiren bir düşünce unsuru olmasının sonucudur<sup>126</sup>. Adalet üzerinde yapılan farklı tanımlara ya da tartışmalara değinmeden adaleti bir değer, hukukun nihai amacı, olması gereken olarak ele alıp, ahlak ile arasındaki ilişkiyi ortaya koymaya çalışacağız<sup>127</sup>. Ancak kısaca izah edecek olursak, adalet duygusunun tarihsel gelişim çizgisi iki görüş üzerinde toplanmakta olup, bunlardan ilki adaletin doğuştan var olduğunu ve bu sayede hukukun geliştiğini, insanın sonradan kazanmadığını savunanların oluşturduğu “doğustancı görüş” olup; bir diğeri ise adaletin hukuk bilincinin gelişimiyle ortaya çıktığını ve bir değer hakkında ancak akıl ile karar verileceğini savunanların oluşturduğu “tarihselci görüş” tür<sup>128</sup>.

Hukukun oluşumu ve gelişiminde rolü olan kültürün aynı zamanda hukukun amacı olan adalet üzerinde de bir tesirinin olması esastır. Bu tesiri kültürün öğelerinden biri olan ahlak ile sağlayacağı muhakkaktır. Çünkü ahlak kuralları, hukuk kurallarının da oluşmasında temel teşkil edecek kültürel kurallardandır. Bununla beraber hukuk kurallarının amaçları arasında, kanunlara ülkedeki ahlak anlayışını tesir ettirmektir ki bu sebeple bazı yazarlar hukuku “*kamu vicdanının yaptırım kazanmış halidir*” diyerek ifade ederler<sup>129</sup>. Vicdan, insanın içgüdüsel olarak olması gerekeni düşünen yanı iken, ahlak bu vicdanın dışı vurumsal davranış ya da sözleridir. Anılan sebeple de kamu vicdanı aynı zamanda toplumun sahip olduğu ahlak algısıyla eş değerdir. Bu bağlamda, hukukun amacı olan adalet aynı zamanda hukuka kültürel bir görünüm de kazandıracaktır<sup>130</sup>.

Ahlak ve adaletin başka bir açıdan ilişkisi ise, hukukun antropolojik açıdan yapılan başka bir tanımında karşımıza çıkmaktadır. Hukuk, bir toplumda olması gereken bir değer için fiili bir güvence ile sağlanmış insan davranışdır<sup>131</sup>. Bu bağlamda toplumda olması gerekeni ‘adalet’ fiili güvenceyi ise ‘ahlak’ olarak ifade edebiliriz.

---

<sup>126</sup> Rehbindir, s.187

<sup>127</sup> Adaletin tanımları ve tarihsel gelişimi hakkında daha detaylı bilgi için bakınız; Güriz, Adnan; **Adalet Kavramı**, Felsefe Kurumu Yayınları, İstanbul, 2001, Bkz: Güriz, Adnan; **Adalet Kavramı**, [http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anyarg7/adnan.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg7/adnan.pdf)ulaşım tarihi: 28.02.2016,

<sup>128</sup> Fikentscher, s.170vd.

<sup>129</sup> Güngör, **Ahlak**, s.120.

<sup>130</sup> Aral, Vecdi; **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, (Hukuk Felsefesi)** XII Levha Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2012 s.131.

<sup>131</sup> Sümer, s.317.

Hukukun toplumun gereksinimlerini karşılaması hukukun maddesel yönünü oluşturur. Bununla beraber hukukun amacı olan adalet, bu maddi yönün maneviyata yansımaları olarak karşımıza çıkar<sup>132</sup>. Maneviyat unsuru ise bireyin davranışlarıyla anlam bulan ve bireyin davranışlarına yön veren bir olgudur. Bu sebeple, söz konusu maneviyat boyutu ahlak ile şekillenir. Çünkü bireyin davranışları hukuk kurallarının konusunu oluşturur. Bu bakımdan manevi boyuttan yoksun hukuk kurallarının topluma ya da bireyin davranışlarına etki etmesini beklemek mümkün olmayacaktır. Bu etki bizi hukuk ile ahlak arasında vazgeçilmez bir ilişkinin kabulüne götürmektedir. Ancak modern toplumlarda hukuk bu ilişkiyi göz ardı ederek, adalet algısından koparak ya da görmezden gelerek, sadece düzeni sağlayan kurallar bütünü olarak rol almaktadır<sup>133</sup>. Ancak adaleti ihtiva etmeyen ya da etmeyecek olan kurallar ile toplumsal düzenin sağlanması mümkün değildir. Bununla beraber hukukun kültürel figürlerden tamamen bağımsız bir şekilde ortaya çıkması, hukukun onu oluşturacak egemen gücün hukuku olmasına sebebiyet ve böylece adalette egemen gücün tasarrufuna girecektir. Başka bir ifadeyle hukukun her zaman egemen gücün hukuku olması onu adaletsiz yapacaktır<sup>134</sup>.

Bu bağlamda hukuku sadece egemen bir güç (devlet) tarafından konulmuş emir ve buyruklar olarak değerlendirmek yanlış olur. Çünkü hukuk içerdiği bu emir ve yasakların altında yatan adalet düşüncesiyle sistematik bir hale getirilmiş tutarlı bir düşünce dizisidir<sup>135</sup>. Bu düşünceleri ortaya çıkaracak olan ise muhakkak ki ahlaki normlardır. Anılan sebeple adalet ile hukuku birbirinden ayırmak mümkün değildir.

Aral'ın ifadesiyle kültür bir yüksek değer gerçekleştirilmesi olduğu için, her kültürel eylem bir yüksek değeri ifade eder<sup>136</sup>. Bu husus kültürün anlamı ve özelliği olmasının yanı sıra, gerçekleştirilmeye çalışılan değer, bireydeki manevi değerlerdir ki bu da kültürün oluşmasında esas öneme sahiptir<sup>137</sup>. Hukukun da bir kültürel eylem olduğu göz önüne alınırsa, hukuk da tıpkı kültür gibi yetiştiği toplumda bir değer oluşmasına hizmet eder. Bu bağlamda kültürel açıdan "*ahlaki*", hukuki açıdan ise "*adaleti*" yüksek değerler olarak ifade

---

<sup>132</sup> Balkır, s.54.

<sup>133</sup> Topuzkanamış, Engin; **Alışkanlık ve Hukuk**, HFSA 26. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014 s. 416.

<sup>134</sup> Demir, Gökhan Yavuz; **Ertelenmiş Adalet: Hukuk ve Dekonstrüksiyon**, HFSA 23. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012, s.114.

<sup>135</sup> Aldanmaz, Orhan; **Hukukta Duyguların Dirilişi**, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, C.13, S.49, 2014, s.193.

<sup>136</sup> Aral, Vecdi; **Kültür ve Hukuk, (Kültür)**, İÜHFİM, C.13, S.1-4, İstanbul, 1988-1990, s.253.

<sup>137</sup> Aral, **Kültür**, s.253.

edebiliriz<sup>138</sup>. Kültürde yüksek değerlerin ahlak olması bireyin sahip olduğu manevi değerlerin en güzeli ve birey davranışlarının bir nevi kontrol mekanizması olmasından kaynaklanmaktadır. Hukukta ise bu yüksek değerlerin adalet olarak karşımıza çıkmasının temel sebebi, hukukun toplum düzenini sağlamasındaki temel rolüdür<sup>139</sup>.

Toplumdaki bir birey diğer bireylerin davranışlarını bir değer yargısına göre algılar. Bu değer yargısı da davranışın ahlaka uygun olup olmaması ölçütüne göre belirlenir. Söz konusu belirlemeyi yaparken de birey, “iyi-kötü”, “doğru-yanlış” gibi kıstaslara başvurur. Bu kıstasların yanı sıra bir davranışın ahlaka uygunluğunun kararı, somut olayla ilgili sosyal grupların kültürüne göre değişmektedir<sup>140</sup>. Bu sebeple ahlaki davranışın belirlenmesinde ölçü kültürün ilerlemesinin sağlanması olup, bir davranışın kültürün ilerlemesine katkıda bulunduğu ölçüde ahlaki olacağının kabulü gerekir<sup>141</sup>.

Yine bir davranışın sadece amacının iyi olması ya da kanunlara uygun olması da o davranışın ahlak sınırları içinde kaldığının göstergesi olmaz. Zira Engizasyon devrinde İspanyolların Yahudi ve Müslümanları ruhlarının kurtulacağına inanarak diri diri yakması onlar açısından amaçlarının iyi olduğunun göstergesidir<sup>142</sup>. Yine Nazi Almanya’sında Yahudilerin kamplarda toplanarak işkence görmesi konusunda dönemin sorumlu subayı olan Otto Adolf Erchman yaptığı savunmasında; kanunlara uyduğunu ve amirlerinin emirlerine göre hareket ettiğini ifade etmiştir<sup>143</sup>. Her iki örnekten de anlaşılacağı üzere ahlak amacın iyi olması ya da kanunlar çerçevesinde davranılmasıyla elde edilebilecek bir anlayış değildir. Ayrıca ikinci örnek göz önüne alındığı zaman sadece kanunların çizdiği çerçevede hareket etmenin de insanı adil bir anlayışa götürmediği açıkça anlaşılacaktır. Gerek ülkemizde gerekse modern toplumlarda giderek artan hukuksallaştırma ve kurumsallaştırma da bireyin ahlak anlayışını ve sorumluluğunu zayıflatmaktadır<sup>144</sup>. Bununla beraber modern topluma geçişle birlikte giderek karmaşık bir hal alan toplumsal yaşam, içindeki sosyal hareketliliği ve farklılaşmayı giderek arttırmıştır. Bu hareketlilik ve farklılık bireyler arası teması minimum noktaya indirmiş ve bireylerin ahlak anlayışının gelişimine ket vurmuştur. Zira ahlak bireylerin davranışı ile somut hal almakta iken, birbirinden

---

<sup>138</sup> Aral, **Kültür**, s.253., Bkz: Aral, Vecdi; **Hukuk Nedir? (Hukuk)** HFSA 26. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014 s. 20. Bkz: Aral, **Hukuk Felsefesi**, s.74.

<sup>139</sup> Aral, **Hukuk Felsefesi**, s.85.

<sup>140</sup> Rehbinder, s.22.

<sup>141</sup> Aral, Vecdi; **Hukuk Felsefesi**, s.102.

<sup>142</sup> Gungör; **Ahlak**, s. 98.

<sup>143</sup> Yüksel, Mehmet; **Modern Kültür** s. 122. Bkz: Yüksel, **Hukuk Sosyolojisi**, s.78 vd.

<sup>144</sup> Yüksel, Mehmet; **Modern Kültür**, s. 123. Bkz: Yüksel, **Hukuk Sosyolojisi** s.80.

kopan bireylerin ahlak anlayışı da giderek azalmıştır. Bu sebeple kanunların oluşumunda kültürel olguları göz önünde almak yukarıda ifade ettiğimiz üzere bireyin davranışlarının ahlaki boyutunu da ele almak olacaktır ve bu durum da bireyin ahlak anlayışının gelişimine katkı sağlayacaktır.

Hukukun bir kültür kavramı olmasının doğal sonucu olarak adalet de hukuki değeri gerçekleştirmeye yarayan bir kültür ögesidir<sup>145</sup>. Hukukta ortaya çıkan bu adalet değeri sübjektif bir değer olmayıp objektif adalet değerini ifade etmektedir<sup>146</sup>. Bu objektif değer in ifadesinde adalet veya ahlakı genel olarak normların, kuralların ahenk ve denkliliğini içerdiği için bir hakikat ifadesi olarak görmek gerekir<sup>147</sup>. Yani ahlak ve adalet objektif manada bir hakikatin temsil noktasıdır. Bu bağlamda adalet ve ahlak geniş manada olması lazım gelenin temelidir<sup>148</sup>. Hukuk kuralları da olması gerekene yönelik birey davranışlarını düzenlemektedir<sup>149</sup>. Bununla beraber kültürel çevrede yaşananlar ve düşünce, yani olan ve olması lazım gelen çoğu zaman karşılaşılır<sup>150</sup>. Bu karşılaşma ortak noktada olabileceği gibi birbirine tamamen zıt şekilde olabilecektir, ancak asıl önemli olan bu karşılaşmalarda olanın olması lazım gelen olarak adalet düşüncesi boyutuna taşınmasıdır<sup>151</sup>.

Bahsi geçen değerler sadece insanın doğasında anlam ve varlık kazanacakları için insanın bireysel ve toplumsal yaşantısını da şekillendirecektir. Çünkü değer yargıları toplum veya bireyin alışlagelmiş davranışlarının tamamı olmakla birlikte, esas itibarıyla bu davranışlardan doğru olanın nasıl olduğuna ilişkin bir anlayış algısıdır<sup>152</sup>. Kültürün yüksek değerleri gerçekleştirme arzusu insan ile kültür arasında derin bir ilişkinin ortaya çıkmasını sağlamaktadır. Ortaya çıkan bu ilişki de değerlerin genel geçer bir özelliğe sahip olması sonucunu doğurur<sup>153</sup>. Aral'ın ifadesiyle hukuku, bireyin yine birey ve toplum için huzurun, güvenin, düzenin sağlanması amacıyla oluşturduğu kurallar bütünü olarak ifade edebiliriz<sup>154</sup>. Bu bağlamda insanda varlık bulan yüksek değer in yaşayan topluma ve bireye etki etmesi de yine birey eli olan hukuk sayesinde olacaktır.

---

<sup>145</sup> Aral, **Hukuk Felsefesi**, s.85.

<sup>146</sup> Aral, **Hukuk Felsefesi**, s.128. Objektif ve sübjektif adalet için Bkz: Aral, **Hukuk Felsefesi**, s. 128 vd.

<sup>147</sup> Çağıl, O. Münir; **Felsefenin Işığında Hürriyet, Adalet, Hukuk Devleti ve Hukuk Kültürü**, İÜHF M C.26, S.3-4, İstanbul, 1960 s. 228.

<sup>148</sup> Çağıl, s. 228.

<sup>149</sup> Can, **Hukuk Sosyolojisi**, s. 27.

<sup>150</sup> Çağıl, s.233.

<sup>151</sup> Çağıl, s. 233.

<sup>152</sup> Rehbinder, s.22.

<sup>153</sup> Aral, **Kültür**, s.254 vd. Bkz: Aral, **Hukuk Felsefesi**, s.83.

<sup>154</sup> Aral, **Kültür**, s.257.

Hukuk da olanı değil olması gereken davranışları<sup>155</sup> esas olarak bu davranışlara düzenlemeler getirir. Bu sebeple de kurallar, norm (olması gereken) adını alırlar ve böylece kurallar bireyler tarafından çiğnense dahi geçerliliklerini yitirmeyecekleri gibi bağlayıcılıkları ve yükümlülükleri de ortadan kalmayacaktır<sup>156</sup>. Bu normatif özellik özü itibariyle kuralın da bağlayıcılığını sağlamaktadır. Bu bağlayıcılık insanın iradesinin bir yansıması olan davranışlarının hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesi şeklinde ortaya çıkar. İnsan özgür iradeyle davranışlarını hukuka uygun şekilde sergileyebileceği gibi hukuka aykırı olarak da ortaya koyabilecektir. Söz konusu durum muhakkak ki hukukun geçerliliğinin etkilemeyecek, kural insan davranışı ile örtüşmese dahi geçerliliğini koruyacaktır<sup>157</sup>. Ancak bu husus temel bir sorun olarak hukukun bağlayıcılığı sorusunu ortaya çıkaracaktır<sup>158</sup>. Bu soruya verilecek cevaplar muhakkak ki adalet ve ahlaki birbirinden ayırmayacaktır.

Hukuk kuralları insan davranışlarını olması gerekene yaptırımlar ile yönlendirecek ve bu yaptırımların sahip olduğu emir duygusu içerdiği değerler sayesinde bağlayıcılığa sahip olacaktır<sup>159</sup>. Çünkü var olan hukuk kurallarının ya da normlarının değerlendirilmesi içerdikleri değer yargısı ile ilişkili olup bu değer yargısı da hukuka anlam katacaktır<sup>160</sup>. Bu bağlayıcılığı sadece hukuku oluşturan güce (devlet, otoritere vb.) bağlamak yanlış bir bakış açısı olacak ve bu durum bireyin özgür iradesinin başkaca bir etken tarafından kontrol altına alınmasını sebep olacaktır<sup>161</sup>. Yani bireyin davranışının gerçekleşip gerçekleşmediği (hukuka uygunluk açısından) maddi yaptırım, zorlama ile sağlanacaktır. Bu durumda insanın irade ve davranışlarının hukuka uygun olması, hukuk yaptırımının insanda uyandırdığı korkuya göre belirlenmiş olacaktır<sup>162</sup>. Hukukun asli amacı olan adalete ulaşmada bireyin davranışı başkaca bir güç tarafından kontrol altına alınarak yazılı kurallarla adalet sağlanmaya çalışılır. Norm kavramına sadık kalanlarla birlikte hukuki pozitivist savunucularının da görüşü bu doğrultudadır<sup>163</sup>. Bu düşünce kanaatimizce yerinde değildir. Çünkü sadece akli

---

<sup>155</sup> Keyman, **Hukuka Giriş**, s.66.

<sup>156</sup> Aral, **Kültür**, s.258.

<sup>157</sup> Aral, **Kültür**, s.259.

<sup>158</sup> Ahlak ve adalet ilişkisi bağlamında hukukun bağlayıcılığı için bakınız: Aral, **Hukuk Felsefesi** s.90 vd. Normun bağlayıcılığı için bakınız: Keyman, **Hukuka Giriş**, s.36 vd.

<sup>159</sup> Can, **Hukuk Sosyolojisi**, s. 27.

<sup>160</sup> Rehbinder, s.19 vd.

<sup>161</sup> Aral **Kültür**, s.257. İnsan davranışın norma uygunluğu ve denetimi hususunda bakınız: Özcan, **İlkel Hukuk**, s. 66 vd.

<sup>162</sup> Aral, **Kültür**, s.258.

<sup>163</sup> Aral, **Kültür**, s.257. Pozitif Hukukun adalet anlayışı için bakınız. Keyman, Selahattin; **Hukuki Pozitivizm**, AÜHFD, C.35, S.1-4, Ankara, 1978 s.30 vd. Hans Kelsen'in kurucusu olduğu



melekelere dayalı kuralın davranışlarımız üzerinde etkisi olamaz. Sadece akla dayalı bir kural ne kadar güzel ve iyi olursa olsun hep teorik yanımızın bir etkisi olarak kalacaktır<sup>164</sup>. Bununla beraber normun yani kuralın oluşturulmasında ya da daha sonradan değiştirilmesinde olması gereken düşüncesine müdahale edilmemesi adalet algısına ulaşılmasında yardımcı olur<sup>165</sup>. Bu teorik yan ise bizi hukukun ya da kuralların maddi anlamına götürür. Oysa hukukun ya da kanunların sadece maddi bir varlığından söz edilemez, kanun kâğıda ya da taşta yazılan yazılardan ya da emirlerden ibaret değildir<sup>166</sup>. Çünkü toplumsal yaşamımızda karşılaştığımız olayları değerlendiren hukuk, düşünce dünyasına has bir durum olarak karşımıza çıkar<sup>167</sup>. Düşüncenin bir ürünü olan hukukun sadece akla dayalı olan yazılı kurallarla adaleti sağlaması pek mümkün değildir. Zira mümkün olsa idi, günümüzde neredeyse her gün yeni bir yazılı kural üreten hukuk sistemleriyle iç içe yaşayan bireylerin adalet çılgılığı olmazdı. Bunun yanı sıra adaletin sadece yazılı kurallarla sağlanacağını kabulü de adaletin ahlaki bir değer olmadığı sonucuna bizi götürecektir. Oysaki adalet ahlaki bir değerdir<sup>168</sup>. Hukuk içerdiği değerler sebebiyle bağlayıcılığını bireyin içten benimsemesine, onayına ya da kabullenişine borçludur, bu onayın, hukukun toplumsal yaşam için ihtiyaç ve zorunluluğu göz önüne alındığı zaman, bir keyfiyete değil bir kesinliğe dayanması esastır ki bu kesinlik de adaletin ahlaki bir değer olması ile sağlanacaktır<sup>169</sup>. Çünkü ahlaki değerler herhangi bir ön şarta ya da kabule bağlı kalmaksızın bireyin davranışlarında gerçekleşmek ister<sup>170</sup>. Yine bununla beraber hukuk kuralının içeriğini kültürel açıdan desteklemez isek, yani içeriğini ahlaktan uzak bir konumda değerlendirirsek hukuk kuralının yaptırımını, kuralın içermesi gereken değer yargısının önüne geçirmiş oluruz<sup>171</sup>. Adaletin ahlaki bir değer ve vicdani bir duruşa sahip olması sebebiyle dışarıdan bir zorlama ile sağlanmaya çalışılması da adalet duygusuna ters düşecektir. Çünkü dışardan gelen yaptırım ve zorlama ile insan birey olma özelliğini kaybedecek ve bu durum ahlaka aykırı davranış olacaktır<sup>172</sup>.

---

Normativist görüş ise ahlaka gönderme yapmaksızın bir adalet anlayışı ortaya koymaktadır bunun için bakınız: Türkbağ, U. Ahmet; **Postmodernite ve Hukuk İdealleri: Adalet, Hukuk Devleti**, Doğu Batı Düşünce Dergisi, Y.4, S.13 s.210

<sup>164</sup> Aral, **Hukuk**, s.21.

<sup>165</sup> Can, **Hukuk Sosyolojisi**, s. 29.

<sup>166</sup> Aral, **Hukuk**, s.23. Bkz: Aral, **Hukuk Felsefesi** s.41.

<sup>167</sup> Aral, **Hukuk Felsefesi**, s.41.

<sup>168</sup> Aral, **Hukuk Felsefesi** s.92.

<sup>169</sup> Aral, **Hukuk Felsefesi** s.93, Bkz: Karakoç, Yusuf; **Sosyal Düzen Kurallarının İşlevi**, HSFA 26. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014 s. 2017

<sup>170</sup> Aral, **Hukuk Felsefesi** s.93.

<sup>171</sup> Can, **Hukuk Sosyolojisi**, s.29 vd.

<sup>172</sup> Aral, **Hukuk**, s. 28.

Adaletin ahlaki bir değer olmasının sonucu birey sürekli olarak haklı olana yönelecek ve hakkı yerine getirmeye çalışacaktır<sup>173</sup>. Hukukun ahlaki bir norm olarak adalet değerini kendinde benimsemesinin bir sonucu, insan davranışının görünen yüzüyle değil aksine davranışın altında yatan değer ile bağlantılı bir yargılama yapacak olmasıdır<sup>174</sup>. Örneğin, hukuki bir yaptırım olan hapis cezasından korktuğumuz için hırsızlık yapmaktan ya da adam öldürmekten kaçınacağız ki bu da bizi toplumda düzeni bozan davranışı yapmamanın olması gereken olduğuna değil zorunluluk olduğuna götürecektir<sup>175</sup>. İnsanın korku ya da zorlamayla hukuk kurallarına uymaya çalışması, olması gerekenden bireyi ya da toplumu uzaklaştıracaktır ve hukukun asıl amacına ulaşmasını engelleyecektir. Ancak kültür, bireye ulaşmayı hedeflediği yüksek değerler yolunda hırsızlığın ya da adam öldürmenin ahlaki bir davranış olmadığını anlatarak bireyi bu doğrultuda yönlendirecek ve olması gereken düşünceye bireyi sevk edecektir. Bireyin davranışının altında yatan neden bireyin sahip olduğu iradedir. Muhakkak ki bu iradeyi etkileyecek sosyal ya da psikolojik, ekonomik vb. etmenler olacaktır. Ancak insanı bir davranışı yapmaya ya da yapmamaya iten temel güç, ahlak ve ahlaki değerlerdir<sup>176</sup>.

Hukuk, toplumsal yaşamı düzenleyen kurallar bütünü olmasının yanı sıra toplumun varlık koşulu ve bir kültürel iş olduğu için, hukukun ulaşmak isteyeceği son amaç, yüksek değer, olması gereken yani adalet düşüncesidir<sup>177</sup>. Bu sebeple adalet toplumda ve bireyler arasında düzenin sağlanmasını, korunmasını amaçlar ve bu sayede diğer değerler de toplumda, bireyde gerçekleşme imkânı bulur ve bu sayede hukuk ile sağlanacak adalet; insan varlığının güvencesi ve teminatı olur<sup>178</sup>. Hukuk, bireyin zihninde soyut bir kavram olan adaletin somutlaştırılmasına imkân verir<sup>179</sup>. Adaletin ahlak alanında yüksek bir değer olması hukuka bir kültür ögesi özelliği de verir ve insan davranışlarında ortaya çıkmasını zorunlu kılar. Çünkü adalet sadece düşünceyle ilgili, yani soyut değil, aynı zamanda somut gerçeklik, yani davranış ile ilgilidir<sup>180</sup>. Davranış ile ilgili olması da adaletin insan davranışına yansımaları sonucunu ortaya çıkarır ki bu durum da yine hukuka kültürel bir unsur olma özelliği katar.

Ahlaki bir değer olan adalete yönelik hukukun insana hizmet etmesi ve var-

---

<sup>173</sup> Aral, **Hukuk Felsefesi** s.93.

<sup>174</sup> Balkır, s.48.

<sup>175</sup> Aral, **Kültür**, s. 259.

<sup>176</sup> Aral, **Kültür**, s.259.

<sup>177</sup> Aral, **Kültür**, s.259, Bkz: Aral, **Hukuk**, s.24.

<sup>178</sup> Aral, **Kültür**, s. 259 vd.

<sup>179</sup> Aral, **Hukuk**, s.26.

<sup>180</sup> Aral, **Hukuk**, s.26.

lığının nedenini onda bulması esastır. Bu sebeple hukukun görevi bireylerin birbirlerinin değerleri algılayış ve gerçekleştirme yolundaki vicdani kararlarına karışmamalarını sağlamaktır. Hukukun asıl işi, belirli bir toplumda sadece adaleti gerçekleştirip, insanlar arasında daha çok özgürlük alanı meydana getirerek, insani yaşamın oluşmasını sağlamaktır.

Ahlakın hukuk ile ilişkisini sadece adalet boyutunda felsefi yaklaşım ya da düşüncelerden ibaret olarak görmek mümkün değildir. Gerek ülkemizde gerekse dünya devletlerinde yürürlükte olan yazılı kurallar ahlaka atıflar yaparak, ahlakı hukuki bir kurum ve değer olarak kabul ederler. Bunun yanı sıra Türk Borçlar Kanunu açısından yapılan atıflarda *“hukuka veya ahlaka”* ibarelerine yer verilmesi, lafzi yorumla bizi kanun koyucunun hukuk ve ahlak kurallarını eş değer gördüğü sonucuna da götürmektedir. Bu atıflar ahlakı insan düşüncesinin soyut bir ürünü olmaktan çıkarıp, hukuk dünyasına somut bir ürün olarak getirmektedir. Bu ilişkide kanaatimizce aktif taraf ahlak kuralları yani birey ve toplumun ahlak anlayışdır. Çünkü hukuk kuralının somut olaydaki geçerlilik şartı, ahlak anlayışının algısına göre tespit edilecektir. Örneğin TBK'nın 27'nci maddesi ahlaka aykırı olan sözleşmelerin kesinlikle hükümsüz olacağını belirtmektedir<sup>181</sup>. Aynı kanunun muhtelif hükümleri göz önüne alındığı zaman sözleşmenin sahip olması gereken geçerlilik şartları ifade edilmiş ve tanımlanmıştır. Ancak aynı kanun ya da bir başka kanun ahlakın hukuk dünyası açısından kabul görmüş bir tanımını yapmamaktadır. Yani *“ahlaka aykırı olan nedir”* sorusunun cevabı yazılı kurallarda mevcut değildir. Anılan kanun maddesini somut olaya uygulayacak olan hâkimin *“ahlaka aykırı olan nedir”* sorusuna bulacağı cevap, toplumun kültür dünyasında yatmaktadır. Bu husus da çalışmamızın özünü oluşturan kültürün hukukun oluşumunda ve gelişiminde sahip olduğu rolü açıkça ifade etmektedir.

## SONUÇ

Hukukun tarihsel gelişim süreci göz önüne alındığı zaman, kültür öğeleri görmezden gelinerek oluşturulan hukuk kurallarıyla toplumda düzen ve adaletin sağlanmasının mümkün olmadığı görülmektedir. Bu sebeple toplumun sahip olduğu kültür anlayışının hukuk kuralları içinde durağan değil, daha dinamik bir şekilde yer alması gerekmektedir. Kültürel öğelerini hukukun dışında tutmak hukukun toplumsal bir ürün olduğu gerçeğini belirsiz hale getirecektir. Bu durum da hukuku siyasi iktidarın meşruluk aracı haline dönüştürecektir.

---

<sup>181</sup> Almanya Medeni Kanunu da 138. maddesi de bir hukuki işlemin ahlaka kurallarına aykırı olmasını o işlemin hükümsüz olacağı yaptırımına bağlamıştır. Almanya Medeni Kanununun 242. Maddesi de borçlunun edimini ahlak kurallarına göre ifa etmesi gerektiğini düzenlemiştir.

Kültür ile hukukun toplumların tarihsel gelişiminde beraber olduğu göz önüne alınarak oluşacak ya da değişecek hukukun kültür öğelerinden yararlanması, hem hukukun toplum açısından kabul edilmesini kolaylaştıracak hem de bireyin hukuka karşı güvenini pekiştirecektir. Toplumsal hayatın başlıca düzenleyicisi olan hukukun, toplumsal gerçeklik arz eden kültürden kendini soyutlayarak, toplumsal problemlere yabancı kurallar getirmesi hukukun amacına ters düşen bir durum oluşturacaktır.

Hukuk toplumsal hayatı düzenlerken muhakkak ki olması gerekene yönelik toplumsal değerlerden faydalanmak zorundadır. Çünkü hukukun birey açısından ihtiva ettiği asıl değer, *“olması gereken”*, yani *“adalet duygusu”* dur. Hukuk kısmen durağan olan yapısı sebebiyle toplum içinde meydana gelen değişimlere cevap vermekte zorlanmaktadır. Kaldı ki toplumsal hayatta meydana gelen değişimleri sadece hukuk kurallarıyla kontrol altında tutmak da mümkün değildir. Bu sebeple söz konusu durum karşısında kültür öğelerinin daha çok ön plana çıkarılması hukukun etkinliği açısından önem arz etmektedir.

Modern toplumlarda siyasi iktidarlar, hukukun içinde yatan değer olgusunu bir kenara bırakarak, yaptıkları yasalar ile sadece bireye yükümlükler ve emirler getirmekte, böylece toplumsal düzeni koruma telaşı peşine düşmektedir. Bu durum da hukukun toplumun ruhunu yansıtmaya özelliğini giderek körelmesine ve ne yazık ki sadece yazılı kâğıt parçaları haline gelmesine sebep olmuştur. Çünkü modern toplumla beraber bireyin talep ettiği haklar giderek artmış ve çeşitlenmiştir. Ancak bu artış karşısında hukuk kuralları talebi karşılamakta zorlanır hale gelmiştir. Çalışmamızda bu olumsuzluğun önüne geçmek için kültürün hukuk üzerindeki etkisinin artırılması gerekliliği üzerinde durulmuştur. Çünkü hukuk toplumun ve bireyin değer yargılarını yansıtmaya ve yaşatmaya açısından çok önemli bir role sahiptir.

Modern topluma geçişle beraber insanlar arasındaki ilişkilerin daha resmi hal alması, bireyler ve toplumda var olan sosyal gruplar arasında mesafenin artmasına sebep olmuştur. Bu husus birey ve toplumda ahlaki kaygıların ve sorumlulukların gelişmesini olumsuz yönde etkilemiş ve bireyin davranışları başkaca etmenler tarafından kontrol edilir hale almıştır. Ancak bu kontrol de her geçen gün yetersiz kalmakta ve bireyin adalet arayışında biraz daha gerilemesine sebebiyet vermektedir. Bu sebeple hukuk kurallarının içermesi gereken değer algısına ulaşması için kültürel bir öge olan ahlak ile uyumlu bir şekilde ortaya çıkması gerekmektedir. Çalışmamızın ikinci bölümünde bu husus üzerinde durularak ahlaki olmayan kanunların adalete hizmet etmeyeceği vurgulanmıştır.

Çalışmamızda kültür ve hukuk ilişkisi ile özünde ‘*Türk Milleti*’ adına karar veren mahkemelere bu kararlarında yol gösterici konumunda olan kanunların, millet adına verilecek kararlarda adaleti sağlaması için, milletin var oluşunun sacayaklarından olan kültüründen doğması ya da beslenmesi ile mümkün olabileceğini izah etmeye çalıştık.

Unutulmamalıdır ki adaleti içinde barındırmayan hukuk siyasi iktidarın cinayeti olur, ahlakın olmadığı birey ya da toplum da bu cinayetin faili olur.

◆◆◆◆

#### KAYNAKÇA<sup>182</sup>

Akçabay, F. Ceren; **Hukukun Kültürle İmtihanı (Law’s Ordeal with Culture)**, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmalar Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan C.19, S.2, 2013.

Akıl, Abdülkadir; **Hukukun Genel İlkeleri ve Hukukun Gelişimine Etkisi**, Erzinca Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.7, S.3-4.

Aldanmaz, Orhan; **Hukukta Duyguların Dirilişi**, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, C.13, S.49, 2014.

Aral, Vecdi; **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**, XII Levha Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2012. **(Hukuk Felsefesi)**

Aral, Vecdi; **Hukuk Nedir?**, HFSA 26. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014 **(Hukuk)**

Aral, Vecdi; **Hukuka İlişkin Görüşler ve Bunların Değerlendirilmesi İle Birlikte Doğru Görülebilecek Bir Hukuk Anlayışı**, İÜHFM, C.39, S.1-4, Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar Hatıra Sayısı, İstanbul, 1974. **(Hukuka İlişkin)**

Aral, Vecdi; **Kültür ve Hukuk**, İÜHFM, C.13, S.1-4, İstanbul, 1988-1990. **(Kültür)**

Balkır, Zehra Gönül; **Hukuk ve Adalet Estetiği Üzerine Bir Deneme**, HFSA, 23. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012.

BİLGİÇ, Emin; **Milli Kültür Davamız**, Boğaziçi Yayınları, İstanbul, 1986.

Cahit, Can; **Türk Hukukun Kökenleri ve Türk Hukuk Devrimi**, Kaynak Yayınları, İstanbul, Mart 2012. **(Türk Hukuku)**

---

<sup>182</sup> Eserler yazarların soy isimleriyle anılmış olup, aynı yazara ait birden fazla eserden yararlanılmışsa yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar parantez içerisinde belirtilmiştir.

Can, Cahit; **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi**, Ekinoks Yayınları, Ankara, 3. Baskı, 2011. (**Hukuk Sosyolojisi**)

Çağıl, Orhan Münir; **Felsefenin Işığında Hürriyet, Adalet, Hukuk Devleti ve Hukuk Kültürü**, İÜHFM C.26, S.3-4, İstanbul, 1960.

Demir, Gökhan Yavuz; **Ertelenmiş Adalet: Hukuk ve Dekonstrüksiyon**, HFSA 23. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012.

Fikentscher, Wolfgang; (Çev. Dilaver, Berrak Burçin), **Adalet Duygusu ve Kültürel Adalet Kavramı Hukuk ve Antropolojiden Görüşler**, HFSA 23. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, İstanbul.

Freidman, M. Lawrance; (Çev. Özcan, M. Tefvik) **Hukuk Kültürü ve Toplumsal Gelişme**, İÜSBFG, S.14 Ocak, 1996.

Gökalp, Ziya; **Türkçülüğün Esasları**, İnkılap Yayınları, 10. baskı, İstanbul, 2010.

Gurvitch, Georges; (Çev. Topçuoğlu, Hamide), **Hukuk Sosyolojisinin Mübeşşirleri**, AÜHFD, C.7, S.1, Ankara, 1950.

Güngör, Erol; **Ahlak Psikolojisi ve Sosyal Ahlak**, Ötügen Yayınları, İstanbul, 2008.

Güngör, Erol; **Halk Kültürü ve Münevver Kültür**, Töre Dergisi, S. 30, Temmuz, 1971.

Güriz, Adnan; **Adalet Kavramı**, Felsefe Kurumu Yayınları, İstanbul, 2001.

Güriz, Adnan; **Adalet Kavramı**, [http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anyarg7/adnan.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg7/adnan.pdf)ulaşım tarihi: 28.02.2016.

Hafizoğulları Zeki; **Bir Kültür Ürünü Olarak Hukuk Düzeni**, AÜHFD, C.45, S.1 1996.

İnalçık, Halil; **Türk Tarihinde Türe ve Yasa Geleneği**, Doğu Batı Düşünce Dergisi, S.13, Ekim 2012.

Karakoç, Yusuf; **Sosyal Düzen Kurallarının İşlevi**, HSFA 26. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014.

Keyman, Selahattin; **Hukuka Giriş, Yetkin Yayınları**, Ankara, 2012.

Keyman, Selahattin; **Hukuki Pozitivizm**, AÜHFD, C.35, S.1-4, Ankara, 1978.

Koch, Klaus-Friedrich, (Özcan, M. Tefvik), **Hukuk ve Antropoloji**, İÜHFM, C.54, S.1-4, 1991-1994.

Köroğlu, Kaya; **Kanun ve Kültür: Töre Kavramının Hukuki ve Sosyolojik Bir Analizi**, TAAD, Y.5, S.16 Ocak 2014.

Köseoğlu, Nevzat; **Hukuka Bağlılık Açısından Eski Türkler’de –İslam’da ve Osmanlı’da Devlet**, Ötüken Yayınları, İstanbul, 2004,

Köseoğlu, Nevzat; **Milli Kültür ve Kimlik**, Ötüken Yayınları, İstanbul, 1995.

Nar, Şükrü, Mehmet; **Kültürel Hukuk: Geleneksel Kontrol Mekanizmaları**, TBB Dergisi, S.108, Eylül-Ekim 2013.

Niyazi, Mehmed; **İslam Devlet Felsefesi**, Ötüken Yayınları, İstanbul, 2005

Niyazi, Mehmed; **Türk Devlet Felsefesi**, Ötüken Yayınları, İstanbul, 2005

Önkal, Güncel, Sıla, Ayşegül; **Yasaların Toplumsal Kökeni: İthal Dayatmacılık/ Yerel Pratikler**, HFSA 24. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, 2012.

Özcan, Mehmet Tefik; **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, On İkinci Levha, İstanbul, 2015. **(Hukuk Sosyolojisi)**

Özcan, Mehmet Tefik; **İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol Hukuk Dışı Mekanizmalar ve İlkel Hukuk**, On İkinci Levha, Geliştirilmiş 2. Baskı, İstanbul, 2012. **(İlkel Hukuk)**

Özdemir, Nadire; **Hukuki Çoğulluk Kavramı ve Görünümleri: “Roman Hukuku” ve “Aborjin Hukuku”** HFSA 26. Kitap İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014.

Rehbinder, Manfred; **Hukuk Sosyolojisi**, (Çev: İlyas Doğan, Hilal Kafkas) Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Roberts, Simon; (Çeviren, Koca, A.Erkan) **Düzen ve Kargaşa: Hukuk Antropolojisine Giriş**, Birleşik Yayınları, Ankara, 2010.

Roberts, Simon; **Düzen ve Kargaşa: Hukuk Antropolojisine Giriş**, Birleşik Yayınları, Ankara, 2010.

Sümer, Neslihan; **Bir Kültür Ürünü Olarak Hukuk**, AÜHFD, C.38 S.1-2, 1998.

Topçuoğlu, Hamide; **Hukuk Sosyolojisi Dersleri (Sosyoloji Açısından Hukuk)**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, 3. Bası, İstanbul, 1969.

Topuzkanamış, Engin; **Alışkanlık ve Hukuk**, HFSA 26. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014.

Turhan, Mümtaz; **Kültür Değişmeleri**, Çamlıca Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 2006.

Türkbağ, U. Ahmet; **Postmodernite ve Hukuk İdealleri: Adalet, Hukuk Devleti**, Doğu Batı Düşünce Dergisi, Y.4, S.13

Ülken, H. Ziya; **Kültür ve Medeniyet**, Türk Düşüncesi Dergisi, Sayı:13, C:3, 1954.

Yüksel, Mehmet; **Hukuk Kültürü Kavramına Sosyolojik Bir Bakış**, İletişim Kuram ve Araştırmalar Dergisi, S. 35 2012 (Sürelı Eltronik Dergi) (**Hukuk Kültürü**)

Yüksel, Mehmet; **Hukuk Sosyolojisi Yazıları**, Ekinoks Yayınları, Ankara, 2011. (**Hukuk Sosyolojisi**)

Yüksel, Mehmet; **Modern Kültürde Hukuk ve Ahlak**, HFSA 25. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012. (**Modern Kültür**)

Yüksel, Mehmet; **Modern Toplumda Hukuk Kültürü**, Yaşar Üniversitesi Dergisi, C.8 S. Özel (Sürelı Eltronik Dergi) (**Modern Toplum**)

Yüksel, Mehmet; **Modernleşme Bağlamında Hukuk ve Etik İlişmesine Sosyolojik Bir Bakış**, AÜSBFD, C.57, S.1-2, 2002. (**Modernleşme**)

Yüksel, Murat; **Hukuk Kültürü**, EÜHFD, C.7, S.1-2, 2003.

Yüksel, Murat; **Hukuki Plüralizm**, Beta Yayınları, İstanbul, 2003





## UYGULAMA BAKIMINDAN ZORUNLU GEÇİT HAKKI DAVASI

*The Case of Mandatory Crossing Right in Application and Its Conditions*

**Mustafa Hayri TACIN\***

### ÖZET

Yasal dayanağını 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 747 ve devamı maddelerinden alan ve esas itibarıyla komşuluk hukukuna dayanan zorunlu geçit hakkı davaları, ülkemizde arazi düzenlenmesinin sağlıklı bir yapıya kavuşmaması ve her taşınmazın yol ihtiyacına cevap verilmemesi nedeniyle zorunlu olarak açılmaktadır.

Bir taşınmazdan, ekonomik amacına uygun olarak yararlanmak için, o taşınmazın mutlaka genel yol ile bağlantısı bulunmalıdır. Ülkemizde kadaströ çalışmalarının çok eskiye dayanması, o dönemdeki ihtiyaçlar ve kullanım şekli ile şimdiki ihtiyaç ve kullanım şekillerinin değişiklik arz etmesi geçit hakkı davalarının önemini günümüzde de devam etmesine neden olmaktadır.

Çalışmanın ilk bölümünde zorunlu geçit hakkı davasının tanımı ve hukuki niteliğinden kısaca bahsedilmiş, ardından zorunlu geçit hakkı davalarında görevli ve yetkili mahkeme ile davanın taraflarının kimler olabileceği izah edilmeye çalışılmış olup, bu kapsamda uygulamada karşılaşılan sorunlar ele alınmıştır. Öte yandan, geçit hakkı davasının genel ve özel şartlarının yanısıra uygulama ile getirilen ve somut olaya göre değişiklik arz eden şartlarına değinilmiş, mesele Yargıtay'ın güncel içtihatları ile birlikte okuyucuya sunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Geçit Hakkı, Komşuluk Hukuku, Taşınmaz, İrtifak, Mülkiyet Kısıtlamaları.

### ABSTRACT

The cases of mandatory crossing whose legal basis from the 4721 Turkish Civil Code, Article 747 and its continued articles and which based on neighbourhood law essentially are opened compulsory in our country due to the arrangement of land in our country couldn't be achieved a healthy structure and the road need of each immovable properties couldn't be responded.

That immovable property must be necessarily real connection with public roads to benefit from it according to its economic purpose. Because the cadastral work in our country based on very old times, the needs and usage types at that time and the current needs and usage types have been varied, it has caused that the cases of crossing rights haven't still lost its importance today.

---

\* Aksaray Adliyesi, mtacin@hotmail.com

In the first part of the study, a brief description of the mandatory crossing right and its legal nature have been mentioned, then it has tried to explain who might take part as the attendant and authorized court and the parties of the proceeding in the cases of the mandatory crossing and also it is considered the problems encountered in practice in this context. Finally, the general conditions and the special conditions of the case of the crossing right and the requirements that vary according to the specific incident with the application have been presented to the reader with the current jurisprudence of the Supreme Court.

**Keywords:** The Crossing Right, Neighborhood Law, Immovable Property, Easements, Property Restrictions.



## GİRİŞ

Genel yola çıkmak için uygun bir yolu olmayan taşınmaz maliki, komşu taşınmaz maliklerinden uygun bir geçit verilmesini isteyebilir. Komşu taşınmaz malikleri de kural olarak bu isteği yerine getirmekle yükümlüdür. Ancak, fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi gereğince lehine geçit hakkı tesis edilecek taşınmaz maliki tarafından, aleyhine geçit hakkı tesis edilecek taşınmaz malikine uygun bir bedel ödenmelidir.

Zorunlu geçit hakkı, mülkiyet hakkını kısıtlayan veya engelleyen bir irtifak hakkı olup, mutlak veya nisbî geçit ihtiyacına dayanmaktadır. Lehine geçit hakkı istenen taşınmazın genel yol ile hiç bağlantısının bulunmaması durumunda mutlak; objektif ihtiyaçlar bağlamında genel yol ile bağlantıyı sağlayan mevcut yolun yetersiz kalması durumunda nisbî geçit ihtiyacının varlığından söz edilir.

