

PERIODICUM IURIS

Cilt / Volume: 1 Sayı / Issue: 2 Yıl / Year: 2023 ISSN: 2980-0889 e-ISSN: 2980-0625



*Eskişehir Osmangazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi*

PERIODICUM IURIS

*Eskişehir Osmangazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi*

*Cilt/Volume: 1 Sayı/Issue: 2 Yıl/Year: 2023
ISSN: 2980-0889 e-ISSN: 2980-0625*





Yayın Sahibi ve Temsilcisi

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi
Prof. Dr. Kamil Çolak

Sorumlu Müdür

Prof. Dr. Alpay Hekimler

Baş Editör

Prof. Dr. Kemal Şenocak

Editörler

Prof. Dr. Alpay Hekimler
Doç. Dr. Pelin Karaaslan
Dr. Öğr. Üyesi Elif Çelik
Dr. Öğr. Üyesi Bilge Aytuğar
Dr. Öğr. Üyesi Eylem Baş

Editör Yardımcıları

Arş. Gör. Furkan Yılmaz
Arş. Gör. Gökberk Atacan
Arş. Gör. Kübra Nur Kırallı
Arş. Gör. Sefa Mert Katiç

Tasarım

Prof. Dr. Şirin Şengel
Arş. Gör. Safa Akalay

İletişim

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Meşelik Kampüsü Büyükdere Mahallesi Prof. Dr. Nabi Avcı
Bulvarı No: 4 Odunpazarı/Eskişehir

+90 (222) 239 3750/4711

periodicumius@gmail.com



Publisher and Representative

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi
Prof. Dr. Kamil Çolak

Managing Director

Prof. Dr. Alpay Hekimler

Editor-In-Chief

Prof. Dr. Kemal Şenocak

Editors

Prof. Dr. Alpay Hekimler
Doç. Dr. Pelin Karaaslan
Dr. Öğr. Üyesi Elif Çelik
Dr. Öğr. Üyesi Bilge Aytuğar
Dr. Öğr. Üyesi Eylem Baş

Co-Editors

Arş. Gör. Furkan Yılmaz
Arş. Gör. Gökberk Atacan
Arş. Gör. Kübra Nur Kıralli
Arş. Gör. Sefa Mert Katiç

Design

Prof. Dr. Şirin Şengel
Arş. Gör. Safa Akalay

Contact

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Meşelik Kampüsü Büyükdere Mahallesi Prof. Dr. Nabi Avcı
Bulvarı No: 4 Odunpazarı/Eskişehir

+90 (222) 239 3750/4711

✉ periodicumius@gmail.com

Yayın Kurulu (Editorial Board)

Prof. Dr. Mustafa Aksu

- aksum@istanbul.edu.tr, İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. Ali Cem Budak

- acbudak@ticaret.edu.tr, İstanbul Ticaret Üniversitesi

Prof. Dr. Hayrettin Çağlar

- hayrettin.caglar@hbv.edu.tr, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof. Dr. Ece Göztepe Çelebi

- goztepe@bilkent.edu.tr, Bilkent Üniversitesi

Prof. Dr. Marc Engelhart

- marc.engelhart@hm.edu, Universität München

Prof. Dr. Alpay Hekimler

- alpay.hekimler@ogu.edu.tr, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi

Prof. Dr. Osman İsfen

- osman.isfen@fernuni-hagen.de, Fernuniversität

Prof. Dr. Olivier Leclerc

- olivier.leclerc@univ-st-etienne.fr, Universités Jean Monnet et Lyon 2

Doç. Dr. Roberta Marini

- roberta.marini@uniroma2.it, Università degli Studi di Roma Tor Vergata

Prof. Dr. Ahmet Mumcu

- ahmet.mumcu@ufuk.edu.tr, Ufuk Üniversitesi

Prof. Dr. Seldağ Güneş Peschke

- speschke@ybu.edu.tr, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof. Dr. Margherita Paola Poto

- margherita.p.poto@uit.no, The Arctic University of Norway

Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu

- bilgint@bilkent.edu.tr, Bilkent Üniversitesi

Prof. Dr. Ayşe Nur Tütüncü

- tutuncu@istanbul.edu.tr, İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. Oktay Uygun

- oktay.uygun@yeditepe.edu.tr, Yeditepe Üniversitesi

Prof. Dr. Gülriz Uygur

- guygur@ankara.edu.tr, Ankara Üniversitesi

Prof. Dr. Ali Yarayan

- yarayan@yarayan.com, Nurnberg Universität

Danışma Kurulu **(Advisory Board)**

Prof. Dr. Şebnem Akipek • *TED Üniversitesi*

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Jörg Albrecht • *Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and*

Law **Prof. Dr. Lorena Bachmaier** • *Universidad Complutense*

Prof. Dr. Başak Baysal • *Kadir Has Üniversitesi*

Doç. Dr. Salvatore Cristaldi • *Università degli Studi di Enna- "Kore"*

Assist. Prof. Hossein Gholami • *Allameh Tabatabai University*

Dr. Christos Kypraios • *Oxford University, Bonovero Institute, Research Manager*

Prof. Dr. Susana Sánchez Ferro • *Universidad Autónoma de Madrid*

Dr. Michael Kilchling • *Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law, Senior researcher*

Dr. Turkan Ertuna Lagrand • *Erasmus University School of Social and Behavioural Science, Senior Lecturer*

Assist. Prof. Firouz Mahmoudi • *University of Tehran*

Dr. Johanna Rinceanu • *Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law, Senior*

Researcher **Prof. Dr. Stefano Ruggeri** • *Università di Messina*

Prof. Dr. Gianluca Ruggiero • *Università del Piemonte Orientale*

Dr. Dr. Silvia Tellenbach • *Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law, Senior*

Researcher **Doz. Dr. iur. Erhan Temel, LL.M.** • *Universität Augsburg*

Prof. Dr. Salvatore Randazzo • *Università di LUM-Bari*

Prof. Dr. Müjgan Tunç Yücel • *İstanbul Medipol Üniversitesi*

Prof. Dr. Haluk Nami Nomer • *İstanbul Üniversitesi*

Prof. Dr. K. Emre Gökyayla • *Bahçeşehir Üniversitesi*

Prof. Dr. Fulya Erlüle • *Marmara Üniversitesi*

Prof. Dr. Hayrunnisa Özdemir • *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi*

Hakkında

Periodicum Iuris, **uluslararası** ve **hakemli** bir dergidir. Dergide, hukuk ve hukukla ilişkili alanlarda yazılmış, yerel ve evrensel literatüre yenilik katmak amacıyla olan, orijinal ve bilimsel çalışmalara yer verilir. Dergimiz, ocak ve temmuz aylarında olmak üzere yılda iki (2) sayı olarak elektronik ve basılı şekilde yayımlanır.

Dergiye gönderilen tüm çalışmalar, gerekli hâllerde yayın kurulunun da görüşü alınmak suretiyle Dergi Editoryası tarafından ön incelemeye tabi tutulur. Derginin bilimsel yayıncılık standartları gereğince uygun bulunduğu makaleler ancak bu süreçten sonra hakem incelemesine gönderilir.

Etik İlkeler

Periodicum Iuris'te takip edilen makale kabul ve yayın süreçleri, bilginin tarafsız ve saygın bir şekilde gelişimine ve dağıtımına temel teşkil etmektedir. Bu doğrultuda uygulanan süreçler, yazarların ve yazarları destekleyen kurumların çalışmalarının kalitesine doğrudan yansımaktadır. Hakemli çalışmalar bilimsel yöntemi somutlaştıran ve destekleyen çalışmalardır. Bu noktada sürecin bütün paydaşlarının (yazarlar, okurlar ve araştırmacılar, yayıncı, hakemler ve editörler) etik ilkelere yönelik standartlara uyması önem taşımaktadır. Derginin yayın etiği kapsamında tüm paydaşlarının aşağıdaki etik sorumlulukları taşıması beklenmektedir. Aşağıda yer alan etik görev ve sorumluluklar oluşturulurken açık erişim olarak Committee on Publication Ethics (COPE) tarafından yayımlanan rehberler ve politikalar dikkate alınmıştır.

Yazarların Etik Sorumlulukları

Dergiye makale gönderen yazar(lar)ın aşağıdaki etik sorumluluklara uyması beklenmektedir:

- Yazar(lar)ın gönderdikleri çalışmaların özgün olması, yazar(lar)ın başka çalışmalardan yararlanması veya başka çalışmaları kullanmaları durumunda eksiksiz ve doğru bir biçimde atıfta bulunmaları ve/veya alıntı yapmaları gerekmektedir. Ayrıca yazar(lar) kör atıftan da kaçınılmalıdır. Makaleler, derginin belirlemiş olduğu yazım kuralları ve kaynak gösterme biçimlerine uygun olarak hazırlanmalıdır. Bu çerçevede yazar(lar)ın gönderdikleri çalışmalar intihal, sahtecilik, çarpıtma gibi etik ihlallerden arınmış olmalı ve Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi'ne uygun olmalıdır.
- Makalenin yazar(lar)ı eksiksiz ve doğru bir biçimde belirtilmelidir. Makalenin yazar(lar)ı olduğu belirtilen tüm kişilerin çalışmaya doğrudan ve "fikri" bir katkısı bulunmalıdır. Fikri katkı sunmadan çalışmaya başka şekillerde destek sağlayan kişilerin isimleri ve sundukları katkının niteliği çalışmada belirtilmelidir.
- Dergiye gönderilen yazılar, daha önce yayımlanmamış ve Periodicum Iuris dışında bir dergiye eş zamanlı olarak yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Daha önce, ulusal ya da uluslararası kongre ya da sempozyumlarda sunulmuş ve özeti yayımlanmış çalışmalar, bu nitelikleri belirtilerek dergiye gönderilebilir.
- Yayımlanmak üzere gönderilen tüm çalışmaların varsa çıkar çatışması teşkil edebilecek durumları ve ilişkileri açıklanmalıdır.
- Yazar(lar)dan değerlendirme süreçleri çerçevesinde makalelerine ilişkin ham veri talep edilebilir, böyle bir durumda yazar(lar) beklenen veri ve bilgileri editörler kurulu ve bilim kuruluna sunmaya hazır olmalıdır.
- Yazar(lar) kullanılan verilerin kullanım haklarına, araştırma/analizlerle ilgili gerekli izinlere sahip olduğuna veya deney yapılan deneklere yönelik izin prosedürlerini gerçekleştirdiğini gösteren belgeye sahip olmalıdır.
- Yazar(lar)ın yayımlanmış, erken görünüm veya değerlendirme aşamasındaki çalışmasıyla ilgili bir yanlış ya da hatayı fark etmesi durumunda, dergi editörünü veya yayıncıyı bilgilendirme, düzeltme veya geri çekme işlemlerinde editörle iş birliği yapma yükümlülüğü bulunmaktadır.
- Yazarlar çalışmalarını aynı anda birden fazla derginin başvuru sürecinde bulunduramaz. Her bir başvuru, önceki başvurunun tamamlanmasını takiben başlatılabilir. Başka bir dergide yayımlanmış çalışma Periodicum Iuris'e gönderilemez.
- Değerlendirme süreci başlamış bir çalışmanın yazar sorumluluklarının değiştirilmesi (Yazar ekleme, yazar sırası değiştirme, yazar çıkartma gibi) teklif edilemez.

