

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**



Cilt: 15

Sayı: 1

Yıl: 2007



SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ISSN: 1306-8075

Sahibi

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

Editör (Editor)

Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM: ryildirim@selcuk.edu.tr
Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

Yayın Kurulu (Editorial Board)

Prof. Dr. Mehmet AYAN	Prof. Dr. Şahin AKINCI
Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER	Doç. Dr. Ramazan YILDIRIM
Prof. Dr. Yavuz ATAR	Doç. Dr. M. Fatih UŞAN
Prof. Dr. Sami KARAHAN	Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERCAN
Prof. Dr. Ömer ULUKAPI	Yrd. Doç. Dr. Faruk BİLİR

Danışmanlar Kurulu (Advisory Board)

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

Haberleşme Adresi (Communication Address)

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

© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2000 yılından itibaren hakemli dergi olarak yayınlanmaktadır. Dergimiz yılda iki sayı halinde yayımlanmaktadır. Dergimizde yayınlanan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir.

Yayın şartları dergimizin son sayfasında ver almaktadır.

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ AKADEMİK HAKEM HEYETİ LİSTESİ*

ÖZEL HUKUK BÖLÜMÜ

Medeni Hukuk Anabilim Dalı

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

Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

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

Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı

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

Roma Hukuku Anabilim Dalı

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

* Hakemler, soyadlarına göre alfabetik olarak sıralanmıştır.

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

Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı

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

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

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

KAMU HUKUKU BÖLÜMÜ

Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Enver Bozkurt (Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Akif Kütükçü (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. İlyas Doğan (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Mustafa Yıldız (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

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

İdare Hukuku Anabilim Dalı

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

- Doç. Dr. Halil Kalabalık (Sakarya Üniversitesi İİBF.)
Doç. Dr. Cemil Kaya (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
- Türk Hukuk Tarihi**
Prof. Dr. S. Gül Akyılmaz (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Avcı (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Gülnihal Bozkurt (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Halil Cin (Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ekrem Buğra Ekinci (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ahmet Mumcu (Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
- Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Anabilim Dalı**
Prof. Dr. Hakan Hakeri (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Kayıhan İçel (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İzzet Özgenç (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bahri Öztürk (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Doğan Soyaslan (Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Cumhuri Şahin (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Durmuş Tezcan (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Adem Sözüer (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
- Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı**
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz (Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Niyazi Öktem (Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ali Şafak Balı (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
- Vergi Hukuku Anabilim Dalı**
Prof. Dr. Yusuf Karakoç (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Mustafa Akkaya (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

EKONOMİ – MALİYE BÖLÜMÜ

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

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

ÖZEL HUKUK

TAŞINIR SATIMINDA SATICININ KANUNDAN DOĞAN
AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU 11

Dr. Nurşen AYAN

TERK NEDENİYLE BOŞANMA 39

Dr. Nurşen AYAN

KAMU HUKUKU

6245 SAYILI HARCIRAH KANUNU VE UYGULAMASI
ÜZERİNE BAZI HUKUKİ DEĞERLENDİRMELER..... 59

Yrd. Doç. Dr. Abdullah UZ

CEZA HUKUKUNDA DOĞRUDAN KAST 117

Arş. Gör. Hakan KARAKEHYA

EKONOMİ - MALİYE

EKONOMİK ÖZGÜRLÜK KAVRAMI ve TÜRKİYE'DE
EKONOMİK ÖZGÜRLÜKLERİN GELİŞİMİ 143

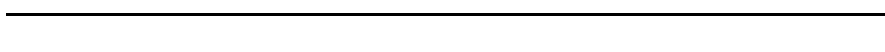
Yrd. Doç. Dr. Mehmet Okan TAŞAR

TEZ ÖZETLERİ

İSLAM HUKUKUNDA VE OSMANLI UYGULAMASINDA ŞÛRA 171

Dr. Nuran KOYUNCU

Makaleler



Özel Hukuk

TAŞINIR SATIMINDA SATICININ KANUNDAN DOĞAN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU

Dr. Nurşen AYAN*

ÖZET

Satım sözleşmesinde, satıcının alıcıya karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu bir takım borçları vardır. Bu borçlardan bir tanesi de ayıba karşı tekeffül (ayıbı üstlenme) borcudur.

Genel olarak, ayıba karşı tekeffül borcu Borçlar Kanunu'nun 194. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükümler, Ticaret Kanunu'nun öngördüğü istisnalar dışında ticari satımlarda da uygulanacaktır.

Ayıba karşı tekeffül borcu, "satılan şeyde satıcı tarafından zikir ve vaad edilen vasıfların bulunmamasından veya satılan şeyin değerini azaltan veya kaldıran noksanları bulunmasından dolayı satıcının sorumlu tutulmasıdır"

Satıcının ayıp nedeni ile sorumlu tutulabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Buna göre öncelikle, alıcıya teslim edilen mal ayıplı değildir. Bu ayıp fiziki bir ayıp olabileceği gibi, hukukî veya ekonomik de olabilir. Ayrıca, ayıp sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olmalı ve önemli bir ayıp olarak da kabul görmelidir. İlâveten alıcı, sözleşmenin kurulması anında ayıbın varlığından da haberdar olmamalıdır. Bu şartların yanı sıra satıcının ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre sorumlu tutulabilmesi için, muayene ve ihbar, satılanı muhafaza, tespit ve sattırma gibi alıcının yerine getirmesi gereken bazı külfet ve sorumlulukları da vardır.

Borçlar Kanunu, yukarıda sözü edilen bu şartların gerçekleşmesi sonucunda, alıcıya, "sözleşmeden dönme, satış bedelinin indirilmesini isteme ve malın ayıpsız çeşidiyle değiştirilmesini isteme" şeklinde üç ayrı imkân tanımıştır. Alıcı bu yollardan dilediğine başvurabilir. Seçim hakkının kullanılması herhangi bir şekle bağlı değildir; ancak bazı durumlarda seçim hakkı sınırlanmıştır.

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcundan doğan dâvalar malın alıcıya teslim edilmesinden itibaren bir yıl geçince zamanaşımına uğrarlar (BK. m.207/1). Taraflar on yılı geçmemek şartıyla daha uzun bir zamanaşımı süresi de öngörebilirler. Bu zamanaşımı süresi, adi satımlar ile sadece bir tarafı tacir olan ticari satımlarda da uygulanır. Ancak ister adi ister ticari satım söz konusu olsun satıcı alıcıyı kandırmış ise artık ayıba karşı tekeffül hükümleri için

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

öngörölmüş süreler uygulanmaz. Böyle bir durumda BK. m. 125'te düzenlenmiş olan on yıllık genel zamanaşımı süresi geçerli olur.

ANAHTAR KELİMELEER: satıcı, alıcı, ayıba karşı tekeffül, ayıp, muayene ve ihbar.

ABSTRACT

There are some obligations which seller is bounded by law over against purchaser as regards selling contract of these obligations is the "warranty".

Generally, the obligation of warranty has been put in order at the 194th and following articles of the code of obligations. The articles will be applied in the commercial sales except the cases that Turkish commercial code predicts.

The obligations of warranty can be defined as "The responsibility of seller about whether the chattel is out of feature that has been promised or not; and the responsibility about the failures that decreasing or a abrogating the value of chattel"

To saddle the seller about the fault there should be some circumstances in progress. First of all, the chattel has to be faulty. Also that fault has to exist in the beginning of the contract and mentioned as an important faulty. Additionally, the purchaser should not be acquainting with the fact. In addition to these circumstances, there are some additional obligations for purchaser like "examination and denouncement", "conservation of chattel" and determination" etc....to saddle the seller.

If all of these circumstances are provided, the code of obligations enables the purchaser to call upon three different ways.

These are "cancellation of the contract", "to demand decreasing the compensation" and "to demand exchanging the faulty chattel with the one free from defects." The purchaser can choose any of these ways.

The law cases related to warranty will be barred by the statue of limitations in one year from the date of delivery (code of obligations...art. 207/1). The previews can decide a longer limitation period that is not more than ten years. This limitation period will be applied in the ordinary or commercial sellings, if the seller persuades the purchaser, the limitations won't be valid any more. In this case, the ten year limitation period will be valid that mentioned in the code of obligations art, 125th.

KEY WORDS: Seller, purchaser, warranty, faulty, examination and denouncement.

I- GİRİŞ

Satış sözleşmesinden satıcı için doğan aslî edim yükümlülükleri satım konusu şeyin mülkiyetini alıcıya geçirme ve teslim etmedir. Ancak, onun, söz konusu yükümlülükleri yanında, hem üçüncü şahısların üstün hak iddiasında bulunmalarına imkân bırakmayan hem de ayıpsız bir mal teslim etmesi zorunludur. Öğretide veciz bir şekilde ifade edildiği üzere, “satılan mal ne yürütülmüş mal olacaktır ne de çürütülmüş mal”!¹

Genel olarak (adi satımlar için) ayıba karşı tekeffül borcu Borçlar Kanununun 194 üncü ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükümler, Ticaret Kanununun öngördüğü istisnalar dışında ticarî satımlara da uygulanacaktır (TK.m.25/I). Yüzölçümündeki eksikliklere ilişkin özel hüküm (BK.m.215) bir kenara bırakılırsa, aynı esas, taşınmaz satımı bakımından da geçerlidir (BK.m.217). Hayvan satımı özel olarak düzenlenmiştir (BK.m.195). Tüketicilere yapılan satımlarla ilgili olarak da özel düzenlemeler vardır (TKHK. m.4)².

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcu, 2005 tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı (TBKT) tarafından çeşitli değişiklikler yapılmak suretiyle yeniden ele alınmıştır. Bu çalışmada, öncelikle 818 sayılı Türk Borçlar Kanununun satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümleri (m.194-207) incelenecek, ayrıca, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının ilgili hükümleri değerlendirilecektir.

II- KAVRAM VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A) KAVRAM

Ayıba karşı tekeffül borcu, “satılan şeyde satıcı tarafından zikir ve vaad edilen vasıfların bulunmamasından veya satılan şeyin değerini yahut akit gereğince ondan beklenen faydaları azaltan veya kaldıran noksanları bulunmasından satıcının sorumlu tutulması”dır³. Nitekim, Borçlar Kanununun 194 üncü maddesinin birinci fıkrasına göre, “*Satıcı alıcıya karşı satılanın zikir ve vaad ettiği vasıflarını mütekeffil olduğu gibi, maddî veya hukukî bir sebeple kıymetini veya maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli surette tenkis eden*

¹ Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992, s.86.

² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Zevkliler, Aydın, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 2. Baskı, Ankara 2001, s.59 vd..

³ Edis, Seyfullah, Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, s.7; Bilge, Necip, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s.73.

ayıplardan salim bulunmasını da mütekeffildir”. Türk Borçlar Kanunu Tasarısının “Ayıptan sorumluluk” genel başlığı altındaki 224. maddesinin birinci fıkrasına göre de, “*Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması nedeniyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukukî ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur*”.

194. maddenin ifade tarzı, ayıba karşı tekeffül borcunun biri sözleşmeden doğan (akdî) ve diğeri kanundan doğan (kanunî) tekeffül olmak üzere iki çeşidinin bulunduğunu göstermektedir. Aynı ayırım Türk Borçlar Kanunu Tasarısında da muhafaza edilmiştir.

Sözleşmeden doğan (akdî) tekeffül, satıcının, malda bulunduğunu söylediği ve bulunmasını taahhüt ettiği özellikler (vasıflar) için sorumlu olmasıdır. Satıcının taahhüdü açık veya örtülü olabilir⁴. *Kanundan doğan (kanunî) tekeffül* ise, satım konusu malda normal olarak bulunması gereken özelliklerin bulunmamasından veya değerini azaltan bir kısım ayıpların bulunmasından kaynaklanan sorumluluktur. Bu tip ayıplardan sorumlu tutulabilmesi için satıcının ayrıca taahhüt etmesi gerekmez. Sorumluluk doğrudan doğruya kanun hükmünden kaynaklanır.

Bu kural hayvan satımlarında geçerli değildir. *Hayvan satımlarında* ayıba karşı tekeffül borcu özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, hayvan satımlarında, satıcının ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi için yazılı şekilde taahhüt etmiş veya alıcıyı iğfal etmiş olması gerekir (BK.m.195). Bunların dışındaki ayıplardan sorumlu tutulmaz. Yani, hayvan satımlarında esas itibarıyla doğrudan doğruya kanuna dayanan bir tekeffül yoktur. Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 226. maddesine göre de, “*Hayvan⁵ satışında satıcı, yazılı olarak üstlenmedikçe veya ağır kusuru olmadıkça ayıptan sorumlu olmaz*”. Görüldüğü üzere, Tasarı, Borçlar Kanununun 195. maddesinde geçen “*alıcıyı iğfal etmiş olmadıkça*” ifadesi yerine “*satıcının ağır kusuru olmadıkça*” ifadesini tercih etmiştir. Böylece,

⁴ Bilge, 75.

⁵ Bu açıdan hayvan türleri arasında herhangi bir fark yoktur. 818 sayılı Borçlar Kanunu açısından öğretinin dile getirdiği (bkz., Bilge, 78) bu husus, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 227. maddesinin gerekçesinde de özellikle vurgulanmıştır.

satıcının alıcıyı bilerek kandırdığı hâllere ek olarak ağır ihmalinin bulunduğu hâller de maddenin kapsamına dahil edilmiştir.

B) HUKUKÎ NİTELİĞİ

Satış sözleşmesinden satıcı için doğan asıl borç, satım konusu şeyin mülkiyetini alıcıya geçirmek ve ona teslim etmektir. Alıcı da, bunun karşılığında belirledikleri satış bedelini ödeyecektir. Ancak, kanunkoyucu, satıcının yükümlülüklerini düzenlerken, sadece teslim ve mülkiyeti geçirme borcundan söz etmemiş, satıcının teslim ettiği malın ayıpsız olmasını da aramıştır. Aksi takdirde, alıcı, ayıplı mal teslim eden satıcıya karşı çeşitli hukukî koruma yollarına müracaat edebilecektir. Bu nedenle, satıcının kanundan doğan ayıba karşı tekeffül borcu hukukî niteliği bakımından teslim ve mülkiyeti geçirme borcuna eklenmiş bir *yan borç* mahiyetindedir. Başka bir ifadeyle, ayıba karşı tekeffül borcu, satıcının mülkiyeti geçirme borcunun tamamlayıcısıdır⁶. Dolayısıyla, teslim ve mülkiyeti geçirme borcu yok ise, ayıba karşı tekeffül borcundan da söz edilemez⁷. Satıcının özellikle taahhüt etmesine gerek bulunmadığı için de *kanunî bir borçtur*⁸. Nihayet, satıcının teslim ettiği malda mevcut ayıplardan sorumlu tutulması kusurlu olmasına bağlı değildir⁹.

Şüphesiz, alıcı, ayıplı bir şekilde teslim edilmek istenen bir malı kabul etmek zorunda değildir. Ayıplı bir mal öneren satıcı borcunu gereği gibi ifa etmiş sayılamayacağı için alıcıyı kabule zorlayamaz. Böyle bir durumda, alıcı, malı teslim almaktan kaçınıp borcun ifa edilmemesini düzenleyen hükümlere (BK.m.96 vd.) dayanarak taleplerde bulunabilir¹⁰. Haberi olmadan ayıplı malı teslim alan alıcı ise, öncelikle satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen Borçlar Kanununun 194 - 207. maddeleri çerçevesinde hukukî koruma isteyebilir. Onun, özel nitelik taşıyan söz konusu hükümler yanında, şartları bulunmak kaydıyla, genel olarak sözleşmeden doğan bir borcun ifa edilmemesini düzenleyen Borçlar Kanununun 96. ve devamı maddeleri ile irade sakatlığını

⁶ Edis, 19-20; Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul 1997., s.93.

⁷ Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku, C.I, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), 4. Bası, İstanbul 1980, s.270.

⁸ Yavuz, 93.

⁹ Edis, 20-21.

¹⁰ Feyzioğlu, 248-249; Bilge, 74; Hatemi / Serozan / Arpacı, 88. Serozan'a göre, malın ayıplı olduğunu satımın kurulmasından sonra öğrenen ve bile bile devralan alıcı ayıp hükümlerinden yararlanma fırsatını kaçırmış sayılır (bkz., age., 97).

düzenleyen Borçlar Kanununun 23. ve devamı maddelerine de dayanıp dayanamayacağı tartışılabilir. Hükümler arasında yarışmanın bulunduğunu söylemek alacaklının çıkarına daha uygun düşer. Yani, kendisine ayıplı bir mal teslim edilmiş olan alıcı, dilediği hükme dayanarak talepte bulunabilmelidir¹¹. Hattâ, onun, bunlara ek olarak somut olayın özelliklerine göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinden yararlanması da mümkündür.

III- ŞARTLARI

A) ALICIYA TESLİM EDİLEN MAL AYIPLI OLMALIDIR

Bu anlamda *ayıp*, satımın konusunu oluşturan malın niteliklerine ilişkin bir eksikliği ifade eder. Yani, ya malda normal olarak bulunması gereken veya satıcı tarafından taahhüt edilmiş olan bir kısım özellikler yoktur, ya da malın değerini azaltan veya alıcının gerektiği gibi yararlanmasını engelleyen bir kısım eksiklikleri vardır¹².

Borçlar Kanunu böyle bir ayrımı açık olarak yapmamış ise de, *ayıp*, *maddî* (fizikî) olabileceği gibi, *hukukî* veya *ekonomik* de olabilir. Öğretinin benimsediği bu ayrım, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 224. maddesinin birinci fıkrasında da kabul edilmiştir.

Maddî ayıp, aynı cinsten diğer mallara nazaran değer azaltan her türlü eksikliktir. Başka bir ifadeyle, *maddî ayıp* denilince, satım konusu malda mevcut fizikî bozukluklar anlatılmak istenir. Bunlara örnek olarak, satılanın bozuk, kırık, yırtık, lekeli veya solmuş olması gibi durumlar gösterilebilir¹³. Satın alınan meyve ve sebzelerin çürük çıkması, teslim edilen kömürün toprak ve taşla karışık olması¹⁴, tütün çatlak olması ve gaz sızdırması hep birer *maddî ayıptır*.

¹¹ Bkz., Fezyioğlu, 272; Tandoğan, 196-198; Hatemi / Serozan / Arpacı, 89. Şüphesiz, satıcının kusuru aranmadığı için, 194. ve devamı maddelerin alıcı açısından daha elverişli olduğu söylenebilir. Bkz., Bilge, 74.

¹² Tandoğan, Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.I/1, 3. Bası, Ankara 1984, s.161; Zevkliler, Aydın, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 8. Bası, Ankara 2004, s.115-116; Hatemi / Serozan / Arpacı, 90.

¹³ Edis, 13-14; Bilge, 74; Zevkliler, 117; Yavuz, 95-96; Hatemi / Serozan / Arpacı, 91.

¹⁴ 3.HD., 2.10.2000, E.2000/10178 K.2000/10425 (YKD., C.27, S.1, 2001, s.23-24).

Hukukî ayıp, satılanın değerini ve kendisinden beklenen yararları olumsuz yönde etkileyen, maldan gereği gibi yararlanmayı engelleyen veya azaltan objektif hukukî sınırlamalar veya yasaklardır. Malın hukuka aykırı bir marka taşınması, başkasının telif veya sınai hakkını ihlâl etmesi, alım satımının yasak olması, telefon idaresinin aradığı standartları taşımaması, ülkeye kaçak sokulmuş olması, üzerinde haciz bulunması, teslim edilen araca başkasına ait bir aracın şase numarasının takılmış olması¹⁵ gibi durumlarda da hukukî ayıp var demektir¹⁶.

Ekonomik ayıpta ise, alıcıya teslim edilen malın ekonomik değerini azaltan bazı özellikleri vardır. Meselâ, malın normal şartlarda getirebileceği kira gelirini getiremeyeceği anlaşılmıştır; otomobil öngörülen hıza ulaşmamaktadır; klima yeterli soğukluğu sağlamamaktadır; kararlaştırılandan farklı bir süt teslim edilmiştir; satılan araç öngörülenden daha fazla yakıt veya elektrik tüketmektedir¹⁷.

Buna karşılık, malın miktarındaki eksiklikler ayıp sayılmayacağı gibi, sözleşmede kararlaştırılanın dışında bir mal teslim edilmesi de bu anlamda ayıp sayılmaz. Birinci hâlde *eksik ifadan*, ikinci hâlde ise *yanlış ifa* veya *ademi ifadan* söz edilir ve Borçlar Kanununun 96. ve devamı maddelerine göre hareket edilir¹⁸.

B) AYIP SÖZLEŞMENİN KURULDUĞU ANDA MEVCUT OLMALIDIR

Ayıp sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olmalıdır. Zira, satıcı, malın alıcıya teslim edilmesinden sonra ayıplı bir hale gelmesinden sorumlu

¹⁵ 13. HD., 4.7.2003, E.2003/4030 K.2003/9166 (YKD., C.30, S.1, 2004, s.89-91).

¹⁶ Edis, 14; Bilge, 74; Zevkliler, 117; Yavuz, 96; Hatemi / Serozan / Arpacı, 92; Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, C.2, Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, İstanbul 1977, s.121-122. Öğretide, üçüncü bir kişinin üstün hak iddiasıyla alıcıya teslim edilmiş malı tamamen veya kısmen ele geçirmesini de hukukî ayıp olarak nitelendiren yazarlar mevcuttur. Bkz., Feyzioğlu, 249. Borçlar Kanunu, söz konusu ihtimali "*zapta karşı tekeffül*" başlığı altında özel olarak düzenlemiştir (BK.m.189-193). Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 219. ve devamı maddelerinin ana başlığı da "*Zapttan sorumluluk*" şeklindedir.

¹⁷ Zevkliler, 117; Yavuz, 96; Hatemi / Serozan / Arpacı, 93; Edis, 17-18.

¹⁸ Bilge, 77; Zevkliler, 118; Tandoğan, 165-166; Tunçomağ, 120; Yavuz, 97; Hatemi / Serozan / Arpacı, 93, 94.

tutulamaz. Öğretide, haklı olarak, sözleşmenin kurulduğu an ifadesinin *yarar ve hasarın geçiş anı* olarak anlaşılmasının daha doğru olacağı savunulmaktadır¹⁹.

Yarar ve hasarın geçiş ânı satım konusu şeye göre değişecektir. Satıcı, hastalıklı olarak teslim edilmiş bir atın daha sonra ölmesi gibi istisnaî haller dışında, yarar ve hasarın alıcıya geçmesinden sonra meydana gelen bozukluklardan sorumlu olmayacaktır²⁰.

Buna karşılık, sorumlu tutulma açısından satıcının maldaki bu ayıpları bilme zorunluluğu yoktur. O, maldaki ayıplardan haberdar olmasa dahi sorumludur (BK. m.194/II). Aynı esas Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 224. maddesinin ikinci fıkrasında da tekrar edilmiştir.

Satıcının ayıplardan haberdar olması, sorumluluğunun daha da ağırlaşmasına yol açar. Aynı şekilde, ayıbın meydana gelmesinde satıcıya yüklenmesi mümkün herhangi bir kusurun bulunmaması da önem taşımaz²¹.

C) AYIP ÖNEMLİ OLMALIDIR

Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan söz edilebilmesi için, malda varlığı iddia edilen eksikliklerin *önemli* olması lâzımdır (BK.m.194). Başka bir ifadeyle, maldaki ayıp, alıcının maldan beklediği yararlanma imkânını tümüyle ortadan kaldırmalı veya önemli ölçüde azaltmalıdır. Ayıbın bu anlamda önemli olup olmadığı belirlenirken alıcının sübjektif değerlendirmeleri değil, dürüstlük ilkesi (MK.m.2) göz önünde tutulur. Bu konuda, “*işlerde yaygın telâkki*” ölçü olarak kabul edilebilir²².

Dürüstlük ilkesi çerçevesinde değerlendirildiği zaman önemli sayılmayacak ayıplar için tekeffül hükümlerinin uygulanması istenemez. Bu tip ayıplara örnek olarak, satın alınan kitabın bazı sayfalarının kıvrılmış olması; otomobilin bagajında küçük bir çizik bulunması; konserve kutusunun üzerindeki etiketin bir bölümünün soluk veya çok renkli olması gibi durumlar gösterilir²³.

¹⁹ Edis, 64; Bilge, 77; Zevkliler, 119; Tunçomağ, 123; Yavuz, 96; Hatemi / Serozan / Arpacı, 90.

²⁰ Bkz., Feyzioğlu, 273, dn.402; Tandoğan, 168; Yavuz, 96.

²¹ Zevkliler, 119.

²² Tandoğan, 167; Yavuz, 97. Bilge'ye göre, “maksut olan menfaatin tayininde müşterinin niyeti esas olarak alınır” (bkz., age., 77).

²³ Zevkliler, 68; Tandoğan, 167.

D) ALICI, SÖZLEŞMENİN KURULDUĞU ANDA AYIBIN VARLIĞINDAN HABERDAR OLMAMALIDIR

Şayet alıcı, ayıbın varlığını eskiden beri biliyorsa, yani malın ayıplı olduğunu bilerek satın almış ise, artık satıcı bu ayıptan tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulamaz (BK. m.197; TBKT. M.227/I). Aynı şekilde, satıcı, normal bir muayene ile anlaşılabilir ayıplardan sadece bunların mevcut olmadığını taahhüt etmiş ise sorumlu olur (BK. m.197). Normal muayenenin şartları belirlenirken, varsa sözleşme hükümleri, yoksa gelenekler nazara alınır. Borçlar Kanununun 197. maddesi normal muayeneyi anlatmak için “*kâfi derecede muayene etmek*”ten söz etmiş, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 227. maddesinin ikinci fıkrası ise “*alıcının satılanı yeterince gözden geçirmekle görebileceği ayıplar*” ifadesini kullanmıştır.

Öğreti, söz konusu hükümden hareketle, satıcının tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi için *ayıbın gizli olmasını* aramaktadır²⁴. Bu nedenle, eğer ayıp alıcının olağan muayenesi ile fark edilebilecek kadar açık ise, satıcının kanundan doğan tekeffül yükümlülüğünün kapsamına girmez. Satıcı, bu tip ayıplardan sadece açık olarak taahhüt etmiş (sözleşmeden doğan bir tekeffül var) ise sorumlu tutulabilir²⁵. Ancak, olağan muayenenin ölçüsü, satım konusu şeyin mahiyetine ve alıcının bu gibi işlere alışık olup olmadığına göre takdir edilir. Meselâ, bir tacirin veya bir makinistin kumaş veya makinedeki kusurları kolayca anlaması mümkün olduğu hâlde, meslekten olmayan bir kişinin anlaması kolay olmayabilir²⁶.

Şüphesiz, niteliği itibarıyla gizli sayılabilecek bir ayıp alıcı tarafından biliniyor olabilir. Böyle bir durumda da kanundan doğan tekeffül hükümleri etkili olmaz. Olağan bir muayeneyle anlaşılması mümkün olmayan ayıplı bir malı bilerek satın alan alıcının bunun sonuçlarına katlanması gerekir. Öğretiye göre, alıcının gizli ayıbı bilerek satın aldığı hususunda ispat yükü satıcının üzerindedir²⁷.

²⁴ Edis, 60 vd.; Yavuz, 97-98.

²⁵ Feyzioğlu, 275; Zevkliler, 119.

²⁶ Bilge, 76; Tandoğan, 168.

²⁷ Feyzioğlu, 275.

E) ALICI KENDİSİNE DÜŞEN KÜLFET VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ YERİNE GETİRMİŞ OLMALIDIR

Satıcının ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi için, *muayene* ve *ihbar*, *satılanı muhafaza*, *tespit* ve *sattırma* gibi alıcının yerine getirmesi gereken bazı külfet ve yükümlülükler vardır:

1- Muayene ve İhbar Külfeti

Normal (olağan) bir muayene sonucu anlaşılacak ayıplarda, alıcı, malın kendisine tesliminden itibaren mahallî örf ve âdete göre imkân bulur bulmaz malı muayene etmek ve satıcının tekeffülü altında bir ayıbın var olduğunu görürse bunu *derhal* satıcıya bildirmek zorundadır (BK.m.198/I). Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Borçlar Kanununun 198. maddesinin birinci fıkrasında geçen “örf ve âdete göre imkân hasıl olur olmaz muayene etmek” ifadesi yerine “işlerin olağan akışına göre olanak bulunur bulunmaz gözden geçirmek”, “derhal satıcıya ihbar etme” ifadesi yerine de “uygun bir süre içinde ona bildirme” ifadesini tercih etmiştir. Gerçekten, Tasarının 228. maddesinin birinci fıkrasına göre, “Alıcı, devraldığı satılanın durumunu işlerin olağan akışına göre olanak bulunur bulunmaz gözden geçirmek ve satılarda satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp görürse, bunu uygun bir süre içinde ona bildirmek zorundadır”.

Alıcı bu yükümlülüğünü yerine getirmezse, malı ayıplı hâliyle kabul etmiş sayılır (BK.m.198/II; TBKT. m.228/II, c.1). Alıcı, malı bizzat muayene edebileceği gibi, uzman olarak gördüğü bir kişiye de muayene ettirebilir. Muayenenin yöntemi konusunda sözleşmeye hüküm konmuş ise, tarafların bu hükme uygun davranmaları gerekir²⁸. Muayene süresi de, satım konusu şeyin mahiyetine ve ileri sürülen ayıbın cinsine göre değişebilir²⁹.

Şüphesiz, işin doğası gereği, muayene külfetinin yerine getirilebilmesi için malın alıcıya teslim edilmesi gerekir. Mal alıcının hâkimiyetine sokulmadığı sürece alıcı tarafından muayene edilmesi pratik açıdan mümkün olmaz³⁰. Muayene de, şartlar aksini gerektirmiyor ise, malın alıcıya teslim edildiği yerde yapılır³¹.

²⁸ Feyzioğlu, 278.

²⁹ Bilge, 81; Tandoğan, 172; Yavuz, 99.

³⁰ Edis, 79. Bu durumun satım sözleşmesinde yarar ve hasarın geçişini düzenleyen hükümler açısından çelişkiye yol açtığı hususunda bkz., Feyzioğlu, 278.

³¹ Tandoğan, 173.

Buna karşılık, *ayıp, normal (olağan) bir muayene ile anlaşılabilir nitelik taşıyorsa*, alıcı, ileride ortaya çıktığı andan itibaren yine derhal satıcıyı haberdar etmelidir. Aksi takdirde yine malı ayıplı hâliyle kabul etmiş sayılır (BK.m.198/II, III). Aynı esas, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 228. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü ve dördüncü cümlesinde tekrar edilmiştir. Ancak, 228. maddenin birinci fıkrasında Borçlar Kanununun 198. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenlemeden farklı olarak, olağan bir gözden geçirmeye ortaya çıkarılabilecek ayıpların “uygun bir süre içinde” satıcıya bildirilmesi öngörüldüğü hâlde, olağan bir gözden geçirmeye ortaya çıkarılmayacak ayıplarda “hemen” bildirme şartı getirilmiştir.

Maddede geçen *derhal* sözcüğünden maksat, maldaki ayıp fark edilir edilmez vakit kaybetmeksizin alıcıya haber verilmesidir. İhbarın süresi içinde (derhal) yapılmış olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından takdir edilir (MK. m.2, 4). Bu açıdan önemli olan ihbarın zamanında ve uygun araçlarla gönderilmesidir; yolda ortaya çıkacak gecikmeler alıcının haklarını etkilemez. O, malda tespit ettiği ayıba ilişkin ihbarı zamanında gönderince mükellefiyetini yerine getirmiş sayılır³².

İhbarın geçerliliği herhangi bir şekil şartına tâbi değildir³³. Sözlü, yazılı veya resmî şekilde yapılabilir³⁴. İspat kolaylığı açısından noter aracılığıyla veya en azından yazılı şekilde³⁵ yapılması tavsiye edilebilir. Ayrıca, ihbar metninin malda mevcut ayıpların neler olduğunu ve ihbar yapılırken ulaşılmak istenen sonucu ihtiva etmesi de şarttır³⁶.

Normal muayene³⁷ ve ihbarın gerektirdiği masraflara alıcı katlanır³⁸. Ancak, tekeffül dâvasının olumlu sonuçlanması durumunda alıcının bunları da satıcıdan istemesi mümkündür³⁹.

³² Bilge, 82; Tandoğan, 175.

³³ Edis, 86; Feyzioğlu, 281; Tandoğan, 174.

³⁴ 3.HD., 2.10.2000, E.2000/10178 K.2000/10425 (YKD., C.27, S.1, 2001, s.23-24).

³⁵ Bilge, 82.

³⁶ Tandoğan, 174; Bilge, 82.

³⁷ Feyzioğlu, 279; Tandoğan, 173.

³⁸ Yavuz, 100.

³⁹ Edis, 84; Bilge, 81.

Borçlar Kanununun alıcının muayene ve ihbar yükümlülüğüne ilişkin hükümleri, *adi satımlar* yanında, *sadece bir tarafı tacir olan ticarî satım sözleşmelerinde* de uygulanırlar⁴⁰. Tacirler arasındaki (yani her iki tarafı da tacir olan) *ticarî satım sözleşmelerinde* ihbar yükümlülüğü ise Ticaret Kanunu tarafından özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, tacirler arasındaki ticarî satımlarda, malın ayıplı olduğu teslimi sırasında açıkça görülebilir bir nitelik taşıyorsa, alıcı, durumu *iki gün* içinde satıcıya bildirmek mecburiyetindedir (TK.m.25/3, c.1). Bu yükümlülüğüne aykırı hareket eden alıcı, malı ayıplı hâliyle kabul etmiş sayılır (TK.m.25/3, c.3; BK.m.198/II). Buna karşılık, malın ayıplı olduğu teslimi esnasında açıkça anlaşılabilir bir nitelik taşıyorsa, alıcı, malı teslim almasından itibaren *sekiz gün* içinde muayene etmek veya ettirmek ve bu muayene sonucunda malın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, yine aynı süre içinde⁴¹ satıcıya bildirmek zorundadır (TK.m.25/3, c.2). Aynı şekilde, bu yükümlülüğü yerine getirmeyen alıcı da malı ayıplarıyla birlikte kabul etmiş sayılır (TK.m.25/3, c.3; BK.m.198/III).

Borçlar Kanununun 199 uncu maddesine göreyse, “*Hayvan alım satımında kefalet müddeti tahriren tâyin edilmemiş olup da kefalet hayvanın bir vasfına müteallik değil ise satılanda keşfedilen ayıptan satıcının mesuliyeti, teslim vâki olduğu veya alıcının kabzda temerrüdü tahakkuk ettiği günden itibaren dokuz gün içinde satıcıya ihbar edilmekle beraber hayvanın ehlivukuf marifetiyle muayenesinin icrası yine bu müddet zarfında merciinden talep olunmasına mütevakkıftır*” (f.1). “*Hâkim, ehlivukuf raporunu serbestçe takdir eder*” (f.2). Öğreti, maddede geçen “*kefalet hayvanın bir vasfına müteallik değil ise*” deyiminin İsviçre Borçlar Kanununun düzenlemesine uygun olarak “*tekeffül hayvanın gebeliğine tallûk etmiyorsa*” şeklinde anlaşılmasını savunmaktadır⁴². Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 229. maddesi öğretinin önerisi doğrultusunda kaleme alınmıştır. Söz konusu hükme göre, “*Hayvan satışında satıcının sorumlu olacağı süre yazılı olarak belirlenmemiş ve ayıp da hayvanın gebeliğine ilişkin değilse satıcı, ancak ayıbın devrin yapıldığı veya alıcının devralmada direniminin gerçekleştiği günden başlayarak dokuz gün içinde kendisine bildirilmesi ve ayrıca, hayvanın bilirkişilerce gözden geçirilmesinin aynı süre içinde yetkili makamdan istenmesi hâlinde sorumlu olur*”.

⁴⁰ Bilge, 89.

⁴¹ Tandoğan, 175; Bilge, 90. Tartışma için bkz., Feyzioğlu, 280-281.

⁴² Bkz., Bilge, 79; Tandoğan, 177.

Ancak, *satıcı alıcıyı kandırmış (iğfal etmiş) ise*, ayıbın kendisine süresi içinde bildirilmemiş (ihbar edilmemiş) olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz (BK.m.199). Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 230. maddesine göre ise, “*Ağır kusurlu olan satıcı, satılndaki ayıbın kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kısmen de olsa kurtulamaz*” (f.1). “*Satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar bakımından da aynı hüküm geçerlidir*” (f.2).

2- Muhafaza, Tespit ve Sattırma Yükümlülüğü

Alıcı, *mal başka bir yerden gönderiliyorsa* (uzağa satım – mesafe satımı söz konusu ise), muayene ve ihbar yükümlülüğü yanında bir takım tedbirleri de almak zorundadır. Buna göre, başka yerden gönderilen malın ayıplı olduğunu gören (iddia eden) alıcı, bulunduğu yerde satıcının bir temsilcisi varsa, yerinde yapılan satışlar için öngörölmüş hükümlere göre hareket eder⁴³. Buna karşılık, bulunduğu yerde satıcının bir temsilcisi yoksa, malın korunması için gerekli tedbirleri geçici olarak almakla yükümlüdür. Malı, korunması için gerekli tedbirleri almadan alıcıya geri gönderemez (BK.m.201/I). Ayrıca, onun, zaman kaybetmeden malın ayıplı durumunu bir mahkeme kararıyla tespit ettirmesi de gerekir. Bu yükümlülüğe aykırı hareket ederse, iddia ettiği ayıbın malın kendisine ulaşması anında var olduğunu ispatlamak durumunda kalır (BK.m.201/II).

Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 231. maddesine göre de, “*Başka yerden gönderilen satılanın ayıplı olduğunu ileri süren alıcı, bulunduğu yerde satıcının temsilcisi yoksa satılanın korunması için gerekli önlemleri geçici olarak almakla yükümlüdür. Alıcı, ayıplı olduğunu ileri sürdüğü satılanın korunması için gerekli önlemleri almaksızın onu satıcıya geri gönderemez*” (f.1). “*Alıcı, satılanın durumunu vakit geçirmeksizin usulüne göre tespit ettirmekle yükümlüdür. Bunu yaptırmazsa, ileri sürdüğü ayıbın, satılanın kendisine ulaştığı zamanda var olduğunu ispatlamak zorunda kalır*” (f.2).

Mal kısa zamanda bozulacak bir nitelik taşıyorsa, alıcı, onu bulunduğu yerde mercii aracılığıyla sattırmaya yetkili ve hattâ satıcının çıkarları bunu gerektiriyorsa mecburdur. O, söz konusu işlemleri yaparken mümkün olduğu kadar hızlı bir şekilde satıcıyı durumdan haberdar edecek, etmediği takdirde satıcının bu nedenle uğradığı zararları tazmin etmek zorunda kalacaktır (BK.m.201/III). Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 231. maddesinin üçüncü

⁴³ Feyzioğlu, 282.

fıkrası da aynı esası tekrar etmiş, sadece satışın mahkeme aracılığıyla yapılacağına açıklık kazandırmıştır. Zira, alıcı şeyi kendisi satarsa onu kabul etmiş sayılır⁴⁴

Ancak, bütün bu yükümlülükler muayene ve ihbar gibi tekeffülden yararlanmanın bir şartı değildir. Muhafaza, sattırma ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen bir alıcı bu yüzden ortaya çıkacak zararları tazmin etmek zorunda kalır ise de, sözleşmeden dönme veya satış bedelinin indirilmesini isteme gibi haklarını kaybetmiş olmaz⁴⁵.

F) AKSİ YÖNDE BİR ANLAŞMA YAPILMAMIŞ OLMALIDIR

Borçlar Kanununun satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümleri esas itibariyle yedek hukuk kuralı niteliğindedirler. Dolayısıyla, taraflar söz konusu hükümlerin aksini kararlaştırmak suretiyle satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu sınırlandırabilecekleri gibi, tümüyle ortadan da kaldıracaklardır. Yani, satıcının kanundan doğan ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu daraltan veya ortadan kaldıran sözleşme hükümleri kural olarak geçerlidir⁴⁶.

Bu kuralın istisnası, satıcının teslim ettiği malın ayıbını hileyle gizlemiş olmasıdır. Nitekim, Borçlar Kanununun 196. maddesine göre, “*Satıcı, satılanın ayıbını alıcıdan hile ile gizlemiş ise satımda tekeffül hükmünü iskat veya tahdit eden her şart bătıldır*” (BK.m.196). Türk Borçlar Kanunu Tasarısının “Sorumluluk anlaşması” başlığını taşıyan 226. maddesine göre de, “*Satıcı satılana ayıba alıcıdan gizlemişse, sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan her anlaşma geçersizdir*”. Görüldüğü gibi, Tasarı, “hile ile gizlemiş ise” yerine sadece “gizlemişse” diyerek gizleme fiilinin hileyi de içerdiğini vurgulamak istemiştir.

⁴⁴ Yavuz, 101.

⁴⁵ Bilge, 84; Tandoğan, I/1, 178.

⁴⁶ Feyzioğlu, 271, 276; Zevkliler, 119; Tandoğan, 168; Yavuz, 98. Bilge’ye göre, “ayıptan ademi mes’uliyet şartı sarîh veya zımnî olabilir. Meselâ eşyanın emsaline nazaran çok düşük bir fiata satılması, hurda eşya üzerinde akit yapılması v.s. tekeffül hükümlerinin zımnen bertaraf edildiğine delâlet edebilir” (bkz., age., 78).

IV- HÜKÜMLERİ

A) ALICININ SEÇİMLİK HAKLARI

Borçlar Kanunu, yukarıda açıklandığı şekilde muayene ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirmiş olan alıcıya, “sözleşmeden dönme”, “satış bedelinin (semenin) indirilmesini isteme” ve “malın ayıpsız çeşidiyle değiştirilmesini isteme” şeklinde üç ayrı imkân (seçim hakkı) tanımıştır⁴⁷. Borçlar Kanununda öngörülmemiş⁴⁸ ise de, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 4 üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre, bunlara ilâve olarak “*ücretsiz onarım istemi*”nde bulunmak da mümkündür.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 232. maddesinin birinci fıkrasına göreyse, “*Satıcının satılanın ayıplarından sorumlu olduğu hâllerde alıcı, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:*

1. *Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme,*
2. *Satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinde indirim isteme,*
3. *Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme,*
4. *Olanak varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme*”. Görüldüğü üzere, Borçlar Kanununun tanımadığı ücretsiz onarım isteme hakkı Tasarıda düzenlenmiştir.

Alıcı, istisnalar hariç, şartları mevcut olmak kaydıyla Borçlar Kanununun öngördüğü yollardan dilediğine başvurabilir. Seçim hakkının kullanılması herhangi bir şekle tâbi değildir; tek taraflı, yöneltmesi ve varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılabilir. İrade beyanı açık veya örtülü (zımnî) olabilir. Doğrudan dâva açılarak kullanılması da mümkündür. Fakat, yenilik doğurucu (inşai) nitelik taşıdığı için, seçim hakkı bir defa kullanıldıktan sonra artık dönülemez⁴⁹. Mahkeme tarafından verilen karar da kurucu (yenilik doğurucu) değil, açıklayıcı nitelik taşır⁵⁰.

⁴⁷ “Seçim hakkı”nın hukukî niteliğine ilişkin değişik görüşler için bkz., Yavuz, 105-108.

⁴⁸ Bkz., Tandoğan, 180.

⁴⁹ Edis, 98; Bilge, 84-85, 88; Tandoğan, 181.

⁵⁰ Tandoğan, 184; Yavuz, 110.

1- Sözleşmeden Dönme

Ayıp malın kendisinde kalmasını gereksiz kılacak bir nitelik gösteriyorsa, alıcı, sözleşmeden dönebilir. Borçlar Kanunu sözleşmeden dönme terimini kullanmamıştır. 202. maddenin başlığı “*Satımın feshi yahut semenin tenzili*” şeklindedir. Maddenin birinci fıkrasına göre, “*Satıcının tekeffülü altındaki satılanın ayıbı anlaşıldığı zaman alıcı muhayerdir. Dilerse satılanı redde hazır olduğunu beyanla satımın feshedilmesini, dilerse satılanı alıkoyup kıymetinin noksanı mukabilinde semenin tenzil olunmasını dâva eder*”. Öğretiye göre, “satımın feshi” terimi yerine “sözleşmeden dönme” terimini kullanmak daha doğrudur⁵¹. Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 232. maddesinin birinci fıkrasının birinci bendi ve bunu takip eden diğer maddelerde de, öğretinin önerisine uygun olarak “sözleşmeden dönme” terimi kullanılmıştır.

Sözleşmeden dönme bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğindedir. Dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşme geçmiş yürürlü olarak ortadan kalkar⁵².

Satıcı, alıcının sözleşmeden dönmeye ilişkin talebini kabul etmezse, alıcı, dâva açarak mahkemedен fesih kararı vermesini ister (BK.m.202/I). Ancak, sözleşme kanunun öngördüğü şartlarda dile getirilmiş dönme beyanının satıcıya ulaşmasıyla birlikte ortadan kalktığı için, kurucu değil, açıklayıcı (tespit edici) nitelik taşır.

Birden fazla şeyin birlikte satımı söz konusu olup da bunlardan bir bölümü ayıplı çıkmış ise, kural olarak sadece ayıplı çıkanlar için dâva açılır (BK.m.206/I)⁵³. Ancak, ayıplı bölümün diğerlerinden ayrılması alıcı veya satıcıya önemli bir zarar gelmeksizin mümkün olamıyorsa, fesih dâvasının bütün mallar için açılması gerekir (BK.m.206/II). Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 235. maddesinin birinci fıkrasına göre de, “*Birden çok mal veya birden çok parçadan oluşan bir mal, birlikte satılmış olup da bunlardan bazıları ayıplı*

⁵¹ Hatemi / Serozan / Arpacı, 99. Öğretide söz konusu durum “*akdin feshini isteme*” (bkz., Feyzioğlu, 293) veya “*satımın feshi dâvası*” (bkz., Bilge, 85) şeklinde de ifade edilebilmektedir.

⁵² Feyzioğlu, 294; Tandoğan, 184. Dönmenin, satım ilişkisini iptal gibi ortadan kaldırmayacağı, sadece akdî nitelikteki düz verme yükümlerini yine aynı nitelikte ters geri verme yükümlerine çevirmekle kalacağı hususunda bkz., Hatemi / Serozan / Arpacı, 102.

⁵³ Bkz., 19. HD., 1.6.2000, E.2000/703 K.2000/4277 (YKD., C.27, S.1, 2001, s.79-81).

çıkarsa, dönme hakkı bunlardan ancak ayıplı çıkanlar için kullanılabilir. Ancak alıcıya veya satıcıya önemli bir zarar vermeksizin ayıplı parçanın diğerinden ayrılmasına olanak yoksa, dönme hakkının satılanın tamamını kapsamı zorunludur”.

Satım konusu mallar arasında asıl şey – eklenti (aslî – fer’î) ilişkisi varsa, asıl eşyaya ilişkin satım sözleşmesinden dönme eklentiye ilişkin satımı da etkiler. Buna karşılık, eklentiye ilişkin satımın feshi asıl şeyin durumunu etkilemez (BK.m.206/III; TBKT. m.235/II).

Malın ayıp nedeniyle veya bir kaza sonucu yok olması ya da hasara uğraması hâllerinde de fesih için dâva açılabilir. Ancak, böyle bir durumda da alıcı elinde kalanı geri vermekle yükümlü olur (BK.m.204/I)⁵⁴. Öğretide, fesihle birlikte Borçlar Kanununun 96. maddesine dayanarak müspet zararın tazmini için de dâva açılabilirdi ifade edilmektedir⁵⁵. Satılan alıcının kusuru yüzünden telef olmuş yahut alıcı onu başkasına temlik etmiş veya şeklini değiştirmiş ise, artık sadece kıymet noksanına mukabil satış bedelinin indirilmesini dâva edebilir (BK. m.204/II). Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 233. maddesinde de benzer bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre, “Alıcıya ayıplı olarak devredilmiş olan satılanın ayıptan, beklenmedik hâlden veya mücbir sebepten dolayı yok olması, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını engellemez. Bu durumda alıcı, elinde ne kalmışsa onu geri vermekle yükümlüdür” (f.1). “Satılan alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olmuşsa veya alıcı onu başkasına devretmişse alıcı, ancak değerindeki eksiklik karşılığının satış bedelinden indirilmesini isteyebilir” (f.2).

Sözleşmeden dönen alıcı, satım konusu malı ve ondan elde ettiği bütün yararları (semere) geri vermekle yükümlüdür (BK. m.205/I)⁵⁶. Satıcıya karşı da aşağıdaki talepleri ileri sürebilecektir:

- (1) Satış bedelinin (semenin) faiziyle birlikte geri ödenmesi.
- (2) Mal için yapmak zorunda kaldığı masraflarının ödenmesi.
- (3) Yargılama masraflarının ödenmesi (BK.m.205/II, c.1).

⁵⁴ Söz konusu düzenlemenin hem tutarsız hem de adaletsiz olduğu hususunda bkz., Hatemi / Serozan / Arpacı, 100.

⁵⁵ Bkz., Bilge, 85.

⁵⁶ Alıcının ayıplı malı satıcısına geri verme yükümünün nisbî nitelik taşıdığı hususunda bkz., Hatemi / Serozan / Arpacı, 101-102. Dolayısıyla, aynı hak kendiliğinden satıcıya geri dönmez.

(4) Doğrudan doğruya ayıplı mal teslimi yüzünden maruz kaldığı zararlarının tazmin edilmesi (BK.m.205/II, c.2). Söz konusu talepler bakımından satıcının kusurlu olması gerekmez.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 234. maddesinin birinci fıkrasına göre de, “*Satış sözleşmesinden dönen alıcı, satılanı, ondan elde ettiği yararları ile birlikte satıcıya geri vermekle yükümlüdür. Buna karşılık alıcı da, satıcıdan aşağıdaki istemlerde bulunabilir:*

1. *Ödemiş olduğu satış bedelinin, faiziyle birlikte geri verilmesini,*
2. *Satılanın tamamen zaptında olduğu gibi, yargılama giderleri ile satılan için yapmış olduğu giderlerin ödenmesini,*
3. *Ayıplı maldan doğan doğrudan zararının giderilmesini”.*

Satıcı, hiçbir kusuru bulunmadığını ispatlamadıkça, alıcının bu nedenle maruz kaldığı diğer (dolaylı) zararları da tazmin edecektir (BK. m.205/III; TBKT. m.234/II). Dolayısıyla, bu son ihtimalde satıcı kusursuzluğunu ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabilir.

2- Satış Bedelinin İndirilmesini İsteme

Alıcı, ayıplı hâline rağmen malın elinde kalmasında yarar görüyorsa, sözleşmenin feshi yerine satış bedelinin (semenin) indirilmesini isteyebilir. Yani, alıcı için her halükârda sözleşmeden dönme (satımın feshini isteme) zorunluluğu yoktur (BK.m.202/I).

Ancak, istisnaen, ayıp nedeniyle ortaya çıkan kıymet eksilmesi malın satış bedeline eşit ise, o, artık satımın feshini istemek mecburiyetindedir (BK. m.202/III). Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 232. maddesinin beşinci fıkrasına göre, bunun için satılanın değerindeki eksikliğin satış bedeline çok yakın olması yeterlidir. Hâkim de, sözleşmenin feshi için açılmış bir dâvada feshi hakkaniyete aykırı bulursa, satış bedelinin indirilmesi yönünde karar verebilir (BK. m.202/II; TBKT. m.232/IV). Buna karşılık, satılan alıcının kusuru yüzünden telef olmuş yahut alıcı onu başkasına temlik veya şeklini tağyir etmiş (değiştirmiş) ise, artık sadece kıymet noksanı için satış bedelinin indirilmesi (semenin tenzili) dâva edilebilir (BK. m.204/II; TBKT. 233/II).

Taraflar anlaşamazlarsa, satış bedelinden indirilecek miktar hâkim tarafından belirlenir. Bu konuda, “*tazminat yöntemi*”, “*mutlak yöntem*” ve “*nisbî yöntem*” ve olmak üzere göz önünde tutulabilecek üç ayrı yöntem (metod) vardır:

(1) *Tazminat yönteminde*, satın konusu şeyin ayıplı değeri belirlenir ve söz konusu bedel satış bedelinden indirilir. Daha sonra da ortaya çıkan fark alıcıya geri ödenir⁵⁷.

$$\text{Satış Bedeli} - \text{Malın Ayıplı Değeri} = \text{Alıcıya Geri Ödenecek Miktar}$$

$$1000 (\text{Satış Bedeli}) - 400 (\text{Ayıplı Değer}) = 600 (\text{Geri Ödenecek Miktar})$$

Amaç alıcının sadece malın ayıplı değerini ödemesini sağlamak olduğuna göre bu sonuç normaldir. Tazminat yönteminde satıcıya malın ayıplı değerinin ödeneceğini söylemek de mümkündür⁵⁸.

(2) *Mutlak yöntem*, malın ayıplı değeri ile ayıpsız değeri arasındaki farkın hesaplanması ve bu farkın satış bedelinden indirilmesidir⁵⁹. Malın ayıplı değeri ile ayıpsız değerinin hesaplanması için bilirkişiye başvurulacaktır. Örnek:

$$\begin{aligned} \text{Satış Bedeli} &= 1000 \\ \text{Ayıpsız Değer} &= 800 \\ \text{Ayıplı Değer} &= 400 \\ \text{Ayıpsız Değer} - \text{Ayıplı Değer} &(800 - 400) = 400 \\ \text{Satış Bedeli} - \text{Fark} &(1000 - 400) = 600 \end{aligned}$$

Bu hesaplama göre, alıcının ayıplı mal için ödemesi gereken miktar 600 liradır ve satıcı alıcıya 400 lira iade edecektir.

(3) *Nisbî yöntem*, ayıplı değer ile ayıpsız değer arasındaki fark oranının (nispetinin) hesaplanması ve bu oranın satış bedeline uygulanması sonucunda ödenmesi gereken miktarın bulunmasıdır⁶⁰.

Örnek:

$$\begin{aligned} \text{Ayıpsız Değer} - \text{Satış Bedeli} \\ \text{Ayıplı Değer} - X \\ X &= \frac{\text{Satış Bedeli} \times \text{Ayıplı Değer}}{\text{Ayıpsız Değer}} \\ \text{Satış Bedeli} &= 1000 \\ \text{Ayıpsız Değer} &= 800 \\ \text{Ayıplı Değer} &= 400 \end{aligned}$$

⁵⁷ Feyzioğlu, 295, dn.447; Bilge, 86, dn.35; Edis, 123.

⁵⁸ Tandoğan, 189.

⁵⁹ Edis, 123; Feyzioğlu, 295, dn.447; Bilge, 86, dn.35; Tandoğan, 188.

⁶⁰ Feyzioğlu, 295; Bilge, 86; Tandoğan, 189; Edis,123.

$$800 - 1000$$

$$400 - X$$

$$X = \frac{1000 \times 400}{800}$$

$$800$$

$$X = 500$$

$$1000 - 500 = 500 \text{ (Alıcıya İadesi Gereken Miktar).}$$

Öğretinin genellikle benimsediği yöntem budur⁶¹. Borçlar Kanunu satış bedelinin indirilmesi konusunda açık olarak belirli bir yöntemi tercih etmediği için, hâkim karar verirken serbesttir. Takdir yetkisi çerçevesinde dilediği yöntemi (metodu) tercih edebilir⁶². Türk Borçlar Kanunu Tasarısında da özellikle bir yöntem tercih edilmemiştir. Sadece, Borçlar Kanununun 202. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde geçen “kıymetinin noksanı mukabilinde semenin tenzil olunması” ifadesi yerine, “ayıp oranında satış bedelinde indirim” ifadesi kullanılmıştır (TBKT. m.232/I, 2).

Alıcı, satış bedelinin taksitlerle ödenmesi kararlaştırılmış bir satım sözleşmesinde satıcı lehine birden fazla çek keşide etmiş olabilir. Böyle bir durumda, satış bedelinin indirilmesi talebiyle birlikte henüz ödenmemiş çeklerin iptali için menfi tespit dâvası da açılabilir⁶³.

Satış bedelinin indirilmesine ilişkin talep tazminat niteliği taşımaz. Bu nedenle, satış bedelinin indirilmesini isteyen alıcı, varsa diğer zararlarının tazmini için de Borçlar Kanununun 96 ncı ve devamı maddelerine dayanarak tazminat dâvası açabilir⁶⁴.

⁶¹ Feyzioğlu, 295; Bilge, 86; Tandoğan, 190; Hatemi / Serozan / Arpacı, 102; Edis, 124.

⁶² Bilge, 87.

⁶³ 19.HD., 28.6.2001, E.2001/1069 K.2001/5025 (YKD., C.29, S.3, 2003, s.419-420).

⁶⁴ Tandoğan, 190; Feyzioğlu, 296; Bilge, 87. 19.HD., 28.6.2001, E.2001/1069 K.2001/5025, “... BK.nun 202. maddesine göre satıcının tekeffülü altındaki satılanın ayıbı anlaşıldığı zaman, alıcı seçimlik hakkına sahiptir. Dilerse satılanı redde hazır olduğunu beyan ederek satımın feshini, dilerse satılanı alıkoyup semenin tenzilini isteyebilir. Şayet uğranılan zarar semenin tenzili ile karşılanmazsa alıcı, semenin tenzili ile birlikte eksik ifa nedeniyle uğradığı zararı BK.’nun 96. maddesi uyarınca isteyebilir. ...” (YKD., C.29, S.3, 2003, s.419-420).

3- Malın Ayıpsız Çeşidiyle Değiştirilmesini İsteme

Alıcı, *satım konusu mal misli bir şey ise*, sözleşmeden dönme (fesih) veya satış bedelinin indirilmesi yanında malın ayıpsız çeşidiyle değiştirilmesini de isteyebilir (BK.m.203/I). Böyle bir durumda, alıcının, gecikme dolayısıyla veya Borçlar Kanununun 96 ncı maddesine dayanarak tazminat istemesi de mümkündür. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, alıcının böyle bir talepte bulunabilmesi için satılanın misli bir şey olmasını şart koşmamıştır. Tasarıya göre, alıcı, olanak varsa, misli nitelik taşısın veya taşımasın, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteyebilecektir (TBKT. m.232/I, 4).

Borçlar Kanununun 203 üncü maddesinin ikinci fıkrası, malın ayıpsız çeşidiyle değiştirilmesi konusunda satıcıya da bir imkân tanımıştır. Buna göre, satıcı, *satım konusu mal başka bir yerden gönderilmiyorsa* derhal alıcıya ayıpsız çeşidini (mislini) teslim etmek ve ayıp nedeniyle uğramış olduğu zararları da ödemek suretiyle fesih (iptal) veya satış bedelinin indirilmesi için dâva açılmasına engel olabilir (BK. m.203/II). Alıcı böyle bir teklifi kabul etmek zorundadır⁶⁵. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, bu imkânı, satım konusu malın başka yerden gönderilmesiyle ilgilenmeden tanımıştır. Gerçekten, Tasarının 232. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, “*Satıcı, alıcıya aynı malın ayıpsız olanını hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir*”.

4- Ücretsiz Onarım İsteme

Borçlar Kanunu, kendisine ayıplı (bozuk) bir mal teslim edilmiş alıcıya ücretsiz onarım isteme hakkı tanımamıştır. Dolayısıyla, alıcı ayıplı malın tamir edilmesi için satıcıyı zorlayamayacağı gibi, satıcı da alıcıyı tamir edilmiş bir malı kabul etmeye zorlayamaz. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun tanıdığı bu imkân, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı tarafından da kabul edilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, alıcı, aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteyebilecektir (TBKT. m.232/I, 3).

B) SEÇİMLİK HAKLARIN SINIRLANDIRILMASI

Daha önce de işaret edilmiş olduğu üzere üzere, bazı durumlarda alıcının seçim hakkı sınırlanmıştır:

⁶⁵ Feyzioğlu, 301.

(1) *Ayıp nedeniyle ortaya çıkan kıymet noksanı satış bedeline eşit ise, alıcı sadece⁶⁶ sözleşmeden dönebilir; buna karşılık satış bedelinin indirilmesini isteyemez (BK. m.202/III)⁶⁷.*

Türk Borçlar Kanunu Tasarısına göre ise, bunun için ayıp yüzünden ortaya çıkan değer eksilmesinin satış bedeline eşit olması gerekmez. Satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise, alıcı, ancak sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir (TBKT. m.232/V).

(2) *Satılan şey alıcının kusuru yüzünden telef olmuş yahut alıcı onu başkasına temlik etmiş veya şeklini değiştirmiş ise, sadece satış bedelinin indirilmesini isteyebilir (BK.m.204/II).*

Aynı esas Türk Borçlar Kanunu Tasarısında da tekrar edilmiştir. Buna göre, “*Satılan alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olmuşsa veya alıcı onu başkasına devretmişse veya biçimini değiştirmişse alıcı, ancak değerindeki eksiklik karşılığının satış bedelinden indirilmesini isteyebilir*” (TBKT. m.233/II).

Satılan şeyin alıcının kusuru sonucu telef olmasından maksat, kendisine teslim edilen malın ayıplı olduğunu gören alıcının dönme veya satış bedelinin indirilmesini isteme hakkını kullanmazdan önce kendi kusurlu davranışıyla malın telef olmasına sebebiyet vermesidir. Böyle bir durumda, alıcı, kendi kusurlu davranışıyla malı satıcıya geri verme imkânını ortadan kaldırmıştır⁶⁸. Alıcının kendisine teslim edilen malın şeklini değiştirmesi durumunda, işlemin satılanı o hâliyle kabul anlamına gelip gelmediği dikkatli bir şekilde araştırılmalıdır. Zira, kendisine teslim edilen malın ayıplı olduğunu bildiği hâlde ciddi bir emek sarf etmek suretiyle işleyip yeni bir eser meydana getiren alıcı, somut olayın özelliklerine göre, malı ayıplı hâliyle kabul etmiş sayılabilir. Böyle bir durumda da ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan haklarını kullanamaz⁶⁹. Alıcının teslim aldığı ayıplı malı üçüncü bir şahsa temlik ettiği hâllerde de aynı esas geçerlidir. Öğreti, maddede geçen temlik sözcüğünün geniş yorumlanması gerektiği kanaatindedir. Dolayısıyla, alıcının malın mülkiyetini üçüncü bir şahsa temlik ettiği hâller kadar, sınırlı aynî hak kurduğu hâllerde de dönme hakkı

⁶⁶ Hükmün eleştirisi için bkz., Yavuz, 115.

⁶⁷ Feyzioğlu’na göre, “bu ihtimalin gerçekleşmesi pek güçtür. Çünkü böyle bir eşitliğin varlığı için şeyin büsbütün kıymetsiz hale geldiğini düşünmek gerekir” (bkz., age., 296).

⁶⁸ Feyzioğlu, 299; Yavuz, 117.

⁶⁹ Feyzioğlu, 300; Yavuz, 118.

kullanılmayacak, sadece satış bedelinin indirilmesi istenebilecektir. Ayrıca, işlemede olduğu gibi, ayıplı malı üçüncü kişiye temlik eden alıcının malı o hâliyle kabul etmiş sayılıp sayılamayacağı hususu da göz önünde tutulacaktır⁷⁰.

Buna karşılık, satılan şeyin kaza sonucu veya bünyesinde mevcut bir ayıp yüzünden telef olduğu hâllerde dönme (fesih) hakkı kullanılabilir⁷¹.

(3) *Birden fazla parçanın satılması durumunda dönme (fesih) hakkı kural olarak sadece ayıplı çıkanlar için kullanılabilir (BK.m.206/I).*

Meselâ, satın alınan 200 torba çimentonun 20 torbası bozuk çıkarsa, teslim edilen demirlerin bir bölümünün öngörülen kaliteye sahip bulunmaz⁷² ise dönme hakkı sadece bunlar için kullanılır. Bu kural hem alıcı hem de satıcı açısından geçerlidir⁷³. Ancak, iki hâlde bu kural uygulanmaz:

(a) Ayıplı kısmın diğerinden ayrılması alıcıya veya satıcıya önemli bir zarar vermeksizin mümkün olmazsa, dönme sözleşmenin tümünü kapsar (BK. M.206/II).

(b) Satıma konu teşkil eden asıl şeye ilişkin dönme onun fer'ilerini de kapsar. Bu açıdan, asıl şey için ayrı fer'iler için ayrı fiyat belirlenmiş olması da önem taşımaz. Buna karşılık, satım konusu asıl şeyin fer'ilerine ilişkin dönme asıl şeyi kapsamaz (BK. m.206/II).

Aynı esas Türk Borçlar Kanunu Tasarısında da benimsenmiştir. Buna göre, “*Birden çok mal veya birden çok parçadan oluşan bir mal, birlikte satılmış olup da bunlardan bazıları ayıplı çıkarsa, dönme hakkı bunlardan ancak ayıplı çıkanlar için kullanılabilir. Ancak alıcıya veya satıcıya önemli bir zarar vermeksizin ayıplı parçanın diğerinden ayrılmasına olanak yoksa, dönme hakkının satılanın tamamını kapsamaması zorunludur*” (f.1). “*Satılanın aslı için satıştan dönülmesi, ayrı satış bedeli gösterilerek satılmış olsalar bile, eklentilerini de kapsar; fakat eklentiler için dönme, satılanın aslını kapsamaz*” (f.2).

(4) *Hâkim, sözleşmenin feshini hakkaniyete aykırı bulursa, fesih yerine satış bedelinin indirilmesine karar verebilir (BK. m.202/II).*

⁷⁰ Feyzioğlu, 300; Yavuz, 118.

⁷¹ Feyzioğlu, 298-299.

⁷² Bkz., 19. HD., 1.6.2000, E.2000/703 K.2000/4277 (YKD., C.27, S.1, 2001, s.79-81).

⁷³ Feyzioğlu, 297.

Böyle bir durum, sözleşmeden dönmenin satıcıya vereceği zararın alıcıya sağlayacağı yarara göre çok fazla olduğu hâllerde söz konusu olur. Hâkim, somut olayın özelliklerine göre takdir yetkisini kullanır (MK. m.2, 4).

Aynı esas, kapsamı biraz geniş olarak Türk Borçlar Kanunu Tasarısında da korunmuştur. Buna göre, “*Alıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, durum bunu haklı göstermiyorsa hâkim, satılanın onarılmasına veya satışı bedelinin indirilmesine karar verebilir*” (TBKT. m.232/IV).

V- ZAMANAŞIMI

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcundan doğan dâvalar⁷⁴, ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, *malın alıcıya teslim edilmesinden itibaren bir yıl* geçince zamanaşımına uğrarlar (BK. m.207/1)⁷⁵.

Şüphesiz, taraflar on yılı geçmemek şartıyla⁷⁶ daha uzun bir zamanaşımı süresi de öngörebilirler. Böyle bir durumda sözleşme kararlaştırılmış süreye göre hareket edilir. Bu konuda gözden kaçırılmaması gereken bir husus, zamanaşımı süresinin uzatılması ile tekeffül (garanti) süresini uzatmanın farklı olduğudur. Zamanaşımı süresi uzatılmış ise, alıcı, öngörülen zamanaşımı süresi içinde ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan dâva hakkını kullanmak zorundadır. Tekeffül (garanti) süresinin uzatılması durumunda ise, satıcı, öngörülen süre içinde ortaya çıkacak ayıplardan sorumlu olacağını kabul etmiş sayılır. Dolayısıyla, bu süre içinde ortaya çıkan her ayıp için ayrı bir zamanaşımı süresi işler⁷⁷. Borçlar Kanununun 207 nci maddesinde öngörölmüş zamanaşımı süresini kısaltmanın mümkün olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Öğretide kısaltılabileceğini savunanlar⁷⁸ bulunduğu gibi, kısaltılamayacağını savunanlar⁷⁹ da vardır.

⁷⁴ Ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan tazminat talepleri bakımından da aynı esas geçerlidir. Bkz., Edis, 131.

⁷⁵ Ayıplı taşınmazlara ilişkin dâvalarda zamanaşımı süresi mülkiyetin devrinden itibaren *beş yıldır* (BK. m.214). Bkz., 13.HD., 5.10.2004, E.2004/6528 K.2004/13704 (YKD., C.31, S.8, 2005, s.1238 -1240).

⁷⁶ Bkz., Feyzioğlu, 302; Tandoğan, 194.

⁷⁷ İşleyecek yeni sürenin on yıl olduğu hususunda bkz., Feyzioğlu, 302. Şüphesiz, bu konuda ayıp için öngörölmüş özel sürenin geçerli olacağı da savunulabilir. Ayrıca bkz., Tandoğan, 194; Hatemi / Serozan / Arpacı, 104.

⁷⁸ Bilge, 89; Tandoğan, 194; Edis, 131.

⁷⁹ Feyzioğlu, 302.

Zamanaşımı süresini kaçırmış olan alıcıya bir de def'i hakkı tanınmıştır. Buna göre, o, *malın kendisine tesliminden itibaren bir sene dolmadan önce bildirdiği ayıpları* (BK.m.198), bir yıllık süre geçtikten sonra satıcı tarafından aleyhine açılacak dâvalarda def'i olarak ileri sürebilir (BK.m.207/II). Bu çerçevede, muayene, ihbar ve muhafaza gibi külfet ve yükümlülükleri usulüne uygun şekilde yerine getirmiş bir alıcı, zamanaşımı süresini kaçırmış bile olsa, satıcının kendisinden satış bedelini talep ve dâva etmesi durumunda kendisine teslim edilen malın ayıplı olduğunu ileri sürebilir⁸⁰.

Borçlar Kanununun 207 nci maddesinde düzenlenmiş olan zamanaşımı süresi adi satımlar ile sadece bir tarafı tacir olan ticarî satımlarda uygulanır⁸¹. Tacirler arasındaki ticarî satımlarda ise zamanaşımı süresi özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, Borçlar Kanununun 207 nci maddesindeki müruruzaman müddeti tüccarlar arasındaki ticarî satışlarda “*altı ay*”dır (TK.m.25/4)⁸². Ayrıca, yine Borçlar Kanununun 207 nci maddesinden farklı olarak, tacirler arasındaki ticarî satımlara ilişkin bu altı aylık zamanaşımı süresinin karşılıklı anlaşmayla kısaltılması mümkündür (TK.m.25/4). Öğretide, Ticaret Kanununda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, taraflarca uzatılmasının da mümkün olduğu ifade edilmektedir⁸³.

Ancak, ister adi ister ticarî satım söz konusu olsun, satıcı alıcıyı kandırmış (iğfal etmiş) ise, artık ayıba karşı tekeffül için öngörölmüş süreler uygulanmaz (BK.m.207/II; TK.m.25/I, c.1). Böyle bir durumda Borçlar

⁸⁰ Feyzioğlu, 303. Böyle bir durumda, teslim edilen malların ayıplı olduğu hususunda ispat yükü dâvalının üzerindedir. Bkz., 19. HD., 26.5.2003, E.2003/2169 K.2003/5420, “... Davacı, davalıya teslim ettiği cevher bedelinden bakiye alacağını talep etmiş, davalı da bu isteme karşı teslim olunan malın sözleşmeye uygun olmadığını bildirerek karşı çıkmıştır. Malın tesliminde bir uyuşmazlık bulunmadığından ayıbın ispat külfeti davalıdadır. Bu durumda ayıbın belirlenmesi ve davalının ödeme yapıp yapmamakta haklı olup olmadığının tespiti için yapılacak yargılama masraflarının ispat külfeti kendisine ait olan davalı yandan alınması gerekir. ...” (YKD., C.29, S.10, 2003, s.1577-1578).

⁸¹ Bilge, 89.

⁸² Bkz., 19. HD., 1.6.2000, E.2000/703 K.2000/4277 (YKD., C.27, S.1, 2001, s.79-81); 19.HD., 16.10.2002, E.2002/3261 K.2002/6681 (YKD., C.29, S.12, 2003, s.1862-1863).

⁸³ Bkz., Bilge, 90.

Kanunun 125 inci maddesinde düzenlenmiş bulunan on yıllık genel zamanaşımı süresi geçerli olur⁸⁴.

Zamanaşımı, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 4 üncü maddesinin dördüncü fıkrasında da özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, “*ayıba karşı sorumlu olanlar, ayıba karşı daha uzun bir süre ile sorumluluk üstlenmemişlerse, ayıplı maldan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile malın tüketiciye teslimi tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir. Bu süre konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda beş yıldır. Ayıplı malın neden olduğu her türlü zarardan dolayı yapılacak talepler ise üç yıllık zamanaşımına tabidir. Bu talepler zarara sebep olan malın piyasaya sürüldüğü tarihten başlayarak on yıl sonra ortadan kalkar. Ancak, satılan malın ayıbı, tüketiciden satıcının ağır kusuru veya hile ile gizlenmişse zamanaşımı süresinden yararlanılamaz*”.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, zamanaşımı süresini Borçlar Kanununun 207. maddesinden farklı olarak iki yıla çıkarmıştır. Gerçekten, Tasarının 236. maddesine göre, “*Satıcı daha uzun bir süre için üstlenmiş olmadıkça, satılanın ayıbından doğan sorumluluğa ilişkin her türlü dava, ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, satılanın alıcıya devrinden başlayarak iki yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Alıcının satılanın kendisine devrinden başlayarak iki yıl içinde bildirdiği ayıptan doğan def’i hakkı, bu sürenin geçmiş olmasıyla ortadan kalkmaz*” (f.1). “*Satıcı, satılandaki ayıbı alıcıdan gizlemişse, iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamaz*” (f.2).

VI- SONUÇ

818 sayılı Türk Borçlar Kanunu halen yürürlüktedir. Dolayısıyla, kendisine ayıplı bir mal teslim edilen alıcı, Ticaret Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun gibi özel düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla, söz konusu Kanun hükümleri çerçevesinde hukukî himaye isteyecektir. Türk Borçlar Kanunu Tasarısının yakın bir gelecekte kanunlaşma şansı bulup bulamayacağı belli değildir. Ancak, taşınır satımında satıcının ayıba karşı tekeffül yükümlülüğüne ilişkin Tasarı hükümlerinin genel hatlarıyla amaca uygun düştüğünü söylemek gerekir. Hükümlerin ifade tarzı ve sistemi daha kolay anlaşılmasını sağlamaktadır. Sözleşmenin feshi yerine sözleşmeden dönme teriminin kullanılması isabetli olmuştur. Ayıplı malın tamirini isteyebilme imkânının getirilmesi, zamanaşımı süresinin iki yıla çıkarılması gibi

⁸⁴ Bkz., Tandoğan, I/1, 195; Bilge, 89.

düzenlemeler de daha zayıf konumda olduğu söylenebilecek alıcının yararınadır. Şüphesiz, öğretilerde tartışmalı olan ayıp nedeniyle satış bedelinde indirim yapılırken hangi yöntemin (metodun) göz önünde tutulacağı, zamanaşımı süresinin kısaltılıp kısaltılmayacağı, satıcının ayıpları bilerek gizlediği hâllerde on yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanıp uygulanmayacağı gibi hususlarda da açık bir tercihte bulunulması iyi olurdu.

KAYNAKÇA

- Bilge, Necip, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.
- Edis, Seyfullah, Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku, C.I, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), 4. Bası, İstanbul 1980.
- Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992.
- Tandoğan, Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.I/1, 3. Bası, Ankara 1984.
- Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, C.2, Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, İstanbul 1977.
- Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul 1997.
- Zevkliler, Aydın, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 2. Baskı, Ankara 2001.
- Zevkliler, Aydın, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 8. Bası, Ankara 2004.

TERK NEDENİYLE BOŞANMA

Dr. Nursen AYAN*

ÖZET

Terk, eşlerden birinin evlilik birliğinin kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmemek amacıyla, isteyerek ve sürekli olarak ortak yaşamı terk etmesi ve haklı bir neden olmadan ortak yaşama dönmemesidir. Bu tanıma uygun bir terk eyleminin boşanma nedeni olabilmesi için yastada aranan şartların gerçekleşmesi gerekir.

Bu şartlardan ilki ortak hayatı bırakıp gitme veya dönmemesidir. Bırakıp gitme veya dönmemenin “evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri yerine getirmemek maksadı ile” gerçekleşmesi gerekir. İkinci şart; ortak hayatı bırakıp gitmenin haksız olması gerektir. Bu konuda ispat yükü davalının üzerindedir. Üçüncü şart ise terk eyleminin süreklilik arz etmesidir. Bu süre MK. m.164'e göre en az altı aydır. Bu sürenin fasılasız geçmesi gerekir.

Boşanma davası açılabilmesi için gereken son şart ise, terk eden eşe bir ihtarda bulunması ve bu ihtarın sonuçsuz kalmasıdır. İhtar, mahkeme aracılığı ile yapılır. Ayrıca ihtarın boşanma davası açmak için belirli sürenin dördüncü ayı bittikten sonra yapılması gerekir.

İhtar alan eş, iki aylık bir süre için ortak konuta dönerse boşanma davası açılmaz. İhtar sonuçsuz kalır ve terk eden eş eve dönmez ise artık boşanma davası açılabilir.

Terk nedeniyle boşanma davası belirli bir hak düşümü süresiyle sınırlı değildir. Terk devam ettiği sürece bu dava açılabilir.

ANAHTAR KELİMELEER: Terk, boşanma davası, ortak hayat, ihtar, yükümlülük.

ABSTRACT

Desertion (willful desertion) is, to leave common life voluntary and continuously with an intention to break through the obligations of marriage and not to turn back without just cause. The lawful requirements must be eventuated in order that such desertion being a divorce reason

The first of these requirements is to leave common life and to go away. This fooling of and nonattendance should be with an intention to break through

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

the obligations of marriage. As a second condition, the desertion should not stand good in law. On this head, burden of proof resides with the defendant. The third condition is that the desertion should be in continuance. This period is at least 6 months according to 164th clause of Turkish Civil Code. This period should pass without a break.

And the last condition that is necessary to be sued or divorce is, to warn the outgoing marital partner and failing in this warning. This warning is made by litigating family court. Also, the warning should be made after a lapse of four months of the six-month period of waiting.

If the respondent returns home in two months, divorce case could not be sued. If the warning fail and the marital partner does not return home, henceforth, the case can be opened.

The right to use divorce case by reason of desertion is not determined by a strict time limit. Case can be sued as long as desertion keeps on.

KEY WORDS: Desertion, divorce, common life, warn, obligation.

I- GİRİŞ

Medenî Kanuna göre, mevcut bir evlilik ya kendiliğinden sona erer, ya da mahkeme kararıyla sona erdirilir.

Evliliği kendiliğinden sona erdiren hâl, eşlerden birinin kişiliğini kaybetmesidir. Kişiliğin kaybına yol açan temel neden *ölümdür* (MK.m.28/I). *Ölüm karinesinde* de durum aynıdır (MK.m.31). *Gaiplikte* ise, evlilik, gaiplik kararıyla birlikte evliliğin de feshine karar verilmesi veya daha sonra açılacak bir dâvada fesih kararı alınmasıyla sona erer (MK.m.131). Medenî Kanunda açıkça düzenlenmemiş (MK.m.40) olmakla birlikte, evlilik devam ederken eşlerden birinin cinsiyetini değiştirmesi durumunda da evlilik birliğinin kendiliğinden sona ereceğini kabul etmek uygun olur¹.

Yukarıda sözü edilen hâller dışında mevcut bir evliliğin sona ermesi mahkeme tarafından bu yönde karar verilmesine bağlıdır. Bu açıdan *batıl evlenmeler* ile *geçerli bir şekilde kurulmuş evlenmeler* arasında fark yoktur. Zira, batıl bir evlilik de, butlan nedeni ister mutlak ister nisbî nitelik taşıyın, ancak hâkimin kararıyla sona erer (MK.m.156). Geçerli bir şekilde kurulmuş evliliği mahkeme kararıyla sona erdirmenin yolu ise *boşanmadır*. Kanunkoyucu, eşleri sağlıksız bir evliliği sürdürmeye zorlamamıştır. Zira, sağlıklı bir evlilik

¹ Bkz., Akıntürk, Turgut, Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2002, s.191

toplum hayatı için ne kadar faydalı ise, sağlıksız bir evlilik de o kadar zararlıdır. Bu nedenle, eşler, kanunun sınırlı şekilde öngördüğü sebeplerden birine dayanak boşanma yönünde karar vermesi için mahkemeye başvurabilirler. Böyle bir durumda, boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte evlilik ilişkisi ortadan kalkar.

743 sayılı eski Medenî Kanun gibi, 4721 sayılı yeni Medenî Kanun da boşanma sebeplerini sınırlı bir şekilde saymıştır. Yani, boşanmak isteyen eşler, taleplerini bu sebeplerden herhangi birine dayandırmak zorundadırlar. Bu konuda sınırlı sayı esaslı geçerli olduğu için, onlar, aralarında anlaşarak yeni bir boşanma sebebi yaratamazlar.

Medenî Kanunun öngördüğü boşanma sebepleri, öğretilerde, “*mutlak boşanma sebepleri – nisbî boşanma sebepleri*” ve “*özel boşanma sebepleri – genel boşanma sebebi*” şeklinde gruplandırılabilir.

Mutlak boşanma sebepleri – nisbî boşanma sebepleri ayrımı, hâkimin, boşanmaya dayanak gösterilen olayların varlığına rağmen boşanma kararı verip vermeme konusundaki takdir yetkisinden hareket etmektedir. Buna göre, taraflar kanunun sınırlı şekilde öngördüğü olaylardan birinin varlığını ispatladıkları takdirde hâkim boşanmaya karar vermek zorunda ise, mutlak boşanma sebebi var demektir. Buna karşılık, hâkime, tarafların ileri sürdükleri olayların ispatlanmasına rağmen boşanmaya karar verip vermeme hususunda takdir yetkisi tanınmış ise, birinci ihtimaldekinden farklı olarak nisbî boşanma sebebi var demektir. Zina (MK.m.161), hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış (MK.m.162), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (MK.m.163) ve terk (MK.m.164) mutlak boşanma sebepleridir. Evlilik birliğinin sarsılması (MK.m.166/I, II) ise nisbî nitelik taşır. Zira, hâkim, iddia edilen olayların ispatlanmasına rağmen boşanmaya karar verip vermemekte özgürdür. Medenî Kanununun 166. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkrasında düzenlenmiş olan olayların hukukî niteliği tartışmalıdır.

Özel boşanma sebepleri – genel boşanma sebebi ayrımı, boşanma sebebi sayılacak olayın somut bir şekilde gösterilmiş olup olmamasından hareket eder. Gerçekten, boşanma sebeplerinin bir bölümünde, boşanmaya yol açabilecek olay somut bir şekilde gösterilmiştir. Söz konusu olayın bütün unsurlarıyla ispatlanması durumunda hâkim eşlerin boşanmalarına karar verir. Bu nedenle, sınırlı şekilde öngörülmüş bu tip sebepler özel boşanma sebepleri şeklinde isimlendirilir. Genel boşanma sebebinde ise, boşanmaya yol açabilecek olaylar somut bir şekilde gösterilmemiş, sadece evlilik birliğinin ortak hayatı

sürdüremeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılması gibi genel bir ilke konmuştur. Birinci ayırımında mutlak boşanma sebebi sayılan, zina (MK.m.161), hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış (MK.m.162), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (MK.m.163) ve terk (MK.m.164) özel boşanma sebeplerini oluşturur. Akıl hastalığı (MK.m.165) açısından da aynı esas geçerlidir. Buna karşılık, evlilik birliğinin sarsılması (MK.m.166) genel boşanma sebebidir.

Bu çalışmada, hem özel hem de mutlak nitelik taşıyan “*terk*” (MK.m.164) nedeniyle boşanma incelenecektir. İnceleme yapılırken, 743 sayılı eski Medenî Kanununun 132. maddesi ile 4721 sayılı yeni Medenî Kanununun 164. maddesi karşılaştırılacaktır.

II- KAVRAM VE HUKUKİ NİTELİĞİ

“Terk, eşlerden birinin, evlilik birliğinin kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmemek amacıyla, isteyerek ve sürekli olarak ortak yaşamı terk etmesi ve haklı bir neden olmadan ortak yaşama dönmemesidir”². Diğer bir ifadeyle, ortak hayatı istemediği için eşinden ayrı yaşayan kimse onu terk etmiş olur³. Evlilik, mahiyeti icabı eşlerin birlikte oturmalarını gerektirir. Buna rağmen eşlerden biri yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla ortak yaşam alanından uzaklaşırsa, diğer eş, kanunun öngördüğü şartları (MK.m.164) yerine getirmek suretiyle ona karşı boşanma dâvası açabilir⁴.

Özel boşanma nedenleri arasında yer alan terk, aynı zamanda mutlak bir boşanma nedeni olarak da değerlendirilir. Yani, dâvacı terkin şartlarının varlığını ispatlarsa, hâkim boşanmaya karar vermek zorundadır. Onun, terk eyleminin evlilik birliğini temelinden sarsmış olup olmadığını, diğer bir ifadeyle, terk eylemine rağmen eşlerin bir arada yaşama şanslarının bulunup

² Zevkliler, Aydın / Acabey, M. Beşir / Gökyayla, K. Emre, Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara 1999, s.988; Zevkliler, Aydın / Havutçu, Ayşe, Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), 2. Baskı, Ankara 2003, s.278; Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2004, s.392.

³ Tekinay, Selâhattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1990, s.215.

⁴ Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Türk Medenî Hukuku, C.2, Aile Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 1965, s.206.

bulunmadığını araştırma yetkisi yoktur⁵. Ayrıca, terk kusura dayalı bir boşanma nedeni olduğu⁶ için terk edenin kusurlu olması da şarttır.

Terk nedeniyle ihtar gönderip daha sonra boşanma dâvası açabilme bakımından eşlerin hukukî durumları aynıdır. Yani, şartları mevcut olmak kaydıyla koca karısı aleyhine böyle bir dâvayı açabileceği gibi, karı da kocası aleyhine açabilir⁷.

Terk nedeniyle boşanma MK.m.164'te düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, *“Eşlerden biri, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla diğerini terk ettiği veya haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmediği takdirde ayrılık, en az altı ay sürmüş ve bu durum devam etmekte ve istem üzerine hâkim tarafından yapılan ihtar sonuçsuz kalmış ise; terk edilen eş, boşanma davası açabilir. Diğerini ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmesini engelleyen eş de terk etmiş sayılır”* (f.1). *“Davaya hakkı olan eşin istemi üzerine hâkim, esasını incelemeden yapacağı ihtarda terk eden eşe iki ay içinde ortak konuta dönmesi gerektiği ve dönmemesi hâlinde doğacak sonuçlar hakkında uyarıda bulunur. Bu ihtar gerektiğinde ilân yoluyla yapılır. Ancak, boşanma davası açmak için belirli sürenin dördüncü ayı bitmedikçe ihtar isteminde bulunulamaz ve ihtardan sonra iki ay geçmedikçe dava açılmaz”* (f.2)⁸.

⁵ Öztan, 393; Zevkliler / Havutçu, 279.

⁶ Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan / Gümüş, Alper, Türk Özel Hukuku, C.3, Aile Hukuku, İstanbul 2005, s.111.

⁷ Köprülü / Kaneti, 164; Şener, Esat, Uygulamada ve Teoride Her Yönü İle Boşanma, Ankara 1994, s.96. 2.HD. 5.10.1990, 2822/9050 (Şener, 118-119); 2.HD. 11.4.1978, 2735/2940 (Şener, 131-132); 2.HD. 9.12.1985, 9436/10411 (Şener, 180); HGK. 6.3.1985, 2-102/156 (Şener, 189).

⁸ 743 sayılı EMK.m.132: *“Karı kocadan biri, evlenmenin kendisine tahmil ettiği vazifeleri ifâ etmemek maksadıyla diğerini terk ettiği veya muhik bir sebep olmaksızın evine dönmediği takdirde, ayrılık en az üç ay sürmüş ve devam etmekte bulunmuş ise diğeri boşanma dâvasında bulunabilir. Dâvaya hakkı olan tarafın talebi ile hâkim, diğeri tarafa bir ay içinde evine avdet etmesini ihtar eder. Bu ihtar icabında ilân tarihiyle yapılır. Şu kadar ki boşanma dâvasını ikame için muayyen müddetin ikinci ayı hitam bulmadıkça ihtar talebinde bulunulamaz ve ihtar vukuunda bir ay bitmeden dâva ikame olunamaz”*. 1971 ve 1984 tarihli Türk Medenî Kanunu Öntasarılarında önerilen hükümler farklı idi. 1971 tarihli Öntasarıda, ayrılık süresi altı aya çıkarılmış, ama, boşanmayı süratlendirmek amacıyla (bkz., Kuntalp, Erden, Mutlak Boşanma Nedenleri,

III- ŞARTLARI

Terk nedeniyle boşanmanın şartları, “*ortak hayatı bırakıp gitme, evlilik birliğinden kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirmeme niyeti, ortak hayatı bırakıp gitmenin haksız olması, ayrılığın en az altı ay sürmüş olması, ihtarda bulunma ve ihtarın sonuçsuz kalması*” şeklinde sıralanabilir (MK.m.164). Öğretide, ilk dört şart “terk nedeniyle boşanmanın maddesel şartları”, son iki şart ise “usule ilişkin şartlar” başlığı altında toplanmaktadır⁹. MK.m.164 emredici nitelik taşıdığı için, eşlerin aralarında anlaşarak şartları hükümsüz bırakmaları veya değiştirmeleri mümkün değildir¹⁰.

A) ORTAK HAYATI BIRAKIP GİTME

MK.m.164 anlamında terkten söz edilebilmesi için, eşlerden birinin *ortak konutu (hayatı)* bırakıp gitmiş veya haklı bir nedeni bulunmadığı hâlde ortak konuta dönmemiş olması gerekir (MK.m.164/I,c.1)¹¹. Evlilik, mahiyeti gereği ortak bir yaşamı gerektirir. Eşler, evlenirken birlikte yaşam konusunda karşılıklı olarak söz vermişlerdir. Terk eden eş bu konuda verdiği sözü tutmamıştır.

743 sayılı eski Medenî Kanun, eşlerin birlikte yaşayacakları konutu seçme yetkisini kocaya vermişti. 4721 sayılı yeni Medenî Kanun, ortak konutu eşlerin birlikte seçmelerini öngörmüştür. MK.m.186/I’e göre, “*Eşler*

Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı (1925-1975), C.2, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s.124) ihtar öngörülmemiştir. 1984 tarihli Öntasarıda ise, ayrılık süresi altı aya çıkarılmış, hâkim tarafından yapılacak ihtarın semeresiz kalması aranmış, buna karşılık iki aylık bekleme süresi öngörülmemiştir. 1971 tarihli Türk Medeni Kanunu Öntasarısı, m.132: “*Eşlerden biri evlilik ödevlerini yerine getirmemek amacıyla ötekini terkeder veya önemli bir sebep yokken evine dönmezse, bu terk üzerinden en az altı ay geçtikten sonra öteki eş, terk durumu devam ettiği sürece, boşanma dâvası açabilir*”. 1984 tarihli Türk Medenî Kanunu Öntasarısı, m.128: “*Eşlerden biri evlenmenin kendisine yüklediği ödevleri yerine getirmemek maksadı ile diğerini terk ettiği veya haklı bir sebep olmadan ortak hayata dönmediği takdirde, ayrılık en az altı ay sürmüş ve sürmekte bulunmuş ve istem üzerine hâkim tarafından yapılan ihtar etkisiz kalmış ise, terkedilen eş boşanma dâvası açabilir*”.

⁹ Köprülü, Bülent / Kaneti, Selim, Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1989, s.157 vd..

¹⁰ Velidedeoğlu, 208.

¹¹ Öğretide, bu durum *terkin maddî unsuru* olarak nitelendirilmektedir. Bkz., Tekinay, 215; Öztan, 393.

oturacakları konutu birlikte seçerler”. Anlaşamazlarsa ortak konutu hâkim belirler (MK.m.195). Bu nedenle, 4721 sayılı yeni Medenî Kanun açısından ortak konutu terk kavramının öncelikli şartı eşlerin ortak konutlarını belirlemiş olmalarıdır. Henüz eşler tarafından birlikte ortak bir konut seçilmemiş ise, doğal olarak ortak konutu bırakıp gitmeden de söz edilemez. Kocanın tek başına seçtiği konuta gitmeyen kadın terk etmiş sayılmaz¹².

Aynı konut içinde yaşamayı sürdüren eşlerin dargınlıkları, uzun süre hiç konuşmamaları, ortak yatak odasında yatmamaları, cinsel ilişkide bulunmamaları, ortak konutun belli alanlarını sadece kendilerine hasretmeleri de terk anlamına gelmez¹³. Söz konusu hâller ileri sürülerek evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması nedeniyle boşanma dâvası açılabilirse de, terk nedeniyle boşanma dâvası açılmaz.

Eşlerden herhangi birinin ortak konuttan ayrılarak kendi ailesinin yanında veya başka bir konutta yaşamaya başlaması bu anlamda terktir. Eşin, evlenme akdinin yapılmasından sonra, haklı bir nedeni bulunmadığı hâlde ortak konuta gelmeyi reddetmesi de terk sayılır. Bunlar, günlük hayatta terkin en çok görülen örnekleridir. Ancak, olayların bir bölümünde, eşlerden biri, diğer eşi ortak konutu terk etmeye zorlar veya onun ortak konuta dönmesini engeller. Böyle bir durumda, ortak konuttan uzakta olan değil, ortak konutu kullanmaya devam eden eş terk etmiş sayılır (MK.m.164/I,c.2).

B) EVLİLİK BİRLİĞİNDEN KAYNAKLANAN YÜKÜMLÜLÜKLERİ YERİNE GETİRMEME NİYETİ

MK.m.164/I,c.1'e göre, terk nedeniyle boşanma dâvası açılabilmesi için, eşin ortak konutu bırakıp gitmesi veya dönmemesi tek başına yeterli sayılmaz. Bırakıp gitme veya dönmemenin “*evlilik birliğinden doğan*

¹² 2.HD. 5.5.2004, E.2004/4901 K.2004/5829, “... Türk Medeni Kanununun 164. maddesi gereğince, terk edilen eş boşanma davası açabilir. Terk eden eşin, bu sebebe dayanarak boşanma davası açma hakkı bulunmamaktadır. Diğerini, ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmemesini engelleyen eş de terk etmiş sayılır. Toplanan delillerden, Adana'daki müşterek konutu kocanın terk ettiği anlaşılmaktadır. İhtarla kadının davet edildiği konutun Türk Medeni Kanununun 186/1. maddesinin koşulları gerçekleşmiştir. Davanın reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. ...” (YKD., C.31, S.11, 2005, s.1717).

