

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ

SELÇUK LAW REVIEW



Cilt (Volume): 25

Sayı (Number): 2

Yıl (Year): 2017

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

SELÇUK LAW REVIEW

Cilt (Volume): 25 • Sayı (Number): 2 • Yıl (Year): 2017

ISSN: 1306 - 8075

E-ISSN: 2548 - 1177

Sahibi (Owner):

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Prof. Dr. Mustafa AVCI (Dekan)

Editörler (Editors) :

Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN
Yrd. Doç. Dr. Ayşe ARAT
Yrd. Doç. Dr. Alper UYUMAZ
Arş. Gör. Kemal ERDOĞAN
Arş. Gör. Gökçe ALTINEL

Yayın Kurulu (Editorial Board) :

Prof. Dr. Yavuz ATAR
Prof. Dr. Berrin AKBULUT
Prof. Dr. Faruk BİLİR
Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
Prof. Dr. Paulo de Tarso Pires de Lara

Doç. Dr. N. Binnur TULUKÇU
Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN
Doç. Dr. Erdal YERDELEN
Yrd. Doç. Dr. S. Sami AKKURT
Yrd. Doç. Dr. Murat AKSAN
Yrd. Doç. Dr. Nurşen AYAN

Danışmanlar Kurulu (Advisory Board) :

Prof. Dr. Nizamettin AKTAY (Gazi Ü.)
Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Başkent Ü.)
Prof. Dr. Rıza AYHAN (Gazi Ü.)
Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Halil CİN (Ufuk Ü.)
Prof. Dr. Ali ERTEN (Bilkent Ü.)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Aydın GÜLAN (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. Arslan KAYA (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ (Gazi Ü.)
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Başkent Ü.)
Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN (Gazi Ü.)
Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. İlhan ULUSAN (İ. Kültür Ü.)
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Ankara Ü.)
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (Gazi Ü.)

DERGİ HAKKINDA

AMAÇ

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

KAPSAM

Dergimiz Temmuz ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez elektronik ortamda ve basılı olarak yayımlanan hukuk alanında makale kabul eden hakemli bir dergidir. Kamu hukuku, özel hukuk ve malî hukuk alanlarındaki makalelerin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

DEĞERLENDİRME SÜRECİ

Yılda iki sayı halinde yayımlanan Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Dergimizde yayımlanan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir. Yayın şartları son sayfada yer almaktadır.

KISALTMA

Dergiye yapılan atıflarda SÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

HABERLEŞME ADRESİ

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 KONYA

Tel : 0332 241 00 45

Fax : 0332 241 01 05

İnternet : <http://www.selcuk.edu.tr/hukuk/tr> • <http://dergipark.gov.tr/suhfd>

E-posta : hukukdergi@selcuk.edu.tr • dergisuhfd@gmail.com

DERGİNİN TARANDIĞI İNDEKSLER



TR DİZİN Hukuk Veri Tabanı

Dergimiz ULAKBİM'in 16.06.2010 tarih ve 1799 sayılı yazısıyla TÜBİTAK ULAKBİM HUKUK VERİ TABANINA alınmıştır.



ASOS INDEX (Asos Academia Social Science Index)

Dergimiz 2016 yılından itibaren Asos Academia Social Science Index tarafından taranan dergiler arasındadır.



SOBIAD (Sosyal Bilimler Atf Dizini)

Dergimiz 2017 yılından itibaren SOBIAD tarafından taranan dergiler arasındadır.



HeinOnline

Dergimiz 2017 yılından itibaren HeinOnline tarafından taranan dergiler arasındadır.

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

KAMU HUKUKU

MEMUR DİSİPLİN HUKUKUNA HÂKİM OLAN TEMEL İLKELER..... 15

Yrd. Doç. Dr. Selman Sacit BOZ

İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA MAHKEME KARARLARININ AÇIKLANMASI
..... 43

Yrd. Doç. Dr. A. Kürşat ERSÖZ

İDARENİN SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA YARGI DIŞI ÇÖZÜM YOLU
OLARAK SULH..... 65

Yrd. Doç. Dr. Aynur HASOĞLU

2014 TUNUS ANAYASASI HAKKINDA GENEL BİR DEĞERLENDİRME 89

Arş. Gör. Murat AÇIL

HÂKİMLERİN HUKUKİ VE CEZAI SORUMLUĞU 133
Arş. Gör. Melikşah AYDIN

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE EVLENME HAKKI 163
Arş. Gör. Ufuk Ramazan ÇAKMAK

GENEL OLARAK NESAFET KAVRAMI VE BU KAVRAMIN İDARE HUKUKUNDAKİ BAZI GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ 185
Arş. Gör. Hande Sena ÇALIŞ

DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA TÜRK HUKUKUNDA HÜKÜMET TASARRUFLARI 217
Arş. Gör. Oğuzhan GÜZEL

HUKUK DEVLETİ İLKESİ BAĞLAMINDA TAKDİR YETKİSİ VE YERİNDELİK DENETİMİ İLİŞKİSİ 249
Arş. Gör. Ahmet Talha TETİK

ÖZEL HUKUK

İŞ HUKUKU'NDA KADIN ÇALIŞANLARIN KORUNMASINA İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELER (Azerbaycan ve Türk İş Hukuku Karşılaştırmalı Olarak) 279
Yrd. Doç. Dr. Namık HÜSEYİNLİ
Doç. Dr. Yusuf YiĞİT

KİŞİLİK HAKKININ SOSYAL MEDYA KULLANICILARI TARAFINDAN İHLÂLİ
HÂLİNDE ORTAYA ÇIKACAK CEZAÎ SORUMLULUĞA MEDENÎ HUKUK
BAĞLAMINDA BİR BAKIŞ..... 329

Yrd. Doç. Dr. Sinan Sami AKKURT

ROMA HUKUKUNDA SORUMLULUK..... 375

Arş. Gör. Övünç GÜVEL

YABANCILAR VE ULUSLARARASI KORUMA KANUNU UYARINCA ÖĞRENCİ
İKAMET İZİNİ 405

Arş. Gör. Saliha HALICI

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA ORTAK YETKİLİ MAHKEME 449

Arş. Gör. M. Furkan SOYLU

MECELLE'DE VE TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN
KURULMASI VE UNSURLARI..... 485

Arş. Gör. Numan TEKELİOĞLU

GAİPLİĞİN AİLE HUKUKU YÖNÜNDEN SONUÇLARI 523

Arş. Gör. Hüseyin TOKAT

SINIR DIŞI ETME KARARININ İCRASININ ERTELENMESİ..... 577

Arş. Gör. Nedime Tuğçe YİĞİT

SELÇUK LAW REVIEW

Volume: 25 • Number: 2 • Year: 2017

CONTENTS

ARTICLES

PUBLIC LAW

THE FUNDAMENTAL PRINCIPLES GOVERNING THE DISCIPLINARY LAW OF CIVIL SERVANTS 15

Asst. Prof. Selman Sacit BOZ

ADOPTION OF ADMINISTRATIVE PROHIBITION LAW 43

Asst. Prof. A. Kürşat ERSÖZ

WITH IN THE FRAME OF ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITY, NEGOTIATION AS NON - JODICIAL WAYS 65

Asst. Prof. Aynur HASOĞLU

A GENERAL REVIEW OF 2014 TUNISIAN CONSTITUTION 89

Asst. Murat AÇIL

JUDICIAL AND CRIMINAL RESPONSIBILITY OF JUDGES 133

Asst. Melikşah AYDIN

RIGHT TO MARRY ON EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS . 163

Asst. Ufuk Ramazan ÇAKMAK

EQUITY CONCEPT IN GENERAL AND THE APPEARANCE EFFECTS OF THAT
CONCEPT IN ADMINISTRATIVE LAW 185

Asst. Hande Sena ÇALIŞ

ACTS OF GOVERNMENT IN TURKISH LAW IN THE LIGHT OF THE COUNCIL
OF STATE'S DECISIONS 217

Asst. Oğuzhan GÜZEL

THE RELATIONSHIP BETWEEN DISCRETIONARY AND EXPEDIENCY IN THE
CONTEXT OF PRINCIPLE OF THE STATE OF LAW 249

Asst. Ahmet Talha TETİK

PRIVATE LAW

LEGAL REGULATIONS RELATED TO WOMEN EMPLOYMENT IN LABOR LAW
(Azerbaijan and Turkish Labor Law, As Comparative) 279

Asst. Prof. Namık HÜSEYİNLİ

Assoc. Prof. Yusuf YİĞİT

SOCIAL MEDIA & VIOLATION OF PERSONAL RIGHTS COMMITTED BY
USERS: A BRIEF OVERVIEW 329

Asst. Prof. Sinan Sami AKKURT

THE LIABILITY IN ROMAN LAW 375

Asst. Övünç GÜVEL

STUDENT RESIDENCE PERMIT ACCORDING TO THE LAW ON FOREIGNERS
AND INTERNATIONAL PROTECTION 405

Asst. Saliha HALICI

COMMON COMPETENT COURT IN LAW OF CIVIL PROCEDURE 449

Asst. M. Furkan SOYLU

CONCLUSION AND ELEMENTS OF THE SALES CONTRACT IN MEDJELLE
AND TURKISH CODE OF OBLIGATIONS 485

Asst. Numan TEKELİOĞLU

THE CONSEQUENCES OF DISAPPEARANCE IN TERMS OF FAMILY LAW 523

Asst. Hüseyin TOKAT

SUSPENSION OF EXECUTION OF THE DEPORTATION DECISION 577

Asst. Nedime Tuğçe YİĞİT

Makaleler

Kamu Hukuku

MEMUR DİSİPLİN HUKUKUNA HÂKİM OLAN TEMEL İLKELER*

Yrd. Doç. Dr. Selman Sacit BOZ**

THE FUNDAMENTAL PRINCIPLES GOVERNING THE DISCIPLINARY LAW OF CIVIL SERVANTS

ÖZ

Hukuka aykırı olarak kamu görevlileri tarafından işlenen fiiller; kimi durumlarda idari, kimi durumlarda cezai, kimi durumlarda ise hem idari hem de cezai yaptırım gerektirir. İdari ve cezai soruşturmalarda çoğu zaman benzer ilkelere dayanılarak bazı farklılıklar bulunmaktadır.

Memur disiplin rejiminin genel çerçevesi yasal düzenleme ile belirlenmiştir. Ayrıca ilgili yönetmeliklerle de memur disiplin hukukunun usul ve esasları düzenleme altına alınmıştır. Diğer taraftan mevzuat ve genellikle yargı kararları ile ortaya çıkan temel ilkelere uyulması da son derece önemlidir. Nitekim bozulan kurum düzeninin yeniden tesisi için yapılan disiplin

* Kabul Edildiği Tarih: 30.11.2017

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.336914](https://doi.org/10.15337/suhfd.336914)

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

E-mail Adresi: selmansacitboz@gmail.com

ORCID ID: orcid.org/0000-0002-3033-0997

soruşturmalarında ve tayin edilecek cezalarda temel ilkelere riayet edilmesi hukuk devletinin bir gereğidir.

ANAHTAR KELİMELER: Memur, Disiplin Rejimi, Disiplin Suçu, Disiplin Cezası, İdari Yaptırım.

ABSTRACT

Wrongful acts of public servants may require administrative sanctions in some cases, criminal sanctions in others, while in some cases both administrative and criminal sanctions are necessary. Even though in administrative and criminal investigations most of the time similar principles are utilized, there are also some differences.

The framework of the disciplinary regime for civil servants has been defined by legislation. Also concerned regulations regulate the procedures and principles of the disciplinary law for civil servants. On the other hand, it is also very important to follow principles defined by the legislation and usually by jurisprudence. Hence, compliance with these main principles during disciplinary investigations, which are conducted with the aim to restore the impaired order within the institution, is essential in the rule of law.

KEY WORDS: Civil Servant, Disciplinary Regime, Disciplinary Action, Nonjudicial Punishment, Administrative Sanction.

GİRİŞ

Kamu hizmetinin belirli bir düzen içinde ifasında memurların uymakla yükümlü oldukları birtakım yükümlülükler bulunmaktadır. Kamu görevlilerinin belirlenen menfi ve müspet yükümlülüklere uymamalarının disiplineli birtakım sonuçları bulunmaktadır. Memurlara yönelik disipline ilişkin hükümler genel olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu kanunda düzenlenen ilkelerin dışında içtihatlarla da şekillenen ve memur disiplin hukukunun olmazsa olmazı haline gelen bazı temel ilkeler de bulunmaktadır. Ayrıca 09.12.2016 tarih ve 6764 sayılı Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin

disiplin hukukuna hakim olan temel ilkeler karşısında konumu da bu çalışmanın kapsamında incelenmiştir.

Bu çalışma iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, memur disiplin hukukuna ilişkin kavram açıklamalarına yer verilmiştir. İkinci bölümde ise, disiplin cezasına ilişkin genel ilkeler incelenmiştir. Disiplin hukukuna hâkim olan temel ilkelerin sayısının çok fazla olması ve çalışmanın temel ilkeleri bir bütün olarak toparlayabilme amacı taşıması sebebiyle, bu ilkeler makul ölçüde detaylandırarak ele alınmıştır.

I. DİSİPLİN HUKUKUNA İLİŞKİN KAVRAMLAR

A. Disiplin Kavramı

Disiplin kavramı, Fransızca "*discipline*" kavramından Türkçe'mize geçmekle birlikte en genel anlatımla bir yönetimin düzgün, düzenli, huzurlu, dikkatli, sürekli ve verimli bir biçimde işleyebilmesi için uyulması gereken zorunlu kurallar bütünü olarak ifade edilebilir¹.

Başka bir ifadeyle disiplin, "*çalışma düzeninin sağlanıp sürdürülmesi, devletin onur ve saygınlığının korunması bakımından kamu hizmetlerinde etkinliği, sürati ve verimliliği sağlayacak bir araçtır*"².

¹ ZABUNOĞLU, Yahya Kazım (2012), İdare Hukuku, C. 1, Ankara, s. 664; TORTOP, Nuri (1983), "*Disiplin, Disiplin Cezaları ve Disiplin Suçları*", Amme İdaresi Dergisi, S. 16/3, s. 89; ATAY, Ender Ethem (2014), İdare Hukuku, 4. Bası, Ankara, s. 910; ÇAĞLAYAN, Ramazan (2017), İdare Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, s. 539; Disiplin kavramına ilişkin tanımlamalar için bkz. KOÇYİĞİT, Ali (2007), "*Disiplin Mahkemeleri Kanununa Göre Askeri Disiplin Suçları ve Cezaları*", Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan, s. 4; COŞKUN, Hakan (2009), "*657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na Göre Disiplin Suçları ve Disiplin Soruşturmaları Danıştay Kararları Üzerine Bir İnceleme*", Yüksek Lisans Tezi, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hatay, s. 28-29; ORHAN, Gökhan (2003), "*Türkiye'de Memur Disiplin Suç ve Cezalarının Uygulanması*", Yüksek Lisans Tezi, Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Muğla, s. 10; ORMAN, Harun (2011), "*Memur Disiplin Hukukunun Genel İlkeleri*", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s. 4; UYGUN, Fulya (2012), "*Memur Disiplin Suç ve Cezaları*", Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s. 25.

² PAZARCI, Şevki (1992), "*Belediyelerde Disiplin Suç ve Cezaları*", Çağdaş Yerel Yönetimler, C. 1, S. 4, s. 35.

Disiplin kavramının birden çok boyutu bulunmaktadır. Bireyin davranış ve hareketlerini kendi kendine kontrol altına almasını ifade eden önleyici bir tedbir olarak da kullanılan bu kavram, bir kamu görevlisinin kanun hükümlerine aykırı fiillerinden dolayı bozulan kurum düzeninin yeniden tesisini sağlayan bastırıcı nitelikte bir idari yaptırım olarak da karşımıza çıkmaktadır³.

B. Disiplin Suçu Kavramı

Kamu görevlilerinin statülerine ilişkin hükümlere uymaması sebebiyle kurum düzeninin bozulmasına sebep olan fiillere disiplin suçu denir⁴. Daha yalın bir anlatımla disiplin suçu; kamu görevlisinin göreviyle ilgili kusurlu fiili veya davranışdır⁵.

Kamu görevlileri tarafından uyulması gereken menfi ve müspet yasaklara uyulmaması durumunda öngörülen idari yaptırım işleminin sebep

³ ORHAN (2003), s. 10; KOÇYİĞİT (2007), s. 4; UYGUN (2012), s. 26; "Disiplin, önceden yazılı olarak belirlenmiş ödev ve yasaklara uygun davranışı sağlamaya yönelik cezalandırma işlemidir", ADALET BAKANLIĞI CEZA İŞLERİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ (2014), Disiplin Soruşturması Usûl ve Esasları, Ankara, s. 2; Disiplin hem önleyici hem de cezalandırıcı etkiye sahiptir, GÖZLER, Kemal - KAPLAN, Gürsel, (2017), İdare Hukuku Dersleri, 19. Baskı, Bursa, s. 658.

⁴ AKYILMAZ Bahtiyar - SEZGİNLER, Murat - KAYA, Cemil (2017), Türk İdare Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Ankara, s. 765; Diğer tanımlamalar için bkz. GÜNDAY, Metin (2015), İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara, s. 627; ODYAKMAZ, Zehra - KAYMAK, Ümit - ERCAN, İsmail (2015), İdare Hukuku, Güncellenmiş 16. Baskı, İstanbul, s. 228; YILDIRIM, Ramazan (2014), Türk İdârî Rejimi Dersleri, C. 1, Konya, s. 284; ATAY (2014), s. 911.

⁵ GÖZLER - KAPLAN, s. 658; KAYA, Cemil (2005), "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler", Amme İdaresi Dergisi, C. 38, S. 2, s. 62; KARAHANOGULLARI, Onur (1999), "Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri", Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, C. 8, S. 3, s. 56; Başka bir ifadeyle disiplin mevzuatına aykırı fiil ve davranışlara disiplin suçu denilmektedir, ADALET BAKANLIĞI CEZA İŞLERİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ (2014), s. 2; Öğretide disiplin suçuna ilişkin bir başka tanım ise şu şekildedir: "Disiplin suçları, kamu hizmetinin, hizmetten yararlananlara düzenli ve verimli bir şekilde sunulması için, kurum içi düzeni, disiplini ve hizmeti sunanların statüsünü düzenleyen normlara aykırı hal ve davranışları ifade eder", AKYILMAZ, Bahtiyar (2004), "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1-2, s. 243.

unsuru olarak da ifade edebileceğimiz disiplin suçları, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda açıkça belirlenmiştir.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu kapsamında 657 sayılı Kanun'a ilaveten yükseköğretime özgü bazı disiplin suçları da bulunmaktadır

C. Disiplin Cezası Kavramı

Kurum düzenini bozan fiillere uygulanan yaptırıma disiplin cezası denir⁶. Başka bir ifadeyle, disiplin suçlarından en az birini işleyen kamu görevlisine fiilin ağırlık derecesine göre uygulanan cezaya disiplin cezası denilmektedir⁷.

Kamu görevlileri tarafından uyulması gereken menfi ve müspet yasaklara uyulmaması durumunda öngörülen ve idari yaptırım işleminin konu unsuru olarak da ifade edebileceğimiz disiplin cezalarının neler olduğu, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda sayılmıştır. Ancak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda disiplin cezası kavramının açık biçimde bir tanımı yapılmamıştır.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile 657 sayılı Kanunda öngörülmeven başkaca disiplin cezalarına yer verilmiştir⁸.

657 sayılı Kanun'un 124. maddesinden hareketle disiplin cezası şu şekilde tanımlanabilir: Kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak

⁶ AKYILMAZ - SEZGİNER - KAYA (2017), s. 765; GÜNDAY (2015), s. 627; ATAY (2014), s. 911; TAN, Turgut (2015), İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Ankara, s. 530-531.

⁷ ADALET BAKANLIĞI CEZA İŞLERİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ (2014), s. 2; Başka bir tanıma göre; "*Kamu düzenini devam ettirmek, onun verimli, süratli ve yararlı biçimde çalışmasını sağlamak için kamu personeli hakkında uygulanacak idari ceza müeyyideleri(ne)*" disiplin cezası denir, PAZARCI (1992), s. 35; Disiplin cezaları "*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin memuriyet ve vazifeleri ile ilgili olarak işledikleri kusurları yahut memurluk sıfatına ve görevine etki edebilecek kusurlu davranışlarını cezalandırmak için konulmuş bulunan müeyyidelerdir*", şeklinde de tanımlanmıştır, KALABALIK, Halil (2014), Kısa İdare Hukuku, Konya, s. 284.

⁸ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde Devlet memurlarına uygulanabilecek disiplin cezaları "uyarma", "kınama", "aylıktan kesme", "kademe ilerlemesinin durdurulması" ve "Devlet Memurluğundan çıkarma" iken 2547 sayılı Kanun'un 53. Maddesinde yükseköğretim personeli için öngörülen disiplin cezaları "uyarma", "kınama", "aylıktan veya ücretten kesme", "kademe ilerlemesinin durdurulması veya birden fazla ücretten kesme", "üniversite öğretim mesleğinden çıkarma" ve "kamu görevinden çıkarma"dır.

amacı ile kanunların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin Devlet memuruna emrettiği ödevleri yurt içinde veya dışında yerine getirmeyenlere, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara, yasaklanan fiilleri işleyenlere durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre uygulanan yaptırıma disiplin cezası denir.

D. Amaç

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 124. maddesine göre disiplin rejiminin genel amacı "*kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak*"tır. Hukuk devletinde disiplin cezalarının temel amacı, kurum düzeni ve devlet saygılığının korku ve baskı aracılığı ile değil, eğitim ve inanç odaklı olarak düzeltilerek korunmasıdır⁹.

Bu genel amaç, disiplin hükümleri çerçevesinde iki durumla açıklanabilir.

Bu durumlardan ilki, "*kamu kurumunda iç çalışma düzenini, memurun ihmal (kayıtsızlık gösterme, düzensiz davranma), kusur ve kasıt yoluyla yaptığı eylemleri cezalandırarak korumak*" ve "*görev ve yetkinin özel çıkar amacıyla kullanılmasını önlemek*"; diğeri ise memurun "*memurluk sıfatıyla bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmasını engellemek*"tir¹⁰.

Disiplin hukuku, kamu görevlilerinin bazen suç niteliğinde olan bazen de suç niteliğine varmayan fiil ve davranışlarıyla bozulan kurum düzeninin yeniden sağlanmasını ve böylece kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini amaçlamaktadır.

II. DİSİPLİN HUKUKUNA HÂKİM OLAN TEMEL İLKELER

Disiplin hukukunda uygulanan temel ilkeler¹¹ genellikle mahkeme içtihatları doğrultusunda oluşmuştur. Ayrıca ceza hukukunda yer alan birçok

⁹ TORTOP (1983), s. 90; AKYILMAZ (2004), s. 244; ATAY (2014), s. 913; KARAHANOGULLARI (1999), s. 56; ÇAĞLAYAN (2017), s. 541; YILDIRIM, Turan - YASİN Melikşah - KAMAN, Nur - ÖZDEMİR, H.Eyüp - ÜSTÜN, Gül - TEKİNSOY, Okay (2015), İdare Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskı, İstanbul, s. 265.

¹⁰ ADALET BAKANLIĞI CEZA İŞLERİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ (2014), s. 2; TORTOP (1983), s. 90.

¹¹ Bu çalışma kapsamında disiplin hukukuna hâkim olan temel ilkelere yer verilmiştir. 657 sayılı Kanun'a göre yapılan soruşturmalarda tatbik edilmeyen bazı ilkeler kısaca

ilke istisnaları olmakla birlikte disiplin hukukunda da uygulanmaktadır. Disiplin hukukuna hâkim olan temel ilkeler genel olarak şunlardır:

A. Kanunilik (Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz) İlkesi

"Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi [*nullum erimen nulla poena sine lege*]", suçta kanunilik ve cezada kanunilik olmak üzere iki ilkedен oluşur. Suçta kanunilik, kanunlarda suç olarak düzenlenmeyen hiçbir fiilden dolayı bireyin cezalandırılmayacağını, cezada kanunilik ise kanunda yer almayan bir cezanın hiç kimseye uygulanamayacağını anlatır¹². Nitekim suçta kanunilik işlenen fiil ve davranışla ilgiliyken cezada kanunilik yaptırım ile ilgilidir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde disiplin cezaları; "uyarma", "kınama", "aylıktan kesme", "kademe ilerlemesinin durdurulması" ve "Devlet memurluğundan çıkarma" olmak üzere beş adettir. Disiplin cezaları açısından kanunilik ilkesi geçerli olup bu beş disiplin cezasının dışında başka bir disiplin cezası verilemez. Örneğin derece yükselmesinin durdurulması, aylığın tamamen kesilmesi, geçici olarak memurun görevine son verilmesi, yer değiştirme gibi cezalar, kanunilik ilkesine aykırı olur. Ayrıca görevden uzaklaştırmanın da bir disiplin cezası olmadığı vurgulanmalıdır¹³.

şu şekildedir: Çelişme ilkesi: Kamu görevlisinin bizzat kendisine disiplin cezası verecek disiplin amiri ya da kurulu ile karşı karşıya gelmesidir. Ülkemizde Devlet memurluğundan çıkarma cezasında çelişme ilkesi, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 129/2. maddesinde "*Hakkında memurluktan çıkarma cezası istenen memur, soruşturma evrakını incelemeye, tanık dinletmeye, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma hakkına sahiptir*" şeklinde yer almaktadır, GÖZLER - KAPLAN (2017), s. 664-665; AKYILMAZ (2004), s. 285; Gereke ilkesi: 657 sayılı Kanun'da gerekçe bildirilmesi öngörülmemiştir. Ancak gerekçe ilkesine göre disiplin cezası sebeplerinin işlem metninde gösterilmesi gerekir, ÇAĞLAYAN (2017), s. 551; GÖZLER - KAPLAN (2017), s. 660-661; ZABUNOĞLU (2012), s. 668.

¹² KAYA (2005), s. 63; AKYILMAZ (2004), s. 247; Ayrıca Anayasa'nın 128. maddesinin II. fıkrasında "*memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir*" hükmü bulunmaktadır.

¹³ 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 137. maddesine göre görevden uzaklaştırma "*Devlet kamu hizmetlerinin gerektirdiği hallerde, görevi başında kalmamasında sakınca görülecek Devlet memurları hakkında alınan ihtiyati bir*

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde disiplin cezası gerektiren disiplin suçları sayma (tadadi) yoluyla sayılmıştır. Başka bir ifadeyle disiplin suçları tahdidi yani sınırlı sayıda değildir. Nitekim aynı maddenin IV. fıkrasında "*Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir*" hükmü bulunmaktadır. Benzer bir şekilde 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/D maddesinde de "*Bu Kanunda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiillere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer fiilleri işleyenlere de hangi disiplin fiiline benzediği belirtilerek aynı türden disiplin cezaları verilir*" hükmü yer almaktadır.

Kıyasla izin veren bu maddeler göstermektedir ki disiplin cezaları açısından da kanunilik ilkesi geçerli¹⁴ iken disiplin suçlarında kanunilik ilkesi geçerli değildir¹⁵.

tedbirdir". Bu açıdan görevden uzaklaştırma bir disiplin cezası olmayıp geçici nitelikte bulunan ihtiyati ve idari bir tedbirdir.

¹⁴ AKYILMAZ - SEZGİNER - KAYA (2015), s. 674; ODYAKMAZ - KAYMAK - ERCAN (2015), s. 230; ZABUNOĞLU (2012), s. 667.

¹⁵ Disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı hususu öğretilerde tartışmalıdır. Anayasa'nın "*suç ve cezalara ilişkin esaslar*" başlıklı 38. maddesinde yer alan "*ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*" hükmü ile "*genel ilkeler*" başlıklı 138. maddesinde yer alan "*memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir*" hükmü doğrultusunda kimi yazarlar disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin tatbik edilmesi gerektiğini belirtirken kimi yazarlar aksini savunmaktadır. Tartışmalar için bkz. GÖZLER, Kemal, (2009), İdare Hukuku, C. 2, İkinci Baskı, Bursa, s. 751-752; KAYA (2005), s. 63-67; AKYILMAZ (2004), s. 249-250; KARAHANOĞULLARI (1999), s. 60-62; ÇAĞLAYAN (2017), s. 545 vd.; Danıştay disiplin cezalarında kıyasın mümkün olduğuna karar vermektedir. Danıştay disiplin cezalarında kıyasın uygulanabileceğini Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'ne karşı açılan davada ifade etmiştir. Ancak aynı görüşte olduğum karşı oy şu şekildedir: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, T. 09.11.2000, E. 2000/646, K. 2000/1119: "*Hukuk devletinde ceza yaptırımına bağlanan her eylemin tanımının yapılması, suçların kesin biçimde ortaya konulması, ne tür eylemlerin yasaklandığının hiçbir kuşkuya yer vermeyecek biçimde belirtilmesi ve buna göre de cezanın saptanması zorunludur. Bu şekilde bir saptama yapmadan idareye sınırsız bir takdir hakkı tanıyarak kıyas yoluyla disiplin suç ve cezası verilmesi yolunu açan*

B. Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi

"Şüpheden sanık yararlanır [*in dubio pro reo*]" ilkesi ceza hukukunun yanı sıra disiplin hukukunda da uygulanan bir ilkedir. Disiplin suçunun memur tarafından işlendiğinin şüpheye mahal verilmeyecek derecede ispatlanamaması durumunda ya da hukuken geçerli olarak kabul edilmeyecek deliller dışında bilgi ve belge bulunamaması halinde kamu görevlisine disiplin cezası verilemez¹⁶.

Nitekim 1982 Anayasası'nın 38. maddesinin IV. fıkrasında yer alan "*suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılmaz*" şeklinde düzenleme idare hukukunda da uygulanan genel bir ilkedir.

C. Kanunu Bilmemek Mazeret Sayılmaz İlkesi

Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi disiplin hukukunda da uygulama alanı olan diğer bir ilkedir. Bu ilkeye göre usulüne uygun olarak yürürlüğe giren bir mevzuat hükmünde yer alan hak ve yükümlülüklerin kamu görevlileri tarafından bilindiği kabul edilir¹⁷. Bu açıdan bir kamu görevlisinin işlediği fiilin ya da sergilediği davranışın haksızlık teşkil ettiği, bu fiil ve davranışlarla kurum düzeninin bozulduğunu bilmediği ve bilebilecek konumda olmadığı iddiası kabul görmez. Ancak bu durum eleştiriye açıktır. Kanunilik ilkesinin uygulanmadığı bir disiplin rejiminde böylesine bir kabul, idarenin keyfi davranmasının önünü açacak niteliktedir. Özellikle muğlak ifadelerle

düzenlemede hukuka uyarlık bulunmadığından; temyize konu kararın yönetmeliğin 12. maddesinin iptal isteminin reddine ilişkin kısmının bozulması oyuyla, bu kısma ilişkin onama kararına karşıyız", www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 07.03.2016; 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinin Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu vurgulanmaktadır, YILDIRIM (2014), s. 288; Her ne kadar disiplin suçlarının tek tek belirlenmesi hizmet gereklerine uygun olmayıp imkânsız gibi görülse de kıyasın tıpkı ceza hukukunda olduğu gibi disiplin hukukunda da yasak olması gerekir. Nitekim Devlet memurluğundan çıkarma disiplin cezası uygulamasında kıyas çok tehlikeli sonuçlar doğurabilir. Ancak disiplin hukukunda kıyasın tamamen yasaklanmasının mümkün olmaması halinde ise Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin "öngörülmemiş disiplin suçları" başlıklı 10. maddesinde olduğu gibi sadece uyarma ve kınama disiplin cezalarında geçerli olması daha uygun olacaktır.

¹⁶ ODYAKMAZ - KAYMAK - ERCAN (2015), s. 231; AKYILMAZ - SEZGİNER - KAYA (2017), s. 774; KAYA (2005), s. 72; ÇAĞLAYAN (2017), s. 551-552.

¹⁷ ATAY (2014), s. 913; KAYA (2005), s. 68.

belirlenen disiplin suçlarında kamu görevlisi tarafından işlenen ancak kendisi açısından bir haksızlık teşkil etmediği düşünülen bir fiil ya da davranıştan dolayı disiplin cezasının verilebilecek olması hukuki öngörülebilirlik ilkesi ile örtüşmez. Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesinin yeni getirilen bir disiplin suçu açısından gerekli yayım şartına uyulması durumunda kabul edilmesi ancak muğlak ifadelerle belirlenen disiplin suçları açısından kabul görmemesi gerekir.

3011 sayılı Resmi Gazetede Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanun'un 1/b maddesine göre; "*kamu personeline ait genel hükümleri kapsayan yönetmeliklerin Resmi Gazetede yayımlanması zorunludur*". Resmi Gazetede yayımlanmayan bir yönetmelik hükmüne binaen verilen disiplin cezası Danıştay kararlarına göre hukuka aykırıdır¹⁸.

D. Ölçülülük İlkesi

Suç ve cezalar arasında adil bir dengenin bulunması gerekliliği Anayasal bir ilke olan ölçülülük ilkesinden kaynaklanmaktadır. Disiplin suçları ile bu suçlardan kaynaklanan disiplin cezalarının ölçülülük ilkesine uygun olması gerekir¹⁹.

İdare hukukunda ölçülülük ilkesi, idarenin takdir yetkisinin kullanılmasında, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında, kolluk işlemlerinde ve disiplin hukukunda başvurulan bir ilkedir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında, sınırlandırmanın sınırını oluşturan ölçülülük ilkesi; "*elverişlilik*", "*gereklilik*" ve "*orantılılık*" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır²⁰.

Kamu görevlisi tarafından işlenen fiil ve davranışa uygulanacak disiplin cezasının elverişli ve gerekli bulunması ayrıca fiil ile arasında makul bir orantının bulunması gerekir.

¹⁸ KAYA (2005), s. 68.

¹⁹ AKYILMAZ - SEZGİNER - KAYA (2017), s. 771; KAYA (2005), s. 71; ODYAKMAZ - KAYMAK - ERCAN (2015), s. 230; ATAY (2014), s. 917; TAN (2015), s. 532-533; ÇAĞLAYAN (2017), s. 550; GÖZLER - KAPLAN (2017), s. 660; ZABUNOĞLU (2012), s. 668.

²⁰ ERKUT, Celal (1996), Hukuka Uygunluk Bloku (İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi), İstanbul, s. 120.

E. Geçmişe Etkili Disiplin Cezası Verilemez İlkesi

İdari işlemlerin genel özelliği yürürlüğe girdiği tarihten sonraki durumlara etki etmeleridir. Bir idari işlem türü olan disiplin cezaları geçmişe etkili bir biçimde uygulanamaz²¹. Örneğin disiplin suçunun işlendiği tarihten geçerli olmak üzere bir disiplin cezası verilemez.

Disiplin cezalarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin olan bu durum 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 132. maddesinde "*disiplin cezaları verildiği tarihten itibaren hüküm ifade eder ve derhal uygulanır*" şeklinde düzenleme altına alınmıştır. Bu maddeye göre disiplin cezasının uygulanması soruşturmanın tamamlanmasıyla mümkündür. Başka bir ifadeyle disiplin cezası en erken soruşturmaya yetkili amirin kararının ardından uygulama imkânı bulur. Bu açıdan geçmişe yönelik olarak disiplin cezasının verilmesi mümkün değildir.

F. Savunma Hakkı Tanınmadan Disiplin Cezası Verilemez İlkesi

Disiplin soruşturması yapılmadan disiplin cezası verilemez²². Bu durum "*doğrudan disiplin cezası verme yasağı*" olarak da ifade edilmektedir²³. Savunma hakkı Anayasal güvenceye sahip bir haktır. Anayasa'nın 129. maddesinin II. fıkrasında "*memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez*" hükmü bulunmaktadır. Ayrıca 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 130. maddesinin ilk fıkrası

²¹ GÖZLER - KAPLAN (2017), s.660; ODYAKMAZ - KAYMAK - ERCAN (2015), s. 232; KAYA (2005), s. 68; AKYILMAZ (2004), s. 249; ATAY (2014), s. 915; ÇAĞLAYAN (2017), s. 549; ZABUNOĞLU (2012), s. 668.

²² ADALET BAKANLIĞI CEZA İŞLERİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ (2014), s. 5; AKYILMAZ - SEZGİNER - KAYA (2017), s. 769; ÇAĞLAYAN (2017), s. 558; Danıştay 12. Dairesi, T. 18.11.2005, E. 2002/2424, K. 2005/4113: "*Soruşturmacı atanmadan ve yöntemine uygun bir soruşturma yapılmadan disiplin cezası verilemez(z)*", www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 07.03.2016; 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/A-b maddesinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda öngörülmemen yeni bir usul kuralı öngörülmüştür. Bilimsel araştırma ve yayın etiğine ilişkin disiplin cezası verilmesini gerektiren fiiller açısından yapılan soruşturmalarda disiplin soruşturmasına başlanmadan evvel bilimsel araştırma ve yayın etiği kurullarınca inceleme yapılması zorunlu hale getirilmiştir.

²³ KAYA (2005), s. 80; GÖZLER - KAPLAN (2017), s. 664.

"Devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez" şeklindedir²⁴. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/A maddesinde ise "soruşturulana, iddialar hakkında savunma imkânı tanınmadan disiplin cezası verilemez" hükmü yer almaktadır.

Savunma istem yazısında²⁵;

i. İsnat edilen fiil ve durumlar açık bir biçimde (yer, kişi, zaman ve olay açıklanarak) belirtilmelidir²⁶.

ii. Yedi günden az olmamak kaydıyla makul (savunma hakkının kısıtlanmaması için olması gereken zaman) bir süre verilmelidir.

iii. Verilen süre içinde yazılı veya sözlü savunma yapılmadığı takdirde geçerli bir mazereti bulunmaması durumunda savunma hakkından

²⁴ Danıştay 12. Dairesi, T. 27.03.2009, E. 2008/2174, K. 2009/1703: "Yüksek Disiplin Kurulunca, hakkında Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılması teklif edilen ilgiliye (konunun kurula intikalinden önce savunması alınmış olsa bile) son savunma hakkı tanınması gereklidir"; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T. 17.02.2011, E. 2007/1846, K. 2011/66: "...savunma alınmadan verildiği anlaşılan disiplin cezasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır", www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 07.03.2016.

²⁵ ADALET BAKANLIĞI CEZA İŞLERİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ (2014), s. 8; AKYILMAZ (2004), s. 254.

²⁶ Danıştay 12. Dairesi, T. 23.03.2011, E. 2008/7024, K. 2011/1314: "Disiplin cezasıyla cezalandırılması için hakkında soruşturma açılan kamu görevlisinin savunması alınırken disiplin suçunu oluşturan eylemi açık bir şekilde belirlenmeli, disiplin suçu oluşturan eyleminin hangi disiplin kurallarını ihlal ettiği ortaya konulmalıdır"; Danıştay 12. Dairesi, T. 15.10.2015, E. 2015/1023, K. 2015/5293: "Disiplin cezası ile cezalandırılması için hakkında soruşturma açılan kamu görevlisinin savunması alınırken disiplin suçunu oluşturan eylemlerin açık bir şekilde belirtilmesi bir zorunluluktur. Ancak, bu eylemler nedeniyle hangi disiplin cezasının teklif edildiğinin belirtilmemiş olmasının savunma hakkını kısıtladığını kabul etmek mümkün değildir. Zira, soruşturma raporunda getirilen teklif, disiplin cezasını verecek makam için bağlayıcı nitelikte olmadığı gibi, davacının vereceği savunma, disiplin raporuyla birlikte değerlendirildikten sonra davacıya ceza verilip verilmeyeceğine veya ceza verilecekse hangi cezayla cezalandırılacağına karar vereceği açıktır", www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 07.03.2016; Kamu görevlisine isnat edilen fiilin kanunun hangi maddesini ihlal ettiğinin ve bu sebeple verilecek cezanın açıkça belirtilmesi gerekli değildir, KAYA (2005), s. 81-82.

vazgeçilmiş sayılacağına ilişkin ihtar yer almalıdır²⁷.

Savunma süresi olan asgari 7 günlük süre tebliğin ertesi günü işlemeye başlar ve kamu görevlisinin savunmaya geldiği gün süreye dâhil edilmez²⁸. Ayrıca hakkında soruşturma açılan kamu görevlisine mazereti bulunmaması

²⁷ Kamu görevlisinin savunmaya mazeret bildirmeden katılmaması işlediği fiili kabul ettiği anlamına gelmez, KARAHANOĞULLARI (1999), s. 69; KAYA (2005), s. 82. Nitekim "suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz" anayasal bir ilkedir. Kamu görevlisinin savunmaya gelmediği durumlarda bile soruşturmacı elde ettiği diğer bilgi ve belgeler ışığında kamu görevlisine ceza verilmesine gerek olmadığı kanaatine varabilir. Ayrıca savunma vermeyen kamu görevlisinin daha sonra idari itiraz veya iptal davası yoluyla disiplin cezasının ortadan kaldırılmasını sağlayabilir.

²⁸ ADALET BAKANLIĞI CEZA İŞLERİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ (2014), s. 8; Yedi günlük süre asgari süredir. Soruşturmacının, savunma hakkı kullanabilmesi için kamu görevlisine daha uzun bir süre vermesi de mümkündür, KAYA (2005), s. 82; ÇAĞLAYAN (2017), s. 562; Yedi günlük süre beklenmeden savunma yapılabilmesi mümkün müdür? "Savunmamı yasal süreyi beklemeden vermek istiyorum" şeklindeki beyanın savunma hakkını kısıtladığına ilişkin Danıştay 12. Dairesi'nin 16.04.2010 tarih ve E. 2008/4644, K. 2010/2126 sayılı kararı bulunmaktadır, akt. ÇAĞLAYAN (2017), s. 562. Danıştay'ın bu kararının kısaca tahlili gerekir. Öncelikle soruşturulan kamu görevlisine savunmaya davet yazısı tebliğ edilirken böyle bir beyanda bulunmasını sağlamak elbette savunma hakkının kısıtlanmasıdır. Nitekim kamu görevlisinin soruşturmacı tarafından savunma süresine ilişkin yanıtılması mümkündür. Ancak asgari yedi günlük sürenin verilmesinden sonra hakkında soruşturma açılan kamu görevlisinin savunma süresinin dolmasından önce savunmasını yapması da mümkündür. Yasak olan durum savunma süresinin peşinen kısıtlanmasıdır. Aksi halde yedi günlük savunma hakkının kamu görevlisi tarafından kullanılıp kullanılmaması kendisinin takdirindedir.

durumunda ikinci bir süre verilmesi söz konusu değildir²⁹. Savunma kamu görevlisi tarafından sözlü olarak yapılabileceği gibi yazılı olarak da yapılabilir³⁰.

G. Soruşturmanın Gizliliği İlkesi

Disiplin soruşturmasının gizliliği ilkesi gereğince hakkında soruşturma açılan kamu görevlisinin kimliğinden, soruşturmaya ilişkin her türlü yazışmanın mümkün olduğu derecede gizli yapılması esastır. Soruşturmanın gizliliği ilkesi gerek idari sırların üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesini engeller ve gerekse delillerin karartılma ve yok edilme riskini azaltır³¹.

Elbette soruşturmanın gizliliği ilkesi hakkında soruşturma açılan kamu görevlisi için geçerli değildir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 129. maddesinde "*hakkında memurluktan çıkarma cezası istenen memur soruşturma evrakını inceleme...hakkına sahiptir*" hükmü yer almaktadır. Benzer bir düzenleme 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/A maddesinde "*hakkında üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma cezası istenenler soruşturma evrakını inceleme, tanık*

²⁹ ADALET BAKANLIĞI CEZA İŞLERİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ (2014), s. 8; Danıştay 3. Dairesi, T. 29.05.1973, E. 1973/272, K. 1973/269: "*Savunma hakkı ile ilgili sürenin cezayı veren amir ve mercilerce ve bir defaya mahsus olmak üzere verilmesi gerekeceği ve bu husustaki Bakanlık görüşünün Kanuna uygun olduğuna karar verildi*", www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 08.03.2016; 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/A maddesinde disiplin cezası vermeye yetkili makamlar gerek görürse, isnat edilen fiil ve soruşturma raporunda önerilen disiplin cezasını da belirtmek suretiyle, tekrar savunma isteyebileceği düzenlenmiştir.

³⁰ ODYAKMAZ - KAYMAK - ERCAN (2015), s. 231; KAYA (2005), s. 82; YILDIRIM (2014), s. 294; AKYILMAZ (2004), s. 254; Danıştay 12. Dairesi, T. 21.11.2003, E. 2002/241, K. 2003/3715, www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 07.03.2016; Kamu görevlisi tarafından savunmanın sözlü olarak verildiği durumlarda soruşturmacı soruşturmaya yetkili makamdan sözlü savunmanın yazıya geçirilmesi için bir katip görevlendirmesi isteyebilir. Ancak soruşturmacı kamu görevlisi tarafından verilen sözlü savunmayı bizzat kendisi de yazılı hale getirebilir. İster sözlü olarak verilip de bir tutanakla yazılı hale getirilen savunmalarda ister doğrudan yazılı olarak verilen savunmalarda mutlaka savunmada bulunan kamu görevlisinin imzasının bulunması gereklidir.

³¹ ÇAĞLAYAN (2017), s. 551; KAYA (2005), s. 85; ODYAKMAZ - KAYMAK - ERCAN (2015), s. 231; YILDIRIM (2014), s. 295; ATAY (2014), s. 920; 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/A-k maddesinde "*soruşturmanın gizliliği esastır*" hükmü bulunmaktadır.

dinletme, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma hakkına sahiptir" şeklinde yer almaktadır.

Lafzî yorum yapılırsa hakkında "Devlet memurluğundan çıkarılma" ve "öğretim mesleğinden çıkarma" cezaları dışında bir ceza verilecek olan kamu görevlisinin soruşturma dosyasını inceleme imkânı bulunmamaktadır. Ancak açıkça yasaklanmadığı müddetçe serbestlik ilkesi geçerlidir kaidesi ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu çerçevesinde, kanunda yer alan istisnalar³² hariç olmak üzere, dosyasındaki bilgi ve belgelere hakkında soruşturma açılan kamu görevlisinin erişme hakkının olduğu haklı olarak ifade edilmelidir³³.

Her ne kadar 657 sayılı Kanun'da sadece Devlet memurluğundan çıkarma disiplin cezası verilecek durumlarda soruşturma evrakının inceleme hakkı verilmiş olsa diğer durumlarda da kamu görevlisinin soruşturma dosyasında bulunan bilgi ve belgelere ulaşma ve bir örneğini isteme hakkının

³² 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun "idari soruşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler" başlıklı 19. maddesi şu şekildedir: "Kurum ve kuruluşların yetkili birimlerince yürütülen idari soruşturmalarda ilgili olup, açıklanması veya zamanından önce açıklanması hâlinde; a) Kişilerin özel hayatına açıkça haksız müdahale sonucunu doğuracak, b) Kişilerin veya soruşturmayı yürüten görevlilerin hayatını ya da güvenliğini tehlikeye sokacak, c) Soruşturmanın güvenliğini tehlikeye düşürecek, d) Gizli kalması gereken bilgi kaynağının açığa çıkmasına neden olacak veya soruşturma ile ilgili benzeri bilgi ve bilgi kaynaklarının temin edilmesini güçleştirecek, Bilgi veya belgeler, bu Kanun kapsamı dışındadır".

³³ BAŞAR, Hüseyin (1988), "Kamu Görevlilerine Yönelik Soruşturmalar", Hacettepe Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, S. 3, s. 66; KAYA (2005), s. 85; Hakkında soruşturma açılan kamu görevlisinin soruşturmaya konu bilgi, belge ve dosyalara erişimi hususunda daha korumalı bir düzenleme yapılması gerektiği ifade edilmektedir, AKYILMAZ (2004), s. 258; Danıştay 12. Dairesi, T. 28.01.2014, E. 2013/5654, K. 2014/183: "Uyuşmazlıkta; davacının dava konusu işlemin dayanağı olan disiplin soruşturma raporu ile eklerinin bir suretinin kendisine verilmesini talep etmesine karşılık, İğdir Valiliğince 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanununun "idari soruşturmaya ilişkin bilgi ve belgeler" başlıklı 19. maddesi uyarınca bu talebin Valiliklerince uygun görülmediği gerekçesiyle soruşturma dosyası ve eklerinin davacıya verilmemesi, böylece davacının savunma hakkının ve dolayısıyla açmış olduğu bu davada savunmasını yapabilmesi bakımından adil yargılanma hakkının ihlal edildiği anlaşıldığından, dava konusu işlemde ve davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır", www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 09.03.2016.

bulunması gerekir. Soruşturmanın gizliliği sağlanmaya çalışırken adil yargılanma hakkını kısıtlayacak derecede hakkında soruşturma açılan kamu görevlisinden bilgi ve belge saklanması Anayasa'nın 36. maddesinin (hak arama hürriyeti) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin (adil yargılanma hakkı) ihlali anlamına gelir ki bu durum hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz.

H. Başvuru Yollarının Gösterilmesi İlkesi

Anayasa'nın 40. maddesinde "*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır*" hükmü bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre disiplin cezası verilen kamu görevlisine, kaç gün içinde hangi idari mercie itiraz edebileceği ve bu itiraz sonucunda olumlu bir netice alınamazsa kaç gün içinde, hangi görevli ve yetkili mahkemede dava açabileceğinin açıkça belirtilmesi gerekir.

Danıştay, başvuru yollarının gösterilmesi ilkesini idari makamlar tarafından uyulması gereken bir yükümlülük olarak görmektedir. "*İdari işlemlere karşı başvuru yollarının son derece ayrıntılı düzenlemelerde yer alması, başvuru süresinin kısa olması veya olağan başvuru yollarına istisna getirilebilmesi ilgili kişiler bakımından sıkıntılar oluşturmakta, işlemlere karşı hangi idari birime, hangi sürede başvurulacağını bilinmemesi birçok kez kişi bakımından mağduriyetlere yol açmaktadır. Bu durumda da kişilerin hak arama özgürlüğünün kısıtlanması, bununla birlikte hukuk devleti olmanın bir gereği olan idarenin denetiminin de engellenmesi sonucu oluşmaktadır*"³⁴.

I. Lehe Olan Hükümler Uygulanır İlkesi

Disiplin suçunun işlenmesinin ardından disiplin mevzuatında yapılan değişikliklerin kamu görevlisinin lehine uygulanması gerekir. Bu durum

³⁴ Danıştay 10. Dairesi, T. 09.05.2007, E. 2005/1607, K. 2007/2429, www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 09.03.2016; Hakkında disiplin soruşturması başlatılan kamu görevlisine yapılacak tüm tebligatların kural olarak memurun adresine yapılması gerekir. Ancak adresinin tespit edilememesi durumunda Tebligat Kanunu'nun 21. maddesi gereğince, Merkezi Nüfus İşleri Sistemi (MERNİS) adresine tebligatta bulunulması, bu adresin de tespit edilememesi durumunda aynı Kanunun 35. maddesi uyarınca ilan tebligat yapılması yeterlidir, ADALET BAKANLIĞI CEZA İŞLERİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ (2014), s. 15.

hukukun genel ilkeleri arasındadır³⁵. Ayrıca bu durum Anayasa'nın 38. maddesinde "*kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez*" şeklinde düzenleme altına alınmıştır.

Bu ilkenin uygulanması, sonraki düzenlemede kamu görevlisi tarafından işlenen disiplin suçuna uygulanacak cezanın hafifletilmesi şeklinde olabileceği gibi, sonradan yapılan aleyhe düzenlemenin dikkate alınmaması şeklinde de gerçekleşebilir.

İ. Tek Fiile Tek Ceza Verilmesi İlkesi

Esasında ceza hukukuna ilişkin olan "tek fiile tek ceza verilmesi [*ne bis in idem*]"³⁶ ilkesi disiplin hukukunda da uygulanan bir ilkedir³⁷. Tek fiile tek ceza verilmesi ilkesiyle kastedilen şey şudur: Bir fiil bazen birden fazla disiplin suçunu oluşturabilir. Örneğin bir fiil bazen hem uyarma hem de kınama cezasını gerektirebilecek nitelikte olabilir. Bu durumda kamu görevlisine hem uyarma hem de kınama cezası verilemez. Ceza hukukundaki fikri içtima kuralları bu durumlara uygulanır ve kamu görevlisine disiplin cezalarından en ağır olanı somut durumda kınama cezası verilir³⁸.

Kamu görevlisi tarafından işlenen bir fiil hem disiplin yaptırımı hem de cezai yaptırım içerebilir. Bu durumlarda kamu görevlisine disiplin cezasının

³⁵ KAYA (2005), s. 68.

³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞURLU, Yücel (2003), "*Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi Sorunu ve "Ne Bis in Idem" Kuralı*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 2, s. 101-124.

³⁷ GÖZLER - KAPLAN (2017), s. 660; ODYAKMAZ - KAYMAK - ERCAN (2015), s. 231; KAYA (2005), s. 71; ATAY (2014), s. 916; ÇAĞLAYAN (2017), s. 548; GÖZLER (2009), s. 752; ZABUNOĞLU (2012), s. 668.

³⁸ AKYILMAZ - SEZGİNER - KAYA (2017), s. 773; KAYA (2005), s. 71-72; ÇAĞLAYAN (2017), s. 548; Söz konusu durum 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/D maddesinde "*aynı fiile birden fazla disiplin cezası verilemez. Fiilin birden fazla disiplin suçu teşkil etmesi hâlinde bu suçlardan en ağır cezayı gerektiren disiplin cezası verilir*" şeklinde düzenlenmiştir.

yanı sıra cezai bir yaptırımın da uygulanabilmesi mümkündür. Bu durum "ne bis in idem" ilkesine aykırılık teşkil etmez³⁹.

J. Disiplin Soruşturmasının Bağımsızlığı İlkesi

Kamu görevlisi tarafından işlenen fiiller disiplin cezası gerektirmeleri yanında bazı durumlarda ceza soruşturması da gerektirebilir. Başka bir ifadeyle yapılan fiil hem disiplin hem de cezai yaptırım gerektirebilir⁴⁰. Nitekim bu durum 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinin son fıkrasında "*yukarıda yazılı disiplin kovuşturmasının yapılmış olması, fiilin genel hükümler kapsamına girmesi halinde, sanık hakkında ayrıca ceza kovuşturması açılmasına engel teşkil etmez*" şeklinde düzenleme altına alınmıştır.

Ayrıca anılan Kanun'un 131. maddesi de disiplin soruşturmasının ceza soruşturma ve kovuşturmasından bağımsız oluşunun diğer bir kanıtıdır⁴¹. Nitekim Danıştay bu duruma "*memurun ceza yasasına göre mahkûm olması ya da olmamasının disiplin cezasının uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği açıktır*" şeklinde açıklık getirmiştir⁴². 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun

³⁹ ODYAKMAZ - KAYMAK - ERCAN (2015), s. 231; KAYA (2005), s. 72; TAN (2015), s. 531.

⁴⁰ ADALET BAKANLIĞI CEZA İŞLERİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ (2014), s. 4; KAYA (2005), s. 78; Bu durum "*disiplin soruşturması ile ceza kovuşturmasının birbirinden bağımsızlığı ilkesi*" ile ifade edilmektedir, AKYILMAZ - SEZGİNER - KAYA (2017), s. 765; Disiplin soruşturması ve yargılaması, ceza soruşturma ve kovuşturmasından bağımsız ve ayrı olduğuna ilişkin Danıştay kararları için bkz. Danıştay 12. Dairesi, T. 04.02.2011, E. 2010/64, K. 2011/474; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, T. 15.09.2000, E. 2000/594, K. 2000/949, www.kazanci.com, e.t. 08.04.2016.

⁴¹ Danıştay 12. Dairesi, T. 26.12.2007, E. 2005/6776, K. 2007/6383: "*Anılan madde uyarınca, memurun disiplin cezasını gerektiren eylemi nedeniyle aynı zamanda hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olması, yargılamasının devam ediyor olması veya yargılama sonucunda beraatine karar verilmiş olmasının ayrıca disiplin cezası uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği gibi, disiplin cezası verildikten sonra disiplin cezasına konu eylem nedeniyle ceza mahkemesince verilen beraat kararının, disiplin cezasını ortadan kaldırmayacağı ve Devlet memurluğundan çıkarma veya meslekten çıkarma cezaları verilmesi durumunda da kişinin görevine geri dönmesi sonucunu doğurmayacağı da tabiidir*", www.kazanci.com, e.t. 08.04.2016.

⁴² Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, T. 20.06.2003, E. 2003/67, K. 2003/436, www.kazanci.com, e.t. 08.04.2016.

53/A-n maddesinde de "bir fiilden dolayı ilgili hakkında ceza soruşturması veya kovuşturması yapılıyor olması, aynı fiilden dolayı disiplin soruşturması yapılmasına, ceza verilmesine ve bu cezanın yerine getirilmesine engel değildir. Gerektiğinde ceza kovuşturması bekletici mesele yapılabilir. Bu durumda disiplin soruşturmasına ilişkin zamanaşımı süreleri durur" hükmü yer almaktadır. Söz konusu Kanun'un 53/A-n maddesinde yer alan "bir fiilin diğer kanunlar uyarınca idari yaptırıma bağlanmış olması, aynı fiile bu Kanun kapsamında disiplin cezası verilmesine engel teşkil etmez" hükmü de tek fiile tek ceza verilmesi ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir.

Her ne kadar ceza yargılamasının disiplin soruşturmasına engel teşkil etmeyeceği düzenleme altına alınmış olsa da; ceza yargılamasındaki beraat hükmünün verilme sebebi önem arz etmektedir. Ceza yargılamasında delil yetersizliğinden beraat verilmesi durumunda disiplin cezası verilmesi mümkün iken⁴³, suç unsurlarının oluşmaması sebebiyle beraat kararı neticesinde disiplin cezası verilmesi hukuka aykırı olacaktır⁴⁴.

K. Eşitlik İlkesi

İşlenen disiplin suçlarında kamu görevlisinin statüsü, kişisel durumu, sosyal ve ekonomik durumu önemli değildir. Benzer disiplin suçlarına ilişkin fiil

⁴³ Danıştay 12. Dairesi, T. 16.05.2013, E. 2010/1494, K. 2013/4059: "Ceza Mahkemesince delillerin takdiri ve suçun niteliği yönünden yapılan değerlendirmede uygulanan ilke ve kurallar, disiplin hukuku açısından uygulanan kurallardan farklı olduğundan, aynı suç ile ilgili olarak ceza mahkemesince, suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmadığı (delil yetersizliği) gerekçesiyle verilen beraat kararlarının disiplin hukuku açısından bağlayıcı olmadığı, bu nitelikteki beraat kararının disiplin cezası uygulanmasına engel oluşturmayacaktır", www.kazanci.com, e.t. 09.04.2016.

⁴⁴ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T. 21.04.2011, E. 2010/1391, K. 2011/273: "Bir kamu görevlisinin işlediği iddia edilen disiplin suçunun aynı zamanda ceza yasasına göre de suç niteliğinde olması ve ceza yargılaması sonucunda suçun unsurlarının oluşmadığı ya da suçun işlenmediğinin anlaşıldığı gerekçesiyle kişinin beraatine karar verilmesi durumunda, bu beraat kararının disiplin hukuku yönünden idari yargı yerlerince yapılacak yargılamada bağlayıcı nitelik taşıyacağı" şeklindedir, www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 09.04.2016.

ve davranışlar aynı disiplin cezası ile cezalandırılmalıdır. Bu açıdan disiplin cezalarında eşitlik ilkesi geçerlidir⁴⁵.

Nitekim Anayasa'nın 10. maddesinin son fıkrasında "*Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar*" hükmü bulunmaktadır. Dolayısıyla eşitlik ilkesi disiplin cezalarında da uygulanan anayasal bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır.

L. Aleyhe Bozma Yasağı İlkesi

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre verilen disiplin cezalarından "*Devlet memurluğundan çıkarma*" hariç tüm disiplin cezalarına karşı idari itiraz mümkündür⁴⁶.

Ayrıca Anayasa'nın 129. maddesinde yer alan "*disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz*" hükmü çerçevesinde istisnalar dışında (Anayasa 129/4: "Silahlı Kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır") tüm disiplin cezalarına karşı idari yargıda iptal davası açılabilir.

Disiplin cezasına itiraz edecek olan bir kamu görevlisi kendisine verilen cezanın daha da arttırılabileceği düşüncesiyle bu yolu kullanmaktan imtina

⁴⁵ KAYA (2005), s. 77; BAŞAR (1988), s. 76; ATAY (2014), s. 914; Eşitlik ilkesi aynı hukuki durumda bulunan kişiler açısından gözetilen ve "*eşitlerin eşitliği*" kavramıyla özdeşleşen ve Türk Anayasasında "*genel esaslar*" kısmında yer alması itibarıyla temel bir Devlet yönetimi ilkesi olarak kabul edilmektedir, ÖZBUDUN, Ergun (2014), Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, Ankara, s. 156-157; Gerek 657 sayılı Kanun'da gerekse 2547 sayılı Kanun'da "*geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmalarını olumlu olan veya ödül veya başarı belgesi alanlara verilecek disiplin cezalarında bir derece alt ceza uygulanabilir*" hükmü yer almaktadır. Şayet idari makamlar bu hükmü takdir yetkisine sığınarak gerekçesiz bir şekilde benzer vakialardan birinde uygular diğerinde uygulamazsa bu durum eşitlik ilkesinin ihlali olarak ileri sürülebilir.

⁴⁶ Devlet memurluğundan çıkarma disiplin cezasına karşı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesine karşı itirazın mümkün olduğu ifade edilmektedir, AKYILMAZ - SEZGİNLER - KAYA (2017), s. 776; YILDIRIM (2014), s. 286; 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun "itiraz" başlıklı 53/F maddesinde "*üniversite öğretim mesleğinden çıkarma*" ve "*kamu görevinden çıkarma*" cezalarına ilişkin itiraz müessesesi düzenlenmemiştir. Benzer yorumla her iki disiplin cezasına karşı da İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesine göre başvuru yapılabilmesinin mümkün olduğu sonucuna ulaşılabilmektedir.

edebilir. Ancak 657 sayılı Kanun'un 135. maddesinin IV. fıkrasında "*itirazın kabulü hâlinde, disiplin amirleri kararı gözden geçirerek verilen cezayı hafifletebilir veya tamamen kaldırabilirler*" hükmü bulunmaktadır.

Bu hüküm doğrultusunda itiraz sonucunda daha önceden verilen cezanın arttırılması mümkün değildir. Bu durum "*aleyhte düzeltme yasağı [reformatio inpejus]*" olarak ifade edilmektedir⁴⁷.

M. Soruşturmacının Hakkında Soruşturma Açılan Kamu Görevlisinin Dengi veya Üstü Olması İlkesi

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda soruşturmacının nitelikleri konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Böyle bir hükmün konulmama sebebi disiplin soruşturmalarının kural olarak disiplin amiri, atamaya yetkili amir ve yüksek disiplin kurulundan müteşekkil olan yetkili makam tarafından yapılacağıdır.

Her ne kadar Kanun'da soruşturmanın yetkili makam tarafından yapılacak olması hüküm altına alınmışsa da soruşturmacı görevlendirme suretiyle disiplin soruşturmasının yapılması da söz konusudur. Uygulamada yetkili amirlerin iş yükünün fazlalığı dolayısıyla genellikle soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle soruşturma tamamlanmaktadır.

657 sayılı Kanun'da bulunmasa da soruşturmacının nitelikleri hususunda 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53A/1-d maddesinde "*Soruşturmacının görev ve unvanı, soruşturulanın görev ve unvanının üstünde veya onunla aynı düzeyde olmalıdır*" hükmü yer almaktadır. Devam eden (e) bendinde ise "*fiilin ast ile üst tarafından birlikte işlenmesi hâlinde soruşturma usulü ve disiplin cezası verme yetkisi üste göre belirlenir*" hükmü yer almaktadır. Ayrıca 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/A-a maddesinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda öngörülme yeni bir usul kuralı öngörülmüştür. Üstün soruşturma yetkisi astın soruşturma yetkisinden önceliklidir. Maddeye göre "*üst disiplin amirinin soruşturma açtığı veya açtığı disiplin olayında alt disiplin amiri ayrıca soruşturma yapamaz veya yaptırılmaz. Daha önce açılmış soruşturma varsa bunlar üst amirin açtığı veya açtığı soruşturma ile birleştirilir*".

⁴⁷ GÖZLER - KAPLAN (2017), s. 666; KAYA (2005), s. 76; ATAY (2014), s. 922.

Disiplin soruşturmasının yetkili makam tarafından görevlendirilen soruşturmacı tarafından yapılacak olması durumunda soruşturmacının, hakkında soruşturma yapılan kamu görevlisinin üstü ya da en azından dengi bir hiyerarşide bulunması gerekir⁴⁸.

N. Vicahilik (Yüzyüzelik-Doğrudan Doğruyalık) İlkesi

Ceza vermeye yetkili makam karşısında savunma yapma hakkı ve fırsatı verilme zorunluluğunu anlatan ceza hukuku ilkesi olan vicahilik, disiplin soruşturmalarında da kısmen uygulanır. Danıştay kararlarında bu ilkenin mutlak bir ilke olmadığı, ceza vermeye yetkili makam dışında soruşturmacı önünde verilen savunmaların da geçerli olduğu ifade edilmektedir⁴⁹.

Doğrudan doğruya savunma verme kamu görevlisine tanınmış bir hak olmakla birlikte bu hakkın kullanılıp kullanılmayacağına takdiri de hakkında soruşturma açılan kamu görevlisine aittir. Nitekim kamu görevlisi bizzat savunma yapabileceği gibi savunmasını baroya kayıtlı bir avukata vekâletname verme suretiyle de yerine getirebilir.

O. Uygulanması Gereken Yeni Bir İlke: Yeniden Soruşturma Açılma Yasağı İlkesi

Bir örnekle bu ilkeyi açıklamak daha yararlı olacaktır. Örneğin savunma alınmadan disiplin cezası verilmesi durumunda verilen disiplin cezası mahkeme kararıyla iptal edilmektedir. Bunun üzerine tekrar soruşturma başlatılıp soruşturulan kamu görevlisine savunma hakkı tanınıp ceza verilebilmesinde hukuken bir engel olmadığı ifade edilmektedir. Ayrıca disiplin cezasının verilmesiyle de zamanaşımının kesildiği ve bu sebeple de

⁴⁸ ÇAĞLAYAN (2017), s. 560; KAYA (2005), s. 85.

⁴⁹ 657 sayılı Kanun'un 130. maddesinde savunma hakkının "*soruşturmayı yapanın veya yetkili disiplin kurulunun*" karşısında yapılacağı düzenlenmekle birlikte "*soruşturma yapan*" kavramından kastedilenin soruşturmacı mı yoksa yetkili makam mı olduğu açık olmadığı belirtilmektedir, KAYA (2005), s. 83; "*Soruşturmayı yapan*" ifadesi "*yetkili disiplin kurulu*" ifadesiyle birlikte zikredildiği için "*disiplin amiri*" olarak düşünüleceği ifade edilmiştir. Ayrıca savunma hakkının disiplin cezasını vermeye yetkili makam önünde verilmesi yönünde düzenleme yapılması gerektiği savunulmaktadır, AKYILMAZ (2004), s. 247, 258.

zamanaşımının sorun olmadığı gerek öğreti gerekse yargı kararlarında vurgulanmaktadır⁵⁰.

Kamu görevlileri tarafından işlenen bir fiilden dolayı disiplin soruşturması yapılmış ve soruşturma sonunda bir disiplin cezası verilmiş ise aynı fiilden dolayı yeniden soruşturma açılması veya yeni bir disiplin cezası verilmesi mümkün değildir. Bu açıdan disiplin cezalarının geri alınması söz konusu değildir⁵¹. Yeniden bir disiplin cezası verilebilmesi ancak önceden tesis edilen disiplin cezasının yetkili makam tarafından verilmemesi durumunda mümkündür⁵². Bu durum yeniden soruşturma açılma yasağı içinde değerlendirilemez. Disiplin cezalarının geri alınması ancak 657 sayılı Kanun'un 135. maddesinde yer alan itiraz veya idari yargı organı tarafından verilen kararın uygulanmasını sağlamak amacıyla mümkündür⁵³.

Ancak usuli bir eksiklikten dolayı yargı yoluyla iptal edilen bir karardan sonra yeniden soruşturma açılıp disiplin cezası verilmesinin şu sebeplerle yasaklanması gerekir:

i. Savunma alınmadan disiplin cezası verilmesi, savunma süresinin kısıtlanması suretiyle savunma alınması, tanık, bilirkişi, keşif gibi soruşturmaya esas olan durumların hukuka aykırı oluşturulması durumlarında idari yargı yoluyla iptal edilen disiplin cezalarının yeniden soruşturma açılması suretiyle

⁵⁰ KAYA (2005), s. 82; Danıştay 8. Dairesi, T. 03.02.1999, E. 1998/6475, K. 1999/222, www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 09.04.2016.

⁵¹ KARAHANOGULLARI (1999), s. 64; ODYAKMAZ - KAYMAK - ERCAN (2015), s. 237; Disiplin cezalarının geri alınmaz olduğu yönünde Danıştay kararları da bulunmakla birlikte [Danıştay 8. Dairesi, T. 12.10.1998, E. 1998/4988, K. 1998/3015: "*Kesinleşmiş disiplin cezası yeni bir idari işleme ortadan kaldırlamaz*", www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 09.04.2016] katıldığım görüşe göre hukuka aykırı disiplin cezalarının geri alınmasında (hatta hukuka aykırı ve yükümlülük yükleyen bir disiplin cezasının her zaman geri alınabilmesi mümkündür) hukuki bir engel bulunmamaktadır, ÇAĞLAYAN (2017), s. 575; Disiplin cezalarının geri alınmasına ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamakla birlikte disiplin cezası verme yetkisinin devredilemeyeceği 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/Ç maddesinde açık bir biçimde düzenleme altına alınmıştır.

⁵² ADALET BAKANLIĞI CEZA İŞLERİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ (2014), s. 3.

⁵³ KAYA (2005), s. 69.

tekrardan tesis edilmesi hukuki güvenlik ve hukuki kesinlik ilkelerinin de ihlali niteliğindedir.

ii. Kamu görevlilerine verilen disiplin cezasıyla amaçlanan bozulan kurum düzeninin yeniden tesisidir. Her ne kadar soruşturma ve ceza zamanaşımının kesildiği iddia edilse de, çok uzun sürelerin geçmesinin ardından bozulan kurum düzeni kendiliğinden düzelmesi gerekçesiyle, verilen ilk cezanın zamanaşımını kesmemesi gerekir. Bu durum yeniden soruşturma açılıp ceza verilmesinde bozulan hukuk düzeninin yeniden tesisi amaçlanmadığı için işlemi hukuka aykırı hale getirir. Bu sebeple hukuka aykırı olarak tesis edilen ilk cezanın zamanaşımını kesmeyeceği kanaatiyle sürenin işlemeye devam etmesi gerekir. Yargı kararıyla bir disiplin cezası iptal edilirse, yeniden ceza verilip verilemeyeceğinin tayini "zamanaşımı süresine" göre belirlenmelidir. Şayet soruşturmaya konu durumun işlendiği veya soruşturmaya başlandığı tarih ile iptal kararının verildiği tarih arasında geçen süre, soruşturma veya kovuşturma zamanaşımı sürelerini geçmişse artık ceza verilememelidir. Aksi durumda başka bir ifadeyle, ceza vermekle zamanaşımı sürelerinin kesilmediği varsayımında ve zamanaşımı süreleri içinde cezanın iptal edilmesi durumunda yeniden soruşturma başlatılabilir. Bu kanaatin gerekçesi ise düzen bozan ve cezalandırılmayan bir davranışın diğer kamu görevlileri açısından kötü emsal oluşturacağı olgusudur.

iii. Disiplin cezası alan kamu görevlisinin yargı yoluna başvurması sonucunda disiplin cezasının iptaline karar verilen durumlarda artık kamu görevlisi söz konusu fiilden dolayı bir daha disiplin cezası verilemeyeceği beklentisi içine girer. Bu mahkeme kararlarına olan güvenden kaynaklanan haklı bir beklentidir.

iv. Disiplin soruşturmasında yapılan bir hatadan dolayı idare kendi kusurunu hakkında soruşturma açılan kamu görevlisine yükleyemez. Bu durum aynı zamanda hakkın kötüye kullanılması anlamına gelir.

v. Sürekli disiplin cezası alma tehdidi altında kalınması kamu hizmetinin verimli bir şekilde kullanılmasını da engeller ve mobbing aracı olarak kullanılabilir.

SONUÇ

Kamu hizmetinin sürekli, düzenli ve hizmet gereklerine uygun yürütülmesi için memurlara getirilen bazı yükümlülükler bulunmaktadır. Memurlara getirilen yükümlülüklerle uyulmaması, uyarma cezasından Devlet memurluğundan çıkarma cezasına kadar fiilin derecesiyle orantılı yaptırımlar uygulanmasını gerektirir.

Kendisine yüklenen menfi ve müspet yükümlülüklerle uymayan bir Devlet memuru hakkında disiplin cezası verilebilmesi öncelikle bir disiplin soruşturmasının açılmasına bağlıdır. Disiplin soruşturma usul ve esasları önceleri yönetmeliklerle belirlenirken artık neredeyse tüm disiplin soruşturması esasları kanunda düzenleme altına alınmıştır. Ancak kanunda düzenleme altına alınmamakla birlikte uyulması zorunlu bazı temel ilkeler bulunmaktadır. Bu temel ilkelerin sayısı oldukça fazladır ve yukarıda açıklanan ilkelere uyulmamasının yaptırımı söz konusu disiplin cezasının hukuk dünyasından kaldırılmasıdır.

Hukuk devleti olmanın bir gereği olarak mevzuatta yer alan temel ilkelerin yanı sıra içtihatlarla belirlenen ve memur disiplin hukukuna hâkim olan temel ilkelere de uyulması gerekir.

KAYNAKLAR

- ADALET BAKANLIĞI CEZA İŞLERİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ (2014), Disiplin Soruşturması Usûl ve Esasları, Ankara.
- AKYILMAZ Bahtiyar - SEZGİNER, Murat - KAYA, Cemil, (2017), Türk İdare Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Ankara.
- AKYILMAZ, Bahtiyar, (2004), "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1-2, s. 241-262.
- ATAY, Ender Ethem, (2014), İdare Hukuku, 4. Bası, Ankara.
- BAŞAR, Hüseyin, (1988), "Kamu Görevlilerine Yönelik Soruşturmalar", Hacettepe Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, S. 3, s. 65-78.
- COŞKUN, Hakan (2009), "657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na Göre Disiplin Suçları ve Disiplin Soruşturmaları Danıştay Kararları Üzerine Bir İnceleme", Yüksek Lisans Tezi, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hatay.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, (2017), İdare Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara.
- ERKUT, Celal, (1996), Hukuka Uygunluk Bloku, (İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi), İstanbul.
- GÖZLER, Kemal - KAPLAN Gürsel, (2017), İdare Hukuku Dersleri, 19. Baskı, Bursa.
- GÖZLER, Kemal, (2009), İdare Hukuku, C. 2, İkinci Baskı, Bursa.
- GÜNDAY, Metin, (2015), İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10.Baskı, Ankara.
- KALABALIK, Halil, (2014), Kısa İdare Hukuku, Konya.
- KARAHANOĞULLARI, Onur, (1999), "Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, C. 8, S.3, s. 55-77.
- KAYA, Cemil, (2005), "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler", Amme İdaresi Dergisi, C. 38, S. 2, s. 61-87.

- KOÇYİĞİT, Ali, (2007), "Disiplin Mahkemeleri Kanununa Göre Askeri Disiplin Suçları ve Cezaları", Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan.
- ODYAKMAZ, Zehra - KAYMAK, Ümit - ERCAN, İsmail (2015), İdare Hukuku, Güncellenmiş 16.Baskı, İstanbul.
- OĞURLU, Yücel, (2003), "Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi Sorunu ve "Ne Bis in İdem" Kuralı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 2, s. 101-124.
- ORHAN, Gökhan, (2003) "Türkiye'de Memur Disiplin Suç ve Cezalarının Uygulanması", Yüksek Lisans Tezi, Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Muğla.
- ORMAN, Harun, (2011), "Memur Disiplin Hukukunun Genel İlkeleri", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- ÖZBUDUN, Ergun, (2014), Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, Ankara.
- PAZARCI, Şevki, (1992), "Belediyelerde Disiplin Suç ve Cezaları", Çağdaş Yerel Yönetimler, C. 1, S. 4, s. 35-40
- TAN, Turgut, (2015), İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Ankara.
- TORTOP, Nuri, (1983), "Disiplin, Disiplin Cezaları ve Disiplin Suçları", Amme İdaresi Dergisi, S. 16/3, s. 89-100.
- UYGUN, Fulya, (2012), "Memur Disiplin Suç ve Cezaları", Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- YILDIRIM, Ramazan, (2014), Türk İdârî Rejimi Dersleri, C. 1, Konya.
- YILDIRIM, Turan - YASİN Melikşah - KAMAN, Nur - ÖZDEMİR, H.Eyüp - ÜSTÜN, Gül - TEKİNSOY, Okay (2015), İdare Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskı, İstanbul.
- ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, (2012), İdare Hukuku, C. 1, Ankara.

İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA MAHKEME KARARLARININ AÇIKLANMASI*

Yrd. Doç. Dr. A. Kürşat ERSÖZ**

ADOPTION OF ADMINISTRATIVE PROHIBITION LAW

ÖZ

İdari yargılama hukuku disiplini içerisinde ilk derece mahkemeleri veya kanun yollarına başvurularak gidilen mahkemelerin, yaptıkları yargılama neticesinde verdikleri kararlarda ortaya çıkan maddi hatalar veya anlam karışıklıklarına ilişkin, gidilmesi öngörülen Açıklama kurumunun izah edilmesi ve uygulamadaki sorunların ortaya konulması amaçlanmıştır. İdari yargılamada ilk derece veya temyiz sonucu verilen kararlara ilişkin ortaya çıkacak maddi hatalar ve anlam karışıklıkları dışında bu kararların yeteri açıklıkta olmaması veya birbiri ile çelişen hüküm fıkraları içermesi de rastlanılan durumlardır. Çalışmada yukarıda belirtilen bu problemlere yönelik yargılama sonunda verilen kararların yeterli açıklıkta olmaması, kararda

* Kabul Edildiği Tarih: 19.12.2017

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.368021](https://doi.org/10.15337/suhfd.368021)

** Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

E-mail Adresi: kursatersoz@hotmail.com

ORCID ID: orcid.org/0000-0002-0167-6876

birbiri ile çelişen hüküm fıkralarının olması durumunda bunların düzeltilmesinin de anlatılması amaçlanmaktadır.

ANAHTAR KELİMELEER: Açıklama, Gerekçe, Kanun Yolları, Hüküm, Adil Yargılanma Hakkı

ABSTRACT

It has been requested that the first instance courts or the courts which are sent to the legal remedies in order to explain in the perspective of administrative jurisdiction laws and the problems of the application and disclosure of the correcting institutions and correcting the mistakes that are expected to be made in relation to the material mistakes or meaning confusion arising out of the judgements made by them. In study we also try to make a solution for confusing judgement paragraph and not enough to be understandable judgement paragraph. For this purpose we decided to prepare a study about how we can make a clear the judgement paragraph and how we can correcting the mistakes in the judgement paragraph.

KEY WORDS: Explanation, Reason, Legal Remedies, Judgement, Right of Fair Trial.

GİRİŞ

Yargılama süreci sonunda verilen yargı kararlarının yeterince açık olması, davanın konusuna ve davada uygulanan usul kurallarına ilişkin yeterli belirliliği bünyesinde bulundurması gerekmektedir. Bu durum hem davanın özüne ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlığın nihai bir biçimde sona erdirilerek aydınlatılması, hem de kararın icrasının doğru bir biçimde yerine getirilmesi bakımından büyük önem arz etmektedir. Bu anlamda kararda yer alan hususların net bir şekilde ortaya konulabilmesi, karışıklığa sebebiyet verilmemesi bakımından İYUK'un 29. maddesinde "Açıklama" (Tavzih), İYUK'un 30. Maddesinde ise "Yanlılıkların Düzeltilmesi" (tashih) kurumlarına yer verilmiştir. Bu müesseselere ilişkin benzer konular medeni yargılama hukuku anlamında, HMK'nın 304., 305. ve 306. maddelerinde düzenleme altına alınmıştır. İdari yargılama hukukumuzda genel olarak, belirli konularda düzenleme yapılmış, düzenleme yapılamayan hususlarda ise İYUK'un 31.

Maddesinde ise HMK'ye atıf yapılarak usul hükümleri belirlenmiştir. Ancak kanun koyucu açıklama ve yanlışlıkların düzeltilmesi konularında HMK'ye atıf yapmayarak, konuyu kendi sistematığı içerisinde müesseseleştirmiştir. İdari yargılama hukukunun bir diğer önemli mercii olan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nde ise açıklama ve yanlışlıkların düzeltilmesi 1602 sayılı kanunun 69. ve 70. Maddelerinde düzenleme altına alınmıştır. Her ne kadar mahkeme kararlarında ortaya çıkabilecek maddi hatalar veya anlam kargaşalarını gidermek için yanlışlıkların düzeltilmesi veya açıklama yolları getirilmiş olsa da çalışmamızda konunun kapsamı sadece Açıklama ile sınırlı tutulmuştur.

I. AÇIKLAMA

A. TANIMI VE AMACI

Anayasamızın 36. maddesi ve AİHS'nin 6. maddelerinde belirtilen "adil yargılanma hakkı" ilkesi kapsamında, verilen mahkeme kararlarında kullanılan ifadelerin açık, somut ve anlam bütünlüğü yönüyle tam olması zorunluluğu hukuki güvenlik ilkesi kapsamında değerlendirilir. Özellikle idari yargılama hukuku anlamında mahkemelerce verilen yargısal kararların icra edilmesi bir mecburiyettir. Hukukumuzda ceza yargılaması neticesinde verilen kararlarının infazı ile hukuk mahkemeleri kararlarının icrası özel kanunlarda ayrıntılı olarak düzenlenmesine karşın, idari yargı kararlarının yerine getirilmesine özgü bir kanun bulunmamaktadır. Anayasanın 138. Maddesinin tüm yargı kararlarını kapsadığı gözönüne alındığında, bu konunun yalnızca 2577 Sayılı İYUK' un 28. maddesinde düzenlendiği görülmektedir¹. İYUK'un 28. Maddesine göre mahkeme kararlarının "aynen" ve "gecikmeksizin" yerine getirilmesi, kararın muhatabı niteliğindeki kamu görevlisi için bir zorunluluktur. Bu nedenle mahkeme kararının hem biçimsel hem de içerik olarak, karışıklıklara yol açabilecek niteliğinin olmaması gerekmektedir. Bu nedenle açıklama kurumundan beklenen gaye, idari yargı yerlerince verilen kararların muhataplarınca doğru anlaşılıp, doğru uygulanmalarının ve kararın sonucunu değiştirmeyecek nitelikteki maddi hataların, itiraz ya da temyiz başvurusuna

¹ Özcan ÖZBEY, "İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk", **Ankara Barosu Dergisi**, sy. 4, 2009, s. 47.

gerek kalmaksızın, düzeltilmelerini sağlamaktır². İdari yargı kararları, kararlarda belirtilen gerekçeler yanında hüküm fıkralarına da bakılarak uygulanmak zorunda olan metinlerdir³.

İdari yargıda hâkimin karar verirken hangi unsurlara yer vereceği İYUK'un 24. maddesinde⁴ ve 1602 sayılı AYİM Kanunu'nun 59. maddesinde⁵

² Turgut CANDAN, **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, PWC Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2015, s. 742. "Kararın açıklanması ile amaçlanan, kararın belirsiz ve açık olmayan taraflarını veya birbirine aykırı görünen hüküm fıkralarını ortadan kaldırmak ve onun gerçek anlamını meydana çıkarmak suretiyle yerine getirilmesini kolaylaştırmaktır" (D5D., 23.2.2005, E. 2003/ 6533, K. 2005/ 1064, DD., sy. 110, 2005, s. 181-183).

³ Cemil KAYA, **İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusuna Danıştay'ın Yaklaşımı**, 1. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul 2013, s. 46.

⁴ "Kararlarda: a) Tarafların ve varsa vekillerinin veya temsilcilerinin ad ve soyadları yahut unvanları ve adresleri,

b) Davacının ileri sürdüğü olayların ve dayandığı hukuki sebeplerin özeti istem sonucu ile davalının savunmasının özeti,

c) **(Değişik: 10/6/1994 - 4001/11 md.)** Danıştay'da görülen davalarda tetkik hakimi ve savcının ad ve soyadları ile düşünceleri,

d) Duruşmalı davalarda duruşma yapılıp yapılmadığı, yapılmış ise hazır bulunan taraflar ve vekil veya temsilcilerinin ad ve soyadları,

e) Kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi ve hüküm: tazminat davalarında hükmedilen tazminatın miktarı,

f) Yargılama giderleri ve hangi tarafa yükletildiği,

g) Kararın tarihi ve oybirliği ile mi, oyçokluğu ile mi verildiği,

h) Kararı veren mahkeme başkan ve üyelerinin veya hâkiminin ad ve soyadları ve imzaları ve varsa karşı oyları,

ı) Kararı veren dairenin veya mahkemenin adı ve dosyanın esas ve karar numarası, belirtilir".

⁵ Kararlarda, sırası ile aşağıdaki hususlar bulunur:

a) Tarafların ve varsa vekillerinin veya temsilcilerinin ad ve soyadları yahut unvanları ve adresleri;

b) Davacının ileri sürdüğü maddi vakıaların dayandığı hukuki sebeplerin özeti ve isteğinin sonucu ile davalının savunmasının özeti;

c) Başsavcılığın düşüncesi;

d) Duruşmalı davalarda, duruşma yapılıp yapılmadığı ve yapılmış ise hazır bulunan taraflar ve vekil veya temsilcilerinin ad ve soyadları;

tek tek sayma yoluyla ifade edilmiştir. Danıştay 13 Ocak 2005 tarihli bir kararında kararın nasıl verilmesi gerektiği konusunda şu şekilde bir belirlemeye yer vermiştir: “Mahkemeler kararlarının yapısı ve içeriği açısından takdir yetkisine sahiptir, ancak; kararların dayanaklarını yeterli açıklıkta belirtmek zorundadırlar. Gerekçenin olayla ilgili bulunmayan hususlardan hareketle oluşturulması adil olmayan bir sonuca varılmasını sağlayacaktır. Gerekçede, birbiri ile çelişen anlatımlara yer verilmesi, maddi olayla ilgisi olmayan saptamaların yapılması durumunda sağlıklı bir çözümlemenin yapılmış olmayacağı kesindir”⁶.

Kesin hüküm ilkesi, mahkemenin verdiği karara geri dönüp onu değiştirmesine engeldir. Fakat verilen bir hükmün anlamının açık olmaması ya da çelişkili ifadeler içermesi nedeniyle, hükmün gerçek anlamının tespitinin mümkün olmaması durumunda davaya taraf kişilerin kararın izahını istemeleri “Açıklama”, HMK’nın ifadesine göre de “tavzih” olarak ifade edilmektedir⁷. Tavzih, kelime kökü olarak “vuzuh” kelimesinden gelmektedir. Vuzuh’un anlamı ise “açıklığa kavuşturma” demektir. Bu nedenle İYUK’ta kullanılan açıklama tabirinin “tavzih” in tam karşılığı olmadığı ve müesseseyi ifade etmekte yetersiz kaldığı görülmektedir⁸. Açıklama kurumu özellikle hükmün

e) Kararın dayandığı kanuni ve hukuki sebepler ile gerekçesi ve hüküm;

f) Kararın tarihi ve oy birliği ile veya oy çokluğuyla mı verildiği;

g) Muhakeme masrafları ile vekâlet ücretinin hangi tarafa yükletildiği;

h) Kararı veren Daire veya Daireler Kurulu Başkan ve üyelerinin ad ve soyadları ve imzaları ve varsa ayrışık oyları

⁶ D12D., 13.1.2005, E. 2002/ 1760, K. 2005/ 20, <http://kararara.com/danistay/12d/danistay7652.htm>, 26.12.2016. Ayrıca bkz. “...Dava konusu vergi tarhına esas matrahın 16.750.000 TL olması, ayrıca, olaya kaçakçılık cezası değil ağır kusuru cezası uygulanması gerektiği sonucuna varılmış ise de; mahkemeyi bu yargıya götüren maddi ve hukuki nedenler hakkında herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Başka anlatımla gerekçe gösterilmemiştir. Karar bu bakımdan anayasal ve yasal düzenlemelere aykırıdır” (D7D., 25.11.1999, E. 1998/ 1345, K. 1999/ 3900, DD., sy. 103, 2001, s. 716-718).

⁷ İlhan POSTACIOĞLU/ Sümer ALTAY, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 808.

⁸ Ejder YILMAZ, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2012, s. 1317.

icrası aşamasında ortaya çıkan bir takım tereddütlerle karşı karşıya kalınması halinde işlerlik kazanan ve dar ve teknik anlamda bir kanun yolu olmayan bir kurumdur⁹. Kararın açıklanmasına ilişkin düzenlemeye yer verilmesinin temel amacı; idari yargı yerlerince verilen kararların doğru anlaşılıp, doğru uygulanmalarının ve kararın sonucunu değiştirmeyecek nitelikteki maddi hataların, itiraz ya da temyiz başvurusuna gerek kalmaksızın, düzeltilmelerinin sağlanmasıdır¹⁰. Bu yol ile kararın gerçek anlamından başka türlü yorumlanması ve anlamının değiştirilmesi önlenmiş olur¹¹.

İYUK'un 29. maddesine göre: *“Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar yeterince açık değilse yahut birbirine aykırı hüküm fıkralarını taşıyorsa, taraflardan her biri kararın açıklanmasını veya aykırılığın giderilmesini isteyebilir”*. AYİM Kanunu'nun 69. Maddesinde ise açıklama kavramı yerine; tavzih terimi üst başlıkta tavzih terimi, tercih edilmiştir. Madde metninde tavzih: *“Daireler veya Daireler Kurulundan verilen kararlar müphem ise yahut birbirine aykırı hüküm fıkralarını taşıyorsa, taraflardan her biri kararın tavzihini veya aykırılığın kaldırılmasını isteyebilir”* şeklinde ifade edilmiştir.

Buna göre maddenin uygulama alanı bulabilmesi için iki temel şart vardır:

1. Kararın yeterli açıklıkta olmaması,
2. Kararda birbiri ile çelişik veya aykırı hüküm fıkraları olması şeklindedir.

⁹ Süha TANRIVER, **Medeni Usul Hukuku**, c. I, 1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 997.

¹⁰ D7D., 12.10.2005, E. 2004/ 3158, K. 2005/ 2429, DD., sy. 112, s. 221-224.

¹¹ D5D., 23.2.2005, E. 2003/ 6533, K. 2005/ 1064, KİBB. Yargıtay'ın bir kararında tavzih şu şekilde tanımlanmıştır: *“Tavzih, bir hükmün müphem veya gayri vazih ve mütenakız fıkraları ihtiva etmesi halinde hükümdeki gerçek anlamın meydana çıkarılması amacıyla başvuru bir haldir”* (Y6HD., 5.3.1985, 956/ 2559 in Mehmet Akif TUTUMLU, **Hükmün Açıklanması ve Düzeltmesi (Tavzih ve Tashih)**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 14).

Bu şartların değerlendirilmesine göre, esas itibari ile yeterli derecede açık olan bir kararın açıklanması istenmesi mümkün değildir¹². Bu değerlendirmeden çıkarılabilecek bir diğer sonuç ise açıklama, hüküm fıkrasına ilişkin olarak istenebilir; gerekçe kısmına ilişkin açıklama istenemez. Açıklama kurumunun amacı, hüküm fıkrasının anlamının açık ve neti bir biçimde ortaya konulmasıdır. Ancak bu izahatta dahi Danıştay belirli bir sınır içerisinde konunun aydınlığa kavuşturulabileceğini, hakimin daha önce belirlemiş olduğu hükmün anlam dairesinin içerisinde kalınması, anlamın daraltılıp genişletilemeyeceğini düşünmektedir¹³.

İdari yargılama hukukunun yazılı yargılama usulüne dayandıkları alındığında, gerek uyuşmazlıkların dayanmış oldukları işlemlerde gerekse de kararın ortaya konuluşunda kullanılan ifadelerde belirli hatalar veya anlam bozuklukları olabilmektedir. Buna örnek olarak idari işlemin iptalinin talep edildiği ve mahkemenin bunu kabul ettiği hallerin bazılarında hangi işlemin iptali talebinin mahkemece kabul edildiğine ilişkin olarak ortaya çıkan

¹² "Tavzihin amacı, hüküm fıkrasının açıklanmasıdır (Y6HD., 8.10.1974, 4246/ 4331 in Tutumlu, s. 14)

¹³ "Davacının dava konusu işlemle uğradığı maddi hak kayıplarının yasal faiziyle birlikte tazmini istemi üzerine mahkemece eğer bir maddi kaybı mevcut ise ödenebilecek durumda olan farkların aylık 5.841.000.- TL.ni geçmemek üzere yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine hükmedilmiş ve davacı 31.3.1997 tarihinde mahkeme kayıtlarına giren dilekçesiyle; rakam olarak hükme bağlanan 5.841.000.-TL. alacağın hangi kalemlerden oluştuğu kararda belirtilmediğinden idarece maddi hak kayıplarının ödenmediğinden bahisle karardaki 5.841.000.-TL. alacağın neden kaynaklanan alacak olduğunun açıklanmasını istemiştir. Kararın açıklanması yolundaki davacı istemini kabul eden Ankara 6. İdare Mahkemesi 9.5.1997 günlü ve E:1996/707 sayılı kararıyla; fazla çalışma ücretinin fiilen çalışmaya bağlı olarak verilen bir ücret olduğu ve davacıya Zabıta Komiser Yardımcılığı görevi dışında geçirdiği sürelerle ilişkin olarak fazla çalışma ücreti ödenmesine hukuken olanak bulunmadığı gerekçesiyle, "aylık 5.841.000.- lirayı geçmemek üzere yasal faizi ile birlikte davacıya ödenmesi" hükmünün fazla çalışma ücretini kapsamadığı açıklanmıştır. (...) Uyuşmazlıkta belediye zabıta müdürlüğü personeline 1996 yılı Bütçe Kanunu'nun (K) cetvelinde öngörülen maktu aylık fazla çalışma ücreti olan 5.841.000.-TL.ni geçmemek üzere aylık kayıplarının yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesi yolundaki nihai karar hükmü, davacının düzeltme istemi üzerine davacı aleyhine daraltılmış olmakla; nihai karar değiştirilmiş bulunmaktadır" (D5D., 6.4.2000, E. 1997/ 769, K. 2000/ 1118, UYAP).

karışıklıklar verilebilir. Nitekim bir kararında Danıştay: " Davacı şirket tarafından, ruhsat sahibi olduğu "Tebokan" ve "Gingobil" isimli ilaçların, 29.04.2006 tarih ve 26153 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6 Sıra No.lu Tedavi Yardımına İlişkin Uygulama Tebliği'nin "Bedeli Ödenecek İlaçlar Listesi" başlıklı 12. maddesiyle getirilen düzenleme uyarınca, "Bedeli Ödenecek İlaçlar Listesi"nden çıkarılması yolundaki işlem ile bu işlemin kaldırılması için yapılan 13.2.2008 tarihli başvurunun zimnen reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan dava sonucunda ... Davacı şirket vekili tarafından Ankara 7. İdare Mahkemesine verilen 10.11.2011 tarihli dilekçe ile dava konusu işlemin, 13.2.2008 tarihli başvurunun zimnen reddine ilişkin işlem olduğu, ancak kararda dava konusu işlem olarak 28.7.2006 tarihli başvurunun zimnen reddine ilişkin işlemin gösterildiği belirtilerek, bu durumun 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 29. maddesi uyarınca açıklanması talep edilmiş... Ankara 7. İdare Mahkemesince, davacının açıklama talebi kabul edilerek istem hakkında 23.11.2011 tarihinde karar verildiğinden, Dairemize 2577 sayılı Yasa'nın 29. maddesi uyarınca yapılan açıklama talebi hakkında ayrıca bir karar verilmesine yer olmadığı gibi bu durum Dairemizin, Mahkeme kararının onanması yolunda verilen 27.5.2011 tarih ve E:2010/11732, K:2011/2069 sayılı kararının da düzeltilmesini gerektirecek nitelikte görülmemiştir...Kararın düzeltilmesi dilekçesinde öne sürülen hususlar ise, adı geçen Yasa maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymamaktadır"¹⁴. Söz konusu olayda iptali istenen işlemin tarihi, 13.2.2008 olup yerel mahkemenin verdiği ve Danıştay'ın da onayladığı kararda ise işlemin yapılış tarihi, 28.7.2006 tarihli işlem gösterilmiştir. Davacının açıklama talebi ise Danıştay tarafından kanun yoluna gidilmesi tavsiyesi ile reddedilmiştir. Kararın ortaya koyduğu görüş bize göre yerinde değildir. Çünkü işlemin iptalinin geçmişe etkili hüküm ve sonuç

¹⁴ D10D., 30.3.2012, E. 2012/ 52, K. 2012/ 1292, UYAP. Aynı yönde ve aynı nitelikte bir başka olayda Danıştay aynen şu gerekçe ile açıklama talebini reddetmiştir: "Bu durumda, açıklama ve aykırılığın giderilmesi istemi, kararlar yeterince açık değilse, yahut birbirine aykırı hüküm fıkralarını taşıyorsa istenebileceğinden, dava sürecinin ve dava konusu işlemin taraflarca bilindiği uyumsuzlukta Dairemiz kararında dava konusu işlemin tarih ve numarasının yanlış yazılmış olması 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 29. maddesi kapsamında aykırılığın giderilmesi yoluyla düzeltilmesi istenebilecek bir durum değildir" (D13D., 11.1.2008, E. 2007/ 13724, UYAP).

doğurduğu gerçeği kabul edildiğinde, hukuki sonuçları tamamen değiştirici bir etkiye sahip olan bu tarih hatası yanlışlığının kanun yolu ile düzeltilmesini istemek, İYUK m. 29/ 1' e doğrudan aykırılık taşımaktadır. Bize göre mahkemenin yaptığı tarih hatasının hükmün icrası bakımından taşıyacağı anlam dikkate alınarak, İYUK m. 29'a göre cevap verilmesi daha doğru ve hakkaniyetli olacaktır.

B. AÇIKLAMA KURUMUNUN ÖZELLİKLERİ

- Açıklama yolu ile hüküm fıkrasında tanınan haklar sınırlandırılmaz, genişletilemez, değiştirilemez¹⁵.

- Esas kararda belirtilmesi unutulmuş faiz¹⁶, vekalet ücreti¹⁷ gibi konular, Açıklama yolu ile düzeltilemez¹⁸. Bu konular için kanun yoluna gidilmesi

¹⁵ Ahmet Cahit İYİLİKLİ, "Medeni Usul Hukukunda Tavzih ve Tashih", **Ankara Barosu Dergisi**, sy. 2, 2003, s. 29.

¹⁶ ".. talep edilmesine rağmen kararın hüküm fıkrasında hakediş tarihinden ödeme tarihine kadar yasal faize hükmedilmesi konusunda bir hüküm bulunmadığını, bu durumda davalı idarenin faiz ödemekten kaçınabileceğini belirterek tavzih talebinin kabulüyle faiz ödenmesi hususunun hüküm fıkrasına eklenmesini talep etmiştir. Dava dosyası incelendiğinde; 13.09.2004 tarihinde AYİM kaydına giren dava dilekçesinin ne "açıklamalar" bölümünde ne de "netice ve talep" bölümünde faiz ödenmesine karar verilmesi yönünde davacı tarafın bir talebi bulunmadığı, 25.11.2004 ve 15.03.2005 tarihli dilekçelerde bu yönde bir talep bulunmadığı, talep olmaması nedeniyle de yasal faiz ödenmesi yönünde bir karar verilmediği anlaşılmaktadır. Bu açıklamalar çerçevesinde davacı vekilinin talebi değerlendirildiğinde; AYİM 3. Dairesi'nin 26.05.2005 tarih ve E.2004/1242, K.2005/750 sayılı kararında, müphemlik veya birbirine aykırı hüküm söz konusu olmadığından tavzih şartlarının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Kaldı ki tavzih yoluyla hüküm fıkrasına, dava konusu olmayan bir taleple ilgili yeni bir hüküm eklenmesi de hukuken mümkün değildir" (AYİM3D., 30.06.2005, E.2004/1242, K.2005/750, KİBB).

¹⁷ Verilen hükümde sehven takdir edilmeyen vekalet ücretinin 1602 sayılı Kanun'un 62 nci maddesinde düzenlenen "Tavzih"e konu yapılması mümkün değildir (AYİM1D., 14.12.2003, E.2003/1448, K.2004/1103, KİBB).

¹⁸ YHGK., 8.5.2013, E. 2012/ 1-1627, K. 2013/ 676, KİBB.

gereklidir. Fakat kararın gerekçesi ile hükmü arasında çelişki var ise bu durumda “açıklama” istenmesi yoluna gidilebilecektir¹⁹.

- Bir kararın İYUK m. 29 kapsamında açıklamaya konu edilebilmesi için nihai nitelik taşıması gerekir. Maddede “*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar*” ibaresi bulunduğu için idari yargıdaki bütün mahkemelerin vermiş olduğu kararların açıklanması istenebilir” denilmektedir. Ara karar niteliğinde olan İYUK m. 20 ve diğer ilgili kanunlar çerçevesinde mahkemeye bilgi ve belge getirtilmesine ilişkin kararları, yürütmeyi durdurma kararlarının reddi veya kabulüne ilişkin kararlar, mahiyeti itibariyle açıklamaya müsait değildir. İtiraz ve temyiz kanun yolları üzerine verilen başvuruların reddine ya da ilk derece mahkemelerinin kararlarının bozularak dava hakkında yeniden karar verilmesi için iade edilmesine ilişkin kararların açıklanmasının istenmesi mümkün değildir²⁰. Fakat Kaplan’a göre açıklamanın sadece nihai kararlarla sınırlı tutulmaması ara kararlar için de kabul edilmesi gerekmektedir²¹. Zira yürütmeyi durdurmaya ilişkin olarak verilen bir red veya kabul kararında da belirsizlikler veya anlam kargaşası bulunması ihtimali de söz konusudur. Uygulamada yürütmeyi durdurmaya yönelik verilen kararların, sonuçları itibariyle nihai kararlar ile aynı etkiye sahip oldukları da düşünüldüğünde bu görüş tutarlı ve haklı hale gelmektedir.

- Kararın açıklanmasının istenebilmesi için kararın uygulanmasının sona ermemiş olması gerekmektedir²². Kararın açıklanmasının istenebilmesi

¹⁹ Ramazan ÇAĞLAYAN, **İdari Yargılama Hukuku**, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 370. Şeref, GÖZÜBÜYÜK / Turgut, TAN, **İdare Hukuku**, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, c. II, Ankara 2014, s. 1054.

²⁰ “İlk derece mahkemesinin kararının bozularak, yeniden karar verilmek üzere, dosyanın bu mahkemeye gönderilmesine dair olan kararın açıklanması istenemez” (D3D., 25.11.1987, E. 1987/ 2710, K. 1987/ 2669, in Candan, s. 742). Yargılama giderlerine kimin katlanacağına ilişkin olan kararlar, İYUK m.30 kapsamında olmayıp, temyiz başlığı altında incelenmesi gerekir (D11D., 15.4.2008, E. 2007/ 11485, K. 2008/ 3945, DD., sy. 120, 2009, s. 350).

²¹ Gürsel KAPLAN, **İdari Yargılama Hukuku**, 1. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2016, s. 432.

²² “...1602 Sayılı Kanun’un 69. maddesi gereğince tazyik talebi ancak kararın yerine getirilmesine kadar istenebilir. Karar yerine getirildikten sonra taraflar arasında

bakımından kararın kesinleşmesini bekleme zorunluluğu bulunmamaktadır²³. Açıklama kurumundan faydalanabilmek için kararın uygulanmasının sona ermesinde önce gidilebilecek bir yol olarak ifade edilmiştir. Ancak açıklamayı gerektiren bir konu kararın uygulanmasından sonra da ortaya çıkabilmektedir. Özellikle İctihadı Birleştirme Kurul Kararları (İBK)'nin bağlayıcı olduğu dikkate alındığında, İBK'lar ile ilgili olarak veya Danıştay'ın yol gösterici mahiyetteki bir kararının idare veya davacılar tarafından yorumlanıp değerlendirilmesinde ortaya çıkan soru işaretlerinin giderilmesinde de açıklama yolu işletilmelidir²⁴. Burada verilen kararın uygulamadaki sonuçları bakımından açıklamanın etkisi de ortaya çıkacaktır. Örneğin verilen karar, eda niteliğinde ise icrası tamamlanincaya kadar, tespit edici veya inşai mahiyette ise uygulanması söz konusu olduğu sürece açıklama istenebilecektir²⁵. Açıklama kararı, nihai karar değildir²⁶ ve aynı zamanda da esas kararın yürütülmesini durdurmaz.

- Temyiz nedenleri, istinaf nedenleri, yargılamanın yenilenmesi nedenleri veya sair kanun yollarına gidilebilmesi nedenleri, birer açıklama nedeni değildir. Açıklama yolu ile bir yargı kararının gerçek anlamı belirlenmekte, yeni bir mahkeme kararı yaratılmış olmamaktadır. Eğer

ortaya çıkan uyuşmazlıklar ayrı bir dava konusu olabileceğinden tazvih talebinin reddi gerekir" (AYİM3D., 21.12.2004, E. 2004/899, K.2004/1124, KİBB).

²³ Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmelik Yargısı**, 34. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 547.

²⁴ Yıldırım ULER, **İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları**, AÜHF Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s. 119.

²⁵ HMK Gereğesi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf>, 28.12.2016.

²⁶ "Kararın açıklanması isteği ile amaçlananın kararın belirsiz ve açık olmayan yanlarını ve birbirine aykırı görünen hüküm fıkralarını ortadan kaldırmak ve onun gerçek anlamını ortaya çıkarmak suretiyle, gereklerinin yerine getirilmesini kolaylaştırmak olduğu; böylece, kararın gerçek anlamı dışında yorumlanmasının ve anlamının değiştirilmesinin önlenmesinin sağlandığı, açıklama yolunun daha önce verilen kararın değiştirilmesi sonucunu doğuramayacağı; dolayısıyla daha önceki hüküm değiştirilmiş olmadıkça, açıklama istemi üzerine verilen kararın 46. Madde uyarınca nihai karar olarak kabul edilemeyeceği..." ifade edilmiştir (D7D., 28.11.2002, E. 2000/ 5740, K. 2002/ 3843, in Candan, s. 744)

açıklama ile yeni karar yaratılmış ise veya önceki hüküm değiştirilmiş ise kanun yoluna gidilmesi halinde esas yönünden inceleme yapılacaktır²⁷.

- İdari yargılama hukuku açısından tam yargı davasının iptal davası ile birlikte açılması halinde ve tam yargı davası hakkında karar verilmemiş olması durumunda açıklama yolu ile karar verilmesi talebin bulunulamayacağı ifade edilmiştir²⁸. Ancak AYİM tarafından verilen bir kararda, davacı olan kişinin duruşma yapılması talebinde bulunmasına rağmen, mahkemenin duruşmasız bir biçimde karar vermesi ve bu nedeninin de karar düzeltme yolu ile hukuka aykırı sayılarak bozulmasına rağmen, mahkemenin yine duruşma yapmadan vermiş olduğu kararı yok hükmünde saymış, yeniden karar verilmesini tavzih yolu ile hükme bağlamıştır²⁹.

- İdari yargının vermiş olduğu kararların Anayasanın 138. ve İYUK m. 28 hükümleri gereğince yerine getirilmesi anayasal ve yasal bir mecburiyettir. Ancak bazı durumlarda mahkemenin vermiş olduğu kararların anlamı veya kararın nasıl icra edileceği konusunda duraksamaya düşülmektedir. Türkiye’de bu konuda yargısal emir³⁰ kurumu olmadığı için, bu konuda Danıştay idari dairelerine müracaat edilmektedir. Ancak Danıştay idari dairelerince bu konuda İYUK m. 29 gereğince kararı veren mahkemelere başvurmanın daha doğru olacağı ifade edilmiştir³¹.

²⁷ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, s. 1054. D5D., 23.2.2005, E. 2003/ 6533, K. 2005/ 1064, DD., sy. 110, 2005, s. 181-183.

²⁸ “Uyuşmazlık konusu olayda, Dairemiz tarafından verilen karar yeterince açık olup aykırı hüküm fıkraları taşımamaktadır. Öte yandan, dava dilekçesinde ödenmesi gereken yolluk tutarının belirtilmiş olması, dolayısıyla tam yargı davasının iptal davası ile birlikte açılmasına karşın, Dairemizce verilen kararın hüküm fıkrasında davacıya ödenmesi gereken yolluk tutarının belirtilmemiş olması nedeniyle, yolluk tutarının daha sonra açıklama yolu ile anılan kararın hüküm fıkrasına eklenmesi mümkün değildir. Çünkü, davacı vekilinin bu yöndeki istemi, 2577 sayılı Yasanın yukarıda anılan 29. maddesi hükmüne göre açıklama sebebi olmayıp temyiz sebebidir” (D5D., 12.9.2006, E. 2006/ 213, UYAP).

²⁹ AYİM1D., 17.01.1995, E.1994/714, K.1994/984, KİBB.

³⁰ Yargısal emir konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Hasan Nuri YAŞAR, **İdari Yargı, İdari Yargıç, Yargısal Emir**, 2. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul 2013.

³¹ D1D., 5.2.1999, E. 1999/ 15, K. 1999/ 23, DD., sy. 101, 2000, s. 60-65.

- 2577 sayılı kanunda, kararın açıklanmasına ilişkin düzenlemeye yer verilmesinin temel amacı; idari yargı yerlerince verilen kararların doğru anlaşılıp, doğru uygulanmalarının ve kararın sonucunu değiştirmeyecek nitelikte olan maddi hataların, itiraz ya da temyiz başvurusuna gerek kalmaksızın düzeltilmelerinin sağlanmasıdır.³²

C. AÇIKLAMA TALEBİ VE USULÜ

Açıklama istenebilmesinin usulü, İYUK' un 29/ 2. Maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre açıklama isteyen tarafın talebine ilişkin isteklerini açıklamaya konu kararı veren mahkemeye vermesi gerekmektedir. Bu nedenle de Danıştay Başkanlığı'na veya ilgili yerel idare veya vergi mahkemesi başkanlıklarına, açıklama istemli dilekçesini iletmesi yolu ile talebi

³² Kayseri Vergi Mahkemesince verilen 19.7.2004 gün ve E:2003/683;K:2004/252 sayılı "Açıklama Kararı" başlıklı kararda ise, karar, gerek, bütün olarak dikkate alındığında; gerekse, 2. sayfanın son paragrafında, ["Dava konusu olayda davacı Şirketin, istisna kapsamında yaptığı söz konusu satışı, alıcı ve taşıta ilişkin çeşitli bilgileri içeren "Malul ve Sakatların Özel Tüketim Vergisi İstisnası Uygulanarak İktisap Ettikleri Motorlu Taşıtlara İlişkin Bildirim Formunu" (Ek-1), Tebliğde belirtilen telefaks numarasına belirtilen sürede fakslaması gerekirken; bu sorumluluğu yerine getirmemesi sonucu şahsın mükerrer istisnadan yararlanmasına, dolayısıyla istisna tutarı kadar vergi ziyama sebebiyet veren davacı Şirket adına"] kadar olan kısmındaki ifade ve gerekçelerden ve de hüküm fıkrasındaki "Davanın Reddine" ifadesi ile karar harcı ve yargılama giderlerinin davacıya yükletilmesinden, davanın reddedildiğinin açık olduğu gerekçesiyle, kararın; 2. sayfanın son paragrafının sonuna yazılan "...yasal ve hukuki isabet bulunmamaktadır" ibaresinin, "...yasal ve hukuki isabetsizlik bulunmamaktadır." şeklinde; hüküm fıkrasına yine sehven yazılan, "... uyuşmazlık konusu vergi ziyayı cezalı özel tüketim vergisi tarhiyatının kaldırılmasına...." ibaresinin de "... uyuşmazlık konusu vergi ziyayı cezalı özel tüketim vergisi tarhiyatının onanmasına...." şeklinde düzeltilerek karardaki aykırılığın giderilmesine karar verildiği; bu kararın, 29.7.2004 tarihinde davacı Şirkete tebliğ edilmesi üzerine, 24.8.2004 tarihinde mahkeme kayıtlarına giren dilekçe ile mahkeme kararının ve açıklama kararının bozulmasının istenildiği anlaşılmıştır. Öte yandan; 22.4.2004 tarihli görüşme tutanağının karar sonucu bölümünde, "dava ret" ibaresinin yer aldığı tespit edilmiştir. Karar ile dosyanın incelenmesinden, görüşme tutanağında davanın reddine karar verildiği, kararın gerekçesinde de davacının yükümlülüklerini yerine getirmediğinin vurgulandığı; dolayısıyla, kararın gerekçesi ile hüküm fıkrasının uyum içinde olduğu anlaşılmakla, karardaki aykırılığın giderilmesine ilişkin olarak verilen açıklama kararında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır" (D7D., 12.10.2005, E. 2004/ 3158, K. 2005/ 2429, DD., sy. 112, 2006, s. 221-224).

gerçekleşir³³. Mahkeme haricindeki yetkililerden hükmün açıklanması istenemez. Örneğin yazı işleri müdüründen hükmün açıklanmasının istenmesi mümkün değildir³⁴. Mahkemenin kendisi de, kendi verdiği kararı re'sen açıklama yoluna gidememektedir³⁵. Ancak mahkeme kendisinden açıklama istenmesi halinde kararın icra edilip edilmediğini, re' sen araştırmak zorundadır³⁶.

Açıklama ve yanlışlıkların düzeltilmesi, bir kanun yolu olmaktan ziyade kararın icrasından önce yerine getirilmesi gereken bir usuldür³⁷. Çünkü hükmün açıklanması, hükmün kesinleşmesini önlemediği gibi kararın bir üst mahkemece incelenmesini de gerektirmez³⁸. Açıklama, sistematik itibariyle de İYUK' ta üçüncü bölümde yer alan kanun yolları başlığı altında değil; birinci bölümde düzenlenmiştir. Bu durum kanun koyucunun açıklamaya ilişkin

³³ D9D., 27.9.1990, E. 1990/ 2476, K. 1990/ 2023, DD., sy. 82-83, s. 861.

³⁴ Baki KURU, **İstinaf Sistemine göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, 1. Baskı, Legal Kitabevi, Ankara 2016, s. 808.

³⁵ Kuru, s. 809. Tanrıver, s. 997. "Şartları oluşsa da tarafların talebi olmadan re'sen tavzih kararı verilemez" (Y8HD., 5.7.2013, 5117/ 10530 in Kuru, s. 809).

³⁶ Bilge UMAR, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 896.

³⁷ "...davacı şirketin elinden çıkardığı şeker miktarının (ihlalin) tespit tarihi Mahkemece yapılacak araştırma sonucunda ortaya çıkacağından, davalı idarenin bu konudaki açıklama isteminin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 29. maddesi kapsamında kabulüne olanak bulunmamaktadır" (D13D., 23.6.2008, E. 2007/ 10163, UYAP).

³⁸ Hakan PEKCANİTEZ/Oğuz ATALAY/ Muhammet ÖZEKES, **Medeni Usul Hukuku**, 14. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 818.

olarak bu müesseseyi kanun yolu olarak değerlendirmediyi de ortaya koymaktadır³⁹. Açıklama, bir hukuki görüş verme aracı değildir⁴⁰.

Açıklama talebini içeren dilekçede, tavzihi istenen kararın icrasında hangi noktalarda tereddüde düşüldüğü, hangi sebeple bu yola geçildiği izah olunmalı öte yandan kararda şüpheli veya birbiriyle çelişik hüküm fıkralarının olması gerekmektedir⁴¹. Kural olarak açıklama mevcut kararın hüküm fıkrasında olabilir. Bu anlamda, kararda çelişik veya aykırı fıkralar olduğunu, kararda müphem noktaların hangi kısımlara ilişkin olduğunu ispat etme yükümlülüğü talepte bulunana ait olacaktır.

Yasa metnine göre kararı verecek mahkeme, gerekli görürse açıklama talebine ilişkin dilekçeyi belirli bir süre vermek suretiyle davanın karşı tarafına tebliğ eder. Karşı taraf cevap verme lüzumu duyarsa, bu cevabını iki nüsha

³⁹ TUTUMLU, a.g.e., s. 14-15. "..., harcın hukuka aykırı olarak kendi üzerinde bırakıldığı iddiasının da bir karar düzeltme nedeni olduğu izahı varestedir. Davacının, kararın düzeltilmesi istemi olarak ileri sürmesi gereken hususları, tavzih konusu yaptığı anlaşılmalı; bu istem, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 69. maddesinde belirtilen "Tavzih" başlıklı kanun yolunun yasal koşulları içerisine girmediğinden davacının açıklama isteminin reddi cihetine gidilmiştir. Açıklanan nedenlerle, yasal koşulları içermeyen tavzih isteminin reddine" (AYİM3D., 28.12.2005, E.2004/687, K.2005/837, KİBB).

⁴⁰ "ek tazminatlı kapsam dışı tutularak suretiyle davacıya ikramiye ödendiğine göre; kararımız sonrasında ilamda belirtilen "... davacının müstahak olduğu ikramiye tutarı..." ibaresinin kapsamına, ek tazminatın ilavesi suretiyle hesaplanacak ikramiye tutarının dahil olup olmadığı konusunda doğan tereddütü gidermek ve müspet ya da menfi yönde yeni bir işlem tesis etmek davalı idareye düşen bir yükümlülüktür. Karar tarihine kadar Dairemizin bilgisi dışındaki hususlar nedeniyle, iptal kararının yerine getirilmesi aşamasında doğan tereddüt gerekçesiyle hükmün tavzihi istenemez. Esasen, 1602 sayılı Kanun'un 69. maddesinde belirtilen "kararın müphemliği" ya da "kararda birbirine aykırı hüküm fıkralarının mevcudiyeti" koşullarının olmadığı gayet açıktır. Dairemizin, doğan hukuki bir sorun nedeniyle görüş bildirme gibi görevi ve fonksiyonu da bulunmadığından; idarenin alt birimince istenen bir görüşe davalı idare tarihe mahkememizden bir cevap verilmesinin beklenmesinin ne denli mevzuata uygun düşeceği ortadadır. Açıklanan nedenlerle; 1602 sayılı Kanun'un 69. maddesinde öngörülen koşullar gerçekleşmeden davalı idarece istenen tavzih isteminin reddedilmesi gerekir (AYİM1D., 11.11.1997, E.1996/815, K.1997/219, KİBB).

⁴¹ "...Sadece gerekçe konusunda tavzih isteminde bulunulamaz" (AYİM3D., 21.09.2006, E.2006/1103, K.2006/939, KİBB).

halinde mahkemeye sunar. Akabinde mahkemece talep üzerine verilen karar, bütün taraflara tebliğ edilir. Talebin kabulü halinde bir başka deyişle, mahkeme verdiği kararın açıklanmaya değer bir mahiyette görürse; açıkladığı kararın esas ve karar numarası ile açıklama yapılarak karar verilir ve açıklamanın yapıldığı tarih de son kararın altına yazılır. Yazılacak olan bu son karar, mahkemede kararın ve taraflara tebliğ edilen kararların asıllarının altına eklenir. Buradaki sınır, açıklama ile esas kararın hüküm fıkrasını değiştirilememesi şeklindedir⁴². Açıklama hâkimin esasa dair konularla ilgili kararı verirken unuttuğu olayları veya ilkeleri izale etmesinin yahut karara yeni bir yorum katmasının yolu değildir.

Açıklama bir kanun yolu olmadığı için kanun yollarına ilişkin verilecek olan talep dilekçeleri ile birlikte sunulamaz⁴³. Bu nedenle de tek başına açıklama talebinin reddine ilişkin mahkeme kararlarına karşı, kanun yollarına başvurulması da mümkün değildir⁴⁴. Fakat açıklama talebi kabul edilirse ve kararın ilk hali ile açıklamadan sonraki hali arasında değişiklik olursa, nihai bir karar halini alır ve kanun yoluna başvurulabilmesi de mümkün hale gelir⁴⁵. Hakim, açıklama talebini reddederse, asıl karar ile birlikte kanun yoluna gidilebilmesi mümkündür. Bu durumda ise, fer'i müdahilin taraf sıfatı bulunmadığından, kural olarak da kanun yollarına da gidemediğinden, açıklama talebinde bulunabilmesi de mümkün değildir⁴⁶.

⁴² "Açıklama ile hüküm fıkrası değiştirilemez" (D3D., 19.10.1993, E. 1993/ 1194, K. 1993/ 2853, DBB). D3D., 12.12.1990, E. 1989/ 1724, K. 1990/ 3422, DD., sy. 82-83, 1990, s. 229. D12D., 9.5.1997, E. 1995/ 9014, K. 1997/ 977, DD., 1998, sy. 94, s. 778. D12D., 27.10.2009, E. 2007/ 5109, K. 2009/ 5814, DD., sy. 123, 2010, s. 409.

⁴³ "Kararların açıklanması ve yargılamanın yenilenmesi istemleri, sebep, yöntem ve sonuçları ile iki ayrı müessese olduklarından, aynı dilekçeye konu edilemezler" (D3D., 28.1.1987, E. 1986/ 865, K. 1987/ 290, DD., sy. 68-69, s. 281).

⁴⁴ D6D., 10.10.2006, E. 2006/ 3222, K. 2006/ 4637, DD. Sy. 114, s. 209-210. D3D., 22.5.1995, E. 1995/ 1874, K. 1995/ 1594, DD., sy. 91, 1996, s. 344-346. D14D., 14.2.2013, E. 2011/ 4358, K. 2013/ 1015, UYAP.

⁴⁵ D5D., 23.2.2005, E. 2003/ 6533, K. 2005/ 1064, DD., sy. 110, 2005, s. 181 vd. D5D., 19.9.2008, E. 2006/ 7903, K. 2008/ 4574, DD., sy. 120, s. 183-185. D9D., 21.11.2007, E. 2006/ 1965, K. 2007/ 4287, UYAP.

⁴⁶ Kaplan, s. 432. "Esas olarak bir dava olmayan fer'î müdahale kurumunda ise, fer'î müdahil davacı veya davalı değildir. Bunun sonucu olarak, yargılama sonu- cunda

Açıklama istenmesi, süreye bağlı olmadığı gibi⁴⁷ temyiz süresini de durdurmaz⁴⁸. Açıklama, sadece davanın taraflarınca talep edilebilir. Davaya taraf olmayan fer'i müdahil, hâkim gibi kişilerce hükmün açıklanması talep edilemez⁴⁹. Açıklama talebi harca bağlı değildir⁵⁰.

verilecek hüküm sadece davanın taraflarına yönelik olarak verilir; fer'î müdahil hakkında hüküm verilmez (Mehmet, TOSUN/ Emre, TAN, "İdari Yargıda Davaya Müdahale (Uygulama ve Teori Açısından)", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, sy. 5, 2013, s. 836).

⁴⁷ TANRIVER, a.g.e., s. 997.

⁴⁸ D5D., 3.3.1999, E. 1999/ 540, K. 1999/ 527, DD., sy. 101, s. 397. D7D., 12.10.2005, E. 2004/ 3158, K. 2005/ 2429, DD., sy. 112, s. 221-224.

⁴⁹ Örneğin Hakimın Yargıtay tarafından verilen kararın tanzihinin isteyemeyeceği ifade edilmiştir (Y2HD., 23.2.1999, 1637/ 1431 in TUTUMLU, a.g.e., s. 24).

⁵⁰ AYİM3D., 21.09.2006, E.2006/1103, K.2006/939, KİBB.

Açıklama talebi ile mahkeme kararlarının nasıl uygulanacağına ilişkin talepte bulunulması mümkün olmayıp, açıklama yolu bu talebin veya kararla ilgili ortaya çıkan tatsizliklerin aracı gibi⁵¹ değerlendirilemez⁵².

⁵¹ “Eskişehir ili Çifteler Vergi Dairesi Müdürlüğü'nde veri hazırlama ve kontrol işlemini olarak görev yapan davacı tarafından, eşinin Eskişehir Cumhuriyet Başsavcılığı emrine zabıt katibi olarak naklen atanmasından dolayı Eskişehir'e naklen atanması istemiyle yapmış olduğu 9.3.2009 günlü başvurusunun zimnen reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada; davanın reddi yolunda Eskişehir 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 21.10.2009 günlü, E:2009/292, K:2009/576 sayılı kararın ve dava konusu işlemin yürütülmesinin durdurulması yolunda Danıştay Beşinci Dairesi'nce verilen 27.1.2010 günlü, E:2009/7471 sayılı kararın, davalı idare tarafından açıklanması istenilmiş olmakla, açıklama istemli dilekçenin karşı tarafa bildirilmesine gerek görülmeyle işin gereği düşünöldü: Davalı idare, davacı hakkında idarelerince kurulmuş bir işlem olmadığını belirterek hangi işlemin yürütülmesinin durdurulduğunun anlaşılamadığını ileri sürmekte ve Dairemizce verilen yürütmenin durdurulması kararının açıklanmasını istemektedir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 29. maddesinin 1. fıkrasında; "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar yeterince açık değilse, yahut birbirine aykırı hüküm fıkraları taşıyorsa, taraflardan her biri kararın açıklanmasını veya aykırılığın giderilmesini isteyebilir." hükmü yer almıştır. Dairemizce verilen kararda, davalı idarenin, "davacının eşinin isteğı doğrultusunda Eskişehir İli'ne atandığı, aile birliğinin kendi talepleri doğrultusunda bozulduğu, Çifteler Vergi Dairesi'nde yoğun bir iş yükünün mevcut olduğu, buna karşın personel sayısının yetersiz bulunduğu, davacının Eskişehir İli'ne atanmasının kamu hizmetinin yürütümünde aksaklıklara neden olacağı" yolundaki savunmasına vurgu yapılarak hüküm kurulmuş, davacının eşinin Eskişehir İli'ne atanmasının kamu yararı ve hizmet gerekleri gözönünde bulundurularak gerçekleştirildiğinin kabulü gerektiğı, davalı Eskişehir Vergi Dairesi Başkanlığı'nca, davacının durumuna uygun kadro bulunmadığı noktasında herhangi bir savunmasının bulunmadığı belirtildikten sonra, Devlet Memurlarının Yer Değıştirme Suretiyle Atanmalarına Dair Yönetmelik hükümleri uyarınca, 217 sayılı KHK'ye tabi bir kurumda memur statüsünde çalışan eşinin bulunduğu yere naklen atanması yönündeki davacı isteminin reddine ilişkin işlemde ve davanın reddi yolundaki Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmediğı gerekçesiyle yürütmenin durdurulmasına karar verilmiş olup, Dairemizin yürütmenin durdurulmasına ilişkin yukarıda belirtilen kararı yeterince açık olduğundan, anılan kararın açıklanmasını gerektiren herhangi bir durum bulunmamaktadır” (D5D., 22.6.2010, E. 2009/7471).

⁵² “Davalı idarelerden Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun açıklama istemi, 2577 sayılı Kanunun yukarıda yer verilen 29. maddesinde belirlenen açıklama isteminde bulunulabilecek hususlar kapsamında olmadığı gibi, mahkemelerin yargı kararlarının

SONUÇ

Mahkeme kararlarının uyuşmazlıkların çözümünde son çare olduğu, başka bir deyişle yargı kararlarının “ölü sözler” olmadığı gerçeği dikkate alındığında, kararların anlam karışıklığına yer vermeyen, uyuşmazlıkların özünü çok iyi analiz edip sonuca bağlayan, basit maddi hata yahut hesap hatalarının yer almadığı metinler olması bir zarurettir. Aksi durum hukuki güvenlik ve istikrar ilkesi ile adil yargılanma hakkını etkileyecek bir mahiyete sahiptir. Bu nedenle HMK ve İYUK'ta düzenleme altına alınan açıklama ve yanlışlıkların düzeltilmesi kurumlarının kullanımı ve sınırlarının netleştirilmiş olması gerekmektedir. Bu müesseselerin bir kanun yolu olmadığı bir gerçekliktir. Fakat aynı zamanda bu kurumlar, mahkeme kararlarının amaçlarının ifasında en önemli yardımcı niteliğindedir. Özellikle metin içerisinde yer verdiğimiz ve eleştirdiğimiz iptal edilen idari işlemin tarihinin yanlış yazılmasına rağmen düzeltme isteminin veya açıklama talebinin reddedilmesi, bu düzenlemelerin konuluş amaç ve kapsamı ile de bağdaşmamaktadır. Ayrıca açıklama ve yanlışlıkların düzeltilmesi taleplerinin hükmün icrasına kadar sınırlı tutulması, yürütmeyi durdurma kararlarının kapsam dışı tutulması da hakkaniyete uygun değildir.

uygulanmasında düşülen duraksamanın giderilmesi konusunda bir görevi de bulunmamaktadır” (DİDDK., 25.4.2016, E. E. 2016/ 1698, K. 2016/ 1780, UYAP).

KAYNAKLAR

- CANDAN, Turgut, **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 1. Baskı, PWC Yayınları, İstanbul 2015.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, c. II, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Yönetmelik Yargı**, 34. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- İYİLİKLİ, Ahmet Cahit, “Medeni Usul Hukukunda Tavzih ve Tashih”, **Ankara Barosu Dergisi.**, sy. 2, 2003, s. 27-35.
- KAYA, Cemil **İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusuna Danıştay’ın Yaklaşımı**, 1. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul 2013.
- KAPLAN, Gürsel, **İdari Yargılama Hukuku**, 1. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2016.
- KURU, Baki, **İstinaf Sistemine göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, 1. Baskı, Legal Kitabevi, Ankara 2016.
- ÖZBEY, Özcan, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk”, **Ankara Barosu Dergisi**, sy. 4, 2009, s. 45-63.
- PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara 2013.
- POSTACIOĞLU, İlhan/ ALTAY, Sümer, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- TANRIVER, Süha, **Medeni Usul Hukuku**, c. I, Ankara 2016.
- TOSUN, Mehmet/ TAN, Emre, “İdari Yargıda Davaya Müdahale (Uygulama ve Teori Açısından)”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, sy. 5, 2013, s. 827-877.
- TUTUMLU, Mehmet Akif, **Hükmün Açıklanması ve Düzeltilmesi Tavzih ve Tashih**, Ankara 2012.
- ULER, Yıldırım, **İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları**, AÜHF Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.
- UMAR, Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2014.

- Hasan Nuri YAŞAR, **İdari Yargı, İdari Yargıç, Yargısal Emir**, 2. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul 2013.
- YENİCE, Kazım/ ESİN, Yüksel, **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Baskısı Belirtilmemiş, Arısan Matbaacılık, Ankara 1983.
- YILMAZ, Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2012.

İDARENİN SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA YARGI DIŞI ÇÖZÜM YOLU OLARAK SULH*

Yrd. Doç. Dr. Aynur HASOĞLU**

WITH IN THE FRAME OF ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITY, NEGOTIATION AS NON - JODICIAL WAYS

ÖZ

İdarenin sorumluluğu ilkesi gereğince, idarenin faaliyetleri sebebi ile doğan zararlardan sorumlu olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Bu zararların giderilmesi açısından iki yol söz konusudur. Yargısal ve yargı dışı uyuşmazlık çözümleri. Yargısal çözümleri ile karşılaştırıldığında olumlu sonuçları açısından yargı dışı çözümleri oldukça etkili çözümleri olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple yargı dışı çözümleri idarenin faaliyetlerinden doğan zararların giderilmesi açısından da oldukça tercih edilebilir yöntemlerdir. Bu yöntemlerden biri de sulh yoludur.

* Kabul Edildiği Tarih: 30.11.2017

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.313211](https://doi.org/10.15337/suhfd.313211)

** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

E-mail Adresi: aynurhasoglu@erciyes.edu.tr

ORCID ID: orcid.org/0000-0002-1679-0241

ANAHTAR KELİMELEER: İdarenin Faaliyetleri, İdarenin Sorumluluğu, Çözüm Yolları, Yargı Dışı Çözüm Yolları, Sulh.

ABSTRACT

In accordance with the principle of the responsibility of the administration, the administration's responsibility is generally accepted for damage caused by administrative's activities. For compensation these damages, there are two process judicial and non – judicial way. Compared with the judicial solution methods, non – judicial solution methods are considered to be highly effective methods in terms of positive results. Therefore non – judicial solution methods are highly preferable methods for compensation the damage arised when carry on the activities. One of the these methods ise negotiation way.

KEY WORDS: Administrative Action, Administrative's Responsibility, Solitions Ways, Non – Judicial Disputes Solutions Ways, Negotiation.

GİRİŞ

İdarenin sorumluluğu kavramı idari faaliyetler sonucunda yönetilenlerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmenin veya çoğalma imkânının kısıtlanmasının giderilmesi için aranan koşulları ve uygulanması gereken kuralları kapsayan genel bir kavramı ifade etmektedir¹. İdarenin gerçekleştirmiş olduğu faaliyet sebebi ile bir zarar doğması durumunda idarenin doğan bu zararı karşılaması hukuk devleti ilkesinin önemli bir gereğidir. Bu açıdan söz konusu zararın yargısal ve yargı dışı yollardan giderilmesi gündeme gelebilir. Sulh yolu bu yargı dışı çözüm yollarından biridir. Bu kapsamda çalışmamızda idarenin sorumluluğu kavramından kısaca bahsedilerek idarenin faaliyetleri sebebi ile doğan zararların giderilmesi bakımından sulh yoluna değinilecektir.

I. GENEL OLARAK İDARENİN SORUMLULUĞU KAVRAMI

İdarenin sorumluluğu idare organı içerisindeki kamu otoritelerinin yerine getirmek durumunda oldukları etkinlik ve işlemleri sonucunda ortaya

¹ ESİN Yüksel, *Danıştay' da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas İdarenin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara 1976, s. 14.

çıkan zararların sonuçlarının idarece tazmin etme yükümlülüğünü ifade etmektedir².

İdarenin faaliyetleri sebebi ile bireylere vermiş olabileceği zararlar çeşitli şekillerde gerçekleşmiş olabilir. İdarenin faaliyetleri sebebi ile kişilerin malvarlıklarına ya da vücut bütünlüklerine zarar verilmiş olabilir³.

Tren seferleri düzenlemek sureti ile ulaştırma şeklindeki bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında bu hizmetten doğan bir nedenle hizmetten yararlananlar zarara uğramış belli süre ile ve belli oranda iş göremez hale gelmiş olabilirler⁴. Benzer şekilde askeri eğitimler sırasında örneğin bahçede oynamakta olan bir çocuğun yaralanmasına sebebiyet verilmiş olabilir⁵. Diğer yandan idarenin güvenlik faaliyetlerinde zafiyeti bulunup bulunmadığı tartışmaları ekseninde zarar doğuran olayın tüm toplumla ilgilendirilebilmesi, münferit bir olay olmaktan çıkıp terör eylemlerinin yaygın olduğu durumlarda doğrudan eylem idarenin

² ATAY Ender Ethem / ODABAŞI Hasan, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Güncellenmiş 2. B. Ankara Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 41.

³ ATAY / ODABAŞI, a.g.e, s. 40.

⁴ “Uyuşmazlık konusu olayda, bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında bu hizmetten doğan bir nedenle davacıların zarara uğradığı anlaşılmakta olup, hizmet kusuru esasına göre bu zararın sorumlu idarece tazmini gerekmektedir. Ayrıca, trenlerin güvenli ulaşımından sorumlu olan ve tren yolu ile hemzemin geçidini kullanan davalı TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü'nün olaydaki sorumluluğu bilirkişi raporuyla ortaya konulmuştur. Ancak, davacı temyiz dilekçesinde, davalı idare yanında, kazanın meydana geldiği hemzemin geçidinin Manisa Belediye Başkanlığı'nın mücavir alan sınırları içerisinde bulunduğunu iddia ettiğinden, yasal mevzuat hükümleri çerçevesinde zararı ödemekle yükümlü diğer idarenin de saptanması gerekmektedir. Bu durumda, İdare Mahkemesince, davalı idare yanında, davacının iddiası da dikkate alınarak söz konusu kazanın hangi idarenin sorumluluk alanı içerisinde meydana geldiği konusunun açıklığa kavuşturulması, dosyanın yeni hasma göre tekemmül ettirilip sorumlu diğer idarenin hizmet kusuru araştırılarak davanın sonuçlandırılması gerekirken davanın reddi yolunda verilen temyize konu kararda hukuki isabet görülmemektedir.”

Dan. 10. D. nin 07.03. 2006 tarih ve E. 2003/198, K. 2006/1755 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 21.10.2014.

⁵ DÜREN Akın, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, AÜHFY, 1979, s. 283.

faaliyetinden kaynaklanmasa da idarenin zararın giderilmesi konusunda bir sorumluluğu bulunduğu da genel olarak kabul edilmektedir⁶.

İdari faaliyetten zarar gören kişi, faaliyetin ilişkili olduğu kamu hizmetinden yararlanan konumunda olabileceği gibi, faaliyetin içinde kamu hizmetine katılan bir kişi ve hatta faaliyetle tamamen ilgisiz üçüncü bir kişi de olabilecektir⁷.

Kural olarak idarenin, faaliyetleri sebebi ile ortaya çıkan zararları giderme konusunda bir sorumluluğu bulunmaktadır. Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasına göre de idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü tutulması sureti ile bu sorumluluk kabul edilmiştir.

Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin faaliyetleri çeşitli unsurların varlığı ve işleyişi ile bireylere veya kişi topluluklarına verdiği zararların karşılanması ihtiyacı bugün için artık hiçbir uygar ülkede tartışma konusu yapılamamaktadır⁸.

⁶ “Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas olduğundan, olayın oluşu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusurunun olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp, uygulanmayacağına incelenmesi, tazminata hükmedilirken de herhalde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

Öte yandan hizmet kusuru ya da kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılarak idarenin tazmin sorumluluğu belirlenirken nedensellik bağının bulunması koşulu da aranmaktadır. Ancak doktrin ve içtihatlarla kabul edilip, geliştirilen sosyal risk ilkesiyle nedensellik bağı, idarenin tazmin sorumluluğunun mutlak koşulu olmaktan çıkarılmıştır. Sosyal risk ilkesi ile Anayasal düzene, devlete ve toplumun bütünlüğüne yönelik bulunan terör eylemleri sonucu kişilerin salt toplumun bireyi olmaları nedeniyle uğradıkları özel ve olağanüstü zararların, genel güvenlik ve asayişin sağlamak ve korumakla görevli idarece tazmini suretiyle toplumca paylaşılması amaçlanmaktadır.”

Dan. 10. D. nin 21.05.2001 tarih ve E. 1999/1706, K. 2001/1897 sayılı kararı <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 21.10.2014.

⁷ ESİN, a.g.e. s. 14.

⁸ DURAN Lütfi, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular**, TODAİE Yayınları Yayın No: 138, Ankara Sevinç

İdarenin sorumluluğunun kabul edilmesi ile hedeflenen, idari faaliyetler sonucu idare ile bireyler arasında idare lehine veya birey aleyhine bozulan mali dengenin yeniden eski haline getirilmesi amacıdır⁹. Bu açıdan idarenin gerçekleştirdiği faaliyetler sonucunda kişilerin bireysel olarak veya malvarlıkları açısından bir zarara uğramaları durumunda bu zararın idare tarafından giderilmesi idarenin sorumluluğundandır¹⁰.

Danıştay'da kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında bireylerin uğradığı özel ve olağandışı zararların idare tarafından tazmin edilmesi gerektiğinin idare hukukunun bilinen temel ilkelerinden olduğunu belirterek idarenin bu hukuki sorumluluğunun Türkiye Cumhuriyetinin bir Hukuk Devleti olma niteliğinin doğal sonucu olduğunu belirtmiştir¹¹.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi¹² verdiği bir kararında idarenin gerçekleştirdiği faaliyetler sebebi ile sorumlu bulunduğunu şu şekilde belirtmiştir¹³.

Matbaası, 1974, s. 11; Benzer bir başka görüş, ARMAĞAN, Tuncay, **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Ankara Seçkin Yayıncılık, 1997, s. 11.

⁹ ÇAĞLAYAN Ramazan, **Tarihsel Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, Ankara Asil Yayıncılık, 2007, s. 111.

¹⁰ ATAY E. Ethem, **İdare Hukuku**, Ankara Turhan Kitabevi, 2006, s. 565; ATAY E. Ethem, "İdarenin Sorumluluğu", **Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan**, Ankara Turhan Kitabevi, 2006, s. 1061 – 1098; GÜNDÜZ Fatma Ebru / GÜNDÜZ Hakan, "İdare Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı", **GÜHFD C. XV**, 2011, S. 3, s. 226.

¹¹ "Kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında bireylerin uğradığı özel ve olağandışı zararların idarece tazmini gerektiği idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. İdarenin belirtilen hukuki sorumluluğu, Türkiye Cumhuriyetinin hukuk devleti olma niteliğinin doğal sonucudur." Dan. 10. D. 09.10.1995 tarih ve E. 1994/1682, K. 1995/4256 sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 09.04.2014.

¹² Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 21/1/2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa değişikliği ile kaldırılmıştır.

¹³ "1982 Anayasasının değinilen sorumluluk kuralı Mahkememiz ve diğer yargı organları tarafından, idarenin hizmetinde bulunduğu toplum içindeki etkinliği dolayısıyla zarar görenlerle zarar görmeyenler arasında bozulan dengeyi tekrar kurabilmek için geniş bir yoruma tabi tutularak idarenin Anayasa ve kanunlardan aldığı görevle ve kamusal usullerle yaptığı faaliyetlerden, bu faaliyetlerin içerdiği tesislerden, bunların kurulmasına ve işletilmesine ilişkin eylemlerden doğan bireysel nitelikli zararların yanında idare ajanlarının kişisel davranışlarının hatta üçüncü

Yargı kararları ile de açık bir şekilde kabul edildiği üzere idare gerçekleştirmiş olduğu eylem ve işlemler sebebi ile doğan hak ihlallerini gidermekle yükümlüdür. İdarenin bu sorumluluğu yargı organlarına başvurulup mahkeme tarafından bir karar alınması sureti ile sağlanabileceği gibi idari faaliyetten zarar gören kişiler ile idarenin uzlaşması sonucunda da giderilebilecektir.

İdarenin sorumluluğu, idari faaliyetin tabii olduğu hukuki rejime bağlı olarak özel hukuka göre sorumluluk ve kamu hukuku kuralları gereğince sorumluluk olarak da ikiye ayrılabilir¹⁴. İdarenin eylem ve işlemleri sebebi ile doğan sorumluluğu idarenin taraf olduğu ve kamu hukuku kuralları çerçevesinde ortaya çıkan bir uyumsuzluk olduğundan idari yargı kolunda giderilmesi gereken bir sorumluluktur¹⁵. Uyuşmazlığın yargı yolu ile giderilmesi istenmiyor veya çeşitli sebeplerle tercih edilmiyorsa uyumsuzlukların yargı dışı çözüm yollarından mahiyetine uygun düşen biri ile uyumsuzlığın giderilmesi için çalışmalarda da bulunulabilecektir.

II. İDARENİN SORUMLULUĞU TÜRLERİ

Genel olarak idarenin sorumluluğu kavramı idarenin eylem ve işlemleri sebebi ile doğan zararın idarece tazmin edilmesi yükümlülüğünü ifade etmektedir. Doğan zarar eğer idarenin kusurlu bir fiili sebebi ile gerçekleşiyor ise idarenin kusur sorumluluğundan söz edilecektir. İdarenin kusurlu bir

kişilerin eylemlerinin doğurduğu zararlarının dahi kimi hallerde idarenin sorumluluğuna yol açabileceğinin kabulü cihetine gidilmektedir. Böylelikle idarenin sorumluluğu bir yandan kusurlu davranış nedenini aşarak kusursuz sorumluluk hallerini de kapsayan bir genişlik kazanırken, diğer yandan zarar verici eylemi yapanla idare arasındaki bir ilişki bulunmadığı bazı hallerde idarenin sorumlu tutulması eylemi de kabul görmektedir. Başka bir ifade ile öğretilerde ve yargı kararlarında genel kabul görmüş mücbir sebep ve illiyet bağının yokluğu gibi idarenin sorumluluğunu kaldıran hallerin varlığı dışında idarenin asli sorumluluğu kabul edilmektedir.” AYİM 2.Dairesinin 23.6.1993 tarih ve E. 1992/605, K. 993/294, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi**, S. 8, s. 700.

¹⁴ YAYLA Yıldızhan, **İdare Hukuku**, İstanbul Beta Yayınevi, 2009, s. 351; GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, Gün. 10. baskı, İstanbul İmaj Yayınevi 2011, s. 367 - 368; GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, C. 1, 2. B. Bursa Ekin Kitabevi 2009, s. 1022 – 1033.

¹⁵ YILDIRIM Ramazan, **Türk İdarî Rejimi Dersleri, Cilt II**, 2. B. Konya Mimoza Yayınları 2014, s. 328.

hareketi olmaksızın da idare doğan zarardan sorumlu tutuluyor ise idarenin kusursuz sorumluluğundan bahsedilecektir. Bu sorumluluk türlerine idarenin akdettiği sözleşmelerden doğan sorumluluğunu da eklemek mümkündür. İdarenin özel hukuka tabi sözleşmeleri özel hukuk kuralları gereğince bir sorumluluk doğururken idare hukuku kurallarına göre akdedilen ve konusu kamu hizmetinin yerine getirilmesi olan idari sözleşmeler ise idare hukuku kurallarına uygun olarak sorumluluk doğuracaktır¹⁶.

İdarenin hukuka aykırı bir eylemi veya işlemiyle yol açtığı zararı tazmin etmesi yükümlülüğü genel olarak idarenin kusur sorumluluğu olarak tanımlanabilir¹⁷.

İdarenin kusur sorumluluğu, ana çizgileri ile idarenin faaliyetlerinden doğan zararlar dolayısıyla sorumlu tutulabilmesinde esas olan sorumluluk türünü ifade eder ve idarenin yapmakla yükümlü olduğu bir kamu hizmetinin kuruluşunda, teşkilat yapısında, personelde ya da işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatların verilmemesi, gözetim ve denetimin yapılmaması, hizmete yönelik araçların yetersiz, elverişsiz ve kötü olması, gereken tedbirlerin alınmaması, geç hareket edilmesi veya hiç faaliyette bulunulmaması sonucu oluşan bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, özensizlik, eksiklik veya sakatlığı ifade etmektedir¹⁸.

¹⁶ YAYLA, a.g.e., s. 357 – 358; GÖZLER, *İdare Hukuku* C. II, s. 1015 – 1016.

¹⁷ YILDIRIM, *Türk İdarî Rejimi Dersleri* C. II, s. 330.

¹⁸ “Genel hayata etkili olacak afetlerde kurtarma faaliyetleri kamu hizmeti olarak tanımlanmış, bu hizmetin kurulması ve işletilmesi, idarenin görev alanında düzenlenmiştir. İdarenin sorumluluğunun anayasal dayanağı 2709 sayılı Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında yer alan idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğuna ilişkin hüküm olmakla birlikte, idarenin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk hali hariç eylem ve işlemlerindeki kusuruna dayandırılması gereklidir. Bir başka ifade ile idarenin yürütmekle görevlendirildiği kamu hizmetinin kurulması (teşkilatlandırılması-yapılandırılması) ve/veya işletilmesinden kaynaklanan kusurlar nedeniyle doğacak zararların idarece karşılanması gerekmektedir. Ancak, idarenin tazmin sorumluluğunun doğabilmesi için zararın, idarenin üstlendiği kamu hizmetinin doğrudan yerine getirilmesine ilişkin bir eyleminden doğmuş olması ve bu zararın hizmetin kuruluş veya işleyişindeki kusurdan kaynaklanması zorunludur. Bu bakımdan hizmet kusuru, idarenin görev alanı içindeki hizmetin hiç yapılmaması, gereği gibi yapılmaması veya geç yapılması olarak nitelendirilebilir.” Dan. 11. D. nin 19.12.2005 tarih ve E.

İdarenin üstlendiği hizmetlerin artması ve karmaşık bir hale dönüşmesi ile idarenin kusur sorumluluğu ilkesine göre sorumlu tutulması yetersiz hale gelmiş bu sebeple söz konusu zararların doğmasında idarenin doğrudan bir kusuru bulunmasa dahi sorumlu tutulabilmesine ilişkin esaslar kabul edilmiştir¹⁹.

*“İdarenin hukuki sorumluluğu sadece kusur esasına, hizmet kusuru teorisine dayanmamakta; İdare, kusur koşulu aranmadan da sorumlu sayılabilmektedir. Kural olarak idare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlüdür. Ancak sözü edilen kuralın istisnası olarak, idarenin faaliyet alanıyla ilgili önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararları da nedensellik bağı aranmadan tazmin etmesi gerekmektedir.”*²⁰

Kusursuz sorumluluk ilkesi birkaç alt ilkeden oluşmaktadır. Bu ilkeler şu şekilde tespit edilebilir²¹.

- **Teknik risk ilkesi**; Risk taşıyan idari faaliyetlerin veya idarenin teknik risk taşıyan araç ve gereçlerin kullanılmasından bir zarar doğmuşsa idareye atfedilebilir bir zarar bulunmasa da idare doğan bu zarardan sorumludur²².

- **Sosyal risk ilkesi**; İdarenin önlemekle yükümlü olduğu fakat önleyemediği bir takım olayların gerçekleşmesi sebebi ile doğan zarardan kusuru bulunmasa dahi sorumlu tutulmasıdır²³. Sosyal risk ilkesinin

2003/2027, K. 2005/5962 sayılı kararı <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 22.04.2014.

¹⁹ GÜNDAY, a.g.e, s. 378.

²⁰ Dan. 10. D. 09.10.1995 tarih ve E. 1994/1682, K. 1995/4256 sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 25.04.2014.

²¹ YILDIRIM, **Türk İdarî Rejimi Dersleri** C. II, s. 339 – 342.

²² “Bomba imhası riskli hizmetlerdir. Yani idarece bütün önlemler, araç, gereç ve personel sağlansa bile aynı sonuç doğabilecektir. Bu nedenle bomba imhası nedeniyle meydana gelen ölüm olayından dolayı ilgililerin uğradığı zararın idare mahkemesi kararında belirtildiği gibi hizmet kusuru ilkesine göre değil, yukarıda aktarılan kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmini gerekmektedir.” Dan. 10. Dairesinin 23.06.1997 tarih ve E. 1996/3996, K. 1997/2544 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 25.04.2014.

²³ “Kollektif sorumluluk anlayışına dayalı, sosyal risk adı verilen ilke, bilimsel ve yargısal içtihatlarla kabul edilmiştir. Terör olayları denilen eylemlerin devlete yönelik olduğu,

uygulanabilmesi için olayın tüm toplumla ilgilendirilmesi ve zararın toplumsal nitelikli bir riskin gerçekleşmesi sonucu meydana gelmesi yanında olay ve zararın yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmaması gerekir²⁴.

• **Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi;** idarenin kamu yararı düşüncesi ile yaptığı faaliyetlerden bir takım zararların doğması, faaliyetin nimetinden herkes yararlanacakken doğan zararın belli kişiler tarafından üstlenilmemesi gerektiği bu sebeple doğan zararın idare tarafından üstlenilmesini ifade etmektedir²⁵.

İdarenin faaliyetleri sebebi ile doğan zararların giderilmesi konusunda idarenin önce faaliyetin gerçekleştirilmesinde herhangi bir kusurunun dolayısı ile bir kusur sorumluluğunun bulunup bulunmadığı araştırılacak eğer böyle bir

devletin anayasal düzenini yıkmayı amaçladığı, bu tür olayların zarar gören kişi ve kurumlara karşı kişisel husumetten ileri gelmediği bilinmekte ve gözlenmektedir. Sözü edilen eylemler nedeniyle zarara uğrayan, terör eylemlerine herhangi bir şekilde katılmamış olan kişiler kendi kusur ve eylemleri sonucu değil toplumun içinde bulunduğu sosyal kargaşadan zarar görmekte-dirler. Kısaca zararın nedeni toplumun bireyi olmaktadır. Belirtilen şekilde ortaya çıkan zararların özel ve olağan dışı nitelikleri dikkate alınıp nedensellik bağı aranmadan, terör olaylarını önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemeyen idarece yukarıda açıklanan sosyal risk ilkesine göre tazmini gerekir. Esasen terör olayları sonucu ortaya çıkan zararların idarece tazmini böylece topluma pay edilmesi hakkaniyet gereği, olduğu gibi, sosyal devlet ilkesine de uygun düşecektir.” Dan. 10. D. 09.10.1995 tarih ve E. 1994/1682, K. 1995/4256 sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 25.04.2014.

²⁴ Dan. 10. Dairesinin 25.02.2003 tarih ve E. 2001/4795, K. 2003/696 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 25.04.2014.

²⁵ “Kamu hizmetinin yürütülmesinin neden ve etkisinden kaynaklanan bir zararın doğmaması için idarece her türlü tedbir alınmasına rağmen, hizmetin doğal ve zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkan, hizmetten yararlananlar yönünden genel ve olağan nitelikteki bir külfetten kaynaklanan zararın, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca idarece karşılanmasına olanak bulunmamaktadır. Uğranıldığı ileri sürülen zararın kamu külfeti olmaktan çıkıp, hizmetten yararlananlar yönünden özel ve olağandışı bir niteliğe dönüşmüş olması gerekmektedir.” Dan. 10. Dairesinin 16.03.2012 tarih ve E. 2008/188, K. 2012/934 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 21.10.2014.

kusuru bulunmuyor ise kusursuz sorumluluğunun varlığı araştırılarak bir değerlendirmeye varılması gerekecektir²⁶.

III. İDARENİN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

İdare Hukuku ilkelerine göre idarenin doğan zararın tazmininden sorumlu tutulabilmesi için,

- Bir zararın varlığı,
- Zararı doğuran bir davranış ya da faaliyetin bulunması ve faaliyetin idareye yüklenebilir nitelikte olması,
- Zararlı sonuçla işlem veya eylem arasında illiyet bağının bulunması, şartlarının birlikte bulunması gerekmektedir. Bu şartlara idarenin kusur sorumluluğunun arandığı durumlar için kusur şartını da eklemek gerekmektedir.

İdarenin faaliyetleri sebebi ile doğan zararlardan sorumlu tutulması için gerçekleşmesi gereken yukarıda belirtilen koşullara ek olarak idarenin sorumluluğunun kaldırılmasına neden olan bir koşulun da bulunmaması gerekmektedir. İdarenin sorumluluğunu kaldıran sebepler genel olarak şu şekilde belirtilebilecektir²⁷.

- Ortada tazmin edilmesi gereken bir zarar bulunmuyor ise idarenin sorumluluğu da yoktur.
- Zarar, zarar gören kişinin kendi tutumundan kaynaklanıyor ise idareye atfedilebilir bir sorumluluk yoktur²⁸. Eğer zarar görenin tutum ve

²⁶ Dan. 10. Dairesinin 29.04.2008 tarih ve E. 2007/3301, K. 2008/2939 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 25.04.2014.

²⁷ ESİN, s. 355 – 393.

²⁸ “Davacının, elektronik şube müdürlüğünde görev yapan ve yaptığı işin ehli olan bir kişi olarak telsiz direğini karakol çatısına monte ederken, aşağıdan yukarıya çektiği 6 metre boyundaki direği gerilim hattına temas ettirerek elektrik çarpmasına kendi kusurlu hareketi ile maruz kaldığı ve zararın bu kusurlu hareket sonucu meydana geldiği anlaşıldığından, bu şekilde meydana gelen zararın idareye atfı mümkün olmayıp, idarenin tazmin sorumluluğundan söz etmeye olanak bulunmamaktadır. Bu itibarla davanın maddi tazminat isteminin tazmini gereken zarar bulunmadığından dolayı reddine ilişkin kısmında hukuki isabet bulunmadığı gibi manevi tazminat isteminin kabulüne ilişkin kısmında da idarenin sorumluluğunun bulunmaması nedeniyle hukuka uyarlık görülememiştir” Dan. 10. Dairesinin

davranışı zararın doğmasına neden olan idarenin faaliyeti ile birlikte etkili olmuş ise bu durum idarenin sorumluluğunu zarar görenin kusuru oranında azaltacaktır²⁹.

- Zarar, üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen bir eylem veya işlemten doğmuş ise idare doğan zarardan sorumlu olmaz³⁰. Ancak üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen faaliyet idarenin kusursuz sorumluluğu üzerinde herhangi bir etki doğurmayacağı gibi zararın gerçekleşmesinde üçüncü kişinin kusuru oranında idarenin sorumluluğunun paylaşılması durumu da söz konusu olabilecektir³¹.

- Zarar mücbir sebepten kaynaklanmış ise idarenin sorumluluğu yoktur³². Mücbir sebep halinde idari davranış ile zarar arasında nedensellik

30.10.1996 tarih ve E. 1995/5846, K. 1996/6434 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 28.04.2014.

²⁹ YILDIRIM, *Türk İdarî Rejimi Dersleri* C. II, s. 348.

³⁰ "Olayın oluşuna göre zararın doğmasına davacıların murisinin eyleminin sebep olduğu, dolayısıyla zarar ile idarenin eylemi arasında uygun illiyet bağının bulunmadığı anlaşıldığından idare mahkemesinin aksi yöndeki kararında hukuka uyarlık görülmemiştir. Bir an için idare mahkemesinin kararında yer alan gerekçe doğrultusunda illiyet bağının varlığı kabul edilse dahi zarar miktarı saptanırken davacıların murisinin olayın oluşumundaki etkisi dikkate alınarak belli bir oran dâhilinde tazminata hükmedilmesi gerekirken tamamının ödenmesi yolunda hüküm kurulmuş olması da hukuka aykırı bulunmuştur." Dan. 10. Dairesinin 1.7.1998 tarih ve E. 1998/2828, K. 1998/3479 sayılı kararı <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 25.04.2014.

³¹ YILDIRIM, *Türk İdarî Rejimi Dersleri* C. II, s. 349.

³² "Anayasanın 125. maddesinin 1. fıkrasında, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtildikten sonra son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğunun hükme bağlandığı, buna göre, idari hizmetlerin yürütülmesi sırasında bireylerin uğradıkları özel nitelikteki zararların, idari faaliyet ile zarar arasında nedensellik bağının bulunması koşuluyla idarece tazmini gerektiği, ancak zararın (ölüm olayının); büyüklüğü ve etkisi dikkate alındığında önceden bilinemeyen, karşı konulamayan ve idarenin faaliyetleri dışında gerçekleşmesi nedeniyle mücbir sebep sayılması gereken deprem sonucunda oluştuğu, mücbir sebebin ise, zararı idareye yüklenilebilir olmaktan çıkararak, zararlı idari faaliyet arasındaki nedensellik bağıni ortadan kaldıran unsur olması ve idarenin mücbir sebep dışında tazmin sorumluluğunu gerektirecek nitelikte hizmet kusuru bulunduğu yolunda somut ve

bağı kurulamayacağından idarenin ne kusurlu ne de kusursuz bir sorumluluğu bulunmaktadır³³.

- Zararın mücbir sebep olarak kabul edilmeyen ancak bilirse önlenebilecek nitelikteki durumlardan ileri gelmesi, idarenin kusur sorumluluğunu kaldırırken kusursuz sorumluluğu halleri üzerinde bir etkisi bulunmayacaktır³⁴.

- Zararla idari faaliyet arasında nedensellik bağı bulunmuyor ise idarenin sorumluluğu doğmayacaktır.

IV. ZARARIN GİDERİLMESİ

İdarenin faaliyeti sebebi ile zarara uğrayan kişiler bu zararların giderilmesi için idareye başvurarak zararlarının giderilmesi yolunu tercih edebilecekleri gibi tam yargı davası açmak sureti ile doğan zararlarının giderilmesini de isteyebileceklerdir³⁵.

Tam yargı davaları uygulamada sıkça görülen bir dava türüdür; idari işlem veya eylemler nedeniyle haklarının ihlal edildiğini iddia edenlerce uğranılan zararların giderilmesi için açılan davalardır³⁶.

İptal davalarının dava konusu idari işlemi oluşturan herhangi bir unsurundaki hukuka aykırılık iddiasına dayanmasına karşılık tam yargı davaları idarenin işlem, eylem ya da eylemsizliği şeklinde ortaya çıkan tutum ve davranışlarının neden olduğu zararın hangi sorumluluk esasına göre giderilip giderilmeyeceğine ilişkindir³⁷.

Tam yargı davaları ile idare ve idarenin faaliyeti sebebi ile zarara uğrayan bireyin doğan bu zararının yargısal yoldan giderilmesi amaçlanmaktadır. Tam yargı davaları ile idareden, ihlâl ettiği bir hakkı yerine

kesin veriler ortaya konulamaması nedeniyle idarenin tazmin sorumluluğundan söz edilemeyeceği" Dan. 11. Dairesinin 19.12.2005 tarih ve E. 2003/2027, K. 2005/5962 sayılı kararı <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 22.04.2014.

³³ GÜNDAY, a.g.e. s. 384.

³⁴ YILDIRIM, *Türk İdarî Rejimi Dersleri* C. II, s. 351.

³⁵ YILDIRIM, *Türk İdarî Rejimi Dersleri* C. II, s. 353; GÖZLER, *İdare Hukuku* C. II, s. 1354.

³⁶ YAYLA, a.g.e. s. 464- 465; YILDIRIM, *İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü*, s. 504.

³⁷ ÖZAY, İl Han, *Günüşiğında Yönetim II Yargısal Korunma*, İstanbul On iki Levha Yayınları, 2010, s. 206.

getirmesi ya da neden olduğu zararı gidermesi istenmektedir³⁸. Ancak iyi idare ilkesi gereğince bireylerin haklarını alabilmek için yargı yoluna başvurmaya gerek kalmaksızın idare tarafından doğan zararın karşılanması önemlidir³⁹. Bu açıdan doğan zararlardan yargı yolu dışında giderilmesi mümkün olanların yargı dışı bir takım çözüm yöntemleri ile giderilmesi, yargı organlarının iş yükünün azaltılması ve diğer taraftan uyuşmazlıkların taraflar açısından daha kısa sürede ve daha tatmin edici bir şekilde giderilmesine hizmet edecektir.

V. YARGI DIŞI YOLLARDAN UYUŞMAZLIKLARIN GİDERİLMESİ

İdarenin faaliyeti sebebi ile doğan zararın giderilmesine imkân sağlayan yargılama faaliyeti dışındaki diğer çözüm yolu idare ile idari faaliyet sebebi ile zarar gören bireyin anlaşmaları yolu ile uyuşmazlığın yargı yoluna başvurulmadan giderilmesinin sağlanmasıdır. Buna imkân tanıyan düzenlemelerimiz ise genel olarak İdari Yargılama Usulü Kanunumuzdaki idari başvuru yolları ve 659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleridir⁴⁰.

İdari başvuruları DURAN, şu şekilde tanımlamaktadır; *“fertlerin menfaatleri bulunan hususlarda, merkezîyet veya âdemi merkezîyet idarelerinde vaki olacak, amme hukukuna müteallik, bilcümle talep, iddia ve dilekleri idari müracaatı tazammun eder.”*⁴¹

³⁸ AYM, 21.9.1995 tarihli kararı, E. 95/27, K. 95/47, RGT 10 Nisan 1996, RGS 22607.

³⁹ ODYAKMAZ Zehra, “Kamu Yönetimi Reformundan İdari Beklentiler”, **Kamu Yönetimi Reformu Paneli** Ankara, Türkiye Kamusene Arge Yayınları, Yayın No: 7, 2003, s. 13 – 25; BAĞCI İbrahim, “Hukuk Devletinde İyi İdare”, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, 17 – 18 Ocak 1998**, Ankara T.C. Başbakanlık Basımevi, 1998, s. 286 - 288.

⁴⁰ Bu düzenlemelerin dışında 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun ve Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryollarının Ölüm veya Yaralanmalarla Neticelenen Kazalarda Hak Sahiplerine Sulh Yolu ile Verilebilecek Maddi ve Manevi Tazminat Esaslarının Düzenlenmesine Ait Yönetmelik hükümleri gibi özel nitelikli bir takım düzenlemelerde idarenin sorumluluğu kapsamında doğan zararların idare ile zarar gören kişinin anlaşmaları ile gidermelerine imkân tanıyan yargı dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri bulunmaktadır.

⁴¹ DURAN, Lütfi, “İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu”, **İÜHFİM**, C. XII, S. 1, s. 135.

İdari Yargılama Usulü Kanunumuzun 13. maddesine göre idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu zorunlu başvuru yolunun konulmuş almasındaki temel hedef idare ile birey arasında bir uzlaşma imkânı getirilmesidir⁴².

Zararın giderilmesi yönündeki isteğin idare tarafından kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava açma süresi içinde bireyin zararın giderilmesi istemi ile bir tam yargı davası açabilmesi mümkündür. Bu açıdan 13. madde temel olarak idari eylem sebebi ile zarara uğrayan bireyin zararını tazmin ettirebilmesi için öncelikle idareye başvurmasını ve idarenin zararı kendi isteğiyle tazmin etmemesi durumunda idareye karşı idari yargıda dava açılmasını gerektirmektedir⁴³. Bu açıdan madde hükmünün konuluş amacı, zararın yargı yoluna başvurulmadan giderilmesi imkânının tanınması ve böylece idarenin gerçekleştirdiği eylem sebebi ile doğan zararının giderilerek uyumsuzluğun yargı organları önüne getirilmeden önlenmesi amacıdır⁴⁴. Bu başvuru yolu ile zararların karşılanması durumunda tam yargı davalarının azaltılması sağlanabilecek dolayısı ile idari yargının iş yükünün azaltılmasına hizmet edebilecek, idare yargılama giderlerini karşılamaktan kurtulabilecek, hem de bireylerin idareye olan güvenini artıracaktır⁴⁵.

Belirtilen olumlu yönlerine rağmen 13. madde temel olarak kendisinden beklenen hedeften uzaktır. Kamu görevlilerinin sorumluluk almaktan kaçınmaları, yapılan başvuruların doğan zararın giderilmesinin mahkeme

⁴² ODYAKMAZ, Zehra / ÇINARLI, Serkan, **İdari Uyuşmazlıklarda Yargı Öncesi Çözüm Usullerinin Uygulanabilirliği**, Ankara Orion Kitabevi, 2013, s. 70.

⁴³ GÖZLER / KAPLAN, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 795.

⁴⁴ CANDAN Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Ankara Adalet Yayınevi, 2011, s. 469.

⁴⁵ HONDU, Selçuk, "İdari Yargılama Usulü Kanununda Yer Alan İdari Usuller ve Uygulaması" **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, 17 – 18 Ocak 1998**, Ankara T.C. Başbakanlık Basımevi, s. 263 – 264.

ilamına dayandırılmadan gerçekleştirilmemesi vs. sebeplerle başvuruların reddedilmesi maddenin işlevselliğini yitirmesine yol açmıştır⁴⁶. Bu açıdan madde hükmü günümüz itibariyle yargısal süreç içerisinde idari mercii tecavüzü ile karşılaşmaktan kaçınmak için kullanılması zorunlu ancak kendisinden beklenen faydayı sağlamaktan uzak bir başvuru durumunda kalmıştır.

Bu ve benzer sebeplerle son zamanlarda uyuşmazlıkların bir takım yargı dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile giderilmeleri konusu önem kazanmıştır. Uyuşmazlıkların yargı dışı yollardan giderilmelerine imkân tanıyan düzenlemelerden biri de 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri Ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname hükümleridir.

VI. ZARARLARIN TAZMİNİ BAKIMINDAN SULH YOLU

A. KAVRAMSAL OLARAK SULH

Kavram olarak sulh, iki tarafın karşılıklı istekleriyle, aralarında var olan çekişmeyi ortadan kaldırmaları veya çekişmenin ortaya çıkmasına engel olmaları olarak tanımlanabilecektir⁴⁷.

Uyuşmazlığı giderme yöntemlerinden biri de sulh yoludur ve iki tarafın aralarındaki uyuşmazlığı uyuşmazlık taraflarının kendi aralarında kendilerinin çözmelerini ifade eden mahkeme huzurunda ya da mahkeme dışında söz konusu olabilen uzlaşma durumudur⁴⁸.

Sulh, tarafların arasında meydana gelmiş bulunan uyuşmazlığın taraflardan her birinin bazı haklarından fedakârlıkta bulunup uyuşmazlığı ortadan kaldırmaları konusunda irade açıklamaları olarak tanımlanabilecektir⁴⁹.

⁴⁶ YILDIRIM, R. **İdari Başvurular**, s. 170.

⁴⁷ YILMAZ, Ejder, **Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü**, 3. Baskı, Ankara Yetkin Yayınevi, s. 632.

⁴⁸ ABACI DÖRTOK, Zeynep, “Bir Sorun Çözme Yöntemi Olarak Sulh: 18. Yüzyıl Bursa Kadı Sicillerinden Örnekler ve Düşündükleri”, **Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi**, Güz 2006, S. 20, s. 106.

⁴⁹ BİLGE, Necip / ÖNEN, Ergun **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. B. Ankara AÜHFY Yayın No. 422, 1978, s. 356; KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı**, İstanbul Alfa Yayınevi, 1995, s. 614.

B. 659 SAYILI KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME KAPSAMINDA SULH YOLU

659 Sayılı Kararname genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ve özel bütçeli idarelerin hukuk hizmetlerinin etkili, verimli ve usul ekonomisine uygun şekilde yerine getirilmesine ve bu hizmetlerin yürütülmesinde uygulama birliğinin sağlanmasına yönelik usul ve esasların belirlenmesi amacıyla (md. 1). Kararname genel olarak Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa⁵⁰ ek I ve II sayılı cetvelde yer alan idareleri kapsamaktadır⁵¹.

Kararname kapsamındaki idarelerin tarafı olduğu hem adli hem de idari uyuşmazlıklar için sulh yoluna gidilebilmesi kararname kapsamındaki koşullar çerçevesinde mümkündür.

659 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 12. maddesi kapsamında idarenin tarafı olduğu uyuşmazlıklardan hem idari işlemler hem de idari eylemler sebebi ile doğan zararların giderilmesi için sulh yoluna başvurulabilmesi mümkündür.

“İdari işlemler dolayısıyla haklarının ihlal edildiğini iddia edenler idareye başvurarak, uğramış oldukları zararın sulh yoluyla giderilmesini dava açma süresi içinde isteyebilirler. İdari eylemler nedeniyle hakları ihlal edilenlerce, idari dava açmadan önce 6.1.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 13 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca yapılan başvurular da sulh başvurusu olarak kabul edilir ve bu maddede yer alan hükümler çerçevesinde incelenir.”

Tam yargı davalarının idari işlem veya eylemlerden doğan zararların giderilmesi amacı ile açılabilmesine paralel olarak idari uyuşmazlıkların sulh yolu ile giderilebilmesi de hem idari işlemler hem de idari eylemler sebebi ile doğan uyuşmazlıkların giderilmesi açısından mümkün olmaktadır.

Kararnamenin 12. maddesinde yer alan idari uyuşmazlıkların sulh yolu ile giderilmesine dair esaslar gereğince idari işlemler dolayısı ile haklarının ihlal edildiğini iddia edenler ve idari eylemler sebebi ile haklarının ihlal edildiğini

⁵⁰ 2003 tarih ve 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, RGT 24.12.2003, RGS 25326.

⁵¹ Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ek I sayılı cetvelde genel bütçe kapsamındaki idareler, ek II sayılı cetvelde ise özel bütçeli idareler bulunmaktadır.

iddia edenler tarafından sulh başvurusu yapılabilir. Dolayısı ile idari uyuşmazlıkların sulh yolu ile giderilmesi amacıyla yapılacak başvuruların hem idari işlemler hem de idari eylemler sebebi ile zarara uğradığını iddia eden kişilerce yapılması mümkün olacaktır. Bu imkân tam yargı davalarındaki düzenlemelere paralel olarak bu davaların açılması için gerekli olan hak ihlali koşuluna tabi tutulmuştur.

İdari işlemi veya eylemi gerçekleştiren idarenin kararnamede belirtilen usul ve esaslar dairesinde uyuşmazlıklarını sulh yolu ile gidermek için karşı tarafı sulha davet etme yetkisi ise kararnamede belirtilen esaslar kapsamında bulunmamaktadır. İdari faaliyet sebebi ile hakkının ihlal edildiğini iddia edenler tarafından yapılacak başvuru üzerine idari uyuşmazlıklarda sulh yolunun işletilebilmesi mümkün bulunmaktadır.

İdari uyuşmazlıklar sebebi ile yapılacak sulh başvuruları idari faaliyetin idari işlem mi yoksa bir idari eylem mi olduğuna göre farklı şekillerde yürütülecektir. Zira idari eylemden bir zarar doğduğu iddiası söz konusu ise kararnamede bu eylemin mahiyeti, idarenin bu eylem sebebi ile bir sorumluluğunun bulunup bulunmadığı, zararın miktarı ne şekilde giderileceği vs. daha ayrıntılı bir şekilde tespit edilecektir.

İdari Yargılama Usulü Kanununun 13 üncü maddesi gereğince idari eylemler sebebi ile yapılacak başvurularda kararnamedeki açık düzenleme gereğince artık sulh başvurusu olarak kabul edilecek ve kararnamede kapsamında incelenecektir⁵². Buradaki ön karar başvurusundaki amaç hakkın yerine getirilmesini mahkeme kararına ihtiyaç duymaksızın sağlamak olmasına rağmen uygulamada tazmin talebinin bu şekilde karşılandığı örneklerle karşılaşmamıştır⁵³. Bu nokta diğer bir eleştiri de şu olabilir; tazminat talebini tüm deliller ile sabit olmasına rağmen karşılamayan ve yargı yoluna başvurmak sureti ile idarenin daha yüksek tazminat ödemesine sebep olan ita

⁵² “İdari eylemler nedeniyle hakları ihlal edilenlerce, idari dava açmadan önce 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 13 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca yapılan başvurular da sulh başvurusu olarak kabul edilir ve bu maddede yer alan hükümler çerçevesinde incelenir.” (md. 12/1)

⁵³ ÖZKAN, Gürsel, “Tazminat Uyuşmazlıklarının İdari Yargı Öncesi Sulh Yoluyla Çözümü”, **International Conference On Eurasian Economies**, 2016, s. 265.

amirleri konusunda herhangi bir düzenleme getirmemiş olmasıdır⁵⁴. Bu sebeple düzenlemenin işlerlik kazanmayacağı düşünülebilir.

Kararname kapsamında yapılacak sulh başvurularının bir diğer önemli özelliği işlemekte olan dava açma süresini durdurmasıdır. Başvurudan itibaren altmış gün içinde başvurunun sonuçlandırılmaması halinde başvurunun reddedildiği varsayılacak ve başvuru ile durmuş olan dava açma süresi kaldığı yerden işlemeye devam edecektir.

“Sulh istemine ilişkin başvuru, işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurur. Başvuru sonuçlanmadan dava açılmaz.”

C. SULH BAŞVURUSUNUN İNCELENMESİ VE SONUÇLANDIRILMASI

Sulh başvurusunun idari faaliyet sebebi ile doğan zararın giderilmesi istemi ile yapılması halinde⁵⁵ başvuru kabul edilerek hukuki uyumsuzluk değerlendirme komisyonuna gönderilecektir.

Komisyon incelemesinde başvurunun konusu, zarara yol açan olay ve nedenleri, zararın idari eylem veya işlemde doğup doğmadığı ve meydana geliş şekli, idarenin tazmin sorumluluğunun olup olmadığı, zararın miktarı ve ödenecek tazminat tutarı tespit edilir. İdare ve idari faaliyetten zarar görenin tespit edilen zarar miktarı ve zararın karşılanma şekli üzerinde anlaşmaları halinde durum bir tutanakla tespit edilir. Bu tutanak ilam hükmünde olup ilamların icrasına dair hükümlere tabidir.

Sulh tutanağının ilam hükmünde kabul edilmesinin önemli sonuçları bulunmaktadır. Her şeyden önce sürece idari birimlerinde rahatlıkla katılmasını sağlayacak ve kamu görevlilerini ileride Sayıştay denetimi karşısında koruyacaktır⁵⁶. Diğer taraftan üzerinde sulh olunan hususlarda tarafların dava açma hakları bulunmamaktadır. Böylelikle uyumsuzluk sulh yolu ile nihai olarak ortadan kaldırılabilecektir. Komisyonun çalışmaları konusunda geniş inceleme ve değerlendirme imkânının tanınması komisyon

⁵⁴ ODYAKMAZ / ÇINARLI, s. 80 – 81.

⁵⁵ “Sulh başvurusu, belli bir konuyu ve somut bir talebi içermiyorsa, idari makam tarafından reddedilir.” 659 Sayılı KHK md. 12/4.

⁵⁶ ÇOLAK, Nusret, İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları, <http://www.ilkercolak.com.tr/idari-uyusmazliklarda-alternatif-cozum-yollari/> et; 6.10.2017.

çalışmalarına işlerlik kazandırma açısından önemli bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁷.

İdarenin uyuşmazlığın tarafı olduğu durumlarda bireylerin yargı yoluna başvurmasına gerek kalmaksızın idare ile uzlaşarak uyuşmazlığı gidermeye imkân tanınması bireylerin idareye güven duymasını sağlayarak idarenin kamu hizmetlerini gereği gibi yapmasını sağlayacak diğer yandan da kamu hizmetlerinin daha sağlıklı şekilde yürütülmesini sağlayacaktır⁵⁸.

Sulh yolu idarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların yargı yolu ile giderilmesine gerek kalmaksızın uyuşmazlığı ortadan kaldırmaya hizmet eden ve yargı dışı çözüm yöntemleri olarak adlandırılan yöntemlerden biridir. Bu yöntem yargılamaya göre daha kısa sürede sonuçlandırılan bir yöntem olup taraflar arasındaki yani idare ile birey arasındaki iyi ilişkilerinde sürdürülmesi konusunda etkili olacaktır⁵⁹.

SONUÇ

İdarenin faaliyetleri sebebi ile doğan zararlardan sorumluluğu bugün için genel olarak gerek mevzuatımız itibari ile gerekse yargı kararları ile açık bir şekilde kabul edilmektedir. İdarenin söz konusu sorumluluğu sebebi ile doğan zararların giderilmesini sağlamak konusunda başvurulabilecek / uygulanabilecek iki yol bulunmaktadır. Söz konusu uyuşmazlığı yargı yolu ile veya yargı dışı çözüm yolları ile gidermek. Bu gün için ülkemiz itibari ile çok fazla uygulaması bulunmasa da uyuşmazlıkların yargı dışı yollardan giderilmesi yargısal çözüm yollarına oranla birçok artı sağlamaktadır. Bu açıdan gerek kabul edilebilirlik koşulları gerekse de uyuşmazlığı nihai olarak ortadan kaldırabilme gücü açısından sulh yöntemi oldukça etkili bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Üstelik bu yöntemde taraflar uyuşmazlığın giderilmesi konusunda daha fazla söz sahibi olduklarından hem uyuşmazlık çözüm sürecinde hem de uyuşmazlığın giderilmesinden sonraki ilişkilerin daha iyi bir şekilde yürütülmesi açısından da önemlidir. Sulh yöntemi ayrıca

⁵⁷ ÇOLAK, Nusret, age.

⁵⁸ CİDECİGİLLER, Aynur, **İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Sulh Yolu ile Giderilmesi**, Ankara Adalet Yayınevi, 2015, s. 187.

⁵⁹ HASOĞLU, Aynur, "İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 65 (4) 2016, s. 1994.

uyuşmazlıkların yargı yolu ile giderilmesinden farklı olarak uyuşmazlığı çok daha kısa sürede ve daha az masrafla giderilmeyi sağlayacaktır. Dolayısı ile hem vatandaş hem de idare açısından tercih edilebilir bir yöntem olabilecektir.

KAYNAKLAR

- ABACI DÖRTOK, Zeynep, “Bir Sorun Çözme Yöntemi Olarak Sulh: 18. Yüzyıl Bursa Kadı Sicillerinden Örnekler ve Düşündürdükleri”, **Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi**, Güz 2006, S. 20, s. 105-115.
- ARMAĞAN, Tuncay, **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Ankara Seçkin Yayıncılık, 1997.
- ATAY Ender Ethem / ODABAŞI Hasan, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Gün. 2. B. Ankara Seçkin Yayıncılık, 2010.
- ATAY E. Ethem, **İdare Hukuku**, Ankara Turhan Kitabevi, 2006. (İdare Hukuku olarak kısaltılmıştır.)
- ATAY E. Ethem, “İdarenin Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara Turhan Kitabevi, 2006, s. 1061 – 1098. (İdarenin Sorumluluğu olarak kısaltılmıştır.)
- BAĞCI İbrahim, “Hukuk Devletinde İyi İdare”, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, 17 – 18 Ocak 1998**, Ankara T.C. Başbakanlık Basımevi, 1998, s. 286 – 288.
- BİLGE, Necip / ÖNEN, Ergun **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. B. Ankara AÜHFY Yayın No. 422, 1978.
- CANDAN Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Ankara Adalet Yayınevi, 2011.
- CİDECİGİLLER, Aynur, **İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Sulh Yolu ile Giderilmesi**, Ankara Adalet Yayınevi, 2015.
- HASOĞLU (CİDECİGİLLER), Aynur, “İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 65 (4) 2016, s. 1981 - 1986.
- ÇAĞLAYAN Ramazan, **Tarihsel Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, Ankara Asil Yayıncılık, 2007. (İdarenin Kusursuz Sorumluluğu olarak kısaltılmıştır.)
- ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, 2. B. Ankara Seçkin Yayıncılık 2012. (İdari Yargılama olarak kısaltılmıştır.)

- ÇOLAK, Nusret, İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları, <http://www.ilkercolak.com.tr/idari-uyusmazliklarda-alternatif-cozum-yollari/> et; 6.10.2017.
- DURAN Lütfi, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular**, TODAİE Yayınları Yayın No: 138, Ankara Sevinç Matbaası, 1974. (İdarenin Sorumluluğu olarak kısaltılmıştır.)
- DURAN, Lütfi, “İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu”, **İÜHF**, C. XII, S. 1, s. 130 – 199. (İdari Müracaatlar olarak kısaltılmıştır.)
- DÜREN Akın, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, AÜHFY, 1979.
- ESİN Yüksel, **Danıştay’ da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas İdarenin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara 1976.
- GÖZLER Kemal / KAPLAN Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Gün. 14. B. Bursa Ekin Kitabevi 2013. (İdare Hukuku Dersleri olarak kısaltılmıştır.)
- GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, C. 2, 2. B., Bursa Ekin Kitabevi 2009. (İdare Hukuku olarak kısaltılmıştır.)
- GÜNDÜZ Fatma Ebru / GÜNDÜZ Hakan, “İdare Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, **GÜHFD** C. XV, 2011, S. 3, s. 225 - 258.
- GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, Gün. 10. baskı, İstanbul İmaj Yayınevi 2011.
- HONDU, Selçuk, “İdari Yargılama Usulü Kanununda Yer Alan İdari Usuller ve Uygulaması” **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, 17 – 18 Ocak 1998**, Ankara T.C. Başbakanlık Basımevi, s. 260 – 264.
- KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı**, İstanbul Alfa Yayınevi, 1995.
- ÖZAY, İl Han, **Günüşiğinde Yönetim II Yargısal Korunma**, İstanbul On iki Levha Yayınları, 2010.
- ODYAKMAZ Zehra, “Kamu Yönetimi Reformundan İdari Beklentiler”, **Kamu Yönetimi Reformu Paneli** Ankara, Türkiye Kamusene Arge Yayınları, Yayın No: 7, 2003, s. 13 – 25.
- ODYAKMAZ, Zehra / ÇINARLI, Serkan, **İdari Uyuşmazlıklarda Yargı Öncesi Çözüm Usullerinin Uygulanabilirliği**, Ankara Orion Kitabevi, 2013.

- ÖZKAN, Gürsel, “Tazminat Uyuşmazlıklarının İdari Yargı Öncesi Sulh Yoluyla Çözümü”, **International Conference On Eurasian Economies**, 2016, s. 260 – 267.
- YAYLA Yıldızhan, **İdare Hukuku**, İstanbul; Beta Yayınevi, 2009.
- YENİCE Kazım / ESİN Yüksel, **Açıklamalı, İçtihatlı, Notlu İdari Yargılama Usulü**, Ankara Arısan Matbaacılık, 1983.
- YILDIRIM Ramazan, **İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü**, Konya Mimoza Yayınları, 2006. (YILDIRIM R. **İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü** olarak kısaltılmıştır).
- YILDIRIM Ramazan, **İdari Başvurular**, 2. B. Konya Mimoza Yayınları 2006. (YILDIRIM R. **İdare Başvurular** olarak kısaltılmıştır).
- YILDIRIM Ramazan, **Türk İdarî Rejimi Dersleri, Cilt II**, 2. B. Konya Mimoza Yayınları 2014. (YILDIRIM R. **Türk İdarî Rejimi Dersleri II** olarak kısaltılmıştır.)
- YILMAZ, Ejder, **Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü**, 3. Baskı, Ankara Yetkin Yayınevi.

2014 TUNUS ANAYASASI HAKKINDA GENEL BİR DEĞERLENDİRME*

Arş. Gör. Murat AÇIL**

A GENERAL REVIEW OF 2014 TUNISIAN CONSTITUTION

ÖZ

2014 Tunus Anayasası, 14 Ocak Devrimi'nin ardından oluşan özgürlükçü havada geniş bir mutabakatla hazırlanmış bir metindir. Anayasada, üçüncü kuşak hakları da kapsayacak şekilde, geniş bir temel hak ve hürriyetler listesine yer verilmiştir. Hükümet sistemi alanında, üçüncü dalga demokrasilerinin de yaygın olarak benimsediği yarı başkanlık sisteminin tercih edildiği görülmektedir. Uzun yıllar süren otoriter yönetimin ardından demokratik kazanımları koruyabilmek için güçlü bir Anayasa Mahkemesi'ne yer verilmiştir.

* **Kabul Edildiği Tarih:** 06.07.2017

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.305604](https://doi.org/10.15337/suhfd.305604)

Bu makale, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde hazırlanan "Tunus'un Demokratik Dönüşümü ve 2014 Tunus Anayasası" isimli seminer çalışmasından yararlanılarak yazılmıştır.

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

E-mail Adresi: murat_acil@hotmail.com

ORCID ID: orcid.org/0000-0002-0333-3121

Çalışmamızda 2014 Tunus Anayasası'nın öngördüğü devlet yapısı, temel hak ve hürriyetler, kamusal erkler ve bu erklerin birbirleri ile ilişkileri ana hatları itibariyle incelenmiştir.

ANAHTAR KELİMELER: *Yarı Başkanlık Sistemi, Rasyonelleştirilmiş Parlamentarizm, Anayasa Mahkemesi, En Büyük Artık Usulü, Yüksek Hâkimler Kurulu*

ABSTRACT

2014 Tunisian Constitution is a text which has been prepared with a wide consensus in a libertarian atmosphere which was occurred after the 14 January Revolution. A wide list of fundamental rights and liberties including third-generation human rights has been took part in constitution. In the area of system of government, semi-presidential system has been preferred like other third wave democracies did. After the long authoritarian period, a strong Constitutional Court has been took part to preserve the democratic gains.

In this work, the structure of state, fundamental rights and liberties, relation of public powers to an another in 2014 Tunisian Constitution have been evaluated.

KEY WORDS: *Semi-Presidential System, Rationalized Parliamentarism, Constitutional Court, Largest Remainder Method, Supreme Judicial Council*

1) GİRİŞ

Arap Baharı'nın başladığı ülke olan Tunus'ta, Bin Ali önderliğindeki otoriter yönetimin yıkılması üzerine, 2011 yılında yeni bir anayasa hazırlamak üzere Kurucu Meclis oluşturmuştur. Üç yıla yakın bir süre boyunca çalışmalarını sürdüren Kurucu Meclis, 26 Ocak 2014 günü, 4 çekimser, 12 ret oyuna karşılık 200 kabul oyu ile yeni Tunus Anayasası'nı kabul etmiştir.

2014 Tunus Anayasası 10 bölüm ve 149 maddeden oluşmaktadır. Çalışmamızda 2014 Tunus Anayasası'nın öngördüğü devlet yapısı, temel hak ve hürriyetler, kamusal erkler ve bu erklerin birbirleri ile ilişkileri ana hatları itibariyle incelenmiştir.

II) ANAYASANIN GENEL YAPISI, DEĞİŞTİRİLMESİ VE DEVLETİN TEMEL NİTELİKLERİ

Siyasal sisteminde köklü değişimler geçiren ülkelerde uzun ve ayrıntılı anayasalar yapma eğilimi bulunmaktadır¹. 2014 Tunus Anayasası'nda ise ne seçilmiş makamlara güvensizliğin bir tezahürü olarak ileride çıkması muhtemel her türlü durum düşünülüp ayrıntılı bir düzenleme yapma yoluna gidilmiş; ne de 1959 Anayasası gibi bilinçli boşluklar bırakılıp bu boşlukların uygulamada iktidarı elinde bulunduran güçler tarafından doldurulmasına müsaade edilmiştir. Devletin temel niteliklerini düzenleyen birinci bölümü ile temel hak ve hürriyetleri düzenleyen ikinci bölümünde maddeler kısa ve öz bir üslupla kaleme alınmışken, kamu organlarını düzenleyen bölümler için daha kazuistik bir yöntem benimsenmiştir.

2014 Anayasası, devrim kazanımlarını somutlaştıran bir hukuki metin olarak tasarlanmıştır. Bu yüzden anayasada değişiklik yapılması, hem teklif hem de kabul aşamaları açısından oldukça güç şartlara bağlanarak temel hak ve hürriyetlerin garanti altına alınması yoluna gidilmiştir.

Anayasa değişikliğini teklif etme yetkisi, Cumhurbaşkanı ve Meclis üye tam sayısının üçte biri oranında milletvekiline verilmiştir. Temsilciler Meclisi Başkanı tüm değişiklik tekliflerini, anayasanın değiştirilmesi yasaklanan hükümlerine aykırı olup olmadığını incelemesi için Anayasa Mahkemesi'ne sunar². Anayasa Mahkemesi'nin uygun bulunduğu tekliflerin maddelerinin görüşülmesine geçilebilmesi için Meclis üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyu gereklidir. Görüşmelerin ardından yapılan nihai oylamada, üye

¹ Atar, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Konya, 2013, s. 6.

² Bu hüküm birçok açıdan sakıncalıdır. Öncelikle Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişiklikleri hakkında esas denetimi yapabilmesinin önü açılmıştır. Anayasa Mahkemesi bu yetki sayesinde, örneğin 2. maddede yer verilen hukukun üstünlüğü gibi, tanımı ve kapsamı üzerinde farklı değerlendirmeler yapılmaya müsait bir kavrama dayanarak değişiklik teklifini reddedebilir. İkincisi, değişiklik tekliflerinin otomatik olarak Anayasa Mahkemesi tarafından incelenebilmesi, yargı fonksiyonunun temel mantığıyla bağdaşmaz. "Davasız yargılama olmaz" ilkesi uyarınca bir mahkemenin bir uyuşmazlığı çözüme kavuşturabilmesi için talep gereklidir. Oysa burada Meclis Başkanının değişiklik teklifini Anayasa Mahkemesi'ne götürme konusunda takdir yetkisi değil, bağlı yetkisi söz konusudur.

tamsayısının üçte ikisinin oyuyla teklif kabul edilmiş olur. Fakat Cumhurbaşkanı'nın parlamentoda kabul edilen değişiklik teklifini referanduma sunma yetkisi vardır.

Anayasanın 1. maddesine göre “Tunus; özgür, bağımsız ve egemen bir devlettir. Dini İslam, dili Arapça ve devlet şekli cumhuriyettir.” 2. maddeye göre “Tunus; vatandaşlık, halkın iradesi ve hukukun üstünlüğüne dayanan sivil bir devlettir”. Bu iki maddenin değiştirilmesi yasaklanmıştır. 4. maddede Tunus Cumhuriyeti'nin temel ilkelerinin özgürlük, onur ve adalet olduğu; 7 ve 8. maddelerde aile ve gençliğin korunmasının devletin yükümlülüklerinden olduğu, 12. maddede devletin sosyal adaleti, sürdürülebilir gelişmeyi sağlamak ve bölgeler arası gelişmişlik farkını ortadan kaldırmak için pozitif ayrımcılığa başvurabileceği, 14. maddede devletin üniter yapı içerisinde adem-i merkezi bir idare sistemi kuracağı, 15. maddede kamu idaresinin açıklık, bütünlük, verimlilik ve hesap verilebilirlik esaslarına göre tarafsız ve eşitlik ilkesine uygun bir şekilde halka hizmet edeceği, 16, 18 ve 19. maddelerde sırasıyla eğitim kurumlarının, ordu ve polis güçlerinin tarafsızlığı, 20. maddede ise Temsilciler Meclisi tarafından onaylanan uluslararası anlaşmaların normlar hiyerarşisinde kanun üstü ve anayasa altı seviyede yer aldığı düzenlenmiştir³. Temel ilkeler bölümünde devletin nitelikleri olarak demokratiklik ve insan haklarına bağlılık hususlarının yer almaması bir eksiklik olarak değerlendirilebilir. Fakat bu eksiklik, anayasanın başlangıç kısmında ve diğer maddelerinde bu ilkelere yer verilerek giderilmeye çalışılmıştır.

Yeni Tunus Anayasası hazırlanırken farklı toplum kesimleri ve partiler arasında görülen en önemli ihtilaf, din-devlet ilişkilerinin düzenlenmesi konusunda yaşanmıştır. 1959 Anayasası'nda devletin dininin İslam olduğu

³ Bu hükümde, sadece “Temsilciler Meclisi” tarafından onaylanan uluslararası anlaşmalardan bahsedilmesi, eski rejim döneminde kabul edilen uluslararası anlaşmaların da kanun üstü bir seviyede yer alıp almadığı ile ilgili tereddüt doğurabilecek niteliktedir. Bu açıdan “Yasama organı tarafından onaylanmış” ifadesinin yer alması daha uygun olurdu. (European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), **Opinion on the Final Draft Constitution of the Republic of Tunisia, Opinion 733 / 2013**, 17 Ekim 2013, s. 10) Fakat hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesi gereğince, hükmün sözel ifadesine bağlı kalmadan eski rejim döneminde usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası anlaşmaların da kanun üstü bir seviyede yer aldığını kabul etmek gerekir.

vurgulanmış olmasına rağmen hem Burgiba, hem de Bin Ali dönemlerinde yönetim seküler ilkeler üzerine oturtulmuştur⁴. Buna ek olarak Nahda gibi İslamcı partiler yasaklanmış; parti yöneticileri ve üyeleri tutuklamalardan sürgün ve işten çıkarmaya varıncaya dek birçok baskıyla karşılaşmıştır. 14 Ocak Devriminin ardından oluşan özgürlükçü havada, yeraltına inmek zorunda kalan başta Nahda olmak üzere birçok İslamcı hareket tekrar örgütlenmeye başlamıştır. Ulusal Kurucu Meclis seçimlerinde Nahda'nın yakaladığı büyük başarı, seküler parti ve kesimlerin tedirginliğine yol açmıştır. Fakat Nahda, Mısır'daki Müslüman Kardeşler Hareketi'nin aksine, hem söylem hem de faaliyet bazında muhalefetin tedirginliğini gidermeye yönelik adımlar atmaya başlamıştır. Seçimlerin ardından sol görüşlü iki partiyle koalisyon hükümeti kurulmuş; parti içindeki aşırı istekler de törpülenmeye çalışılmıştır.