Etik kurallar çerçevesinde; dergide değerlendirilmesi için Etik Kurul İzni gerektiren araştırmalar aşağıdaki gibidir:

- Anket, mülakat, odak grup çalışması, gözlem, deney, görüşme teknikleri kullanılarak katılımcılardan veri toplanmasını gerektiren nitel ya da nicel yaklaşımlarla yürütülen her türlü araştırmalar,
- İnsan ve hayvanların (materyal/veriler dahil) deneysel ya da diğer bilimsel amaçlarla kullanılması,
- İnsanlar üzerinde yapılan klinik araştırmalar,

- Hayvanlar üzerinde yapılan araştırmalar,
 - Kişisel verilerin korunması kanunu gereğince retrospektif çalışmalar.
- Bu çerçevede dergimizde değerlendirmeye alınacak çalışmalarda;
- Olgu sunumlarında "Aydınlatılmış Onam Formu"nun alındığının belirtilmesi,
 - Başkalarına ait ölçek, anket, fotoğrafların kullanımı için sahiplerinden izin alınması ve bunun belirtilmesi,
 - Kullanılan fikir ve sanat eserleri için telif hakları düzenlemelerine uyulduğunun belirtilmesi gerekmektedir.

Editörün Etik Görev ve Sorumlulukları

Dergi editöryası, açık erişim olarak Committee on Publication Ethics (COPE) tarafından yayınlanan "COPE Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors" ve "COPE Best Practice Guidelines for Journal Editors" rehberleri temelinde aşağıdaki etik görev ve sorumluluklara sahip olmalıdır:

Genel Görev ve Sorumluluklar

Editörler, Dergide yayımlanan her yayından sorumludur. Bu sorumluluk bağlamında editörler, aşağıdaki rol ve yükümlülükleri taşımaktadır:

- Okuyucuların ve yazarların bilgi ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik çaba sarf etme,
- Sürekli olarak derginin gelişimini sağlama,
- Dergide yayımlanan çalışmaların kalitesini geliştirmeye yönelik süreçleri yürütme,
- Düşünce özgürlüğünü destekleme,
- Akademik açıdan bütünlüğü sağlama,
- Fikri mülkiyet hakları ve etik standartlardan taviz vermeden iş süreçlerini devam ettirme,
- Düzeltme, açıklama gerektiren konularda yayın açısından açıklık ve şeffaflık gösterme,
- Aldıkları tüm kararlarda tarafsız ve adil davranma,
- Hakemlik veya yayın sürecine dair yaşanabilecek aksaklıkların önüne geçilebilmesi için gerekli koordinasyonu sağlama.

Okuyucu ile İlişkiler

- Editörler; tüm okuyucu, araştırmacı ve uygulayıcıların ihtiyaç duydukları bilgi, beceri ve deneyim beklentilerini dikkate alarak karar vermelidir.
- Yayımlanan çalışmaların okuyucuya, araştırmacıya, uygulayıcıya ve onların bilimsel alanlarına katkı sağlamasına ve özgün nitelikte olmasına dikkat etmelidir.
- Ayrıca editörler okuyucu, araştırmacı ve uygulayıcılardan gelen geri bildirimleri dikkate almak, açıklayıcı ve bilgilendirici geri bildirim vermekle yükümlüdür.

Yazarlar ile İlişkiler

Editörlerin yazarlara karşı görev ve sorumlulukları aşağıdaki şekildedir:

- Editörler, çalışmaların önemi, özgün değeri, geçerliliği, anlatımın açıklığı ve derginin amaç ve hedeflerine dayanarak olumlu ya da olumsuz karar vermelidir.
- Yayın kapsamına uygun olan çalışmaları haklı bir gerekçe olmadığı sürece ön değerlendirme aşamasına almalıdır.
- Editörler, çalışma ile ilgili haklı bir gerekçe olmadıkça, olumlu yöndeki hakem önerilerini göz ardı etmemelidir.
- Yeni editörler, çalışmalara yönelik olarak önceki editör(ler) tarafından verilen kararları haklı bir gerekçe olmadıkça değiştirmemelidir.
- "Görmez Hakemlik ve Değerlendirme Süreci" mutlaka yayımlanmalı ve editörler tanımlanan süreçlerde yaşanabilecek sapmaların önüne geçmelidir.
- Editörler yazarlar tarafından kendilerinden beklenecek her konuyu ayrıntılı olarak içeren bir "Yazar Rehberi" yayımlamalıdır. Bu rehberler belirli zaman aralıklarında güncellenmelidir.
- Yazarlara açıklayıcı ve bilgilendirici şekilde bildirim ve dönüş sağlanmalıdır.
- Yazarların hassas kişisel verileri ayrımcılık unsuru olarak kullanılmamalıdır.
- İntihal, sahtecilik, çarpıtma gibi araştırma usulsüzlüğünün meydana geldiği çalışma tespit edilmeli ve bunun yayımlanmasını önlemek için gereken tedbirler alınmalıdır. Hiçbir koşulda bu tür usulsüzlükler teşvik edilmemeli veya kasıtlı olarak bu tür usulsüzlüklerin gerçekleşmesine izin verilmemelidir.

Hakemler ile İlişkiler

Editörlerin hakemlere karşı görev ve sorumlulukları aşağıdaki şekildedir:

- Hakemleri çalışmanın konusuna uygun olarak belirlemelidir.
- Hakemlerin değerlendirme aşamasında ihtiyaç duyacakları bilgi ve rehberleri sağlamakla yükümlüdür.
- Yazarlar ve hakemler arasında çıkar çatışması olup olmadığını gözetmek durumundadır.
- Görmez hakemlik bağlamında hakemlerin kimlik bilgilerini gizli tutmalıdır.
- Hakemleri tarafsız, bilimsel ve nesnel bir dille çalışmayı değerlendirmeleri için teşvik etmelidir.

- Hakemleri zamanında dönüş ve performans gibi ölçütlerle değerlendirmelidir.
- Hakemlerin performansını artırıcı uygulama ve politikalar belirlemelidir.
- Hakem havuzunun sürekli ve dinamik şekilde güncellenmesi konusunda gerekli adımları atmalıdır.
- Nezaketsiz ve bilimsel olmayan değerlendirmeleri engellemelidir.
- Hakem havuzunun geniş bir yelpazeden oluşması için adımlar atmalıdır.

Danışma Kurulu ile İlişkiler

- Editör, tüm danışma kurulu üyelerinin süreçleri yayın politikaları ve yönergelere uygun ilerletmesini sağlamalıdır.
- Danışma kurulu üyelerini yayın politikaları hakkında bilgilendirmeli ve gelişmelerden haberdar etmelidir.
- Danışma kurulu üyelerinin çalışmaları tarafsız ve bağımsız olarak değerlendirmelerini sağlamalıdır.
- Yeni danışma kurulu üyelerini, katkı sağlayabilir ve uygun nitelikte belirlemelidir.
- Danışma kurulu üyelerinin uzmanlık alanına uygun çalışmaları değerlendirme için göndermelidir.
- Danışma kurulu ile düzenli olarak etkileşim içerisinde olmalıdır.
- Danışma kurulu ile belirli aralıklarla yayın politikalarının ve derginin gelişimi için toplantılar düzenlemelidir.

Dergi Sahibi ve Yayıncı ile İlişkiler

Editörler (baş editör ve bölüm editörleri) ve yayıncı arasındaki ilişki editoryal bağımsızlık ilkesine dayanmaktadır. Editörler ile yayıncı arasında yapılan yazılı sözleşme gereği, editörlerin alacağı tüm kararlar yayıncı ve dergi sahibinden bağımsızdır.

Editör ve Görmez Hakemlik Süreçleri

Editörler; dergi yayın politikalarında yer alan "Görmez Hakemlik ve Değerlendirme Süreci" politikalarını uygulamakla yükümlüdür. Bu bağlamda editörler her çalışmanın adil, tarafsız ve zamanında değerlendirme sürecinin tamamlanmasını sağlar.

Kalite Güvencesi

Editörler; dergide yayımlanan her makalenin, dergi yayın politikaları ve uluslararası standartlara uygun olarak yayımlanmasından sorumludur.