¹³ Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1986, s.279; Akıntürk, 245; Köprülü / Kaneti, 158; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, 988; Öztan, 393; Velidedeoğlu, 207.

yükümlülükleri yerine getirmemek maksadıyla” gerçekleştirilmesi gerekir¹⁴. Dolayısıyla, hastalık¹⁵, hapis, yurt dışında çalışma zorunluluğu, eğitim, askerlik veya esaret gibi bir neden yüzünden ortak konutta yaşama şansı bulamamış olan eş diğerini terk etmiş sayılamaz¹⁶. Ancak, ortak yaşamı haklı bir nedenle terk eden eş, ortada haklı bir neden kalmadığı halde ortak konuta dönmezse, artık terkin gerçekleştiği kabul edilir¹⁷.

Bu konuda önem taşıyan bir husus, eşlerin ayrı yerleşim yeri seçmiş olmasıdır. 743 sayılı eski Medenî Kanuna göre, kocanın yerleşim yeri kadının da yerleşim yeri sayılırdı. 4721 sayılı Kanun bu kuralı değiştirmiştir. Yeni Medenî Kanuna göre, eşler, isterlerse farklı yerleşim yeri edinebilirler. Böyle bir durumda, farklı bir yerleşim yeri seçmenin terk anlamına gelip gelmeyeceği ilgili eşin niyetine göre belirlenir. Farklı bir yerleşim yeri seçmenin nedeni meslekî zorunluluklar ise, artık terkten söz edilemez. Buna karşılık, eşin farklı bir yerleşim yeri seçmesindeki asıl niyeti ortak hayatı bırakıp gitmek ise veya başlangıçta böyle bir niyeti olmamakla birlikte sonradan ortaya çıkmış ise artık onun aleyhine boşanma dâvası açılabilir¹⁸.

C) ORTAK HAYATI BIRAKIP GİTMENİN HAKSIZ OLMASI

Terk eden eşin haklı bir sebebi bulunmamalıdır. Aksi takdirde, ortak konutu bırakıp gitmiş veya dönmemiş eş aleyhine boşanma dâvası açılmaz. Ortak hayatı bırakıp gitme düşüncesiyle uzaklaşan eşin davranışının içinde haksızlık unsurunu barındırdığı da söylenebilir.

Terkin haklı nedene dayandığı konusunda ispat yükü dâvalının üzerindedir¹⁹. Ancak, sonuçta terk eyleminin haklı sayılıp sayılmayacağı dürüstlük kuralı çerçevesinde hâkim tarafından belirlenir (MK.m.4)²⁰. Hâkim,

¹⁴ Öğretide bu durum *terkin manevî unsuru* olarak nitelendirilmektedir. Bkz., Tekinay, 216; Öztan, 393.

¹⁵ 2.HD. 14.3.1977 , 897/2133 (Şener, 153-154).

¹⁶ Velidedeoğlu, 207; Akıntürk, 246; Tekinay, 216; Köprülü / Kaneti, 158; Öztan, 394; Dural / Öğüz / Gümüş, 111.

¹⁷ Zevkliler / Acabey / Gökyayla, 988; Zevkliler ? Havutçu, 278.

¹⁸ Bkz., Dural / Öğüz / Gümüş, 111.

¹⁹ Köprülü / Kaneti, 159; Şener, 95. 2.HD. 24.6.1986, 6104/6333 (Şener, 167).

²⁰ Öztan, 394.

söz konusu belirmemeyi yaparken dürüstlük kuralını (MK.m.2) göz önünde tutar.

Eşlerin aralarında anlaşarak bir süre ayrı yaşamaları durumunda da terk yoktur²¹. Aynı şekilde, koca ortak konuta başka bir kadın getirdiği veya kendi ana ve babası ile yaşamaya zorladığı²² için ortak konutu terk eden eş de haklı sayılır. Ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü için ayrı yaşamaya karar vererek ortak konuttan ayrılan eş de haklıdır (MK.m.197/I). Hâkimin verdiği ayrılık kararına (MK.m.170-172) dayanarak ortak konuttan ayrılan eş açısından da terk söz konusu olmaz²³.

Terki haklı kılan nedenin ortadan kalkması durumunda eşin ortak konuta dönmesi gerekir. Haklı nedenin etkisinin de makul bir süre boyunca

²¹ Velidedeoğlu, 208.

²² Feyzioğlu, 280; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, 990. 2.HD. 16.7.2003, E.2003/9149 K.2003/10891, "... Olayda, tarafların kendilerinin seçtikleri bağımsız bir konut bulunmamaktadır. Davacı kadın, kayınvalidesi ve kayınbabasıyla birlikte oturdukları evi terk etmiştir. Bu durumda; bağımsız, ortak konut seçiminden kaçınarak, eşini, rızası hilafına kendi anne ve babasıyla oturmaya mecbur bırakan koca, eşini terk etmiş sayılır. Terk edilen kadındır. Bu halde terk sebebiyle boşanma davası açma hakkının kadına ait olduğu açık ve tartışmasızdır. ..." (YKD., C.30, S.1, 2004, s.40-42); 2.HD. 19.9.2005, E.2005/9764 K.2005/12222, "... Taraflar ortak konutu ayrı ayrı terk etmişler, davet edilen konut birlikte seçilmemiştir. Terk sebebine dayalı boşanma davasının kabul edilebilmesi için öncelikli şart davalı eşin haklı bir sebep olmadan en az dört aydan beri evlilik birliği dışında kalmasıdır. Tarafların birlikte seçtikleri (TMK. md. 186) veya Türk Medeni Kanunu'nun 188. maddesi şartlarının oluşması sebebiyle eşlerden birinin seçtiği, ya da hakim tarafından belirlenen (TMK. 195) hallerine uygun, oturmaya elverişli, bağımsız bir evleri yoksa, birlik dışında bulunan eşin bu davranışı haklı sebebe dayanır. Terk edilen eş (TMK. md. 164) diğerini yukarıda açıklanan kurallara uygun olarak ortak konuta çağırarak yükümlüdür. Çünkü ortak hayat bunu zorunlu kılar (TMK. md. 185/3). Bu itibarla kanunda gösterilen (TMK. md. 164) sürelerin başında tarafların kanuni koşullara uygun ortak konutunun olmadığı anlaşıldığından ihtar geçersiz olmakla, davanın reddi gerektiğinin düşünülmemesi doğru bulunmamıştır. ..." (YKD., C.32, S.3, 2006, s.374-375).

²³ Köprülü / Kaneti, 158-159; Şener, 90.

devam etmesi gerekir. Makul sürenin ne olacağı her somut olay için hâkim tarafından belirlenir (MK.m.2, 4)²⁴.

D) AYRILIĞIN EN AZ ALTI AY SÜRMÜŞ OLMASI

Kanunkoyucu, eşlerden birinin ortak konutu bırakıp gitmesi veya dönmesi gerekirken dönmemesi durumunda hemen dâva açılmasına imkân tanımamıştır. Dâva, diğer şartlar dışında, ancak belli bir süre geçtikten sonra açılabilecektir. Böyle bir süre öngörülmesinin sebebi, özellikle terk eden eşe düşünme ve değerlendirme süresi tanımaktır.

Medenî Kanununun 164. maddesinin birinci fıkrasına göre bu süre en az altı aydır. Yani, ayrılık *en az altı ay* sürmüş olmalıdır (MK.m.164/I,c.1). Altı ay asgarî süredir. Daha uzun bir süre bekledikten sonra da boşanma isteminde bulunulabilir. Buna karşılık, altı aylık süre dolmadığı sürece boşanma dâvası açılmaz. Altı aylık sürenin aralıksız (fasılasız) dolması gerekir²⁵. Eşlerden birinin aralıklı olarak ortak konutu terk etmesi ve bu terklerin toplam süresinin de altı ayı bulması terk nedeniyle boşanma dâvası açılmasına imkân vermez²⁶.

Ayrıca, dâvanın açıldığı dönemde ayrı yaşamının devam ediyor olması da gerekir. Bu nedenle, altı ay veya daha uzun süren bir ayrılığa rağmen eşler ortak hayatı sürdürmek maksadıyla²⁷ bir araya gelmişler ise, artık terk nedeniyle boşanma dâvası açılmaz. Eşlerin ortak konutta birleşmeleri o ana kadar işlemiş süreleri yok eder. Eş, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla ortak konuttan tekrar uzaklaşırsa, yeni bir altı aylık süre işler²⁸. Ancak, kendisine ihtar gönderilen eş süre kesmek için gelir ve daha sonra ortak konutu tekrar terk ederse ve bu birkaç defa tekrarlanırsa hakkını kötüye kullanmış (MK.m.2/II) sayılacağı için aleyhine boşanma dâvası açılabilir²⁹.

²⁴ Tekinay, 218-219.

²⁵ Köprülü / Kaneti, 159; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, 989; Velidedeoğlu, 208.

²⁶ Feyzioğlu, 283.

²⁷ Zira, “ tarafların yeniden bir araya gelmeleri, aynı evde ortak hayatı kurmaları demektir. Bu da, rasgele buluşmalar, hattâ bir iki gün süren ziyaretlerle olmaz; hayat tecrübelerine göre ortak hayatın yeniden ve kararlı bir şekilde başladığı kabul edilemiyorsa, ayrılık sona ermiş değildir” (bkz., Tekinay, 220.

²⁸ Velidedeoğlu, 208; Akıntürk, 247; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, 990; Öztan, 396; Dural / Ögüz / Gümüş, 112.

²⁹ Feyzioğlu, 283; Dural / Ögüz / Gümüş, 112.

743 sayılı eski Medenî Kanunun terk için öngördüğü asgarî süre *üç ay* idi³⁰. 4721 sayılı yeni Medenî Kanun bu süreyi altı aya çıkarmıştır. 4721 sayılı Kanunun süreyi iki katına çıkararak ve terk eden eşe biraz daha uzun düşünme süresi sağlayan tercihi isabetlidir.

E) İHTARDA BULUNMA

Terk nedeniyle boşanma dâvası açılabilmesi için, ortak hayatı bırakıp giden eşin uyarılmasına ihtiyaç vardır. Bu amaçla, dâva açmayı düşünen eş diğer eşe ihtarda bulunacaktır. Usulüne uygun bir ihtar yapılmadan açılan boşanma dâvası reddedilir³¹.

İhtar mahkeme aracılığıyla yapılır. Zira, MK.m.1/I,c.1, “*hâkim tarafından yapılan ihtar*”dan söz etmektedir. Dolayısıyla, eşin bizzat veya noter aracılığıyla yapacağı bir ihtar yeterli olmaz. Ayrıca, “*boşanma dâvası açmak için belirli sürenin dördüncü ayı bitmedikçe ihtar isteminde bulunulamaz*” (MK.m.164/II,c.3). Dört aylık ayrı yaşama süresi kesintisiz olmalıdır³². Buna karşılık, dört aydan daha uzun bir süre beklenebilirse³³ de, ihtarın altı aylık süre dolduktan sonra çekileceğini düşünmek yanlış olur³⁴. Öğretiye göre, MK.m.164/II,c.3’te öngörölmüş bulunan dört aylık süre mutlak nitelik taşıdığı için her hâl ve şart altında işler. Tatil günleri de süreye dahil edilir³⁵.

Bu konuda herhangi bir yer³⁶ aile mahkemesine başvurulabilir. Yani, ihtar boşanma dâvası açılacak mahkeme aracılığıyla gönderme zorunluluğu yoktur. Ancak, mahkemeye verilen dilekçenin sadece ihtar istemini içermesi gerekir; aynı dilekçe ile hem ihtar hem de boşanma dâvası açılmaz³⁷.

İhtar göndermesi için başvuru hâkimin terk nedeniyle boşanmanın şartlarını inceleyip inceleyemeyeceği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre,

³⁰ Öğreti, kanunkoyucunun İsviçre Medenî Kanununa göre süreleri kısaltmış olmasını haklı bulmaktaydı (bkz., Fezyioğlu, 283).

³¹ Fezyioğlu, 284.

³² 2.HD. 12.2.1985, 1000/1313 (Şener, 190).

³³ Ancak, böyle bir durumda da terk nedeniyle boşanma dâvası açılabilmesi için ihtardan itibaren iki ayın geçmesi gerekir (bkz., Dural / Ögüz / Gümüş, 113).

³⁴ 2.HD. 16.7.3003, E.2003/9149 K.2003/10891 (YKD., C.30, S.1, 2004, s.40-42).

³⁵ Akıntürk, 247; Köprülü / Kaneti, 160.

³⁶ Akıntürk, 248; Köprülü / Kaneti, 163; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, 992.

³⁷ Fezyioğlu, 289.

hâkimin böyle bir inceleme yetkisi yoktur. Somut olayda terkin şartlarının gerçekleşmiş olup olmadığı boşanma dâvasına bakan hâkim tarafından araştırılacaktır³⁸. İkinci görüş, en azından ihtar talebinin süresinde yapılmış olup olmadığını tespit etmek için böyle bir incelemenin yapılacağı kanısındadır. Aksi takdirde, ihtar talebiyle karşılaşan hâkimin noterden farkı kalmayacaktır³⁹. “... *hâkim, esaslı incelemeden yapacağı ihtarında ...*” ifadesini kullanan MK.m.164/II,c.1’in birinci görüşü tercih ettiği söylenebilir.

İhtarda, “*terk eden eşe iki ay içinde ortak konuta dönmesi gerektiği ve dönmemesi hâlinde doğacak sonuçlar hakkında uyarıda*” bulunulacaktır. Söz konusu uyarıları içermeyen bir ihtar usulüne uygun olmayacağı için boşanma dâvasına dayanak oluşturamaz. İki aylık süre ihtarın çağrılan eşe tebliğ edildiği tarihten itibaren işlemeye başlar ve mehlin bittiği ayda o güne karşılık gelen günün iş saatinin sonunda biter⁴⁰. İhtar süresinin bitiş gününün tatile rastlaması uzamasını sağlamaz⁴¹. Süre kesin olduğu için hâkim tarafından değiştirilemez⁴².

Uygulamada, ihtar gönderilen eşin ortak konuta dönebilmesi için gerekli tedbirlerin alınması da aranmaktadır. Bu tip tedbirlere örnek olarak,

³⁸ Akıntürk, 248-249; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, 992; Dural / Ögüz / Gümüş, 113. İBK. 27.3.1957, 10/1 (RG. 9641; YİBK., Hukuk Bölümü, C.5, s.3).

³⁹ Feyzioğlu, 285-286; Tekinay, 221-222. Ancak, yine Tekinay’a göre, terk talebine muhatap olan yargıç, yapacağı incelemeyi sadece ihbar isteminde bulunan eşin dilekçesindeki beyana hasredecek, dilekçede terkin iki ayı geçtiği iddia ediliyorsa, artık ihtara karar verecektir. Buna karşılık, dilekçede yer alan iki aylık (4721 sayılı yeni Medenî Kanun m.164’e göre dört aylık) sürenin gerçekten geçmiş olup olmadığını araştırmayacaktır (bkz., age., 223). Böylece, mahkemeden, üç gün önce evi terk edip giden eden kocasına eve dönmesi, aksi takdirde boşanma dâvası açılacağı yönde bir ihtar gönderilmesini isteyen kadının talebi reddedilecektir.

⁴⁰ 2.HD. 28.4.1986, 2461/4419 (Şener, 171). Sürenin altmış gün olarak belirlenip belirlenemeyeceği tartışmaya açık ise de, altmış gün olarak öngörülmüş ise tebliğ günü sayılmadan hesaplanacağı ifade edilmektedir. Bkz., Öztan, 395. EMK.m.132’de yazılı bir aylık sürenin otuz gün olarak değiştirilemeyeceği hususunda bkz., 2.HD. 21.4.1993, 3387/4968 (Şener, 98); 2.HD. 11.2.1985, 799/1168 (Şener, 191); 2.HD. 20.9.1976, 5233/6363 (Şener, 202).

⁴¹ 2.HD. 11.6.1985, 5592/5765 (Şener, 184).

⁴² Köprülü / Kaneti, 162; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, 991. 2.HD. 6.6.1989, 4103/5549 (Şener, 106); 2.HD. 11.2.1985, 799/1168 (Şener, 157); 2.HD. 15.5.1986, 4916/5148 (Şener, 169).

somut olayın özelliklerine göre, ulaşım masraflarının karşılanması, ortak konutun terk eden eşin dönmesine elverişli bir hâlde ve açık tutulması gösterilebilir⁴³.

İhtarın kendisinden beklenen sonucu yaratabilmesi için samimî olması da şarttır. Kötüniyetle (formalite icabı) yapılmış bir ihtar uymayan eş aleyhine boşanma dâvası açılmaz⁴⁴. İhtara uyararak ortak konuta dönen eşin kabul edilmemesi de ihtarı geçersiz kılar⁴⁵.

İhtar, kural olarak ortak konutu bırakıp giden eşin adresine yapılır⁴⁶. Ancak, adresi tespit edilemeyen bir eşe gönderilecek ihtarın ilân yoluyla yapılması da mümkündür (MK.m.164/II,c.2)⁴⁷.

Mahkemenin ihtar gönderme işlemi, uyuşmazlığın esastan görüşülüp karara bağlandığı nihai nitelikte bir işlem değildir; yargısal açıdan bağımsız bir sonuç doğurmaz⁴⁸. Bu nedenle tek başına temyiz edilemez⁴⁹. Boşanma dâvası sonucunda verilen kararlar birlikte temyiz edilmesi ise mümkündür⁵⁰.

⁴³ Feyzioğlu, 288; Tekinay, 223-224; Köprülü / Kaneti, 163; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, 992; Şener, 92-93. 2.HD. 11.11.1992, 10180/11089 (Şener, 99); 2.HD. 3.2.1993, 13280/778 (Şener, 102); 2.HD. 30.6.1992, 6254/7527 (Şener, 103).

⁴⁴ Dural / Ögüz / Gümüş, 113; Şener, 92. Örnekler için bkz., Köprülü / Kaneti, 161. 2.HD. 2.7.1993, 6184/6892 (Şener, 96); 2.HD. 11.5.1993, 850/4931 (Şener, 96-97); 2.HD. 31.3.1986, 3033/3344 (Şener, 149); 2.HD. 30.10.1986, 9079/9544 (Şener, 162); 2.HD. 10.4.1986, 3577/3836 (Şener, 172-173).

⁴⁵ 2.HD. 9.12.1991, 12828/15327 (Şener, 107-108); 2.HD. 1.10.1991, 9379/11880 (Şener, 109); 2.HD. 24.6.1986, 6104/6333 (Şener, 147); 2.HD. 24.6.1986, 6104/6333 (Şener, 167); 2.HD. 18.1.1986, 373/703 (Şener, 179).

⁴⁶ İhtar kararı, kural olarak terk eden eşe, yoksa kendisiyle birlikte oturan aile fertlerinden birine veya hizmetçisine yapılabilir (Tebliğat Kanunu, m.16). Bu yön tebliğin geçerlik şartı olduğu için, dâvalıyla birlikte oturmayan kıza yapılan tebliğat geçersiz olur. Bkz., 2.HD. 26.6.1986, 6269/6464 (Şener, 124). Aynı şekilde, köy imamına da tebliğat yapılamaz. Bkz., 2.HD. 31.3.1986, 3201/3343 (Şener, 126).

⁴⁷ İhtarın gerektiğinde ilân yoluyla yapılabileceğini öngören bu hüküm 743 sayılı eski Medenî Kanun m.132'de de mevcuttu ve öğreti 7201 sayılı Tebliğat Kanununun 28. maddesi varken bunun gereksiz olduğunu ifade etmekteydi (bkz., Tekinay, 225).

⁴⁸ Velidedeoğlu, , 210; Öztan, 395.

E) İHTARIN SONUÇSUZ KALMASI

İhtar alan eş, MK.m.164/II,c.3'te öngörölmüş iki aylık süre içinde ortak konuta dönerse artık boşanma dâvası açılmaz. Onun, ortak konuta dönmemesini haklı kılan bir nedenin bulunduğu hâllerde de durum aynıdır. Bu konuda ispat yükü kendisine ihtar gönderilmiş eşe aittir⁵¹. Ancak, öğretide⁵² ve uygulamada⁵³, haklı nedene dayalı terkte ayrı yaşamamanın makul bir süre için söz konusu olabileceği, yoksa hayat boyu ayrı yaşama hakkının kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir.

Mahkeme aracılığıyla gönderilen ihtar sonuçsuz kalabilir. Yani, ihtarın üzerinden en az iki ay geçmiş, ama buna rağmen uyarılan eş ortak konuta dönmemiştir (MK.m.164/II,c.3). Sadece ihtar semeresiz bırakmak suretiyle boşanma dâvasının açılmasını engellemek⁵⁴ veya çocuklarını görmek için gelip kısa bir süre sonra ortak konuttan ayrılan eş de ihtar üzerine dönmüş sayılmaz⁵⁵. Böyle bir durumda, ihtar gönderen eş terk nedeniyle boşanma dâvası açma hakkını elde etmiş olur⁵⁶. Şüphesiz, terk nedeniyle boşanma dâvası açma hakkının şartları oluşturulmaya çalışılırken başka bir boşanma nedeni yaratılmış, meselâ terk eden eşin zina yaptığı tespit edilmiş ise, buna dayanılarak da dâva açılabilir⁵⁷. Buna karşılık, hem öğreti hem de uygulamaya göre, eve dön ihtarından önceki olaylara dayanılarak terk dışındaki bir nedenle boşanma dâvasının açılması mümkün değildir. Zira, eve dön ihtarının gönderilmesi terkten önce gerçekleşmiş olayların boşanma nedeni olarak

⁴⁹ Tekinay, 223; Akıntürk, 249; Köprölü / Kaneti, 160. İBK. 27.3.1957, 10/1 (RG. 9641; YİBK., Hukuk Bölümü, C.5, s.3).

⁵⁰ Zevkliler / Acabey / Gökyayla, 992.

⁵¹ 2.HD. 12.5.1986, 4684/4894 (Şener, 170); 2.HD. 6.5.1986, 4512/4670 (Şener, 170).

⁵² Akıntürk, 249.

⁵³ 2.HD. 7.5.1992, 4923 /5323 (Şener, 103).

⁵⁴ 2.HD. 17.2.1986, 11181/1553 (Şener, 178).

⁵⁵ Zevkliler / Acabey / Gökyayla, 993; Öztan, 395-396.

⁵⁶ 2.HD. 4.7.1986, 5666/6820 (Şener, 165).

⁵⁷ Akıntürk, 249.

değerlendirilmediğini, söz konusu olaylara rağmen birlikte yaşama arzusunun devam ettiğini gösterir⁵⁸.

Kanunkoyucu, altı aylık sürenin dolmasından ve vaktinde gönderilen ihtarın semeresiz kalmasından sonra boşanma dâvasının açılabileceğini kabul etmiş, ama dâvanın hangi süre içinde açılacağı konusunda herhangi bir hüküm öngörmemiştir. Öğreti, terk eyleminin devam ediyor olması kaydıyla, terk nedenine dayanan boşanma dâvasının her zaman açılabileceğini ifade etmektedir⁵⁹. Şartlar bir kere gerçekleştikten sonra terk eden eşin ortak konuta dönmesi ya da dönme isteminde bulunması ihtar gönderen eşin boşanma dâvası açmasını engellemez⁶⁰. Dürüstlük kuralından (MK.m.2) kaynaklanabilecek istisnalar saklıdır.

IV- HÜKMÜ

Terk nedeniyle boşanma dâvası, eşlerden birinin yerleşim yeri veya dâvadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesinde açılır (MK.m.168). Görevli mahkeme aile mahkemesidir.

Boşanma dâvasına bakan hâkim, terk için aranan bütün şartların mevcut olup olmadığını kendiliğinden araştırmak zorundadır. İncelemesi sonucunda MK.m.164'ün aradığı şartların tümünün mevcut olmadığını görürse boşanma dâvasını reddeder; mevcut olduğunu tespit ederse boşanmaya karar verir. Onun, bu yüzden ortak hayatın temelinden sarsılmış olup olmadığını araştırma yetkisi yoktur. Zira, terk, daha önce de işaret edildiği üzere mutlak boşanma sebeplerindedir⁶¹.

V- SONUÇ

4721 sayılı yeni Medenî Kanunun terk nedeniyle boşanma dâvası açılabilmesi için geçmesi gereken asgarî süreyi üç aydan altı aya çıkarması isabetli olmuştur. Ancak, eşlerin düşünceleri ve barışma şanslarını artırmak için altı aylık sürenin de yeterli olmadığı, sürenin bir yıla çıkarılmasının uygun olacağı savunulabilir. Böylece, MK.m.166/III,c.1'deki bir yıllık süreyle de

⁵⁸ Bkz., Köprülü / Kaneti, 164-165; Şener, 94. 2.HD. 17.11.1986, 9105/10076 (Şener, 161-162); 2.HD. 3.6.1985, 5160/5393 (Şener, 184).

⁵⁹ Velidedeoğlu, 211; Feyzioğlu, 283; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, 993; Dural / Ögüz / Gümüş, 112.

⁶⁰ Dural / Ögüz / Gümüş, 114. 2.HD. 2.7.1985, 4862/6242 (Şener, 183).

⁶¹ Tekinay, 228; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, 993; Dural / Ögüz / Gümüş, 112. 2.HD. 10.3.1986, 2026/2487 (Şener, 175).

paralellik kurulmuş olur. Öğretide, 743 sayılı eski Medenî Kanun m.134'ün, 4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunla değiştirilmesinden önce, terk nedeniyle boşanmanın anlaşmalı boşanmaya yol açabileceği ifade edilirdi⁶². MK.m.166/II,c.1, anlaşmaya dayalı boşanma için evliliğin en az bir yıl sürmüş olmasını şart koştuğu için, bir yıl beklemek istemeyen, ama başka bir boşanma nedeni de ortaya koyamayan eşlerin 4721 sayılı yeni Medenî Kanun döneminde de aynı yolu seçmeleri mümkündür. Asgarî ayrı yaşama süresinin en az bir yıla çıkarılması bu sakıncayı da ortadan kaldıracaktır.

KAYNAKÇA

Akıntürk, Turgut, Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2002.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1986.

Köprülü, Bülent / Kaneti, Selim, Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1989.

Kuntalp, Erden, Mutlak Boşanma Nedenleri, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı (1925-1975), C.2, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s.113-125.

Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2004.

Şener, Esat, Uygulamada ve Teoride Her Yönü İle Boşanma, Ankara 1994.

Tekinay, Selâhattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1990.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Türk Medenî Hukuku, C.2, Aile Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 1965.

Zevkliler, Aydın / Acabey, M. Beşir / Gökyayala, K. Emre, Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara 1999.

Zevkliler, Aydın / Havutçu, Ayşe, Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), 2. Baskı, Ankara 2003.

⁶² Bkz., Velidedeoğlu, 211; Feyzioğlu, 279.

Makaleler

Kamu Hukuku

6245 SAYILI HARCIRAH KANUNU VE UYGULAMASI ÜZERİNE BAZI HUKUKİ DEĞERLENDİRMELER

Yrd. Doç. Dr. Abdullah UZ*

ÖZET

Türk Hukukuna göre; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu kapsamında çalışan kamu görevlilerinin, görevleri gereği yaptıkları seyahatlerdeki harcamaları kamu idarelerince karşılanması gerekmektedir. Bu bağlamda harcırah, 6245 sayılı Harcırah Kanununda özel olarak düzenlenmiştir. Gerek 657 sayılı Kanun gerekse 6245 sayılı Kanun, kamu görevlilerinin, görevleri ile ilgili olarak yaptıkları harcamaların harcırah yoluyla karşılanmasının kamu idarelerinin bir görevi olduğunu açıkça düzenlemiştir. Yani, geçici veya sürekli görevlendirmeler nedeniyle yapılan harcamaların karşılanması idareler için yasal bir yükümlülüktür. Kamu idarelerinin harcırahla ilgili yükümlülüğü yasada açıkça düzenlenmiş olmakla birlikte, geçici ve sürekli görevlendirmelerdeki harcırahlarla ilgili çözülmesi gereken bazı sorunlar vardır. Bu bağlamda, biz bu makalede harcıraha ilişkin bazı önemli hususlarla ilgili hukuki değerlendirmeler yapmaya çalıştık.

ANAHTAR KELİMELEER: Harcırah, Yolluk, 6245 sayılı Harcırah Kanunu, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu

SOME LEGAL ASSESSMENTS ON THE TRAWEL ALLOWANCE LAW NO 6245 AND ITS PRACTICE

ABSTRACT

According to Turkish Law when civil servants employed in the administrations within the scope of the Civil Servants Law No 657 make a travel in connection with his/her duty, their travel costs need to be compensate by Public Administration. In this regards allowance is regulated by the Trawel Allowance Law No 6245. Both the law No 657 and the Law No 6245 are clearly stated that compensation for trawel allowances of concerned civil servants is a duty for public administration. Namely compensate for allowances for temporary or permanent assignment is an obligation for administrative authorities. Although the responsibility of public administration about

* Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Hukuk Bilimleri A.B.D. (İdare Hukuku) Öğretim Üyesi

allowances is explicitly stated by law, there is some problems need to be resolved about allowances for temporary or permanent assignments and so on. In this regards, we try to make legal assessments on some significant allowance topics in this study.

KEYWORDS: Allowance, Travel Allowance Law No 6245, Civil Servants Law No 657

GİRİŞ

Kamu görevlileri ile idareler arasındaki hizmet ilişkileri, kural işlemlerle düzenlenmekte olup, bu tasarrufların dayandığı ilkeler, Anayasa'nın 123-129. maddelerinde gösterilmiştir. Kamu hizmetinin yürütülmesinde asli unsuru oluşturan ve statü hukukuna tabi olan kamu görevlileri ile ilgili olarak idare tarafından tesis edilen tek taraflı irade açıklamaları, çeşitli görünüm biçimleri içerisinde somutlaşmakta olup bu irade açıklamalarından bir tanesi de; atama işlemidir. Temel ve asli fonksiyonları kamu hizmetini yürütmek olan ve bir statü içerisinde görevlerini yerine getiren kamu görevlileri, kamu hizmetinin iyi işlemesi, idarenin fonksiyonlarını rasyonel ve verimli olarak yerine getirebilmesi için, ya kendi isteklerine dayalı olarak ya da re'sen, kanunlarda yer alan kurallar çerçevesinde, yetkili idari makamlarca buldukları yerden başka bir yere veya buldukları görevden başka bir göreve atanabilmektedirler. Atama işleminin de çeşitli görünüm biçimlerinde somutlaştığı, kamu görevine girişin kural olarak bir kadroyla ilişkilendirme ile başladığı, görev sırasındaki geçişlerin (yatay veya dikey) hep bir kadrodan diğerine geçiş biçiminde olduğu görülmektedir. Bu genel kuralın dışında, geçici görevlendirme, görevlendirme, vekaleten görevlendirme ve ikinci görev gibi işlemlerle asıl kadroda değişiklik sonucunu doğurmayan göreve yönelik değişikliklerde olmaktadır. İdarenin takdir yetkisi içerisinde re'sen kullanabileceği bir yetki durumunda olan atama işlemi, aynı zamanda kamu görevlisinin mevzuatın öngördüğü koşulların varlığı halinde talep edebileceği bir hak olarak da ifade edilebilir. Bu atamaya bağlı olarak da, yeni görev yerlerinde göreve başlayabilmek için bazı giderler yapmak zorunda kalmaktadırlar. İşte, kanun koyucu tarafından, atama işlemi sonucunda, görev yeri değişen kamu görevlisinin, maddi açıdan belli bir külfetle karşı karşıya kalması ve bu külfetin, kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanması nedeniyle ve kamuca karşılanması amacıyla, yasal düzenlemeler yapılmıştır.

Bu bağlamda kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan bu külfetin kamu adına paylaşılması amacıyla "harcırah" müessesesi getirilmiş ve harcırah verilmesini gerektirecek durumlar ile harcırah verilecek kişiler harcırah kavramına yönelik temel hukuksal metin olan 6245 sayılı Harcırah Kanunu ile

bu Kanun kapsamı dışında kalan kurum ve kuruluşların kendi kuruluş yasalarında belirlenmiştir.

I. TANIMI ve HUKUKİ NİTELİĞİ

Tanım

6245 sayılı Harcırah Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinin (a) bendinde harcırah, bu Kanuna göre ödenmesi gereken yol masrafı, gündelik, aile masrafı ve yer değiştirme masrafından birini, birkaçını veya tamamını ifade eden bir kavram olarak tanımlanmıştır. Anayasa Mahkemesine göre de harcırah; *kamu personeline, geçici veya sürekli görevle görevlendirilmeleri durumunda yol parası, gündelik, aile masrafı, yer değiştirme gideri, kurs yevmiesi veya yol gideri olarak tazminat verilmesi biçimindeki ödemeleri ifade edecek biçimde tanımlanmaktadır. Yolluk ödemesi, kamu hizmetinin gerektirdiği durumlarda, bu hizmet için görevlendirilen kişilerin katlanacakları giderleri karşılamak üzere yapılan parasal nitelikli bir idari işlemdir. Yolluk, geçici veya sürekli görevlendirmelerde görevliler tarafından yapılan masrafın karşılığıdır. Başka bir deyişle, statü hukukunun düzenlediği ve her zaman kullanılabilen öznel ve kazanılmış bir hak olmayıp, gerektiğinde görevlendirilen kişilere, katlandıkları zorunlu giderlerin karşılığı olarak yapılan bir ödemedir. 6245 sayılı Kanuna göre yapılan ödemelerin tümü, yolluk (harcırah) tur.*¹

Şu halde; hukuksal metinlerden ve yargı kararlarından hareketle bir tanım yapılacak olursa harcırah; "devamlı veya geçici bir görevle bir yere gönderilen görevlilere, bu yere gidebilmelerine, orada yiyip içme ve konaklama gibi yapacakları diğer giderlere karşılık verilen para" olarak tanımlanabilir.² Daha genel bir ifade ile "harcırah"; bir kamu görevlisinin kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla katlanmak zorunda kaldığı mali külfete, kamunun aktif katılımını sağlayan bir hukuksal araç olarak tanımlanabilir.

Harcırahın Hukuki Niteliği

Bilindiği üzere; Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında memurların ve diğer kamu görevlilerinin aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Bu hükmünden hareketle, memur ve hizmetliler bakımından harcırahın bir özlük hakkı olup olmadığı sorgulanabilir.

¹ Anayasa Mahkemesi'nin E:1988/12, K:1988/32 sayılı, 28.9.1988 günlü kararı (Anayasa Mahkemesi Karar Bilgi Bankası- www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp) (Vurgulama yazara aittir)

² Danıştay İkinci Dairesi, E.2004/7942, K. 2005/4297 Karar Tarihi : 23/12/2005 (Danıştay Bilgi Bankası Karar Erişim Sistemi- www.danistay.gov.tr/kerisim)

Anayasa Mahkemesi'ne göre;

*"6245 sayılı Yasa'ya göre yapılan ödemelerin tümü, yolluk (harcırah) tur. Görevin özelliğine, yolluğa hak kazanan kişinin durumuna göre, yolluk unsurlarından birinin veya birkaçının ödenmemesi, kimi durumlarda yolluk unsurlarının tek tek hesaplanması yönteminden ayrılarak kurs gündeliği, komple kamyon bedeli, abonman kartı gibi başka isimler altında belirli bir ödeme yapılması, ödemenin Yasa'ya göre yolluk niteliğini değiştirmemektedir. 49. madde ile gezici görevlilere tazminat adı ile yapılan ödeme de bu niteliktedir. Gezici görev tazminatının aylık bir bedel olma özelliği yoktur. 49. maddedeki aylık gezici görev tazminatı deyimi, bu ödemenin, özlük haklarından olan "aylıklar" gibi bir ödeme olduğunu değil, gezici görevin gerektirdiği giderin aydan aya verilmesini anlatmaktadır. Hangi isim altında verilirse verilsin, yolluk, periyodik biçimde değil, hizmet yapılmasına gerek duyulması ve hizmetin yapılması koşulu ile ödenmektedir. Bu nedenle yapılan ödemenin "aylık bir bedel" olarak kabulü olanaksızdır."*³

Ancak Harcırah Kanununa ilişkin olarak itiraz yoluna başvuran mahkemelerin⁴ gerekçelerinde "harcırahın, "kamu görevliliği" statüsünden doğan ve atama emri tebliğ edilince ödeme emri aranılmaksızın, saymanlıklarca derhal ödenmesi gereken, nakil işleminin gerekçesinden bağımsız olarak, kamu görevlisinin yer değiştirmesi sırasında doğan bir takım masraf ve giderlerin karşılanmasına yönelik, sosyal bir "özlük hakkı" niteliğinde olduğu, kamu görevliliği statüleri devam ettikçe, hiçbir kamu görevlisinin bu haktan mahrum bırakılmasının düşünülemeyeceği" ifadelerine yer verilmiş,⁵ Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu başvurularla ilgili kararında bu nitelendirmeye ilişkin herhangi bir değerlendirmede bulunulmamıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, Anayasa mahkemesinin ilgili mahkemelerin Anayasa'ya aykırılık iddialarını yerinde bulmuş olması, harcıraha ilişkin "sosyal bir özlük hakkı" nitelendirmesini benimsediği anlamına gelmez. Zira Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında, hukuki niteliğinden bağımsız olarak harcırahla ilgili düzenlemenin Anayasaya aykırılığı iddiasını ele almıştır.

³ Anayasa Mahkemesi, E:1988/12, K:1988/32 sayılı 28.9.1988 günlü karar, Anayasa Mahkemesi, E.2004/54 K.2005/24 sayılı 4.5.2005 günlü karar R. G. 26.11.2005 (Anayasa Mahkemesi Karar Bilgi Bankası-www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp)

⁴ 1- Gaziantep İdare Mahkemesi (Esas : 2004/54), 2- Van İdare Mahkemesi (Esas : 2004/33) 3- Ankara 10. İdare Mahkemesi (Esas : 2004/71), 4- Erzurum 1. İdare Mahkemesi (Esas : 2004/74), 5- Adana 2. İdare Mahkemesi (Esas : 2004/80), 6- İzmir 1. İdare Mahkemesi (Esas : 2004/111)

⁵ AYM, E. 2004/54, K. 2005/24, K.T. 4.5.2005 (Anayasa Mahkemesi Karar Bilgi Bankası-www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp)

Danıştay'ın bu konudaki yaklaşımına gelince; Ankara 5. İdare Mahkemesinin 31.3.2003 günlü, E:2002/292, K:2003/350 sayılı kararıyla; 4603 sayılı Kanununun 1/5. maddesinde; bu Kanuna tabi Bankalar hakkında 6245 sayılı Harcırah Kanununun uygulanmayacağı, 2. maddesinin 3. fıkrasında ise, Bankaların bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte mevcut personeli hakkında **aylık, özlük ve emeklilikleri yönünden** tabi oldukları mevzuatın uygulanmasına devam olunacağı, özel hukuk hükümlerine tabi personel için çıkartılan Harcırah Yönetmeliğinin özel hukuk hükümlerine tabi olarak istihdam edilmeyen davacıya uygulanmasının mümkün olmadığı, davacının hakkında da Harcırah Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiği gerekçesiyle dava reddedilmiş, davacı, 6245 sayılı Kanunun tüm Banka personeli hakkında uygulanamayacağını, 4603 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte mevcut personeli hakkında aylık, özlük ve emeklilikleri yönünden tabi oldukları mevzuatın uygulanacağına ilişkin bulunan 2/3. fıkrasının ise, harcırah konusunu kapsamadığını öne sürerek İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemiş ancak Danıştay 5. Dairesince, Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin verdiği karar ve dayandığı gerekçenin hukuk ve usule uygun olduğu, bozulmasını gerektirecek bir sebep de bulunmadığından temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.⁶ Görüldüğü üzere, İdare Mahkemesi ve Danıştay kararında harcırah, özlük kapsamında değerlendirilmiştir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin de, yolluk ve harcırahın özlük haklarından olduğu sonucuna götürecekt kararları mevcuttur.⁷ AYİM'e göre; *"1602 sayılı Kanunun 34 nci maddesi askeri kişilerin özlük işleri konusunda AYİM'de dava açılması gerektiği hükmünü amirdir. Aynı Kanunun AYİM'de Dairelerin görevlerini düzenleyen 22 nci maddesinde ise dava konuları tadadi olarak sayılmak suretiyle belirtilmektedir. Bunlardan doğrudan özlük işlerine müteallik olan aylık ve yolluklara ilişkin iptal ve tam yargı davalarının AYİM'de görüleceği hükmü düzenlemiştir. Görüldüğü üzere harcırah kavramı içerisinde mütalaa olunan "yolluklar" la ilgili AYİM'in görevli bulunduğu açıkça Kanunda belirtilmiştir. Buna bağlı olarak harcırah kavramı içerisinde tanımlanan yer değiştirme masrafi yada yolluğundan kaynaklanan asker*

⁶ Beşinci Daire, E.2003/5691, K.2004/227, K2003, K.T. 30.01.2004 (Danıştay Bilgi Bankası Karar Erişim Sistemi- www.danistay.gov.tr/kerisim)

⁷ AYİM.1.D. E. 92/231006, K.T. 21.05.1992, Dergi No:7; AYİM.1.D. E.1996/10 K.1996/634 K.T. 02.07.1996 Dergi No:11

kişilerin açmış oldukları idari davaların da AYİM'in görevine girdiği açıkça anlaşılmaktadır.”⁸

Sayıştay'a göre ise; belli bir hizmetin görülmesi amacıyla yapılan masraf karşılığı olan harcırahın bu niteliği itibariyle özlük hakları meyanında düşünülmesi mümkün değildir.⁹

Yukarıda da açıkça görüldüğü üzere, yargı kararlarında¹⁰ harcırahın hukuksal nitelendirmesi üzerinde bir uzlaşma yoktur. Doktrinde ise, konuya ilişkin ayrıntılı bir incelemenin olmadığı gözlenmektedir. Yapılacak hukuki nitelendirmenin ne gibi bir anlam ve önemi haiz olduğu konusuna gelince, eğer harcırahın bir özlük hakkı olduğu sonucuna ulaşılabilecek olursa, Anayasanın 128. maddesinde yer alan güvenceler harcırah bakımından da geçerli olacaktır.

II. HARCIRAH KANUNUNA TABİ KAMU İDARELERİ

Harcırah Kanununa tabi kamu idareleri, söz konusu Kanunun 1. maddesinde sayma yoluyla belirtilmiş olup buna göre; *umumi muvazeneye dahil dairelerle mülhak ve hususi bütçeli idareler (Köy bütçeleri hariç) ve bunlara bağlı sabit ve mütedavil sermayeli müesseseler; hususi kanunlarla kurulmuş banka ve teşekküller ile söz konusu daire, idare, banka, teşekkül ve müesseselerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları teşekkül ve müesseseler* tarafından ödenecek harcırah bu kanun hükümlerine tabidir.

Görüldüğü gibi Kanunun ilgili düzenlemesi, 2005 yılı başından itibaren 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile yürürlükten kaldırılan 1050 sayılı Kanuna paralel bir şekilde vazedilmiştir. Bilindiği gibi 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanununda bütçe türleri; 1- Genel Bütçe, 2- Katma Bütçe, 3- Özel Bütçe ve bunlara bağlı döner sermaye bütçesi, şeklinde düzenlenmiş ve söz konusu Kanunda öngörülmemiş olmasına rağmen uygulamada fon bütçeleri de tesis edilmişti. Ancak 5018 sayılı Kanunla birlikte, bütçe türleri uluslararası standartlara uygun olarak yeniden tanımlanmış ve sınıflandırılmış olup,¹¹ bu çerçevede katma bütçe kaldırılmış ve bu kapsamda

⁸ Karar Dairesi:AYİM 3.D. Karar Tarihi:21.12.2004 Karar No: E.2004/44 Karar No: K.2004/1872 Dergi No:20

⁹ Temyiz Kurulu Kararı, Kararın Numarası : 25703, Kararın Tarihi : 27.05.2002 (www.sayistay.gov.tr)

¹⁰ Sayıştay'ın bir yargı mercii olup olmadığı konusunda ayrıntılı bir çalışma için bkz. UZ, Abdullah (2005), “Hesapları Kesin Hükme Bağlamakla Görevli Sayıştay'ın Yargısal Kimliği” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 80. Yıl Armağanı, Yıl: 2005, S. 4

¹¹ 5018 sayılı Kanunun 12. maddesine göre genel yönetim kapsamındaki idarelerin bütçeleri; merkezî yönetim bütçesi, sosyal güvenlik kurumları bütçeleri ve mahallî idareler bütçelerinden oluşur. Kanuna göre merkezî yönetim bütçesi, bu

yer alan kamu idareleri idari ve malî statüsüne göre genel bütçeli ya da özel bütçeli idare haline getirilmiştir. Böylece 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile getirilen düzenleme ile bütçe türleri; 1- Merkezi yönetim bütçesi, 2- Sosyal güvenlik kurumları bütçeleri ve 3- Mahalli idareler bütçeleri olarak düzenlenmiş ve kamu idarelerince bunlar dışında herhangi bir ad altında bütçe oluşturulamayacağı hükme bağlanmıştır. Kanunda yapılan bu düzenleme ile; katma bütçeler ve fonlar kaldırılmış, 11.12.2007 tarihine kadar da döner sermaye bütçelerinin kaldırılması öngörülmüştür. Dolayısıyla; 6245 sayılı Kanunun hangi idareleri kapsadığı konusundaki değerlendirmenin 5018 sayılı Kanun hükümleri de dikkate alınarak yapılması gerekir.¹²

Genel Bütçeye Dahil Daireler

5018 sayılı Kanuna ekli (I) Sayılı Cetvelde, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri sayma yoluyla belirtilmiş olup söz konusu idareler aksine bir açık düzenleme getirilmediği sürece 6245 sayılı Kanunun kapsamı içerisinde dir.

Katma Bütçeli İdareler

Yukarıda da değinildiği üzere 5018 sayılı Kanun, bütçe türleri arasında katma bütçeye yer vermemiş, 1050 sayılı Kanundaki düzenleniş biçimiyle katma bütçeli idareler, 5018 sayılı Kanunda belirtilen bütçe türleri içerisinde dağıtılmış ve böylece katma bütçe türü kaldırılmıştır. Şu halde 6245 sayılı Kanunun kapsama ilişkin düzenlemesinde yer alan Katma Bütçeli İdareler ifadesine karşılık gelecek bir bütçe türü kalmamıştır. Ancak katma bütçe türüne 5018 sayılı Kanunda yer verilmemiş olmakla birlikte, 1050 sayılı Kanun döneminde katma bütçeli idareler arasında bulunan kurumların aksi bir düzenleme getirilmediği sürece 6245 sayılı Kanun kapsamında olduğu söylenebilir.

Kanuna ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idarelerinin bütçelerinden oluşur. Genel bütçe, Devlet tüzel kişiliğine dahil olan ve bu Kanuna ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kamu idarelerinin bütçesidir. Özel bütçe, bir bakanlığa bağlı veya ilgili olarak belirli bir kamu hizmetini yürütmek üzere kurulan, gelir tahsis edilen, bu gelirlerden harcama yapma yetkisi verilen, kuruluş ve çalışma esasları özel kanunla düzenlenen ve bu Kanuna ekli (II) sayılı cetvelde yer alan her bir kamu idaresinin bütçesidir. Düzenleyici ve denetleyici kurum bütçesi, özel kanunlarla kurul, kurum veya üst kurul şeklinde teşkilatlanan ve bu Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan her bir düzenleyici ve denetleyici kurumun bütçesidir. Sosyal güvenlik kurumu bütçesi, sosyal güvenlik hizmeti sunmak üzere, kanunla kurulan ve bu Kanuna ekli (IV) sayılı cetvelde yer alan her bir kamu idaresinin bütçesidir. Mahallî idare bütçesi, mahallî idare kapsamındaki kamu idarelerinin bütçesidir.

¹² Bu arada 29.10.2005 tarihli Anayasa değişikliği ile, 5018 sayılı Kanunda benimsenen bütçe anlayışına paralel düzenlemeler Anayasada yerini almıştır.

Özel İdareler ve Belediyeler

6245 sayılı Kanun mahalli idareler bakımından sadece özel idare ve belediye kavramına yer vermiş, bir mahalli idare olmasına rağmen köy tüzel kişiliğini kapsama dahil etmemiştir.

Sabit ve Döner Sermayeli Kuruluşlar

Bu kategoriye sadece genel ve katma bütçeli idareler ile özel idare ve belediyelere bağlı sabit ve döner sermayeli kuruluşlar girmektedir. Buna göre, tüzel kişiliği olup olmadığına bakılmaksızın döner sermayeli kuruluşlar 6245 sayılı Kanun kapsamında bulunmaktadır. Ancak yukarıda da değinildiği üzere 5018 sayılı Kanunla 11.12.2007 tarihine kadar döner sermaye bütçelerinin kaldırılması öngörülmüştür.

Kamu İktisadi Teşebbüsleri (Kamu İktisadi Kuruluşları ve İktisadi Devlet Teşekkülleri)

Teşebbüs ve işletme tanımlarına 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararnamede yer verilmiş olup, buna göre; “Teşebbüs”, iktisadi devlet teşekkülü ile kamu iktisadi kuruluşunun ortak adı, “İktisadi Devlet Teşekkülü”, sermayesinin tamamı Devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek amacıyla kurulan kamu iktisadi teşebbüsü, “Kamu İktisadi Kuruluşu”, sermayesinin tamamı Devlete ait olan ve tekel niteliğindeki mallar ile temel mal ve hizmet üretmek ve pazarlamak üzere kurulan kamu hizmeti niteliği ağır basan kamu iktisadi teşebbüsü olarak tanımlanmıştır.

İdarelerin Sermayesinin Yarısından Fazlasına Sahip Buldukları Teşekkül ve Müesseseler

Söz konusu düzenleme uyarınca; İktisadi Devlet Teşekkülleri ve Kamu İktisadi Kuruluşlarının veya bağlı ortaklıkların sermayelerinin %26-50 sine sahip buldukları anonim şirketlerdeki hisselerini ifade eden ve kamu sermayesi katılmakla birlikte kamu kurumu sayılması mümkün olmayan¹³ “kamu iştirakleri” 6245 sayılı Kanun kapsamında değildir. Öte yandan 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararnamede tanımlandığı şekliyle “Müessese”, sermayesinin tamamı bir iktisadi devlet teşekkülüne veya kamu iktisadi kuruluşuna ait olup, ona bağlı işletme veya işletmeler topluluğunu ifade ettiğine göre, teknik anlamda “müessese”den bahsedilebilmesi için sermayesinin tamamı bir iktisadi devlet teşekkülüne veya kamu iktisadi kuruluşuna ait olması gerekir. Yani sermaye unsuru yönünden idarelerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulunması koşulu, müesseselerde ancak sermayenin tümüyle kamuya ait olması şeklinde

¹³ GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, Ankara 2002 s. 465

gerçekleşebilir. Dolayısıyla madde metninde teknik anlamda “müessese” yerine, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası bir iktisadi devlet teşekkülüne veya kamu iktisadi kuruluşuna ait olan “bağlı ortaklıklar” a yer verilmesi daha doğru olacağı gibi, sermaye oranının bu şekilde belirlenmesinde güdülen amaca da uygun bir düzenleme yapılmış olurdu.

Diğer taraftan; yarıdan fazla sermaye unsurunu karşılama bile 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararıda müesseselerin ve bağlı ortaklıkların mal ve hizmet üreten fabrika ve diğer birimleri olarak tanımlanmış “İşletme” ve Borçlar Kanununun 520. maddesinde iki veya daha çok kimsenin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek için birleştirmeleri olarak tanımlanmıştır “Şirket”ler ise 6245 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilemez.¹⁴

¹⁴ Danıştay 1. Dairesi; Belediyelerin, sermayelerinin yarısından fazlasına katılması suretiyle kurulan şirketlerde çalışanların yollukları bakımından 6245 sayılı Kanun kapsamında olmadıkları yönünde görüş bildirmiştir. Birinci Daire’ye göre; 6245 sayılı Harcırah Kanununun 1 inci maddesinde, genel bütçeye dahil dairelerle katma ve özel bütçeli idareler (Köy bütçeleri hariç) ve bunlara bağlı sabit ve döner sermayeli kurumlar ile bunların sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları kurum ve kuruluşlar tarafından ödenecek yollukların 6245 sayılı Kanuna göre belirleneceği öngörülmüştür. Bu hükümlere göre, belediyelerce sermayesinin yarısından fazlasına katılmak suretiyle kurulan teşekkül ve kurumlarda çalışan memurların, yolluklarının 6245 sayılı Harcırah Kanununa göre belirleneceği kuşkusuzdur. Oysa istem yazısında sözü edilen, belediyelerce sermayelerinin yarısından fazlasına katılmak suretiyle kurulan şirketler, özel hukuk hükümlerine göre oluşturulan ve dolayısıyla sözü edilen maddelerde öngörülen teşekkül veya kurum (müessese) olarak nitelendirilmesi olanağı bulunmayan özel hukuk tüzelkişileridir. Bu nedenle de, tüm faaliyetleri ile çalışanlarının aylık ve yolluklarının belirlenmesi bakımından özel hukuk hükümleri kapsamındadırlar. Bu durum karşısında, belediyelerce sermayelerinin yarısından fazlasına katılmak suretiyle kurulan şirketlerde çalışanların yollukları bakımından 6245 sayılı Kanun kapsamında olmadıkları sonucuna ulaşılmıştır. Birinci Daire, E.1998/209, K.1998/290, K.T. 02.11.1998, D.D. SAYI:99. (Danıştay Bilgi Bankası Karar Erişim Sistemi- www.danistay.gov.tr/kerisim). Yine Birinci Daire’ye göre; sermayeleri birden fazla kuruluşa ait ve toplam kamu payı oranı %50’den fazla olan iştirak statüsündeki şirketler de, özel hukuk hükümlerine göre kurulmuş ve özel bir düzenleme ile sermayelerinin yarıdan fazlası kamuya geçmiş şirketlerdir. Bu şirketlerin sermayelerinin yarıdan fazlasının kamuya geçmesi durumu, açık bir düzenleme olmadıkça, personelinin başlangıçtan bu yana gelen statülerinde bir değişikliğe neden olamaz. Bu sebeple, bu iştirakler personeli hakkında da harcırah yönünden toplu sözleşme hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Bkz. Danıştay Birinci Daire,

6245 sayılı Kanunun kapsama ilişkin düzenlemesi, 5018 sayılı Kanunda benimsenen bütçe türleri esas alınarak bu şekilde yorumlanabilir. Ancak 5018 sayılı Kanunun, 6245 sayılı Kanun bakımından önemli olduğunu düşündüğüm bir düzenlemesi daha vardır. 5018 sayılı Kanun başta 1050 sayılı Kanun olmak üzere bir kısım mevzuatı yürürlükten kaldırmıştır. Buna ilişkin düzenleme 5018 sayılı Kanunun 81. maddesinde yer almakta olup, söz konusu maddenin (c) bendinde bu Kanun kapsamındaki kamu idarelerine ilişkin olarak, diğer kanunlarla 6245 sayılı Harcırah Kanununa tâbi olunmadığına dair istisna veya muafiyet getiren hükümlerin yürürlükten kaldırıldığı belirtilmiştir. Böylece 6245 sayılı Kanuna tabi olunmadığına ilişkin diğer kanunlarla getirilen düzenlemelerden 5018 sayılı Kanun kapsamında yer alanlara yönelik olanlar yürürlükten kaldırılmıştır. Burada 5018 sayılı Kanunun kapsamına hangi idarelerin girdiği konusu önem kazanmaktadır. Zira yukarıda bahsi geçen 81/c düzenlemesi, sadece 5018 sayılı Kanun kapsamındaki idarelere ilişkin muafiyet ve istisnalara son vermiştir.

5018 sayılı Kanunun kapsamına, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahallî idarelerden oluşan genel yönetim kapsamındaki kamu idareleri girmektedir. Merkezî yönetim kapsamındaki kamu idareleri; 5018 sayılı Kanuna ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri; düzenleyici ve denetleyici kurumlar, Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumları; sosyal güvenlik kurumları, aynı Kanuna ekli (IV) sayılı cetvelde yer alan kamu kurumları; mahallî idareler ise, yetkileri belirli bir coğrafi alan ve hizmetlerle sınırlı olarak kamusal faaliyet gösteren belediye, il özel idaresi ile bunlara bağlı¹⁵ veya bunların kurdukları veya üye oldukları birlik ve idareleri ifade edecek şekilde tanımlanmıştır. İlgili cetveler ve içerdiği idareler aşağıdaki gibidir¹⁶:

- **(I) Sayılı Cetvel-Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri:** *Türkiye Büyük Millet Meclisi, Cumhurbaşkanlığı, Başbakanlık, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Sayıştay, Uyuşmazlık Mahkemesi, Yüksek Seçim Kurulu, Adalet Bakanlığı, Millî Savunma Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı, Maliye Bakanlığı, Millî Eğitim Bakanlığı, Bayındırlık ve İskân Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Ulaştırma Bakanlığı, Tarım ve Köyişleri Bakanlığı,*

E.1994/46, K.1994/57, K.T.04.04.1994 (Danıştay Bilgi Bankası Karar Erişim Sistemi- www.danistay.gov.tr/kerisim)

¹⁵ Bağlı idare; belediyelere bağlı, kanunla kurulan, ayrı bütçeli ve kamu tüzel kişiliğini haiz su ve kanalizasyon, otobüs, ulaştırma ve benzeri hizmetleri yürüten idareleri ifade eder.

¹⁶ Söz konusu listenin, bu makalenin yayım aşaması ve sonrasında değiştirilmiş olabileceği hususu okuyucu tarafından dikkate alınmalıdır.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Çevre ve Orman Bakanlığı, Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği, Millî İstihbarat Teşkilâtı Müsteşarlığı, Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü, Diyanet İşleri Başkanlığı, Devlet Planlama Teşkilâtı Müsteşarlığı, Hazine Müsteşarlığı, Dış Ticaret Müsteşarlığı, Gümrük Müsteşarlığı, Denizcilik Müsteşarlığı, Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu, Devlet Personel Başkanlığı, Özürlüler İdaresi Başkanlığı, Türkiye İstatistik Kurumu, Gelir İdaresi Başkanlığı, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü, Karayolları Genel Müdürlüğü, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü, Tarım Reformu Genel Müdürlüğü, Orman Genel Müdürlüğü, Petrol İşleri Genel Müdürlüğü, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü, Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı, Basın-Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü, Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü

- **(II) Sayılı Cetvel-Özel Bütçeli İdareler:** *Yükseköğretim Kurulu, (Vakıf Üniversiteleri hariç) Üniversiteler, Yüksek Teknoloji Enstitüleri, Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Başkanlığı, Atatürk Araştırma Merkezi, Atatürk Kültür Merkezi, Türk Dil Kurumu Başkanlığı, Türk Tarih Kurumu Başkanlığı, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu, Türkiye Bilimler Akademisi Başkanlığı, Türkiye Adalet Akademisi Başkanlığı, Avrupa Birliği Eğitim ve Gençlik Programları Merkezi Başkanlığı, Yakın ve Ortadoğu Çalışma Eğitim Merkezi, Yükseköğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü, Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü, Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü, Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu Genel Müdürlüğü, Vakıflar Genel Müdürlüğü, Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü, Elektrik İşleri Etüd İdaresi Genel Müdürlüğü, Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü, Türk Akreditasyon Kurumu, Türk Standartları Enstitüsü, Millî Produktivite Merkezi, Türk Patent Enstitüsü, Ulusal Bor Araştırma Enstitüsü, Türkiye Atom Enerjisi Kurumu, Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı, İhracatı Geliştirme Etüt Merkezi, Türk İşbirliği ve Kalkınma İdaresi Başkanlığı, Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı, GAP Bölge Kalkınma İdaresi, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, Ceza ve İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İş Yurtları Kurumu*
- **(III) Sayılı Cetvel-Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar:** *Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Telekomünikasyon Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Enerji Piyasası Düzenleme*

Kurulu, Kamu İhale Kurumu, Rekabet Kurumu, Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu

- **(IV) Sayılı Cetvel-Sosyal Güvenlik Kurumları:** *T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü, Sosyal Sigortalar Kurumu, Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu, Türkiye İş Kurumu*

Yine aynı Kanunun geçici 13. maddesi ile de; 5018 sayılı Kanunun yayımı tarihinden sonra kurulacak kamu idarelerinin kuruluş kanunlarında belirlenmemesi durumunda kuruluş bütçesinin ekli cetvellerden hangisine dahil olacağı Maliye Bakanlığınca belirleneceği hükme bağlanmıştır.

Ancak 5018 sayılı Kanun; düzenleyici ve denetleyici kurumların, bu Kanunun sadece 3, 7, 8, 12, 15, 17, 18, 19, 25, 42, 43, 44, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 68, 76 ve 78 inci maddelerine tâbi olduğu hükmünü içermektedir. Acaba bu düzenleme 81. maddenin (c) bendinin düzenleyici ve denetleyici kurumlar için geçerli olmadığı sonucuna bizi götürebilir mi? Kanımızca söz konusu kurumların Kanunun sadece belli hükümlerine tabi olması, kapsam bakımından bir sorun teşkil etmemesi gerekir. Nitekim kapsama ilişkin madde metni lafzi yoruma tabi tutulacak olursa, düzenleyici ve denetleyici kurumların merkezi yönetim kapsamındaki idareler arasında yer aldığı, bu idarelerin ise 5018 sayılı Kanun kapsamında olduğunun şüpheye yer vermeyecek kadar açık olduğu sonucu çıkacaktır. Yani düzenleyici ve denetleyici kurumlar, 5018 sayılı Kanunun kapsamında iseler-ki öyle olduğu Kanunun 2. maddesinde açıkça düzenlenmiştir- 81. maddenin (c) bendi bunlar için de geçerli olmalıdır. Ancak maddenin kaleme alınış şeklinin sorunlu olduğu gözlenmektedir. Nitekim; 5018 sayılı Kanunun genel gerekçesinde; düzenleyici ve denetleyici kurumların, Kanunda sayılan sınırlı sayıdaki maddeye tâbi olmakla birlikte genel olarak Kanun kapsamı dışında tutulduğu belirtilmiş, kapsama ilişkin 2. madde gerekçesinde ise; Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası ile kamu iktisadî teşebbüsleri ve kamuya ait şirketlerin Kanun kapsamı dışında tutulduğu; malî özerkliklerinin korunması amacıyla düzenleyici ve denetleyici kurumların ise Kanunun sadece belirli maddelerine tâbi olmalarının hükme bağlandığı ifade edilmiştir. Bununla birlikte; 2. maddede yer alan “*düzenleyici ve denetleyici kurumlar, bu Kanunun sadece 3, 7, 8, 12, 15, 17, 18, 19, 25, 42, 43, 44, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 68, 76 ve 78 inci maddelerine tâbidir.*” hükmü, *düzenleyici ve denetleyici kurumların da kapsama dahil olduğu, ancak bu kurumlar için 5018 sayılı Kanunun sadece belli hükümlerinin uygulanabileceği yorumuna götürecektir nitelikte kaleme alınmıştır.* Halbuki, düzenleyici ve denetleyici kurumlara kapsam içinde yer verilmeseydi, 5018 sayılı Kanunun 3, 7, 8, 12, 15, 17, 18, 19, 25, 42, 43, 44, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 68, 76 ve 78 inci maddelerinin düzenleyici ve denetleyici kurumlara da uygulanacağı hükme bağlansaydı, gerekçe ile madde metni arasındaki uyum sağlanmış olurdu. Şu halde, madde metninin aksine bir yoruma da izin verecek şekilde yanıltıcı bir

biçimde kaleme alındığını kabul etmekle birlikte, kanun koyucunun gerekçede yer alan amacı dikkate alınarak yapılacak bir amaçsal yorum sonucunda, 5018 sayılı Kanununun 81. maddesinin (c) bendinin düzenleyici ve denetleyici kurumlar bakımından geçerli olmadığı kanısındayız. Yani bu kurumlar, ilgili kanunlarında aksine bir düzenleme yoksa 6245 sayılı Harcırah Kanunu hükümlerine tabi olmayacaktır.

Diğer taraftan; 6245 sayılı Kanunun kapsamına dahil edilmemekle birlikte özel düzenlemelerinde Harcırah Kanununa atıf yaparak bu Kanun hükümlerinin esas alınacağı yönünde hükümler bulunan kurumlar da Harcırah Kanununa tabi olacaktır.¹⁷

¹⁷ Kapsama ilişkin olarak verilmiş bir Danıştay kararı konunun yanlış anlaşıldığı izlenimi uyandırmaktadır. Söz konusu kararında Danıştay; "...davacı, herne kadar, Kanununun 4.maddesinin 1. fıkrası kapsamında bulunmakta ve Devlet Hastanesinde doktor olarak çalışmakta ise de, 1986 yılı hac seferinde geçici olarak görevlendirilmesi nedeniyle kendisine yapılacak yolluk ödenmesinin bu kanununun 1. maddesinde sayılan kurum ve kuruluşlardan birisi "tarafından" yani Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı tarafından değil Türkiye Diyanet Vakfınca yapılacak olması ve esasen dosyadaki belgelere göre sözkonusu yolluğun adı geçen Vakıf tarafından ödenmiş bulunması karşısında olayda 6245 sayılı Harcırah kanunu hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek bir durum bulunmamaktadır. Bir başka anlatımla, yolluğu ödeyen kuruluşun 6245 sayılı yasanın 1. maddesi kapsamında bulunmaması nedeniyle, yapılacak ödemenin miktarının da bu yasa hükümlerine göre hesaplanması söz konusu değildir." sonucuna ulaşmıştır. Beşinci Daire, E.1986/1938, K.1988/2866, K.T. 06.12.1988 DAN-DER; SAYI:74-75. Ancak bahse konu karara karşı oy kullanan üyelerce de vurgulandığı üzere (KARŞI OY(1): 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 177.maddesinde, bu kanun kapsamındaki memurlardan, bir görevin yapılması için sürekli veya geçici olarak görev yerinden ayrılanların yol giderleri ile gündeliklerinin, yolluklar hakkındaki özel kanun hükümlerine göre ödeneceği belirtilmiş, 6245 sayılı Harcırah Kanununun 4.maddesinde Harcırah Kanunu kapsamındaki kurumlarda çalışan memur ve hizmetlilere ... bu kanunda belirtilen hallerde harcırah verileceği açıklanmış, 14. maddesinde de, 1. maddede yazılı kurumlara ait bir görevin yapılması amacıyla yurt içi veya yurt dışında başka bir yere gönderilenlere bu Kanun Hükümlerine göre harcırah verileceği kurala bağlanmıştır. Olayda, davacı Sağlık Bakanlığı Kuruluşunda görevli doktor (memur) olup, kurumca sağlık hizmeti için yurt dışında geçici olarak görevlendirildiğine göre harcırahın kimin tarafından ödeneceğine bakılmaksızın en az harcırah kanunundaki miktar düzeyinde harcırahın kendisine ödenmesine karar verilmesi gerekeceği görüşüyle çoğunluk kararına bu yönden karşıyım. KARŞI OY(2): Her yıl yüz bine yakın Türk vatandaşının Hac amacıyla ziyaret ettiği Suudi Arabistandaki iklim ve

III. HARCIRAH ALABİLECEK KİŞİLER

Harcırah Kanunu'nun 4. maddesinde harcırah verilecek kimseler sayma yoluyla belirtilmiştir. Buna göre;

- *6245 sayılı Kanun kapsamına giren kurumlarda çalışan memur ve hizmetliler ile aile fertlerine ve aynı kurumlarda fahri olarak çalışanlara;*
- *Memur veya hizmetli olmamakla beraber 6245 sayılı Kanununun 1. maddesinde sayılan kurumlarca geçici bir vazife ile görevlendirilenlere;*
- *Kadrosuzluk dolayısıyla açıkta kalan memurlara ve bunların aile fertlerine;*
- *Hizmetlilerden cezaen olmamak üzere vazifelerine son verilenlere ve bunların aile fertlerine;*
- *Memur veya hizmetlinin vefatında aile fertlerine, çocuklara refakat ettirilecek memur ve hizmetlilere;*
- *Hükümlü, tutuklu veya gözetim altında bulunduranların sevkinde ya da refakatte görevlendirilen erbaş ve erlere;*
- *Milli ve resmi spor temasları dolayısıyla seyahat edecek sporcu ve idarecilere;*
- *Birlik halinde yabancı memleketlere gönderilecek Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarına ve bunların Türkiye'de bırakacakları aile fertlerine;*
- *Aile ile birlikte oturulması yasak edilen bölgelerdeki askeri şahısların aile fertlerine;*

sağlık şartları dikkate alınarak gerek bunların ve taşıyabilecekleri hastalıklar yönünden toplumumuzun korunması Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığının görevleri cümlesindedir. Bu amaçla bakanlık Kızılay'la birlikte oluşturduğu sağlık ekiplerini Hac kafileleriyle birlikte Suudi Arabistan'a göndermekte, bu ekiplerde sağlık personeli görevlendirmektedir. Dava konusu uyuşmazlık görevlendirilen personele ödenecek yolluklardan doğmaktadır. Harcırah Kanununun 14. maddesi kanunun 1. maddesinde yazılı kurumlara ait bir vazifenin ifası maksadıyla geçici olarak yurt içinde ve yurt dışında başka bir yere gönderilenlere geçici görev yolluğu, yol masrafı ve yevmiye verileceğini öngörmektedir. Binaenaleyh Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı kendi görevlerine dahil bir vazifenin ifası amacıyla görevlendirdiği tabip ve diğer Sağlık Personeline Harcırah Kanununun 34. maddesine göre Bakanlar Kurulunca her yıl belirlenmiş bulunan yurt dışı harcırahını ödemekle yükümlüdür. Hac seferleriyle ilgili çalışmalarda paraya ilişkin işlemlerin Vakıfca yürütülmesi Kanununun bu hükmünün uygulanmayacağı sonucunu doğurmaz. Bu nedenle çoğunluğun kararının bu bölümüne katılmıyorum.) harcırah konusunda görevlendirmeyi yapan kurumun esas alınması gerekirdi.

- *Bu Kanunda belirtilen özel hallerde askeri öğrenciler ile erbaş ve erlere*

harcırah verilir.

Kanun Kapsamına Giren Kurumlarda Çalışan Memur ve Hizmetliler İle Aile Fertleri

6245 sayılı Kanun, harcırah alabilecek kamu görevlilerini memur ve hizmetli olarak gruplandırmıştır. Kanunun 3. maddesinde yer verilen tanıma göre “memur”, yardımcı hizmetler sınıfına dahil personel hariç personel kanunları hükümlerine göre aylık alan kimseleri ifade etmektedir.

Görüldüğü gibi bu tanım, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda belirtilen memur tanımını tam olarak karşılamamaktadır. Zira 657 sayılı Kanunun 36. maddesinde memurların sınıfları belirlenmiş olup, yardımcı hizmetler sınıfı kurumlarda her türlü yazı ve dosya dağıtmak ve toplamak, müracaat sahiplerini karşılamak ve yol göstermek; hizmet yerlerini temizleme, aydınlatma ve ısıtma işlerinde çalışmak veya basit iklim rasatlarını yapmak; ilaçlama yapmak veya yaptırmak veya tedavi kurumlarında hastaların ve hastanelerin temizliği ve basit bakımı ile ilgili hizmetleri yapmak veya kurumlarda, çarşı ve mahallelerde koruma ve muhafaza hizmetleri gibi ana hizmetlere yardımcı mahiyetteki görevlerde her kurumun özel bünyesine göre ve yine bu mahiyette olmak üzere ihdasına lüzum gördüğü yardımcı hizmetleri ifa ile görevli bulunanları ifade etmek üzere kullanılmış bir memuriyet sınıfıdır. Halbuki 6245 sayılı Kanuna göre yardımcı hizmetler sınıfındaki görevliler memur sayılmamakta, bunlar için “hizmetli” kavramı kullanılmaktadır.

6245 sayılı Kanuna göre “hizmetli”; personel kanunlarına göre yardımcı hizmetler sınıfına dahil personeli, kurumlarda yalnız ödenek mukabili çalışanlarla kurumlarda çalıştırılan tarım ve orman işçilerini ve iş kanunlarına göre işçi sayılan kimseleri ifade edecek şekilde tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere yardımcı hizmetler sınıfındaki görevlilerin yanı sıra kurumlarda yalnız ödenek mukabili çalışanlarla kurumlarda çalıştırılan tarım ve orman işçileri ve iş kanunlarına göre işçi sayılan kimseler de hizmetli sayılmıştır.

657 sayılı Kanunun “Yolluk giderleri ve gündelikleri” başlıklı 177. maddesinde “Bu Kanun hükümlerine tabi Devlet memurlarından bir görevin ifası için sürekli veya geçici olarak görev yerinden ayrılanların yol giderleri ve gündelikleri, yolluklar hakkındaki özel kanun hükümlerine göre ödenir. Sözleşmeli olarak çalıştırılanların yol masrafları ile gündelikleri sözleşmelerindeki şartlara göre ödenir.” hükmüne yer verilmiştir.

6245 sayılı Kanun harcırah konusunda özel bir düzenleme olmakla birlikte bu Kanuna aykırı olmayan diğer Kanunların uygulanmasına engel teşkil

etmeyeceği kanısındayız. Bu durumda 657 sayılı Kanunun hükümlerine tabi memurlar, kapsama ilişkin 1. madde uyarınca “Genel ve Katma Bütçeli Kurumlar, İl Özel İdareleri, Belediyeler, İl Özel İdareleri ve Belediyelerin kurdukları birlikler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlarda, kanunlarla kurulan fonlarda, kefalet sandıklarında veya Beden Terbiyesi Bölge Müdürlüklerinde çalışan memurlar” olduğuna göre, 6245 sayılı Kanun kapsamı dışındaki kurum ve kuruluşlarda çalışan ve 657 sayılı Kanuna göre memur sayılanların yol giderleri ve gündelikleri ya özel kanunlarındaki hükümlere göre ya da 6245 sayılı Kanuna göre ödenecektir.

Bize göre 657 sayılı Kanunun 177. maddesindeki “yolluklar hakkındaki özel kanun” dan kastedilen şey 6245 sayılı Harcırah Kanunu olsa gerektir. Yani başkaca açık bir düzenlemeye konu olmadığı sürece 657 sayılı Kanuna tabi memurların yolluk ve gündeliklerinin ödenmesi de 6245 sayılı Kanuna göre yapılmalıdır. Zira her ne kadar özel kanun niteliğindeki 6245 sayılı Kanunun kapsamı sayma yoluyla belirtilmiş olsa da 1965 tarihli 657 sayılı Kanun 1954 sayılı Harcırah Kanunundan sonra çıktığı için önceki kanun-sonraki kanun ilkesi uyarınca, 657 sayılı Kanun ile birlikte 6245 sayılı Kanundan faydalanacak memurların kapsamı değiştirilmiştir. Bu durumda 657 sayılı Kanunun yaptığı göndermeden hareketle, Genel ve Katma Bütçeli Kurumlar¹⁸, İl Özel İdareleri, Belediyeler, İl Özel İdareleri ve Belediyelerin kurdukları birlikler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlarda, kanunlarla kurulan fonlarda, kefalet sandıklarında veya Beden Terbiyesi Bölge Müdürlüklerinde çalışan memurlar da yolluklar hakkındaki özel kanun hükümlerine göre yol giderleri ve gündeliklerini alabilecektir.

Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, 657 sayılı Kanunun 177. maddesindeki göndermenin sadece yol giderleri ve gündelikler için olduğudur. Bilindiği gibi harcırah, 6245 sayılı Kanuna göre ödenmesi gereken yol masrafı, gündelik, aile masrafı ve yer değiştirme masrafından birini, birkaçını veya tamamını ifade etmektedir. Dolayısıyla 657 sayılı Kanunun ilgili düzenlemesini teknik anlamda harcırahın unsurlarından olan yol masrafı ve gündelik için mi geçerli saymamız gerekir yoksa 657 sayılı Kanundaki “yolluk” ifadesini 6245 sayılı Kanun anlamında “harcırah” kavramının karşılığı olarak mı değerlendirmeliyiz sorusu gündeme gelecektir. Bu soruya verilecek cevap benimsenen yorum yöntemine göre değişecektir. Eğer daraltıcı yorum

¹⁸ Söz konusu bütçe türünün 5018 sayılı Kanunda yer almadığı yukarıda belirtilmişti. Ancak 657 sayılı Kanunun kapsamına ilişkin düzenlemede bu bütçe türüne yer verildiği için, bu bütçe türü aynen zikredilmiştir. Pozitif düzenleme bakımından artık 5018 sayılı Kanundaki bütçe türlerinin geçerli olduğu ve söz konusu Kanunda katma bütçeli kuruluşların farklı bütçe türleri arasında paylaştırılmış olduğu gerçeği göz ardı edilmemelidir.

benimsenecek olursa 657 sayılı Kanundaki düzenlemenin sadece yol masrafı ve yevmiye için geçerli olabileceği sonucuna varırız. Aksine; genişletici yorum yöntemi benimsenecek olursa, 657 sayılı Kanunun ilgili düzenlemesini "harcırah"ın bütün unsurlarına uygulayabiliriz. Bu bağlamda 6245 sayılı Kanunun 59. maddesindeki Harcırahın memur ve hizmetlinin gidişinde peşin olarak verileceği hükmü ile 657 sayılı Kanunun 62. maddesindeki "yer değiştirme suretiyle yapılan atamalarda memurlara atama emirleri tebliğ edilince yollukları, ödeme emri aranmaksızın, saymanlıklarca derhal ödenir" hükmü birlikte değerlendirilecek olursa 657 sayılı Kanundaki yolluk ifadesinin 6245 sayılı Kanundaki "harcırah" kavramına karşılık gelecek anlam ve içerikte kullanıldığı çıkarımı yapılabilir. Buradan hareketle harcırah ve yolluğun aynı şeyi ifade edip etmediği üzerinden bir kavramsal tartışmaya gidilebilir.

Konuya ilişkin yargı kararlarına bakıldığında yolluğun harcırahın bir unsuru olarak değil bizzat harcırahı ifade edecek anlam ve içerikte değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre; *6245 sayılı Yasa'ya göre yapılan ödemelerin tümü, yolluk (harcırah) tur. Görevin özelliğine, yolluğa hak kazanan kişinin durumuna göre, yolluk unsurlarından birinin veya birkaçının ödenmemesi, kimi durumlarda yolluk unsurlarının tek tek hesaplanması yönteminden ayrılarak kurs gündeliği, komple kamyon bedeli, abonman kartı gibi başka isimler altında belirli bir ödeme yapılması, ödemenin Yasa'ya göre yolluk niteliğini değiştirmemektedir.*¹⁹ Yolluk ödemesi, kamu hizmetinin gerektirdiği durumlarda, bu hizmet için görevlendirilen kişilerin katlanacakları giderleri karşılamak üzere yapılan parasal nitelikli bir idari işlemdir. Yolluk, geçici veya sürekli görevlendirmelerde görevliler tarafından yapılan masrafın karşılığıdır.²⁰

Yine; 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 39.maddesinin (a) bendinin ikinci cümlesinde geçen "yolluk" sözcüğünü Harcırah Kanunu hükümlerine göre değerlendiren Danıştay Birinci Dairesi'ne göre; *harcırahın öğelerini belirleyen 6245 sayılı Harcırah Kanununun 2562 sayılı Kanunla değişik 3.maddesinde; harcırahın, bu kanuna göre ödenmesi gereken yol masrafı, gündelik, aile masrafı ve yer değiştirme masrafından birini, birkaçını veya tamamını içerdiği hükme bağlanmış olup "yolluk", harcırahın belirlenmesinde onun içinde yer*

¹⁹ Anayasa Mahkemesi, E:1988/12, K:1988/32 sayılı 28.9.1988 günlü karar (Anayasa Mahkemesi Karar Bilgi Bankası-www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp), Anayasa Mahkemesi, E.2004/54 K.2005/24 sayılı 4.5.2005 günlü karar R. G. 26.11.2005

²⁰ Anayasa Mahkemesi'nin E:1988/12, K:1988/32 sayılı, 28.9.1988 günlü kararı (Anayasa Mahkemesi Karar Bilgi Bankası-www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp)

alan ögelerden biri değildir. Bu durumda, Yasada sadece yolluk verilmesinin öngörüldüğü, harcırahın ögelerinden bir diğeri olan gündelik verilmesinden söz edilmemesi dolayısıyla bunun ödenmeyeceği yolundaki bir düşünceye yasal açıdan yer olmamak gerekir. Şu hale göre, bu hükümde yer alan yolluk sözcüğünün ne anlamda kullanıldığı konusu üzerinde durmak gereksinimi vardır. Bu sözcüğün, dilimizde, harcırah anlamında kullanılmakta olduğu bilinen bir husustur. Böyle olunca, "yolluk" sözcüğünü bu anlamı ile değerlendirmek gerekir.²¹

Bu düzenlemelerden hareketle cevap bekleyen bir diğeri soru da, 6245 sayılı Kanunun kapsamında belirtilmemiş olmakla birlikte 657 sayılı Kanunun 177. maddesindeki gönderme nedeniyle 657 sayılı Kanunun uygulandığı kurum ve kuruluşlarda yolluk alabilecek memurların belirlenmesinde 6245 sayılı Kanunun "memur" tanımı mı yoksa 657 sayılı Kanundaki memur tanımının mı esas alınacağıdır. Bunun pratikteki sonucu, hizmetlilerle ilgili Harcırah Kanunu düzenlemelerinin, 657 sayılı Kanuna göre yardımcı hizmetler sınıfında bulunan ve dolayısıyla memur sayılan görevlilere uygulanıp uygulanmayacağı konusunda görülecektir. Bizce; olması gereken bakımından, 657 sayılı Kanunun 177. maddesindeki gönderme, söz konusu Kanuna tabi memurların tümü için geçerli olduğuna göre, 657 sayılı Kanuna tabi yardımcı hizmetler sınıfındaki görevliler de harcırah bakımından memur sayılmalıdır. Nitekim bu konuda Sayıştay 4. Dairesince verilen bir kararda; *açıktan atanan hizmetliye, 6245 sayılı Kanunu'nun 4'üncü maddesindeki "mahallen temin ve görevlendirilmeleri mümkün ve mutad olan hizmetlilere ve bunların aile fertlerine açıktan atanmalarında harcırah verilmez" hükmüne karşın, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "İstihdam Şekilleri" başlıklı 4'üncü maddesinde memur, mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğeri kamu tüzel kişilerinca genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler şeklinde tanımlandığından; yardımcı hizmetler sınıfında bir kadroya atanan personelin memur sayılmasının doğal olacağı gerekçesiyle, ilgili personele sürekli görev yolluğu ödenmesinde mevzuata aykırılık bulunmadığı* sonucuna ulaşılmıştır.²²

Memur ve Hizmetlilerin Aile Fertleri

Öncelikle belirtmek gerekir ki; "aile fertleri" kavramı sadece memur ve hizmetliler bakımından kullanılmıştır. Dolayısıyla memur ve hizmetli

²¹ Danıştay Birinci Dairesi, E.1982/144, K.1982/157, 13.07.1982 (Danıştay Bilgi Bankası Karar Erişim Sistemi- www.danistay.gov.tr/kerisim)

²² Sayıştay 4.Daire Kararı, Kararın Numarası : 28308, Kararın Tarihi : 14.01.1997 (www.sayistay.gov.tr)

olmadıkları halde 6245 sayılı Kanuna tabi kurumlarca geçici bir görev ile görevlendirilenlerin aile fertleri harcırah alamayacaktır.

Memur ve hizmetlilerin aile fertleri; 6245 sayılı Kanunda, **harcırah verilmesini gerektiren olay sırasında**²³ evlilik bağıyla bağlı olduğu eşi²⁴ ile **bakmakla yükümlü olduğu usul ve furuu, erkek ve kız kardeşlerini** ifade edecek şekilde tanımlanmıştır. Bu tanım daha önce, “yardım etmemesi halinde zarurete düşecek olan usul ve furuu ile erkek ve kız kardeş...” biçiminde kaleme alınmışken 2562 sayılı Kanun değişikliği ile “...bakmakla yükümlü olduğu” şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Medeni Kanuna göre; herkes yardım etmediği takdirde zarurete düşecek olan usul ve furuuna ile erkek ve kız kardeşine yardım etmekle yükümlüdür. Görüldüğü üzere, burada yardım yükümlülüğü zarurete düşme koşuluna bağlanmıştır. Yargıtay’a göre; zarurete düşme halini değerlendirirken, ülkenin ekonomik durumu, yaşam şartları ve kazanç düzeyi dikkate alınması gerekir. Yoksulluğa düşme hali, başkasının yardımı olmadan günlük yiyeceğini bile sağlayamama durumunu ifade eder.²⁵ Sayıştay; zaruret halinin ya da bakmakla yükümlü olma halinin ne şekilde belgelendirileceği konusunda, mevzuatta açık bir düzenleme bulunmadığı, dolayısıyla bu konuda memurun beyanının esas alınması gerektiği yönünde karar vermiştir.²⁶ Buradan

²³ “Harcırah verilmesini gerektiren olay sırasında” koşulu sadece eş için geçerli olup, diğer aile fertleri bakımından böyle bir koşul arandığı kabul edilemez. Örneğin, aile bireyleri, harcırahın verilmesini gerektiren olaydan sonra çeşitli sebeplerle zarurete düşmüş olmaları karşısında memur veya hizmetlilerin bunları yanına getirtmek ve bakımlarını yerine getirmek zorunluluğu ortaya çıkabilir.

²⁴ Maliye Bakanlığı Harcırah Kanunu Genel Tebliği (Seri No: 38)ne göre, daha önce harcıraha hak kazanmış bulunan memur veya hizmetlinin atandığı sırada evlilik bağı bulunan memur veya hizmetli eşine eş durumu nedeniyle harcırah ödenebilecektir. Örneğin; Muş’ta görev yapmakta iken Ankara’da görev yapmakta olan bir memurla evlenen ve eş durumu sebebiyle eşinin görev yeri olan Ankara’ya atanan memura, Ankara’da bulunan memurun Ankara’ya atandığı tarihte bu kişiyle evli olmaması nedeniyle, harcırah ödenmeyecektir. Maliye Bakanlığı Harcırah Kanunu Genel Tebliği (Seri No: 38), 07/01/2006 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

²⁵ Yargıtay 2. H.D., E. 1781, K. 2009, K.T. 3.3.1975, Yargıtay Kararlar Dergisi, C.:1, S.12, s. 27

²⁶ Sayıştay GKK, 2355/1, 17.6.1957; Sayıştay Temyiz Kurulunun 31.1.1986 tarih ve 20809 sayılı kararı (www.sayistay.gov.tr)

hareketle; dul ve yetim maaşı alan anne ve kız kardeşler için de memurun beyanı üzerine harcırah ödenebileceği Sayıştay'ca kabul edilmiştir.²⁷

Kanunun söz konusu düzenlemesi benimsenecek yorum yöntemine bağlı olarak farklı anlamlandırılmaya müsaittir. Sayıştay'a göre; "6245 sayılı Harcırah Kanununun 3'üncü maddesinde aile fertleri; memurun eşi ve harcırah verilmesini gerektiren olay sırasında bakmakla yükümlü olduğu usul ve fîruu ile erkek ve kız kardeşleri olarak tanımlanmaktadır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 206'ncı maddesinde ise; 19 yaşını dolduran erkek çocuklar ile öğrenim gören erkek çocuklar 25 yaşına kadar, bakmakla yükümlü olunan aile efradı olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle sürekli görev yolluğu ödemesinde harcıraha müstehak olmayan 26 yaşındaki erkek çocuğa gündelik, yol ücreti ve yer değiştirme masrafi olarak fazladan ödenen tutarın sorumlularına ödettilmesi" gerekir.²⁸ Halbuki başka bir kararında Sayıştay; "Memurun bakmakla yükümlü olduğu aile bireyleri için harcırah ödenmesinde, memurun beyanı dışında, bakmakla yükümlü olmanın ne şekilde değerlendirileceğine dair herhangi bir ölçü getirilmemiş olduğundan ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 206'ncı maddesi ile ilgilendirilmesi mümkün bulunmadığından memurun 25 yaşını aşmış okuyan oğluna harcırah verilmesinde mevzuata aykırı bir husus bulunmadığına" hükmetmiştir.²⁹

Bizce de amaca uygunluk bakımından bu son kararın gerekçesi benimsenerek harcırah alabilecek aile fertlerinin belirlenmesi gerekir. Bu yaklaşımdan hareketle; bakmakla yükümlü olduğu usul ve fîruu kapsamına, herhangi bir derece sınırlaması yapılmadığına göre bakmakla yükümlü olma şartını karşıladığı müddetçe bütün usul ve fîruu dahil edilebilir.³⁰ Aynı şekilde, erkek ve kız kardeşler bakımından da bakma yükümlülüğü koşulunu karşılama dışında herhangi bir sınırlama getirilmediğine göre, kardeşliğin niteliği yani öz ya da üvey olmasının herhangi bir fark doğurmayacağı kanısındayız.³¹ Ancak

²⁷ Sayıştay GKK, 2272/2, 20.2.1956 (www.sayistay.gov.tr)

²⁸ Sayıştay 3.Daire Kararı, Karar Numarası : 120, Karar Tarihi : 12.02.2002 (www.sayistay.gov.tr)

²⁹ Sayıştay 8.Daire Kararı, Kararın Numarası : 4033, Kararın Tarihi : 17.03.1998 (www.sayistay.gov.tr)

³⁰ Kayınvalide 3. maddede sayılan aile efradı tabirine girmediğinden, memura kayınvalidesi için yolluk ödenmeyeceğine ilişkin bkz. Sayıştay 3. D. 1968/171; Sayıştay 2.D, 1970/24673; Sayıştay 3.D, 1975/224 (www.sayistay.gov.tr)

³¹ Danıştay'a göre; Medeni Kanunda çocukların ana ve babanın velayetine tabi olduğu ve velayetin beraberce icra edileceği hükme bağlanmış olup, eşi Bağ-Kur'a tabi olarak İstanbul'da çalışan davacının İstanbul İlinde Ankara'ya naklen atanması üzerine, çocuklarıyla birlikte Ankara'ya geldiğinden bahisle çocukları için de nakil harcırahı verilmesi için yaptığı başvurunun ailede çocuklara bakma

Sayıştay üvey çocuk için bile harcırah ödenemeyeceğine karar vermiştir.³² Mevzuatta birlikte oturma şartı aranmadığından, memur veya hizmetli ile birlikte oturmayan ve memurun bakmakla yükümlü olduğu ana babasının da harcırah alabilmesi gerekir.

Başka Yerde Bırakılan Aile Efradı

Memur veya hizmetli tarafından tayin veya naklolunduğu mahalle götürülmemek üzere ikamet maksadı ile ve topluca bu mahalden başka bir yere gönderilen aile efradı için yeni memuriyet mahalline kadar hesaplanacak harcırahı tecavüz etmemek ve bilahare bu mahalle celplerinde bir şey verilmemek şartıyla bu yerlere kadar ve sonraki tayin ve nakillerde de memur veya hizmetlinin bulunduğu yerden yeni vazife mahalline kadar hesaplanacak miktarı tecavüz etmemek kaydıyla aile efradının buldukları yerden yeni memuriyet mahalline kadar harcırah verilir. Madde 25

Yeni Memuriyet Mahallinde İşe Başlamadan veya Yolda Vefat Halinde Aile Harcırahı

Daimi memuriyetle bir mahalle tayin olunup da yolda veya yeni memuriyet mahallinde işe başlamadan evvel vefat eden memur veya hizmetli ailesini birlikte götürmüş bulunuyorsa, harcıraha müstahak aile efradına ölümün vuku bulunduğu mahalden itibaren ve ailesini birlikte götürmemiş ise bunlara vefat tarihinde buldukları mahalden itibaren, 45 inci madde esasına göre harcırah verilir.