Din-devlet ilişkileri açısından anayasal düzenlemelerde ortalama bir yolun tercih edildiği söylenebilir. Anayasanın birçok kısmında İslam dinine yönelik atıflar bulunmaktadır. Başlangıç kısmında ve 39. maddede ülkenin İslam-Arap kimliği vurgulanmış; 1. maddede İslam'ın devlet dini olduğu belirtilmiş⁵; 6. maddede dinin ve kutsalların devletin koruması altında bulunduğu beyan edilmiş ve 74. maddede Cumhurbaşkanı'nın Müslüman olması şart koşulmuştur. Üstelik anayasada laiklik ilkesine de yer verilmemiştir. Tüm bu İslami referanslara karşın anayasada, şeriate hukukun kaynakları arasında yer veren bir hükme rastlanmamaktadır. Anayasanın 6. maddesinde⁶ din ve vicdan özgürlüğü ile ibadet özgürlüğü garanti altına

⁴ Köybaşı, Serkan, “Yeni Tunus Anayasası'nın Yazım Süreci Ve Sürecin Sonuca Yansımaları”, Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, C. 2, İstanbul, 2014, s. 2303.

⁵ Bu hükmün devlet dinine mi yoksa Tunus halkının çoğunluğunun dininin İslam olduğuna mı vurgu yapıldığına ilişkin tartışmalar için bkz. The Carter Center, **The Constitution-Making Process in Tunisia: Final Report**, 2014, s. 81; http://www.cartercenter.org/resources/pdfs/news/peace_publications/democracy/tunisia-constitution-making-process.pdf, E.T. 26.08.15; Horchani, Ferhat, “Güçlü Ve Zayıf Yönleriyle 27 Ocak 2014 Tarihli Yeni Tunus Anayasası”, Duymaz, Erkan (Çeviren), **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 3, S. 6, Y. 2014, s. 17; European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), s. 6.

⁶ Bu madde anayasanın sistematigi açısından oldukça sıkıntılıdır. Temel hak ve hürriyetlere genel olarak anayasanın ikinci bölümünde yer verilmişken din ve vicdan özgürlüğüne devletin temel ilkelerini düzenleyen birinci bölümde yer verilmesi, bu

alınmış; tekfir⁷ yasaklanmıştır. Ayrıca Hizbut Tahrir, İslah Cephesi, Ensar el-Şeria gibi Kurucu Meclis'te temsil imkânı bulamayan Selefi grupların ülke genelinde 200'den fazla camiye kontrol altında tuttıkları söylentileri⁸ üzerine devletin; camilerin ve her türlü ibadethanelerin tarafsızlığını sağlamakla görevli olduğuna ilişkin bir hüküm anayasada yer almıştır.

III) Temel Hak ve Hürriyetler

2014 Anayasası'nda 1959 Anayasası'na oranla çok daha geniş bir temel hak ve hürriyetler listesine yer verilmiştir. Anayasada birinci ve ikinci kuşak hakların yanı sıra üçüncü kuşak haklar da bulunmaktadır.

Anayasada yer alan birinci kuşak haklar listesi şöyledir: Eşitlik ilkesi (m.21), hayat hakkı (m.22), insan onuru, vücut bütünlüğü ve işkence yasağı (m.23), özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, haberleşme hürriyeti, yerleşme ve seyahat hürriyeti (m. 24), vatandaşlık hakkı (m.25), siyasi iltica hakkı (m.26), kişi özgürlüğü ve güvenliği (m.27, 28,29), mahkûmların hakları (m.30), düşünce, ifade ve basın hürriyeti (m.31), akademik hürriyetler (m.33), seçme ve seçilme hakkı (m.34), örgütlenme özgürlüğü (m.35), toplanma ve barışçıl gösteri hakkı (m.37), mülkiyet ve fikri mülkiyet hakkı (m.41). Geniş bir listeye yer verilmiş olsa da zorla çalıştırma yasağı ve teşebbüs hürriyetinin düzenlenmemiş olması bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Ayrıca kutsal bir hak olarak adlandırılan hayat hakkının sınırlandırılmasında inisiyatif yasama

hürriyetin anayasada yer alan diğer hürriyetlerin tabi koruyucu hükümlere tabi olup olmayacağı hususunda tartışma yaratması muhtemeldir. Ayrıca bu maddeyle devlete yüklenen dini ve kutsalları koruma görevi de din ve vicdan hürriyeti ile ifade hürriyetinin anayasal bir sınırlaması olarak anlaşmıştır. Bu yönde bir anlayış için bkz. Guellali, Amna, "The Problem with Tunisia's New Constitution", **World Policy Journal**, 3 Şubat 2014, <http://www.worldpolicy.org/blog/2014/02/03/problem-tunisia%E2%80%99s-new-constitution>, E.T. 30.08.15.

⁷ Tekfir; Müslüman bir kişinin küfre düştüğünü, bu yüzden öldürülmesinin caiz olduğunu ilan etmektir. Tunus'taki siyasal dönüşümün sorunsuz atlatılabilmesinde iktidar ve muhalefetin tekfirin yasaklanması konusundaki uzlaşısı büyük yarar sağlamıştır. Bu sayede laik kesimin tekfir suçlamasına maruz kalma korkusu ile gereği gibi siyaset yapamayacağına dair endişeler ortadan kaldırılmıştır.

⁸ Yaşar, Nebahat, **Reconsidering Durability of Authoritarian Regime and Possibilities of Democratization in Tunisia**, Orta Doğu Teknik Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Orta Doğu Araştırmaları Bölümü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, s. 98.

organına bırakmak ve genel sınırlamaların dışında ekstra bir şart öngörmemek, hayat hakkının özel konumuyla bağdaşmamıştır⁹.

Tunus'u 14 Ocak Devrimine götüren sürecin önemli etkenlerden biri, özellikle eğitilmiş genç nüfus arasında işsizlik oranlarının yüksek olmasıydı. Ayrıca refahın tabana yayılamaması ve bir grup siyasal eliten devlet imkânları sayesinde aşırı zenginleşmesi devrimi tetikleyen sebeplerdendi. Bu ekonomik hoşnutsuzluğun bir yansıması olarak 2014 Anayasası'nda sosyal ve ekonomik haklara geniş bir yer ayrılmıştır¹⁰. Anayasada yer alan sosyal haklar şunlardır: Ailenin korunması (m.7), gençliğin korunması (m.8), sendika kurma ve grev hakkı¹¹ (m.36), sağlık hakkı¹² (m.38), eğitim hakkı¹³ (m.39), çalışma hakkı ve ücrette adalet (m.40), sporun teşviki (m.42), çocuk hakları (m.47), engelli bireylerin korunması (m.48). Sosyal ve ekonomik haklara bu kadar geniş yer ayrılmış olmasına rağmen bu hakların hayata geçirilmesinde devletin hangi öncelikleri gözeteceği ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır.

⁹ Hayat hakkının düzenlendiği 22. madde şöyledir: "Hayat hakkı kutsaldır ve kanunda düzenlenen istisnai haller dışında dokunulamaz." Bu maddede hayat hakkının hangi durumlarda ihlal edilebileceği ile ilgili özel bir düzenleme yapılmaması, hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının sınırını düzenleyen 49. madde ile bir çelişki doğurmuştur. Çünkü 49. maddede yer alan kriterlerden biri olan öze dokunma yasağı, niteliği gereği hayat hakkı için uygulanamaz. Zira hayat hakkına yapılacak her türlü sınırlandırma öze dokunmak durumundadır. Bu açıdan kanunda hangi istisnai halin düzenlenebileceği soru işaretidir. Anayasadaki düzenlemeden maksat idam cezasının devamı ise, bunun anayasada açıkça yer alması daha uygun olurdu.

¹⁰ 1959 Anayasası'nda sosyal haklara yer verilmemiş; sadece başlangıç kısmında cumhuriyet rejiminin ülke servetini halk yararına sarf etmede, iktisadi hayatı canlandırarak refah içindeki bir hayatı temin etmede, ailenin ve vatandaşların eğitim, sağlık ve hayatı için gerekli olan şeyleri üretmede en iyi kefil olduğu belirtmekle yetinilmişti. Bkz. El Gannuşi, Raşid, **İslam Devletinde Kamusal Özgürlükler**, Tunç, Osman (Çeviren), İstanbul, Tarihsiz, s. 88.

¹¹ Ordu, iç güvenlik ve gümrük personelinin sendika kurma ve grev hakkı bulunmamaktadır (m.36).

¹² "Devlet, düşük gelirli ve çaresiz kimselerin sağlık hizmetine ücretsiz erişimini garanti eder" (m.38).

¹³ 16 yaşına kadar eğitim ve öğretim zorunludur. Devlet tüm seviyelerde ücretsiz eğitim imkânı sağlamakla yükümlüdür (m.39).

Tunus Anayasası'nın en ilgi çekici özelliklerinden birisi, üçüncü kuşak haklara da yer vermesidir. Anayasada yer alan üçüncü kuşak haklar şöyledir: Kültür hakkı (m.42), su hakkı (m. 44), sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı¹⁴ (m.44).

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması ile ilgili esaslar anayasanın 49. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre temel hak ve özgürlükler sınırlandırılırken riayet edilmesi gereken hususlar sınırlamanın ancak kanun ile yapılabilmesi, hakkın özüne dokunma yasağı, ölçülülük ilkesi, sınırlamanın sivil ve demokratik devletin gereklerine uygunluğu ve anayasada yer alan genel sınırlama sebeplerinden birisine dayanılmasıdır.

Genel sınırlama sebepleri; başkalarının haklarının korunması, kamu düzeninin gerekleri, ulusal savunma, kamu sağlığı, genel sağlık ve genel ahlakın gerekleri olarak öngörülmüştür. Her bir maddede o hak ve hürriyetin niteliğine uygun özel sınırlama sebepleri konulması yerine geniş ve soyut içerikli bir genel sınırlama sebebi kataloğuna yer verilmesi hak ve hürriyetlerin korunması açısından daha az güvenceli bir yöntem olmuştur.

İnsan haklarının korunması açısından anayasada yer alan iki güvencenin özel önemi bulunmaktadır. Birincisi; anayasada garanti altına alınan hak ve hürriyetleri temelinden sarsacak şekilde anayasa değişikliği yapılmasının yasaklanmasıdır (m.49/3). Bu hüküm, temel hak ve hürriyetler alanında değişiklik yapılmasını tümüyle yasaklamamaktadır. Ancak yapılan değişiklik ile o hak ve hürriyetin kullanılamaz hale getirilmesi veya tamamıyla kaldırılması yasaklanmaktadır. Temel hak ve hürriyetler alanında tali kurucu iktidarın değişiklik yetkisinin sınırlandırılması orijinal bir güvencedir. İkinci güvence ise anayasal bir kurum olan İnsan Hakları Komisyonu'dur. Bu komisyon, insan hak ve hürriyetlerine saygı gösterilmesini gözetir ve insan haklarına ilişkin hukuki altyapının geliştirilmesi için teklifler sunar. İnsan hakları alanında hazırlanan kanun tasarılarının bu komisyon tarafından incelenmesi mecburidir. Bağımsız ve tarafsız üyelerden oluşan komisyon ayrıca, insan hakkı ihlallerinin çözümü amacıyla araştırmalar yürütür (m.128).

¹⁴ Bu hak kapsamında iklim değişikliğiyle mücadeleye de yer verilmiştir. Tunus; Dominik Cumhuriyeti ve Ekvator'un ardından iklim değişikliği ile mücadeleye anayasasında yer veren üçüncü ülke olmuştur (Köybaşı, s. 2312).

2014 Anayasası'nın temel hak ve hürriyetler alanıyla ilgili eleştiriye açık yönü olağanüstü durumlarda hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması ve ortadan kaldırılması ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasıdır. Anayasanın 80. maddesinde devletin bağımsızlığını ve milletin güvenliğini tehdit eden istisnai durumlarda Cumhurbaşkanı'nın Başbakan ve Temsilciler Meclisi Başkanı'na danıştıktan sonra her türlü tedbire başvurabileceği düzenlenmiştir. Açıkça belirtilmemiş olsa dahi, "her türlü tedbir" kavramının kapsamı dâhiline temel hak ve hürriyetleri sınırlandırmanın ve gerektiğinde ortadan kaldırmanın da gireceği kabul edilmelidir. Esasında, olağanüstü durumlarda temel hak ve özgürlükleri olağan dönemlere göre daha fazla sınırlandırmak ve hatta geçici bir süre için ortadan kaldırmak karşılaştırmalı hukukta genel kabul gören bir uygulamadır. Fakat birçok anayasada sınırlandırmanın ölçülülük ilkesine uygun olması emredildiği gibi özel öneme sahip bazı hakların ortadan kaldırılamayacağı da düzenlenmektedir. Tunus Anayasası'nda ise ölçülülük ilkesine ve çekirdek haklar listesine yer verilmemesi büyük bir eksiklik teşkil etmektedir¹⁵.

Anayasanın temel hak ve hürriyetler alanındaki en ilerici yönü kadın haklarına verilen özel önemdir. Öncelikle birinci anayasa taslağında yer alan ve çeşitli toplum kesimlerinin tepkisine sebep olan "tamamlayıcılık" ifadesi yerine kadın ve erkeğin eşit hak ve ödevlere sahip olduğunu belirten bir düzenlemeye yer verilmiştir (m.21). Ayrıca devlete, kadınların mevcut haklarını geliştirmek, seçimle işbaşına gelen organlarda kadınların eşit

¹⁵ Tunus'ta 26 Haziran 2015 tarihinde 38 kişinin ölümü ve 39 kişinin yaralanması ile sonuçlanan bir terör saldırısı üzerine Cumhurbaşkanı Es Sibi olağanüstü hal ilan etmiştir. Olağanüstü hal durumuna dayanılarak çıkarılan bir kararname ile yürütme organına grev ve gösteri yürüyüşlerini yasaklama, şüpheli kişileri gözaltına alma ve basın üzerinde denetim kurma imkânı tanınmıştır. İnsan Hakları İzleme Örgütü, Tunus Anayasası'nın böyle bir imkân vermediği, olağanüstü hal durumlarında dahi olağan dönemlerdeki şartlara riayet edilerek temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılabilceğini belirten bir bildiri yayınlamıştır (Bildiri için bkz. <https://www.hrw.org/news/2015/07/07/tunisia-emergency-shouldnt-trump-rights>, E.T. 02.09.2015). Bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir. Zira anayasanın 80. maddesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının esaslarını gösteren 49. maddesine göre özel hükümdür ve öncelikle uygulanır.

temsilini sağlamak ve kadına karşı şiddeti önlemek için çalışma görevi verilmiştir (m.46/1, m.46/3, m.46/4).

Anayasada yer alan hak ve hürriyetler, kısa ve veciz bir ifade ile düzenlendiği için bunların yorumlanması ve sınırlarının çizilmesi konusunda başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere yargı organlarının tutumu belirleyici olacaktır¹⁶. 49. maddede de hak ve özgürlüklerin her türlü ihlalden korunması vazifesi yargısal mercilere tevdi edilmiştir.

IV) Kamusal Erkler, Hükümet Sistemi ve Yasama-Yürütme Münasebetleri

A) Genel Olarak

1959 Anayasası'nın başlangıç kısmında kuvvetler ayrılığına dayanan demokratik bir rejim kurulduğu iddia edilse de esasında yasama ile yürütme gücü arasında yürütmeye, yürütme gücü içerisinde ise Cumhurbaşkanı'na bariz bir üstünlük tanınmıştı. Cumhurbaşkanı, sahip olduğu geniş yetkilerin de etkisiyle kısa sürede siyasal sisteme tek başına hâkim olabilmisti. Anayasada etkili fren mekanizmalarına yer verilmemesi sebebiyle bu hâkimiyet uzun yıllar sürdürülebilmiş ve ancak bir devrim neticesinde demokratik rejimin inşası aşamasına geçilebilmiştir. 2014 Anayasası hazırlanırken bu kötü tecrübeden gerekli dersler çıkarılarak, –yasama organının nispeten güçsüz bırakılmasını bir kenara bırakırsak- hiçbir kuvvetin gereğinden fazla ön plana çıkmasına müsaade edilmemiştir. Özellikle siyasetin denetimine ilişkin yargısal güvenceler, rejimin tekrar otoriter bir yapıya kaymasına engel olacak niteliktedir.

B) Yasama Organı

1) Temsilciler Meclisinin Oluşumu ve Milletvekillerinin Seçimi

2014 Anayasası'na göre yasama organı finansal ve idari açıdan bağımsız niteliğe sahip, Temsilciler Meclisi olarak adlandırılan tek bir meclisten oluşmaktadır. Temsilciler Meclisi genel, serbest, eşit, gizli, doğrudan ve gizli oy ile açık sayım ilkelerine uygun olarak yapılan seçimler sonucunda 5 yıllık

¹⁶ Fedtke, Jörg, "Comparative Analysis Between the Constitutional Process in Egypt and Tunisia –Lessons Learnt- Overview of the Constitutional Situation in Libya", **European Parliament Directorate General for External Policies of the Union: Directorate B**, 2014, s.14.

süre¹⁷ için seçilen 217 milletvekilinden¹⁸ oluşmaktadır. 18 yaşını doldurmuş her Tunus vatandaşı seçim kanununda belirtilen esaslar dâhilinde seçme hakkına sahip kılınmıştır. Seçim Kanununda¹⁹ vatandaşlık ve yaş dışında seçmen kütüğüne kayıtlı olmak, belli suçlardan hüküm giymemiş olmak, ayırt etme gücüne sahip olmak şartlarına yer verilmiştir (m.6). Ayrıca silahlı kuvvetler ve güvenlik güçleri mensuplarının oy kullanması yasaklanmıştır²⁰. Seçilme yeterliliği için anayasada yer alan şartlar ise; seçimlerden en az 10 yıl önceden Tunus vatandaşı olmak, 23 yaşını doldurmuş olmak ve bir kanun ile milletvekili seçilmesi yasaklanmamış olmaktır²¹. Seçim Kanununda hâkimler, büyükelçiler, konsololar, valiler, valilik genel sekreterleri ve belediye başkanlarının istifasını sunmadan aday olmaları yasaklanmıştır. Ayrıca bu kişiler istifalarını sunmuş olsalar dahi son bir yıl içerisinde görev yaptıkları bölgeden aday olamazlar (m.20).

Anayasada seçim sistemi ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Söz konusu düzenleme Seçim Kanununda yer almaktadır. Seçim sistemi olarak nispi temsilin en büyük artık usulü benimsenmiştir. Ülke, nüfusu oranında vekil ile temsil edilecek 27'si yurtiçi, 6'sı yurtdışı²² olmak üzere toplam 33 seçim bölgesine ayrılmıştır. Partiler, her bir bölge için ayrı birer liste hazırlayacak ve seçmenler bu listeler arasından seçimde bulunacaktır.

¹⁷ Yakın ve muhtemel bir tehlike sebebiyle seçimlerin yapılması mümkün görünmez ise Meclis'in görev süresi uzatılabilir (Anayasa m.56/2).

¹⁸ Milletvekili sayısı anayasada değil seçim kanununda yer almıştır.

¹⁹ 1 Mayıs 2014 tarih ve 36 sayılı Seçimler ve Referandum Hakkında Temel Kanun'un İngilizce tercümesi için bkz. <http://aceproject.org/ero/en/regions/africa/TN/tunisia-organic-law-on-elections-and-referenda>, E.T. 06.09.15.

²⁰ Güvenlik güçlerine oy kullanma hakkı verilmemesine ilişkin bu düzenleme, genel oy ilkesine aykırıdır. Geçmişte ülkemizde de rastlanan bu tarz düzenlemelerin temel gerekçesi, güvenlik güçlerinin siyasete olan ilgilerini azaltmaktır. Fakat tam aksine, güvenlik güçlerine oy hakkı vermek, onların da demokratik yollarla siyasetin şekillenmesine katkıda bulduklarını hissetmelerini sağlayarak antidemokratik yöntemlere başvurmalarına engel olabilir.

²¹ Seçilme yeterliliği açısından kanuna gönderme yapılmayıp anayasada düzenleme yapılması, daha güvenceli bir yol olurdu.

²² Fransa'da 2; İtalya, Almanya, Arap ülkeleri, Amerika ve Avrupa'nın diğer ülkelerinde birer yurtdışı seçim bölgesi oluşturulmuştur.

Seçmenin parti listesinde değişiklik yapma yahut sıralamayı değiştirme yetkisi bulunmamaktadır (m.108). Oyların milletvekilliklerine tahvili için üç aşamalı bir hesaplama yapılmaktadır. Öncelikli olarak, kullanılan geçerli oyların toplamı o bölgeden çıkacak toplam milletvekili sayısına bölünerek bir kota bulunur. İkinci aşamada, her partinin aldığı toplam oy sayısı söz konusu kotaya bölünmek suretiyle çıkaracakları milletvekili sayısı belirlenir. Son olarak ise, partilerin bölümden artı kalan oyları büyükten küçüğe doğru sıralanır ve kalan milletvekillikleri bu sıralama doğrultusunda paylaşılır. Bu düzenleme ile aldıkları oy miktarı kotaya ulaşmayan küçük partilerin de mecliste temsil imkânı bulması sağlanmaya çalışılmıştır.

Belirtmek gerekir ki, söz konusu seçim sistemi ile Tunus'ta tek partili bir hükümetin kurulması kısa vadede mümkün gözükmemektedir. Zira uzun süren otoriter yönetimin ardından oluşan özgürlük ortamında yüzden fazla yeni parti kurulmuştur. Küçük partileri koruyan söz konusu seçim sistemi sebebiyle, partilerin birleşmesi suretiyle ana akım siyasi partilerin oluşturulması da düşük bir ihtimaldir. Bölgesel veya ulusal herhangi bir seçim barajına yer verilmemesi, küçük partilerin ittifaka olan ihtiyacını gereksiz kılmıştır. Nitekim 2011 Ulusal Kurucu Meclis ve 2014 Parlamento seçimleri bu görüşümüzü teyit eder nitelikte tecelli etmiştir. 2011 seçimlerinde 19, 2014 seçimlerinde ise 15 ayrı parti parlamentoda yer almış; her iki seçim sonucunda da tek başına bir iktidar kurulamamıştır. Fakat aşağıda ayrıca gösterileceği üzere, anayasada hükümetin etkinliğini artıracak bazı mekanizmalara yer verilmiştir.

Tunus'ta demokratik geçişin her aşamasında kadın ve gençlerin temsiline özel bir önem verilmiştir. Anayasa ve Seçim Kanununda yer alan hükümler de bu hususa uygun olarak düzenlenmiştir. Anayasanın 46. maddesinde devlete, seçimle işbaşına gelinen organlarda kadınların erkeklerle eşit temsiline sağlamak görevi verilmiştir. Bu sebeple Seçim Kanununda, kadın ve erkek adaylara listede birbirini takip eder şekilde yer verilmesi, aksi takdirde söz konusu listenin reddedileceği öngörülmüştür (m.24). 2014 genel seçim sonuçlarına göre üye tamsayısının % 31'ine tekabül eden 68 kadın aday parlamentoya girmeyi başarmıştır. Bu oranla Tunus, kadın temsili konusunda İtalya, Fransa, Amerika, İngiltere, İsviçre gibi birçok demokratik batı ülkesinin

önüne geçmiştir²³. Gençlerin temsili içinse; dört veya daha fazla vekil ile temsil edilecek bölgeler için hazırlanan listelerde, ilk dört sıranın içinde 35 yaşından küçük bir adayın bulunması zorunlu tutulmuştur (m.25). Ayrıca artık oy sayılarının eşitliği durumunda daha genç olan adayın seçilmesine öncelik tanınmıştır (m.110/5).

Seçimlerin yönetimi ve denetimi ile ilgili olarak Bağımsız Seçim Kurulu (Latin Amerika) modeli benimsenmiştir. Seçimlerin şeffaf ve düzenli bir biçimde gerçekleştirilmesi, Bağımsız Yüksek Seçim Kurulu'nun vazifesidir. Daimi bir seçim idare organı olan Bağımsız Yüksek Seçim Kurulu; bağımsız, tarafsız ve alanında yetkin dokuz üyeden oluşmaktadır. Kurul, seçimlerin yönetimi ile ilgili düzenleyici işlem yapma dâhil her türlü tedbiri almakla görevlendirilmiştir. Seçimlere ilişkin itirazların incelenmesi ise esas olarak Danıştay'ın yetkisi altındadır. Böylece hem seçimlerin yönetimi hem de seçimlerin denetimi aşamaları yürütmeden bağımsız organlara verilerek seçimlerin güvenilirliği teminat altına alınmıştır.

Seçim kanunlarının, alelade kanunlardan daha fazla bir çoğunlukla yapılan ve değiştirilebilen “organik kanun” biçiminde düzenlenmesi öngörülmüştür (Anayasa m.65). Ayrıca seçim sisteminin kanun hükümde kararnamelerle değiştirilmesi de yasaklanmıştır (Anayasa m.70/3). Bu hükümler, seçim kanunlarında yapılacak kötü niyetli değişiklikleri önlemeyi amaçlamaktadır²⁴.

²³ 190 ülkenin yer aldığı listede Tunus, kadın temsili konusunda 32.sırada yer almıştır. Söz konusu liste için bkz. <http://www.ipu.org/wmn-e/classif.htm>, E.T. 06.09.15.

²⁴ Tunus'un seçim hukuku ile ilgili bilgi için ayrıca bkz. Al Hanachi, Abdul Latif, “Tunisia's First Legislative Elections: Post-Revolution”, **Al Jazeera Center for Studies**, 2 Ekim 2014; Global Network for Rights and Development (GNRD) & International Institute for Peace, Justice and Human Rights (IIPJHR), **Joint Observation Mission to Tunisian Parliamentary Elections 2014: Report**, 21 Kasım 2014; Yaşar, Nebahat, “Tunus Siyasetinde Yeni Döneme Doğru: 2014 Parlamento Seçimleri”, **ORSAM Bölgesel Gelişmeler Değerlendirmesi**, No.14, Ekim 2014; Tavana, Daniel/Alex Russell, “Tunisia's Parliamentary & Presidential Elections”, **Project on Middle East Democracy (POMED)**, Ekim 2014.

2) Temsilciler Meclisinin Çalışma Esasları

Anayasada parlamentonun çalışma esaslarıyla ilgili genel ilkeler belirtilmekle yetinilmiş; ayrıntıya ilişkin hususlar meclis üye tamsayısının salt çoğunluğu ile kabul edilecek olan içtüzüğe bırakılmıştır. Meclis, idari ve mali açıdan bağımsız bir organ olarak düzenlenmiştir. Milletvekillerinin görevini layıkıyla yerine getirebilmesi için her türlü insan ve materyal kaynaklarının Meclis'e tahsis edileceği belirtilmiştir (m.52/3). Temsilciler Meclisinin daimi veya özel komisyonlar oluşturma yetkisi bulunmaktadır. Bu komisyonlarda partiler, milletvekili oranlarına göre temsil edilirler.

Parlamentonun olağan toplantı dönemi, her yılın Ekim ayında başlayıp Temmuz ayında sona erer. Yasama döneminin ilk toplantısı eski Meclis Başkanı'nın çağrısı üzerine genel seçim sonuçlarının ilanından itibaren 15 gün içinde yapılır (m.57/1). Meclisi tatildayken toplantıya çağırma yetkisi Cumhurbaşkanı, Başbakan ve üye tamsayısının üçte biri tutarındaki milletvekillerine aittir (m.57/4).

Meclis, ilk yasama yılında üyelerinden birini Meclis Başkanı olarak seçer (m.59/1). İchtüzüğün 5.maddesinde Meclis Başkanı'nın seçim usulü belirlenmiştir. Buna göre, Meclis Başkanı, üye tamsayısının salt çoğunluğu ile seçilir. Hiçbir aday salt çoğunluğu sağlayamaz ise en fazla oy alan iki adayın katılımı ile ikinci tur oylaması yapılır. Bu oylamada daha çok oy alan aday Başkan seçilir.

2014 Anayasası'nın en ilgi çekici yönlerinden birisi muhalefeti korumaya yönelik ek bazı tedbirler öngörmesidir. Anayasada muhalefetin Meclis'in önemli bir parçası olduğu ve parlamento dâhilindeki tüm faaliyetlerde yeterli temsilinin sağlanması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Maliye Komisyonu Başkanlığı ve Dışişleri Komisyonu Raportörlüğünün bir muhalefet partisi üyesine verilmesi zorunlu tutulmuştur. Ayrıca muhalefetin her yıl bir soruşturma komisyonu kurma ve bu komisyona başkanlık etme yetkisi de bulunmaktadır (m.60).

3) Milletvekillerinin Hukuki Statüleri

Anayasada milletvekillerinin görevlerini hiçbir baskıya maruz kalmadan serbestçe yerine getirebilmeleri için yasama sorumsuzluğu ve dokunulmazlığı kurumlarına yer verilmiştir (m.68, m.69). Hiçbir Meclis üyesi düşünceleri,

sunduğu teklifleri veya parlamentodaki çalışmalarını sebebiyle cezai veya hukuki bir takibata maruz bırakılamaz. Görüldüğü üzere, yasama sorumsuzluğu herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmamıştır. Yasama dokunulmazlığı ise mutlak olarak düzenlenmemiştir. Yasama dokunulmazlığından yararlanabilmek için öncelikle milletvekilinin dokunulmazlıktan yararlanmak istediğini yazılı olarak ileri sürmesi gerekmektedir. Ayrıca dokunulmazlık Temsilciler Meclisi'nin bir kararı ile kaldırılabilir. Suçüstü halinde de milletvekilinin tutuklanması mümkündür²⁵. Bu istisnai haller dışında işlediği bir suç sebebiyle bir milletvekilinin tutuklanabilmesi ve hakkında dava açılabilmesi mümkün değildir.

4) Temsilciler Meclisi'nin Görev ve Yetkileri

a) Kanun Çıkarma

Yasama organının asli görevi kanun çıkarmaktır. Anayasada Temsilciler Meclisi'nin hangi konularda kanun çıkarabileceği sınırlı sayı (numerus clausus) esasına göre sayılmıştır²⁶. Bu açıdan yasama organına genel bir düzenleme yetkisi tanınmamıştır. Anayasada sınırlı olarak sayılan alanlardan birinin içerisine girmeyen bir konuda Temsilciler Meclisi'nin kanun çıkarması mümkün değildir. Kanun alanına girmeyen bir konu ancak yürütme organı tarafından düzenlenebilir.

Anayasada “olağan kanun” ve “organik kanun” olmak üzere farklı yapılaş usullerine tabi iki kanun tipi öngörülmüştür. Olağan kanunların kabul edilebilmesi için toplantıya katılanların salt çoğunluğunun oyu yeterlidir. Fakat kabul oyları hiçbir türlü üye tamsayısının üçte birinden (73 milletvekili) eksik olamaz. Organik kanunların kabul edilebilmesi için ise üye tamsayısının salt

²⁵ Suçüstü sebebiyle bir milletvekilinin tutuklanması halinde durum derhal Temsilciler Meclisi'ne bildirilir. Eğer Meclis Bürosu'nun bir talebi söz konusu olursa ilgili milletvekili serbest bırakılır. Bu hüküm dokunulmazlığın temel mantığına aykırıdır. Zira dokunulmazlığının gerekçesi, milletvekillerinin işlemiş olduğu suçlara göz yumulması değil asılsız ceza soruşturmaları ile görevlerini yerine getirmelerinin engellenmemesidir. Oysa suçüstü halinde söz konusu şahsın suçu işlediği neredeyse kesindir.

²⁶ Temsilciler Meclisi'nin kanun çıkarabileceği konular için bkz. Tumay, Murat, **Demokratik Anayasa Yapımı Dinamikleri: Tunus Anayasası Örneği**, Ankara, 2015, s. 131-133.

çoğunluğunun oyu gereklidir. Yargının organizasyonu, basın ve yayın organları, siyasi partilerin finansmanı, temel hak ve hürriyetler gibi görece önemli konuların organik kanunlar ile düzenlenmesi zorunlu tutularak, bu konuların geniş kapsamlı bir uzlaşısı ile yapılması istenmiştir.

Kanun teklif etme yetkisi Cumhurbaşkanı'na, Başbakan'a ve en az 10 milletvekiline²⁷ aittir. Bütçe ve uluslararası anlaşmaların onaylanması ile ilgili kanun teklifinde bulunma yetkisi yalnızca Başbakan'a verilmiştir. Ayrıca milletvekillerinin Bütçe Kanunundaki finansal dengeleri bozabilecek nitelikte kanun teklifinde bulunması yasaklanmıştır. Cumhurbaşkanı ve Başbakan tarafından sunulan kanun tekliflerinin öncelikli olarak görüşülmesi hükme bağlanmıştır (m.62, m.63). Meclis tarafından kabul edilen kanunlar, Cumhurbaşkanı'nın onayı ve Resmi Gazete 'de yayımlanması üzerine yürürlüğe girer²⁸.

b) Uluslararası Anlaşmaları Onaylama

Anayasada uluslararası anlaşmalar yapma yetkisi Başbakan'a verilmiştir. Uluslararası anlaşmaları onaylama yetkisi ise esas olarak Cumhurbaşkanı'na aittir. Fakat ticari anlaşmalar, uluslararası örgütlerle ilgili anlaşmalar ile devletin sınırlarını, mali yükümlülüklerini, şahısların durumlarını ve yasama işlemlerini değiştiren anlaşmalar onay için Temsilciler Meclisi'ne sunulmak zorundadır (m.67). Bu kapsama giren anlaşmaların onayı için kanun tasarısını ancak Başbakan sunar. Uluslararası anlaşmaların onaylanması, organik kanun alanına dâhil olduğundan onay için üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyu gereklidir. Organik bir kanun ile kabul edilen uluslararası anlaşmalar, Cumhurbaşkanı'na gönderilir. Cumhurbaşkanı, bu uluslararası anlaşmayı imzalayıp Resmi Gazete 'de yayımlayabileceği gibi referanduma da sunabilir.

²⁷ Bu milletvekili sayısı, içtüzüğe göre parti grubu oluşturabilmek için gerekli milletvekili sayısına eşittir. Anayasa koyucu, kanun tekliflerinin mecliste grubu olan siyasi partiler bünyesinde hazırlanmasını istemiştir. Öngörülen seçim sistemi sayesinde Meclis'e girmesine müsaade edilen küçük partiler ve bağımsız milletvekilleri, kanun teklif etme yetkisinden yoksun bırakılmışlardır. Bu ise seçim sistemi ile arzulanan çoğulcu Meclis yapısından bir sapma teşkil etmektedir. Örnek olarak; 2014 seçim sonuçlarına göre 15 parti Meclis'te temsil imkânı bulmuşken bunlardan yalnızca dördü kanun teklif etmek için gerekli sayıda milletvekili çıkarabilmiştir.

²⁸ Cumhurbaşkanı'nın veto yetkisi ile ilgili yürütme başlığı altında bilgi verilmiştir.

Ayrıca Cumhurbaşkanı'nın söz konusu uluslararası anlaşmanın anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurma yetkisi de vardır. Bu arada hatırlatmak gerekir ki, normlar hiyerarşisinde kanun üstü seviyede yer alan uluslararası anlaşmalar, yalnızca Temsilciler Meclisi tarafından onaylanmış olanlardır.

c) Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi Verme

Temsilciler Meclisi, üye tamsayısının beşte üçünün kabulü ile Başbakan'a kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Meclis bu yetkiyi ancak özel bir amaç ve iki ayı geçmeyen bir süre için devredebilir. Yetki süresinin bitiminin ardından derhal söz konusu kanun hükmünde kararname Temsilciler Meclisi'nin onayına sunulur (m.70/2). Onaya sunulan kararname Meclis kabul ettiği takdirde uygulanmaya devam eder, aksi takdirde yürürlükten kalkar. Seçim sisteminin kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesi açıkça yasaklanmıştır.

Yasama yetkisinin devri için özel bir çoğunluk öngörülmesi, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin sıklıkla kötüye kullanılabilmesi karşısında faydalı bir düzenlemedir. Öte yandan, anayasadaki düzenlemenin eleştiriye müsait iki eksikliği vardır. Birincisi, anayasada kanun hükmünde kararnamelerin anayasaya uygunluk denetimine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Anayasa Mahkemesi geliştireceği bir içtihatla denetim yetkisini genişletmek suretiyle bu eksikliği giderebilir. İkinci eksiklik ise kanun hükümde kararnamenin ancak yetki süresinin bitiminin ardından meclis onayına sunulmasıdır. Yürütme organına kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin yasama sürecini hızlandırmak amacıyla verildiğini dikkate aldığımızda kararnamenin yürürlüğe girmesinin hemen ardından onay için yasama organına sunulması, Meclis denetiminin sağlanabilmesi için daha uygun bir çözümdür.

Anayasada istisnai bir durum için yürütme organına yetki devri olmaksızın kanun hükmünde kararname çıkarılma yetkisi verilmiştir. Cumhurbaşkanı, Meclis müfeseh ise Başbakan'ın onayını alarak kanun hükmünde kararname çıkarabilir. Bu şekilde yürürlüğe giren bir kanun hükmünde kararname, tekrar toplanan Meclis'e onay için gönderilmek zorundadır (m.70/1).

d) Diğer Yetki ve Görevleri

Temsilciler Meclisi'nin yukarıda izah edilen görevlerinin yanı sıra; savaş ilan etmek ve barış anlaşması imzalamak için Cumhurbaşkanı'na yetki verme (m.80/2-4), Bütçe Kanununu kabul etme (m.66), Cumhurbaşkanı'nı Anayasa Mahkemesi'ne sevk etme (m.88), tabii kaynaklarla ilgili akdedilen sözleşmeleri tasdik etme (m.13) ve bazı üst sivil düzey görevlileri seçme²⁹ görevleri de bulunmaktadır.

C) Yürütme Organı

1) Genel Olarak

2014 Anayasası'nda hükümet sistemi olarak yarı başkanlık sisteminin tercih edilmiş olduğu söylenebilir³⁰. 5. Fransız Cumhuriyeti Anayasası'ndan sonra literatüre giren yarı başkanlık sistemi, Cumhurbaşkanı'nın doğrudan halk tarafından seçilmesi ve oldukça önemli anayasal yetkilerle donatılması bakımından başkanlık sistemine; parlamentoya karşı sorumlu bir Başbakan ile Bakanlar Kurulu'nun varlığı açısından ise parlamenter sistemle benzerlik göstermektedir. Bu açıdan yarı başkanlık sisteminde yürütmenin iki başının da diğerinden bağımsız bir şekilde görev yapma ve icrai nitelikte karar alma yetkileri bulunmaktadır.

Anayasanın 71. maddesine göre, yürütme yetkisi Cumhurbaşkanı ve Başbakan'ın başkanlığını yaptığı hükümet tarafından yerine getirilir.

²⁹ Merkez Bankası Başkanı, Başbakan'ın teklifi, Temsilciler Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyu ve Cumhurbaşkanı'nın onayı ile atanır ve aynı usulle görevden alınır (m.78.f.1.b.4). Temsilciler Meclisi ayrıca Anayasa Mahkemesi üyelerinden dördünü ve bağımsız anayasal kurumların (Bağımsız Yüksek Seçim Kurulu, Görsel-İşitsel İletişim Komisyonu, İnsan Hakları Komisyonu, Sürdürülebilir Kalkınma Ve Gelecek Nesillerin Hakları Komisyonu, İyi Yönetişim Ve Yolsuzlukla Mücadele Komisyonu) üyelerinin tümünü seçmekle görevlidir.

³⁰ Aynı yönde görüş için bkz. Al-Ali, Zaid/Donia Ben Romdhane, **Tunisia's New Constitution: Progress And Challenges to Come**, <https://www.opendemocracy.net/arab-awakening/zaid-al-ali-donia-ben-romdhane/tunisia%E2%80%99s-new-constitution-progress-and-challenges-to->, E.T. 10.09.15; Fedtke, s. 9.

2) Cumhurbaşkanı

a) Seçilme Şartları ve Seçim Usulü

Cumhurbaşkanı, beş yıllık bir dönem için genel, serbest, doğrudan, eşit, gizli oy ve açık sayım esaslarına dayalı olarak yapılacak bir seçimde halk tarafından seçilir. İlk turda geçerli oyların çoğunluğunu alan aday Cumhurbaşkanı seçilir. İlk turda hiçbir adayın bu çoğunluğa ulaşamaması durumunda kesin sonuçların ilanından itibaren iki hafta içinde en çok oy alan iki adayın katılımıyla ikinci tura geçilir. Bu turda en çok oy alan aday Cumhurbaşkanı seçilir (m.75).

Bir kişinin en fazla iki dönem için Cumhurbaşkanlığı görevini yürütmesi mümkündür. Cumhurbaşkanı'nın görev süresini veya seçileceği dönem sayısını artıracak şekilde anayasa değişikliği yapılması da yasaklanmıştır. Bu yasak, Burgiba'nın bir anayasa değişikliği ile ömür boyu Cumhurbaşkanı ilan edilmesine ve Bin Ali'nin tekrar aday olabilmesi için anayasada yer alan üç dönem yasağının 2002 yılında yapılan anayasa değişikliği referandumuyla kaldırılmasına tepki niteliği taşımaktadır. Bu açıdan bağımsızlığından 2011 yılına kadarki dönemde yalnızca iki farklı Cumhurbaşkanı tarafından yönetilen Tunus'un bu hassasiyetini, sistemin tekrar otoriter bir yapıya kaymasına karşı alınmış yerinde bir tedbir olarak değerlendirmek gerekir.

Cumhurbaşkanı adaylarında aranan şartlar; Tunus vatandaşlığının doğum yoluyla kazanılmış olması ve adaylık anında vatandaşlığın devam ediyor olması³¹, 35 yaşını doldurmuş olma, İslam dinine mensup olma ve belli sayıda milletvekilinin veya yerel yönetim meclis başkanlarının yahut kayıtlı seçmenin desteğine sahip olma³² olarak öngörülmüştür.

³¹ Çift vatandaşlık esas itibarıyla adaylığa engel değildir. Fakat çift vatandaşlığa sahip olan aday, Cumhurbaşkanı seçildiği takdirde diğer vatandaşlığından vazgeçeceğine dair bir taahhütte bulunmak zorundadır.

³² Seçim Kanununun 41. maddesine göre aday olmak için en az 10 milletvekilinin veya 40 yerel yönetim meclisi başkanının yahut 10 farklı seçim bölgesinden, her birinden en az 500'er olmak üzere toplam 10.000 kayıtlı seçmenin desteğine sahip olmak gereklidir. Bir kişinin birden fazla aday için destek vermesi yasaklanmıştır.

b) Görev ve Yetkileri

2014 Anayasası'nda devlet organlarının görev ve yetkileri açısından Fransız sisteminin örnek alındığı söylenebilir. Tıpkı Fransa'daki gibi yasama ile yürütme arasında yürütme organına; yürütme organının içinde ise Cumhurbaşkanı'na ağırlık verilmiştir³³. Cumhurbaşkanı sahip olduğu yetkiler bakımından siyasal sisteme hâkim bir konumda bulunmaktadır. Devletin başı ve ülke birliğinin sembolü olmasının yanı sıra ülkenin bağımsızlık ve devamlılığı ile anayasaya saygının da teminatıdır (m.72). Cumhurbaşkanı'nın önemli anayasal yetkileri aşağıda incelenmiştir.

1- Belli Alanlarda Ülke Politikasını Belirleme

Cumhurbaşkanı, devletin ve milletin iç ve dış tehditlerden korunması ile ilgili savunma, uluslararası ilişkiler ve milli güvenlik politikasını Başbakan'a danışarak belirleme yetkisine sahiptir (m.77/1).

2- Meclisi Fesih Yetkisi

Yarı başkanlık sistemlerini parlamenter sistemlerden ayıran en önemli özellik halk tarafından seçilen devlet başkanının tek başına kullanabileceği önemli yetkilerinin bulunmasıdır. Yasama meclisini fesih veya meclisin güvenini taşımaya devam eden bir hükümeti azletme yetkileri³⁴ bu önemli yetkiler arasında sayılabilir³⁵. 2014 Anayasası'nda Cumhurbaşkanı'na Meclis'in güvenine sahip bir hükümeti azletme yetkisi verilmemiş olsa da belirli şartlar dâhilinde Meclis'i fesih yetkisine sahiptir.

Cumhurbaşkanı'nın Meclis'i feshedebilmesi için iki ihtimalden biri gerçekleşmelidir: Birinci ihtimal, genel seçimlerin ardından hükümeti kurmakla görevlendirilen kişinin dört ay içinde bir hükümet oluşturamaması veya oluşturulan hükümetin güvenoyu alamaması durumudur (m.89/4). İkinci

³³ Fransa'da Cumhurbaşkanı'nın üstün konumu için bkz. Çam, Esat, **Çağdaş Devlet Sistemleri**, İstanbul, 2000, s. 162-168; Eroğul, Cem, **Çağdaş Devlet Düzenleri: İngiltere, Amerika, Fransa**, Almanya, Ankara, 2012, s. 182-192.

³⁴ Özbudun Ergun, **Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı**, Ankara, 1993, s. 145.

³⁵ Bu iki yetkinin dışında zorlaştırmacı veto yetkisi de sistemi yarı başkanlığa kaydıracak yetkiler arasında zikredilebilir. Zira zorlaştırmacı veto yetkisi çoğu durumda devlet başkanının istemediği kanunun çıkmasını imkânsız hale getirmektedir. Tunus Anayasası'nda da bu tarz bir veto yetkisi öngörülmüştür.

ihtimal ise, Cumhurbaşkanı'nın Meclis'ten mevcut hükümet üzerindeki güvenini yenilemesini istemesi, Meclis'in hükümete güvenoyu vermeyerek düşürmesi ve güvensizlik oyu üzerine Cumhurbaşkanı'nın hükümeti kurmakla görevlendirdiği kişinin en geç otuz gün içinde yeni bir hükümet kuramaması yahut kurmasına rağmen güvenoyu alamaması durumudur (m.99/2, m.99/3).

Her iki ihtimalde de Cumhurbaşkanı'nın fesih yetkisini kullanıp kullanmamakta takdir yetkisi vardır. Fesih yetkisi kullanılmışsa Cumhurbaşkanı 45 ila 90 gün içinde yeni seçimlerin yapılmasını kararlaştırmak zorundadır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi Meclisin münfesihi olması durumunda Cumhurbaşkanı, Başbakan'ın onayını alarak kanun hükmünde kararname çıkarabilir. Bu şekilde yürürlüğe giren bir kanun hükmünde kararname, tekrar toplanan Meclis'e onay için gönderilmek zorundadır (m.70/1).

Cumhurbaşkanı'nın fesih yetkisi zamansal açıdan bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. Meclis'in hükümete güvenoyu vermesinden sonraki altı ay içinde, genel seçimlerden sonraki ilk altı ay içinde, Cumhurbaşkanlığı ve yasama dönemlerinin son altı ayı içinde (m.77/2-1) ve olağanüstü hal durumunda (m.80/2) fesih yetkisinin kullanılması mümkün değildir. Ayrıca Cumhurbaşkanlığı makamının geçici veya daimi olarak boşalması durumunda atanacak geçici Cumhurbaşkanı'nın anayasa değişikliği teklif etme ve referanduma götürme yetkilerinin yanı sıra fesih yetkisini kullanması da mümkün değildir.

3- Güçleştirici Veto ve Referanduma Sunma Yetkisi

Temsilciler Meclis'inin kabul ettiği kanunlar onay için Cumhurbaşkanı'na sunulur. Cumhurbaşkanı söz konusu kanunu onaylayıp Resmi Gazete' de yayımlatabileceği gibi gerekçesini de belirterek tekrar görüşülmek üzere Temsilciler Meclisi'ne gönderebilir. Cumhurbaşkanı'nın veto ettiği olağan kanunlar üye tamsayısının salt çoğunluğu, organik kanunlar ise üye tamsayısının beşte üçünün oyuyla tekrar kabul edilebilir (m.81/3).

Cumhurbaşkanı'nın ayrıca uluslararası anlaşmaların onaylanması, insan hak ve hürriyetleri ile şahıs statülerine ilişkin kabul edilen kanun tasarılarını referanduma sunma yetkisi bulunmaktadır. Referandum sonucuna göre seçmen söz konusu kanunu uygun bulursa Cumhurbaşkanı 10 gün içinde kanunu onaylayıp Resmi Gazetede yayımlamak zorundadır. Kanunu tekrar

incelenmek üzere Temsilciler Meclisi'ne göndermesi mümkün değildir (m.82/1, m.82/2).

4- Olağanüstü Hal İlan Etme

Devletin bağımsızlığını ve milletin güvenliğini tehdit eden istisnai durumlarda Cumhurbaşkanı; Başbakan ve Temsilciler Meclisi Başkanı'na da danıştıktan sonra olağanüstü hal ilan edebilir. Olağanüstü hal döneminde Cumhurbaşkanı, olağan hukuk düzenine bir an önce geçebilmek için gerekli her türlü tedbiri alabilir (m.80/1, m.80/2).

Olağanüstü hal ilanının üzerinden 30 gün geçtikten sonra Temsilciler Meclisi Başkanı veya 30 milletvekili, olağanüstü hal ilanını gerektiren sebeplerin devam edip etmediğini kararlaştırması için Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir. Anayasa Mahkemesi 15 gün içinde kararını açıklamak zorundadır³⁶ (m.80/3).

5- Bakanlar Kurulu'na Başkanlık Etmek

Bakanlar Kurulu'na başkanlık etme görevi esas itibarıyla Başbakan'a aittir. Fakat Cumhurbaşkanı milli savunma, uluslararası ilişkiler ve milli güvenlik politikası ile ilgili hususları görüşmek üzere Bakanlar Kurulu'nu başkanlığı altında toplayabilir (m.93/1, m.93/3). Bu alanlarla ilgili Cumhurbaşkanı'nın katılımı olmaksızın Bakanlar Kurulu'nun görüşme yapması ve karar alması mümkün değildir. Bu durum, söz konusu alanlarda politikayı belirleme yetkisinin Cumhurbaşkanı'na ait olmasının bir sonucudur. Ayrıca Cumhurbaşkanı Bakanlar Kurulu'nun diğer toplantılarına da katılıp başkanlık edebilir (m.93/3).

³⁶ Görüldüğü üzere, olağanüstü hal konusunda Temsilciler Meclisi'nin sahip olduğu yetkiler oldukça sınırlıdır. Kanaatimizce, olağanüstü hal ilanını gerektiren sebeplerin devam edip etmediğini denetleme yetkisinin Anayasa Mahkemesi'ne verilmesi sakıncalıdır. Zira devletin bağımsızlığını ve milletin güvenliğini tehdit eden durumların ne olduğuna ve söz konusu durumların devam edip etmediğine yönelik bir değerlendirme, salt siyasal bir değerlendirmedir. Bu değerlendirmeyi yapacak makam da anayasa mahkemeleri değil yasama meclisleridir.

6- Diğer Yetki ve Görevleri

Cumhurbaşkanı'nın yukarıdakiler dışında sahip olduğu bazı yetki ve görevler şunlardır: Kanun ve anayasa değişikliği teklifinde bulunmak³⁷ (m.62/1; m.140/1), silahlı kuvvetlerin başkomutanlığını yürütmek (m.77/2-3), yurtdışına asker göndermek³⁸, Temsilciler Meclisi'nin izniyle savaş ilan etmek ve barış anlaşması imzalamak (m.77/2-4), bazı üst düzey sivil ve askeri görevlileri atamak³⁹, Milli Güvenlik Konseyi'ne başkanlık etmek (m.77/2-2), uluslararası anlaşmaları onaylamak (m.77/2-6), özel af yetkisi (m.77/2-7, m.77/2-8), Anayasa Mahkemesi'ne başvurmak (m.101; m.120/1), Meclisi olağanüstü toplantıya çağırmak (m.58/son), Başbakan ve bakanları atamak⁴⁰.

c) Cumhurbaşkanı'nın Sorumsuzluğu

Yarı başkanlık sistemlerinde devlet başkanının parlamentoya karşı siyasi sorumluluğuna yer verilmemektedir. Parlamento, güvensizlik önergesi gibi bir usulle devlet başkanını görevden alamaz. Bu husus yetkili olanın aynı zamanda sorumlu olmasını öngören kamu hukuku prensibine de aykırılık teşkil etmez. Zira yarı başkanlık sistemlerinde devlet başkanı doğrudan halk tarafından seçildiği için kendisiyle aynı ölçüde meşruiyete sahip olan parlamento tarafından görevden alınması kabul edilmemektedir. Başkanlık sisteminde olduğu gibi halk, icraatından memnun olmadığı Cumhurbaşkanı'nı tekrar seçmeyerek onu cezalandırabilir. Tunus Anayasası'nda da Cumhurbaşkanı'nın parlamento veya bir referandum neticesinde halk tarafından görevden

³⁷ Cumhurbaşkanı tarafından yapılan teklifler Temsilciler Meclisi'nde öncelikle görüşülür.

³⁸ Cumhurbaşkanı'nın yurtdışına asker gönderilmesine karar verebilmesi için Temsilciler Meclisi Başkanı ve Başbakan'ın iznini alması gereklidir. Meclis, bu kararın verildiği tarihten itibaren en geç 60 gün içerisinde konuyla ilgili bir görüşme yapmak zorundadır.

³⁹ Cumhurbaşkanı Tunus Genel Müftüsünü, Cumhurbaşkanlığı'nın üst düzey görevlilerini, üst düzey askeri ve diplomatik görevlileri atamak ve görevden almakla yetkilidir. Cumhurbaşkanı ayrıca Anayasa Mahkemesi üyelerinden dördünü ve Yüksek Yargı Konseyi'nin önerisi ile hâkimlerin tamamını atamakla da görevlidir. Fakat Cumhurbaşkanı'nın bu kişileri görevden alması mümkün değildir.

⁴⁰ Bu husus Bakanlar Kurulu başlığı altında ayrıntılı olarak incelenmiştir.

alınmasını öngören bir usule yer verilmemiştir. Bu açıdan Cumhurbaşkanı'nın siyasal sorumluluğunun bulunmadığını söyleyebiliriz.

Yarı başkanlık sistemlerinde devlet başkanının cezai ve hukuki sorumluluğu ile ilgili yeknesak bir uygulamadan bahsetmek ise mümkün değildir. 1958 Fransız Anayasası'na göre, Cumhurbaşkanı, görevini sürdürmesiyle açıkça bağdaşmayacak şekilde görevlerini ihlal etmesi durumu dışında göreviyle ilgili işlemlerinden dolayı sorumlu tutulamaz (m.67). Kişisel suçlarından kaynaklanan cezai sorumluluğu ise tamdır⁴¹. Portekiz Anayasası'na göre ise, Cumhurbaşkanı, göreviyle ilgili işlediği tüm suçlardan dolayı Yüksek Adalet Divanı önünde sorumludur. Kişisel suçları içinse Cumhurbaşkanı, görev süresinin sona ermesinden sonra normal mahkemeler önünde sorumludur (m.130/1, m.130/4).

Tunus Anayasası'nda ise Cumhurbaşkanı'nın görev süresi boyunca sorumsuzluktan yararlanacağı ve yargısal prosedürlerin ancak görevinin son bulmasının ardından işletilebileceği öngörülmüştür. Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili suçlarından dolayı cezai sorumsuzluğunun tek istisnası, anayasanın ağır ihlali durumudur. Bu durumda Cumhurbaşkanı, Temsilciler Meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğunun teklifi ve üçte ikisinin kabulü ile Anayasa Mahkemesi'ne sevk edilir. Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanı'nın anayasayı ağır bir biçimde ihlal ettiğine karar verirse onu görevden alır. Bu şekilde görevden alınan bir kişi daha sonra seçimle gelinen hiçbir makam için aday olamaz (m.87, m. 88).

d) Cumhurbaşkanı'nın Görevinin Sona Ermesi ve Cumhurbaşkanı'na Vekâlet

Cumhurbaşkanının görevinin sona ermesini gerektiren sebepler; ölüm, istifa, görev süresinin dolması, fiil ehliyetini kaybetmesi ve Anayasa Mahkemesi tarafından görevden alınması olarak sıralanabilir. Ayrıca Cumhurbaşkanlığı makamının geçici olarak boşalması durumu 60 günü aşarsa, Cumhurbaşkanı'nın görevi sona ermiş sayılır. Bu hallerin dışında Cumhurbaşkanı'nın istifa etmiş sayılmasını gerektiren ilginç bir düzenlemeye yer verilmiştir. Yukarıda bahsedildiği üzere Cumhurbaşkanı'nın hükümet adına

⁴¹ Gözler, Kemal, **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, Bursa, 2001, s. 88.

Meclis'ten güvenoyu isteme yetkisi vardır. Cumhurbaşkanı'nın görev süresi boyunca en fazla iki kez bu yola başvurması mümkündür. Eğer Cumhurbaşkanı iki hakkını da kullanmış ve Meclis her iki oylamada da hükümete güvenoyu vermişse Cumhurbaşkanı istifa etmiş sayılır (m.99).

Cumhurbaşkanlığı makamının daimi olarak boşalması durumunda Anayasa Mahkemesi derhal toplanarak bu durumu tespit eder. Yeni seçimler yapılana kadar Temsilciler Meclisi Başkanı, Cumhurbaşkanına vekâlet eder. Daimi boşalmanın ardından 45 ilâ 90 gün içerisinde seçimlerin yapılması zorunludur (m.84).

Cumhurbaşkanı, hastalık veya yurtdışı gezisine çıkma gibi sebeplerle görevini geçici olarak yerine getiremeyecek olursa⁴² yetkilerini 30 günlük bir süre için Başbakan'a devredebilir. Bu süre en fazla bir defalığına uzatılabilir (m.83).

Hem daimi hem de geçici boşalma durumunda geçici Cumhurbaşkanı, anayasa değişikliği teklifinde bulunmak, referanduma başvurmak ve Temsilciler Meclisi'ni feshetmek dışında Cumhurbaşkanı'nın sahip olduğu her türlü yetkiyi kullanabilir. Ayrıca geçici Cumhurbaşkanlığı döneminde hükümet aleyhine güvensizlik önergesi vermek yasaklanmıştır (m.86).

3) Bakanlar Kurulu

a) Oluşumu ve Göreve Başlaması

2014 Anayasası, hükümetin oluşumu ile ilgili ayrıntılı düzenlemelere yer vermiş; Cumhurbaşkanı'nın bu organın oluşumuna katkısını önemli ölçüde sınırlandırmıştır. Cumhurbaşkanı, kesin seçim sonuçlarının ilanından itibaren bir hafta içinde, herhangi bir kişiyi değil, en çok milletvekili çıkararak parti veya koalisyon grubunun bir üyesini hükümeti kurmakla görevlendirmelidir. Bu şekilde görevlendirilen kişinin hükümeti kurmak için 1 aylık süresi bulunmaktadır. Bu süre bir kereliğine yenilenebilir. (m.89/2). Hükümet bu süre içerisinde kurulamaz veya kurulsa dahi güvenoyu alamazsa Cumhurbaşkanı siyasi partilere, koalisyon ve parlamento gruplarına danışarak hükümeti kurma ihtimalinin en yüksek olduğunu düşündüğü bir kişiye bu görevi verir (m.89/3). İlk görevlendirmeden itibaren 4 aylık süre içerisinde

⁴² Gözler, s. 71.

hükümet kurulamamış ise Cumhurbaşkanı'nın parlamentoyu feshedip seçimleri yenileme yetkisi bulunmaktadır (m.89/4).

Hükümeti kurmakla görevlendirilen kişinin Bakanlar Kurulu listesini ve hükümet programını hazırlayıp Meclis'e sunmasının ardından güven oylamasına gidilir. Hükümetin güvenoyu alabilmesi için Temsilciler Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğunun güvenine ihtiyacı bulunmaktadır. Güvenoyunun alınması durumunda Cumhurbaşkanı, başbakan ve diğer hükümet üyelerinin atamalarını yapar (m.89/5). Yani hükümetin görevlendirmeyle kurulmuş sayılıp ardından güvenoyuna gidilmesi gibi bir usul anayasada benimsenmemiştir. Hükümetin kurulabilmesi için önce Temsilciler Meclisi'nden güvenoyu alması, ardından Cumhurbaşkanı tarafından atanması gereklidir. Cumhurbaşkanı'nın parlamentodan güvenoyu alan bir hükümet listesinde değişiklik yapabilmesi yahut bazı isimleri veto edebilmesi mümkün görünmemektedir.

Görüldüğü üzere Cumhurbaşkanı'nın takdir yetkisi en çok milletvekili çıkararak partinin hükümeti oluşturamaması durumunda hükümeti kurma ihtimali en yüksek olan kişinin belirlenmesi ve 4 aylık süre içerisinde hükümet kurulamaz ise fesih yoluna başvurup başvurmamakla sınırlıdır. Cumhurbaşkanı'na istediği bir kişiyi hükümeti kurmakla görevlendirme yetkisinin tanınmaması yerinde olmuştur. Aksi takdirde Cumhurbaşkanı'nın, kendisine yakın fakat en çok oyu alamamış bir parti üyesini görevlendirerek anayasada kendisine tanınan geniş yetkilerin yanı sıra hükümete ait yetkileri de dolaylı olarak kullanabilmesi söz konusu olabilirdi. Zira parlamenter sistemlerin aksine yarı başkanlık sistemlerinde Cumhurbaşkanı daima bir partiyle yakın ilişki içerisindeydi. Hükümeti oluşturmak gibi önemli bir konuda Cumhurbaşkanı'na takdir yetkisinin verilmesi durumunda, Cumhurbaşkanı'nın takdir yetkisini ilişkili olduğu parti lehine kullanması büyük bir ihtimaldir.

b) Başbakan ve Bakanlar Kurulu'nun Görevleri

2014 Anayasası'nda Başbakan'ın kabineyi tümüyle etkisi altına almasına imkân tanıyacak mekanizmalara yer verilmiştir. Hükümet üyelerinin belirlenmesi, Başbakan'ın görevleri arasındadır. Yalnızca, milli savunma ve uluslararası ilişkiler alanlarında politika belirleme yetkisinin Cumhurbaşkanı'na ait olmasının bir sonucu olarak, Başbakan'ın savunma ve dışişleri bakanlarını atarken Cumhurbaşkanı'na danışması gerekmektedir.

Keza dışişleri ve savunma bakanlarının azledilmesi yetkisi de Cumhurbaşkanlığı'na danışmak suretiyle Başbakan tarafından kullanılır. Diğer hükümet üyeleri ise doğrudan Başbakan tarafından azledilebilir (m.92/1-2). Atama ve azil yetkileri dahi Başbakan'ın kabine üzerindeki hâkimiyetini tesis etmek için yeterli olabilecekken 2014 Anayasası'nda bunun çok ötesinde yetkilere yer verilmiştir.

İlk olarak; Başbakan, yalnızca bakanlar arasındaki koordinasyonun sağlanması ile görevli kılınmamıştır. Onun asıl görevi, devletin genel politikasını belirlemek ve bu politikanın hayata geçirilmesini sağlamaktır (m.91).

İkincisi; genel düzenleyici işlem yetkisi Başbakan'a aittir. Bu yetki, tüzük ve yönetmelik gibi bir kanuna dayanması gereken idarenin düzenleyici işlemlerinden farklıdır. Yukarıda da değindiğimiz gibi, 2014 Anayasası'nda Temsilciler Meclisi'ne genel bir yasama yetkisi verilmemiştir. Anayasada sınırlı sayıda yer verilen konular dışında kalan her alanda, Temsilciler Meclisi'nin yetki devrine veya diğer herhangi bir kanuna dayanmadan kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi Başbakan'a aittir. Başbakan bu yetkisini, Bakanlar Kurulu'nda görüştüğünden sonra tek başına kullanır (m.94/1).

Son olarak; yeni bakanlıklar ve idari merciler oluşturmak, mevcut idari kurumları lağvetmek, bazı üst düzey sivil görevlileri atamak ve görevden almak, Bakanlar Kurulu'nu başkanlığı altında toplamak, Temsilciler Meclisi'ni tatil dönemindeyken toplantıya çağırarak ve kanun teklifinde bulunmak gibi birçok önemli yetkiyi Başbakan, doğrudan veya Bakanlar Kurulu'nda görüştüğünden sonra tek başına kullanabilmektedir.

Başbakan'ın yukarıda sayılan yetkilerini dikkate aldığımızda, birçok alanda Bakanlar Kurulu'nun, Başbakan'ın danışma organı mahiyeti arz ettiğini söylemek mümkündür. Gerçi yarı başkanlık ve parlamenter hükümet sistemlerine sahip ülkelerin neredeyse tamamında Başbakan, kabinesi üzerinde hâkim bir konumdadır. Fakat koalisyon dönemlerinde, özellikle Başbakan'ın partisine mensup olmayan birkaç bakanın Bakanlar Kurulu'nda bazı kararların alınmasına engel olması söz konusu olabilmektedir. Başbakan, koalisyonun devamını sağlayabilmek için bu bakanları görevlerinden de alamamaktadır. Bu açıdan Bakanlar Kurulu kimi durumlarda Başbakan'ın

iradesini sınırlayan bir organ niteliğine bürünebilmektedir. Oysa Tunus Anayasası'nda, hükümete ait yetkilerin neredeyse tamamının Başbakan tarafından tek başına kullanılması öngörülmektedir. Bu tercihin, seçim sonuçlarıyla sağlanamayacağı düşünülen hükümet etkinliğinin, Başbakan'ın güçlü kişiliğinde sağlanmasını amaçladığı söylenebilir.

c) Hükümetin Denetlenmesi ve Görevinin Sona Ermesi

1959 Anayasası'nda hem Meclis'e hem de Cumhurbaşkanı'na karşı sorumlu zayıf bir hükümet yapısına yer verilmişti. 2014 Anayasası'nda ise hükümetin yalnız Temsilciler Meclisi'ne karşı sorumlu olduğu açıkça belirtilerek (m.95) Cumhurbaşkanı'nın hükümet üzerindeki etkisi sınırlandırılmıştır.

Anayasada yasama organının hükümeti denetleme yollarından yalnızca soru ve güven oylamasına yer verilmiştir.

Tüm milletvekilleri içtüzük hükümlerine göre hükümet tarafından cevaplanmak üzere sözlü veya yazılı soru sorma hakkına sahiptir (m.96).

Güven oylaması ise "göreve başlamadan önce yapılan güven oylaması", "Cumhurbaşkanı'nın hükümet adına güven isteminde bulunması", "gensoru" ve "hükümetin güven isteminde bulunması" olmak üzere dört farklı durumda söz konusu olmaktadır. Göreve başlamadan önce yapılan güven oylaması ile Cumhurbaşkanı'nın hükümet adına güven isteminde bulunması hususlarına yukarıda değinildiğinden burada tekrar incelenmeyecektir.

Hükümet aleyhine güvensizlik önergesi verme yetkisi, Temsilciler Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tutarındaki üyeye aittir. Güven oylaması, önergenin verilisinin üzerinden 15 gün geçtikten sonra yapılabilir. Hükümetin güvensizlik oyuyla düşürülebilmesi için üye tamsayısının salt çoğunluğunun güvensizlik oyu vermesi ve aynı çoğunlukla alternatif bir Başbakan adayının belirlenmesi gereklidir. Cumhurbaşkanı, bu yeni adayı hükümeti kurmakla görevlendirmek zorundadır (m.97/1, m.97/2). Güvensizlik isteminin yeterli çoğunluğun sağlanamaması sebebiyle reddedilmesi durumunda, altı aylık bir süre için hükümet aleyhine tekrar güvensizlik önergesi verilmesi yasaklanmıştır (m.97/3).

Bakanların Temsilciler Meclisi'ne karşı bireysel sorumluluğu da bulunmaktadır. Temsilciler Meclisi, üye tamsayısının üçte birinin önerisi

üzerine mutlak çoğunlukla bir bakanı görevden alabilir (m.97/4). Şüphesiz bu durumda hükümetin tamamının görevinin son bulması söz konusu olmamaktadır.

Hükümet adına Temsilciler Meclisi'nden güven isteminde bulunma yetkisi Başbakan'a aittir. Hükümet, üye tamsayısının salt çoğunluğunun güvenini elde ederse görevine devam eder. Aksi takdirde Başbakan, hükümetin istifasını Cumhurbaşkanı'na sunar (m.98/2). Bu ihtimalde Cumhurbaşkanı, genel hükümler uyarınca hükümeti kurabilecek birini görevlendirir.

Güvensizlik oyu dışında hükümetin görevini sona erdiren diğer bir sebep, Başbakan'ın istifasıdır (m.98/1). Fakat istifa dışında Başbakan'ın görevini sona erdiren sebepler hükümetin düşmesine sebep olmaz. Örneğin ölüm veya fiil ehliyetinin yitirilmesi gibi Başbakan'ın görevini yerine getirmesine daimi şekilde engel olacak bir sebep vuku bulduğunda, Cumhurbaşkanı iktidar partisinden veya koalisyon grubundan bir kişiyi yeni hükümeti kurmakla görevlendirir. Bu şekilde bir hükümet oluşturulana kadar Bakanlar Kurulu, kendi içinden bir kişiyi Başbakan olarak seçerek görevini sürdürür (m.100). Bu ihtimalde Bakanlar Kurulu'nun görevi, Başbakanlık makamının boşalmasıyla değil, yeni Bakanlar Kurulu'nun Temsilciler Meclisi'nden güvenoyu alıp Cumhurbaşkanı tarafından atanmasıyla son bulur.

D) Yargı Organı

1) Temel Esaslar

1959 Anayasası'nda yargı organlarının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili klasikleşmiş bazı ifadelere yer verilmişti. Fakat bağımsızlığı ve tarafsızlığı sağlayacak kurumsal güvenceler anayasada yer almıyordu. Misal olarak hâkimlerin atama ve özlük işleri ile görevli bir Yüksek Hâkimler Kurulu oluşturulmuşken bu kurulun üye yapısı ve görevlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmişti. Adalet Bakanı'nın bu kurul üzerindeki vesayeti aracılığıyla hâkimler disiplin altına alınabiliyordu⁴³. Hâkimlik teminatı ve tabii hâkim ilkesi gibi bazı esaslara ise hiç yer verilmemişti. Bu sayede bağımsızlıktan yoksun ve

⁴³ Ben Letaief, Mustapha, **Rule of Law Quick ScanTunisia: Prospects and Challenges**, 2012, s. 33, http://www.hiil.org/data/sitemanagement/media/Quick_Scan_Tunisia_051212_GK_digitaal.pdf, E.T. 24.08.15.

yürütmeye uyumlu bir yargı organı kolaylıkla oluşturulabilmişti. Yargı erki, demokratik devletlerdeki temel hak ve hürriyetlerin korunması ve siyasetin hukukla bağlılığını sağlama işlevlerinin tersine rejimin otoriter karakterinin pekişmesine yardımcı oluyordu⁴⁴.

2014 Anayasası'nda geçmişin kötü tecrübesinden gerekli dersler çıkarılarak, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığını sağlayacak ayrıntılı düzenlemeler yer almıştır. Mahkeme ve hâkimlerin bağımsızlığının vurgulanmasının ardından bunu hayata geçirecek mekanizmalara yer verilmiştir. Bu mekanizmalardan ilki hâkimlerin atama, disiplin ve özlük işlerini karara bağlamak üzere oluşturulan, idari ve finansal özerkliğe sahip Yüksek Hâkimler Kurulu'dur. Kurul üyelerinin üçte ikisi hâkimlerden, üçte biri ise hâkim olmayan bağımsız ve uzman kişilerden oluşmaktadır. Ayrıca üyelerin çoğunluğunun seçimle görevlendirilmesi usulü benimsenmiştir. Kurulun oluşumu ile ilgili diğer esasların ise kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür⁴⁵ (m.112).

Üst düzey hâkimler⁴⁶, Yüksek Hâkimler Kurulu'nun önerisi üzerine, Cumhurbaşkanı tarafından Başbakan'a danışılarak atanır. Diğer hâkimlerin ataması ise Başbakan'a danışılması gerekmeden Yüksek Hâkimler Kurulu'nun önerisi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından yapılır (m.106). Kanunda belirtilen

⁴⁴ 2014 Anayasası'nda yargı organlarının esas görevinin hukukun egemenliği, anayasanın üstünlüğü ve temel hak ve hürriyetlerin korunması olduğu açıkça belirtilmiştir (m.102/1).

⁴⁵ Söz konusu kanun 15.5.2015 tarihinde Temsilciler Meclisi'nde kabul edilmiştir. Kanuna göre Kurul 45 üyeden oluşacaktır. 30 hâkim üyeden 18'i meslektaşları tarafından seçilerek, 12'si ise Cumhurbaşkanı tarafından atanarak göreve başlayacaklardır. 15 hâkim olmayan bağımsız üye ise meslektaşları tarafından seçimle göreve getirilecektir. Adalet Bakanı ise kurul üyeleri arasında yer almamaktadır. Kurulun üye yapısıyla ilgili ayrıntılı bilgi ve eleştiriler için bkz. <https://www.hrw.org/news/2015/06/02/tunisia-law-falls-short-judicial-independence>, E.T. 22.09.15. Kanımızca kurulun üye yapısıyla ilgili en büyük eksiklik Temsilciler Meclisi'ne üye seçme yetkisinin verilmemesidir.

⁴⁶ Anayasada, üst düzey hâkim kadrolarının belirlenmesinin bir kanun ile yapılacağı öngörülmüştür. Söz konusu kanuna göre, yüksek mahkemelerin başkan ve başsavcıları üst düzey hâkim olarak nitelendirilmektedir. <http://www.icj.org/cijlcountryprofiles/tunisia/tunisia-judges/tunisia-appointment-and-promotion-of-judges-security-of-tenure/#footnote-13>, E.T. 22.09.15.

istisnai durumlar dışında hâkimlerin görevden alınması yasaklanmıştır. Bu istisnai durumlardan biri gerçekleştiğinde ise hâkimleri görevden alma yetkisi Yüksek Hâkimler Kurulu'na aittir. Görüldüğü gibi, hâkimlerin atanması ve görevinin sona ermesinde bağımsız bir idari kurul olan Yüksek Hâkimler Kurulu'nun geniş yetkileri bulunmaktadır. Yürütme organının hâkimlerin azil sürecine bir katılımı olmadığı gibi atamalarda da kendisine önerilen adayı reddedebilmekle sınırlı bir yetkisi vardır.

Anayasada yargı bağımsızlığını sağlamaya yönelik bir diğer güvence, hâkimlerin asılsız ceza soruşturma ve kovuşturmalarıyla yıpratılmalarını engellemeyi amaçlamaktadır. 104.maddeye göre, hâkimler yasal dokunulmazlıktan yararlanırlar. Dokunulmazlıkları kaldırılana dek haklarında dava açılmaz ve suçüstü hali dışında⁴⁷ tutuklanamazlar.

2014 Anayasası'nın yargı bağımsızlığını sağlamayı hedefleyen tüm bu olumlu yanlarına rağmen hâkimlerin azlini gerektiren sebeplerin anayasada belirtilmeyip kanuna bırakılması, emekliliğe sevk yasaklanmaması ve mali teminata yer verilmemesi eleştiriye açık hususlardır.

2) Yargı Teşkilatı

Yeni Anayasa, yargı örgütünün düzenlenmesinde geleneksel yapıyı koruyarak yargı ayrılığı sistemini (Fransız sistemi) benimsemiştir. Buna göre yargı organı; "adli yargı", "idari yargı", "askeri yargı", "mali yargı" ve "anayasa yargısı" olmak üzere beş ayrı yargı kolundan oluşmaktadır. Adli yargı; Yargıtay, istinaf ve ilk derece mahkemelerinden oluşmaktadır (m.115). İdarenin gerçekleştirmiş olduğu işlem, eylem veya ihmallerden kaynaklanan uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak üzere görev yapan idari yargı; Danıştay, istinaf ve ilk derece mahkemelerinden oluşmaktadır (m.116). Görev alanı, askeri suçlarla ilgili yargılama yapmakla sınırlandırılmış olan askeri yargı, askeri mahkemelerden oluşmaktadır. Askeri yargının yetkileri, oluşumu, yargılama usulleri ve hâkimlerin niteliklerinin düzenlenmesi kanuna bırakılmıştır⁴⁸

⁴⁷ Bu ihtimalde Yüksek Hâkimler Kurulu konuyla ilgili bilgilendirilir ve dokunulmazlığın kaldırılıp kaldırılmayacağına karar verir.

⁴⁸ Tunus'ta askeri yargının oluşumu ve yetkileri ile ilgili esasların yer aldığı 1957 tarihli Askeri Yargı Kanunu, Kurucu Meclis tarafından değiştirilmiştir. Buna göre, savaş zamanında askeri mahkemelerin tüm üyeleri askeri hakîmlerden oluşurken barış

(m.110.f.2). Kamu fonlarının yasallık, verimlilik ve şeffaflık esaslarına uygun olarak sarf edilip edilmediğini denetlemekle görevli mali yargı, Sayıştay ve bünyesindeki kuruluşlardan oluşmaktadır (m.117). Anayasa yargısını bağımsız bir başlık altında daha kapsamlı olarak inceleyeceğiz.

3) Anayasa Yargısı

a) Genel Olarak

Üçüncü dalga demokrasilerinin neredeyse tamamında, anayasal dönüşümün kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi ve bu denetimi yapmakla görevli merkezileşmiş yargı organları vasıtasıyla teminat altına alındığı görülmektedir. İspanya ve Portekiz gibi otoriter geçmişe sahip ülkelerin yanı sıra Rusya, Ukrayna, Çekoslovakya ve Polonya gibi eski komünist ülkelerde de anayasa yargısı, antidemokratik rejimlere tekrar dönüşün önüne set çekecek güvence mekanizmaları olarak tercih edilmiştir⁴⁹.

Esasında 1959 Anayasası ile kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemek üzere Anayasa Konseyi isimli bir yargı organı kurulmuştu. Fakat

zamanında bu mahkemelere sivil bir hâkim başkanlık etmektedir. Fakat her durumda askeri hâkimler çoğunlukta bulunmaktadır. Askeri hâkimlerin atanması, Savunma Bakanı'nin önerisi ve Askeri Yargı Konseyi'nin kararı üzerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılmaktadır. Askeri hâkimlerin askeri hiyerarşiden bağımsız bir biçimde görev yapabilecekleri düzenlenmiştir. Fakat genel disiplin kuralları bu hâkimleri bağladığı gibi bunların emeklilik işlemleri de Savunma Bakanı'nin kontrolü altındadır (International Commission of Jurists, **The Independence and Accountability of the Tunisian Judicial System: Learning from the Past to Build a Better Future**, s. 52-53, <http://ici.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/05/Tunisia-Strengthen-Judicial-Independence-Report-2014-ENG.pdf>, E.T. 09.10.15). Bu açıdan, askerî yargı organlarının yürütme organından tam anlamıyla bağımsız olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Ayrıca Askeri Yargı Kanunu'nun 91. maddesi uyarınca; bayrağa ve orduya hakaret eden, ordunun haysiyetine ve şanına karşı hareketlerde bulunan, askeri disiplin ve hiyerarşiyi ortadan kaldırmaya çalışan kişilerin 3 yıla kadar hapsedileceği öngörülmüştür. Yani bu suçu işleyen kişiler sivil dahi olsalar askeri mahkemelerde yargılanacaklardır. İnsan Hakları İzleme Komitesi'nin konuyla ilgili bir raporu için bkz. **Tunisia: Blogger Convicted by Military Court**, 6 Haziran 2015, <https://www.hrw.org/news/2015/01/06/tunisia-blogger-convicted-military-court>, E.T. 09.10.15.

⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özbudun, s. 158-168; Atar, Yavuz, **Demokrasilerde Anayasal Değişimin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı**, Konya, 2000, s. 227-232.

bu organ, üyelerinin seçimi ve başvuru usulü itibariyle, devlet organlarını sınırlandırıp temel hak ve hürriyetleri korumak bir yana, rejimin otoriter karakterini pekiştiren yürütmenin bir aygıtı olmaktan öte bir anlam ifade etmiyordu. Nihayetinde bu makam geçici Cumhurbaşkanı'nın 2011 yılında çıkardığı kararname ile lağvedilmiştir⁵⁰. 2014 Anayasası ise oldukça geniş yetkilerle donatarak Anayasa Mahkemesi'ni yeniden düzenlemiştir.

b) Anayasa Mahkemesi'nin Yapısı

Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirlenmesinde; yasama organı tarafından ve genellikle nitelikli çoğunluk oyuyla seçilme esasına dayanan seçim usulü ile yasama, yürütme ve yargı erkleri arasında bu yetkinin paylaşılması esasına dayanan karma usul olmak üzere iki temel usul bulunmaktadır⁵¹. Tunus'un, bu sınıflandırma içerisinde karma usulü benimsediği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi 12 üyeden oluşmaktadır. Cumhurbaşkanı, Temsilciler Meclisi ve Yüksek Hâkimler Kurulu'ndan her biri, üçü alanında uzman ve en az yirmi yıllık deneyime sahip kişilerden olmak üzere, dörder mahkeme üyesini belirleme yetkisine sahiptir (m.118/1, m.118/2).

Üyelerin görev süreleri dokuz yıldır. Her üç yılda bir mahkeme üyelerinin üçte biri yenilenir. Görev süresi sona ermeden önce mahkeme üyeliklerinde herhangi bir boşalma olması durumunda, atama süreci için öngörülen kurallara uyularak boşluk doldurulur (m.118/3). Başkan ve Başkan Yardımcısı, uzman üyeler arasından, mahkeme üyeleri tarafından seçilir (m.118/4). Üyelerin başka bir iş veya hizmet kabul etmesi yasaklanmıştır (m.119).

Anayasa Mahkemesi'ne üye seçme yetkisi yasama, yürütme ve yargı organları⁵² arasında eşit olarak paylaştırılmıştır. Anayasa Mahkemeleri, siyaset

⁵⁰ Pickard, Duncan, **Tunisia's New Constitutional Court**, Atlantic Council: Rafik Hariri Center for the Middle East, Nisan 2015, s. 1-2, http://www.constitutionnet.org/files/tunisia's_new_constitutional_court.pdf, E.T. 09.10.15.

⁵¹ Kaboğlu, İbrahim Ö., **Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye**, Ankara, 2007, s. 33-36.

⁵² Şüphesiz Yüksek Hâkimler Kurulunu fonksiyonel açıdan bir yargı olarak nitelendirmek mümkün değildir. Fakat üyelerinin üçte ikisinin hâkimlerden oluşması ve temel görevinin hakîmlerin atama ve özlük işlerini gerçekleştirmek olması göz

ile hukukun keşiştiği bir noktada görev yapmaktadırlar⁵³. Bu açıdan söz konusu paylaşım, erkler arası dengeleri gözetmesi ve hiçbir makamın Anayasa Mahkemesi'ne tek başına nüfuz edebilmesine imkân vermemesi sebebiyle olumludur⁵⁴.

c) Anayasa Mahkemesi'nin Yetkileri

Tunus Anayasa Mahkemesi, sahip olduğu yetkilerin genişliği itibariyle klasik anayasa yargısı organlarından ayrılmaktadır. Anayasa Mahkemesi yalnızca yasama işlemlerinin anayasaya uygunluğunu denetlemekle yetkili bir organ olarak düzenlenmemiş; ona ayrıca ülke siyasetinde önemli etkileri olacak bazı konularda karar verme yetkisi de tanınmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin sahip olduğu yetkiler aşağıda incelenmiştir.

1- Norm Denetimi Yapma

Anayasa Mahkemesi kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemeye yetkili tek merci olarak düzenlenmiştir. Bu açıdan diğer mahkemelerin anayasaya aykırı olduğunu düşündükleri kanunları ihmal edip doğrudan anayasa hükmünü uygulamalarının yasaklandığı söylenebilir. Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya uygunluğunu denetleyeceği normlar; kanunlar, anayasa değişiklikleri, uluslararası anlaşmalar ve içtüzük değişikliklerinden ibarettir (m.120).

Kanunların anayasaya uygunluğunun denetim zamanı ile ilgili olarak önleyici denetim modeli tercih edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, henüz kanun yürürlüğe girmeden önce anayasaya aykırılık iddiasını çözüme kavuşturmaktadır. Cumhurbaşkanı, Başbakan veya Temsilciler Meclisi'nin 30 üyesi, Temsilciler Meclisi'nin kanun tasarı veya teklifini kabul etmesinden itibaren 7 gün içerisinde Anayasa Mahkemesi'ne başvurmalıdır (m.120/1-1). Cumhurbaşkanı, Anayasa Mahkemesi karar vermeden önce kanunu onaylayıp Resmi Gazete'de yayımlatamaz.

önüne alınarak şekli kriter bağlamında bu kurulun yargısal bir merci olarak nitelendirilmesinde kanaatimizce herhangi bir mahsur yoktur.

⁵³ Tuñç, Hasan/Bilir, Faruk/Bülent, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, 2011, s. 334.

⁵⁴ The Carter Center, s. 92.

Mahkeme norm denetimi ile ilgili kararını aykırılık iddiasının yapıldığı tarihten itibaren 45 gün içinde vermek zorundadır. Mahkeme bu süre içerisinde kararını vermez ise kanun tasarısını derhal Cumhurbaşkanı'na iletir. Cumhurbaşkanı, bu kanunu Resmi Gazete'de yayımlatıp yürürlüğe koyabilir (m.121).

Anayasaya aykırı bulunan kanun tasarıları, Meclis'e tekrar sunulmak üzere Cumhurbaşkanı'na gönderilir. Meclis, Anayasa Mahkemesi'nin kararını dikkate alarak kanun tasarısını yeniden düzenleyip kabul edebilir. Bu durumda Cumhurbaşkanı, yeni kanun tasarısının da anayasaya aykırı olduğunu iddia ederek Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir (m.122).

Anayasaya uygunluk denetiminin yapılış usulü açısından iptal davasının yanı sıra somut norm denetimine de yer verilmiştir. Somut norm denetimi yolunun işletilebilmesi için davanın taraflarından birinin davada uygulanacak normun anayasaya aykırı olduğunu iddia etmesi gereklidir. Anayasa metninden, hâkimin söz konusu iddiayı bir talep dosyası haline getirip Anayasa Mahkemesi'ne iletmek dışında bir yetkisinin olmadığı anlaşılmaktadır. Somut norm denetiminde Anayasa Mahkemesi kararını üç ay içinde açıklamalıdır. Bu süre üç aylığına bir kez daha uzatılabilir (m. 123).

Normların anlamlarının kanun koyucu tarafından tek ve değişmez bir biçimde belirlenemeyeceği ve anlamlarının zaman içerisinde değişebileceğini varsayan dinamik yorum anlayışının⁵⁵ dikkate alınarak somut norm denetimi usulüne de yer verilmesi, anayasaya aykırı hale gelen normların hukuk düzeninden temizlenmesi açısından faydalı olmuştur. Fakat anayasaya aykırılık iddiasını sadece dava taraflarının ileri sürülebilmesi ve hâkimin ileri sürülen iddianın ciddiliği ile ilgili bir değerlendirme yapmasına izin verilmemesi bir eksiklik olarak değerlendirilebilir. Özellikle hâkimin iddianın ciddiliğini değerlendirememesi, Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünü gereksiz bir şekilde artırmaya sebep olacaktır.

Anayasa değişiklikleri hem esas hem de şekil bakımından Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabidir. Temsilciler Meclisi Başkanı, tüm değişiklik tekliflerini anayasanın değiştirilmesi yasaklanan hükümlerine aykırı olup

⁵⁵ Oder, Bertil Emrah, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri: Hukuksal Yöntem Bilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma**, İstanbul, 2010, s. 225.

olmadığını incelemesi için Anayasa Mahkemesi'ne sunar. Bu açıdan anayasa değişikliği henüz teklif aşamasındayken zorunlu olarak Anayasa Mahkemesi'nin denetiminden geçer (m.144/1). Eğer Anayasa Mahkemesi'nin denetiminden geçen değişiklik teklifi parlamento veya halkoylaması yoluyla kabul edilirse, Anayasa Mahkemesi bu defa değişikliğin anayasa değişikliği için öngörülen şekil kurallarına uygun olup olmadığını denetler (m.120/1-2). Anayasa Mahkemesi'nin bu denetimleri yapabilmesi için herhangi bir makamın başvurusuna ihtiyacı bulunmamaktadır.

Tunus Anayasası'na göre, Temsilciler Meclisi tarafından onaylanan uluslararası anlaşmalar, normlar hiyerarşisinde kanun üstü ve anayasa altı bir seviyede yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanı'nın başvurusu üzerine, uluslararası anlaşmaların anayasaya aykırılığı iddialarını incelemekle görevlidir. Anayasa Mahkemesi'nin olası iptal kararlarının ülkenin uluslararası sorumluluğunun doğumuna sebep olmasını engellemek için, Cumhurbaşkanı'nın yasama onayından önce mahkemeye başvurusu esas benimsenmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi diğer bir norm türü de içtüzük hükümleridir. İchtüzük hükümlerinin anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurma yetkisi Meclis Başkanı'na aittir⁵⁶. Anayasa Mahkemesi'nin içtüzük hükümlerini denetlerken, muhalefeti "Temsilciler Meclisi'nin önemli bir parçası" olarak niteleyen anayasanın 60. maddesini özellikle dikkate alması gerekecektir.

2- Yürütme Organı İçindeki Yetki Çatışmalarını Çözümüne Kavuşturma

Yeni Anayasa'da yarı başkanlık hükümet sisteminin tercih edilmesi, yürütme içerisinde yetki çatışmalarının yaşanması ihtimalini artırmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz gibi milli güvenlik ve uluslararası ilişkiler alanlarında politika belirleme yetkisi Cumhurbaşkanı'na aittir. Diğer alanlarda ise esas yetkili kişi Başbakan'dır. Düzenleme bu şekliyle, hangi konunun hangi alana girdiğini, dolayısıyla hangi makamın o konuda karar almaya yetkili olduğunu belirlememektedir. Kaldı ki devletin faaliyet alanının oldukça genişlediği

⁵⁶ Uluslararası anlaşmalar ve içtüzük hükümleri ile ilgili Cumhurbaşkanı ve Temsilciler Meclisi Başkanı'nın Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapması bir mecburiyet değildir. İki makamında bu hususla ilgili takdir yetkileri bulunmaktadır (Pickart, s. 4).

günümüzde böyle bir belirleme yapmaya ne imkân ne de gerek vardır. Bu sebeple Başbakan ve Cumhurbaşkanı arasında çıkacak yetki uyuşmazlıklarının çözümü için Anayasa Mahkemesi'ne hakemlik görevi verilmiştir⁵⁷. Mahkeme, taraflardan birinin başvurusu üzerine olayı inceleyecek olup kararını bir hafta içinde açıklamak zorundadır (m.101). Yasama ile yürütme erki arasında, özellikle kanun alanıyla ilgili çıkacak uyuşmazlıklar hakkında Anayasa Mahkemesi'nin karar vermesi ise kabul edilmemiştir.

3- Olağanüstü Hal Döneminde Sahip Olduğu Yetkiler

Cumhurbaşkanı olağanüstü hal ilanına karar verdiği takdirde, aldığı tedbirlerle ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'ni bilgilendirmek zorundadır. Olağanüstü hal ilanının üzerinden 30 gün geçtikten sonra, Temsilciler Meclisi'nin 30 üyesi yahut Meclis Başkanı, Anayasa Mahkemesi'ne başvurarak olağanüstü hal ilanını gerektiren sebeplerin devam edip etmediği ile ilgili karar vermesini mahkemeden isteyebilir. Mahkeme, kararını 15 gün içinde açıklamak zorundadır (m. 80). Anayasa Mahkemesi'nin olağanüstü hal ilanını gerektiren sebeplerin ortadan kalkmasına yönelik karar vermesi durumunda olağanüstü halin kendiliğinden kalkıp kalkmayacağı ile ilgili anayasadaki düzenleme açık değildir. Bu noktanın bir anayasa değişikliği ile açıklığa kavuşturulması faydalı olacaktır⁵⁸.

4- Diğer Yetkileri

Anayasa Mahkemesi'nin diğer yetkileri; bütçe tasarılarının anayasaya uygunluğunu denetlemek (m. 66), Cumhurbaşkanlığı makamının geçici veya daimi bir surette boşalmış olduğunu ilan etmek (m. 84) ve Temsilciler

⁵⁷ Fransız Anayasası'nda Anayasa Konseyi'ne, bir kanun teklifinin kanun alanına girip girmediği ile ilgili karar verme yetkisi tanınmıştır (m.41). Yürütme içerisinde yaşanacak yetki çatışmaları ile ilgili ise Anayasa Konseyi'nin karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Fransa'da Cumhurbaşkanı-hükümet ilişkileri, yargı organlarının kararlarıyla değil bunların temsil ettiği siyasal akımların benzerlik veya farklılığına göre şekillenmektedir. Cumhurbaşkanı ile hükümetin aynı partiye mensup olmaları durumunda sistem başkanlık sistemine, aksi halde parlamenter rejime benzer şekilde işlemektedir (Özbudun, s. 140). Tunus Anayasası'nda bu yetki krizlerinin fiili duruma göre değil de yargısal süreçler izlenerek çözüme kavuşturulmasının öngörülmesi, hukuk devleti ilkesi bağlamında önemli bir adımdır.

⁵⁸ Pickart, s. 4.

Meclisi'nin Cumhurbaşkanı'nı anayasanın ağır bir biçimde ihlali sebebiyle suçlaması durumunda bununla ilgili karar vermekten (m. 88) ibarettir. Anayasa Mahkemesi'nin anayasa ile verilen diğer görevleri de yerine getirmesi gerektiği belirtilmiştir (m.120/2). Bu açıdan Anayasa Mahkemesi'nin görev alanını genişletmek için anayasa değişikliği yapılması gerekmektedir.

d) Anayasa Mahkemesi Kararlarının Niteliği ve Sonuçları

Anayasa Mahkemesi üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyuyla karar alır. Mahkemenin kararı yalnızca başvuruya konu hükümlerin anayasaya aykırı olup olmadığına yöneliktir. Kararlar gerekçeli olmak zorundadır ve Resmi Gazete'de yayımlanır. Mahkemenin kararları tüm makam ve mercileri bağlayıcı niteliktedir⁵⁹ (m.121).

DEĞERLENDİRMELER VE SONUÇ

Tunus Anayasası'nın devlet erkleri arasında dengeli bir paylaşım yaptığını ileri sürmek mümkün değildir. Kamu hukukundaki çağdaş eğilimlere uygun olarak yürütme erki yasama erki karşısında üstün bir konuma getirilmiştir. Fakat bu yapılırken yasama organının kanun yapma yetkisi dahi birçok açıdan kısıtlamalara tabi tutulmuştur.

İlk olarak; Temsilciler Meclisi'nin kanun çıkarabileceği alanlar, anayasada sınırlı sayım usulüyle belirlenmiştir. Geriye kalan alanlarda Başbakan, Temsilciler Meclisi'nin yetki devrine ihtiyaç duymaksızın kanun hükmünde kararnameler çıkarabilecektir. Ayrıca Meclis, kendi alanına dâhil konularda Başbakan'a kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini devredebileceği gibi Meclis'in feshedildiği durumlarda Cumhurbaşkanı, Başbakan'a danışarak -sonradan Meclis'e sunulmak şartıyla- kanun hükmünde kararnameler de çıkarabilecektir.

⁵⁹ Anayasanın geçici hükümler bölümünde Anayasa Mahkemesi'nin oluşturulması ile ilgili hükümlere yer verilmiştir. Buna göre, Anayasa Mahkemesi, ilk yasama seçimlerinin yapılmasından itibaren bir yıl içinde kurulmak zorundadır. Bu anayasanın ilanından itibaren üç ay içinde Ulusal Kurucu Meclis, organik bir kanun ile kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyecek geçici bir makam oluşturur. Bu makam; Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay Başkanları ile Başbakan, Cumhurbaşkanı ve Ulusal Kurucu Meclis Başkanları'nın hukuk uzmanları arasından atayacakları birer üyeden oluşur. Bu kurulun görev süresi, Anayasa Mahkemesi'nin kurulması ile sona erer (m.148).

İkinci sınırlama, Cumhurbaşkanı'nın sahip olduğu güçleştirici veto yetkisidir. Cumhurbaşkanı'nın veto ettiği olağan kanunlar Meclis üye tamsayısının salt çoğunluğu, organik kanunlar ise üye tamsayısının beşte üçünün oyuyla tekrar kabul edilebilir (m.81/3). Temsilciler Meclisi'nin parçalı yapısı düşünüldüğünde, Cumhurbaşkanı'nın istemediği kanunların kabul edilmesi imkânsız değilse de oldukça zor görünmektedir. Cumhurbaşkanı'nın yasama alanındaki yetkileri arasında kanun teklif etme ve kanunları referanduma götürme de yer almaktadır.

Son olarak, Anayasa Mahkemesi'nin Temsilciler Meclisi'nin işlemleri üzerindeki geniş denetleme yetkisi zikredilebilir. Anayasa Mahkemesi, kanun ve içtüzüklerin yanı sıra uluslararası anlaşmalar ile anayasa değişikliklerini de esas ve şekil bakımından denetleyebilecektir. Ayrıca olağanüstü hal ilanını gerektiren sebeplerin devam edip etmediği ile ilgili karar verme yetkisi, karşılaştırmalı hukuktaki genel uygulamanın aksine, Temsilciler Meclisi'ne değil Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir.

Demokrasiye geçiş aşamasındaki bazı ülkelerde yarı başkanlık sistemi, devlet otoritesinin sınırlandırılması ve özgürlüklerin korunması açısından bir güvence olarak tercih edilmiştir. Saf parlamenter rejimlerde, yürütme organı çift başlı olmasına rağmen Cumhurbaşkanı'nın hükümeti sınırlandırması mümkün değildir. Başkanlık sistemlerinde Başkan, yürütme gücünü tek başına elinde tutmaktadır. Yarı başkanlık sistemlerinde ise yürütmenin esas yetkili organı olan Bakanlar Kurulu, Meclis'in denetimine tabi olduğu gibi Cumhurbaşkanı'nın da etkisine açıktır. Yani yarı başkanlık sistemlerinde, geçmişten bu yana insan haklarına karşı gerçekleştirilen müdahalelerin sorumlusu olarak görülen yürütme organı, kendi içerisinde de bir sınırlamaya tabi tutulmaktadır. Fakat aynı zamanda bu hükümet sisteminin en sorunlu yanını da Cumhurbaşkanı ile hükümet arasında bir çatışmanın meydana gelmesi ihtimali teşkil etmektedir.

Tunus Anayasası, yürütme içerisindeki yetki krizlerinin yargısal ve siyasal mekanizmalar aracılığıyla çözüme kavuşturulmasına imkân tanıyan hükümler ihtiva etmektedir. Bu mekanizmalar arasında yargısal olanı, Anayasa Mahkemesi'nin hakemlik fonksiyonudur. Gerek Başbakan gerekse Cumhurbaşkanı, yürütmenin diğer kanadından gelebilecek yetki tecavüzlerine karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilecektir. Siyasal mekanizma ise

hükümetin kolektif sorumluluğu yoluna gitmektir. Cumhurbaşkanı ve Başbakan arasındaki uyumsuzluk, Meclis'in hakemliği yoluyla çözümlenebilecektir. Bunun için Başbakan hükümet adına Meclis'ten güvenoyu isteyebileceği gibi Cumhurbaşkanı da Meclis'ten hükümete olan güvenini yinelemesini isteyebilir. Hükümet güvenoyu aldığı takdirde Cumhurbaşkanı, psikolojik olarak geri adım atmak zorunluluğunu hissedecektir. Hükümetin güvenoyu alamaması durumunda ise uyumsuzluğun taraflarından biri mevcudiyetini yitireceği için tabiatıyla uyumsuzluk konusu da ortadan kalkacaktır.

Belirtilmesi gereken bir diğer nokta, Meclis'in çoğulcu yapısı ile hükümet istikrarını bir arada sağlamaya yönelik yöntemlere yer verilmiş olmasıdır. Bir yandan seçim sistemi olarak büyük küçük tüm siyasi akımların Meclis'te yer almasına imkân tanıyan nispi temsilin en büyük artık usulü benimsenmişken öte yandan Meclis içindeki çoğulcu yapının hükümet etkinliğine zarar vermemesi için Başbakan ön plana çıkarılmış; birçok konuda Bakanlar Kurulu'ndan bağımsız bir biçimde yetki kullanabilmesine müsaade edilmiştir.

Anayasada hükümet istikrarını sağlamak için rasyonelleştirilmiş parlamentarizm araçlarına yer verildiği görülmektedir. Hükümetin güvensizlik oyuyla düşürülebilmesi için üye tamsayısının salt çoğunluğunun güvensizlik oyu vermesi ve aynı çoğunlukla alternatif bir Başbakan adayının belirlenmesi gereklidir. Bu açıdan, hükümetin düşürülmesinin özel bir nisaba bağlanmasının yanı sıra yapıcı güvensizlik oyu usulüne de yer verilmiştir. Ayrıca güvensizlik isteminin yeterli çoğunluğun sağlanamaması sebebiyle reddedilmesi durumunda altı aylık bir süre için hükümet aleyhine tekrar güvensizlik önergesi verilmesi yasaklanmıştır.

Yeni Tunus Anayasası'nın getirdiği önemli yeniliklerden birisi de Anayasa Mahkemesi'nin, siyasi organların üzerindeki sahip olduğu geniş yargısal denetim yetkisidir. Tunus'un demokratik dönüşümünde, siyasiler ve çeşitli toplum kesimleri arasındaki uzlaşmacı yaklaşımın etkisini dikkate aldığımızda, Anayasa Mahkemesi'nin demokrasinin kurumsal teminatlarından biri olacağını söylemek mümkündür. Fakat mahkemeye tanınan olağanüstü yetkilerin uzun vadede meşruiyet tartışmalarının doğumuna sebebiyet vermesi de kaçınılmaz görünmektedir.

KAYNAKLAR

- Al Hanachi, Abdul Latif, "Tunisia's First Legislative Elections: Post-Revolution", **Al Jazeera Center for Studies**, 2 Ekim 2014.
- Al-Ali, Zaid/Donia Ben Romdhane, **Tunisia's New Constitution: Progress And Challenges to Come**, <https://www.opendemocracy.net/arab-awakening/zaid-al-ali-donia-ben-romdhane/tunisia%E2%80%99s-new-constitution-progress-and-challenges-to->, E.T. 08.09.2015.
- Atar, Yavuz, **Demokrasilerde Anayasal Değişmenin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı**, Konya, 2000.
- Atar, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Konya, 2013.
- Ben Letaief, Mustapha, **Rule of Law Quick Scan Tunisia: Prospects and Challenges**, 2012. [http://www.hiil.org/data/sitemanagement/media/QuickScan Tunisia_051212_GK_digitaal.pdf](http://www.hiil.org/data/sitemanagement/media/QuickScan_Tunisia_051212_GK_digitaal.pdf), E.T. 24.08.15.
- Çam, Esat, **Çağdaş Devlet Sistemleri**, İstanbul, 2000.
- El Gannuşi, Raşid, **İslam Devletinde Kamusal Özgürlükler**, Tunç, Osman (Çeviren), İstanbul, Tarihsiz.
- Eroğul, Cem, **Çağdaş Devlet Düzenleri: İngiltere, Amerika, Fransa, Almanya**, Ankara, 2012.
- European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), **Opinion on the Final Draft Constitution of the Republic of Tunisia, Opinion 733 / 2013**, 17 Ekim 2013.
- Fedtke, Jörg, "Comparative Analysis Between the Constitutional Process in Egypt and Tunisia –Lessons Learnt- Overview of the Constitutional Situation in Libya", **European Parliament Directorate General for External Policies of the Union: Directorate B**, 2014.
- Global Network for Rights and Development (GNRD) & International Institute for Peace, Justice and Human Rights (IIPJHR), **Joint Observation Mission to Tunisian Parliamentary Elections 2014: Report**, 21 Kasım 2014.
- Gözler, Kemal, **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, Bursa, 2001.

- Guellali, Amna, “The Problem with Tunisia’s New Constitution”, **World Policy Journal**, 3 Şubat 2014, <http://www.worldpolicy.org/blog/2014/02/03/problem-tunisia%E2%80%99s-new-constitution>, E.T. 30.08.15.
- Horchani, Ferhat, “Güçlü Ve Zayıf Yönleriyle 27 Ocak 2014 Tarihli Yeni Tunus Anayasası”, Duymaz, Erkan(Çeviren), **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 3, S. 6, Y. 2014, s.11-22.
- Human Rights Watch, **Tunisia: Blogger Convicted by Military Court**, 6 Haziran 2015, <https://www.hrw.org/news/2015/01/06/tunisia-blogger-convicted-military-court>, E.T. 09.10.15.
- International Commission of Jurists, **The Independence and Accountability of the Tunisian Judicial System: Learning from the Past to Build a Better Future**, <http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/05/Tunisia-Strengthen-Judicial-Independence-Report-2014-ENG.pdf>, E.T. 09.10.15.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., **Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye**, Ankara, 2007.
- Köybaşı, Serkan, “Yeni Tunus Anayasası’nın Yazım Süreci Ve Sürecin Sonuca Yansımaları”, **Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan**, C. 2, İstanbul, 2014.
- Oder, Bertil Emrah, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri: Hukuksal Yöntem Bilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma**, İstanbul, 2010.
- Özbudun, Ergun, **Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı**, Ankara, 1993.
- Pickard, Duncan, **Tunisia’s New Constitutional Court**, Atlantic Council: Rafik Hariri Center for the Middle East, Nisan 2015, http://www.constitutionnet.org/files/tunisias_new_constitutional_court.pdf, E.T. 09.10.15.
- Tavana, Daniel/Alex Russell, “Tunisia’s Parliamentary & Presidential Elections”, **Project on Middle East Democracy (POMED)**, Ekim 2014.
- The Carter Center, **The Constitution-Making Process in Tunisia: Final Report**, 2014, http://www.cartercenter.org/resources/pdfs/news/peace_publications/democracy/tunisia-constitution-making-process.pdf, E.T. 26.08.15.

- Tumay, Murat, **Demokratik Anayasa Yapımı Dinamikleri: Tunus Anayasası Örneği**, Ankara, 2015.
- Tunç, Hasan/Bilir, Faruk/Bülent, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, 2011.
- Yaşar, Nebahat, “Tunus Siyasetinde Yeni Döneme Doğru: 2014 Parlamento Seçimleri”, **ORSAM Bölgesel Gelişmeler Değerlendirmesi**, No.14, Ekim 2014.
- Yaşar, Nebahat, **Reconsidering Durability of Authoritarian Regime and Possibilities of Democratization in Tunisia**, Orta Doğu Teknik Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Orta Doğu Araştırmaları Bölümü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014.

HÂKİMLERİN HUKUKİ VE CEZAI SORUMLUĞU*

Arş. Gör. Melikşah AYDIN**

JUDICIAL AND CRIMINAL RESPONSIBILITY OF JUDGES

ÖZ

Topluluklar halinde yaşayan insanoğlu, toplumda huzuru ve refahı sağlayacak yönetici sınıftan sonra belki de en önemli ihtiyaç olarak aralarında ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözecek olan kişilere gereksinim duymuştur.

Hâkim de insandır ve isteyerek veya istemeyerek haksız hüküm verebilir. Hâkimi kasten haksız hüküm vermeye iten sebep para veya menfaat gibi hususlar yani rüşvet olabilir. Bunun dışında eğer hâkim olabilecek niteliklere sahip olmayan bir kişi hâkimlik mesleğine atanmış ise bu kişi hâkime yakışmayacak şekilde bir fahiş hata yaparsa adalet yerine getirilmemiş olur ve bu sebeple vatandaşlar mağdur olur.

Toplum içinde bu derece önemli bir görevi yerine getiren hâkimlerin sorumluluğu veya sorumsuzluğu konusunda İslam hukukundaki durum ile pozitif hukuktaki durumu karşılaştırmalı bir şekilde ele almaya çalışacağız.

* Kabul Edildiği Tarih: 14.12.2017

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.363910](https://doi.org/10.15337/suhfd.363910)

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

E-mail Adresi: aydinmeliksah@gmail.com

ORCID ID: orcid.org/0000-0002-4077-5025

ANAHTAR KELİMELEER: Hukuk, Tarih, Hâkim, Sorumluluk, Rüşvet.

ABSTRACT

Communities are living human beings provide peace and well-being in society After the ruling class, perhaps the most important need is for those who will solve the disputes that arise between them.

The Judge is also a person and can unjust decides intentionally or unintentionally. The causes that push judge to decide unjust intentionally can be money or benefist that meas bribe. Other than this if a person who does not have the qualifications to be a judge has been appointed to the judge's profession, even if he makes an exaggerated mistake so that it does not fall prey to justice, justice is not fulfilled and the citizens become victims.

Regarding the responsibility or irresponsibility of judges who perform such a crucial task in society, we will try to consider comparatively the situation in Islamic law and the positive law.

KEY WORDS: Law, History, Judge, Responsibility, Bribe.

I. İSLAM VE OSMANLI HUKUKUNDA HÂKİMLERİN SORUMLULUĞU

A. HUKUKİ SORUMLULUK

Hâkimlik mesleği bu mesleğin içinde olan kişilere çok büyük sorumluluklar getirmektedir. Bu sorumluluk gerek hukuki anlamda gerekse cezai anlamda olur. Hâkimlerin yaptıkları yargılama faaliyeti o kadar önemlidir ki, bu faaliyet insanların malını, hürriyetini etkileyebildiği için hâkimler yargılama sırasında çok dikkatli olmalıdırlar. Toplumun huzurlu ve mutlu bir şekilde yaşayabilmesi de yargılama faaliyetinin hakıyla yerine getirilip getirilmediğiyle doğrudan ilişkilidir. Bu açıdan oldukça büyük sorumluluk getiren bu mesleğin hakıyla yerine getirilememesi durumunda da hâkimlerin mesuliyeti söz konusu olacaktır.¹

¹ ASLAN, Nasi, İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri, Ankara, 2014, s.18. ATAR, Fahrettin, "Kaza", DİA, C. XXV, s.114.

Bu hususta İslam dini de hâkimlere büyük sorumluluk getirmiştir. İslam devletinde devlet başkanı olan halife yargılama faaliyetini bizzat kendisi de yaptığı için vereceğimiz örnek bu hususta aydınlatıcı olacaktır. Hz. Ebubekir'in halifeliği zamanında bir gün Hz. Ömer, halifenin yanına girer ve selam verir; fakat Hz. Ebubekir bu selamı almaz. Hz. Ömer bu duruma çok üzülür ve sahabeden Abdurrahman b. Avf'a bu durumu anlattıktan sonra "*Acaba halife bana dargın mı?*" diye sorar. Bunun üzerine Abdurrahman b. Avf durumu Hz. Ebubekir'e aktarır. Hz. Ebubekir ise, "*Ömer yanıma geldiğinde yanımda iki kişinin duruşmasını görüyordum. Yüce Allah, mahşer gününde beni o kişilerden ve onların sözlerinde sorumlu tutacağı için tüm dikkatimi bu iki kişi üzerine vermiştim. Ömer'in selamını almaktan gaflet etmişim*" diyerek yargılama faaliyetinin ne derece önemli ve sorumluluk gerektiren bir faaliyet olduğunu açıklamıştır.²

Yargılama faaliyeti yürütülürken hâkimin dikkati dağınık ve bu dikkat dağınıması sonucu, yargılama ve dava için önemli bir husus gözden kaçırılır ve bu gözden kaçırma dolayısıyla da hâkimin verdiği karar eksik veya adaletsiz olursa, bu karardan doğabilecek zararlardan hâkim bizzat mes'ul olacaktır. Bu sebeple örneğimizde Hz. Ebubekir oldukça dikkatli davranarak kul hakkı doğurabilecek bir haksızlıktan korunmaya çalışmıştır.

"İnsanlar arasında hükmetmek üzere kim yargı görevini üstlenirse bıçaksız olarak boğazlanmış olur"³ hadisi yargılama faaliyetinin büyük bir sorumluluk getirdiğini anlatmaktadır.⁴ Bilmen, hâkimlik yapabilecek vasıflara sahip olmayan kişinin haksız yere vereceği bir hükmün hâkimin ebedi felaketine sebep olabileceğini belirtmiştir.⁵ Birçok âlim de kendilerine teklif edilen hâkimlik görevlerini bu sorumluluğun ciddiyeti sebebiyle

² BERKİ, Ali Himmet, İslam'da Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii, Ankara, 1962, s.17.

³ İbn Mâce, *Ahkâm*, 1; Tirmizî, *Ahkâm*, 1; Ebu Davud, *Akdiye*, 1; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II/230, 365.

⁴ Hatta bazı âlimlere göre mekruhtur. Şeyh Bedreddin, *Camii'l-Fusûleyn*, (Yargılama Usulüne Dair, ed. Hacı Yunus Apaydın), Ankara, 2012, s. 41.

⁵ BİLMEN, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fikhiyye Kamusu*, C. VIII, s. 212.

reddetmişlerdir.⁶ Ebu Hanife⁷ ve İmam Şafii⁸ bu âlimlerden bazılarıdır. Fukahadan Mekhul: “Eğer kaza (hâkimlik) ile katledilmek arasında muhtar bırakılsam (tercih yapmaya zorlansam) katli ihtiyar ederim (tercih ederim).” diyerek konunun önemine dikkat çekmiştir.⁹ Hz. Ömer’in halifeliği devrinde Mısır valisi olan Amr b. As, halifeden bölgeye bir hâkim ataması emrini içeren bir ferman aldığı¹⁰, hâkimlik için Ka’b b. Yassar’a teklif götürmüştür. Ka’b cahiliye devrinde hakemlik yaptığı ve yargılama faaliyetinin ne denli bir sorumluluk gerektiren bir görev olduğunu bildiği için hâkimlik görevini reddetmiştir.¹¹

Ebu Kılabe Abdullah b. Zeyd o derece hukuk bilgisine ve üstün vasıflara sahipti ki, İbn Sa’d ve İbn Hacer’e göre İran bölgesinde bulunsaydı kendisi mobez mobezanlık¹² yapabilecek seviyedeydi. Fakat kendisine Basra kadılığı teklif edilince görevi kabul etmemek için Şam’a kaçmış ve orada yaşamaya başlamıştır. Kendisine neden hâkimlik görevini kabul etmediğini soranlara “Hâkim denizde yüzen birine benzer. Bir kimse denizde kaç gün yüzebilir” demiştir.¹³

⁶ KAHVECİ, Nuri, KALENDER, Abbas, “İlk Dönem İtibariyle İslam Hukukuna Göre Hâkim Tayininde Aranan Kriterler”, K.S.Ü.İ.F.D, 2014, sy.23, s.4.

⁷ Ebu Hanife’ye hâkimlik hem Emeviler hem de Abbasiler devrinde teklif edilmiştir. Emeviler devrinde Kufe kadılığı, Abbasiler devrinde de halife Mansur tarafından teklif edilen Bağdat kadılığı bu büyük âlim tarafından reddedilmiş, halife Mansur bu büyük âlimi hapsedmiş ve işkence ettirmiştir. BERKİ, İslam’da Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii, s.17-18.

⁸ ASLAN, Yargılama Etiği, s.27. YAMAN, Ahmet, Siyaset-Hukuk İlişkisi, Esra Yayınları, Konya, 1999, s.139.

⁹ BİLMEN, C. VIII, s.212.

¹⁰ KAHVECİ/KALENDER, s.7.

¹¹ ATAR, Fahreddin, İslam Adliye Teşkilatı, Ankara, 1991, s.101.

¹² Mobez Mobezan İran devletinde kadılıkudat benzeri yetkilere sahip olan kişiye verilen isimdir. Bu göreve tayin edilen kişi ülkedeki en yetkili hukukçudur ve hâkimlerin atanması ve tayini gibi birçok önemli görevi bulunmaktadır. ÖZEN, Şükrü, “Kadılıkudat”, DİA, C. XXIV, s.78.

¹³ ATAR, İslam Adliye, s. 101. Bir kimse hâkimliği kalbiyle arzu edemez ve diliyle de isteyemez. Bir hadiste de “Bir kimse hâkimliğe talip olursa, kendi nefesine bırakılır. Bir kimseye de zorla hâkimlik verilirse o kimse üzerine bir melek inip ona doğruyu gösterir.” buyurulmuştur. Damad Tercümesi, Mecme’ul Enhur, Mülteka Şerhi,

Hâkimlik yapabilecek niteliklere sahip olmasına rağmen, kendisine teklif edilen hâkimlik görevini kabul etmeyen kişilerin de bazı durumlarda sorumluluğu vardır.¹⁴ Hâkimlik yapabilmek için gerekli olan niteliklere ve yeterli bilgiye sahip olan muttaki kişi, kendisine hâkimlik görevi teklif edildiğinde bu görevi kabul etmez, daha sonra ise yargılama faaliyeti gereği gibi yerine getirilemez ve hâkimlik yapmaya ehil olmayan kişiler hâkim olurlarsa görevi kabul etmeyen kişi bundan dolayı sorumlu olur ve günaha girer.¹⁵

Hâkimlik yapabilmek için gerekli olan ehliyet ve vasıflara sahip olmayan birisi hâkim olarak atanırsa ve yargılama sonucunda hukuk bilgisine dayanmaksızın hüküm verirse, verdiği bu hükümlerde adil olsa bile günah işlemiş olur.¹⁶ Kur'an- Kerim'de de *"Hiç şüphesiz Allah size emanetleri ehline teslim etmenizi ve insanlar arasında hükmettiğiniz zaman adaletle hükmetmenizi emreder."*¹⁷ denilerek hakim atamasını yapacak ilgililerin dikkatli olması gerektiği belirtilmiştir. Hz. Ömer de Şureyh'i hâkim olarak atamadan önce bir Yahudi ile Hz. Ömer arasında ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta Yahudi, Şureyh'in hakem olarak karar vermesini ister, Şureyh de adil bir şekilde karar verir. Şureyh'in hukuk bilgisi ve yargılama usulünü gören Hz. Ömer, onu kadı olarak bir bölgeye atamıştır.¹⁸

Abdurrahman b. Şeyh Muhammed b. Süleyman, terc. Mehmet Çelik, İst. 2011, C. IV, s.404.

¹⁴ Kendisinden başka o bölgede kadılık yapmaya ehil olmayan kişiye kadılık teklif edildiğinde görevi kabul etmesi farz-ı ayn hale gelir. HALEBÎ, İbrahim, İzahlı Mülteka el-Ebhur Tercümesi, Tercüme: Mustafa Uysal, İstanbul, 1972, s.195.

¹⁵ BERKİ, İslam'da Kaza Hüküm Hâkimlik ve Tevabii, s.19.

¹⁶ ASLAN, Yargılama Etiği, s.23.

¹⁷ Nisa, 4/58. *"Kadılar (hâkimler) üç kısımdır. Biri cennette ikisi ateştedir. Cennette olanlar hakkı bilip onunla hükmedenlerdir. Hakkı bildiği halde hükmünde zulmeden (haklıyı bildiği halde bunu gizleyip haksız hüküm veren) hâkimler ise ateştedir. Gerçeği araştırıp öğrenmeden cahillikle hükmeden hâkim (ya da hâkimliğe ehil olmadığı halde bir şekilde göre alan hâkim) de ateştedir."* Bu Hadis-i Şerif'te de hâkimlerin verdikleri hükümler dolayısıyla uğrayabilecekleri olası cezalar öngörülmüştür.

¹⁸ KAHVECİ/KALENDER, s.12.

Hâkimliğin gerektirdiği ehliyet ve niteliklere sahip olan birisi ise verdiği hükümde kasıtlı olmaksızın hata yapsa ve adil sonucu bulamasa bile kendisi bu hatadan ve bu hüküm dolayısıyla verdiği zarardan sorumlu tutulmaz. Bu hâkim, adil bir şekilde hüküm vermek amacıyla yargılama yaparsa; hükmünde isabet ederse bir sevap, edemezse iki sevap kazanacağı müjdelenmiştir.¹⁹ Bu açıdan hâkimin kendine güveninin olması hâkimlik yapmaya ehil olduğunu gösterir.²⁰

1- Genel Olarak

Yargılamanın oldukça sorumluluk gerektiren ve zor bir görev olduğundan daha önce bahsetmiştik. Dolayısıyla bu yorucu ve kafa karıştırıcı görevde kişinin her daim taze ve dikkatli kalması mümkün olmayabilir.²¹

Genel olarak İslam hukukunda hâkimin korunduğu alan oldukça geniştir. Asıl olarak olması gereken de budur. Verdiği her hatalı kararda hâkime rücu etmek, hâkimin karar verirken çekingen davranmasına dolayısıyla yargılamanın uzamasına, duruşma sayılarının artmasına ve pek tabii adaletin tecellisinin gecikmesine sebep olabilir. Geciken adaletin ise gerçek adalet olmadığı görüşünden hareketle hâkimin yargılama sürecini uzatması bireylerin adalete ve adalet sistemine olan güvenini azaltır.

Bu açıdan ünlü müsteşrik Emile Tyan der ki, *“İslam hukukunda memurun görev dışında yaptığı kabahatlerle görev başında şahsi bir hatasından meydana gelmiş veya görevinden ötürü yapacağı hata ve kusurlar arasında herhangi bir ayırım yapılmaz. Memurun görevinden kaynaklanan bir hata ve kusurundan dolayı fert tarafından açılacak dava idarenin manevi şahsına karşı*

¹⁹ Buhari, *Kitabu'l-İtisam li Kitabi ve's-Sünne*, 21, Hadis no: 6919; Müslim, *Akdiye*, 6, Hadis no: 1716; BİLMEN, C. VIII, s.212-213.

²⁰ KAHVECİ /KALENDER, s.10.

²¹ Hz. Peygamber de *“Ben ancak bir beşerim. Siz benim önümde davalıyorsunuz. Belki birinin delilini diğerinden daha iyi ifade eder ve ben de işittiklerime göre hükmederim. Kardeşinin hakkından kimin lehine bir şey hükmedersem, onu almasın. Zira ben onun lehine ancak ateşten bir parça hükmetmiş olurum.”* Buhari, *Şehadet*, 27, *Ahkâm*, 20; Müslim, *Akdiye*, 3; Ebu Davud, *Akdiye* 7. Diyerek hâkimi bir şekilde hataya düşürmüş olan tarafın dini sorumluluğunu ortaya koymuştur. TÜRCAN, Talip, *“İslam Hukukunda Uhrevi Sorumluluk Bakımından Yargı Kararlarının Geçerliliği Sorunu”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sy.5, 2005, s.171.*

değil memurun şahsına karşı açılır. Bu görüş noktasında denilebilir ki, İslam hukukunda hizmet kusuru denen mefhum yoktur.”²² Bu konudaki görüşlere katılmadığımızı açıklamaya çalışacağız.

Hâkimin yargılama süreci boyunca yaptığı yanlışları hata (taksir)²³ ve kasten yapılan yanlış olarak ikiye ayırmanın konunun daha iyi anlaşılması bakımından faydalı olacağı düşüncesindeyiz.

Hâkim görevini ifa ederken yani yargılama yaparken bir hata yapmışsa ve yaptığı hata hâkimlik yapmaya engel bir durumdan kaynaklanmış veya hâkimin yaptığı hata, hâkimlik yapmaya engel olacak bir sonuç ortaya çıkarıyorsa, bu durumda yapılabilecek yaptırım hâkimin görevine son verilmesidir. Yapılan bu hata hâkimin hâkim olabilmesi için aranan vasıflarında bir sıkıntı oluşturursa o takdirde hâkimin azledilmesi yoluna başvurulur.²⁴

2. Hâkimin Taksirle Haksız Hüküm Vermesi

Âlimler arasındaki genel görüşe göre hâkimin mala ilişkin davalarda verdiği kararlarındaki hatalarından dolayı kendisine rücu edilemez, bu durumda hâkim tazminat ödememez. Bunun sebebi ise şudur: Eğer hâkimin mala ilişkin davalarda verdiği hükmün yanlışlığı sonucunda bunun zararı hâkimden alınırsa, mal kaybedebilecekleri ve yüksek tazminat ödeyebilecekleri düşüncesiyle hâkimliğe ehil olan kimseler bu görevden kaçınabilirler. Bu durum da hâkimliğe ehil olmayan kimselerin hâkimlik görevine getirilmesi

²² TYAN, Emile, *Historie de l'Organisation Judiciaire en Pays İslam*, Paris, 1938, II, 171-172, (akt. ATAR, İslam Adliye Teşkilatı, s.170.)

²³ Bu duruma görev kusuru diyebiliriz. ATAR, İslam Yargılama Hukukunun Esasları, s. 92. Hâkimin görevi ihmali ve bu sebeple adaleti geciktirmesi toplumun hukuka olan güvenini sarsar. Bu durum da hâkim açısından suç teşkil etmektedir. Hâkim görevini ihmal ederek bir zarara sebebiyet verirse verdiği bu zarardan sorumlu olur. CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s.417. Hâkim, eğer davada hüküm sebepleri oluşmuşsa hükmü erteleyemez, mazeretsiz davayı geciktiremez. AVCI, Mustafa, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Konya, 2014, s.424-425. Davayı gereksiz yere sürüncemede bırakıp hüküm vermeyi geciktiren hâkimler, görevden alınmalarını gerektirecek bir suç işlemiş olurlar. BAYINDIR, s.119. Ayrıca tazir cezasına çarptırılırlar. Şeyh Bedreddin, *et-Teshil, Şerhu Letaifi'l-İşarat*, (Letaifi'l-İşarat Şerhi, ed. Hacı Yunus Apayadın), Ankara, 2012, C.II, s.1543.

²⁴ Bu durum hâkimde sonradan sağlık sorunları ortaya çıkması gibi bir sebeple olabilir. ATAR, *Yargılama Usulü*, s.87.

sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla ehil olmayan kimseler adil olmayan kararlar verebilirler.²⁵

3- Hâkimin Kasten Haksız Hüküm Vermesi

Hâkimin kasıtlı ve kusurlu hareketleri sonucu ortaya çıkan bir zarar varsa ve bu durum da ağır bir kusur oluşturuyorsa; hâkimin bu ağır kusurundan dolayı kendi şahsi malvarlığıyla sorumlu olacağı düşüncesi hâkimdir. Çünkü bu durumda hâkim göstermesi gereken özeni göstermemiştir ve özen göstermemesi sebebiyle ağır kusur işlemiştir dolayısıyla bundan sorumlu olması gerekmektedir. Hükümde ortaya çıkan ağır kusuru sebebiyle birisinin ölümüne neden olan yani haksız olarak ölüm cezası veren hâkime ne ceza verileceği konusunda mezhepler arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bu hâkime, Hanefiler diyet, bazı Malikiler ve Şafiiler ise kısas cezası öngörmektedir.²⁶

İslam hukukunda verdiği yanlış kararlardan dolayı hâkime rücu edilmesi hususu sadece hâkimin bilerek ve isteyerek yani kasten haksız hüküm vermesi durumunda söz konusu olur. Bunun dışında hâkimin gerek kendi hatalı eylemi ile ve yahut şahitler tarafından yanlış beyan verilerek²⁷ hatalı karar verilmesi durumlarında ortaya çıkan bir zararı olursa ya haksız kazanç sağlayan taraftan ve yahut devlet hazinesinden karşılanır. Hâkimin kasten haksız hüküm vermesi durumunda hâkime rücu edilmesinin sebebi, hâkimin kasten bu harekette bulunmasının hâkim olarak atanabilmesi için gerekli olan niteliklere yani

²⁵ KOŞUM, s.138.

²⁶ BİLMEN, C. VIII, s. 247; ATAR, "Kadı", *DİA*, C. XXIV, s. 69; ASLAN, s. 25. İbnü'l-Menasıf, *Tenbihü'l-Hükkam*, s. 305, akt. KOŞUM, s. 139. Osmanlı devletinde soygun ve hırsızlık arttığı zaman, bu durumu padişaha şikâyet eden halkın talebi doğrultusunda hâkimlere emir ve talimatlar gönderilmiş, suçluların yakalanması ve cezalandırılması hususlarında ihmalkâr davranan hâkimlere çalınan eşya bedelinin ödettirileceği belirtilmiştir. Bu durum genelde Adaletnameler aracılığıyla hâkimlere bildiriliyordu. AVCI, "Klasik Osmanlı Hukukunda Hâkim, Hâkimin Görevi İhmali", içinde Osmanlı Devletinde Eğitim Hukuk ve Modernleşme, Ejder Okumuş, Ahmet Cihan, Mustafa Avcı, Özgü Yayınları, Temmuz, İstanbul, 2006, s.100.

²⁷ Bu kimselerin beyanları ve şahitlikleri hiçbir şekilde kanıt niteliği taşımamaktadır. Dolayısıyla bu beyanlar esas alınarak verilen hüküm geçersizdir. İBN ABİDİN, Muhammed Emin (ö. 1836), *Reddül-Muhtar Ale'd-Dürri'l-Muhtar*, terc. Mehmet Savaş, İstanbul, 1985, C. XII, s.93; TÜRCAN, s.167.

bağımsız ve tarafsız olarak hüküm vermesi şartına aykırılık oluşturduğu içindir.²⁸

Hâkimin zararı tazmin edeceği durumlara iki şekilde karşımıza çıkabilir. Birincisinde, hâkim dava sonucunda önüne gelen deliller ve şahitlere göre kimin haklı kimin haksız olduğu sonucuna varmış olmasına rağmen kasıtlı olarak haksız tarafa hak vermiş veya haklı tarafa hakkını vermemiştir. İkincisinde, hâkim rüşvet alarak adil olarak verilmesi gereken hükmünü değiştirmiş ve bu hususlar da kanıtlanmış veya hâkim daha sonradan kendisi kasıtlı olarak yanlış hüküm verdiğini itiraf etmiştir. Bu durumlarda hâkimin verdiği hüküm sonucunda zarara uğrayan taraf maddi olarak tazmin edilebilecek bir zarara uğradıysa, hâkim bu zararı kendi malvarlığıyla tazmin etmekle yükümlüdür.²⁹ Ayrıca kasıtlı olarak yanlış hüküm verdiği için azledilir ve tazir cezasına çarptırılır; çünkü hâkimlik vasfını kaybetmiştir. Bu hâkim bir daha herhangi bir kamu görevine atanamaz, işlediği bu günahattan dolayı tevbe etmiş olsa dahi şahitlik ehliyetini kaybeder. Bir daha hiçbir davada şahitlik yapamaz, yapacağı şahitlik kabul edilmez.³⁰

Dava konusu mal veya eşya olan davalarda tazmin yükümlülüğü lehine haksız hüküm verilen tarafa aittir.³¹

4- Hâkimin Yargılama Usulü ve İşleyişinden Kaynaklanan Bir Sebep Hatalı Hüküm Vermesi

Buradaki hata hükmün dayanağından kaynaklanmaktadır. Yani hâkimin hükmü vermesinde doğrudan ilgisi bulunan bir durumdaki hata söz konusudur. Örnek vermek gerekirse, davada dinlenen şahidin beyanı dava

²⁸ ASLAN, Yargılama Etiği, s.25.

²⁹ Hâkimin kasıtlı olarak davranmasından kaynaklanan hükümde eğer idam cezası verilmiş veya bir organ kaybı yaşanmışsa bu durumda ortaya çıkacak diyeti hâkim kendi cebinden öder. ATAR, İslam Yargılama Hukuku, s.92.

³⁰ HASSAF, Edebü'l-Kadı, s. 326, akt. KOŞUM, s.138. Hz. Ömer de görevini ihmal eden hâkimi görevinden uzaklaştırmıştır. Bu bakımdan kendisine gelen şikâyetler valiler hakkında ise hemen azil yoluna gidilmiş, şikâyetler hâkimler hakkında ise soruşturma yapıp azli gerektirecek bir husus olduğu ispatlanıncaya kadar azil yoluna gidilmemiştir. İBN AŞUR, s.312; AVCI, "Osmanlı Hukukunda Hâkim", s.104.

³¹ İBN ABİDİN, C. XII, s.305.

sonucunda verilen hükme tesir etmiş; fakat beyanı dinlenen şahit, şahitliği kabul edilmemesi gereken bir kimsedir.³²

Hâkimin yargılama usulü ve işleyişinden kaynaklanan bir sebeple hatalı hüküm vermesi durumunda dava konusuna göre dörtlü bir ayırım yapılmıştır:

a. Dava Konusu Mal Olan Hukuk Davalarında

Bir hukuk davası söz konusu ise ve mala ilişkin olarak hüküm verilmiş ve hükümde hata olduğu ortaya çıkarsa, dava konusu mal itlaf olmamışsa hâkim bu malı aleyhine hüküm verilmiş ola tarafa iade etmelidir. Fakat mal itlaf olmuş veya harcanmışsa bu malın mislinin veya değerinin haksız kazanç sağlayan taraftan diğer tarafa verilmesine hükmedilir. Haksız kazanç sağlayan taraf, sebepsiz olarak bir zenginleşme sağladığı için zenginleşme tutarını diğer tarafa vermekle yükümlüdür.³³

Hanbelilerden rivayet edilen bir görüşe göre³⁴ ise dava konusu mal telef olmuşsa ve misli ile iadesi de mümkün değilse, bu durumda malın değerini hâkim kendi malından tazmin etmeli ve bu tazmin ettiği değeri de haksız kazanç sağlamış olan tarafa rücu etmelidir.³⁵

b. Dava Konusu Mal Olmayan Hukuk Davalarında

Dava, konusu mal olmayan bir hakla ilgiliyse ki buna örnek olarak boşanma davası verilebilir. Bu durumda hâkimin daha önce vermiş olduğu hüküm bozular. Dava konusu da mal olmadığı için tazminat ortaya çıkmaz.

Dolayısıyla, bir boşanma davasında şahit beyanı sonucunda tarafların boşanmasına karar verilmişse ve daha sonra şahidin yalan yere şahitlik yaptığı veya şahitlik yapmaya elverişli olmayan birisi olduğu ortaya çıkarsa daha önce verilmiş olan boşanma hükmü bozular. Taraflar hiç boşanmamış gibi olurlar.

c. Ceza Davalarında

Bu durumda, yargılamanın işleyişinden dolayı ortaya çıkan hata kamu düzenine ilişkin olarak bir ceza davasında ortaya çıkmıştır. Buna örnek olarak

³² Kazif (zina iftirası, nitelikli hakaret) suçundan ceza almış olan veya fasık kimsenin ve hatta cami cemaatine devam etmeyen kimselerin şahitliği kabul edilmez.

³³ KOŞUM, s.139.

³⁴ İBN ABİDİN, C. XII, s.305.

³⁵ ALİ HAYDAR, Mecelle Şerhi, C. IV, md. 1785; KOŞUM, s.139.

hata ile hırsız olduğuna hükmedilen kişinin elinin kesilmesi, zina ettiğine hükmedilen muhsanın recmedilmesi gösterilebilir. Eğer hüküm verilmiş ve fakat infaz gerçekleşmemişse verilen hüküm infaz edilmez. İnfaz gerçekleşmişse bu durumda tazminat gerekir. Haksız yere ceza alan kişiye veya yakınlarına diyet ödenir. Bu diyet ise hâkimin malvarlığından değil, devlet hazinesinden ödenir. Burada hâkimin ve yahut hükmü infazını gerçekleştiren infaz memurunun bir sorumluluğu bulunmaz.

Müelliflerden bazılarına göre devlet başkanlarının ve hâkimlerin kamu görevini yerine getirirken bir hata yapıp bu hata sonucunda şahısların ölümüne veya mal kaybetmelerine yol açmaları durumunda ortaya çıkan zarar devlet hazinesinden ödenir.³⁶

Osmanlılarda ise idam ve ağır bedeni cezaları hâkim hükmü verdikten sonra merkeze gönderiliyor ve padişah onayı olmadan infaz yapılmıyordu. Bu durum yanlış verilebilecek cezaların temyiz merciine gitmesi ile telafisi güç zararların önüne geçmek açısından önemlidir.³⁷

d. Hem Şahıs Hakları Hem de Kamu Haklarına İlişkin Olup Şahıs Hakkının Daha Üstün Olduğu Davalarda

Bu duruma örnek olarak kısasen verilen ölüm cezası gösterilebilir. Hanbelilerden bir rivayete göre bu durumda hâkim hatasından dolayı sorumlu olmaz, haksız şekilde öldürülen tarafın yakınlarına devlet hazinesinden diyet ödenir.³⁸

Eğer böyle bir durumda hâkimin diyeti kendi malvarlığından ödemesine karar verilecek olsaydı hâkimin ailesinin geçimini sağlaması zorlaşır ve dolaylı olarak hâkimin ailesinin cezalandırılması sonucu ortaya çıkar. Bu sebeple hâkimin böyle bir davada hatalı hüküm vermesi durumunda İslam hukukuna göre diyet devlet hazinesinden karşılanır.

³⁶ İmam Şafii'de aynı görüştedir. AKYÜZ, Vecdi, İslam Hukukunda Yüksek Yargı ve Denetim Divan-ı Mezalim, İstanbul, 1995, s.121; YENİÇERİ, Celal, İslam'da Devlet Bütçesi, İstanbul, 1984, s.420; KOŞUM, s.140.

³⁷ MUMCU, Siyaseten Katl, s.163.

³⁸ KASANI, VII, 16, akt. KOŞUM, s.141.

Bir örnekte bu durum anlatılmaktadır. Hz. Ömer yargılama yaparken bir kadını ifadesine başvurmak için mahkemeye çağırmıştır. Bunun üzerine hamile olan kadın korkudan düşük yapmıştır. Hz. Ömer de düşük olayında cenin diyeti olan gurrenin kimden alınacağına karar verebilmek için bilirkişi olarak Hz. Ali'ye başvurmuştur. Hz. Ali de gurrenin hamile kadının davalık olduğu karşı tarafın diyet dayanışma grubu olan akilesinden alınması gerektiği belirtmiş, Hz. Ömer de bunun üzerine aynı doğrultuda hüküm vermiştir.

Bu örnekten hareketle bazı Hanbeliler, hataen kısas cezası verilmesi durumunda davada mağdur kabul edilen tarafın akilesinden diyet alınması, taksirle adam öldürmeye sebep olma sonucunda ortaya çıkan kefareti ise mağdur kabul edilen kişinin bizzat ödemesi gerektiği düşüncesindedirler. Bu hususta Hanefi, Şafii ve Hanbelilerin görüşü bu yöndedir.³⁹

Yukarıdaki görüşlerden anladığımız üzere hâkimin hataen karar vermesi durumunda sorumluluğu yoktur, burada ortaya çıkan tazminat modern idare hukuku ile bağlantılı olarak hizmet kusuru kabul edilip, devlet hazinesinden karşılanır.⁴⁰

Hâkimin bir hata yapması durumunda yapılan hatayı hâkimin bizzat kendisi veya bir başka kişi de fark edebilir. Eğer hâkim kendi hatasını sonradan görürse bu hatasından dönmesi gerekir.⁴¹ Küçük düşerim korkusuyla hatasında ısrar etmek, hâkimin olması gerektiği ahlaki seviyeye yakışmaz. Fakat hâkimin hata yaptığını yargılama esnasında hazır bulunan bir başka kişi fark ederse bu durumda duruşma sırasında hâkimi küçük düşürecek bir harekette bulunmak veya hatasını hâkimin yüzüne vurmak hoş olmayacağından, hatayı fark eden şahsın hâkimden izin alarak ve hâkimle

³⁹ İBN KUDAME, Muğnî, XII/150; HASSAF, Edebü'l Kadı, s. 325; akt. KOŞUM, s.141.

⁴⁰ KOŞUM, s.142.

⁴¹ Verilen hükümde hata yoksa hâkimin verdiği hüküm kesindir. Ebussuud Efendi'nin bir fetvası bu konuya örnek teşkil etmektedir: "Mesele: Bir defa şer-i şerifle faslolunup aher kadı tenfiz ve imza eylediği husus yine aslından dinlenmek şer'i olur mu? El-cevap: Emr-i sultani olmayacak olmaz, memur olıcak dahi sabıkan şer'le faslolunduğu sabit olıcak tağyir olunmaz." AĞGÜNDÜZ, Ahmet, Osmanlı Kanunnameleri, C.4, s.55.

yalnız kaldıklarında bu hatayı hâkime bildirmesi yargılamanın şerefine zedelenmemesi bakımından önemlidir.⁴²

5- Hâkimin Verdiği Hükümde Fahîş Hata Bulunması

Hâkimin yargılama süresince yaptığı haksızlıklar ve yanlışlardan, bu hareketleri kasıtlı olarak yapması durumunda sorumlu olduğunu belirtmiştik. Hâkimin istemeyerek yaptığı hatalardan sorumlu olduğu tek durum ise bu hatanın tamamen hâkimden kaynaklanan bir sebeple ortaya çıkması halindedir.

Örnek vermek gerekirse; hâkim fiil ehliyetine sahip olmayan bir çocuk veya akıl hastasının şahitliğini kabul ederek buna göre hüküm tesis ederse, bu hükümden dolayı ortaya çıkacak zararı hâkim kendi malvarlığından tazmin etmelidir. Burada hâkimin sorumlu tutulmasının sebebi ise İslam hukuku bakımından oldukça önemli olan şahitlerin şahadet ehliyetlerinin hâkim tarafından araştırılması gerekliliğidir. Hâkim gerekli araştırmayı yapmadan şahitlik ehliyeti bulunmayan bir kişinin şahitliğini kabul edip ona göre hüküm tesis etmiştir. Dolayısıyla bu hüküm sebebiyle ortaya çıkabilecek olası bir zararı tazminle mükelleftir.⁴³

6- Hâkimin İctihaden Verdiği Hükümdeki İctihadında Yanılması

Hâkimin önüne gelen davada, dava konusu hakkında naslarda yani Kur'an ve Sünnet'te bir hüküm bulunmuyorsa yani kanunen bir düzenleme yoksa hâkim icthad ederek uyuşmazlığı hükme bağlamalıdır.⁴⁴ Hakkında kanun hükmü olmayan bir davayı sonuçlandırmaktan kaçınmak, hâkimlik mesleğinin gereklerine yakışmaz. Bu sebeple önüne gelen dava ne kadar karışık veya zor olursa olsun hâkim gerekli araştırmayı yaparak ve delilleri iyi tahlil ederek bu uyuşmazlığı bir hükme bağlamalıdır.

Hadis-i Şerif'te de *"Hâkim, hüküm verirken icthatta bulunur, sonra bu icthadında isabet ederse ona iki sevap vardır. Fakat icthatta bulunur ve hata*

⁴² SERAHSİ, Mebcut, C. XVI/75; KOŞUM, s.142.

⁴³ ZEYDAN, Nizam'ül-Kaza, Bağdat, 1984, s.83; akt. KOŞUM, s.138.

⁴⁴ MAVSİLÎ, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud, el-İhtiyar li- Ta'lîf'l Muhtar, çev. Mehmet Keskin, Ümit Yayınları, İstanbul, 1998, s.98.

ederse, ona bir sevap vardır"⁴⁵ denilerek hâkimlerin içtihat ile hüküm vermekten korkmamaları gerektiği belirtilmiş ve içtihat etme konusunda hâkimler cesaretlendirilmiştir.

İnsanın yanılmasının fitratında olduğu gerçeğini göz önünde bulundurursak hâkimin de verdiği kararda yanılması mümkündür. İşte hâkimin içtihat ederek verdiği hükümde ortaya çıkan hatadan dolayı sorumluluğu konusunda ise hâkimin bu hükümden dolayı sorumlu olmayacağı görüşü hâkimdir. Bu durumda devletin de bir tazminat yükümlülüğü ortaya çıkmaz. İbn Ferhun da hâkimin hukuk davalarında hatalı karar vermesi durumunda herhangi bir tazminat sorumluluğunun ortaya çıkmayacağı kanaatindedir.⁴⁶

Hâkimin içtihaden verdiği hükümdeki hatasından dolayı sorumlu olacağına ve zararı kendi malvarlığından ödemesi gerektiğine karar verilirse, kuşkusuz hâkimler hüküm vermekten kaçınırlar ve hatta hâkimlik mesleğini tercih etmekten sakınırlar. Dolayısıyla hâkimlik mesleği ehil olmayan kişilerin ellerine bırakılmış olur. Sonuç olarak içtihat etmeye izin verilen bir davada hâkimin içtihadında yanılarak hüküm vermesi durumunda herhangi bir sorumluluk ortaya çıkmaz. Ne hâkimin kendisinin ne de devletin ortaya çıkan zararı tazmin yükümlülüğü bulunmaz.⁴⁷

Hâkimin önüne gelen davada uygulanacak kanun hükmü bulunmuyorsa ve uyuşmazlığı çözmekle görevli olan hâkim, kendisi bizzat içtihat ederek hüküm vermek zorundadır. Hâkimin verdiği bu hüküm kanunlara yani naslara aykırı olmamak şartıyla geçerlidir. Bu şekilde hüküm veren hâkimin verdiği hükümde fahiş hata bulunmuyorsa bu hükümden dolayı hâkimi herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Fakat hâkimin kasten haksız hüküm verdiği durumlarda sorumluluğu kuşkusuz vardır. Bu bakımdan kasıtlı olmayan hareketleri sebebiyle hâkim sorumlu tutulamaz.⁴⁸

⁴⁵ Buhari, *Kitabu'l-İtisam li Kitabi ve's-Sünne*, 21, Hadis no: 6919; Müslim, *Akdiye*, 6, Hadis no: 1716.

⁴⁶ İBN FERHUN, *Tabsiratü'l-Hukkam*, I/61, akt. KOŞUM, s.137.

⁴⁷ KOŞUM, s.138.

⁴⁸ SERAHSİ, C. XVI, 79. Hâkimin şahsi ihmali ve kusuru bulunmazsa bu takdir hatasından doğan zararı devlet öder. ATAR, *İslam'da Adliye Teşkilatı*, s. 167; BİLMEN, C. I, s. 298; AVCI, "Osmanlı Hukukunda Hâkim", s.100.

B. CEZAI SORUMLULUK

Hâkimlerin cezai sorumlulukları kendilerine verilmiş olan görevleri layık ile yerine getirmemeleri durumunda kendilerine uygulanacak olan cezai yaptırımları kapsamaktadır.

Osmanlı devletinde kul sınıfından farklı olarak kadınlara siyaset cezası uygulanamazdı. Bunun sebebi, hâkimlerin kul sınıfından değil de ilmiye sınıfından olmalarıdır. İlmiye sınıfının kanı ise kural olarak akıtilamaz.⁴⁹ 4-14 Aralık 1595 tarihli bir adaletnamede ise kadınlara görevlerini yerine getirirken doğruluk ve adalet ölçüsünde davranmaları emredilmiş, buna uymayan kadınlara “*dibekte dövülüp helak edilecekleri*”⁵⁰ tehdidinde bulunulmuştur. Bu ceza kuşkusuz uygulama bakımından pek mümkün gözükme de hâkimlerin saygın ve üst sınıftan oldukları için kanlarının dökülmemesi esnasından hareketle ortaya konulmuştur. Böyle bir cezanın uygulandığına rastlamamaktayız; fakat böyle bir ifade kullanılmasının sebebi kadınlarda yozlaşmayı önlemek ve görevlerini yerine getirirken kadınlara dikkatli ve özenli olmaya sevk etmektir. Ayrıca bu hüküm hâkimleri haksız ve hukuka aykırı uygulama yapmaktan kaçındırma amacındadır.⁵¹

Osmanlı devletinde istisnai de olsa hâkimlerin ölüm cezasına çarptırılmalarına da rastlanmaktadır: IV. Murad, Bursa seyahati sırasında yolları temizletmediğini gördüğü İznik kadısını hakkında hiçbir soruşturma yaptırmadan idam ettirmişti. Bu davranış sebebiyle Şeyhülislam Ahizade Hüseyin Efendi padişaha bozulmuş ve bunun hakkında dedikodu yaptırdığı söylenmiş, bunun üzerine şeyhülislam da katlettirilmiştir.⁵² Bir başka örnekte

⁴⁹ ORTAYLI, “Osmanlı Kadı’sının Taşra Yönetimindeki Rolü Üzerine”, s.107.

⁵⁰ İNALCIK, Halil, “Adaletnameler”, TTK Belgeler, C. II, sayı. 3-4, Ankara, 1965, s.106.

⁵¹ ORTAYLI, İlber, “Kadı”, DİA, C. XXIV, s. 70. Ulema sınıfından olan kadınlara verilecek en ağır cezalar genelde azil ve sürgün cezası olarak ortaya çıkmaktadır. AVCI, “Osmanlı Hukukunda Hâkim”, s.113. Bazı ender görülen durumlarda ise hâkimin ulema sıfatı düşürülürdü. MUMCU, Ahmet, Osmanlı Devleti’nde Siyaseten Katli, Ankara, 2007, s.114.

⁵² UZUNÇARŞILI, İlmiye Teşkilatı, s. 107. Daha önce de belirttiğimiz üzere Osmanlı devletinde kadınlara yargılama faaliyeti dışında hiç de azımsanmayacak biçimde idari görevleri bulunmaktadır. Padişahın burada kadınlara idam ettirmesinin sebebi, yolları temizletme görevinin de kadınlara görevleri arasında bulunmasından dolayıdır.

ise Kanuni Sultan Süleyman, menzil parasını çalması sebebiyle Kızıl Yenicesi kadısını idam ettirmişti.⁵³ Bu istisnalar dışında kadılara ölüm cezası verilmesine pek rastlanmaz. Bu olaylardan çıkarabileceğimiz sonuç şudur ki, Osmanlı uygulamasında kadıların yargılama faaliyeti dışında birçok beledi ve idari görevleri olduğu için genellikle kadıların cezalandırılmalarına bu görevlerin yerine getirilmesindeki sorumlulukları sebebiyle başvurulmuştur.

Osmanlıda, yargılama ile ilgili görevlerini ihmal ettikleri yahut suç işledikleri yönünde bir şikâyet olduğu zaman kadılara, yargısız infaz yapılması veya ceza verilmesi gibi bir uygulamaya rastlanmamıştır. Kadıların cezalandırılmadan önce bir soruşturmaya tabi tutulmaları esastır.⁵⁴ Bu soruşturmanın sonucuna göre kadıya herhangi bir disiplin cezası veya adli ceza verilebilirdi. Kadılara yapılacak olan soruşturmayı ise ya merkezden Divan-ı Hümayun tarafından gönderilen mehayif müfettişleri⁵⁵ veya civar sancak veya eyaletlerden görevlendirilecek kadılar yapabiliyordu.⁵⁶

Soruşturma sonucunda eğer hâkim suçlu bulunursa, verilecek olan ceza hâkimin kişiliğini ve konumunu toplum içinde küçük düşürecek nitelikte olmaz, falaka gibi onur kırıcı cezalar hâkimler toplum içinde saygın bir konumda buldukları için uygulanmazdı.

Kaza hâkimlerinin 1 yıl olan görev sürelerinin⁵⁷ 10 ay ve mevleviyet payeli kadılarda ise 1-2 ay olan görev süresinin uzatılması söz konusu olduğunda ise hâkimin disiplin cezası almamış olması büyük önem arz ediyordu.⁵⁸

Kadıların idari görevlerinden bazı örnekler için bkz. 3 Numaralı Mühimme Defteri, Divan-ı Hümayun Sicilleri Dizisi: I, Ankara, 1993, Hüküm no: 2, 14, 23, 38, 66, 84.

⁵³ ORTAYLI, "Kadı", *DİA*, C. XXIV, s.70.

⁵⁴ Bu soruşturmalar kadıların adli görevleri yanında beledi görevleri ile alakalı da oluyordu. 1679 tarihinde İstanbul'da Balat mahkemesi sahte nikâh belgesi verdiği için mahkeme kapatılmış ve görevliler de azledilip ağır hapis cezası almışlardır. *EKİNCİ*, s.969.

⁵⁵ AKMAN, Mehmet, *Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması*, İstanbul, 2004, s.42.

⁵⁶ ANIL, s.75; *EKİNCİ*, s.970.

⁵⁷ Bu süre kadıların yerli halk ile içli dışlı olup, karar verirken tarafsız olamayabilecekleri sebebiyle kısa tutulmuştur. *EKİNCİ*, s.962.

⁵⁸ ANIL, s.76.

II. POZİTİF HUKUKA GÖRE HÂKİMİN SORUMLULUĞU

“Hâkim, önüne gelen somut olayda hukuk kuralı neyi öngördüyse onu taraflara söyleme yetkisini kullanırken, başkalarına ve kendisine yabancı kalabilmelidir. Kişisellikten arınmışlık ‘yasa herkes için eşit uygulanır’ kuralının hem nedeni hem sonucudur. Zira adalet terazisindeki tartı aynı kalmalıdır. Hâkim ise bizzat kendine karşı yansız, kayıtsız kalabilmeli, kendi ‘ben’ini bütünüyle elemelidir. ‘Ben’in elenmesi olayını yargılamada gerçekleştirmeyen bir hâkim yargılama yeterliliğinden yoksundur.”⁵⁹

Hâkimlerin mesleki yeterlilik bakımından hüküm vermeye ehil olup olmamaları hususu çok önemlidir. Bu açıdan mesleki yeterliliğe sahip olmayan hâkimler bu yetersizliklerini verdikleri kararlarla gösterirler. Mesleki olarak yetersiz olan hâkim fahiş bir hata yapabilir, hüküm vermek için menfaat isteyebilir ve istemeden usul kurallarına aykırı olarak bir hüküm verebilir. Maalesef ülkemizde verilen yargı kararlarına bakacak olursak bazı hâkimlerin mesleki olarak yetersiz oldukları kanaatine ulaşılmaktadır.

Batı’da ise mesleki yeterliliğe sahip olmayan hâkimlerin yargılama faaliyetini sürdürürken hukuki hata yapmaları durumunda bu hâkimler hakkında ülkelere göre farklılaşan sorumluluk çeşitleri bulunmaktadır.⁶⁰

A. GENEL OLARAK

Tarih boyunca hâkimlere verilmiş olan önemli ve hatta uhrevi denilebilecek görev dolayısıyla hâkimlerin ne kadar büyük ayrıcalık ve saygı kazandığı bir gerçektir. Hâkimlere verilmiş olan bu ayrıcalıklı ve itibarlı meslek yürütülürken hâkimlere birtakım sorumluluklar yüklenip yüklenilmemesi gerektiği görüşü konusunda görüş ayrılıkları vardır. Bu sorumluluk gereğince meslek kurallarının ve mantığının dışına çıkan hâkimlere ne tür bir yaptırım uygulanacağı konusu da doktrinde tartışmalıdır.⁶¹

⁵⁹ SELÇUK, Sami, “Yazılı Hukuk Ve Yargıç İlişkisi”, Türkiye Günlüğü, Sy. 40, 1996, s.6.

⁶⁰ Örnek vermek gerekirse Fransa’da hâkimin yapacağı mesleki hatalar, görevini yapmama fiili ile birleşince disiplin yaptırımı olarak yer değiştirme cezası uygulanmıştır. İtalya’da ise hâkimin ağır ihmali sonucunda yapılan hukuki hatalar sonucunda hâkime disiplin yaptırımı uygulanmıştır. İNCEOĞLU, Yargıda Etik, s.144.

⁶¹ AYDINALP, s.77; ERMUMCU, s.40.

Hâkime tamamen bir dokunulmazlık sağlanması juristokrasiye yol açabilir; ancak demokratik bir devlette yargının hesap verebilir bir konumda bulunması halkın yargıya duyacağı güven ve saygının sağlaması bakımından önemlidir.⁶² Bu açıdan hâkimlerin sorumlu olması gerektiği ve sorumlu olmaması gerektiği gibi iki görüş doktrinde ortaya çıkmaktadır. Şimdi bu görüşlere bir göz atalım:

1- Hâkimlerin Sorumlu Olması Gerektiği Görüşü

Hâkimlerin görevleri esnasında yaptıkları fiillerden dolayı sorumlu olması gerektiği düşüncesinde olanlara göre hâkimin görevinde bağımsız olması ve mesleği gereği bazı teminatlarının bulunması hâkimin bu görevi sürdürürken keyfi davranmasına ve sorumsuzluk şemsiyesi altına gizlenmesine sebep olmamalıdır. Bu sebeple hâkimlerin sorumlu olması hukuk devleti olmanın bir gerekliliğidir.⁶³

Bazıları da hâkimin her kusurundan olmasa bile ağır kusurundan sorumlu olması gerektiğini, bu durumun adaletin tesisi bakımından önemli olduğu kanaatindedirler.⁶⁴

Hâkimlik kuşkusuz toplumda saygı duyulan ve güvenilen bir meslektir. Bu güven ve saygı hâkimin hukuku bilme ve uygulama vasfından kaynaklanmaktadır.⁶⁵ Bu güvenin boşa çıkarılmaması bakımından hâkimi verdiği hatalı kararlardan dolayı mesul tutmak elzemdir. Fakat bu mesuliyet hâkimin kusurlu olduğu ölçüde olmalıdır. Yargıtay 4. HD'nin 28.06.1955-124/3523 sayılı kararı da hâkimin kusurlu olduğu ölçüde sınırlı olması gerektiği görüşünü benimsemektedir.⁶⁶

2- Hâkimlerin Sorumlu Olmaması Gerektiği Görüşü

Yakın zamana kadar Avrupa'da "The King can do no wrong" yani kral hata yapmaz düşüncesi ile hareket edilmiş ve monarşi ile yönetilen Avrupa ülkelerinde kralın bağımsızlığı ve sorumsuzluğu esas alınmıştı. Bu sorumsuzluk

⁶² AKINCI, Yargı Etiği, s.93.

⁶³ KILIÇOĞLU, Ahmet, "Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu", s.23; AYDINALP, s.83-84.

⁶⁴ BELGESAY, Emcet, "Türk Hukukunda Hâkimin Hukuki Mesuliyeti", s.251.

⁶⁵ AKINCI, İdari Yargıda, s.105.

⁶⁶ GÜNAY, Hâkimlerin, s.19.

ve geniş teminatlar kralın yargılama alanında temsilcisi olan hâkimler bakımından da öngörülüyordu. Buna göre hâkimlerin görevleri başında yürüttükleri eylemleri sebebiyle sorumsuzlukları bulunuyordu.⁶⁷

Bu anlamda hâkimlerin görevleri başında icra etikleri hareketler bakımından sorumlu olmamaları gerektiği görüşünde olan düşünceler şu temelde yükselmektedir. Hâkimin vereceği hüküm sonucunda sorumlu olacağına hükmedersek sorumluluktan korkan hâkimler yargılama boyunca çok dikkatli olurlar ve hatta hüküm vermekten kaçınabilirler. Bu durum da adaletin tecellisinin gecikmesine sebep olur. Sorumlu tutulmaktan korkan kişiler hâkimlik mesleğini tercihten kaçınırlar ve ehil olmayan kimseler hâkimlik mesleğine seçilebilirler. Sorumluluktan kaçan hâkimler korkarak adil olmayan kararlar verebilirler ve bu halde kişi mesleğinden zevk almaz ve mesleğin çekilmezliği söz konusu olabilir. Hâkimlerin sorumlu olmaması gerektiği görüşünde olanların bir başka dayanağı ise olur da hâkim bir hata yaparsa taraf veya taraflar kanun yoluna başvurarak hükme itiraz edebilir ve yanlışlığın düzeltilmesini sağlayabilirler.⁶⁸

Özdeş'e göre yargılama faaliyeti sonucunda hâkimlerin sorumlu tutulmamaları gerekir. Öyle ki, taraflar hatalı bir karar sonucunda hizmet kusuru bulunduğu dayanıp devletin ortaya çıkan zarardan dolayı sorumlu olduğunu ileri sürüp hâkimden yahut devletten tazminat isteme yoluna giderlerse, yargılama faaliyetinin sürdürülmesi mümkün olamaz. Bu açıdan hâkimlerin sorumsuzluğu esas olmalıdır.⁶⁹

Dere'ye göre ise hâkim eğer sorumlu olabileceğini düşündüğü bir kararı verecekken kendisine karşı tazminat davası açılacağı korkusuyla tarafları koruyup aslında vermesi gereken adil bir hükmü vermeyebilir⁷⁰, bu anlamda hâkimin korkusu görevinin önüne geçebilir.

⁶⁷ AKINCI, İdari Yargıda, s.19.

⁶⁸ KILIÇOĞLU, s.233.

⁶⁹ ÖZDEŞ, Orhan, "Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu ve Devlet", Sy.2, s.9.

⁷⁰ DERE, s.71.

Belgesay'a göre ise bir ceza hâkiminin yıllar boyunca verdiği hükümlerden dolayı dava açabilecek olan eski mahkûm ve tutuklulara karşı kendisini mahkemede müdafaa etmeye çalışması doğru olmaz.⁷¹

3- Pozitif Hukukumuzda Göre Hâkimin Sorumluluğu

Anayasamızın 2. maddesinde “...sosyal bir hukuk devletidir” denilerek dolaylı olarak sorumluluğu hukuk devleti ilkesi gereğince ele almıştır. 125/son'da “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür” ve 129/5'te de “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir” denilerek idarenin sorumluluğu ele alınmıştır. 6100 sayılı HMK'ya göre ise hâkimlerin sorumluluğu Anayasa md.40/3 ve 129/5'e dayandırılmıştır.⁷² Ceza hâkimleri yönünden sorumluluk CMK md 141'de yer almıştır. Buradaki düzenlemede de tazminatın devletten istenebileceği belirtilmiştir. HMK md.46'daki düzenlemede ise kayırma, adam tutma veya kin ve düşmanlık, menfaat ve benzeri sebeplerle hukuka aykırı karar verilmiş olması veya kesin olarak kanun hükmüne aykırı bir hüküm verilmesi durumunda devlet aleyhine tazminat davası açılabilir düzenlenmiştir. Ayrıca maddede devletin ödediği tazminat sebebiyle hâkime ödeme tarihinden itibaren 1 yıl içinde rücu edebileceği belirtilmiştir.

Kanunun öngördüğü sisteme göre açılacak olan davada davalı taraf hâkim değil devlet olmaktadır. Burada hâkime ihbar koşulu düzenlenmiştir.⁷³ Eski kanun döneminde düzenlenmiş olan, açılacak tazminat davasının reddedilmesi durumunda hâkim lehine tazminata hükmedilmesi kuralı kaldırılmıştır. Fakat haksız olarak sıkça hâkimler aleyhine dava açılmasını önlemek için açılacak davanın reddedilmesi durumunda davacıya 500 ila 1500 TL arasında öngörülebilir disiplin cezası verilmesi hükmü getirilmiştir. 6110 sayılı kanuna göre ise hâkimin yargılama esnasında ortaya çıkabilecek kişisel

⁷¹ BELGESAY, s.249.

⁷² Anayasa md. 40/3: “Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.”

⁷³ HMK md. 46/2: “Mahkeme, açılan tazminat davasını, ilgili hâkime resen ihbar eder.”

kusuru, haksız fiili ve yahut diğer sorumlulukları sebebiyle açılacak dava, doğrudan hâkimin şahsına karşı tazminat davası şeklinde açılmaz.⁷⁴

Bu açıdan bizim sistemimizde şu an uygulanan yöntem katı sorumluluk sistemidir. Bu sisteme göre hâkimlerin sorumluluğu bulunmalı fakat hangi durumlarda hâkimlerin sorumlu olacağı kurallarla açıkça ve sınırlı sayıda düzenlenmelidir. Hâkimler aleyhine açılacak haksız davaların önüne geçmek amacıyla davayı kaybedenlere bazı yaptırımlar öngörülmektedir.⁷⁵

B. HÂKİMLERİN SORUMLULUK ÇEŞİTLERİ

Hâkimlere teminat verilmesi, onlara sağlanan bir imtiyaz değildir. Bu konuda Anayasa Mahkemesi de bir kararında *“Hâkimlik teminatı, hâkimleri korumak için değil, yargı organını bağımsızlığa kavuşturmak yoluyla adaletin gerçekleştirilmesini sağlamak için kabul edilmiştir.”*⁷⁶ diyerek hâkimlik teminatının bir imtiyaz olarak değil de yargının tarafsızlık ve bağımsızlığının tesisi ve korunması amacıyla öngörüldüğünü belirtmiştir.⁷⁷

1- Disiplin Sorumluluğu

Hâkimlerin başlıca vazifeleri bir kamu görevi olan yargılama faaliyetini yerine getirmektir. Kamu görevi olan bu faaliyet yapılırken hâkimlerin hata yapması veya kasıtlı olarak haksız hüküm vermeleri de mümkündür. Bu sebeple hâkimlere yaptıkları kamu görevlerinden ötürü bir idari sorumluluk yüklenilmesi söz konusudur. Bu idari sorumluluk kapsamında hâkimlere kanunen öngörülen sınırların dışına çıkmaları halinde disiplin cezası verilmesi hususu hukukumuzda düzenlenmiştir.⁷⁸

Hâkimlerin hangi fiilleri sebebiyle disiplin cezalarının uygulanacağı hususu Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 62. ila 81. maddeleri arasında düzenlenmiştir.⁷⁹ Kanunun 62. maddesine göre *“Hâkim ve savcılara; sıfat ve*

⁷⁴ ERMUMCU, s.48.

⁷⁵ ERMUMCU, s.49.

⁷⁶ DEMİRKOL, Ferman, “Yargı Bağımsızlığı”, İstanbul, 1991, s.135.

⁷⁷ ERMUMCU, s.49.

⁷⁸ DERE, s.71; ERMUMCU, s.50.

⁷⁹ Hâkimlerin disiplin sorumluluğunun temeli Anayasa'nın 140 ve 144. Maddelerinde yer almıştır. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.98.

görevleri gereklerine uymayan hal ve hareketlerinin tespit edilmesi üzerine durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca aşağıda yazılı disiplin cezalarından biri verilir: a)Uyarma, b) Aylıktan kesme, c) Kınama, d) Kademe ilerlemesini durdurma, e) Derece yükselmesini durdurma, f) Yer değiştirme, g) Meslekten çıkarma...”⁸⁰

İlk düzenlemeye göre hâkimlere verilebilecek olan bu cezalara karşı yargı yoluna başvurmak mümkün değilken 2010 yılında yapılan anayasa değişiklikleriyle hâkimlere karşı uygulanacak meslekten çıkarma cezasına karşı yargıya başvurabilme imkânı tanınmıştır. Ayrıca bu düzenleme ile hâkimler hakkında yapılacak olan inceleme ve soruşturmayı önceki düzenlemede Adalet Bakanlığına bağlı olan müfettişlerin yerine HSYK'ya bağlanan adalet müfettişlerinin yapması düzenlenmiştir.⁸¹

Ülkemizde hâkimin bariz hatası sonucu yapılan hukuki yanlışlık sebebiyle hâkime disiplin cezası verilmesinin örnekleri oldukça çoktur. Bir olayda sanığın tahliye tarihinin yanlış hesaplanması sebebiyle fazladan 12 gün cezaevinde tutulmasına sebep olan savcı hakkında Hâkimler ve Savcılar Kanununun 63/a maddesi gereğince görevinde kayıtsız ve düzensiz davranması gerekçesiyle uyarma cezası verilmiştir.⁸²

Bir başka olayda, suç oluşturan bir fiilin, hukuki nitelikte bir fiil olduğuna kanaat getirerek yeniden bilirkişi incelemesi istemeksizin çelişkili bir bilirkişi raporuna dayanarak faili meçhul hırsızlık olayı sanıklarının araştırılmasını sağlamadan dava zamanaşımının dolmadığını göz ardı ederek, bir kısım tanıkları dinlemeyerek ve bilirkişi incelemesi yaptırmayarak, takipsizlik kararları veren yargı mensubuna yine uyarma cezası verilmiştir.⁸³ Bir başka mahkemenin yazdığı müzekkerelere ve tekitlere hâkimin cevap vermemesi üzerine de yine uyarma cezası verilmiştir.⁸⁴

⁸⁰ HSK, md.62; KIRMAZ, s. 297,298, 299, 300; ÖZEN, s.163-164.

⁸¹ ERMUMCU, s.52.

⁸² 22.12.2003 tarih, 2003/409 sayılı HSYK kararına itiraz edilmesi sebebiyle İtirazları İnceleme Kurulu'nun 07.06.2004 tarih ve 2004/70 sayılı kararı sonrasında uyarma cezası verilmesine karar verilmiştir.

⁸³ 25.01.1996 tarih ve 1996/18 sayılı HSYK kararı.

⁸⁴ 08.02.1996 tarih ve 1996/41 sayılı HSYK kararı.

Bu anlamda hâkim ve savcılarının bu şekilde yaptıkları hukuki hatalarla adil bir karar verilememesine ve yargılamanın adil bir şekilde yürütülememesine sebebiyet vermemeleri durumunda genellikle HSYK'nın izlediği tutum uyarma cezası vermek şeklinde olmaktadır.⁸⁵

2- Cezai Sorumluluk

Her kamu görevlisi gibi hâkim de yargılama faaliyetini ifa ederken konusu suç teşkil eden bir fiilde bulunabilir. Bu durumda hâkimin dokunulmazlığının bulunduğunu söyleyemeyiz.⁸⁶ Bu açıdan suç işleyen hâkimin suç işleyen herhangi bir diğer vatandaştan farkı bulunmamaktadır. Bu açıdan hâkimin işledikleri suçları görevlerinden doğan ve görev sırasında işlenen suçlar ile bunun dışındaki suçlar olarak ikiye ayırabiliriz. Görev sırasında işlenen veya görevden doğan suçları ile alakalı hâkimlerin soruşturma ve kovuşturma usulleri farklılık arz etmektedir.

HSK madde 82 ye göre; *“Hâkim ve savcılarının görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları, sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle, haklarında inceleme ve soruşturma yapılması Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır. Adalet Bakanı inceleme ve soruşturmayı, adalet müfettişleri veya hakkında soruşturma yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle yaptırılabilir.”*

Bu maddeye göre hâkimlerin cezai soruşturması belirli bazı usullere bağlanmıştır. Bu anlamda hâkimlere bir ayrıcalık tanınmıştır. Belirlenmiş olan soruşturma yapılmadan izin alınması kuralının bir istisnası vardır ki, o da suçun işlendiğinin haber alınması halinde yitirilmesinden korkulan ve gecikmesi halinde zarar doğurabilecek delillerin toplanabilmesine imkân tanınmıştır.⁸⁷

Hâkimlerin görevleriyle ilgili olarak ve yahut görevleri sırasında işlemiş oldukları suçların soruşturulması hususunda hâkimlerin derecelerine göre bir ayırım yapılmıştır. Yüksek yargıda görev yapan başkan ve üyeler ile ilk derece

⁸⁵ İNCEOĞLU, Yargıda Etik, s.144-145.

⁸⁶ ÖZEN, s.166.

⁸⁷ GÜNAY, Hâkim-Savcı, s.24; ERMUMCU, s.54. HSK md. 83: *“Adalet müfettişlerinin denetim veya soruşturma sırasında öğrendikleri ve gecikmesinde sakınca bulunan konuların soruşturması için önceden izin alınması gerekmez. Ancak, durum hemen Adalet Bakanlığına bildirilir.”*

mahkemesi hâkimlerinin soruşturma usulleri farklıdır.⁸⁸ Bu durum HSK md. 82 ile 98 arasında belirtilmiştir.⁸⁹

3- Hukuki Sorumluluk

Hâkimlerin tazminat sorumluluğu da diyebileceğimiz hukuki sorumluluğunun temeli Anayasanın 40/3 ve 129/5 maddelerinde yer almaktadır. Hâkimin sorumluluğuna yol açacak olan fiili hâkimin haksız fiilinden, yargı faaliyetinden ve yahut idari faaliyetinden kaynaklanabilir. Hâkimin hukuki sorumluluğuna başvurulabilmesi için tazminat sorumluluğuna gidilmelidir. Buna göre hâkimin fiili sebebiyle meydana gelen bir zarar bulunmalıdır.⁹⁰ Bir görüşe göre de hâkimin sorumluluğuna başvurulabilmesi için sorumluluğu gerektiren hukuka aykırı bir halin varlığı, kusur, zarar ve illiyet bağı unsurlarının bulunması gerekmektedir.⁹¹

2011 yılında çıkarılan 6110 sayılı kanuna göre hâkimlerin kişisel kusur, haksız fiil ve yahut diğer sorumlulukları sebebiyle hâkimlerin aleyhine eski düzenlemeden farklı olarak dava açılmayacağı düzenlenmiştir. Hâkimlerin görevleri ile alakalı fiilleri sebebiyle açılacak olan davalar bu yeni düzenlemeye göre devlet aleyhine açılacaktır. Hâkimlerin sorumlu oldukları alanlar “soruşturma, kovuşturma veya dava ile ilgili işlem, faaliyet, her türlü karar” olarak düzenlenmiştir. Bu alanlar içinde hâkimlerin idari görevleri ile ilgili olarak yaptıkları işlemler bu alanda düzenlenmemiştir. Bu işlemlerle ilgili sorumlulukları bakımından hâkimlerin bağlı oldukları Adalet Bakanlığı aleyhine idari yargıda tam yargı davası açılabilir.⁹² Ancak 6110 sayılı kanunun ilgili 12. Maddesindeki hükmü 6 Mart 2014 yılında mülga edilmiştir. Dolayısıyla savcılar ve adalet müfettişleri bakımından önceki duruma dönülmüş oldu.⁹³

⁸⁸ ÖZEN, s.253-254.

⁸⁹ ERMUMCU, s.55.

⁹⁰ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul, 2001, C. 6, s.5841; ERMUMCU, s.58.

⁹¹ KILIÇOĞLU, s.242.

⁹² ERMUMCU, s.60.

⁹³ KARADEMİR, Dilek, Son Kanun Değişiklikleri Işığında Hâkimin Hukuki Sorumluluğu, s.254.

SONUÇ

Ülke olarak gelişmeyi ve büyümeyi amaçlıyorsak hukukçu kalitemizi de güçlendirmemiz olmazsa olmazdır. Unutulmamalıdır ki, Osmanlı devrinin büyük padişahı Kanuni Sultan Süleyman'a "Kanuni" sıfatının verilmesine sebep olan kişi devrin büyük hukukçusu Ebussuud Efendi'dir. Bu açıdan nitelikli hukukçu yetiştirmek için başta akademisyenler, daha sonra hukukçular bizzat kendilerini geliştirerek büyük bir çaba sarf etmelidirler.

Çalışmamızda ulaştığımız sonuçlara gelecek olursak şu şekilde özetleyebiliriz:

Hâkimlerin verdikleri kararlardan dolayı sorumlulukları tarihin bütün devirlerinde olagelmıştır. Bu sorumluluktan uzak olan hâkimler, verecekleri kararlarda hakkı ve hukuku gözetmeksizin kendi isteklerine göre hüküm verebilirler. Bu durum ise rüşvet kurumunu ve juristokrasiyi ortaya çıkarır.

İslam hukukunda hâkimlerin sorumluluk çeşitleri bulunmaktadır. Bu sorumluluklar fahiş hatalardan dolayı ve kasten haksız hüküm verilmesi durumlarında ve usul kurallarına riayet edilmeksizin hüküm verilmesi hallerinde ortaya çıkar. Bu hallerde hâkim verdiği hükümden sorumludur ve verdiği hükümden dolayı ortaya çıkan bir zarar varsa bu zararı tazmin etmekle mükelleftir.

Bu durumların dışında hâkimin verdiği hükümde istemeden ortaya çıkan bir haksızlık varsa ve bu hata hâkimin usul kurallarına riayetsizliği veya fahiş hatasından da kaynaklanmıyorsa, bu durumda ortaya çıkan zarar devlet hazinesinden karşılanır. Bu sebeple hâkimler önlerine gelen davada yeterli araştırmayı yaptıktan sonra hüküm vermekten korkmamalı ve verdikleri hükmün doğruluğundan endişe etmemeli ve bu hükmün arkasında durmalıdırlar.

Modern hukuk bakımında ise yine bazı sorumluluk türleri bulunur. Bunları hukuki, cezai ve disiplin sorumluluğu olarak üçe ayırabiliriz. Bu konuda ülkemizdeki duruma bakacak olursak cezai sorumluluk bakımından soruşturma usulleri haricinde hâkimlerin normal vatandaşlardan herhangi bir farklılığı bulunmamaktadır.

Disiplin sorumluluğu bakımından ise kanunda belirlenen filleri işleyen hâkimlere yine kanunda belirlenen cezalar uygulanmaktadır. Bu konuda şunu

belirtmek gerekir ki, kanunda öngörölmüş olan disiplin yaptırımlarının, İslam ve Osmanlı hukuku ile karşılaştırıldığında hafif kaldığı görülecektir.

Hukuki sorumluluk bakımından ise kanunda belirlenen fiilleri işleyen, bir diğer ifadeyle hüküm verirken kanunda belirlenen kurallara uymayan hâkimlerin verdikleri hükümlerden dolayı ortaya çıkan zararları devlet karşılar, daha sonra ise devlet ödediği tazminattan dolayı hâkime rücu eder.

KAYNAKLAR

- 3 Numaralı Mühimme Defteri, Divan-ı Hümayun Sicilleri Dizisi: I, Ankara, 1993.
- Ahmed b. Hanbel, Ebû Abdullah Ahmed b. Muhammed eş-Şeybani (ö.855), Müsned, Ter: Rifat Oral, Ensar Yayıncılık, Konya, 2004.
- AKINCI Müslüm, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- AKINCI Müslüm, Yargı Erki ve Sorumluluğu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt 1, Yıl 1, Sy.3.
- AKMAN, Mehmet, Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması, İstanbul, 2004.
- AKYÜZ, Vecdi, İslam Hukukunda Yüksek Yargı ve Denetim Divan-ı Mezalim, İstanbul, 1995.
- ALİ HAYDAR, Hocaeminefendizade (ö.1935), Dürerü'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, İstanbul, 1330.
- ANIL, Yaşar Şahin, Osmanlıda Kadılık, İletişim Yayınları, İstanbul, 1993.
- ASLAN, Nasi, İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri, Adana, 2014.
- ATAR, Fahreddin, İslam Adliye Teşkilatı, Ankara, 1991.
- : İslam Yargılama Hukukunun Esasları, İstanbul, 2013.
- : "Kadı", DİA, C. XXIV.
- : "Kaza", DİA, C. XXV.
- AVCI, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Konya, 2014.
- : "Klasik Osmanlı Hukukunda Hâkim, Hâkimin Görevi İhmali", içinde Osmanlı Devletinde Eğitim Hukuk ve Modernleşme, Ejder Okumuş, Ahmet Cihan, Mustafa Avci, Özgü Yayınları, Temmuz, İstanbul, 2006.
- AYDINALP Sezai, Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu, Dayınlarlı Yayınları, Ankara, 1997.
- BAYINDIR, Abdülaziz, İslam Muhakeme Hukuku Osmanlı Devri Uygulaması, İstanbul, 1986.
- BELGESAY, Emcet, Türk Hukukunda Hâkimin Hukuki Mesuliyeti, AÜHFD, 1955, C.XII.
- BERKİ, Ali Himmet (ö. 1976), İslam'da Kaza Hüküm ve Hâkimlik ve Tevabii, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1962.

- BİLMEN, Ömer Nasuhi (ö. 1971), Hukuk-ı İslâmiyye ve İstılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, İstanbul, 1970.
- Buhari (ö. 870), Sahih-i Buhari, Ter: Mehmed Sofuoğlu, Ötüken Yayınları, İstanbul, 1990.
- CİN, Halil, AĞGÜNDÜZ, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, 1995, C. I-II.
- DAMAD TERCÜMESİ, Mecme'ul Enhur, (Mülteka Şerhi), Abdurrahman b. Şeyh Muhammed b. Süleyman, terc. Mehmet Çelik, İst. 2011.
- DEMİRKOL, Ferman, Yargı Bağımsızlığı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1991.
- DERE, Ahmet, "Davadan Feragat", SÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2007.
- Ebu Davud, Süleyman b. el-Eş'as b. İshak el-Ezdi Ebû Davud es- Sicistani (ö.889), Sünen-i Ebu Davud, Ter: Abdullah Parlıyan, Konya Kitapçılık, Konya, 2007.
- EKİNCİ, Ekrem Buğra, "Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü (Klasik Devir)", Belleten, C. LXV, Sy. 244'ten ayrı basım, 2001.
- ERMUMCU, Osman, Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2013.
- GÜNAY, Erhan, Hâkim Savcı Avukatlar ile Diğer Adli Personelin İşledikleri Suçlar ve Soruşturmalar, Seçkin Yayınları, Ankara, 1997.
- : Yargısal Görevlerinden Dolayı Hâkimlerin "Tazminat" Sorumluluğu ile Hâkimlere Cumhuriyet Savcılarına ve Avukatlara Karşı İşlenen Hakaret Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2000.
- HALEBÎ, İbrahim, İzahlı Mülteka el-Ebhur Tercümesi, Tercüme: Mustafa Uysal, İstanbul, 1972.
- HAMMER, Joseph von, "XVII nci Asırda Osmanlı İmparatorluğunda Devlet Teşkilatı", terc. Halit İlteber, İ.Ü.H.F.M, C:VII, Sy.2-3, 1941.
- İBN ABİDİN, Muhammed Emin (ö. 1836), Reddül-Muhtar Ale'd-Dürri'l-Muhtar, terc. Mehmet Savaş, İstanbul, 1985.
- İBN AŞUR, Muhammed Tahir, İslam Hukuk Felsefesi, İstanbul, 2013.
- İbn Mâce, Muhammed b. Yezid Ebu Abdillâh el-Kazvini (ö. 887), Sünen-i İbn Mâce, Terc: Haydar Hatipoğlu, Kahraman Yayınları, İstanbul, 1982.

- İNALCIK, Halil, “Adaletnameler”, TTK Belgeler, C. II, sayı. 3-4, Ankara, 1965.
- İNCEOĞLU, Sibel, Devlette Etikten Etik Devlete: Yargıda Etik, TÜSİAD, İst. 2012.
- KARADEMİR, Dilek, Son Kanun Değişiklikleri Işığında Hâkimin Hukuki Sorumluluğu, TBB Dergisi Sy.119, Temmuz 2015.
- KAHVECİ, Nuri / KALENDER, Abbas, “İlk Dönem İtibariyle İslam Hukukuna Göre Hâkim Tayininde Aranan Kriterler”, K.S.Ü.İ.F.D, 2014, sy.23.
- KILIÇOĞLU, M. Ahmet, Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu, AÜHFD, 1973, C.30, Sy.1-4.
- KIRMAZ, Birol, Hâkimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- KOŞUM, Adnan, İslam Hukuk Doktrinde Yargı Hataları, Isparta, 2004.
- KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Demir Yayınları, İstanbul 2001, Cilt V-VI.
- KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 20. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- MAVSİLÎ, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud, el-İhtiyar li- Ta’lîf’l Muhtar, çev. Mehmet Keskin, Ümit Yayınları, İstanbul, 1998.
- MUMCU, Ahmet, Divan-ı Hümayun, Ankara, 2007.
- : Osmanlı Devleti’nde Siyaseten Katl, Ankara, 2007.
- Müslim, Ebü’l-Hüseyn el-Kuşeyri en-Nişaburi Müslim b. el-Haccac (ö. 875), Sahih-i Müslim, Ter: Ahmed Davudoğlu, Sönmez Neşriyat, İstanbul, 1977.
- ORTAYLI, İlber, “Osmanlı Kadısının Taşra Yönetimindeki Rolü Üzerine”, *Amme İdaresi Dergisi*, 1976, C. IX, Sy. 1, s. 95-107.
- : “Kadı”, *DİA*, C. XXIV.
- ÖZDEŞ, Orhan, Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu ve Devlet, D.D. 1971, Sy.2.
- ÖZEN, Muharrem, Hâkimin Cezai Sorumluluğu, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.
- ÖZEN, Şükrü, “Kadıkudat”, *DİA*, C. XXIV.
- SELÇUK Sami, Yazılı Hukuk ve Yargıç İlişkisi, Türkiye Günlüğü, Sy.40, Mayıs-Haziran, 1996.

- SERAHSİ (ö. 1097), Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed: Mebsût, Editör: Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- Şeyh Bedreddin, Camiu'l-Fusûleyn, (Yargılama Usulüne Dair, ed. Hacı Yunus Apaydın), Ankara, 2012.
- , et-Teshil, Şerhu Letaifi'l-İşarat, (Letaifi'l-İsarat Şerhi, ed. Hacı Yunus Apaydın), Ankara, 2012.
- Tirmizî, Ebû İsa Muhammed b. İsa b. Serve es-Sülem, (ö. 892), Sünen-i Tirmizî, Ter: Abdullah Parlıyan, Konya Kitapçılık, Konya, 2004.
- TÜRCAN, Talip, "İslam Hukukunda Uhrevi Sorumluluk Bakımından Yargı Kararlarının Geçerliliği Sorunu", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sy.5, 2005.
- UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı, Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı, TTK Yayınları, Ankara, 1988.
- YAMAN, Ahmet, Siyaset-Hukuk İlişkisi, Esra Yayınları, Konya, 1999.
- YENİÇERİ, Celal, İslam'da Devlet Bütçesi, İstanbul, 1984.

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE EVLENME HAKKI*

Arş. Gör. Ufuk Ramazan ÇAKMAK**

RIGHT TO MARRY ON EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

ÖZ

Evlenme hakkı, günümüzde insan haklarıyla ilgili birçok belgede yer alan temel haklardan biridir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde evlenme hakkı, karşıt cinsiyette olanlar için tanınmıştır. AİHM de eski tarihli kararlarında, evlenme hakkını karşıt cinsiyette olanlar için tanımıştır. Ancak AİHM son yıllarda verdiği kararlarda, cinsiyetin sadece biyolojik cinsiyet olarak anlaşılamayacağını ifade etmektedir. Bu bağlamda AİHM eşcinsel evliliğe izin veren düzenlemeleri AİHS'e aykırı bulmamaktadır. Bununla birlikte taraf devletlerin, eşcinsel evliliğe izin vermek gibi bir yükümlülüğü yoktur. AİHM, evlenmenin; sosyal, kültürel ve ekonomik açıdan ülkeden ülkeye farklılık gösterdiğinin altını çizer. Bu nedenle; taraf devletlerin, evlilikle ilgili

* Kabul Edildiği Tarih: 14.12.2017

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.340569](https://doi.org/10.15337/suhfd.340569)

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

E-mail Adresi: ufukhukuk68@hotmail.com

ORCID ID: orcid.org/0000-0003-0882-1674

düzenlemeler konusunda daha yetkin bir konumda olduklarını belirtir. AİHS'te düzenlenen diğer haklar gibi, evlenme hakkı bakımından da devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri vardır. Bu bağlamda; negatif yükümlülük uyarınca devletin yapacağı düzenlemeler, hakkın özünü zedelememelidir. Devletin pozitif yükümlülüğü ise özellikle evlenmeyi engelleyen tâli durumların kaldırılmasıdır.

ANAHTAR KELİMELER: Evlenme Hakkı, Boşanma Hakkı, Cinsiyet, Negatif Yükümlülük, Pozitif Yükümlülük.

ABSTRACT

“Right to marry” taking place in many documents related to human rights is one of fundamental rights. Right to marry on European Convention Human Rights has been given to opposite sex. In the previous decisions of European Court Human Rights, right to marry has been given to opposite sex. However recent decisions of European Court of Human Rights has stated that sex is not only biological sex. In this context, regulations allowing same-sex marriage is not contrary to European Convention on Human Rights. However, States Parties haven't obligations such as allowing same-sex marriage. European Court of Human Rights emphasizes that marriage differs from another countries socially, culturally and economically. Therefore, European Court of Human Rights states that States Parties are more competent. States have negative and positive obligations on right to marry. In this concept, the regulations made by The States must not harm core of right according to negative obligations. The state must eliminate secondary circumstances preventing marriage according to positive obligations of the State.

KEY WORDS: Right to Marry, Right to Divorce, Gender, Negative Obligation, Positive Obligation.

GİRİŞ

Doğumdan ölüme kadar çeşitli gruplar içerisinde yaşayan insan için aile önemli bir yer tutmaktadır. Toplumsal hayatın temelini oluşturan ailenin kurulması da çoğunlukla evlenme yoluyla gerçekleşmektedir¹.

Günümüzde doğal bir hak olarak kabul edilen evlenme hakkı; tarihsel süreçte, otorite sahibi olan kişilerin onayıyla kullanılabilen bir haktır. Evlenme hakkının doğal bir hak olarak kabul edilmesi, 19. yüzyılın başlarında medeni evlilik sistemlerinin kabulüyle mümkün olmuştur. Ancak 20. yüzyılda özellikle Nazi Almanya'sında ve Amerika Birleşik Devletlerinin bazı eyaletlerinde ırksal nedenlerle evlenme hakkına kısıtlamalar getirilmiştir². ABD'de farklı ırklardan olan kişilere yönelik evlilik yasağı, ülke genelinde 1967 yılında kalkmıştır³.

Evlenme hakkı günümüzde birçok sözleşme, bildiri ve anayasada yer almaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesinde yer alan evlenme hakkı; İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ne, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'ne göre son derece kısa bir şekilde düzenlenmiştir.

Bu çalışma ile esasen AİHS'te düzenlenen evlenme hakkı ele incelenecek; diğer sözleşme, bildiri ve anayasalarda yer alan hükümlere yeri geldikçe değinilecektir. AİHS'te tek cümleyle ifade edilen evlenme hakkı, AİHM kararları ekseninde ele alınacaktır.

I. GENEL OLARAK

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin evlenme hakkını düzenleyen 12. maddesi şu şekildedir: *"Evlilik çağına gelmiş erkekler ve kadınlar bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenmek ve bir aile kurmak hakkına sahiptir."* 12. maddenin başlığı evlenme hakkı olmasına rağmen, maddenin içeriğinde evlenme hakkının yanında aile kurma hakkı da

¹ SEZEN, Lütfi, Türkiye'de Evlenme Biçimleri, **Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi**, C. 11, Sy. 27, 2005, s. 185-186; TEZCAN Sabahat, COŞKUN Yadiğar, Türkiye'de 20. Yüzyılın Son Çeyreğinde Kadınlarda İlk Evlenme Yaşı Değişimi ve Günümüz Evlilik Özellikleri, **Nüfusbilim Dergisi**, C. 26, Sy. 1, 2004, s. 15.

² METİN, Yüksel, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Evlenme Hakkı, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 1, Sy. 2, Ekim 2006, s. 99.

³ http://www.bbc.com/turkce/haberler/2012/02/120217_mixed_marriages.shtml, E.T.12.08.2017

yer almaktadır. Sözleşme'nin 8-11. maddelerinin aksine, 12. maddede herhangi bir sınırlama sebebine yer verilmemiştir. Ayrıca Sözleşme'de hakkın "ulusal yasalara uygun olarak" kullanılabilceğini belirten tek maddedir⁴.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde evlenme hakkı 16. maddede düzenlenmiştir:

"Yetişkin her erkeğin ve kadının, ırk, yurttaşlık veya din bakımından herhangi bir kısıtlamaya uğramaksızın evlenme ve aile kurma hakkı vardır.

Evlenme sözleşmesi, ancak evleneceklerin özgür ve tam iradeleriyle yapılır.

Aile, toplumun, doğal ve temel unsurudur, toplum ve devlet tarafından korunur."

Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 23. maddesinde evlenme hakkı şu şekilde düzenlenmiştir:

"Aile toplumun doğal ve esaslı bir birimidir ve aile toplum ve Devlet tarafından korunma hakkına sahiptir.

Evlilik çağındaki her erkek ve kadının evlenme ve aile kurma hakkı hukuk tarafından tanınır.

Evlenecek eşlerin tam ve serbest iradeleri ile kurulmayan bir evlilik geçerli sayılmaz.

Bu Sözleşmeye taraf Devletler, eşlerin evlilik konusunda, evliliğin devam ettiği sürece ve boşanmada eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olmaları için gerekli önlemleri alır. Boşanma halinde çocukların korunması için gerekli hükümler konur."

1982 Anayasası'nda evlenme hakkına açıkça yer verilmemiştir. Anayasa'nın 20/1 hükmünde aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı yer almıştır. Anayasa'nın 41. maddesinde ise ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ve eşler arası eşitliğe dayandığı belirtilmiştir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nde yer alan düzenleme, AİHS'te yer alan düzenlemeye göre daha

⁴ JANIS, Mark W., **European Human Rights Law**, Oxford University Press, Oxford 2008, s. 445.

kapsamlıdır. Bu nedenle “eşler arasında eşitlik” konusuna Sözleşme’ye ek 7 No’lu Protokol’de ayrıca yer verilmiştir⁵.

12. maddede evliliğin ulusal yasalara uygun olarak yapılacağı belirtilmiştir. Bununla kastedilen devletlere tanınan takdir yetkisidir. Devletler, evlilikle ilgili hususları düzenleme bakımından geniş bir takdir yetkisine sahiptir⁶. Ancak, ulusal yasalar ile yapılacak düzenleme, hakkın özünü ortadan kaldıracak veya kullanılmasını imkânsız hale getirecek boyutta olmamalıdır⁷. Son derece kısa bir şekilde ifade edilen evlenme hakkı bakımından, AİHM’in içtihatları da genişletici olmamıştır⁸.

Evliliğin şekli konusunda takdir, ulusal yasalara bırakılmıştır. Devletler, evlenme hakkı ile ilgili bazı usul şartları getirebilirler. Aynı şekilde; maddi açıdan evlenme yaşı, akrabalık, eş sayısı gibi konularda birtakım sınırlamalar getirilmesi mümkündür⁹. Devletler, medeni nikâh haricinde başka şekillerde de evlenme hakkını tanıyabilirler. Örneğin; Türkiye’de imam nikâhlı evlilikler hukuken tanınması halinde madde kapsamında koruma görebilecektir¹⁰. Ancak, mevcut yasalarımıza göre, hukuken tanınmayan imam nikâhıyla yapılan evliliklere resmi evliliğin sonuçları bağlanamaz¹¹. Evlenmenin biçimini belirlemede takdir yetkisi, ulusal makamlara aittir. Ulusal hukukta yapılan

⁵ METİN, s. 100.

⁶ DOĞRU Osman, NALBANT Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt 2**, Legal Yayınevi, İstanbul 2013, s. 539; HARRIS David, O’BOYLE Michael, WARBRICK Colin, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Çev. Ulaş Karan ve Mehveş Bingöllü Kılıcı, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 567.