Kişisel Verilerin Korunması

Editörler; değerlendirilen çalışmalarda yer alan kişilere, deneklere veya görsellere ilişkin kişisel verilerin korunmasını sağlamakla yükümlüdür. Çalışmalarda kullanılan kişilerin açık rızası belgeli olmadığı sürece çalışmayı reddetmekle görevlidir. Ayrıca editörler; yazar, hakem ve okuyucuların kişisel verilerini korumakla yükümlüdür.

Etik Kurul, İnsan ve Hayvan Hakları

Editörler; değerlendirilen çalışmalarda insan ve hayvan haklarının korunmasını sağlamakla yükümlüdür. Çalışmalarda kullanılan deneklere ilişkin etik kurul onayı, deneysel araştırmalara ilişkin izinlerin olmadığı durumlarda çalışmayı reddetmekle yükümlüdür.

Olası Suiistimal ve Görevi Kötüye Kullanmaya Karşı Önlem

Editörler; olası suiistimal ve görevi kötüye kullanma işlemlerine karşı önlem almakla yükümlüdür. Bu duruma yönelik şikâyetlerin belirlenmesi ve değerlendirilmesi konusunda titiz ve nesnel bir soruşturma yapmanın yanı sıra, konuyla ilgili bulguların paylaşılması editörün sorumlulukları arasında yer almaktadır.

Akademik Yayın Bütünlüğünü Sağlamak

Editörler çalışmalarda yer alan hata, tutarsızlık ya da yanlış yönlendirme içeren yargıların hızlı bir şekilde düzeltilmesini sağlamalıdır.

Fikri Mülkiyet Haklarının Korunması

Editörler; yayımlanan tüm makalelerin fikri mülkiyet hakkını korumakla, olası ihlallerde derginin ve yazar(lar)ın haklarını savunmakla yükümlüdür.

Ayrıca editörler yayımlanan tüm makalelerdeki içeriklerin başka yayınların fikri mülkiyet haklarını ihlal etmemesi adına gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

Yapıcılık ve Tartışmaya Açıklık

Editörler; Dergide yayımlanan eserlere ilişkin ikna edici eleştirileri dikkate almalı ve bu eleştirilere yönelik yapıcı bir tutum sergilemelidir.

Eleştirilen çalışmaların yazar(lar)ına cevap hakkı tanınmalıdır.

Olumsuz sonuçlar içeren çalışmaları göz ardı etmemeli ya da dışlamamalıdır.

Şikâyetler

Editörler; yazar, hakem veya okuyuculardan gelen şikâyetleri dikkatlice inceleyerek bunlara aydınlatıcı ve açıklayıcı bir şekilde yanıt vermekle yükümlüdür.

Politik ve Ticari Kaygılar

Dergi sahibi, yayıncı ve diğer hiçbir politik ve ticari unsur, editörlerin bağımsız karar almalarını etkilemez.

Çıkar Çatışmaları

Editörler; yazar(lar), hakemler ve diğer editörler arasındaki çıkar çatışmalarını göz önünde bulundurarak, çalışmaların yayın sürecinin bağımsız ve tarafsız bir şekilde tamamlamasını garanti eder.

Hakemlerin Etik Sorumlulukları

Tüm çalışmaların "Görmez Hakemlik" ile değerlendirilmesi yayın kalitesini doğrudan etkilemektedir. Bu süreç yayının nesnel ve bağımsız değerlendirilmesi ile güven sağlar. Dergi değerlendirme süreci çift taraflı görmez hakemlik ilkesiyle yürütülür. Hakemler yazarlar ile doğrudan iletişime geçemez, değerlendirme ve yorumlar dergi yönetim sistemi aracılığıyla iletilir. Bu süreçte değerlendirme formları ve tam metinler üzerindeki hakem yorumları editör aracılığıyla yazar(lar)a iletilir. Bu bağlamda Periodicum Iuris için çalışma değerlendiren hakemlerin aşağıdaki etik sorumluluklara sahip olması beklenmektedir:

- Hakemlik davetini kabul edip etmediğini makul bir süre içerisinde editöre bildirmelidir. Nitekim bu durum, yayın sürecinin gereksiz yere uzamasını engellemek açısından önem arz etmektedir.
- Sadece uzmanlık alanı ile ilgili çalışmaları değerlendirmeyi kabul etmelidir.
- Tarafsızlık ve gizlilik içerisinde değerlendirme yapmalıdır.
- Değerlendirme sürecinde çıkar çatışması ile karşı karşıya olduğunu düşünürse, çalışmayı incelemeyi reddederek, dergi editörünü bilgilendirmelidir.
- İlgili çalışmayı değerlendirmede kendini yetersiz hissettiğinde veya değerlendirmeyi verilen sürede tamamlamasının mümkün olamayacağını tespit ettiğinde; bu yöndeki tespitlerini dergi editörü ile paylaşmalı, gerekirse hakem değerlendirme sürecinden çekilmelidir.
- Gizlilik ilkesi gereği inceledikleri çalışmaları değerlendirme sürecinden sonra imha etmelidir. İnceledikleri çalışmaların sadece nihai versiyonlarını ancak yayımlandıktan sonra kullanabilir. Bu çerçevede hakem, değerlendirme sürecinde elde ettiği bilgileri kendisi veya bir başkası yararına yahut bir kişi veya kurumu avantajlı yahut dezavantajlı duruma düşürmek amacıyla kullanmaz.
- Değerlendirmeyi nesnel bir şekilde sadece çalışmanın içeriği ile ilgili olarak yapmalıdır. Bilimsel nitelik taşımayan değerlendirmelerden kaçınmalıdır. Milliyet, cinsiyet, dini inançlar, siyasal inançlar ve ticari kaygıların değerlendirmeye etki etmesine izin vermemelidir. Hakemin sayılan bu hususlara riayet etmediği tespit edildiği takdirde, kendisi ile iletişime geçilir ve yorumunu gözden geçirmesi ve düzeltmesi beklenir.
- Değerlendirmeyi yapıcı ve nazik bir dille yapmalıdır. Görüşlerini öneriler ile desteklemelidir. Düşmanlık, iftira ve hakaret içeren aşağılayıcı kişisel yorumlar yapmamalıdır.
- Değerlendirmeyi kabul ettikleri çalışmayı zamanında ve yukarıdaki etik sorumluluklarda gerçekleştirmelidir.
- Hakem, değerlendirdiği çalışma kapsamında telif hakkı ihlali ve intihalden haberdar olduğu veya bu durumdan şüphelendiği takdirde gecikmeksizin editöre durumu bildirmelidir.

Yayıncının Etik Sorumlulukları

Dergiye gönderilen tüm makaleler gönderim sırasında intihal programı tarafından (iThenticate (<http://www.ithenticate.com/>), Turnitin (<https://www.turnitin.com/>) vb.) taranmaktadır. Benzerlik oranının dipnotlar, alıntılar ve kaynakça hariç olmak üzere %20'den az olması gereklidir. Bu oranı aşan makaleler ayrıntılı olarak incelenir ve gerekli görülürse gözden geçirilmesi ya da düzeltilmesi için yazarlara geri gönderilir. İntihal ya da etik dışı davranışlar tespit edilirse yayımlanması reddedilir. Ancak lisansüstü tezlerden türetilen makalelerle ilgili olarak söz konusu oranın aranmaması konusunda dergi editöryasının takdir yetkisi bulunmaktadır.

Derginin yayıncısı olan Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Baş Editör dergiyle ilgili aşağıdaki etik sorumlulukların bilinciyle hareket etmektedir:

- Dergide yayımlanmış her makalenin mülkiyet ve telif hakkını korur ve yayımlanmış her kopyanın kaydını saklama yükümlüğünü üstlenir.
- Editörlere ilişkin her türlü bilimsel suiistimal, atıf çeteciliği ve intihalle ilgili önlemleri alma sorumluluğuna sahiptir.

Etik Olmayan Bir Durumla Karşılaşılması Durumu

Dergide yukarıda bahsedilen etik sorumluluklar dışında etik olmayan bir davranış veya içerikle karşılaşırsanız lütfen periodicum@iuris@gmail.com adresine e-posta yoluyla bildiriniz.

Yayın Politikası

- Periodicum luris, uluslararası ve hakemli bir dergidir. Ocak ve temmuz aylarında olmak üzere yılda iki (2) sayı olarak elektronik ve basılı şekilde yayımlanır. Dergide, hukuk ve hukukla ilişkili alanlarda Türkçe, İngilizce, Fransızca, İtalyanca ya da Almanca yazılmış, yerel ve evrensel literatüre yenilik katmak amacıyla olan, orijinal ve bilimsel çalışmalara yer verilir.
- Dergide yer alabilecek türdeki çalışmalar; araştırma makalesi, derleme makale, çeviri, yorum, teknik not, kitap değerlendirmesi türleridir.
- Dergiye gönderilen tüm çalışmalar, gerekli hallerde yayın kurulunun da görüşü alınmak suretiyle Dergi Editoryası tarafından bir ön incelemeye tabi tutulur. Dergiye gönderilen makaleler öncelikle şekil ve içerik yönünden ön incelemeye tabi tutulmaktadır. Şekil şartlarının ve gönderim sürecinin derginin koşullarına uygun olarak yerine getirilmesi gerekmektedir. Bunlara uymayan çalışmalar editoryal redde tabidir. Derginin bilimsel yayıncılık standartları gereğince uygun bulunduğu makaleler ancak bu süreçten sonra hakem incelemesine gönderilir. Bu konudaki ön eleme ve nihai karar, yayın kurulunun da görüşünü alacak olan Dergi Editoryasının tasarrufundadır. Dergiye sunulan makaleler için hakemlik sürecine alınacağı garantisizdir. Buna ek olarak, makalelerin değerlendirme süresi için tarih verilmemektedir.
- Dergi, hakem sürecine kabul edilen çalışmalarını en az iki 'görmez' hakeme yönlendirir. Hakem raporları arasında çatışma olması ve editörlerin gerekli gördüğü diğer durumlarda bir üçüncü hakem değerlendirmesine başvurulur. Hakem seçim ve süreci konusundaki her türlü yetki ve karar, editörlerin tasarrufundadır. Hakemlerin çalışmanın dahil olduğu uzmanlık alanına ve yayının dil koşuluna göre tayin edilmesi esastır. Hakemler kendilerine gönderilen eserleri, hakemler için düzenlenmiş esasları ele alan COPE ilkeleri doğrultusunda değerlendirir. (<https://doi.org/10.24318/cope.2019.1.9>)
- Değerlendirilmeye alınması istenen çalışmaların hangi sayı için uygun bulunabileceği, gönderim tarihleri esas alınmak üzere, hakem değerlendirmesinden gelecek sonuca göre şekillenir.
- Dergiye gönderilen çalışmalar daha önce başka bir yerde yayımlanmamış ya da eş zamanlı olarak başka dergilere yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazar bu konuya ilişkin taahhüt formunu çalışmasıyla birlikte dergiye iletmekle yükümlüdür.
- Hakem değerlendirmesinde olan ve bu süreci tamamlamış olan çalışmaların, bu süreçten sonra yazar tarafından geri çekilmesinin imkânı yoktur. Kendisine tanınan süre içinde gerekli değişiklikleri yapmayı reddeden yazarların çalışmalarına ret işlemi uygulanır.
- Dergi, her yayın döneminde ancak yeterli nitelikte bulunduğu sayıdaki çalışmayı yayımlar. Bu konudaki takdir Dergi Editoryasındadır.
- Yazarlar tarafından ya da ilişkide oldukları üçüncü kişiler tarafından hakem seçimleri ve hakemlik sürecine yönelik yapılabilecek müdahalelerin ve anonimliği gölgeleyecek davranışların saptanması halinde, çalışmalar hangi aşamada olduğuna bakılmaksızın dergi yönetimi tarafından reddedilir.