Sayıştay yurtdışı kadrolarında görevli iken vefat eden memurların ailelerine yurda dönüşleri nedeniyle ödenen yurtdışı sürekli görev yolluğunda aile fertlerinden birisinin memur olarak nazarı itibara alınması suretiyle hesaplanarak yurtdışı yer değiştirme masrafı ödenmiş olduğuna göre vefat eden memurun kendisi için ayrıca "kat yevmiyesinin" ödenemeyeceğine hükmetmiştir.³³

yükümlülüğünün babaya ait olduğu gerekçesiyle reddedilmesinde belirtilen nedenlerle hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Danıştay Beşinci Dairesi, E.1989/2387, K.1992/2592, K.T. 13.10.1992, (DAN-DER, SAYI:87) (Danıştay Bilgi Bankası Karar Erişim Sistemi- www.danistay.gov.tr/kerisim)

³² Sayıştay 1. D., 1971/464 sayılı karar (www.sayistay.gov.tr)

³³ Yurtdışı kadrolarında görevli iken vefat eden memurların ailelerine yurda dönüşleri nedeniyle ödenen yurtdışı sürekli görev yolluğu meyanında, sadece aile fertleri için yer değiştirme masrafı ödenmesi gerekirken, ayrıca vefat eden memur için de kat yevmiyesi ödenmiş olması sebebiyle tazmin hükmü verilmiştir. İlâmda ayrıntılarıyla açıklanmış olduğu üzere, memur veya hizmetlinin vefatında sadece aile fertleri için harcırah verilmesi öngörülüş

Vefat Eden Memur veya Hizmetlinin Aile Fertlerine ve Çocuklarına Refakat Ettirilecek Memur ve Hizmetliler

Daimi veya muvakkat bir vazife ile bir tarafa gönderilenler yolda veya yeni vazife mahallinde işe başlamadan vefat eyledikleri takdirde ölüm mahalline kadar olan harcırahları hesap ve buna peşinen ödenmiş ve istirdadı kısmen veya tamamen imkansız bulunmuş olan nakil vasıtaları bilet ücretleri ilave olunur. Bu suretle tahakkuk edecek istihkak, verilmiş olan avanstan ziyade ise fazlası

olup, 6245 sayılı Harcırah Kanununda vefat eden memur veya hizmetlinin kendisi için harcırah ödenebilmesine imkan sağlayan bir hükme yer verilmemiştir. Aynı Kanunun "Yurtiçinde Yer Değiştirme Masrafı" başlıklı 45'inci maddesinde; vefat eden memur veya hizmetlinin aile fertlerine verilecek yer değiştirme masrafının, bunlardan birisinin memur veya hizmetli olarak nazarı itibara alınması suretiyle hesaplanacağı hükme bağlanmış olup, benzer bir düzenlemeye "Yurtdışı Yer Değiştirme Masrafı" Başlıklı 46'ncı maddede yer verilmemiş olduğu görülmekte ise de; 46'ncı maddenin bu şekilde düzenlenmiş olmasının, yurtdışında vefat eden memur veya hizmetlinin kendisi için yer değiştirme masrafı ödenmesi amacına matuf olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Zira 45'inci maddede yer verilen bahse konu hüküm, aile fertlerinden birisinin memur veya hizmetli yerine konulması suretiyle daha fazla yer değiştirme masrafı ödenmesine imkan sağlayan hak doğurucu bir hüküm olup, benzer bir düzenlemeye 46'ncı maddede yer verilmemiş olması, böyle bir hakkın yurtdışı için öngörülmemiş olmasıyla izah edilebilir. Bununla beraber, mahiyeti itibariyle aynı olan hadise nedeniyle ve eşitlik ilkesi de gözetilerek, bahse konu hak doğurucu hükmün yurtdışında vefat eden memurun ailesi efradı için de uygulanması gerektiği sonucuna varıldığı ve ilâmda fazla ödemenin tespiti sırasında bu hususun da dikkate alınmış olduğu anlaşılmaktadır. Dilekçi, Maliye Bakanlığı BÜMKO Personelinden 3 Müellif tarafından yayınlanmış olan Harcırah Kanunu ile ilgili bir kitaptaki görüş ve açıklamalardan da bahisle, yurtdışında vefat eden memurun şahsi eşyalarının da yurda getirilmesi icap ettiği ve bu sebeple vefat eden memur da dikkate alınmak suretiyle 46'ncı maddede uyarınca hesaplanacak yer değiştirme masrafının tamamının verilmesi gerektiğini ileri sürmekte ise de; Miras Hukuku hükümlerine göre, vefat edenin tüm menkul ve gayrimenkul malları ölüm hadisesi ile birlikte mirasçılara intikal ettiğinden, ölüm hadisesinden sonra, vefat eden memura ait bir eşyanın varlığı da söz konusu değildir. Esasen, yurtdışında vefat eden memurun cenaze ve cenaze nakil masrafları Devlet tarafından karşılandığından ve vefatından önce sahip olduğu eşyalarının intikal etmiş olduğu aile fertlerine de, bunlardan birisinin memur olarak nazarı itibara alınması suretiyle hesaplanarak yurtdışı yer değiştirme masrafı ödenmiş olduğuna göre, vefat eden memurun kendisi için ayrıca "kat yevmiesi" ödenmesini icap ettiren bir sebep de mevcut değildir. Bkz. Sayıştay Temyiz Kurulu Kararı, Karar Numarası: 22700, Karar Tarihi : 10.03.1992 (www.sayistay.gov.tr)

tasviye olunur, noksan ise farkı geri alınmaz. Ancak muvakkat vazife ile yabancı memleketlere gönderilenlerden vefat edenlerin bu suretle uhdelelerinde bırakılacak fark, bunların bu kanuna göre müstahak buldukları dış yevmiyelerin on günlüğüne tekabül eden miktarından fazla olamaz. (m. 12)

Ehliyet Tespiti, İmtihan, Hava Değişimi ve Tedavi İçin Başka Yere Gönderilenler

Memurlar, yardımcı hizmetler sınıfına dahil personel ve kurumlarda yalnız ödenek mukabili çalışanlar ile aşağıdaki (c) bendinde yazılan hallerde aile fertlerinden, memuriyet mahalli dışına;

a. Görevlerine ait mesleki ve sıhhi yeterliklerinin tespiti veya kurumlarınca görülecek lüzum üzerine imtihan için gönderilenlere, gidiş ve dönüşleri için yol masrafı ve gündelik ile bu amaçla gönderildikleri yerde geçen sürenin en çok yedi günü için gündelik ödenir.

b. Hava değişimi maksadıyla gönderilenlere gidiş ve dönüşleri için yol masrafı ile yalnız yolda geçen süre için gündelik ödenir.

c) Kanunları gereğince sağlık kurumlarında yatarak veya ayakta tedavi maksadıyla (Aile Fertleri için ikamet mahalli dışına) gönderilenlere, gidiş ve dönüşleri için yol masrafı ve gündelik ödenir. Ayakta tedavi görenlere ayakta tedavi süresince gündelik ve ikamet ettikleri yer ile tedavi kurumu arasındaki mutata taşıt ücreti ayrıca ödenir. Madde 18

Memur veya Hizmetli Olmamakla Beraber Kurumlarca Geçici Bir Vazife İle Görevlendirilenler

6245 sayılı Kanununun 8. maddesine göre; memur veya hizmetli olmadıkları halde bu Kanuna tabi kurumlarca geçici bir görev ile görevlendirilenlere verilecek yol masrafı ve gündelik, bunların bilgi seviyeleri ve faaliyet sahaları ile mahalli şartlar dikkate alınarak 4 ncü dereceye kadar olan memurlardan herhangi birine verilen yol masrafı ve gündeliğe kıyasen ilgili kurumca takdir olunacaktır. Ancak, ilgili Bakanlığın teklifi ve Maliye Bakanlığının olumlu görüşü üzerine, bu gibi kimselerden icabedenlere, 4 ncü dereceden daha yüksek memurlara ödenebilecek yol masrafı ve gündelik verilebilir.³⁴

³⁴ Örneğin Sayıştay; Tıp Fakültesi Dekanlığının görevlendirmesi ve Yükseköğretim Kurulunun onayına dayanarak döner sermaye işletmesinin faaliyet alanlarına giren konularda araştırma ve incelemelerde bulunmak üzere görevlendirilen Tıp Fakültesi öğrencilerine, 6245 sayılı Harcırah Kanunu'nun 4'üncü maddesi uyarınca harcırah ödenmesinde mevzuata aykırı bir husus bulunmadığına karar vermiştir. 2.Daire Kararı, Kararın Numarası : 32200, Kararın Tarihi : 11.03.1999 (www.sayistay.gov.tr)

Milli ve Resmi Spor Temasları Dolayısıyla Seyahat Edecek Sporcu ve İdareciler

Yurt içinde ve dışında tertip edilen milli ve resmi spor temasları dolayısıyla seyahat edecek sporcu ve idarecilerin bu seyahatlerine ait yol masrafları ile yevmiyeleri Maliye Vekaletinin mütalaası alınmak suretiyle İcra Vekilleri Heyetine tesbit edilecek esaslar dairesinde ödenir.

Hastalara Refakat Halinde Harcırah

Hastalıkları icabı kanunları gereğince sağlık kurumlarında yatarak veya ayakta tedavi maksadıyla (aile fertleri için ikamet mahalli dışına) bir kimse refakatinde gitmesi lüzumu resmi tabip raporuyla tevsik edilenlere³⁵ refakat edecek aile efradından birisine ve aile efradından refakat edecek bir kimse bulunmadığı takdirde kurumlarınca terfik olunacak memur veya hizmetliye³⁶ bu işin devamı müddetince yevmiye ve yol masrafı verilir(m. 20)

³⁵ Kanunun amir hükümlerinden de anlaşılacağı üzere; hastalıkları icabı belirtilen yerlere bir kimse refakatinde gitmesi lüzumu resmi tabip raporuyla tevsik edilenlere refakat edecek aile efradından birine bu işin devamı müddetince yevmiye ve yol masrafı verilmesi gerekmektedir. Kanunda Sağlık Kurul Raporu aranmamış, resmi tabip raporu yeterli görülmüştür. AYİM.1.D., E.2000/598, K.2000/1047 K.T. 07.11.2000, Dergi No:15

³⁶ Konuya ilişkin bir Danıştay kararında; "6245 sayılı Harcırah Kanununun 3.maddesinin (e) bendinde "Aile fertleri; Memur ve hizmetlinin, harcırah verilmesini gerektiren olay sırasında evlilik bağıyla bağlı olduğu eşi ile bakmakla yükümlü olduğu usul ve furuu ve erkek ve kız kardeşleri" olarak tanımlanmış; aynı Yasanın "Hastalara refakat halinde harcırah" başlığını taşıyan değişik 20.maddesinde ise; hastalıkları icabı 18.maddenin (c) bendinde yazılı yerlere, yani sağlık kurumlarına, "..bir kimse refakatinde gitmesi lüzumu resmi tabip raporuyla tevsik edilenlere refakat edecek aile efradından birisine ve aile efradından refakat edecek bir kimse bulunmadığı takdirde kurumlarınca görevlendirilecek memur veya hizmetliye bu işin devamı müddetince yevmiye ve yol masrafının.." verileceği hükme bağlanmıştır. Devlet Memurları Tedavi Yardımı ve Cenaze Giderleri Yönetmeliğinin 5.maddesinde de aynı doğrultuda hükme yer verilmiştir. 6245 sayılı Yasanın sözü geçen hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, yasa koyucunun memur ve hizmetlilerin hastalanmaları halinde kendilerine refakat etmesi resmi tabip raporuyla gerekli görülen kişileri "aile fertleri"yle sınırlamadığını açıkça ortaya koymaktadır. Aile fertleri içinden uygun birinin bulunmaması halinde, refakatçinin hasta memur veya hizmetlinin kurumundan da olabilmesine izin verilmesi belirtilen içerikte bir sınırlamanın yasa koyucu tarafından öngörülmediğini kanıtlamaktadır." ifadelerine yer verilmiştir. Danıştay Beşinci Daire, E.1991/4047, K.1992/811, K.T. 02.04.1992 (Danıştay Bilgi Bankası Karar Erişim Sistemi- www.danistay.gov.tr/kerisim)

IV. HARCIRAHIN UNSURLARI

6245 sayılı Yasanın 5.maddesine göre; harcırah; yol masrafı, yevmiye, aile masrafı ve yer değiştirme masrafını ihtiva eder. İlgili, bu kanun hükümlerine göre bunlardan birine, birkaçına veya tamamına müstahak olabilir.

Yol Masrafı

Yurt İçinde Yol Masrafı

Yurt içinde yol masrafı, muayyen tarifeli nakil vasıtaları ile seyahatte, bu kanuna bağlı (1) sayılı cetvelin birinci sütununda yazılı makam ve sıfatlar ile vazifeli aylık veya ücret tutarlarına göre aynı cetvelin ikinci sütununda yazılı mevkiin tarife üzerinden bilet parası ve muayyen tarifeli olmayan nakil vasıtalarıyla seyahat halinde ise 3 numaralı sütunda gösterilen nakil vasıtalarına göre ihtiyar olunan hakiki masraftan oluşur.

Biletinin yemeksiz olarak alınması mümkün olmayan bir vasıta ile seyahat halinde bilet bedeline dahil yemek bedeli de yol masrafı olarak kabul olunur. Tarifeler gereğince bilet ücretlerinde tenzilat yapılması halinde yol masrafı fiilen ödenen ücrete göre hesaplanır. Emniyet mensupları merkezden aldıkları hususi vazifenin icabettirdiği her türlü nakil vasıtasından istifade ederler. Bunların yol masrafları istifade edilen vasıtaya göre ihtiyar olunacak masraf üzerinden ödenir

Memuriyet Mahalleri İçinde Yol Masrafı

Memuriyet mahalli içinde seyyar olarak vazife gören tahsildar, yoklama memuru, mutemet, veznedar, satınalma memuru, tebliğ memuru, posta veya evrak dağıtıcısı, takip memuru, mübaşir gibi memur ve hizmetliler hariç, memuriyet mahalli içinde taşıt ile gidilmesi gereken bir yere görev ile gönderilenlerin yol masrafı mutaat olan taşıt aracına göre yapılacak gerçek masraf üzerinden verilir. Acele ve zorunlu hallerde, daire amirinin onayı ile, mutaat taşıt dışındaki araçlarla gidilmesi halinde bu taşıt için yapılan masraf yol masrafı olarak ödenir. (m. 28)

Yurtdışında Yol Masrafı

Yurtdışında sürekli ve geçici görev yolculuklarında, ekspres ve yataklı vagon ücreti dahil olmak üzere, tren, vapur veya uçak bilet bedeli yol masrafı olarak ödenir. Ayrıca, buna istasyon, liman veya terminal ile ikamet yeri arasındaki taşıt ve hamal ücreti ilave olunur. Yurtdışında özel otomobilleriyle seyahat edenler hakkında da, 6245 sayılı Kanuna bağlı (1) Sayılı Cetvelin 5 sayılı açıklama esasları uygulanır.³⁷

³⁷ Tren ve vapurla yapılacak yurtdışı görev yolculuklarında aylık dereceleri 4 ve daha yukarı olanlara birinci mevki, 4 ncü dereceden aşağı olanlara ikinci mevki

Yevmiyeler

Yurtiçinde Verilecek Gündeliklerin Miktarı

6245 sayılı Kanun gereğince verilecek yurtiçi gündeliklerinin miktarı her yıl bütçe kanunları ile tespit edilmektedir. Konuyu düzenleyen 33. maddenin (b) fıkrasına göre gündelik ödenenler hariç, yurt içinde yatacak yer temini için ödedikleri ücretleri belgelendirenlere, belge bedelini aşmamak ve her defasında on gün ile sınırlı olmak üzere gündeliklerinin tamamına kadar olan kısmı da ayrıca ödenir. Yurtdışı gündeliklerinin miktarı ise, gidilecek ülkeye, memur ve hizmetlilerin aylık veya ücret tutarları ile görevin mahiyetine göre, mali yıl itibarıyla ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca tayin edilmektedir.

Mesleki bilgilerini artırmak amacıyla memuriyet mahalli dışında açılan kurs veya okullara gönderilenlere de, 6245 sayılı Kanuna göre geçici görev gündeliği verilir. Bu çerçevede öncelikle, Kanun koyucunun memuriyet mahalli dışındaki görevle ilgili her türlü faaliyetlerde gündelik verilmesini amaçlamadığını belirtmek gerekir. Aksi halde, gündelik verilmesine ilişkin esas açıkça *“mesleki bilgileri artırmak amacıyla açılan kurs ve okula göndermek”* şeklinde ifade olunmaz ve sınırlanmazdı. Buradan hareketle, memurun mesleki bilgisini artırmak amacı dışında ve okullarda kurs değil de, eğitim olarak icra edilen faaliyetlere katılanlara 37. madde hükmüne göre gündelik ödenmemesinin gerektiği sonucuna varılmaktadır.³⁸ Nitekim, Sayıştay Genel

üzerinden; uçakla yapılacak yolculuklarda ise, Yasama Organı Başkanı, Yasama Organını temsil etmekle görevlendirilen Yasama Organı Üyeleri, Başbakan, Anayasa Mahkemesi Başkanı, Genelkurmay Başkanı, Bakanlar, Kuvvet Komutanları ve Jandarma Genel Komutanı, Orgeneral ve Oramiraller, Yargıtay, Danıştay Başkanları ile Cumhuriyet Başsavcısı, Danıştay Başsavcısı . Sayıştay, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Diyanet İşleri Başkanları ile bunların resmi çağrıya uyarak yolculuğa katılan eşlerine, Devlet Başkanlığı Genel Sekreteri, Başbakanlık Müsteşarı, Dışişleri Bakanlığı Genel Sekreteri, Yükseköğretim Kurulu Başkanı ve merkezde sürekli görevde bulunanlar dışındaki büyükelçilere.birinci, bunların dışındakilere turist sınıfı üzerinden yol gideri ödenir

³⁸ Subay ve Astsubayların mesleki bilgilerinin artırılmasına yönelik kurs, staj, eğitim vb. programlarına ilişkin esas ve usuller de 926 sayılı TSK Personel Kanununun 26 ve 74 ncü maddeleriyle, bu maddeler uyarınca çıkartılan, Subay Meslek Programları Yönetmeliği, Astsubay Meslek İçi Eğitimi Yönetmeliği, KKY 184-1(A) Kurs Yönergesi, KKY 51-16 K.K. Mesleki Gelişim Yönergelerinde düzenlenmiştir. TSK Personel Kanununun 109 ncü maddesinde astsubaylıktan subay olmak için aranan şartlardan biri de, yapılacak seçme sınavlarında başarılı olmak ve seçilmelerini müteakip gönderilecekleri okul ve

Kurulu, bu doğrultuda bir ayırım yaparak katılan personelin bir ünvan kazanması veya üniversitenin normal öğretim programı takip etmesi halinde faaliyetin staj-tahsil olduğuna, bunun dışındaki faaliyetlerin ise kurs sayılacağına hükmetmiştir.³⁹

Memuriyet Mahalli Dışına Gönderilenlerin Gündeliği

Resmi bir görevle memuriyet mahalli içinde bir yere gönderilenlere gündelik verilmez. Geçici bir görevle memuriyet mahalli dışındaki bir yere gönderilenlerden, buralarda ve yolda öğle (saat 13.00) ve akşam (saat 19.00) yemeği zamanlarından birini geçirenlere 1/3, ikisini geçirenlere 2/3 oranında ve geceyi de geçirenlere tam gündelik verilir. Hastalık yüzünden olsa dahi kişisel sebeplere dayanan bekleme günleri için yevmiye verilmez. Ancak, ani ve ağır bir hastalık veya şahsi kusurlardan kaynaklanmayan bir kaza nedeniyle yola devam etmesinin hayatı için tehlike arzettiği hastane heyeti sağlık raporu ile bulunmayan yerlerde resmi tabip raporu ile belirlenen memur ve hizmetlilere yolculuk yapabilecek hale gelinceye kadar gündelik verilirken, bu hastalıkları

kurslarda başarı göstermektedir. Subay Sicil Yönetmeliğinin 105/b-6 ncı maddesinde de aynı doğrultuda düzenleme mevcuttur. Ayrıca bu Yönetmeliğin 113 ncü maddesinde ; “Emsalleri arasında temayüz etmiş astsubaylardan seçme sınavlarını kazanmış ve kontenjana girmiş olanlar geçirilecekleri subay sınıfları ile ilgili okul ve kurslarda öğrenim ve eğitime tabi tutulurlar. Bu öğrenim ve eğitim, okulların tabi oldukları esasa göre yapılır. Öğrenim ve eğitim sonunda başarı gösteremeyenlerin okulla ilişkileri kesilir ve kıt'alarına iade edilirler.” hükmü bulunmaktadır. Davacının subay nasbedilmesi bu eğitimlerde başarılı olmasına bağlıdır. Ayrıca KKY 184-1(A) Kurs Yönergesinin “Genel Esaslar” başlıklı Birinci Bölümünün “Tanımlar” başlıklı alt bölümünde kurs; “Türk Silahlı Kuvvetlerinin ihtiyaç duyduğu çeşitli branş ve konularda, personele yeni ya da geliştirilmiş bilgi, beceri ve davranışlar kazandırmak amacıyla yönelik olarak düzenlenen, temel eğitim - öğretim ve staj dışında kalan planlı eğitim-öğretim faaliyetidir.” şeklinde tanımlanmış, “temel eğitim-öğretim ve staj” faaliyetleri, kurs kapsamı dışında bırakılmıştır. Yukarıdaki mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi sonucunda, davacının devam ettiği eğitimin, astsubaylıktan subaylığa geçiş için gerekli olan “temel eğitim-öğretim” mahiyetinde olduğu, 6245 sayılı Yasanın 37 ncı maddesinde belirtilen mesleki bilgileri artırmak amacıyla düzenlenen bir kurs veya eğitim olarak kabulünün mümkün olmadığı, bu nedenle davacıya 6245 sayılı Harcırah Kanununun 37 ncı maddesi uyarınca geçici görev gündeliği verilemeyeceği sonuç ve kanaatine varılmıştır. AYİM 3.D. E.2003/740, K.2004/298, Karar Tarihi:10.03.2004, Dergi No:19

³⁹ Sayıştay Genel Kurulu, 09.12.1965 tarih ve 2899/5 sayılı karar (www.sayistay.gov.tr)

nedeniyle hastanelere yatarak tedavi paraları daireleri tarafından ödenenlere gündelik verilmez.

Aile Masrafı

Aile masrafı, aile fertlerinden her biri için memur veya hizmetlilerin bu Kanuna göre müstehak oldukları taşıt ücreti ile gündeliklerinden oluşur. Ancak, özel taşıt kiralanması suretiyle gidilmesi zorunlu olan yerlere memur veya hizmetli ile birlikte seyahat eden aile fertleri için ayrıca taşıt ücreti ödenmez.

Yer Değiştirme Masrafı

Yurtiçinde yer değiştirme masrafı memur veya hizmetlinin; kendisi için yurtiçi gündeliğinin yirmi katı, harcıraha müstehak aile fertlerinin her biri için yurtiçi gündeliğinin on katı (Bu miktar yurtiçi gündeliğinin kırk katını aşamaz) olarak hesaplanır ve ödenir.

Ayrıca yalnız memur ve hizmetçi için her kilometre veya denizmili başına⁴⁰ yurtiçi gündeliğinin yüzde beşi, olarak hesaplanan miktar da ödenir. Harcıraha müstehak memur veya hizmetlinin eski görev mahallinden yeni görev mahalline atanan memur veya hizmetli eşine ise buna göre hesaplanacak miktarın yarısı ödenir.

Aile fertlerinin memur veya hizmetli ile birlikte olmaksızın başka bir mahalle gitmeleri veya bu mahalden dönüşleri dolayısıyla harcırah verilmesi kabul edilen hallerde, aile fertlerine verilecek yer değiştirme masrafı, bunlardan birisinin memur veya hizmetli olarak nazarı itibara alınması suretiyle hesaplanır.

Yurtdışı yer değiştirme masrafına gelince memur veya hizmetlinin; kendisi için yurtdışı gündeliğinin yirmi katı, harcıraha müstehak aile fertlerinin her biri için yurtdışı gündeliğinin sekiz katı (bu miktar yurtdışı gündeliğinin otuziki katını aşamaz), her kilometre veya denizmili başına yalnız kendisi için yurtdışı gündeliğinin binde yedisi, olarak hesaplanır. Yabancı ülkelere gidişlerde, yukarıdaki esaslara göre hesap edilecek yer değiştirme masrafının yarısı ödenirken yabancı ülkelere dönüşlerde, yer değiştirme masrafının kilometre ve denizmiline göre verilecek kısmı, her ikisi de memur veya hizmetli olan eşlerden yalnız birisi için hesaplanıp ödenir.⁴¹

⁴⁰ Yer değiştirme masrafının hesabında dikkate alınacak kilometre veya denizmili, a. Yurtiçinde, iki mahal arasında mutat olan, gidip gelmeye elverişli en kısa kara ve deniz yolu, b. Yurtdışında, ülkeler ve bölgelerine göre, Dışişleri ve Ulaştırma Bakanlıklarının görüşü alındıktan sonra Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından belirlenecek mesafeler, esas tutularak bulunur.

⁴¹ 6245 sayılı Harcırah Kanununun 46/1/c maddesinde öngörülen "mesafeye bağlı yolluğun" bu maddeye eklenen 3 ncü fıkrada yer alan "eşlerden yalnızca birisi için hesaplanıp ödenir" yolundaki hükümlerle ilgili uygulamalar üzerine açılan davalar sonucunda Danıştay 5 nci Dairesinin, yurtdışında farklı ülkelere görev

Bu bağlamda harcırah verilmesini gerektiren haller ve ödemede yer alacak unsurların neler olması gerektiği üzerinde durulabilir.

V. HARCIRAH VERİLMESİNİ GEREKTİREN HALLER

Yukarıda harcırah verilebilecek kişiler ve harcırahın unsurları ele alınmıştır. Ancak bahse konu kişilerin hangi hallerde harcırah alabilecekleri ve bu harcırahın hangi unsurları içereceği konusu 6245 sayılı Kanunda özel olarak ayrıca düzenlenmiştir. 6245 sayılı Yasanın 5.maddesinde yer alan tanıma göre, harcırah ancak gerçekten yapılmış olan kimi harcamaların karşılığı olarak verileceğinden bu bağlamda öncelikle daimi veya geçici görevlendirmelerde ödenecek harcırahın belirlenmesinde etkili olan memuriyet mahalli ve diğer yerlerin açıklığı kavuşturulması gerekir. Zira örneğin ikametgahı değişmeyen birinin aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere yol masrafı, yevmiye, aile masrafı ve yer değiştirme masraflarından hangilerine hak kazandığı; başka bir

ifa eden eşlerin merkeze farklı güzergahlar üzerinden dönüş yaptıkları gerekçesiyle mesafeye bağlı olarak hesaplanan yolluklarının herbir eşe ayrı ayrı ödenmesini öngören kararları karşısında; yargı kararlarının yurtdışı teşkilatında görevli memur veya hizmetlilerden daha önceki yıllarda yurda dönüş yapmış olanlarla önümüzdeki dönemlerde yurda dönecek olanlar için emsal oluşturup oluşturmayacağı, konusunda düşünülen duraksamaya ilişkin olarak Danıştay Birinci Dairesinin vermiş olduğu istişari görüşte "Bilindiği üzere yüksek mahkemelerin içtihatları birleştirme kararları yargı organlarını bağladığı gibi, idareyi de bağlayan kararlardır. İdare, benzeri olaylarda bu kararlar yönünde işlem tesisine zorunlu bulunmaktadır. Bunun dışındaki kesin yargı kararları ise, yalnızca tarafları bağlayan kararlardır. İdare, benzeri olaylarda bu yargı kararları doğrultusunda işlem tesisi zorunda olmamakla birlikte, bu olaylar hakkındaki yargı kararları müstakar hale gelmiş yerleşik içtihatlar haline dönüşmüş ise, artık, idareler açısından bu kararlar emsal alınmayı gerektiren kararlardır. İdarenin, benzeri olaylarda müstakar hale gelmiş yargı kararları doğrultusunda hareket etmesi, hukuka bağlı ve saygılı olmasının bir gereği olduğu gibi, lüzumsuz davaların açılmasını önlemesi bakımından ve dava ekonomisi açısından da uyulması gereken bir kural olmalıdır. Bu nedenlerle, 6245 sayılı Harcırah Kanununun 46/1/c maddesinde öngörülen "mesafeye bağlı yolluğun" yurtdışında görevli olanların çalışan eşlerine yurda dönüşlerinde ödenmesinde, Danıştay'ın yerleşik kararlarının gerekçelerine bağlı kalınarak emsal alınmasında bir engel bulunmadığı, daha önceki yıllarda yurtdışından dönüş yapmış olup da yasal dava açma süresi içinde dava açmamış olan personel hakkında ise, bu kararların emsal oluşturmasına olanak görülmediği sonucuna varılmıştır." Danıştay Birinci Daire, E. 1996/172, K. 1996/190, K.T. 30.09.1996, (DAN-DER; SAYI:92) (Danıştay Bilgi Bankası Karar Erişim Sistemi- www.danistay.gov.tr/kerisim)

anlatımla nakil işlemi nedeniyle yapmak zorunda kaldığı masrafların neler olduğu incelenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekmektedir. Nitekim Danıştay; mahkemenin sadece naklen atama işleminin varlığını göz önünde tutarak 6245 sayılı Yasanın 10/1.maddesinde sayılan masrafların tümünün ödenmesi gerektiği gerekçesiyle idari işlemin iptali yolunda verdiği kararda hukuki isabet görmemiştir.⁴²

Memuriyet Mahalli ve Başka Yer

Kanunun 3. maddesinin (h) bendinde başka yerin memuriyet mahalli dışındaki yerleri ifade ettiği belirtildikten sonra (g) bendinde memuriyet mahalli; memur ve hizmetlinin asıl görevli olduğu veya ikametgahının bulunduğu şehir ve kasabaların belediye sınırları⁴³ içinde bulunan mahaller ile bu mahallerin dışında kalmakla birlikte yerleşim özellikleri bakımından bu şehir ve kasabaların devamı niteliğinde bulunup belediye hizmetlerinin götürüldüğü veya kurumlarınca sağlanan taşıt araçları ile gidilip gelinebilen yerler olarak tanımlanmıştır. Kanunda yapılan bu tanıma Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğünün 7.10.1982 tarih ve BÜMKO.115529-74/27258-24 sayılı Harcırah Kanunu Genel Tebliğinin (A) fıkrası ile açıklık getirilmiştir. Buna göre;

⁴² Danıştay Beşinci Daire, E.1988/1714, K.1991/2118, K.T. 13.11.1991,DAN-
DER, SAYI:84-85 (Danıştay Bilgi Bankası Karar Erişim Sistemi-
www.danistay.gov.tr/kerisim)

⁴³ 5335 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin 23/7/2004 tarihinden geçerli olmak üzere yürürlüğe giren (e) bendiyle 6245 sayılı Harcırah Kanununa eklenen geçici 4 üncü maddede; “Yeni bir düzenleme yapıncaya kadar, 10.7.2004 tarihli ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun geçici 2 nci maddesi uyarınca büyükşehir belediye sınırlarında yapılan değişiklikler, 3 üncü maddenin (g) bendinin uygulanmasında dikkate alınmaz.” hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm gereğince, 5216 sayılı Kanunla büyükşehir belediye sınırlarında yapılan değişiklikler, yeni bir düzenleme yapıncaya kadar, memuriyet mahallinin tanımında dikkate alınmayacak, dolayısıyla geçici 2 nci maddenin yürürlüğe girdiği 23/7/2004 tarihinden önceki uygulamaya devam edilecektir. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ile belediye sınırları; İstanbul ve Kocaeli’de il mülki sınırı, diğer büyükşehirlerde ise valilik merkez olmak üzere 20 ile 50 km. çapındaki tüm mahaller olarak tespit edilmiştir. Ancak, Harcırah Kanununa göre belediye sınırları "memuriyet mahalli" olarak tanımlandığı için, 23.07.2004 tarihinden önce harcırah alınabilen yerler için bu tarihten sonra harcırah alınamamaya başlanmıştır. Büyükşehirlerde çalışan memurları mağdur eden bu husus 5335 sayılı Kanunla geriye dönük olarak düzeltilmiştir.

- 1- Belediye sınırları içinde kalan yerler tartışmasız memuriyet mahalli sayılacaktır.⁴⁴
- 2- Belediye sınırları dışında kalan yerlerden;
 - a) Yerleşim özellikleri bakımından şehir ve kasabaların devamı niteliğinde bulunan aynı zamanda bu şehir ve kasaba belediyelerince hizmet (otobüs, elektrik su, kanalizasyon gibi) götürülen mahaller,⁴⁵
 - b) Yerleşim özellikleri bakımından şehir ve kasabaların devamı niteliğinde bulunmasa bile, kurumlarınca sağlanan servis otobüsleri veya bu mahiyetteki taşıt araçları ile ulaşımı sağlanan (Her gün gidiş dönüş olmak üzere) yerler memuriyet mahalli kabul edilecek, ulaşımı muntazam sağlanmayıp, arızî olarak kurumlara ait taşıt araçları ile gidilip gelen yerler ise memuriyet mahalli dışında kabul edilerek bu gibi yerlere geçici görevle gönderilenlere (yol gideri hariç) sadece gündelik ödenmesi gerekecektir.

Bu bağlamda Danıştay'a göre; "... harcırah birden fazla unsurdan oluşmakta olup, memurun durumuna göre bunlardan birine, bir kaçına veya tümüne hak kazanabilmesi sözkonusu olmaktadır. Herne kadar İlde ikamet etmekte iken görev yaptığı köye gidip geldiği tesbit edilen davacının İldeki bir okula atanması sırasında evini ve aile bireylerini nakletmesinin sözkonusu olmaması nedeniyle harcırahın belirtilen unsurlarından aile masrafi ve yer değiştirme masrafına hak kazanması mümkün değil ise de, sözkonusu atama nedeniyle görev yeri değişen davacıya harcırah unsurları içinde yer alan yol masrafi ve yevmiyenin ise ödenmesi gerektiği açıktır." ⁴⁶

⁴⁴ Sayıştay'a göre; Bornova'dan ilk veya naklen yine Bornova Belediyesi sınırları içerisindeki diğer okullara atanan öğretmenlere harcırah ödenmesi mümkün değildir. Sayıştay 5.Daire Kararı, Kararın Numarası : 9850, Kararın Tarihi : 08.06.2000 (www.sayistay.gov.tr)

⁴⁵ Sayıştay, Çanakkale Belediye Başkanlığının Valiliğe hitaben yazdığı 07.08.1998 tarih ve 1998/2833 sayılı yazıda; Güzelyalı Köyünün belediye mücavir alanı içinde bulunduğu, imar hizmetlerinin 1992 yılından beri yapıldığı su hizmetinin Ağustos 1998 itibarıyla deneme şeklinde verilmeye başlandığı kanalizasyon hizmetinin yapılmadığı, ulaşım hizmetinin haziran-eylül aylarında 3.5 aylık bir süre ile verildiği, bu sürenin dışında hiç bir ulaşım hizmetinin verilmediği belirtildiğinden bahisle Çanakkale Belediyesi Güzelyalı Köyüne Harcırah Kanununun ve ilgili tebliğin öngördüğü hizmetleri götürmediğinden bu köyün memuriyet mahalli sayılmasının mümkün olmadığına hükmetmiştir.

⁴⁶ Danıştay Beşinci Daire, E.1995/4056, K.1998/2720, K.T. 19.11.1998 (DAN-DER; SAYI:100) (Danıştay Bilgi Bankası Karar Erişim Sistemi-www.danistay.gov.tr/kerisim)

Yine Ankara Emniyet Müdürlüğünde görevli polis memuru iken Sincan İlçesine önce geçici görevle daha sonra asaleten atanan davacının, geçici ve sürekli görev yolluklarının ödenmesi yolundaki başvurusunun reddine ilişkin idare işleminin iptali istemiyle açılmış olan davada da İdare Mahkemesi kararıyla; Ankara'ya 33 Km. uzaklıkta bulunan Sincan İlçesinin Ankara Belediyesi dışında müstakil bir belediyeye sahip olduğu, Ankara Belediyesi hizmetlerinden yararlanmadığı ve davacının görevli olduğu kurumca Ankara Sincan arasında personelini taşıyan herhangi bir servis aracı bulunmadığından memuriyet mahalli sayılamayacağı, bu nedenle geçici ve sürekli görev yolluğu verilmesi gerekirken aksine tesis edilen işlemde mevzuata uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiş ve Danıştay tarafından da onanmış, memuriyet mahalline yakın mesafede bulunmakla beraber, büyükşehir belediyesinin hizmetlerinden yararlanmayan müstakil bir belediyesi bulunan ve davacının çalıştığı kurum tarafından personel için servis aracı tahsis edilmeyen ilçenin memuriyet mahalli sayılamayacağı, bu nedenle bu ilçede oturan davacıya geçici ve sürekli görev yolluğu verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.⁴⁷

Benzer şekilde İlde ikamet edip, görev yaptığı köye gidip, gelen davacıya il merkezine atanması üzerine aile ve yer değiştirme masrafı verilemeyeceği, ancak yol masrafı ve yevmiye ödenmesi gerekeceği Danıştayca

⁴⁷ Beşinci Daire, E.1987/248, K.1988/1759, K.T. 30.05.1988 (Danıştay Bilgi Bankası Karar Erişim Sistemi- www.danistay.gov.tr/kerisim). Söz konusu karara ilişkin ayrışık oy gerekçesinde “6245 sayılı Harcırah Kanununun 2562 sayılı Kanunla değişik 3.maddesinin (g) fıkrası ile; memur ve hizmetlerinin asıl görevli olduğu veya ikametgahının bulunduğu şehir ve kasabaların belediye sınırları içinde bulunan mahaller memuriyet mahalli sayılmış, ayrıca bu mahallerin dışında kalmakla birlikte yerleşim özellikleri bakımından bu şehir ve kasabaların devamı niteliğinde bulunup belediye hizmetlerinin götürüldüğü veya kurumlarınca sağlanan taşıt araçları ile gidilip gelinebilen yerler de memuriyet mahalli olarak kabul edilmiş, aynı maddenin (h) fıkrasında, başka yerin, yukarıda (g) fıkrasında yazılı memuriyet mahalli dışındaki yerleri ifade edeceği hükme bağlanmıştır. Dava dosyasının incelenmesinden; Sincan İlçesinin Ankara Belediyesinden ayrı bir belediyeye sahip olduğu ve Ankara Belediyesi hizmetlerinden yararlanmadığı anlaşılmakta ise de, söz konusu yasa hükmü ile memuriyet mahallinin tanımlanmasında; bu yerin yerleşim özelliği bakımından şehir ve kasabaların devamı niteliğinde olup olmaması gözönüne alındığı gibi kurumlarınca sağlanan taşıt araçları ile gidip gelinebilen yerlerin de memuriyet mahalli sayılacağı kabul edilmiştir. Sincan İlçesinin yerleşim özelliği bakımından şehir devamı niteliğinde olduğu açık bulunduğu gibi düzenli olarak ulaşım hizmetinin sağlanması nedeniyle de memuriyet mahalli dışında bir yer sayılmasının söz konusu olamayacağı açıktır.” ifadelerine yer verilmiştir.

karara bağlanmıştır. Söz konusu karar gerekçesinde “*Kanunun anılan 5. maddesine göre harcırah birden fazla unsurdan oluşmakta olup, memurun durumuna göre bunlardan birine, bir kaçına veya tümüne hak kazanabilmesi sözkonusu olmaktadır. herne kadar ... Merkez'de ikamet etmekte iken görev yaptığı köye gidip geldiği tesbit edilen davacının ... Merkez'de bir okula atanması sırasında evini ve aile bireylerini nakletmesinin sözkonusu olmaması nedeniyle harcırahın belirtilen unsurlarından aile masrafı ve yer değiştirme masrafına hak kazanması mümkün değil ise de, sözkonusu atama nedeniyle görev yeri değişen davacıya harcırah unsurları içinde yer alan yol masrafı ve yevmiyenin ise ödenmesi gerektiği açık olup, mahkemece davacıya ödenen ve daha sonra geri alınan harcırahla ilgili bilgi-belgelerin getirilmesi suretiyle harcırahın sözü edilen unsurları yönünden gerekli araştırma yapılarak yukarıda belirtilen esasa göre bir karar verilmesi gerekirken bu yönde bir inceleme yapılmadan davanın tümüyle reddedilmesinde hukuki isabet görülmemiştir*” ifadelerine yer verilmiştir.⁴⁸

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de; birbirinin devamı niteliğinde olmayıp, farklı belediye sınırları içinde olsa da; iki yerleşim birimi arasında idarece düzenli servis araçları hizmete konulmuşsa, asıl ikâmet mahallinden geçici görevle diğer mahalle gönderilen kişi, memuriyet mahallinden ayrılmamış sayılacağından, harcıraha müstahak olamayacağına;⁴⁹ İstanbul Beykoz Çavuşbaşı beldesinden, Şişli İlçesi Maslak Semtinde konuşlu bulunan İstanbul İl Jandarma K.lığı emrine atanan kişinin eski ve yeni görev yerlerinin aynı memuriyet mahalli içerisinde bulunması nedeniyle davacıya sürekli görev yolluğu verilmemesinde hukuka aykırılık olmadığına;⁵⁰ karar vermiştir.

Yol Masrafı, Yevmiye, Aile Masrafı ve Yer Değiştirme Masrafı Verilecek Haller

Şunu hemen belirtmek gerekir ki, Harcırah Kanununda en fazla değişiklik yapılan ve hakkında yargı yolu işletilen konuların başında harcırah verilebilecek haller gelmektedir. 6245 sayılı Harcırah Kanununun 10. maddesinin önceki haline göre;

⁴⁸ Beşinci Daire, E.1995/4056, K.1998/2720, K.T. 19.11.1998 (DAN-DER; SAYI:100). Benzer bir karar için bkz. Beşinci Daire, E.1995/2039, K.1997/2612, K.T. 17.11.1997, DAN-DER; SAYI:96 (Danıştay Bilgi Bankası Karar Erişim Sistemi- www.danistay.gov.tr/kerisim)

⁴⁹ AYİM.1.D., E.1988/384, K. 1989/137, K.T. 22.03.1989, Dergi No:7

⁵⁰ AYİM 3.D., E.2003/314, K.2003/225, K.T. 18.12.2003,Dergi No:19

1. Yurt içinde veya dışındaki daimi bir vazifeye yeniden⁵¹ veya naklen tayin olunanlarla yabancı memleketlerdeki memuriyet merkezi tebdil olunan veyahut bu yerlerden yurt içinde diğer bir daimi vazifeye tayin edilen memur ve hizmetlilere yeni vazife mahallerine kadar;
2. Emekliliğini isteyen veya emekliye sevk olunan yahut haklarında toptan ödeme hükümleri uygulanan memur ve hizmetlilere, Türkiye dahilinde ikamet edecekleri yere kadar ve yalnız bir defaya mahsus olmak üzere;
3. Emekli iken Devlet hizmetine alındıktan sonra cezaen olmamak üzere vazifelerine son verilen memur ve hizmetlilerden emekli aylıkları iadeten tahsis edilenlere bu aylıklarını Türkiye dahilinde tesviye ettirecekleri mahalle kadar;
4. Cezaen olmamak üzere kurumlarınca vazifelerine son verilen hizmetlilerle terhis olunan yedek subay ve yedek askeri memurlara Türkiye dahilinde ikamet edecekleri yere kadar ve yalnız bir defaya mahsus olmak üzere⁵²

⁵¹ Harcırah Kanununun 10'uncu maddesinin 1'inci bendinde, yurtiçinde veya dışındaki daimi bir vazifeye yeniden veya naklen tayin olunanlara daimi vazife harcırahi verilmesi öngörülmüş olduğundan, başka bir kurumdan istifaen ayrıldıktan sonra yeniden memuriyete atananlara sürekli görev yolluğu ödenmesinde mevzuata aykırılık bulunmadığına ilişkin bkz. Sayıştay 7.Daire Kararı, Kararın Numarası : 8164, Kararın Tarihi : 22.01.1998

⁵² AYİM'e göre 6245 sayılı Harcırah Kanunu'nun 10 uncu maddesinin (4) ncü fıkrasında "Cezaen olmamak üzere kurumlarınca vazifelerine son verilen hizmetlilerle terhis olunan yedek subay ve yedek askeri memurlara Türkiye dahilinde ikamet edecekleri yere kadar ..." harcırah verileceği belirtilmektedir. Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunduğu gerekçesiyle Yüksek Disiplin Kurulu kararı ile devlet memurluğundan çıkartılan davacı yardımcı hizmetler sınıfında olmayıp, genel idare hizmetleri sınıfında görev yapan bir devlet memuru statüsünde olduğundan; 6245 sayılı Kanunun 10/4 ve 56/a maddelerinin hizmetlilerin cezaen kurumlarınca vazifelerine son verilmeleri halinde kendilerine ikamet mahallerine kadar harcırah ödenemeyeceğine ilişkin hükümlerinin davacıya tatbik kabiliyeti yoktur. Kanunun 10 ncu maddesinin (2) nci fıkrasında belirtilen "...haklarında toptan ödeme hükümleri uygulanan memur ..."lar kapsamına sicil yoluyla, bir ceza mahkûmiyetine bağlı olarak ya da dava konusunda olduğu gibi bir disiplin cezası olarak memuriyetten çıkarılanların dahil olduğu kuşkusuzdur. Kanun koyucu bu maddenin yanı sıra, 56/a maddesindeki "re'sen emekliye ayrılan memur ..." lar deyimi ile de bu konudaki iradesini daha açık bir şekilde ortaya koymuştur. "Hizmetli" kavramı kapsamına giren yardımcı hizmetler sınıfında istihdam edilen bir memurun Yüksek Disiplin

5. Kadro dolayısıyla açıkta kalan veya vekalet emrine alınan memurlara açık aylıklarını Türkiye dahilinde tesviye ettirecekleri yere kadar;
6. Asilin vüruduna kadar muvakkaten gönderilmiş olmayıp da vekalet namı altında asaleten gönderilen ve vekalet müddeti belli olmayan kumandan ve memurlara vazife mahallerine kadar

yol masrafı, yevmiye, aile masrafı ve yer değiştirme masrafı ödenmekteydi. Ancak söz konusu düzenleme farklı tarihlerde değişikliğe uğramış ve buna ilişkin yargı kararları verilmiştir. Bu bağlamda konu ile ilgili olarak 1.1.2002 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere uygulamaya sokulan yasama tasarrufları ve bu tasarruflara ilişkin yargısal süreçte verilen kararlara değinilmesi açıklayıcı olacaktır.

Buna göre; 1.1.2002 tarihinden itibaren yürürlüğe konulan yasama tasarrufları ile Anayasa Mahkemesi'nce yapılan anayasal denetimin niteliğini bir açıdan sınıflandıracak olursak, 1.1.2002 ile 21.7.2003 tarihleri arasındaki dönemi; bütçe kanunları ile harcırah ödemelerinin kısıtlanmaya çalışıldığı ve Anayasa Mahkemesi'nce şekil bakımından anayasal denetimin yapıldığı dönem, 22.7.2003 ve sonrasındaki dönemi de; 6245 sayılı Harcırah Kanunu'ndaki değişiklikler ile harcırah ödemelerinin kısıtlanmaya çalışıldığı ve Anayasa Mahkemesi'nce esas bakımından anayasal denetimin yapıldığı dönem olarak ikiye ayırabiliriz.

1.1.2002 ile 21.7.2003 tarihleri arasındaki dönemde, ilk olarak; 4726 sayılı 2002 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 6. maddesinin (g) bendinden bahsetmek gerekmektedir. 22.12.2001 günlü, 24618 (1. Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve 1.1.2002 tarihinden geçerli olmak üzere yürürlüğe giren 12.12.2001 günlü, 4726 sayılı 2002 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 6. maddesinin (g) bendinde; "*6245 sayılı Harcırah Kanunu kapsamında bulunan kurum ve kuruluşlar ile özel hükümler gereğince anılan Kanun kapsamı dışında yer alan tüm kamu kurum ve kuruluşlarında, istihdam edilme şekline bakılmaksızın; ilk defa veya yeniden göreve alınanlar ile bunların aile fertlerine bu nedenlerle harcırah ödenmez, bu amaçla başka bir adla ödeme yapılamaz. Yukarıdaki fıkra kapsamına girenlerden, aynı fıkra kapsamında bulunan kurum ve kuruluşlar arasında veya bunların başka yerlerdeki birimleri arasında naklen ataması yapılanlar ile başka yerlerde sürekli veya geçici olarak görevlendirilenlere, harcırah talep etmediklerine ilişkin yazılı beyanda bulunmaları halinde, 6245 sayılı Harcırah Kanununda veya özel mevzuatlarında bu atama veya*

Kurulu kararı ile (cezaen) memuriyetten çıkarılması halinde ise, bu konumdakilere harcırah verilmeyeceği kanunda açıkça belirtildiğinden (Md. 10/4, 56/a 'daki ayrık hal) aksine bir yorum yapılamayacağı tabiidir. AYİM. 1.D. Karar No: E.1997/743, Karar Tarihi:28.04.1998, Dergi No:13

görevlendirmeler için öngörülen harcırah ödenmez, bu amaçla başka bir adla dahi olsa herhangi bir ödeme yapılamaz.

6245 sayılı Harcırah Kanunu ile diğer mevzuatın bu fıkraya aykırı hükümleri uygulanmaz." hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenleme ile; "1.1.2002 tarihinden itibaren 6245 sayılı Kanun kapsamında bulunsun ya da bulunmasın tüm kamu kurum ve kuruluşlarında, istihdam edilme şekline bakılmaksızın; ilk defa veya yeniden göreve alınanlar ve naklen ataması yapılanlar ile başka yerlerde sürekli veya geçici olarak görevlendirilenlerden harcırah talep etmediklerine ilişkin yazılı beyanda bulunanlara" harcırah ödenmemesi amaçlanmıştır .

Ancak 28.3.2003 günlü, 25062 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi'nin 22.10.2002 günlü, E:2002/138, K:2002/96 sayılı kararı ile; anılan Kanun'un 6. maddesinin (g) bendinin iptaline karar verilmiştir. Söz konusu kararda; "Anayasa'nın 161. ve 162. maddelerinin getiriliş amacı, bütçe yasalarında yıllık bütçe kavramı dışındaki konulara yer vermemek, böylece bütçe yasalarını ilgisiz kurallardan uzak tutarak kendi yapısı içinde bütünleştirmektir. Harcırah verilmesini gerektirecek durumlar ile harcırah verilecek kişiler 6245 sayılı Harcırah Kanunu ile bu Yasa kapsamı dışında kalan kurum ve kuruluşların kendi kuruluş yasalarında belirlenmiştir. 2002 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 6. maddesinin iptal istemine konu olan (g) fıkrasının birinci paragrafında, 6245 sayılı Yasa kapsamında bulunan kurum ve kuruluşlar ile özel hükümler gereğince anılan kanun kapsamı dışında yer alan tüm kamu kurum ve kuruluşlarında, istihdam edilme şekline bakılmaksızın ilk defa veya yeniden göreve alınanlar ile bunların aile fertlerine bu nedenlerle harcırah ödenmeyeceğinin; üçüncü paragrafında da 6245 sayılı Harcırah Kanunu ile diğer mevzuatın bu fıkraya aykırı hükümlerinin 2002 mali yılında uygulanmayacağı öngörülerek anılan bütçe yasasıyla öteki yasalarda değişiklik yapılmıştır. Bu nedenle kurallar, Anayasa'nın 87., 88., 161. ve 162. maddelerine aykırıdır." gerekçesine yer verilmiştir.

1.1.2002 ile 21.7.2003 tarihleri arasındaki dönemde, ikinci olarak; 4833 sayılı 2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 51. maddesinin (f) bendinden bahsetmek gerekmektedir. 31.3.2003 günlü, 25065 (1. Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve 1.1.2003 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe giren 29.3.2003 günlü, 4833 sayılı 2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 51. maddesinin (f) bendinde; "10.2.1954 tarihli ve 6245 sayılı Kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşlar ile özel hükümler gereğince anılan Kanun kapsamı dışında yer alan tüm kamu kurum ve kuruluşlarında, istihdam edilme şekline bakılmaksızın; ilk defa veya yeniden göreve alınanlar ile bunların aile fertlerine bu nedenlerle harcırah ödenmez, bu amaçla başka bir adla ödeme yapılamaz. Yukarıda belirtilen kurum ve kuruluşlarda istihdam edilen personelden, kendilerinin yazılı talebi üzerine 1.4.2003 tarihinden

itibaren bu kurum ve kuruluşlar arasında veya bunların başka yerlerdeki birimleri arasında naklen ataması yapılanlar ile başka yerlerde sürekli veya geçici olarak görevlendirilenlere, 10.2.1954 tarihli ve 6245 sayılı Kanunda veya özel mevzuatlarında bu atama veya görevlendirmeler için öngörülen harcırah ödenmez, bu amaçla başka bir adla dahi olsa herhangi bir ödeme yapılamaz. 10.2.1954 tarihli ve 6245 sayılı Kanununun 10 uncu maddesinin 2, 3 ve 4 üncü bentleri kapsamında 1.4.2003 tarihinden itibaren görevlerinden ayrılacaklar ile anılan Kanununun 11 inci maddesine göre aynı tarihten itibaren harcıraha hak kazanacak olanlara ve özel hükümler gereğince söz konusu Kanun kapsamı dışında yer alan tüm kamu kurum ve kuruluşlarının aynı durumlarda bulunan personeline, bu nedenlere bağlı olarak ilgili mevzuatında öngörülen harcırah ödenmez; bunlardan, ilgili mevzuatında yer değiştirmeleri halinde harcırah verilmesi öngörülmüş olanlara, yer değiştirme koşulu aranmaksızın ve damga vergisi hariç hiçbir vergiye tabi tutulmaksızın 500 milyon lira tutarında ödeme yapılır. 10.2.1954 tarihli ve 6245 sayılı Kanun ile diğer mevzuatın bu bende aykırı hükümleri uygulanmaz." hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenleme ile; "31.3.2003 tarihinden itibaren 6245 sayılı Kanun kapsamında bulunsun ya da bulunmasın tüm kamu kurum ve kuruluşlarında, istihdam edilme şekline bakılmaksızın; ilk defa veya yeniden göreve alınanlar ile kendilerinin yazılı talebi üzerine 1.4.2003 tarihinden itibaren bu kurum ve kuruluşlar arasında veya bunların başka yerlerdeki birimleri arasında naklen ataması yapılanlar ile başka yerlerde sürekli veya geçici olarak görevlendirilenlere" harcırah ödenmemesi amaçlanmıştır.

22.7.2003 günlü, 25176 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi'nin 17.7.2003 günlü, E:2003/41, K:2003/8 sayılı Kararı ile; "anılan Kanununun 51. maddesinin (f) fıkrasının, Anayasa'ya aykırılığı konusunda güçlü belirtiler bulunduğu gözetilerek, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi için esas hakkında karar verilinceye kadar yürürlüğünün durdurulmasına" karar verilmiş, 8.12.2004 günlü, 25664 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 22.1.2004 günlü, E:2003/41, K:2004/4 sayılı karar ile de "anılan bendin 4969 sayılı Kanun'un 1. maddesinin (a), (c) ve (d) fıkraları ile 2. ve 3. maddeleri ile değiştirildiğinden, bu bende ilişkin konusu kalmayan istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına" hükmedilmiştir.

Dolayısıyla, 1.1.2002 ile 21.7.2003 tarihleri arasına ilişkin dönemde bütçe kanunları ile getirilen kısıtlayıcı düzenlemelerin, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararları ile hukuka aykırılığı saptanmış bulunmaktadır.

22.7.2003 ve sonrasındaki döneme gelince ilk olarak; 4969 sayılı Kanun'un 1. maddesinin (a) bendinden bahsetmek gerekmektedir. 10. maddesinin 1. bendinde yer alan; "yurt içinde veya dışındaki daimi bir vazifeye

yeniden veya naklen tayin olunanlarla yabancı memleketlerdeki memuriyet merkezi tebdil olunan veyahut bu yerlerden yurt içinde diğer bir daimi vazifeye tayin edilen memur ve hizmetlilere yeni vazife mahallerine kadar," biçimindeki düzenleme, 12.8.2003 günlü, 25197 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve 22.7.2003 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe giren 4969 sayılı Kanun'un 1. maddesinin (a) bendi ile değiştirilmiş, ve anılan bendin başına; "*Kendi yazılı talepleri üzerine gönderilenler hariç olmak üzere*" ibaresi eklenmiş ve bentte yer alan "*yeniden veya*" ibaresi metinden çıkarılmıştır. Buna göre; anılan maddenin 1. bendi; "*Kendi yazılı talepleri üzerine gönderilenler hariç olmak üzere; Yurt içinde veya dışındaki daimi bir vazifeye naklen tayin olunanlarla yabancı memleketlerdeki memuriyet merkezi tebdil olunan veyahut bu yerlerden yurt içinde diğer bir daimi vazifeye tayin edilen memur ve hizmetlilere yeni vazife mahallerine kadar,*" biçiminde bir düzenlemeye dönüşmüştür. Bu değişiklikler ile; "*22.7.2003 tarihinden itibaren 6245 sayılı Harcırah Kanunu kapsamında bulunan kurum ve kuruluşlarda, ilk defa veya yeniden göreve alınanlar ile kendi yazılı talepleri üzerine naklen atananlara*" harcırah ödenmemesi amaçlanmıştır.⁵³

22.7.2003 ve sonrasındaki dönemde; ikinci olarak; 5335 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (a) bendinden bahsetmek gerekmektedir. 27.4.2005 günlü, 25798 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 21.4.2005 günlü, 5335 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (a) bendi ile; 4969 sayılı Kanun'un 1. maddesinin (a) bendi ile değişik 6245 sayılı Kanun'un 10. maddesinin 1. bendi yeniden değişikliğe uğramış ve anılan bendin başına; "*Zorunlu yer değiştirme, sınav, sağlık sebepleri ve eş durumu (bu madde uyarınca sürekli görev yolluğu almaya hak kazananların eşlerinin atamaları) dışında kendi yazılı talepleri üzerine gönderilenler hariç olmak üzere;*" ibaresi eklenmiştir. Buna göre; anılan maddenin 1. bendi; "*Zorunlu yer değiştirme, sınav, sağlık sebepleri ve eş durumu (bu madde uyarınca sürekli görev yolluğu almaya hak kazananların eşlerinin atamaları) dışında kendi yazılı talepleri üzerine gönderilenler hariç olmak üzere; Yurt içinde veya dışındaki daimi bir vazifeye naklen tayin olunanlarla yabancı memleketlerdeki memuriyet merkezi tebdil olunan veyahut*

⁵³ "*Kendi yazılı talepleri üzerine gönderilenler hariç olmak üzere*" ibaresi Anayasa Mahkemesinin 4/5/2005 tarih ve E.:2004/54, K.:2005/24 sayılı kararı ile iptal edilmiş ise de iptal kararı yayımlanmadan, söz konusu bentte yeni bir düzenlemeye gidilmiş ve bu bentte yer alan "*Kendi yazılı talepleri üzerine gönderilenler hariç olmak üzere;*" ibaresi, 21/4/2005 tarihli ve 5335 sayılı Kanunun 4.maddesiyle "*Zorunlu yer değiştirme, sınav, sağlık sebepleri ve eş durumu (bu madde uyarınca sürekli görev yolluğu almaya hak kazananların eşlerinin atamaları) dışında kendi yazılı talepleri üzerine gönderilenler hariç olmak üzere;*" şeklinde değiştirilmiş

bu yerlerden yurt içinde diğer bir daimi vazifeye tayin edilen memur ve hizmetlilere yeni vazife mahallerine kadar;" biçiminde bir düzenlemeye dönüşmüştür. Bu değişiklik ile; "27.4.2005 tarihinden itibaren 6245 sayılı Harcırah Kanunu kapsamında bulunan kurum ve kuruluşlarda, zorunlu yer değiştirme, sınav, sağlık sebepleri ve eş durumu (bu madde uyarınca sürekli görev yolluğu almaya hak kazananların eşlerinin atamaları) dışında kendi yazılı talepleri üzerine naklen atanarlara" harcırah ödenmemesi amaçlanmıştır.

5335 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (a) bendi, 6245 sayılı Kanun'un 10. maddesinin 1. bendine 4969 sayılı Kanun'un 1. maddesinin (a) bendi ile eklenen ibareyi kaldırmakla birlikte, 26.11.2005 günlü Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi'nin 4.5.2005 günlü, E:2004/54, K:2005/24 sayılı kararı ile 6245 sayılı Kanun'un 10. maddesinin 1. bendinin başına 31.7.2003 günlü, 4969 sayılı Kanun'un 1. maddesinin (a) bendi ile eklenen "Kendi yazılı talepleri üzerine gönderilenler hariç olmak üzere" ibaresinin iptaline karar verilmiştir.

Böylece, 22.7.2003 ve sonrasındaki dönemde, 6245 sayılı Kanun'un 10. maddesinin 1. bendine 4969 sayılı Kanun'un 1. maddesinin (a) bendi ile getirilen kısıtlayıcı düzenlemenin ("Kendi yazılı talepleri üzerine gönderilenler hariç olmak üzere" ibaresi), Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararı ile hukuka aykırılığı saptanmış bulunmaktadır.

Bu dönemde 5335 sayılı Kanun'un 4. Maddesinin (a) bendi ile kaldırılmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin 4.5.2005 günlü, E. 2004/54, K. 2005/24 sayılı kararı ile hakkında iptal kararı verilen 4969 sayılı Kanun'un 1. Maddesinin (a) bendinde yer alan "kendi yazılı talepleri üzerine gönderilenler hariç olmak üzere" ibaresine dayalı olarak tesis edilen ve bu ibarenin uygulanmasında birliğin sağlanması amacını taşıyan 26.8.2003 günlü Resmi Gazete'de yayımlanan Maliye Bakanlığı 37 seri no'lu Harcırah Kanunu Genel Tebliği'nin 1. Maddesinin (a) bendinde yer alan " bu çerçevede; eş durumu, öğrenim durumu, sağlık sebepleri ile benzeri mazeretlere dayalı olarak ilgililerin yazılı talepleri üzerine yapılan atamalar için harcırah ödenmeyecektir." ibaresi de yasal dayanağı ortadan kalkmış bulunduğu gerekçesi ile Danıştay tarafından iptal edilmiştir⁵⁴.

⁵⁴ Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Bu maddede belirtilen sosyal hukuk devleti, temel hak ve özgürlükleri en geniş ölçüde gerçekleştiren ve güvence altına alan, toplumsal gerekleri ve toplum yararını gözeten, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı en üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak eşitliği, sosyal adaleti sağlayan, çalışma hayatının gelişmesi için önlemler alarak çalışanları koruyan, sosyal güvenlik sorunlarını çözmeyi yüklenmiş, ülkenin kalkınmasıyla birlikte ulusal gelirin sosyal

katmanlar arasında adaletli biçimde sağlanmasını amaç edinmiş devlettir. Güçsüzleri güçlülere ezdirmemek ilkesi, herkesi, bu arada çalışanları, emeklilerle yaşlıları, durumlarına uygun düzenlemelerle, sağlıklı, mutlu ve güven içinde yaşatmayı gerektirir. Nakil işlemi sonucunda, görev yeri değişen kamu görevlilerinin, maddi açıdan belli bir külfetle karşı karşıya kalmaları ve bu külfetin, kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanması nedeniyle, isteklerine dayalı olarak nakledilmiş bile olsalar, söz konusu külfetin kamuca karşılanması icap ettiğinden, iptali istenilen kural, Anayasa'nın 2. maddesiyle bağdaşmamaktadır. Öte yandan, Anayasa'nın 10. maddesindeki "Kanun önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Kendi yazılı talepleri üzerine nakledilen kamu görevlileri ile re'sen nakledilen kamu görevlilerinin, nakil işleminin hukuksal niteliği yönünden ve yer değiştirmeye bağlı olarak ödenen harcırah bakımından, aynı hukuksal konumda oldukları kuşkusuzdur. Aynı hukuksal konumda olanlar arasında farklı kurallar öngörülmesi Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur." gerekçesine yer verilmiştir. Dolayısıyla, 22.7.2003 ve sonrasındaki dönemde, 6245 sayılı Kanun'un 10. maddesinin 1. fıkrasına 4969 sayılı Kanun'un 1. maddesinin (a) bendi ile getirilen kısıtlayıcı düzenlemenin ("Kendi yazılı talepleri üzerine gönderilenler hariç olmak üzere" ibaresi), Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararı ile hukuka aykırılığı saptanmış bulunmaktadır. Yukarıda belirtilen açıklamalar ışığında ve sonuç olarak; 5335 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (a) bendi ile kaldırılmakla birlikte, 26.11.2005 günlü, 26005 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi'nin 4.5.2005 günlü, E:2004/54, K:2005/24 sayılı kararı ile hakkında iptal kararı verilen 31.7.2003 günlü, 4969 sayılı Kanun'un 1. maddesinin (a) bendinde yer alan "Kendi yazılı talepleri üzerine gönderilenler hariç olmak üzere" ibaresine dayalı olarak tesis edilen ve bu ibarenin uygulanmasında birliğin sağlanması amacını taşıyan 26.8.2003 günlü, 25211 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan dava konusu 37 Seri No'lu Harcırah Kanunu Genel Tebliği'nin 1. maddesinin (a) bendinde yer alan "Bu çerçevede; eş durumu, öğrenim durumu, sağlık sebepleri ile benzeri mazeretlere dayalı olarak ilgililerin yazılı talepleri üzerine yapılan atamalar için harcırah ödenmeyecektir." ibaresinin yasal dayanağı ortadan kalkmış olduğundan, 26.8.2003 günlü, 25211 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Harcırah Kanunu Genel Tebliği'nin (Seri No:37) 1. maddesinin (a) bendinde yer alan; "Bu çerçevede; eş durumu, öğrenim durumu, sağlık sebepleri ile benzeri mazeretlere dayalı olarak ilgililerin yazılı talepleri üzerine yapılan atamalar için harcırah ödenmeyecektir." ibaresi ile bu ibareye dayalı olarak tesis edilen dava konusu

Görüldüğü gibi, bu süreçte “kendi yazılı talepleri üzerine görev yeri değiştirilenler” bakımından harcırahın ödenmemesi konusunda defalarca yasal düzenlemeye gidilmiş, ancak söz konusu düzenlemeler Anayasa Mahkemesi tarafından bazen şekil bazen de esas yönünden Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Buradan hareketle söz konusu gelişmelerin olması gereken bakımından irdelenmesi yerinde olur kanısındayız. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, 2002 yılı öncesinde de idarelerce, kendi istekleri üzerine tayinleri yapılanlar için harcırah ödememe yönünde gerçekleştirilen uygulamalar hakkında Danıştay; istekleri üzerine yerleri değiştirilen memurlara yolluk verilmemesi düşünülemeyeceği gibi yolluk ödeme emri verilmeksizin yer değiştirme emrinin tebliğinin de bahis konusu olamayacağına karar vermiştir.⁵⁵

Söz konusu düzenlemeye ilişkin madde gerekçesinde; kurumlarca yapılması gerekli ve zorunlu bulunmayan, sadece ilgililerin kendi irade ve isteği üzerine yapılan naklen atamalar için Devlete herhangi bir mali külfet gelmesini önlemek amacıyla anılan (1) numaralı bendin başına söz konusu ifadenin eklendiği belirtilmiştir. Ancak bu gerekçenin idare hukuku bakımından sorunlu olduğu kanısındayız.

Bilindiği gibi nakil işlemi, idarece, takdir yetkisi kapsamında, kamu görevlisinin istemi olmaksızın tesis edilebileceği gibi, mevzuatın öngördüğü koşulların varlığı halinde, yine takdir yetkisi kapsamında, kamu görevlisinin talebi üzerine de tesis edilebilir. Bu anlamda, nakil isteminde bulunmak, kamu görevlileri için, bir hak olarak gözükmekte ise de, istemin yerine getirilmesinin kamu yararı ve hizmetin gerekleri ile sınırlandırılmış olması nedeniyle, bu hakkın kullanılmasıyla ortaya konulan istemin, idarelerce, mutlaka karşılanması zorunluluğu bulunmamaktadır. Her iki durumda da, yargısal denetim yetkisi saklı kalmak kaydıyla, işlemin tesis edilip edilmeyeceği idarenin takdirindedir. Öte yandan, 657 sayılı Kanunun 62. maddesinin 2595 sayılı Kanunun 4'üncü

5.5.2005 günlü, 121/382 sayılı işlemde hukuka uyarlık görülmemiş, açıklanan nedenlerle, 26.8.2003 günlü, 25211 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Harcırah Kanunu Genel Tebliği'nin (Seri No:37) 1. maddesinin (a) bendinde yer alan; "Bu çerçevede; eş durumu, öğrenim durumu, sağlık sebepleri ile benzeri mazeretlere dayalı olarak ilgililerin yazılı talepleri üzerine yapılan atamalar için harcırah ödenmeyecektir." ibaresi ile bu ibareye dayalı olarak tesis edilen dava konusu 5.5.2005 günlü, 121/382 sayılı işlemin yürütülmesinin durdurulmasına, 23.12.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. Danıştay İkinci Dairesi, E.2005/1869, K.2005/1869, K.T. 23.12.2005 (Danıştay Bilgi Bankası Karar Erişim Sistemi- www.danistay.gov.tr/kerisim)

⁵⁵ (Genel Kurul'dan geçmemiştir) Üçüncü Daire, E.1971/411, K.1971/422, K.T. 30.06.1971 DAN-DER, SAYI:5

maddesiyle değişik 3'üncü paragrafında, yer değiştirme suretiyle yapılan atamalarda, memurlara, yolluklarının, atama emirleri tebliğ edilince ödeme emri aranmaksızın, saymanlıklarca derhal ödeneceği hükmü yer almış, anılan Kanun hükmünde görev yerinin değişmesinin isteğe bağlı olup olmaması yönünden, bir ayırım yapılmamıştır. Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Bu maddede belirtilen sosyal hukuk devleti, temel hak ve özgürlükleri en geniş ölçüde gerçekleştiren ve güvence altına alan, toplumsal gerekleri ve toplum yararını gözeten, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı en üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak eşitliği, sosyal adaleti sağlayan, çalışma hayatının gelişmesi için önlemler alarak çalışanları koruyan, sosyal güvenlik sorunlarını çözmeyi yüklenmiş, ülkenin kalkınmasıyla birlikte ulusal gelirin sosyal katmanlar arasında adaletli biçimde sağlanmasını amaç edinmiş devlettir. Güçsüzleri güçlülere ezdirmemek ilkesi, herkesi, bu arada çalışanları, emeklilerle yaşlıları, durumlarına uygun düzenlemelerle, sağlıklı, mutlu ve güven içinde yaşatmayı gerektirir. Nakil işlemi sonucunda, görev yeri değişen kamu görevlilerinin, maddi açıdan belli bir külfetle karşı karşıya kalmaları ve bu külfetin, kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanması nedeniyle, isteklerine dayalı olarak nakledilmiş bile olsalar, söz konusu külfetin kamuca karşılanması icap ettiğinden, iptali istenilen kural, Anayasa'nın 2. maddesiyle bağdaşmamaktadır. Öte yandan, Anayasa'nın 10. maddesindeki "Kanun önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Kendi yazılı talepleri üzerine nakledilen kamu görevlileri ile re'sen nakledilen kamu görevlilerinin, nakil işleminin hukuksal niteliği yönünden ve yer değiştirmeye bağlı olarak ödenen harcırah bakımından, aynı hukuksal konumda oldukları kuşkusuzdur. Aynı hukuksal konumda olanlar arasında farklı kurallar öngörülmesi Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur.

Hemen belirtelim ki; bu yaklaşımı benimsemiş görünen yasa koyucu, Bütçe Kanunlarında Yer Alan Bazı Hükümlerin İlgili Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelere Eklenmesi ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ile getirilen düzenlemeyi Genel Kurulda görüşerek kabul etmiştir. 12.07.2006 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 5538 sayılı söz konusu Kanun ile; 6245 sayılı Harcırah Kanununun 10. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendi değiştirilmiş olup, buna göre; *"Yurt içinde veya yurt dışında görev yapmakta iken yurt içinde veya yurt dışındaki sürekli bir göreve naklen atanan ya da yabancı ülkelerdeki*

memuriyet merkezi değiştirilen memur ve hizmetlilere yeni görev yerlerine kadar” harcırah ödemesi yapılacaktır. Böylece; maddenin daha önceki halinde yer alan “Zorunlu yer değiştirme, sınav, sağlık sebepleri ve eş durumu (bu madde uyarınca sürekli görev yolluğu almaya hak kazananların eşlerinin atamaları) dışında kendi yazılı talepleri üzerine gönderilenler hariç olmak üzere” sınırlaması da kaldırılmıştır. Yani hangi nedenle olursa olsun “yurt içinde veya yurt dışındaki sürekli bir göreve naklen atanan memur ve hizmetliler” harcırahlarını alabileceklerdir.⁵⁶

Diğer taraftan 4969 sayılı Kanunla; 10. maddenin aynı bendindeki “yeniden veya” ifadesi de madde metninden çıkartılmış ve böylece ilk defa veya yeniden atanana harcırah ödenmesi uygulamasına son verilmiştir. Buna gerekçe olarak da söz konusu uygulamanın diğer ülkeler ve özel sektör uygulamalarında da bulunmaması ve gelişen sosyal ve ekonomik koşullar nedeniyle ilk defa veya yeniden yapılan atamalar için harcırah verilmesine ihtiyaç kalmaması gösterilmiştir.

Benzer şekilde; 10. maddenin 2, 3 ve 4 numaralı bentleri de 4969 sayılı Kanunla kaldırılmıştır. Böylece; emekliliğini isteyen veya emekliye sevk olunan yahut haklarında toptan ödeme hükümleri uygulanan memur ve hizmetlilere; emekli iken Devlet hizmetine alındıktan sonra cezaen olmamak üzere vazifelerine son verilen memur ve hizmetlilerden emekli aylıkları iadeten tahsis edilenlere; cezaen olmamak üzere kurumlarınca vazifelerine son verilen hizmetlilerle terhis olunan yedek subay ve yedek askeri memurlara harcırah verilmesi uygulamasına son verilmiştir. Söz konusu değişikliğin gerekçesinde 6245 sayılı Kanunun 10 uncu ve 59 uncu maddelerine göre, emekli olan memur ve hizmetlilere, Türkiye dahilinde ikamet edeceklerini beyan ettikleri yere kadar sürekli görev yolluğu verildiği, ancak, kurumlarıyla ilişkisi sona eren personelin beyanlarının doğruluğunun araştırılmasının önemli bir iş yükü oluşturduğu ve bu nedenle beyanların tümünün araştırılmasına imkan bulunmadığı, dolayısıyla, işlemlerin basitleştirilmesi, idarelerin iş yükünün azaltılması, gerçek dışı beyanlardan kaynaklanan sorumluluklara meydan verilmemesi ve gerçekleşmeyen beyanlara dayalı olarak yapılan harcırah ödemelerinin önlenmesi amacıyla, emeklilik ve 6245 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin (3) ve (4) numaralı bentlerinde belirtilen durumlarda ilgililere harcırah ödenmemesinin amaçlandığı belirtilmiştir.

⁵⁶ Ayrıca 5538 sayılı Kanunla; 01.01.2002 tarihinden 12.07.2006 tarihine kadar naklen ataması yapılmış olup da harcırahlarını alamayanların, harcırahlarını faizi ile birlikte geçmişe yönelik olarak alabilmelerine izin veren bir düzenleme getirilmiştir..

Ancak 4969 sayılı Kanunla yapılan bir başka düzenleme ile 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 1 inci maddesine bir ilave bend eklenmiş, (A) bendi kapsamına giren personel ile 22.1.1990 tarihli ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (II) sayılı cetvelde yer alan personel ve kamu kurumlarında işçi olarak istihdam edilenlerden; emekliliğini isteyen veya emekliye sevk olunanlara, haklarında toptan ödeme hükümleri uygulananlara, emekli iken yeniden hizmete alındıktan sonra cezaen olmamak üzere görevlerine son verilenlere ve terhis olan yedek subaylara ve bunlardan görevde iken ölenlerin kanuni mirasçılarına damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tâbi tutulmaksızın beşyüz milyon lira tutarında tazminat ödeneceği belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemenin gerekçesinde 6245 sayılı Harcırah Kanunu uyarınca emekliliğini isteyen veya emekliye sevk olunanlara, haklarında toptan ödeme hükümleri uygulananlara, emekli iken yeniden hizmete alındıktan sonra cezaen olmamak üzere görevlerine son verilenlere ve terhis olan yedek subaylara Türkiye dahilinde ikamet edecekleri yere kadar harcırah verilmekte iken 2003 Mali Yılı Bütçe Kanununun 51 inci maddesinin (f) bendi uyarınca harcırah ödenmeyeceği ancak bu durumda olanlara yer değiştirme koşulu aranmaksızın 500 milyon lira ödeme yapılmasının öngörüldüğü ancak, Anayasa Mahkemesince bu hükmün yürürlüğünün durdurulması nedeniyle, yer değiştirme şartına bağlı olmaksızın tazminat şeklinde yapılması öngörülen bu hükmün, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede düzenlemeye kavuşturulduğu belirtilmiştir. Böylece emekliliğini isteyen veya emekliye sevk olunanlarla haklarında toptan ödeme hükümleri uygulananlara ilişkin olarak harcırah adı altında olmasa da sabit bir miktarın ödenmesi yoluyla ilgililerin bir nevi mağduriyetinin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Kanımızca söz konusu düzenleme bir takım sorunları içinde barındırmaktadır. Birincisi, bunun adı "tazminat" olmaması gerekirdi. Tazminat, ancak bir zarar halinde vardır. Vatandaş mağdur olmuşsa, bir zarar görmüşse, -idarenin işleminden zarar görmüş olabilir, bir kişinin işleminden zarar görmüş olabilir- bu zararı telafi etmek için yapılan ödemenin adına tazminat denilebilir. Diğer taraftan bu uygulama kötüye kullanılıyor; kamu görevlileri, emekli oldukları zaman, hiçbir zaman gitmeyecekleri kenti belirtmek suretiyle, hatta uzak kentleri belirtmek suretiyle çok yüksek miktarda emekli ikramiyesi alıyorlar gerekçesi ile bu tür bir düzenlemeye gidilmesi de doğru görünmemektedir. Öncelikle hiçbir kamu görevlisinin böyle bir yola gitmemesi gerekir. İkincisi, eğer, istisnai olarak yanlış uygulamalar varsa, bu yanlışlık, bir kurumun yok edilmesine, bir kurumun ortadan kaldırılmasına neden olmamalıdır.

Aynı şekilde uygulama birliğini sağlamak amacıyla 4969 sayılı Kanunla 4.7.2001 tarihli ve 631 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye 14 üncü maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 14/A maddesi eklenmiştir. Söz

konusu maddeye göre; 6245 sayılı Harcırah Kanunu kapsamı dışında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarında;

a) İstihdam edilme şekline bakılmaksızın; ilk defa veya yeniden göreve alınanlar ile bunların aile fertlerine ilk defa veya yeniden göreve alınma nedenlerine bağlı olarak harcırah ödenmez, bu amaçla başka bir adla ödeme yapılamaz.

b) İstihdam edilen personelden, kendilerinin yazılı talebi üzerine bu kurum ve kuruluşlar arasında veya bunların başka yerlerdeki birimleri arasında naklen ataması yapılanlara, mevzuatlarında bu atama için öngörülen harcırah ödenmez, bu amaçla başka bir adla ödeme yapılamaz.

c) Emekliliğini isteyen veya emekliye sevk olunan, haklarında toptan ödeme hükümleri uygulanan veya emekli iken yeniden hizmete alındıktan sonra vazifelerine son verilen personele, bu nedenlere bağlı olarak harcırah ödenmez; bunlara ilgili mevzuatında öngörülmesi kaydıyla damga vergisi hariç hiçbir vergiye tâbi tutulmaksızın beşyüz milyon lirayı geçmemek üzere tazminat ödenebilir.

d) Yurt içi ve yurt dışı gündelik ödemeleri, emsali Devlet memurlarına 6245 sayılı Harcırah Kanunu uyarınca yapılan gündelik ödemelerinin birbuçuk katını geçemez. İlgili mevzuatında öngörülmüş olması halinde, bu kapsamda bulunanlardan yatacak yer temini için ödedikleri ücretleri belgelendirenlere bu belge karşılığı yapılan ödemeler birbuçuk katın hesabında dikkate alınmaz.

Diğer mevzuatın bu maddeye aykırı hükümleri uygulanmaz.

Gerek ilk defa veya yeniden atanma, gerek emeklilik ya da toptan ödeme halinde ilgililere harcırah verilmemesini öngören söz konusu düzenlemelerin yerinde olup olmadığı, anayasada yer alan ilkelere uygunluğu üzerinde durulması gerekir.

İlk defa veya yeniden atanmalar bakımından bir değerlendirme yapılacak olursa, öncelikle söz konusu düzenlemeye zemin oluşturan söz konusu uygulamanın diğer ülkeler ve özel sektör uygulamalarında da bulunmaması ve gelişen sosyal ve ekonomik koşullar nedeniyle ilk defa veya yeniden yapılan atamalar için harcırah verilmesine ihtiyaç kalmaması gerekçesi hem maddi hem de hukuki gerçeklik bakımından doyurucu olmaktan uzak görünmektedir. Zira diğer ülkelerde ve özel sektörde uygulanan ücret politikası ve diğer imkanlar karşısında Türkiye’de uygulanan kamu kesimi ücret politikası oldukça yetersizdir. Dolayısıyla diğer ülkelerde ve genel olarak özel sektörde bu tür uygulamanın yokluğu ilgililer bakımından çok fazla sorun teşkil etmemektedir. Kaldı ki; Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda değinilen kararlarında da

vurgulandığı üzere harcırah; *kamu hizmetinin gerektirdiği durumlarda, bu hizmet için görevlendirilen kişilerin katlanacakları giderleri karşılamak üzere yapılan parasal nitelikli bir idari işlemdir.* Yani ilgililerin, maddi açıdan belli bir külfetle karşı karşıya kalmaları ve bu külfetin, kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanması nedeniyle söz konusu külfetin kamuca karşılanması gerekir. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan sosyal devlet ilkesi bunu gerektirir.

Gelişen sosyal ve ekonomik koşullar nedeniyle ilk defa veya yeniden yapılan atamalar için harcırah verilmesine ihtiyaç kalmadığı gerekçesi de yetersiz ve Anayasa karşısında sorunlu bir yaklaşıma işaret etmektedir. Harcırah verilmesini gerektiren ihtiyaç, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin ilgililerin maruz kaldığı maddi külfet ise, bu ihtiyaç sosyal ve ekonomik gelişmelerden bağımsız olarak var olmaya devam edecektir. Bu durumda da sosyal devlet olma niteliğinin bir gereği olarak kişilerin kamu hizmetinin yürütülmesi ile bağlantılı olarak katlandıkları maddi külfetin Devlet tarafından karşılanması gerekir. Eğer Anayasanın “Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları” başlıklı 65. maddesinde yer alan, sosyal ve ekonomik alanlardaki görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözetilerek mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde yerine getirilebileceği hükmü, bu tür bir sınırlamaya gidilmesine meşruiyet kazandırıyor denilecekse bu da inandırıcı olmayacaktır. Zira 2001 yılındaki Anayasa değişikliğiyle “ekonomik istikrarın gözetilmesi” amacıyla sosyal alandaki görevlerin yerine getirilemeyeceği düzenlemesi kaldırılmıştır. Dolayısıyla ekonomik istikrarın sağlanması bahanesiyle harcırah ödenmemesi Anayasaya uygun düşmemektedir. Harcırah ödemesine son vermenin, *sosyal ve ekonomik alandaki görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözetilerek mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde yerine getirilebileceği* gerekçesine dayandırılması da başta Harcırah Kanunu olmak üzere hukuki düzenlemelerde bir takım tutarsızlıkları beraberinde getirecektir. Şöyle ki; Harcırah Kanununda “memur veya hizmetli olmamakla beraber kurumlarca geçici bir vazife ile görevlendirilenlere”, “milli ve resmi spor temasları dolayısıyla seyahat edecek sporcu ve idarecilere” harcırah verilmesi öngörüldüğüne göre, kamu hizmetinin yürütülmesine katılacak olanların yine bu amaçla yaptıkları gerçek harcamaların kamuca evleviyetle karşılanması gerekir.

Öte yandan harcırah verilmeme uygulaması, Anayasa'nın 10. maddesindeki "Kanun önünde eşitlik ilkesi" bakımından da sorunlu görünmektedir. Bilindiği gibi eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Aynı hukuksal konumda olanlar arasında farklı kurallar öngörülmesi Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine

aykırılık oluşturur. Burada aynı durumda olanlar bakımından bir eşitsizliğe neden olunmamaktadır, ilk defa veya yeniden atanalarla emekli olanlar ya da toplu olarak ödeme yapılanların hepsi benzer bir uygulamaya tabi tutulmaktadır denilebilir. Ancak söz konusu düzenleme ile aynı durumda bulunanlar arasında fiili bir eşitsizlik ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; ilk defa veya yeniden atamaya tabi olanlardan bazıları ikamet ettikleri yere çok yakın yerlerde hatta bazıları ikamet ettiği yerde göreve başlayabilmektedir. Bu durumda onlar için kamu hizmetinin yürütülmesine katılmaktan kaynaklanan maddi külfet ya çok az ya da hiç gerçekleşmemektedir. Halbuki bazıları için ilk defa veya yeniden atandığı yer çok uzak olabilmekte ve göreve başlamak için katlandığı külfet oldukça fazla olabilmektedir. Bunu aile fertlerini de hesaba kattığımızda daha da vahim hale getirebiliriz. Konunun daha iyi anlaşılması için örneklendirmek gerekirse, bir kimse ikamet ettiği yer olan Edirne'deki bir kamu kurumunda ilk defa atanarak göreve başlarken, aynı yerde ikamet eden bir başkası Ağrıdaki bir göreve ilk defa atanırsa, katlanılan maddi külfet bakımından bu ikisi arasında ciddi farklılıklar olacağı aşıkardır. İkinci kişinin ailesi ile görev yerine gideceğini düşünürsek bu fark daha da artacaktır. Benzer bir örneklendirmeyi emekliler için de verebiliriz. Eğer harcırahın amacı, kamu görevinden kaynaklanan maddi külfetin Devlet tarafından karşılanması ise, örneğimizde ortaya çıkan bu adaletsizliğin sosyal devlet ve eşitlik ilkesine aykırı olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. İlk defa atanan kişi henüz göreve başlamamış olduğu için kamu görevlisi sayılmasa da, aynı şekilde emekli olan birisi de emeklilik işlemi ile birlikte kamu görevlisi statüsünü kaybetmiş olsa da, bu durum harcırah verilmemesini haklı ve meşru hale getirmez. Unutmamalıdır ki; özel sektörde bu yönde bir uygulamanın olmayışı sosyal devlet ilkesine uygun olarak Devletin yerine getirmesi gereken görevlerin, yerine getirilmemesine gerekçe yapılamaz. Yine unutulmamalıdır ki, ilk defa atanalar da, emekli olanlarda kamu hizmetinin yürütülmesine katılmalarından kaynaklı bir külfete maruz kalmaktadırlar. Yukarıda değinildiği gibi memur veya hizmetli olmayanlarla, sporculara bile belli durumlarda harcırah verilmesinin öngörüldüğü bir sistemde, kamu hizmetinin yürütülmesine katılmaktan kaynaklanan külfetlerin Devletçe karşılanmaması büyük bir çelişkiyi ortaya koyar.

Diğer taraftan; 4969 sayılı Kanununun 2. maddesi ile 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede; emekliliğini isteyen veya emekliye sevk olunanlara, haklarında toptan ödeme hükümleri uygulananlara, emekli iken yeniden hizmete alındıktan sonra cezaen olmamak üzere görevlerine son verilenlere ve terhis olan yedek subaylara **yer değiştirme şartına bağlı olmaksızın** 500 milyon lira tutarında tazminat ödenmesinin öngörülmesi de, harcırahın gerçek masraflar üzerinden ve ilgililerin kamu görevi nedeniyle yaptıkları harcamalarını karşılamak amacıyla ödenmesi temel prensibiyle çeliştiği gibi, aynı durumda olanlar arasında eşitsizliğe neden olacak niteliktedir. Zira kötüye kullanmanın

önüne geçmek ve bürokrasiyi azaltmak adına getirilen bu düzenleme, katlanılan maddi külfetten bağımsız olarak ilgililere sabit bir ödemenin yapılmasını öngörmektedir. Bu da kendi memleketinde çalışırken emekli olan ve dolayısıyla yer değişikliği olmayacağı için çok fazla maddi külfet altına girmeyen birisi ile memleketinden çok uzakta çalışırken emekli olan ve yer değişikliği nedeniyle ciddi maddi külfetle karşı karşıya kalacak olan birisi arasında büyük adaletsizlikler doğuracaktır. Diğer bir ifade ile ödenmesi öngörülen maktu miktar birincisi için gerçek giderlerinin çok üstünde, ikincisi için ise gerçek harcamalarının çok altında kalabilecektir. Bu tür bir sonuç ise, harcırahın temel mantığına, Anayasanın sosyal devlet ve eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Geçici Görev Harcırahı (Yol Masrafı ve Yevmiye)

Geçici görev yolluğunun hangi hallerde ödeneceği 6245 sayılı Harcırah Kanununun 14. maddesinde düzenlenmiştir.⁵⁷ Maddenin 1. fıkrasında, kapsam içerisindeki kurumlara ait bir görevin ifası amacıyla geçici olarak yurtiçinde veya dışında başka bir yere gönderilenlere geçici görev harcırahı ödeneceği belirtilmiştir.⁵⁸ Buna göre; söz konusu memur ve hizmetlilere muvakkat vazife harcırahı olarak yol masrafı ile yevmiye verileceği gibi, hamal, cins ve adedi beyannameye gösterilmek suretiyle bagaj ve ikametgah veya vazife mahalli ile istasyon, iskele veya durak arasındaki nakil vasıtası masrafları da ayrıca ödenir.⁵⁹ Ancak 6245 sayılı Harcırah Kanununun 14. maddesine göre ancak

⁵⁷ Sayıştay, bir vazifenin ifası maksadıyla geçici olarak başka bir yere gönderildiğine ilişkin görevlendirme yazısı olmadan ilgililere geçici görev yolluğu ödenemeyeceği yönünde karar vermiştir. Sayıştay Temyiz Kurulu Kararı, Kararın Numarası : 25324, Kararın Tarihi : 02.10.2001 (www.sayistay.gov.tr)

⁵⁸ Belediye Danışma Kurulu üyelerinin geçici bir görevle memuriyet mahalli dışına gitmeleri durumunda, 6245 sayılı Harcırah Kanunu'nun 8, 14 ve 27'nci maddeleri uyarınca uçak bilet bedeli, araç kira bedeli, benzin masrafı ve otoyol giriş ücretinin belediye bütçesinden ödenmesinin mümkün olmadığına ilişkin bkz. Sayıştay 1.Daire Kararı, Kararın Numarası : 6791, Kararın Tarihi : 18.01.2000 (www.sayistay.gov.tr)

⁵⁹ 6245 sayılı Kanunun 14. maddesine göre geçici görev ile memuriyet mahalli dışına görevlendirilenlere ikametgah veya vazife mahalli ile otogar, istasyon veya iskele arasındaki taksi ücretinin ödeneceği hüküm altına alınmıştır. Ancak, geçici görev sırasında harcanan taksi ve benzeri nakil vasıtası ücretlerinin ödenmesine cevaz verilmemiştir. Bu nedenle, geçici görev sırasında şehir içinde kullanılan taksi ücretlerinin ödenmesinin mümkün olmadığı Sayıştayca karara bağlanmıştır. Bkz Sayıştay 7.Daire Kararı, Kararın Numarası : 8853, Kararın Tarihi : 13.09.2001 (www.sayistay.gov.tr)

gidiş ve dönüşlerdeki vazife mahalli veya ikametgah ile iskele, durak, istasyon arasında taksi ücreti ödenebileceği için, geçici görevin ifası sırasında ikametgah ile vazife mahalli arasında taksi ücreti ödenemez.⁶⁰ Aynı şekilde geçici görevli bulunulan yerdeki konaklama ücretleri de ödenmez.⁶¹

Öte yandan; yeni ve eski memuriyetlerine mütaallik bir meseleden dolayı bu kanuna tabi kurumlarca açılan bir dava sebebiyle sanık veya davalı olarak (işten el çektilmiş olsun veya olmasın) başka bir yere gönderilenlerden lehinde netice hasıl olanlar; memuriyet merkezlerinin bulunduğu mahal dışındaki bir vazifeye vekaleten gönderilenler; fiilen oturduğu mahalden başka bir yere açıktan vekaleten gönderilenler (yalnız gidiş ve dönüşleri için); geçici kaza salahiyeti ile gönderilenler de geçici görev harcırahına ilişkin bu düzenlemeden yararlanabilir.