## I- ZORUNLU GEÇİT HAKKI KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

### A- Kavram

Genel yol ile bağlantısı bulunmayan veya genel yola çıkmak için yeterli yolu olmayan taşınmaz malikine, bir bedel karşılığında, komşu taşınmazların bir veya birkaçının üzerinde genel yola ulaşabilmesi için kurulan aynı hakka geçit hakkı denmektedir.<sup>1</sup>

Zorunlu geçit hakkı, Türk Medeni Kanunu'nun "Komşu Hakkı" başlığını taşıyan üçüncü bölümünde 747. maddede düzenlenmiştir.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> SURLU, Mehmet Handan / ÖZTÜRK, Gülay. Öğreti ve Uygulamada Geçit Hakkı (1. Baskı). 2003, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.21

<sup>2</sup> Madde 747: "*Taşınmazından genel yola çıkmak için yeterli geçidi bulunmayan malik, tam bir bedel karşılığında bir geçit hakkı tanınmasını komşularından isteyebilir. Bu hak, ilk önce kendisinden bu geçidin istenmesi önceki mülkiyet ve yol durumuna göre en*

## B- Hukuki Niteliği

Mülkiyet hakkını, kanundan dolayı sınırlayan bir irtifak hakkı olan zorunlu geçit hakkı, komşuluk hukukunun konusu içerisinde yer almaktadır.<sup>3</sup> Zorunlu irtifak türü olan zorunlu geçit hakkı, kurulma zorunluluğunu kanundan almaktadır.<sup>4</sup> Ancak bu hakkın kurulması talebe bağlı olup, kanun ile kendiliğinden doğmamaktadır. O yüzden dolayı mülkiyet kısıtlamaları içerisinde yer almaktadır. Dolaylı mülkiyet kısıtlamalarının, tapu siciline tescil edilmesi ve kısıtlamanın gerçekleşmesi için uygun bir tazminatın ödenmesi gerektiği savunulmaktadır.<sup>5</sup> 747. maddede zorunlu geçit hakkının tescil edilmesi gerekeceği belirtilmemiştir. Ancak aynı kanunun 748/3. maddesinde,<sup>6</sup> doğrudan kanundan doğan geçit haklarının tapu kütüğüne tescil edilmeksizin doğacağı belirtilmiş olmakla, bu hükmün karşıt anlamından zorunlu geçit haklarının tescil ile kurulacağı savunulmaktadır.<sup>7</sup> Yargıtay da bir kararında, zorunlu geçit hakkının tescil edilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>8</sup>

Zorunlu geçit hakkı, aynı zamanda eşyaya bağlı aynı bir hak olup<sup>9</sup>, lehine ve aleyhine geçit hakkı kurulan taşınmaz malikleri sonradan değişse bile, bu hakka dayalı talep; lehine geçit hakkı tesis edilen taşınmazın yeni maliki tarafından, aleyhine geçit hakkı tesis edilen taşınmazın yeni malikine karşı ileri sürülebilecektir.<sup>10</sup>

Zorunlu geçit hakkı, yenilik doğuran bir hak olup<sup>11</sup>, bu hak, lehine geçit hakkı kurulmak istenen taşınmazın malikine aittir.<sup>12</sup> Yenilik doğuran haklar, sahibine

---

*uygun düşen komşuya karşı ve daha sonra bundan en az zarar göreceğe olana karşı kullanılır. Zorunlu geçit iki tarafın menfaati gözetilerek belirlenir.”*

<sup>3</sup> ERTAŞ, Şeref. Eşya Hukuku. 2012, İzmir: Barış Yayınları, s.395.

<sup>4</sup> KIRCA, Çiğdem. Zorunlu İrtifakların Hukuki Niteliği, 2005, AÜHF, Cilt 54, Sayı 4, 65-76, s.69

<sup>5</sup> KIRCA, s.70

<sup>6</sup> Madde 748/3: “Doğrudan doğruya kanundan kaynaklanan geçit hakları, tapu kütüğüne tescil edilmeksizin doğar. Ancak, bunlardan sürekli nitelikte olanlar beyanlar sütununda gösterilir.”

<sup>7</sup> KIRCA, s.71; SURLU / ÖZTÜRK, s.62

<sup>8</sup> “... Diğer yandan, Türk Medeni Kanununun 748/son maddesine kanundan kaynaklanan geçit haklarının tapu kütüğüne tescilli zorunlu olduğundan...” YARGITAY 14. HD. E. 2437, K 3443, T. 29/03/2007. UYAP.

<sup>9</sup> OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe. Eşya Hukuku (12. Baskı). 2009, İstanbul: Filiz Kitabevi, s.467.

<sup>10</sup> SURLU / ÖZTÜRK, s.39

<sup>11</sup> ERTAŞ, s.395.

<sup>12</sup> “... genel yola çıkmak için yeterli bir geçidi bulunmayan taşınmaz sahibi, tam bir bedel karşılığında komşularından kendisine geçmek için geçit hakkı tanınmasını isteyebilir. Kanun koyucu bu düzenleme ile şartların gerçekleşmesi halinde ihtiyaç sahibine irtifak hakkı kurulmasını isteme hakkı sağlamıştır.

tek taraflı bir hukuki işlem ile bir hukuki ilişkiyi kurma, değiştirme veya sona erdirmeye yetkisi vermektedir.<sup>13</sup> Yenilik doğuran haklar, sahibi lehine olağan dışı hukuki güçler sağladığı için bu gücün özel bir yetkiye dayanması gerekmektedir. Bu yetki bir hukuki işlemde doğabileceği gibi kanundan da kaynaklanabilmektedir. Kanunun, bunun gibi olağan dışı yetki tanımının mutlaka bir amacı olup, zorunlu geçit haklarında bu amacın, taraflardan birinin, diğerine oranla daha fazla korunmaya ihtiyacının bulunması olduğu söylenebilir.<sup>14</sup>

## II- ZORUNLU GEÇİT HAKKI DAVALARINDA GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME İLE DAVANIN TARAFLARI

### A- Görevli Mahkeme

6100 sayılı HMK'nın 1. maddesine göre görev, kamu düzenine ilişkin olup, kanunla düzenlenmektedir. Bu yüzden, tarafların görevli mahkemenin tayini hususunda tasarruf yetkileri bulunmamaktadır.<sup>15</sup> Eğer bir dava görevsiz mahkemede açılmışsa HMK'nın 114/1-c maddesi gereğince, mahkemenin görevli olması dava şartı olduğundan, hâkim tarafından re'sen dikkate alınıp görevsizlik kararı verilmektedir. Daha doğru bir ifadeyle davanın görevsizlik sebebiyle usulden reddine karar verilmektedir.

HMK'nın 2. maddesine göre malvarlığına ilişkin davalarda, dava konusunun değerine ve miktarına bakılmaksızın; şahıs varlığına ilişkin davalarda ise aksine bir düzenleme olmadıkça asliye hukuk mahkemelerinin görevli olduğu belirtilmiştir. Zorunlu geçit hakkı davaları da TMK'nın 747. maddesinin ilk fıkrasına göre "*tam bir bedel karşılığında*" talep edilebileceğinden, konusu malvarlığı olan bu davaların çözümünde görevli mahkeme asliye hukuk mahkemeleri olacaktır.<sup>16</sup>

6100 sayılı HMK'nın yürürlüğe girdiği 01/10/2011 tarihinden önce açılmış davalar açısından ise görevli mahkeme, HUMK'un 2. maddesine göre, geçit hakkı bedeli dikkate alınarak asliye hukuk veya sulh hukuk mahkemesi ola-

---

*Geçit hakkı, yenilik doğuran bir hak olup, bu hak, geçit ihtiyacı bulunan taşınmazın mülkiyetine bağlıdır..."* YARGITAY HGK. E. 14-1524 K 1041, T. 18/03/2015. UYAP.

<sup>13</sup> BUZ, Vedat. Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar. 2005 Ankara: Yetkin Yayınevi, s.183

<sup>14</sup> BUZ, s.190

<sup>15</sup> UMAR, Bilge. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi. 2011, Ankara: Yetkin Yayınevi, s.13

<sup>16</sup> "... Dava, TMK'nın 747. maddesi gereğince geçit hakkı kurulması isteğine ilişkindir...  
... Somut olaya gelince; dava, 6100 sayılı HMK'nın yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden sonra 09.05.2013 tarihinde açıldığından asliye hukuk mahkemesi görevlidir. Mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken işin esasının incelenerek karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir..." YARGITAY 14. HD. E. 103, K 2308, T. 03/03/20015. UYAP.

caktır.<sup>17</sup> Nitekim 6100 sayılı HMK'nın "*Zaman bakımından uygulanma*" başlıklı 448/1. maddesinde de kanunun tamamlanmış işlemleri etkilememek şartıyla derhal uygulanacağı açıkça belirtilmekle birlikte; aynı kanunun geçici 1. maddesinde sadece yargı yolu ve göreve ilişkin hükümlerin 6100 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden önce açılan davalar için uygulanmayacağı belirtilmiştir.

## B- Yetkili Mahkeme

Mahkemelerin yetkisi, belli bir coğrafi bölge ile sınırlı olup, bu yargı çevresinin sınırları kanunla düzenlenir.

HMK'nın 12. maddesinin 2. fıkrasında, irtifak haklarına ilişkin davaların, üzerinde irtifak hakkı kurulan taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılacağı belirtilmiştir. İlgili fıkrada açıkça yetkinin kesin olduğu belirtilmemişse de, aynı maddenin birinci fıkrasında, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin kesin yetkili olduğu belirtilmiş olup, yine ilgili maddenin gerekçesinde açıkça irtifak hakkı kurulan taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisinin kesin olduğu belirtilmiştir.<sup>18</sup> Kesin yetki, HMK'nın 114/1-ç maddesi gereğince dava şartlarından olup, aynı kanunun 115. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, tıpkı görevsiz mahkemede açılan davalar da olduğu gibi, yetkisiz mahkemede açılmış geçit hakkı davası da, mahkemece her aşamada re'sen dikkate alınabilecek ve taraflarca da her aşamada ileri sürülebilecektir.

HMK m. 12/f. 2 hükmünde yer alan "*üzerinde irtifak hakkı kurulan taşınmazın*" ifadesinden, aleyhine irtifak tesis edilecek olan taşınmazın; başka bir deyişle yükümlü taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi anlaşılmalıdır.<sup>19</sup>

Kanunun 12. maddesinin 3. fıkrasına göre aleyhine irtifak tesis edilecek taşınmaz birden fazla ise dava, bu taşınmazların bulunduğu yerlerden birindeki mahkemede açılacaktır.

---

<sup>17</sup> "... Somut olayda; dava dilekçesinde davanın zorunlu geçit hakkı tesis talebiyle açıldığı, dava değerinin 1.000 TL olarak belirtildiği ancak yapılan keşifte geçit hakkı tesis edilecek yerin değerinin 439, 44 TL olarak belirlendiği, davacının davasını, aynı yer için tapu iptali ile buranın yol olarak terkini istemi şeklinde ıslah ettiği, tapu kaydında iptali istenen taşınmazın değerinin 439, 44 TL olduğu anlaşılmalı olmakla, 1086 Sayılı HUMK yürürlükte iken açılmış olan uyuşmazlığın, dava değerine göre Sulh Hukuk Mahkemesinde görülüp, sonuçlandırılması gerekmektedir..." YARGITAY 17. HD. E. 14516, K 15413, T. 07/11/2014. UYAP.

<sup>18</sup> T.C. Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundan Hukuk Muhakemeleri Kanununa. 2011, Ankara: T.C. Adalet Bakanlığı, s.60

<sup>19</sup> SURLU / ÖZTÜRK, s.109-110

## C- Taraflar

### 1- Davacı

Zorunlu geçit hakkı davasında davacı, lehine geçit hakkı kurulmak istenen taşınmazın tapu kaydındaki malikidir. Tapu maliki, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir.<sup>20</sup>

Lehine geçit hakkı tesis edilecek taşınmaz paylı mülkiyete tâbi ise, paydaşlardan bir veya bir kaçının bu davayı açıp sonlandırması mümkündür.<sup>21</sup> Zira her bir paydaş, paylı mülkiyete konu taşınmazın kullanılması ve değerinin korunması için zorunlu olan yönetim işlerini yapmaya yetkilidir. Böylece paydaşlardan her birinin ortak menfaatler için diğer paydaşları temsil edebileceği öngörülmüştür.<sup>22</sup> Ancak taşınmaz, elbirliği mülkiyeti hükümlerine tâbi ise bu durumda zorunlu dava arkadaşlığı söz konusu olacağından lehine geçit hakkı tesis edilecek taşınmazın tüm maliklerinin dava açması gerekecektir. Paydaşın ölmesi durumunda da ilgili pay açısından elbirliği ile mülkiyet söz konusu olduğundan, murisin payına istinaden mirasçılarının bir veya birkaçının geçit hakkını kullanmaları söz konusu olamayacaktır. Bu durumda kural, tüm mirasçılarının birlikte dava açmalarıdır. Ancak uygulamada, bazen mirasçılardan yalnızca biri veya bir kaç dava açabilmektedir. Bu gibi durumlarda 11/10/1982 tarihli ve 3/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da ifade edildiği üzere, açılan davanın tereke adına açıldığı kabul edilerek diğer mirasçılarının da davaya katılmaları veya onay vermeleri suretiyle, usulden reddedilmeden davaya devam edilmesi amaçlanmalıdır<sup>23</sup>. Eğer ortaklardan tamamı onay vermezse,

<sup>20</sup> SURLU / ÖZTÜRK, s.113

<sup>21</sup> "... Geçit hakkı verilmesine ilişkin davalarda, bu hak taşınmaz leh ve aleyhine kurulacağından leh ve aleyhine geçit istenen taşınmaz maliklerinin tamamının davada yer alması zorunludur. Ancak, yararına geçit istenen taşınmaz paylı mülkiyete konu ise dava paydaşlardan biri veya birkaçı tarafından açılabilir..." YARGITAY 14. HD. E. 15779, K 3896, T. 31/03/2016. UYAP.

<sup>22</sup> TURAN, Ahmet Uğur. Taşınmaz Hukukundan Kaynaklanan Tapu İptal ve Tescil Davaları, (2. Cilt). 2007, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.1523; YAVUZ, Nihat. Uygulamada Taşınmaz Davaları ve Sular Hukuku. 2007, Ankara: Adalet Yayınevi, s.7

<sup>23</sup> "... Dava, zorunlu geçit hakkı istemine ilişkindir. Elbirliği halinde mülkiyette mirasçılar arasında ortaklık bağı vardır. Bu kişiler mirasçı sıfatı ile bir mala veya hakka birlikte malik olmak durumundadırlar. Medeni Kanunun 701-703.maddeleri uyarınca bu tür mülkiyetin (ortaklığın) tüzel kişiliği bulunmadığından ortaklardan herbirinin eşya üzerinde doğrudan bir hakkı da yoktur. Bu anlatımın doğal sonucu olarak da mülkiyet bütünüyle ortakların tümüne aittir. Elbirliği mülkiyetinde malikler mülkiyet payını ayırmadığından eşya üzerinde paydaş değil ortaktır. Yine bu tür mülkiyette işin özelliği gereği ortaklar arasında zorunlu dava arkadaşlığı vardır. Şayet davalı olacaklarsa davanın ortakların tümü aleyhine açılması gerekir. Medeni Kanunumuzda bir ortağın tek başına dava açabileceği, ne var ki açtığı bu davanın devam edebilmesi için öteki ortakların açılan davaya olur vermeleri, ya da davanın miras şirketine atanacak temsilci aracılığı ile sürdürülebileceği kural olarak benimsenmiştir ve dava ehliye-

bu durumda davacıya, terekeye temsilci tayini için yetki ve süre verilmelidir. Terekeye temsilci atanması durumunda, eğer temsilci davacı dışında bir kişi ise artık davacı sıfatı tereke temsilcisine geçeceğinden bu durum re'sen dikkate alınmalıdır.

Uygulamada özellikle davacı kendisini vekil ile temsil ettirdiğinde, ilgili vekil, terekeye temsilci atanması durumunda sanki tereke temsilcisinin de vekiliymiş gibi devam eden yargılamayı onun adına takip etmektedir. Oysa bu durum açıkça, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 77. maddesinde düzenlenen vekaletnamesiz işlem yapılması haline girmekte olup, bu gibi durumlarda, tereke temsilcisinin vekili olduğunu iddia eden kişiye, vekaletnamesini sunması için ilgili madde uyarınca davanın açılmamış sayılacağı ihtarı içerken kesin süre verilmelidir. Yine yargılama sonucu verilecek hüküm de tereke adına olmalıdır.<sup>24</sup>

*tinin varlığı mahkemece resen araştırılması gereken hususlar arasındadır.*

*Somut olaya gelince; lehine geçit hakkı istenen 130 parsel sayılı taşınmazı 1/3'er pay itibarıyla Necip çocukları Hüseyin Sarıkaya, Vade Gedik ve Cemafer Başat adına kayıtlı olup, beyanlar hanesinde maliklerin tümünün ölü olduğuna dair şerh mevcuttur. Davacı, bunlardan Hüseyin Enginsarıkaya'nın kızıdır. 12.7.1971'de vefat etmiş olan Hüseyin Enginsarıkaya'nın davacı haricindeki mirasçıları ise davanın dışında kalmışlardır.*

*Bu durumda, mahkemece adı geçen tapu malikinin veraset ilamı celbedilerek mirasçılarının kimler olduğu kesinlikle belirlenerek, davanın dışında kalan ortakların oluru alınmaksızın veya Medeni Kanununun 640. maddesi uyarınca miras şirketine atanacak temsilci aracılığı ile davanın sürdürülebileceği hususu gözardı edilerek çekişmenin esası incelenip dava kabul edildiğinden hüküm bozulmalıdır...." YARGITAY 14. HD. E. 1901, K 2841, T. 19/03/2007. UYAP.*

<sup>24</sup> *"... yararına geçit istenen taşınmazın muris adına kayıtlı olduğu, elbirliği mülkiyetine konu taşınmazda diğer paydaşların da davada yer alması gerektiği, verilen kesin süre içinde bu hususun yerine getirilmediği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.*

*Öncelikle mahkemece verilen kesin hükmün amacına uygun olup olmadığının saptanabilmesi gerekmektedir. TMK'nın 640/2 maddesi, "Mirasçılar terekeye elbirliğiyle sahip olurlar ve sözleşme veya kanundan doğan temsil ya da yönetim yetkisi saklı kalmak üzere, terekeye ait bütün haklar üzerinde birlikte tasarruf ederler." hükmünü içermektedir. Anılan maddeye göre mirasçılar terekeye ait bütün haklar üzerinde birlikte tasarrufta bulunacaklardır. Dava açılması da bir tasarruf işlemi olduğundan mirasçılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmaktadır. Zorunlu dava arkadaşları da birlikte hareket etmek durumunda olduklarından, elbirliği mülkiyeti hükümlerine tabi bir taşınmaz lehine geçit hakkı tesisi istemini, iştirakçilerin birlikte ileri sürmeleri gerekir. Mahkemenin bu yöndeki saptaması ve diğer mirasçıların davaya olurlarının sağlanması için davacıya önel vermesinde bir usulsüzlük yoktur. Davacı da mirasçılar adına davetiye çıkartılması için 9.9.2005 tarihinde dilekçe vermiş mirasçıların adreslerini bildirmiştir. Ancak, bu bildirime rağmen yeniden davacı vekiline kesin süre verilerek bu süre içinde mirasçıların davada yer almadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Burada verilen kesin sürenin kurumun amacı ile bağdaşmadığı açıktır. Şöyle ki, Öncelikle davacı vekili mirasçıların isim ve adreslerini bildirerek davetiye çıkartılmasını istemiştir. Mirasçılara bu aşamada, açıklamalı olarak davaya olurlarının olup olmadığını*



Yargılama sırasında davacı kısıtlanmışsa bu durumda vasisine tebligat çıkartılarak davaya devam edilmesi gerekmektedir.<sup>25</sup>

Elbirliği mülkiyetine tâbi paya istinaden açılmış olan, zorunlu geçit hakkı davasının görülmesi sırasında taşınmaz paylı mülkiyete dönüşebilir. Bu durumda yukarıdaki paragrafta bahsedilen kuralların geçerli olup olmayacağı, tereke temsilcisi atanmış ise görevinin devam edip etmeyeceği soruları ortaya çıkmaktadır. Taşınmazın sonradan paylı mülkiyete dönüşmesi durumunda tereke temsilcisinin görevinin artık sona ereceği davacının artık tek başına davaya devam edebileceği düşünülmektedir. Nitekim Yargıtay, önalım davası ile ilgili önüne gelen bir uyuşmazlıkta dava şartı eksikliğinin sonradan kalkması sebebiyle davaya devam edilebileceğini belirtmiştir.<sup>26</sup>

---

*bildirmek üzere davet edilmeleri gerekmektedir. Bu yöntemle olurun sağlanamaması halinde ise yine TMK 640/3 maddesi hükmü uyarınca miras şirketine temsilci atanması yoluyla davanın dinlenme olanağı üzerinde durulmalıdır...”* YARGITAY 14. HD. E. 11681, K 1342, T. 15/02/2016. UYAP.

<sup>25</sup> “... Somut olaya gelince, aleyhine geçit hakkı kurulan dava konusu 117 ada 10 parsel sayılı taşınmazın paylı maliki Mustafa Çelik’in yargılama sırasında Manyas Sulh Hukuk Mahkemesinin 29.02.2011 tarihli 2011/451 E-2012/39 K. sayılı karar ile hükümlü olması nedeniyle kısıtlanarak kendisine Selami Acar’ın vasi olarak tayin edildiği anlaşılmıştır. TMK’nın 448. maddesi hükmüne göre kısıtlının tüm hukuki işlemlerinde vasisi tarafından temsil edilmesi zorunlu olup duruşma davetiyesinin kısıtlyı temsilen vasisine tebliğ edilmesi ve davanın vasi huzuruyla görülmesi gerekir. Mahkemece davalı Mustafa Çelik’in vasisi tarafından temsil edilmesi sağlanmadan kısıtlı hakkındaki yargılamanın yürütülmesi doğru değildir. Kısıtlı Mustafa Çelik hakkındaki davanın vasisi Selami Acar’a yöneltilecek, taraf teşkili sağlandıktan sonra esasının incelenmesi gerekirken...” YARGITAY 14. HD. E. 275, K 5441, T. 28/04/2014. UYAP.

<sup>26</sup> “... Dava, önalım hakkına dayalı olarak tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir Davacı Gebze 1. Sulh Hukuk Mahkemesinde 27.10.2011 tarihinde elbirliği halinde mülkiyetin paylı mülkiyete dönüştürülmesi davası açmış ve 24.11.2012 tarihli kesinleşen ilam ile davacı paylı malik olmuştur. Mahkemece davacıya bu hükmün infazı için uygun süre verilerek payın davacı adına tescili sağlandıktan sonra işin esasının incelenmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir...” YARGITAY 14. HD. E. 7124, K 8162, T. 18/06/2014. UYAP.

“... Önalım hakkının kullanılmasında davacının dayandığı pay elbirliği mülkiyetine konu ise tüm ortakların birlikte dava açması veya birinin açtığı davaya diğerlerinin muvafakat etmesi gerekir. Çünkü bu gibi hallerde 11.10.1982 tarihli ve 3/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca davanın tereke adına açıldığının kabulü gerekir...

...Ancak, dava konusu 926 sayılı parselde İbrahim Oral ve Ali Kayacıklı’nın payları yargılama sırasında paylı mülkiyete dönüştürülmüştür. İbrahim Oral ve Ali Kayacıklı payı, mirasçılar adına paylı olarak tescil edildiğinden tereke temsilcisinin görevi sona ermiştir. Bu durumda, tapuda paylı malik haline gelen İbrahim Oral ve Ali Kayacıklı mirasçılarının önalım hakkını kullanıp kullanmayacakları sorularak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir...” YARGITAY 14. HD. E. 6064, K 6058, T. 02/06/2015. UYAP.

4721 sayılı Medeni Kanun'un 704. maddesine göre taşınmaz mülkiyetinin konusu; araziler, tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerden oluşmaktadır. Tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar bakımından geçit hakkının kullanılıp kullanılmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Doktrinde üst, kaynak ve intifa hakkı sahiplerinin geçit hakkı davası açabileceğine dair görüş vardır.<sup>27</sup>

## 2- Davalı

Zorunlu geçit hakkı davasının davalısı, aleyhine geçit hakkı tesis edilecek taşınmaz veya taşınmazların tapudaki malikleridir. Taşınmazın paylı veya elbirliği mülkiyetine tâbi olması durumunda tüm maliklerin davada yer alması gerekmektedir.

Dava açıldıktan sonra aleyhine geçit hakkı tesis edilecek taşınmazın değişmesi durumunda husumet yeni taşınmaz maliklerine yöneltilerek davaya devam edilmelidir. Uygulamada genelde davacı taraf, bir dahili dava dilekçesi vererek yeni malikleri davaya dahil ettirmektedir. Bu gibi durumlarda davacı taraftan yeniden harç alınması gerekip gerekmeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Yargıtay, son kararlarında, bu gibi durumlarda sonradan davaya dahil edilen maliklere başta husumet yöneltilmemesinin kabul edilebilir bir yanılığa dayanması sebebiyle HMK 124 maddesi gereğince harç alınmaması gerektiğini belirtmektedir.<sup>28</sup>

Aleyhine geçit hakkı tesis edilecek taşınmazda aynı hak sahipleri varsa bu kişilerin de davaya dahil edilmesi gerekir.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> SURLU / ÖZTÜRK, s.122; ÖZSUNAY, Ergun. Zaruri Geçit Hakkı Kavramı ve Kanuni Şartları, 1952, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 18, Sayı 3-4, 751-789, s.767

<sup>28</sup> "... Geçit tesisi davalarında başlangıçta davacı tarafından öngörülemediğinden dava dilekçesinde talep edilen yer dışındaki güzergahlardan da geçit kurulması gerekebilir. Bu güzergah üzerindeki taşınmazların maliklerine dava dilekçesi ile husumet yöneltilmemiş olması kabul edilebilir bir yanılığa dayandığından 6100 sayılı HMK'nun 124. maddesi gereğince dürüstlük kuralına aykırı olmayan bu taraf değişikliği talebi kabul edilerek davacının bu kişilerin harçsız olarak davaya katılmalarını sağlamasına imkan verilmelidir...." YARGITAY 14. HD. E. 4001, K 6100, T. 19/04/2013. UYAP.

<sup>29</sup> "... Aleyhine geçit hakkı kurulan 1901 parsel numaralı taşınmaz tapuda Orta Doğu Teknik Üniversitesi adına tarla niteliği ile kayıtlı olup Orta Doğu Teknik Üniversitesi Geliştirme Vakfı lehine 49 yıl süre ile intifa hakkı ile yükümlüdür. İntifa hakkının niteliği gereğince bu hakkın sahibi olan vakfın da davada yer alması gerektiğinin düşünülmemesi..." YARGITAY 14. HD. E. 13204, K 14837, T. 12/12/2006. UYAP.

### III- ZORUNLU GEÇİT HAKKI DAVASININ ŞARTLARI

#### A- Genel Şartlar

#### 1- Geçit Hakkı Kurulacak Taşınmazın Tapuya Kayıtlı ve Özel Mülkiyete Tabi Olması

Zorunlu geçit hakkının kurulabilmesinin ilk şartı lehine geçit hakkı tesis edilecek taşınmaz ile aleyhine geçit hakkı tesis edilecek taşınmazların tapuya kayıtlı ve özel mülkiyete konu olması gerekmektedir.

Tapusuz taşınmazı malik sıfatıyla kullanan zilyedin dava açması durumunda veya aleyhine geçit hakkı tesis edilecek taşınmazın tapusuz olması durumunda, dava hemen reddedilmemeli<sup>30</sup>, davacıya gerekirse tapusuz taşınmazın tapulu hale getirilmesi için yetki ve süre verilmelidir.<sup>31</sup>

Zorunlu geçit hakkı, özel mülkiyete tabi taşınmazlar açısından söz konusu olacağından TMK'nın 715. maddesinde düzenlenen sahipsiz yerler ve yararı kamuya ait yerlerin geçit hakkına konu olmayacağı açıktır. Ancak Yargıtay, bir kararında taşınmazın genel yola ulaşabilmesi için özel mülkiyetten geçme imkanı bulunmaması durumunda fiili imkansızlık sebebiyle kamuya ait araziden geçit hakkı tesis edilebileceği hükmüne varmıştır.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> KILIÇ, Billur. Zorunlu Geçit Hakkı. Yüksek Lisans Tezi, 2010, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.41

<sup>31</sup> "... Mahkemece, aleyhine geçit kurulması talep edilen taşınmazın orman sınırları dışına çıkarılma nedeni, vasfı ve özel mülkiyete konu olup olamayacağı araştırılarak, özel mülkiyete konu olabilecek yerlerden ise, yukarıda açıklandığı üzere aleyhine geçit kurulması talep edilen taşınmazın ilgisi adına tapuya tescilinin sağlanması için davacıya yetki ve süre verilmeli, taşınmazın tapuya tescili sağlandıktan sonra geçit istemi incelenmelidir. Dava konusu taşınmazın özel mülkiyete konu olamayacak yerlerden olduğunun saptanması halinde ise; davacıya ait 131 yararına geçit hakkı kurulabilecek diğer tapulu taşınmazlar incelenmek ve alternatif geçit güzergahları belirlenmek suretiyle geçit ihtiyacının karşılanması için bir karar verilmelidir..." YARGITAY 14. HD. E. 11904, K 13035, T. 19/11/2009. UYAP.

"...Bu nedenle zorunlu geçit gereksinimi duyan ve taşınmazı tapuda kayıtlı olmayan davacıya talep ettiği takdirde mahkemece taşınmazının tapuya tescilini sağlamak amacıyla dava açması için yetki ve süre verilmelidir.

Aleyhine geçit kurulması talep edilen taşınmazların da tapulu olmaması halinde bunların tapuya tescilinde hukuki yararı bulunduğundan davacıya yine dilediği ve istediği takdirde mahkemece davalıya ait taşınmazın da tapuya tescilini sağlamak amacıyla yetki ve süre verilmeli ve bu davaların sonucu beklenmeli, bu işlemler tamamlandıktan sonra geçit istemi incelenmelidir..." YARGITAY 14. HD. E. 15355, K 211, T. 19/01/2009. UYAP.

<sup>32</sup> "...Bu durumda mahkemece, dava konusu taşınmazları ve çevresindeki tüm yolları gösteren geniş pafta suretleri getirtilerek genelyollara ulaşacak şekilde alternatif geçit güzergahlarının belirlenmesi, tüm alternatiflerin araştırılmasına karşılık davacının taşınmazından kadastral yola ulaşabilmesi için dere yatağından geçilmesinde zorunluluk bulunduğu takdirde davacının batıda bulunan dereden masrafını karşılayarak köprü yapmak suretiyle geçit hakkı tesisini kabul ettiği de gözetilerek talep etmiş olduğu güzergahtan geçit kurulması

Tescil harici bırakılmış taşınmazlardan da geçit hakkı tesisi mümkün değildir.<sup>33</sup>

Yargıtay, tapu tahsis belgesine istinaden açılan geçit hakkı davalarını da kabul etmemektedir. Gerekçe olarak tapu tahsis belgesinin mülkiyet ilişkisini belgelemediği, yalnızca fiili kullanma durumunu belirttiği ifade edilmektedir.<sup>34</sup>

Mera üzerinden de geçit hakkı kurulması mümkün değildir.<sup>35</sup>

## 2- Geçit İhtiyacının Olması

Geçit hakkı kurulabilmesi için geçit ihtiyacı duyulan taşınmazın ya genel yola hiç bağlantısının olmaması veya yeteri kadar bağlantısının bulunmaması gerekmektedir.<sup>36</sup> İlk halde mutlak; ikinci halde nisbî geçit ihtiyacı söz konusudur.<sup>37</sup> Yargıtay uygulamasında da geçit ihtiyacı mutlak ve nisbî olarak ikiye ayrılmaktadır.<sup>38</sup> Geçit ihtiyacı baştan itibaren olabileceği gibi sonradan gerçekleştirilen kadastro, imar uygulamaları veya kamulaştırma işlemi sonucu da doğabilir.

Mutlak geçit ihtiyacının olduğu durumlarda geçit hakkının kurulması zo-

---

*gerekir...*" YARGITAY 14. HD. E. 595, K. 777 T. 22/01/2015. UYAP.

<sup>33</sup> "...Bu durumda mahkemece, tescil harici bırakılan taşınmazdan geçit hakkı tesis edilemeyeceği gözetilerek özel mülkiyete konu civardaki taşınmaz malikleri de davaya dahil edilerek..." YARGITAY 14. HD. E. 15145, K. 2201 T. 20/02/2014. UYAP.

<sup>34</sup> "...Lehine geçit hakkı istenen 4196 sayılı parsel tapuda Hazine adına kayıtlı olup taşınmaz üzerindeki gecekondusu nedeniyle davacıya tapu tahsis belgesi verilmiştir. Ancak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 04.12.1996 tarihli ve 1996/14-763-864 sayılı kararında da belirtildiği gibi, tapu tahsis belgesi bir mülkiyet belgesi olmayıp yalnızca fiili kullanmayı belirleyen ve ilgisine kişisel hak sağlayan bir zilyetlik belgesidir. Davacı mülkiyet hakkı sahibi olmadığından geçit kurulması talebinde bulunamaz. Bu nedenle davacının dava açma sıfatı bulunmadığından davanın reddi gerekir..." YARGITAY 14. HD. E. 13678, K. 73 T. 17/01/2011. UYAP.

<sup>35</sup> "...Yöresel halkın yararlandırılmasına sunulan meralardan geçit hakkı verilemez ise de, mahkemece, taşınmazların ana yola çıkışını gösterir şekilde krokisi getirtilip, mahallinde keşif yapılarak 103 parsel dışında uygun geçit alternatifleri araştırılıp, bilirkişiden Yargıtay denetimi yapabilmesi için gerekçeli taşınmazlar ile etrafını gösterir harita ve rapor alınmalı..." YARGITAY 14. HD. E. 5270, K. 6486 T. 06/06/2006. UYAP.

<sup>36</sup> OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s.468.

<sup>37</sup> DEMİR, s.195; ÖZTÜRK, s.2

<sup>38</sup> "...Bu tür davalar ülkemizde arazi düzenlenmesinin sağlıklı bir yapıya kavuşmamış olması ve her taşınmazın yol ihtiyacına cevap verilmemesi nedeniyle zorunlu olarak açılmaktadır. Geçit hakkı verilmesiyle genel yola bağlantısı olmayan veya yolu bulunsa bile bu yol ile ihtiyacı karşılanamayan taşınmazın genel yolla kesintisiz bağlantısı sağlanır. Uygulama ve doktrinde genellikle bunlardan ilkinde "mutlak geçit ihtiyacı" veya "geçit yoksunluğu", ikincisine de "nispi geçit ihtiyacı" ya da "geçit yetersizliği" denilmektedir..." YARGITAY 14. HD. E. 15779, K. 3896 T. 31/03/2016. UYAP.

runludur. Nisbî geçit ihtiyacının olduğu durumlarda ise geçit hakkı tesis edilip edilmeyeceği somut olaydaki durum ve şartlar dikkate alınarak hukuka ve hakkaniyete uygun bir şekilde değerlendirilmelidir.<sup>39</sup> Burada dava konusu taşınmazın niteliği, kullanım amacı, geçit ihtiyacının nasıl ve hangi araçlarla giderileceği objektif kriterler dikkate alınarak belirlenmeli ve fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi göz ardı edilmemelidir.<sup>40</sup> Mevcut bir yolun objektif ölçülere göre taşınmazın ekonomik ihtiyaçlarına cevap vermemesi veya taşınmazın yararlanma biçiminde zaman içinde değişiklik olması durumunda nisbî geçit ihtiyacının varlığından söz edilebilir.<sup>41</sup>

Bir aracın geçemeyeceği kadar dar bir yolun olması durumunda geçit ihtiyacının varlığı kabul edilmelidir.<sup>42</sup> Yukarıda açıklanan ilkeler ışığında her somut olay, objektif ihtiyaçlara göre irdelenmelidir.<sup>43</sup> Bu konuda Yargıtay'ın görüşü de aynı doğrultudadır.<sup>44</sup>

Yargıtay bir olayda, davacının genel yol ile bağlantısı olan evinin arka tarafında bulunan ve aynı parsel içerisinde yer alan ancak, genel yol ile bağlantısı bulunmayan garajına, arabasının geçebilmesi için talep ettiği geçit hakkının reddi gerektiği kanaatine varmıştır.<sup>45</sup>

<sup>39</sup> DEMİR, Mehmet. Zorunlu Geçit Hakkı Kurulmasının Koşulları ve Tazminatın (Tam Bedelin) Belirlenmesi sorunu, 2003, AÜHFD, Cilt 52, Sayı 4, 187-210, s.196

<sup>40</sup> Demir, s.199; ÖZTÜRK, Recai. Geçit Hakkı. 4 Mayıs 2016, <http://www.istanbulbarosu.org.tr/proje/dergi/10/files/assets/basic-html/page243.html>, s.2

<sup>41</sup> SURLU / ÖZTÜRK, s.216

<sup>42</sup> *"...Somut olayda, mahkemece davacının geçit yoksunluğu ve geçit yetersizliği sebebine dayalı olarak davalıların parseline yol istemesi için haklı sebebi olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de dosya içerisindeki pafta örneğine göre davacı adına kayıtlı 22 parsel sayılı taşınmazın zeminde yol olarak kullanılan alana cephesi nokta şeklinde gözükmektedir. Bu nokta şeklindeki bağlantının yola giriş ve çıkışı sağlayacak genişlikte olmadığı açık olduğundan davacı adına kayıtlı taşınmaz nispi geçit ihtiyacı içinde bulunmaktadır. Davacı adına kayıtlı taşınmazın nispi geçit ihtiyacını karşılayacak şekilde yola cepheleli olan kısım genişletilmek ve davacıya ait kümes kaldırılmak suretiyle..."* YARGITAY 14. HD. E. 3016, K. 7139 T. 29/05/2014. UYAP.

<sup>43</sup> SİRMEN, Lale. Eşya Hukuku. 2013, Ankara: Yetkin Yayınevi, s.472.

<sup>44</sup> *"...Somut olayda; mahkemece davacıların maliki oldukları taşınmaza ulaşmak için 3 ve 4 parseller arasında bulunan bu patika yolu kullanabilecekleri belirtilerek davanın reddine karar verilmiş ise de dosya içerisindeki bilirkişi raporundan söz konusu patika yolun araçların geçebileceği genişlikte olup olmadığı anlaşılmamaktadır. Mahkemece patika yolun genişliği ölçülerek davacının nispi geçit ihtiyacı olup olmadığı araştırılarak yolun geçit ihtiyacını karşılamayan bölümlerinin ihtiyaca cevap verecek şekilde genişletilecek tarzda hüküm kurulması gerekirken..."* YARGITAY 14. HD. E. 2793, K. 4008 T. 25/03/2014. UYAP.

<sup>45</sup> *"...geçit hakkı kurulmasına karar verilmiştir. Ancak, dosyaya sunulan tapu kayıt örneği, pafta örneği ve bilirkişi raporunda da belirtildiği üzere 2946 sayılı parsel lehine 2949 parsel üzerinde akdi geçit irtifakı tesis edilmiş olup davacının evinin konumu nedeniyle parselinin arka kısmına araç girişinin olanaklı olmaması geçit isteminin kabulünü gerektirmez.*

Yola bağlantısı olan parselin içerisindeki evin konumu nedeniyle, aynı parsel içerisindeki diğer binalara araç girememesi de Yargıtay'a göre geçit ihtiyacını doğurmamaktadır<sup>46</sup>

Geçit hakkı davalarında dile getirilen "genel yol" dan kasıt, halkın ortak kullanımına ayrılan ve olağan ölçülerde herkes tarafından kullanılan yollardır. Yani halkın ortak kullanımına tahsis edilmiş yol olmalıdır.<sup>47</sup> Dolayısıyla özel bir yolun söz konusu olması durumunda o parsel açısından geçit ihtiyacının ortadan kalkmadığı açıktır.<sup>48</sup>

Geçit hakkı, TMK'nın 747. maddesinden de anlaşılacağı üzere ancak genel yola ulaşmak için öngörüldüğünden, bir kişinin farklı iki parseline bağlantı amacıyla geçit hakkının tesisi mümkün değildir.<sup>49</sup>

Taşınmazın genel yola bağlantısı, haksız işgal sebebiyle kesilmiş veya ihtiyaca cevap veremeyecek şekilde daralmışsa, taşınmaz malikinin geçit hakkı davası açıp açamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Uygulamada, bu gibi durumlarda yola yapılan el atmanın önlenmesi ve üzerindeki yapıların yıkılması davası açılması mümkün olduğundan geçit ihtiyacının doğmadığı kabul edilmektedir.<sup>50</sup> Bu

---

*Yukarıda da açıklandığı üzere geçit ihtiyacının varlığından söz edilebilmesi için yararına geçit hakkı istenilen parselin yola cephesinin bulunmaması veya mevcut yolun yetersiz olması gereklidir. Açıklanan nedenle davanın reddi yerine..."* YARGITAY 14. HD. E. 4123, K. 4770 T. 29/04/2010. UYAP.

<sup>46</sup> "...Somut olayda; mahkemece, dava konusu 36 sayılı parsel yararına, 39 sayılı parselden geçit hakkı kurulmasına karar verilmiştir. Ancak, dosyaya sunulan pafta örneği ve bilirkişi raporunda da belirtildiği üzere 36 sayılı parselin doğusu yola cephelidir. Davacının evinin konumu nedeniyle parselinin arka kısmında bulunan diğer binalara (pansiyon) araç girişinin olanaklı olmaması geçit isteminin kabulünü gerektirmez..." YARGITAY 14. HD. E. 817, K. 1608 T. 16/02/2010. UYAP.

<sup>47</sup> ÖZSUNAY, s.770

<sup>48</sup> "...Davacı 2368, 2367 ve 2362 parsel sayılı taşınmaz maliklerini davalı göstermiş ise de 2678 parsel sayılı taşınmaz dava dışı Hasan Erdem adına özel yol vasfıyla tescilli olup davacı tarafından kullanılması için bu taşınmaz üzerinde de davacı parseli lehine geçit tesisine ihtiyaç vardır. Mahkemece kurulan geçit, davacı parseli ile bağlantılı olmadığından kesintisizlik ilkesi ihlal edilmiştir. Bu nedenle 2678 parsel sayılı taşınmazın maliki harçlı dahili dava dilekçesi ile bu davaya dahil ettirilerek veya hakkında ayrıca dava açılarak bu davayla birleştirilmek suretiyle taraf teşkili sağlanmalıdır..." YARGITAY 14. HD. E. 6072, K. 6763 T. 14/05/2012. UYAP.

<sup>49</sup> SURLU / ÖZTÜRK, s.210

<sup>50</sup> "...Somut olayda; lehine geçit hakkı tesisi istenilen davacıya ait 23 parsel sayılı taşınmazın, dosya içerisindeki 05.03.2013 tarihli bilirkişi raporunun ekindeki krokiye göre kuzeyden yola cephesi bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, davacı taşınmazının mutlak geçit ihtiyacı içinde bulunduğu söylenemez. Her ne kadar kuzeydeki kadastral yola 3 parsel sayılı taşınmazda yapılan binanın tecavüzlü olması nedeniyle yolun daraltıldığı ve araç geçişine imkan vermediği görülmekte ise de, davacının, yararlanma hakkına dayanarak yola elatmanın önlenmesi ve kal davası açması suretiyle yola tecavüzün ortadan kaldırılması ve yolun geçişe uygun hale getirilmesi mümkündür. Mahkemece, yukarıda belirtilen

tür durumlarda Hazine'nin bile her zaman el atmanın önlenmesi davası açabileceği kabul edilmektedir.<sup>51</sup>

Taşınmazın genel yol ile sınırı olmasına rağmen arada kot farkı olması durumunda somut olayın özelliklerine göre geçit hakkının tesisi mümkündür. Bunun için kot farkının, yolu kullanmayı elverişli hale getirecek seviyeye indirilmesinin mümkün olup olmayacağı üzerinde durulmalıdır.<sup>52</sup>

### 3- Geçit Hakkı Bedelinin Ödenmesi

Kendisine geçit hakkı tesis edilecek taşınmaz maliki, zorunlu geçide katlanma yükümlülüğü altında bulunan taşınmaz malikine, bu nedenle uğradığı zararı, fedakarlığın dekletirilmesi ilkesi gereğince mahkemenin belirleyeceği miktar kadarıyla ödemekle yükümlüdür.<sup>53</sup>

Zorunlu geçit hakkı bedeli, mahkemece yapılacak keşif sonucu, teknik bilirkişilerin sundukları rapor ile belirlenecektir.

Geçit hakkı bedeli hesaplanırken, yalnızca yolun geçeceği alanın rayiç değeri değil; aynı zamanda aleyhine geçit hakkı tesis edilecek taşınmazın bu nedenle uğramış olduğu değer kaybı ve taşınmazın gelirindeki azalma da dikkate alınmalıdır.<sup>54</sup> Yine geçit hakkı kurulacak alanın üzerinde ağaç veya bina varsa ve sökülüp yıkılması gerekiyorsa, bunların değerleri de geçit hak-

---

*hususlar gözardı edilerek, davanın reddi gerekirken..."* YARGITAY 14. HD. E. 12819, K. 461 T. 09/01/2014. UYAP.

<sup>51</sup> ÖZKAYA, Eraslan. *Elatmanın Önlenmesi Davaları* (2. Baskı). 2005, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.868

<sup>52</sup> "...Davacı, 628 ada 67 parsel sayılı taşınmazı yararına 07.06.2006 tarihinde, 628 ada 22 parselden geçit hakkı kurulduğunu, kendi taşınmazının yola cephesi olduğunu ancak 10 m yükseklikteki kot farkı nedeniyle yararlanamadığı geçiti kullanabilmek için davalıya ait 23 parsel sayılı taşınmazdan geçit hakkı kurulmasını istemiştir.