Ücret Politikası

Hiçbir ad altında yazar veya kurumundan ücret alınmaz. Yazarlara telif ücreti ödenmez. Hakemlere de herhangi bir ödemedede bulunulmaz.

Periodicum Iuris

About

Periodicum Iuris is an **international** and **peer-reviewed** journal. The journal includes original and scientific studies written in the fields of law and law-related fields, aiming to add innovation to the local and universal literature. Our journal is published in two (2) issues per year, in January and July, in electronic and printed form.

All studies submitted to the journal are subjected to preliminary review by the Editors, if necessary, by taking the opinion of the Editorial Board. Articles deemed appropriate by the journal in accordance with scientific publishing standards are sent for peer review only after this process.

Ethical Principles

The manuscript acceptance and publication processes followed at Periodicum Iuris are the basis for the impartial and reputable development and dissemination of knowledge. The processes applied in this direction are directly reflected in the quality of the work of the authors and the institutions that support them. Peer-reviewed studies are studies that embody and support the scientific method. At this point, it is important that all stakeholders of the process (authors, readers, researchers, publishers, reviewers, and editors) comply with the standards for ethical principles. Within the scope of the journal's publication ethics, all stakeholders are expected to carry the following ethical responsibilities. Guidelines and policies published by the Committee on Publication Ethics (COPE) as open access were taken into consideration while creating the following ethical duties and responsibilities.

Ethical Responsibilities of Authors

The author(s) submitting an article to the journal are expected to comply with the following ethical responsibilities:

- The author(s) are required to ensure that the submitted work is original, and if the author(s) utilize other works or use other works, they must give full and correct attribution and/or citation. The author(s) should also avoid blind citation. The manuscripts should be prepared by the journal's drafting rules and referencing formats. Within this framework, the work submitted by the author(s) must comply with the Directive on Scientific Research and Publication Ethics of Higher Education Institutions and must be free from ethical violations such as plagiarism, forgery, distortion.
- The author(s) of the article must be indicated completely and accurately. All persons listed as author(s) of the article must have made a direct and "intellectual" contribution to the study. The names of the persons who provided support to the study in other ways without making an intellectual contribution and the nature of their contribution should be indicated in the study.
- Manuscripts submitted to the journal should not have been previously published and should not have been submitted to a journal other than Periodicum Iuris for simultaneous publication. Studies that have been previously presented at national or international congresses or symposia and whose abstracts have been published can be submitted to the journal by specifying these qualifications.
- All manuscripts submitted for publication should disclose any conflicts of interest and relationships.
- The author(s) may be requested to provide raw data on their manuscripts within the framework of the evaluation processes, in such a case, the author(s) should be ready to present the expected data and information to the editorial board and scientific committee.
- The author(s) should have a document showing that he/she has the rights to use the data used, has the necessary permissions related to the research/analyses, or has carried out the permission procedures for the experimental subjects.
- If the author(s) becomes aware of an inaccuracy or error in the published, early view, or under review manuscript, the author(s) must notify the journal editor or publisher and cooperate with the editor in correcting or withdrawing the manuscript.
- Authors cannot have their work in the submission process of more than one journal at the same time. Each application can be started after the completion of the previous application. Work published in another journal cannot be submitted to Periodicum Iuris.
- It cannot be proposed to change the author responsibilities (such as adding an author, changing the author order, or removing an author) of a study whose evaluation process has started.

Within the framework of ethical rules; researches that require Ethics Committee Permission for evaluation in the journal are as follows:

- All kinds of research conducted with qualitative or quantitative approaches that require data collection from

- participants using surveys, interviews, focus group studies, observations, experiments, interviews,
- Use of humans and animals (including materials/data) for experimental or other scientific purposes,
- Clinical trials in humans,
- Research on animals,
- Retrospective studies by the personal data protection law.

In this context, in the studies to be evaluated in our journal;

- Indication of receipt of the "Informed Consent Form" in case presentations,
- Obtaining permission from the owners for the use of scales, questionnaires, and photographs belonging to others and indicating this,
- For the intellectual and artistic works used, it must be stated that copyright regulations are complied with.

Ethical Duties and Responsibilities of the Editor

The journal editor should have the following ethical duties and responsibilities based on the "COPE Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors" and "COPE Best Practice Guidelines for Journal Editors" published by the Committee on Publication Ethics (COPE) in open access:

General Duties and Responsibilities

The editors are responsible for every publication in the Journal. In the context of this responsibility, the editors have the following roles and obligations:

- To strive to meet the information needs of readers and authors,
- Ensuring the continuous development of the journal,
- Carrying out processes to improve the quality of studies published in the journal,
- Supporting freedom of thought,
- Ensuring academic integrity,
- Maintaining business processes without compromising intellectual property rights and ethical standards,
- Demonstrating openness and transparency in terms of publication in matters requiring correction and clarification,
- Acting impartially and fairly in all decisions they make,
- Ensuring the necessary coordination to prevent any problems that may arise in the reviewing or publication process.

Relations with Readers

- Editors should make decisions by taking into account the expectations of knowledge, skills, and experience needed by all readers, researchers, and practitioners.
- They should pay attention that the published studies contribute to the reader, researcher, practitioner, and their scientific fields and that they are original.
- In addition, editors are obliged to take into account the feedback from readers, researchers, and practitioners and to provide explanatory and informative feedback.

Relations with Authors

The duties and responsibilities of editors towards authors are as follows:

- Editors should make a positive or negative decision based on the importance, original value, validity, clarity of expression, and the aims and objectives of the journal.
- Unless there is a justifiable reason, they should take the studies that are suitable for the scope of publication to the preliminary evaluation stage.
- Editors should not ignore reviewers' positive recommendations unless there is a justifiable justification for the study.
- New editors should not change the decisions made by the previous editor(s) unless there is a justified justification.
- "Reviewing and Evaluation Process" must be published and editors must prevent deviations that may occur in the defined processes.
- Editors should publish an "Author's Guide" that includes every issue expected from authors in detail. These guidelines should be updated at certain time intervals.
- Authors should be notified and returned in an explanatory and informative manner.
- Sensitive personal data of authors should not be used as an element of discrimination.
- The study in which research irregularities such as plagiarism, forgery, distortion, etc. occur should be identified and necessary measures should be taken to prevent its publication. Under no circumstances should such irregularities be encouraged or deliberately allowed to occur.

Relations with Reviewers

The duties and responsibilities of the editors towards the reviewers are as follows:

- Determine the reviewers by the subject of the study.
- They are obliged to provide the information and guidelines that the reviewers will need during the evaluation phase.

- He/she has to observe whether there is a conflict of interest between authors and reviewers.
- He/she should keep the identity information of the reviewer confidential in the context of reviewing.
- Encourage the reviewers to evaluate the manuscript in an impartial, scientific, and objective manner.
- Evaluate reviewers on criteria such as timeliness and performance.
- He/she should determine practices and policies to improve the performance of reviewers.
- Take the necessary steps to ensure that the reviewers pool is continuously and dynamically updated.
- Prevent unkind and unscientific evaluations.
- Take steps to ensure that the reviewer pool consists of a broad spectrum.

Relations with the Advisory Board

- The editor should ensure that all advisory board members carry out the processes following the publication policies and guidelines.
- The editor should inform the advisory board members about the publication policies and keep them informed of developments.
- Ensure that advisory board members evaluate the work impartially and independently.
- Identify new advisory board members who can contribute and are of appropriate quality.
- Send for evaluation studies appropriate to the expertise of advisory board members.
- Interact regularly with the advisory board.
- Organize periodic meetings with the advisory board for the development of publication policies and the journal.

Relations with the Journal Owner and Publisher

The relationship between editors (editor-in-chief and section editors) and the publisher is based on the principle of editorial independence. Following the written agreement between the editors and the publisher, all editorial decisions are independent of the publisher and the journal owner.

Editorial and Review Processes

Editors are obliged to implement the "Blind Reviewing and Evaluation Process" policies in the journal's publication policies. In this context, editors ensure that the evaluation process of each study is completed in a fair, impartial, and timely manner.