⁷ GÖZÜBÜYÜK Şeref, GÖLCÜKLÜ Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 343; HARRIS/O’BOYLE/WARBRICK, s. 568.

⁸ KARAN, Ulaş, Evlenme ve Aile Kurma Hakkı, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, Ed. Sibel İnceoğlu, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 425; HARRIS/O’BOYLE/WARBRICK, s. 567.

⁹ HARRIS/O’BOYLE/WARBRICK, s. 568.

¹⁰ KARAN, s. 426.

¹¹ Şerife Yiğit/ Türkiye, Başvuru no:3976/05, 20 Ocak 2009, BD., para. 102.

evliliklerden farklı türdeki yabancı evliliklerin tanınması sorunu ise Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında ele alınmaktadır¹².

Hakkın özünü kullanılamayacak derecede kısıtlayan uygulamalar Sözleşme'ye aykırıdır. F/İsviçre davası, üçüncü kez boşanma kararının ardından, İsviçre yasaları gereğince başvurucuya 3 yıl süreyle evlenme yasağı konulması nedeniyle, bu süre içinde başvurucunun dördüncü evliliğini yapamamasına ilişkindir. Mahkeme, kişinin evlenme hakkını kısıtlayan bu düzenlemeyi orantısız bulmuş ve hakkın özüne zarar verdiğini belirterek 12. maddenin ihlâl edildiğini belirtmiştir¹³. AİHM, bir tutuklunun cezaevinde evlenmesine izin verilmemesini de Sözleşme'nin ihlâli olarak görmüştür¹⁴.

O'Donoghue ve diğerleri/Birleşik Krallık davası, Anglikan Kilisesi dışında evlenmek isteyen mültecilerin bunun için izin almalarına ilişkindir. Bu iznin alınabilmesi için de o tarihte 295 Sterlin olan dosya ücretini karşılamaları gerekmektedir. Bu ücreti ödemekten muaf tutulma ya da herhangi bir indirim yapılması söz konusu değildir. 2005 yılında getirilen bu düzenlemenin ilk şekline göre; izin belgesi alınabilmesi için talep sahibinin Birleşik Krallık'a giriş

¹² HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 568.

¹³ F/İsviçre, Başvuru No: 11329/85, 18 Aralık 1987, paras. 30-40. kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoester.asp?id=154>, E.T. 22/07/2017

¹⁴ Başvurucu, daha önce 4 yıl ilişki yaşadığı kadını dövme ve tecavüz etmek iddiasıyla tutuklanmıştır. Daha sonra kadın ve başvuru barışıklarını, evlenmek istediklerini ve başvuru polisin gözetiminde serbest bırakılmasını istemiştir. Bu taleplerin reddedilmesinin ardından kadın, başvuru karşı tanıklık yapmaktan muaf tutulmak istemiştir. Başvuru ve kadının evlenme talepleri; kadının, evlenme durumundan yararlanarak tanıklıktan çekinme amacına yönelik olduğu gerekçesiyle ilk derece mahkemesince reddedilmiştir. Başvuru ise evlenme niyetlerinin daha önce de olduğunu, bazı sebeplerden dolayı evlenemediklerini belirtmiştir. İlk derece mahkemesi, cezaevinin evlenmek için uygun bir yer olmadığını ifade etmiştir. AİHM, kişisel bir durum olan evlenme bakımından kişinin özgür olması ya da tutuklu olması arasında bir fark görmemektedir. AİHM, ulusal makamların, bir tutuklunun cezaevinde evlenmesinin uygun olup olmadığına karar veremeyeceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre; cezaevinin güvenliği, suç işlenmesinin önlenmesi ve düzenin sağlanması gibi önemli gerekçeler bulunmadıkça evlenme hakkına sınırlama getirilemez. AİHM, ilk derece mahkemesinin takdir yetkisini ölçsüz bir şekilde aştığını belirtmiş ve başvuru temel bir hakkı olan evlenme hakkının ihlâl edildiğine kanaat getirmiştir. Frasi/Polonya, Başvuru No: 22933/02, 5 Ocak 2010, 4D., paras. 94-100.

izni, altı aydan fazla oturma izni ve oturma izninin talebin yapıldığı tarihte en az üç ay için daha geçerli olması gerekmektedir. Bu sistem daha sonra iki kez değişmiştir. İlk olarak; geçerli bir giriş hakkına sahip olmayan ancak oturma iznine sahip olanlara izin belgesi alma hakkı verilmiştir. İkinci olarak; giriş ve oturma iznine sahip olmayan kişilere de bu hak tanınmıştır. Bu değişikliklerin ardından; yapılması istenen evliliğin, gerçek bir evlilik olup olmadığını değerlendirmek için taraflar bilgi vermeye çağrılacaktır. Söz konusu olayda, başvuru Katolik olduklarından ve Kuzey İrlanda'da Anglikan Kilisesi olmadığından Anglikan Kilisesinde evlenmek istememişlerdir. Nijerya vatandaşı olan ikinci başvuru, izin belgesi alma hakkını Haziran 2007'de getirilen son düzenleme ile elde etmiştir. Birinci başvuruçunun sosyal yardımlarla geçinmesi ve Birleşik Krallık'a geçici süreyle kabul edilen ikinci başvuruçunun çalışma hakkının olmaması nedeniyle, başvuruçular dosya ücretini ödemekten muaf tutulmak istemiştir. Ücretten muaf tutulma talepleri reddedilen başvuruçular, arkadaşlarının yardımıyla, gereken parayı toplamışlar ve Temmuz 2008'de izin belgesini almışlardır¹⁵.

AİHM, ulusal yasalarla evliliğe yönelik birtakım şartlar ve sınırlamalar konulabileceğini belirtir. Buna göre; belli derecede akrabaların evlenmesinin yasaklanması, ikiesliliğin önlenmesi gibi kamu yararını ilgilendiren konularda düzenleme yapılması mümkündür. Bununla birlikte ulusal yasalar, bir kişiyi veya bir grubu, tamamen yasal hakları olan istedikleri kişiyle evlenme hakkından yoksun bırakamaz. Mahkemeye göre; göç kontrolü altında bulunan kişilere izin belgesi alma zorunluluğu getirilmesi ciddi kaygılara neden olmaktadır. Mahkeme, bu statüde bulunan insanların evlenmesine yönelik genel bir yasak getirilmesini Sözleşme'ye aykırı görmektedir. AİHM ayrıca evlenme izni alabilmek için ödenmesi gereken ücreti de yüksek bulmuş ve hakkın özünü zedelediğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, göç rejimi altında bulunan insanların çalışma olanağına sahip olmamaları ve çok düşük gelire sahip olmaları dikkate alındığında; 295 Sterlin ödeme zorunluluğu, evlenme

¹⁵ O'Donoghue ve Diğerleri/Birleşik Krallık, Başvuru No: 34848/07, 14 Aralık 2010, 4D., paras. 5-37.

hakkını ihlâl edecek boyuttadır¹⁶. AİHM'in kararlarından çıkan sonuç, evlenme hakkına getirilecek sınırlamaların hakkın özünü ihlâl edecek boyutlara varmamasıdır.

II. EVLENME HAKKI BAĞLAMINDA CİNSİYET SORUNU

A. Biyolojik Cinsiyet

Evlenme hakkı bağlamında gündeme gelen konulardan biri, evlenecek kişilerin biyolojik cinsiyetleridir. Mahkeme, evlenme hakkının karşıt cinsiyette olanlar bakımından geçerli olduğunu belirterek, geleneksel evlilik kurumuna işaret etmektedir¹⁷. Nitekim Mahkeme, Rees/Birleşik Krallık kararında; Sözleşme'nin karşıt cinsler arasındaki evliliği ifade ettiğini, Sözleşme'nin 12. maddesinin ailenin temeli olarak evliliğin korunmasıyla ilgili olduğunu açıklayan maddenin ifade tarzından bu sonucun çıktığını belirtmektedir¹⁸.

B. Transseksüellerin Durumu

Mahkemenin, 12. maddeyi geleneksel evlilik kapsamında değerlendirmesi iki konuyu gündeme getirmektedir: transseksüeller¹⁹ ile bir başkası arasındaki birliktelikler ve eşcinseller²⁰ arasındaki birliktelikler²¹.

Mahkeme, Rees/Birleşik Krallık davasında cinsiyet değiştirmiş transseksüelin karşıt cinsten biriyle evlenememesini 12. maddeye aykırı

¹⁶ O'Donoghue ve Diğerleri/Birleşik Krallık, Başvuru No: 34848/07, 14 Aralık 2010, 4D., paras. 83-91.

¹⁷ KARAN, s. 427; DOĞRU/NALBANT, s. 539; LEACH, Philip, **Taking a Case To European Court Of Human Rights**, Oxford University Press, New York 2011, s. 391.

¹⁸ Rees/Birleşik Krallık, Başvuru No: 9532/81, 17 Ekim 1986, para. 49. kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=116>, E.T. 24/05/2017

¹⁹ "Transseksüalizm, ruhsal yapı ve davranışlarıyla kendini karşı cinse ait hissetme, kendini biyolojik cinsiyetiyle özelliklerden aşırı rahatsız olma ve karşı cinsin özelliklerine sahip olma isteği ile karakterize edilen bir cinsel kimlik bozukluğudur." GÜMÜŞ, A. Tanık, **Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı, AİHS Uygulaması Çerçevesinde Bir İnceleme**, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 323.

²⁰ "Eşcinsellik veya homoseksüellik, aynı cins veya cinsiyetteki insanlar arasındaki romantizm, cinsel çekim ya da cinsel davranıştır." <https://tr.wikipedia.org/wiki/E%C5%9Fcinsellik>, E.T. 12/04/2017.

²¹ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 570.

bulmamıştır. Mahkeme aynı yaklaşımını Cossey/Birleşik Krallık davasında da devam ettirmiştir. Mahkemeye göre; kimin kimle evleneceği konusunda karar verme yetkisi devletlere aittir. Devletlerin geleneksel biyolojik cinsiyet yaklaşımına uygun olarak sadece karşıt cinsler arasında evliliği tanımları Sözleşme'nin amacına aykırı değildir²².

Ancak AİHM, daha sonraki bir kararında cinsiyet değiştiren transseksüelin evlenememesini 12. maddenin ihlâli olarak görmüştür. Christine Goodwin/Birleşik Krallık davası, cinsiyet değiştirdikten sonra karşıt cinsle evlenemeyen bir transseksüelin durumuna ilişkindir. Mahkeme, evlenme hakkının "çocuk sahibi olma"yı kapsamadığını belirtmiş, çocuk sahibi olamamaları nedeniyle bir çiftin evlenememesinin 12. maddeye aykırı olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, tıptaki gelişmeleri dikkate alarak, cinsiyetin sadece biyolojik ölçütlere göre belirlenmesinin doğru olmadığını belirterek, cinsiyet değiştiren transseksüelin evlenememesini hakkın özünü ihlâl eder nitelikte bulmuştur²³.

Mahkeme I/Birleşik Krallık kararında 12. maddenin esas olarak bir kadın ile erkeğin evlenme ve aile kurma hakkını koruduğunu belirttikten sonra, sadece biyolojik cinsiyet yaklaşımı kabul etmenin günümüz gerçekleriyle bağdaşmadığını ifade etmiştir. Mahkemeye göre Sözleşme'nin kabulünden günümüze kadar tıpta ve evlilik kurumunda önemli gelişmeler yaşanmıştır. Mahkeme evlenme hakkı konusunda takdir yetkisinin taraf devletlere ait olduğunu belirtmekle beraber, getirilen sınırlamaların hakkın özünü ortadan kaldırmaması gerektiğinin altını çizmektedir. Mahkeme ayrıca Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nin 9. maddesinde kadın ve erkeğe atıf yapılmadan "evlenme hakkı"nın düzenlendiğine dikkat çekmektedir²⁴.

C. Eşcinsellerin Durumu

Eşcinsellerin durumu da bu bağlamda değerlendirilmesi gereken konulardandır. 12. madde evliliğin tarafları konusunda erkek ve kadından bahsetmekle birlikte, Mahkemenin transseksüellerin karşıt cinsle

²² Cossey/Birleşik Krallık, Başvuru No: 10843/84, 27 Eylül 1990, paras. 43-46.

²³ Christine Goodwin/Birleşik Krallık, Başvuru No: 28957/95, 11 Temmuz 2002, paras. 98-102.

²⁴ I/Birleşik Krallık, Başvuru No: 25680/94, 11 Temmuz 2002, paras. 77-80.

evlenmemesini, hakkın özünü zedeleyici bulduğu Christine Goodwin/Birleşik Krallık kararının ardından, Mahkemenin bu yaklaşımının eşcinsel evliliklere uygulanabilirliği sorusu akla gelmiştir²⁵. Ulusal yasalarında aynı cinsten kişilere evlenme hakkını tanıyan ülke sayısının²⁶ artmasıyla birlikte, Mahkemenin bu konuda olumlu tutum takınacağı söylenebilir²⁷.

Mahkemenin evlenme hakkının her durumda “biyolojik cinsiyet” yaklaşımına uygun olarak anlaşılmasının zorunlu olmadığını belirtmesi, eşcinsel evlilikleri madde kapsamı dışında tutan yaklaşımından bir ölçüde uzaklaştığını göstermektedir. Ancak burada önemli olan husus; taraf devletlerin, eşcinsel evliliği tanıma konusunda yükümlülük altında olmamalarıdır²⁸. Nitekim Schalk ve Kopf/Avusturya davasında da bu husus vurgulanmıştır. Söz konusu dava, eşcinsel çiftlerin evlenmesine izin verilmemesine ilişkindir. Avusturya Hukukuna göre sadece karşıt cinslerin evliliğine izin verildiği için başvuruçuların evlenme talepleri kabul edilmemiştir. Mahkeme, Sözleşme'nin kadın ve erkeğe tanıdığı evlenme hakkının Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda cinsiyet belirtilmeksizin yer aldığını ifade etmektedir. Buna göre Mahkeme, evlenme hakkının her durumda sadece karşıt cinsiyetler arasında sınırlandırılmaması gerektiğini belirtmektedir. Bununla birlikte AİHM, eşcinsel evliliklere izin verme konusunu devletlerin takdir yetkisine bırakır. Evliliğin her toplumda farklı sosyal ve kültürel sonuçları olduğunun altını çizen Mahkeme, toplumun ihtiyaçlarını

²⁵ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 571; Mahkeme Schalk ve Kopf/Avusturya kararında; eşcinsel evlilikler konusunda bir Avrupa konsensüsü olmadığını, Christine Goodwin davasında ise transseksüellerin edindikleri cinsiyette yapacakları evlilikler konusunda bir uygulama birliği olduğunu belirtmektedir. Schalk ve Kopf/Avusturya, Başvuru No: 30141/04, 24 Haziran 2010, 1D., paras. 58-59.

²⁶ Eşcinsel evlilik şu anda dünya genelinde on yedi, Avrupa genelinde on iki ülkede yasalıdır. Hollanda 2001'de eşcinsel evliliklerin uygulandığı ilk ülke olmuştur ve ardından onu Belçika, İspanya, Danimarka, Norveç, İsveç, Portekiz, İzlanda, Fransa, Birleşik Krallık, Lüksemburg izlemiştir. En son İrlanda'da eşcinsel evlilik yasallaştırılmıştır. Eşcinsel evlilik ilk defa halkoylamasına sunulmuş ve referandum sonucunda İrlanda'da eşcinsel evlilik yasallaştırılmıştır. https://tr.wikipedia.org/wiki/E%C5%9Fcinsel_evlilik#Avrupa, E.T. 23/04/2017.

²⁷ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 571; KARAN, s. 428.

²⁸ KARAN, s. 428.

belirleme konusunda ulusal makamların daha yetkin bir konumda olduklarını belirtmektedir. Mahkeme, bu gerekçelerle eşcinsel evliliğe izin verme konusunda taraf devletlerin bir yükümlülük altında olmadığını belirtmektedir²⁹.

III. ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASI HAKKI İLE EVLENME HAKKI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Evlenme hakkı, AİHS'in 8. maddesinde yer alan özel hayat ve aile hayatının korunması hakkı ile yakından ilişkilidir. AİHM, 12. maddenin aksine 8. maddenin yorumlanmasında son derece yaratıcı bir yaklaşım içerisinde³⁰.

Sözleşme'nin 8. maddesine göre; bir birliktelik aile yaşamı niteliğini haiz ise resmi bir birliktelik olması şart değildir. Gayri resmi birliktelikler de aile yaşamı niteliğinde ise 8. madde kapsamında ele alınmaktadır. Keza evli kişilerin, evliliğine yönelik bir müdahale de 8. madde kapsamında koruma görecektir³¹.

Sözleşme'nin 8. ve 12. maddeleri arasındaki ilişki "aile kurma" bakımından da farklılık arz etmektedir. 12. madde aile kurma ilişkisini kapsamakta olup, evlendikten sonra aile yaşamına uygulanmamaktadır. Evlenmemiş kişilerin aile kurması halinde ise bu kişilerin hakları, 12. madde kapsamında değil 8. madde kapsamında ele alınacaktır³².

Çocuk sahibi olma niyeti bulunmasa da evlenme hakkı korunmaktadır. Diğer bir deyişle çocuk sahibi olma, evlenme hakkının kullanılması için bir ön şart değildir³³.

Hamalainen/Finlandiya kararında başvuru, erkek olarak dünyaya gelmiş ve 1996 yılında bir kadınla evlenmiştir. Başvuru 2009 yılında cinsiyet değiştirme ameliyatına girmiştir. Başvurucunun ön isminin değişmesine

²⁹ Schalk ve Kopf/Avusturya, Başvuru No: 30141/04, 24 Haziran 2010, 1D., paras. 60-63.

³⁰ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 567.

³¹ KARAN, s. 425.

³² HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 567; JANIS, s. 446.

³³ KARAN, s. 426; HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 569.

rağmen kimlik numarasını kadın numarası olarak değiştirebilmesi için evliliklerinin karısının rızasıyla hemcins birlikteliğine dönüşmesi ya da boşanmaları gerekmektedir. Başvuran ve eşi boşanmanın dini inançlarına uygun olmadığını ve evli kalmalarının çocuklarının çıkarlarına daha uygun olduğunu ileri sürerek evliliklerini sürdürmek istemişlerdir³⁴.

Mahkeme olayı öncelikle 8. madde kapsamında ele alarak hemcins birlikteliklere izin verme konusunda taraf devletlerin bir yükümlülüğünün olmadığını belirtmiştir. Evlilik devam ederken cinsiyet değiştirmenin etkilerinin düzenlenmesi, büyük ölçüde taraf devletin takdir yetkisinde olan bir konudur. Mahkeme hemcins evliliklere izin verilmesi konusunda halen bir Avrupa mutabakatı olmadığını altını çizmektedir. AİHM, Finlandiya ulusal hukukunun başvurucuya birçok seçenek sunduğunu belirtmektedir. Bunlardan ilki; başvurucunun evliliğini devam ettirmesi ve erkek kimlik numarası yüzünden karşılaştığı sorunları hoşgörü ile karşılamasıdır. Finlandiya yasalarına göre; evli kişilerden birinin cinsiyet değiştirmesi, evliliğin hükümsüz olmasına neden olmaz. Başvurucu ikinci olarak; hem cinsiyetinin hem de karısı ile ilişkisinin yasal olarak korunmasını istiyorsa eşinin onayıyla evliliğini, kayıtlı birlikteliğe çevirme olanağına sahiptir. Finlandiya yasalarına göre, başvurucunun sahip olduğu diğer bir seçenek ise boşanmadır. Mahkeme, başvuranın evliliğinin kayıtlı birlikteliğe dönüşmesi halinde hem kendileri hem de çocukları bakımından herhangi bir hak kaybına uğramayacaklarını belirtmiştir. Mahkeme, evli çiftlere sağlanan korumanın büyük ölçüde kayıtlı birlikteliklere de sağlandığını belirterek; aradaki küçük farklılıkların, devleti pozitif yükümlülük anlamında sorumlu tutmaya yeterli olmadığını belirtmiştir³⁵.

AİHM'in daha önceki kararlarında da belirttiği gibi evlenme hakkı, bir kadın ve erkeğin evlenmesini ve aile kurma hakkını korumaktadır. Bazı devletlerin evlenme hakkını hemcins çiftlere de tanıması, diğer devletlere bu konuda bir yükümlülük getirmez. Mahkeme, söz konusu olayın cinsiyet değişimi ve evliliğin sonuçları ile ilgili olduğunu belirterek; olayın 8. madde

³⁴ Hamalainen/Finlandiya, Başvuru No: 37359/09, 16 Temmuz 2014, BD., paras. 9-18.

³⁵ Hamalainen/Finlandiya, Başvuru No: 37359/09, 16 Temmuz 2014, BD., paras. 69-88.

kapsamında ele alındığını, 12. madde kapsamında ayrı bir meselenin olmadığını belirtmiştir³⁶.

IV. BOŞANMA HAKKI

Evlenme hakkı ile ilgili gündeme gelen konulardan biri de boşanma hakkıdır. Johnston ve diğerleri/İrlanda davası; İrlanda hukukunda boşanmayla ilgili bir hüküm bulunmaması nedeniyle, evli olan başvuruçunun, uzun süre birlikte yaşadığı kişiyle evlenememesine ilişkindir. Mahkeme, “evlenme hakkı”nın anlamının açık olduğunu, bu kelimelerin evlilik ilişkisini kurmayı kapsadığını, ancak evliliğin sona ermesini kapsamadığını belirtmektedir. Mahkemeye göre, Sözleşme’nin hazırlık çalışmaları da boşanma hakkını maddeye dâhil etme niyeti olmadığını göstermektedir. Başvuruçular, Sözleşme’nin yapılmasından sonra meydana gelen toplumsal gelişmelere ve evliliklerin sona ermesindeki önemli artışa dikkat çekmişlerdir. Mahkeme, Sözleşme’nin günün koşulları dikkate alınarak yorumlanması gerektiğini, ancak başlangıçta yer almayan bir hakkın sonradan yorum yoluyla türetilmeyeceğini belirtmiştir. Sözleşme’ye ek 7. Protokol’ün 5. maddesinde de boşanma hakkına yer verilmemiştir. Mahkeme, bu nedenlerle Sözleşme’nin 12. maddesinden boşanma hakkının çıkarılamayacağına karar vermiştir³⁷.

Bununla birlikte Mahkeme, boşanma hakkını tanıyan ülkelerde, boşanma hakkının makul olmayan sınırlamalar içermemesi gerektiğini yukarıda değindiğimiz F/İsviçre davasında ifade etmiştir. Ayrıca, Mahkeme, ulusal makamların boşanma davalarını makul sürede bitirmemesi durumunu da belli şartların varlığı halinde 12. madde kapsamında değerlendirebilmektedir³⁸.

³⁶ Hamalainen/Finlandiya, Başvuru No: 37359/09, 16 Temmuz 2014, BD., paras. 96-97.

³⁷ Johnston ve diğerleri/İrlanda, Başvuru No: 9697/82, 18 Aralık 1986, paras. 51-54. kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=122>, E.T. 26/07/2017; Bununla birlikte Avrupa’da son yıllarda yaşanan gelişmeler doğrultusunda; AİHM’in boşanma hakkı konusundaki içtihadını gözden geçirebileceği belirtilmektedir. KALIN Walter, KÜNZLI, Jörg, **The Law Of International Human Rights Protection**, Oxford University Press, New York 2011, s. 400.

³⁸ DOĞRU/NALBANT, s. 545.

Chernetskiy/Ukrayna davasında başvuru, 2002 yılında 15 yıl hapis cezasına mahkûm olmuştur. Başvurucunun eşinin talebi üzerine 2005 yılında evlilikleri feshedilmiştir. Başvurucunun yeni eş adayıyla evlenme talebi, boşanma belgesi alamadığı için reddedilmiştir. Bu belge, sadece başvuru tarafından ilgili medeni durum kayıt sicilinden alınabilmektedir. Başvurucu, bir görevlinin gözetiminde ilgili sicil dairesinden boşanma belgesini almayı talep etmiştir. Ancak Ukrayna yasalarına göre talebi reddedilmiştir. Savcı, boşanma belgesini elde ettikten sonra yeniden evlenme hakkına sahip olduğunu başvurucuya bildirmiştir. Bununla birlikte bu durum sadece mahkûm serbest bırakıldıktan sonra mümkündür. Mahkûmların boşanma belgesi alması konusunda yaşadıkları sıkıntılar nedeniyle birtakım çözüm önerileri sunulmuştur. Adalet Bakanlığı mahkûmların boşanma belgesi alabilmesi için 2008 yılında geçici bir prosedür sağlamıştır ve başvuru 2009 yılında yeniden evlenme hakkına sahip olabilmıştır³⁹.

AİHM, evlenme hakkının taraf devletlerin ulusal yasalarına tabi bir konu olduğunu, ancak getirilen sınırlamaların hakkın özünü zedelememesi gerektiğini belirtir. Tutukluluk, kişiyi birtakım haklardan yoksun kılmakla birlikte evlenme hakkının kullanılmasına engel teşkil etmez. Mahkemeye göre; boşanma hakkı, 12. maddeden çıkarılmasa da yasal mevzuatın boşanmaya izin vermesi halinde, boşanmış kişilerin makul olmayan sınırlamalar olmaksızın yeniden evlenme hakkı 12. maddenin güvencesi altındadır. Mahkeme, başvuru 2005 ve 2008 yılları arasında yeniden evlenememesini kişiye yönelik bir yaptırım olarak görmüş ve yerel makamların boşanma sürecindeki başarısızlığına dikkat çekmiştir⁴⁰.

V. AİLE KURMA HAKKI

12. maddede evlenme hakkının yanı sıra aile kurma hakkı da düzenlenmiştir. Mahkeme, 12. madde bağlamında aile kurma hakkının sadece

³⁹ Chernetskiy/Ukrayna, Başvuru No: 44316/07, 8 Aralık 2016, 4D., paras. 5-16.

⁴⁰ Chernetskiy/Ukrayna, Başvuru No: 44316/07, 8 Aralık 2016, 4D., paras. 28-34; AİHM bir başka kararında da aynı hususları vurgulamıştır. V.K/Hırvatistan, Başvuru No: 38380/, 27 Kasım 2012, 1D., paras. 100-107.

evlilik içinde geçerli olduğuna karar vermiştir⁴¹. Aile kurma hakkı, nikâhsız birlikteliklere uygulanamayacağı gibi, bu hak torun sahibi olma şeklinde de genişletilemez⁴². Evlilik dışı birlikteliklerin “aile” olarak kabul edilmemesi, 12. madde bakımındandır. Serbest birliktelikler 12. madde kapsamında değil, 8. madde kapsamında ele alınır⁴³.

Kısırlaştırma, kürtaj, evlat edinme, suni dölleme gibi konular da bu kapsamda gündeme gelmektedir.

AİHM, biyolojik olarak anne babası olmadıkları bir çocuğun evlat edinilmesini, aile kurma hakkı kapsamında görmemektedir⁴⁴. Bununla birlikte evlat edinmeye izin verilmemesi maddi veya usulî açıdan büyük adaletsizlikler doğuracaksa, Mahkemenin 12. maddenin ihlâl edildiğine karar vermesi muhtemel gözükmemektedir⁴⁵.

AİHM, suni dölleme konusunu 12. madde kapsamında tanımamaktadır. Mahkemeye göre; aile kurma hakkı geleneksel evlilik içinde doğal yollarla çocuk sahibi olmayı kapsar. Devletin yasayla suni döllemenin önünü açması şeklinde bir pozitif yükümlülüğü bulunmamaktadır⁴⁶. Bununla birlikte AİHM, S.H. ve diğerleri/Avusturya davasında söz konusu alanın sürekli geliştiğini ve oldukça hızlı bilimsel ve hukuksal gelişmelerin yaşandığını gözlemlemekte ve sözleşmecî devletleri sürekli bir denetim yapmaya çağırılmaktadır⁴⁷.

VI. DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Genel Olarak

Her temel hak üç tür yükümlülük getirmektedir. Bunlar; devlet organlarının bir ihlalde bulunmamasını gerektiren saygı gösterme

⁴¹ Christine Goodwin/Birleşik Krallık, Başvuru No: 28957/95, 11 Temmuz 2002, para. 98.

⁴² HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 572.

⁴³ DOĞRU/NALBANT, s. 545.

⁴⁴ KARAN, s. 430; HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 573.

⁴⁵ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 574.

⁴⁶ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 574.

⁴⁷ S:H. ve diğerleri/Avusturya, Başvuru No: 57813/00, 15 Kasım 2007.

yükümlülüğü, devletin hak sahiplerini başkalarına karşı koruma yükümlülüğü ve hakkın etkin olarak kullanılabilmesi için pozitif tedbirler alma yükümlülüğüdür⁴⁸.

Saygı gösterme yükümlülüğü, negatif yükümlülükle ilgili iken, koruma ve gerçekleştirme yükümlülükleri, AİHM tarafından pozitif yükümlülükler başlığı altında ele alınmaktadır⁴⁹. Koruma yükümlülüğü kapsamında devlet, bireyin haklarını diğer bireyler tarafından gelebilecek hak ihlallerine karşı korumakla görevlidir. Yerine getirme yükümlülüğünde ise bir hakkın kullanımı için devletin olumlu edimlerde bulunması söz konusudur⁵⁰. AİHM ise devletlerin yükümlülüklerini ele alırken saygı gösterme, koruma ve yerine getirme şeklinde değil, negatif ve pozitif yükümlülükler ayrımından yola çıkarak bir değerlendirme yapmaktadır⁵¹.

Devletin negatif yükümlülüğü, devletin meşru bir sebep olmadan bireylerin haklarını ihlal etmekten kaçınmasını ifade eder⁵². Yaşam hakkı, kişi

⁴⁸ AKANDJI-KOMBE, Jean François, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap)** Avrupa Konseyi Yayınları, İnsan Hakları El Kitapları Serisi, No:7, Belçika 2008, s. 5; DERİCİLER, Özge Yücel, **Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinın Krizi Ekseninde Bir İnceleme**, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2014, s. 131; Sözleşme'nin devlete yüklediği yükümlülükler bakımından, doktrinde yer alan farklı tipolojiler için bkz. GEMALMAZ, Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Beta Yayınları, İstanbul 2007, s. 1597-1602.

⁴⁹ BOYAR, Oya, Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Etki, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, Ed. Sibel İnceoğlu, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 55; HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 19; AKANDJI-KOMBE, s. 5.

⁵⁰ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 19; POROY, Mehmet Akif, Yatay İlişkilerde Pozitif Sorumluluk İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 80, Sy.3, 2006, s. 1011; ŞİMŞEK, Suat, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına Göre Mülkiyet Hakkının Korunması Açısından Devletin Pozitif Yükümlülükleri, **Sayıştay Dergisi**, Sy. 84, Ocak-Mart 2012, s. 7-11.

⁵¹ AKANDJI-KOMBE, s. 5; KOCABAŞ, Sadık, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2009, s. 1-2; DERİCİLER, s. 132.

⁵² SUNAY, Reyhan, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde İnsan Hakları**, Çizgi Kitabevi, Konya 2013, s. 51.

güvenliği, düşünce özgürlüğü, işkence yasağı gibi haklar bu kategoride yer alır⁵³. Bunun yanında; devletin olumlu bir müdahalesinin, bir ediminin varlığı gerekmezse pozitif yükümlülükten bahsedilecektir⁵⁴.

Temel hak ve özgürlüklerin korunmasından bahsedildiği zaman, uzun bir süre bundan devletin negatif yükümlülüğü anlaşılmalıdır⁵⁵. Ancak, zamanla bu yaklaşımın yetersiz olduğu ortaya çıkmış, devletin birtakım olumlu müdahalelerde bulunmasının, insan haklarının korunması bakımından elzem olduğu anlaşılmıştır.

Evlenme hakkı ile ilgili 12. maddede negatif yükümlülük ve pozitif yükümlülükten bahsedilmemekle beraber, negatif yükümlülüğün 12. madde bakımından da var olduğu kabul edilmektedir. Pozitif yükümlülük bakımından ise devletin, kişilerin evliliğini kolaylaştırma gibi bir yükümlülük altında olmadığı belirtilmektedir⁵⁶.

Tysiac/Polonya davasında AİHM, başvuranın yasal kürtaj talebinin karşılanmasına yönelik şartların bulunup bulunmadığını değerlendirmek için etkin bir mekanizma kurulmamasını, devletin pozitif yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir. Mahkemeye göre; özellikle kadının sağlığı açısından gerekli olduğu durumlarda koruyucu karar alma prosedürlerinin hızlı bir şekilde işletilmemesi, özel hayata saygı hakkı bağlamında devletin pozitif yükümlülüğünü gündeme getirir⁵⁷.

⁵³ GÜLMEZ, Mesut, *İnsan Hakları ve Demokrasi Eğitimi: Egemenlik insanındır*, TODAİE Yayınları, Ankara 2001, s. 18.

⁵⁴ SUNAY, s. 50.

⁵⁵ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasında Devletin "Olumlu" (Pozitif) Yükümü, *Polis Dergisi*, Sy. 37, Ekim-Kasım-Aralık 2003, s. 2; SUNAY, s. 54; ŞEN, Murat, Kişi Hak ve Hürriyetlerinde Devletin Pozitif Yükümlülüğü, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 8.

⁵⁶ DİJK Pieter Van, HOOFF Fried Van, ZWAAK Leo (Ed.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen-Oxford 2006, s. 842.

⁵⁷ Tysiac/Polonya, Başvuru No: 5410/03, 20 Mart 2007, 4D., para.118.

B. Devletin Negatif Yükümlülüğü

Evlenme hakkı bağlamında gündeme gelen konulardan biri de evlenecek kişilerin farklı ülke vatandaşları olmalarıdır. Sözleşme'ye göre; başka bir ülkenin vatandaşı ile evlenmek isteyen bir kişinin o ülkeye girişinin engellenmesi, evlenme hakkına müdahale olarak değerlendirilmez⁵⁸. Devlet, evlenmek isteyen çiftlerin başka bir ülkede evlenme olanakları varsa, yabancı bir kişinin ülkesine girmesine izin vermek zorunda değildir. Buradan çıkan sonuç; taraflardan biri ilgili devletin vatandaşı ise ve evlilik başka bir ülkede gerçekleştirilemiyorsa, ilgililer 12. maddenin korumasından yararlanabilecektir. Bunun için tarafların başka bir ülkede neden evlenemediklerini makul bir şekilde açıklamaları gerekir⁵⁹. Mahfaz/Birleşik Krallık kararında da evlenme hakkının coğrafi mekân seçme hakkını kapsamadığı belirtilmiştir⁶⁰.

Doğum kontrolü yöntemlerine başvurma zorunluluğunun getirilmesi, zorla kısırlaştırma veya kürtaj kararı verilmesi, aile kurma hakkı bağlamında devletin negatif yükümlülüğünü gündeme getirmektedir. Kısırlaştırma veya kürtajla ilgili bir eşin duruma rıza göstermesine rağmen diğer eşin rızasının olmadığı hallerde, devletin her iki tarafın rızasının alınmasını sağlama yönünde pozitif yükümlülüğü söz konusudur. Ancak taraflar anlaşamazsa, doğrudan etkilenecek tarafın kararının belirleyici olması gerektiği ifade edilmiştir⁶¹.

C. Devletin Pozitif Yükümlülüğü

Yasal evlilikleri teşvik etme konusunda devletin bir yetkisi bulunsa da, bu konuda bir pozitif yükümlülük mevcut değildir. Evlenme hakkı, ailenin desteklenmesi ve bazı sosyal programların kabulü şeklinde bir pozitif yükümlülük getirmez⁶².

⁵⁸ KARAN, s. 430.

⁵⁹ KARAN, s. 430; HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 570.

⁶⁰ Mahfaz/Birleşik Krallık, Başvuru No: 20598/92, 30 Haziran 1993.

⁶¹ DİJK/HOOF/ZWAAK, s. 854.

⁶² HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 573.

Devletin evliliği kolaylaştırmak gibi bir pozitif yükümlülüğü bulunmamakla birlikte, evlenmeyi engelleyen tali durumları ortadan kaldırma şeklinde bir pozitif yükümlülüğü mevcuttur⁶³.

Cinsiyetini değiştiren bir kişinin, yeni cinsiyetinin resmi kayıtlarda düzeltilmemesi durumunda devletin pozitif yükümlülüğü gündeme gelebilmektedir. Aynı şekilde cezaevinde bulunan kişinin evlenme hakkı ile ilgili de devletin pozitif yükümlülüğü söz konusu olabilmektedir⁶⁴. Cezaevinde bulunan bir kişinin şartla salıverilmesine kadar evlenememesini Mahkeme 12. maddeye aykırı bulmuştur. Mahkemeye göre; mahkûmların evlenmesinin bu kadar geciktirilmesi hakkın özünü ihlâl etmiştir. Mahkeme, evlenme hakkının özünün kadın ve erkek arasında hukuken bir birliktelik kurmaları olduğunu belirtmiştir. Fiilen bir araya gelememeleri evlenme haklarını kullanmalarına engel teşkil etmez⁶⁵.

SONUÇ

Sözleşme'nin 12. maddesinde düzenlenen evlenme hakkı, esasen kadın ve erkek arasındaki evliliği korumaya yöneliktir. AİHM de evlenme hakkının, karşıt cinsiyetler arasında geçerli olduğu yönündeki görüşünü birçok kararında belirtmiştir. Ancak Mahkeme transseksüellerle ilgili verdiği Christine Goodwin/Birleşik Krallık kararında, cinsiyeti sadece biyolojik ölçütlere göre belirlemenin doğru olmadığını belirtmiştir. Christine Goodwin/Birleşik Krallık kararı, Mahkemenin transseksüellerle ilgili eski içtihadını değiştirmesi bakımından bir dönüm noktasıdır.

Mahkemenin transseksüellerle ilgili içtihadını revize etmesinin ardından eşcinsellerin evliliği konusu gündeme gelmiştir. AİHM, Schalk ve Kopf/Avusturya kararında; 12. maddenin sadece karşıt cinsiyettekilerin evliliği olarak sınırlandırılmayacağını belirtmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, taraf devletlerin eşcinsel çiftlere evlenme hakkı tanıma gibi bir yükümlülüğünün bulunmadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre; evlilik kurumunun sosyal ve

⁶³ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 569; DOĞAN, İlyas, **İnsan Hakları Hukuku**, Astana Yayınları, Ankara 2013, s. 671.

⁶⁴ KARAN, s. 436.

⁶⁵ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 569-570.

kültürel sonuçları, ülkeden ülkeye farklılık gösterir. Bu nedenle toplumun ihtiyaçlarını belirleme açısından taraf devletler daha iyi bir konumdadır.

Evlenme hakkı, 8. maddede yer alan özel hayat ve aile yaşamına saygı gösterilmesi hakkı ile de yakından ilgilidir. 8. maddeyi oldukça geniş yorumlayan AİHM, aynı yaklaşımını 12. madde bakımından göstermemiştir. 12. madde kapsamında evlenme ve aile kurma hakkı korunur. Çocukların korunması gibi evlilik sonrası durumlar 8. madde kapsamında ele alınmaktadır. Aynı şekilde gayri resmi birliktelikler de 8. madde kapsamında korunmaktadır.

Evlenme hakkı bağlamında devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri mevcuttur. Negatif yükümlülük kapsamında devlet, evlenme hakkına meşru bir sebep olmadan müdahalede bulunamayacaktır. Ancak 12. maddede herhangi bir sınırlama sebebine yer verilmemiş, taraf devletlerin ulusal hukukuna atıf yapılmıştır. AİHM, taraf devletin evlenme hakkına getirdiği kısıtlamaları incelerken hakkın özünü zedeleyen uygulamaları Sözleşme'ye aykırı bulmaktadır.

Pozitif yükümlülük bağlamında devletin birtakım olumlu edimlerde bulunması gerekir. Devletin yasal evlilikleri teşvik etme gibi bir yükümlülüğü bulunmamakla birlikte, evlenmeyi engelleyen tali durumları ortadan kaldırmak devletin görevidir.

KAYNAKLAR

- AKANDJI-KOMBE, Jean François, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap Avrupa Konseyi Yayınları, İnsan Hakları El Kitapları Serisi, No:7, Belçika 2008.
- BOYAR, Oya, Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Etki, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, Ed. Sibel Inceoğlu, Beta Yayınları, İstanbul 2013.
- DERİCİLER, Özge Yücel, **Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinın Krizi Ekseninde Bir İnceleme**, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2014.
- DİJK Pieter Van, HOOFF Fried Van, ZWAAK Leo (Ed.), **Theory and Practice of the ECHR**, Antwerpen-Oxford 2006.
- DOĞAN, İlyas, **İnsan Hakları Hukuku**, Astana Yayınları, Ankara 2013.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Beta Yayınları, İstanbul 2007.
- Gölcüklü, Feyyaz, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasında Devletin “Olumlu” (Pozitif) Yükümü, **Polis Dergisi**, Sy. 37, Ekim-Kasım-Aralık 2003.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref, GÖLCÜKLÜ Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- GÜLMEZ, Mesut, **İnsan Hakları ve Demokrasi Eğitimi: Egemenlik insanındır**, TODAİE Yayınları, Ankara 2001.
- GÜMÜŞ, A. Tanık, **Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı (AİHS Uygulaması Çerçevesinde Bir İnceleme)**, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- HARRIS David, O'BOYLE Michael, WARBRICK Colin, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Çev. Ulaş Karan ve Mehveş Bingöllü Kılıcı, Oxford University Press, Oxford 2009.
- JANIS, Mark W., **European Human Rights Law**, Oxford University Press, Oxford 2008.

- KALIN Walter, KÜNZLI, Jörg, **The Law Of International Human Rights Protection**, Oxford University Press, New York 2011.
- KARAN, Ulaş, **Evlenme ve Aile Kurma Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, Ed. Sibel Inceoğlu, Beta Yayınları, İstanbul 2013.
- KOCABAŞ, Sadık, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2009.
- LEACH, Philip, **Taking a Case To European Court Of Human Rights**, Oxford University Press, New York 2011.
- METİN, Yüksel, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Evlenme Hakkı, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 1, Sy. 2, Ekim 2006.
- POROY, Mehmet Akif, Yatay İlişkilerde Pozitif Sorumluluk İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 80, Sy.3, 2006.
- SEZEN, Lütfi, Türkiye'de Evlenme Biçimleri, **Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi**, C. 11, Sy. 27, 2005.
- SUNAY Reyhan, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde İnsan Hakları**, Çizgi Kitabevi, Konya 2013.
- ŞEN, Murat, Kişi Hak ve Hürriyetlerinde Devletin Pozitif Yükümlülüğü, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.
- ŞİMŞEK, Suat, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına Göre Mülkiyet Hakkının Korunması Açısından Devletin Pozitif Yükümlülükleri, **Sayıştay Dergisi**, Sy. 84, Ocak-Mart 2012.
- TEZCAN Sabahat, COŞKUN Yadigar, Türkiye'de 20. Yüzyılın Son Çeyreğinde Kadınlarda İlk Evlenme Yaşı Değişimi ve Günümüz Evlilik Özellikleri, **Nüfusbilim Dergisi**, C. 26, Sy. 1, 2004.

GENEL OLARAK NESAFET KAVRAMI VE BU KAVRAMIN İDARE HUKUKUNDAKİ BAZI GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ*

Arş. Gör. Hande Sena ÇALIŞ**

EQUITY CONCEPT IN GENERAL AND THE APPEARANCE EFFECTS OF THAT CONCEPT IN ADMINISTRATIVE LAW

ÖZ

İdare tarafından tesis edilen işlem ve eylemler bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ve kamu yararını doğrudan veya dolaylı olarak etkilemektedir. Bu nedenle idarenin faaliyetlerinde mevzuata uygunluğu sağlamak yanında hakkaniyete uygun davranması beklenmektedir. Türk idare hukuku teorisi ve uygulaması açısından idarenin faaliyetlerini nesafet ilkesine uygun olarak yürütmesi önem taşıyan bir husustur.

Bu çalışmada; idare hukuku kapsamına dahil olan başlıca hususlarda nesafet ilkesinin teorik açıdan önemi ve uygulama açısından ortaya koyduğu sebep sonuç ilişkileri üzerinde durulmuştur.

* Kabul Edildiği Tarih: 14.12.2017

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.358218](https://doi.org/10.15337/suhfd.358218)

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

E-mail Adresi: handecalis@selcuk.edu.tr

ORCID ID: orcid.org/0000-0002-8915-6276

ANAHTAR KELİMELEER: *Nesafet, İdare Hukukunda Hakkaniyet, Hukuki Güvenlik, İdarenin Takdir Yetkisi, Kanun Önünde Eşitlik.*

ABSTRACT

The administrative act established by administration influence the individual's fundamental rights and freedoms and public interest as directly or indirectly. Hence it is expected that the administration actions are established as legal and also proper to equity principle. This properness to equity principle is an outstanding topic in terms of Turkish administrative law's theory and practice.

In this study; as part of the primary subjects include administrative law equity principle's importance in the theory of administrative law and the cause and effect relations in the practice will be revealed.

KEYWORDS: *Equity, Fairness in Administrative Law, Legal Security, The Power of Discretion of Administration, Equality Before the Law.*

GİRİŞ

Adalet, hak, hakkaniyet, nesafet gibi kavramlar hukukun amacını belirlemek, uygulanmasını ideal hale getirmek için kullanılan temel ilkelerdir. Bu ilkelerden nesafet aracılığıyla, yazılı hukuk kurallarının katılığı dolayısıyla uygulamada yaşanan sorunlar giderilmeye ve hukukun düzen işlevi sağlanmaya çalışılmaktadır.

Hukukun toplumsal düzeni sağlama amacı idare hukukunda kamu düzeninin sağlanması olarak yer bulmakta ve bu amaç devlet ve birey açısından son derece büyük önem arz etmektedir. Kanunların üstünlüğünden ziyade hukukun üstünlüğünün benimsendiği hukuk devletinde, devletin tüm organlarının faaliyetlerini amaca uygun hale getiren belli ilkeler ışığında yürütmesi gerekmektedir.

Nesafet ilkesinin idare hukukundaki yansımalarına idare hukukunun dağınık mevzuatı içinde yer alan birçok düzenlemede ve içtihatlarda rastlamak mümkündür. Bireyin hak ve özgürlüklerini dikkate alan idarenin işlem, eylem ve davranışlarında da nesafet ilkesinin izleri görülmektedir.

Çalışmamızda, nesafet ilkesinin idare hukukunun temel ilkelerine ve başlıca idare hukuku konularına yansıyan uygulamaları tespit edilerek bu uygulamaları geliştirici önerilerde bulunulacaktır.

Çalışmamızda ilk olarak, nesafetin tanımı ve hukukun benzer ilkeleri ile ilişkileri hakkında genel bilgiler verilecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde; idare hukukunda nesafet ilkesinin kullanıldığı alanlardan olan idari işlemin unsurları ve takdir yetkisi, kamu hizmetinden yararlanma ve kamu görevine girişte eşitlik ilkeleri, idarenin sorumluluğu konularında nesafet ilkesinin etkileri tespit edilecektir.

Çalışmanın bütününde idare hukukunda nesafet ilkesi incelenerek konuyla ilgili ulaşılabilecek sonuçlar, yorumlar ve öneriler yer alacaktır.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Nesafet kavramının, hukuk düzenlemeleri ve uygulamalarındaki görünüşlerinin tespit edilebilmesi için nesafet ile yakın anlamlı veya ilişkili olan adalet, eşitlik, ölçülülük, hakkaniyet kavramlarının açıklanması gerekmektedir.

Nesafet, *“fertlerin kanun karşısında müsaviliği ve onların haklarına riayetin zaruri bulunduğu esaslarından tabiatıyla çıkarılan bir adalet prensibidir.”*¹ Nesafet kavramı, Danıştay kararlarında çatışan menfaatler arasında denge sağlamak ve hakka uygun bir çare bulmak amacıyla kullanılmaktadır².

A. HUKUKUN AMACI VE NESAFET

Hukukun amacı, temel hak ve özgürlükleri korumak, toplumsal yaşamın ihtiyaçlarına uygun olarak düzeni sağlamak ve adaleti gerçekleştirmektir. Adaleti gerçekleştirme amacı, adaletin gereği olan eşitliği sağlamayı ve

¹ SUNAY Reyhan, Türk Hukuk Lugatı, 3. Baskı, Ankara 1991, s. 267.

² *“hukuka, hak ve nesafet kurallarına ve belirtilen mevzuat hükümlerine açıkça aykırıdır.”*, DİDDK, KT. 30.09.1994, E. 1993/247, K. 1994/559, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/>; e.t. 02.12.2017; *“bu haliyle kişi ve toplum yararı arasındaki dengeyi bozucu nitelikte, hakkaniyet ilkesine ve nesafet kurallarına aykırı olarak tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uygunluk görülmemiştir.”*, D15D, KT. 09.09.2015, E. 2015/2218, K. 2015/4885, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/>; e.t. 02.12.2017.

böylece kamu güvenini kazanmayı içermektedir³. Adaletin gerçekleştirilmesi, dolaylı olarak hakkaniyet ve nesafete uygunluğun gerçekleştirilmesini sağladığından, kavramlar arasında bağlantı bulunmaktadır⁴. Kavram bakımından temelde adalet ve hakkaniyet ile ilişkili olan nesafetin⁵, somut uygulama bakımından eşitlik ve ölçülülük ilkeleriyle ilişkisi bulunmaktadır.

1. Hakkaniyet ve Nesafet Kavramları

Hukukun amacı olarak bilinen adaletin ve toplumsal düzenin sağlanması olgusu hukukun varlığına temel teşkil eden fikirler olan ahlak, adalet ve nesafetin sağlanması düşüncesinden kaynaklanmaktadır⁶. Soyut kuralların içerdiği düzenlemeler somut olaya aktarılıp uygulanırken, hakkaniyet ve nesafet kavramları kullanılarak adil çözümlere erişilmek istenir. Hukuki sorunların nesafet ilkesi ile birlikte ele alınması, adaletin temini için kullanılan klasik yöntemlerin yetersiz kaldığı noktalarda, somut olayın ayırt edici özelliklerine uygun adil çözüm yolunu sunma çabasıdır⁷.

Nesafet kavramı, genel ve soyut nitelikte bir hukuk kuralının bireysel ve somut olaya aktarılmasında ortaya çıkabilecek haksızlıkları önlemek amacıyla adaletin sağlanması için kullanılmaktadır. Genel ve soyut nitelikteki kuralların somut olaya uygulanmasıyla adaletin sağlanamadığı, hakkın yerini bulmadığı durumlarda hakkaniyet ve nesafet kavramı kullanılarak çözüm aramak akılcıdır. Nesafet, somut olayın şartlarının göz önünde bulundurularak objektif kuraldan sübjektif perspektife geçişi ifade eder. Hukukun genel ilkeleri arasında yer alan nesafet⁸, hukukun uygulanmasında hakkaniyetin

³ **TUNÇER** Polat, Temel Hukuk,1. Baskı, Ankara 2013, s. 10; **GÜLTEKİN** Sadettin/**ÇİYİLTEPE** Hamdi, Hukukun Temel Kavramları, 1. Baskı, Trabzon 2009, s. 19.

⁴ **TUNÇER**, s. 14.

⁵ **GÜRİZ** Adnan, Hukuk Başlangıcı, 7. Baskı, Ankara 1999, s. 217.

⁶ **VELİDEDEOĞLU** Veldet Hıfzı, Hayat, Hukuk ve Cemiyet, 1. Baskı, İstanbul 1944, s. 17, 18.

⁷ **ÖKTEM** Niyazi/ **TÜRKAĞ** Ahmet Ulvi, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, 5. Baskı, İstanbul 2012, s. 72.

⁸ **BOZ** Selman Sacit, İdare Hukukunda Haklı Beklentini Korunması, 1. Baskı, Ankara 2017, s. 132.

sağlanmasıdır⁹. Hukukun hakkaniyeti sağlayacak biçimde uygulanması “iyi yönetimi” gerçekleştirilmeye yönelik bir araçtır¹⁰.

Adalet ve nesafet kavramı aynı anlama sahip değildir. Nesafet, ideal bir hukuk düşüncesini ifade etmek için kullanılmaktadır. Nesafet, yazılı kuralların sert yönlerini yumuşatarak akla ve vicdana uygun hale getirmek için kullanılan yazısız hukuk ilkesidir. Bu yönüyle nesafet adalete göre daha spesifik niteliktedir¹¹. Nesafet kavramı, hukuk kuralının somut olayın karakteristiği dikkate alınarak uygulanmasını amaçladığından, menfaat dengesini sağlamaya yönelmektedir¹².

Nesafet kavramının işlevi soyut ve katı nitelikteki kuralların uygulamada doğurduğu haksız uygulamaları yumuşatarak adalet ve hakkaniyete uygunluğa yaklaştırmaktır. Hukuk kuralının uygulanmasında sübjektif değerlendirmenin yanında hukukun güncel ihtiyaçları karşılayamadığı durumlarda da nesafet ilkesi kullanılmaktadır¹³.

Nesafet kavramı Roma Hukukundan bu yana hukukun statik kalan hükümlerinin ihtiyaca uygunluğunu sağlamak amacıyla kullanılmaktadır. Nesafet ilkesi, Roma Hukukunda bilhassa özel hukuk uygulamalarında kullanılmıştır. İngiliz Hukukunda, hukukun uygulanmasında kullanılan yöntemin basitleştirilmesi amacıyla nesafet hukukuna (equity law) yer verilmektedir¹⁴.

Hak, hakkaniyet, nesafet, adalet, eşitlik kavramları yakın anlamlı olduğundan çoğu zaman birlikte veya birbirleri yerine genel ve kapsayıcı bir şekilde kullanılmaktadır.

Türk Medeni Kanununun hakimin takdir yetkisini düzenleyen 4. maddesinde hakimin durumun gerekleri ve haklı sebepleri gözeterek

⁹ **BEREKET** Zuhâl, Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, 1. Baskı, Ankara 1996, s. 138.

¹⁰ **BOZ**, s. 130.

¹¹ **ANSAY** Sabri Şakir, Hukuk Bilimine Başlangıç, 6. Baskı, Ankara 1956, s. 56.

¹² **BOZ**, s. 131.

¹³ **GÜRİZ**, s. 217, 218.

¹⁴ **GÜRİZ**, s. 217.

hakkaniyete göre karar vereceği düzenlenmektedir¹⁵. Buna göre hakim takdir yetkisini kullanırken hakkaniyet (hak ve nısfet) ilkesine başvurmaktadır¹⁶. Hakim takdir yetkisini kullanırken somut duruma uygun bir çözüm yolu aramakta bulduğu yol ile hem hukuka hem hakkaniyete uygunluğu sağlamak görevini üstlenmektedir¹⁷.

Hakkaniyet ve adalet, hukukun uygulanmasına objektif bir tutumla yaklaşmaktadır ve bu bakımdan daha soyut ve genel kavramlardır. Nesafet ise somut olay ile hukuk kuralı arasında kurulan sübjektif dengeyi ifade eder¹⁸.

Hukuk kuralları bazı durumlarda adaleti sağlamakta yetersiz kalabilir veya hukuk uygulayıcılarını tereddütte bırakabilir. Bu durumlarda, hukukun adaleti sağlama fonksiyonunun normatif düzenlemelerin üstünde olduğu unutulmamalıdır¹⁹. Hakkaniyet ve nesafet hukuk kurallarının uygulanmasında ve yorumlanmasında hakime rehberlik edecek ilkelerdir.

2. Nesafet Kavramının Eşitlik ve Ölçülülük İlkeleriyle İlişkisi

Hukuk kurallarının somut olaya uygulanmasında söz konusu olan nesafetin, aynı durumda olan tüm bireyler için eşit ve ölçülü kullanılması

¹⁵ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Madde 4: “*Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.*”

Yürürlükten kaldırılmış 743 sayılı Medeni Kanun Madde 4: “*Kanun takdir hakkı verdiği ve icabı hale yahut muhik sebeplere nazaran hüküm vermekle mükellef tuttuğu hususlarda hakim, hak ve nasfetle hükmeder.*” ifadesi yer almaktaydı. Bu maddedeki “nasfet” ibaresi ile kastedilen nesafet kavramıdır. Buna göre hakim hukuk kurallarını somut olaya uygularken hakkaniyet ve nesafetin gereklerini de dikkate alarak takdir yetkisini kullanır.

¹⁶ **AYAN** Mehmet/ **AYAN** Nurşen, Medeni Hukuka Giriş, 10. Baskı, Konya 2014, s. 69, 73.

¹⁷ **GÖZÜBÜYÜK** Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 19. Baskı, Ankara 2003, s. 80.

¹⁸ **BEREKET**, s. 139.

¹⁹ **DEMİRDAL** Mustafa Balkan, “*Ronald Dworkin’ in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2014, C. 18, S. 3-4, s. 815.

gerekmektedir. Hukukun yol açtığı uygulamanın objektiflikten ayrılmaması ve keyfiyete varmaması için, eşitlik ve ölçülülük ilkeleri önem taşımaktadır²⁰.

a. Nesafet Kavramının Eşitlik İlkesi ile İlişkisi

Nesafet, somut olayda adalet duygusunun tatminini amaçladığından eşitlikle bağlantılıdır. Kanun önünde eşitlik Anayasa'da düzenlenmiş bir ilkedir ve bu ilke ile ifade edilmek istenen hukuk kurallarının uygulanmasında ayırım gözetilmemesidir. Somut olaylar benzer koşullar içeriyorsa uygulama da benzer olmalıdır. Ancak bu şekilde eşitlik ve adalet sağlanmış olur²¹. Toplum oluşturulan bireyler farklı sosyal şartlar içinde yaşamaktadır. Aralarında dini, etnik, kültürel farklı özelliklere sahip olanlar ve siyasi düşünceler bakımından farklılıklar bulunmakla birlikte, devlet nezdinde tüm bireyler eşittir. Devletin kanun önünde eşitlik ilkesini benimsemesi ve uygulamalarına aktarması Anayasa'da kanun önünde eşitlik düzenlemesi yer almasa dahi eşitlik ilkesi hukukun genel ilkesi olarak uygulanmalıdır²². Hukuk sistemleri, toplumu bir bütün olarak düzenleme ve bireylerin hak ve özgürlüklerini koruma misyonunu yerine getirirken eşitliği sağlarsa nesafete uygun davranış sergilenmiş olur. Eşitlik düşüncesinin ürünü olmayan uygulamalar bireyleri rahatsız edeceğinden ortak toplumsal bilinç oluşturulamaz²³.

Nesafet ve eşitlik birbirlerinin tamamlayıcısı niteliğindedir. Nesafet, eşitliğin adalete uygun olarak gerçekleştirilmesinde kullanılacak bir argümandır.

Nesafet ilkesi ile birleşen eşitlik mutlak ve matematiksel bir eşitlik değildir. Mutlak eşitlik aracılığıyla adaletin sağlanması düşüncesi bazı durumlarda adaletsizliğe yol açabilmektedir. Bu nedenle eşitlik düşüncesi ek kavramlar kullanılarak geliştirilmekte ve şekli bir eşitlikten ötesi hedeflenmektedir²⁴. Eşitlik ve nesafet dengeli olarak birleştirildiğinde hukuk

²⁰ GÜRİZ, s. 214.

²¹ GÜRİZ, s. 219.

²² BEREKET, s. 37.

²³ ADAL Erdal, Hukukun Temel İlkeleri, 7. Baskı, İstanbul 2002, s. 2.

²⁴ İŞIKTAÇ Yasemin, "Bir Hukuk Tanımı Vermenin Zorunluluğu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, Haziran-Aralık 1998, C. 2, S. 1, s. 227.

kurallarının uygulanması ve yorumlanması açısından ideal olana ulaşılacaktır.

b. Nesafet Kavramının Ölçülülük İlkesi ile İlişkisi

Ölçülülük ilkesi, hukukun uygulanmasında ve uygulama sonucunda menfaat dengesinin sağlanmasında hakkaniyete ve adalete uygunluğu gerçekleştirmek düşüncesinden hareket etmektedir²⁵.

Ölçülülük ilkesi, eşitlik, adalet, hakkaniyet kavramları gibi genel bir hukuki kavramdır. Bu ilke başta hakların kullanılması ve sınırlandırılmasında olmak üzere anayasa hukukunda ve idarenin faaliyetlerinde amaç araç dengesini sağlamak amacıyla idare hukukunda yer bulmaktadır. Ölçülülük ilkesinin unsurları olan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık hukukun pek çok branşında kullanılmakta ve adaleti sağlamada bir ölçüt olarak kullanılmaktadır. Nesafet kavramı aracılığıyla olan ve olması gereken dengenin kurulabilmesi ve en nihayetinde hukuk kuralının amacına uygun sonuçlar doğurabilmesi için uygulamayı kolaylaştırmak ve ayrıca uygulamanın sınırını belirlemek için ölçülülük ilkesine başvurulmuştur²⁶.

B. İDARE HUKUKU TEORİSİNDE NESAFET

İdare hukukunun kamu hukuku branşı olması sebebiyle, nesafet gibi soyut kavramların teoriye yansımaları özel hukuktakinden farklı olmaktadır²⁷. İdare kamu gücü ayrıcalıklarını kullanmaktadır. Bu nedenle nesafetin idare hukukunun teorik ilkeleriyle uyumu önem taşımaktadır. Özellikle hukuki düzenlemelerin uygulanması ile nesafetin sağlanamadığı durumlarda, nesafeti yansıtan teorik ilkeler önem kazanmaktadır²⁸.

²⁵ METİN Yüksel, Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 1. Baskı, Ankara 2002, s. 19.

²⁶ OĞURLU Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, 1. Baskı, Ankara 2002, s.21, 22.

²⁷ İZVEREN Adil, Hukuk Felsefesi, 1. Baskı, Ankara 1988, s. 110, 111.

²⁸ GÜRİZ, s. 218.

1. İdarenin Kanuniliği İlkesi

İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin görev ve yetkilerinin kanuna dayanması ve faaliyetlerinin kanuna uygun olması anlamına gelmektedir²⁹. Yürütmenin faaliyetlerinin Anayasaya ve kanunlara aykırı olamayacağı Anayasanın 8. maddesinde de açıkça yer almaktadır³⁰. İdarenin hukukla bağlı olması, idari işlem ve eylemlerin yargısal denetime tabi olması, idarenin görev ve yetkilerinin kanunla verilenlerle sınırlı olması, hukuk devleti ilkesinin de unsuru ve sonucudur.

İdarenin kanuniliği ilkesinin varlığı, idarenin bizzat kendisinin de hukuk kurallarıyla bağlı olması ve faaliyetlerinin yargı denetimine tabi olması, idare edilenler açısından güvence niteliğindedir³¹. İdarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi olması hukuk devleti ilkesinin gereğidir³². Gerçek anlamda bir hukuk devletinde, idarenin yetkileri sınırlandırılmıştır³³.

İdarenin faaliyetlerini yerine getirirken sahip olduğu ayrıcalıkları kullanırken hukuka uygunluk çerçevesinin dışına taşmaması gerekir. İdari işlemlerden hukuka aykırı olanların idari makamlarca fark edilmesi durumunda geri alınması hakkaniyete uygun olacaktır. Yine yargısal denetim yoluyla da idari faaliyetlerin hukuka aykırılığı tespit edilip mahkeme kararlarının gerektirdiği yönde idari işlemler ve hukuki düzenlemeler yapılarak nesafete uygunluk sağlanabilir.

İdarenin kanuniliği ilkesi doğrultusunda idari makamlar yalnızca kanunla verilen görev ve yetkileri kullanabileceğinden, idarenin faaliyetlerinde konu bakımından sınırları belirlenmiştir.

İdare hukuku kendi içinde idare lehine eşitsizlikler ve ayrıcalıklar içeren bir hukuk dalıdır³⁴. İdarenin kanuniliği ilkesi ile hukuka bağlı olma zorunluluğu

²⁹ **ÇAĞLAYAN** Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 2015, s. 76.

³⁰ **GÖZLER** Kemal/ **KAPLAN** Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 14. Baskı, Bursa 2013, s. 71.

³¹ **BEREKET**, s. 80.

³² **ÇAĞLAYAN**, İdare Hukuku, s. 79.

³³ **AKYILMAZ** Bahtiyar/ **SEZGİNER** Murat/ **KAYA** Cemil, Türk İdare Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2014, s. 113.

³⁴ **YILMAZ** Dilşat, "İdare Hukuku Ve Özel Hukuk Arasında Yarışma Mı Uzlaşma Mı?", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 4, S. 2 Yıl 2013, s. 164.

idare edilenlerle idareyi belli bir ölçüde eşitlemeye hizmet etmektedir³⁵. Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri ile idare edilenler idarenin kanuna aykırı faaliyetlerine karşı korunmaktadır.

Gerçek anlamda bir hukuk devleti olabilmek için kanuna uygunluktan fazlası gerekmektedir. Nitekim hukuk devletinde hukukun üstünlüğü, bağlayıcılığı, hukukun evrensel ilkelerine ve insan haklarına uygunluğun gerekliliği kabul edilmektedir. Bu nedenle hukuk devletinde, Devletin kendi koyduğu kurallara uyması ile birlikte hakkaniyet ve nesafete uygunluğu da sağlaması beklenir³⁶. İdarenin kanuniliğinin sağlanması ile idare edilenlerde, objektif kurallar dahilinde adil yönetildiklerine dair güvence oluşturulabilecektir³⁷.

2. İdari İşlemin İptalinin Davacı ve Diğer İlgililer Açısından Sonuçları

Anayasanın 125. maddesine göre idarenin her türlü işlem ve eylemlerine karşı yargı yolu açıktır. İdari işlemlerin hukuka aykırılığı kanuni süresi içinde ileri sürüldüğünde yargı denetimine tabi olmaktadır. Ancak idari işlemin icrai niteliği gereği idari işlemin hukuka aykırılığı iddiası ile yargı yoluna başvurmak işlemin yürütülmesini durdurmamaktadır. İdari yargı merciinin ayrıca yürütmenin durdurulmasına karar vermesi gerekmektedir³⁸.

İdari işlemlerde hukuka uygunluk karinesi gereği, yargı kararı ile idari işlemin hukuka aykırılığına karar verilene kadar idari işlemin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir. İdari işlemler icrai nitelikte olduğundan, hukuka uygunluk karinesi gereği işlem tesis edildiğinde hukuki sonuçlarını doğurmaktadır³⁹. Bir başka ifade ile hukuka uygunluk karinesinin varlığı sebebiyle idari işlem tesis edilmeden önce hukuka uygunluk denetimine tabi olmamaktadır⁴⁰.

³⁵ BEREKET, s. 72.

³⁶ ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, "Hukuk-Hukukun Üstünlüğü-Hukuk Devleti", Ankara Barosu Dergisi 2001-2, s. 31, 32.

³⁷ ÖKTEM/ TÜRKBAĞ, s. 65.

³⁸ ODYAKMAZ Zehra/ KAYMAK Ümit/ ERCAN İsmail, İdare Hukuku, İstanbul 2015, s. 65.

³⁹ GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2011, s. 125.

⁴⁰ GİRİTLİ İsmet/ BİLGİN Pertev/ AĞÜNER Tayfun, İdare Hukuku, İstanbul 2001, s. 813.

İdari işlemin icrai nitelikte olması ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanması, idarenin sürekliliği ilkesinin gerekliliklerindedir. Bununla birlikte idari işlemin yapıldığı anda hukuka uygun olduğu farz edilerek, hukuk alanında sonuç doğurmasının ve idari işlemin hukuka aykırılığının yargı mercilerinde ileri sürülmesi halinde dahi yürütmenin durdurulması kararı verilene kadar uygulanmasının devam etmesinin, idare edilenler açısından hakkaniyete uygun olduğunu söylemek güçtür. Bu durum mevcut hukuk sistemimizde idari işlemin iptal davasına konu edilmesi sonucu verilen iptal kararının geçmişe etkili oluşu ve işlemi yapıldığı andan itibaren tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırılmasıyla telafi edilmeye çalışılmaktadır.

Yargısal denetim sonucu genel düzenleyici işlemler hakkında verilen iptal kararı ile bu işlem geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaktadır⁴¹. İptal edilen genel düzenleyici işleme dayanılarak yapılan birel işlemler, menfaat ihlali doğuruyorsa ilgililer tarafından iptalinin istenmesi mümkündür. İptal edilen birel işlemle ilgili, idarenin ilgilinin eski hukuki durumunu geri kazanmasını sağlayacak işlemler yapma yükümlülüğü Danıştay kararlarında vurgulanmaktadır⁴². Ayrıca iptali istenirse dahi dayanağı olan genel düzenleyici işlemin hukuka aykırılığı tespit edilmiş ise ilgilisi açısından menfaat ihlali doğuran birel işlemin idare tarafından geri alınması hakkaniyet ve nesafete uygun olacaktır⁴³. Aynı yönde bir başka görüşe göre, idarenin yargı mercileri tarafından iptal edilen işlemle ilgili dava açan ilgili için yaptığı düzenlemeleri, hakkında aynı yönde işlem tesis edilmiş ancak dava açmamış ilgililer için de yapması gerekmektedir. İdare bu yönde hareket ederse, etik ve ahlaki bir tutum izlemiş olacaktır⁴⁴. Bu durum idare hukukunda nesafetin gerçekleşmesini sağlayacaktır.

⁴¹ D10D, KT. 08.05.2003, E. 2002/7519, K. 2003/1610, <http://www.kazanci.com/>; e.t. 25.11.2015.

⁴² D5D, KT. 24.05.1999, E. 1998/4622, K. 1999/1685, <http://www.kazanci.com/>; e.t. 25.11.2015; D5D, KT. 25.02.1998, E. 1997/13, K. 1998/515, <http://www.kazanci.com/>; e.t. 25.11.2015.

⁴³ ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2015, s. 497.

⁴⁴ ODYAKMAZ Zehra/ GÜZEL Oğuzhan, "İdarenin Uygulamaları Bakımından İdare, Etik ve Ahlâk", Ankara Barosu Dergisi 2013/3 s. 39.

3. Hukuki Güvenlik ve Öngörülebilirlik İlkesi

Hukuki güvenlik ilkesi ve idari faaliyetlerin önceden bilinebilirliği, idari faaliyetlerin bireylerde oluşturacağı güven ve saygıyı sağlamak açısından oldukça önemlidir. Hukuk devleti, idarenin keyfi uygulamalardan uzak durmasını ve faaliyetlerinde hukuki istikrarı sağlamasını gerektirmektedir⁴⁵. İdare, kamu hizmetini sürekli ve düzenli bir şekilde sağlayarak, kamu hizmetinden yararlananlarda güven duygusu oluşturmaktadır⁴⁶. İdarenin bir bütün olduğu düşünüldüğünde, işlem ve eylemlerinin çelişki içermemesi, kanuna uygunlukla yetinmeyip hukuka uygunluğu sağlamayı amaçlaması gerekmektedir. Kamu yararının sağlanması için, idari faaliyetlerin, birey bazında hakkaniyete uygun, hak ve özgürlükleri koruyucu nitelikte, anlamlı ve tutarlı şekilde yürütülmesi gerekir. Hukuk devletinde bireyler, soyut hukuki düzenlemelerin ve teorik kavramların kendi içinde bütünlük taşımasını ve iyi idare edilme beklentisini taşımaktadır⁴⁷. Bu beklentiyi karşılıksız bırakmak, idareye ve hukuka güveni sarsacağından doğal olarak nesafete de aykırı olacaktır. Bireyin idareye güven duymadığı bir sistem ortaya çıkacağından, kamu düzeni ve esenliğinden söz etmek de mümkün değildir.

Hukuki güvenlik ilkesinin sağlanabilmesi için idari işlemlerin yapılaş usulünün önceden belirlenmiş olması gerekmektedir⁴⁸. Bireylerin temel hak ve özgürlüklerini koruma görevini üstlenen Devletin faaliyetlerinin önceden hukuk kurallarıyla düzenlenmesi gerekir. İdarenin karar alma sürecinde açıklığı sağlaması ve bireylerin bilgi edinme hakkına sahip olması, birey açısından gelecekte yapılacak idari faaliyetlerin öngörülebilir olmasını sağlayacak mekanizmalardır⁴⁹.

⁴⁵ KALABALIK Halil, İdare Hukukunun Temel Kavramları ve Kurumları, Konya 2014, s. 31.

⁴⁶ DUMAN İlker Hasan, “İdarenin Yapmış Olduğu Yanlış İşlemin Süreler Geçtikten Sonra Geri Alınması (Kanunsuz Terfi İşleminin Geri Alınması Sonucunda Terfiye Dayanarak Yapılmış Fazla Ödemelerin Geri İstenmesi)”; <http://www.ilkerduman.av.tr/>; e.t. 25.11.2015.

⁴⁷ AKYILMAZ/ SEZGİNER / KAYA, s. 141.

⁴⁸ KALABALIK, İdare Hukuku Temel, s.299; AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 37.

⁴⁹ AKYILMAZ/ SEZGİNER / KAYA, s. 142.

İdari işlemlerin yapılış usullerinin açıklığı gibi işlemin ortadan kaldırılmasında izlenecek yolun belirliliği de gereklidir. İdare hukukunda benimsenmiş olan yetki ve usulde paralellik ilkesi gereği, aksine bir kanuni düzenleme yoksa idari işlemlerin tesis edilmesinde izlenen yetki ve usul kuralları, işlemin ortadan kaldırılmasında da uygulanmaktadır. Bu ilke de bireylerin idare tarafından tesis edilen işlemin ortadan kaldırılması yöntemi ile ilgili açıklığı ve hukuki güvenliği sağlamaktadır⁵⁰.

İdari işlemlerin hukuka uygun şekilde geri alınması, mahkemelerce verilen iptal kararlarının geçmişe etkili olması ve kanunlarda öngörülen istisnai haller dışında⁵¹ idari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi, idari işlemlerin yürürlüğe girmesi konusuna belirlilik vasfı kazandırmakta, hukuki güvenliğin sağlanması açısından önem taşımaktadır⁵².

Anayasanın 40. maddesinde Devletin, işlemlerinde, ilgili kişilerin başvurabileceği kanun yolları ve merciler ile başvuru sürelerinin gösterilmesi yükümlülüğü yer almaktadır. Anayasa metninde kanun yolları ifadesi yer almakta ise de bu ifadeyi idari işlemler açısından başvuru yollarının gösterilmesi olarak anlamak gerekmektedir⁵³. Başvuru yollarının ve sürelerinin gösterilmesi yükümlülüğü, idare mevzuatının dağınıklığı sebebiyle, kurallardan haberdar olmayan bireylerin hak arama özgürlüğünü güvence altına almaktadır⁵⁴.

II. BAZI İDARE HUKUKU UYGULAMALARINDA NESAFET

İdare hukuku uygulamalarında nesafet kavramının görünüşlerini tespit edebilmek, hukuki düzenlemelerin adaleti gerçekleştirilmeye yönelik olarak hazırlanmış olması ile idare hukukunu ilgilendiren kanunların ve sair

⁵⁰ BEREKET, s. 122.

⁵¹ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku, s. 536.

⁵² SAYGILIOĞLU Nevzat, "Anayasanın 73. Maddesi Karşısında Yürütme Organının Kullandığı Yetkilerin Sonuçları", Danıştay Tasnif Ve Yayın Bürosu Yayınları No: 76, Sempozyum Danıştay Ve İdari Yargı Günü 138. Yıl, Ankara 2008, s.15.

⁵³ ATAY ŞANLI Yeliz, "İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü", Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2011 (96), s. 312.

⁵⁴ AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 43; ATAY ŞANLI, s. 293.

mevzuatın somut durumlara uygulanmasında nesafete uygunluk⁵⁵ arasındaki bağlantının kurulmasıyla mümkün olabilecektir.

A. NESAFET KAVRAMININ KAMU PERSONELİ YAPISI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

İdare hukuku uygulamalarında nesafet kavramının kamu personel rejimi üzerindeki etkisi, kamu hizmetine girişte söz konusu olan eşitlik ve liyakat ilkesiyle ve kamu görevi yürütülürken memurlar hakkında uygulanan disiplin cezaları ile ilgili ilkelere söz konusu olmaktadır.

1. Memurluğa Girişte Uygulanan Eşitlik ve Liyakat İlkelerinin Nesafet Kavramı ile İlişkisi

Memurluğa girişte uygulanan eşitlik ilkesi dayanağını Anayasanın 10. maddesinden almaktadır. Kamu hizmetlerine girme hakkı ayrıca Anayasanın 70. maddesinde, *“Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka ayırım gözetilmez”* hükmü ile düzenlenmektedir. Buna göre kamu hizmetine girişte görevin gerektirdiği niteliklerden başka nitelik aranmayacaktır.

Kamu hizmetlerine girişte eşitlik ilkesi idare hukukundaki eşitlik ilkesinin bir uzantısıdır. Bu ilke, hizmetin gerektirdiği çeşitli şartların belirlenmesine engel değildir. Ancak kamu görevlisi için aranan bu şartlar hizmetin gerektirdiği niteliklerle sınırlıdır. Bu nedenle sunulacak hizmetle alakası olmayan kriterler belirlenmesi liyakat ilkesini işleyemez hale getirecektir⁵⁶. Türkiye’de kamu hizmetine girişte eşitlik ve nesafet ilkelerine aykırılık taşıyan çeşitli uygulamalara rastlanmaktadır. Buna örnek teşkil eden durumlardan biri, 4652 sayılı Polis Yüksek Öğretim Kanununun 10. ve 15. maddelerine göre polis akademisi, polis meslek yüksekokulu ile bağlı fakülte ve enstitülerin düzenledikleri sınavlara girebilme ve öğrenci statüsünü kazanmanın ön şartının, aday öğrencilerin sayma suretiyle belirlenen liselerden mezun olmasıydı. Bu düzenlemeye göre *“genel lise, erkek teknik öğretim, kız teknik öğretim ve ticaret ve turizm öğretimine bağlı okul mezunları”* için sınavlara ve öğrenciliğe giriş mümkün olmaktadır. Söz konusu hükümler 6114 sayılı Kanun ile değiştirilerek emniyet teşkilatına memur, amir ve yönetici sağlama

⁵⁵ İZVEREN, s. 98.

⁵⁶ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku, s. 84.

misyonunu üstlenmiş olan bu okullara giriş için, “lise ve dengi okullardan mezun olmak” şartı benimsenmiştir. Böylece önceki uygulama sebebiyle 4652 sayılı Kanunun kapsamında yer alan okullarda öğrenim görmeleri mümkün olmayan sağlık meslek liseleri, imam hatip liseleri ve diğer türden meslek liselerinden mezun olan bireyler için eşitsizliğe yol açan uygulama son bulmuştur.

Kamu görevine girmede eşitlik ilkesi, özel olarak korunması gereken kişiler için pozitif ayrımcılık içeren düzenlemeler yapılmasına engel değildir. Devlet Memurları Kanununda kamu kurum ve kuruluşları için engelli çalıştırma yükümlülüğü ve engellilerin memurluğa girmesiyle ilgili şartlar özel olarak düzenlenmektedir.

Liyakat ilkesi, kamu görevlisinin yetenek ve başarısını, göreve giriş, görevde ilerleme ve görevin sona ermesinin ölçütü olarak kabul eden ilkedir. Bu ilke, kamu görevine giriş ve ilerleme için aranan kriterlere objektif bir nitelik katarak kamu görevlileri açısından fırsat eşitliğini ve idareye duyulan güveni sağlamak için gereklidir⁵⁷. Liyakat ilkesinin uygulandığı bir sistemde kamu görevine girişte siyasi referanslar dikkate alınmaz; zira, her türlü kayırmacılık kamu menfaatine aykırı niteliktedir. Liyakat ilkesinin kamu personel rejiminin her aşamasında uygulanmasıyla, kamu personelinin kendisinde ve dolayısıyla sunulan kamu hizmetinde kalite ve verim artacaktır⁵⁸.

2. Disiplin Hukukuna Hakim Olan İlkelerin Nesafet Kavramı Işığında Değerlendirilmesi

Disiplin hukukuna hakim olan ilkelerden kanunilik ilkesi, suç ve cezalar için ayrı ayrı değerlendirilmektedir. Devlet Memurları Kanununda disiplin cezaları için kanunilik ilkesi geçerli iken, disiplin suçları açısından kanunilik ilkesi bulunmamaktadır. Devlet Memurları Kanununun 125. maddesinin 4. fıkrası⁵⁹ disiplin suçları bakımından kıyas yasağı bulunmadığını

⁵⁷ AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 632.

⁵⁸ UZ Abdullah, “Anayasal Bir Hak Olarak Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Liyakat İlkesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 2, S. 2011, s. 59, 70.

⁵⁹ Devlet Memurları Kanunu md. 125/4 “...Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara

göstermektedir⁶⁰. Disiplin suçları açısından kıyasın mümkün olması belirlilik ilkesine aykırıdır⁶¹. Disiplin suçlarının tespiti hususunda ilgili idareye takdir yetkisi verilmiştir. İdare disiplin suçları açısından söz konusu olan takdir yetkisini, kanunda sayılan disiplin suçlarına benzer nitelikteki eylemler için kullanabilmektedir⁶². Disiplin suçları açısından kanunilik ilkesinin söz konusu olmayışının gerekçesi, kamu görevlilerinin disiplin cezası gerektirecek nitelikteki tüm eylemlerinin sayılarak belirlenmesinin güç olmasıdır⁶³. Kamu görevlileri açısından hukuki güvenliğin sağlanabilmesi için disiplin suçu oluşturacak fiillerin önceden açıkça belirlenmiş olması gerekmektedir. Disiplin suçu oluşturan fiillerin önceden belirlenmiş olması, nesafete uygunluğu da sağlamaktadır. Aksi takdirde disiplin suçunu oluşturan eylem muğlak kalacağından, açıklık ve belirlilik sağlanamayacaktır. Bu belirsizlik hem hakkında disiplin cezası uygulanacak olan kamu görevlisi için, hem de disiplin cezasını uygulayacak kamu görevlisi için sorun teşkil edecektir⁶⁴.

Disiplin hukukunda ölçülülük ilkesi, disiplin soruşturmasına konu olan eylemle verilecek ceza arasında uygun bir dengenin sağlanmasını ifade eden ilkedir⁶⁵. Bu ilke eski Danıştay kararlarında “*adil nispet ve nesafete uygunluk*” olarak ifade edilmektedir⁶⁶. Verilen disiplin cezası ile eylem arasında bir denge kurularak, eylemin gerektirdiği disiplin cezasının ölçülülük ilkesinin sınırlarını aşmaması sağlanmalıdır. Disiplin cezalarının yargısal denetime konu edilmesi halinde de Danıştay bu dengenin varlığını denetlemektedir⁶⁷. Yargı denetimi yolu açık olsa dahi, iyi idarenin faaliyetlerinde keyfiyetten uzak, anlaşılır ve

da aynı neviden disiplin cezaları verilir.” hükmünü içermektedir. Bu düzenleme disiplin suçları açısından kanuniliğin söz konusu olmadığını göstermektedir.

⁶⁰ AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 667.

⁶¹ KARAHANOĞULLARI Ömer, “*Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri*”, Çağdaş Yerel Yönetimler, C. 8, S. 3, Temmuz 1999, s. 62.

⁶² AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 667.

⁶³ GÖZLER/ KAPLAN, s. 661.

⁶⁴ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku, s. 350.

⁶⁵ OĞURLU, s. 125.

⁶⁶ OĞURLU, s. 125.

⁶⁷ OĞURLU, s. 126.

istikrarlı olması, faaliyetlerinin hukuka uygunluğunu kendi içinde denetlemesi gerekmektedir⁶⁸.

Devlet Memurları Kanununda disiplin cezalarının gerekçeli olarak verilmesi hususu düzenlenmemiştir. Disiplin cezaları, kamu görevlisinin özlük haklarıyla ilgili yaptırımlar içeren idari işlemler olduğundan idarenin işlemi gerekçeli olarak tesis etmesi beklenmektedir⁶⁹. Böylece birey açısından önemli sonuçlar doğuran bu işlemlerin ilgilisi bilgilendirilerek korunacaktır⁷⁰. Zira, disiplin cezasının gerekçesinin gösterilmesi, disiplin cezasının hukuka uygun olup olmadığının anlaşılmasını kolaylaştırarak, ilgili kamu görevlisinin başvuru yollarını etkili olarak kullanabilmesini sağlayacaktır⁷¹.

Anayasanın 40. maddesinde düzenlenen başvuru yollarının gösterilmesi yükümlülüğü gereği, idari makamlar disiplin cezası alan kamu görevlisine başvuru yollarını ve başvuru sürelerini göstermekle yükümlüdür⁷².

Memurlara verilen tüm disiplin cezaları yargısal denetime tabidir⁷³. 2010 Anayasa değişikliğinden önce, memurlar hakkında verilen uyarma ve kınama cezaları yargı denetimi kapsamı dışındaydı. Bu durum, memurlar açısından önemli hukuki sonuçlar doğuran bir işlemin yargı denetimi kapsamı dışından kalmasıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil etmekteydi⁷⁴. Memurlara verilen uyarma ve kınama cezalarının yargı denetime tabi olması

⁶⁸ **ÇOŞKUNKULAK** Sercan, “İdari İşlemlerde Gerekçe”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 6, 2006, s. 2506.

⁶⁹ **AKILLIOĞLU** Tekin, “Yönetmelik İşlemlerde Gerekçe İlkesi”, <http://www.todaie.edu.tr/>; e.t. 04.12.2015, s. 18.

⁷⁰ **AKILLIOĞLU**, s. 9.

⁷¹ **KANLIGÖZ** Cihan, “İdari İşlemlerde Yazılı Bildirim”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 40, 1988, s. 180.

⁷² **KAYA** Cemil, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Hukukuna Hakim Olan İlkeler”, Amme İdaresi Dergisi, C. 38, S. 2 Haziran 2005, s.74.

⁷³ Anayasanın 129. maddesine göre, “Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz. Silahlı Kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır.”

⁷⁴ **ÇAĞLAYAN** Ramazan, “1982 Anayasasında Hukuk Devleti İlkesinin İdare Hukuku Açısından Görünümü”, s. 251.

hukuk devleti ilkesinin sağlanması ve nesafetin temini açısından yerinde bir düzenleme niteliğindedir.

Memurlar ve diğer kamu görevlilerine savunma hakkı tanınmadan disiplin cezası verilemez. Savunma hakkı Anayasa'nın 129. maddesinde hem Devlet Memurları Kanununun 130. maddesinde düzenlenmiştir⁷⁵. Buna göre memura savunma hakkı tanınmadan verilen disiplin cezası hukuka aykırıdır ve savunma hakkının hukuka uygun biçimde kullanılmasını sağlamak idarenin görevidir⁷⁶. Danıştay savunma hakkının unsurlarını kamu görevlisine isnad edilen eylemin açıkça bildirilmesi ve süre verilerek yazılı savunma istenmesi şeklinde belirtmektedir⁷⁷. Kamu görevlisinin savunması alınırken disiplin suçunu oluşturan eylem, bu eylemin hangi disiplin kurallarını ihlal ettiği ve önerilen ceza açıkça ortaya konmalıdır⁷⁸. Objektiflik ve tarafsızlık ilkesinin sağlanabilmesi için soruşturmacı ile cezayı vermekle yetkili amir aynı kişi olmamalıdır⁷⁹.

B. NESAFET KAVRAMININ İDARENİN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANMASINDAKİ ETKİSİ

İdareye tanınan takdir yetkisi, idarenin serbest olarak hareket etmesi anlamına gelmemektedir. Takdir yetkisi yargısal denetime tabi olması sebebiyle hukuki sınırlar içinde kullanılabilen bir yetkidir⁸⁰. Elbette idareye tanınan takdir yetkisinin sınırsız olmaması ve yargısal denetime tabi olması nesafetin gereğidir.

⁷⁵ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku, s. 364.

⁷⁶ DİDDK, KT. 17.02.2011, E. 2007/1846, K. 2011/6, <http://www.kazanci.com/>; e.t. 30.11.2015.

⁷⁷ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku, s. 364.

⁷⁸ D12D, KT. 23.03.2011, E. 2008/7024, K. 2011/1314, <http://www.kazanci.com/>; e.t. 30.11.2015.

⁷⁹ D12D, KT. 12.06.2014, E. 2014/3085, K. 2014/4911, <http://www.kentegitim.com.tr/?p=1840>; e.t. 30.11.2015.

⁸⁰ KAYA Cemil, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, 2. Baskı, İstanbul 2014, s. 3.

1. İdari İşlemler Açısından İdarenin Takdir Yetkisi

İdari işlemin sebep unsuru, idareyi idari işlemi yapmaya sevk eden hukuki dayanaklardır. İdarenin her idari işlemde sebep açıklama zorunluluğu bulunmamakla birlikte hukuki güvenlik ilkesi gereği her idari işlemin sebebi olmak zorundadır⁸¹. İdari işlemin sebep unsurunun hukuki dayanağının olması ve hukuki dayanağın somut olaya uygulanmasında hakkaniyeti göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Sebep unsuru kanunlarda açıkça düzenlenmemiş olsa dahi idare keyfiyetten uzak davranarak kamu yararını gerçekleştirme amaçlamakla yükümlüdür⁸². İdari işlemlerin sebep unsuru, idarenin takdir yetkisini içerme bakımından idari işlemin diğer unsurlarından önde gelmektedir. Takdir yetkisinin uygulanması bakımından da benzer bir durum söz konusudur⁸³. Kanunlarda idari işlemin sebebi açıkça belirtilmemiş veya hiç gösterilmemiş ise bu durum sebep unsurunun belirlenmesi hususunda idareye takdir yetkisi verildiği anlamına gelmektedir. İdareye bu şekilde takdir yetkisi verilmiş olması durumunda idari işlemlerin gerekçeli olarak tesis edilmesi beklenir⁸⁴. İdari işlemin sebebinin kanunlarda açıkça gösterilmediği işlemler ve sebebin hiç gösterilmediği işlemler bakımından, idarenin işlemin sebep unsuru ile ilgili takdir yetkisini kullanırken, nesafeti sağlaması gerekmektedir. İdari işlemin sebebinin kanunlarda açıkça yazmadığında “*kamu düzeni*”⁸⁵, “*kamu güvenliği*”, “*lüzum*”, “*ihtiyaç*”⁸⁶ gibi net bir anlamı olmayan kavramlar içeren soyut düzenlemenin, somut olaya uygulanması söz konusu olmaktadır. Bu durumda idare takdir yetkisini, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak, eşitlik ve ölçülülüğü temin ederek kullanmalıdır. Sebep unsurunun kullanılmasında takdir yetkisinin hukuk

⁸¹ **AYDIN** Alper, “*İdari Yargı Çerçevesinde Anayasa Yargısında Yokluk*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2014, Y. 5, S. 19, s. 631; **ÜSTÜN** Ümit Süleyman, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, 1. Baskı, Ankara 2007, s. 36.

⁸² **TAN** Turgut, İdare Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 856.

⁸³ **KAYA**, İdarenin Takdir Yetkisi, s. 208.

⁸⁴ **TAN**, s. 855, 858; **ÜSTÜN**, s. 37.

⁸⁵ **KAYA**, İdarenin Takdir Yetkisi, s. 209.

⁸⁶ **ÇAĞLAYAN** Ramazan, “*Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi*”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S. 3-4, 2003, s. 178.

devleti ilkesine uygun olarak kullanılması bu şekilde mümkün olacaktır⁸⁷. İdare, kanunlarda sebebi açıkça belli olmayan veya sebebi hiç yer almayan bir işlem tesis edeceğinde sebep unsurunu nesafete uygun olarak belirlemelidir. Zira, takdir yetkisinin kamu yararına uygun olarak kullanılması ancak bu şekilde sağlanabilecektir.

İdari işlemin sebebi ve gerekçesi birbiriyle ilgili hususlardır. Gerekçe, idari işlemin sebeplerinin gösterilmesidir⁸⁸. İdari işlemin gerekçesinin açıklanması, işlemin ilgilisi açısından sebebin inandırıcılığını sağlamaktadır⁸⁹. İdari işlemin gerekçeli olması, işlemin ilgilisi ve idare açısından faydalar içermektedir. Gerekçeli bir idari işlem aracılığıyla, işlemin ilgilisi, idari işlemin dayanağı hakkında ayrıntılı bilgi edinme imkanı bulmakta, bu durum idari ve yargısal başvuru yollarının kullanılması ya da ilgili tatmin olmuşsa kullanılmaması sonucunu doğurmaktadır. İşlemi tesis eden idare ise gerekçe ile sebep arasında anlamlı bir bağlantı kurmaya, işlemin hukuki sebep ve sonuçlarını irdeleyerek hukuka uygunluğu ile ilgili denetim yapmaya yönelmektedir⁹⁰. İdarenin bir işlemi yapma veya yapmama sebebini gerekçelendirmiş olması, işlemi yaparken dayandığı sebebin haklılığını, işlemi gerçekleştirme usul ve zamanının hukuka uygunluğunu, soyut hukuki düzenlemeden somut işleme geçişte nesafetin ve kamu yararının sağlandığını analiz edebilmek açısından önem taşımaktadır.

2. Takdir Yetkisinin Sınırları Açısından

Danıştay'a göre, idarenin takdir yetkisi "*mutlak ve sınırsız*" değildir⁹¹. İdare takdir yetkisini kullanırken, yetkinin sınırlarını aşmamak konusunda dikkatli ve özenli olmalıdır. İdare, takdir yetkisini kamu yararı dışında bir amaç için kullanamaz⁹². Takdir yetkisinin dengeli ve hakkaniyete uygun olarak

⁸⁷ KAYA, İdarenin Takdir Yetkisi, s. 211, 212.

⁸⁸ BEREKET, s. 97.

⁸⁹ AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 113.

⁹⁰ ÇOŞKUNKULAK, s. 2505, 2506

⁹¹ D11D, KT. 08.04.2003, E. 2002/8963, K. 2003/1623, <http://www.kazanci.com/>; e.t. 02.12.2015.

⁹² TAN, s. 878; ÜSTÜN, s. 37.

kullanılması gerekmektedir⁹³. Danıştay'a göre takdir yetkisinin sınırı ölçülülük ve hakkaniyete uygunluktur⁹⁴. Danıştay kararında yer alan hakkaniyet ifadesi ile adalet, nesafet ve hukukun genel ilkelerine uygunluğun gerekliliği ifade edilmek istenmektedir⁹⁵.

İdare, takdir yetkisini hizmetin gerektirdiği şekilde kullanmalıdır⁹⁶. Takdir yetkisi, sınırları dahilinde olmak kaydıyla, hakkaniyete uygun ve adil olarak kullanılırsa idari faaliyetlerde verimlilik sağlanacaktır⁹⁷. İdare takdir yetkisini kullanırken, hakkaniyete uygunluğun sağlanması amacıyla, somut olayın unsurlarını derinlemesine inceleyerek takdir yetkisinin kullanımında amaca uygunluğu gerçekleştirmelidir⁹⁸. İdare takdir yetkisini kullanırken hakkaniyete uygunlukla birlikte eşitlik ve tarafsızlığı sağlamayı da dikkate almalıdır⁹⁹.

İdarenin takdir yetkisinin sınırı, uygulama usulü olarak karşımıza çıkabilmektedir. 2577 sayılı Kanunun 20/B maddesi merkezi ve ortak sınav yargılaması sonucunda verilen kararların uygulanması ile ilgili bir hüküm içermektedir. Bu hükme göre, söz konusu yargılama usulünün geçerli olacağı sınavlarla ilgili verilen kararlar, "sınava katılan kişilerin lehine sonuç doğuracak şekilde uygulanacaktır." Mahkeme kararı doğrultusunda gerçekleştirilecek uygulama idarece tespit edilir.

⁹³ D8D, KT. 19.03.2003, E. 2002/2960, K. 2003/1179, <http://www.kazanci.com/>; e.t. 02.12.2015.

⁹⁴ **BEREKET**, s. 143.

⁹⁵ **BEREKET**, s. 138.

⁹⁶ D5D, KT. 06.12.1995, E. 1995/2042, K. 1995/3914, <http://www.kazanci.com/>; e.t. 02.12.2015.

⁹⁷ **KALABALIK** Halil, "İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Naci KINACIOĞLU' na Armağan, C. 1 S. 2, 1997, s. 232.

⁹⁸ **KALABALIK**, "Takdir Yetkisi", s. 211.

⁹⁹ **KARAHANOĞULLARI** Onur, "İdarenin Takdir Yetkisini Kullanmasına İlişkin R(80)2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı", <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/>; e.t. 02.12.2015, s. 328.

3. Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi Açısından

Anayasanın 125. maddesinde “Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm, idari yargı yerlerinin yerindelik denetimi yapmamasını ve takdir yetkisini ortadan kaldıracak şekilde karar vermemesini emretmektedir. Anayasanın 125. maddesi gereği idarenin her türlü işlem ve eylemi yargı denetimine tabi olduğundan ve Anayasada idarenin takdir yetkisini kullanarak tesis ettiği işlemler yargı denetimine tabi olmayan işlemler arasında yer almadığından idarenin takdir yetkisinin yargısal denetime tabi olduğu açıktır¹⁰⁰.

Takdir yetkisinin yargısal denetiminin kapsamı hususunda tam ve kesin bir kabul söz konusu değildir. Doktrinde takdir yetkisinin yargısal denetiminin yerindelik denetimi kapsamına dahil olup olmadığı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır¹⁰¹. İdarenin takdir yetkisi üzerinde hukuka uygunluk denetimi gerçekleştirilmekte, Anayasanın 125. maddesi gereği takdir yetkisi üzerinde yerindelik denetimi yapılmamaktadır. Bu nedenle hukuka uygunluk denetiminin sınırlarının tespit edilmesi ve denetimin bu sınırlar dahilinde yapılması gerekmektedir¹⁰². Takdir yetkisinin hukuka uygun olarak kullanılmış olması için, idarenin takdir yetkisini kanunlara uygun olarak ve kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla kullanması, takdir yetkisinin eşitlik ilkesine aykırı olarak kullanılmaması, takdir yetkisinin kullanıldığı kararların gerekçeli olması gerekir. Ayrıca, kanunlarla aranan özel şartların varlığı durumunda takdir yetkisinin bu şartlara uygun olarak kullanılması gerekmektedir¹⁰³. Takdir yetkisi üzerinde gerçekleştirilecek hukuka uygunluk denetimi, yetkinin kullanılmasında Anayasaya ve kanunlara uygunluğu, kamu yararının varlığını, idari işlemin gerekçeli olarak yapılması gerektiği durumlarda gerekçenin

¹⁰⁰ KAYA, İdarenin Takdir Yetkisi, s. 119; ÜSTÜN, s. 44.

¹⁰¹ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku, s. 527.

¹⁰² KAYA, İdarenin Takdir Yetkisi, s. 177, 179.

¹⁰³ ÇAĞLAYAN, “Takdir Yetkisi”, s. 183.

belirtilmesini kapsamaktadır¹⁰⁴. Takdir yetkisinin kullanımında Anayasaya uygunluk kriteri içinde yer alan eşitlik ve ölçülülük ilkeleri nesafet ile ilişki olmaları sebebiyle, takdir yetkisinin kullanımının nesafete uygunluğunu tespit etmek için de kullanılabilir ilkelerdir. Takdir yetkisinin yargısal denetiminde kullanılan eşitlik ve kamu yararına uygunluk ilkeleri sayesinde idari aktörlerin, kişisel yarar yerine toplumun ortak menfaatini düşünerek hareket etmesi beklenmektedir¹⁰⁵.

Danıştay'ın, takdir yetkisinin denetimi sırasında kamu yararına ve hizmetin gereklerine uygunluk ölçütünü ve eşitlik ilkesini sıklıkla kullandığı bilinmektedir¹⁰⁶. İdarenin tüm işlemlerinde amaç kamu yararını gerçekleştirmek olduğundan¹⁰⁷, Danıştay'ın takdir yetkisinin yargısal denetimini gerçekleştirirken kullandığı kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleri kriterinin, hukuka uygunluk denetimi kapsamı içinde olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁸. Danıştay'ın kullanmakta olduğu kamu yararına ve hizmetin gereklerine uygunluk ölçütü, idarenin takdir yetkisini kullanırken somut olay ile ilgili tercih yapma yetkisini nesafete uygun kullanıp kullanmadığını belirlemek açısından önemlidir.

Takdir yetkisinin hukuka uygunluk denetimi sınırları içinde, idarenin açık takdir hatası yer almaktadır. Açık takdir hatası, takdir yetkisinin kullanımında gerçekleştirilen, kanuna aykırılığı açıkça fark edilen tercih hatalarını ifade etmek için kullanılmaktadır¹⁰⁹. Hukuk devletinde, idarenin somut olayın unsurlarını hatalı tespit etmesi ve kanuna aykırı işlem tesis etmesinin yargısal denetime tabi tutulması zorunludur¹¹⁰. Açık takdir hatası, kanuna aykırı bir

¹⁰⁴ KAYA, İdarenin Takdir Yetkisi, s. 129.

¹⁰⁵ AKYILMAZ Bahtiyar, "Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu Dergisi, S. 1, 1998, s. 44.

¹⁰⁶ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku, s. 526.

¹⁰⁷ GÜNDAY, s. 161.

¹⁰⁸ DOĞAN Murat, Hak Arama Hürriyeti ve İdari Yargı Kararlarında Gerekçe, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014, s. 78.

¹⁰⁹ ÇAĞLAYAN, "Takdir Yetkisi", s. 194; ÜSTÜN, s. 48.

¹¹⁰ KAYA, İdarenin Takdir Yetkisi, s. 127.

işlemin varlığını içermesi sebebiyle¹¹¹ hukuka uygunluk denetimi kapsamına girmektedir. Kural olarak takdir yetkisinin yargısal denetimi sonucu, takdir yetkisini ortadan kaldıracak şekilde mahkeme kararı verilmemektedir. Danıştay'a göre de mahkemeler, takdir yetkisinin kullanımında açık hatanın bulunmaması halinde, takdir yetkisini ortadan kaldıracak nitelikte karar veremezler¹¹². Takdir yetkisinin yargısal denetiminin, yerindelik denetimi niteliğinde olması sebebiyle mümkün olmadığını savunan yazarlar dahi, açık takdir hatasını, takdir yetkisi üzerinde yargısal denetimin gerçekleştirilebileceği istisnai bir durum olarak görmüşlerdir¹¹³.

İdarenin tüm işlem ve eylemleri yargı denetimine tabi olduğundan, takdir yetkisinin kullanımının denetlenmesi, takdir yetkisinin kullanımında keyfilikğin önlenmesi ve hakkaniyetin sağlanması açısından gereklidir. Anayasanın 125. maddesine göre idari yargı organlarının yerindelik denetimi yapması mümkün olmadığından, takdir yetkisinin kullanımı konusundaki yargısal denetim hukuka uygunluk denetimiyle sınırlıdır. Yargı organları, takdir yetkisinin denetimi sonucunda takdir yetkisini ortadan kaldıracak, idareyi belli bir yönde işlem yapmaya zorlayacak kararlar veremez¹¹⁴.

C. İDARENİN SORUMLULUĞU ESASLARININ NESAFET KAVRAMI İLE İLİŞKİSİ

İdarenin faaliyetleri neticesinde bireyin uğradığı zararın giderilmesi hukuk devletinin gereğidir. İdarenin sorumluluğu ister hizmet kusuru neticesinde ister kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği doğmuş olsun, bireyin haklarına saygılı idare meydana gelen zararı gidermelidir¹¹⁵. Hakkaniyet ve nesafet ilkeleri özellikle idarenin kusursuz sorumluluğuna dayanak teşkil eden

¹¹¹ ÇAĞLAYAN, "Takdir Yetkisi", s. 195.

¹¹² KAYA, İdarenin Takdir Yetkisi, s. 186.

¹¹³ GÖZLER/ KAPLAN, s. 362.

¹¹⁴ DİNÇKOL Hulusi Alphan, "İdari Yargı'da Hakimın Takdir Yetkisinin Denetlenmesi", <http://e-dergi.marmara.edu.tr/>; e.t. 02.12.2015, s. 1574.

¹¹⁵ KÖKSAL Mustafa, "Risk İlkesinin İdareye Yüklediği Külfetler ve Güncel Yargı Kararları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2009, S. 85, s. 270.

içtihatlarda tamamlayıcı ilke olarak yer almaktadır¹¹⁶. Bu nedenle idarenin kusursuz sorumluluk ilkeleri olan risk ilkesi ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi ile hakkaniyet ve nesafet ilkeleri arasında ilgi bulunmaktadır. İdarenin kusursuz sorumluluğu ilkesi, özel hukuktan idare hukukuna aktarılmıştır¹¹⁷. İdarenin faaliyette bulunduğu alanlar arttıkça idarenin sadece kusuru bulunduğu durumlarda sorumluluğunun doğması fikri adalet ve nesafet ilkelerinin gereklerini karşılamakta yetersiz kalmış ve yargı kararları ile kusursuz sorumluluk esasları belirlenmiştir¹¹⁸. Türk hukukunda idarenin kusursuz sorumluluğunun kabulünü sağlayan Danıştay kararları kusursuz sorumluluğun temelini hakkaniyet ve adalet ilkelerine dayandırmaktadır¹¹⁹.

İdarenin yürüttüğü faaliyet neticesinde toplumun çoğunluğu fayda sağlarken zarara uğrayan bireyler olabilmektedir. Bu durumda idare kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereği zararı tazmin ederek zarara uğrayan bireyle fayda sağlayan topluluğu denkleştirmektedir¹²⁰. Toplumun geneline fayda sağlanırken bazı bireylerin zarara uğraması bireyler arasında eşitsizliğe yol açtığı için nesafet sağlanamamaktadır. Kusursuz sorumluluk ilkesi olan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin temelinde kamu yararının gerçekleştirilmesi için kusursuz olarak zarara katlanan birey lehine adalet ve nesafetin temini gerekir¹²¹.

Kusursuz sorumluluğun risk ilkesinden doğduğu hallerde, idarenin tehlikeli bir faaliyetinden doğan zararın giderilmesi beklenmektedir. Risk

¹¹⁶ **YAYLA** Ahmet, *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu-Eleştirel Bir Yaklaşım*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, s. 5.

¹¹⁷ **GÜNDAY**, s. 379.

¹¹⁸ **TEK** Savaş, *“İdare Hukukunda İdarenin Sorumluluğu”*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 2010, S. 1, s. 327; **TAHİROĞLU** Bülent, *“Kusursuz Sorumluluk ve Modern Hukuklara Etkisi”*, <http://dosya.marmara.edu.tr/>; e.t. 04.12.2015, s. 169, 170.

¹¹⁹ **ÇAĞLAYAN**, *İdare Hukuku*, s. 736; D10D, KT. 15.10.1996, E. 1995/481, K. 1996/5980, <http://www.sinerjias.com/>; e.t. 04.12.2015.

¹²⁰ **AVCI** Adem, *“Terörizm Açısından Devletin Sorumluluğu”*, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2010, C. 14 S. 3-4, s. 77.

¹²¹ **AKPINAR** Mahmut/ **YEŞİLBAŞ** Mehmet, *“Sosyal Risk İlkesi Bağlamında Devletin Objektif Sorumluluğu ve 5233 Sayılı Yasanın Pratiği”*, www.e-akademi.org/; e.t. 02.12.2015, s. 9, 12.

ilkesinin kapsamında yer alan ve terör olaylarından doğan zararların idarece karşılanmasını gerektiren sosyal risk ilkesi ile ilgili Danıştay kararlarında, “*terör olayları sonucu ortaya çıkan zararların idare tarafından tazmini suretiyle topluma pay edilmesi hakkaniyet gereği*¹²²” olduğu belirtilmektedir.¹²³ Danıştay bir başka kararında “*...kitle hareketlerinden doğan kargaşa ve saldırıların yol açtığı zararların onların doğumunda hiçbir kusuru olmayan kişilerin omuzlarında bırakılmasının hakkaniyete uygun olmayacağı düşüncesi kusursuz sorumluluk ilkesini doğurmuştur.*” ifadesi yer almakta ve sosyal risk ilkesi gereğince idarenin kusursuz sorumluluğunun hakkaniyet gereği doğduğu belirtilmektedir.¹²⁴ Yine risk ilkesinin kapsamında bulunan mesleki risk ilkesi de tehlikeli faaliyetler yürüten kamu görevlilerinin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini karşılamaktadır. Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararlarında mesleki risk barındıran faaliyetinden dolayı zarar gören kişilerin zararının karşılanmasının hakkaniyet ve nesafetin gereği olduğu, aksi halde kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında meydana gelen zararın sadece bu kişilere yükleneceğinden eşitlik, hakkaniyet ve nesafet ilkelerine aykırılık oluşacağı ifade edilmektedir.¹²⁵

D. NESAFET KAVRAMININ KAMU HİZMETLERİNDEN YARARLANMADA EŞİTLİK İLKESİ ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

Kamu hizmetlerinden yararlanmada eşitlik ilkesi gereği, idare kamu hizmetini sunarken dilediği gibi hareket etmemek ve kamu hizmetlerinden yararlananların hizmetlerden eşit olarak yararlanmasını sağlamakla

¹²² D10D, KT. 21.04.2008, E. 2006/5024, K. 2008/2685, <http://www.kazanci.com/>; e.t. 12.10.2015.

¹²³ **ÇAĞLAYAN** Ramazan, “*Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi*”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 2009, <http://webftp.gazi.edu.tr/>; e.t. 04.12.2015, s. 454.

¹²⁴ D10D, KT. 23.06.1996, E. 1996/3996, K. 1997/2544, <http://www.kazanci.com/>; e.t. 03.12.2015.

¹²⁵ **KÖKSAL**, s. 245, 253; AYİM3D, KT. 24.11.2011, E. 2011/1732, K. 2011/2387, <http://www.kazanci.com/>; e.t. 02.12.2015; AYİM2D, KT. 13.09.2006, E. 2006/885, K. 2006/775, <http://www.sinerjias.com.tr/>; e.t. 04.12.2015; DiDDK, KT. 07.03.2003, E. 2002/1286, K. 2003/93, <http://www.kazanci.com/>; e.t. 02.12.2015.

yükümlüdür¹²⁶. Anayasanın 10. maddesi kamu hizmetlerinden yararlanmada eşitlik ilkesinin hukuki dayanağı niteliğindedir.

Kamu hizmetlerinin sunulma amacı toplumun ortak ihtiyaçlarının karşılanmasıdır. Bu nedenle idare kamu hizmetlerini sunarken objektif ve tarafsız olmak zorundadır. Kamu hizmetlerinden yararlanma ilkesine konu olan eşitlik mutlak bir eşitlik değildir¹²⁷. Kamu hizmetinin aynı statü içindeki her birey için eşit şekilde sunulması, bireyler arasında ayırım yapılmaması gerekmektedir. Bunun için kamu görevlilerinin hizmetten yararlananlar açısından ayrımcılığa yol açacak uygulamalarda bulunmamaları şarttır¹²⁸.

Bireyin somut durumunun özellikleri kamu hizmetinin nispeten avantajlı bir usulle sunulması ihtiyacını ortaya çıkarabilmektedir. Bu durum kamu hizmetlerinden yararlanmada eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir¹²⁹.

Kamu hizmetinin gereklerine uygun olarak ve düzenli biçimde sunulabilmesi hizmetten yararlananlar arasında eşitliğin sağlanması gerekir. Aksi yönde uygulamalar kamu vicdanını rahatsız edeceğinden kamu hizmetinin sunulmasında nesafetin sağlandığından bahsedilemeyecektir.

SONUÇ

Hukukun adaleti sağlama amacı tüm hukuk branşları için geçerlidir. Ancak, bireye göre üstün konumda olan idarenin yer aldığı idare hukukunda bu amaç idare tarafından dengeli, tutarlı ve uygun araçlar seçilerek gerçekleştirilmelidir. Nesafet ilkesi bu araçlardan biridir.

İdarenin bireyle eşit olmayışı hukukla bağlı olduğu gerçeğini ve hukuka uygun davranma zorunluluğunu değiştirmemektedir. Hukuk devletinde idare elinde bulundurduğu üstün ve ayrıcalıklı yetkilerini bireyi korumak için kullanmalıdır.

¹²⁶ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku, s. 249.

¹²⁷ GÜNDAY, s. 336.

¹²⁸ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku, s. 249.

¹²⁹ GÖZÜBÜYÜK Şeref/ TAN Turgut, İdare Hukuku, C. I, 3. Baskı, Ankara 2004, s. 632; ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku, s. 249.

İdare, görev ve yetkilerinin dayanağını kanundan almalı ve nesafet ilkesi gereğince hukuka uygun faaliyetlerde bulunmalıdır. İdarenin her türlü faaliyetinin yargısal denetime tabi olması, idarenin faaliyetlerinin hukuka uygunluğunun tespitini yargı makamlarına bırakmasına yol açmamalıdır. Kamu görevlilerinde hukuka uygun işlem yapma bilinci yerleştirilmelidir.

İdare, kamu hizmetinden yararlananlar ve kamu hizmetine girecek bireyler arasında ayrımcılığa yol açacak uygulamalardan kaçınmalıdır. Kamu hizmetine girişte siyasi referanslar dikkate alınmamalıdır. Kamu hizmetinin tek amacının kamu yararı olduğu unutulmamalıdır.

Kamu güveninin kazanılması ve kamu düzeninin sağlanması için idarenin kanuna uygun ancak hukuka aykırı işlemlerde bulunmaması ve mevcut hukuki düzenlemelerin bu yönde iyileştirilmesi kamunun menfaatine olacaktır.

KAYNAKLAR

- ADAL** Erdal, *Hukukun Temel İlkeleri*, 7. Baskı, İstanbul 2002.
- AKILLIOĞLU** Tekin, “Yönetmelik İşlemlerinde Gerekçe İlkesi”, http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/f53df3a47eaf8b5_ek.pdf?dergi=Amme%20Idaresi%20Dergisi, e.t. 04.12.2015.
- AKPINAR** Mahmut/ **YEŞİLBAŞ** Mehmet, “Sosyal Risk İlkesi Bağlamında Devletin Objektif Sorumluluğu ve 5233 Sayılı Yasanın Pratiği”, www.e-akademi.org/makaleler/makpinar-myesilbas-1.pdf; e.t. 02.12.2015, s. 1-29.
- AKYILMAZ** Bahtiyar, “Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu Dergisi, S. 1, 1998, s. 23-55.
- AKYILMAZ** Bahtiyar/ **SEZGİNER** Murat/ **KAYA** Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 5. Baskı, Ankara 2014.
- ALİEFENDİOĞLU** Yılmaz, “Hukuk-Hukukun Üstünlüğü-Hukuk Devleti”, Ankara Barosu Dergisi 2001-2, s. 29-68.
- ANSAY** Sabri Şakir, *Hukuk Bilimine Başlangıç*, 6. Baskı, Ankara 1956.
- ATAY ŞANLI** Yeliz, “İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü”, TBB Dergisi 2011 (96), s. 293-318.
- AVCI** Adem, “Terörizm Açısından Devletin Sorumluluğu”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2010, C. 14 S. 3-4, s. 69-88.
- AYAN** Mehmet/ **AYAN** Nurşen, *Medeni Hukuka Giriş*, 10. Baskı, Konya 2014.
- AYDIN** Alper, “İdari Yargı Çerçevesinde Anayasa Yargısında Yokluk”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 5, S. 19, 2014, s. 623- 651.
- BEREKET** Zuhale, *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay*, 1. Baskı, Ankara 1996.
- BOZ** Selman Sacit, *İdare Hukukunda Haklı Beklentini Korunması*, 1. Baskı, Ankara 2017.
- ÇAĞLAYAN** Ramazan, “1982 Anayasasında Hukuk Devleti İlkesinin İdare Hukuku Açısından Görünümü”, EUHFD 1997, C I/1, s. 245-258
- ÇAĞLAYAN** Ramazan, “Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi”, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*

Sempozyumu 2009, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_22.pdf; e.t. 04.12.2015, s. 451-495.

ÇAĞLAYAN Ramazan, “*Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetim*”, Atatürk Üniversitesi Erzinan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII S. 3-4, 2003, s. 171-208.

ÇAĞLAYAN Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 2015.

ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2015.

ÇOŞKUNKULAK Sercan, “*İdari İşlemden Gerekçe*”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 6, 2006, s. 2501-2509.

DEMİRDAL Mustafa Balkan, “*Ronald Dworkin’ in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2014, C. 18, S. 3-4. s. 798-820.

DİNÇKOL Hulusi Alphan, “*İdari Yargı’da Hakim’in Takdir Yetkisinin Denetlenmesi*”, <http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/download/5000001567/5000000659>; e.t. 02.12.2015, s. 1567-1593.

DOĞAN Murat, Hak Arama Hürriyeti ve İdari Yargı Kararlarında Gerekçe, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014.

DUMAN İlker Hasan, “*İdarenin Yapmış Olduğu Yanlış İşlemin Süreler Geçtikten Sonra Geri Alınması (Kanunsuz Terfi İşleminin Geri Alınması Sonucunda Terfiye Dayanarak Yapılmış Fazla Ödemelerin Geri İstenmesi)*”; <http://www.ilkerduman.av.tr/makaleoku.aspx>; e.t. 25.11.2015.

GİRİTLİ İsmet/ **BİLGİN** Pertev/ **AKGÜNER** Tayfun, İdare Hukuku, İstanbul 2001.

GÖZLER Kemal/ **KAPLAN** Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 14. Baskı, Bursa 2013.

GÖZÜBÜYÜK Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 19. Baskı, Ankara 2003.

GÖZÜBÜYÜK Şeref/ **TAN** Turgut, İdare Hukuku, C. I, 3. Baskı, Ankara 2004.

GÜLTEKİN Sadettin/ **ÇİYLTEPE** Hamdi, Hukukun Temel Kavramları, 1. Baskı, Trabzon 2009.

GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2011.

GÜRİZ Adnan, Hukuk Başlangıcı, 7. Baskı, Ankara 1999.

- İŞIKTAÇ** Yasemin, “Bir Hukuk Tanımı Vermenin Zorunluluğu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan, Haziran-Aralık 1998, C. 2, S. 1, s. 223-228.
- İZVEREN** Adil, Hukuk Felsefesi, 1. Baskı, Ankara 1988.
- KALABALIK** Halil, “İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Naci KINACIOĞLU’na Armağan, C. 1 S. 2, 1997, s. 205-233.
- KALABALIK** Halil, İdare Hukukunun Temel Kavramları ve Kurumları, Konya 2014.
- KANLIGÖZ** Cihan, “İdari İşlemlerde Yazılı Bildirim”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 40, 1988, s. 173-192.
- KARAHANOĞULLARI** Onur, “İdarenin Takdir Yetkisini Kullanmasına İlişkin R(80)2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı”, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1996-45-01-04/AUHF-1996-45-01-04-Karahanogullari2.pdf>; e.t. 01.12.2015, s.323-377.
- KARAHANOĞULLARI** Ömer, “Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri”, Çağdaş Yerel Yönetimler 1999, C. 8, S. 3, s. 55-77.
- KAYA** Cemil, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Hukukuna Hakim Olan İlkeler”, Amme İdaresi Dergisi 2005, C. 38, S. 2, s. 61-87.
- KAYA** Cemil, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, 2. Baskı, İstanbul 2014.
- KÖKSAL** Mustafa, “Risk İlkesinin İdareye Yüklediği Külfetler ve Güncel Yargı Kararları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2009, S. 85, s. 241-272.
- METİN** Yüksel, Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 1. Baskı, Ankara 2002.
- ODYAKMAZ** Zehra/ **GÜZEL** Oğuzhan, “İdarenin Uygulamaları Bakımından İdare, Etik ve Ahlâk”, Ankara Barosu Dergisi 2013/3. s. 21- 55.
- ODYAKMAZ** Zehra/ **KAYMAK** Ümit/ **ERCAN** İsmail, İdare Hukuku, İstanbul 2015.
- OĞURLU** Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, 1. Baskı, Ankara 2002.

- ÖKTEM** Niyazi/ **TÜRKBAĞ** Ahmet Ulvi, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, 5. Baskı, İstanbul 2012.
- SAYGILIOĞLU** Nevzat, “*Anayasanın 73. Maddesi Karşısında Yürütme Organının Kullandığı Yetkilerin Sonuçları*”, Danıştay Tasnif Ve Yayın Bürosu Yayınları No: 76, Sempozyum Danıştay ve İdari Yargı Günü 138. Yıl, 11-12 Mayıs 2006, Ankara 2008, s. 9-16.
- TAHIROĞLU** Bülent, “*Kusursuz Sorumluluk ve Modern Hukuklara Etkisi*”, <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCIteredergisi/2008C.14S.4/157-170.pdf>; e.t. 04.12.2015, s. 157-170.
- TAN** Turgut, İdare Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2013.
- TEK** Savaş, “*İdare Hukukunda İdarenin Sorumluluğu*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 2010, S.1, s. 313-333.
- TUNÇER** Polat, Temel Hukuk,1. Baskı, Ankara 2013.
- UZ** Abdullah, “*Anayasal Bir Hak Olarak Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Liyakat İlkesi*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2011, C. 2, S. 1, s. 59-94.
- ÜSTÜN** Ümit Süleyman, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, 1. Baskı, Ankara 2007.
- VELİDEDEOĞLU** Veldet Hıfzı, Hayat, Hukuk ve Cemiyet, 1. Baskı, İstanbul 1944.
- YAYLA** Ahmet, İdarenin Kusursuz Sorumluluğu-Eleştirel Bir Yaklaşım, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006.
- YILMAZ** Dilşat, “*İdare Hukuku Ve Özel Hukuk Arasında Yarışma Mı Uzlaşma Mı?*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013, C. 4, S. 2, s. 163-180.

DANIŞTAY KARARLARI IŐIŐINDA TÜR K HUKUKUNDA HÜ KÜ MET TASARRUFLARI*

Arş. Gör. Oğuzhan GÜ ZEL**

ACTS OF GOVERNMENT IN TURKISH LAW IN THE LIGHT OF THE COUNCIL OF STATE'S DECISIONS

Ö Z

Hükümet tasarrufları yürütme organının idare olarak değil de hükümet olma sıfatıyla ve devletin yüksek menfaatlerini korumak amacıyla yaptığı işlemlerdir. Hükümet tasarrufları idarenin faaliyetlerinin hukuka tâbi olmasının bir istisnası olarak görülmektedir. Mahkemeler hükümet tasarrufları üzerinde yargı denetimi kullanmaktan imtina etmektedir. Bu çalışmada Türk hukukunda hükümet tasarrufları Danıştay içtihadı ve idare hukukçularının görüşleri ışığında aktarıldı. Bununla birlikte Fransız öğretisinden ve yargı kararlarından da faydalanıldı.

* Kabul Edildiği Tarih: 15.12.2017

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.364480](https://doi.org/10.15337/suhfd.364480)

** Bozok Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi

E-mail Adresi: av.oguzhanguzel@gmail.com

ORCID ID: orcid.org/0000-0003-1957-1412

ANAHTAR KELİMELEER: *Hükümet Tasarrufu, Siyasi İşlev, Hukuk Devleti, Yargı Kısıntısı, Yargı Bağışıklığı.*

ABSTRACT

Acts of government are the acts of the executive authority performed within the capacity of the government and with the purpose to protect the state's high interest, but not acts performed within the capacity of administration. Acts of government are considered as an exception to the administrative body's activities being subject to law. The courts refrain from using judicial review acts of government. In this study, acts of government in Turkish law were explained in the light of the Council of State's decisions and the opinions of administrative law scholars. Additionally, it was also benefited from the French doctrine and the judicial decisions.

KEY WORDS: *Act of Government, Political Function, Rule of Law, Judicial Restraint, Immunity from Jurisdiction.*

GİRİŞ***

Hukuk devletinde idare, faaliyetlerinde hukuk kurallarına uygun hareket eden ve etmediği zaman da yargı denetimine tâbi olduğu bilincinde olan bir aygittir. Fransa'da ortaya çıkan "hükümet tasarrufu" kavramıyla yürütmenin "hükümet" olma vasfıyla tesis ettiği bazı işlemlerin çeşitli sebeplerle yargı denetiminin yapılmayacağı düşüncesi ortaya çıkmıştır. Ülkemizi de 1924 Anayasası döneminde etkileyen bu kavram Türk Devlet Şurasının o süreçte verdiği muhtelif kararlarına yansımıştır.

Bu çalışmanın konusu Türk hukukunda hükümet tasarruflarının pozitif hukuktaki yeridir. Bu husus geçmişten günümüze Danıştay içtihadı ve idare hukukçularının görüşleri ışığında ortaya konulmuştur. Çalışmanın kapsamı Türk hukuku olmasına rağmen Fransız öğretisinden ve yargı kararlarından faydalanılmıştır.

*** Kısaltmalar: agb. adı geçen bildiri, age. adı geçen eser, agm. adı geçen makale, s. sayfa.

Çalışmanın birinci bölümünde hükümet tasarrufları izah edilip hükümet tasarrufu kuramının ortaya çıkış süreci anlatılacak ve yargı organlarının hükümet tasarrufları üzerinde denetim yapmamasının sebeplerine değinilmiştir. İkinci bölümde ise Türk hukukunda hükümet tasarruflarının tarihî gelişimi anlatılıp bu kapsamda Türk Devlet Şurasının kararları ışığında hükümet tasarrufları sınıflandırılmış, son tarihli Danıştay kararları üzerinde durulmuştur.

I. Genel Olarak Hükümet Tasarrufları

Hukuk devleti ilkesine göre yürütmenin ve idarenin her türlü eylemlerine ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Hükümet tasarrufları idarenin faaliyetlerinin hukuka tâbi olmasının bir istisnası olarak görülmektedir¹. Zira mahkemeler hükümet tasarrufları üzerinde yargı denetimi kullanmaktan imtina etmektedir².

A. Hükümet Tasarrufu Kavramı

Hükümet tasarrufu yürütme organının idare olarak değil de hükümet olma sıfatıyla ve devletin yüksek menfaatlerini korumak amacıyla yaptığı işlemlerdir. Bu işlemler üzerinde mahkemeler yargı denetimi yapmaktan çekinirler³. Bu işlemler yürütme organının “hükümet etme işlevi”, “siyasî işlev”, “politik işler”, “hükümet tasarrufu”, “hükümet işlemleri”, “hikmet-i hükümet” gibi isimler verilen işlemlerdir⁴.

Yürütme hem idare hem hükümettir. SARICA, yürütme organını Roma mitolojisindeki iki vazifesi olan Janus isimli ve çift başlı ilaha benzetmiştir.

¹ KAYA, Cemil: “Danıştay İçtihatlarında Hükümet Tasarrufu Teorisinden Devletin Hükümlerlik/Egemenlik Hakkı Teorisine”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı:7, Haziran 2016, s. 638.

² SARICA, Ragıp: “Türk Devlet Şurası İçtihatlarına Göre Hükümet Tasarrufları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 8, Sayı 3-4, (1942), s. 457, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023005707/1023005231> (Erişim Tarihi: 30 Aralık 2016).

³ SARICA, Ragıp: agm., s. 458.

⁴ ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdarî Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara Ağustos 2015, s. 123; ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara Eylül 2015, s. 431; GİRİTLİ, İsmet-Pertev BİLGİN-Tayfun AKGÜNER-Kahraman BERK: age., s. 11.

Yürütme Janus gibi iki kafalı bir vücut olarak tasvir edilebilir. Yürütme icra ettiği vazifeye göre idare ya da hükümet ismini alır. Yürütme Cumhurbaşkanı, Başbakan, Bakanları Kurulu, bakanlıkların her biri ve bunlara tabi makamlardan ibarettir⁵. Yürütme, hükümet tasarruflarını hükümet uzvu sıfatıyla yapmaktadır⁶.

Hükümet tasarrufu (işlemi) terimi ile ne hükümetin her tasarrufu (işlemi) ne de hükümetin özel nitelik taşıyan bir tasarrufu (işlemi) kastedilmektedir. İşlemi yapan merci değil fakat işlemin niteliği göz önünde bulundurularak bu kategoriye bazı işlemlerin girdiği kabûl edilmektedir⁷. Bu ayırım amaç bakımından yapılmıştır. Yürütmenin milletin yüksek ve olağanüstü menfaatlerini korumak maksadıyla yaptığı iş hükümet fonksiyonu; halkın günlük, alelade ihtiyaçlarını karşılamak için yaptığı iş idare fonksiyonudur^{8 9}.

Halk hükümetle hiçbir temasta bulunmadığı halde idare ile her zaman ilişki içindedir. Zira hükümet program ve çalışmalarını topluluklara tek yanlı olarak bildirir. Oysa idare, vatandaşların hayatına doğrudan doğruya veya ilgilinin talebi üzerine müdahale ederek işlem ve eylemleri ile hukukî ve maddî durumlarda değişiklikler gerçekleştirir¹⁰.

⁵ SARICA, Ragıp: agm., s. 459; BALTA, Tahsin Bekir: İdare Hukukuna Giriş, Ankara 1970, s. 7.

⁶ GİRİTLİ, İsmet: Türkiyede ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları, İstanbul 1958, s. 10; GİRİTLİ, İsmet-Pertev BİLGİN-Tayfun AKGÜNER-Kahraman BERK: İdare Hukuku, Güncellenmiş Beşinci Bası, İstanbul Haziran 2012, s. 11, 147-148; SARICA, Ragıp: agm., s. 460; ARTUKMAÇ, Sadık: Bizde İdarenin Murakabesi, İstanbul 1950, s. 46, dipnot 27.

⁷ EROĞLU, Hamza: İdare Hukuku, Genel Esaslar, İdarî Teşkilât ve İdarenin Denetlenmesi, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş Beşinci Bası, Ankara 1985, s.54.

⁸ HAURİOU, M.: Précis De Droit Administratif, 1933, s. 13 nakleden: GİRİTLİ, İsmet: age., s. 10; ONAR, Siddık Sami: İdare Hukukunun Umumî Esasları, I. Cilt, Üçüncü Bası, İstanbul 1966, s. 444; DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 8; SARICA, Ragıp: İdarî Kaza, Cilt I, İdarî Davalar, İstanbul 1949, s. 21.

⁹ SARICA burada Serrigny'nin benzetmesine değinmiştir. Serrigny'e göre yürütme organı bir merdiven üzerinde duran bir insana benzetilebilir. Bir kimse merdivenin alt basamağında durduğu zaman idare, üst basamağında durduğu zaman da hükümet adını verebiliriz. SARICA, Ragıp: agm., s. 460.

¹⁰ DURAN, Lütfi: age., s. 9.

Hükümet tasarrufları kanunîlik prensibinin¹¹ istisnasını oluştururlar ve yargı denetiminin dışında kalırlar¹². Hükümet tasarrufları dava edildiğinde, yargı organları siyasî sebep, siyasî düşünce, siyasî tedbir, işlemin mahiyeti gereği gibi hukukî olmayan gerekçelerle açılan idarî davayı “önşartlar” yönünden reddetmektedirler¹³¹⁴.

B. Hükümet Tasarrufları Kuramının Ortaya Çıkışı ve Muhtelif Kriterleri

Hükümet tasarruflarının yargı denetimi dışında kalması fikri 1815 yılında Fransa’da ortaya çıkmış ve gelişmiştir¹⁵.

Hukuk devleti ilkesinin benimsenmesiyle Fransız Danıştay, kuruluşundan sonraki ilk zamanlarda güçlü hükümetlerle çatışmaya girmemek

¹¹ Kanunîlik prensibi hukuk devletinin hem bir sonucu hem de temel ilkesidir. İdare, faaliyetlerinde serbest değildir, hukuk kurallarına uymak zorundadır. Kanunîlik, kanuna uymak demektir, idarenin bir çeşit sınırlandırılmasıdır. Bu tarifte “kanun” kavramını geniş anlamda değerlendirerek “hukuka uyma” şeklinde ifade etmek gerekir. Kanunîlik prensibi; idarenin teşkilât ve faaliyetlerinde kanunun (bütün yazılı hukuk kurallarının) hâkimiyeti demektir. EROĞLU, Hamza: age., s. 45.

¹² EROĞLU, Hamza: age., s. 53; ÖZBUDUN, Ergun: “İngiliz Hukukunda Hükümet Tasarrufları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 18, Sayı 1-4, 1961, s. 333, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1961-18-01-04/AUHF-1961-18-01-04-Ozbudun.pdf>(Erişim Tarihi: 30 Aralık 2016).

¹³ GİRİTLİ, İsmet-Pertev BİLGİN-Tayfun AKGÜNER-Kahraman BERK: age., s. 147; EROĞLU, Hamza: age., s.53-54 ; SARICA, Ragıp: age., s. 21; ARTUKMAÇ, Sadık: age., s. 46; KARAHANOGULLARI, Onur: İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdarî İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara Ağustos 2015, s. 26; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref: Yönetmelik Yargı, Güncelleştirilmiş 33. Baskı, Ankara Ağustos 2013, s.19; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku Cilt II İdarî Yargılama Hukuku, Mevzuattaki Son Değişiklikler İşlenerek Güncelleştirilmiş 6. Bası, Ankara Eylül 2013, s. 36; FEYZİOĞLU, Turhan: “Doç. Dr. Turhan Fezyioğlu’nun 9.4.1966 Günlü Konuşması”, Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması [Sempozyumu], Ankara 1966, s. 155.

¹⁴ Yargı yerlerinin kendiliklerinden bir işlemi yargı denetimi dışında tutmalarına yargı kısıntısı denilmektedir. ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdarî Yargı, s. 123; ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdare Hukuku, s. 431.

¹⁵ GİRİTLİ, İsmet-Pertev BİLGİN-Tayfun AKGÜNER-Kahraman BERK: age., s. 148; GİRİTLİ, İsmet: age., s. 15; EROĞLU, Hamza: age., s.54; ARTUKMAÇ, Sadık: age., s. 46; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: age., s.20; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-Turgut TAN: age., s. 35; ÖZBUDUN, Ergun: agm., s. 333.

için hükümetlerin siyasî nitelikteki kararlarına karşı açılan davalara bakmamıştır¹⁶.

Fransa'da hukukla politikanın arasındaki sınırı tayin meselesi, önceleri hükümete ait bir yetkiyken, XIX. yüzyıldan itibaren her hadisede hâkim tarafından tayin edilmeye başlanmıştır¹⁷.

Fransız Danıştay 1822 yılında Laffitte kararıyla Maliye Bakanı'nın Bonapart ailesine ilişkin bir işlemi denetlemeyi siyasî saiklerle reddetmiştir. Fransız Danıştay gerekçe olarak hükümetin "hükümet tasarrufları" denen bazı işlemlerinin önceden konulmuş kurallara bağlı olamayacağını ifade etmiştir¹⁸. Fransız Danıştay 1867 tarihli Duc d'Aumale kararında da bir tarihî eserin müsaderesine ilişkin işlemi siyasî bir işlem olarak değerlendirip denetlememiştir. Siyasî saik teorisi¹⁹ doğrultusunda oluşturulan bu yöndeki içtihat, 1875 tarihli Prince Napoléon kararında²⁰ Savaş Bakanı'nın siyasî sebeplerle tesis ettiği Prince Napoléon'u generaller listesinden silme işleminin

¹⁶ GİRİTLİ, İsmet-Pertev BİLGİN-Tayfun AKGÜNER-Kahraman BERK: age., s. 148.

¹⁷ EROĞLU, Hamza: age., s.54.

¹⁸ GİRİTLİ, İsmet-Pertev BİLGİN-Tayfun AKGÜNER-Kahraman BERK: age., s. 148; GÖZLER, Kemâl-Gürsel KAPLAN: İdare Hukuku Dersleri, En Son 18 Haziran 2014 Tarih ve 6545 Sayılı Kanuna Göre Güncelleştirilmiş Onbeşinci Baskı, Bursa Ağustos 2014, s. 271; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref: age., s.20; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: age., s. 36.

¹⁹ Günümüzde siyasî saik ile yapılan işlemler dava konusu edildiği gibi yargı mercileri tarafından hukuka aykırı bulunmaktadır. BRAÏBART, Guy: "Le Droit Administratif Français", 1982-1983, polycopie, fascicule II, s. 298-299 nakleden: ERKUT, Celâl: İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdarî İşlemin Kimliği, Tıpkı Basım, Danıştay Yayınları No: 51, s. 231.

²⁰ Fransız Danıştayın 18 Şubat 1975 yılında vermiş olduğu bu karara konu teşkil eden olayda Prince Napoléon 1853'te generallik rütbesine atanmıştır. İmparatorluk rejimi bittikten sonra 1873'te çıkan Askerî Yıllık generaller listesinde Prince Napoléon'un adına yer verilmemiştir. Prince Napoléon'un bu konudaki başvurusu Savaş Bakanı tarafından reddedilince Savaş Bakanı'nın bu ret kararı hakkında Prince Napoléon iptal davası açmıştır. Savaş Bakanı davaya ilişkin savunmasında davaya konu işlemin tamamıyla siyasi sebeplerle alındığını belirtse de, Fransız Danıştay bu savunmaya itibar etmeyerek dava konusu işlemi denetlemiş, ancak işlemin hukuka aykırı olmadığına karar vermiştir. Nakleden: GÖZLER, Kemâl: İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş İkinci Baskı, Cilt I, Bursa Ekim 2009, s. 646, dipnot 80.

yargı denetiminin yapılmasıyla son bulmuştur²¹. Fransız Danıştayı yakın tarihli bir kararında da siyasî saik teorisine itibar etmeyerek Mareşal Pétain'in mezarına çiçek konulmasını emreden işlemi siyasî değil idarî nitelikte değerlendirmiş, ancak iptal etmemiştir²².

Hükümet tasarruflarını tespit edecek ilmî, nazarî ya da hukukî kıstas bulunmamaktadır. Bir tasarrufun hükümet tasarrufu olup olmadığı kanunî düzenlemelerle ya da mahkeme kararlarıyla belirlenebilir. Kanuni metinlerde bazı tasarruflar hükümet tasarrufu olarak düzenlenip bu tasarrufların yargı denetimine tabi tutulamayacağı hüküm altına alınabilir²³. Bunun dışında mahkemeler de bir tasarrufu hükümet tasarrufu olarak kabûl edip yargı denetimi yapmaktan çekinebilir²⁴.

GÖZLER'in aktardığına göre günümüzde Fransa'da hükümet tasarrufları bir genel ilkeye göre değil ampirik bir şekilde tanımlanmakta, Danıştayın hükümet tasarrufu sayıp denetlemeyi reddettiği işlemler "hükümet tasarrufu" olarak kabûl görmektedir²⁵. Hükümetin parlâmento ile münasebetlerine taalluk eden tasarruflar, af hakkının kullanılması, buhran halinde yurttaş ve yabancıya karşı alınan bazı iç emniyet tedbirleri, diplomasi faaliyetleri²⁶, bazı harp vakaları, millî savunma esnasında özellikle yabancılara karşı alınan zabıta tedbirleri, devletin milletlerarası hâkimiyetini ilgilendiren hususların tetkikini kapsayan meseleler Fransa'da hükümet tasarrufları kategorisine

²¹ Fransız Danıştayının 27 Kasım 2000'de vermiş olduğu Association Comité Tous Frères kararı CHAPUS: Droit Administratif Général, Cilt 1, s. 94 nakleden: GÖZLER, Kemâl: age., s. 647, dipnot 84.

²² GÖZLER, Kemâl: age., s. 647, dipnot 84; ERKUT, Celâl: age., s. 198.

²³ GÖZLER'in belirttiği ve bizim de katıldığımız görüşe göre Anayasamızda kendilerine karşı dava açılmayacağı belirtilen işlemler sırf bu sebepten dolayı "hükümet tasarrufu" olarak nitelendirilemez. Çünkü hükümet tasarruflarının yargı denetiminin yapılmamasının sebebi, bu işlemlere karşı dava açılmasını yasaklayan bir pozitif hukuk kuralı değil, bu işlemlerin yüksek ve olağanüstü menfaatlerini korumak gibi tesis edilme amacıdır. GÖZLER, Kemâl: age., s. 655.

²⁴ SARICA, Ragıp: agm., s. 464; SARICA, Ragıp: age., s. 22.

²⁵ GÖZLER, Kemâl: age., s. 647; ERKUT, Celâl: age., s. 197-198.

²⁶ Fransız Danıştayının 1947 yılında verdiği Gombert kararından sonra Cumhurbaşkanının af kararları hükümet tasarrufu olarak kabul edilmemektedir. GÖZLER, Kemâl: age., s. 648.

girmektedir²⁷²⁸. Ayrılabilir işlem kuramının gelişmesiyle²⁹ hükümet tasarrufları kategorisinin uygulama alanı daralmıştır³⁰.

Yargı organları çeşitli sebeplerle hükümet tasarrufları üzerinde yargı denetimi yapmaktan çekinmektedir. SARICA bu sebepleri dört grupta incelemiştir. Bunlar:

i. Hükümet tasarrufları öngörülemezliği sebebiyle önceden konulmuş kurallara tabi değildir. Hukuk kurallarına tabi olmayan bu tasarrufların mevzuata uygun olup olmadığı araştırılmaz³¹.

ii. Mahkemeler bazı tasarrufların yargı denetimini yaparak hükümeti diplomatik ilişkilerde zor durumda bırakmaktan çekinirler. Örneğin mahkemeler savaş halinde hasım devlet vatandaşları hakkında alınan bazı tedbirleri iptal etmek istemeyecektir. İşte bu nedenle söz konusu işlemlerin yargı denetimini yapmaktan imtina edecektir.

iii. Mahkemelerin yasama organının da müdahil olduğu bazı tasarrufların yargı denetimini yaparak yasama organı ile ihtilafa düşmekten çekinmesidir.

iv. Savaş hali, bulaşıcı hastalıkların ortaya çıkması gibi bazı olağanüstü durumlarda mahkemeler hükümete tam bir serbesti tanıma gereğini hisseder ve bu tip meselelerden doğan uyuşmazlıklara bakmaktan imtina ederler³².

²⁷ ONAR, Sıddık Sami: age., s. 446; ERKUT, Celâl: age., s. 231.

²⁸ Fransız Danıştayının karar uyarınca iç alanda hükümet tasarrufları, uluslararası ilişkiler alanında (uluslararası antlaşmalarla ilgili işlemler, uluslararası ilişkilerin yürütülmesiyle ilgili işlemler, savaşla ilgili eylem ve işlemler, uluslararası kuruluşlarla ilişkiler çerçevesinde yapılan işlemler) hükümet tasarruflarının listesi için bakınız GÖZLER, Kemâl: age., s. 647-652.

²⁹ Fransız Danıştayını Vietnam Cumhuriyeti'nin Paris'te açtığı büyükelçilik binasının restorasyonu ve gerekli bölümlerinin yeniden inşası konusundaki ruhsat talebini reddeden işleminin -ayrılabilir işlem kuramını kullanarak- hukuka uygunluk denetimini yaparak ilgili davayı esastan karara bağlamıştır. Fransız Danıştayının 22.12.1978 tarihli "Sieur Vo Than Nghia" kararını nakleden ERKUT, Celâl: age., s. 233.

³⁰ ERKUT, Celâl: age., s. 200.

³¹ ONAR, Sıddık Sami: age., s. 441.

³² SARICA, Ragıp: agm., s. 461-463.

Hükümet tasarruflarını açıklamaya çalışan ölçütlerin³³ hukukî bir temele dayanmamaları sebebiyle yargı kararları ile belirlenmiş bir listenin yapılması yönünde görüş belirmiş ve hangi işlemlerin hükümet tasarrufu olduğunu anlayabilmek için hükümet tasarruflarının mahkeme içtihadına göre tek tek sayılması esası kabûl edilmiştir³⁴.

II. Türk Hukukunda Hükümet Tasarrufları

Hükümet tasarrufları kuramı idarenin yargı denetiminin gelişmesi ve genişlemesiyle gündeme geldiği için bu kuramın Türkiye’de doğumu ve gelişmesi çok eskiye dayanmaz. Devlet Şurasının idarî uyuşmazlıklara ilişkin geniş yetkili bir yargı mercii oluşu karşısında hükümet ve idare zihniyetinin böyle bir yargı denetimine alışık bulunmaması hükümet tasarrufları kuramını ortaya çıkarmıştır³⁵.

A. Türk Mevzuatında Hükümet Tasarruflarının Tarihî Gelişimi

1924 Anayasasında ve 1925 tarihli Şûray-ı Devlet Kanununda hükümet tasarrufları ile ilgili bir hüküm bulunmamaktadır³⁶. Türkiye’de hükümet tasarrufu fikri ilk kez Meclisin 1 Aralık 1928 tarihli ve 457 sayılı kararı ile ortaya atılmıştır³⁷.

³³ Hükümet tasarruflarını açıklayan görüşler hakkında detaylı bilgi için bakınız GİRİTLİ, İsmet: age., s. 16-22; GİRİTLİ, İsmet-Pertev BİLGİN-Tayfun AKGÜNER-Kahraman BERK: age., s. 149-150; YÖRÜK, Ziya: İdarî Kaza, Ankara 1944, 164-165; ARTUKMAÇ, Sadık: age., s. 47.

³⁴ GİRİTLİ, İsmet-Pertev BİLGİN-Tayfun AKGÜNER-Kahraman BERK: age., s. 150-151; GÖZLER, Kemâl- Gürsel KAPLAN: age., s. 271-272.

³⁵ ONAR, Sıddık Sami: age., s. 459.

³⁶ GİRİTLİ, İsmet-Pertev BİLGİN-Tayfun AKGÜNER-Kahraman BERK: age., s. 151; ONAR, Sıddık Sami: age., s. 459.

³⁷ “... Bir zabitin işbu kanuna tevfikân taltife halk kazanması her şeyden evvel hizmet ve liyakat derecesinin meratibi askeriyece merbut bulunduğu makam sahibinin bilfiil iş başında o zabıt hakkında hasıl edeceği ve doğrudan doğruya meslek ve ihtisasın verebileceği takdir ve kanaata, mütevakkıftır. İşbu takdir ve kanaatin bilahara herhangi bir heyet tarafından haklı veya haksız olduğunun nazârî bir surette tetkik ve tayin edilmesinde kanunî ve maddî bir imkân ve isabet vacip görülmemektedir. Binaenaleyh kanunun bu selâhiyet ve tatbikatından başka bir muamele yapması esasen varit olmayan Millî Müdafaa Vekilinin nokta nazarındaki isabet bizatihi mevcut görülmüştür.

Türk hukukunda 1924 Anayasası döneminde Danıştay hükümet tasarruflarının varlığını kabûl etmiş ve bazı kararlarında “hükümet tasarrufu” ifadesini, bazı kararlarında ise “devletin siyasî icraatı”, “siyasî tasarruflar”, “devletin yüksek siyaseti” gibi tâbirleri kullanmıştır³⁸.

1961 Anayasasının kabulüne kadar Danıştayın içtihadına göre mukabelebilmisil kararları³⁹, iskân işleri ile ilgili kararlar⁴⁰, tâbiyetle ilgili kararlar⁴¹ ve yabancıların sınır dışı edilmeleri ile ilgili kararlar⁴² siyasî nedenlerle alınmış tedbirler olduğu gerekçesiyle yargı denetimine tâbi

Buna mukabil Şûrayı Devlet teskeresinde mesnet ittihaz edilen Şûrayı Devlet Kanununun 19 ncu maddesinin (A) fıkrasında (İdarî muamelât ve mukarrerattan dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından ikame olunan davalardan) bahs olunmaktadır. Halbuki bir salahiyet makamının kanunen haiz bulunduğu ve bahusus meslek ve ihtisasın vücudunu da istilzam eden hakkı takdirini idari muamelât ve mukarrerat addetmekte taltif kanununun ruh ve müeddasına mutabık görülmemiştir...” TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: III, İçtima Senesi: II, Cilt: 6, Onuncu İnikat, 1.12.1928 Cumartesi, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d03/c006/tbmm03006010.pdf> (Erişim Tarihi: 30 Aralık 2016); GİRİTLİ, İsmet: age., s.74-75; ONAR, Sıddık Sami: age., s. 460.

³⁸ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: age., s.21.

³⁹ Mukabele bilmisil kararlarının idarî davaya konu olmayacağına ilişkin Danıştay içtihadı için bakınız ARTUKMAÇ, Sadık: age., s. 49; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-Turgut TAN: age., s. 37; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: age., s.21.

⁴⁰ İskân işleriyle ilgili kararların idarî davaya konu olmayacağına ilişkin Danıştay içtihadı için bkz. ARTUKMAÇ, Sadık: age., s. 49; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-Turgut TAN: age., s. 38; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: age., s. 50.

⁴¹ Tâbiyetle ilgili kararların idarî davaya konu olmayacağına ilişkin Danıştay içtihadı için bakınız ARTUKMAÇ, Sadık: age., s. 48-49; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-Turgut TAN: age., s. 38; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: age., s. 22-23.

⁴² Yabancıların sınırdışı edilmeleri ile ilgili kararların idarî davaya konu olmayacağına ilişkin Danıştay içtihadı için bakınız GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-Turgut TAN: age., s. 39; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: age., s. 23.

tutulmayıp hükümet tasarrufu kabûl edilmiştir⁴³. Bu kararlardan mukabelebilmisil kararları dış ilişkilerle, diğerleri ise iç politika ile ilgilidir⁴⁴.

1961 Anayasasının 114. maddesi uyarınca “İdarenin hiçbir eylem ve işlemi hiçbir halde yargı mercilerinin denetiminin dışında bırakılamaz”. 1982 Anayasasının 8. maddesine göre “Yürütme yetkisi ve görevi ... Anayasaya ve kanunlara uygun olarak yerine getirilir”. Yine 1982 Anayasası'nın 11. maddesi Anayasa hükümlerinin yürütme ve idare makamlarını bağlayan temel hukuk kuralları olduğunu vurgulamıştır. Anayasa'nın 125. madde uyarınca “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır”⁴⁵. Bu hükümler idarenin bazı işlemlerinin yargı denetiminin dışında tutulmasını, kapsamının daraltılmasını önlemeyi amaçlamaktadır⁴⁶. Bununla birlikte Anayasa'nın 66. maddesinde düzenlenen -daha önce hükümet tasarrufu olarak görülen- vatandaşlıktan çıkarma ile ilgili kararlara karşı yargı denetiminin kapatılamayacağı hükmü, hükümet tasarrufu anlayışına yönelik tepki olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle gerek 1961 Anayasası⁴⁷ gerek 1982 Anayasası hükümet tasarruflarının varlığına imkân vermemiştir⁴⁸. Hatta hükümet tasarrufu kategorisinin çıkmasını önlemek istemiştir⁴⁹.

B. Doktrinde Hükümet Tasarrufları

Hükümet tasarruflarına 1961 ve 1982 Anayasalarında yer verilmemekle beraber idare hukukundaki gelişmeler, idareyi güçlendirme eğilimi, hükümet tasarruflarına yeniden başvurmanın gerekli olup olmadığının tartışılmasına

⁴³ GİRİTLİ, İsmet-Pertev BİLGİN-Tayfun AKGÜNER-Kahraman BERK: age., s. 151-152; EROĞLU, Hamza: age., s.54; ARTUKMAÇ, Sadık: age., s. 48; SARICA, Ragıp: “Prof. Ragıp Sarıca'nın Prof Yaşar Karayalçın'a Cevabı”, Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması [Sempozyumu], Ankara 1966, s. 89.

⁴⁴ EROĞLU, Hamza: age., s. 54.

⁴⁵ GİRİTLİ, İsmet-Pertev BİLGİN-Tayfun AKGÜNER-Kahraman BERK: age., s. 152.

⁴⁶ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: age., s. 19.

⁴⁷ ÖZAY'a göre 1961 Anayasası'nın 114. maddesi ile hem yargı bağımsızlığına sahip hiçbir idarî işlem türü kabûl edilmemiş, hem hükümet tasarrufu sayılabilecek işlemlerin belirlenmesi yetkisi yine yargı yerlerine bırakılmıştır. ÖZAY, İl Han: Günışığında Yönetim, İstanbul 1996, s. 321.

⁴⁸ GİRİTLİ, İsmet-Pertev BİLGİN-Tayfun AKGÜNER-Kahraman BERK: age., s. 152.

⁴⁹ ONAR, Sıddık Sami: age., s. 468.

sebeptir⁵⁰. Örneğin 1966 yılında Türk Hukuk Kurumu tarafından düzenlenen “Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması”⁵¹ adlı konferansın düzenlenme sebebi yüksek memurların görevden uzaklaştırılmalarına ilişkin idarî tasarrufların hükümet tasarrufu sayılması tartışmasıdır.

Yabancı doktrinde hükümetin bazı konularda serbest hareket etmesi ve bu alandaki işlemlerinin yargı bağımsızlığından yararlanması tabii karşılanarak hukuk devleti ilkesine aykırı olarak değerlendirilmemiştir⁵². Bununla birlikte Fransız doktrininde pek çok tanınmış kamu hukukçusu hükümet tasarrufunu hukuk devleti düzeninde çirkin bir boşluk olarak görmektedir^{53 54}.

Türkiye’de bazı yazarlar hükümet tasarruflarının mahiyeti itibarıyla “idarî işlem” niteliğinde olmadıklarını ve bu nedenle yargı denetimi dışında tutulabileceklerini kabûl etmektedir⁵⁵.

KARAYALÇIN, hükümet tasarruflarının İtalya, Fransa ve Amerika Birleşik Devletleri gibi bütün medenî ülkelerde⁵⁶, hukuk devletinde var olduğunu

⁵⁰ EROĞLU, Hamza: age., s.55.

⁵¹ Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması [Sempozyumu], Ankara 1966, s. V-IX.

⁵² CHAPUS, René: Droit Administratif Général, 14. Baskı, C.1, Paris 2000, s. 928 nakleden: ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdarî Yargı, s. 123.

⁵³ FEYZİOĞLU, Turhan: agb., s. 156; GİRİTLİ, İsmet: age., s. 141-142.

⁵⁴ Fransa’daki bazı yazarlar hükümet tasarruflarının hukuka uygunluk bakımından yargı denetimine tâbi olmamasının hukukî açıdan kabûl edilemeyeceğini, çağdaş hukuk devleti ilkesine ters düştüğü, bu nedenle hükümet tasarrufu teorisinin tamamen terk edilmesi gerektiğini savunmaktadır. LAUBADÉRE ve JUNOD’tan nakleden: ERKUT, Celâl: age., s. 198-199.

⁵⁵ GÖZLER, Kemâl- Gürsel KAPLAN: age., s. 272; GÖZLER, Kemâl: age., s. 653, 655; ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdarî Yargı, s. 124; ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdare Hukuku, s. 432-433.

⁵⁶ Yunanistan, İtalya, Belçika, Mısır, Almanya, İsviçre, Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere’de hükümet tasarrufları hakkında detaylı bilgi için bakınız GİRİTLİ, İsmet: age., s. 52-73.

belirtmiştir⁵⁷. ÖZYÖRÜK de hukuk devletini feda ettirmeyecek birtakım başka imkânlar varsa hukuk devleti ve hükümet tasarrufu kavramlarının bir arada olabileceğini söylemekle birlikte 1961 Anayasası ile hükümet tasarrufu kategorisinin ortadan kalktığını ifade etmiştir⁵⁸.

GÖZLER'e göre Bakanlar Kurulu'nun oluşumuna ilişkin işlemler, yürütme organının yasama organı ile olan ilişkileri çerçevesinde yaptığı işlemler, Cumhurbaşkanı'nın anayasa değişikliği sürecinde yaptığı işlemler, Cumhurbaşkanı'nın Anayasa Mahkemesinde iptal davası açması işlemi ve yürütme organının başka devletlerle olan ilişkileri çerçevesinde yaptığı işlemler hükümet tasarrufudur⁵⁹. Bu işlemler idarî işlem olmadıkları için⁶⁰ bunlara karşı idarî dava açılmaz. Ayrıca bu işlemleri incelemek idare hukukunun değil, konusuna göre anayasa hukukunun ya da uluslararası hukukun alanına girer⁶¹.

ERKUT, hükümet tasarruflarının hukukî anlamda kabûl edilemeyeceğini, 1982 Anayasasında yargı dokunulmazlığının tanındığı işlemlerin fazlalığı yanında bir de hükümet tasarrufları benimsenirse idarî yargı denetiminin varlığını ileri sürmenin mümkün olmayacağını dile getirmiştir⁶².

Türk idare hukukunda hükümet tasarrufuna ilişkin en detaylı çalışmayı ortaya koyan GİRİTLİ'nin tezine göre hükümet tasarrufları antidemokratik ve totaliter rejimleri hortlatmaktadır, siyasî arzu ve ihtirasların vasıtası haline

⁵⁷ KARAYALÇIN, Yaşar: "Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'ın 26.3.1966 Günlü Konuşması", Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması [Sempozyumu], Ankara 1966, s. 69-70.

⁵⁸ ÖZYÖRÜK, Mukbil: "Doç. Dr. Mukbil Özyörük'ün 9.4.1966 Günlü Konuşması", Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması [Sempozyumu], Ankara 1966, s. 142, 144. Prof. Dr. Turhan FEYZİOĞLU da aynı görüştedir. FEYZİOĞLU, Turhan: agb., s. 154.

⁵⁹ GÖZLER, Kemâl- Gürsel KAPLAN: age., s. 272-274.

⁶⁰ BALTA'ya göre hükümetin yapısı, seçilmesi ve atanmalarıyla ilgili işlemler siyasal ya da anayasal diye tanımlayabileceğimiz ayrı bir kategoriye girer. BALTA, Tahsin Bekir: age., s. 7.

⁶¹ Prof. Dr. Kemâl GÖZLER'in Türkiye için yapmış olduğu hükümet tasarruflarının tam listesi için bakınız GÖZLER, Kemâl: age., s. 653-655.

⁶² ERKUT, Celâl: age., s. 201.

getirilmektedir. GİRİTLİ, hükümet tasarruflarının “idari” olduğuna şüphe edilmeyecek birçok tasarrufun siyasî addedilip yargı denetiminden kaçırılması sonucunu doğurduğunu vurgulamıştır⁶³. ONAR’a göre hükümet tasarruflarından hala bazı siyasîlerin faydalanmaya çalışması hukuk ve demokrasinin gelişimi açısından zarar teşkil etmektedir⁶⁴.

Hükümet tasarruflarını idarî işlemler dışında kabûl etmek bu işlemlerin hukukî rejim dışına atılmasına sebep olur⁶⁵. KARAHANOĞULLARI’nın isabetle vurguladığı üzere yürütme organının irade açıklamaları mahiyeti itibariyle önemli siyasî konular olsa bile, söz konusu kararlar idarî işlemdir ve idarenin yargı denetimine tâbidir. Hukukumuzda idarî işlemler karşısında ayrı bir niteliği bulunan ve onun aleyhine genişleyen bir hükümet tasarrufu kategorisi bulunmamaktadır⁶⁶. DURAN, hükümet tasarrufları ile idarî işlemleri hukuk ölçülerine göre birbirinden ayırt etmenin mümkün olmadığını, hükümetin de idarenin de yaptığı işlemlerin hukukî niteliklerinin aynı olduğunu vurgulamıştır⁶⁷. ÖZAY’a göre de hükümetin politik gücünü kullanarak aldığı kararlar ve tesis ettiği işlemler konumu özel olmasına rağmen idarî işlemdir⁶⁸. Bu doğrultuda yürütmenin hükümet işlevi kapsamındaki bir işlemi dava konusu edildiğinde idarî yargı mercileri davayı önkoşullar açısından reddetmeyecek, uyuşmazlığın esasına girerek uyuşmazlığı “idarenin takdir

⁶³ GİRİTLİ, İsmet: age., s. 477.

⁶⁴ ONAR, Sıddık Sami: age., s. 441-442.

⁶⁵ MERKL, Adolf: Umumî İdare Hukuku (Çeviren: Bedri Tahir ŞAMAN), Ankara 1942, s. 59.

⁶⁶ KARAHANOĞULLARI, Onur: age., s. 27; FEYZİOĞLU, Turhan: agb., s. 154; ÖZYÖRÜK, Mukbil: agb., s. 144.

⁶⁷ DURAN, Lütfi: age., s. 9.

⁶⁸ ÖZAY, İl Han: “Türkiye’de İdarî Yargının İşlev ve Kapsamı”, İdarî Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 1982, Danıştay Yayınları, s. 25.

yetkisi"⁶⁹ çerçevesinde çözümleyecektir⁷⁰. Kanaatimizce de bu değerlendirme hukuk devleti ilkesine daha uygundur.

C. Danıştay Kararlarında Hükümet Tasarrufu

1. 1924 Anayasası Dönemindeki İçtihadta Hükümet Tasarrufları

1924 Anayasası sürecinde hükümet tasarruflarını Türk Devlet Şurasının kararları ışığında mukabele bilmisil tedbirleri, iskân mevzuatıyla ilgili uyuşmazlıklar ve tâbiyet uyuşmazlıkları olmak üzere üç grupta sınıflandırabiliriz⁷¹.

a. Mukabelebilmisil Tedbirleri

Türkiye Cumhuriyeti hükümetinin başka bir devlete karşı mukabelebilmisilde (reciprocity) bulunmak suretiyle aldığı kararlardır. Mukabelebilmisil bir devletin yolsuz hareket etmesiyle zarar gören diğer devletin de yolsuz hareketle karşılık vermesidir. Milletlerarası hukukta mukabelebilmisil diğer devleti haksızlıktan vazgeçirmek amacıyla savaştan daha zararsız ve evla olarak görülmektedir⁷². Bu konuda Türkiye’de o dönem çıkartılan ve bugün de yürürlükte bulunan 1062 sayılı bir Kanun’dan⁷³ bahsedilmiştir. 1062 sayılı Kanun’un 1. maddesine göre Türk halkının taşınmazına el koyan devletlerin Türkiye’deki halkının mallarına Bakanlar

⁶⁹ ONAR’ın da belirttiği üzere idarenin takdir yetkisine dayanan tasarruflar ile hükümet tasarrufları arasında mühim fark vardır. Zira idarenin takdir yetkisi hukuk kurallarına bağlı bir yetkidir, bu kurallar içinde bir hareket serbestliği söz konusudur. Oysaki hükümet tasarrufları hukuk düzeninin dışında kalan bir alandır. ONAR, Sıddık Sami: age., s. 441-442.

⁷⁰ GİRİTLİ, İsmet-Pertev BİLGİN-Tayfun AKGÜNER-Kahraman BERK: age., s. 152; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-Turgut TAN: age., s. 41; GÜRAN, Sait: “Yargı Denetiminin Kapsamı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer’e Armağan, Cilt 52, Sayı 1-4, 1986-1987, s. 41, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023003782/1023003359> (Erişim Tarihi: 30 Aralık 2016).

⁷¹ SARICA, Ragıp: agm., s. 470.

⁷² SARICA, Ragıp: agm., s. 464.

⁷³ Hudutları Dahilinde Tebaamızın Emlakine Vaziyet Eden Devletlerin Türkiye’deki Tebaaları Emlakine Karşı Mukabelei Bilmisil Tedabiri İttihazı Hakkında Kanun için bakınız 15 Haziran 1927 tarihli ve 608 sayılı Resmi Gazete.

Kurulu kararıyla el konulabilecektir⁷⁴. Ama bu kararların yargı denetimi dışında olacağına yönelik bir hüküm bulunmamaktadır.

1602 sayılı Kanun'un uygulamasından doğan iki uyuşmazlık Devlet Şurasının içtihadına konu olmuştur. Bunlardan ilkinde Romanya, Türkiye ile arasındaki anlaşmaya aykırı olarak Türkiye'den aldığı malların dövizlerine izin vermemiştir. Bunun üzerine Türkiye de mukabelebilmisilde bulunarak bedelleri henüz ödenmemiş Romanya mallarının bedellerini bloke etmiştir. Türkiye'nin mukabelebilmisilinden evvel 1935 yılında Romanya'dan petrol ithal eden bir şirket söz konusu kararın iptali talebiyle dava açmıştır. Devlet Şurası Birinci Dairesi 24/09/1936 tarihli kararıyla, uyuşmazlığın devletin yüksek siyasetine ilişkin olması sebebiyle idarî davaya konu edilemeyeceğini belirterek dava konusu kararın yargı denetimini yapmaktan imtina etmiştir. Devlet Şurası bu kararında dava konusu tasarrufun hükümet tasarrufu olduğunu açıkça belirtmemiştir⁷⁵.

Mukabelebilmisile emsâl teşkil eden bir başka olay 1931 yılında Beyaz Ruslardan ve yıkılan Çarlık düzeninden bir kimsenin malına el konulmasıdır. Devlet Şurası 14/10/1931 tarihli kararıyla dava konusu edilen bu işlemin devletin siyasi işlerine ilişkin olduğu vurgusunu yaparak davanın görülemeyeceğini belirtmiştir⁷⁶. Davada savcı dava konusu işlemin hükümet tasarrufu olduğunu açıkça beyan etse de Devlet Şurasının kararında bu tasarrufun hükümet tasarrufu olduğu yine açıkça belirtilmemiştir⁷⁷.

⁷⁴ GİRİTLİ, İsmet: age., s.91; ONAR, Sıddık Sami: age., s. 465.

⁷⁵ SARICA, Ragıp: agm., s. 465-466; GİRİTLİ, İsmet: age., s. 92-93, ONAR, Sıddık Sami: age., s. 465-466.

⁷⁶ Şurayı Devlet 1. Dava Dairesi, 14.10.1931 tarihli ve 29/2504 sayılı kararı, Kararlar Mecmuası, Birincikanun 1938, Sayı: 6, s. 122 nakleden KAYA, Cemil: agm., s. 639.

⁷⁷ SARICA, Ragıp: agm., s. 466; GİRİTLİ, İsmet: age., s. 92.

b. İskân Mevzuatının Tatbikiyle İlgili Uyuşmazlıklar

2510 sayılı İskan Kanunu⁷⁸ ve 2848 sayılı İskan Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun⁷⁹ uyarınca Hükümetin siyasî, askerî, iktisadî ve kültürel sebeplerle bazı bölgelerdeki halkı başka yerlere nakletmesi işlemleri Devlet Şurasının kararına konu olan iki olayda hükümet tasarrufu olarak görülmektedir. Bunlardan ilki hükümetin 1933 yılında Tokat'ın bir köyündeki halkı kısım kısım farklı şehirlere nakletmesi işlemidir. Bu işlem dava konusu edildiğinde Devlet Şurası Dava Daireleri Genel Kurulu 17/4/1934 tarihli kararı⁸⁰ ile İskân Kanunu uyarınca alınan tedbirlerin idari davaya konu edilemeyeceğini belirterek bu tedbirlerin hükümet tasarrufu olduğunu kabûl etmiştir. Bu suretle dava konusu edilen diğer işlem ise sınıra yakın bölgedeki halkın emniyet bakımından görülen lüzum üzerine ve İskân Kanunu uyarınca başka illere naklidir. Devlet Şurasının 5. Dava Dairesinin 18/3/1939 tarihli içtihadına göre⁸¹ söz konusu işlem devletin yüksek menfaatini korumak amacıyla yapılan siyasî bir tasarruftur. Bu nedenle Devlet Şurası bu işlemin idarî davaya konu edilemeyeceğini belirterek hükümet tasarrufu olduğunu kabûl etmiştir⁸².

c. Tabiiyet Uyuşmazlıkları

Bu uyuşmazlıkların ilki yabancıların sırf yabancı tabiiyetine ilişkin kararlardan doğmaktadır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin 1939/182 sayılı kararı uyarınca bu gibi kararlar bir hükümet tasarrufudur. Örneğin hükümetin bir kimsenin İtalyan değil de Yugoslav olduğuna yönelik kararı bu niteliktedir.

⁷⁸ 2510 sayılı İskan Kanunu için bakınız 21 Haziran 1934 tarihli ve 2733 sayılı Resmi Gazete.

⁷⁹ 2848 sayılı İskan Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun için bakınız 21 Kasım 1935 tarihli ve 3162 sayılı Resmi Gazete.

⁸⁰ Danıştay Dava Daireleri Umumi Heyetinin 17.04.1934 tarihli ve E.1934/13, K.1934/27 sayılı kararı, Kararlar Mecmuası, Birincikanun 1938, Sayı: 6, s. 123 nakleden KAYA, Cemil: agm., s. 640.

⁸¹ Danıştay 5. Dairesinin 18.03.1939 tarihli ve E. 1938/6, K. 1939/182 sayılı kararı Kararlar Mecmuası, Haziran 1939, Sayı: 8, s. 86 nakleden KAYA, Cemil: agm., s. 640.

⁸² SARICA, Ragıp: agm., s. 466-467; GİRİTLİ, İsmet: age., s. 98-99; ONAR, Sıddık Sami: age., s. 466.

Devlet Şurası Türkiye Büyük Millet Meclisinin kararına uyarak bu gibi kararları hükümet tasarrufu kabûl etmektedir⁸³.

Tabiiyet uyuşmazlıklarının bir başka türü yabancı olduğunu iddia eden birinin Türk vatandaşı olduğu hakkındaki kararlardır. Devlet Şurası Dava Daireleri Umumi Heyeti de 24/9/1940 tarihli içtihadında bir kimsenin kendisinin ve çocuklarının Türk sayılması işlemini diploması yoluyla çözülmesi gereken bir işlem olarak değerlendirmiştir. Mahkeme söz konusu işleme ilişkin davayı incelemeksizin reddederek bu gibi hususların hükümet tasarrufu olduğunu belirtmektedir⁸⁴.

Tabiiyet ihtilafı olarak değerlendirebileceğimiz bir diğer husus ise (mülga) 1041 sayılı Şerâit-i Muayyeneyi Hâiz Olmayan Osmâni Teb'âsının Türk Vatandaşlığından İskâtı Hakkında Kanun'dan⁸⁵ doğmaktadır. 1041 sayılı Kanun'un birinci maddesi uyarınca İstiklal Muharebelerine katılmayarak 1923-1927 arası Türkiye'ye geri gelmemiş olan Osmanlı halkının Türk vatandaşlığından ıskatına karar verilmektedir. Bununla birlikte Kanun bu kararlara karşı dava açılıp açılmayacağına yönelik bir hüküm içermemektedir. Devlet Şurası üç ayrı içtihadında bu kararları hükümet tasarrufu olarak kabûl etmiştir. Bu içtihatlardan ilkinin konusu Musevi bir vatandaşın geçimini temin için yurda dönmemesi sonrasında 1041 sayılı Kanuna göre 1932 yılında vatandaşlığının düşürülmesi işlemidir. Söz konusu işlem aleyhine dava açılması üzerine Devlet Şurası bu işlemin mahiyeti itibariyle özel ve olağanüstü bir duruma ilişkin olduğunu, 1041 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen işlemin idari davaya konu edilemeyeceğini belirtip davayı ilk incelemeden reddetmiştir⁸⁶. 1939 tarihli başka bir kararında⁸⁷ Devlet Şurası 1041 sayılı kanun uyarınca tesis

⁸³ SARICA, Ragıp: agm., s. 467-468.

⁸⁴ SARICA, Ragıp: agm., s. 469-470; GİRİTLİ, İsmet: age., s. 105.

⁸⁵ 1041 sayılı Şerâit-i Muayyeneyi Hâiz Olmayan Osmâni Teb'âsının Türk Vatandaşlığından İskâtı Hakkında Kanun için bakınız 31 Mayıs 1927 tarihli 598 sayılı Resmî Gazete.

⁸⁶ Danıştay Dava Daireleri Umumi Heyetinin 08.09.1934 tarihli ve E.1934/9, K.1934/74 sayılı kararı Kararlar Mecmuası, Birincikanun 1938, Sayı: 6, s. 124-125 nakleden KAYA, Cemil: agm., s. 641.

⁸⁷ Danıştay 5. Dairesinin 03.03.1939 tarihli ve E.1937/1296, K.1939/327 sayılı kararı, Kararlar Mecmuası, Eylül 1939, Sayı: 9, s. 66-67 nakleden KAYA, Cemil: agm., s. 642.

edilen işlemlerin siyasî tasarruflar olması sebebiyle idarî davaya konu edilemeyeceğine değinmiştir. Yüksek mahkemenin bu kararlarından, açıkça ifade edilmese de dava konusu işlemin hükümet tasarrufu olduğu anlaşılmaktadır. 1938 tarihli bir içtihadında⁸⁸ ise Devlet Şurası, 1041 sayılı Kanunun Türkiye Cumhuriyeti'nin siyasi varlığını korumak amaçlı bir düzenleme olduğundan bahisle bu Kanunun uygulanması suretiyle tesis edilen işlemlerin hükümet tasarrufu olduğunu ilk defa açıkça zikretmiştir⁸⁹. Ancak bir süre sonra Danıştay bir içtihadı birleştirme kararı⁹⁰ ile 1041 sayılı kanun uyarınca tesis edilen vatandaşlıktan çıkarma kararlarının Danıştayın yargı denetimine tabi idari bir işlem olduğuna karar vererek nihai içtihadını ortaya koymuştur.

d. Yabancıların Sınır Dışı Edilme Kararları

Danıştay, Yunanistan vatandaşı bir şahsın siyasi düşüncelerle sınır dışı edilme kararını hükümet tasarrufu kabul ederek, açılan davayı görev yönünden reddetmiştir⁹¹. Danıştayın bu kararında da söz konusu işlemin hükümet tasarrufu niteliğinin açıkça zikredilmesi dikkat çekmektedir.

2. 1961 ve 1982 Anayasası Dönemindeki İchtihatta Hükümet Tasarrufları

⁸⁸ Danıştay Dava Daireleri Umumi Heyetinin 06.12.1938 tarihli ve E.1938/310, K.1938/243 sayılı kararı, Kararlar Mecmuası, Eylül 1939, Sayı:9, s.65 nakleden KAYA, Cemil: agm., s. 642.

⁸⁹ SARICA, Ragıp: agm., s. 468-470.

⁹⁰ Danıştay Dava Daireleri Umumi Heyetinin 21.05.1943 tarihli ve E.1940/290, K.1943/83 sayılı kararı, Kararlar Mecmuası, Eylül 1943, Sayı 22, s. 45-46.

⁹¹ Danıştay 5. Dairesinin 12.02.1943 tarihli ve E.1943/861, K.1943/343 sayılı kararı. OKAY Suphi N., Danıştay Karar ve İchtihatları, Kanaat Basımevi, Ankara 1946, s. 74 nakleden KAYA, Cemil: agm., s. 642.

1961 Anayasası dönemindeki bir içtihadında⁹² Danıştay, üstü kapalı da olsa hükümet tasarrufları teorisini uygulamıştır⁹³. İçtihadı konu uyumsuzluk Cumhurbaşkanının Cumhuriyet Senatosuna üye seçme işlemine ilişkindir⁹⁴. O dönemde siyâsî partiler kanalıyla seçimden geçerek yasama meclislerine girmek kolay olmadığından, Cumhurbaşkanı tarafından seçilen kontenjan senatörü sıfatıyla meclise girmek isteyenler her seçim döneminde dilekçe ile Cumhurbaşkanlığına başvurmaktadır. Bu doğrultuda bir dilekçe ile Cumhurbaşkanlığına müracaat eden bir kişi bu müracaatına üç ay içinde bir cevap alamayınca oluşan zımnî ret işlemine karşı Danıştayda iptal davası açmıştır. Danıştayın bu davayı, dava konusu işlemin yargı denetimini yasaklayan hiçbir hüküm yokken görevsizlik sebebiyle reddetmesi⁹⁵

⁹² Danıştay 12. Dairesinin 16.02.1979 tarihli ve E. 1979/547, K. 1979/575 sayılı kararı, ERKUT, Celâl: age., s. 199; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-Turgut TAN: age., s. 40; MEMİŞ; Emin: “İdarenin Yargısal Koruma Alanı ve Sınırları Bağlamında Gözlemler”, Sempozyum, Danıştay ve İdarî Yargı Günü 140. Yıl, 12 Mayıs 2008, s. 67, http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_105257.pdf (Erişim Tarihi: 30 Aralık 2016); ÖZAY, İlhan: age., s. 321; ERKUT, Celâl: age., s. 199

⁹³ ERKUT, Celâl: age., s. 199.

⁹⁴ IV. CUMHURİYET SENATOSU

a) KURULUŞ

Madde 70 - Cumhuriyet Senatosu, genel oyla seçilen yüzelli üye ile Cumhurbaşkanınca seçilen onbeş üyeden kuruludur. Türkiye Cumhuriyeti 1961 Anayasası <http://www.basarmevzuat.com/dustur/kanun/4/0334/a/334sk-1.htm> (Erişim Tarihi: 30 Aralık 2016).

⁹⁵ *Bu kararın gerekçeleri şöyle sıralanabilir:*

a) *Bu yetkinin kullanılmasındaki Cumhurbaşkanlığı işlemi Anayasa'nın 114'üncü maddesinde "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmünde sözü edilen idari işlerden sayılamaz. Çünkü idarî işlem genel olarak idarenin idarî usullere göre yaptığı idarî işlemler olarak tanımlanabilir.*

b) *Cumhuriyet senatosu üye seçme yetkisi, yasama meclislerinden birinin oluşmasına katkıda bulunma yetkisidir. Seçimlerin genel yönetim ve denetiminin Yüksek Seçim Kuruluna ait olduğu Anayasa'nın 75'inci maddesinde öngörüldüğü halde, Cumhurbaşkanınca yapılacak seçimin bu madde kapsamı dışında kaldığı görülmektedir.*

c) *Anayasada bu yoldaki işlemi denetleyecek bir yargı yeri belirlenmediğine göre ve niteliği itibarıyla yargısal denetime tâbi bir işlem olmadığından, bu işleme karşı açılan davanın Danıştayda görülmesine olanak yoktur.*

çalışmamızın konusu olan “hükümet tasarrufu” boyutuyla dikkat çekmektedir. Ancak Danıştay kararında, dava konusu işlemin hükümet tasarrufu niteliğini açıkça belirtmemiştir⁹⁶.

1982 Anayasası dönemindeki içtihat, hükümet tasarrufunun kabûl görmediğini ortaya koymaktadır. Ancak Ankara 6. İdare Mahkemesi davanın esasına girdikten sonra verdiği bir ret kararına rağmen, kararın gerekçesi sebebiyle hükümet tasarrufunu anımsatmıştır. Güney Afrika Cumhuriyeti’nde üniversite öğrenimi gören bir şahsın kendisine “dövizsiz özel öğrenci” statüsü tanınmasına ilişkin talebinin reddine yönelik Millî Eğitim Bakanlığı işleminin iptali istenilen davada yerel mahkeme, dava konusu işlemin devletin dış politikasını ilgilendirmesi sebebiyle siyasî nitelikte olduğu vurgusu yapmasına rağmen, işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığı sonucuna varmıştır⁹⁷. Müstakar içtihat ise hükümet tasarrufu kavramını dikkate almamaktadır. Nitekim Danıştay bir çimento fabrikasındaki kamu hisselerinin bir firmaya satışına ilişkin Yüksek Plânlama Kurulu kararının idarî yargı yerince iptal

d) Cumhurbaşkanının bu yetkisini kullanmasıyla ilgili bir bakan olamayacağı gibi, Anayasa Başbakanı da bu yetkinin kullanılmasında Cumhurbaşkanına ortak etmemiştir. Şu hale göre davanın kuruluşunda ve çözümlenmesinde davalı tarafı belirlemek olanağı da bulunmamaktadır.

e) Devletin başı ve bu sıfatla Türkiye Cumhuriyetini ve milletin birliğini temsil, Anayasa’yı sayacağına ve savunacağına yemin eden Cumhurbaşkanının Anayasa’da öngörülen koşullara uymayacağı düşünülemez.

Danıştay 12. Dairesinin 16.02.1979 tarihli ve E. 1979/547, K. 1979/575 sayılı kararı ve bu karara ilişkin eleştiriler için bakınız DURAN, Lütfi: “Danıştay’ın 1979 Yılı Kararları Üzerine Kısa Mülâhazalar”, Amme İdaresi Dergisi, Sayı:13/2, Haziran 1980, s.

64-67

http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/d81394e0f6ee7f8_ek.pdf?dergi=Amme%20Idaresi%20Dergisi (Erişim Tarihi. 30 Aralık 2016).

⁹⁶ Fransız Danıştay’ı da Senatonun üçte birinin yenilenmesi sonrasında; Gard bölgesinden eski senatör Thailhades’in yerine, o yörenin belediye başkanı olan Benedetti’nin seçilmesi ve durumun İçişleri Bakanlığının bir yazısı ile Senatoya duyurulması işlemine karşı açılan davada isim zikretmemesine rağmen hükümet tasarrufu teorisini uygulamıştır. Fransız Danıştayının 25.03.1987 tarihli “Goujon” kararını nakleden: ERKUT, Celâl: age., s. 200, 234.

⁹⁷ Ankara 6. İdare Mahkemesinin 16.02.1987 tarihli ve E. 1985/1197, K. 1987/69 sayılı kararı, GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-Turgut TAN: age., s. 41.

edilmesine rağmen mahkeme kararının uygulanması halinde milletlerarası temel hukuk prensipleri ihlâl edileceğinden yargı kararı doğrultusunda yeniden bir işlem tesis edilmemesi yönünde alınan Bakanlar Kurulu prensip kararını –söz konusu kararın hükümet tasarrufu olarak alındığı savunmasına itibar etmeden – hukuka aykırı bularak iptal etmiştir⁹⁸.

Danıştay daha eski bir içtihadında, dava konusu edilen Bakanlar Kurulunun Nato'dan askerî kuvvet istemesine ilişkin kararının hukuka uygunluğunu –Danıştay savcısının usule yönelik karşı düşüncesine rağmen⁹⁹- incelemiş ve mevzuata aykırı olmadığı sonucuna vararak davanın reddine karar vermiştir¹⁰⁰.

Savaş, isyan, ekonomik bunalımlar, tabii afetler gibi toplumdaki huzuru ve güveni sarsan istisnaî durumlarda tehlikenin ağırlığına göre yürütme organına geçici olarak geniş yetkiler verilip temel hak ve özgürlüklerde daha fazla kısıntılar yapılır. Olağanüstü dönemlerde ortaya çıkan tehlikelerin süratle bertaraf edilebilmesi için yürütme organının takdir yetkisi ve düzenleme yetkisi genişler¹⁰¹.

1982 Anayasası'na göre olağanüstü yönetim usûlleri 119, 120 ve 121. maddelerde düzenlenen olağanüstü haller ile 122. maddede düzenlenen

⁹⁸ Danıştay 10. Dairesinin 28.05.2004 tarihli ve E. 2002/4061, K. 2004/5219 sayılı kararı, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraSevlet> (Erişim Tarihi: 30 Aralık 2016); ANTER, Naciye Berrak: Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarında İdarî Yargı Denetimin Kapsamı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku Anabilim Dalı), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s. 150-151.

⁹⁹ “..İdarenin uluslararası hukuka ait vecibeleri dolayısıyla tesis ettikleri işlemler iç hukukta idarî işlemler olarak görünseler dahi idarî işlemin idare hukukunda incelenmelerini sağlayan unsurları açısından idarî (davaya) konu olamazlar...davanın incelenmeksizin reddi (gerekir).” Danıştay 10. Dairesinin 13.10.1992 tarihli ve E. 1990/4944, K. 1992/3569 sayılı kararı, ANTER, Naciye Berrak: age., s. 150, dipnot 470.

¹⁰⁰ Danıştay 10. Dairesinin 13.10.1992 tarihli ve E. 1990/4944, K. 1992/3569 sayılı kararı, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30 Aralık 2016); ANTER, Naciye Berrak: age., s. 150; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-Turgut TAN: age., s. 41.

¹⁰¹ EROĞLU, Hamza: age., s. 55-56.; GİRİTLİ, İsmet-Pertev BİLGİN-Tayfun AKGÜNER-Kahraman BERK: age., s. 123, 125.

sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halleridir¹⁰². Olağanüstü yönetim usullerini düzenleyen bu hükümler doktrinde¹⁰³ hükümet tasarruflarının örneği olarak görülmektedir¹⁰⁴.

Olağanüstü hâl ile sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halleri ilânı, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından yapılan bir idarî işlemdir. Bu işlemler Resmî Gazete’de yayınlanıp hemen TBMM’nin onayına sunulur. Ancak bu işlemlerin yargı denetiminin yapılıp yapılamayacağı tartışma konusu olmuştur. Organik kıstasa göre Bakanlar Kurulu kararı bir idarî işlem iken; bu idarî işlemin onaylanması hakkındaki TBMM kararı ise yasama işlemidir¹⁰⁵. Önceleri olağanüstü hal rejiminin ilânına ilişkin Bakanlar Kurulu kararının “hükümet tasarrufu” olması sebebiyle idarî yargı mercileri tarafından denetlenemeyeceği düşünülse de¹⁰⁶ 1961 Anayasası’nın yürürlüğe girmesiyle bu görüş meşruiyetini kaybetmiştir. ÖZBUDUN’a göre olağanüstü hâl rejiminin ilânına ilişkin Bakanlar Kurulu kararı, TBMM tarafından onaylanması ile bir yasama işlemi haline geldiğinden, idarî davaya konu edilemez¹⁰⁷. Bazı yazarlar ise olağanüstü hal rejiminin ilânına ilişkin Bakanlar Kurulu kararına karşı açılacak iptal davasının, söz konusu karar sebebiyle doğrudan bir kişinin menfaati ihlâl edilmediğinden davacıya ilişkin önkoşulları açısından davanın reddedilebileceği ihtimâline vurgu yapmışlardır¹⁰⁸.

¹⁰² EROĞLU, Hamza: age., s. 56; GİRİTLİ, İsmet-Pertev BİLGİN-Tayfun AKGÜNER-Kahraman BERK: age., s. 126.

¹⁰³ Sıkıyönetim ilanına ilişkin kararnameler hükümet tasarrufu olarak sayılamaz. LAUBADÉRE: Traité, S. 299, dipnot 6 nakleden: ERKUT, Celâl: age., s. 231; GİRİTLİ, İsmet: “Örfî İdare İlanı Kararı Kazaî Murakabeye Tâbi midir?” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XXII, Sayı 1-4 (1957), s. 123, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023004527/1023004118> (Erişim Tarihi: 30 Aralık 2016).

¹⁰⁴ ÖZAY, İl Han: age., s. 322-323.

¹⁰⁵ EROĞLU, Hamza: age., s. 56; GİRİTLİ, İsmet-Pertev BİLGİN-Tayfun AKGÜNER-Kahraman BERK: age., s. 128.

¹⁰⁶ ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdarî Yargı, s. 183; ONAR, Sıddık Sami: age., s. 449.

¹⁰⁷ ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Ankara 2011, s. 368-369.

¹⁰⁸ GİRİTLİ, İsmet-Pertev BİLGİN-Tayfun AKGÜNER-Kahraman BERK: age., s. 142.

Danıştay, Bakanlar Kurulu tarafından ilân edilen sıkıyönetim kararını, organik açıdan idarî bir işlem olarak görmekle birlikte mahiyeti itibari ile “kanunî bir tasarruf” kabûl ederek bu karara karşı açılan davada görevsizlik kararı vermiştir¹⁰⁹. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi de Danıştaya benzer gerekçelerle sıkıyönetim ilânının idarî işlem olmadığı sonucuna varmıştır¹¹⁰.

Olağanüstü hâl rejimi ilânına ilişkin Bakanlar Kurulu işlemini onaylayan TBMM kararı, organik kıstasa göre yasama işlemi olarak görülmesine rağmen maddî açıdan idarî işlemdir. Genel kabule göre TBMM’nin bu kararı, yargı denetimi dışında olan bir parlâmento kararıdır¹¹¹.

Benim de katıldığım görüşe göre olağanüstü rejimin ilânına ilişkin Bakanlar Kurulu işlemini onaylayan ve mahiyeti itibariyle idarî nitelikte olan TBMM kararını “parlâmento kararı” olarak kabûl edip “idarî yargı” denetimi dışında tutmak hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır¹¹². Danıştay, bazı kamu kurum ve kuruluşlarına üye seçilmesine ilişkin parlâmento kararlarında olduğu gibi, söz konusu kararların da yargı denetimini yapmalıdır. Olağanüstü rejim ilânının siyasi mülâhazalarla kötüye kullanılması ihtimali düşünüldüğünde bu görüş daha faydalı ve isabetlidir. Bu nedenle olağanüstü rejimin ilânına ilişkin işlem yargı denetimine tâbi olmalı, hukuka aykırılık derecesine göre iptal edilmeli ve hatta yok hükmünde olduğuna karar verilmelidir¹¹³.

Hukuk devleti ilkesine göre olağanüstü hâl ilânından sonra olağanüstü hâl makamları tarafından tesis edilen işlemlere karşı da yargı yolu açık olmalıdır. Olağanüstü dönemlerde hükümet tasarrufları gündeme getirilse de

¹⁰⁹ “... sıkıyönetim ilânı kararı, organik ve şekli bakımından idari bir tasarruf olarak görünmesine rağmen, T.B.M.M.’nin (onayı ile)... bir yasama tasarrufuna dönüşmektedir...” Danıştay Dava Daireleri Kurulunun 03/07/1970 tarihli ve E. 1970/389, K. 1970/442 sayılı kararı, ERKUT, Celâl: age., s. 232; GİRİTLİ, İsmet-Pertev BİLGİN-Tayfun AKGÜNER-Kahraman BERK: age., s. 141-142; ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdarî Yargı, s. 183.

¹¹⁰ Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Daireler Kurulunun 10/02/1994 tarihli ve E. 1994/21, K. 1994/4 sayılı kararı, ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdarî Yargı, s. 183.

¹¹¹ GİRİTLİ, İsmet-Pertev BİLGİN-Tayfun AKGÜNER-Kahraman BERK: age., s. 143.

¹¹² GİRİTLİ, İsmet-Pertev BİLGİN-Tayfun AKGÜNER-Kahraman BERK: age., s. 144.

¹¹³ GİRİTLİ, İsmet: agm., s. 123.

gerek 1961 gerek 1982 Anayasası uyarınca bu süreçte tesis edilen işlemlere ilişkin bir yargı bağıışıklığı düzenlenmemiştir. Bununla birlikte Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca olağanüstü dönemlerde yürütmenin durdurulması kararı verilmesi sınırlanabilir¹¹⁴. İdarî işlem niteliğinde olmalarına rağmen anayasa uyarınca yargı denetimine izin verilmeyen olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleriyle tesis edilen birel işlemler¹¹⁵ de idare mahkemelerinin kanun hükmünde kararnameleri denetim

¹¹⁴ "... Anayasa'nın "Yargı yolu" başlıklı 125. maddesinin ilk fıkrasında, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu; beşinci fıkrasında, idarî işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği; altıncı fıkrasında da, kanunun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca millî güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabileceği belirtilmektedir. Buna göre, madde ile açıkça yargısal denetimine izin verilmeyenler dışında idarî işlemlere karşı dava açma hakkı hiçbir halde engellenemeyecek, ancak sayılan durumlar nedeniyle yalnız yürütmenin durdurulması kararı verilmesi sınırlanabilecektir. Oysa, 285 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 425 sayılı KHK ile yeniden düzenlenen itiraz konusu 7. maddesinde, "Bu Kanun Hükmünde Kararname ile Olağanüstü Hal Bölge Valisine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili idarî işlemler hakkında iptal davası açılmaz" denilerek bu işlemlere karşı dava açma hakkı ortadan kaldırılmış, böylece Anayasa'nın olağanüstü yönetim usulü bağlamında öngörmediği bir yetki kullanılmıştır..." Anayasa Mahkemesinin 22/05/2003 tarihli ve E. 2003/28, K. 2003/42 sayılı kararı, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/9a37ab36-2676-4498-849b-710ccdb54428?excludeGerekce=True&wordsOnly=False> (Erişim Tarihi: 30 Aralık 2016).

¹¹⁵ ***Olağanüstü Hal Kapsamında Kamu Personeline İlişkin Alınan Tedbirlere Dair Kanun Hükmünde Kararname (1 Eylül 2016 tarihli ve 29818 Mükerrer sayılı Resmî Gazete) Karar Sayısı: KHK/672***

Kamu personeline ilişkin tedbirler

MADDE 2- (1) Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan;

a) Ekli (1) sayılı listede yer alan kişiler kamu görevinden,

b) Ekli (2) sayılı listede yer alan kişiler Emniyet Genel Müdürlüğü teşkilatından,

c) Ekli (3) sayılı listede yer alan kişiler Jandarma Genel Komutanlığı teşkilatından,

yetkisi bulunmadığından idarî davaya konu edilememektedir¹¹⁶. Söz konusu olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerin yapıldığı sırada hükümet tasarrufu kavramının tekrar gündeme gelebileceği ihtimali belirse de yargı mercileri verdiği kararlarda hükümet tasarruflarına ya da hükümet tasarrufunu gündeme getirebilecek gerekçelere yer vermemiştir.

Hükümet tasarrufu konusunda en güncel çalışmayı ortaya koyan Prof. Dr. Cemil KAYA da hükümet tasarrufu uygulamasının 1961 Anayasası ile son bulunduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte KAYA, 1961 ve 1982 Anayasası dönemlerinde -özellikle yabancılara ilişkin veyahut da devletin uluslararası ilişkilerine ait uyuşmazlıklarda- Danıştayın “devletin hükümranlık/egemenlik hakkı” kavramını kullanılarak açılan davaları esastan reddettiğini emsal kararları ışığında vurgulamıştır. KAYA bu doğrultuda, hükümet tasarrufu teorisine “devletin hükümranlık/egemenlik hakkı” kavramı ile yaklaşıldığı tezine ulaşmıştır¹¹⁷.

ç) Ekli (4) sayılı listede yer alan kişiler Sahil Güvenlik Komutanlığı teşkilatından, başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın çıkarılmıştır. Bu kişilere ayrıca herhangi bir tebligat yapılmaz. Haklarında ayrıca özel kanun hükümlerine göre işlem tesis edilir.

¹¹⁶ “... Yukarıda aktarılan hükümle, sözü edilen KHK'nın yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla ekli listelerde isimleri bulunan kişilerin kamu görevinden başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın çıkarılacağı düzenlenmiş olup; anılan düzenleme uyarınca, davacının kamu görevinden çıkarılması üzerine incelenmekte olan dava açılmıştır.

Olayımızda; öğretmen olarak kamu görevi ifa eden davacı, 01/09/2016 tarihli ve 29818 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 672 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Kamu Personeline İlişkin Alınan Tedbirlere Dair Kanun Hükmünde Karamame'nin "Kamu Personellerine İlişkin Tedbirler" başlıklı 2.maddesinin 1.fıkrası uyarınca kamu görevinden hiçbir işleme gerek kalmaksızın çıkarılmıştır. Bu nedenle, anılan KHK ile kamu görevinden çıkarılan davacı hakkında, davalı idarece tesis edilmiş idarî davaya konu olabilecek bir işlemin varlığından söz edilmesine olanak bulunmamaktadır.

Bu durumda, 672 sayılı KHK hükmü uyarınca kamu görevinden çıkarılan davacı hakkında KHK dışında başka bir idarî işlem de olmadığından ve mahkememizin KHK'nın hukukî denetimini yapma yetkisi bulunmadığından, açılan bu davanın mahkememizce incelenme olanağı bulunmamaktadır...” Trabzon İdare Mahkemesinin 08/09/2016 tarihli kararı <http://www.hukukmedeniyeti.org/haber/11781/khk-ihraclarinin-iptali-davasinda-ilk-karar-verild/> (Erişim Tarihi: 30 Aralık 2016).