*Davalı, davacı taşınmazının yola cephesi bulunduğunu savunmuştur.*

*Mahkeme davayı red etmiştir.*

*Mahkemece, mahallinde keşif ve davacı iddiası doğrultusundan araştırma ve inceleme yapılmamış davalı tarafından açılan 2008/19 Esas sayılı menî müdahale dosyasında alınan bilirkişi raporu ile yetinilmiştir. Gerçekten davacı taşınmazı sınırında olan yol geçit ihtiyacını karşılamamakta ise, davacıya ait 67 parselin nisbi geçit ihtiyacı içinde olduğunun kabulü gerekir.*

*Bu nedenle, mahkemece davacı taşınmazı sınırında bulunan yolun, davacının ihtiyacına cevap verip vermediği kot farkı nedeniyle yolun kullanılması mümkün olamıyorsa, onarılmak suretiyle geçite elverişli duruma gelip gelmeyeceği, yerinde keşif yapılarak incelenmeli..."* YARGITAY 14. HD. E. 9984, K. 10854 T. 25/09/2008. UYAP.

<sup>53</sup> DEMİR, s.197; SİRMEN, s.473; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s.469.

<sup>54</sup> DEMİR, s.197

ki bedeline eklenmelidir.<sup>55</sup> Nitekim Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir<sup>56</sup>

Zorunlu geçit hakkı bedelinin tespitinde dikkate alınacak temel ilke, geçit hakkı talep eden taşınmaz malikinin geçitten sağlayacağı yararın değil, aleyhine geçit hakkı tesis edilecek taşınmaz malikinin bu nedenle uğrayacağı zararın dikkate alınması yönündedir.<sup>57</sup>

Uygulamada bazen çeşitli nedenlerden dolayı zorunlu geçit hakkı davaları uzun sürebilmektedir. Bu gibi durumlarda yargılamanın belli aşamasında depo edilmiş olan zorunlu geçit hakkı bedeli, karar aşamasına gelindiği tarihte gerçek değerini yitirebilmektedir. Bu gibi durumlarda Yargıtay, karar tarihine en yakın bedelin bulunması gerektiğini belirtmektedir.<sup>58</sup>

Tespit edilen geçit hakkı bedeli, mahkemenin belirlediği süre içerisinde mahkeme vizesine veya başkaca belirlenen yere depo edilmelidir. Yargıtay, şarta bağlı kararı kabul etmediğinden, hükümden önce geçit hakkı bedelinin mutlaka depo edilmesi istenmelidir.<sup>59</sup> Uygulamada genelde davacıya

<sup>55</sup> KILIÇ, s.47-48

<sup>56</sup> "...Somut olaya gelince; dosya içerisindeki 09.07.2012 tarihli bilirkişi raporu ve ekindeki krokilere göre, 48 sayılı parselin (A) harfi ile gösterilen kısmında geçit kurulması nedeniyle bu yerin batısında kalan kısmın artık kullanılamayacağı ve bu sebeple 48 sayılı parselin değerinde ayrıca azalma meydana geleceği anlaşılmaktadır. Mahkemece, taşınmazın geneli itibari ile değer azalışı yanında bu yönden de meydana gelecek değer azalışı bilirkişilerle hesaplattırılarak bu tutarın geçit bedeline eklenmesi suretiyle mahkeme vizesine depo edilmesinden sonra geçit kurulmasına karar verilmesi gerekirken..." YARGITAY 14. HD. E. 2631, K. 4363 T. 21/03/2013. UYAP.

"...Kabule göre de hükme esas alınan bilirkişi raporunda belirlenen 1.839, 16 TL ağaç bedelinin geçit bedeline dahil edilmemesi de doğru değildir..." YARGITAY 14. HD. E. 15639, K. 1556 T. 08/02/2016. UYAP.

<sup>57</sup> ÖZSUNAY, s.785-786

<sup>58</sup> "...Somut olaya gelince; mahkemece 17.04.2002 tarihinde yapılan keşif sonucu düzenlenen 07.06.2002 havale tarihli fen ve zirai bilirkişi raporları esas alınarak geçit bedeline hükmedilmiş ise de 24.02.2011 tarihli keşif sonucu alınan 31.05.2011 tarihli zirai bilirkişi raporunda taşınmazın değerinde önemli derecede artış olduğu belirlenmiştir.

Bu durumda mahkemece, hükme esas alınan bilirkişi raporlarında tespit edilen geçit bedellerinin ekonomik olarak yetersiz kaldığı anlaşıldığından önceki bozma ilamlarında da belirtildiği üzere yeniden belirlenen geçit irtifak bedelleri gözletilmek suretiyle bir karar verilmesi gerekirken..." YARGITAY 14. HD. E. 2899, K. 6087 T. 18/04/2013. UYAP.

"...Somut olaya gelince; dosya içerisindeki 15.02.2013 tarihli bilirkişi kurulu raporuna göre, davanın açıldığı 18.06.2009 tarihinde 18.483, 65 TL olan geçit bedelinin 11.12.2012 tarihi itibarıyla 22.907, 55 TL olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda taşınmazın değerinin önemli ölçüde arttığı anlaşılmaktadır. Ancak mahkemece dava tarihindeki geçit bedeli hükme esas alınmış ve yükümlü taşınmaz malikinin mağduriyetine neden olunmuştur. Bu itibarla mahkemece bilirkişilerden ek rapor alınarak geçit bedelinin hüküm tarihine yakın bir şekilde yeniden belirlenmesi zorunludur..." YARGITAY 14. HD. E. 2988, K. 7086 T. 28/05/2016. UYAP.

<sup>59</sup> "...Kabule göre de; 6100 sayılı HMK'nun 297/2. maddesinde kararda iki tarafa yükletilen



bu bedeli yatırmaması için kesin süre verilmekte olup, bu bedel kesin süre içerisinde yatırılmadığında davanın reddine karar verilmektedir. Bu nedenle kesin sürenin ihtarları gereği gibi yapılmalı ve geçit bedelinin yatırılması için<sup>60</sup> davacı tarafa makul bir süre verilmelidir.<sup>61</sup>

Yargıtay, geçit hakkı bedeline, ayrıca faiz ilave edilmesini kabul etmemektedir.

Daha önce, aleyhine geçit hakkı tesis edilmiş taşınmaz üzerine yeniden başka bir taşınmaz lehine geçit hakkı tesis edilecek ise, aleyhine ikinci kez geçit hakkı tesis edilecek taşınmaz malikine, artacak geçit yükünden dolayı uygun bir tazminat verilmelidir.<sup>62</sup>

---

*görev ve verilen hakların şüphe ve tereddütü gerektirmeyecek biçimde açık olarak yazılması öngörülmüştür. Hüküm fıkrasında mahkemenin neye karar verdiği açıkça yazılmalı, hüküm fıkrası çok açık ve infazı mümkün olmalıdır. Şarta bağlı ve terditli olarak hüküm kurulmamalıdır. Mahkemece, açıklanan madde hükmü göz ardı edilerek "geçit bedeli depo edilip karar kesinleştiği taktirde tapuya tesciline" şeklinde hüküm kurulması da doğru görülmemiştir..."* YARGITAY 14. HD. E. 6902, K. 8694 T. 10/06/2013. UYAP.

<sup>60</sup> "...Öte yandan belirlenen geçit bedeline faiz ilavesinde doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir..." YARGITAY 14. HD. E. 5524, K. 7123 T. 20/06/2016. UYAP.

<sup>61</sup> "...Bu nedenlerle de hâkim tarafından kesin süre verilirken;  
1-Kesin süreye konu işlemin gerekli ve tarafların yerine getirebileceği bir işlem olması,  
2- Verilen sürenin işlemin yapılması için yeterli ve makul bir süre olması, duruşma gününe kadar kesin süre nedeniyle yapılacak işlem sonrası başka bir işleme gerek yok ise bu sürenin takip eden duruşma gününe kadar verilmesi,  
3- Yapılacak işlem veya işlemler teker teker, varsa masrafinin miktarıyla birlikte açıkça gösterilmesi,  
4- Sürenin kesin olduğu ve sonuçlarının tarafa açıklanması zorunludur.

*Somut olaya gelince; mahkemece, 16.04.2014 tarihli celsede, davacı tarafa 26.11.2013 tarihli bilirkişi raporunda belirtilen geçit bedelini mahkeme vizesine depo etmek üzere iki haftalık kesin süre verildiği ve kesin sürenin sonuçları ihtar edilmiş ise de yatırılması gereken geçit bedeli belirtilmediğinden 16.04.2014 tarihli ara kararı usulüne uygun değildir. Zira, kesin süreye ilişkin ara kararında, yatırılması gereken geçit bedelinin miktarı açıkça yazılmak suretiyle net bir şekilde belirtilmemiştir..."* YARGITAY 14. HD. E. 14722, K. 10749 T. 24/11/2015. UYAP.

<sup>62</sup> "... Ayrıca 939, 940, 941 ve 948 sayılı parselin geçit yükü artacağından bu parsel maliklerine de uygun bir tazminat ödenmelidir..." YARGITAY 14. HD. E. 1100, K. 1679 T. 20/11/2014. UYAP.

*"... Bir taşınmaz yararına geçit hakkı tesis edilirken önceden kurulan geçit yollarına bağlanma durumunda önceki geçit bedellerinin tesbit edilecek geçit bedelinden düşülmesi gerekir. Bilirkişi raporunda, önceden hükmen tesis edilen geçit yoluna davacı taşınmazının getireceği artı külfete göre geçit bedelinin hesaplandığı, ancak lehine önceden geçit tesis edilen taşınmaz maliklerinin ödeyeceği değerlerinde toplam geçit bedeline dahil edildiği gözükmektedir..."* YARGITAY 14. HD. E. 14613, K. 625 T. 01/06/2010. UYAP.

## B- Özel Şartlar

### 1- Taşınmazın Önceki Durumlarına ve Mevcut Yola Değer Verme Şartı

Bu şartın arandığı haller özellikle, geçit hakkı kurulacak taşınmazın ifraz ve taksim gibi uygulamaya tabi tutulması sonucu oluşan durumlarda kendini göstermektedir. Buna göre daha önce genel yola bağlantısı olan taşınmazın, ifraz veya taksim işlemi neticesinde iki ayrı parsel dönüşmesi sonucu parsellerden birinin genel yol ile bağlantısı tamamen veya kısmen ortadan kalkmışsa, yeni oluşan bu parsel ile ilişkin kurulacak geçit hakkı tesisinde, ifraz veya taksim işleminden önce genel yola çıkış için kullanılan yerin, öncelikli olarak değerlendirilmesi gereklidir.<sup>63</sup> Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir.<sup>64</sup>

Zorunlu geçit hakkı davasına yönelik bir uyuşmazlık mahkeme önüne geldiğinde, mahkemece, lehine geçit hakkı isteyen taşınmaz malikinin uyuşmazlığın doğumundan önce genel yola nasıl ve nereden çıktığı da araştırılıp, daha önceki kullanım şekli dikkate alınmalıdır.<sup>65</sup>

### 2- Geçitin En Az Zarar Verecek Şekilde Kurulma Şartı

Geçit hakkı tesis edilecek taşınmaz ile ilgili olarak, taşınmazın önceki durumu ve mevcut yola öncelik verme koşulları uygulanmadığı takdirde dikkate alınacak ilke, en az zarar verme koşuludur.<sup>66</sup> Nitekim zorunlu geçit hakkını düzenleyen TMK m. 747/f. 2 hükmünde bu durum açıkça belirtilmiştir.<sup>67</sup>

Uygulamada mahkemece, genel yola bağlantısı olmayan taşınmazın çevresindeki yolları gösteren geniş paftası, ilgili kadastro biriminden istenmektedir. Ardından yapılacak keşif ile, lehine geçit hakkı kurulmak istenen taşınmazın

<sup>63</sup> DEMİR, s.198

<sup>64</sup> "... Türk Medeni Kanununun 747/2. maddesi gereğince geçit isteği, önceki mülkiyet ve yol durumuna göre en uygun komşuya, bu şekilde ihtiyacın karşılanmaması halinde geçit tesisinden en az zarar göreceği olana yöneltilmelidir...

... İmar uygulaması yapılan yerlerde inşaat yapmaya elverişli ve yolu da mevcut olan parsellerin oluşturulması gerekir. Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliğinin 20. maddesinde ifraz yolu ile cephesi olmayan parsel ihdasının ancak imara müsait hale getirildiği parsel şuyulandırılarak yapılabileceği belirtilmektedir. Ne var ki; somut olayda, imar uygulaması yapılırken dava konusu parseller için imar mevzuatına aykırı şekilde imar yolu bırakılmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle dava konusu 7 ve 8 parsel sayılı taşınmazlar mutlak geçit ihtiyacı içinde bulunduğu mahkemece, Dairemizin yukarıda belirtilen ilkeleri doğrultusunda gerekli araştırma ve inceleme yapılarak..." YARGITAY 14. HD. E. 10286, K. 12270 T. 30/10/2012. UYAP.

<sup>65</sup> SURLU / ÖZTÜRK, s.333

<sup>66</sup> SİRMEN, s.474; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s.472.

<sup>67</sup> Madde 747/2: "Bu hak, ilk önce kendisinden bu geçidin istenmesi önceki mülkiyet ve yol durumuna göre en uygun düşen komşuya karşı ve daha sonra bundan en az zarar göreceği olana karşı kullanılır."

genel yola bağlantısı alternatifli bir şekilde tespit edilmeye çalışılır. Bu alternatifler içerisinde en az zarar verecek şekilde en kısa ve en az giderli güzergahtan geçit hakkı tesisi sağlanır. Burada, en az zarar görecektir yükümlü taşıyıcı adına, alternatifler arasında daha uzun güzergahın geçit hakkı olarak tesisi mümkündür. Zira buradaki öncelikli amaç birden fazla seçeneğin olması durumunda, lehine geçit hakkı tesis edilecek taşınmaz maliki açısından en kısa ve en az giderli olanı değil; aleyhine geçit hakkı tesis edilebilecek taşınmaz malikleri açısından objektif olarak en az zarar görecektir olanın tercih edilmesidir.<sup>68</sup> Alternatifli güzergahlar gerçek anlamda yapılacak keşif ile ortaya çıkacağından, gerekirse başta davalı olarak gösterilmeyen taşınmaz maliklerinin davaya dahil edilmesi istenebilir.

### 3- Uygulamanın Getirdiği Diğer Şartlar

- Geçit hakkı, genel yola ulaşacak şekilde “kesintisiz” bir biçimde kurulmalıdır. Lehine geçit hakkı tesis edilecek taşınmaz ile genel yol arasında birden fazla parsel varsa veya arada tescil harici bölümler varsa bu ilke mutlaka gözetilmelidir. Yine aleyhine geçit hakkı tesis edilecek tüm taşınmaz malikleri davada davalı sıfatı ile yer almalıdır.<sup>69</sup> Kesintisizlik ilkesi, geçit güzergahında yer alan taşınmazların bir veya birkaçının davalı tarafa ait olması durumunda da geçerlidir. Yani geçit hakkı tesis edilirken davalıya ait olan bu parseller atanmamalıdır. Unutulmamalıdır ki eşyaya bağlı olan geçit hakkına konu olan taşınmazın malikinin değişmesi her zaman mümkündür.

- Geçit hakkı yalnızca fiilen geçerli olan yola değil; aynı zamanda hukuken mevcut olan genel yola bağlanacak şekilde tesis edilmelidir.<sup>70</sup> Yine yalnızca

<sup>68</sup> SURLU / ÖZTÜRK, s.334

<sup>69</sup> “... Kabule göre de; lehine geçit hakkı kurulan 603 parsel sayılı diğer taşınmaz ile yol arasında aleyhine geçit hakkı kurulan 591 parsel sayılı taşınmazın haricinde 600, 601 ve 611 parsel sayılı taşınmazlar bulunduğu halde, anılan bu parsel malikleri davaya dahil edilerek bu parseller aleyhine de geçit hakkı kurulması gerekirken kesintisizlik ilkesine aykırı olarak hüküm kurulması da yerinde değildir...” YARGITAY 14. HD. E. 6524, K. 8100 T. 28/05/2013. UYAP.

“... Açıklanan nedenlerle mahkemece, öncelikle çevredeki genel yolları gösterir şekilde geniş ölçekteki pafta örneği getirtilerek Dairemizin yukarıda açıklanan ilkeleri doğrultusunda genel yola kesintisiz şekilde ulaşımı sağlayacak tüm alternatifler belirlenerek en uygun alternatif üzerinden geçit tesisine karar verilmesi gerekirken...” YARGITAY 14. HD. E. 29, K. 3093 T. 10/03/2016. UYAP.

<sup>70</sup> “... Kabule göre de; genel yola bağlantısı olmayan taşınmaz hakkında, genel yolla kesintisiz bağlantısı sağlanması suretiyle geçit hakkı kurulması gerekirken, kadastro paftasında yol olarak bırakılmayan ancak fiilen yol olan bölüme bağlantı kurulması ile yetinilmesi, ayrıca aleyhine geçit kurulan 13 sayılı parselin maliki olduğu anlaşılan Emine Gökçe, davada taraf olarak yer almadan davanın esasının karara bağlanması da yerinde değildir. ...” YARGITAY 14. HD. E. 243, K. 1279 T. 06/02/2015. UYAP.

imar planında yol olarak gösterilen ancak, henüz fiilen yolun bulunmadığı yer açısından da geçit hakkı tesisi mümkün değildir.<sup>71</sup> Dolayısıyla geçit hakkı tesis edilecek yer için fiili ve hukuki şartların birlikte aranması gerekir.

- Her ne kadar geçit hakkı ancak tapuya kayıtlı taşınmazlar açısından geçerli olsa da objektif şartlar ve fiili imkansızlık durumlarında tapusuz yerlerden de geçit hakkının tesisi mümkündür.<sup>72</sup>

- Genel yola çıkmak için davacıya ait başka bir taşınmaz varsa öncelikle bu taşınmaz değerlendirilmelidir.<sup>73</sup> Ancak burada davacının açılan davada hukuki yararının olup olmadığı da tartışılmalıdır.<sup>74</sup>

- Aleyhine geçit hakkı tesis edilecek taşınmazın kullanım şekli ve bütünlüğünün bozulmamasına dikkat edilmelidir.<sup>75</sup> Mümkün oldukça, geçit hakkı, aleyhine geçit tesis edilecek taşınmazın ortasından değil; en az zarar verecek

<sup>71</sup> "... Davacıya ait 51 parselin geçit gereksinimi krokide sarı ile boyanıp (A) işaretli davalıya ait 54 parselindeki güzergahın kuzeydeki imar yoluna bağlanarak karşılanmıştır. Bilirkişi rapor ve krokisinden taşınmazın bulunduğu yörede bir imar çalışması yapıldığı görülmekte ise de imar uygulamasına geçilip geçilmediği bu konuda bir araştırma yapılmadan anlaşılacaktır. İmar uygulaması yapılmamışsa, daha açığı bilirkişi krokisinde işaretlenen imar yolu fiilen açılmamışsa kurulan geçit kesintisizlik ilkesine uygun düşmeyeceğinden..." YARGITAY 14. HD. E. 10463, K. 1582 T. 20/02/2006. UYAP.

<sup>72</sup> "... Somut olaya gelince, davacı taşınmazlarının mutlak geçit ihtiyacı bulunmaktadır. Mahkemece bu ihtiyaç karşılanmak üzere bilirkişi raporuna itibar edilerek 13.02.2013 tarihli bilirkişi raporunda 3. alternatif güzergah olarak gösterilen yerden, 25 parsel sayılı taşınmaz bölünmek suretiyle genel yola ulaşacak şekilde geçit kurulmuştur. Geçit hakkı kurulması davalarında fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi gereğince geçit kurulması talebi en az zarar göreceğ komşuya yöneltilmelidir. Bu şekilde kurulan geçit nedeniyle 25 parsel sayılı taşınmazın kullanım bütünlüğü bozulacağından başka geçit alternatiflerinin de araştırılması gerekirken, krokide taşınmazların batısında yer alan 1 parsel sayılı taşınmazdan geçit kurulup kurulamayacağı hususunun araştırılmadığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda mahkemece, geçit hakkı talep edilen taşınmazların batısında yer alan ve tapu kaydında Hazine üzerine kayıtlı 1 parsel sayılı taşınmaz üzerinden de geçit hakkı kurulup kurulamayacağının araştırılarak..." YARGITAY 14. HD. E. 16614, K. 591 T. 20/01/2016. UYAP.

<sup>73</sup> ÖZKAN, Hasan. Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı (6. Baskı). 2004, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.1424

<sup>74</sup> "... Dava konusu olan 21 numaralı parsel yönünden de davacının aleyhine geçit hakkı kurulmasını istediği parsel ile bağlı olmaksızın ve öncelikle davacıya ait 22 numaralı parsel değerlendirilerek davacının geçit hakkı isteği ile dava açmış olmasında hukuki yararının bulunup bulunmadığı da irdelenmek suretiyle yukarıda açıklanan yasal düzenleme ve ilkelere uygun olarak yapılacak araştırma ve inceleme sonucu bir karar verilmesi gerekirken..." YARGITAY 14. HD. E. 120, K. 1374 T. 08/02/2011. UYAP.

<sup>75</sup> "... Uygun güzergah saptanırken önemle üzerinde durulması gereken diğer bir yön ise, aleyhine geçit kurulan taşınmaz veya taşınmazlar bölünerek kullanım şekli ve bütünlüğünün bozulmamasıdır. Şayet başka türlü geçit tesisi mümkün değilse bunun gerekçesi kararda açıkça gösterilmelidir..." YARGITAY 14. HD. E. 29, K. 3093 T. 10/03/2016. UYAP.

şekilde kenarından geçirilmelidir. Bu kapsamda aleyhine geçit hakkı tesis edilen taşınmazda BİRLEŞTİRME işlemi uygulanması sonucu taşınmazın kullanım şekli ve bütünlüğünde oluşacak değişiklikler sebebiyle, varsa geçit hakkının değiştirilmesi talebi dikkate alınmalıdır.<sup>76</sup>

- Geçit hakkı davalarında, alternatifli taşınmazlar arasında geçit güzergahı belirlenirken, öncelikle yüzölçümü en büyük olan taşınmaz üzerinde geçit hakkı kurulup kurulmayacağı değerlendirilmelidir.<sup>77</sup> Zira bu durum fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesinin doğal bir sonucudur.

- Geçit hakkı kurulurken, daha önce geçit hakkı kurulmuş bir taşınmaz varsa ve lehine geçit hakkı tesis edilen taşınmaz bakımından genel yola ulaşım bu şekilde sağlanabilecek ise eski geçit hakkının bu taşınmaz açısından da değerlendirilmesi mümkündür.<sup>78</sup>

-Taşınmaz ile genel yol arasında kot farkı varsa, kot farkının geçit hakkı tesisini ne şekilde etkileyeceği, geçit hakkı tesisini önemli bir şekilde etkileyip etkilemeyeceği gerekirse jeolog bilirkişi ile birlikte incelenmelidir.<sup>79</sup>

- Geçit hakkı, objektif ayırık ihtiyaçlar dışında kural olarak 2, 5-3 metre genişliğinde kurulmalıdır.<sup>80</sup> Ancak arazinin durumuna göre, virajlı yerlerde veya

<sup>76</sup> "... Az yukarıda da değinildiği gibi, kurulan irtifak hakkının kullanılmasın da tarafların hak ve yükümlülüklerine bir takım sınırlandırmalar getirilmiştir. 11 parsel sayılı taşınmazın 9 parsel ile tevhid 2 parselin birlikte kullanılması sonucunu ortaya çıkarmıştır. Bu durumda yükümlü taşınmaz maliki açısından değişen bir durum sözkonusudur. Tevhid ile geçit güzergahı taşınmazın kullanım bütünlüğünü bozar hale gelmiştir. Davacının taşınmazını tahsis edildiği, amacına uygun olarak kullanılmasını sağlamak amacıyla mahkeme gerekli incelemeyi yapmak durumundadır. Gerçekten, yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkı yasanın gösterdiği sınırları aşacak şekilde kısıtlanmış ise yararlanan taşınmaz malikinin bu değişikliğe karşı çıkması hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurur..." YARGITAY 14. HD. E. 6715, K. 8327 T. 26/06/2007. UYAP.

<sup>77</sup> "... Mahkemece, fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi gereği, yüzölçümü daha büyük olan 113 parsel sayılı taşınmazdan olmak üzere en uygun alternatif araştırılarak sonucuna göre geçit hakkı tesis edilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş..." YARGITAY 14. HD. E. 16507, K. 3526 T. 23/03/2016. UYAP.

<sup>78</sup> "... Zorunlu geçit istemi değerlendirilirken, genel yola ulaşacak seçenekler arasında, daha önce üzerinde geçit kurulmak suretiyle genel yola bağlanmış bir taşınmaz varsa, diğer koşullarla çelişmediği ölçüde, bu seçenekten yararlanılarak bir sonuca ulaşmak mümkündür..." YARGITAY 14. HD. E. 4780, K. 10271 T. 22/09/2014. UYAP.

<sup>79</sup> "... Diğer taraftan hükme esas alınan rapor ve krokide (C) ile ve sarı renkle gösterilen seçeneğin aşırı eğim ve kot farkı nedeniyle uygun olmadığı belirtilmişse de eğimin ne kadar olduğu, kot farkının kaç metre olduğu, buradan iş makineleriyle makul sürede çalışma ve masraf yapılarak yol geçirilmesinin uygun olup olmadığı da araştırılmış değildir..." YARGITAY 14. HD. E. 6832, K. 11636 T. 23/10/2014. UYAP.

<sup>80</sup> "... Bu durumda mahkemece Dairemizin yukarıdaki ilkeleri doğrultusunda gerekli araştırma ve incelemeler yaparak, kurulacak geçitin devamında da 2, 5-3 metre genişliğinde kurulması

ihtiyaç durumuna göre (örneğin geniş bir iş makinesinin geçmesi gerekeceği hallerde) bu genişlik değişebilecektir.

- Aleyhine geçit hakkı tesis edilecek taşınmazlar arasında, davacının eşine veya yakın hısımlarına ait taşınmaz varsa geçit hakkı tesisi için öncelikle bu taşınmaz değerlendirilmelidir.<sup>81</sup> Ancak eşine ait taşınmaz ile zaten genel yola ulaşıyor gerekçesi ile geçit hakkı tesisi talebi reddedilmemelidir. Zira geçit hakkının, eşyaya bağlı aynı haklardan olması sebebiyle bu hak, şahısların leh ve aleyhlerine değil; taşınmazların leh ve aleyhlerine kurulmaktadır.<sup>82</sup>

- Geçit hakkı kurulacak taşınmazın, Kültür ve Tabiat Varlıkları Kanunu kapsamında olması durumunda, geçit hakkı kurulmasının bir engel oluşturup oluşturmayacağı Kültür ve Tabiat Varlıkları Kurulu'ndan sorulmalıdır.<sup>83</sup>

#### IV- ZORUNLU GEÇİT HAKKI DAVALARINDA ÖZELLİK ARZ EDEN DİĞER HALLER

##### A- Yargılama Giderleri

Yargılama giderlerinin, kural olarak 6100 sayılı HMK'nın 326. maddesi gereğince aleyhine hüküm verilen taraftan alınması gerekir.<sup>84</sup> Ancak Yargıtay tarafından benimsenen görüşe göre zorunlu geçit hakkı davalarında yargılama giderleri, davacı taraf üzerinde bırakılmaktadır.<sup>85</sup> Davacı üzerinde bırakılacak yargılama giderleri içerisinde harç ve vekalet ücreti de dahildir.

---

*gerektiği de gözetilerek bir karar verilmesi gerekir...."* YARGITAY 14. HD. E. 16278, K. 1788 T. 12/02/2016. UYAP.

<sup>81</sup> "... Bu durumda mahkemece Dairemizin yukarıdaki ilkeleri doğrultusunda gerekli araştırma ve incelemeler yaparak, kurulacak geçitin devamında da 2, 5-3 metre genişliğinde kurulması gerektiği de gözetilerek bir karar verilmesi gerekir...." YARGITAY 14. HD. E. 6038, K. 7803 T. 21/05/2013. UYAP.

<sup>82</sup> "... Bu tür davalarda, davacı ve davalı şahısların leh ve aleyhine değil, taşınmazların leh ve aleyhine geçit kurulması gerektiğinden davacının eşine ait 164 ada 17 parsel sayılı taşınmazı da kullanmakta olduğu ve bu taşınmazdan ana yola geçit imkanının bulunduğu gerekçesi ile davanın reddi doğru değildir..." YARGITAY 14. HD. E. 3285, K. 5219 T. 04/04/2013. UYAP.

<sup>83</sup> "... aleyhine geçit hakkı kulan 1078 parsel sayılı taşınmazın kültür ve tabiat varlığı olduğu yönünde tapu kaydının beyanlar hanesinde belirtme bulunduğundan, bu durumun geçit kurulmasına engel oluşturup oluşturmayacağı Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kurulundan sorularak alınacak cevaba göre geçit kurulabilecek seçenekler üzerinde yeniden değerlendirme yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken..." YARGITAY 14. HD. E. 67, K. 4005 T. 25/03/2014. UYAP.

<sup>84</sup> YILMAZ, Zekeriya. Hukuk Davalarında Yargılama Harç ve Giderleri ile Vekalet Ücreti (2. Baskı). 2006, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.20

<sup>85</sup> "...Geçit hakkı kurulmasına ilişkin davalarda davanın niteliği gereği yargılama giderleri davacı üzerinde bırakılmalıdır...." YARGITAY 14. HD. E. 29, K. 3095 T. 10/03/2016. UYAP.

Geçit hakkı davasının reddine karar verilmesi durumunda, kendisini vekil ile temsil ettiren davalı yararına, taşınmazın dava konusu edilen kısmının rayiç değerine göre hesaplanacak nisbî vekalet ücretinin verilmesi gerekeceği belirtilmektedir.<sup>86</sup>

## B- Sona Ermesi

Zorunlu geçit hakkı TMK'nın 783. maddesine göre tescilinin terkinin suretiyle veya yüklü (aleyhine geçit hakkı tesis edilen) ya da yararlanan (lehine geçit hakkı tesis edilen) taşınmazın yok olmasıyla sona erer.

Lehine geçit hakkı tesis edilen taşınmaz maliki TMK'nın 1014. maddesinde belirtilen usul çerçevesince yazılı beyan ile Tapu Müdürlüğü'nden bu hakkın terkinini isteyebilir.

Geçit hakkı tesis edilen taşınmazın, sel baskını, heyelan ve benzeri sebeplerle yok olması durumunda ise geçit hakkı kendiliğinden ortadan kalkar. Ancak bu hüküm taşınmazın tamamen ve sürekli yok olma durumlarında geçerli olup; kısmen de olsa geçidin sağlanabileceği bir alan kalmışsa veya ırmak yatağının geçici olarak değişmesi gibi süreklilik arz etmeyen bir durum söz konusu ise geçit hakkının ortadan kalktığı söylenemez.<sup>87</sup>

Aleyhine geçit hakkı tesis edilen taşınmaz maliki de mahkeme yolu ile geçit hakkının kaldırılmasını isteyebilir. Bu durum TMK m. 785/f. 1 hükmünde açıkça düzenlenmiştir. Buna göre geçit hakkı, lehine geçit hakkı tesis edilen taşınmaz malikine artık bir yarar sağlamıyorsa veya yüküne oranla çok az bir yarar sağlıyorsa, geçit hakkının mahkeme yolu ile kaldırılması istenebilecektir.<sup>88</sup> İkinci halde, TMK m. 785/f. 2 hükmü gereğince davacının, lehine geçit hakkı tesis edilen davalıya karşı uygun bir bedel ödemesi gerekecektir.

## SONUÇ

Genel yola bağlantısı bulunmayan veya genel yola çıkmak için yeterli yolu olmayan taşınmaz malikine, uygun bir bedel karşılığında, kanundan dolayı geçit hakkı tanınmaktadır. Zorunlu geçit hakkı, komşuluk hukukunun konusu içerisinde yer almakta olup, Türk Medeni Kanunu m. 748/f. 3 hükmünün kar-

---

<sup>86</sup> AYDIN, Murat. Avukatlık Ücreti (4. Baskı). 2007 Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.362

<sup>87</sup> SURLU / ÖZTÜRK, s.581

<sup>88</sup> "...Bu nedenle tüm dosya kapsamı ile imar yolunun resmi olarak terkininin yapıldığı, davalıların taşınmazına kadar ulaşan 4-5 m. eninde stabilize yol durumunda olduğu ve bu yoldan yaya ve araç geçişinin mümkün olduğu anlaşılmalı kurulan geçit hakkına ihtiyacın sona erdiği ispatlandığından geçit hakkının kaldırılması gerekirken..." YARGITAY 14. HD. E. 5180, K. 9125 T. 08/07/2014. UYAP.

şıt anlamından bu hakkın tapu kütüğüne tescil edilmesi gerektiği kanaatine varılmaktadır.

Zorunlu geçit hakkının kurulabilmesinin ilk şartı lehine geçit hakkı tesis edilecek taşınmaz ile aleyhine geçit hakkı tesis edilecek taşınmazların kural olarak tapuya kayıtlı ve özel mülkiyete tâbi olmalıdır. Tapusuz taşınmazı malik sıfatıyla kullanan zilyedin dava açması durumunda veya aleyhine geçit hakkı tesis edilecek taşınmazın tapusuz olması durumunda, dava hemen reddedilmeyip, gerekirse davacıya tapusuz taşınmazın tapulu hale getirilmesi için yetki ve süre verilmelidir.

İkinci olarak, geçit hakkı kurulabilmesi için, geçit ihtiyacı duyulan taşınmazın ya genel yola hiç bağlantısının olmaması veya yeteri kadar bağlantısının bulunmaması gerekmektedir. İlk halde mutlak; ikinci halde nisbî geçit ihtiyacı söz konusudur. Mutlak geçit ihtiyacının olduğu durumlarda geçit hakkının kurulması zorunlu olmasına rağmen; nisbî geçit ihtiyacının olduğu durumlarda geçit hakkı tesis edilip edilmeyeceği somut olaydaki durum ve şartlar dikkate alınarak objektif ihtiyaçlar çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Mahkemece yapılacak keşif sonucu, teknik bilirkişilerin sundukları rapor ile belirlenecek olan geçit bedeli, hüküm verilmeden önce davacı tarafından depo edilmelidir. Geçit hakkı bedeli, yükümlü taşınmazın bu nedenle uğrayacağı zararı ifade etmektedir. Buna göre hesaplanacak bedel, yalnızca geçit kurulacak taşınmazın rayiç değerini değil; aynı zamanda aleyhine geçit hakkı tesis edilecek taşınmazın bu nedenle uğramış olduğu değer kaybı ve taşınmazın gelirindeki azalmayı da kapsamalıdır.

Geçit hakkı tesis edilirken, taşınmazın önceki durumuna ve mevcut yola öncelik tanınmalıdır. Eğer bu şart uygulanamıyorsa, bu durumda geçidin en az zarar verecek şekilde kurulması gerekmektedir. Ancak buradaki öncelikli amaç, alternatifli güzergahlar içerisinde, lehine geçit hakkı tesis edilecek taşınmaz maliki açısından en kısa ve en az giderli olanı değil; aleyhine geçit hakkı tesis edilebilecek taşınmaz malikleri açısından objektif olarak en az zarar göreceği olanın tercih edilmesidir. Bunun dışında Yargıtay kararları ile somut olay bazında çeşitli şartlar ve ilkeler de benimsenmiş olup, uygulamanın bu kararlar ile şekillendiği gözlemlenmektedir.

◆◆◆



### KISALTMALAR

<b>AÜHFD</b>	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>E.</b>	Esas
<b>HGK</b>	Hukuk Genel Kurulu
<b>HMK</b>	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
<b>HUMK</b>	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
<b>K.</b>	Karar
<b>T.</b>	Tarih
<b>T.C.</b>	Türkiye Cumhuriyeti
<b>TMK</b>	Türk Medeni Kanunu
<b>UYAP</b>	Ulusal Yargı Ağı Projesi

### KAYNAKÇA

- AYDIN, Murat. Avukatlık Ücreti (4. Baskı). 2007 Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- BUZ, Vedat. Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar. 2005 Ankara: Yetkin Yayınevi.
- DEMİR, Mehmet. Zorunlu Geçit Hakkı Kurulmasının Koşulları ve Tazminatın (Tam Bedelin) Belirlenmesi sorunu, 2003, AÜHFD, Cilt 52, Sayı 4, 187-210.
- ERTAŞ, Şeref. Eşya Hukuku. 2012, İzmir: Barış Yayınları.
- KILIÇ, Billur. Zorunlu Geçit Hakkı. Yüksek Lisans Tezi, 2010, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- KIRCA, Çiğdem. Zorunlu İrtifakların Hukuki Niteliği, 2005, AÜHFD, Cilt 54, Sayı 4, 65-76.
- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe. Eşya Hukuku (12. Baskı). 2009, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- ÖZKAN, Hasan. Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı (6. Baskı). 2004, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÖZKAYA, Eraslan. Elatmanın Önlenmesi Davaları (2. Baskı). 2005, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÖZSUNAY, Ergun. Zaruri Geçit Hakkı Kavramı ve Kanuni Şartları, 1952, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 18, Sayı 3-4, 751-789.

ÖZTÜRK, Recai. Geçit Hakkı. 4 Mayıs 2016, <http://www.istanbulbarosu.org.tr/proje/dergi/10/files/assets/basic-html/page243.html>.

SİRMEN, Lale. Eşya Hukuku. 2013, Ankara: Yetkin Yayınevi.

SURLU, Mehmet Handan / ÖZTÜRK, Gülay. Öğreti ve Uygulamada Geçit Hakkı (1. Baskı). 2003, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

T.C. Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundan Hukuk Muhakemeleri Kanununa. 2011, Ankara: T.C. Adalet Bakanlığı.

TURAN, Ahmet Uğur. Taşınmaz Hukukundan Kaynaklanan Tapu İptal ve Tescil Davaları, (2. Cilt). 2007, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

UMAR, Bilge. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi. 2011, Ankara: Yetkin Yayınevi.

UYAP İçtihat Bilgi Bankası.

YAVUZ, Nihat. Uygulamada Taşınmaz Davaları ve Sular Hukuku. 2007, Ankara: Adalet Yayınevi.

YILMAZ, Zekeriya. Hukuk Davalarında Yargılama Harç ve Giderleri ile Vekalet Ücreti (2. Baskı). 2006, Ankara: Seçkin Yayıncılık.



# 6545 ve 6552 SAYILI KANUNLAR ÇERÇEVESİNDE İDARİ YARGILAMA USÛLÜ DEĞİŞİKLİKLERİ

*Changes of Administrative Jurisdiction in Law No. 6545 and 6552*

**Sevda YILMAZ\***

## ÖZET

İdari yargı yerlerinin ve özellikle Danıştay'ın iş yükü fazlalığı, hukukumuzda istinaf konusunu gündeme getirmiştir. Varılan noktada, 6545 sayılı Kanun ile karar düzeltme kanun yolu kaldırılarak idari yargı alanına istinaf kanun yolu getirilmiş, istinaf mercii olarak yapılandırılan bölge idare mahkemeleri yeni sistem ile uyumlaştırılmış, ayrıca kimi uyuşmazlıklarda daha hızlı ve adil sonuç alma amacıyla ivedi yargılama usûlü düzenlenmiştir. 6552 sayılı Kanun ile de, merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yeni bir yargılama usûlünün öngörüldüğü hüküm, İdari Yargılama Usûlü Kanunu'na eklenmiştir. Fransız idari yargı sisteminden esinlenerek Türk idari yargı sistemine dahil edilen bu yenilikleri kavrayabilmek adına zaman zaman Fransız uygulamasına da yer verilmiştir. Bu çalışmada, 6545 ve 6552 sayılı Kanunlar ile idari yargılama usûlünde yapılan değişiklikler ele alınmış, bölge idare mahkemelerinin yeni sistemdeki yapısına sadece içtihat farklılıklarının giderilmesi konusunda yer verilmiştir. İstinaf kurumu, Fransız uygulamasından farklı şekilde düzenlenen ivedi yargılama usûlü ile merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usûlüne ağırlık verilmiş ve uygulamada karşılaşılabilecek muhtemel sorunlara değinilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** 6545 Sayılı Kanun, 6552 Sayılı Kanun, İdari Yargı, Yargılama Usûlü, İstinaf, İvedi Yargılama Usûlü.

## ABSTRACT

The heavy workload of administrative judicial authorities, particularly of Danıştay, the administrative court of cassation in Turkey, has raised the question of incorporation of appeal mechanism as a second-line remedy in our administrative litigation system. At this stage the revision of decision, a remedy enabling the chamber of Danıştay to correct manifest errors and mistake of fact in its decision upon cassation either uphold or overturn, has been revoked and, instead, the remedy of appeal before district administrative courts has been incorporated into the administrative litigation procedure system of Turkey by the Law No. 6545. The structure of district administrative courts, which were initially designed as so-called authority of objection, a sui generis remedy for some sort of administrative acts and decisions of administrative tribunals relating to stay of execution, have been designed as the court of appeal in this system, and as such, synchronised with the system of appeal. Moreover with the purpose of getting fairer and faster result in some matters

---

\* Ankara İdare Mahkemesi Üyesi, svdaylmz@hotmail.com

of dispute the fast-track trial procedure in administrative litigation system has been regulated by the above-mentioned Law. The new provision prescribing a fast-track trial procedure for those cases that are relating to review of administrative acts taken in conjunction with central and common exams held by an administrative authority has been added to the Law of Procedure of Administrative Litigation. In this study, French administrative litigation practice has also been addressed in order to comprehend these new reforms which have been incorporated into Turkey administrative litigation through being inspired from the system of French administrative litigation. In the scope of this study, the amendments in administrative litigation procedure made by Laws of 6545 and 6552 have been examined and the structure of district administrative courts in the new system of litigation procedure has been discussed to the extent how the likely discrepancy amongst precedents of different district administrative courts will be eased. In this study, the remedy of appeal, the fast-track trial procedure which, indeed, has been regulated by French law in a completely different way and the procedure applied for judicial review of central and common exams have been focused on and possible legal discussions, which can be encountered in the future practice of this new litigation procedure are mentioned.

**Keywords:** Law No. 6545, Law No. 6552, Administrative Litigation Procedure, Proceedings, Appeal, Fast-track Trial Procedure.

◆◆◆◆

## I. GİRİŞ

28/06/2014 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 18/06/2014 tarihli ve 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, idari yargı alanında köklü değişiklikler getirmiş; adı geçen Kanun çerçevesinde, mevcut bölge idare mahkemeleri, istinaf mercii olarak yapılandırılmış, bu doğrultuda başvuru usûlü, inceleme ve yargılama usûllerine ilişkin hükümler getirilmiş, bölge idare mahkemelerince verilecek karar türleri yeniden düzenlenmiştir.<sup>1</sup> Bu araştırma kapsamında 2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu’nda yapılan değişiklikler ele alınacak, ivedi yargılama usûlü ile istinaf kurumlarına ağırlık verilecektir.

## II. YARGILAMA USÛLLERİ

### A. GENEL OLARAK

Anayasa Mahkemesi’ne göre yargılama yöntemi, *“hak arama yollarının izlenmesi ve sonuç alınmasıyla ilgili kurallar dizinidir. Amaç, bu yönetime uy-*

---

<sup>1</sup> 6545 sayılı Kanun genel gerekçesi (<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0918.pdf> - Erişim Tarihi: 07.07.2014).

arak gerçekleştirilir.”<sup>2</sup> Gerçekleşmesi istenen bu amaç ise, bağımsız ve taraf-sız mahkemeler aracılığıyla bireylerin kamu kudreti kullanılarak tesis edilen işlemlere karşı etkili hak aramalarını sağlamaktır.<sup>3</sup>

## B. YAZILI YARGILAMA USÛLÜ

İdari yargılama hukukunda esas olarak 2577 sayılı Kanun’un 1/2. maddesinde de belirtildiği üzere “... yazılı yargılama usûlü uygulanır ve inceleme evrak üzerinde yapılır.” Bu anlamda yazılılık, kendiliğinden inceleme, basit ve az masraflı oluşu idari yargılama usûlünün özellikleri olarak sıralanır.<sup>4</sup> Duruşma gibi sözlü yargılama usûlünün uygulanabilmesi için, kanunda açık bir kuralın bulunması, kanun ile öngörülen koşulların gerçekleşmesi gerekir.<sup>5</sup>

## C. İVEDİ YARGILAMA USÛLÜ

İdari yargıda davaların tümü, 6545 sayılı Kanun değişikliğine kadar, aynı usûl takip edilerek sonuçlandırılmaktayken, anılan değişiklik, kimi tür davaların ivedilikle karara bağlanmasına hizmet eden “ivedi yargılama usûlü”<sup>6</sup> kurumunu idari yargıya kazandırmıştır. Ayrıca 11/09/2014 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 10/09/2014 tarihli ve 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun ile birlikte “merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usûlü” hukuk sistemimize dahil olmuştur.

Gecikerek karar verilmesinde hem idare hem davacılar bakımından katlanılması zor ya da imkânsız sonuçlar doğuracak sınırlı sayıdaki dava türünün, diğer dava türlerine göre daha ivedi bir şekilde sonuçlandırılmasının

<sup>2</sup> Anayasa Mahkemesi, 01/10/1991 tarihli ve E: 1990/40, K: 1991/33 sayılı kararı (<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/9c778c89-7107-4118-a77b-35c07ef-089b4excludeGerekce=False&wordsOnly=False> – Erişim Tarihi: 07/07/2014).

<sup>3</sup> Özkan, Gürsel, “Anayasa Mahkemesi’ne Göre Hukuk Devletinin Anlamı ve Yargının Konumu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı:1, Ankara 2010, s. 100 – 101.