Quality Assurance

Editors are responsible for the publication of each article published in the journal in accordance with the journal's editorial policies and international standards.

Protection of Personal Data

Editors are obliged to ensure the protection of personal data regarding the people, subjects, or images in the evaluated studies. Unless the explicit consent of the people used in the studies is documented, they are responsible for rejecting the study. Editors are also responsible for protecting the personal data of authors, reviewers, and readers.

Ethics Committee, Human and Animal Rights

Editors are obliged to ensure the protection of human and animal rights in the evaluated studies. They are obliged to reject the study in the absence of ethics committee approval for the subjects used in the studies and permissions for experimental research.

Precautions Against Possible Abuse and Misconduct

Editors are obliged to take precautions against possible misconduct and malfeasance. In addition to conducting a rigorous and objective investigation in identifying and evaluating such complaints, it is among the editor's responsibilities to share the relevant findings.

Ensuring Academic Publication Integrity

Editors should ensure that errors, inconsistencies, or misleading judgments are corrected quickly.

Protection of Intellectual Property Rights

Editors are responsible for protecting the intellectual property rights of all published articles and defending the rights of the journal and the author(s) in case of possible violations.

In addition, editors are obliged to take the necessary measures to ensure that the contents of all published articles do not violate the intellectual property rights of other publications.

Constructivism and Openness to Discussion

Editors should take into account the convincing criticisms of the works published in the journal and show a constructive attitude towards these criticisms.

They should give the author(s) of the criticized studies the right to reply.

They should not ignore or exclude studies with negative results.

Complaints

Editors are obliged to carefully examine the complaints received from authors, reviewers, or readers and respond to them in an enlightening and explanatory manner.

Political and Commercial Concerns

The journal owner, publisher, and no other political or commercial considerations influence the independent judgment of the editors.

Conflicts of Interest

The editors guarantee the independent and impartial completion of the publication process, taking into account conflicts of interest between the author(s), reviewers, and other editors.

Ethical Responsibilities of Reviewers

The evaluation of all studies by "Blind Reviewing" directly affects the quality of the publication. This process provides confidence through objective and independent evaluation of the publication. The journal evaluation process is carried out with the principle of bilateral blind reviewing. Reviewers cannot communicate directly with the authors, evaluations, and comments are communicated through the journal management system. In this process, reviewer comments on evaluation forms and full texts are communicated to the author(s) through the editor. In this context, reviewers evaluating manuscripts for *Periodicum Iuris* are expected to have the following ethical responsibilities:

- They should inform the editor within a reasonable period whether or not they accept the invitation to review. Indeed, this is important to prevent unnecessary prolongation of the publication process.
- Agree to evaluate only studies related to his/her field of expertise.
- Evaluate with impartiality and confidentiality.
- If he/she thinks that he/she is faced with a conflict of interest during the evaluation process, he/she should refuse to review the study and inform the journal editor.
- When he/she feels inadequate in evaluating the relevant study or determines that it will not be possible to complete the evaluation within the given time; he/she should share his/her findings in this direction with the journal editor and, if necessary, withdraw from the peer review process.
- Due to the principle of confidentiality, they should destroy the manuscripts they have reviewed after the evaluation process. They can only use the final versions of the studies they have reviewed only after they are published. In this context, the reviewer shall not use the information obtained during the evaluation process for the benefit of himself/herself or someone else, or to advantage or disadvantage a person or institution.
- The evaluation should be made objectively only with respect to the content of the manuscript. Avoid evaluations that are not of a scientific nature. Not allow nationality, gender, religious beliefs, political beliefs and commercial concerns to influence the evaluation. If it is found that the reviewer does not comply with these points, he/she will be contacted and expected to revise and correct his/her comment.
- He/she should conduct the evaluation in a constructive and courteous manner. He/she should support his/her opinions with suggestions. They should not make derogatory personal comments containing hostility, slander and insults.
- They should carry out the work they accept for evaluation on time and with the above ethical responsibilities.
- If the reviewer is aware of or suspects copyright infringement or plagiarism in the manuscript, he/she should notify the editor without delay.

Ethical Responsibilities of the Publisher

All articles submitted to the journal are scanned by a plagiarism program (iThenticate (<http://www.ithenticate.com/>), Turnitin (<https://www.turnitin.com/>), etc.) at the time of submission. The similarity rate must be less than 20%, excluding footnotes, citations and bibliography. Articles exceeding this rate are reviewed in detail and, if deemed necessary, sent back to the authors for revision or correction. If plagiarism or unethical behavior is detected, publication is rejected. However, the editorial board of the journal has the discretion not to require the aforementioned ratio for articles derived from graduate theses.

As the publisher of the journal, Eskişehir Osmangazi University Faculty of Law and the Editor-in-Chief act with the awareness of the following ethical responsibilities regarding the journal:

- It protects the ownership and copyright of every article published in the journal and undertakes the obligation to keep a record of every published copy.
- He/she has the responsibility to take precautions against all forms of scientific misconduct, citation fraud and plagiarism related to editors.

In case of an Unethical Situation

If you encounter any unethical behavior or content in the journal other than the ethical responsibilities mentioned above, please report it via e-mail to periodicumius@gmail.com.

Publication Policy

- Periodicum Iuris is an international and peer-reviewed journal. It is published electronically and in printed form in two (2) issues per year, in January and July. The journal includes original and scientific studies written in Turkish, English, French, Italian or German in the fields of law and law-related fields, which aim to add innovation to the local and universal literature.
- The types of studies that can be included in the journal are research articles, review articles, translations, commentaries, technical notes and book reviews.
- All manuscripts submitted to the journal are subjected to a preliminary review by the Journal Editorial Board, with the opinion of the editorial board if necessary. Articles submitted to the journal are subjected to a preliminary review in terms of form and content. The formal requirements and the submission process must be fulfilled in accordance with the conditions of the journal. Studies that do not comply with these are subject to editorial rejection. Only after this process, articles that the journal deems appropriate in accordance with scientific publishing standards are sent for peer review. The preliminary screening and final decision on this issue is at the discretion of the Journal Editorial Board, which will also take the opinion of the Editorial Board. Articles submitted to the Journal are not guaranteed to be included in the peer review process. In addition, no date is given for the evaluation period of the manuscripts.
- The Journal refers accepted manuscripts to at least two 'blind' reviewers. In case of conflict between the review reports and in other cases deemed necessary by the editors, a third reviewer will be consulted. All authority and decisions regarding the reviewer selection and process are at the discretion of the editors. It is essential that reviewers are appointed according to the field of specialization in which the work is included and the language requirement of the publication. Reviewers evaluate the submitted manuscripts in accordance with the COPE guidelines, which address the guidelines for reviewers. (<https://doi.org/10.24318/cope.2019.1.9>)
- The number of issues for which the manuscripts requested to be considered will be shaped according to the results of the reviewer evaluation, based on the submission dates.
- The manuscripts submitted to the journal must not have been previously published elsewhere or sent to other journals for publication simultaneously. The author is obliged to submit the commitment form regarding this issue to the journal together with his/her work.
- It is not possible for the author to withdraw the manuscripts that are in the peer review process and have completed this process. Authors who refuse to make the necessary changes within the allotted time are subject to rejection.
- The Journal publishes only the number of manuscripts that it deems to be of sufficient quality in each publication period. This is at the discretion of the Journal Editorial Board.
- In the event that interventions by the authors or third parties with whom they are related to the selection of reviewers and the reviewing process and behaviors that may compromise anonymity are detected, the manuscripts will be rejected by the journal management regardless of the stage of the manuscript.

Fee Policy

No fee is charged to the author or his/her organization under any name. No royalties are paid to authors. No payment is made to the reviewers.

Yazım Kuralları

• Periodicum Iuris'e gönderilen çalışmalarda OSCOLA yazım stiline 4. edisyonu esas alınmalıdır. Daha fazla bilgi için:

<https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf> adresinden yardım alınabilir.

• Her sayıda bir yazara ait yalnızca bir çalışma yer alabilir.

• Yazar unvanını, görev yaptığı kurumu, haberleşme adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir. Yazar ayrıca, <https://orcid.org/register> adresi üzerinden alacağı bilimsel araştırmacı numarasını (ORCID bilgisini) iletmelidir.

• Dergiye çalışmasıyla katkıda bulunmak isteyen yazar çalışmasıyla birlikte,

- Telif Hakları Devir Sözleşmesi'ni,
- Etik kurallara uygun hareket edildiğine ilişkin taahhütnameyi,
- Çalışmasına ilişkin benzerlik oranını gösteren raporu sisteme yüklemelidir.

• Yazar, Periodicum Iuris'e gönderdiği çalışmanın bilimsel etik ilkelerine uygun hazırlandığını, çalışmasıyla birlikte göndereceği taahhütnameyle kabul eder. Bilimsel etik ilkelerine aykırılığı tespit edilen çalışmalar gecikmeksizin yayından kaldırılır.

• Yazar, Periodicum Iuris'e göndereceği taahhütname ile çalışmasının telif haklarını elinde bulundurduğunu ve bu hakları telif hakları devir sözleşmesiyle Eskişehir Osmangazi Üniversitesi'ne devrettiğini kabul eder.

• Periodicum Iuris'te değerlendirmeye alınacak olan bütün çalışmalar intihal programına tabi tutulacaktır. Kabul edilebilirlik için gerekli olan oran en fazla %20'dir.

• Periodicum Iuris'e gönderilen çalışmalarda aşağıdaki yazım kuralları dikkate alınmalıdır:

A. Sözcük Sınırı

Periodicum Iuris'e gönderilecek çalışmaların en az 150 en fazla 300 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce bir özet içermesi gerekmektedir. Çalışmalarda Türkçe ve İngilizce 5 anahtar kelimeye yer verilmesi gerekmektedir.