¹¹⁷ KAYA, Cemil: agm., s. 637-661.

SONUÇ

“Hükümet tasarrufları”, 1924 Anayasası’nın yürürlükte olduğu dönemde Türk Devlet Şurasının birçok kararında kabûl edilmiş ve “hükümet tasarrufları”nın yargı denetimi yapılmamıştır. “Hukuk devleti” ilkesinin baskın hale geldiği günümüzde ise hükümet tasarrufları Türk pozitif hukukunda 1961 ve 1982 Anayasaları ile birlikte tamamen ortadan kalkmış ve yok olmuştur. Danıştayın son yıllarda vermiş olduğu kararlarda “hükümet tasarrufları”na ilişkin savunma ya da görüşleri tartışmaya bile değer görmeden dikkate almaması bunu kanıtlamaktadır. Uygulama ve hakim görüş bu yönde olmasına rağmen 1960’lı yıllarda Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN örneğinde olduğu gibi günümüzde Prof. Dr. Kemâl GÖZLER “hükümet tasarrufları”nın mevcudiyetini savunmakta, hatta bunun listesini yapmaktadır. Elindeki yetkileri kötüye kullanma hususunda sabıkalı olan idare kültürümüz düşünüldüğünde ve mevzuatın da hükümet tasarruflarının varlığını yasaklayan hükümleri karşısında Türk hukukunda hükümet tasarrufları teorisinin varlığını kabul etmemeyi doğru buluyorum.

KAYNAKLAR

- ANTER, Naciye Berrak: Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarında İdarî Yargı Denetiminin Kapsamı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku Anabilim Dalı), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006.
- ARTUKMAÇ, Sadık: Bizde İdarenin Murakabesi, İstanbul 1950, Cumhuriyet Matbaası.
- BALTA, Tahsin Bekir: İdare Hukukuna Giriş, Ankara 1970, Türkiye Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No.117, Sevinç Matbaası.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara Eylül 2015, Adalet Yayınevi. [Yazarın bu eserine atıflar “İdare Hukuku” şeklinde yapılmıştır].
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdarî Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara Ağustos 2015, Seçkin Yayıncılık. [Yazarın bu eserine atıflar “İdari Yargı” şeklinde yapılmıştır].
- Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması, Ankara 1966, Türk Hukuk Kurumu Yayınları No:24-113, Sevinç Matbaası.
- DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Fakülteler Matbaası. [Yazarın bu eserine atıflar age. şeklinde yapılmıştır].
- DURAN, Lütfi: “Danıştay’ın 1979 Yılı Kararları Üzerine Kısa Mülâhazalar”, Amme İdaresi Dergisi, Sayı:13/2, Haziran 1980, s. 64, http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/d81394e0feee7f8_ek.pdf?dergi=Amme%20Idaresi%20Dergisi (Erişim Tarihi. 30 Aralık 2016). [Yazarın bu eserine atıflar agm. şeklinde yapılmıştır].
- ERKUT, Celâl: İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdarî İşlemin Kimliği, Tıpkı Basım, Danıştay Yayınları No: 51, Danıştay Matbaası, 2015.
- EROĞLU, Hamza: İdare Hukuku, Genel Esaslar, İdarî Teşkilât ve İdarenin Denetlenmesi, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş Beşinci Bası, Ankara 1985, Turhan Kitabevi.

- FEYZİOĞLU, Turhan: “Doç. Dr. Turhan Feyzioğlu’nun 9.4.1966 Günlü Konuşması”, Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması [Sempozyumu], Ankara 1966, Türk Hukuk Kurumu Yayınları No:24-113, Sevinç Matbaası, s.148-165.
- GİRİTLİ, İsmet: Türkiyede ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları, İstanbul 1958, İstanbul Üniversitesi Yayınları No.770, Hukuk Fakültesi No. 160, Sulhi Garan Matbaası. [Yazarın bu eserine atıflar age. şeklinde yapılmıştır].
- GİRİTLİ, İsmet-Pertev BİLGİN-Tayfun AKGÜNER-Kahraman BERK: İdare Hukuku, Güncellenmiş Beşinci Bası, İstanbul Haziran 2012, Der Yayınları:292.
- GİRİTLİ, İsmet: “Örfi İdare İlanı Kararı Kazaî Murakabeye Tâbi midir?” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XXII, Sayı 1-4 (1957), s. 112-123, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023004527/1023004118> (Erişim Tarihi: 30 Aralık 2016). [Yazarın bu eserine atıflar agm. şeklinde yapılmıştır].
- GÖZLER, Kemâl: İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş İkinci Baskı, Cilt I, Bursa Ekim 2009, Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- GÖZLER, Kemâl-Gürsel KAPLAN: İdare Hukuku Dersleri, En Son 18 Haziran 2014 Tarih ve 6545 Sayılı Kanuna Göre Güncelleştirilmiş Onbeşinci Baskı, Bursa Ağustos 2014, Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref- Turgut TAN: İdare Hukuku C. II İdarî Yargılama Hukuku, Mevzuattaki Son Değişiklikler İşlenerek Güncelleştirilmiş 6. Bası, Ankara Eylül 2013, Turhan Kitabevi.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Yönetmelik Yargı, Güncelleştirilmiş 33. Baskı, Ankara Ağustos 2013, Turhan Kitabevi.
- GÜRAN, Sait: “Yargı Denetiminin Kapsamı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer’e Armağan, Cilt 52, Sayı 1-4, 1986-1987, s. 35-45, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023003782/1023003359> (Erişim Tarihi: 30 Aralık 2016).

- KARAHANOĞULLARI, Onur: İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdarî İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara Ağustos 2015, Turhan Kitabevi.
- KARAYALÇIN, Yaşar: “Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’ın 26.3.1966 Günlü Konuşması”, Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması [Sempozyumu], Ankara 1966, Türk Hukuk Kurumu Yayınları No:24-113, Sevinç Matbaası, s. 57-73.
- KAYA, Cemil: “Danıştay İçtihatlarında Hükümet Tasarrufu Teorisinden Devletin Hükümranlık/Egemenlik Hakkı Teorisine”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı:7, Haziran 2016, s. 637-663.
- MEMİŞ; Emin: “İdarenin Yargısal Koruma Alanı ve Sınırları Bağlamında Gözlemler”, Sempozyum, Danıştay ve İdarî Yargı Günü 140. Yıl, 12 Mayıs 2008, s. 63-121, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 77, http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_105257.pdf (Erişim Tarihi: 30 Aralık 2016).
- MERKL, Adolf: Umumî İdare Hukuku (Çeviren: Bedri Tahir ŞAMAN), Ankara 1942.T.C. Maarif Vekilliği Siyasal Bilgiler Okulu Yayınlarından No.9, Titaş Basımevi.
- ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumî Esasları, I. Cilt, Üçüncü Bası, İstanbul 1966, İsmail Akgün Matbaası.
- ÖZAY, İl Han: Günışığında Yönetim, İstanbul 1998, Alfa. [Yazarın bu eserine atıflar age. şeklinde yapılmıştır].
- ÖZAY, İl Han: “Türkiye’de İdarî Yargının İşlev ve Kapsamı”, İdarî Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 1982, Danıştay Yayınları, s. 11-30. [Yazarın bu eserine atıflar agm. şeklinde yapılmıştır].
- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Ankara 2011, Yetkin Yayınları. [Yazarın bu eserine atıflar age. şeklinde yapılmıştır].
- ÖZBUDUN, Ergun: “İngiliz Hukukunda Hükümet Tasarrufları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 18, Sayı 1-4, 1961, s. 333-372, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1961-18->

- 01-04/AUHF-1961-18-01-04-Ozbudun.pdf (30 Aralık 2016). [Yazarın bu eserine atıflar agm. şeklinde yapılmıştır].
- ÖZYÖRÜK, Mukbil: “Doç. Dr. Mukbil Özyörük’ün 9.4.1966 Günlü Konuşması”, Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması [Sempozyumu], Ankara 1966, Türk Hukuk Kurumu Yayınları No:24-113, Sevinç Matbaası, s. 141-147.
- SARICA, Ragıp: İdarî Kaza, Cilt I, İdarî Davalar, İstanbul 1949, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Kenan Matbaası. [Yazarın bu eserine atıflar age. şeklinde yapılmıştır].
- SARICA, Ragıp: “Prof. Ragıp Sarıca’nın Prof, Yaşar Karayağçın’a Cevabı”, Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması [Sempozyumu], Ankara 1966, Türk Hukuk Kurumu Yayınları No:24-113, Sevinç Matbaası, s. 88-90.
- SARICA, Ragıp: “Türk Devlet Şurası İçtihatlarına Göre Hükümet Tasarrufları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 8, Sayı 3-4, (1942), s. 457-472, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023005707/1023005231> (Erişim Tarihi: 30 Aralık 2016). [Yazarın bu eserine atıflar agm. şeklinde yapılmıştır].
- YÖRÜK, Ziya: İdarî Kaza (1940 yılında Paris’de üçüncü defa basılmış Roger Bonnard’ın İdare Hukuku adlı eserinden dilimize çevrilmiştir), Ankara 1944, Alâeddin Kırıl Basımevi.

HUKUK DEVLETİ İLKESİ BAĞLAMINDA TAKDİR YETKİSİ VE YERİNDELİK DENETİMİ İLİŞKİSİ*

Arş. Gör. Ahmet Talha TETİK**

THE RELATIONSHIP BETWEEN DISCRETIONARY AND EXPEDIENCY IN THE CONTEXT OF PRINCIPLE OF THE STATE OF LAW

ÖZ

Hukuk devleti ilkesinin en temel gereklerinden birisi idari işlem ve eylemlerin yargı denetimine tabi olmasıdır. Ancak yargı mercilerinin söz konusu denetimi işlemin hukuka uygunluğu ile sınırlıdır ve yerindelik denetimi yapmaları mümkün değildir. Bu durum kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereği niteliğindedir. Yerindelik denetimi ile ilgili önemli hususlardan birisi de takdir yetkisi ve bağlı yetki kavramlarıdır. Bağlı yetki bulunduğu durumlarda idari işlemin yerindeliğini hukuk kuralları belirlemektedir ve bu durumlarda idarenin söz konusu kurallara uygun davranıp davranmadığı her zaman için

* Kabul Edildiği Tarih: 15.12.2017

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.364591](https://doi.org/10.15337/suhfd.364591)

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

E-mail Adresi: ahmettalhatetik@gmail.com

ORCID ID: orcid.org/0000-0003-1894-9065

denetlenebildiği söylenebilir. İdarenin takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda ise yerindelik denetimi sorunu söz konusu olmaktadır. Bu noktada takdir yetkisinin denetimi hususunda hukuka uygunluk ve yerindeliğin sınırlarının çizilmesi gerekmektedir. Çalışmamızda da hukuk devleti ilkesi çerçevesinde yerindelik denetimi yasağı, yargı kararlarıyla birlikte incelenmiştir.

ANAHTAR KELİMELER: Hukuk Devleti İlkesi, Yerindelik Denetimi, Takdir Yetkisi, Bağlı Yetki, Hukuka Uygunluk Denetimi

ABSTRACT

One of the fundamental requirements of the rule of law principle is that administrative action is subject to judicial review. However, judicial authorities are subject to supervision of the legality of the proceedings, and it is not possible to conduct the appraisal. This is a requirement of the principle of separation of forces. One of the important aspects of the presence audit is the discretionary authority and connected authority concepts. The distinction between appreciation authority and connected authority concepts is important during judicial review. This is because the rules of the law determine the place of the transaction in cases where there is a jurisdiction, and in these cases, it is always possible to check whether the act is in compliance with the rules. Where there is a discretionary authority, there is a question of appropriateness. At this point, it is necessary to draw the boundaries of the appropriateness and appropriateness control of the discretionary authority. Our work will be tried to be examined together with judicial decisions that are not in the framework of the rule of law.

KEY WORDS: Principle of The State of Law, Expediency, Discretion, Binding Authority, Review of Compliance with Law

GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Buna göre "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir". Hukuk devleti ilkesi

sadece anayasal bir hüküm olarak değil aynı zamanda değiştirilemeyecek ve değiştirilmesi dahi teklif edilemeyecek hükümler arasında yer almıştır.

Hukuk devleti ilkesinin gerçekleşebilmesi için de idarenin tüm işlem ve eylemlerin hukuki denetime tabi olması gerekir. İdarenin işlem ve eylemlerinin üstün hukuk kurallarına uygun olmasını öngören hukuk devleti ilkesine göre, bu uygunluğu tesis etmenin temel yolu da yargı denetimin varlığıdır. Öyle ki hukuk devleti ilkesi ile bir yandan yasama faaliyeti denetim altında tutulurken diğer yandan da idari işlem ve eylemler de yargı denetimi tabi kılınabilmektedir¹. Ancak söz konusu yargısal denetim belirli durumlarda sınırlandırılmaktadır. Bu durumlardan bir tanesini de yerindelik denetimi yasağı oluşturmaktadır. Çalışmamızda öncelikle hukuk devleti ilkesi daha sonra ise yerindelik denetimi kavramı ve takdir yetkisi kavramı arasındaki ilişki incelenecektir.

I. HUKUK DEVLETİ İLKESİ

Hukuk devleti, soyut ve içeriğinin belirsiz olması hasebiyle herkes tarafından mutabakata varılmış bir tanımı olmayan ve koşulların değişmesiyle birlikte bu soyutluk ve belirsizlik ortamının da yansısıyla farklılaşan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır².

Anayasa Mahkemesi hukuk devletini şu şekilde ifade etmektedir. *“Anayasa’nın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve*

¹ **AKKUŞ** Selâhattin, Genel Kamu Hukuku, İstanbul, 2006, s. 364.

² **ÖZKORKUT** Ünal Nevin, *“1876 Anayasasının Hukuk Devleti Unsurları Açısından Osmanlı Devlet Anlayışına Getirdiği Yenilikler”*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 1, 2004, s. 174. Hukuk devleti kavramının mutabakat sağlanmış tanımı için bkz. **GÖZLER** Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, B. 14, Bursa, 2013, s. 82; **ATAR** Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Güncellenmiş B. 6, Konya, 2011, s. 88; **TUNÇ** Hasan/**BİLİR** Faruk/**YAVUZ** Bülent, Türk Anayasa Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş B. 2, Ankara, 2011, s. 80-81; **ÖZBUDUN** Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 1998, s. 89; **SOYSAL** Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul, 1986, s. 243.

özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir"³.

Anglo-Sakson hukuk literatüründe "hukukun üstünlüğüne dayalı devlet" veya "hukukun hâkim olduğu devlet" olarak isimlendirilirken⁴, Anglo-Amerikan dünyada hukuk devleti "insanların değil hukukun yönetimi" olarak tarif edilmiş, bireyin özgür ve onurlu bir hayat sürmesinin ancak yönetimin hukuka uyması ile mümkün olabileceği, bu kapsamda söz konusu ilkenin yönetimin hukuka uygun davranmasını teminat altına alan bir formül olduğu kabul edilmiştir⁵. Bu çerçevede hukuk devletinin temel amacı devlet karşısında kişi hak ve özgürlüklerinin korunabilmesidir. Gerçekten hukuk devleti ilkesinin tarihi gelişimi incelendiğinde de bu durum net olarak görülecektir.

Hukuk devleti en geniş anlamıyla "yönetenlerin ve siyasal iktidar sahiplerinin keyfi işlem ve eylemlerine karşı yönetilenlere yani yurttaşlara hukuksal güvenceler sağlayan bir devlet tipi"⁶, "temel hak ve hürriyetlerin

³ Anayasa Mahkemesi, T. 02.06.2009, E. 2004/10, K. 2009/68, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, C. 1, S. 49, Ankara, 2012, s. 8; Benzer yönde kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi, T. 03.02.2011, E. 2009/5, K. 2011/31, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, C. 2, S. 48, Ankara, 2011, s. 670; Anayasa Mahkemesi, T. 16.07.2010 E. 2010/29, K. 2010/90, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, C. 3, S. 47, Ankara, 2010, s. 1277-1278; Anayasa Mahkemesi, T. 31.01.2007, E. 2005/51, K. 2007/12, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, C. 2, S. 44, Ankara, 2007, s. 639; Anayasa Mahkemesi, T. 08.01.2002, E. 2001/493, K. 2002/11, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, C. 2, S. 38, Ankara, 2003, s. 472; Anayasa Mahkemesi, T. 26.03.1999, E. 1999/14, K. 1999/6, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, C. 2, S. 35, Ankara, 2000, s. 406-407; Anayasa Mahkemesi, T. 11.10.1963, E. 1963/124, K. 1963/243, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 1, B. 2, Ankara, 1964, s. 429; Anayasa Mahkemesi T. 24.10.1991, E. 1991/39, K. 1991/39, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, C. 1. S. 1, Ankara, 1996, s. 18.

⁴ **GÜRBÜZ** Taşbaşı Zeliha, Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Hukuk Devleti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 1991, s. 11.

⁵ **ÇOBAN** Ali Rıza, Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Ankara 2008, s. 11.

⁶ **MUMCUOĞLU** Maksut, "Hukuk Devletinde Bağımsız Yargının Yeri ve Bağımsız Yargının Türkiye'de Gelişimi", Ankara Barosu Dergisi, Y. 46, S. 2, Mart 1989, s. 263.

güvence altına alındığı ve kişilere hukuksal güvence sağlayan devlet”⁷, “insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu adil ve bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendisini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk ve Anayasaya uyan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı bulunan bir devlet”⁸, “yasaların egemenliğini zorunlu kılan devlet”⁹, “devletin faaliyetlerinin takdiri kaidelere değil, hukuk kaidelerine tabi olması”¹⁰ gibi çeşitli şekillerde izah edilmiştir.

İdarenin eylem ve işlemleri hukukilik karinesinden yararlanmaktadır. İdarenin eylem ve işlemlerinden zarar gören bir kimse hukukilik karinesini çürütebilirse zararının giderilmesini isteyebilir. Bu talep ise ancak idarenin sorumluluğunu kabul etmiş bir devlete karşı yapılabilir. İdarenin sorumluluğunu en gelişmiş düzeyde benimseyen devlet modeli ise hukuk devletidir¹¹.

Fransız İhtilali’nden sonra, 1791 yılında kabul edilen İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi *“insanların eşit doğduğunu ve eşit yaşamaları gerektiğini, insanların zulme karşı direnme hakkı olduğunu, her türlü egemenliğin esasının millete dayalı olduğunu ve mutlak egemenliğin bir kişi ya da grubun elinde bulunamayacağını, devleti idare edenlerin esas olarak millete karşı sorumlu olduğunu, hiç kimsenin dini ve sosyal inançları yüzünden kınanamayacağını”* ortaya koymuştur.

Bu tarihi gelişim sürecinde, hukuk devleti ilkesinin gerçekleşebilmesi için de devletin tüm işlem ve eylemlerin hukuki denetime tabi olması gerekir. Devletin işlem ve eylemlerinin üstün hukuk kurallarına uygun olmasını öngören hukuk devleti ilkesine göre, bu uygunluğu tesis etmenin temel yolu da yargı denetimin varlığıdır. Öyle ki hukuk devleti ilkesi ile bir yandan yasama

⁷ ERDEMİR Nevzat, “Hukuk Devleti ve Savunma Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 1, 1988, s. 81.

⁸ ILICAK Mahir Can, “Hukuk Devleti ve Yargı Gücü”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 1986, s. 3.

⁹ EVREN Teoman, “Hukuk Devleti”, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 1985, s. 10.

¹⁰ ONAR Siddik Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, B. 3, C. 1, İstanbul 1966, s. 139.

¹¹ TEK Savaş, “İdare Hukukunda İdarenin Sorumluluğu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan 2010, S. 1, s. 314.

faaliyeti denetim altında tutulurken diğer yandan da idari işlem ve eylemler de yargı denetimi tabi kılınabilmektedir¹².

Hukuk devleti ilkesi açısından en temel şart, devletin işlem ve eylemlerinin yasal denetime tabii olması hususudur. Bu açıdan devletin işlem ve eylemleri üstün hukuk kurallarına uygun olmalıdır. Bu uygunluğu sağlamanın yegâne yolu ise idari işlem ve eylemlerin yargı denetiminden geçmesidir. Hukuk devleti ilkesinin en temel şartlarından biri olan idarenin işlem ve eylemlerinin yargı denetime tabi olması kuralı gereğince birtakım işlem ve eylemlerin yargısal denetiminde kısıntıya gidilmesi hukuk devleti ilkesine zarar verir. Gerçekten hukuk devletinin varlığından söz edebilmek için bir taraftan yasama faaliyetleri denetim altında tutulmalı diğer taraftan da idarenin işlem ve eylemleri yargısal kontrol altına alınmalıdır. Bu çerçevede 1961 ve 1982 Anayasaları, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine bağlı olduğu hususunu hüküm altına almıştır¹³.

1961 Anayasasının 114. maddesinde de “idarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz.” hükmü bulunmaktadır. 1971 yılında yapılan değişiklikle madde “idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır.” şeklinde düzenlenmiş ve aynı maddeye “Yargı yetkisi yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekli ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini sınırlayacak tarzda kullanılamaz. İdari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez” hükmü eklenmiştir. Benzer düzenleme 1982 Anayasasında da kabul edilmiştir¹⁴. 2010 anayasa değişikliği ile de idarenin yargısal denetimine ilişkin “Yargı Yolu” başlıklı 125’inci maddesinde geçen “Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır” hükmüne, bu yetkinin “hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamayacağı” ifadesi eklenmiştir.

Görüldüğü üzere 1961 anayasasının katı hükmünden sonra idarenin yargısal denetimi 1971 değişikliği ile sınırlanmış ve 1982 anayasasında da benzer bir çizgi izlenmiştir. Yargı denetimi alanına getirilen sınırlara ve kısıntılara baktığımız zaman bunların ya yargı mercileri tarafından getirildikleri

¹² AKKUŞ, s. 364.

¹³ AKKUŞ, s. 364.

¹⁴ TAN Turgut, İdare Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014, s. 625.

ya da yasama organı tarafından konuldukları görülmektedir.¹⁵ Bunlar üç başlık altına alınacak olursa; ilkinin yerindelik denetimi yasağı, ikincisinin yargı kısıntısı(hükümet tasarrufu),üçüncüsünün ise yasama kısıntısı olduğu söylenebilir. Çalışmamızda ise yerindelik denetimi yasağı ve takdir yetkisi kavramlarının ilişkisi incelenme konusu yapılmıştır.

II. YERİNDELİK DENETİMİ YASAĞI (İDARİ YARGI YETKİSİNİN HUKUKA UYGUNLUK DENETİMİ İLE SINIRLI OLMASI)

Hukuk devleti ilkesinin en önemli ve temel gereği yargı denetimidir¹⁶. Devlet karşısında daha güçsüz konumda olduğu kabul edilen bireyler hakkında tesis edilen idari işlemlerin, yargı denetimine tabi olması; adil yargılanma hakkının, buna bağlı olarak da hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir¹⁷. İdarenin yargısal denetiminin temel amacı ise, idarenin hukuka aykırı davranmasını engellemek, hukuka aykırılıkları ve haksızlıkları gidermektir. Bu bakımdan idari yargının yetkisi, sadece idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlıdır.

Bu ilke, Anayasa'nın 125. maddesinin 4. fıkrasında, *"Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez."* biçiminde ifade edilmiştir. Anayasa'nın bu hükmüne benzer düzenleme, 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 2. maddesinin 2. fıkrasında da *"İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler."* şeklinde yer almaktadır. Görüldüğü üzere idarenin yargısal denetimi hukuka uygunluk denetimi ile sınırlandırılmış, yerindelik denetimi yapılması yasaklanarak

¹⁵ TAN, s. 626.

¹⁶ ONAR, s. 202.

¹⁷ ERSÖZ Ahmet Kürşat, "İdari Yargılama Usulünde Tanıklık", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Haziran 2015, s. 40.

idarenin takdir yetkisini kaldıracak şekilde karar verilmesi engellenmek istenmiştir¹⁸.

Danıştay da bir kararında bu durumu şöyle açıklamıştır: “İdari faaliyetlerin temel ve ortak amacı kamu yararını gerçekleştirmektir. İdarenin bu amacı sağlamak için yapacağı işlem ve eylemlerin türünü, zamanını ve yöntemini belirlemede sahip bulunduğu takdir yetkisinin sınırsız olmadığı ve yetki, şekil, sebep, amaç ve konu yönlerinden yargı denetimine tabi bulunduğu idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. Anayasanın 125. maddesinin 4. fıkrasının ilk cümlesinde yer aldığı ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinde de açıkça ifade edildiği gibi idari işlemler üzerindeki yargısal denetim, bu işlemlerin hukuka uygunluğunun saptanmasıyla sınırlıdır. İdarenin takdir yetkisinin denetimine yargı organları yönünden getirilen ve idari işlemlerin yalnızca hukuka uygunluk açısından denetlenebilecekleri biçiminde ifade edilen kural aynı zamanda idarenin, takdir yetkisinin kullanılmasında uyması gereken sınırları da koymuş olmaktadır. Başka bir anlatımla, idarelerin belirli bir kamu hizmetinin etkili ve verimli bir biçimde yürütülmesi, kamu yararının daha somut bir biçimde ortaya konulması için birden çok seçenekten birisini tercihte takdir yetkisiyle donatıldıkları durumda idari yargı organlarının idareyi bu seçeneklerden birisini tercihe zorlayacak ya da belirli bir yönde işlem veya eylem tesisine zorunlu kılacak biçimde yargı kararı vermeleri Anayasa ve yasa kurallarıyla ve idare hukuku ilkeleriyle bağdaştırılmaz. Olayda, idarenin davacıyı kız meslek lisesi bulunan herhangi bir yere atama yapma konusunda takdir yetkisi bulunmakta olup, Mahkemece davacının kızının Çubuk Kız Meslek Lisesinde okuduğu ve Ankara... fabrikasında staj yapacağından bahisle durumunun değerlendirilmesinde ve idarenin takdir yetkisi kaldırılarak davacının Çubuk’a veya istemiyle sınırlı olan yerlere atamasının yapılması sonucunu doğuracak biçimde hüküm tesis edilmesinde isabet görülmemiştir.”¹⁹

İdari yargı yetkisinin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olması, kuvvetler ayrılığı ilkesinin dolayısı ile yargı ile konum olarak yürütmenin altında

¹⁸ ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2011, s. 211.

¹⁹ Danıştay 5. Dairesi, T. 20.10.1993, E. 1993/4248, K. 1993/3874, www.hukukturk.com, e.t. 09.12.2017.

yer alan idarenin, devletin farklı birer fonksiyonu olmalarının doğal sonucudur²⁰. Kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği, yasama, yürütme ve yargının yetki alanları Anayasa'da belirtilmiştir. Dolayısıyla yargı mercileri; yasama ve yürütmenin, yetki alanlarına giren konularda düzenleme yapma yetkilerini kullanmalarına engel olacak şekilde karar veremezler. Aksi halde fonksiyon gaspı konusu gündeme gelebilir²¹. Organik olarak yürütmenin altında yer alan idarenin, hukuka uygun olarak yaptığı tercihlerin doğru olmadığı kanaatiyle onun adına tercih yapılması ya da tercihe zorlanması da aynı sonucu doğurur niteliktedir. Ayrıca yargı kararının idarenin takdir yetkisini ortadan kaldıracak şekilde verilememesi, idari yargı denetiminin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olması ve dolayısıyla yerindelik denetimi yasağının bir neticesidir.

Ancak söz edilen yargı yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin kavramlar birbirleri ile yakın ilişki içindedir. Diğer bir ifade ile yerindelik denetimi, takdir yetkisinin kullanılması ve takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı vermekle yakından ilgili gözükmektedir²². Bu durumda idarenin takdir yetkisi ve yerindelik kavramlarının irdelenmesi gerekir.

A. Takdir Yetkisi Kavramı

Takdir yetkisi, idareye davranışta bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli oranda hareket serbestliği tanınması²³, çeşitli ihtiyaçlara cevap verme zorunluluğu bulunan idareye bazı hallerde tasarrufun sebebi, konusu veya zaman ve mekanını belirleme noktasında çeşitli ihtimallerden birini tercih edebilmesi²⁴ şeklinde tanımlanmaktadır. Takdir yetkisinden bahsederken karşıt anlamı olan bağıl yetki kavramından da bahsetmek

²⁰ GÜNDAY Metin, "1982 Anayasasına Göre, İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları", İdari Yargı, Birinci Kitap, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Danıştay Matbaası, Ankara 1991, s.144.

²¹ KÜÇÜK Adnan, "Batıda ve Türkiye Örneğinde Yargısal Aktivizm Tartışmaları Ve Yargısal Aktivizmin İyi ya da Kötü Bir Tutum Olup Olmadığı Meselesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:8, S.31 (Temmuz 2017), s. 287.

²² GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/TAN Turgut, İdare Hukuku, 8. Bası, Ocak 2016, C. II, s. 533.

²³ GİRİTLİ, İsmet /BİLGİN, Pertev /AKGÜNER, Tayfun /BERK Kahraman, İdare Hukuku, İstanbul 2015, s. 124; benzer tanım için bkz. GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, 24. Baskı, Ankara 2006, s. 333.

²⁴ ONAR, s. 420.

gerekir²⁵. İdareye birden çok seçenek içinden seçim yapma imkanı tanınmadığı durumlarda hukuk kuralları idarenin açıkça nasıl davranması gerektiğini belirlemişse bu durumda bağlı yetki söz konusu olur²⁶. Bu durumda idarenin seçim yapma imkanı olmayıp idarenin tek seçeneği kanunun öngördüğü kararı almaktır²⁷. Örneğin mevzuat silah taşıma ve bulundurma koşullarını sıkı bir şekilde belirlemiştir ve idare ancak söz konusu şartları yerine getiren bireylere ruhsat verebilir²⁸. Danıştay da bir kararında bu durumu şöyle açıklamıştır: “657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 108. maddesinin (b) bendi uyarınca kullanılabilir olan 24 ay süreli ücretsiz izin ancak davacının çocuğunun doğum tarihi olan 23.04.2011 tarihinden başlanılmak üzere kullanılabilir. Bu iznin kullandırılması konusunda da davalı İdare yukarıda zikredilen yasa hükmü uyarınca bağlı yetki içerisindedir. Bağlı yetki kapsamında İdarenin davacıya ücretsiz izin kullandırıp kullandırmama konusunda takdir yetkisi bulunmadığından, çocuğunun doğum tarihi olan 23.04.2011 tarihinden itibaren 24 ay süreyle davacıya ücretsiz izin verilmesi gerekmekte iken talebinin reddine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”²⁹

Anayasanın 138. maddesindeki “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” hükmü gereğince idare, mahkeme kararlarını uygulama noktasında da takdir yetkisine sahip değildir³⁰. Söz konusu durum 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesinde de “Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem

²⁵ ÖZAY İl Han, Gün Işığında Yönetim, İstanbul 1996, s. 418.

²⁶ GİRİTLİ/BİLGEN/AGÜNER/BERK, s. 126; ÜSTÜN Ümit Süleyman, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Ankara 2007, s. 17.

²⁷ GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, s. 353.

²⁸ GİRİTLİ/BİLGEN/AGÜNER/BERK, s. 126.

²⁹ Danıştay 5.Dairesi, T. 21.12.2015, E.2013/8964, K. 2015/10687, www.hukukturk.com, e.t. 09.12.2017.

³⁰ ODYAKMAZ Zehra/KAYMAK Ümit/ERCAN İsmail, İdari Yargı, 11. Baskı, İstanbul 2015, s. 31.

tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez.” şeklinde hükme bağlanmıştır. Danıştay ise bu durumu bir kararında “...yürütmenin durdurulması yönünde verilen kararlar da iptal kararları gibi işlemler üzerinde aynı etki ve sonucu doğurdıkları için, içeriğine uygun olarak, değiştirilmeksizin ve geciktirilmeksizin idareler tarafından yerine getirilecektir. Bu anlamda, idarelerin kararların uygulanıp uygulanmama konusunda takdir yetkisine sahip olmadıkları, bu kararların doğruluğunu tartışma ve buna göre uygulama noktasında yetkilerinin bulunmadığı, bu alandaki yetkilerinin bağlı yetki niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır.”³¹ şeklinde belirtmiştir. Ancak Türk hukukunda, idare söz konusu yükümlülüğünü yerine getirmediğinde, onu harekete geçirmek üzere kullanılan etkin bir mekanizma bulunduğunu söylemek güçtür³². Bu durumun ise yargı denetiminin etkinliği açısından olumsuzluk oluşturduğu söylenebilir. Yine inşaat ruhsat talebi veya pasaport talebi gibi mevzuatta şartları sıkı şekilde belirtilmiş konularda da şartları sağlayan bireylere talebin konusunu verilir verilmemesi hususunda idarenin takdir yetkisi bulunmaz³³. Ancak doktrindeki bazı yazarlara göre idarenin tamamen takdir yetkisinin bulunduğu alanların olmadığı gibi takdir yetkisinin hiç olmadığı yani idarenin mutlak bir bağlı yetkisinin söz konusu olamayacağı ileri sürülmüştür³⁴. Ayrıca takdir yetkisi ve bağlı yetki birbirlerini ortadan kaldıran kavramlar olmadığı da belirtilmektedir³⁵. Aynı idari işlemin bazı unsurlarında bağlı yetki söz konusuysen bazı unsurlarında idareye takdir yetkisi tanınmış olabilir³⁶. İdari işlemin amaç unsuru her zaman kamu yararı ile

³¹ Danıştay 5. Dairesi, T. 17.03.2017, E. 2013/3793, K. 2017/690, www.hukukturk.com, e.t. 09.12.2017.

³² **ÇALIŞ** Hande Sena, İdari Yargının Varlık Sebebi Olarak İptal Davası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2017, s. 101.

³³ **ONAR**, s. 426.

³⁴ **YAYLA** Yıldızhan, “İdarenin Takdir Yetkisi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 30, S. 1, s. 202; **DURAN** Lütfi, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü”, Amme İdaresi Dergisi, C. 20, S. 4, s. 6.

³⁵ **AZRAK** Ali Ülkü, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, İdare Hukuku İlimleri Dergisi, Aralık 1985, Y. 6, S. 1-3, s. 24.

³⁶ **ONAR**, s. 426.

bağlıyken sebep ve konu unsurlarında takdir yetkisinin bulunabilmesi, unsurlardaki bağlı yetki ve takdir yetkisinin birbirlerine sirayet etmemesinin en temel örneği niteliğindedir³⁷. Diğer yandan doktrinde, takdir yetkisi bulunan bir durumda, idarenin takdir yetkisini kullanması üzerine ortaya çıkan sonuçtan dolayı bağlı yetki ile yükümlülük altına girebileceği ileri sürülmüştür³⁸. Nitekim idarenin başlangıçta takdir yetkisi varken, bu takdir yetkisini kullanması sonucu bağlı yetki ile bir yükümlülük altına girmesi söz konusu olabilir. Örneğin devlet memurluğuna atama için sınav açıp açmama konusunda takdir yetkisi bulunan idarenin, takdir yetkisini kullanarak sınav açması durumunda, sınav sonuçlarına göre atama yapması konusunda bağlı yetki içine girdiği kabul edilmektedir³⁹. Danıştay'ın 2001 yılındaki bir kararında da durum benzer biçimde şu şekilde ifade edilmiştir: *"Kamu görevine atama yapıp yapmamak konusunda idarenin sahip olduğu takdir yetkisi sadece "boş olan kadroya atamak veya atamamak" konusuna ilişkin genel bir yetki olup, bu kadroya atanacak kişinin tutum ve davranışları üzerinde değerlendirme yapma yetkisini içermez. Başka bir ifade ile idare boş olan bir kadroya atama yapmak için harekete geçtiği andan itibaren bağlı yetki içine girer."*⁴⁰

Ancak idarenin söz konusu takdir yetkisini dilediği gibi keyfi bir şekilde kullanması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz⁴¹. Takdir yetkisinin hukuka uygunluk denetimi, bu yetkinin yerinde ya da ihtiyaca uygun olup olmadığının denetlenmesi demek değildir⁴². Hukuka uygun bir işlem ihtiyaca tam olarak uygun olmayabilir. Zira ihtiyaca uygunluk kişiye ve yere göre değişken bir kavramdır. Mahkemeler hukuka aykırı olmayan bir işlemi faydalı veya yerinde görmediğinden bahisle iptal edemez⁴³. Daha önce de ifade edildiği gibi hukuka

³⁷ ONAR, s. 426; YAYLA Yıldızhan, "İdarenin Takdir Yetkisi", s. 202.

³⁸ AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, 7. Bası, Ankara 2016, s. 148.

³⁹ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 148.

⁴⁰ Danıştay 5. Dairesi, T. 13.03.2003, E. 2001/5253, K. 2003/796, www.hukukturk.com, e.t. 09.12.2017.

⁴¹ BOZ Selman Sacit, İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması, Ankara 2017, s. 145-146.

⁴² KALABALIK Halil, "İdarenin Yargısal Denetiminin Sınırları ve Takdir Yetkisi", s. 190.

⁴³ KALABALIK Halil, İdari Yargılama Usulü, 4. Baskı, Konya 2011, s. 11.

uygun işlemlerin sübjektif olarak ihtiyaca uygunluğunun denetlenmesi fonksiyon gaspı konusunu gündeme getirebilir. Ancak idare de takdir yetkisini kullanırken hukuk devleti ilkesi gereği tamamen serbest değildir. Nitekim takdir yetkisi idarenin mutlak, sınırsız ve keyfi olarak kullanabileceği bir yetki değildir⁴⁴. İdare takdir yetkisini kullanırken; kanunun koyduğu sınırlar çerçevesinde, eşitlik ilkesine uygun, kamu yararı maksadıyla ve gerekçeli olarak kullanılmalıdır⁴⁵. Danıştay da bir kararında idarenin takdir yetkisini ve hukuka uygunluk denetimini şu şekilde açıklamıştır:

“2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinde tüm idari işlemlerin, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden denetleneceğinin belirtildiği, bu kapsamda takdire dayanan idari işlemlerin gerekçeli olması, gerekçelerin hukuken kabul edilebilir tarzda açık ve net bir şekilde ortaya konulması, mevzuatta atanmak/görevlendirilmek için belirlenen asgari kriterleri sağlayan fakat geçmiş hizmetleri, eğitim, özlük ve sicil durumları farklılaşan kişiler arasında tercihte bulunulurken, tercih edilen kişilerin tercih edilmeyenlere göre geçmiş çalışma, başarı, liyakat ve sicil durumuna göre üstünlüğünün ortaya konulması gerektiği, hukuka uygunluk denetiminin ilkelerindedir. Bu durumda, boş kadrolara kamu yararı ve hizmet gerekleri gözetilerek en uygun kişiyi atama konusunda, gerekli nitelikleri taşıyanlar arasında tercihte bulunma hususunda takdir yetkisine sahip olan davalı idarenin bir göreve atama yapıp yapmama veya elinde bulunan boş kadrolara atanma niteliği taşıyan kişilerin kadro sayısından fazla olması halinde bu kadrolara atayacağı kişileri hizmet gereklerini gözönüne alarak seçmek hususunda takdir yetkisine sahip olduğu ve açık değerlendirme hatası olmadıkça idarenin tercihini belli bir yönde kullanması konusunda yargı yoluyla zorlanmasına da hukuken olanak bulunmadığı; öte yandan, 2577 sayılı Kanunun 2. maddesi uyarınca idari yargı yerlerince de, idarelerin bu yöndeki takdir yetkisinin kaldırılması sonucunu doğuracak şekilde karar verilemeyeceği hususları birlikte değerlendirildiğinde;

⁴⁴ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 152.

⁴⁵ GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Yönetmelik Yargısı, 32. Bası, Ankara 2012, s. 334; ÇAĞLAYAN Ramazan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 3-4, Aralık 2003, s. 183; ÜSTÜN, s. 41.

hukuka uygun olarak tesis edildiği anlaşılan dava konusu işlemlerin iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında yasal isabet bulunmamaktadır.”⁴⁶

B. Yerindelik Denetimi

Yerindelik kavramı doktrinde kolaylıkla tanımlanabilecek bir kavram olarak görülmemiştir⁴⁷. Kamu hizmeti gereklerinin idarenin takdir yetkisi dahilinde değerlendirilmesi⁴⁸, idari tasarrufun ihtiyaçlara uygunluğu⁴⁹, idarenin karşılaştığı problemlere en makul çözümü bulması⁵⁰, idari işlem veya eylemlerin uygulanmasında hal ve şartlara göre, idari gereklere uygun davranılması⁵¹ ve takdir yetkisi bulunan bir işlemde, idarenin, kendisine hukukun tanıdığı sınırlar içinde tercih edilebilir seçeneklerden hangisi tercih edilirse edilsin kamu yararına eşdeğer ölçüde hizmet edildiği uç nokta⁵² şeklinde tanımlanmıştır.

Yerindelik denetimi kamuoyu denetimi veya idari denetim gibi yargı dışı mekanizmalar tarafından yapılması gerektiği söylenebilir⁵³. Örneğin 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 1. maddesinde “*Bu Kanunun amacı; kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin bir şikâyet mekanizması oluşturmak suretiyle, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak üzere Kamu Denetçiliği Kurumunu oluşturmaktır.*” hükmü yer almaktadır. İdarenin bütünlüğü ilkesinin bir sonucu olan hiyerarşi yetkisinde de hiyerarşik amir,

⁴⁶ Danıştay 2. Dairesi, T. 09.09.2015, E.2015/776, K.2015/7223, www.hukukturk.com, e.t. 09.12.2017.

⁴⁷ YENİCE Kazım, İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983, s. 127.

⁴⁸ YENİCE, s. 136

⁴⁹ GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Yönetmelik Yargısı, 32. Bası, Ankara 2012, s. 32; ÜSTÜN, s. 45.

⁵⁰ GÖZLER Kemal/KAPLAN Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 11. Baskı, Bursa 2011, s. 360.

⁵¹ KALABALIK Halil, “İdarenin Yargısal Denetiminin Sınırları ve Takdir Yetkisi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 1997, s. 190.

⁵² GÜRAN Sait, Danıştay ve İdari Yargı 140. Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 77, 12 Mayıs 2008, s. 60.

⁵³ ALİM Ümit, Türk Hukukunda Yasama Kısıntısı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2008, s. 40; GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/TAN Turgut, s. 530; GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargısı, s. 17.

astının işlemlerini hukuka uygunluk ve yerindelik açısından denetleyebilir⁵⁴. Bu durum hiyerarşi yetkisinin doğası gereğidir. Örneklerden de anlaşılacağı üzere yerindelik denetimini idare bir anlamda kendi silsilesi içinde yapmaktadır. Kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince yürütmenin diğer erklerden bağımsız olması, yerindelik denetiminin yargı erki tarafından yapılamaması sonucunu doğurmaktadır.

Hukuka uygunluk ile yerindelik denetiminin sınırını belirleyecek olan yargı mercileridir. Ancak bu sınırın belirlenmesi uygulamada önemli bir sorun olarak gözükmemektedir⁵⁵. Çünkü hukuku uygunluk ile yerindeliği her zaman birbirinden net bir şekilde ayırmak mümkün görünmemektedir⁵⁶. Danıştay kararlarına bakıldığında da bu sınırın belirlenmesinde zorlanıldığı söylenebilir⁵⁷. Örneğin Danıştay 8. Dairesi'nin bir kararında *"...idari yargı yerlerinin, idari işlemler üzerindeki yargısal denetimi, bu işlemlerin hukuka uygunluklarının saptanmasından ibarettir. Bu denetim, idarelere yapacakları eylem ve işlemler bakımından takdir yetkisi tanınan kimi durumlarda, bu yetkinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının, nesnel davranılıp davranılmadığının belirlenmesi ile sınırlı olmaktadır. Olayda, açık bulunan yardımcı doçentlik kadrosuna davacı ile birlikte bir başka kişinin daha başvurduğu, Yasanın öngördüğü biçimde oluşturulan jürinin görüşü esas alınarak, idarece takdir yetkisinin bu kadroya her ikisinin de atanmaması yolunda kullanıldığı anlaşılmaktadır. Burada, davalı idare takdir yetkisini mutlak ve sınırsız kullandığından, oluşturulan işlemlerin kamu yararına ve hizmet gereklerine aykırı olduğundan söz edilemeyeceği açıktır. Belirtilen nedenlerle, davacının yardımcı doçentlik kadrosuna atanmamasında hukuka aykırı bir durum bulunmadığından, İdare Mahkemesince, bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonucuna göre, davacının*

⁵⁴ **KALABALIK** Halil, İdare Hukukunun Temel Kavramları ve Kurumları, 5. Baskı, 2014 Konya, s. 66.

⁵⁵ **OYTAN** Muammer, "Yargılamanın Yargılama Teknikleriyle Sınırlandırılması", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Ankara, 1-4 Mayıs 1990, s. 149.

⁵⁶ **GÖZÜBÜYÜK/TAN**, İdare Hukuku, C. II, s. 530.

⁵⁷ **HACİBRAHİMOĞLU** Nurhan, Yargı Kararları Işığında Takdir Yetkisi ve Yerindelik Denetimi 2010 Anayasa Değişikliğinin Bu Duruma Muhtemel Etkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012, s. 142.

atanması gerektiği yönünde karar verilmesinde yukarıda yer alan Anayasa ve yasa kurallarına uyarlık görülmemekte...⁵⁸ ifadesi yer almaktadır. Söz konusu hükümde idarenin, boş olan kadroya başvuranlardan hiçbirini atamaması hususunda takdir yetkisini sınırsız ve mutlak olarak kullandığı tespit edilmiş ve bu durumda hukuka aykırılık bulunmadığı belirtilmiştir. Danıştay 5. Dairesinin bir kararında ise “... idari yargının denetim alanının dışında bırakılan husus, yerindelik alanına ilişkin olup, örneğin aynı hukuki durumda olan kişiler için bir idari işlem yaparken idarenin tercihini şu veya bu kişi lehine kullanması ile ilgili veya idarelerin yerine geçerek idari, eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilmesidir.”⁵⁹ şeklinde hüküm vermiştir. Kararda yerindeliliğin, eşit konumda olan kişiler için bir idari işlem yapılırken iki seçenektan birisinin tercih edilmesi ile ilgili olduğu belirtilmiştir. Ancak bu durumun yerindelik alanına girmediği, idarenin yaptığı tercihlerde gerekçe sunması gerektiği savıyla öğretide eleştirilmiştir⁶⁰.

Görüldüğü üzere takdir yetkisi ve yerindelik kavramları birbirleriyle yakın ilişki içindedir. Bu yüzden yerindelik kavramı açıklanırken yakın, hatta bir anlamda iç içe olan takdir yetkisi kavramı ile birlikte ele alınması faydalı olacaktır⁶¹.

C. Yerindelik ve Takdir Yetkisi İlişkisi

Yerindelik sahasının, “maddi olayların değerlendirilmesi ve nitelendirilmesi”, “belirli bir yönde hareket edip etmeme imkanı” ve “harekete geçme zamanının belirlenmesi” olarak üç unsurdan oluştuğu kabul edilir⁶². Ayrıca takdir yetkisi bu unsurların hepsinde veya sadece birinde olabilirken, bağlı yetki için üç unsurun hiçbirinin bulunmaması gerekir⁶³. Daha

⁵⁸ Danıştay 8. Dairesi, T. 23.01.1997, E.1995/131, K.1997/206; benzer yöndeki karar için bkz. Danıştay 5. Dairesi, T. 10.02.2009, E. 2007/2093, K. 2009/502, www.hukukturk.com, e.t. 10.12.2017.

⁵⁹ Danıştay 5. Dairesi, T. 23.10.1986, E. 1985/596, E. 1986/1084, www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 11.12.2017.

⁶⁰ ÇAĞLAYAN, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 199.

⁶¹ ÇAĞLAYAN, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 196.

⁶² GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s. 130; YAYLA, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 207-208.

⁶³ YAYLA, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 208; GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s. 130.

önce yapılan açıklamalar göz önüne alındığında takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda yerindelik tartışmasının zuhur ettiği görülür⁶⁴. Çünkü bağlı yetkinin bulunduğu durumlarda yerindeliği hukuk kuralları belirlemiştir ve idarenin bu kurallara uyup uymadığı her zaman denetlenebilir⁶⁵.

Sınırları net olarak belirlenemeyen yerindelik ve takdir yetkisi kavramlarının⁶⁶ farklarına yönelik doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır⁶⁷. AKILLIOĞLU, yerindeliğin ayrı bir alan olarak değil bir anlamda takdir yetkisi denetiminin bir türü olarak görülmesi gerektiği, aksi halde hiç denetlenemeyen bir alanın ortaya çıkacağını⁶⁸ savunurken; AZRAK, takdir yetkisinin hukuk kuralları sınırları içerisinde idarenin serbest bir şekilde karar verebilme alanı olduğunu, yerindeliğin ise söz konusu serbest alan içinde idarenin aldığı kararın konusunu oluşturduğunu⁶⁹ ayrıca takdir yetkisinin yapılan idari işlemde bağımsız ve uygulanmakla tükenen bir yetki olduğunu, yerindeliğin ise idari işlemin meydana getirdiği ve bir anlamda süreklilik arz eden bir durum olduğunu belirtmiştir⁷⁰. OYTAN, yerindelik kavramının, takdir yetkisinin yargı denetimi dışında kalan kısmına tekabül ettiğini⁷¹; YAYLA ise yerindeliğin, takdir yetkisinin çekirdek kısmını oluşturduğunu ve yargı denetiminin, çekirdek kısma geldiğinde durması gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca “takdir yetkisinin yerindelik alanında var olduğu”⁷² ancak “yerindelik

⁶⁴ “Bir idari faaliyette takdir yetkisi tanınmışsa, ancak o zaman çözümün yerindeliği tartışılabilir.”, YENİCE/ESİN, s. 136.

⁶⁵ GİRİTLİ/BİLGEN/AGÜNER/BERK, s. 127.

⁶⁶ AZRAK, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 17.

⁶⁷ BOZ, s. 151.

⁶⁸ AKILLIOĞLU Tekin, “Yönetmelik Yargı ve Denetimin Etkinliği”, Amme İdaresi Dergisi, C. 23, S. 1, 1990, s. 9-10.

⁶⁹ AZRAK, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 27.

⁷⁰ AZRAK, s. 27.

⁷¹ OYTAN Muammer, “Yargılamanın Yargılama Teknikleriyle Sınırlandırılması”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Ankara, 1-4 Mayıs 1990, s. 156.

⁷² GİRİTLİ/BİLGEN/AGÜNER/BERK, s. 130.

sahasının tamamen takdir yetkisine dahil edilmesinin doğru olmadığı”⁷³ da savunulan görüşler arasındadır.

Bahsedilen görüşler değerlendirildiğinde YAYLA'nın tespiti konunun anlaşılması bakımından isabetli görünmektedir. Bu görüşten yola çıkılarak konu “meyve” metaforuyla izah edilebilir. Meyvenin dış kabuğunun hukuk kuralları olduğu düşünülürse meyvenin etli kısmının takdir yetkisi, çekirdeğinin ise yerindelik olduğu söylenebilir. Tıpkı dış kabukla kaplı meyve gibi çerçevesi hukuk kurallarıyla çizilmiş takdir yetkisinin yargı denetimi yapılırken çekirdek kısmına gelindiğinde durulması gerekir. Zira bu kısım işlemin yerindeliliğini oluşturur. Çekirdeğin içini ise daha önce belirttiğimiz yerindeliliğin unsurları olarak sayılan idarenin “maddi olayı değerlendirilmesi ve nitelendirilmesi”, “belirli bir yönde hareket edip etmeme imkanı” ve “harekete geçme zamanını belirlenmesi”⁷⁴ oluşturur. Yargı mercilerinin de takdir yetkisinin hukuka uygunluk denetimini yaptıktan sonra çekirdeğin iç kısmına geçerek denetim yapmaları mümkün değildir. Ancak çekirdeğin sınırları her zaman belirgin olmamaktadır. Öyleyse asıl problemin çekirdeğin sınırının belirlenmesi olduğunu söylenebilir.

Danıştay 17. Dairesi bir kararında “*İdarelerin belirli bir kamu hizmetinin etkili ve verimli bir biçimde yürütülmesi, kamu yararının somut biçimde ortaya konulması için birden çok seçenekten birisini tercihte takdir yetkisine sahip olmaları halinde yapılacak yargısal denetim, idarenin tercih ettiği seçeneğin ve bunun uygulanmasının hukuka uygun olup olmadığının araştırılması ve saptanması ile sınırlanmıştır. İdari yargının idareyi bu seçeneklerden birisini tercihe zorlayacak ya da belli bir yönde işlem ve eylem tesisine zorunlu kılacak biçimde yargı kararı vermeleri halinde, hukuka uygunluk denetimi aşılarak yerindelik denetimi yapılmış olacaktır.*”⁷⁵ ifadelerine yer vermiştir. Söz konusu kararda Danıştay, yerindelik denetimini idarenin takdir yetkisi içerisindeki seçeneklerden birisini tercihe zorlanması veya idareyi belirli yönde işlem

⁷³ YAYLA, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 207.

⁷⁴ GİRİTLİ/BİLGEN/AGKÜNER/BERK, s. 130; YAYLA, “İdarenin Takdir Yetkisi”, s. 207-208.

⁷⁵ Danıştay 17. Dairesi, T. 18.02.2016, E. 2015/12079, K. 2016/1040; benzer yöndeki karar için bkz. Danıştay 5. Dairesi, T. 12.05.2010, E. 2008/4162, K. 2010/3090, www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 11.12.2017.

veya eylem tesis etmeye zorlayacak şekilde yargı kararı verilmesi olarak tanımlayarak takdir yetkisi ve yerindelik denetimi ilişkisini bir anlamda ortaya koymuştur.

İdarenin takdir yetkisini kullanırken önünde birden fazla seçenek bulunmaktadır. İdarenin söz konusu seçeneklerden birisini seçmesi halinde yaptığı seçimin denetlenmesi konusunda problem çıkmaktadır. İdarenin yaptığı seçimin denetlenmesi bir yerindelik denetimi midir? Yerindelik denetimi olduğu kabul edilirse idarenin yaptığı seçimler hiç denetlenemeyecek midir? Görüldüğü üzere sorun takdir yetkisinin denetimi sırasında ortaya çıkmaktadır. Yargı mercilerinin idarenin takdir yetkisini tamamen denetim dışı bırakmaları durumunda ise idarenin keyfi davranma tehlikesi ile karşı karşıya kalınmaktadır. Bu durum ise hukuk devleti ilkesi gereği mümkün değildir. Öyleyse idarenin takdir yetkisine dayanarak tesis ettiği işlemler, takdir yetkisinin kötüye kullanılmaması, keyfiliğe yol açmamak ve dolayısıyla bireylerin haklarının korunması için denetlenmesi gerekir⁷⁶. Doktrinde takdir yetkisinin denetiminde uyulması gereken belirli ölçütler ortaya konulmaktadır. Bir anlamda söz konusu ölçütlerin dışına çıkılması, takdir yetkisinin hukuka uygunluk denetiminin sınırını aşarak yerindelik denetimine girilmesi anlamını taşımaktadır. Örneğin Bakanlar Kurulu Anayasa'nın 115. maddesine göre kanunların uygulamasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek amacıyla tüzük çıkarabilir. Eleştirilen bir durum olmakla birlikte⁷⁷ öğretide, içtihatta ve uygulamada Bakanlar Kurulu'nun yönetmelik çıkarma yetkisine de haiz olduğu kabul edilir⁷⁸. Bakanlar Kurulu'nun bir konuyu düzenlemek için tüzük veya yönetmelikten birisini tercih etmesi takdir yetkisinin içerisinde telakki edilmektedir⁷⁹. Bu konu ile ilgili bir uyuşmazlık çıktığında Danıştay'ın söz konusu ölçütlerin dışına çıkarak Bakanlar Kurulu'nu iki tercihten birisine zorlayacak şekilde karar vermesi

⁷⁶ **KAYA** Cemil, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, 1. Baskı, Ekim 2011, s. 120.

⁷⁷ **DURAN** Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 460; **GÖZÜBÜYÜK/TAN**, s. 114.

⁷⁸ **AKYILMAZ/SEZGINER/KAYA**, s. 68; **ÜSTÜN**, s. 79.

⁷⁹ **BOZ** Selman Sacit/**ÖZTOPRAK** Sezin, The Regulatory Transactions of The Administration Under The Hierarchy Of Turkish Law, Vienna 10th International Academic Conference, 3 June 2014, p. 150-151.

yerindelik denetimi anlamı taşıdığı söylenebilir. Bunlar aynı zamanda idarenin takdir yetkisinin kullanırken uyması gereken kıstaslardır. Söz konusu ölçütler şu şekilde sıralanabilir⁸⁰:

-İdare takdir yetkisini kanunun çizdiği sınırlar içinde yani kanuna uygun olarak kullanılmalıdır.

-Takdir yetkisini, “Eşitlik”, “Sosyal Devlet”, “Hukuk Devleti”, “Ölçülülük”, “Çevrenin korunması”, “Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” gibi Anayasal ilke ve kurallara uygun olarak kullanılmalıdır⁸¹.

-Kamu yararı ve kamu hizmeti gereklerine uygun olarak kullanılmalıdır.

-Gerekçeli olarak kullanılmalıdır.

Türk hukukunda idarenin tesis edeceği işlemlerde gerekçe belirtmesini zorunlu kılan genel bir düzenleme yoktur⁸². Ancak idare takdir yetkisini kullanarak yapacağı işlemlerde, bu işlem hakkında idari bir dava açıldığında mahkemeye işlemin gerekçesini bildirmek zorundadır⁸³. “Kamu yararı ve hizmet gerekleri” ise soyut ve net olarak tanımlanma olanağı bulunmayan kavramlardır. Zira söz konusu kavramlar toplumsal ihtiyaçların değişimine göre şekillenmektedir⁸⁴. Dolayısıyla idari yargı mercileri de karar verirken somut olaya göre değerlendirme yapmakta ve bütün durumlar için geçerli “kamu yararı ve hizmet gerekleri ölçütü” belirlememektedir⁸⁵. Son olarak konu ile ilgili Danıştay kararlarına bakmak faydalı olacaktır.

Danıştay 5. Dairesi daha önce belirttiğimiz bir kararında “*Kamu görevine atama yapıp yapmamak konusunda idarenin sahip olduğu takdir yetkisi sadece "boş olan kadroya atamak veya atamamak" konusuna ilişkin genel bir yetki olup, bu kadroya atanacak kişinin tutum ve davranışları üzerinde değerlendirme yapma yetkisini içermez. ... yasada ve yönetmeliklerde*

⁸⁰ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 513; ÇAĞLAYAN, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 183; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 152-153.

⁸¹ KAYA, s. 130-156.

⁸² KAYA, s. 172; ODYAKMAZ/KAYMAK/ERCAN, s. 35.

⁸³ ODYAKMAZ/KAYMAK/ERCAN, s. 37.

⁸⁴ HACİBRAHİMOĞLU, s. 157.

⁸⁵ ÇAĞLAYAN, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, s. 191.

belirlenen niteliklere sahip olup, yarışma ve yeterlik sınavını kazanmış olanlar arasından sırası ile atama yapmak zorundadır. İdarenin bu niteliklere sahip olanlar arasından "ilgilinin tutum ve davranışlarına" göre seçme hakkına sahip olduğunu kabul etmek Anayasa ve Yasa ile belirlenen özelliklerin bir yana bırakılarak, atama işlemini yetkili makamın subjektif değerlendirmesine bırakmak anlamını taşır ki, bunun sınırını belirleme olanağı yoktur. Böylesine subjektif değer yargılarına bağlı olarak kullanılacak takdir yetkisinin keyfiliğe dönüşmesi muhtemel olduğu gibi, böyle bir uygulama Anayasa'da ifade edilen "kanun önünde eşitlik" ilkesinin ve "kamu hizmetine girme hakkının" ihlali niteliğini taşır. Bu hukuki durum karşısında, davalı idarenin güvenlik soruşturmasına ve yine bu soruşturma sonucu elde edilen "tutum ve davranışlarıyla müfettişlik görevini olumlu bir şekilde yürütemeyeceği görüşünü kuvvetlendiren ibareler olduğu" şeklindeki somut olmayan bilgilere dayanarak davacının atamasının yapılmaması yolundaki dava konusu işleminde hukuka ve Anayasaya uyarlık bulunmamaktadır."⁸⁶ şeklinde hüküm vermiştir. Bu kararda Danıştay idarenin boş kadroya atama yapmak için faaliyete geçtiği andan itibaren bağlı yetki içine girdiğini belirtmiş ve mevzuatta öngörülen yarışma ve yeterlik sınavını kazanmış olanlar arasından sırası ile atama yapmak zorunda olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca idarenin bu niteliklere sahip olanlar arasından "ilgilinin tutum ve davranışlarına" göre seçme hakkına sahip olduğunu kabul etmek, atama işlemini yetkili makamın öznel değerlendirmesine bırakmak anlamını taşıdığını ve bu durumun "kanun önünde eşitlik" ilkesinin ve "kamu hizmetine girme hakkının" ihlali niteliğini taşıdığını saptamıştır. Görüldüğü üzere kararda takdir yetkisinin Anayasal ilkelere uygun kullanılması gerektiği ifade edilerek kanun önünde eşitlik ve kamu hizmetine girme hakkı vurgulanmıştır. Danıştay 5. Dairesi başka bir kararında "Anayasanın 2. maddesinde "Türkiye Cumhuriyetinin ... sosyal bir hukuk Devleti olduğuna işaret edilmekte ve bu ilke ile Devletin kendi koyduğu hukuk kurallarına uyması ve çalışan, çalıştığı halde karşılığını yeterince alamayan ve mutlu bir yaşantıya kavuşamayan kişilere yardımcı olmasının amaçlandığı, Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında vurgulanmış

⁸⁶ Danıştay 5. Dairesi, T. 13.03.2003, E. 2001/5253, K. 2003/796, www.hukukturk.com, e.t. 10.12.2017.

bulunmaktadır. Öte yandan Anayasanın 41. ve 55. maddeleri ailede huzur ve refahın sağlanması ve çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri için gerekli tedbirleri almakla devleti yükümlü tutmakta ve 176. maddesinde Anayasa metnine dahil olduğu vurgulanan Başlangıç kısmının 8. fıkrasında "Her Türk vatandaşının onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğuna işaret edilmektedir. Bireysel ve toplumsal huzurun sağlanmasının ve bireyin maddi ve manevi varlığını geliştirmesinin, çalışanların onurlu bir hayat sürdürmelerinin sağlanmasının en başta onların ekonomik bakımdan güçlendirilmelerine bağlı olduğu kuşkusuzdur. Anayasanın sözü edilen hükümleri aynı zamanda çalışanların maaş ve ücretlerini saptayacak makamların, bu konuda sahip buldukları takdir yetkisinin kullanımında gözetmeleri gereken verileri de ortaya koymaktadır."⁸⁷ ifadelerine yer vererek takdir yetkisinin özellikle "Sosyal Devlet" gibi Anayasal ilke ve kurallara uygun olarak kullanılması gerektiğini vurgulamıştır.

Danıştay 5. Dairesi'nin başka bir kararında ise "... maddenin açık düzenlemesiyle, davalı bakanlığın yurt dışı teşkilatına atananların her defasında yurt dışında kalma sürelerinin kural olarak üç yıl olduğuna işaret edilmekte bunun yanı sıra anılan sürenin tavanına bir istisna getirilmektedir. Buna göre bakan tarafından "gerekli görülmesi" durumunda yurt dışında kalma süresi iki yılı geçmeyecek şekilde uzatılabilecektir. ... bakana tanınan yetkinin mutlak ve şahsi bir yetki olmayıp hizmet gerekleri gözetilerek tanınmış ve ancak hizmetin lüzumlu kılması halinde kullanılabilir bir yetki olduğu vurgulanması gerekli bir husustur. Bakanın bu yetkisini olumlu ya da olumsuz yönde kullanması halinde bu konuda tesis edilecek işlemlerin, aksi yolda Anayasa ve yasalarda bir hüküm bulunmadığı da göz önünde tutulduğunda, diğer tüm idari işlemler gibi yetki, sekil sebep, konu ve maksat öğeleri yönünden yargısal denetime tabi tutulması gerektiğinde en küçük bir duraksamaya yer olmamak gerekir. Maddede, anılan yetkinin bakana zaman ve kişi olarak dilediğince kullanabilmesi için tanındığı sonucunu çıkarmaya

⁸⁷ Danıştay 5. Dairesi, T. 23.06.1992, E. 1991/3725, K. 1992/1960, www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 11.12.2017.

imkan verecek en ufak bir işaret bulunmamaktadır. Aksine, kamu görevlilerine kamu gücünü kullanmak yetkisi kamusal yararı gerçekleştirmek amacıyla tanınmış bulunduğuna göre anılan yetkinin olumlu ya da olumsuz biçimde kullanılması suretiyle tesis edilen işlemlerin idari yargı yerlerince özellikle sebep ve maksat yönlerinden hukuka uygunluk denetimine tabi tutulması hukuk devleti ilkesinin kaçınılmaz sonucudur. Öte yandan maddeyle bakana yurtdışı görev süresini gerektiğinde iki yılı geçmemek üzere uzatma yetkisi münhasıran kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleri gözetilerek tanınmış olduğuna ve bu yetki ancak bu ölçütler ışığında kullanılabilmesine göre yapılacak yargısal denetimin "yerindelik" olarak nitelendirilmesi de hukuken olanaklı değildir.”⁸⁸ ifadelerine yer vererek takdir yetkisinin kullanılmasında kamu yararı ve hizmet gerekleri ölçütlerine uyulması gerektiğini ön plana çıkartmıştır. Ancak daha önce de belirtildiği gibi kamu yararı ve hizmet ölçütleri kavramları soyut ve değişken nitelikte olduğu için Danıştay’ın aynı konularda farklı kararlar verebildiği görülmektedir. Böyle bir durumun oluşmaması için kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleri kavramları konusunda, açık bir takdir hatası bulunmadığı sürece idarenin söz konusu kavramlarla ilgili yorumlarına yargı organları tarafından saygı duyulması, belki de bu kavramlarla ilgili aynı konuda fakat farklı yargı kararlarının verilmesini engelleyebileceği ileri sürülmüştür⁸⁹. Ancak bu durumda da idarenin takdir yetkisini keyfi olarak kullanması tehlikesinin ortaya çıkacağı düşünülebilir.

Konu ile ilgili yoğun tartışmaların yaşandığı alanlardan birisi de enerji santrallerinin kurulmasında yer seçimi ile ilgilidir. İdarenin santralin kurulacağı yeri seçme konusundaki takdir yetkisinin denetimi ile ilgili Danıştay’ın farklı yönde kararları bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi "Munzur Projesi" kapsamı içerisinde yer alan Konaktepe Barajı ve Hidroelektrik Santral Projelerinin Türkiye-Amerika Birleşik Devletleri Şirketlerinden oluşan konsorsiyuma yaptırılmasına ilişkin 98/11634 sayılı Bakanlar Kurulu kararının ve bu karara dayanılarak konsorsiyumla imzalanan sözleşmenin iptali

⁸⁸ Danıştay 5. Dairesi, T. 10.12.1997, E. 1997/1422, K. 1997/2952, www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 11.12.2017.

⁸⁹ HACİBRAHİMOĞLU, s. 157-158.

istemiyle açılmıştır⁹⁰. Kararda Danıştay, idarenin, kamu hizmetlerinin gereklerini saptama ve tesis kurma konusunda takdir yetkisi bulunmakla birlikte, bu takdir yetkisinin mutlak olmayıp, kamu yararı ile sınırlı olduğunu belirtmiştir.

Hidroelektrik santral yapım kararı alınırken, santralin çevreye etkisinin gözetilmesinin kaçınılmaz olduğundan bahisle idarenin kamu hizmeti gereklerini saptama, tesis kurma konusundaki takdir yetkisinin, çevre sağlığını koruyucu önlemleri alma zorunluluğu ile kısıtlı olduğunu vurgulamıştır. Nihai olarak söz konusu Bakanlar Kurulu Kararının iptaline oy birliğiyle karar vermiştir.

Konu ile ilgili farklı yönde başka bir karar ise yine Danıştay 10. Dairesinin Gökova kararıdır⁹¹. Dava konusu olay Gökova körfezine termik santral kurulmasına ilişkindir. Davacı taraf kurulacak olan termik santralin bölgenin ekolojik dengesini bozacağını iddia etmektedir. Danıştay, konuya ilişkin yasal düzenlemelerde idarenin yürüttüğü kamu hizmetinin gereklerini saptama ve tesis kurma konusundaki takdir yetkisinin, çevre sağlığını koruyucu önlemler alma zorunluluğu dışında kısıtlanmadığını saptamış ve santralin kurulması ile ilgili yer seçimi konusunda, idarenin takdir yetkisinin bulunduğunu belirtmiştir. Takdir yetkisinin kullanımında açık bir hata saptanmadığı durumlarda, idarenin takdir yetkisini kaldırarak şekilde yargı kararı verilemeyeceğinden bahisle Gökova körfezi kıyısında termik santral kurulmasına engel bulunmadığını ifade etmiştir.

SONUÇ

Hukuk devleti ilkesinin en temel gereklerinden birisi idarenin işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tabi olmasıdır. Ancak söz konusu yargı denetimi hukuka uygunluk denetimi ile sınırlıdır. Mevzuatta her konunun bütün yönleriyle ayrıntılı olarak düzenlenme imkanı bulunmamasından dolayı idareye belirli konularda takdir yetkisi tanınması gereklidir. Ancak idare takdir

⁹⁰ Danıştay 10. Dairesi, T. 05.07.2005, E. 2002/2180, K. 2005/3958, www.uyap.gov.tr, e.t. 12.12.2017.

⁹¹ Danıştay 10. Dairesi, T. 24.06.1986, E. 1984/2739, E. 1986/1451, www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 11.12.2017.

yetkisini kullanırken tamamen serbest olmadığı gibi söz konusu yetkiyi belirli sınırlar çerçevesinde kullanılmalıdır.

İdarenin takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda yerindelik denetimi sorunu ortaya çıkmaktadır. Zira bağlı yetkinin bulunduğu durumlarda yerindelik, hukuk kuralları tarafından zaten belirlendiğinden dolayı böyle bir sorun ortaya çıkmamaktadır. Takdir yetkisi ve yerindelik kavramı ilişkisi ile ilgili ise doktrinde pek çok görüş bulunmaktadır. Bu kavramların aynı anlama gelmedikleri belirtilerek iki kavram arasındaki farklara dikkat çekilmiştir.

Bir idari işlemin yerindelik denetimi yargı dışı makamlar tarafından yapılmalıdır. Bu durum kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Yargı makamlarının denetimi ise hukuku uygunluk ile sınırlıdır. Eğer idare, bir idari işlemi tesis ederken hukuk kurallarının öngördüğü takdir yetkisi içerisinde bir seçim yaparsa, bu seçimin yerinde bir seçim olup olmadığı veya ihtiyaçlara tam olarak cevap verip vermediği yargı makamları tarafından denetlenemeyeceği söylenebilir. Ancak hukuka uygunluk ile yerindelik denetiminin sınırlarını belirlemek uygulamada pek kolay gözükmemektedir. Söz konusu sınırların belirleneceği yer ise yine yargı mercileridir. Bundan dolayı yargı makamları hukuka uygunluk ile yerindelik denetiminin sınırlarını net bir şekilde tespit edip içtihatlarıyla desteklemek durumundadır.

KAYNAKLAR

- AKILLIOĞLU** Tekin, “Yönetmelik Yargı ve Denetimin Etkinliği”, Amme İdaresi Dergisi, C. 23, S. 1, 1990.
- AKKUŞ** Selâhattin, Genel Kamu Hukuku, İstanbul, 2006.
- AKYILMAZ** Bahtiyar/**SEZGİNER** Murat/**KAYA** Cemil, Türk İdare Hukuku, 7. Bası, Ankara 2016.
- ALİM** Ümit, Türk Hukukunda Yasama Kısıntısı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2008.
- ATAR**, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Güncellenmiş B. 6, Konya, 2011.
- AZRAK** Ali Ülkü, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, İdare Hukuku İlimleri Dergisi, Aralık 1985, Y. 6, S. 1-3.
- BOZ** Selman Sacit, İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması, Ankara 2017.
- BOZ** Selman Sacit/**ÖZTOPRAK** Sezin, The Regulatory Transactions of The Administration Under The Hierarchy Of Turkish Law, Vienna 10th International Academic Conference, 3 June 2014.
- ÇAĞLAYAN** Ramazan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 3-4, Aralık 2003.
- ÇAĞLAYAN** Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2011.
- ÇALIŞ** Hande Sena, İdari Yargının Varlık Sebebi Olarak İptal Davası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2017
- ÇOBAN**, Ali Rıza, Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Ankara, 2008.
- DURAN** Lütfi, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü”, Amme İdaresi Dergisi, C. 20, S. 4.
- DURAN** Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982.
- ERDEMİR** Nevzat, “Hukuk Devleti ve Savunma Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 1, 1988.
- ERSÖZ** Ahmet Kürşat, “İdari Yargılama Usulünde Tanıklık”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Haziran 2015.
- EVREN** Teoman, “Hukuk Devleti”, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 1985.

- GİRİTLİ**, İsmet/**BİLGEN**, Pertev/**AKGÜNER**, Tayfun/**BERK** Kahraman, İdare Hukuku, İstanbul 2015.
- GÖZLER** Kemal/**KAPLAN** Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 11. Baskı, Bursa 2011.
- GÖZLER** Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, B. 14, Bursa 2013.
- GÖZÜBÜYÜK** A. Şeref, Yönetmelik Yargı, 32. Bası, Ankara 2012.
- GÖZÜBÜYÜK** A. Şeref, Yönetim Hukuku, 24. Baskı, Ankara 2006.
- GÖZÜBÜYÜK** A. Şeref/**TAN** Turgut, İdare Hukuku, 8. Bası, Ocak 2016.
- GÜNDAY** Metin, “1982 Anayasasına Göre, İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, İdari Yargı, Birinci Kitap, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Ankara 1991.
- GÜRAN** Sait, Danıştay ve İdari Yargı 140. Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 77, 12 Mayıs 2008.
- GÜRBÜZ** Taşbaş Zeliha, Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Hukuk Devleti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 1991.
- HACİBRAHİMOĞLU** Nurhan, Yargı Kararları Işığında Takdir Yetkisi ve Yerindelik Denetimi ve 2010 Anayasa Değişikliğinin Bu Duruma Muhtemel Etkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012.
- ILICAK**, Mahir Can, “*Hukuk Devleti ve Yargı Gücü*”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 1986.
- KALABALIK** Halil, “İdarenin Yargısal Denetiminin Sınırları ve Takdir Yetkisi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 1997.
- KALABALIK** Halil, İdare Hukukunun Temel Kavramları ve Kurumları, 5. Baskı, Konya 2014.
- KAYA** Cemil, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, 1. Baskı, Ekim 2011.
- KÜÇÜK** Adnan, “Batıda ve Türkiye Örneğinde Yargısal Aktivizm Tartışmaları Ve Yargısal Aktivizmin İyi ya da Kötü Bir Tutum Olup Olmadığı Meselesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 8, S. 31 (Temmuz 2017).
- MUMCUOĞLU**, Maksut, “*Hukuk Devletinde Bağımsız Yargının Yeri ve Bağımsız Yargının Türkiye’de Gelişimi*”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 46, S. 2, Mart 1989.
- ODYAKMAZ**, Zehra/**KAYMAK**, Ümit/**ERCAN**, İsmail, İdari Yargı, 11. Baskı,

İstanbul 2015.

- ONAR** Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1, 3. Bası, İstanbul 1966.
- OYTAN** Muammer, “Yargılamanın Yargılama Teknikleriyle Sınırlandırılması”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Ankara 1-4 Mayıs 1990.
- ÖZAY** İl Han, Gün Işığında Yönetim, İstanbul 1996.
- ÖZBUDUN**, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1998.
- ÖZKORKUT**, Ünal Nevin, “1876 Anayasasının Hukuk Devleti Unsurları Açısından Osmanlı Devlet Anlayışına Getirdiği Yenilikler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 1, 2004.
- SOYSAL**, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul 1986.
- TAN** Turgut, İdare Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014.
- TEK**, Savaş, “İdare Hukukunda İdarenin Sorumluluğu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 1, Nisan 2010.
- TUNÇ**, Hasan /**BİLİR**, Faruk /**YAVUZ**, Bülent, Türk Anayasa Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş B. 2, Ankara 2011.
- ÜSTÜN** Ümit Süleyman, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Ankara 2007.
- YAYLA** Yıldızhan, “İdarenin Takdir Yetkisi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 30, S. 1.
- DURAN**, Lütfi, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü”, Amme İdaresi Dergisi, C. 20, S. 4.
- YENİCE** Kazım, İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983.

Makaleler

Özel Hukuk

**İŞ HUKUKU'NDA KADIN ÇALIŞANLARIN KORUNMASINA
İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELER**

(Azerbaycan ve Türk İş Hukuku Karşılaştırmalı Olarak)*

Yrd. Doç. Dr. Namık HÜSEYİNLİ**

Doç. Dr. Yusuf YİĞİT***

**LEGAL REGULATIONS RELATED TO WOMEN EMPLOYMENT
IN LABOR LAW**

(Azerbaijan and Turkish Labor Law, As Comparative)

* Kabul Edildiği Tarih: 14.12.2017

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.342140](https://doi.org/10.15337/suhfd.342140)

** Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi, İşletme Fakültesi

E-mail Adresi: namik.huseyinli@alanya.edu.tr

ORCID ID: orcid.org/0000-0003-2518-5622

*** Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi, Biga İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

E-mail Adresi: yusufyigit@comu.edu.tr

ORCID ID: orcid.org/0000-0002-4563-829X

ÖZ

Kadın işgücünün erkek işgücüne oranla daha yüksek maliyetli olması çalışma hayatı içinde yer almasını zorlaştırmaktadır. Kadınların korunması için hamilelik ve doğum izinleri, çocuk emzirme süreleri ve diğer koruyucu hükümler işverenler açısından olumlu karşılanmamakta ve sonuçta kadın istihdamını olumsuz etkilemektedir. Kadınların toplum içinde korunmaya muhtaç grup olduğu gerçeğinden hareketle, hukuki korunma sağlanması gerekliliği önceliğini korumaktadır. Şüphesiz ki, kadınlara yönelik getirilen hukuki düzenlemeler çalışma hayatında kadın işçilere önemli haklar sunmakta ve işgücü piyasasının mağduriyetlerine karşı koruma sağlamaktadır.

Diğer yönden çalışma hayatında kadın istihdamının erkeklere göre düşük düzeyde seyri işgücü politikalarının öncelikli sorunlarından. İşgücü piyasasının talepleri doğrultusunda kadınların çalışma hayatına kazandırılması ve istihdam edilebilirliklerinin artırılması için çok yönlü politikalar izlenmektedir. Bu doğrultuda kadınlara çalışma hayatında daha fazla korunma sağlanması istihdamı da arttırıcı nedenlerden biridir.

Çalışmada Azerbaycan ve Türkiye İş Hukukunda kadın çalışanların korunmasına ilişkin düzenlemeler incelenmiş, ilgili düzenlemeler karşılaştırmalı olarak ele alınmış ve her iki ülke mevzuatı farklı ve benzeri yönleriyle değerlendirilmiştir.

ANAHTAR KELİMELELER: Azerbaycan İş Kanunu, Ayrımcılık Yasağı, Kadın Çalışanlar, Doğum İzni, Çalıştırma Yasağı, Türk İş Hukuku.

ABSTRACT

The simple fact that female labor per capita is more costly than male labor makes it difficult for women to find employment. The provisions that are put into effect to protect women, e.g. maternity leave and breastfeeding breaks, are not welcomed much by employers and ultimately negatively affect the rate at which females are employed. Keeping in mind the fact that female workers are a vulnerable group within the society, it is a necessity and priority to provide legal protection for them. Undoubtedly, the legal arrangements for women provide important rights for women workers in working life and provide protection against the unjust treatments of the labor market.

Ensuring a change in the low percentage of women employment has become a major precedent in labor policies. In accordance to changes in labor demand, various policies have been put into play to increase both the employability of women and their desire to work. With this respect, protecting women more in the work life may ensure an increase in their place within the labor force.

In this study, regulations regarding the protection of women workers in Azerbaijani Labor Law were examined and current regulations were also handled comparatively with Turkish Labor Law.

KEY WORDS: Azerbaijani Labor Law, Non-Discrimination, Women Employment, Maternity Leave, Employment Prohibition, Turkish Labour Law.

Giriş

Günümüzde kadınlar çalışma hayatında daha fazla yer almakla birlikte hemen her alandaki iş kollarında çalışmaktadırlar. Bu ise kadınlarla ilgili iş ilişkilerinden kaynaklanan sorunlara sebebiyet vermekte ve mağduriyetler yaşanmaktadır. Çözüm olarak uluslararası sözleşmeler doğrultusunda kadınların mağduriyetini ortadan kaldıracak düzenlemeler yapılması ve kadınlara daha fazla korunma sağlanması gerekmektedir. Nitekim çalışma mevzuatıyla sağlanacak haklar özellikle özel sektörde çalışan kadınların karşılaştıkları sorunları ortadan kaldıracak ve işgücü piyasasının en önemli sorunlarından biri olan düşük kadın istihdamı oranlarına etki edecektir.

Kadınların sahip olduğu haklar, çalışma hayatına katılım oranları, eğitim düzeyleri ve diğer unsurlar toplumların gelişmişlik seviyesinin bir göstergesi olarak görülmektedir. Sanayi devrim sonrasında çalışma hayatına daha fazla katılım gösteren kadınların çalışma koşulları ve haklarıyla ilgili yapılan olumlu düzenlemeler öncelikle batı ülkelerinden başlamıştır. Daha sonra uluslararası sözleşmeler ile başta fırsat ve muamele eşitliği ve çeşitli ayrımcılıkların önlenmesi olmak üzere çalışma ilişkilerinden kaynaklanan önemli sorunların ortadan kaldırılması hedef alınmış ve taraf ülkeler için yükümlülükler öngörülmüştür.

Hem Azerbaycan hem de Türkiye'nin çalışma mevzuatında uluslararası sözleşmelerin de etkisiyle kadının korunmasına ilişkin önemli düzenlemeler öngörülmüştür. Her iki ülkenin Anayasasında kadınların erkekler ile eşit hak ve

özgürlüklere sahip oldukları ve ayrımcılık yapılamayacağı yer almakta ve bu doğrultuda çalışma hayatında mevzuatla kadınlara erkeklerle eşit imkanlar tanınmaktadır. Çalışmada kadınlara ayrımcılık yasağı, belirli koşullarda çalıştırma yasağı, gebe ve çocuklu kadınlar için getirilen haklar incelenmiş, her iki ülke hukuku açısından uluslararası mevzuata yaklaşma bakımından da konu ile sınırlı olarak değerlendirme yapılmıştır.

1. Uluslararası Belgelerde Kadın Çalışanlara İlişkin Düzenlemeler

Kadın işçileri korumaya yönelik olarak uluslararası hukukta, oldukça geniş düzenlemeler bulunmaktadır. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) ile birlikte kadınların erkeklerle birlikte sosyal, ekonomik, kültürel ve siyasal haklar açısından hak ve fırsat eşitliğine kavuşturulması amaçlanmıştır. Birleşmiş Milletler (BM) tarafından 1979 yılında kabul edilmiş ve 1982 yılında yürürlüğe girmiştir¹. Sözleşme, çalışma hayatında kadınlara ilişkin olarak en ayrıntılı düzenlemeleri yapan sözleşmedir. Nitekim istihdam başlıklı 11. maddesinde çalışma hayatına ilişkin ayrıntılı hükümler yer almaktadır². Bu hükümler ile hem çalışma hakkı, erkeklerle eşit istihdam hakkı, iş güvenliği gibi çalışma yaşamında cinsiyet eşitliğine ve kadınlara karşı ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına yönelik genel nitelikteki unsurlar belirtilmekte hem de doğrudan çalışan kadınlara özgü haklar üzerinde durulmaktadır.

Öte yandan 1961 yılında Avrupa Birliği tarafından imzalanan ve 1965 yılında yürürlüğe konulan Avrupa Sosyal Şartı da, çalışma hayatı bakımından temel nitelikli bir belgedir. Türkiye sözleşmeyi 1989 yılında onaylamıştır. Ayrıca AB tarafından 03 Mayıs 1996 tarihinde imzalanan ve 01 Temmuz 1999'da yürürlüğe giren gözden geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın³ özellikle 8. maddesinde, "*Çalışan Kadınların Korunma Hakkı*" başlığı altında, kadınlara doğumdan önce ve sonra ücretli izin veya yeterli sosyal güvenlik yardımı veya kamu kaynaklarından yararlandırma yoluyla en az on iki haftalık izin haklarının

¹ Türkiye bu sözleşmeyi 1985 yılında imzalamış ve 1986 yılında, Azerbaycan ise 1995 yılında kabul ederek yürürlüğe koymuştur.

² **ERTÜRK**, Şükran, Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği, 1.B, Belediye İş Sendikası, Ankara, 2008, s.54.

³ Türkiye 6 Ekim 2004 tarihinde, Azerbaycan ise 06 Ocak 2004 yılında imzalanmıştır.

sağlanması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca çalışan kadına doğum izni sırasında işten çıkarma bildiriminde bulunulmasının yasa dışı sayılması, emzirme döneminde annelere yeterli bir süre emzirme izni sağlanması, endüstride çalışan kadınlara gece işlerinde çalışmalarının düzenlenmesi, yer altı maden işlerinde, tehlikeli işler gibi niteliği bakımından uygun olmayan işlerde çalışmalarının yasaklanması gerektiği ele alınmıştır. Gözden geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 4. maddesinin 3.fıkrası ile çalışan erkekler ile kadınların eşit işe eşit ücret hakkına sahip oldukları ifade edilmiştir.

Her iki ülkenin de onayladığı 45 sayılı Her Nevi Maden Ocaklarında Yeraltı İşlerinde Kadınların Çalıştırılmaması Hakkında Sözleşme kadın çalışanlar açısından önemli düzenlemeler içermektedir. Sözleşmeye göre yaşları ne olursa olsun, kadınların maden ocaklarında, yer altı işlerinde çalıştırılmayacağı hükme bağlanmıştır.

Yine eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliğinin korunması için düzenlenen ILO'nun 100 Sayılı Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Sözleşme her iki ülke tarafından onaylanmıştır.

Bundan başka 111 sayılı Ayrımcılık Sözleşmesi ile de, iş ve meslek edinmede her türlü ayrımcılık yasaklanmış ve fırsat eşitliğini öngören düzenlemeler benimsenmiştir.

ILO'nun 102 sayılı Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkında Sözleşme ile de, özellikle kadın çalışanlar için gebelik ve analık yardımına ilişkin hükümlere yer verilmiş (m.49, 50); 122 sayılı İstihdam Politikası Sözleşmesi ve Tavsiye Kararı ile de ırk ve cinsiyetleri ne olursa olsun, bütün insanların maddi ilerlemenin ve manevi gelişmelerin serbestlik, şeref ve haysiyet iktisadi güvenlik içinde ve eşit şanslarla takip etme hakkına sahip oldukları vurgulanmıştır.

Nihayet 158 sayılı Hizmet İlişkinine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme ile, *ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile sorumlulukları, hamilelik, din, siyasi görüş, etnik köken veya sosyal köken, doğum izni esnasında işe gelememe* hallerinin iş sözleşmesinin sonlandırılmasında geçerli sebep olamayacağı ifade edilmiştir (m.5/d-e).

Önemle ifade edelim ki, Türkiye kadın erkek eşitliği ile ilgili olan ILO sözleşmelerinden, Kadınların Gece Çalışmasına İlişkin 89 No'lu Sözleşme,

Gece Çalışması Hakkında 171 Sayılı Sözleşme, Aile Sorumlulukları Olan Kadın ve Erkek İşçilere Eşit Davranılması ve Eşit Fırsatlar Tanınması Hakkında 156 Sayılı Sözleşme, Kısmi Süreli Çalışma Hakkında 175 Sayılı Sözleşme ve ayrıca Kadının Doğum ve Doğum Sonrası Çalışması Hakkında 183 Sayılı Sözleşmeyi henüz onaylamamıştır. Azerbaycan ise bunlardan 156 ve 183 sayılı sözleşmeleri kabul etmiştir.

2. Azerbaycan ve Türk İş Hukukunda Kadın Çalışanların Çalışma Koşullarını Ele Alan Düzenlemelere Genel Bakış

Azerbaycan'da kadınlar Sovyetler Birliği döneminde çalışma hayatının her alanda çalışmış ve çeşitli mesleklerle uğraşmışlardır. Sosyalist rejimin temel ideolojisi gereği, çalışma mevzuatında çalışma koşulları, izinler ve kadınlara tanınan ayrıcalıklar açısından birçok konuda hukuki koruma sağlanmıştır. Rejimin çöküşü sonrası ise, işgücü piyasasındaki sorunlar kadınların hayatını olumsuz etkilemiştir. Çalışma hayatını düzenleyen hukuki düzenlemelerin uygulanabilirliği zayıflamıştır. Belirli bir süreç sonrası ise, ekonomik gelişmelerin çalışma hayatına ve işgücü piyasasına olumlu yansımaları kadın çalışanlar üzerinde de etkili olmuştur. Günümüzde kadınların erkeklerle hukuk karşısında ve siyasi alanda eşit haklardan yararlandığı görülmektedir. Özellikle Azerbaycan İş Kanunu (Emek Mecellesi) kapsamında kadın çalışanlara önemli koruyucu haklar getirilmiştir. Uluslararası sözleşmeler doğrultusunda çalışan kadınlara yönelik yasal korunmanın arttırılması ise kadınların statüsünün güçlenmesini ve işgücü piyasasındaki istihdam sorunlarını olumlu etkilemiştir.

Azerbaycan hukukunda çalışma hayatına ilişkin kurallar eski Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB) mevzuatı geleneği üzerinden devam ettirilmiştir. Bağımsızlığını kazandıktan sonra çalışma biçimi ve ilişkilerindeki değişimler üzerine yeni düzenlemeler yapılması zorunlu olmuştur. Uluslararası Çalışma Örgütü'ne (ILO) 1992 yılında üye olan Azerbaycan Cumhuriyeti iş ilişkileri, istihdam, iş güvenliği ve muhafazası, iş mevzuatının geliştirilmesi yönünde birçok yenilikleri gerçekleştirmiştir. Öncelikle 12 Kasım 1995 tarihinde kabul edilen Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası çalışma hayatı

açısından temel bir belgedir⁴. 1992 yılında İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu⁵ 1994 yılında yürürlüğe giren Sendikalar Hakkında Kanun bağımsızlığın ilk yıllarında yürürlüğe giren düzenlemelerdir. Daha sonra 1999 tarihli İş Kanunu (Emek Mecellesi) hem bireysel hem de toplu iş ilişkilerini düzenleyen bir kanun topluluğu olarak çalışma hayatında iş ilişkilerini düzenlemektedir.

Birleşmiş Milletlerin Gelişim Programı çerçevesinde alınan kararlara uygun olarak kadınların yasalar önünde sahip oldukları yasal hakları kullanabilmeleri için 1998 tarihli kararname ile Kadın Sorunları Üzere Devlet Komitesi isimli kurum faaliyete başlamıştır. 2006 yılında ise Aile, Kadın ve Çocuk Problemleri Üzere Devlet Komitesi kurulmuş ve aile, kadın ve çocuk sorunları kapsamında devlet siyaseti ve tanziminin sağlanması bu kurumun aracılığı ile sağlama amaçlanmıştır. Kurum kadınların özellikle toplumsal yaşamda kadın olmaları dolayısıyla karşılaştıkları farklı muameleleri ve sorunları engelleme ve çözüm üretme açısından faaliyetleri gerçekleştirmektedir. Aynı yıl yürürlüğe giren “Gender (erkek ve kadınların) Beraberliğinin Teminatları Hakkında Kanun” toplumsal yaşamın her alanında cinsiyet eşitliğini öngören önemli bir düzenlemedir.

Öte yandan Türkiye Cumhuriyeti çalışma mevzuatında uluslararası sözleşmeler ışığında kadınların çalışma hayatında korunması açısından önemli düzenlemeler yer almaktadır. Türk İş Hukuku açısından özellikle Cumhuriyet’in ilanı ile birlikte gelişim süreci başlamış, 02.01.1924 tarihli ve 394 sayılı Hafta Tatili Kanunu ile çalışma hayatını ilgilendiren ilk düzenleme yürürlüğe konulmuştur. 818 sayılı ve 1926 tarihli Borçlar Kanunu, 1936 tarihli ve 3008 sayılı İş Kanunu, 1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun (Basın İş Kanunu), 1963 tarihli 274 sayılı Sendikalar Kanunu ile 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu, 1967 tarihli ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu, 1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanunu, 2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu, 2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, Türkiye’de çalışma ilişkilerini geçmişten günümüze

⁴ Anayasa metnine Ağustos 2002 ve 18 Mart 2009 tarihlerinde değişiklikler yapılmıştır.

⁵ Azerbaycan Türkesinde: “Emeyin Mühafizesi Hakkında Kanun”.

düzenleyen temel kanunlar olmuştur. Gerek yürürlükten kaldırılan gerek mevcut düzenlemelerde kadın çalışanların korunması ve çalışma ilişkilerinin özel olarak düzenlenmesini gerektiren pek çok hükme yer verilmiştir. Ayrıca iş mevzuatı açısından doğrudan kadın çalışanların çalışma koşullarını düzenleyen yönetmeliklere de yer verilmiş ve 2004 tarihinde Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik, 2013 tarihinde Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik ile 2016 tarihli *Analık İzni veya Ücretsiz İzni Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik* çıkarılmıştır.

1982 Anayasası da kendisinden önceki 1961 Anayasası gibi, içerdiği birçok madde ile kadınların çalışma yaşamında korunmasına ilişkin kanunların temelini oluşturmuştur. Anayasanın 10. maddesinde belirtilen *"herkes; dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye... imtiyaz tanınmaz"* ifadeleri ile sosyal hayatta ve çalışma hayatında eşitlik hükmü benimsenmiştir. Yine Anayasanın aynı hükmü ile haklardan yararlanma konusunda kadın ve erkek arasında cinsiyete dayalı bir ayrımcılığın yapılamayacağı vurgulanmıştır.

3. İş Sözleşmesine İlişkin Hükümler

a. Sözleşmesinin Kurulmasına İlişkin Genel Düzenlemeler

aa) Azerbaycan İş Hukuku Açısından

Azerbaycan hukukunda iş sözleşmesi işverenle işçi arasında yapılan ve çalışma koşullarını, tarafların hak ve görevlerini belirleyen sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Kanunda iş sözleşmesi (emek mukavelesi) ise, işveren ile işçi arasında ferdi anlamda iş ilişkilerinin temel şartlarını, tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini ortaya koyan yazılı sözleşmedir (Az.İsK.m.3/3) Kanunda iş sözleşmesinin kurulması yazılı şekil şartına tabi tutulmuştur. İki nüsha olarak düzenlenen sözleşmenin bir suretinin işçiye verilme zorunluluğu bulunmaktadır. Taraflar iş sözleşmesinin şartlarını tek taraflı olarak değiştirme yetkisine sahip değildir. Daha sonra sözleşmenin içeriği açısından karşılıklı olarak değişiklik yapmak istedikleri konuları birlikte sözleşmeye eklenmesi veya sözleşme eki olarak başka bir belge düzenleyerek imzalanması mümkündür. Taraflar sözleşme imzaladığı günden itibaren yükümlülük altına

girmiş sayılacaktır. Kanunun öngördüğü şekil şartına aykırı davranarak, yazılı sözleşme düzenlemeden de iş ilişkisinin kurulmuş sayılabileceği kanunda öngörülmüştür. Bu durumda sözleşme düzenlenmeden işçinin işe başladığı tarihten itibaren iş ilişkisi kurulmuş sayılacaktır. Ancak taraflar 3 gün içinde sözlü olarak kurulan sözleşmeyi yazılı şekle dönüştürmekle yükümlüdürler⁶.

Çalışma koşullarının işçinin sağlığına zararlı olabileceği hallerde işçiden sağlık raporu talep edilmesi zorunludur. Nitekim gıda sektöründe, toplumsal iaşe, sağlık, ticaret ve bu çeşit diğer işyerlerinde sözleşme imzalanırken sağlık raporu talep edilmektedir. Suiistimalleri önlemek amacıyla iş kanununda veya diğer mevzuatlarda belirtilmemiş olan işverenin keyfi olarak isteyeceği ek belgelerin işçiden talep edilmesi yasaklanmıştır.

Taraflar sözleşme süresini belirli süreli veya belirsiz süreli olarak düzenleyebilirler. Eğer sözleşmede belirli bir süre öngörülmemişse bu sözleşme belirsiz süreli sayılacaktır. Belirli süreli sözleşmelerde azami süre 5 yıl olarak belirlenmiş olup, bu sürenin aşılması halinde sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşecektir.

İş sözleşmesi yapılabilmesi için işçinin fiil ehliyetine sahip olması aranmaktadır. On beş yaş altında bulunanlarla yapılan sözleşme geçersizdir. On beş ve on sekiz yaş aralığında bulunanlarla ise sözleşme yapılması mümkün kılınmış olup, ancak yasal temsilcisinin onayıyla izin verilmektedir. Sözleşmenin kurulması açısından, yasada yer alan hükümlerin dışında yaş küçüklüğü ayrımcılık yapılmasına gerekçe gösterilemeyecektir. Ücret açısından ise küçüklere asgari ücretin altında belirlenemeyecektir⁷.

bb) Türk İş Hukuku Açısından

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 393. maddesinin 1.fıkrasında yapılan tanıma göre, *"Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir"*. Aynı şekilde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesine göre de iş sözleşmesi, *"...bir tarafın (işçi) bağımlı*

⁶ Ayrıntılı bkz. Azerbaycan Respublikasının Emek Mecellesinin Kommentariyası, Bakı, 2007, 107-137.

⁷ UŞAN, Muhammet Fatih, "Azerbaycan Hukukunda İş Sözleşmesinin (Emek Mukavelesinin) Temel Özellikleri (Türk Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak)", Kamu-İş; Cilt:8, Sayı: 3, Ankara, 2005, (17-51). s. 26.

olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir" (İK, m.8/1) şeklinde tanımlanmıştır.

İşçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir (TBK, m.393/2).

Taraflar iş sözleşmesini, Kanun hükümleriyle getirilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, ihtiyaçlarına uygun türde düzenleyebilirler (İK, m.9/1). İş sözleşmeleri belirli veya belirsiz süreli yapılıdır. Bu sözleşmeler çalışma biçimleri bakımından tam süreli veya kısmî süreli yahut deneme süreli ya da diğer türde oluşturulabilir (İK, m.9/2).

İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir (İK, m.11/1). Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir (İK, m.11/2). Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar (İK, m.11/3).

Belirli süreli sözleşme, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür (TBK, m.430/2). Ayrıca belirli süreli iş sözleşmesinin fesih bildiriyle sona ereceği kararlaştırılmış ve iki taraf da fesih bildiriminde bulunmamışsa, belirli süreli sözleşme yine belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür (TBK, m.430/son).

6098 sayılı Kanun'a göre, taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade eder (TBK, m.430/3).

İş sözleşmesinin yapılması, kural olarak tam fiil ehliyetinin varlığını gerektirir. Tam fiil ehliyetinin var olup olmadığı, Medeni Kanun hükümlerine göre (m.10-13) tespit edilir. Ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlı bulunmayan kişiler Medeni Kanun hükümlerine göre tam ehliyetli kabul edilir. Örneğin 18 yaşını doldurmuş ve ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı bulunmayan (A), İş Kanunu hükümleri çerçevesinde, serbestçe kendi adına iş sözleşmesi yapabilir.

Ayırt etme gücüne sahip, ancak küçük veya kısıtlılar adına iş sözleşmesi yasal temsilcilerinin izni ile yapılır. Örneğin 16 yaşını doldurmuş (A), ayırt etme gücüne sahip ise, iş sözleşmesi yapabilmesi için yasal temsilcisinin (ana babasının veya vasinin) iznini alması gerekir.

Eşlerden biri de, diğerinin izni olmaksızın iş ve meslek seçiminde serbesttir. Ancak eşler bu ihtimalde evlilik birliğinin huzur ve yararını göz önünde bulundurmalıdır (MK, m.192).

İş Kanunu asgari çalışma yaşını 15 yaşın doldurulması şartına bağlamıştır. Ancak, ondört yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış olan çocuklar, bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler (İK, m.71).

İş sözleşmesi Kanunda aksi belirtilmedikçe özel bir şekle tabi değildir (İK, m.8/1). Ancak süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur (İK, m.8/2). Ayrıca İş Kanununa göre, takım sözleşmeleri (İK, m.16) ile süresi ne olursa olsun çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmelerinin (İK, m.14/1) yazılı şekilde yapılması zorunludur.

cc) Değerlendirme

Her iki hukuk sistemi açısından ele alındığında, iş sözleşmenin kurulması bakımından temel prensipler doğrultusunda benzerlik olduğu görülmektedir. Ancak Azerbaycan İş Kanunu ile kurulan iş ilişkisi sadece bireysel iş ilişkisini değil toplu iş ilişkisini de kapsamaktadır. Kanunda bireysel iş ilişkileri yanında toplu iş sözleşmesini, grev ve lokavtı düzenleyen hükümlere de yer verilmiştir. İş Kanunu içerisinde toplu iş ilişkilerine ilişkin konuların düzenlenmesinin isabetli olmadığı vurgulanmıştır⁸. Ayrıca sendikaların faaliyetlerini düzenleyen ayrı bir Sendikalar Kanunu da yürürlükte⁹.

Özellikle şekil şartı açısından uygulanan bir farklılık dikkat çekmektedir. Azerbaycan Hukukunda yazılı olarak yapılmayan sözleşmeler geçersiz kabul edilmektedir. İşveren kanun ekinde yer alan yazılı bir sözleşme örneğini esas

⁸ UŞAN, 2005, s. 17.

⁹ "Hemkarlar İttifaqları Hakkında" Azerbaycan Respublikasının Kanunu, <http://www.e-qanun.az/framework/8987>, 05.12.2017.

arak sözleşmeyi düzenleyecektir. Tarafların anlaşması ile bu örnek form tatbik edilir (Az.İsK.m.44/2).

Sözlü olarak yapılan sözleşmeler açısından yapıldığı tarihten itibaren 3 gün içerisinde yazılı hale getirilerek geçerlilik kazandırılması öngörülmüştür. Genel bir hüküm olan bu düzenleme ile sadece kadınları değil tüm işçileri korumayı amaç edinmiştir.

Türk Hukukunda ise bireysel ve toplu ilişkiler ayrı kanunlarla düzenlenmiştir. Sözleşmenin geçerliliği istisnalar dışında herhangi bir şarta bağlanmamıştır. Hangi sözleşme türlerinin yazılı olarak yapılması gerektiği kanunda belirtilmiştir. Örneğin, bir yıl ve üzeri belirli süreli sözleşmeler, takım sözleşmesi, çağrı usulü çalışmalara ilişkin sözleşmelerin yazılı olarak düzenlenmesi kanun gereğidir.

Yazılı olarak yapılması gereken sözleşmeler açısından, uygulamada işvereni sözleşmeyi yazılı yapmaya zorlamak mümkün olmayacağı için bu sözleşmelerin geçersizliğini savunmak işçilerin mağduriyetini doğuracaktır. Türk hukukunda şekil şartının “geçerlilik şartı” olarak değil “ispat şekli” olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Nitekim “sözleşmenin şekle aykırılığı sebebiyle hükümsüz sayılması, ileriye yönelik etki doğursa bile doğru görülemez”¹⁰. Ancak Narmanlıoğlu'na göre kanunun yazılı şekli öngören kanunun bu buyruğunu da görmezlikten gelip, bunun ispata ilişkin bulunduğunu söyleyebilmek tereddütsüz mümkün ve koyla değildir¹¹. Bu yönüyle her iki ülke hukukunun kıyaslamasında şekle ilişkin Türk İş Kanunu düzenlemesi ve yorumu işçi yönünden daha olumlu bir düzenlenmedir. Ancak Azerbaycan İş Kanunda yer alan şekil şartının da işçiyi korumak ve işvereni bağlayıcı bir kural koyma bakış açısıyla getirilmiş bir düzenleme olduğunu ifade edebiliriz.

b. Çalışma Sürelerine İlişkin Hükümler

aa) Azerbaycan İş Hukuku Açısından

Azerbaycan'da çalışma süresi yasada haftalık olarak 40 saat, günlük ise 8 saat olarak düzenlenmiştir. Türk İş Hukukundan farklı olarak günlük çalışma süreleri açısından sabit düzenleme yapılmıştır. Sekiz saatlik çalışma süresini

¹⁰ ŞAKAR, 2016, s. 68.

¹¹ NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul, 2014, s. 194.

öngören sözleşme kapsamında günlük en fazla 8 saat çalışılacağı somut olarak düzenlenmiştir (Az.İşK. md. 89). Ancak bu kural kesin değildir. İş Kanunu 90. madde ile haftalık altı gün çalışma yapmayı öngören matbu iş sözleşmeleri kapsamında haftalık çalışma süresinin 40 saat, günlük çalışma süresinin ise en fazla 7 saat, haftalık çalışma süresinin en fazla 36 saat belirleneceği hallerde ise günlük çalışma süresinin en fazla 6 saat olabileceği düzenlenmiştir.

Yine ara dinlenmeleri açısından Türk İş Kanununa benzer düzenleme söz konusu olup, bu süre çalışma süresine dahil edilmemektedir. İşçinin serbest kullanabileceği bu süre için işveren çalışma koşulları açısından gerekli ortamı sağlamalıdır. Bunun dışında Kanunun 233. maddesi kapsamında hava koşulları nedeniyle rüzgarlı ve soğuk işyerlerinde çalışanlar için de ilave ısınma ve dinlenme süresi tanınmaktadır. Bu sürelerinde çalışma süresine dahil edileceği ve ücretinin de ödeneceği öngörülmüştür¹².

İş Kanunu madde 91 ile “Kısaltılmış iş vakti” başlığı altında bazı işlerde çalışanlara azami çalışma süreleri öngörülerek farklı düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme kapsamında zorunlu doğum izni süresi sonrası işe başlayacak kadınlar da işverenden haftalık çalışma süresinin azaltılmasını talep edebilecektir. İşveren bu kadınları haftalık en fazla 36 saate kadar çalıştırabilecektir. Kadınlar çocuğun bir buçuk yaşını doldurmasına kadar kısaltılmış iş vakti uygulamasından yararlanacaktır (Az.İşK. md. 91).

İşverence “Kısaltılmış iş vakti” rejimi uygulanan kadın işçilerin ücretinde bir kesinti yapılması mümkün değildir. Kadın işçinin ücretinin tam olarak ödenmesi yönünde düzenleme yapan kanun koyucu (Az.İşK. md. 159), çalışma koşulları ağır, zararlı ve iklim durumuna göre olumsuz koşullarda çalışan işçilerin ücretlerinde yapılacak artışların, Bakanlar Kurulu tarafından belirlenmesini öngörmüştür. Ayrıca kısaltılmış sürelerle çalışan kadın işçilerin ücretlerinde herhangi bir indirim gidilemeyeceğini de düzenlemiştir. Bu düzenleme 4857 sayılı İş Kanunu’nun 62. maddesi; *‘Her türlü işte uygulanmakta olan çalışma sürelerinin yasal olarak daha aşağı sınırlara indirilmesi veya işverene düşen yasal bir yükümlülüğün yerine getirilmesi nedeniyle ya da bu Kanun hükümlerinden herhangi birinin uygulanması*

¹² KASUMOV Aliş / ALESKEROVA, Lala, (2011). Vremya Otdixa, Baku, 2011, s. 45.

sonucuna dayanılarak işçi ücretlerinden her ne şekilde olursa olsun eksiltme yapılamaz.' şeklindeki düzenlemeye benzerlik göstermektedir. Ancak Azerbaycan hukukundaki düzenlemenin pozitif bir ayrımcılık sağlamış olduğu söylenebilir.

bb) Türk İş Hukuku Açısından

Çalışma süresi, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süredir. İş Kanununun 66. maddesinin birinci fıkrasında yazılı süreler de çalışma süresinden sayılır. Aynı Kanunun 68. maddesi uyarınca verilen ara dinlenmeleri ise, çalışma süresinden sayılmaz. İşin niteliğinden doğmayıp da işveren tarafından sırf sosyal yardım amacıyla işyerine götürülüp getirilme esnasında araçlarda geçen süre çalışma süresinden sayılmaz.

Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırkbeş saattir. Ancak yer altı maden işlerinde çalışan işçilerin çalışma süresi; haftada en çok otuz yedi buçuk saattir (İK, m.63/1).

Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır (İK, m.63/1). Haftanın iş günlerinden birinde kısmen çalışılan işyerlerinde, bu süre haftalık çalışma süresinden düşüldükten sonra, çalışılan sürenin çalışılan gün sayısına bölünmesi suretiyle günlük çalışma süreleri belirlenir (ÇSY, m.4/2). Ancak, yer altı maden işlerinde çalışan işçilerin çalışma süresi; günde en çok yedi buçuk saattir (İK, m.63/1).

Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde *onbir saat aşmamak koşulu ile* farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir. Turizm sektöründe dört aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz; denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile altı aya kadar artırılabilir (İK, m.63/2).

Kadın işçilere bir yaşımdan küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam birbuçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç

bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır (İK, m.74/7)¹³.

Kadın işçilerin Gece Postalarında Çalıştırılmalarına İlişkin Yönetmeliğinin 5. maddesine göre, her ne şekilde olursa olsun gece postasında yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmaları mümkün değildir.

cc) Değerlendirme

Azerbaycan İş Kanunu genel olarak işçilerin toplam haftalık ve günlük çalışma süresi açısından kademeli şekilde bir belirleme yapmıştır. Beş günlük çalışma rejiminde 40 saat ve 8 saat çalışma süresi, altı günlük çalışma rejiminde 40 saat ve 7 ve 36 saatlik haftalık çalışma rejiminde ise azami günlük çalışma 6 saat olarak öngörülmüştür. Kanun hükmünün işçiler yönünden daha olumlu bir düzenleme olduğu açıktır. Türkiye’de ise günlük çalışma açısından belirleme söz konusu değildir. Haftalık çalışma süresi 45 saat, günlük çalışma süresi ise haftanın çalışılan günlerine göre bölünerek 11 saatten fazla olmayarak kullanılacaktır.

İki ülke hukukunda görülen farklı bir husus, günlük fazla çalışmalar açısındandır. Azerbaycan hukukunda bir işçi iki işgününde toplam dört saatten fazla çalıştırılmaz. Çalışma koşulları ağır ve zararlı olan işyerlerinde bir günde fazla çalışma süresi 2 saatten fazla olamaz ve iki gün üst üste 2 saatin üzerinde

¹³ Yargıtay daha önce verdiği bir kararında, “Kadın işçiye doğumdan sonra bir yıla kadar günde 1.5 saat süt izni verilmesi gerektiğine dair düzenleme, 10.6.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanununun 74. maddesiyle getirilmiştir. İşverence süt izni verilmemesinin yaptırımı da, anılan yasanın 104. maddesinde öngörülmüştür. Bununla birlikte süt izni verilmemesi durumunda işçiye ilave bir ücret ödeneceğine dair bir kurala yer verilmiş değildir. Böyle olunca süt izni süresinin fazla çalışma süresi olarak değerlendirilerek sonuca gidilmesi doğru olmaz” diyerek, süt izni süresi içinde çalışmayı fazla mesai kapsamında değerlendirmezken; (Y9HD, 01.05.2007, E.2007/4893, K.2007/13796 www.legalbank.net: 06.12.2017) 2016 yılında verdiği bir kararında ise, “Kullanılmayan “süt izni” karşılığı ücretinin ödenip ödenmeyeceği (4857 s.y. 74/7) Doğum sonrası kadın işçiye çocuklarını emzirmeleri için günde günlük 1,5 saat süt izni kullanılmamışsa, kullanılmayan sürenin tespiti ile % 50 zamlı ücret üzerinden hesaplama yapılması gerektiğinin kabulü Anayasanın 50/2. maddesine ve amaçsal yorum benimsemek suretiyle 4857 sayılı Kanun’un ruhuna daha uygun düşeceğinden hükmün bozulması gerektiği...” sonucuna ulaşarak, bu döneme ilişkin saat ücretin % 50 zamlı ödenmesine hükmetmiştir. Y22HD, 13.06.2016, E.2015/12878, K.2016/17527 (www.muhasabetr.com: 06.12.2017).

fazla çalışma yaptırılmaz (Az.İşK. md. 99-100). Kanunun lafzından ağır ve zararlı işlerde iki gün içinde toplam 2 saatten fazla çalışma yaptırılmayacağı anlaşılmaktadır. Türkiye'de fazla çalışmaya günlük sınırlama getirilmemiştir. Aslında bu düzenleme çok olumlu bir uygulama olarak 4857 sayılı İş Kanununun günlük fazla çalışma sınırlaması eksikliğine örnek gösterilebilir. Nitekim eski 1475 sayılı Kanunda günlük çalışma süresinin üzerinde yapılan çalışma fazla çalışma olarak tanımlanmışken, 4857 sayılı İş Kanunu bu sınırlamayı kaldırmış ve haftalık 45 saatlik sınırlamayı kabul etmiştir¹⁴.

Ayrıca kadınlar açısından Azerbaycan İş Kanununda öngörülen "Kısaltılmış iş vakti"nin de önemini vurgulamak gerekir. Kadınlar tam süreli çalışma koşulları ile haftalık çalışma süresinin 36 saate indirilmesini talep edebilecekler. Süt izninin kullanımı açısından ise Türkiye'den farklı olarak işçinin her 3 saatten bir 30 dakikalık kullanabileceği öngörülmektedir. Ancak bu hüküm katı olarak düşünülemez. 4857 sayılı İş Kanunu'na göre işçi izni kendi belirleyeceği aralıklarda kullanabilecektir.

4. Ayrım Yapma Yasağı

a) Azerbaycan İş Hukuku Açısından

Azerbaycan İş Kanunu çalışma hayatında ayrımcılık yapılmasının engellenmesi amacıyla farklı düzenlemelere yer vermiştir. Nitekim kanun uluslararası belgeler ışığında Anayasanın temel ilkeleri de esas alınarak ayrımcılık yapılmasını yasaklamıştır. Kanun iş ilişkilerinde vatandaşlığına, cinsiyetine, ırkına, dinine, milliyetine, diline, yaşadığı yere, maddi durumuna, toplumsal ve sosyal menşesine, yaşına, aile durumuna, inancına, siyasi bakış açısına, sendika örgütü veya diğer teşkilatlara üyeliğine, hizmet konumuna, işçinin iş niteliğine, pratik tecrübesine, çalışmasının sonuçları ile alakalı olmayan diğer unsurlara göre ayrımcılık yapılmasını yasaklamıştır. Ayrımcılık yapılması yasaklanan hususlarda ayrımcılık niteliğinde imtiyaz, ayrıcalıkların belirlenmesi ve haklarının kısıtlanması yasaklanmıştır (Az.İşK. md. 16/1). Ancak kanunda kadınlar ve engelliler gibi koruma gruplarına pozitif ayrımcılık tanıdığıdır.

¹⁴ ÇELİK, Nuri – CANIKLIOĞLU, Nurşen – CANBOLAT Talat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2014, s. 420.

İş Kanununda “İşverenin esas vazifeleri ve mesuliyeti” başlıklı 12. madde kapsamında işverene; işe alım, işte terfi, mesleği hazırlığını arttırma, yeni ihtisaslara hazırlama ve ihtisası geliştirme, iş kalitesinin değerlendirilmesi ve sözleşmenin feshinde cinsiyetinden asılı olmayarak işçilere eşit davranma ve eşit imkanlar sunma sorumluluğu getirilmiştir (Az.İşK. md. 12/f).

İşveren cinsiyet farkı gözetmeksizin aynı işle uğraşan işçilere eşit iş koşulları sağlamak zorundadır. Aynı kural ceza uygulaması açısından da geçerlidir. Cezalandırma konusunda da ayrımcılık gözetmeden aynı ceza kurallarını uygulayacak olan işveren işyerinde kuralları ihlal eden işçilere verilecek cezalarda ayırım yapmamakla yükümlüdür. Bazı işçilere toleranslı olarak davranacak işverenin ceza gerektiren hallerde keyfi olarak işçilerden biri için ceza uygulaması, bir başkası için cezalandırma işlemi bulunmaması işyerinde çalışma barışının bozulmasına yol açacaktır.

Diğer yönden cinsiyetine göre işyerinde işçilere yapılan ayrımcılık ve cinsel tacizler konusunda işverenin önlem olarak gerekli tedbirler uygulaması şarttır (Az.İşK. md. 12/g). Burada sadece işverenden gelecek fiiller değil, aynı zamanda diğer işçi veya üçüncü kişiler tarafından gelecek davranışlara karşı önlem alma yükümlülüğü işverenin sorumluluğundadır. İşçiyi koruma yükümlülüğü kanunda yer alan görev ve sorumluluklar çerçevesinde işverene yüklenmiştir.

Kadınlara çeşitli hükümlerle getirilen ayrıcalıklar ayrımcılık olarak değerlendirilemeyecektir. Bu itibarla sadece kadınlara değil, malullere, yaşı 18’den az olan ve sosyal korumaya ihtiyacı olan diğer şahıslara ayrıcalıkların, imtiyazların ve ek teminatların belirlenmesi ayrımcılık sayılmayacaktır. İş ilişkilerinde işçiler arasında ayrımcılık yaratan işveren veya diğer şahıslar sorumluluk taşıyacaktır. Ayrımcılığa maruz kalan kadın işçi, haklarının korunması talebi ile yargı yoluna başvurabilecektir.

b) Türk İş Hukuku Açısından

Çalışma hayatında, kadın çalışanlara yönelik olarak, işçi çalıştıran kimselerin, biyolojik nedenlerle veya işin niteliğinden kaynaklanan nedenlerle bu anlamda yapacakları ayrımlar, haksız ayırım sayılmayacaktır. Özellikle hamilelik, doğum ve annelik dönemine ve eşitsizlikleri gidermeye yönelik

kadın çalışanlardan yana düzenlemelerin eşitlik ilkesine aykırı bir durum yaratmayacağına belirtilmesi gerekir¹⁵.

1982 Anayasası'nın "Kanun önünde eşitlik" başlığı altında düzenlenen 10. maddesine göre, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir" (AY, m.10/1). Ayrıca aynı hükümde kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu vurgulandıktan ve Devleti, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğu ifade edildikten sonra, bu maksatla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı ifade edilmiştir (AY, m.10/2). Ayrıca çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz (AY; m.10/3).

Çağdaş iş hukuklarında işyerlerinde çalışan işçilere eşit davranma ve işçilere eşit çalışma koşullarının uygulanması "hakkaniyet esasına" dayandırılan bir borç olarak görülmektedir. Bu ilkeye uygun olarak Türk İş Kanunu md. 5 ile işverene yüklenen eşit davranma yükümlülüğü sözleşme kurulmasından önce başlayarak sözleşmenin sona ermesine kadar devam edecektir. Nitekim 4857 sayılı kanunun "dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, mezhep ve benzeri sebeplere" dayalı "ayırım yasağı" konusunda benimsediği yasaklama "iş sözleşmesinde" değil, iş ilişkisinde yapılamayacağı hükme bağladığından, işe başlamadan önce kurulan iş ilişkisinde de bu yasak uygulama alanı bulacaktır¹⁶.

¹⁵ **BACAK**, Bünyamin / **YİĞİT**, Yusuf, "Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Çalışma Koşullarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi", Kamu-İş Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, 2007, (1-31), s. 5.

¹⁶ **DEMİR**, Fevzi. (2016), En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir. 2016, s. 190.; Y9HD, 17.03.2009, E.2008/32183, K.2009/7045 (www.legalbank.net: 06.12.2017), "Davacının da aralarında bulunduğu bir kısım işçiler, yasal olmayan bir ücret artışı talebinde bulunmuşlar ve mahkemenin de kabul ettiği üzere topluca çalışmama eylemine katılmışlardır. Davacı işverence, anılan eylem sebebiyle, fesih haklı bir nedene dayanmaktadır. Aynı eyleme katılan işçilerden bir kısmının daha sonra yeniden işe alınması, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı anlamına gelmez. İşverence işe almada eşit davranma borcu, cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayırım yapmamayı ifade eder".

Belirtelim ki, işveren kural olarak, işe almada eşit işlem yapma yükümlülüğü altında değildir. Bununla birlikte bu kural, cinsiyete dayalı ayrımcılığın söz konusu olduğu hallerde uygulanmayacaktır. Yani, işe almada cinsiyet nedeniyle ayırım yapılması yasaktır. İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3.fıkrasında da "iş sözleşmesinin yapılmasında" cinsiyet ve gebelik nedeniyle farklı işlem yapılamayacağı açık bir biçimde belirtilmiştir.

Nitekim hükme göre, "işveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz" (İK, m.5/3) denilmiştir. Bu fıkra hükmü de yukarıda belirtilen gerekçeye uygun biçimde düzenlenmiştir. Ancak işverenin kimi durumlarda ayırım yapmasının veya eşit davranma borcuna aykırı davranmasının haklı gerekçeleri de bulunmaktadır haklı nedenler söz konusu olduğunda, fıkra hükmünün deyimiyle, "biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler" ortaya çıktığında bu ayırımın yapılması haklı karşılanabilecektir¹⁷.

Eşit işlem yapma yükümlülüğüne aykırı davranış, bu hale özgü bir tazminat ile hukuki bakımdan yaptırıma bağlanmıştır. Buna göre, iş ilişkisinde veya sona ermesinde eşit davranma yükümlülüğünün ihlal edilmesi durumunda, "...işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir" (İK, m.5/5)¹⁸. İş Kanunu'nun 99. maddesinin 1.fıkrasının (a) bendi hükmüne göre, İş Kanunu'nun eşit davranma ilkesini düzenleyen 5. maddesinde öngörülen ilke

¹⁷ **KESER**, Hakan, "4857 sayılı İK'na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkisinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar", Kamu-İş, C:7, S:3, 2004, (1-38), s. 1 ve d.; **BACAK / YİĞİT**, 2007, s. 6.

¹⁸ "Dosya içeriğine ve özellikle kesinleşen işe iade kararı gerekçesine göre davacı işçinin doğum iznini kullanması sebebiyle kabulü mümkün olmayan daha alt bir görev teklif edildiği ve işçi tarafından kabul edilmemesi üzerine de iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacının doğum iznini kullanması ve analık sebebiyle maruz kaldığı bu durum İş Kanunu kapsamında değerlendirildiğinde ayrımcılık tazminatının koşullarının oluştuğu kabul edilmelidir. Yine aynı hükme göre yoksun kalınan hakların talebi de yerindedir". Y9HD, 29.11.2011, E.2009/19835, K.2011/46440, (www.legalbank.net: 06.12.2017).

ve yükümlülükler aykırı davranan işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için yüz elli Türk Lirası idari para cezası uygulanacağı öngörülmüştür.

Hukuk sistemimizde cinsiyet farkı nedeniyle işverenin ücret konusunda ayırım yapması yasaklanmıştır. Belirtelim ki, işveren eşit işlem yapma borcu gereği sadece kadın ve erkek işçiler arasında değil aynı durumda bulunan tüm işçiler arasında ücret, ikramiye ve diğer sosyal yardımların verilmesi konusunda kural olarak bir ayırım gözetemez¹⁹.

c) Değerlendirme

Genel olarak dünyada iş kanunlarının temel ilkelerinin içinde ayrımcılık yasağı ilkesi uluslar arası sözleşmeler esas alınarak düzenlenen bir ilke olduğu için bu düzenlemeler benzerlik göstermektedir. Bu açıdan her iki ülke kanunu benzeri hükümler içermektedir. Ancak özellikle üzerinde durulması gereken bir husus Azerbaycan İş Kanununda m.16'da ayrımcılık yasağının yanı sıra pozitif ayrımcılık hükmünü içermesi hususudur. Kanunda kadınlar, sakatlar gibi diğer korunmaya muhtaç gruptakiler için pozitif ayrımcılık yapılabilmesine imkan tanımıştır (Az.İşK. md. 16/2). Ayrımcılık yasağını düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu md.5'te ise böyle bir hüküm açıkça yer almamıştır²⁰. Ancak belirtelim ki, 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halk oylaması sonucu 1982 Anayasasının 10. maddesinde gerçekleştirilen değişiklikle, Anayasa ile pozitif ayrımcılık açıkça kabul edilmiştir. Devleti ve organlarını eşitlik ilkesini yaşama geçirme konusunda yükümlü kılan bu düzenleme kişileri de bağladığına göre İş Hukukunun özellikleri içinde öncelikle işverenleri de bağlayacaktır²¹.

5. Çalıştırma Yasağı

a) Azerbaycan İş Hukuku Açısından

aa) Yeraltında ve Sualtında Çalıştırma Yasağı

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün "Her Nevi Maden Ocaklarında Yer Altı İşlerinde Kadınların Çalıştırılmaması Hakkında 45 Numaralı Sözleşme"ye göre, "Kadın cinsinden hiçbir şahıs yaşı ne olursa olsun, maden ocaklarında, yer altı işlerinde çalıştırılmaz". Azerbaycan bu sözleşmeyi onaylamış olup sözleşmeye uygun olarak da benzeri bir düzenleme getirmiş ve Azerbaycan İş

¹⁹ BACAK / YİĞİT, 2007, s., 6.

²⁰ UŞAN, 2005, s. 26.

²¹ ULUCAN, Devrim, "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık", Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Özel sayı. 2014, (369-383), s. 372.

Kanunu (Emek Mecellesi) “Kadın Emeğinin Tatbiki, Yasaklanan İş Yerleri ve İşler” başlığı ile md. 241/1 hükmü kapsamında yer altı tüneller, madenler ve diğer yeraltı işlerde kadın işgücünün kullanımını yasaklamıştır.

ILO’nun 45 sayılı sözleşmesinin 3. maddesine paralel olarak ulusal yasalarla yapılacak düzenlemelerle yer verilebilecek istisnalara uygun olarak²², kanunun 241. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında yer altı işlerde kadınların çalışacağı istisnai durumları sıralanmıştır. Bu doğrultuda, fiziki işle uğraşmayan, yönetici olarak çalışan veya sosyal, sağlık ve tıbbi hizmetlerinde çalışma ve fiziki iş sayılmayan yer altı iniş ve çıkışı gerektiren işlerde çalışma açısından kadınların bu işlerde çalışabileceğine imkan tanınmıştır. Kanun ilgili yer altı işlerinin Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelik ile belirleneceğini de ayrıca düzenlemiştir (Az.İşK. md. 241/6).

bb) Ağır ve Zararlı İşlerde Çalıştırma Yasağı

Kadınların çalışma koşulları ağır ve zararlı olan işyerlerinde çalıştırılmasına kısıtlama getirilmiştir. Nitekim Azerbaycan İş Kanunu yer altı işlerde çalıştırma yasağı ile ağır ve zararlı işlerde çalıştırmaya ilişkin kısıtlamaları aynı madde kapsamında düzenlemiştir. Bu kapsamda kanunun “Kadın Emeğinin Tatbiki, Yasaklanan İş Yerleri ve İşler” başlıklı düzenlemesi ile çalışma koşulları ağır ve zararlı olan iş ve işyerlerinde kadınların çalışması yasaklanmıştır (Az.İşK. md. 241/1). Ancak bu yasak yönetmelikle belirlenen işyerlerindeki tüm işleri kapsamamaktadır.

Kanun kadınlara çalışmanın tamamen yasaklandığı ağır ve zararlı iş ve işyerlerinin Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelik ile tasdik edileceğini belirtmiştir (Az.İşK. md. 241/6). Aynı zamanda ağır, zararlı ve tehlikeli çalışma koşullarında bulunduğu tespit edilen işyerlerinde işçiler çalışmaya başlamadan önce sağlık raporu sunmak zorundadırlar (Az.İşK. md. 48). İşçilerin sözleşme sırasında sağlık denetiminden geçmesi ve daha sonralar belirli periyotlarla sağlık denetimine tabi tutulması neticesinde ortaya çıkacak maliyetler işçiye yansıtılamayacak ve işveren tarafından karşılanacaktır (Az.İşK. md. 226).

²² **KÖKKİLİNÇ**, Ayşe Gül, İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları Işığında Kadın İşçilerin Korunması, İstanbul, 2013, s. 37.

Ağır işlerde çalışma yasağı kapsamında iş ve işyerlerinde belirlenen normların üzerinde ağırlık kaldırılması ve başka bir yere taşınması konusunda İş Kanunu md. 241/3 ile kadınlara sınırlamalar getirilmiştir. Çalışma sırasında hangi koşullarda ne kadar ağırlığın kaldırılarak taşınabileceği ayrıca açıklanmıştır. Görüldüğü üzere ağırlıkla ilgili sınırlamaların önemine binaen kanun koyucu ayrı bir yönetmelikle düzenlenmesine gerek duymadan kanuna dahil edilmiştir.

Bu doğrultuda, kadınların en fazla taşıyabileceği yük oranları;

- Başka bir işle uğraşmanın yanı sıra, toplam ağırlığı 15 kilogramdan fazla olmayacak yüklerin el ile kaldırılarak başka bir yere taşınması,
- Toplam ağırlığı 10 kilogramdan fazla olmayan eşyanın bir buçuk metreden yüksek olmayacak yere kaldırılması,
- Bir çalışma günü içinde sürekli olarak toplam ağırlığı 10 kilogramdan fazla olmayacak eşyaların el ile başka bir yere taşınması
- 15 kilogramdan fazla yüklerin ancak tekerlekli el arabası veya benzeri araçlarla taşınabileceği,

şeklinde kanununda düzenlenmiştir (Az.İşK. md. 241.4). Diğer yönden kanun hamile ve üç yaşını doldurmamış çocuklu kadınları istisna kapsamına almış ve onlara bu işlerde dahi çalıştırmayı yasaklamıştır (Az.İşK. md. 241.5)

Ağır eşyaların taşınması konusunda yasaklama kapsamında 18 yaş altı çalışan işçiler açısından da benzeri düzenleme getirilmiştir. Bu grup işçiler arasında kızlar ve erkekler açısından daha farklı uygulamalar söz konusudur. Nitekim kanun 18 yaş altında olan erkek işçilere de belirlenen ağırlıkların üzerinde yük taşıtırılmasını yasaklamıştır (Az.İşK. md. 251.1). Bu düzenleme ile kadınlar için en fazla, yaptıkları başka işlerin yanı sıra toplam ağırlığı 10 kilogramı geçmeyecek ağırlıktaki eşyaların el ile başka bir yere taşınması ve ağırlığı 5 kilogram kadar ağırlıktaki eşyaların bir buçuk metreye kadar yükseğe kaldırılması uygun görülmüştür²³.

²³ 16-18 yaş aralığı erkekler için yapmış oldukları diğer işlerle birlikte aynı zamanda 15 kilogramdan fazla eşyaların el ile kaldırılarak başka yere taşınması ve ağırlığı 10 kilogramdan fazla olmayan eşyanın birbuçuk metreden fazla yükseğe kaldırılması yasaklanmıştır.

Her iki cins için belirlenen ortak düzenleme gereğince, bütün iş günü (iş nöbeti) süresince mütemadi olarak çekisi 10 kilogramdan fazla olmayan eşyanın el ile kaldırılarak başka yere taşınması ve 15 kilogramdan fazla güç sarf edilmesi talep olunan yüklenmiş yükün tekerlekli araba veya hareket eden diğer vasıtalarla taşınmasına izin verilmektedir. On altı yaşını doldurmamış kızlar açısından ise tam iş günü süresince sürekli olarak eşya kaldırma ve taşıma işlerinde çalıştırılması yasaklanmıştır. Ancak rızaları alınarak on sekiz yaşını doldurmamış erkeklerin ve on altı yaşını doldurmuş kadınlar için a, b ve c fıkralarında öngörülen limitlerin 1/3 oranında eşya taşınması ve kaldırılması işlerinde çalıştırılabileceği kanunda yer almaktadır.

Çalışma koşulları açısından fiziki, kimyevi, biyoloji ve insan sağlığını olumsuz etkileyen diğer etkenlerin bulunduğu iş veya işyerlerinde çalışan işçilerin toplam haftalık çalışma süresi azaltılmıştır. Bu çalışanlar için haftalık çalışma süresi 36 saatten fazla değildir. Yine bu işyerlerinin listesi tespit edilerek Bakanlar Kurulu tarafınca onaylanacaktır (Az.İşK. md. 92).

cc) Gece Çalıştırma Yasağı

Gece çalışmasına ilişkin düzenlemeler toplum yaşantısında dinlenmeye ayrılan gece süresinde yapılacak çalışmaların insan sağlığı ve aile ilişkileri yönünden sınırlandırılmasının gerekliliği düşüncesine dayandırılmaktadır²⁴. Bu çerçevede özellikle kadın işçiler için mesleki ve fizyolojik nitelikte risklere ortam hazırlanması, işçi sağlığını bozması, aile başta olmak üzere sosyal çevreden kopmaya yol açması, kişiliğin oluşumu ve gelişimini olumsuz etkileri dikkate alınarak özel düzenlemeler öngörülmektedir (Bacak/Yiğit, 2007: 10-11). Bu yönde Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Kadınların Gece Çalışmasına İlişkin 89 No'lu Sözleşme ile getirilen yasaklamalar bulunmaktadır. Ancak hem Azerbaycan hem de Türkiye bu sözleşmeyi onaylamamıştır.

Azerbaycan İş Kanunu md. 97'ye göre saat 22'den sabah saat 6'ya kadar olan süre gece süresi sayılmaktadır. Gece çalışması niteliği gereği, bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. Bu süre kapsamında çalışılan işlerde hamile ve üç yaşına dek çocuklu kadınların ve on sekiz yaşından küçük tüm işçilerin çalışması yasaklanmıştır (Az.İşK. md. 98).

²⁴ **ŞAKAR**, Müjdat, İş Hukuku Uygulamaları, İstanbul, 2014, s. 119.

Her iki grup çalışan kadınlar için hamilelik ve çocuk bakımı dönemleri korunmaya ihtiyaç duydukları bir süreçtir. Bu nedenle niteliği gereği gece çalışmasının zararlılığı ve çocuğuna vakit ayırabilmesinin gerekliliği açısından gece çalışmasına kısıtlama getirilmiştir. Ancak bu yasağın istisnai durumlarda askıya alınması konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Kadınların Gece Çalışmasına İlişkin 89 No'lu Sözleşmesinin 5/4. maddesi ile kadınlar için öngörülen gece çalışma yasağının, acil durumlar ve ulusla çıkarlar gerektiğinde, işveren ve işçi kuruluşları ile görüşülmek sureti ile askıya alınabileceği düzenlenmiştir²⁵.

Kural olarak gece çalışmasında hamile kadınlar çalıştırılmayacaktır. Ancak gece işinde çalıştırılmak üzere alınan kadın işçinin hamile olduğunun ortaya çıkması halinde sözleşmesinin feshedilmesi kabul edilemez bir durumdur. Nitekim Adalet Divanı kararına konu olaya göre verilen karar gereğince geçici bir süre için devam edecek bir ifa engeli nedeniyle sözleşmenin geçersiz kabul edilmesi ayrımcılık yasağına aykırı ve getirilen korumayla bağdaşmadığı ifade edilmiştir²⁶.

Azerbaycan İş Kanunda gece çalışması ücretinin yüksek meblağda belirlenmesi gerektiği yönünde madde 166'da ayrı bir düzenleme de yer almaktadır. Buna göre, gece süresi ve çok nöbetli iş rejimine göre ücretler Bakanlar Kurulunun belirlemiş olduğu taban ücretin altına inilmemek kaydıyla işverence yüksek miktarda ödenilecektir. Ayrıca bu çalışma rejimlerine göre çalışanlara ödenecek ücret eklerinin açık bir şekilde sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde yer alması gerekmektedir.

dd. Gebelik ve Doğum Nedeniyle Çalıştırma Yasağı

Azerbaycan Anayasasının 17. maddesine göre toplumun temelini oluşturan aile devletin himayesinde olacaktır²⁷. Bu kapsamda hamilelik süresince ve doğum sonrası kadınların yasa da belirlenen sürede

²⁵ MÜLAYİM, Baki Oğuz, İş Hukukunda Gece Çalışması, Ankara, 2016, s. 44; OKUR, Zeki, İş Hukukunda Gece Çalışması, Prof. Dr. Ali GÜZEL'e Armağan, İstanbul, 2010, c. 1, s. 529.

²⁶ YENİSEY DOĞAN, Kübra, İş Hukukunun Emredici Yapısı, İstanbul, 2014, s. 301.; ATAD, C-421/92, 5 Mayıs 1994.

²⁷ EREN, Abdurrahman / ASKER, Ali. Türk Cumhuriyetleri Anayasaları, TÜRKPA Yayınları: 4, Ankara, 2012, s. 8.

çalıştırılmaması düzenlenmiştir. Türk hukukundan farklı olarak kadınlara verilen izin süresi Azerbaycan İş Kanununda gün olarak belirlenmiştir. Bu izinler “mezuniyet” olarak adlandırılmış olup, Türk Dil Kurumu sözlüğünde yapılan açıklamasında Arapça kökenli bir kelime olan mezuniyetin izinli olma anlamına geldiği yer almaktadır. Nitekim md. 125’te “Hamileliye ve doğuma göre mezuniyetler” başlığı altında gebelik ve doğum süresi olarak toplam 126 takvim günü kadınlar izin kullanabilecektir. Bu sürede kimse kadınları çalışmaya zorlayamaz. Toplam 126 günlük sürenin 70 günü gebelik dönemi (10 hafta), 56 günü ise (8 hafta) doğum sonrası kullanılacaktır.

İzin süresi açısından Türk hukukundan farklı olarak Azerbaycan’da gebelik dönemi tanınan izin süresi 8 hafta değil, 10 hafta olarak belirlenmiştir. Türkiye’de ancak ikiz veya daha fazla çocuk olması halinde doğum öncesi 10 hafta (8 Hafta + 2 Hafta) izin süresi verilmektedir. Azerbaycan İş Kanununda doğumun sorunlu olması, iki veya daha fazla çocuk olması halinde doğum sonrası izin süresi 70 güne (10 Hafta) çıkarılmıştır.

Kanunda tarım alanlarda çalışanlar için ayrıcalıklar tanınmış ve daha fazla izin süreleri belirlenmiştir. Tarım alanında çalışan kadınlar doğum öncesi ve sonrası toplam 140 takvim günü (doğum öncesi 70 gün+doğum sonrası 70 gün) izin kullanacaktır. Doğumun sorunlu olması halinde doğum öncesi 70 gün, doğum sonrası ise 86 gün izin verilmiştir. Yine ikiz ve daha fazla çocuklar için tanınan izinlerde doğum öncesi 70 gün, doğum sonrası ise 110 gün olmak üzere toplam 180 gün “mezuniyet” adı altında izin verilmiştir.

Aynı kapsamda kanunun düzenlenmesinden evlatlık alanlar ve evlatlık almadan çocuk büyüten kadınlar da yararlandırılmıştır. Bu itibarla iki ayı doldurmamış çocuğu evlatlık alan veya evlatlık almadan büyüten kadınlar doğum sonrası 56 gün (8 Hafta) izin kullanacaktır. Benzeri yıllık izin ve kısmen ödenişli izinler gibi diğer izin haklarından evlatlık alan kadınlar da yararlanmaları sözkonusudur (Az.İşK. md. 126).

Azerbaycan’da 1940 yılına kadar hamilelik ve doğum hallerinde çalışma gücünün geçici kaybı gibi hesap edilerek ücret ödenmekte idi. Daha sonra ayrı bir sigorta türü gibi düzenlenerek yitirilen maaşın tazmini anne ve çocuğun sağlığının korunması amacıyla hizmet eden sigorta dalı gibi ödenilmeye başlanmıştır. İş sözleşmelerinin feshi konusunda çekişmelerin sürdüğü bir dönemde hamilelik iznine ayrılan kadın da bütün hallerde bu haktan

yararlanacaktır. Sigorta ödemesi bütün durumlarda ücretin %100 oranında hesaplanır²⁸.

b) Türk İş Hukuku Açısından

aa) Yer ve Su Altında Çalıştırma Yasağı

Türkiye ILO'nun 45 Nolu Sözleşmesini 1938 yılında onaylamış ve kadınların yer ve su altında çalışması yasaklanmıştır. İngiltere kadınların yeraltında çalıştırılması yasağı 1842 yılında, kadınlar ve çocukların madenlerde çalıştırılması ise kanunla 1847 yılında kabul edilmiştir²⁹.

4857 sayılı Kanununun 71 ve devamı maddeleri, 1593 sayılı "Umumi Hıfzısıhha Kanunu", m.173/1, 176. maddeleri ile 2559 sayılı "Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu" 12. maddesi çerçevesinde işverenlerin kadınlarla iş sözleşmesi yapmaları yasaklanmıştır. Bu durumlarda mevzuatın amacı kadınları çalışma hayatından uzaklaştırmak değil, korunması amaçlanan süje olmasından kaynaklanan bir yasaklama söz konusu olmaktadır (Bacak/Yiğit, 2007: 8).

İş Kanununun 72. maddesinde yer alan açık düzenlemeye göre, maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaklanmıştır. Madde metninde herhangi bir istisna öngörülmemiş olup, 18 yaş altı erkekleri ve her yaştaki bütün kadınlar bu yasağın kapsamındadır. Bu yasağın kapsamı işin yer altında yapılıp yapılmadığına göre tayin edilecektir³⁰.

Yer ve su altında çalıştırma yasağına ilişkin hükmün ihlali durumunda İş Kanununun 104. maddesi idari para cezası öngörmüştür. Buna göre maddede belirtilen her yaştaki kadınları çalıştıran işveren veya işveren vekiline binikiyüz Türk lirası idari para cezası verilir (İK, m.104/1).

bb) Tehlikeli ve Çok Tehlikeli İşlerde Çalıştırma Yasağı

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun (RG, 30.06.2012, 28339) yürürlüğe girmesinden önce, konu "Ağır ve tehlikeli işler" kavramı etrafında gerek İş Kanunu'nun 6331 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan 85. maddesinde gerek bu konu ile ilgili olarak çıkarılmış Ağır ve Tehlikeli İşler

²⁸ HÜSEYİNLİ, Namık, Azerbaycan'ın Sosyal Güvenlik Sistemi, Ankara, 2012, s. 275-276.

²⁹ NARMANLIOĞLU, 2012, s. 722.

³⁰ AYDEMİR, Murteza, İşverenin İş ve Sosyal Güvenlik Hukukundan Kaynaklanan Cezai Sorumluluk, Ankara, 2016, s. 111.

Yönetmeliğinde (RG, 16.06.2004, 25494) açıklanmıştı. 4857 sayılı İş Kanununun 85. maddesi, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 37. maddesinin (ç) bendi ile yürürlükten kaldırılmıştır. 6331 sayılı Kanun, iş sağlığı ve güvenliği bakımından işverenleri risk değerlendirmesi yapmak ve yaptırmakla yükümlü kılmıştır³¹. Ayrıca 6331 sayılı Kanunun 10. maddesinin (ç) bendi kapsamında gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar içinde yer alan kadın çalışanların risk değerlendirmesi bakımından dikkate alınması gerektiği hükme bağlanmıştır.

Belirtilenlerden hareketle İş Kanunu, kadın işçileri koruyucu hükümlere ilişkin olarak özellikle çalışma yasakları konusunda kadın-erkek ayrımını önemli ölçüde kaldırmıştır diyebiliriz (Sümer, 2016: 332). 6331 sayılı Kanun, daha önceki ağır ve tehlikeli iş ayrımını kaldırarak onun yerine az tehlikeli, tehlikeli ve çok tehlikeli sınıflara yer vermiştir. 6331 sayılı Kanunun 15. maddesinin 2. fıkrasına göre, *“Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde çalışacaklar, yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadıkça işe başlatılamaz”*. Nitekim aynı Kanunun 17. maddesinin 3. fıkrasına göre de, *“Mesleki eğitim alma zorunluluğu bulunan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde, yapacağı işle ilgili mesleki eğitim aldığını belgeleyemeyenler çalıştırılmaz”*. Buna göre kadın çalışanlar da, işin niteliğine göre ortaya çıkan tehlike sınıfının gerektirdiği koşulları sağlamaları kaydıyla, tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde çalıştırılabilecektir³².

cc) Gece Çalıştırma Yasağı

Kadınların gece çalışmalarına ilişkin olarak bazı durumlarda özel düzenlemelere yer verilmiştir. Bu konuda kadınların geceye dönük genel çalışma koşullarını ele alan *“Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik”* (GÇY) yanında ayrıca gebelik ve doğum durumuna ilişkin olarak gece çalışmalarına ilişkin esasları ele alan *“Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik”* (GEKY) bulunmaktadır.

İş Kanunu'nun 69. maddesinin 1. fıkrasına göre, *“Çalışma hayatında “gece” en geç saat 20.00’de aşılarak en erken saat 06.00’ya kadar geçen ve*

³¹ KÖKKİLİNÇ, 2012, s. 104.

³² SÜMER, Haluk, Hadi, İş Hukuku, Konya, 2016, s. 333.

her halde en fazla onbir saat süren dönemdir". Buna göre onsekiz yaşını doldurmuş olan kadın çalışanlar her ne şekilde olursa olsun gece postalarında yedibuçuk saatten fazla çalıştırılmazlar (GÇY, m.5). 4857 sayılı Kanunun 69. maddesine 2015 yılından getirilen değişiklikle turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde, işçinin onayı alınarak fazla çalışma yaptırılmasına olanak tanınmıştır. Bu düzenleme her ne vesile ile olursa olsun kadın işçileri kapsamayacaktır. Ancak kadın çalışanların çalışma süresi 7,5 saatin altında belirlenmiş ise bu sürenin yedi buçuk saate kadar arttırılabileceği ifade edilmektedir³³. Öte yandan gece çalışmasında kadın çalışanlar açısından sağlık raporu alınması ve işin devamı süresince de periyodik olarak sağlık raporu alınmaya devam edilmesi de şarttır (GÇY, m.7).

Kadın çalışanlar, gebe olduklarının doktor raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar, emziren kadın çalışanlar ise doğum tarihinden başlamak üzere kendi mevzuatlarındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla bir yıl süre ile gece postalarında çalıştırılmazlar. Yeni doğum yapmış çalışanın doğumu izleyen bir yıl boyunca gece çalıştırılması yasaktır. Bu sürenin sonunda sağlık ve güvenlik açısından sakıncalı olduğunun sağlık raporu ile belirlendiği dönem boyunca gece çalıştırılmaz (GEKY, 8/2).

AB müktesebatı da dikkate alındığında mutlak bir gece çalışma yasağı kabul edilemez bir durumdur. Zira AB Komisyonu, hamile, loğusa veya emzikli çalışanlar için peşinen mutlak bir gece çalışması yasağının getirilmesine karşıdır. Bu durumda yasağın mutlak bir gece çalışması olarak değil, bir çalışanın gece çalışması yapmaya zorlanamaması olarak algılanması gerekir³⁴.

Yönetmeliğe göre (GÇY) kadın işçiyi gece yedi buçuk saatten fazla çalıştırma (md. 5), kadın çalışanların gebelik ve analık durumunda gece çalıştırılmaları (md. 8) ve yönetmelikle belirlenen diğer aykırılık hallerinde İş Kanunu'nun 104. maddesi kapsamında işveren ve işveren vekili hakkında her yıl yeniden değerlendirme ile arttırılan idari para cezası uygulanacaktır³⁵.

³³ MÜLAYİM, 2016, s. 236-237.

³⁴ SÜRAL, Nurhan, Torba Kanununun Çalışan Kadınlara Dair Hükümleri, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2011, (5-15), s. 9-10.

³⁵ Ayrıntılı bkz. AYDEMİR, 2016, s. 113.

dd) Gebelik ve Doğum Nedeniyle Çalıştırma Yasağı

İş Kanununa göre, kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası süreler eklenir (İK, m.74/1). İş Kanunu'na 6663 sayılı Kanunla eklenen yeni düzenleme ile, doğumda veya doğum sonrasında annenin ölümü hâlinde, doğum sonrası kullanılmayan süreler babaya kullandırılır. Üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta analık hâli izni kullandırılır (İK, m.74/1, Ek cümle).

Kadın işçinin erken doğum yapması halinde ise doğumdan önce kullanamadığı çalıştırılmayacak süreler, doğum sonrası süreler eklenmek suretiyle kullandırılır (İK, m.74/1). Yukarıda öngörülen süreler işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse artırılabilir. Bu süreler hekim raporu ile belirtilir (İK, m.74/2). Hamilelik süresince kadın işçiye, periyodik kontroller için izin verilir (m.74/3). Hekim raporu ile gerekli görüldüğü takdirde, hamile kadın işçi sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılır. Bu halde işçinin ücretinde bir indirim yapılmaz (İK, m.74/4).

İsteği halinde kadın işçiye, onaltı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde onsekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir³⁶. Bu süre, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate

³⁶ Yargıtay, doğum izninin kullanım hakkının işverenin takdirine bırakılmayacak şekilde düzenlendiği yorumunu yapmıştır. Karara göre, "İş Kanununda, ücretli doğum izninin ardından, istekleri halinde kadın işçilere 6 aya kadar ücretsiz doğum izin verileceği belirtilmiş ve kanun koyucu, yorum kurallarına başvurulmasına gerek kalmaksızın, bu hakkı işverenin taktirine bırakmayacak şekilde açık ve net olarak düzenlemiştir. Buna karşın, İş Kanunu sistematiği açısından, ilgili hususu, yaptırım ile güvence altına alan açık bir düzenleme yapılmamakla birlikte, tamamen korumasız bırakıldığı da düşünülemez. Doğum yapan kadın işçinin, ücretsiz doğum iznini kullanmak istemesi ve işveren tarafından buna izin verilmemesi halinde, kadın işçi tek başına alacağı karar ile işverene bildirimde bulunarak, ücretsiz doğum iznine ayrılabilir". Y9HD,

alınmaz (İK, m.74/5). Madde hükmüne 6663 sayılı Kanunla eklenen yeni bir düzenleme ile bu izin üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinme halinde eşlerden birine veya evlat edinene verilir. Bu süre, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmayacaktır (İK, m.74/5, Ek cümle). Doğum öncesi ve sonrasında çalıştırma yasağına aykırılık nedeniyle işveren ve işveren vekili hakkında İş Kanunu 104. maddesi gereğince idari para cezası uygulanacaktır³⁷.

c) Değerlendirme

Kadınların çalıştırılmasına ilişkin yasaklamalar açısından her iki ülke hukuku açısından benzeri veya farklı hükümlerle karşılaşmaktayız. Doktrinde işe alınan kadın işçi ile yasaklanan bir iş ile ilgili sözleşme yapılmış ise kurulan bu iş sözleşmesi ileriye dönük geçersizlikle sakatlanacağı savunulmuştur. Ayrıca geçersizliğin baştan itibaren değil de, geleceğe yönelik olarak sonuç doğuracağına ilişkin düşünce, küçük ve kadınların çalıştırılması yasaklarına aykırılık, şekle aykırılık gibi kamu düzenini ağır bir şekilde ihlal etmeyen hallerle sınırlı olacağı belirtilmiştir³⁸. Ancak Yenisey'e göre, bu durumda yasaklanan hususun kadın işçiyle iş sözleşmesi kurulması değil bazı işlerde çalıştırılmamasıdır. Örneğin gebe olarak işe giren bir kadın işçinin iş sözleşmesi değil sadece geçici dönemde bazı işlerde çalışması yasaklanmıştır. Bu nedenle bu yasaklamalara aykırı olarak kadının işe alınması sözleşmeyi geçersiz kılmaması gerekir. Her iki tarafça bilinmeyen hamilelik döneminde yasaklanan işler için işe için sözleşme yapılması halinde sözleşme geçerliliğini korumalıdır³⁹. Kesin hükümsüz olan iş sözleşmesinin taraflardan birinin ileri

13.07.2009, E. 2008/36349, K. 2009/20734, (www.legalbank.net: 06.12.2017); "Davacının izin talebinde bulunduğu gerek davalı tarafından çekilen ihtarnameden, gerekse davaya cevap dilekçesinden anlaşılmaktadır. Davacının izin talebi kabul edilmediğine göre somut olayda davacının haklı fesih ile iş sözleşmesini sona erdirdiği kabul edilerek kıdem tazminatının hüküm altına alınması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" Y9HD, 16.04.2012, E. 2010/5907, K. 2012/13018, (www.legalbank.net: 06.12.2017).

³⁷ AYDEMİR, 2016, s. 114.

³⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, Turhan Yayınları, Ankara, 2004, s. 337.

³⁹ YENİSEY, 2014, s. 301.

sürünceye kadar geçerli bir sözleşme gibi işçi yararına hukuki sonuçlar doğuracağı görüşünün yerinde olduğu öğretilerde savunulmaktadır⁴⁰.

Her iki ülkede yer ve su altında çalıştırma açısından her yaşta kadın işçinin çalıştırılmasına yasak getirilmiştir. Ancak Azerbaycan İş Kanununda ILO'nun 45 sayılı sözleşmesinin 3. maddesine paralel bir düzenleme getirilerek istisnai durumlarda kadınların çalışacağı durumlar kanunda sıralanmış ve ilgili yer altı işlerinin Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelik ile belirleneceği belirtilmiştir. Bu durum 4857 sayılı kanunda yer almamaktadır. Ancak uygulamada da aynı şekilde 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında 45 nolu ILO sözleşmesinin 3. Maddesi kapsamında değerlendirilerek bedenlen çalışmayan bayanların maden ocaklarında çalıştırılabileceği belirtilmiştir⁴¹.

Bir diğer husus ağır ve tehlikeli işler açısından getirilen yasaklardır. Görüldüğü üzere Türkiye'de 6331 sayılı Kanun ile daha önceki ağır ve tehlikeli iş ayrımını kaldırarak onun yerine az tehlikeli, tehlikeli ve çok tehlikeli sınıflara yer verilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında ise özellikle çalışma yasakları konusunda kadın-erkek ayrımı önemli ölçüde kaldırılmış olup ve tehlike sınıfının gerektirdiği koşullar sağlandığı ölçüde kadınların tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde çalıştırılmasına izin verilmektedir. Ancak Azerbaycan hukukunda çalışma koşulları açısından ağır, zararlı ve tehlikeli işler olarak ayrılan işler açısından daha somut bir belirleme yapılmış ve hangi işlerde kadın işçinin çalışabileceği düzenlenmiştir. Örneğin çalışma koşullarına ve yaş durumuna göre kadınlar ve çocukların kaldıracağı veya taşıyacağı ağırlık limitleri kanunda somut bir şekilde düzenlenmiştir.

Doğum öncesi ve sonrası verilecek izinler açısından da iki ülkede de farklı hükümler söz konusudur. Azerbaycan hukukunda doğum öncesi izin daha fazla (10 hafta) belirlenmiş ve birden fazla çocuk olması veya sorunlu doğumlarda doğum sonrası 4857 sayılı Kanunda düzenlenen 8 haftalık izin 10 hafta olarak verilmesi söz konusudur. Yine aynı şekilde tarım çalışanlarına

⁴⁰ ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2013, s. 136; TUNÇOMAĞ, Kenan – CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul, 2013, s. 91;

⁴¹ Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği, (TMMOB), Çalışma Ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına Bayan Mühendis Yazısı, http://www.maden.org.tr/genel/bizden_detay.php?kod=1837&tipi=36&sube=0, 25.07.2017.

yıllık izin verilmesi ve sorunlu doğumlarda veya ikiz çocuklarda doğum sonrası izinlerin 86-110 gün olarak öngörülmesi önemli bir düzenlemedir. Yıllardır Türkiye'de tarım işçilerinin hakları açısından sürdürülen tartışmalara Azerbaycan hukukunun tarım çalışanlarına tanıdığı bu hak ve avantajlar en iyi örnek olacaktır.

Doğum öncesi ve sonrası kanunun sağlamış olduğu hakların ötesinde daha fazla haklar sağlanması gerekliliği doktrinde ifade edilmektedir. Örneğin, hamilelik öncesi ve sonrası verilen 126 günün yetersiz olduğu ve bu sürenin 250 güne arttırılması gerektiği dile getirilmektedir. Buna karşılık ise izin sürelerinin uzunluğunun kadınları işgücü piyasasından uzaklaştıracağı yönünde eleştiriler yapılmaktadır. İşverenlerin uzun süreli izne ayırdığı kadın işçisinin yerine geçici işçi bulması gerekecektir. Bu ise hamile ve çocuklu kadınları işe alınma aşamasında olumsuz etkileyeceği genel bir kanıdır.

6. Gebe ve Çocuklu Kadın İşçiler İçin Öngörülen Pozitif Düzenlemeler

a) İşe Alımlarda Ayrımcılık Yasağı

İş Kanunu işe alımlarda ayrımcılık yapılmasının önüne geçmek için hamile ve çocuklu kadınlar açısından özel düzenlemeler getirmiş ve Azerbaycan Anayasası md. 25 ve İş Kanunu md. 16 kapsamında ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. Kanun gereği, işveren hamile veya 3 yaşından küçük çocuğu bulunan kadınla bu nedene dayanarak iş sözleşmesi yapmaktan kaçınamayacaktır. Bu doğrultuda hamilelik ve çocuk unsurları işe alımlarda olumsuz bir unsur olarak işverence dikkate alınamayacaktır. Kural olarak işe almada eşit işlem yapma yükümlülüğü altında olmayan işveren, cinsiyete dayalı ayrımcılığın söz konusu olduğu hallerde ayırım yapamayacak, cinsiyet, gebelik ve çocuklu olmayı işe alımlarda engel olarak kullanamayacaktır.

İşverenin iş başvurusu yapan kadına hamilelik ve çocuklu olması nedenlerine dayanarak işe alımdan vazgeçmesi halinde açıklama yapma zorunluluğu doğacaktır. İşe alınmayan kadın işverenden yazılı olarak cevap talebinde bulunabilecektir. Doğal olarak kadının işveren hakkında bu sebeplere dayanarak işe almadığı hususunda şüphesi oluşması üzerine böyle bir talepte bulunacaktır. Yazılı olarak cevap vermek zorunda kalan işveren işe almama sebebini açıkça belirtmek zorundadır.

İşverenin işe almaması üzerine yazılı cevap sonrası kadın bu hakkının korunması için mahkemeye müracaat edebilecektir. İşe almama gerekçesinin

hamilelik ve çocuk olmadığına yönelik karşı tarafın iddiasını ispatlama yükümlülüğü işveren üzerindedir. Aksi takdirde kendisi hakkında idari ceza uygulanması söz konusudur. Ancak söz konusu düzenlemenin ispat edilebilirliği uygulama açısından zordur. Bu nedenle uygulanabilir bir yasaklama olmadığı kanaatindeyiz.

b) Fazla Mesai, Hafta sonu ve Bayram Günleri Çalıştırma ve İş Seferine Gönderme Yasağı

Azerbaycan hukukunda kadınları korumak için getirilen bir diğer yasaklama md. 242 ile fazla mesai ve hafta sonu çalıştırılması ve iş seferlerinin sınırlandırılması yönündedir. Maddede gereğince, fazla mesai yaptırılması, hafta sonu bu kadınların çalıştırılması ve bu dönemlerinde işverenin talimatıyla iş seferlerine gönderilmesi yasaklanmıştır. Aynı maddede hamile kadınların ve 3 yaşından küçük çocuğu olan kadınların gece işlerinde çalıştırılma yasağı md. 97'ye paralel olarak tekrarlanmıştır. Kanunun 242. maddesinde çocuklu kadınlar için getirilen yasaklama çocuğun 3 yaşına kadar sürecektir.

Yine aynı maddenin 2. fıkrası kapsamında 3 yaş ile 14 yaş aralığı çocuğu olanlara ve sağlık imkanları sınırlı çocuğu olan kadınlara ilişkin, fazla mesai yasağı ve hafta sonu çalıştırma ve iş seferlerine gönderme yasağı getirilmiştir. Ancak bu kişilerin kendi onayı ile yasağın aksine fazla mesai yaptırılması, hafta sonu çalıştırılması ve iş seferine gönderilmesi mümkün olacaktır. Çocuğu 3 yaşını dolduran bu kadınlar açısından getirilen koruma açısından önemli unsur çalışanın rızası unsurudur.

c) Deneme Süresine İlişkin Ayrıcalık

İş sözleşmesi yapmak isteyen taraflar yaptıkları sözleşmede deneme süresi öngörerek kesin olmayan bir şekilde bağlanabilirler. Çoğunlukla, birbirlerini tanımama halinde, işverenin işçinin çalışma yeteneği ve ahlaki durumu hakkında tereddütleri veya işçinin çalışma şartlarına ilişkin hususlarda bilgi sahibi olmaması halinde sözleşmede bir deneme süresi belirlenmesi yararlı görülmektedir. İş sözleşmesinin taraflar arasında kişisel ve sürekli ilişki kuran özelliği deneme süresine ihtiyaç duymanın haklı gerekçesini oluşturmaktadır⁴². Ülke uygulamalarına bakıldığında iş sözleşmelerinde

⁴² NARMANLIOĞLU, 2014, s. 239; SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, İstanbul, 2017, s. 278.

genellikle deneme süresi kararlaştırılmaktadır. Ancak uygulanması açısından bazı ülkelerde çok katı şekilde uygulanmadığı veya süre açısından farklı deneme sürelerinin belirlendiği görülmektedir⁴³.

Azerbaycan İş Kanununda işçinin profesyonellik seviyesi ve uygun çalışma fonksiyonunu icra etmek becerisinin denenmesi açısından sözleşmede deneme süresi düzenlenebileceği öngörülmüştür. Sürenin 3 aydan fazla olmaması, sürenin çalışma süresinden sayılması ve sözleşmede belirtilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Nitekim deneme süresi belirtilmeyen iş sözleşmesinde deneme süresinin varlığından bahsedilemeyecektir (Az.İşK. md. 51).

Kanunda deneme süresine ilişkin olarak bazı grup kadınlara ve bazı kesimlere ayrıcalık tanınarak sözleşmeye deneme süresi şartının konulması yasaklanmıştır. Bu çerçevede hamile ve üç yaşından küçük çocuğu olan kadınlara, ayrıca üç yaşından küçük çocuğunu tek başına büyüten erkekler için sözleşmeye deneme süresi şartı konulması engellenmiştir. Bu sınırlama sadece kadınlar açısından değil, yaşı 18'den az olan kişiler, sınava tabi tutularak göreve tayin edilenler, eğitim kurumlarından mezuniyetinin ilk yılı işe alınanlar, ücretli ve seçimle göreve gelenler ve en fazla iki aylık iş sözleşmesi ile çalışmaya başlayanlara uygulanmaktadır imzalanan işçilere de uygulanmaktadır. Azerbaycan İş Kanunundaki bu düzenleme Rusya İş Kanunu 70. maddesine uygun olarak düzenlenmiştir. Ancak Rusya'da kadınlar açısından getirilen yasaklama hamile veya 1,5 yaşını doldurmamış bebeği bulunanları kapsamaktadır⁴⁴.

ç) Hafif İşlere Aktarma

Hamile ve bir buçuk yaşına kadar çocuklu kadınların çalışma hayatında korunması için özel durumları nedeniyle çalışma koşullarında değişiklik yapılması Azerbaycan İş Kanununun 243. maddesinde düzenlenmiştir. Çalışan kadınlar işverenden hamilelik ve doğum sonrası çocuğun bir buçuk yaşına kadar hafif iş aktarılmasını talep edebilecektir. Bu düzenlemeyi gerektiren iki

⁴³ HÜSEYİNLI, Namık / ABDULLAH, Akif / AKTUĞ, Semih. (2014). "İş Sözleşmesinin Sona Erme Halleri (Rusya Federasyonu Örneği)", Uluslararası Karadeniz İncelemeleri Dergisi, 2014, (17-35), s. 28-29.

⁴⁴ ANISIMOV, L.H, Novoe v Trudovom Zakonodatelstve, Moskva. 2007, s. 55; HÜSEYİNLI ve d., 2014, s. 28-29.

temel husustan birincisi hamilelik nedeniyle korunma ihtiyacı, ikincisi ise çocuğunun bakımında daha fazla etkili olmasıdır⁴⁵.

Kanun kadın işçinin iki hususta talebine olanak tanımıştır. Birincisi üretim veya hizmet normlarının azaltılması, ikincisi ise kadın işçiyi daha sağlıklı çalışma koşullarının olduğu hafif işlere geçirilmesi durumudur. Doğal olarak kadın işçi durumunu doktor raporu ile belgeleyerek, talepte bulunması gerekir.

Bir buçuk yaşına kadar çocuğu bulunan kadınlar iş görme borcunu yerine getirmekle birlikte çocuğunu yedirmek ve emzirmekle ilgili bakım işlerini üstlenmektedir. Bu işleri yapmakta zorlandığında çocuğun bir buçuk yaş dolana kadar farklı bir hafif işe geçirme talebinde bulunabilecektir. İşveren tercihen çocuğun beslenmesi için zaruri ortamın yaratılmasını temin etmekle yükümlüdür. Bu haklar için kadın işçinin dilekçe ile başvurması gerekmektedir. Kanunun bu düzenlenmesinden anlaşıldığı üzere eğer kadın işçinin hafif işe geçirilmesi talebi olduğu takdirde işverence koşulları uygun olması durumunda bu talebi yerine getirmesi gerekmektedir. Ancak koşulların uymadığı takdirde işveren diğer seçeneği kullanarak çocuğun beslenmesi için uygun ortamı sağlayacaktır⁴⁶.

Kanun gereğince daha hafif bir işe geçirilme durumunda kadın işçinin ücret hakkında değişiklik yapılmayacaktır. Hafif işe aktarma veya çocuğun beslenmesi için çalışma koşullarında değişiklik sağlanması halleri işverene ücrette indirim yapma hakkı tanımamaktadır (Az.İşK. md. 243/4).

d) Kısmi Süreli İşlerde Çalıştırma

Azerbaycan İş Kanununda kısmi süreli çalışmaya ilişkin hükümler bulunmaktadır. Taraflar sözleşme hazırlanmasında veya daha sonra karşılıklı olarak tam olmayan işgünü (natamam iş vakti) veya tam olmayan iş haftası şeklinde karşılıklı anlaşma yapabilirler. Sözleşme ile günlük çalışma süresini 8 saat değil, daha az süreli olarak, kısmi süreli iş haftasını ise daha 4 gün veya daha az gün sayılı iş haftası olarak belirlenebilmektedir.

Bu çalışma biçimi Türk İş Kanununda kısmi süreli iş sözleşmesi olarak ifade edilmektedir. Taraflar kısmi süreli çalışmanın süresini, gününü veya

⁴⁵ Kommentariya, 2007, s. 704-705.

⁴⁶ QASIMOV, Aliş, Emek Hügugu, Bakı, 2016, s. 361.

haftasını karşılıklı olarak belirlemektedirler (Az.İşK. md. 94/2). Nitekim belirli koşullara sahip kadınlar da kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışabileceklerdir.

Kısmi süreli çalışma talebi işçinin sağlığı, fizyoloji durumu, kronik hastalığı olan çocuğunun bulunması veya diğer aile üyesinin sağlık durumu sağlık raporuyla bakıma ihtiyaç bir durumda ise veya on dört yaşını doldurmamış çocuğunun bulunması yahut sağlık koşulları kısıtlı olan çocuklu kadınların isteği üzerine kabul görmektedir. Maddede fizyoloji durum olarak hamilelik, malullük ve 18 yaşına kadar sağlık imkânlarının kısıtlılığı halleri kastedilmektedir. Çalışma süresine uygun olarak ücret ödenmesi veya karşılıklı olarak asgari sınırların altına inmeden tarafların ücreti belirlemesi söz konusudur (Az.İşK. md. 94.3). Kısmi süreli çalışma işverene işçilerin sözleşme veya kanunla tanınan haklarının kısıtlanmasını tanımamaktadır.

Konuya ilişkin bir başka düzenleme md. 245 kapsamında yapılmıştır. Aslında 94. maddenin tekrarı niteliğinde olan madde ile *“hamile, on dört yaşını doldurmamış veya sağlık sorunları bulunan çocuğu bulunan veya sağlık raporu ile hasta olduğu tespit edilen aile bireyine bakmakla yükümlü olan kadınların isteği doğrultusunda işveren kısmi işgünü veya kısmi iş haftası”* belirlemelidir şeklinde işverene yükümlülük yüklenmiştir (Az.İşK. md. 245). Çalışma süreleri karşılıklı olarak belirlenecektir. Dolayısıyla maddede belirtilen koşullara sahip kadınların kısmi süreli çalışma talebini işveren zorunlu olarak karşılayacaktır⁴⁷.

Hamilelik ve çocuklarının bulunması kadınlara ücretli muayene izin hakkı tanınmaktadır. Kanun gereği doğum öncesi hamile veya üç yaşına kadar çocuklu kadınlar ücretli muayene izni kullanabilecekler (Az.İşK. md. 245). İşveren kadın işçinin ve çocuğunun sağlık kurumlarında muayenelerinin yapılması için gerekli koşulları sağlamakla yükümlü olacaktır. Bu doğrultuda işveren ücretli izin kullandıracaktır.

Azerbaycan İş Kanunu 246. maddesine göre çocuklu annelere tanınan bu hak, gerektiğinde babalara da kullanılacaktır. Annenin ölümü, velayetten hakkının kısıtlanması, cezaevinde bulunma hali veya sağlık kurumlarında yatılı tedavi süresinde babalar bu izni kullanabileceklerdir. Ayrıca babalar dışında çocuğun kayyumu veya himayecilerine de aynı hak

⁴⁷ Kommentariya, 2007, s. 707-709

tanınacaktır. Bu kişiler kanunda çocuklu anneler için öngörülen izin haklarından yararlandırılacaktır (İşK. md. 246)

e) Çocuk Emzirme İzni

Çalışan kadınlara kanunda küçük yaşlı çocukların emzirilmesi için belirli süre izin tanınmıştır (Az.İşK. md. 244). Bir buçuk yaşını doldurmamış çocuğu olan kadınlara günlük çalışma süresince ara tatili dışında çocuğu emzirmek için süt izni verilmektedir. Bu iznin süresi en az 30 dakika olmak üzere, her 3 saatte bir kullanılmaktadır. Çocuk sayısı iki veya daha çok ise, bu sürenin kullanımı her kullanım için bir saatten az olmayarak uygulanacaktır.

Süt izni süresi çalışma süresinden sayılarak ücretli izin olarak değerlendirilmektedir. İşçi izin süresince “orta ücret hakkı”na⁴⁸ sahip olacaktır (Az.İşK. md. 244/2).

Gün içinde kullanılan izin sürelerinin toplu olarak kullanılmasına kanun imkan tanımaktadır. Kadının isteği üzerine çocuğun emzirme süreleri toplanarak ara tatil süresi ile birleştirilmesi mümkündür. Aynı şekilde bu süre işgünü iş başlamadan önce kullanılarak işe geç gelmesine veya iş günü sonuna doğru kullanılmasına müsaade edilmektedir. Uygulamada çocuk emzirme izninin haftalık toplu olarak kullanıldığı görülmektedir. Ancak iznin bu şekilde uygulanması kanaatimce iznin uygulama amacını değiştirmekte ve yasa hükmünün özüne ve ruhuna aykırı olarak uygulanmaktadır.

b) Türk İş Hukuku Açısından

aa) İşe Alımlarda Ayrımcılık Yasağı

İş hukuku öğretisinde işe alımda işverenin eşit davranma borcu altında olmadığı genel olarak kabul edilen bir görüştür. Örneğin, Türk hukukunda iş akdinin kurulmasında hangi işçiye en verimli ve uyumlu bir biçimde yürütebileceğini belirleme yetkisinin işverene ait olduğu Anayasa ile güvence altına alınan sözleşme özgürlüğünün bir gereği olarak kabul edilmektedir⁴⁹.

⁴⁸ Orta ücret hakkı, işçiye görevi (mesleği) üzere işveren tarafından ödenen ücret ve ilavelerini kapsamaktadır. Yıllık izin için verilen ücret dışında diğer tüm durumlarda işçinin orta ücret hakkı önceki iki takvim ayı içinde kazandığı ücretin toplamı iş günlerinin sayısına bölünerek bir günlük ücreti bulunur ve çalışılan günlerin sayısına çarpımı ile belirlenir.

⁴⁹ SÜZEK, 2017, s. 457.

Azerbaycan hukukuna benzeri bir düzenleme Türk hukukunda 4857 sayılı Kanunun 5/3. maddesinde yer almıştır. Bu düzenleme gereğince; *“işveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz”* denilmiştir. Kanun koyucu bu hükümlerle amacının, özel hükümler yoluyla kadın işçileri üstün tutmak yerine, onların erkekler karşısında mağdur olmalarını önlemek olduğunu göstermek istemiştir⁵⁰.

bb) İşin Düzenlenmesi Bakımından Yasaklar

4857 sayılı Türk İş Kanununun 88. maddesinde öngörülen Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik'te belirtilen gebe, yeni doğum yapmış ve çocuk emziren işçilere fazla çalışma yaptırılamayacaktır. Gebe, yeni doğum yapmış ve emziren işçilerin günde yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmayacağı yönetmelikte düzenlenmiştir (Fazla Çalışma Yön. md. 10). Kanunun 74. maddesi gereğince, kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde günlük çalışma süresinden sayılan toplam birbuçuk saat süt izni verilir. Bu durumda çocuk emziren kadın işçilerin fazla çalışma yasağı kapsamında buldukları süre çocuğun bir yaşını doldurduğu tarihe kadar olacaktır.

cc) Deneme Süresine İlişkin Ayrıcalık

4857 Sayılı Türk İş Kanunu ile deneme süresi iş sözleşmesi ile en çok iki ay kararlaştırılabilecektir. Bu süre toplu iş sözleşmesi ile dört aya kadar uzatılabilecektir. Ancak görüldüğü üzere kadınlarla ilgili herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu iki ülke düzenlemesi açısından doğal olarak Azerbaycan hukukunun sağlamış olduğu hak kadınları koruyucu niteliktedir. İşveren yönünden bakıldığında, deneme yapmadan birisinin işe alınması her zaman tereddüt konusu olacaktır. Kadın işçiyle ilgili olumlu kanaate sahip olmayan işverenin onu işe almaktan vazgeçmesi muhtemeldir.

Ancak kanun düzenlemesinin temel amacı hamile ve çocuklu kadınların korunması olup işe alınan kadın işçinin deneme süresi olarak öngörülen

⁵⁰ TUNÇOMAĞ – CENTEL, 2013, s. 184.

sürede sözleşmesinin feshedilmesinin önüne geçmektir. Bu durumda kanunun uygulamaya ya işverenin deneme süresi olmadığı için işe almaktan vazgeçmesi olumsuz yansıma, ya da işe alınan kadın işçi için deneme süresi öngörülmediği için sözleşmesinin feshedilmemesi şeklinde olumlu yansıması ortaya çıkacaktır.

dd) Hafif İşlere Aktarma

Türk hukukunda da benzeri düzenlemeler gereğince, gebe veya emziren çalışan için sağlık ve güvenlik riskini veya çalışanın gebeliği veya emzirmesi üzerindeki bir etkiyi ortaya çıkardığında işveren, ilgili çalışanın çalışma koşullarını ve/veya çalışma saatlerini, çalışanın bu risklere maruz kalmasını önleyecek bir biçimde geçici olarak değiştirir. Çalışma koşullarının ve/veya çalışma saatlerinin uyarlanması mümkün değilse, işveren ilgili çalışana başka bir işe aktarmak için gerekli önlemleri alır. Sağlık raporu ile gerekli görüldüğü takdirde gebe çalışan, sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılır.

İşçinin başka işe aktarılması durumunda çalışanın ücretinde bir kesinti yapılmaz. Başka bir işe aktarılması mümkün değilse, çalışanın sağlık ve güvenliğinin korunması için gerekli süre içinde, isteği halinde çalışanın tabi olduğu mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla ücretsiz izinli sayılması sağlanır. Bu süre, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz (Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik md. 7)

ee) Kısmi Süreli İşlerde Çalıştırma

Kısmi çalışma uygulamasına olanak veren yeni bir durum da 6663 sayılı Kanunla 4857 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinin 5.fıkrasına ilave edilen düzenlemeler ve bu düzenlemeye dayalı olarak kabul edilen Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmeliği (KSÇY) hükümleri gereğince, ebeveynin doğum nedeniyle kısmi çalışma hakkıdır. Doğum nedeniyle ebeveynin kısmi çalışma hakkı, klasik kısmi çalışma uygulaması kapsamında değerlendirilmesi gereken bir çalışma türüdür. Zira KSÇY'nin 4. maddesinin 1.fıkrasının (ç) bendine göre, "Kısmi süreli çalışma: İşçinin, işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yaptığı çalışmayı" ifade eder denilmiştir.

Doğum yapan kadın sigortalının İş Kanununun 74. maddesinde belirtilen izinlerin bitiminin ardından kısmi süreli çalışma talebinde bulunması mümkün olduğu gibi, üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşikle birlikte veya münferiden (tek başına) evlat edinenler de çocuğun *fiilen teslim edildiği tarihten itibaren* kısmi süreli çalışma imkânından yararlanması mümkün olabilecektir.

Ebeveyne doğum nedeniyle tanınacak kısmi çalışma imkânından yararlanmak öncesinden tanınmış olan yasal imkânların tüketilmesi ile ancak mümkün olabilecektir. Zira kısmi çalışma imkânı, bir taraftan ücret alınabilirken, diğer taraftan çalışma süresinin azaltılması esasına dayalı bir çalışma türüdür. Belirtilen imkândan yararlanmak için öncelikle analık izni veya ücretsiz izin hakkının kullanılmış olması gerekir. Doğumdan sonra özellikle *kadın işçi* tarafından kullanılan izin hakları mevcuttur. Bunlar doğumdan sonraki 8 haftalık *analık izni hakkı*, analık izninden sonra gelen ve kadın işçiye birinci doğumda 60 gün, ikinci doğumda 120 gün ve diğer doğumlarda ise 180 gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar verilen yarım çalışma ödeneği kapsamında *ücretsiz izin hakkı*; diğeri de yine 16 haftalık analık izninden sonra bu iznin bitiminden itibaren isteği halinde kadın işçiye verilen altı aya kadar ücretsiz izin hakkıdır.

Önemle ifade etmek gerekir ki, ebeveynin kısmi çalışma imkânından yararlanabilmesi için bahsedilen tüm izin haklarının tüketilmesi şartı aranmayacaktır. Nitekim doğumdan sonraki analık izni süresinin tamamlanmasının ardından ya yarım çalışma ödeneğine ilişkin ücretsiz izin hakkının ya da kadın işçinin talebiyle altı aya kadar ücretsiz izin hakkının kullanılmasının ardından kısmi süreli çalışma için talepte bulunulabilecektir. Bir başka deyişle İş Kanunu'nun 74. maddesinde sözü edilen izinlerin (analık izni ile birlikte yarım çalışma ödeneğine ilişkin ücretsiz izin hakkı veya altı aya kadar ücretsiz izin haklarından) *en az ikisini* kullanmış olmak gerekecektir (KŞÇY, m.8/1). Söz konusu izin haklarının kullanılmamış olması, daha sonra ve uygun zamanda kısmi çalışmaya geçme hakkını olumsuz etkilemeyeceği ifade edilmektedir⁵¹.

⁵¹ EKONOMİ, Münir, "Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları", LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2017, C:14, Sayı: 53, (21-59), s. 46.

ff) Çocuk Emzirme İzni

Türk hukuku uygulamasında süt iznini toplu kullanma mümkün değildir. Yasal olarak iznin gün içinde tek bir zaman diliminde kullanılmasına uygulamada izin verilse bile, yasal olarak süt izni birleştirilmemektedir. Bebeğin haftalık/aylık süt emme ihtiyacını bir defada gideremeyeceği gerekçesine dayanarak yasa iznin dilimli olarak yapılmasını uygun görmüştür (Akyiğit, 2008: 2062).

Konuya ilişkin olarak Türk İş Kanununda kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni süresi verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır (4857 s. İK. m.74/son).

c) Değerlendirme

İki hukuk sisteminin sağladığı haklar açısından önemli fark olduğu görülmektedir. Nitekim Azerbaycan İş Kanunu ile özellikle çocuklu kadınları korumak için yapılan düzenleme Türk Hukuku ile kıyaslamada daha fazla koruma sağladığı aşıkardır. Özellikle Azerbaycan hukukunda ebeveyn izni ve diğer haklar açısından çocukların 3 yaşına kadar kadınlara iş güvencesi sağlanarak ebeveyn izni verilmesi, uluslararası sözleşmeler ışığında getirilen bir düzenlemedir⁵². Ancak Türk İş Hukuku açısından da 6663 sayılı Kanunla 4857 sayılı İş Kanununun 74. maddesinde getirilen değişiklikle birlikte ebeveynin kısmi çalışma hakkı tanınmıştır.

Dikkat çeken bir husus, Azerbaycan İş Kanununda kısmi süreli işlerin azami süresi ile ilgilidir. Taraflar kısmi süreli iş günü kapsamında imzalayacakları iş sözleşmesi ile günlük çalışma süresini 8 saat değil, daha az süreli olarak, kısmi süreli iş haftasını ise daha 4 gün veya daha az gün sayılı iş haftası olarak belirleyebileceklerdir. Kısmi süreli iş sözleşmesinin süresi de iş sözleşmesi ile düzenlenecektir (Qasimov, 2007: 310). Oysa 4857 sayılı Türk İş Kanunu'nun 13. maddesinde, kısmi süreli iş sözleşmesi işçinin normal haftalık çalışma süresinin "*tam süreli çalışan emsal işçi*"ye göre önemli ölçüde daha az olarak belirlendiği iş sözleşmesi olarak tanımlanmıştır. Bu sözleşme süresi

⁵² HÜSEYİNLİ, Namık, "Uluslararası Sözleşmeler Işığında Aile ve Çalışma Yaşamının Uzlaştırılması Kapsamında Ebeveyn İzninin Uygulamadaki Yeri", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 1, Konya, 2015, (271-311), s. 296-297.

İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 6. maddesine göre, kısmi süreli çalışma tam süreli çalışmanın üçte ikisi oranına kadar olan çalışmadır. Ancak bu sınırlama Azerbaycan hukukunda öngörülmemiştir. Bu durumda kadın çalışanlar tamamen serbest olarak işverenle süre konusunda anlaşma yapabilecektir.

Süt izni süresi açısından Azerbaycan hukukunda bir buçuk yaşını doldurmamış birden fazla çocuğu var ise, süt izni süresinin her emzirme aralığında bir saatten az olmaması öngörülmüştür. Ancak 4857 sayılı iş kanunu kapsamında, birden fazla çocuklu kadınların izin hakkının günde 1,5 saatten fazla belirlenmesi mümkün değildir. Doktrinde süt izninin iki saat veya her çocuk için 1,5 saat olarak belirlenmesi savunulsa da işvereni buna yönlendiren herhangi bir düzenleme bulunmamakta ve makul bir çözüm olarak da görülmemektedir⁵³.

7. Kadın İşçilerin Feshe Karşı Korunması

a) Azerbaycan İş Hukuku Açısından

Kanunda işveren tarafından iş sözleşmesinin sona erme halleri açıkça belirtilmiştir. Bunlar, işletme kapatılması, işçilerin sayı veya görevlerinin azaltılması, uzmanlık seviyesinin, mesleğinin yeterli seviyede olmamasına göre işçinin görevine uygun olmadığı yönünde ilgili organın karar kabul etmesi, işçinin iş gereklerini veya iş sözleşmesi üzere yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya 72. maddede sayılan hallerde görevini ihlal etme halleri sayılmıştır (Az.İşK. md. 70).

Kanunda 72. maddede kapsamında işçinin davranışlarından kaynaklı olarak sözleşmenin fesih halleri sıralanmıştır. İşçinin mazeretsiz işe gelmemesi, içkili olarak işe gelmesi, işvereni maddi zarara uğratması, iş güvenliğine aykırı hareketi nedeniyle ölüme veya yaralanmaya sebebiyet vermesi, işyeri sınırlarını korumaması, çalışma sırasında hatalara yer vermesi, işverenin ve işletmenin çıkarlarına zarar vermesi, daha önce verilen disiplin cezalarına rağmen tekrar altı ay içinde benzeri davranışlarda bulunması, idari hatalar ve cezai işlem gerektiren davranışlara sebebiyet vermesi fesih sebebi olarak sayılmıştır⁵⁴.

⁵³ AKYİĞİT, Ercan, İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2008, s. 2062-2063.

⁵⁴ Kommentariya, 2007, s. 173-189.

Özellikle kadın işçileri değişik sebeplerle suiistimale dayalı olarak sözleşmesinin sona erdirilmesinin önüne geçilmesi için koruyucu tedbirleri öngörülmüştür. Örneğin hamilelik ve analık hallerinde kadınların işten çıkarılması yasaklanmıştır. Çalışma verimlilikleri bu dönemlerde gerileyen kadınların kanunda belirtilen hallerde işten çıkarılmasının yasaklanması ile bu suiistimallerin önüne geçme hedeflenmiştir. Bu itibarla kadın işçilerin çalışma koşullarının hafifletilmesi, iş sözleşmelerinin feshedilmemesi gibi haklar çalışmanın devamı açısından önemli haklardır.

Kanun işçilerin toplu çıkarılmaları hallerinde işçinin mesleki yeteneği ve performansı dikkate alınarak işte kalması sağlanmaktadır. Bazı grupta yer alan çalışanların işte kalmasına öncelik tanınmaktadır. Bunlar, şehit ailesi fertleri, savaş iştirakçileri, asker ve subay eşlerine, himayesinde iki ve daha çok onaltı yaşını doldurmamış çocuğu bulunanlar, işyerinde malul olan veya meslek hastalığına yakalananlar, zorunlu göçmen ve kaçkın statüsünde bulunanlar, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesinde belirlenen diğer şahısların çalışmasına öncelik tanınacaktır.

Kadın işçiler açısından önemli koruma sağlayan “Emek mukavelesinin feshedilmesi yasaklanan işçiler ve haller” düzenlenmesi, belirli kişilerin sözleşmesinin feshini yasaklamıştır. Nitekim md. 79’a göre;

- Hamile, üç yaşına kadar çocuğu olan kadınların,
- Üç yaşına kadar çocuğunun bakımını üstlenen ve büyüten erkeklerin,
- Geliri sadece çalıştığı işyeri olup okul yaşına kadar çocuğunu yalnız büyüten işçilerin,
- İşgücünü geçici kaybeden işçilerin,
- Diyabet hastası olan işçilerin,
- Sendika veya herhangi bir parti üyesi olmasına göre,
- Himayesinde sağlık durumu kısıtlı 18 yaşını doldurmamış veya birinci grup malul aile bireyi bulunan işçilerin,
- İzinlerde ve iş seferinde olduğu sürede,
- Toplu pazarlık görüşmelerine katılan işçilerin toplu pazarlık süresince, hallerde işveren sözleşmeyi feshedemeyecektir.

Anayasada Azerbaycan devletinin demokratik, hukuki, dünyevi devlet olmanın yanı sıra sosyal bir devlet olduğunu ve toplumun her bir vatandaşının

refahının yükseltilmesi, sosyal güvenlik ve layıklı hayat seviyesi sağlama görevini vurgulamış ve kadınlara sağlanan korumayı bu kapsamda değerlendirmiştir. Bu doğrultuda İş Kanunu 70. maddesi ile üç yaşına kadar çocuğu bulunan kadınların sözleşmesinin feshedilmemesi yönünde getirilen yasaklamanın kanunun herhangi bir düzenlemesine aykırılık teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. Keza kanun koyucunun anne ve çocuğun sağlığının haklarının korunması, maddi ve sosyal güvencesi ve ailelerin sosyal korumasının güçlendirilmesi açısından bu ayrıcalığın tanıdığı hususu kararda vurgulanmıştır.

b) Türk İş Hukuku Açısından

Kadın işçilerin doğum ve gebelik nedeniyle iş sözleşmelerinin feshi geçerli veya haklı fesih sebebi olarak da kabul edilmemiştir. Nitekim İş Kanunu'nun 18. maddesinin 3.fıkrasının (d) bendine göre işveren cinsiyet, hamilelik ve doğum gibi halleri iş sözleşmesinin bildirimli feshi açısından geçerli neden olarak kullanamayacaktır. Ayrıca yine İş Kanunu'nun 18. maddesinin 3.fıkrasının (e) bendine göre de, İş Kanunu'nun analık halinde çalışma ve süt iznini düzenleyen 74. maddesinde öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu süre içinde belirtilen devamsızlık durumu gerekçe gösterilerek iş sözleşmesi geçerli sebeple feshedilemeyecektir⁵⁵.

Öte yandan gebelik ve doğum hallerinin haklı fesih nedeni olabilmesi İş Kanunu'nun 25/1-(b) bendi gereğince İş Kanunu'nun 74. maddesindeki sürenin

⁵⁵ "Davacı işçi iş sözleşmesinin hamile olduğu ve ardından doğum yaptığı için feshedildiğini ileri sürerek kötü niyet tazminatı da talep etmiştir. Mahkemece kötü niyetin kanıtlanmadığı gerekçesi ile isteğin reddine karar verilmiş ise de, dinlenen tanıklar davacının hamileliği nedeni ile istifasının istendiğini, davacının istifa etmediğini, doğumdan sonra da iş sözleşmesinin feshedildiğini açık bir şekilde belirtmişlerdir. Her ne kadar iş güvencesi kapsamında bulunmayan işçinin iş sözleşmesinin bildirimli feshinde her hangi bir neden gösterme zorunluluğu bulunmamakta ise de, somut olayda davacının kötü niyet iddiası ve tanıkların belirtilen anlatımları karşısında işverence makul ve meşru bir nedene dayanıldığı da iddia ve ispat edilmemiştir. Buna göre davacının kötü niyet tazminatı isteği de kabul edilmelidir". Y9HD, 17.09.2007, E. 2007/29103, K. 2007/26743, (www.legalbank.net: 06.12.2017).

bitimini takiben bildirim sürelerini altı hafta aşmasından itibaren doğacağı kabul edilmiştir⁵⁶.

c) Değerlendirme

Azerbaycan İş Kanunu sistematığı açısından getirilen düzenlemelerin somutlaştırılarak hüküm konulduğunu yukarıda belirtmiştik. Nitekim Kanunun oldukça kapsamlı bir düzenlemeye sahip olduğu ve esas itibarıyla kazuistik bir metotla genellikle çok ayrıntılı bir biçimde düzenlendiği vurgulanmaktadır⁵⁷.

Sözleşmenin feshi açısından karşılaştırmada da aynı durum sözkonusudur. Kanunla çalışma hayatı içinde bulunan ve risk grupları olarak görülen kişilerin sözleşmelerinin feshini yasaklayan düzenleme getirilmiştir. Nitekim kadınlar da bu grupta yer almaktadır. Yine kanun toplu işçi çıkarılmalarında kadın işçilere bazı ayrıcalıklar tanımaktadır.

Bu korumanın dışında kalan kadınlar açısından ise sözleşmenin kanunda belirlenen hallerde feshi mümkün olmaktadır. Ancak Azerbaycan İş Kanununda haklı sebeplerle fesih halleri kanunda açık olarak düzenlenmediği görülmektedir. Azerbaycan İş Kanunu md. 70/b ile işçilerin sayılarının veya miktarlarının azaltılmasında işverenin sözleşmeyi sona erdirmeden en az 2 ay önce işçiye durumu bildirmesi yani 2 aylık bir ihbar süresi belirlenmiştir. Yine iş şartlarının değişmesi durumunda işverenin 1 aylık ihbar süresini tanıması gerekir (Az.İsK.m.56). İşçinin işverene tanımakla yükümlü olduğu ihbar süresi ise 1 aydır (Az.İsK.m.69). Sözleşmenin feshini kabul etmeyerek dava açan işçi davayı kazandığında işe iade davası işverence derhal uygulanacaktır (Az.İsK.m.74/2).

İş Kanunu dışında Azerbaycan Ceza Kanunu ile de kadınların çalışma hakları ile ilgili getirilen yaptırımlar bulunmaktadır. Kanuna göre iş güvenliği kurallarının ihlali ve hamile kadın veya himayesinde 3 yaşını doldurmamış çocuğu bulunan kadınların çalışma haklarının ihlali durumunda ceza davası açılacaktır (Az.Cez.K. Md. 162 ve 164). Benzeri düzenleme Rusya Ceza Kanunda yer almakta ve buna göre 2 aydan fazla ücreti ödenmeyen işletme

⁵⁶ **EKONOMİ**, Münir, "Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması", Çalışma ve Toplum, 2009, S: 3, (11-34), s. 11.

⁵⁷ **UŞAN**, 2005, s. 51.

sahibi hakkında ceza davası açılacağı öngörülmüştür⁵⁸. Buna benzeri düzenlemenin Azerbaycan Ceza Kanununa da ilave edilmesinin uygun olacağı bazı yazarlarca savunulmaktadır⁵⁹.

4857 sayılı İş Kanunu gebelik ve doğum hallerinde 74. maddede düzenlenen doğum öncesi ve sonrası sürelerin bitimini takiben bildirim sürelerini altı hafta aşmasından itibaren doğacağı öngörülmüştür. Bu süre Azerbaycan hukukunda kadınları koruyucu 3 yıllık süreyle mukayese edilemeyecek şekilde az koruma sağlamaktadır. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu fesih hallerini daha ayrıntılı şekilde düzenlediği söylenebilir. Ayrıca uygulama açısından da geniş bir içtihat geleneğinin kadınların haklarını koruma açısından önemli uygulamalar sağlamaktadır. Yine Borçlar Kanunu 417. maddesinde yapılan düzenlemeyle getirilen psikolojik taciz düzenlemesi Türkiye'de bu fiilin esas hedef kitlesi olan kadınlara önemli bir koruma sağladığı söylenebilir.

SONUÇ

İş hukuku, sosyal hukuk alanına giren bir hukuk dalı gibi işçi işveren ilişkisinde sosyal eşitsizliği gidermek amacıyla tarafların haklarını korumayı ve bu ilişkide eşitliği sağlamayı hedeflemektedir. Bu doğrultuda iş hukukunun temel amacı iş ilişkisinin zayıf tarafı olan işçilerin haklarını korumayı amaç edinmiştir. İşçiler arasında ise zayıf ve özel koruma sağlanması gereken grubun başında kadınlar gelmektedir.

Kadınların çalışma hayatına katılımındaki artış, iş ilişkisinde kadınlara yönelik adaletsizliklere itiraz edebilme gücü sağlamıştır. Çalışma hayatının sorunlarını ortadan kaldırmanın olağan yolu gereken hukuki altyapının hazırlanmasından geçmektedir.