<sup>4</sup> Gözübüyük, Şeref, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, 30. Bası, Ankara 2010, s.344; Tan, Turgut, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara 2013, s. 972.

<sup>5</sup> Tan, s. 972.

<sup>6</sup> İzmir Bölge İdare Mahkemesi tarafından, 6545 sayılı Kanun’un 18. maddesiyle 2577 sayılı Kanun’a eklenen ivedi yargılama usûlüne ilişkin 20/A maddesinin Anayasa’nın 2., 36., 74. ve 125. maddelerine aykırı olduğu belirtilerek itiraz yoluna başvurulmuş ve Anayasa Mahkemesi’nin 13/06/2015 tarihli ve 29385 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 19/03/2015 tarihli ve E: 2014/146, K: 2015/31 sayılı kararıyla da maddenin Anayasa’ya aykırı olmadığına karar verilerek iptal istemi reddedilmiştir.

gerekmesi ve aksi durumun hukuki belirsizliklere neden olacağı gerçeği<sup>7</sup>, Kanun'da belirtilen işlemlerden doğan uyuşmazlıkların yargılama usûlünde ivedi yargılama usûlünün uygulanmasının gerekçesini oluşturmaktadır.<sup>8</sup>

2577 sayılı Kanun'a 6545 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle eklenen 20/A maddesine göre ivedi yargılama usûlüne tâbi işlemler şunlardır:

“a) İhaleden yasaklama kararları hariç ihale işlemleri.

b) Acele kamulaştırma işlemleri.

c) Özelleştirme Yüksek Kurulu kararları.

d) 12/3/1982 tarihli ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu uyarınca yapılan satış, tahsis ve kiralama işlemleri.

e) 9/8/1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu uyarınca, idari yaptırım kararları hariç çevresel etki değerlendirmesi sonucu alınan kararlar.

f) 16/5/2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca alınan Bakanlar Kurulu kararları.”

Anılan Kanun'a 6552 sayılı Kanun'un 94. maddesiyle eklenen 20/B maddesine göre ise, merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usûlü, “Milli Eğitim Bakanlığı ile Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılan merkezi ve ortak sınavlar, bu sınavlara ilişkin iş ve işlemler ile sınav sonuçları” hakkında uygulanır.

Dava açma süresi “özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay'da ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gün...” (m. 7) iken ivedi yargılama usûlünde böyle bir ayrıma gidilmeksizin otuz gün, merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usûlünde ise on gündür.

2577 sayılı Kanun'un 20/A ve 20/B maddelerinde yer alan yargılama usûllerinde, “Üst makamlara başvurma” başlıklı 11. madde hükmü uygulanmayacak, “İdari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması için üst makama, yoksa işlemi yapmış makama yapılan başvuru”

---

<sup>7</sup> 6545 sayılı Kanun 10. madde gerekçesi (<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0918.pdf> - Erişim Tarihi: 08/07/2014).

<sup>8</sup> Fransa'da davaların makul sürede sonuçlandırılmasına yönelik yöntemlerin hızlandırılmasının yalnızca iş yükü sorunu olarak ele alınmadığı, hukukun işleyişinde hıza yapılan müdahalelerin neyi amaçladığının tek başına yasa kurallarından ve gerekçelerinden çıkarılamayacağı hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Yeşilyurt, Nazile İrem, “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve İvedi Yargılama: Hukuka Sermayeye Koşut Hız Ayarı”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt:70, Sayı:2, Ankara 2015, s. 405 – 406.

otuz ve on günlük ivedi dava açma sürelerini durdurmayacaktır.

İlk incelemenin yapılması için öngörülen ve dilekçenin alındığı tarihten itibaren işlemeye başlayan onbeş günlük süre (m. 14/4), 20/A ve 20/B maddelerinde yer alan yargılama usûllerinde yedi güne indirilmiştir.

Savunma süresi (16. maddenin aksine) ivedi yargılama usûlünde onbeş güne, merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usûlünde üç güne indirilmiş, taraflara ikinci dilekçe sunma imkânı her iki yargılama usûlünde de tanınmamış, böylece dosyanın tekemmülünün, süresi içinde savunmanın verilmesi veya savunma süresinin geçirilmesi ile gerçekleşmesi öngörülmüştür.

2577 sayılı Kanun'un "Yürütmenin durdurulması" başlıklı 27. maddesinde belirtilen idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, yürütmenin durdurulması kararının verilmesi 20/A ve 20/B maddelerinde yer alan yargılama usûllerinde de mümkünken, bu taleplere ilişkin verilecek kararlara itiraz etmek mümkün değildir. İvedi yargılama usûlüne tabi olan davalarda yürütmenin durdurulması istemleri hakkında verilen kararlara karşı itiraz hakkının ortadan kaldırılmasının hak arama hürriyetini daralttığı belirtilerek açılan davada Anayasa Mahkemesi<sup>9</sup>, Anayasa'da yürütmenin durdurulması istemi hakkında verilen kararlara karşı itiraz yolunun öngörülmesini zorunlu kılan bir hükmün bulunmadığı, yürütmenin durdurulmasına itiraz üzerine verilen kararların ara karar niteliğinde olduğu, davanın esası hakkında verilecek karar yönünden herhangi bir bağlayıcılığının bulunmadığı, ivedi yargılama usûlünün amacının en kısa sürede kesin hüküm elde etmek olduğu ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlara karşı itiraz yolunun ortadan kaldırılmasının kanunkoyucunun takdir yetkisi kapsamında olduğu, dolayısıyla düzenlemenin adil yargılanma hakkını zedeleyen bir yönünün bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.<sup>10</sup>

Hemen eklemek gerekir ki 20/A maddesinden farklı olarak merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usûlünü düzenleyen 20/B maddesinin 2. fıkrasında, bu davalarda verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarının, söz konusu sınava katılan kişilerin lehine sonuç doğuracak şekilde uygulanacağı ifadesine yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, bu tür bir sınavın iptal edilme-

<sup>9</sup> Anayasa Mahkemesi, 19/03/2015 tarihli ve E: 2014/149, K: 2015/31 sayılı kararı, R. G.: 13/06/2015 – 29385 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>10</sup> Yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin zorlaştırılmasının davacı aleyhine hukuku yavaşlattığı, ivedi yargılamanın ise davalı lehine hukuku hızlandırdığı, sermaye birikiminin hızlanması için hukukun hızıyla oynandığı yönündeki eleştiri için bkz. Yeşilyurt, s. 410.



si halinde, sınava katılan kişilerin sınavı kazanmış kabul edilmesi gerektiği de ileri sürülmektedir.<sup>11</sup>

İdari yargılamada dosyalar, tekemmül ettikleri sıraya göre ve tekemmül tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırılırken, bu süre, ivedi yargılama usûlünde bir ay, merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usûlünde onbeş gün olarak belirlenmiştir. İvedilikle sonuçlandırılacak işlemler, 20/A, 2, f bendi ile 20/B, 1, e bendinde, “Ara karar verilmesi, keşif, bilirkişi incelemesi ya da duruşma yapılması gibi işlemler” denerek örnekseme yoluyla sayılmıştır. O halde, m. 17/5’te yer alan duruşma davetiyelerinin duruşma gününden en az otuz gün önce taraflara gönderileceğini öngören hüküm, 20/A ve 20/B maddelerinde yer alan usûllere konu davalarda uygulama alanı bulamayacaktır. Bunlara ek olarak, yargılamayı yapan ilk derece mahkemesi, dava dilekçesinin 3. ve 5. maddelere uygun şekilde düzenlenmediğinin veya ehliyetli olan şahsın avukat olmayan vekili tarafından dava açıldığının tespiti halinde m. 15/1, d’de yer alan otuz günlük süreyi; mahkemece yapılacak tebliğlere cevap verme süresi olan m. 16’da yer alan otuz günlük süreyi, ilgili işlemlerin 20/A, 2, f bendi ve m. 20/B, 1, e bendine göre ivedilikle sonuçlandırılacağı gerekçesiyle kısaltabilecektir.

Temyiz süresi, ivedi yargılama usûlüne göre incelenerek verilen nihai kararlara karşı onbeş gün, merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usûlüne göre incelenerek verilen nihai kararlara karşı ise beş gün olup, her iki yargılama usûlünde de temyiz dilekçelerinin üç gün içinde inceleneceği düzenlemesine yer verilmiştir. Temyiz dilekçelerine cevap verilmesi için öngörülen süre 20/A maddesinde onbeş gün, 20/B maddesinde beş gün olarak belirlenirken, temyiz dilekçesiyle ilgili hususları düzenleyen 48. maddenin 20/A ve 20/B maddelerine aykırı olmayan hükümlerinin kıyasen uygulanacağı da hükme bağlanmıştır.

2577 sayılı Kanun’un 20/A ve 20/B maddelerinde yer alan yargılama usûllerinde temyiz aşamasında, “Danıştay evrak üzerinde yaptığı inceleme sonunda, maddi vakıalar hakkında edinilen bilgiyi yeterli görürse veya temyiz sadece hukuki noktalara ilişkin ise yahut temyiz olunan karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise işin esası hakkında karar verir. Aksi hâlde gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar verir” düzenlemesi bulunmaktadır (m. 20/A, 2, i; 20/B, 1, h). Temyiz incelemesi üzerine verilecek kararlar 49. maddede onama, değiştirerek onama, düzelterek ona-

---

<sup>11</sup> Avcı, Mustafa, “6545 ve 6552 sayılı Kanunlar ile İdari Yargıya İlişkin Kanunlarla Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:13, Sayı:152, İstanbul 2015, s. 82.

ma, kısmen onama ve kısmen bozma ile bozma kararları olarak belirtilmiş ise de, ivedi yargılama usûllerinin uygulandığı dosyalara özgü olmak üzere temyiz mercii olarak Danıştay'ın, gerekliyse ayrıca inceleme ve tahkikat yaparak esas hakkında karar vereceği, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan temyizi haklı bulunduğu hâllerde ise kararı bozmakla birlikte dosyayı geri göndereceği öngörülmüştür. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararında da<sup>12</sup>, ivedi yargılama usûlüne tabi davaların yargı mercilerince kısa sürede kesin hükümle sonuçlandırılmasının amaçlandığı, bu amaçla temyiz incelemesi aşamasında Danıştay'a gerekli inceleme ve tahkikatı yaparak esas hakkında karar verme yetkisinin tanındığı hususlarına işaret edilerek hükmün Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır. Yine bu amaçla, ivedi yargılama usûlünde temyiz isteminin en geç iki ay içinde karara bağlanacağı, kararın en geç bir ay içinde tebliğe çıkarılacağı; merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usûlünde ise temyiz isteminin en geç onbeş gün içinde karara bağlanacağı, kararın en geç yedi gün içinde tebliğe çıkarılacağı hükümleri getirilmiştir (m. 20/A, 2, j; 20/B, 1, ı).

6545 ve 6552 sayılı Kanunlardan önce idare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarından çoğu temyiz yoluyla Danıştay'a gitmekte ve Danıştay'ın verdiği bozma kararlarına karşı idare ve vergi mahkemeleri direnebilmekteydi. Anılan Kanunlardan sonra idare ve vergi mahkemelerinin baktığı davalardan, sadece 20/A ve 20/B maddelerinde yer alan yargılama usûllerine konu olanların temyiz yoluyla Danıştay'a gideceği ve Danıştay'ın verdiği bozma kararlarına karşı yerel mahkemenin, 20/A, 2, i, soncümlesi ile 20/B, 1, h, soncümlesi'nde yer alan "Temyiz üzerine verilen kararlar kesindir" hükmü uyarınca direnemeyeceği anlaşılmaktadır.

Öte yandan belirtmek gerekir ki, Kanun'da gösterilen ivedi yargılamaya konu olacak kararlardan, 20/A maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde yer alan acele kamulaştırma işlemleri<sup>13</sup> ile (f) bendinde yer alan 6306 sayılı Afet Riski

<sup>12</sup> Anayasa Mahkemesi, 19/03/2015 tarihli ve E: 2014/149, K: 2015/31 sayılı kararı, R. G.: 13/06/2015 – 29385 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>13</sup> "2942 sayılı Kanun'un 27. maddesine göre şu üç durumda acele kamulaştırma işlemine başvurmak mümkündür. İlki 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu'nun uygulanmasından doğan haller; ikincisi, aceleliğine Bakanlar Kurulu tarafından karar verilen haller; üçüncüsü ise özel kanunlarla öngörülen diğer olağanüstü durumlardır. Bu durumların ayrı ayrı incelenmesi, her birinin kendine özgü yetki ve şekil usûllerini beraberinde getirmesi bakımından gereklidir. Bu nedenle aşağıda kanunda öngörülen acele kamulaştırma hallerine yakından bakılacaktır." Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Karaman, Buket, Acele Kamulaştırma, (Danışman: Doç. Dr. Cüneyt Ozansoy), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2015, s. 56 (<http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/27575/> - Erişim Tarihi: 25/04/2016).

Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca alınan Bakanlar Kurulu kararlarını, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi uyarınca ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay ilgili dairesinin inceleyeceği ve nihai kararın temyizen incelenmesinde kararın bozulması halinde 2577 sayılı Kanun'un 49/4. fıkrasında yer alan "Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak baktığı davaların temyizen incelemesinde bu madde ile ısrar hariç 50nci madde hükümleri uygulanır" hükmü uyarınca Danıştay ilgili dairesinin ısrar kararı veremeyeceği açıktır. Ayrıca, istinaf mahkemelerinin tüm yurttta göreve başlayacakları tarihe kadar karar düzeltme kanun yolunun uygulanmasına devam edildiği de dikkate alındığında, ivedi yargılama ile merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usûlüne göre verilen nihai kararlar aleyhine karar düzeltme yoluna başvuru imkânının bulunup bulunmadığı sorusu akla gelmekte, istinafin dahil olduğu sisteme geçiş sürecine ilişkin öngörülen kanun hükmü bu soruyu cevaplamaya yetmemektedir. Ancak, 2577 sayılı Kanun'un yargı kararının verildiği tarihte yürürlükte bulunan kanun yollarına ilişkin hükümlerin uygulanmasına ilişkin geçici 8. maddesinde, sadece istinaf mahkemelerinin tüm yurttta göreve başlayacakları tarih itibariyle bir ayrıma gidilmesi, başkaca bir ayırım yapılmaması, ivedi yargılama usûlü ile incelenen davalarda verilen nihai kararlar da dahil olmak üzere yargı kararlarına karşı karar düzeltme yolunun kapatılmasının bu tarihten sonra verilecek kararlar hakkında mümkün olacağını göstermekte ise de Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun<sup>14</sup> aksi yönde kararları mevcuttur.

<sup>14</sup> "... 2577 sayılı Kanun'un, ivedi yargılama usûlüne ilişkin 20/A maddesi ile Geçici 8. maddesinde yer alan hükümlerin getiriliş amacının farklı olduğu, ivedi yargılama usûlüne ilişkin olarak 20/A maddesinde yer alan hükümlerin, nitelikleri itibariyle diğerlerinden farklı olması nedeniyle gecikerek karar verilmesi, hem idare hem de davacı açısından katlanılması zor ya da imkânsız sonuçlar doğuracak olan ihale, özelleştirme, acele kamulaştırma gibi bir kısım işlemler dolayısıyla açılan davalarda yargısal sürecin süratle sonuçlandırılmasını amaçladığı; Geçici 8. maddesinin ise, Danıştay'ın iş yükünü azaltmak amacıyla öngörülen istinaf kanun yolunun getirdiği temel düzenlemelerin uygulanmasının, bu Kanunla kurulan ancak henüz faaliyete geçmemiş bulunan istinaf mahkemelerinin göreve başlayacakları tarihe kadar ertelenmesi amacıyla yönelik olduğunun anlaşıldığı; öte yandan, ivedi yargılama usûlüne tabi işlemlerle ilgili olarak açılan davalarda verilen kararlara karşı ancak temyiz yoluna başvurulabileceği, istinaf kanun yoluna başvurma imkânı bulunmadığı; ayrıca, Milli Eğitim Bakanlığı ile Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılan merkezi ve ortak sınavlara ilişkin iş ve işlemler ile sınav sonuçlarına karşı açılan davalarda ilk derece ve temyiz yargılama sürecini hızlandırmak amacıyla, 2577 sayılı Kanun'a, 11/09/2014 günlü, 29116 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6552 sayılı Kanun'un 96. maddesi ile 20/A maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 20/B maddesindeki benzer hükümlerle, kanun koyucunun ivedi yargılama usûlünün kanun yoluna ilişkin düzenlemelerinin, istinaf kanun yoluna ilişkin düzenlemelerinden bağımsız olduğu yönündeki iradesini tekrar ortaya koyduğu görüldüğünden, 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesindeki ivedi yar-

Fransız idari yargı sisteminde, davaların ivedi olup olmamasına göre farklı yargılama usûlleri öngörülmüş<sup>15</sup>, bazı uyuşmazlıklar için getirilen bir dizi seri yargılama mekanizması, Fransız İdari Yargılama Kanunu'nun Beşinci Kitabında ayrı bir yöntem olarak düzenlenmiş ve seri muhakeme yargıcı olarak adlandırılan tek yargıç tarafından alınabilecek tedbirler kapsamında yargıcın yetkileri güçlendirilmiştir.<sup>16</sup> Tek hâkim tarafından çözümlenen dosyalardan oluşan bu davalarda, hâkimin, kırk sekiz ve yetmiş iki saat gibi kısa bir sürede karar verme zorunluluğu bulunmakta<sup>17</sup> ve hâkim, Kanun'da belirtilen uyuşmazlıklarda zorunlu olarak bu çok hızlı yargılama usûlünü uygulamaktadır.<sup>18</sup>

### III. KANUN YOLLARI

#### A. GENEL OLARAK

2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun Üçüncü Bölümünde "Kararlara Karşı Başvuru Yolları" adı altında ele alınan kanun yolları, idari yargı yerleri tarafından verilmiş nihai yargı kararlarının davanın taraflarınca usûle ve hukuka aykırı olarak verildiğinin ileri sürülerek yeniden incelenip denetlenmesini sağlayan hukuki bir müessesedir.<sup>19</sup> Kanun yolları, incelenen kararın kesin bir karar olup olmadığına göre olağan ve olağanüstü kanun yolları olmak üzere ikiye ayrılır.

Olağan kanun yolları, idari yargı yerlerinde verilen nihai kararların kesinleşmesine engel olan kanun yollarıdır. Kararın kesinleşmesi, olağan kanun yoluna

---

gılama usûlünün temyiz aşamasına ilişkin hükümlerinin, istinaf kanun yolunun temel düzenlemelerinin uygulanmasına ilişkin olarak geçiş süreci öngören Geçici 8. maddesindeki hükümlerden bağımsız olduğu, aksi öngörülmediği müddetçe, usûl hükümlerinin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla derhal uygulanması ilkesi gereğince, belirtilen hükümlerin bakılan davanın temyiz aşamasında da uygulanmasının zorunlu olduğu sonucuna varıldığından, bu davada, temyiz üzerine Kurulumuzca verilecek kararın kesin olduğu ve bu karara karşı davanın karar düzeltme yoluna başvurma imkânının bulunmadığına oyçokluğuyla karar verilerek, işin esasının incelenmesine geçildi. ..." Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 16/02/2015 tarihli ve E: 2015/31 – K: 2015/412 sayılı kararı (Uyap Bilişim Sistemi).

<sup>15</sup> Avcı, 2015, s. 47.

<sup>16</sup> Yeşilyurt, s. 405; Türkiye'deki ivedi yargılamanın Fransa, Belçika ve Lüksemburg'da yürürlükte olan seri yargılama kurumuyla ayrıntılı karşılaştırması için bkz. Yeşilyurt, s. 416 – 428.

<sup>17</sup> Akbaba, Ahmet, "Fransız İdari Yargı Sistemine Bakış", Ankara Barosu Dergisi, Sayı:2, Ankara 2014, s. 441; Yeşilyurt, s. 423.

<sup>18</sup> Ayrıca, Kanun'da belirtilmeyen diğer uyuşmazlıklarda çok nadiren bir araya gelebilen dört unsurun (acil olma niteliği, ihlalin ciddiyeti, kararın alenen yasa dışı olması, sıradan bir hakla karıştırılmaması gereken temel özgürlüğün sınırlandırılmış olması) birlikte gerçekleşmesi halinde hâkimin bir karar alarak seri yargılama usûlünü uyguladığı hususunda bkz. Akbaba, s. 441; Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Akbaba, s. 435 – 463; Yeşilyurt, s. 403 – 433.

<sup>19</sup> Nohutçu, Ahmet, Kanunname, Savaş Kitabevi, 1. Bası, Ankara 2013, s. 1047.

süresi içinde başvurulmaması ya da başvuru neticesinde isteğin reddedilmesi ile gerçekleşmektedir.<sup>20</sup> 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce, olağan kanun yolları, temyiz, itiraz, karar düzeltme iken, adı geçen değişiklikle itiraz ve karar düzeltme kanun yolları kaldırılarak istinaf kanun yolu getirilmiştir.

Olağanüstü kanun yolu, kesinleşmiş hükümlere karşı tanınmış kanun yoludur. Kanun yolu incelemesinden geçme veya kanun yoluna süresi içinde başvurmama suretiyle kesinleşmiş kararlara karşı yapılacak başvurular olağanüstü kanun yolunu oluşturmakta, hukukumuzda yargılamanın yenilenmesi bu kategoride değerlendirilmektedir. 6545 sayılı Kanun ile istinaf kanun yolunun getirilmesi ve karar düzeltme yolunun kaldırılmasının zorunlu sonucu olarak “Yargılamanın yenilenmesi” başlıklı 53. maddede de uyum değişikliği yapılmıştır.

6545 sayılı Kanun değişikliğinden sonra idari yargılama hukukunda, kanun yolu incelemesinde beş farklı yol görülmektedir. Genel bir çerçeve çizecek olursak:

- İdare ve vergi mahkemesince verilen bir kısım nihai kararlar kesin olup aleyhlerine hiçbir kanun yoluna başvurulamaz.
- İdare mahkemesince ivedi yargılama ile merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usûlü ile ele alınan davalarda verilen nihai kararlar aleyhine temyiz yoluna başvurulabilir.
- İdare ve vergi mahkemesinin yukarıdaki iki kategori dışındaki nihai kararları aleyhine istinaf yoluna gidilebilirken, istinaf mercii tarafından verilen bir kısım nihai kararlar kesin olup aleyhine temyiz yoluna başvurulamaz.
- İstinaf mercii tarafından Kanun’da belirtilen uyuşmazlıklarda verilen nihai kararlar aleyhine temyiz yoluna başvurulabilir.
- İlk derece mahkemesi olarak Danıştay’ın baktığı davalardaki nihai kararlar aleyhine temyiz yoluna başvurulabilir.

Buna göre, istinaf mahkemelerinin faaliyete başlaması ile birlikte idari yargılama usûlünün hem tek dereceli, hem iki dereceli, hem de üç dereceli yargılama yapan karma ve kendine özgü bir yargılama usûlü haline getirildiği söylenebilir.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Tan, s. 1104.

<sup>21</sup> Avcı, 2015, s. 66.

## B. İSTİNAF

### 1. KAVRAM

Burun, ön, uç anlamlarına gelen Arapça kökenli enf kökünden türeyen<sup>22</sup> istinaf, kelime olarak, bir işe yeniden başlama<sup>23</sup>, sözün başlangıcı<sup>24</sup> anlamlarına gelmektedir. Teknik anlamda ise istinaf, ilk derece mahkemelerince verilen nihai kararlara karşı hem maddi hem hukuki yönden inceleme yapılmasını sağlayan kanun yoludur.<sup>25</sup> İstinafın tam istinaf(klasik anlamda) ve sınırlı istinaf(dar anlamda) olmak üzere başlıca iki uygulama şekli bulunmaktadır. Tam istinafta, ilk derece mahkemesinde yapılan yargılamadan tamamen bağımsız olarak, yeni ortaya çıkan değişiklikler ve bir sınırlamaya tabi olmaksızın ileri sürülebilen yeni delil ve olaylar da göz önünde tutularak yeniden karar verilir.<sup>26</sup> Sınırlı istinafta ise, ilk derece mahkemesinin incelediği ve değerlendirdiği vakıalar, istinaf mahkemesi tarafından gereken hususlarda yeniden incelenerek uyuşmazlık hakkında karar verilir. Bugün için genel eğilimin, sınırlı istinaftan yana olduğu söylenebilir.<sup>27</sup>

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre istinaf, adil yargılanma hakkının korunması için mutlak surette gerekli değildir, ancak adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesine katkı sağlamaktadır.<sup>28</sup> Nitekim kanun yolu yargılamasını öngörmeyen A.İ.H.S., hukuki düzenin kontrol imkânı getirmesi halinde kanun yolu yargılamasının adil yargılanma hakkının esaslarına uygun olarak yapılmasını beklemekte<sup>29</sup>, bir sistem istinaf mahkemesini de bünyesinde barındırıyorsa oradaki yargılamanın barındırmayan ülkeye göre bir müddet daha uzun olmasına A.İ.H.M. uygulamasında hoşgörüle bakılmaktadır.<sup>30</sup>

<sup>22</sup> Erdem, Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Yolu Olarak İstinaf, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 19; Saygın, Engin, "İdari Yargıda İstinaf Mahkemesi Tartışmaları Üzerine Bir Analiz", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXIX, Sayı: 1 – 2, İstanbul 2011, s. 636.

<sup>23</sup> Avcı, Mustafa, "İdari Yargıda İstinaf", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 96, Ankara 2011, s. 181; Çınar, Ali Rıza, "İstinaf", Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:2, Sayı:8, Ankara 2010, s. 14; Taneri, Gökhan, İstinaf Mahkemeleri, Bilge Yayınevi, Ankara 2014, s. 17.

<sup>24</sup> Taneri, s. 17.

<sup>25</sup> Çınar, s. 14.

<sup>26</sup> Taneri, s. 35-36.

<sup>27</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, Medeni Usûl Hukuku, Yetkin Yayınları, 22. Bası, Ankara 2011, s. 605; Saygın, s. 637.

<sup>28</sup> Taneri, s. 87.

<sup>29</sup> Yıldırım, M. Kamil, "Kanun Yolu Olarak İstinaf", Türkiye Barolar Birliği – İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantısı, Ankara 2003, s. 73.

<sup>30</sup> Yıldırım, M. K., a.g.e., s. 74.

Türk hukukuna istinaf, 19. yüzyıldaki batılılaşma hareketlerinin sonucunda “nizamiye mahkemeleri” ile girmiştir.<sup>31</sup> Ancak, 24/04/1924 tarih ve 469 sayılı Mehakimi Şer’iye’nin İlgasına ve Mehakim Teşkilatına Ait Ahkam-ı Muaddil Kanun ile, şeriye mahkemeleri ile birlikte istinaf mahkemeleri de kaldırılmıştır. 1924 yılında kendilerinden beklenen faydayı veremedikleri için kaldırılan<sup>32</sup> istinaf mahkemeleri, 26/09/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanun ile adli yargı sistemine, 18/06/2014 tarihli ve 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile de idari yargı sistemine girmiştir.

6545 sayılı Kanun’dan önceki sistemde, idari yargı ilk derece mahkemele-rince verilen nihai kararların bir kısmı bölge idare mahkemeleri tarafından, di-ğerk kısmı ise Danıştay tarafından denetlenmekteydi. 2577 sayılı Kanun’un 45. maddesinde itiraz üzerine bölge idare mahkemelerinde kesinleşecek davalar sayılmakta, bunlar dışındaki tüm davalar temyiz üzerine Danıştay tarafından incelenmekte, bu uygulama sebebiyle idare ve vergi mahkemelerinin nihai karara bağladığı dosya toplamının yaklaşık yüzde yetmişi Danıştay’da, yüzde otuzu<sup>33</sup> ise bölge idare mahkemelerinde denetlenmekte, anılan iş yükü sebe-biyle Danıştay’a gelen dosyaların kesinleşme süreci uzamaktaydı.

Türk idari yargı sistemine istinaf kanun yolunun getirilmesi konusu uzun zaman boyunca tartışılmış, istinaf lehinde ve aleyhinde pek çok görüş belirtilmiştir. İstinaf aleyhine olan başlıca görüşler, bu kanun yolunun bir tür temyiz olduğu ve kararın adeta hem bölge idare mahkemesinde hem de Danıştay’da aynı şekilde iki defa inceleneceği, yargılamanın uzayacağı ve adalete erişimin daha pahalı olacağı<sup>34</sup>, istinafın tarihi gelişimine atf yapılarak yerel mahkeme-leri zayıflatmak için araç olarak kullanıldığı, merkezileşme tamamlandıktan sonra merkezin temsiline hizmet ettiği, hukuki değil siyasi amaçlarla kurul-duğu, yargılama işlerine bir çeşit müdahale ve itimatsızlığın ifadesi olduğu<sup>35</sup> noktalarında toplanırken; istinaf lehine olan görüşler ise, bir kararın iki ayrı üst yargı organınca denetlenmesi daha güvenli ve daha etkin bir hukuki koru-ma sağlayacağından istinafın hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğu<sup>36</sup>, istinaf

---

<sup>31</sup> Çınar, s. 14.

<sup>32</sup> Saygın, s. 639.

<sup>33</sup> 6545 sayılı Kanun genel gerekçe (<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0918.pdf> - Erişim Tarihi: 11/04/2016).

<sup>34</sup> Sancakdar, Oğuz, “İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Aydın Zevkli-ler’e Armağan, Özel Sayı, Cilt 3, İzmir 2013, s. 2245.

<sup>35</sup> Erem, Faruk, “İstinaf Mahkemeleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:VII, Sayı:12, Ankara 1950, s. 11.

<sup>36</sup> Sancakdar, s. 2247 – 2248.

mahkemesinin varlığının Danıştay'ın içtihat mahkemesi olma vasfına hizmet edeceği<sup>37</sup> noktalarına dikkat çekmektedir.

Tüm bu tartışmalar sonucunda 6545 sayılı Kanun ile bölge idare mahkemeleri istinaf mercii olarak yapılandırılmış, 2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinde yapılan değişiklikle, istinaf mahkemesince karara bağlanacak konulardan hangilerinin temyiz yolu ile Danıştay'a gideceği belirtilmiş, bu maddede tahdidi olarak sayılan konular dışındaki davaların istinaf incelemesi neticesinde kesileceği öngörülmüş, böylece Danıştay'ın temyizen karara bağladığı iş yükünün yaklaşık yüzde seksen oranında azaltılarak Danıştay'ın içtihat mahkemesi rolünün güçlendirilmesi amaçlanmıştır.<sup>38</sup>

İstinafın dahil olduğu yeni sisteme geçiş sürecine ilişkin olarak 2576 sayılı Kanun'a eklenen geçici 20. maddede, mevcut bölge idare mahkemelerinin, yeni kurulacak bölge idare mahkemelerinin göreve başlayacakları tarihe kadar faaliyetlerine devam edeceği, yeni bölge idare mahkemelerinin tüm yurttaki göreve başlayacakları tarihin Resmi Gazete'de ilan edileceği, Adalet Bakanlığı'nın 6545 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde yeni bölge idare mahkemelerini kuracağı belirtilmiştir. 2576 sayılı Kanun'un 2. ve geçici 20. maddesi uyarınca da, Adalet Bakanlığı tarafından "Bölge İdare Mahkemelerinin Kurulmasına ve Yargı Çevrelerinin Belirlenmesine İlişkin Karar" ile "Bölge Adliye Mahkemeleri ve Bölge İdare Mahkemelerinin Tüm Yurtta Göreve Başlayacakları Tarihe İlişkin Karar", 07/11/2015 tarih ve 29525 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış, bu kararlarla bölgelerin coğrafi durumları ve iş hacmi göz önünde bulundurularak kurulan ve yargı çevreleri belirlenen İstanbul, Bursa<sup>39</sup>, İzmir, Ankara, Konya, Samsun, Erzurum ve Gaziantep Bölge İdare Mahkemelerinin 20/07/2016 tarihinde tüm yurttaki göreve başlayacakları ilan edilmiştir.

<sup>37</sup> Saygın, s. 645; İstinaf sistemi hakkındaki diğer görüşler ve daha fazla bilgi için bkz. Saygın, s. 641 – 647.

<sup>38</sup> 6545 sayılı Kanun genel gerekçe (<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0918.pdf> - Erişim Tarihi: 11/04/2016).

<sup>39</sup> 01/03/2016 tarih ve 29640 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Genel Kurulu'nun 29/02/2016 tarih ve 54 sayılı kararıyla, Adalet Bakanlığı tarafından 26/09/2014 tarihinde sekiz mahalde kurulan bölge idare mahkemelerinin, "ilk etapta yedi merkezde faaliyete geçirilerek, her bir bölge idare için daire sayısının artırılması suretiyle Danıştay'daki ihtisaslaşmaya benzer bir şekilde ihtisas daireleri oluşturularak uygulama birliğinin temin edilebileceği ve bu şekilde içtihat farklılıklarının azaltılarak ihtisaslaşmada etkinlik ve verimliliğin sağlanabileceği gerekçesiyle bazı yer bölge idare mahkemelerinin yargı alanlarının yeniden belirlenmesinin uygun olacağı" sonucuna varılmış, Bursa Bölge İdare Mahkemesinin yargı çevresi Ankara, İstanbul ve İzmir Bölge İdare Mahkemelerinin yargı çevrelerine dahil edilmiş.



## 2. ALEYHİNE İSTİNAF YOLUNA BAŞVURULABİLEN KARARLAR

Kanunkoyucu, 2577 sayılı Kanun'un 45. maddesinde, idare ve vergi mahkemelerinin aleyhine istinaf yoluna gidilemeyecek kararlarını saymış, bunlar dışında kalan nihai kararların, başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi, istinaf yoluyla mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesi tarafından inceleneceğini hüküm altına almıştır. O halde, "...konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup, bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz" hükmü uyarınca; *konusu beşbin Türk lirasını geçen, vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları sonucunda verilen nihai kararlar, istinaf yoluyla bölge idare mahkemelerince incelenebilecektir.*

### a. İstinaf Sebepleri ve Süresi

Kanunda istinaf sebeplerini ayrıca gösteren bir hüküm bulunmamakla birlikte istinafın, temyizın şekil ve usûlüne tâbi olduğuna ilişkin düzenleme (m. 45/2) doğrultusunda, istinaf sebepleri temyiz sebepleriyle (m. 49/2) paralellik göstermektedir.<sup>40</sup> O halde istinaf sebepleri şunlardır: Görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması, hukuka aykırı karar verilmesi, usûl hükümlerinin uygulanmasında kararı etkileyebilecek nitelikte hata veya eksikliklerin bulunması.<sup>41</sup>

Ayrıca, istinaf yoluna başvuru süresi otuz gün (m. 45/1) olup, nihai kararın taraflardan her birine tebliğiyle işlemeye başlar.

### b. İstinaf Dilekçesi ve İstinaf Dilekçesine Cevap

İstinafın, temyizın şekil ve usûlüne tabi olduğuna ilişkin düzenleme uyarınca, istinaf dilekçesinin hazırlanması, verilmesi, istinaf dilekçesine cevap verilmesi noktalarında da iki kanun yolu paralellik göstermektedir. Buna göre istinaf talepleri, kararı veren mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesi başkanlığına yazılmış dilekçeler ile yapılır. Bu yola başvurmak isteyen kişi, istinaf yolunda incelenmesi gereken bir uyumsuzluk için yanlış bir makamı belirterek talepte bulunsa dahi, talep konusu dosya,

<sup>40</sup> Avcı, 2011, s. 195.

<sup>41</sup> Türk medeni yargılama hukuku ile Avusturya ve Alman hukukundaki istinaf sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldırım, M. Kamil, "İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesinde Hatalı Vakıa Tespiti", Türkiye Barolar Birliği – Medeni Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-VI – Medeni Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir 2007, s. 99 – 114.

dilekçedeki hitap ve istekle bağlı kalınmaksızın istinaf mercii olan bölge idare mahkemesine gönderilir.

İstinaf dilekçeleri, 3. madde esaslarına göre düzenlenir, kararı veren mahkemeye gönderilmek üzere 4. maddede belirtilen mercilere verilir ve kararı veren mahkeme tarafından karşı tarafa tebliğ edilir. Karşı taraf, tebliğ tarihini izleyen otuz gün içinde istinaf dilekçesine cevap verebilir ve karar aleyhine süresi içinde istinaf yoluna başvurmamış olsa dahi cevap dilekçesinde istinaf talebinde bulunabilir.

Burada da uygulama alanı bulunan 48. madde uyarınca, istinaf dilekçelerinin 3. madde esaslarına uygun şekilde düzenlenmemesi halinde, eksikliklerin onbeş gün içinde tamamlanması, aksi halde istinaf talebinde bulunulmamış sayılmasına karar verileceği; gerekli harç ve giderlerin tamamının ödenmemiş olması halinde yedi gün içinde tamamlanması, aksi halde kararın istinafından vazgeçilmiş sayılmasına karar verileceği hususları bildirilir. İstinaf talebinin kanuni süre geçtikten sonra yapılması ve kesin bir karar hakkında olması hallerinde, istinaf talebinin reddine karar verilir; ilgili merciin bu kararlarına karşı, tebliğ tarihini izleyen günden itibaren yedi gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir.

### **c. İstinaf Yoluna Başvurmanın İcraya Etkisi**

2577 sayılı Kanun'un "Temyiz ve istinaf istemlerinde yürütmenin durdurulması" başlıklı 52. maddenin 1. fıkrasında, ilk derece mahkemesinin kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulmasının, kararın icrasını kendiliğinden durdurmayaacağı, ancak bu kararların yürütülmesinin durdurulmasına istinaf başvurusunu incelemeye yetkili bölge idare mahkemesince karar verilebileceği, davanın reddine ilişkin karar aleyhine istinaf yoluna başvurulması halinde, dava konusu işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için 27. maddedeki koşulların varlığının aranacağı düzenlenmiştir.<sup>42</sup> Öte yandan iptal davalarında teminat istenmeyebileceği, idareden ve adli yardımdan yararlananlardan teminat alınmayacağı, kararın bozulmasının yürütmesini kendiliğinden durduracağı 6545 sayılı Kanun değişikliğinden sonra da varlığını korumaktadır.

### **3. ALEYHİNE İSTİNAF YOLUNA BAŞVURULAMAYAN KARARLAR**

6545 sayılı Kanun'un 2577 sayılı Kanun'un 45. maddesinde değişiklik ön-

<sup>42</sup> Fransız uygulamasında istinaf aşamasında yürütmenin durdurulması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Akbaba, s. 448 – 449; Baş, s. 99.

gören 11. maddesinin gerekçesinde, idare ve vergi mahkemeleri tarafından verilmiş kesin kararlara, “asker ailelerine yardımla ilgili işlemlere karşı açılan davalarda verilen kararlar, kamu görevlilerinin lojman ve izin işlemlerine karşı açılan davalarla ilgili verilen kararlar gibi” diyerek örnekler verilmiştir. Gerekçede yer alan bu uyuşmazlıkların 6545 sayılı Kanun’dan önce itiraz kanun yoluna tabi davalardan olmasına rağmen, örnekseme yoluna gidilmesi, kanun metninde ise dava konusu bakımından değil meblağ bakımından bir sınırın getirilmesi yeni sistemde aleyhine istinaf yolunun çalıştırılmayacağı uyuşmazlıkların tahdidi olarak sayılmadığını göstermektedir.

O halde, konusu beşbin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve *konusu belli bir parayı içeren* idari işlemlere karşı açılan iptal davalarında verilen hükümler aleyhine hiçbir kanun yolu öngörülmemiştir. Gerekçe metninden hareketle, konusu belli bir parayı içeren idari işlemlere örnek olarak ise, 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu gereğince kamu kurum ve kuruluşları tarafından sosyal yardım amacıyla bağlanan aylık ve yapılan sosyal yardımlarla ilgili uygulamalara dayanan işlemler, 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun uyarınca kurum veya mülki idari amir tarafından kesilen idari para cezaları, 3194 sayılı İmar Kanunu uyarınca ilgili idare encümeni tarafından imar mevzuatına aykırılık teşkil eden fiil veya haller nedeniyle kesilen imar para cezaları gösterilebilir.

İdare ve vergi mahkemeleri tarafından ivedi yargılama ile merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usûlüne göre sonuçlandırılarak verilen nihai kararlar, kanun gereği aleyhlerine doğrudan temyiz yoluna gidilebilen kararlar olup yukarıdaki idare ve vergi mahkemelerinin kesin kararlarının arasında sayılması mümkün değildir.

#### **4. İSTİNAF MAHKEMESİNDE İNCELEME**

##### **a. Ön İnceleme**

İstinaf başvurusunun yapılması üzerine, bölge idare mahkemesinin ilgili dairesince dosya üzerinden bir ön inceleme yapılır. Aynıısı ilk derece mahkemesi tarafından da yapılmış olan bu incelemede; gerekli harç ve giderlerin tamamının ödenip ödenmediği, dilekçenin 3. madde esaslarına uygun şekilde düzenlenip düzenlenmediği, istinaf talebinin kanuni süresi içinde yapılıp yapılmadığı ve istinafa konu edilmiş kararın kesin bir karar olup olmadığı noktalarına dikkat edilir. Sayılan noktalarda sorun olduğu sonucuna varılırsa istinaf

mahkemesinin, ilk derece mahkemesinin izleyeceği yolu takip ederek vereceği kararlar, kesin niteliktedir (2577 sayılı Kanun m. 45/2 atfıyla m. 48/7).

### **b. İstinaf Mahkemesi Kararı ve İncelemenin Kapsamı**

İstinafla birlikte gelen yeni sistemde, üst yargı yerince verilen kararın içerik ve etkisi hususunda bir değişiklik bulunmamakta, değişiklik, istinaf incelemesi üzerine verilecek kararlar ile istinaf ya da temyize konu olan kararın bozulması halinde, istinaf ya da temyiz merciinin yetkilerinin kapsamı açısından ortaya çıkmaktadır.<sup>43</sup>

2577 sayılı Kanun'un 20. maddesinin 5. fıkrasına göre, öncelikli işler göz önünde bulundurulmak suretiyle dosyaların geliş tarihine ve tekemmül ettiği sıraya göre incelenerek en geç altı ay içinde sonuçlandırılan istinaf başvurusu neticesinde;

- İlk derece mahkemesi kararının hukuka uygunluğunun tespiti halinde, yeniden yargılama yapılmaksızın istinaf başvurusunun reddine karar verilir. Kararda düzeltilebilir maddi yanlışlıklar söz konusuysa, gerekli düzeltme yapılarak başvuru reddedilir (m. 45/3).
- İlk derece mahkemesi kararının hukuka aykırılığının tespiti halinde ise, istinaf başvurusu kabul edilerek ilk derece mahkemesi kararı kaldırılır ve işin esası hakkında yeniden bir karar verilir. Ancak, ilk inceleme üzerine verilen bir karara karşı istinaf yoluna gidilmesi, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması durumları söz konusu olduğunda, istinaf mercii, başvuruyu haklı bulursa ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verecek, istinafa konu uyuşmazlık ile ilgili yeniden yargılama yapmayarak dosyayı ilgili mahkemeye gönderecektir (m. 45/4, 5).

Bölge idare mahkemesinin, ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmayarak kaldırdıktan sonra, işin esası hakkında yeniden yargılama yaptığı durumlarda, esas incelemenin kapsamı önem arz etmektedir.

6545 sayılı Kanun'dan önce sadece Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinin bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapacağı belirtilen 2577 sayılı Kanun'un 20. maddesinin 1. fıkrasına, 6545 sayılı Kanun ile bölge idare mahkemelerini de ekleyen kanunkoyucu, *re'sen araştırma ilkesinin* istinaf aşamasında da uygulanacağına işaret etmektedir.

Tarihsel gelişim süreci içinde, klasik anlamda istinafın yerini dar anlam-

<sup>43</sup> Avcı, 2011, s. 195.

da istinafa bırakmasıyla birlikte, delillerle yüz yüzelik, maddi olayları tekrar araştırma, keşif, bilirkişi incelemesi, ilk yargılamayı yapan organın yerine geçerek karar verme gibi yetkiler istinaf organına tanınmıştır.<sup>44</sup> Hukukumuzda dar anlamda istinafın benimsendiği<sup>45</sup> dikkate alındığında, istinaf mahkemele-  
rinin, uyumsuzluğu ilk kez ele alan mahkemeler kadar yetkili oldukları<sup>46</sup> ve yargı yetkisinin sınırlarını belirleyen Danıştay kararları çerçevesinde dava konusu edilen idari işlemleri somutlaşmış belgelerle irdeleyeceği<sup>47</sup> sonucu ortaya çık-  
maktadır. Nitekim istinaf kavramının Özay tarafından yapılan tanımında da, ikinci bir yargıcın herhangi bir şarta bağlı olmadan birincisinin yerine geçerek aynı davayı bütün boyutlarıyla yeniden incelemesi ve kararı “teyit” ya da “re-  
forme” etmesi<sup>48</sup> üzerinde durulmuştur.

İstinafta yeni vakia getirilip getirilemeyeceği sorunu, ilk derece yargılamasında teksif ilkesinin varlığı veya hâkimin maddi anlamda sevk yetkisi ile donatılmış olup olmaması ile doğrudan ilgilidir.<sup>49</sup> Teksif ilkesi, tarafların iddia ve savunma nedenlerini belli bir usûl kesitine kadar ileri sürebileceği ve bu usûl kesitinden sonra ileri sürülen dava malzemelerinin mahkemece kabul edilmeyeceğini ifade eden usûl hukuku ilkesidir.<sup>50</sup> 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun “Taraflarca getirilme ilkesi” başlıklı 25. maddesinde de belirtildiği üzere, medeni yargılama hukukunda, hâkimin, kendiliğinden delil toplayamayacağı kuralı mevcuttur. Buradan hareketle medeni yargılama hukuku uygulamasındaki sınırlı istinafta, istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin tespitleriyle bağlı tutulmakta, kararını ilk derece mahkemesince toplanan dava malzemesine dayandırmakta ve dolayısıyla istinaf aşamasında yeni vakiaların getirilmesi

<sup>44</sup> Baş, Zuhâl Bereket, “İdari Yargılama Usûlü Hukuku Açısından İstinaf ve Kabulü Sorunu”, *Danıştay Dergisi*, Cilt:27, Sayı: 11, Ankara 1996, s. 94.