B. Yazı tipi ve boyutu

1. Çalışmalar, ana metin Times New Roman 12 punto, tek satır aralığında; dipnotlar Times New Roman 10 punto, tek satır aralığında hazırlanmalıdır.
2. Metin içerisindeki başlıklar aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

A. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. Normal ve Sadece İlk Harfler Büyük

aa. Normal ve Sadece İlk Harfler Büyük

C. Dipnot ve Kaynakça Kuralları

1. Mevzuata Yapılan Atıf

- a. Türkiye Cumhuriyeti mevzuatına atıf, aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır:
Kanunun adı, Kanunun Numarası, Kanunun Kabul Tarihi, Resmî Gazete Tarihi/Resmî Gazete Sayısı.

Örnek:

Sinai Mülkiyet Kanunu, Kanun Numarası: 6769, Kabul Tarihi: 22.12.2016, RG 10.1.2017/29944.

- b. Yabancı mevzuata yapılacak atıflar için bkz.:

<https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf>

2. Yargı Kararlarına Atıf

- a. Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerine atıf, aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır:
Mahkeme adı, Esas numarası/Karar numarası, Karar Tarihi.

Örnekler:

Yargıtay 11 HD, 14074/12707, 2.7.2014.

Danıştay 9 D, 14074/12707, 2.7.2014.

Ankara 2 BİM, 2882/2138, 15.10.2018.

Ankara 4 İdare Mahkemesi 882/2138, 15.10.2018.

- b. Yabancı mahkeme kararlarına yapılacak atıflar için bkz.:

<https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf>

3. Kitaplara Atıf

- a. Kitaplara atıf, aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır.

Yazarın Adı Soyadı, *Kitabın Adı* (Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi Yılı) Atıf yapılan sayfanın numarası.

aa. İki yazarlı kitaplarda ilk yazar ile ikinci yazar arasında "ve" ibaresi bulunmalıdır. Çok yazarlı kitaplarda, son yazarın adından önce "ve" ibaresi bulunmalıdır.

bb. Birden fazla cildi bulunan kitaplara yapılan atıflarda, italik fontta yazılan kitap adından sonra virgöl konularak, normal fontta cilt numarası yazılmalıdır.

Örnekler:

Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (1. Bası, Turhan 2008) 274.

Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2* (15. Bası, Vedat 2020) 63.

Gareth Jones, *Goff and Jones: The Law of Restitution* (1st supp, 7th edn, Sweet & Maxwell 2009).

Julian V Roberts and Mike Hough, *Public Opinion and the Jury: An International Literature Review* (Ministry of Justice Research Series 1/09, 2009) 42.

4. Editörlü Kitaplara Atıf

- a. Editörlü kitaplardaki yazarı olan bölümlere atıf, aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır.

Yazarın Adı Soyadı, 'Eser (Bölüm) Adı' in Editör(ler) Adı (ed / birden çok editör olması halinde eds), *Kitap Adı* (Yayınevi Yılı) Atıf yapılan sayfanın numarası.

aa. İki yazarlı kitaplarda ilk yazar ile ikinci yazar arasında "ve" ibaresi bulunmalıdır. Çok yazarlı kitaplarda, son yazarın adından önce "ve" ibaresi bulunmalıdır.

Örnekler:

Hamdi Yasaman, 'Marka Hukukuna İlişkin Temel Yenilikler' in Feyzan Hayal Şehirli Çelik (ed), *6769 sayılı Sinai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu* (9-10 Mart 2017) (Yetkin 2006) 130.

Ergun Özsunay, 'Yaşamın sonu Aşamasında Tıbbi Tedaviye İlişkin Karara Hastanın Katılımı' in Hakan Hakeri ve Cahid Doğan (eds), *III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı* Cilt 1 (Adalet 2019) 542.

- b. Yazarı olmayan eserlerin toplandığı editörlü kitaplara atıf, aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır.

Editör Adı Soyadı (ed)/birden çok editör varsa (eds), *Kitap Adı* (Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi Yılı) Sayfa Numarası.

Örnek:

Jeremy Horder (ed), *Oxford Essays in Jurisprudence: Fourth Series* (Oxford University Press 2000).

5. Basılı Dergilerde Yer Alan Makalelere Atıf

a. Basılı dergilerde yer alan makalelere atıf, aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır. Yazarın Adı Soyadı, 'Makalenin Adı' (Yıl) Cilt (Sayı) Dergi Adı İlk Sayfa Numarası, Atıf Yapılan sayfanın numarası.

aa. İki yazarlı kitaplarda ilk yazar ile ikinci yazar arasında "ve" ibaresi bulunmalıdır. Çok yazarlı kitaplarda, son yazarın adından önce "ve" ibaresi bulunmalıdır.

Örnekler:

Kemal Şenocak, 'Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali' (2009) 25(3) Batider 87, 130.

Kemal Şenocak ve Ali Yarayan, 'Kötü Niyetli Marka Tescili' (2015) 10(111) Terazi Hukuk Dergisi 99, 102.

6. Elektronik Dergilere Atıf

a. Elektronik ortamda yer alan eserlere atıf, aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır.

Yazarın Adı Soyadı, 'Eserin Adı' (Yıl) Cilt (Sayı) Dergi Adı <websitesi> Erişim Tarihi.

aa. İki yazarlı kitaplarda ilk yazar ile ikinci yazar arasında "ve" ibaresi bulunmalıdır. Çok yazarlı kitaplarda, son yazarın adından önce "ve" ibaresi bulunmalıdır.

Örnek:

Graham Greenleaf, 'The Global Development of Free Access to Legal Information' (2010) 1(1) EJLT <<http://ejlt.org/article/view/17>> 27 Temmuz 2010 tarihinde erişildi.

7. Web Sitelerinde ve Bloglarda Yer Alan Eserlere Atıf

a. Web sitelerinde ve bloglarda yer alan eserlere atıf, aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır.

Yazarın Adı Soyadı, 'Eserin Adı' (Web Sitesinin Adı, Eserin Yayın Tarihi) Erişim Tarihi

aa. İki yazarlı kitaplarda ilk yazar ile ikinci yazar arasında "ve" ibaresi bulunmalıdır. Çok yazarlı kitaplarda, son yazarın adından önce "ve" ibaresi bulunmalıdır.

Örnek:

Ali Paslı ve Mehmet Hamza Arslan, 'COVID-19 Salgını ve Patent Hukuku: Salgın Nedeniyle Patentli Buluş, Üçüncü Kişilerce Hak Sahibinin Rızası Olmaksızın Kullanılabilir Mi?' (IPR Gezgini, 28 Nisan 2020) <<https://iprgezgini.org/2020/04/28/covid-19-salgini-ve-patent-hukuku>> 13 Haziran 2021 tarihinde erişildi.

8. Aynı Esere Birden Fazla Atıf Yapılması

a. Aynı esere birden fazla atıf yapılması halinde, ilk dipnottaki atıf yukarıda belirtildiği şekilde yapılır; sonraki dipnotlarda ise yazarın/yazarların soyadından sonra ilk dipnot numarasına "(n ...)" şeklinde referans verilir. İlk dipnot numarasına verilen referansın ardından atıf yapılan sayfanın numarası belirtilir.

b. Üst üste iki dipnotta aynı esere atıf yapılırsa, sonraki dipnotta "ibid" ifadesi kullanılır, ardından atıf yapılan sayfanın numarası belirtilir.

Örnek:

¹⁵Kemal Şenocak, 'Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali' (2009) 25(3) Batider 87, 130.

...

³⁹Şenocak (n 15) 120.

⁴⁰ibid 124.

c. Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılması halinde, sonraki atıflarda eser adları uygun bir biçimde kısaltılmalıdır.

Örnek:

³Kemal Şenocak, 'Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali' (2009) 25(3) Batider, 87, 130.

...

⁸Kemal Şenocak, *Üçüncü Şahıs Lehine Hayat Sigortası Sözleşmesi* (1. Bası, Turhan 2009) 160.

...

¹⁵Şenocak, 'Domain Name' (n 3) 99.

...

³⁰Şenocak, Hayat Sigortası Sözleşmesi (n 8) 140.

9. Çeviri Kitaplara Atıf

- a. Çeviri kitaplara atıf, aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır.

Yazarın Adı Soyadı, *Kitap Adı* (Çevirenin Adı Soyadı (tr)/birden çok çevirmen varsa (trs), Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi Yılı) Sayfa Numarası.

Örnek:

Malcolm N. Shaw, *Uluslararası Hukuk* (İbrahim Kaya (tr), 8, Cambridge University Press 2017). 235.

10. Yeni Basımı Olan Eski Kitaplara Atıf

- a. Yeni basımı olan eski kitaplara atıf, aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır.

Yazarın Adı Soyadı, *Kitap Adı* (İlk basım tarihi, Yararlanılan kaynağın Kaçınıcı Bası Olduğu Yayınevi Yılı) Sayfa Numarası.

Örnek:

Thomas Hobbes, *Leviathan* (1651, 23. Baskı YKY 2022) 268.

11. Yayımlanmamış Tezlere Atıf

- a. Yayımlanmamış tezlere atıf aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır.

Yazarın Adı Soyadı, 'Tezin Adı' (Tezin türü, Üniversitenin adı Tamamlanma yılı).

Örnek:

Javan Herberg, 'Injunctive Relief for Wrongful Termination of Employment' (DPhil thesis, University of Oxford 1989).

12. Kaynakça Hazırlanması

a. Dipnot atıflarından farklı olarak kaynakçada, öncelikle yazarın soyadına daha sonra adının ilk harfine yer verilir. Makalelerde sayfa aralığı da belirtilmelidir.

- b. Kaynakça yazarların soyadına göre, alfabetik olarak sıralanmalıdır.

c. Aynı yazarın birden fazla eserine atıflara ilişkin kaynakça kullanımında, ilk seferde genel kaynakça kuralları geçerliken, devamında verilen atıflarda iki kere "em dash" işareti kullanılır. Aynı yazarın kitaplarında ortak yazar veya yazarlar olması durumunda ise ortak yazarın adı tekrarlanır.