Azerbaycan'da cinsiyet ayrımcılığının kaldırılmasına yönelik uygun siyasetin geliştirilmesi için cinsiyet eşitliği ve kadın haklarının korunması yönünde önemli uluslararası sözleşmeler kabul edilmiştir. 1995 yılı yürürlüğe giren Anayasa'da yer alan haklar bu uluslararası sözleşmelere uyumlu olarak hazırlanmıştır.

⁵⁸ GASIMOV, Alış / ALİYEV, Mayıs, Emek ve Sosyal Teminat Sahesinde Vetendaşların Hüquqlarının Heyata Keçirilmesi Teminatları, Bakı, 2012, s. 95.

⁵⁹ MAHMUDOV, E. V. "Emeyin Ödenilmesinde Ayrı Seçkiliye Yer Vermiş İşegötürenin Mesuliyyeti Meselesi", Qanun Jurnalı, Bakü, 2007, No: 04 (156), s. 31-35.

Azerbaycan İş Kanunu kapsamında çalışan kadınların sorunlarının çözümü açısından önemli haklar sağlanmıştır. Ayrımcılığın yasaklanması, işyerinin niteliğine göre belirli ayrıcalıklar tanınması, gebe ve çocuklu kadınlara ilişkin düzenlemeler, çalışma ve dinlenme hakları gibi kanunla sağlanan haklar çalışan kadınları korumayı hedefleyen düzenlemelerdir. Diğer yandan, kadın işçilerin alacağı izin ücretlerinin miktarının düşüklüğü, kadın işgücü oranlarının düşüklüğü ve ülkede yaşanan nüfus sorunu tartışılan konular arasındadır. Özellikle çalışan kadınlara sağlanacak daha fazla haklar ile nüfus sorununun önüne geçileceği belirtilmektedir.

Türkiye, kadın işçilerin korunması konusunda uluslararası alanda yapılan düzenlemeleri, ulusal mevzuata aktarma konusunda önemli ilerlemeler kaydetmiştir. İnceleme konumuz ile ilgili altına imza atılan uluslararası sözleşmeler ile Türk İş Hukuku mevzuatı arasında geniş ölçüde uyum sağlanmış olmakla birlikte, kadın çalışanların korunması konusunda, ILO'nun kabul ettiği ancak Türkiye'nin henüz onaylamadığı sözleşmelerin bulunması da bir eksiklik olarak kabul edilmelidir. Benzeri durum Azerbaycan için de sözkonusudur. Birçok uluslararası sözleşmeleri onaylamamakla birlikte bazı sözleşmeleri, örneğin 156 ve 183 sayılı ILO sözleşmelerini Türkiye'den farklı olarak onaylayarak kabul etmiştir.

Bu çalışmada Azerbaycan ve Türkiye İş Kanunları kapsamında kadınların hakları genel hatları ile incelenmiş, birçok haklar açısından karşılaştırma imkanı sağlanmıştır. Azerbaycan'da kadın işçilerin çalışma hakları açısından önemli düzenlemeler bulunmaktadır. Bazı izin hakları, iş güvencesi ve diğer hususlarda iki ülke düzenlemesinde farklılıklar olduğu görülmektedir. Özellikle Azerbaycan İş kanunu genel yapısında kazuistik bir yöntem izlendiği ve birçok hakların somutlaştırılarak düzenlendiği görülmektedir. Kadın işçiler açısından da aynı şekilde birçok hakların bu yöntemle düzenlenmesi sözkonusudur.

Türk İş Hukuku'nda ise özellikle 4857 sayılı İş Kanunu'nun kabulü ile birlikte gerek ulusal mevzuata dönük eleştiriler gerek yargı içtihatları ve uluslararası belgeler göz önünde bulundurularak kadın çalışanları koruyucu düzenlemelerin oldukça iyileştirildiğini belirtebiliriz. Sonradan zaman zaman İş Kanununda gerçekleştirilen değişikliklerle de özellikle analık halinde çalışmaya ilişkin olarak çalışan kadınların çalışma şartlarını iyileştirmeye dönük düzenlemelere yer verilmiştir.

KAYNAKLAR

- AKYİĞİT, Ercan. (2008), İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Seçkin, Ankara,
- ANISIMOV. L.H., (2007), Novoe v Trudovom Zakonodatelstve, Moskva.
- AYDEMİR, Murteza, (2016). İşverenin İş ve Sosyal Güvenlik Hukukundan Kaynaklanan Cezai Sorumluluk, Ankara,
- Azerbaycan Respublikasının Emek Mecellesi, (2007), Bakü.
- Azerbaycan Respublikasının Emek Mecellesinin Kommentariyası, (2007), Bakü.
- BACAK, Bünyamin - Yiğit, Yusuf. (2007). Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Çalışma Koşullarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, Kamu-İş Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, (1-31).
- ÇELİK, Nuri – CANİKLİOĞLU, Nurşen – CANBOLAT Talat, (2014). İş Hukuku Dersleri, İstanbul.
- ÇELİK, Nuri, (2013). İş Hukuku Dersleri, İstanbul.
- DEMİR, Fevzi. (2016), En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir.
- EKONOMİ, Münir. (2009), Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması, Çalışma ve Toplum, S:3, (11-34).
- EKONOMİ, Münir. (2017), Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları, LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C:14, Sayı: 53 (21-59).
- EREN, Abdurrahman - Asker, Ali. (2012). Türk Cumhuriyetleri Anayasaları, TÜRKPA Yayınları: 4, Ankara,
- ERTÜRK, Şükran, (2008). Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği, 1. B, Belediye İş Sendikası, Ankara.
- HÜSEYİNLİ, Namık. (2012), Azerbaycan'ın Sosyal Güvenlik Sistemi, Ankara.
- HÜSEYİNLİ, Namık. (2015). Uluslararası Sözleşmeler Işığında Aile ve Çalışma Yaşamının Uzlaştırılması Kapsamında Ebeveyn İzninin Uygulamadaki Yeri, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 1, Konya, (271-311).

- HÜSEYİNLİ, Namık-Abdullah, Akif-Aktuğ, Semih. (2014). "İş Sözleşmesinin Sona Erme Halleri (Rusya Federasyonu Örneği)", Uluslararası Karadeniz İncelemeleri Dergisi, (17-35).
- KASUMOV Aliş - Aleskerova, Lala, (2011). Vremya Otdıxa, Baku.
- KESER, Hakan, "4857 sayılı İK'na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkisinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar", Kamu-İş, C:7, S:3, 2004, s.1-38.
- KÖKKİLİNÇ, Ayşe Gül, (2013), İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları Işığında Kadın İşçilerin Korunması, İstanbul, 2013.
- MAHMUDOV, E. V. (2007). Emeyin Ödenilmesinde Ayrı Seçkiliye Yer Vermiş İşegötürenin Mesuliyeti Meselesi, Qanun Jurnalı, Bakı, No: 04 (156), s. 31-35.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, (2004). İş Hukuku, Turhan Yayınları, Ankara.
- MÜLAYİM, Baki Oğuz, (2016). İş Hukukunda Gece Çalışması, Ankara.
- NARMANLIOĞLU, Ünal. (2014). İş Hukuku-Ferdi İş İlişkileri 1, İstanbul.
- OKUR, Zeki, (2010). İş Hukukunda Gece Çalışması, Prof. Dr. Ali GÜZEL'e Armağan, İstanbul.
- QASIMOV, Aliş / ALİYEV, Mayıs, (2012). Emek ve Sosial Teminat Sahesinde Vetendaşların Hüquqlarının Heyata Keçirilmesi Teminatları, Bakü,
- QASIMOV, Aliş. (2016). Emek Hüququ, Bakü.
- SÜMER, Haluk, Hadi (2016). İş Hukuku, Konya.
- SÜRAL, Nurhan, (2011). Torba Kanununun Çalışan Kadınlara Dair Hükümleri, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart, (5-15), s. 9-10.
- SÜZEK, Sarper. (2017). İş Hukuku, İstanbul.
- ŞAKAR, Müjdat. (2014). İş Hukuku Uygulamaları, İstanbul.
- TUNÇOMAĞ, Kenan – CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul, 2013.
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına Bayan Mühendis Yazısı, http://www.maden.org.tr/genel/bizden_detay.php?kod=1837&tipi=36&sube=0, 25.07.2017.
- ULUCAN, Devrim (2014). Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık, Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Özel S. (369-383).

- UŞAN, Muhammet Fatih. (2005). Azerbaycan Hukukunda İş Sözleşmesinin (Emek Mukavelesinin) Temel Özellikleri (Türk Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak), Kamu-İş; Cilt:8, Sayı: 3, Ankara, (17-51).
- YENİSEY DOĞAN, Kübra, İş Hukukunun Emredici Yapısı, İstanbul, 2014.

KİŞİLİK HAKKININ SOSYAL MEDYA KULLANICILARI TARAFINDAN İHLÂLİ HÂLİNDE ORTAYA ÇIKACAK CEZÂİ SORUMLULUĞA MEDENÎ HUKUK BAĞLAMINDA BİR BAKIŞ*

Yrd. Doç. Dr. Sinan Sami AKKURT**

SOCIAL MEDIA & VIOLATION OF PERSONAL RIGHTS COMMITTED BY USERS: A BRIEF OVERVIEW

ÖZ

Sosyal medya aracılığıyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlalleri, sosyal medya hizmetini sağlayan hizmet sağlayıcı, bu hizmetten yararlanan kullanıcılar yahut sosyal medya hizmetiyle organik herhangi bir bağı bulunmamakla birlikte sisteme bir şekilde müdahil olan üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilebilmektedir. Bu çalışmada sosyal medya olgusu ve sosyal medya kullanıcıları tarafından, gerek diğer kullanıcılara gerekse üçüncü kişilere karşı gerçekleştirilen kişilik hakkı ihlalleri incelenecektir.

ANAHTAR KELİMELER: *Sosyal Medya, Kişilik Hakkı, Kişisel Değerler, İnternet, Kişilik Hakkı İhlalleri.*

* Kabul Edildiği Tarih: 01.12.2017

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.327503](https://doi.org/10.15337/suhfd.327503)

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

E-mail Adresi: samiakkurt@gmail.com

ORCID ID: orcid.org/0000-0002-9421-2412

ABSTRACT

Violation of personal rights through the medium of social media would be committed by service providers, users or third persons who have no connection with any social media platform. In this study, social media concept and violation of personal rights committed by the social media users have been explained.

KEYWORDS: *Social Media, Personal Rights, Personality, Internet, Violation of Personal Rights.*

I- GİRİŞ

Kişilerin, kullanıcı (*user*) sıfatıyla ortak ilgilerini, düşüncelerini, duygularını, kişisel hâl ve durumlarını, siyasî eğilimlerini, fotoğraflarını, videolarını, yazı ve yazışmalarını, fikir ve sanat eserlerini, kimi zaman ticarî ve meslekî faaliyetlerini, mal ve hizmetlerini ve benzeri değerlerini, gerek diğer münferit kişiler gerekse belirli bir topluluk yahut kamuoyuyla paylaşma olanağı buldukları dijital platformların genel olarak tümünü ifade eden “sosyal medya (*social media*)” aracılığıyla ihlâli olası menfaatlerin en başında “kişilik hakkı (*personal rights*)” gelmektedir. Nitekim kullanıcıların sosyal medyada “içerik (*content*)” adı altında paylaşma imkânı buldukları, anılan tüm bu durumlar, veriler, ürünler ve eğilimler, daha ziyade kişilik hakkı kapsamındaki kişisel değerlerine ilişkin bulunmaktadır. Kullanıcıların, sosyal medyada (niteliği gereği) daha ziyade birbirlerinin huzurunda bulunmaksızın (gıyaben – *in absentia*) iletişim ve paylaşımında bulunuyor olmaları da maddî bütünlüğe ilişkin ihlâllerden kaynaklanan kimi ayrık durumlar bir kenara bırakıldığında, çoğunlukla maneî bütünlüğe ilişkin kişisel değerlerinin ihlâli şeklinde zuhur etmektedir.

Sosyal medya aracılığıyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlâlleri, sosyal medya hizmetini sağlayan “hizmet sağlayıcı (*service provider*)”, bu hizmetten yararlanan “kullanıcılar” yahut sosyal medya hizmetiyle organik herhangi bir bağı bulunmamakla birlikte sisteme bir şekilde müdahil olan “üçüncü kişiler” tarafından gerçekleştirilebilmektedir.

Bu çalışmada, sosyal medya olgusu ve sosyal medya kullanıcıları tarafından sosyal medya bileşenleri/ mecraları kullanılarak gerçekleştirilen kişilik hakkı ihlâlleri, genel hatlarıyla incelenecektir.

II- SOSYAL MEDYA

A) KAVRAM

Öğretide sosyal medyayı kavramsal olarak betimleyen tek merkezli bir tanım bulunmamakla birlikte, anılan mecrayı “iletişim”, “teknoloji”, “medya”, “pazarlama”, “politik katılım” ve “eğitim – öğretim” gibi alanlarda ele alan muhtelif yaklaşımlara rastlanmaktadır.

“iletişim” temelli yaklaşımların sosyal medya kavramını “sosyal paylaşım (social network)” eksenini etrafında tanımladığı görülmektedir. Örneğin bir yaklaşım anılan kavramı, “kullanıcılarına karşılıklı paylaşım imkânı sağlayan, kullanıcılarının kişisel veya gruplar içinde medya içeriği oluşturmaya imkân veren dijital medya ve teknolojileridir.” şeklinde tanımlamakta¹, diğer bir yaklaşım ise bu kavramı, “en yüksek derecede paylaşımın gerçekleştiği, çevrimiçi medyanın yeni bir türü olarak fırsatlar sunduğu en yeni fikirlerden biridir.” şeklinde ifade etmektedir². Sosyal medya, “Bilginin, farklı düşünce ve deneyimlerin, kamu oluşumlu web sitelerince paylaşımına olanak tanıyan ve internet dünyasını hızla hayatımıza yerleştiren bir uygulama alanıdır.”³ ve “kişilere sınırlandırılmış bir sistemde herkese açık veya yarı açık profiller üretme, bağlantıları paylaştıkları diğer kullanıcıların listesini ekleme, sistemdekilerin başkalarıyla bağlantılarını görüntüleyip dolaşma izni veren web tabanlı hizmetler”⁴ gibi yaklaşımların da yine sosyal medyanın, kullanıcılar arasında paylaşım imkân vermesi özelliğini merkeze aldıkları görülmektedir.

“Teknoloji” temelli yaklaşımlar ise sosyal medya kavramını, daha ziyade sadece okuma ve araştırma mecrası olarak çalışan “web 1.0”ın aksine, kişilerin kendi içeriklerini yazarak/ ekleyerek ve bunları diğer insanlarla paylaşarak

¹ Bkz., **Yegen**, Ceren, Demokratik ve Yeni Bir Kamusal Alan Olarak Sosyal Medya, MAÜSBD., C. 1, S. 2, 2013, s. 121.

² **Mayfield**, Antony, What Is Social Media, United Kingdom 2010, p. 6.

³ Bkz., (**Weinberg** ve **Sarr'** dan alıntılan) **Yegen**, s. 121.

⁴ **Body**, Danah M. / **Ellison**, Nicole, Social Network Sites: Definition, History and Scholarship, Journal of Computer – Mediated Communication, Vol. 13, 2008, p. 211.

sisteme dâhil olabildikleri “web 2.0” teknolojisi⁵ üzerine inşa edilmiş olması yönüyle tanımlamaktadır⁶. Buna göre sosyal medya, genel olarak, “web 2.0 teknolojisinin ideolojik ve teknolojik yapıları üzerine inşa edilmiş, kullanıcı kaynaklı üretim ve değişimlere izin veren internet tabanlı uygulamalar grubu” olarak tanımlanmaktadır⁷.

Sosyal medya kavramına “medya” ekseninde yaklaşan eğilim, anılan kavramı “yeni medya” adıyla ve/ veya kapsamında değerlendirmektedir. Buna göre, yeni medya, kişinin üretici değil sadece tüketici olduğu ve yayınlar üzerinde etkileşiminin bulunmadığı, genel olarak gazete, dergi, televizyon, radyo gibi belirli ve sınırlı yayın organları vasıtasıyla tek yönlü bir iletişim sürdüren “geleneksel medya”nın aksine, “gelişen bilgisayar, internet ve mobil teknolojisi ile ortaya çıkan, kullanıcıların zamandan ve mekândan bağımsız bir şekilde interaktif olarak etkileşimde buldukları sanal bir medya ortamı”dır⁸.

“Pazarlama”ya yönelik yaklaşımlar ise genel olarak, sosyal medyanın işletmeleri doğrudan müşterileriyle buluşturan ve bunu doğrudan nihai tüketicile iletişim halinde olmasını geleneksel iletişim araçlarına göre daha düşük maliyet ve daha büyük etkinlikte sağlayan interaktif ve mobil bir

⁵ “Web 2.0, O’Reilly Media tarafından 2004’te kullanılmaya başlayan bir sözcüktür ve ikinci nesil internet hizmetlerini – toplumsal iletişim sitelerini, vikileri, iletişim araçlarını ve folksonomileri – yani internet kullanıcılarının ortaklaşa ve paylaşarak yarattığı sistemi tanımlar.”, (Wikipedia Online Encyclopedia, naklen, E.T. 03.07.2017). **Tim O’Reilly** de web 2.0’ı, “bilgisayar endüstrisinde internetin bir düzlem olarak ilerlemesiyle bir işletme devrimi ve bu düzlemin kurallarını başarı için anlamaya çalışmaktır. Bu kurallar arasında başlıcası şudur: Ağ etkilerini daha çok insanın kullanabilmesi için programlar kurmak.”. Bkz., **O’Reilly**, Tim, What Is Web 2.0 – Design Patterns and Business Models for The Next Generation, CA, 2005, p. 9 vd..

⁶ Web 1.0 ile web 2.0 teknolojileri arasındaki farklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Vural**, Z. B. Akıncı / **Bat**, Mikail, Yeni Bir İletişim Ortamı Olarak Sosyal Medya: Ege Üniversitesi İletişim Fakültesine Yönelik Bir Araştırma, Journal of Yasar University, Vol. 20, Issue 5, 2010, p. 3354 vd.; **Kara**, Tolga, Sosyal Medya Endüstrisi, Bası 1, İstanbul 2013, s. 30 vd. Ayrıca bkz., *a.g.e.*, s. 32, Tablo: 1.1.

⁷ **Kaplan**, Andreas M., / **Haenlein**, Michael, Users of The World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media, Business Horizons, Vol. 53, Issue 1, 2010, p. 61.

⁸ **Sanlav**, Ümit, Sosyal Medya Savaşları, Bası 1, İstanbul 2014, s. 28 vd.; **Kara**, s. 11 vd..

pazarlama aracı olarak tanımlamaktadır⁹. Nitekim hemen her sosyal medya mecrasında, bireysel kullanıcıların kendi oluşturdukları hesaplar yahut ticarî ve kurumsal ölçekte servis sağlayıcı ile işbirliği içerisinde bulunan şirketlerin reklamlar marifetiyle mal ve hizmet satışına ilişkin faaliyette buldukları görülmektedir. Bu yönüyle sosyal medya, satış ve pazarlama alanında da aktif şekilde kullanılmaktadır.

Eğitimcilerinin teşviki ve onlarla interaktif olarak ders hakkında danışmanlık alabilmeleri, ders konularıyla alakalı olarak bağlı oldukları sosyal medya grubundan yardım alabilmeleri ve karşılıklı bilgi paylaşabilmeleri, eğitim içeriklerinin sosyal medya bileşenlerinde gitgide yaygınlaşması, masrafsız ve zamandan bağımsız oluşu gibi etkenler dolayısıyla sosyal medyanın, *eğitim – öğretim* faaliyetlerinde de – özellikle öğrenciler tarafından – giderek yaygın şekilde kullanıldığı görülmektedir¹⁰.

⁹ Bu yönde genel olarak bkz., **Kaplan / Haenlein**, p. 61 vd.; **Akar**, Erkan, Sosyal Medya Pazarlaması: Sosyal Web’te Pazarlama Stratejileri, Ankara 2011; **Constantinides**, E. / **Fountain** S. J., Web 2.0: Conceptual foundations and marketing issues. Journal of Direct, Data and Digital Marketing Practice, Vol. 9, 2008, p. 231 vd.; **Drury**, G., Opinion Piece: Social Media: Should Marketers Engage and How Can It be Done Effectively?. Journal of Direct, Data and Digital Marketing Practice, Vol. 9, 2008, p. 274 vd.; **Gladwin**, T. N. / **Kennelly**, J. J. / **Krause**, T. S., Shifting Paradigms for Sustainable Development Implications for Management Theory and Research, Academy of Management Review, Vol. 20, Issue 4, 1995, p. 874 vd.; **Heinonen**, K., Customer Activity in Social Media: Managerial Approaches to Consumers’ Social Media Behavior, Journal of Consumer Behavior, Vol. 10, 2011, p. 356 vd.; **Hoffman**, D. L. / **Fodor**, M., Can You Measure the ROI of Your Social Media Marketing, MIT Sloan Management, Vol. 52, Issue 1, 2010, p. 41 vd.; **Miller**, R. / **Lammas**, N., Social Media and It’s Implications for Viral Marketing, Asia Pasific Relations Journal, Vol. 11, 2011, p. 1 vd.; **Neti**, S., Social Media and its Role in Marketing, International Journal of Enterprise Computing and Business Systems, Vol. 1, Issue 2, 2011, p. 1 vd.; **Patino**, A. / **Pitta**, D. A. / **Quinones**, R., Social Media’s emerging importance in market research, Journal of Consumer Marketing, Vol. 29, Issue 3, 2012, p. 233 vd.; **Weinberg**, T. / **Ladwig**, W. / **Pahrmann**, C., Social Media Marketing, O’Reilly 2012, p. 6 vd..

¹⁰ Bu yönde bir araştırma için bkz., **Toğay**, A. / **Akdur**, T. E. / **Yetişken**, İ. C. / **Bilici**, A., Eğitim Süreçlerinde Sosyal Ağların Kullanımı: Bir MYO Deneyimi, <http://ab.org.tr/ab13/bildiri/302.pdf>, (E.T. 01.07.2017).

Sosyal medya, kullanıcıların önceden geleneksel iletişim araçlarıyla gerçekleşen pek çok faaliyeti buraya taşımaları ve anılan mecranın geniş kitleler üzerindeki etkisi dolayısıyla, bir siyasî propaganda aracı olarak “**politik katılım**” üzerinde de etkili olmaktadır. *Arap Baharı, Taksim Gezi Parkı, Amerika Birleşik Devletleri Wall Street’i İşgal Et, İspanya Indignados, 2009 Moldova Twitter, 2009 İran Yeşil Devrimi, 2011 Londra Mark Duggan* gibi hareketlerdeki aktif kullanımı ve etkisi, sosyal medyanın bu kapsamda ortaya çıkan etkilerine dair en dikkat çekici örnekler arasında yer almaktadır. Aynı şekilde, sosyal medyanın seçimlerde de aktif olarak kullanıldığı gözlemlenmektedir. Siyasî aktörlerin sosyal medyayı son derece faal şekilde kullanıyor olmalarının yanı sıra, şöhretli kişilerin hatta sıradan vatandaşların dâhi siyasî eğilimlerini bu mecraya taşıyor olmaları, seçimler üzerinde son derece etkili olabilmektedir. İtalyan komedyen *Beppe Grillo*’nun sosyal medya üzerinden başlatmış olduğu *Beş Yıldız Hareketi* vasıtasıyla partisinin, hiç beklenmedik şekilde “parti bazında” en yüksek oyu alması, sosyal medyanın bu yöndeki etkisini gözler önüne seren örneklerdendir¹¹.

¹¹ Konu ve örnekler hakkında ayrıntılı açıklama için bkz., **Szajkowski**, Bogdan, Social Media Tools and The Arab Revolts, *Alternative Politics*, Vol. 3, Nmb. 3, 201, p. 420 vd.; **Babacan**, M. E. / **Haşlak**, İ / **Hira**, İ, Sosyal Medya ve Arap Baharı, *Akademik İncelemeler Dergisi*, C. 6, S. 2, 2011, s. 63 vd.; **Korkmaz**, Ali, Arap Baharı Sürecinde İnternet ve Sosyal Medyanın Rolü, *International Symposium on Language and Communication: Research Trends and Challenges*, 2012, s. 2147 vd.; **Kırık**, Ali M., Arap Baharında Sosyal Medya – Birey Etkileşimi ve Toplumsal Dönüşüm, *21.Yüzyılda Eğitim ve Toplum*, C. 1, S. 2, 2012, s. 87 vd.; **Akbiyik** N. / **Öztürk** M., Sivil Toplum ve Sosyal Medya Perspektifinde “Arap Baharı” ve “Wall Street’i İşgal Et” Eylemleri, <http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/1424373479.PDF>, (E.T. 04.07.2017); **Shirky**, Clay, The Political Power of Social Media, *Foreign Affairs*, Vol. 9, Issue 1, p. 28 vd.; **Banko** M. / **Babaoğlan**, A. R., Gezi Parkı Sürecine Dijital Vatandaşın Etkisi – Gezi Parkı Kitabı, İstanbul 2013, s. 4 vd.; **DeLuca**, K. M. / **Lawson**, S. / **Sun**, Y., Occupy Wall Street on the Public Screens of Social Media: The Many Framings of the Birth of a Protest Movement, *Communication, Culture & Critique*, Vol. 5, Issue 4, p. 483 vd.; **Köseoğlu**, Y. / **Al**, H., Bir Siyasal Propaganda Aracı Olarak Sosyal Medya, *Akademik İncelemeler Dergisi*, C. 8, S. 3, 2013, s. 112 vd.; **Çıldan**, C. / **Ertemiz**, M. / **Küçük**, E. / **Tumuçin**, H. K. / **Albayrak**, D., Sosyal Medyanın Politik Katılım ve Hareketlerdeki Rolü, <http://ab.org.tr/ab12/bildiri/205.pdf>, (E.T.01.07.2017); **Sütçü**, C. S. / **Düvenci**, A. / **Aytekin**, Ç., Türkiye’deki Siyasal Yaşamda Sosyal Medya: Siyasi Partilerin Kullanım Düzeylerine İlişkin Bir Araştırma, *Yeni Medyada Demokrasi – Sosyal Medyaya Dair Araştırmalar* (Ed. **Algül**, And / **Üçer**, Neda), Konya 2013, s. 165

Anılan muhtelif yaklaşımlar ışığında “sosyal medya”, internet alt yapısı ve web 2.0 teknolojisine dayanan, kişilerin, kullanıcı sıfatıyla ortak ilgilerini, düşüncelerini, duygularını, bilgilerini, kişisel hâl ve durumlarını, siyasî eğilimlerini, fotoğraflarını, videolarını, yazı ve yazışmalarını, fikir ve sanat eserlerini, kimi zaman ticarî ve meslekî faaliyetlerini, mal ve hizmetlerini ve benzeri değerleri ile kimi kişisel verilerini, gerek diğer münferit kişiler gerekse belirli bir topluluk yahut kamuyla paylaşma olanağı buldukları, karşılıklı etkileşim, iletişim, paylaşım, işbirliği, topluluk ve öz içerik oluşturulmasına interaktif olarak izin veren dijital platformların genel olarak tümü” şeklinde – “*karma*” bir yaklaşımla – tanımlanabilir¹².

B) UNSURLARI / ÖZELLİKLERİ

İnternet (*web 2.0*) tabanlı bir dijital mecranın (platformun) sosyal medya kavramı içerisinde nitelendirilebilmesi, anılan mecranın genel olarak erişilebilir olmasına, kullanıcılar arasında interaktif paylaşımı/ etkileşimi desteklemesine ve özel yahut genel iletişime imkân sağlamasına bağlıdır. Bu açıdan bir sosyal medya platformunun temel unsurlarının (ve özelliklerinin) “*erişim/ erişilebilirlik*”, “*kullanıcı/ katılımcı*”, “*interaktif paylaşım/ etkileşim*” ve “*iletişim*” desteği olduğu söylenebilir.

1- Erişim/ Erişilebilirlik

Bir dijital mecranın sosyal medya platformu olduğundan bahsedilebilmesi için öncelikle bunun genel bir kitleye, zaman ve mekân sınırlaması olmaksızın internet üzerinden erişim imkânı tanınması gereklidir. Başka bir ifadeyle sosyal medyaya dâhil bir dijital mecra, kural olarak tüm katılımcıların, zaman ve mekân sınırlaması olmaksızın içeriğe erişebilmesine imkân sağlar. Aynı şekilde, sosyal medya üretimi, geleneksel medya üretiminden farklı olarak özel teknik bilgi yahut tahsil gerektirmediğinden daha geniş kitlelerce üretime (içerik oluşturulmasına) erişim ve katkı sağlanır.

vd.; **Türk**, Gül D., Demokrasinin Dördüncü Kuvveti Yeni Medya Teknolojileri, Inet-Tr’13, XVIII Türkite’de İnternet Konferansı, 9 – 11 Aralık 2013, s. 55 vd..

¹² Benzer karma tanımlar için bkz., **Kaplan / Haenlein**, p. 61; **Kaya**, Mine, Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt 119, 2015 (Medya), s. 279; **Akar**, s. 17.

2- Kullanıcı/ Katılımcı

Sosyal medya içerikleri (platformları) daha ziyade kullanıcılar tarafından oluşturulmakta ve şekillendirilmektedir. Bu yönüyle sosyal medya mecraları patronajı kullanıcılara vermektedir.

Kullanıcılar, sosyal medya içeriğinin oluşumuna çoğu zaman kendi oluşturdukları **dijital/ sanal kimlik**leri ile katılım sağlarlar. Nitekim bir sosyal medya mecrasında kullanıcıya, “*kullanıcı adı*”, “*avatar*”, “*profil*” gibi isimlerle tabir edilen – çoğu zaman kendi inisiyatifi ile oluşturduğu – bir sanal kimlik verilir. Kimi zaman isim, resim, yaş, cinsiyet, meslek, konum (yer) gibi özel hayata dair kişisel bilgileri/ verileri de içeren bu kimlik, ilgili sosyal medya mecrasında kullanıcının kendisini temsil etmesini ve diğer kullanıcılar yahut zaman zaman üçüncü kişi katılımcılar tarafından **tanınmasını** – ayırt edilmesini sağlar¹³.

Sanal kimlik, aynı zamanda kullanıcıların farkında olunmalarını sağlar. Bu açıdan kimlik, sosyal medyada **mevcudiyet** sağlanabilmesine ve **sosyal ilişkiler** kurulabilmesine hizmet eder¹⁴.

3- İnteraktif Paylaşım/ Etkileşim

Geleneksel medya kitlelere, daha ziyade tek yönlü (etkileşimsiz) bir iletişim sunar. Buna karşılık sosyal medya, kişi ve kitlelere, katılımlı, etkileşimli ve çift yönlü iletişim imkânı sunarak toplulukların, ilgili kişi yahut içerik etrafında daha hızlı ve etkin bir biçimde yoğunlaşmasını mümkün kılar.

Kullanıcıların sosyal medya mecralarında paylaştıkları ve diğer kullanıcılar yahut katılımcılarla bu yolla etkileşim sağladıkları ortak ilgileri, düşünceleri, duyguları, bilgileri, kişisel hâl ve durumları, siyasî eğilimleri, fotoğrafları, videoları, yazı ve yazışmaları, fikir ve sanat eserleri, ticarî ve

¹³ Brunty, J. / Helenek, K., Social Media Investigations of Law Enforcement, Massachusetts 2013, s. 2; Kietzmann, J. H. / Hermkens, K. / McCarthy, I. P. / Silvestre, B. S., Social Media? Get Serious! Understanding The Functional Building Blocks of Social Media, Business Horizons, Vol. 54, Issue 3, 2011, p. 243 vd.; Kaya, (Medya), s. 280. Ayrıca bkz., Goffman, Erving, Günlük Yaşamda Benliğin Sunumu (Çev. Cezar, Barış), İstanbul 2009.

¹⁴ Thurlow, C. / Lengel, L. / Tomic A., Computer Mediated Communication: Social Interaction and The Internet, London 2004, p. 48; Kaya, (Medya), s. 281; Kara, s. 66.

meslekî faaliyetleri, mal ve hizmetleri ve benzeri değerleri ile kimi kişisel verileri “**içerik**” olarak adlandırılır ki içeriğin paylaşılması, sosyal medyanın başlıca amaçlarından¹⁵. Ancak ileride ayrıntılı olarak değinileceği üzere kimi içerikler ve bunların paylaşılması, kişilik hakkı ihlâllerine, fikrî ve sınaî haklar gibi malvarlıksal değerlerin zedelenmesine yahut cezaî anlamda suç ikâ edilmesine yol açabilmektedir.

4- İletişim

Tek yönlü içerik aktarımı ve yayına olanak sağlayan geleneksel medya ve web 1.0 tabanlı internet sitelerinin aksine sosyal medya, kullanıcılara anlık iletişim ve içeriğe katılabilme olanağı sağlamaktadır. Bu iletişim ve katılım paylaşılan içeriğe **yorum** yapabilme, içeriği başkalarıyla paylaşabilme şeklinde olabileceği gibi, **yazışmalar/ konuşmalar** şeklinde de kendini gösterebilir.

Konuşmalar, kullanılan sosyal medya mecrasına bağlı olarak *chat*, *özel mesaj*, *direkt mesaj*, *görüntülü konuşma*, *sesli konuşma* gibi yollarla anlık özel (ikili) diyaloglar yahut elektronik posta gönderilmesi suretiyle cereyan edebilir. Kullanıcılar, özel diyalogların yanı sıra, birbirleriyle gruplar oluşturarak toplu iletişim de kurabilirler¹⁶.

C) BİLEŞENLERİ VE BAŞLICA UYGULAMALARI (MECRALARI)

Sosyal medya denilince akla ilk etapta (ve genellikle sadece) *Facebook*, *Twitter*, *Instagram*, *Whatsapp* gibi popüler “sosyal ağlar” gelse de, anılan ağlar dışında kalan ancak önceden izah edilen unsurları bünyesinde barındıran diğer pek çok dijital mecra (site – uygulama) da sosyal medya kavramına dâhil kabul edilmektedir. Bu yönüyle sosyal medya, sosyal ağları da (birer bileşen olarak) içine alan bir üst kavramdır.

Sosyal medya “üst” kavramına hangi bileşenlerin dâhil olduğu noktasında çeşitli sınıflandırmalar yapılmakla birlikte, bu bileşenlerin genel olarak “*sosyal ağlar*”, “*fotoğraf ve video paylaşım siteleri*”, “*bloglar*”, “*mikrobloglar*”, “*wikiler*”, “*podcasting*” ve “*sanal oyun – yaşam simülasyonları*”

¹⁵ Kaya, (Medya), s. 280; Sanlav, s. 38.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi hakkında bkz., Gürsakal, Necmi, Sosyal Ağ Analizi, Bursa 2009, s. 21 vd; Kaya, (Medya), s. 282; Sanlav, s. 39.

alt başlıklarında incelendikleri görülmektedir¹⁷. Aşağıda bu bileşenlere genel hatlarıyla değinilecektir.

1- Sosyal Ağlar

Kullanıcıların, herkese açık yahut yarı açık kişisel “profil”ler yaratarak diğer kullanıcıları bu profillere davet ettikleri, onlarla gruplar oluşturdukları, çeşitli paylaşımlarda buldukları ve aralarında özel yahut diğer kullanıcılarla/ katılımcılarla genel, anlık yazışmalarda buldukları dijital (web tabanlı) mecralara “sosyal ağ (social network)” adı verilmektedir¹⁸.

Sosyal ağlara kullanıcı sıfatıyla katılım kural olarak herkese açık olup üyelik genelde ücretsizdir. Bu gibi mecralarda temel amaç sosyal paylaşım ve iletişim olsa da paylaşımın derecesi, her sosyal ağ sitesinde farklılık gösterebilmekte ve kendine özgü gizlilik, güvenlik ve görünürlük/ erişilebilirlik kurallarına tabi tutulabilmektedir.

¹⁷ Çeşitli sınıflandırmalar için bkz., **Mayfield**, p. 14 vd.; **Kaplan / Haenlein**, p. 60 vd.; **Kaya**, (Medya), s. 282; **Kara**, s.74 – 75.

¹⁸ **Kaplan / Haenlein**, p. 63; **Body / Ellison**, p. 221; **Kaya**, (Medya), s.284 – 285; **Kara**, s.74.

Küresel ölçekte en popüler sosyal ağlara örnek olarak, *Facebook*¹⁹, *MySpace*²⁰, *Google Plus*²¹ ve *LinkedIn*²² gösterilebilir²³.

2- Fotoğraf, Ses ve Video Paylaşım Siteleri

Bu mecralar, kullanıcıların, kendi oluşturdukları yahut başkalarına ait fotoğrafları, videoları ve sair çoklu ortam (*multimedia*) içeriğini paylaşmalarına ve bunlar hakkında yorum yapmalarına imkân tanıyan sosyal paylaşım

- ¹⁹ **Facebook**, insanların başka insanlarla iletişim kurmasını ve bilgi alışverişi yapmasını amaçlayan bir sosyal ağıdır. 4 Şubat 2004 tarihinde Harvard Üniversitesi 2006 devresi öğrencisi *Mark Zuckerberg* tarafından kurulan Facebook, aslında sadece Harvard öğrencilerinin kendi aralarında iletişim kurmaları amacıyla kurulmuş olup sonrasında tüm dünyada yaygınlaşmıştır (Wikipedia Online Encyclopedia).
- ²⁰ **Myspace** sanal ortamda kullanıcı denetiminde iletişim ve arkadaşlıklar kurulabilen, kişisel profillerin, blogların, grupların, resimlerin, müzik ve videoların barındırılabilceği bir sosyal iletişim Web Sayfası'dır. Bu mecrada kullanıcılar genellikle, kendi ürettikleri yahut beğendikleri müzikleri paylaşmaktadırlar (Wikipedia Online Encyclopedia).
- ²¹ **Google Plus**, Google tarafından yönetilen, temel olarak *Gmail*, *Blogspot*, *Google Contact*, *Picasa*, *Gtalk* ve *Google Connect* gibi geniş bir yelpazedeki sosyal ağların kullanılmasına imkan veren bir kimlik doğrulama hizmetidir. *Google Plus* uygulaması kimi zaman *Google+* ya da *G+* şeklinde gösterilmektedir. *Google Plus*'ta da fotoğraf ve video paylaşılabilir. Benzer özelliklerinin yanında *Google Plus*'ın diğer sosyal ağlardan farklı yönleri de bulunmaktadır. Bunlardan birisi çoklu video görüşmelerine olanak sağlayan *Hangouts* özelliğidir. Bu özellik sayesinde video görüşmesi yapılmak istenen diğer kullanıcılarla konferans şeklinde toplu görüşmeler yapılabilmektedir (<http://bilgihanem.com/google-plus-nedir-nasil-kullanilir/>, E.T. 06.07.2017).
- ²² **LinkedIn**, iş arayan ve işveren kişilerin kullandığı ve iş hayatı ile ilgili bilgilerin paylaşıldığı sosyal bir ağıdır. *LinkedIn* kullanımının temel amacı iş başvurusu yapmak isteyen kişilerin iş başvurularını gerçekleştirmesi, sunum, dosya ve kitapların paylaşılabilmesi, blogların kolay yoldan reklamını gerçekleştirmek, iş hayatı ile ilgili konularda bilgi alışverişi yapmak gibi meslekî faaliyetlerde ve paylaşımlarda bulunmaktadır (<http://blog.isimtescil.net/linkedin-nedir-ne-ise-yarar/>, (E.T., 06.07.2017).
- ²³ Sosyal ağlar kapsamında olmak üzere yukarıda anılanlar dışında *Orkut*, *Vkontakte*, *Friendster*, *Odnoklassniki*, *MyHeritage*, *MeetUp*, *MyYahoo*, *FriendFeed*, *Chime.in*, *Path* vb. pek çok site bulunmaktadır. Örnekler için bkz., <https://www.sosyalsosyal.com/75-farkli-sosyal-medya-sitesi/>, (E.T. 06.07.2017).

siteleridir²⁴. En yaygın örnekleri arasında *YouTube*²⁵, *Flickr*²⁶ ve *Instagram*²⁷ bulunmaktadır.

3- Bloglar

Blog, genellikle güncelden eskiye doğru sıralanmış yazı ve yorumların yayınlandığı, web tabanlı, çoğunlukla her gönderinin sonunda yazarın adının ve gönderi zamanının belirtildiği, gönderinin fotoğraf, video ve ses dosyalarıyla desteklenebildiği ve kullanıcının/ yayıncının seçimine göre katılımcıların/ okuyucuların gönderilere yorum yapabildiği yayınları belirtir. Anılan sosyal medya kavramı, “*web*” ve “*log*” kelimelerinin birleşiminden

²⁴ **Lietsala, K. / Sirkkunen, E.**, *Social Media*, Tampere 2008, p. 42; **Brunty / Helenek**, p. 5; **Kaya**, (Medya), s. 286; **Kara**, s. 74; **Akar**, s. 93.

²⁵ **YouTube**, bir video barındırma web sitesidir. Anılan platform üzerinde kullanıcılar, var olan video klipleri izleyebildiği gibi bununla birlikte istenildiğinde kendi video kliplerini *YouTube*'a ekleyebilme imkânına sahiptirler. Platform üzerinde yer alan kategorilerde kullanıcının geliştirmiş olduğu içerikler, kişisel amatör video klipler, film ve televizyon programları, kesitleri ve müzik videoları yer almaktadır. *YouTube*'a üye olan kullanıcıların izledikleri video klipleri değerlendirerek not verme ve aynı zamanda izlenen video klipler hakkında yorum yazabilme imkânları bulunmaktadır (Wikipedia Online Encyclopedia).

²⁶ **Flickr**, *Yahoo'nun* fotoğraf paylaşma ve arşivleme servisidir. Flickr'daki kullanıcıların ücretsiz 1 TB fotoğraf saklama alanı, fotoğraf paylaşma ve bunları yorumlayabilme imkânları bulunmaktadır (Wikipedia Online Encyclopedia).

²⁷ **Instagram**, fotoğraflar üzerinde filtre ve efekt uygulamalarına izin veren bir fotoğraf paylaşma ve düzenleme uygulamasıdır. Uygulama üzerinden fotoğrafların *Facebook*, *Twitter*, *Tumblr*, *Foursquare*, *Flickr*, *Posterous* ya da elektronik posta aracılığıyla paylaşılması mümkün olmaktadır. Bununla birlikte uygulamada fotoğraf beğenme ve yorum yapma özelliği de yer almaktadır. Ücretsiz bir fotoğraf paylaşma programı olan Instagram, kullanıcılarına çekilen fotoğraflar üzerinde dijital filtre kullanma, efekt ekleme ve *Instagram* da dahil olmak üzere çeşitli sosyal medya platformlarda paylaşma imkânı sunmaktadır. *Instagram* üzerinden aynı zamanda hangi kullanıcının (arkadaşın) bu uygulamayı kullandığı görülebilmektedir. Böylelikle kullanıcılar, sosyal medya arkadaşları ile bu uygulama üzerinden bağlantı kurabilme imkânı bulmaktadır, (<http://bilgihanem.com/instagram-nedir-nasil-kullanilir/>, E.T. 06.07.2017). Bu yönde bkz., **Kara**, s. 74. Instagram'ın “microblog” kategorisinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz., **Kaya**, (Medya), s. 283 – 284.

meydana geldiği için “internet günlüğü (*weblog*)” olarak da adlandırılmaktadır²⁸.

Yaygın *blog* uygulamalarına, *Blogspot/ Blogger*²⁹, *WordPress*³⁰ ve *Tumblr*³¹ örnek gösterilebilir.

4- Mikro Bloglar

Bloglar gibi bir web güncesi/ günlüğü türü olan *mikro bloglar*ın ayırt edilmesini sağlayan en önemli unsur dosya büyüklükleri olup, mikro bloglar aracılığıyla kullanıcılar, diğer kullanıcılar yahut katılımcılarla anlık ve kısa içerikler (küçük veriler) paylaşabilmekte, bilgi güncelleme ve değişiklik yapabilmekte, anlık metin, ses, video, konum ve/ veya bağlantı (link) paylaşabilmektedirler³². Örneğin mikro blogların en bilinen türü olan *Twitter*³³’da kullanıcılar – blogların aksine – en fazla 140 karakterlik

²⁸ (Wikipedia Online Encyclopedia). Ayrıca bkz., **Mayfield**, p. 16; **Kaya**, (Medya), s. 283; **Kara**, s. 74; **Akar**, s.45; **Özata**, Fatma Z., Sosyal Medya Platformları, Dijital İletişim ve Yeni Medya (Ed. Öztürk, Mesude C.), Eskişehir 2013, s. 83; **Koçak**, Gizem N., Bireylerin Sosyal Medya Kullanım Durumlarının ve Motivasyonlarının Kullanımlar ve Doymalar Yaklaşımı Bağlamında İncelenmesi: Eskişehir’de Bir Uygulama, Eskişehir 2012 (Yayınlanmamış Doktora Tezi), s. 42.

²⁹ **Blogspot** veya **Blogger**, *Google*’ın 2003 Yılında satın almış olduğu internet kullanıcılarına kendi bloglarını açmalarına yardımcı olan servistir. *Pyra Labs* tarafından geliştirilen **Blogger** sistemi 1999 yılında kullanıma sunulmuştur (Wikipedia Online Encyclopedia).

³⁰ **WordPress**, dünyada en popüler blog sistemlerinden biri olup açık kaynaklı ve ücretsiz olarak dağıtılmaktadır. *WordPress* kullanarak kullanıcılar, kendi sitelerini yayınlatabilir ve sitelerine içerik ekleyebilirler. Bu mecrada okuyucuların da gönderilere yorum yapma imkânları bulunmaktadır (Wikipedia Online Encyclopedia).

³¹ **Tumblr**, kullanıcıların ilgi alanları ile ilgili resim, video, yazı ve/ veya bağlantı paylaşabildikleri, ses videoları yükleyebildikleri ve sistemlerindeki diğer kullanıcılar ile sohbet edebildikleri bir blog uygulamasıdır (Wikipedia Online Encyclopedia).

³² **Mayfield**, p. 27.

³³ *Jack Dorsey* tarafından 2006 yılında geliştirilmiş olan **Twitter** oldukça popüler olan bir sosyal ağ ve mikro blog sitesidir. Kullanıcıların 140 karakterden oluşan ve “*tweet*” adı verilen metinleri/ içerikleri paylaşmalarına imkân sağlayan *Twitter*, paylaşılan bu içeriklerin herkes tarafından görülebilmesine imkân tanımaktadır. Bununla birlikte kullanıcılar gönderilerini, yalnızca kendi arkadaşlarının görebilecekleri şekilde de sınırlandırabilmektedirler. *Twitter*’ın, diğer kullanıcıları listeye alma/ takip etme

paylaşımlarda bulunabilmektedirler. *Twitter*'ın yanı sıra *FourSquare*³⁴, *Plurk*, *Jaiku* ve *Yammer*³⁵ gibi uygulamalar da mikro blogların bilinen örnekleri arasında yer almaktadırlar.

5- Wikiler

Hawaii dilinde “hızlı” kelimesinden türetilen *wiki*³⁶ler, kullanıcıların herhangi bir konu hakkındaki bilgilerini ilgili başlık altında paylaşımlarını sağlayan ve bu yolla, çeşitli konular hakkında tek merkezde toplanan bir bilgi havuzu oluşturan internet siteleridir³⁷. Tek bir yazara ait olmayan site içeriklerinden müteşekkil *wikiler* kullanıcılara, yeni bilgiler ekleme, bunları düzenleme, yorum yapma, bilgileri kategorize etme ve genellikle (katılımcıya) üye olmadan bilgiye erişebilme imkânı sunmaktadırlar³⁸.

Wikilerin en bilinen örneği *Wikipedia*³⁹dir.

özelliği de bulunmaktadır. Kullanıcı, açık veya gizli şekilde oluşturabileceği listelere dilediği kadar kişi/ diğer kullanıcı ekleyebilmekte, bu sayede onların paylaşımlarından, kimleri takip ettiklerinden haberdar olabilmektedir. Ayrıca birbirlerini takip eden kullanıcıların “direkt mesaj” özelliği ile anlık ve özel yazışabilmeleri de mümkündür, <http://bilgihanem.com/twitter-nedir-nasil-kullanilir/>, (E.T. 06.07.2017).

³⁴ *Foursquare*, kullanıcının bulunduğu lokasyonu belirleyerek, çevresinde hangi mekânların bulunduğunu gösteren bir sosyal ağ ve durum paylaşım mikro blogudur (Wikipedia Online Encyclopedia).

³⁵ *Yammer*, şirketler, gruplar ve kuruluşlar için tasarlanmış gerçek zamanlı bir iletişim platformudur. *Yammer*'ın geliştiricileri, amaçlarını, '*tutkumuz işyerinde çalışan insanların iletişim yolunu değiştirmek ve daha bağlı, verimli takımlar haline getirmek*' şeklinde ifade etmektedirler. *Yammer* diğer mikro blog servislerinden, kurum içi iletişimi hedeflemesi açısından ayrılmaktadır, <http://sosyaliletisim.blogspot.com.tr/2013/05/mikroblog-nedir.html>, (E.T. 06.07.2017).

³⁶ Bkz., <http://handbook.wikidot.com/tr:what-is-a-wiki-site>, (E.T. 06.07.2017).

³⁷ *Kara*, s. 75.

³⁸ *Kaya*, (Medya), s. 286 – 287; *Akar*, s. 69; *Koçak*, s. 61.

³⁹ *Wikipedia*, kullanıcıları tarafından ortaklaşa olarak birçok dilde hazırlanan, özgür, bağımsız, ücretsiz, reklamsız, kâr amacı gütmeyen bir internet ansiklopedisi olup *MediaWiki* yazılımı kullanılarak hazırlanmaktadır. Sürekli eklemeler ve değişiklikler yapıldığı için hiçbir zaman tamamlanmayacağı varsayılmaktadır (Wikipedia Online Encyclopedia). Ayrıca bkz., *Mayfield*, p. 19.

6- Sanal Oyun – Sanal Gerçeklik (Yaşam Simülasyonu) Platformları

Sanal oyun platformları kullanıcıların kendi arkadaşlarıyla yahut diğer kullanıcılarla karşılıklı oyun oynadıkları, anlık iletişime, yazışmaya ve gruplar kurmalarına imkân sağlayan web tabanlı mecralardır. *World of Warcraft*⁴⁰, *Steam*⁴¹ gibi örnekleri bulunmaktadır.

Sanal yaşam simülasyonlarında ise kullanıcı, “*avatar*” olarak tabir edilen kendi kişiselleştirilmiş karakterini yaratarak, web ortamında, gerçek yaşama benzeten bir simülasyonu yaşamakta ve bu – kendi para birimleri dâhi olan – sanal dünyada kendini *avatarı* marifetiyle temsil ederek, diğer kullanıcıların *avatarları* ile iletişime geçmektedir⁴². Buna imkân veren mecraların en yaygın örnekleri *SecondLife*⁴³ ve *Sanalika*’dır.

III- KİŞİLİK HAKKININ SOSYAL MEDYA ARACILIĞIYLA KULLANICILAR TARAFINDAN İHLÂLİ

A) GENEL OLARAK KİŞİLİK HAKKI

Dilimize “*kişi*” olarak geçmiş bulunan “*person*” tabirinin’nin kökeni Latince “*persona*” olup, bu kelimenin anlamı Roma aktörlerinin sahnede kullandıkları “*maske*”den gelmektedir⁴⁴. “Kişilik hakkı” ve “insan hakları” kavramları ise, insanların (gerçek kişilerin), sırf insan olmakla doğuştan sahip

⁴⁰ *World of Warcraft* (çoğunlukla *WoW* şeklinde kısaltılmaktadır), Blizzard Entertainment firması tarafından geliştirilen birçok oyunculu çevrimiçi rol yapma oyunudur (Wikipedia Online Encyclopedia).

⁴¹ *Steam*, bilgisayar oyunlarının satın alınabildiği, çok oyunculu şekilde oynanabildiği ve kullanıcıların forumlar ve yazışmalar marifetiyle birbirleriyle iletişim kurabildikleri bir oyuncu platformudur (Wikipedia Online Encyclopedia).

⁴² Genel olarak bkz., **Kara**, s. 75; **Kaya**, (Medya), s. 288 – 289; **Özata**, s. 88; **Akar**, s. 144 – 145.

⁴³ *SecondLife*, *Linden Research* firması tarafından 2003 yılında hizmete sokulmuş, internet tabanlı sanal dünyadır. Second Life kurulurken kurucuları, *Neal Stephenson*’ın sınırsız ve özgür bir dünyayı anlatan ‘*Snow Crahs*’ adlı bilim kurgu romanından esinlenmişlerdir (Wikipedia Online Encyclopedia). Ayrıca bkz., **Mayfield**, p. 28.

⁴⁴ **Gürkan**, Ülker, Kişilik Kavramının Evrimi, Prof. Dr. Hâlide Topçuoğlu’na Armağan, Ankara 1995, s. 39 – 54; **Kaya**, Mine, Elektronik Ortamda Kişilik Hakkının Korunması, Ankara 2015 (Elektronik), s. 29; **Karadeniz – Çelebican**, Özcan, Roma Hukuku, Bası 16, Ankara 2013, s. 127.

oldukları bir takım haklara ve hürriyetlere sahip oldukları fikrinin özellikle *Magna Carta*, 1776 tarihli *Virginia Haklar Bildirgesi*, 1789 tarihli *Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesi* gibi hukukî metinlerde yer almasıyla, modern hukuk sistemlerinde anlamlarını bulmuştur⁴⁵.

Türk Hukukunda kişi ve buna bağlı olarak “*kişilik hakkı*”, bu hakkı düzenleyen – koruyan münferit özel hükümler bir tarafa bırakılırsa, genel olarak TMK.m.23 – 25 ve TBK.m.58’de düzenlenmiş ancak gerek anılan genel gerekse özel hükümlerde kişilik hakkı kavramına ilişkin herhangi bir tanımlama yapılmamıştır. Doktrinde bu konuda yapılmış çeşitli tanımlara rastlanmakla birlikte⁴⁶, genel bir ifadeyle kişilik hakkı “*kişinin, kişisel değerleri üzerinde sahip olduğu mutlak ve tekelci hak*” şeklinde ifade edilmektedir⁴⁷.

Tanımda adı geçen ve kişilik hakkı kapsamında bulunan “*kişisel değerler*”in sırf insan olmaktan kaynaklanması mümkün olduğu gibi, bunlar, toplum içinde yaşıyor olmaktan da kaynaklanabilirler. *Hayat, beden tamlığı, sağlık* gibi kişisel değerler ilk kategoride, *ad, şeref ve haysiyet, meslekî ve ekonomik değerler* ise ikinci kategoride yer alırlar⁴⁸. Bunların yanı sıra *resim, vicdan, hürriyet, özel hayat, aile bütünlüğü, kişisel veriler ve sair duygusal değerlerin tümü* kişilik hakkı kapsamındaki kişisel değerler kaleminde yer

⁴⁵ **Kaya**, (Elektronik), s. 29; **Gürkan**, s. 50 – 51.

⁴⁶ Çeşitli tanımlar için bkz., **Velidedeoğlu**, Hıfzı V., Türk Medenî Hukuku – Şahsın Hukuku, C. 1, Bası 5, İstanbul 1956, s. 88; **İmre**, Zahit, Medenî Hukuka Giriş, Bası 3, İstanbul 1980, s. 455; **Köprülü**, Bülent, Medenî Hukuk, Bası 2, İstanbul 1984, s. 263; **Akipek**, Jale G., Türk Medenî Hukuku – Başlangıç Hükümleri – Şahsın Hukuku, C. 1, Ankara 1961, s. 108; **Tekinay**, Selâhattin S., Medenî Hukuka Giriş Dersleri, Bası 5, İstanbul 1987, s. 251; **Özsunay**, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, Bası 5, İstanbul 1982, s. 97; **Dural**, M. / **Öğüz**, T., Türk Özel Hukuku – Kişiler Hukuku, C. 2, Bası 8, İstanbul 2006, s. 94; **Helvacı**, Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001, s. 41; **Kılıçoğlu**, Ahmet, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Bası 4, Ankara 2013, s. 3; **Oğuzman**, M. K. / **Seliçi**, Ö. / **Oktay – Özdemir**, S., Kişiler Hukuku – Gerçek ve Tüzel Kişiler, Bası 12, İstanbul 2000, s. 155.

⁴⁷ Bkz., **Zevkliler**, A. / **Acabey**, M. B. / **Gökyayla**, E., Zevkliler Medenî Hukuk, Bası 6, Ankara 1999, s. 445; **Ayan M.** / **Ayan**, N., Kişiler Hukuku, Bası 8, Ankara 2016, s. 85 (*naklen*). İçtihatlar hakkında ayrıca bkz., HGK. 30.11.2011, E.2011/13-606 K.2011/717, (**Ayan / Ayan**, s. 85, dn 2, 3).

⁴⁸ **Ayan / Ayan**, s. 85.

almaktadırlar⁴⁹. Görüldüğü üzere kişisel değerler sınırlı sayıda olmayıp kanun koyucu tarafından tek tek belirtilmemişlerdir. Nitekim bunlar, zamana, yere ve toplumsal dinamiklere (somut vakıalara) göre değişkenlik arz edecek nitelikte olduklarından, önceden saptanıp belirlenmeleri mümkün bulunmamaktadır⁵⁰.

Sınırlı sayıda olmayan pek çok kişisel değerlerden oluşan kişilik hakkı, “*özellikleri*” itibariyle öncelikle *mutlak hak*lardandır. Bu yönüyle herkes tarafından ihlâl edilebilmesi mümkün olduğu gibi, herkese karşı ileri sürülebilir. Hak sahibi, kişilik hakkının ihlâl edilmemesini herkesten talep edebilir⁵¹. Kişilik hakkı ihlâli neticesinde sadece manevî değil, maddî zarar da meydana gelebilir. Ancak bu durum, anılan hakkın *şahısvarlığı haklarından olduğu* sonucunu değiştirmez. Nitekim kişilik hakkı, özü itibariyle parayla ölçülmesi mümkün olmayan, ekonomik değer taşımayan manevî varlık ve değerlerden müteşekkildir. Bu nedenle kişilik hakkı, *sahibine sıkı şekilde bağlı* olup, kişiliğin ortadan kalkmasıyla sona erer; zamanaşımına uğramaz, kural olarak devre ve intikale elverişli değildir. Bu haktan tümüyle vazgeçilmesi, hukuka ve genel ahlâka aykırı olarak sınırlandırılması da mümkün bulunmamaktadır. Aksi takdirde sınırlandırmayı konu edinen hukukî işlem kesin hükümsüz olur⁵² (TMK.m.23, TBK.m.26 – 27).

Kişilik hakkının “*konusu*” kişisel değerlerdir. Önceden de ifade edildiği gibi kişisel değerler *tadadî* oldukları için bunların belirlenmesi, her somut olay karşısında hâkim tarafından takdir yetkisi çerçevesinde

⁴⁹ Özsunay, s. 97; Tandoğan, N. Haluk, Şahsiyetin Akit Dışı İhlâllere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlâllere Karşı Özel Hayatın Korunması, AÜHFD., C. 20, S. 14, s. 1 vd.; İşgüzar, Hasan, Kişilik Hakkının İhlâli Nedeniyle Manevî Tazminat Davasının Şartları, ABD., Yıl 47, S. 1990/6, s. 855 vd.. Ayrıca bkz., 4. HD. 25.06.2007, E.2006/10084 K.2007/8592, (Kaya, Elektronik, s. 31, dn. 19).

⁵⁰ Akipek, J. G. / Akıntürk, T. / Ateş – Karaman, D., Türk Medenî Hukuku – Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku, C. 1, Bası 10, İstanbul 2013, s. 343; Dural / Öğüz, s. 100 – 101.

⁵¹ Ayan / Ayan, s. 87; Dural / Öğüz, s. 103; Özsunay, s. 154; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, s. 155; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, s. 442; Kaya, (Elektronik), s. 32.

⁵² Dural / Öğüz, s. 101; Ayan / Ayan, s. 87 – 89; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, s. 442 vd.; Kaya, (Elektronik), s. 32 – 33; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, s. 155 vd.; Akipek / Akıntürk / Ateş – Karaman, s. 347; Helvacı, s. 47 vd..

gerçekleştirilmektedir⁵³. Hâl böyle olmakla birlikte doktrinde, bugüne kadar kabul edilmiş kişisel değerlere ilişkin olmak üzere genel sınıflandırmalar yapıldığı görülmektedir. Bu bağlamda kişisel değerler genel olarak, *maddî bütünlüğe ilişkin değerler*, *manevî bütünlüğe ilişkin değerler* ve *iktisadî bütünlüğe ilişkin değerler* kategorilerinde incelenebilir.

* *Kişinin maddî (fizikî) bütünlüğü*, *hayat*, *beden tamlığı* ve *sağlık* gibi kişisel değerlerden oluşmaktadır.

“*Hayat*”, kişilik hakkı kapsamındaki en temel ve önemli kişisel değer olarak gerek İnsan Hakları Evrensel Beyanname (m.3), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m.2) gibi uluslararası düzenlemeler ile gerekse Anayasa’da güvence altına alınmıştır (m.17).

“*Beden tamlığı*” da temel kişisel değerler arasında yer almaktadır. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamaz (AY.m.17/ f.2).

Maddî bütünlüğe ilişkin diğer bir kişisel değer ise “*sağlık*”tır. Bu açıdan fiziksel ve ruhsal sağlık arasında fark bulunmamakta, her ikisine yönelik haksız müdahale ve saldırılar da, tıpkı hayata ve beden tamlığına yönelik olanlar gibi kişilik hakkının ihlâli sonucunu doğurmaktadır⁵⁴.

* *Kişinin manevî bütünlüğü*, *hürriyet*, *şeref* ve *haysiyet*, *ad*, *resim* – *ses* ve *özel hayata ilişkin sır çevresi* gibi kişisel değerlerden oluşmaktadır.

Kişisel değerler arasında yer alan “*hürriyet (özgürlük)*” kavramı, her kişinin, kendi geleceğine ilişkin kararları serbestçe alabilmesini ve bu doğrultuda (yasal çerçevede) serbestçe hareket edebilmesini ifade eder⁵⁵. Nitekim Türk Dil Kurumu da hürriyeti “*Herhangi bir kısıtlamaya, zorlamaya bağlı olmaksızın düşünme veya davranma, herhangi bir şarta bağlı olmama durumu, serbest*” şeklinde tanımlamaktadır⁵⁶. Bu bağlamda herkes, kişi

⁵³ Ayan / Ayan, s. 91; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, s. 157; Kaya, (Elektronik), s. 33.

⁵⁴ Kaya, (Elektronik), s. 35; Dural, Mustafa, Türk Medenî Hukukunda Gerçek Kişiler, Bası 4, İstanbul 1995, s. 117; Ayan / Ayan, s. 92.

⁵⁵ Ayan / Ayan, s. 93.

⁵⁶ Bkz., TDK. Büyük Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr/>, (E:T: 07.07.2017).

hürriyeti ve güvenliğine sahiptir (AY.m.19/ f.1). Kimse özgürlüklerden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlandıramaz (TMK.m.23/ f.2). Aynı şekilde herkes, *vicdan, dinî inanç ve kanaat* (AY.m.24); *yerleşme ve seyahat* (AY.m.23/ f.1); *haberleşme* (AY.m.22/ f.1); *düşünce ve kanaat* (AY.m.26/ f.1); *bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma yapma* (AY.m.27/ f.1); *dilediği alanda çalışma ve sözleşme yapma* (AY.m.48/ f.1) hürriyetine sahiptir. Haklı bir sebep olmaksızın (özgürlüklerin çatışması, hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı gibi müdahaleyi meşru kılan durumlardan kaynaklanan istisnalar bir tarafa bırakılırsa) kişilik hakkı kapsamındaki bu hürriyetlere her müdahale, kural olarak ve şartları dâhilinde kişilik hakkı ihlâli teşkil eder.

Hürriyetin yanı sıra, **“şeref ve haysiyet”** de kişilik hakkı kapsamındaki kişisel değerlerdendir. Şeref ve haysiyet kişiye, doğuştan yahut (toplum içindeki davranışı, yeteneği, sosyal pozisyonu, meslek, ticaret, bilim ve sanat vb. alanlardaki saygınlığı ve/ veya aile hayatındaki itibarı gibi) taşıdığı bir kısım özellikler nedeniyle sonradan toplum tarafından verilen değeri ifade eder⁵⁷.

Sosyal medya aracılığıyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlâllerinin büyük kısmının şeref ve haysiyete yönelik olduğu görülmektedir. Bu tür saldırılar, kişiyi küçük düşürmek, yanlış tanıtmak, gülünç ya da zor duruma sokmak yahut kişiye düşmanca bir ortam hazırlamak gibi amaçlarla gerçekleştirilebilmektedir. Nitekim Yargıtay da, kişiye hakaret edilmesi⁵⁸,

⁵⁷ **Sırabaşı**, Volkan, İnternet ve Radyo Televizyon Aracılığı ile Kişilik Haklarına Tecavüz, Ankara 2007, s. 29; Dural, s. 123; **Kaya**, (Elektronik), s. 36; **Ayan / Ayan**, s. 93; **Oğuzman / Selici / Oktay – Özdemir**, s. 75; **Helvacı**, s. 75. Yargıtay şeref ve haysiyeti, kişinin “...dâhil olduğu toplumun gerekli saydığı ahlâkî niteliklere sahip olduğu ya da böyle kabul edildiği için, kişiye verilen değeri ifade eder. Kişinin onuru, şerefi ve saygınlığı onun toplum içindeki tüm manevî değerlerinden oluşur. Bunlar kişinin ahlâkî değerleridir. Herkesin, içinde yaşadığı toplumda ve ilişkiler kurduğu çevrelerde kişisel bir onuru, şerefi ve saygınlığı mevcuttur. Kişiyi küçük düşürmek, yanlış tanıtmak, zor duruma sokmak, kişiye düşmanca bir ortam hazırlamak amacıyla vâki davranışla manevî değerleri nasıl zedelenirse, bir olayın aktarılması da çok kez şerefe, saygınlığa ve onura müdahale niteliğinde olabilir. Ancak bu müdahalenin haksız olması, diğer bir deyimle hukuka aykırı bulunması gerekir.” şeklinde ifade etmiştir., Karar için bkz., **Kaya**, (Elektronik), s. 37, dn. 62 (*naklen*).

⁵⁸ 4. HD. 08.11.2012, E.2011/13161 K.2012/16461, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

küçük düşürme, başkalarının husumetine maruz bırakma, aşağılama⁵⁹, kişi hakkında gerçek dışı dedikodu yayılması, meslekî ve ticarî itibarının zedelenmesi, iftira⁶⁰ atılması gibi fiilleri şeref ve haysiyete yönelik kişilik hakkı ihlalleri olarak nitelendirmektedir⁶¹. Ancak şeref ve haysiyet, kimi durumlarda zamana ve yere (mecraya) göre değişkenlik arz edebileceğinden, buna yönelik fiillerin ihlâl teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde, ifade ve eleştiri özgürlüğü kıstası⁶², kişilik hakkı ihlâl edilen kişinin şahsî itibarı (şeref ve

⁵⁹ 4. HD. 20.11.2012, E.2011/13640 K.2012/17385, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁰ 4. HD. 23.09.2008, E.2008/7567 K.2008/10893, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶¹ Genel olarak bkz., **Kaya**, (Elektronik), s. 37 – 38. Ayrıca kararlar hakkında bkz., *a.g.e.*, s. 37 – 38, dn.67 – 74.

⁶² 4 HD. 22.06.2015, E.2014/11995 K.2015/8294, "...Anayasamızın 25. maddesi uyarınca "Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz." Anayasamızın 90. maddesine göre usulüne uygun şekilde yürürlüğe konulmuş Milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de kanun hükmünde sayılmaktadır. AİHS nin 10. maddesinde "Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir..." hükmü bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 22 Nisan 2013 tarihli 48876/08 başvuru nolu kararında "İfade özgürlüğünün, demokratik bir toplumun vazgeçilmez esasını ve bu toplumun gelişiminin ve her bireyin kendini gerçekleştirmesinin temel koşulunu oluşturduğunu, 10. maddenin 2. fıkrası hükümleri saklı kalmak kaydıyla ifade özgürlüğünün sadece kabul edilen, zararsız ya da farklı olan «bilgi» ya da «düşünceler» için değil ama ayrıca hoş gitmeyen, sarsıcı ya da rahatsız edici olanlar için de geçerli olduğunu, bunların, «demokratik toplumun» onlarsız olamayacağı çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliğin gereği olduğunu, 10. madde de açıklandığı gibi bu özgürlüğe yapılan sınırlamaların her halde dar yorumlanması gerektiğini ve herhangi bir sınırlama gereksiniminin ikna edici bir biçimde ortaya koyulması gerektiğini,..." ifade etmektedir. Mahkeme aynı ifadeleri 69698/01 ve 16354/06 başvuru numaralı kararlarında da tekrar etmiştir. Davalının davacıya yönelik sosyal medya (twitter.com) üzerinden paylaştığı ifadeler yukarıdaki ilkelerle birlikte değerlendirildiğinde; tarafların gazeteci olduğu, kullanılan sözlerin mesleki eleştiri niteliğinde olup yavşak sözünün değer yargısı olduğu gibi, kullanılan mesaj içerisinde doğrudan davacıya söylendiğinin de anlaşılamadığı görülmüştür. Bu nedenle davanın tümünden reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kısmen kabulüne karar verilmiş olması yerinde görülmemiş, kararın bozulmasını gerektirmiştir.", (UYAP. Hâkim Savcı İçtihat Portalı).

haysiyeti) ve sübjektif algısı kadar, toplumun, o saldırının yapıldığı mecra (sosyal medya platformu) hakkındaki objektif değer yargısının da gözetilmesi isabetli görülmektedir⁶³.

“*Ad (isim)*”, kişinin, kendisini dış dünyaya yansıtmasında ve tanıtmasında kullandığı bir araç olduğu gibi, onun, ailesindeki diğer kişilerden ayırt edilmesini sağlayan, manevî bütünlüğe ilişkin bir kişisel değerdir. Aynı şekilde *soyad* da kişilik hakkı kapsamındaki kişisel değerlerden olup, kişiyi başkalarından ayırt etmeye ve onun bir aileye ferdiyetini göstermeye yarayan unsurlardandır. *Müstear ad, lakap, kısaltılmış ve temsili adlar* ile *elektronik posta adresleri* de kural olarak adın korunmasına ilişkin hükümlerden yararlanırlar. Aynı şekilde *sahte sosyal medya hesapları* açılarak kişinin ismiyle ve onun adına hareket edilmesi de adın korunmasına ilişkin hükümlere aykırılık teşkil eder⁶⁴. Medenî Kanunda ada yönelik saldırılar ve hukukî korunma 26 ncı maddede özel olarak düzenlendiğinden, ada ve yukarıda adı geçen diğer unsurlara yönelik saldırılar karşısında öncelikle bu hüküm uygulama alanı bulmaktadır⁶⁵.

Manevî bütünlüğe ilişkin kişisel değerler arasında “*kişinin resmi ve sesi*” de yer almaktadır. Bu anlamda *resim*, kişinin bir fotoğrafta, filmde yahut televizyonda tespit edilen; fırça yahut kalemle veya dijital ortamda çizilen yahut karikatürize edilen görüntüsüdür⁶⁶. Bir kişinin resminin, onun rızası dışında üçüncü kişiler tarafından, kural olarak ne amaçla olursa olsun

⁶³ Aynı yönde bkz., **Helvacı**, s. 69; **Kaya**, (Elektronik), s. 37; **Sırabaşı**, s.30.

⁶⁴ 4 HD. 17.03.2016, E.2015/4457 K.2016/3497, “...olay tarihi, olayın oluş şekli, davalı tarafından davacının ismi ve profil resmi kullanılarak açılan sosyal medya hesabı içeriğinde; davacıya ait olmamakla birlikte müstehcen fotoğraf, videolar ve davacının telefon numarasının yer almış olması, tarafların ekonomik ve sosyal durumları ile yukarıda anılan ilkeler gözetildiğinde davacı yararına takdir edilen manevi tazminat tutarı azdır. Daha üst düzeyde manevi tazminata karar verilmesi gerekirken yazılı biçimde karar verilmiş olması doğru değildir. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.”, (UYAP. Hâkim Savcı İçtihat Portalı).

⁶⁵ **Ayan / Ayan**, s. 94; **Kaya**, (Elektronik), s. 36; **Dural / Öğüz**, s. 166; **Akipek / Akıntürk / Ateş – Karaman**, s. 339; **Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir**, s. 153.

⁶⁶ **Ayan / Ayan**, s. 94; **Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir**, s. 135; **Öngören**, Gürsel, TV ve Radyoda Kişilik Haklarına Saldırlara Karşı Hukukî Başvuru Yolları, İstanbul 1995, s. 68; **Kaya**, (Elektronik), s. 38.

çekilmesi, çizilmesi, yapılması, basılması, dağıtılması, kullanılması, yayınlanması, iletilmesi, bozulması kişilik hakkı ihlâli teşkil eder⁶⁷. Bu gibi durumlarda resim sahibi, kişilik hakkının korunmasına yönelik hükümlere müracaat edebilir⁶⁸. Lâkin ülkenin ekonomik ve siyasî hayatında rol oynayan ve/ veya kamuya mal olmuş kişilerin özel alanlarına dâhil olmayan ve yararlanmasında kamu yararı bulunan resimleri, haber amacıyla kullanılabilir, yayınlanabilir. Bunun için ayrıca rıza aranmaz⁶⁹. Aynı şekilde kullanılmasında kamu yararı bulunmak, gerçek haber değeri taşımak ve basın özgürlüğünün çizdiği sınırlar içerisinde kalınmak kaydıyla kamuya mal olmamış kişilerin resimlerinin kullanılması bakımından da aynı esas (somut olayın özelliklerine

⁶⁷ **Parlak – Börü**, Şafak, Fotoğraf Üzerindeki Haklar, Ankara 2013, s. 400; **Kaya**, (Elektronik), s. 39; **Ayan / Ayan**, s. 95. 4 HD. 06.03.20014, E.2013/7425 K.2014/3799, “...Dava konusu fotoğraf karesi davalılara ait internet sitelerinde “Türk erkeğinin utanç günü” başlığı ile yayınlanmaktadır. Esasen fotoğraf karesinde yer alan erkek şahıslar, habere konu edilmiş ise de davacı tanınır biçimde fotoğrafta yer almakta, hatta fotoğrafa fotoğrafa bakıldığında daha ön planda algılandığı görülmektedir...Fotoğrafların çekildiği alan yalıtılmış bir alan olmamakla birlikte günlük yaşantı içerisinde rastgele bir kare de değildir. Davacı, tatilde, deniz kenarında fotoğraflanmıştır. Davacı fotoğraflandığı anda, normal yaşantısında, mesleki faaliyetinde değildir. Bir başka anlatımla davacı, aile ve iş yaşantısını geçirdiği ortamdan ayrılmış, gündelik yaşantısı içinde karşı karşıya gelebileceği insanların gözü önünde olmadığına inandığı bir ortamda bulunmakta ve davranışlarına da bu şekilde yön vermektedir. Davacı topluma mal olmuş bir insan olmadığına göre bikişlili fotoğraflarının yayınlanmasında toplumsal bir yarar ya da ilğiden de söz edilemeyeceğinden fotoğrafların davacının özel hayatı ile ilgili olduğu sonucuna varılmalıdır.” (Kazancı Bilişim İçtihat Bankası).

⁶⁸ 2 HD. 29.01.1976, E.1975/9403 K.1976/625, “...kişinin fotoğrafı üzerinde (resmi) üzerindeki hakkı şahsiyet haklarından olup (M.K.24) ona karşı yapılan her çeşit saldırıyı önleyebilir. Onun için 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 86.maddesinde yazılı durumlar ayrık olmak üzere hiç kimsenin resmi, rızası dışında sinema, televizyon gibi cihazlar veya gazete, afiş, kitap ve benzeri araçlarla teşhir edilip yayınlanamaz. Yani, kişi şahsiyet hakkında fedakârlığa zorlanamaz.” (Ayan / Ayan, s. 94, dn. 44).

⁶⁹ **İmre**, Zahit, Şahsiyet Haklarının Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler, İÜHF.M., C. 39, S. 1 – 4, s. 147 vd. (Meseleler); **Kaya**, (Elektronik), s. 39; **Parlak – Börü**, s. 405 – 406; **Ayan / Ayan**, s. 95. Bkz., 12. CD. 12.01.2015, E.2014/13554 K.2015/6, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

göre) geçerli olabilir⁷⁰. **Ses** de kişinin belirlenebilirliğine hizmet eden kişisel verilerden olup, kişilik hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Bu açıdan sesin izinsiz ve hukuka aykırı şekilde⁷¹ dinlenmesi, kaydedilmesi, yayınlanması, kişinin gizli kalması gereken ve açıklanmasında kamu yararı bulunmayan özel yaşamı ile ilgili konuşmaların dinlenmesi ve/ veya dışarıya yansıtılması, kural olarak küçük düşürücü, aşağılayıcı, tahrif edilmiş ses kayıtları alınması, kullanılması, yayınlanması, genel anlamda kişilik hakkı ihlâli teşkil edebilmektedir⁷².

Manevî bütünlüğe ilişkin kişisel değerlerden biri de **“özel hayata ilişkin sır çevresi”**dir. AİHS.m.8’de temel insan hakları arasında düzenlenen ve Anayasanın 20 nci ve devamı maddelerinde güvence altına alınmış bulunan özel hayat kavramı, mevzuatta somut olarak tanımlanmamış olup, hakkında doktrinde de yeknesak bir tanım birliği bulunmamaktadır. Yargıtay özel hayatın, *“...kişinin sadece gözlerden uzakta, başkalarıyla paylaşmadığı, kapalı kapılar ardında, dört duvar arasındaki yaşantısı ve mahremiyetlerinden ibaret değil, herkesin bilmediği veya bilmemesi gereken, istenildiğinde başka kişilere açıklanabilen, tamamen kişiye özel hayat olayları ve bilgilerin tamamını içerdiğini...”* ifade etmektedir⁷³. Bu çerçevede özel hayat, “kişinin, başkaları tarafından bilinmesi yahut bilinmemesi/ öğrenilmemesi noktasında şahsî tasarruf hakkını haiz olduğu ve hukuk düzeni tarafından gizliliği ile korunması

⁷⁰ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Baykan**, Metin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Basın Özgürlüğü, Ankara 2011.

⁷¹ İzinsiz ses kaydının hukuka uygun kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz., CGK. 21.06.2011, E.2010/5-187 K.2011/131, *“...kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkânının olmadığı ani gelişen durumlarda karşı tarafla yaptığı konuşmaları kayda alması hâlinin hukuka uygun olduğunun kabulü zorunludur.”*, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷² 4. HD. 23.06.2010, E.2009/8119 K.2010/7573, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷³ Bkz., 12. CD. 24.02.2014, E.2013/14391 K.2014/4498, (**Kaya**, Elektronik, s. 42 – 43, dn. 101).

temel bir kişilik hakkı olarak kabul edilmiş faaliyetlerin oluşturduğu alan” şeklinde tanımlanabilir⁷⁴.

Yargıtay’ca özel hayatın gizliliğinin korunmasında hangi faaliyetlerin (nelerin) korunacağı ve koruma alanının sınırının belirlenmesinde “alan teorisi”nin nazara alındığı görülmektedir. Buna göre özel hayat, *açık (ortak) özel hayat alanı, gizli özel hayat alanı* şeklinde alanlar altında değerlendirilir⁷⁵. Yargıtay bu teoriyi “...Kişinin özel hayatı çeşitli alanlardan oluşur. Bunlar gizli, özel ve ortak alanlardır. Bir kimsenin kendisine özel olarak anlattığı olayların, sırdaşı olan kişiler dışında kalan şahıslar tarafından bilinmesini istemediği olay ve davranışlardan oluşan alan, gizli yaşam alanıdır. Kişinin yalnızca dostları, yakınları ve tanıdıkları gibi kendileriyle oldukça samimi ilişki içinde bulunduğu, sayıları sınırlı bir kişi grubu ile paylaşmak istediği olaylardan oluşan yaşamına ise özel alan denir. Başkalarının bilgisine ulaşmasına olanak bulunan bölüm ise ortak alandır. Özel yaşamı oluşturan alanlardan kişilik hakkı ile koruma altına alınan alanlar, kural olarak gizli alan ile özel alanı ilgilendiren olaylardır...” şeklinde ifade etmektedir⁷⁶. Bu bağlamda kişinin gizliliklerinin korunması gereken faaliyetlerinin, gizli özel hayat alanına ilişkin olanlardan müteşekkil bulunduğu görülmektedir. Dolayısıyla kişinin sadece dostları, aile üyeleri, yakın arkadaşları gibi (sınırlı sayıdaki) belirli kişiler tarafından bilinmesini istediği bilgiler ile sadece sırdaşları tarafından bilinmesini yahut kimse tarafından bilinmemesini istediği bilgilerin, ilgili kişiler (yakınlar, sırdaşlar vs.) dışındaki diğer kişilerce öğrenilmesi, bu amaçla gizli dinleme yapılması, seslerin yahut görüntülerin kaydedilmesi, kullanılması, yayınlanması, ifşa edilmesi kişisel değerlere saldırı niteliğinde olup kişilik hakkının ihlâli sonucunu doğurur. Pek doğaldır ki yakın kavramına dâhil olan kişilerin, bu bilgilerin başkaları tarafından öğrenilmemesi hususunda sır saklama yükümlülükleri bulunmaktadır. Yakın kavramına girmemekle birlikte meslekleri gereği bu tür bilgileri öğrenen avukat, hekim, banka müesseseleri gibi gerçek yahut tüzel kişiler açısından da aynı esas geçerlidir. Aksi takdirde

⁷⁴ Benzer bir tanım için bkz., **Şen**, Ersan, Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, İstanbul 1996, s. 8.

⁷⁵ Bkz., **Kaya**, (Elektronik), s.43 vd.; **Ayan / Ayan**, s.96 vd.

⁷⁶ **Kaya**, (Elektronik), s. 44, dn. 107 (*naklen*). Ayrıca bkz., **Çetin**, Erol, Açıklamalı ve İçtihatlı Basın Kanunu, Ankara 1999, s. 123 – 124.

onlar da, tıpkı sır saklama yükümlülüklerine aykırı hareket eden yakınlar gibi, kişilik hakkını ihlâl etmiş olurlar⁷⁷.

Gizli özel alana yönelik müdahalelerin hukuka uygun sayılabilmesi, ancak alan üzerinde şahsi tasarruf yetkisi bulunan kişinin rızası ile mümkün olur. Ancak yetkili kişi tarafından verilen rızanın sınırlarının aşılması durumunda da kişilik hakkının ihlâli söz konusu olmaktadır. Özel hayata müdahaleyi hukuka uygun kılan bir diğer durum ise, müdahalede bulunulan kişinin kamuya mal olmuş bir kişi olması ve gizli özel alanına ilişkin olsalar da anılan kişinin mevki ve makamına ilişkin bulunan bilgilerin basın özgürlüğü kapsamında ifşa edilmesinde üstün kamu yararının bulunmasıdır⁷⁸. Ancak unutulmamalıdır ki müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için basın özgürlüğünün sınırları aşılmamalıdır⁷⁹.

⁷⁷ Ayan / Ayan, s. 98; Zevkililer / Acabey / Gökyayla, s. 418; İşgüzar, s. 860 – 861; İmre, s. 149.

⁷⁸ 4 HD. 01.10.2014, E.2013/18481 K.2014/12713, "...Avrupa insan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında da belirtildiği üzere siyasi hüviyete sahip şahısların kendilerine yönelik sert, ağır ve hatta incitici eleştirilere de katlanmaları gerekir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan ifade özgürlüğünün sadece "zararsız ve ilgilenmeye değmez olarak görülen bilgi ve fikirler değil aynı zamanda rahatsız eden, şaşırtan ve gücendiren ifadelerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği" belirtilmiş ve bu ifadeler var olmadan "demokratik bir toplum"dan söz edilemeyeceği vurgulanmıştır. Dava konusu olayda, Kadıköy Belediye Başkanı olan davacının Facebook sayfasına görüşlerini yazan davalının beyanları, davacının şahsına ait değer yargıları, siyasi ve sert eleştiri mahiyetindedir. Açıklanan nedenlerle davanın tümünden reddi gerekirken kısmen kabulü doğru görülmemiş; kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.", (UYAP. Hâkim – Savcı İçtihat Portalı).

⁷⁹ 4. HD. 20.09.2007, E.2006/11142 K.2007/10601, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Konu hakkında ayrıntılı açıklama için ayrıca bkz., Arslan – Öncü, Gülay, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, İstanbul 2011. 4. HD. 05.05.2016, E.2015/6272 K.2016/6229, "...Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre; siyasetçilere yönelik eleştirinin sınırı, özel kişiler için olandan daha geniştir ve siyasetle uğraşan kişilerin kendilerine yönelik sert, ağır ve hatta incitici eleştirilere de katlanması gerekir. Çünkü siyasetçi zorunlu ve bilinçli olarak eylem ve davranışlarını gazetecilerin ve vatandaşların kontrolüne açık bırakmakta, kamuoyuna mal olmuş kişiler haline gelmeyi bilerek tercih etmektedir...Şu durumda, taraflar siyasi kimlikleri olan şahıslar olup, davalı basın toplantısında davacının Belediye Başkanı olduğu döneme ait işlemlerle ilgili eleştirilerini dile getirmiştir. Davacının siyasi kimliği nedeniyle normal koşullardan daha ağır eleştiriye açık olması gerektiği gibi bu şartlar

* **Kişinin iktisadî bütünlüğü**, iktisadî hürriyet ve varlık, meslekî şeref ve haysiyet, meslekî sır çevresi gibi kişisel değerlerden oluşmaktadır.

İktisadî hürriyet ve varlık Anayasal düzlemde güvence altına alınmış temel hak ve hürriyetlerden, dolayısıyla kişisel değerlerdendir. Zira Anayasaya göre herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına (m.17/ f.1), dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine ve özel teşebbüsler kurma hakkına sahiptir (m.48/ f.1). Hiç kimse zorla çalıştırılmaz; angarya yasaktır (m.18/ f.1). Kamu yararından ve dürüstlük ilkesinden (TMK.m.2) kaynaklanan istisnalar dışında kişiyi çalışma hürriyetinden mahrum bırakan yahut iktisadî hürriyet ve varlığını zedeleyen her türlü girişim kişilik hakkının ihlâli sonucunu doğurur.

Meslekî şeref ve haysiyet kişinin iktisadî alanda ve iş çevresinde muhatapları ve müşterileri nezdinde gördüğü saygınlık olup kişinin iktisadî varlığını sürdürebilmesi açısından da son derece önemli bir kişisel değerdir. Dolayısıyla haksız ve yalan yere kişinin mesleğini kötüye kullandığı, mesleğini yaparken basiretsiz davrandığı, yalan beyanda bulunduğu, mesleğini genel ahlâk ve sağlığa uygun şekilde icra etmediği gibi söylentilerin çıkartılması yahut yayınlar yapılması, kişilik hakkına saldırı niteliğinde değerlendirilebilir⁸⁰.

Meslekî sır çevresi ve gizli meslekî alan, özel hayatın meslekî hayattaki yansımasıdır. Ancak meslekî hayatı özel hayattan ayıran husus, bunun, daha ziyade yürütülmekte olan işi gerçekleştirmek amacına yönelik faaliyet ve sıklardan müteşekkil olmasıdır. Korunması amaçlanan mesleki hayat alanı da, tıpkı özel hayatta olduğu gibi *açık meslekî alan* ve *gizli meslekî alan* ayrımlarına tabi tutularak belirlenir. Açık meslekî hayata ilişkin faaliyetler, işin yürütülmesiyle herhangi bir ilgisi bulunmayan kişilerce öğrenilmesinde sakınca görülmemeyen, kamuya açık meslekî faaliyetlerden oluşur. Korunması amaçlanan asıl alan ise, yetkili olmayan kişilerce öğrenilmesi hâlinde işin yürütülmesinin tehlikeye girebileceği, meslekî faaliyet bakımından hayatî

altında ifade özgürlüğüne sınırlama getirilmesini gerektirecek demokratik bir toplum için gereklilik bulunmadığı, davacının kişilik değerlerinin ihlal edilmediği sonucuna varılarak, istemin tümünden reddine karar verilmesi gerekirken kısmen kabulüne karar verilmiş olması doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir...”, (Kazancı Bilişim İçtihat Bankası).

⁸⁰ **Ayan / Ayan**, s. 101; **Oğuzman / Selici / Oktay – Özdemir**, s. 177.

önem taşıyan faaliyet ve sırlardan oluşan gizli meslekî alandır. Bu alanda yer alan işletme sırları, hesap defterleri, faturalar, malî kayıtlar, müşteri çevresi, ar – ge faaliyetleri gibi bilgilerin ve sırların yetkili olmayan kişilerce öğrenilmesi, kullanılması, yayılması, ifşa edilmesi, aktarılması kişilik hakkının ihlâli sonucunu doğurur⁸¹.

B) HAKKIN SOSYAL MEDYA ARACILIĞIYLA KULLANICILAR TARAFINDAN İHLÂLİ

Kişilik hakkının sosyal medya aracılığıyla ihlâli, geleneksel medya araçlarıyla gerçekleşen ihlâllere nazaran daha yaygındır. Nitekim kişilik hakkını, kitap, gazete, dergi, televizyon, radyo gibi geleneksel medya araçlarıyla yalnızca belirli kişiler ihlâl edebilirken, herkese açık olması, ulaşılabilir olması, kullanım için özel teknik bilgi gerektirmemesi ve masrafsız olması gibi özellikleri dolayısıyla, sosyal medya aracılığıyla bunu gerçekleştirebilecek kişi (kullanıcı) sayısının, kıyasen oldukça fazla olduğu görülmektedir. Bu nedenle bu tür ihlâllere karşı kişilik hakkının hızlı ve etkili şekilde korunması gerekmektedir⁸².

Sosyal medya aracılığıyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlâlleri, sosyal medya hizmetini sağlayan *hizmet sağlayıcı*, bu hizmetten yararlanan *kullanıcılar* yahut sosyal medya hizmetiyle organik herhangi bir bağı bulunmamakla birlikte sisteme bir şekilde müdahil olan *üçüncü kişiler* tarafından gerçekleştirilebilmektedir. Aşağıda sosyal medya kullanıcıları tarafından, gerek diğer kullanıcılara gerekse üçüncü kişilere yönelik olarak gerçekleştirilen belli başlı kişilik hakkı ihlâlleri incelenecektir.

Kullanıcıların, sosyal medyada diğer kullanıcılarla, belirli bir grupla yahut kamuoyuyla (üçüncü kişilerle) paylaştıkları ve bu yolla erişilebilir hâle getirilmiş olan ilgileri, düşünceleri, duyguları, kişisel hâl ve durumları, siyasî

⁸¹ **Ayan / Ayan**, s. 103. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., **Tekşen**, Mustafa, Ticarî Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu, Ankara 2012.

⁸² **Gözler**, Kemal, Kişilik Haklarını İhlâl Eden Yayınların Kaldırılması Usulü ve İfade Hürriyeti – 5651 Sayılı Kanunun 9’uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi, Rona Aybay’a Armağan, C. 1, 2014, s. 1060; **Firat**, Muhammed S., Hukuk Devleti Açısından İnternette İnsan Hakkı ve Kişilik Haklarına Saldırı Sorunu, HHFD., C. 5, S. 2, 2015, s. 106.

eğilimleri, fotoğrafları, videoları, yazı ve yazışmaları, yorumları, fikir ve sanat eserleri, kimi zaman ticarî ve meslekî faaliyetleri, mal ve hizmetleri ve benzeri değerleri, genel olarak *içerik (content)* adını alır. Kullanıcıların, oluşturdukları bu sosyal medya içerikleriyle kimi zaman diğer kişilerin, başta *şeref ve haysiyet* ile *özel hayatın gizliliği* olmak üzere, *hürriyet, ad (isim), resim, ses ve iktisadî bütünlüğe ilişkin değerler* gibi kişisel değerlerini ve dolayısıyla kişilik haklarını ihlâl ettikleri bilinmektedir.

Bu bağlamda karşılaşılan en yaygın ihlâl şeklinin, içeriğin veya özel mesajın – *doğuracağı cezaî sorumluluk*⁸³ *bir yana – hakaret, tehdit yahut iftira*

⁸³ TCK.m.125 - (Değişik: 29.06.2005 – 5377/15 m.) **Hakaret** “Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir (f.1). Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkrada belirtilen cezaya hükmolunur (f.2). Hakaret suçunun; a) Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı, b) Dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı, c) Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle, işlenmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz (f.3). Hakaretin alenen işlenmesi halinde ceza altıda biri oranında artırılır (f.4). Kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi hâlinde suç, kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılır. Ancak, bu durumda zincirleme suça ilişkin madde hükümleri uygulanır (f.5).”. TCK.m.106 – **Tehdit** “Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehditte ise, mağdurun şikâyeti üzerine, altı aya kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur (f.1). Tehdidin; a) Silahla, b) Kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle, c) Birden fazla kişi tarafından birlikte, d) Var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak, işlenmesi halinde, fail hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur (f.2). Tehdit amacıyla kasten öldürme, kasten yaralama veya malvarlığına zarar verme suçunun işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ceza verilir (f.3).”. TCK.m.267 – **İftira** “İftira Yetkili makamlara ihbar veya şikayette bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, işlemediğini bildiği halde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (f.1). Fiilin maddî eser ve delillerini uydurarak

niteliği taşıyan unsurlar içermesi dolayısıyla, diğer kullanıcıların yahut diğer üçüncü kişilerin **şeref ve haysiyetinin zedelenmesi** olduğu ifade edilmektedir⁸⁴.

Hakaretten bahsedebilmek için öncelikle, onu aşağılamak, şeref ve haysiyetini zedelemek yahut ona sövmek amacıyla somut bir fiil veya olgu isnat edilmelidir. Örneğin, kamu görevlisinin bir kişiden bir iş karşılığında belli bir miktar rüşvet aldığı yönünde isnatta bulunulması durumunda hakaret söz konusu olur. Kişiyeye isnat olunan somut fiilin gerçek olup olmamasının, hakaret suçunun oluşması bakımından bir önemi yoktur. Ancak, iddia olunan hususun gerçek olduğunun ispat edildiği durumlarda, hukukî değil ve fakat cezaî sorumluluk ortadan kalkar. Kişi hakkında, onu herhangi bir olayla ilişkilendirmeksizin, soyut yakıştırmalarda bulunulması hâlinde de, hakaret söz konusu olabilir. Kötü bir niteliği veya huyu ifade eden aşağılayıcı, küçük düşürücü sözler, somut bir fiil veya olguyla ilişkilendirilmedikleri hâlde, yine de hakaret suçunu oluşturabilirler. Örneğin, bir kimseye “serseri”, “alçak”, “hayvan” denmesi hâlinde, somut fiil isnadı söz konusu değildir. Aynı şekilde kişiyeye soyut olarak “hırsız”, “rüşvetçi”, “sahtekâr”, “fahişe” gibi yakıştırmalarda bulunulması hâlinde de hakaret suçu oluşur. Kişinin bedenî

iftirada bulunulması halinde, ceza yarı oranında artırılır (f.2). Yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş mağdurun aleyhine olarak bu fiil nedeniyle gözaltına alma ve tutuklama dışında başka bir koruma tedbiri uygulanmışsa, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır (f.3). Yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olan mağdurun bu fiil nedeniyle gözaltına alınması veya tutuklanması halinde; iftira eden, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulur (f.4). Mağdurun ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyeti halinde, yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis cezasına; süreli hapis cezasına mahkûmiyeti halinde, mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına hükümlenir (f.5). Mağdurun mahkûm olduğu hapis cezasının infazına başlanmış ise, beşinci fıkraya göre verilecek ceza yarısı kadar artırılır (f.6). İftira sonucunda mağdur hakkında hapis cezası dışında adlî veya idari bir yaptırım uygulanmışsa; iftira eden kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (f.7). İftira suçundan dolayı dava zamanaşımı, mağdurun fiili işlemediğinin sabit olduğu tarihten başlar (f.8). Basın ve yayın yoluyla işlenen iftira suçundan dolayı verilen mahkûmiyet kararı, aynı veya eşdeğerde basın ve yayın organıyla ilan olunur. İlan masrafı, hükümlüden tahsil edilir (f.9).

⁸⁴ **Kaya**, (Elektronik), s. 187; **Kaya**, (Medya), s. 292.

arızasını ifade etmekle veya kişiye bir hastalık izafe etmekle de hakaret suçu işlenmiş olur. Örneğin, kişiye “kör”, “şaşı”, “topal”, “kambur”, “kel” vs. demekle; kişiye “psikopat”, “frençili” veya “AIDS’li” demekle, hakaret suçu işlenmiş olur.

Dikkat edilmelidir ki; davranışın kişiyi küçük düşürmeye matuf olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Kişiyi onu toplum nazarında küçük düşürmek amacına yönelik olarak belli bir siyasî kanaatin isnat edilmesi hâlinde de hakaret suçu oluşur. Örneğin, bir kişiye “faşist”, “komünist” veya “mürteci” demekle, hakaret suçu işlenmiş olur. Bir kişiye izafeten söylenen sözün veya bulunulan davranışın o kişiyi küçük düşürücü nitelikte olup olmadığını tayin ederken, toplumda hâkim olan telâkkileri, örf ve âdetleri göz önünde bulundurmak gerekir⁸⁵. Kişileri aşağılayıcı, bu tür küçük düşürücü, husumete maruz bırakıcı yazılı, görsel, işitsel *Facebook* paylaşımları, *tweet*’ler, *blog* yazıları, sözlük girileri (*entry*), *forum*lara ve sair sosyal medya mecraları aracılığıyla yapılan yorumlar ve hatta somut olaya göre bunların yayılması, paylaşılması gibi fiiller de, kişilik hakkı ihlali dolayısıyla hem hukukî hem de şartları dâhilinde cezaî sorumluluğa yol açabilmektedir. Ancak son durumda sorumluluğun doğabilmesi için, başkasına ait hakaretimiz içeriğin paylaşımının/ yayılmasının, içeriği paylaşan/ yayan kullanıcı tarafından benimsenircesine gerçekleştirilmiş olması gerekir. Lâkin başkasına ilişkin içerik dolayısıyla sorumsuzluk esastır⁸⁶.

Tehdit hâlinde, gerçekleşmesi failin/ ihlâlcinin isteğinin yerine getirilmemesi kaydına bağlı bir tecavüz, kötülük sosyal medya aracılığıyla mağdura bildirilmektedir. Başka bir deyişle paylaşılan içerik, bünyesinde tehdit unsurları barındırmaktadır.

Tehdidin konusunu, kişinin hayatının veya vücut bütünlüğünün tehlikeye maruz bırakılacağına, suç teşkil eden belli bir fiilin işleneceğinin, genel olarak kuvvet kullanılacağına, şeref ve haysiyetinin, itibarının zedeleneceğinin, özel hayatının ifşa edileceğinin veya herhangi bir haksızlığın

⁸⁵ Bkz. TCK.m.125, Madde Gereğesi.

⁸⁶ Yıldız, Rıdvan, Sosyal Medyada Konusu Suç Teşkil Eden İçeriğin Paylaşılması, <http://www.bartın.info/sosyal-medyada-konusu-suc-teskil-eden-icerigin-paylasilmasi-makale,1772.html>, (E.T. 08.07.2017); Kaya, (Elektronik), s. 187.

gerçekleştirileceğinin bildirilmesi oluşturmaktadır. Tehdit hâlinde kişi, tehdit konusu tecavüzün ileride vuku bulacağı beyanıyla korkutularak, belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır, mecbur edilmektedir.

Tehdidin özelliği, kötülüğün gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin, tehdit edenin iradesine bağlı olmasıdır. Tehdit konusu kötülüğün gerçekleşip gerçekleşmemesi, gerçekten veya en azından görünüş itibarıyla failin takdirine bağlıdır. Fakat bu, kötülüğün mutlaka tehdit eden tarafından gerçekleştirileceği anlamına gelmez; bir üçüncü kişi vasıtasıyla bu kötülüğün gerçekleştirileceğinin bildirilmesi ile de, tehditte bulunulabilir.

Suçun oluşması bakımından tehdit konusunun (haksızlığın, kötülüğün) gerçekleşip gerçekleşmemesi, önemli değildir. Tehdidin objektif olarak ciddî bir mahiyet arz etmesi yeterlidir. Yani, istenilenin yerine getirilmemesi hâlinde tehdit konusu kötülüğün gerçekleşeceği ihtimali objektif olarak mevcut olmalıdır. Sarf edilen sözler, gerçekleştirilen davranış muhatap alınan kişi üzerinde ciddî bir korku yaratma açısından sonuç almaya elverişli, yeterli ve uygun değilse, tehdidin oluştuğu ileri sürülemez. Failin söz ve davranışlarının muhatabı üzerinde ciddî şekilde korku ve endişe yaratacak uygunluk ve yeterlilik içerip içermediğinin her somut olayda araştırılması gerekir. Objektif olarak ciddî bir mahiyet arz eden tehdidin, somut olayda muhatabı üzerinde etkili olması şart değildir. Kişi, fail objektif olarak ciddî mahiyet arz eden söz ve davranışlarla mağduru tehdit etmek istemiş olmasına rağmen; mağdur, bu söz ve davranışları ciddiye almamış olabilir. Buna rağmen tehdit yine gerçekleşmiştir. Tehdidin gerçekleşip gerçekleşmemesi, muhatabı üzerinde etkili olup olmamasına bağlı tutulmamalıdır. Failin tehdit konusu tecavüzü gerçekleştirebilecek imkân ve iktidara gerçekte sahip olmamasının da bir önemi yoktur. Mağdur tehdit konusu tecavüzün ciddî olduğuna hile kullanılmak suretiyle inandırılmış olabilir. Fakat batıl inançlara dayanılarak bir kötülüğe maruz bırakılabileceği beyanıyla, bir kimse tehdit edilmiş olmaz. Tehdit konusu kötülük, mağdura değil de, bir üçüncü şahsa yönelik olabilir. Ancak, bu durumda mağdur ile üçüncü kişi arasında belli bir akrabalık, yakınlık ilişkisi mevcut olmalıdır⁸⁷.

⁸⁷ Bkz., TCK.m.106, Madde Gereğesi.

Son olarak belirtmek gerekir ki kişi, tehdit (korkutma) etkisi altında istemediği bir hukukî ilişkinin kurulması yönünde irade beyanı açıklamışsa, yaygın kanaate göre bu ilişki “*iptâl edilebilirlik – askıda geçersizlik*” yaptırımıyla sakat olacaktır⁸⁸.

İftira, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için, bir kimseye (konumuz özelinde sosyal medya aracılığıyla) hukuka aykırı bir fiil isnat edilmesiyle oluşur⁸⁹. Zira bu isnadın yetkili makamlara ihbar veya şikâyette bulunmak suretiyle ya da basın ve *yayın* (sosyal medya dâhil sair kitle iletişim araçları) yoluyla yapılması gerekir. İftira suçunun konusunu hukuka aykırı fiil oluşturabilir. Bu fiilin suç oluşturması şart değildir. Disiplin yaptırımını veya başka bir idari yaptırımı gerekli kılan fiiller de bu suçun konusunu oluşturabilir. Kişiye isnat edilen fiil hiç işlenmemiş olabileceği gibi, kendisine isnatta bulunulan kişi tarafından işlenmemiş olabilir. Ayrıca kişi suç teşkil eden bir fiili işlemiş fakat bu suça ilişkin ihbar veya şikâyette bulunan, fiile, suç olarak niteliğini değiştirecek bazı eklemelerde bulunmuş da olabilir. Örneğin fiil, sahibinin bilgisi ve rızası dışında malını almaktan ibarettir. Ancak, bildirimde bulunan, bunun cebir veya tehditle işlendiği iddiasında bulunmuştur. Bu ilâve unsurlar açısından iftira suçu oluştuğunu kabul etmek gerekir. Son olarak isnadın belli bir kişiye yönelik

⁸⁸ Bkz., **Ayan**, Mehmet, Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, Bası 11, Ankara 2016, s. 129 vd.; **Ataay**, Aytekin, Medenî Hukukun Genel Teorisi, Bası 3, İstanbul 1980, 333, 336 – 337; **Edis**, Seyfullah, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Bası 2, Ankara 1983, s. 136; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, Tekinay Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, Bası 7, İstanbul 1993, s. 382.

⁸⁹ 4 HD. 07.06.2016, E.2016/6877 K.2016/7495, “...Dosya Kapsamından, dava dışı ..tarafından davacılaran ..hakkında uyuşturucu ticareti vb suçların şikayeti üzerine yapılan soruşturma sonunda 09.11.2009 gününde ..karar no’lu kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir. Yive davacı ..’un katılan sıfatıyla yer aldığı ..Esas ..Karar sayılı dosyası içeriğinden de, ..katılan ..’a internet ortamından katılanın işlemediğini bildiği hâlde uyuşturucu sattığından bahisle zincirleme şekilde suç isnadında bulunarak iftira suçunu işlediğinden bahisle verilen mahkumiyet kararının Yargıtay 9. Ceza Dairesi tarafından onanarak kesinleştiği anlaşılmaktadır. Dava konusu yayınlar ise Kovuşturmaya Yer Olmadığına dair karardan yaklaşık üç yıl sonra yapılmış olup, yeni bir olay ortaya çıkmadan iddialar gerçekmiş gibi internet yayını yapılması davacıların kişilik haklarını ihlâl etmiştir.”, (Kazancı Bilişim İçtihat Bankası).

olması gerekir. Bu kişinin ismi açıkça belirtilmese bile, yapılacak bir araştırma sonucunda kimliğinin belirlenebilir olması yeterlidir⁹⁰.

Sosyal medyada karşılaşılan diğer bir yaygın kişilik hakkı ihlâli türü, paylaşılan içeriklerle belirli bir kişinin yahut kişilerin **özel hayatlarının gizliliğine saldırı** şeklinde kendisini gösterir. Öyle ki sosyal medyada kişilerin, özel hayatlarına ilişkin eğlence mekânı, plaj, ev, parti gibi ortamlarda çekilmiş fotoğraflarını, videolarını ve sair görsel – işitsel kişisel verilerini paylaşmaları, bunların rıza dışında yahut verilen zımnî rızanın sınırlarının aşılması suretiyle istenmeyen kişilerce, reklâm amaçlı yahut muzır neşriyat niteliğindeki sitelerce yahut sair mecralarca ele geçirilmesi, kullanılması, yayınlanması yahut paylaşılması ve dolayısıyla kişilik haklarının ihlâli sonucunu doğurabilmektedir⁹¹.

Başkalarına ait yazılı, görsel ve işitsel verilerin, fotoğrafların, seslerin, film ve videoların, ev adresinin⁹² onun *rızası hilâfına* yahut verdiği *rızanın sınırları aşılarak* kaydedilmesi, kullanılması, çoğaltılması, yayınlanması, sosyal mecralarda paylaşılması kişilik hakkı ihlâli teşkil ettiği gibi, unsurlarının oluşması kaydıyla cezaî sorumluluk da doğurabilmektedir.

Kişinin, sosyal medyada yalnızca arkadaşları tarafından görülebilecek şekilde paylaştığı bir fotoğrafın ele geçirilerek, alenen kamuoyunun görebileceği tarzda yayınlanması yahut sair amaçlarla kullanılması örneğinde olduğu gibi, mağdurun verdiği rızanın sınırlarının aşılması durumunda özel hayatın gizliliğinin zedelenmesi ve dolayısıyla kişilik hakkının ihlâli söz konusu olmaktadır. Aynı şekilde kişinin özel hayatına ilişkin yazılı, görsel, işitsel ve sair verilerin onun tümüyle rızası hilâfına kaydedilmesi, kullanılması, yayınlanması da kişilik hakkına yönelik saldırı niteliğindedir⁹³. Hukuka aykırı yollarla elde

⁹⁰ Bkz., TCK.m.267, Madde Gerekeşi.

⁹¹ **Kaya**, (Elektronik), s. 189.

⁹² 4 HD. 26.11.2015, E.2014/16369 K.2015/13675, "...Bireyin ev adresi, özel hayat kapsamına giren kişisel bir veri veya bilgi olup bundan dolayı kendine tanınan korumadan yararlanacaktır. Davacının açık adresinin yayınlanmış olması, özel hayatın gizliliğini ihlal niteliğindedir.", (Kazancı Bilişim İçtihat Bankası).

⁹³ 4 HD. 10.05.2016, E.2015/5513 K.2016/6441, "...Dosya kapsamından davalı – karşı davacı ..'un karşı dava dilekçesinde, davacı – karşı davalının yasa dışı yollarla kendisine ait el yazması mektubu elde ettiğini, internet üzerinden casus programı

edilmiş, özellikle gizli çekim/ kayıt metoduyla ele geçirilen bu verilerin çoğunlukla “*tape*” adı altında sosyal medyada yayılması, paylaşılması, kullanılması ise hem hukukî hem de cezaî sorumluluğa yol açmaktadır⁹⁴. Bu gibi durumlar karşısında *özel hayatın gizliliğini ihlâl* yanı sıra, anılan fiil genellikle *haberleşmenin gizliliğini ihlâl* suçunu niteliği de taşımakta olduğundan, hem kişilik hakkının korunmasına ilişkin hükümlere hem de Türk Ceza Kanunu

“..” kullanarak elde ettiği cep telefonu mesajlarını kayda aldığını, bu kayıtların tarih ve içeriklerini değiştirerek mahkemeye delil olarak sunduğunu, kocası ile evlendikten sonra çekilen fotoğrafı mahkemeye sunduğunu, hakkında gazetelerde aldatan kadın olarak haber yapılmasını sağladığını, özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğini ve kişilik hakkının saldırıya uğradığını iddia ettiği, ancak mahkemece davalı – karşı davacının internet üzerinden casus programı “..” kullanarak cep telefonu mesajlarının kayda alınması, özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi iddiaları ile ilgili herhangi bir inceleme yapılmadığı... anlaşılmaktadır. Mahkemece davacı tarafın bu iddiaları ile ilgili de inceleme ve değerlendirme yapılarak, oluşacak olan sonuca göre bir karar vermek gerekirken, yazılı biçimde karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun olmadığından kararın bozulması gerekmektedir...”, (Kazancı Bilişim İçtihat Bankası).

- ⁹⁴ TCK.m.134 – **Özel Hayatın Gizliliğini İhlâl** “Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde, verilecek ceza bir kat arttırılır (f.1). Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur (f.2).” “Maddenin birinci fıkrası metninde, özel hayatın gizliliğinin ihlâlî suç olarak tanımlanmaktadır. Böylece, gizli yaşam alanına girerek veya başka suretle başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam olayının saptanması ve kaydedilmesi cezalandırılmaktadır. İkinci fıkrada, böylece elde edilen saptama ve kayıtlardan herhangi bir suretle yarar sağlanması veya bunların başkalarına verilmesi veya diğer kimselerin bilgi edinmelerinin temini veya basın ve yayın yoluyla açıklanması suçun ağırlaştırılmış şeklini oluşturmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında, kişinin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu görüntü veya sesler örneğin soruşturma kapsamında hukuka uygun bir şekilde kayda alınmış olabileceği gibi, birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi suretiyle elde edilmiş olabilir. İkinci fıkrada tanımlanan suç, elde edilmiş olan bu ses veya görüntü kayıtlarının ifşasıyla, yayılmasıyla, yani yetkisiz kişilerce öğrenilmesinin sağlanmasıyla oluşur. Bu ifşanın hukuka aykırı olması gerekir. Bu bakımdan özel hayata ilişkin kayıtların, savcılık veya mahkemeye verilmesi, duruşmada gösterilmesi ve dinlenmesi hâlinde, söz konusu suç oluşmayacaktır. İfşanın, basın ve yayın yoluyla yapılması, söz konusu suçun nitelikli unsuru olarak kabul edilmiştir.”, bkz., Madde Gereği, (*naklen*).

anlamında cezaî hükümlere müracaat edilebilmesine imkân bulunmaktadır⁹⁵. Kişinin gizli yazışmalarının, mesajlaşmalarının, elektronik postalarının bu yolla

⁹⁵ TCK.m.132 – **Haberleşmenin Gizliliğini İhlâl** “Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlali haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse, verilecek ceza bir kat arttırılır (f.1). Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (f.2). Kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur (f.3).”. “Madde metninde, kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin ihlâlî suç olarak tanımlanmaktadır. Söz konusu suç, belirli kişiler arasındaki haberleşmenin içeriğinin öğrenilmesiyle işlenmektedir. Kişiler arasındaki haberleşmenin ne suretle yapıldığının suçun oluşumu açısından önemi yoktur. Bu haberleşme, örneğin mektupla, telefonla, telgrafla, elektronik posta yoluyla yapılabilir. Bu suç açısından önemli olan, haberleşmenin belirli kişiler arasında yapılmasıdır. Söz konusu suç, bu haberleşmenin tarafı olmayan kişi işleyebilir. Haberleşmenin gizliliğinin sadece dinlemek veya okumak suretiyle ihlâl edilmesi, bu suçun temel şeklini oluşturmaktadır. Ancak, bu gizlilik ihlâlinin, haberleşme içeriklerinin yani konuşulanların veya yazılanların kayda alınması suretiyle yapılması, bu suçun nitelikli şekli olarak tanımlanmıştır. Örneğin telefon konuşmalarının ses kayıt cihazıyla kayda alınması hâlinde, suçun bu nitelikli hâli gerçekleşmektedir. Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin belli bir suça ilişkin soruşturma kapsamında Anayasa ve kanunların belirlediği koşullar çerçevesinde öğrenilmesinin veya kayda alınmasının hukuka uygun olduğu muhakkaktır. Maddenin ikinci fıkrasında, kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Haberleşme içerikleri hukuka uygun bir şekilde veya birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi suretiyle öğrenilmiş olabilir. İkinci fıkrada tanımlanan suç, haberleşme içeriklerinin ifşasıyla, yayılmasıyla, yani yetkisiz kişilerce öğrenilmesinin sağlanmasıyla oluşur. Fıkra metninde bu ifşanın hukuka aykırı olması açıkça vurgulanmıştır. Bu bakımdan örneğin kişiler arasındaki telefon konuşmalarına ilişkin kayıtların, savcılık veya mahkemeye verilmesi, duruşmada açık bir şekilde dinlenmesi veya okunması hâlinde, söz konusu suç oluşmayacaktır. Buna karşılık, henüz soruşturma aşamasında iken, kişiler arasındaki konuşma içeriklerinin, hukuka uygun bir şekilde kayda alınmış olsalar bile, örneğin televizyonlarda veya gazetelerde yayınlanması hâlinde, bu suç oluşacaktır. Maddenin üçüncü fıkrasında, kişinin kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etmek suretiyle haberleşmenin gizliliğini ihlâl etmesi ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu suçun oluşabilmesi için, ifşanın alenen yapılması gerekir. Bu bakımdan, örneğin kişi kendisine gönderilen mektubu gönderenin bilgisi ve rızası dışında bir başkasına

ele geçirilmesinde ve yayınlanmasında da aynı esaslar uygulanır. Belirtmek gerekir ki, kişinin özel olarak yazdığı diğer kişinin de haberleşmenin gizliliğini muhafaza etmek yönünde sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu nedenle, kişinin rızası olmaksızın yahut verdiği rızanın sınırları aşarak özel haberleşmenin, mesajlaşmanın, konuşmanın vs. depolanması ve özellikle yayılması, yayınlanması, kullanılması kişilik hakkının ihlâli sonucunu doğurur.

Kişilerin meslekî ve ticarî faaliyetlerini, ürettikleri mal ve hizmetleri ve iktisadî sair faaliyetlerini sosyal medya aracılığıyla sunmak, bunların reklamını ve pazarlamasını anılan mecralarda da yapmak gibi bir eğilim içerisinde oldukları aşikârdır. Bu gibi meslekî ve ticarî faaliyetlerin, *blog*larda, benzer şeyler satan sitelerde, ürüne yahut hizmete ilişkin sayfalarda ve sair sosyal medya mecralarında, meslekî faaliyetin zedelenmesi amacıyla haksız yere ve gerçek dışı bir şekilde kötülenmesi yahut meslek sırlarının bu yolla ifşası da **iktisadî bütünlüğe ve varlığa ilişkin saldırı** teşkil edeceğinden, bu gibi ihlâllere karşı kişilik hakkını koruyan hükümlere müracaat edilebilmesi mümkündür.

okutması hâlinde, bu suç oluşmayacaktır. Buna karşılık, mektubun gönderenin bilgisi ve rızası dışında alenen okunması, başkaları tarafından okunmasını temin için bir yere asılması veya basın ve yayın yolu ile yayınlanması hâlinde, söz konusu suç oluşacaktır. Dördüncü fıkrada, kişiler arasındaki haberleşmelerin içeriğinin basın ve yayın yolu ile yayınlanması hâlinde, ikinci veya üçüncü fıkralara göre verilecek cezanın belli oranda artırılması öngörülmüştür.”, bkz., Madde Gerekeçesi, (*naklen*). 4 HD. 10.03.2016 E.2015/4250 K.2016/3130, “...Dosya kapsamından; davacının yapmış olduğu özel bir konuşmanın yasadışı olarak kaydedildiği ve internette yayımlandığı anlaşılmaktadır. Davaya konu gazete haberinde de bu konuşmanın metni yayınlanmıştır. Davacının bilgisi dışında kaydedilen bu konuşmanın daha önce internette yayınlanmış olması, tek başına davalıların sorumluluğunu ortadan kaldırıci nitelikte değildir... Özel hayata ilişkin bu konuşmanın yayınlanmasında kamu yararı bulunduğundan da söz edilemez. Ayrıca olaya ilişkin ceza yargılamasında ..Asliye Ceza Mahkemesi tarafından verilen beraat kararı, Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 2013/24729 Esas, 2014/11412 karar sayılı ilamı ile TCK.’nın 133/3 maddesindeki suçun olduğu gerekçesiyle bozulmuştur. Mahkemece açıklanan olgular gözetilerek, davaya konu yayın nedeniyle davacının özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiği ve kişilik haklarının zarar gördüğü kabul edilmelidir...”, (Kazancı Bilişim İçtihat Bankası).

SONUÇ

Sosyal medyanın masrafsız oluşu, herkese açık ve herkes tarafından erişilebilir/ kullanılabilir oluşu ve kullanılması için özel bir teknik bilgi gerektirmemesi gibi özellikleri, beraberinde etik sorunları da getirmektedir. Amiyane tabiri ile “*ağzı olanın konuştuğu*” bu mecralarda, kullanıcıların da paylaşım sınırlarını net olarak çizememesi pek çok hak ve özellikle kişilik hakkı ihlâllerine yol açmaktadır.

Bu ihlâller genel olarak, kişilerin *hürriyet, şeref ve haysiyet, özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği, ad, resim – ses ve özel hayata ilişkin sır çevresi, iktisadî hürriyet ve varlık, meslekî şeref ve haysiyet, meslekî sır çevresi* gibi kişisel değerlerine yönelik olarak şekillenmekte ve kimi durumlarda hukukî sorumluluğun yanı sıra cezaî sorumluluğa da yol açmaktadır.

Kişilik hakkının korunması bakımından gerek yasama faaliyeti ve yargı mercileri marifetiyle devlete gerekse servis sağlayıcılar ve yetkili denetim organlarına görev düşse de, bu yönde en büyük sorumluluğun kullanıcılarda olduğu unutulmamalıdır. Zira sosyal medya özelinde internete yüklenen hiçbir verinin tümüyle silinemeyeceği ve/ veya gizli kalacağı unutulmamalı, paylaşımlarda etik sınırlara ve mahrem alana ilişkin kişisel veri paylaşımlarında dikkatli olunmalıdır.

KAYNAKLAR

- Akar**, Erkan: Sosyal Medya Pazarlaması – Sosyal Webde Pazarlama Stratejileri, Ankara 2011.
- Akipek**, J. G. / **Akıntürk**, T. / **Akipek**, Jale G.: Türk Medenî Hukuku – Başlangıç Hükümleri – Şahsın Hukuku, C. 1, Ankara 1961.
- Arslan – Öncü**, Gülay: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, İstanbul 2011.
- Ataay**, Aytekin: Medenî Hukukun Genel Teorisi, Bası 3, İstanbul 1980.
- Ateş – Karaman**, Derya: Türk Medenî Hukuku – Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku, C. 1, Bası 10, İstanbul 2013.
- Ayan M. / Ayan**, N.: Kişiler Hukuku, Bası 8, Ankara 2016.
- Ayan**, Mehmet: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, Bası 11, Ankara 2016.
- Babacan**, M. E. / **Haşlak**, İ / **Hira**, İ: Sosyal Medya ve Arap Baharı, Akademik İncelemeler Dergisi, C. 6, S. 2, 2011, s. 63 vd..
- Banko M. / Babaoğlan**, A. R.: Gezi Parkı Sürecine Dijital Vatandaşın Etkisi – Gezi Parkı Kitabı, İstanbul 2013.
- Baykan**, Metin: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Basın Özgürlüğü, Ankara 2011.
- Body**, D. M. / **Ellison**, N.: Social Network Sites: Definition, History and Scholarship, Journal of Computer – Mediated Communication, Vol. 13, 2008, p. 210 vd..
- Brunty**, J. / **Helenek**, K.: Social Media Investigations of Law Enforcement, Massachusetts 2013.
- Constantinides**, E. / **Fountain** S. J.: Web 2.0: Conceptual foundations and marketing issues. Journal of Direct, Data and Digital Marketing Practice, Vol. 9, 2008, p. 231 vd..
- DeLuca**, K. M. / **Lawson**, S. / **Sun**, Y.: Occupy Wall Street on the Public Screens of Social Media: The Many Framings of the Birth of a Protest Movement, Communication, Culture & Critique, Vol. 5, Issue 4, p. 483 vd..

- Drury G.:** Opinion Piece: Social Media: Should Marketers Engage and How Can It be Done Effectively?, *Journal of Direct, Data and Digital Marketing Practice*, Vol. 9, 2008, p. 274 vd..
- Dural, M. / Ögüz, T.:** Türk Özel Hukuku – Kişiler Hukuku, C. 2, Bası 8, İstanbul 2006.
- Dural, Mustafa:** Türk Medenî Hukukunda Gerçek Kişiler, Bası 4, İstanbul 1995.
- Edis, Seyfullah:** Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Bası 2, Ankara 1983.
- Fırat, Muhammed S.:** Hukuk Devleti Açısından İnternette İnsan Hakkı ve Kişilik Haklarına Saldırı Sorunu, *HHFD.*, C. 5, S. 2, 2015, s.
- Gladwin, T. N. / Kennelly, J. J. / Krause, T. S.:** Shifting Paradigms for Sustainable Development Implications for Management Theory and Research, *Academy of Management Review*, Vol. 20, Issue 4, 1995, p. 874 vd..
- Goffman, Erving:** Günlük Yaşamda Benliğin Sunumu (Çev. **Cezar**, Barış), İstanbul 2009.
- Gözler, Kemal:** Kişilik Haklarını İhlâl Eden Yayınların Kaldırılması Usulü ve İfade Hürriyeti – 5651 Sayılı Kanunun 9’uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi, *Rona Aybay’a Armağan*, C. 1, 2014, s. 1060 vd..
- Gürkan, Ülker:** Kişilik Kavramının Evrimi, Prof. Dr. Hâmide Topçuoğlu’na Armağan, Ankara 1995, s. 39 vd.
- Gürsakal, Necmi:** Sosyal Ağ Analizi, Bursa 2009.
- Heinonen, K.:** Customer Activity in Social Media: Managerial Approachers to Consumers’ Social Media Behavior, *Journal of Consumer Behavior*, Vol. 10, 2011, p. 356 vd..
- Helvacı, Serap:** Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001.
- Hoffman, D. L. / Fodor, M.:** Can You Measure the ROI of Your Social Media Marketing, *MIT Sloan Management*, Vol. 52, Issue 1, 2010, p. 41 vd..
- İmre, Zahit:** Medenî Hukuka Giriş, Bası 3, İstanbul 1980.

- İmre**, Zahit: Şahsiyet Haklarının Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler, İÜHFMD., C. 39, S. 1 – 4, s. 147 vd (Meseleler).
- İşgüzar**, Hasan: Kişilik Hakkının İhlâli Nedeniyle Manevî Tazminat Davasının Şartları, ABD., Yıl 47, S. 1990/6, s. 855 vd..
- Kaplan**, Andreas M., / **Haenlein**, M.: Users of The World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media, Business Horizons, Vol. 53, Issue 1, 2010, p. 59 vd..
- Kara**, Tolga: Sosyal Medya Endüstrisi, Bası 1, İstanbul 2013.
- Karadeniz – Çelebicin**, Özcan: Roma Hukuku, Bası 16, Ankara 2013.
- Kaya**, Mine: Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt 119, 2015, s. 277 vd., (Medya).
- Kaya**, Mine: Elektronik Ortamda Kişilik Hakkının Korunması, Ankara 2015 (Elektronik).
- Kılıçoğlu**, Ahmet: Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Bası 4, Ankara 2013.
- Kırık**, Ali M.: Arap Baharında Sosyal Medya – Birey Etkileşimi ve Toplumsal Dönüşüm, 21.Yüzyılda Eğitim ve Toplum, C. 1, S. 2, 2012, s. 87 vd..
- Kietzmann**, J. H. / **Hermkens**, K. / **Koçak**, Gizem N.: Bireylerin Sosyal Medya Kullanım Durumlarının ve Motivasyonlarının Kullanımlar ve Doymalar Yaklaşımı Bağlamında İncelenmesi: Eskişehir’de Bir Uygulama, Eskişehir 2012 (Yayınlanmamış Doktora Tezi).
- Korkmaz**, Ali: Arap Baharı Sürecinde İnternet ve Sosyal Medyanın Rolü, International Symposium on Language and Communication: Research Trends and Challenges, 2012, s. 2147 vd..
- Köprülü**, Bülent: Medenî Hukuk, Bası 2, İstanbul 1984.
- Köseoğlu**, Y. / **Al**, H.: Bir Siyasal Propaganda Aracı Olarak Sosyal Medya, Akademik İncelemeler Dergisi, C. 8, S. 3, 2013, s. 112 vd..
- Lietsala**, K. / **Sirkkunen**, E.: **Social Media**, Tampere 2008.
- Mayfield**, Antony: What Is Social Media, United Kingdom 2010.

- McCarthy, I. P. / Silvestre, B. S.:** Social Media? Get Serious! Understanding The Functional Building Blocks of Social Media, Business Horizons, Vol. 54, Issue 3, 2011, p.
- Miller, R. / Lammas, N.:** Social Media and It's Implications for Viral Marketing, Asia Pasific Relations Journal, Vol. 11, 2011, p. 1 vd..
- Neti, S.:** Social Media and It's Role in Marketing, International Journal of Enterprise Computing and Business Systems, Vol. 1, Issue 2, 2011, p. 1 vd..
- O'Reilly, Tim:** What Is Web 2.0 – Design Patterns and BusinessModels for The Next Generation, CA, 2005.
- Oğuzman, M. K. / Seliçi, Ö. / Oktay – Özdemir, S.:** Kişiler Hukuku – Gerçek ve Tüzel Kişiler, Bası 12, İstanbul 2000.
- Öğüç, Ç. / Kasap, F.:** İnternet Yayıncılığında Etik Yaklaşımlar: Özel Hayatın Gizliliği, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 8, S. 37, 2015, s. 964 vd..
- Öngören, Gürsel:** TV ve Radyoda Kişilik Haklarına Saldırlara Karşı Hukukî Başvuru Yolları, İstanbul 1995.
- Özata, Fatma Z.:** Sosyal Medya Platformları, Dijital İletişim ve Yeni Medya (Ed. Öztürk, Mesude C.), Eskişehir 2013.
- Özsunay, Ergun:** Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, Bası 5, İstanbul 1982.
- Parlak – Börü, Şafak:** Fotoğraf Üzerindeki Haklar, Ankara 2013.
- Patino, A. / Pitta, D. A. / Quinones, R.:** Social Media's Emerging Importance in Market Research, Journal of Consumer Marketing, Vol. 29, Issue 3, 2012, p. 233 vd..
- Sanlav, Ümit:** Sosyal Medya Savaşları, Bası 1, İstanbul 2014.
- Shirky, Clay:** The Political Power of Social Media, Foreign Affairs, Vol. 9, Issue 1, p. 28 vd..
- Sırabaşı, Volkan:** İnternet ve Radyo Televizyon Aracılığı ile Kişilik Haklarına Tecavüz, Ankara 2007.
- Sütçü, C. S. / Düvenci, A. / AYTEKİN, Ç.:** Türkiye'deki Siyasal Yaşamda Sosyal Medya: Siyasi Partilerin Kullanım Düzeylerine İlişkin Bir Araştırma,

- Yeni Medyada Demokrasi – Sosyal Medyaya Dair Araştırmalar (Ed. **Algül**, And / **Üçer**, Neda), Konya 2013, s. 165 vd..
- Szajkowski**, Bogdan: Social Media Tools and The Arab Revolts, Alternative Politics, Vol. 3, Nmb. 3, 201, p. 420 vd..
- Şen**, Ersan: Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, İstanbul 1996.
- Tandoğan**, N. Haluk: Şahsiyetin Akit Dışı İhlâllere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlâllere Karşı Özel Hayatın Korunması, AÜHFD., C. 20, S. 14, s. 1 vd..
- Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**: Tekinay Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, Bası 7, İstanbul 1993.
- Tekinay**, Selâhattin S.: Medenî Hukuka Giriş Dersleri, Bası 5, İstanbul 1987.
- Tekşen**, Mustafa: Ticarî Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu, Ankara 2012.
- Thurlow**, C. / **Lengel**, L. / **Tomic** A.: Computer Mediated Communication: Social Interaction and The Internet, London 2004.
- Türk**, Gül D.: Demokrasinin Dördüncü Kuvveti Yeni Medya Teknolojileri, Inet-Tr’13, XVIII Türkite’de İnternet Konferansı, 9 – 11 Aralık 2013, s. 55 vd.
- Velidedeöğlu**, Hıfzı V.: Türk Medenî Hukuku – Şahsın Hukuku, C. 1, Bası 5, İstanbul 1956.
- Vural**, Z. B. Akıncı / **Bat**, Mikail: Yeni Bir İletişim Ortamı Olarak Sosyal Medya: Ege Üniversitesi İletişim Fakültesine Yönelik Bir Araştırma, Journal of Yasar University, Vol. 20, Issue 5, 2010, p. 3348 vd..
- Weinberg**, T. / **Ladwig**, W. / **Pahrmann**, C.: Social Media Marketing, O’Reilly 2012, p. 6 vd..
- Yegen**, Ceren: Demokratik ve Yeni Bir Kamusal Alan Olarak Sosyal Medya, AÜSBD., C. 1, S. 2, 2013, s. 119-135.
- Zevkliler**, A. / **Acabey**, M. B. / **Gökyayla**, E.: Zevkliler Medenî Hukuk, Bası 6, Ankara 1999.

İNTERNET KAYNAKLARI

www.ab.org.tr
www.acarindex.com
www.bilgihanem.com
www.blog.isimtescil.net
www.iletisimvediplomasi.com
www.sosyaliletisim.blogspot.com.tr
www.sosyalsosyal.com
www.tbmm.gov.tr

DİĞER KAYNAKLAR

Çetin, Erol, Açıklamalı ve İçtihatlı Basın Kanunu, Ankara 1999.
Kazancı Bilişim İçtihat Bankası
UYAP. Hâkim – Savcı İçtihat Portalı
Wikipedia Online Encyclopedi

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
AIDS.	: Acquired Immune Deficiency Syndrome (Edinilmiş Bağışıklık Eksikliği Sendromu)
AİHS.	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY.	: 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD.	: Yargıtay Ceza Dairesi
CGK.	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
Çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
E.T.	: Erişim tarihi
Ed.	: Editör
f.	: Fıkra
FSEK.	: 7981 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD.	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HHFD.	: Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi
İHEB.	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
Karş.	: Karşı görüş
MAÜSBD.	: Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
Nmb.	: Number
No:	: Numara

p.	: Page
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBK.	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK.	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TDK.	: Türk Dil Kurumu
TMK.	: 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
TV.	: Televizyon
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume

ROMA HUKUKUNDA SORUMLULUK*

Arş. Gör. Övünç GÜVEL**

THE LIABILITY IN ROMAN LAW

ÖZ

Türk-İsviçre hukukları özellikle borçlar hukuku alanında Roma Hukukundan büyük ölçüde etkilenmiştir. Sorumluluk sadece borçlar hukukunun değil, tüm özel hukukun en önemli konularından birisidir. Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan sorumlulukla ilgili kurallar ve kıstaslar incelendiğinde bunların temelini Roma Hukukunda olduğu görülecektir. Kast, ağır ihmâl ve hafif ihmâl gibi kusur türleri, sorumsuzluk anlaşmaları, fayda teorisi gibi, mücbir sebep gibi pek çok kurum Roma Hukuku kökenlidir. Bunların daha iyi anlaşılabilmesi ve yorumlanması için Roma Hukuku incelenmelidir.

ANAHTAR KELİMELELER: Sorumluluk, Kast, Ağır İhmâl, Mücbir Sebep, Fayda Teorisi

* Kabul Edildiği Tarih: 14.12.2017

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.359990](https://doi.org/10.15337/suhfd.359990)

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

E-mail Adresi: ovunc_güvel@hotmail.com

ORCID ID: orcid.org/0000-0002-4731-845X

ABSTRACT

Turkish-Swiss law has been greatly influenced by Roman law, especially in the area of law of obligations. The liability is one of the most important issues of not only law of obligations but also all private law. When examining the rules and criterias for the liability in the Turkish Code of Obligations, it will be seen that the basis of these is in Roman law. Many institutions, such as intent, types of negligence such as gross and slight negligence, irresponsibility agreements, the theory of utility, are the origins of Roman law. For better understanding and interpretation of these, Roman law should be examined.

KEYWORDS: *Liability, Intent, Gross Negligence, Force Majeure, The Theory of Utility*

I. GİRİŞ

Sorumluluk kavramı hukukun en önemli konularından birisini oluşturmaktadır. Borçluların hangi şartlar altında, ne tür ölçütlere göre sorumlu olacağını belirlemek önemlidir. Zarar gören kişilerin tatmin edilmesi, oluşan zararların tazmin edilmesi açısından borçlunun sorumluluğunun sınırlarını iyi çizmek gerekmektedir.

Tüm hukuk düzenlerinde, sorumluluk konusunda tarih boyunca iki temel ilke uygulanmıştır. Bunlardan birincisi kusursuz sorumluluktur. Özellikle ilkel hukuklarda, zararın oluşması yeterli görülüp, failin kusurlu olup olmadığına bakılmamıştır. Bu sorumluluk türünde önemli olan dış dünyaya yansıyan sonuçtur. Daha gelişmiş toplum ve hukuk düzenlerinde ise kusur sorumluluğu esas alınmış, failin ruhsal yapısı da incelenmiştir.

Roma Hukukunda da en eski dönemlerde kusursuz sorumluluk hâkimken; zaman içinde kusur kavramı oluşmuş, böylece kusur sorumluluğuna doğru geçiş başlamıştır. Iustinianus döneminde ise kusur sorumluluğu temel ilke haline gelmiş ve borçlunun kusurunun hangi ölçütlere göre belirleneceği, hangi şartlarda sorumluluğun ortadan kalkacağı düzenlenmiştir. Roma hukukundan etkilenen modern hukuk sistemlerinde de kusur sorumluluğu esas alınmış ve Roma'daki temel ilkeler benimsenmiştir.

Çalışmamızda sorumluluk kavramı genel olarak incelenmiş ve sorumluluk türleri, Roma hukukunda sorumluluk kavramı ve gelişimi

açıklanmıştır. Kusursuz sorumluluk ve bunun en önemli örneği olan custodia, kusur kavramı ve türleri, sorumluluk ölçütleri açıklanmıştır.

II. SORUMLULUK KAVRAMI

Sorumluluk kavramının iki anlamı vardır. İlk olarak sorumluluk, borçlunun sorumluluğunun hangi hukukî ilişkiden kaynaklandığını göstermektedir. Genel davranış kurallarına aykırılık halinde haksız fiil sorumluluğu, aradaki sözleşme ilişkisine aykırılık varsa akdî sorumluluk vardır. Bu sorumluluğa “-den sorumluluk” adı da verilmektedir¹.

Sorumluluk kavramının ikinci anlamı ise, borçlu borcunu ödemediği takdirde, malvarlığına alacaklının talebiyle devlet organları tarafından el konulması ve borçlunun da buna katlanması yükümlülüğüdür. Alacaklı, borcunu yerine getirmeyen borçluya karşı cebrî icra organlarına başvurur. Bu sorumluluk türüne “ile sorumluluk” adı da verilmektedir. Modern hukuklarda malvarlığı ile sorumluluk ilkesi uygulanmaktadır².

III. SORUMLULUK TÜRLERİ

A) Akdî Sorumluluk- Akit Dışı Sorumluluk

Sorumluluk taraflar arasındaki hukukî ilişkiden doğmuşsa burada akdî sorumluluk vardır³. Akdî sorumlulukta borçlu borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmediği için sorumlu olur. Örneğin; ariyet aldığı atı geriye vermeyen, kira parasını ödemeyen kiracı, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemiştir.

Akit dışı sorumlulukta ise arada daha önce kurulmuş bir hukukî ilişki bulunmamaktadır. En önemlisi haksız fiil sorumluluğudur. Burada bir kimse, daha önce arasında hukuki ilişki bulunmayan bir kimseye, hukuka aykırı bir

¹ Akıncı, Borçlar, 41; Eren, 84; Kılıçoğlu, 31; Oğuzman/Öz, 17; Schwarz, Borçlar, 76.

² Akıncı, Borçlar, 41; Eren, 84; Kılıçoğlu, 31; Oğuzman/Öz, 17; Schwarz, Borçlar, 77. Borçlunun alacaklıya karşı malvarlığıyla sorumluluğu gerçek ve teknik anlamda sorumluluktur. “Den sorumluluk”ta zarar veren haksız fiilinden, özen borcunun ihlalinden, belirli ve tipik tehlikeden ya da sözleşmenin ihlalinden doğan zararı tazmin yükümlülüğü altındadır. Burada sorumluluk teknik anlamda kullanılmayıp, zararı tazmin yükümlülüğü anlamına gelir (Eren, 83, 84).

³ Akıncı, Roma, 32; Tandoğan, 5. Akdî sorumluluk TBK m. 112 (BK m. 96) vd. da borçların ifa edilmemesi başlığı altında hükme bağlanmıştır.

fiiliyle zarar vermiştir ve bu zararı tazmin etme yükümlülüğü altındadır⁴. Birisini yaralayan, öldüren, malına zarar veren kişi haksız fiilinden dolayı sorumlu tutulur.

Roma hukukunda akdî sorumluluktan söz edebilmek için arada bugünkü anlamda contractus (sözleşme) bulunması gerekmiyordu. Taraflar arasında kurulmuş herhangi bir hukukî ilişkinin ihlali de akdî sorumluluk kapsamına giriyordu⁵. Örneğin vekâletsiz iş görmede, vekâletsiz iş gören başladığı işi özenle yapmadıysa ya da intifa hakkı sahibi, hakkını uygun kullanmazsa akdi sorumluluk söz konusuydu.

B) Şahıs ile Sorumluluk - Malvarlığı ile Sorumluluk

Şahıs ile sorumluluk, alacaklının borcunu ödemeyen borçlunun şahsına el koymasıdır. Roma Hukukunun ilk dönemlerinde borcunu ödemeyen borçluya karşı çok katı icra usûlleri vardı. Alacaklı, manus inectio yoluyla borçluya el koyar ve altmış gün boyunca zincire vurulu halde hapsederdi. Bu süre içinde de borç ödenmediği takdirde, alacaklı borçluyu isterse öldürebilir, isterse Tiber nehrinin karşı kıyısına götürüp köle olarak satabilirdi⁶. Bu çok katı icra usulü, Lex Poetilia ile biraz yumuşatılmaya çalışıldı. Alacaklının elinden borçluyu öldürme ve zincire vurma imkânları alınmıştı, ancak alacaklı yine de borçlunun şahsına el koyabiliyor ve borç ödeninceye kadar onu çalıştırabiliyordu⁷.

Roma Hukukunda malvarlığı ile sorumluluk praetorların çalışmaları sonucunda uygulanmaya başlandı. Praetor'lar, borçlunun şahsı üzerindeki icra yolları yerine, mallarına el konulmasına yönelik icra yolları uygulamaya başladılar. Şahsî icra yerine aynî icra uygulanmaya başladı⁸. Başlangıçta aynî icra, külli icra niteliğinde yani borçlunun tüm malvarlığı üzerindeydi. Bazı

⁴ Akıncı, Roma, 32; Di Marzo, 87; Umur, Roma, 501.

⁵ Umur, Roma, 501.

⁶ Karadeniz Çelebican, 327; Rado, 17; Schwarz, Roma, 90. Günümüz için bu usûl çok vahşi görünse de, borçlunun alacaklıların sınırsız intikam duygularına terk edildiği ilkel hukuklarla karşılaştırıldığında, kanunla bir sınır çizilmesi açısından önemlidir (Schwarz, Roma, 91).

⁷ Karadeniz Çelebican, 328; Rado, 17.

⁸ Karadeniz Çelebican, 351.

malların satışı borcun ödenmesine yetse bile, borçlunun tüm malları satışa çıkarılırdı⁹. Bonorum vendito adı verilen bu usûlde açık arttırma sonucu mallar en yüksek fiyatı teklif edene devredilirdi. Bu kişi, borçlunun aktiflerinde onun halefi olur ve taahhüt ettiği miktarı öderdi¹⁰.

Iustianianus döneminde ise, mallar üzerinde külli icra yerine, borcu ödemeye yetecek malların haczi usûlü yerleşti. Başlangıçta sadece belirli durumlar için öngörülen, daha sonra ise genel usûl haline gelen distractio bonorum uygulanmaya başlandı¹¹. Borçlunun malları parça parça ve alacakları karşılamaya yetecek oranda satılmaya başlandı.

C) Sınırlı Sorumluluk- Sınırsız Sorumluluk

Sınırsız sorumluluk, borçlunun borcundan tüm malvarlığı ile sorumlu olmasıdır. Modern hukuklarda da geçerli olan sorumluluk türü budur¹². Alacaklı, borç ödenmediği takdirde, borçlunun malvarlığının aktif kısmındaki tüm mallara ve haklara cebr-i icra yoluyla el koyabilir. Bu sorumluluğa kişisel sorumluluk adı da verilmektedir¹³. Kural olarak borçlunun tüm malvarlığına el konulabilir. Ancak borçlunun ve ailesinin hayatlarını devam ettirmeleri için gerekli olan ve İİK. m. 82’de düzenlenen bazı mallar bunun dışındadır.

Malvarlığı ile sorumlulukta genel ilke sınırsız sorumluluktur. Fakat borçlunun sorumluluğu bazı hallerde belirli mallarla ya da miktarla sınırlanmıştır¹⁴. Sorumluluk malvarlığındaki belirli mallarla sınırlanmışsa eşya ile sınırlı sorumluluk vardır. Buna konu itibarıyla sınırlı malvarlığı ile sorumluluk denir. Örneğin devletin mirasçılığı halinde, devlet terekenin borçlarından sadece kendisine intikal eden mallarla sınırlı olarak sorumludur. Bazen de borçlunun sorumluluğu belli miktara kadar sınırlanmıştır. Otelciler için TBK m. 576’da öngörülen sorumluluk günlük konaklama bedelinin üç katıyla

⁹ Günal/Küçükgüngör, 45; Karadeniz Çelebican, 352; Tahiroğlu/ Erdoğmuş, 258.

¹⁰ Karadeniz Çelebican, 351, Tahiroğlu, 39.

¹¹ Günal/Küçükgüngör, 45.

¹² Akıncı, Borçlar, 42; Eren, 86; Kılıçoğlu, 32; Oğuzman/Öz, 16; Schwarz, Borçlar, 85.

¹³ Kişisel sorumluluk yukarıda görülen eski devirlerde uygulanmış olan şahıs ile sorumluluktan tamamen farklıdır. Şahıs ile sorumlulukta alacaklı borçlunun şahsına el koyuyordu (Oğuzman/Öz, 16; Schwarz, Borçlar, 85).

¹⁴ Akıncı, Borçlar, 43; Eren, 86; Kılıçoğlu, 32, Oğuzman/Öz, 17; Schwarz, Borçlar, 89.

sınırlanmıştır. Bir borca kefil olan kişi de senette belirtilen miktarla sorumludur¹⁵.

Roma Hukukunda da sınırlı sorumluluk sayılabilecek bir hal vardı. Aile babası ya da efendi, kölesine veya aile evladına işletmesi için peculium denilen mal ya da haklar vermişse, bunlarla yapılan hukukî işlemlerden doğan borçlardan sadece peculium oranında sorumluydu¹⁶.

IV. ROMA HUKUKUNDA SORUMLULUK TÜRLERİ

A) Kusursuz Sorumluluk

Tüm hukuk düzenlerinde farklı devirlerde uygulanan iki sorumluluk prensibi vardır. İlkel hukuklarda olduğu gibi, Roma Hukukunun eski dönemlerinde de kusursuz sorumluluk ilkesi hâkimdi. İlkel hukuklarda kişinin iç dünyası değil, dış olaylar göz önünde tutulduğu için zararın meydana gelmesi yeterliydi. Kusur sorumluluğu ise kişinin kusurunu aradığı için daha gelişmiş bir hukuk düzenini gerektirmektedir. Roma Hukukunda, Klasik dönemin sonlarından itibaren kusur sorumluluğuna doğru geçiş olmuş, Iustianianus dönemine gelindiğinde ise kusur sorumluluğu temel ilke haline gelmiştir¹⁷.

Roma Hukukundan etkilenen, 19. ve 20. yüzyıl kanunlarında da temel ilke olarak kusur sorumluluğu benimsenmişti. Ancak sanayi devrimiyle birlikte makineleşmenin artması, büyük işletmelerin kurulması ve bunların toplum için yarattığı tehlikeler karşısında kusur sorumluluğu yetersiz kaldı. Gösterilen bütün dikkat ve özene rağmen önlenemeyen zararların ortaya çıkması, bu zararlardan sorumluluk için kusurun yetmeyeceği anlayışını yerleştirdi ve tehlike sorumluluğu ortaya çıktı¹⁸. Bunun dışında hakkaniyet, dikkat ve özen

¹⁵ Oğuzman/Öz, 17.

¹⁶ Karadeniz, Peculium, 185; Rado, 163. Bir başka deyişle köle ya da aile evladının borçlarından, sadece peculium'a dahil malvarlığıyla değil tüm malvarlığıyla sorumluydu. Ancak bu sorumluluk peculium miktarı kadardı (Karadeniz, Peculium, 185).

¹⁷ Erdoğan, Roma, 29; Karadeniz Çelebican, 288; Tahiroğlu, 43; Rado, 23.

¹⁸ Schwarz, Borçlar, 101 vd.; Rado, 30, Tandoğan, 92. Örneğin İsviçre'de 1905 tarihli Demiryollarının ve Vapur İşletmelerinin Mesuliyet Mükellefiyetleri Hakkında Federal Kanun, 1932 tarihli Motorlu Nakil Vasıtaları ve Bisikletlerle Seyrüsefer Hakkında Federal Kanun çıkarıldı (Schwarz, Borçlar, 102); Türk hukukunda da tehlike

gösterilmesi düşünceleri de kanunlarda kusursuz sorumluluk türlerinin düzenlenmesine yol açtı¹⁹.

Kusursuz sorumlukta önemli olan dış dünyada meydana gelen sonuçtur. Bir zarar meydana gelmiş, yani bir sonuç ortaya çıkmışsa borçlu bundan mutlaka sorumlu olacaktır. Bu hallerde yalnızca meydana gelen sonuca bakıldığı için bu sorumluluğa netice (sonuç) sorumluluğu da denilmektedir²⁰. İkel toplumlarda kişinin iç dünyasını, iradesini araştırarak bilgi ve düşünce düzeyi gelişmediği için, önemli olan dış dünyadaki hareketlerdi. Bu nedenle ilkel hukuklarda kusursuz sorumluluk ilkesi uygulanmıştır. Roma Hukukunun eski dönemlerinde de kusursuz sorumluluk uygulanıyordu²¹.

Kusursuz sorumluluk hem akdî sorumlulukta hem de haksız fiil sorumluluğunda geçerliydi. Ariyet alan borçlu, ariyet aldığı atı geri vermezse; satıcı satmış olduğu malı teslim etmezse veya bir başkasının kölesini öldürürse ya da birisini yaralarsa ortaya çıkan zararlardan borçlu kusuruna bakılmaksızın sorumlu tutuluyordu. Önemli olan sadece fiille zarar arasında illiyet bağının bulunmasıydı²². İlliyet bağının bulunması, failin böyle bir sonucu isteme iradesinin varlığına işaret ediyordu.

Bununla birlikte, Roma'da kusursuz sorumluluğun hâkim olduğu dönemlerde bile bir fiili kasıtlı işleyen ile kasıtlı işlemeyen arasında bir fark yapılmıştır. XII Levha Kanununda kasten adam öldürme ile tesadüfen öldürme fillerine verilen cezalar açısından fark vardı. Yangının kasıtlı ya da kasıt olmadan çıkarılmasına da farklı cezalar uygulanmıştır²³.

Roma'nın eski dönemlerinde, şekilciliğin hâkim olduğu *Ius Civile*'de bütün borçlar dar hukuk borçları (*stricti iuris*) idi. Borçlu taahhüt ettiği borcu

sorumluluğu esasına dayanan bazı özel kanunlar çıkarıldı. Karayolları Trafik Kanunu, Türk Sivil Havacılık Kanunu gibi. Tehlike sorumluluğunu düzenleyen genel bir düzenleme ise 818 sayılı BK'da yoktu. Ancak 6098 sayılı TBK ile tehlike sorumluluğu genel bir hükümlerle düzenlenmiştir (m. 71).

¹⁹ Akıncı, Borçlar, 154, dn.174; Tandoğan, 93 vd.

²⁰ Rado, 22; Umur, Roma, 507.

²¹ Karadeniz Çelebican, 288; Rado, 23.

²² Rado, 22; Tahiroğlu, 41.

²³ Erdoğan, Roma, 26, dn. 55.

aynen ifa etmeliydi. Ferden belli bir şeyin mülkiyetinin geçirilmesine ilişkin dare borçlarında borçlu, borcunu ifa edemezse kusuruna bakılmaksızın sorumlu tutuluyordu. Bu dönemde borç bir sonuç taahhüdü olarak algılandığı için, borç ifa edilmediği takdirde borçlu sorumlu tutuluyordu²⁴.

Roma Hukukunda klasik dönemde önemli bir uygulama alanı olan sorumluluk türü custodia sorumluluğuydu. Hâkim olan görüş, custodia sorumluluğunun kusursuz sorumluluğun bir türü olduğudur²⁵. Custodia sorumluluğu, başkasına ait bir malı kendi yararı için elinde bulunduran kişinin, mala gelecek zararlardan kusuruna bakılmaksızın sorumlu olmasıydı²⁶. Custodia sorumluluğunda borçlu, en titiz kimseden beklenen dikkat ve özeni (*diligentia exactissima*) göstermeliydi. Ariyet sözleşmesinde ariyet alan, eser sözleşmesinde müteahhit, rehin sözleşmesinde rehin alan, kira sözleşmesinde kiracı, custodia sorumluluğu altındaydı²⁷. Hancılar, gemiciler ve ahır sahipleri de yolcuların yanlarında getirdikleri eşyalar bakımından custodia sorumluluğu altındaydı.

Custodia sorumluluğunda borçlu, kendisine bırakılan malın sürekli ve dikkatli bir gözetim sonucu önlenebilecek zararlarından sorumlu tutuluyordu. Bu nedenle beklenmeyen hallerden (*casus minor*) sorumlu tutulmuştu²⁸. Custodia, başlangıçta hırsızlığa karşı bir sorumluluk olarak görülmüştü. Borçlu malın çalınmasında kusuru bulunmadığını ispat ederek bile, sorumluluktan kurtulmazdı²⁹. Örneğin ariyet sözleşmesinde, ariyet alan malı kendi yararı için kullanmaktaydı ve klasik hukuk döneminde custodia ile sorumluydu. Gaius'un *Institutiones*'inde bu şu şekilde belirtilmektedir:

²⁴ Koschaker/Ayiter, 197.

²⁵ Erdoğan, Custodia, 906; Rado, 29; Zilelioğlu, 241.

²⁶ Erdoğan, Roma, 38; Koschaker/Ayiter, 197; Rado, 29; Zilelioğlu, 250.

²⁷ Erdoğan, Roma, 38; Koschaker/Ayiter, 197; Rado, 29.

²⁸ Erdoğan, Custodia, 896; *Casus minor* denildiğinde beşeri açıdan kaçınılabilen, ama iyi bir aile babasının göstereceği özen ile bile önlenemeyecek haller anlaşılırdı (Erdoğan, Custodia, 897).

²⁹ Erdoğan, Roma, 38. Kaçmayı alışkanlık haline getirdiği için gözetim altında tutulması gereken kölelerin kaçması, ariyet alınmış hayvanların zarar vermesi, üçüncü kişilerin mala zarar vermesi gibi haller de custodia sorumluluğu içinde düşünülmüştü (Erdoğan, Roma, 39, dn. 72).

“Temizleyici ya da terzi hakkında söylediklerimizi, kendisine bir şeyi ariyet olarak verdiğimiz kimseye de tatbik edebiliriz. Nasıl ki onlar bir ücret almakla nezaret (custodia) mükellefiyeti altına giriyorlarsa, bu da ariyet aldığı şeyin kullanılmasındaki menfaati dolayısıyla aynı şekilde nezaretle mükelleftir.”³⁰

Hırsıza karşı *actio furti*'yi açma hakkı, başlangıçta sadece malın malikine tanınmışken, sonraları malın çalınmamasında menfaati olanlara da tanınmıştı. Cumhuriyet devrinde düzenlenen “*cuius interest furtum factum non esse*” ilkesine göre, hırsızlığın yapılmamasında hukukî yararı bulunan herkes dava açabilirdi. En başta da *custodia* sorumluluğu altında olanlar dava açabiliyordu³¹.

İstisna sözleşmesinde (*locatio conductio operis*) de müteahhidin (*conductor*) ona teslim edilen malzeme nedeniyle sorumluluğu, *custodia* sorumluluğuydu. Bir iş yapmak için malzemeyi alan müteahhit, örneğin elbise dikmek için kumaşı alan terzi, temizlemek için elbise alan temizleyici, *custodia* sorumluluğu altındaydı³². Bu kişiler de ariyet alan gibi, kusurları olmasa bile malın çalınmasından sorumluydular. Müteahhite yüklenen bu ağır sorumluluk, onun işçiye göre daha bağımsız olmasında aranabilir³³.

Üzerinde durulması gereken bir konu da gemici, hancı ve ahırcıların (*cauponum, nauratum, stabulariorum*) sorumluluğuydu. Roma'da bu kişilerin yaptıkları sözleşmeler de istisna sözleşmesi kapsamına girmekteydi³⁴. Bu kişiler Klasik dönemde *custodia* sorumluluğu altındaydılar, dolayısıyla gemi yolcuları, han ve ahır müşterileri *locatio conductio operis*'ten doğan *actio locatio* davasını açabilirlerdi. Bu kaynaklarda karşımıza çıkmaktadır:

³⁰ Gai. Inst. 3. 206: “*Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum, cui rem commadauimus. nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipendio similiter necesse habet custodiam praestar*” (Gaius, Institutiones, 92).

³¹ Koschaker/Ayiter, 264.

³² Koschaker/Ayiter, 197; Rado, 29; Somer, İstisna, 102.

³³ Somer, İstisna, 105.

³⁴ Karadeniz, İş ilişkileri, 185; Özellikle Roma'da çok önemli olan deniz ticaretinde gemi ile yolcu ve yük taşınması istisna sözleşmesine giriyordu (Tahiroğlu, 229).

“Gemici, hancı ve ahırcılar ücreti başkalarının mallarını korumak için almazlar, gemici yolcuları taşımak için, hancı yolcuları barındırmak için ve ahırcı yük hayvanlarının ahırında kalmasına izin verdiği için ücret alırlar. Bununla birlikte custodia’dan sorumludurlar. Çünkü bir temizleyici ve terzi de, başkalarının mallarına nezaret etmek için değil, zanaatları için ücret alırlar. Yine de locatio’dan dolayı _actio ex locato- ile custodia’dan sorumludurlar.”³⁵

Bunun dışında yolcu ve müşterilere bir imkân daha tanınmıştı. Yolcuların ve müşterilerin beraberinde getirdikleri eşyalarını güvence altına almak için, receptum adı verilen bir pactum³⁶ yapıyorlardı. Böyle bir anlaşma yapılmasının en önemli nedeni yolcuların istisna sözleşmesine konu olmayan kişisel eşyalarının (el çantası vs.) da güvence altına alınması düşüncesi idi³⁷. Bu anlaşma ile gemici, hancı ve ahır sahipleri eşyaların zarar görmesinden veya kaybindan beklenmeyen halleri de kapsayacak şekilde sorumluluk altına giriyorlardı. Bu sorumluluk aslında mücbir sebep hallerini de kapsıyordu, ancak mücbir sebep halinde ileri sürülmesi için def’i tanınmıştı. Klasik dönemde bu sorumluluğun doğması için receptum yapılması gerekiyordu. Iustinianus döneminde ise receptum yapılmasına gerek kalmadan kanundan doğan bir sorumluluk haline geldi³⁸.

Iustinianus döneminde kusur sorumluluğuna geçişle birlikte, istisna sözleşmesinde müteahhitlerin custodia sorumlulukları da kusur

³⁵ D. 4.9.5. pr.: Gaius libro V. ad edictum provinciale

“Nauta et caputo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut traiciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiat, stabularius ut permittat iumenta apud eum stabulari: et tamen custodiae nomine tenentur. Nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur” (Somer, İstisna, 103).

³⁶ Pactum, Roma hukukunda ius civile tarafından tanınmış akit tiplerinden birisine girmeyen ve dava hakkı tanınmayan anlaşmalara verilen isimdi. Zamanla praetorlar dava hakkı tanıdılar (Rado, 126, 127).

³⁷ Söğütü-Erişgin, 111; Gürten, 283; Bununla birlikte bazı yazarlar, gemici, hancı ve ahır sahipleri klasik dönemde zaten custodia sorumluluğu altında olduğu için, beklenmeyen halleri de kapsayan receptum anlaşmasının aynı amaca hizmet ettiği ve klasik dönemde fazla önem taşımadığı düşüncesindedir (Karadeniz, İş ilişkileri, 185-186).

³⁸ Koschaker/Ayiter, 248; Rado, 129.

sorumluluğuna dönüştü. Bunun tek istisnası ise yukarıda görüldüğü gibi gemici, hancı ve otelciler olarak kaldı. Aynı kural, modern hukuklara da yansımıştır.

Roma Hukukunda, hâkim olan bir görüşe göre klasik dönemde satıcı da custodia sorumluluğu altındaydı³⁹. Satım sözleşmesinde, sözleşme kurulduktan alıcıya teslim edilene kadar geçen süre içinde, malın taraflardan birinin kuruşu olmaksızın telef olması durumunda hasara alıcı katlanırdı. Bu kural, “hasara alıcı katlanır”-“periculum est emptorist” şeklinde ifade edilmişti⁴⁰. Adalete aykırı olan bu ilke modern hukuklara kadar gelmiş, bu arada Türk-İsviçre Borçlar kanunlarına da geçmişti⁴¹. İşte klasik dönemde custodia sorumluluğu, adalete aykırı olan bu ilkeyi daraltan bir hal olarak kullanılmıştır. Malı satmış ama henüz teslim etmemiş olan satıcı, casus minor (beklenmeyen hal) hallerinde semene hak kazanamıyordu⁴². Örneğin; malın alıcıya tesliminden önce çalınması durumunda satıcı semene hak kazanamıyordu. Klasik dönemde satıcının semene hak kazandığı tek hal mücbir sebep (vis maior) idi. Örneğin kusur olmadan yangın çıkması halinde, yangın vis maior kabul edilerek satıcı sorumlu tutulmuyordu.

Bu dönemde custodia sorumluluğunun içinde beceriksizlik, deneyimsizlik (imperiata) vardı. Aşağıda da incelenmiş olduğu gibi, klasik dönemden sonra kusursuz sorumluluktan kusur sorumluluğuna geçişle birlikte, custodia sorumluluğu özen yükümüne (diligentia) dönüştüğü için imperitia da bu kavram içinde düşünölmeye başlanmıştır⁴³.

B) Kusur Sorumluluğu

Kusur (culpa) hukuk düzeninin kınadığı irade tersliği ya da eksikliğidir. Hukuka aykırı sonucu isteyen ya da hukuka aykırı sonucu önlemek için gerekli

³⁹ **Erdoğan**, Custodia, 901 vd.; **Rado**, 29.

⁴⁰ **Erdoğan**, Roma, 80; **Koschaker/Ayiter**, 233-234; **Rado**, 95.

⁴¹ 818 sayılı BK m. 183'te bu ilke yer almıştı. TBK'da ise adalete aykırı olan bu kural değişmiştir. TBK m. 208'de hasarın malın zilyetliğinin devrinden sonra alıcıya geçeceği hükmü yer almıştır (**Akıncı**, Roma, 127).

⁴² **Erdoğan**, Custodia, 902; **Tahiroğlu**, 206.

⁴³ **Karadeniz**, İş İlişkileri, 184; **Somer**, İstisna, 105.

iradeyi göstermeyen kimse kusurludur⁴⁴. Bu durumda kişi hukuk düzeni tarafından ayıplanmakta ve kınanmaktadır. Örneğin; bir kişi ariyet aldığı bir malı geri vermemek için kırsa veya gerekli dikkati göstermediği için çaldırırsa kusurludur.

Görüldüğü gibi, kusur kişinin iç dünyası, psikolojik yapısıyla ilgilidir⁴⁵. Kusur, göreceli bir kavramdır. Bir sözleşmede borcun ifası için borçlunun yapması gerekenler, sözleşme türlerine göre değişmektedir. Bunun dışında borçlunun içinde bulunduğu durum incelenir, kusurlu olduğu sonucuna varılırsa sorumluluğuna gidilir.

Kişinin bizzat kendisi kusurlu ise, bu takdirde zarara kendisi katlanır. Bu Roma Hukuku kaynaklarında da görülmektedir:

“Kendi kusuru neticesinde zarar gören zarar görmüş sayılmaz”⁴⁶

Yukarıda görüldüğü gibi, XII Levha Kanunu’nda kasıtlı olan ve olmayan fiiller ayrımı yapıldığı halde, haksız fiiller alanında kusur, ilk kez mala zarar verme (damnum iniuria datum) Lex Aquila’da düzenlendi⁴⁷. Klasik dönemde culpa tek başına incelenmiyordu. Culpa, hukuka aykırılık (iniuria)⁴⁸ kavramı içinde düşünülüyordu. Bu nedenle klasik hukukçular iniuria kavramından, bir taraftan şahıs ve malvarlığını koruyan emredici hukuk kurallarına aykırılığı, diğer taraftan failin kınanabilirliği yani kusuru anlıyorlardı⁴⁹.

Culpa kavramının önem kazanması daha sonra, özellikle cumhuriyet dönemi hukukçularının iniuria kavramını işlemeleriyle ortaya çıktı. Cumhuriyet

⁴⁴ Eren, 591; Schwarz, Borçlar, 108.

⁴⁵ Rado, 24; Schwarz, Borçlar, 106.

⁴⁶ D. 50.17.203: “Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire” (Erdoğan, Roma, 32).

⁴⁷ İlçin Gönenç, 26; Bu nedenle haksız fiildeki kusura culpa aquilina da denilmektedir (Umur, Roma, 501).

⁴⁸ Iniuria bir taraftan hukuka aykırılık anlamına gelirken diğer taraftan da ius civile’nin tanıdığı dört haksız fiilden biriydi. Haksız fiil olarak iniuria şahsa karşı yapılan tecavüz anlamındaydı (Umur, Lügat, 87).

⁴⁹ Somer, Zarar, 21; Söğütü Erişgin, 16.

döneminde mala verilen zarardan sorumlu olmak için, zararın kusurla verilmiş olması (damnum culpa) şartı getirildi⁵⁰.

Roma hukukunda kusur kavramını karşılamak için culpa kelimesi kullanılırdı. Culpa hem geniş anlamda kusuru hem de kusurun bir türü olan ihmali karşılamak için kullanılıyordu⁵¹.

1. Kast (Dolus)

Kast bilerek ve isteyerek hukuka aykırı davranmak, zarar verici bir sonucu istemektir⁵². Bir kimse başkasının malını çalarsa, kölesini ya da hayvanını öldürürse, ariyet aldığı malı kırsa veya vedia olarak aldığı malı saklaması gerekirken bir başkasına satarsa kasttan söz edilir. Kastın varlığı için, hukuka aykırı sonucun istenilmiş olması yeterlidir. Hukuka aykırılıktan doğan zararların istenilmiş olması gerekmez. Sözleşmeden doğan borcunu ifa etmeyen borçlu, alacaklıya zarar vermek niyeti taşıyorsa bile, zararı tazmin etmek yükümlülüğü altındadır⁵³.

Klasik dönemde olarak başlıca iki sorumluluk ölçütü vardı. Bunlar custodia sorumluluğu ve dolus'tan sorumluluktur. Dolus, kusursuz sorumluluk ölçütü olan custodia'nın karşıtı olarak kullanılmaktaydı⁵⁴. Bu dönemde dolus çok geniş tutuluyor ve tam olarak sınırları çizilmemiş olan ihmalleri de kapsıyordu⁵⁵. Daha sonraki dönemlerde praetor'lar, dolus'un kapsamını genişlettiler, dolus dürüstlük kurallarına (bona fides) aykırı olan her türlü hareket olarak düşünölmeye başlandı⁵⁶.

⁵⁰ Somer, Zarar, 134.

⁵¹ Karadeniz Çelebican, 289.

⁵² Akıncı, Borçlar, 152; Eren, 597; Schwarz, Borçlar, 109, Tandoğan, 46. Dolaylı kast (dolus eventualis) denilen durumda ise fail hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, sonucu göze almaktadır (Schwarz, Borçlar, 109).

⁵³ Schwarz, Borçlar, 109.

⁵⁴ Zilelioğlu, 250.

⁵⁵ Koschaker/Ayiter, 197.

⁵⁶ Rado, 38.

Klasik hukuk döneminde dolus sorumluluğunun uygulandığı sözleşmeler, öncelikle açılan davalar sonucu şerefsizlik (infamia)⁵⁷ hükmü verilen sözleşmelerdi. Şirket sözleşmesinde ortaklar, vedia sözleşmesinde vedia alan, vekâlet sözleşmesinde vekil, vesayet ilişkisinde vasi dolus'tan sorumluydu⁵⁸.

Vedia (depositum) sözleşmesinde vedia alan, taşınır bir malı ücretsiz olarak saklama yükümlülüğü altına girerdi. Vedia alan bu sözleşmeyi ücret karşılığında yapmadığı için sözleşmeden herhangi bir menfaat sağlamıyordu. Sözleşmede menfaati olan sadece vedia verendi. Bu nedenle klasik dönem hukukçuları, vedia alanı sadece kastından sorumlu tutmuşlardı⁵⁹. Bu kaynaklarda belirtilmektedir:

“Fakat kendisine bir şey vedia olarak bırakılan kimse nezaret ile yükümlü değildir ancak kendisinin bu işte kastı varsa o zaman mesul olur.”⁶⁰

Vekâlet (mandatum) sözleşmesinde klasik dönemde vekil, sadece kastından sorumlu tutulmuştu. Bunun temelinde, karşılıksız hizmet gören vekilin asgari sorumluluk taşıması düşüncesi yatmaktaydı⁶¹. Roma'da vekâlet sözleşmesi ücretsiz olarak yapılırdı. Vekilin sözleşmeden menfaati yoktu. Bu nedenle vekil, klasik dönemde custodia sorumluluğu altında değildi, sorumluluğu kastla sınırlanmıştı⁶².

⁵⁷ Infamia bir kimsenin toplum içindeki itibarını kaybetmesiydi. Ahlaka aykırı meslek icra edenler, sahneye çıkanlar, haksız fiil davalarından ve yukarıdaki sözleşmelerin davalarından doğan davalar sonucu infamis ilan ediliyordu. Bu kişiler kamu hizmetlerinde bulunamazdı (Umur, Lügat, 85).

⁵⁸ Koschaker/Ayiter, 197; Zilelioğlu, 248; Bununla birlikte aşağıda incelendiği gibi, bazı hallerde dolus'tan ayrılma başlamıştı ve yavaş yavaş culpa'dan sorumluluk doğuyordu.

⁵⁹ Di Marzo, 372; Küçükgüngör, 54; Tahiroğlu, 170.

⁶⁰ Gai. Ins. 3. 207: “Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non praestat tantumque in eo obnoxius est, custodiam non praestat tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit.” (Gaius, Institutiones, 92).

⁶¹ Sayın Korkmaz, 139.

⁶² Sayın Korkmaz, 139

Şirket sözleşmesinde de klasik devirde ortakların birbirine karşı sorumluluğu dolus'tan sorumluluğa⁶³. Bu sözleşme ortaklar arası güven ilişkisine dayandığı için, şirket ortakları sadece ortaklığa bir şey taahhüt etme yükümlülüğü altında değildi. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği her şeyi yapmakla yükümlüydü. Şirket ortağı açılan actio pro socio sonucunda mahkûm olursa, infamis ilan ediliyordu. Çok ağır sonuçları olan şerefsizlik hükmü nedeniyle ortakların sorumluluklarının dolusla sınırlanması yoluna gidilmişti⁶⁴.

Vesayet (tutela) ilişkisinde⁶⁵ de vasi sadece kastından dolayı sorumlu tutulmuştu⁶⁶. Burada da hâkim olan düşünce vasinin herhangi bir ücret almamasıydı.

2. İhmal (Culpa)

İhmal, hukuka aykırı sonuç istenmemesine rağmen, gerekli dikkat ve özen gösterilmemesi, gerekli tedbirlerin alınmamasıdır⁶⁷. Kastta belirli bir irade, hukuka aykırı davranma bilinci söz konusuysen, ihmalde böyle bir irade yoktur, gerekli dikkat gösterilmemiş ve tedbirler alınmamıştır. İhmalin belirlenmesinde kural olarak failin yaşı, cinsiyeti, becerileri gibi sübjektif ölçüler yerine, örnek bir tipin davranışı göz önüne alınmaktadır. Buna kusurun objektifleştirilmesi adı verilmektedir⁶⁸. Bu soyut bir tipin, orta zekâlı, normal bir insanın davranışdır. Bu tip, Roma hukukunda kullanılmış olan iyi aile babasının (bonus pater familias) bir yansımasıdır⁶⁹.

Roma'da klasik hukuk döneminde ihmal (culpa) net olarak belirlenmemişti. Bazı sözleşme türlerinde dolus yanında uygulanıyordu⁷⁰. Bazı

⁶³ Di Marzo, 400; Koschaker/Ayiter, 239; İlçin Gönenç, Şirket, 74.

⁶⁴ İlçin Gönenç, Şirket, 76.

⁶⁵ Vesayet Roma hukukunda sözleşme benzerleri (quasi ex contractu) kategorisine girmektedir. Vasi ile vesayet altındaki arasında vekâlet benzeri bir ilişki kurulduğu düşünülmektedir (Rado, 175).

⁶⁶ Koschaker/Ayiter, 256; Umur, Roma, 471.

⁶⁷ Eren, 598; Schwarz, Borçlar, 111, Tandoğan, 48.

⁶⁸ Akıncı, Roma, 37; Kılıçoğlu, 315; Tandoğan, 50.

⁶⁹ Umur, Roma, 503.

⁷⁰ Koschaker/Ayiter, 197; Zilelioğlu, 243.

hallerde de dolus'un tek başına yeterli olmadığı düşüncesi başladı. Örneğin vesayette, vasi malların idaresiyle ilgili zarara bilgisizlik sonucu neden olduysa, culpa'dan bahsediliyor ve şerefsizliğine hükmedilmiyordu. Vedia sözleşmesinde ancak, vedia alanın kastı söz konusuysa şerefsizlik sonucunu doğuracak davanın açılacağı belirtilerek, culpa ihtimali de ortaya koyulmuştu. Görüldüğü gibi, klasik dönemde dolus'un içinden yavaş yavaş culpa kavramı ortaya çıkmaya başladı⁷¹. Culpa'nın önem kazanması ise post-klasik dönem hukukçularının kavramları sistematik biçimde ele alma çalışmalarının sonucunda oldu⁷².

Culpa'nın ilk olarak haksız fiil alanında belirlediği Roma Hukuku doktrininde çoğunlukla kabul edilmektedir⁷³. Mala verilen zararları düzenleyen Lex Aquilia'da, mala zarar verme suçunun unsurlarının hukukçular tarafından işlenmesiyle, dolus yanında culpa ile de mala zarar verileceği düşüncesine ulaşıldı⁷⁴.

"Hukuka aykırı olarak öldürmeden maksat, bunun bir kast veya ihmal sonucunda meydana gelmesidir. Zira hukuka aykırılık olmadan verilen zarar, hiçbir kanun tarafından cezalandırılmamıştır. Nitekim ihmal veya kast olmadan herhangi bir şekilde tesadüfi zarar veren kişi cezalandırılmaz"⁷⁵

Culpa'nın sözleşme sorumluluğu alanına girişi ve çeşitli türlere ayrılışı klasik sonrası dönemde oldu. Culpa'nın diligentia (özen yükümü) ile bağlantısı, ihmal (neglencia) ve tecrübesizlik (imperitia) şeklinde değerlendirilmesi de zaman içinde ortaya çıktı⁷⁶. Yine bu dönemde fiziksel olarak güçsüzlük

⁷¹ Zilelioğlu, 249; Şirket sözleşmesinde ortakların sorumluluğu açısından, culpa'nın klasik dönemden başlayarak ele alındığını söylemek için erkendir, ancak sorumluluk derecesindeki fark ve değişimler kesinlikle bu dönemden gelmektedir (İlçin Gönenç, Şirket, 79).

⁷² Koschaker/Ayiter, 197.

⁷³ Zilelioğlu, 256; Somer, Zarar, 52.

⁷⁴ İlçin Gönenç, Haksız Fiil, 26; Koschaker/Ayiter, 265; Söğütlü Erişgin, 21.

⁷⁵ Gai. Ins. 3. 211: "Iniuria autem occidere intelligitur, cuius dolo aut culpa id acciderit, nec ulla alia lege damnum, quod sine iniuria datur, reprehenditur; itaque inpunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit" (Gaius, Institutiones, 96).

⁷⁶ Zilelioğlu, 257; Söğütlü Erişgin, 23.

(infirmitas), vahşilik (saevitia) culpa'nın türleri olarak nitelendirildi⁷⁷. Teknik bilgi ve becerinin gerektiği mesleklere ilişkin işlerde borçlu, ifasının teknik eksiklerinden sorumluydu. Bu kişilerin gerekli bilgilere sahip olması, aceleci davranmaması gerekirdi ve bu konuda borçlunun yetenekli olmakla yükümlü olduğu kabul edilirdi⁷⁸. Bu konuyla ilgili bir metinde bundan bahsedilmektedir:

“Eğer bir kupayı kabartma yapılması için vermişsen, kupanın ustanın beceriksizliği nedeniyle kırılması halinde, mala verilen zarar dolayısıyla sorumlu olur...”⁷⁹

Klasik sonrası dönemde kusur sorumluluğuna doğru bir gelişme yaşandı. Iustianianus dönemine gelindiğinde ise, kusur sorumluluğu temel ilke oldu. Klasik dönemde uygulanan ve kusursuz sorumluluk türü olan custodia ise bu dönemde sübjektifleştirildi. Gereklî dikkat ve özeni gösterme yükümlülüğü (diligentia) şeklinde culpa kavramına dahil edildi. Bu kavramın tam karşıtı, gereklî özeni göstermemek olan neglentia (ihmal) ile ifade edildi⁸⁰.

Bazı hallerde ise, diligentia neredeyse kusursuz sorumluluğa yakın bir hâl alıyordu. İstisna sözleşmesinde, klasik dönemde custodia sorumluluğu altında olan müteahhit, Iustinianus döneminde custodia'nın sübjektifleştirilmesiyle kusurlarından sorumlu hale geldi. Ancak göstereceği dikkat ve özeni belirlemede “çok dikkatli bir aile babasının göstermesi gereken dikkat ve özen” (diligenta diligentimissa patris familias) ölçütü kullanılmaya başlandı⁸¹.

Klasik hukuk döneminde imperitia ve vitium operis (işin kusurlu olması) da custodia sorumluluğu içinde yer alıyordu. Beklenmedik olaylardan bile sorumlu tutulan kişilerin deneyimsizlik, beceriksizlikten sorumlu tutulmamaları mümkün değildi. Özellikle locatio conductio operis

⁷⁷ Söğütlü Erişgin, 23.

⁷⁸ Tahiroğlu, 53.

⁷⁹ D. 9.2.27.29 Ulpianus libro octavo decimo ad edictum

“Si calliem diatretum faciendum dedisti, si quidem imperitia fregit, damni iniuria tenebitur...”(Tahiroğlu, 53).

⁸⁰ Akıncı, Roma, 35; Zilelioğlu, 262.

⁸¹ Karadeniz, İş ilişkileri, 178, dn. 40; Somer, Zarar, 105.

sözleşmesinin tarafı olan müteahhit gibi, teknik beceri gerektiren işler yapanlar, custodia sorumluluğu içinde imperitia'dan da sorumluydular. Iustianianus döneminde kusur sorumluluğuna geçişle birlikte, imperitia da kusur kavramının içinde yer almaya başladı⁸².

Culpa'nın bugün modern hukuklarda da kullanılan ağır ihmal (culpa lata) ve hafif ihmal (culpa levis) şeklinde ikiye ayrılması Iustianianus döneminde oldu⁸³.

a) Ağır İhmal (Culpa Lata)

Ağır ihmal en büyük tedbirsizliktir. Herkesin yaptığı şeyi yapmamak, herhangi bir insanın alması gereken tedbirleri almamaktır⁸⁴. Bu kaynaklarda şu şekilde tarif edilmiştir:

“Ağır ihmal en bariz ihmaldir, herkesin bildiğini bilmemek demektir”⁸⁵

Ağır ihmalde kasttan farklı olarak, hukuka aykırı davranış ve zarar verme iradesi yoktur. Bununla birlikte ağır ihmal, affedilemez bir tedbirsizliktir. Dikkatsiz bir kişinin bile yapmayacağı bir davranış olduğu için ağır bir yaptırımla karşılaşmaması düşünülemezdi⁸⁶. Bu nedenle de ağır ihmalin kasta yakın sonuçlar doğurması için çalışmalar yapıldı ve Iustianianus döneminde ağır ihmal, kasta eşit sayıldı⁸⁷. Dolayısıyla klasik dönemde sadece kastından sorumlu tutulanlar, ağır ihmallerinden de sorumlu olmaya başladı⁸⁸. Örneğin klasik dönemde sadece kastından sorumlu olan vedia alan, Iustianianus döneminde ağır ihmalden de sorumlu tutuldu.

Ağır ihmalin kasta eşit tutulması sözleşme sorumluluğunda her zaman uygulanıyordu. Bununla birlikte bazı haksız fiiller sadece kastla işlenebileceği

⁸² Karadeniz, İş İlişkileri, 188; Somer, İstisna,105.

⁸³ Di Marzo, 325; Rado, 25.

⁸⁴ Eren, 602; Kılıçoğlu, 315; Schwarz, Borçlar, 111; Tandoğan, 55.

⁸⁵ D. 50.16.213.2: “Lata culpa est nimia negligentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt” (Tahiroğlu, 56, dn. 100)

⁸⁶ Tahiroğlu, 56.

⁸⁷ Umur, Roma, 502; Rado, 25. Bu durum D. 50. 16. 226'da magna culpa dolus est =ağır ihmal kasttır şeklinde belirtilmiştir (Tahiroğlu, 57).

⁸⁸ Di Marzo, 326.

için, haksız fiiller alanında sürekli uygulanmıyordu⁸⁹. Örneğin hırsızlık (furtum) suçundan söz edebilmek için, bir malın, mal sahibinin rızası dışında, ona zarar verildiği bilinerek elde edilmiş olması, yani hırsızın bu konuda kastının olması gerekiyordu.

b) Hafif İhmal (Culpa Levis)

Dikkatli ve tedbirli bir kimsenin göstermesi gereken özen gösterilmemiş, alacağı tedbirler alınmamışsa hafif ihmal söz konusudur⁹⁰.

Roma hukukunda hafif ihmali (culpa levis) belirlenmesinde kural olarak soyut ölçü kullanılmaktaydı. Buna göre iyi bir aile babasının (diligens pater familias) göstereceği dikkat ve özen, hafif ihmali belirlenmesinde kıstas olarak kullanılıyordu⁹¹. Bu kıstas ne gerekenden fazla titiz, son derece tedbirli kişilerin ne de çok tedbirsiz ve kayıtsız kişilerin göstereceği dikkatti, makul bir insanın göstereceği dikkatti. Bugün kullanılan ölçüt olan orta zekâli, normal bir insan Roma hukukundaki iyi bir aile babasının yansımasıdır⁹².

Iustianianus döneminde kusur sorumluluğuna geçişle birlikte tüm kusurlarından (omnis culpa) sorumlu olan müteahhidin ihmali belirlenmesinde kullanılan ölçü daha da ağırdı. Diğer sözleşmelerden farklı olarak, müteahhidin sorumluluğu beklenmedik halleri de kapsayacak şekilde diligentia diligentissima patris familias (çok tedbirli bir aile babasının göstermesi gereken dikkat ve özen) dönüşmüştü⁹³.

Bu ölçüt yanında, bazı hukukî ilişkilerde istisnaen somut ölçü (culpa in concreto) kullanılmaktaydı. Somut ölçüde kişinin kendi işlerinde gösterdiği alışılmış dikkat ve özen (diligentia quam suis rebus adhibere solet) göz önüne alınmaktaydı⁹⁴. Görüldüğü gibi burada soyut, objektif bir tip yerine kişinin

⁸⁹ **Koschaker/Ayiter**, 195; Bu durum günümüz ceza hukukuna da yansımıştır. TCK'ya göre suçların kasten işlenmesi asıldır. Taksirden sorumluluk ancak ayrıca düzenlenmişse söz konusu olur (**Tahiroğlu**, 57, dn. 99).

⁹⁰ **Eren**, 602; **Kılıçoğlu**, 315; **Schwarz**, Borçlar, 111; **Tandoğan**, 55

⁹¹ **Karadeniz Çelebican**, 259; **Rado**, 26; **Umur**, Roma, 503.

⁹² **Tandoğan**, 51; **Umur**, Roma, 503.

⁹³ **Karadeniz**, İş İlişkileri, 184; **Somer**, İstisna, 105.

⁹⁴ **Erdoğan**, Roma Borçlar, 42; **Honig**, 166; **Koschaker/Ayiter**, 194; **Rado**, 28.

kendi hareket tarzı vardı. Bu nedenle de daha hafif bir ölçüydü, kendi işlerinde savruk ve özensiz bir kişiyi sorumluluktan kurtarıyordu.

Somut ölçü, Roma Hukukunda sınırlı sayıda hukukî ilişkilerde kullanılıyordu. Şirket sözleşmesinde ortaklar şirket işlerini yürütürken, kendi işlerinde gösterdikleri dikkat ve özeni göstermekle yükümlüydüler. Vasinin küçüğün mallarını, kocanın karısının getirdiği cihazları idaresinde de bu ölçü kullanılıyordu⁹⁵.

Şirket sözleşmesinde, klasik dönemde şirket ortakları sadece kasttan sorumluydular. Iustianianus döneminde genel kural olan bütün kusurlardan sorumluluk, şirket sözleşmesine de uygulandı ve ortaklar kast yanında ihmalden de sorumlu tutuldular. Ancak, ihmalin belirlenmesi açısından somut ölçü kullanılıyordu⁹⁶. Post-klasik devirden itibaren uygulanmasında aşırıya gidilen ihmale tepki olarak ortakların sorumluluğunun belirlenmesinde somut ölçü uygulanmıştır⁹⁷.

V. ROMA HUKUKUNDA SORUMLULUK ÖLÇÜTLERİ

Klasik sonrası dönem, özellikle de Iustianianus dönemi hukukçularında genelleştirme, kategorilere ayırma çabaları söz konusuydu. Bu çabaların ürünü olarak, borçlunun sorumluluğu belirlenirken bazı temel ilkeler koyulmuştur. Borçlu kastın varlığı halinde her zaman sorumlu tutulmuşken, ihmali varsa sorumluluktan kurtulabilme imkânı getirildi. Sözleşmelerin özelliklerine göre de borçlunun sorumluluğu hafifletildi.

A) Dolus'tan Sorumluluk

Roma hukukunda dolus'tan sorumluluk esastı. Kimseye zarar vermemek (neminem laedere) Roma Hukukunun temel ilkelerindendi⁹⁸.

⁹⁵ Rado, 28; Zilelioğlu, 263.

⁹⁶ Akıncı, Şirket, 146; İlçin Gönenç, Şirket, 80.

⁹⁷ Koschaker/Ayiter, 198; Bununla birlikte Roma'da bir ortağın yetenekleri, becerileri ya da uzmanlığı dikkate alınarak sözleşme yapıldığı durumlarda, diğer ortaklar ondan buna uygun dikkat ve özen göstermesini bekleyebilirdi (İlçin Gönenç, Şirket, 81).

⁹⁸ Erdoğan, Roma, 88.

Borçlunun kastından sorumlu olmayacağına dair yapılan anlaşmalar ahlâka ve adaba aykırı olduğu için geçersizdir⁹⁹. Bu kaynaklarda da karşımıza çıkmaktadır:

“Ancak Celsus’un dediği gibi kasıttan sorumlu olunmayacağına ilişkin anlaşma geçerli olmaz, böyle bir anlaşma iyiniyetin esas alındığı davalarda çelişki yaratır ve biz de bunu uygularız.”¹⁰⁰

Yukarıda görüldüğü gibi, Iustianianus döneminde ağır ihmalin kasıt hükümlerine tabi tutulmasıyla, aynı kural ağır ihmal için de uygulanmaya başlandı.

B) Culpa’dan Sorumluluk

Culpa’dan sorumluluk kural olarak hafif ihmalden sorumluluğu da kapsıyordu. Iustianianus döneminde kural bütün kusurlardan (omnis culpa) sorumlu olma¹⁰¹. Dolayısıyla borçlu kast (dolus) ve ağır ihmal (culpa lata) ve hafif ihmal (culpa levis)’den sorumluydu.

Aynı kural modern hukuk sistemlerinde, bu arada Türk- İsviçre hukuklarında da geçerlidir. TBK m.114/I’ye göre borçlu, genel olarak her türlü kusurundan sorumludur. Ancak, borçlunun hafif ihmalden sorumlu olacağına dair hüküm emredici bir hüküm değildir. Bu nedenle tarafların hafif ihmalden sorumlu olmayacaklarına dair önceden yaptıkları anlaşmalar geçerlidir¹⁰².

Kural tüm kusurlardan sorumluluk olmakla birlikte bu her sözleşmeye mutlak olarak uygulanmamış ve bazı borç ilişkilerinin içerdiği özellikler nedeniyle çeşitli ilkelerle yumuşatılmaya çalışılmıştır. Bu ilkelerden birisi yukarıda da görüldüğü gibi, hafif ihmalin belirlenmesinde kullanılan somut ölçüydü. Bunun dışında kullanılan bir ilke de fayda (menfaat) ilkesiydi.

⁹⁹ Koschaker/Ayiter, 195; Rado, 27; Umur, Roma, 507. Aynı ilke hukukumuzda da görülmektedir. TBK m.115/II’ye göre borçlunun kastı ve ağır ihmalden sorumlu olmayacağına dair yapılan anlaşmalar geçersizdir.

¹⁰⁰ D. 50.17.23: “Quod celsus putat non velere, si convenerit, ne dolus praestetur. Hoc enim bonae fidei iudicia contrarium est: et ita utimur” (Erdoğan, Roma, 40, dn.73).

¹⁰¹ Koschaker/Ayiter, 195; Rado,145; Erdoğan, Roma, 39.

¹⁰² Eren, 1088; Kılıçoğlu, 663.

C) Fayda İlkesi

Fayda ilkesi (utilitas), borçlunun sorumluluk ölçüsü tayin edilirken, sözleşmeden yararı olup olmamasına göre ağır veya hafif ihmalden sorumlu tutulacağını tayin etmek üzere takip edilen ilkeydi¹⁰³. Klasik dönemde ortaya çıkmakla birlikte, Iustinianus döneminde ağırlıklı olarak uygulanmaya başladı¹⁰⁴. Borç ilişkisinde menfaati olan borçlunun sorumluluğu daha ağırdı. Yararı olan taraf, bütün kusurlarından dolayı sorumluyken, yararı olmayan taraf sadece kast ve ona eşit tutulan ağır ihmalden sorumluydu¹⁰⁵. Bu ilkenin temelinde, bir sözleşmeden fayda sağlayan kimsenin, herhangi bir fayda elde etmeyen kişiye göre çok daha fazla dikkat ve özen göstermesi düşüncesi yatmaktaydı¹⁰⁶. Örneğin ariyet sözleşmesinde sadece ariyet alanın menfaati vardı. Ariyet alan, bir malı ücretsiz olarak kullanıyordu. Ariyet verenin ise malının kullanımı karşılığında ücret almadığı için, menfaati yoktu. Bu nedenle, ariyet veren klasik dönemde sadece kastından sorumluydu. Iustinianus döneminde ise ağır ihmalin kasta eşit sayılmasıyla ağır ihmalden de sorumlu oldu¹⁰⁷.

Sözleşmede menfaati bulunan taraf ariyet alan klasik hukuk döneminde objektif sorumluluk türü olan custodia ile sorumluydu. Iustinianus döneminde ise kusur sorumluluğuna geçişle birlikte tüm kusurlarından sorumlu tutuldu. Böylece hafif ihmaliyle bile mala verdiği zararlardan sorumlu oluyordu. Ariyet alanın sorumluluğunun ağırlaştığı haller de vardı. Mal kullanım amacı dışında kullanılırsa, ariyet alan mücbir sebep sonucu meydana gelen zararlardan da sorumluydu¹⁰⁸. Örneğin, su taşımak için ariyet aldığı atla uzun bir yolculuğa çıkmışsa, mücbir sebep sonucu atın ölmesinden de sorumlu tutuluyordu¹⁰⁹.

¹⁰³ Umur, Lügat, 216.

¹⁰⁴ Rado, 27; Zilelioğlu, 260.

¹⁰⁵ Koschaker/Ayiter, 195.

¹⁰⁶ Rado, 27.

¹⁰⁷ Di Marzo, 370; Umur, Roma, 502.

¹⁰⁸ Erdoğan, Roma, 57.

¹⁰⁹ Bu durumda ayrıca kullanma hırsızlığı (furtum usus) suçunu işlemiş oluyordu ve ariyet alana actio furti açılabilirdi (Akıncı, Roma, 91).

Bununla birlikte bazı hallerde sözleşme, ariyet verenin yararına da yapılabilirdi. Böyle bir durum söz konusu ise, ariyet alanın sorumluluğu hafifliyordu. Örneğin koca kendi sosyal durumuna uygun şekilde eve gelmesi için, evleneceği karısına gelinliği ariyet olarak vermişse, burada karısı sadece kastından sorumlu tutuluyordu veya ortak bir arkadaşına verilecek ziyafeti üstlenen kişinin kendisine ariyet verilen gümüş takımları için sorumluluğu somut ölçüye göre belirleniyordu¹¹⁰.

Vedia sözleşmesinde de benzer bir durum söz konusuydu. Vedia sözleşmesinde vedia alan, vedia verenin bir malını ücretsiz olarak saklamaktaydı. Dolayısıyla vedia alanın da sorumluluğu hafifletilmişti. Klasik dönemde sadece kastından sorumluysen, Iustinianus döneminde ağır ihmalin de kasta eşit tutulması sonucu kasti ve ağır ihmalden sorumluydu¹¹¹. Vedia alanın kendi isteğiyle bir malı vedia alması durumunda ise sorumluluğu artıyordu¹¹².

İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler de ise, her iki tarafın da menfaati olduğundan, taraflar bütün kusurlarından sorumluydular. Örneğin; satım sözleşmesinde, locatio conductio¹¹³ sözleşmelerinde her iki tarafın da yararı (utriusque contrahentis utilitas) vardı, bu nedenle de taraflar bütün kusurlarından sorumluydu¹¹⁴.

Fayda ilkesi Roma Hukukunda mutlak olarak uygulanmıyordu. Vekâlet sözleşmesi de ariyet ve vedia sözleşmeleri gibi eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmeydi. Vekil herhangi bir ücret almadan müvekkilin işini görme borcu altındaydı¹¹⁵. Buna rağmen, diğer sözleşmelerden farklı olarak vekâlet

¹¹⁰ Di Marzo, 370; Tahiroğlu, 166.

¹¹¹ Di Marzo, 372; Küçükgüngör, 57, 58.

¹¹² Di Marzo, 373.

¹¹³ Roma Hukukunda bugün hepsi ayrı birer sözleşme olan kira, hizmet ve istisna sözleşmeleri benzer Nitelikte görülüp locatio conductio çatısı altında toplanmıştı (Rado, 101, 102).

¹¹⁴ Erdoğan, Roma, 42.

¹¹⁵ Rado, 116; Tahiroğlu, 242. Sonraki dönemlerde avukat, hekim gibi yüksek hizmetler yapanlara bir miktar ücret verilmeye başlandı. Buna şeref ücreti (honorarium) deniliyordu (Honig, 136).

sözleşmesinde vekilin sorumluluğu hafifletilmemişti. Klasik dönemde sadece kastından sorumlu olan vekil, Iustinianus döneminde bütün kusurlarından sorumlu tutuldu. Bunun en önemli nedeni, vekâlet sözleşmesinin dostluğa ve güvene dayalı bir sözleşme olmasıydı. Roma'da güven unsuru çok önemli olduğu için, vekil en hafif ihmalden bile sorumlu tutulmuştur¹¹⁶.

Vekâletsiz iş görmede (negotiorum gestio) de benzer bir durum söz konusuydu. Vekâletsiz iş gören, vekâlet verilmeden başkasının işini yapmaya kendiliğinden başladığı için, bütün dikkat ve özeni göstermeliydi. Bu düşünceden hareketle vekâletsiz iş gören, menfaati olmadığı halde, tıpkı vekil gibi, bütün kusurlarından sorumlu tutulmuştu. Hatta hafif ihmali kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özene göre değil, iyi bir aile babasının göstermesi gereken dikkate göre belirleniyordu¹¹⁷. Sorumluluk sadece ani tehlikeyi önlemek için, iş idare ettiği durumlarda hafifliyordu¹¹⁸.