Bu konu ile bağlantılı olarak her ne kadar 6245 sayılı Kanunun “Harcırah Hesabında Esas Tutulacak Yol” başlıklı değişik 6. maddesinde; “Harcırah, bu kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, gidip gelmeye en uygun ve kullanılması mutata olan yol ve taşıt araçları üzerinden verilir. Gidip gelmeye en uygun ve kullanılması mutata olan bu yolda hem muayyen, hem gayrimuayyen tarifeli taşıt işletilmekte ise harcırah hesabında muayyen tarifeli taşıt esas alınır. Bu yol ve taşıt, yolculukta geçen süreye göre memur veya hizmetli ile ailesi için ödenmesi gereken gündelik ve taşıt ücretleri toplamı esas alınarak memur veya hizmetlinin mensup bulunduğu dairece tespit olunur...”denilmekteyse de, aynı Kanun’un “Yurt dışında yol masrafı” ile ilgili değişik 29. maddesinin birinci fıkrasında; “Yurt dışında sürekli ve geçici görev yolculuklarında, ekspres ve yataklı vagon ücreti dahil olmak üzere, tren, vapur veya uçak bilet bedeli yol masrafı olarak ödenir. Ayrıca buna istasyon, liman veya terminal ile ikamet yeri arasındaki taşıt ve hamal ücreti ilave olunur.” hükmü bulunmaktadır. Sayıştay’a göre; *6245 sayılı Harcırah Kanununun 6. maddesinin birinci fıkrasında, “Harcırah, bu kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, gidip gelmeye en uygun ve kullanılması mutata olan yol ve taşıt araçları üzerinden verilir.” hükmü yer almakla birlikte, bu fıkra hükmünün ancak, aksine hüküm olmayan hallerde uygulanması gerekir.*⁶²

⁶⁰ Sayıştay Temyiz Kurulu Kararı, Kararın Numarası : 24839, Kararın Tarihi : 19.09.2000 (www.sayistay.gov.tr)

⁶¹ Geçici görevle il dışına giden Belediye Başkanına konaklama ve yemek gideri ödenmesinin mümkün olmadığına ilişkin bkz. Sayıştay 8.Daire Kararı, Kararın Numarası : 4621, Kararın Tarihi : 25.05.2000; 1.Daire Kararı, Kararın Numarası : 6029, Kararın Tarihi : 26.03.1996 (www.sayistay.gov.tr)

⁶² Temyiz Kurulu Kararı, Kararın Numarası : 25682, Kararın Tarihi : 14.05.2002. *Halbuki, aynı Kanunun 29. maddesinin birinci fıkrasında, yurt dışında sürekli*

Aynı şekilde; 6245 sayılı Harcırah Kanunu'nun geçici görev yolluğuna ilişkin 14. maddesinin ilk fıkrasında; vazife mahalli ile istasyon, iskele veya durak arasında ödenecek nakil vasıtası için "*ekonomik ve mutat olma*" şartı getirilmemiştir. Diğer bir ifade ile 6245 sayılı Harcırah Kanunu sadece yol masrafı açısından bazı durumlarda mutad ve ekonomik olma sınırlamasını getirmiş olup, aynı Kanunun 14 ve 29'uncu maddelerinde belirtilen ve yol masrafından ayrı olarak ödenen istasyon, liman veya terminal ile ikamet yeri arasındaki taşıt ücretleri için mutad ve ekonomik olma şartını getirmemiştir. Bu nedenle Sayıştay; gerek yurtiçinde gerekse yurtdışında ikametgah ile havaalanı arasında taksi ücretinin ödenmesinde mevzuata aykırı bir husus bulunmadığına karar vermiştir.⁶³ Sayıştay'a göre; örneğin havaalanı ile şehir merkezi arasında çalışan otobüsleri mutat olarak kabul etme imkanı olmadığı gibi, bu otobüsler ile şehir merkezine gelindikten sonra, ikametgah veya iş yerine gidilebilmesi için ikinci bir nakil vasıtasına ihtiyaç duyulacağı cihetle havaalanı ile ikametgah arasında taksi ücreti verilmesinde mevzuata aykırı bir husus bulunmamaktadır.⁶⁴ Ancak şunu belirtelim ki, Sayıştay'a göre; sürekli görevle başka bir yere atanan memura, ev-istasyon arasındaki taksi ücreti ödenemez. Çünkü bu ödemeye cevaz veren 14. madde hükmü geçici görevle ilgilidir.⁶⁵

Yukarıda ifade edildiği gibi; 6245 sayılı Kanunun 14. maddesinde, hiç ayırım yapılmaksızın ve sınırlama getirilmeksizin geçici görev seyahatlerinde bagaj ücretinin ödeneceği hüküm altına alınmıştır. 8.5.1998 tarih ve 2402/1 sayılı Sayıştay Genel Kurul Kararında, "... geçici görevle başka yere gönderilenlerin uçak ile seyahatleri halinde, bilet bedeline dahil bagaj hakkından maada, beraberlerinde götürecekleri eşya için bagaj ücretinin ödenmesinin

ve geçici görev yolculuklarında yol masrafına ilişkin düzenleme bulunmakta, söz konusu maddeye göre, yurt dışında sürekli ve geçici görev yolculuklarında, ekspres ve yataklı vagon ücreti dahil olmak üzere, tren, vapur veya uçak bilet bedelinin yanında istasyon, liman veya terminal ile ikamet yeri arasındaki taşıt ve hamal ücretinin dahil edildiği yol masrafının ödenmesi mümkün bulunmaktadır. Yani, Harcırah Kanununun 29. maddesi seyahat edilecek vasıtayı tayin bakımından herhangi bir hüküm getirmemiş ve yurt dışındaki görev yolculuklarında seyahatin icabına göre ihtiyar olunan vasıta üzerinden ödeme yapılmasına izin verecek şekilde düzenlenmiştir. Bkz. aynı karar (www.sayistay.gov.tr)

⁶³ Sayıştay 6..Daire Kararı, Kararın Numarası : 9878, Kararın Tarihi : 14.09.1999 (www.sayistay.gov.tr)

⁶⁴ Sayıştay 5..Daire Kararı, Kararın Numarası : 9789, Kararın Tarihi : 28.03.2000 (www.sayistay.gov.tr)

⁶⁵ Sayıştay 4..Daire, 18.1.1977, Karar Numarası23289; Sayıştay Temyiz Kurulu 3.1.1989, Dosya No:21917 (www.sayistay.gov.tr)

mümkün olduğu, ancak bildirimde bagaj eşyasının cins, adet ve ağırlıklarının gösterilmesi icabedeceği...” ifade edilmiştir.⁶⁶ Sayıştay bir başka kararında inceleme ve araştırma yapmak amacıyla yurtdışına gönderilen hesap uzmanlarına, Türkiye'ye dönüşlerinde beraberlerinde getirdikleri veya nakliye firmalarına taşıttıkları limit fazlası eşyalara ait bagaj ücretlerinin ödenemeyeceğine hükmetmiştir. Sayıştay'a göre; 6245 sayılı Harcırah Kanununun 3/F maddesinde; "Bagaj: Memur ve hizmetlinin mensup olduğu kuruma ve şahsına ait olup, resmi vazife için kullanılacak eşya ile yolcunun bu seyahati için ihtiyacı bulunan şahsi eşyasından mutad surette taşınması mümkün olanları... kapsar." 14'üncü maddesinde ise "... memur ve hizmetlilere muvakkat vazife harcırahı, olarak yol masrafı ile yevmiye verilir ve hamal (cins ve adedi beyannamede gösterilmek suretiyle) bagaj ve ikâmetgah veya vazife mahalli ile istasyon, iskele durak arasındaki nakil vasıtası masrafları da ayrıca tediye olunur." hükümlerine yer verilmiştir. Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere; memur ve hizmetlilerin bilet bedeline dahil bagaj hakkından başka, kanunda değinilen nitelikte olmak şartıyla, beraberlerinde bagaj götürmelerini ve bu eşyalar için kendilerine bagaj masrafı ödenmesini engelleyen kanun ve mevzuat hükmü yoktur. Ancak; söz konusu bagajın, resmi vazife esnasında kullanılacak eşya ile yolcunun bu seyahati için ihtiyacı bulunan şahsi eşyasından mutad surette taşınması mümkün olanları kapsamı gerekmektedir.⁶⁷

Diğer taraftan; Kanunun 19. maddesinde, memur ve hizmetlilerin geçici görev mahallinde hastalanmaları sebebiyle vazife ifa edememesi durumunda, bu sebeple vazife göremedikleri günlerin en çok yedi günü için yevmiye verilebileceği, hastanede yatırmak suretiyle tedavi masraflarının kurumlarınca ödenmesi halinde ise bu günler için de yevmiye verilmeyeceği belirtilmiştir. Kanımızca görevi nedeniyle hastalanma durumunda bu tür bir sınırlamanın söz konusu olmaması gerekir.

Ayrıca; şehir ve kasaba haricinde, yatacak yeri bulunmayan ve bir nakil vasıtası ile gidilip gelinmesi zaruri olan yerlere geçici görev ile gönderilenlere, her gün için bu mahalden en yakın köy, kasaba veya şehire kadar gidiş ve geliş mutad olan nakil vasıtası ücreti de ödenir.

⁶⁶ İlgililerin geçici görev beyannamelerindeki bagaj beyanının; meslekî kitaplardan ve şahsî eşyadan oluştuğu da anlaşıldığından, bagaj hakkını aşan miktarlarda ve beyannameye ekli belgelerle uçak firmalarına bagaj ücreti ödenmesinde mevzuata aykırı bir husus bulunmadığı yönünde Sayıştay 6.Daire Kararı, Kararın Numarası : 10272, Kararın Tarihi : 24.05.2001 (www.sayistay.gov.tr)

⁶⁷ Temyiz Kurulu Kararı, Kararın Numarası : 23653, Kararın Tarihi : 20.12.1994 (www.sayistay.gov.tr)

Geçici görevle ilgili olarak 6245 sayılı Harcırah Kanununun 42. maddesinde; "Geçici bir görev ile başka bir yere gönderilenlere, görev mahalline varış tarihinden itibaren bu Kanuna göre verilecek gündelikler düzenlenmiş olup buna göre geçici görev gündeliği; yurtiçinde bir yıllık dönem zarfında⁶⁸ aynı yerde, aynı iş için ve aynı şahsa 180 günden fazla verilemez. Söz konusu 180 günlük sürenin ilk 90 günü için tam, takibeden 90 günü için ise 2/3 oranında gündelik ödenir. Geçici görevlendirmelerde meydana gelecek ara vermeler bu müddetleri veya gündelik miktarını artırmaya neden olamaz."⁶⁹

Diğer yandan 6245 sayılı Harcırah Kanunu'nun 48'inci maddesinde, memuriyet mahalli dahilinde seyyar olarak vazife gören tahsildar, yoklama memuru, mutemet, veznedar, satınalma memuru, tebliğ memuru, posta veya evrak dağıtıcısı, takip memuru, mübaşir gibi memur ve hizmetlilere gündelik ve yol masrafı verilmeyeceği, bu gibilere bu kanun kapsamına giren kurumlar tarafından işletilen taşıtlarda seyahat için kurumlarca fotoğraflı birer kart

⁶⁸ Buradaki bir yıllık dönemden kasıt nedir? Mali yıl mı anlaşılmalıdır? Yoksa görevlendirmenin yapıldığı tarihten itibaren bir yıl mı anlaşılmalıdır. Kanımızca bu hükümde yer alan "bir yıllık dönem"den mali yılın anlaşılması gerektiği ileri sürülse de söz konusu bir yıllık süre, görevlendirmenin yapıldığı tarihten itibaren hesaplanması gereken bir süredir.

⁶⁹ Bir Sağlık Ocağı şoförünün 3 ay süreyle Fethiye'de geçici olarak görevlendirilmesi, daha sonra ikinci bir görevlendirmeye aynı yer ve aynı iş için 20 gün daha görevlendirilmesi üzerine 90 gün tam ve 20 günü 2/3 olmak üzere 110 günlük yevmiye ödenmesi konusunda Sayıştay, 42. madde hükmü uyarınca, ilk 90 gün için tam, ikinci 90 gün için 2/3 oranında yevmiye ödenmesi, 20 gün için de yevmiye ödenmemesi gerekirken bu hususa uyulmaması sonucu fazla ödenen tutarın sorumlulara ödettilmesine karar vermiştir. Sayıştay 8.Daire Kararı, Kararın Numarası : 4801, Kararın Tarihi : 10.05.2001. Muhtelif tarihlerde geçici görevle akaryakıt alımı için İskenderun'a gönderilen tanker şoförüne ödenecek gündeliklerin hesabında; söz konusu görevlendirmelerin, süreklilik arz etmeyip farklı tarihlerde alınan farklı görevlendirme onaylarına dayanması nedeniyle, 6245 sayılı Harcırah Kanunu'nun 42'nci maddesinde öngörülen 90 ve 180 günlük sınırlamaların dikkate alınmamasında mevzuata aykırı bir husus bulunmadığı yönünde Sayıştay 7.Daire Kararı, Kararın Numarası : 8590, Kararın Tarihi : 11.04.2000; İlköğretim müfettişlerine program akışı içindeki resmi tatil günlerinde de tam gündelik ödenebilmesi için, bunların, görevlerinin devam etmesi koşuluyla, resmi tatil günlerinde de görev merkezlerinde bulunmalarının gerekmediği hakkında bkz. Danıştay Beşinci Daire, E.1989/918, K.1990/1932, K.T. 25.10.1990 (Danıştay Bilgi Bankası Karar Erişim Sistemi-www.danistay.gov.tr/kerisim)

verileceği belirtilmiştir. Bu çerçevede; çeşitli birimlerinde memur olarak çalışan bazı personele, yukarıda sayılan ünvanlara sahip olmadıkları halde seyahat kartı (mavi kart) verilerek bedelinin bütçeden ödenmesi mümkün değildir.⁷⁰

Aynı şekilde 6245 sayılı Harcırah Kanununun 49. maddesinde, asli görevleri gereği memuriyet mahalli dışında ve belirli bir görev bölgesi içinde fiilen gezici olarak görev yapan memur ve hizmetlilere de gündelik ve yol masrafı ödenmeyeceği belirtilmiştir. Bu bağlamda Sayıştay, Bursa-Gemlik arası yolcu taşımacılığı yapan belediye otobüsleri şoförlerine geçici görev yolluğu ödenmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir.⁷¹ Aynı maddenin 2851 sayılı Kanunla değişik 2.fikrasında da; Maliye Bakanlığınca görev ünvanları ile iş ve çalışma özellikleri uygun görülenlere bu Bakanlıkça vize edilen cetvellere dayanılarak almakta oldukları aylık derecelerine göre müstehak oldukları yurt içi gündeliklerinin yedi katı aylık seyyar görev tazminatı verilir hükmü yer almıştır. Danıştay'a göre; bu maddede seyyar görev tazminatının ilgiliye izinli, raporlu ve il dışında görevli olduğu günler için ödenmeyeceği yolunda açık bir hükme yer verilmemiş olduğundan bu tazminatın herhangi bir koşulla sınırlandırılmadan ödenmesi gerektiği açıktır.⁷²

VI. HARCIRAHIN ÖDENMESİNE İLİŞKİN BAZI HUSUSLAR

Harcırahın Verilme Zorunluluğu

Acaba kişiler yolluksuz atamaya tabi tutulabilir mi? Ya da kişiler harcırah hakkından feragat edebilir mi? Böyle bir uygulamanın pozitif düzenleme karşısındaki hukuki değeri nedir? Danıştay içtihatlarında istikrar kazandığı şekliyle, tayin onayında yolluksuz kaydının olması veya yolluksuz tayine rıza gösterme, ilgilinin kanunen müstehak bulunduğu yolluğun ödenmesine engel teşkil etmez.⁷³ Danıştay'a göre; yasalarda, ilgililerin yolluk almayacaklarına ilişkin beyanları durumunda yolluk ödenmeyeceğine ilişkin bir hüküm bulunmadığından, davacıya 657 sayılı Yasanın 62 ve 6245 sayılı

⁷⁰ Sayıştay 1.Daire Kararı, Kararın Numarası : 6689, Kararın Tarihi : 17.06.1999 (www.sayistay.gov.tr)

⁷¹ Sayıştay 1.Daire Kararı, Kararın Numarası : 6137, Kararın Tarihi : 25.02.1997 (www.sayistay.gov.tr)

⁷² Danıştay Beşinci Dairesi, E.1992/85, K.1993/2033, K.T. 18.05.1993 (Danıştay Bilgi Bankası Karar Erişim Sistemi- www.danistay.gov.tr/kerisim)

⁷³ Danıştay Beşinci Dairesi, E.1986/797, K.1986/1172, K.T. 12.11.1986; Beşinci Daire, E.1984/688, K.1984/3799, K.T. 13.11.1984 (Danıştay Bilgi Bankası Karar Erişim Sistemi- www.danistay.gov.tr/kerisim)

Yasanın 5 ve 10/1. maddeleri uyarınca yolluk ödenmesi gerekir.⁷⁴ Yani; naklen atanan memurlara yeni görev yerlerine kadar yolluk ödenmesi 6245 sayılı yasanın 10.maddesi gereği olduğundan, tayin onayının "yolluksuz" kaydı konularak tebliğ edilmesi bu hakkı ortadan kaldırmaz.⁷⁵

Harcırahın Ödenme Zamanı

6245 sayılı Kanununun 59. maddesine göre; *harcırah, memur ve hizmetlinin gidişinde ve ailenin nakli sırasında peşin olarak verilmesi gerekir.* Yine 657 sayılı Kanununun 62. maddesinin 2595 sayılı Kanununun 4'üncü maddesiyle değişik 3'üncü paragrafında da, yer değiştirme suretiyle yapılan atamalarda, memurlara, yolluklarının, atama emirleri tebliğ edilince ödeme emri aranmaksızın⁷⁶, saymanlıklarca derhal ödeneceği hükme bağlanmıştır.⁷⁷ Şu halde 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 62.maddesinde açıkça ifade

⁷⁴ Danıştay Beşinci Dairesi, 2000/623, K.2002/1607, K.T. 10.04.2002, DAN-KAR-DER ; SAYI:2 (Danıştay Bilgi Bankası Karar Erişim Sistemi- www.danistay.gov.tr/kerisim)

⁷⁵ Danıştay Beşinci Dairesi, E.1986/508, K.1988/1332, K.T. 19.04.1988 (Danıştay Bilgi Bankası Karar Erişim Sistemi- www.danistay.gov.tr/kerisim)

⁷⁶ 5018 sayılı Kanununun 32. maddesinde “bütçelerden harcama yapılabilmesi, harcama yetkilisinin harcama talimatı vermesiyle mümkündür.” hükmü yer almış, 33. maddesinde ise giderlerin gerçekleştirilmesinin; harcama yetkililerince belirlenen görevli tarafından düzenlenen ödeme emri belgesinin harcama yetkilisince imzalanması ve tutarın hak sahibine ödenmesiyle tamamlanacağı ifade edilmiştir. Kanunun tanımlara yer verilen 3. maddesinde ise kamu gideri; kanunlarına dayanılarak yaptırılan iş, alınan mal ve hizmet bedelleri, sosyal güvenlik katkı payları, iç ve dış borç faizleri, borçlanma genel giderleri, borçlanma araçlarının iskontolu satışından doğan farklar, ekonomik, malî ve sosyal transferler, verilen bağış ve yardımlar ile diğer giderleri ifade edilecek şekilde tanımlanmıştır. Şu halde harcırah ödemeleri de kamu gideri kapsamında değerlendirileceğine göre, ödeme emri olmaksızın harcırahın da ödenmeyeceği sonucu çıkacaktır. Bu durumda da 657 sayılı Kanunun “ödeme emri aranmaksızın” ibaresinin 5018 sayılı Kanununun 81. maddesindeki “Diğer kanunların bu Kanuna aykırı hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır” hükmü dikkate alındığında geçerliliği kalmamıştır. 657 sayılı Kanunun söz konusu hükmünün yerinde bir düzenleme olduğunu düşünmekle birlikte, 5018 sayılı Kanunda yer alan açık düzenleme karşısında, harcırah ödemelerinin de ödeme emri olmaksızın gerçekleştirilemeyeceği kanısındayız.

⁷⁷ Yolluk ödeme emri verilmeksizin yer değiştirme emrinin tebliğinin bahis konusu olamayacağına ilişkin bkz Danıştay Üçüncü Daire, E.1971/411, K.1971/422, K.T. 30.06.1971 DAN-DER, SAYI:5) (Danıştay Bilgi Bankası Karar Erişim Sistemi- www.danistay.gov.tr/kerisim)

edildiği gibi, memurların yolluklarının atama emri ile birlikte ödenmesi zorunlu olup, bu zorunluluğa uyulmadan yapılan atama tebligatının usulüne uygun kabulü mümkün değildir. Nitekim Danıştay'a göre; yolluksuz olarak yapılan naklen atama tebligatının hukuken geçerli usullerle yapıldığını kabul mümkün olmadığından, davacının yeni görev yerine gitmesi mümkün değildir ve izinsiz ve özürsüz olarak görevin terki hali de söz konusu olmamıştır. Dolayısıyla; yolluk verilmeden atama emri tebliğ edilen davacı yeni görev yerine süresinde başlamadığı gerekçesiyle 657 sayılı kanunun 63.maddesinin 2.fıkrası uyarınca görevinden çekilmiş sayılamaz.⁷⁸ Ancak Danıştay; yolluğunu almaktan imtina eden ve süresinde yeni görev yerinde göreve başlamayan davacının görevden çekilmiş sayılacağına hükmetmiştir.⁷⁹

Harcırahın Ödenme Şekli

Harcırah, hizmetin taallük ettiği kurum bütçesinden ve peşin olarak ödenir.⁸⁰ Eğer harcırahın tam miktarının önceden tayin ve tespiti mümkün değilse, yetecek miktarda para avans olarak verilir. Harcırahını kati olarak veya avans suretiyle alanlardan zati sebepler yüzünden daimi veya muvakkat vazife mahallerine 15 gün içinde hareket etmeyenler aldıkları parayı derhal iade etmeye mecburdurlar. Aile için harcırah itasında ilgililerin verecekleri beyan kağıtları esas tutulur. Bu beyan kağıdında harcırahın tahakkuk ettirilebilmesi için lüzumlu malumat gösterilir. Daimi memuriyetle bir yere gönderilenler gidecekleri mahalle varış tarihinden ve muvakkat vazife ile gönderilenler de memuriyetleri mahalline dönüş tarihlerinden itibaren bir ay zarfında harcırah beyannamelerini, evrakı müspiteleri ile birlikte dairesi amirine tevdi ederler. Evrakı müspite tedariki mümkün olmayan hallerde bu imkansızlığın sebepleri ile vaki masrafın hesabı alakadar tarafından mensup olduğu daire amirine yazılı olarak bildirilir. İmkansızlık sebepleri dairesince varit ve muhik görüldüğü ve masrafın hesabında bir fazlalık bulunmadığı neticesine varıldığı takdirde avans

⁷⁸ Danıştay Beşinci Dairesi, E.1986/1023, K.1988/2122, K.T. 22.09.1988 D.D., SAYI:74-75; Beşinci Daire, E.1981/2175, K.1986/1, K.T. 13.01.1986 (Danıştay Bilgi Bankası Karar Erişim Sistemi- www.danistay.gov.tr/kerisim)

⁷⁹ Danıştay Beşinci Dairesi, E.1980/11012, K.1984/4605, K.T. 20.12.1984 (Danıştay Bilgi Bankası Karar Erişim Sistemi- www.danistay.gov.tr/kerisim)

⁸⁰ Valilik makam şoförünün geçici görev yolluğunun özel idare bütçesinden ödenmesinin, ilgilinin valilik makamının onayı ile il özel idare hizmetlerinde görevlendirilmiş olmasına istinaden yapılmış olduğu anlaşılmakta olup, 6245 sayılı Harcırah Kanununun 57'nci maddesinde yer alan, "harcırahın, hizmetin taalluk ettiği kurum bütçesinden ödenmesi" hükmü de dikkate alındığında, yapılan ödemede mevzuata aykırılık bulunmadığına karar vermiştir. Sayıştay 7.Daire Kararı, Kararın Numarası : 9065, Kararın Tarihi : 07.11.2002

bu hesaba göre mahsup edilir. Memurun kendisinden evvel veya sonra hareket eden ailesi için avans para verildiği takdirde bu bir aylık müddet, ailenin evvel gitmesi halinde memur veya hizmetlinin yeni vazifesi mahalline varış tarihinden ve sonra gitmesi halinde de bunların memur veya hizmetli nezdine muvasalatları tarihinden itibaren hesap olunur.

Beyannameyi alan daire amirleri bunu vize ettikten sonra taşrada mahallin en büyük mal memuruna ve merkezde de alakadar mali mercie vermekle mükelleftirler. Vaki masraf verilen avans paradan ziyade ise fazlası tesviye ve az ise farkı re'sen istirdat olunur. Alındıkları tarihten itibaren tahakkuk ettirilecek faizleri de dahil olmak üzere birinci fıkra gereğince derhal iade edilmeyen paralarla harcırahlarını avans olarak alıp da bu zimmetlerinin mahsubu için muktazi evrakı üçüncü fıkrada yazılı müddetler zarfında teslim etmeyenlerin bu borçları bu evrakı verdikleri zaman harcırah istihkakları ayrıca tahakkuk ettirilip ödenmek üzere aylık, ücret veya kabili haciz sair istihkaklarının yarısı bu borçları tamamen kapanıncaya kadar ve hüküm alınmaya hacet kalmaksızın re'sen istirdat olunmak suretiyle tahsil olunur. Harcırah itası ve avansların mahsubu muamelelerinde aksi sabit oluncaya kadar memurun beyanına itibar olunur.

Gerçek Dışı Beyanname Verilmesi Hali

Uygulamada hak edilen miktardan daha fazla harcırah almak amacıyla gerçek masrafların ötesinde harcama yapıldığına ilişkin beyanların verilebileceğini düşünen kanun koyucu buna ilişkin de düzenlemeye gitmiştir. 6245 sayılı Kanununun 60. maddesine göre; tahakkuk edecek istihkakın miktarını artıracak şekilde-maddi hatalar hariç-hilafı hakikat beyanname verenler hakkında, mensup oldukları kurumların inzibat, memurin, müdürler komisyonları gibi salahiyyetli heyet ve makamlarının kararı ile ve işlenen suçun mahiyet ve şümulüne göre rütbe veya sınıf tenzili veya ihraç cezalarından her hangi biri tatbik olunur ve bu gibilerin bu suretle aldıkları fazla harcırah, Devlet, özel idare ve belediyelerce Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Kanununa göre ve bu Kanuna tabi diğer kurumlarca da umumi hükümlere göre tahsil olunur. Uyuşmazlık Mahkemesi'ne göre; kamu kurumu personelinin Harcırah Yasası'nın 60.maddesine aykırı beyanname verdiği ileri sürülerek, meydana gelen zararın tazmini istemiyle açılan davanın adli yargı yerinde çözümlenmesi gerekir.⁸¹ Ayrıca; suçlu hakkında idarece alınan kararlar cezai takibata mani olmayıp bu gibiler hakkında ayrıca ceza davası açılabilir.⁸²

⁸¹ Uyuşmazlık Mahkemesi E.1995/24, K.1995/26, K.T. 05.06.1995, (2.7.1995 gün ve 22331 sayılı R.G.)

⁸² Sanıkların kuruma ait taşıt göreve gitmediği halde gitmiş gibi görev ve masraf belgesi düzenlemeleri biçimindeki eylemleri özel hüküm niteliğindeki 237

Görüldüğü gibi; 6245 sayılı Harcırah Kanununun 60/1. maddesinde bu Kanuna göre tahakkuk edecek istihkakın miktarını artıracak şekilde hilafı hakikat beyanname verenlerin bu suretle aldıkları fazla harcırahın Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanuna veya umumi hükümlere göre tahsil olunacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla ilgililerin beyanının doğruluk derecesinin, gerçek dışı olup olmadığı hususlarının araştırılarak, ulaşılabilecek sonuca göre harcırah hakkında bir karar verilmesi gerekir.⁸³ Nitekim Yargıtay'a göre; davacı işçi ve çocuklarının ikametgah olarak belirtilen yere gidip gitmediklerinin araştırılması, ailesinin gitmediği anlaşıldığı takdirde sadece davacı ile ilgili yolluğun hesap edilerek hüküm altına alınmasıyla yetinilmesi gerekir.⁸⁴ Ancak Sayıştay'a göre; memurun istihkak miktarını artıracak şekilde hilafı hakikat beyanname vermesi durumunda, Harcırah Kanunu'nun 60'ncı maddesi yapılacak işlemleri açıklamış olup, belirtilen mevzuat muvacehesinde, beyanın aksini ispat edenlerin hilafı hakikatte bulunanlar hakkında yasal işlemlerin yapılması için yetkili mercilere durumu bildirmesi gerekmektedir. Bu nedenle harcırahın tahakkuk ve tediyesinde beyanın hakikat olup olmadığını araştırmak gibi bir görevi ve yetkisi olmayan sorumlulara sorumluluk yüklenmesi mümkün değildir.⁸⁵ Harcırah Kanununun 59. maddesinin son fıkrasına göre aksi kanıtlanana kadar memurun beyanına itibar edilmesi gerekir.⁸⁶ Konuyla ilgili olarak Yargıtayın vermiş olduğu bir kararda, "*Davacı işçinin Mut'dan Kars'a gidip yerleştiği belliyse de ailesi ve çocukların kendisi gibi yerleşmek niyetiyle Mut'dan Kars'a gidip gitmediği dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Davalı yargılamanın her aşamasında bu yolda savunmada bulunmuştur. Mahkemece yapılması gereken iş davacı ve çocuklarının Mut'dan, Kars'a gidip gitmediklerini araştırması gittikleri anlaşıldığı takdirde şimdiki*

sayılı Taşıt Yasasının 16.maddesinde yazılı suçu oluşturur. Şoförün gitmediği halde gitmiş gibi belge düzenleyerek yolluk ödenmesine imzaları ile neden olan sanıkların eylemleri 6245 sayılı Harcırah Yasasının 60.maddesi göndermesiyle TCY'nın 240.maddesine uyan suçu oluşturur. Yargıtay 4.Ceza Dairesi E.2003/2036 K.2004/7382, K.T. 9.6.2004

⁸³ Danıştay Beşinci Daire, E.1991/2701, K.1994/5605, K.T. 23.11.1994 D.D., Sayı: 90 (Danıştay Bilgi Bankası Karar Erişim Sistemi- www.danistay.gov.tr/kerisim)

⁸⁴ Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, E.2001/11456, K.2001/15382 K.T. 3.10.2001

⁸⁵ Sayıştay 7.Daire Kararı, Kararın Numarası : 8438, Kararın Tarihi : 04.05.1999 (www.sayistay.gov.tr)

⁸⁶ Danıştay Beşinci Daire, E.1987/2438, K.1988/2204 DAN-DER; SAYI:74-75 (Danıştay Bilgi Bankası Karar Erişim Sistemi- www.danistay.gov.tr/kerisim)

gibi hüküm kurulması, aksi takdirde sadece davacı ile ilgili yolluğun hesap edilerek hüküm altına alınmasıyla yetinilmelidir.” ifadelerine yer verilmiştir.⁸⁷

SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

Atama işlemi sonucunda, görev yeri değişen kamu görevlisinin, maddi açıdan belli bir külfetle karşı karşıya kalması ve bu külfetin kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanması nedeniyle, kamuca karşılanması amacıyla geliştirilmiş olan harcırâh müessesesi, 1954 yılında çıkartılan Harcırâh Kanunu ile düzenlenmiştir. Söz konusu Kanunun hem dili hem de kaleme alınış şekli bakımından yeniden gözden geçirilmesi, hatta bu konuda yeni bir kanuni düzenlemeye gidilmesi gerektiği kanısındayız. Diğer taraftan; özellikle son yıllarda harcırâh ödenmesi gereken durumlar ve harcırâh alabilecekler bakımından sürekli bir kısıtlamaya gidilmesi, harcırâh müessesesinin ruhuna ve Anayasanın ilgili düzenlemelerine aykırılığı da beraberinde getirmiştir. Bu süreçte ısrarla ortaya konan yasal düzenlemelerin yargı organlarınca iptal edilmesi bunun açık bir göstergesi niteliğindedir. Geçmişteki yanlışlıkların bir telafisi mahiyetinde çıkartılmış olan 5538 sayılı Kanunun bir kısım iyileştirmeler dışarda tutulacak olursa, harcırâhın temel mantığına aykırılıkların devam ettiği söylenebilir. Bu bağlamda gerek yasa koyucuya gerekse idareye harcırâh konusunda, Anayasanın sosyal hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırı olmayacak bir düzenleme çıkartılması ve uygulanması hususunda büyük görev düşmektedir. Aksi takdirde; geçmişte olduğu gibi, gelecekte de harcırâhla ilgili uyuşmazlıklar nedeniyle yargı organlarının yükü daha da artacak, aleyhe sonuçlanan davalar nedeniyle idare gereksiz yere dava masrafları ve kanuni faiz ödemek zorunda kalacaktır. Şu bilinmelidir ki; uygulamada ortaya çıkan aksaklıklar ya da hak edilenden daha fazla harcırâh alabilmek adına yapılan suistimaller, bir müessesenin kaldırılması ya da özünden saptırılmasını sonuç verecek düzenlemeleri ve/veya uygulamaları meşru ve Anayasaya uygun hale getirmez.

KAYNAKÇA

GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, Ankara 2002.

UZ, Abdullah, “Hesapları Kesin Hükme Bağlamakla Görevli Sayıştay’ın Yargısal Kimliği” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 80. Yıl Armağanı, Yıl: 2005.

⁸⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2001/11456, K. 2001/15382, K.T. 03.10.2001

CEZA HUKUKUNDA DOĞRUDAN KAST

Arş. Gör. Hakan KARAKEHYA*

ÖZET:

TCK'da doğrudan kast; suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi şeklinde düzenlenmiştir. Doğrudan kastın iki temel çeşidi bulunmaktadır: Birinci derecen doğrudan kast ve ikinci dereceden doğrudan kast. Amaçlama olarak da ifade ettiğimiz birinci dereceden doğrudan kastın öngörme ve isteme olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. Buna karşın bilme olarak ifade ettiğimiz ikinci dereceden doğrudan kast ise sadece zorunlu sonucun bilinmesinden ibarettir. Bu kast türünün varlığı açısından fail neticeyi istemese de istemiş gibi kabul edilir.

ANAHTAR KELİMELEER: Kast, Doğrudan kast, Kusurluluk, Suçun manevi unsuru, Suç genel teorisi

DIRECT INTENT IN CRIMINAL LAW

ABSTRACT

Direct intent is defined in Turkish Criminal Code as; executing a crime knowingly and voluntary. There are two types of direct intent: Direct intent in the first degree and direct intent in second degree. Direct intent in the first degree named as purposing, has two basic elements as foreseeing and wanting. However direct intent in the second degree named also as knowing, insists of only being acquainted with distinct result. Regarding this type of intent, it is considered like that the result is wanted.

KEYWORDS: Criminal Intent, Direct Intent, Culpability, Men's Rea, General Criminal Theory

GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, sistematik açıdan bakıldığında suçun manevi unsuru bakımından kast ve taksir olmak üzere iki tür kabul etmiş; bu iki türün her birini de kendi içerisinde ikiye ayırmıştır. Buna göre yeni kanunun öngördüğü manevi unsur türleri (doğrudan) kast, olası kast, bilinçli taksir ve

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Araştırma Görevlisi

(basit) taksirdir. Bu manevi unsur türlerinden üçü, 765 sayılı kanunda da yer almaktaydı; ancak olası kast, söz konusu kanunda düzenlenmemiştir.¹

Kast, suçlu iradenin tipik şeklidir. Oldukça karışık bir kavram olması nedeniyle, kastın ele alınış, unsurlarının tespit ediliş ve incelenişi farklı şekillerde yapılabilmektedir. Bu bağlamda doktrinde de farklı tanımlamaların ve inceleme yöntemlerinin kullanıldığı görülmektedir.²

5237 sayılı kanunun, kastı kendi içerisinde doğrudan ve olası kast olarak ikiye ayırmak suretiyle düzenlemiş olması ve kasten işlenen suçlar bakımından, kastın türüne göre farklı cezalar öngörmesi nedeniyle, kastın türünün tespit edilmesi ve her bir kast türünün özelliklerinin net bir şekilde ortaya konulması, sadece teorik değil, artık pratik açıdan da büyük önem arz etmektedir.

Biz bu çalışmamızda, suç genel teorisinin önemli bir konusu olan doğrudan kast kavramı üzerine elimizden geldiği ölçüde ayrıntılı bir inceleme yapmaya gayret ettik. Bu bağlamda, öncelikle suçun manevi unsurunun tespiti, sonrasında doğrudan kast kavramının ortaya konulması ve türlerinin belirlenmesi, daha sonra doğrudan kastın olası kasttan farkının ortaya konulması ve son olarak da ulaştığımız neticelerin sistematik bir şekilde özetlenmesi çalışma planımızı oluşturmaktadır.

Çalışma yapılırken, doktrindeki farklı görüşlere yer verilmiş ve ülkemizde doğrudan kast üzerine bugüne kadar yapılan incelemelerden farklı olarak, amerikan ve alman hukuk doktrininde bazı yazarlarca kullanılan bir yöntem kullanılmıştır. Bu bağlamda doğrudan kast, birinci dereceden (amaçlama) ve ikinci dereceden (bilme) doğrudan kast şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmak suretiyle incelenmiştir. Yazar tarafından, en azından konunun bu farklı değerlendirme yönteminin, literatüre katkı sağlayacağı umulmaktadır.

¹ 765 sayılı kanunda suçun manevi unsuru bakımından uzunca bir süre sadece kast ve taksir şeklinde ikili bir ayırım yer almaktaydı. Ancak TCK'nın 45. maddesinde, 2003 yılında, 4785 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucu, bilinçli taksir düzenleme altına alınmış ve böylelikle bu manevi unsur türü de 765 sayılı kanun döneminde hukuk sistemimize dahil olmuştur.

² EREM, Faruk-Ahmet DDANIŞMAN-Mehmet Emin ARTUK, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997, s.443

1. SUÇUN MANEVİ UNSURU

Doktrinimizde suçun manevi unsuru ve kusurluluk terimleri, çoğu kez aynı içeriği ifade eden kavramlar olarak kullanılmaktadırlar.³ Baskın görüşe göre, kusur yeteneğine sahip fail tarafından, fiilin kasten veya kanunun açıkça öngördüğü hallerde taksirle işlenmesi ve işlenen bu fiilde kusurluluğu kaldıran hallerden herhangi birinin bulunmaması halinde manevi unsurun (ya da kusurluluğun) varlığı kabul edilmektedir.⁴ Yazarlardan bazıları kusurluluk için failde kusur yeteneğinin bulunmasını ön şart olarak kabul ederlerken⁵; bazıları da bu kavramı kusurluluğun ön şartı değil, bilakis faile ait bir özellik olarak kabul ederler.⁶

Alman doktrinindeki büyük çoğunluk ise kasten işlenen suçlar bakımından kastın tipiklik içinde manevi unsur olarak yer aldığı (subjektive Tatbestand); kusurluluğun (Schuld) ise kınanabilirliğe ilişkin olduğu kanaatindedirler. Bu çoğunluk görüşüne göre, taksirle işlenen suçlar, taksirin kendine özgü yapısı nedeniyle, kasten işlenen suçlardan bağımsız olarak ele alınmalıdır.⁷ Bu nedenle Alman doktrinindeki genel eserlerde suçun unsurları

³ İki terimin aynı anlamda kullanılmasına ilişkin olarak bkz. İÇEL, Kayıhan. **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1967, s.7; EREM, Faruk. **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku-I**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995, s.487; HAKERİ, Hakan. **Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s.162; Bazı yazarlar ise manevi unsurun, isnat yeteneği ve kusurluluk olmak üzere iki alt kavramdan oluştuğunu kabul etmektedirler. Bkz. DÖNMEZER, Sulhi.-Sahir ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II**, Beta Yayınları, İstanbul 1999, s.143

⁴ ÖZBEK, Veli Özer. **TCK İzmir Şerhi C.1**, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s.247; CENTEL, Nur-Hamide ZAFER-Özlem Yenerer ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Yayınevi, İstanbul 2005, s.358 vd; ÖZTÜRK Bahri-Mustafa Ruhan ERDEM- Veli Özer ÖZBEK, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1998, s.246 vd.

⁵ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s.358

⁶ TOROSLU, Nevzat. **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara 2005, s.332;

⁷ Alman ceza hukuku genel kitaplarına bakıldığı zaman taksirle işlenen fiillerin, teşebbüs, ihmal ve iştirakin yanında kitapların ikinci bölümünde arka planda yer aldıkları görülecektir. Ön planda ise cezai fiillerin temel şekli olarak her zaman kasten işlenen fiiller bulunmaktadır. MITSCH, Wolfgang. "Fahrlässigkeit und Straftatsystem", **Juristische Schulung**, Februar 2001, s.105; Bugün Alman hukukunda baskın olan görüşe göre taksir bir kusur çeşidi değil; cezalandırılabilen davranışların, "haksızlık ve kusurluluğa ilişkin elementleri

incelenirken, ekseriyetle, kasten işlenen suçlar ve taksirle işlenen suçlar bakımından incelemenin ayrı ayrı yapıldığı görülmektedir.⁸ Ancak hem kast hem de taksiri suçun tipikliği içinde manevi unsur olarak inceleyenler de bulunmaktadır.⁹ Bunun yanında yine azınlık olmakla birlikte hala kast ve taksiri kusurluluk içinde inceleyenler de vardır.¹⁰

Kanaatimizce de suçun manevi unsuru, fail ile fiil arasındaki psişik bağı ve bunun derecesini gösteren kalıpları ifade etmekte, bu bakımdan da kınanabilirliğe ilişkin bir kavram olan kusurluluktan farklı bir anlam içermektedir.¹¹ Çünkü fail ile fiil arasındaki psişik bağ ile fiilin kınanabilirliği birbiriyle yakından ilişkili, ancak farklı hususlardır.¹²

2. DOĞRUDAN KAST KAVRAMI (DOLUS DIRECTUS; Direkter VORSATZ)

Kast kusurun tipik şeklidir ve kural olarak suçlar, ancak kasten işlendikleri takdirde cezalandırılırlar. Bu bağlamda suç tiplerinde suçun kasten işleneceğinin ayrıca belirtilmesine gerek yoktur.¹³ Kast, yeni TCK'nın 21. maddesinde kendi içerisinde ikili bir ayrıma tabi tutularak düzenlenmiş ve önceki kanundan farklı olarak, bu maddede açık tanımlamalara yer verilmiştir. Bu bağlamda kast başlığı altında, öncelikle doğrudan kast, daha sonra ise olası kast tanımlanmıştır. Ancak kanunda, doğrudan kastı ifade etmek için doğrudan ibaresi kullanılmaksızın sadece kast adı altında bir tanımlama yapılmıştır.

bünyesinde barındıran, özel bir tipi”dir. WESSELS, Johannes-Werner BEULKE, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Heidelberg 2003, s. 232.

⁸ Bu konuda örnek için bkz. WESSELS-BEULKE, s. 103 vd-393 vd.; GROPP, Walter. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Springer, Berlin, Heidelberg... 1998, s. 95 vd-381 vd; JESCHECK, Hans-Heinrich-Thomas WEIGEND, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, Dunker&Humblot, Berlin,1996, s.232 vd.-s.561 vd.

⁹ Örnek olarak bkz. KINDHAESER, Urs. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Baden-Baden 2002, s.151 vd.

¹⁰ Bkz. BAUMANN, Jürgen-Ulrich WEBER- Wolfgang MITSCH, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2003, s.444 vd.

¹¹ 5237 sayılı TCK'nın da bu düşünce doğrultusunda kaleme alınışı konusunda bkz. ÖZGENÇ, İzzet. **Türk Ceza Kanunu, Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.241 vd.

¹² KARAKEHYA, Hakan. “Olası Kast”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S.2, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s.21

¹³ HAKERİ, s.180 vd.

Kanuni ifadeye göre kast; suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Bu tanımlama kanun açıkça belirtmese de, doğrudan kastı ifade etmektedir¹⁴ ve tanımlamadan anlaşıldığı üzere bu manevi unsur türünün iki temel unsuru bulunmaktadır: Bilme ve İsteme. Doktrinde de doğrudan kast incelenirken, bu kavramın hep bu iki unsur üzerinden ele alındığı görülmektedir.¹⁵ Bu bağlamda bir fiilin kasten işlendiğinin kabul edilebilmesi için fiilin hem bilinmesi hem de istenmesi zorunludur. Bu iki unsurdan birisinin eksik olduğu hallerde ise doğrudan kastın varlığından söz etmek mümkün olamayacaktır.

Kastı açıklayan kuramlar üç ana başlık altında toplanabilmektedir. Bunlar, kastın varlığı için neticenin tasavvur edilmiş olmasını yeterli gören tasavvur kuramı, iradenin varlığını yeterli gören irade kuramı ve hem tasavvurun hem de iradenin varlığını zorunlu kabul eden bilinç ve irade kuramıdır.¹⁶ Günümüzde ağırlıklı kabul edilen kuram, karma görüşü yansıtan bilinç ve irade kuramıdır. Bu bağlamda TCK'nın 21. maddesinde kast tanımı yapılırken, "bilerek ve istenerek" denilmek suretiyle, kastın varlığı için hem tasavvur hem de iradenin varlığı aramış, dolayısıyla bilinç ve irade kuramı kabul edilmiştir.

Ancak isteme bakımından bir sorun olmamakla birlikte, bilme unsuru bakımından doğrudan kasta ilişkin bir takım terimsel sorunlar olduğu kanaatindeyiz. Nitekim bilme, kelime anlamı olarak bir kesinlik ifade etmektedir. Bu bağlamda neticenin gerçekleşeceğinin kesin olması ve failin bunu tasavvur etmesi halinde ancak bilmeden söz edilebilecektir. Buna karşın doğrudan kastın söz konusu olduğu her halde, netice bakımından bir kesinliğin bulunması gerekli değildir. Dolayısıyla ihtimal dahilinde olan, bir başka deyişle

¹⁴ Bu noktada manevi unsur türlerini ifade etmek için kanunda kullanılan terminolojiye ilişkin olarak şunu ifade etmek isteriz ki; 5237 sayılı kanunda kast başlığı altında kast ve olası kast, taksir başlığı altında ise taksir ve bilinçli taksir düzenlenmiştir. Ancak genel bir problem olarak, kanunda ya da hukuk metinlerinde *kast* terimi kullanıldığı zaman her iki kast türünün mü yoksa bunlardan olası kast haricindeki (doğrudan) kastın mı ifade edildiği açık bir şekilde anlaşılamamaktadır. Çünkü kanun koyucu doğrudan kastı ifade etmek için *doğrudan* ibaresini kullanmamıştır. Aynı sorun taksir terimi bakımından da geçerlidir. Bu nedenle biz karışıklığa neden olmaması için çalışma içerisinde, olası kast haricindeki kastı ifade etmek için *doğrudan kast*, bilinçli taksir haricindeki taksiri ifade etmek içinde de *basit taksir* terimlerini kullanacağız.

¹⁵ Bkz. TOROSLU, s.181 vd.; GROPP, s.141 vd.; ÖNDER, Ayhan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III**, Beta Yayınevi, İstanbul 1992, s.308

¹⁶ Kuramlar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. EREM-DANIŞMAN-ARTUK, s.443 vd.

öngörülen (bilinen değil) neticenin istenmesi halinde de doğrudan kast söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle kastın unsurlarını bilme ve isteme yerine öngörme ve isteme olarak tespit etmek daha yerinde olacaktır kanaatindeyiz.¹⁷

Bilmenin öngörmeden daha kesin bir anlam ifade etmesi nedeniyle, söz konusu unsur bilme olarak kabul edildiği zaman, mantıksal olarak öngörmeyi kapsamayan bir sonuca ulaşmak mümkün olacaktır. Dolayısıyla öngörmenin söz konusu olduğu hallerde sanki kastın varlığı kabul edilemeyecekmiş gibi bir anlam çıkartılması mümkündür. Buna karşın öngörmenin unsur olarak kabul edilmesi halinde, bilmenin varlığına bağlı olarak da doğrudan kastın vücut bulduğunun kabul edileceği genel bir mantık kuralıdır. Çünkü öngörme, bilmeden, zihinsel kesinlik bakımından daha dar kapsamlı bir kavramdır. Yorumda kullanılan en önemli mantık kurallarından evleviyet (öncelik-Argumentum a fortiori) ilkesi gereği azın kabul edildiği yerde daha fazlasının yeterli görülmemesi söz konusu olamayacağından, öngörmenin kastın kabulü için yeterli olduğu hallerde, bilmenin söz konusu olması halinde, evleviyetle (öncelikli olarak) kastın varlığı kabul edilebilecektir.¹⁸ Biz bu nedenle aşağıda birinci dereceden doğrudan kastı incelerken unsurları öngörme ve isteme olarak ele almayı daha uygun gördük.

Alman Ceza Kanunu'nun (Strafgesetzbuch-StGB) genel hükümlerinde manevi unsur türlerine ilişkin net bir düzenleme bulunmamaktadır.¹⁹ StGB'nin 15. maddesinde "Kasıtlı ve Taksirli Hareket" başlığı altında, kanunda taksirli hareketin cezalandırılmadığı hallerde sadece kasıtlı hareketlerin cezalandırılabilmesi düzenlenmiş, manevi unsur türlerine ilişkin bir tanım ise verilmemiştir.²⁰

Alman doktrininin önde gelen yazarlarından Roxin, doğrudan kastı, bizim de kabul ettiğimiz üzere ikiye ayırmaktadır: Birinci dereceden doğrudan kast (Absicht, dolus directus ersten grades) ve ikinci dereceden doğrudan kast

¹⁷ Doktrinde kastın bilme unsuru incelenirken bu konunun öngörmeyi de kapsar şekilde ele alındığı; bunun bazı eserlerde açıkça ifade edildiği, bazı eserlerde ise bilme yerine ara ra öngörme teriminin kullanılması suretiyle vurgulandığı görülmektedir. Bkz. HAKERİ, 182; GROPP, s.142; DÖNMEZER-ERMAN, s.216; ÖZBEK, s.249

¹⁸ KARAKEHYA, s.38 vd; Yorumda kullanılan temel mantık kurallarından birisi olan evleviyet ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZLER, Kemal. **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, US-A yayıncılık, Ankara 1998, s.178 vd.

¹⁹ Bkz. BAUMANN-WEBER-MİTSCH, s.486

²⁰ Alman Ceza Kanunu maddelerinin 1994 yılı itibarıyla son halinin Türkçe çevirileri için bkz. İÇEL, Kayıhan-Feridun YENİSEY, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları**, Beta Yayınları, İstanbul 1994, s.929 vd.

(der direkte Vorsatz; dolus directus zweiten grades). Buna göre; eğer fail belirli bir amaca yönelik olarak bir davranışı²¹ gerçekleştiriyorsa, bu durumda birinci dereceden doğrudan kast; failin belirli bir amaca yönelik olarak gerçekleştirdiği davranışa bağlı olarak, gerçekleşmesi zorunlu bir netice söz konusuysa, bu ikinci netice bakımından ikinci dereceden doğrudan kast söz konusu olacaktır.²²

Anglo-sakson hukukunun bir parçası olan Amerika Birleşik Devletleri hukuk sisteminde ise, kast ve taksir gibi manevi unsur kalıplarının kusurluluk içinde değerlendirildiği görülmektedir. Ülkedeki eyaletlerin yaklaşık 2/3'ünün çok büyük oranda etkilenecek ceza kanunlarını benimsediği bir tasarı olan 1962 tarihli Model Penal Code'nin²³ 2. maddesinin 2. bölümünde kusurluluğun genel şartları düzenlenmiştir. Bu bölümün 2. paragrafında ise kusur çeşitleri ele alınmıştır. Burada yer verilen kusur çeşitleri dört tanedir. Söz konusu düzenlemeye göre, bir kişinin işlediği fiilden sorumlu tutulabilmesi için (section 2.05'teki istisna hariç) bir fiili şu kalıplardan birisine uygun olarak işlemesi gerekir: purposedly (amaçlayarak), knowingly (bilerek), recklessly (umursamazlık yaparak) veya negligently (taksirli davranarak).²⁴ Bu ayırmadan da anlaşılacağı üzere Model Penal Code de doğrudan kastı, amaçlama (to purpose) ve bilme (knowing) olarak ikiye ayırmak suretiyle düzenlemiştir.

²¹ Hem hareketi hem de ihmali ifade etmesi bakımından burada “davranış” terimini kullanmayı uygun bulmaktayız. İhmal doğası gereği hareketin antitezini oluşturur. Ancak bu da insanın dışa yansıyan bir davranışı, diğer bir ifade ile süjenin kişiliğinin bir açığa çıkış biçimidir. TOROSLU, s.113

²² ROXIN, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil-I**, C.H.Beck, München 1997, s.364; aynı yönde ayrımlar için bkz. GROPP, s.141; WESSELS-BEULKE, s.77

²³ Amerikan Barolar Birliği tarafından finanse edilen ve ticari amaç gütmeyen bir kuruluş olan Amerikan Hukuk Enstitüsü (The American Law Institute) tarafından, model bir ceza kanunu tasarısı (Model Penal Code) oluşturulmuştur. Bir grup hakim, hukukçu ve uzman tarafından, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki ceza hukukunu genel olarak belirlemek amacıyla 1952 yılında bu tasarıya ilişkin çalışmalara başlamış ve 13 öneri taslağından sonra 1962 yılında tasarı tamamlanmıştır. 1962 yılından itibaren, ABD eyaletlerinin yaklaşık 2/3'ü Model Penal Code'den etkilenecek ceza kanunlarını benimsemişlerdir. WALLACE, Harvey-Cliff ROBERSON, **Principles of Criminal Law**, Longman Publishers, New York 1996, s.13

²⁴ DRESSLER, Joshua. **Cases and Materials on Criminal Law**, Thomson West, St Paul MN. 2003, s.154 vd.

3. DOĞRUDAN KAST ÇEŞİTLERİ

3.1. Genel Olarak

Doğrudan kastın iki temel çeşidi bulunmaktadır: Birinci derecen doğrudan kast ve ikinci dereceden doğrudan kast. Amaçlama olarak da ifade ettiğimiz birinci dereceden doğrudan kastın öngörme ve isteme olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. Bu iki unsur aşağıda ayrıntılı olarak incelenmiştir. Buna karşın bilme olarak ifade ettiğimiz ikinci dereceden doğrudan kast ise sadece zorunlu sonucun bilinmesinden ibarettir. Bu kast türünün varlığı açısından sonuç irade edilmese bile istenmiş gibi kabul edilir.²⁵ Zaten iradenin (istemenin) varlığı halinde birinci dereceden doğrudan kast söz konusu olacaktır. Failin zorunlu sonucu biliyor olması ikinci dereceden doğrudan kastın varlığının kabulü için yeterlidir.²⁶ Aşağıda ikinci dereceden doğrudan kast türünün unsurlarını incelerken, temel olarak bilmeden ne anlaşılması gerektiği ve bilmenin şartları ele alınacaktır.

Kanunumuz doğrudan kastın çeşitleri arasında ceza miktarı bakımından bir ayırım yapmamıştır. Hatta kanundaki ifadeye bakıldığında doğrudan kastın çeşitlerinin de kanun içerisinde açıkça belirtilmediği görülmektedir. Ancak yargı içtihatları ve doktrindeki görüşler ışığında bu tür bir ayırımı ortaya koymak, doğrudan kastın içeriğini daha iyi anlayabilmek bakımından faydalı olacaktır kanaatindeyiz. Her ne kadar bizim kanunumuzda bu ayırma açıkça yer verilmemiş olsa da, yukarıda da belirttiğimiz üzere Model Penal Code'de doğrudan kastın her iki çeşidi de (amaçlayarak-purposely ve bilerek-knowingly olmak üzere) ayrı ayrı düzenleme altına alınmış ve tanımlanmıştır.²⁷

3.2. Birinci Dereceden Doğrudan Kast (Amaçlama)

3.2.1. Genel Olarak

Birinci dereceden doğrudan kastla işlenen suçlarda fail, neticeyi amaçlayarak davranışını gerçekleştirmektedir. Bir başka deyişle meydana gelecek netice failin davranışı gerçekleştirmesindeki asıl amaçtır. Fail neticeyi istemekte ve o neticeyi oluşturacak uygun bir davranış yapmak suretiyle fiili oluşturmaya çalışmaktadır. Bu bağlamda fail, davranışına bağlı olarak meydana

²⁵ WESSELS-BEULKE, s.79

²⁶ ROXİN, s.364

²⁷ DRESSLER, 154 vd. Model Penal Code'nin tam metnine de aynı eserin sonundaki ek kısmından ulaşılabilir.

gelecek neticeyi en azından öngörmekte ve bu neticeyi istemektedir. Neticeyi öngörme ve isteme, birlikte amaçlama olarak da ifade edilebilir kanaatindeyiz.²⁸

Şunu da belirtmek gerekir ki; amaçlama terimini yukarıda da bahsettiğimiz üzere sadece neticeyi öngörme ve isteme bakımından kullanıyoruz. Bu bağlamda söz konusu terimin, failin fiili gerçekleştirirken (veya gerçekleştirmeye teşebbüs ederken) hangi dürtülerle veya motivasyonla hareket ettiğine ilişkin bir içeriği yoktur. Saik olarak adlandırdığımız bu tür motivasyonlar, sadece kanun koyucunun suçun gerçekleşmesi bakımından failin saikini de dikkate aldığı suç tipleri bakımından önem arzeder.²⁹ Onun dışındaki hallerde ise failin fiili amaçlarken hangi motivasyonla hareket ettiğinin bir önemi bulunmamaktadır.

3.2.2. Birinci Dereceden Doğrudan Kastın Unsurları

3.2.2.1. Öngörme

Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu unsur kanunda ve doktrinin genelinde bilme adı altında incelenmektedir. Ancak bu unsurun bilme olarak ifade edilmesi halinde öngörmenin kast kapsamında değerlendirilemeyeceği; ancak söz konusu unsurun öngörme olarak ifade edilmesi halinde, bilmenin evleviyetle kast kapsamında değerlendirileceği düşüncesiyle biz öngörme terimini kullanmayı uygun buluyoruz.

Öngörme, failin davranışına bağlı olarak neticenin gerçekleşme ihtimalini tasavvur etmesidir.³⁰ Bu ihtimalin çok büyük ya da çok küçük olmasının bir önemi yoktur.³¹ Bu bağlamda örneğin, çok kötü nişancı olan birisi 100 metre uzağındaki kişiye ateş ettiği zaman, %1 ihtimal de olsa onun ölümüne

²⁸ Alman doktrininde de birinci dereceden doğrudan kastı ifade etmek için doktrinde amaçlama (Absicht) teriminin kullanıldığı görülmektedir. bkz. GROPP, s.147; WESSELS-BEULKE, s.77; ROXİN, s.364

²⁹ Örneğin hırsızlık fiili bakımından kanun koyucu failin saikine önem vermiş ve suçun gerçekleşmesi için failin faydalanmak saikiyle hareket etmesini aramıştır. Eğer bu saik failde yoksa hırsızlık suçu oluşmayacaktır. Kanunun suçun oluşumu bakımından failin saikine de önem verdiği hallerde “*özel kast*” söz konusu olur. ÖZBEK, s. 255

³⁰ DÖNMEZER-ERMAN, s.216

³¹ Gropp’a göre, öngörmenin (bilmenin) kabulü için hayatın normal akışında fiilin oluşunun önceden öngörülebilir olması ve fiil bakımından da herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması gerekir. GROPP, s.142

neden olabileceğini tasavvur edebiliyorsa, bu bilince sahip olması birinci dereceden doğrudan kastın öngörme unsurunun gerçekleşmesi bakımından yeterlidir. Buna karşın fail, bomba koyduğu arabada bulunan kişinin, bombayı patlattığı zaman öleceğini bilmektedir. Burada artık öngörmeden değil, bilmeden söz edilir. Çünkü davranışa bağlı olarak sonucun meydana gelmesi muhtemel değil; mutlak veya mutlaka yakındır. Bilme, öngörmeye oranla daha kuvvetli bir tasavvur derecesi olduğundan, birinci dereceden doğrudan kast bakımından ilk unsurun oluşmasına evleviyetle yeterlidir.

Öngörmenin kapsamına kural olarak, maddi hukuk açısından cezayı ağırlaştırıcı tüm hususlar girmektedir. Eğer maddi hukuk bakımından suçun oluşumuna etkili veya cezayı ağırlaştırıcı nedenin failce öngörülmesi söz konusu değilse; fail bu durumdan faydalanır. Dolayısıyla öngörülmeyen netice, suçun oluşumuna ilişkinse suç oluşmamış sayılır; cezayı arttırmaya ilişkin ise de ağırlaştırıcı neden faile uygulanmaz. Ancak netice sebebiyle ağırlaştırılmış bir suç söz konusu ise, bu durumda kanunun açık hükmüne dayalı olarak failin, ağırlaştırılmış neticeyi öngörüp öngörmemesinin bir önemi yoktur.³² Eğer bu ağırlaştırılmış netice bakımından failin en azından basit taksiri bulunuyorsa, bu durum failin ağırlaştırılmış neticeden sorumlu tutulabilmesi için yeterlidir.³³

Suçların nitelikli halleri bakımından belirtilmesi gereken bir husus da şudur ki; eğer nitelikli hal failin cezasının arttırılmasına değil; bilakis azaltılmasına ilişkinse, bu durumda failin cezasını azaltan nedeni bilip bilmemesinin bir önemi yoktur. Her halükarda indirimden yararlanacaktır. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere, nitelikli hal cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuruyorsa, cezanın arttırılabilmesi için bunun muhakkak fail tarafından öngörülüyor olması gereklidir.³⁴

3.2.2.2. İsteme

İsteme failin neticeye ilişkin iradesini ifade eden unsurdur. Eğer fail öngördüğü veya bildiği neticenin gerçekleşmesini irade ediyorsa; bu durumda kastın ikinci unsuru olan isteme gerçekleşmiş olacaktır. Doktrindeki bazı

³² DÖNMEZER-ERMAN, s.218

³³ Netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlardaki neticenin de muhakkak öngörme içerisinde yer alması gerekli değildir. Önemli olan neticeyi öngörmemesinin failden beklenip beklenemeyeceğidir. Nitekim basit taksir bakımından öngörme gerekli bir unsur değildir ve TCK'nın 23. maddesi dikkate alındığında, ağırlaştırılmış netice bakımından basit taksir derecesinde bir sorumluluk bile faile ağırlaştırılmış neticeden kaynaklanan cezanın uygulanması için yeterlidir.

³⁴ ÖNDER, s.308; HAKERİ, s.183

eserlere bakıldığında, kastın unsuru olarak istemenin bilmeden (öngörmeden) önce ele alındığı görülmektedir.³⁵ Çünkü böyle bir inceleme tarzı konuyu açıklamak bakımından kolaylık sağlamaktadır. Şöyle ki; suç yolunda fail, ilk önce neticeyi istemekte daha sonra o neticeyi gerçekleştirmeye yönelik bir davranışla amacına ulaşmaya çalışmaktadır. Bu itibarla suç yolunda kastın tamam olan ilk unsuru iradi unsurdur. İradi unsur tamamlandıktan sonra failde zihinsel unsur devreye girer ve istenen neticeye uygun davranış gerçekleştirilir.³⁶ Dolayısıyla doğrudan kastta, iradi unsurun zihinsel unsura, bir başka deyişle istemenin öngörmeye göre daha ön planda ve baskın olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.³⁷

Kastın isteme unsurunun gerçekleştiği hallerde, zihinsel açıdan failin neticeyi öngörmesinin veya bilmesinin herhangi bir önemi yoktur. Her ikisinde de fail birinci dereceden doğrudan kasttan sorumlu olacaktır. Ancak isteme unsurunun gerçekleşmediği hallerde bu iki tasavvur derecesinden hangisinin gerçekleştiği büyük önem arzeder. Eğer fail neticeyi istemiyor ama biliyorsa, bir başka deyişle gerçekleştirdiği davranışa bağlı olarak neticenin meydana gelmesi muhakkak veya muhakkaka yakınsa bu durumda fail ikinci dereceden doğrudan kasttan sorumlu olur.³⁸ Bu durumda fail neticeyi istemese bile istemiş gibi kabul olunur. Ancak failin davranışına bağlı olarak neticenin meydana gelmesi ihtimal dahilindeyse, bir başka deyişle netice, davranışın zorunlu sonucu değilse; bu durumda fail sadece olası kast veya bilinçli taksirden sorumlu tutulabilecektir.³⁹ Çünkü istemenin söz konusu olmadığı hallerde doğrudan kast sorumluluğunun ortaya çıkması, ancak neticenin zorunlu sonuç olması halinde ve ikinci dereceden doğrudan kast şeklinde olabilecektir.

³⁵ Örnek olarak bkz. ÖNDER, s.263 vd.; TOROSLU, s.185

³⁶ Kasten işlenen suçlarda suç yolu ve düşünce aşaması için bkz. TOROSLU, s.248

³⁷ “Bilme unsuru isteme unsurundan önce gelmekte ise de, kasta özelliğini veren unsurun isteme olduğu kuşkusuzdur.” TOROSLU, s.181

³⁸ GROPP, s.149

³⁹ Roxin, bu tür hallerde öngörülen neticeden sorumluluğun olası kast mı yoksa bilinçli taksir kapsamında değerlendirileceğinin tespiti açısından iki tür arasındaki farkı şu şekilde ortaya koymaktadır:

Gerçekleşmesi mümkün olan bir tipik fiili göz önünde bulunduran (öngören) bir kimse, buna rağmen kendisini planından vazgeçirmese, tipik fiille korunan hukuki menfaate karşı bir karar verdiğinin bilincindedir. Bu hukuki menfaate karşı verilen karar, olası kastı bilinçli taksirden ayıran özelliktir. ROXIN, s.373

3.3. İkinci Dereceden Doğrudan Kast (Bilme)

3.3.1. Genel Olarak

İkinci dereceden doğrudan kastın söz konusu olduğu hallerde fail davranışına bağlı olarak meydana gelecek neticeyi amaçlamamaktadır.⁴⁰ Ancak neticenin meydana gelmesi davranışının zorunlu sonucudur. Bu durumda fail neticeyi istemese de istemiş gibi kabul olunur ve ikinci dereceden doğrudan kast sorumluluğu doğar.⁴¹ Dolayısıyla bu doğrudan kast türünün gerçekleşebilmesi için failin, davranışa bağlı zorunlu neticeyi istememesi ama bilmesi gerekir. Eğer zorunlu sonucu isterse, zaten birinci dereceden doğrudan kast sorumluluğu doğacaktır.

Bu anlatılanlardan da anlaşılacağı üzere ikinci dereceden doğrudan kast, daima failin amaçladığı hukuki öneme sahip olsun veya olmasın istenilen asıl amaç dışında, davranışa bağlı olarak ortaya çıkacak, zorunlu bir ikincil neticeye ilişkindir. Çünkü failin amaçladığı (ve dolayısıyla istediği) neticelere ilişkin olarak ortaya çıkacak kast, her zaman için birinci dereceden doğrudan kast kapsamında değerlendirilecektir.⁴²

Birkaç örnekle konuyu netleştirmek ve ikinci derecen doğrudan kastı birinci dereceden doğrudan kasttan ayırmak gerekirse şu örnekler verilebilir: Failin öldürmek istediği kişinin içinde bulunduğu uçağı düşürmesi halinde, asıl öldürmek istediği kişi bakımından birinci dereceden doğrudan kastı söz konusudur. Çünkü fail bildiği bu neticeyi aynı zamanda da istemektedir. Buna karşın fail uçaktaki diğer yolcuların ölmesi konusunda bir isteğe sahip değildir, ancak asıl gerçekleştirmek istediği amaca bağlı olarak davranışını gerçekleştirdiğinde, uçaktaki diğer yolcuların da muhakkak olarak (zorunlu sonuç olarak) öleceğini bilmektedir. İşte bu durumda failin diğer yolcuların ölümü bakımından da ikinci dereceden doğrudan kastı söz konusudur. Burada gerek asıl amaçlanan neticeye bağlı olarak oluşacak gerekse bu fiilin yanında meydana gelecek ikincil neticeye bağlı olarak oluşacak fiillerin her ikisi de, ceza normu tarafından yasaklanmış fiillerdir. Bununla birlikte karadan oldukça uzakta, ıssız bir yerde eğlenmek amacıyla gemisini batıran alkollü gemi sahibinin, kendisiyle birlikte gemide bulunan ve kendisinin aksine yüzme bilmeyen arkadaşının ölümü bakımından da ikinci dereceden doğrudan kastı söz konusudur. Nitekim failin burada arkadaşını öldürmek gibi amacı yoktur. Zaten

⁴⁰ GROPP, s.149

⁴¹ ÖNDER, s.264; WESSELS-BEULKE, s.213

⁴² Neticenin davranışın zorunlu sonucu olmasının söz konusu olduğu hallerde doğrudan kast söz konusu olur. ROXIN, s.371 vd.

asıl amacının arkadaşını öldürmek olduğunun ortaya konulması halinde, failin birinci dereceden doğrudan kastı söz konusu olacaktır. Ancak her ne kadar arkadaşını öldürmek amacıyla hareket etmese de, amaçladığı fiile bağlı olarak arkadaşının öleceğinin de bilincindedir. Burada yukarıdaki örnekten farklı olarak sadece ikincil zorunlu neticeye ilişkin fiil ceza normu tarafından yasaklanmıştır. Buna karşın asıl amaçlanan neticeye ilişkin fiilin ceza normuna veya başkaca bir hukuk kuralına aykırılığı söz konusu değildir. Çünkü kişinin kendi malına zarar vermesi, kural olarak hukuka uygun bir davranıştır.

Biz failin zorunlu ikincil neticeyi tasavvur etmesini ifade etmek için bilme terimini kullanmayı uygun buluyoruz.⁴³ Nitekim bilme neticenin meydana gelmesi bakımından bir muhakkaklığı ifade etmektedir. İkinci dereceden doğrudan kastın tek temel unsuru da zorunlu neticeye ilişkin bu bilmenin gerçekleşmiş olmasıdır.

Bununla birlikte bizim de kabul ettiğimiz üzere hukuk doktrininde, zorunlu sonucu bilme, ikinci dereceden doğrudan kast adı altında, bir doğrudan kast türü olarak kabul edilmesine rağmen; bunun kanundaki tanımlamayla bire bir uyuşmadığı da aşıkardır. Nitekim kanun koyucu, karma teoriyi kabul ederek, kanun metninde “bilerek ve isteyerek” demek suretiyle, doğrudan kast bakımından bilme ve istemenin her ikisinin de birlikte olmasını zorunlu kabul etmiştir. Her ne kadar doktrinde eğer netice davranışın zorunlu sonucuysa fail bunu istemiş gibi kabul edilmelidir denilmekteyse de, bu husus son derece eleştiriye açıktır. Çünkü bir çok olayda, fail çok istediği birinci neticeye bağlı olarak hiç istemediği zorunlu ikinci neticelerin meydana gelmesini de kabul edebilmektedir. Bu zorunlu neticeleri, failin her durumda istediğini söylemek, bazı yazarlarca isteme kavramının içeriğine ve dolayısıyla pozitif metne uygun görülmebilecektir. Nitekim isteme, çoğu kez meydana gelen neticeden memnun kalmayı en azından hoşnut olmayı gerektirir. Ancak örneğin çok öldürmeyi istediği hasmını öldürmek için büyük uğraşlar veren bir kimse, sonunda zor da olsa hasmının aracına bomba koymayı başardığında, arabaya hasmıyla birlikte binen tanımadığı bir kimsenin ölmesini amaçlamamaktadır. Ancak bir daha hasmını öldürmek için uygun fırsat bulamayacağını düşünen fail, arabayı havaya uçurduğunda hasmıyla birlikte ölen tanımadığı kişinin ölümünden hiç de hoşnut değildir ve bu sonucu istememektedir. Buna rağmen asıl amacına ulaşmak için o zorunlu sonucun meydana gelmesini de kabul etmiştir. Bu bağlamda madem sonuç zorunludur; o zaman fail bunu istemiş kabul edilmelidir demek, son derece kestirme ve kanun metnine uygun olmayan

⁴³ Gropp bu durumu “kesin bilmeye rağmen davranışta bulunma” (Handeln trotz sicheren Wissens) olarak ifade etmektedir. GROPP, s.149; Yine Model Penal Code de bu durumu “bilme” (knowing) olarak ifade etmektedir. bkz. yukarıda 3.1. no’lu başlık.

bir kabul ediş olarak eleştirilebilecektir. Bu nedenle kanaatimizce Model Penal Code'de olduğu gibi, kanun koyucunun amaçlama ve bilmeyi ayrı ayrı hüküm altına alması daha yerinde olacaktır.

Bununla birlikte biz, hukuk doktrinde baskın olan görüş doğrultusunda, zorunlu sonucu failin istemiş olduğu şeklindeki kabule bağlı olarak çalışmamızı gerçekleştireceğiz. Ancak burada eleştiriye açık olan bu hususu da vurgulamayı uygun buluyoruz. Aşağıda ikinci dereceden doğrudan kastın oluşumu bakımından bilmenin ne şekilde olması gerektiği alt başlıklar halinde incelenecektir.

3.3.2. İkinci Dereceden Doğrudan Kastın Unsurları

3.3.2.1. Herhangi Bir Amaca Yönelik Bir Davranışın Yapılmış Olması

İkinci dereceden doğrudan kastta fail, öncelikli olarak meydana geleceğini bildiği ikincil neticeye yönelik olmayan bir davranışta bulunur. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, davranışın asıl nedenini oluşturan neticenin hukuka aykırı olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Örneğin, sigorta parası almak için ıssız, açık denizde gemisini batıran kişinin fiili, bu duruma örnek olarak verilebilir. Bu örnek bakımından failin amaçladığı fiil hukuka aykırıdır. Çünkü sigortadan para olmak üzere gemiyi kasten batırmak hukuk düzeninin yasakladığı bir davranıştır. Burada failin amacı gemiyi batırmak, saiki ise sigortadan para almaktır.⁴⁴ Ancak failin, sırf zevk için, eğlenmek amacıyla gemisini batırdığı durumda ise, kendi malına zarar verme amacıyla hareket etmesine bağlı olarak herhangi bir hukuka aykırılık söz konusu olmayacaktır.

3.3.2.2. Davranışa Bağlı Olarak Ceza Normu Tarafından Sonuç Bağlanmış Asıl Amaç Dışında İkincil Bir Neticenin Oluşmasının Zorunlu Olması

İkinci dereceden doğrudan kast bakımından gerekli diğer bir husus ise, failin davranışına bağlı olarak, asıl amaçlanan netice dışında, meydana gelmesi zorunlu ve muhakkak bir neticenin daha olmasıdır.⁴⁵ Yukarıdaki örnek üzerinden devam edersek, gemisini batıran failin yanında, kendisinin aksine yüzme bilmeyen bir de arkadaşının olduğunu kabul edelim. Fail, asıl amacı olan fiili gerçekleştirdiği, yani gemiyi batırdığı zaman, gemide bulunan ve kendisinin

⁴⁴ Amaç ve saik konusunda ayrıntılı bilgi ve bu iki kavramın birbirinden farkının tespiti için bkz. DÖNMEZER-ERMAN, s.224

⁴⁵ WESSELS-BEULKE, s.79; ÖNDER, s.264

aksine yüzme bilmeyen arkadaşının ölmesi amaçlanan fiile bağlı olarak ortaya çıkacak zorunlu sonuçtur.⁴⁶ Bu durumu kurallaştırarak ifade edersek, davranışın gerçekleştirilmesiyle amaçlanan neticenin meydana gelmesi halinde, ona bağlı olarak ceza normu tarafından yasaklanmış zorunlu bir başka netice daha meydana gelecektir. Aynı şekilde alkollü olan failin eğlenmek amacıyla gemiyi batırması halinde de, asıl amaç olan gemiyi batırma, yukarıdaki örnekte olduğunun aksine hukuka uygun bir fiil olsa da, ikincil zorunlu netice olarak meydana gelecek ölüm olayı, yine ceza normu tarafından yasaklanmış bir fiile vücut verecektir.⁴⁷

3.3.2.3. Ceza Normu Tarafından Sonuç Bağlanmış İstenilmeyen İkincil Neticenin Fail Tarafından Bilinmesi

İkinci dereceden doğrudan kastın söz konusu olabilmesi bakımından son olarak, failin davranışına bağlı olarak meydana gelecek zorunlu neticeyi bilmesi gerekir.⁴⁸ Yani fail, belirli bir amaçla yaptığı davranışa bağlı olarak, ceza normunca yasaklanan ikincil bir neticenin meydana geleceğinin farkında olmalıdır ki; bu ikincil netice bakımından ikinci dereceden doğrudan kastı söz konusu olabilsin.⁴⁹ Bununla birlikte bu zorunlu neticeyi bilen failin bu neticeyi amaçlamamış olması da gereklidir. Çünkü bu neticenin fail tarafından amaçlandığı hallerde zaten birinci dereceden doğrudan kast söz konusu olacaktır.

⁴⁶ Burada şunu vurgulamak isteriz ki, geminin açık denizde ıssız bir yerde bulunması sonucun muhakkak ve zorunlu kabul edilmesi bakımından önemlidir. Eğer gemi limandayken batırılırsa ve failin arkadaşının çevredekiler tarafından kurtarılma ihtimali varsa veya bu kişi birkaç kulaçla karaya ulaşma imkanı bulabilecekse, bu durumda neticenin zorunluluğundan değil, ihtimal dahilinde olmasından söz edilecektir. Bu tür hallerde ise fail, diğer şartların da bulunmasına bağlı olarak, doğrudan kasttan değil; ancak olası kasttan sorumlu tutulabilecektir.

⁴⁷ Bir suikastçı, kurbanını havaya uçuracak bombanın aynı zamanda etrafta bulunan kimseleri de öldüreceğini kesin olarak biliyorsa, her ne kadar bunu amaçlamamış olsa da, onların ölümünü istemiş sayılır. ROXIN, s.364 vd.

⁴⁸ Bilinçli taksir gibi olası kastta da fail, kanunda belirtilen hususları ve davranışının tipik neticeyi meydana getirebileceğini hesaplamaktadır. WESSELS-BEULKE, s.79

⁴⁹ Bilmenin yani neticenin davranışın zorunlu sonucu olmasının söz konusu olduğu hallerde doğrudan kast söz konusu olur. ROXIN, s.371 vd.

Yukarıdaki örnek üzerinden konuyu ele almaya devam edersek; fail gemiyi batırdığı zaman yanındaki arkadaşının ölmesinin zorunlu sonuç olduğunun bilincinde olmalı, zihinsel bakımdan bu durumu tasavvur etmeli ve buna rağmen davranışını gerçekleştirmelidir (veya gerçekleştirmeye teşebbüs etmelidir).

Objektif olarak neticenin meydana gelmesi zorunlu sonuçsa; ancak fail bu durumun bilincinde değilse ve bu zorunlu sonucu sadece ihtimal dahilinde görüyorsa, bu durumda ikinci dereceden doğrudan kast sorumluluğu doğmaz. Çünkü ikinci dereceden doğrudan kast bakımından subjektif açıdan da failin ikincil neticenin zorunlu olduğunu bilmesi gerekir. Failin objektif olarak zorunlu olan ikincil neticeyi subjektif açıdan tam olarak tasavvur etmemesi ve bunu sadece ihtimal dahilinde kabul etmesi durumunda ise, bu ikincil neticeyi kabullenmesine bağlı olarak ancak olası kast sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Aşağıda olası kast ile doğrudan kast arasındaki farkın ortaya konulması sırasında bu durum inceleneceğinden, burada bu genel bilgi ile yetinmeyi uygun buluyoruz.

4. DOĞRUDAN KASTIN OLASI KASTTAN FARKI

Doğrudan kast, gerek doktrinde kabul edilen genel görüşe gerekse TCK'nın ifadesine göre, fiilin bilerek ve istenerek işlenmesidir.⁵⁰ Bu tanımdan çıkan sonuçları ve bu kast türünün çeşitlerini yukarıda ayrıntılı olarak inceledik.

Olası kast ise TCK'nın 21. maddesinin 2. fıkrasında, “Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemesi halinde olası kast vardır.” denilmek suretiyle tanımlanmıştır.⁵¹ Ancak bu tanıma bakarak olası kastın içeriğini net olarak ortaya koyabilmek ve özellikle de bilinçli taksirden ayırt etmek oldukça güçtür. Çünkü bilinçli taksir halinde de fail, neticeyi öngörmesine rağmen fiili işlemektedir. Bu ikisinin arasındaki fark ise neticenin istenmemesinin net bir şekilde ortaya konulması veya kabullenilmesine bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Bilinçli taksir halinde, fail, öngördüğü neticenin gerçekleşmeyeceğine inandığı ve bu neticeyi istemediğini net bir şekilde ortaya koyduğu halde; olası kast durumunda ise ihtimal dahilindeki neticenin meydana geleceğini öngörmekte ve bunu kabullenmektedir. Bu bağlamda olası kast; kişinin, bir davranışına bağlı olarak

⁵⁰ DEMİRBAŞ, Timur. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, s.312; ÖZTÜRK-ERDEM-ÖZBEK, s.251; GROPP, s.141; BAUMANN-WEBER-MITSCH, s.471

⁵¹ Olası kast hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KARAKEHYA; s.19 vd.

ortaya çıkabilecek, ihtimal dahilindeki neticenin meydana gelme tehlikesini, davranışını gerçekleştirirken kabullenmesidir.⁵²

Olası kast kavramı bu şekilde açıklandıktan sonra doğrudan kast ile karşılaştırıldığında; özellikle ikinci dereceden doğrudan kast ile benzerlik gösterdiği fark edilmektedir. Çünkü her ikisinde de meydana gelecek netice amaçlanmamaktadır. Neticenin amaçlandığı (ve dolayısıyla istendiği) birinci dereceden doğrudan kast ile olası kastı birbirinden ayırt etmek ikinci dereceden doğrudan kasttan ayırt etmek kadar zor değildir.⁵³ Nitekim birinci dereceden doğrudan kast her zaman amaçlanan birincil neticelere ilişkin ve bu netice fail tarafından istenirken; olası kast her zaman için ikincil neticelere ilişkindir ve fail bu ikincil neticeleri istememekte; ancak kabullenmektedir.⁵⁴

Olası kastla daha fazla benzerlik gösteren ikinci dereceden doğrudan kast ile olası kastın farkı ise, fail tarafından tasavvur edilen ikincil neticenin zorunlu sonuç olup olmaması noktasında ortaya çıkmaktadır. Buradan da anlaşılacağı üzere gerek doğrudan gerekse olası kast ikincil neticelere ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak fail tarafından tasavvur edilen bu ikincil netice davranışın zorunlu sonucu ise fail ikinci dereceden doğrudan kastla hareket etmekten sorumlu olur; neticeyi istemese bile, istemiş gibi kabul edilir. Bu ikincil neticenin zorunlu değil de; ihtimal dahilinde bir netice olması durumunda

⁵² ROXIN, s.364

⁵³ “Hasım telakki ettiği kişiden başka kimselerin de var olduğu lokantaya girerek önceden tanışmış olduğu Yüksel’e tevcihen tabancasını dört el ateşleyen, Yüksel’in yanı ve arka bölümlerinde bulunan kişileri de görmesi nedeniyle onlardan bir veya bir kaçının isabet alıp ölebileceğini öngörür durumda atışlarını tevali ettirerek maktul Fatih’in isabet almasına ve ölmesine neden olan sanığın, eyleminin Yüksel’i öldürmeye eksik kalkışmak ve Fatih’i gayri muayyen kasıtlı öldürmek olduğundan kuşku bulunmadığı...” (1. CD. 18.02.2004-3799/364) GÜNAY, Erhan, **Olası Kast-Bilinçli Taksir, Öldürme ve Yaralama Kastı**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.31

⁵⁴ Olası kastta fail neticeyi istememektedir. Onun neticeyi kabullenmesi isteme kapsamında değerlendirilemez kanaatindeyiz. Aynı yönde bkz. ÖZBEK, s.258; ancak doktrinde bunun aksi görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşlerin temel gerekçesini ifade etmek için şu alıntıyı yapmanın uygun olacağını düşünüyoruz: “...bu kabullenme failin netice ile olan sübjektif ilişkisini kast içinde, doğrudan doğruya kast şeklinde olmasa dahi, kurmuş olur. Artık ortada istenmemiş bir netice yoktur; diğer ifade ile istenmeyen neticenin istenmemiş olduğundan söz edilemez (nicht nicht wollen).” ÖNDER, s.273; Centel-Zafer-Çakmut ise dolaylı kastta istemenin veya istememenin açık olmadığı kanaatinde. CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT s.400

ise, fail istemediği neticeyi kabullenmiş olacak ve olası kastla hareket etmekten sorumlu tutulacaktır.⁵⁵

Konuyu bir örnekle daha net açıklamak gerekirse: Failin öldürmek istediği hasmı, yanında bir arkadaşıyla motosikletle dolaşmaktadır. Fail motosiklette oturan hasmına doğru silahla ateş ettiği zaman, onun arkasında oturan hasmının arkadaşına da kurşunun isabet edebileceğini öngörmektedir. Buna rağmen ihtimal dahilinde olan bu neticeyi göze alarak silahını ateşler ve silahtan çıkan kurşun hasmını öldürdükten sonra, arkasındaki arkadaşına isabet ederek onun da ölümüne neden olursa; bu durumda fail hasmını öldürmek bakımından birinci dereceden doğrudan kast ile sorumlu olacak, hasmının arkadaşını öldürmek bakımından ise olası kast ile öldürmeden sorumlu tutulacaktır.

Buna karşın aynı kimsenin, hasmına doğru bir silahla değil de; tahrip gücü yüksek bir bomba ile saldırması sonucunda, motosikletteki her iki şahsın da ölmesi durumunda; fail hasmını öldürmekten birinci dereceden doğrudan kastla, hasmının arkadaşını öldürmekten ise ikinci dereceden doğrudan kast ile sorumlu olacaktır. Nitekim atılan bombanın patlamasına bağlı olarak hasmının arkadaşının da ölmesi davranışın zorunlu sonucudur.

Daha önce de söylediğimiz üzere failin birinci veya ikinci dereceden doğrudan kast ile hareket etmesinin alacağı ceza bakımından bir önemi yoktur. Sadece hakimın temel cezayı takdir ederken alt ve üst sınırlar arasında oynama yapması mümkündür.⁵⁶ Buna karşın failin olası kast ile hareket ettiği durumlarda cezasında önemli bir indirim öngörülmüştür.

5. MAĞDURUN BELİRSİZLİĞİ VE DOĞRUDAN KAST

Bir takım suçlar bakımından, mağdurun kim olacağı, fail icra hareketlerine başladığı zaman fail tarafından bile net olarak bilinmemektedir. Ancak fail, mağdurun kim olacağına önem vermeksizin, neticeyi öngörerek ve

⁵⁵ Olası kast ile sorumluluk hallerinin söz konusu olabilmesi için hukuki öneme sahip olsun veya olmasın muhakkak surette failin, olası kastın ilişkin olduğu netice dışında başka bir amacının olduğundan hareketle, olası kast ile sorumluluk doğuran fiilin hep ikincil neticeye ilişkin olabileceği kanaatindeyiz. Ancak sadece hukuki öneme sahip neticeleri dikkate alan bakış açısından, olası kastın birincil neticeler bakımından da söz konusu olabileceği sonucuna varılabilir. Olası kastın birincil neticeler bakımından da söz konusu olabileceği yönünde bkz. CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s.400

⁵⁶ Nitekim TCK'nın 61. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinde fail hakkında temel ceza belirlenirken, kastının ağırlığının da dikkate alınması hükme bağlanmıştır.

isteyerek davranışını gerçekleştirir. Bu durumda gerçekleştirilen fiilin, doğrudan kast ile mi yoksa olası kast ile mi işlendiğinin tespitinde duraksama olabileceği kanaatiyle böyle bir başlık açmayı uygun gördük. Nitekim mağdurun belirsizliği neticenin ihtimal dahilinde oluşu ile karıştırılabilecektir.⁵⁷

Örneğin hasmı olan büyük bir ailenin toplanma gününde, toplantının yapılacağı yere, aile adına bombalı bir paket gönderen kimsenin fiili bu tür suçlara iyi bir örnek teşkil etmektedir. Bu toplantı gününde fail bir hediye paketiymiş gibi kurye vasıtasıyla hasımlarının toplandığı eve bombayı gönderir. Bombayı gönderdiği zaman paketi kimin alacağı, kimin açacağına ilişkin bir fikri yoktur. Zaten fail bakımından bunun önemi de bulunmamaktadır. Onun açısından önemli olan husus o aileden birilerinin ölmesidir. Ailenin elli kişilik bir topluluk olduğu kabul edilirse bombanın elli kişiden hangisi tarafından patlatılacağı ve kimlerin öleceği fail tarafından bilinmemektedir. Ancak fail o gruptan birilerinin ölmesini istemektedir. Yani öngördüğü netice iradesi dahilindedir. Böyle durumlarda mağdurun belirsizliği, kastı, olası kasta çevirmez. Fiil yine doğrudan kast ile işlenmiş kabul edilir.⁵⁸ Çünkü öngörülen neticenin istenmesi bir doğrudan kast türüdür.⁵⁹

Bununla birlikte mağdurun belirsiz olduğu hallerde fiilin olası kast ile işlenmesi de mümkündür. Örneğin sadece gürültü yapmak ve karışıklığa neden olmak için sakin bir parkta bomba patlatan kimsenin amacı gürültü yapmaktır. Birilerinin ölmesini ise istememektedir. Ancak her ne kadar park sakin olsa da bomba patlayacağı sırada oradan geçmekte olan birilerinin ölebileceğini öngörür

⁵⁷ Bu tür haller bazı yazarlarca belirli olmayan kast ya da belirsiz kast olarak da adlandırılmaktadır. Buna göre bilinç ve iradenin, mümkün veya muhtemel fakat hangilerinin gerçekleşeceğinin şüpheli sonuçları kapsadığı hallerde, belirli olmayan kast söz konusudur. Erem-Danışman-Artuk, s.453. Belirsiz kast kavramı farklı yazarlarca farklı şekilde ele alındığı için, karışıklık doğmaması bakımından, üzerinde tam anlaşma sağlanamayan bir terimi mağdurun belirli olmamasını ifade etmek için kullanmak istemedik ve bu nedenle söz konusu durumu tam olarak ifade ettiğine inandığımız “mağdurun belirsizliği” terimini kullanmayı uygun bulduk. Belirsiz kastın birçok yazar tarafından farklı şekilde anlaşılması konusunda bkz. ÖNDER, s.292

⁵⁸ “Kalabalığa silahla ateş eden kişi, öldürmeyi istemiş olduğuna göre, öldürülmek istenen kişinin belirsiz olması adam öldürme kastının yokluğu anlamına gelmez ve fiil taksirli değil, kasten işlenmiştir.” (CGK. 19.4.1982; 1-11/147) ÖNDER, s.274; HAKERİ, s.189

⁵⁹ “Düğünü karartmak (herhangi bir kimseyi öldürerek veya yaralayarak düğünün acı bir sonla sonuçlanması), amacıyla davetlilerin bulunduğu yöne tevcih ederek iki el ateş edip ölüme neden olan sanığın fiili, kasten öldürmektir.” (CGK. 19.04.1982-11/147) GÜNAY, s.63

ve bu neticeyi kabullenir. Bu şekilde fiili gerçekleştirip birkaç kişinin ölümüne neden olan kişi bakımından olası kast ile öldürme söz konusudur. Nitekim fail ihtimal dahilindeki neticeleri öngörüp gerçekleşme riskini göze alarak (kabullenerek) fiili işlemiştir. Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir önemli husus da; yukarıdaki örnekteki benzer şekilde, fail tarafından öngörülmesi kabullenilen neticenin kim üzerinde gerçekleşebileceğinin, fiilin icra hareketlerine başlandığı sırada belli olmamasıdır. Dolayısıyla bu örneklerle de ortaya koyduğumuz üzere mağdurun belirsiz olduğu hallerde fiil, doğrudan kastla işlenebileceği gibi olası kast ile de işlenebilecektir.

SONUÇ

2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda, suçun manevi unsur türleri bakımından dört farklı türe yer verilmiştir: (Doğrudan) Kast, Olası Kast, Bilinçli Taksir ve (Basit) Taksir. Sistematiği açısından ele alındığında ise, kanunun kast ve taksir olmak üzere iki temel tür kabul ettiği; bu iki türün de kendi içerisinde ikiye ayrıldığı görülmektedir.

Doktrinimizde suçun manevi unsuru ve kusurluluk terimleri, çoğu kez aynı içeriği ifade eden kavramlar olarak kullanılmaktadırlar. Baskın görüşe göre, kusur yeteneğine sahip fail tarafından, fiilin kasten veya kanunun öngördüğü hallerde taksirle işlenmesi ve işlenen bu fiilde kusurluluğu kaldıran hallerden herhangi birinin bulunmaması halinde kusurluluğun (ya da manevi unsurun) varlığı kabul edilmektedir. Ancak kanaatimizce suçun manevi unsuru, fail ile fiil arasındaki psikik bağı ve bunun derecesini gösteren kalıpları ifade etmekte, bu bakımdan da kınanabilirliğe ilişkin bir kavram olan kusurluluktan farklı bir anlam içermektedir. Çünkü fail ile fiil arasındaki psikik bağ ile fiilin kınanabilirliği birbiriyle yakından ilişkili, ancak farklı hususlardır.

TCK'da doğrudan kast; suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi şeklinde düzenlenmiştir. Ancak kastın unsurlarını bu şekilde bilme ve isteme olarak kabul etmektense, öngörme ve isteme olarak tespit etmek daha yerinde olacaktır kanaatindeyiz. Nitekim bilme, kelime anlamı olarak bir kesinlik ifade etmektedir. Bu bağlamda ancak neticenin gerçekleşeceğinin kesin olması ve failin bunu tasavvur etmesi halinde bilmeden söz edilebilir. Buna karşın doğrudan kastın söz konusu olduğu her halde, netice bakımından bir kesinliğin bulunması gerekli değildir. Dolayısıyla ihtimal dahilinde olup öngörülen (bilinen değil) neticenin istenmesi halinde de doğrudan kast söz konusu olabilecektir.

Doğrudan kastın iki temel çeşidi bulunmaktadır: Birinci derecen doğrudan kast ve ikinci dereceden doğrudan kast. Amaçlama olarak da ifade ettiğimiz birinci dereceden doğrudan kastın öngörme ve isteme olmak üzere iki

unsuru bulunmaktadır. Buna karşın bilme olarak ifade ettiğimiz ikinci dereceden doğrudan kast ise sadece zorunlu sonucun bilinmesinden ibarettir. Bu kast türünün varlığı açısından sonucun irade edilmese de, istenmiş gibi kabul edilir. Zaten failin gerçekten neticeye ilişkin iradeye (istemeye) sahip olduğu hallerde; ikinci dereceden değil, birinci dereceden doğrudan kast söz konusu olmaktadır.

Kanunumuz doğrudan kastın çeşitleri arasında ceza miktarı bakımından bir ayırım yapmamıştır. Hatta kanundaki ifadeye bakıldığında doğrudan kastın çeşitlerinin de kanun içerisinde açıkça belirtilmediği görülmektedir. Ancak yargı içtihatları ve doktrindeki görüşler ışığında bu tür bir ayırımı ortaya koymak, doğrudan kastın içeriğini daha iyi anlayabilmek ve cezanın bireyselleştirilmesi sırasında kastın yoğunluğunu tespit edebilmek bakımından faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

BAUMANN, Jürgen-Ulrich WEBER-Wolfgang MITSCH, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2003.

CENTEL, Nur-Hamide ZAFER-Özlem Yenerer ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Yayınevi, İstanbul 2005.

DEMİRBAŞ, Timur. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002

DÖNMEZER, Sulhi-Sahir ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II**, Beta Yayınları, İstanbul 1999

DRESSLER, Joshua. **Cases and Materials on Criminal Law**, Thomson West, St Paul MN. 2003

EREM, Faruk. **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku-I**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995

EREM, Faruk-Ahmet DANIŞMAN-Mehmet Emin ARTUK, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997

GÖZLER, Kemal. **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, US-A yayıncılık, Ankara 1998

GROPP, Walter. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Springer, Berlin, Heidelberg... 1998.

GÜNAY, Erhan. **Olası Kast-Bilinçli Taksir, Öldürme ve Yaralama Kastı**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005

HAKERİ, Hakan. **Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, Seçkin Yayınları, Ankara 2005

İÇEL, Kayıhan. **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1967

İÇEL, Kayıhan-Feridun YENİSEY, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları**, Beta Yayınları, İstanbul 1994

JESCHECK, Hans-Heinrich-Thomas WEIGEND, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, Dunker&Humblot, Berlin 1996

KARAKEHYA, Hakan. “Olası Kast”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S.2, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006

KINDHÄUSER, Urs. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Baden-Baden 2002

MITSCHE, Wolfgang. “Fahrlässigkeit und Straftatsystem”, **Juristische Schulung**, Februar 2001

ÖNDER, Ayhan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III**, Beta Yayınevi, İstanbul 1992

ÖZBEK, Veli Özer. **TCK İzmir Şerhi C.1**, Seçkin Yayınları, Ankara 2005.