<sup>45</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 605; Saygın, s. 637; Yıldırım, Nevhis Deren, “Teksif İlkesi Açısından İstinaf”, *Türkiye Barolar Birliği – İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantısı*, Ankara 2003, s. 96.

<sup>46</sup> Dönemin Adalet Bakanı Bekir Bozdağ’ın 6545 sayılı Kanun’un görüşüldüğü meclis toplantı tutanaklarına yansıyan “İstinafta yargılama konusu ilk derece mahkemesinin kararı değil, aksine ilk derece mahkemesinde çözümlenen uyumsuzluğun bizatihi kendisidir. Bu sebeple istinaf mahkemeleri uyumsuzluğu ilk kez ele alan mahkemeler kadar yetkili olduklarından doktrinde ikinci birinci derece mahkemeleri olarak da değerlendirilmektedir.” ifadesi için bkz. (<http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/yil4/ham/b10001h.htm> - Erişim Tarihi: 08/07/2014).

<sup>47</sup> Danıştay 8. Dairesi, 11/01/2001 tarihi ve E: 2000/3916, K: 2001/22 sayılı kararı (Aktaran; Atay, E. Ethem, “İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu*, Danıştay Yayınları, Ankara 2007, s. 51).

<sup>48</sup> Özay, İl Han, *Gün Işığında Yönetim*, İstanbul 1996, s. 649 (Aktaran; Baş, s. 94).

<sup>49</sup> Yıldırım, M. K., 2007, s.114; Yıldırım, N. D., s. 95.

<sup>50</sup> Sarısözen, Serhat, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Yeni Düzenlemeleri”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt:85, Sayı:6, İstanbul 2011, s. 57.

yaşığı söz konusu olmaktadır.<sup>51</sup> İdari yargılama hukukuna bakıldığında ise, bu alanda esas olan re'sen araştırma ilkesi, dava malzemesinin hazırlanmasında taraflarla birlikte hâkimin de görevli olması<sup>52</sup> olarak adlandırılmakta, davanın taraflarının savunduğu iddia ve savunmalar, idari yargı hâkiminin gerçeği bulma ödevine yardımcı eylemler<sup>53</sup> olarak değerlendirilmektedir. 2577 sayılı Kanun'un "Sonradan ibraz olunan belgeler" başlıklı 21. maddesinde, dilekçeler ve savunmalarla birlikte ibraz edilmeyen belgelerin, vaktinde ibraz edilmelerine imkân bulunmadığına kanaat getirilirse dikkate alınacağı düzenlenmiş ise de, idari yargı hâkiminin, temelinde kamu yararı ve kamu düzeninin yattığı bir re'sen araştırma yetkisi bulunmaktadır.<sup>54</sup> İdari yargı hâkiminin bu re'sen araştırma yetkisi ile yetkilendirilmiş olmasının, bir başka ifadeyle medeni yargılama hukukundaki taraflarca getirilme ilkesinin idari yargılama hukukuna uygun olmamasının nedenlerinden ilki idari yargının ortak bir çıkar olarak idarenin tüm eylem ve işlemlerinde hukuka bağlılığını sağlamayı amaç edinmesi, ikincisi ise davaya ilişkin vakia ve delillerin çoğunlukla idarenin elinde toplanması, bireyin vakia ve delillere ulaşmak için idari yargı mekanizmasına ihtiyaç duymasındır<sup>55</sup>. Nitekim Danıştay'ın çeşitli kararlarında re'sen araştırma yetkisinin kapsamı belirtilirken, idari yargı yerlerinin, uyumsuzluk konusu olayın hukuki nitelendirmesini yapacağı<sup>56</sup>, olaya uygulanması gereken hukuk kuralını belirleyeceği, iddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını araştırabileceği<sup>57</sup>, tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırmaya yönelebileceği<sup>58</sup> hususlarına işaret edilmekte, hatta 2577 sayılı Kanun'un 20. maddesinin 1. fıkrasının yorumundan anlaşılan

<sup>51</sup> Yıldırım, N. D., s. 96.

<sup>52</sup> Oğurlu, Yücel, "Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usûlünde Re'sen Araştırma İlkesi", Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 75'inci Yıl Armağanı, Cilt:II, Sayı:2, Erzincan 1998, s. 122.

<sup>53</sup> Uler, Yıldırım, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara 1970, s. 253 (Aktaran: Yavuzdoğan, Seçkin, İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 31. Maddesi Çerçevesinde Medeni Yargılama Hukuku-İdari Yargılama Hukuku İlişkisi, (Danışman: Prof. Dr. İl Han Özay), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2007, s. 11 - <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> – Erişim Tarihi: 02/06/2016).

<sup>54</sup> Oğurlu, s. 122.

<sup>55</sup> Yavuzdoğan, s. 11.

<sup>56</sup> Danıştay 3. Dairesi, 12/12/1990 tarihli ve E: 1990/2929, K: 1990/3417 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>57</sup> Danıştay 3. Dairesi, 12/12/1990 tarihli ve E: 1990/2929, K: 1990/3417 sayılı kararı; Danıştay 3. Dairesi, 21/11/1990 tarihli ve E: 1990/2057, K: 1990/3199 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>58</sup> Danıştay 3. Dairesi, 21/11/1990 tarihli ve E: 1990/2057, K: 1990/3199 sayılı kararı; Danıştay 3. Dairesi, 25/12/1990 tarih ve E: 1989/3460, K: 1990/3569 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

bu re'sen araştırma yapabilmenin sadece hâkime verilmiş bir yetki olmadığı, aynı zamanda hâkim tarafından yerine getirilmesi zorunlu bir görev de olduğu<sup>59</sup> noktasına vurgu yapılmaktadır. Dolayısıyla, Türk medeni yargılama hukukunda esas olan sert teksif ilkesinin<sup>60</sup>, idari yargılama hukukunda uygulama alanının bulunmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Bu durumda, ilk derece mahkemesi tarafından başvurulabilen delillere (resmi senet, sicil, makbuz, bilirkişi, keşif, ikrar gibi)<sup>61</sup> istinaf mercii tarafından da başvurulabilecek, taraflar bu doğrultuda yeni olgu ve delil ileri sürebilecektir<sup>62</sup>. Ayrıca istinaf mercii, lüzum gördüğü evrakın gönderilmesini ilgili yerlerden isteyebilecek, ihtiyaç duyulması hâlinde kararı veren mahkeme veya başka bir yer idare ya da vergi mahkemesi istinabe olunabilecektir<sup>63</sup> (m. 45/3, 4).

Duruşmalara ilişkin esaslara bakıldığında, herhangi bir değişiklik yapılmadığı görülmektedir. O halde, istinaf kanun yolunda duruşma yapılmasının zorunlu olduğu bir hal bulunmamakla birlikte, istinaf mercii, tarafların istemde bulunması veya gördüğü lüzum üzerine kendiliğinden duruşma yapılmasına karar verebilecektir.

## 5. İSTİNAF MAHKEMESİNDE YAPILAMAYACAK İŞLER

Kanunkoyucu, 2577 sayılı Kanun'un aşağıdaki iki hükmünde herhangi bir değişiklik yapmayarak iradesini bu işlerin bölge idare mahkemeleri tarafından yapılamayacağı yönünde açıklamıştır.

“Dosyaların incelenmesi” başlıklı 20. maddenin 6. fıkrasında, idare ve vergi mahkemelerinde heyet halinde görülen davalarda, ilgili yerlerden bilgi ve belge istenmesi ve ek süre verilmesine ilişkin ara kararların mahkeme başkanı veya dosyanın havale edildiği üye tarafından da verilebileceği düzenlemesi bulunmakta, hükümde bölge idare mahkemelerinden söz edilmemesi, heyet halinde görülen istinaf incelemelerinde, bahsedilen ara kararların da heyet tarafından alınması sonucunu doğurmaktadır.

<sup>59</sup> Danıştay 4. Dairesi, 04/06/1984 tarih ve E: 1984/1458, K: 1984/2373 sayılı kararı (Aktaran: Yavuzdoğan, s. 11).

<sup>60</sup> Yıldırım, N. D., s. 98; Yıldırım, M. Kamil, “Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usûl-leri Hakkında Düşünceler”, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 477.

<sup>61</sup> Tan, s. 1085.

<sup>62</sup> Avcı, 2011, s. 196; Baş, s. 95; Fransa uygulamasında istinaf aşamasında yeni delil ve olguların ileri sürülmesi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Baş, s. 97 – 99.

<sup>63</sup> 2577 sayılı Kanun'da düzenlenmeyen ve 6100 sayılı Kanun'un uygulanacağına da yer verilmeyen usûl müesseseleri hakkında 6100 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı ile ilgili bilgi için bkz. Avcı, 2015, s. 62 – 63, d.n. 46 – 50.

“İdari davalarda delillerin tespiti” başlıklı 58. maddenin 1. fıkrasında, tarafların idari dava açtıktan sonra bu davalara ilişkin delillerin tespitini ancak davaya bakan Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinden isteyebileceği düzenlemesi karşısında, istinaf merciilerince delillerin tespitinin yapılması mümkün görülmemektedir. Delil tespitinin, ileride açılacak veya açılmış olan bir dava ile ilgili delillerin zamanından önce toplanıp emniyet altına alınması amacına hizmet etmesi<sup>64</sup>, doğası gereği davanın en başında başvuru olan iş olması ve istinaf incelemesinin idare ve vergi mahkemelerinde yapılan yargılamadan sonraki bir aşama olması göz önüne alındığında delil tespitinin bölge idare mahkemeleri tarafından yapılamaması bir eksiklik olarak nitelenemeyecektir.

## 6. İÇTİHAT FARKLILIKLARININ GİDERİLMESİ

Bir yargı düzeni içindeki yargı yerlerinin kararları ve uygulamaları açısından birliği sağlama görevi, o yargı düzeninin tepesinde yer alan yüksek mahkemeye aittir.<sup>65</sup> İçtihatların birleştirilmesi kurumu, içtihat farklılığını gidermek ve hukuk güvenliğini sağlamak<sup>66</sup> amaçlarına hizmet eder ve bu doğrultuda gerekli incelemeler Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu tarafından yapılır.

Kural olarak, bölge idare mahkemelerinin daireleri de dahil olmak üzere mahkemelerin verdikleri kararlara diğer mahkemelerin uyma zorunluluğu bulunmamakta<sup>67</sup>, ancak 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 40. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, tüm idari yargı yerlerinin İçtihadı Birleştirme Kurulu kararlarına uyma zorunluluğu bulunmaktadır. Hal böyle olunca, benzer olaylarda aynı veya farklı bölge idare mahkemelerinin dairelerince verilen kesin nitelikli kararlar arasındaki bu kaçınılmaz aykırılıkların giderilmesi için, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun’da düzenlemeler yapılmıştır.

2575 sayılı Kanun’un 40. maddesinde, içtihatların birleştirilmesini istemeye yetkili olanlar arasında, Danıştay Başkanı, konu ile ilgili daireler, idari ve vergi dava daireleri kurulları veya Başsavcı ile aykırı kararlarla ilgili kişiler sayılmışken; 6545 sayılı Kanun ile 2576 sayılı Kanun’a eklenen “Bölge idare mahkemesi başkanlar kurulu” başlıklı 3/C maddesinde ise, istinaf incelemesi aşamasındaki içtihat farklılıklarının giderilmesi için, ilgili bölge idare mahke-

<sup>64</sup> Aslan, Leyla Akyol, Medeni Usûl Hukukunda Delil Tespiti, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 27.

<sup>65</sup> Tan, s. 86.

<sup>66</sup> Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Kitabevi, 13. Bası, 2009 Ankara, s. 79.

<sup>67</sup> Avcı, 2015, s. 40.



mesi dairelerinin ya da istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların aykırılığın giderilmesini isteyebileceği belirtilmiştir.

2576 sayılı Kanun'un "Bölge idare mahkemesi başkanının görevleri" başlıklı 3/B maddesinin 1. fıkrasının (g) bendinde, dairelerin benzer olaylarda kesin olarak verdikleri kararlar arasındaki uyuşmazlığın giderilmesi için başkanlar kuruluna başvurmak, bölge idare mahkemesi başkanının görevi olarak sayılmıştır. Buna göre, anılan Kanun'un 3/C maddesinin 4. fıkrasının (c) bendi de dikkate alındığında, "Benzer olaylarda, bölge idare mahkemesi dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında veya farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık bulunması hâlinde", re'sen veya içtihat farklılıklarının giderilmesini istemeye yetkili olanların başvurusu üzerine bölge idare mahkemesi başkanı, kendisi ile birlikte daire başkanlarından oluşan başkanlar kuruluna başvuracak; başkanlar kurulu tarafından, istem uygun bulunursa kurulun görüşü de eklenerek, ilgili talep Danıştay Başkanlığı'na iletilecektir.

6545 sayılı Kanun değişikliklerinde değinilmeyen nokta, içtihat farklılıklarının giderilmesi için Danıştay'a yapılacak başvurudan sonra sürecin nasıl işleyeceği. Nitekim, 2575 sayılı Kanun'un "İçtihadları birleştirme kurulunun görevleri" başlıklı 39. maddesinde<sup>68</sup>, istinaf incelemesine hiç değinilmemiş, madde metni bu anlamda 6545 sayılı Kanun değişikliklerinin dışında bırakılmıştır.

Aynı veya farklı bölge idare mahkemesi dairelerinin içtihatları arasında oluşacak farklılıkları gidermek, şüphesiz ki, mevzuatın uygulanmasında yurt çapında birliği ve hukuk güvenliğini sağlamaya hizmet edecektir. İçtihatları birleştirme kurumunun amacından hareketle, benzer olaylarda istinaf mercilerinin kesin nitelikli kararları arasında bir aykırılık söz konusu olduğunda incelemenin Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu tarafından yapılması gerekse de yukarıda belirtilen düzenlemeler karşısında istinaf incelemesinde oluşacak içtihat farklılıkları Danıştay ilgili dairesince giderilecektir.

Fransa'da idare mahkemelerine bakıldığında, pek çok farklı uyuşmazlığın görüldüğü Paris İdare Mahkemeleri bölümlere ayrılmakta, her bir bölüm, o

<sup>68</sup> 2575 sayılı Kanun, Madde 39:

"İçtihadları birleştirme kurulunun görevleri:

İçtihatları Birleştirme Kurulu, dava dairelerinin veya idari ve vergi dava daireleri kurullarının kendi kararları veya ayrı ayrı verdikleri kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık görüldüğü veyahut birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi gerekli görüldüğü takdirde, Danıştay Başkanının havalesi üzerine, Başsavcının düşüncesi alındıktan sonra işi inceler ve lüzumlu görürse, içtihadın birleştirilmesi veya değiştirilmesi hakkında karar verir."

bölümde uzmanlaşmış mahkemelerden oluşmakta<sup>69</sup> ve aynı bölümde görev yapan mahkemeler arasında içtihat veya yorum farklılığı ortaya çıktığında, mahkeme başkanları tarafından kendi aralarında yapılan toplantıda üst heyet halinde ortak bir sonuca ulaşılmaktadır.<sup>70</sup> İstinaf aşamasında ise, idari yargıda ilk kez karşılaşılan bir sorun ortaya çıktığında uyumsuzluğu çözümlenmekle yetkili istinaf mahkemesi, Conseil d'Etat'dan konuya ilişkin olarak görüş sormakta, diğer istinaf mahkemeleri de durumdan haberdar olduğundan aynı konuda ellerinde bulunan uyumsuzlukları karara bağlamayarak beklemekte, böylece yargısal görüş olarak bilinen bu müessese ile istinaf aşamasındaki içtihat farklılıklarının önüne geçilmektedir.<sup>71</sup> Oysa Türk idari yargı sisteminde, 6545 sayılı Kanun'un getirdiği yenilik ile, ilk derece mahkemelerinin kararlarının büyük bir kısmı, Anayasa'ya göre yüksek mahkeme konumunda olmayan birden fazla bölge idare mahkemesinde kesin hükme dönüşmekte, dolayısıyla, Danıştay'ın idari yargı düzenini temsil eden yüksek mahkeme olarak idari yargı kararlarında tutarlılığı ve içtihat birliğini sağlama işlevi zayıflamaktadır.<sup>72</sup>

### C. TEMYİZ

Temyiz kanun yolu, Danıştay dava dairelerinin nihai kararları ile bölge idare mahkemelerinin Kanun'da sayılan davalar hakkında verdikleri nihai kararlarının, başka kanunlarda aksine hüküm bulursa dahi, Danıştay tarafından incelendiği olağan kanun yoludur. O halde, kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulacak idari yargı yerleri: ilk derece yargı yeri sıfatıyla Danıştay dava daireleri, Kanun'da belirtilen uyumsuzluklarda bölge idare mahkemeleri, ivedi yargılama ile merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usûlüne tabi uyumsuzluklarda idare ve vergi mahkemeleridir.<sup>73</sup>

<sup>69</sup> Akbaba, s. 437.

<sup>70</sup> Aynı konuda, birden fazla karar çıkması gibi bir durumun Fransız idari yargı sisteminde mümkün olmadığı, aynı konuda aynı bölüm içerisinde görev yapan mahkemelerde birden fazla dava açıldığında, bu konunun öncelikle her mahkeme tarafından kendi içerisinde tartışıldığı, tartışmada ortaya çıkan görüşlerin mahkeme başkanları tarafından, başkanların kendi aralarında yaptıkları toplantıya aktarıldığı ve bu toplantı sonucunda tek bir karara varıldığı hakkında bkz. Akbaba, s. 440; Bu konu hakkında ve aynı bölümde görev yapan mahkemeler arasında karar ve içtihat birliğinin sağlanması için kararların veri tabanında arşivlenmesi ile sadece Paris İdare Mahkemelerinde uygulanan hakem hâkimlik müessesesi hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Akbaba, s. 436, 439, 440.

<sup>71</sup> Akbaba, s. 448.

<sup>72</sup> Yeşilyurt, s. 411.

<sup>73</sup> Bu kısımda temyiz sebepleri, dilekçesi ve temyiz dilekçesine cevap, temyiz yoluna başvuranın icraya etkisi hususlarına tekrara düşmemek adına yer verilmemiş, temyizde süre ile temyiz üzerine verilebilecek kararlar ele alınmıştır. İdari yargıda temyiz ve 6545 sayılı Kanun

2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinin 1. fıkrasında, istinaf mahkemeleri tarafından hangi davalarda verilecek nihai kararlar aleyhine temyiz yoluna gidilebileceği açıklığa kavuşturulmuş, tahdidi olarak sayılan bu uyuşmazlıklara ilişkin olanlar dışındaki nihai kararlar için temyiz yolu kapatılmıştır. Kanun'da belirtilen bu uyuşmazlıklar ise şunlardır:

a) Düzenleyici işlemlere karşı açılan iptal davaları,

b) Konusu yüzbin Türk Lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan davalar,

c) Belli bir meslekten, kamu görevinden veya öğrencilik statüsünden çıkarılma sonucunu doğuran işlemlere karşı açılan iptal davaları,

d) Belli bir ticari faaliyetin icrasını süresiz veya otuz gün yahut daha uzun süreyle engelleyen işlemlere karşı açılan iptal davaları,

e) Müşterek kararnameyle yapılan atama, naklen atama ve görevden alma işlemleri ile daire başkanı ve daha üst düzey kamu görevlilerinin atama, naklen atama ve görevden alma işlemleri hakkında açılan iptal davaları,

f) İmar planları, parselasyon işlemlerinden kaynaklanan davalar,

g) Tabiat Varlıklarını Koruma Merkez Komisyonu ve Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulunca itiraz üzerine verilen kararlar ile 18/11/1983 tarihli ve 2960 sayılı Boğaziçi Kanununun uygulanmasından doğan davalar,

h) Maden, taşocakları, orman, jeotermal kaynaklar ve doğal mineralli sular ile ilgili mevzuatın uygulanmasına ilişkin işlemlere karşı açılan davalar,

ı) Ülke çapında uygulanan öğrenim ya da bir meslek veya sanatın icrası veyahut kamu hizmetine giriş amacıyla yapılan sınavlar hakkında açılan davalar,

i) Liman, kruvaziyer limanı, yat limanı, marina, iskele, rıhtım, akaryakıt ve sıvılaştırılmış petrol gazı boru hattı gibi kıyı tesislerine işletme izni verilmesine ilişkin mevzuatın uygulanmasından doğan davalar,

j) 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanunun uygulanmasından ve 16/7/1997 tarihli ve 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanunun uygulanmasından doğan davalar,

---

ile getirilen değişiklikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Avcı, 2015, s. 68 – 75; Temyiz sebepleriyle ilgili değişiklikler için ise bkz. Avcı, 2015, s. 72 – 73.

k) 6/6/1985 tarihli ve 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanununun uygulanmasından doğan davalar,

l) 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun uygulanmasından doğan davalar,

m) Düzenleyici ve denetleyici kurullar tarafından görevli oldukları piyasa veya sektörle ilgili olarak alınan kararlara karşı açılan davalar.”

Temyiz yoluna başvuru süresi 50. maddenin 1. fıkrasında, otuz gün olmakla birlikte, ivedi yargılama usûlüne tabi uyuşmazlıklara ilişkin nihai kararların temyizinde 20/A maddesinin 2. fıkrasının (g) bendi uyarınca onbeş gün; merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usûlüne tabi uyuşmazlıklara ilişkin nihai kararların temyizinde ise, 20/B maddesinin 1. fıkrasının (f) bendi uyarınca beş gün olarak öngörülmüştür. Bu süreler, nihai kararın taraflardan her birine tebliğiyle işlemeye başlamaktadır.

Danıştay'a gelen dava dosyası, ilk inceleme yapılabilmesi için, daire başkanının görevlendireceği bir tetkik hâkimine havale edilir. Ön koşullar yönünden yapılan incelemede bir sakatlık görülmezse, ilgili daire veya kurul tarafından temyiz isteminin yerinde olup olmadığı karara bağlanır.<sup>74</sup>

Temyiz incelemesi üzerine verilecek kararlar 49. maddede belirtildiği üzere, onama, değiştirerek onama, düzelterek onama, kısmen onama ve kısmen bozma ile bozma kararlarıdır. Danıştay;

- Temyiz incelemesi sonucunda, kararı hukuka uygun bulursa, onama kararı verir.
- 2577 sayılı Kanun'un 6545 sayılı Kanun'un 22. maddesi ile değişik 49. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendine göre “kararın sonucu hukuka uygun olmakla birlikte, gösterilen gerekçeyi doğru bulmaz veya eksik bulursa, kararı, gerekçesini değiştirerek onar.”; (b) bendine göre ise “kararda yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmayan maddi hatalar ile düzeltilmesi mümkün eksiklik veya yanlışlıklar varsa kararı düzelterek onar.”
- Temyiz edilen kararın tamamının değil, ancak bir kısmının hukuka aykırı olduğu sonucuna varırsa, kısmen onama ve kısmen bozmaya, kararın kesinleşen kısmını da göstererek karar verir.
- Temyiz incelemesi sonucunda, hukuka uygun bulmadığı kararı bozar.

<sup>74</sup> Gözübüyük, s. 511.

## D. İDARİ YARGI YERLERİNİN ISRAR YETKİSİ

Temyiz incelemesi sonucunda verilen karar, dosyayla birlikte, kararı veren bölge idare mahkemesine veya ilk derece mahkemesi sıfatıyla davayı gören Danıştay dairesine; ivedi yargılama ile merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usûlü uygulanan davalarda idare ve vergi mahkemesine geri gönderilir. Bozma kararı verilmişse ilgili merci, dosyayı öncelikle inceleyerek gerekli araştırmaları tamamlar ve yeniden karar verir.

Danıştay'ın bozma kararına uyulduğu takdirde, uyma kararının temyiz incelemesi, bozma kararına uygunlukla sınırlıdır, ancak 6545 sayılı Kanun ile birlikte, idare ve vergi mahkemelerinin baktığı davalarda ısrar etme yetkisi artık bulunmamaktadır. Aşamalar halinde ele alacak olursak:

- İdare ve vergi mahkemelerince verilmiş istinafa tabi bir nihai kararın, istinaf mercii tarafından temyize tabi olmayan bir nihai kararla bozulması halinde, yerel mahkemenin ısrar yetkisi bulunmamaktadır. (Anılan değişiklikten önce itiraza tabi bir nihai kararın, bölge idare mahkemesi tarafından bozulması halinde de, yerel mahkemenin ısrar yetkisi bulunmamakta idi.)
- İdare ve vergi mahkemesi kararı istinaf mercii tarafından bozulmuş ve temyize tabi bir nihai kararla istinaf incelemesi tamamlanmışsa, temyize konu olacak karar, şüphesiz ki istinaf mercii tarafından verilen nihai karardır. Temyiz mercii tarafından kararın bozulması halinde dosya, idare veya vergi mahkemesine değil, ilgili bölge idare mahkemesine gönderileceğinden, Danıştay tarafından bozma kararı verildiğinde bölge idare mahkemesinin ısrar etme yetkisi bulunmaktadır (m. 50/3).
- İlk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'ın baktığı davalarda nihai kararın temyizen incelenerek bozulması halinde, 49. maddenin 4. fıkrası karşısında Danıştay ilgili dairesinin ısrar yetkisi, anılan değişiklik öncesinde ve sonrasında bulunmamaktadır.
- İdare ve vergi mahkemelerince ivedi yargılama ve merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usûlüne göre sonuçlandırılarak verilen nihai kararların, temyiz mercii tarafından kararın bozulması halinde de, 20/A, 2, i, soncümlesi ile 20/B, 1, h, soncümlesi karşısında yerel mahkemenin ısrar etme yetkisi söz konusu olamayacaktır.

Görüldüğü üzere 6545 sayılı Kanun değişikliğiyle birlikte idari yargıda artık sadece bölge idare mahkemelerinin kararlarının temyizen incelenmesinde verilen bozma kararlarına karşı ısrar etme yetkisi bulunmamaktadır. İsrar

kararının temyiz edilmesi halinde ise talep, anılan değişikliğin öncesindeki gibi, konusuna göre Danıştay İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulunca incelenerek karara bağlanır.

#### **E. KANUN YARARINA TEMYİZ**

Kanun yararına temyiz yetkisi, kesinleşmiş yargı kararından olumsuz biçimde etkilenen, dolayısıyla kararın bozulmasında menfaati bulunan ilgili bakanlıkların talebi veya göreceği lüzum üzerine kendiliğinden münhasıran Danıştay Başsavcısına tanınmıştır.<sup>75</sup>

6545 sayılı Kanun ile 2577 sayılı Kanun'un 51. maddesinin "Kanun yararına bozma" olan başlığı "Kanun yararına temyiz" olarak değiştirilmiş, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, bu kurumda esaslı bir değişiklik yapılmamıştır. Buna göre, "idare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin kesin olarak verdiği kararlar ile istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlar" aleyhine kanun yararına temyiz yoluna başvurulabilecektir (m. 51/1).

Kanun yararına temyiz kurumunu, istinaf incelemesi neticesindeki içtihat farklılıklarının giderilmesinden ayırmak gerekmektedir. Kanun yararına temyizde, birbirine aykırı iki karardan değil, niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı sonuç ifade eden bir karardan bahsedilir. Kanun yararına temyiz yetkisi Danıştay Başsavcısına tanınmışken, istinaf aşamasındaki içtihat farklılıklarının giderilmesinde bölge idare mahkemesi başkanı ve başkanlar kurulu etkili olmaktadır. Ayrıca, daha önce kesinleşmiş olan yargı kararının hukuki sonuçları, kanun yararına temyiz neticesindeki bozma kararından etkilenmezken, istinaf aşamasındaki içtihat farklılıklarının giderilmesinden etkilenmekte, içtihadı aykırı bulunan yargı kararı ortadan kalkmaktadır.

#### **IV. DİĞER HÜKÜMLER**

İdari yargılama hukukuna istinaf kanun yolunun kazandırılması, bölge idare mahkemelerinin teşkilat yapısının istinaf incelemesine uygun hale getirilmesi zorunluluğunu doğurmuş, 6545 sayılı Kanun ile bu uyum sağlanmıştır.

2576 sayılı Kanun'da gerekli düzenlemeler yapılarak, bölge idare mahkemelerinin oluşumuna ilişkin 3. madde ile müdürlükler ve mahkeme memurlarına ilişkin 12. madde değiştirilmiş ve anılan Kanun'a bölge idare

<sup>75</sup> Nohutçu, s. 1055.

mahkemelerinin görevlerine ilişkin 3/A maddesi, bölge idare mahkemesi başkanının görevlerine ilişkin 3/B maddesi, başkanlar kurulunun oluşum ve görevlerine ilişkin 3/C maddesi, dairelerin görevlerine ilişkin 3/D maddesi ile toplantı ve karar nisabına ilişkin 3/F maddesi, bölge idare mahkemesi başkanı, daire başkanları ve üyelerinin nitelikleri ve atanmalarına ilişkin 3/E maddesi, bölge idare mahkemesi adalet komisyonunun oluşum ve görevlerine ilişkin 3/G maddesi ve müdürlüklere ilişkin 3/H maddesi eklenmiştir.

2577 sayılı Kanun'a geçici 8. madde eklenerek, idari yargıda kanun yollarına ilişkin getirilen hükümlerin, istinaf mahkemelerinin tüm yurttaki görevlere başlayacakları tarihten sonra verilen kararlar hakkında uygulanacağı, istinaf mahkemelerinin faaliyete geçme tarihine kadar idare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararlara yapılan itirazlarda, istinaf kanun yolu için öngörülen harçların alınacağı belirtilmiştir.

## V. SONUÇ

İdare hukuku, vatandaşla devlet arasındaki ilişkiyi düzenleyen kurallar bütünüdür. İdari yargının varlık nedeni, idarenin denetlenmesinde uzman yargı kolu olması ve bu denetimi adli yargıya oranla daha etkili bir biçimde yapabilmesi, temel işlevi ise, bireyleri ve toplulukları idarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerinden korumasıdır.<sup>76</sup>

İdari yargı yerlerinin ve özellikle üst denetim mercii olarak Danıştay'ın iş yükünün fazlalığı, yargının idare üzerindeki hukuki denetimini yavaşlatmakta, davaların sonuçlanma sürecini etkileyerek idare karşısında başvuru yolları kısıtlı olan vatandaşın adil yargılanma hakkını zedelemektedir. Bu nedenle anılan soruna çözüm getirecek bir değişiklik kaçınılmaz hale gelmiş, varılan noktada idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını şikâyet yoluyla inceleyen, araştıran ve önerilerde bulunan Kamu Denetçiliği Kurumu Mart 2013 itibarıyla faaliyete başlamış<sup>77</sup>, ivedi yargılama usûlünü ve istinaf yolunu sunan kanun tasarısı 28/06/2014 tarihinde, merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usûlünü sunan kanun tasarısı ise 11/09/2014 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yukarıda belirtilen esaslarla kanunlaşmıştır.

---

<sup>76</sup> Günday, Metin, "İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:14, Yıl 1997, s. 347.

<sup>77</sup> [http://www.ombudsman.gov.tr/custom\\_page-346-hakkimizda.html](http://www.ombudsman.gov.tr/custom_page-346-hakkimizda.html) (Erişim Tarihi: 11/07/2014).

İvedi yargılama usûlüne konu olacak, 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinde belirtilen, davaların bir kısmı idare ve vergi mahkemelerinde görülecekken bir kısmı da ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecek ve kanunun açık hükmü uyarınca tekemmül ettikleri sıraya göre ve tekemmül tarihinden itibaren bir ay içinde sonuçlandırılacaktır. Ara karar verildiğinde, duruşma yapıldığında ve özellikle keşif ve bilirkişi incelemelerine başvurulduğunda, işlemler ivedilikle sonuçlandırılabilir, bir aylık kanuni sürenin yetersiz kalacağı kuvvetle muhtemeldir. Öte yandan kanunun yayımlanmasıyla uygulamasına başlanan hükmün, 6545 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde de belirtilen mevcut şartlar karşısında, Danıştay'dan ilk derece mahkemesi olarak en geç bir ay, temyiz mercii olarak en geç iki ay içinde sonuç alınmasını sağlayamayacağı ise muhakkaktır. Ayrıca, istinaf incelemesi sırasındaki ara kararların naip üye tarafından alınamaması yeni sistemde iş yükü artacak olan bölge idare mahkemelerindeki yargılamanın daha yavaş işlemesine neden olacaktır.

Öte yandan, istinaf kurumuyla birlikte, aynı veya farklı bölge idare mahkemelerinin daireleri arasındaki içtihat farklılıklarının giderilmesinde iki aşamalı bir usûl karşımıza çıkmaktadır. İstinaf aşamasındaki içtihat farklılıklarının Danıştay ilgili dairelerince giderilmesi, daha sonrasında Danıştay dava daireleri arasındaki içtihat farklılıklarının (Danıştay Kanunu m. 39 uyarınca) İçtihadı Birleştirme Kurulunca incelenmesi, ülke çapında uygulama birliğini sağlamaya yönelik verimli bir usûl olmadığı kanaatini uyandırmaktadır.

İdari yargıda davaların hızlı ve adil bir şekilde sonuçlandırılabilmesi bakımından, idarenin karar alma sürecinden kaynaklanan uyuşmazlıkların idari dava yoluna gidilmeden çözümlenmesi, istinaf kadar etkili bir yoldur. Alternatif çözüm yolu sunan kamu denetçiliği kurumu kararlarının bağlayıcılıktan yoksun olması, öneri niteliğinde kalması, istinaf kanun yolunun hukukumuzdaki önemini ve bu yola ilişkin beklentiyi artırmaktadır. Bu nedenlerle 6545 ve 6552 sayılı Kanunlar ile idari yargılama sisteminde yapılan yeniliklerin, kısa zamanda etkin ve etkili biçimde hayata geçirilmesi gerekmektedir.





## KAYNAKÇA

### KİTAP ve MAKALELER

Akbaba, Ahmet, “Fransız İdari Yargı Sistemine Bakış”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:2, Ankara, 2014.

Aslan, Leyla Akyol, Medeni Usûl Hukukunda Delil Tespiti, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

Atay, E. Ethem, “İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara 2007.

Avcı, Mustafa, “6545 ve 6552 sayılı Kanunlar ile İdari Yargıya İlişkin Kanunlarla Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:13, Sayı:152, İstanbul 2015.

Avcı, Mustafa, “İdari Yargıda İstinaf”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 96, Ankara 2011.

Baş, Zuhale Bereketo, İdari Yargılama Usûlü Hukuku Açısından İstinaf ve Kabulü Sorunu, Danıştay Dergisi, Cilt:27, Sayı:11, Ankara 1996.

Çınar, Ali Rıza, “İstinaf”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:2, Sayı:8, Ankara 2010.

Erdem, Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Yolu Olarak İstinaf, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.

Erem, Faruk, “İstinaf Mahkemeleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:VII, Sayı:12, Ankara 1950.

Gözübüyük, Şeref, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, 30. Bası, Ankara 2010.

Günday, Metin, “İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları”, Anayasa Yargısı Dergisi, C: 14, Yıl 1997.

Karaman, Buket, Acele Kamulaştırma, (Danışman: Doç. Dr. Cüneyt Ozansoy), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2015 (<http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/27575/>).

Kuru/Arslan/Yılmaz, Medeni Usûl Hukuku, Yetkin Yayınları, 22. Bası, Ankara 2011.

Nohutçu, Ahmet, Kanunname, Savaş Kitabevi, 1. Bası, Ankara 2013.

Oğurlu, Yücel, “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usûlünde Re’sen

Araştırma İlkesi”, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 75’inci Yıl Armağanı, Cilt:II, Sayı:2, Erzincan 1998.

Özkan, Gürsel, “Anayasa Mahkemesi’ne Göre Hukuk Devletinin Anlamı ve Yargının Konumu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 1, Nisan 2010.

Sancakdar, Oğuz, “İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Özel Sayı, Cilt 3, İzmir 2013.

Sarısözen, Serhat, “Hukuk Muhakemeler Kanunu’nun Yeni Düzenlemeleri”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:85, Sayı:6, İstanbul 2011.

Saygın, Engin, “İdari Yargıda İstinaf Mahkemesi Tartışmaları Üzerine Bir Analiz”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXIX, Sayı: 1 – 2, İstanbul 2011.

Tan, Turgut, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara 2013.

Taneri, Gökhan, İstinaf Mahkemeleri, Bilge Yayınevi, Ankara 2014.

Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Kitabevi, 13. Bası, Ankara 2009.

Yavuzdoğan, Seçkin, İdari Yargılama Usûlü Kanunu’nun 31. Maddesi Çerçevesinde Medeni Yargılama Hukuku-İdari Yargılama Hukuku İlişkisi, (Danışman: Prof. Dr. İl Han Özay), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2007 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>).

Yeşilyurt, Nazile İrem, “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve İvedi Yargılama: Hukuka Sermayeye Koşut Hız Ayarı”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt:70, Sayı:2, Ankara 2015.

Yıldırım, M. Kamil, “İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesinde Hatalı Vakıa Tespiti”, Türkiye Barolar Birliği – Medeni Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-VI – Medeni Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir 2007.

Yıldırım, M. Kamil, “Kanun Yolu Olarak İstinaf”, Türkiye Barolar Birliği – İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantısı, Ankara 2003.

Yıldırım, M. Kamil, “Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usûlleri Hakkında Düşünceler”, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, İstanbul 2003.

Yıldırım, Nevhis Deren, “Teksif İlkesi Açısından İstinaf”, Türkiye Barolar Birliği – İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantısı, Ankara 2003.

## **İNTERNET SİTELERİ**

[acikarsiv.ankara.edu.tr](http://acikarsiv.ankara.edu.tr)

[tez.yok.gov.tr](http://tez.yok.gov.tr)

[www.dergipark.ulakbim.gov.tr](http://www.dergipark.ulakbim.gov.tr)

[www.erzincan.edu.tr](http://www.erzincan.edu.tr)

[www.journals.istanbul.edu.tr](http://www.journals.istanbul.edu.tr)

[www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr](http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr)

[www.ombudsman.gov.tr](http://www.ombudsman.gov.tr)

[www.tbbdergisi.barobirlik.org.tr](http://www.tbbdergisi.barobirlik.org.tr)

[www.tbmm.gov.tr](http://www.tbmm.gov.tr)

[www.turkhukuksitesi.com](http://www.turkhukuksitesi.com)

[www.zuhalbereketbas.av.tr](http://www.zuhalbereketbas.av.tr)

# AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA İFADE HÜRRİYETİNİN SINIRLANDIRILMASI

*Restriction of the Freedom of Expression in the Judgments  
of the European Court of Human Rights*

**Yakup YILDIRIM\***

## ÖZET

İfade özgürlüğü, demokratik toplumun en önemli unsurlarından biridir ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde düzenlemiştir. Sözleşme'nin 10/2. maddesinde ise ifade özgürlüğünün hangi durumlarda ve hangi şartların gerçekleşmesi halinde sınırlandırılabilceği düzenlemiştir. Diğer bazı temel hak ve özgürlüklerde olduğu gibi, ifade özgürlüğü de mutlak bir özgürlük olmayıp, belirli durumlarda Sözleşme Devleler tarafından müdahale edilebilecektir. Müdahale alanları sınırlı sayı prensibine göre sayılmıştır. Sözleşme'nin 10. maddenin ilk fıkrası çerçevesinde ifade özgürlüğüne bir müdahale olup olmadığı; gerçekleştirilen müdahalenin “yasayla öngörölmüş olup olmadığı”, “müdahalenin meşru amaçlara dayanıp dayanmadığı” ve “müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı” temelinde incelemektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İfade Hürriyeti, İfade Hürriyetinin Sınırlandırılması, İfade Hürriyetini Sınırlandırma Sebepleri.

## ABSTRACT

Freedom of expression is one of the most important elements of a democratic society and enshrined in Article 10 of the European Convention on Human Rights. Article 10 § 2 of the Convention sets forth the cases and conditions in which the freedom of expression may be restricted. As in some of the other fundamental rights and freedoms, freedom of expression is not an absolute freedom, and in certain cases the Contracting States may interfere. There areas of interference shall be determined in line with the principle of *numerus clausus*. Within the scope of Article 10 § 1 of the Convention, the issue whether there has been interference with the freedom of expression shall be examined on the such basis' as “whether the interference is prescribed by law”, “whether the interference pursues a legitimate aim” and “whether the interference is necessary in a democratic society”.

**Keywords:** European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights, Freedom of Expression, Restriction Freedom of Expression, Freedom of Expression Restriction Reasons.

---

\* Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı Tetkik Hâkimi, ab119137@adalet.gov.tr

## A- Giriş

Demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez temel unsurlarından biri haline gelen insan hakları, özellikle 2. Dünya Savaşından sonra insanlık tarihinin geçirmiş olduğu yeni bir acı tecrübeden sonra daha farklı bir anlam kazanmıştır. Yirminci yüzyılda insanoğlunun oldukça kadim olan insan hakları kavramı konusunda iki dünya savaşı nedeniyle yaşamış olduğu acı deneyim ve tecrübeden sonra artık insan hakları kavramının devletlerin ulusal hukuklarının bir konusu olmaktan çıkarılıp uluslar arası hukukun koruması altına alınması gerektiği inancı yaygınlaşmıştır.<sup>1</sup> İnsanın insan olarak değerini, insanlar arasındaki eşitliği reddeden görüşün yeniden ortaya çıkmaması için, insan haklarına saygılı bir düzenin kurulması zorunlu görülmüştür.<sup>2</sup> İnsan haklarına dayalı bu yeni düzenin kurulmasının sonucu olarak; daha önce sadece ulusal hukukun öznesi olan insan, uluslararası hukukun da öznesi haline gelmiş, insan hakları ülkelerin iç sorunu olmaktan çıkarak evrenselleşmiştir. Neticede insan hakları evrenselleşerek ülkelerin iç sorunu olmaktan çıkmış ve ekonomik, teknolojik gelişmişlik düzeyleriyle birlikte devletlerin ve ulusların saygınlığının temel ölçütlerinden birisi haline gelmiştir.<sup>3</sup> Kuşkusuz demokratik hukuk devletinin temelini oluşturan insan hak ve özgürlüklerinin içinde yer alan ifade özgürlüğü de bu gelişmelerden nasibini almıştır.

İnsanı diğer varlıklardan ayıran, onu doğada üstün kılan en temel özelliklerinden biri düşünme yeteneğine sahip olmasıdır. Bu anlamda, düşünmek, düşünce üretmek insanın özünü oluşturan, insanı insan kılan bir faaliyettir. Bu hak; insan haysiyetine, insanın maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına dayanır. Dolayısıyla bu hakkın engellenmesi halinde, kişinin haysiyetli bir hayat sürdürme, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ihlal edilmiş olur.<sup>4</sup>

Liberal demokrasilerin temelini oluşturan temel hak ve hürriyetler içinde en ayrıcalıklı bir konuma sahip olan, demokratik rejimin işlerliğini sağlayan ve bu rejimi sairlerinden nitelikli bir şekilde farklı kılan hürriyet, fikir hürriyetidir.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> GİRİTLİ, İsmet/GÜNGÖR, Hasan Atilla; Günümüzde İnsan Hakları, Der Yay., İstanbul, 2002, s.3

<sup>2</sup> GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref/GÖLCÜKLÜ A.Feyyaz;Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 10. Baskı, Turhan Kitabevi Yayını, Ankara 2013, s:4

<sup>3</sup> ALACAKAPTAN, Uğur; Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 12-16 ocak 2000, s. 14

<sup>4</sup> SUNAY, Reyhan; İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara 2001 s:8-9

<sup>5</sup> KÜÇÜK, Adnan; İfade Hürriyetinin Unsurları, Liberal Düşünce Topluluğu Yay., Ankara 2003, s.2

İfade özgürlüğü en geniş anlamında bir düşünce, inanç, kanat, tutum veya duygunun barışçı yoldan açığa vurulmasının veya dış dünyada ifade edilmesinin serbest olması demektir. Bundan da anlaşılabilir gibi, bir özgürlük olarak korunması gereken pek çok ifade ve izhar biçimi vardır. Bu geniş anlamındaki ifade özgürlüğü sözlü ve yazılı anlatım, sanatsal gösterim, kişisel görünüm ve görüntü tercihi, gösteri, yürüyüş, toplantı yapma ve örgütlenme gibi özgürlüklerin hepsini içine alır. Bu nedenle düşüncenin iç dünyayı ilgilendirdiği ve bunun mutlak ve sınırsız olduğu, düşünceyi açıklamanın ise dışa dönük ve sınırlı olduğu konusunda yapılan ayırımı ihtiyatla bakmak gerekir. Çünkü düşünceyi belirleyen dış etkenler aracılığıyla, serbest düşünme ortamı yok edildiği zaman hür düşüncenin oluştuğundan bahsedilemez. Bu nedenle düşünme özgürlüğü ile düşünceyi açıklama özgürlüğü arasında sıkı bir bağ vardır.<sup>6</sup>

Temel hak ve özgürlükler içerisinde önemli bir yere sahip olan ifade özgürlüğü, ifade ve özgürlük kavramları ile birlikte değerlendirilmek durumundadır. İfade, kısaca kişi veya kişilerin duygu ve düşüncelerini karşı tarafa aktarması şeklinde tanımlanabilir.<sup>7</sup> İfadenin, en azından üç unsurdan meydana geldiğini görmekteyiz. Bunlar haber alma ve öğrenme özgürlüğü, kanaat özgürlüğü ve açıklama özgürlüğü şeklinde sıralanabilir. Özgürlük ya da hürriyet ise, kimilerine göre her şeyden önce bağımsızlık anlamına gelir. Her türlü zorlamadan, kayıtlamadan ve dış baskıdan uzak olarak insanın kendi kaderini kendisinin çizmesi demektir. Kimilerine göre de hürriyet, kişinin kendi küçük dünyasında başkalarının ve siyasal iktidarın müdahalesi dışında yaşamasıdır.<sup>8</sup> Özgürlük, bireyin inisiyatif, mahremiyet alanıdır ve bu alan karşılıklı olarak bireylerin hürriyet alanlarıyla sınırlıdır. Özgür olmak, başkalarına karşı ileri sürülebilir hakka sahip olmaktır; hak biçimi sağlar, hürriyet ise bu hakkın birey tarafından kullanılması, dışa vurulmasıdır.<sup>9</sup>

Bu şekilde kısaca tanımlamaya çalıştığımız ifade ve özgürlük kavramlarından yola çıkarak ifade hürriyetini; başkalarının hürriyetleriyle, kişisel alanlarıyla sınırlı kalmak koşuluyla kişinin herhangi bir kayıtlama altında olmaksızın duygu ve düşüncelerini, herhangi bir yolla açığa çıkarması, başkalarına aktarabilmesi şeklinde tanımlamak mümkündür.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> Sunay, a.g.e. s. 6-7

<sup>7</sup> BEYDOĞAN, T. Ayhan; AİHS Işığında Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, Ankara 2003, s: 13

<sup>8</sup> KAPANİ, Münci; Kamu Hürriyetleri, 7.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, s: 3-4.