Vesayet ilişkisinde de benzer bir gelişme söz konusu oldu. Klasik dönemde sadece kastından sorumlu tutulan vasi, sonraları hafif ihmalden de sorumlu tutuldu. Bunun en önemli nedeni vasiliğin bir kamu görevi olarak görülmeye başlamasıdır¹¹⁹.

Roma hukukunda fayda ilkesi mutlak olarak uygulanmadığı için taraflar sözleşmeden doğan sorumluluklarını ağırlaştırıp hafifletebilirlerdi. Örneğin; vedia sözleşmesinde vedia alan kastı ve ağır ihmalden sorumlu olduğu halde, taraflar hafif ihmalden sorumlu olacağını da kararlaştırabilirlerdi. Vedia alan sözleşme yapılırken, sözleşmeye ilave bir anlaşmayla (pactum) hafif ihmalden de sorumlu olacağını üstlenebilirdi¹²⁰.

Roma hukukundaki yarar ilkesi modern hukuklara da yansımıştır. Türk-İsviçre hukuklarında da sözleşmeden yararı olmayan tarafın sorumluluğu

¹¹⁶ **Erdoğan**, Roma, 41; **Rado**, 119; **Sayın Korkmaz**, 147. Vekâlet güvene dayalı bir ilişki olduğu için, vekil kendisine karşı açılan acito mandati directa'da mahkûm olursa şerefsiz (infamis) olurdu (**Tahiroğlu**, 249).

¹¹⁷ **Honig**, 139; **Tahiroğlu**, 289.

¹¹⁸ **Tahiroğlu**, 289; **Rado**, 134.

¹¹⁹ **Koschaker/Ayiter**, 339; **Umur**, Roma, 472. Vekâlet ve vekâletsiz iş görmeden farklı olarak, vasinin hafif ihmalinin belirlenmesinde somut ölçü kullanılıyordu (**Rado**, 135).

¹²⁰ **Di Marzo**, 373; **Küçükgüngör**, 68; **Rado**, 60.

hafifletilmiştir. TBK m.114'e göre "Borçlunun sorumluluğunun kapsamı işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa sorumluluk daha hafif olarak belirlenir." Bu ilkenin bir yansıması da Borçlar hukuku özel kısımda karşımıza çıkmaktadır. Bağışlama sözleşmesinde de bağışlayan bir yarar sağlamadığı için sorumluluğu hafifletilmiştir. TBK m. 294'e göre bağışlayan, bağışlamadan doğan zarardan bu zarara ağır kusuruyla sebep olmadıkça bağışlanana karşı sorumlu değildir.

D) Beklenmeyen Hal- Mücbir Sebep

Casus (olağanüstü hal) borçlunun iradesi dışında, yani kusuru olmadan, önceden kestirilemeyen ve borçlunun ifada bulunmasına engel olan olaylardır¹²¹. Iustinianus döneminde, casus başlığı altında hem beklenmedik hal (casus minor), hem de mücbir sebep (vis maior) kavramları toplanmıştır¹²².

Beklenmeyen hallerin çok büyük boyutta olup, insan gücünün önleyemeyeceği, önüne geçilemeyecek olanlarına mücbir sebep adı verilmişti¹²³. Deprem, sel, yıldırım düşmesi, fırtına gibi doğal olaylar mücbir sebebe örnek olarak gösterilebilir. Bununla birlikte mücbir sebebin sadece doğal olaylar olması gerekmezdi. Düşman istilası, isyan, iç savaş, korsanlık, gibi beşeri olaylar da mücbir sebep kavramına girmekteydi. Roma'da hiçbir dönemde mücbir sebepten sorumluluk doğmamıştı. Kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulandığı eski dönemlerde bile borçlular mücbir sebepten doğan zararlardan sorumlu tutulmuyorlardı¹²⁴. Klasik hukuk döneminde uygulanmış ve bir tür kusursuz sorumluluk türü olan custodia sorumluluğunda bile borçlular mücbir sebepten sorumlu tutulmamıştı. Beklenmeyen hal ise mücbir sebep teşkil eden olaylara göre daha küçük boyutta olaylardı. Iustinianus dönemine gelindiğinde kusur sorumluluğuna geçişle birlikte, beklenmeyen hallerden sorumluluk da ortadan kalkmıştı¹²⁵.

¹²¹ Honig, 166; Umur, Lügat, 33.

¹²² Di Marzo, 326; Erdoğan, Custodia, 896.

¹²³ Erdoğan, Roma, 38; Rado, 29; Tahiroğlu, 68.

¹²⁴ Tahiroğlu, 69; Zilelioğlu, 268.

¹²⁵ Rado, 29; Zilelioğlu, 263.

Bu konudaki istisna otelci, gemici ve hancıların sorumluluğuydu. Yukarıda görüldüğü gibi, klasik hukuk döneminde bu kişiler müşterileriyle yaptıkları receptum ile, müşterileri eşyalarına gelen zararlardan beklenmeyen halleri de kapsayacak şekilde sorumlu oluyorlardı. Iustinianus döneminde ise bir anlaşma yapılmasına gerek olmadan, kanunen sorumlu tutulmaya başladılar. Bu ilke modern hukuklara da geçmiştir. TBK. m.576'da otel işletenlerin, m.579'da garaj, otopark vb. yerleri işletenler sorumlulukları düzenlenmiştir. Ancak bu sorumluluk miktar itibarıyla sınırlı sorumluluktur.

Türk Hukukunda da bu dönemden gelen ilke hâkimdir. Borçlular beklenmeyen hal ya da mücbir sebep sonucu doğan zararlardan sorumlu değildirler¹²⁶. Bununla birlikte Borçlar Kanunu bazı istisnai durumlarda beklenmeyen halden sorumluluğu kabul etmiştir.¹²⁷

SONUÇ

Sorumluluğun iki anlamı vardır. İlk anlamıyla, borcun hangi kaynaktan doğduğunu gösterir. Buna “-den sorumluluk” adı verilmektedir. İkinci olarak ise borcunu ifa etmeyen borcunun malvarlığına, cebri-i icra yoluyla el konulmasıdır. Günümüzde temel ilke malvarlığı ile sorumluluktur. Eski hukuklarda olduğu gibi Roma hukukunun ilk dönemlerinde de borçlular şahıslarıyla sorumluydu. Alacaklı, borcunu ödemeyen borçluyu isterse öldürebilir, isterse köle olarak satabilirdi. Zamanla praetorların çalışmalarıyla malvarlığı ile sorumluluğa geçildi.

Roma hukukunun ilk dönemlerinde egemen olan sorumluluk türü kusursuz sorumluluktur. Kusursuz sorumlulukta önemli olan ortaya çıkan sonuçtur. Zarar meydana gelmişse, borçlunun kusuru olup olmadığına

¹²⁶ **Tahiroğlu**, 69; **Oğuzman/Öz**, 418. Türk Hukukunda da beklenmeyen hal ile mücbir sebep ayırımı için çeşitli kıstaslar konulmuştur. İlk olarak mücbir sebep beklenmeyen hale göre daha şiddetli ve mutlak şekilde kaçınılmazdır, yani nicelik yönünden bir farklılık söz konusudur. İkinci olarak mücbir sebep işletme ya da faaliyetin dışında gerçekleşen bir olayken, beklenmeyen hal işletmeden kaynaklanan bir olay da olabilmektedir. Son olarak da mücbir sebep illiyet bağıını her zaman kesip kişiyi sorumluluktan her zaman kurtarıırken, beklenmeyen hal her zaman bu sonucu doğurmamaktadır (**Eren**, 580).

¹²⁷ **Akinci**, Roma, 27. Örneğin TBK m. 119'a göre temerrüde düşen borçlu mala beklenmeyen haller sonucu gelen zararlardan da sorumludur.

bakılmazdı. Roma Hukukunda bu dönemde bir tür kusursuz sorumluluk türü olan custodia uygulanıyordu. Bir malı kendi menfaati için elinde bulunduranlar, malın beklenmeyen haller sonucu zarar görmesinden de sorumluydu. Bununla birlikte bu dönemde bile mücbir sebepten sorumluluk yoktu.

Klasik hukuk döneminde custodia yanında dolus'tan sorumluluk da vardı. Güvene dayanan ve açılan davalar sonucu şerefsizlik hükmü verilen sözleşmelerde dolus ölçütü uygulanıyordu. Bazı hallerde dolus'un yetersiz kalmasıyla culpa kavramı da belirmeye başladı.

Culpa ilk olarak Lex Aquilia'da düzenlenen mala zarar verme suçunun unsurlarının işlenmesiyle belirdi ve akdî sorumluluk alanında da uygulanmaya başladı. Culpa'nın culpa lata ve culpa levis olarak ikiye ayrılması ise Iustianianus döneminde oldu. Ağır ihmal herkesin göstereceği dikkati göstermemekti. Çok ağır kusur olduğu için, kasta eşit sayıldı. Hafif ihmal ise iyi bir aile babasının göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermemekti. Bu dönemde kusur sorumluluğu temel ilke olarak benimsendi. Hafif ihmalin belirlenmesinde kural olarak iyi bir aile babası ölçütü olarak alınıyordu. Bu ölçüye soyut ölçü adı verilmekteydi. Bazı hukuki ilişkilerde ise borçlunun kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özene bakılıyordu. Buna somut ölçü deniliyordu.

Iustianianus döneminde borçluların sorumluluğunu belirlemede bazı kıstaslar vardı. Borçlu dolus'tan her zaman sorumluydu. Bunun anlaşmalarla kaldırılması mümkün değildi. Bu dönemde sorumlulukla ilgili fayda ilkesi uygulandı. Buna göre, sözleşmede yararı olan taraf tüm kusurlarından (omnis culpa) sorumluydu. Menfaati olmayanın ise sorumluluğu hafifletilmişti. Sadece kastı ve ağır ihmalinden sorumluydu. Yine bu dönemde borçlunun beklenmeyen hal ve mücbir sebepten sorumlu olmayacağı ilkesi benimsendi. Bu konudaki tek istisna otelci, gemici ve ahır sahiplerinin sorumluluğuydu.

KAYNAKLAR

- Akıncı, Ş. : Borçlar Hukuku Bilgisi, 9. B., Konya 2016 (Akıncı, Borçlar).
- _____ : Roma Borçlar Hukuku, 6. B., Konya 2016 (Akıncı, Roma).
- _____ : Roma Hukukunda Şirket Akdi Ve Bunun Türk Hukukuna Etkileri, SÜHFD, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, C. 5, S. 1-2, 1996, s. 137-151 (Akıncı, Şirket).
- Di Marzo, S. : (Çev. Ziya Umur), Roma Hukuku, İstanbul,1954.
- Eren, F. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. B., Ankara 2017.
- Erdoğan, B. : Roma Borçlar Hukuku Dersleri, yeni Türk Borçlar Kanunu'na göre Hazırlanmış Yeni Bası, İstanbul 2014, 895-908 (Erdoğan, Roma).
- _____ : Klasik Roma Hukuku'nda Kusursuz Sorumluluk Örneği: Custodia, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.1, İstanbul 2008, s. 895-908. (Erdoğan, Custodia).
- Gaius, Institutiones : (Çev. Türkan Rado), İstanbul 1953
- Günel, A.N./
- Küçükgüngör, E. : Çağdaş Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Hukuku Pratik Çalışmaları, 2. B., Ankara 2002.
- Gürten, K. : Receptum Nautarum, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1, 2003, s. 275-294.
- Honig, R. : (Çev. Şemseddin Talip), Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 1935.
- İlçin Gönenç, F. : Roma Hukukunda Şirket Akti, İstanbul 2004 (İlçin Gönenç, Şirket).

- _____ : Haksız Fiil Sorumluluğunun Tarihsel Gelişimi, MÜHF-HAD, Sempozyum Özel Sayısı, C.14, S.4, 2008, s. 13-28. (İlçin Gönenç, Haksız Fiil)
- Karadeniz, Ö.** : Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da iş ilişkileri, Ankara 1976. (Karadeniz, İş İlişkileri)
- Karadeniz, Ö.** : Roma Hukukunda Peculium Müessesesi, AÜHFD, 1968, C. 25, S. 3-4, s. 179-194 (Karadeniz, Peculium)
- Karadeniz Çelebican, Ö.** : Roma Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış 17. B., Ankara 2014.
- Kılıçoğlu, A. M.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 18. B., Ankara 2014.
- Koschaker, P./ Ayiter, K.** : Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1983.
- Küçükgüngör, E.** : Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Depositum), Ankara 2002.
- Oğuzman, K./ Öz, T.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Gözden Geçirilmiş 12. B., İstanbul 2014.
- Rado, T.** : Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 2011.
- Sayın Korkmaz, B.** : Roma Hukuku'nda Vekâlet Sözleşmesi (Mandatum), Ankara 2014.
- Schwarz, A. B.** : (Çev. Bülent Davran), Borçlar Hukuku Dersleri, C.1, İstanbul 1948 (Schwarz, Borçlar).
_____ : (Çev. Türkan Basman), Roma Hukuku Dersleri, C.1, İstanbul 1943 (Schwarz, Roma).
- Somer, P.** : Roma Hukukunda İstisna Akdi (Locatio Conductio Operis), Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı, İstanbul, 2008 (Somer, İstisna).

-
- _____ : Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar, Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı, İstanbul 2008 (Somer, Mala Verilen Zarar).
- Söğütlü Erişgin, Ö.** : Roma Hukuku'nda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta), Ankara 2002 (Söğütlü Erişgin, Haksız Fiil).
- Tahiroğlu, B.** : Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2011.
- Tahiroğlu, B./Erdoğan, B.** : Roma Hukuku Dersleri, 6. B., İstanbul 2010.
- Tandoğan, H.** : Türk Mesuliyet Hukuku, 1961 Yılı Birinci Basımdan Tıpkı Bası, İstanbul 2010.
- Umur, Z.** : Roma Hukuku, İstanbul 1973 (Umur, Roma).
_____ : Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1975 (Umur, Lügat).
- Zilelioğlu, H.** : Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış, AÜHFD., C. 34, S.1-4, s. 241-264.

YABANCILAR VE ULUSLARARASI KORUMA KANUNU
UYARINCA ÖĞRENCİ İKAMET İZİNİ*

Arş. Gör. Saliha HALICI**

STUDENT RESIDENCE PERMIT ACCORDING TO THE LAW ON
FOREIGNERS AND INTERNATIONAL PROTECTION

ÖZ

Son yıllarda küreselleşmeyle beraber yurt dışında öğrenim gören öğrencilerin sayısında önemli bir artış olmuştur. Bu manada ülkemiz komşu ya da kültürel ve tarihi ilişkilerin yoğun olduğu ülkelerden gelen öğrenciler bakımından bir çekim noktası haline gelmiştir. Öğretim kurumlarından yararlanma bakımından yabancı ile vatandaş arasında eşitlik ilkesi hâkim olsa da, yabancıların bu konuda yerine getirmek zorunda oldukları bazı yükümlülükler vardır.

* Kabul Edildiği Tarih: 06.12.2017

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.358661](https://doi.org/10.15337/suhfd.358661)

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı
Araştırma Görevlisi

E-mail Adresi: salihah14@hotmail.com

ORCID ID: orcid.org/0000-0003-1407-2112

Kural olarak yabancı bir öğrencinin ülkemizde öğrencilik haklarından yararlanabilmesi için öğrenci ikamet izni alması zorunludur. Konuyla ilgili düzenlemelere Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmelikte yer verilmiştir. Çalışmada, yabancıların öğrenci ikamet izni alma şartları, bu iznin sağladığı haklarla öğrenci ikamet izni yerine geçen belgeler mevzuat hükümleri çerçevesinde ele alınmaktadır.

ANAHTAR KELİMELER: *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Yabancı Öğrenci, İkamet İzni, Öğrenci İkamet İzni, Öğrenci İkamet İzninin Şartları.*

ABSTRACT

The number of students educating outside their country has increased over the last decades because of the globalization. In this sense, our country is the most important destination of foreign students especially from neighbour countries or those with historical or cultural relations. While the principle of equality between the foreigner and the citizen is prevalent in terms of benefiting from the educational institutions, there are some requirements that foreigners have to supply in this respect.

It is generally obligatory for foreigners to study in our country to obtain a student residence permit. In this study application for student residence permit, rights conferred by a student residence permit and documents accepted as student residence permit will be examined in the light of regulation concerning foreigners.

KEY WORDS: *Law on Foreigners and International Protection, Foreign Student, Residence Permit, Student Residence Permit, Student Residence Permit Requirements.*

GİRİŞ

Coğrafi konumu nedeniyle transit ülke konumunda olan Türkiye, son yıllarda bölgede yaşanan olumsuzluklar nedeniyle aynı zamanda, hedef ülke haline gelerek büyük bir göç dalgasına maruz kalmıştır. Yaşadıkları ülkelerdeki savaş ve çatışma ortamından kaçarak ülkemize sığınanların önemli bir kısmının çocuklardan oluştuğu göz önüne alındığında, okul çağındaki nüfusun bu göç

dalgası içinde önemli bir yer tuttuğu açıktır. İçinde buldukları şartlar nedeniyle zorunlu olarak ülkemize gelen öğrenim çağındakiler yanında, daha çok yüksek öğretim düzeyinde öğrenim görmek üzere ülkemize gönüllü olarak göç eden yabancıların sayısında da son zamanlarda hatırı sayılır bir artış olmuştur.

Ülkemizde öğrenim gören yabancıların sayısındaki artış¹, bu konuda bazı yasal düzenlemelerin yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Türk hukukunda temel hak ve hürriyetler bakımından kabul edilen vatandaşla yabancıların eşitliği ilkesi çerçevesinde, vatandaşlar gibi yabancıların da eğitim ve öğrenim hakkı koruma altına alınmıştır. Türk Anayasasında ekonomik ve sosyal haklar içinde düzenlenen eğitim hakkı, “eğitim hakkı ve ödevi” başlıklı 42. madde ile teminat altına alınmış; kimsenin eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılmayacağına işaret edilmek suretiyle vatandaş-yabancı ayrımı olmaksızın herkesin eğitim ve öğrenim hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla, yabancılar, devletin sağladığı eğitim imkânlarından yabancılık unsuru da dâhil olmak üzere, hiçbir ayrımcılığa maruz kalmadan tam ve etkili bir biçimde yararlanma hakkına sahiptir. Bununla birlikte, yabancıların eğitim² ve öğrenim³ hakkına bazı kısıtlamaların getirilmesi veya bu konuda vatandaşla oranla bazı ek şartlar aranması da mümkündür.

Yasal yollardan ülkeye giriş yapmış bir yabancıların öğrenim hakkını kullanabilmesi için gerekli şartlardan biri de, öğrenci ikamet izni almasıdır.

¹ Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün (GİGM) verilerine göre 2016 tarihi itibarıyla, öğrenci ikamet izni almak suretiyle ülkemizde öğrenim görmek amacıyla bulunan yabancı sayısı 61,116’dır: http://www.goc.gov.tr/files/files/faaliyet_raporu_020617.pdf (e. t. 25.10.2017).

² Bireye olumlu davranışlar kazandıran eğitim, aynı zamanda bireyin kişiliğini kazanması, akılcı ve özgür düşünebilme davranışı edinmesinde hayatî bir rol oynarken, bir mesleğin bilgi ve becerilerini de öğreten bir süreç olarak görülmektedir: **Adem, M.:** “Ulusal Eğitim Politikamız Nasıl Olmalıdır”, AÜSBFD, C. 52, S.1, 1997, s. 51.

³ Eğitim kavramına göre daha dar bir kavram olan öğrenim, bilgilendirilme yoluyla eğitilmektir. İnsanın doğumuyla başlayan ve hayatın tümüne yayılan bir süreç olan öğrenme, öğretim kurumlarında sistemli ve belli bir amaca yönelik olduğu zaman bir öğrenimden bahsedilir: **Kaya, E.:** “Eğitim Hakkı ve Özgürlüğünün Temeli Olarak Tercih Hakkı”, TAAD, S. 21, 2015, s. 127.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu⁴ (YUKK) ile mevzuatımıza giren öğrenci ikamet izni, kural olarak Türkiye'deki öğretim kurumlarında öğrenim görmek isteyen yabancıların almak zorunda oldukları bir ikamet izni türüdür. Yabancılar bakımından kural, öğrenci ikamet izni olarak öğrenim haklarından yararlanmak olduğu halde, bazı durumlarda diğer ikamet izinleri de, belli şartlarla sınırlı olmak üzere hamillerine öğrencilik haklarından yararlanma olanağı sunmaktadır. Bunun yanında, kanun koyucu tarafından ikamet izinleri arasında geçiş olarak adlandırılan bazı durumlarda, öğrenci ikamet izni dışında kalan birtakım belgeler, yabancılar için öğrenim haklarından yararlanma imkânı vermektedir.

Çalışmamızda öğrenci ikamet izni ele alınarak, bu konuda YUKK ve Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte⁵ (YUKKUY) yer alan düzenlemeler ışığında ayrıntılı bir inceleme yapılmıştır.

I. GENEL OLARAK İKAMET İZİNİ

İkamet izni, YUKK'un düzenli göçü teşvik ve düzensiz göçü azaltmak amacıyla kullandığı bir araç olmakla beraber, yabancıların Türkiye'de bulunmalarına ilişkin düzenlemelerin de bel kemiğini oluşturmaktadır⁶. Zira ikamet izni, yabancılar için Türkiye'de kalma hakkı veren izin belgesidir (YUKK m. 3/1/j)⁷.

⁴ RG. 11. 04 2013-28615.

⁵ RG. 17.03.2016-29656.

⁶ **Açıkgöz M./Ariner, H. O.:** "Turkey's New Law On Foreigners and International Protection: An Introduction", Turkish Migration Studies Group, Briefing Paper 2, 2014, s. 12.

⁷ İkamet izni ile ilgili olarak bkz. **Aybay, R./ Dardağan Kibar, E.:** Yabancılar Hukuku, İstanbul 2010, s. 127 vd.; **Çelikel, A./ Öztekin Gelgel, G.:** Yabancılar Hukuku, İstanbul 2017, s. 101 vd.; **Çiçekli, B.:** Yabancılar ve Mülteci Hukuku, Ankara 2014, s. 95 vd.; **Dardağan Kibar, E.:** "An Overview Discussion of the New Turkish Law On Foreigners and International Protection", Perceptions, 2013, Vol. XVIII, No: 3 s. 116; **Doğan, V.:** Türk Yabancılar Hukuku, Ankara 2016, s. 66 vd.; **Eksi, N.:** Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, İstanbul 2014, s. 85 vd.; **Erten, R.:** "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme", GÜHFD, C. XIX, S. 1, 2015, s. 19 vd.; **Tekinalp, G.:** Türk Yabancılar Hukuku, İstanbul 2003, s. 43 vd.

Türkiye’de oturmak isteyen bir yabancıнын belli bir ikamet nedeni göstermesi ve buna uygun olarak alacağı ikamet izni ile ilgili yükümlülükleri yerine getirmesi gerekir⁸. Bu doğrultuda, kural olarak Türkiye’de, vizenin veya vize muafiyetinin tanıdığı süreden ya da vize süresi ne kadar olursa olsun doksan günden fazla kalacak yabancıların ikamet izni almaları zorunludur (YUKK m. 19/1)⁹. YUKK m. 19/1 çerçevesinde ikamet izni almak zorunda olan yabancılar, geliş amaçlarına uygun şekilde YUKK m. 30’da sayılan ikamet izni türlerinden birini almakla mükelleftirler. Buna göre, kısa dönem ikamet izni, aile ikamet izni, öğrenci ikamet izni, uzun dönem ikamet izni, insanî ikamet izni ve insan ticareti mağduru ikamet izni türlerinden birinin alınması, yabancıların yasal olarak Türkiye’de oturmaları bakımından bir zorunluluktur.

Bir yabancıнын Türkiye’de oturabilmesi ikamet izni almasına bağlı olmakla beraber, ikamet izni yerine geçen bazı belgelerin, hamillerine ikamet izninden muafiyet sağladığı YUKK m. 20’de özel olarak belirtilmiştir¹⁰. Buna göre, vatansızlara verilen vatansız kişi kimlik belgesi (YUKK m. 20/1/b, m. 50/2), doğumla Türk vatandaşı olup da izin almak suretiyle Türk vatandaşlığından çıkan yabancılarla verilen mavi kart (YUKK m. 20/1-f), geçerli çalışma izni ya da çalışma izni muafiyet belgesi (YUKK m. 27/1), hamili yabancıların ikamet izninden muaf tutulmalarına dayanak teşkil etmektedir. Bunun yanında, uluslararası koruma statüsü elde etmiş ya da bu konuda başvuruda bulunmuş yabancılar bakımından da ikamet izninden muafiyet söz konusu olabilmektedir (YUKK m. 20/1-g). Buna göre, uluslararası koruma başvurusu kayıt belgesi (YUKK m. 69/7), uluslararası koruma başvuru sahibi kimlik belgesi (YUKK m. 76/1) ile mülteciler için uluslararası koruma statüsü sahibi kimlik belgesi (YUKK m. 83/1), sahibi yabancıya Türkiye’de oturma bakımından ikamet izninden muafiyet sağlamaktadır. İlave olarak, YUKK m.

⁸ Açıkgöz/Ariner, s. 12.

⁹ YUKKUY m. 19/2’de, vize veya vize muafiyetinin sağladığı süreden ya da doksan günden daha kısa süre kalacak yabancıların da isteğe bağlı olarak ikamet izni başvurusunda bulunabilecekleri hüküm altına alınmıştır.

¹⁰ İkamet izni muafiyeti ile ilgili olarak bkz. Çelikel/Öztekin Gelgel, s. 103-104; Çiçekli, 97-98; Çörtoğlu Koca, S.: “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Yabancıların Türkiye’de İkameti ve Uzun Dönem İkamet İznine İlişkin Değerlendirmeler”, ABD, S. 2016/2, s. 51 vd.; Doğan, s. 67-68; Ekşi, s. 85-86.

20'de ayrıca sayılmasa da, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahiplerine verilen uluslararası koruma statüsü sahibi kimlik belgesi de, YUKK m. 83/3 uyarınca ikamet izni yerine geçtiğinden, söz konusu belgeler de ikamet izninden muafiyet sağlar. Nitekim YUKKUY m. 20/1-g'de uluslararası koruma statüsü elde etmiş ya da bu konuda kayıt ya da başvuru yapmış olan herkesin, kimlik belgesi ya da kayıt belgesi ile ikamet izninden muaf olduğu hükme bağlanmıştır.

YUKK'ta öngörülen ikamet izni muafiyet hallerine ilave olarak, YUKKUY m. 20/1-h'de, İskân Kanunu¹¹ kapsamında Türkiye'ye kabul edilen göçmen belgesi sahibi yabancıların da ikamet izninden muaf olacağı hükme bağlanmıştır. YUKKUY'da ikamet izni bakımından öngörülen bir başka muafiyet hali, geçici koruma kimlik belgesi sahiplerine yöneliktir. Kitlesel akınlara ülkemize gelen ve geçici koruma altına alınan yabancılara verilen geçici koruma kimlik belgesinin ikamet izninden muafiyet sağlayacağı YUKKUY m. 20/1-ı'da düzenlenmiş olsa da, geçici korumaya ilişkin özel düzenleme niteliği arz eden Geçici Koruma Yönetmeliği¹² (GKY) m. 25/1 uyarınca, geçici koruma kimlik belgesi, ikamet izni veya ikamet izni yerine geçen belgelere eşdeğer sayılmayacaktır.

YUKK'ta yer almamakla birlikte, ikamet izninden muaf yabancılara Uluslararası İşgücü Kanunu'nda¹³ (UİK) da bazı ilaveler getirilmiştir. Bu kapsamda, turkuaz kart sahipleri (UİK m. 11/4) ile süresiz çalışma izni sahipleri (UİK m. 10/4), statüleri gereğince ikamet izninden muaf tutulmaktadır¹⁴.

Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerle bazı devlet vatandaşlarına ikamet izninden muafiyet sağlanması da imkân dâhilindedir. Böylece akit taraf devlet vatandaşları, ikamete ilişkin diğer şartları yerine getirmek kaydıyla, ikamet izni almadan Türkiye'de oturma hakkına sahip olurlar¹⁵. Kanun koyucu, Türkiye'de görevli diplomasi ve konsolosluk memurları ve bunların ailelerinden Dışişleri Bakanlığınca bildirilenler ile

¹¹ RG. 26.09.2009-26301

¹² RG. 22.10.2014-29153.

¹³ RG. 13.08.2016-29800.

¹⁴ Çelikel/Öztekin Gelgel, s. 198; Doğan, s. 167-168.

¹⁵ Çiçekli, s. 97-98; Doğan, s. 67.

uluslararası kuruluşların Türkiye'deki temsilciliklerinde çalışan ve statüleri sözleşmelerle belirlenmiş olan yabancıların da uluslararası sözleşmeler veya uluslararası teamül kuralları gereğince ikamet izninden muaf tutulacaklarını öngörmektedir (YUKK m. 20/1-c, ç, d, e)¹⁶. İlave olarak, YUKKUY m. 20/1-e uyarınca, Türkiye'de yerleşik yabancı misyonlarda geçici bir süreyle görevlendirilip pasaportuna, Dışişleri Bakanlığı tarafından en fazla altı ay süreli ikamet izninden muafiyet sağlayan geçici görev şerhi tatbik edilenlerin de ikamet izninden muaf olduğu hükme bağlanmıştır.

Son olarak vurgulanmalıdır ki, ikamet izni muafiyeti, belli bir statünün sağladığı bir imkân olup, yabancıya süresiz bir muafiyet sağlamaz. İlgili statü ya da muafiyet sağlayan durumun sona ermesi halinde, ikamet izninden muaf olan yabancıların diğer yabancılar gibi ikamet izni alma yükümlülüğü doğar¹⁷. Dolayısıyla, ikamet izninden muaf tutulmayı gerektirecek durumun ortadan kalkması halinde, yabancı, Türkiye'de kalmaya devam ederse, YUKK m. 20/2 gereği ikamet izni başvurusunda bulunmakla mükelleftir.

II. ÖĞRENCİ İKAMET İZNI

A. Genel Olarak

Vize Türkiye'ye yalnızca giriş imkânı sağladığından, Türkiye'de öğrenim görmek isteyen bir yabancıнын, kural olarak ikamet izni alması zorunludur. Nitekim YUKK m. 30'da sayılan ikamet izni türlerinden biri de öğrenci ikamet iznidir¹⁸.

¹⁶ Bu yabancılara, kural olarak görev süresiyle sınırlı ve ikamet izni yerine geçmek üzere şekil ve içeriği, İçişleri ve Dışişleri Bakanlığınca birlikte belirlenen belge tanzim edilir (YUKK m. 20/2). Bu çerçevede, Türkiye'de bulunan ve akredite edilmiş büyükelçilik, elçilik, muvazzaf başkonsolosluk, konsolosluk, muavin konsolosluk, konsolosluk ajanlıkları ve uluslararası kuruluş temsilciliklerinde görev yapan yabancı misyon personeli ve aile bireylerine Dışişleri Bakanlığı tarafından "Yabancı Misyon Kimlik Kartı" düzenlenir: <http://www.goc.gov.tr/icerik6/yabanci-misyon-personeli-ve-aile-bireylerinin-ikamet-islemleri> 409 414 4652 icerik (e. t. 23.02.2017).

¹⁷ Çelikel/Öztekin Gelgel, s. 104; Çiçekli, s. 98.

¹⁸ YUKK öncesi dönemde mülga Türkiye'de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilere İlişkin Yönetmelik çerçevesinde yabancıların "öğrenim meşruhatlı ikamet tezkeresi" alması zorunlu idi (m. 3). Söz konusu Yönetmeliğin yürürlükte olduğu dönemde yabancı öğrencilerin Türkiye'de öğrenimlerine ilişkin mevzuat hükümlerinin tahlili için bkz.

Öğrenci ikamet izninin kişi bakımından uygulama alanı, ekseriyetle yükseköğretim kurumlarında öğrenim görecektir yabancılar. Bu doğrultuda, YUKK m. 38/1 uyarınca Türkiye’de bir yükseköğretim kurumunda ön lisans, lisans, yüksek lisans ya da doktora öğrenimi görecektir yabancılar öğrenci ikamet izni verilir¹⁹. Bunun yanında, uygulamada tıpta uzmanlık eğitimi ve diş hekimliğinde uzmanlık eğitimi seviyelerinde öğrenim görecektir yabancılar da öğrenci ikamet izni alma zorunluluğu getirilmiştir²⁰.

YUKK m. 38/2’de ilk ve ortaöğretim kurumlarında öğrenim görecektir yabancılar da öğrenci ikamet izni verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre, bakımı ve masrafları gerçek veya tüzel kişi tarafından üstlenilen ilk ve orta derecede öğrenim görecektir yabancılar, velilerinin veya yasal temsilcilerinin muvafakatiyle öğrenimleri süresince birer yıllık sürelerle öğrenci ikamet izni verilebilecektir. Bu doğrultuda, YUKKUY m.35/1’de de aile ikamet izni bulunmayan ilk ve orta derecede öğrenim görecektir yabancıların öğrenci ikamet izni almakla yükümlü oldukları öngörülmüştür. Bununla birlikte, YUKK ve YUKKUY’un ilk ve ortaöğretim kurumlarında öğrenim bakımından öğrenci ikamet izni alma zorunluluğuna ilişkin düzenlemelerinde bir farklılık ortaya çıkmaktadır. Zira YUKK m. 38/2, ilk ve orta derecede öğrenim görecektir yabancıları bakımı ve masrafları gerçek veya tüzel kişi tarafından üstlenilen yabancılar özgülemekte iken; YUKKUY m. 35/1, bu yönde bir sınırlama yapmaksızın aile ikamet izni bulunmayan ilk ve orta derecede öğrenim görecektir bütün yabancıları kapsamına almaktadır. Kanaatimizce, YUKK m. 38/2 ile kastedilen, Türkiye’deki ilk ve ortaöğretim

Sargin, F.: “Türkiye’de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilerin Türkiye’ye Giriş, Türkiye’de İkamet Etme ve Çalışma Hakları”, MHB, Yılmaz Altuğ’a Armağan, S. 1-2, 1997-1998, s. 321 vd. YUKK öncesi dönemde yabancıların öğrenimine ilişkin düzenlemeler için ayrıca bkz. **Özbek, N.:** Türkiye’deki Yabancıların Öğrenim ve Öğretim Özgürlüğü, Ankara 2000, s. 39 vd.

¹⁹ YUKK’ta ikamet izni ile ilgili düzenlemeler verilmiş amaçlarına göre farklılaşmanın yanında, idarenin bu izinleri takdirî ya da bağlı yetki kuralı çerçevesinde verebileceğine ilişkin hükümler de farklılık göstermektedir. Bu doğrultuda, Kanun’da kısa dönem ve aile ikamet izninin “verilebileceği” ifade edilmişken, öğrenci ikamet izni bakımından “verilir” ifadesi kullanılmıştır: Tespit için bkz. **Erten**, s. 22.

²⁰ http://www.goc.gov.tr/icerik6/ikamet-izni-cesitleri_409_414_4664_icerik (e. t. 23.02.2017).

kurumlarındaki öğrenimi gerek yasal temsilcisi dâhil bir gerçek kişi, gerek bir tüzel kişi tarafından maddî olarak teminat altına alınmış yabancıların öğrenci ikamet izni almasının veli ya da yasal temsilcilerinin muvafakatiyle mümkün olduğudur. Yoksa kanun koyucunun, ilk ve orta öğrenim derecelerinde öğrenim görme hakkını bazı yabancılar için öğrenci ikamet izninden muafiyet sağlama yönünde bir amacı yoktur. Nitekim YUKKUY m. 35/1, bu duruma uygun olarak, ilk ve ortaöğretim derecelerinde öğrenim görecektir yabancılar aile ikamet izni bulunması hali hariç, öğrenci ikamet izni alma zorunluluğu yüklemektedir.

Bu açıklamalardan hareketle, yabancılar bakımından, Türkiye'deki öğretim kurumlarında öğrenim görebilmek için öğrenci ikamet izni almak zorunludur. Ancak kanun koyucu ilk ve ortaöğretim derecelerinde öğrenim görecektir yabancılar için bir istisna öngörmektedir. YUKK m. 34/4 gereğince, yabancılar, öğrenci ikamet izni almaksızın on sekiz yaşına kadar aile ikamet izni ile ilk ve ortaöğretim kurumlarında öğrenim görebilme hakkına sahiptir. Bu durumda, bir yabancıların ilk ve orta derecede öğretim kurumlarında öğrenim görebilmesi ya öğrenci ikamet izni ile ya da on sekiz yaşına kadar geçerli olmak üzere aile ikamet izni ile mümkündür²¹. İlave olarak belirtmek gerekir ki, yasal temsilcisinin bakmakla yükümlü olduğu yabancıların aile ikamet izni on sekiz yaşını doldursalar bile devam eder ve bu kişiler öğrenci ikamet izninin sağladığı haklardan da aynen yararlanır (YUKKUY m. 30/5)²². Benzer şekilde, uzun dönem ikamet izni sahipleri de öğrenci ikamet izni almak zorunda almaksızın öğrencilik haklarından yararlanabilirler²³. Zira uzun dönem ikamet iznini haiz yabancılar, YUKK m. 44/1'te belirtilen durumlar uyarınca askerlik yapma yükümlülüğü, seçme ve seçilme, kamu görevlerine girme, muaf olarak araç ithal etme ve özel kanunlardaki düzenlemeler hariç sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili mevzuat

²¹ Tespit için bkz. **Güner, C.:** "Yetkili Makam Kararıyla Genel Yoldan Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Öğrenci Olmanın Etkisi", YBHD, 2016/2, s. 312.

²² On sekiz yaşını doldurduğu halde destekleyicinin veya eşinin bakmakla yükümlü olduğu yabancıların belirlenmesinde, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (RG. 16.06.2006-26200) hükümleri uygulanır (YUKKUY m. 30/5).

²³ Uzun dönem ikamet izninin sağladığı haklarla ilgili olarak bkz. **Çörtoğlu Koca,** s. 69 vd.

hükümlerine tabi olmak şartıyla Türk vatandaşlarıyla eşit muameleye tabi tutulurlar. Ayrıca YUKKUY 41/1-ç gereğince, uzun dönem ikamet izni sahibi yabancıların Türkiye'deki ikamet, seyahat, çalışma, yatırım, ticari faaliyet, miras, taşınır ve taşınmaz iktisabı ile ferağ gibi konulara yönelik işlemleri, ilgili kurum ve kuruluşlar tarafından Türk vatandaşlarına uygulanmakta olan mevzuata göre yürütülür. Sağladığı haklar bakımından öğrenci ikamet iznine nazaran daha kapsamlı olan uzun dönem ikamet izni, sahibi yabancıya ayrıca öğrenci ikamet izni almasına gerek olmaksızın öğrencilik haklarından yararlanma imkânı vermektedir.

Türkiye'ye öğrenim görmek amacıyla kamu kurum ve kuruluşları aracılığıyla gelecek yabancıların durumu YUKK m. 38/5'de özel olarak düzenlenmiştir. Bu çerçevede Türkiye'ye gelecek olan yabancı öğrencilere de, öğrenimleri süresince öğrenci ikamet izni verilebileceği hükme bağlanmıştır²⁴.

Uygulamada, öğrenci ikamet iznine ilişkin düzenlemelerden bazıları farklı değerlendirilmektedir. Buna göre, Millî Eğitim Bakanlığı (MEB) tarafından çıkarılan 23.09.2014 tarih ve 2014/21 sayılı Yabancılara Yönelik Eğitim ve Öğretim Hizmetleri konulu Genelge²⁵ uyarınca, MEB'e bağlı özel veya devlete ait her tür ve derecedeki öğretim kurumuna kayıt yaptırılabilmesi için yabancıların, YUKK m. 30'da düzenlenen ikamet izinlerinden herhangi birini haiz olmaları ya da m. 20'nin öngördüğü ikamet izni muafiyeti kapsamına girmeleri veya m. 91 gereğince geçici koruma altına alınmış yabancılardan olmaları şart koşulmuştur. Bu nedenle, söz konusu yabancılar, Türkiye'de öğrenim görmek istedikleri takdirde, öğrenci ikamet izni ile sınırlı olmaksızın herhangi bir ikamet izni türü ile öğretim kurumlarına kayıt yaptırabilecektir. Bunun yanında, ikamet izni muafiyeti kapsamında ya da geçici koruma altında olan yabancılar da, öğrenci ikamet izni almak zorunda olmaksızın diğer şartları yerine getirmek koşuluyla öğrencilik haklarından yararlanabilecektir.

Üzerinde durulması gereken hususlardan bir diğeri de, bazı eğitim faaliyetlerinin öğrenci ikamet izni alınmasını zorunlu kılan öğrenim

²⁴ Söz konusu düzenleme, UİK'in 27. maddesi ile ek fıkra olarak YUKK m. 38'e eklenmiştir.

²⁵ Genelge için bkz. http://mevzuat.meb.gov.tr/html/yabyonegiogr_1/yabyonegiogr_1.html (e. t. 01.03.2017).

kapsamında görülmeyip, kısa dönem ikamet izni verilebilecek sebepler arasında sayılmasıdır²⁶. Genel anlamda öğrenci olarak kabul edilebilecek olmakla beraber, ilk, orta ve yükseköğretim kurumlarında olduğu gibi kural olarak düzenli ve periyodik bir zamana bağlanmamış bazı eğitim faaliyetlerine katılmak üzere Türkiye'ye gelecek yabancılara öğrenci ikamet izni alma zorunluluğu yüklenmemiştir. Bu doğrultuda Türkiye'ye gelecek yabancıların şartlarını yerine getirmek kaydıyla kısa dönem ikamet izni alması yeterlidir.

Kısa dönem ikamet izni verilebilecek yabancıları sayan YUKK m. 31, genel olarak bir amacın gerçekleşmesiyle sınırlı olmak üzere, belli bir süre Türkiye'de kalacak olan yabancıları kapsamına almaktadır²⁷. Bu bağlamda, kendisine kısa dönem ikamet izni verilebilecek yabancılar arasında eğitim, kurs, staj ve benzeri amaçlarla Türkiye'de kalacak olanlar da yer almaktadır. İlk olarak, Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmeler ya da öğrenci değişim programları çerçevesinde eğitim veya benzeri amaçlarla gelecekler, kısa dönem ikamet izni olarak Türkiye'de kalabilirler (YUKK m. 31/1-d, YUKKUY m. 28/6)²⁸. YUKK ve YUKKUY, değişim programları kapsamında gelen yabancılar

²⁶ Kısa dönem ikamet izni ile ilgili olarak bkz. **Çelikel/Öztekin Gelgel**, s. 105 vd.; **Doğan**, s. 72; **Eksi**, s. 89 vd.

²⁷ YUKK m. 31 uyarınca kendilerine kısa dönem ikamet izni verilebilecek olan yabancılar şunlardır: Bilimsel araştırma amacıyla gelecekler, -Türkiye'de taşınmaz malı bulunanlar, -Ticari bağlantı veya iş kuracaklar, -Hizmet içi eğitim programlarına katılacaklar, -Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu anlaşmalar ya da öğrenci değişim programları çerçevesinde eğitim veya benzeri amaçlarla gelecekler, -Turizm amaçlı kalacaklar, -Kamu sağlığına tehdit olarak nitelendirilen hastalıklardan birini taşımamak kaydıyla tedavi göreceklere, -Adli veya idarî makamların talep veya kararına bağlı olarak Türkiye'de kalması gerekenler, -Aile ikamet izninden kısa dönem ikamet iznine geçenler, -Türkçe öğrenme kurslarına katılacaklar, -Kamu kurumları aracılığıyla Türkiye'de eğitim, araştırma, staj ve kurslara katılacaklar, -Türkiye'de yükseköğrenimini tamamlayanlardan mezuniyet tarihinden itibaren altı ay içinde müracaat edenler.

²⁸ Ülkeye yasal yollardan giriş yapmış olmak kaydıyla öğrenci değişim programları çerçevesinde ülkemizde öğrenim göreceği bir yabancı, öğrenim göreceği öğretim kurumuna kayıt yaptırdığına dair bilgi ve belgeleri ikamet izni başvurusunda sunmakla mükelleftir (YUKK m. 32/1-a). Ayrıca genel sağlık ve güvenlik standartlarına uygun barınma şartlarına sahip olduğunun, gerekli görülmesi halinde vatandaş olunan ya da yasal olarak bulunulan ülkenin yetkili makamları tarafından düzenlenmiş adli sicil kaydını gösteren belgenin ve nihayet Türkiye'de kalınacak

bakımından kısa dönem ikamet iznini yeterli görmüşken; GiGM, uygulamalarında Erasmus+ veya diğer değişim programlarıyla gelecek olan yabancılara, öğrenim görecekları öğretim kurumundan aldıkları öğrenim amaçlı değişim programı kapsamında olduklarını gösterir belge karşılığında, bir yıl süreli öğrenci ikamet izni verilmesini öngörmektedir²⁹.

Kanun koyucu, kamu kurumları aracılığıyla Türkiye’de eğitim, araştırma, staj veya kurslara katılacakların da kısa dönem ikamet izni almalarını yeterli görmüştür (YUKK m. 31/1-ı, YUKKUY m. 28/14)³⁰. Benzer şekilde herhangi bir yükseköğretim kurumunda ön lisans, lisans ya da lisansüstü programlara kayıtlı olmayıp sadece Türkçe öğrenme kurslarına³¹ katılacak olan yabancıların da, kısa dönem ikamet izni almaları yeterlidir (YUKK md. 31/1-h)³².

adres bilgilerinin ikamet izni başvurusunda ibraz edilmesi zorunludur. İkamet izni başvurusunun uygun görülmesi halinde verilecek olan kısa dönem ikamet izninin süresi, değişim programı kapsamında kalınacak süreyi aşamayacaktır (YUKKUY m. 28/6). İkamet izni bakımından kısa süreli ikamet iznine tabi olan ve bunun için aranan şartları yerine getirmek zorunda olan değişim programı öğrencileri, öğrenim hakkıyla ilgili olarak kurumların aradıkları özel şartları da ayrıca yerine getirmek durumundadırlar. Kısa dönem ikamet izni, istisnalar hariç olmak üzere her defasında en fazla ikişer yıllık sürelerle verilir (YUKK m. 31/2). Ancak öğrenci değişim programları kapsamında gelen öğrencilerin ikamet izni süresi, eğitim veya benzeri amacın süresini geçemeyeceğinden, bu kişilere en fazla eğitim süresiyle sınırlı olarak ikamet izni verilir (YUKKUY m. 28/6).

²⁹ <https://e-ikamet.goc.gov.tr/ikamet/istenenBelgeler/ilkBasvurulstenenBelgeDownload> (e. t. 15.06.2017).

³⁰ Kamu kurumları aracılığıyla Türkiye’de eğitim, araştırma, staj veya kurslara katılacaklara düzenlenecek ikamet izninin süresi bir yılı geçemez (YUKKUY m. 28/14).

³¹ YUKKUY’da Türkçe kursu verecek olan kurumun MEB’den izinli olması şartı aranmıştır. Söz konusu Yönetmelik, Türkçe öğrenme kursuna kayıt yaptırarak kısa dönem ikamet izni alan yabancıların fiili olarak kurslara devam edip etmediğinin takibini de kursu veren kuruma bırakmıştır. Bu amaçla, kurs veren kurum, Türkçe öğrenim amacıyla kayıt yaptıran yabancıların kursa başlama ve devam durumunu İl Göç İdaresi Müdürlüğüne bildirmekle yükümlüdür (m. YUKKUY m. 28/13).

³² Türkiye’ye Türkçe öğrenme kurslarına katılmak için gelecek olan yabancılar en fazla ikişer yıllık sürelerle öğrenci ikamet izni alabilecek olmakla birlikte, bu kapsamda verilecek olan ikamet izinlerinin en fazla iki defa verilebileceği hükme bağlanmıştır (YUKK m. 31/3). Ancak bu ikamet izninin verilebilmesi için yabancıların Türkçe kurs veren yetkili bir kuruma kayıt yaptırması şarttır. Bu durumda verilecek olan ikamet

Görüldüğü gibi, kısa dönem ikamet izni olarak kurs, staj, eğitim ve araştırma benzeri amaçlarla Türkiye’de kalmasına izin verilen yabancıların amacı, bir tür eğitim de olsa, kısa sürelidir. Bu durum, söz konusu yabancıların, Türk yabancılar hukuku sistematüğinde ikamet izni çerçevesinde öğrenci olarak nitelendirilmediklerini göstermektedir³³. Her ne kadar uygulamada, eğitim vizesi verilirken esas alınan eğitim kavramı geniş tutulmuş; staj amacıyla ülkemize gelecek yabancılar bakımından dahi eğitim vizesi şart koşulmuşsa da, eğitimin öznesi konumunda olan öğrenci kavramı, öğrenci ikamet izni açısından sınırlı bir biçimde ele alınmıştır. Bu doğrultuda, özel öğrencilik, açık öğretim veya uzaktan eğitim kapsamında Türkiye’de bulunan yabancılara öğrenci ikamet izni verilmeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır (YUKKUY m. 35/14). Ancak Türkiye’ye yükseköğretim kurumlarına kayıt yaptırmak amacıyla geldiği halde, bu kurumların isteğiyle Türkçe hazırlık sınıfına ya da kurslarına yönlendirilen öğrenciler için, Türkçe hazırlık sınıfına ya da kurslarına gitmek zorunda olduklarını belgeledikleri takdirde, kısa dönem ikamet izni almak zorunda kalmaksızın, bir sonraki öğrenim döneminin başlangıcına kadar öğrenci ikamet izni düzenleneceği ayrıca hükme bağlanmıştır (YUKKUY m. 35/10).

B. Öğrenci İkamet İzni

1. Öğrenci İkamet İzninin Şartları

a. Genel Şartlar

Türkiye’de öğrenim görecekt yabancıların yerine getirmesi gereken ilk şart, ülkeye yasal yollardan giriş yapmaktır³⁴. Türkiye’ye gelecek olan tüm yabancıların tabi olduğu genel nitelikli bu şart, Pasaport Kanunu³⁵ ve YUKK’ta öngörülmüştür. Buna göre, Türk vatandaşları ve yabancılar, İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca tayin olunan yolcu giriş-çıkış

izninin süresi iki yılı aşmamak kaydıyla kurs süresiyle sınırlanmıştır (YUKKUY m. 28/13).

³³ Güner, s. 314.

³⁴ Güner, s. 312. Genel olarak yabancıların ülkeye girişi ile ilgili olarak bkz. Çelikel/Öztekin Gelgel, s. 80 vd.; Dardağan Kibar, s. 110 vd.; Doğan, s. 37 vd.; Ekşi, s. 69; Erten, s. 11 vd.

³⁵ RG. 24.07.1950-7564.

kapılarından Türkiye'ye girebilirler (Pasaport Kanunu m. 1/1). Aynı şekilde YUKK m. 5/1'de de Türkiye'ye girişin ve Türkiye'den çıkışın sınır kapılarından³⁶ yapılacağı hükme bağlanmıştır³⁷.

İkinci olarak, Türkiye'ye sınır kapılarından giriş yapılırken pasaport ya da pasaport yerine geçen bir belge gösterilmesi, YUKK m. 6/1 ve Pasaport Kanunu m. 2/1 uyarınca zorunludur³⁸. Buna göre, Türkiye'ye sınır kapılarından giriş yapmak isteyen Türk vatandaşları ve yabancılar polis makamlarına usulüne uygun geçerli bir pasaport ya da pasaport yerine geçen bir belge göstermekle yükümlüdür (Pasaport Kanunu m. 2)³⁹. Geçerli bir pasaportu ya da pasaport

³⁶ Sınır kapısı, YUKKUY m. 3/1-cc'de tanımlanmıştır. Buna göre sınır kapısı, Bakanlar Kurulu kararıyla Türkiye'ye giriş ve Türkiye'den çıkış için tespit edilen, fizikî olarak dış çevreden ayrılmış veya böyle addedilen kara, hava, deniz ve demiryolu sınır geçiş noktalarıdır. Türkiye'de bu kapsamda hali hazırda 160 adet sınır kapısı bulunmaktadır: <http://ggm.gtb.gov.tr/gumruk-idareleri/hudut-kapilari> (e. t. 15.04.2017).

³⁷ Türkiye'de öğrenim görececek bir yabancı'nın Pasaport Kanunu ve YUKK uyarınca mevcut giriş-çıkış kapılarından ülkeye girmesi zorunludur. Aksi halde, yasal yollardan giriş şartı ihlal edilmiş olacağından, söz konusu yabancı'nın Türkiye'de kalarak öğrenim hakkını kullanması da söz konusu olamaz. Zira usulüne uygun olmayan yerlerden Türkiye'ye giren yabancılara YUKK m. 102/1-a gereğince idarî para cezası uygulanacak; bunun yanında YUKK m. 54/1-h uyarınca Türkiye'ye yasal giriş hükümlerini ihlal ettikleri gerekçesiyle haklarında sınır dışı etme kararı da alınacaktır. Ülkeye yasal giriş şartlarını ihlal edenlerin sınır dışı edileceğine ilişkin düzenleme genel nitelikli bir sınır dışı etme sebebi olarak kabul edilmiştir. Söz konusu sınır dışı etme sebebi, niteliği itibarıyla geniş bir uygulama alanına sahiptir. Zira ülkeye Bakanlar Kurulu tarafından tespit edilen giriş-çıkış kapılarından farklı bir yerden giriş yapılması, pasaport ya da pasaport yerine geçen belge ibraz edilmemesi ya da vize alma zorunluluğunun ihlal edilmesi de yabancı'nın aynı hüküm gereğince sınır dışı edilmesine sebep teşkil edecektir: **Özçelik Bayraktaroğlu, G.:** "Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi", TBBD, S. 108, 2013, s. 225.

³⁸ Sınır geçişlerine ilişkin belge kontrollerinin, taşıtlarda seyir hâlinde de yerine getirilebileceği, havalimanlarının transit alanlarını kullanan yabancıların yetkili makamlarca kontrole tabi tutulabileceği de yine YUKK m. 6/2,3 ile düzenleme altına alınmıştır.

³⁹ Pasaport, kişiye bağlı bulunduğu devlet tarafından verilen ve kişinin ülkeden çıkmasına veya ülkeye girmesine kanunî bir engelin bulunmadığını gösteren bir belgedir: **Çelikel/Öztekın Gelgel**, s. 82. Pasaport yerine geçen belgeler ise, Pasaport Kanunu m. 12/B'de sayılmıştır. Buna göre, pasavanlar, idarî mektuplar, hudut geçiş

yerine geçen belgesi olmadan sınır kapılarına gelen yabancıların ülkeye girişine ise, izin verilmeyecektir (YUKK m. 7/1). Pasaport gösterme zorunluluğunun Türkiye'ye öğrenim görmek amacıyla gelecek yabancılar için de geçerli olduğuna şüphe yoktur. Bu bakımdan, Türkiye'ye öğrenim amaçlı olarak gelmek üzere yolcu giriş-çıkış kapılarından giriş yapacak olan yabancıların, bu esnada geçerli bir pasaport göstermesi zorunludur. Aksi halde, geçerli ve usulüne uygun olmayan bir pasaportla Türkiye'ye girmiş yabancı öğrencilere, tıpkı yasal giriş-çıkış kapılarından ülkeye giriş şartını ihlal eden yabancılar gibi, idarî para cezası uygulanacak ve haklarında sınır dışı etme kararı verilecektir.

YUKK m. 9/1 uyarınca, yabancıların Türkiye'ye girişi, kamu düzeni, kamu sağlığı veya kamu güvenliği gerekçeleriyle yasaklanabilir⁴⁰. Buna göre, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarından da görüş alınmak suretiyle, GİGM tarafından kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından ülkeye girişlerinde sakınca görülen yabancılar hakkında giriş yasağı kararı alınması idarenin takdirindedir. Giriş yasağı kararının alınabileceği haller kamu düzeni, kamu sağlığı ve kamu güvenliği halleri ile sınırlı değildir. Zira sınır dışı edilen yabancılar hakkında aynı zamanda giriş yasağı kararı alınması zorunludur (YUKK m. 9/2). Buna göre idare, takdir yetkisi olmaksızın, bağlı yetki kuralı çerçevesinde sınır dışı edilen yabancı hakkında giriş yasağı kararı almak zorundadır. Ancak, hakkında sınır dışı kararı alınıp Türkiye'yi terke davet edilen ve bu davete uyup ülkeyi süresi içinde terk eden yabancılar, takdire bağlı olarak, giriş yasağı uygulamasına dâhil edilmeyebileceklerdir (YUKK m. 9/5)⁴¹.

Haklarında ülkeye giriş yasağı kararı alınmamış olma şartı, Türkiye'ye öğrenim amacıyla gelecek yabancılar için de geçerlidir. Bu bakımdan,

belgeleri, gemi adamı cüzdanları, demiryolu ve hava ulaşım araçları memur ve mürettebatına verilen vesikalar, seyahat belgesi ve benzeri belgeler pasaport muadili belgelerdir. İlave olarak, Kanun'da sayılan bu belgeler dışında hangi belgelerin pasaport yerine geçerli kabul edilebileceği konusunda İçişleri ve Dışişleri Bakanlıklarının yetkisi vardır (Pasaport Kanunu m. 2/3). Konu ile ilgili olarak bkz. **Çelikel/Öztekin Gelgel**, s. 82 vd.; **Çiçekli**, s. 81 vd.; **Doğan**, s. 39; **Eksi**, s. 70 vd.

⁴⁰ Giriş yasağı ile ilgili olarak bkz. **Çelikel/Öztekin Gelgel**, s. 96 vd.; **Çiçekli**, s. 85 vd.; **Dardağan Kibar**, s. 114; **Doğan**, s. 48.

⁴¹ **Çelikel/Öztekin Gelgel**, s. 97; **Doğan**, s. 49.

GİGM'nin takdir yetkisini kullanarak kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı gerekçeleriyle bir yabancı hakkında giriş yasağı koyması, bu yabancı'nın Türkiye'de öğrenim hakkını kullanmasına da engel teşkil edecektir. Aynı zamanda, hakkında valilikler veya GİGM tarafından sınır dışı kararı alınmış bir yabancı'nın da giriş yasağına tabi tutulması zorunluluğundan hareketle, ülkeye yeniden girişi mümkün olamayacağından, Türkiye'de öğrenim hakkını kullanması da bu yasağın devamı boyunca söz konusu değildir. Ancak giriş yasağı süresinin sona ermesi ya da giriş yasağının GİGM tarafından kaldırılması durumunda, yabancıların Türkiye'ye girebilmesi mümkün olacağından, gerekli şartları yerine getirdikleri takdirde, öğrenim hakkından yararlanabilmelerinin önünde de bir engel kalmayacaktır⁴².

b. Özel Şartlar

YUKK m. 39'da öğrenci ikamet izninin şartları sayılmıştır⁴³. Buna göre, Türkiye'de öğrenim görecek bir yabancı'nın öğrenci ikamet izni alabilmesi için YUKK m. 38 kapsamında öğrenci ikamet izni için gerekli bilgi ve belgeleri ibraz etmesi, YUKK m. 7 uyarınca Türkiye'ye girişine izin verilmeyecek yabancılarından olmaması ve Türkiye'de kalacağı adres bilgilerini vermesi zorunludur. Bunun yanında, YUKKUY'da da konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalara yer verilmiştir.

YUKK m. 39'da sayılan öğrenci ikamet izni alabilmek için gerekli şartlara yabancı'nın başvuru esnasında sahip olması şarttır. Aksi halde, öğrenci ikamet izni başvurusu YUKK m. 40 gereğince reddedilir.

⁴² Türkiye'ye giriş yasağı süresi ile ilgili olarak bir üst limit belirlenmiş ve giriş yasağı süresinin en fazla beş yıl olacağı hükme bağlanmıştır. Ancak kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından ciddi bir tehdidin varlığı halinde bu süre, GİGM tarafından en fazla on yıla kadar arttırılabilecektir (YUKK m. 9/3). Bu durumda, giriş yasağının süresi, aynı gerekçeye dayanılarak on beş yıldan fazla olamayacaktır: **Çelikel/Öztekin Gelgel**, s. 97. Vizesi veya ikamet izni süresi sona eren ve bu durumu tespit edilmeden önce Türkiye dışına çıkmak için valiliklere başvuruda bulunup hakkında sınır dışı etme kararı alınan bir yabancı'nın giriş yasağı süresi ise, en fazla bir yıl olabilecektir (YUKK m. 9/4). Kanun koyucu giriş yasağını kaldırma veya yasağa rağmen yabancı'nın Türkiye'ye girişine belli bir süre izin verme konusunda GİGM'ye geniş bir takdir yetkisi vermiştir (YUKK m. 9/6).

⁴³ Konu hakkında bkz. **Çelikel/Öztekin Gelgel**, s. 110-111; **Doğan**, s. 78-80; **Eksi**, s. 92.

aa. Öğrenci İkamet İzni Kapsamındaki Bilgi ve Belgeleri İbraz Etmek

YUKK m. 39/1-a uyarınca, Türkiye’de öğrenim görecek yabancıların, öğrenci ikamet izni alma zorunluluğuna bağlı olarak yapacağı başvuruda, YUKK m. 38’in öngördüğü bilgi ve belgeleri ibraz etmeleri şarttır. YUKK m. 38’de öğrenci ikamet izni alabilmek için gerekli bilgi ve belgeler sayılmamış olmakla beraber, başvuruda bulunacak yabancıların öğrenim göreceği öğrenim derecesi dikkate alınarak söz konusu bilgi ve belgeler tespit edilebilecektir. Bunun yanında, YUKKUY m. 35 vd. maddeleri bağlamında da gerekli bilgi ve belgelerin kapsamının ortaya konması mümkündür.

aaa. Ön Kayıt Yaptırmak

YUKK m. 39/1’de aranan şartlar arasında düzenlenmemiş olmakla beraber, YUKKUY m. 36/1 uyarınca, yabancıların, öğrenci ikamet izni başvurusunu ön kayıt işlemi tamamlandıktan sonra yapabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu bakımdan, gerek bizzat öğrencinin kendisinin, gerekse öğrenim göreceği öğretim kurumu aracılığıyla, GİGM tarafından belirlenecek usul ve esaslara göre öğrenci ikamet izni başvurusunda bulunabilmesi için ön kayıt yaptırması zorunludur. Bununla birlikte, Uluslararası Öğrenciler Değerlendirme Kurulu⁴⁴ kararı ile Türkiye’deki öğrenim kurumlarına yerleştirilen yabancı öğrenciler için ön kayıt şartı aranmaz (YUKKUY m. 36/1)⁴⁵.

⁴⁴ Yurtdışı Türkler ve Akraba Topluluklar Başkanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun (RG. 06.04.2010-27544) m. 16 gereği Uluslararası Öğrenciler Değerlendirme Kurulu, Yurtdışı Türkler ve Akraba Topluluklar Daire Başkanlığına bağlı sürekli kurullardan biridir. Kurul, Avrupa Birliği çerçevesinde yürütülen projeler ile Yükseköğretim Kurulu ve üniversiteler hariç olmak üzere, kamu kurum ve kuruluşlarınca ülkemizde eğitim görmesi uygun görülenlerle, uluslararası anlaşmalar çerçevesinde ülkemize gelen öğrencilerin, ülkemizdeki eğitim süreçlerinin başarılı bir şekilde sonuçlandırılması için gerekli esasları belirler ve ilgili kurumlar arasında koordinasyonu sağlar (m. 19/b).

⁴⁵ Uluslararası Öğrenciler Değerlendirme Kurulu kararı ile yerleştirilenlerden ön kayıt aranmayacağına ilişkin uygulamaya yönelik usul ve esaslar GİGM ile Uluslararası Öğrenciler Değerlendirme Kurulu Sekreteryasınca birlikte belirlenir (YUKKUY m. 36/1).

YUKKUY m. 36/1 çerçevesinde öğrenim göreceği öğretim kurumuna ön kayıt yaptıran bir yabancı öğrencinin, ön kayıt işlemini gerçekleştirdiğine dair öğretim kurumundan alacağı belgeyi, öğrenci ikamet izni başvurusunda bulunurken yetkili makama ibraz etmesi gerekir. Aynı şekilde, ön kayıt işleminden muaf tutulan Uluslararası Öğrenciler Değerlendirme Kurulu kararı ile Türkiye'deki öğrenim kurumlarına yerleştirilen yabancı öğrencilerin de bu niteliği haiz olduklarını gösteren belgeyi, YUKK m. 39/1-a gereğince yetkili makama ibrazı zorunludur.

bbb. Yeterli Maddî İmkâna Sahip Olmak

Türkiye'de öğrenim görececek yabancıların ülkede kalacakları süre içerisinde yeterli ve düzenli maddî imkâna sahip olması şarttır (YUKKUY m. 22/6). Buna göre, yabancı öğrencinin yeterli ve düzenli maddî imkâna sahip olup olmadığının takdiri idareye aittir. Zira bu konuda yabancıнын beyanı esas alınmaktadır. Bu beyanın inandırıcı bulunmaması durumunda, idarece yabancından maddî imkânının somut tespitini sağlayacak bilgi ve belge talep edilebilecektir⁴⁶.

Yeterli ve düzenli maddî imkâna sahip olma konusunda getirilen bu şart, yükseköğretim kurumlarında öğrenim görececek yabancılar için geçerlidir. İlk ve orta derecede öğrenim görececek yabancıların bakım ve masraflarının üstlenilmesine ilişkin ölçütler ise, ilgili kurumların görüşleri alınarak GİGM tarafından belirlenir (YUKKUY m. 35/5). Bu doğrultuda, bakımı ve masrafları gerçek ve tüzel kişi tarafından üstlenilen ilk ve orta derecede öğrenim görececek yabancıların YUKK m. 38/2'de öngörülen yeterli ve düzenli bir maddî imkâna sahip olmak şartı çerçevesinde, kendilerinin bakım ve masraflarının karşılandığını gösterir bir belgeyi öğrenci ikamet izni başvurusu sırasında sunması gerektiği kanısındayız.

⁴⁶ Yabancı öğrencinin Türkiye'de kalacağı süre içinde yeterli ve düzenli maddî imkâna sahip olup olmadığının tespitinde, YUKKUY bazı kriterler belirlemiştir. Buna göre, yabancıнын başvuru yaptığı yıl itibarıyla geçerli net asgarî ücret kadar aylık gideri karşılayabilecek maddî güce sahip olması, toplam geliri asgarî ücretten az olmamak kaydıyla kendisi dâhil her bir aile üyesi için asgarî ücretin üçte biri kadar maddî güce sahip olması ve maddî imkânını sadece üçüncü kişilerin taahhütlerine dayandırmaması gerekir (YUKKUY m. 22/6-a, b, c).

Kamu kurum ve kuruluşları aracılığıyla ülkemize getirilen yabancı öğrencilerden, ülkemizde buldukları sürece iaae, sağlık ve barınma giderlerinin ilgili kurumca karşılanacağını belirtir belge ile müracaatları durumunda, gelir beyanı istenmeyeceği YUKKUY m. 35/9 düzenleme altına alınmıştır. Yurtdışı Türkler ve Akraba Topluluklar Başkanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'da yer alan düzenlemeye göre, Uluslararası Öğrenciler Daire Başkanlığının görevlerinden biri, yurtdışından öğrenim görmek amacıyla ülkemize gelen öğrencilere burs, barınma, iaae, sigorta, tedavi ve diğer giderlere ilişkin destek sağlamaktır (m. 11/1-ğ). Bu durumda, yabancı öğrencilerin ülkemizde bulunduğu sürece iaae, sağlık ve barınma giderlerinin ilgili kurumca karşılanacağına dair belge, gelir beyanı veya bu beyana ilişkin bilgi ve belgelere ikame bir belge olarak kabul görmektedir.

ccc. Geçerli Sağlık Sigortası Yaptırmak

YUKKUY m. 35/8 uyarınca, geçerli sağlık sigortasına sahip olmak, öğrenci ikamet izni alabilmek bakımından zorunludur. Genel olarak ikamet izni alabilme bakımından yerine getirilmesi gereken bu şart (YUKKUY m. 22/13), öğrenci ikamet izni bakımından özel olarak düzenlenmiş; öğrenci ikamet izni talebinde bulunacak olan yabancıнын talep ettiği ikamet izni süresini kapsayacak şekilde, geçerli bir sağlık sigortasına sahip olması gerektiği hükme bağlanmıştır. Buna karşın yabancı öğrenciler, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu hükümlerine göre, kayıt tarihinden itibaren üç ay içinde genel sağlık sigortalısı olmak için başvurduğu takdirde, kendisinden ayrıca sağlık sigortası istenmez (YUKKUY m. 35/8). Böylece genel sağlık sigortası kapsamına alınan yabancıların geçerli bir sağlık sigortasına sahip olduğu kabul edilir (YUKKUY m. 22/13).

Kayıt tarihinden itibaren üç ay içinde başvuruda bulunmayarak genel sağlık sigortalısı olma hakkının kaybı, yabancıнын özel sağlık sigortası yaptırmasını zorunlu kılar (YUKKUY m. 35/8)⁴⁷. Bu anlamda, sağlık sigortasının

⁴⁷ Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 60 (Ek fıkra: 13/2/2011-6111/34 m.; Değişik: 21/5/2013-6486/1 m.) da benzer bir düzenlemeye yer vermiştir. Buna göre, (Ek fıkra: 13/2/2011-6111/34 md.; Değişik: 21/5/2013-6486/1 m.) ülkemizde öğrenim gören yabancı uyruklu öğrenciler, birinci fıkranın (d) bendindeki karşılıklılık şartı ve 52. maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesindeki

yaptırılacağı şirketler bakımından bir sınırlama getirilmiş; yurt içinden yapılacak ikamet izni başvurularında, yabancı şirketler tarafından yapılan özel sağlık sigortalarının kabulünün ancak bunların Türkiye’de akdedilmeleri halinde mümkün olacağı hükme bağlanmıştır (YUKKUY m. 22/13). Böylece genel sağlık sigortası kapsamında olmayan veya Sosyal Güvenlik Kurumuna başvurmayan bir yabancıнын bir yıl ve üzeri ikamet izni taleplerinde yılsonunda yenilenmek şartıyla bir yıl süreli özel sağlık sigortası yaptırmaması şarttır (YUKKUY m. 22/14).

İki taraflı sosyal güvenlik sözleşmeleri kapsamında Türkiye’de sağlık hizmetlerinden yararlanan yabancılar, bu durumu belgelendirmeleri kaydıyla özel ya da kamu sağlık sigortası yaptırmak zorunda değildirler (YUKKUY m. 22/13). Ancak bu durum, sağlık sigortası yaptırmama bakımından bir muafiyet yaratmamakta, aksine yabancılar ikili sözleşmeler çerçevesinde sağlık hizmetlerinden yararlandıklarından Türkiye’de geçerli bir sağlık sigortasına sahip oldukları varsayılmaktadır. Dolayısıyla, Türkiye’de öğrenim görecekt yabancıların da, sosyal güvenlik sözleşmeleri çerçevesinde Türkiye’de sağlık hizmetlerinden yararlandıklarını belgelendirmeleri yeterli olacaktır.

İkamet izni başvurularında geçerli bir sağlık sigortasına sahip olma, kural olarak zorunlu olsa da, istisnaî bazı durumlarda sağlık sigortası şartı aranmamaktadır⁴⁸. Bu durumlardan ilki, Hazine Müsteşarlığınca, özel sağlık sigortasının yapılmasının mümkün olmadığının bildirilmesidir. Bu ihtimalde, geçerli sağlık sigortası şartı aranmadan ikamet izni başvurusu kabul edilecektir

Türkiye’de bir yıldan beri yerleşik olma şartları aranmaksızın ilk kayıt tarihinden itibaren üç ay içinde talepte bulunmaları hâlinde genel sağlık sigortalısı olurlar. Bu sürede talepte bulunmayanlar hakkında öğrenimleri süresince genel sağlık sigortası hükümleri uygulanmaz. Kendilerince 82. maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının üçte birinin 30 günlük tutarı üzerinden genel sağlık sigortası primi ödenir.

⁴⁸ İkamet izni başvurularında aranan geçerli sağlık sigortasına sahip olma şartına getirilen ve yukarıda belirtilen istisnalar bakımından başvuruyu değerlendirecek olan makam, bağlı yetki kuralı çerçevesinde karar vermek zorundadır. Ancak bunun yanında, yabancı devletlerin bizzat ya da temsilcilikleri aracılığıyla sağlık giderlerinin karşılanacağını bildirdikleri vatandaşları için sağlık sigortası şartının idarenin takdirine bağlı olarak aranmayabileceği ayrıca hüküm altına alınmıştır (YUKKUY m. 22/17).

(YUKKUY m. 22/15). Dolayısıyla, ikamet izinleri arasında bir ayırım yapılmadığından, öğrenci ikamet izni başvurusunda bulunanlar da bu istisnadan yararlanabilecektir. Geçerli sağlık sigortasına sahip olma şartı bakımından getirilen bir diğer istisna, Dışişleri ile Sağlık Bakanlıkları tarafından yapılan sözleşme, protokol ve ilgili mevzuat çerçevesinde ülkemizde ücretsiz olarak tedavileri yapılmakta olan veya yapılmak üzere ülkemize getirilen yabancılardan bu durumlarını belgelemeleri kaydıyla sağlık sigortası şartı aranmayacağına ilişkin düzenlemedir (YUKKUY m. 22/16). Bu şartları taşıyan bir yabancının öğrenci ikamet izni başvurusunda bulunması durumunda da, ayrıca geçerli bir sağlık sigortası sunması gerekmeyecektir. Kamu kurumları aracılığıyla Türkiye’de eğitim, araştırma, staj veya kurslara katılacaklardan barınma, iaşe veya sağlığa ilişkin giderleri ilgili kamu kurumlarınca karşılanan yabancılardan geçerli sağlık sigortası istenmeyeceği YUKKUY m. 28/14 ile hükme bağlanmıştır.

Uluslararası koruma statüsü başvuru sahibi ve uluslararası koruma statüsü sahibi yabancılar bakımından, sağlık sigortası ile ilgili olarak özel düzenlemelere yer verilmiştir. YUKKUY m. 107/1’e göre, bahsi geçen yabancılardan herhangi bir sağlık güvencesi olmayan ve ödeme gücü bulunmayanlar, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’na tabi kılınmışlardır. Uluslararası koruma statüsü başvurusu veya uluslararası koruma statüsü sahibi yabancılar ile vatansızlar, genel sağlık sigortalısı sayıldıklarından, kendilerinden ayrıca sağlık sigortası yaptırma şartını yerine getirmeleri istenemez (Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 60/1-c/7).

ddd. Eğitim Vizesi Almak

Türkiye’ye gelecek olan yabancıların kural olarak vize alması zorunludur⁴⁹. Yabancıların ülkeye girmesini engelleyecek bir durum olmadığını gösteren vize⁵⁰, YUKK m. 11 gereğince, Türkiye’de en fazla doksan

⁴⁹ Aybay/ Dardağan Kibar, s. 113; Çelikel/Öztekin Gelgel, s. 87 vd.; Çiçekli, s. 88; Dardağan Kibar, s. 110; Doğan, s. 41 vd.; Ekşi, s. 77; Erten, s. 13 vd.; Teksoy, B.: “6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Göre Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu”, AÜHFD, C. 62, S. 3, 2013, s. 858.

⁵⁰ Ekşi, s. 77.

güne kadar kalma hakkı verir. Bu bakımdan yabancıların, vatandaşı oldukları veya yasal olarak buldukları ülkedeki Türk Konsolosluklarından geliş amaçlarını da belirten vize almaları yasal giriş için gerekli bir şarttır⁵¹. Bu doğrultuda, yabancılar Türkiye'ye geliş amaçları dikkate alınmak suretiyle verilebilecek vize türleri, YUKKUY m. 11/1'de turizm vizesi, transit vize, havalimanı transit vizesi, eğitim vizesi, çalışma vizesi, resmî görev vizesi ve diğer vizeler şeklinde sıralanmıştır.

Kural, Türkiye'ye vize alarak giriş yapmak olmakla birlikte, YUKK m. 12/1 uyarınca, yabancıların vize muafiyeti kapsamına girmesi durumunda vize alma zorunluluğu bulunmamaktadır⁵². Hangi durumlarda Türkiye'ye girişte vize şartı aranmayacağı, YUKK m. 12/1'de sayılmıştır⁵³. Bu bağlamda, Türkiye'ye girişte vize şartı aranmayacak yabancıardan biri de, ülkeye giriş yapacağı tarih

⁵¹ Vize, Türkiye'ye giriş konusunda mutlak bir hak sağlamadığından (YUKK m. 11/3) Türk Konsolosluklarından vize alan bir yabancı Türkiye'ye giriş yapamayabilecektir. Bu sebeple, vize alınmasına rağmen yabancıların Türkiye'ye girmesi, giriş ve çıkış sınır kapılarındaki yetkililerin takdirindedir: **Aybay/Dardağan Kibar**, s. 115; **Çelikel/Öztekin Gelgel**, s. 90; **Çiçekli**, s. 88; **Doğan**, s. 42; **Ekşi**, s. 79.

⁵² Vize muafiyetiyle ilgili olarak bkz. **Teksoy**, s. 863 vd.

⁵³ Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu anlaşmalarla ya da Bakanlar Kurulu kararıyla vizeden muaf tutulan ülke vatandaşları, Türkiye'ye giriş yapacağı tarih itibarıyla, geçerli ikamet veya çalışma izni bulunanlar, Pasaport Kanunu m. 18 uyarınca verilmiş ve geçerliliklerini yitirmemiş yabancılar mahsus damgalı pasaport sahipleri, Türk Vatandaşlığı Kanunu (RG. 12.06.2009-27256) m. 28 uyarınca doğumla Türk vatandaşı olup izin almak suretiyle Türk vatandaşlığından çıkanlar, vize alma mecburiyetinden muaf tutulmuşlardır (YUKK m. 12/1). Bunun yanında, mücbir nedenlerle, Türk hava ve deniz limanlarını kullanmak zorunda kalan taşıtlardaki yabancıardan liman şehrine çıkacak kişiler ile deniz limanlarına gelip, yetmiş iki saati geçmemek kaydıyla, liman şehrini veya civar illeri turizm amaçlı gezecek kişilerden de Türkiye'ye girişte vize şartı aranmayabilir (YUKK m. 12/2). Ancak bu ikinci halde, idarenin vize muafiyeti tanıyıp tanımama konusunda takdir yetkisi vardır. YUKK dışındaki kanunlarla da vize muafiyeti ön görülmesi mümkündür. UİK'te yer alan düzenlemeler uyarınca süresiz çalışma izni ve turkuaz kart sahipleri de, Kanun'da yer alan düzenlemeler hariç olmak üzere, Türk vatandaşlarına sağlanan haklardan aynen yararlanabileceklerinden, bu yabancıların vize alma zorunluluğu yoktur (UİK m. 10/4, 11/4). İskân Kanunu kapsamında göçmen belgesi sahibi olanlar da, yine YUKKUY m. 13/1-e gereğince vizeden muaftırlar.

itibariyle geçerli ikamet izni⁵⁴ veya çalışma izni⁵⁵ bulunanlardır (YUKK m. 12/1-b). Böylece vize muafiyeti bakımından ikamet izni çeşitleri arasında herhangi bir fark ya da istisna öngörülmemiş olduğundan⁵⁶, geçerli bir öğrenci ikamet iznine sahip yabancılar da vize muafiyetinden yararlanabileceklerdir. Bununla birlikte, YUKKUY m. 11/1-ç'de öngörülen ve Türkiye'ye öğrenim amacıyla gelecek olan yabancıların almak zorunda olduğu eğitim vizesinin YUKK m. 12/1-b karşısındaki hükmü izaha muhtaçtır. Eğitim vizesi, Türkiye'ye eğitim, öğrenim, staj, kurs, öğrenci değişim programı, Türkçe dil kursuna katılmak amacıyla gelmek isteyen yabancılar için verilen bir vize türüdür (YUKKUY m. 11/ç)⁵⁷. Bu durumda, Türkiye'de öğrenim görmek isteyen bir yabancı için YUKK m. 12/1 gereğince vize muafiyeti yoksa eğitim vizesi olarak ülkeye giriş yapma zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, ülkede kalış süresi bakımından vize türleri arasında herhangi bir fark öngörülmediğinden, öğrenim amaçlı olarak doksan günden fazla ülkemizde kalacak olan yabancıların da, kalış amaçlarına uygun şekilde öğrenci ikamet izni almaları zorunludur.

Yukarıda da belirtildiği üzere, YUKK m. 12/1-b uyarınca vizeden muaf olan yabancıardan biri de, ülkeye giriş yapacağı tarih itibariyle geçerli bir ikamet iznine sahip olanlardır. Türkiye'de öğrenim görecektir olan yabancıların kural olarak öğrenci ikamet izni alması zorunlu olduğundan, ülkeye giriş anında geçerli bir ikamet iznine sahip bir yabancı, eğitim vizesinden muaf olacaktır. Uygulamada da eğitim vizesi, ülkemizde öğrenim görecektir

⁵⁴ İkamet izni kavramını dar ve teknik anlamda ikamet izni olarak yorumlamamak gerektiği, ikamet izni yerine geçen belgeleri de bu kapsamda değerlendirmenin Kanun'un ruhuna ve ilgili belgelerin nitelik ve amaçlarına uygun olduğu doktrinde ifade edilmiştir: **Teksoy**, s. 868.

⁵⁵ YUKKUY m. 13/1-b uyarınca, çalışma izni muafiyet teyit belgesi olanlar da vizeden muafırlar. Konuyla ilgili olarak bkz. **Teksoy**, s. 871.

⁵⁶ **Teksoy**, s. 867.

⁵⁷ Uygulamada eğitim vizesi, yabancı için vizeyi alışı amacına uygun olarak kendi içinde alt bölümlere ayrılmıştır. Buna göre, uygulamadaki eğitim vizesi türleri şunlardır: staj, staj Erasmus, staj AIESEC (Association Internationale des Étudiants en Sciences Économiques et Commerciales), Türkçe dil kursu amaçlı, kurs amaçlı, öğrenim amaçlı, KKTC öğrenim amaçlı vizeler: <http://www.mfa.gov.tr/vize-genel-bilgileri.tr.mfa> (e. t. 03.03.2017).

yabancıların öğrenci ikamet izni almaları bakımından zorunlu tutulmamıştır. Nitekim vize ya da vize muafiyetiyle ülkemize gelerek bir yükseköğretim kurumunda ön lisans, lisans, yüksek lisans, doktora, Tıpta Uzmanlık Eğitimi, Dış Hekimliği Uzmanlık Eğitimi derecelerinde öğrenim görecektir yabancı öğrencilerin ikamet izni başvurularında eğitim vizesi uygulamada aranmamaktadır⁵⁸. Bununla birlikte, eğitim vizesinden muafiyet konusunda YUKKUY m. 35/2'de bir istisnaya yer verilmiştir. Buna göre, öğrenci ikamet izni için Türkiye'den yapılacak başvurularda ilk ve orta derecede öğrenim görecektir yabancılar bakımından eğitim vizesi alma şartı aranmaktadır⁵⁹.

YUKK'ta yer alan düzenlemelere rağmen, milli eğitimle ilgili mevzuatta eğitim vizesinin zorunluluğuna ilişkin hükümlere rastlanılmaktadır. Söz gelimi, Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği⁶⁰ (OKY) m. 29/1-a'da, yabancı öğrencilerin ortaöğretim kurumlarına kayıtlarının, kural olarak öğrenim vizesi almış olmaları şartıyla yapılabileceği düzenlenmiştir. Ancak, yukarıda açıklandığı üzere, YUKKUY m. 35/2 dikkate alındığında, eğitim vizesi, yalnızca Türkiye'den yapılacak ilk ve ortaöğretim kurumlarında öğrenim için öğrenci ikamet izni başvurusunda esas alınmaktadır. Dolayısıyla, öğrenim vizesine ilişkin OKY hükümleri, YUKK ve YUKKUY hükümleri çerçevesinde yorumlanmalıdır. Zira YUKK ve YUKKUY'un yabancılar hukukuna ilişkin temel düzenleme niteliği taşıması ve eğitim vizesini istisnaî olarak araması nedeniyle, yabancılar bakımından daha avantajlı bir durum yaratmasının YUKK ve YUKKUY düzenlemelerinin dikkate alınmasını gerektirdiği kanaatindeyiz⁶¹.

⁵⁸ Uluslararası öğrenci değişim ve kültür programları ile AB Eğitim ve Gençlik Programları kapsamında Türkiye'de Yükseköğretim Kurumu'na bağlı üniversitelerce davet edilen yabancı öğrenciler de eğitim vizesinden muaf tutulmuşlardır: <http://www.mfa.gov.tr/vize-genel-bilgileri.tr.mfa> (e. t. 06.03.2017).

⁵⁹ On sekiz yaş altındaki çocukların vize müracaatları esnasında anne ve babasının her ikisinin de muvafakatinin alınması gerekmektedir. Anne ve babası ayrı olan veya birinin hayatta olmadığını beyan edenlerden ise, çocuğun velayetine sahip olduğunu gösteren belgenin ibraz edilmesi kaydıyla ülkemize geliş amaçlarına uygun vize verilir: <http://www.mfa.gov.tr/vize-genel-bilgileri.tr.mfa> (e. t. 06.03.2017).

⁶⁰ RG. 07.09.2013-28758.

⁶¹ Yabancı öğrencilerin özel öğretim kurumlarına giriş hakkına ilişkin hususların düzenlendiği Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinde (ÖÖKY) (RG. 20.03.2012-28239) de benzer bir düzenlemeye yer verilerek, yabancıların özel öğretim

Eğitim vizesi alınması gereken hallerde, vize başvurusunun kural olarak yabancıların vatandaşı olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkedeki Türk Konsolosluklarına yapılması gerekir (YUKKUY m. 12/1). Aynı hüküm uyarınca elektronik ortamda da vize başvurusu yapılabilmesi mümkün olmakla beraber⁶², e-vize uygulaması Türkiye'ye turistik veya ticarî amaçlar dışındaki seyahatler için geçerli olmadığından, eğitim vizesinin bu şekilde alınması söz konusu olamaz⁶³.

Eğitim vizesi almak isteyen yabancıların, başvurularıyla beraber, öğrenim ile ilgili olarak istenebilecek bilgi ve belgeleri de, ilgili Türk

kurumlarına kaydının, ancak usulüne uygun öğrenim vizesi almış olmaları halinde mümkün olduğu ifade edilmiştir (ÖÖKY m. 51/10-a). Ancak tekraren belirtmek gerekir ki, YUKK m. 12/1-b gereğince geçerli ikamet izni, vizeden muafiyet sağlayacağından, öğrenci ikamet izni alan bir yabancıların ayrıca vize almasına gerek yoktur. Bununla birlikte, YUKKUY m. 35/2 gereğince eğitim vizesi, Türkiye'den yapılacak ilk ve ortaöğretim kurumlarında öğrenim için öğrenci ikamet izni başvurularında aranan bir şarttır. Bu bakımdan, Türkiye'den yapılacak özel öğretim kurumu başvuruları için YUKKUY m. 35/2 çerçevesinde eğitim vizesinin alınması zorunludur. Eğitim vizesinin istisnaî özelliğine rağmen uygulamada aranması ile ilgili olarak bir başka örnek, Yükseköğretim Kurulu tarafından belirlenen Yurtdışından Öğrenci Kabulüne İlişkin Esaslarda yer almıştır. Esaslarda yer alan düzenleme gereğince, ülkemizde öğrenim görmek isteyen yabancıların "Öğrenim Meşruhatlı Vize" sahibi olmalarının şart olduğu ve bu nedenle ülkemizdeki üniversitelerin kabul ettikleri öğrencilere "kabul mektubu" veya eşdeğer bir belge düzenlemeleri gerektiği belirtilmiştir. Yukarıda da açıklandığı üzere, yükseköğretim kurumlarında öğrenim görecekler bakımından eğitim vizesi aranmaz. Bununla birlikte, öğrenci ikamet izni başvurularında şartlar arasında yer alan "ön kayıt" şartını belgelendirmesi bakımından "kabul mektubu" veya eşdeğer bir belge düzenlenebilir. Söz konusu Esaslar hakkında bkz: http://www.yok.gov.tr/documents/10279/58373/yurtdisindan_ogrenci_kabulune_il_esas.pdf/e3ded5b2-c26e-46ed-9f05-6b74f302f5e2 (e. t. 25.10.2017).

⁶² E-vize, daha önce sınır kapılarında "bandrol" veya "kaşe" ile verilen vizelerin yerini almıştır. Başvuru sahipleri www.evisa.gov.tr internet adresinden gerekli bilgileri girmek ve buna ilişkin ödemelerini kredi kartı ile yapmak suretiyle vizelerini elektronik olarak da alabilirler. Başvurunun ardından e-vizeler, kişinin e-posta adresine gönderilmektedir: <http://www.mfa.gov.tr/yabancilarin-tabi-oldugu-vize-rejimi.tr.mfa> (e. t. 23.02.2017).

⁶³ <http://www.mfa.gov.tr/yabancilarin-tabi-oldugu-vize-rejimi.tr.mfa> (e. t. 23.05.2017).

Konsolosluga vermesi zarur'dir (YUKKUY m.12/3). Bu halde, eğitim vizesi başvurusu, istenilen belgelerin tamamlanmasından itibaren en geç doksan gün içinde sonuçlandırılacaktır (YUKKUY m.12/4).

bb. Türkiye'ye Girişlerine İzin Verilmeyecek Yabancılardan Olmamak

Öğrenci ikamet izni alabilmenin şartlarından bir diğeri, yabancı'nın ülkeye girişine izin verilmeyecek yabancılardan olmamasıdır (YUKK m. 39/1-b). Yabancıların yasal olarak Türkiye'ye girişleri ile ilgili genel nitelikli bu şart, öğrenci ikamet izni başvurusu şartları bakımından özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, Türkiye'de öğrenci olarak ikamet etmek isteyen bir yabancı'nın, ülkeye girişine izin verilmeyecek yabancılardan olması halinde⁶⁴ öğrenci ikamet izni alabilmesi ve dolayısıyla öğrencilik haklarından yararlanabilmesi mümkün olmayacaktır.

⁶⁴ Türkiye'ye girişine izin verilmeyecek yabancılar YUKK m. 7'de tek tek sayılmış ve bu yabancıların ülkeye girişlerine izin verilmeyerek geri çevrilecekleri hüküm altına alınmıştır (YUKK m. 7/1). Buna göre, pasaportu, pasaport yerine geçen belgesi, vizesi veya ikamet ya da çalışma izni olmayanlar ile bu belgeleri veya izinleri hileli yollarla edindiği veya sahte olduğu anlaşılanlar; vize, vize muafiyeti veya ikamet izin süresinin bitiminden itibaren en az altmış gün süreli pasaport veya pasaport yerine geçen belgesi olmayanlar ile YUKK m. 15 gereğince İçişleri Bakanlığı tarafından vize verilmesinde yarar görülenler hariç, vize muafiyeti kapsamında olsalar dahi, vize verilmeyecek yabancılar ülkeye girişine izin verilmeyecek yabancılardır. YUKK m. 15/1 gereğince ülkeye girişlerine izin verilmeyecek olan yabancılar ise şunlardır: - Talep ettikleri vize süresinden en az altmış gün daha uzun süreli pasaport ya da pasaport yerine geçen belgesi olmayanlar, -Türkiye'ye girişleri yasaklı olanlar, -Kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından sakıncalı görülenler, -Kamu sağlığına tehdit olarak nitelendirilen hastalıklardan birini taşıyanlar, -Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu anlaşmalar uyarınca, suçluların geri verilmesine esas olan suç veya suçlardan sanık olanlar ya da hükümlü bulunanlar, -Kalacağı süreyi kapsayan geçerli sağlık sigortası bulunmayanlar, -Türkiye'ye giriş, Türkiye'den geçiş veya Türkiye'de kalış amacını haklı nedenlere dayandıramayanlar, -Kalacağı sürede, yeterli ve düzenli maddi imkânâ sahip olmayanlar, -Vize ihlalinden veya önceki ikamet izninden doğan ya da 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre takip ve tahsil edilmesi gereken alacakları ödemeyi kabul etmeyenler veya 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa göre takip edilen borç ve cezalarını ödemeyi kabul etmeyenler.

cc. Türkiye’de Kalacağı Adres Bilgilerini Vermek

Türkiye’de öğrenim görmek isteyen yabancıların öğrenci ikamet izni alabilmek için Türkiye’de kalacağı adres bilgilerini başvuru makamına vermesi, YUKK m. 39/1-c gereğince zorunludur. Bu bağlamda, Türkiye’de bulunan yabancıların nüfus hizmetlerinin düzenlenmesine, yürütülmesine ve geliştirilmesine ilişkin esas ve usulleri düzenleyen Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun⁶⁵ 8/1 maddesinde, YUKK kapsamındaki yabancılara kimlik numarası vermeye ve yabancılar kütüğüne⁶⁶ kaydetmeye İçişleri Bakanlığının yetkili olduğu belirtilmiştir.

Nihayetinde, Türkiye’de öğrenim görecek yabancılar da, Nüfus Hizmetleri Kanunu uyarınca yabancılar kütüğüne kaydedilme zorunluluğuna tabidirler. Bu sebeple, Türkiye’de öğrenim görecek yabancılar ülkemizde kalacakları adres bilgilerini öğrenci ikamet izni başvurusunda bulunurken beyan etmekle yükümlüdür. Uygulamada, farklı barınma şekillerine bağlı olarak, yabancı öğrencilerden istenecek bilgi ve belgelerin de farklılaştığı görülmektedir. Buna göre, yabancı öğrencinin kiracı olarak ikamet etmesi halinde kira sözleşmesinin noter onaylı örneğini; öğrenci yurtlarında barınıyorsa, ilgili yurttta kaldığına dair belgeyi; otel, motel, hotel gibi yerlerde kalıyorsa bu yerlerde kaldığına dair belgeyi ve son olarak da akraba dışında üçüncü kişinin yanında kalacak olması durumunda yanında kalınacak olan kişinin noter onaylı taahhüdünü, öğrenci ikamet izni başvurusunda sunması gereklidir⁶⁷.

⁶⁵ RG. 29.04.2006-26153.

⁶⁶ Yabancılar kütüğü, kimlik numarası verilen yabancıların kayıtlarının elektronik ortamda tutulduğu kütüğü ifade eder (Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 3/1-çç). Aynı Kanun’un 8/A maddesi gereğince, doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından çıkanlar ve onların üçüncü dereceye kadar alt soyları, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü tarafından elektronik ortamda tutulan Mavi Kartlılar Kütüğüne kaydedilir.

⁶⁷ <https://e-ikamet.goc.gov.tr/ikamet/IstenenBelgeler/IlkBasvuruIstenenBelgeDownload> (e. t. 04.05.2017).

2. Öğrenci İkamet İzni Başvuru Usulü

YUKK m. 21/1’de ikamet izni başvurularının yabancıнын vatandaş olduğu ya da yasal olarak bulunduğu ülkedeki Türk Konsolosluklarına yapılacağı öngörülmekle birlikte, YUKK m. 22/1 gereğince, bazı hallerde Türkiye’den de başvurunun mümkün olduğu görülmektedir. İstisnaî olarak Türkiye içinden valiliklere başvuruda bulunulabilecek hallerden biri de öğrenci ikamet iznidir (YUKK m. 22/1-ç).

Buna göre, Türkiye’de öğrenim görmek isteyen bir yabancı, vatandaş olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkedeki Türk Konsolosluklarına öğrenci ikamet izni için başvuruda bulunabileceği gibi, Türkiye’de bulunuyorsa, valiliklere de öğrenci ikamet izni başvurusu yapılabilir.

Öğrenci ikamet izni başvurusu yapılırken, genel olarak ikamet izni başvurusunda izlenecek usullere ek olarak, başvurudan önce öğrenim kurumuna ön kayıt yaptırılması zorunludur (YUKKUY m. 36/1). Yukarıda ayrıntılarıyla açıklanan ön kayıt işleminin tamamlanmasından sonra, öğrenci ya da öğrenim göreceği öğretim kurumu tarafından GİGM’nin belirleyeceği usul ve esaslara göre, öğrenci ikamet izni başvurusu yapılacaktır.

Öğrenci ikamet izni başvurusu, bizzat yabancı tarafından yapılabileceği gibi, başvurunun yabancıнын yasal temsilcisi⁶⁸ ya da vekâletnameyi haiz avukatı aracılığıyla yapılması da mümkündür (YUKKUY m. 21/4). İlave olarak, YUKK m. 21’e UİK m. 27 ile eklenen ek fıkraya göre, ikamet izni başvurularının yetkili aracı kurum tarafından yapılabilmesi de mümkün hale getirilmiştir (YUKK m. 21/7).

Öğrenci ikamet iznine başvuran yabancılardan on sekiz yaşını doldurmayan veya ergin olmayanların işlemlerinde, YUKKUY’un “çocukların iş ve işlemlerinde dikkat edilecek hususlar” başlıklı 122. madde hükümleri uygulanır (YUKKUY m. 36/3). Buna göre, özel kanunlardaki hükümler hariç, yabancı çocuğa ilişkin iş ve işlemlerde ortak velayet durumunda anne ve

⁶⁸ Uygulamada velayet altında olanlar adına velinin ikamet izni başvurusunda bulunacağı durumlarda başvuru çocuğa ilişkin doğum belgesinin; vesayet altında olanlar bakımından vasinin başvurusu halinde ise, vesayet kararının başvuruya eklenmesi şartı aranmaktadır: <https://e-ikamet.gov.tr/Ikamet/IsteneBelgeler/BasvuruFormuBelgelerIliskinAciklamalar> (e. t. 27.09.2017).

babanın birlikte muvafakati aranır. Muvafakat, başvurunun yapılacağı idarî mercilerin önünde de verilebilir. Eşlerden biri ve çocuk ayrı ülkelerde ise, çocuk için başvuruda bulunan anne ya da babadan, diğer eşin bu taleple ilgili muvafakati istenir. Velayetin kendisinde olduğunu belgeleyen anne ya da baba, işlemleri tek başına yapabilir. Yasal temsilci ile çocuğun farklı ülkelerde olduğu durumda, yasal temsilcinin yetkili makam huzurunda verilmiş onayı ve refakatçinin çocuğun bakımını üstlendiğine ilişkin taahhüdünün olması kaydıyla, çocuğun refakatine bırakıldığı kişiye çocuk hakkında işlemleri yapma hakkı tanınır⁶⁹.

Öğrenci ikamet izni başvuruları çerçevesinde, GİGM'nin ilk ve orta dereceli öğretim kurumları, yükseköğretim kurumları ve ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği halinde öğrencilerin iş ve işlemlerinin yürütülmesini kolaylaştırmak amacıyla gerekli tedbirleri alacağı öngörülmektedir (YUKKUY m. 35/4). Bu kapsamda olmak üzere, İçişleri Bakanlığı GİGM ile Yükseköğretim Kurulu arasında 27.10.2016 tarihinde, ülkemizde bulunan yabancı öğrenciler ile akademisyenlerin ve aile üyelerinin ikamet izni işlemlerinin hızlandırılması ve güvenli veri paylaşımının sağlanması amacıyla "İkamet İzinleri İle İlgili Protokol" ve "Veri Paylaşımı ile İlgili Protokol" adıyla iki ayrı protokol imzalanmıştır. İkamet İzinleri İle İlgili Protokol sayesinde, yabancı öğrencilerin ikamet izni işlemlerinde gerekli belgeler üniversiteler aracılığı ile toplanacak; böylece ülkemize gelen yabancı öğrencilerin işlemleri ikamet izni randevusu gerekmeksizin, hızlı bir şekilde tamamlanacak, ikamet izni belgeleri ilgili üniversitelerden teslim alınabilecektir⁷⁰.

3. Öğrenci İkamet İzni Başvurusunun Değerlendirilmesi

Öğrenci ikamet izni başvurularının incelenmesi ve sonuçlandırılması ile ilgili olarak mevzuatta özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle,

⁶⁹ YUKKUY m. 122, ayrıca çocuğun yüksek yararı söz konusu olduğunda, çocuk hakkında idare herhangi bir muvafakat, talep veya başvuru olmaksızın YUKK kapsamındaki iş ve işlemleri re'sen başlatacağını ve karara bağlayacağını öngörmektedir. Çocuklarla ilgili hükümlerde uluslararası korumaya ilişkin hususların saklı olduğuna ise, yine özel olarak vurgu yapılmıştır.

⁷⁰ Konu hakkında bkz. <http://www.yok.gov.tr/web/guest/icisleri-bakanligi-ile-protokol> (e. t. 09.05.2017).

öğrenci ikamet izni başvurusunun değerlendirilmesi sürecinde, genel olarak ikamet izni başvurusunun incelenmesi ve sonuçlandırılması ile ilgili YUKK ve YUKKUY hükümleri uygulama bulacaktır⁷¹.

YUKK m. 21/3 gereğince, öğrenci ikamet izni başvurusunun değerlendirme aşamasında başvuruya ilgili bir eksiklik olup olmadığı hususu başvuru makamı tarafından re'sen incelenir. Başvuru sırasında eksik ya da ihtiyaç duyulacak bilgi ve belgelerin bulunması halinde, bu durum yabancı öğrenciye bildirilir. Bu bildirim tarihinden itibaren otuz gün içinde eksik bilgi ve belgelerin tamamlanmaması halinde, başvuru işleminden kaldırılır (YUKKUY m. 22/1). Başvuru için istenen bilgi ve belgelerin tam olması halinde ise, Türkiye dışında yapılmış başvurularda Türk Konsoloslukları ikamet izni başvurularını görüşleri ile birlikte GİGM'ye iletir. GİGM, gerekli gördüğünde ilgili kurumların da görüşlerini almak suretiyle, başvuruları sonuçlandırarak ikamet izninin düzenlenmesi ya da başvurunun reddedilmesi için ilgili Türk Konsolosluğuna bilgi verir (YUKK m. 21/4). Türkiye içinden yapılacak ikamet izni başvuruları ise, başvuru makamı olan valiliklerce sonuçlandırılır (YUKK m. 25/1). Buna göre, öğrenci ikamet izni için gerekli şartları taşıyan ve bu konudaki bilgi ve belgeleri sunan yabancı adına valiliklerce ikamet izni düzenlenir. İkamet izni talebinin reddedilmesi halinde ise, bu işlem yine valiliklerce yabancıya, yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilir (YUKK m. 25/2)⁷².

Öğrenci ikamet izni başvurusunun değerlendirilmesi sürecinde, yabancı öğrenciyle görüşme yapılabileceği gibi, lüzum halinde kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından sakıncalı bir durum olup olmadığı da araştırılır (YUKKUY m. 22/3-4). Ayrıca yabancı hakkında daha önce kamu sağlığını tehdit eden bir hastalığı hakkında herhangi bir işlem yapılmışsa, kendisinden ilave olarak sağlık raporu da istenecektir (YUKKUY m. 22/5) .

⁷¹ İkamet izni taleplerinin değerlendirilmesi ile ilgili olarak bkz. **Çelikel/Öztekin Gelgel**, s. 102; **Doğan**, s. 72 vd; **Ekşi**, s. 87 vd.

⁷² Türkiye içinden yapılan ikamet izni başvurularında başvurunun reddi, ikamet izninin uzatılmaması veya iptali yönünde olumsuz bir karar alınmışsa, yabancıların Türkiye'deki aile bağları, ikamet süresi, menşe ülkesindeki durumu ve çocuğun yüksek yararı gibi hususlar göz önünde bulundurulur ve ikamet iznine ilişkin karar ertelenebilir (YUKK m. 25/1). Konuyla ilgili olarak bkz. **Çelikel/Öztekin Gelgel**, s. 102.

Öğrenci ikamet izni başvurusu, en fazla doksan gün içinde sonuçlandırılmak zorundadır (YUKK m. 21/5)⁷³. Bununla birlikte, söz konusu sürenin aşılmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak düzenleyici süre niteliği arz ettiğinden, söz konusu sürenin aşılması ihtimalinde herhangi bir yaptırım söz konusu değildir⁷⁴.

4. Öğrenci İkamet İzninin Süresi

Kural olarak belli bir süre için verilen ikamet izinleri, kalış amacına uygun şekilde pasaport veya pasaport yerine geçen belgenin geçerlilik süresinden altmış gün daha kısa süreli olarak düzenlenir (YUKK m. 23/1). Bu kurala uygun olarak, öğrenci ikamet izni başvurusunda bulunan yabancıların da, Türkiye’de öğrenim görmek istediği öğrenim programının normal süresinden en az altmış gün daha uzun süreli bir pasaporta sahip olmaları şarttır⁷⁵.

Öğrenci ikamet izninin süresi ile ilgili olarak gerek YUKK m. 38’de gerek YUKKUY m. 37’de özel hükümler getirilmiştir. Buna göre, öğrenci ikamet izni süresi, öğrenim görülecek öğretim kurumunun derecesine göre farklılık arz eder. İlk ve orta dereceli öğretim kurumlarında öğrenim göreceklere, öğrenime başlanacak tarihten bir sonraki öğretim yılının başlangıcına kadar geçerli olacak şekilde en fazla bir yıla kadar ikamet izni verilir (YUKKUY m. 37/1). Ancak öğrenci ikamet izni, öğrenim süresi ile sınırlı olarak verildiğinden, öğrencinin kayıtlı olduğu öğretim kurumundaki öğrenim süresinin bir yıldan kısa olması durumunda öğrenci ikamet izni süresi, öğrenim süresini aşamaz (YUKK m. 38/4). Bakımı ve masrafları gerçek veya tüzel kişi tarafından üstlenilen ilk ve orta derecede öğrenim görecek yabancılar ise, velilerinin veya yasal temsilcilerinin muvafakatiyle öğrenimleri süresince birer yıllık sürelerle öğrenci ikamet izni verilebilir (YUKK m. 38/2).

Türkiye’deki bir yükseköğretim kurumunda ön lisans, lisans, yüksek lisans ya da doktora öğrenimi görecek yabancılar verilecek öğrenci ikamet

⁷³ Doksan günlük süre, usulüne uygun belge ibraz edildiğinin tespit edildiği andan itibaren başlayacaktır: **Doğan**, s. 68.

⁷⁴ Düzenleyici sürelerle ilgili olarak bkz. **Candan T.:** İdarî Yargılama Usulü Kanunu, Ankara 2005, s. 479-480.

⁷⁵ Konuyla ilgili olarak bkz. **Çelikel/Öztekin Gelgel**, s. 103; **Doğan**, s. 68; **Ekşi**, s. 88.

izninin ise, YUKKUY m. 37/2 gereğince, ikamet izni müracaat tarihinden itibaren öğrenim programının tamamını kapsayacak şekilde düzenlenebileceği belirtilmiştir. Bu bakımdan idare, takdir yetkisine dayanarak öğrenci ikamet iznini öğrenim programının tamamını kapsayacak şekilde verebileceği gibi, ilk ve ortaöğretim kurumlarında geçerli olduğu üzere öğrenime başlayacakları tarihten bir sonraki öğretim yılının başlangıcına kadar geçerli olacak şekilde bir yıl süreli olarak da verebilir⁷⁶. Uygulamada, öğrenci ikamet izni süreleri her bir öğrenim derecesi bakımından GİGM tarafından belirlenmiştir. Buna göre, ilk ve ortaöğretim kurumları ile MEB'e bağlı olmayan uluslararası kuruluşlara, büyükelçilik ve konsolosluklara ait öğretim kurumlarında öğrenim görecektir yabancı öğrencilere bir yıl süreyle öğrenci ikamet izni verilmektedir. Yükseköğretim düzeyinde ise, ön lisans öğrencilerine iki yıl, lisans öğrencilerine harp okulları da dâhil olmak üzere kural olarak dört yıl süreli ikamet izni verildiği görülmektedir. Lisans düzeyinde olmakla birlikte öğrenim süresi dört yıldan fazla olan bölümlerden dış hekimliği, eczacılık ve veterinerlik fakültelerinde okuyacak olan öğrencilere yasal öğrenim süresi olan beş yıl, tıp fakültesinde okuyacak olanlara ise, altı yıl süreli öğrenci ikamet izni verilmektedir. Lisansüstü eğitim düzeyinde ise, yüksek lisans öğrenimi göreceklere iki yıl, doktora öğrenimi göreceklere tıpta uzmanlık ve dış hekimliğinde uzmanlık eğitimi alacak olanlar da dâhil olmak üzere üç yıl süreli ikamet izni verilmesi söz konusudur. Türkiye'ye yükseköğrenim görmek üzere geldiği halde, öğrenim göreceği üniversitesi tarafından Türkçe kursuna yönlendirilenler ile YUKK ve YUKKUY düzenlemelerinde kısa dönem ikamet izni almakla mükellef tutulan, fakat GİGM uygulamalarında öğrenci ikamet izni verilen değişim programı öğrencilerine verilecek öğrenci ikamet izni süresi ise, bir yıl olarak belirlenmiştir⁷⁷.

⁷⁶ Öğrenci ikamet izni ile Türkiye'de geçirilen sürelerin Türk vatandaşlığının genel yoldan kazanılmasında aranılan ikamet şartının sağlanmasına etkisi konusunda ayrıca bkz. Güner, s. 311 vd.; Özbek Hadimoğlu, N.: "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarı'sında Yer Alan İkamet İzni Türleri İle Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Olağan Telsik Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Aranılan İkamet Şartı Arasındaki İlişki", TBBD, C. 102, 2012, s. 152 vd.

⁷⁷ Uygulamaya ilişkin tespitler için bkz. https://e-ikamet.goc.gov.tr/_Ikamet/IsteneBelgeler/IlkBasvuruIsteneBelgeDownload (e. t. 28.05.2017).

Yabancı öğrencinin normal öğrenim süresi sonunda mezun olamaması durumunda, YUKKUY m. 37/2'de, öğrencinin ikamet izninin en fazla birer yıllık sürelerle ve azamî eğitim süresini aşmayacak şekilde uzatılacağı öngörülmüştür. Buna göre, devam eden öğrenimi nedeniyle ikamet iznini uzatmak isteyen bir yabancı öğrenci, ikamet izni süresinin dolmasına altmış gün kala ve her koşulda ikamet izni süresi dolmadan önce yurt içindeki valiliklere başvuruda bulunabilir (YUKK m. 24/2). Süresinde yapılmayan başvurularda ise, kabul edilebilir bir gerekçe sunulamaması durumunda, ikamet izni süresi on günden fazla aşılmışsa, yabancı öğrencinin sınır dışı edilmesi gündeme gelecektir (YUKK m. 54/1-g)⁷⁸.

Öğrenci ikamet izni süresinin uzatılması çerçevesinde, süresinde yapılan başvuru üzerine söz konusu yabancı öğrencilere harca tabi olmayan bir belge verilir. Bu belge, ikamet izni süreleri sona ermiş olsa dahi yabancı öğrencinin, hakkında karar verilinceye kadar Türkiye'de kalmasına imkân verecektir (YUKK m. 24/2).

Öğrenci ikamet izni sahibi bir yabancı mezun olması durumunda, ikamet izni, mezuniyet tarihi itibarıyla kesilir (YUKKUY m. 37/2). Bu sebeple, Türkiye'de kalmaya devam edilecekse, YUKKUY m. 26/1 gereğince mezuniyet tarihinden itibaren on gün içinde yeni kalış amacına uygun bir ikamet izni için valiliğe başvuruda bulunulması gerekir (YUKKUY m. 37/2). Bu ihtimalde, söz konusu yabancılara ikamet izni müracaat belgesi verilir ve on günlük süre mezuniyet tarihinden itibaren başlar (YUKKUY m. 37/2). Son olarak belirtmek gerekir ki, valiliklerce sonuçlandırılacak ikamet izni uzatma başvurusu sonucunda uzatılan ikamet izni, YUKK m. 24/3 uyarınca yasal izin sürelerinin bitim tarihinden itibaren başlatılır⁷⁹.

5. Öğrenci İkamet İzni Başvurusunun Reddi ile Öğrenci İkamet İzninin İptali veya Uzatılmaması

Öğrenci ikamet izni başvurusunun reddi, mevcut öğrenci ikamet izninin iptali veya uzatılmaması nedenleri, YUKK m. 40'da özel olarak hüküm altına

⁷⁸ Söz konusu yabancı öğrenciler, Türkiye'de bulunmaları mevzuata aykırı görüldüğünden sınır dışı edilmektedirler: **Bayraktaroğlu Özçelik**, s. 221 vd.

⁷⁹ Konuyla ilgili olarak bkz. **Çelikel/Öztekin Gelgel**, s. 103; **Doğan**, s. 69; **Ekşi**, s. 88.

alınmıştır. Söz konusu düzenleme dikkate alındığında, hem öğrenci ikamet izni başvurusunun reddi, hem de mevcut öğrenci ikamet izninin iptali veya süresinin uzatılmama sebeplerinin ortak gerekçelere bağlanmış olduğu görülmektedir.

Yukarıda YUKK m. 39 bağlamında açıklanan öğrenci ikamet izni alabilmek için gerekli şartlara sahip olmayan bir yabancı için reddedilir (YUKK m. 40/1-a). Söz konusu şartların öğrenci ikamet izni verildikten sonra ortadan kalkması ise, aynı düzenlemede mevcut ikamet izninin iptal sebebi olarak görülmüştür. Bu durumda, YUKK m. 39’da sayılan şartları sağladığı için öğrenci ikamet izni alan bir yabancı için, öğrenci ikamet izninin süresi devam ederken, bu şartlardan bir ya da birkaçını kaybetmesi ihtimalinde, öğrenci ikamet izni iptal edilmek zorunda olduğu gibi, durumun öğrenci ikamet izninin süresinin uzatılmasına ilişkin değerlendirme aşamasında tespiti halinde, süre uzatımının yapılmasına engel teşkil edecektir.

Yabancı öğrencinin öğrenimini sürdürmeyeceği konusunda kanıtların ortaya çıkması (YUKK m. 40/1-b) veya öğrenci ikamet izninin verilmiş amacı dışında kullanıldığının belirlenmesi (YUKK m. 40/1-c) ihtimalinde, öğrenci ikamet izni iptal edilmek zorundadır. Bunun yanında, durumun öğrenci ikamet izni süresinin uzatılması amacıyla yapılan başvurunun değerlendirilmesi aşamasında tespiti halinde, yine süre uzatımı mümkün olmayacaktır (YUKK m. 40/1).

YUKK m. 40/1-ç’de son olarak, yabancı öğrenci hakkında geçerli bir sınır dışı etme kararı veya Türkiye’ye giriş yasağı kararı alınması, öğrenci ikamet izni başvurusunun ret sebebi olarak görülmüştür. Aynı şekilde, öğrenci ikamet izni başvurusu değerlendirme aşamasında mevcut olmayan bu ret sebeplerinin, sonradan ortaya çıkması ihtimalinde de mevcut öğrenci ikamet izninin iptal edileceği kanun koyucu tarafından ifade edilmiştir. Bağlantılı olarak, mevcut öğrenci ikamet izni süresinin uzatılması çerçevesinde bu sebeplerin tespiti de, yine sürenin uzatılmamasına gerekçe teşkil edecektir.

Öğrenci ikamet izni başvurusunun Türkiye içinden yapılması ihtimalinde başvurusunun reddi, mevcut ikamet izni süresinin uzatılmaması veya iptali ile ilgili işlemlerin tebliği valiliklerce yapılır (YUKK m. 25/1). YUKK’ta yer alan düzenlemeyle, ikamet izni talebinin reddi, mevcut ikamet izninin uzatılmaması veya iptali kararları, yabancıya ya da yasal temsilcisine veya avukatına tebliğ

edilir⁸⁰. Tebligatta, yabancıнын karara karşı itiraz haklarını etkin şekilde nasıl kullanabileceği ve bu süreçteki diğer yasal hak ve yükümlülükleri de yer alır (YUKK m. 25/2).

Yabancı öğrencilerin öğrencilik ve kayıt durumlarında meydana gelebilecek değişikliklerin öğrenci ikamet iznine bazı etkileri olabilir. Bu bakımdan, yabancı öğrenciler ve ilgili öğretim kurumları, öğrencilik ve kayıt durumuna ilişkin değişiklikleri yirmi gün içinde il göç idaresi müdürlüklerine bildirmek zorundadırlar (YUKKUY m. 35/11). Bu konuda, yükseköğretim kurumlarında öğrenim göreceğ öğrenciler için bazı ek özel düzenlemelere yer verilmiştir. Yabancı öğrenci, Türkiye’de öğrenim göreceğ eğitim kurumuna ön kaydını yaptırdıktan sonra öğrenci ikamet izni almak üzere başvuruda bulunabileceğinden, yabancı öğrencinin hangi üniversite, fakülte ya da bölümde eğitim alacağı önceden bellidir. Bunun bir sonucu olarak, yabancı öğrenci, ikamet iznini bu bilgiler doğrultusunda alır. Ancak ilerleyen dönemlerde bu bilgiler açısından değişiklikler gündeme gelebilir. Bu durumda ortaya çıkacak ihtimallere göre, mevcut ikamet izni geçerliliğini koruyabileceğ gibi, yeni bir ikamet izninin düzenlenmesi de söz konusu olabilir. Buna göre, bir yabancı öğrenci öğretim kurumunu değiştirmeksizin fakülte veya bölüm değişikliği ya da bulunduğu ili değiştirmeden öğretim kurumu değişikliği yaptığı takdirde, öğrenciliğe ara vermemek ve süresinde bildirimde bulunmak kaydıyla mevcut öğrenci ikamet izni geçerliliğini korur. Yeni fakülte, bölüm ya da öğretim kurumunda öğrenim süresi, ikamet izni süresinden daha uzun ise, bu durumda ikamet izni bittiği tarihten itibaren öğrenim süresi kadar uzatılır (YUKKUY m. 35/12-a). Ancak yabancı öğrencinin farklı bir ilde öğrenimini sürdüreceğ olması ihtimalinde, öğrenime devam edilecek il valiliğince mevcut ikamet izni kesilerek, yeni öğrenim süresi kadar ikamet izni düzenlenecektir (YUKKUY m. 35/12-b).

6. Öğrenci İkamet İzni Yerine Geçen Belgeler

Yabancı öğrencilerin Türkiye’de her derecede öğrenim görebilmesinin temel şartı, yukarıda da ifade edildiği üzere geçerli bir öğrenci ikamet iznine

⁸⁰ Türkiye burslusuz öğrencilerin öğrenci ikamet izinlerinin reddi, mevcut öğrenci ikamet izinlerinin uzatılmaması veya iptali halinde, burs veren kuruma da bilgi verilir (YUKKUY m. 39/2).

sahip olmaktır. YUKK'taki konuya ilişkin diğer şartların da mevcudiyeti halinde, öğrenci ikamet izni ile öğrenim hakkını kullanabilen yabancı öğrenciler, istisnaen mevzuatta öngörülen diğer belgelerle de bunu sağlayabilmektedir. Buna göre, öğrenci ikamet izni yanında yabancı öğrencilere Türkiye'de öğrenim hakkı sağlayan belgeler, aile ikamet izni belgesi, çalışma izni belgesi, çalışma izni muafiyet belgesi, uluslararası koruma statüsü başvuru sahibi kimlik belgesi, uluslararası koruma statüsü sahibi kimlik belgesi ve insan ticareti mağduru ikamet izni belgesidir.

a. Aile İkamet İzni

Bir yabancıya öğrenci ikamet izni almaksızın Türkiye'de öğrenim hakkı sağlayan belgelerden ilki, aile ikamet iznidir⁸¹. Buna göre, aile ikamet iznine sahip olan bir yabancının öğrenci ikamet izni alma koşullarının ortaya çıkması halinde, öğrenci ikamet izni almasına gerek kalmaksızın mevcut aile ikamet izni ile öğrenci ikamet izninin sağladığı haklardan aynen yararlandırılması, YUKKUY m. 26/5 gereğince mümkündür. Ancak bu istisnaî durum, YUKK m. 34/4 uyarınca yalnız ilk ve ortaöğretim kurumlarındaki eğitim için geçerlidir. Zira aile ikamet izni, on sekiz yaşına kadar ilk ve orta öğretim kurumlarında öğrenim hakkı sağlamaktadır (YUKK m. 34/4).

On sekiz yaşını doldurmuş aile ikamet iznine sahip bir yabancının öğrenci ikamet izni almaksızın mevcut aile ikamet izni ile öğrenim hakkını kullanıp kullanamayacağına ilişkin bir düzenleme YUKK'ta yer almamaktadır. Buna karşın, YUKKUY m. 26/5 gereğince bunun mümkün olduğu söylenebilir. Zira YUKKUY m. 26/5'te, aile ikamet iznine sahip olan bir yabancının öğrenci ikamet izni alma koşullarının ortaya çıkması halinde, aile ikamet izninin devam ettirileceği ve yabancının öğrenci ikamet izninin sağladığı haklardan da aynen yararlanacağı hükme bağlanmıştır. YUKK ve YUKKUY'da bu durum her ne

⁸¹ Aile ikamet izni ile ilgili olarak bkz. **Çiçekli**, s. 103 vd.; **Çelikel/Öztekin Gelgel**, s. 107 vd.; **Doğan**, s. 74 vd.; **Eksi**, s. 90 vd. Aile ikamet izninin kimlere verilebileceği YUKK m. 34/1'de düzenlenmiştir. Buna göre, Türk vatandaşlarının, Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 28. maddesi kapsamında olanların veya ikamet izinlerinden birine sahip olan yabancılar ile mültecilerin ve ikincil koruma statüsü sahiplerinin yabancı eşine, kendisinin veya eşinin ergin olmayan yabancı çocuğuna, kendisinin veya eşinin bağımlı yabancı çocuğuna, her defasında üç yılı aşmayacak şekilde aile ikamet izni verilebilir.

kadar ikamet izinleri arasında geçiş olarak değerlendirilse de, bu durumda ikamet izinleri arası bir geçişten ziyade, yabancının ülkede kalış amacına uygun olarak sahip olduğu ikamet izninin kapsamının genişlemesi ve aynı zamanda öğrenci ikamet izni işlevi görmesi hali söz konusudur.

Yabancıların, ikamet izninin verilmesine esas olan gerekçenin sona ermesi veya farklı bir gerekçenin ortaya çıkması hâlinde, YUKK m. 29/1 gereğince, yeni kalış amacına uygun ikamet izni talebinde bulunabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu çerçevede, öğrenci ikamet iznine sahip olan bir yabancının aile ikamet izni alma koşullarının ortaya çıkması halinde, bu kişi adına aile ikamet izni düzenlenir. Aile ikamet izni alan bir yabancı öğrenci, ikamet izni koşullarını taşımaya devam ettiği sürece, öğrenci ikamet izninin sağladığı haklardan da aynen yararlanmaya devam edecektir (YUKKUY m. 26/4). Bu durumda kanun koyucunun ifade ettiği manada ikamet izinleri arasında gerçek manada bir geçişten bahsedilebilir.

b. Çalışma İzni veya Çalışma İzni Muafiyet Teyit Belgesi

YUKK m. 27/1 uyarınca, geçerli bir çalışma izni ile UİK'in 10. maddesine istinaden verilen çalışma izni muafiyet teyit belgesi, ikamet izni sayılır. Buna göre, bir yabancının Türkiye'de çalışabilmesi için almak zorunda olduğu çalışma izni, ikamet izninden muafiyet sağlar (UİK m. 3/1-c). Aynı şekilde, çalışma izninden muafiyet sağlayan çalışma izni muafiyet belgesi de, ikamet izninden muafiyet getirecektir (UİK m. 12/1)⁸².

Görüldüğü üzere, çalışma iznine veya çalışma izni muafiyet belgesine sahip olarak Türkiye'de çalışma hakkını kullanan bir yabancı, Türkiye'de öğrenim görmek isteyebilir. Böyle bir ihtimalde, bu yabancının öğrenci ikamet izni almasına gerek yoktur. Zira geçerli bir çalışma iznine veya çalışma izni muafiyet belgesine sahip olmak ikamet izninden muafiyet sağladığından, yabancının ayrıca öğrenci ikamet izni almasına gerek kalmaksızın, mevcut çalışma izni veya çalışma izni muafiyet belgesiyle öğrenci ikamet izninin sağladığı haklardan aynen yararlanması mümkündür (YUKKUY m. 26/6).

⁸² Konuyla ilgili olarak bkz. **Çelikel/Öztekin Gelgel**, 2017, s. 200 vd; **Doğan**, s. 168.

c. Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi Kimlik Belgesi ve Uluslararası Koruma Statüsü Kimlik Belgesi

Uluslararası koruma başvuru sahibi ve uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerin ikamet izninden muaf oldukları YUKK m. 20/g ve buna bağlı olarak da YUKKUY m. 20/1-g ile hüküm altına alınmıştır⁸³. Bu muafiyet hali, YUKKUY m. 35/1'de öğrenci ikamet izni bakımından özel olarak tekrarlanmış; uluslararası koruma başvuru sahibi ve uluslararası koruma statüsü sahipleriyle ilgili ikamet iznine ilişkin hükümlerin saklı tutulduğu ifade edilmiştir.

YUKKUY “uluslararası koruma” başlıklı Üçüncü Kısmında, başvuru hak ve yükümlülükleri kapsamında ikamet izninden muafiyete ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Buna göre, uluslararası koruma başvuru sahibi kişiler ile uluslararası koruma statüsü sahiplerinin Türkiye’de öğrenim görmek için öğrenci ikamet izni almak zorunda olmadıkları, bu kişilerin ilköğretim ve ortaöğretim kurumlarındaki eğitim hizmetlerinden statülerini gösteren belgelerini ibraz etmek suretiyle yararlanabilecekleri düzenleme altına alınmıştır (YUKKUY m. 105/1).

Benzer bir düzenlemeye, yükseköğretim derecesinde öğrenim görecekl bakımından da rastlamak mümkündür. Uluslararası koruma başvuru sahibi ve uluslararası koruma statüsü sahiplerinden yabancı öğrencilerle ilgili genel hükümler çerçevesinde Türkiye’de ön lisans, lisans, yüksek lisans ya da doktora öğrenimi hakkı elde edenler, ayrıca öğrenci ikamet iznine gerek olmaksızın, statülerini gösteren belgeleriyle öğrenim görebilirler (YUKKUY m. 105/3).

d. İnsanî İkamet İzni

YUKK m. 46 uyarınca, diğer ikamet izni türlerinin verilmesindeki şartlar aranmaksızın, yabancıya, içinde bulunduğu bazı zor koşullar nedeniyle Türkiye’de kanuna uygun bir şekilde belli bir süre kalabilmesi için insanî ikamet

⁸³ Uluslararası koruma başvuru sahibi ve uluslararası koruma statüsü sahibi yabancıların ikamet de dahil olmak üzere sahip oldukları haklar ile ilgili olarak ayrıca bkz. **Baran Çelik, N.:** “Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri”, İnönü ÜHFD, Özel Sayı C. 1, 2015, s. 81 vd.

izni verilebilmektedir⁸⁴. Bu anlamda insanî ikamet izni, aynı zamanda hamiline öğrenim hakkı veren belgeler arasında kabul edilmektedir.

İnsanî ikamet izninin, hamili yabancıya öğrenim hakkını kullanabilmesi imkânı verdiğiine ilişkin YUKK'ta açık bir hüküm olmamakla birlikte, YUKKUY m. 26/7'nin ikamet izinleri arası geçişe ilişkin düzenlemesinden bu sonuca varılabilmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre, insanî ikamet izni sahibi yabancılar, öğrenci ikamet izni alabilme koşullarının ortaya çıkması halinde, mevcut insanî ikamet izinleriyle öğrenci ikamet izninin sağladığı haklardan aynen yararlanabilir. Bu nedenle, insanî ikamet izni sahibi bir yabancıнын öğrenim hakkından yararlanabilmesi için öğrenci ikamet iznine geçmesi zorunlu değildir.

e. İnsan Ticareti Mağduru İkamet İzni

İnsanî ikamet izninde olduğu gibi, insan ticareti mağduru ikamet izni⁸⁵ sahibi bir yabancı da, öğrenci ikamet izni alabilme koşullarının ortaya çıkması halinde, öğrenci ikamet izni almadan bu iznin sağladığı haklardan aynen yararlanabilme imkânına sahiptir (YUKKUY m. 26/7). Dolayısıyla, YUKKUY'da ikamet izinleri arası geçiş olarak adlandırılan bu durum çerçevesinde, insan

⁸⁴ İnsanî ikamet izninin verilebileceği haller, YUKK m. 46/1'de sayılmıştır. Buna göre, Çocuğun yüksek yararı söz konusu olduğunda, -Haklarında sınır dışı etme veya Türkiye'ye giriş yasağı kararı alındığı halde, yabancıların Türkiye'den çıkışları yaptırılmadığında ya da Türkiye'den ayrılmaları makul veya mümkün görünmediğinde, -YUKK m. 55 gereği, yabancı hakkında sınır dışı kararı alınmadığında, -YUKK m. 53 uyarınca verilen sınır dışı kararına, m. 72 gereğince verilen kabul edilemez başvuru kararına ve m. 77 gereğince başvurunun geri çekilmiş sayılması kararına karşı yargı yoluna başvurulduğunda, -Başvuru sahibinin ilk iltica ülkesi veya güvenli üçüncü ülkeye geri gönderilmesi işlemlerinin devam ediyor olması durumunda, -Âcil nedenlerden dolayı veya ülke menfaatlerinin korunması ile kamu düzeni ve kamu güvenliği açısından Türkiye'ye girişine ve Türkiye'de kalmasına izin verilmesi gereken yabancıların, ikamet izni verilmesine engel teşkil eden durumları sebebiyle diğer ikamet izinlerinden birini alma imkânı bulunmadığında, - Olağanüstü durumlarda, insanî ikamet izni verilebilir.

⁸⁵ İnsan ticareti mağduru ikamet izni, insan ticareti mağduru olduğu veya olabileceği yönünde kuvvetli şüphe duyulan yabancılar, yaşadıklarının etkisinden kurtulabilmeleri ve yetkililerle iş birliği yapıp yapmayacaklarına karar verebilmeleri amacıyla diğer ikamet izinlerinin verilmesindeki şartlar aranmadan valiliklerce otuz gün süreli olarak verilir (YUKK m. 48/1).

ticareti mağduru ikamet iznine sahip bir yabancı, öğrenci ikamet iznine geçişine gerek kalmaksızın öğrenim hakkını kullanabilecektir.

İnsan ticareti mağduru ikamet izni ile öğrencilik haklarından yararlanan yabancılar, ikamet izni süresinin sona ermesi, ikamet süresinin uzatılmaması veya ikamet izninin iptali hallerinde, öğrenciliği devam ediyorsa, öğrenci ikamet izni başvurusunda bulunarak bu izni almak suretiyle öğrenimini sürdürebilecektir (YUKK m. 29/1).

SONUÇ

Çağdaş hukuk sistemlerinde, vatandaşla yabancı arasında temel hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından eşitliği engelleyen sınırlamaların asgarîye indirilmesi eğilimi olmakla birlikte, bu alanda mutlak bir eşitlikten söz etmek henüz mümkün değildir. Bunun bir sonucu olarak, temel hak ve hürriyetler, yabancılar aleyhine sınırlanabilmektedir. Bir temel hak ve hürriyet olan eğitim ve öğrenim hakkı açısından da geçerli olan bu ilke doğrultusunda, yabancıların Türkiye’de öğrenim hakkının sınırlanması veya vatandaşa oranla bu konuda ek şartlar öngörülebilmesi mümkündür.

Türkiye’de yabancıların öğrenim görebilmesi için, kural olarak yerine getirilmesi gerekli en temel şart, öğrenci ikamet izninin alınmasıdır. Öğrenci ikamet izni ile ilgili olarak YUKK ve YUKKUY’da yer alan düzenlemeler, mevzuatta var olan boşluğu doldurması bakımından olumlu bir gelişmedir. Bunun yanında, ikamet izinleri arasında geçiş düzenlemesi ile YUKKUY’da sayılan hallerle sınırlı olmak üzere, bir yabancıya öğrencilik koşullarının ortaya çıktığı durumlarda tekrar öğrenci ikamet izni almak üzere başvuruda bulunmadan, mevcut ikamet izni ile öğrencilik haklarından yararlanabilmesi yabancılar bakımından büyük bir kolaylık yarattığı gibi usul ekonomisine de uygundur.

Kamu kurum ve kuruluşları aracılığıyla gelecek olan yabancı öğrenciler bakımından öğrenci ikamet izni şartı aransa da, başvuru sırasında bu yabancılar için bir takım kolaylıklar sağlanması, yabancı öğrencilerin ülkemizde öğrenim görmelerinin teşvik edildiği ve uluslararası öğrenci hareketliliğinin desteklendiği manasına gelmektedir. Benzer şekilde öğrenci ikamet izni ile ilgili olarak kamu kurumları arasında işbirliğine yönelik olarak imzalanan

protokoller de, başvuru sürecini hızlandırması ve prosedürü kolaylaştırması bakımından önemlidir.

MEB tarafından yayımlanan genelge uyarınca, zorunlu eğitim kapsamına giren yabancıların öğretim kurumlarına kayıtlarının yapılabilmesi için YUKK'ta düzenlenen ikamet izni türlerinden birine sahip olması veya ikamet izni muafiyeti kapsamına girmesi ya da geçici koruma altına alınmış olmasının yeterli görülmesi uygulama açısından bir başka olumlu gelişmedir. Bu sayede, öğrenim hakkından yararlanacak olan yabancılar geniş bir açıdan ele alınmış ve ülkede yasal olarak bulunan yabancıların öğrenci ikamet izni yanında söz konusu belgelerle ilk ve ortaöğretimden yararlanabilmeleri imkânı sağlanmıştır.

KAYNAKLAR

- Açıkgöz M./Ariner, H. O.:** "Turkey's New Law On Foreigners and International Protection: An Introduction", Turkish Migration Studies Group, Briefing Paper 2, 2014, s. 1-25.
- Adem, M.:** "Ulusal Eğitim Politikamız Nasıl Olmalıdır", AÜSBFD, C. 52, S.1, 1997, s. 51-65.
- Aybay, R./ Dardağan Kibar, E.:** Yabancılar Hukuku, İstanbul 2010.
- Baran Çelik, N.:** "Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri", İnönü ÜHFD, Özel Sayı, C. 1, 2015, s.67-148.
- Bayraktaroğlu Özçelik G.:** "Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmesi", TBBD, S. 108, 2013, s. 211-258.
- Çelikel, A./ Öztekin Gelgel, G.:** Yabancılar Hukuku, İstanbul 2017.
- Çiçekli, B.:** Yabancılar ve Mülteci Hukuku, Ankara 2014.
- Çörtoğlu Koca, S.:** "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Yabancıların Türkiye'de İkameti ve Uzun Dönem İkamet İznine İlişkin Değerlendirmeler", ABD, S. 2016/2, s. 42-88.
- Dardağan Kibar, E.:** "An Overview Discussion of the New Turkish Law On Foreigners and International Protection", Perceptions, 2013, Vol. XVIII, No: 3, s. 109-128.
- Doğan, V.:** Türk Yabancılar Hukuku, Ankara 2016.
- Erten, R.:** "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme", GÜHFD, C. XIX, S. 1, 2015, s. 3-51.
- Ekşi, N.:** Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, İstanbul 2014.
- Güner, C.:** "Yetkili Makam Kararıyla Genel Yoldan Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Öğrenci Olmanın Etkisi", YBHD, 2016/2, s. 291-332.
- Kaya, E.:** "Eğitim Hakkı ve Özgürlüğünün Temeli Olarak Tercih Hakkı", TAAD, S. 21, 2015, s. 124-167.
- Özbek Hadimoğlu, N.:** "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarı'sında Yer Alan İkamet İzni Türleri İle Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Olağan

Telsik Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Aranılan İkamet Şartı Arasındaki İlişki”, TBBD, C. 102, 2012, s. 149-172.

Özbek, N.: Türkiye’deki Yabancıların Öğrenim ve Öğretim Özgürlüğü, Ankara 2000, s. 39 vd.

Sargın, F.: “Türkiye’de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilerin Türkiye’ye Giriş, Türkiye’de İkamet Etme ve Çalışma Hakları”, MHB, Yılmaz Altığ’a Armağan, S. 1-2, 1997-1998, s. 317-354.

Tekinalp, G.: Türk Yabancılar Hukuku, İstanbul 2003.

Teksoy, B.: “6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Göre Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu”, AÜHFD, C. 62, S. 3, 2013, s. 855-906.

http://www.goc.gov.tr/icerik6/yabanci-misyon-personeli-ve-aile-bireylerinin-ikamet-islemleri_409_414_4652_icerik (e. t. 23.02.2017).

http://www.goc.gov.tr/files/files/faaliyet_raporu_020617.pdf (e. t. 25.10.2017).

http://www.goc.gov.tr/icerik6/ikamet-izni-cesitleri_409_414_4664_icerik (e. t. 23.02.2017).

<https://e-ikamet.goc.gov.tr/ikamet/IstenenBelgeler/ilkBasvurulstenenBelgeDownload> (e. t. 15.06.2017).

<http://ggm.gtb.gov.tr/gumruk-idareleri/hudut-kapilari> (e. t. 15.04.2017).

<http://www.mfa.gov.tr/vize-genel-bilgileri.tr.mfa> (e. t. 03.03.2017).

<http://www.mfa.gov.tr/vize-genel-bilgileri.tr.mfa> (e. t. 06. 03. 2017).

<http://www.mfa.gov.tr/vize-genel-bilgileri.tr.mfa> (e. t. 06. 03. 2017).

http://www.yok.gov.tr/documents/10279/58373/yurtdisindan_ogrenci_kabulune_il_esas.pdf/e3ded5b2-c26e-46ed-9f05-6b74f302f5e2 (e.t.25.10.2017).

<http://www.mfa.gov.tr/yabancilarin-tabi-oldugu-vize-rejimi.tr.mfa> (e. t. 23.02.2017).

<https://e-ikamet.goc.gov.tr/ikamet/IstenenBelgeler/ilkBasvurulstenenBelgeDownload> (e. t. 04.05.2016).

<http://www.yok.gov.tr/web/guest/icisleri-bakanligi-ile-protokol> (e. t. 09.05.2017) .

<https://e-ikamet.goc.gov.tr/ikamet/IsteneBelgeler/IlkBasvuruIsteneBelgeDownload> (e. t. 28.05.2017).

http://mevzuat.meb.gov.tr/html/yabyonegiogr_1/yabyonegiogr_1.html (e. t. 01.03.2017).

<https://eikamet.goc.gov.tr/ikamet/IsteneBelgeler/BasvuruFormuBelgelerIliSkinAciklamalar> (e. t. 27.09.2017).

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA ORTAK YETKİLİ MAHKEME*

Arş. Gör. M. Furkan SOYLU**

COMMON COMPETENT COURT IN LAW OF CIVIL PROCEDURE

ÖZ

Medenî Usul Hukukunda yetki kuralları, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve diğer kanunlarda düzenlenmiştir. Bu çalışmanın konusunu, medeni usûl hukukunda ortak yetkili mahkemeyi düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanununun 7. maddesi oluşturmaktadır.

Birden fazla davalının bulunduğu hâllerde, davalıların tamamı için ortak yetkili mahkemeyi belirleyen 7. madde, şartları ve hukukî sonucu itibarıyla incelenmeye değerdir. Zira ortak yetkili mahkemenin hüküm ve sonuçları

* Kabul Edildiği Tarih: 06.12.2017

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.360144](https://doi.org/10.15337/suhfd.360144)

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

E-mail Adresi: muhammedfurkansoylu@hotmail.com

ORCID ID: orcid.org/0000-0002-2601-4748

bakımından doktrinde ileri sürülen görüşler ile Yargıtay uygulaması birbirinden farklılık göstermektedir.

Çalışmamızda, ortak yetki kuralının uygulama sınırlarını çizebilmek için, öncelikle ortak yetki kuralının şartları belirlenecektir. Daha sonra, ortak yetki kuralının hüküm ve sonuçları açıklanacak; bu konuda doktrindeki görüşler ve Yargıtay uygulaması da değerlendirilerek sonuca varılacaktır.

ANAHTAR KELİMELEER: Dava, HMK madde 7, Birden Fazla Davalı, Ortak Yetkili Mahkeme, Yetki Kuralları.

ABSTRACT

Venue rules in law of civil procedure are regulated by Code of Civil Procedure (CCP) and other laws. The subject of this study is article 7 of Code of Civil Procedure which regulates common competent court in law of civil procedure.

This article which determines common competent court in the case where more than one defendant is worthy of review by its terms and legal effects. Because the opinions of the Supreme Court of Appeals differ from the ideas put forward in the doctrine in terms of the provisions and results of the common competent court.

In order to draw limits on the scope of application of the common authorization rule, the article will firstly sets out the condition of the law. Later, the provisions and results of the common authority rule, the opinions of the doctrine in this matter and the application of the Supreme Court will be evaluated.

KEY WORDS: Lawsuit, CCP article 7, more than one defendant, common competent court, Venue rules.

GİRİŞ

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), mahkemelerin yer itibariyle yetkisinin, diğer kanunlarda yer alan yetkiye ilişkin hükümler saklı kalmak üzere Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na tabi olacağını düzenlemiştir (HMK m. 5). Bu itibarla HMK'nın, "Genel Hükümler" başlıklı birinci kısmının,

ikinci bölümünün ikinci ayırımında “Yetki” başlığı altında yetki kurallarına yer verilmiştir.

Medenî usûl hukukunda yetki kuralları, kural olarak, bütün davalarda uygulanacak olan genel yetki kuralı ve bazı dava veya dava çeşitleri için kabul edilmiş olan özel yetki kurallarından oluşmaktadır¹. Buna göre genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin, davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir (HMK m. 6). Kanun, davalı tarafta birden fazla kişinin bulunması hâlinde davacıya, davasını, davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemesi mahkemesinde açılabilme imkânı da tanımaktadır (HMK m.7 / I). Ancak, dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya dava sebebine göre tayin edilmiş olan, ortak yetkili mahkemede bakılacaktır (m.7 / I, c. 2). Davalıların tamamı hakkında yetkili olan bu mahkemeye “ortak yetkili mahkeme”; söz konusu yetki kuralına da “ortak yetki kuralı” denir.

Ortak yetkili mahkeme kavramı, mülga 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununda (HUMK) da mevcut idi. HUMK madde 9 / III’teki “davalı birden fazla ise, dava bunlardan birinin ikametgâhı mahkemesinde açılır. Şu kadar ki, kanunda dava sebebine göre davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belli edilmiş ise, davaya o yer mahkemesinde bakılır” düzenlemesiyle, ortak yetkili mahkeme kavramına yer verilmişti.

HMK madde 7 / I ve HUMK madde 9 / III hükümleri karşılaştırıldığında, her iki Kanunda da ortak yetki kuralının birbirine benzer şekilde düzenlediği görülmektedir. Ortak yetkili mahkeme, iki hükümdede de “ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme” söz dizisiyle ifade edilmiştir. Maddelerin yazılış biçiminden,

¹ **Kuru** Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku, İstanbul 2016 (**Kuru**-Usûl), s.103; **Akkan** Mine, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C.I, 15. Baskı, İstanbul 2017, s.267; **Tanrıver** Süha, Medenî Usûl Hukuku, C.I, Ankara 2016 (**Tanrıver**-Usûl), s.226; **Yılmaz** Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2013 (**Yılmaz**-Şerh), s.86; **Umar** Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014, s.31; **Arslan** Ramazan / **Yılmaz** Ejder / **Taşpınar Ayyaz** Sema, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2016, s.240; **Budak** Ali Cem / **Karaaslan** Varol, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2017, s.42.

HMK madde 7 / I ve HUMK madde 9 / III'te ortak yetkili mahkemenin tanımına yer verilmemiş fakat ortak yetkili bir mahkemenin doğumu için gereken şartlar belirlenmiştir. HMK madde 7 / I'deki hüküm de bir yetki kuralı olduğu için bu çalışmada, öncelikle yetki kurallarının yapısı ve çeşitleri hakkında kısa bir bilgi verilecek ardından ortak yetki kuralının şartları ve hukukî niteliği inceleme konusu yapılacaktır.

I. MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA YETKİ

A) KAVRAM VE TANIM

Anayasada, devletin üç erkenden birisi olan yargı erkinin, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı düzenlenmiştir (AY m. 9). Yine, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak yer alabileceği ifade edilerek (AY m. 36), hak arama hürriyeti ve dava hakkı, temel bir hak olarak teminat altına alınmıştır. Özel hukuk sebebiyle, aralarında uyuşmazlık bulunan kişiler de maddî hukukun kendilerine tanımış olduğu hakların gerçekleştirilmesi için mahkemelere başvurarak hukukî korunma talebinde bulunabilirler². Kişiler, hak arama hürriyetine ve dolayısıyla dava hakkına sahip olsa da, bu hak ancak meşru vasıta ve yollarla kullanılmalıdır (AY m. 36). Bu sebeple devletin mahkemelerinden hukuki korunma talep edecek olan bir kişi, bu talebini kanunların göstermiş olduğu mahkemelerde ileri sürebilecektir (AY m. 142). Mahkemelerin yargı yetkisi, bu anlamda mutlak olmayıp dava konusu ve yer itibariyle sınırlandırılmıştır. Özel hukuk ilişkisi sebebiyle hak iddiasında bulunan davacının, açacağı davaya, adli yargı kolundaki ilk derece mahkemelerinden hangisinin bakacağını düzenleyen bu kurallara görev ve yetki kuralları denir³.

Bir uyuşmazlığın medenî yargı içindeki hangi mahkeme tarafından çözümleneceği görev kurallarıyla tespit edilmekle birlikte, davanın hangi yerdeki görevli mahkemede açılacağını tespiti, yetki kurallarına bakılarak

² **Pekcanitez** Hakan, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C.I, 15. Baskı, İstanbul 2017, s.13; **Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz**, s.240.

³ **Kuru-Usûl**, s.85; **Akkan**, s.267.

yapılır. Buna göre yetki, adli yargı alanında açılacak bir davaya hangi yerdeki genel veya özel mahkeme tarafında bakılacağını belirtir⁴.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, mahkemelere tanınan yargılama yetkisinin sınırlarını, kuruldukları il ve ilçe ile bunlara adli yönden bağlanan ilçelerin idari sınırları ile çizmiştir (5235 sayılı K. m. 4, 5). Hukuk mahkemelerinin yargılama yetkisini kullanabileceği söz konusu idari sınırlara, o mahkemenin yargı çevresi denir⁵. Mahkemeler, baktıkları iş veya çözümledikleri uyuşmazlıklarda sadece kendi yargı çevreleri içinde kalan usûl işlemlerini yapabilirler⁶. Yargı çevresi kavramı, yetki kavramı ile aynı anlama gelmemektedir. Yargı çevresi, bir mahkemenin coğrafi anlamda hangi idari sınırlar içerisinde davaya bakabilme yetkisine sahip olduğunu gösterir. Ancak yetki, açılacak bir davaya hangi yerdeki mahkemenin bakacağını tespit etmek için kullanılır. Ancak bu iki kavram birbirinden tamamı ile bağımsız da değildir. Zira mahkemeler, buldukları il veya ilçenin idari sınırları içinde yargı yetkisine sahiptirler. Bu nedenle davacı davasını, istediği yerdeki görevli mahkemede açabilmek hakkına sahip değildir. Mahkemelerin kendi yargı çevresi içindeki davalara bakabilme iktidarı, yetki kurallarına göre belirlenmektedir⁷. Bu sebeple yetki, mahkemenin görevi içinde olan işlerden yargı çevresine bağlanabilenlere bakabilme iktidarı olarak da tanımlanabilir⁸.

Yetki kuralları, genel olarak dava açılmasına sebep olan hukukî ilişkideki unsurlar (örneğin, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesi, terekedeki malın bulunduğu yer mahkemesi, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi, haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi vs.) veya davanın taraflarının durumu göz önünde

⁴ **Kuru-Usûl**, s.103; **Akkan**, s.267; **Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz**, s.202; **Karslı Abdürrahim**, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 4. Baskı, İstanbul 2014, s.213; **Özbay İbrahim**, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?, 2. Baskı, Ankara 2013, s.42 vd.; **Postacıoğlu İlhan / Altay Sümer**, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, İstanbul 2015, s.111; **Yılmaz Mehmet**, *Mahkemelerin Kamu Düzenine İlişkin Yetkisi*, Ankara 2007, s.9; **Erdoğan Kemal**, *Rödövens Sözleşmesi*, Ankara 2017, s.209.

⁵ **Kuru-Usûl**, s.104; **Karslı**, s.213; **Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz**, s.202.

⁶ **Akkan**, s.267.

⁷ **Akkan**, s.267.

⁸ **Postacıoğlu / Altay**, s.111.

tutularak (örneğin, davalının yerleşim yeri mahkemesi, davalının geçici olarak bulunduğu yer mahkemesi, davalının mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi vs.) belirlenmiştir⁹. Yetki kurallarının oluşturulmasında esas alınan bu unsur veya unsurlara “irtibat unsuru” denilir¹⁰.

Yetki kuralları, kural olarak bütün davalar hakkında uygulanan genel yetki kuralı ve bazı dava veya dava çeşitleri için düzenlenmiş özel yetki kuralları olmak üzere ikiye ayrılır. Özel yetki kuralları da kendi içerisinde kesin yetki kuralları ve kesin olmayan yetki kuralları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

B) YETKİ KURALLARI

1) Genel Yetki Kuralı

Genel yetki kuralı, HMK madde 6’da düzenlenmiştir. Buna göre, genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir (HMK m. 6 / I)¹¹. Yerleşim yeri, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlenir (HMK m. 6 / II). Davalının yerleşim yeri, gerçek kişiler ve tüzel kişiler açısından niteliği itibarıyla farklılık göstermektedir.

Gerçek kişilerin yerleşim yeri, bir kimsenin sürekli kalmak niyetiyle oturduğu yerdir (TMK m. 19)¹². Bu itibarla gerçek kişilere karşı, genel yetki

⁹ Akkan, s.267; Postacıoğlu / Altay, s.112; Bir hukuk davasının nerede açılacağı, hukuk politikasının konusudur. Buna göre, ya henüz bir iddiadan ibaret olan bir savı ileri süren davacı veya kendisinden talepte bulunulan taraf olan davalının menfaatleri dikkate alınır. Kanun koyucu karşıt menfaatler bakımından davanın nerede açılacağı hususunda tercih yapar (Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayyavaz, s.203).

¹⁰ Tanrıver-Usûl, s.227, 231; İrtibat unsuruyla aynı anlamda olmak üzere “ilgi / bağlantı noktası”nın kullanımı için bkz., Akkan, s.267, dn.277.

¹¹ Genel yetkili mahkemenin davalının yerleşim yeri mahkemesi olarak kabul edilmesinin nedeni; asıl olanın, kişilerin hukuk kurallarına uygun biçimde hareket ettiği düşüncesinin kabulündedir. Davacı, davalı tarafından hakkının ihlal edildiğini iddia etmekle, asıl olan durumun tersinin oluştuğunu düşünmektedir. Bu sebeple davacının talebi henüz bir iddiadan ibaret olup, henüz haksızlığı belirlenmemiş davalıya fazladan bir emek ve masraf yüklenmemeli, bu konudaki külfeti davacı üstlenmelidir (Postacıoğlu / Altay, s.112-113; Akkan, s.269-270; Karslı, s.214).

¹² Yerleşim yeri türleri hakkında ayrıntılı bilgi bkz. Dural Mustafa / Ögüz Tufan, Kişiler Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2006, s.181 vd.; Tekinay Selâhattin Sulhi, Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 1992, s.293; Serozan Rona,

kuralına dayanılarak açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalı gerçek kişinin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir. Dava açıldıktan sonra davalının yerleşim yerinin değişmesi halinde, yetkili mahkeme yerleşim yeri değişikliğinden etkilenmeyecektir. Davalının yerleşim yerinin tespit edilemediği durumlarda 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 48-53. maddeleri gereği tutulan adrese bağlı kayıt sisteminde belirtilen adres, söz konusu kayıtlar resmi kayıt sayıldığı için (TMK m. 7), davalının yerleşim yeri olarak kabul edilebilecektir¹³. Ancak bu karinenin aksi, ispat yükü kendisinde olmak şartıyla davalı tarafça ispat edilebilir¹⁴. Davalı taraf birden fazla kişiden de oluşabilir. Bu ihtimalde dava, kural olarak, davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir (HMK m. 7 / I).

Tüzel kişilerin yerleşim yeri, kuruluş belgesinde aksine hüküm bulunmadıkça, işlerinin yönetildiği yerdir (TMK m. 51). Hukukumuzda özel hukuk tüzel kişilerinin ana statülerinde tüzel kişinin merkezini belirtmesi zorunlu unsur olarak yer aldığından TMK m.51'deki işlerinin yönetildiği yer ifadesinin yerleşim yeri açısından önemi kalmamıştır¹⁵. Zira derneklerin tüzüklerine (Dernekler K. m. 4 / a), ticaret şirketleri ile kooperatiflerin ana

Medeni Hukuk, Genel Bölüm / Kişiler Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2015, s.484; **Akipek** Jale G. / **Akıntürk** Turgut / **Ateş** Derya, Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2015, s.440; **Oğuzman** M. Kemal / **Seliçi** Özer / **Oktaç – Özdemir** Saibe, Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, 15. Baskı, İstanbul 2015, s.131; **Hatemi** Hüseyin / **Kalkan Oğuztürk** Burcu, Kişiler Hukuku, İstanbul 2014, s.46.

¹³ Adres Kayıt Sistemi Uygulama Yönergesi (AKY) madde 6 / I'e de göre, yerleşim yeri, bir kimsenin sürekli kalmak niyetiyle oturduğu yer olup, kişinin beyanıyla belirlenir. Kural olarak da kişinin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri adresi olamaz (AKY m. 6 / II). Ancak kişilerin yerleşim yeri dışında yazlık, kışlık veya ikinci, üçüncü konutları olabilir. Kişinin birden fazla konutunun olması durumunda bunlardan birisi asıl yerleşim yeri olarak kişinin beyanı üzerine yazılır. Diğer yerler ise talep hâlinde diğer adres olarak kayıtlara yazılabilir. Kişilerin, diğer adreslerini bildirme zorunluluğu yoktur (AKY m. 7 / II). Bu nedenle, adres kayıt sisteminde bir kimsenin birden fazla adresi olsa bile sadece bunlardan birisi "yerleşim yeri" adresi olup, diğerleri "diğer adres" olarak kayıt altına alınmalıdır (**Akcan** Recep / **Albayrak** Hakan, Tebligat Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2016, s.27-28).

¹⁴ **Karslı**, s.214-215; **Akkan**, s.270-271; **Yılmaz**, s.11.

¹⁵ **Dural** / **Öğüz**, s.248-249.

sözleşmelerine (TTK m. 213, m. 305, m. 339, m. 567, m. 576), dernek, şirket veya kooperatif merkezinin yazılması zorunludur. Ayrıca vakıf senedinde de vakfın yerleşim yeri gösterilmelidir (TMK m. 106). Kısacası, dernek, ticaret şirketi, kooperatif veya vakıflara karşı açılacak davalarda genel yetkili mahkeme, bunların merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir¹⁶.

2) Özel Yetki Kuralları

Medenî usûl hukukunda genel yetki kuralı HMK madde 6'da belirtilmekle birlikte, genel yetki kuralı dışında bazı davalar için de yetki kuralları düzenlemiştir. Davalının yerleşim yeri mahkemesi dışında kanunun koyduğu yetki kurallarına özel yetki kuralları denir. Özel yetki kuralları, ilişkin oldukları davalar ile herhangi bir şekilde ilgilidir¹⁷.

Mahkemelerin yetkisine ilişkin kurallar, esas itibariyle HMK'da düzenlendiğinden (HMK m. 5) özel yetki kuralları da esas olarak bu kanunda yer almaktadır. Ancak özel yetki kuralları sadece HMK'da düzenlenmiş değildir. Bazı diğer kanunlarda da mahkemelerin yetkisini belirleyen kurallar bulunmaktadır.

Yetki kuralları, hukukî niteliği bakımından, kesin yetki kuralları ve kesin olmayan yetki kuralları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Yetki kurallarının bir kısmı, kamu düzenine ilişkin görülmemiştir¹⁸. Bunun sonucu olarak, davacı, davasını isterse özel yetki kuralıyla yetkili kılınan mahkemede, isterse genel yetkili mahkemede açabilecektir. Kamu düzenine ilişkin olmayan yetki kurallarına kesin olmayan yetki kuralları denir. Kural olarak, özel yetki kuralları, genel yetki kuralını ortadan kaldırmamaktadır. Başka bir ifadeyle, kesin

¹⁶ Akkan, s.271; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz, s.206.

¹⁷ Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz, s.208, 209.

¹⁸ HUMK döneminde yetki kuralları, kamu düzeninden olan ve kamu düzeninden olmayan yetki kuralları şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktaydı. Kamu düzeninden olan yetki kuralları da kesin ve kesin olmayan yetki kuralları olmak üzere iki başlık altında incelenmekteydi. HMK ise, kamu düzeni kavramını kullanmayıp, sadece kesin ve kesin olmayan yetki kavramına yer vermiştir. Ancak yetkinin kesin olduğu hâller şüphesiz ki kamu düzeni düşüncesiyle kabul edilmiştir (Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz, s.203, dn.2).

olmayan yetki kuralları, davacıya, davasını açarken genel yetkili mahkemenin yanında alternatif yetkiye sahip mahkeme yahut mahkemeler sunmaktadır¹⁹.

Kanun, bazı yetki kurallarının kamu düzenini ilgilendirdiği düşüncesi ile kesin yetki kurallarını düzenlemiştir. Bu halde, davacı, davasını yalnızca kanunda öngörülen mahkeme veya mahkemelerde açabilecektir. Kesin yetki kuralının uygulanacağı hâllerde, davada tek bir mahkemenin yetkili olacağı, başka bir ifadeyle kesin yetki kuralı ile birden fazla mahkemenin yetkili kılınmayacağı anlaşılmalıdır. Birden fazla mahkemenin yetkili kılındığı bir yetki kuralı da kesin yetki kuralı olabilir. Önemli olan kanunda belirtilen yer veya yerler dışında dava açılmamasıdır²⁰.

Kesin yetki kuralları, istisnaî nitelikteki kurallardır²¹. Bir yetki kuralının kesin yetki kuralı olup olmadığını belirlerken ilgili kanun hükmünün ifadesine ve o yetki kuralının konuluş amacına bakılır. Yetkinin, kesin yetki olduğu bazen kanun hükmünden açıkça bazen de maddenin ifade edilmiş biçiminden anlaşılabilir. Kanunun ifadesi, davanın, sadece hükümde belirtilen yer veya yerlerde açılabilmesine izin veriyorsa kesin yetki kuralından söz edilecektir²².

¹⁹ Akkan, s.279; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz, s.208, 209; “...Somut olayda, davalının ikametgahı Mersin’de bulunduğundan, genel yetki kuralı uyarınca Mersin Mahkemeleri yetkili olacaktır. Ayrıca, taraflar, Mersin Mahkemelerinin yetkili olacağını sözleşmede kararlaştırmış; bu yönde yetki sözleşmesi yapmışlardır. Böylece, gerek HUMK.’nun 9. maddesindeki genel yetki kuralı ve gerekse taraflar arasındaki yetki sözleşmesi uyarınca, davaya bakma yetkisi Mersin Mahkemesine aittir. Ne var ki, yukarıda değinilen HUMK.’nun 10. maddesi, ifa yeri mahkemesinin de yetkili olacağına ilişkin bir özel yetki kuralı getirmiştir. Özel yetki genel yetkiyi ortadan kaldırmaz ise de, onun yanında varlığını sürdürür; dolayısıyla, dava, davacının seçimine göre hem genel ve hem de özel yetkili mahkemede açılabilir...” HGK K.T. 04.06.2003, E. 2003/19-420, K. 2003/411 (Legalbank.net).

²⁰ Kesin yetki kurallarının düzenlenmesinin sebebi olarak usul ekonomisi ilkesi, doğrudanlık ilkesi, kamu düzeni ve toplumsal barışın sağlanması hususlarının etkili olduğu söylenebilir (Yılmaz-Şerh, s.21 vd.).

²¹ Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz, s.209.

²² Akkan, s.293.

II. ORTAK YETKİLİ MAHKEMENİN OLUŞABİLMESİ İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

A) GENEL OLARAK

Medeni usûl hukukunda, davalı tarafta birden fazla kişinin var olması hâlinde, davacının, davasını kural olarak davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açabileceği yukarıda²³ ifade edildi (HMK m. 7 / I, c. 1). Birden fazla davalının bulunduğu hallerde Kanun, davacıya seçimlik bir yetki tanımıştır. Davacı, davasını isterse davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açabileceği gibi; kesin olmayan özel yetki kuralı belirlenmiş ise özel yetkili mahkemede de açabilecektir.

Davacıya yetki veren bu hüküm mutlak bir kural değildir. Eğer dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır (HMK m. 7 / I, c. 2). Başka bir ifadeyle, Kanunda, birden fazla kişiye karşı açılacak olan dava bakımından, dava sebebine göre ortak bir yetki kuralı düzenlenmiş ve bu yetki kuralı, davalıların tamamı bakımından uygulanabilir nitelikte ise ortak yetkili mahkemeden söz edilir.

Ortak yetkili mahkemenin oluşabilmesinin şartları; taraf sayısı, yargılama türü ve uygulanacak yetki kuralının niteliği olmak üzere üç başlık altında incelenebilir.

B) TARAF SAYISI

1) Davacı Taraftaki Taraf Sayısı

HMK madde 7, ortak yetkili mahkemenin oluşabilmesi için ilk şart olarak davalı tarafta birden fazla kişinin bulunmasını aramaktadır. Bu sebeple ortak yetkili mahkemenin yetkili olabilmesi için, davacı tarafta bir kişi veya birden fazla kişinin bulunmasının önemi bulunmamaktadır. Buna karşılık, davalı tarafta tek bir kişinin fakat davacı tarafta bir ya da birden fazla kişinin yer aldığı hallerde ortak yetkili mahkemenin oluşabilmesi söz konusu olmayacaktır.

2) Davalı Taraftaki Taraf Sayısı

Davalı tarafta bir kişinin bulunması durumunda ortak yetkili mahkemenin oluşabilmesi mümkün değildir. Zira ortak yetki kuralının somut

²³ Bkz. B, 1.

olayda uygulanabilmesi bakımından ön şart, davalı tarafta birden fazla kişinin bulunmasıdır.

Medenî usûl hukukunda dava, iki taraf sistemine dayanır; üçüncü bir tarafa yer yoktur. Ancak iki taraf sisteminin uygulanması, davanın taraflarının tek kişiden oluşması gerektiği anlamına gelmez. Davacı ya da davalı tarafta birden fazla kişi aynı taraf rolüne sahip olarak yer alabilir.

Maddî hukukun kimi müesseselerinde de kişilerin birlikte hareket edebileceği veya etmesi gereken durumlar düzenlenmiştir. Maddî hukuktan kaynaklı düzenlemelere göre kimi hâllerde, hukukî ilişkinin tarafları, maddi hukukun tanıdığı imkân nedeniyle birlikte hareket edebilirler²⁴. Yine gerçeğe tam olarak ulaşılabilmesini sağlamak için usûl kuralları davanın bir tarafında birden fazla kimsenin bulunmasını ve birlikte hareket etmelerini zorunlu tutmuş olabilir²⁵. Tüm bu hallerde, birden fazla kişinin dava açması ya da birden fazla kişiye karşı dava açılması söz konusudur. Davanın bir tarafında bulunan birden fazla kişiye dava arkadaşı, dava arkadaşları arasındaki ilişkiye de dava arkadaşlığı²⁶ denir²⁷.

Taraf sayısının birden fazla olması, davacı tarafında olabileceği gibi davalı tarafta da olabilmektedir. Eğer davacı tarafta birden fazla kişi bulunuyorsa aktif dava arkadaşlığından; davalı tarafta birden fazla kişi bulunuyorsa pasif dava arkadaşlığından söz edilecektir. Ortak yetkili

²⁴ **Pekcanitez Hakan / Taş Korkmaz Hülya**, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017, s.686.

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz., **Ulukapı Ömer**, Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991, s.102.

²⁶ Söz konusu müessese için Hukuk Muhakemeleri Kanunu, taraflar ve davaya katılan üçüncü kişiler başlıklı dördüncü bölümün ikinci ayrımında “*dava arkadaşlığı*” terimini kullanmıştır. Aynı kullanım için bkz. **Ansay Sabri Şakir**, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Baskı, Ankara 1960; **Ulukapı**, s.27. Buna karşılık HUMK m.43’te dava arkadaşını karşılayan “*tarafların çokluğu, tarafların taaddüdü*” terimlerini kullanmaktaydı. Doktrinde ise dava arkadaşlığını ifade etmek için, **Alangoya** tarafından “*dava ortaklığı*” ifadesi kullanılmıştır (**Alangoya Yavuz**, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s.111); **Postacıoğlu / Altay** tarafından ise “*husumet ortaklığı*” terimi kullanılmaktadır (**Postacıoğlu / Altay**, s.319).

²⁷ **Ulukapı**, s.25; **Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz**, s.478.

mahkemenin oluşabilmesi için davalı tarafta birden fazla kişi bulunması, başka bir ifadeyle davalı tarafta pasif dava arkadaşlığının bulunması gerekir.

Dava arkadaşlığı, hüküm ve sonuçları dikkate alınarak mecburi (HMK m. 59) ve ihtiyari (HMK m. 57) dava arkadaşlığı olarak ikiye ayrılmaktadır²⁸.

a) Mecburi Dava Arkadaşlığı

Maddi hukukun, bir hakkın birden fazla kişi aleyhine ileri sürülmesini zorunlu gördüğü ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi gereken durumlarda, bu hak dava konusu yapıldığı takdirde davalılar arasında maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığı oluşur (HMK m. 59)²⁹.

Davalı tarafta maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığı oluşturan hallerden ilki, elbirliği ile mülkiyet (iştirak halinde mülkiyet) hâlinde ortaya çıkmaktadır³⁰. Bu bakımdan elbirliği mülkiyetine konu eşya için birden fazla kişiye dava açılacaksa bütün ortakların dava dilekçesinde mecburi dava arkadaşı olarak hep birlikte gösterilmesi gerekir³¹.

Mecburi dava arkadaşlığı ikinci olarak, bölünemeyen bir edimin dava yoluyla birden fazla davalıya karşı ileri sürülmesi hâlinde de oluşabilir³². Buna

²⁸ Yılmaz-Şerh, s.587; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayyaz, s.478.

²⁹ Pekcantez / Taş Korkmaz, s.702; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayyaz, s.483.

³⁰ Elbirliği mülkiyeti, aralarında kanunun açıkça öngördüğü türden bir beraberlik ilişkisi bulunan kişilerin bu beraberlik dolayısıyla bir eşyanın mülkiyetini kazanmaları halinde, kazanılan mülkiyet hakkının üzerinde tasarruf edilmesi mümkün paylara ayrılmaksızın eşyanın tümünü kapsamıdır (Ayrıntılı bilgi için bkz., Oğuzman M. Kemal / Seliçi Özer / Oktay – Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2015, s.341; Esener Turhan / Güven Kudret, Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015, s.197 vd.; Aybay Aydın / Hatemi Hüseyin, Eşya Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2014, s.142; Eren Fikret, Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014, s.128 vd.; Erman Hasan, Eşya Hukuku Dersleri, 5. Baskı, İstanbul 2014, s.75; Ertaş Şeref, Eşya Hukuku, 12. Baskı, İzmir 2015, s.255; Ayan Mehmet, Eşya Hukuku C.II, 7. Baskı, Konya 2014, s.103).

³¹ Ulukapı, s.69; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayyaz, s.484; Ayan-Eşya, s.112.

³² Edim, birden çok parçaya ayrıldığında niteliği değişiyor, değeri esaslı bir şekilde azalıyor bu bölünemez edimdir (Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, İstanbul 2010, s.101; Kılıçoğlu Ahmet Mithat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2014, s.7; İnan Ali Naim / Yücel Özge, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014, s.101; Reisoğlu Safa, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 25. Baskı, İstanbul 2014, s.301; Hatemi Hüseyin / Gökyayla Emre, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 2. Baskı, İstanbul 2012, s.224; Antalya O. Gökhan, Borçlar

göre, sözleşmenin bir tarafındaki birden fazla kişi bölünmeyen bir edimi üstlenmişler ve bu kişilere bölünemeyen borca ilişkin bir dava açılacaksa, dava borçluların tamamına karşı açılır. Söz konusu hâlde de davalılar arasında mecburi dava arkadaşlığı oluşur³³.

HMK m. 7 / I gereği, davalı tarafta mecburi dava arkadaşlığının bulunduğu hâllerde, mecburi dava arkadaşlarından birinin yerleşim yeri mahkemesinde dava açılabilir. Ancak, kanunda, dava sebebine göre mecburi dava arkadaşlarının tamamı için ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirlenmişse davaya o mahkemede bakılmasında bir engel yoktur³⁴. Bu durumda tüm dava arkadaşları hakkında dava ortak yetki kuralının işaret etmiş olduğu mahkemede açılabilecektir³⁵.

b) İhtiyarî Dava Arkadaşlığı

HMK, mecburî dava arkadaşlığı dışında, birden fazla kişiye karşı açılacak davalarda bağlantı bulunması halinde, dava arkadaşlığının ikinci türü olarak ihtiyarî dava arkadaşlığını düzenlemiştir (HMK m. 57, 58)³⁶. İhtiyarî dava arkadaşlığında, davalar arasında bulunması gereken bağlantı, sıkı bir bağlantı değildir. Mecburî dava arkadaşlığında olduğu gibi, davaların beraber açılması hususunda maddî hukuk hükümlerinin zorlaması da söz konusu değildir.

Hukuku, Genel Hükümler, C.I, 2. Baskı, İstanbul 2013, s.40; **Akıncı Şahin**, Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, 9. Baskı, Konya 2016, s.26; **Ayan Mehmet**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016, s.51).

³³ **Ulukapı**, s.62; **Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz**, s.484.

³⁴ **Ulukapı**, s.144-145.

³⁵ "HMK 16. madde hükmü, HUMK'taki düzenlemeye oranla daha genişletilmiş ve ayrıntılandırılmıştır. Ancak, HMK'da kesin yetki halleri açıkça sayılmış olup, haksız fiile dair davalardaki yetki, kesin yetki olmayıp, bir seçimlik yetkidir. Ortak yetkili mahkemede dava açılmasının zorunlu olması durumu, ancak zorunlu dava arkadaşlığına dair hükümlerin varlığı halinde uygulanır" 17. HD, K.T., 10.02.2014, 541 / 1462 (Kazancı.com).

³⁶ **Ulukapı**, s.108; **Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz**, s.479.

Davalılar arasında ihtiyarî dava arkadaşlığının (pasif ihtiyarî dava arkadaşlığının) oluşumu tamamen davacının iradesine bırakılmıştır³⁷. Ancak, ihtiyarî dava arkadaşlığı ancak HMK'nın 57. maddesinde belirlenen hâllerde mümkün olabilecektir³⁸.

Ortak yetki kuralının, davalılar arasında ihtiyarî dava arkadaşlığı hâlinde, özellikle birden fazla davalının haksız fiil sebebiyle sorumlu olması durumunda uygulanacağı, doktrinde kabul edilmektedir³⁹. Yargıtay kararlarında da ortak yetki kuralının, büyük ölçüde haksız fiilden doğan davalarda uygulandığı görülmektedir. Haksız fiilden doğan davalarda yetkiyi düzenleyen HMK madde 16, davacıya davasını haksız fiilin işlendiği, zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da kendi yerleşim yerinde dava açabilme olanağı vermiştir. Ancak haksız fiili oluşturan hukuka aykırı davranış, birden fazla kişi tarafından icra edilirse bu durumda davalıların tümü bakımından ortak yetkili mahkeme, haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi olacaktır. Ancak ortak yetkili mahkeme, sadece haksız fiilden kaynaklanan davalarda uygulanabilecek bir kural değildir. Kanaatimizce, kanunun aradığı diğer şartların da oluşması koşuluyla haksız fiil örneği dışında da ortak yetki kuralının uygulanabilmesi mümkündür.

C) YARGILAMA TÜRÜ

1) Çekişmeli Yargı

Çekişmeli yargıda, özel hukuktan doğan bir uyuşmazlık vardır. Söz konusu uyuşmazlık, görevli ve yetkili mahkemeler tarafından yargısal usullere uyularak çözülür. Bu sebeple çekişmeli yargının konusunu dava oluşturur⁴⁰.

³⁷ **Ulukapı**, s.108; **Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz**, s.481; **Ercan** Meltem, Medeni Usul Hukukunda Maddi Hukuka İlişkin Savunma Vasıtaları, Konya 2011, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s.110.

³⁸ Kanunda belirtilen sebeplerin dışında ihtiyari dava arkadaşlığı mümkün değildir. Bu sebepler olmamasına rağmen birden fazla kişiye karşı tek bir dilekçe ile dava açılırsa mahkeme davaların ayrılmasına karar verecektir (**Pekcanitez / Taş Korkmaz**, s.688; **Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz**, s.481).

³⁹ **Akkan**, s.288; **Budak / Karaaslan**, s.43; **Özbay**, s.42.

⁴⁰ **Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz**, s.75.

HMK'ya göre, ortak yetkili mahkemenin oluşabilmesi için birden fazla kişiye yöneltilecek bir dava bulunmalıdır. Madde metninde, *“ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır”* denilmek suretiyle ortak yetkinin, mahkemenin önüne getirilen bir dava ile oluşabileceği açıkça düzenlenmiştir (HMK m.7 / I, c.2).

Davacı tarafından, davalının bir şeyi vermeye, bir işi yapmaya veyahut yapmamaya mahkûm edilmesinin istediği eda davalarında⁴¹, dava birden fazla kişiye karşı açılıyorsa ortak yetkili mahkeme oluşabilir.

Bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun belirlenmesi için açılacak tespit davalarında da diğer şartları da sağladığı takdirde ortak yetkili mahkemenin oluşabilmesi mümkündür. Zira tespit davaları eda davasının öncüsüdür. Tespiti istenen hukuki ilişkiden dolayı bir eda davası açılacak olsaydı hangi mahkeme yetkili olacak ise o mahkeme tespit davası için de yetkilidir⁴². Bu sebeple kanaatimizce, birden fazla kişiye karşı açılacak tespit davalarında da ortak yetkili mahkeme oluşabilecektir.

2) Çekişmesiz Yargı

Medenî yargının konusunu, hukuk mahkemelerinin özel hukuk alanındaki faaliyetleri oluşturur. Medenî yargı, çekişmeli ve çekişmesiz yargı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Medenî usûl hukukunun esas inceleme konusu, çekişmeli yargıdır. Ancak bununla birlikte mahkemeler, görevlerine giren çekişmesiz yargı⁴³ işlerine de bakmakla yükümlüdür.

⁴¹ Pekcanitez, s.960; Karslı, s.217; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz, s.293.

⁴² Budak Ali Cem / Kuru Baki, Tespit Davaları, 2. Baskı, İstanbul 2010, s.304-305.

⁴³ Çekişmesiz yargı teriminin kullanılması bu yargılama türünün uygulanmasında kimi zaman yanlış veya eksik anlamalara sebep olabilmektedir. Zira çekişmesiz yargı işlerinde bazen söz konusu işlemin ilgilileri davet edilebilmekte ve mahkemenin vereceği karara itiraz mümkün olabilmektedir. Sadece çekişmesiz teriminin esas alınarak söz konusu müessesenin anlaşılması halinde mahkemenin ilgilileri davet etmesi veya mahkeme kararına itiraz edilebilmesi durumunda bu işlerin çekişmeli yargının alanında girdiği düşünülebilmektedir. Çekişmesiz yargı medeni yargının alt kolu olmakla beraber mutlak anlamda bir çekişme olmayacağı düşünülmemelidir. Bu sebeple yabancı hukuk düzenlerinde çekişmesiz yargı için farklı terimlerin kullanıldığına da şahit olunmaktadır (Akkan, s.101-102).

HMK yürürlüğe girmeden önce, çekişmesiz yargıya giren işlere ait ayrı, müstakil bir kanun mevcut değildi. Yine aynı şekilde çekişmesiz yargı işleri HUMK'ta ayrı bir bölüm içerisinde düzenlenmiş de değildi⁴⁴.

Çekişmesiz yargı da bir yargılama faaliyeti olmakla ve çekişmesiz yargıya ait işler mahkemelerde görülmekle birlikte çekişmesiz yargı ile çekişmeli yargı birbirinden farklıdır⁴⁵. Dava, çekişmeli yargıya özgü bir kelime olduğu için çekişmesiz yargıda “*dava*” terimi kullanılmaz. Çekişmeli yargı alanına ait olan dava, iki taraf sistemi üzerine kurulmuştur. İki taraf yoksa çekişmeli yargıdan da bahsedilemez. Çekişmesiz yargıda ise çekişmeli yargıda olduğu gibi iki taraf arasında teknik anlamda bir uyuşmazlık bulunmadığı için taraf bulunmamaktadır. Bu sebeple HMK'da çekişmesiz yargı faaliyetleri “*iş*”; çekişmesiz yargı işi için mahkemeye başvuran kişi ise “*ilgili*” kavramı ile ifade edilmiştir⁴⁶.

Çekişmesiz yargı işlerinde yetki kurallarına ilişkin de HUMK'ta genel bir düzenleme mevcut değildi. Çekişmesiz yargı işlerini içeren hükümlerde, o çekişmesiz yargı işini görececek yetkili mahkeme düzenlenmekteydi⁴⁷. HMK ile

⁴⁴ Çekişmesiz yargı işlerindeki kanuni düzenleme eksikliği, uygulamada hangi işlerin çekişmesiz yargı işi niteliği olduğu konusunda tereddütler oluşturuyor ve çekişmesiz yargı işleri de davalar gibi inceleniyordu. Bu tereddütlerin ve sakıncaların önüne geçebilmek için HMK madde 382-388 arasında çekişmesiz yargı ayrı bir kısım olarak düzenlenmiştir. Kanun 382. maddede çeşitli hukuk dallarındaki çekişmesiz yargı işlerini düzenleyerek, çekişmesiz yargı işlerini sayma yoluna gitmiştir. Ancak bu sayma sınırlı bir sayma değildir. Zira bu sayma örnek niteliğinde olup yine aynı maddeye göre kanunun saymış olduğu ölçütlerden birini veya birkaçına uygun olan işler de çekişmesiz yargı kapsamına girecektir (**Kuru** Baki, Nizasız Kaza, Ankara 1961, s.38 (**Kuru-Nizasız**); **Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz**, s.79).

⁴⁵ Çekişmeli yargı ile çekişmesiz yargı arasındaki farklar birkaç kıstastan hareket edilerek açıklanmaya çalışılmaktadır. Çekişmesiz yargı işinin ilgilileri arasında uyuşmazlık bulunmaması (çekişme yokluğu), ilgililerin ileri sürebileceği herhangi bir hakkın bulunmaması (sübjektif hakkın yokluğu) ve hâkimin kendiliğinden harekete geçtiği haller HMK madde 383 / 1 ile kabul edilmiş ölçütlerdir. Doktrinde, çekişmesiz yargının çekişmeli yargıdan farkını belirtmek için ayrıca inşaî tesir ölçütünü de savunan görüş için bkz. **Kuru-Nizasız Kaza**, s.29-32.

⁴⁶ **Akkan**, s.102; **Kuru-Usûl**, s.110; **Yılmaz-Şerh**, s.1637; **Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz**, s.77.

⁴⁷ Örnek sayımlar için bkz. **Kuru-Nizasız**, s.135.

birlikte ayrı bir kısımda düzenlenen çekişmesiz yargıya ilişkin hükümler ile bu konudaki yetki meselesi de ayrı bir hükümle düzenleme altına alınmıştır. Buna göre, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, çekişmesiz yargı işleri için talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi yetkilidir (HMK m. 384)⁴⁸.

HMK'nın yürürlükte olmadığı dönemde, doktrinde bir görüş tarafından, çekişmesiz yargı işlerinde bir davalı bulunmaması sebebiyle, çekişmeli yargıdaki gibi genel bir yetkiden bahsedilemeyeceği; bununla beraber bazı çekişmesiz yargı işlerinde ilgililer bulunabileceği için ilgililerin yerleşim yeri mahkemesinin genel yetkili mahkeme olması gerektiği savunuluyordu⁴⁹. Eğer söz konusu görüş kabul edilecek olursa ilgililerin birden fazla olması hâlinde diğer şartlarda oluşursa ortak yetkili mahkemenin çekişmesiz yargı işlerinde ortaya çıkabileceğini söylemek mümkündür. Ancak HMK ile birlikte çekişmesiz yargı hükümleri ayrı bir kısımda düzenleme alanı bulmakla iki yargı türü arasındaki farklar da açıkça ortaya konulmuş olmaktadır. İlk olarak ortak yetkili mahkemenin oluşabilmesi için gereken şartları sayan HMK madde 7'ye bakıldığında bunların bir dava, birden fazla davalı ve kanunda dava sebebine göre yetkili kılınmış bir mahkemenin olduğu görülmektedir. 7. maddede adı geçen kavramlar, çekişmeli yargıya aittir.

HMK madde 7'nin lafzında, bu hükmün çekişmesiz yargıda da uygulanabileceğini belirten ayrı bir fıkraya veya çekişmesiz yargıyı da bu madde kapsamına dâhil edecek "iş" veya "ilgili" gibi çekişmesiz yargıya ait kavramlara yer verilmemiştir. Diğer yandan, çekişmesiz yargı işlerinde talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesinin yetkisinin kamu düzeninden olduğu kabul edilmektedir. Sayılan sebepler neticesinde denilebilir ki, ortak yetki kuralının uygulanabilmesi, somut olayda bir davanın

⁴⁸ Çekişmesiz yargıya ilişkin HMK madde 384'te düzenlenen yetki kuralının hukukî niteliği hakkında fikir birliği yoktur. Bu kural, doktrinde bazı yazarlar tarafından kamu düzenine ilişkin kabul edilmektedir (**Kuru-Nizasız**, s.136; **Postacıoğlu / Altay**, s.34; **Umar**, s.1084); Ancak doktrindeki bazı yazarlar tarafından 384. maddenin kesin yetki kuralı oluşturmayacağı ifade edilmiştir (**Atalı Murat**, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 2135; **Karslı**, s.57).

⁴⁹ **Kuru-Nizasız**, s.135.

bulunmasına bağlıdır. Başka bir ifadeyle, çekişmesiz yargıya ait işlerde yetkili mahkemeyi belirlerken 7. madde esas alınarak, ilgililerin tümü için ortak yetkili bir mahkeme tayini yoluna gidilemeyecektir.

D) ORTAK YETKİ KURALINDAKİ İRTİBAT UNSURU

Ortak yetki kuralının bir davada uygulanabilmesi için bir diğer şart, söz konusu yetki kuralındaki irtibat unsurunun, “*dava sebebine göre belirlenmiş olmasıdır*” (HMK m. 7).

Yetki hususunda kanunlarda düzenlenen kuralların, davanın tarafları olan davacı veya davalının durumuna veya dava konusunun niteliğine göre belirlendiği doktrinde ifade edilmiştir⁵⁰. Fakat HMK’da, “*dava sebebinden*” neyin anlaşılması gerektiğine ilişkin hüküm yoktur. Bu sebeple, öncelikle dava sebebi kavramı ile neyin kastedildiği belirlendikten sonra dava sebebine göre tespit edilen yetki kuralının belirlenmesi yoluna gidilmelidir.

1) Dava Sebebi Kavramı

Dava sebebi kavramı, HMK’nın değişik maddelerinde zikredilmiştir⁵¹. Ancak kanunda, dava sebebi başlığı altında düzenlenmiş açık bir hüküm ya da bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Dava sebebi kavramı; iddianın ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı, dava dilekçesi, derdestlik, kesin hüküm, ıslah, davaların

⁵⁰ Akkan, s.267.

⁵¹ Kanunun bazı maddelerinde “*dava sebebi*”ni kavram olarak doğrudan kullanıldığı gibi (HMK m. 7 / I; m. 303 / I), bazı maddelerinde ise kavramı çağrıştıran ibarelere yer verilerek, dava sebebinden zımnen bahsedilmiştir. “Davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukukî sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması” (HMK m. 57 / I-c), “davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıalar” (HMK m. 119 / I-e), “hukukî sebepler” (HMK m. 119 / I-g; m. 129 / I-f), “savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakıa” (HMK m. 129 / I-e) ve “davaların aynı veya birbirine benzer nedenlerden doğması” (HMK m. 166 / IV) kanunun dava sebebini çağrıştıran ibarelerine örnek verilebilir (Ermenek İbrahim, Medenî Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Ankara 2014, s.145); Dava sebebi kavramından, HMK’ da olduğu gibi HUMK’ta da bazen açık bazen de zımî olarak bahsedildiğine ancak kanunun dava sebebinden neyin anlaşılması gerektiğine ilişkin açıklamayı içermediğine ilişkin olarak bkz. Kuru Bakı, Hukuk Usulünde Dava Sebebi, Makaleler, İstanbul 2006, s.215-246, s.216 (Kuru-Dava Sebebi).

birleştirilmesi ve ayrılması gibi hukuki müesseseler ile yakın bir ilişki içerisinde bulunduğu gibi birden fazla davalıya karşı açılacak davada ortak yetkili mahkemenin yetkisinin doğması açısından önem arz etmektedir⁵². Medenî usûl hukukunun merkezi kavramlarından birisi olan⁵³ dava sebebini açıklamaya yönelik doktrindeki görüşler “*ferdileştirme teorisi*” ve “*vakıalara dayandırma teorisi*” olarak iki ana başlık altında toplanmaktadır⁵⁴. Bu iki teori, inceleme konumuz olan ortak yetkili mahkemenin oluşabilme şartlarını etkileyeceği için her iki teoriyi de açıkladıktan sonra HMK m. 7 / 1, 'de yer alan “*dava sebebi*”nden ne anlaşılması gerektiği belirlenebilir. Başka bir ifadeyle, dava sebebi teorilerine dayanılarak yapılacak tespit, ortak yetki kuralının HMK'daki hangi yetki kuralları bakımından gerçekleşeceğini gösterebilecektir.

a) Ferdileştirme Teorisi

Dava sebebini açıklamaya çalışan teorilerden ilki ferdileştirme teorisi⁵⁵. Ferdileştirme teorisine göre, dava sebebi, davacının talep sonucuna dayanak teşkil eden ve diğer taleplerden ayırt edilmesini sağlayacak somut hukukî ilişki veya ilişkilerdir⁵⁶. Hukukî ilişkiden, vakıaların hukuksal nitelendirilmesi sonucunda dâhil olacağı hukuki kategori (hukukî sebep) anlaşılmalıdır⁵⁷.

⁵² **Üstündağ** Saim, İddia ve Müdafaa'nın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1963, s.13; **Ermenek**, s.146; **Kuru-Dava Sebebi**, s.216; **Tanrıver** Süha, Medenî Usul hukukunda Derdestlik İtirazı, 2. Baskı, Ankara 2007, s.90 (**Tanrıver-Derdestlik**); **Yılmaz** Ejder, Medenî Yargılama Hukukunda Islah, 4. Baskı, Ankara 2013, s.144 (**Yılmaz-Islah**); **Muşul** Timuçin, Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, 2. Baskı, Ankara 2009, s.112; **Özekes** Muhammet, Dava Dilekçesinde Hukukî Sebep Bildirmek Zorunludur, Halûk Konuralp Anısına Armağan, C.I, Ankara 2009, (s.745-781), s.753; **Alangoya**, s.106; **Özkaya Ferendeci** Hamide Özden, Kesin Hükümün Objektif Sınırları, İstanbul 2009.

⁵³ **Tanrıver-Derdestlik**, s.90.

⁵⁴ **Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz**, s.315-316.

⁵⁵ Ferdileştirme teorisinin ortaya çıkışı ve gelişimi için bkz. **Üstündağ**, s.19 vd.; **Yılmaz-Islah**, s.145 vd.

⁵⁶ **Üstündağ**, s.19; **Alangoya**, s.103; **Yılmaz-Islah**, s.144; **Muşul**, s.113; **Tanrıver-Derdestlik**, s.91; **Ermenek**, s.146.

⁵⁷ **Yılmaz-Islah**, s.145; **Tanrıver-Derdestlik**, s.92.

Davacının, davalı ile arasındaki hukuki ilişkiyi yeterli ölçüde açıklamış olması talebinin ferdileştirilmesi ve diğer taleplerden ayırt edilebilmesi için yeterlidir⁵⁸. Ferdileştirme teorisini savunanlar, davacının, dava dilekçesinde talep sonucunu haklı çıkarmaya yönelik vakıaları belirtmesi mümkün olsa dahi bunlara yer vermesinin zorunlu olmayacağını ifade etmektedir⁵⁹. Ancak yine bu teoriyi kabul edenlere göre, talebin ferdileştirebilmesi için, taraflar arasındaki hukukî ilişkinin teknik adının zikredilmesini beklemek kabul edilebilir değildir⁶⁰. Ferdileştirme için çoğu zaman davacının, hukukî ilişkinin yanında uyumsuzluğu doğuran vakıaları da belirtmesi gerekecektir⁶¹. Bu, hukukî uyumsuzluğa ilişkin vakıaların doğrudan ve dolaylı bütün özellikleri ile en ince ayrıntısına kadar kronolojik bir sıra içerisinde anlatılması demek değildir⁶². Bunun bir sonucu olarak hukuki ilişkinin ferdileştirilmesinde rol oynamayan vakıalar, davanın her aşamasında yasağa tabi olmaksızın ilk defa ileri sürülebilir. Talebin ferdileştirilmesi için belirtilmesi zaruri olan vakıalar dışında bir takım vakıalar da belirtilmişse bunlar da istenildiği kadar serbestçe değiştirilebilir⁶³.

b) Vakıalara Dayandırma Teorisi

Vakıalara dayandırma teorisine göre; dava sebebi kavramından, ferdileştirme teorisinin aksine olarak, talep sonucunu oluşturmak için zorunlu

⁵⁸ **Muşul**, s.112; **Ermenek**, s.146; **Hanağası** Emel, Davada Menfaat, Ankara 2009, s.327; **Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayyaz**, s.315; Dava dilekçesinde davaya konu edilen hukukî ilişkinin diğer hukuki ilişkilerden ayırt edilmesi ile davanın geçerli şekilde açılması için davacıya yüklenilmiş bulunan usûli mükellefiyet yerine getirilmiş kabul edilecektir (**Üstündağ**, s.23).

⁵⁹ **Üstündağ**, s.19; **Alangoya**, s.102; **Muşul**, s.113; **Tanrıver-Derdestlik**, s.91; **Hanağası**, s.327; **Özkaya- Ferendeci**, s.44.

⁶⁰ **Üstündağ**, s.20; **Yılmaz-İslah**, s.146.

⁶¹ Bu teoriyi kabul eden yazarlardan bir kısmı, sadece hukukî ilişkinin adının dilekçede belirtilmesinin yeterli olacağını, vakıaların hiç belirtilmemesi gerektiğini savunmuşlardır. Ancak bu düşünce, özellikle taraflar arasında birden çok aynı nitelikli sözleşme bulunması durumunda uyumsuzluğun ferdileştirilememesi sonucunu doğuracaktır (**Yılmaz-İslah**, s.146).

⁶² **Üstündağ**, s.20; **Tanrıver-Derdestlik**, s.91.

⁶³ **Üstündağ**, s.22; **Tanrıver-Derdestlik**, s.92; **Ermenek**, s.146.

olan vakıaların bütünü (vakıalar kompleksi) anlaşılmalıdır⁶⁴. Dava dilekçesinde ileri sürülen vakıaların, dava sebebi vasfı kazanabilmeleri için belli bir hukukî ilişki veya hukukî sebep altında mahkemeye sunulmaları gerekli değildir. Zira hukuken geçerli bir davanın açılabilmesi için aranan en önemli şart; davacının mahkemeden hüküm altına alınmasını istediği talep sonucunu oluşturacak vakıaları ve bu vakıalara dayanarak ortaya çıkardığı talep sonucunu dava dilekçesinde ifade etmesidir. Davacının dilekçesinde yer alan vakıaları hâkim, muhtemel bütün hukukî sebeplerin altında inceleyerek talep sonucunun bu vakılardan çıkıp çıkmayacağını araştıracaktır⁶⁵.

Vakıalara dayandırma teorisinin klâsik biçimine göre, davanın temelini oluşturacak vakıaların tümü, bütün ayrıntılarıyla ve tarihsel bir anlatımla dava dilekçesinde yer almalıdır. Ancak teorisinin klâsik anlayışı eleştirilere maruz kalınca dava sebebi kavramı sınırlandırılmıştır. Bu yeni anlayış biçimiyle, dava sebebinden, davanın açılmasına neden olan tüm vakıalar değil, doğrudan doğruya önemli olan vakıalar anlaşılmalıdır. Bu vakıalar karara gerekçe olacak hukuksal değerlendirmeyi olgunlaştıran, davacının talebini diğer taleplerden ayıran vakılardır. Günümüzde vakıalara dayandırma teorisinin bu anlayışı doktrinde genel olarak kabul görmektedir⁶⁶.

c) Türk Hukukundaki Durum

Türk Hukukunda dava sebebinden neyin anlaşılması gerektiğine ilişkin açık bir kanun hükmü bulunmadığına ancak dava sebebi kavramına kanunun değişik maddelerinde yer verildiğine yukarıda değinildi⁶⁷. Hukuk yargılamasının önemli kavramları ile yakın ilişki içerisinde olan bu kavramın sınırlarının açık bir şekilde belirlenmesi hukuki istikrar ve emniyet açısından önem arz etmektedir. Eğer dava sebebine her hukuki müessesede farklı anlamlar verilecek olursa bu durumda hakların gerçekleşmesi de

⁶⁴ Üstündağ, s.25; Alangoya, s.103; Yılmaz- İslah, s.147; Tanrıver-Derdestlik, s.92; Ermenek, s.147.

⁶⁵ Üstündağ, s.26-27.

⁶⁶ Yılmaz-İslah, s.148; Tanrıver-Derdestlik, s.92-93; Ermenek, s.147.

⁶⁷ Bkz., s.17.

zorlaşacaktır⁶⁸ Doktrindeki görüşler, konuyu Türk yargılama hukukunun ana ilkeleri çerçevesinde ele almışlardır⁶⁹. Türk hukukunda dava sebebini açıklamaya çalışan teorilerin ikisinin de taraftarı bulunmaktadır.