ÖZGENÇ, İzzet. **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005

ÖZTÜRK, Bahri-Mustafa Ruhan ERDEM-Veli Özer ÖZBEK, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1998

ROXIN, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil-I**, C.H.Beck, München 1997

TOROSLU, Nevzat. **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara 2005.

WALLACE, Harvey.-Cliff ROBERSON, **Principles of Criminal Law**, Longman Publishers, New York 1996.

WESSELS, Johannes-Werner BEULKE, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Heidelberg 2003.

Makaleler

Ekonomi - Maliye

EKONOMİK ÖZGÜRLÜK KAVRAMI ve TÜRKİYE'DE EKONOMİK ÖZGÜRLÜKLERİN GELİŞİMİ

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Okan TAŞAR*

ÖZET

Özgürlük kavramı, toplumlar açısından, tanımlanması ve sınırlarının belirlenmesi zor olan kavramlardan birisidir. Bir çok sözlükte, birden fazla karşılığının bulunması, bu durumun açık bir göstergesidir. İnsanlık tarihinin her döneminde özgürlük, ideallerin en büyüğünü oluşturmaktadır. Günümüzde ise, hemen her kavramda olduğu gibi özgürlük kavramının da ekonomik anlamı ön plana çıkmaktadır.

Öncelikle ekonomik özgürlükler, kişisel özgürlükler arasında değerlendiriliyor olsa bile, nitelikleri açısından siyasi ve medeni özgürlüklerden farklılıklar arz etmektedir. Hukuki yaklaşımlar çerçevesinde negatif ve pozitif haklar ayrımı ile ifade edilen ekonomik özgürlük kavramı, iktisat literatüründe; mülkiyet, tercih ve mübadele serbestisi olarak algılanmaktadır. Bu üç unsurun ölçülebilmesi açısından oluşturulan farklı sayıda endeksin varlığına karşın çalışmada, Fraser Institute tarafından oluşturulan Economic Freedom Index (EFI) 2006 raporu esas alınmaktadır. Metodolojik açıdan bir değişim monografisi olarak nitelendirilebilecek incelemede, rakamsal analizler, mümkün olduğunca kolay izlenebilir tablolar ve grafikler aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. İlk bölümde, ekonomik özgürlük kavramının özellikle iktisadi tanımı ve iktisadi düşünce akımları içerisindeki gelişimi özetlenmekte, EFI ve benzeri endeksler hakkında metodolojik özellikler ortaya konulmaktadır. İkinci bölümde ise; ordinal bir yaklaşım esas alınarak, ekonomik özgürlük puanlarının, Türkiye ve benzer özellikler gösteren ülkelere ek olarak Avrupa Birliği ülkeleri ile de karşılaştırmalarına yer verilmektedir. Temel başlıklarda Türkiye'nin ekonomik özgürlük puanlarının dönemler itibarıyla izlediği süreç, ve bu süreç içerisinde etkili olan faktörlerin tespit edilerek, gelecek dönemlerle ilişkili öngörülerin oluşturulması amaçlanmaktadır. Nihayetinde ise; bu öngörüler çerçevesinde bir dizi önerinin ortaya konulmasına çalışılmaktadır.

Türkiye'de ekonomik özgürlüklerin gelişimi noktasında, AB. üyelik sürecinin olumlu sonuçlar ortaya çıkarabilmesi, büyük ölçüde, gerçekleştirilecek uyum sürecinde bazı ekonomik, siyasi ve sosyal özelliklerin dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır. Bütün ülkeler açısından ekonomik özgürlüklerin tanımı ve sınırlarının ölçülmesi noktasında yaşanan belirsizlikler, Türkiye açısından da söz

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ekonomi-Maliye Bölümü Öğretim Üyesi.

konusudur. Dolayısıyla bu tartışmanın zaman ve mekan boyutunu sınırlandırabilmek mümkün gözükmemektedir. Ancak, en azından, gelecekle ilgili politikalarını belirlenmesinde, ekonomik özgürlük kavramının benimsenmesini sağlamak, çok uzak bir hedef olarak düşünülmemelidir.

ANAHTAR KELİMELER: Ekonomik Özgürlükler, Ekonomik Özgürlük Endeksi, Türkiye’de Ekonomik Özgürlükler.

ABSTRACT

The concept of the freedom is one of the terms that is difficult to be described and defined its limits for societies. Having a number of returns in dictionaries, shows a certain evidence for this situation.

The freedom had been the biggest ideal throughout the history of humanity. Nowadays, it comes into foreground economic means of the concept of freedom as all others concepts. Even though economic freedoms is treated among individual freedoms, it is distinct from political and civil freedoms. While economic freedoms explained with negative and positive rights in legal approaches; it is discussed as extent of ownership, choice and exchange liberty in economic literature. Although there are various indexes devoted to these three components but we prefer EFI index (Economic Freedom Index) that is constituted by Fraser Institute in this study.

In our study, it is monographically examined structure of economic freedoms and quantitative analysis is presented by means of tables and graphics. The importance of the concept of economic freedoms in economic thought is summarized in the first part of this study. In the second part, economic freedoms degree of Turkey and other similar country and EU countries is compared with ordinal approach.

It is considered that EU candidacy process will have important affects on the progress of Turkey’s economic freedoms. However indefiniteness about description, measurement and determination of economic freedoms is valid for studies in Turkey, like other countries. Nevertheless the progress of economic freedoms is important for economic and social development of Turkey. The adopting of the notion of economic freedoms in Turkey shouldn’t be considered as improbable target.

KEY WORDS: Economic Freedom, Economic Freedom of the World Index, Economic Freedom in Turkey.

I. EKONOMİK ÖZGÜRLÜK KAVRAMI

A. Genel Olarak Özgürlük Kavramı

Özgürlük, insanlık tarihinin her döneminde kilit bir öneme sahip olmakla birlikte yine de anlamı ve sınırları net olarak belirlenememiş bir kavramdır. Bu noktada Abraham Lincoln'e ait olan bir ifade fazlasıyla anlamlıdır: “ Dünya hiçbir zaman özgürlük kelimesinin iyi bir tanımına sahip olamadı ve Amerikan halkı tam da şimdi böyle bir tanıma ihtiyaç duymaktadır. Biz hepimiz özgürlükten söz ederiz fakat aynı şeyi kastetmeyiz... Burada aynı kelimeyle adlandırılan fakat sadece farklı olmayıp aynı zamanda birbirleriyle bağdaştırılamayacak olan şeyler söz konusudur.”¹ A. Lincoln'un kendi dönemi açısından mutlak ihtiyaç duyulan bu tanımlama günümüzün de en önemli ihtiyacı olmaya devam etmektedir. Özellikle, özgürlük savaşçısı bir toplum açısından bu tanım belki de bugün daha da önemlidir ve her toplum açısından bu önem artarak devam etmektedir.

Kelime anlamı olarak özgürlük; herhangi bir kısıtlamaya, zorlamaya bağlı olmaksızın düşünme veya davranma, herhangi bir şarta bağlı olmama ya da her türlü dış etkiden bağımsız olarak insanın kendi iradesine, kendi düşüncesine dayanarak karar vermesi durumları olarak tanımlanmaktadır.² Eş anlamlı kelime olarak ise, hürriyet kelimesi kullanılmakta ve Arapça kökenli bir sözcük olarak ifade edilmektedir. Uluslararası metinlerde örneğin; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde kavram, freedom kelimesi ile karşılanmakta ve Türkçe sözlük anlamı olarak özgürlük ve hürriyet kelimelerine karşılık gelmektedir. Bu noktada, özgürlük kelimesi daha kişisel ve mikro bir anlamı çağrıştırmakta, hürriyet kelimesi ise daha çok makro bir deyim olarak düşünülmektedir. Bu nedenle çalışmada özgürlük kelimesi tercih edilmektedir.

Benzer şekilde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ek olarak 1982 T.C. Anayasası metinlerinde hak ve özgürlük kavramları bazen birlikte kullanılmaktadır. Ancak bu noktada, genel kabul gören yaklaşımlar açısından bakıldığında ise; her özgürlük bir haktır, ancak bütün haklar özgürlük olarak düşünülmemektedir. Özgürlük fiili durumu yansıtırken, hak normatif bir kavram olarak tanımlanmaktadır. Hak, özgürlükleri sağlamak için kişiye hukukça tanınan meşru yetki olarak ifade edilmektedir. Özgürlük bir şeyi yapma ya da yapmama serbestisidir. Dolayısıyla devlet tarafından herhangi bir zorlamaya maruz kalmamayı ifade etmektedir. Hak kavramı ise; özgürlükten daha geniş bir anlam taşımakta ve özgürlüğün yanı sıra, devletten ya da onun aracılığıyla özel

¹ Atilla Yayla, **Özgürlük Yolu Hayek'in Sosyal Teorisi**, 2.B., Ankara: Liberte Yayınları, 2000, s. 22.

² Türk Dil Kurumu Sözlüğü, Ankara: TDK Yayınları No:603.

kişilerden bir şeyler talep edebilme yetkisini içermektedir.³ Hukuki metinlerde karşılaşılan bu durum ekonomik özgürlük kavramı açısından da geçerlilik taşımaktadır. “Ekonomik özgürlükler” ve “ekonomik haklar” kavramları arasında mevcut bazı farklılıkların tanımlanması kavramsal açıdan oldukça önemlidir.

Öncelikle ekonomik özgürlükler genel olarak negatif anlamda tanımlanmaktadır. Dolayısıyla bu alanda devletin hiçbir müdahalede bulunmaması gerek şart olarak ifade edilmektedir. Oysa ekonomik haklar, pozitif özgürlükler olarak kabul edilmekte ve devletin bu alanda belirlenen amaçlara ulaşması açısından gerekli düzenlemeleri yapması şart koşulmaktadır.⁴

Diğer taraftan ekonomik özgürlükler ile ekonomik haklar arasında ters yönlü bir ilişki söz konusudur. Bireyler, devletten kendilerine ne kadar çok ekonomik hak vermesini isterlerse, devletin de ekonomiye müdahalesi o denli artmakta ve sonuçta bireyin ekonomik ve hatta siyasi özgürlükleri sınırlanmaktadır.⁵ Daha da önemlisi, bireye bu hakların tanınması ile ortaya çıkacak finansman ihtiyacı da yine bireylerin ekonomik kaynaklarından karşılanmaktadır.

B. İktisat Literatüründe Özgürlük Kavramı ve Tanımlanması

Toplum içerisinde sürekli ve dinamik bir şekilde var olan ekonomik ilişkiler dikkate alındığında, özgürlüğün tanımlanması, sınırları ve bu ilişkiler üzerinde yol açtığı etkiler daha da ön plana çıkmaktadır. En basit anlamıyla liberal ve sosyalist ekonomik sistemler arasındaki belirgin farklılığın özgürlükler açısından söz konusu olması, her şeyden önce bu kavramın ekonomi içerisindeki yerini net olarak ortaya koymaktadır. Liberal yaklaşımların sadece felsefi alanlarda değil, ekonominin temel işleyişinde de etkili olması, özgürlük kavramının ekonomik analizinin daha dikkatli yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Klasik liberalizm anlayışıyla birlikte özgürlük kavramı, ekonominin neredeyse temel ilkesi haline dönüşürken, beraberinde önemli tartışmaları da getirmiştir. Tanımlama güçlükleriyle birlikte, sınırlarının belirlenmesinde yaşanan zorluklar, çıkar ilişkilerinin mikro ve makro ekonomik etkilerinin açıklanmasındaki çelişkiler, özgürlük kavramının -bir adım ötesinde ekonomik özgürlük kavramının- açıklanmasını daha da zorlaştırmaktadır.

Antik Yunan felsefesinde, her ne kadar bireysel özgürlük anlamında olmasa bile, kölelikten azat edilerek özgürleştirme sürecinde dört önemli unsur

³ Abdurrahman Eren, **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere**, İstanbul: Beta Basım, 2004, s. 11.

⁴ Vural F. Savaş, **Anayasal İktisat**, 3.B., İstanbul: AvcıolBasım, 1997, s. 205.

⁵ Vural F. Savaş, a.g.e., s. 206.

tanımlanmaktadır. Bunlar: toplumun korunan bir üyesi olarak hukuki statü, keyfi tutuklamadan masuniyet, istediği işte çalışma hakkı, kendi isteğine göre davranma hakkıdır.⁶ Bu dört önemli unsur bugün bile özgürlük kavramını açıklamada kullanılan ana unsurlar olarak nitelendirilebilir. Günümüzde bile, özellikle 18.yy, liberal yaklaşımlarından itibaren, bu unsurlara en önemli ekleme “mülkiyet hakları” açısından söz konusu olmaktadır. Aslında mülkiyet kavramının hukuki statüsü ise büyük ölçüde Roma Hukuku içerisinde “sözleşme” müessesesi ile şekillenmiş gibi görünse bile bunun özgürlük olarak tanımlanması kolay olmayacaktır. Özel mülkiyet liberal düşüncede, bireyin ekonomik özgürlükleri ile ilişkili görüşlerin ortak paydası olarak ifade edilmektedir. Örneğin; John Locke özel mülkiyeti; doğal düzen içerisinde kişinin varlığının temel şartı olarak ortaya koymakta ve bireyin mülkiyet hakkından istediği gibi yararlanmasını sağlamayı toplumun asli fonksiyonu olarak tanımlamaktadır. Locke’ a göre (1690); “insan doğası itibarıyla özgür, eşit ve bağımsızdır. Hiç kimse, kendi rızası olmaksızın mülkünün dışına atılamaz veya başka birinin politik gücüne tabi tutulamaz.”⁷ Bu şekliyle özgürlük kavramı, liberal düşüncenin merkezinde yer almaktadır. Dolayısıyla bu kavramının açıklanmasında ulaşılan en son nokta büyük ölçüde Klasik ve Neo-Klasik liberal düşüncelerin katkılarıyla ortaya çıkmaktadır.

Liberal düşüncenin iktisadi açıklaması özellikle Klasik liberal doktrin olarak tanımlanmakta ve A. Smith’in “Ulusların Zenginliği” isimli eseriyle (1776) başlatılmaktadır. Merkantilizm ve Fizyokrazi de aslında liberal düşünceden çok uzak olmamakla birlikte, Klasik Liberal Doktrin, ekonomide bilimsel liberal anlayışın başlangıç noktasını oluşturmaktadır. Klasik liberal iktisat, bireyin mübadele özgürlüğü içerisinde kişisel çıkarlarını tatmin etme amacına yönelik olarak ekonomik faaliyetlerini sürdürmesiyle toplumsal çıkarların da tatmin edilebileceğini iddia etmektedir. Kişisel çıkar, “Görünmez El” kavramını açıklamakta ve bu “el” ekonomide bir doğal düzenin gerçekleştirilmesinde etkili olmaktadır. Piyasaların doğal işleyişine yapılacak müdahaleler hem ekonominin dengelerini hem de bireysel özgürlüklerin varlığını ortadan kaldırmaktadır. Kısaca klasik liberal doktrinde özgürlük kavramı, sistemin temelini oluşturmaktadır. Mübadele özgürlüğü, serbest piyasa ekonomisini oluştururken özel mülkiyet kavramını da bünyesinde barındırmaktadır.

Görünmez El kavramının matematiksel bir anlatımla somut olarak açıklanmasına yönelik yaklaşımlar ise, Neo-Klasik liberal akımın ortaya

⁶ Yayla, a.g.e., s. 29.

⁷ Charles K. Rowley, **Özgürlük ve Devlet**, Ankara: Liberte Yayınları, 2002, s. 82.

çıkmasına zemin hazırlamıştır. Matematiksel denge modellerinin varsaydığı şartlar ise, devletin ekonomi içerisindeki yerini ve etkinliğini belirleyen sınırlar haline dönüştürülmüştür. Aslında Neo-Klasik liberal yaklaşım; liberal düşüncede 20.yy’ ın başlarında oluşan sosyal liberalizm ve refah devleti yönündeki “sapma” ya tepki olarak ortaya çıkmaktadır.⁸ Bu düşünce akımı teorilerini toplumdan bireye yöneltmekte, böylece birey ve serbest piyasa, tekrar ekonominin temel belirleyici unsurları haline getirilmektedir. Bütün bu gelişmelerle birlikte Klasik liberalizm’in özgürlük yaklaşımı siyasal ve iktisadi boyutlarıyla şekillenmekte ve dört temel ilkeye dayandırılmaktadır. Liberal yaklaşımların bu dört temel ilkesi;⁹ birey hakları ve siyasal özgürlükler, temsili sisteme dayalı sınırlı hükümet, hukuk devleti veya kanun önünde eşitlik, sözleşme özgürlüğü ve piyasa ekonomisi olarak sıralanmaktadır. Bu sıralama aynı zamanda, Neo-klasik liberal doktrinde devlet kavramının, geleneksel liberal bakıştan daha geniş ilgi alanına sahip olduğunun da bir işaretidir. Hatta liberal düşüncede devlet ve birey karşı karşıyadır ve bireyin devlet dışında, devletten bağımsız bir alanı mevcuttur. Devletsiz alanda bireyin özgürlüğü ilke bazında sınırsız¹⁰ olarak tanımlanmaktadır.

Neo-klasik liberal düşüncenin Büyük Kriz’den günümüze gelişim süreci izlendiğinde, çok önemli teorisyenlerin ve ekollerin varlığı net bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Ancak, iktisat literatüründe Frederich A. Hayek , özgürlük kavramının tanımlanması açısından en temel referans noktalarından birisi olarak kabul edilmektedir.¹¹ Dolayısıyla Hayek’te özgürlük tanımının incelenmesi, iktisat biliminin (ekonomi politik) özgürlük kelimesine bakışını ve ekonomik özgürlükler kavramının özgün açıklamasını kolaylaştırmaktadır.

En basit tanımıyla özgürlük; bireyin, başkasının keyfi iradesinin zorlamasına maruz bırakılmaması durumudur.¹² Daha geniş bir ifadeyle özgür olmak, bir insanın, onu keyfi bir kararla belirli bir şekilde davranmaya zorlayabilecek bir kimsenin iradesine tabi olmaksızın, kendi kararlarına ve planlarına uygun bir şekilde eylemde bulunabilmesi imkânıdır. Bu tanımlama F.

⁸ Mustafa Erdoğan, **Liberal Toplum Liberal Siyaset**, Ankara: Siyasal Kitabevi, 1998, s. 14.

⁹ Mustafa Erdoğan, a.g.e., s. 10.

¹⁰ Abdurrahman Eren, a.g.e., s. 22.

¹¹ Raymond Plant, “Neo-liberalism and the Theory of The State...”, **The Political Quarterly Publishing**, 2004, s. 24.

¹² Eamonn Butler, **Hayek**, Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları No:7, 1996, s. 29.

A. Hayek'e göre, özgürlüğün orijinal anlamını oluşturmaktadır.¹³ Hayek'e göre özgürlük; insanın sadece diğer insanlarla olan ilişkileriyle bağlantılı olan bir kavramdır. Dolayısıyla özgürlük doğal-fiziksel değil sosyal bir olaydır ve ancak sosyal ilişkiler bağlamında ortaya çıkmaktadır.¹⁴

Özgürlük kavramının bu şekilde tanımlanması, özgürlüğün fiziksel yeteneklerle ilişkilendirilmesini ve aynı zamanda güç, kudret, zenginlik gibi unsurların özgürlük olarak nitelendirilmesini ortadan kaldırmaktadır. Sosyal bilimlerde özgürlük kavramının anlaşılabilirliği açısından bu sınırlandırma önemlidir. Zira özgürlük kavramının, geniş bir alandan, sadece insan ilişkilerine indirgenmesi, ekonomik özgürlüklerin açıklanmasını kolaylaştırmakta ve toplumsal bir kavram haline dönüştürmektedir.

Benzer bir yaklaşımla ama başka bir tanımlamada ise özgürlük; kişinin istediği gibi olmakta veya istediği gibi hareket etmekte herhangi bir engelle karşılaşmaması olarak tanımlanabilmektedir.¹⁵

Ekonomik özgürlüğün temeli; kişisel tercih, özel mülkiyet ve mübadele serbestliği olmak üzere üç ana unsur tarafından oluşturulmaktadır.¹⁶ Dolayısıyla ekonomik özgürlük, yasal yollardan edinilen mülklerin korunmasını ve bireylerin gönüllü mübadele işlemlerinde serbest olmalarını tanımlamaktadır. Ekonomik özgürlüğün mevcut bulunduğu bir ülkede, devletin en temel işlevi; özel mülkiyetin korunması ve sözleşmelerin yerine getirilmesinde zorlayıcılık unsurunu gerçekleştirmesidir.

C. Kişisel Özgürlükler İçerisinde Ekonomik Özgürlükler

Ekonomik özgürlük kavramı, koruyucu (negatif) haklar ve müdahaleci (pozitif) haklar olmak üzere iki temel hukuk perspektifi içerisinde değerlendirilebilir. Her ikisi de, ekonomik özgürlüğün yapısında mutlak surette mevcuttur. Ancak özellikle koruyucu haklar, ekonomik özgürlük kavramı ile tamamen örtüşmektedir. Zira koruyucu haklar, bireyin, diğerlerinin uygun olmayan veya tecavüzkâr davranışlarından korunmasını ve diğerlerinin mülkiyetini ihlal etmemesini (saldırmazlığı) tanımlamaktadır. Bu özelliği ile "negatif haklar" veya saldırmazlık içerdiği için, tüm bireyler aynı zamanda sahip olabilmektedirler.¹⁷

¹³ Yayla, a.g.e., s. 23.

¹⁴ Yayla, a.g.e., s. 23

¹⁵ Mustafa Erdoğan, a.g.e., s. 97.

¹⁶ Güneri Akalın, **Türkiye'de Piyasa Ekonomisine Geçiş Süreci ve Ekonomik Kriz**, TİSK Yayınlar, Ankara: TŞOF Mat., 2001, s. 91.

¹⁷ James Gwartney, Robert Lawson, William Easterly, **Economic Freedom of the World 2006 Annual Report**, The Fraser Institute, 2006, s.6.

Müdahaleci haklar ise; diğerinin aksine, gıda, giyim, konut, sağlık hatta minimum gelir sağlanmasını içerdiğinden, başkalarının üzerine “zorunlu çalışma mükellefiyeti” yüklemektedir. Bu nedenle müdahaleci haklar, başkalarının işgücü ve serveti üzerinde mevcut olduğu için ekonomik özgürlük kavramının özü ile bağdaşmamaktadır.¹⁸ Bu noktada anayasalarda yer alan ekonomik ve sosyal haklar başlığı, tartışmasız olarak müdahaleci haklar niteliğini bünyesinde taşımaktadır. Bu başlık altında yer alan düzenlemeler, başkalarının mülkiyeti üzerine zorunlu mükellefiyet getirmekte, aynı zamanda zorunlu gelir ve servet transferlerini tanımlamaktadır. Özetle anayasaların ekonomik ve sosyal haklarla ilgili hükümleri aslında müdahaleci haklar niteliğinde oldukları için ekonomik özgürlük kavramına ters düşmektedirler. Bu nedenle, bireylerin, siyasi kurumların ve Anayasa Mahkemeleri’nin ekonomik ve sosyal hakları yorumlarken, bunların varlıklarının ve boyutlarının, ülkedeki ekonomik özgürlükleri ihlal ettiklerini dikkate almaları yerinde olacaktır. Aslında hiçbir sosyal adalet veya sosyal refah hizmetleri kaygısı, ekonomik özgürlüklerin ihlalini haklı göstermez.¹⁹ Bu noktada “hukuk devleti” ve “sosyal devlet” kavramları karşı karşıya gelmektedir. Ancak önceliğin birincisinde olacağının dikkate alınması hem hukuk hem de iktisat açısından doğru olmaktadır.

Hukuk sistemleri içerisinde kişisel özgürlükler; siyasi, sivil (medeni) ve ekonomik özgürlükler olmak üzere şekillendirilmektedir. Siyasi özgürlükler; kamu yetkililerinin seçilmesi ve siyasal kararların alınması ile ilişkilidir. Dolayısıyla tüm yetişkin bireylerin siyasi sürece katılabilmesi, seçimlerin dürüst ve rekabetçi olması, siyasi özgürlüklerin gerçekleştiğini ortaya koymaktadır. Sivil (medeni) özgürlükler ise; basın özgürlüğü, gösteri, toplanma, alternatif dini görüşlere sahip olma, adil yargılanma, korkmadan ve baskıya uğramadan görüşlerini ifade edebilme hakları olarak kısaca tanımlanmaktadır. Ekonomik özgürlük kavramı olarak, piyasa ekonomileri açısından bir derece ya da aşama olarak ortaya konulabilir. Zira piyasa ekonomilerinin merkezinde mübadele özgürlüğü, serbest rekabet, kişilik ve mülkiyet haklarının korunması yer almaktadır.²⁰ Ekonomik özgürlükler ise bu noktada; bireysel tercih, özel mülkiyet ve mübadele özgürlüğünün varlığı olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımlamaya, bireye sağlanan politik ve medeni hakların eşit paylaşımı eklendiğinde, ekonomik özgürlük kavramı büyük ölçüde politik özgürlüğü çağrıştırmaktadır. Bu nedenle aslında, ekonomik, politik, medeni özgürlükler aynı ilkesel değerleri içermektedir. Dolayısıyla ekonomik özgürlükler de, tıpkı

¹⁸ Akalın, a.g.e., s. 92.

¹⁹ Akalın, a.g.e., s. 92.

²⁰ Niclas Berggren, “The Benefits of Economic Freedom: A Survey”, **The Independence Review**, VIII, No: 2, Fall 2003, s. 193.

siyasi ve medeni özgürlükler gibi, anayasal ve yapısal korumaya değer kavramlardır.²¹

Ancak bir ülke, büyük ölçüde politik özgürlüğe sahip olsa bile eş zamanlı olarak sınırlı bir ekonomik özgürlük söz konusu olabilmektedir. Tarihsel olarak bu durumun en iyi örneği Hindistan'dır.²² Diğer taraftan büyük ölçüde ekonomik özgürlüğe sahip olan bir ülkede politik süreç fazlasıyla sınırlanmış olabilmektedir. Son birkaç on yıl boyunca Hong Kong bu durumun en açık örneği olarak ortaya konulmaktadır.²³ Sonuç olarak, ekonomik, siyasi ve medeni özgürlüklerin aynı anda, her toplumda mevcut olması beklenmemelidir.

D. Ekonomik Özgürlüklerin Ölçülmesi ve Endeksler

Ekonomik özgürlüklerin ölçülmesi, bir ekonominin milli geliri veya bir adayın toplam oylarının ölçüm kadar basit olmamaktadır. Özgürlük nicelikten daha çok bir nitelik olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla kesin bir miktar ölçümü her açıdan subjektif ve kaçınılmaz olarak belirsizlik taşımaktadır. Bu nedenle ülkelerin, miktarların rakamsal ölçümünden ziyade ekonomik özgürlük puanlarına göre sıralanması daha doğru sonuçlar içerebilmektedir. Ekonomi deyimiyle; özgürlükler, "kardinal" ölçümden çok "ordinal" ölçümlere odaklanmaktadır. Bu açıdan bakıldığında; örneğin; "Somali 0.5 birim ekonomik özgürlük içerirken, İsviçre, 10 birim ekonomik özgürdür" şeklinde bir ifade yerine, "İsviçre, Somaliden daha ekonomik özgürdür" ifadesi bilimsel olarak kabul edilmelidir.²⁴

Ekonomik özgürlüklerin ölçümü noktasında en önemli girişim olarak, Fraser Institute tarafından yıllık raporlar şeklinde düzenlenen Economic Freedom Index of The World (EFI) gösterilmektedir. Endeksin kökenleri Fraser Institute ve Michael A. Walker ile Milton Friedman öncülüğünde, 1986 ile 1994'e kadar uzanan, ülkelerin kurumsal ve politik açılardan ekonomik özgürlüklerinin nasıl ölçülebileceği konusuna odaklanmış bir dizi konferansa dayanmaktadır.²⁵ EFI koruyucu haklar yaklaşımını yansıtmaktadır. Daha önce

²¹ Gwartney, a.g.e. , s.6.

²² Benzer şekilde; İsrail, İsveç gibi ülkeler de siyasi ve sivil özgürlükleri koruyor olmalarına rağmen, vergileme, kamu harcamalarının boyutu ve regülasyon uygulamaları ile ekonomik özgürlükleri kısıtlayabilmektedir. Bu konuda bkz: Akalın, a.g.e., s. 93.

²³ Gwartney, a.g.e. , s.6.

²⁴ Steve Hanke, Stephen J.K. Walter, "Economic Freedom, Prosperity and Equality: A Survey", **The Cato Journal**, Vol:17, No:2, s. 4. Bu çalışma 1997 yılında ABD Senatosu Ekonomi Komitesi'ne rapor olarak da sunulmuştur.

²⁵ Gwartney, a.g.e., s.5.

de ifade edildiği gibi, koruyucu haklar tüm bireylerin aynı zamanda sahip olabileceği “negatif haklar” kapsamında tanımlanmaktadır.

EFI bir dizi metodolojik amaç üzerine inşa edilmektedir. Metodolojik olarak endeksin mümkün olduğunca geniş bir zaman serisi üzerinde çok sayıda ülkeyi içerecek şekilde oluşturulması gerekmektedir. Bunun sonucu olarak, ekonomik özgürlük içerisinde pek çok tuhaf ama kendine özgü ülkesel veya dönemsel özellikler (parazitler) endekse dahil edilmemektedir. İkinci olarak endeks oranlarının oluşturulmasında kullanılan tüm veriler IMF, Dünya Bankası, Dünya Ekonomik Forumu gibi uluslararası kaynaklardan sağlanmaktadır. Doğrudan bir ülkeyle ilişkili tek bir kaynaktan veri toplanması oldukça seyrek başvurulan bir yöntem olarak ifade edilmektedir. Son olarak veri kaynaklarının mümkün olduğunca şeffaf olarak ortaya konulması amaçlanmaktadır.

Söz konusu endeks, 37 bileşime bölünmüş beş ana gruptan oluşmakta ve 1970’ de 54 ülke ile başlayarak 2000’de 123 ülkeyi içerecek şekilde ekonomik özgürlük derecelerini ölçmektedir.²⁶ Endeksin ölçümlenmesinde 0-10 arası puanlamalar söz konusudur. En düşük puan olarak 0, ekonomik özgürlüklerin en küçük değerlerini tanımlarken, 10 puan en geniş ekonomik özgürlük seviyesini vermektedir.²⁷ Ekonomik Özgürlük Endeksini tanımlayan 5 ana grup ise sırasıyla; (1) Devletin Boyutu; kamu harcamaları, vergiler ve kamu girişimleri, (2) Hukuk Sistemi ve mülkiyet haklarının korunması, (3) istikrarlı parasal girişim, (4) Dış ticaret özgürlüğü, (5) Kredi Emek ve İş Piyasalarına İlişkin Düzenlemeler olarak tanımlanmaktadır. Ekonomik Özgürlük Endeksini oluşturan unsurların daha detaylı bir açılımı Tablo 1’de ortaya konulmaktadır.

TABLO 1.

Ekonomik Özgürlük Endeksinin Oluşumu

1. Devletin Boyutu (harcama, vergi, girişim)
 - A. Toplam tüketim içerisinde kamu tüketimi
 - B. Transfer ve sübvansiyonların GSYİH'a oranı
 - C. Kamu girişim ve yatırımlarının GSYİH'ya oranı
 - D. Marjinal vergi oranı
2. Hukuki yapı ve mülkiyet haklarının korunması

²⁶ Berggren, a.g.e., 194.

²⁷ Miroslav Prokopijevic, “Does Growth Further Improve Economic Freedom, Earhart Foundation and Atlas Economic Research Foundation, March 2002, s.6.

- A. Yargı bağımsızlığı (GCR)
 - B. Tarafsız yargılama (yargı tarafsızlığı) (GCR)
 - C. Düşünce özgürlüğü (ICGR)
 - D. Politik süreç ve askeri müdahale (ICGR)
3. İstikrarlı Parasal Giriş (Erişim)
- A. Son 5 yıl içerisinde ortalama yıllık para arzı artışından son 10 yıl içerisindeki ortalama yıllık reel GSYİH'in çıkarılması
 - B. Son 5 yıllık standart enflasyon ve sapması
 - C. En son enflasyon oranı
 - D. İç ve dış banka hesapları özgürlüğü
4. Yabancıların Ticaret Özgürlüğü
- A. Dış ticaret vergileri
 - B. Ticaret sınırlamalarına yönelik düzenlemeler
 - C. Ticaret hacminin beklentilerle karşılaştırılması
 - D. Resmi döviz kuru ve karaborsa döviz kurları
 - E. Uluslar arası sermaye piyasaları kontrolleri
5. Kredi, emek ve iş düzenlemeleri
- A. Kredi piyasaları
 - B. Emek Piyasaları
 - C. İş Piyasaları

GCR: Global Competitiveness Report

ICGR: Uluslararası Ülke Risk Rehberi

Kaynak: Economic Freedom of The World, 2006 Annual Report, s.8.

Ekonomik özgürlüklerin ölçülmesine yönelik olarak gerçekleştirilen bir diğer uygulama ise, The Index of Economic Freedom olarak ifade edilebilir. The Heritage Foundation tarafından, 1994'den itibaren yıllık olarak yayımlanmaktadır. Endeks; her biri bireysel ve toplumsal refahın geliştirilmesinde hayati bir öneme sahip olan, 10 adet bireysel özgürlüğün basit

ortalamasından oluşmaktadır.²⁸ İlk olarak iş veya girişim özgürlüğü, yenilikçi yatırımların çabuk ve kolay bir şekilde gerçekleştirilmesidir. Ağır ve gereksiz düzenlemeler, girişim özgürlüğü açısından oldukça zararlı sınırlamalardır. İkinci olarak ticaret özgürlüğü; mal ve hizmetlerin dış ticaretinde sınırlamaların derecelerini tanımlamaktadır. Bu noktada ithalat ve ihracat üzerinde kısıtlamaların bulunmaması önem taşımaktadır.

Endekste yer alan üçüncü başlık olarak parasal özgürlük; fiyat kontrolleri ve fiyat istikrarı derecelerini içermektedir. Enflasyon ve fiyat kontrollerinin her ikisi de piyasa işleyişini bozucu niteliktedirler. Dolayısıyla mikro ekonomik müdahaleler olmaksızın gerçekleştirilen fiyat istikrarı, serbest piyasanın ideal durumudur. Kamu kesiminin ağırlığının ölçüldüğü başlık; kamu girişimleri, transferler ve kamu tüketimini içeren kamu harcamalarından oluşmaktadır. İdeal olarak devletim minimum harcamayla sadece gerçek anlamda kamu mallarını arz etmesi söz konusu olacaktır. Mali özgürlük ise; kamu gelirleri açısından devletin ağırlığının derecesidir. Bu kavram GSYİH’da vergi gelirlerinin oranı, bireysel ve kurumsal gelir vergisi oranlarını içermektedir.

Mülkiyet özgürlüğü; özel mülk ediniminde bireysel yeteneklerin değerlendirilmesidir. Mülk ediniminde kamusal zorlayıcılardan arındırılmış hukuki düzenlemelerin gerçekleştirilmesi, bu başlıktaki puanlama açısından önem taşımaktadır. Yatırım özgürlüğü ise endekste; sermayenin ve özellikle yabancı sermayenin serbest dolaşımı olarak ifade edilmektedir. Yolsuzluk; iş çevreleri üzerinde siyasi, ekonomik, hukuki yozlaşmaların oransal miktarlarına dayalı ölçümleri tanımlamaktadır. Bu ölçümler ise; Transparency International tarafından hazırlanan Uluslararası Yolsuzluk Algılama Endeksleri yardımıyla gerçekleştirilmektedir. Son başlık olarak endekste yer alan işgücü özgürlüğü ise; kamu sınırlamaları olmaksızın işgücü ve işveren arasındaki etkileşimin değerlendirilmesinden oluşmaktadır.²⁹

Freedom House, tarafından oluşturulan Economic Freedom Indicator ise özellikle kadın hakları ve azınlık hakları gibi medeni haklar üzerinde yoğunlaşan çalışmalarını 1995 yılından itibaren gerçekleştirmektedir.

Bölgesel olarak Avrupa Birliği’ni esas alan, ancak büyük ölçüde Fraser Institute tarafından dünya ölçeğinde oluşturulan EFI’ye benzer özellikler taşıyan çalışmalar da gerçekleştirilmektedir. Bu çalışmaların bir örneği olarak; Avrupa Ekonomik Özgürlük Endeksi (EEFI), 2000 yılı içerisinde İtalyan Gazetesi Corriera della Sera sponsorluğunda Centro Eiuadi isimli kuruluşa,

²⁸ William W. Beach, Tim Kane, **2007 Index of Economic Freedom**,The Heritage Foundation- Wall Street Journal, Chapter 3, s.39.

²⁹ Bu konuda daha geniş bilgi için bakınız: www.heritage.org

Gabriel Guggiolo, Paolo Bussi, Giovanni Ronca tarafından sunulan bir raporla gerçekleştirilmiştir.³⁰

EFI ile büyük ölçüde benzeşmesine karşın EEFI altı ana başlıkta ve özellikle devletin boyutu ve vergilendirme yapısı üzerinde durmaktadır. Bu başlıklar şu şekilde sıralanabilir:³¹ (I) Devletin Hacmi: Kamu tüketimi, Toplam Gelirler, Toplam Harcamalar. (II) Ekonomik Yapı: Bürokrasi Derecesi, İşsizlik, Bilgi Teknolojisi Kullanımı, Zorunlu Askerlik. (III) Hukuki Yapı: Kanunilik, Yolsuzluk. (IV) Vergilendirme Yapısı: Vergi Yükü, Ücret Vergilendirmesi, Emek Üzerinde toplam Vergiler, Devlet katkısı. (V) Para Piyasaları ve Fiyat İstikrarı: Parasal Genişleme, Enflasyonda standart sapma, Enflasyon (VI) Kredi Piyasaları: Özel Sektör Kredileri, Negatif Faiz Oranları.

Ekonomik özgürlüklerin ölçülmesine ilişkin endeksler dikkate alındığında; ekonomik özgürlükler genellikle devletin ekonomik hacmi, ekonominin yapısı ve vergilendirme süreciyle yakından ilişkili gözükmektedir. Örneğin; kamu harcamalarının artması siyasi yozlaşma sürecinde, ekonominin işleyiş yapısını bozarak, tüketici tercihlerinin önemini kaybetmesine yol açmaktadır.³² Daha açık bir ifadeyle bu artış; siyasi kararların, piyasa kararlarının önüne geçmesi ve daha etkin olması anlamını taşımaktadır. Dolayısıyla zor kullanan siyasi karar alma süreçleri daha büyük ölçüde kaynak tahsisine yönelirken, zor kullanmayan piyasa karar alma süreci daha az kaynak tahsis edecek, yani ekonomik özgürlükler azalacaktır.³³

Aynı şekilde transfer ve sübvansiyon uygulamaları da, kamu kaynaklarının belirli bir toplum kesimine aktarılması anlamını taşımaktadır. Çarpıcı olan nokta kamu kaynaklarının elde edilmesi noktasında temel finansman kaynağının vergi gelirlerinden oluşmasıdır. Bir bakıma mükelleflerden cebir unsuru altında elde edilen vergiler, siyasi kararlarla belirli kesimlere kullanılmaktadır. Vergisel düzenlemelerin artması, bireylerin ekonomik özgürlükleri açısından sınırlayıcı etkilere yol açmaktadır.

İş ve çalışma hayatı üzerinde yoğunlaşan ve regülasyon olarak tanımlayabileceğimiz uygulamalar, hem ekonomik özgürlüklerin gelişim sürecini hem de serbest piyasa ekonomisinin işleyişini etkilemektedir.

³⁰ The European Economic Freedom Index hakkında bakınız: www.centroinaudi.it, www.corriere.it.

³¹ Gwartney, a.g.e., s.7.

³² M. Okan Taşar, "Siyasi Yozlaşma ve Kamu Ekonomisi", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: Sayı:14, Sayı:2, Yıl:2006, s.357.

³³ Akalın, a.g.e., 94.

II. TÜRKİYE’DE EKONOMİK ÖZGÜRLÜKLERİN GELİŞİMİ

Ülkelerin ekonomik özgürlükler açısından incelenmeleri çoğunlukla endekslerde tanımlanan puanların değerlendirilmesi suretiyle mümkün olmaktadır. Ekonomik özgürlük endekslerinde yer alan temel unsurların söz konusu ülkede izlediği seyir, analizlerin gerçekleştirilmesinde en önemli belirleyicidir. Her ne kadar ölçüm açısından teknik verilerin yetersiz olduğu düşünülse de sonuçta bir ülke ile ilgili olarak genel bir yargıya ulaşılması mümkün olmaktadır. Daha önce de ifade edildiği gibi; ekonomik özgürlük puanları rakamsal olarak değil ama karşılaştırmalı ve orantılı olarak anlam taşımaktadır.

Ekonomik özgürlük endeksleri açısından yapılan değerlendirmelerde daha çok EFI dikkate alınmakta ve ülke gelişimleri bu endeks üzerinden izlenebilmektedir. Bu bölüm içerisindeki incelemelerde, Türkiye’nin ülke puanı ve bu puanın yıllar itibarıyla gösterdiği değişime ek olarak, ekonomik özgürlüklerin ana unsurlarını oluşturan, özellikle, devletin hacmi ve ekonominin yapısı başlıklarında yaşanan değişiklikler de ortaya konmaya çalışılmaktadır. Ayrıca yaşanan gelişmelerin sebepleri ve yol açtığı sonuçların yorumlanması, bu çalışmada, en az ekonomik özgürlük sıralaması kadar anlam taşımaktadır. Bu açıdan öncelikle, başlangıcından bugüne kadar, Türkiye’nin ekonomik özgürlük puanlarının incelenmesi, daha sonra ise yine aynı zaman dilimi içerisinde, diğer unsurlarda meydana gelen değişikliklerin ortaya konulması önem kazanmaktadır.

A. Türkiye’nin Ekonomik Özgürlük Puanları

2006 Ekonomik Özgürlükler Raporu açısından bir değerlendirme yapıldığında; 2004 yılı için; Türkiye 130 ülkenin yer aldığı endeks içerisinde 6.0 puanla 83. sırada yer almaktadır.³⁴ Ülkeler arası sıralamadan daha çok ülke

³⁴ Economic Freedom of the World 2006 Annual Report içerisinde ifade edilen bu sıralamaya benzer şekilde Heritage Foundation tarafından oluşturulan Index of Economic Freedom 2007 Report açısından ise, Türkiye’nin 10 ana başlıkta yapılan değerlendirmeleri sonucunda 2007 ekonomik özgürlükler puanı 59.3 olarak ölçülürken, 157 ülke arasında 83. sırada yer almaktadır. Ülke puanları ortalaması 60,6 olarak dikkate alınmaktadır. Ana başlıklar açısından Türkiye’nin puanları ve parantez içerisinde dünya ortalamaları ifade edildiğinde ise; iş özgürlüğü ana başlığında 67,4 (62,8) – ticaret özgürlüğü 76 (64)- Mali özgürlük 79,4 (82,8)- Kamu politikalarından özgürlük 69,9 (70,2)- Parasal özgürlük 70 (75,1)- Yatırım özgürlüğü 50 (49,6)- Finansal özgürlük 50 (52)- Özel mülkiyet 50 (45,6)- Yolsuzlukların önlenmesi 35 (41,2)- Emek özgürlüğü 45,4 (62,3) puanlamasıyla tanımlanmaktadır. Çalışmamız özellikle EFI ölçümlerine dayandırıldığı için Heritage Foundation endeksi dipnot olarak

puanının dikkate alınması ve bu puanın dönemler itibariyle izlenebilmesi önem taşımaktadır. Çünkü endekste yer alan ülke sayılarının dönemler itibariyle farklılık gösterdiği ortadadır. Diğer taraftan ekonomik özgürlük puanları 7 ile 10 arasında olan ülkeler “özgür”, puanı 5 ile 6.999 olan ülkeler “kısmen özgür” ve puanı 4.999’dan daha düşük olan ülkeler ise “özgür olmayan” ülkeler olarak değerlendirilmektedir.³⁵ Dolayısıyla Türkiye’nin ekonomik özgürlükler açısından yer aldığı grup net olarak görülebilmektedir. Tablo 2, Türkiye’de ekonomik özgürlüklerin 1970 ile 2004 yılı arasındaki dönemde, puan olarak gelişimini göstermektedir.

Tablo 2. Türkiye'nin Ekonomik Özgürlük Puanları 1970–2004

Yıllar	Puanlar
1970	3,6
1975	3,8
1980	3,5
1985	4,7
1990	4,8
1995	5,8
2000	5,8
2001	5,3
2002	5,5
2003	5,8
2004	6,0

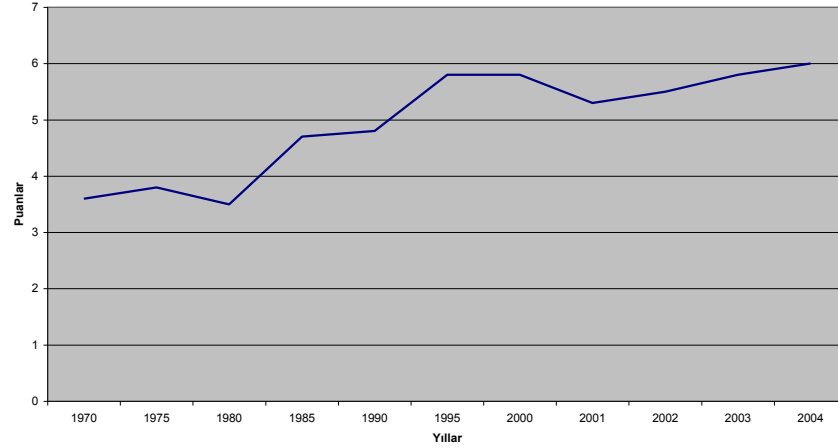
Kaynak: Economic Freedom of the World, 2006 Annual Report, s. 21

ortaya konulmaktadır. Bu endekisle ilişkili olarak daha geniş bilgi için bkz: www.heritage.org

³⁵ John A. Tures, “Economic Freedom and Conflict Reduction: Evidence From The 1970s, 1980s and 1990s”, Cato Journal, Vol:22, No:3, 2003, s. 535.

Ekonomik Özgürlük Kavramı ve Türkiye’de Ekonomik Özgürlüklerin Gelişimi

Grafik 1. Türkiye'nin Ekonomik Özgürlük Puanlarının Yıllar İtibariyle Gelişimi



Ayrıca, endeksi oluşturan beş ana başlık ve bu başlıklarda ekonomik özgürlük puanları dikkate alınarak sıralama yapılması, endeksin yorumlanmasını kolaylaştırmaktadır. Bu ana başlıklar ise; daha öncede tanımlandığı gibi,(1) Devletin boyutu, (2) Hukuki yapı, (3) Parasal yapı, (4) Dış ticaret, (5) Regülasyonlar şeklinde sıralanmaktadır. Tablo 3 Türkiye'nin ekonomik özgürlük puanını oluşturan ana unsurların 1985-2004 döneminde değişimini ve 2004 yılı için ülke sıralamasını vermektedir.

TABLO 3. Türkiye'nin Ekonomik Özgürlük Puanlarının Ana Unsurlarında Yıllar İtibariyle Değişim 1985–2004

Ana Unsurlar	1985	1990	1995	2000	2001	2002	2003	2004	Ülke Sıralaması
Devletin Boyutu	4,9	5,8	6,9	7,1	6,7	7,0	7,0	7,3	28
Hukuki Yapı	5,8	4,5	4,8	5,4	4,1	4,5	5,3	5,2	64
Parasal	2,3	3,3	3,2	3,6	3,6	4,1	4,8	5,1	124
Dış ticaret	5,6	5,0	7,2	7,2	7,2	6,9	7,0	7,0	61
Regülasyon	5,2	5,1	6,1	5,7	4,9	5,0	5,1	5,3	108
A. Kredi P.	6,7	5,4	7,6	6,7	6,0	6,1	6,2	5,9	113
B. Emek P.	-	5,2	5,4	4,5	4,4	4,4	4,5	4,3	84
C. İş P.	-		5,5	5,9	4,3	4,6	4,7	5,5	38

Kaynak: Economic Freedom of the World, 2006 Annual Report, s. 17 ve s. 164'den oluşturulmuştur.

1. Devletin Boyutu

Bu alan, mal ve hizmetlerle kaynakların tahsisinde politik sürecin genişliğini dolayısıyla kamu sektörünün boyutlarını tanımlamaktadır. Hükümet bireysel harcamalara oranla kamu harcamalarını arttırdığında kişisel tercihler ve ekonomik özgürlükler yer değiştirmekte ve ekonomik özgürlükler azalmaktadır. Aynı şekilde hükümet harcamaları toplam harcamalar içerisinde arttıkça, politik tercihler özel tercihlerin yerine geçmektedir. Diğer taraftan transfer ve sübvansiyonlar ekonomik özgürlüğü azaltmaktadır.

Ayrıca kamu girişimlerinin karar süreci özel girişimlerin karar sürecinden farklılık göstermektedir. Kamu girişimleri korunmuş piyasalarda faaliyet göstermektedir. Bu nedenle toplam üretimde kamu girişimlerinin payının artması ekonomik özgürlükleri azaltmaktadır. Son olarak; yüksek marjinal vergi oranları ve düşük gelir eşikleri, ekonomik özgürlük puanlarının düşük gerçekleşmesine yol açmaktadır.³⁶

Sonuç olarak, toplam tüketim içerisinde kamu tüketiminin düşük, kamu girişimlerinin az ve marjinal vergi oranlarının düşük olduğu ülkeler bu bölümde en yüksek puanla değerlendirilmektedirler.

Türkiye'nin, devletin boyutuyla ilişkili ekonomik özgürlük puanları, genel olarak yükselme eğilimi göstermektedir. Ancak dikkat çekici olan nokta, 2000 yılı itibarıyla 7,1'e ulaşan puanın 2001'de 6,7'ye gerilemesidir. Bu gelişme ekonomide yaşanan krizin derinliği noktasında fikir verici olmaktadır. Zira 1990-1995 döneminde 6,7 olarak gerçekleşen ülke puanı, yükselme eğilimini, krizden sonraki dönemde kaybetmiş ve bu puana 2002 ve 2003 yılında ancak ulaşabilmiştir. Bu durum, kriz döneminde devletin ekonomi üzerinde, özellikle düzenleyici fonksiyonunun arttığına önemli bir göstergesi olarak dikkat çekmektedir. Bu gelişme, sadece bu alanla ilgili ekonomik özgürlük puanlarını değil, 5 ana başlığın her birini aynı şekilde etkilemektedir. Ancak 2000-2001 döneminde ekonomide gerçekleştirilen yapısal düzenlemelerin, kriz döneminde ortaya çıkan olumsuz etkilerin, ilerleyen dönemlerde ortadan kalkmasına yardımcı olduğu ve devletin boyutunu genişletmediği savunulabilir. Aksi takdirde gerçekleştirilen yapısal düzenlemelerin ekonomik özgürlük puanlarındaki düşüşü devam ettirmesi söz konusu olabilirdi. Dolayısıyla önemli yapısal dönüşümlerin yaşandığı 2001 döneminde, ekonomik özgürlükler açısından, geçici kabul edilebilecek bir daralma oluştuğu, ilerleyen dönemlerde tekrar yükselme eğilimine girildiği iddia edilebilmektedir.

Türkiye'nin bu alandaki ekonomik özgürlük puanlarının gelişiminin anlaşılabilmesi açısından, seçilmiş bazı ülke puanlarıyla karşılaştırılması daha anlamlı olmaktadır. Özellikle Avrupa Birliği üyesi ülkelerle yapılacak

³⁶ Gwartney, a.g.e., s.10.

Ekonomik Özgürlük Kavramı ve Türkiye’de Ekonomik Özgürlüklerin Gelişimi

kıyaslamalar daha net fikir sahibi olunmasını kolaylaştırmaktadır. Benzer ekonomik performansa sahip olan Yunanistan, Portekiz, İspanya, Polonya gibi üye ülkelere ek olarak daha ileri ekonomilere sahip Almanya, Fransa ve İngiltere gibi ülkelerin ekonomik özgürlük puanları incelendiğinde, Türkiye’nin durumu daha da netleştirilmiş olacaktır. Ayrıca bu ülkelere ek olarak, gelişmekte olan ekonomiler tanımlaması içerisinde yer alan Arjantin, Rusya, Meksika, Brezilya gibi ülkelerin ekonomik özgürlük puanları da Tablo 4’de ortaya konulmaktadır.

TABLO 4. Ekonomik Özgürlük Puanları Açısından Ülke Karşılaştırması (2004)

Ülkeler	Ekonomik Özgürlük Puanı	Dünya Sıralaması	1. Devletin Boyutu	2. Hukuki Yapı	3. Parasal Yapı	4. Dış Ticaret	5. Regülasyon		
							A Kredi	B Emek	C İş
Hong Kong	8,7	1	9,1	7,5	9,2	9,5	8,9	8,6	7,4
ABD	8,2	3	7,6	7,8	9,7	7,6	8,3	7,9	6,9
İngiltere	8,1	6	6,7	8,9	9,4	7,9	9,2	6,9	6,8
Almanya	7,6	17	5,8	8,8	9,6	8,2	7,9	3,3	6,1
Portekiz	7,4	20	6,0	7,6	9,5	7,7	8,4	5,9	5,3
Fransa	7,3	24	4,7	7,7	9,6	7,8	8,2	5,7	6,3
İspanya	7,2	30	5,2	6,4	9,6	8,0	8,6	6,2	5,4
İtalya	6,9	45	5,6	5,8	9,6	7,5	7,5	5,5	5,7
Yunanistan	6,8	48	6,0	5,6	9,7	7,2	7,9	4,0	5,2
Polonya	6,7	53	5,8	5,8	9,2	7,0	8,1	4,8	4,8
Meksika	6,6	60	8,1	4,5	7,9	7,2	7,3	5,5	3,6
Arjantin	6,2	74	8,2	3,8	7,4	6,2	6,8	5,1	3,9
Türkiye	6,0	83	7,3	5,2	5,1	7,0	5,9	4,3	5,5
Brezilya	5,9	88	6,3	4,2	7,7	6,4	5,6	5,0	3,9
Rusya	5,6	102	5,6	4,3	6,0	6,7	6,7	5,8	3,5

Kaynak: Economic Freedom of the World, 2006 Annual Report, Summary Economic Freedom Ratings 2004 ve Country Data Tables ile oluşturulmuştur

Ana başlıklar açısından bir değerlendirme yapıldığında; Türkiye açısından devletin hacmi veya boyutuyla ilişkili olarak, Avrupa Birliği ülkelerine göre daha ileri bir ekonomik özgürlük puanına sahip olduğu izlenebilmektedir. Bu alanda, sadece Meksika ve Arjantin’in gerisinde yer alan

Türkiye'nin, istikrar programları içerisinde kamu harcamaları ve kamu tüketimi noktasında belirli bir mesafe kat ettiğini düşünmek, yanlış olmayacaktır.

2. Hukuki Yapı ve Özel Mülkiyetin Korunması

EFI'nin bu bölümle ilişkili oranları, International Country Risk Guide ve Global Competitiveness Report olmak üzere iki öncelikli kaynaktan beslenmektedir. Özel mülkiyet haklarının korunması ve mübadele serbestisi ekonomik özgürlüğün temelini oluşturmaktadır. Bu nedenle hukuk sistemindeki hatalar serbest piyasa ekonomisi işleyişinin temelini yok edecektir. Her şeyden önemlisi bu alanda düşük performans kesinlikle yatırımları caydırıcı olmaktadır. Dolayısıyla bu alanda düşük puana sahip ülkelerin yüksek büyüme hızlarına ulaşabilmeleri ve bunu sürdürebilmelerine inanmak oldukça zordur.³⁷

Türkiye açısından Tablo 3'deki veriler esas alındığında; özellikle 2003 yılı içerisinde temel yasa ve mevzuatlarda gerçekleştirilen yeni düzenlemelerin olumlu etkileri açıkça görülebilmektedir.

Ancak, Tablo 4 incelendiğinde; A.B. ülkelerine göre, Türkiye'nin bu alanda ekonomik özgürlük puanlarının, ortalamasının altında kaldığı ve hatta Polonya, Yunanistan ve İtalya gibi ülkelerin seviyesine bile ulaşamadığı görülmektedir. Dolayısıyla, yasal düzenlemelerin A.B. normlarında gerçekleştirilmesine hız verilmesi, hem üyelik kriterleri noktasında hem de ekonomik özgürlüklerin hukuki zemininin oluşturulması açısından önem kazanmaktadır. Buna rağmen, Türkiye'nin bu başlıktaki ekonomik özgürlük puanlarının, gelişmekte olan ülkeler içerisinde kabul edilebilir bir puan olarak değerlendirilmesi mümkün gözükmemektedir.

3. İstikrarlı Para Politikası

Bu alanda yüksek puana sahip olabilmek için, bir ülkenin bireylerin parasal akımlarını sınırlayan düzenlemelerden kaçınması ve düşük enflasyon oranlarını gerçekleştirecek politikalar ile bu politikalara uyumlu kurumlar oluşturması gerekmektedir. Bu nedenle ülkenin enflasyon oranına ve para politikalarına ek olarak alternatif ve güvenilir parasal akımların gerçekleştirilmesi oldukça önemlidir.³⁸ Dolayısıyla bu alanın, Türkiye açısından, ekonomik özgürlük puanlarının en alt seviyede gerçekleştiği başlık olarak dikkat çekmesi oldukça doğaldır. Yüksek oranlı ve kronik olarak nitelendirilen enflasyonist sürecin, gerek reel ekonomi gerekse para piyasaları üzerinde yol açtığı olumsuz gelişmeler ayrıca sarmal bir süreç içerisinde yapısal istikrarsızlıkların oluşumuna sağladığı katkı dikkate alındığında, enflasyonun bu alanda ekonomik özgürlükleri sınırlandırdığı ortaya çıkmaktadır.

³⁷ Gwartney, a.g.e., s.11.

³⁸ Gwartney, a.g.e., s.11.

Parasal Yapı başlığında Türkiye’nin ekonomik özgürlük puanı, 1985 yılı için 2,3 gibi oldukça düşük bir seviyede kalırken, 2001 sonrasında uygulanan istikrar programının ve aynı dönemde gerçekleştirilen para kurumlarına ilişkin yapısal düzenlemelerin etkisiyle, 2004 itibarıyla 5,1 puana yükselmiştir. Bu gelişmede hem yapısal hem kurumsal gelişmelerin etkisi gözlemlenirken aynı zamanda kronik enflasyon sürecinin ve toplumun enflasyonist beklentilerinin belirli ölçülerde kırılmış olması önem taşımaktadır. Bu noktada güven endekslerinde olumlu gelişmeler, Yeni Türk Lirasına geçiş sürecinin psikolojik etkisi, gelecek beklentilerinin olumlu yönde değişimine katkıda bulunmaktadır.

Para piyasaları açısından ise, bir yandan Merkez Bankasının yapısal dönüşümünün sağlanması diğer taraftan siyasi otoritenin İstikrar Programının hedeflerine bağlı kalmak suretiyle, piyasalar açısından belirsizlikleri gidermesi de önem taşımaktadır.

Ancak, enflasyon sarmalının ortadan kaldırılması noktasında sağlanan gelişmelere ve parasal kurumların yapısında gerçekleştirilen iyileştirmelere rağmen Tablo 4’ün parasal yapı başlığında, Türkiye’nin ekonomik özgürlük puanı, Rusya’nın bile gerisinde yer almaktadır. Dolayısıyla para piyasalarında istikrarlı bir yapının oluşabilmesi için, özellikle parasal taban, emisyon hacmi, faiz oranları ve döviz kurları gibi parasal göstergelerde, reel ekonominin gerektirdiği açılımların gerçekleştirilmesi önem kazanmaktadır. Ayrıca düşük enflasyon oranıyla seçimlere girebilmek gibi siyasi motiflerle, Y.Türk Lirası’nın aşırı değerlendirilmesi, kamu hizmetleri fiyatlarının ve faiz oranlarının baskı altında tutulması gibi, bazı uygulamalara göz yumulması da parasal istikrarı bozabilecek faktörlerdir.

Diğer taraftan para piyasaları açısından, yüksek faiz oranları nedeniyle sıcak para akımlarının yoğunlaşması, dikkatle takip edilmesi gereken istikrar unsurlarından birisi olarak tanımlanmaktadır. Spekülatif nitelikteki parasal akımlarla, yabancı sermaye niteliğindeki parasal akımların ayırt edilmesi ve özellikle doğrudan yabancı sermaye yatırımlarının oluşumunun desteklenmesi önem taşımaktadır. Parasal akımlara yönelik bir sınırlandırma hem yabancı sermaye açısından olumsuz gelişmelere neden olacak hem de ekonomik özgürlükleri, bu alanda önemli ölçüde daraltacaktır. Türkiye açısından, ekonomik özgürlük puanlarının dikkat çekici bir şekilde düşük seyrettiği bu başlık, gerek ekonomik gelişme gerekse istikrar açısından kritik bir nokta olarak düşünülmektedir.

4. Uluslararası Ticaret Serbestisi

Günümüz dünyasının iletişim ve ulaştırma alanında sağladığı ileri teknoloji ve düşük maliyet avantajı uluslar arası ticaret özgürlüğünü ekonomik özgürlüklerin temel unsuru haline getirmektedir. Pek çok mal ve hizmet

yurtdışından gelen kaynaklarla veya yurtdışında üretilmektedir. Bu nedenle özgürlük aynı zamanda modern yaşam standartlarına katkıda bulunmaktadır.

Tarife ve kotalar uluslar arası ticaretin sınırlandırılmasında açık örnekler olarak ifade edilmektedir. Uluslar arası parasal dolaşımı sınırlandırırken aynı zamanda uluslar arası ticaret de daraltılmış olmaktadır. Hatta tarife ve kota uygulamaları çoğu zaman idari sorunlara, rüşvet ve yolsuzluklara bile yol açabilmektedir. Ülkelerin bu alanda yüksek bir ekonomik özgürlük puanına sahip olabilmesi için; düşük tarifeler, geniş bir ticari sektör, etkili bir gümrük yönetimi, serbest parasal dolaşım ve sermaye girişlerinde az sayıda kontrol mekanizması gibi unsurları gerçekleştirmesi gerekmektedir.

Türkiye bu alanda 1980 Kararlarının ardından serbest piyasa ekonomisine geçiş süreci içerisinde ve özellikle 1995 yılı itibarıyla önemli kabul edilebilecek gelişme göstermiştir. Bu süreç içerisinde Gümrük Birliği, A.B. üyelik müzakereleri gibi bazı gelişmeler önemli etkenler olarak ifade edilebilmektedir. Dışa açık ekonomik büyüme modelleri çerçevesinde ekonomi stratejilerinin oluşturulması, bu alanda ekonomik özgürlük puanlarının gelişimine katkı sağlayan diğer unsurlar içerisinde yer almaktadır. Ekonomi tercihlerin bu yönde ortaya konulması, Türkiye'nin uluslararası ekonominin bir parçası haline dönüşümünü ve dünya ticareti içerisinde dışa açık ekonomi görünümü kazanmasını sağlamaktadır. Bu yapılanma açısından bir değerlendirme ortaya konulduğunda ise; serbest dış ticaret stratejilerinin benimsenmiş olduğu diğer ekonomiler içerisinde kabul edilebilir ekonomik özgürlük puanlarına sahip olduğu ortadadır. Ancak özellikle etkili bir gümrük yönetimi ve bürokratik işleyiş açısından belirli iyileştirmelerin gerekliliği iddia edilebilir.

Bu iddiayı destekleme noktasında ülke kamuoyu tarafından da gözlemlenen rüşvet, yolsuzluk ve kaçakçılık gibi yasa dışı oluşumların yoğunlaşması önemli bir gösterge olmaktadır. Örneğin; 1990'larda artış gösteren "hayali ihracat" olayları, günümüzde çeşitli isimler altında gümrük noktalarında gerçekleştirilen rüşvet ve kaçakçılığa yönelik adli operasyonların sayısında yaşanan artışlar, bu gerekliliğin destekleyicileridir. Bu noktada sağlanacak olumlu gelişmeler, Türkiye'nin gelişmekte olan ülkelerle oranlandığında zaten yüksek olan ekonomik özgürlük puanlarını, Tablo 4'den de izlenebileceği gibi, A.B. ülkeleri düzeyine ulaştırabilecektir.

Kamu yönetimi alanında yapılması gerekenlerin aynı zamanda geniş, etkili ve rekabet gücü yüksek bir ticaret sektörüyle desteklenmesi, ekonomik özgürlüklerin gelişimi noktasında hayati bir öneme sahiptir. İhracat sürecinde mal ve hizmet gruplarının çeşitliliği, kaynak kullanımında sağlanacak etkinlik, teknoloji üretiminin artırılması, fiyat ve kalite rekabeti açısından etkin bir teşvik mevzuatının oluşturulması, hem ekonomik özgürlükleri hem de ekonomik gelişmeyi başarıya ulaştırabilecek unsurlardır.

5.Kredi, Emek ve İş Piyasalarında Regülasyonlar

Regülasyonlarla piyasaya girişlerin sınırlandırılması ve mübadele serbestisinin engellenmesiyle birlikte ekonomik özgürlükler azalmaktadır. EFI’nin beşinci alanı bu konuya odaklanmaktadır. Ölçüm zorluklarından dolayı çok sayıda alt bileşimden oluşan bu bölüm aynı zamanda araştırma verileri (survey) üzerine kurulmaktadır.³⁹

Ülkelerin bu alandan yüksek puanlar alabilmeleri için; özel banka sistemlerinin gelişmiş olması, fiyatların ve ücretlerin piyasalar tarafından belirlenmesine izin verilmesi büyük önem taşımaktadır.

İktisat literatüründe yapısal regülasyonlar; mesleki hizmetler için kişilerde aranacak nitelikleri belirleme, piyasaya giriş ve çıkışların düzenlenmesi ve piyasa yapısının belirlenmesi gibi unsurları kapsamaktadır. Davranış regülasyonu ise; fiyat kontrolleri, reklam, kalite standartları kuralları gibi firma davranışlarının düzenlenmesi olarak ortaya konulmaktadır. Dolayısıyla iktisadi regülasyon, temel olarak doğal tekellere ve sınırlı veya aşırı rekabetin mevcut olduğu piyasa oluşumlarına yönelik düzenlemeleri içermektedir.⁴⁰ Bu düzenlemeler özellikle 1970’lerden sonra ekonomilerde hız kazanmış ve devlet müdahalesinin yeni boyutunu oluşturmuştur. Bu süreç içerisinde özelleştirilen ve serbestleştirilen piyasa işleyişleri, regülasyonlar ile yapılandırılmıştır.

Türkiye’nin ekonomik özgürlük puanlarının gelişimi izlendiğinde; özellikle 2001 dönemi açısından regülasyon uygulamalarının yoğunlaştığı Tablo 3’den izlenebilmektedir. Bu döneme özgü kurumsal düzenlemelerle, örneğin; Bankacılık Düzenleme Denetleme Kurulu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu, Telekomünikasyon Kurulu benzeri üst kurullarla birlikte iktisadi regülasyonların ekonomi üzerindeki ağırlığı hissedilir bir şekilde artmıştır. Regülasyon başlığı altında ekonomik özgürlük puanı, 2004 yılı itibarıyla bile 1995 seviyelerine ulaşmamaktadır. Parasal yapıya ilişkin düşük puanın ve sıralamanın sonrasında, Türkiye’nin en düşük ekonomik özgürlük puanına bu başlıkta sahip olması ve dünya sıralamasında 108. sırada yer alması, regülasyonların etkin olduğunun bir göstergesini oluşturmaktadır. Bu alanda Türkiye’nin, A.B. ülkelerinin çok uzağında, hatta Arjantin, Meksika, bazı başlıklarda ise, Rusya’nın bile gerisinde kaldığı Tablo 4’den izlenebilmektedir.

2001 yılı açısından gerçekleşen ekonomik krizin, özellikle banka ve kredi piyasaları üzerinde olumsuz etkiler ortaya çıkardığı, işsizlik artışı ve istihdamın daralmasına yol açtığı nihayetinde ise, regülasyonların hız kazanması

³⁹ Gwartney, a.g.e., s.12.

⁴⁰ Hertog. Den, “General Theories of Regulation”, Bouckaertş B.& De Geestş D. (Eds), Encyclopedia of Law and Economics, Cleentham: Edward Elgar Publishing 2000, s.223-270.

ve boyutlarının genişlemesiyle sonuçlandığı ifade edilebilmektedir. Önemli olan nokta, krizin etkilerinin ortadan kalkmasıyla birlikte ve zaman içerisinde, üst kurul ve benzeri regülasyon uygulamalarının kalıcı olup, olmayacağını gözlenmesidir. Piyasa işleyişleri, ücret ve fiyat kontrolleri üzerinde kalıcı sınırlamaların yaygınlaşması, ekonomik özgürlük puanlarının düşmesine ve serbest piyasa ekonomisi anlayışına çelişkili durumların ortaya çıkmasına yol açacaktır.

SONUÇ

Kişisel ve mikro anlamı noktasında benimsenen özgürlük deyimi; herhangi bir kısıtlama veya zorlamaya bağlı olmaksızın, herhangi bir dış etkiden bağımsız olarak düşünme veya davranma, kendi iradesine bağlı olarak karar verme durumları olarak tanımlanmaktadır. Özgürlük; bir şeyi yapma veya yapmama serbestisi olarak düşünüldüğünde, “hak” kavramından farklı bir boyuta ulaşmakta ve bu özelliği ile ekonomik haklar kavramından ayrılmaktadır. Genel olarak negatif anlamda tanımlanan ekonomik özgürlükler; kişisel tercih, özel mülkiyet ve mübadele serbestisi olmak üzere üç önemli unsur tarafından tanımlanan bir kavramdır. Dolayısıyla yasal yollardan edinilen mülklerin korunmasını ve bireylerin gönüllü mübadele işlemlerinde serbest olmalarını tanımlamaktadır. Her ne kadar ekonomik, medeni ve siyasi özgürlükler birbirinden ayrılmaz unsurlar olarak ifade edilseler de, sonuçta bütün toplumlarda ve her zaman bir arada bulunacakları iddia edilememektedir.

Ekonomik sistemlerin birbirlerinden ayrıştırılmasında temel belirleyici unsurun ekonomik özgürlüklere bakış açısı olduğu düşünüldüğünde; liberal ve sosyalist yaklaşımlar arasındaki fark da, anlaşılabilir olmaktadır. Genel olarak liberal yaklaşımların en önemli unsurları; tercih serbestisi, özel mülkiyet ve mübadele özgürlüğü yani ekonomik özgürlüklerdir. Dolayısıyla ekonomik özgürlüklerin yapısı, ülke ekonomilerin görünümü ya da işleyişini açıklayan temel göstergeleri oluşturmaktadır. Dolayısıyla devletin ekonomiye müdahalesi, hukuki yapı, para politikaları, dış ticaret ilkeleri, regülasyonlar, ülkelerin ekonomik özgürlük derecelerini belirlemektedir. Bu noktada; yukarıda sıralanan unsurlar, uluslararası ekonomik özgürlük endekslerinin de temel başlıklarını oluşturmaktadır.

Ordinal yaklaşımlarla yorumlanan ekonomik özgürlük puanlarının ölçümü noktasında metodolojik açıdan olmasa da farklı kurumsal ölçümler gerçekleştirilmektedir. Fraser Institute tarafından yıllık raporlar olarak gerçekleştirilen Economic Freedom Index (EFI); 1984’den günümüze ülkelerin ekonomik özgürlük derecelerini ölçmeye yönelik girişimlerin en önemlilerinden birisi olarak kabul edilmektedir. Kuruluşun 2004 verilerini içeren 2006 Yıllık Raporunun Türkiye açısından incelenmesi, genel ekonomik işleyişinin ve yapısal konumunun belirlenmesi için önem taşımaktadır. Özellikle A.B. üyelik

süreci içerisinde Türkiye’nin ekonomik özgürlükler noktasında yerinin belirlenmesi, yapılması gerekenler noktasında fikir vermektedir.

Türkiye’nin ekonomik özgürlükler genel puanının 6.0 ve 130 ülke içerisinde yapılan sıralamadaki yerinin 83. basamak olduğu dikkate alınır; dünya ülkeleri ortalamasında yer aldığı kabul edilebilir. Ancak A.B. ülkeleri açısından bu puan ve sıralamanın olumlu olarak kabul edilmesi kolay olmayacaktır. Ekonomik özgürlükler genel puanlaması açısından, 1985’lerden günümüze belirli bir gelişme ve iyileşme sürecinin varlığı ortadadır. Türkiye’nin ekonomik özgürlük puanları, 2001 ekonomik krizi’nin etkisiyle söz konusu dönemde kesintiye uğramış olsa bile, ilerleyen dönemler açısından genel eğilim olumlu yöndedir. Ancak genel puanların yorumlanması, Türkiye Ekonomisi’nin yapısal işleyişi açısından tam bir değerlendirme yapılmasına izin vermemektedir. Dolayısıyla beş ana başlık altında ekonomik özgürlüklerin incelenmesi sonucunda; özellikle parasal yapı ve regülasyonlar açısından Türkiye’nin yeterince mesafe alamadığı sonucuna ulaşılabilmektedir. Enflasyon oranlarında 2004 yılı itibariyle yaşanan olumlu gelişmelerin ekonomik özgürlük puanları üzerindeki olumlu etkilerinin ilerleyen dönemlerde ortaya çıkacağı beklenirse; bu alanda olumlu gelişmelerin yaşanacağı iddia edilebilir.

Regülasyonlar açısından düşünüldüğünde ise; ekonomik özgürlük puanlarının gelecek dönemlerdeki seyrinin tamamen ekonomik krizlere bağımlı olduğu ve olası krizlerin etkilerinin derinliği ile paralellik taşıyacağı ortaya çıkmaktadır. Dış ticaretle ilgili gelişmeler ve yabancı sermaye akımlarının niteliği göz önüne alındığında, dış şoklar açısından Türkiye Ekonomisinin kırılganlığının belirli bir dönem devam edeceği, dolayısıyla ekonomi üzerindeki mevcut düzenleyici unsurların süreceği ön görülebilmektedir.

Türkiye’nin ekonomik özgürlük puanlarının ülke karşılaştırmaları açısından dünya ortalamalarında kabul edilebileceği ve hatta A.B. ülkelerinin performanslarına ulaştığı ana başlık devletin hacmi veya boyutudur. Bu açıdan; kamu tüketimi ve kamu harcamaları üzerindeki kontrollü mali politika uygulamalarının, seçim süreci içerisinde de sürdürülmesi fazlasıyla önem taşımaktadır. Ancak sıkı bütçe politikalarının, verimlilik artışı sağlayabilecek ve kamu kaynaklarının etkin kullanımını gerçekleştirecek uygulamalarla desteklenmesi de bir o kadar anlamlı olacaktır. Hukuki yapı ve mülkiyetin korunması noktasında; Türkiye’nin A.B. müzakere süreci içerisinde hukuki mevzuatla ilişkili yapısal uyum çalışmalarının, ekonomik özgürlük puanlarının gelişimi açısından olumlu katkı sağlayabileceği iddia edilebilmektedir. Bu uyum sürecinde dikkat edilmesi gereken nokta, hukuki yapının ülke gerçeklerine ve gereklerine uygun gerçekleştirilmesi olacaktır. Aksi takdirde toplumsal huzurun gerçekleştirilmesi zorlaşacak ve bu durum belki de hukuki yapıyı zedeleyecektir. Ekonomik açıdan, özellikle yabancı sermaye yatırımları ile ilişkili mevzuatın, mümkün olduğu ölçüde teşvik edici yönde ve bürokratik işlemlerin

sadeleştirilmesine yönelik düzenlemelerle oluşturulması aynı zamanda ekonomik özgürlüklerin de gelişimine zemin hazırlayacaktır.

KAYNAKÇA

- Akalın. Güneri, **Türkiye’de Piyasa Ekonomisine Geçiş Süreci ve Ekonomik Kriz**, TİSK Yayınlar, Ankara: TŞOF Mat., 2001.
- Beach. William W., Tim Kane, **2007 Index of Economic Freedom**, The Heritage Foundation- Wall Street Journal, Chapter 3.
- Berggren. Niclas, “The Benefits of Economic Freedom: A Survey”, **The Independence Review**, VIII, No: 2, Fall 2003, ss. 193-211.
- Butler. Eamonn, **Hayek**, Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları No:7, 1996.
- Erdoğan. Mustafa, **Liberal Toplum Liberal Siyaset**, Ankara: Siyasal Kitabevi, 1998.
- Eren. Abdurrahman, **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere**, İstanbul: Beta Basım, 2004.
- Gwartney. James, Robert Lawson, William Easterly, **Economic Freedom of the World 2006 Annual Report**, The Fraser Institute, 2006.
- Hanke. Steve, Stephen J.K. Walter, “Economic Freedom, Prosperity and Equality: A Survey”, **The Cato Journal**, Vol:17, No:2, 1997.
- Hertog. Den, “General Theories of Regulation”, Bouckaertş B.& De Geestş D. (Eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cleentham: Edward Elgar Publishing, ss.223-270.
- Plant. Raymond, “Neo-liberalism and the Theory of The State...”, **The Political Quarterly Publishing**, 2004.
- Prokopijevic. Miroslav, “Does Growth Further Improve Economic Freedom”, **Earhart Foundation and Atlas Economic Research Foundation**, March 2002. ss.1-57.
- Rowley. Charles K., **Özgürlük ve Devlet**, Ankara: Liberte Yayınları, 2002.
- Savaş.Vural F., **Anayasal İktisat**, 3.B., İstanbul: AvcıolBasım, 1997.
- Taşar. M. Okan, “Siyasi Yozlaşma ve Kamu Ekonomisi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:14, Sayı:2, Yıl:2006, ss.347-368.
- Tures. John A., “Economic Freedom and Conflict Reduction: Evidence From The 1970s, 1980s and 1990s”, **Cato Journal**, Vol:22, No:3, 2003, ss. 533-542.
- Türk Dil Kurumu Sözlüğü, Ankara: TDK Yayınları No:603.
- Yayla. Atilla, **Özgürlük Yolu Hayek’in Sosyal Teorisi**, 2.B., Ankara: Liberte Yayınları, 2000.

Tez Özetleri

İSLAM HUKUKUNDA VE OSMANLI UYGULAMASINDA ŞÛRA*

Dr. Nuran KOYUNCU*

ÖZET

Çalışmamızın amacı İslami bir ilke olan şûranın İslam hukukundaki anlamını ve Osmanlı uygulamasında nasıl bir yere sahip olduğunu ortaya koymaktır. Şûra, Kuran'ın çeşitli bölümlerinde bazen açıkça bazen zımnî olarak vurgulanmış ve Hz. Muhammed'in sünnetiyle açıklığa kavuşturulmuştur. Hz Muhammed ve sahabe döneminde titizlikle uygulanan bu ilkenin kurumsallaşma süreci Emevi ve Abbasiler döneminde sekteye uğramıştır.

İslam hukukundaki şûra, Osmanlı padişahlarının uymakla yükümlü hissettikleri ilkelerden biri olmuştur. Divan-ı Hümayun, danışmanın en yüksek düzeyde yapıldığı, sahip olduğu statü ve yüklendiği fonksiyonlarla Osmanlı devlet yönetimine damgasını vurmuş önemli bir organdır. Osmanlı Devletinde Divan-ı Hümayunun dışında İkinci Divanı, Cuma ve Çarşamba divanı gibi önemli kurullar şûranın izlerini taşımıştır. Örfî hukukun meşruluğunun sağlanması, padişahın seçimi ve azli, dış politika ve maliyeyle ilgili önemli kararlar bu kurullarda alınmıştır.

Osmanlı devletindeki kurul organlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde salt şûra meclisi olmaktan ziyade bir karar organı niteliği taşıdıkları görülmektedir.

ANAHTAR KELİMELEER: Şûra, Müşavere, Şûra meclisi, Divan-ı Hümayun, Meşveret meclisleri.

SÛRA IN ISLAMIC LAW AND OTTOMAN PRACTICE

ABSTRACT

The aim of our working to indicate the meaning of Islamic principle şûra in Islamic law and which place it has in Ottoman theory. Şûra was sometimes emphasized in parts of Kur'an clearly or obscurely and it was described with Hz. Muhammed's Sunna. Şûra which was applied particularly in the period of Hz. Muhammed and his companions but it was discontinued in the period of Emevi and Abbasi.

* Bu çalışma S.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde hazırlanan ve 30.06.2006 tarihinde savunulan "İslam Hukukunda ve Osmanlı Uygulamasında Şûra" konulu doktora tezinin özetidir.

* S.Ü. Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi Araştırma Görevlisi

Sultans of the Ottoman applied Islamic principle şûra. Divan-ı Hümâyun is the most important place for council and it has highly statue for Empire. In Ottoman empire except Divan-ı Hümâyun like İkinci Divanı, Cuma, Çarşamba Divanı important councils bearad şûra. To legalize Custom law, Sultan's election and dethrone, foreign policy and connected with finance decisions were taked at this council.

It was seen that council organs are not only şûra council but they are decision organs.

KEY WORDS: Şûra, Consultation, Şûra council, Divan-ı Hümâyun, Consultation council.

GİRİŞ

İnsanoğlu toplumsal bir varlıktır. Yaratılışı gereği toplum halinde yaşayan insan, kendisinin üzerinde bir güç olarak kabul ettiği bir otoriteye daima sahip olagelmıştır. Ayrıca bütün toplumlarda otoritenin yanı sıra bir muhalefet cephesi var olmuştur. İnsanlığın ilerlemesini veya düşüşünü belirleyen faktörlerin başında; siyasî iktidarların, kendilerine itaat eden insanları yönlendirmeleri gelmektedir¹. İşte bu sosyal mücadele içerisinde insanların birbirleriyle müşaveresi ve ortak hareketleri daima gündemdedir. Şûra prensibi, sadece İslam kamu hukukunun yönetim ile ilgili bir ilkesi olmadığı gibi, İslam'a özgü bir kavram da değildir. Müslüman olmayanlar da birbirleriyle müşavere yoluna başvurabilirler².

İslam hukukunun aslı kaynağı Kur'an'daki bir kısım hukuki hükümler, genel hukuk prensipleri tarzında, hukuk kurallarının temelini oluşturur. Bu hükümler çerçeve (genel) şeklinde olduğu için diğer kaynaklar ışığında açıklanması ve yorumlanması gerekmektedir. Ayrıntısını düzenleme yetkisi, Hz. Peygamber, İslam hukukçuları veya devrin yasama organına verilen, İslam hukukunun temel taşı diyebileceğimiz bu prensiplerinden biri de şûra'dır³. Şûra prensibi Kur'an'da yer almış ancak esasları düzenlenmemiştir.

¹ Geniş bilgi için bkz. SÖNMEZ Abidin, Şûra ve Resûlullah'ın Müşaveresi, İstanbul, 1984, s. 17-19.

² NETTLER Ronald L; Islam, "Politics And Democracy: Mohamed Talbi and Islamic Modernism", The Political Qaterly, vol.71, no. 4, Malden 2000, s. 55.

³ GÜNENÇ Halil, "İslam, Şûranın Şeklini Zamana Bırakmıştır", İslami Yönetimin Temeli Şûra, İstanbul 1992, s. 142; FARUQI Muhammed Yusuf, "Legitimacy of Authority in Islam A study Of Early Modes Of Investiture", Hamdard Islamicus, vol. XIX, no. 3, Pakistan Autumn 1996, s. 14; FAHAD Obaidullah, "Some Reflections on Islamic Political Theory", Hamdard

İslami ilke şûranın Osmanlı hukuk sistemi üzerinde nasıl bir etki oluşturabileceği, İslam hukukunun bu devlet içerisinde ne kadar uygulama alanı bulduğu konusu ile yakından bağlantılıdır. Çalışmamızda üzerinde duracağımız üzere şûra, Osmanlı Devleti'nde önemli bir yer bulmuştur. Osmanlı padişahları bu ilkenin uygulanabilirliğini kanunname ve hatt-ı hümayunlarında açıkça yer vererek desteklemişlerdir. Osmanlı Devleti'nde oluşturulan kurul organlar şûra prensibinin izlerini taşımış kararlar bu ilkeye bağlı olarak alınmıştır.

Çalışmamızın temel amacı şûra prensibinin İslam hukukundaki anlamını ve Osmanlı uygulamasındaki yerini değerlendirmektir. Bu çerçevede öncelikle şûranın İslam hukukundaki anlamı ve esasları daha sonra ise bu ilkenin Osmanlı uygulamasındaki izleri araştırılmıştır.

I. KAVRAM OLARAK ŞÛRA

Şûra kelimesi, Batı dilinde “consultation” ve “information” kelimeleriyle ifade edilmektedir. Consultation, Grekçe “consultatus” kelimesinden gelir ve “danışma, müzakere ve istişare” anlamındadır. Bu kelime Latince'ye “consultatio” şeklinde girmiş, “danışma ve istişare” anlamını bu dilde de korumuştur⁴. Şûra, müşavere, meşveret, istişare; aynı kökten türemiş kelimelerdir⁵. **Şûra**, danışma, istişare, meşveret; **meşveret**, danışma, istişare, müşavere; **istişare**, bir görüş talebi, danışma anlamına gelmektedir⁶. Şûra, meşveret, istişare, danışıp işaret ve görüş almak anlamlarına geldiği gibi, kökleri; arı kovanından bal almak, rey vermek manalarında da kullanılır⁷. Toplanıp meşveret eden topluluk⁸ ya da üzerinde görüş alışverişinde bulunulan iş şûra olarak ifade edilmiştir⁹.

Islamicus, vol. XXII, no. 2, Pakistan April-June 1999, s. 7 vd. CİN Halil-AKYILMAZ Gül, Türk Hukuk Tarihi, Konya 2003, s. 59.

⁴ KOMİSYON, Collins Cobuild Learner's Dictionary, The University Of Birmingham, Londra 1996, s. 232.

⁵ Şûra ve meşveret ve istişare kelimeleri üzerinde yapılan tahlillerde birleşilen nokta bu üç kelimenin aynı anlamı ifade ettiğidir. AYDIN Ali Arslan, “İslam'da Şûranın Manası, Yeri ve Önemi”, İslami Yönetimin Temeli Şûra, s. 4 vd; DOĞAN Lütfi, “Şûra, Meşveret Nedir”, İslami Yönetimin Temeli Şûra, s. 62-63; ŞAHİNOĞLU M. Nazif, “Şûra'ya Bir Bakış”, İslami Yönetimin Temeli Şûra, s. 75.

⁶ AKYÜZ Vecdi, Kur'an'da Siyasi Kavramlar, İstanbul 1998, s. 95.

⁷ ASIM Efendi, Kamus Tercemesi, c. I-IV, İstanbul 1304, s. 452.

⁸ KÖSE Saffet, “İstişare”, ŞİA, c. III, İstanbul 1990, s. 230.

⁹ YAZIR Elmalılı Hamdi, Hak Dini Kur'an Dili, c. II, İstanbul 1992, s. 451-452.

Şûra kavramı, İslam hukukçuları tarafından farklı şekillerde tanımlanmıştır. Mesela, el-İsfehani “şûra”yı “karşılıklı görüş alışverişinde bulunulan iş” olarak tanımlamış; İbnü’l Arabî ise bu kavramı “bir meselede, alternatiflerden birini tercih etmek üzere fikir ortaya koyma ve arz etme işi”, bunun yanında diğer bir anlam olarak da “insanlar arasında ülfet sağlayan ve akıl için bir ölçü olan doğruya götüren sebep” olarak ifade etmiştir. Çağdaş İslam hukukçularından Abdurrahman Abdülhâlık’ın tanımı ise şöyledir: “karşılaşılan işlerde en doğruya ulaşmak için uzmanlık ve tecrübe sahibi kimselerin görüşlerinin sorulmasıdır”¹⁰. Bu tanımların ortak noktası, şûranın, danışma, görüş alma anlamına geldiğidir. Bir işi yaparken, ehline sormaya “şûra” veya “istişare” denir¹¹.

II. ESKİ HUKUK SİSTEMLERİNDE ŞÛRA

İktidarın etrafındaki topluluğa danışması ve fikir alması aslında her toplumda söz konusu olabilecek bir durumdur. Dolayısıyla şûranın danışma anlamından yola çıkıldığı ve sadece İslamî literatüre ait bir kavram olmadığı göz önünde bulundurulduğunda, bu müessesenin İslamî olmayan diğer devlet sistemlerinde de var olduğunu kabul edilebilir.

İslamiyet öncesi dönemde şûranın izlerine rastlayabildiğimiz medeniyetlerden biri Eski Mısır’dır. Bu toplumda özellikle Firavun döneminde devlet yönetiminde uygulanan yöntem konumuz açısından oldukça kayda değerdir. Mısır firavunların idaresi altında iken (MÖ. 3188–1700) firavun mutlak güçtür. Bununla birlikte bu dönemlerde firavuna, devlet yönetiminde yardımcı olan bir heyetin varlığı bilinmektedir¹². Firavun devlet yönetimi ile ilgili bir çok kararı karşılıklı konuşmalar ve fikir alışverişleri neticesinde bu heyet ile birlikte almıştır¹³.

Şûranın uygulama alanı bulduğu bir diğer uygarlık Eski Yunan’dır. Eski Yunan şehir devletçiklerinde danışma heyeti niteliğinde bir takım meclislerin oluşturulduğu tespit edilmektedir. Sparta şehir devletindeki “Koruysa” ve umumi halk meclisi olan “Apella”, iktidarı etkilemesi ve devlet yönetiminde

¹⁰ GÖKMENOĞLU H. Tekin, İslam’da Siyasi Bir Katılım Vasıtası Olarak Şûra, Konya 1997, (Doçentlik Tezi) s. 22–23; CEYLAN H. Hüseyin, “İstişare”, İslam, c. 2, sy. 13, Ankara 1994, s. 297.

¹¹ ASLANGÜL Halil, “İslamda Meşveret”, Sebilurreşad, c. VII, sy. 197, İstanbul 1955, s. 341.

¹² ÖZTÜRK Hamdullah Bayram, Kur’an’da İstişare, İstanbul 1996, s. 95–96; ŞAHİNOĞLU, s. 79.

¹³ Firavun döneminde gerçekleşen şûra uygulamalarının en çarpıcı örneği, Hz. Musa’nın tebliğlerine karşı nasıl hareket edilmesi gerektiği ile ilgili yapılan toplantıdır. Araf, 7/109–128; Mü’min, 40/29.

etkili olması açısından, şûranın izlerini taşımaktadır. “Senato, Beule ve Leklesia” ise Atina şehir devletindeki, halkın temsilini sağlayan, meclis niteliğindeki kurumlardır¹⁴. Anlaşılacağı üzere; Eski Yunan’da şûra kurumunun izlerine şehir devletçiklerinin oluşturmuş olduğu, sınırlı da olsa halkın temsilini sağlayan meclislerde rastlanılabilmektedir.

Eski Roma’da danışma müessesesini ve etkinliğini geçirdiği tarihsel dönemleri ayrı ayrı inceleyerek ele almak gerekir. Krallık döneminde halk meclisleri ancak kralın istediği zaman toplanabilen ve istediği konuda fikir alabildiği bir kurumdur. Yine bu dönemde istişari kararlar alan senato vardır. Kralın danışma kurulu niteliğindeki Roma senatosunun kararları, kral için bağlayıcı değildir. Dolayısıyla kralın senatonun almış olduğu kararlara uyma mecburiyeti yoktur. Fakat önemli konularda kralın senatonun fikrini alması adet haline gelmiştir. Senatonun, kral üzerinde manevi bir nüfuzu söz konusudur. Bunun sebebi senatonun toplumun ileri gelenlerinden oluşmasıdır. Kral mecbur olmamakla birlikte senatonun kararlarına genellikle uymuştur¹⁵. Cumhuriyet devrinde ise konsüller (bakanlar) zamanla önemli meselelerde karar vermeden önce senatonun fikrini sormayı adet edinmiş ve böylece senatonun konsüllere karşı nüfuzu artmıştır. Halk meclisi karşısında kan kaybeden senato, konsüllere karşı güç kazanmıştır. Bunda, üyelerinin nüfuzlu aileler, daha sonra önemli devlet memurları arasından seçilmiş olması ve görev sürelerinin konsüller gibi sınırlı olmaması etkili olmuştur¹⁶. İmparatorluk döneminde ise önce halk meclisleri daha sonra ise senatolar zayıflamıştır. Zamanla magistralar iyice güçlenmiş ve monarşik bir yönetime geçilmiştir. Yani bu son dönemde, meclislerin danışma fonksiyonları tamamen kaldırılmış ve egemen tek güç, imparator olmuştur¹⁷.

Arap toplumunda ise şûranın ilk izlerini “mele” kavramı üzerinde aramak daha doğrudur. “Mele” kelimesi o dönemde kabile şeyhini seçen “kabile nüfuzluları meclisini” ifade etmektedir. Bu meclise toplumun en seçkin kimseleri başkanlık etmiş ve önemli kararlar başkan ve üyeler arasında yapılan

¹⁴ OKANDAN R. Galip, Umumi Amme Hukuku, “İlk Zamanlar”, c. I, İstanbul 1946, s. 140; KUTUP Muhammed, Çağdaş Fikir Akımları, (çev: ERYAYSOY Beşir), İstanbul 1986, s. 285; GÖKMENOĞLU, s. 38–39.

¹⁵ “Bu meclis başlangıçta sadece kralın sorduklarına evet veya hayır şeklinde cevap vermek için toplanmıştır.” OĞUZOĞLU Hüseyin Cahit, Roma Hukuku, Ankara 1959, s. 17; AKINCI Şahin, Roma Hukuku, Konya 1999, s. 24.

¹⁶ OĞUZOĞLU, s. 23.