<sup>9</sup> KABOĞLU, İbrahim; Özgürlükler Hukuku, 3.Baskı, Afa Yayını, İstanbul 1998, s:11-12

<sup>10</sup> Beydoğan, a.g.e. s:14

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS veya Sözleşme) 10. maddesi ifade özgürlüğünü şu şekilde düzenlemektedir;

1- Herkes, görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kaaat özgürlüğünü, kamu otoritelerinin müdahalesi olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon veya sinema işletmelerini bir izin sistemine bağlı tutmalarına engel değildir.

2- *Kullanılması ödev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler; demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, ülke bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, asayişsizliğin veya suç işlenmesinin önlenmesi, sağliğin veya ahlakın, başkalarının ün ve haklarının korunması, gizli kalması gereken haberlerin yayılmasına engel olunması, veya yargı organının otorite ve tarafsızlığının sağlanması için kanunla öngörülen bazı usullere, şartlara, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.*

10 Aralık 1948 tarihinde benimsenen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 19. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesine dayanak oluşturmaktadır. Beyannamenin 19. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir.

*Madde 19: Herkesin görüş sahibi olma ve ifade özgürlüğü hakkı vardır; bu hak, müdahale olmaksızın bir görüşe sahip olma özgürlüğünü ve herhangi bir iletişim aracı ile ve kaynağı ne olursa olsun bilgi ve düşüncenin araştırılması, elde edilmesi/alınması ve yayılması/verilmesi özgürlüğünü de içerir.*

16 Aralık 1966 tarihli Uluslararası Medeni ve Siyasi haklar Sözleşmesinin 19. maddesinde de benzer bir hüküm bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinin, Sözleşmenin en temel ve en önemli hükümlerinden birini içerdiği genelde kabul edilmektedir. 1998 yılında yeniden yapılanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM veya Mahkeme) ifade özgürlüğüne verdiği önemi sembolik olarak göstermek amacıyla ilk kararını ifade özgürlüğü ile ilgili olarak vermiştir.<sup>11</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kriterlerine göre ifade hürriyeti, "Toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan olan demokratik toplumun asıl temellerinden birisini oluşturmaktadır. İfade özgürlüğü, Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasına bağlı olarak, yalnızca lehte olduğu kabul edilen veya zararsız ya da önemsiz görülen bilgi ve düşünceler için değil, aynı zamanda devletin veya toplumun bir bölümü için saldırgan, şok edici veya rahatsız edici bilgi ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar çoğulculuğun, hoş-

---

<sup>11</sup> BIÇAK, Vahit; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, Ağustos 2003, s; 270

görünüm ve açık fikirliliğin gerekleridir ki; bunlar olmaksızın demokratik toplumdaki söz etmek mümkün değildir.”<sup>12</sup>

İfade özgürlüğü kavramı oldukça geniş ve kapsamlı bir alan olmakla birlikte bu çalışmamızda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ışığında ifade hürriyetinin sınırlama rejimi üzerinde durulacaktır.

## **B- İfade Özgürlüğünün Kullanılmasının Kısıtlanması**

Demokratik toplumdaki önemine rağmen ifade özgürlüğü, mutlak nitelikte olmayıp bazı sınırlamalara tabidir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, ifade özgürlüğü üzerindeki her türlü kısıtlama, koşul, sınırlama ya da herhangi bir müdahale biçimi, bu özgürlüğü sadece belirli bir kullanımı üzerinde uygulanabilir, hakkın özüne asla dokunamaz. Zira sözleşmenin hakların kötüye kullanımının yasaklanmasına dair 17. maddesi buna engeldir.<sup>13</sup>

İfade özgürlüğünün kullanılmasının kısıtlanması 10. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu fıkra ile birlikte ifade özgürlüğünün mutlak bir hak niteliği taşımadığı ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, Sözleşme'nin bu maddesinde düzenlenen hakların kullanılması, bünyesinde ödevler ve sorumluluklar barındırmaktadır.<sup>14</sup> 2. fıkra hükmü kamu otoritelerine bir yükümlülük getirmemekte, sadece fıkroda sayılan hallerin varlığı halinde müdahale imkanı sağlamaktadır. Bu müdahale çeşitli biçimlerde karşımıza çıkmaktadır. Para ya da hapis cezasına mahkumiyet, tazminat ödemeye mahkumiyet, yayın yasağı, yayınların toplatılması kamu otoritelerinin müdahalesine örnek olarak sayılabilir.

10. maddenin 2. fıkrasında öngörülen müdahalenin meşru sayılabilmesi, dolayısıyla 10. maddenin ihlali sayılmaması için üç koşul gerekmektedir. Hemen belirtelim ki, bu koşullar AİHM tarafından çok katı bir biçimde yorumlanmaktadır. Öte yandan Mahkeme, bu üç koşulu birlikte aramaktadır. Her üç koşulun yerine geldiğini davalı devlet ispatlamak zorundadır. AİHM bu üç koşulu aşağıdaki sıra ile incelemektedir. Koşullardan birinin yerine gelmediğini tespit ettiğinde, dosyanın incelemesini durdurur, söz konusu müdahalenin haksız ol-

---

<sup>12</sup> Prager ve Oberschlick/Avusturya, 26 Nisan 1995, par. 38; Castells/İspanya, 23 Nisan 1992, par. 42; Handyside/ Birleşik Krallık, 7 Aralık 1976, par. 49; Jersild/Danimarka, 23 Eylül 1994, par. 37

<sup>13</sup> MONİCA, Macovei; İfade Özgürlüğü İnsan Hakları El Kitapları No : 2 Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Yayını, 1. Baskı, s.16

<sup>14</sup> İNCEOĞLU, Sibel (Editör); İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Avrupa Konseyi, 2013, s:356



duğuna dolayısıyla da ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verir.<sup>15</sup>

Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkra hükmü ifade özgürlüğüne müdahale konusunda devletlere bir takdir alanı tanımaktadır. Ancak devletlere tanınan bu takdir yetkisi de AİHM' nin denetimine tabidir. Sözleşmenin 10/1 maddesi ile güvence altına alınan ifade özgürlüğünün kullanılmasına ilişkin yapılacak sınırlama ya da müdahale ayrıntılı bir şekilde düzenlenmeli, getirilen kısıtlamanın gerekliliği inandırıcı surette ortaya konulmalı, ifade özgürlüğünün demokratik toplumdaki önemi gözden uzak tutulmamalıdır.

AİHS'de ifade özgürlüğünün içeriği açısından genel bir sınırlama öngörülmemekle birlikte, bu özgürlüğün meşru amaçlara dayalı olarak sınırlandırılabilceği belirtilmiştir. Ancak AİHM, 10. maddenin ilk fıkrası çerçevesinde ifade özgürlüğüne bir müdahale olup olmadığını; gerçekleştirilen müdahalenin “*yasayla öngörülmüş olup olmadığı*”, “*müdahalenin meşru amaçlara dayanıp dayanmadığı*” ve “*müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı*” temelinde incelemektedir.

İfade özgürlüğünün kullanımına müdahale ya da sınırlamanın meşru sayılabilmesi için gerekli olan koşulları çalışmamızda ele alacağız.

### **1. İfade Özgürlüğünün Yasayla Kısıtlanması**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen kısıtlamaların en temel koşulu, kısıtlama ve yaptırıma bağlamanın yasayla öngörülmüş olmasıdır. Bir müdahalenin hukuken öngörülmüş olması koşulu, Sözleşme'nin 8., 9., 10 ve 11. Maddelerinin ortak unsurudur. Kamu makamlarının ifade özgürlüğünün kullanılmasına yaptıkları müdahaleler hukuken öngörülmüş olmalıdır. Bu kanunilik ilkesinin bir gereğidir.<sup>16</sup>

Müdahalenin yasayla öngörülmüş olması koşulununun AİHM içtihadındaki anlamı; hak ya da özgürlüğe müdahale teşkil eden önlem veya işlemin ulusal hukukta yasal dayanağının bulunması demektir.<sup>17</sup>

Sözleşme metninden hukuken öngörülmüş olma kavramına ilişkin olarak neyin benimsendiği açık olarak düzenlenmemiştir. Sözleşme organları, Sözleşme'nin uygulanması sırasında hukuken öngörülmüş olma kavramını içtihatları ile açıklamışlardır.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Monica, a.g.e., s:24

<sup>16</sup> Sunay, a.g.e., s:122

<sup>17</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, a.g.e., s:375

<sup>18</sup> Sunay, a.g.e. s:122

Sözleşmenin 8, 9 ve 11. maddelerinde olduğu gibi 10. maddesinde de yer alan yasa deyiminin şekli anlamda olmayıp, maddi anlamda olduğu ifade edilmektedir. Başka bir ifadeyle sözleşmede geçen yasa yahut yasal kelimeleri, münhasıran yasama organı tasarruflarına atıfta bulunmamaktadır. Hak ve özgürlüklerin hangi tür düzenleyici tasarruflarına atıfta bulunması iç hukuk sorunudur.<sup>19</sup>

Mahkeme, Sunday Times/Birleşik Krallık kararında “yasayla sınırlama” ya da “hukuken öngörülmüş olma” kavramlarının anlamını Kıta Avrupa’sı ve diğer hukuk sistemlerinin özelliklerini dikkate alarak geniş bir biçimde açıklamıştır. Bu davada başvuran, mahkemeye saygısızlıkla ilgili kanunlarla düzenlenmemiş bir suçun, hukuken öngörülmüş olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürmüştür.<sup>20</sup> Mahkeme bu davada şu tespitlerde bulunmuştur.

*“Mahkeme, “hukukun öngördüğü” ifadesindeki hukuk sözcüğünün sadece yasa’yı değil, ama yazılı olmayan hukuku da kapsadığını dikkate almıştır. Bu nedenle mahkemeye saygısızlıkla ilgili hukukun bir mevzuat olmayıp, “common law”ın bir ürünü olmasının, Mahkeme bakımından bir önemi yoktur. “Common Law” tarafından konan bir yasağın, mevzuat biçiminde düzenlenmediği gerekçesiyle hukukun öngörmediği bir yasak olarak kabul etmek, Sözleşme’yi hazırlayanların amaçlarına açıkça aykırı olur. Aksi takdirde “common law”a sahip olan Sözleşme’ye taraf bir devlet, Sözleşme’nin 10 (2). Fıkrasının korumasından yoksun kalacak ve devletin hukuk sistemi temelinden sarsılacaktır.*

*Aslında başvurucular da, hukukun öngördüğü ifadesinin her durumda bir mevzuat hükmünü gerektirdiğini ileri sürmemektedirler; onların iddiasına göre, bu olayda olduğu gibi, common law kurallarının hukukun öngördüğü ifadesinin aradığı hukuki belirginlik ilkesini yerine getiremeyecek kadar belirsiz olduğu durumlarda, bir mevzuat hükmü gereklidir.*

*Mahkemenin görüşüne göre, “hukuken öngörülmüş” ifadesinden şu iki koşul ortaya çıkmaktadır. Birincisi, uygulanacak olan hukuk, yeterince erişilebilir olmalıdır; başka bir anlatımla, vatandaşlar belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelidirler. İkincisi, vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek için yeterli açıklıkta düzenlenmemiş bir norm hukuk kuralı olarak kabul edilemez. Vatandaşlar belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekiyorsa uygun bir dayanışmayla önceden görebilmelidir.*

---

<sup>19</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, a.g.e., s:376

<sup>20</sup> DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Yargıtay Başkanlığı, 2013, 2. Cilt, s:227

*Bu sonuçların mutlak bir belirginlikle önceden görülebilir olması gerekmez; çünkü tecrübeler bunun mümkün olmadığını göstermektedir. Belirgin olması daha çok arzu edilir, ancak bu aşırı derecede bir katılığı beraberinde getirebilir, oysa hukuk, değişen koşullara ayak uydurabilmelidir. Bu nedenle bir çok yasa az ya da çok, kaçınılmaz olarak muğlak terimlerle ifade edilir, bunların yorumu ve uygulanması, hukuk uygulamasının sorunudur.”<sup>21</sup>*

Yasayla öngörülmüş olma” ölçütü, devletin müdahalesine dayanak oluşturan yasal düzenlemenin erişilebilir ve öngörülebilir olması anlamına gelmektedir. AİHM’e göre, vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak verecek açıklıkta düzenlenmemiş normlar, yasa olarak kabul edilemez.<sup>22</sup>

Mahkeme bir normun yasa olarak kabul edilebilmesi için yerine getirilmesi gereken iki alt ölçüt belirlemiştir. Erişilebilirlik ve öngörülebilirlik. Erişilebilirlik, bireyler belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının ayrıntıları hakkında yeterli bilgiye sahip olabildiği durumda yerine getirilir. Öngörülebilirlik ölçütünün uygulanmasında özellikle üç belirli etkene dayanan bazı ilkeler ortaya koyulmuştur. Bunlar; davaya konu açıklamanın içeriği, kapsamı düşünülen alan ve yöneltildiği kişi sayısı ve bu kişilerin statüsü olarak belirlenmiştir.<sup>23</sup>

## 2. Müdahale Meşru Amaçlara Yönelik Olmalıdır

İfade özgürlüğüne yapılan müdahale, Sözleşme’nin 10. maddesinin 2.fıkrasında sınırlı olarak sayılan meşru amaçları gerçekleştirmeye yönelik bulunmalıdır.<sup>24</sup> 2.fıkarda müdahaleye gerekçe oluşturacak amaçlar; ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu emniyeti, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın korunması, başkalarının şöhret veya haklarının korunması, gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması olarak sayılmıştır. İfade özgürlüğünün bu amaçlar nedeniyle sınırlandırılmasının haklılığını davalı devlet ispatlamak zorundadır.

AİHS’de, ifade özgürlüğüne yapılacak herhangi bir müdahalenin hangi meşru amaçlara dayanabileceği sayılmıştır. “Meşru amaç” ölçütü olarak adlandırılır.

<sup>21</sup> Sunday Times/Birleşik Krallık, no: 6538/74, 26 Nisan 1979, par.47, 49.

<sup>22</sup> Association Ekin/Fransa, no. 39288/98, par. 44, 17 Temmuz 2001; RTBF/ Belçika, no. 50084/06, par. 103, 29 Mart 2011; Akçam/ Türkiye, no. 32964/96, par. 87, 30 Ekim 2001

<sup>23</sup> HARRIS, D.J./O’BOYLE, M./BATES, E.P./BUCKLEY, C.M; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi, 2013, s:485

<sup>24</sup> İnceoğlu, a.g.e., s:356

lan bu ilkeye göre, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması herhangi bir nedenle değil, sadece 10. maddenin ikinci fıkrasında sınırlı sayıda sayılan bu meşru amaçlardan birine dayanabilir. Ayrıca AİHS'in 18. maddesi, Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların ancak öngörüldükleri amaç için uygulanabileceğini belirtmiştir.

Müdahale için meşru amaçlar Sözleşme'de sınırlı sayı prensibine göre sayılmıştır. Bu sınırlamalar benzetme yoluyla başka sınırlamalar için kullanılması mümkün olmamakla beraber<sup>25</sup> öngörüldükleri amaç dışında daha geniş bir anlam yükletilemezler. İstisnai niteliğe sahip olduklarından dar yorumlanmalıdır. Üye devletler başka sınırlama nedenlerine dayanarak ifade özgürlüğünü sınırlandıramayacaktır.<sup>26</sup>

Meşru amaçları gösteren kavramlar soyut kavramlardır. Mahkeme önüne gelen davalarda bu kavramları kendisi tanımlayıp tanımda yer alan unsurların olayda varlığı veya yokluğu üzerinde bir inceleme yapmamaktadır. Mahkeme genellikle müdahalenin meşru amaçlardan en az birini izlediği varsayımıyla haklılık incelemesini yapmaktadır.<sup>27</sup>

#### **a. Suçun ve düzensizliğin önlenmesi**

Ulusal makamlarca düzensizliğin ve suçun önlenmesi amacına, ulusal güvenlik gerekçesine benzer şekilde, terörizmle ve diğer suçlarla mücadele bağlamında başvurulmaktadır.<sup>28</sup> Suç işlenmesinin önlenmesi görece olarak açık bir tanımlama olsa da, düzensizliğin önlenmesi ya da başka bir ifadeyle kamu düzeninin korunması kavramları soyut kavramlardır. Mahkeme Engel ve Diğerleri/Hollanda davasında düzen kavramının sadece Sözleşme'de ifadesinin bulan kamu düzenini ifade etmediğini, aynı zamanda belli bir sosyal grubun içinde hüküm sürmesi gereken düzen anlamını da içerdiğini belirtmiştir. Silahlı kuvvetler gibi bir grubun içindeki düzensizliğin, bir bütün olarak toplumun düzeni üzerinde sonuçları olabilir. Bu nedenle Mahkeme, Engel ve Diğerleri davasında Hollanda silahlı kuvvetleri içinde bir düzensizliği önleme amacıyla alınan önlemlerin kamu düzenini koruma amacıyla gerekli olduğu için Sözleşme'nin 10. Maddesinin ihlal edilmediği yönünde karar vermiştir.<sup>29</sup>

Komisyon önüne gelen ve hükümlülerin süreli veya süresiz yayınlardan

---

<sup>25</sup> TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz; Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s:327

<sup>26</sup> Sunay, a.g.e. s:78

<sup>27</sup> Doğru/Nalbant, a.g.e., s:14

<sup>28</sup> Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, a.g.e., 490

<sup>29</sup> Doğru/Nalbant, a.g.e., s:229

yararlanma hakkının sınırlandırılmasıyla ilgili bir başvuruda, “Gothic Ripples” dergisinin diğer sayılarının alınmasına izin verilmesine rağmen, 16. ve 17. sayılarının açıkça anti-semitist olması ve hapisane düzenini tehdit etmesi nedeniyle alınmasına izin verilmemiştir.

Komisyon hapisane gibi düzenin ve disiplinin sağlanmasının çok önemli olduğu kurumlarda kuralların daha sıkı uygulanabileceğini kabul etmiştir. Bu kararda, hapisanenin yayının bütününe genel bir yasak koymadığı ve her bir sayıyı ayrı ayrı inceleyerek karar verdiğini göz önünde bulundurarak, Komisyon davalı Hükümetin takdir alanı içinde hareket ettiğine, yapılan müdahalenin düzeni korumak ve suç işlenmesini önlemek için gerekli olduğuna, bu nedenle 10. maddenin ihlal edilmediği gerekçesiyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.<sup>30</sup>

Cezaevi ortamı söz konusu olduğunda, kamu düzeni bu ortamın niteliği gereği, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının en önemli nedenlerinden biri olarak görülmektedir. Budist bir mahkumun, ısmarladığı dini kitaba cezaevi yönetimi tarafından el konulmuştur. Komisyon, söz konusu kitabın savaş sanatlarına ve kendini savunma tekniklerine ilişkin bir bölüm içerdiğinin altını çizerek cezaevi yönetiminin müdahalesinin kamu düzenini koruma amacını güttüğünü belirterek taraf devletin haklı olduğuna karar vermiştir.<sup>31</sup>

Komisyon, özel bazı yayınlara ilgili talepleri reddetmenin veya bunlara ulaşmayı kısıtlamanın, eğer bu kısıtlamalar bütün yayınlara kapsayacak şekilde değil de, her sayı için ayrı bir şekilde ele alınıyorsa yapılan kısıtlamanın 10. maddeye uygun olduğuna karar vermiştir. Zira Komisyona göre hapisanelerdeki özel yaşamın zorluğundan dolayı, hapisane idarecileri tarafından mahkûmların bir kısım yayınlara ulaşmasının normal yaşama nazaran daha sıkı incelenmesi ve dikkatli davranılması kamu düzenini korumak ve suç işlenmesini önlemek adına gerekli olabilir. Bu nedenle Komisyon’un, mahkûmların ifade özgürlüğü ile demokratik bir toplumun dahi ihtiyacı olan hapisane düzeni arasında denge kurmaya çalıştığı söylenebilir.

## **b. Ulusal güvenlik**

Sözleşme’nin 10 (2). maddesi çerçevesinde ulusal güvenlik kamu makamlarının ifade özgürlüğü için dengeleyici ağırlık olarak ileri sürebilecekleri en sağlam gerekçelerden birisidir.<sup>32</sup> Ulusal güvenlik kavramının açık bir tanımı

---

<sup>30</sup> Malcom Lowes / Birleşik Krallık no.13214/87, 9 Aralık 1988

<sup>31</sup> X / Birleşik Krallık no.6886/75, 18 Mayıs 1976

<sup>32</sup> Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, a.g.e., 488

Sözleşme organları tarafından yapılmamıştır. Kamu makamları, ulusal güvenlik gerekçesi ile ifade özgürlüğünü kısıtlarken daha çok devlet sırlarını açıklama sebebi ile bu yola başvurumaktadırlar. Bir bilgi ulusal güvenlik açısından önem arz ediyorsa, o bilginin yayılması sakınca doğurabilir.<sup>33</sup>

AİHM, Observer ve Guardian/Birleşik Krallık davasında, başvuru iki İngiliz gazetesi, İngiliz İstihbarat Servisinde çalıştığı döneme ait anılarını yazan Wright'ın basılacak olan casus avcısı adlı kitabından bazı ayrıntıları ve yazarın kendisinden aldıkları bazı bilgileri yayımlamışlardır. Bu davada ifade özgürlüğüne müdahaleyi Mahkeme, devlet sırlarını açıklama, ulusal güvenliği koruma ve yargı organının otorite ve tarafsızlığını koruma meşru amaçları açısından incelemiştir. Mahkeme, müdahalenin savcının daimi tedbir kararı için açtığı davanın görülmesi sırasında yargılama organının otoritesini sürdürmek ve ulusal güvenliği korumak olduğu için Sözleşme'nin 10 (2) maddesindeki meşru amaçlara sahip olduğunu belirtmiştir. Ancak Mahkeme, kitabın ABD'de yayınlanmasından sonra söz konusu materyalin gizliliği kalmadığının altını çizmiş ve bu tarihten sonra gizliliğin korunmasının demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale sayılamayacağı sonucuna varmıştır.<sup>34</sup>

Sürek/Türkiye (No:1)<sup>35</sup> davasında, haftalık bir dergide yayınlanan "silahlar özgürlüğü engelleyemez" ve "suç bizim" başlıklı iki okuyucu mektubunun yayınlanması üzerine, DGM, mektuplarda, Güneydoğu Anadolu'daki 8 ilçeye bağımsız "Kürdistan" eyaleti şeklinde gönderme yapıldığı PKK terör örgütü, Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı bir "ulusal bağımsızlık savaşı" veren bir ulusal kurtuluş hareketi olarak nitelendirerek, Türkiye Cumhuriyeti'nin "devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda yapmak" suçundan dolayı para cezası ile cezalandırılmıştır. Olayı değerlendiren Mahkeme, mektuplarda Türk ordusunun katliam yapan, şiddet ve baskı uygulayan bir kurum olarak tanıtılması ve "faşist", "ölüm timi", "emperyalizmin kiralık katilleri" olarak nitelendirilmesi; mektupların içeriğinin taraflar arasında kökleşmiş olan kin ve nefrete dayanan şiddeti daha da arttırmaya yönelik olduğu; mektuplarla, okuyucuya, saldırgan olarak gösterilen devlete karşı, kendini savunmak için şiddete başvurmanın gerekli ve haklı olduğu mesajı verilerek şiddetin övüldüğü; mektuplarda, açıklanan fikirlerle editör kendisini özdeşleştirmiş olmasa da, dergisinde değişik yazarlara, şiddeti ve kini tahrik etme imkanı tanıdığı; verilen para cezasının oldukça az olduğu tespitini

---

<sup>33</sup> Doğru/Nalbant, a.g.e., s:229

<sup>34</sup> Doğru/Nalbant, a.g.e., s:229

<sup>35</sup> Sürek/Türkiye (1), no: 26682/95, 08 Temmuz 1999

yaparak düşünce özgürlüğü ihlalinin söz konusu olmadığı kararını vermiştir.<sup>36</sup>

Sürek/Türkiye (No:3)<sup>37</sup> davasında, AİHM, dergide yayımlanan makalelerde, Türk topraklarının bir bölümünün “Kürdistan” olarak nitelendirildiğini, burada bağımsızlık mücadelesi yürütüldüğünün belirtildiği, bunların tek başına Sözleşme’nin 10/2. maddesine anlamında, müdahalenin gerekli olarak kabulü için yeterli olmadığını; ancak, “Türkiye Cumhuriyeti kuvvetlerine yönelik bir savaş” olarak tanımlarken, “topyekün bir bağımsızlık savaşı başlatmak istiyoruz” şeklindeki beyanıyla yazarın kendisini PKK terör örgütüyle bağdaştırarak, “Kürdistan’ın” ulusal bağımsızlığının elde edilmesi amacıyla silah kullanılması için çağrıda bulunduğunu, bölgede şiddeti körükleyeceğini, yakınılan devlet tarafından, mahkumiyetine ilişkin olarak öne sürülen nedenlerin, düşünce özgürlüğü hakkına bir müdahale için ilgili ve yeterli dayanak oluşturduğunu belirterek, başvurucuya uygulanan cezanın, “zorunlu sosyal” gerekliliği karşıladığını ve 10. maddenin ihlal edilmediği kararını vermiştir.<sup>38</sup>

### c. Sağlığın ve ahlakın korunması

Sözleşme’nin 10 (2) maddesinde yer verilen meşru amaçlar arasında en tartışmalı olanı ahlakın korunmasıdır. Bu alan, içeriği belirsiz takdir alanı kavramının 10. madde çerçevesinde, Mahkeme’nin kendi kendini sınırlamasını haklı gösterecek biçimde oldukça geniş bir uygulama bulduğu bir alandır.<sup>39</sup> Ahlakın niteliği konusunda bir ülke içerisinde dahi çeşitlilik olabildiği için, ahlakın gereklilikleri konusunda bir Avrupa standardı bulunmamaktadır. Ahlakın gerekleri konusundaki görüşler, özellikle konu hakkındaki fikirlerin geniş çapta evrim geçirdiği günümüzde, zamana ve yere göre değişmektedir.<sup>40</sup> Mahkeme, kendi toplumlari ile doğrudan ilişki içinde olan ulusal makamların, yerel düzeyde ahlakın gereklerini değerlendirirken uluslar arası yargıçlardan daha iyi bir konumda olduklarını belirtmiştir. Devlet yetkilileri ülkelerinin esaslı güçleriyle doğrudan ve sürekli ilişkide bulunmaları nedeniyle, ahlaki gereklerin tam içerikleri ve bunları karşılamak için tasarladıkları yasak veya cezanın gerekliliği hakkında bir görüş bildirirken uluslar arası bir yargıçtan genellikle daha iyi bir durumdadırlar. Sonuç olarak, Sözleşme’nin 10 (2) fıkrası, Sözleşmecilerle bir takdir alanı bırakır. Hukukun öngördüğü bu alan, hem ulusal yasa koyu-

<sup>36</sup> ÇALIŞKAN, Bilal; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İfade Özgürlüğü Kararlarında Demokratik Toplum Kriterleri, Adalet Dergisi, 2003/Nisan, s:57

<sup>37</sup> Sürek/Türkiye (No:3), 24735/94, 08 Temmuz 1999

<sup>38</sup> Çalışkan, a.g.e., 59 vd.

<sup>39</sup> Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, a.g.e., 491

<sup>40</sup> Müller ve Diğerleri/İsviçre, no:10737/84, 24 Mayıs 1988, par. 35

cuya, hem de yürürlükteki hukuku yorumlamak ve uygulamakla görevlendirilmiş yargılama makamına da tanınmıştır.<sup>41</sup>

Müller ve Diğerleri/İsviçre davasında, AİHM, ulusal makamların düşünce özgürlüğüne müdahalesini ahlakın korunması açısından, makul ve demokratik bir toplumda gerekli bulmuştur. 1981 yılında sanat sergisinde, Müller, müstehcen resimlerin bulunduğu bir sergi açmıştı. Sergi halka açıktı, giriş bedelsizdi, yaş sınırlaması da yoktu. İsviçre makamları Müller'e müstehcen yayınları yasaklayan yasal hükümler çerçevesinde para cezası verilmişti. Tablolara da el konularak güvenli biçimde korunması için sanat müzesine teslim edilmişti. 1988 yılında tablolar kendisine geri verilmişti.

AİHM, bu başvuru ile ilgili olarak; demokratik bir toplumda gerekli olması koşulunu incelerken, sözleşmeye taraf ülkelerin coğrafi alanları içerisinde aynı ahlak anlayışının olmadığını belirtmiştir. AİHM göre, ulusal mahkemeler, kendi ülkelerinin gerçekliğiyle doğrudan temas içinde oldukları gözönüne alındığında, ahlaka ilişkin sorunlarda karar verme bakımından, uluslararası yargıçlara göre daha avantajlı bir konumdadırlar.<sup>42</sup> Serginin özellikle çocuklara açık olmasını da göz önüne alarak, ulusal makamların davacılar uygulanan para cezalarını ahlakın korunması açısından gerekli bulunmasının meşru bir hak olduğuna karar vermiştir.<sup>43</sup> Ayrıca tablolara da süresiz el konulmadığı ve her zaman iadesi istenebileceği belirtilerek, el koymanın da gerekli olduğu sonucuna varmıştır.<sup>44</sup>

Open Door ve Dublin Well Woman/İrlanda<sup>45</sup> davasında, İrlanda da kürtajın yasak olmasından dolayı Open Door ve Dublin Well Woman şirketleri, kadınlara hamilelik, aile planlaması, kısırlaştırma konularında bilgi vermekte ve Britanya'da kürtaj yapabilecekleri yerlerin adreslerini karşılıksız bildirmekteydi. Yerel mahkeme, başvurucu şirketler aleyhine açılan davada, başvurucu şirketlerin hamile kadınlara, Büyük Britanya'daki kürtaj kliniklerinin yeri ve adları ile bunlarla iletişim konusunda danışmanlık hizmeti vermesini sürekli olarak yasaklayan bir tedbir kararı vermiş, bu karar İrlanda Anayasa Mahkemesi tarafından da onaylanmıştır.

Open Door Dublin Well Woman/İrlanda kararında, İrlanda Hükümeti, ahlak, başkalarının hakkını koruma ve suç işlenmesini engellemek gerekçesiyle düzenlemenin haklı olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme daha sonra, başvuru-

---

<sup>41</sup> Handyside/Birleşik Krallık, no: 5493/72, 07 Aralık 1976

<sup>42</sup> Müller ve Diğerleri/İsviçre, no:10737/84, 24 Mayıs 1988, par. 35

<sup>43</sup> Müller ve Diğerleri/İsviçre, no:10737/84, 24 Mayıs 1988, par. 36

<sup>44</sup> Müller ve Diğerleri/İsviçre, no:10737/84, 24 Mayıs 1988, par. 43-44

<sup>45</sup> Open Door Dublin Well Woman/İrlanda, no; 14234/88, 29 Ekim 1992



rucuların ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme olayda, hamileliğin sona erdirilmesi hakkındaki danışmanlığı yaş, sağlık ve diğer sebeplere bakmaksızın, sürekli ve mutlak nitelikte yasaklayan bir tedbir kararı söz konusu olduğunu ve sadece bu nedenle müdahalenin orantsız olduğunu belirtmiştir. Diğer yandan, bu tedbir kararı, çok sayıda kadının yurtdışında kürtaj olmaya devam etmesini engellememektedir. Bu nedenle söz konusu tedbirin kendisi de etkisizdir. Mahkeme sonuç olarak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.<sup>46</sup>

#### **d. Başkalarının şöhret ve haklarının korunması**

Bireylerin şöhret, şeref veya mahremiyetlerinin ne ölçüde güvence altına alınacağını belirlemede Sözleşme'nin 10 (2). maddesinde yer alan başkalarının haklarının korunması ifadesine müracaat edilmektedir.<sup>47</sup> İfade hürriyetinin kısıtlanmasında belki de en çok karşılaşılan ve de içinden çıkılması en güç olan neden başkalarının şöhret ve haklarının korunması nedeniyle ifade hürriyetinin kısıtlanması olmaktadır.

Başkalarının şöhret ve haklarının korunması denildiği zaman akla ilk gelen gazetecilerin haber yapma ve kamuyu bilgilendirme hakkı ve görevleridir. Nitekim gazeteciler özellikle siyasetçiler veya toplum tarafından bilinen kişiler hakkında yaptıkları haber, yorum ve değerlendirmeler bu kişilerin şeref ve itibarının korunması meselesini gündeme getirecektir. İşte bu noktada çatışan iki hakkın gündeme geldiğinden bahsedilebilir. Bir taraftan bireylerin şeref ve itibarının korunması hakkı, diğer taraftan ise gazetecilerin haber yapma ve kamuoyunu bilgilendirme hakkı arasında adil bir dengenin kurulması gerekmektedir. Hemen şu bilgiyi de ifade etmek gerekir ki, özellikle ülkemizde de ifade özgürlüğü ile ilgili gerek yerel mahkemeler nezdinde görülen ceza ve tazminat davalarında gerekse Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurularda hep bu iki hakkın çatışmasından kaynaklanan sorunların gündeme geldiğini görmekteyiz.<sup>48</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi "*başkalarının şöhret ve haklarının korunması*" korunması ve gazetecilerin haber yapma ve kamuyu bilgilendirme görevleri arasında makul bir denge kurulması gerektiğini içtihatlarında belirtmektedir. Özellikle, AİHS 10/2. maddesi çerçevesinde ifade özgürlüğüne bir

---

<sup>46</sup> Doğru/Nalbant, a.g.e., s:230

<sup>47</sup> Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, a.g.e., 494

<sup>48</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 2/7/2015 tarih ve 2013/8598 sayılı bireysel başvuru kararı, Anayasa Mahkemesi'nin 11/3/2015 tarih ve 2013/2593 sayılı kararı, Anayasa Mahkemesi'nin 30/6/2014 tarih ve 2013/5574 sayılı kararı.

müdahale yapılması durumunda AİHM, müdahalenin orantılılığını değerlendirmektedir. Bu noktada AİHM, yargılamaların hakkaniyetli yapılmasını ve yargılamada sağlanan usuli güvenceleri dikkate almaktadır.<sup>49</sup>

Mahkeme, ifade özgürlüğü ile başkalarının şöhretinin çatışması hâlinde çatışan menfaatler arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını araştırırken dikkate alınması gereken kriterleri içtihat yolu ile belirlemiştir. Bu kriterler; basında yer alan yazı veya ifadelerin kamuoyunu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı, hedef alınan kişinin tanınmışlık düzeyi ve yazının amacı, ilgili kişinin yayından önceki davranışı, bilginin elde edilme yöntemi ve doğruluğu, yayının içeriği, biçimi ve sonuçları ile yaptırımın ağırlığı olarak ifade edilmiştir.<sup>50</sup>

Bu kriterlerden özellikle “yazının hedef aldığı kişinin kimliği ve yazının amacı”nın özel önemi bulunmaktadır. Zira AİHM, başkalarının şöhret ve haklarının korunması kapsamında ifade özgürlüğüne müdahalenin demokratik toplumlarda gerekliliği konusunda sade vatandaşlarla, kamuya mal olmuş kişileri, kamu görevlileriyle siyasetçileri birbirlerinden ayırarak değerlendirmeler yapmaktadır. Özellikle ifade özgürlüğü ile başkalarının hak ve şöhret değerlerinin çatışması hâlinde eğer şöhreti söz konusu olan kişi sade vatandaş ise korumayı üst düzeyde şöhretten yana tutmakta, siyasetçinin şöhreti söz konusu ise ilke olarak tercihini ifade özgürlüğünden yana kullanmaktadır.<sup>51</sup>

Mahkeme, siyasal bir rolü olan kişilere karşı yöneltilen eleştirinin kabul edilebilir sınırlarının, sıradan bir kişiye yöneltilen eleştiriye göre daha geniş olduğunu ifade etmiştir. Siyasal hayatta rol alan kişiler, kaçınılmaz olarak olaylar ve davranışları bakımından hem gazetecilerin hem de geniş kitlelerin dikkatini çekerler.

Lingens/Avusturya kararında Mahkeme (Divan), başvuru gazetecinin bir dergide yayınlanan yazılarda kullandığı tabirler nedeniyle şahsi ceza davasında hakarettten suçlu bulunmasını ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir. Olayı inceleyen Divan, siyasi liderler hakkında öne sürülen düşüncelerin aktarılması olgusunun kamuoyunun şekillenmesini sağlayan en önemli araçlardan birisi olduğu, demokratik bir toplumun temel niteliği olan siyasi tartışmanın Sözleşme tarafından korunan hakların başında geldiği, politikacılar için kabul edilebilir eleştiri sınırının diğer bireylere göre daha geniş olması

---

<sup>49</sup> Association Ekin/Fransa, no.39288/98 par. 61, 17 Temmuz 2001

<sup>50</sup> Von Hannover/Almanya, no. 40660/08, 60641/08, 7 Şubat 2012, par. 109-112; Axel Springer AG/Almanya, no. 39954/08, 7 Şubat 2012, par. 90-95

<sup>51</sup> Von Hannover/Almanya, no. 40660/08, 60641/08, 7 Şubat 2012, par. 58

gerektiği, özel kişilerden farklı olarak politikacıların her söz ve davranışını bile-  
rek ve isteyerek basın ve kamu oyunun görüş ve eleştirisine açtıkları tespit-  
lerini yapmıştır. Kişilerin şeref ve haysiyetlerinin korunması olgusunun, siyasi  
konuların açıkça tartışılması ilkesi açısından değerlendirilmesi gereğine vur-  
gu yapan Divan, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca  
Divan, siyasi bir kişiyi eleştiren basın mensubuna yaptırımlar uygulanmasının  
onu gelecekte bu tür eleştiriler yapmaktan alıkoyacak bir tür sansür niteliğin-  
de olacağını ifade etmiştir.<sup>52</sup>

Tammer/Estonya<sup>53</sup> davasında, başvuru gazetecinin, bir siyasetçinin yar-  
dımıcının özel hayatına ilişkin gözlemleri sonucu hakaretten mahkum edilmesinin  
Sözleşme'nin 10. maddesine uygun olduğuna karar vermiştir. Mahkeme'ye  
göre olayda, dava konusu olan açıklamaların kamu yararı ve toplumsal yarar  
sağlayan bir konuya ilişkin olduğu kanıtlanamamıştır. Başvuru eleştirilerini  
hakaret içeren ifadelere başvurmadan da dile getirebilirdi. Bu durumda, baş-  
kalarının itibarının korunması ile toplumsal yararı olan bir konuda gazetecinin  
bilgilendirme hakkı arasındaki adil denge korunmuştur.<sup>54</sup>

Mahkeme, siyasetçilere benzer şekilde resmi yetkilerini kullanmakta olan  
kamu görevlileri için de kabul edilebilir eleştirinin sınırlarının, sıradan vatan-  
daşlara göre daha geniş olduğunu ifade etmiştir.<sup>55</sup>

Thoma/Lüksemburg davasında<sup>56</sup> Mahkeme, kamu görevlilerinin eleştirilme-  
siyle ilgili olarak, politikacılara benzer bir şekilde resmi yetkilerini kullanmakta  
olan kamu görevlileri için de, kabul edilebilir eleştiri sınırlarının sıradan yurt-  
taşlara göre daha geniş olduğunu belirtmiştir. Ancak kamu görevlilerinin kendi  
istekleriyle her sözlerini ve eylemlerini, politikacıların yaptığı ölçüde kamunun  
gözetimine açtığı söylenemeyeceğinden, kamu görevlileri için kabul edilebilir  
eleştiri sınırları politikacılara oranla daha sınırlıdır. Dolayısıyla kamu görevlile-  
rinin, davranışlarının eleştirisi bakımından politikacılarla aynı temelde mua-  
mele görmemeleri gerektiği ortaya konulmuştur.<sup>57</sup>

Öztürk/Türkiye<sup>58</sup> kararına konu olayda, başvuran tarafından bir dergide,

---

<sup>52</sup> Lingens/Avusturya, No:9815/82, 08 Temmuz 1986

<sup>53</sup> Tammer/Estonya, no: 41205/98, 06 Şubat 2001

<sup>54</sup> Doğru/Nalbant, a.g.e., s:233

<sup>55</sup> Akkurt, Ali; Basın Özgürlüğünün Kapsamı ve Sınırları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s:310; Zengi, Utku Ufuk, AİHM Kararları Işığında Kitle İletişim Özgürlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s:106

<sup>56</sup> Thoma/Lüksemburg, no:38432/97, 29 Mart 2001

<sup>57</sup> Akkurt, a.g.e., s.312

<sup>58</sup> Öztürk/Türkiye, 09 Haziran 2009

postane müdürünün yapılan restorasyon çalışmasında ihmalkarlıklarını ortaya koyan bir yazı yayımlanmıştır. Bu yazı üzerine tazminat davası açılmış ve dava başvuran aleyhine sonuçlanmıştır. Başvuran bu müdahalenin Sözleşme'nin 10. maddesi ile bağdaşmadığını belirterek Mahkeme'ye başvurmuştur. Mahkeme başvuru konusu olayla ilgili değerlendirmesinde, ironik bir dille yazılan yazıda yapılan eleştirilerin kamu yararını ilgilendiren bir konunun dikkate alınmasına katkı sunmak amacıyla yapıldığını, kitle iletişim özgürlüğünün başkalarının şöhret ve haklarının korunması nedeniyle sınırlandırmalara tabi tutulabileceğini, ancak kamu görevlilerine yönelik haklı eleştirileri veya kamu görevlilerinin görevi suiistimallerinin veya yolsuzluklarının açığa çıkmasını önlemeyi amaçladıkları takdirde hakaret davalarının haklı görülemeyeceğini belirtmektedir. Zira kamu görevlilerine yapılan hakaretlere karşı dava hakkı kolayca suiistimal edilebilir ve kamuyu ilgilendiren konuların tartışılmasını ve eleştirilmesini engelleyebilir. Mahkeme anılan gerekçelerle yerel mahkemenin yarışan menfaatler arasında adil bir denge gözetmeden hüküm kurduğunu ve Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal ettiği konusunda karar tesis etmiştir.<sup>59</sup>

Başkalarının şöhret ve haklarının söz konusu olduğu durumlarda AİHM, “değer yargısı” ile “olaya dayalı bilgilendirme” arasında ayırım yapmaktadır. Bir olayın olup olmadığı kanıtlanabilir bir husus iken, bir değer yargısının kanıtlanmasının istenmesi gerçekleştirilemez ve kanaat özgürlüğüne müdahale oluşturur.<sup>60</sup>

AİHM, ulusal mahkemelerin hakaret içerikli, iftira niteliğinde veya aşağılayıcı bulduğu açıklamalarla karşı karşıya geldiğinde, öncelikle söz konusu ifadelerin olgusal iddialar olarak mı yoksa değer yargıları olarak mı kategorize edileceğini incelemektedir. AİHM tarafından, görüşler ve yorumlar gibi değer yargılarının kanıtlanmaya elverişli olmadığı kabul edilmektedir. Ancak Mahkeme, yargılamaya konu ifadelerin değer yargısı içerdiğine karar verdiğinde bu yargıları destekleyecek “yeterli bir olgusal temel” mevcut olup olmadığını değerlendirmektedir. Değer yargılarının en azından belli düzeyde olgusal temel içermesi gerektiği vurgulanmıştır.<sup>61</sup>

AİHM'e göre, hakaret etmekle suçlanan gazetecilerin, iddialarını desteklemek üzere güvenilir delil sunmaları gerekmektedir. Aksi takdirde AİHM, iddiaların gerçekliğinin kanıtlanmasını talep etmektedir.<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> Zengi, a.g.e., s. 106-107

<sup>60</sup> Lingens/Avusturya, No:9815/82, 08 Temmuz 1986; Castells/İspanya No: 11798/85, 23 Nisan 1992

<sup>61</sup> Turhan/Türkiye, no. 48176/99, par. 24, 19 Ağustos 2005

<sup>62</sup> Doğru/Nalbant, a.g.e., s:209

Bunun yanında AİHM, gerçek dışı olgulara dayalı iddia olarak nitelenen açıklamalar bakımından başvuruçuların bu tür ifadelerin ortaya konulmasından ve yayınlanmasından sorumlu olup olmadıklarını ve bu tür bilgilerle diğer kişileri aldatmayı amaçlayıp amaçlamadıklarını dikkate almaktadır.