Dava sebebinden ne anlaşılması gerektiği hususunda *Postacıoğlu*, HUMK'taki sistemi mutlaka iki taraftan birine inhisar etmenin zorunlu bulunmadığına işaret etmekle⁷⁰ birlikte dava sebebi olarak hukuki ilişkiyi esas almak gerektiğini belirterek bir anlamda hukukumuzda ferdileştirme teorisinin geçerli olduğunu savunmuřtur⁷¹. Ancak dava sebebi olarak hukuki ilişkinin kabul edilmesi, davacıyı talebinin dayandığı hukukî ilişkiyi teknik hukuki terimlerle ifade etmesi mecburiyetinde bırakacaktır. Davalarda avukatla temsil zorunluluğunun da olmadığı yargılama sistemimizde, davacıdan hukuksal ilişkisini teknik terimlerle ifade etmesini beklemek davanın reddi sonucuna yol açabilecektir. Bu şekilde bir kabul, yargılama hukukunun amacına, hak arama özgürlüğüne ve usûl ekonomisine aykırı olacaktır⁷²

Buna karşılık bugün doktrin⁷³ ve Yargıtay uygulaması bakımından hâkim görüş, dava sebebi olarak talep neticesini haklı kılmaya yönelik dava dilekçesinde ileri sürülecek vakıaları dava sebebi olarak kabul etmektedir. Dava sebebini ne olduğu sorunu, dava dilekçesi ile sıkı bir ilişki içerisindedir⁷⁴. Dava dilekçesinin içeriğini düzenleyen HMK madde 119 hükmü, hem davacının iddiasının dayanağı olan vakıaların hem de dayanılan hukuki

⁶⁸ **Kuru**-Dava Sebebi, s.216; **Postacıoğlu**, s.507; **Özekes**-Hukukî Sebep, s.754; **Ermenek**, s.148; **İyilikli Ahmet Cahit**, Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme, İÜHFD, C.3, 2012, S.2, s.83.

⁶⁹ **Yılmaz**-İslah, s.150.

⁷⁰ **Postacıoğlu**, s.503; **Alangoya**, s.104; **Özekes**, s.752, dn.6

⁷¹ **Postacıoğlu**, s.527.

⁷² **Yılmaz**-İslah, s.156.

⁷³ **Üstündağ**, s.39-40; **Kuru**-Dava Sebebi, s.224; **Alangoya**, s.106; **Yılmaz**-İslah, s.156; **Tanrıver**-Derdestlik, s.93; **Ermenek**, s.150; **Özekes**, s.753.

⁷⁴ **Yılmaz**-İslah, s.149.

sebeplerin davacı tarafından yazılmasını aramaktadır⁷⁵. Sadece bu maddeyi dikkate alarak bir değerlendirme yapılacak olunursa; kanunun davada dayanılan hukuksal ilişkinin teknik olarak ifade edilmesini dayanılan kanun maddelerinin de ayrıntılarıyla istediği şekilde ferdileştirme teorisini çağrıştıran bir anlam çıkabilir. Bu sebeple HMK madde 119'u, aynı Kanunun 25 ve 33. maddeleriyle bir bütün olarak beraber değerlendirmek gerekir⁷⁶. HMK madde 33 (HUMK m.76), hâkimin Türk hukukunu resen uygulayacağını düzenlemiştir. Buna göre hâkim, tarafların ileri sürdükleri hukuki sebeplerle bağlı olmaksızın ileri sürülen vakialara uygun düşen hukukî sebebi kendiliğinden somut olaya uygulamakla görevlidir. Madde 33'te yer alan bu düzenleme, dava sebebinin hukukî ilişkiyi ölçüt almasını engelleyici niteliktedir⁷⁷.

Diğer yandan Kanunda öngörülen istisnalar dışında, yargılamayı yapan hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları⁷⁸ kendiliğinden dikkate alamaz (HMK m. 25, HUMK m. 75). Bu hüküm madde 119 ve madde 33 ile birlikte değerlendirildiğinde, dava sebebinin talep sonucunu haklı kılacak nitelikte olan vakialardan oluştuğu söylenebilir. Zira davacının iddia ettiği vakıalar davanın sınırını çizmekte ve hâkim sadece o vakıalara münhasıran inceleme yapabilmektedir⁷⁹.

2) Dava Sebebine Göre Ortak Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi

Ortak yetkili mahkemenin varlığından söz edilebilmesi için mahkemenin davalıların tamamı için yetkili mahkeme olması ön şarttır. Fakat sadece bu husus, ortak yetki kuralının uygulanabilirliği için yeterli değildir. Aynı zamanda davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyacak mahkeme, dava sebebine göre düzenlenmiş yetki kuralı ile yetkilendirilmiş olmalıdır. Örneğin, birden

⁷⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Soylu** Muhammed Furkan, *Medenî Usûl Hukukunda Dava Dilekçesinin İçeriği ve Eksikliklerin Giderilmesi*, Konya 2017, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s.74-84.

⁷⁶ **Kuru**-Dava Sebebi, s.219; **Yılmaz**-Islah, s.151.

⁷⁷ **Yılmaz**-Islah, s.154.

⁷⁸ HUMK m.75'te geçen "*iddia sebepleri*" ile vakıaların kastedildiğine ilişkin bkz. **Kuru**-Dava Sebebi, s.222.

⁷⁹ **Kuru**-Dava Sebebi, s.224.

fazla kişiye davalılardan birinin yerleşim yerinde açılan davada, mahkeme diğer davalılar için de yetkili mahkeme olabilir. Şu halde davalıların tamamının yerleşim yerinin aynı olduğu hallerde, ortak yetkili mahkemenin davalılar için oluştuğunu peşinen söylemek doğru olmayacaktır. Bu sebeple, dava sebebine göre yetkili mahkemeyi tespit edebilmek için yetki kuralının dava sebebine göre oluşturulmasından ne anlaşılması gerektiği belirlenmelidir.

Dava sebebine göre oluşturulmuş yetki kuralının belirlenmesinde, ferdileştirme teorisi kabul edilirse; yetki kuralındaki irtibat unsurunu, uyumsuzluk konusu hukukî ilişki oluşturacaktır. Başka bir ifadeyle, yetki kuralı, taraflar arasındaki hukukî ilişkiye veya bu ilişkiyi oluşturan unsurlardan bir veya birkaçına (örneğin dava konusuna) işaret edecek şekilde düzenlenmiş olmalıdır. Bu durumda, örneğin, borçlar hukukuna uygun olarak düzenlenmiş herhangi bir sözleşme sebebiyle ortaya çıkacak uyumsuzlukta, birden fazla davalıya sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde dava açılabilir (HMK m. 10). Zira taraflar arasındaki borç ilişkisi, ferdileştirme teorisi anlamında dava sebebini oluşturacaktır. HMK madde 10'daki, "*sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesi*", taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi irtibat unsuru kabul eden bir yetki kuralı olması sebebiyle, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesi, davalıların tamamı bakımından ortak yetkili mahkeme olur.

Dava sebebine göre düzenlenen yetki kuralındaki dava sebebi kavramı bakımından, vakialara dayandırma teorisi esas alınır, davalıların tümü bakımında uygulanacak yetki kuralı, davanın açılmasına sebep olan maddi vakia veya vakiaları irtibat unsuru olarak ölçüt almalıdır. Başka bir ifadeyle, kanun hükmünün yetkili kıldığı mahkeme, taraflar arasındaki uyumsuzluğa ait vakianın gerçekleştiği yeri işaret etmelidir. Örneğin, HMK m. 16'da haksız fiilden doğan davalarda yetkiyi düzenleyen kuralda geçen "*haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer*" mahkemesi bu anlamda dava sebebine göre belirlenmiş yetki kuralıdır. Zira haksız fiilin işlenmesi ve haksız fiil sonucunda zararın meydana gelmesi bir vakia'dır. HMK m.16, haksız fiil sebebiyle açılacak davalarda yetkili mahkemeyi vakiaların gerçekleştiği yeri işaret ederek, yetki kuralını dava sebebine göre düzenlemiş olmaktadır.

Doktrinde *Yılmaz*, ortak yetki kuralının uygulanabilmesi için, kanun maddesinde ifade edilen dava sebebi ifadesinden, vakiaların anlaşılması

gerektiğini ifade etmiştir. Bazı davalılar bakımından haksız fiile, bazı davalılar bakımından sözleşmeye aykırılığa dayanılmışsa burada bütün davalılar bakımından haksız fiil vakiası söz konusu olmadığından, ortak bir yetkiden söz edilemez⁸⁰. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, aynı haksız fiilden kaynaklanan fakat farklı hukukî sebeplere dayanarak birden fazla kişinin hukukî sorumluluğuna ilişkin açılacak bir davada, ortak yetki kuralının varlığı kabul edilmelidir. Örneğin, bir trafik kazası sebebiyle araç işletenin kusursuz sorumluluğu ile şoförün kusur sorumluluğundan kaynaklanan davada ortak yetkili mahkeme, haksız fiilin işlendiği yer mahkemesidir⁸¹. Yani, ortak yetkili mahkemenin varlığı için davalıların tümünün davaya sebep olan vakıya dâhil olmaları zorunlu değildir. Önemli olan davalılar bakımından uygulanacak olan yetki kurallarındaki irtibat unsurunun aynı dava sebebinin ölçüt alınarak düzenlenmiş olmasıdır.

Yargıtay kararlarında da, ortak yetki kuralının, çok yüksek oranda, trafik kazalarından kaynaklanan maddî ve manevî tazminat davalarında uygulama alanı bulduğu görülmektedir⁸². Ancak Yargıtay 22. Hukuk Dairesi konu

⁸⁰ Yılmaz-Şerh, s.112.

⁸¹ Akkan, s.275.

⁸² 11.HD. 04.02.2013, E. 2013/624 K. 2013/1833, "... Dava, haksız fiile dayalı tazminat davasıdır. ... Mahkemenin gerekçesinde belirttiği aynı kanunun 7/1. maddesinde ise davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan mahkemenin bulunması halinde davaya o yer mahkemesinde bakılacağı belirtilmiş ise de bu mahkemenin kesin yetkili olduğu yazılmamıştır..." (Kazancı.com); 17.HD. 28.05.2013, E. 2013/6924 K. 2013/7892, "... Mahkemece, 6100 Sayılı HMK'nın 7/1 maddesi gereğince davalının birden fazla olması halinde ortak yetkili mahkemenin kesin yetkili olduğu, kaza yerinin ortak yetkili yer olduğu, kaza yerinin Denizli'nin Beyağaç İlçesi olduğu, Beyağaç İlçesinin de adli yönden Kale İlçesine bağlı bulunduğu gerekçesiyle mahkemenin yetkisizliğine, kararın kesinleşmesinden sonra iki haftalık süre içerisinde talep edilmesi halinde dosyanın Kale Asliye Hukuk Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili ve davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir. ... 6100 Sayılı HMK.'nin genel yetkiyi düzenleyen 6. maddesinin 1.fıkrasına göre; Genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir. 7. maddesinde de, davalı birden fazla ise dava, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. Ancak, dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır..." (Kazancı.com); 11.HD. 11.07.2012, E. 2012/8559 K. 2012/12239, "...Dava, mahkemenin vasıflandırması uyarınca haksız fiilden

hakkında ilginç bir karar vermiştir⁸³. Karara konu olan olayda, bir işçi birden fazla işverene, iş sözleşmesinin haksız feshedildiği gerekçesi ile işe iade davası açmıştır. İşçi, davasını, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m.5'e göre davalılardan birinin yerleşim yeri olan Ankara'da açmıştır. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi kararında, HMK madde 7 / 1 gereği, davalı tarafta birden fazla kişi bulunması durumunda kanunda belirtilen, davalılardan tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan mahkemenin davaya bakmakla yetkili olduğunu; bu durumda 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu madde 5 uyarınca, davacının fiilen en son çalıştığı Adıyaman mahkemelerinin davalılar için ortak yetkiyi taşıyan mahkeme olması sebebiyle, mahkemenin yetkisizlik kararı vermesi gerektiğine hükmetmiştir.

Yargıtay, kararını ortak yetki kuralı ile gerekçelendirmiştir. Ancak, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyacak yetki kuralının dava sebebine göre belirlenmiş bir yetki kuralı olması gerektiğini gerekçesinde yer vermemiştir. Yargıtay'ın bu tutumu iki şekilde yorumlanabilir.

İlk ihtimal, kararda ifade edildiği gibi, davalıların tamamı hakkında ortak yetkili mahkemenin oluşabilmesi için, uygulanacak yetki kuralının, davalıların tamamı için yetkili olmasının yeterli kabul edildiğidir. Bu şekilde bir yorumun kabulü, Yargıtay'ın kanun maddesini olaya eksik uygulamış olduğu anlamına

kaynaklanan ölüm nedeniyle ölenin yakınları (ana-babası) tarafından açılan maddi-manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, yazılı gerekçe ile yetkisizlik kararı verilmiş ise de, zararlı sonuca yol açan ölüm olayının Antalya'da vukubulması nedeniyle, gerek davanın açıldığı tarihteki 1086 sayılı Yasa'nın21. maddesi (bkz. Kuru, B., HMU, 4.bası, c.1, sh.319) ve gerekse de kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan 6100 sayılı Yasa'nın 16. maddesinin açık hükmü uyarınca, zararlı sonucu doğuran ölüm olayının meydana geldiği yer mahkemesinin, eş deyişle Antalya mahkemesin tüm davalılar bakımından ortak yetkili mahkeme olduğunun kabulü gerekmele, mahkemece yanılığlı değerlendirmeye ve yasaya aykırı gerekçeye dayanılarak yetkisizlik kararı verilmiş olması doğru olmamış, davacılar vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazının kabulü ile yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir..." (Kazancı.com); 11.HD. K.T. 13.10.2003 E. 2003/2970 K. 2003/9235 (Kazancı.com); 20.HD. K.T. 14.10.2015, E. 2015/8959 K. 2015/9147 (emsal.yargitay.gov.tr.).

⁸³ 22.HD. K.T. 16.11.2015, E. 2015/29785 K. 2015/31001 (Kazancı.com).

gelecektir. Zira kararda, madde 7’de zikredilen “*dava sebebi*” kavramına hiç yer verilmemiştir.

İkinci ihtimal, 22. Hukuk Dairesi’nin ortak yetki kuralındaki dava sebebini açıklamak hususunda ferdileştirme teorisini esas aldığı varsaymaktır. Zira kararda, ortak yetkili mahkeme olarak, 5521 sayılı Kanun madde 5’te yer alan işçinin işini yaptığı işyeri mahkemesi kabul edilmiştir. Söz konusu hüküm, işçinin iş sözleşmesinden doğan edimini ifa ettiği yeri, irtibat unsuru olarak kabul eden bir yetki kuralıdır. İşçi ile işveren arasında hangi vakıadan doğarsa doğsun, işyerinin bulunduğu yer mahkemesinin, dava sebebine göre davalıların tamamı için ortak yetkili mahkeme olduğunun kabulü ise, dava sebebi olarak ferdileştirme teorisini kabul etmek anlamına gelir.

Kanaatimizce, dava sebebine göre oluşturulmuş yetki kuralının nasıl belirleneceğini tespit edebilmek, yetki kurallarının, kuralı inşa eden “*yerin*” hukuki nitelendirmesine göre yapılacak bir tespit ile mümkün olacaktır. HMK’da yer alan yetki kurallarının bir kısmı, davalının; “*yerleşim yeri*”, “*geçici olarak bulunulan yer*”, “*mutad meskeninin bulunduğu yer*”, “*son yerleşim yeri*”, “*şubenin bulunduğu yer*” olarak belirlenmiştir. Söz konusu ibarelerin yer aldığı yetki kuralları, davalının hayat faaliyetlerini, kişisel ve mesleki ilişkilerini yürüttüğü yere göre oluşturulmuştur.

Bir kısım yetki kurallarında ise; “*uyuşmazlık konusu malvarlığının bulunduğu yer*”, “*sözleşmenin ifa edileceği yer*”, “*taşınmazın bulunduğu yer*”, “*malın bulunduğu yer*”, “*rizikonun gerçekleştiği yer*”, “*haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer*” mahkemelerinin yetkili olacağı belirlenmiştir. Bu yetki kurallarından, uyuşmazlık konusu malvarlığının bulunduğu yer, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi, dava konusu malvarlığının bulunduğu yer, irtibat unsuru ölçüt alınarak oluşturulmuştur.

HMK madde 10’daki, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesi, taraflar arasındaki borç ilişkisi sebebiyle meydana gelecek herhangi bir uyuşmazlık için yetkili olacaktır. Örneğin, sözleşme bedelinin ifa edilmemesi ile sözleşme konusu malın teslim edilmemesi farklı vakıalar olmasına rağmen her iki uyuşmazlık için de sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde dava

açılacaktır. Bu nedenle “sözleşmenin ifa edileceği yer” ibaresi, uyumsuzluğa ait vakıadan ziyade, taraflar arasındaki uyumsuzluğun kaynaklandığı hukukî ilişki esas alınarak oluşturulmuş yetki kuralıdır.

HMK madde 16’daki “haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer” ile madde 15 / 1’deki “rizikonun gerçekleştiği yer” ibareleri ise doğrudan davaya sebebiyet veren vakianın gerçekleştiği yeri irtibat unsuru olarak belirleyen yetki kuralları olduğu için, HMK madde 7 / I anlamında ortak yetkili mahkemenin gerçekleştirebileceği yetki kurallarıdır. Haksız fiilin işlenmesi ve zararın meydana gelmesi (yahut gelme ihtimalinin bulunması), hukuka aykırı bir davranışın (fiil) sonucudur. Riziko, “zarar verme özelliği olan olayların gerçekleşme olasılığı” olarak tanımlanmıştır⁸⁴. Haksız fiile neden olan hukuka aykırı bir davranışın ve rizikonun gerçekleşmesi ise vakıadır. Bu sebeple HMK’da dava sebebine göre düzenlenmiş yetki kuralları, kanaatimizce, madde 15 ve 16’da düzenlenen yetki kurallarıdır.

III. ORTAK YETKİLİ MAHKEMENİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Ortak yetki kuralının hukukî niteliğinin belirlenmesinden kasıt, bu kuralın kesin yetki kuralı mı yoksa kesin olmayan yetki kuralı mı olduğunu tespit etmektir. Yapılacak olan nitelendirmeye bağlı olarak, mahkemenin yetkili olup olmadığını kendiliğinden incelemesi ve tarafların yetki itirazında bulunma süresi değişiklik gösterebilecektir. Ortak yetki kuralının hukukî niteliğinin belirlenmesi hususunda, doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları birbirinden farklılık göstermektedir.

Doktrinde, davalıların tamamı bakımından uygulanabilecek olan ortak yetki kuralının hukukî niteliği hakkında fikir birliği yoktur.

Bir görüşe göre, ortak yetki kuralı kesin yetki kuralıdır. Dava sebebine göre belirlenen ortak yetki kuralı kesin yetki kuralıdır ve birden fazla davalıya karşı bunlardan birisinin yerleşim yerinde dava açılmaz⁸⁵. Ayrıca, 7.

⁸⁴ **Kender** Rayegân, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2011, s.279-280; **Çeker** Mustafa, Sigorta Hukuku, 9. Baskı, Adana 2014, s.67; **Bozkurt** Tamer, Ticaret Hukuku, C.IV, Sigorta Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2013, s.28.

⁸⁵ **Akkan**, s.275; **Postacıoğlu / Altay**, s.115; **Yılmaz- Şerh**, s.112; **Özbay**, s.42, dn.10; Doktrinde *Tanrıver* tarafından, ortak yetki kuralının kesin yetki kuralı olduğu açık bir

maddenin gerekçesinde de açık bir şekilde ortak yetki kuralının kesin yetki kuralı olduğu ifade edilmiştir. Buna göre “1086 sayılı Kanunun 9. maddesinin ikinci fıkrası hükmü ayrı bir madde halinde düzenlenmiş; birden fazla davalı varsa, davanın bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabileceği esası burada da kabul edilmiştir. Ancak, birden fazla davalı hakkında dava açılmak istendiğinde, dava sebebine göre davalıların tümü hakkında, kanunda ortak yetkili bir mahkeme belirtilmişse, davanın, davalılardan birinin yerleşim yerinde değil, ortak yetkili mahkemede açılması gerekmektedir. Ayrıca, “...davaya, ancak o yer mahkemesinde bakılır” denilerek, ortak yetkili mahkemenin yetkisi, kesin yetki hâline getirilmiştir”⁸⁶.

Bir diğer görüşe göre ise, ortak yetki kuralının kesin yetki kuralı değildir. Bir başka ifadeyle, ortak yetki kuralı gereğince birden fazla davalı bakımından yetkili olacak ortak yetkili mahkeme kesin yetkili mahkeme olmamalıdır⁸⁷. Zira, kanunda bir dava için tek bir yetkili mahkeme gösterilmiş olması (örneğin, sebepsiz zenginleşmeden doğan davalar sadece davalının yerleşim yerinde açılabilir) o mahkemeyi kesin yetkili mahkeme haline getirmez. Bunun bir sonucu olarak ortak yetki kuralının uygulandığı hâllerde davanın tarafları yetki sözleşmesi yapabilirler ve yetki itirazı ilk itirazdır⁸⁸.

Yargıtay kararlarında ise, 7. maddenin lafzında “kesin yetki” ibaresine yer verilmemesinden yola çıkılarak, bu kuralın kesin yetki kuralı olarak kabul edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Yargıtay’a göre, maddenin gerekçesinde ortak yetkili mahkemenin, kesin yetkili mahkeme olduğunun yazılı olması bir anlam ifade etmeyecektir. Zira, HMK’da yer alan diğer kesin yetki kurallarının tamamında mahkemenin kesin yetkili olacağı, madde metninden açıkça anlaşılmaktadır. Ortak yetki kuralının yer aldığı madde 7’de ise mahkemenin kesin yetkili mahkeme olacağı açık bir şekilde

şekilde ifade edilmemekle birlikte, davaya sadece ortak yetkili mahkemede bakılacağı; davalılardan herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesinde davanın açılmayacağı belirtilmiştir (Tanriver-Usûl, s. 227).

⁸⁶ HMK Hükümet Gerekçesi madde 12.

⁸⁷ Umar, 35; Karslı, s.217; Budak / Karaaslan, s.43.

⁸⁸ Varol / Karaaslan, s.43.

belirtilmemiştir. Bu nedenle ortak yetki kuralı, kesin yetki kuralı olarak nitelendirilemez⁸⁹.

Ortak yetki kuralının hukuki niteliği, kanaatimizce de kesin yetki kuralıdır. Yargıtay'ın ifade ettiği gibi HMK'daki diğer yetki kurallarının aksine, ortak yetki kuralının açık bir şekilde kesin yetkili mahkeme olduğu belirtilmemiştir. Ancak yine, yukarıda ifade ettiğimiz gibi, bir yetki kuralının kesin yetki kuralı olması için madde metninde, mahkemenin kesin yetkili olacağını açık şekilde yazılması zorunlu değildir. Kanun maddesinin yazılış biçiminden, kuralda belirtilen mahkeme dışında başka bir mahkemede dava açılmayacağı anlaşılıyorsa kesin yetki kuralının varlığından bahsedilecektir. Bu itibarla 7. maddedeki "*davaya o yer mahkemesinde bakılır*" ibaresi mutlak bir anlam taşır ve kesin yetki kuralıdır.

Yine, doktrinde ileri sürülen; kanunda bir dava için tek bir yetkili mahkeme gösterilmiş olması o mahkemeyi kesin yetkili mahkeme hâline getirmez şeklindeki görüşe⁹⁰ katılmamaktayız. Zira ortak yetki kuralı, irtibat unsuru tayin edilerek oluşturulmuş ve bir mahkemeyi işaret eden bağımsız bir yetki kuralı değildir. Bir davada geçerli olan yetki kurallarının oluşturduğu kümeden sadece bir tanesinin uygulanması amacına matuftur. Başka bir ifadeyle, ortak yetki kuralı, davalıların her biri hakkında bağımsız olarak uygulanabilecek birden fazla yetki kuralının içinden, sadece, irtibat unsuru dava sebebine göre oluşturulmuş olanının yetkili mahkemeyi tespit etmede kullanılmasına hizmet eden bir düzenlemedir.

Aynı sonuca, esas olarak hükmün amacından da varılabilir. Ortak yetki kuralının, kesin yetki kuralı olmadığı kabul edilirse söz konusu hükmün herhangi bir anlamı olmaz. Zira yukarıda ifade ettiğimiz gibi, ortak yetki kuralı, davanın açılacağı yeni bir mahkeme tesis eden kural değildir. Tam aksine, davacının başvurabileceği yetki kuralları arasından sadece dava sebebine göre

⁸⁹ 11.HD K.T. 4.2.2013, E. 2013/624 K. 2013/1833 ([Kazancı.com](http://www.kazanci.com)); 17.HD K.T. 28.05.2013, E. 2013/6924 K. 2013/7892 ([Kazancı.com](http://www.kazanci.com)); 11. HD K.T. 13.10.2003, E. 2003/2970 K. 2003/9235 ([Kazancı.com](http://www.kazanci.com)). Yargıtay, ortak yetkili mahkemenin kesin yetkili mahkeme olacağına nadiren de olsa kararlarında yer vermektedir. Yargıtay'ın söz konusu içtihadı için bkz, 22.HD K.T. 16.11.2015, E. 2015/29785 K. 2015/31001 ([Kazancı.com](http://www.kazanci.com)).

⁹⁰ Budak / Karaaslan, s.43.

belirlenmiş yetki kuralını ön plana çıkaran ve davacının, davayı bu mahkemede açmasını amaçlayan bir kural görünümündedir. Başka bir ifadeyle, davacının somut olayda alternatif olarak başvurabileceği yetki kurallarının tümünü bertaraf ederek, davanın açılacağı mahkemeyi tek bir mahkemeye sınırlar.

Ortak yetki kuralının, kesin yetki kuralı olması gerektiğini kabul etmekle birlikte, olması gereken hukuk açısından bu kabulün bazı sakıncalara da neden olabileceğini ifade etmek isteriz. Örneğin, haksız fiilden doğan davalarda yetkiyi düzenleyen madde 16 hükmü, esasen kesin olmayan yetki kuralıdır. Haksız fiili bir kişinin işlemesi halinde haksız fiile maruz kalan kişi, davasını, isterse haksız fiilin gerçekleştiği, isterse zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer veya kendi yerleşim yeri mahkemesinde açabilecektir. Ancak birden fazla kişinin aynı haksız fiili işlemesi halinde, ortak yetki kuralının niteliği gereği, davacı, davasını sadece haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinde açabilecektir. Bu ise, çoğu zaman hem davacı hem de davalılar bakımından zahmetli ve masraflı bir sürece yol açabilir⁹¹. Dolayısıyla bu durum usul ekonomisine aykırılık oluşturacaktır.

Yine, sadece haksız fiili oluşturan davranışı birden fazla kişinin işlemiş olması durumunda, davacı açısından, dava açarken yetki kurallarını sınırlamak kanaatimizce etkin hukukî korumanın sağlanmasına hizmet edecek bir niteliğe haiz değildir. Zira kanun koyucu, zarar görenin mağduriyetinin bir an önce giderilebilmesini temin etmek gayesiyle, yetki problemi ile karşı karşıya kalmasının önüne geçmek için, haksız fiilden doğan davalarda, birden fazla yer mahkemesini yetkili kılmıştır⁹². Haksız fiili birden fazla kişinin işlemesi halinde, davacının başvurabileceği yetkili mahkemeleri tek bir yetki kuralı ile sınırlamak da yerinde bir uygulama olmayacaktır. Yargı kararları incelendiğinde, ortak yetki kuralının genellikle trafik kazalarından doğan tazminat davalarında uygulandığı da görülmektedir⁹³. Bu da özellikle şehirlerarası ulaşım sırasında meydana gelen kazalarda davacının kendisine tamamen yabancı bir mahkemede dava açmasına sebep olabilmektedir. Günümüz ticaret

⁹¹ Umar, s.35.

⁹² Tanrıver-Usûl, s.235.

⁹³ Budak / Karaaslan, s.43.

anlayışında yolcu ve eşya taşımanın önemi ve kapsamı düşünülecek olursa, belki de çoğu zaman davanın her iki tarafına yabancı bir mahkemenin kesin yetkili mahkeme olması dolayısıyla davanın başka bir yerde açılmamasına yol açabilir.

IV. SONUÇ

Ortak yetki kuralı HUMK'ta olduğu HMK'nın da 7. maddesinde düzenlenmiştir. Kural olarak, birden fazla davalıya karşı açılacak davalarda, davalılardan birinin yerleşim yeri yetkili mahkemedir. Ancak, açılacak davanın sebebine göre davalıların tamamı hakkında ortak yetkili mahkeme belirlenmişse, davaya ancak bu ortak yetkili mahkemede bakılır.

Ortak yetki kuralı uygulanırken, dava sebebine göre oluşturulmuş yetki kuralının nasıl belirleneceğini tespit edebilmek, yetki kurallarının, kuralı inşa eden "*irtibat unsurunun*" hukuki nitelendirmesine göre yapılacak bir tespit ile mümkün olabilir. Kanaatimizce HMK madde 16'daki "*haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer*" ile madde 15 / 1'deki "*rizikonun gerçekleştiği yer*" ibareleri, doğrudan davaya sebebiyet veren vakianın gerçekleştiği yeri irtibat unsuru olarak belirleyen yetki kuralları olduğu için, HMK madde 7 / 1 anlamında ortak yetkili mahkemenin gerçekleşebileceği yetki kurallarıdır.

HMK'daki diğer yetki kurallarının aksine, ortak yetki kuralının açık bir şekilde kesin yetkili mahkeme olduğu belirtilmemiştir. Ancak bir yetki kuralının kesin yetki kuralı olması için madde metninde, mahkemenin kesin yetkili olacağını açık şekilde yazılması zorunlu değildir. Kanun maddesinin yazılış biçiminden, kuralda belirtilen mahkeme dışında başka bir mahkemede dava açılmayacağı anlaşılıyorsa yine kesin yetki kuralının varlığından bahsedilecektir. Bu itibarla 7. maddedeki "*davaya o yer mahkemesinde bakılır*" ibaresi, mutlak bir anlam taşımaması sebebiyle ortak yetki kuralı, kesin yetki kuralıdır.

KAYNAKLAR

- Akcan** Recep / **Albayrak** Hakan, Tebligat Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2016.
- Akıncı** Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, 9. Baskı, Konya 2016.
- Akipek** Jale G. / **Akıntürk** Turgut / **Ateş Derya**, Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2015.
- Akkan** Mine, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017.
- Alangoya** Yavuz / **Yıldırım** M. Kâmil / **Deren-Yıldırım** Nevhis, Medenî Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2009.
- Alangoya** Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin toplanmasına ilişkin İlkeler, İstanbul 1979.
- Ansay** Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Baskı, Ankara 1960.
- Antalya** O. Gökhan, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I, 2. Baskı, İstanbul 2013.
- Arslan** Ramazan/**Yılmaz** Ejder/**Taşpınar/Ayvaz** Sema, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2016.
- Atalı** Murat, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017.
- Ayan** Mehmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016 (Ayan-Borçlar).
- Ayan** Mehmet, Eşya Hukuku, C.II, 7.Baskı, Konya 2014 (Ayan-Eşya).
- Aybay** Aydın / **Hatemi** Hüseyin, Eşya Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2014.
- Bozkurt** Tamer, Ticaret Hukuku, C.IV, Sigorta Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2013.
- Budak** Ali Cem / **Karaaslan** Varol, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2017.
- Budak** Ali Cem, Prof. Dr. Baki Kuru'nun Nizasız Kaza İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Değişiklikler, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.273-306.
- Budak** Ali Cem/**Kuru** Baki, Tespit Davaları, 2. Baskı, İstanbul 2010.
- Çeker** Mustafa, Sigorta Hukuku, 9. Baskı, Adana 2014.
- Dural** Mustafa / **Öğüz** Tufan, Kişiler Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2006.
- Ercan** Meltem, Medeni Usul Hukukunda Maddi Hukuka İlişkin Savunma Vasıtaları, Konya 2011, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

- Erdoğan** Kemal, Rödövens Sözleşmesi, Ankara 2017.
- Eren** Fikret, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 12. Baskı, İstanbul 2010 (Eren-Borçlar).
- Eren** Fikret, Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014 (Eren-Mülkiyet).
- Erman** Hasan, Eşya Hukuku Dersleri, 5. Baskı, İstanbul 2014.
- Ermenek** İbrahim, Medenî Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Ankara 2014.
- Ertaş** Şeref, Eşya Hukuku, 12. Baskı, İzmir 2015.
- Esener** Turhan / **Güven** Kudret, Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015.
- Hanağası** Emel, Davada Menfaat, Ankara 2009.
- Hatemi** Hüseyin / **Gökyayla** Emre, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 2. Baskı, İstanbul 2012.
- Hatemi** Hüseyin / **Kalkan Oğuztürk** Burcu, Kişiler Hukuku, İstanbul 2014.
- İnan** Ali Naim / **Yücel** Özge, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014.
- İyilikli** Ahmet Cahit, Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi üzerine Bir İnceleme, İÜHFD, C.3, 2012/2, s.83-156.
- Karslı** Abdürrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2014.
- Kender** Rayegân, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2011.
- Kılıçoğlu** Ahmet Mithat, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2014.
- Kuru** Baki, Hukuk Usulünde Dava Sebebi, Makaleler, İstanbul 2006, s.215-246 (Kuru-Dava Sebebi).
- Kuru** Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku, İstanbul 2016 (Kuru-Usûl).
- Kuru** Baki, Nizasız Kaza, Ankara 1961 (Kuru-Nizasız).
- Muşul** Timuçin, Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, 2. Baskı, Ankara 2009.
- Oğuzman** M. Kemal / **Seliçi** Özer / **Oktay – Özdemir** Saibe, Eşya Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2015 (Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir-Eşya).

- Oğuzman** M. Kemal / **Seliçi** Özer / **Oktay – Özdemir** Saibe, Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, 15. Baskı, İstanbul 2015 (Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir-Kişiler).
- Özbay** İbrahim, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?, 2. Baskı, Ankara 2013.
- Özekes** Muhammet, Dava Dilekçesinde Hukukî Sebep Bildirmek Zorunludur, Halûk Konuralp Anısına Armağan, C.I, Ankara 2009, s.745-781.
- Özkaya-Ferendeci** Hamide Özden, Kesin Hükmün Objektif Sınırları, İstanbul 2009.
- Pekcanitez** Hakan / **Taş Korkmaz** Hülya, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017.
- Pekcanitez** Hakan, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C.I, 15. Baskı, İstanbul 2017.
- Postacıoğlu** İlhan / **Altay** Sümer, Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 7. Baskı, İstanbul 2015.
- Postacıoğlu** İlhan E., Davanın ve Kaziyeyi Muhakemenin Unsuru Olarak Hukukî Sebep-Hukuki Sebep, Dr. A. Recâî Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s.497-527.
- Reisoğlu** Safa, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 25. Baskı, İstanbul 2014.
- Serozan** Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm / Kişiler Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2015.
- Soylu** Muhammed Furkan, Medenî Usûl Hukukunda Dava Dilekçesinin İçeriği ve Eksikliklerin Giderilmesi, Konya 2017, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Tanriver** Süha, Medenî Usûl Hukuku, C.I, Ankara 2016 (Tanriver-Usûl).
- Tanriver** Süha, Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, 2. Baskı, Ankara 2007 (Tanriver-Derdestlik).
- Tekinay** Selâhattin Sulhi, Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 1992.
- Ulukapı** Ömer, Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı-Dava Arkadaşlığı, Konya 1991.

Umar Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011.

Üstündağ Saim, İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1963.

Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2013
(Yılmaz-Şerh).

Yılmaz Ejder, Medenî Yargılama Hukukunda Islah, 4. Baskı, Ankara 2013
(Yılmaz-Islah).

Yılmaz Mehmet, Mahkemelerin Kamu Düzenine İlişkin Yetkisi, Ankara 2007.

www.emsal.yargitay.gov.tr.

www.kazanci.com (Kazancı.com).

www.legalbank.net (Legalbank.net).

MECELLE'DE VE TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI VE UNSURLARI*

Arş. Gör. Numan TEKELİOĞLU**

CONCLUSION AND ELEMENTS OF THE SALES CONTRACT IN MEDJELLE AND TURKISH CODE OF OBLIGATIONS

ÖZ

Mecelle, Osmanlı Devleti'nde Tanzimat'tan sonra meydana gelen kanunlaştırma hareketleri içerisinde hiç şüphesiz en mühim olanıdır. Mecelle'nin hazırlanmasına sebep olan temel fikir, bütün Osmanlı vatandaşlarına uygulanacak bir medeni kanun meydana getirmektir. Hal böyle olmakla birlikte, Mecelle'nin büyük oranda borçlar hukukunu düzenleyen bir kanun olduğu söylenebilir. Zira toplam on altı kitaptan oluşan Mecelle'nin dokuz kitabı borçlar hukukuna ilişkin mevzulardan oluşmaktadır. Bu on altı kitabın birincisi ise "Kitâb'ül Büyü", yani satış sözleşmesi başlığını taşımaktadır. Satış sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun özel borç ilişkileri kısmında da ilk olarak düzenlenen sözleşmedir. Bugünkü borçlar hukuku

* Kabul Edildiği Tarih: 26.10.2017

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.338210](https://doi.org/10.15337/suhfd.338210)

** Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

E-mail Adresi: numantekelioglu@gmail.com

ORCID ID: orcid.org/0000-0001-5787-4137

sistemimiz, mehz İsviçre Borçlar Kanunu'na ve dolayısıyla Roma Hukuku'na dayanmaktadır. Ancak eski hukukumuzdan ve bilhassa Mecelle'den tamamen farklı olduğu söylenemez. Elbette "hukuk hayatı takip eder" ilkesi çerçevesinde, Mecelle'nin kabul edildiği dönemdeki sözleşme ilişkilerinin görünümüyle, bugünkü sözleşme ilişkilerinin görünümü farklılık göstermektedir. Buna bağlı olarak, kanunlardaki kavramlar ve hükümler de çeşitlenmektedir. Ancak satış sözleşmesi özelinde düşünüldüğünde, iki kişi arasında bir alım-satım ilişkisi doğuran sözleşmenin kurulmasını sağlayan hususların benzerlik gösterdiği görülmektedir. Bu çalışmada, Mecelle'de ve Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan satış sözleşmesine ilişkin düzenlemeler çerçevesinde, sözleşmenin kurulması için gereken şartlar ve unsurlar karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır.

ANAHTAR KELİMELER: Mecelle, Kitâb'ül-Büyu', Türk Borçlar Kanunu, Sözleşmenin Kurulması, Sözleşmenin Unsurları.

ABSTRACT

Medjelle is undoubtedly the most important one in the Ottoman Empire's legislative movements after the Tanzimat. The basic idea that led to the preparation of Medjelle is to bring a civil law to all Ottoman citizens. With this being the case, it can be said that Medjelle is a law regulating the law of debts in large measure. The nine books of Medjelle, which consists of a total of sixteen masters, are made up of positions related to the law of obligations. The first of these sixteen books carries the heading of "Kitâb'ül-Büyu'u". The sales contract is the first to be issued in the private debt category of the Turkish Code of Obligations. Our law of obligation system is based on the Swiss Law of Obligations and therefore Roman Law. However, it can not be said that it is completely different from our old law and especially Medjelle. Of course, in the framework of "law follows life" principle, the view of contractual relations at the time of acceptance of Medjelle and the appearance of contractual relations of today are different. Accordingly, the concepts and provisions of the law vary. However, when considering the sales contract in particular, it seems that the issues that provided the establishment of a contract between the two people that create a buy-sell relationship appear to be similar. In this study, the conditions and elements required for the establishment of the

contract were discussed comparatively in the context of the arrangements related to the sales contract in Medjelle and Turkish Code of Obligations.

KEY WORDS: Medjelle, Kitâb'ül-Büyu', Turkish Code of Obligations, Conclusion of the Contract, Elements of the Contract.

GİRİŞ

Tanzimat dönemi, Osmanlı Devleti'nin askeri, idari, ekonomik ve sosyal yapısını etkilediği kadar, hukuki yapısını da etkilemiştir¹. Bunun en büyük göstergesi, Tanzimat döneminde karşılaşılan kanunlaştırma hareketleridir. Osmanlı Devleti'nin hukuk sistemi iki temel yapı üzerine kurulmuştur. Bunlardan birincisi “şer'î hukuk” olarak ifade edilen, fıkıh usulünün belirlediği esaslar çerçevesinde İslam hukukunun kaynaklarına² dayanılarak oluşturulan hukuk kurallarıdır³. İkincisi ise Padişahların şer'î hukukun düzenlemediği hususlarda kendi iradelerine dayanarak kanun koyma yetkileri sonucu ortaya çıkan “örfi hukuk” tur⁴. Bunların dışında, Osmanlı mülkünde yaşayan gayrimüslimlere (zimmîlere) uygulanan farklı hukuk kuralları da söz konusudur.

¹ AYDIN, Mehmet Akif, “Mecelle'nin Hazırlanışı”, Osmanlı Araştırmaları IX, İstanbul, 1989, s.34.

² İslam hukukunun kaynaklarından kasıt, İslam hukukçularının bu hukukun kurallarını tespit ederken dayandıkları kaynaklardır. Bu kaynaklar klasik İslam hukuku eserlerinde ve ilmihallerde “edille-i şer'iyye” olarak ifade edilmektedir. Buna göre İslam hukukunun dört temel kaynağı vardır. Bunlar; Kur'an, Sünnet, İcma ve Kıyas'tır. Bkz. AVCI, Mustafa, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Atlas Yayınları, Konya, 2017, s.42; AYDIN, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2017, s.32; ZERKA, Mustafa Ahmed, İslam Hukuku (Çev. Servet ARMAĞAN), İstanbul, 2006, s.71; ZEYDAN, Abdulkemim, İslam Hukukuna Giriş (Çev. Ali ŞAFAK), İstanbul, 2008, s.247.

³ ELLEK, Hasan, “Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle”, Gümüşhane Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C.3, S.6, 2014, s.121; SCHACHT, Joseph, The Origins of Muhammedan Jurisprudence, Oxford University Press, 2001, s.56.

⁴ AVCI, s.84; AYDIN, Türk Hukuk Tarihi, s.67; Örfi hukukun mahiyeti hakkında bkz. İNALCIK, Halil, “Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfi-Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.XIII/2, 1958, s.103 vd.

Osmanlı Devleti'nin çok hukuklu yapısında düzenlemelere gidilmesi ihtiyacı, Tanzimat'tan sonra daha da artmış ve bu yönde adımların atılması gündeme gelmeye başlamıştır. Nitekim Tanzimat Fermanı'nda yer alan "...bundan böyle Devlet-i Âliyye ve Osmanlı ülkesinin iyi idaresinde bazı yeni kanunlar konulması gerekli ve önemli görülmüştür"⁵ ibaresi, hukuk alanında değişiklikler yapılacağına göstergesi olmuştur. Bu itibarla, özel hukuk ve ceza hukuku alanında çeşitli kanunlar çıkarılmış, bazı kanunlar Batı'dan ve bilhassa Fransa'dan alınmıştır⁶. Hukukun çeşitli alanlarında kanunlaştırmalar gerçekleşirken, medeni hukuk alanında da bir kanunlaştırma yapılması düşüncesi hâkim olmuştur. Ancak bu noktada, dönemin önde gelen devlet adamları arasında cereyan eden bir fikir ayrılığı karşımıza çıkmaktadır. Âli Paşa'nın başını çektiği bir grup, Fransız Medeni Kanunu'nun (Code Civil / Code Napoléon) tercüme edilip tekrar düzenlenerek kabul edilmesini savunurken, Ahmet Cevdet Paşa'nın başını çektiği grup, İslam hukukuna ve toplumun örf-âdetine uygun bir kanun hazırlanmasını savunmuştur⁷.

Uzun ve tartışmalı bir sürecin sonunda, İslam hukukuna dayanan yeni bir medeni kanun hazırlanması fikri benimsenmiş ve bir komisyon kurularak Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye⁸ hazırlanmaya başlanmıştır. Mecelle, bir Mukaddime (Başlangıç), 99 maddelik "Kavâid-i Külliye" ile on altı kitaptan oluşmuştur ve toplam 1851 maddedir⁹. Ancak Mecelle bir anda bütün olarak

⁵ "...bundan böyle Devlet-i Aliyye ve Memâlik-i Mahrûsemiz'in hüsn-i idâresi zımında bazı kavânin-i cedîde vaz' ve te'sîsi lâzım ü mühim görünerek..." (<http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/belgeler/233.pdf>).

⁶ ULUSAN, M. İlhan, "Türk Medeni Kanununun Dünü ve Bugünü", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1-2, 2002, s.156.

⁷ ÖRSTEN ESİRGEN, Seda, "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanunu mu?" Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, C.29, 2011, s.37.

⁸ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, "Adli Hükümler Derlemesi" anlamına gelmektedir. İLHAN, Cengiz, Günümüz Türkçesiyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye), Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s.18.

⁹ CİN, Halil/AKYILMAZ, Gül, Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yayınları, Konya, 2015, s.560; ÜÇÖK, Coşkun/MUMCU, Ahmet/BOZKURT, Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s.353.

yürürlüğe girmemiş, 1869-1876 yılları arasında her bir kitap tamamlandıkça kabul edilmiş ve uygulanmıştır¹⁰.

Mecelle, Osmanlı Devleti'ndeki medeni kanun ihtiyacını karşılamak amacıyla ortaya çıkmakla birlikte, gerçek anlamda bir medeni kanun olarak kabul edilmemektedir¹¹. Zira Mecelle'nin büyük bir kısmı borçlar hukukuna, az bir kısmı ise eşya hukuku ve yargılama hukukuna ilişkindir. Bu sebeple, Mecelle'nin daha çok borçlar kanunu niteliğinde olduğu söylenebilir. Mecelle'nin birinci kitabı olan "Kitâb'ül-Büyu", satış sözleşmesini düzenlemektedir ve ortaklık türlerini düzenleyen "Kitâbü'ş-Şirket" ten sonra, Mecelle'nin en kapsamlı kitabını teşkil etmektedir. Bunun en başta gelen sebebi, alış-veriş hayatında meydana gelen değişimler ve ortaya çıkan yeni ihtiyaçlardır. Nitekim Mecelle'nin gerekçesine bakıldığında, alış-veriş ilişkilerinde ve satış sözleşmelerinde halk arasında meydana gelen muamelelerin geçersiz olmasını engellemek amacıyla düzenlemeler yapılması ve buna uygun görüşlerin tercih edilmesi ihtiyacına dikkat çekilmiştir¹².

Satış sözleşmesi, tıpkı Mecelle'de olduğu gibi, Türk Borçlar Kanunu'nda da en kapsamlı düzenlenen sözleşme türüdür. Zira geçmişte olduğu gibi, günümüzde de kişiler arasında meydana gelen sözleşme ilişkilerinin büyük bir kısmında satış sözleşmesiyle karşılaşmaktadır. Hiç şüphesiz, mevcut borçlar hukukumuzda satış sözleşmesinin görünümüyle, yaklaşık yüz elli yıl önce

¹⁰ AYDIN, M.Akif, "Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye", TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt 28, İstanbul, 2003, s.233; AYOUB, Samy, "The Mecelle, Sharia and the Ottoman State: Fashioning and Refashioning of Islamic Law in the Nineteenth and Twentieth Centuries", Journal of the Ottoman and Turkish Studies Association, Vol.2, 2015, s.122; OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU, Cihan, "Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi", Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, C.29, 2011, s.99.

¹¹ OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU, s.104; ÖRSTEN ESİRGİN, s.41; ULUSAN, s.157; ÜÇOK/MUMCU/BOZKURT, s.354.

¹² "...insanları buna benzer adetlerinden vazgeçirmek mümkün olmayıp, halkın muamelelerini fesada nispetten imkân dâhilinde sıhhate hamletmek evlâ olduğundan bu Mecelle'de de İmam Muhammed'in kavli tercih edilerek iki yüz yedinci madde ona uygun yazılmıştır." BERKİ, Ali Himmet, Açıklamalı Mecelle, Hikmet Yayınları, İstanbul, 1982, s.11; ÖZTÜRK, Osman, Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle, İslami İlimler Araştırma Vakfı Neşriyatı, İstanbul, 1973, s.34.

uygulanan “Kitâb’ül-Büyu”daki satış sözleşmesinin görünümü birbirinden farklıdır. Ancak Mecelle’de yer alan hükümlerin, günümüzle hiçbir bağlantısının olmadığı da söylenemez. Bu çalışmanın amacı, satış sözleşmesi özelinde Mecelle ve mevcut borçlar hukukumuzun bağlantılı noktalarını ve farklılıklarını incelemektir.

I. GENEL OLARAK MECELLE’DE BORÇLAR HUKUKUNUN DÜZENLENİŞİ

Mecelle’nin on altı kitabından dokuz tanesi doğrudan borçlar hukukunun konusuna giren sözleşmeleri düzenlemektedir. Bu kitaplar ve bunlara dâhil olan maddeler şu şekildedir¹³:

- 1.Kitap- Kitâbü’l-Büyu’ (Satış Sözleşmesi), bir giriş ve yedi bap (m. 101-403)
- 2.Kitap- Kitâbü’l-İcârât (Kira Sözleşmesi), bir giriş ve sekiz bap (m. 404-611)
- 3.Kitap- Kitâbü’l-Kefâle (Kefalet Sözleşmesi), bir giriş ve üç bap (m. 612-672)
- 4.Kitap- Kitâbü’l-Havale (Havale Sözleşmesi), bir giriş ve iki bap (m. 673-700)
- 6.Kitap- Kitâbü’l-Emânât (Vedia ve Ariyet), bir giriş ve üç bap (m. 762-832)
- 7.Kitap- Kitâbü’l-Hibe (Bağışlama Sözleşmesi), bir giriş ve iki bap (m. 833-880)
- 11.Kitap- Kitâbü’l-Vekâle (Vekâlet Sözleşmesi), bir giriş ve üç bap (m. 1449-1530)
- 12.Kitap- Kitâbü’s-Sulh vel-İbra, bir giriş ve dört bap (m. 1531-1571)

Bu kitaplar dışında kalan kitaplarda da borçlar hukukuna ilişkin bazı hükümlere rastlamak mümkündür. Sistematik açıdan bakıldığında, mevcut borçlar kanunumuzdaki genel hükümler-özel borç ilişkileri ayrımının Mecelle’de yer almadığı görülmektedir. Ancak Mecelle’nin “Kavâid-i Külliye” olarak ifade edilen başlangıç bölümünde genel hükümlere dair maddeler bulunmaktadır. Örneğin Mecelle’nin 3. maddesine göre, sözleşmelerde

¹³ CİN/ AKYILMAZ, s.561; İLHAN, s.23; OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU, s.104.

sözlere ve yazılışa değil, anlamlara ve amaca itibar olunur¹⁴. Türk Borçlar Kanunu'nda da sözleşmelerin yorumlanmasında tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradelerinin esas alınacağı belirtilmiştir (m.19/1). Öte yandan, Mecelle'de düzenlenen her sözleşme türünde öncelikle bir "giriş" bölümüne yer verilmiş ve bu bölümde sözleşmeyle alakalı terimler açıklanmıştır. Dolayısıyla, günümüzdeki borçlar hukuku sistematüğinde yer alan "genel hükümler" kısmının, Mecelle'nin "Kavâid-i Külliye" kısmında ve sözleşme türlerinin "giriş" kısımlarında dağınık biçimde yer aldığı söylenebilir.

Mecelle, kazuistik (meseleci) metotla yazılmış bir kanundur¹⁵. Bu özelliğinin bir sonucu olarak, giriş kısımlarındaki tanımlamalar ve sözleşmelere dair hükümler oldukça detaylıdır. Ayıca pek çok maddede, hâkimlere yol göstermek amacıyla örneklere ve açıklamalara yer verilmiştir¹⁶.

II. MECELLE'DE SATIŞ SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN BAZI HUKUKİ TERİMLER VE TÜRK HUKUKUNDAKİ KARŞILIKLARI

Mecelle'de satış sözleşmesinin giriş kısmında (m.101-166) bu sözleşmeyle ilgili hukuki terimlere yer verilmiştir. Çoğunlukla tanımlamalardan oluşan bu bölümde, satış sözleşmesi konularının düzenlendiği ileriki maddelerin (m.167-403) daha iyi anlaşılmasının amaçlandığı görülmektedir. Burada tanımlamaların hepsine yer vermek mümkün değildir. Ancak inceleme konumuz açısından önem taşıyan terimlere dikkat çekmek ve günümüz borçlar hukuku sistemindeki yerlerini açıklamak gerekmektedir.

¹⁴ "Ukûdda itibar makaasıt ve maâniyyedir, elfaz ve mebâniye değildir." BERKİ, S.19; İLHAN, s.46.

¹⁵ AYDIN, İslam Ansiklopedisi, C.28, s.233; MAHMUTOĞLU, Yakup, "İslam Hukukunun Kazuistik Yapısı Üzerine", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, S.I, 2012, s.136.

¹⁶ AYDIN, İslam Ansiklopedisi, C.28, s.233; YILDIRIMER, Şahban, "Mecelle'ye Yöneltilen Tenkitler ve Bu Tenkitlerin Değerlendirilmesi", Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C.XVI, S.2, 2012, s.428.

A. İcap

Mecelle'de icap, işlemin kurulması için söylenilmesi gereken ilk söz olarak tanımlanmıştır (m.101)¹⁷. Türk Borçlar Kanunu'nda, "icap" terimi yerine "öneri" terimi kullanılmaktadır¹⁸. Ancak kanunda önerinin tanımı yapılmamıştır. Öğretide ise öneri, zaman itibarıyla daha önce yapılan ve karşı tarafın kabulü ile sözleşmenin kurulmasını sağlayacak nitelikteki bağlayıcı irade beyanı olarak tanımlanmaktadır¹⁹. Şu halde Mecelle'de yer alan icap terimiyle, TBK'da yer alan öneri terimi aynı hususu belirtmektedir. Zira her ikisinde de sözleşmenin kurulması amacıyla karşı tarafa bildirilen ve bu amacın gerçekleşmesini sağlayabilecek niteliğe sahip olan bir beyan söz konusudur.

B. Kabul

Mecelle'ye göre kabul, işlemin kurulması için söylenilmesi gereken ikinci sözdür ve sözleşme bununla tamamlanmış olur (m.102)²⁰. Kabul, TBK'da da

¹⁷ "İcab, inşa-yı tasarruf için ibtida söylenilen sözdür". BERKİ, s.29; İLHAN, s.58. "*İcab-ı bey', inşa-yı bey' için kabulden mukaddem söylenen sözdür ki, bey'in bir rüknü anınla isbat olunur*". ALİ HAYDAR, Dürerü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkam (Çev. Raşit Gündoğdu/Osman Erdem), Cilt I, Gül Neşriyat, İstanbul, 2014, s.132. "*Hukuki bir sonucun inşasına yönelik olarak ilk beyan edilen irade icap adını alır*". APAYDIN, H. Yunus, "İrade Beyanı", TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt 22, İstanbul, 2000, s.388.

¹⁸ 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda icap terimi kullanılmaktaydı.

¹⁹ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s.249; GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter/ SCHMİD, Jörg/ REY, Heinz, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeniner Teil, Band I, Basel, 2008, § 4, s.69; HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s.30; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s.179; NOMER, Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım, İstanbul, 2014, s.28; OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.51; TEKİNAY, S.Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul, 1993, s.108; VON TUHR, Andreas/PETER, Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Zürich, 1974, § 24, s.182; YILDIRIM, Abdülkerim, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.62.

²⁰ "Kabul, inşa-yı tasarruf için saniyen söylenen sözdür ki anınla akid tamam olur". BERKİ, s.29; İLHAN, s.58. "*Kabul-i bey', inşa-yı bey' için icaptan muahhar ve icaba cevap olarak saniyen söylenen sözdür ki anınla akd-i bey' tamam olur*". ALİ HAYDAR,

kullanılan bir terim olmakla birlikte, tanımı yapılmamıştır. Öğretide ise kabul, karşı tarafın yaptığı öneriye uygun olarak iletilmesi gereken irade beyanı olarak ifade edilmektedir²¹. Dolayısıyla kabul, öneriyi değiştirmemeli, onun içeriğine uygun olmalıdır²². Öneriyi değiştiren veya ona eklemeler yapan bir beyan, kabul olarak nitelendirilemez. Bu husus Mecelle’de de dolaylı yoldan ifade edilmiştir. Mecelle’ye göre sözleşmenin kurulması, icap ve kabulün ilgili olduğu hususların görünür biçimde birbirlerine uygun olması demektir (m.104)²³.

C. Satış Sözleşmesi

Mecelle’ye göre satış sözleşmesi, malı malla değiştirmektir ki kurulmuş ya da kurulmamış olabilir (m.105)²⁴. Mecelle’de yer alan satış sözleşmesi tanımı, modern hukukumuzdaki satış sözleşmesi tanımından daha kapsamlıdır. Zira TBK’da satış sözleşmesi, “satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşme” olarak tanımlanmaktadır (m.207/1). İslam hukukunda ise satış sözleşmesi, “mutlak satış”, “trampa”, “selem”, “istisna” ve “sarf” şeklinde kendi içerisinde türlere ayrılmaktadır²⁵. Mecelle’ye göre

Dürerü’l Hükkam, s.133. *“Hukuki bir sonucun inşasına yönelik olarak beyan edilen icaba cevap mahiyetinde ikinci olarak beyan edilen irade kabul adını alır”*. APAYDIN, s.388.

²¹ EREN, s.278; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.121; OĞUZMAN/ÖZ, s.65; VON TUHR/PETER, Band I, § 24 s.189; YILDIRIM, s.69.

²² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, § 4 s.80; HATEMİ/GÖKYAYLA, s.35; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.204; NOMER, s.29.

²³ “İn’ikad, icap ve kabulün müteallâkında eseri zahir olacak veçhile yekdiğere bervechi meşru teallükudur”. BERKİ, s.29; İLHAN, s.58.

²⁴ “Bey’, malı malla değişmekdir ki mün’akid yahut gayri mün’akid olur”. BERKİ, s.29; İLHAN, s.58. *“Sözlükte mübadele anlamına gelen bey’, İslam hukuku terimi olarak satım akdini ifade eder”*. BARDAKOĞLU, Ali, “Bey Akdi”, TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt 6, İstanbul, 1992, s.13.

²⁵ DALGIN, Nihat, “İslam Hukukuna Göre Satım Sözleşmesi Açısından Mal Kavramı”, Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C.XI, 1999, s.100. Bunların dışında çeşitli kriterlere göre yapılan pek çok sınıflandırma vardır. Bkz. ARMAĞAN, Servet, “İslam Hukukunda Akitlerin Sınıflandırılması”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.XVII, 1988, s.52 vd.

satış, satışın konusuna göre dört kısımdır. Birincisi, sözleşme konusu malın bir semen karşılığında satılmasıdır. Bu, en yaygın kullanılan satış şeklidir. Bu sebeple sadece “satış” olarak adlandırılmıştır. İkincisi sarf, üçüncüsü trampa, dördüncüsü ise selemdir (m.120)²⁶.

Modern hukukumuzda satış sözleşmesinden kasıt, Mecelle’de satış sözleşmesinin kısımlarından biri olarak ifade edilen mutlak satıştır. Mecelle’deki diğer satış türlerinden trampa²⁷ (mal değişimi) ve istisna²⁸ (eser), satış sözleşmesinden ayrı birer sözleşme olarak düzenlenmiştir. Sarf işlemi, paranın parayla değiştirilmesi (döviz bozdurmak gibi) anlamına gelir²⁹. Selem ise, günümüzdeki ön ödemeli satışlara benzer bir satış sözleşmesi türüdür³⁰.

Türk Hukukunda satış sözleşmesinin en önemli özelliklerinden biri, sözleşmenin bir borçlandırıcı işlem (taahhüt işlemi) olmasıdır. Borçlandırıcı işlem, borçlunun alacaklıya karşı belirli bir edimde bulunmayı taahhüt etmesi anlamına gelir³¹. Ancak borçlandırıcı işlem, borcun konusu olan şeyin mülkiyetini doğrudan doğruya karşı tarafa geçirmez³². Yani satış sözleşmesinin yapılması, alıcıyı kendiliğinden satış konusu malın maliki yapmaz. Alıcı yalnızca

²⁶ “Bey’, mebi itibarıyla dahi dörd kısıma taksim olunur. Kısım-ı evvel, semen mukabelesinde bir malı satmaktır ki büyüün meşhuru bu olduğundan buna bey’ tesmiye olunur. Kısım-ı sâni sarf ve kısım-ı sâlis bey’i mukaayez ve kısım-ı râbi selemdir”. BERKİ, s.31; İLHAN, s.60.

²⁷ “Trampa, ferden muayyen hale getirilmiş iki malın birbiriyle değişimini konu edinen akittir”. AYBAKAN, Bilal, “Trampa”, TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt 41, İstanbul, 2012, s.305.

²⁸ “İstisna, bir kişinin ücret karşılığında nitelikleri önceden belirlenmiş bir eseri imal etmesi için yapılan sözleşme anlamındaki fıkıh terimidir”. AKTAN, Hamza, “İstisna Akdi” TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt23, İstanbul, 2001, s.393.

²⁹ “Sarf kelimesi fıkıhta paranın para ile değişimini konu edinen akdi ifade eder”. AYBAKAN, Bilal, “Sarf”, TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt 36, İstanbul, 2009, s.137.

³⁰ “Selem kelimesi fıkıh terimi olarak nitelikleri belirlenen malın peşin bedelle vadeli olarak satımını ifade eder”. AYBAKAN, Bilal, “Selem”, TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt 36, İstanbul, 2009, s.402.

³¹ EREN, s.171; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.115; OĞUZMAN/ÖZ, s.36.

³² EREN, s.172; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.115; OĞUZMAN/ÖZ, s.37.

satış konusu malın mülkiyetinin kendisine devri için bir talep hakkına sahip olur³³. Bu durum sözleşmenin kurulmasına engel teşkil etmez. Zira satış sözleşmesi rızaî nitelikte bir sözleşmedir³⁴. Rızaî sözleşme, kurulabilmesi için tarafların rızalarından başka bir şeyin gerekmediği sözleşmeyi ifade eder. Satış sözleşmesinin bu özelliği Roma Hukukuna dayanmaktadır³⁵. Roma Hukukunda real (ayni) sözleşme-rızaî sözleşme ayrımı söz konusuydu. Sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların anlaşmasının yanında sözleşme konusu şeyin tesliminin de şart olduğu sözleşmelere real (ayni) sözleşme denmekteydi³⁶. Ancak satış sözleşmesi, Roma Hukukunun ilk dönemlerinden beri rızaî sözleşme olarak kabul edilmiş³⁷ ve günümüze kadar bu durum devam etmiştir.

Satış sözleşmesi Mecelle açısından da rızaî niteliktedir. Zira sözleşmenin kurulması açısından tarafların karşılıklı iradelerinin uygun olması yeterli olup,

³³ “Borçlanma işlemi, tasarruf işlemini hazırlar ve tasarruf işlemine atılmış ilk adımdır. Borçlanma işlemi çoğu zaman tasarruf işleminden önce, tasarruf işlemi de borçlanma işleminden sonra gelir. Örneğin satış sözleşmesinde satıcı malın mülkiyetinin devrini borçlanmış, alıcı bedel ödemeyi borçlanmıştır. Satış sözleşmesinin yapılmasıyla işlemin her iki tarafı da taahhütleri uyarınca borç altına girmiş ve alacak hakkına sahip olmuşlardır. Bu örnekte satış sözleşmesi, tasarruf işleminin yapılmasını hazırlamıştır ve tasarruf işleminin yapılmasıyla borçlanma işlemi ifa edilmiş olacaktır”. VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s.30.

³⁴ AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, Borçlar Hukuku, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2016, s.230; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s.60; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Ders Kitabı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s.14; YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2014, s.56; ZEVLİLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s.32.

³⁵ AKINCI, Şahin, Roma Borçlar Hukuku, Sayram Yayınları, Konya, 2017, s.119; DI MARZO, Salvatore, Roma Hukuku (Çev. Ziya Umur), Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959, s.431; ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul, 2014, s.65; RADO, Türkan, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s.114.

³⁶ AKINCI, s.87; DI MARZO, s. 419; ERDOĞMUŞ, s.57; RADO, s.83.

³⁷ AKINCI, s.121; DI MARZO, s.433; ERDOĞMUŞ, s.66; RADO, s.116.

satılanın teslimi şart değildir³⁸. Ancak Mecelle’ye göre satış sözleşmesinin yalnızca bir borçlandırıcı işlem olduğu söylenemez. Mecelle m. 369’a göre, kurulmuş bir satış sözleşmesinin hükmü mülkiyettir³⁹. Yani sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alıcı teslimde gerek olmaksızın satılana malik olurken, satıcı da bedele malik olur⁴⁰.

D. Diğer Tanımlar

Mecelle’de satış sözleşmesinin tanımı yapıldıktan sonra, sözleşmenin türleri tek tek açıklanmıştır. Öncelikle satış sözleşmesi, kurulmuş (mün’akid) ve kurulmamış (gayri mün’akid) olarak ikiye ayrılmıştır (m.105). Ardından kurulmuş satış sözleşmesi de kendi içerisinde dört kısma ayrılmış ve her biri tanımlanmıştır. Bunlar; “sahih satış (m.108)”, “fâsit satış (m.109)”, “mevkuf satış (m.111)” ve “nâfiz satış (m.113)” tır. Ayrıca vefalı satış ve kira şartlı satış gibi başka satış türleri de açıklanmıştır. Satış türlerinin açıklanmasından sonra ise satış sözleşmesinin konusu ve taraflarına dair pek çok madde (m.125-166) ve tanımlama yer almaktadır⁴¹.

III. MECELLE’DE VE TBK’DA SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

A. İcap (Öneri) ve Kabul Beyanları

Mecelle’de satış sözleşmesine ilişkin hukuki terimlerin açıklandığı giriş (m.101-166) kısmından sonra, sözleşmenin kurulması, unsurları, satılan malın vasıfları, semenle ilgili sorunlar, malın teslimi, şartlı satış ve satış türlerinin düzenlendiği yedi bölüm yer almaktadır. Satış sözleşmesinin kurulmasına dair hususlar birinci bölümde düzenlenmiştir.

Mecelle’ye göre satış sözleşmesi, icap ve kabul ile birlikte kurulmuş olur (m.167)⁴². Satışta icap ve kabul, alışverişin kurulması için örf ve âdete göre

³⁸ İslam Hukukunda real (ayni) akitler; ariyet, vedia, karz, hibe ve rehinden ibarettir. Bkz. ARMAĞAN, s.56; KARAMAN, Hayreddin, Mukayeseli İslam Hukuku Cilt II, İz Yayınları, İstanbul, 2009, s.61.

³⁹ “Bey’i mün’akidın hükmü mülkiyettir”. BERKİ, s.71; İLHAN, s.121.

⁴⁰ HACAK, Hasan, “Mülkiyet”, TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt 31, İstanbul, 2006, s.546.

⁴¹ Bkz. BERKİ, s.30-35; İLHAN, s.61-67.

⁴² “İcap ve kabul ile bey’ mün’akid olur”. BERKİ, s.35; İLHAN, s.66.

söylenmesi gereken sözlerdir (m.168)⁴³. Şu halde Mecelle'ye göre esas olan, tarafların irade beyanlarını sözlü olarak ortaya koymalarıdır. Bu durum, o zamanın alışveriş hayatı için olması gereken durumdur. Ancak Mecelle'ye göre, icap ve kabulün yazışma ile yapılması da mümkündür (m.173)⁴⁴.

Türk Borçlar Kanunu'na göre sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur (m.1/1). Bu irade açıklamalarından zaman itibarıyla önce yapılan öneri (icap), öneriye uygun olan irade açıklamasına ise kabul denmektedir. Bu açıdan bakıldığında, modern hukukumuzda sözleşmenin kurulmasıyla Mecelle'de sözleşmenin kurulması arasında bir fark bulunmamaktadır.

Bir irade beyanının öneri olarak kabul edilebilmesi için, kurulması istenen sözleşmeye dair bütün esaslı unsurları içermesi gerekir⁴⁵. Başka bir deyişle, muhatabın kabul beyanı ile birlikte sözleşme kurulabilir olmalıdır⁴⁶. Örneğin alıcının satıcıya, "bu malı bana satar mısınız?" şeklindeki sorusu bir öneri olarak kabul edilemez. Zira irade açıklamasında sözleşmenin unsurlarından olan bedel eksiktir. Bu irade beyanı "öneriye davet" olarak isimlendirilir⁴⁷.

B. İcap (Öneri) ve Kabulün Uygunluğu

İcap ve kabul ile amaçlanan şey, tarafların sözleşme yapma iradelerinin uygunluğunu sağlamaktır⁴⁸. Bu husus Mecelle m.175'de açıkça belirtilmiştir. Buna göre, tarafların rızalarının uygun olduğu anlamına gelen karşılıklı alıp vermayla de sözleşme kurulmuş olur (bey'i teâtî)⁴⁹. Hükümde buna dair çeşitli örnekler verilmiştir. Bunlardan ilki şu şekildedir: "Pazarlıksız ve sözsüz müşteri

⁴³ "Bey'de icap ve kabul örf ve âdet-i beldede inşâ-yı bey' için müstamel olan lafızlardır". BERKİ, s.35; İLHAN, s.66.

⁴⁴ "İcap ve kabul şifahen olduğu gibi mükâtebe ile dahi olur". BERKİ, s.36; İLHAN, s.66.

⁴⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.108.

⁴⁶ HATEMİ/GÖKYAYLA, s.30.

⁴⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.182.

⁴⁸ BİLMEN, Ömer Nahuhi, Hukukî İslamiyye ve İstilahatı Fikhiyye Kamusu, Cilt 6, İstanbul, 1985, s.18; EZ-ZERKA, s.280; ZEYDAN, s.388.

⁴⁹ "İcap ve kabulden maksad-ı aslî ki terazi-i tarafeyndir, buna delalet eden mübâdele-i fi'liyye ile dahi bey' mün'akid olur". BERKİ, s.37; İLHAN, s.68.

akçeyi verip ekmekçi de ona ekmeği verse satış sözleşmesi kurulmuş olur". Görüldüğü üzere, halk arasında yaygın olan alışveriş usulleri Mecelle'de hükümlere örnek olarak zikredilmiştir.

Satış sözleşmesinin birinci bölümünün ikinci faslında, kabulün icaba uygunluğu düzenlenmiştir. Buna göre, taraflardan birisinin icabında ne belirtilmişse diğer tarafın bunu aynen kabul etmesi gerekmektedir. Satış bedelini veya satılan malı bölme yetkisi yoktur (m.177)⁵⁰. Gerek satış bedeliyle, gerekse de sözleşmenin konusu olan malla ilgili icaba karşı tarafın tam olarak muvafakat etmesi aranmaktadır. Söz gelimi satıcı, iki tane malı yüz liraya sattım dese, alıcı da birini elli liraya aldım dese sözleşme kurulmuş olmaz.

Kabulün icaba örtülü olarak uygun olması yeterlidir (m.178)⁵¹. Satış sözleşmesinin konusu içerisinde birden fazla mal bulunuyorsa ve taraflardan biri her malın bedelini ayrı ayrı belirtmiş fakat toptan bedel üzerinden anlaşma yapılmışsa, diğer tarafın bu mallardan birini seçip alması mümkün değildir (m.179)⁵². Ancak satıcının malları ayrı ayrı fiyat belirterek satışa sunması durumunda, alıcının dilediği malı açıklanan fiyatıyla kabul etmesiyle birlikte sözleşme kurulmuş olur (m.180)⁵³.

⁵⁰ "Âkideynden biri her ne ile neyi icab ederse diğeri dahi biaynihima anınla anı kabul etmek lazımdır. Yoksa semeni yahut müsemmeni teb'iz ve tefrik etmeye salâhiyeti yoktur". BERKİ, s.37; İLHAN, s.68. "*Bey'ide kabulün icaba muvafakati lazımdır. Bu muvafakat semenin cinsinde, miktarında, vafında, müsemmende ve şartı hıyarda aranır*". BİLMEN, s.18.

⁵¹ "Kabulün icaba zımmen muvafakati kâfidir". BERKİ, s.38; İLHAN, s.68.

⁵² "Mütebayıandan biri müteaddit şeylerin bahalarını tafsil etse bile safka-i vahide ile yani topdan olarak bey' icab ettikde diğeri dahi ol veçhile kabul ederek mecmu semen ile mecmu mebi alabilir. Yoksa safkayı tefrik ederek içinden dilediğini zikrolunan bahasıyle kabul edip almakda muhayyer değıldir". BERKİ, s.38; İLHAN, s.70.

⁵³ "Mütebayıandan biri müteaddit şeylerin bahalarını tafsil ve başka başka bey'i icab ettiği surette diğeri dilediğini semen-i müsemmasıyle kabul etse bey' mün'akid olur". BERKİ, s.38; İLHAN, s.70.

Mecelle m.178'de olduğu gibi, TBK açısından da kabulün örtülü olması yeterlidir. Kural olarak susma kabul sayılmaz⁵⁴. Hatta öneride bulunan kişi, önerinin reddedilmemesi halinde sözleşmenin kurulmuş sayılacağını belirtse bile durum değişmez⁵⁵. Zira hukukta hiç kimse kendisinin sebep olmadığı bir soruya cevap vermek zorunda tutulamaz⁵⁶. Ancak kanun ya da sözleşmenin niteliği gereği açık bir kabule gerek olmayan durumlarda susma kabul olarak yorumlanabilir⁵⁷. Mecelle'de de benzer bir durum söz konusudur. Mecelle m.67'ye göre, susan bir kimseye şu sözü söylemiş oldu diye isnatta bulunulmaz, ancak konuşması gereken yerde susması beyan olarak kabul edilir⁵⁸. Yani somut olayın niteliğine göre, kişinin susması kabul beyanı yerine geçebilir.

C. İcap (Öneri) ve Kabulün Şekli

Mecelle'de icap ve kabulün yapılış şekli ayrıntılı olarak ele alınmıştır. İcap ve kabul için genellikle geçmiş zaman kipi kullanılır (m.169)⁵⁹. Örneğin satıcı bu malı sana elli liraya sattım dese, alıcı da aldım dese sözleşme kurulmuş olur. Ancak alacağım satacağım gibi soyut vaat anlamına gelen gelecek zaman kipi kullanılarak satış sözleşmesi kurulamaz (m.171)⁶⁰. Şimdiki

⁵⁴ YILDIRIM, s.69. "Gerçekten de, sözleşme süre bitmesine rağmen aynı koşullarda fiilen devam ettirilmiştir. Sözleşmenin kurulmasında olduğu gibi devamında da tarafların rızasının açık ya da örtülü olabileceği kuşkusuzdur. Davacı yanın sözleşme ilişkisinin sürdürülmesine dair açık bir beyanı yoktur. Susma (olumlu ya da olumsuz) bir beyanda bulunma olarak kabul edilemez. Ancak bazı durumlarda, Borçlar Kanunu 1/2 maddesi anlamında örtülü bir irade beyanı sayılabilir". Yargıtay 14.HD, 2010/6852 E., 2010/8960 K., 21.9.2010 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁵ EREN, Genel Hükümler, s.271.

⁵⁶ EREN, Genel Hükümler, s.271; VON TUHR, Band I, s.190.

⁵⁷ Örneğin TBK m.503'e göre, "Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmi sifata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır".

⁵⁸ "Sâkîte bir söz isnat olunmaz. Lâkin ma'rız-ı hâcette sükût beyandır". BERKİ, s.24; İLHAN, s.52.

⁵⁹ "İcab ve kabul için ekseriya mazi sığası istimal olunur". BERKİ, s.36; İLHAN, s.66.

⁶⁰ "Alacağım satacağım gibi va'd-i mücerred manasına müstakbel sığasıyla bey' mün'akid olmaz". BERKİ, s.36; İLHAN, s.66.

zaman kipinde ise içinde bulunulan durum kast edilmişse satış sözleşmesi kurulur. Gelecek zaman kast edilmişse sözleşme kurulmuş olmaz (m.170)⁶¹. Aynı şekilde sat ve satın al gibi emir kipiyle de satış sözleşmesi kurulmaz (m.172)⁶².

Satış sözleşmesinin kurulmasıyla alakalı bir diğer husus “Meclis-i bey’” kavramıdır. Meclis-i bey’, tarafların icap ve kabulü gerçekleştirdikleri ve bu suretle satış sözleşmesini kurdukları ortamı ifade etmektedir. Nitekim Mecelle’de Meclis-i bey’, pazarlık için yapılan toplantı olarak tanımlanmıştır (m.181)⁶³. İslam hukukunda “akit meclisi” olarak ifade edilen toplantının amacı, icap ile kabul arasındaki uygunluğun sağlanması açısından bu ikisi arasında geçebilecek süreyi tespit etmek ve bu sayede taraflarının rızalarının gerçekliğinden emin olmaktır⁶⁴. Mecelle’ye göre taraflar, satış toplantısında ilk sözün söylenmesinden sonra toplantının sonuna kadar muhayyerdir (m.182)⁶⁵. Yani taraflardan birinin icapta bulunmasından sonra diğer taraf, toplantıdan ayrılmadığı müddetçe kabul beyanında bulunabilir. Bu bakımdan icap ile kabul arasında uzun süre geçmiş olması önemli değildir⁶⁶. Satış toplantısında ilk sözün söylenmesinden sonra ve kabulden önce taraflardan birisinin icapla ilgilenmediği anlamına gelebilecek bir söz söylemesi ya da fiilde bulunması halinde kabule gerek olmaksızın icap geçersiz olur (m.183)⁶⁷.

⁶¹ “Alırım satarım gibi muzari şîgasiyle hâl murad olunursa bey’ mün’akid olur ve eğer istikbal murad olunursa mün’akid olmaz”. BERKİ, s.36; İLHAN, s.66.

⁶² “Sat ve satın al gibi emir şîgasiyle dahi bey’ mün’akid olmaz”. BERKİ, s.36; İLHAN, s.66.

⁶³ “Meclis-i bey’ pazarlık için olunan içtimadır”. BERKİ, s.39; İLHAN, s.70.

⁶⁴ BAYRAKTAR, Ahmet, İslam Hukukunda E-Ticaret, Fecr Yayınları, Ankara, 2017, s.67; ÇEKER, Orhan, İslam Hukukunda Akidler, Ahi Yayıncılık, İstanbul, 2006, s.59; KARAMAN, s.81; TÜFEKÇİ, İbrahim, “İslam Hukukunda Meclis Muhayyerliği”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı 20, Ekim 2012, s.18.

⁶⁵ “Meclis-i bey’de ba’de’l- icab nihayet-i meclise kadar tarafeyn muhayyerdir”. BERKİ, s.39; İLHAN, s.70.

⁶⁶ BİLMEN, s.20; ZEYDAN, s.391.

⁶⁷ “Ba’del icab kable’l-kabul ahad-i tarafeynden i’raza delalet eder bir kavl yahud fiil bulunursa icab bâtil olup kabule mahal kalmaz”. BERKİ, s.39; İLHAN, s.70.

Satış toplantısında, taraflardan birisi icapta bulunur fakat karşı tarafın kabulünden önce icabını geri alırsa icap geçersiz olur. Sonradan kabulün bildirilmesi sözleşmenin kurulmasını sağlamaz (m.184)⁶⁸. Kabulden önce icabın geri alınması mümkün olduğu gibi, icabın değiştirilmesi de mümkündür (m.185)⁶⁹. Örneğin satıcının malı yüz liraya sattım demesinden sonra, alıcı henüz kabul etmeden satıcının bu sefer yüz yirmi liraya sattım demesi halinde sözleşme yüz yirmi lira üzerinden kurulmuş olur.

Mecelle’de gaipler (hazır olmayanlar) arasında icap ve kabule dair doğrudan bir düzenleme yoktur. Zira Mecelle m.168’e göre, icap ve kabul örf-âdete göre söylenmesi gereken sözlerdir. Yani kural olarak tarafların aynı ortamda hazır bulunmaları ve sözlü olarak iradelerini beyan etmeleri gerekir. Bunun iki istisnası vardır. Birincisi mektup yoluyla icap ve kabulde bulunulmasıdır (m.173). İkincisi ise dilsiz olduğu için konuşamayan kimselerin işaret yoluyla icap ve kabulde bulunmalarıdır (m.174). Mecelle’nin hazırlandığı dönem açısından bu düzenleme oldukça makuldür. Ancak burada belirtmek gerekir ki, Mecelle’nin yürürlüğe girmesinden bir süre sonra, Mecelle’deki bazı hükümlerin zamanın ihtiyacını karşılayamadığı gerekçesiyle “Mecelle Tadil Komisyonu” oluşturulmuştur⁷⁰. Bu komisyonun Mecelle’ye yaptığı ilaveler arasında “İcab ve kabul telefon ve telgraf ile dahi olur” hükmü bulunmaktadır⁷¹. Bu hüküm teklif aşamasında kalmakla birlikte, devrin hukukçularının zamanın ihtiyaçlarını gözetme gayretinde olduğunu göstermektedir. Günümüzde ise elektronik ticaretin yaygınlaşması, gaipler arasında ve özellikle elektronik ortamda yapılan sözleşmelerin önemini

⁶⁸ “Mütebayıandan biri bey’i icab edip ancak diğerinin kabulünden evvel rücu etse icab bâtil olup ondan sonra kabul ile bey’ mün’akid olmaz”. BERKİ, s.39; İLHAN, s.72.

⁶⁹ “Kabulden önce icabın tekrarı, önceki icabı iptal eder sonraki icabı geçerli kılar”. BERKİ, s.39; İLHAN, s.72.

⁷⁰ 1916 yılında kurulan komisyon 1923 yılına kadar sınırlı ölçüde değişiklik çalışmaları yapmış, Cumhuriyetin ilanından sonra İsviçre Medeni Kanunu’nun aynen alınması kararlaştırılınca çalışmalarına son verilmiştir. Bkz. OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU, s.116.

⁷¹ DÖNMEZ, İbrahim Kâfi, “İslam Hukukunda Modern İletişim Araçları İle Yapılan Akitler”, İLAM Araştırma Dergisi, C.1, S.1, 1996, s.13.

arttırmıştır⁷². Bu çerçevede, karşılıklı rızayı esas alan İslam hukukçuları, irade beyanlarının ortaya konmasına elverişli olan vasıtalarla sözleşmenin kurulmasına imkân tanımışlardır⁷³.

Türk hukukunda öneri ve kabul, kural olarak herhangi bir şekle tabi değildir⁷⁴. Mecelle'den farklı olarak TBK'da önerinin yapıma şekline dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Yalnızca, irade açıklamasının açık veya örtülü olabileceği kanunda belirtilmiştir (m.1/2). Ancak kanunda veya taraflarca bir sözleşmenin belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, önerinin ve kabulün de bu şekle uygun olması gerekir. Örneğin bir taşınmazın satışına ilişkin önerinin tapu sicil memuru önünde resmi şekilde yapılması gerekir⁷⁵. Aksi takdirde bu öneri geçersiz olur.

Öneride veya kabulde belirli sözcüklerin kullanılması gerekmez. Önemli olan sözleşme yapma iradesinin mevcut olmasıdır⁷⁶. İradenin mevcudiyeti açık veya örtülü (zımnî) irade beyanlarıyla ortaya konulur. İrade beyanının anlamı, herhangi bir şüpheye ve tereddüde mahal vermeksizin doğrudan anlaşılıyorsa açık irade beyanı vardır⁷⁷. İrade beyanının, iradeyi gösteren hareketler veya irade faaliyeti yoluyla açıklanması ise örtülü irade beyanını oluşturur⁷⁸. Örneğin ayakkabısı yırtılan kimsenin, tamirciye giderek hiçbir söz söylemeden ayakkabısını bırakıp gitmesi durumunda, irade faaliyetiyle yapılan bir öneri vardır.

⁷² Bkz. AKKURT, Sinan Sami, "Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.60, S.1, 2011, s.22; SAVAŞ, Abdurrahman, İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler ve Bunların Hukuki Sonuçları, Konya, 2005, s.6; SARIAKÇALI, Turgay, İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmeler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s.15; ŞAHİN, Turan, "Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşuna İlişkin İrade Beyanları ve Bu Beyanların Geri Alınması", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011 (95), s.332.

⁷³ DÖNMEZ, s.47; YILMAZ, İbrahim, "İslam Aile Hukukuna Göre İnternet Ortamında Nikâh Akinin Kuruluşu", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı 23, 2014, s.63.

⁷⁴ EREN, Genel Hükümler, s.261; HATEMİ/GÖKYAYLA, s.37.

⁷⁵ EREN, Genel Hükümler, s.261; YILDIRIM, s.66; OĞUZMAN/ÖZ, s.55.

⁷⁶ EREN, Genel Hükümler, s.261; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s.38.

⁷⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.143.

⁷⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.143.

D. Önerinin (İcabın) Bağlayıcılığı

Türk Hukukunda öneri, kural olarak öneride bulunanı bağlar. Yani öneride bulunan kimse, bu önerisini serbestçe geri alamaz⁷⁹. Bu açıdan TBK, Mecelle m.184'te ifade edilen, icapta bulunanın kabule kadar icabı geri alabilmesi kuralından ayrılmaktadır. Mecelle'de satış toplantısı (Meclis-i Bey') hazırlar arasındaki satış üzerinden düzenlenmiştir. Bu sebeple, m.184'e göre taraflardan birinin, diğerinin kabulünden önce icabından dönmesi halinde icap geçersiz olur. Daha sonra kabul beyan edilse bile sözleşme kurulmuş olmaz⁸⁰. Yani Mecelle'ye göre hazırlar arasında dahi diğer tarafın kabulünden evvel icaptan serbestçe dönmek mümkündür. Mecelle'de gaipler arasında icabın geri alınmasının düzenlenmemiş olması esasen bir eksiklik değildir. Zira İslam Hukukunda gaipler arası sözleşmelerde de kabulden evvel icabın serbestçe geri alınabileceği görüşü hâkimdir⁸¹. Özellikle Hanefî hukukçuları, gaipler arası sözleşmelerde "açıklama teorisi"ni kabul etmişlerdir⁸². Zira Hanefî fıkhında icabın geri alınması, varması gerekli olmayan irade beyanı olarak kabul edilmiştir⁸³.

Modern hukukumuzda öneride bulunanın bağlılık süresi, önerinin süreli ya da süresiz olmasına göre değişmektedir. Öneride bulunan kimse, karşı tarafa kabul için belirli bir süre vermişse, bu sürenin sona ermesine kadar önerisiyle bağlı kalır. Bu süre içerisinde kabul kendisine ulaşmazsa; öneride bulunan bağlılıktan kurtulur (TBK m.3). Mecelle'de süreli öneriye dair bir düzenleme yoktur. Burada esas olan, tarafların sözleşme toplantısı (akit meclisi) sona erene kadar muhayyer olmaları, yani sözleşmeyi kurup kurmama konusunda tercih hakkına sahip olmalarıdır (m.182). Dolayısıyla sözleşme toplantısı sona erdikten sonra artık icabın hiçbir geçerliliği kalmaz. İcapçının

⁷⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.112.

⁸⁰ "Mütebayaından biri bey'i icab edip ancak diğerinin kabulünden evvel rücu etse icab bâtil olup bundan sonra kabul ile bey' mün'akid olmaz". BERKİ, s.51; İLHAN, s.72.

⁸¹ DÖNMEZ, s.28.

⁸² DÖNMEZ, s.28.

⁸³ DÖNMEZ, s.28.

kabul için muhataba belirli bir süre tanınması halinde bu sürenin bitimine kadar icabıyla bağlı olacağı görüşü, Malikî hukukçuları tarafından ileri sürülmüştür⁸⁴.

TBK'na göre süresiz öneri, “hazır olanlar arasında” ve “hazır olmayanlar arasında” olmak üzere iki türdür. Hazır olan bir kişiye yapılan öneri hemen kabul edilmezse; öneride bulunan önerisiyle bağlılıktan kurtulur (TBK m.4/1). Telefon, bilgisayar gibi iletişim araçlarıyla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri de hazır olanlar arasında yapılmış sayılır (TBK m.4/2). Kanunda yer alan “hemen” ifadesinden maksat, muhatabın o sırada cevap verebileceği en kısa (asgari) süredir⁸⁵. Hazır olmayanlar arasında yapılan öneri ise, zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilmiş bir yanıtın ulaşmasının beklenebileceği ana kadar öneride bulunanı bağlar (TBK m.5/1). Bu durumda öneride bulunanın bağlılık süresi şu şekilde belirlenir: Önerinin muhataba ulaşma süresi + muhatabın düşünme süresi + kabul beyanının öneride bulunana ulaşma süresi⁸⁶. Kabul beyanı öneride bulunana zamanında gönderilir fakat geç ulaşırsa, öneride bulunan önerisiyle bağlı olmak istemediğini hemen kabul edene bildirerek bağlılıktan kurtulabilir (TBK m.5/3). Hazır olmayanlar arasında yapılan öneride, kanun koyucu önerinin geri alınmasına dair bir imkân getirmiştir. TBK m.10 hükmüne göre, önerenin önerisini geri alma açıklaması, diğer tarafa öneriden önce veya aynı anda ulaşmış ya da daha sonra ulaşmakla birlikte diğer tarafça öneriden önce öğrenilmiş olursa, öneri yapılmamış sayılır. Örneğin e-posta yoluyla önerinin gönderilmesinden sonra geri alma beyanı da yine e-posta yoluyla yapılmış ve muhatap öneriden önce geri alma beyanını içeren e-postayı okumuşsa öneri artık hükümsüzdür⁸⁷. Önerinin geri alınmasına ilişkin bu kural, kabul beyanının geri alınmasında da uygulanır (TBK m.10/2).

Öneride bulunan, önerisiyle bağlı olmama hakkını saklı tuttuğunu açıkça belirtirse önerisi kendini bağlamaz. Hatta açıkça belirtmemiş olsa bile işin özelliğinden ya da durumun gereğinden bağlanma niyeti olmadığı anlaşılıyorsa yine öneriyle bağlı değildir (TBK m.8/1). Örneğin bir işyeri sahibi

⁸⁴ DÖNMEZ, s.18.

⁸⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.114.

⁸⁶ HATEMİ/GÖKYAYLA, s.39.

⁸⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s.59.

internette ilan vererek aylık iki bin lira ücretle işçi alınacağını belirtmiş olsa, bu işyeri sahibi kendisine başvuran adayların hiç biriyle sözleşme yapmayabilir. Zira işin özelliği gereği işyeri için uygun bir işçi seçme hakkına sahiptir.

İsmlenmemiş bir şeyin gönderilmesi öneri olarak kabul edilmez. Hatta gönderilen şeyi alan kişi, onu geri göndermek veya saklamak zorunda da değildir (TBK m.7). Ancak tarife veya fiyat listesi gönderilmesi ya da fiyatı gösterilerek bir malın sergilenmesi öneri sayılır (TBK m.8/2). Örneğin çarşıda dolaşırken bir dükkânın önünden geçen kişi, vitrinde sergilenen ayakkabının üzerinde fiyatının yazdığını görür ve içeri girerek vitrindeki ayakkabıyı aldığını beyan ederse sözleşme kurulmuş olur.

D. Satış Sözleşmesinin Yokluğu ve Geçersizliği

Bir hukuki işlemin kurucu unsurlarından birinin bulunmaması durumunda, o hukuki işlem yok hükmündedir⁸⁸. Borç sözleşmelerinin kurucu unsuru ise, tarafların belirli bir hukuki sonucu doğurmaya yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunmasıdır⁸⁹. Şu halde satış sözleşmesinde de tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları bulunmuyorsa, o satış sözleşmesi yoklukla sakattır. Yani böyle bir sözleşme hukuk hayatında hiç doğmamış, meydana gelmemiş ve kurulmamış sayılır. Bu kural, hem Mecelle hem de TBK için geçerlidir. Zira her ikisinde de satış sözleşmesinin kurulması, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarına bağlanmıştır.

Geçersizlik ise, kurulmuş ancak hukuk düzeninin öngördüğü unsurları taşınamaması sebebiyle tarafların istedikleri hüküm ve sonuçları doğurmayan hukuki işlemler için söz konusu olur⁹⁰. Şu halde, bir sözleşmenin geçersizliğinden bahsedebilmek için, her şeyden evvel o sözleşmenin kurulmuş olması (yok hükmünde olmaması) gerekir. Geçersizlik bir üst kavramdır. Bu üst kavramın içerisinde kabul edilen başlıca geçersizlik türleri, “Butlan (Hükümsüzlük)”, “İptal” ve “Eksiklik” tir⁹¹. Hukuki işlem, kendisinde

⁸⁸ YILDIRIM, s.163.

⁸⁹ EREN, Genel Hükümler, s.348.

⁹⁰ YILDIRIM, s.164.

⁹¹ EREN, Genel Hükümler, s.349.

bulunan geçersizlik sebebine göre bu üç türden birine dahil olur. Örneğin konusu ahlaka aykırı olan bir satış sözleşmesi kesin hükümsüzdür (TBK m.27/1). Buna karşılık, aşırı yararlanma (gabin) ihtiva eden bir satış sözleşmesi geçersiz olmayıp iptal edilebilir niteliktedir.

İslam hukuk literatüründe, hukuki işlemler temel olarak “sahih (geçerli) ve “gayri sahih (geçersiz)” olarak ikiye ayrılır⁹². İslam hukukçularının büyük çoğunluğu, geçersiz hukuki işlemlere tek dereceli olarak “Butlan” müeyyidesini uygulamıştır⁹³. Ancak Hanefî hukukçuları diğer mezheplerden farklı olarak, geçerli olmayan hukuki işlemleri “Bâtıl” ve “Fâsid” şeklinde ikiye ayırmıştır. Nitekim Mecelle, bâtıl satış sözleşmesini “Bey’i bâtıl, aslen sahih olmayan bey’dir” (m.110), fâsid satış sözleşmesini ise “Aslen sahih olup da vasfen sahih olmayan, yani zaten mün’akid olup da bazı evsâf-ı hariciyyesi itibariyle meşru olmayan bey’” (m.109) şeklinde tarif etmiştir.

Butlan, hukuki işlemin temel unsurlarındaki eksikliğe uygulanan müeyyidedir. Örneğin karşılıklı ve birbirine uygun icap-kabulün bulunmaması halinde satış sözleşmesi bâtıldır. Dolayısıyla, İslam hukukunda yokluğa uygulanan müeyyide de butlan olmaktadır. Bu hususu Mecelle m. 107 şu şekilde ifade eder: “Kurulmamış bir satış sözleşmesi geçersiz bir satıştır”⁹⁴. Hukuki işlemin temel unsurları dışındaki ikinci derece unsurların eksikliği durumunda ise fâsid bir sözleşme vardır⁹⁵. Satış sözleşmesinde fiyatın ve vadeli satışta vadenin belirli olmaması, irade beyanının ikrah veya aldatma sebepleriyle sakatlanması gibi durumlar buna örnek gösterilebilir. Fâsid sözleşmede tarafların sözleşmeyi fesih hakkı vardır. Taraflar böyle bir sözleşmeye dayanarak birbirlerini ifaya zorlayamaz⁹⁶. Ancak bazı durumlarda sözleşme konusunun teslimi, sözleşmenin feshine engel olur⁹⁷.

⁹² BARDAKOĞLU, “Butlan”, TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt 6, İstanbul, 1992, s.476.

⁹³ BARDAKOĞLU, “Butlan”, s.476.

⁹⁴ “Bey’i gayri mün’akid, bey’i bâtıldır”. BERKİ, s.39; İLHAN, s.58.

⁹⁵ BARDAKOĞLU, “Butlan”, s.477.

⁹⁶ APAYDIN, s.420.

⁹⁷ APAYDIN, s.421.

IV. MECELLE'DE VE TBK'DA SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

A. Genel Olarak

Satış sözleşmesinin unsurları (rükünleri) Mecelle'de açıkça sayılmamıştır. Ancak İslam fıkında satış sözleşmesinin üç esaslı unsuru olduğu belirtilmektedir. Bunlar; satış konusu mal (mebî), semen (bedel) ve tarafların anlaşmalarıdır⁹⁸.

Türk Borçlar Kanunu'nda da satış sözleşmesinin unsurları sayılmamıştır. Ancak TBK m.207/1'de yer alan tanımdan yola çıkarak sözleşmenin unsurları belirlenebilir. Buna göre satış sözleşmesinin üç temel unsuru vardır. Bunlar satış konusu mal, bedel ve tarafların anlaşmasıdır⁹⁹. Bu açıdan, Mecelle'de düzenlenen satış sözleşmesinin unsurlarıyla TBK'da düzenlenen satış sözleşmesinin unsurları aynıdır.

B. Mebî (Satış Konusu Mal)

Mecelle'de satış konusu malda bulunması gereken özelliklerle satışına onay verilen ve verilmeyen şeyler ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Her şeyden evvel satılan malın var olması gerekir (m.197)¹⁰⁰. Varlığı olmayan şeyin satışı geçersizdir (m.205)¹⁰¹. Örneğin bir ağacın hiç belirmemiş olan meyvesi satılamaz. Satılan malın var olması dışında, tesliminin de mümkün olması gerekir (m.198)¹⁰². Örneğin henüz doğmamış olan bir hayvanın yavrusunun satışı bâtıldır¹⁰³. Satılan şeyin "mütekavvim", yani şer'i kurallara göre satılması mübah olan bir mal olması şarttır (m.199)¹⁰⁴.

⁹⁸ BARDAKOĞLU, "Bey Akdi", s.14; EKİNCİ, Ekrem Buğra, Osmanlı Hukuku, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2008, s.518; ÇEKER, s.72.

⁹⁹ AKINCI, s.119; AKINTÜRK/ATEŞ, s.230; EREN, Özel Hükümler, s.60; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.56; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.32.

¹⁰⁰ "Mebiiin mevcud olması lâzımdır" BERKİ, s.41; İLHAN, s.74.

¹⁰¹ "Madûmun bey'i bâtıldır". BERKİ, s.42; İLHAN, s.76. Bkz. BARDAKOĞLU, s.15; BİLGİLİ, İsmail, "İslam Hukukunda Ma'dum'un Satışı", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S.8, 2006, s.213.

¹⁰² "Mebiiin teslimi mümkün olmak lâzımdır". BERKİ, s.41; İLHAN, s.74.

¹⁰³ EKİNCİ, s.519.

¹⁰⁴ DALGIN, s.100.

Mecelle'nin satış konusu malın varlığı hususunda bu derece tavizsiz olmasının sebebi, İslam Hukukunda "ma'dum"un (var olmayan veya varlığı şüpheli olan şeyin) satışının câiz olmamasıdır¹⁰⁵. Ma'dumun satışı meselesi, İslam hukukçuları tarafından pek çok yönüyle tartışılmakla birlikte, Hanefî fıkıhçılarının ekseriyeti tarafından böyle bir satışın geçersiz olacağına kanaat getirilmiştir¹⁰⁶. Ancak ihtiyacın zarurî kılması sebebiyle, bu temel kurala aykırı olarak "selem" ve "istisna" sözleşmelerine cevaz verilmiştir¹⁰⁷. Mecelle'ye göre selem ve istisna, satış sözleşmesinin türleridir ve bu sebeple Kitâb'ul-Büyu' içerisinde düzenlenmişlerdir (m.380-392).

Satılan şey alıcı tarafından bilinen bir mal olmalıdır (m.200). Yani satılan malı diğerlerinden ayıran durum ve vasıfların alıcı tarafından bilinmesi gerekir (m.201)¹⁰⁸. Örneğin bir arsanın satışı söz konusu ise, bu arsanın sınırları ve büyüklüğü belirtilmiş olmalıdır. Ancak satılan şeyin alıcı tarafından zaten bilinen bir mal olması durumunda, ayrıca nitelendirilmesine gerek yoktur (m.203)¹⁰⁹. Bilinmeyen bir şeyin satışı fâsid (bozuk) satış olarak nitelendirilmiştir (m.213). Fâsid satış, kanunen kurulmuş olmakla birlikte gerekli niteliklerdeki bazı eksiklikler sebebiyle hukuka uygunluğu tam olmayan satıştır (m.109). Örneğin satıcı sahip olduğu bütün eşyaları bin liraya sattığını, alıcı da aldığını beyan etse, alıcı eğer bu eşyaları bilmiyorsa fâsid satış olur. Bu durumda alıcının sözleşmeyi fesih hakkı vardır (m.372).

¹⁰⁵ BİLGİLİ, s.222.

¹⁰⁶ BİLGİLİ, s.226. Malikî ve Hanbelî mezheplerinde ise, sözleşmenin kurulması sırasında satış konusu malın var olmasının şart olmadığı, gelecekte tesliminin mümkün olmasının yeterli olduğu yönünde görüşler mevcuttur. Günümüz İslam hukukçuları da, bu kuralın mutlak olmadığı ve zamanın ihtiyaçları çerçevesinde yeniden ele alınabileceği yönünde görüş beyan etmişlerdir. Bkz. ZEYDAN, s.414.

¹⁰⁷ Hâlbuki selem ve istisna sözleşmelerinde de henüz var olmayan şeylerin sözleşmeye konu edilmesi söz konusudur. YAZMAN, İrfan, "Mecelle Hukukunda Selem Akdi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.21, S.1, 1964, s.282.

¹⁰⁸ "Mebii malûmiyeti, sairinden temyiz edecek hal ve vasfını beyan ile hâsıl olur". BERKİ, s.41; İLHAN, s.74.

¹⁰⁹ "Mebii müşteri indinde malûm olması kâfi olup başka suretle tarif ve tavsife hacet yoktur". BERKİ, s.42; İLHAN, s.74.

Sözleşmede belirtilmemiş olsa bile, örf ve âdete göre satılan malın kapsamında olan her şey sözleşmenin konusunda dâhildir (m.230)¹¹⁰. Örneğin bir bahçenin satılması halinde bahçedeki ağaçlar, bir evin satılması durumunda evin eklentileri durumundaki mahzen, kiler gibi yerler de satılmış olur.

Türk hukukunda bir kimsenin malvarlığına dâhil olan ve parayla ölçülebilen her türlü ekonomik değer satış sözleşmesinin konusunu oluşturabilir¹¹¹. Bu anlamda hem maddi hem de maddi olmayan malların satılması mümkündür. Örneğin fikri ve sınai haklar, alacak hakkı, paylı mülkiyet payı gibi maddi olmayan mallar satış sözleşmesine konu olabilir¹¹².

Mecelle'den farklı olarak, satılan malın var olması şart değildir. Bir kimse bahçesindeki ağaçların henüz çıkmamış olan meyvelerini veya henüz doğmamış olan hayvanın yavrusunu satabilir. Halk arasında "maketten satış" veya "projeden satış" olarak ifade edilen konut satışları oldukça yaygındır. Henüz hak mertebesine ulaşmamış iktisadi menfaatler ve ileride üretilmesi düşünülen müstakbel malların satışı mümkündür¹¹³. Satış konusu malın, satıcının mülkiyetinde bulunması da şart değildir¹¹⁴. Yani bir kimse kendisine ait olmayan bir malın satışı konusunda sözleşme yapabilir. Zira modern hukukumuzda önemli olan borcun ifasıdır. Satış konusu malın ifa zamanında var olması ya da satıcının ifa zamanında o mala malik olması yeterlidir. Mecelle'de yer alan satılanın "mütekavvim" olmasına benzer bir şart, TBK m.27/1'de genel olarak belirtilmiştir. Buna göre sözleşmenin konusu kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve imkânsız olmamalıdır. Söz gelimi uyuşturucu madde gibi alım satımı kanunen yasaklanan şeyin satışı kesin hükümsüzdür.

¹¹⁰ "Örf-ü beldede mebiin şâmil olduğu her şey min gayri zikrin bey'de dâhil olur". BERKİ, s.47; İLHAN, s.84.

¹¹¹ EREN, Özel Hükümler, s.61.

¹¹² ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.33.

¹¹³ EREN, Özel Hükümler, s.61.

¹¹⁴ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.57.

Satılan malın sözleşmenin yapıldığı sırada belirli olması şart olmayıp, belirlenebilir olması yeterlidir¹¹⁵. Ancak ifa zamanında malın belirli olması gerekir. Bunun dışında alıcının malı görmüş olması veya malı biliyor olması da gerekmez. Örneğin bir kimse kendisine düşen mirası toplu olarak satabilir¹¹⁶. Alıcının mirasa dâhil olan malları bilmesi gerekmez. Ancak bu satılan malların mülkiyetinin geçirilmesi için her bir malın ayrı ayrı devredilmesi gerekir.

2. Semen (Bedel)

Semen, satılan mala karşılık olarak ödenen bedeldir. Satış sözleşmesi sırasında semenin belirtilmiş olması gerekir (m.237)¹¹⁷. Aksi takdirde sözleşme fâsid (bozuk) olur¹¹⁸. Yani sözleşme kurulmuş ancak fesada uğramıştır. Semen belirtilmesi, görmekle veya miktar ve vasıflarının bildirilmesiyle olur (m.239)¹¹⁹. Mecelle'de semenin altın veya kuruş olarak belirtilmesine göre farklı hükümler düzenlenmiştir. Eğer bir yerde çeşitli altınlar tedavülde ise ve altının türü belirtilmeden bir miktar altın denilerek pazarlık yapılırsa satış bozulabilir. Bu hüküm kıyas yoluyla gümüş sikkeye de uygulanır (m.240). Eğer pazarlık kuruş üzerinden yapılırsa alıcı, isterse rayici olan ve yasaklanmamış olan paraların herhangi bir türünden ödeme yapabilir (m.241).

Mecelle'ye göre sözleşmenin geçerli olarak kurulması için semenin ödenmesi gerekmez. Zira semenin ertelenmesi ve taksitlere bölünmesi mümkündür (m.245)¹²⁰. Ancak bu durumda erteleme süresinin veya taksit kararlaştırılmışsa taksitin sayısı, ödeme tarihi ve miktarının belirlenmiş olması gerekir (m.246)¹²¹.

Türk Borçlar Kanunu m.207/1 hükmünde, satıcının malın zilyetlik ve mülkiyetini devretme borcuna karşılık, alıcının bedel ödeme borcu olduğu

¹¹⁵ EREN, Özel Hükümler, s.64.

¹¹⁶ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.59.

¹¹⁷ "Hîn-i bey'de tesmiye-i semen lâzımdır". BERKİ, s.49; İLHAN, s.86.

¹¹⁸ BARDAKOĞLU, s.17; EKİNCİ, s.519.

¹¹⁹ "Semenin malûmiyeti meydanda ise müşahede ile değil ise miktar ve vasfını beyan ile hâsıl olur". BERKİ, s.49; İLHAN, s.86.

¹²⁰ "Semeni tecil ve taksit ile bey' sahih olur". BERKİ, s.50; İLHAN, s.88.

¹²¹ "Semenin tecilinde ve taksidinde müddet malum ve muayyen olmak lazımdır". BERKİ, s.50; İLHAN, s.88.

açıkça belirtilmiştir. Satış bedeli, bir miktar paradan ibarettir. Para dışında başka bir şeyin kararlaştırılması durumunda satış sözleşmesinden bahsedilemez¹²².

Mecelle'den farklı olarak, satış bedelinin sözleşmenin yapıldığı sırada miktar olarak belirli olması şart değildir¹²³. Durum ve koşullara göre belirlenmesi mümkün olan bedel, kararlaştırılmış bedel hükmündedir (TBK m.207/3). Şu halde bedelin belirlenebilir olması yeterlidir¹²⁴. Örneğin taraflar, ödeme zamanında geçerli olacak rayiç bedel üzerinden ödeme yapılmasını kararlaştırabilirler. Ancak taşınmaz satışları resmi şekle tabi olduğundan, satış bedelinin belirli olması gerekir¹²⁵.

Bedel ülke parası üzerinden kararlaştırılabileceği gibi yabancı para üzerinden de kararlaştırılabilir¹²⁶. Eğer yabancı para kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme kaydı bulunmadıkça ödeme günündeki rayiç üzerinden ülke parasıyla da ödeme yapılabilir (TBK m.99/2).

Bedel kural olarak nakit para ile ödenir. Ancak günümüzde nakit paradan daha fazla kaydî para (kıymetli evrak, banka havalesi, kredi kartı vs.) kullanımı yaygınlaşmıştır¹²⁷. Mecelle'de olduğu gibi, bedelin ertelenmesi ve taksitlere bölünmesi de söz konusu olabilir. Bu hususlar TBK m.253 vd. maddelerinde "kısmi ödemeli satışlar" başlığı altında düzenlenmiştir.

3. Tarafların Anlaşması

Mecelle'ye göre, satış sözleşmesinin tarafları satıcı ve alıcıdır (m.162). Mecelle'de satıcı mal satan, alıcı da satın alan kişi olarak tanımlanmıştır (m.160, m.161). Tarafların sözleşme yapmaya ehil olması, yani akıllı ve temyiz kudretine sahip olması şarttır (m.361). Sözleşme yapma ehliyetine sahip olan satıcı ve alıcının icap ve kabulle irade beyanında bulunmasıyla birlikte sözleşme tamamlanmış olur.

¹²² ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.34.

¹²³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.61.

¹²⁴ EREN, Özel Hükümler, s.65.

¹²⁵ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.37.

¹²⁶ EREN, Özel Hükümler, s.66.

¹²⁷ EREN, Özel Hükümler, s.67.

Mecelle’ye göre kısıtlıların almak satmak gibi işlemleri geçerli değildir (m.960). Temyiz kudretine sahip olmayan küçük çocuklar, akıl hastaları ve bunak (mâtuh) kimseler kısıtlıdırlar. Sefih kimseler ve borçlular ise hâkim kararıyla kısıtlanabilirler (m.958, m.959).

TBK’na göre de satış sözleşmesinin tarafları satıcı ve alıcıdır¹²⁸. Mecelle’de olduğu gibi modern hukukumuzda da tarafların sözleşme yapmaya ehil olmaları gerekir. Sözleşme yapma ehliyeti, fiil ehliyetine dâhil olan bir ehliyettir. Fiil ehliyeti bakımından kişiler dört kısma ayrılır. Bunlar “tam ehliyetliler”, “tam ehliyetsizler”, “sınırlı ehliyetliler” ve “sınırlı ehliyetsizler” dir¹²⁹. Tam ehliyetliler ve sınırlı ehliyetliler sözleşme yapma ehliyetine sahiptir. Tam ehliyetsizler hiçbir şekilde sözleşme yapamazlar. Sınırlı ehliyetsizler ise ancak yasal temsilcilerinin izniyle sözleşme yapabilirler.

Sözleşme yapma ehliyetine sahip olan tarafların, karşılıklı olarak malla paranın değiştirilmesi noktasında anlaşmalarıyla birlikte satış sözleşmesi kurulmuş olur¹³⁰. Sözleşmenin kurulmasıyla birlikte, tarafların karşılıklı olarak malı ve parayı isteme hususunda şahsi bir talep hakkı doğmuş olur. Dolayısıyla sözleşmenin kurulması için malın teslim edilmesi ve bedelin ödenmesi şart değildir¹³¹.

Tarafların anlaşması noktasında önemli meselelerden biri, tarafların iradelerinin uygunluğunu tespit etmektir. Zira irade beyanlarının uygunluğu, sözleşmenin kurucu unsurudur¹³². Uygunluk iki şekilde karşımıza çıkar. Birincisi, tarafların gerçek iradelerinin fiilen uygun olması, ikincisi ise beyanların içerik olarak birbirine uymasıdır¹³³. Taraflar irade beyanlarının uygun olmadığı noktasında hemfikirse, sözleşmenin kurulması söz konusu

¹²⁸ EREN, Özel Hükümler, s.67.

¹²⁹ AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, Kişiler Hukuku, Beta Basım Yayın, Ankara, 2017, s.281 vd; TEKİNAY, S. Sulhi, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1978, s.223 vd; YARAYAN, ALİ, Türk Medeni Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.197 vd.

¹³⁰ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.38.

¹³¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.38.

¹³² EREN, Genel Hükümler, s.244.

¹³³ EREN, Genel Hükümler, s.244; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, N.308; OĞUZMAN/ÖZ, s.70; VON TUHR/PETER, Band I, s.189.

olmaz¹³⁴. Ancak irade beyanlarının uygun olup olmadığı ihtilaf konusu olmuşsa, tarafların irade beyanlarının “güven teorisi” çerçevesinde yorumlanması yoluyla ihtilafın çözülmesi gerekir¹³⁵.

Güven teorisi, taraflardan her birinin, diğer tarafın beyanını dürüstlük kuralı içinde bildiği veya bilmesi gereken durumları da göz önünde tutarak anlaması gerektiğini ifade eder¹³⁶. Burada hâkim, makul ve dürüst bir muhatabın, irade beyanının yapıldığı yer ve zamandaki şartlar çerçevesinde, ihtilaf konusu irade beyanını nasıl anlaması gerektiğini tespit etmeye çalışır¹³⁷. Örneğin hukuk fakültesinde öğretim üyesi olarak çalışan A, hukukla ilgili kitaplar satan bir yayınevine ders anlatırken yararlanmak üzere bazı kitaplara ihtiyacı olduğunu belirten bir e-posta göndermiştir. Yayınevi de bunun üzerine ilgili kitapları fiyat belirten bir faturayla birlikte ödemeli olarak öğretim üyesine göndermiştir. Burada eğer öğretim üyesinin iradesi, kitapları bedeli karşılığında satın almaksa herhangi bir sorun çıkmaz. Ancak öğretim üyesinin iradesi, yayınevi tarafından kitapların bedelsiz olarak gönderilmesi ise, uygunluk ihtilafı ortaya çıkar. Güven teorisine göre yayınevini bu davranışı, makul ve dürüst bir muhatabın aynı olayda davranacağı hareket tarzıyla uyuyorsa, hukuki (normatif) uygunluk meydana gelmiş ve sözleşme kurulmuştur. Ancak irade beyanında gerçekte satın alma amacını taşımayan öğretim üyesi, yanılma hükümlerine dayanarak sözleşmeyi iptal etme hakkına sahiptir¹³⁸.

Taraflar, sözleşme kurmak amacıyla irade beyanlarında bulunurken aynı zamanda sözleşmenin içeriğini de belirlemiş olurlar¹³⁹. Bu nedenle, irade

¹³⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s.70.

¹³⁵ EREN, Genel Hükümler, s.245; OĞUZMAN/ÖZ, s.70.

¹³⁶ EREN, Genel Hükümler, s.246; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, N.208; KOCAĞA, Köksal, “Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 79, 2008, s.74; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.172. OĞUZMAN/ÖZ, s.72; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.74; VON TUHR/PETER, Band I, s.287.

¹³⁷ KOCAĞA, s.75.

¹³⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s.72.

¹³⁹ KOCAĞA, s.75.

beyanlarının uygunluğunun sözleşmenin hangi noktalarını kapsadığı önem taşımaktadır. TBK m.2/1 hükmüne göre, “Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır”. Şu halde, irade beyanları arasındaki uygunluk, sözleşmenin bütün esaslı noktalarını kapsamak zorundadır¹⁴⁰. Aksi takdirde sözleşme kurulmuş olmaz. Örneğin satış sözleşmesinde bedel ve satılan şey, sözleşmenin esaslı noktalarıdır. Ancak bunların kesin olarak belirlenmesi şart olmayıp, ileride objektif olarak belirlenebilir olmaları sözleşmenin kurulması için yeterlidir¹⁴¹.

Mecelle açısından da irade beyanlarının uygunluğu esastır (m.175). Ancak Mecelle’de esaslı nokta-ikinci derecedeki nokta gibi bir ayrım söz konusu değildir. Zira İslam hukukçularının büyük çoğunluğu, sözleşmeyi bir bütün olarak kabul ederek, sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurabilecek son şekle gelmesini esas almışlardır¹⁴². Mecelle’ye göre satış konusu malın ve bedelin mutlaka belirlenmiş olması gerekir (m.200, m.237). TBK’da olduğu gibi, ileride belirlenebilir olması yeterli değildir. Satış konusu malın ve bedelin belirli olmaması, sözleşmenin kurulmasını engellemez. Ancak sözleşme fâsid (bozuk) olur (m.213)¹⁴³. Fâsid sözleşmede tarafların sözleşmeyi feshetme hakları vardır. Ancak alıcı malı teslim almış ve malı tüketmiş, niteliğini değiştirmiş, elden çıkarmış ya da mal telef olmuşsa artık sözleşmeyi fesih hakkı ortadan kalkar (m.372). İslam Hukuku, taraflar arasında ihtilaf oluşturabilecek hususların sözleşme kurulmadan önce tespit edilerek sonradan ihtilafın doğmasını engellemeyi amaçlar¹⁴⁴. Mecelle’de icap ve kabulün şeklinin oldukça ayrıntılı düzenlenmesinin ve “Meclis-i Bey” kavramına önem atfedilmesinin gerekçesi de budur. Hal böyle olmakla birlikte, bu durumun taraflar arasında ihtilaf doğmasını tamamen engelleyeceği söylenemez. Dolayısıyla o devrin hâkimleri de, günümüzde olduğu gibi sözleşmelerin

¹⁴⁰ EREN, Genel Hükümler, s.248.

¹⁴¹ EREN, Genel Hükümler, s.250; KOCAAĞA, s.77; OĞUZMAN/ÖZ, s.74; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.79.

¹⁴² APAYDIN, s.417.

¹⁴³ Zira bu durumda İslam Hukukuna göre sözleşme ilişkisi şüpheli bir duruma düşmüş olmaktadır. Bkz. APAYDIN, s.419.

¹⁴⁴ BARDAKOĞLU, s.18.

yorumlanması ve tamamlanması yollarına başvurmuştur. Nitekim Mecelle'nin "Kavâid-i Fıkhiyye" bölümünde, sözleşmelerde beyanların gerçek anlamının ve amacının önemli olduğu (m.3), örf-adet ve ticari teamüllerin belirleyici olduğu (m.36, m.44) gibi kurallar, hâkimlere sözleşmelerin yorumlanması ve tamamlanmasında yol göstermeyi amaçlamaktadır¹⁴⁵.

SONUÇ

Mecelle'de ve modern hukukumuzda satış sözleşmesinin kurulması temelde aynı esasa tabidir. Sözleşme icap ve kabulün gerçekleşmesiyle kurulmuş olur. Ancak Mecelle'de icap ve kabulün vasıflarıyla modern hukukumuzdaki icap ve kabulün vasıfları farklılık göstermektedir. Mecelle'de icap ve kabulün genellikle geçmiş zaman kipiyle ifade edileceği belirtilmiştir. Bunun dışında gelecek zaman kipiyle ve emir kipiyle sözleşme kurulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Türk Borçlar Kanunu'nda ise bununla ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak genel itibarıyla icap ve kabulün birbirine uygun olması gerekliliği noktasında benzerlik söz konusudur.

Bir diğer farklılık icapla bağlılık noktasındadır. Mecelle'ye göre icapta bulunan kabulden önce icabını geri alabilir. Ancak modern hukukumuzda icapla bağlılık esastır. İcapta bulunan, icabını serbestçe geri alamaz. Bunun dışında, Mecelle'de yer alan "Meclis-i bey' (satış toplantısı)" kavramı TBK'da yer almamaktadır. Ancak icapta bulunanın ne kadar süreyle bununla bağlı olduğu düzenlenmiştir.

Satış sözleşmesinin unsurları açısından da Mecelle ve TBK temelde aynıdır. Her ikisinde de satış sözleşmesinin unsurları satılan mal, satış bedeli ve tarafların anlaşmasından ibarettir. Ancak burada da sözleşmeyi oluşturan unsurların içeriği farklılık göstermektedir. Mecelle'ye göre satış konusu malın sözleşmenin yapıldığı sırada var olması, satıcının mülkiyetinde bulunması, alıcı tarafından bilinir olması şarttır. Modern hukukumuzda ise henüz var olmayan ve satıcının mülkiyetinde bulunmayan bir malın satılması mümkün olduğu gibi, alıcının malı biliyor olması da gerekmez. Aynı durum bedel açısından da geçerlidir. Mecelle'ye göre bedelin sözleşmenin yapıldığı sırada belirli olması

¹⁴⁵ BELGESAY, Mustafa Reşit, "Mecelle'nin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.12, S.2, 1946, s.566.

gerekir. Oysaki TBK'da böyle bir şart yoktur ve bedel belirli olmadan da sözleşme yapılabilir.

Sonuç olarak, satış sözleşmesi açısından Mecelle ve TBK arasında pek çok benzerlik olduğu gibi, çoğunlukla içerik noktasında çeşitli farklılıklar bulunmaktadır.

KAYNAKLAR

- AKINCI, Şahin, Roma Borçlar Hukuku, Sayram Yayınları, Konya, 2017.
- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, Borçlar Hukuku, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2016.
- AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, Kişiler Hukuku, Beta Basım Yayın, Ankara, 2017.
- AKKURT, Sinan Sami, “Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.60, S.1, 2011, s.19-46.
- AKTAN, Hamza, “İstisna Akdi” TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt 23, İstanbul, 2001.
- ALİ HAYDAR, Dürerü’l Hükkam Şerhu Mecelleti’l Ahkam (Çev. Raşit Gündoğdu/Osman Erdem), Cilt I, Gül Neşriyat, İstanbul, 2014.
- APAYDIN, H. Yunus, “İrade Beyanı”, TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt 22, İstanbul, 2000.
- ARMAĞAN, Servet, “İslam Hukukunda Akitlerin Sınıflandırılması”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.XVII, 1988, s.51-64.
- AVCI, Mustafa, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Atlas Yayınları, Konya, 2017.
- AYBAKAN, Bilal, “Sarf”, TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt 36, İstanbul, 2009.
- AYBAKAN, Bilal, “Selem”, TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt 36, İstanbul, 2009.
- AYBAKAN, Bilal, “Trampa”, TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt 41, İstanbul, 2012.
- AYDIN, M. Akif, “Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye”, TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt 28, İstanbul, 2003.
- AYDIN, Mehmet Akif, “Mecelle’nin Hazırlanışı”, Osmanlı Araştırmaları IX, İstanbul, 1989, s.31-50.
- AYDIN, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2017.
- AYOUB, Samy, “The Mecelle, Sharia and the Ottoman State: Fashioning and Refashioning of Islamic Law in the Nineteenth and Twentieth Centuries”, Journal of the Ottoman and Turkish Studies Association, Vol.2, 2015, s.121-146.
- BARDAKOĞLU, Ali, “Bey Akdi”, TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt 6, İstanbul, 1992.

- BAYRAKTAR, Ahmet, İslam Hukukunda E-Ticaret, Fecr Yayınları, Ankara, 2017.
- BELGESAY, Mustafa Reşit, "Mecelle'nin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.12, S.2, 1946, s.561-608.
- BERKİ, Ali Himmet, Açıklamalı Mecelle, Hikmet Yayınları, İstanbul, 1982.
- BİLGİLİ, İsmail, "İslam Hukukunda Ma'dum'un Satışı", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S.8, 2006, s.211-238.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi, Hukukî İslamiye ve İstilahatı Fıkhiye Kamusu, Cilt 6, İstanbul, 1985.
- CİN, Halil/AKYILMAZ, Gül, Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yayınları, Konya, 2015.
- ÇEKER, Orhan, İslam Hukukunda Akidler, Ahi Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- DALGIN, Nihat, "İslam Hukukuna Göre Satım Sözleşmesi Açısından Mal Kavramı", Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C.XI, 1999, s.96-127.
- DI MARZO, Salvatore, Roma Hukuku (Çev. Ziya Umur), Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959.
- DÖNMEZ, İbrahim Kâfi, "İslam Hukukunda Modern İletişim Araçları İle Yapılan Akitler", İLAM Araştırma Dergisi, C.1, S.1, 1996, s.8-47.
- EKİNCİ, Ekrem Buğra, Osmanlı Hukuku, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2008.
- ELLEK, Hasan, "Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle", Gümüşhane Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C.3, S.6, 2014, s.119-159.
- ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul, 2014.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter/ SCHMİD, Jörg/ REY, Heinz, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, Basel, 2008.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Ders Kitabı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- HACAĞ, Hasan, "Mülkiyet", TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt 31, İstanbul, 2006, s.546-552.

- HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- İLHAN, Cengiz, Günümüz Türkçesiyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye), Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- İNALCIK, Halil, “Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfi-Sultani Hukuk ve Fatih’in Kanunları”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.XIII/2, 1958, s.102-126.
- KARAMAN, Hayreddin, Mukayeseli İslam Hukuku Cilt II, İz Yayınları, İstanbul, 2009.
- KOCAAĞA, Köksal, “Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 79, 2008, s.73-102.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- MAHMUTOĞLU, Yakup, “İslam Hukukunun Kazuistik Yapısı Üzerine”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, S.I, 2012, s.131-151.
- NOMER, Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım, İstanbul, 2014.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU, Cihan, “Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye’nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi”, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, C.29, 2011, s.93-124.
- ÖRSTEN ESİRGİN, Seda, “Osmanlı Devleti’nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanunu mu?” Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, C.29, 2011, s.31-47.
- ÖZTÜRK, Osman, Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle, İslami İlimler Araştırma Vakfı Neşriyatı, İstanbul, 1973.

- RADO, Türkan, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- SARIAKÇALI, Turgay, İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmeler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.
- SAVAŞ, Abdurrahman, İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler ve Bunların Hukuki Sonuçları, Konya, 2005.
- SCHACHT, Joseph, The Origins of Muhammedan Jurisprudence, Oxford University Press, 2001.
- ŞAHİN, Turan, "Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşuna İlişkin İrade Beyanları ve Bu Beyanların Geri Alınması", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011 (95), s.331-376.
- TEKİNAY, S. Sulhi, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1978.
- TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul, 1993.
- TÜFEKÇİ, İbrahim, "İslam Hukukunda Meclis Muhayyerliği", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı 20, Ekim 2012, s.11-42.
- ULUSAN, M. İlhan, "Türk Medeni Kanununun Dünü ve Bugünü", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1-2, 2002, s.153-172.
- ÜÇOK, Coşkun/MUMCU, Ahmet/BOZKURT, Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- VON TUHR, Andreas/PETER, Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Zürich, 1974.
- YARAYAN, Ali, Türk Medeni Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2014.
- YAZMAN, İrfan, "Mecelle Hukukunda Selem Akdi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.21, S.1, 1964, s.281-306.
- YILDIRIM, Abdulkerim, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

- YILDIRIMER, Şahban, “Mecelle’ye Yöneltilen Tenkitler ve Bu Tenkitlerin Değerlendirilmesi”, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C.XVI, S.2, 2012, s.417-445.
- YILMAZ, İbrahim, “İslam Aile Hukukuna Göre İnternet Ortamında Nikâh Akdinin Kuruluşu”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı 23, 2014, s.59-81.
- ZERKA, Mustafa Ahmed, İslam Hukuku (Çev.Servet ARMAĞAN), İstanbul, 2006.
- ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- ZEYDAN, Abdulkerim, İslam Hukukuna Giriş (Çev.Ali ŞAFAK), İstanbul, 2008, s.247.

GAİPLİĞİN AİLE HUKUKU YÖNÜNDEN SONUÇLARI*

Arş. Gör. Hüseyin TOKAT**

THE CONSEQUENCES OF DISAPPEARANCE IN TERMS OF FAMILY LAW

ÖZ

Gaipliğin şartlarını temel olarak “medeni kanunun aradığı olaylardan birinin mevcut olması”, “belirli bir sürenin geçmiş olması”, “ölümün kuvvetle muhtemel görünmesi”, “ilgililerin talepte bulunması” ve “mahkemenin gaipliğe karar vermesi” olmak üzere beş ayrı başlık altında ele alabiliriz. Gaiplik kararı ile birlikte birçok hukukî sonuç ortaya çıkar. Örneğin, gaipliğine karar verilen kimsenin nişanlılığı kendiliğinden sona erer. Buna karşılık, gaipliğine karar verilen kimsenin evliliği kendiliğinden sona ermez. Böyle bir durumda, gaibin eşi, evliliğini devam ettirip ettirmeme hakkına sahiptir. Ayrıca, evliliğin feshedilmesine gerek kalmaksızın eşlerden birinin gaipliğine karar verilince edinilmiş mallara katılma rejimi sona erer. Bununla birlikte velâyet hakkı, anne ve babanın ya da bunlardan birinin gaipliği hâlinde son bulur. Vesayet altındaki

* Kabul Edildiği Tarih: 22.11.2017

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.339201](https://doi.org/10.15337/suhfd.339201)

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

E-mail Adresi: huseyintokat7861@gmail.com

ORCID ID: orcid.org/0000-0001-9814-8633

kimsenin gaipliği hâlinde de vesayet kendiliğinden sona erer. Ayrıca kaybolan kimse bakımından yönetim kayyımı tayini söz konusu olabilir.

ANAHTAR KELİMELER: Gaipliğin Şartları, Gaiplik Kararının Sonuçları, Nişanlılığın Sona Ermesi, Evliliğin Feshi, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi.

ABSTRACT

We can examine the conditions of disappearance basically under five different headings as "the existence of one of the events that the civil law seeks", "passing of a certain period of time", "being of very high probably of death", "attendance of interested persons" and "the decision of the disappearance". With the decision to disappear, many legal consequences arise. For example, the engagement of anyone given the decision of disappearance ends by automatically. On the other hand, the marriage of the person who has been decided to disappear does not automatically end. In such a case, the spouse of the person who has disappeared has the right to resume or end marriage. Also, without the need to terminate the marriage, when one of the spouses is decided to disappear, regime of participation in acquired property ends. However, the right of the custodian ceases when the mother or father or one of them is disappearance. When the person under guardianship disappears, the guardianship ends automatically. Again in terms of the person who has disappeared, it may be possible to appoint management.

KEYWORDS: *Conditions of Disappearance, Consequences of the Disappearance Decision, The End of Engagament, Termination of The Marriage, The End of Regime of Participation in Acquired Property.*

I- GİRİŞ

İnsan toplum içinde yaşayan bir varlık olduğu için çeşitli nedenlerle ortadan kaybolabilir. Bazen toplum tarafından dışlanan insan, varlığını âdeta yokluğuyla ispat edercesine ortadan kaybolmayı tercih edebilir. Gerçekten de yakınlarından nefret edenlerin, borçlularından kurtulmak isteyenlerin veya yalnızlık duygusuna boyun eğenlerin kimseye haber vermeden yeni bir hayata başlamak için başka bir yere yerleşmesine sık sık rastlanılmaktadır. Fakat, yeni

hayata başlayan kimseden yakınlarının haber alamaması onun hukukî durumunda değişikliğe neden olmaz. Zira, hukuk düzeninin ilgi alanına bu şekilde ortadan kaybolan kimseler girmez.

Öte yandan, bazen ortadan kayboluş öyle şartlar içerisinde gerçekleşir ki kaybolanı hayatta kabul etmek güçleşir. Diğer bir ifadeyle, ortadan kaybolan kimsenin hayatta olup olmadığına ilişkin kuvvetli bir şüphe vardır. Zira, ortadan kaybolan kimsenin cesedi bulunmadığı için onun kesin olarak öldüğü söylenemez. Bu bakımdan, ortadan kaybolan kimsenin hukukî durumu belirsizdir. Bu nedenle, ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan kimsenin hukukî durum ve menfaatleri üzerindeki belirsizliğin ortadan kaldırılması gerekir. Zira, belirsizliğin ortadan kaldırılması hem kaybolanın hem kaybolanın yakınlarının lehinedir.

Kanun koyucu da ölüm tehlikesi içerisinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan kimsenin hukukî durum ve menfaatleri üzerindeki belirsizliğin ortadan kaldırılması için bu kimsenin şartları dâhilinde gaipliğine karar verilebileceğini düzenlemiştir. Ortadan kaybolanın gaipliğine karar verilince kişiliği varsayımsal olarak sona erer. Zira, ispatlanmış kesin bir ölüm olmadığından gaipliğine karar verilen kimse günün birinde ortaya çıkabilir. Aynı şekilde, onun sonradan öldüğü de tespit edilebilir. Bu nedenle, kanun koyucu gaipliğin ortaya çıkarmış olduğu hukukî sonuçları, gaibin sonradan ortaya çıkabileceği veya ölümünün tespit edilebileceği ihtimaline göre düzenlemiştir.

Ölüm tehlikesi içerisinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan kimsenin şartları dâhilinde gaipliğine karar verilince ölüme bağlı haklar aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılacağından gaiplik kararının birçok sonucu ortaya çıkacaktır. İşte, bu çalışmada gaiplik kararının ortaya çıkarmış olduğu tüm sonuçlar üzerinde durulmayıp sadece aile hukuku yönünden sonuçlar incelenmeye çalışılmıştır. Fakat hemen ifade edelim ki gaiplik kararının aile hukuku yönünden sonuçları tahdîdî bir biçimde değil tadadî olarak ele alınmıştır. Bu nedenle, çalışmamızın eksiksiz olamayacağı baştan belirtilmelidir.

II- GENEL OLARAK GAIPLİK KAVRAMI VE GAIPLİĞİN ŞARTLARI

A) GENEL OLARAK GAIPLİK KAVRAMI

Sözlük anlamıyla gaip kavramı göz önünde olmayan, hazır bulunmayan, nerede olduğu bilinmeyen kimseyi tabir etse de aslında teknik bir terim olup hakkında gaiplik kararı verilmiş kimseyi ifade eder¹. Hakkında gaiplik kararı verilmemiş olan kişi için, 4721 sayılı yeni Medenî Kanunda², “*kaybolan*” (MK.m.131/II), “*gaipliğine karar verilecek kişi*” (MK.m.33/II,34) gibi terimler kullanılmıştır. 743 sayılı eski Medenî Kanunda³ ise, hakkında gaiplik kararı verilmemiş olan kişiyi ifade etmek için “*gaybubet*” (EMK.m.528,532/I,b.2) terimi de yer almıştı. Öğretide ise, hakkında gaiplik kararı verilmemiş olan kişiler için, “*durumu bilinmeyen kişi*”⁴, “*yitik*”⁵, “*kayıp olan kişi*”⁶, “*gaiplik kararı istenen kişi*”⁷ gibi terimler tercih edilmiştir. Gaipliğine karar verilmiş kimseler için ise, Medenî Kanunda “*gaipliğine karar verilen kimse*” (MK.m.586/II) ve “*gaip*” (MK.m.584/I,585/I) terimleri tercih edilmiştir.

Şu hâlde, öğretide ve Medenî Kanunda, gaiplik kararının verilmesinden önce gaipliği istenen kimseyi ifade etmek için kullanılan terimlerde bir

¹ Bkz., TDK. Büyük Türkçe Sözlük, (Erişim Tarihi: 16.01.2017); Jale G. **Akıpek / Turgut Akıntürk / Derya Ateş**, Türk Medenî Hukuku, C. 1, Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2015, s. 252, dn.23; Hüseyin Avni **Göktürk**, Türk Medeni Hukuku, Şahsın Hukuku (Kişiler Hukuku), 3. Baskı, Ankara 1954, s. 165. **Arsebük**'e göre, sözlük anlamıyla gaip kavramı şüphe ve tereddüt manasına gelir ve varlığından şüphe edilen kimseye gaip adı verilir (bkz., Esat **Arsebük**, Medenî Hukuk Başlangıç ve Şahsın Hukuku, İstanbul 1938, s. 177, dn.38). **Günay**'a göre ise, gaip, nerede olduğu bilinmeyen kimseyi ifade eder (bkz., Hüseyin **Günay**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Sonrası Gaiplik Üzerine Bir İnceleme, Yargıtay Dergisi, C. 39, S. 4, 2013, s.87-134, s. 88).

² RG. 8.12.2001, S.24607.

³ RG. 4.4.1926, S.339.

⁴ Cemil **Çelik**, Türk Medeni Kanunu'na Göre Gaiplik, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan, İstanbul 2004, s. 97-127, s. 98, 99; **Akıpek / Akıntürk / Ateş**, s. 252, dn.23.

⁵ **Göktürk**, s. 163, 164, dn.4, 165. **Göktürk**, gaip teriminin isabetli olmadığını ve bu nedenle, gaiplik ve gaip terimlerinin kanunlardan atılması gerektiğini ifade eder (bkz., age, s. 165).

⁶ Bülent **Köprülü**, Medenî Hukuk, Genel Prensipler – Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler – Tüzel Kişiler), 2. Baskı, İstanbul 1984, s. 250.

⁷ Mehmet **Ayan / Nurşen Ayan**, Kişiler Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2016, s. 181.

bütünlüğün bulunmadığı söylenebilir. Kanımızca, gaiplik kararının verilmesinden önce gaipliğin şartlarını taşıyan kimsenin “*kaybolan*” terimiyle ifade edilmesi isabetli değildir. Zira, kaybolan terimi, Medenî Kanununun 131 inci maddesinin ikinci fıkrasının kastettiğinden daha geniş bir anlamı ifade eder. Yine, “*gaip olma*” ile “*kaybolma*” sözlük anlamıyla benzerlik gösterdiğinden iki terim arasındaki fark bazı durumlarda ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle, “*kaybolan*” terimi yerine “*yitik*” teriminin kullanılmasının daha isabetli olacağı söylenebilirse de terim karışıklığını daha fazla artırmamak adına yitik terimi yerine kaybolan terimini kullanmayı tercih ediyoruz. O hâlde çalışmada kaybolan terimiyle hakkında henüz gaiplik kararı verilmemiş kimse; gaip terimiyle ise, hakkında verilen gaiplik kararı kesinleşmiş olan kimse kastedilmektedir.

Gaiplik⁸ kavramıysa, hâkimin, şartları dâhilinde, ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kişinin ölmüş olabileceği yönünde karar vermesi olarak ifade edilebilir⁹.

B) GAIPLIĞIN ŞARTLARI

1. Medenî Kanunun Aradığı Olaylardan Birinin Mevcut Olması

Bir kişinin gaipliğine karar verilebilmesi için, her şeyden önce kanunun aradığı olaylardan en az birinin gerçekleşmesi gerekir (MK.m.32/1). Medenî Kanununun 32 nci maddesinin birinci fıkrasında gaiplik nedeni olarak iki ayrı olay düzenlenmiştir. Bunlar, “*ölüm tehlikesi içinde kaybolma*” ve “*uzun zamandan beri haber alınamama*”dır. Bu iki olay birbirinden bağımsız ve ayrı olup

⁸ Çelik'e göre, gaiplik terimi kaybolma kelimesine nazaran daha geniş bir anlam ifade ettiğinden ve yitklik terimi Türkçe'de fazla bir kullanım alanı bulmadığından Türk Medenî Kanunu hazırlandığı sırada gündelik dildeki kelimelere ağırlık verme eğilimi söz konusu olmasına rağmen gaiplik kurumunun adında değişikliğe gidilmemesi isabetlidir (bkz., agm. s. 99).

⁹ Ayan / Ayan, s. 179. Köprülü'ye göre gaiplik, yaşayıp yaşamadığı bilinmeyen, fakat pek muhtemelen ölmüş olan bir kişinin durumunu ifade eder (bkz., age, s. 250). Saymen'e göre gaiplik, bir kimsenin yaşayıp yaşamadığı hususunda şüphelerin olmasıdır (bkz., Ferit H. Saymen, Türk Medenî Hukuku, C. 2, Şahsın Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1960, s. 44-45).

bunlardan birinin mevcut olması hâlinde, şartları dâhilinde, bir kimsenin gaipliği istenebilir¹⁰.

a) Ölüm Tehlikesi İçinde Kaybolma

Ölüm tehlikesi içinde kaybolmanın gaiplik nedeni teşkil edebilmesi için, kaybolmanın büyük bir ölüm tehlikesi içinde gerçekleşmesi gerekir¹¹. Her ne kadar Medenî Kanununun 32 nci maddesinde büyük sıfatı kullanılsa da söz konusu maddeyi karşılayan kaynak İsviçre Medenî Kanununun 35 inci maddesinin Almanca metni büyük bir ölüm tehlikesi (hoher Todesgefahr)

¹⁰ Ahmet M. **Kılıçoğlu**, Medeni Hukuk Temel Bilgiler, 5. Baskı, Ankara 2015, s. 135; Aydın **Zevkililer** / M. Beşir **Acabey** / K. Emre **Gökyayla**, Zevkililer Medenî Hukuk, 6. Baskı, Ankara 1999, s. 573; Mustafa **Dural** / Tufan **Öğüz**, Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, C. 2, 16. Baskı, İstanbul 2015, s. 30; M. Kemal **Oğuzman** / Özer **Seliçi** / Saibe **Oktay – Özdemir**, Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, 15. Baskı, İstanbul 2015, s. 29; Yıldız **Abik**, Gaipliğin Nişanlılık Üzerindeki Etkisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54 S. 2, 2005, s. 153-181, s. 159; Mustafa **Dural**, Türk Medenî Hukukunda Gerçek Kişiler, İstanbul 1984, s. 32; Selâhattin Sulhi **Tekinay**, Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 1992, s. 214; Ergun **Özsunay**, Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, 4. Baskı, İstanbul 1979, s. 225; Cahit **Oğuzoğlu**, Medenî Hukuk, Şahsın Hukuku, 5. Baskı, Ankara 1963, s. 231; Zahit **İmre**, Medeni Hukuka Giriş (Temel Kavramlar, Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku), 3. Baskı, İstanbul 1980, s. 504; Feyzi N. **Feyzioğlu** / Ümit **Doğanay** / Aydın **Aybay**, Medenî Hukuk Dersleri, C. 1, 2. Baskı, İstanbul 1973, s. 62; Cumhuriyet **Rüzgaresen**, Gaip Borçlunun İflâsı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 61, S. 4, 2012, s. 1369-1406, s. 1370; Ahmet M. **Kılıçoğlu**, Medeni Hukuk, Temel Kavramlar – Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku, Ankara 2016, s. 210-211; Bilge **Öztaş**, Medenî Hukuk'un Temel Kavramları, 40. Baskı, Ankara 2015, Ali Naim **İnan**, İnan Türk Medeni Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014, s. 116; **Göktürk**, s. 164; **Akipek / Akıntürk / Ateş**, s. 254. 2.HD. 30.06.1966, E.3835 K.3841, "... Medenî Kanunumuzun 31 inci maddesine göre gaiplik kararına iki yoldan ulaşmak söz konusu olabilir. 32 nci maddede dahi açıklandığı üzere ölüm tehlikesi içerisinde gaip olan hakkında bir sene, kendisinden hayli zamandır haber alınamayan kimseler hakkında ise son haber tarihinden itibaren beş senenin geçmesi gerekir. İşte bu iki ayrı şart tahakkuk eden bütün hallerde ilgililer, gaip durumunda olan kimse hakkında mahkemedan gaiplik kararı verilmesini isteyebilirler. ..." (Hilmi **Yazıcı** / Hasan **Atasoy**, Şahıs, Aile ve Miras Hukukunda Yargıtay Tatbikatı 1952-1970, Ankara 1970, s. 53); 2.HD. 18.03.1976, E.1976/2146 K.1976/2380 (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 19.09.2017).

¹¹ **Tekinay**, s. 214; **Dural / Öğüz**, s. 31; **Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir**, s. 30; **Dural**, s. 32; **Abik**, s. 160; **Özsunay**, s. 225; **Köprülü**, s. 254; **Göktürk**, s. 164.

içinde kaybolmadan söz eder¹². Bu nedenle, her tehlikeli olay içerisinde kaybolma bir kimsenin gaipliği için yeterli olmayıp kaybolmanın büyük bir ölüm tehlikesi içinde gerçekleşmesi gerekir. Aksi hâlde, uzun zamandan beri haber alınamama nedenine dayalı gaiplikle ölüm tehlikesi içinde kaybolma nedenine dayanan gaiplik arasındaki fark ortadan kalkabilir¹³.

Ölüm tehlikesi, kişinin içinde kayb olduğu durumun ölüm sonucunu doğurması ihtimalinin kuvvetle muhtemel olmasına yol açan tehlikelerdir¹⁴. Medenî Kanunda kaybolan kimsenin ölümü sonucunu doğurabilecek tehlikeler tahdîdî olarak düzenlenmemiş olup genel olarak ölüm tehlikesi içinde kaybolmadan bahsedilmiştir¹⁵. Bu yüzden hâkim, somut olaya göre ölüm tehlikesinin mevcut olup olmadığını takdir eder¹⁶. Ölüm tehlikesi içinde kaybolmaya örnek olarak, savaş ya da savaş benzeri hareketlere katılma ve tehlikeli alanda kaybolma, denizde yolculuk sırasında ve özellikle geminin batması sonucunda kaybolma, uçak kazasında kaybolma, deprem esnasında kaybolma, yangın esnasında kaybolma örnek olarak gösterilebilir. Fakat bu olaylar sonucu kaybolmanın gaiplik nedeni teşkil edebilmesi için söz konusu olaydan kurtulan kişilerin olması gerekir. Aksi takdirde, bu olaylar ölüme kesin gözüyle bakılan bir durum teşkil edebilir.

Ölüm tehlikesi, başlangıçta olabileceği gibi sonradan da ortaya çıkabilir¹⁷. Meselâ, normal seyrinde devam eden deniz yolculuğu sırasında ansızın hava bozar ve akabinde deniz kasırgası başlarsa, sonradan ortaya çıkan ölüm tehlikesinden bahsedilebilir.

¹² **Abik**, s. 160, dn.43; **Tekinay**, s. 214-215; **Dural / Ögüz**, s. 31; **Köprülü**, s. 254, dn.27; **Dural**, s. 32; **Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir**, s. 30; **Özsunay**, s. 225; **Çelik**, s. 102.

¹³ **Tekinay**, s. 215; **Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir**, s. 30.

¹⁴ Ayşe **Arat**, Gerçek Kişilerde Kişiliğin Sona Ermesi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi, C. 9, S. 1-2, 2006, s.257-275, s. 267; **Özsunay**, s. 225; **Dural / Ögüz**, s. 31; **Dural**, s. 32.

¹⁵ **Özsunay**, s. 226.

¹⁶ Hıfzı Veldet **Velidedeoğlu**, Türk Medenî Hukuku, C. 1, Şahsın Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 1956, s. 132; **Feyzioğlu / Doğanay / Aybay**, s. 63; **Rüzgaresen**, s. 1372; **Çelik**, s. 101.

¹⁷ **Özsunay**, s. 226.

Bir kimsenin gaipliğine karar verilebilmesi için, kaybolanın, ölüm tehlikesine yol açan somut bir olayla karşı karşıya gelmesi gerekmektedir; onun, içinde ölüm tehlikesi saklı olan bir durumda bulunması yeterlidir¹⁸. Meselâ, kaybolanın deniz kazası sonucu içinde bulunduğu gemisinin batması birinci hâle; Kuzey Sentinel Adasında yaşayan ve tehlikeli olmalarıyla ünlü Sentinel Kabilesi hakkında antropolojik inceleme yapmaya gitmesi ikinci hâle örnek gösterilebilir.

b) Uzun Zamandan Beri Haber Alınamama

Bir kişinin gaipliğine karar verilebilmesi için, kanunun aradığı olaylardan ikincisi uzun zamandan beri haber alınamamadır (MK.m.32/l). Medenî Kanunun 32 nci maddesinin birinci fıkrasında bu husus, “*kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan*” şeklinde ifade edilmiştir. Uzun zamandan beri haber alınamama hâlinde kişi genellikle bulunması gereken yerlerde bulunmamaktadır. Bu kişinin nerede bulunduğu bilinmediği gibi kendisinden de uzun zamandan beri haber alınamamaktadır.

Medenî Kanunun 32 nci maddesinin birinci fıkrasında uzun zamandan beri haber alınamamanın gaiplik nedeni oluşturabilmesi için özel bir tehlike aranmasa da uzun zamandan beri haber alınamayan kimsenin gaipliğine karar verilebilmesi için, bu haber almamanın kişinin yaşayıp yaşamadığını kuşkulu hâle getirmesi gerekir¹⁹. Bu nedenle, gaipliği istenen kişinin sadece bulunduğu yerin bilinmemesi gaiplik nedeni değildir²⁰. Meselâ, mektup yazma alışkanlığı

¹⁸ Özsunay, s. 226; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, s. 30. Bkz., 1.HD. 02.11.1992, E.1992/9384 K.1992/12571, “... Gaiplik dosyasında miras bırakanın yaşlı olup, makul surette hareket etme yeteneğinden yoksun bulunduğu, evinin yolunu dahi şaşırıldığı, gözönünde tutularak MK.nun 31. maddesi gereğince ölüm tehlikesi içerisinde kaybolduğunun kabulü ile gaipliğine 2.11.1990 tarihinde karar verilmiştir. ...” (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 19.09.2017).

¹⁹ Serap Helvacı, Gerçek Kişiler, 7. Baskı, İstanbul 2016, s. 37; Hasan Erman, Medenî Hukuk Dersleri, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2016, s. 186; Arat, s. 267; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, s. 29, dn. 77; Abik, s. 159, dn. 38; Tekinay, s. 215; Köprülü, s. 255; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, s. 574.

²⁰ İhsan Tarakcioğlu, Türk Medenî Hukuku, Genel Esaslar - Başlangıç Maddeleri - Şahsın Hukuku - Aile Hukuku, Ankara 1978, s. 126; Dural / Öğüz, s. 31; Köprülü, s. 255; Günay, s. 91; İmre, s. 505; Tekinay, s. 215; Feyzioğlu / Doğanay / Aybay, s. 63; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, s. 29; Abik, s. 160; Zevkliler / Acabey / Gökyayla,

olmayan bir işçinin yabancı ülkeye çalışmak üzere gitmesi ve kendisinden uzun zamandan beri haber alınamaması gaiplik nedeni teşkil etmez iken yabancı ülkeye yüksek lisans yapmaya giden ve düzenli olarak ailesiyle internet üzerinden görüntülü konuşan bir kişiden uzun zamandan beri haber alınamaması gaiplik nedeni teşkil eder.

Medenî Kanununun 32 nci maddesinin birinci fıkrasında “kendisinden” uzun zamandan beri haber alınamayan kimseden bahsetse de haberin mutlaka haber alınamayan kişiden gelmesi gerekli değildir. O kişi ile ilgili olarak başkaları tarafından haber alınması hâlinde de kişinin gaipliğine karar verilemez²¹. Zira, haber alınamama şartı gerçekleşmemiştir. Meselâ, aynı

s. 575-576; **Saymen**, s. 49; **Dural**, s. 33; **Çelik**, s. 98, 105; **Rüzgaresen**, s. 1373. Aynı yönde bkz., 2.HD. 02.12.1968, E.6517 K.6829, “... Medenî Kanununun 31 inci maddesiyle hakları ölüme bağlı kimsenin gaipliğine karar istenebilmesi için o şahsın ölüm tehlikesi içinde gaip olması veya çoktan beri kendisinden haber alınamaması ve bu hallerin ölümü pek muhtemel kılması gerekir. Dâva tarihine nazaran İlya’dan 14 seneden beri haber alınmadığı ve 19 yaşında yani askerlik çağında iken evini terk eylediği anlaşılmaktadır. Şu hale göre, olayda (çoktanberi) şartı tahakkuk etmiş sayılamaz. Kaldı ki, Toplanan deliller ve dinlenen şahit ifadelerinde, İlya’nın (ölümünün pek muhtemel olduğu yolunda) herhangi bir bilgi verilmemiş ve bu yolda bir olay ileri sürülmemiştir. Yani maddenin kabul eylediği anlamda ölüm karinesinin mevcudiyeti iddia ve ispat edilmiş değildir. Şu halde 31 inci maddenin kasdeylettiği anlamda kanunî şart ve unsurların tekemmül etmediği düşünülmeden yazılı şekilde gaipliğe hüküm tesisi isabetsiz görüldüğünden hükmün açıklanan sebeplerle bozulmasına. ...” (**Yazıcı / Atasoy**, s. 52-53); 2.HD. 15.10.2012, E.2011/11685 K.2012/24677. Buna karşılık, **Birsen**’e göre, ölüm tehlikesi olmaksızın bir kimsenin kaybolması hâlinde de adi gaiplik bulunduğundan bu kimsenin gaipliğine karar verilebilir (bkz., Kemaleddin **Birsen**, *Medenî Hukuk Dersleri, Umumî Esaslar – Şahsın Hukuku – Aile Hukuku*, İstanbul 1954, s. 178). Fakat, bu görüşe katılmak isabetli değildir. Çünkü, kaybolan kimsenin yaşayıp yaşamadığı kuşkulu değilse, o kimsenin gaipliğine karar verilemez. Zira, çevresinden nefret eden bir kimsenin yakınlarına haber vermeden yeni bir hayata başlamak için başka bir ülkeye gitmesi olağandır. Bu nedenle, sırf bir kimseden haber alınamıyor diye o kimsenin gaipliğine karar verilemez. Medenî Kanununun 32 nci maddesinin birinci fıkrasında da hem ölüm tehlikesi içinde kaybolan hem de kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan kimsenin “ölümü hakkında kuvvetli olasılık” olması kaydıyla gaipliğine karar verilebileceği düzenlemiştir.

²¹ **Arat**, s. 268; **Dural / Ögüz**, s. 31; **Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir**, s. 29; **Ayan / Ayan**, s. 180; **Velidedeoğlu**, s. 133; **Abik**, s. 159; **Dural**, s. 33; **Zevkliler / Acabey / Gökayla**, s. 575; **Özsunay**, s. 227; **Rüzgaresen**, s. 1372-1373; **Çelik**, s. 104; **Helvacı**, s.

mahalleden iki işçi yabancı ülkeye çalışmaya giderler. İşçilerden biri mektup yazmazken; diğer işçi ailesi ile düzenli olarak mektuplaşır ve mektuplarında mahalle arkadaşından da bahseder. Bu durumda, mektup yazmayan işçi hakkında gaiplik kararı alınamaz²².

Ayrıca, uzun zamandan beri haber alınamamanın gaiplik nedeni oluşturması için, haber alınamamanın kesintisiz olması gerekir. Zira, kaybolandan arada sırada haber alınması gaiplik kararı verilmesine engel teşkil eder²³. Meselâ, izini kaybettirmek için sık sık yer değiştiren bir kimsenin daha önceden bulunduğu yerlerin saptanması hâlinde bu durum uzun zamandan beri haber alınamama olarak değerlendirilemez ve bu nedenle kaybolan kişinin gaipliğine karar verilemez. Bununla birlikte, gaipten haber alınması yeni bir gaiplik sürecinin başlamasına engel değildir²⁴. Meselâ, çıkmış olduğu gemi yolculuğu esnasında zengin bir yolcu, Karasakal olarak adlandırılan korsan tarafından kaçırılır ve uzun süre yolcunun yakınları yolcudan haber alamazlar. Ardından, Karasakal'ın zorlaması sonucunda yolcu yurt dışındaki bir bankadan tüm parasını çeker. Bu durum, yolcunun yaşadığı anlamına gelir. Bu tarihten sonra da yolcudan haber alınamazsa beş yıllık sürenin başlangıcı yolcudan en son haberin alındığı tarih olan paranın çekildiği tarihtir.

2. Belirli Bir Sürenin Geçmiş Olması

Bir kişinin gaipliğine karar verilebilmesi için gerekli olan şartlardan bir diğeri de belirli bir sürenin geçmiş olmasıdır²⁵. Zira, ölümünü kuvvetle muhtemel gösteren olay içerisinde kaybolan kimsenin yaşıyor olması az da olsa ihtimal dâhilindedir. Fakat, bu kimselerin yaşadığına ilişkin ihtimal her

37; **Öztañ**, Temel Kavramlar, s. 230. YHGK. 16.05.2007, E.2007/2-276 K.2007/278, "... Çoktan beri haber alınamama konusunda ise, gelecek haberin mutlaka kaybolanın gönderdiği bir haber olması gerekmeyip; başkasından gelen haberlerin de, söz konusu şahsın gaip olmadığına gösterge teşkil ettiği açıktır. ..." (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 19.09.2017). Ayrıca bkz., 2.HD. 17.06.1952, E.3997 K.3502 (**Yazıcı / Atasoy**, s. 57).

²² **Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir**, s. 29.

²³ **Ayan / Ayan**, s. 180; **Zevkliler / Acabey / Gökyayla**, s. 575.

²⁴ **Rüzgaresen**, s. 1387, dn. 74.

²⁵ **Ayan / Ayan**, s. 180; **Günay**, s. 93; **Akipek / Akıntürk / Ateş**, s. 255; **Göktürk**, s. 164; **Kılıçoğlu**, *Kişiler*, s. 211; **Kılıçoğlu**, *Temel Bilgiler*, s. 136; **İnan**, s. 117.

geçen gün azalmaktadır. Kanun koyucu da kaybolanın geri dönebileceği ihtimalini dikkate alarak gaiplik kararının verilebilmesi için belirli bir sürenin geçmiş olmasını aramıştır. Fakat, kanun koyucu bu süreleri gaiplik nedenine göre değişiklik gösterecek şekilde düzenlemiştir²⁶. Çünkü, gaiplik nedenleri olan ölüm tehlikesi içinde kaybolma ile uzun zamandan beri haber alınamama hâllerinde kaybolanın ölmüş olma ihtimali aynı değildir. Bu yüzden, ölüm tehlikesi içinde kaybolma hâlinde süre, uzun zamandan beri haber alınamamaya göre daha kısadır.

Gerçekten ölüm tehlikesi içinde kaybolma hâlinde geçmesi gereken süre, en az bir yıldır (MK.m.33/1)²⁷. Medenî Kanunda düzenlenen bir yıllık süre asgarî olduğu için, gaibin geri döneceğinden ümitli olanların daha uzun süre beklemesine bir engel yoktur. Zira, bir yıllık süre dolduktan sonra ne kadar süre geçerse geçsin, hakları ölüme bağlı olan ilgililer, diledikleri zaman kişinin gaipliği için mahkemeye başvurabilirler²⁸. Bir yıllık süre, tehlikeyi yaratan olayın gerçekleşmesinden veya tehlikeli durumun sona ermesinden itibaren hesaplanır²⁹. Buna göre, ölüm tehlikesi içeren olay devamlılık arz etmiyorsa, süre, tehlikeyi yaratan olayın gerçekleşmesiyle başlar. Meselâ, tehlikeli olay bir uçağın düşmesi ise, uçağın düştüğü tarih sürenin başlangıcı olacaktır. Buna karşılık, ölüm tehlikesi içeren olay devamlılık arz ediyorsa, süre, tehlikeli olayın

²⁶ Kılıçoğlu, Temel Bilgiler, s. 136; Günay, s. 93; Tekinay, s. 216; Birsen, s.180; Abik, s. 160; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 255-256; Çelik, s. 106; Kılıçoğlu, Kişiler, s. 211.

²⁷ Arat, s. 268; Öztan, Temel Kavramlar, s. 230; Kılıçoğlu, Temel Bilgiler, s. 137; Saymen, s. 47; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, s. 30; Ayan / Ayan, s. 180; Tarakcıoğlu, s. 126; Dural, s. 33; Tekinay, s. 215; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, s. 574; Velidedeoğlu, s. 131; İmre, s. 505; Birsen, s. 179; Göktürk, s. 164; Abik, s. 161; Oğuzoğlu, s. 232; Günay, s. 93; Feyzioğlu / Doğanay / Aybay, s. 63; Köprülü, s. 254; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 256; Dural / Öğüz, s. 32; Arsebük, s. 178, dn.46; Rüzgaresen, s. 1373; Helvacı, s. 37; Erman, s. 186; Kılıçoğlu, Kişiler, s. 211; İnan, s. 117.

²⁸ Saymen, s. 48; Çelik, s. 104.

²⁹ Kılıçoğlu, Temel Bilgiler, s. 136; Velidedeoğlu, s. 131; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, s. 30; Dural, s. 33; Ayan / Ayan, s. 180; Göktürk, s. 164; Tarakcıoğlu, s. 126; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, s. 574; Birsen, s. 180; Tekinay, s. 215; Günay, s. 93; Saymen, s. 47; Köprülü, s. 254; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 256; Dural / Öğüz, s. 32; Oğuzoğlu, s. 232; Abik, s. 161, dn.46; İmre, s. 505; Arsebük, s. 178, dn.46; Rüzgaresen, s. 1373; Çelik, s. 103; Kılıçoğlu, Kişiler, s. 211; Öztan, Temel Kavramlar, s. 231; İnan, s. 117.

sona ermesinden itibaren başlar. Meselâ, ölüm tehlikesi içeren tehlikeli olay tsunami ise ve tsunami iki gün sürmüştü, süre, tehlikeli olayın sona ermesinden itibaren başlamalıdır.

Uzun zamandan beri haber alınamama hâlinde geçmesi gereken süre ise en az beş yıldır (MK.m.33/l)³⁰. Beş yıllık süre, son alınan haber tarihten itibaren hesaplanır³¹. Meselâ, yurt dışına yüksek lisans yapmaya giden bir kimsenin son mektubu ailesine 01.01.2000 tarihinde ulaşır. Fakat, yapılan incelemeler sonucunda uzun zamandan beri haber alınamayan kimsenin 01.01.2000 ile 20.01.2000 tarihleri arasında yurtda kaldığı ve 20.01.2000 tarihinden sonra yurda gelmediği tespit edilirse, beş yıllık süre 20.01.2000 tarihinden itibaren başlayacaktır.

Söz konusu beş yıllık sürenin başlangıcı olarak son haberin ulaştığı anı değil, gönderildiği anı esas almak gerekir³². Meselâ, yurt dışına çalışmaya giden kimse en son mektubunu 01.01.2017 tarihinde kargoya verir fakat mektup Türkiye’de bulunan ailesine 01.02.2017 tarihinde ulaşır, beş yıllık süre 01.01.2017’den itibaren başlar. Eğer, gönderilme tarihi belirlenemiyorsa,

³⁰ Arat, s. 268; Kılıçoğlu, Temel Bilgiler, s. 136; Velidedeoğlu, s. 133; Tarakcioğlu, s. 126; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, s. 30-31; Göktürk, s. 164; Dural, s. 33; Özsunay, s. 227; Köprülü, s. 256; Saymen, s. 49; Birsen, s. 179; Ayan / Ayan, s. 180; Abik, s. 160-161; Dural / Öğüz, s. 32; Tekinay, s. 216; İmre, s. 504-505; Feyzioğlu / Doğanay / Aybay, s. 64; Zevkililer / Acabay / Gökyayla, s. 576; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 256; Günay, s. 93; Oğuzoğlu, s. 232; Arsebük, s. 178, dn.46; Rüzgaresen, s. 1373; Çelik, s. 106; Helvacı, s. 38; Erman, s. 186; Kılıçoğlu, Kişiler, s. 211; Öztan, Temel Kavramlar, s. 231; İnan, s. 117. Ayrıca bkz., 2.HD. 23.03.2009, E.2008/18048 K.2009/5250, (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 19.09.2017).

³¹ Öztan, Temel Kavramlar, s. 231; Kılıçoğlu, Temel Bilgiler, s. 136; İmre, s. 504; Tarakcioğlu, s. 126; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 256; Tekinay, s. 216; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, s. 30-31; Ayan / Ayan, s. 180; Dural, s. 33; Dural / Öğüz, s. 32; Saymen, s. 50; Birsen, s. 179-180; Zevkililer / Acabay / Gökyayla, s. 576; Oğuzoğlu, s. 232; Velidedeoğlu, s. 133; Abik, s. 160-161; İnan, s. 117; Feyzioğlu / Doğanay / Aybay, s. 64; Özsunay, s. 227; Göktürk, s. 164; Günay, s. 93; Arsebük, s. 178, dn.46; Rüzgaresen, s. 1373; Çelik, s. 106; Helvacı, s. 38; Erman, s. 186; Kılıçoğlu, Kişiler, s. 211.

³² Köprülü, s. 256; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, s. 31; Abik, s. 160, dn.45; Saymen, s. 50; Rüzgaresen, s. 1373; Çelik, s. 106.

beş yıllık sürenin haberin ulaşma tarihinden itibaren başlaması gerekir³³. Bununla birlikte hâkim, beş yıllık süre geçse de uzun zamandan beri haber alınamayan kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık takdir etmezse gaipliğe karar vermez³⁴.

3. Ölümün Kuvvetle Muhtemel Görünmesi

Medenî Kanunun 32 nci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen “ölüm tehlikesi içinde kaybolma” ve “uzun zamandan beri haber alınamama” olaylarının gaiplik nedeni teşkil edebilmesi için, bu olayların kişinin ölmüş olabileceği ihtimalini güçlendirmesi gerekir (MK.m.32/1). Bu nedenle, sadece kanunun öngördüğü olaylardan birinin gerçekleşmiş olması kişinin gaipliği için yeterli değildir³⁵.

Ayrıca, bir kimsenin gaipliğine karar verilebilmesi için ölüm tehlikesinin bu tehlike içinde kaybolan kimsenin ölümünü kesin değil kuvvetle muhtemel kılması gerekir. Böyle bir durumda, kişinin ölmesi kadar yaşaması da ihtimal dâhilindedir³⁶. Bu nedenle, bir olayda ölüm tehlikesi içinde kaybolma nedenine dayalı gaipliğin mi yoksa ölüm karinesinin mi olduğuna hâkim karar verir³⁷.

³³ Rüzgaresen, s. 1373.

³⁴ Feyzioglu / Doğanay / Aybay, s. 64; İmre, s. 505.

³⁵ Abik, s. 160; Ayan / Ayan, s. 180; Helvacı, s. 36.

³⁶ Tekinay, s. 214; Zevkililer / Acabey / Gökyayla, s. 573-574; Oğuzman / Selici / Oktay – Özdemir, s. 29; Dural / Ögüz, s. 31; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 255; Abik, s. 159; Dural, s. 32; Günay, s. 92; Saymen, s. 46-47; Köprülü, s. 252-253; İmre, s. 505; Feyzioglu / Doğanay / Aybay, s. 62-63; Tarakcioğlu, s. 126; Ayan / Ayan, s. 180; Çelik, s. 102.

³⁷ İsviçre Federal Mahkemesi 12.12.1930 tarihli bir kararında hakları ölüme bağlı olan kimselerin kaybolan hakkında ölü kaydı düşürmek istemelerine karşın kaybolanın gaipliğine vermiştir. Söz konusu olayda, Frau açık denizde gitmekte olan gemide kabininden uzun süre çıkmamıştır. Kabinin kapısının da kilitli olduğu anlaşınca kapı kırılmıştır. Penceresinin de açık olduğu görülünce intihar kastı ile pencereden atladığı kaptan tarafından tespit olunmuş ve bu nedenle Frau'nun hakları ölüme bağlı olan kimseleri İsviçre'de Frau hakkında ölü kaydı düşürmek için mahkemeye başvurmuşlardır. Mahkeme ise, kapının sürgüsünün dışarıdan da kilitlenmiş olabileceğini, kaldı ki kapının içeriden kilitlendiği ve Frau'nun denize atladığı bir an düşünülse bile yüzmeyi iyi bilen Frau'nun bir adaya ulaşmasının veya açık denizde gitmekte olan başka bir gemi tarafından kurtarılmış olabileceğinin ihtimal dâhilinde

4. İlgililerin Talepte Bulunması

Bir kişinin gaipliğine karar verilebilmesi için, gerekli olan diğer bir şart ilgililerin³⁸ talepte bulunmasıdır. Zira, ilgililer talepte bulunmadan hâkim kendiliğinden gaipliğe karar veremez³⁹. Medenî Kanununun 32 nci maddesinin birinci fıkrasında ilgililer, “*hakları bu ölüme bağlı olan kimseler*” şeklinde ifade edilmiştir. Hakları ölüme bağlı olan kimseler ise, kaybolanın gaipliğine karar verilmesi hâlinde çeşitli haklar kazanacak veya bu haklarını ileri sürebilecek ya da bir yükümlülükten kurtulacak olanlardır⁴⁰.

Medenî Kanununun gaipliğe ilişkin hükümlerinde ilgililer tahdîdî olarak belirtilmemiştir. Bu nedenle, kaybolan kişinin gaipliğini talep edenin Medenî

olduğunu ve bu nedenle de Frau'nun gaipliğine hükmedilmesine karar vermiştir. Bkz., BGE. 56 I 546 (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c1056546.pdf>, Erişim Tarihi: 11.01.2017). Ayrıca bkz., **Velidedeoğlu**, s. 132, dn.25; **Saymen**, s. 41; **Köprülü**, s. 244.

³⁸ Talepte bulunabilecek ilgililer davacı değildir. Zira, gaiplik kararının verilmesi çekişmesiz yargı işi olduğundan yargılamada davalı taraf bulunmamaktadır. Bu nedenle de, ilgilileri, davacı olarak nitelendirmek isabetli değildir. 743 sayılı eski Medenî Kanununun 94 üncü maddesinin ikinci fıkrasında gaiplik davasından bahsedilmekteydi. Fakat, bu düzenlemenin kaynak İsviçre Medenî Kanununun yanlış çevirisinden kaynaklandığı ifade edilmekteydi. Bu yanlış çeviri Medenî Kanununun 131 inci maddesinin ikinci fıkrasında gaiplik davası yerine gaiplik başvurusu denilmek suretiyle düzeltilmiştir. Aynı yönde bkz., **Çelik**, s. 107; **Arat**, s. 268, dn.41.

³⁹ **Ayan / Ayan**, s. 180; **Köprülü**, s. 253; **İmre**, s. 505; **Abik**, s. 161; **Saymen**, s. 52; **Akipek / Akıntürk / Ateş**, s. 256; **Zevkililer / Acabey / Gökyayla**, s. 576; **Çelik**, s. 108; **İnan**, s. 118; **Arat**, s. 268.

⁴⁰ **Oğuzman / Selici / Oktay – Özdemir**, s. 31; **Saymen**, s. 53; **Oğuzoğlu**, s. 232; **Abik**, s. 161; **Zevkililer / Acabey / Gökyayla**, s. 576; **Feyzioğlu / Doğanay / Aybay**, s. 64; **Rüzgaresen**, s. 1375; **Dural / Ögüz**, s. 256; **Kılıçoğlu**, *Kişiler*, s. 212, dn.328. Kiracının hakları ölüme bağlı olan kimselerden olmadığı hususu için bkz., 2.HD. 27.03.1973, E.1000 K.1933, “... Gaipliğin tespitine ilişkin davalar nizasız kazaya dahil olup dava hakkı da hakları gaiplik kararına bağlı kişilere aittir. Bunlar kanunî mirasçı, mansup mirasçı ve müsaleh gibi kişilerdir. Gaibin taşınmazında kiracı olarak oturan şahıs yukarıda açıklanan kişilerden olmadığı için doğrudan doğruya dava açamayacağı gibi, açılmış bir davaya asli müdahil olarak da katılamaz. Çünkü, kiracı ile kiralayan gaip arasındaki sözleşmesi şahsi borç doğuran ve halefiyet yoluyla mirasçılara intikal eden bir münasebettir. Onun için kiralayanın sağ veya gaip olması kiracının hukukuna tesir etmez. ...” (Hasan **Özkan**, *Açıklamalı – İctihatlı Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı, Gerçek Kişiler*, İstanbul 2015, s. 152-153).

Kanunun 32 nci maddesinin birinci fıkrasında “*hakları ölüme bağlı kimseler*” den olup olmadığını hâkim özenle takdir edecektir. Hâkim, kaybolanın gaipliğine karar verilmesini isteyen kişinin hakları ölüme bağlı kimselerden olup olmadığını takdir ederken gaipliğe karar verilmesini isteyen ilgili ile kaybolanın menfaatini dengede tutarak bir karar vermelidir⁴¹. Eğer, kaybolanın gaipliğine karar verilmesini talep eden kimsenin gaiplik kararı verilmesi hâlindeki menfaati, gaipliğine karar verilecek olan kimsenin menfaatine göre çok az ise hâkim talebi kabul etmemelidir. Burada, hâkim menfaat dengesini Medenî Kanunun 2 nci maddesinin ikinci fıkrasını göz önüne alarak sağlayabilir. Ayrıca, hâkim gerek görürse, gaiplik kararını talep eden şahsın bu karardaki menfaatini ispat etmesini de isteyebilir⁴².

Hakları ölüme bağlı olan kimselerin kapsamına gaibin eşi⁴³, kanunî ve atanmış mirasçılar⁴⁴, belirli mal vasiyeti alacaklıları⁴⁵, gaip ile birlikte mirasçı olanlar⁴⁶, gaip yüzünden mirasa katılamayacak olanlar⁴⁷, eşyası üzerinde gaip

⁴¹ Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 256. Akipek / Akıntürk / Ateş’e göre, gaiplik kararı gaibin menfaatlerine esaslı bir zarar teşkil ettiğinden hâkim hakları ölüme bağlı olan kimseleri belirlerken dar bir yoruma tâbi tutmalıdır (bkz., age., 256). Aynı yönde bkz., Abik, s. 161.

⁴² Oğuzoğlu, s. 233.

⁴³ Ayan / Ayan, s. 180; Tekinay, s. 218; Arat, s. 268; Velidedeoğlu, s. 133; Abik, s. 161; Dural, s. 34; Arsebük, s. 178; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, s. 577; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 256; Dural / Öğüz, s. 32; Rüzgaresen, s. 1375; Helvacı, s. 38; İnan, s. 118.

⁴⁴ Arat, s. 268; Kılıçoğlu, Temel Bilgiler, s. 136; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, s. 576-577; Tekinay, s. 218; Feyzioğlu / Doğanay / Aybay, s. 64; Velidedeoğlu, s. 133; Saymen, s. 53; İmre, s. 506; Özsunay, s. 227; Arsebük, s. 177, dn.39, 178; Oğuzoğlu, s. 232; Dural, s. 34; Abik, s. 161; Dural / Öğüz, s. 32; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 256; Ayan / Ayan, s. 180; Köprülü, s. 253; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, s. 31; Rüzgaresen, s. 1375; Çelik, s. 108; Helvacı, s. 38; Erman, s. 187; Kılıçoğlu, Kişiler, s. 212; Öztan, Temel Kavramlar, s. 231; İnan, s. 118.

⁴⁵ Arat, s. 268; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 256; İmre, s. 506; Tekinay, s. 218; Saymen, s. 53; Abik, s. 161; Dural, s. 34; Özsunay, s. 227; Arsebük, s. 177, dn.39, 178; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, s. 577; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, s. 31; Dural / Öğüz, s. 32; Ayan / Ayan, s. 180; Rüzgaresen, s. 1375; Çelik, s. 108; Helvacı, s. 38; Öztan, Temel Kavramlar, s. 231.

⁴⁶ Abik, s. 161; Rüzgaresen, s. 1375; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 256.

⁴⁷ Abik, s. 161; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 256; Rüzgaresen, s. 1375.

lehine sınırlı aynî hak kurulmuş olan kişi⁴⁸, vasiyeti yerine getirme görevlisi⁴⁹, hayat sigortası lehtar⁵⁰, gaip lehine bağışlayana dönme koşullu bağışlamada bulunanlar⁵¹, şartları dâhilinde vakıflar⁵², belirli şartlar altında Hazine

⁴⁸ **Ayan / Ayan**, s. 180; **Arat**, s. 268; **Feyzioğlu / Doğanay / Aybay**, s. 64; **Saymen**, s. 53; **Arsebük**, s. 178; **Zevkliler / Acabey / Gökyayla**, s. 577. Bunun için, söz konusu sınırlı aynî hakkın kaybolanın mirasçılarına geçişinin söz konusu olmaması gerekir. Meselâ (A), kaybolan (B) lehine taşınmazında intifa hakkı tesis etmiştir. Fakat (B), gaiplik nedeni teşkil eden olay içerisinde kaybolur. Bu hâlde taşınmaz maliki (A), (B)'nin gaipliğine karar verilmesini hâkimden isteyebilir. Zira, (B)'nin gaipliğine karar verilmesiyle birlikte (A), intifa hakkının terkinini talep edebilir (MK.m.796/l). Bu nedenle, (A)'nın hakkının (B)'nin ölümüne bağlı olduğu söylenebilir.

⁴⁹ **Ayan / Ayan**, s. 180; **Arat**, s. 268; **Zevkliler / Acabey / Gökyayla**, s. 577.

⁵⁰ **Saymen**, s. 53; **Tekinay**, s. 218; **Feyzioğlu / Doğanay / Aybay**, s. 64.

⁵¹ **Akipek / Akıntürk / Ateş**, s. 256; **Günay**, s. 161, dn.49; **Rüzgaresen**, s. 1375.

⁵² 2.HD. 23.06.1994, E.1994/4610 K.1994/6372, "... Vakfa ait iken "mülkiyeti mütesariflarına geçmiş olan gayrimenkullerde maliklerin Hazine'den başka varis bırakmadan ölümleri halinde, mülkiyet mahlulen vakfına rücu eder" (Vakıflar Kanunu 29/2). "Ölüme muallak haklar, tıpkı gaibin ölümü tebeyyün etmiş gibi kullanılır. Gaiplik kararı ölüm tehlikesi yahut son haber gününden itibaren hüküm ifade eder" (MK. 34). Davacı vakfın hakkı idaresi kayyım tevdi edilen malın malikinin hazineden başka mirasçı bırakmadan ölümüne muallak olduğuna göre, o kişinin öldüğünün veya gaip olduğunun belgelenmesi gerekir. Mahalle muhtarlığı belgesi malikin öldüğünün kabulü için yeterli değildir. Malikin nüfus siciline kayıtlı olduğu yer belirlenip, nüfus sicili getirilmeden, sicilde sağ gözüküyorsa ölüm kaydının işlenmesi gaip ise gaiplik kararı ile varislerini belirler veraset ilamı getirmesi için davacıya yetki ve mehil verilmeden, Medeni Kanununun 530. maddesi şartlarının oluşmadığıda gözetilmeden davacının dava hakkının bulunduğu kabul edilerek yazılı şekilde kayyım kararının kaldırılmasına ve taşınmaz malın satış parasının davacıya ödenmesine karar verilmesi doğru bulunmamıştır. ..." (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 11.09.2017).

(MK.m.530)⁵³, son yasal mirasçı olarak devlet⁵⁴, tartışmalı olmakla birlikte gaibin alacaklıları⁵⁵ ve vasi⁵⁶ girer.

⁵³ **Arat**, s. 268; **İnan**, s. 118; **Öztan**, Temel Kavramlar, s. 231; **Rüzgaresen**, s. 1375; **Zevkliler / Acabey / Gökyayla**, s. 577; **Feyzioğlu / Doğanay / Aybay**, s. 64; **Dural**, s. 35; **Oğuzoğlu**, s. 232-233; **Akipek / Akıntürk / Ateş**, s. 257; **Dural / Öğüz**, s. 32; **Saymen**, s. 53; **Özsunay**, s. 227-228; **Oğuzman / Selici / Oktay – Özdemir**, s. 31; **Tekinay**, s. 218; **Velidedeoğlu**, s. 133, dn.27; **Abik**, s. 161, dn.49; **Köprülü**, s. 253-254; **Günay**, s. 109; **Ayan / Ayan**, s. 181; **Çelik**, s. 108. 2.HD. 24.03.1992, E.1991/12645 K.1992/3477, “... hakları ölüme muallak olan kimselerin talebi üzerine hakim gaipliğe karar verebilir. Hayat ve mematı belli olmayıp da malları on seneden beri mahkeme marifetiyle idare edilen yahut mallarının bu suretle idaresi on seneden aşağı olmakla beraber yüz yaşını ikmal etmiş olan kimsenin gaipliğine hazinenin talebi üzerine hükmolunur. ...” (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 12.09.2017).

⁵⁴ **İnan**, s. 118; **Abik**, s. 161, dn.49; **Feyzioğlu / Doğanay / Aybay**, s. 64; **İmre**, s. 506, dn.8; **Saymen**, s. 53; **Akipek / Akıntürk / Ateş**, s. 256-257; **Rüzgaresen**, s. 1375.

⁵⁵ Öğretide gaibin alacaklılarının hakları ölüme bağlı olan kimselerin kapsamına girip girmeyeceği tartışmalıdır. Öğretideki bir görüşe göre, bu hak sadece büyük miktarda alacağı olanlara tanınmalıdır. Bkz., **Zevkliler / Acabey / Gökyayla**, s. 578. Öğretideki ikinci görüşe göre ise, kayıtsız şartsız bütün alacaklılara bu hakkı tanımak gerekir. Bkz., **Akipek / Akıntürk / Ateş**, s. 257; **Rüzgaresen**, s. 1375; **Çelik**, s. 108; **Öztan**, Temel Kavramlar, s. 231; **İnan**, s. 118. Alacağın miktarının büyük veya küçük oluşu hem ilgilinin hem de kaybolanın somut durumuna göre değişeceğinden ve bu konuda kesin bir ölçü verilemeyeceğinden dolayı alacaklıyı, hakları ölüme bağlı olan kimselerden kabul etmek gerekir. Fakat, burada da her hakkın kullanılmasında olduğu gibi ilgililer gaiplik başvurusunda bulunurken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Zira, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumadığından dürüstlük kuralına aykırı gaiplik başvurularını hâkim reddetmelidir. Meselâ, çok zengin bir iş adamı, gaibin kendisine 10 TL borcunun olduğunu ileri sürerek gaiplik başvurusunda bulunursa, hâkim bu talebi reddetmelidir. Çünkü, bu durum, hakkın açıkça kötüye kullanılması teşkil eder.

⁵⁶ Gaip olan kişinin vesayet altında olması hâlinde vasinin hakları ölüme bağlı olan kimselerden olup olmadığı hususu öğretide tartışmalıdır. Söz konusu tartışma için bkz., **Zevkliler / Acabey / Gökyayla**, s. 578; **Arat**, s. 268; **Oğuzman / Selici / Oktay – Özdemir**, s. 31; **Ayan / Ayan**, s. 181. Kanımızca, vasinin de vesayet altındaki kimsenin gaipliğine karar verilmesini isteyebileceği söylenebilir. Zira, vesayet altındaki kimsenin gaipliğine karar verilince mirası şartları dâhilinde mirasçılara geçer ve bu kimsenin kişiliği sona erer. Dolayısıyla, vesayetin vesayet altındaki kimselerin kişiliğini ve mallarını koruma amacı ortadan kalkar.

5. Mahkemenin Gaipliğe Karar Vermesi

Bir kimsenin gaip olarak kabul edilebilmesi için, mahkemenin bu kimsenin gaipliğine karar vermesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, bir kimsenin ölüm tehlikesi içinde kaybolmasının üzerinden ne kadar süre geçerse geçsin ya da bu kimseden ne kadar uzun süredir haber alınamıyor olursa olsun, mahkeme gaipliğe karar vermediği sürece gaiplikten beklenen sonuçlar etkisini göstermez⁵⁷.

a) Yetkili Mahkeme

Medenî Kanunda gaiplik kararının alınabilmesi bakımından özel bir yargılama usulü düzenlenmiştir. Kanunun 33 üncü maddesinin kenar başlığı da bunu doğrular niteliktedir. Özel bir yargılama usulünün düzenlenmesinin sebebi, gaiplik müessesinin kendisine özgü bir takım belirsizlikler barındırmasından kaynaklanır. Şu hâlde, yargılama usulüne yönelik genel kuralların yerine, Medenî Kanunun gaipliğe ilişkin özel yargılama usulünün; Medenî Kanunda eksiklik olduğu hâllerde ise, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun⁵⁸ ilgili hükümlerinin uygulanması gerekir⁵⁹.

Mahkemenin gaipliğe karar verebilmesi için, talebin yetkili mahkemeye yöneltilmiş olması gerekir. Bir kimsenin gaipliğine karar verilmesi talebi ise, çekişmesiz yargı işidir⁶⁰. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 384 üncü maddesine göre, “*Kanunda aksine düzenleme bulunmadıkça, çekişmesiz yargı işleri için talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi yetkilidir*”. Fakat, çekişmesiz yargı işi olan gaiplik bakımından Medenî Kanunda aksi yönde bir düzenleme bulunmaktadır. Gerçekten de Medenî Kanunun 32 nci maddesinin ikinci fıkrasına göre, “*yetkili mahkeme, kişinin Türkiye’deki son yerleşim yeri; eğer Türkiye’de hiç yerleşmemişse nüfus*

⁵⁷ **Ayan / Ayan**, s. 181; **Kılıçoğlu**, *Kişiler*, s. 212; **İnan**, s. 118.

⁵⁸ RG. 12.01.2011, S.27836.

⁵⁹ **Saymen**, s. 50.

⁶⁰ **Abik**, s. 162; **İmre**, s. 506; **Zevkliler / Acabey / Gökyayla**, s. 579; **Akipek / Akıntürk / Ateş**, s. 259; **Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir**, s. 32; **Çelik**, s. 107; **Erman**, s. 187; **İnan**, s. 118. 2.HD. 24.03.1992, E.1991/12645 K.1992/3477, “... Kişilerin gaip olduğunun hükmen tespiti yönündeki kararlar nizasız kaza çekişmesiz yargı işlemi niteliğindedir. ...” (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 13.09.2017).

sicilinde kayıtlı olduğu yer; böyle bir kayıt da yoksa anasının veya babasının bulunduğu yer mahkemesidir”.

Dolayısıyla, öncelikle yetkili mahkeme gaipliğine karar verilmesi istenen kişinin son yerleşim yeri mahkemesidir⁶¹. Kişinin Türkiye’de yerleşim yeri yoksa veya Türkiye’deki son yerleşim yeri tespit edilememişse, nüfus sicilinde kayıtlı olduğu yer mahkemesi yetkili olacaktır⁶². Kaybolan kimsenin Türkiye’deki son yerleşim yeri veya nüfusa kayıtlı olduğu yer tespit edilememişse, yetkili mahkeme, onun anasının veya babasının bulunduğu yer mahkemesidir⁶³. Gaipliği istenen kimsenin anasının ve babasının nüfusa kayıtlı olduğu yerin farklı olduğu durumlarda hakları ölüme bağlı olan kimselerin seçimlik hakka sahip olduğu ve gaipliği istenenin anasının veya babasının nüfusa kayıtlı olduğu yer mahkemesinden talepte bulunabilecekleri

⁶¹ **Arat**, s. 269; **Kılıçoğlu**, Temel Bilgiler, s. 136; **Abik**, s. 162; **Rüzgaresen**, s. 1375, dn.24; **Çelik**, s. 109; **Helvacı**, s. 38; **Kılıçoğlu**, Kişiler, s. 212; **Öztan**, Temel Kavramlar, s. 231; **İnan**, s. 119. Gerçekten de, bir kimsenin hayat faaliyetleri ve kişisel ilişkileri bakımından merkez olarak seçtiği yer olan yerleşim yerinde kendisini tanıyan ve en fazla bilgi sahibi olan insanların bulunması nedeniyle gaiplik kararının öncelikle kişinin Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesinden istenmesi mantıklıdır. Bkz., **Akipek / Akıntürk / Ateş**, s. 257; **Saymen**, s. 51; **Rüzgaresen**, s. 1375, dn.24; **Çelik**, s. 109-110.

⁶² Nüfus sicilinde kayıtlı olunan yer çoğunlukla gaipliği istenen kişinin doğduğu yerdir. Kanun koyucunun böyle bir düzenlemeye gitmesinin sebebi, gaipliği istenenin yerleşim yerinin olmaması hâlinde onu tanıyacak kimselerin en çok nüfus siciline kayıtlı olduğu yerde olacağını varsaymasıdır. Fakat, giderek artan şehirleşme ve nüfus artışı ile birlikte bu varsayımın gün geçtikçe pratik değerini kaybedeceği söylenebilir.

⁶³ 743 sayılı eski Medenî Kanununun 31 inci maddesinin ikinci fıkrasında gaipliği istenen kişinin Türkiye’deki son yerleşim yeri veya nüfusa kayıtlı olduğu yerin tespit edilememesi hâlinde, bu kimsenin babasının nüfusa kayıtlı olduğu yer mahkemesinin yetkili olduğu düzenlenmişti. Fakat, bu düzenleme, kadın-erkek arasındaki eşitliği zedelemekteydi. Ayrıca, düzenleme, çocuk ile baba arasında soybağının kurulamadığı durumlarda uygulanamamaktaydı. Özellikle, evlilik dışı doğan ve anasının nüfusuna kayıtlı çocuklar ile babası belli olmayan anasının nüfusuna kayıtlı çocukların kaybolması hâlinde bu kimseler babasının nüfusuna kayıtlı olmadığından, bu kimselerin babasının nüfus sicilinin kayıtlı olduğu yer mahkemesinden gaipliği talep edilemiyordu. Bu nedenle, söz konusu düzenlemenin “*anasının veya babasının kayıtlı bulunduğu yer mahkemesi*” şeklinde değiştirilmesinin isabetli olduğu söylenebilir.

söylenbilir⁶⁴. Medenî Kanununun 32 nci maddesinin ikinci fıkrasına göre yetkili mahkeme bulunmazsa, Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemeleri yetkili olacaktır⁶⁵.

b) Görevli Mahkeme

Mahkemenin gaipliğe karar verebilmesi için, talebin görevli mahkemeye yöneltilmiş olması gerekir. Gaipliğe karar verebilecek olan görevli mahkeme ise Medenî Kanunda düzenlenmemiştir. Bu nedenle, hangi mahkemenin görevli olduğu hususunu 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre çözmek gerekir. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun⁶⁶ yürürlükte bulunduğu dönemde gaipliğe karar verecek olan mahkeme asliye hukuk mahkemesiydi. Bu dönemde, asliye hukuk mahkemelerinin görevi asıl iken; sulh hukuk mahkemelerinin görevi istisnaydı. Ayrıca, gaiplik kararının sulh hukuk mahkemesinin görevine gireceği açıkça düzenlenmemiştir. Bu nedenle, gaiplik kararının verilmesi bakımından görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesiydi⁶⁷.

01.10.2011 tarihinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkemenin aksine bir düzenleme olmadığı sürece sulh hukuk mahkemesi olacağı düzenlenmiştir (HMK.m.382/II,a,4; 383). Şu hâlde, gaiplik kararının verilmesi de çekişmesiz yargı işi olduğundan görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi olduğu söylenebilir (HMK.m.382/II,a,4; 383)⁶⁸. Buna karşılık, Medenî Kanununun 588 nci maddesine dayanan gaipliğe karar verilmesi ve gaibin mirasının devlete geçmesi istemli davalarda görevli mahkeme

⁶⁴ Çelik, s. 110.

⁶⁵ Arat, s. 269; Dural, s. 35; Abik, s. 162, dn.52; Ayan / Ayan, s. 181; Dural / Ögüz, s. 33; Helvacı, s. 38; Öztan, Temel Kavramlar, s. 231.

⁶⁶ RG. 2,3,4.7.1927, S.622, 623, 624.

⁶⁷ 20.HD. 22.06.2016, E.2016/5602 K.2016/7375, "... sulh hukuk mahkemesinin görevinin istisna asliye hukuk mahkemesinin görevinin asıl olduğunu ..." (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 13.09.2017).

⁶⁸ Ayan / Ayan, s. 181; Helvacı, s. 38; İnan, s. 119. 20.HD. 29.03.2016, E.2015/16194 K.2016/3647, "... 4721 sayılı TMK'nın 32 ve devamı maddelerine dayalı olarak açılan gaiplik davalarında görevli mahkeme, HMK'nın 382/2-(a/4). maddesi uyarınca, sulh hukuk mahkemesidir. ..." (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 14.09.2017).

Yargıtay'a göre, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 2 nci maddesine gereğince asliye hukuk mahkemeleridir⁶⁹.

c) İlân

Bir kimsenin ölüm tehlikesi içinde kaybolması veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamaması ve gerekli sürelerin de geçmesi hâlinde hakları ölüme bağlı olan kimselerin yetkili ve görevli mahkemeye başvurması gaipliğe karar verilmesi için yeterli değildir. Medenî Kanunun gaipliğe ilişkin hükümleri hakları ölüme bağlı olan kimseler ile gaipliği istenen arasında menfaat dengesi gözettiğinden hâkimin gaip lehine olan ilân yoluna başvurması gerekir. Zira, ilânın amacı gaipliğine karar verilecek kişi hakkında bilgisi olan kimselerin mahkemeye başvurmalarını sağlamaktır⁷⁰. Aynı zamanda ilân, gaipliği istenen kişinin de durumdan haberdar olmasını sağlar. Zira, gaiplik kararı verildikten sonra temelde gaibin aleyhine olan önemli sonuçlar ortaya çıkar. Bu nedenle, kaybolan kimseye hayattaysa bir an önce ortaya çıkması ilân ile duyurulur⁷¹. İlân yapılmasının diğer bir amacı ise, gaipliği istenenin mirasında hakkı olan kimselerin durumdan haberdar edilmesini sağlamaktır⁷².

Hâkim, gaipliği istenenin durumu öğrenmesi veya gaipliğine karar verilmesi istenen kişi hakkında bilgisi olanların mahkemeye başvurmaları için belirli bir süre belirleyerek en az iki defa ilân yapar⁷³. Hâkim ilân süresini takdir

⁶⁹ YHGK. 06.05.2015, E.2013/2096 K.2015/1304, "... Görüldüğü üzere davacı Hazine vekilince, HMK 382/2-a-4 maddesi uyarınca çekişmesiz yargı işi olan gaiplik istemi yanında, gaibin mal varlığının da hazineye devri isteminde de bulunmuş olup bu istem TMK'nun 588. maddesi kapsamında kalmaktadır. Bu hali ile davacı isteminin HMK'nun 2. maddesi kapsamında kaldığının kabulü dolayısıyla da davada görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi olduğu tartışmasızdır. ..." (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 15.09.2017).

⁷⁰ Arat, s. 269; Kılıçoğlu, Temel Bilgiler, s. 137; Oğuzoğlu, s. 232; Dural, s. 35; Arsebük, s. 178; Saymen, s. 54; İmre, s. 506; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, s. 579; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 258; Dural / Öğüz, s. 33; Rüzgaresen, s. 1374, dn.22; Helvacı, s. 39; Kılıçoğlu, Kişiler, s. 212; Öztan, Temel Kavramlar, s. 231.

⁷¹ Çelik, s. 112.

⁷² Zevkliler / Acabey / Gökyayla, s. 579; Abik, s. 162, dn.55; Arat, s. 269; Çelik, s. 112.

⁷³ Arsebük, s. 178; Arat, s. 269; Dural, s. 35; İmre, s. 507, dn.12; Feyzioğlu / Doğanay / Aybay, s. 65; Tekinay, s. 218; Köprülü, s. 258; Birsen, s. 180; Ayan / Ayan, s. 181;

yetkisine dayanarak belirler. Hâkim bu belirlemeyi yaparken gaiplik talebinde bulunan hakları ölüme bağlı olan kimseler ile gaipliğine karar verilmesi istenen kişinin menfaat dengesini gözetir. Fakat, iki ilân arasındaki sürenin en az altı ay olması gerekir⁷⁴. Hâkim söz konusu süreyi kısaltamaz ama isterse uzatabilir⁷⁵.

İlânın nasıl yapılacağı Medenî Kanunda düzenlenmemiştir. Bu yüzden, ilânın yöntemini ve aracını hâkim belirler. Bu çerçevede hâkim, ilânı Resmî Gazete vasıtasıyla yapabileceği gibi, ülke çapında yayınlanan gazetelerle ya da duyuru ile de yapılabilir⁷⁶.

İlânın yapılmasıyla birlikte ya gaipliğe karar verilir ya da gaiplik talebi düşer. Eğer, ikinci ilân süresi içerisinde gaipliği istenen kimse ortaya çıkar⁷⁷

Zevkililer / Acabey / Gökyayla, s. 579; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 258; Dural / Öğüz, s. 33; Saymen, s. 54; Çelik, s. 112; Helvacı, s. 39; Öztan, Temel Kavramlar, s. 231; İnan, s. 120. 2.HD. 18.05.2006, E.2006/6791 K.2006/7768, "... Türk Medeni Kanununun 33 /son maddesi uyarınca en az iki ilan yapılması gerektiğinin düşünülmemesi isabetsizdir. ..." (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 15.09.2017).