¹⁷ AKINCI, s. 43.

karşılıklı müşaverelerle alınmıştır¹⁸. İslamın doğuşundan hemen sonra İslam'a karşı çıkma ve Hz. Peygamber'e suikast düzenleme, "Hilfu'l-Fudûl tesisi" ve Kâbe'nin onarımı gibi bir takım önemli kararların meclis tarafından alındığı görülmektedir. Arap siyasi geleneğindeki "mele", belli bir dönemden sonra "Darü'n-Nedve" adıyla, toplanmaya başlamıştır¹⁹. Kureyş kabilesinin bir derneği, bir kulübü veya parlamentosu niteliğindeki bu meclise Mekke'nin kırk yaşını doldurmuş bütün fertleri katılabiliştir. Fakat bu yaşta olanların hepsinin haklarını kullanmadıkları ve kararların çoğunlukla kabilenin ileri gelenleriyle alındığı kaydedilmektedir²⁰. Dolayısıyla bu meclis esas itibarıyla bir asiller toplantısı olmuştur²¹. Genellikle akşamları yapılan bu toplantılarda kabileler arası meseleler, kamuyu ilgilendiren çeşitli ticaret işleri, savunma ve savaş hazırlıkları konuşulur, tartışılır ve kararlar alınır. Alınan karara her kabile ve her fert uymak zorundaydı²². Darü'n-Nedve, aynı zamanda inşasının tamamlandığı günden itibaren dışarıdan gelen heyetlerin kabul edilip ağırlandığı, bir bakıma kendisine resmiyet kazandırılmış çok önemli bir mekân da olmuştur²³. Araplar arasında şûranın izlerine aralarındaki savaşlara son vermek veya barış içerisinde yaşamak için yaptıkları bir takım anlaşmalarda da rastlanılmaktadır. Nitekim bu anlaşmalar onların bir araya gelmesi ve karşılıklı danışmalarıyla alınmış kararlardan oluşmuştur²⁴. Bu tür anlaşmaların en güzel

¹⁸ DURİ Abdülaziz, İlk Dönem İslam Tarihi-Bir Önsöz, (çev: YÜCESOY Hayrettin), İstanbul 1992, s. 93.

¹⁹ HAMİDULLAH Muhammed, İslam Müesseselerine Giriş, (çev: SIRMA İhsan Süreyya), İstanbul 1992, s. 45; FİĞLALİ E. Ruhi, "Darun-Nedve", TDVİA, c. 8, İstanbul 1993, s. 556; HAMİDULLAH, İslam Peygamberi, (çev: YAZGAN Mehmet), c. II, İstanbul 2004, s. 839.

²⁰ ÇAĞATAY Neşet, Başlangıçtan Abbasilere Kadar Arap Tarihi, Ankara 1993, s. 91.

²¹ GÜNALTAY M. Şemseddin, "İslamdan Önce Araplar Arasında Kadının Durumu, Aile ve Türlü Nikah İşleri", Belleten, c. 60, sy.15, Ankara 1951, s. 691-708.

²² İbn HİŞÂM Ebu Muhammed Abdülmelik, es-Siretu'n-Nebeviyye, (nşr. Mustafâ es-Sekkâ-İbrahim el Ebyari- Abdulhafız Şelebi), c. I, Beyrut, 1971, s. 125; YILDIZ Hakkı Dursun, Doğuştan Günümüze İslam Tarihi, c. I, İstanbul 1992, s. 132 vd; HAMİDULLAH, İslam Müesseselerine Giriş, s. 46.

²³ BELAZURİ Ahmed b. Yahya b. Cabir, Fütühu'l-Buldan, Kahire 1932, (çev: FAYDA Mustafa), Ankara 1987, s. 75; YILDIZ, c. I, s. 132 vd; HAMİDULLAH, İslam Müesseselerine Giriş, s. 46; ÇAĞATAY, Arap Tarihi, s. 20.

²⁴ BAKIRCI Selami, "Araplarda Kabile Yapısı", Akademik Araştırmalar Dergisi, yıl: 3, sy. 11, Kasım 2001-Ocak 2002, s. 136.

örneği, “Hılfu’l-Fudûl”dur²⁵. Arap cahiliye döneminde her kabilenin bir takım görevleri üstlenmiş olduğu görülmektedir. Bu tür görevlerden biri de “Meşveret”tir. Önemli işlerin konuşulup, karara bağlanacağı toplantıları düzenleme anlamına gelen meşveret, o dönemde bu gibi toplantıların yapıldığını ortaya koymaktadır²⁶. Verdiğimiz bilgiler de göstermektedir ki Arap cahiliye döneminde “şûra” bilinen ve önemli konularda karar alınacağı zaman uygulama alanı bulmuş olan bir kurumdur. Dolayısıyla Kur’an ile bildirilen şûranın değişik biçimlerdeki uygulamalarına Cahiliye döneminde de rastlanıldığı söylenebilir.

Eski Türklerde şûranın uygulanabilirliği ise hakanın devlet yönetiminde sahip olduğu siyasi konumu ile yakından bağlantılıdır. Eski Türklerde hakan siyasi ve idari yapının en tepesinde yer almış, yasama, yürütme ve yargı alanında güçlü yetkilerle donatılmıştır. Eski Türk devlet yönetimi ile ilgili önemli bilgiler edinilen Kutadgu Bilig’de hakanın temel görevinin adil bir yönetim izlemek ve adil davranmak olduğu vurgulanmıştır²⁷. Görevlerini yerine getirmeyen, töreden ayrılan hakan görevinden azledileceği belirtilmiştir²⁸. Tüm bunların ötesinde hakan devlet yönetiminde tek başına değildir ve danışması gereken bir bürokratik örgütü bulunmaktadır²⁹. Kutadgu Bilig’de vezirin taşınması gereken özellikler sayılmış ardından danışman ve başdanışmanlık üzerinde durulmuştur. Bu da o dönemde vezirden ayrı bir danışmanlık müessesesinin varlığını göstermektedir³⁰. Divanı-Lügati’t Türk’de yer alan,

²⁵ Hılfu’l-Fudûl; Mekke’nin bazı ileri gelen kişilerinin yapılan haksızlığa karşı aralarında birleşerek karşı çıkmaları ve zayıf kişileri korumalarıdır. Hılfu’l-Fudûl; erdemli kişilerin kötülüğe karşı mücadele edeceklerine yemin etmeleridir. YILDIZ, c. I, s. 130-131; İbn HİŞÂM, es-Siretu'n-Nebeviyye, c. I, s. 141-142; Ayrıca bkz. WATT W. Montgomery, Muhammed at Mecca, Edinburgh 1953, s. 12.

²⁶ İbn HİŞÂM, es-Siretu'n-Nebeviyye, c. I, s. 125; BAKIRCI, s. 140.

²⁷ YUSUF Has Hacip, Kutadgu Bilig, (çev: ARAT Reşit Rahmeti), Ankara 1988, s. 66; Eski Türk devletlerinde adalet anlayışı hakkında bkz. TUTAR Adem, “İslam Öncesi Türk Devlet Geleneğinde Adalet Anlayışı”, Türkler, c. 2, Ankara 2002, s. 868–873.

²⁸ CİN-AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 39.

²⁹ SOFUOĞLU Ebubekir, Osmanlı Devletinde Islahatlar ve I. Meşrutiyet, İstanbul 2004, s. 100; KAFESOĞLU, “Türk Milli Kültürü”, İA, s. 246-249.

³⁰ YUSUF Has Hacip, Kutadgu Bilig, (haz: ÇAĞBAYIR Yaşar), Ankara 2003, s. 101–122.

“Geniş elbise parçalanmaz, danışmakla gelen bilgi bozuk ve kötü çıkmaz” atasözü de hakanın danışma zorunluluğunu açıkça ortaya koymaktadır³¹.

Eski Türk devlet yönetiminde kurultay, toy, devlet meclisi, kengeş meclisi denilen toplantıların önemli bir yeri vardır. Meşveret meclisi vazifesi gören bu kurulda siyasi, askeri, ekonomik, sosyal ve kültürel konulardaki meselelerin görüşüldüğü, tartışıldığı ve karara bağlandığı görülmektedir³². Kurultayın Oğuz Türkçesindeki karşılığı, işlerde karşılıklı danışma, görüşme ve tedbir alma anlamına gelen “kengeş” kelimesidir³³. İlk olarak Mete Han zamanında toplandığı zannedilen bu meclisler, danışma geleneğinin eskiden beri Türk toplum yapısında yerleşik bir usul olduğunu göstermektedir³⁴. Kurultayın önemli fonksiyonlarından birisi hakanın belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Kutadgu Bilig’de hükümdar olacak kişide akıllı, bilgili, iyi huylu, takva sahibi, anlayışlı, tok gözlü, cömert, hayâ sahibi özü sözü bir, ihtiyatlı, cesur olması gibi üstün vasıflar aranmıştır. Hükümdar ailesi içinden kimin bu özelliklere sahip olduğunu belirleyip, hakanı seçecek olan ise kurultaydır. Hatta bazı kaynaklara göre bu seçime kurultayın toplandığı yerdeki halk da katılabilmıştır³⁵. Kurultay Kağan’ın başkanlığında toplanmakla birlikte kağanın toplantıya katılmadığı zamanlarda “aygıcı” veya “üge” denilen vezir olarak nitelenebilecek şahısların

³¹ ÖGEL, *Türkler’de Devlet Anlayışı*, (13. Yüzyıl Sonlarına Kadar) Ankara 1982, s. 74; Kengeş kelimesi *Divan-ı Lügati’l Türk’de* şu şekilde geçmektedir: “Kengeşlik bilig artamas” yani danışıklı iş bozulmaz.” KAŞGARLI Mahmud, *Divanu Lügati’t Türk*, (çev: ATALAY Besim), Ankara 1985, s. 358.

³² AYDIN M. Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 2001, s. 13; SOFUOĞLU, s. 100; KAFESOĞLU, *Türk*, s. 246-249; CİN- AKYILMAZ, *Hukuk Tarihi*, s. 41.

³³ KAŞGARLI Mahmud, *Divanu Lügati’t Türk*, s. 301; “Oğuz Han Destanında, Oğuz, düzenlediği büyük Toy’a “il” ve “gün” (devlet sorumlularını ve halkı) davet etmiş, halk temsilcilerinin kendi aralarında “kengeş”likten (müzakereler yaptıktan) sonra katıldıkları Toy’da Oğuz’un başkanlığı kabul ve gelecekle ilgili kararlar tesbit olunarak sonuç başkan tarafından ilan edilmişti.” SOFUOĞLU, s. 99.

³⁴ İZGİ Ömer, “Hunlar, Göktürkler ve Uygurlarda Geleneksel Festival ve Eğlenceler”, *İÜTD*, sy. 31, İstanbul 1977, s. 30 vd; CEYLAN Ahmet, “Bir Danışma Kurumu Olarak Divan-ı Hümayun, İslamda Şûra ve Divan-ı Hümayun’un “Şûra Meclisi Niteliği, *Yeni Türkiye Osmanlı Özel Sayısı 1*, yıl 6, sy. 31 Ocak-Şubat 2000, s. 402; ÖGEL Bahaeddin, “Devlet Meclisi ve Kurultay”, *Türkler*, c. 2, Ankara 2002, s. 874; CİN-AKYILMAZ, *Hukuk Tarihi*, s. 40ç; KAFESOĞLU, *Türk*, s. 247.

³⁵ HASSAN Ümit, “Eski Türk Devletlerinde Halk-Yönetim İlişkileri”, 3. Milli Egemenlik Sempozyumu ve Paneli, no: 31, Ankara, 24.4.1997, s. 42.

nezaretinde de toplanabilmiştir³⁶. Bu toplantılara askeri ve idari yüksek görevliler, boy beyleri ve halkın ileri gelenleri katılabilmektedir. Ayrıca hükümdarların eşi olan hatunlar da bu toplantılarda hazır bulunmuşlardır. Buna göre kurultayın başlıca üyeleri devlet yönetiminde kağana yardımcı olan beyler zümresidir³⁷.

Kurultayda karşılıklı müzakerelerin yapıldığını gösteren örneklerden biri şu şekildedir: “Göktürklerin ünlü hükümdarı Bilge Kağan, ‘Türk illerindeki şehirlerin Çin’deki gibi surlarla çevrilmesi ve Budizm ile Taoizm’in yurtta yayılmasının teşvik edilmesi’ için kurultay toplamıştır. Bu teklife, “şehrin etrafının çevrilmesinin savunma açısından tehlikeli olacağı” gerekçesiyle Vezir Tonyukuk tarafından karşı çıkılmış ve neticede Bilge Kağanın teklifi kurultayda red edilmiştir³⁸. Görüldüğü üzere devlet işlerinin görüşüldüğü danışma, müzakere ve kontrol özelliğine sahip kurultayın verdiği kararlar zaman zaman hakanın iradesinden bile üstün sayılmıştır³⁹.

Sonuç olarak eski Türk devletlerinde şûra var olan ve bilinen bir kurumdur. Hunlardan itibaren hemen her Türk Devleti’nde adı, yapısı birbirinden farklı devlet işlerinin görüşüldüğü, danışma müzakere, denetim ve karar alma özelliğine sahip türlü kurullar oluşturulmuştur⁴⁰. Devlet teşkilatında hakandan hemen sonra gelen hatta kullandığı bazı yetkileriyle hakandan daha önemli bir yere sahip olduğu hissi veren bu kurullar, şûranın Eski Türk devlet

³⁶ KOCA Saim, “Eski Türklerde Devlet Geleneği ve Teşkilatı”, Türkler, c. 2, Ankara 2002, s. 832; AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 14.

³⁷ ARSAL Sadri Maksudi, Türk Tarihi ve Hukuk, İstanbul 1947, s. 275; ÜÇÖK Coşkun-MUMCU Ahmet-BOZKURT Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1996, s. 26; Beyler zümresi ile ilgili olarak bkz. GÜLTEPE Necati, “İlk Türk Devletlerinde Bürokrasi”, Türkler, c. 2, Ankara 2002, s. 896–897; CİN Halil-AKGÜNDÜZ Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, c. I, Konya 1989, s. 41; CİN-AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 41.

³⁸ KÖSEOĞLU Niyazi, Türk Dünyası Tarihi ve Türk Medeniyeti Üzerine Düşünceler, İstanbul 1990, s. 38; NİYZAZİ Mehmet, Türk Devlet Felsefesi, İstanbul 1996, s. 91; GEZGİN Ali Galip, “Türk İslam Devletlerinde Şûra”, Türkler, c. 13, Ankara 2002, s. 203 vd.

³⁹ GÖKALP Ziya, Türk Medeniyeti Tarihi, c. II, İstanbul 1974, s. 208 vd.

⁴⁰ Oğuzlarda, devlet işleri “Tirnek” (dernek)lerde görüşülürdü. Tuna Bulgar Devleti’nde bir “millet meclisi” vardı. Kıpçak Başbuğu Kutlu Aslan siyasi mücadele vererek “Devlet istişare meclisi” kurdurup yönetime meşruti bir tarz getirmişti. Peçeneklerin de, kendi lisanlarında “komenton” adını verdikleri bir çeşit danışma/devlet meclisine sahip oldukları bilinmektedir. CEYLAN, Divan-ı Hümayun, s. 402; KÖSEOĞLU, s. 38; KAFESOĞLU, Türk, s. 247; ARSAL, Türk Tarihi, s. 289; ÖGEL, Türkler’de Devlet, s. 80; SOFUOĞLU, s. 99.

yönetiminde uygulama alanı bulduğunu gösteren en önemli kanıtlardır⁴¹.

III. İSLAM HUKUKUNDA ŞÛRANIN KAYNAKLARI

İslam hukukunda bir müessesenin varlığını ispat için en geçerli yol o müessesenin dayandığı kaynakları ortaya koymaktır. Genel olarak İslam hukuku, esaslarını dört büyük kaynak olarak kabul ettiğimiz Kur'an, sünnet, icma ve kıyas'ta bulur⁴². Dolayısıyla İslamî bir ilke olarak şûranın dayandığı esaslar da genel olarak saydığımız bu dört kaynaktır.

A. KUR'AN-I KERİM'DE ŞÛRA

“Devlet yönetiminde meselelerin ayrıntılı bir biçimde müzakere edilmesi”, “karşılıklı fikir alışverişlerinde bulunulması” gibi ifadelerle formülleşen şûra, Kur'an'ın çeşitli bölümlerinde bazen açıkça bazen zımnî olarak vurgulanmıştır⁴³. Bu genel prensibin somut hukuk normuna dönüştürülmesi, başta sünnet olmak üzere diğer kaynaklara bırakılmıştır⁴⁴. Kur'an'da, “... Onları affet, bağışlanmaları için dua et; (Yapacağın) iş (ler) hakkında onlara danış, karar verince de Allah'a dayan; çünkü Allah kendisine dayanıp güvenenleri sever⁴⁵” ayeti ile Hz. Peygamber'e ashabına danışması emredilmektedir. Yine Kur'an'da “...Onların işleri, aralarında danışma (şûra) iledir...⁴⁶”, buyrulurken şûranın önemi ve istişare yapan müminlerin üstün niteliği işaret edilmiştir⁴⁷. Kur'an, ayrıca Allah ile melekleri arasında geçen müşavereyi,

⁴¹ CEYLAN Ayhan, *Parlamentoya Uzanan Süreçte Türk Kamu Hukukunda Danışma*, Türkler, c. 13, Ankara 2002, s. 587.

⁴² MUMISA Michael, *Islamic Law Theory&Interpretation*, USA 2002, s. 34.

⁴³ BABİLLİ Mahmud, *eş-Şûra fi'l-İslam*, (çev: ARMAĞAN Nihat-ÇOBANBEYLİ Kemal), İstanbul 1972, s. 5; KARAMAN Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, c. 1, İstanbul 1986, s. 101; AKYÜZ, *Siyasi Kavramlar*, s. 95.

⁴⁴ AYDIN, *Hukuk Tarihi*, s. 32.

⁴⁵ Âlü-İmran 3/159.

⁴⁶ Şûra 42/38.

⁴⁷ Şûra ile ilgili ayet genel, esnek ve yumuşak bir ifade tarzına sahiptir. Bu durum, şûranın, her zamanda, her mekânda ve her toplumda uygulanmaya elverişli olmasına bağlanmıştır. PANTÛL M. Yalçın, *Türk Parlamento Hukukunda İkinci Meclisler*, Ankara 1982, s. 5; ATEŞ Süleyman, *Kur'an Ansiklopedisi*, c. 19, İstanbul 1997, s. 426; İslam hukukçuları şûra ile ilgili bu iki ayetin iniş sebepleri ve hikmetleri üzerinde durmuşlar ve tefsirlerini yapmışlardır. Elmalılı Hamdi Yazır Şûra 38 ayetini şöyle açıklar: “İşleri, buyrukları zorbalıkla değil, aralarında danışkla, görüşlerine başvurma iledir. Kendi işlerine kendileri sahiptir, başkalarının elinde esir değil, aralarında dayanışmasız, toplumsuz,

insanlığa örnek olarak sunmaktadır. Allah, üstün emredici olarak şûra etmeye muhtaç olmadığı halde Hz. Âdem'i yaratmayı düşündüğü zaman yeni bir varlık yaratacağını ve onu yeryüzünde halife kılacağını meleklerle meşvereti andırır bir tarzda açarak, şûrayı bizzat uygulamaktadır⁴⁸. Kur'an'da, "Eğer bilmiyorsanız bilenlere sorun"⁴⁹ ayetine yer verilerek, bilinmeyenlerin âlimlere sorulması gerekliliği ifade edilmiştir. Kur'an'da ayrıca iki ayette ailevi konular ile ilgili istişareye yer verilmiştir⁵⁰. Birincisinde çocuklarla ilgili işleri karşılıklı rıza ortamında danışma yoluyla kararlaştırma yolu gösterilmiştir. İkincisinde ise boşanmış eşlerin süt emen çocuklarının ihtiyaçlarını karşılamak için birbirlerine kolaylık göstermeleri ve makul teklifler ileri sürerek, teklifler eğer ciddi mağduriyet yaratmayacaksa kabul etmeleri istenmiştir. Yine Kur'an'da Hz. Peygamberin mesajlarını kabul etmeyen inkârcıların küfürde bir birlik oluşturarak İslamiyet'i engellemek için istişare yöntemini belirledikleri belirtilmiştir⁵¹. Görüldüğü üzere şûra prensibine İslamın temel kaynağı Kur'an'da büyük bir önem verilmiş ve yönetimin temel esası olarak belirlenmiştir.

B. SÜNNET'DE ŞÛRA

Hz. Peygamber, gerek özel işlerinde gerekse toplumsal işlerde müşavere yolunu seçerek danışmanın önemini hem bizzat uygulayarak hem de tavsiye ederek vurgulamıştır⁵². O'nun hayatında, ashabıyla müşavere ettiğini

darmadağınık ayrı da değil, toplanıp sözü bir etmesini bilirler. Birbirlerinin görüşlerine başvurmalarının şekli de görüş ileri sürmek yeteneği olan, toplumun görüşlerini temsil edebilecek içtihad sahibi "hall-ü akd" (meseleleri düşünüp çözüme bağlayacak) erbabının toplanıp müzakere etmesiyledir", YAZIR, c. VII, s. 30.

⁴⁸ Bakara, 2/30-32.

⁴⁹ Nahl, 16/ 43; Enbiya, 21/ 7.

⁵⁰ Talak, 65/6; Bakara, 2/233.

⁵¹ Araf, 7/16-17; Müddessir, 74/11-25; Ali İmran, 3/72-73; Enfal, 8/30; Yusuf, 12/8-16; Fussilet, 41/26.

⁵² BİLMEN Ömer Nasuhi, Kur'an-ı Kerim'in Türkçe Meali Alisi ve Tefsiri, c. I, İstanbul (tsz), s. 484; İbn KESİR, Muhtasar Kur'an-ı Kerim Tefsiri, (çev: Tercüme Heyeti), c. I, İstanbul 1990, s. 338; AHMED Cevdet Paşa, Tarih-i Cevdet, (sad: GÜNDAY Dünder), c. 1, İstanbul 1994, s. 50; HAVVA Said, el-Esas Fi't- Tefsir, (çev: ERYAYSOY M. Beşir), c. 2, İstanbul 1989, s. 50; BURSEVİ İsmail Hakkı, Ruh'ul-Beyan Tefsiri, (çev: tercüme heyeti), c. 2, İstanbul 1995, s. 108.

gösteren pek çok örnek bulunmaktadır⁵³. Hz. Peygamberin şûra uygulamalarından biri “İfk hadisesi”nde ortaya çıkmıştır. Bu olayda Hz. Peygamber eşi Hz. Aişe’yi boşayıp boşamama konusunda Hz. Ali ve Hz. Üsâme ile müşaverede bulunmuştur. İfk hadisesinde Hz. Peygamberin özel hayatı ile ilgili bir konuda ashabından iki kişiyle fikir alışverişinde bulunması söz konusudur⁵⁴. İnsanları namaza çağırarak için nasıl bir usul takip edileceği ashabın istişaresine sunulmuş ve sonunda ashabdan Abdullah b. Zeyd’in rüyasına uygun davet şekli (ezan okuması) kabul edilmiştir. Burada ise Hz. Peygamber toplumu ilgilendiren bir konuda istişarede bulunmuştur⁵⁵. Hz. Peygamberin şûra uygulamalarından bir diğeri, Hicretin ikinci yılında Bedir savaşının dört ayrı evresinde gerçekleşmiştir⁵⁶. Yine Hz. Peygamber Uhud savaşı öncesinde Medine içerisinde bekleyip bir savunma savaşı yapılması ya da Medine dışına çıkılarak bir çarpışma içine girilmesi konusunda ashabıyla

⁵³ ed-DEMİCİ Süleyman, İslamda Devlet Başkanlığı, (çev: CÜCÜK İbrahim), İstanbul 1996, s. 384-385; HAMİDULLAH, İslam Peygamberi, c. II, s. 944; GÖKMENOĞLU, s. 75-77.

⁵⁴ eZ-ZEBİDİ Zeynüddin Ahmed b. Ahmed b. Abdi'l Latif, Tecrid-i Sarih (Sahih-i Buhari Tercemesi), c. VII, (çev: MİRAS Kamil), Ankara 1978, s. 73 vd. (1151 no'lu hadis); ERSÖZ İsmet, “Kur'an'da İfk Olayı”, Diyanet Dergisi, c. 24, sy. 1, Ankara 1988, s. 47 vd; İbn KAYYİM el-Cevziyye, Zâdu'l- Mead, (çev: ÖZEN Şükrü-ÖZDEMİR Ahmet-ERKEKLİ Mustafa), c. 3, İstanbul 1989, s. 298 vd; İbn KESİR, c. I, s. 339.

⁵⁵ “Mimber yapılması konusunda da istişare edilmiş ve bu teklif, şûra neticesinde kabul edilmiştir”, BUHARİ Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail, el Camiu's-Sahih, İstanbul 1992, Ezan 1; KARAMAN Hayrettin, İslam Hukukunda İctihad, Ankara 1975, s. 44; KANDEHLEVİ Muhammed Yusuf, Hayatü's Sahabe, (çev: GÜLLE Sıtkı), c. 46, İstanbul 1996, s. 3; BİLMEN, Meal, c. 1, s. 484.

⁵⁶ Birinci evre savaş başlamadan önce ikinci evre ise Medine'ye yaklaşan Ebu Süfyan kafilesine Kureyşlilerin takviye kuvvet gönderdiği öğrenildiği zaman gerçekleşmiştir. Bu aşamada düşman kafilesine karşı kuvvet hazırlanıp hazırlanmaması hususu kararlaştırılmıştır. Bedir savaşının başladığı gün üçüncü evre gerçekleşmiştir. Bu aşamada Hz. Peygamber, ashabının mevzinin değiştirilmesiyle ilgili teklifini doğru bulmuş ve ona göre hareket etme kararı alınmıştır. Dördüncüsünde, savaştan sonra alınan esirlerin ne yapılacağı kararlaştırılmıştır. BUHARİ, Sahih-i Buhari, (çev: Konyalı Mehmed Vehbi), c. 4, İstanbul 1966, s. 15 vd; HAMİDULLAH, Hz. Peygamberin Savaşları, (çev: TUĞ Salih), İstanbul 1991, s. 48; İbn İSHAK, Es-Sire, Tah: HAMİDULLAH, (çev: ÖZEL Sezai), İstanbul 1988, s. 364; İbn KAYYİM, c. 3, s. 215-217; HAMİDULLAH, İslam Peygamberi, c. I, s. 232; KARAMAN, İctihad, s. 44; GÖKMENOĞLU, s. 75-77.

müşaverede bulunmuştur⁵⁷. Hendek savaşı öncesinde ise şehrin savunulması için hendek kazılması fikri Hz. Peygamber tarafından kabul edilerek uygulanmıştır⁵⁸. Hz. Peygamberin şûra ile ilgili uygulamalarına Hudeybiye Musalahası'nda ve Taif kuşatmasında da görmek mümkündür. Taif kuşatmasında savaşa devam edilip edilmemesi konusu Hz. Peygamber ve ashâbı arasında istişare edilmiş, savaşa devam edilmesinin müslümanlara oldukça büyük zararlar verebileceği kısa sürede anlaşılınca kuşatmanın kaldırılması kararı verilmiştir⁵⁹. Medine'ye Hicret kararının alınması da bir başka müşavere örneğidir⁶⁰. Hz. Peygamber Cuma hutbelerini okuduğu mescide minber yapılması konusunu da ashâbı ile istişare etmiş ve neticede yapılması kararı alınmıştır⁶¹.

Hz. Peygamberin fiili uygulamalarının yanı sıra şûrayı öngören ve müslümanlara bu konuda tavsiye ve teşvikte bulunan birçok sözü güvenilir

⁵⁷ “Hicretin 3. yılının Şevval ayında Ebu Sufyan ordusunun Uhud Dağına yakın bir yerde konaklaması üzerine Resulullah (s.a), ashâbıyla, onlara karşı mı çıkalım yoksa Medine’de mi kalalım? diye istişare etti. Kendi görüşü Medine’den çıkmayıp orada savunma durumu alınması, şayet Medineye girerlerse onlarla, Müslüman erkeklerin sokak başlarında, kadınların ise damların üstünde savaşması şeklindeydi. Bu görüşe Abdullah b. Übey katıldı. Fakat Bedir savaşına katılmayan sahabenin önde gelenlerinden bir grup, Hz. Peygamber’e (s.a), şehrin dışına çıkma yönünde görüş belirttiler ve bu konuda ısrar ettiler. O da kalktı, evine girdi. Zırhını giyip yanlarına çıktı. Medine dışına çıkalım diyenlerin azmi kırıldı ve: ‘Resulullah’ı (s.a) çıkmaya zorladık’ dediler ve Resulullah’a: ‘Ey Allah’ın Rasülü, Medine’de kalmak istiyorsan, öyle yap!’ dediler. Fakat Resulullah (s.a): ‘Bir Peygamber, zırhını giydiğinde Allah kendisiyle düşmanları arasında hükmünü verinceye kadar çıkarmaması gerekir’ buyurdu.” İbn KAYYİM, c. 3, s. 239 vd; ATEŞ Süleyman, Tefsir, c. 2, İstanbul 1997, s. 125-126; KANDEHLEVİ, c. 1, s. 362-366; İbn KESİR, c. I, s. 339.

⁵⁸ “Allah Rasülü (s.a) müşriklerin gelmekte olduğunu işitince sahabe ile istişare etti. Selman-ı Fârîsi, Resulullah’a (s.a) düşmanla Medine arasına hendek kazılmasını teklif etti. Allah Rasülü (s.a.) de bu işin yerine getirilmesini emretti.” İbn KAYYİM, c. 3, s. 310; HAMİDULLAH, İslam’a Giriş, (çev: AYDIN Cemal), Ankara 1996, s. 17; HAMİDULLAH, Hz. Peygamberin Savaşları, s. 108-109; HAMİDULLAH, İslam Peygamberi, c. I, s. 246; İbn KESİR, c. I, s. 339.

⁵⁹ BUHARİ, Sahih-i Buhari, c. 4, s. 32/46; HAMİDULLAH, Hz. Peygamberin Savaşları, s. 171; GÖKMENOĞLU, s. 75-77; İbn KAYYİM, c. 3, s. 329 vd.

⁶⁰ HAMİDULLAH, İslam Peygamberi, c. I, s. 157-158.

⁶¹ ASLAN Recep, Hz. Peygamber’in (SAV) İstişareleri, Bursa 1996, s. 36.

rivayetler halinde meşhur hadis mecmuaları aracılığıyla bizlere kadar ulaşmıştır⁶². Hz. Peygamber hadislerinde “Müsteşar (fikrine başvuru) kendisine güvenilen kimsedir” diyerek danışılacak kimsenin özelliğini ortaya koymaktadır⁶³. Hadislerde ayrıca müşaverede doğru görüş beyanının önemi ve danışılan kimsenin güvenilir olması gerekliliği vurgulanmıştır⁶⁴. Hz. Peygamberin şûrayı öngören hadislerinin yanı sıra kendisi dışında gerçekleşen şûra uygulamalarını susarak onayladığı yani zımmen kabul ettiği örnekler de bulunmaktadır⁶⁵.

⁶² “Hz. Peygamber “Allah’a imandan sonra aklın başı, insanlar tarafından sevmek ve meşveretten müstağni kalmamaktır. Muhakkak ki dünyada maruf ehli olanlar ahirette de maruf ehlidir, dünyada münker ehli olanlar ahirette de münker ehlidir” buyurmuştur. Ebu Bekir Ahmed b. Hüseyin, Şüabü’l-İman, c. VII, Hadis No: 9054; “Ali (r.a.)dan nakledilen bir hadiste Hz. Ali: ‘senden sonra hakkında Kur’an inmemiş ve senden de bir şey duymadığımız bir iş başımıza gelirse’, dediğinde Allah Resulu : ‘Ümmetimden abidleri o iş için toplayın, aranızda şûra yapın, bir tek görüşle hükmetmeyin’ buyrulmuştur. Ebu’l Fadl Şihabuddin Seyyid Mahmut el-Âlûsi el-Bağdadi, Tefsiru Ruhü’l-Maani, c. XXV, Beyrut (tsz), s. 46; SUYUTÎ Abdurrahman Celalüddin, ed-Darrü’l-Mensur fit’t-Tefsiri’l-Me’sur, c. X, Beyrut 1983, s. 6; Hz. Peygamber, Hz. Ebu Bekir ve Ömer’e: “İkiniz bir meşverette ittifak iseniz, ben size muhalefet etmem” buyurmuştur. AHMED b. Hanbel Muhammed eş-Şeybani, el-Müsned, c. IV, İstanbul 1992, s. 227; “Sizden birisi kardeşi ile istişare ederse, (fikir sorulan) ona görüş bildirsin” buyurarak istişarede bulunmanın müminler için ne denli önemli olduğunu ortaya koymuştur. İbn Mace Ebu Abdillah Muhammed b. Yezid, es-Sünen, (tah: ABDÜLBAKÎ Muhammed Fuad), İstanbul 1992, Edep 37; Bir başka hadisinde ise “Emirleriniz hayırlılarınız, zenginleriniz cömertleriniz olduğu zaman, işleriniz de aranızda şûra ile olduğu zaman sizin için yerin üstü altından daha hayırlıdır”, buyurmuştur. TİRMİZİ Ebu İsa Muhammed b. İsa b. Sevr, Sünenü’t Tirmizi, İstanbul 1992, (tah. ve thrc. ABDÜLBAKÎ Muhammed Fuad), Fiten 78; “İstihare eden kaybetmez, istişare eden pişman olmaz, iktisat eden de muhtaç olmaz” buyrulmuştur. el-HEYSEMÎ Nureddin Ali b. Ebu Bekir, Mecmau’z-Zevaid ve Menbau’l-Fevaid, Beyrut 1967, c. VIII, s. 96.

⁶³ Ebu Davud, Edep 114; Tirmizi, Zühd 39; Tirmizi, Edep 57; İbn Mace, Edep 37.

⁶⁴ “Doğrunun başka olduğunu bildiği halde kendisi ile istişare eden kardeşine yanlış fikir veren kimse ona ihanet etmiştir”. EBU DAVUD Süleyman b. Eş’as es-Sicistani, Sünen, İstanbul 1992, İlim 8; AZİMABADÎ Ebu Tayyib Muhammed Şemsu’l-Hakk, Avnu’l-Mabud Şerhu Süneni Ebi Davud, (tah. Abdurrahman Muhammed Osman), Daru’l Fikr, c. XIV, Beyrut 1979, s. 36.

⁶⁵ Ebu Hüreyre rivayet ettiği bir haberde “Bizler Resulullahın huzurunda bazı meseleler hakkında birbirimizle tartışıyorduk” ifadesini kullanmaktadır. el-

C. ŞÛRANIN KAYNAĞI OLARAK İCMA VE KIYAS

İslam hukukunun temel prensiplerinden olan şûra ile aslî kaynağı olan icma arasında yakın bir bağlantısı söz konusudur. Şûra, fikirlerin hangisinin kuvvetli veya zayıf olduğunun tartışmalar yoluyla ortaya konulmasıdır. Tartışma ve karşılıklı fikir alışverişi neticesinde doğru ile yanlış görüşler açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. İcma ise, belli bir konuda İslam bilginlerinin görüş birliğine varmalarıdır. Şûra'daki kuvvetli görüşlerin bütün görüş sahiplerince kabullenilmesi icma ile şûra arasında ciddi bir benzerlik oluşturmaktadır. Esasında icma, âlimler arasındaki tartışma sonucunda meydana gelen bir görüş birliğidir⁶⁶. Hz. Peygamber ile sahabenin yaptığı müşavere neticesinde alınan kararlar icmanın en açık örnekleridir. Dört halife döneminde de icma müessesesi hiç aksamaya uğratılmadan devam ettirilmeye çalışılmış, başta halifelerin seçimi olmak üzere birçok meselenin çözümünde şûra geleneğine bağlı kalınmıştır. Bu dönemin en önemli özelliği devlet işlerinin danışıldığı devamlı bir icma heyetinin oluşturulmuş olmasıdır. Bu heyet, daha sonraki dönemlerde şûra heyetinin temelini oluşturacaktır. Bilhassa Hz. Ömer dönemi, icma heyetinin müesseseseleşerek şûra kurulu halini alması bakımından son derece önemlidir⁶⁷.

İslami ilke şûranın bir diğer kaynağı kıyastır. İfade ettiğimiz üzere şûra genel bir prensiptir ve ana kaynaklarda ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir. Dolayısıyla Kur'an'da ve Hz. Peygamber'in sünnetinde devlet yönetimi ile ilgili yer alan düzenlemeler kıyas edilerek şûra ilkesine uygulanabilir⁶⁸.

IV. ŞÛRA MECLİSİ

Şûra meclisinin oluşum biçimi ve özellikleri konusunda Kur'an ve sünnet kesin bir yargıya varmamış ve toplumsal gelişmelere, zaman ve sosyal ortama göre davranılmasını istemiştir. Dolayısıyla şûra heyetinin oluşumu

KETTANI Abdülhayy, Nizamu'l Hükümetin-Nebeviyye, el- Müsemma: et-Teratibu'l-İdariyye, Beyrut (tsz), c. II, s. 329; ASLANGÜL Halil, "İslamda Meşveret", Sebülreşad, c. VII, sy. 197, İstanbul 1955, s. 341; LEWIS Bernard, "Meşveret", İÜEF Tarih Enstitüsü Dergisi, sy. 12, İstanbul 1981-82, s. 775-776; CEYLAN H. Hüseyin, s. 297; BİLMEN, Meal, c. 1, s. 485-486.

⁶⁶ AYHAN Sinan, "Şûraya Yeni Bir Bakış", İslami Yönetimin Temeli Şûra, s. 58-59.

⁶⁷ SÖNMEZ Abidin, Şûra ve Resûlullah'ın Müşaveresi, İstanbul, 1984, s. 15; TANRIVERDİ Hasan, "İslam Hukukundaki "İcma" İle Modern Hukuktaki "İctihadı Birleştirme Kararı" Arasında Bir Mukayese", Kamu Hukuku Arşivi, Mart 2004, s. 137 vd; AKYÜZ, Siyasi Kavramlar, s. 95-96; DOĞAN, Şûra, s. 67; KANDEHLEVİ, c. 4, s. 99.

⁶⁸ CİN-AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 64; AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 38.

sosyal ve modern gelişmelere bağlı olarak farklılaşabilir⁶⁹. Şûranın müslümanlara bir görev olarak yüklenmesi fakat şeklinin kesin olarak belirlenmemesi, şûranın bir meclis olarak oluşumuna engel değildir. Bu hükmün yerine getirilmesinin, insanların bir araya gelmesini sağlayacak bir meclisin oluşumunu da gerekli kıldığı kabul edilmektedir. Şûra meclisinin oluşumu ve özellikleri noktasında rehber edilecek temel kaynaklar ise Kur'an, sünnet ve sahabenin uygulamalarıdır⁷⁰.

A. ÜYELERİ

Şûra ile ilgili ayetlerden şûrayı yapacak olan kimselerin müslümanlar olduğu anlaşılmaktadır. Ayette şûranın, ayırım yapılmaksızın bütün müslümanların özelliği olduğu vurgulanmaktadır⁷¹. Toplumla ilgili bir konuda fikrini beyan etmek her mü'minin hakkıdır⁷². Uygulamaya bakıldığında ise müslüman olmayanlar ile de müşavere edildiği görülmektedir. Hz. Peygamber ve dört halifenin müşavere ettiği kişiler ve daha sonra onların yerini tutanlar için kaynaklarda "ehlü's şûra" ve "ehlü'l hall ve'l akd" tabirleri kullanılmıştır⁷³. Şûra meclisi üyelerinin sayısı konusunda Kur'an, sünnet ve ilk uygulama açık bir kural ortaya koymamıştır. Bununla birlikte şûra meclisinin sadece belli bir

⁶⁹ "Şûra İslam'da hükmün istinad ettiği asıllardan biridir. İslamda tahdid ve tanzim edilmiş bir şûra nizamı yoktur. Bunun tatbikatı tamamen zaman ve mekân icaplarına terkedilmiştir." KUTUB, İslamda Sosyal Adalet, (çev: TUNAGÜR Yaşar-MANSUR Adnan), İstanbul 1968, s. 134; MEVDUDÎ, İslam'da Hükümet, (çev: GENCELİ Ali), Ankara (tsz), s. 491-492; Şafi ve Maliki mezhepleri biçimin önemsiz olduğunu ama halkın rızasının şart olduğunu belirtir. Ebu ZEHRA Muhammed, İslam'da Siyasi ve İtikadi Mezhepler Tarihi, (çev: FIĞLALI Ethem Ruhi- ESKİCİOĞLU Osman), İstanbul 1970, s. 123; SHOIL Muhammad, Administrative & Cultural History Of Islam, Lahore 1992, s. 41; AYDIN, Şûra, s. 25-26; ŞAHİNOĞLU, s. 97; GÜNENÇ, s. 145.

⁷⁰ AL-MUNİFİ Abdullah Abdülaziz, Islamic Constitutional Theory, Virginia 1973, s. 371-372.

⁷¹ Ali imran sûresinin 159. ayetinde hitap edilenin kim olduğu konusunda tartışmalar söz konusudur. Bir görüşe göre muhatap Hz. Ebu Bekir ve Hz. Ömer'dir. Diğer görüş ise Uhud Savaşından kaçan müminler olduğunu savunmaktadır. Şûra edilecek kimselerin seçimi konusunda bize yol gösterebilecek en önemli kanıt Hz. Peygamberin uygulamalarıdır. BİLMEN, Meal, c. 1, s. 485-486.

⁷² AL-KHATİB Numan Ahmed, "Islamic Thought and Political Parties", Islam Today, Jordan April 1986, s. 13, SHOIL, s. 12.

⁷³ CANAN İbrahim, Hadis Ansiklopedisi (Kütüb-i Sitte), c. XVI, Ankara 1992, s. 48; KARAMAN, İslam Hukuku, c. 1, s. 103; ŞAHİNOĞLU, s. 97-98.

zümrenin katılımıyla oluşan bir kurul olmadığı anlaşılmaktadır⁷⁴. Hz Peygamber döneminde oluşturulan meclis Hülafa-i Raşidin devrinde de müşavere meclisi olarak devam etmiştir. Raşid halifelerin şûra heyeti, Hz. Peygamberin Medine‘de bulunan ashabının ileri gelenlerinden oluşmuştur. Daha sonra bu meclise güvenilir yeni üyeler katılmıştır. Aynı zamanda vilayetlerde valilerin şûra ettikleri bir meclisleri de bulunmuştur. Daha sonraki yüzyıllarda ise toprakların genişlemesi ve müslümanların sayısının çoğalması sonucunda şûra kurulunun üyelerinin belirlenmesi için bir yol bulunamamış, farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bir kısım İslam hukukçusu, bu konuda seçim yapılmasını öngörürken bir kısmı ise toplumdaki seçkinlerin veya devlet reisinin tayini ile bu belirlemenin yapabileceğini ileri sürmüşlerdir⁷⁵.

Şûra ile hedeflenen sonuçlara ulaşabilmek için uygulamadan da hareketle bir takım genel prensiplere varılmıştır. Hz. Ali'nin beyat için gelenlere: “Bu iş size düşmez, bu ancak şûra ehlinin ve Bedir ehlinin yapacakları iştir” şeklindeki ifadesinden, o dönemde şûra üyelerinin bilinen, belirli kişiler olduğu ve halifenin dilediği kimseleri üye olarak tayin edemediği anlaşılmaktadır. Hz. Peygamberin kendisini aday gösteren ve ısrarla görev talep eden kimselere kamu görevi verilmesini istemeyişi uygulamasına dayanılarak da, şûra üyelerini, müslümanların veya onlar adına tarafsız bir heyetin aday göstermesi gerekliliği ileri sürülmüştür. Bazı İslam âlimlerine göre ise devlet başkanı konunun özelliğine göre değişik şûra meclisleri oluşturabilir. Toplumun tümünü ilgilendiren bir konuda, şartlar uygun olduğu takdirde bütün halk ile istişare edilebilir. Bu mümkün olmadığı zaman ise halkın önde gelen görüş ve fikir sahipleriyle istişarede bulunulabilir⁷⁶. Seçimin gerekli olduğunu ileri sürenler, devlet başkanının belirlenmesinden sonra en önemli konu olarak şûra kurulunun belirlenmesini görürler. Bu belirleme de seçim yoluyla olmalıdır. Bunun gerekçesi ise şudur: “Hülafa-i Raşidin döneminde şûra meclisi seçim ile

⁷⁴ TABLİYE Kutub Muhammed, al İslam ve Hukuk al İnsan, Kahire 1984, s. 554; Zeydan Danışma meclisi ile ehl-ü hal ve'l akdi birbirinden ayırarak, ikincisinin sırf halife seçimiyle görevli olduğunu belirtir. ZEYDAN, İslam Hukukunda Fert ve Devlet,(çev: ARZU Cemal), İstanbul 1978, s. 43.

⁷⁵ MEVDUDÎ, Hükümet, s. 454 vd.

⁷⁶ Mevdudîye göre “...bugünün hal ve vaziyetinin iktizasına göre, herhangi bir şekilde, imkân olan ve gayri meşru olmayan bir yol ile bu gibi zevatı araştırıp bulup seçebiliriz. Cumhuri kavmin yani millet efradının çoğunluğunun güvenini kimler kazanmıştır diyebilir ve bunları iş başına getirebiliriz. Zamanımızda dahi mevcut bulunan seçim şekillerinden birini tatbik edebiliriz. Ancak şu şartla ki, bu seçim şekli öyle bir vaziyet alsın ki, işin esas gayesi ortadan kalkmış olmasın.” MEVDUDÎ, Hükümet, s. 459; ZEYDAN, Devlet, s. 49; KARAMAN, İslam Hukuku, c. 1, s. 103.

oluşmamıştır ve İslam hukukunda bu meclisin oluşum kuralları belirlenmemiştir. Bu durumu göz önüne alarak meclisin seçim ile oluşmayacağını söylemek yanlış olur. Çünkü o günün meseleleriyle bu zamanın meseleleri aynı şekilde görülemez. İslam Mekke’de ortaya çıktığı zaman İslam’ı kabul eden herkes Hz. Peygamberin arkadaşı, yardımcısı, müşaviridir. Hz. Peygamber açık nas olmayan konularda bu kimselerle müşavirlerde bulunmuştur. Elbette ki o dönemde Hz. Peygamberin yanında yer alanlar seçim veya reylerle iş başına getirilmiş değillerdir. Bu kimseler uygulamalar ve tecrübeler neticesinde müşavir kılınmışlardır. Hicretten sonra ise Medine halkının ileri gelenleri İslam’ı kabul etmişler ve bu kimseler de şûra heyetine kendiliğinden dahil olmuşlardır. Onlar son derece güvenilir kimselerdir. Eğer bir seçim yapılacak olsaydı zaten seçilirlerdi. Daha sonra ise o dönemin şartlarını ve o kimselerin vasıflarını bulmak mümkün olamamıştır. Dolayısıyla bu dönemden sonra şûra heyetinin oluşturulması için, günün şartlarına uygun bir seçimin yapılması gerekir⁷⁷.

Seçimin gerekliliğini vurgulayan İslam hukukçuları bir takım üyelik şartlarını da ortaya koymuşlardır. Şûra ehlinin hem genel olarak İslam hukuku esaslarını ve hem de müslümanların yararıyla ilgili olan ilim, teknik ve sanatı bilen kimselerden olması gerekir. İslam hukuku ile ilgili konularda İslam’ı bilen kimselerin dışında olanların görüş belirtme haklarının bulunmaması şartıyla, bu kurulda ihtisaslaşmaya da gidilebilir. İslamiyet şûra ehlinin sayılarını ve onların seçilme yollarını sınırlamamıştır. Bu konuda zaman ve mekânın şartları göz önünde tutulur⁷⁸. Kişisel konularda ise müşavere için seçilen kimselerin niteliği danışma konusunun niteliğine göre değişebilir. Fıkhi konularda bir fakihle, tıbbî ise bir hekimle, ticarî konularda konunun uzmanı bir kişiyle şûra edilebilmesi gerekir⁷⁹.

Şûra ehli kimseye düşen önemli görevler söz konusudur. İstişare edenin doğruyu söyleyenlerle şûrada bulunması, istişare edilenin de doğruyu söylemesi esastır. Kendisine danışılan kimsenin görevlerinden biri de sır saklamaktır.

⁷⁷ AKGÜL Eşref M, “Alimler Bozulmazsa Devlet de, Millet de Bozulmaz”, İslami Yönetimin Temeli Şûra, İstanbul 1992, s. 156.

⁷⁸ KARAMAN, “Şûranın Önemi ve İşlerliği”, İslami Yönetimin Temeli Şûra, s. 29; UDEH Abdülkadir, İslam ve Siyasi Durumumuz, (çev: ERYARSOY Beşir), İstanbul 1986, s. 201-202; AYDIN, Şûra, s. 26; ŞAHİNOĞLU, s. 97-98.

⁷⁹ KÜÇÜK Raşit, “İslami Bir Toplumun Oluşmasında İstişarenin Yeri”, İslami Yönetimin Temeli Şûra, s. 41-42; DOĞAN, Şûra, s. 68-69.

Kur'an ve hadislerde de şûra ehlinin bu görevi önemle vurgulanmıştır⁸⁰. Sosyal hayat canlı bir organizma gibi sürekli yenilenen ve değişen bir yapıya sahiptir. Her meslek grubu yıllar geçtikçe bilim ve teknoloji sayesinde kendini yeniler. Dolayısıyla müşavir de bu yenilik çemberinde yerini almalıdır.

B. ŞÛRANIN KONUSU

İslam hukukçuları şûranın konusunu oluşturan hususlarda ihtilafa düşmüştür⁸¹. Bununla birlikte şûranın, Kur'an ve sünnette hükmü kesin olarak belirlenmiş konularda yapılamayacağına birleşmiştir⁸². Bu durumda hakkında Kur'an'da ve sünnette bir hüküm olmayan ne gibi konular, şûranın konusu olabilir sorusuyla karşılaşmaktadır. Bu konuda şûrayla ilgili ayetin nüzul sebebine bakılarak şûranın sadece "savaşa" ait olduğunu savunanlar vardır. Buna karşılık şûranın hükmünün genel olduğunu, dolayısıyla sadece savaş ile sınırlanamayacağını ileri sürenler de bulunmaktadır. Şûranın konusunun sadece savaşa ilişkin olabileceğini iddia edenlerin dayandıkları temel delil, Al-i İmran sûresinin 159. Ayetinde geçen "el-Emr" kelimesidir. Bu kelimenin savaş yani düşmanla karşılaşmaya ait olduğu ileri sürülmüştür. Dolayısıyla şûra emri diğer konuları içine almaz ve sadece savaşa özel olması gereklidir. Hz. Peygamber için içtihadı caiz görmeyenler yine şûranın sadece savaş emri gibi dünyevi konularla ilgili olduğunu savunmuşlardır. Buna göre Hz. Peygamberin sadece ayette geçen emir doğrultusunda savaş ve savaşı ilgilendiren hususlarda ahabıyla müşavere etmesi söz konusu olabilir. Diğer konularda Hz. Peygamberin ahabının görüşüne başvurarak içtihadta bulunması caiz değildir⁸³. Şûra emrinin genel olduğunu iddia edenlere göre ise Kur'an hükmünü kıyas yoluyla hususileştirmek caiz değildir. Dayandıkları delil Bakara sûresinin 34.

⁸⁰ Âl-i İmran Suresinde: "Ey iman edenler! Kendi dışınızdakileri sırdaş edinmeyin..." buyrulurken Müslümanların aldığı sırları kendi dışında bir başkasına aktarmaması öğütlenmektedir, Âl-i İmran, 3/118.

⁸¹ el-KURTUBÎ, el- Câmî, c. IV, s. 249-252; ATEŞ, Tefsir, c. 2, s. 128; YAZIR, c. II, s. 454.

⁸² Gereğesi, "mevrid-i nasta içtihadı mesağ yoktur" (Mecelle m.14) şeklinde özetlenmektedir. AYDIN, Şûra, s. 24; YAZIR, c. VI, s. 4248; "Hakkında kesin nass bulunan konulardaki istişare sadece yöntem ve usule yönelik olabilir. İstişare konuları, özellikle içtihad alanları, fikri bir çatışmayı, rey ve görüş beyanını gerektiren konulardır." KÜÇÜK, s. 40; ŞAHİNOĞLU, s. 97; KUTUB, Adalet, s. 134-135; İbn KESİR, c. I, s. 339-340.

⁸³ Bu görüşte olanların dayandıkları ayet "O hevadan (kendi nefsinden) söylemiyor" ayetidir, Necm, 53/3; er-RAZÎ Fahreddin, Tefsir-i Kebir Mefatihü'l Gayb, (çev: YILDIRIM Suat-CEBECİ Lütfullah-KILIÇ Sadık- DOĞRU Sadık), c. 7, Ankara 1990, s. 162-163; ATEŞ, Tefsir, c. 2, s. 128.

Ayetidir⁸⁴. Buradaki “el-Emr” her ne kadar Uhud savaşıyla ilgili gibi görünse de şûra emri genel bir hükümdür. Dolayısıyla emir özel olsa da hükmü geneldir. Ayet indiği zaman Hz. Peygamber tarafından zaten gerekli müşavere yapılmıştır. Bu hüküm daha sonra gelmiştir. Hükümde en güç şartlarda, hatta arzu edilmeyen sonuçlara ulaşılsa bile şûranın terk edilmemesi hatırlatılmıştır. Bir şey yapılmaya başlandıktan sonra gelen hüküm, o işin önemini ve terk edilmemesi gerektiğini hatırlatma amacındadır. Dolayısıyla hüküm sadece savaş ile ilgili değildir. Hakkında ayet olmayan diğer konuları da kapsamaktadır⁸⁵. Şûra sûresinin 38. ayetinde “şûra” müslümanların vasıfları arasında sayılmıştır. Ayrıca şûra ayeti henüz müslüman cemaatin bir devlet şeklinde bile teşkilatlanmadığı Mekke devrinde nazil olmuştur⁸⁶. Hz. Peygambere müşrikler ve diğer düşmanlara karşı savaş emri Medine döneminde verilmiştir. Bu durumda şûra hükmünün sadece savaşa ait olduğu görüşü çürümektedir. Hz. Peygamberin uygulamalarına göz atıldığı zaman, sadece savaşla ilgili konularda değil diğer meselelerde de müşavere edildiği görülmektedir⁸⁷.

Yukarıda anlatılan gerekçeler çerçevesinde şûra hükmünün sadece savaş ve savaşla ilgili meselelerle sınırlı olamayacağı görülmektedir. Hz. Peygamber, savaş ile ilgili işler başta olmak üzere, birçok konuda sahabesiyle istişarede bulunmuştur. Dolayısıyla hakkında açık nass bulunmayan her türlü konuda şûra edilebilir⁸⁸. Ayrıca Şûra sûresindeki hüküm açıktır. Hz. Peygamberden sonra dört halife ve sahabe de şûraya gerekli önemi vermişler, halife seçimi, dinden dönenlerle savaş, dedenin mirası gibi çeşitli konularda aralarında müşavere yaparak kararlar almışlardır⁸⁹.

⁸⁴ Bakara sûresinde “Hani meleklere, ‘Âdem’e secde edin’ demiştik de (şeytanların reisi olan) İblisten başkası hemen secde etmişlerdi. O ise dayatmış kibirlenmek istemişti (zaten de) o kâfirdendi”, Bakara, 2/ 34.

⁸⁵ Dayanılan hadis şudur: “Ben de sizin gibi bir beşerim. Size dininize ait bir hususta emrettiğim zaman onu alınız. Size rey’imle bir hususu emrettiğim zaman ancak ben de sizin gibi beşerim, ‘siz dünya işlerini daha iyi bilirsiniz.” İbn MACE, Ruhun 15, h. 2470-71.

⁸⁶ HAMİDULLAH, İslam Peygamberi, c. II, s. 121 vd.

⁸⁷ BİLMEN, Meal, c. 1, s. 485-486; İbn KESİR, c. I, s. 420; KUTUB, Adalet, s. 134-135; ATEŞ, Tefsir, c. 2, s. 128; er-RAZİ, c. 7, s. 163.

⁸⁸ er-RAZİ, c. 7, s. 160-161; BİLMEN, Meal, c.1, s. 485-486; KÜÇÜK, s. 40; ATEŞ, Tefsir, c. 2, s. 128; YAZIR, c. II, s. 454.

⁸⁹ KILIÇER M. Esad, İslam Fıkında Re’y Taraftarları, Ankara 1975; s. 8; BİLMEN, Meal, c.1, s. 485-486; KÜÇÜK, s. 41; ATEŞ, Tefsir, c. 2, s. 128; YAZIR, c. II, s. 454.

C. ŞÛRA MECLİSİNİN GÖREVLERİ

Şûra heyetinin görevini sadece savaş ile sınırlanamayacağını ifade ettik. Buna göre bu heyet savaş konusu dışında da bir takım önemli kararlar alır. Burada şûra heyetinin devlet yönetimi açısından önem arz eden görevleri üzerinde durulmuştur.

1. Devlet Başkanının Seçimi ve Azli

Şûra heyetinin İslamî kaynaklarda belirlenen temel görevi halkın temsilcileri olmaları sıfatıyla onlar adına devlet başkanını tayin etmektir. Halifenin belirlenmesi konusunda, her biri Kur'an ve sünnete dayalı olarak kendi anlayışının daha doğru olduğunu iddia eden farklı siyasal görüşler ortaya çıkmıştır. Bunlardan en belirgin olanları Sünni ve Şii öğretileridir⁹⁰. Sünni hukukçular halifenin seçim yoluyla belirlenmesi usulü üzerinde ittifak halindedirler⁹¹. İslam hukukçuları Halife seçiminin "ehl-i hall ve'l akd" olarak nitelendirilen seçici bir heyet tarafından yapılması konusunda birleşmiştir⁹². Bununla birlikte bu heyetin kimlerden oluşacağı ve seçim nisabı konusunda görüş birliği söz konusu değildir. 11. Yüzyılın iki önemli hukukçusu Maverdî ve Ebû Ya'lâ el-Ferra, halifeyi seçecek ehl-i hall ve'l akdde esas olarak üç niteliğin bulunması gerektiğini ileri sürmüşlerdir: 1. âlim olma 2. adil olma 3. rey ve tedbir sahibi olma⁹³. Buna göre şuur, ahlak ve ilim bakımından yüksek derecedeki insanlar seçmen olabilir. Seçmenler, adil olan, halifelüğün şartlarını bilen ve adaylardan hangisinin devlet ve millete daha yararlı olabileceğini kavrayabilen kişiler olmak zorundadır. Dolayısıyla herkes halifeye biat etme niteliğine sahip değildir. Bir kısım hukukçular bu gruba girenleri çok dar yorumlayarak sadece müçtehit hukukçuların seçim hakkı olduğunu savunurken, zamanla yorumlar genişleyerek ordu kumandanları ve halkın ileri gelenleri de

⁹⁰ Şiilerin imamet olarak niteledikleri hilafet, ancak Tanrı'nın veya Peygamberin veya mevcut halifenin belirlemesiyle ortaya çıkar. İmamet İslam toplumunun icmama veya seçimine bırakılacak konulardan değildir. Sünnilere göre ise halifenin seçimle belirlenmesi esastır. Seçime seçmen olabilecek herkesin katılması gerekir. Ancak tüm seçmenlerin biat etmemeleri hilafetin meşruluğuna etki etmez. Coğunluğun biati yeterlidir. FİĞLALI E. Ruhi, "Hariciliğin Doğuşuna Tesir Eden Bazı Sebepler", AÜİFD, sy. XX, Ankara 1975, s. 213.

⁹¹ İlk Halife Hz Ebu Bekir bu yolla seçilmiştir. SHOIL, s. 19-20; HAMİDULLAH, İslam Tarihi, s. 132.

⁹² LAMBTON, State and Government in Medieval Islam, London 1985, s. 18; EMEK Halis, "Şûra En Doğruyu Bulmak İçindir", İslami Yönetimin Temeli Şûra, s. 158-159.

⁹³ MAVERDÎ, Ebu'l Hasan: el Ahkamu's Sultaniye, (çev: ŞAFAK Ali), İstanbul 1976, s. 6; Ebu YA'LÂ el-Ferra, el-Ahkamü's Sultaniyye, Beyrut 1983, s. 19.

seçici kurulun içine dahil edilmiştir. İslam hukukçuları ehl-i hall ve'l akdin niteliklerini belirlerken genellikle Râşid halifeler devrinde seçimlere katılan kimseleri örnek almışlardır⁹⁴.

Halife seçimi ile ilgili ortaya çıkan ikinci problemse devlet başkanının seçiminde yetkili olan seçici kurulun asgari sayısının ne olması gerektiğidir. Bazı İslam hukukçuları yalnızca devlet merkezindekilerin biatını yeterli görürken, bir kısmı ise il merkezlerinden seçilip gönderilecek temsilcilerin katılımını aramaktadır⁹⁵. Bunun yanı sıra seçmen niteliğine sahip bütün ümmetin katılımını arayan İslam hukukçuları da bulunmaktadır⁹⁶. Dolayısıyla bu konuda da bir görüş birliği yoktur. Dört halife dönemindeki seçimlere bakıldığında zaman ne sınırlı sayıda seçmenin ne de bütün ümmetin katılımının söz konusu olmadığı görülmektedir. O dönemdeki halife seçimleri dönemin şartları gereği hilafet merkezindekilerin katılımı ile yapılmıştır⁹⁷.

Devlet başkanının tayininde ikinci yol, işbaşındaki halifenin kendisinden sonra yerine geçecek kişiyi belirlediği ve sağlığında ehl-i hall ve'l akdden yerine belirlediği kimse için biat aldığı ahd usulüdür⁹⁸. Ahd usulünde

⁹⁴ HAMİDULLAH, İslam Tarihi, s. 126-127; CİN-AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 89-90.

⁹⁵ “İslam hukukçularının çoğunluğu tüm Müslümanların seçmen olmasını kabul etmemişlerdir. Çünkü o dönemlerde bunun pratiği yoktur. Zamanla fukaha arasında genel kabul gören görüş ise imamı, müslümanların temsilcisi olabilecek vasıftaki belirli kişilerin seçmesidir. Bu seçmenlere “ehlu'l hal ve'l akd” adı verilmiştir.” KAHVECİ, İslam Siyaseti, s. 273; LAMBTON, State, s. 18.

⁹⁶ Bu konuda bilgi için bkz. AYDIN M. Akif, “İslam Hukukunda Devlet Başkanının Tayin Usulü” İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları, İstanbul 1996, s. 145-146.

⁹⁷ “Bazı fakihler de Hz. Peygamber'in amcası Abbas'ın Hz. Ali'ye “Elini uzat, sana biat edeyim” demiş olmasını ve halkın da onu izlemesini örnek göstererek, tek bir kişinin bile halifeyi seçebilmesinin geçerli olabileceğini ileri sürmüşlerdir.” ÜÇOK-MUMCU-BOZKURT, s. 68; CİN-AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 90.

⁹⁸ WELHAUSEN Julius, Arap Devleti ve Sukutu, (çev: IŞILTAN Fikret), Ankara 1963, s. 19; NAGEL Tılman, Untersuchungen zur Entstehung Des Abbasidischen Kalifats, (dissertation), Bonn 1972, s. 107-115; HİZMETLİ Sabri, “Cahız'ın İmamet Anlayışı”, AÜİFD, sy. XXVI, Ankara 1983, s. 687; CABİRİ Muhammed Abid, İslam'da Siyasal Akıl, (çev: AKYÜZ Vecdi), İstanbul 1997, s. 295; LEDER Stefan, “The Pragmatic Chracter of Maşa'ini's Shura-Narration”, Studia Islamica, vol. 88, Paris 1998, s. 42; FIĞLALI, Haricilik, s. 227; FARUQI, “Legitimacy of Authority”, s. 12; SHOIL, s. 23-25;

veliahd tayini yapan halifenin bu göreve en layık, imamlık şartları en kuvvetli olan kişiyi arayıp bulması gerekir⁹⁹. Ahd usulünde halife tarafından belirlenen ismin göreve başlamak için ehl-i hall ve'l akdden biat almasının gerekli olup olmadığı hususu İslam hukukçuları arasında tartışmalıdır. Maverdî'nin içinde bulunduğu bir grup hukukçuya göre bu yolla halife olan kişinin ayrıca ehl-i hall ve'l akdin onayını alması gerekmektedir¹⁰⁰. Ebu Ya'lâ'nın içinde yer aldığı diğer bir görüşe göre ise bu yolla halife olanların da işbaşına geçerken mutlaka biat almaları gerekmektedir¹⁰¹. İslam tarihinde ahd usulünün iki şekilde uygulama alanı bulduğu görülmektedir. Eğer halife kendisinden sonra halife olacak kişiyi ismen belirlemişse buna "İstihlaf" denilmiştir¹⁰². Önceki halife tarafından ismen belirlenen kişi seçmenlerin onayına sunulmuştur. Halife bu şekilde davranmayıp kendisinden sonraki halifenin seçilmesini, seçimi aralarında yapmak üzere bir heyete de devredebilir. Buna ise "şûra usulü" denilmiştir¹⁰³. Özellikle dört halife dönemindeki halifelerin belirlenmesinde şûra

CİN-AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 90; YA'LÂ, s. 25; MAVERDÎ, s. 11 vd; AYDIN Devlet Başkanı, s. 151-153.

⁹⁹ MAVERDÎ, s. 11.

¹⁰⁰ Maverdiye göre "böyle bir akdin yapılabilmesi üzerine icma vardır. Müslümanların uyguladıkları şu iki yolun sıhhati üzerinde ittifak vaki olmuştur; Ebu Bekir Ömer'i iktidara ahit yaptı ve Müslümanlar bu ahitle onun imametini sabit kıldılar. Ömer de imameti şûraya ahdetirdi. Cemaat de bunu kabul etti. Ahit, imamın veliaht tayin ettiği kişinin bunu kabul etmesine bağlıdır. Muvellanın durumu değişmedikçe imamın onu azletmesi caiz değildir", MAVERDÎ, 11vd.

¹⁰¹ YA'LÂ, s. 25; CİN-AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 90.

¹⁰² Hz Ebubekir ikinci halife Ömer'i bu yolla belirlemiştir. CİN-AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 91; "Taberinin rivayetine göre Hz. Ebu Bekir'in Hz. Ömeri tayini ile ilgili vasiyetnamesi şöyledir: Bu Resulullah Muhammed (s.a.v)'in halifesi Ebu Bekr'in dünya hayatının sonu, ahiret hayatının başlangıcında, kâfirin iman ettiği, fasıkın bile Allah'tan korktuğu son demde yazdırmış olduğu ahidnamedir: 'Ben, sizin üzerinize' der demez Hz. Ebu Bekr bayılır. Bunun üzerine Hz. Osman ahidnameye Ömer b. Hattab'ı tayin ettim ibaresini yazar. Derken Hz. Ebu Bekir ayılır. Hz. Osman'a ne yazdığını sorar, O da Ömer b. Hattab'ı tayin ettim ibaresini okuyunca Hz. Ebu Bekr çok memnun olur ve tekbir getirir." KAZICI, s. 86-87.

¹⁰³ Hz. Ömer, kendisinden sonra devlet başkanı olacak kimseyi seçmek için bu yoldan yararlanmıştı. O halifeyi bizzat seçmek yerine, seçim işini altı kişilik bir heyete havale etmiş ve Hz. Osman bu heyet tarafından seçilmiştir. CİN-AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 91; ÜÇOK Bahriye, Emeviler- Abbasiler,

heyeti önemli rol oynamıştır. Hz. Ebu Bekir ve Hz. Ali şûra heyetince belirlenmiştir. Hz. Ömer Hz. Ebu Bekir tarafından, Hz. Osman Hz. Ömerin tayin ettiği şûra kurulu tarafından ahd usulü ile belirlenmiş ve halifelikleri bu heyetçe de onaylanmıştır.

Şûra heyeti halifenin belirlenmesinde olduğu gibi görevden azlinde de karar veren mercidir. Yalnızca halifenin dinden çıkması durumunda bu seçici kurulun onayına gerek yoktur¹⁰⁴.

2. Yürütme ve Yasama ve Denetim

Şûra meclisi, devlet yönetimi ile ilgili konuları tartışıp karara bağlayan icrai bir organdır. Dolayısıyla hükümet işlerinin yürütülmesinden devlet başkanının seçimine kadar devletin faaliyet sahasına giren her türlü mesele bu icrai organ tarafından yürütülür¹⁰⁵. Devlet meselelerinin müşavere ile çözümlenmesi aynı zamanda yöneticiye de yüklenmiş bir sorumluluktur. Yöneticinin, başında bulunduğu topluma veya onların gerçek temsilcilerine danışmadan o toplumla ilgili işleri yürütmesi veya kararlar alması mümkün değildir. Şûra emrine uymayan yöneticinin azli gerekir¹⁰⁶. Bu hususu destekleyici Kur'an ayetleri ve Hz. Peygamberin hadisleri mevcuttur. Görüldüğü üzere şûra heyeti, hakkında kesin nas bulunmayan her türlü işi yürütme yetkisine sahiptir¹⁰⁷.

Ehli şûranın faaliyet gösterebileceği yasama alanının yürütmede olduğu gibi sınırları belirlidir. İslam hukukuna göre yasama yetkisi Allah'a aittir. Dolayısıyla İslam hukukunda bu yetki mutlak ve sınırsız bir şekilde

Ankara 1979, s. 1; ÇAĞATAY Neşet, Başlangıçtan Abbasilere Kadar İslam Tarihi, Ankara 1993, s. 373; CİN-AKGÜNDÜZ, c. I, s. 174.

¹⁰⁴ Akıl hastalığı, halife olduktan sonra ortaya çıkan bedensel sakatlıklar, esir düşme, adaletten ayrılma, fiska sapma durumunda azil kararını şûra heyetinin vermesi gerekir. CİN-AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 93.

¹⁰⁵ MEVDUDÎ, Hilafet, s. 36.

¹⁰⁶ İslam hukukçuları şûranın farz olup olmadığı hususunda ihtilaf halindedir. İmam şafinin de içinde bulunduğu bir kısım İslam hukukçusu şûra emrinin Hz. Peygambere hitap ettiğini ve farz olmadığını ileri sürer. İslam hukukçularının büyük bir çoğunluğu ise vahyin inmediği ya da bulunmadığı konularda bu emrin mutlak bir hüküm ifade ettiğini belirtmektedirler. El- Kurtubi, tefsirinde İbn Atiyye'nin "şûra, şeriat prensiplerinden, ciddi ve pekiştirilmiş hükümlerindedir, İlim sahibi dindar kimselerle istişare etmeyen yöneticinin azli vaciptir" yani farzdır dediğini nakleder ve "bunun böyle olmasında hiç bir ihtilaf yoktur" diye de ilave eder. el-KURTUBÎ, el- Câmi, c. IV, s. 249-252; İbn KESİR, c. I, s. 339-340.

¹⁰⁷ ŞAHİNOĞLU, s. 106.

kullanılmaz. Nass ile sabit olmayan veya yeni ortaya çıkmış durumlarda, İslamî prensiplerin ışığı altında yapılan bir faaliyet söz konusudur. O halde şûra heyeti açık bir nass bulunmayan herhangi bir meselede kanunlar ve nizamlar koyabilir¹⁰⁸. İslam siyaset teorisinde, şûra heyetinin görevi sadece devlet başkanının danışıp görüş aldığı konularla sınırlı değildir. İslam hukukunda hemen herkesin toplum için yararı olduğuna inandığı düşüncelerini açıklayabilme hakkı vardır. Dolayısıyla şûra ehli de her türlü konuda görüş ve düşüncelerini tam bir serbesti içerisinde ifade edebilir. Ümmetin yararına gördüğü fikirlerini, Halife sormadan resen sunabilir¹⁰⁹.

Şûra heyeti, temsil ettiği halk adına yasama ve yürütme faaliyetlerini yerine getirmekle yükümlü olduğu gibi, halifenin ve onun emri altında bulunan diğer görevlilerin yönetim tarz ve uygulamalarının Kur'an ve sahih hadisler çerçevesinde yürüyüp yürümediğini kontrol etmekle de yükümlüdür. Şûra kurulu, işler hukuka uygun yürüdüğü müddetçe yöneticilerin yanında kalıp, meydana gelebilecek yanılma veya sapma anında ise müdahale ederek düzelmelerini sağlamak durumundadır.

D. ŞÛRA KARARLARINA BAĞLANAN SONUÇ

Şûra kurulunun toplanması ile alınan karar açıktır ki devlet yönetiminde büyük önem arz eder. Yapılan şûra sonucunda şûra ehlinin verdiği karar ile yöneticinin görüşü aynı doğrultuda ise herhangi bir problem yoktur. Eğer yönetici ile şûra heyetinin verdiği karar farklı ise yönetici ne şekilde hareket etmelidir? Bu konuda değişik çözümler ileri sürülmüştür.

Bunlardan birincisi devlet işlerini iyi bilen, ileri görüşlü, kendisine güvenilir kişilerden oluşmuş bir heyetin gerekliliğini öneren hakem yoludur. Bu heyet yönetici ile şûra heyeti arasında ortaya çıkan ihtilafta devreye girer ve her iki görüşü de inceleyerek doğru karara varır. Bu özel heyetin vermiş olduğu karara yönetici de uymak zorundadır. Bir ihtilaf neticesinde hakem heyetine ilk başvuru Hz. Ömer döneminde olmuştur. Hz. Ömer sahabelerle arasında çıkan ihtilaf neticesinde muhacirlerden oluşmuş özel bir heyetin görüşüne başvurmuştur¹¹⁰. Devlet başkanının, kendi görüşüne muhalif bile olsa,

¹⁰⁸ MEVDUDÎ, Hükümet, s. 43-44; BİLMEN, Meal, c. 1, s. 485.

¹⁰⁹ “Hz. Ebu Bekir’in halifeliği dönemindeki savaşlarda sahabeden Kur’an’ı ezberlemiş birçok hafız şehit olmuştur. Başta Hz. Ömer olmak üzere birçok kişi Kur’an’ın korunmasıyla ilgili olarak endişeye kapılmıştır. Bunun üzerine Hz. Ömer kendisine hiçbir şey sorulmadığı halde Kur’an’ın tek bir kitap halinde toplanması fikrini ortaya atmıştır.” GÖKMENOĞLU, s. 186.

¹¹⁰ “Hz. Ömer Şam’da veba salgını olduğunu haber alır. Bunun üzerine yanında bulunan sahabelerle Şam’a girmek veya geri dönmek konusunda istişarede bulunur. Sahabe ile arasında ihtilaf olur. Bunun üzerine Hz. Ömer ilk

çoğunluğun görüşünü uygulaması ikinci çözüm yoludur¹¹¹. Buna göre idareci çoğunluğun vermiş olduğu kararı doğru kabul etmelidir¹¹². Şûra ehlinin tamamının aynı görüşte birleşmesi şart değildir. Bu görüşün en önemli delili, Uhud savaşından önce yapılan istişari toplantıda Hz. Peygamber'in kendi görüşüne aykırı olmasına rağmen, çoğunluğun görüşüne göre hareket etmesidir. Udeh bu görüşün savunucularındandır¹¹³. Devlet başkanının şûra heyetiyle görüştüktan sonra, çoğunluğun veya azınlığın kararı ile bağlanmaksızın kendi görüşünü esas alması ise üçüncü çözüm yoludur¹¹⁴. Görüşün savunucuları delil olarak Al-i İmran sûresinin 159. Ayetini vermektedirler. Bu ayette Allah'ın Peygamberine “Bir işi yapmaya karar verdiğin zaman, Allah'a dayan, onların müşaveresine değil” şeklinde seslendiğini ifade ederler¹¹⁵. Bu hükme dayanılarak devlet başkanının şer'i bir hükme aykırı olmayan içtihadî bir hüküm vereceği zaman kendi fikrine göre hareket edebilme yetkisi olduğu kabul edilir¹¹⁶. Dolayısıyla devlet başkanı danışma mecburiyeti olmasına rağmen, bu kurulun almış olduğu kararı uygulamak zorunda değildir. Başka bir deyişle başkan daima veto hakkını kullanabilir¹¹⁷. İslam hukukçularından Mevdudî ve

muhacirlerden oluşan bir grubun görüşüne başvurur. Bu heyet Hz. Ömer'e dönmeği teklif ederler. O da bu görüşü kabul ederek maiyetiyle birlikte geri döner. Bu arada başka bir mahalde bulunan Abdurrahman b. Avf geldi. Veba hakkında bir hadis rivayet eder: “Resul-i Ekrem'den işittim: ‘Bir yerde veba olduğunu işitirseniz, oraya girmeyin ve bulunduğunuz yerde vuku bulursa oradan çıkmayın’ diye buyurdu. Böylece alınan kararın isabetli olduğu ortaya çıkmış olur.” BUHARİ, Tıb 30; AHMED Cevdet Paşa, Tarih-i Cevdet, c. 1, s. 388.

¹¹¹ ZEYDAN Abdülkerim, İslam Hukukuna Giriş, (çev: ŞAFAK Ali), İstanbul 1995, s. 103-104.

¹¹² KÖKSAL Mustafa Asım, İslam Tarihi, İstanbul 1987, s. 64-65.

¹¹³ Udeh, “görüş sahiplerinin aynı fikirde birleşmelerinin şart olmadığını, konu enine boyuna tartışıldıktan sonra, şûraya katılanlardan çoğunluğun görüşünün geçerli görüş olduğunu savunmaktadır. Yusuf Kardavi de “idare, şûrayı kendisine kural edinmelidir ve çoğunluğun görüşünü kabul etmelidir” görüşünü savunmaktadır, UDEH, İslam, s. 196; KÖKSAL, s. 64-65.

¹¹⁴ ZEYDAN, İslam Hukuku, s. 104.

¹¹⁵ KURTUBİ, c. IV, s. 252.

¹¹⁶ ZEYDAN, İslam Hukuku, s. 104.

¹¹⁷ “Bu durumda Necm Suresindeki “O hevedan konuşmaz, söyleyeceğini ancak vahiyyle söyler” mealindeki ayet delil gösterilerek, Peygamber'in görüşüne göre hareket edileceği söylenir.” EMİNOĞLU Tahsin, Esbab-ı Nüzul, Konya 1978, s. 203-206; MEVDUDİ, Hükümet, s. 307.

Babilli yöneticinin istişare yapma zorunluluğu bulunduğunu ancak alınan kararlara uyma zorunluluğu bulunmadığını ifade etmektedirler¹¹⁸. Nitekim Hz. Ebu Bekir, döneminde yapılan bir şûrada çoğunluk başka bir şekilde düşünmesine rağmen kendi fikrinin uygulanması için ashâbı ikna etmeye çalışmıştır¹¹⁹.

Şûra meclisi kararlarının bağlayıcılığı konusunda aslî kaynak Kur'an'da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Aynı şekilde Hz. Peygamber ve sahâbenin uygulamalarında da bir birlik söz konusu değildir. Dolayısıyla bu durumda nasıl hareket edileceği İslam hukukçuların içtihadına bırakılmıştır. Buna göre yukarıdaki çözüm yollarından birine uygun şekilde davranılması İslam hukukuna bir aykırılık oluşturmayacaktır. Önemli olan danışmanın yerine getirilmesidir¹²⁰. Bununla birlikte Hz. Peygamber ve Raşit Halifeler dönemindeki uygulamaların genellikle çoğunluğun görüşüne uyulması yönünde olduğu da göz önüne alınarak idarecinin şûra ehlinin çoğunluğunca alınan karara uyması gerektiği şeklinde yorumlanabilir. Kaldı ki şûra heyetinin almış olduğu karar uygulanmayacaksa danışmanın da bir anlamı kalmayacaktır. Çoğunluğun görüşünün esas alınması demokratik kurallara en uygun olanıdır. Ancak bazı önemli konularda devlet başkanının veto veya referanduma sunma hakkının da olması gereklidir.

V. İSLAM HUKUKUNDA ŞÛRANIN GELİŞİMİ

Hukuka ait bir müessesenin zaman içerisindeki gelişimini iç ve dış faktörleri ile beraber ele almak gerektiği için, bu gelişimi devrelere ayırarak incelemek daha isabetlidir.

A. HZ. PEYGAMBER DÖNEMİNDE ŞÛRA

Hz. Peygamber yeni kurulan İslam Devleti'ni yönetirken, Kur'an'da emredilen şûra prensibini titizlikle uygulamıştır¹²¹. Hz. Peygamber sadece devlet işlerini değil zaman zaman din işlerini de arkadaşlarına danışarak çözüme ulaştırmaya çalışmıştır¹²². Şûranın temelleri daha Mekke'de iken atılmıştır. İslam'ın ilk yıllarından itibaren kişisel planda istişare sıkı bir şekilde devam

¹¹⁸ BABİLLİ, S. 79-80; MEVDUDÎ, Hükümet s. 307.

¹¹⁹ eI-MEVDUDÎ Ebu'l-A'la, Hilafet ve Saltanat, (çev: GENCELİ Ali), İstanbul 1966, s. 96.

¹²⁰ CEYLAN, Divan-ı Hümayun, s. 400-417.

¹²¹ İbn TEYMİYYE, Es-Siyasetu's- Şer'iyye, s. 194 vd.

¹²² Ebu Hüreyreden şöyle dediği rivayet edilmektedir: "Resululah (SAV) den çok adamları ile meşveret eden kimse görmedim." TİRMİZİ, Sünen-i Tirmizi Tercümesi, c. 3, s. 240.

etmiştir¹²³. Bu dönemde Allah'a ve Resulüne iman ve onlara teslim olma esasına bağlı olarak müminler, maruz kaldıkları baskı ve zulümlere karşı nasıl davranacaklarını, Hz. Peygambere sormuşlardır¹²⁴. Nitekim Şûra ayeti Mekke'de nazil olmuştur¹²⁵. Medine'ye hicret gerçekleşince on üç yıllık pratiğe sahip olan muhacir oradaki Ensar'a rehberlik etmiştir. Esas olarak Medine'de siyasi bir birlik olarak ortaya çıkan İslam devleti Hz. Peygamberin ve sahabelerin bir araya gelerek yaptıkları şûralarla şekillenmiştir. Gelecekle ilgili olarak Hz. Ali "senden sonra hakkında Kur'an inmemiş ve senden de bir şey duymadığımız bir iş başımıza gelirse ne yapalım" diye sorduğunda, Hz. Peygamber "Ümmetinden abidleri o iş için toplayın, aranızda şûra yapın, bir tek görüşle hükmetmeyin" cevabını vermiştir. Hz. Peygamber başta Hz. Ebu Bekir ve Hz. Ömer olmak üzere Ensar'ın ve Muhacirin ileri gelenleriyle müşaverelede bulunmuştur¹²⁶.

B. HÜLEFA-İ RAŞİDİN DÖNEMİNDE ŞÛRA

Hz. Peygamberin ölümünden sonra halife olan hülafa-i raşidin, şûra hükmünün en önde gelen uygulayıcıları olmuşlar ve hükümet işleri ve icrai meselelerle ilgili hiç bir kararı eh-li şûra ile istişare etmeden almamışlardır¹²⁷. Her şeyden önce dört halifenin belirlenmesinde şûra usulü tatbik edilmiştir¹²⁸. Hz. Ebu Bekir ve Hz. Ali şûra ehline halife olarak seçilmişlerdir. Hz. Ebubekir tarafından ahd usulü ile tayin edilmiş olan Hz. Ömer'in halifeliği yine şûra ehlinin biatiyle desteklenmiştir. Hz. Ömer den sonra halife olan Hz. Osman da Hz. Ömer tarafından oluşturulan altı kişilik şûra heyeti tarafından seçilmiştir¹²⁹.

Hülafa-i Raşidin döneminde çözümünü Kur'an ve sünnette bulunmayan bir mesele ile karşılaşıldığında konu İslam hukukunun mevcut hükümleri ve genel prensipleri ışığında uzun tartışmalar sonunda topluca varılan bir kararla çözülmüştür. Sonraki dönemlerde toplu içtihad faaliyetine Hanefi mezhebinin

¹²³ Shoil, Hz. Peygamberin İslam devletini tek başına yöneten biri olmadığını, devlet yönetimi ile ilgili kararlar alırken yanında bulunanlara danıştığını belirtmektedir. SHOIL, s. 41; KUTUB, Adalet, s. 138.

¹²⁴ COULSON N.J., A History of Islamic Law, Edinburgh 1964, s. 22.

¹²⁵ ATEŞ Süleyman, Kur'an Ansiklopedisi, c. 19, İstanbul 1997, s. 426; EMİNOĞLU, s. 248.

¹²⁶ AKYÜZ, Siyasi Kavramlar, s. 95.

¹²⁷ MEVDUDÎ, Hükümet, s. 453; MEVDUDÎ, Hilafet, s. 36; KUTUB, Adalet, s. 138.

¹²⁸ AYDIN, Devlet Başkanı, s. 145 vd; CİN-AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 88.

¹²⁹ Hz. Osman'ın seçimi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. FARUQI, "Legitimacy of Authority", s. 12; FIĞLALI, Haricilik, s. 227; MEVDUDÎ, Hilafet, s. 90.

ilk oluşum süreci dışında rastlanmamaktadır¹³⁰. Özellikle Hz. Ebu Bekir ve Ömer dönemleri bu açıdan oldukça önemlidir. Hz. Ebu Bekir karşılaştığı hukuki problemleri öncelikle ashabıyla müşavere etmiştir¹³¹. İslam tarihinde “şûra” ilkesinin Hz. Ömer’in halifeliği döneminde müesseseleştiği kabul edilmektedir. Hz. Ömer’in devlet meselelerini ilgilendiren her türlü kararı, şûra heyetiyle birlikte aldığı bilinmektedir¹³². Hz. Ömer ortaya çıkabilecek hukuki problemlerin şûra edilerek çözüme kavuşturabilmesi için belli sayıdaki hukukçunun Medine dışına çıkmalarını yasaklamıştır. Böylece birçok hukuki problem hemen hemen bütün sahabenin katılımıyla istişare edilmiştir¹³³. Dolayısıyla bir toplu içtihad faaliyeti söz konusudur. Hz. Ömer döneminde kurulan divan müessesesi, ashab ve Hz. Ömer arasında geçen istişareler neticesinde şekillenmiştir¹³⁴. İlk iki halife döneminde izlenen şûra usulü diğer halifeler döneminde de takip edilmeye çalışılmıştır. Hz. Osman’ın, Kur’an’ın

¹³⁰ FISHER Nettleton Sydney-OCHSEB WALD William, *The Middle East History*, vol. I, New York/San Francisco 1997, s. 38; YAVUZ Yunus Vehbi, *İslam’da Düşünce ve İnanç Özgürlüğü*, İstanbul 1994, s. 75; CİN-AKYILMAZ, *Hukuk Tarihi*, s. 71; AYDIN, *Hukuk Tarihi*, s. 47.

¹³¹ “Hz. Peygamberin ölümünden sonra bazı kimseler peygamberlik iddiasında bulunmuş, bazıları ise, zekât vermek istemediklerini söylemişlerdir. Bunun üzerine sahabe kendi arasında istişare yaparak yalancı peygamberlerle savaşılması konusunda fikir birliğine varmış, zekât vermek istemeyenler için ise farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir kısım sahabe müsamaha gösterilmemesi gerektiğini, Hz. Ömer’in de içinde bulunduğu bir kısım sahabe ise, Allah’ın varlığını kabul edenlerle savaşılmaması gerektiğini savunmuştur. Neticede Hz. Ebu Bekir, bu tür kimselerle muhakkak savaşılmasının en uygun çözüm olduğu konusunda herkesi ikna etmiştir”. FAYDA Mustafa, “Ebu Bekir”, TDVİA, c. 10, s. 101 vd; KUTUB, *Adalet*, s. 138; MEVDUDÎ, *Hilafet*, s. 96; MONTGOMERY, “Abu Bakır”, s. 109-111.

¹³² “Kadisiye savaşında, Hz. Ömer bizzat ordusunun başında bulunarak düşmana karşı savaşmak istemiştir. Bunun için gerekli hazırlıkları yaparak ordusuyla birlikte harekete geçmiştir. Ancak Medine çıkışında ashabın ileri gelenleri, Halifenin Medine’de kalması gerektiğini ve yeni bir komutan seçilmesini istemişlerdir. Bu durum, şûra heyetinde tartışmaya açılmış ve neticede Hz. Ömer’in merkezde kalması benimsenmiştir”. ŞAHİN Mustafa, *Hz. Ömer Döneminde Şûra –Danışma Meclisi-*, Bursa 2002, s. 11.

¹³³ Bu kurul Abdurrahman b. Avf, Osman b. Affan, Ali b. Abi Talib, Sa’d b. Abi Vakkas, Talha ve al-Zübeyr’den oluşmaktadır. FARUQI Muhammed Yusuf, *İjtihad: An Overview of Some Of its Methodologies*, Hamdard Islamicus, vol. XXV, no. 4, Pakistan October-December 2002, s. 11.

¹³⁴ MAVERDÎ, s. 225.

kitap olarak biraraya getirilmesiyle ilgili ve toplumun içinde bulunduğu huzursuzluğu sona erdirmek için valileriyle yapmış olduğu istişareler bilinmektedir¹³⁵. Hz. Ali'nin halifeliği döneminde ise valilerinin durumuyla ilgili bazı şahıslarla istişarelerde bulunmuş ve bu göreve layık olmayanlar görevlerinden azledilmiştir.¹³⁶

C. EMEVİLER VE ABBASİLER DÖNEMİNDE ŞÛRA

Emevi- Abbasi döneminde halifelerin dünyevi yetkilerini giderek kaybetmeleri ve yaşanan siyasi istikrarsızlıklar şûra prensibinin kurumsallaşmasını engellemiştir. Bununla birlikte yaşayışları bu döneme denk gelen İslam hukukçularının (tabiun), şûra ilkesini dini meselelerin çözümünde en azından bir metot olarak uygulamış ve benimsemiş oldukları görülmektedir¹³⁷. Ayrıca bu dönemde divan geleneği bir hayli ilerlemiş ve divanlar kendi görev alanlarına göre ihtisaslaşmıştır. Emevi-Abbasi devlet örgütünün en önemli kurumlarından sayılan divanlar daha sonra kurulan Müslüman-Türk Devletlerine de model teşkil etmiştir¹³⁸.

VI. OSMANLI DEVLETİ'NDE ŞÛRA PRENSİBİ

İslamî bir ilke olan şûranın Osmanlı hukuk sistemi üzerinde nasıl bir etki oluşturabileceği, İslam hukukunun bu devlet içerisinde ne kadar uygulama alanı bulduğu konusu ile yakından bağlantılıdır. İslam hukuk sisteminin Osmanlı hukuku üzerinde belirleyiciliği kabul edildiğinde aynı belirleyiciliğin kurumlar üzerinde de devamı düşünülebilir¹³⁹. Türk hukuk tarihinin en fazla tartışılan konularından biri de, Osmanlı hukukunun şer'î ve örfî hukuk şeklindeki ikili yapısıdır. Tarihi seyre bakıldığında, İslamiyet'i kabul eden milletlerin bu kabulün gereği olarak aynı zamanda İslam'ın getirdiği hukuk sistemini de benimsedikleri görülmektedir. Bu durum, İslam dininin sadece inanç ve ibadet alanıyla sınırlı olmayan, bilakis hayatın tüm evrelerini kapsayan düzenlemelere sahip bir sistem olmasıyla yakından bağlantılıdır. Bununla birlikte Türkler'in,

¹³⁵ ALGÜL Hüseyin, *İslam Tarihi*, c. II, İstanbul 1986, s. 388-389.

¹³⁶ MEVDUDÎ, *Hilafet*, s. 107-108; ALGÜL, c. II, s. 470/477.

¹³⁷ Bu dönemde Hanefî mezhebi meselelerin çözümünde toplu içtihat metodunu uygulaması bakımından oldukça önemlidir BHAT Rashid Abdur, "Iqbal on the Problem of Ijtihad", *Hamdard Islamicus*, vol. XV, no. 1, Pakistan Spring 1992, s.95.

¹³⁸ *The Oxford History of Islam*, (ed: ESPOSITO L. John), Newyork 1999, s. 29; ÜÇOK-MUMCU-BOZKURT, s. 145.

¹³⁹ LEWIS, "Islam and The Ottoman Empire", *New Outlook*, vol. II, no. 9, June 1959, s. 3 vd; MERİÇ Ümit, *Cevdet Paşanın Cemiyet ve Devlet Görüşü*, İstanbul 1975, s. 88-89.

İslamiyet’i kabul ettikleri tarihten itibaren bu dinin getirdiği düzenlemelerin, bazı alanlarda özgür düşüncelerinin, gelenek ve göreneklerinin yerini almasına izin vermedikleri ve kendilerine has bir hukuk sistemini daima canlı tuttukları gözlenmektedir¹⁴⁰. Böylece Osmanlı hukuk sistemi şer’i ve örfi hukuk olmak üzere ikili bir yapıya sahip olmuştur¹⁴¹. Araştırmamız Osmanlı Devleti’nde şûranın şekillenmesinde, sahip olduğu kendine özgü hukuk yapısının son derece etkili olduğunu göstermiştir. Örfi hukuk ve şer’i hukuk şeklindeki ikili yapı islami ilke şûranın Osmanlı Devleti’nde nasıl bir uygulama alanı bulabileceği konusunda önemli ipuçları vermiştir. Osmanlı padişahlarının örfi hukuk yaratma yetkilerinden aldıkları güçle zaman zaman İslam hukukunun bir kısım müesseselerini kendi anlayışları doğrultusunda yorumlamalarına sebep olmuştur. Doğal olarak gelişimi zamana ve içtihadı bırakılan şûra prensibi de bu anlayış çerçevesinde yoğrulmuştur. Makalemiz özellikle Osmanlı Devleti’nin klasik dönemi olarak adlandırılan Tanzimat dönemine kadar olan evreyi kapsamaktadır.

Osmanlı Devlet yönetiminde şûra prensibinin yansımalarını görebilmek için öncelikle bizlere bu konuda ışık tutabilecek tarihi kaynaklara göz attık. Daha sonra ise Osmanlı Devleti’ndeki yönetici sınıfın şûra uygulamasındaki yerini ve Osmanlı Devleti’ndeki kurulların danışma organı niteliklerini değerlendik.