Yukarda sayılan kriterleri basın özgürlüğünün kısıtlandığına ilişkin başvurularda uygulayan AİHM, basının demokratik toplumlarda oynadığı önemli rolü vurgulamış özellikle basının başkalarının itibarının ve haklarının korunmasına yönelik olarak bazı sınırların dışına çıkmaması gerekmesine rağmen, basının görevinin yükümlülük ve sorumluluklarına uygun olacak şekilde kamu yararına ilişkin tüm konular hakkında bilgi ve görüş iletmek olduğunu vurgulamaktadır. Ayrıca basının bu tür görüş ve öneri ileme görevi olduğu gibi kamunun da bu tip bilgi ve görüşleri alma hakkı olduğunu aksi takdirde basın “kamu bekçisi” olarak görevini yürütemeyeceğini belirtmektedir.<sup>63</sup>

Bununla birlikte kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen ifade özgürlüğüne ilişkin başvurularda AİHM, gazetecilerin doğru ve güvenilir bilgi vermek için iyi niyetli hareket etmeye yönelik ödev ve sorumluluklarına vurgu yapmıştır.<sup>64</sup>

AİHS’in 10. maddesi özel kişiler arasında kullanılan ifadeler söz konusu olduğunda devletlere pozitif olarak koruma yükümlülüğü getirebilmektedir. AİHS 10/2 fıkrası bağlamında değerlendirilebilecek olan cevap ve düzeltme hakkı bunlardan bir tanesidir. AİHM, devletin bazı durumlarda bu hakkı sağlama yükümlülüğü altında olduğunu ifade etmiştir. AİHM basın ve gazetecilerin neyi yayınlayıp neyi yayınlamayacakları noktasında özgür olduklarını, cevap ve düzeltme hakkının her durumda geçerli olmadığını, ancak hakaret, iftira gibi konularda bu duruma istisna getirilebileceğini belirtmiştir.<sup>65</sup>

Anayasa Mahkemesi, cevap ve düzeltme hakkı çekişmesiz bir yargı yolu olduğundan bireyin şeref ve itibarının korunması için hukuk düzenindeki diğer yollara göre oldukça dar bir alanda etkili bir yol olduğu belirtmiştir. Başvuruçular haklarında yayınlanan haberlere ilişkin olarak tekzip taleplerinin reddedilmesinin şeref ve itibarlarına bir müdahale oluşturduğunu ileri sürmüşlerdir. Anayasa Mahkemesi, cevap ve düzeltme yolunun çekişmesiz bir yargı yolu olduğu için bu konuda verilen kararların, basın yolu ile kişilik hakkının ihlali nedeniyle açılan diğer ceza veya hukuk davalarında kesin hüküm teşkil etmediğini hatırlatmıştır. Bu bağlamda Mahkeme, basın ve yayın organlarıncaya yapılan bir açıklama nedeniyle şeref ve itibar hakkına hukuka aykırı olarak

---

<sup>63</sup> Axel Springer AG/Almanya, no. 39954/08, par. 79, 7 Şubat 2012

<sup>64</sup> Bladet Tromsø ve Stensaas/Norveç, no. 21980/93, par. 65, 20 Mayıs 1999

<sup>65</sup> Melnyuk/Ukrayna, no. 28743/03, 5 Temmuz 2005

gerçekleştirilen müdahalelerde mağdurun asıl gayesinin, zararının telafi edilmesi olduğu nazara alındığında özellikle somut başvuruya konu ihlal iddiasına benzer uyuşmazlıklar açısından, koşullara göre diğer ceza veya hukuk yollarının daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, cevap ve düzeltme yolu dışında daha etkili diğer koruma yollarını tüketmeyen başvuru sahiplerinin başvurusunu kabul edilemez bulmuştur.<sup>66</sup>

### 3. Müdahale Demokratik Toplumda Gerekli Olmalıdır

Mahkeme son olarak, müdahalenin Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan demokratik toplumda gerekli olma şartına uyup uymadığını incelemektedir. Başvurucunun, Sözleşme'nin 10. maddesinin 1. fıkrasındaki bir hakkını kullanmasına yapılan bir müdahale, hukukun öngördüğü usule uygun olarak yapıldığı ve Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasındaki meşru bir amaç izlediği tespit edilse bile, bu meşru amaçlar demokratik bir toplumda gerekli değilse, Sözleşme'ye uygun olarak kabul edilmeyecektir.

Bir siyaset etiği kuralı olan demokratik toplum düzeninin gerekleri ile sınırlandırma uyumlu olmalıdır. Demokratik toplumun gerekleri sınırlandırmanın kabul edilebilirliği konusunda önemli bir kriterdir. Demokratik toplum kriteri sözleşmenin en orijinal kriteri olarak kabul edilmektedir. Bu kriter, sözleşmenin önsözünde yer almakta ve sözleşmenin genel yapısının önemli bir parçasını oluşturmaktadır.<sup>67</sup>

Kamu otoritelerinin başvurduğu ve şikayete konu olan kısıtlayıcı işlemin ya da önlemin demokratik bir toplumda gerekli olması koşulu iki unsuru içermektedir. Öncelikle hak veya özgürlüğe yapılan müdahale yahut sınırlama "gerekli" olacak, ardından bu müdahale niteliği bakımından "demokratik toplumda caiz" yani demokrasi anlayışı ile uyumlu olacaktır.<sup>68</sup>

Mahkeme *demokratik toplum* kavramından ne anladığını Handyside/Birleşik Krallık kararında açıklamıştır. Mahkeme'ye göre; *ifade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. Maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değer görülen haber ve düşünceler için değil, ama ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız*

---

<sup>66</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 2/7/2015 tarih ve 2013/6237 sayılı bireysel başvuru kararı

<sup>67</sup> Bıçak, a.g.e., s:272

<sup>68</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, a.g.e., s:378

*eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir. Bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz. Bu demektir ki, başka şeyler bir yana, bu alanda getirilen her formalite, koşul, yasak ve ceza izlenen meşru amaçla orantılı olmalıdır.*<sup>69</sup> Mahkeme, demokratik toplum kavramının unsurlarını içtihat yoluyla belirlemiştir. Bu unsurlar; *çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik* olarak ifade edilmektedir.<sup>70</sup>

Sözleşme'nin bu maddesinde ifade edilen gereklilik kavramından "acil bir sosyal ihtiyaç" ve "orantılılık" kavramları ortaya çıkmaktadır. Sözleşme organları gerekli ifadesinin, bir yandan zorunlu sözcüğü ile anlamdaş olmadığını, öte yandan, kabul edilebilir, olağan, yararlı, makul veya arzu edilen deyimleri gibi esnekliğe sahip olmadığını dikkate almaktadır. Gereklilik kavramı toplumsal ihtiyaç baskısını ima etmektedir.<sup>71</sup> Gereklilik kavramının niteliği *zorlayıcı toplumsal ihtiyaç* şeklinde açıklanmaktadır. Yani sınırlamanın demokratik toplumda kabul edilebilmesi için, zorlayıcı toplumsal ihtiyacın varlığı gereklidir.<sup>72</sup>

Mahkeme, demokratik toplumda gereklilik koşulunun irdelenmesinde zorlayıcı toplumsal ihtiyaç, bu ihtiyacı kanıtlayan uygun ve inandırıcı, yeterli gerekçe, müdahale teşkil eden tedbirin ölçülülüğü, bireysel-genel yarar arasındaki denge ve tercih ölçütlerinin dava konusu somut olaya uygulayarak karara varmaktadır<sup>73</sup>. Yine bu irdelemede ulusal mercilerin sadece iyi niyetle, dikkatli ve makul davranmış olmaları önemli ise de tek başına yeterli görülmemekte, tedbirin alınmasında ileri sürülen gerekçelerin meşru amaçlarla ne ölçüde örtüştüğü haklı ve makul nedenlerin gereklilik niteliğine ne ölçüde dayanak oluşturduğu da araştırılmaktadır.<sup>74</sup>

Acil bir toplumsal ihtiyacın var olup olmadığının tespiti öncelikle ulusal otoritelerin ve ulusal mahkemelerin takdirindedir. Öte yandan ulusal makamların takdir alanı, 2.fıkırdaki sayılan her bir amaç için ayrı ayrıdır. Ancak bir kısıtlamanın 10. maddede düzenlenen ifade özgürlüğü ile bağdaşıp bağdaşmadığına ilişkin son kararı verme yetkisi AİHM'dedir. Mahkeme, "*Devletler bu konuda bir takdir yetkisi kullanırlar, fakat bu takdir yetkisi, koşullara göre daha az veya daha çok olan Avrupa denetimiyle el ele yürür, söz konusu müdahalenin bir ihtiyaca karşılık gelip gelmediği, müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olup olmadığı ve ulusal makamların müdahaleyi haklı kılmak için gösterdikleri gerekçelerin ilgili*

<sup>69</sup> Handyside/Birleşik Krallık, no:5493/72, 07 Aralık 1976, par.49

<sup>70</sup> Sunay, a.g.e., s:106

<sup>71</sup> Handyside/Birleşik Krallık, no:5493/72, 07 Aralık 1976, par.48

<sup>72</sup> Sunay, a.g.e., s:113

<sup>73</sup> Barthold/Almanya, no:8734/79, 25 Mart 1985, par.55

<sup>74</sup> Gözübüyük-Gölcüklü a.g.e., s.380

*ve yeterli olup olmadığı konusunda nihai belirlemede bulunmak Mahkeme'ye düşen bir görevdir”* demek suretiyle denetim rolünü belirtmiştir.<sup>75</sup>

Sınırlamada ulaşılmak istenen amaç ile bu doğrultuda kullanılan araçlar arasında belli bir dengenin bulunması zorunluluğunu ifade eden ölçülülük ilkesi esas itibariyle *demokratik toplumda gerekli olmanın* bir alt kavramı olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>76</sup>

Mahkeme, ifade hürriyetine yapılan bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını incelerken, başvurduğu toplumsal ihtiyaç baskısı ve orantılılık kriterlerini birbirinden ayrı ve bağımsız düşünmemek gerekmektedir. Kamu otoritelerinin somut bir olayda almış olduğu bir tedbir niteliği itibari ile toplumsal ihtiyaç baskısı testinden geçtikten sonra, orantılılık kriteri açısından incelenecektir. Mahkeme, orantılılık açısından değerlendirme yaparken, birey ile toplumun yarışan menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulmuş olup olmadığını inceler. Bir müdahalenin orantılı olduğunun kabul edilmesi için, söz konusu temel hakka daha az zarar verebilecek ama aynı zamanda aynı amacı yerine getirebilecek başka bir müdahaleye başvurma ihtimalinin bulunmaması gerekmektedir.<sup>77</sup>

Bu denklemde, “amaç” 2. fıkrada sayılan devletlerin korunması uğruna ifade özgürlüğüne müdahale edebilmelerine olanak tanınan değerlerden veya çıkarlardan biri ya da birkaçıdır. “Araç” ise müdahalenin kendisidir. Dolayısıyla, “amaç”, “ulusal güvenlik”, “kamu düzeni”, “ahlak”, “başkalarının hakları” gibi, devlet tarafından öne sürülen spesifik çıkardır. “Araç” ifade hakkını kullanmakta olan bireye karşı benimsenen veya uygulanan spesifik tedbirdir. Örneğin, “araç” şunlardan biri olabilir: Hakaret ve şöhrete halel getirme dolayısıyla cezai mahkumiyet, tazminat ödemeye mahkum edilme, yayın konusunda tedbir kararı, gazetecilik mesleğini icradan men, gazete bürosunun aranması, bir fikrin ifade edilmesi için kullanılan araca el konulması vb. gibi.<sup>78</sup>

İfade hürriyeti konusunda ölçülülük ilkesi uygulanırken başlıca üç hususun arandığı bir test uygulanmalıdır. Bunlar; *sınırlayıcı tedbirin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, sınırlayıcı tedbirin o amacı gerçekleştirmek bakımından gerekli olması ve son olarak sınırlayıcı tedbirin amaçla orantılı olması* şeklinde belirtilmiştir.<sup>79</sup>

---

<sup>75</sup> Barthold/Almanya, no:8734/79, 25 Mart 1985, par.55

<sup>76</sup> Sunay, a.g.e., s:99

<sup>77</sup> Doğru/Nalbant, a.g.e., s:15-16

<sup>78</sup> Monica, a.g.e., s:30

<sup>79</sup> Sunay, a.g.e., s:102



“Demokratik toplumda gerekli olma” ölçütüne göre, ifade özgürlüğüne yapılacak müdahale açısından bu ihtiyaca cevap vermek için başvuru aracı ile bireyin ifade özgürlüğü arasında adil veya orantılı bir dengenin tutturulması gerekmektedir. AİHM’e göre gerçekleşen müdahale zorlayıcı toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanmalıdır. Zorlayıcı toplumsal ihtiyacın mevcut olup olmadığının değerlendirilmesinde ve bu ihtiyacın giderilmesi amacıyla alınacak önlemlerin seçiminde ulusal makamların takdir hakkı bulunmaktadır. Bununla birlikte AİHM, ulusal makamların ifade özgürlüğüne müdahale önlemlerini haklı kılacak “konuyla ilgili ve yeterli gerekçeler” ileri sürüp sürmediğini ve “sınırlama amacı ile aracı arasında makul bir dengenin bulunup bulunmadığını” denetleme yetkisine sahiptir.<sup>80</sup>

### C. Sonuç

İfade özgürlüğü, demokratik toplumun en önemli unsurlarından biridir. İfade özgürlüğünün sınırlanması ile sadece ifade özgürlüğü değil, diğer bir çok özgürlük de sınırlanmış olacaktır. Dolayısıyla ifade özgürlüğünün sınırlanması önemli bir boyut kazanmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 10. maddesi ifade özgürlüğünü düzenlemiştir. Sözleşme’nin 10/2. maddesinde ise ifade özgürlüğünün hangi durumlarda ve hangi şartların gerçekleşmesi halinde sınırlanabileceği düzenlemiştir. İfade özgürlüğüne kamu makamlarının müdahale sebepleri kanunda sınırlı sayı prensibine göre sayılmış olmasına rağmen, bu müdahalenin hangi şartlarda ve koşullarda haklı gösterileceği Sözleşme organları tarafından çoğunlukla içtihat yolu ile belirlenmiştir.

Diğer bazı temel hak ve özgürlüklerde olduğu gibi, ifade özgürlüğü de mutlak bir özgürlük olmayıp, belirli durumlarda Sözleşmeciler Devletler tarafından müdahale edilebilecektir. Müdahale alanları sınırlı sayı prensibine göre sayılmıştır. Müdahale konusunda Sözleşmeciler Devletlerin belli bir takdir payları bulunmasına rağmen, nihai denetim AİHM’ne aittir. AİHS’de ifade özgürlüğünün içeriği açısından genel bir sınırlama öngörülmemekle birlikte, bu özgürlüğün meşru amaçlara dayalı olarak sınırlanabileceği belirtilmiştir. Ancak AİHM, 10. maddenin ilk fıkrası çerçevesinde ifade özgürlüğüne bir müdahale olup olmadığını; gerçekleştirilen müdahalenin “yasayla öngörülmüş olup olmadığı”, “müdahalenin meşru amaçlara dayanıp dayanmadığı” ve “müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı” temelinde incelemektedir. Bu

---

<sup>80</sup> Bladet Tromsø ve Stensaas/Norveç, no. 21980/93, par. 58, 20 Mayıs 1999; Cumpănă ve Mazăre/Romanya, no. 33348/96, par. 88, 17 Aralık 2004

inceleme sonucunda müdahalenin ağır bir sosyal ihtiyacı karşılamak için konulduğunun, amaç ile araç arasında orantısallık bulunduğunun tespiti halinde müdahalenin meşru olduğuna, aksi takdirde ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verecektir.

◆◆◆◆

### KAYNAKÇA

AKKURT, Ali; Basın Özgürlüğünün Kapsamı ve Sınırları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014

ALACAKAPTAN, Uğur; Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 12-16 Ocak 2000

BEYDOĞAN, T. Ayhan; AİHS Işığında Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, Ankara 2003,

BIÇAK, Vahit, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, Ağustos 2003

ÇALIŞKAN, Bilal; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İfade Özgürlüğü Kararlarında Demokratik Toplum Kriterleri, Adalet Dergisi, 2003/Nisan

DOĞRU, Osman / NALBANT, Atilla; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Yargıtay Başkanlığı, 2013, 2. Cilt

GİRİTLİ, İsmet / GÜNGÖR, Hasan Atilla; Günümüzde İnsan Hakları, Der Yay., İstanbul, 2002

GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref / GÖLCÜKLÜ, A.Feyyaz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 10. Baskı, Turhan Kitabevi Yayını, Ankara 2013

HARRİS, D.J. / O'BOYLE, M. / BATES, E.P. / BUCKLEY, C.M; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi, 2013

İNCEOĞLU, Sibel (Editör); İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Avrupa Konseyi, 2013

KABOĞLU, İbrahim; Özgürlükler Hukuku, 3.Baskı, Afa Yayını, İstanbul 1998

KAPANİ, Münci; Kamu Hürriyetleri, 7.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1993

KÜÇÜK, Adnan; İfade Hürriyetinin Unsurları, Liberal Düşünce Topluluğu Yay., Ankara 2003

MONİCA, Macovei; İfade Özgürlüğü İnsan Hakları El Kitapları No :2 Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Yayını, 1. Baskı

SUNAY, Reyhan; İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara 2001

TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SANCAKDAR, Oğuz; Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002

ZENGİ, Utku Ufuk, AİHM Kararları Işığında Kitle İletişim Özgürlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014

# AİLE HEKİMLİĞİNDE DİSİPLİN HÜKÜMLERİ VE İHTAR PUANLARI

*Disciplinary Rules of the Family Medicine and Warning Score*

Ezgi Kızılkaya DOĞRU<sup>1</sup>

## ÖZET

5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu<sup>2</sup> ile aile hekimliğinin hukuk sistemimize girmesiyle birlikte asli ve sürekli kamu hizmeti ifa eden aile hekimlerinin hukuki statüsü ile tabi olacakları disiplin hükümleri tartışmaları başlamıştır. 5258 sayılı Kanuna dayanarak çıkarılan Aile Hekimliği Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği'nde düzenlenen ihtar puanı cetveli ile aile hekimlerinin devlet memurları hakkında öngörülen disiplin hükümlerine tabi olmadıkları anlaşılmıştır. İdare tarafından aile hekimliğinde disiplin hukukuna ilişkin yönetmelik düzenlemeleri, tesis edilen ihtar puanları ve aile hekimliği sözleşmesinin feshi işlemleri idari yargıda birçok kez dava konusu edilmiştir.

Bu çalışmada aile hekimliğine geçiş süreci, aile hekimlerinin hukuki statüsü, aile hekimliği mevzuatında disiplin hükümleri, aile hekimliğinde ihtar puanları, ihtar puanına itiraz edilebilecek makamlar, aile hekimliği sözleşmesinin sona erdirilmesi ve sona erdirilmesinde yetkili makam, ihtar puanı verme yetkisinde zaman aşımı ve idari yargıda en çok dava konusu edilen, ihtar puanı gerektiren fiillerden aşılarda soğuk zincir kurallarına uymamak veya soğuk zincir kırılmasına sebebiyet vermek ve idare tarafından mevzuata dayanarak verilen nöbet görevine mazeretsiz gitmemek fiillerine karşı açılan davalar ve yargı kararları tartışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Aile Hekimliği, Aile Hekiminin Hukuki Statüsü, Aile Hekimliğinde İhtar Puanı, Aşılarda Soğuk Zinciri Kuralları, Aile Hekimliğinde Nöbet.

## ABSTRACT

After the introduction of Family Medicine discipline into our law system with Family Medicine Act no. 5258, the discussions on the legal status of family physicians carrying out essential and permanent public service and disciplinary provisions that they will be subject to have been started. It was understood that family physicians are not subject to disciplinary enforcements stipulated for public servants according to the warning scorecard enacted as per Family Medicine Legislation On Payment and Contract Principles based on Act no. 5258. The legislation amendments on disciplinary law on family medicine, processed on warning scores and termination of family medicine agreements have been litigated number of times on administrative law by the administration.

<sup>1</sup> İdari Yargı Hâkim Adayı, ezgikizilkaya@hotmail.com

<sup>2</sup> Bu Kanunun adı "Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun" iken 11/10/2011 tarihli ve 663 sayılı KHK'nın 58 inci maddesi ile Aile Hekimliği Kanunu olarak değiştirilmiştir.

In this study, litigations and judgments are discussed about transition process to family medicine, legal positions of family physicians, disciplinary provisions within the legislations of family medicine, warning scores in family medicine, locations to object warning score, termination of family medicine contract and the authorized location, timeout in the authorization of warning score, violating the cold chain rules in vaccination and causing to break the cold chain and not to participate in the duty station determined by the administration without any excuse as the most ligigated warning score issues.

**Keywords:** Family Medicine, Legal Status of Family Physician, Warning Score in Family Medicine, Cold Chain Regulations in Vaccination, Duty in Family Medicine.



## GİRİŞ

Ülkemizde 2004 yılından itibaren toplum sağlığına yönelik hizmetler ile bireysel koruyucu, tanı koyucu, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetleri olan birinci basamakta yeni bir yapılanmaya gidilmiştir. Bu yapılanma ile 09.12.2004 tarihli ve 25665 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak Aile Hekimliği Kanunu yürürlüğe girmiştir. Aile Hekimliği Kanunu ile birlikte sağlık sisteminde sağlık ocaklarından aile sağlığı merkezlerine geçilirken, hukuk sistemi “aile hekimi” kavramı ile tanışmıştır. Söz konusu Kanun aile hekimini tanımlamış ancak idare hukuku anlamında aile hekiminin statüsünü belirlememiştir. Bir kamu hizmeti olarak sağlık hizmeti sunan aile hekimlerinin hakları ve yükümlülükleri, disiplin sorumluluklarının belirlenmesi için hukuki statülerinin de belirli olması gerekmektedir. Aile hekimliğine geçiş sürecinde aile hekimlerinin hukuki statüsü devlet memuru-kamu görevlisi kavramları arasında tartışılırken ne kuş ne deve adeta deve kuşu olarak nitelendirilmiştir. 30.12.2010 tarihli ve 27801 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Aile Hekimliği Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği’nde<sup>3</sup> aile hekimi mezkur Kanun ile benzer şekilde tanımlanmış ancak hukuki statüsü üzerine bir belirlemede bulunulmamıştır. Mezkur Yönetmelik ile aile hekimlerinin disiplin sorumluluğunun belirlenmesi için belirli fiiller karşılığında belirli ihtar puanları belirlenmiştir. Söz konusu ihtar puanı cetvelinin düzenlenmesi ile birlikte kamu hizmeti olarak sağlık hizmeti sunan aile hekimlerinin devlet memurlarına uygulanan disiplin hukuku hükümlerine tabi olmadıkları ortaya çıkmıştır. Böylece hukuk düzeni, disiplin hukuku ve ihtar puanlarının idari işlem olması nedeniyle idari yargı, devlet memurlarına

---

<sup>3</sup> Bu Yönetmeliğin adı “Aile Hekimliği Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ile Sözleşme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” iken, 16.03.2015 tarihli ve 2015/7528 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı Eki Yönetmeliğin 1 inci maddesiyle Aile Hekimliği Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği olarak değiştirilmiştir.

özgü disiplin hukukundan bambaşka, tamamen kendine özgü olan aile hekimliğinde disiplin hukuku ile karşı karşıya kalmıştır. Zira birinci basamak sağlık hizmeti sunumunu denetleyen idarenin denetim sonucu düzenlenen tutanaklara dayanarak bir sözleşme dönemi içerisinde aile hekimleri hakkında tesis ettikleri ihtar puanlarının toplamda iki yüzü bulması halinde aile hekiminin sözleşmesini feshetmektedir. Bu nedenle idarenin aile hekimliğinde disiplin hukukuna ilişkin yönetmelik düzenlemeleri, idare tarafından tesis edilen ihtar puanları ve aile hekimliği sözleşmesinin feshi işlemleri idari yargıda birçok kez dava konusu edilmektedir.

### I. AİLE HEKİMLİĞİNE GEÇİŞ SÜRECİ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 56. maddesinin üçüncü fıkrasında, *"Devlet herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler."* hükmüne yer verilmiştir. Anayasa'nın 56. maddesinde yer alan ve pozitif statü haklarından olan sağlıklı yaşama/sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı, 10.12.1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde ve Avrupa İnsan Hakları Sistemi'nin sosyal ve ekonomik haklar boyutunu oluşturan Avrupa Sosyal Şartı'nda da yer alan temel haklardandır. Bu hakkın korunabilmesi için olabildiğince kaliteli ve yeterli sağlık hizmetini vatandaşlarına sunmak, devletin görev ve yükümlülükleri arasındadır.<sup>4</sup> Devlete yüklenen sağlık hizmetinin yürütülmesi görevi de 02.11.2012 tarihli ve 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca Sağlık Bakanlığı'na verilmiştir.

İstikrar içinde büyüyen, gelirini daha adil paylaşan, küresel ölçekte rekabet gücüne sahip, bilgi toplumuna dönüşen, AB'ye üyelik için uyum sürecini tamamlamış bir Türkiye vizyonu ve uzun vadeli strateji çerçevesinde, 2007-2013 dönemini kapsayan, 01.07.2006 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan Dokuzuncu Kalkınma Planının<sup>5</sup> 606 numaralı bendinde 2008 yılı sonu itibarıyla aile hekimliği hizmet modelinin tüm illere yaygınlaştırılacağı belirtilmiştir. Birinci basamak hizmetlerinin aile hekimliği modeli üzerine yapılandırılacağı vurgulanmıştır. Bu yapılanmada bireye yönelik koruyucu, tedavi edici ve rehabilite edici hizmetler aile hekimleri tarafından verilirken, daha önce hükümet tabipleri, sağlık merkezleri ve sonrasında sağlık grup başkanlıkları ile sağlık ocakları tarafından verilen hizmetler ise toplum sağlığı merkezleri tarafından

---

<sup>4</sup> SOLAK Fulya, Aile Hekimliği Uygulamasının Değerlendirilmesi: Eskişehir İli Örneği, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010, s. 5.

<sup>5</sup> <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/11/20081107-8.htm> B.T. 29.03.2016

verilmeye başlanmıştır.<sup>6</sup> Sağlık Bakanlığı önce Düzce İlini pilot il olarak seçerek, 15.09.2005 tarihinde aile hekimliği uygulamalarına başlamıştır. Daha sonra 16.02.2006 tarihli ve 1538 sayılı Makam Onayı ile on ilde aile hekimliği pilot uygulamasına geçilmesi kararı alınmıştır. Bu karar 17.02.2006 tarihli ve 1850 sayılı yazı ile Sağlık Bakanlığı tarafından ilgili valiliklere bildirilmiştir. 13.12.2010 tarihi itibarıyla 81 ilde aile hekimliği uygulamasına geçilmiştir. Böylelikle ülkemiz genelinde bireye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetleri aile hekimleri ile verilmeye başlanmıştır.

## II. AİLE HEKİMİNİN HUKUKİ STATÜSÜ

Uzun süreden beridir ulaşılmaması öngörülen bir hedef olarak ulusal kalkınma planlarında, hükümet programlarında yer alan ve Devletin önemli sağlık politikalarından olan aile hekimliği, 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu ile hayata geçirilmiş olup; bu Kanun 09.12.2004 tarihli ve 25665 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

5258 sayılı Aile hekimliği Kanunu’nun tanımlar başlıklı 2. Maddesi’ne göre aile hekimi *“kişiyeye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini yaş, cinsiyet ve hastalık ayrımı yapmaksızın her kişiye kapsamlı ve devamlı olarak belli bir mekânda vermekle yükümlü, gerektiği ölçüde gezici sağlık hizmeti veren ve tam gün esasına göre çalışan aile hekimliği uzmanı veya Sağlık Bakanlığının öngördüğü eğitimleri alan uzman tabip veya tabiptir.”* Aile hekimleri kendilerine bağlı bireylerin sağlıklarının korunmasından ve hastalandıklarında tedavi edilmelerinden birinci derecede sorumlu kişilerdir. Bireylerin acil durumlar dışında sağlık sistemine giriş kapısını oluştururlar.<sup>7</sup>

Aile hekimliği Kanunu’nun *“personelin statüsü ve mali haklar başlıklı”* 3. Maddesine göre *“Sağlık Bakanlığı; Bakanlık veya diğer kamu kurum veya kuruluşları personeli olan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanı olarak çalıştırılacak sağlık personelinin, kendilerinin talebi ve kurumlarının veya Bakanlığın muvafakatı üzerine, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlerine bağlı olmaksızın, sözleşmeli olarak çalıştırmaya veya bu nitelikteki Bakanlık personelinin aile he-*

---

<sup>6</sup> ÖNER Can, Tıpta Uzmanlık Mevzuatında Aile Hekimliği Uzmanlığının Evrimi, Türkiye Aile Hekimliği Dergisi sayfa:168 Cilt:19 Sayı:4 Ekim-Aralık 2015.

<sup>7</sup> AYDIN Sabahattin, Aile Hekimliği Türkiye Modeli, Sağlık Bakanlığı Yayınları, sayfa:56, 2004, Ankara.

*kimliği uygulamaları için görevlendirmeye veya aile hekimliği uzmanlık eğitimi veren kurumlarla sözleşme yapmaya yetkilidir. Aile sağlığı elemanları, aile hekimi tarafından belirlenen ve Sağlık Bakanlığı tarafından uygun görülen, kurumlarınca da muvafakatı verilen Bakanlık veya diğer kamu kurum ve kuruluşları personeli arasından seçilir ve bunlar sözleşmeli olarak çalıştırılır. Bu suretle eleman temin edilememesi halinde, Sağlık Bakanlığı, personelini bu hizmetler için görevlendirebilir. İhtiyaç duyulması halinde, Türkiye’de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanları; Sağlık Bakanlığının önerisi, Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine sözleşme yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabilir.”* Anayasa Mahkemesi 2005/10 E. 2008/63 K. Sayılı kararında ihtiyaç duyulması halinde, Türkiye’de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 sayılı Yasa’nın 48. maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanları, Sağlık Bakanlığının önerisi, Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine idari hizmet sözleşmesi yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabileceğini belirtmiştir. Bu şekilde çalıştırılanların Anayasa’nın 128. maddesinde yer alan “diğer kamu görevlisi” kapsamında olduğundan, devletin asli ve sürekli görevlerinden olan aile hekimliği hizmetlerinin memur ya da diğer kamu görevlisi olmayanlar tarafından yerine getirilmesine olanak sağlayan Aile Hekimliğinin Kanunu’nun 3. maddenin ikinci fıkrasının son cümlesini Anayasa’ya aykırı bulmamıştır.

1982 Anayasası’nın 128. Maddesine göre “Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asfî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.” Mezkur maddede bahsi geçen kamu görevlisi kavramı öğretilerde geniş anlamda kamu görevlisi ve dar anlamda kamu görevlisi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Geniş anlamda kamu görevlisi, kamu hukuku veya özel hukuka göre geçici veya sürekli kamu kuruluşlarının yürütmekle yükümlü oldukları hizmetleri gördürmek üzere istihdam edilen, kısaca kamu kesiminde çalışan bütün personelini ifade etmektedir. Dar anlamda kamu görevlisi ise devletin siyasal ve yargısal organlarında görevli olanlarla, özel hukuk hükümlerine tâbi olarak çalışanlar dışındaki kamu görevlileri yani memurlar ile idarî hizmet sözleşmesi ile istihdam edilen söz-



leşmeli ve geçici personeli ifade etmektedir.<sup>8</sup> Kamu hizmetinin insan unsuru geniş anlamda kamu görevlisini ifade ederken, devlet memurları dar anlamda kamu görevlisini ifade etmektedir. Diğer kamu görevlisi kavramı ise geniş anlamda kamu görevlisi kapsamına giren kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden silahlı kuvvetler personellerini, hâkim ve savcılarını, üniversite akademik personellerini, Cumhurbaşkanı, Başbakan gibi siyasi nitelikteki görevlileri, kadro karşılığı sözleşmeli çalışanları, idari sözleşme ile istihdam edilen sözleşmeli ve geçici personelleri ifade etmektedir. Özetle “diğer kamu görevlileri” deyiminin; memurlar ve işçiler dışında, kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde, yönetime, bir kamu hukuku ilişkisi ile bağlı olarak çalışan tüm kamu personelini içerdiği söylenebilir.<sup>9</sup> Yani diğer kamu görevlileri idare ile kamu hukuku ilişkisi bulunan ve hizmetin asli elemanı sayılabilecek bir görevde çalışanlardır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi kararından ve Aile Hekimliği Kanunu’nun 2. ve 3. maddelerinde yapılan tanımlardan da anlaşıldığı üzere aile hekimleri devletin asli ve sürekli görevlerinden sağlık hizmeti kapsamında birinci basamak sağlık hizmeti sunan diğer kamu görevlileridir.

Devlet memurlarına uygulanabilecek disiplin cezaları genel olarak Devlet Memurları Kanunu’nda düzenlenmiştir. Özel alanlara ilişkin disiplin hükümleri özel kanunlarda bulunmaktadır.<sup>10</sup> Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler başlıklı Anayasa’nın 128. Maddesinin ikinci fıkrası “*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.*” hükmüyle disiplin suç ve cezalarını da kapsamı içine almaktadır. Ancak uygulamada kanunla düzenleme ilkesi, her türlü hususun, tüm detaylarıyla düzenlenmesi şeklinde anlaşılmamakta; temel ve belirleyici noktaların kanunla düzenlenmesi yeterli görülüp, ayrıntıya ilişkin hususların düzenlenmesi yürütme organının inisiyatifine bırakılmaktadır.<sup>11</sup> Aile hekimliğinde disiplin hükümleri de 5258 Sayılı Aile Hekimliği Kanunu’nun 8. maddesinde işaret edilen Aile Hekimliği Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği’nde düzenlenmiştir.

---

<sup>8</sup> GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, Ankara 2013, s. 504.

<sup>9</sup> KANLIGÖZ Cihan, 1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı, AÜFHFD, C.43, S.3-4, 1993, s.169-195.

<sup>10</sup> KARAHANOGULLARI Onur, Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri, Çağdaş Yerel Yönetimler, Cilt:8, Sayı: 3, 1999, s.55-57.

<sup>11</sup> AKYILMAZ Bahtiyar, Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı:1-2, 2002, s. 241-262.

### III. AİLE HEKİMLİĞİ MEVZUATINDA DİSİPLİN HÜKÜMLERİ

#### A. Disiplin ve Disiplin Hukuku Kavramı

Türk Dil Kurumu sözlüğünde disiplin, “*Bir topluluğun yasalarına ve düzenle ilgili yazılı ya da yazısız kurallarına titizlik ve özenle uyması durumu, sıkıdüzen, zaptırapı*” şeklinde tanımlanmaktadır. Hukuk sözlüğü ise, disiplin kelimesini, kanun ve kurallara uygun şekilde davranma, görevlerini ve işini kendisinden istenilen biçimde, kurallara uygun olarak ifa etmek olarak tanımlamıştır.<sup>12</sup>

Disiplin hukuku, hiyerarşik düzenin kuralıdır. Belli bir amaca hizmet için bir düzen altında toplanmış kişiler için zorunludur. Disiplin hukukunun amacı da uygulandığı kişiler üzerinde uyum ve düzeni sağlamak, iş verimi ve hizmet kalitesini arttırmaktır.<sup>13</sup> Aile hekimliğinde disiplin hükümlerinin belirli fiillerin karşılığı olarak ihtar puanı şeklinde düzenlenmesinin amacı da uygulandığı personeller üzerinde iş barışını sağlamak, performansı arttırmak ve sağlık hizmetinin dengeli, etkin ve verimli verilmesini sağlamaktır.

#### B. Aile Hekiminin Disiplin Sorumluluğu

5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu ile birinci basamak sağlık hizmetlerinin geliştirilmesi, birey ihtiyaçları doğrultusunda koruyucu sağlık hizmetlerine ağırlık verilmesi, kişisel sağlık kayıtlarının tutulması ve bu hizmetlere eşit erişimin sağlanması amacıyla aile hekimliği hizmetlerinin yürütülebilmesini teminen görevlendirilecek veya çalıştırılacak sağlık personelinin statüsü ve malî hakları ile hizmetin esaslarının düzenlenmesi amaçlanmıştır. 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu’nun “*denetim, sorumluluk ve mal bildirim*” başlıklı 6. maddesine göre: “*Aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları, mevzuat ve sözleşme hükümlerine uygunluk ile diğer konularda Bakanlık, ilgili mülkî idare ve sağlık idaresinin denetimine tâbidir. Aile hekimi ve aile sağlığı elemanları, görevleriyle ilgili ya da görevleri başında işledikleri veya kendilerine karşı işlenen suçlarda Devlet memurları gibi kabul edilir. Aile hekimi ve aile sağlığı elemanları, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu gereğince mal bildiriminde bulunmakla yükümlüdür.*” Görüldüğü üzere, Aile Hekimliği Kanunu aile hekimlerini ve aile sağlığı elemanlarını Sağlık Bakanlığı’nın, ilgili mülki idarelerin yani illerde valilik makamının, ilçelerde kaymakamlık makamının, il ve ilçelerde bulunan sağlık idarelerinin denetimine tabi tutmuştur. Mezkur kanuni düzenleme, Anayasa Mahkemesi’nin diğer kamu görevlisi olarak nitelendirdiği aile hekimlerinin ve aile sağlığı eleman-

<sup>12</sup> YILMAZ Tekin, Hukuk Sözlüğü, Tek Ağaç Eylül Yayıncılık, Ankara, 2007, s.100.

<sup>13</sup> YILMAZ Tekin, a.g.e., s. 122.

larının görevleriyle ilgili ya da görevleri başında işledikleri veya kendilerine karşı işlenen suçlarda devlet memurları gibi kabul edileceğini açıkça düzenleme gereği duymuştur. Şöyle ki aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen sanıkların kamu görevlisi olması gereken özgü suçları, örneğin zimmet, rüşvet, irtikap suçlarını işlediklerinde devlet memuru olarak cezalandırılacaklardır. Devamla aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen hakaret, tehdit gibi kamu görevlisine karşı işlenmesi halinde cezaların arttırıldığı suç tiplerinin mağduru olduklarında, devlet memuru gibi kabul edileceklerinden, sanıkların cezalarının belirlenmesi bakımından söz konusu suçların kamu görevlisine karşı işlenmesi sebebiyle temel cezanın arttırılmasına ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

Aile Hekimliği Kanununun yönetmelikler başlıklı 8. maddesine göre *“Aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının çalışma usul ve esasları; çalışılan yer, kurum ve statülerine göre öncelik sıralaması; aile hekimliği uygulamasına geçiş ve nakillere ilişkin puanlama sistemi ve sayıları; aile sağlığı merkezi olarak kullanılacak yerlerde aranacak fizikî ve teknik şartlar; meslek ilkeleri; iş tanımları; performans ve hizmet kalite standartları; hasta sevk evrakı, reçete, rapor ve diğer kullanılacak belgelerin şekli ve içeriği, kayıtların tutulması ile çalışma ve denetime ilişkin usul ve esaslar, Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”* Bu düzenleme gereği 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununa dayanarak çıkarılmış olan, 30/12/2010 tarihli ve 27801 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Aile Hekimliği Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği'nin denetim başlıklı 11. Maddesine göre *“Aile sağlığı merkezi, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları, Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği'nin 29 uncu maddesi hükmü çerçevesinde, olağan dışı denetimler hariç olmak üzere, altı aylık aralıklarla denetlenir. Yapılan denetimler sonucunda ilgili mevzuat ve sözleşme şartlarına aykırı fiillerin tespit edilmesi hâlinde aykırılığın mahiyetine göre;*

a) Adlî yönden, 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerine göre,

b) İdarî yönden 13 üncü ve 14 üncü madde hükümlerine göre,

c) Kamu zararı oluşturan malî hususlar yönünden; 27/9/2006 tarihli ve 2006/11058 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre, gerekli işlemler tesis edilir.” Söz konusu düzenlemeye göre aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları olağandışı denetimler hariç olmak üzere altı aylık aralıklarla denetlenmektedir. Yapılan denetimler sonucunda aile hekimliği mevzuatına ve sözleşme şartlarına aykırı fiillerin tespit edilmesi halinde aykırılık adli

yönden suç teşkil ediyorsa 4483 sayılı Kanun hükümlerine göre, idari yönden disiplin hükümlerine aykırılık teşkil ediyorsa mezkur Yönetmeliğin 13. ve 14. Maddesi hükümlerine göre, kamu zararı oluşturan bir durum varsa da Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre işlem tesis edilmektedir.

Aile Hekimleri ve aile sağlığı elemanları Devlet Memurları Kanunu'na tabi olmadıkları için haklarında disiplin hükümleri bakımından Devlet Memurları Kanunu uygulanmamaktadır. Aile Hekimliği Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği Ek-2'de belirli fiiller ve karşılığında ihtar puanları düzenlenmektedir. Bu nedenle idare ile sözleşme imzalayarak aile hekimi ve aile sağlığı elemanı olan personeller mezkur Yönetmelik EK-2'de düzenlenen fiilleri işlediklerinde karşılığında düzenlenen ihtar puanları ile cezalandırılmakta, bir sözleşme dönemi içerisinde söz konusu ihtar puanlarının iki yüz puanı bulması halinde sözleşmeleri feshedilmektedir.

### **C. Aile Hekimliğinde İhtar Puanı Vermeye Yetkili Makam**

Aile Hekimliği Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği'nin sözleşmenin ihtaren sona erdirilmesi başlıklı 14. Maddesinin birinci fıkrasına göre *“Ek (2)'de yer alan fiilleri işleyen sözleşmeli aile hekimlerine ve aile sağlığı elemanlarına ilgili vali yardımcısı tarafından, tespitin Bakanlık veya Türkiye Halk Sağlığı Kurumu tarafından yapılması hâlinde ise Türkiye Halk Sağlığı Kurumunca, ihtar puanı gerektiren fiilin kişiye tebliği tarihinden itibaren yedi gün içinde alınan savunmalar uygun görülmediği takdirde fiillerine karşılık gelen ihtar puanları uygulanmak suretiyle doğrudan yazılı ihtar yapılır. Türkiye Halk Sağlığı Kurumunca yapılan ihtarlar, işlem yapılmak üzere ilgili valiliğe bildirilir.”* Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere aile hekimlerine ve aile sağlığı elemanlarına ihtar puanı verme yetkisi vali yardımcısı tarafına, tespitin Türkiye Halk Sağlığı Kurumun tarafından yapılması halinde ise Türkiye Halk Sağlığı Kurumu'na verilmiştir. Bu nedenle mevzuatta sayılanlar dışında il halk sağlığı müdürü, toplum sağlığı merkezi başkanları (sorumlu hekimleri), şube müdürleri tarafından verilecek ihtar puanları idari işlemin yetki yönünden sakat olması sonucunu doğuracaktır. Danıştay 5. Dairesi'nin 14.05.2015 tarih 2012/11782 E. 2015/5057 K. sayılı kararında aile hekimi olan davacının dava konusu hizmet sözleşmesinin feshi işleminin yetkisiz makam olan vali yardımcısı onayı ile tesis edildiği anlaşıldığından, işlemde yetki unsuru yönünden hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 11.03.2010 tarih 2006/2042 E. 2010/448 K. sayılı kararında da bahsedildiği üzere idari kararların, Anayasa ve

yasaların yetkili kıldığı organ, makam ve kamu görevlileri tarafından alınması zorunludur. Yetkiyle ilgili idare hukukunun bilinen ilkelerine göre alt kademe-  
deki bir makamın üst kademedeki bir makamın yerine karar alması nasıl işlemi  
yetki yönünden hukuka aykırı hale getirecek ise üst kademedeki bir makamın,  
alt kademedeki bir idari makamın görevine giren bir konuda karar alması ha-  
linde de işlem yetki yönünden hukuka aykırı olacaktır.<sup>14</sup>

Devlet Memurları Kanunu'nun 130. Maddesinde devlet memurunun sa-  
vunması alınmadan disiplin cezası verilemeyeceği, savunma için yedi günden  
az olmamak üzere verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye para-  
lel olarak Aile Hekimliği Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği'nin 14. maddesinin  
birinci fıkrasında da aile hekimi veya aile sağlığı elemanının ihtar puanı ge-  
rektiren fiilinin tebliği ve tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde savunma  
alınması gerektiği düzenlenmiştir.

#### **D. İhtar Puanına İtiraz Edilebilecek Makamlar:**

Aile Hekimliği Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği'nin 14. Maddesi'nin 2. fı-  
krasına göre "İlgili aile hekimi ve aile sağlığı elemanı, vali yardımcısının verdiği  
ihtara karşı, tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde valiye, Türkiye Halk Sağ-  
lığı Kurumunun verdiği ihtarlara karşı ise Bakanlık Müsteşarına itirazda *bu-  
lunabilir. İtiraz mercileri otuz gün içinde itirazı inceleyerek karara bağlar ve  
kararı ilgisine yazılı olarak bildirir.*" Madde lafzından üst makamlara yapılabi-  
lecek itirazların ihtiyari olduğu anlaşılmaktadır. Yani hakkında ihtar puanı ve-  
rilen aile hekimi veya aile sağlığı elemanı söz konusu itirazlarda bulunmadan  
da söz konusu ihtar puanının iptali için kendisine tebliğinden itibaren altmış  
gün içinde idari yargıda dava açabilecektir. Söz konusu itirazlarda bulunma-  
dan doğrudan dava açması halinde bu durum idari merci tecavüzü teşkil et-  
meyecektir.