⁷⁴ Arat, s. 269; Abik, s. 162, d.53; Dural / Öğüz, s. 33; Kılıçoğlu, Temel Bilgiler, s. 137; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 258; Ayan / Ayan, s. 181; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, s. 32; Öztan, Temel Kavramlar, s. 231; Rüzgaresen, s. 1374, dn.22; Çelik, s. 112; Helvacı, s. 39; Kılıçoğlu, Kişiler, s. 212; İnan, s. 120. 743 sayılı eski Medenî Kanuna göre bu süre en az bir yıldır. Gerçekten bu husus, 743 sayılı eski Medenî Kanunun 32 nci maddesinin ikinci fıkrasında, "*Hâkim, gaip hakkında malumatı olan kimseleri muayyen bir müddet içinde malûmatlarını bildirmek için usulü dairesinde ilân edilen bir tebliğ ile dâvet eder. Bu müddet birinci ilân tarihinden itibaren en aşağı bir senedir*" şeklinde ifade edilmişti.

⁷⁵ İmre, s. 507; Arat, s. 269; Özsunay, s. 229; Köprülü, s. 258, dn.34; Saymen, s. 54-55; Abik, s. 162, dn.53; Zevkililer / Acabey / Gökyayla, s. 579; Ayan / Ayan, s. 181; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, s. 32; Helvacı, s. 39.

⁷⁶ Arsebük, s. 178; Özsunay, s. 229; Velidedeoğlu, s. 134; Zevkililer / Acabey / Gökyayla, s. 580; Birsen, s. 180; Ayan / Ayan, s. 181. Hâkimin kitle iletişim araçları ile duyuru yapabileceği hakkında bkz., Özsunay, s. 229.

⁷⁷ Arat, s. 269; Öztan, Temel Kavramlar, s. 231; Dural, s. 36; Saymen, s. 55; Arsebük, s. 178-179; Velidedeoğlu, s. 135; Özsunay, s. 229; Feyzioğlu / Doğanay / Aybay, s. 65; Tekinay, s. 219; Abik, s. 162; Birsen, s. 180; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 258; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, s. 32; Dural / Öğüz, s. 33; Ayan / Ayan, s. 181; Çelik, s. 113; Helvacı, s. 39; Erman, s. 187; İnan, s. 120.

veya kendisinden haber alınırsa⁷⁸ gaiplik talebi düşer. Zira, böyle bir durumda gaipliğin şartları gerçekleşmeyecektir. Yapılan ilân süresi içerisinde gaipliği istenen kimsenin öldüğü tarih tespit edilirse de talep hâkim tarafından reddedilecektir⁷⁹. Zira, ölü bir kimsenin gaipliğine karar verilmesi mümkün değildir⁸⁰. Aynı esasın, gaipliği istenen kimsenin öldüğünün ispatlanmasına rağmen öldüğü tarihin ispatlanmadığı durumlarda da geçerli olması gerekir.

Öte yandan, ilân süresinin tamamlanmasına rağmen gaipliği istenen kimseden haber alınamazsa, hâkim gaipliğe karar verir (MK.m.35/1)⁸¹. Her ne kadar, Medenî Kanununun 34 üncü maddesinin birinci fıkrası gaiplik talebinin düşmesini, ilân süresi dolmadan önce gaipliği istenen kimsenin ortaya çıkmasına, kendisinden haber alınmasına ve öldüğü tarihin tespit edilmesine bağlasa da hükmün gaiplik kararının verildiği tarihe kadar uygulanması gerekir⁸². Bu nedenle, ilân süresi dolduktan sonra fakat gaiplik kararı

⁷⁸ Erman, s. 187; Öztan, Temel Kavramlar, s. 231; Arat, s. 269; Arsebük, s. 178-179; Dural, s. 36; İmre, s. 507; Özsunay, s. 229; Dural / Ögüz, s. 33; Velidedeoğlu, s. 135; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 258; Saymen, s. 55; İnan, s. 120; Tekinay, s. 219; Feyzioğlu / Doğanay / Aybay, s. 65; Abik, s. 162; Oğuzman / Selici / Oktay – Özdemir, s. 32; Ayan / Ayan, s. 181; Çelik, s. 113; Helvacı, s. 39.

⁷⁹ Arat, s. 269; Erman, s. 187; Arsebük, s. 178-179; Dural, s. 36; Özsunay, s. 229; İmre, s. 507; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, s. 580; Saymen, s. 55; Velidedeoğlu, s. 135; Feyzioğlu / Doğanay / Aybay, s. 65; Tekinay, s. 219; Birsen, s. 180; Abik, s. 162; Ayan / Ayan, s. 181; İnan, s. 120; Öztan, Temel Kavramlar, s. 231; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 258; Dural / Ögüz, s. 33; Oğuzman / Selici / Oktay – Özdemir, s. 32; Çelik, s. 113; Helvacı, s. 39. Ayrıca bkz., 2.HD. 21.5.1962, E.3038 K.2919.

⁸⁰ Günay, s. 90; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, s. 573. 1.HD. 30.04.2015, E.2015/3520 K.2015/6517, "...Gülsüm" ve "Mehmet kızı Ayşe'nin ölü oldukları tapulama tutanağında belirtildiğine göre ölü kişinin gaipliğine karar verilmesi mümkün değildir. ..." (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 15.09.2017).

⁸¹ Tarakcıoğlu, s. 127; Arat, s. 270; Kılıçoğlu, Temel Bilgiler, s. 137; Oğuzoğlu, s. 232; Dural, s. 36; Özsunay, s. 229; İmre, s. 507; Feyzioğlu / Doğanay / Aybay, s. 65; İnan, s. 120; Velidedeoğlu, s. 135; Birsen, s. 180; Tekinay, s. 219; Öztan, Temel Kavramlar, s. 231; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 258; Saymen, s. 55-56; Ayan / Ayan, s. 181-182; Dural / Ögüz, s. 34; Rüzgaresen, s. 1374-1375, dn.22; Çelik, s. 114; Erman, s. 187; Kılıçoğlu, Kişiler, s. 212.

⁸² Velidedeoğlu, s. 135; Abik, s. 162, dn.56; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, s. 580; Dural / Ögüz, s. 33-34; Saymen, s. 56; Oğuzman / Selici / Oktay – Özdemir, s. 32; Helvacı, s. 39.

verilmeden önce gaipliği istenen kimse ortaya çıkar veya öldüğü ya da yaşadığı anlaşılırsa gaipliğe karar verilemez. Hâkim, gaipliğe karar verdiğini ilân etmek zorunda olmasa da isterse bu kararı ilân edebilir⁸³.

d) Gaiplik Kararı Verilmesi

İlân süresinde gaipten hiçbir haber alınamamışsa hâkim gaipliğe karar verir (MK.m.35/l). Hâkimin gaipliğe karar vermesiyle birlikte ölüme bağlı haklar aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır (MK.m.35/l)⁸⁴. Bu karar kişinin öldüğünü tespit etmez. Sadece, ispat yükünün yer değiştirmesini sağlar⁸⁵. Dolayısıyla da belirli şartların sağlanması hâlinde ölüm karine olarak kabul edilir. Fakat, gaiplik kararı adî kanunî karine teşkil ettiği için, her ilgili, kişinin ölmediğini her türlü kanıtla ispat edebilir⁸⁶.

Gaiplik kararının etkisi geçmişe yürür⁸⁷. Bu husus, Medenî Kanununun 35 inci maddesinin ikinci fıkrasında *“gaiplik kararı ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğurur”* şeklinde ifade

⁸³ Saymen, s. 56.

⁸⁴ 2.HD. 22.02.2012, E.2011/363 K.2012/6883, “... Alınmış olan gaiplik kararı, evlilik haricinde aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi, hakları ölüme bağlı olanlara bu haklarını kullanma imkanı verir. ...” (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 19.09.2017).

⁸⁵ Tarakcıoğlu, s. 127; Oğuzoğlu, s. 233; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, s. 580; Abik, s. 163; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 259; Dural / Öğüz, s. 34; Dural, s. 36; Oğuzman / Selici / Oktay – Özdemir, s. 33; Çelik, s. 114.

⁸⁶ Saymen, s. 57; Oğuzoğlu, s. 233; Tarakcıoğlu, s. 127; Köprülü, s. 259, dn.36; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, s. 580; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 259; Çelik, s. 114.

⁸⁷ Arat, s. 270; Kılıçoğlu, Kişiler, s. 212; Erman, s. 187; Oğuzoğlu, s. 233; Tarakcıoğlu, s. 127; Özsunay, s. 230; Dural, s. 37; İmre, s. 507; Kılıçoğlu, Temel Bilgiler, s. 137; Saymen, s. 57; Velidedeoğlu, s. 135; Tekinay, s. 219; Feyzioğlu / Doğanay / Aybay, s. 66; Köprülü, s. 258-259; Birsen, s. 181; Abik, s. 163; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, s. 580; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 259; Oğuzman / Selici / Oktay – Özdemir, s. 33; Ayan / Ayan, s. 182; Dural / Öğüz, s. 34; Öztan, Temel Kavramlar, s. 232; Rüzgaresen, s. 1376; Çelik, s. 114; Helvacı, s. 40. Ayrıca bkz., 2.HD. 18.03.1960, E.1620 K.1854, “... Medenî Kanununun 34 üncü maddesinde gaiplik kararının ölüm tehlikesi veya son haber gününden itibaren hüküm ifade edeceği yazılı bulunmasına rağmen mahkemece mezkûr hilâfına karar tarihinden gaiplik kararının muteber addedilmesi yolsuz ve Ahmet’in tashih talebi bu bakımdan yerinde görüldüğünden dairenin tasdik kararının kaldırılmasına ve mahallî mahkeme hükmünün yalnız bu bakımdan bozulmasına. ...” (Yazıcı / Atasoy, s. 58).

edilmiştir. Şu hâlde, hakkında gaiplik kararı verilen kişi ölüm tehlikesi içinde kaybolma veya son haber alma tarihinden itibaren ölmüş sayılır (MK.m.35/II).

Gaiplik kararı, hâkimin bildirmesi üzerine ölüm kütüğüne kaydedilir (MK.m.45). Mahkeme bu bildirimini on gün içinde yapar (NHK.m.34). Ölüm kütüğüne yapılan kayıt açıklayıcıdır⁸⁸. Zira, kişilik mahkemenin kesinleşmiş kararı ile sona erer. Bu nedenle, gaiplik kararının ölüm kütüğüne kaydedilmemesi ilgililerin hak kaybına neden olmaz. Her ne kadar, Medenî Kanunda bildirim hâkim tarafından yapılabileceği ifade ediliyorsa da bildirim ilgililer tarafından da yapılabilir⁸⁹.

III- GAİPLİK KARARININ AİLE HUKUKU YÖNÜNDEN SONUÇLARI

A) GENEL OLARAK

Ölüm tehlikesi içerisinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan kimsenin şartları dâhilinde gaipliğine karar verilince ölüme bağlı haklar aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılacağından gaiplik kararının birçok sonucu ortaya çıkar. Meselâ, gaiplik kararı kişiliği sona erdirir⁹⁰. Hak ehliyetine sahip olmakla kişi sayılmak aynı anlama geldiğinden⁹¹ gaiplik kararı hak ehliyetinin de sonunu getirir. Ayrıca, gaiplik kararı, hak ehliyetinin medenî usul hukukundaki görünümü olan taraf ehliyetini de sona erdirir. Gaiplik kararı kişiliği sona erdirdiğinden, gaipliğine karar verilen kimsenin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı haklar da kural olarak sona erer⁹². Yine, bir

⁸⁸ Göktürk, s. 165; Tarakcıoğlu, s. 127; Özsunay, s. 229-230; İmre, s. 508; Köprülü, s. 259; Birsen, s. 180; Abik, s. 163; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 258; Dural / Öğüz, s. 34; Ayan / Ayan, s. 182; Dural, s. 37; Oğuzman / Selici / Oktay – Özdemir, s. 33; Çelik, s. 115. Çelik'e göre, ölüme bağlı hukukî sonuçları elde etmek için kararın kütüğe kaydolunması gerekir. Aksi takdirde, bu sonuçlar elde edilemez (bkz., agm, s. 115).

⁸⁹ Arat, s. 270; İmre, s. 508, dn.14; Köprülü, s. 259; Çelik, s. 115.

⁹⁰ Ayan / Ayan, s. 182; Özsunay, s. 229; Saymen, s. 58; Rüzgaresen, s. 1377; Çelik, s. 115; İnan, s. 122.

⁹¹ Ayan / Ayan, s. 50; Kılıçoğlu, Kişiler, s. S. 217; Dural / Öğüz, s. 39; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, s. 229; Oğuzman / Selici / Oktay – Özdemir, s. 40; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 267.

⁹² Çelik, s. 115; Özsunay, s. 230; İmre, s. 508; Saymen, s. 59; Velidedeoğlu, s. 136; İnan, s. 122; Erman, s. 187.

kimsenin gaipliği hâlinde miras açılır⁹³. Ayrıca, hukukî işlemde doğan temsil yetkisi kural olarak temsil olunanın veya temsilcinin gaipliğiyle sona erer. Bu çalışmada ise gaiplik kararının ortaya çıkarmış olduğu tüm sonuçlar üzerinde durulmayıp sadece aile hukuku yönünden sonuçlar incelenmeye çalışılmıştır.

B) NİŞANLILIĞA ETKİSİ

Medenî Kanunda, nişanlanma tanımlanmamıştır. Sadece, Medenî Kanunun 118 inci maddesinin birinci fıkrasında, nişanlanma evlenme vaadiyle olur denilmekle yetinilmiştir. Bu hüküm ise, bir tanım hükmü olmayıp nişanlanmanın amacını gösterir⁹⁴. Şu hâlde nişanlılık, nişanlanma sonucu nişanlıların içine girmiş oldukları hukukî ilişkiye verilen addır şeklinde tanımlanabilir⁹⁵.

Nişanlılardan birinin gaipliğine karar verilmesi hâlinde nişanlılığın kendiliğinden sona erip ermeyeceği hususu öğretilerde tartışmalıdır:

- Öğretilerdeki baskın olan birinci görüşe göre, gaiplik kararının kesinleşmesiyle birlikte nişanlılık sona erer⁹⁶. Bu görüş, gaibin eşinin evliliğine

⁹³ Mehmet **Ayan**, Miras Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2016, s. 244; Rona **Serozan** / Baki İlkay **Engin**, Miras Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2014, s. 495; Nüşin **Ayiter**, Miras Hukuku, 4. Baskı, Ankara 1978, s. 153; O. Gökhan **Antalya** / İpek **Sağlam**, Miras Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2015, s. 314, 323; Zahit **İmre** / Hasan **Erman**, Miras Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2015, s. 301, 303; Mustafa **Dural** / Turgut **Öz**, Türk Özel Hukuku, C. 4, Miras Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2015, s. 358, 388; Ahmet M. **Kılıçoğlu**, Miras Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2013, s. 242; Halil **Akkanat**, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, İstanbul 2004, s. 32; **Arat**, s. 270; **İnan** / **Ertay** / **Albaş**, s. 438, 440; **Oğuzoğlu**, s. 237; **Köprülü**, s. 259; **Göktürk**, s. 166; **Tarakcioğlu**, s. 127; **Velidedeoğlu**, s. 137; **Çelik**, s. 119.

⁹⁴ Ahmet M. **Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, Ankara 2015, s. 10; Hüseyin **Hatemi** / Burcu **Kalkan Oğuztürk**, Aile Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2014, s. 9.

⁹⁵ Turgut **Akıntürk** / Derya **Ateş Karaman**, Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, C. 2, 17. Baskı, İstanbul 2015, s. 24; Nevzat **Koç**, Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi, İzmir 2002, s. 13; **Hatemi** / **Kalkan Oğuztürk**, s. 9.

⁹⁶ Halûk **Tandoğan**, Aile Hukuku Ders Notları, Ankara 1965, s. 17; Murat **Doğan**, Nişanlanmanın Sona Ermesi Halinde Hediyelerin Geri Verilmesi, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 1998, s. 199-238, s. 214-215; Mehmet **Altunkaya**, Nişanlanmanın Sona Ermesi Halinde Hediyelerin Geri Verilmesi, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, S. 8, 2006, s. 217-235, s. 221; Nihat **Yavuz**, Uygulamada Nişan Davaları, Ankara 1995, s. 67; Süleyman **Mortaş**, Türk Medeni Kanununda

ilişkin Medenî Kanununun 131 inci maddesiyle tam bir uyumun sağlanmasının gerekli olmadığını belirtir. Ayrıca, evlenme resmî şekle tâbi olduğundan ve resmî sicillere kaydedildiğinden böyle bir nitelik taşımayan nişanlılığın gaiplik kararıyla birlikte kendiliğinden sona ereceği kabul edilmelidir.

- Öğretideki ikinci görüşe göre, nişanlılardan birinin gaipliğine karar verilmesinin nişanlılığı kendiliğinden sona erdireceği kesin değildir⁹⁷. Bu görüş, nişanlılardan birinin gaipliği hâlinde öteki nişanlının iradesine üstünlük tanınması gerektiğini ifade eder. Yani, gaibin nişanlısı nişanlılığı sürdürüp sürdürmemekte serbesttir. Eğer, gaibin nişanlısı, nişanlılığı sona erdirmek istiyorsa, buna ilişkin bir irade açıklamasında bulunması gerekir. Aksi takdirde, nişanlılık devam ediyor sayılır. Bu görüşü benimseyenlere göre, bu görüşün kabul edilmesi hâlinde gaibin eşinin evliliğine ilişkin Medenî Kanununun 131 inci maddesiyle uyumlu bir sonuca ulaşılabacaktır.

İkinci görüş gaibin nişanlısının iradesine üstünlük tanınması da birinci görüşün kabul edilmesi daha isabetli olur. Zira eşlerden birinin gaipliği nedeniyle evliliğin kendiliğinden sona ermemesinin asıl sebebi evlenmenin resmi şekle tâbi olması ve resmi sicillere kaydedilmesidir. Oysa, nişanlanma bakımından resmî şekle tâbi olma ve resmî sicile kaydedilme söz konusu değildir. Bu nedenle, gaipliğin nişanlılığı sona erdirmesi bakımından Medenî Kanununun 131 inci maddesiyle tam bir uyumun gerekmediği söylenebilir.

Ayrıca, İsviçre’de, 26.6.1998 tarihinde yapılan ve 01.01.2000 de yürürlüğe giren Kanun değişikliğiyle gaipliğin sonuçlarını düzenleyen İsviçre Medenî Kanununun 38 inci maddesine eklenen son fıkrayla, gaiplik kararı ile birlikte evliliğin kendiliğinden sona ereceği düzenlenmiştir. Buna göre, İsviçre’de, evliliğin sona erdirilmesi için, gaiplik başvurusuyla birlikte veya

Nişanlılığın Sona Ermesi ve Sonuçları, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 139, 2016, s. 1-51, s. 7; Ferih H. **Saymen / Halid K. Elbir**, Türk Medeni Hukuku, C. 3, Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1960, s. 55; Mustafa **Dural**, / Tufan **Öğüz / Mustafa Alper Gümüş**, Türk Özel Hukuku, C. 3, Aile Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2015, s. 29; Ömer Uğur **Gençcan**, Aile Hukuku, Ankara 2011, s. 227; Bilge **Öztan**, Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015, s. 72; **Kılıçoğlu**, Aile, s. 24; **Akıntürk / Ateş Karaman**, s. 43; **Çelik**, s. 116; **Zevkililer / Acabey / Gökyayla**, s. 695; **İnan**, s. 227; **Hatemi / Kalkan Oğuztürk**, s. 23.

⁹⁷ Bülent **Köprülü / Selim Kaneti**, Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1989, s. 52; **Abik**, s. 171.

ayrıca evliliğin feshinin talep edilmesine gerek kalmamıştır⁹⁸. Söz konusu düzenlemenin Türk hukuku bakımından da yapılması gerektiği ifade edilebilir. Şu hâlde nişanlılık, gaipliğin ölüm tehlikesi nedenine dayanması hâlinde, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği; uzun zamandan beri haber alınamama nedenine dayanması hâlinde, son haberin alındığı tarihte sona erer. Zira, gaiplik kararı geçmişe etkili sonuçlar doğurur.

Bununla birlikte, gaipliğine karar verilen nişanlı sonradan ortaya çıkabilir. Bu durumda, gaipliğine karar verilen nişanlının kaybolmadan önce yapmış olduğu nişanlılığının akıbeti sorunu gündeme gelir. Bu sorunun çözümü gaipliğine karar verilen nişanlı kaybolmadan önce nişanlı olanların, gaipliğine karar verilen nişanlı sonradan ortaya çıktıktan sonra evlenmelerinin imkânsız olup olmamasına göre değişir. Gerçekten gaibin nişanlısı gaiplik kararından sonra başka bir kimseyle evlenmişse sonradan gaibin ortaya çıkması sona eren nişanlılığı canlandırmaz. Zira, nişanlılardan birinin başka bir kimse ile evlenmesi hâlinde nişanlılık sona erer. Buna karşılık, gaibin nişanlısı gaipliğine karar verilen nişanlısının geri döneceğine yönelik ümidini kaybetmez ve başka biri ile nişanlanmaz ya da evlenmez ve sonradan gaipliğine karar verilen kimse ortaya çıkarsa, bu kimselerin nişanlılığının sona ermediğinin kabulü gerekir. Fakat, sonradan nişanlılar karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklaması ile nişanlılığı sona erdirebilirler.

Medenî Kanununun 122 nci maddesine uyarınca nişanlılık, nişanlılardan birinin gaipliği nedeniyle sona ererse, nişanlıların birbirlerine veya ana ve babanın ya da onlar gibi davrananların, diğer nişanlıya vermiş oldukları alışılmışın dışındaki hediyeler, verenler tarafından geri istenebilir.

C) EVLİLİĞE ETKİSİ

Bir kimsenin gaipliğine karar verilince o kimsenin kişiliği sona erer. Fakat, bu sona erme kesin değildir. Diğer bir ifadeyle, bu kimsenin ölmesi kadar yaşaması da ihtimal dâhilindedir. Gaibin akıbetine ilişkin bir belirsizlik

⁹⁸ Bkz., Serkan **Ayan**, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004, s. 142; Suat **Sarı**, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007, s. 87; Şükran **Şıpka**, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, İstanbul 2011, s. 146; Rona **Serozan**, Medeni Hukuk, Genel Bölüm – Kişiler Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2014, s. 418; Dural / **Öğüz / Gümüş**, s. 58; **Helvacı**, s. 40, dn.66.

söz konusu olduğundan hukuk düzeninin belirsizliği ortadan kaldırması gerekir. Fakat, kanun koyucu bu belirsizliği ortadan kaldırırken gaibin eşinin menfaatini göz önünde tutmuştur. Zira, gaibin eşi, ölüm kesin olmadığından gaipliğine karar verilen eşinin bir gün geri döneceğine ilişkin var olan umudunu devam ettirebilir⁹⁹. Bu nedenle, bir kimsenin gaipliğine karar verilmesi, o kimsenin evliliğini kendiliğinden sona erdirmez¹⁰⁰. Böyle bir durumda, gaibin eşi, evliliğini devam ettirip ettirmeme hakkına sahiptir.

Gaibin eşi, evliliğin devam etmesinde maddî veya manevî bir menfaati varsa evliliği sürdürmek isteyebilir. Dolayısıyla, gaibin eşi bakımından evlilik sona ermediğinden kesin evlenme engeli olan mevcut evlilik yasağı da devam eder. Eğer, gaibin eşi, evliliği feshetmeden yeni bir evlilik yaparsa, bu evlilik mutlak butlan yaptırımına tâbidir¹⁰¹. Bu durumda, Cumhuriyet savcısı mutlak butlan davası açmakla yükümlüdür (MK.m.146/1). Bununla birlikte, diğer ilgililer¹⁰², dava açmakla yükümlü olmamakla beraber dilerlerse mutlak butlan

⁹⁹ **Ayan**, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 141; **Akıntürk / Ateş Karaman**, s. 78; **Gençcan**, Aile Hukuku, s. 512.

¹⁰⁰ **Bilâl Köseoğlu / Köksal Kocaağa**, Aile Hukuku ve Uygulaması, Bursa 2011, s. 5; **Mehmet Akif Tutumlu**, Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, C. 1, 2. Baskı, Ankara 2009, s. 39; **Arat**, s. 272; **İnan**, s. 122; **Öztan**, Temel Kavramlar, s. 232; **Erman**, s. 187; **Dural / Ögüz / Gümüş**, s. 58; **Akıntürk / Ateş Karaman**, s. 78; **Kılıçoğlu**, Aile, s. 59; **Zevkililer / Acabey / Gökyayla**, s. 583; **Dural**, s. 38; **Velidedeoğlu**, s. 136; **Saymen**, s. 59; **Tarakcioğlu**, s. 128; **Özsunay**, s. 230; **Oğuzoğlu**, s. 235; **Feyzioğlu / Doğanay / Aybay**, s. 66; **Birsen**, s. 180; **Köprülü**, s. 260; **Göktürk**, s. 165; **İmre**, s. 508; **Tekinay**, s. 219; **Arsebük**, s. 179; **Günay**, s. 127; **Helvacı**, s. 40; **Serozan**, s. 418; **Sarı**, s. 85; **Şıpka**, s. 146; **Ayan**, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 141; **Çelik**, s. 116; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 570; **Gençcan**, Aile Hukuku, s. 292.

¹⁰¹ **Dural**, s. 38; **Oğuzoğlu**, s. 236; **Özsunay**, s. 230; **Birsen**, s. 181; **İmre**, s. 508; **Tarakcioğlu**, s. 128; **Velidedeoğlu**, s. 137; **Günay**, s. 127; **Dural / Ögüz / Gümüş**, s. 83; **Hatemi / Kalkan Oğuztürk**, s. 50; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 571; **Gençcan**, Aile Hukuku, s. 513. **Köseoğlu / Kocaağa**'ya göre, gaibin eşi, evliliği feshetmeden önce yeni bir evlilik yapar ve ikinci evliliğin iptali için dava açılırsa, gaibin eşine gaiplik kararına istinaden evliliğin feshi için süre verilmelidir. Zira, önceki evlilik feshedilince sonraki evlilik geçerli hâle gelecektir (bkz., age, s. 5). Aynı yönde bkz., **Gençcan**, Aile Hukuku, s. 513.

¹⁰² Medenî Kanunda ilgililer tek tek sayılmadığından evlenmenin iptalinde maddî ya da manevî menfaati olan herkesi ilgili kabul etmek gerekir. Meselâ, gaibin eşinin hem evliliğin feshini talep etmeyerek eşinin ölüm aylığından yararlanması hem de ikinci bir evlilik yapması, gaibin anne ve babasının manevî değerlerini ihlal eder. Bu

davası açabilirler (MK.m.146/II). Fakat, gaibin eşi, evliliği feshetmeden önce yeniden evlenir fakat sonradan evliliği feshettirirse ya da ikinci evlilikten sonra gaipliğine karar verilen kimsenin kesin olarak öldüğü anlaşılırsa ve ikinci evlenmedeki diğer eş iyiniyetliyse artık bu evlenmenin butlanı Cumhuriyet savcısı veya ilgililer tarafından istenemez (MK.m.147/III)¹⁰³. Ancak, bunun için ikinci evlilikteki eş iyiniyetli olması gerekir. Eğer, ikinci evlilikteki eş iyiniyetli değilse, ikinci evlilik hâlâ mutlak butlan sebebi teşkil eder ve Cumhuriyet savcısı ve ilgililer tarafından her zaman mutlak butlan davası açılabilir. Öte yandan, gaibin eşi, evliliği feshetmeden önce yeniden evlenir ve yapmış olduğu ikinci evlilik herhangi bir sebeple sona ererse, bu evliliğin mutlak butlanı her ilgili tarafından dava edilebilir. Buna karşılık, Cumhuriyet savcısı sona ermiş olan ikinci evliliğin mutlak butlanını re'sen dava edemez (MK.m.147/I).

Gaibin eşi, evliliğin sona ermesini istiyorsa, gaiplik başvurusuyla birlikte veya ayrıca açacağı bir dava ile evliliğin feshini isteyebilir¹⁰⁴. Gerçekten, Medenî Kanununun 131 inci maddesine göre, *“Gaipliğine karar verilen kişinin eşi, mahkemece evliliğin feshine karar verilmedikçe yeniden evlenemez (f.1). Kaybolanın eşi evliliğin feshini, gaiplik başvurusuyla birlikte veya ayrıca açacağı bir dava ile isteyebilir (f.2). Aynı bir dava ile evliliğin feshi, davacının yerleşim yeri mahkemesinden istenir (f.3)”*¹⁰⁵.

durumda, gaibinin annesi veya babası ikinci evliliğin sona ermesi için her zaman mutlak butlan davası açabilir.

¹⁰³ Velidedeoğlu, s. 137.

¹⁰⁴ Akkurt, Sinan Sami, Türk Medenî Hukukunda Evlenmenin Butlanı, Konya 2015, s. 83; Uyumaz, Alper / Erdoğan, Kemal, Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 1, 2015, s. 146; Arat, s. 272; Erman, s. 187; Dural / Ögüz / Gümüş, s. 58; Akıntürk / Ateş Karaman, s. 78; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 142; Kılıçoğlu, Aile, s. 59; Zevkililer / Acabey / Gökyayla, s. 583; Özsunay, s. 230; Arsebük, s. 179; Saymen, s. 59; Tekinay, s. 219; Oğuzoğlu, s. 235; Günay, s. 127; Tutumlu, s. 39; Sarı, s. 85; Helvacı, s. 40; Hatemi / Kalkan Oğuztürk, s. 49; Öztan, Aile Hukuku, s. 570; Gençcan, Aile Hukuku, s. 292.

¹⁰⁵ Söz konusu hükmü karşılayan 743 sayılı eski Medenî Kanununun 94 üncü maddesinin 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki hâli, *“Gaipliğine hükmolunan kimsenin kocası veya karısı; hâkim, evliliğin feshine hükmetmedikçe evlenemez (f.1). Gaibin karı veya kocası evliliğin feshini gaiplik dâvasıyla birlikte talep edebileceği gibi ayrıca da dâva edebilir. Boşanma hakkındaki usul burada dahi caridir (f.2)”*

Kaybolanın eşi, gaiplik başvurusuyla birlikte evliliğin feshini talep ederse yetkili mahkeme, kişinin Türkiye'deki son yerleşim yeri; eğer Türkiye'de hiç yerleşmemişse nüfus sicilinde kayıtlı olduğu yer; böyle bir kayıt da yoksa anasının veya babasının kayıtlı bulunduğu yer mahkemesidir (MK.m.32/II). Gaibin anası veya babası da Türkiye nüfusuna kayıtlı değilse Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemeleri yetkili olacaktır (MÖHUK.m.41)¹⁰⁶. Görevli mahkeme ise, gaiplik talebi çekişmesiz yargı işi olduğundan sulh hukuk mahkemesidir¹⁰⁷

Gaibin eşi, gaiplik kararının kesinleşmesinden sonra da evliliğin feshini talep edebilir. Bu durumda, yetkili mahkeme, davacının yerleşim yeri mahkemesidir (MK.m.131/III)¹⁰⁸. Görevli mahkeme ise, aile mahkemesidir¹⁰⁹.

şeklindeydi. Bu düzenlemenin 4721 sayılı Medenî Kanununun 131 inci maddesiyle temel olarak uyumlu olduğu ve evliliğin feshinin gaiplik kararıyla birlikte veya sonradan ayrı olarak istenebileceği söylenebilirdi. Bu hüküm, 04.04.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunla “*Gaipliğine hükmolunan kimsenin kocası veya karısı evlilik feshedilmedikçe evlenemez (f.1). Gaibin karı veya kocası ya gaiplik dâvası ile birlikte evliliğin feshini ister ya da gaiplik kararı verilip de nüfusa tescil edilmiş ise nüfus idaresine müracaat ile evliliğin feshinin tescilini talep eder. Bu tescil evliliğin feshinin tüm neticelerini hasil eder (f.2). Evliliğin feshinin gaiplik dâvası ile birlikte talep edilmesi halinde boşanma hakkındaki usul burada dahi caridir (f.3)*” biçiminde değiştirilmişti. Söz konusu değişiklikten sonra, evliliğin feshi iki ayrı ihtimalde söz konusu olabilmekteydi. Bu ihtimallerden birincisi, gaibin eşinin gaiplik kararıyla birlikte evliliğin de feshini talep etmesiydi ki bu ihtimalde evlilik hâkimin bu yöndeki kararıyla sona eriyordu. İkinci ihtimal ise, gaibin eşinin gaiplik kararıyla birlikte değil de sonradan evliliğin feshini talep etmesiydi ki bu ihtimalde evliliğin feshinin tescilini talep nüfus idaresine yöneltiyor ve nüfus memurluğunun kararıyla evliliğin feshi tescil ediliyordu. Söz konusu tescil işlemiyle birlikte, evliliğin feshine ilişkin bütün sonuçlar doğmaktaydı. Bu düzenleme, 743 sayılı eski Medenî Kanunun sistemine uygun olmadığı gerekçesiyle eleştirilmekteydi. Eleştiriler için bkz., *Zevkiler / Acabey / Gökyayla*, s. 584, 961-964. Eleştirileri dikkate alan kanun koyucu temel olarak 04.04.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki sisteme geri dönmüştür.

¹⁰⁶ Kılıçoğlu, Aile, s. 59.

¹⁰⁷ **Ayan / Ayan'a** göre, gaiplik kararıyla birlikte evliliğin feshinin de talep edilmesi hâlinde bu davanın sulh hukuk mahkemesi tarafından görülmesi amaca uygunluk bakımından tereddüt uyandırıcı nitelik taşır (bkz., age, s. 181, dn.40).

¹⁰⁸ Kılıçoğlu, Aile, s. 59; Helvacı, s. 40; Öztan, Temel Kavramlar, s. 232.

¹⁰⁹ Köseoğlu / Kocağa, s. 5; Kılıçoğlu, Aile, s. 59. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 382 nci maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi ve 4787 sayılı Aile

Mahkemenin evliliğin feshine karar vermesi yenilik doğurucu bir etkiye sahiptir¹¹⁰. Evliliğin feshi ile birlikte evlilik birliği sona erer. Gaiplik kararı geçmişe etkili olmasına karşın evliliğin feshi kararı geçmişe etkili değildir ve kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade eder¹¹¹.

Gaibin ölümü kesin olmadığından gaipliğine karar verilen eş günün birinde ortaya çıkabilir. Böyle bir durumda, gaibin eşinin evliliği feshettirip feshettirmediğine bakılmalıdır. Eğer, gaibin eşi evliliği feshettirmemiş ve sonradan gaipliğine karar verilen eş ortaya çıkmışsa, evlilik sona ermediğinden bu kimselerin yeniden evlenmeleri gerekmez. Buna karşılık, gaibin eşi evliliği feshettirdikten sonra gaipliğine karar verilen eşin ortaya çıkması sona ermiş olan evliliği canlandırmaz. Eşler evlilik birliğinin yeniden kurulmasını istiyorlarsa yeniden evlenmeleri gerekir¹¹². Ayrıca, evliliğin feshinden sonra gaibin eşi ikinci bir evlilik yapar ve daha sonradan gaip ortaya çıkarsa, ikinci evlilik geçerli olmaya devam eder¹¹³. Hattâ, böyle bir durumda ikinci eşin iyiniyetli olması da gerekmez¹¹⁴. Fakat, öğretide gaibin şartları dâhilinde BK.m.49/II hükmüne dayanarak uğramış olduğu zararı tazmin edebileceği ifade edilmektedir¹¹⁵. Oysa, ikinci eşin hukuken verilmiş gaiplik kararına ve evliliğin feshine istinaden gaibin eşiyile evlenmesinin çoğu durumunda ahlâka aykırılık teşkil etmediği söylenilebilir. Ancak, böyle bir durum ikinci eşin gaibin yaşadığını bilmesi ve bunu gaibin eşinden gizlemesi durumunda gündeme gelebilir. Meselâ beraber savaşa giden iki askerden biri olan (A) ülkesine geri

Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 4 üncü maddesi birlikte değerlendirildiğinde, gaiplik nedeniyle evliliğin feshi davasının aile mahkemelerinde görüleceği söylenebilir. **Köseoğlu / Kocağa**'ya göre, gaiplik kararı evlenmenin feshi yönünden aile mahkemesince kesin delil olarak ele alınmalıdır (bkz., age, s. 5).

¹¹⁰ **Zevkiler / Acabey / Gökyayla**, s. 585.

¹¹¹ **İmre**, s. 508, dn.15; **Erman**, s. 188.

¹¹² **Arat**, s. 272; **Dural**, s. 38; **Oğuzoğlu**, s. 236; **Tekinay**, s. 219-220; **Saymen**, s. 59; **Çelik**, s. 117; **Helvacı**, s. 41; **Gençcan**, Aile Hukuku, s. 514.

¹¹³ **Oğuzoğlu**, s. 236; **Tekinay**, s. 219; **Arat**, s. 272; **Dural**, s. 38; **Saymen**, s. 59; **Zevkiler / Acabey / Gökyayla**, s. 585; **Dural / Öğüz / Gümüş**, s. 83; **Çelik**, s. 117; **Helvacı**, s. 41; **Erman**, s. 188; **Hatemi / Kalkan Oğuztürk**, s. 50; **Gençcan**, Aile Hukuku, s. 514.

¹¹⁴ **Saymen**, s. 59.

¹¹⁵ **Saymen**, 59; **Çelik**, 117-118; **Gençcan**, Aile Hukuku, s. 514.

döner, (B) ise esir düşer. (B)'nin eşi (C) ise (B)'nin geri döneceğine yönelik beklentisini kaybeder ve gaiplik başvurusuyla birlikte evliliğin feshini hâkimden talep eder ve (B)'nin gaipliğine karar verilir. (B)'nin yakın arkadaşı olan (A) ise (B)'nin eski eşi olan (C)'den ilgi duymaktadır. Savaş bittikten sonra esirlikten kurtulan (B) durumunu hem yakın arkadaşı (A)'ya hem de hâlen eşi olduğunu sandığı (C)'ye mektup yazarak iletir. Durumdan haberdar olan (A), (C)'nin (B)'nin yaşadığını öğrenmemesi için (B)'ye gelen mektupları yok eder. Ardından (C)'nin de ilgisini kazanmayı başaran (A), (C) ile evlenir ve çok geçmeden (B) ortaya çıkar. Bu durumda, (A)'nın fiilinin ahlâka aykırılık teşkil ettiği ve (B)'nin uğramış olduğu zararı (A)'dan tazmin edebileceği söylenebilir. Bununla birlikte, gaibin eşi, evliliği feshetmeden yeni bir evlilik yaparsa, bu evlilik mutlak butlan yaptırımına tâbi olduğundan¹¹⁶, sonradan ortaya çıkan gaip butlan davası açabilir.

D) MAL REJİMİNE ETKİSİ

¹¹⁶ Dural, s. 38; Oğuzoğlu, s. 236; Özsunay, s. 230; Birsen, s. 181; İmre, s. 508; Tarakcioğlu, s. 128; Velidedeoğlu, s. 137; Günay, s. 127; Dural / Öğüz / Gümüş, s. 83; Hatemi / Kalkan Oğuztürk, s. 50; Öztan, Aile Hukuku, s. 571; Gençcan, Aile Hukuku, s. 513.

Mal rejimi¹¹⁷, eşlerden birinin ölümüyle sona erer (MK.m.225/I)¹¹⁸. Bu hüküm emredici nitelik taşır ve bu nedenle aksi kararlaştırılmaz¹¹⁹. Mal rejiminin sona erme anı, eşin ölüm anıdır¹²⁰.

Eşlerden birinin gaipliğinin eşler arasındaki geçerli olan mal rejimine etkisi ise kanun koyucu tarafından düzenlenmemiştir. Mal rejiminin gaiplik kararıyla mı yoksa evliliğin feshiyle mi sona ereceği öğretide tartışmalıdır:

- Öğretideki birinci görüşe göre, mal rejiminin sona erdirilebilmesi için, evliliğin feshine karar verilmiş olması gerekir. Zira, ancak evliliğin feshine karar verilince katılma alacağı muaccel hâle gelir¹²¹.
- Öğretideki ikinci görüşe göre, evliliğin feshedilmesine gerek kalmaksızın eşlerden birinin gaipliğine karar verilince edinilmiş mallara katılma rejimi sona erer¹²². Zira, edinilmiş mallara katılma rejimi evlilik birliği devam ediyorken de sona erebilir. Bu nedenle, evliliğin feshinin istenmemiş olması gaiplik kararıyla birlikte edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesine engel teşkil etmemelidir.

¹¹⁷ Mal rejimiyle kastedilen yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimidir.

¹¹⁸ Ahmet M. **Kılıçoğlu**, *Medenî Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, 3. Baskı, Ankara 2014, s. 223; Ömer Uğur **Gençcan**, *Mal Rejimleri Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2017, s. 406; Demet **Özdamar** / Ferhat **Kayış**, *Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi)*, 3. Baskı, Ankara 2015, s. 55; Miray **Özer Deniz**, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi*, İstanbul 2016, s. 25; **Şıpka**, s. 142; **Sarı**, s. 84; **Öztan**, *Aile Hukuku*, s. 519-520; **Köseoğlu / Kocağa**, s. 652; **Dural / Öğüz / Gümüş**, s. 212; **Akıntürk / Ateş Karaman**, s. 161; **Kılıçoğlu**, *Aile*, s. 362.

¹¹⁹ **Şıpka**, s. 142; **Öztan**, *Aile Hukuku*, s. 520.

¹²⁰ Mustafa Alper **Gümüş**, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK 185-281)*, İstanbul 2008, s. 283; **Şıpka**, s. 143; **Sarı**, s. 84, 86; **Kılıçoğlu**, *Yenilikler*, s. 223; **Öztan**, *Aile Hukuku*, s. 520; **Özer Deniz**, s. 25.

¹²¹ Ali İhsan **Özuğur**, *Mal Rejimleri*, 5. Baskı, Ankara 2008, s. 48; Nurten **Yetik**, *Açıklama ve Yargıtay Kararları ile Boşanma, Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejimleri*, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 113; **Kılıçoğlu**, *Yenilikler*, s. 224.

¹²² Faruk **Acar**, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu-Mal Rejimleri-Eşin Yasal Miras Payı*, 5. Baskı, Ankara 2016, s. 372; Zafer **Zeytin**, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, Ankara 2005, s. 88; **Gümüş**, *Mal Rejimleri*, s. 284; **Sarı**, s. 86; **Şıpka**, s. 148-149; **Gençcan**, *Mal Rejimleri*, s. 408; **Öztan**, *Aile Hukuku*, s. 520; **Köseoğlu / Kocağa**, s. 652; **Dural / Öğüz / Gümüş**, s. 212.

Medenî Kanununun 225 inci maddesinin birinci fıkrasından anlaşılacağı üzere mal rejiminin sona ermesi, eşlerden birinin ölümünün sonucu olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan, eşlerden birinin gaipliğinin de aynı sonucu doğurması gerekir. Yani, mal rejiminin sona ermesi bakımından evliliğin feshi şart değildir. Diğer bir ifadeyle, mal rejiminin sona ermesi, evliliğin sona ermesine bağlı değildir. Bu nedenle, gaiplik kararıyla birlikte evliliğin feshedilmesine gerek kalmaksızın edinilmiş mallara katılma rejiminin sona erdiği söylenebilir. Zira, gaiplik kararıyla birlikte gaibin mirası da açılacağından mirasın tam olarak tespiti için mal rejiminin tasfiyesi gerekir¹²³.

Bu çerçevede mal rejiminin sona erme anı da öğretide tartışmalı olmakla birlikte, baskın görüş, mal rejiminin sona erme anını ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haber alındığı tarih olarak ifade etmektedir¹²⁴. Zira, katılma rejimi, eşlerin evliliğin devam ettiği süre zarfında emek karşılığında edinmiş oldukları mallarda hak sahipliği esasına dayanır¹²⁵. Oysa, gaiplik nedeni teşkil eden olay içerisinde kaybolan eşin bu tarihten sonra diğer eşin edinmiş olduğu mallar bakımından bir emeği söz konusu olmadığından bu mallarda hak sahipliği bulunmamaktadır. Bu nedenle, katılma rejiminin bu tarihlerde sona erdiğinin kabulü sistemin özüne ve amacına uygun olacaktır¹²⁶.

Aynı zamanda, eşin gaipliğine karar verilince mirası açılır ve mirasçılar, mirasbırakanın gaipliğine ilişkin kararın kesinleşmesi ile mirası bir bütün olarak

¹²³ **Sarı**, s. 86.

¹²⁴ **Şıpka**, s. 149; **Zeytin**, s. 88-89; **Sarı**, s. 86; **Gümüş**, Mal Rejimleri, s. 284; **Gençcan**, Mal Rejimleri, s. 408. **Kılıçoğlu**, mal rejimini sona ermesi için evliliğin feshi kararının kesinleşmesini şart koşmakla birlikte, katılma rejiminin sona erdiği an bakımından ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı tarihi esas almaktadır (bkz., Yenilikler, s. 224).

¹²⁵ **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 224.

¹²⁶ **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 224. **Sarı** da, eşlere katılma alacağı tanımak suretiyle mal rejiminin sona ermesini evlilik çatısı altında gerçekleşen birlikte yaşama bağlamıştır. Zira, bu birlikte yaşam içinde, eşler arasında gerçekleşen işbölümü ve işbirliğine dayanan katkının karşılığı için edinilmiş mallara katılma rejiminde paylaşım yapılmaktadır. Ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak eşler arasındaki birlikte yaşam da sona erdiğinden eşler arasındaki işbölümü ve işbirliği de sona ermektedir (bkz., age, s. 87).

kanun gereğince kazanırlar. Ayrıca, gaibin mirasçıları, gaiplik kararının kesinleştiği tarihe göre değil gaiplik kararının etkisini göstermeye başladığı tarih olan ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı tarihe göre belirlenir. Diğer bir ifadeyle, miras bu tarihte açılır. Miras bu tarihte açıldığından mal rejiminin sona erme anının da ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı tarihin olması daha isabetli olacaktır. Zira, eşlerin mal rejiminin sona ermesi sonucunda ortaya çıkan katılma alacağı, terekenin bir alacağı veya borcu olarak karşımıza çıkar. Gerçekten de tasfiye sonucunda, gaipliğine karar verilen eşin, sağ kalan eşten katılma alacağına ilişkin bir hakkı söz konusu olabilir. Böyle bir durumda, gaipliğine karar verilen kimsenin mirasçıları, sağ kalan eşten katılma alacağını talep edebilirler. Aksi de söz konusu olabilir. Yani, tasfiye sonucunda gaipliğine karar verilen eşin sağ kalan eşe katılma alacağı bakımından borcu ortaya çıkarsa, sağ kalan eş, gaipliğine karar verilen eşinin mirasçılarından bu alacağını talep edebilir¹²⁷. Bu nedenle, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği ya da son haberin alındığı tarihten sonra mal rejiminin devam ettiğini kabul etmek, sağ kalan eş ile gaipliğine karar verilen eşin mirasçıları arasında mal rejiminin bir süre daha devam ettiği anlamına gelir ki bu isabetli değildir¹²⁸.

Gaiplik kararıyla birlikte mal rejiminin evliliğin feshi gerekmeksizin ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı tarihte sona erdiği kabul edildikten sonra gaibin öldüğü tarih tespit edilebilir ya da gaip ortaya çıkabilir. Zira, gaiplik, ölümü kuvvetle muhtemel kılsa da ortada bir ceset bulunmadığından her zaman için gaibin öldüğünün tespit edilmesi veya ortaya çıkması muhtemeldir. Eğer, gaibin gerçek ölüm tarihi tespit edilmişse, mal rejimi bu tarih itibarıyla sona erecektir¹²⁹.

Gaibin ortaya çıkması durumunda ise, öncelikle evliliğin feshedilip edilmediğine bakılmalıdır. Eğer, evlilik feshedilmemişse, evlilik ve mal rejiminin devam ettiği söylenilebilir¹³⁰. Buna karşılık, sağ kalan eş, evliliğin

¹²⁷ Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 223.

¹²⁸ Sarı, s. 87.

¹²⁹ Şıpka, s. 149; Sarı, s. 88.

¹³⁰ Şıpka, s. 149; Sarı, s. 88; Gençcan, Mal Rejimleri, s. 408; Özer Deniz, s. 27. Bu durumda, ortaya çıkan eş mal rejiminin tasfiyesi sonucunda bir alacak elde eden tarafsa, diğer eş veya onun mirasçıları elinde kalan miktarı sebepsiz zenginleşme

feshini talep etmişse, mal rejiminin sona ereceği açıksa da hangi andan itibaren mal rejiminin sona ermiş sayılacağı hususu öğretilerde tartışmalıdır:

- Öğretilerdeki birinci görüşe göre, sağ kalan eş, evliliğin feshini talep etmişse, evlilik fesihle sona ermiş sayılacağından mal rejimi de boşanma hükümlerine kıyasen sona ermiş kabul edilir¹³¹. Bu bakımdan, kaybolanın eşi, evliliğin feshini gaiplik başvurusuyla birlikte talep etmişse, başvuru tarihi; gaiplik başvurusundan sonra ayrı bir dava açmışsa, evliliğin feshi davasının açıldığı tarihte edinilmiş mallara katılma rejimi sona erer¹³².

- Öğretilerdeki ikinci görüşe göre, sağ kalan eş, evliliğin feshini talep etse bile edinilmiş mallara katılma rejimi gaiplik nedeninin gerçekleştiği tarihten itibaren sona ermiş sayılmalıdır¹³³. Diğer bir ifadeyle, evliliğin feshedilip edilmemesinin mal rejiminin tasfiyesi adına etkisi olmamalı, mal rejimi her iki olasılıkta da gaiplik nedeninin gerçekleştiği tarihten itibaren sona ermelidir. Bu görüşe göre, aksi bir düşüncenin kabulü hâlinde, gaibin eşi ile diğer mirasçılar arasında karşılıklı ortaya çıkacak tasfiye talepleri bakımından adaletsiz sonuçlar ortaya çıkabilir. Ayrıca, evliliğin feshi mirasçı olabilmenin ön şartı değildir. Evliliğin feshi sağ kalan eşin ikinci bir evlilik yapabilmesi bakımından önem arz eder. Mirasın tam olarak tespit edilebilmesi için öncelikle mal rejiminin tasfiyesi gerçekleştirilmeli ve bu tasfiyeden doğan katılma alacağı terekenin aktifine ya da pasifine eklenmelidir. Mal rejiminin tasfiyesinden sonra mirasın tasfiyesi yapılmalıdır. Bu bakımdan gaiplik kararından sonra eşler arasındaki mal rejiminin evliliğin feshedildiği tarihte sona erdiğini söylemek isabetli değildir.

Kanımızca, gaibin eşi, gaiplik başvurusuyla birlikte veya sonradan açtığı bir dava ile evliliği feshetmiş ve gaip sonradan ortaya çıkmışsa, mal rejiminin gaiplik nedeniyle sona ermediğin kabulü gerekir. Zira, mal rejimi, evliliğin

veya zilyetliğin iadesi hükümlerine göre geri verir. Bkz., **Şıpka**, s. 149; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 521.

¹³¹ **Sarı**, s. 89; **Gümüş**, Mal Rejimleri, s. 284; **Özer Deniz**, s. 27; **Gençcan**, Mal Rejimleri, s. 408. **Sarı**'ya göre, taraflara bu durumda, evliliğin sona erme kararı çerçevesinde tasfiyenin yenilenmesini talep imkânı tanınması gerekir (bkz., age, s. 89).

¹³² **Gümüş**, Mal Rejimleri, s. 284.

¹³³ **Şıpka**, s. 150.

feshedilip edilmemesine bağlı olarak değil, gaiplik kararına istinaden sona erer. Bu nedenle, gaibin sonradan ortaya çıkması, gaipliğe bağlı olan sonuçları ortadan kaldırdığından mal rejiminin de gaipliğe dayalı olarak sona ermediği söylenebilir. Fakat, gaibin sonradan ortaya çıkması, feshedilmiş evliliği geçerli hâle getirmediğinden mal rejiminin de boşanma hükümlerine kıyasen sona ermesi gerekir. Bu bakımdan, kaybolanın eşi, evliliğin feshini gaiplik başvurusuyla birlikte talep etmişse, başvuru tarihi; gaiplik başvurusundan sonra ayrı bir dava açmışsa, davanın açıldığı tarihte edinilmiş mallara katılma rejimi sona erer. Bu durumda tasfiyenin yenilenmesi ise elbette gündeme gelebilir.

E) BABALIK KARİNESİNE ETKİSİ

Medenî Kanununun 285 inci maddesine göre, “Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır (f.1). Bu süre geçtikten sonra doğan çocuğun kocaya bağlanması, ananın evlilik sırasında gebe kaldığının ispatıyla mümkündür (f.2). Kocanın gaipliğine karar verilmesi hâlinde üçyüz günlük süre, ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden itibaren işlemeye başlar (f.3)”. Buna göre, çocuk, evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğmuşsa, kocanın baba olduğu karinesinden yararlanır ve kocanın baba olduğu kabul edilir. Bu karineye de “babalık karinesi” adı verilir. Gaibin sonradan ortaya çıkması da kurulmuş olan bu soybağını olumsuz yönde etkilemez.

Burada üzerinde durulması gereken husus, gaibin eşinin gaiplik kararına rağmen evliliği feshetmemesi hâlinde doğan çocukların kocaya soybağı ile bağlanıp bağlanamayacağıdır. Bu husus, öğretilerde tartışmalıdır:

- Birinci görüşe göre, MK.m.285/III uyarınca üç yüz günlük sürenin başlaması için evliliğin feshedilmiş olması gerekir. Gaibin eşi evliliği feshettirmemişse, evlilik sona ermediğinden çocuk ne zaman doğarsa doğsun çocuk ile gaipliğine karar verilen koca arasında soybağı kurulur. Fakat ilgililer, MK.m.288/I uyarınca soybağının reddi davasını açarak babalık karinesini kolaylıkla çürütebilirler. Gaibin eşi evliliği feshettirmişse, üç yüz günlük süre, evlilik birliğinin sona erdiği andan değil, son haber tarihinden veya ölüm

tehlikesinin gerçekleştiği tarihten itibaren başlar. Buna göre çocuk, bu süreler içinde doğmuşsa, koca ile soybağı kurulur aksi takdirde soybağı kurulmaz¹³⁴.

- Daha tutarlı olan ikinci görüşe göre, evliliğin feshedilmiş olup olmaması çocuk ile koca arasında soybağının kurulması için önemli değildir. Eğer çocuk, gaiplik kararında belirtilen ölüm tehlikesi veya son haber tarihine kadar dünyaya gelmişse, çocuk ile koca arasında soybağı kurulur. Dolayısıyla, evlilik feshedilmemiş olsa bile çocuk, ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden itibaren üçyüz gün geçtikten sonra dünyaya gelmişse, çocuk ile hakkında gaiplik kararı verilen koca arasında soybağı kurulmaz¹³⁵.

Gaipliğine karar verilen koca sonradan ortaya çıkarsa böyle bir durumda doğan çocuk ile koca arasında soybağının kurulup kurulmadığı iki ayrı ihtimale göre değerlendirilebilir:

- Birinci ihtimal, gaibin eşinin gaiplik başvurusuyla birlikte veya sonradan açtığı bir dava ile evliliği feshettirmesidir. Evliliğin feshinden sonra doğan çocuk ile koca arasında soybağı kurulamaz. Burada, MK.m.285/III'de ifade edilen üçyüz günlük sürenin uygulanabilme kabiliyeti de yoktur. Zira, evliliğin feshedilebilmesi için kocanın gaipliğine karar verilmelidir. Kocanın gaipliğine karar verilebilmesi için ise en az bir yıllık süre ve en az altı aylık ilân süresi gerekir. Dolayısıyla, evliliğin feshinden sonra doğan çocuk kocaya soybağı ile bağlı değildir. Böyle bir durumda, koca sonradan ortaya çıkarsa, sona eren evlilik yeniden kurulmuş olmadığından çocuk ile koca arasında soybağı kendiliğinden kurulmaz.

- İkinci ihtimal, gaibin eşinin koca ile arasındaki mevcut evliliği feshettirmemiş olmasıdır. Böyle bir durumda kadının doğurduğu çocuğun kocaya soybağı ile bağlanıp bağlanmadığı öğretilerde tartışmalı olsa da kabul ettiğimiz görüş uyarınca evlilik feshedilmemiş olsa bile çocuk, ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden itibaren üç yüz gün geçtikten sonra dünyaya gelmişse, çocuk ile hakkında gaiplik kararı verilen koca arasında soybağı kurulamaz. Fakat, gaibin eşi evliliği feshettirmemiş ve hakkında gaiplik kararı

¹³⁴ Öztan, Aile Hukuku, s. 874-875; Dural / Öğüz / Gümüş, s. 256-257.

¹³⁵ Gençcan, Aile Hukuku, s. 1041-1042; Köseoğlu / Kocaağa, s. 526; Çelik, s. 118; Hatemi / Kalkan Oğuztürk, s. 114.

verilen koca sonradan ortaya çıkmışsa evlilik devam ediyor kabul edildiğinden çocuk ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden itibaren üçyüz gün geçtikten sonra dünyaya gelse bile çocuk ile hakkında gaiplik kararı verilen koca arasında soybağının kurulduğu söylenebilir.

Fakat, sonradan ortaya çıkan koca, ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden itibaren üç yüz gün geçtikten sonra dünyaya gelen çocuk ile arasında kurulan soybağının reddini¹³⁶ talep edebilir. Soybağının reddi davasında verilen hükmün kesinleşmesiyle birlikte çocuk ile hakkında gaiplik kararı verilen koca arasında kurulan soybağı çocuğun doğumu tarihinden itibaren ortadan kalkar. Çocuk, evlilik dışında doğmuş çocuk statüsüne girer¹³⁷.

Ayrıca, çocuğun soybağının tayini bakımından karinelerin çakışması da söz konusu olabilir. Meselâ kadın, kocasının kaybolmasından itibaren üç yüz gün içinde evlenir ve bir de bu süreler içerisinde çocuk doğurursa karinelerin çakışmasından bahsedilebilir. Bu durumda, kadının yapmış olduğu ikinci evlilik mutlak butlanla batıl olsa da butlanına karar verilmeye kadar geçerli bir evlenmenin sonuçlarını doğurduğundan çocuk hem kocanın kaybolmasından itibaren üç yüz gün geçmeden önce doğduğu için ilk evlilik bakımından hem de ikinci evlilik devam ederken doğduğu için ikinci evlilik bakımından evlilik içinde doğmuş sayılır. Böyle bir durumda, çocuğun babasının kim olduğu Medenî Kanununun 290 ncı maddesine göre tayin olunur ve ikinci evlilikteki koca baba kabul edilir. Fakat, bu karinenin aksi ispat edilirse, ilk evlilikteki koca baba sayılır (MK.m.290)¹³⁸.

F) VELAYETE ETKİSİ

Gaiplik kararının velâyete etkisi Medenî Kanunda düzenlenmemiştir. Dolayısıyla, velâyete ilişkin genel hükümlerin uygulanması gerekir. Şu hâlde, velâyet hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak¹³⁹ niteliğinde olduğu için anne ve babanın ya da bunlardan birinin ölümü veya gaipliği hâlinde velâyet hakkı sona

¹³⁶ Öğretide, soybağını ret hakkı, bozucu yenilik doğuran bir hak olarak ifade edilmektedir. Bkz., **Öztañ**, Aile Hukuku, s. 878.

¹³⁷ **Akıntürk / Ateş Karaman**, s. 344; **Öztañ**, Aile Hukuku, s. 898.

¹³⁸ **Dural / Ögüz / Gümüş**, s. 60.

¹³⁹ **Öztañ**, Aile Hukuku, s. 1095.

erer¹⁴⁰. Ana ve babanın birlikte ölümü veya gaipliği hâlinde velâyet hakkı kendiliğinden sona erdiğinden velâyet altında bulunmayan küçük vesayet altına alınır (MK.m.404/l).

Eşlerden birinin ölümü veya gaipliği hâlinde velâyetin kendiliğinden sağ kalan eşe geçip geçmeyeceği ise, çocuğun evlilik içinde doğup doğmamasına göre değişir. Eğer, çocuk evlilik içinde doğmuşsa, eşlerinden birinin ölümü veya gaipliği hâlinde çocuğun velâyeti diğer eşe ait olur¹⁴¹. Buna karşılık, çocuk evlilik dışında doğmuşsa, velâyet hakkına sahip olan eşin ölmesi veya gaipliği bu hakkı kendiliğinden diğer eşe geçirmez¹⁴². Bu durumda velâyet, hâkim tarafından diğer eşe verilebileceği gibi çocuğa vasi de tayin edebilir. Aynı esas, boşanmış eşler bakımından da geçerlidir¹⁴³. Yani, evliliğin boşanma nedeniyle sona ermesi hâlinde velâyetin bırakıldığı tarafın ölmesi veya gaipliği bu hakkı kendiliğinden diğer tarafa geçirmez. Böyle bir durumda, hâkim re'sen veya diğer eşin istemi üzerine gerekli önlemleri alması gerekir. Hâkimin velâyeti sağ eşe vermesi çocuğun menfaatine ise, velâyeti bu eşe verir. Aksi takdirde hâkim vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesine ihbarda bulunur¹⁴⁴.

Gaiplik kararı nedeniyle velâyet hakkı son bulan eş sonradan ortaya çıkarsa, velâyet hakkının sona ermediğinin kabulü gerekir. Şu hâlde, çocuk evlilik içinde doğmuşsa, eşlerin her ikisinin de velâyet hakkına sahip olduğu söylenebilir. Çocuk evlilik dışında doğmuş ve hâkim velâyeti diğer eşe vermişse, artık bu kimsenin velâyet hakkı bulunmaz. Bu durumda, sonradan ortaya çıkan eş velâyet hakkına sahip olur. Buna karşılık, hâkim velâyeti diğer eşe vermeyip çocuğa vasi atamışsa, artık vesayet sona erer ve sonradan ortaya çıkan eş velâyeti sürdürür.

¹⁴⁰ Seldağ Güneş **Ceylan**, Roma Hukukundan Günümüze Velayet – Vesayet Hukuku, Ankara 2004, s. 145, dn.7; Sevgi **Usta**, Velayet Hukuku, İstanbul 2016, s. 129; **Zevkililer / Acabey / Gökyayla**, s. 1128; **Akintürk / Ateş Karaman**, s. 422; **Kılıçoğlu**, Aile, s. 623; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 1095; **Gençcan**, Aile Hukuku, s. 1554-1555.

¹⁴¹ **Usta**, s. 129; **Gençcan**, Aile Hukuku, s. 1554-1555; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 1095.

¹⁴² **Öztan**, Aile Hukuku, s. 1095; **Usta**, s. 129-130.

¹⁴³ **Gençcan**, Aile Hukuku, s. 1557-1559; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 1095; **Usta**, s. 130.

¹⁴⁴ **Usta**, s. 130; **Gençcan**, Aile Hukuku, s. 1559.

Velâyet altında bulunan çocuğun ölümü veya gaipliği hâlinde de velâyet hakkı kendiliğinden sona erer¹⁴⁵. Velâyet hakkı sahibinin, çocuğun ölümü veya gaipliği nedeniyle velâyet hakkı sona erse de, bazı hak ve yükümlülükleri ortaya çıkabilir¹⁴⁶. Meselâ, velâyet hakkı sahibi, çocuğunun ölüsüne saygı gösterilmesini isteyebilir. Gaipliğine karar verilen çocuk sonradan ortaya çıkarsa, velâyet hakkı sahibi kimselerin bu hakkının sona ermediği söylenebilir.

G) VESAYETE ETKİSİ

Vesayet altındaki kimsenin gaipliği halinde vesayet kendiliğinden sona erer¹⁴⁷. Zira, vesayet altındaki kimsenin gaipliğiyle bu kimsenin mirası mirasçılara geçtiğinden ve artık bu kimse de ortalarda bulunmadığından, vesayetin vesayet altındaki kimselerin kişiliğini ve mallarını koruma amacı da ortadan kalkar¹⁴⁸. Fakat sonradan gaipliğine karar verilen vesayet altındaki kimse ortaya çıkarsa vesayetin sona ermediği söylenebilir.

Vesayetin, vesayet altındaki kişinin gaipliğine karar verilmesi hâlinde ne zaman sona ereceği kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Öğretideki bir görüşe göre, gaiplik durumunda vesayet, gaiplik kararıyla birlikte ileriye etkili olarak sona erer¹⁴⁹. Fakat, gaiplik kararı ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğurduğundan vesayetin de bu tarihlerde sona erdiğinin kabulü gerekmektedir.

Vasi olan kişinin gaipliğine karar verilince vasilik görevi sona erse de vesayet altında bulunanın kısıtlılık ve vesayet durumu sürer¹⁵⁰. Vasinin vasilik görevi, gaipliğin ölüm tehlikesi içinde kaybolma nedenine dayanması hâlinde ölüm tehlikesinden itibaren; uzun zamandan beri haber alınamama nedenine

¹⁴⁵ Zevkliler / Acabey / Gökyayla, s. 1128; Usta, s. 130; Öztan, Aile Hukuku, s. 1095.

¹⁴⁶ Öztan, Aile Hukuku, s. 1095.

¹⁴⁷ Nevzat Koç, Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, 2005, s. 99-120, s. 119; Öztan, Aile Hukuku, s. 1425; Dural / Öğüz / Gümüş, s. 428; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, s. 585; Akıntürk / Ateş Karaman, s. 542.

¹⁴⁸ Zevkliler / Acabey / Gökyayla, s. 585.

¹⁴⁹ Öztan, Aile Hukuku, s.1425.

¹⁵⁰ Öztan, Aile Hukuku, s. 1429; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, s. 585; Akıntürk / Ateş Karaman, s. 545.

dayanması hâlinde ise, en son alınan haber tarihinden itibaren sona erer. Zira, gaiplik kararı, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğurur (MK.m.35/II). Bununla birlikte, vasinin gaipliğine karar verilebilmesi için belirli bir süre geçmelidir, bu süreler içerisinde vesayet altında bulunan kimsenin korunması için çoğu zaman vasinin görevden alınması gerekir¹⁵¹. Gerçekten de, Medenî Kanununun 483 üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre, “*Vasinin görevini yapmakta yetersizliği sebebiyle vesayet altındaki kişinin menfaatleri tehlikeye düşerse, vesayet makamı kusuru olmasa bile vasiyi görevden alabilir*”. Böyle bir durumda, vasi görevini fiilî olarak yapamadığından vesayet makamının vasiyi görevden alması vesayet altındaki kişinin menfaatlerine uygun düşer.

H) KAYYIMLIĞA ETKİSİ

Kayyımlık, kayyımın yüklendiği görevin niteliğine göre, “*temsil kayyımlığı*” ve “*yönetim kayyımlığı*” olarak ikiye ayrılabilir.

A) TEMSİL KAYYIMLIĞI

Temsil kayyımı, Medenî Kanununun 426 ncı maddesinde öngörülen durumlardan birinin varlığı hâlinde atanır. Bu hâllerden birisi de ergin bir kimsenin başka bir yerde bulunması¹⁵² sebebiyle ivedi işini kendisinin yapamayacak ve temsilci atayamayacak durumda bulunmasıdır¹⁵³. Şu hâlde, ergin bir kimse ölüm tehlikesi içinde kaybolur veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamazsa, gaipliğine karar verilmesi için gerekli olan şartların gerçekleşmesi beklenmeksizin bu kişiye temsil kayyımı atanabilir¹⁵⁴.

¹⁵¹ Dural / Öğüz / Gümüş, s. 430.

¹⁵² MK.m.426/b.1 hükmünü karşılayan EMK.m.376/b.1 de “*gaiip olmak*” terimine yer verilmişti. Bu terim, MK.m.426/b.1 ile “*başka yerde bulunma*” olarak değiştirilmiştir. Bu değişikle, EMK.m.376/b.1 düzenlemesindeki “*gaiip*” terimiyle MK.m.32 (EMK.m.31) bağlamında gaipliğine karar verilen kimsenin kast edilmediği söylenebilir. Bkz., Mustafa Alper **Gümüş**, Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık, İstanbul 2006, s. 29.

¹⁵³ Zevkliler / Acabey / Gökyayla, s.1177; Kılıçoğlu, Aile, s. 728; Akıntürk / Ateş Karaman, s. 498; Dural / Öğüz / Gümüş, s. 447; Öztan, Aile Hukuku, s. 1328; Gümüş, Kayyımlık, s. 25-30.

¹⁵⁴ Dural / Öğüz / Gümüş, s. 447; Gümüş, Kayyımlık, s. 29.

B) YÖNETİM KAYYIMLIĞI

Yönetim kayyımının atanmasının gerektiği hâller, Medenî Kanununun 427 nci maddesinde sayılsa da bu haller sınırlayıcı değildir¹⁵⁵. Örnek kabilinden sayılan durumlardan birisi de bir kimsenin uzun müddetten beri bulunamaması ve oturduğu yerin de bilinmemesidir (MK.m.427/b.1). Bu durumda, uzun süreden beri kimse tarafından yönetilmeyen mallar için kapsamlı bir yönetim ihtiyacı ortaya çıkmışsa yönetim kayyımı tayin edilir¹⁵⁶.

Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan ve ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunan bir kimse bakımından da yönetim kayyımı tayini söz konusu olabilir. Zira, bu kimseler ölümünü muhtemel kılacak biçimde kaybolmuş oldukları için malvarlıklarının yönetimsiz kalmış olması muhtemeldir. Ayrıca, bu kimselerin akıbeti de belli olmadığından mallarının yönetilmesi ihtiyacı doğar. Eğer, kaybolmadan önce mallarının yönetimi için bir temsilci atanmışsa, yönetim kayyımının tayin edilmesine gerek yoktur¹⁵⁷. Buna karşılık, mallarının¹⁵⁸ yönetimi için bir temsilci atanmamışsa, kaybolanın malvarlığı yönetim kayyımı tarafından idare edilir¹⁵⁹. Kayyımın görevi, gaiplik kararı kesinleşinceye kadar devam eder¹⁶⁰.

¹⁵⁵ **Gümüş**, Kayyımlik, s. 60; **Kılıçoğlu**, Aile, s. 729; **Dural / Ögüz / Gümüş**, s. 449; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 1331. Bu husus, MK.m.427/b.1'de ifade edilen "özellikle aşağıdaki hâllerde" ibaresinden anlaşılmaktadır.

¹⁵⁶ **Gümüş**, Kayyımlik, s. 71-72; **Zevkliler / Acabey / Gökyayla**, s. 1178; **Akıntürk / Ateş Karaman**, s. 499; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 1331; **Dural / Ögüz / Gümüş**, s. 449-450.

¹⁵⁷ **Gümüş**, Kayyımlik, s. 73; **Dural / Ögüz / Gümüş**, s. 450; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 1332.

¹⁵⁸ Ölüm tehlikesi içerisinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan ve ölümü kuvvetli ihtimal bulunan kimseye gaiplik kararı verilinceye kadar bir miras düşerse bu miras payının resmen yönetilmesi gerekir (MK.m.586/1). Bu nedenle, söz konusu miras payı resmen yönetileceğinden bu kimsenin miras payına ilişkin yönetim kayyımı atanmaz. Aynı yönde bkz., **Öztan**, Aile Hukuku, s. 1332; **Rüzgaresen**, s. 1374.

¹⁵⁹ 2.HD. 24.02.2011, E.2011/1553 K.2011/3179, "... Dava konusu taşınmazın malikinin kim olduğu ve hayatta bulunup bulunmadığının belirlenemediği, toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanununun 427. maddesinin unsurları da oluşmuştur. Davanın kabulü gerekirken yazılı gerekçe ile isteğin reddi doğru görülmemiştir. ..." (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 20.09.2017).

¹⁶⁰ **Gümüş**, Kayyımlik, s. 74.

Bununla birlikte kayyım, kaybolanın haklarını ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak korumalıdır¹⁶¹. Yönetim kayyımının atabilmesi için, bir kişinin bulunamama ve oturduğu yerin bilinmemesi durumunun uzun süreden beri devam ediyor olması gerekir¹⁶². Fakat, Medenî Kanunda “uzun süre”den ne anlaşılacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, Medenî Kanununun 33 üncü maddesinin birinci fıkrasından yararlanılabilir. Buna göre süre, eğer bulunamama ve oturduğu yerin bilinmemesi durumu, ölüm tehlikesi içinde kaybolmaya dayanırsa kısa; buna karşılık, uzun zamandan beri haber alınamamaya dayanırsa daha uzun olabilir¹⁶³. Zira, ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumunda ölümün gerçekleşme ihtimali uzun zamandan beri haber alınamamaya göre daha yüksektir. Bununla birlikte, henüz yönetim kayyımlığının atanabilmesi için gerekli olan uzun sürenin geçmediği dönemde MK.m.426/b.1 uyarınca temsil kayyımı atanabilir¹⁶⁴.

Yönetim kayyımı henüz gaipliğine karar verilmemiş kimsenin malvarlığının yönetimi ve gözetimi ile görevlendirilmişse, yalnız o malvarlığının yönetimi ve korunması için gerekli olan işleri yapabilir (MK.m.460/l). Kayyımın, bunun dışındaki işlemleri yapabilmesi, temsil olunanın vereceği özel yetkiye, temsil olunan bu yetkiyi verecek durumda değilse vesayet makamının iznine bağlıdır. Şu hâlde, gaiplik nedeni teşkil eden olaylar içerisinde kaybolan kimsenin malvarlığının yönetimi ve gözetimi ile görevlendirilen kayyım, özel yetki gerektirmeyen malvarlığının yönetimi ve korunması için gerekli olan işleri yapabilir. Özel yetki gerektiren işlerde ise, normalde temsil olunanın özel bir yetki vermesi gerekirse de, temsil olunan, yani gaiplik nedeni teşkil eden

¹⁶¹ 3.HD. 12.02.2008, E.2007/21195 K.2008/1852, “...Davacı İstanbul Defterdarı, MK 427/1 ve 3561 sayılı Kanun gereğince Kayyım olarak atanmış olup, gaip olan kişilerin haklarını geçmişe dönük olarak korumak ve kullanmakla da yükümlüdür. O nedenle, gaiplik kararına ilişkin dava dosyası incelenerek gaip Sümbül'ün gaip olduğu tarih saptanmalı ve bu tarihten itibaren gaibin ve Hazine'nin haklarını korumakla yükümlü olduğu gözetilmek suretiyle hüküm kurulmalıdır. ...” (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 22.03.2017).

¹⁶² **Gümüş**, Kayyımlık, s. 72.

¹⁶³ Aynı yönde bkz., **Gümüş**, Kayyımlık, s. 72.

¹⁶⁴ **Gümüş**, Kayyımlık, s. 72.

olay içerisinde kaybolan kimse, bu yetkiyi verecek durumda olmadığından vesayet makamının izniyle kayyım özel yetki gerektiren işleri yapabilir¹⁶⁵.

IV- SONUÇ

Nişanlılardan birinin gaipliğinin nişanlılığı kendiliğinden sona erdirip erdirmeyeceği öğretide tartışmalı olmakla birlikte gaiplik kararının nişanlılığı kendiliğinden sona erdirdiği söylenilebilir. Zira, nişanlanma bakımından resmî şekle tâbi olma ve resmî sicile kaydedilme söz konusu değildir. Bu nedenle de gaipliğin nişanlılığı sona erdirmesi bakımından Medenî Kanununun 131 inci maddesiyle tam bir uyum gerekmez.

İsviçre’de, 26.6.1998 tarihinde yapılan ve 01.01.2000 de yürürlüğe giren kanun değişikliğiyle gaipliğin sonuçlarını düzenleyen İsviçre Medenî Kanununun 38 nci maddesine eklenen son fıkrayla, gaiplik kararı ile birlikte evliliğin ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya gaipten son alınan haber tarihinden itibaren sona ereceği düzenlenmiştir. Bu yönde bir düzenlemenin Medenî Kanunda da yapılması gerektiği söylenebilir. Zira, böyle bir düzenlemenin söz konusu olması hâlinde, evlilik ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı tarihten itibaren sona erer. Ayrıca, mal rejiminin de bu tarihte sona erdiği savunulabilir. Hatta, gaibin mirası da ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı tarihte açılır. Böylece, evliliğin ve mal rejiminin sona erdiği tarih ile mirasın açıldığı tarih arasında tam bir uyum gerçekleşir. Bu sayede, gaibin eşinin evliliği feshettirmemesi hâlinde eşine mirasçı olması söz konusu olmaz ve mal rejiminin sona erme bakımından evliliğin feshedilip feshedilmemiş olmasına ilişkin öğretideki tartışmalar sona erer.

Eşlerden birinin gaipliğinin eşler arasındaki geçerli olan mal rejimine etkisi ise kanun koyucu tarafından düzenlenmemiştir. Mal rejiminin gaiplik kararıyla mı yoksa evliliğin feshiyle mi sona ereceği öğretide tartışmalıdır.

¹⁶⁵ Zevkiler / Acabey / Gökyayla, s. 1179; Akıntürk / Ateş Karaman, s. 499; Dural / Ögüz / Gümüş, s. 454-455; Öztan, Aile Hukuku, s. 1334-1335; Rüzgaresen, s. 1374. Rüzgaresen’e göre, kayyım, vesayet makamının iznini alarak, gaibin acz hâlinde olduğunu ileri sürerek iflâsını isteyebilir. Ayrıca, gaiplik nedeni teşkil neden olay içerisinde kaybolma hâllerinde kaybolan hakkında iflâs takibi yapılabilir veya iflâs davası açılabilir. Böyle bir durumda, kayyım, gözetim ve yönetim görevi çerçevesinde kaybolan kimseyi temsil edecektir (bkz., agm, s. 1374, dn. 20).

Eşlerden birinin gaipliğinin eşler arasında geçerli olan mal rejimine etkisinin tartışmalı olmasının temel sebebi gaiplik kararının evliliği kendiliğinden sona erdirmemesidir. Eğer İsviçre Medenî Kanununun 38 inci maddesinde olduğu gibi Medenî Kanunda da gaiplik kararı ile birlikte evliliğin ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden itibaren kendiliğinden sona ereceğine ilişkin bir düzenleme yapılırsa gaiplik kararının mal rejimine etkisine yönelik tartışmalar da son bulur. Zira, gaipliğine karar verilen kimsenin mirası ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı gün açılır. Bir kimsenin mirasının tam olarak tespit edilebilmesi içinse mal rejiminin tasfiyesi gerçekleştirilmeli ve bu tasfiyeden doğan katılma alacağı terekenin aktifine ya da pasifine eklenmelidir. Bu bakımdan mal rejiminin sona erme anının mirasın açıldığı tarih olması daha isabetlidir. Şu hâlde, gaiplik kararı ile birlikte evliliğin ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya gaipten son haberin alındığı gün kendiliğinden sona ereceğine yönelik bir düzenleme getirilmesi gerektiği söylenebilir. Fakat, kanun koyucu gaibin eşinin gaibin geri döneceğine yönelik beklentisine uygun hareket etmek adına gaiplik kararı ile birlikte evliliğin kendiliğinden sona ereceğine yönelik bir düzenleme getirmese bile en azından gaipliğin mal rejimine etkisini ayrıca düzenlemeli ve öğretideki tartışmalara son vermelidir. Bu amaçla kanun koyucu gaiplik kararı ile birlikte mal rejiminin evliliğin feshedilmesine gerek kalmaksızın ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı gün sona ereceğine yönelik bir düzenleme yapmalıdır. Bu sayede, mirasın açılma anı ile mal rejiminin sona erme anı aynı tarihler olur. Ardından önce mal rejimi tasfiye edilir ve tasfiye sonucunda katılma alacağı veya katılma borcu gaibin terekesinin bir unsuru olarak yer alır.

Gaibin eşinin gaiplik kararına rağmen evliliği feshetmemesi hâlinde doğan çocukların kocaya soybağı ile bağlanıp bağlanamayacağı hususu öğretide tartışmalıdır: Birinci görüşe göre, MK.m.285/III uyarınca üç yüz günlük sürenin başlaması için evliliğin feshedilmiş olması gerekir. Gaibin eşi evliliği feshettirmemişse, evlilik sona ermediğinden çocuk ne zaman doğarsa doğsun çocuk ile gaipliğine karar verilen koca arasında soybağı kurulur. Gaibin eşi evliliği feshettirmişse, üç yüz günlük süre, evlilik birliğinin sona erdiği andan değil, son haber tarihinden veya ölüm tehlikesinin gerçekleştiği tarihten itibaren başlayacaktır. Buna göre, çocuk, bu süreler içinde doğmuşsa, koca ile soybağı kurulacak aksi takdirde soybağı kurulamayacaktır. Daha tutarlı olan

ikinci görüşe göre, evliliğin feshedilmiş olup olmaması çocuk ile koca arasında soybağının kurulması için önemli değildir. Eğer, çocuk, gaiplik kararında belirtilen ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden itibaren üç yüz günlük süre içerisinde dünyaya gelmişse, çocuk ile koca arasında soybağı kurulur. Buna karşılık, evlilik feshedilmemiş olsa bile çocuk, ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden itibaren üç yüz gün geçtikten sonra dünyaya gelmişse, çocuk ile hakkında gaiplik kararı verilen koca arasında soybağı kurulamayacaktır.

KAYNAKLAR***

- Abik**, Yıldız: Gaipliğin Nişanlılık Üzerindeki Etkisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54 S. 2, 2005, s. 153-181.
- Acar**, Faruk: Aile Hukukumuzda Aile Konutu-Mal Rejimleri-Eşin Yasal Miras Payı, 5. Baskı, Ankara 2016.
- Akıntürk**, Turgut / **Ateş Karaman**, Derya: Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, C. 2, 17. Baskı, İstanbul 2015.
- Akipek**, Jale G. / **Akıntürk**, Turgut / **Ateş**, Derya: Türk Medenî Hukuku, C. 1, Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2015.
- Akkanat**, Halil: Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, İstanbul 2004.
- Akkurt**, Sinan Sami: Türk Medenî Hukukunda Evlenmenin Butlanı, Konya 2015.
- Altunkaya**, Mehmet: Nişanlanmanın Sona Ermesi Halinde Hediyeğin Geri Verilmesi, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, S. 8, 2006, s. 217-235.
- Antalya**, O. Gökhan / **Sağlam**, İpek: Miras Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2015.
- Arat**, Ayşe: Gerçek Kişilerde Kişiliğin Sona Ermesi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi, C. 9, S. 1-2, 2006, s.257-275.
- Arsebük**, Esat: Medenî Hukuk Başlangıç ve Şahsın Hukuku, İstanbul 1938.
- Ayan**, Mehmet / **Ayan**, Nurşen: Kişiler Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2016.
- Ayan**, Mehmet: Miras Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2016 (Ayan, Miras).
- Ayan**, Serkan: Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004 (Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması).
- Ayiter**, Nûşin: Miras Hukuku, 4. Baskı, Ankara 1978.
- Birsen**, Kemaleddin: Medenî Hukuk Dersleri, Umumî Esaslar – Şahsın Hukuku – Aile Hukuku, İstanbul 1954.
- Ceylan**, Seldağ Güneş: Roma Hukukundan Günümüze Velayet – Vesayet Hukuku, Ankara 2004.

*** Aynı yazarın birden fazla eserine veya aynı soyadı taşıyan farklı yazarların eserlerine yapılan atıfları ayırmak için kullanılan kısaltmalar, ilgili eserin sonunda parantez içinde verilmiştir.

- Çelik**, Cemil: Türk Medeni Kanunu'na Göre Gaiplik, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan, İstanbul 2004, s. 97-127.
- Doğan**, Murat: Nişanlanmanın Sona Ermesi Halinde Hediyelerin Geri Verilmesi, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 1998, s. 199-238.
- Dural**, Mustafa / **Öğüz**, Tufan / **Gümüş**, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, C. 3, Aile Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2015.
- Dural**, Mustafa / **Öğüz**, Tufan: Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, C. 2, 16. Baskı, İstanbul 2015.
- Dural**, Mustafa / **Öz**, Turgut: Türk Özel Hukuku, C. 4, Miras Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2015.
- Dural**, Mustafa: Türk Medenî Hukukunda Gerçek Kişiler, İstanbul 1984.
- Erman**, Hasan: Medenî Hukuk Dersleri, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2016.
- Feyzioğlu**, Feyzi N. / **Doğanay**, Ümit / **Aybay**, Aydın: Medenî Hukuk Dersleri, C. 1, 2. Baskı, İstanbul 1973.
- Gençcan**, Ömer Uğur: Aile Hukuku, Ankara 2011 (Gençcan, Aile Hukuku).
- Gençcan**, Ömer Uğur: Mal Rejimleri Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2017 (Gençcan, Mal Rejimleri).
- Göktürk**, Hüseyin Avni: Türk Medeni Hukuku, Şahsın Hukuku (Kişiler Hukuku), 3. Baskı, Ankara 1954.
- Gümüş**, Mustafa Alper: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK 185-281), İstanbul 2008 (Gümüş, Mal Rejimleri).
- Gümüş**, Mustafa Alper: Türk Medeni Hukukunda Kayımlık, İstanbul 2006 (Gümüş, Kayımlık).
- Günay**, Hüseyin: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Sonrası Gaiplik Üzerine Bir İnceleme, Yargıtay Dergisi, C. 39, S. 4, 2013, s.87-134.
- Hatemi**, Hüseyin / **Kalkan Oğuztürk**, Burcu: Aile Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2014.
- Helvacı**, Serap: Gerçek Kişiler, 7. Baskı, İstanbul 2016.
- İmre**, Zahit / **Erman**, Hasan: Miras Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2015.

- İmre**, Zahit: Medeni Hukuka Giriş (Temel Kavramlar, Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku), 3. Baskı, İstanbul 1980.
- İnan**, Ali Naim: İnan Türk Medeni Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Aile Hukuku, Ankara 2015 (Kılıçoğlu, Aile).
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Medeni Hukuk Temel Bilgiler, 5. Baskı, Ankara 2015 (Kılıçoğlu, Temel Bilgiler).
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Medeni Hukuk, Temel Kavramlar – Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku, Ankara 2016 (Kılıçoğlu, Kişiler).
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Medenî Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 3. Baskı, Ankara 2014 (Kılıçoğlu, Yenilikler).
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Miras Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2013 (Kılıçoğlu, Miras).
- Koç**, Nevzat: Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, 2005, s. 99-120 (Koç, Vesayet).
- Koç**, Nevzat: Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi, İzmir 2002 (Koç, Nişanlanma).
- Köprülü**, Bülent / **Kaneti**, Selim: Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1989.
- Köprülü**, Bülent: Medenî Hukuk, Genel Prensipler – Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler – Tüzel Kişiler), 2. Baskı, İstanbul 1984.
- Köseoğlu**, Bilâl / **Kocaağa**, Köksal: Aile Hukuku ve Uygulaması, Bursa 2011.
- Mortaş**, Süleyman: Türk Medeni Kanununda Nişanlılığın Sona Ermesi ve Sonuçları, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 139, 2016, s. 1-51.
- Oğuzman**, M. Kemal / **Seliçi**, Özer / **Oktay – Özdemir**, Saibe: Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, 15. Baskı, İstanbul 2015.
- Oğuzoğlu**, Cahit: Medenî Hukuk, Şahsın Hukuku, 5. Baskı, Ankara 1963.
- Özdamar**, Demet / **Kayış**, Ferhat: Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi), 3. Baskı, Ankara 2015.

- Özer Deniz**, Miray: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi, İstanbul 2016.
- Özkan**, Hasan: Açıklamalı – İctihatlı Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı, Gerçek Kişiler, İstanbul 2015.
- Özsunay**, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, 4. Baskı, İstanbul 1979.
- Öztan**, Bilge: Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015 (Öztan, Aile Hukuku).
- Öztan**, Bilge: Medenî Hukuk'un Temel Kavramları, 40. Baskı, Ankara 2015 (Öztan, Temel Kavramlar).
- Özüğür**, Ali İhsan: Mal Rejimleri, 5. Baskı, Ankara 2008.
- Rüzgaresen**, Cumhur: Gaip Borçlunun İflâsı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 61, S. 4, 2012, s. 1369-1406.
- Sarı**, Suat: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007.
- Saymen**, Ferih H. / **Elbir**, Halid K.: Türk Medeni Hukuku, C. 3, Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1960.
- Saymen**, Ferit H.: Türk Medenî Hukuku, C. 2, Şahsın Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1960.
- Serozan**, Rona / **Engin**, Baki İlkay: Miras Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2014.
- Serozan**, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm – Kişiler Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2014.
- Şıpka**, Şükran: Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, İstanbul 2011.
- Tandoğan**, Halûk: Aile Hukuku Ders Notları, Ankara 1965.
- Tarakcioğlu**, İhsan: Türk Medenî Hukuku, Genel Esaslar - Başlangıç Maddeleri - Şahsın Hukuku - Aile Hukuku, Ankara 1978.
- Tekinay**, Selâhattin Sulhi: Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 1992.
- Tutumlu**, Mehmet Akif: Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, C. 1, 2. Baskı, Ankara 2009.
- Usta**, Sevgi: Velayet Hukuku, İstanbul 2016.

- Uyumaz**, Alper / **Erdoğan**, Kemal: Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 1, 2015, s.119-169.
- Velidedeoğlu**, Hıfzı Veldet: Türk Medenî Hukuku, C. 1, Şahsın Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 1956.
- Yavuz**, Nihat: Uygulamada Nişan Davaları, Ankara 1995.
- Yazıcı**, Hilmi / **Atasoy**, Hasan: Şahıs, Aile ve Miras Hukukunda Yargıtay Tatbikatı 1952-1970, Ankara 1970.
- Yetik**, Nurten: Açıklama ve Yargıtay Kararları ile Boşanma, Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejimleri, 2. Baskı, Ankara 2005.
- Zevkliler**, Aydın / **Acabey**, M. Beşir / **Gökyayla**, K. Emre: Zevkliler Medenî Hukuk, 6. Baskı, Ankara 1999.
- Zeytin**, Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2005.

SINIR DIŞI ETME KARARININ İCRASININ ERTELENMESİ*

Arş. Gör. Nedime Tuğçe YİĞİT**

SUSPENSION OF EXECUTION OF THE DEPORTATION DECISION

ÖZ

Sınır dışı etme kararı, idarî bir karardır. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 53. maddesinin 3. fıkrasında düzenlendiği üzere, yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde idare mahkemesine başvurabilir. Aynı hüküm, sınır dışı etme kararının askıya alınmasını da düzenlemiştir. Bu durum iki türdür. Bunlardan birisi, yabancıнын dava açma süresi içinde sınır dışı edilmemesi iken, diğeri ise yargı yoluna başvurusu halinde yargılama sonuçlanıncaya kadar sınır dışı edilmemesidir. Ancak bunlardan ilki, teknik anlamda bir yürütmenin durdurulması müessesesi değilken, ikincisi

* Kabul Edildiği Tarih: 13.12.2017

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.363094](https://doi.org/10.15337/suhfd.363094)

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi

E-mail Adresi: nedimetugceozylmaz@gmail.com

ORCID ID: orcid.org/0000-0002-8755-8992

yürütmenin durdurulmasıdır. Çalışmamızda, bu iki müessesenin idare hukukundaki yürütmenin durdurulması ile olan benzerlik ve farklılıkları ele alınacaktır.

ANAHTAR KELİMELER: Sınır Dışı Etme, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, İdarî Karar, Yürütmenin Durdurulması, İdarî Yargılama Usulü Kanunu.

ABSTRACT

Deportation decision is an administrative decision. According to Article 53/3 of Law on Foreigners and International Protection, Foreigner, legal representative or lawyer may appeal against the removal decision to the administrative court within fifteen days as of the date of notification. Same article has also regulated the suspension of deportation decision's execution in two ways. Firstly, not be deported during the judicial appeal period which may not be technically a suspension of execution, and secondly, not be deported in case of resort to the judgement which may be a way of suspension of execution. In this article, it will be analysed the resemblance and distinctness of both with the suspension of execution in administrative law.

KEY WORDS: Deportation, the Law on Foreigners and International Protection, administrative decision, suspension of execution, the Code of Administrative Procedure.

GİRİŞ

Türkiye'deki yabancılar hukukuna ilişkin sorunların çözümü için uzun yıllar yürürlükte kalan 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun¹ bazı hükümleri ile 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun², 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu³ (YUKK) ile birlikte yürürlükten kaldırılmıştır. YUKK, yabancılar hukukuna ilişkin pek çok hususta olduğu gibi, yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin de yeni hükümler

¹ R.G. 24.07.1950/7564.

² R.G. 24.07.1950/7564.

³ R.G. 11.04.2013/28615.

getirmiştir. Kanun koyucu, sınır dışı etme sebeplerini YUKK içinde sistematik bir şekilde yeniden düzenlenmiş ve sınır dışı etme kararını almaya yetkili makamlar, kararın tebliği, karara karşı idare mahkemelerinin denetimi, yargılama süresi ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin yeni hükümlere yer vermiştir. Bunun yanı sıra Türkiye'yi terke davet ve YUKK'un yürürlüğe girmesinden önce oldukça tartışmalı olan idarî gözetim konusu da yeniden düzenlenmiştir.

YUKK'un yürürlüğe girmesinden önce sınır dışı etme kararlarına karşı yargı yoluna başvuru, kanunda ayrıca düzenlenmemiştir. Sınır dışı etme kararının idarî bir karar olması sebebiyle, bu karara karşı yargısal denetim, Anayasa'nın 125. maddesi çerçevesinde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'ndaki⁴ (İYUK) genel hükümlere göre idare mahkemelerinde açılan davalarla gerçekleştiriliyordu⁵. Ancak çoğu kez, yabancı bir ülkede bulunmalarının vermiş olduğu tecrübesizlik ve yabancı dil engeli sebebiyle, hakkında sınır dışı etme kararı alınan pek çok yabancı, bu karara karşı yargı yoluna başvuru sürecini sancılı bir şekilde geçirmekteydi.

YUKK'un yürürlüğe girmesinden önce sınır dışı etme kararlarına karşı yargısal denetimde yürütmenin durdurulması başvurusu da İYUK'un 27. maddesindeki genel düzenleme çerçevesinde yapılabiliyordu⁶. Ancak yürütmenin durdurulması müessesesinin talebe bağlı olması nedeniyle, çoğu zaman talep süresinin kaçırılması ya da talepte bulunulsa dahi mahkemenin bu talebi reddetmesi nedeniyle mağduriyetlerin yaşandığı biliniyordu. Bu nedenle, Türkiye'nin sınır dışı etme kararının yürütmesinin durdurulmasına ilişkin yaşadığı bu sorunlar, birçok kez AIHM nezdinde, AIHS'nin 13. maddesine aykırılık teşkil etmesi sebebiyle mahkûmiyet kararıyla sonuçlanmıştır.

⁴ R.G. 20.01.1982/17580.

⁵ AYBAY, Rona/DARDAĞAN KİBAR, Esra: Yabancılar Hukuku, İstanbul 2005, s. 242; BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm: "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi", TBB Dergisi, 2013, S. 108, s. 244; GÜNER, Cemil: "Sınır Dışı Etme Kararı ile İlgili İdare Mahkemesi Kararlarının Kesinliği", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2017, C. 75, S. 1, s. 91.

⁶ GÜNER, s. 91.

Sınır dışı etme kararlarına karşı yargısal başvuru ve özelinde yürütmenin durdurulmasına ilişkin tüm bu olumsuz durumların bertaraf edilmeye çalışıldığı YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrası, pek çok açıdan yabancı lehine yenilikler getirmiştir. Buna göre, İYUK'un yargı yoluna ilişkin hükümlerine sınır dışı etme kararı bakımından kural olarak başvuru yapılamayacaktır⁷. Söz konusu fıkranın son cümlesindeki düzenleme, dava açma süresi içinde ve yargı yoluna başvurulması halinde yargılama sonuçlanıncaya kadar hükümde belirtilen yabancıların sınır dışı edilemeyeceğine ilişkindir. Böylece yabancıların, sınır dışı etme kararlarına karşı, hem dava açma süresi içerisinde hem de yargılama esnasında korunmaları sağlanmıştır. Çalışmanın başlığı, YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenleme yalnızca yürütmenin durdurulması müessesesine işaret etmediğinden, dava açma süresi içinde yabancıların sınır dışı edilmesini engelleyen düzenlemeyi de içine alacak şekilde "Sınır Dışı Etme Kararının İcrasının Ertelenmesi" olarak tercih edilmiştir. Çalışmamızda, bu korumaların birbirlerinden farkları ile birbirleriyle olan ilişkileri ve İYUK'un 27. maddesinde düzenlenen idari yargılama hukukundaki genel düzenleme olan yürütmenin durdurulması müessesesinden farkları üzerinde durulacaktır.

A. YABANCILAR VE ULUSLARARASI KORUMA KANUNU KAPSAMINDA SINIR DIŞI EDİLECEK YABANCILAR

1. Genel Olarak

Türk yabancılar hukukunda sınır dışı etme sebepleri, YUKK'un 54. maddesinde düzenlenmiştir. YUKK'un yürürlüğe girdiği ilk halinde, 54. maddesinin 1. fıkrasında hakkında sınır dışı etme kararı alınacak yabancılar 13 bentte sayılmakta iken, 2016 yılında 676 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (676 sayılı KHK)⁸ ile yapılan değişiklikle bu fıkraya bir bent daha eklenerek başka bir sınır dışı etme sebebi daha getirilmiştir. Buna ek olarak, YUKK'un 54.

⁷ Aynı konu bakımından İYUK'ta ve YUKK'ta yargı yoluna ilişkin düzenleme getirilmesi, bu kanunlardan birisi arasında tercih yapılmasını zorunlu kılmıştır. Bu tercih ise, önceki genel kanun-sonraki özel kanun kuralına göre yapılmış ve neticesinde sonraki özel kanun olan YUKK'un, sınır dışı etme kararına karşı yargı yolu için uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır: **GÜNER**, s. 91.

⁸ **R.G. 29.10.2016/29872.**

maddesinin 2. fıkrasında sayılan sınır dışı etme sebeplerinde de, yine 676 sayılı KHK ile bir değişikliğe gidilmiştir.

Kanun koyucu, YUKK'un 54. maddesinde saydığı sınır dışı etme sebeplerinden bir kısmını idarenin takdirine bırakırken, bir kısmını ise bağlı yetkiye tabi tutmuştur⁹. Aşağıda idarenin takdir yetkisine veya bağlı yetkiye dayanarak hakkında sınır dışı etme kararı verebileceği yabancılara yer verilmiştir.

2. Haklarında Sınır Dışı Etme Kararı Alınması Zorunlu Olan Yabancılar

YUKK'un 54. maddesinin 1. fıkrasındaki hükmün lafzı dikkate alındığında, bu fıkrada gösterilen yabancıların sınır dışı edilmesinde idarenin takdir yetkisinin bulunmadığı anlaşılmaktadır¹⁰. Bu hallerde, idarenin, sayılan

⁹ Doktrinde YUKK'un 54. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bu sınır dışı etme sebepleri bakımından farklı bir sınıflandırmaya gidilmiştir. Bu ayrıma göre, sınır dışı etme sebepleri" güvenlik tedbiri olarak sınır dışı etme", "kamu düzenini korumak amacıyla sınır dışı etme" ve "ülkeye giriş, ülkeden çıkış, ülke içinde ikamet ve çalışma izni ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı davranışların ve bunlarla irtibatlı usulsüzlüklerin yaptırımı olarak sınır dışı etme" olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Hükmün (a) bendi güvenlik tedbiri olarak sınır dışı etme sebebi olarak değerlendirilirken; hükmün (b), (ç) ve (d) bendi kamu düzenini korumayı amaçlayan sınır dışı etme sebebi olarak değerlendirilmiştir. Diğer yandan, hükmün (c), (e), (f), (g), (ğ), (h), (ı), (i), (j) bentlerindeki sebepler ülkeye giriş, ülkeden çıkış, ülke içinde ikamet ve çalışma izni ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı davranışların veya bunlarla irtibatlı usulsüzlüklerin yaptırımı olarak sınır dışı etme sebeplerine yer vermiştir. Söz konusu sınıflandırma hakkında detaylı bilgi için bkz. **DARDAĞAN KİBAR, Esra**: "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, 2012, C. 11, No. 2, s. 55 (Karşılaştırma Denemesi). Bu bağlamda, 676 sayılı KHK'nin 36. maddesi ile getirilen (k) bendi uyarınca uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğunun değerlendirilmesinde de kamu düzenini korumak amaçlandığından, bu bendi ikinci gruba dâhil etmek yerinde olacaktır.

¹⁰ **BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK**, s. 215; **ERTEN, Rifat**: "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, C. 19, S. 1, s. 30.

sebeplerden dolayı bağlı yetkiye¹¹ sahip olması, belirtilen sebeplerden birisine uyan bir yabancı hakkında sınır dışı etme kararı almasını zorunlu kılmaktadır.

YUKK'un 54. maddesinin 1. fıkrasında sayılan, idarenin sınır dışı etme kararı almasına esas teşkil edecek sebepler sınırlı sayıdadır. Dolayısıyla, bu sebeplerin idarece genişletilmesi mümkün değildir¹². Bununla birlikte, aşağıda belirtileceği üzere, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in¹³ (Yönetmelik) 54. maddesinin 6. fıkrasında YUKK'un 54. maddesinin 1. fıkrasında sayılan sınır dışı etme sebeplerine bir sebep daha ilave edildiği görülmektedir.

YUKK'un 54. maddesinin 1. fıkrası uyarınca hakkında sınır dışı etme kararı alınacak yabancılar şunlardır:

-5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun¹⁴ (TCK) 59. maddesi kapsamında¹⁵ sınır dışı edilmesi gerektiği değerlendirilenler (a bendi)¹⁶,

¹¹ Bağlı yetki, idarenin belirlenen bazı koşul ve durumların gerçekleşmesi halinde, mutlaka belli bir çözümü benimseyerek, belli bir idarî işlemi yapmak zorunda olmasıdır. Bağlı yetki halinde idarî kararın amaç unsuru önemini yitirir ve kanunda belirtilen nedenin gerçekleşmesiyle birlikte alınan karar, kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun olarak kabul edilir. İdare, bu işlemi yapmayı reddeder veya belirtilenden daha farklı bir işlem yaparsa hukuka aykırı davranmış olur. Bağlı yetkiye yönelik tespitler için bkz. **ODYAKMAZ, Zehra/KAYMAK, Ümit/ERCAN, İsmail**: İdari Yargı, İstanbul 2015, s. 31-32.

¹² **EKŞİ, Nuray**: Yabancıları ve Uluslararası Koruma Hukuku, İstanbul 2014, s. 122.

¹³ **R.G. 17.03.2016/29656**.

¹⁴ **R.G. 12.10.2004/25611**.

¹⁵ TCK'nın 59. maddesine göre, işlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilen yabancı, koşullu salıverilmeden yararlandıktan ve her halde cezasının infazı tamamlandıktan sonra, durumu, sınır dışı işlemleriyle ilgili olarak değerlendirilmek üzere derhal İçişleri Bakanlığına bildirilir.

¹⁶ YUKK'un 54. maddesinin 1. fıkrasında sınırlı sayıda sayılan sınır dışı etme sebepleri bakımından, idarenin bağlı yetkisi bulunmasına rağmen, söz konusu fıkranın (a) bendi, sınır dışı etme kararı bakımından İçişleri Bakanlığının gerçekleştirmesi gereken bir değerlendirme işlemi zorunlu kılmaktadır. Madde metni, niteliği gereği idarenin takdir yetkisinin bulunmadığı sınır dışı etme sebeplerine yer verse de, söz konusu bent, TCK'nın 59. maddesinde belirtilen yabancılar hakkında, ülkenin kamu düzeni için tehlike teşkil edip etmeyeceği değerlendirmesinin yapılması bakımından idarenin takdir yetkisine imkân vermektedir. Tespitler için bkz. **BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK**, s. 218; **DARDAĞAN KİBAR**, Karşılaştırma Denemesi, s. 57; **DEĞİRMENCI**,

-Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar (b bendi)¹⁷,

-Türkiye'ye giriş, vize ve ikamet izinleri için yapılan işlemlerde gerçek dışı bilgi ve sahte belge kullananlar (c bendi),

-Türkiye'de bulunduğu süre zarfında geçimini meşru olmayan yollardan sağlayanlar (ç bendi),

-Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar (d bendi)¹⁸,

-Vize veya vize muafiyeti süresini on günden fazla aşanlar veya vizesi iptal edilenler (e bendi),

-İkamet izinleri iptal edilenler (f bendi),

Olgun/KARAKURUMER, Alkın: "Suç İşleyen Yabancıların Sınırdışı Edilmesi Tedbirinin Tarihsel Gelişiminin Hukuki Bağlamda İrdelenmesi", Ceza Hukuku Dergisi, 2014, Y. 9, S. 25, s. 147; **ERTEN**, s. 30-31.

¹⁷ Türk hukukunda çıkar amaçlı suç örgütüne ilişkin düzenleme, 2005 yılına kadar mülga 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nda yer almaktaydı. 4422 sayılı Kanun'un, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun (R.G. 31.03.2005/25772 Mükerrer) ile yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte, doğrudan konuya ilişkin bir kanunî düzenleme kalmamıştır. Çıkar amaçlı suç örgütü kavramının mevzuatta karşılığı bulunmadığından, YUKK'taki düzenlemenin kapsadığı yabancılar bakımından bir belirleme yapılamamaktadır. Bu nedenle, ağır sonuçlar doğurabileceğinden, bir yabancı bu sınır dışı etme sebebine dayanılarak sınır dışı edilmesi hukuka uygun gözükmemektedir: **BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK**, s. 220.

¹⁸ YUKK'ta kamu düzeni ve kamu güvenliği kavramlarının tanımı yapılmadığından ve tehdit durumunun derecesinden söz edilmediğinden bu kavramlara ilişkin bir çerçeve çizmek oldukça güç görünmektedir: **DARDAĞAN KİBAR**, Karşılaştırma Denemesi, s. 65; **ERTEN**, s. 30-31; **BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK**, s. 228. Kamu düzeni ve kamu güvenliği kavramının belirsizliği hakkında ayrıca bkz. **OKAY TEKİNSOY, Özge:** İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, İstanbul 2011, s. 7. Söz konusu kavramların anlamlarının belirsiz olması, YUKK'un 54. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen sınır dışı etme sebepleri açısından idareye geniş bir takdir yetkisi vermektedir. Her ne kadar YUKK'un 54. maddesinin 1. fıkrasındaki sınır dışı etme sebepleri bakımından idarenin bağlı yetkisi olsa da, bu kavramların yorumlanması neticesinde yabancı hakkında sınır dışı etme kararı alınması, özünde söz konusu sınır dışı etme sebebinin tespitinde idarenin takdir yetkisi olduğunu göstermektedir. **BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK**, s. 227-228.

-İkamet izni bulunup da süresinin sona ermesinden itibaren kabul edilebilir gerekçesi olmadan ikamet izni süresini on günden fazla ihlal edenler (g bendi),

-Çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edilenler (ğ bendi),

-Türkiye'ye yasal giriş veya Türkiye'den yasal çıkış hükümlerini ihlal edenler (h bendi),

-Hakkında Türkiye'ye giriş yasağı bulunmasına rağmen Türkiye'ye geldiği tespit edilenler (ı bendi),

-Uluslararası koruma başvurusu reddedilen, uluslararası korumadan hariçte tutulan, başvurusu kabul edilemez olarak değerlendirilen, başvurusunu geri çeken, başvurusu geri çekilmiş sayılan, uluslararası koruma statüleri sona eren veya iptal edilenlerden haklarında verilen son karardan sonra YUKK'un diğer hükümlerine göre Türkiye'de kalma hakkı bulunmayanlar (i bendi),

-İkamet izni uzatma başvuruları reddedilenlerden on gün içinde Türkiye'den çıkış yapmayanlar (j bendi),

-Uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler (k bendi)¹⁹.

YUKK'un 54. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bu sınır dışı etme sebeplerine Yönetmelik ile bir sebep daha dâhil edilmiş görünmektedir. Buna göre, idarenin bağlı yetkisinin bulunduğu bir sınır dışı etme sebebi olarak, Yönetmelik'in 54. maddesinin 6. fıkrasında, Türkiye'de bulunan düzensiz göçmenlerden²⁰, durumları yetkili makamlarca tespit edilmeden önce üçüncü

¹⁹ YUKK'un yürürlüğe girdiği ilk halinde yer almamakla birlikte, 676 sayılı KHK'nın 36. maddesiyle, YUKK'un 54. maddesinin 1. fıkrasına, uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenlerin de sınır dışı edileceğine ilişkin (k) bendi eklenmiştir.

²⁰ YUKK'un 3. maddesinin 1. fıkrasının (ı) bendinde düzenlendiği üzere düzensiz göç, yabancıların yasa dışı yollarla Türkiye'ye girişi, Türkiye'de kalışı, Türkiye'den çıkışı ve Türkiye'de izinsiz çalışmasıdır. Düzensiz göçmen ise yasadışı yollarla Türkiye'ye giren, Türkiye'de kalan, Türkiye'den çıkan ve Türkiye'de izinsiz çalışan yabancılarıdır. Düzensiz göç hakkında detaylı bilgi için bkz. **EKŞİ, Nuray**: Türkiye Avrupa Birliği Geri Kabul Antlaşması, İstanbul 2016, s. 1 vd. (Geri Kabul Antlaşması); **ÖZKAN, Işıl**: Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, Ankara 2013, s. 125 vd.

bir ülkeye gitmek ya da menşe ülkesine geri dönmek isteğiyle İl Göç İdaresi Müdürlüklerine kendiliğinden başvurular hakkında sınır dışı etme kararı alınacağı öngörülmektedir²¹.

3. Haklarında Sınır Dışı Etme Kararı Alınması İdarenin Takdirine Bağlı Olan Yabancılar

Kanun koyucu, bazı hallerde sınır dışı etme konusunda idareye takdir yetkisi vermiştir. Buna göre, söz konusu sınır dışı etme sebeplerinden birinin gerçekleşmesi halinde, idarece değerlendirmede bulunulacak ve ilgili yabancıların sınır dışı edilip edilmeyeceğine karar verilecektir.

676 sayılı KHK ile değiştirilen YUKK'un 54. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemede, hakkında sınır dışı etme kararı alınması idarenin takdir yetkisine bağlı olan yabancılar gösterilmiştir. Değişiklikten önce uluslararası koruma başvurusu sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında, sadece ülke güvenliği için tehlike oluşturduklarına dair ciddi emare bulunduğu veya kamu düzeni açısından tehlike oluşturan bir suçtan kesin hüküm giymeleri durumunda sınır dışı etme kararı alınabilmekteydi. Düzenlemenin yeni halinde ise, YUKK'un 54. maddesinin 1. fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri kapsamında oldukları değerlendirilen uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında, uluslararası koruma işlemlerinin her aşamasında sınır dışı etme kararı alınabileceği düzenlenmiştir.

B. SINIR DIŞI ETME KARARININ YARGISAL DENETİMİ

1. Genel Olarak

Türk hukukunda sınır dışı etme kararı, YUKK'un 53. maddesinin 1. fıkrası uyarınca Valilikler tarafından re'sen ya da Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün

²¹ Anayasa'nın 16. maddesinde belirtildiği üzere, yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması ancak kanun ile gerçekleştirilebilir. Sınır dışı etme, yabancıların temel hak ve özgürlüklerine sınırlandırmalar getiren bir işlemdir. Dolayısıyla, bir yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin bir düzenlemenin, Anayasa'nın 16. maddesine uygun olması, ancak bir kanun hükmü olması ile mümkün hale gelecektir. Anayasa'yla güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin bir kanun hükmüne dayanılmaksızın yönetmelikle sınırlandırılması Anayasa'ya aykırı bulunmaktadır: **AYBAY/DARDAĞAN KİBAR**, s. 82-83, dn. 21. Bu haliyle söz konusu Yönetmelik hükmünün, Anayasa'nın 16. maddesine aykırılık teşkil ettiği söylenebilir.

talimatı üzerine verilen tek yanlı idarî bir işlemdir²². Zira sınır dışı etme, ilgi yabancıya rıza ve muvafakatine bağlı olmaksızın, idarenin iradesiyle gerçekleşmektedir²³. Bu bağlamda sınır dışı etme kararı, tek yanlı idarî işlemlerden bireysel idarî işlemlere, bir diğer deyişle idarî kararlara örnek teşkil etmektedir²⁴. Bu durum, sınır dışı etme işleminin yabancıya nihayetinde ülke dışına çıkarılmasına dayanak teşkil etme özelliğinden kaynaklanmaktadır²⁵. İlave olarak, sınır dışı etme kararı, uygulanışından hareketle, icraî özellik gösteren bir işlemlerle gerçekleşmektedir²⁶. Gerçekten de, sınır dışı etme kararı, yabancıya bir ülkeden başka bir ülkeye gönderilmesi gibi, idarenin fiilen gerçekleştirdiği bir işlem olduğundan icraîlik özelliği taşımaktadır.

Sınır dışı etme işlemi bir idarî işlem olduğundan, idare hukukundaki hukuka uygunluk karinesi gereği, aksi ispat edilinceye kadar hukuka uygun kabul edilir. Zira idare tarafından tek yanlı olarak alınan idarî kararlar, mahkeme tarafından iptal edilinceye kadar hukuka uygun kabul edildiğinden uygulamasına devam edilir²⁷. Ancak idarenin tesis ettiği bir işlem her zaman hukuka uygun olmayabilir. Sınır dışı etme gibi, yöneldiği kişi bakımından ağır hukukî sonuçlar doğuran bir idarî kararın hukuka aykırı olması, telafisi

²² **AYBAY/DARDAĞAN KİBAR**, s. 226; **ERGÜL, Ergin**: "Türk Hukukunda Yabancıları Sınır Dışı Etme ve Geri Gönderme İşlemleri", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2012, S. 74, s. 84; **GÜNER**, s. 90; **KABAALIOĞLU, Halûk/EKŞİ, Nuray**: "Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmesi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2004, C. 24, S. 1-2, Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan, s. 520; **YILMAZOĞLU, Esat Caner**: "Yabancıların Sınırdışı Edilmesinin Anayasa Mahkemesinde Yargısal Denetimi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2015, S. 5, s. 907.

²³ Tek yanlı idarî işlemlere ilişkin genel tespitler için bkz. **AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil**: *Türk İdare Hukuku*, Ankara 2015, s. 404; **GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel**: *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa 2012, s. 275.

²⁴ **KABAALIOĞLU/EKŞİ**, s. 520; **GÜNER**, s. 90.

²⁵ Bireysel idarî işlemler hakkında genel olarak bkz. **AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA**, s. 397-398.

²⁶ **KABAALIOĞLU/EKŞİ**, s. 520. İdarî işlemlerin icraîliği hakkında genel olarak bkz. **AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA**, s. 386; **GÖZLER/KAPLAN**, s. 279.

²⁷ Hukuka uygunluk karinesi hakkında detaylı bilgi için bkz. **AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA**, s. 386; **GÖZLER/KAPLAN**, s. 283; **TEKİNSOY, Ayhan**: *İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması*, Ankara 2013, s. 19 vd.

mümkün olmayan durumların ortaya çıkmasına sebep olabilecektir. Dolayısıyla idare, bir yabancı hakkında sınır dışı etme kararı alırken, özenli davranmalıdır.

Anayasa'nın 125. maddesine göre, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır. Bir yabancı hakkında YUKK'un 53. maddesine göre alınmış bir sınır dışı etme kararına karşı hukuka uygun olmadığı gerekçesiyle yargı yoluna başvurulabilir²⁸. İdarenin eylem ve işlemleri üzerindeki etkili denetim, şüphesiz yargısal denetimdir²⁹. Bu anlamda, özellikle bir idarî kararın iptali için mahkemeye başvurulması³⁰, hukuk devletinde vazgeçilmez bir hukuksal araçtır³¹. Bu sayede idarenin keyfî davranışlarının önüne geçilmesi sağlanabilmektedir.

2. İlk Derece Mahkemelerine Başvuru

YUKK'un yürürlüğe girmesinden önce, sınır dışı etme kararlarına karşı idarî yargıya başvuru, İYUK'ta düzenlenen genel hükümlere göre

²⁸ **AYBAY/DARDAĞAN KİBAR**, s. 242; **ÇİÇEKLi, Bülent**: Yabancılar ve Mülteci Hukuku, Ankara 2014, s. 181; **KABAALIOĞLU/EKŞİ**, s. 521; **YILMAZ, Abdülhalim**: "Türkiye'de Yabancıların Sınırdışı Edilmesi: Uygulama ve Yargısal Denetim", Sınır ve Sınırdışı Türkiye'de Yabancılar, Göç ve Devlete Disiplinlerarası Bakışlar, Ankara 2014, s. 221-222.

²⁹ **ASLAN, Zehreddin**: İdarî Yargı'da Yürütmenin Durdurulması, İstanbul 1994, s. 10-11; **GÖZÜBÜYÜK, Şeref**: Yönetmelik Yargı, Ankara 2015, s. 1; **YILDIRIM, Ramazan**: Türk İdarî Rejimi Dersleri (İdarî Yargılama Hukuku) (Cilt 3), Konya 2015, s. 4.

³⁰ İptal davası, idare tarafından tesis edilmiş olan idarî bir karardan şahsî, meşru ve güncel bir menfaati ihlal edilen kişinin, idare mahkemelerine başvurmak suretiyle bu kararın kanuna, hukuka; yetki, sebep, şekil, konu ve amaç yönlerinden birine aykırılığında dolayı iptalinin istendiği davadır: **ASLAN**, s. 14. İptal davası hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. **ÇAĞLAYAN, Ramazan**: İdarî Yargılama Hukuku, Ankara 2015, s. 371 vd.; **GÖZÜBÜYÜK**, s. 139 vd.; **KALABALIK, Halil**: İdarî Yargılama Usulü Hukuku, Konya 2014, s. 136 vd.; **KAPLAN, Gürsel**: İdarî Yargılama Hukuku, Bursa 2017, s. 192 vd.; **ÖZAY, İl Han**: Günışığında Yönetim II, Yargısal Korunma, İstanbul 2010, s. 156 vd.; **YILDIRIM**, s. 89 vd.

³¹ **ODYAKMAZ/KAYMAK/ERCAN**, s. 126; **YILDIRIM**, s. 4; **ASLAN**, s. 12. Hukuka aykırı idarî işleme karşı başvurulabilecek bir diğer yöntem ise, idarî denetim yoludur. Çalışmamız sınır dışı etme kararının yargısal denetimi ile ilgili olduğundan, sınır dışı etme kararlarına karşı idarî itiraz çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmıştır.

yapılmaktaydı³². YUKK'ta ise, bu hususa ilişkin özel düzenlemeler getirilmiş ve İYUK'taki birçok hüküm, sınır dışı etme kararı bakımından uygulanabilirliğini kaybetmiştir. Bunlardan birisi de, sınır dışı etme kararlarına karşı idarî yargıya başvuru ve idarî yargıda yargılama hususundadır³³.

YUKK'un yürürlüğe girmesinden önce sınır dışı etme kararlarına karşı dava açma süresi, idarî yargıdaki genel dava açma süresi olup, bu süre, yazılı bildirim izleyen günden itibaren altmış gün olarak kabul edilmekte idi³⁴. Ancak YUKK'un yürürlüğe girmesiyle birlikte, sınır dışı etme kararlarına karşı ilk derece mahkemelerine başvuru süresi kısalmıştır. YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrasına göre, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde idare mahkemesine başvuruda bulunulabilmektedir³⁵.

³² **AYBAY/DARDAĞAN KİBAR**, s. 242; **BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK**, s. 244; **GÜNER**, s. 91.

³³ **GÜNER**, s. 91.

³⁴ **AYBAY/DARDAĞAN KİBAR**, s. 242; **GÜNER**, s. 91.

³⁵ Sınır dışı etme kararına karşı, idarî yargıdaki altmış günlük hak düşürücü nitelikteki başvuru süresi yerine on beş günlük sürenin getirilmesi, etkili başvuru hakkının ve hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması sonucunu doğurabilmektedir: **BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK**, s. 244; **DARDAĞAN KİBAR**, s. 71; **TEKSOY, Barış**: "6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Göre Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, C. 62, S. 3, dn. 895. İdarî yargıda açılacak olan bir iptal davası için öngörülen genel dava açma süresi, tebliğ tarihinden itibaren altmış gün iken; hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancının sınır dışı edilmesi, kendisi açısından ağır sonuçlar doğurabilecek olmasına rağmen, dava açma süresinin kararın tebliğinden itibaren on beş gün olarak belirlenmesi, dolaylı olarak etkili ve etkin bir yargılama yapılmasının da önünde engel oluşturmaktadır: **GÜNER**, s. 92, dn. 32; **KALAY, Jale**: AİHM Kararları Işığı Altında Etkili ve Etkin Bir İdarî Yargı Denetimi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2007, s. 239-241. Sınır dışı etme kararının iptali, başvuru süresinin kısa olmasının doğurabileceği muhtemel sonuçlar hakkında ayrıca bkz. **ERTEN**, s. 33. AYM'ye göre (T. 01.10.1991, E. 1990/40, K. 1991/33), dava açma süresi, dilekçelerin hazırlanması ve eklerinin temin edilmesini imkânsız kılacak ve büyük ölçüde güçleştirecek derecede kısa olmamalı ve dava hakkının kullanımına ölçsüz bir sınırlama getirmemelidir: **KASAPÖĞLU TURHAN, Mine**: "İdari Yargıda İvedi Yargılama Usulü", Ankara Barosu Dergisi, 2015, S. 3, s. 195. Netice olarak, bu süre hak düşürücü bir süredir ve hak düşürücü sürenin doğurduğu sonuçların hukukumuzda telafisi mümkün değildir. Tüm bu eleştirilere rağmen AYM, 2016 yılında verdiği bir başka kararla bu tartışmalara son vermiştir. Ankara 1. İdare Mahkemesi, YUKK'un sınır dışı etme kararına karşı yargı yolunu düzenleyen 53.

Sınır dışı etme kararına karşı idare mahkemelerine yapılacak olan başvuru, dava dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle gerçekleşir. Sınır dışı etme kararına karşı mahkemeye başvuru yapılmasının ardından, İYUK'un 14. maddesi gereği ilk inceleme başlatılır. İYUK'ta ve YUKK'ta aksine bir hüküm bulunmadığından yargılama, İYUK'taki genel yargılama usulü olan yazılı yargılama usulüne göre gerçekleştirilir³⁶.

YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrasında, sınır dışı etme kararına karşı idare mahkemesine yapılacak başvuruların, mahkeme tarafından on beş gün içinde karara bağlanacağı öngörülmektedir. İdarî yargı organlarınınca yapılan bir yargılamanın etkinliği, özellikle yargılamanın makul sürede ve hakkaniyete uygun şekilde yapılmasıyla mümkündür³⁷. Ancak sınır dışı etme kararlarına karşı idare mahkemesinde açılan davalarda, yargılamanın on beş günle sınırlı tutulması, yargılamanın etkinliği konusunda tereddüt uyandırmakta ve hak arama hürriyetine ilişkin bir sınırlandırma niteliği taşımaktadır³⁸.

maddesinin 3. fıkrasının birinci ve üçüncü cümlelerinde yer alan on beş günlük başvuru süresinin Anayasa'nın 2, 10, 36 ve 142. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle bu sürelerin iptal edilmesini talep etmiştir. Ancak AYM, öngörülen dava açma süresinin dava dilekçesinin hazırlanmasını imkânsız kılacak veya büyük ölçüde güçleştirecek kadar kısa olmadığına ve dolayısıyla hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından olan mahkemeye erişim hakkının kullanılmasını önemli ölçüde güçleştirmedikçe ya da hakkı kullanılamaz hale getirmedikçe karar vermiştir. Son olarak, AYM'ye göre yabancıların hukuksal durumunun kısa zamanda açığa kavuşması amacıyla getirilen on beş günlük dava açma süresi, hakkın özüne dokunmamakta ve ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. Bu nedenlerle AYM, idare mahkemesinin talebini reddetmiştir (AYM T. 14.07.2016, E. 2016/37, K. 2016/135).

³⁶ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. **ÇAĞLAYAN**, s. 221 vd.; **GÖZÜBÜYÜK**, s. 349 vd.; **KALABALIK**, s. 241 vd.; **KAPLAN**, s. 318 vd.; **YILDIRIM**, s. 141 vd.

³⁷ **KALAY**, s. 301.

³⁸ Aynı yönde görüşler için bkz. **DARDAĞAN KİBAR**, Karşılaştırma Denemesi, s. 71; **BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK**, s. 244; **GÜNER**, s. 93; **TEKSOY**, s. 895, dn. 57. YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrasının bu içeriğine karşın, Ankara 1. İdare Mahkemesi tarafından 2016 yılında AYM'ye yapılan bir başvuruda, düzenlemenin, Anayasa'nın 2, 10, 36 ve 142. maddelerine aykırı olduğu belirtilmiş ve hükümdeki on beş günlük yargılama süresinin iptal edilmesi talep edilmiştir. AYM, başvuruyu değerlendirmiş ve başvuru konusu sürenin düzenleyici nitelikte olduğuna; yargı mercilerinin belirtilen süreler içerisinde yargısal işlemleri yerine getirmemesinin tarafların hak kaybına yol açmayacağına ve dolayısıyla, yabancıların sahip olduğu hakkın özüne dokunmadığı

Son olarak, YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrasında ve Yönetmelik'in 56. maddesinin 3. fıkrasında düzenlendiği üzere, mahkemeye başvuran kişi, sınır dışı etme kararı veren makama da başvurusunu bildirir. Her ne kadar bu yükümlülüğün kanunda bir yaptırımı öngörülme de, aşağıda yer verildiği üzere, yargı yoluna başvurusu nedeniyle yabancıya sınır dışı edilmemesi, en erken bu bildirim yoluyla güvence altına alınabileceğinden önem arz etmektedir. Zira Yönetmelik'in 59. maddesinin 4. fıkrasında, idarenin sınır dışı etme kararına karşı yargı yoluna gidildiği bilgisini edindiği andan itibaren sınır dışı etme işlemini durduracağı düzenlenmiştir.

3. Kanun Yoluna Başvuru

YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrasında düzenlendiği üzere, hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıya, idare mahkemelerine başvurusuyla gerçekleştirilen yargılama neticesinde alınan kararlar kesindir³⁹. Bir diğer ifadeyle kanun koyucu, bu kararın kanun yollarına götürülmesine izin vermemiş ve bir anlamda hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıya hak arama hürriyeti sınırlandırılmıştır⁴⁰. Bu düzenleme, YUKK'un yürürlüğe

gibi ölçülülük ilkesine de aykırı olmadığına karar vermiştir. Diğer yandan, düzenlemenin, adil yargılamaya hakkını zedelediği, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını öngören anayasal ilkeye de uygun olduğuna karar verilmiş ve talep reddedilmiştir (AYM, T. 14.07.2016, E. 2016/37, K. 2016/135).

³⁹ Benzer bir düzenleme YUKK'un 80. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde de bulunmaktadır. Buna göre, kabul edilemez başvuru ile hızlandırılmış değerlendirme kararlarına karşı idare mahkemelerinde açılacak davalarda, mahkemenin kararı kesindir. Söz konusu düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **BAYATA CANYAŞ, Aslı**: "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu kapsamındaki Kabul Edilmez Başvuru ve Hızlandırılmış Değerlendirme Kararlarının Kesinliği", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2015, S. 22, s. 140 vd.

⁴⁰ **GÜNER**, s. 97 vd. Anayasa'nın 16. maddesindeki düzenlemeye göre, temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlandırılabilir. Buna göre, bir yabancıya temel hak ve özgürlüklerine getirilecek sınırlamalar kanunla gerçekleştirilebilir ve getirilecek sınırlamanın mutlaka milletlerarası hukuka uygun olması gerekmektedir. Bir yabancıya idare mahkemelerindeki bir karara karşı kanun yollarına başvurusunun engellenmesi şüphesiz temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasıdır. Ancak bu sınırlama YUKK ile getirilmiştir ve dolayısıyla şekli açıdan Anayasa'ya uygundur. Diğer yandan, getirilen düzenlemenin milletlerarası hukuka da uygun olması gerekmektedir. Milletlerarası hukuka uygun olmayan bir

girmesinden önceye, bir diğer deyişle sınır dışı etme kararlarına karşı İYUK hükümlerine göre yargı yoluna başvuru yapıldığı döneme kıyasla daha az çağdaş bir durumu beraberinde getirmiştir⁴¹.

düzenleme hakkında, Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulabilecektir: **GÜNER**, s. 98.

- ⁴¹ **GÜNER**, s. 94-95. Kanun yollarına başvuru hakkı, ilk olarak hak arama özgürlüğü çerçevesinde incelenmelidir. Hak arama özgürlüğü, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hükümden de anlaşıldığı üzere, hak arama özgürlüğü adil yargılanma hakkının bir yansımasıdır. Zira AİHM'in çeşitli kararlarında da adil yargılanma hakkının mahkemeye erişim hakkını da içerdiği ve temyiz hakkının mahkemeye erişim hakkı ve adil yargılanma hakkı ile ilişkilendirildiği belirtilmiştir. Tespit için bkz. **BAYATA CANYAŞ**, s. 147. AİHS'nin 6. maddesinde getirilen adil yargılanma hakkı ise, yalnızca medenî hak ve yükümlülükler ile cezaî alanda yöneltilen suçlamalar bakımından getirilmiş bir düzenlemedir. AİHM, AİHS'nin 6. maddesinin kapsamını taraf devletlerin iç hukuklarından bağımız bir şekilde AİHS'nin amacını ve koruduğu menfaatleri dikkate alarak belirlemektedir. Zira AİHM'in kararlarının yeknesaklaşması bakımından bu belirleme önemlidir. İdare hukuku alanındaki çeşitli uyumsuzluklar bakımından AİHS'nin 6. maddesinin uygulamasını kabul etmesine rağmen Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, yabancıların ülkeye girişi, ülkede ikamet, seyahati ve ülkeden sınır dışı edilmesi meselelerine ilişkin uyumsuzluklarda bu uygulamayı kabul etmemektedir. Dolayısıyla, bir yabancı sınır dışı edilmesine ilişkin karar için getirilmesi talep edilen temyiz yolu bu madde kapsamında değildir; zira temyiz yolunun getirilmesi gerektiğine ilişkin maddede herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. (**Aff. 39652/98 (Cour Européenne des Droits de l'Homme) Maaouia c. France [2000]**, §§ 33-40). Diğer yandan AİHM, AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin sınır dışı edilen yabancılar hakkında yeterli güvenceyi sağladığına ilişkin çeşitli kararları bulunmaktadır. Ancak bu hüküm, asgarî bir koruma sağlarken, mutlaka AİHS'nin 6. maddesiyle tamamlanması gerekmektedir: **EKŞİ, Nuray**: "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Yabancıların Sınırdışı Edilmesine Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 2010, Y. 29, S. 1-2, s. 127. AİHS'nin 13. maddesi ise, daha önce incelendiği üzere, etkili başvuru hakkına ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Bu düzenlemeye göre, AİHS'de teminat altına alınmış hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, millî makamlar önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir: **KABAALIOĞLU/EKŞİ**, s. 508. Etkili başvuru hakkının düzenlendiği bu madde, adil yargılanma hakkındaki düzenlemenin aksine, ihlallerin kapsamı bakımından bir sınırlama getirmemektedir. Ancak tıpkı adil yargılanma hakkına ilişkin düzenlemede olduğu üzere, temyiz yolunun bulunması gerektiğine ilişkin bir gereklilik de öngörmüştür. Ancak AİHM incelemelerinde görüldüğü üzere, ülkede

YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrasındaki hüküm, sınır dışı etme kararlarına karşı başvuruyu değerlendiren idare mahkemelerinin kararlarının kesin olduğunu ve dolayısıyla bu kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamayacağını düzenlerken; 2014 yılında İYUK'un 45. maddesine getirilen bir değişiklikle bu durum değiştirilmiştir. 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un⁴² 19. maddesiyle idare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı bölge idare mahkemesine başvurulabileceği İYUK'un 45. maddesine eklenmiştir⁴³.

İYUK'un 45. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesine göre, idare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı, başka kanunlarda farklı bir kanun yolu öngörülmüş olsa dahi, mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare

bulunan başvuru yollarının toplamı bakımından yapılan değerlendirme neticesinde, bunların yeterli olduğuna ilişkin bir görünüş, etkili başvuru hakkının sağlandığı varsayımını ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla, sınır dışı edilmeye ilişkin idare mahkemesinin verdiği karara karşı temyiz yoluna başvurulamamasına rağmen; buna karşı AYM'de bireysel başvuru talebinde bulunabiliyor olması Türkiye'de etkili başvuru hakkının kullanılabilirdiği anlamına gelmektedir: **BAYATA CANYAŞ**, s. 149-150; **GÜNER**, s. 100. Her ne kadar hak arama özgürlüğü, dolayısıyla adil yargılanma hakkı ve etkili başvuru hakkının içeriği bakımından temyiz yolunun zorunlu bir unsur olmadığı kabul edilse de ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı yüksek mahkemelere başvuru hakkı, bu kararların hukuka uygunluğunun denetlenmesi, hukukun gelişiminin sağlanması, içtihat ve hukukta birliğin sağlanması ve yargılamanın daha çabuk gerçekleştirilmesi bakımından önemli bir husustur: **AVCI, Mustafa**: "İdari Yargıda İstinaf", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011, S. 96, s. 182-183. Sınır dışı etme kararları bakımından ilk derece mahkemelerinin aldığı kararların kesin olduğunun kabul edilmesi ve kanun yollarına başvurunun engellenmesi, YUKK kapsamında getirilen bir düzenleme olduğu için Anayasa'ya uygun olmasına rağmen, idare mahkemeleri tarafından alınan diğer kararlar için öngörülen bir kanun yoluna başvurunun engellendiği gerçeği göz ardı edilmemelidir. Dolayısıyla, kanun yollarının kapatılması, bir ihlal olmamakla birlikte; hak arama özgürlüğü ve etkili başvuru hakkının sınırlandırılması niteliğindedir ve Anayasa'nın 16. maddesine uygun bir şekilde YUKK'ta yer alması sebebiyle sınır dışı etme kararları bakımından uygulanacak bir düzenlemedir.

⁴² **R.G. 28.06.2014/29044.**

⁴³ 6545 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte, sınır dışı etme kararlarına karşı idare mahkemesinin verdiği hüküm için hangi kanunun uygulanacağı meselesi gündeme gelmiştir. Burada, sonraki tarihli özel kanun, bir diğer deyişle İYUK'un dikkate alınması suretiyle konuya çözüm getirilmiştir: **GÜNER**, s. 95.

mahkemesine, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir. Hükümde dikkati çeken husus, bu başvuru olanağının başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi getirilmiş olmasıdır. Bir diğer deyişle, YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrası ve 80. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde düzenlendiği üzere, idare mahkemelerinin kararlarının kesin olarak kabul edilip bunlara karşı başvuru olanağının kaldırıldığı hükümler dahi İYUK'un 45. maddesi gereği ihmal edilmeli ve idare mahkemesinin bu hususlarda verdiği kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilmesi mümkün olmalıdır⁴⁴.

6545 sayılı Kanun ile İYUK'a getirilen bir diğer hüküm, Danıştay dava dairelerinin kesin kararları ile bölge idare mahkemelerinin kararlarının temyizine ilişkindir. İYUK'un 46. maddesinde *numerus clausus* gösterilen kararlar hakkında, başka kanunlarda aksine hükümler bulunsa dahi kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde Danıştay'da temyiz talebinde bulunulabilir. Sınır dışı etme kararı, bir idarî işlem olduğundan, yalnızca İYUK'un 46. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendindeki düzenleme gereği, bölge idare mahkemesinin kararlarının temyize götürülüp götürülmeyeceği konusunda bir tespite ihtiyaç duyulmaktadır⁴⁵. Bunun dışında hükümde gösterilen hiçbir temyiz nedeni, sınır dışı etme kararlarının temyiz edilebileceğine ilişkin bir düzenleme getirmemiştir. Zira İYUK'un 46. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenleme, yalnızca parasal değer taşıyan idarî işlemler bakımından temyiz mümkün olduğunu düzenlemektedir. Dolayısıyla, idare mahkemelerinin sınır dışı etme kararlarına karşı bölge idare mahkemelerine başvurulabiliyorken; temyiz yoluna başvuru mümkün değildir⁴⁶. Daha önce de bahsedildiği üzere, bu durum, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması anlamına gelmektedir⁴⁷.

⁴⁴ Konu hakkındaki tartışmalar için bkz. **BAYATA CANYAŞ**, s. 152; **EKŞİ, Nuray**: "2014 Yılında Kabul Edilen İdari Yargıda İstinaf Müessesesinin Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamında Açılacak İdari Davalara Etkisi", *Göç Araştırmaları Dergisi*, 2015, C. 1, S. 1, s. 36 (İstinaf Müessesesi); **GÜNER**, s. 108.

⁴⁵ **EKŞİ**, İstinaf Müessesesi, s. 38; **GÜNER**, s. 109.

⁴⁶ **BAYATA CANYAŞ**, s. 152-153; **GÜNER**, s. 110.

⁴⁷ İYUK'un 46. maddesinde düzenlenen kanun yoluna ilişkin hükmün Anayasa'nın 13. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi hakkında bkz. **BAYATA CANYAŞ**, s. 153.

C. SINIR DIŞI ETME KARARININ İCRASININ ERTELENMESİ

1. Sınır Dışı Etme Kararının Yürütmesinin Durdurulması

a. Türk İdare Hukukunda Genel Olarak Yürütmenin Durdurulması

Bir idarî işlemin, uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zarar ve durumların ortaya çıkacak olması ve açıkça hukuka aykırı olması hallerinde, bu olumsuz durumların önüne geçmek ve kamu yararını sağlamak maksadıyla, söz konusu işlemin hukuka uygunluk karinesinin ve icraîliğinin dava sonuna kadar askıya alınması, yürütmenin durdurulması olarak tanımlanmaktadır⁴⁸.

İdarî işlemler, daha önce de belirtildiği üzere, hukuka uygunluk karinesinden yararlanır ve hukuka aykırı olduğu idare veya yargı tarafından tespit edilinceye kadar uygulanma niteliğine sahiptir⁴⁹. Ancak bu karar, her zaman hukuka uygun olmayıp, zaman zaman bireyin ekonomik zararına veya temel hak ve özgürlüklerinin ihlaline de yol açabilmektedir⁵⁰. Yürütmenin durdurulması, idarî işlemin yürütülmesinin geçici bir süre, en geç dava sonuna kadar ertelenmesidir⁵¹. Yürütmenin durdurulması, idare hukukunun temel ilkelerinden olan "idarî işlemin kanunîliğine" aykırılık teşkil etmekte ve bir anlamda hukuka uygunluk ile hukuka aykırılık karineleri arasında denge kurmaktadır⁵².

İdarî yargıda yürütmenin durdurulması yargısal bir karar olmasına rağmen⁵³, başlı başına bir dava değildir. Yürütmenin durdurulması, ancak iptal davasıyla birlikte gündeme gelebilmektedir⁵⁴. Mahkemenin yürütmenin durdurulmasına ilişkin bir kararı olmadıkça veya kanunda açıkça

⁴⁸ ÇAĞLAYAN, s. 495.

⁴⁹ ASLAN, s. 23; ÇAĞLAYAN, s. 495-496; GÖZÜBÜYÜK, s. 455; KAPLAN, s. 414; ÖZAY, s. 245.

⁵⁰ GÖZÜBÜYÜK, s. 455-456; KALABALIK, s. 312.

⁵¹ GÖZÜBÜYÜK, s. 456; KALABALIK, s. 312-313; KAPLAN, s. 419; ÖZAY, s. 252; YILDIRIM, s. 289.

⁵² ASLAN, s. 29; ÖZAY, s. 252.

⁵³ ÇAĞLAYAN, s. 497; GÖZÜBÜYÜK, s. 464.

⁵⁴ ASLAN, s. 30; ÇAĞLAYAN, s. 497; KALABALIK, s. 312, 314; ÖZAY, s. 251; YILDIRIM, s. 288.

öngörülmedikçe, kural olarak yürütme kendiliğinden durmaz⁵⁵. Zira açılan her davada, yürütmenin kendiliğinden durması, idarenin işleyişini güç hale getirecek veya tamamen durma noktasına getirebilecektir. Bu anlamda yürütmenin durdurulmasına ilişkin yargısal karar aranması, çoğu zaman olumlu bir durumdur⁵⁶.

Yürütmenin durdurulması, yargısal bir karar olduğundan usul ve esas bakımından birtakım şartların yerine getirilmesi zorunludur. Buna göre, mahkeme tarafından yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için gereken usule ilişkin şartlardan en önemlileri talepte bulunulması⁵⁷, açılmış

⁵⁵ İYUK'un 27. maddesinin 4. fıkrasında düzenlendiği üzere, vergi uyumsuzluklarına ilişkin davalarda, dava açılması yürütme kendiliğinden durdurur. Bir diğer deyişle, kişinin yürütmenin durdurulması talebinde bulunması gerekmemektedir: **GÖZÜBÜYÜK**, s. 455; **KALABALIK**, s. 312-313, 323.

⁵⁶ Böyle durumlarda, genellikle klasik yaklaşımın esas alındığı ve kamu yararının bireysel menfaatlere üstün tutulduğu gözlemlenmektedir: **ASLAN**, s. 18; **GÖZÜBÜYÜK**, s. 455; **TEKİNSOY**, s. 7.

⁵⁷ **ASLAN**, s. 16, 53. Mahkemenin talep olmaksızın, kendiliğinden yürütme durdurma kararı vermesi mümkün değildir. Zira İYUK'un 27. maddesinde de "yürütmenin durdurulması istemli davaların" bulunduğu ifade edilmiştir. Davanın her aşamasında yürütmenin durdurulması talebinde bulunulabilir: **ÇAĞLAYAN**, s. 498, 500; **GÖZÜBÜYÜK**, s. 454, 456; **KALABALIK**, s. 312, 314; **KAPLAN**, s. 417; **YILDIRIM**, s. 287. Yürütmenin durdurulması istemi, davacının şahsına bağlı bir haktır ve bu nedenle bizzat davacı tarafından yapılmalıdır. Davacının dışındaki üçüncü kişilerin yürütme durdurma talebinde bulunmaları mümkün değildir: **ORGAN, İbrahim/COŞKUN KARADAĞ, Neslihan**: "Türk Vergi Yargısında Yürütmenin Durdurulması-II", Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2012, C. 21, S. 3, s. 77.

bir iptal davasının bulunması⁵⁸, teminat yatırılması⁵⁹, savunma alınması⁶⁰, yürütmeyi durdurma kararının gerekçeli olması⁶¹ şeklinde sıralanabilir. Esasa ilişkin şartlar ise, açık bir hukuka aykırılık⁶² ve telifisi güç ya da imkânsız

⁵⁸ Yürütmenin durdurulması iptal davasına sıkı sıkıya bağlıdır ve ondan ayrılması mümkün değildir. Dolayısıyla, yürütmenin durdurulması, nihaî karar verilinceye kadar her aşamada talep edilebilir: **ÇAĞLAYAN**, s. 497, 500; **GÖZÜBÜYÜK**, s. 460; **KALABALIK**, s. 314; **KAPLAN**, s. 417.

⁵⁹ İYUK'un 27. maddesinin 6. fıkrasına göre, yürütmenin durdurulması kararları, teminat karşılığında verilebilir. Teminatın amacı, yürütmenin durması halinde idarenin karşılaşılabileceği muhtemel zararı karşılamaktır. Ancak durumun gereklerine göre teminat aranmayabilir. Taraflar arasında teminata ilişkin olarak çıkan anlaşmazlıklar, yürütmenin durdurulması hakkında karar veren daire, mahkeme ya da hâkim tarafından çözümlenir. İdareden ve adli yardımdan faydalanan kimselerden teminat alınmaz.

⁶⁰ İYUK'un 27. maddenin 2. fıkrasında düzenlendiği üzere, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmektedir. Ancak, uygulanmakla etkisi tükenecek olan idarî işlemlerin yürütülmesi, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilmektedir. Uygulanması durumunda, eski halinde geri gelmesi imkânsız olan idarî işlemlerde, idarenin savunması beklenmeksizin yürütmenin durdurulması kararı verilir, idarenin savunması geldikten sonra karar tekrar değerlendirilerek, gerekirse yürütmenin durdurulması kararı kaldırılır: **ÇAĞLAYAN**, s. 501; **KALABALIK**, s. 317; **KAPLAN**, s. 417-418. Ancak dava dilekçesi ve eklerinden yürütmenin durdurulması isteminin yerinde olmadığı anlaşılırsa, davalı idarenin savunması alınmaksızın istem reddedilebilir.

⁶¹ Mahkemenin vereceği yürütmenin durdurulması kararının, Anayasa'nın 125. maddesinde ve İYUK'un 27. maddesinde gösterildiği üzere gerekçeli olması zorunludur. Ayrıca İYUK'ta, yürütmenin durdurulması kararlarında idarî işlemin hangi gerekçelerle hukuka açıkça aykırı olduğu ve işlemin uygulanması halinde doğacak telifisi güç veya imkânsız zararların neler olduğunun belirlenmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir: **ASLAN**, s. 30.

⁶² Yürütmenin durdurulması işleminin esasına ilişkin getirilen şartlardan birisi açık hukuka aykırılıktır. Bu aykırılık, dava dilekçesinde veya işlem dosyasında ilk bakışta anlaşılacak türden bir aykırılıktır. Zira iptal davasına konu olan işlemin hukuka aykırı olup olmadığına ilişkin nihaî karar, dava sonunda verilecektir: **ÇAĞLAYAN**, s. 503; **KALABALIK**, s. 316-317. Burada söz konusu edilen hukuka aykırılık, yalnızca kanuna ve mevzuata aykırılık hali değildir. Hukuka aykırılığı, kanuna ve mevzuata aykırılığı da kapsayan, adalet, hak ve nesafet kurallarını da içine alan bir kavram olarak anlamak gerekir: **ASLAN**, s. 48.

zararın⁶³ bulunmasıdır⁶⁴. Bu şartlar, Anayasa'nın 125. maddesi ve İYUK'un 27. maddesiyle getirilen yürütmenin durdurulmasına ilişkin hükümlerden çıkarılmaktadır. Mahkeme, yürütmenin durdurulmasına ilişkin talebi inceleyerek, şartlar yerine getirilmişse kabul veya şartlar henüz sağlanmamışsa ret kararı verebilmektedir⁶⁵.

İYUK'un 52. maddesinde düzenlendiği üzere, bir mahkeme kararına karşı temyiz veya istinaf yoluna başvurulmuş olması, kural olarak kararın yürütülmesini durdurmaz. Temyiz aşamasında yürütmenin durdurulmasına, temyiz incelemesine yetkili Danıştay dava dairesi, kurulu veya istinafa başvurusunu incelemeye yetkili bölge idare mahkemesince karar verilebilmektedir. İYUK'un 48. maddesinin 5. fıkrası, yürütmenin durdurulması istemli temyiz dilekçesini, karşı tarafa tebliğ edilmeden karar verilmek üzere

⁶³ İdarî işlemin yürütülmesi, dava sonunda verilecek iptal kararını etkisiz kılacaksa, ortada telafisi güç ya da imkânsız zarar var demektir: **ASLAN**, s. 49; **ÇAĞLAYAN**, s. 504; **KALABALIK**, s. 316; **YILDIRIM**, s. 290. Bir idarî işlemin uygulanması telafisi güç durumlara yol açacaksa, yürütmenin durdurulması kararı alınması için bu koşulun yeterli olduğu hakkında bkz. **ÖZAY**, s. 255. Doktrinde buradaki zarar kavramına, kamu yararı bakımından değil, davacı bakımından yaklaşılması gerektiği savunulmaktadır: **ASLAN**, s. 52; **ÇAĞLAYAN**, s. 504. Telafisi güç veya imkânsız zararın, dava açıldığında var olması şart olmayıp, ileride gerçekleşebilecek olan ve iptal kararının etkisini azaltabilecek veya ortadan kaldıracabilecek zararlar da telafisi güç veya imkânsız zarar kavramı içinde değerlendirilebilir: **YILDIRIM**, s. 290.

⁶⁴ Anayasa'nın 125. maddesinde ve İYUK'un 27. maddesinde, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için açık bir hukuka aykırılık ve telafisi güç ya da imkânsız zarar şartının birlikte sağlanması gerektiği düzenlenmiştir. Ancak doktrinde bu durum eleştirilmiştir. Eleştiriler genellikle bu iki şartın bir arada bulunmasının güç olduğu ve bunlardan yalnızca telafisi mümkün olmayan zarar şartının gerçekleşmesinin aranması yönündedir. Eleştiriler hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. **ÇAĞLAYAN**, s. 505; **ÖZAY**, s. 254 vd.

⁶⁵ **ÇAĞLAYAN**, s. 506-507. Doktrindeki bir görüşe göre, ret ve kabul kararı dışında yürütmenin durdurulmasına ilişkin iki karar türü daha bulunmaktadır. Buna göre, idarî yargı yerinin, davanın niteliğine göre savunmanın alınmasına kadarki süre için dava konusu idarî işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar vermesine geçici yürütmenin durdurulması kararı; davacının talebi üzerine, davalı idarenin savunması alındıktan sonra, esas hakkında karar verilmeye kadar iptal davasına konu olan idarî işlemin yürütmesinin durdurulmasını içeren ara karara, esas karar verilmeye kadarki süreyi kapsayan yürütmenin durdurulması kararı denmektedir: **ASLAN**, s. 57-61; **YILDIRIM**, s. 288-289.

ilgili yere dosya ile birlikte sevk edileceğini düzenlemiştir. Dolayısıyla temyiz aşamasında yürütmenin durdurulması talebi, mahkeme tarafından öncelikle incelenmesi gereken kararlar arasındadır⁶⁶. İYUK'un 51. maddesinde düzenlendiği üzere, temyiz ve istinaf aşamasında, mahkeme kararı hakkında yürütmenin durdurulması kararı verildikten sonra, mahkeme kararının bozulmasına hükmedilirse, bozma kararı, kararın yürütülmesini kendiliğinden durdurur.

Yürütmenin durdurulmasına ilişkin verilen ret veya kabul kararlarına karşı itiraz, İYUK'un 27. maddesinin 7. fıkrasında düzenlenmiştir⁶⁷. Buna göre yürütmenin durdurulması istemleri hakkında verilen kararlara karşı, Danıştay dava dairelerince verilmişse konusuna göre İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurullarına, bölge idare mahkemesi kararlarına karşı en yakın bölge idare mahkemesine, idare ve vergi mahkemeleri ile tek hâkim tarafından verilen kararlara karşı, bölge idare mahkemesine başvurulabilmektedir. Ancak hükümde bu itiraz, süreye bağlanmıştır. Buna göre, kararın tebliğini izleyen günden itibaren yedi gün içinde bir defaya mahsus olmak üzere yürütmenin durdurulması kararına itiraz edilebilmektedir⁶⁸. Şüphesiz bu itirazı yapabilecek olanlar davanın taraflarıdır. İtirazı inceleyen mercî yedi gün içerisinde kararını verir ve bu karar kesindir; bir diğer deyişle, nihaî karar özelliği göstermeyen bu karara karşı kanun yoluna başvurmak mümkün değildir⁶⁹. İtiraz üzerine alınan karardan sonra, koşullarda değişiklik olması halinde, yeniden yürütmenin durdurulması talebinde bulunulabilir⁷⁰.

Talep sonucu, yürütmenin durdurulmasına karar verilmişse, doktrindeki birçok yazar tarafından da kabul edildiği üzere, karar geçmişi etkilidir. Bir

⁶⁶ ÇAĞLAYAN, s. 510.

⁶⁷ Yürütmenin durdurulması kararına karşı itirazın fayda ve sakıncaları ile itiraz müessesesinin kaldırılması gerektiği yönünde görüş hakkında ayrıca bkz. KALABALIK, s. 319-321.

⁶⁸ Doktrinde, yürütmenin durdurulması kararına itiraz için öngörülen yedi günlük sürenin, özel bir süre olması sebebiyle adli tatilde de işleyeceği ve adli tatil nedeniyle uzamayacağını savunan yazarlar bulunmasına rağmen, uygulama bu yönde değildir. KAPLAN, s. 421.

⁶⁹ ÇAĞLAYAN, s. 517; GÖZÜBÜYÜK, s. 456, 459, 462.

⁷⁰ GÖZÜBÜYÜK, s. 462-463.

diğer deyişle, yürütmenin durdurulması ile dava edilen işlemden önceki hukukî durum, kaldığı yerden devam eder⁷¹. Ancak bu durum, işlemin varlığına hanel getirmmez. Yürütmenin durdurulması kararıyla birlikte, işlemin kanunîlik karinesi geçici olarak askıya alındığından, uygulanması durur ve hukuka aykırılık karinesi ortaya çıkar⁷².

Yürütmenin durdurulması kararı bir yargısal karar olduğundan, idare bu karara uymakla yükümlüdür⁷³. Bu yükümlülük, Anayasa'nın 138. maddesiyle teminat altına alınmıştır. İYUK'un 28. maddesinin 1. fıkrasında da bu duruma ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur⁷⁴. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez. Yürütmenin durdurulması kararlarının yerine getirilmemesinden dolayı hizmet kusuru nedeniyle idarenin sorumluluğu söz konusu olur⁷⁵.

b. YUKK'tan Önceki Durum

Türk hukukunda sınır dışı etme kararı, idarî bir işlem olması sebebiyle hukuka uygunluk karinesinden yararlanır. Ancak bu karar, her zaman hukuka uygun olmayıp, bazen hakkında karar verilen kimsenin birtakım hak ve özgürlüklerinin ihlaline yol açabilmekte ve telafisi mümkün olmayan zararlara sebep olabilmektedir. Bu nedenle, sınır dışı etme kararının yürütmesinin durdurulması, yabancı bakımından getirilen önemli bir güvencedir.

⁷¹ ASLAN, s. 109; ÇAĞLAYAN, s. 517; GÖZÜBÜYÜK, s. 456; KALABALIK, s. 323-324; KAPLAN, s. 419; ÖZAY, s. 245; YILDIRIM, s. 288.

⁷² ÇAĞLAYAN, s. 516-517.

⁷³ ASLAN, s. 113; GÖZÜBÜYÜK, s. 464.

⁷⁴ Konuya ilişkin detaylı bilgi için ayrıca bkz. ASLAN, s. 122-124. Danıştay 10. Dairesi de 01.12.1995 tarih ve 1994/4525 E. ve 1995/6422 K. sayılı kararında, mahkeme tarafından verilen yürütmenin durdurulması kararının gereğinin idarece gecikmeksizin ve şarta bağlanmaksızın yerine getirilmesi gerektiğini belirtmiştir: KALABALIK, s. 324.

⁷⁵ ASLAN, s. 122; GÖZÜBÜYÜK, s. 467; YILDIRIM, s. 292.

YUKK'un yürürlüğe girmesinden önce, sınır dışı etme kararına karşı yargı yoluna başvurulması halinde, 5682 sayılı Kanun'da özel hüküm bulunmaması sebebiyle, İYUK'taki genel hükümlere göre yürütmenin durdurulmasına karar verilmekteydi⁷⁶. Bu bağlamda, bir yabancı hakkında alınan sınır dışı etme kararına karşı idare mahkemesinde yürütmenin durdurulması talebinde bulunulması, İYUK'un 27. maddesindeki genel hüküm çerçevesinde gerçekleşebiliyordu.

İYUK'un 27. maddesine göre, yürütmenin durdurulması başvurusu yapılmaması durumunda, mahkeme tarafından yargılama devam ederken yabancının sınır dışı edilmesi söz konusu olabilmekteydi. Hatta bazen, başvuru yapılmasına rağmen, gerekli incelemeler yapılmadan yürütmenin durdurulması talebinin reddedildiği de oluyordu. Bu nedenle o dönemde yürürlükte olan hükümlerin, böyle bir duruma ihtimal vermesi dahi, AİHM tarafından AİHS'nin 3. ve 13. maddelerinin ihlali niteliğinde görülmüştür⁷⁷.

Bu davalardan birisi de, Jabari adlı bir İran vatandaşı hakkında görülmüştür⁷⁸. Jabari, hakkında alınan sınır dışı etme kararına karşı, 08.03.1998 tarihinde Ankara İdare Mahkemesi'ne başvuruda bulunur ve yürütmenin durdurulmasını talep eder. Mahkeme ise, 16.04.1998 tarihinde Jabari'nin talebini reddeder ve İYUK'a göre kararın uygulanması halinde, telafisi mümkün olmayan zararların meydana gelmeyeceği gerekçesiyle yürütmenin durdurulmasına gerek olmadığı sonucuna varır. Jabari, Türk makamlarınca hakkında verilen sınır dışı etme kararına karşı, İran'da kötü muamele ve ölüm cezasına maruz kalacağı ve Türkiye'de etkili bir iç hukuk yolu bulunmadığından bahisle AİHM'e başvurur. Mahkemenin yürütmeyi durdurma talebini reddi, AİHM nezdinde etkili bir iç hukuk yolu bulunmadığı şeklinde değerlendirilir. Buna ek olarak, idare mahkemesinin yürütmeyi durdurma talebinin reddine ilişkin kararında gerekçeye yer verilmemesi ve bu

⁷⁶ AYBAY/DARDAĞAN KİBAR, s. 242; BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, s. 244, dn. 110.

⁷⁷ Tespitler için bkz. ÇİÇEKLİ, s. 181.

⁷⁸ Söz konusu AİHM kararı hakkında bkz. Aff. 40035/98 (Cour Européenne des Droits de l'Homme) Jabari c. Turquie [2000]. Kararın Türkçe metni için bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["jabari"\],"languageisocode":\["TUR"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-121732"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (Son Erişim Tarihi: 01.12.2017).

karara karşı temyiz aşamasında başvuru hakkı verilmemesi de aynı kararda eleştirel bir şekilde dile getirilir. Tüm bu sebeplerle, söz konusu davada Türkiye, AİHS'nin 13. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle haksız bulunur.

AİHM'in Türkiye hakkında vermiş olduğu bir diğer karar ise⁷⁹, haklarında sınır dışı etme kararı verilen İran vatandaşları Abdolkhani ve Karimnia'nın AİHM'e yaptıkları başvuru sonucu ortaya çıkar. Abdolkhani ve Karimnia, belirlenemeyen bir tarihte Türkiye'ye yasadışı yollardan giriş yaptıkları gerekçesiyle tutuklanırlar ve geldikleri yer olan Irak'a 17.06.2008 tarihinde sınır dışı edilirler. Fakat sınır dışı edilmelerinin hemen ardından Türkiye'ye geri dönerler ve bir süre sonra yol kontrolü sırasında pasaportlarının sahte olması nedeniyle tutuklanırlar. Abdolkhani ve Karimnia, 21.06.2008 tarihinde İran'a geri gönderilirlerse politik görüşleri nedeniyle idam edileceklerini ve Irak'ta da hayatlarının tehlike altında olduğunu ifade ederler. Yine de haklarında yasadışı yollardan Türkiye'ye giriş yapmış olmaları nedeniyle açılan ceza davası neticesinde mahkûmiyet kararı verilir ve bu ceza beş yıl süreyle ertelenir. Her iki yabancı da, yargılamanın bitmesini takiben, 28.06.2008 tarihinde İran'a sınır dışı edilmek istenir; ancak İranlı yetkililer kendilerini kabul etmezler. Bunun üzerine, 26.09.2008 tarihinde Kırklareli Yabancılar Kabul ve İkamet Merkezine yerleştirilirler ve 18.10.2008 tarihinde Kırklareli Valiliğine yazdıkları dilekçe ile geçici sığınma talebinde bulunurlar. Fakat dilekçelerine cevap verilmez. Abdolkhani ve Karimnia'nın AİHM'e yaptıkları başvuru neticesinde AİHM, AİHS'nin 13. maddesi uyarınca, Irak ve İran'a sınır dışı edilme kararları kendilerine tebliğ edilmediğinden sınır dışı etme kararının iptali için idare mahkemelerine dava açamamalarını; idare mahkemesinde dava açmış olsalardı dahi yürütmeyi durdurma kararının verilmemesi halinde sınır dışı etme kararının icra edilebilir olması ihtimali nedeniyle Türkiye'yi haksız bulmuştur⁸⁰.

⁷⁹ Aff. 30471/08 (Cour Européenne des Droits de l'Homme) Abdolkhani et Karimnia c. Turquie [2009].

⁸⁰ Abdolkhani ve Karimnia- Türkiye davası hakkında detaylı bilgi için bkz. **EKŞİ, Nuray:** *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Abdolkhani ve Karimnia-Türkiye Davası*, İstanbul 2010, s. 62 vd. (Abdolkhani ve Karimnia). Kararın Türkçe metni için bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["304](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

c. YUKK'taki Durum

aa. Genel Olarak

YUKK'un yürürlüğe girmesi ile birlikte, sınır dışı etme işleminin yürütmesinin durdurulması, İYUK'un kapsamından çıkarılmış ve YUKK'taki özel bir düzenlemeyle, sınır dışı etme işleminin yürütmesinin durdurulması talebinin reddi neticesinde ortaya çıkan sorunlar, yabancı lehine aşılmaya çalışılmıştır. YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrasına göre, hakkında sınır dışı etme kararı alınan bir yabancı rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi veya yargı yoluna başvurulması halinde hakkında sınır dışı etme kararı alınacak yabancılardan terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar, kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar, uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler ve söz konusu kimselerden oldukları değerlendirilen uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hariç, yargılama sonuçlanıncaya kadar sınır dışı etme işlemi uygulanmaz.

YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrasında, lâfzî olarak yürütmenin durdurulmasından bahsedilmemektedir. Ancak söz konusu düzenlemenin nihayetinde sınır dışı etme kararının belirli bir süre uygulanmayacağı; bir diğer deyişle kararın icrasının⁸¹ ötelendiği ve hukuka uygunluk karinesinin⁸² belirlenen süre sonuna kadar askıya alındığı anlaşılmaktadır.

YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrasında, kararın icrasının askıya alınmasının, dava açma süresi içerisinde veya yargı yoluna başvurulması halinde yargılama sonuçlanıncaya kadar olmak üzere iki şekilde düzenlediği görülmektedir. Bu aşamada belirtmek gerekir ki, YUKK ile getirilen yürütmenin durdurulması müessesesi, İYUK'un 27. maddesinde düzenlenen farklıdır. Ancak söz konusu yeni düzenlemenin, hakkında sınır dışı etme kararı alınan

71/08"], "documentcollectionid2": ["CHAMBER"], "languageisocode": ["TUR"], "display": ["0"] } (Son Erişim Tarihi: 01.12.2017).

⁸¹ İdarî işlemin icraîliği hakkında detaylı bilgi için bkz. **TEKİNSOY**, s. 8 vd.

⁸² Dava açılmasının dava konusu işlemin yürütmesini durdurması, bu işlemin hukuka uygun olmadığı anlamına gelmediği hakkında bilgi için bkz. **TEKİNSOY**, s. 21.

bir yabancı bakımından getirdiği bu güvence yerindedir⁸³. Zira İYUK'ta dava açma süresi içerisinde, yabancı için bu şekilde bir koruma getiren hüküm bulunmadığı gibi, idarî yargıya başvuru da kendiliğinden sınır dışı etme işleminin yürütmesini durdurmamaktadır.

YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesindeki yargı yoluna başvurulmasıyla birlikte, yargılama sonuna kadar yürütmenin durdurulmamasına ilişkin bölümü, İYUK'un 27. maddesinin 4. fıkrasında yer alan vergi mahkemelerinde, vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların açılmasının, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri malî yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durduracağına ilişkin düzenlemeye benzetilmektedir. Zira söz konusu hükümde de idarî yargıya dava açılması, ayrıca bir talebe ihtiyaç duymaksızın yürütmenin kendiliğinden durmasını sağlayacaktır⁸⁴. Diğer yandan, dava açma süresi içerisinde kararın icraîliğinin askıya alınması yürütmenin durdurulmasına benzetilmektedir. Zira yürütmenin durdurulması, iptal davasına sıkı sıkıya bağlıdır.

YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrasında yürütmenin durdurulmasına ilişkin getirilen ilginç düzenlemelerden biri de, sınır dışı etme kararı alınan yabancıya sınır dışı edilmeye ilişkin rızasının saklı tutulmasıdır. Esasında hükmün, hakkında sınır dışı etme kararı alınan kimse bakımından olumlu bir sonuç doğurmadığı dikkate alınacak olursa, yabancıya, hakkında olumsuz bir işlem yapılması için rıza bildirmesi, sanki rıza bildirilen sınır dışı etme işleminin olumlu bir işlem olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Dolayısıyla burada kanun koyucunun, niyetini kesin bir şekilde ortaya koyamadığı görülmektedir.

Yabancıya yargılama esnasında sınır dışı edilecek olması, adil yargılanma hakkının ihlali niteliğindedir. YUKK'un 54. maddesinin 2. fıkrası kapsamında sınır dışı edilecek yabancılar, uluslararası koruma kapsamında olduklarından sınır dışı edilmeleri sıkı kurallara bağlanmıştır. Ayrıca bu

⁸³ ÇİÇEKLİ, s. 181.

⁸⁴ ÇAĞLAYAN, s. 508; GÖZÜBÜYÜK, s. 463; KALABALIK, s. 312. Konu hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. ORGAN/COŞKUN KARADAĞ, s. 71 vd.

kimselerin yargılama esnasında sınır dışı edilmiş olmaları, hak arama hürriyetinin de ihlali niteliğindedir⁸⁵.

Aşağıda hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıların sınır dışı edilmelerini askıya alan YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrasındaki durumlar, iki başlık halinde incelenmiştir. Bunlardan ilki, dava açıldıktan sonra yürütmenin kendiliğinden durması iken, diğeri dava açma süresi içinde yabancıların sınır dışı edilmemesidir.

bb. Yargı Yoluna Başvurulması Halinde Yargılama Sonuçlanıncaya Kadar Yabancıların Sınır Dışı Edilememesi

YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenlemede, yargı yoluna başvurusu halinde, hakkında sınır dışı etme kararı verilen yabancıların yargılama sonuçlanıncaya kadar sınır dışı edilmeyeceği ifade edilmiştir. Bu yönüyle YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrası, İYUK'un 27. maddesinde düzenlenen yürütmenin durdurulmasına ilişkin genel hükümden farklılık arz etmektedir. Ancak İYUK'un 27. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen vergi uyumsuzluklarından doğan davalarda uygulanacak olan istisna niteliğindeki yürütmenin durdurulması işlemiyle benzerlik gösterdiği de bu vesileyle vurgulanmalıdır⁸⁶.

Yukarıda da açıklandığı üzere, yürütmenin durdurulması, iptal davasıyla beraber düşünülmesi gereken bir müessesedir. Sınır dışı etme işlemi bakımından da bu durum geçerlidir. Bir diğer deyişle, iptal davası açılmaksızın bir idarî işlemin uygulamasının ötelenmesi, teknik anlamda bir yürütmenin durdurulması değildir. Bu bağlamda, YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrasıyla getirilen "yargı yoluna başvurusu halinde yabancıların sınır dışı edilmeyeceği kuralı" ile İYUK'un 27. maddesinde düzenleme altına alınan yürütmenin durdurulması işlemine ilişkin genel kuralın ortak yanı, her ikisinde de iptal davasının varlığının aranmasıdır.

⁸⁵ ÇİÇEKLİ, s. 181.

⁸⁶ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ORGAN/COŞKUN KARADAĞ**, s. 73 vd.; **GERÇEK, Adnan**: "Yürütmenin Durdurulması Müessesesinin Vergileme İşlemleri Üzerindeki Etki ve Sonuçları", İ. Ü. İktisat Fakültesi Maliye Araştırmaları Merkezi Konferansları, 2002, 41. Seri, s. 118 vd.

Yabancıнын yargı yoluna başvurması halinde, yargılama sonuçlanıncaya kadar kararın yürütmesinin kendiliğinden durması, YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesinde gösterilen kişiler bakımından mümkün değildir. Güvenceden yararlanamayacak olan bu kişiler, hakkında idarenin bağlı yetkiyle sınır dışı etme kararı verdiği, YUKK'un 54. maddesinin 1. fıkrasının (b), (d) ve (k) bentlerinde sayılan yabancılarıdır. Buna göre, terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar, kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar, uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler ve bu kişilerden oldukları değerlendirilen uluslararası koruma başvurusu sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerin, sınır dışı etme kararına karşı dava açmaları halinde, yürütmenin kendiliğinden durması bu hükümle engellenmiştir. Her ne kadar, YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrasından, YUKK'un 54. maddesinin 1. fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri nedeniyle hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıların yargı yoluna başvurmaları ile birlikte yürütmenin kendiliğinden durmayacağı sonucuna ulaşılsa da, bu durum bu yabancılar hakkında alınan sınır dışı etme kararının yürütmesinin asla durmayacağı anlamına gelmemektedir. Yargılama devam ederken hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıнын yürütmeyi durdurma talebi göz ardı edilerek sınır dışı edilmesi, daha önce de incelendiği üzere, istenmeyen bir durumdur ve AİHS'nin 3. ve 13. maddelerinin ihlali niteliğindedir. Bu nedenle, sayılan bu yabancılar, hükmün kapsamı dışında bırakıldıkları için, haklarında verilen sınır dışı etme kararına karşı yargı yoluna başvurdıklarında, sınır dışı edilmek istemiyorlarsa, İYUK'un 27. maddesinin 2. fıkrası gereği, mahkemeden ayrıca yürütmenin durdurulmasını talep edebilmelidirler. Aksi halde, haklarında verilmiş olan sınır dışı etme kararının icraîliği devam eder ve nihayetinde sınır dışı edilirler⁸⁷.

⁸⁷ Uluslararası koruma başvurusu yapmış olan ya da uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerin haklarında sınır dışı etme kararı verilmesi halinde, bu karara karşı yargı yoluna başvurulmuş olmasının, sınır dışı etme kararının uygulanmasına engel olmayacağına dair görüş için bkz. **DOĞAN, Vahit**: *Türk Yabancılar Hukuku*, Ankara 2017, s. 117.

Sınır dışı etme işleminin yürütmesinin durdurulmasına ilişkin YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenlemenin, İYUK'un 27. maddesindeki genel düzenlemeden ayrılan ilk yanı, hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıya yargı yoluna başvurusu halinde, ayrıca bir talebe ihtiyaç duyulmaksızın sınır dışı edilmesinin durdurulmasıdır. Görüldüğü üzere, YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, yürütmenin durdurulması için iptal davasının açılması yeterli olup ayrıca talepte bulunulmasına gerek yoktur⁸⁸. Yabancıya, yargı yoluna başvurusu halinde getirilen bu koruma, yargılama sonuçlanıncaya kadar devam etmektedir⁸⁹.

İYUK'un 27. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, mahkemenin kendisine yönlendirilmiş bir talep olmaksızın, kendiliğinden yürütmeyi durdurma kararı vermesi mümkün değildir. Türk hukukunda kural, bu olmakla beraber, istisna niteliğinde olan sınır dışı etme kararlarında olduğu gibi, herhangi bir talep olmaksızın yürütmenin kendiliğinden durması, Alman hukukunda kabul edilmiş bir sistemdir. Bu sistemde, hukuka uygunluk karinesinin yargı yoluna başvurulmasıyla son bulunduğu kabul edilmektedir⁹⁰. Genel kuraldan ayrılmasına rağmen, bu durum yabancı açısından olumlu sonuçlar doğurmaktadır. Zira hakkında sınır dışı etme kararı alınan bir yabancıya, tümüyle yabancı olduğu bir hukuk sisteminde, tek başına yargı yoluna başvurmayı başarsa bile yürütmenin durdurulması talebinde bulunabilmesi, zayıf bir olasılıktır. Bu bağlamda, yabancıya yargılama sürecinde de

⁸⁸ **BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK**, s. 245; **ERTEN**, s. 32. Mevzuatta yürütmenin durdurulması ile ilgili herhangi bir düzenleme olmaması durumunda davanın açılmasının işlemin icraîliği üstünde bir etkisi yoktur. Ancak dava açılmasının yürütmeyi durdurucu etkisinin kabul edildiği durumlar da, işlemin icraî olmadığı sonucunu doğurmaz: **TEKİNSOY**, s. 18. Dolayısıyla sınır dışı etme kararında da, bu karara karşı dava açılmasının yürütmeyi durdurması, kararın icraî olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

⁸⁹ Bu durum, İYUK'un 27. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen yürütmenin durdurulmasına ilişkin düzenlemeye benzemektedir. Davanın açılması yürütmenin durdurulması için yeterlidir. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. **ÇAĞLAYAN**, s. 508; **GERÇEK**, s. 119 vd.; **GÖZÜBÜYÜK**, s. 463; **KALABALIK**, s. 312; **ORGAN/COŞKUN KARADAĞ**, s. 73 vd.

⁹⁰ Alman hukukundaki konuya ilişkin tespitler için bkz. **ASLAN**, s. 23-24; **ÇAĞLAYAN**, s. 496.

Türkiye'de kalmasının sağlanması, sınır dışı edilme sonucu oluşabilecek ağır sonuçların bertaraf edilmesi ve yabancıların sahip olduğu birtakım hak ve özgürlüklerin ihlalinin önüne geçilmesi göz önünde bulundurulduğunda, talep olmaksızın yargı yoluna başvurulması ile birlikte yürütmenin durdurulması yerinde bir düzenlemedir.

YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrasında yer alan sınır dışı etme işleminin yürütmesinin durdurulmasına ilişkin düzenlemenin, İYUK'un 27. maddesindeki genel düzenlemeden bir diğer farkı, sınır dışı etme kararının icrasının durdurulmasına ilişkin yargısal bir karar aranmaksızın, kendiliğinden durmasıdır. İYUK'un 27. maddesinin 2. fıkrasında düzenlendiği üzere, Danıştay ve idare mahkemeleri, kanunda sayılan şartları sağlaması kaydıyla, bir işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar verebilirler. Bu bakımdan, genel düzenlemede yürütmenin durdurulması, yargısal bir karara bağlıdır. Ancak YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrası, bu hususta kanunî bir güvence getirmiştir. Zira YUKK bağlamında yabancılar hakkında yürütmenin durdurulması için yargı yoluna başvurulması yeterlidir. Bu bağlamda başvuru, yargısal bir karara ihtiyaç duyulmaksızın yürütmeyi kendiliğinden durdurmakta; bir diğer deyişle yabancıların sınır dışı edilmesinin önüne geçmektedir⁹¹.

Sınır dışı etme kararının yürütmesinin durdurulması için mahkeme kararının aranmıyor olması, beraberinde Anayasa'nın 125. maddesinde ve İYUK'un 27. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen yürütmenin durdurulmasına ilişkin genel düzenlemeden farklı bir durum daha ortaya çıkarmıştır. Buna göre, idarî yargıda yürütmenin durdurulması kararları gerekçeli olmak durumundadır. Bir diğer deyişle, yürütmenin durdurulmasına karar veren mahkeme, bu kararını idarî işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğduğu ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle verdiğini belirtmekle kalmamalı; kendisini bu kaniya vardırان sebepleri de kararında açıklamalıdır⁹². Ancak YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrasında, sınır dışı etme kararlarının yürütmesinin durdurulmasına ilişkin olarak getirilen düzenlemede, yürütmenin durdurulması için bir mahkeme

⁹¹ BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, s. 245.

⁹² ÇAĞLAYAN, s. 502.

kararına ihtiyaç duyulmadığından, gerekçeli bir karar şartı da söz konusu olmayacaktır.

Sınır dışı etme kararlarının yürütmesinin durdurulmasına ilişkin YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenlemede, İYUK'un aksine teminat gösterilme zorunluluğu da aranmamaktadır. Gerçekten de, İYUK'un 27. maddesinin 6. fıkrasında düzenlendiği üzere, yürütmenin durdurulması kararları teminat karşılığında verilmektedir; ancak durumun gereklerine göre teminat aranmayabilir. Buna karşın sınır dışı etme kararlarının yürütmesinin durdurulmasına ilişkin getirilen YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrası, hakkında sınır dışı etme kararı alınan bir yabancıнын, yargı yoluna başvurması halinde sınır dışı edilmeyeceğine ilişkin bir içeriği haiz olup, yürütmenin durdurulması bakımından teminat talep edildiğine dair bir hükme yer vermemiştir.

YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrasındaki yürütmenin durdurulmasına ilişkin düzenlemede yer verilmeyen; ancak İYUK'un yürütmenin durdurulmasına ilişkin genel düzenlemesi olan 27. maddesinde belirlenen şartlardan birisi de, yürütmenin durdurulması kararı verilmeden önce idarenin savunmasının alınmasıdır. İYUK'un 27. maddesinin 2. fıkrasına göre, bir idarî işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilmeden önce, davalı idarenin savunması alınır. Bir diğer deyişle yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için, esas olarak idarenin savunmasının alınması zorunludur⁹³. Sınır dışı etme kararı, telafisi güç sonuçların doğumuna yol açabilecek ağır bir karardır. Bu kararın uygulanması halinde, eski halin yerine gelmesini sağlamak oldukça güç olabilmektedir. Dolayısıyla, bu kararın uygulanmasında idarenin oldukça titiz ve bir o kadar da seri hareket etmesi gerekmektedir. Sınır dışı etme kararının yürütmesinin durdurulması, bu kararın hukuka aykırı bir karar olduğu ihtimali de hesaba katılacak olursa, önemli ve ivedilikle gerçekleştirilmesi gereken bir husustur. Bu durumda idarenin savunmasının alınmasının beklenmesi, zaten güç olan koşulların, daha da kötüleşmesine

⁹³ Yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için idarenin savunmasının alınması gerektiği hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. **ÖZAY**, s. 265. Her olay için mutlaka idarenin savunmasının beklenmesinin kurumun etkinliğini önemli ölçüde azaltacağı yönünde görüş için bkz. **ÇAĞLAYAN**, s. 503.

sebepe olabileceğinden sınır dışı etme kararının yürütmesinin durdurulmasında, bu şartın aranmaması yerindedir.

Sınır dışı etme kararının yürütülmesinin durdurulmasının, İYUK'un 27. maddesinde düzenlenen genel düzenlemeden, önemli farklarından birisi de, esasa ilişkin şartlardan kaynaklanmaktadır. İYUK'un 27. maddesine ve Anayasa'nın 125. maddesine göre, bir idarî işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için idarî işlemin uygulanması halinde, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması gerekmektedir. YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrası ise, hakkında sınır dışı etme kararı alınan bir yabancı, yargı yoluna başvurması halinde sınır dışı edilmeyeceğini düzenlemiş ve bu durumu esasa ilişkin herhangi bir şarta bağlamamıştır. Bir diğer deyişle, idarenin vermiş olduğu sınır dışı etme kararı açık bir hukuka aykırılık içermiyor ve telafisi imkânsız veya güç bir zarar doğurmuyor olsa bile, hakkında sınır dışı etme kararı alınmış olan bir yabancı, yargı yoluna başvurması halinde yargılamanın sonuna kadar sınır dışı edilemeyecektir.

2. Dava Açma Süresi İçinde Yabancı Sınır Dışı Edilememesi

YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrasında, yabancı sınır dışı edilmesini erteleyen bir başka düzenlemeye daha yer verilmiştir. Yukarıda ele alındığı üzere, hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancı yargı yoluna başvurması halinde yargılama sonuçlanıncaya kadar sınır dışı edilememesi, İYUK'un 27. maddesindeki genel hükümden ayrı olarak getirilmiş bir yürütmenin durdurulması işlemidir. Bundan farklı olarak, dava açma süresi içerisinde yabancı sınır dışı edilememesi, kanun gereği sınır dışı etme kararının icrasını askıya alan yeni ve farklı bir hükümdür. Her iki düzenleme de aynı cümle içinde yer almasına rağmen, yabancı için nitelik itibarıyla birbirlerinden farklı korumalar getirmişlerdir.

Yürütmenin durdurulmasına ilişkin açıklamalara yer verirken, yürütmenin durdurulması ile iptal davasının birbirine sıkı sıkıya bağlı olduğundan da bahsedilmişti. Bir diğer deyişle, yürütmenin durdurulması talebinde bulunabilmek için veya yargı yoluna başvuru ile birlikte yürütmenin kendiliğinden durması için, her ihtimalde iptal davası açılmış olması gerekmektedir. Dava açma süresi içerisinde, henüz ortada açılmış bir iptal

davası yokken, bir idarî işlemin yürütmesinin durdurulması kanunen mümkün değildir⁹⁴.

Henüz idarî dava açılmaksızın sınır dışı etme işleminin uygulanmaması, başka bir ifadeyle işlemin icrasının askıya alınması/ötelenmesi YUKK ile getirilmiş yeni bir düzenlemedir. Tipik bir yürütmenin durdurulması işleminden çok farklı olduğundan, bu düzenleme, Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan hak arama hürriyetinin etkili kullanımını sağlamaya yönelik kanunî bir güvence niteliği arz etmekte ve hakkında sınır dışı etme kararı alınan kimseyi korumayı amaçlamaktadır. Zira sınır dışı etme kararı, dava açma süresinin bittiği ana kadar askıdadır. Bu sebeple, yargı yoluna başvurulmaması halinde, bu karar artık uygulanabilir hale gelir⁹⁵. Doktrinde bu durum, AİHM kararları çerçevesinde "otomatik olarak durdurucu etkisi olan bir başvuru yolu" olarak da kabul edilmiştir⁹⁶.

Diğer yandan, hakkında sınır dışı etme kararı alınan bir yabancı, YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrası uyarınca sınır dışı edilmesinin önüne geçilmesi, dava açma süresinin başlangıcı ile mümkün hale gelmeye başlayacaktır. Bu sürenin başlaması ise, sınır dışı etme kararının yabancıya tebliğ edilmesi ile gerçekleşir. Dolayısıyla, hakkında sınır dışı etme kararı alınan bir yabancıya, bu karar tebliğ edilmediği sürece dava açma süresi de işlemeye başlamaz. Bu bağlamda, sınır dışı etme kararının tebliğinden önce de yabancı, sınır dışı edilemeyeceği sonucuna varılabilir⁹⁷.

YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesinde, YUKK'un 54. maddesinin 1. fıkrasının (b), (d) ve (k) bentlerine göre hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıların getirilen korumanın haricinde tutulduğu görülmektedir. Ancak söz konusu yabancılar yalnızca, yargı yoluna başvuru halinde yürütmenin kendiliğinden durması korumasından faydalanamayacaklardır. 676 sayılı KHK'nın 35. maddesi dikkate alındığında,

⁹⁴ GÖZÜBÜYÜK, s. 460.

⁹⁵ Dava açma süresi içinde yabancı, sınır dışı edilmemesi, beraberinde sınır dışı etme kararının icrasının derhal veya çok kısa sürede icrasının gerekmediği sonucunu da beraberinde getirir: ERTEN, s. 32.

⁹⁶ BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, s. 245.

⁹⁷ ERTEN, s. 32.

bu yabancılardan sadece yargı yoluna başvuranlar hakkında sınır dışı etme kararının uygulanması yönünde bir düzenleme getirildiği görülmektedir. Zira söz konusu yabancılar, yalnızca cümlenin "yargı yoluna başvurulması hâlinde..., yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez" şeklinde ifade edilen ikinci bölüme yerleştirilmek suretiyle, kendilerinin yürütmenin durdurulmasından faydalanamayacakları düzenlenmiştir. Dolayısıyla, dava açma süresi içerisinde, YUKK'un 54. maddesinin 1. fıkrasının (b), (d) ve (k) bentlerinde gösterilen bu yabancıların sınır dışı edilmelerinin mümkün olmadığı söylenebilir.

SONUÇ

YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesinde, hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıların sınır dışı edilmesinin icrasının ertelenmesi amacıyla yeni bir düzenleme getirilmiştir. Söz konusu düzenleme ile yabancıların dava açma süresi içerisinde ve yargı yoluna başvurusu halinde, yargılama sonuçlanıncaya kadar sınır dışı edilmesinin önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Kanun koyucu, hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıların sınır dışı edilmemesine ilişkin ikili bir ayırım yapmıştır. Buna göre ilk durum, yabancıların yargı yoluna başvurusu halinde sınır dışı etme kararının yürütmesinin kendiliğinden durmasıdır. Bu durumda İYUK'un 27. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen genel olarak idarî işlemlerin yürütmesinin durdurulmasından farklı olarak, davacının talepte bulunması gerekmediği gibi, gerekçeli mahkeme kararıyla bu durumun belirlenmesine de gerek yoktur. Sınır dışı etmenin yürütmesinin durdurulmasına ilişkin bu koruma, yargılama sonuçlanıncaya kadar devam etmektedir. Ancak bu durum, YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrasında düzenlendiği üzere, YUKK'un 54. maddesinin 1. fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri haricinde kalan kişiler için geçerlidir. Diğer yandan, bu kişilerin koruma kapsamı dışında bırakılması, yürütmenin durdurulması talebinde bulunamayacakları anlamına gelmemektedir. Söz konusu yabancıların, yargı yoluna başvurmaları halinde haklarında alınan sınır dışı etme kararının yürütmesi kendiliğinden durmasa da, bu yabancılar İYUK'un 27. maddesinin 2. fıkrasına uygun olarak yürütmenin durdurulması talebinde bulunabilmelidirler. Sınır dışı etme işlemi gibi, uygulanması ile birlikte ağır sonuçlar ortaya çıkabilecek bir idarî işlemin yürütmenin

durdurulması koruması kapsamının dışında bırakılması düşünülemez. Zira yürütmenin durdurulması müessesesinin amacı, iptal davası sonucunda verilebilecek iptal kararı nedeniyle, ortaya çıkabilecek telafisi güç ya da imkânsız zararların önüne geçmektir.

Sınır dışı etme kararlarının icrasının ertelenmesi çerçevesinde, YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrasıyla getirilen ikinci durum, dava açma süresi içinde yabancı'nın sınır dışı edilmemesidir. Yabancı'nın dava açma süresi içinde sınır dışı edilmemesi, yürütmenin durdurulması işleminden farklı bir koruma getirmektedir. Zira yürütmenin durdurulması iptal davasına sıkı sıkıya bağlı bir müessesedir. Dava açma süresi içinde yabancı'nın sınır dışı edilememesi, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetinin etkili kullanımını sağlamak için getirilen kanunî bir güvence olarak kabul edilebilir. Söz konusu güvence, dava açma süresi için geçerlidir. Bir diğer deyişle, yabancı'nın yargı yoluna başvurmaması halinde, dava açma süresi sona erdiği takdirde, yabancı'nın sınır dışı edilmesine ilişkin kararın icra edilmesi gerekecektir. YUKK'un 53. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen YUKK'un 54. maddesinin 1. fıkrasının (b), (d) ve (k) bentlerindeki kişiler, yalnızca yargı yoluna başvurulması halinde yürütmenin kendiliğinden durmasına ilişkin korumanın haricinde tutulduklarından, dava açma süresi içinde bu kişilerin sınır dışı edilemeyecekleri açıktır. Söz konusu durumların ikisinde de yabancıların rızaları saklı tutulmuştur. Bir diğer deyişle, yabancı'nın razı gelmesi halinde, sınır dışı etme kararının icrası mümkün olabilecektir.

KAYNAKLAR

- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil:** Türk İdare Hukuku, Ankara 2015.
- ASLAN, Zehreddin:** İdarî Yargı'da Yürütmenin Durdurulması, İstanbul 1994.
- AVCI, Mustafa:** "İdari Yargıda İstinaf", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011, S. 96, s. 179-204.
- AYBAY, Rona/DARDAĞAN KİBAR, Esra:** Yabancılar Hukuku, İstanbul 2005.
- BAYATA CANYAŞ, Aslı:** "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu kapsamındaki Kabul Edilmez Başvuru ve Hızlandırılmış Değerlendirme Kararlarının Kesinliği", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2015, S. 22, s. 133-167.
- BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm:** "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013, S. 108, s. 211-258.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan:** İdarî Yargılama Hukuku, Ankara 2015.
- ÇİÇEKLİ, Bülent:** Yabancılar ve Mülteci Hukuku, Ankara 2014.
- DARDAĞAN KİBAR, Esra:** "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, 2012, C. 11, No. 2, s. 53-74 (Karşılaştırma Denemesi).
- DEĞİRMENCİ, Olgun/KARAKURUMER, Alkın:** "Suç İşleyen Yabancıların Sınırdışı Edilmesi Tedbirinin Tarihsel Gelişiminin Hukuki Bağlamda İrdelenmesi", Ceza Hukuku Dergisi, 2014, Y. 9, S. 25, s. 125-153.
- DOĞAN, Vahit:** Türk Yabancılar Hukuku, Ankara 2017.
- EKŞİ, Nuray:** "2014 Yılında Kabul Edilen İdari Yargıda İstinaf Müessesesinin Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamında Açılacak İdari Davalara Etkisi", Göç Araştırmaları Dergisi, 2015, C. 1, S. 1, s. 12-43 (İstinaf Müessesesi).
- EKŞİ, Nuray:** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Abdolkhani ve Karimnia-Türkiye Davası, İstanbul 2010 (Abdolkhani ve Karimnia).

- EKŞİ, Nuray:** "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Yabancıların Sınırdışı Edilmesine Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 2010, Y. 29, S. 1-2, s. 119-139.
- EKŞİ, Nuray:** Türkiye Avrupa Birliği Geri Kabul Antlaşması, İstanbul 2016 (Geri Kabul Antlaşması).
- EKŞİ, Nuray:** Yabancıları ve Uluslararası Koruma Hukuku, İstanbul Ekim 2014.
- ERGÜL, Ergin:** "Türk Hukukunda Yabancıları Sınır Dışı Etme ve Geri Gönderme İşlemleri", Terazi Hukuk Dergisi, 2012, C. 7, S. 74, s. 83-87.
- ERTEN, Rifat:** "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, C. 19, S. 1, s. 3-51.
- GERÇEK, Adnan:** "Yürütmenin Durdurulması Müessesesinin Vergileme İşlemleri Üzerindeki Etki ve Sonuçları", İ. Ü. İktisat Fakültesi Maliye Araştırmaları Merkezi Konferansları, 2002, 41. Seri, s. 117-138.
- GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel:** İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2012.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref:** Yönetmelik Yargı, Ankara 2015.
- GÜNER, Cemil:** "Sınır Dışı Etme Kararı ile İlgili İdare Mahkemesi Kararlarının Kesinliği", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2017, C. 75, S. 1, s. 85-113.
- KABAALIOĞLU, Halûk/EKŞİ, Nuray:** "Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmesi", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 2004, C. 24, S. 1-2, Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan, s. 503-522.
- KALABALIK, Halil:** İdari Yargılama Usulü Hukuku, Konya 2014.
- KALAY, Jale:** AİHM Kararları Işığında Etkili ve Etkin Bir İdarî Yargı Denetimi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2007.
- KAPLAN, Gürsel:** İdari Yargılama Hukuku, Bursa 2017.
- KASAPOĞLU TURHAN, Mine:** "İdari Yargıda İvedi Yargılama Usulü", Ankara Barosu Dergisi, 2015, S. 3, s. 183-219.
- ODYAKMAZ, Zehra/KAYMAK, Ümit/ERCAN, İsmail:** İdari Yargı, İstanbul 2015.
- OKAY TEKİNSOY, Özge:** İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, İstanbul 2011.

- ORGAN, İbrahim/COŞKUN KARADAĞ, Neslihan:** "Türk Vergi Yargısında Yürütmenin Durdurulması-II", Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2012, C. 21, S. 3, s. 71-84.
- ÖZAY, İl Han:** Günişığında Yönetim II, Yargısal Korunma, İstanbul 2010.
- ÖZKAN, Işıl:** Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, Ankara 2013.
- TEKİNSOY, Ayhan:** İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, Ankara 2013.
- TEKSOY, Barış:** "6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Göre Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, C. 62, S. 3, s. 855-906.
- YILDIRIM, Ramazan:** Türk İdarî Rejimi Dersleri (İdârî Yargılama Hukuku) (Cilt 3), Konya 2015.
- YILMAZ, Abdülhalim:** "Türkiye'de Yabancıların Sınırdışı Edilmesi: Uygulama ve Yargısal Denetim", Sınır ve Sınırdışı Türkiye'de Yabancılar, Göç ve Devlete Disiplinlerarası Bakışlar, Ankara 2014, s. 207-245.
- YILMAZOĞLU, Esat Caner:** "Yabancıların Sınırdışı Edilmesinin Anayasa Mahkemesinde Yargısal Denetimi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2015, S. 5, s. 905-928.

YAYIN ŞARTLARI

Dergide yayınlanması talebiyle editöre gönderilen eserler, gizli tutulan hakemlerin (iki hakem) olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde eser üçüncü bir hakeme gönderilir.

1. Hazırlanan çalışmalar, DergiPark üzerinden (<http://dergipark.gov.tr/suhfd>) sisteme yüklemek suretiyle dergi editörlüğüne iletilmelidir. Hakem incelemesi dahil tüm aşamalar DergiPark sistemi üzerinden yürütülecektir.

2. Gönderilen makalelerin başına, makalenin **yabancı dildeki adı**, en fazla 100 kelimelik **Türkçe ve yabancı dilde özetler**inin ve beş adet **anahtar kelimenin (Key Words)** eklenmesi gerekmektedir. Çalışmanın sonunda **Kaynaklar** yer almalıdır.

3. **Sayfa yapısı:** Üst ve alttan 6’şar cm; yanlardan 4,5’ar cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar kural olarak 35 sayfadan fazla olmamalıdır.

4. **Metin yazıları:** Times New Roman karakteri ile **11,5** punto **tek satır** aralığı, ilk satırı özel **1,25 cm** değerinde **paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk** olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. **Başlık 1 biçemi sadece yazının ana başlığı için** kullanılmalıdır. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber “adı SOYADI” biçiminde yazılmalı, gerekli açıklamalar * işareti kullanılarak dipnotta yapılmalıdır.

5. **Dipnotlar:** Times New Roman yazı karakteri, **10,5** punto, **Tek satır** aralığı, **0,7 asılı**, paragraf **sonrası 3 nk** boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda **dipnotlar** otomatik olarak ve her sayfa altında verilmeli, dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, (yayın yılı), Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı (yayın yılı), “Makale Adı” (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atıflarda Yazar soyadı (Yayın yılı) ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.

6. Makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

7. Yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayımlanan yazılar üzerinde Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin, her türlü formatta yayımlamak dâhil, tüm yayın haklarına sahip olduğunu kabul ederler.

BU ŞARTLARI TAŞIMAYAN BAŞVURULAR KABUL EDİLMEMEYECİTİR.

Haberleşme Adresi:

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi Editörlüğü Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 Selçuklu / KONYA

İnternet Adresi:

* <http://www.selcuk.edu.tr/hukuk/tr>

* <http://dergipark.gov.tr/suhfd>

E-Posta:

* hukukdergi@selcuk.edu.tr

* dergisuhfd@gmail.com