Örnekler:

Öztan F, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (1. Bası, Turhan 2008)

Şenocak K, 'Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali' (2009) 25(3) Batider 87-141

— 'İnsansız Hava Aracı (Drone) İşletenin Sorumluluğu ve Sigortalanması' (2020) 36(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

— ve Yarayan A, 'Kötü Niyetli Marka Tescili' (2015) 10(111) Terazi Hukuk Dergisi 99-107

— ve Yarayan A, 'Das Markenrecht der Türkei nach dem neuen Gesetz über gewerbliche Schutzrechte' (2017) 19(11-12) MarkenR 514-519

Author Guidelines

• Periodicum Iuris is committed to the OSCOLA reference style 4th edition. For additional information the authors can see the official guidance at:

<http://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf>

• Authors can only submit a single manuscript for a certain issue.

• The authors must provide their academic titles, affiliations, phone numbers and emails. The authors are also expected to provide their ORCID numbers where they can access from the following address: <<http://orcid.org/register>>.

• The authors who will submit a manuscript to the journal must additionally upload the following to the system:

- The Copyright Transfer Agreement,
- A commitment letter to act in accordance with the ethical rules,
- A report showing the similarity score of the manuscript.

• The authors accept that the work submitted to Periodicum Iuris has been prepared in accordance with the scientific ethical principles with the commitment letter to be sent with the manuscript. Manuscripts that are found to violate the scientific ethical principles are instantly removed from publication.

• The authors agree that they retain the copyright of their work and transfer these rights to Eskişehir Osmangazi University with the copyright transfer agreement.

• All the manuscripts that are submitted to the journal will be evaluated through a plagiarism check program. This percentage must not exceed 20%.

• The following spelling rules must be followed in the manuscripts to be submitted to Periodicum Iuris:

A. Word Count Limit

Manuscripts to be submitted to Periodicum Iuris must include abstracts between 150 and 300 words in the language of the manuscript and in English. Also the manuscript must include 5 keywords in the language of the manuscript and in English.

B. The Font

1. Manuscripts must be written in Times New Roman font 12, single line spacing; the footnotes must be written in Times New Roman font 10 and with single line spacing.
2. Titles in the text must be organized as follows:

I. BOLD AND ALL CAPS

A. Bold and Initial Case

1. Bold and Initial Case

a. Normal and Initial Case

aa. Normal and Initial Case

C. Citations and Footnotes

1. Citing Legislation

- a. Citing legislation of the Republic of Turkey must be made as follows:

Name of the Act, Act No., Date of Adoption of the Act, Date of the Official Gazette of the Republic of Turkey/Issue No. of the Official Gazette.

Example:

Industrial Property Law, Act No.: 6769, Date of Adoption: 22.12.2016, RG 10.1.2017/29944.

- b. For citations to other legislation, see;

<https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf>

2. Citing Cases

- a. Citing to court decisions of the Republic of Turkey must be made as follows:

Court Name, Case ID/Decision No., Judgement Date.

Examples:

Yargıtay 11 HD, 14074/12707, 2.7.2014.

Danıştay 9 D, 14074/12707, 2.7.2014.

İstanbul 16 BAM, 2882/2138, 15.10.2018.

Ankara 2 BİM, 2882/2138, 15.10.2018.

İstanbul 1 Sulh Mahkemesi 2882/2138, 15.10.2018.

Ankara 4 İdare Mahkemesi 882/2138, 15.10.2018.

- b. For citations to other court decisions, see;

<https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf>

3. Citing Books

- a. Citation of books must be in accordance with OSCOLA reference style 4th edition, i.e. as follows;

Author, *Title* (Additional information, Edition, Publisher Year) Page/s.

aa. For two or more authors, all named authors must be included. There must be an 'and' before the last author's name.

bb. In citations to books with more than one volume, a comma must be placed after the book title in italic font and the volume number should be written in normal font.

Examples:

Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (1. Bası, Turhan 2008) 274.

Kemal Oğuzman and Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2* (15. Bası, Vedat 2020) 63.

Levent Yavuz, Türkay Alica and Fethi Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt II* (49-91. Maddeler) (2. Bası, Seçkin 2014) 3021.

Timothy Endicott, *Administrative Law* (OUP 2009).

Gareth Jones, *Goff and Jones: The Law of Restitution* (1st supp, 7th edn, Sweet & Maxwell 2009).

Julian V Roberts and Mike Hough, *Public Opinion and the Jury: An International Literature Review* (Ministry of Justice Research Series 1/09, 2009) 42.

4. Citing Edited Books

- a. Citation of edited book chapters must be in accordance with OSCOLA reference style 4th edition, i.e. as follows;

Author, 'Title' in editor (ed), *Book title* (Additional information, Publisher Year) Page/s.

aa. For two or more authors, all named authors must be included. There must be an 'and' before the last author's name.

Examples:

Justine Pila, 'The Value of Authorship in the Digital Environment' in William H Dutton and Paul W Jeffreys (eds), *World Wide Research: Reshaping the Sciences and Humanities in the Century of Information* (MIT Press 2010).

John Cartwright, 'The Fiction of the "Reasonable Man"' in AG Castermans and others (eds), *Ex Libris Hans*

Nieuwenhuis (Kluwer 2009).

- b. Edited books without an author must be cited as follows;
Editor/s (ed/eds), *Book title* (Additional information, Publisher Year) Page/s.

Example:

Jeremy Horder (ed), *Oxford Essays in Jurisprudence: Fourth Series* (Oxford University Press 2000).

5. Citing Articles in Published Journals

- a. Citation to articles in published journals must be made as follows;
Author, 'Title' (Year) Volume (No) Journal Name or Abbreviation First Page of the Article Page.

aa. For two or more authors, all named authors must be included. There must be an 'and' before the last author's name.

Examples:

Paul Craig, 'Theory, "Pure Theory" and Values in Public Law' [2005] PL 440.

Alison L Young, 'In Defence of Due Deference' (2009) 72 MLR 554.

6. Citing Electronic Journals

- a. Citation to journals that has published electronically must be made as follows;
Author, 'Title' (Year) or [Year] Volume/Issue Journal Name or Abbreviation <web adress> Date accessed.
- aa. For two or more authors, all named authors must be included. There must be an 'and' before the last author's name.

Examples:

Graham Greenleaf, 'The Global Development of Free Access to Legal Information' (2010) 1(1) EJLT <<http://ejlt.org/article/view/17>> accessed 27 July 2010.

James Boyle, 'A Manifesto on WIPO and the Future of Intellectual Property' 2004 Duke L & Tech Rev 0009 <www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2004dltr0009.html> accessed 18 November 2009.

7. Citing Websites and Blogs

- a. Citation to websites and blogs must be made as follows;
Author, 'Title' (Name of the Website or Blog, Publication Date) <web adress> Date of Access.
- aa. For two or more authors, all named authors must be included. There must be an 'and' before the last author's name.

Example:

Sarah Cole, 'Virtual Friend Fires Employee' (*Naked Law*, 1 May 2009) <www.nakedlaw.com/2009/05/index.html> accessed 19 November 2009.

8. Further Citations to the Same Source

- a. In further citations to the same source, citation to the first footnote must be made indicated as above; in following footnotes after the authors the first footnote number must be indicated as '(n ...)'. After the citation of the first footnote, the number of the cited page must be indicated.
- b. If two or more consecutive references are from the same source, then they are cited using *ibid*.

Example:

¹Robert Stevens, *Torts and Rights* (OUP, Oxford 2007).

...

⁶Stevens, (n 1) 110.

⁷ibid 271-278.

- c. In cases of citing more than one sources of the same author, subsequent footnotes must be used in proper abbreviations.

Example:

³Kemal Şenocak, 'Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali' (2009) 25(3) Batider, 87, 130.

...

⁸Kemal Şenocak, *Üçüncü Şahıs Lehine Hayat Sigortası Sözleşmesi* (1. Bası, Turhan 2009) 160.

...

¹⁵Şenocak, 'Domain Name' (n 3) 99.

...

³⁰Şenocak, *Hayat Sigortası Sözleşmesi* (n 8) 140.

9. Citing Translated Books

- a. Citation to translated books must be made as follows;

Author, *Title* (Translator/s (tr/trs), Additional Information, Publisher Year) Page/s.

Example:

Malcolm N. Shaw, *Uluslararası Hukuk* (İbrahim Kaya (tr), 8, Cambridge University Press 2017) 235.

10. Citing Older Works

- a. Citation the the older works must be made as follows;

Author, *Title* (First edition date, Number of edition of the used book Publisher) Page/s.

Example:

Thomas Hobbes, *Leviathan* (1651, 23th edn KY 2022) 268.

11. Citing Unpublished Theses

- a. Citation the unpublished theses must be made as follows;

Author, 'Title' (Type of Thesis, University Year of Completion).

Example:

Javan Herberg, 'Injunctive Relief for Wrongful Termination of Employment' (DPhil thesis, University of Oxford 1989).

12. Bibliographies

- a. In bibliography unlike the citations, the author's surname should precede their initial(s), with no comma separating them, but a comma after the final initial. The page range must also be specified in the articles.
- b. The bibliography must be listed alphabetically, according to the surnames of the authors.
- c. In the use of bibliography when there are citations to more than one sources of the same author, general bibliography ruled applies for the first one. Whilst in citations subsequent to the first one, double "em dash" must be used. If there are co-authors or other authors in the same author's books, the name of the joint author must be indicated.