#### **E. Aile Hekimliği ve Aile Sağlığı Elemanının Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi ve Sona Erdirilmesinde Yetkili Makam**

Aile Hekimliği Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği'nin 14. maddesinin 3. fıkrası-  
na göre "*Bir sözleşme dönemi içinde, verilen ihtar puanlarının iki yüz puana  
ulaşması hâlinde sözleşme vali tarafından sona erdirilir.*" Aile hekimi ve aile  
sağlığı elemanı hakkında yapılan denetim ve soruşturmalar neticesinde ihtar  
puanı verme yetkisi vali yardımcısına verilmişken, aile hekimi ve aile sağlığı  
elemanı hakkında bir sözleşme dönemi içerisinde verilen ihtar puanının iki

---

<sup>14</sup> <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/> B.T. 15.06.2016

yüze ulaşması halinde ilgili sözleşmenin feshinde yetki münhasıran valilik makamına bırakılmıştır.

Aile Hekimliği Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği'nin 14. maddesinin 4. fıkrasına göre *“Sözleşmeleri ihtaren sona erdirilen aile hekimi ve aile sağlığı elemanları, bir yıl süreyle yeniden sözleşme imzalamak üzere talepte bulunamaz.”* İdare burada sözleşmesi ihtaren yani bir sözleşme dönemi içerisinde iki yüz ihtar puanına ulaşarak fesih edilen aile hekimi ve aile sağlığı elemanının bir yıl süre ile aile hekimi ve aile sağlığı elemanı olarak sözleşme imzalayamayacağını yaptırım olarak düzenlemektedir.

Aile Hekimliği Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliğinin 14. Maddesinin 5. Fıkrasına göre *“Bir sözleşme dönemi içinde ihtar puanlarının iki yüz puana ulaştığının, sözleşme dönemi sona erdikten sonra tespit edilmesi hâlinde, tespit tarihinde geçerli olan sözleşme sona erdirilir.”* Mezkur Yönetmeliğinin 6. Maddesine göre aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları ile yapılacak sözleşmeleri Bakanlık adına imzalamaya vali yetkilidir. Sözleşmenin dönemi ve süresi iki mali yıldır. Bu nedenle bir sözleşme dönemi yani sözleşme imzalandıktan sonra iki mali yıl içerisinde ihtar puanlarının iki yüz puana ulaştığı, sözleşmenin imzalanmasından itibaren iki mali yılın bitmesinden sonra tespit edilmesi halinde, tespit tarihinde geçerli olan sözleşme sona erdirilmektedir. Örneğin bir aile hekimi 2013-2015 mali yılı için aile hekimliği sözleşmesi imzalamıştır. Söz konusu sözleşme döneminden sonra sözleşmesi yenilenen aile hekimi görevine devam etmiştir. Bu sözleşme dönemi içerisinde hakkında verilen ihtar puanları iki yüz puana ulaşmıştır. İdare bu durumu 2016 yılında tespit ederse, aile hekiminin 2016 yılına ilişkin sözleşmesi sona erdirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme bürokrasi işlemleri nedeniyle yavaş işleyen idare lehine getirilmiş bir düzenlemedir.

#### **F. İhtar Puanı Verme Yetkisinde Zamanaşımı**

Aile Hekimliği Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği'nin 14. maddesinin son fıkrasına göre *“İhtar gerektiren fiilin işlendiğinin öğrenildiği tarihten itibaren en geç iki ay içinde gerekli işlem başlatılarak takip eden altı ay içerisinde sonuçlandırılır. İhtar gerektiren fiillerin işlendiği tarihten itibaren iki yıl içinde ihtar verilmemesi hâlinde ihtar verme yetkisi zamanaşımına uğrar.”* Bu nedenle ihtar gerektiren fiilin işlendiğinin idare tarafından öğrenilmesinden itibaren en geç iki ay içerisinde gerekli işlemler başlatılmalıdır. İdarenin ihtar puanı gerektiren fiil(leri) öğrenmesi çoğunlukla idarenin görevlendirdiği denetim elemanları tarafından yapılan denetimlerle olmaktadır. Söz konusu denetimler neticesinde idare mutlaka bir muhakkik tayin etmelidir. Şüphesiz idarenin

bu durumda yapacağı ilk işlem yapılan denetimlere ilişkin tutanaklar doğrultusunda yazılı olarak ilgili aile hekimi ve aile sağlığı elemanından savunmasını istemek olacaktır. Soruşturmanın fiilin işlendiğinin idare tarafından öğrenilmesinden itibaren iki ay içerisinde başlatılarak takip eden altı ay içerisinde sonuçlandırması gerekmektedir. İhtarı gerektiren fiillerin işlendiği tarihten itibaren iki yıl içerisinde ihtar verilmemesi halinde ise idarenin ihtar verme yetkisi zamaşımına uğramaktadır.

Uygulamada idare, denetim elemanları tarafından düzenlenen denetim tutanakları doğrultusunda ilgili aile hekimi ve aile sağlığı elemanından savunma istemekte, savunmanın uygun görülmemesi halinde de vali yardımcısının oluru alınarak ihtar puanı verilmektedir. Oysa ihtar puanlarının Aile Hekimliği Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği ile belirlenen fiillere karşılık gelen yaptırımlar olması ve sözleşmenin feshine neden olduğu düşünüldüğünde söz konusu incelemeler adil yargılanma hakkının bir gereği olarak kanaatimce muhakkik görevlendirilmesi ile yapılmalıdır. Danıştay 5. Dairesi'nin 2013/1979 E. 2015/7838 K. Sayılı kararında aile sağlığı merkezinde aile hekimi olarak görev yapan davacının, aile sağlığı merkezindeki ortak giderlerden payına düşen kısmı ödemediğinden bahisle mevzuatla verilen diğer görevleri yapmadığı gerekçesiyle 5 ihtar puanı ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; araştırma raporu ve eki ifade tutanaklarının birlikte incelenip değerlendirilmesi sonucu davacıya isnat edilen fiilin sübuta erdiğinin anlaşılması karşısında, ihtar puanına ilişkin dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle temyiz isteminin reddine, yerel mahkeme kararının onanmasına karar vermiştir. Söz konusu kararda araştırma raporunun ve eki ifade tutanaklarının birlikte değerlendirilmesi sonucunda karar verilmesi, muhakkik görevlendirilerek tesis edilen ihtar puanı işlemlerinin usule uygun olduğunu ortaya koymaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından adil yargılanma hakkı ancak medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili davalar ile ceza davaları açısından geçerli olup bu anlamda idari davalar, disiplin hukuku, Anayasaya aykırılık iddiaları bu uygulamanın dışında tutulmuştur. Ancak Mahkeme "*otonom kavramlar doktrini*" gereği maddedeki medeni hak ve suç isnadı deyimlerini, maddi kriterleri esas alarak geniş şekilde yorumlamış, böylece şeklen kamu hukuku içerisinde yer alan ihtilafları öz itibarıyla medeni hak olarak değerlendirerek kapsam içerisine almıştır.<sup>15</sup> 23.06.1981 tarihli Le Compte, Van Leuven ve De Meyere

---

<sup>15</sup> GÖLCÜKLÜ Feyyaz, Gözübüyük A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Temmuz 2013, Ankara, s. 205-208.

davasında Belçika’da doktorluk mesleğini icra eden üç başvurucuya Tabipler Odası tarafından çeşitli disiplin cezaları verilmiştir. Başvurucular tarafından önce Üst Kurula daha sonra da Temyiz Mahkemesine gidilmiştir. Başvurucular Tabipler Odasında yapılan disiplin yargılaması sırasında 6. maddedeki haklarının ihlal edildiği iddiası ile Mahkemeye başvurmuşlardır. Söz konusu davada Mahkeme 6. maddenin disiplin soruşturmalarına uygulanabilirliğini incelemiştir. Bu açıdan Mahkeme disiplin yargılamasının “suç” yargılaması olarak nitelendirilemeyeceğini yani disiplin yargılamasının bir “suç isnadı” ile ilgili olmadığı düşüncesine ulaşmıştır. Devamla Mahkemece disiplin yargılamasının “kişisel haklar ve yükümlülükler” üzerinde etkili olduğu ve bu açıdan 6. maddenin olayda uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır. Ancak Mahkemece yapılan incelemede Tabipler Odasında yapılan disiplin soruşturması değil, Üst Kurul ve Temyiz Mahkemesince yapılan yargılamayı incelemeye almıştır. Bu açıdan Mahkeme Üst Kurulun bir mahkeme niteliğinde olup olmadığını tartışmış ve sonuçta bir mahkeme olduğu kanaatine varmıştır. Temyiz Mahkemesi ise olağan bir mahkeme niteliğindedir. Mahkeme daha sonra 6. maddenin ihlal edilip edilmediğini araştırmıştır. Belçika Kraliyet Kararnamesine göre Üst Kuruldaki yargılamanın aleni yapılması yasaklanmıştır. Bu açıdan Mahkeme aleniyet ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.<sup>16</sup>

#### IV. AİLE HEKİMLİĞİ MEVZUATINDA İHTAR PUANLARI

Aile Hekimliği Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği’nin ek ikinci bölümünde hangi fiillere karşılık ne kadar ihhtar puanı verileceği bir cetvel ile düzenlenmiştir. Söz konusu cetvele göre çalışma saatleri planına uymamak, afiş ve duyuruları usulüne uygun şekilde asmamak, aile sağlığı merkezi içi yönlendirme tabelalarının ve aile sağlığı merkezi dış tabelalarının usulüne uygun olmaması, mesai saati içinde ilaç firma temsilcilerini aile sağlığı merkezi içinde kabul etmek, mesleki beyaz önlük veya forma giymemek 5 ihhtar puanıdır.

İhtar puanı cetveline göre izinsiz işe gelmemek (işe gelmediği her gün için), görevleri ile ilgili kayıtları düzenli tutmamak veya müdürlük ya da Türkiye Halk Sağlığı Kurumuna bildirmemek, kayıtlı kişilerin kişisel sağlık kayıtlarını devretmemek, aile sağlığı merkezinin tıbbi donanım eksikliğini on gün içinde gidermemek (eksik olan her malzeme için), verilen eğitimler için belirlenmiş devamsızlık sürelerini aşmak, miadi geçmiş ilaç bulundurmak, yeşil ve kırmızı reçeteleri bulundurmamak, yeşil ve kırmızı reçeteye tabi ilaçları usulüne uygun muhafaza altına almamak, tüberküloz hastalarının doğrudan gözetim

---

<sup>16</sup> DOĞRU Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, C:1, 2004, İstanbul, s. 414.



tedavisini yapmamak veya yapılmasını sağlamamak, evde sağlık hizmetlerinden görevi olan kısımları yapmamak, gezici sağlık hizmetlerini aksatmak veya planına uymamak, mevzuatla verilen diğer görevleri yapmamak, aile sağlığı merkezinin asgarî fizikî şartlarını ve teknik donanımlarını on gün içinde uygun hâle getirmemek (her bir eksiklik için), performans tabi olmayan koruyucu hekimlik uygulamalarında verilen görevleri yerine getirmemek, performans tabi aşıllardan her birinin aşılama hızlarını mücbir sebepler veya ihbar düzenlenen hâller dışında % 90'ın altına düşürmek 10 ihtar puanıdır.

İhtar puanı cetveline göre miadı geçmiş ilaç bulundurmak 15 ihtar puanıdır. Kusurlu olarak kişisel sağlık kayıtlarının güvenliğini sağlamamak, Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliğine uymamak, denetimlerde işbirliği yapmamak ve/veya istenilen verileri ibraz etmemek ve/veya gerçek dışı beyanda bulunmak, mevzuatına göre mal bildiriminde bulunmamak, performans tabi gebelik izlem oranlarının mücbir sebepler veya ihbar düzenlenen hâller dışında % 90'ın altına düşürmek, koruyucu hekimlik uygulamalarından bebek-çocuk takip oranlarının mücbir sebepler veya ihbar düzenlenen hâller dışında % 90'ın altına düşürmek, ilgili mevzuat hükümlerince hasta haklarına ve hasta mahremiyetine uymamak, soğuk zincir kurallarına uymamak veya soğuk zincir kırılmasına sebebiyet vermek, mesleki ve etik kurallar bakımından Tıbbi Deontoloji Nizamnamesine uymamak, iş arkadaşlarına veya hizmet alanlara hakarete bulunmak ya da tehdit etmek, mesai dışı hizmet ve/veya nöbete mazeretsiz gelmemek 20 ihtar puanıdır.

İhtar puanı cetveline göre kasıtlı olarak kişisel sağlık kayıtlarının güvenliğini sağlamamak, göreve sarhoş gelmek, görev yerinde alkollü içki içmek, gerçeğe aykırı rapor ve belge düzenlemek 50 ihtar puanıdır.

İhtar puanı cetvelinde belirtilen fiiller ve karşılığı gösterilen ihtar puanlarının uygulanmasında puanları hakkında idarenin standart olmayan yaklaşımlarının aile hekimlerinde memnuniyetsizliklere yol açacağına şüphe yoktur. Bu durum aile hekimliği uygulamasının sağlıklı sürdürülmesi ve geleceği açısından önem arz etmektedir. İllerdeki bu yaklaşım ıslah edilmelidir. Aile sağlığı merkezi denetimleri karşılıklı saygı ve anlayış çerçevesi içinde yapılmalıdır. Bu denetimler sonucu düzenlenen tutanaklar doğrultusunda verilecek ihtar puanları hakkında ülke düzeyinde standartlar oluşturmalı ve uygulamada birlik sağlanmalıdır.<sup>17</sup> Müdürlüklerin standart dışı uygulamaları, özlük haklarından

---

<sup>17</sup> UĞURLU Mehmet, EĞİCİ M. Taşkın, YILDIRIM Orkun, ÖRNEK Muhammet, ÜSTÜ Yusuf, Aile Hekimliği Uygulamasında Güncel Problemler ve Çözüm Yolları-2, Ankara Medical Journal, Cilt:12, sayı:1 2012, s: 9.

geriye gidildiği izlenimi veren ihtar puanları ve kesinti odaklı planlamalar çalışan memnuniyetsizliğinin temelini oluşturmaktadır. Olumsuz algıları ortadan kaldırmak için ek mali külfet getirmeyecek pozitif performans yöntemleri üzerinde çalışılmalıdır.<sup>18</sup>

Aile hekimlerinin Devlet Memurları Kanunu'na tabi olmayıp diğer kamu görevlisi sayılması nedeniyle Devlet Memurları Kanunu'nda düzenlenen disiplin cezalarının haklarında uygulanamaması karşısında aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının, aynı kurum çatısı altında birlikte çalıştıkları devlet memurlarına kıyasla statü hukukundan biraz daha bağımsız oldukları ifade edilebilir. Örneğin ilçe toplum sağlığı merkezinde memur olarak çalışan biri, aile hekiminin çalıştığı aile sağlığı merkezine denetime geldiğinde aralarında çıkan tartışma nedeniyle birbirlerine hakaret etmeleri halinde yapılacak disiplin soruşturması sonucunda aile hekimi iş arkadaşlarına hakarete bulunmaktan 20 ihtar puanı ile cezalandırılırken, devlet memuru Devlet Memurları Kanunu'nun 125. Maddesinin B bendi gereği kınama cezası ile cezalandırılacaktır. Aile hekimi hakkında tesis edilen 20 ihtar puanı sözleşmesinin sonunda ortadan kalkacakken, devlet memuru hakkında tesis edilen kınama cezası özlük dosyasından Devlet Memurları Kanunu'nun 133. Maddesine göre beş yıl sonra silinebilecektir. Ancak toplum sağlığı merkezinde görev yapan memurun denetim sırasında kusurlu fiili nedeniyle tazminata konu fiile neden olması halinde ise açılacak tazminat davası kendisine rücu edilmek kaydıyla devlet aleyhine açılabilir. Denetim esnasında denetim görevlisinin aile hekimi tarafından kasten yaralanması üzerine denetim görevlisinin açtığı tazminat davasında Yargıtay kararında aile hekimi olarak çalışan ve Devlet Memurları Kanunu'na tabi olan davalının, denetim görevi sırasında ve görevinden dolayı davacıyı zarara uğrattığı ileri sürüldüğüne göre, Anayasa'nın ilgili maddesi ile Devlet Memurları Yasası'nın ilgili maddesi gereğince memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu eylemleri nedeniyle oluşan zararlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve yasa da gösterilen biçim ve koşullara uygun olarak idare aleyhine açılacağına, kamu görevlisi hakkında adli yargı yerinde dava açılmayacağına göre; kast ve kusur aranmaksızın husumet nedeni ile davanın reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasının incelenmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerektiğini belirtmiştir.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> ÜSTÜ Yusuf ve ark. Aile Hekimliği Uygulamasında Güncel Problemler ve Çözüm Yolları-1 <http://www.sakahed.org/files/Aile%20Hekimligi%20Uygulamasinda%20Guncel%20Problemler%20ve%20Cozum%20Yolları%201.pdf> B.T. s:51, 24.04.2016.

<sup>19</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 14.06.2012 tarih 2012/74 Esas 2012/10413 Kararı.

İhtar puanı cetvelinde sayılan birçok fiil aile hekimi ve aile sağlığı elemanı tarafından yapıldığında ya da yapılmadığında açıkça tespiti mümkün fiillerdir. Ancak söz konusu cetvelde karşılığı yirmi ihtar puanı olarak düzenlenen soğuk zincir kurallarına uymamak fiili öncelikle soğuk zincirin ne olduğunu, soğuk zincirin kurallarını bilmeyi ve soğuk zincirin kırılmasının sonuçlarını bilmeyi gerektirmektedir.

### **A. Soğuk Zincir Kurallarına Uymamak veya Soğuk Zincir Kırılmasına Sebepiyet Vermek**

Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği'nin bağışıklama hizmetleri başlıklı 7. Maddesine göre *“Bağışıklama hizmetleri aile hekimi tarafından yürütülür. Genişletilmiş bağışıklama programı kapsamında ve/veya Bakanlık ve Kurum tarafından yürütülen kampanyalar doğrultusunda ihtiyaç duyulan aşılar, bölgesindeki toplum sağlığı merkezi tarafından aile hekimlerine ulaştırılır. Aile hekimleri aile sağlığı merkezinde soğuk zincir şartlarının sürdürülmesi için gerekli tedbirleri alır. Birden çok aile hekiminin görev yaptığı aile sağlığı merkezlerinde, aile hekimlerinin müştereken muhafaza ettikleri aşılar için üçer aylık aralıklarla bir aile hekimi ve bir aile sağlığı elemanı soğuk zincir sorumlusu olarak belirlenir. Aile sağlığı merkezinde yalnızca bir aile hekimliği biriminin bulunması halinde sorumluluk bu birimdeki aile hekimi ile aile sağlığı elemanına aittir.”* 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 7. Maddesi ile de *“çocukluk ve gençlik hıfzıssıhhasına ait işlerle çocuk sıhhat ve bünyesinin muhafaza ve tekamülüne ait tesisatın murakebesi”* devletin asli görevi olduğundan Sağlık Bakanlığı tarafından yürütülen Genişletilmiş Bağışıklama Programı kapsamındaki rutin aşuların aile hekimliği ve çocuk sağlığı uzmanı hekimler tarafından yapılması gerekir.<sup>20</sup>

Genişletilmiş Bağışıklık Genelgesi'nde düzenlenen soğuk zincir, bir aşının etkinliğini üretiminden kişiye uygulanana kadar koruyan ve ihtiyacı olanlara yeterli miktarda etkin aşının ulaşmasını sağlayan insan ve malzemedan oluşan sistemdir. Kullanılan aşılar etkin değilse de, % 100 aşılama oranlarına ulaşılsa bile, bağışık bir toplum oluşturma açısından hiçbir yarar sağlamayacaktır. Bu nedenle soğuk zincir, Genişletilmiş Bağışıklık Programının can alıcı componentlerinden biri olarak büyük önem taşımaktadır. Genişletilmiş Bağışıklık Genelgesi'ne göre bütün aşılar sıcaklığa hassastır. Ayrıca BCG ve Kızamık aşıları güneş ışığı gibi ultraviyole ışınına da hassastır. Aşıları tahrip eden, ısının kümülatif etkisidir. Yani aşuların bir kerede çok yüksek (30- 35 °C üzeri) sıcaklığa

---

<sup>20</sup> VAROL Nezi, Aile Hekimliğinde Hukuki Sorunlar Cevaplar, 2015, Antalya, s:43.

maruz kalması kadar, birçok kereler daha az sıcaklıklara (10-30 °C arası) maruz kalması da aşığı aynı derecede bozabilmektedir. Bir kez aşının etkinliğinin kaybolması ya da azalması halinde, aşilar eski haline döndürülemez. Bu nedenle soğuk zincir süreklilik gerektirmektedir. Genişletilmiş Bağışıklık Genelgesi'ne göre; sağlık ocağı soğuk zincir sorumlusunun görevleri arasında *"Her türlü aşı, serum ve enjektörleri teslim almak, bu maddelerin soğuk zincir kurallarına uygun olarak, Sağlık Ocağı soğutucusuna girişini, saklanmasını ve sağlık evlerine dağıtımını sağlamak, buzdolabının ısı takibini yapmak ve izlem çizelgesine işlemek"* yer almıştır. Genişletilmiş Bağışıklık Genelgesi'ne göre; aşı dolaplarında en az bir adet güvenilir termometre olmalıdır. Termometrelerin sürekli ısı kaydeden ve belirlenen aralığın dışına çıktığında uyarı veren modelleri tercih edilmelidir. Bozulan veya kırılan termometre hemen yenisi ile değiştirilmelidir. Buzdolabının ısı +2 ila +8 derece arasında korunmalıdır. Özellikle +4 derecede kalması sağlanmalıdır. Sağlık Bakanlığı Tedavi Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 01.07.2011 tarih 107.99 sayılı aşı imhaları ve tanzimi konulu yazısında; + 2 derecenin altındaki ısılarla ve özellikle 0 derece altındaki ısıya kısa süre dahi maruz kaldığında etkinliği geri dönülemez şekilde (dondurulabilir aşilar hariç) kaybettiğinden imha kararı alınması gerektiği belirtilmektedir. Bu nedenle Aile Hekimliği Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği EK-2'de bulunan ihtar puanı cetvelinde soğuk zincir kurallarına uymamak ve soğuk zincirin kırılmasına sebebiyet vermek fiilinin düzenlenmesi ve yirmi ihtar puanı öngörülmesinin nedeni aşiların etkinliği ile aşilarla bağışık bir toplum oluşturmaktır.

### **B. Nöbete Mazeretsiz Gelmemek:**

16.04.2015 tarih 29328 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak Aile Hekimliği Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ile Sözleşme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile ihtar puanı cetveline eklenen nöbete mazeretsiz gelmemek fiili ve karşılığı yirmi ihtar puanı nöbete gitmeyen aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları tarafından dava konusu edilmektedir. Zira aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları nöbet tutmak istememektedir. Bu nedenle meslek örgütleri aracılığıyla sendikal faaliyet olarak nöbete gitmeme eylemi yapmaktadırlar. Nöbet konusunda kanuni düzenleme Anayasa Mahkemesi'nde iptal davalarına, Yönetmelik düzenlemeleri de Danıştay'da iptal davasına konu olmuştur.

04/07/2012 tarihli ve 6354 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve

Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 12 nci maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 3 üncü maddesinin beşinci fıkrasının sonuna *“Entegre sağlık hizmeti sunulan merkezlerde artırımlı ücretten yararlananlar hariç olmak üzere, aile hekimlerine ve aile sağlığı elemanlarına ihtiyaç ve zaruret hâsıl olduğunda haftalık çalışma süresi ve mesai saatleri dışında 657 sayılı Kanunun ek 33 üncü maddesinde belirtilen yerlerde nöbet görevi verilebilir ve bunlara aynı maddede belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde nöbet ücreti ödenir.”* cümlesi eklenmiş, akabinde 18/01/2014 tarihli ve 28886 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6514 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 52 inci maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 3 üncü maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesi *“Aile hekimlerine ve aile sağlığı elemanlarına 657 sayılı Kanunun ek 33 üncü maddesinde belirtilen yerlerde haftalık çalışma süresi ve mesai saatleri dışında ayda asgari sekiz saat; ihtiyaç hâlinde ise bu sürenin üzerinde nöbet görevi verilir.”* şeklinde değiştirilmiş ve bu cümleden sonra gelmek üzere *“Bunlara entegre sağlık hizmeti sunulan merkezlerde artırımlı ücretten yararlananlar hariç olmak üzere, 657 sayılı Kanunun ek 33 üncü maddesi çerçevesinde nöbet ücreti ödenir.”* cümlesi eklenmiştir.

Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği'nin 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrası ile de *“Entegre sağlık hizmeti sunulan merkezler dışında, hastanelerde aile hekimlerine ve aile sağlığı elemanlarına nöbet tutturulmaması esastır. Ancak 657 sayılı Kanunun ek 33 üncü maddesinde belirtilen yerlerde ihtiyaç ve zaruret hâsıl olduğunda haftalık çalışma süresi ve mesai saatleri dışında aile hekimlerine ve aile sağlığı elemanlarına nöbet görevi verilebilir.”* düzenlemesi getirilmiştir.

Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliğinin 10. maddesinin dördüncü fıkrasına dayanılarak yürürlüğe konulan 2014/33 sayılı Genelge ile de aile hekimliği çalışanlarının (aile hekimliği ve aile sağlığı elemanı) aile sağlığı merkezi, toplum sağlığı merkezleri ve bağlı birimlerinde ya da ihtiyaç ve/veya gönüllülük halinde hastanelerde ve 112 acil sağlık hizmetlerinde yürütecekleri nöbet hizmetlerinin esasları düzenlenmiştir. Aile hekimlerinin ve aile sağlığı elemanlarının cumartesi günleri sekiz saat kendi çalıştıkları aile sağlığı merkezinde veya hizmet ihtiyacı ve süreklilik gözeterek toplum sağlığı merkezlerinde nöbet tutacakları ifade edilmiştir.

5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 3 üncü maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesi *“Aile hekimlerine ve aile sağlığı elemanlarına 657 sayılı Kanu-*

*nun ek 33 üncü maddesinde belirtilen yerlerde haftalık çalışma süresi ve mesai saatleri dışında ayda asgari sekiz saat; ihtiyaç hâlinde ise bu sürenin üzerinde nöbet görevi verilir.”* hükmünün Anayasa’nın çalışma şartları ve dinlenme hakkı başlıklı 50. maddesine, çalışma süreleri ve saatlerini yönetsel işlemlerle belirleme yetkisinin o yerin sağlık yöneticisine yani idareye bırakıldığı, bu durumun kanunla düzenlenmesi zorunluluğuna aykırı olduğu gibi yasama yetkisinin devredilmezliğine ilişkin Anayasa normuna aykırılığı nedeniyle iptali talebiyle Anayasa Mahkemesi’nde açılan davada Anayasa Mahkemesi 03.10.2013 tarih 2012/103 E. 2013/105 K. sayılı kararında düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararında sağlık hizmeti sunumunun diğer hizmetlerden farklı olduğunu, insanın en temel hakkı olan sağlıklı yaşam hakkı ile bu yaşamın sürdürülmesindeki yeri tartışmasız olan hekimin ve ona yardımcı olan sağlık personelinin statüsünün de bu çerçevede değerlendirilerek diğer kamu görevlileri ile belirtilen yönden farklılıklarının gözetilmesi gerektiğini, bu farklılıkların bir sonucu da hizmetin sunumu yöntemlerinin olduğunu, sağlık hizmetleri doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklı olduğunu, sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı ve yaşamı, mahiyeti itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahip olduğunu, bu durum devletin sağlık alanında farklı uygulamalar yapma zorunluluğunu doğurduğunu, devletin gerçekleştirebileceği tedbirlerin başında sağlık sektöründe kullanılan kaynakların ekonomik ve dengeli dağılımı geldiğini, kuralın gerekçesinde de sağlık hizmetinin aksamadan yürütülebilmesi ve yetersiz olan hekim kaynağının en verimli bir şekilde kullanılabilmesi için nöbet uygulamasının getirildiğinin açıkça belirtildiğini, nöbet uygulaması için ayrıca ücret ödendiği için angarya olmayacağını ve zorla çalıştırma sayılamayacağını ifade etmiştir.

Anayasa’nın zorla çalıştırma yasağı başlıklı 18. Maddesine göre *“Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır.”* Anayasa Mahkemesi, 21.10.1963 gün ve 1963/172-244 E-K sayılı kararına göre bir işin angarya sayılabilmesi için hizmet zorunlu tutulmalı ve bu hizmet için ücret ödenmemelidir.<sup>21</sup> Ancak nöbet ücretlerinin ödenmesi kanuni bir düzenlemedir. Bu nedenle nöbet uygulaması hukuken bir angarya değildir. Anayasa Mahkemesi kararında da yer verilen aile hekimliği ve aile sağlığı elemanı olmanın gönüllülük esasına dayandığı; sözleşme ile çalıştırıldıkları, sözleşmeleri sona erdiğinde yenilememe hakları olduğu hususu aile hekimliğini mevcut şartlarıyla kabul eden hekimlerin ifa

---

<sup>21</sup> ULUTAŞ Ünlütürk Çağla, ULUTAŞ Tevfik Barbaros, Angarya ve Zorla Çalıştırma: Uluslararası Düzenlemeler ve Yüksek Mahkeme Kararları Işığında Bir Değerlendirme, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt:8, Sayı:40, s. 327, Ekim, 2015.

edebileceği, kabul etmeyenlerin ise bu görevi ifa etmeyebileceği anlamına gelmektedir. Ancak bu durum nöbet uygulamasını da içeren aile hekimliği görevini kabul ederek sözleşme imzalamış aile hekiminin, nöbetin gerekliliği ya da nöbetin nerede nasıl tutulması gerektiği konusunda söz hakkı olmadığını göstermemelidir. Yasal dayanaklarıyla ortada olan nöbet görevinin yerine getirilmemesi halinde ise aile hekiminin disiplin yaptırımıyla karşı karşıya kalmayacağı beklenemez. Eğer bir aile hekimi tarafından, aile hekimliğinde nöbetin yasal olmadığı düşünülmekte ise yapılması gereken yasa ile verilen nöbet görevinin ifa edilmesidir. Zira aile hekiminin ve aile sağlığı elemanının idare tarafından kendisine verilen nöbet görevini mazeretsiz ifa etmemesi halinde yirmi ihtar puanı alacağı kaçınılmazdır. Ancak burada aile hekimi ve aile sağlığı elemanı idarenin kendisine verdiği nöbet görevi hakkında yasal yollara başvurabilecektir. Böylece idare tarafından kendisine nöbet görevi verilen aile hekimi veya aile sağlığı elemanı hem ihtar puanı almamış olacak hem de idarenin nöbet görevi işlemini dava etmiş olacak ve son kararı verecek olan da yargı mercileri olacaktır.

Aile hekimlerine ve aile sağlığı elemanlarına nöbetleri karşılığında ücret ödenmesi nedeniyle nöbet görevinin zorla çalıştırma ve angarya kavramlarına girmeyeceği ifade edilmekle birlikte nöbet karşılığında aile hekimine veya aile sağlığı elemanına ödenen ücretlerin de tatmin edici olması gerekmektedir. Ayrıca nöbet günü aile hekimi tarafından aile sağlığı merkezinde sunulan sağlık hizmetlerinde sarf edilen cari giderlerden sayılabilecek gider kalemlerinin aile hekimine ayrıca ödenmesi gerekmektedir.

Danıştay 5. Dairesi, Anayasa Mahkemesi'ne nöbet görevinin aile hekimliği mevzuatında aile hekiminin görevleri arasında sayılmaması nedeniyle 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasa'nın 2., 18. ve 50. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürerek iptaline karar verilmesi istemiyle başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi 05.03.2015 tarih 2015/17 E. 2015/20 K. sayılı kararı ile itiraz konusu kuralın 2012/103E. 2013/105 K. sayılı kararında belirttiği benzer sebeplerle Anayasa'ya aykırı olmadığından iptal isteminin reddine karar vermiştir.

Aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları nöbet ile ilgili getirilen bu düzenlemelere karşısında zaman zaman üyesi buldukları mesleki örgütlerin, sendikaların yönetim kurullarının aldıkları kararlar çerçevesinde eylem yaparak, iş bırakma kararı alarak nöbet görevlerine gitmemektedirler. Bu durum karşısında idare, nöbet görevine mazeretsiz gitmeyen aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları hakkında ihtar puanları tesis etmektedir. Avrupa İnsan Hakları

Mahkemesi'nin toplanma ve örgütlenme özgürlüğü başlıklı 11. Maddesine göre *"Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir. Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz."* Görüldüğü üzere sendikaya üye olmak ve sendikal faaliyetlerde bulunmak temel hak ve hürriyetlerdendir. Sendika üyesi aile hekimi veya aile sağlığı elemanının, sendikanın yönetim kurulu kararı doğrultusunda iş bırakma eylemine giderek, nöbet görevine gelmemesi toplanma ve örgütlenme özgürlüğü kapsamında sendikal bir hak olarak değerlendirilmelidir. Ancak söz konusu sendikaların yönetim kurullarının belirli bir tarihten itibaren bir ay ya da uzun sayılabilecek bir süreye kadar nöbet günleri nöbete gitmeme eylemi şeklinde karar alması hallerinde sendikal eylemin amacının aşılmış olacağı açıkça ortaya çıkacaktır. İşte tam da bu durumda bir hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olacağı şüphesizdir. Zira haklar iyi niyetle kullanıldığı zaman korunur, bunun aksine, haklarını kötüye kullanan iyi niyet kurallarına aykırı davrandığı için mevzuatın teminatından mahrum kalır.<sup>22</sup>

## SONUÇ

Bir insan hakkı olarak ikinci kuşak haklardan olan sağlık hakkı, 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda sosyal ve ekonomik haklar arasında düzenlenmiştir. Anayasamıza göre Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenlemekle yükümlüdür. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Devlet, birinci basamak sağlık hizmetlerinin yürütülmesini Aile Hekimliği Kanunu, Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği ve Aile Hekimliği Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği çerçevesinde aile hekimleri aracılığıyla yürütmektedir. Bu yönüyle aile hekimleri asli ve sürekli bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetini yürüten kamu görevlileridir. Aile hekimliği mevzuatına göre sözleşmeli olarak çalışan aile hekimleri, sağlık hizmetini ifa ederken dev-

---

<sup>22</sup> İYİLİKLİ Ahmet Cahit, Kanuna Karşı Hile Kavramının Boşanma (Aile) Hukukundaki Görünümünün Suç Genel Teorisi Meseleleri Bağlamında İrdelenmesi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi s:256 Sayı:12, Ocak 2013.



let memurlarının tabi oldukları disiplin hükümlerinden farklı olarak Aile Hekimliği Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği Ek-2'de düzenlenen fiillere karşılık gelen ihtar puanlarına tabidirler. Söz konusu ihtar puanları aile hekimlerine vali yardımcıları tarafından bir idari işlem tesis edilerek verilmektedir. Bu ihtar puanları bir sözleşme dönemi içerisinde toplamda iki yüz puanı bulması halinde sözleşme feshi işlemine neden olabilmektedir. Bu yönüyle idari işlem olarak tesis edilen ihtar puanının iptali istemiyle açılan davalarda, idarenin yaptığı denetim sonucu tutulan tutanak, alınan ifadeler, soruşturma raporu titizlikle incelenmelidir. Zira mezkur düzenlemede karşılığı ihtar puanı olarak belirlenen her bir fiil, birinci basamak sağlık hizmetinin en etkin ve en verimli şekilde sürdürülebilmesi için vaz olunmuştur.

Aile Hekimliği Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği Ek-2'de bulunan ihtar puanı cetvelinde yer alan fiillerden en çok dava konusu edilen soğuk zincir kurallarına uymamak fiiline karşılık yirmi ihtar puanı düzenlenmesinin önemi ise bağışıklama hizmetlerinde temel amacın toplumda, özellikle bebek ve çocuklarda aşı ile korunulabilir hastalıkların ortaya çıkmasını engellemek, dolayısıyla bu hastalıklardan kaynaklanan ölümlerin ve sakatlıkların önüne geçmektir. Bu nedenle soğuk zincir kurallarına uymamak nedeniyle yirmi ihtar puanı işleminin tesis edilmesi neticesinde açılan davalarda aşı dolabında soğuk zinciri korumak için ısı derecelerini kayıt eden cihazın verileri, aşılardan bozulup bozulmadığı konusunda aşı imha komisyonu tutanakları ve kararları, ifade tutanakları ve nihayetinde soruşturma raporları titizlikle incelenmelidir.

Aile Hekimliği Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği Ek-2'de düzenlenen fiillerden en çok dava konusu edilen ihtar puanı konularından bir diğeri ise nöbete mazeretsiz gelmeme fiili karşılığı yirmi ihtar puanı tesis edilmesindeki amaç ise idare tarafından aile hekimleri için verilen nöbet görevinin aksamadan sürdürülebilmesini sağlamaktır. Zira sağlık hizmeti sunumu diğer hizmetlerden farklıdır. Sağlık hizmeti doğrudan yaşam hakkı ile ilgilidir. Sağlık hizmeti mahiyeti itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahiptir. Bu durum kamu yararı gözetilerek devletin sağlık alanında sağlık hizmetini dengeli, etkin ve verimli dağıtabilmesi için aile hekimine nöbet görevi verebilmesi sonucunu doğurmaktadır. Aile hekimlerinin mevzuatsal düzenlemeler çerçevesinde bir uzlaşma sağlayarak yani sözleşme imzalayarak birinci basamak sağlık hizmetlerini ifa etmeleri, şüphesiz idarenin aile hekimlerine yönelik tesis ettiği ihtar puanlarına karşı dava açamayacaklarını ifade etmemektedir. Aile hekimi elbette ki idare tarafından kendisine yönelik tesis edilen idare işleme karşı dava açabilir. Ancak mahkemeler tarafından söz konusu idari işlemlerin yürütmesinin durdurulmasına ya da idari işlemin iptaline ilişkin bir karar verilmedikçe, aile

hekiminin nöbet görevine mazeretsiz olarak gitmemesi halinde, aile hekimine bu fiili karşılığında idare tarafından ihtar puanı tesis edilmemesini beklemek iyimser bir bakış açısı olacaktır.

Sağlık hizmetini dengeli, etkin ve verimli dağıtmak ve sağlamakla yükümlü olan devlet ile ülkemizde yapılan sınavlarda belirli başarı göstermiş öğrencilerin girebildiği tıp fakültesinin çetin yollarından geçmiş, hatta tıpta uzmanlık sınavını kazanarak, asistanlık eğitimini tamamlamış birinci basamak sağlık hizmetini yürütmekle görevli aile hekimleri arasında sözleşmeye dayalı çalışma sisteminde çalışma barışı ve istikrar, insanların yaşam hakkı ile doğrudan ilgili sağlık hakkının korunması açısından önem arz etmektedir. İdare hukukunun birçok alanı gibi aile hekimliğinde disiplin hukuku da içtihatlar ile gelişeceğinden, söz konusu çalışma barışı ve istikrar en azından hukuki istikrar şüphesiz yargı kararları ile sağlanacaktır.

◆◆◆◆

#### KAYNAKÇA

**AKYILMAZ** Bahtiyar, “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı:1-2, 2002, Ankara

**AYDIN** Sabahattin, “Aile Hekimliği Türkiye Modeli”, Sağlık Bakanlığı Yayınları, 2004, Ankara.

**DOĞRU** Osman, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İchtihatları”, C:1, 2004, İstanbul.

**GÖLCÜKLÜ** Feyyaz, Gözübüyük A. Şeref, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması” Temmuz 2013, Ankara

**GÜNDAY** Metin, İdare Hukuku, 2013, Ankara

**İYİLİKLİ** Ahmet Cahit, Kanuna Karşı Hile Kavramının Boşanma (Aile) Hukukundaki Görünümünün Suç Genel Teorisi Meseleleri Bağlamında İrdelenmesi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Sayı:12, sayfa:256 Sayı:12, Ocak 2013.

**KANLIGÖZ** Cihan: 1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı, AÜFHFD, C.43, sayfa: 169–195. 1993.

**KARAHANOĞULLARI** Onur, “Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri”, Çağdaş Yerel Yönetimler, Cilt:8, Sayı: 3, sayfa:55-57 1999.

**ÖNER** Can, Tıpta Uzmanlık Mevzuatında Aile Hekimliği Uzmanlığının Evrimi,

Türkiye Aile Hekimliği Dergisi, Cilt:19, Sayı:4, sayfa:168, Ekim-Aralık 2015.

**SOLAK** Fulya, “Aile Hekimliği Uygulamasının Değerlendirilmesi: Eskişehir İli Örneği”, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010.

**UĞURLU** Mehmet, EĞİCİ M. Taşkın, YILDIRIM Orkun, ÖRNEK Muhammet, ÜSTÜ Yusuf, Aile Hekimliği Uygulamasında Güncel Problemler ve Çözüm Yolları-2, Ankara Medical Journal, Cilt:12, sayı:1 2012, Ocak 2013.

**ULUTAŞ** Ünlütürk Çağla, ULUTAŞ Tevfik Barbaros, “Angarya ve Zorla Çalıştırma: Uluslararası Düzenlemeler ve Yüksek Mahkeme Kararları Işığında Bir Değerlendirme”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt:8, Sayı:40, s. 327, Ekim, 2015.

**ÜSTÜ** Yusuf, UĞURLU Mehmet, EĞİCİ M. Taşkın, YILDIRIM Orkun, ÖRNEK Muhammet . “Aile Hekimliği Uygulamasında Güncel Problemler ve Çözüm Yolları-1”<http://www.sakahed.org/files/Aile%20Hekimligi%20Uygulamasinda%20Guncel%20Problamlar%20ve%20Cozum%20Yollari%201.pdf> sayfa:51, B.T. 24.04.2016.

**VAROL** Nezih, “Aile Hekimliğinde Hukuki Sorunlar Cevaplar”, sayfa:43, 2015, Antalya.

**YILMAZ** Tekin, “Hukuk Sözlüğü”, Tek Ağaç Eylül Yayıncılık, sayfa:100, 2007, Ankara.

#### KISALTMALAR

- a.g.e** : Adı Geçen Eser  
**B.T.** : Bağlantı Tarihi  
**C.** : Cilt  
**E** : Esas  
**K** : Karar  
**s.** : Sayfa

1. ABD BAŞKANLIK SİSTEMİNDE  
FREN VE DENGİ MEKANİZMASI  
ÜZERİNE BİR İNCELEME  
Doç. Dr. Mehmet Ali ZENGİN

2. AVRUPA BİRLİĞİ'NE ÜYE ÜLKELERDE  
ESNEK PERSONEL REJİMİ VE  
TÜRKİYE UYGULAMALARININ KİSMİ  
BİR ANALİZİ  
Doç. Dr. Mustafa AVCI  
Yrd. Doç. Dr. Seçkin YAVUZDOĞAN

3. AZERBAIJAN CUMHURİYETİ YARGI  
SİSTEMİ  
Yrd. Doç. Dr. Murat ERDEM  
Arş. Gör. Samet İLDEŞ

4. RESMİ BELGENİN  
DÜZENLENMESİNDE YALAN BEYAN  
SUÇU  
Arş. Gör. Enes KÖKEN

5. İYUK MADDE 28/4 DEĞİŞİKLİĞİ:  
YARGI KARARLARININ İDARE  
TARAFINDAN UYGULANMAMASI VE  
ÇÖZÜM ÖNERİLERİ  
Arş. Gör. Felemez GÜNEŞ

6. ALMAN İÇTİMA ÖĞRETİSİNDE DOĞAL  
HAREKET TEKLİĞİ  
Arş. Gör. Dr. iur. Soner DEMİRTAŞ LL.M.

7. NİYET MEKTUBU  
Arş. Gör. Tuğçe ORAL

8. ÜLKEMİZE SURİYEDEN SİĞİNANLAR  
VE ONLARIN İNSAN ONURU  
Asım KAYA

9. YARGITAY KARARLARI İŞİĞİNDA  
İDDİANAMENİN İADESİ  
Birsen ELMAS

10. AVRUPA İNSAN HAKLARI  
MAHKEMESİ VE ANAYASA  
MAHKEMESİ KARARLARI İŞİĞİNDA  
MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI  
Gökhan ÇAYAN

11. SORUMLULUK HUKUKUNDA KUSUR  
Habip OĞUZ

12. HAKSIZ FİLDE CEZA ZAMANAŞIMI  
SÜRESİ  
Kadir BAĞCI

13. TIBBİ KİŞİSEL VERİLERİN TUTULMASI  
VE KORUNMASI YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE  
İDARENİN BU YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ  
YERİNE GETİRMEMESİNDEN DOĞAN  
SORUMLULUĞU  
Mehmet ALTUNDİŞ

14. HUKUK İLE KÜLTÜR İLİŞKİSİ  
Muhammet Kürşat ÜÇÜNCÜ

15. UYGULAMA BAKIMINDAN ZORUNLU  
GEÇİT HAKKI DAVASI  
Mustafa Hayri TACIN

16. 6545 VE 6552 SAYILI KANUNLAR  
ÇERÇEVESİNDE İDARİ YARGILAMA  
USÛLÜ DEĞİŞİKLİKLERİ  
Sevda YILMAZ

17. AVRUPA İNSAN HAKLARI  
MAHKEMESİ KARARLARINDA  
İFADE HÜRRİYETİNİN  
SINIRLANDIRILMASI  
Yakup YILDIRIM

18. AİLE HEKİMLİĞİNDE DİSİPLİN  
HÜKÜMLERİ VE İHTAR PUANLARI  
Ezgi Kızılkaya DOĞRU



Ahlatlıbel Mah.  
İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı  
06095 Çankaya Ankara - TÜRKİYE  
T. +90.312 489 81 80 F. +90.312 489 81 01  
www.taa.gov.tr