A. NASİHATNÂME VE TARİHLERDE ŞÛRA PRENSİBİ

Osmanlı Devleti’nde pek çok Osmanlı aydını ve devlet adamının önemli gördükleri bazı aksaklıkları padişaha duyurmak için kaleme aldıkları eserlere “Nasihatname” denilmektedir¹⁴². Bu eserler, padişahın danışma isteği

¹⁴⁰ ÇAĞATAY Neşet, “Osmanlılarda Şer’i-Örfi Hukuk Kavramı ve Uygulanışı”, XII. Türk Tarih Kongresi, Ankara 12-16 Eylül 1994 Kongreye Sunulan Bildiriler, c. III, Ankara 1999, s. 657; HALAÇOĞLU Yusuf, “Klasik Dönemde Osmanlı Devlet Teşkilatı”, Türkler, c. 9, Ankara 2002, s. 795; IMBER Colin, Ottoman Empire 1300-1650 The Structure of Power, New York 2002, s. 244 vd.

¹⁴¹ bkz. GERBER Haim, “Osmanlı Hukukunda Şeriat, Kanun ve Örf 17.Yüzyıl Bursa’sı Mahkeme Kayıtları”, (çev: AKMAN Mehmet), Hukuk Araştırmaları, c. 8, sy. 1-3, İstanbul 1994, s. 267 vd.

¹⁴² ÖZBİLGİN Erol, Osmanlı Hukukunun Yapısı, İstanbul 1985, s. 66-67; FLEISCHER Cornell, Bureaucrat and Intellectual in the Ottoman Empire: Mustafa Ali (1541-1600), Princeton 1986, s. 100-102; Yücel’in Devlet Teşkilatına Dair Kaynaklar adlı kitabında üç ayrı nasihatnameye yer verilmiştir. YÜCEL Yaşar, Osmanlı Devlet Teşkilatına Dair Kaynaklar, Ankara 1988; AKSAN Virginia H, “Political Advice of the Late Century Otoman Empire”, The Turkish Studies Association Bulletin, vol. 14, no. 1, March 1990, s. 36-37;

ile ortaya çıkmış ve devlet yönetiminde bizzat padişahlar tarafından esas alınmışlardır. Kanuni döneminde sadrazamlık yapmış Lütü Paşa'nın "Asafnâme" (Sadrazam Nasihatleri)si bu açıdan oldukça önemlidir¹⁴³. Lütü Paşa, kitabına "devlet düzeninin eskisine nazaran iyi işlemediğini belirterek başlamıştır. Dört bölümden oluşan¹⁴⁴ Asafnamenin birinci bölümünde, padişah ile vezir-i âzam arasında geçen müşaverenin varlığına işaret edilmiştir¹⁴⁵. Yine bu bölümün devamında vezir-i âzamin divan ehliyle ve ulema ile müşavere etmesi gerekliliği vurgulanmıştır¹⁴⁶. Osmanlı Devlet yönetiminde müşavere uygulamalarının tespitinde, o dönemde yaşamış kişilerin yazdığı tarihler de önemli yer teşkil etmektedir. Bunlardan biri "Neşri Tarihi"dir¹⁴⁷. Eserin bir bölümünde Sultan Murat Hüdevendigar'ın vezirleri ve devletin ileri gelenleriyle olan müşaveresi aktarılmıştır. Yine Osmanlı tarihinden kesitler aktaran Silahdar Fındıklı Mehmet Ağa'ya ait Nusretnâme adlı eserde, düzenlenecek bir sefer ile ilgili devletin ileri gelenleriyle padişah arasındaki geçen müşavereden

SÖNMEZ Tului, "Osmanlı Aydınlarının Saltanata Öğütleri: Nasihat-Nameler", Mülkiyeliler Birliği Dergisi, c. 15, sy. 129, Ankara 1991, s. 46.

¹⁴³ Eserini azledildikten sonra kaleme alan Lütü paşanın kısa da olsa vezir-i âzamlık yapmış olması bu esere ayrı bir önem kazandırmaktadır." KÜTÜKOĞLU S. Mübehat, Lütü Paşa Asafnâmesi, İstanbul 1991, s. V; LEWIS, "Ottoman Observers of Ottoman Decline", Islamic Studies, sy. I, 1992, s. 71-73; YURDAYDIN Hüseyin G, "Düşünce ve Bilim Tarihi ", Türkiye Tarihi 2, İstanbul 2002, s. 220; AKSAN Virginia H, "Ottoman Political Writing 1768-1808", International Journal of Middle East Studies, vol. 25, no. 1, February 1993, s. 55.

¹⁴⁴ "... ve bu risaleyi dört bab üzere tertib itdüm. Bab-ı evvel, "Etvar u ahlak-ı vezir-i âzam ne resme gerekdür? Ve padişah ile niçe muamele itmek gerekdür (reaya ile niçe muamele gerekdür) anı bildürür. Bab-ı sani, tedbir-i sefer beyanındadır. Bab-ı salis, tedbir-i hazine beyanındadır. Bab-ı râbi, tedbir-i re'âyâ beyanındadır." KÜTÜKOĞLU, Asafname, s. 3.

¹⁴⁵ "...ve hak sözü padişaha hicab itmeyüp demek gerekdür. Ve padişah ile mukalesinin ve irada müteaalik **müşâveresin** haricden değil belki sâir vüzera bile bilmemek ve vakıf olmamak gerekdür." KÜTÜKOĞLU, Asafname, s. 5.

¹⁴⁶ "... ve ehl-i divan ve sâir menasiba ehl olanlara rağbet ü iltifat idüp müşar bi'l-benan idüp istimâlet vermek gerekdür... Anların birbirinin hakkında söyledüğüne inanmayup mansıblarında taharri idüp re'is-i ulema olanlar ile **müşavere** itmek lâzımdur." KÜTÜKOĞLU, Asafname, s. 16.

¹⁴⁷ NEŞRİ, Kitab-ı Cihan-Nüma, (haz: UNAT F.R.-KÖYMEN M.A), c. I, Ankara 1949, s. 7.

bahsedilmiştir¹⁴⁸. IV. Murad, Sultan İbrahim ve IV. Mehmed'in dönemlerini görmüş olan Mehmet Halifenin Tarih-i Gılmanî adlı eserinde ise, IV. Mehmed döneminde, "ayak divanı" yapılması için padişah ile devletin ileri gelenlerinin müşaveresi anlatılmıştır¹⁴⁹. Vezir-i âzam Piri Mehmed Paşa'nın hayatını tüm ayrıntılarıyla inceleyen bir başka eser, Yavuz Sultan Selim dönemiyle ilgili bizlere önemli bilgiler sunmaktadır¹⁵⁰. Bu eserde, Sultan Selim'in Vezir-i âzam Piri Mehmed Paşa'ya olan sonsuz güveninden ve pek çok olayda Piri Mehmed Paşa'nın Yavuz'a nasıl yol gösterdiğinden bahsedilmiştir¹⁵¹. Örneğin 1514 tarihli İran seferinde kurulan bir harp meclisinde, Piri Mehmed Paşa'nın önerilerinin Yavuz tarafından benimsendiği ve uygulamaya geçirildiği aktarılmıştır¹⁵². Piri Mehmed Paşa, Yavuz'un vefatından sonra üç yıla yakın bir süre Sultan Süleyman'ın sadrazamlığını yürütmüş, Belgrad ve Rodos'un fethinde son derece önemli rol oynamıştır¹⁵³. Osmanlı Devleti'nde padişah ile

¹⁴⁸ SİLAHDAR FINDIKLI Mehmed Ağa, Nusretname, c. I, (haz: PARMAKSIZOĞLU İsmet), İstanbul 1964, s. 277-280.

¹⁴⁹ MEHMED Halife, Târih-i Gilmânî, 1000 Temel Eser Dizisi: 74, (haz: SU Kamil), Ankara 1986, s. 50-57.

¹⁵⁰ KÜÇÜKDAĞ Yusuf, Vezir-i Âzam Piri Mehmed Paşa, Konya 1994.

¹⁵¹ Yavuz o dönemde sıkıntılarını istişare ettiği Piri Mehmed Paşa'nın önerileri doğrultusunda kardeşi Ahmet'i yakalamış saltanatın birliğine ve bütünlüğüne zarar verebilecek bu olaydan böylece kurtulmuştur. KÜÇÜKDAĞ, s. 21; Ayrıca Bkz. UĞUR Ahmed-ÇUHADAR Mustafa, Celalzade Mustafa, Selim-Nâme, Ankara 1990, s. 103; TUNALI Tahsin, "Yavuz Sultan Selim", Hayat Tarih Mecmuası, yıl. 9, c. 1, sy. 1, s. 36-37.

¹⁵² "Türk ordusu Çaldıran Sahrası'na gelip Şah'ın ordusu ile karşılaştığı günün gecesini (2 Recep 920/23 Ağustos 1514) Yavuz Sultan Selim, hemen bir harp meclisi topladı. Ertesi gün şafakla beraber savaşa başlama yahut askere yirmidört saat istirahat verme konusu tartışıldı. 2500 km.lik yorucu bir yolculuk yapan ve yiyecek sıkıntısı da çekmeye başlayan Osmanlı ordusu için vezirler, ikinci alternatifini uygun buldular. Bu fikre yalnızca Başdefterdar Piri Mehmed Çelebi karşı çıktı. Yavuz da aynı görüşte olmalı ki, başdefterdarın bu mütalaasına: 'İşte yegâne re'y sahibi bir adam! Yazık ki vezir olmamış!' diyerek iltifatta bulundu ve ertesi sabah muharebeye hazırlık yapmaları için komutanlara emir verdi. AHMED Refik, Sahaif-i Muzafferiyat-ı Osmaniye, İstanbul (tsz), s. 320-321, (KÜÇÜKDAĞ'dan naklen, s. 26); TUNALI, s. 36-37.

¹⁵³ Topkapı Sarayı Müzesi Arşivi, E. 6142'de Vezir-i Âzam Piri Mehmed Paşa'nın, Belgrad kuşatmasını kaldırmanın sakıncalarını Sultan Süleyman'a bildiren arızası yer almaktadır; Yine TSMA'nin E. 6551'nde Vezir-i Âzam Piri Mehmed Paşa'nın Sultan Süleyman'ı Belgrad kuşatmasına ikna etmesi için Padişahın hocasına gönderdiği mektup yer almaktadır." KÜÇÜKDAĞ, s. 258-259.

devletin ileri gelenleri arasındaki müşavereleri örnekleyen bir diğer kaynak Koçi Bey Risalesidir¹⁵⁴. Koçi Bey, IV. Murat zamanında Hasoda'ya alınmış ve padişahın güvenini kazanarak sır dostu olacak kadar ona yaklaşmayı başarmıştır. Koçi Bey'in bu önemi Sultan İbrahim döneminde de devam etmiştir. Eski Osmanlı devlet teşkilatı hakkında sahip olduğu emsalsiz bilgi sayesinde, IV. Murat gibi tarihin en sert hükümdarına, Sultan İbrahim gibi her türlü telkine müsait olan bir padişaha, devlet teşkilatının ve idaresinin bozulduğu ve bu durumda nasıl hareket edilmesi gerektiğiyle ilgili fikirlerini çekinmeden arz edebilmiştir¹⁵⁵. Anlaşılacağı üzere bu kaynakların bir kısmı devletin "danışılarak" yönetilmesi gerekliliğini vurgularken diğer bir kısmı ise çeşitli padişahlar dönemindeki müşavereleri örneklemektedir. Dolayısıyla Osmanlı tarihinden kesitler sunan bu eserler şûra prensibinin Osmanlı Devleti'nde bilinen ve uygulanmış bir kurum olduğunu ortaya koymaktadır.

B. OSMANLI DEVLETİ'NDE YÖNETİCİ SINIFIN ŞÛRA UYGULAMASINDAKİ YERİ

Yönetici sınıf içerisinde yer alan birinci grup saray hizmetlileridir. Saray içerisinde bir takım hizmetlerin yerine getirilmesinde görevli olan bu sınıfın devlet yönetiminde söz sahibi olabilme ihtimali diğer üç gruba göre daha az görünmektedir. Askeri sınıfın ikinci parçasını seyfiye denilen kılıç sahipleri oluşturmuştur. Osmanlı Devleti'nin kuruluş felsefesinin fetih ve gaza temeli üzerine oturması devlet yönetiminde ilmiye sınıfının yanısıra seyfiyeye büyük bir güç kazandırmıştır¹⁵⁶. Yeniçeri ağası ve Rumeli Beylerbeyi, seyfiye sınıfının şûra meclislerinde yer almış ve devlet yönetiminde söz sahibi olmuş en önemli mensuplarıdır.

Yönetici sınıfın üçüncü kanadını ise konumuz açısından da büyük önem taşıyan ilmiye oluşturmaktadır. Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan itibaren ilmiye mensuplarından yararlanma birkaç şekilde gerçekleşmiştir. Bunlardan biri ilmiye mensuplarından istişare amacıyla yararlanılmasıdır. İslam devlet yönetiminde tavsiye edilen şûra prensibinin hukuk alanına yansımından ibaret olan fetvanın Osmanlı Devleti'nde yaygın bir kullanıma sahip olduğu görülmektedir¹⁵⁷. Devlet yönetimini büyük oranda İslamî esaslara göre

¹⁵⁴ KOÇİ Bey, Koçi Bey Risalesi, (sad: DANIŞMAN Zuhuri), Ankara 1985, s. 10; ULUÇAY Çağatay M, "Koçi Bey", İA, c. 6, s. 832-835; ÖZBİLGİN, s. 71; AKSAN, Political Advice, s. 36-37.

¹⁵⁵ KOÇİ Bey, s. 11.

¹⁵⁶ ÖZDEN Gani, "Osmanlı Devleti'nin Genel Yapısı ve Yönetim Biçimi", Askeri Tarih Bülteni, c. 15, sy. 29, Ankara 1990, s. 2.

¹⁵⁷ JENNINGS B. C., "Kadı, Court, and Legal Procedure in 17 th C. Ottoman Kayseri", Stvdia Islamica, Paris 1978, s. 134-135; AYDIN, "Osmanlıda

şekillendiren Osmanlı padişahları ilmi bilgiyi gerektiren her türlü konuyu o konuda uzman alimlere danışmışlardır. Diğer taraftan ilmiye mensupları ülkenin önemli meselelerinin görüşüldüğü şûra meclislerinde yer alarak devletin karar alma sürecine doğrudan katılmışlardır¹⁵⁸. İlmiye sınıfından ayrıca vezirlik, vezir-i âzamlık, kazaskerlik, defterdarlık ve nişancılık gibi merkezi bürokrasinin önemli makamlarına tayin edilme yoluyla da yararlanmışlardır¹⁵⁹. Fatih'in Teşkilat Kanunnamesinin birinci babının “müşavere-i umuru saltanatı vezir-i âzam sair vüzera ile defterdarlarım ile müşavere ederler. Anlardan gayr kimesne vakf olmaya”¹⁶⁰ hükmü devlet meseleleriyle ilgili önemli kararların vezir-i azam, defterdar ve kadıasker gibi devletin ileri gelenlerinin müşaveresi ile alındığını açıkça ortaya koymaktadır¹⁶¹. Osmanlı Devlet teşkilatında yapısı ve

Hukuk”, Osmanlı Devleti Medeniyeti Tarihi, c. 2, İstanbul 1999, s. 411; ÖZDEN, s. 2.

¹⁵⁸ “Haremeyn ahvaline dair mütalaatı lahiyanın takdimi, sudur, ulema ve erbab-ı şûra ile de istişare olunacağı...”, BOA, HH, Dosya no: 93, Gömlek no: 3790, t: 29/ Z/1220; Ayrıca bkz. BOA, HH, no: 55834, Hicri 1205 tarihli belgede II. Selim'in önemli devlet meselelerini meşveret etmek üzere şeyhülislam, Rumeli kazaskeri ve Reis Efendinin saraya gelmelerini istemektedir, bkz. AKYILMAZ, Osmanlı Diplomasi Tarihi ve Teşkilatı, Konya 2000, dipnot. 17.

¹⁵⁹ İPŞİRLİ M, Klasik Dönem Osmanlı Devlet Teşkilatı, Osmanlı Devleti Tarihi, c. I, İstanbul 1999, s. 252.

¹⁶⁰ AKBULUT İlhan, “Fatih Sultan Mehmet ve Devrinin Adalet Düzeni, İstanbul Barosu Dergisi, c. LXVII, sy. 1-3, İstanbul 1993, s. 141; ÖZCAN Abdülkadir, Kanunname-i Al-i Osman, İstanbul 2003, s. 9.

¹⁶¹ Padişah ile etrafında bulunan heyetin karşılıklı müşaverelerini aktaran birçok tarihi kaynak bulunmaktadır. Uzunçarşılı da bu kaynaklardan birine dayanarak şu olayı anlatmaktadır: “... İmparator Joannis 1438'de Avrupa'ya yapacağı seyahat için II. Murat'ın mütalaasını almak isteyerek İogoros adında bir elçi göndermiştir. Padişah ise İmparatorun Avrupa'ya gitmesini uygun görmemiştir. Bizans İmparatorunun Avrupa'ya gidişinde asıl maksadı kiliselerin birleştirilmesi işidir. Padişah izin vermemesine rağmen İmparator bu seyahate çıktı. Bunun üzerine Sultan Murad bir müzakere meclisi kurdu ve devlet adamlarının fikrini sordu. Padişahın bu arzusunu Halil Paşa'dan başkaları uygun buldular; fakat Halil Paşa: ‘Eğer şehir aleyhinde harp açarsan hakkımızda zararlı olur; zira o zaman imparator Latinlerden yardım istemek mecburiyetinde kalacak ve Latinler de bundan istifade ile dini akidelerini imparatora kabul ettirmek suretiyle aralarında ittifak ve ittifak olacaktır, biz ise bunların birleşmelerinden kaçmalıyız...’dedi. Halil Paşa'nın bu mütalaasına istişare heyeti de iştirak ettiğinden bu suretle İstanbul muhasarasından vaz geçildi.” Fransız Vekayi-namesi (Bonn tab'ı, s. 179,181, Mırmıroğlu Tecümesi),

dayandığı temellerin gereği olarak ilmiye sınıfına mensup yetki sahibi bir çok ulema bulunmaktadır. Bunlardan biri olan kazasker Divan-ı Hümayun toplantılarında ulemanın temsilciliğini yapmıştır. Devlet teşkilatında önemli yeri olan bir diğer ilmiye üyesi ise şeyhülislamdır¹⁶². Örfi hukukun oluşum sürecinde içtihadî konularda kamu yarına uygun görüşün tercihi ve padişaha arz yetkisi şeyhülislama ait olmuştur. Divanın aslî üyesi olmadıkları halde önemli devlet meseleleri söz konusu olduğunda fikir ve onayları alınmak üzere toplantılara davet edilmişlerdir¹⁶³. Şeyhülislam meşveret meclislerinin aslî üyesi olarak müşavere uygulamalarına bizzat katılmıştır. Osmanlı şeyhülislamlarının önemli fonksiyonlarından birisi de padişah veya diğer devlet ricalinin soruları üzerine verdikleri “Fetavây-ı Şerife”lerdir. Fetavây-ı şerifenin önemi, fetvayı isteyen kişinin kendisini bu fetva ile bağlayarak, uyma zorunluluğu hissetmesidir¹⁶⁴.

(Uzunçarşılı’dan naklen, UZUNÇARŞILI, Çandarlı Vezir Ailesi, Ankara 1988, s. 57-58; AKSAN, Ottoman Political, s. 55.

¹⁶² Fatih Teşkilat Kanunnamesinin Birinci Babının “Meratib-i Ayan ve Ekâbir” ile ilgili kısmında “...ve şeyhülislam ulemanın reisidir. Ve muallim-i sultan dahi kezalik serdar-ı ulemadır. Vezir-i âzam anları üzerine almak ri’ayeten lazım ve münasibdür. Amma müfti ve hoca sair vüzeradan bir niçe tabaka yukarıdur ve tasaddur dahi iderler” denilmektedir. ÖZCAN, Kanunname-i Ali Osman, s. 5; ; ITKOWITZ Norman-SHINDER Joel, “The Office of Şeyh ül-Islam and the Tanzimat”, Middle Eastern Studies, vol. 8, no. 1, January 1972, s. 93 vd; MUMCU Ahmet, Osmanlı Devleti’nde Siyaseten Katl, Ankara 1985, s. 109; FEDAYİ Cemal, “Osmanlı Devleti’nde Şeyhülislâmlık Kurumu”, Osmanlı, c. 6, Ankara 1999, s. 448 AKSAN, Ottoman Political, s. 53 -55.

¹⁶³ ERTAN Veli, Tarihte Meşihat Makamı, İlmiye Sınıfı ve Meşhur Şeyhülislamlar, İstanbul 1969, s. 13.

¹⁶⁴ Kanuni devrinde bir mesele üzerinde ihtilaf çıkmış ve âlimler iki guruba ayrılmıştır. Ebussuud Efendi azlık arzeden grupta yer almış olmasına rağmen Padişah Şeyhülislamın reyini tercih etmiştir. Kanuni padişahlığı döneminde her işinde Ebussuud Efendinin mütalaasını almıştır. Kanuni Ebussuud Efendiye daima derinden bir sevgi ve saygıyla bağlı olmuştur.” KAHRAMAN Seyit Ali-GALİTEKİN Ahmed Nezih-DADAŞ Cevdet, İlmiye Sâlnâmesi, İstanbul 1998, s. 317; ERTAN, s. 55; “Bununla birlikte göz ardı edilmemesi gereken bir gerçek vardır ki o da şeyhülislamların padişah tarafından tayin ve azil edilmeleridir. Bu durum ise fetvaların her zaman doğru ve haklı hükümler içermesini engelleyebilmiştir. Kanuni’nin Şeyhülislamı Ebussuud Efendi “Padişah emri ile na meşru olan nesne meşru hale gelmez, haram emirle helal olmaz” şeklinde padişaha kafa tutabilmişken, bazı şeyhülislamlar ise padişahın her istediği fetvayı vermişlerdir.” CİN-AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 152; “Osmanlı Devletinde bir kişi katledileceği zaman genellikle şeyhülislamlardan fetva

Fetva alma yoluna özellikle şeriat dışı uygulamalarına hukuki bir zemin sağlamaya çalışan Osmanlı padişahlarına sıkça başvurulmuştur.

Yönetici sınıf içerisinde yer alan son grup kalemîyedir¹⁶⁵. Osmanlı diplomasi teşkilatında önemli rol oynayan reis'ül küttab ve kâtipler zümresi bu sınıfın üyesidirler. İmparatorluğun ilk dönemlerinde kalemîye sınıfı, ilmiye ve seyfiye kadar etkili olamamıştır. İlmiye ve seyfiyedeki bozulma, devlet teşkilatında gitgide belirginleşmeye başlayan uzmanlaşma, devletin yönetim merkezinin saraydan Bab-ı Ali'ye kayması ve Osmanlı Devleti'nin diplomasi anlayışında ortaya çıkan değişiklikler ile birlikte kalemîye sınıfının önemi artmıştır¹⁶⁶. Meşveret meclislerinde özellikle devletin gizli-açık her türlü kayıtlarına vakıf olan reis'ül küttabın fikirlerine başvurulmuştur¹⁶⁷.

C. ŞÛRA KURULU OLARAK DİVAN-I HÜMAYUN

En yüksek danışma ve karar kurullarından, çeşitli mahkemelere kadar görüşülecek işlerin niteliğine göre, hem doğu hem de batı medeniyetlerinde türlü özelliklerde kurul-organlar oluşturulmuştur. Divan-ı Hümayun İslam devletlerindeki kurul organların en gelişmişisi olarak kabul edilmiştir.

1. Divan-ı Hümayun'un Üyeleri

Divan-ı Hümayun'un başlıca üyeleri başta vezir-i âzam olmak üzere kubbealtı vezirleri, nişancı, defterdar, kazasker, Rumeli beylerbeyi, yeniçeri ağası ve kaptan-ı deryadır. Her biri kendi alanında uzman olan Divan-ı Hümayun üyeleri, devletin yönetimi ile ilgili kararların alınmasında birinci derecede rol oynamışlardır. Üyeler ifa ettikleri görev bakımından gruplara ayrıldığından devlet yönetimindeki tüm kademelerin bu kurulda temsil edildiği anlaşılmaktadır¹⁶⁸. Osmanlı Devleti'nin klasik döneminde divanın tüm üyeleri

istenirdi." TUĞİ Solak Hüseyin, "Genç Osman Faciası", (haz. SERTOĞLU Midhat), Hayat Tarih Mecmuası, yıl. 9, c. 1, sy. 3, 1 Nisan 1973, s. 68.

¹⁶⁵ CİN-AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 117.

¹⁶⁶ AKYILMAZ, Diplomasi, s. 24-25/44.

¹⁶⁷ 1205 tarihinde şeyhülislam konağında sadrazamın da katılımıyla gerçekleştirilen, Şam valiliğinin ibkası meselesinin görüşüldüğü meclise reisülküttab da katılmıştır. BOA, HH, no: 11710; Ayrıca bkz BOA, HH, no.750, t: 1200 (1785), (AKYILMAZ, Diplomasi, dipnot 52); AHISHALI Recep, Osmanlı Devlet Teşkilatında Reisülküttablık (XVIII. Yüzyıl), İstanbul 2001, s.194.

¹⁶⁸ ÜNAL M.Nihat, "Osmanlı Devletinde Divan-ı Hümayun", İlim Kültür ve Sanatta Gerçek Dergisi, sy. 10, Mart 1976, s. 31-37; KURT Avni, "Osmanlı Devletinin Merkezi Hükümet Teşkilatı", Diyanet İlmi Dergi, Osmanlı Devleti'nin Kuruluşunun 700. Yılı Özel Sayısı, c. 35, sy. 1, Ocak-Şubat-Mart 1999, s. 118; İMBER, Ottoman, s. 157.

padişah tarafından atanmıştır¹⁶⁹. Divan üyelerinin padişahça belirlenmesi İkinci bölümde ifade ettiğimiz üzere şûra ilkesine aykırı değildir. Nitekim üyelerin belirlenmesi şûranın içtihadı bırakılan esaslarından biridir. Bir kısım İslam hukukçusunun ileri sürdüğü gibi üyeler halife veya toplumun ileri gelenleri tarafından belirlenebilir¹⁷⁰.

Divanın en önemli üyesi olan vezir-i âzam, devlet meseleleri ile ilgili konularda sultanla sık sık müşaverelerde bulunmuş ve konuyla ilgili görüşlerini bildirmiştir¹⁷¹. Dolayısıyla vezir-i âzam ile sultan arasında yakın bir ilişki söz konusudur. Vezir-i âzam zaman zaman padişahın yerinde görmediği kararlarına bile onun izniyle müdahale edebilmiştir¹⁷². Vezir-i âzamların padişahlara

¹⁶⁹ TANERİ Aydın, Kuruluş Döneminde Vezir-i Âzamlık, Ankara 1974, s. 67; İNALCIK Halil, “Murad II”, İA, c. 8, İstanbul 1988, s. 600.

¹⁷⁰ Yukarıda bilgi vermiştik.

¹⁷¹ “I. Mehmed’in bütün saltanatı boyunca ve II. Murad’ın ilk devirlerinde vezarete bulunan Bayezid Paşa geniş yetkilerin sahibi olmuştur. Bayezid Paşa bütün devlet meselelerinde yagane söz sahibi ve tek hâkimdi. Kaynaklarda I. Mehmed’in daima ona danıştığını ve onun fikirlerini aldığı yazılıdır...” UZUNÇARŞILI, “Mehmed I”, İA, İstanbul 1988, s. 501; Çandarlı Ali Paşa I. Bayezid’i İstanbul’un harb ile zaptetmek fikrinden vazgeçirmiştir. YINANÇ, Bayezid I, İA s. 378; Orhonlunun derlediği 128 nolu telhis vezir-azamın padişah ile görüşme isteğini vurgulamaktadır: “Telhis Merhum Vezir-i Âzam olan Mehmed Paşa’nundur: Devletlü padişâhum, eğerçi arz lazım olan ahval yazılıp mübarek rikab-ı humayunlarına arz etmekden hali değilüz lakin niçe umur vardır ki, devletlü padişahuma bi’l-müşafehe takrir ve tenhada tefhim etdürmeğe muhtaçdur; bu gün ferman-ı âlileri olursa divandan sonra bu kulları varup...” (R, 52 b), ORHONLU Cengiz, Telhisler(1597-1607) Osmanlı Tarihine Ait Belgeler, İstanbul 1970, s. 107.

¹⁷² “Bayezid, Bizans prensleri ile imparatorluğun varisleri arasındaki anlaşmazlıkları çözümlenmek amacıyla Siroz’da bir toplantı düzenledi. Bu toplantıya Bizans İmparatoru II. Manuel, kardeşi Theodore, yeğenleri başta olmak üzere bütün Bizans prensleri ve Sırbistan prensleri ve bazı senyörler katılmışlardır. Sultan, bunların birbirleri için yaptıkları ithamlardan öfkelenmiş ve Paleologların bir kısmını öldürme kararı aldı. Ancak vezir-i âzam Ali Paşa bu emrin icrasına engel oldu.” TANERİ, Vezir-i Âzamlık, s. 69; “...bayramdan sonraya bırakılan mübadele-i tasdikname maddesini Rusya’nın tacil ettiği ve İngiliz ittifakının tecdidini için elçilerine ruhsat geldiği... hakkında arz olup III. Selim’in “benim vezirim mübadele-i tasdiknameye münasip gün tayin olunup tercümana da ifade oluna ve İngiltere ittifakı tecdidine mübaşeret hususu havas-ı şûra ile söyleşip arz oluna...” , BOA, HH, Dosya no: 34, Gömlek no: 1729, t: 1218 (1803); “...Eflak ve Boğdan voyvodalarının tebdili hakkında... arz olup II.

gönderdikleri maruzata telhis veya takrir denilmiştir¹⁷³. Burada vezir-i âzam ilgili mesele hakkında Divan-ı Hümayun'da alınmış olan kararı ve kendi görüşünü sunarak aynı konuda padişahın fikrini sormuştur¹⁷⁴. Divanda alınan kararların kesinlik kazanabilmesi padişahın olumlu görüş bildirmesine bağlı olmuş aksi takdirde kararlar hükümsüz sayılmıştır¹⁷⁵. Padişah telhisin üst kısmına “ malum oldu, doğruluk eyledün”¹⁷⁶ gibi uygun gördüğünü belirten bir kayıt ya da “mümkün değildir, şimdi zamanı değildir”¹⁷⁷ şeklinde arzı reddettiğini gösteren bir ibare yazarak cevap vermiştir¹⁷⁸. Anlaşılacağı üzere burada bir müşavereden daha çok yüksek bir makama sunulan bir arz söz konusudur. Bununla birlikte vezir-i âzamin kendi görüşünü ortaya koyabilmesi ve bunu yazılı veya sözlü olarak padişaha bildirebilmesi son derece önemlidir. Aynı zamanda ikinci bölümde ifade ettiğimiz üzere padişahın sözünün bağlayıcı olması İslam hukukuna ve dolayısıyla danışma esasına aykırı değildir. Sonuç olarak vezir-i âzam Osmanlı Devlet teşkilatında Padişah'tan sonra gelen en yetkili kişi konumundadır. Hem Divan-ı Hümayun'da hem de kendi konağında topladığı İkinci Divanı'nda devlet yönetimiyle ilgili kararların alınmasında önemli

Selim'in benim vezirim her kim münasip ise anı nasb edesin, erbab-ı şûra dahi güzel biliyorlar...” BOA, HH, Dosya no: 35, Gömlek no: 1777, t: 1221(1806).

¹⁷³ UZUNÇARŞILI İ. H., “Tuğra ve Pençeler ile Ferman ve Buyrulduklara Dair”, Belleten, c. 5, sy. 17-18, Ankara 1941, s. 101 vd.

¹⁷⁴ “...Üvey oğlunun vefatı ile inhilal eden Aydın sancağına müteveffanın kethüdası olup Hamid Sancağı Beyi olan Yusuf Bey'in tayini ricasını havi telhis tezkiresi üzerine... hatt-ı hümayun”, BOA, AE, no: 179, t: 1014(1605); “Sultan Bayezid Han evladından olup irtihali vukubulan Esmahan Sultan vazifesinden bir kısmının Harem-i Hümayundan çıkmış... nam cariyeye sadaka buyrulması...”, BOA, AE, no: 49, t: 1014(1605).

¹⁷⁵ Ayrıntı için bkz. AKYILMAZ Gül, “Bir Telhis Örneği”, SÜHFD, Süleyman Arslan'a Armağan, c. 6, sy. 1-2, Konya 1998; SAHİLLİOĞLU Halil, Koca Sinan Paşa'nın Telhisleri, İstanbul 2004, s. V; AKYILMAZ, Diplomasi, s. 88.

¹⁷⁶ “... malum oldu...”, (R, 27 a-28 b), ORHONLU, s. 13; “...berhudâr olasin eyü doğruluk eyledün, bundan öte olmaz doğruluk eden berhudâr olur”, (R, 37 a), ORHONLU, s. 12.

¹⁷⁷ “...mümkün değildir eyle bilesün” , (Ü, 70 a- 72 a), ORHONLU, s. 33; “...Bu hizmet çoktan olmuştur, şimdi zamanı değildir”, (Ü, 54b-56a), ORHONLU, s. 7.

¹⁷⁸ Örneğin vezir-i âzam Yemişçi Hasan Paşa'nın Belgrad'a sefer düzenlenilmesi ile ilgili arzına dönemin padişahı III. Mehmet “malum oldu berhudâr olasin” diyerek onay vemiştir. (R, 13 a-14 b), ORHONLU, s. 17-18; Yemişçi Hasan Paşa'nın bir başka sefer talebi ise “zamanı değildir denilerek red edilmiştir. (Ü, 90 a- 90b), ORHONLU, s. 62.

roller üstlenmiştir. Aynı zamanda vezir-i âzam, bu kurullar dışında diğer meşveret meclislerinin de değişmez üyesi olmuştur¹⁷⁹.

Kubbealtı vezirlerinin divan toplantılarında kanunnamelerle sınırları çizilmiş belirli görevleri yoktur. Bu vezirler genellikle devletin yönetimine bilgi ve tecrübeleriyle katkıda bulunan ve sadrazama yardımcı olup danışmanlık yapan görevlilerdir¹⁸⁰. Aynı zamanda bu vezirler sahip oldukları bilgi birikimine güvenilen, gerektiğinde önemli yerlere atanabilecek potansiyel güç olarak kabul edilmişlerdir¹⁸¹. Nişancının şûra heyeti içerisinde başta örfî kanunların hazırlanması olmak üzere padişahın tuğrasını çekmek, arazi tahriri, dağıtımı ve belli bir döneme kadar dış işlerinde önemli roller üstlendiği ve bu alanlarda müşavere yetkisine sahip olduğu görülmektedir¹⁸². Fatih Kanunnamesinin saltanat erbabının müşaveresi ile ilgili maddesinden de açıkça anlaşılacağı üzere defterdar, devletin maliye ile ilgili meselelerin çözümünde birinci derecede rol oynamıştır¹⁸³. Kaptan paşa ise vezir payesi taşıması durumunda divan toplantılarına katılabilmiş ve denizcilik işlerine ilişkin meselelerde görüşüne başvurulmuştur¹⁸⁴. Yeniçeri ve acemi ocaklarının başında bulunan yeniçeri

¹⁷⁹ BOA, CTD, no: 334, t: 16/Ca/1201 (06.03.1787).

¹⁸⁰ Orhonlu'nun yayınladığı 113 nolu telhise vüzerâ kullarının diğer divan üyeleriyle karşılıklı müşaveresine işaret edilmektedir: "...**bu gün Divan-ı Hümayunda vüzerâ kulları ile Kadaskerler da'ileri ve defterdar kulları ile söyleşüp cümlesi** Vezir Murad Paşa kulları için zıkr olunan serdarlık hizmetine tayin olunmasın rey ve mügnasip görürler ve kendüsü dahı muhalefet etmeyüp ferman-ı şeriflerine imtisal eder. Nihayet kuvvet-i maliyede olan muzayakasın bahane eder..." (R, 26 a- 26 b), ORHONLU, s. 97-98.

¹⁸¹ KURT, s. 124; CİN-AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 138.

¹⁸² "...Akka'da İsmail Paşa askeri bozduğuna, kaptan paşa ve Tevkii Ragıb Efendi ile bu hususdaki istişareleri..." , BOA, HH, Dosya no: 101, Gömlek no: 4031, t. 1219 (1804), Kaptan Paşa ile Nişancının müşaverelerini örnekleemektedir.

¹⁸³ "Defterdar ve İrad-ı cedid defterdarı, Tevkii Osman, sabık kethüda Abdullah Berri, sabık Defterdar Emin, humbarhane nazırı Firdevs ve Ruznamçe-i evvel Rasih Efendi babîâliye çağrılarak sadrazam nezdinden toplanıp, Françe elçisine bütün konuşulan sözlerin mazabataları okunarak müşavere edildiğine ve elçinin üç teklifi.." ile igilidir. BOA, HH, Dosya no: 175, Gömlek no: 7643, t: 20/Z/1210 (26.06.1796).

¹⁸⁴ Tevkii Abdurrahman Paşa Kanunnamesi'nde "Vezareti var ise vüzerâ-i azam silkine dahil olur. Arz günlerinde Divan-ı Hümayun'a gelir ve kubbe altında yoluyla oturur." UZUNÇARŞILI, Osmanlı Devleti'nin Merkez ve Bahriye Teşkilatı, Ankara 1988, s. 415; PARMAKSIZOĞLU İsmet, "Kaptan Paşa", İA, c. VI, s. 207; CİN-AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 141; "...Brest limanındaki Fransa ve İspanya donanmaları hazırlandığından İngiliz gemilerinin civarda

ağasının Divan-ı Hümayun toplantılarının düzenli bir biçimde yürütülmesinde önemli rolleri olmuştur. Tıpkı kaptan paşa gibi vezirlik payesine sahip olduklarında divan toplantılarına katılmışlar, ocak işleri ve İstanbul'un asayışı ile ilgili konularda görüşlerini açıklamışlardır¹⁸⁵. Askeri işlerin başı Rumeli Beylerbeyi terfi ettiği zaman Divan-ı Hümayun üyesi olarak kubbealtı vezirliğine atandığı bilinmektedir. Rumeli beylerbeyinin Divan üyesi olarak önemli bir özelliği devlet merkezinde görev yapmadıkları için devamlı olarak Divan-ı Hümayun toplantılarına katılmamalarıdır¹⁸⁶. Divan görüşmelerinde şer'i sorunların çözüm görevi ise kadıaskere aittir. Dolayısıyla kazaskerin divandaki en önemli işi dava dinlemek olmuştur¹⁸⁷.

2. Divan-ı Hümayun'un Yetkileri

Divanın yetkileri bu kurulu oluşturan üyelerin görev ve nitelikleriyle paralel olarak açıklanabilir. Divan-ı Hümayunda devletin önemli siyasi, idari,

beklediklerine, Mısır yollarını tarassud edip **kaptan paşa ile istişare ...**" BOA, HH, Dosya no: 88, Gömlek no: 3626, t: 1215 (1800).

¹⁸⁵ "... Sadrazamın tahriratıyla ordu-yı hümayuna piyade ve süvari askerinin yetiştirilmesi talep edilmesi üzerine İstanbul ve Anadolu'da asker sevkinin mümkün olmadığına bu hususu şeyhülislam ve **ocak ağalarıyla müşavere** ve hal ve Rıkab-ı Hümayuna arza müsaade edilmesi..." BOA, HH, Dosya no: 213, Gömlek no: 11640, Hicri 1260 (1844) tarihli Hatt-ı Hümayun ocak ağasıyla müşavereyi ortaya koymaktadır.

¹⁸⁶ Mühimme ve ahkâm kayıtlarına göz attığımızda Rumeli beylerbeyinin Divan-ı Hümayun'a sürekli katılmadığı kolaylıkla anlaşılmaktadır. Nitekim divanda verilen bir kısım hükümde "Rumeli beylerbeyine hüküm ki" şeklinde hitap söz konusudur. "... Rumeli Beylerbeyisine hüküm yazıla ki El-haletü hazihi sadrü'l vüzera'il i azam Mesih Paşa'nın kapucubaşısı İskender bu defa Karamanda hayli yoldaşlık idüp... mezkurun haline münasip mahallerden mahlul düşecek on beş bin akçalık subaşılık çıkarup ilam idesiz..." ŞAHİN İlhan-EMECEN Feridun, Osmanlılarda Divan-Bürokrasi- Ahkâm II. Bayezid Dönemine Ait 906/1501 Tarihli Ahkâm Defteri, İstanbul 1994, no: 109, s. 31; Ayrıca bkz Aynı eser, no: 110, 133, 207, 215, 295, 369, 374, 390, 397, 443; Genellikle İstanbul'da bulunmadıklarından görevlerinin sınırlı olduğu söylenebilir. AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 142; ONAR, s. 530; ÜÇÖK-MUMCU-BOZKURT, s. 209; UZUNÇARŞILI, Merkez, s. 18; MUMCU, Divan, s. 50-52.

¹⁸⁷ "Mustafa ve Ayşe adlı kardeşlerin İstanbul'a gidip, babalarının ölümü üzerine geride bıraktıklarının ırs yolu ile kendilerine geçtiğini, ancak küçük yaşta bulunmaları yüzünden anneleri... vasi tayin olunarak... şimdi erişkinlik çağına gelmeleri ile dava edip Divan'da kazaskerler huzurunda yüzyüze yapılan duruşmada..." BOA, Mühimme 90, no: 100, s. 80.

askeri, şer'i ve mali işleri görüşülmüş, şikâyet ve davalara bakılmış ve gerekli müzakerelerden sonra kararlar alınmıştır¹⁸⁸.

Divanın hukuk alanındaki yetkileri yasama, yürütme ve yargı şeklinde üçe ayrılabilir. Yasama faaliyeti şeriatın sınırlarından içeriye giremez¹⁸⁹. Bu hak ancak örfi hukuk alanında kullanılabilir. Yaratılan örfi hukuk düzenlemelerin çoğunluğu ise padişahın divanında hazırlanmıştır. Nişancının hazırladığı metin son biçimini divanda almış, bir ferman ya da hüküm biçiminde kanunlaştırılmıştır. Bu hükümler gerektiğinde toplanarak kanunname haline getirilmiştir¹⁹⁰.

Divan-ı Hümayun'un yürütme alanında geniş yetkilere sahip olduğu kuşkusuzdur. Bu kurulun yönetim alanında bazen üst düzey işlemleri bazense derin ayrıntılara inerek türlü işlemleri üstlendiği görülmektedir¹⁹¹. Ufak tımarlar dışında tüm dirliklerin tevcihi de divanda yapılmıştır¹⁹². Bununla birlikte bazı hizmetlilerin atanması doğrudan doğruya ilgili üst makama ait olmuştur¹⁹³. Bu

¹⁸⁸ ÇETİN Atilla, "Divan-ı Hümayun Beylikçi Kaleminin Görevleri ve İşleyişi Hakkında Önemli Bir Belge (1211/1797)", Vakıflar Dergisi, sy. 25, Ankara 1995, s. 271.

¹⁸⁹ ÜNAL, Divan-ı Hümayun, s. 37.

¹⁹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. AKGÜNDÜZ, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri, c. 1, İstanbul 1990.

¹⁹¹ Hicri 14/ S/1102 (17.11.1690) tarihli bir belgeye göre "Hazret-i şehriyari Yemekliği için Edirne'den İstanbul'a varıncaya kadar verilecek odun hakkında Hatab Emîni Mehmed Ağa'ya Divan tezkiresi" yazılmıştır, BOA, AE. SAMD. II, Dosya no: 8, Gömlek no: 852, t: 1102 (1690).

¹⁹² "Sabık Rumeli Beylerbeyisi Mehmed Paşanın arzı üzerine akrabasından Paşa sancağında tımar mutasarrıfı Balı'ya zeamet tevcihi..." hakkında Rumeli Beylerbeyisine hüküm, BOA, Mühimme 1, sıra no: 191, sahife: 41, t: 961(1554); Ayrıca bkz. BOA, Mühimme 1, sıra no: 53, sahife 16, t: 961(1554); BOA, Mühimme 1, sıra no: 49, sahife: 15, t: 961 (1554); "Kilis sancağı beyi mektup gönderip hacı Cemal oğlu Darende Emirze için Kıbrıs cezaresinde Magosa kalesinde yoldaşlukta bulunmuştur deyu bildirmeğin iptidaden üç bin tımara şartla hüküm yazıldı..." BOA, Mühimme 13, sıra no: 1637, sahife: 225, Hicri 979 (1571) tarihli Halep Beylerbeyisine yazılan hüküm.

¹⁹³ Hicri 11/ Za/ 1102 (06.08.1691) tarihli bir belgeye göre "Sefer-i hümayunda bulunmadığına binaen Niğde Miralayı Mehmed'in azliyle yerine Miralay-ı Sabık Divan-ı Hümayun katib şakirdlerinden Zeynelabidin'in tayinine..." şeklinde Karaman Valisi İsmail Paşa'nın arzı söz konusudur. BOA, AE. SAMD II, Dosya no: 20, Gömlek no: 2143.

konuda divan ile yüksek rütbeli yöneticilerin yetkileri arasında tam bir çizgi çizilememiştir. Divanın doğrudan doğruya ilgilenmediği alanlarda ise bir üst-düzenleyici rolü oynadığı düşünülebilir. İdari işlerin denetlenmesinde Divan padişahтан sonraki en yetkili kurum olmuştur. Tımar sisteminin düzenli bir biçimde yürütülmesinde divanın rolü tartışmasızdır. Gerek tımar sahiplerinin reyadan yakınmaları gerekse tımar sahiplerinin yolsuzluk iddiaları divanda incelenerek çözüme kavuşturulmuştur¹⁹⁴. İki tımar sahibi arasındaki çekişmeler de divanda görüşülmüş ve ilgili makama soruşturma buyruğu yazılmış ve soruşturma sonucuna göre çözüme bağlanmıştır. Yöneticilerin uygunsuz bir hareketine rastlanırsa gerekli yönetsel tedbirler alınmış, örneğin zeameti başkasına verilmiştir. Görevlerini ihmal edenlerin işine ise son verilmiştir¹⁹⁵.

Divan-ı Hümayun, Osmanlı Devleti'ndeki adaletin gereğinin yerine getirilmesinde görevli en yüksek mahkeme olarak kabul edilmiştir. Divanın yargı alanında üç ayrı fonksiyonu söz konusudur. Birincisi, genel yargı denetimi yapmasıdır. Zaman zaman görevlendirilen “mehayif müfettişleri” adı verilen kadılar, özellikle çok yakına gelen bölgelere gönderilerek yargılama yaparlar ve edindikleri bilgileri divana bildirirlerdi¹⁹⁶. İkincisi üst mahkeme fonksiyonudur. Davanın yeniden aynı kadı veya başka bir kadı tarafından görülmesi mevcut haksızlığı gidermeye yetmeyebilir. İşte bu kesinleşmiş hükümlerin padişah divanında yeniden incelenmesi yolunu doğurmuştur¹⁹⁷.

¹⁹⁴ “Rodos beyi Ali'nin bila sebep gediklerini alup adamlarına veya menfaat mukabilinde tevcih ettiğine dair Rodos kalesi Hisar erenlerinin yaptığı şikâyetin tetkikine memur edildiği...” ile ilgili Rodos Müftüsü ve kadısına hüküm, BOA, Mühimme 6, sıra no 119, sahife: 57, t: 972 (1564).

¹⁹⁵ “...Mukadema Liva-i Menteşe'ye mutasarrıf iken tayin olunan haslarının mahsulünü kendisinden mukaddem sancakbeyi olan Billa Mehmed gasbetmiş olmakla istirdadını istid'a eden halen Kangırı Sancakbeyi Mehmed'in iddiasını şer'i şerife tevfiakan ru'yet etmek üzere...” Menteşe sancağı kadılarına yazılan ferman, BOA, AE, no: 142, t: 953 (1546).

¹⁹⁶ MUMCU, Divan, s. 85-86.

¹⁹⁷ “Şeriat temsilcileri, padişahın bu yetkisini oldukça isteksiz biçimde tanımışlardır. Ebussud Efendinin şu fetvası çok ilginçtir: “Mesele: Bir defa şer'i şerifle fasl olunup ahir kadı tenfiz ve imza eylediği hususu yine aslından dinlemek şer'i olur mu? El cevap: Emr-i Sultani olmayacak olmaz. Memur olıcak dahi sabıkan şerle fasl olunduğu sabit olıcak tağyir olunmaz.” HORSTER Paul, Zur Anwendung des İslamischen Rechts im 16. Jahrhundert, Stuttgart 1935, s. 52 (MUMCU'dan naklen s. 92, dipnot. 97); “Yorgi... ye vermiş olduğu altmış altı kantar iç yağının bedeli olup merkum tarafından inkar edilmekte olan ikibin akçelik davanın bitarafane rü'yeti talebinde bulunan Hüseyin hakkında

Divanın yargı alanındaki üçüncü fonksiyonu ise ilk yargılama ve bunun sonunda kesin hüküm yeri olmasıdır. Hem şer'i hem örfi konularda divan ilk mahkeme olarak çalışmış ve verdiği hüküm hemen kesinleşmiştir¹⁹⁸. Örfi konularda ilk derece mahkemesi olması doğaldır. Netice olarak örfi hukukun kaynağı divandır¹⁹⁹.

Divan-ı Hümayun savaş açılması, barış akdedilmesi, yabancı elçilerin divana kabulü gibi dış işleri alanlarında oldukça önemli yetkilere sahiptir. Osmanlı Devleti güçlü olduğu dönemlerde çıkarları doğrultusunda kendi istediği devletlerle siyasal ilişkiler kurmuştur. Elçilerin güvenlik içerisinde devlete gelişi için gerekli tedbirler divanda belirlenmiş ve ilgililere bildirilmiştir²⁰⁰. Önemli siyasi meseleler karşısında alınacak tedbirler Divan-ı Hümayun'da kararlaştırılmıştır. Divanın siyasal alandaki yetkilerin en önemlisi savaş açmaktır. Aslında padişaha ait olan bu yetki bazen Divan-ı Hümayun'ca da

Galata Kadısına yazılan hüküm” BOA, AE, Esas no: 124, t: 953 (1556); “Çingene gurbet taifesine baş olan Hasan namında birinin müsademede ölmesinden dolayı kardeşleri tarafından yapılan şikayetin tetkiki ile merkum ile çingeneler itaat etmeyüp cenk ederken ölmüşler ise kanları heder olduğundan kimsenin rencide edilmemesi...” hakkında Nusaybin kadısına yazılan hüküm, BOA, Mühimme 6, sıra no: 569, sahife: 268, t: 972 (1564).

¹⁹⁸ “İşarına göre halvet-i sahiha halinde musahibet ettikleri sabit olan Ayni binti Hızır adında bir Müslüman kadın ile Musa adlı bir yahudinin siyaset olunmaları...” BOA, Mühimme 9, sıra no: 157, sahife: 59, t: 977 (1569); “...eşkiyanın affını istişare için dirayetli iki kişinin gönderilmesi..”, BOA, HH, Dosya no: 82, Gömlek no: 3388, Hicri 1215 (1800) tarihli hatt-ı hümayunda eşkiya ile ilgili bir davaya bakılması söz konusudur.

¹⁹⁹ “...şeri şerifin gereğine göre davranılarak paranın adı geçenlerden eksiksiz olarak alınması, vermek istemeyerek direnmelerine fırsat verilmemesi, mahalinde şer ile görülüp ödetilmesi mümkün olmazsa davanın İstanbul'a havale edilmesi, adı geçenlerin de gelmesi ve Divan-ı Hümayunda vezirler ve kazaskerler huzurunda durumlarının şer ile görülmesinin temini..., ile ilgili Köstendil kadısına gönderilen hüküm, BOA, Mühimme 90, no: 285, s. 227.

²⁰⁰ “...Trabzon beylebeyisine, Göne Sancağı beyi ...na , Gürel yolu üzerinde bulunan kazaların kadılarına, bu kazalardaki iskele eminlerine, beylerbeyi ve sancakbayı mütesellimleri ile kethüda yerleri, yeniçeri serdarları, dizdarlar ve sair iş erlerine gönderilen bu hükümde, adı geçen Melik'in elçisi veya adamlarının yol boyunca konaklayacakları yerlere korkusuzca ve sağ salim ulaşmalarının sağlanması, kimsenin ilişip incitilmesine fırsat verilmemesi...”, BOA, Mühimme 90, no: 421, s. 346, t: 1056 (1646).

kullanılabilmiştir²⁰¹. Sefer hazırlıkları ile ilgili gerekli buyruklar yine Divan-ı Hümayunca verilmiştir²⁰². Osmanlı Devleti zamanla eski gücünü kaybetmesiyle Divanın dış siyaset alanındaki yetkileri daha da önemli hale gelmiştir. Yabancı devletlerle denge siyaseti çerçevesinde çeşitli görüşmeler yapılmaya başlanmış, devletin hareket esasların belirlendiği kararlar Divan-ı Hümayun'da alınmıştır²⁰³. Devletin mali işlerinin de en yüksek düzeyde konuşulup

²⁰¹ 15 Mayıs 1722 tarihinde yapılan divan toplantısında şu kararlar alınmıştır: a. Afgan Kabileleri Mir Üveys oğlu Mahmud Han idaresinde, Kandehar'da isyan etmiş ve bir çok İran şehirleri bunlar tarafından zapt edildikten sonra, İsfahan şehri dahi muhasara altına alınmıştır. b. İran dahilindeki bu isyanın, Osmanlı Devleti sınırına sirayet etmesi muhtemel görüldüğünden, keyfiyet Osmanlı İmparatorluğunun doğu sınırları için de büyük bir tehlike arz etmektedir. c. Bu itibarla, evvelce Osmanlı İmparatorluğuna ait bulunuyorken, sonradan İran'a terkedilmiş bulunan doğu sınırlarımız üzerindeki, Revan, Tebriz, Gence ve Tiflis gibi daha bazı kal'a ve şehirler, tekrar Osmanlı İmparatorluğu içine alınması... d. Muteber telakki olunan bir çok kitablarına nazaran, Rafizi taifesi, mürted ve küfr erbabından sayıldığı için, bunlarla savaşmak dahi müşrikler ile harb etmeye müsavidir. e. Nihayet, Osmanlı Devleti'nin doğuda asayiş ve emniyetini sağlamak, müslüman Türklerle meskun bir kısım şehirleri, şüilerin zulmünden kurtarmak için, buraları zaptetmek maksadı ile, İran'a savaş açmak da hiç bir mahzur yoktur. Topkapı Sarayı, Revan, Ktb. Nr. 1947, Münşeat Mecmuası, AKTEPE Münir, Patrona İsyanı (1730), İstanbul 1958, s. 74-75; Örneğin Kanuni Sultan Süleyman döneminde Rodos'un fethi konusunda görüşmeler Divan-ı Hümayunda yapılmıştır. UZUNÇARŞILI, Osmanlı Tarihi, c. II, Ankara 1988, s. 313.

²⁰² "Fransalı'nın Brest'ten çıkan sefaininin Tulon'a duhulü ve Antona ve Marsilya ve Triyeste'de asker tahliyesi haberi üzerine... akdi meşveret ve gelen evrak-ı havadis tetkik edilerek Boğazın, Bosna, Mora, İnebahtı ve Arnavudlul sevahilinin muhafazası ve takviyesi ve oralarda asker mühimmat sevki ve orduya müretteb neferratı göndermeyen vilayetlerden bedellerinin tahsili hususunun ve alınacak tedabirin görüşülerek lazım gelenlerle tekiden tebliğine karar verildiği...", BOA, HH, Dosya no: 256, Gömlek no: 15513, t: 29/Z/1215 (13.05.1801); AKTEPE, 1720-1724 Osmanlı-İran Münasebetleri ve Silahşör Kemanî Mustafa Ağa'nın Revan Fetih-nâmesi, İstanbul 1970, s. 14.

²⁰³ "Reis Efendi'nin Devlet-i Aliyye'nin maslahatına muvafık devletler ile iktiza edecek muamelat-ı dostane hakkındaki layihası bermuceb-i irade akdedilen meclisde müzakere ve Fransa'nın niyyatı fasidesine karşı Fransalıya serrişte verilmeyerek Rusya, Nemçe ve Prusya devletleriyle ittifak edilmek esbabına tevessülün lüzumuna karar verildiğine dair", BOA, HH, Dosya no:268, Gömlek no:15618, t: 15/Z/1212 (31.05.1798); "Devlet-i Aliyye'nin Rusya, Prusya, İsveç, Danimarka devletleriyle tahaffuz-ı ittifakta buldukları hakkında...", BOA, HH, Dosya no: 273, Gömlek no:16072, t:29/Z/1216 (02.05.1802); Osmanlı

çözümlendiği yer Divan-ı Hümayundur. Hazineden para çıkması işlemi vezir-i âzam ile defterdarın ortak kararı ve imzası neticesinde gerçekleşmiştir. Hazinenin denetimini üstlenen Divan-ı Hümayun iktisadi ve mali alandaki meselelerin çözüm yeri olmuştur. Ayrıca vergi kanunnameleri Divanda nişancı ve yardımcıları tarafından hazırlanmış ve kanunnamelerin uygulanması, vergi düzenlemelerine uygun davranılması ile ilgili buyruklar Divandan çıkarılmıştır²⁰⁴. Vergilerin toplanması ile ilgili aksamalar Divan-ı Hümayun tarafından denetlenmiş ve yapılan yolsuzluklar divanca cezalandırılmıştır²⁰⁵. Divan-ı Hümayun tüm bu vergi işlemlerinin dışında türlü mali sorunlarla da ilgilenmiştir. Divan-ı Hümayun aynı zamanda reaya arasında mali alanda çıkan anlaşmazlıkların da çözüm yeri olmuştur²⁰⁶.

3. Divan-ı Hümayun'un Şûra Meclisi Niteliğinin Değerlendirilmesi

Divan-ı Hümayun şekil açısından değerlendirildiğinde şûra meclisine aykırı bir niteliği bulunmamaktadır. Emevilerden bu yana belki de istişare yönteminin en iyi uygulandığı kurum Divan-ı Hümayun olmuştur. Bununla birlikte dört halife döneminde kurumsallaşma yoluna giden, aslî-müstakil şûra meclisini tam olarak karşılayamamıştır. Esasen Osmanlılara kendilerinden önceki Türk ve İslam devletlerinden intikal etmiş müstakil bir şûra meclisi örneği yoktur. Bilindiği üzere Emeviler ile birlikte saltanat yönetimine geçiş, İslamî teoriyle bağdaşmayan uygulamalar, özellikle geliştirilmesi,

Devleti 1700 lü yıllarda İran'a karşı Rusya ile ortak hareket etmiş ve bununla ilgili Fransız elçileriyle görüşmeler yapılmıştır. Fransız elçisi Marquis de Bonnac'ın teklifi Divanda görüşülmüş ve teklife uygun şekilde karar alınmıştır. Bonnac'ın teklifi Rusya ile anlaşmaya varılması ve İrandaki muhtemel olaylara karşı da hazırlıklı olunmasını içermektedir. AKTEPE, Osmanlı-İran, s. 26-27.

²⁰⁴ "...Varna, Niğbolu ve Yergöğü kadınlarına gönderilen hükümde, defterhane-i amireye başvurulduğunda: ' Varna iskelesine gelip orada satılan tahıldan araba başına sekizer akça, yine aynı yerde satılan bal ve yağ gibi yiyecek maddeleri için ...on beş akça ..alın' diye açıklama olduğunun görüldüğü, buna göre ortada şer'e uymayan, defterle bağdaşmayan uygulama bulunduğu anlaşıldığından... defterde vakfa gelir kaydedilmiş olan miktarda paranın alınması..' BOA, Mühimme 90, no: 385, s. 316, t: 1056 (1646)

²⁰⁵ "...Kaya Sultan'ın ...kazasında bulunan hassının voyvodası Mahmud'un İstanbul'a giderek, adı geçen kazadaki 'Karlı gölü' diye anılan gölde avlanan balıklardan defterde ' öşr-i mâhi' kaydolunduğunu, buna dayanarak gidip bunu almak istediğinde halen göl yakınındaki ...veköylerinin sipahisinin deftere aykırı olarak haksız yere kendisine engel olduğunu, böylece hassın gelirinin eksilmesine sebep olduklarını bildirip buyruk dilemesi üzerine..." BOA, Mühimme 90, no: 250, t: 1056 (1646).

²⁰⁶ BOA, Mühimme 90, no: 472,429,416.

somutlaştırılması içtihad alanına bırakılan başta şûra olmak üzere kamu hukuku alanındaki önemli ilkelerin kurumsallaşmasını önlemiştir. Bu dönemlerde müstakil bir şûra kurumunun ortaya çıkmadığı, ancak devlet işlerinin kurullarda görüşülmesi sırasında bir yöntem olarak uygulandığı görülmektedir. Bu kurullar, istişare prensibinin uygulanabildiği ölçüde şûra meclisi niteliğini kazanmışlardır. Osmanlı Devleti'ne gelindiğinde Emevi ve Abbasilerde olduğu gibi saltanat yönetimi devam etmekle beraber meşveret, devlet işlerinin görülmesinde zorunlu bir yöntem olarak kabul edilmiştir.

Şûra hükmünün Osmanlı Devleti'nin hukuk terminolojisine girip girmediği ile ilgili herhangi bir problem yoktur. Müşavere hükmü çeşitli padişahlar döneminde kanunname ve hatt-ı hümayunlara uyulması gerekli bir kural olarak işlenmiştir. Fatih Kanunnamesinin birinci babının “Meratib-i Ayan ve Ekâbir” kısmında “...ve baş defterdarım dahi umurunu vezir-azam ile müşavere ideler” hükmü yer alır²⁰⁷. Birinci Abdülhamit “...iş bu maddelerin meşveretleri muktezi olan maddelerin istişaresi hemen sadece söyleşip yazılacak maddelerin arz olunması matlubumdur” diyerek istişareyi bizzat desteklemektedir²⁰⁸. Her işin meşveret ile görülmesini isteyen III. Selim ise “Kaimmakam Paşa, meşverette ideceğiniz maddeyi dikkatle söyleşir, taraf-ı hümayununa arz idersin. Gönül birliğiyle ibadullaha maslahatını Allah için tedbir idin. Rabita virin. Bir şey ki mesned-i şerif üzere meşveret oluna. Karar kabulümdür”²⁰⁹ demektedir. Aynı zamanda Osmanlı padişahları, şûra ehline seçtiklerini vurgulamak için cülus beratlarında “ittifak-ı ashab-ı âra” ile tahta geçtiklerini belirtmeyi adet edinmişlerdir. Görüldüğü üzere Osmanlı padişahları

²⁰⁷ ÖZCAN, Kanunname-i Ali Osman, s. 9.

²⁰⁸ BOA, HH, Dosya no: 14, Gömlek no: 570, t: 29/Z/1202 (30.09.1788).

²⁰⁹ (BOA, HH, no: 5405), ÖZKAYA Yücel, “III. Selim’in Devlet Yönetimi ile İlgili Hatt-ı Hümayunları”, X. Türk Tarih Kongresi 22-26 Eylül 1886 Kongreye Sunulan Bildiriler, c. IV, Ankara 1993, s. 1482; Bir başka Hatt-ı hümayunda “Meşveret mazbatası manzur-u hümayunum olub, maddeler malum. Cenab-ı hakk icrasına muvaffak eyleye” demektedir. Devletten herkesin sorumlu olduğunu da “... Gerek ocaklar ve gerek zeamet ve tımar nizamında Allah size mu’in olsun. Devletten yalnız ben hissedar değilim. Gerçi bir tul vakit ile olu manadır. Lakin beş on seneden sonra üzerine olunur ise Sultan Süleyman asrı gibi olur” diyerek belirtmektedir. Aynı hattın devamında Tanrının kendilerine yardımcı olacağını belirtip, gece gündüz konuşularak alınan kararlardan sonra gerekli düzenin verilebileceğini şöyle belirtir: “Kaimmakam Paşa, Hakk-ı teala hazretleri imdad eyleye. Allah kerimdir. İnşallah bizi daima ağlatmaz. Bir günde mesrur eder. Baş başa verüb gece ve gündüz söyleşüb esbab-ı zahirde kusur etmesesiz. Her ne muktezi ise nizam veresiz”. BOA, HH, no: 9284, (ÖZKAYA, III. Selim, s. 1482 vd).

İslami bir müessese olan meşverete büyük bir önem vermişlerdir²¹⁰. Dolayısıyla uygulamada şûra prensibinin varlığı veya uygulanıp uygulanmaması ile ilgili bir problem yoktur.

Divan-ı Hümayunda müşavere edilen konulara göz attığımızda şûra ilkesine tezatlık oluşturacak bir durum söz konusu değildir. İfade ettiğimiz üzere şûra ilkesi şer'i nas olmayan konularda geçerlidir. Konu bakımından getirilen bu sınırlama esasında Divan-ı Hümayun açısından da belirleyicidir. Zira Divan-ı Hümayun'da müşavere edilen konular şer'i nas olmayıp örfi hukuka ilişkindir. Böylelikle Divan-ı Hümayun İslam şûra meclisinin en önemli özelliğini bünyesinde taşımaktadır.

Daha önce ifade ettiğimiz üzere divan üyeleri her biri kendi alanlarında uzman kişilerdir. İkinci bölümde ifade ettiğimiz “şûra üyelerinin belirli niteliklere sahip olması gerekliliği” Osmanlı uygulamasında fazlasıyla yerine getirilmiştir²¹¹. Divan-ı Hümayunun nitelikli kimselerden oluşması şûrayı desteklemektedir. Üyelerin padişah tarafından atanması ise bir kısım İslam hukukçusunun savunduğu, üyelerin seçimle belirlenmesi, halifenin dilediği kimseleri şûra üyesi olarak atayamaması kuralını zedelemektedir. Bununla birlikte ifade ettiğimiz üzere şûra üyelerin belirlenmesi konusunda açık bir hüküm yoktur. Bazı İslam hukukçuları üyelerin halifece atanması gerekliliğini

²¹⁰ “Neşri'nin aktardığına göre Osman Bey bir şeye karar vermeden önce daima yanında bulunan kimselere sorar, danışır, müşavere ederdi. Örneğin Bileciği almadan önce “ammusu Tundar'la müşavere etti”, yine Aşıkpaşazadenin aktardığına göre Bizans toprağına fetih ile ilgili kardeşi Gündüz ile müşavere etmiş onun reyinin uygun olmadığını düşünerek kabul etmemiştir. Neşri I. Murat döneminde yapılan harp ve harp meclislerine ait müşaverelerden etraflıca bahsetmektedir.” KOYAMA Koıçiro, “Osmanlıların İlk Devirlerinde Divan-ı Hümayun”, XI. TTK (5-9 Eylül 1990) Kongreye Sunulan Bildiriler, c. III, Ankara 1994, s. 865 vd.

²¹¹ “Fatih vasiyetnamesinin bir bölümünde şunları söylemiştir: ‘Cenab- Hakk’ın inayetiyle oğlum Yıldırım Bayezid tahtıma yerleştikten sonra kendisine tarafımdan şunlar söylensin: bazı müşavirlerim var ki çok fena insanlar olup beni kötü nasihatleriyle yenilikler yapmaya, halk için ağır yükler ihdas etmeye ve merhametsizce kan dökmeğı emretmeğe sevkederlerdi ve gizli kinler besliyorlardı. Bu müşavirleri hayatta bırakmayın, bilakis kılıçla öldürün ve yanınızda böyle müşavirler tutmayın’ . Anlaşıldığı üzere Fatih vasiyetnamesinde müşavirlerin ehil olması gerekliliğini işaret etmiştir.” USLU, s. 22; Osmanlı Padişahının divan üyelerini atama ve azil yetkisi onlar üzerinde geniş bir otoriteye sahip olmasını sağlamıştır. Bunu da zaman zaman gönderdiği adaletnamelerle pekiştirmiştir. D’OHSON, “Divan Toplantıları 3 ”, (çev: DÜZ Ayda) Hayat Tarih Mecmuası, yıl. 9, c. 1, sy..4, 1 Mayıs 1973, s. 74-75.

savunmuşlardır. Dolayısıyla üyelerin padişahça belirlenmesi konusunda da herhangi bir aykırılık söz konusu değildir.

Divan-ı Hümayunda yapılan görüşmeler sırasında zabıt tutulmadığı için hangi konuların ne gibi yöntemlere göre görüşülüp tartışıldığını saptayabilmek bu konuda gözlemcilik yapmış kimselerin ve yazarların aktardıkları bilgilerle sınırlıdır²¹². Kaynaklarda sultanın vüzerâ ile “müşavere” veya “meşveret” ettiğine dair ibareler yer almıştır²¹³. Divan toplantılarında önemli görülen siyasî ve idarî konularda görüşme açılmıştır. Özellikle dış işleri konusundaki tartışmalar özgürce yapılmış, çeşitli görüşler ortaya atılabilmektedir. Bazı durumlarda yedi vezir tarafından yedi ayrı görüş ileri sürülebilmektedir. Önemli görevlere yapılacak atamalarda Divan uzun tartışmalardan sonra karar vermiştir. Özellikle örfî kanunları çok iyi bilen nişancı gerekirse üyeleri ikaz etmiş ve onun düşünceleri varılacak kararda son derece etkili olmuştur. Divan idarî denetim görevini yerine getirirken toplantıda sert tartışmaların geçtiği, kusuru görülen devlet adamının sorguya çekilerek hemen gereken işlemin uygulandığı ve bu uygulamanın da bu kurul önünde yapıldığı anlaşılmaktadır. Sefer için harcanacak para bile kurulun önünde tek tek sayılmış ve hesaplanmıştır. Görevli olarak merkezden uzaklaşacak olan hizmetlilerin gidiş rotaları da, gerekli görüşmelerden sonra saptanmıştır. Savaşta elde edilen tutsaklar divan eğer sarayda kurulmuşsa sarayda, ordugâhta kurulmuşsa ordugâhta huzura getirilerek görüşmeler yapılmış ve gereği yerine getirilmiştir. Tüm bunlardan anlaşılmaktadır ki idarî işlerde danışarak karar alınması yaygındır. İstisna olan

²¹² “1432’ye doğru Edirne’de II. Murat’ın sarayını ziyaret eden Bertrandon de La Brocquiere de, dönemin divan toplantısını şöyle anlatır: “Birinci kapıdan geçtik. Kapı içeri doğru açılıyordu ve hepsi elinde değnek, otuz kadar kul (kapıcı) tarafından korunuyordu. Biri izinsiz girmeye kalkarsa önce uzaklaşması için uyarırlar, direnirse ellerindeki değneklerle onu uzaklaştırırlar... Milano elçisi girince kapının yanında oturtuldu. Ne zaman bir elçi gelse (hemen her gün bir elçi gelir), sultan kapıda divan kurar (“il fait porte” için Fransa’da “kralın huzuruna kabul edilmek” denir.) Bizim “court du roy” dediğimiz şeye Türkler “Padişah Kapısı”, derler. Sultan içeri girdi ve yandaki bir divanhaneye gitti. Oturması için hazırlanmış kadife döşeli beş basamakla çıkılan bir sedirde, adetleri üzere, terzilerin çalışırken oturdukları biçimde, oturdu. Sonra divanhanenin yanında başka bir yerde beklemekte olan paşalar gelip sultanın önünden geçtiler. Divanhaneye girdiler ve divana katılması adet olan herkes yerini aldı. Divanhanenin duvarı boyunca sultandan oldukça uzakta idiler.” İNALCIK Halil, “Osmanlı İmparatorluğu Klasik Çağ (1300-1600), (çev: SEZER Ruşen), İstanbul 2003, s. 94.

²¹³ NEŞRİ, c. II, s. 450-452-550-552.

ise padişahın veya vezir-i âzamın tek başına karar alması olmuştur²¹⁴. Divanın yargısal yetkisini kullanırken verdiği kararlarda danışmanın en az söz konusu olacağı açıktır²¹⁵. Şer'i konular vezir-i âzamca Rumeli kadiaskerine veya Anadolu kazaskerine havale edilmiştir. Örfi konular ise vezir-i âzamın bizzat sorunu dinleyip hüküm vermesi ya da ilgili üyeye havale etmesi yoluyla karar safhasına ulaştırılmıştır. İdarî işlerin bitmesinden sonra görüşülmeye başlanan davalarda taraflar ya bizzat divanda hazır bulunmuş ve yargılama yapılmış ya da daha önce yapılmış şikâyetlerin dilekçeleri vezir-i âzama okunmuş, o da şer-i örfi hukuk ayırımına göre sorunları çözmüş veya çözümletmiştir. Şikâyetlerin sözle yapılması da mümkün olabilmiştir. Divanda alınan kararlar kesin olup yakıncıların karara itiraz hakları olmamıştır²¹⁶.

Osmanlı Devleti'nin özellikle klasik döneminde Divan-ı Hümayun üzerinde padişahın otoritesi hâkimdir. Alınan kararlar, netice olarak padişahın iradesini yansıtmıştır. Padişahın başkanlık etmediği dönemlerde bile, Divan-ı Hümayun'un padişahın adına kurulduğu prensibi değişmemiş ve sürdürülen denetim ile de bu husus desteklenmiştir²¹⁷. Ayrıca Osmanlı padişahı divanda alınan kararları red etme hakkına da sahip olmuştur²¹⁸. Buna göre acaba divan

²¹⁴ MUMCU, Divan, s. 127.

²¹⁵ "...eşkiyanın affını istişare için dirayetli iki kişinin gönderilmesi..", BOA, HH, Dosya no: 82, Gömlek no: 3388, t:1215, belge hükmünden de anlaşılacağı üzere bir örfi davayla ilgili karar verebilmek için dirayetli iki kişi talep edilmektedir.

²¹⁶ "...Rumeli kazaskeri Mevlana Mehmed ile İstanbul kadısına gönderilen bu hükümde, davanın Divan-ı Hümayunda vezirler, adı geçen şeyhülislam ve kazaskerler huzurunda birkaç kez görülerek Topal Osman'a gerekli cevabın verildiği bildirilmekte, bundan sonra tekrar şirretlik edip dava ederse, bu türlü bir defa şer ile özellikle de Divan-ı Hümayunda görülüp karar bağlanan davanın dinlenmesinin yasaklanmış olduğu dikkate alınarak dinlenmemesi..." buyrulmaktadır, BOA, Mühimme 90, no: 344, s. 278-279.

²¹⁷ Bunlardan ilki doğrudan denetleme olarak da nitelendirilebilecek "Kafes arkası denetimi"dir. Hünkâr her istediğinde görülmeksizin ve orada olup olmadığı bilinmeksizin bütün olanı biteni görüp dinleyebilir. Divan-ı Hümayun'un denetlenme yollarından biri de arz yoludur. Arz, Padişahın divan toplantılarından hemen sonra arz odası denilen yerde divan üyelerini kabul etmesidir. Padişahın huzuruna arz için önce yeniçeri ağası, sonra kadiaskerler girerdi. Bunlardan sonra vezir-i âzam ve vezirler ve defterdar girerlerdi." İNALCIK, "Osmanlı İmparatorluğu Klasik Çağ (1300-1600), (çev: SEZER Ruşen), İstanbul 2003, s. 95; ITKOWITZ, s. 54.

²¹⁸ Osmanlı Padişahının meşveret meclisince alınan karardan hoşnut olmadığını örnekleyen şu belge son kararların padişaha ait olduğunu göstermektedir: "Kaymakam Paşa, mukaddem ki senin sefere hareketin farz mesabesinde, elbet

kararlarının netice olarak padişahın iradesini yansıtması ve padişahın alınan kararları red edebilmesi Divan-ı Hümayun'un meşveret meclisi özelliğini ortadan kaldırmakta mıdır? İlk bakışta bu durum, temel amacı devlet meselelerinin karşılıklı müşaverelerden sonra fikir birliğine varılarak alınması ve böylece sorumluluğun paylaşılması olan şûra ilkesine aykırı gibi görünmektedir. Bununla birlikte İslam hukukuna göre son kararın devlet başkanınca verilmesi şûra ilkesine aykırı değildir. Şûra uygulamasında halifenin görüşünün ağırlık basması durumu ihtimal dahilindedir²¹⁹. Dolayısıyla Divan-ı hümayunun meşveret meclisi niteliğini zedeleyici bir durum söz konusu değildir. Kaldı ki Osmanlı uygulamasına bakıldığında Osmanlı padişahlarının genellikle bu seçkin kurulun almış olduğu kararları uygulamış oldukları görülmektedir²²⁰.

Yukarıdaki değerlendirmelerimiz gösteriyor ki Divan-ı Hümayun, sahip olduğu statü ve yüklendiği önemli fonksiyonlarla Osmanlı devlet yönetimine damgasını vurmuş önemli bir danışma organıdır. Osmanlı divanı her ne kadar kendinden önceki ve çağdaşı İslam devletlerindeki benzeri kurumlardan farklı nitelikler taşısa da iki yüz yıl süre ile haftada en az dört gün çalışan bir kurulun salt bir sembol ya da basit bir toplantı anlamı taşıdığı ileri sürülemez. Üyelerinin, şûra ehlinin taşınması gereken niteliklere uygun olması ve divanda şer'i alana müdahale edilmeden kararların kolektif bir biçimde alınması çeşitli

giderson deyu bana cevap verdiniz. Ben de giderim dedim. Ben o vakit ibtida giderim demedim idi. Bu reyî siz ettiniz ve kapıya hat yazdırıp bütün dünyanın diline düşürdünüz. İsveçli elçi senin dahi tahririnde eşittik mesur olduk deyu yazmış idi bu kadar Frenk devletleri ve bu kadar ocaklar ve âm beyninde ben kendimi yalancı ve kezzab dedirmem ve yalan söyleyen padişahlar hakkında ne olduğunu bilürsünüz. Ben sizin tutumunuzdan benim sefere gitmem mi aksi ve sed çekmem. Zira padişah az levazımla kalkamaz. Elbette şimdiden hazırlanmalıdır. Sizde hiçbir hareket yoktur. Melike söz bir yakuşur gerek cenk ve gerek sulh. Ben elbet baharda Edirne'ye olsun hareket ederim. Eğer bir mani çıkarup beni ben ider iseniz ve beni bu kadar alemin ve Avrupa beyninde rezil iderseniz o meşverette bulunanların cümlelenizi vallah rezil ederim. Sonra kendiniz bilürsünüz..." BOA, HH, no: 9335, t: 1205(1790), (III. Selim'in beyaz üzerine hatt-ı hümayunu), AKYILMAZ, Diplomasi, dipnot: 70, s. 146-147.

²¹⁹ Bu konu ile ilgili 2. bölümde bilgi vermiştik.

²²⁰ Osmanlı Padişahı alınan kararları malum-u hümayunum olmuştur diyerek onay verdiğini göstermiştir. "Benim vezirim, İngiltere elçisi ile bi'l müzakere arz olunan işbu takrir ve müzekkere manzur ve mealleri malum-u hümayunum olmuştur. Aferin Reis Bey yoluyla kelama bed iderek güzel sözler söylemiş..." BOA, HH, no: 20181, t: 1248 (1832), AKYILMAZ, Diplomasi, dipnot: 64; s. 144.

İslam devletlerinde görülen ve en gelişmiş şekline Osmanlı'da ulaşan Divan-ı Hümayuna, aynı zamanda şûra geleneğinin devamı olan bir organ niteliği kazandırmıştır²²¹.

D. OSMANLI DEVLETİNDEKİ DİĞER DİVANLARIN ŞÛRA GÖREVİ

Osmanlı Devlet teşkilatında danışma organı niteliğinde Divan-ı Hümayun'dan başka kurullar da mevcuttur. Genellikle Divan-ı Hümayun üyelerinin divan toplantıları dışında bir araya gelmeleriyle oluşan bu kurullar zaman zaman devlet yönetimiyle ilgili önemli kararlara imza atmışlardır. Bu nedenle bu divanlara kısaca göz attık.

1. İkinci Divanı

Vezir-i âzâmın ikinci vakti kendi sarayında topladığı bu divan, Divan-ı Hümayun'dan sonra kurumlaşmış en önemli kurul organdır²²². Divan-ı Hümayun padişahın divanı olmasına karşılık, İkinci Divanı vezir-i âzâmın divanıdır²²³.

Tarihi kaynaklar ikinci divanın Salı ve Perşembe günleri dışında ikinci ezanından sonra toplandığını ortaya koymaktadır²²⁴. Bir başka tarihi kaynak ise ikinci divanın Divan-ı Hümayun toplantısı olmadığı zamanlarda sabahdan akşama kadar, Divan-ı Hümayun toplantılarının olduğu günlerde de

²²¹ FENDOĞLU Hasan Tahsin, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2000, s. 309; CEYLAN, Divan-ı Hümayun, s. 400-417, CEYLAN, Parlamento, s. 589; MUMCU, Divan, s. 36; AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 126; LEWIS, Meşveret, s. 779; AKGÜNDÜZ, Kanunnameler, c. 1, s. 82; Sencer ise bu kurulun padişahın divanı olması ve onun otoritesinin hakim olması nedeniyle bu kurulun danışma işlevinden yoksun olduğunu savunmaktadır. SENCER Muzaffer, "Tanzimat'a Kadar Osmanlı Yönetim Sistemi", Amme İdaresi Dergisi, c. 17, sy. 2, Ankara 1984, s. 25.

²²² "XVII. Yüzyıl tarihçilerinden Topçular Kâtibi Abdulkadir Efendi, ikinci vakti ezan okunup nevbet dövüldükten sonra farz namazın eda edildiğini ve divan ferman olunduğunu belirtmektedir." ABDÜLKADİR Efendi, Tarih, (haz: AYKUT Nezihi), İÜEF Doktora Tezi, İstanbul 1980, s. 751-752; Arşiv kaynaklarında İkinci Divanı "...paşa hazretleri bu gün ikinci divanı eylediler" şeklinde açıkça ifade edilmiştir. BA, KK, no: 7501, s. 2, (İPŞİRLİ, "İkinci Divanı", TDVİA, c. 22, İstanbul 2000, s. 26-27); UZUNÇARŞILI, Tuğra ve Pençeler, s. 101; MUMCU, Divan, s. 142;Tevkiî Abdurrahman Paşa Kanunnamesi, MTM, c. I-3, 1331, s. 499-500.

²²³ MUMCU, Divan, s. 142.

²²⁴ TAPK, c. I, s. 499-500; UZUNÇARŞILI, Merkez, s. 136.

öğleden sonra to plandığını göstermektedir²²⁵. Dolayısıyla Divan-ı Hümayun'un gücünde ve toplandığı günlerde ortaya çıkan değişime bağlı olarak ikinci divanın toplanma zamanı da farklılaşabilmiştir²²⁶. İkinci Divanı'nda görüşmelere Divan-ı Hümayun'dan hangi üyelerin katıldığı tam olarak bilinmemektedir. Bununla birlikte bu divana görüşülecek meseleye bağlı olarak gerekli kimselerin çağrıldığı anlaşılmaktadır²²⁷.

Divan-ı Hümayunun düzenli olarak toplandığı dönemlerde, sadrazamlar bu divanda sonuçlanmayan veya görüşülmesine lüzum olmayan işleri kendi konaklarında toplanarak halletmişlerdir²²⁸. Bununla birlikte bu sınır hiç bir zaman açık ve net olarak belirlenmemiştir. Öyle sanıyoruz ki önemlilik ölçüsü her hükümdara veya vezir-i âzama göre değişmiş olan konular ya İkinci

²²⁵ Şem'dani- Zâde Fındıklılı Süleyman Efendi tarihinde ikinci divanından şu şekilde bahsedilmiştir: "...bu vezir erbâb-ı mesalihin maslahatına ihtimam ettiği için, kesret-i erbâb-ı mesalihden Paşa kapısında divan sabahdan asre dek mümted oluridi." AKTEPE Münir, Şem'dani- Zâde Fındıklılı Süleyman Efendi Târihi Mür'i't-Tevârih, c. I, İstanbul 1976, s. 30; HALAÇOĞLU, Devlet Teşkilatı, s. 36.

²²⁶ Nimeti Efendi Salı ve Perşembe günlerinde ikinci divanın akdedilmediğini ileri sürerken Müverrih Ali'de yalnız Salı günü ikinci divanı olmadığını belirtmektedir. Şu halde Perşembe tatili 17. Yüzyılda ilave edilmiş olmalıdır. UZUNÇARŞILI, Merkez, s. 136.

²²⁷ "...Defterdar ve İrad-ı Cedid Defterdarı, Tevkii Osman, sabık kethüda Abdullah Berri, sabık Defterdar Emin, Humbarahane Nazırı Firdevs ve Ruznamçe-i Evvel Rasih Efendi Babîali'ye çağırılarak sadrazam nezdünde toplanup, Françe elçisine bütün konuşulan sözlerin mazbataları okunarak müşavere edildiği ve elçinin üç teklifi..." BOA, HH, Dosya no: 175, Gömlek no: 7643, t: 1210 (1795); "... Cümade'l-ülâ'nın on dördüncü sebt günü Paşa-kapısında müşavereye cümle erkan-ı devlet, ta Mekke ma'zûllerine varınca ulema dahi davet olundukda, Pehlivan Halil Ağa tedarik ettiği otuz iki dilaveri Paşa-kapısında çinili odaya gece vaz ertesi erbâb-ı müşavere cem oldukda, Patorna matlubu olan Rumeli valiliğini irad ettikde, vezir kürk giydirecek oldukda, senin kürkünü giymem deyü izhâr-ı gayz edicek, Han hülâsa-i müşavere padişah huzurunda hatm olunup, fatiha kıra'et olunsun ve siz dahi kürkü huzur-ı hümayunda kabul eyleyin deyicek, cümlesi tasvib edüp, Bab-ı hümayundan Saray-ı hümayuna duhul ettiler ve Pehlivan Ağa, dilaverler ile birer ikişer, soğuk-çeşme Kapısı'ndan Sofa bekçisi Odası'na isal ve sair eshab-ı müşavere sarayda arslanhane tabir olunur odaya cem oldukda..." AKTEPE, Târihi Mür'i't-Tevârih, c. I, s. 19.

²²⁸ Osmanlı Merkez Teşkilatında Reform, İstanbul 1993, s. 25; TAPK, c. I, s. 499-500; ORHONLU, s. XVII; UZUNÇARŞILI, Merkez, s. 136.

Divanı'nda ya da Divan-ı Hümayun'da çözümlenmiştir²²⁹. İkinci Divanı'nda görüşmelerin nasıl yapıldığına dair aydınlatıcı bilgiler bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu divanda meselelerin nasıl ele alındığı konusunda uygulamadan bazı sonuçlar çıkarmak mümkündür. Divan-ı Hümayun'un gelişkin döneminde İkinci Divanı'nda daha çok örfi davalar dinlenilmiştir²³⁰. Öncelikle bakılacak davalara ilişkin evrak sıraya konur, iddia sahibi dinlenir veya yazılı iddiası okunur ve daha sonra diğer taraf dinlenirdi. Eğer dava vezir-i âzamın halledebileceği bir mesele ise derhal yaptırır veya ilgili emri verirdi; değilse veya arza sunulması gerekli bir mesele ise Divan-ı Hümayun'a havale eder veya çözümü kazaskerlere ve İstanbul kadısına bırakırdı. Davalar sırasında işin ehli olanlar görüşlerini ileri sürebilirler ve bunlar vezir-i âzamca kabul gördüğü takdirde buyruldu ile onaylanırdı²³¹. Dolayısıyla müşavere davalarının çözümünde bir usul olarak uygulanmıştır. Kararlar daha çok buyruldu şeklinde verilse de padişahın mutlak vekili olduğu için tuğralı buyruklar da çıkarılabilmıştır²³².

Vezir-i âzam davalar dışında bazı meselelerin çözümünü de İkinci Divanı'na getirebilmiştir. Tarihi kaynaklarda "burada öncelikle halkın işlerinin görüldüğünü, ardından sefer mühimmatının müzakere edildiği" kaydedilmektedir²³³. Divan-ı Hümayundayken ileri sürülen görüşleri teker teker değerlendirmek durumunda olan vezir-i âzam kendi divanında daha özgür olmakla birlikte meselelerin müşavere edilerek çözümü İkinci Divanı'nda da devam etmiştir²³⁴. Vezir-i âzam dairesinin saraydan ayrılıp, müstakil bir binaya sahip olmasının en önemli sonucu kuşkusuz yönetim merkezinin artık saray değil Bab-ı Âli olmasıdır²³⁵. Başta reis'ül küttab olmak üzere Divan-ı

²²⁹ MUSTAFA Nuri Paşa, *Netayic ül- Vukuât*, c. I-II, (haz: ÇAĞATAY Neşet), Ankara 1992, s. 66; Zaman zaman Divan-ı Hümayun'da çok basit ve önemsiz davaların dinlendiği görülmüştür. MUMCU, *Divan*, s. 142.

²³⁰ Tevkiî Abdurrahman Paşa "İkinci vakti divan akdedilip halkın işlerinin şer ve kanun üzere görüldüğünü, anlaşmazlıkların çözüldüğünü, isteyenlerin eline ahkam verildiği"ni belirtir. TAPK, c.I, s. 499-500.

²³¹ "Arzuhalin bir tarafına kararı içeren i'lâmın yazılması usuldü." UZUNÇARŞILI, *Merkez*, s. 138; İPŞİRLİ, *İkinci Divanı*, s. 27.

²³² BOA, AE, no: 53, t:1014 (1605); BÜLBÜL Zekeriya, *Osmanlı Müesseseleri ve Medeniyeti Tarihi*, Ankara 2000, s. 116; MUMCU, *Divan*, s. 146.

²³³ ABDÜLKADİR Efendi, s. 395.

²³⁴ MUMCU, *Divan*, s. 146.

²³⁵ MUMCU, *Divan*, s. 29-30.

Hümayun'da görevli bir çok kâtip zamanla Bab-ı Âli'ye kaymıştır²³⁶. Dolayısıyla Divan-ı Hümayun'da görüşülmekte olan iç ve dış politikaya ait her türlü konu ve mali meseleler İkinci Divanı'nda ele alınmıştır. Ayrıca Padişah tarafından gönderilen hatt-ı hümayunun okunması, padişah huzuruna çıkarılmadan önce yabancı elçilerin kabulü, yeniçerilere aylık dağıtımı, ramazan ve bayram tebriklerinin kabulü gibi çeşitli tören ve uygulamalar bu divanda halledilmiştir²³⁷. Diğer taraftan daha önce Divan-ı Hümayun'da yapılan bazı askeri zümreler ile ilgili yargılamalar da İkinci Divanı'nda görülmüştür²³⁸. Anlaşılacağı üzere İkinci Divanı Divan-ı Hümayun'dan sonra halkın şikâyetlerinin dinlendiği ve bir çok devlet meselesinin müşavere edilerek çözümlendiği en önemli organ olmuştur.

2. Cuma Divanı

Cuma Divanı, Cuma günleri sabah namazından sonra vezir-i âzâmın başkanlığında toplanan divandır²³⁹. Bu divana Divan-ı Hümayun üyelerinden Kadıaskerler katılmıştır. Bunun dışında büyük tezkireci, çavuşbaşı, çavuşlar kâtipi, divan çavuşları, muhızır ağa gibi Divan-ı Hümayun hizmetlileri de bulunarak teşrifatla ilgili işlemleri yerine getirmişlerdir. Cuma divanında yalnızca şer'i ve örfî davalar dinlenilmiştir²⁴⁰. Dava dinlenirken Divan-ı Hümayundaki usul uygulanmıştır. Genellikle vezir-i âzam şer'i konuları Rumeli Kadıaskerine veya işler çoksa Anadolu Kadıaskerine havale etmiş, örfî konularda ise kendisi karar vermiştir²⁴¹. Cuma divanı ile Divan-ı Hümayun arasında dava dinleme bakımından kesin bir yetki sınırı yoktur. Huzur mürafaasında her türlü örfî ve şer'i dava dinlenebilmiştir. Bu bakımdan Divan-ı Hümayun'un tamamlayıcısı niteliğindedir²⁴². Cuma divanında az da olsa

²³⁶ İPŞİRLİ, "Bâbiâli", TDVİA, c. 4, İstanbul 1991, s. 379; FINDLEY Carter, Osmanlı Devleti'nde Bürokratik Reform Babıâli (1789-1922), (çev: Latif Boyacı-İzzet Akyol), İstanbul 1994, s. 48.

²³⁷ "...sadarete gelen elçiler ile sefaret tercümanlarına mülakat ve nevbet..." BOA, İrade Dahiliye 63599, t: 21 Ca/1259 (20.06.1843); HASKAN M. MERMİ-GÜLERSOY Çelik, Hükümet Kapısı Bab-ı Âli, İstanbul 2000, s. 102 vd.

²³⁸ İPŞİRLİ, İkinci Divanı, s. 27.

²³⁹ MUMCU, Divan, s. 147; AKYILDIZ, Reform, s. 25.

²⁴⁰ Bu nedenle bu divana "huzur mürafaası" da denilir. UZUNÇARŞILI, Merkez, 138-139; CİN-AKGÜNDÜZ, c. I, s. 203; CİN-AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 137.

²⁴¹ KARAÇAM Ali, Osmanlıyı Cihan Devleti Yapan 150 Sır, İstanbul 2001, s. 48; TAPK, c. I, s. 501-503; MUMCU, Divan, s. 147; UZUNÇARŞILI, Merkez, s. 139.

²⁴² MUMCU, Divan, s. 148.

danışma yoluna başvurulduğu açıktır. Özellikle vezir-i âzâmın nitelemekte zorluk çektiği hususları kadiaskere sorması ve onların düşüncelerini alması mümkündür. Divan dağıldıktan sonra, kadiaskerlerin vezir-i âzâmla yemek yemeleri ve yemek bitince “eğer bazı müşkil davalar vaki olursa bedeltaam içeriye getirip teenni ve tefsil üzere istima buyrulması” bu divanda davaların görülmesinde bir ölçüde danışma yoluna gidildiğini göstermektedir²⁴³.

3. Çarşamba Divanı

Merkezde, vezir-i âzâmın başkanlığında düzenli olarak toplanan son kurul, “Çarşamba Divanı”dır. Bu divanın ne zaman ortaya çıktığı bilinmemektedir. Her Çarşamba günü sabah vakti Galata, Havas-ı Kostantaniye, Eyüp ve Üsküdar kadıları sadrazâmın konağına gelip bu divanı akdetmişlerdir²⁴⁴. Çarşamba divanı toplanmadan önce İstanbul’da bulunan beylerbeyi, sancak beyleri ve yeniçeri ağası vezir-i âzâmın huzuruna çıkıp devlet işleri hakkında bilgi vermişlerdir²⁴⁵. Divanda sadrazâm “mesalih-i ibadullahı muktaza-i şer’i şerif üzere görür ve fasl-ı husumet ve kat’ı nizâ buyurur ve kavanin-i Osmaniyeyi icra eder, lazım geldikte kadı efendilere dahi dinletir”²⁴⁶. Kanunname hükmünden de anlaşılacağı üzere sadrazâm gerek gördüğünde davaları diğer kadılara da dinletebilir veya onlara danışabilir. Bu divanda dava dinlenilmesinin yanı sıra İstanbul’un sorunlarıyla da ilgili görüşmeler yapıldığı anlaşılmaktadır. Bilindiği üzere Osmanlı Devleti’nde belediye hizmetleri kadıların görevleri arasındadır²⁴⁷. Dolayısıyla bu divanda örfi hukukun kapsamındaki yargısal işlerin yanı sıra İstanbul’un çeşitli belediyecilik sorunlarının çözümünde de müşavere yoluna gidilmiştir. Çarşamba divanında dava dinleme ve görüşme usulü, Divan-ı Hümayundaki yöntemlere benzemektedir²⁴⁸.

4. Paşa Divanı

Doğrudan doğruya beylerbeyine bağlı olan ve onun başkanlığında toplanan bu kurulun ne zaman ortaya çıktığı tam olarak bilinmemekle birlikte zamanla geliştiği anlaşılmaktadır. Paşa divanı eyaletin merkez sancağı olan ve beylerbeyi tarafından idare edilen paşa sancağının merkezindeki beylerbeyinin

²⁴³ MUMCU, Divan, s. 147-148; UZUNÇARŞILI, Merkez, s. 139.

²⁴⁴ CİN-AKGÜNDÜZ, c. I, s. 203; AKYILDIZ, Reform, s. 25; UZUNÇARŞILI, Merkez, s. 140.

²⁴⁵ İPŞİRLİ, Devlet Teşkilatı, s. 167; MUMCU, Divan, s. 147-148; UZUNÇARŞILI, Merkez, s. 140.

²⁴⁶ TAPK, c. I, s. 503.

²⁴⁷ ORTAYLI İlber, Türkiye İdare Tarihi, Ankara 1979, s. 157.

²⁴⁸ MUMCU, Divan, s. 147-148.

konağında toplanmıştır²⁴⁹. Divan-ı Hümayun'un küçük bir modeli niteliğindeki bu divanda meseleler müşavere edilerek çözülmüştür²⁵⁰. Paşa divanının üyeleri, mal defterdarı, tımar defterdarı, eyalet kadısı, divan efendisi, tezkireci, çavuşlar, ruznameci ve kâtiplerdir²⁵¹. Ayrıca Rumeli ve Arap bölgelerindeki eyaletlerde toplantılara Türkçe bilmeyen halkın istek ve şikâyetlerini tercüme eden tercümanlar da katılmıştır²⁵². Eyalet halkının bizzat huzura çıkarak veya dilekçe ile başvurabildiği bu divanda eyalet meseleleriyle ilgili görüşmeler yapılmıştır²⁵³. En başta gelen şikâyet konusu tımarlar ile ilgili olmuştur²⁵⁴. Eyalette bulunan en yetkili kişinin beylerbeyi olması halkın türlü şikâyetlerini öncelikle paşa divanına getirmiştir. Paşa divanında davalar Divan-ı Hümayun'daki usule uygun olarak beylerbeyi ya da huzurda kadı tarafından dinlenilmiştir²⁵⁵. Bununla birlikte paşa divanında eyaletin yönetim ile ilgili sorunlarından çok azı gündeme girebilmiştir. Çünkü eyaletin resmi organları ve bunların işleyişi, hemen hemen en küçük ayrıntılarına kadar, İstanbul'dan gelen emirlerle yönetilmiştir²⁵⁶. Osmanlı Devleti'nin klasik döneminde beylerbeyinin divanı, çoğu kez, ufak tefek işlerde bile kesin kararlar verememiştir. Bu

²⁴⁹ İPŞİRLİ, "Beylerbeyi", TDVİA, c. 6, İstanbul 1992, s. 72.

²⁵⁰ İPŞİRLİ, Beylerbeyi, s. 72.

²⁵¹ Özkaya Paşa divanında kadının üyeliğinin şüpheli olduğunu ifade etmektedir. ÖZKAYA, Osmanlı İmparatorluğunda Ayanlık, Ankara 1994, s. 15-16; KILIÇ Orhan, "Klasik Dönem Osmanlı Taşra Teşkilatı: Beylerbeylikler, Eyaletler, Kaptanlıklar, Voyvadalılar, Meliklikler", Türkler, c. 9, Ankara 2002, s. 889; AKGÜNDÜZ, Kanunnameler, c. 1, s. 219.

²⁵² İPŞİRLİ, Beylerbeyi, s. 72.

²⁵³ GÖYÜNÇ Nejat, "Osmanlı Devleti'nde Taşra Teşkilatı (Tanzimata Kadar)", Osmanlı, c. 6, Ankara 1999, s. 79; CİN- AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 145.

²⁵⁴ CİN/ AKYILMAZ, Tarihte Toplum ve Yönetim Tarzı Olarak Feodalite ve Osmanlı Düzeni, Konya 1995, s. 213 vd.

²⁵⁵ AKGÜNDÜZ, Kanunnameler, c. 1, s. 219.

²⁵⁶ Örneğin 1572 Temmuzunda İstanbul'a yollanan mevacib defterinin incelenmesinden sonra Budin Beylerbeyisi Sokullu Mustafa Paşa'ya şunlar yazılmıştır: 'İptida Budun'a yeniçeri yazıldıkta ulufeleri beşer akçeden ziyade olmaya deyü ferman olunmuş iken bilfiil yirmiyedi nefer kimesneler altışar akçelü bulunmağın buyurdum ki vardukta minba'd Budun yeniçerilerinin ulufeleri beşten ziyade olmayub külli hizmetleri ve yoldaşlıkları zahir oldukça tımara arz olunub terakki arz olunmaya'. Dolayısıyla beylerbeyinin divanında böyle sorunlar esaslı olarak görüşülemezdi, çünkü bu konuda karar veremezlerdi." KALDY-NAGY, "XVI. Yüzyılda Osmanlı İmparatorluğunda Merkezi Yönetimin Başlıca Sorunları", Tarih Araştırmaları Dergisi, c. VII, sy. 12-13, 1969, s. 54

dönemlerde beylerbeyinin Divan-ı Hümayun'un görüşünü alma zorunluluğu vardır²⁵⁷. Diğer taraftan beylerbeyi merkezden gelen talimatlar doğrultusunda eyalette işlenmiş bir kısım suçlarla ilgili soruşturmaların yapılması ve suç işleyenlerin yakalanarak gerekli cezaların verilmesi görevini de üstlenmiştir²⁵⁸. Bu durumda paşa divanı adeta koğuşurma ve yargılama organı olarak çalışmıştır. Sonuç olarak paşa divanı yapısı ve özellikleri göz önüne alındığında Osmanlı taşra teşkilatında yer alan ve kendi içerisinde şûra prensibini bir usul olarak uygulamış önemli bir organ olarak karşımıza çıkmaktadır.

5. Meşveret Meclisleri

Meşveret, İmparatorluğun kuruluş devrinden itibaren varlığı bilinen olağanüstü bir danışma kurulumudur²⁵⁹. Divan-ı Hümayun'un yanında bir nevi danışma meclisi görevi yapan meşveret meclislerinin, devletin büyüyüp genişlemesine paralel olarak beylik döneminden itibaren ihtiyaç duyulduğunda toplanması geleneği bulunmakla birlikte bu meclislerden 16. Yüzyıl kroniklerinde seyrek bahsedilmiştir. Osman Gazi, oğlu Orhan Gazi'ye vasiyetinde âlimler ile istişare etmesini tavsiye etmiştir. Burada üzerinde durulan meşveretin devlet idaresinde belirli esaslar çerçevesinde bir usul olarak kullanılmasıdır. Meşveret meclisinin bir kurum olarak önem kazanması ve sık sık toplanması ancak 17. Yüzyıl ortalarına, yani Divan-ı Hümayun toplantılarının seyrekleştiği ve eski önemini kaybettiği devreye rastlamaktadır²⁶⁰. Bu toplantılar, 18. Yüzyılın sonlarına doğru kurumsallaşmış ve bir meclis şeklinde klasik ve gelişkin halini almıştır²⁶¹. Böylece kararlar,

²⁵⁷ KALDY/NAGY, s. 54.

²⁵⁸ “Van Beylerbeyine... sahte berat ile gönüllü gediği almak istediği bildirilen Şenlik isimli şahsın sorgulanarak, sahte beratı kimin düzenlediğinin tesbit edilmesi ve kendisinin hapsedilerek neticenin bildirilmesi”, BOA, Mühimme 5, (haz: Komisyon), Ankara, 1994, s. 180; “Diyarbakir beylerbeyine ve kadısına...Çemişkezek halkından bazıları arzuhal sunup Çemişkezek Beyi Ali hakkında şikayette bulduklarından, şikayet konularının araştırılması ve üzerine sabit olan hak varsa alınıp sahiplerine iade edilmesi”, BOA, Mühimme 5, s. 184.

²⁵⁹ SHAW, “The Central Legislative Councils in the Nineteenth Century Ottoman Reform Movement Before 1876”, International Journal Of Middle East Studies, vol. 1, no. 1, January 1970, s. 51; CEYLAN, Parlamento, s. 589.

²⁶⁰ İPŞİRLİ, Devlet Teşkilatı, s. 187.

²⁶¹ Danışmak, söyleşmek anlamlarına gelen meşveret imparatorluğun başından beri varolmuştur. Müessese halini alması ise III. Selim devrindedir. MUMCU, Divan, s. 157-162; “Meşveret-i Kübra Meclisi akdolummazdan, meşveretin tanzimi için hazırlık ve müşavereyi hususiye yapılması...”, BOA, HH, Dosya no: 184,Gömlek no: 8578, t: 1204 (1789).

devletin ileri gelenlerinin katıldığı ve padişahın başkanlık ettiği bu toplantılarda alınır hale gelmiştir. Meşveret toplantılarının önemli özelliklerinden birisi de düşüncelerin serbestçe ileri sürülebilmesi ve meselelerin ayrıntılı bir şekilde tartışılabilmesidir. Meşverete katılan üyelere görüşlerini açıklamaları yönünde yapılan telkinler dini bir kural olan şûra prensibine dayandırılmıştır²⁶². Hatta yayınlanan hatlar ile padişahın bu konudaki desteği açıkça ortaya konularak, tam bir güvence sağlanmıştır²⁶³. Ülkenin içine düştüğü sıkıntılara çözüm bulma arayışı katılan herhangi bir üyenin reyini önemli hale getirmiştir. Meşverette görüşülen konu ile ilgili herkesin fikri sorularak kararlar katılanların ittifakı ile alınmıştır. Böylelikle önemli devlet meseleleri hakkında verilecek kararların sorumluluğunun paylaşılması da arzu edilmiştir²⁶⁴.

Meşveret meclisleri padişahın isteği üzerine toplanabildiği gibi sadrazam da bir telhisle meclisin toplanmasını padişaha önerebilirdi. Mumcu, meşveret meclislerinin iki şekilde toplandığını belirtmektedir. Birincisi padişahın isteği dışında toplanan meşveretlerdir ki, örneğin padişahın ölümü halinde, yenisinin seçilmesi amacıyla toplanmaktadır²⁶⁵. Diğeri ise padişahın isteği üzerine toplanan meşveretlerdir²⁶⁶. Meşveret meclisinde ele alınacak konunun önemlilik derecesine göre gerekli bilgi ve belgeler önceden üyelere verilirdi. Toplantılar padişahın başkanlığında ya da sadrazamın başkanlığında yapılırdı. Sadrazam başkanlığında toplanan meşverette alınan kararlar mazbata haline getirilip saraya sunulur ve padişah, devlet ricalinin ittifakıyla alınan kararlara genellikle uyardı²⁶⁷.

²⁶² “4 Muharrem 1197 tarihinde şeyhülislamın konağında, vezir-i âzâmın başkanlığında kaptanpaşa, sadreyn, nakib’ül eşraf, sair ulema, yeniçeri ağası ve diğer ricalin hazır bulunduğu toplantıda Halil Hamid Paşa, kimsenin susmayarak her şeyin doğrucasını söylemek herkese... farz olduğunu...” belirtmiştir. AHMED Cevdet Paşa, Tarih-i Cevdet, c. 3, s. 16 vd; MUMCU, Divan, s. 160-161.

²⁶³ I. Abdülhamit’in ve III. Selim’in bu yöndeki hattı hümayunlarını daha önce vermiştik.

²⁶⁴ AKYILDIZ Ali, Meclis-i Meşveret, TDVİA, c. 28, s. 248.

²⁶⁵ I. Murad’ın ölümünden sonra devletin ileri gelenleri toplanarak şehzade Beyazıd’ın hükümdarlığını kararlaştırmış olduğu meşveret bu türdendir. MUMCU, Divan, s. 158.

²⁶⁶ III. Selim ve II. Mahmud devrinde toplanan meşveret meclisleri bu türdendir. SHAW, *Between Old and New*, Cambridge 1971, s. 73; SEYİTDANLIOĞLU Mehmet, *Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ (1838-1868)*, Ankara 1999, s. 16; D’OHSON, “Divan Toplantıları 3”, s. 80.

²⁶⁷ AKYILDIZ, Meclis-i Meşveret, s. 248.

Klasik dönemde meşveret meclisleri belirli üyeleri bulunmamakla birlikte genellikle konuyla ilgili önemli devlet ricalinin biraya gelmesiyle toplanabilmekteydi. Meşverete katılacak kişiler padişahın emri üzerine önceden belirlenirdi. Meşveret meclisleri bazen merkezde bulunan devlet yöneticilerinin birçoğunun katıldığı umumi meclis niteliğinde bazense sadrazamın sadece yakın maiyeti ile dar katılımlı bir şekilde gerçekleştirilebilmiştir²⁶⁸. Padişah katılmazsa sadrazamın başkanlığında, şeyhülislam, kaptan paşa, kadiaskerler, bütün vezirler, devletin ileri gelenleri ve yüksek dereceli emekliler, gerektiğinde ulema temsilcileri bir araya gelerek bu meclisi oluşturmuşlardır²⁶⁹. Daha sonra meclis, esnaf, esnaf kethüdarları, yeniçeri aşçı ustaları, başkarakullukçular gibi diğer avamın da katılımıyla çok geniş bir platformda toplanmaya başlamıştır²⁷⁰. Dolayısıyla meşveret meclisleri Osmanlı tarihinde Meclis-i Vala-yı Ahkâm-ı Adliye'ye kadar ilmiye, seyfiye ve kalemiye üçlüsünün en geniş temsil edildiği meclis olmuştur. İfade ettiğimiz üzere bunun temel sebebi sorunlara çözüm bulmak ve daha fazla kişinin reyinin alınması yoluyla sorumluluğu paylaşmaktır.

Anlaşılabacağı üzere meşveret toplantılarının Divan-ı Hümayun toplantılarından ayrılan önemli özelliklerinden birisi de belirli üyelere oluşmaması ve devletin ileri gelen belli başlı bütün hizmetlilerinin katılabilmesi olmuştur. Bu toplantılara devlet yönetiminde bilgi ve tecrübe sahibi olan kişilerin katılmasına özen gösterilmiştir. Örneğin 19 Rebiyülâhir 1063 tarihinde tersane bahçesinde padişahın topladığı meşverete bir kâtip olmasına rağmen Hacı Halife, zekâ ve saygınlığı nedeniyle davet edilmiştir²⁷¹.

Çoğunlukla diplomatik konular, padişahın belirlenmesi, azli gibi önemli iç meseleler, toplumun genelini ilgilendiren iktisadî ve malî konular meşveret toplantılarının ana gündemini oluşturmuştur²⁷². Meşveret meclisleri

²⁶⁸ Sipah isyanının görüşülmesi için 19 Ra 1067 günü bütün devlet ricalinin katılımıyla meclis toplanmıştır. NAİMA, Naima Tarihi, c. VI, İstanbul 1298, s. 256, (AHİSHALI, Reisülküttâb'dan naklen, s. 194-195); 1180 yılında ise Gürcistan'ın durumu ile ilgili görüşmek üzere sadrazam, reisülküttâb ve sadaret kethüdasının katılımıyla bir toplantı yapılmıştır. BOA, A.AMD, no: 16/37), AHİSHALI, Reisülküttâb, s. 194-195; DOĞAN Muzaffer, Sadâret Kethüdâlığı (1730-1836), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Doktora Tezi), İstanbul 1995, s. 132; AKYILDIZ, Meclis-i Meşveret, s. 248.

²⁶⁹ UZUNÇARŞILI, Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilatı, Ankara 1984, s. 153.

²⁷⁰ AKYILDIZ, Meclis-i Meşveret, s. 248.

²⁷¹ MUMCU, Divan, s. 160; ÖZBİLGİN, s. 201.

²⁷² “İş bu telhis ve takrirler muahharen meşta-yı hümayuna Baht Giray Sultan'ın hanlığı vacib oldu. Bu tarafta dahi meclis-i meşveretde karardade olup sultan-ı

kurumsallaşma tarihi olan 17. Yüzyıla kadar tek ve belirli bir konuyu görüşmek üzere toplanmıştır. Divan-ı Hümayun ise bilindiği üzere çok çeşitli konulardan oluşan gündemi görüşmek üzere padişahın tayini ile seçilen belirli üyelerin katılımıyla yapılmıştır²⁷³. Meşveret toplantıları, tersanede, sarayda, Bab-ı Âli’de, sadrazam veya şeyhülislam konağında, kaptanpaşa divanhanesinde, ağa kapısında veya padişahın huzurunda olabilmıştır. Dolayısıyla bu meclisin toplandığı belirli bir yer yoktur²⁷⁴. Meşveret meclisi Divan-ı Hümayun’da olduğu gibi bir bürokratik örgüte de sahip değildir²⁷⁵. Bilindiği üzere Divan-ı Hümayun haftanın belirli günlerinde sıkı teşrifat kuralları içerisinde toplanmış ve devletin bütün önemli işlerinin yanı sıra çözümlenmesi gereken diğer meseleler bu kurulda görüşülmüştür. Meşveret meclisi ise ihtiyaca göre toplanan bir meclis olmuştur. Tüm bunlara rağmen kurulan meşveret meclisleri, Divan-ı Hümayunun başlattığı şûra geleneğinin bir devamı niteliğinde olmuş,

muma-ileyhin mukaddem Özi imdadına memuriyeti karin tehir olmamak için hemen iktiza eden teşrifat ve beratı ordu-yı hümayundan gönderilmesini erbab-ı şûrayı istisvab eylemeleriyle eğerce sultan-ı muma-ileyhin bir mübaşir ile acaleten ordu-yı hümayuna irsal olunacağı mukaddem yazmıştım. Lakin bu defa aceleten Özi’ye azimeti kapı tarafından istica olunmuştur. Esna-yı rahda meşta-yı hümayuna celp mi edersiniz yoksa verasından hemen teşrifat ve beratını irsal mi edersiniz? Cenab-ı siddikıma havale olunmuştur. Vaktiyle mürur ediyor tekrar bu tarafa tahrire hacet yoktur, hemen nizamını verip şu Özi’ye imdat hususuna Allah için sai ve gayret eyleyesiz...” BOA, HH, Dosya no: 22, Gömlek no: 1044, Hicri 1203 (1788) tarihli hatta meclis-i meşverette alınan bir karardan bahsetmektedir; “Belgrad Muhafızı Mustafa Paşa’nın oğlu Derviş Bey huzuriyle akdolunan meclis-i müşaverette Belgrad asilerinin tenkili için ne kadar nerelerden asker celbolunacağı ve nasıl hareket edeceklerinin kararlaştırıldığı, 2. İbnüsuud meselesi hakkında da Basra’nın nasıl muhafaza olunacağına dair tedbirler düşünüldüğü...” , BOA, HH, Dosya no: 241, Gömlek no: 13530, Hicri 1216 (1801)tarihli Hatt-ı Hümayunda mecliste alınan kararlarla ilgili bir başka örnektir; Bir başka Hatt-ı Hümayunda ise “Humbaracı ocağına giren tımarla, neferlerin nizamlarına dair Humbarhane nazırı tarafından kaleme alınan şûra meclisinde okunup, tetkikten sonra takarrur eden surete ve kanunname şeklinde tutulmasına ve balasına Hattı hümayun çekilmesine...” dairedir, BOA, HH, Dosya no: 296, Gömlek no: 17629, t: 1247 (1831); “..Yeni şeyhülislam olanların hanesine maiyeti ile resmen tebrike gitmek mutad olduğundan Sadrazamın gideceğine ve orada ulema, rical ve Yeniçeri ağası huzuriyle şûrada ve İngiltere meseleleri **müşavere** edileceği ...”, BOA, HH, Dosya no: 469, Gömlek no 22884, t: 1247 (1831).

²⁷³ MUMCU, Divan, s. 157 vd.

²⁷⁴ AKYILDIZ, Meclis-i Meşveret, s. 249.

²⁷⁵ D’OHSON, Divan Toplantıları 3, s. 80.

Divan-ı Hümayunun güçsüzleşmesiyle birlikte oluşan boşluk meşveret meclisleriyle doldurulmaya çalışılmıştır. Böylece hem yapılan iş hem de kurul adı olarak “meşveret” yerleşik bir kavram halini almıştır.

VII. ŞÛRA KARARLARI

Bu başlık altında Osmanlı Devleti’nde şûra kurulu olarak kabul edilebilecek tüm kurullarda alınan kararlar üzerinde durduk.

A. ŞERİAT DIŞI UYGULAMALARIN MEŞRULUĞUNUN SAĞLANMASI

Osmanlı hukuk sisteminin kendine özgü ikili bir yapıya sahip olması, yasama alanında şûra ehline farklı bir fonksiyon yüklemiştir. Şûra ehlinin örfi hukukun oluşumunda bizzat görevli olmasının yanısıra bu alanda yapılan düzenlemelerin meşruluğunun sağlanmasında da önemli roller üstlendiği görülmektedir.

Teorik olarak örfi hukuk kuralları şer’î hukuka uygun olmak zorundadır. Ancak Osmanlı tarihinde bunun tersi uygulamalara da rastlamak mümkün olmuştur²⁷⁶. Şeriat dışı bu tür uygulamaların halk kesiminde tepki çekmeden kabulü ise şeyhülislamıardan alınan fetvalar ile sağlanmıştır²⁷⁷. Osmanlı padişahlarının şeyhülislamıardan almış olduğu “şer’i şerife uygundur” fetvası her şeyi şer’i şerife uydurmada bir formül olarak daima uygulanmıştır. Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki Osmanlı tarihinde şeyhülislamıarın

²⁷⁶ Özellikle ceza hukuku ve vergi hukuku alanlarında bu konuda somut örnekler mevcuttur. Osmanlı tapu tahrir defterlerinin giriş kısmında yer alan örfi yasalara bakıldığında, şer’i hükme aykırı birçok düzenlemenin yer aldığı görülmektedir. Örneğin hıristiyanların beslediği domuzlardan, bağ ürünlerinden, ürettikleri şaraplardan vergi alınması gibi. ÇAĞATAY, Şer’i-Örfi Hukuk, s. 660; HEYD, Studies in Old Ottoman Criminal Law, Oxford 1973, s. 191; GERBER, The Muslim Law, s. 112-113.

²⁷⁷ Zembilli’nin Mısır’a, Ebu’s Suud Efendi’nin Venedik’e savaş ilanını, Esad Efendi’nin Nizam-ı Cedid-i meşru gösteren fetvası, Hayri Efendi’nin I. Dünya Harbine ait cihad fetvası ve Dürrizade Abdullah Efendi’nin Atatürk ve milli mücadele kahramanları aleyhine verdiği fetvalar siyasi nitelikte olan fetvalardır. ALTUNSU Abdülkadir, Osmanlı Şeyhülislamıaları, Ankara 1972, s. XLIV. Şeyhülislam Ebu’s Suud Efendi bir fetvasında “eğer örfi kazaya ise ehl-i şer’in âna alakası olmaz” diyerek kanunların yani örfi hukuk düzenlemelerinin kendi ilgi ve yetki alanları dışında kaldığını vurgulamıştır. Fakat örfi hukuk tarafından düzenlenen ve İslam hukukunun ilgi alanı dışında kalan konularda da (timar sistemi gibi) fetvalar vermiştir. HEYD, Criminal Law, s. 191.

zaman zaman padişahın şeriat dışı uygulamalarına karşı çıktıkları ve istenilen doğrultuda fetva vermekten kaçındıkları görülmüştür²⁷⁸.

Şer'i kılıfa uydurulmaya çalışılan örfi hukuk düzenlemelerinden birisi kardeş katli meselesidir. İslam hukukunda açık bir destek bulamayan şûra ehli, kardeş katlini bazı genel ilkelere dayandırarak hukuki bir zemine oturtmaya çalışmıştır. Osmanlı ulemasının çoğunluğu, şehzadeleri müstakbel bir fitne ve anarşi kaynağı olarak görmüş ve fitne adam öldürmekten daha kötüdür hükmü çerçevesinde katli meşru kabul etmişlerdir. Osmanlı şeyhülislamlarından Hoca Sadeddin Efendi, Yıldırım Bayezid'in kardeşi Yakub Çelebi'yi katlettirmesini bu hükme dayandırmıştır²⁷⁹. Osmanlı ulemasının kardeş katli uygulamalarına meşruluk kazandırmak için kimi zaman da özel zararın genel zarara tercihi veya kamu yararı olarak nitelendirilen nizam-ı alem ilkesine dayandıkları bilinmektedir²⁸⁰.

Fatih'in Teşkilat Kanunnamesi'nde padişahın oğullarından hangisi saltanatı ele geçirirse, onun diğer kardeşlerini, devletin birlik ve beraberliği ve yüksek menfaatleri için katlettirmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu kanunnamede kardeş katlinin şûra ehlinin çoğunluğunca kabul görmüş bir uygulama olduğunu göstermek için "ekser ulema dahi tecviz etmiştir" ifadesi kullanılmıştır²⁸¹.

18. Yüzyılın ikinci yarısından sonra şûra meclisinde meşruluk kazandırılmaya çalışılan konular çeşitlilik göstermiştir. Bunun temel sebebi Osmanlı Devleti'nin eski ihtişamlı günlerini kaybetmesi ve batılı güçler karşısında zayıf düşmeye başlamasıdır. Böylece meşveret meclisleri devletin içine düştüğü sorunlara katılanların karşılıklı görüş alışverişleriyle çözümler ararken aynı zamanda alınan kararlara yönetilenler nezdinde meşruiyet kazandırmaktaydı. Meşveret meclislerinin başlıca gündemini uluslararası sistemdeki dengeler ve gerileme sürecinin durdurulması için alınacak tedbirler oluşturmuştur. Yine bu dönemde yabancı devletlerle yapılacak ittifak ve barış konularını görüşmek için toplanan meşveret meclislerinin sayısı artmıştır. Şeriat dışı bu tür kararlara halkın tepkisini çekmeden meşru zemin kazandırılması şeyhülislamlarca verilen fetvalarla sağlanmıştır. Örneğin Prusya'nın ittifak teklifi ve cizyede yapılan zammı görüşmek üzere 1756'da meşveret meclisi toplanmıştır. Bu mecliste ilmiye zümresinin ileri gelenlerinden şeyhülislam ve

²⁷⁸ Genç Osman zamanı şeyhülislamı Esad Efendi, padişahın kardeşini öldürtmek için istediği fetvayı vermemiştir. ALTUNSU, s. XLIV.

²⁷⁹ AKMAN Mehmet, Osmanlı Devleti'nde Kardeş Katli, İstanbul 1997, s. 151.

²⁸⁰ AKMAN, s. 151 vd.

²⁸¹ "ve her kimesneye evladından saltanat müyesser ola, karındaşların nizam-ı âlem için katletmek münasibdir. Ekser ulema dahi tecviz etmiştir. Ânınla âmil olalar." ÖZCAN, Kardeş Katli, s. 46.

kazaskerler hıristiyan bir devletle ittifak yapmanın şer'i esaslara uygun olduğunu ifade etmişlerdir. Böylece İttifak kararının meşruiyetinin sağlanmasında ilmiye sınıfı mensupları önemli bir fonksiyon yerine getirmişlerdir²⁸².

B. PADİŞAHIN BELİRLENMESİ VE HAL'İ

17. Yüzyılda padişahların tahtta çıkarılışı ve tahttan indirilişi gibi önemli saltanat değişikliklerinin şûra ehlince gerçekleştirildiği dikkate alındığında bu meclislerin önemi daha iyi anlaşılabilir. Padişahın belirlenmesi veya azli ile ilgili meşveret meclisleri iki şekilde toplanabilmiştir. Birincisi Padişah tahtta iken çıkan bir ayaklanma sebebiyle şûra ehlinin toplanmasıdır. Bu durumda yapılan meşveret toplantıları genellikle padişahın tahttan indirilmesiyle sonuçlanmıştır²⁸³. Yeni padişah yine bu meclis kararıyla belirlenmiştir²⁸⁴. İkincisi padişahın ölümü halinde şûra meclisinin toplanmasıdır. Tahta geçecek şehzadenin silahlı bir siyasi mücadele sonucu belli olmaması durumunda padişahın ölüm haberi Darüssaade ağası tarafından sadrazama bildirilmiş, onun çağrısıyla da divan toplantısı yapılmıştır. Şehzadeler arasından kimin padişah olacağını kanunnameye göre tesbit eden Divan, Darüssaade ağasına kararını bildirmiştir²⁸⁵.

Osmanlı Devleti'nde Fatih Sultan Mehmed'in saltanatına kadar geçen kuruluş döneminde cülûs olgusu belirli bir sisteme bağlı olarak devam etmemiştir. Osmanlı hanedanından saltanata kimin daha çok layık olduğunu belirleme konusunda bazı grupların belirleyici role sahip olduklarını görülmüştür. İslam hukukunda halifenin seçiminde etkili olan "ehl-i hall ve'l akd" gibi Osmanlı Devleti'ndeki ahiler, vezirler ve bir kısım soylu Türk aileleri, hanedan içinden üstün özelliklere sahip gördükleri kimselerin padişah olmalarını

²⁸² HH. 317, bkz. CİHAN Ahmed, Reform Çağında Osmanlı İlmiye Sınıfı, İstanbul 2004, s. 66.

²⁸³ MUMCU, Divan, s.158.

²⁸⁴ ÖZBİLGİN, s. 46-47.

²⁸⁵ "I. Mehmed, vefatından evvel oğlu Murad gelinceye kadar ölümünün gizlenmesini vezirlerinden istedi. Sultan ölünce Bayezid Paşa, Hacı İvaz Paşa ve İbrahim Paşa toplandılar ve divanda vardıkları kararı ordu mensuplarına tebliğ ettiler. Askerleri oyalamak için alınan karar 'Padişah, İzmirlioğlunun üzerine gitmek istiyor. Buyurdu ki kulların evvel varsınlar. Anadolu beylerbeyi ile Biga'da buluşsunlar' şeklindeydi. Yine divanda alınan karar gereğince yeniçerilere ulufelerini verdiler. Kaynaklar vezirlerin her gün Kapı'da divan edip, kadılıklarla, medreselere ve sancaklara gerekli tayinleri yaptıklarını ve tımar tevcih etmeye devam ettiklerini yazmaktadır." NEŞRİ, c. II, s. 550-552; ÖZBİLGİN, s. 46-47; MUMCU, Divan, s.157 vd.

sağlamışlardır. Osman Gazi aşiret önderleri ve ahiler tarafından, Orhan Bey babasının vasiyeti üzerine ahi topluluğu tarafından, kendisi de ahi reisi olan I. Murad ahiler tarafından, Yıldırım Bayezid savaş meydanında babasının şehit olması üzerine orada bulunan ümera tarafından, II. Murad babasının vasiyeti ve erkân ve yeniçerilerin kabulüyle padişah seçilmişlerdir. Görüldüğü üzere Osmanlı Hanedanı içinde devlet reisinin seçimi, II. Murad'ın hükümdarlığına kadar nüfuzlu şahsiyetlerle beylerin elinde olmuştur. Osmanlı Devleti'nde bir çeşit ehl-i hal ve'l-akd niteliğinde olan bu beylerin hükümdarlar üzerindeki hüküm ve nüfuzu Fatih Sultan Mehmed'in İstanbul'u fethine kadar devam etmiştir²⁸⁶.

Fatih'ten sonraki en önemli gelişme Yavuz Sultan Selim'in hilafeti resmen devralmış olmasıdır. Kanuni'den sonra tahta geçen II. Selim döneminde ise Ebussuud ve Kemal Paşazade'nin de katkılarıyla egemenliğin bölünmezliği ilkesi artık tamamen yerleşmeye başlamıştır. Aynı zamanda bu dönemde saltanatın intikali konusunda belirli bir kurala doğru adım atılmıştır. Bu kural padişahın en büyük erkek evladının tahta çıkmasıdır. Buna göre o zamana kadar şehzadelerin valiliklere gönderilmesi usulü terk edilerek en büyük şehzade sancağa çıkarılmış ve vali olarak atanmıştır²⁸⁷. I. Ahmet tahta çıktığı zaman çocuk yaşta olması ve çocuğu olmadan ölebilmek ihtimali karşısında kardeşini öldürmesi devlet erkânınca engellenmiştir. Nitekim Sultan I. Ahmed öldüğünde çocukları henüz küçük oldukları için Kubbealtında toplanan meşveret meclisi kardeşi şehzade Mustafa'yı tahta geçirmiştir²⁸⁸. Dolayısıyla sadaret kaymakamı, şeyhülislam ve diğer ileri gelenler katılımıyla yapılan bu meşveret meclisinde

²⁸⁶ RASİM Ahmed, Osmanlı Tarihi (Seçmeler), (Haz: PARMAKSIZOĞLU İsmet), İstanbul 1968, s. 82; KINROSS Lord, The Ottoman Centuries, The Rise and Fall of the Turkish Empire, New York 1977, s. 147; İNALCIK, Fatih Devri Üzerine Tetkikler ve Vesikalar I, Ankara 1987, s. 132-136; YÜCEL Yaşar, "Reformcu bir Hükümdar Fatih Sultan Mehmed", Belleten, sy. 55, 1991, s. 82; UZUNÇARŞILI, Osmanlı Tarihi, c. II, s. 11; FENDOĞLU, "Osmanlı'da Devşirme Kurumu", Yeni Türkiye, Osmanlı Özel Sayısı, c. 31, yıl. 6, sy. 31, Ankara 2000, s. 558; MUSTAFA Nuri Paşa, c. I-II, s. 64.

²⁸⁷ O dönemde vali olarak atanmanın önemi, padişah öldüğünde hangi şehzade İstanbul'a erken varıp kapıkullarını elde ederse onun padişah olabilmesiydi. Böylece diğer şehzadelere bu hak tanınmayarak sadece en büyük erkek şehzade sancağa vali olarak atanmış ve padişah olabilme şansı ona ait kılınmıştır. AKYILMAZ, "Osmanlı Devleti'nde Egemenlik Kavramının Gelişimi", Yeni Türkiye Osmanlı Özel Sayısı, c. 3, 2000, s. 92 vd.

²⁸⁸ UZUNÇARŞILI, Osmanlı Tarihi, c. III-1, Ankara 1989, s. 132; MUMCU, Siyaseten Katl, s. 198; İPŞİRLİ, Devlet Teşkilatı, s. 187-188; MUMCU, Divan, s. 158.

saltanatın kime ve nasıl geçeceği hususu belirlenmiş ve hanedanın en yaşlı erkek üyeleri arasından padişahın belirlenmesi geleneğinin ilk adımı atılmıştır²⁸⁹.

Anlaşılabacağı üzere özellikle saltanat veraseti kanununun tam olarak belirmediği dönemlerde padişahın seçimi meşveret meclislerince gerçekleştirilmiştir. Bununla birlikte önemle vurgulamak gerekir ki her padişahın ölümünden sonra şûra ehlinin padişahı seçtiği meşveret toplantıları yapılmamıştır. Bazı Osmanlı padişahlarının sembolik nitelikte olduğunu düşündükleri cülûs merasimini uygulamadıkları görülmüştür. Özellikle büyük şehzadenin sancağa çıkarılması ile başlayan dönemde, padişah ölünce vezir-i âzamca şehzadeye haber gönderilmesi tahta geçmek için yeterli sayılmıştır²⁹⁰.

Meşveret meclisleri padişahın belirlenmesinde olduğu gibi padişahın tahttan indirilmesinde de önemli görevler üstlenmiştir. Örneğin İbrahim, şûra meclisi kararı ile tahttan indirilerek yerine IV. Mehmet getirilmiştir. Padişahın iradesi dışında yapılan bu toplantılarda padişahın hal'i şeyhülislam fetvasının yanı sıra ittifak kavramına dayandırılmıştır. I. Mustafa da şeyhülislam, kadiasker ve diğer devlet büyüklerinin ittifakı ile tahttan indirilmiştir. Dolayısıyla devlet ileri gelenlerinin bir görüş üzerinde birleşmeleri hall için hukuki bir zemin sağlamış ve böyle bir karar ile padişah yani iktidarın sahibi bile değiştirilebilmiştir²⁹¹. I. Mustafa'nın ardından tahta geçen Genç Osman yine hal edilerek tahttan indirilmiş ve öldürülmüştür²⁹². Hal edilen bir başka Osmanlı padişahı III. Ahmed'tir. Diğerlerinden farklı olarak III. Ahmet'in tahttan indirildikten sonra eceliyle ölmesine müsaade edilmiştir²⁹³.

Sonuç olarak Osmanlı Devleti'nde şûra ehlinin padişahın belirlenmesi ve hall'inde oldukça önemli bir rol üstlendiği görülmektedir.

C. ŞÛRA KARARLARININ DIŞ POLİTİKA ALANINDAKİ ETKİLERİ

Osmanlı Devleti'nin dış politikasının şekillenmesinde izlemiş olduğu diplomasi anlayışı etkili olmuştur. 1699 tarihli Karlofça antlaşmasına kadar karşılıksız diplomasi anlayışının tüm özelliklerinin yaşandığı tarihi süreçte Osmanlı Devleti yabancı ülkelere sürekli olarak diplomatik misyonlar göndermemiş ancak diğer ülkelerden gelen diplomatik misyonları kabul

²⁸⁹ CİN-AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 115.

²⁹⁰ Örneğin III. Murad, vezir-i âzam Sokullu Mehmed Paşanın yolladığı haber üzerine İstanbul'a gelmiş ve hükümdar olmuştur. MUMCU, Divan, s. 159.

²⁹¹ MUMCU, Divan, s. 159.

²⁹² TUĞİ, Genç Osman Faciası, s. 64 vd.

²⁹³ SERTOĞLU, "III. Selim'in Hal'i 3", Hayat Tarih Mecmuası, yıl. 11, c. 1, sy. 3, 1 Mart 1975, s. 31.

etmiştir²⁹⁴. Özellikle Fatih'ten itibaren, Osmanlı Devleti yabancı devletlerle oldukça yoğun dış ilişkiler içerisine girmiştir. Bu dönemde Batılılar çıkarlarını ve güvenliklerini koruyabilmek için İstanbul'da sürekli elçilikler kurmuşlardır. Yabancı bir devletle siyasal ilişkilerin kurulması, o devletin elçisi veya başka bir görevlisi ile yapılan görüşmelerle sağlanmıştır. Sonuç olarak Osmanlı Devleti'nin uluslararası alandaki gücünün belirleyici olduğu karşılıksız diplomasi döneminde dış politika ile ilgili görüşmelerin yapıldığı ve gerekli kararların alındığı yer meşveret meclisi niteliğindeki kurullar olmuştur.

1699 Karlofça antlaşmasıyla birlikte önemli miktarda toprak kayıplarına uğrayan Osmanlı Devleti karşılıksız diplomasi anlayışından tavizler vermeye başlamıştır. Diplomasi anlayışında yaşanan bu değişikliğin konumuz açısından en önemli sonucu dış politika alanındaki çeşitli problemlerin meşveret meclislerinin gündemine taşınması olmuştur. Örneğin 1699 Karlofça, 1718 Pasarofça 1739'da Belgrad anlaşmalarıyla ilgili görüşmeler şûra meclislerinde yapılmıştır²⁹⁵. Üyeleri arasında ilmiye sınıfından olanların oranındaki artış bakımından oldukça dikkat çekici olan 1789 tarihli meşveret meclisinde ise İsveç ile yapılacak ittifak görüşülmüştür²⁹⁶. Osmanlı padişahının egemenlik hakkına sıkı sıkıya bağlı olan savaş açma yetkisi padişah adına zaman zaman şûra kurullarınca da kullanılabilmiştir²⁹⁷. Osmanlı padişahının merkezi gücünün azalmasıyla birlikte ise savaş ilanı kararları çoğunlukla şûra meclislerince alınır hale gelmiştir²⁹⁸. Örneğin Muharrem'in 4. Cumartesi günü şeyhülislam konağında Sadr-ı azam, Kaptanpaşa, sadaret mensupları, Yeniçeri ağası ve devlet ileri gelenlerinin katılımıyla yapılan meşveret meclisinde Rusya'ya karşı savaş ilanı kararı alınmış²⁹⁹, 2 Zilkade 1201 (15. 09.1787) tarihli Bab-ı Asafi'deki ikinci meşveret toplantısında ise Rusya elçisine Kırım'dan çekilmesi

²⁹⁴ AKYILMAZ, Diplomasi, s. 61.

²⁹⁵ UZUNÇARŞILI, Osmanlı Tarihi, c. IV-1, Ankara 1956, s. 289.

²⁹⁶ AHMED Cevdet Paşa, Tarih-i Cevdet, c. 4, s. 304, CİHAN, s. 73.

²⁹⁷ MUMCU, Divan, s. 81.

²⁹⁸ Savaş ilanı kararlarının meşveret meclislerince alındığını gösteren çarpıcı örneklerden biri III. Selim döneminde gerçekleşmiştir. Bkz. HH, no: 9335, t: 1205 (1790), AKYILMAZ, Diplomasi, dipnot. 70, s. 146-147.

²⁹⁹ Sadrazam Halil Hamid Paşa: '... herkesin kendi aklına göre bir görüş ve tedbiri olabileceğinden iyi ve fena hatıra ne gelirse söylesin' demiş ve sonrasında Müftü Zade Ahmed Efendi söze girişip fikrini belirtmiştir. Daha sonra sadrazam onun ardından Süleyman Efendi ve şeyhülislam Efendi söz alarak görüşlerini ortaya koymuşlardır. AHMED Cevdet Paşa, Tarih-i Cevdet, c. 2, s. 571-579.

çağrısı yapılmış, olumlu cevap alınmaması üzerine bir önceki meşverette alınan savaş kararı ilan edilmiştir³⁰⁰.

D. MALİYE ALANINDA ŞÛRA KARARLARI

Devletin mali meseleleri ve alınması gerekli türlü tedbirler de meşveret meclislerine konu olmuştur. Osmanlı Devlet teşkilatında önemli bir yeri olan vergilerin düzenlenmesi, iç ticaret mallarının fiyatlarının belirlenmesi, kıtlık olan yerlere hububat nakli yapılması, devlet tekelinde bulunan malın alım satımı, dış ticaret, yabancı devletlere verilen borç ve imtiyazlar ile ilgili düzenlemeler bunların başlıcalarıdır³⁰¹. Örneğin İsveç'e verilecek parayla ilgili pazarlıklar I. Abdülhamit döneminde yapılan bir meşveret meclisine konu olmuştur³⁰². Özellikle Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde meşveret meclisleri devletin içine düştüğü mali krizlerin aşılması için düşünülen önlemlerin karara bağlandığı yer olmuştur. I. Abdülhamit döneminde hazine açığının telafisi için meşveret meclisleri "esham çıkarılması, mukataaların malikâne olarak satılması, dış borç aranması, sikkenin tağşişi ve müsadere gibi kararlar almıştır. Para darlığını gidermeye yönelik olarak 2 Rebiülahir 1203 tarihli meşverette görüşülüp kullanımı yasaklanan altın ve gümüş eşyanın bedeli karşılığında toplanmasına ve yeni gümüş sikke kesilmesine karar verilmiştir³⁰³.

VIII. ŞÛRA KARARLARINA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇ

Temel olarak şûra meclislerinde alınan kararlar padişah adına alınmakta ve padişahın iradesini yansıtmaktadır. Dolayısıyla toplantıya bizzat başkanlık ettiği durumlarda kararın alım sürecinde birinci derecede etkili olan yine padişahın kendisidir. Esasında şûra ehlinin ittifakı çeşitli alanlardaki uygulamalarını meşru kılmak isteyen Osmanlı padişahının en büyük silahıdır. Padişahın meclise bizzat katılmadığı ancak görüşmeleri kafes arkası denilen yerden izlediği zamanlarda da durum değişmemiştir. Zira Padişah bu durumda alınmış veya alınabilecek bir karara direkt müdahale edebilmiştir. Dolayısıyla kafes arkasında denetlenen görüşmelerde alınan kararlar da sonuç olarak padişahın onayından geçmiştir.

³⁰⁰ Sefer hattı hümayunu için bkz. AHMED Cevdet Paşa, Tarih-i Cevdet, c. 4, s. 339-340.

³⁰¹ KÜTÜKOĞLU S. Mübahat, Osmanlı Maliyesi, Osmanlı Devleti Tarihi, c. 2, s. 513 vd.

³⁰² A.E.195, 374, 673, 676, 1151, 1162; (SARICAOĞLU Fikret, Kendi Kaleminden Bir Padişahın Portresi Sultan I. Abdülhamit (1774-1789), İstanbul 2001, s. 115).

³⁰³ BOA, H.H, no: 759, 1028, 8353, (SARICAOĞLU, s. 166).

Eğer padişah şûra meclisine doğrudan başkanlık etmemiş ve kafes arkasından da dinlememişse ne olacaktır? Alınan karar karşısında padişahın farklı şekillerde davranabilmesi mümkündür. Padişahlar zaman zaman alınan kararları hiç değiştirmeden onaylamışlardır. Osmanlı padişahı telhis veya arz yoluyla kendisine sunulan şûra heyetinin ittifakı ile alınan kararları “manzurum olmuştur”, “mesmu’umdur” gibi ifadelerle onay verebilmiştir³⁰⁴. Böylece Osmanlı padişahı şûra meclisinde alınan karara sonradan iştirak etmiştir. Osmanlı uygulamasına bakıldığında padişahların şûra ehline alınan kararlara saygı duydukları, hatta gönderdiği hatt-ı hümayunlarla devlet meselelerinin meşveret esasına uygun olarak çözüme kavuşturulmasına destek verdikleri görülmektedir. Mesela, 1774-1789 döneminde Kırım meselesini uzun uzun tartışan meclise dönemin padişahı I. Abdülhamid’in “herkes bildiğini ve düşündüğünü açıkça ve çekinmeden söylesin; meşveretten sonra arkadan konuşulmasın, ona göre karara bağlansın” şeklindeki hatt-ı hümayûnu son derece dikkat çekicidir³⁰⁵. Yine III. Selim devrinde meşveret meclislerine katılan herkesin görüşlerini açıklamasını ve ittifak edilerek kararların alınmasını istemiştir³⁰⁶.

³⁰⁴ “ Eflak Voyvodası Aleksandri Bey ve Köstendil Mutasarrıfı Aydın Paşa ile muhabere ve müşavere olunarak lazım gelen tedbirlere tevessül edildiği, Cemaziyelevvelin yirmi birinde Manav İbrahim, Koşancalı Halil....gibi eşkiya reisleri iki bin kadar avareleriyle ve top ve cephaneye dokuz çete kayığına binerek nehriden Rohova’ya hücum ve yedi saat muharebe ettikleri, yüzden fazla maktul ve mecruh vererek mağluben kaçtıkları, asker ulufelerinin on bine iblağı, Eflak ve Boğdan’dan müretteb zahire ile idare edemeyeceğinden Silistre eyaletinden de karşılık gösterilmesi, eşkiyanın Niğboluya gelirken Zıştovi kazasına gittikleri, Rahova ve Niğbolu’da askerinin erzakı kalmadığı, Eflak ve Boğdandan zahire ve ağnam tertib edilmesi.. **padişahın manzurum olmuştur...** tanzim olunsun hatt-ı hümayunu.” BOA, HH, Dosya no: 44, Gömlek no: 2210, t: 17/C/1216 (25.10.1801).

³⁰⁵ Hicri 1202 tarihli belge, “Birinci Abdülhamit’in iş bu maddelerin meşveretleri muktezi olan maddelerin istişaresi hemen sadece söyleşip yazılacak maddelerin arz olunması matlubumdur yazısı” ile ilgilidir. BOA, HH, Dosya no: 14, Gömlek no: 570, t: 29/Z/1202 (30.09.1788); “Lehlilerle Prusyalıların mukavele mazbatasıyla senet sureti şûrada müzakere olunarak verilip verilmemesi sadrazamın avdetine tali edildiği..” BOA, HH, Dosya no: 227, Gömlek no: 12623-A, t: 16/Ra/ 1204 (04.12.1789); Ayrıca bkz. İPŞİRLİ, Devlet Teşkilatı, s. 188

³⁰⁶ “Umur-ı devletim için her zaman bu kadar meşveretler oluyor. Hiç bir maddeye karar verilmiyor. Meşveret Allah emri ve sünnet-i şeriftir. Niçin böyle oluyor herkes meşverette söylemiyorlar, ittifak etmiyorlar”. KARAL Enver Ziya, Selim III’ün Hatt-ı Hümayunları-Nizam-ı Cedit-, Ankara 1988, s. 148.

Zaman zaman Osmanlı padişahlarının şûra ehlinin oybirliği ile almış kararlarla kendisini bağlı hissetmediği ve kararı onaylamadığı görülmüştür. Osmanlı uygulamasında devlet meseleleri ile ilgili konular çoğunlukla meşveret meclislerinde ele alınmış ancak yine de son karar daima padişaha ait olmuştur. Daha önce ifade ettiğimiz üzere son kararın padişaha ait olması şûra ilkesine aykırı değildir. İslam hukukundaki şûra emrinin müşavere yapılması gerekliliğini içermesi ancak müşavere sonucunda alınan kararların yerine getirilme zorunluluğu bulunmaması Osmanlı padişahlarına önemli bir serbesti kazandırmıştır. İlk bakışta şûranın anlam ve mahiyetine aykırı gibi görünen bu durum, öncelikle şûranın gelişiminin zamana bırakılan bir ilke olması daha sonra ise Osmanlı padişahlarının devlet yönetiminde sahip oldukları güçlü konumları ve devletin merkeziyetçi yapısıyla açıklanabilir. Dolayısıyla Osmanlı padişahları meşveret yapılarak alınan kararlarda bile veto yetkilerini kullanabilmişlerdir. Örneğin 15 Ocak 1724 tarihinde yapılan divan toplantısında alınan, Rusya ile anlaşmaya varılması şeklindeki karar dönemin padişahı III. Ahmed'e sunulmuş, padişah alınan kararı uygun görmeyerek sefer hazırlıklarına başlanması emrini vermiştir³⁰⁷. Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki Osmanlı padişahları çoğunlukla hoşnut olmadıkları kararlara bile uyma yolunu tercih etmişler ve şûra emrinin en önde gelen uygulayıcılarından olmuşlardır³⁰⁸.

³⁰⁷ III. Ahmed bu konu ile ilgili etrafında bulunanlara hitaben sert bir konuşma yapmıştır: “Çarın bu teklifinden maksud ve meramı galiba binay-i sulhün inhidamıdır. Ancak avn-i bari ile bu makule umur-ı külliyye-i din ü devlet ve levazım-ı zaruriye-i saltanat için idhar ve i'dad olunan hazain-i firâvâneme gayet ve asakir-i bi-pâyânıma nihayet yoğiken Moskov Çarı gibi nahçir azadegerdemin, bu makule şive-i şütürânesine savlet-i şirâne ve şevket-i erdeşirânem mütehammil olmamağla, asakir-i bi-şûmar ile üzerine gider ve inşallahü-taala nice mesalik ve memalikinı zabt ve teshir ederim. Hemen sefer tedarikine ağaz ve bab-ı mükâleme yine küşad ve baz kılınsun”. UZUNÇARŞILI, Osmanlı Tarihi, c. IV-1, s. 189-192.

³⁰⁸ Daha önce padişahın meşverette alınan kararı red edebileceğiyle ilgili verdiğimiz örnek sonuç olarak meşverette alınan kararın uygulandığını da göstermektedir. “Kaymakam Paşa, mukaddem ki senin sefere hareketin farz mesabesinde, elbet gidersen deyu bana cevap verdiniz...Ben o vakit ibtida giderim demedim idi. Bu reyî siz ettiniz ve kapıya hat yazdırıp bütün dünyanın diline düşürdünüz... Ben sizin tutumunuzdan benim sefere gitmem mi aksi ve sed çekmem. Melike söz bir yakaşur gerek cenk ve gerek sulh. Ben elbet baharda Edirne'ye olsun hareket ederim...” BOA, HH, no: 9335, t: 1205 (1790), (III. Selim'in beyaz üzerine hatt-ı hümayunu), AKYILMAZ, Diplomasi, dipnot: 70, s. 146-147; III. Selim'in meşveret meclisinde alınan kararları kabul edip uyguladığını gösteren örnekler için bkz dipnot 643.

Meşveret meclislerinin padişahın iradesi dışında toplanması ve karar alması durumunda ne olacaktır? Padişahın iradesi dışında yapılan bu toplantıların meşruluğu şeyhülislam fetvasının yanı sıra ittifak kavramına dayandırılmıştır. Alınan kararlara itiraz edenlere “karar ittifakla alınmıştır, cumhura muhalefet caiz değildir” cevabı verilmiştir³⁰⁹. Anlaşılacağı üzere padişahın buyruğu dışında alınan meşveret meclisi kararları çoğunluğun görüşü olarak nitelendirilmiş ve böylece hukuki zemin kazandırılmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte böyle buhran dönemlerinde alınan bu tür kararların tam olarak gerçeği yansıttığını söylemek güçtür³¹⁰.

SONUÇ

Çalışmamız sonucunda şûranın karşımıza çıkan en çarpıcı özelliklerinden birisi devlet yönetiminde taşıdığı anlam ve ifa ettiği önemli fonksiyon sayesinde sadece İslamiyet’in başlangıç dönemiyle sınırlı kalmayarak diğer kuşaklara da aktarılmış olmasıdır. Araştırmamızda gerek Kur’an ayetlerinin gerekse sünnetin şûranın varlığı ve uygulanma gerekliliği konusunda kesin hükümler getirdiğini belirledik. Bununla birlikte İslamî kaynaklardaki şûranın varlığı konusundaki kesinliğin şûranın esasları açısından geçerli olmadığını gördük. Şûra meclisinin oluşum biçimi ve özellikleri toplumsal gelişmelere, zaman ve sosyal ortama bırakılmıştır. Önemli olan her idarede bir şûra meclisinin bulunmasıdır. Şûranın bir görev olarak yüklenilmesi fakat şeklinin kesin olarak belirlenmemesi, şûranın bir meclis olarak oluşumuna engel değildir. İnsanların karşılıklı fikir teatisinde bulunmaları ve böylelikle şûra hükmünün yerine getirilmesi, insanların bir araya gelmesini sağlayacak bir meclisin oluşumunu da gerekli kılmaktadır.

Şûranın İslam tarihindeki gelişimine göz attığımızda Hz. Peygamberin, gerek sözleri ve gerekse fiilleriyle sahabelerine danışmanın önemini vurguladığını ve danışmanın en önde gelen uygulayıcısı olduğunu gördük. Hülafa-i Raşidin döneminde ise, sahabe ve dört halife şûra ilkesine daha da sıkı sarılmışlardır. Dört halife döneminde görülen toplu içtihat faaliyetleri şûra uygulamasının en açık örneklerini oluşturmuştur. Hilafetin saltanata dönüştüğü Emevi ve Abbasi dönemlerinde ise şûra, kurumsallaşma adına kesintiye uğrasa da, devlet yönetiminde oluşturulan divanlar yoluyla bir metot olarak uygulanmaya devam etmiştir.

Çalışmamız sonucunda ulaştığımız veriler şûranın, İslam hukuk sisteminde olduğu kadar Türk hukuk tarihinde de bilinen ve uygulanan bir müessese olduğunu ortaya koyar nitelikte oldu. Hz. Peygamber döneminde atılan temeller, Emevi ve Abbasiler kanalıyla Selçuklulara onlardan da

³⁰⁹ NAİMA, c. IV, s. 292 (MUMCU, Divan’dan naklen, s. 159)

³¹⁰ MUMCU, Divan, s. 158-159.

Osmanlılara geçmiş, böylelikle her dönemde yaşayan ve yaşatılan bir prensip olmuştur. Tarih boyunca farklı sosyal, siyasal, hukuksal, ekonomik ve dinsel faktörler, meşveret uygulamasını şekillendirmiştir. Meşveret geleneği eski Türklerde kurultay, Selçuklularda divan, Osmanlılarda Divan-ı Hümayun ve son dönemlerinde meşveret meclisleri ile, farklı isimlerle fakat özünde pek de farklı olmayan işlevlerle devam etmiştir. Sarsılmaz, güçlü ve merkezi otoriteleri ile ünlene Osmanlı padişahlarının kendilerini bu ilkeye uymakla yükümlü hissettikleri kanunnamelerinde bile uyulması gerekli bir hüküm haline dönüştürdükleri çalışmamızda ulaştığımız bir diğer sonuç oldu.

Araştırmamız Osmanlı Devleti'nde şûranın şekillenmesinde bu devletin sahip olduğu kendine özgü hukuk yapısının son derece etkili olduğunu göstermiştir. Osmanlı padişahlarının örfi hukuk yaratma yetkilerinden aldıkları güçle zaman zaman İslam hukukunun bir kısım müesseselerini kendi anlayışları doğrultusunda yorumlamalarına sebep olmuştur. Doğal olarak gelişimi zamana ve içtihadı bırakılan şûra prensibi de bu anlayış çerçevesinde yoğrulmuştur. Divan-ı Hümayun, İkinci, Çarşamba, Cuma, Ağa divanları ve önemli devlet meselelerini görüşmek için toplanan meşveret meclisleri İslam'daki şûra prensibinin Osmanlı Devleti'ndeki yansımaları olarak kabul edilmektedir. Bu meclis oluşumları, İslam hukukundaki şûra meclisini karşılayan bir takım özelliklere sahip olmuşlardır. Divan-ı Hümayun, gerek oluşum biçimi gerekse işleyiş tarzı bakımından şûra meclisinin bir çok unsurunu bünyesinde taşımış ve devlet yönetiminde padişaktan sonra gelen en önemli karar organı vasfı kazanmıştır. Vezir-i azamın konağında toplanan İkinci Divanı ise özellikle yönetimin Bab-ı aliye kaymasıyla önem kazanarak Divan-ı Hümayun'dan sonra halkın şikâyetlerinin dinlendiği ve bir çok devlet meselesinin müşavere edilerek çözümlendiği önemli bir organ olmuştur. Divan-ı Hümayun'un güçsüzleşmesiyle oluşan boşluk meşveret meclislerince doldurulmuştur. Bu meclisler devletin gerek iç gerekse dış meselelerinin çözümünde önemli roller üstlenmiştir. İlmiye, seyfiye ve kalemiye üçlüsünün geniş bir temsile sahip olduğu bu meclislerde kararların alımında katılan herkesin reyini açıkça ortaya koyabilmesi bizzat padişahlarca desteklenmiştir. Şûra prensibinin kararların alımında bir yöntem olarak uygulanarak sorumluluğun paylaşılması amacı taşınması ve alınan kararların halk kesiminde kabulünün meşveret meclisinde giderek artan nüfuza sahip ilmiye kanalı ile sağlanması yine meşveret meclislerinin ayırd edici özelliklerinden olmuştur.

Makalemizi bu şekilde tamamlarken ulaştığımız önemli bir hususa daha işaret etmek istiyoruz. Bu da Türk hukuk tarihinde meşveretin; müstakil bir danışma-istişare kurumu olmaktan ziyade bir karar organı olarak ortaya çıktığı gerçeğidir. Bunda İslam tarihinde ve daha sonra kurulan İslam'ın uygulayıcısı olan Türk devletlerinde, Osmanlılara aktarılabilecek, tam olarak kurumsallaşmış bir şûra meclisi modelinin olmamasının büyük payı olmuştur. Osmanlı

Devleti’nde örfî hukukun meşruluğunun sağlanması, padişahın belirlenmesi ve hal’i, dış politika ve maliyeye ile ilgili bir çok karar şûra meclisi niteliğindeki bu kurullarda alınmıştır. Şûra kararlarının bağlayıcılığı ise her padişaha göre değişen bir nitelik arz etmiştir. Kimi Osmanlı padişahları kendi emirlerinin meşruiyetini sağlamak veya İslami bir ilkeyi yerine getirmek adına şûra kararlarına kesin olarak uyma yoluna giderlerken kimileri de kendi iradesinin dışındaki bir kararı veto ederek veya değiştirerek uymama yolunu tercih etmişlerdir. İlk bakışta şûranın mahiyetine aykırı gibi görünse de ana kaynaklarda şûra kararlarına uyma gerekliliği ile ilgili açık bir hükmün bulunmaması Osmanlı padişahlarına alınan kararlara uyma konusunda bir serbesti sağlamıştır. Sonuç olarak, Osmanlı padişahlarının şûra kararları karşısında onay veya red şeklindeki tavırları, bir kurula danışmakla birlikte verilecek nihai karara uyma zorunluluğu bulunmaması şeklindeki hüküm ile bağdaştırılmıştır.

KAYNAKÇA

- ABDÜLKADİR Efendi, Tarih, (haz: AYKUT Nezihi), İÜEF Doktora Tezi, İstanbul 1980.
- AHİSHALI Recep, Osmanlı Devlet Teşkilatında Reisülküttâblık (XVIII. Yüzyıl), İstanbul 2001.
- AHMED b. Muhammed eş- Şeybani, el- Müsned, c. IV, İstanbul 1992.
- AHMED Cevdet Paşa, Tarih-i Cevdet, (sad: GÜNDAY Dünder), c. 1-3, İstanbul 1994.
- AKBULUT İlhan, “Fatih Sultan Mehmet ve Devrinin Adalet Düzeni, İstanbul Barosu Dergisi, c. LXVII, sy. 1-3, İstanbul 1993.
- AKGÜL Eşref M, “Alimler Bozulmazsa Devlet de, Millet de Bozulmaz”, İslami Yönetimin Temeli Şûra, İstanbul 1992.
- AKINCI Şahin, Roma Hukuku, Konya 1999.
- AKMAN Mehmet, Osmanlı Devleti’nde Kardeş Katli, İstanbul 1997.
- AKSAN Virginia H, “Ottoman Political Writing 1768-1808”, International Journal of Middle East Studies, vol. 25, no. 1, February 1993.
- AKSAN, “Political Advice of the Late Century Otoman Empire”, The Turkish Studies Association Bulletin, vol. 14, no. 1, March 1990.
- AKTEPE Münir, Patrona İsyanı (1730), İstanbul 1958.
- AKTEPE, Şem’dani- Zâde Fındıklılı Süleyman Efendi Târîhi Mür’i’t-Tevârih, c. I, İstanbul 1976.
- AKTEPE, 1720-1724 Osmanlı-İran Münasebetleri ve Silahşör Kemanî Mustafa Ağa’nın Revan Fetih-nâmesi, İstanbul 1970.
- AKYILDIZ Ali, Meclis-i Meşveret, TDVİA, c. 28.
- AKYILDIZ, Osmanlı Merkez Teşkilatında Reform, İstanbul 1993.
- AKYILMAZ Gül, “Bir Telhis Örneği”, SÜHFD, Süleyman Arslan’a Armağan, c. 6, sy. 1-2, Konya 1998.
- AKYILMAZ, “Osmanlı Devleti’nde Egemenlik Kavramının Gelişimi”, Yeni Türkiye Osmanlı Özel Sayısı, c. 3, 2000.
- AKYILMAZ, Osmanlı Diplomasi Tarihi ve Teşkilatı, Konya 2000.
- AKYÜZ Vecdi, Kur’an’da Siyasi Kavramlar, İstanbul 1998.
- ALGÜL Hüseyin, İslam Tarihi, c. II, İstanbul 1986.
- AL-KHATIB Numan Ahmed, “Islamic Thought and Political Parties”, Islam Today, Jordan April 1986.

İslam Hukukunda ve Osmanlı Uygulamasında Şûra

- AL-MUNİFİ Abdullah Abdülaziz, *Islamic Constitutional Theory*, Virginia 1973.
- ALTUNSU Abdülkadir, *Osmanlı Şeyhülislamı*, Ankara 1972.
- ARSAL Sadri Maksudi, *Türk Tarihi ve Hukuk*, İstanbul 1947.
- ASIM Efendi, *Kamus Tercemesi*, c. I-IV, İstanbul 1304.
- ASLAN Recep, *Hz. Peygamber'in (SAV) İstişareleri*, Bursa 1996.
- ASLANGÜL Halil, "İslamda Meşveret", *Sebilürreşad*, c. VII, sy. 197, İstanbul 1955.
- ASLANGÜL, "İslamda Meşveret", *Sebilürreşad*, c. VII, sy. 197, İstanbul 1955.
- ATEŞ Süleyman, *Tefsir*, c. 2, İstanbul 1997.
- ATEŞ, *Kur'an Ansiklopedisi*, c. 19, İstanbul 1997.
- AYDIN Ali Arslan, "İslam'da Şûranın Manası, Yeri ve Önemi", *İslami Yönetimin Temeli Şûra*.
- AYDIN M. Akif, "İslam Hukukunda Devlet Başkanının Tayin Usulü" *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İstanbul 1996.
- AYDIN, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 2001.
- AYDIN, "Osmanlıda Hukuk", *Osmanlı Devleti Medeniyeti Tarihi*, c. 2, İstanbul 1999.
- AYHAN Sinan, "Şûraya Yeni Bir Bakış", *İslami Yönetimin Temeli Şûra*.
- AZİMBADİ Ebu Tayyib Muhammed Şemsu'l- Hakk, *Avnu'l-Mabud Şerhu Süneni Ebi Davud*, (tah. Abdurrahman Muhammed Osman), *Daru'l Fikr*, c. XIV, Beyrut 1979.
- BABİLLİ Mahmud, *Eş-Şûra Fi'l-İslam*, (çev: ARMAGAN Nihat-ÇOBANBEYLİ Kemal), İstanbul 1972.
- BAKIRCI Selami, "Araplarda Kabile Yapısı", *Akademik Araştırmalar Dergisi*, yıl: 3, sy. 11, Kasım 2001-Ocak 2000.
- BELAZURİ AHMED b. Yahya b. Cabir, *Fütühu'l-Buldan*, Kahire 1932, (çev: FAYDA Mustafa), Ankara 1987.
- BHAT Rashid Abdur, "Iqbal on the Problem of Ijtihad", *Hamdard Islamicus*, vol. XV, no. 1, Pakistan Spring 1992.
- BUHARİ Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail, *El Camiu's-Sahih*, İstanbul 1992.
- BUHARİ, *Sahih-i Buhari*, (çev: Konyalı Mehmed Vehbi), c. 4, İstanbul 1966.
- BURSEVİ İsmail Hakkı, *Ruh'ul-Beyan Tefsiri*, (çev: tercüme heyeti), c. 2, İstanbul 1995.
- BÜLBÜL Zekeriya, *Osmanlı Müesseseleri ve Medeniyeti Tarihi*, Ankara 2000.
- CABİRİ Muhammed Abid, *İslam'da Siyasal Akıl*, (çev: AKYÜZ Vecdi), İstanbul 1997.
- CANAN İbrahim, *Hadis Ansiklopedisi (Kütüb-i Sitte)*, c. XVI, Ankara 1992.
- CEYLAN Ahmet, "Bir Danışma Kurumu Olarak Divan-ı Hümayun, İslamda Şûra ve Divan-ı Hümayun'un "Şûra Meclisi Niteliği, *Yeni Türkiye Osmanlı Özel Sayısı 1*, yıl 6, sy. 31 Ocak-Şubat 2000.
- CEYLAN Ayhan, *Parlamentoya Uzanan Süreçte Türk Kamu Hukukunda Danışma*, *Türkler*, c. 13, Ankara 2002.
- CEYLAN H. Hüseyin, "İstişare", *İslam*, c. 2, sy. 13, Ankara 1994.
- CİN Halil- AKYILMAZ Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya 2003.
- CİN Halil- AKGÜNDÜZ Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi*, c. I, Konya 1989.
- CİN/ AKYILMAZ, *Tarihte Toplum ve Yönetim Tarzı Olarak Feodalite ve Osmanlı Düzeni*, Konya 1995.
- COULSON N.J., *A History of Islamic Law*, Edinburgh 1964.
- ÇAĞATAY Neşet, "Osmanlılarda Şer'i-Örfi Hukuk Kavramı ve Uygulanışı", *XII. Türk Tarih Kongresi*, Ankara 12-16 Eylül 1994 Kongreye Sunulan Bildiriler, c. III, Ankara 1999.
- ÇAĞATAY Neşet, *Başlangıçtan Abbasilere Kadar Arap Tarihi*, Ankara 1993.
- ÇETİN Atilla, "Divan-ı Hümayun Beylikçi Kaleminin Görevleri ve İşleyişi Hakkında Önemli Bir Belge (1211/1797)", *Vakıflar Dergisi*, sy. 25, Ankara 1995.

- D'OHSON, "Divan Toplantıları 3 ", (çev: DÜZ Ayda) Hayat Tarih Mecmuası, yıl. 9, c. 1, sy.4, 1 Mayıs 1973.
- DOĞAN Lütfi, "Şûra, Meşveret Nedir", İslami Yönetimin Temeli Şûra.
- DURİ Abdülaziz, İlk Dönem İslam Tarihi-Bir Önsöz, (çev: YÜCESOY Hayrettin), İstanbul 1992.
- EBU DAVUD Süleyman b. Eş'as es-Sicistani, Sünen, İstanbul 1992.
- Ebu YA'LÂ el-Ferra, el-Ahkamü's Sultaniyye, Beyrut 1983.
- Ebu ZEHRA Muhammed, İslam'da Siyasi ve İtikadi Mezhepler Tarihi, (çev: FIĞLALI Ethem Ruhi- ESKİCİOĞLU Osman), İstanbul 1970.
- Ebu'l FADL Şihabuddin Seyyid Mahmutel-Âlûsi el-Bağdadi, Tefsiru Ruhu'l-Maani, c. XXV, Beyrut (tsz).
- Ed-DEMİCİ Süleyman, İslamda Devlet Başkanlığı, (çev: CÜCÜK İbrahim), İstanbul 1996.
- el-HEYSEMİ Nureddin Ali b. Ebu Bekir, Mecmau'z-Zevaid ve Menbau'l- Fevaid, Beyrut 1967.
- el-KETTANI Abdülhayy, Nizamü'l Hükümetin-Nebeviyye, el- Müsemma: et- Teratibu'l- İdariyye, Beyrut (tsz).
- el-MEVDUDİ Ebu'l-A'la, Hilafet ve Saltanat, (çev: GENCELİ Ali), İstanbul 1966.
- EMEK Halis, "Şûra En Doğruyu Bulmak İçindir", İslami Yönetimin Temeli Şûra.
- EMİNOĞLU Tahsin, Esbab-ı Nüzul, Konya 1978.
- RAZİ Fahriddin, Tefsir-i Kebri Mefatihü'l Gayb, (çev: YIDIRIM Suat-CEBECİ Lütfullah-KILIÇ Sadık- DOĞRU Sadık), c. 7, Ankara 1990.
- ERSÖZ İsmet, "Kur'an'da İfk Olayı", Diyanet Dergisi, c. 24, sy. 1, Ankara 1988.
- ERTAN Veli, Tarihte Meşihat Makamı, İlmiye Sınıfı ve Meşhur Şeyhülislam, İstanbul 1969.
- EZ-ZEBİDİ Zeynüddin Ahmed b. Ahmed b. Abdi'l Latif, Tecrid-i Sarih (Sahih-i Buhari Tercemesi), c. VII, (çev: MİRAS Kamil), Ankara 1978.
- FARUQİ Muhammed Yusuf, "Legitimacy of Authority in Islam A study Of Early Modes Of Investiture", Hamdard Islamicus, vol. XIX, no. 3, Pakistan Autumn 1996.
- FARUQİ, İjtihad: An Overview of Some Of its Methodologies", Hamdard Islamicus, vol. XXV, no. 4, Pakistan October-December 2002.
- FAYDA Mustafa, "Ebu Bekir", TDVİA, c. 10.
- FEDAYİ Cemal, "Osmanlı Devleti'nde Şeyhülislâmlık Kurumu", Osmanlı, c. 6, Ankara 1999.
- FENDOĞLU Hasan Tahsin, "Osmanlı'da Devşirme Kurumu", Yeni Türkiye, Osmanlı Özel Sayısı, c. 31, yıl. 6, sy. 31, Ankara 2000.
- FENDOĞLU, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2000.
- FIĞLALI E Ruhi, "Darun-Nedve", TDVİA, c. 8, İstanbul 1993.
- FIĞLALI, "Hariciliğin Doğuşuna Tesir Eden Bazı Sebepler", AÜİFD, sy. XX, Ankara 1975.
- FINDLEY Carter, Osmanlı Devleti'nde Bürokratik Reform Babıâli (1789-1922), (çev: Latif Boyacı-İzzet Akyol), İstanbul 1994.
- FISHER Nettleton Sydney-OCHSEBWALD William, The Middle East History, vol. I, New York/San Francisco 1997.
- FLEISCHER Cornell, Bureaucrat and Intellectual in the Ottoman Empire: Mustafa Ali (1541-1600), Princeton 1986.
- GERBER Haim, "Osmanlı Hukukunda Şeriat, Kanun ve Örf, 17.Yüzyıl Bursa'sı Mahkeme Kayıtları", (çev: AKMAN Mehmet), Hukuk Araştırmaları, c. 8, sy. 1-3, İstanbul 1994.
- GEZGİN Ali Galip, "Türk İslam Devletlerinde Şûra", Türkler, c. 13, Ankara 2002.
- GÖKALP Ziya, Türk Medeniyeti Tarihi, c. II, İstanbul 1974.

İslam Hukukunda ve Osmanlı Uygulamasında Şûra

- GÖKMENOĞLU H. Tekin, İslam'da Siyasi Bir Katılım Vasıtası Olarak Şûra, Konya 1997, (Doçentlik Tezi).
- GÖYÜNÇ Nejat, "Osmanlı Devleti'nde Taşra Teşkilatı (Tanzimata Kadar)", Osmanlı, c. 6, Ankara 1999.
- GÜLTEPE Necati, "İlk Türk Devletlerinde Bürokrasi", Türkler, c. 2, Ankara 2002.
- GÜNALTAY M. Şemseddin, "İslamdan Önce Araçlar Arasında Kadının Durumu, Aile ve Türlü Nikah İşleri", Belleten, c. 60, sy.15, Ankara 1951.
- GÜNENÇ Halil, "İslam, Şûranın Şeklini Zamana Bırakmıştır", İslami Yönetimin Temeli Şûra, İstanbul 1992.
- HALAÇOĞLU Yusuf, "Klasik Dönemde Osmanlı Devlet Teşkilatı", Türkler, c. 9, Ankara 2002.
- HAMİDULLAH Muhammed, Hz. Peygamberin Savaşları, (çev: TUĞ Salih), İstanbul 1991.
- HAMİDULLAH, İslam Müesseselerine Giriş, (çev: SIRMA İhsan Süreyya), İstanbul 1992.
- HAMİDULLAH, İslam Peygamberi, (çev: YAZGAN Mehmet), c. II, İstanbul 2004.
- HAMİDULLAH, İslam'a Giriş, (çev: AYDIN Cemal), Ankara 1996.
- HASKAN M. Mermi-GÜLERSOY Çelik, Hükümet Kapısı Bab-ı Âlî, İstanbul 2000.
- HASSAN Ümit, "Eski Türk Devletlerinde Halk-Yönetim İlişkileri", 3. Milli Egemenlik Sempozyumu ve Paneli, no: 31, Ankara, 24.4.1997.
- HAYVA Said, El- Esas Fi't Tefsir, (çev: ERYAYSOY M. Beşir), c. 2, İstanbul 1989.
- HİZMETLİ Sabri, "Cahız'ın İmamet Anlayışı", AÜİFD, sy. XXVI, Ankara 1983.
- IMBER Colin, Ottoman Empire 1300-1650 The Structure of Power, New York 2002.
- ITKOWITZ Norman-SHINDER Joel, "The Office of Şeyh ül-Islam and the Tanzimat", Middle Eastern Studies, vol. 8, no. 1, January 1972.
- İbn HİŞÂM Ebu Muhammed Abdülmelik, es-Siretu'n-Nebeviyye, (nşr. Mustafâ es-Sekkâ-İbrahim el Ebyari- Abdulhafız Şelebi), c. I, Beyrut, 1971.
- İbn İSHAK, Es-Sire, Tah: HAMİDULLAH Muhammed, (çev: ÖZEL Sezai), İstanbul 1988.
- İbn KAYYİM el-Cevziyye, Zâdu'l- Mead, (çev: ÖZEN Şükrü-ÖZDEMİR Ahmet-ERKEKLİ Mustafa), c. 3, İstanbul 1989.
- İbn KESİR, Muhtasar Kur'an-ı Kerim Tefsiri, (çev: Tercüme Heyeti), c. I, İstanbul 1990.
- İbn MACE Ebu Abdilllah Muhammed b. Yezid, es-Sünen, (tah: ABDÜLBAKİ Muhammed Fuad), İstanbul 1992.
- İNALCIK Halil, "Murad II", İA, c. 8, İstanbul 1988.
- İNALCIK, "Osmanlı İmparatorluğu Klasik Çağ (1300-1600), (çev: SEZER Ruşen), İstanbul 2003.
- İNALCIK, Fatih Devri Üzerine Tetkikler ve Vesikalar I, Ankara 1987.
- İPŞİRLİ Mehmet, Klasik Dönem Osmanlı Devlet Teşkilatı, Osmanlı Devleti Tarihi, c. I, İstanbul 1999.
- İPŞİRLİ, "Bâbîâli", TDVİA, c. 4, İstanbul 1991.
- İPŞİRLİ, "Beylerbeyi", TDVİA, c. 6, İstanbul 1992.
- İPŞİRLİ, "İkinci Divanı", TDVİA, c. 22, İstanbul 2000.
- İZGİ Ömer, "Hunlar, Göktürkler ve Uygurlarda Geleneksel Festival ve Eğlenceler", İÜTD, sy. 31, İstanbul 1977.
- JENNINGS B. C., "Kadı, Court, and Legal Procedure in 17 th C. Ottoman Kayseri", Stvdia Islamica, Paris 1978.
- KAHRAMAN Seyit Ali- GALİTEKİN Ahmed Nezih-DADAŞ Cevdet, İlmiye Sâlnâmesi, İstanbul 1998.
- KALDY-NAGY, " XVI. Yüzyılda Osmanlı İmparatorluğunda Merkezi Yönetimin Başlıca Sorunları", Tarih Araştırmaları Dergisi, c. VII, sy. 12-13, 1969.

- KANDEHLEVİ Muhammed Yusuf, Hayatü's Sahabe, (çev: GÜLLE Sıtkı), c. 46, İstanbul 1996.
- KARAÇAM Ali, Osmanlıyı Cihan Devleti Yapan 150 Sır, İstanbul 2001.
- KARAL Enver Ziya, Selim III'ün Hatt-ı Hümayunları-Nizam-ı Cedit-, Ankara 1988.
- KARAMAN Hayrettin, "Şûranın Önemi ve İşlerliği", İslami Yönetimin Temeli Şûra.
- KARAMAN, İslam Hukukunda İçtihat, Ankara 1975.
- KARAMAN, Mukayeseli İslam Hukuku, c. 1, İstanbul 1986.
- KAŞGARLI Mahmud, Divanu Lügati't Türk, (çev: ATALAY Besim), Ankara 1985.
- KILIÇ Orhan, "Klasik Dönem Osmanlı Taşra Teşkilatı: Beylerbeylikler, Eyaletler, Kaptanlıklar, Voyvadalılar, Meliklikler", Türkler, c. 9, Ankara 2002.
- KILIÇER M. Esad, İslam Fihında Re'y Taraftarları, Ankara 1975.
- KINROSS Lord, The Ottoman Centuries, The Rise and Fall of the Turkish Empire, New York 1977.
- KOCA Saim, "Eski Türklerde Devlet Geleneği ve Teşkilatı", Türkler, c. 2, Ankara 2002.
- KOÇI Bey, Koçi Bey Risalesi, (sad: DANIŞMAN Zuhuri), Ankara 1985.
- KOMİSYON, Collins Cobuild Learner's Dictionary, The University Of Birmingham, Londra 1996.
- KOYAMA Koiçiro, "Osmanlıların İlk Devirlerinde Divan-ı Hümayun", XI. TTK (5-9 Eylül 1990) Kongreye Sunulan Bildiriler, c. III, Ankara 1994.
- KÖKSAL Mustafa Asım, İslam Tarihi, İstanbul 1987.
- KÖSE Saffet, "İstişare", ŞİA, c. III, İstanbul 1990.
- KÖSEOĞLU Niyazi, Türk Dünyası Tarihi ve Türk Medeniyeti Üzerine Düşünceler, İstanbul 1990.
- KURT Avni, "Osmanlı Devletinin Merkezi Hükümet Teşkilatı", Diyanet İlmî Dergi, Osmanlı Devleti'nin Kuruluşunun 700. Yılı Özel Sayısı, c. 35, sy. 1, Ocak-Şubat-Mart 1999.
- KUTUB, İslamda Sosyal Adalet, (çev: TUNAGÜR Yaşar-MANSUR Adnan), İstanbul 1968.
- KUTUP Muhammed, Çağdaş Fikir Akımları, (çev: ERYAYSOY Beşir), İstanbul 1986.
- KÜÇÜK Raşit, "İslami Bir Toplumun Oluşmasında İstişarenin Yeri", İslami Yönetimin Temeli Şûra.
- KÜÇÜKDAĞ Yusuf, Vezir-i Âzam Piri Mehmed Paşa, Konya 1994.
- KÜTÜKOĞLU S. Mübahat, Osmanlı Maliyesi, Osmanlı Devleti Tarihi, c. 2.
- KÜTÜKOĞLU, Lütü Paşa Asafnâmesi, İstanbul 1991.
- LAMBTON, State and Government in Medieval Islam, London 1985.
- LEDER Stefan, "The Pragmatic Character of Masa'ini's Shura-Narration", Studia Islamica, vol. 88, Paris 1998.
- LEWIS Bernard, "Islam and The Ottoman Empire", New Outlook, vol. II, no. 9, June 1959.
- LEWIS, "Meşveret", İÜEF Tarih Enstitüsü Dergisi, sy. 12, İstanbul 1981-82.
- LEWIS, "Ottoman Observers of Ottoman Decline", Islamic Studies, sy. I, 1992.
- MAVERDİ, Ebu'l Hasan: el Ahkamu's Sultaniye, (çev: ŞAFAK Ali), İstanbul 1976.
- MEHMED Halife, Târih-i Gilmânî, 1000 Temel Eser Dizisi: 74, (haz: SU Kamil), Ankara 1986.
- MERİÇ Ümit, Cevdet Paşanın Cemiyet ve Devlet Görüşü, İstanbul 1975.
- MEVDUDİ, İslam'da Hükümet, (çev: GENCELİ Ali), Ankara (tsz).
- MUMCU Ahmet, Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl, Ankara 1985.
- MUMISA Michael, Islamic Law Theory&Interpretation, USA 2002.
- MUSTAFA Nuri Paşa, Netayic ül- Vukuât, c. I-II, (haz: ÇAĞATAY Neşet), Ankara 1992.
- NAGEL Tilman, Untersuchungen zur Entstehung Des Abbasidischen Kalifats, (dissertation), Bonn 1972.
- NEŞRİ, Kitab-ı Cihan-Nûma, (haz: UNAT F.R.-KÖYMEN M.A), c. I, Ankara 1949.

- NETTLER Ronald L; Islam, "Politics And Democracy: Mohamed Talbi and Islamic Modernism", The Political Quarterly, vol.71, no. 4, Malden 2000.
- NİYAZİ Mehmet, Türk Devlet Felsefesi, İstanbul 1996.
- OĞUZOĞLU Hüseyin Cahit, Roma Hukuku, Ankara 1959.
- OKANDAN R. Galip, Umumi Amme Hukuku, "İlk Zamanlar", c. I, İstanbul 1946.
- ORHONLU Cengiz, Telhisler(1597-1607) Osmanlı Tarihine Ait Belgeler, İstanbul 1970.
- ORTAYLI İlber, Türkiye İdare Tarihi, Ankara 1979.
- ÖGEL Bahaeddin, "Devlet Meclisi ve Kurultay", Türkler, c. 2, Ankara 2002.
- ÖGEL, Türkler'de Devlet Anlayışı, (13. Yüzyıl Sonlarına Kadar) Ankara 1982.
- ÖZBİLGİN Erol, Osmanlı Hukukunun Yapısı, İstanbul 1985.
- ÖZCAN Abdülkadir, Kanunname-i Al-i Osman, İstanbul 2003.
- ÖZDEN Gani, "Osmanlı Devleti'nin Genel Yapısı ve Yönetim Biçimi", Askeri Tarih Bülteni, c. 15, sy. 29, Ankara 1990.
- ÖZKAYA, Osmanlı İmparatorluğunda Ayanlık, Ankara 1994.
- ÖZTÜRK Hamdullah Bayram, Kur'an'da İstişare, İstanbul 1996.
- PANTÜL M. Yalçın, Türk Parlamento Hukukunda İkinci Meclisler, Ankara 1982.
- PARMAKSIZOĞLU İsmet, "Kaptan Paşa", İA, c. VI.
- RASİM Ahmed, Osmanlı Tarihi (Seçmeler), (Haz: PARMAKSIZOĞLU İsmet), İstanbul 1968.
- SAHİLLİOĞLU Halil, Koca Sinan Paşa'nın Telhisleri, İstanbul 2004.
- SARICAOĞLU Fikret, Kendi Kaleminden Bir Padişahın Portresi Sultan I. Abdülhamit (1774-1789), İstanbul 2001.
- SENCER Muzaffer, "Tanzimat'a Kadar Osmanlı Yönetim Sistemi", Amme İdaresi Dergisi, c. 17, sy. 2, Ankara 1984.
- SERTOĞLU, "III. Selim'in Hal'i 3", Hayat Tarih Mecmuası, yıl. 11, c. 1, sy. 3, 1 Mart 1975.
- SEYİTDANLIOĞLU Mehmet, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ (1838-1868), Ankara 1999.
- SHAW, "The Central Legislative Councils in the Nineteenth Century Ottoman Reform Movement Before 1876", International Journal Of Middle East Studies, vol. 1, no. 1, January 1970.
- SHOIL Muhammad, Administrative & Cultural History Of Islam, Lahore 1992.
- SİLAHDAR FINDIKLI Mehmed Ağa, Nusretnâme, c. I, (haz: PARMAKSIZOĞLU İsmet), İstanbul 1964.
- SOFUOĞLU Ebubekir, Osmanlı Devletinde İslahatlar ve I. Meşrutiyet, İstanbul 2004.
- SÖNMEZ Abidin, Şûra ve Resûlullah'ın Müşaveresi, İstanbul 1984.
- SÖNMEZ Tului, "Osmanlı Aydınlarının Saltanata Öğütleri: Nasihat-Nameeler", Mülkiyeliler Birliği Dergisi, c. 15, sy. 129, Ankara 1991.
- SUYUTİ Abdurrahman Celalüddin, ed-Darrü'l-Mensur fit't-Tefsiri'l-Me'sur, c. X, Beyrut 1983.
- ŞAHİN İhan-EMECEN Feridun, Osmanlılarda Divan-Bürokrasi- Ahkâm II. Bayezid Dönemine Ait 906/1501 Tarihli Ahkâm Defteri, İstanbul 1994.
- ŞAHİN Mustafa, Hz. Ömer Döneminde Şûra –Danışma Meclisi-, Bursa 2002.
- ŞAHİNOĞLU M. Nazif, "Şûra'ya Bir Bakış", İslami Yönetimin Temeli Şûra.
- TABLİYE Kutub Muhammed, al İslam ve Hukuk al İnsan, Kahire 1984.
- TANERİ Aydın, Kuruluş Döneminde Vezir-i Âzamlık, Ankara 1974.
- Tevkiî Abdurrahman Paşa Kanunnamesi, MTM, c. I-3, 1331.
- The Oxford History of Islam, (ed: ESPOSITO L. John), Newyork 1999.
- TİRMİZİ Ebu İsa Muhammed b. İsa b. Sevr, Sünenü't Tirmizi, İstanbul 1992, (tah. ve thrc. ABDÜLBAKİ Muhammed Fuad).

- TUĞİ Solak Hüseyin, “Genç Osman Faciası”, (haz. SERTOĞLU Midhat), Hayat Tarih Mecmuası, yıl. 9, c. 1, sy. 3, 1 Nisan 1973.
- TUNALI Tahsin, “Yavuz Sultan Selim”, Hayat Tarih Mecmuası, yıl. 9, c. 1, sy. 1.
- TUTAR Adem, “İslam Öncesi Türk Devlet Geleneğinde Adalet Anlayışı”, Türkler, c. 2, Ankara 2002.
- UDEH Abdülkadir, İslam ve Siyasi Durumumuz, (çev: EVRENSOY Beşir), İstanbul 1986.
- ULUÇAY Çağatay M, “Koçi Bey”, İA, c. 6.
- URIEL Heyd, Studies in Old Ottoman Criminal Law, Oxford 1973.
- UZUNÇARŞILI İ. H., “Mehmed I”, İA, İstanbul 1988.
- UZUNÇARŞILI, “Tuğra ve Pençeler ile Ferman ve Buyruklulara Dair”, Belleten, c. 5, sy. 17-18, Ankara 1941.
- UZUNÇARŞILI, Çandarlı Vezir Ailesi, Ankara 1988.
- UZUNÇARŞILI, Osmanlı Tarihi, c. II, Ankara 1988.
- UZUNÇARŞILI, Osmanlı Tarihi, c. III-1, Ankara 1989.
- UZUNÇARŞILI, Osmanlı Tarihi, c. IV-1, Ankara 1956.
- ÜÇOK Coşkun-MUMCU Ahmet-BOZKURT Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1996.
- ÜNAL M.Nihat, “Osmanlı Devletinde Divan-ı Hümayun”, İlim Kültür ve Sanatta Gerçek Dergisi, sy.10, 1976.
- WELHAUSEN Julius, Arap Devleti ve Sukutu, (çev: İŞILTAN Fikret), Ankara 1963.
- YAVUZ Yunus Vehbi, İslam’da Düşünce ve İnanç Özgürlüğü, İstanbul 1994.
- YAZIR Elmalılı Hamdi, Hak Dini Kur’an Dili, c. II, İstanbul 1992.
- YILDIZ Hakkı Dursun, Doğuştan Günümüze İslam Tarihi, c. I, İstanbul 1992.
- YURDAYDIN Hüseyin G, “Düşünce ve Bilim Tarihi “, Türkiye Tarihi 2, İstanbul 2002.
- YUSUF Has Hacıp, Kutadgu Bilig, (çev: ARAT Reşit Rahmeti), Ankara 1988.
- YUSUF Has Hacıp, Kutadgu Bilig, (haz: ÇAĞBAYIR Yaşar), Ankara 2003.
- YÜCEL Yaşar, “Reformcu bir Hükümdar Fatih Sultan Mehmed”, Belleten, sy. 55, 1991.
- YÜCEL Yaşar, Osmanlı Devlet Teşkilatına Dair Kaynaklar, Ankara 1988.
- ZEYDAN Abdülkerim, İslam Hukukuna Giriş, (çev: ŞAFAK Ali), İstanbul 1995.
- ZEYDAN, İslam Hukukunda Fert ve Devlet,(çev: ARZU Cemal), İstanbul 1978.

YAYIN ŞARTLARI

Dergide yayınlanması talebiyle editöre gönderilen eserler hakemlerin (iki hakem) olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde eser üçüncü bir hakeme gönderilir.

1. Hazırlanan çalışmaların doc (word belgesi) ve rtf (zengin metin biçimi) türlerinde kaydedilmiş iki ayrı dosya halinde **bir disket/cd** içinde gönderilmesi ve ikisi isimsiz diğeri isimli olmak üzere **üç adet A4** kâğıt çıktısının gönderilmesi rica olunur.

2. **Metin yazıları** Times New Roman karakteri ile **10,5 punto tek satır** aralığı, ilk satırı **1,25 cm** girintili **paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk** olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. Yazılar kural olarak 25 sayfadan fazla olmamalıdır. Yazıdaki başlıklar başlık biçimleri kullanılarak yazılmalı, **Başlık 1 biçimi sadece yazının ana başlığı için** kullanılmalı, metin içerisindeki diğeri tüm başlıklar Başlık 2 biçiminden başlayarak ayarlanmalıdır. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber “adı SOYADI” biçiminde yazılmalı, gerekli açıklamalar * işareti kullanılarak dipnotta yapılmalıdır.

3. Yazılarda **dipnotlar** otomatik olarak ve her sayfa altında verilmeli, dipnotların yazımında genel olarak kitaplarda; Yazar SOYADI Adı (örn. YILDIRIM Ramazan), (yayın yılı), Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; makalelerde; Yazar Soyadı, Adı (yayın yılı), “Makale Adı” (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atıflarda Yazar soyadı (Yayın yılı) ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir. **Dipnotlar**, Times New Roman yazı karakteri, **10 punto, Tek satır aralığı, 0,6 asılı**, paragraf **sonrası 3 nk** boşluk biçiminde yazılmalıdır.

4. Gönderilen makalelerin başına, makalenin **yabancı dildeki adı**, en fazla 100 kelimelik **Türkçe ve yabancı dilde özetlerinin** ve beş adeti geçmemek üzere **anahtar kelimenin (Keywords)** eklenmesi gerekmektedir. Çalışmanın sonunda **kaynakça** yer almalıdır.

5. Makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

Bu şartları taşımayan başvurular kabul edilmeyecektir.