Examples:

Fisher E, *Risk Regulation and Administrative Constitutionalism* (Hart Publishing 2007)

Hart HLA, *Law, Liberty and Morality* (OUP 1963)

—— 'Varieties of Responsibility' (1967) 83 LQR 346

—— *Punishment and Responsibility* (OUP 1968)

—— and Honoré AM, 'Causation in the Law' (1956) 72 LQR 58, 260, 398

İçindekiler

Kamu Görevine Girişte Sözlü Sınav

Arş. Gör. Efe BİLKE _____ **153**

Genel Olarak Yasak İşlemler

Doç. Dr. Nagehan KIRKBEŞOĞLU _____ **179**

Table Of Contents

Oral Exam for Entry to Public Office

Arş. Gör. Efe BİLKE _____ **153**

Prohibited Transactions in General

Doç. Dr. Nagehan KIRKBEŞOĞLU _____ **179**

KAMU GÖREVİNE GİRİŞTE SÖZLÜ SINAV*

Oral Exam for Entry to Public Office

  Efe BİLKE**

ÖZET

İdare, mevzuat tarafından kendisine verilen görevleri yerine getirmek için insan kaynağına ihtiyaç duymaktadır. Ne kadar yetenekli kişileri istihdam ederse görevlerini de o kadar iyi bir şekilde ifa edecektir. Bunu temin etmenin en iyi yolu ise sınavlardır. Sınavlar, yazılı ve sözlü olarak gerçekleştirilebilirler. Sözlü sınavlar, niteliği nedeniyle nesnel değerlendirme ölçütlerinden ayrılmaya yazılı sınavlara göre daha müsaittir. Uygulamada da buna koşul olarak sözlü sınavlara amacı dışında başvurulduğu sıklıkla görülmektedir. Konuya ilişkin akademik çalışmalarda mesele, içtihatlar çerçevesinde ele alınmaktadır. Hâlbuki onun bir de mevzuat boyutu vardır. Bu boyuta gereken önemi vermeden sorunların tespiti ve çözüm önerilerinin getirilmesi güçtür. Çalışma kapsamında sözlü sınava ilişkin on beş ayrı özel düzenlemeden oluşan bir örneklem belirlenmiştir. Bu örneklem üzerinden mevzuatın bir değerlendirmesi yapılmış, sorunlu noktalar tespit edilmiştir. Bunların başında sınavların kayıt altına alınma şekli gelmektedir. Sözlü sınavların içerik yönünden yargısal denetime elverişli bir biçimde kayıt altına alınması öngörülmemektedir. Hatta bazı düzenlemelerde açıkça yasaklanmaktadır. Açılan davalarda bu durum, tesis ettikleri işlemin gerekçesini somutlaştıramayan idareler için mazeret teşkil etmektedir. Sınavların teknolojik imkânlarla kayıt altına alındığı durumlarda da mahkemelerin yetki ve şekil unsurları yönünden denetim yapmakla yetindiği görülmüştür.

Anahtar Kelimeler: Kamu görevlisi, Kamu Hizmetine Girme Hakkı, Liyakat, Sözlü Sınav, Yargısal Denetim.

ABSTRACT

Administration needs human resources to fulfill its duties assigned by the legislation. The more capable person it employs, the better it performs its duties. Exams are the best way to

* Araştırma Makalesi.

Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 09.03.2023, Kabul Tarihi: 17.05.2023.

** Araştırma Görevlisi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

achieve this. They can be done in writing and orally. By their nature, oral exams are more prone to deviate from objective evaluation criteria than written exams. In practice, it is frequently seen that they are misused in parallel to this. In academic studies on the subject, the issue is reviewed within the scope of judicial decisions. However, it also has a legislative dimension. It is hard to identify the problems and propose a solution without paying essential attention to legislative dimension. As a part of the study, a sample consisting of fifteen regulations regarding oral exam was determined. An evaluation of legislation was made through this sample and problematic points were identified. The primary problem is how exams are recorded. It is not envisaged that oral exams are recorded appropriately for judicial review in terms of content. It is even expressly forbidden in some regulations. This situation constitutes an excuse for the administrations who could not concretize the reason of their actions. In cases where the exams were recorded with the help of technological means, it has also been observed that the courts confined themselves to controlling competence and form.

Keywords: Public Official, The Right to Enter Public Service, Merit, Oral Exam, Judicial Review.

GİRİŞ

1982 Anayasasında kamu görevine girişte görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir ayırımın gözetilmeyeceği madde 70'te açık bir şekilde hükme bağlanmıştır. Bu nitelikleri ölçmek için en önemli araç, hiç şüphesiz ki sınavlardır. Bunlar yazılı ve sözlü bir şekilde gerçekleştirilebilirler. Genel uygulama yazılı sınav olmakla beraber kariyer meslekleri için tamamlayıcı nitelikte sözlü sınavlar öngörülmüştür. Hatta kariyer mesleği olarak değerlendirilemeyecek görevler için dahi sözlü sınavlara başvurulmaya başlanmıştır.

Sözlü sınavlarda yazılı sınavların aksine, idare tarafından ayrıntılı tutanak tutulmamış yahut kamera kaydı alınmamışsa sınavın içeriğine yönelik elde yeterli veri bulunmamaktadır. Gerçekten de pek çok durumda mahkemenin önünde adayın kaç puan aldığını gösterir tutanaklardan başka bir belge yoktur. Mevzuatın da bu duruma müsaade ettiğini ifade etmek gerekir.

İdare mahkemeleri bu hâlde nasıl davranacaktır? İçeriği tespiti elverişli kayıtların varlığında ne kapsamda bir denetim gerçekleştirecektir? Tüm bunlar cevaplanması gereken önemli sorulardır.

Çalışmada öncelikle kamu görevine girişte liyakat ilkesi üzerinde durulacaktır. Akabinde Türk kamu personel rejiminde sınav esasını getiren genel düzenlemeler anlatılacaktır. Genel düzenlemelerden sonra ise sözlü sınava ilişkin hükümler içeren özel düzenlemeler belirlenen bir örneklem kapsamında ayrıntılı olarak incelenecektir. Son olarak da sözlü sınavların yargısal denetimi ve mahkemeler tarafından verilecek iptal kararlarının hukuki etkisi ele alınarak çalışma tamamlanacaktır.

I. KAMU GÖREVİNE GİRİŞTE LİYAKAT İLKESİ

İdare, kendisine mevzuat ile yüklenen görevlerini yerine getirmek için insan kaynağına ihtiyaç duymaktadır. Bu sebeple, bünyesinde çeşitli adlar altında personel istihdam etmektedir. Bunların hangilerinin kamu görevlisi sayılacağına tespiti, onlara uygulanacak rejimin belirlenmesi açısından önem taşımaktadır.

Kamu görevlisinin geniş ve dar anlamda olmak üzere iki farklı tanımı yapılmıştır. Geniş anlamda kamu görevlisi, statülerine ve yaptıkları işin niteliğine bakılmaksızın kamuda çalışan herkesi ifade etmektedir.¹ Bu tanıma göre, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (DMK) ² madde 4/D kapsamında hizmet sözleşmesi ile istihdam edilen işçilerden Cumhurbaşkanı ve bakanlara kadar kamuda görev alan herkes kamu görevlisidir.

Dar anlamda kamu görevlisi ise bir kamu tüzel kişiliğinin bünyesinde kamu hukuku bağıyla çalışan ve yerine getirdiği görevi meslek olarak yapan personeldir. Bu tanıma göre, vazifesini meslek olarak yapmayan devletin siyasî kanadı ile hizmet sözleşmesi kapsamında istihdam edilen işçiler, kamu görevlisi değildir.³

DMK madde 4/A çerçevesinde istihdam edilen memurlar ile özel personel kanunları uyarınca kamu görevine alınanlar ve idarî hizmet sözleşmesi ile çalışanlar kamu görevlisi sayılmaktadırlar.⁴ İdare hukukunun konusunu da bunlar oluşturmaktadır.⁵ Bu sebeple çalışmamızda kamu görevlisi kavramı dar anlamıyla kullanılacaktır.

Kamu görevlisi olarak kimlerin istihdam edilebileceği ve bunların nasıl seçilecekleri önemli bir sorundur. Anayasanın 70. maddesinde her Türk vatandaşının kamu hizmetine girme hakkına sahip olduğu ve hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir ayırımın gözetilmeyeceği hükme bağlanmıştır.

Açık bir şekilde, kamu görevine girişte liyakat⁶ ve eşitlik ilkeleri benimsenmiştir. DMK bir adım daha ileri giderek görevde ilerleme, yükselme ve görevin sona erdirilmesinin de

¹ Metin Günday, *İdare Hukuku*, (9. Baskı, İmaj 2004) 516.; Tayfun Akgüner ve Kahraman Berk, *İdare Hukuku*, (8. Baskı, Der 2017) 547.; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, (7. Baskı, Turhan 2019) 847.; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, (10. Baskı, Savaş 2019) 661.; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, (4. Baskı, Adalet 2016) 307.; Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün ve Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*, (7. Baskı, On İki Levha 2018) 140.

² RG 23.7.1965/12056.

³ Günday, (n 3) 516.; Atay, (n 3) 848.; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, (n 3) 662.; Çağlayan, (n 3) 308.; Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün ve Tekinsoy, (n 3) 140.

⁴ Son iki gruba diğer kamu görevlileri denmektedir. Bu kavramın dayanağı Anayasa madde 128'de yapılan memurlar ve diğer kamu görevlileri ayırımıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Günday, (n 3) 585-6.; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, (n 3) 663.; Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün ve Tekinsoy, (n 3) 142.; Çağlayan, özel personel kanunları uyarınca istihdam edilen personeli memur olarak kabul etmektedir. Bu yüzden yaptığı tasnifte diğer kamu görevlileri başlığı altında sadece sözleşmeli personel yer almaktadır. Çağlayan, (n 3) 311.

⁵ Günday, (n 3) 516.; Atay, (n 3) 848.; Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün ve Tekinsoy, (n 3) 140.

⁶ Türk Dil Kurumu tarafından liyakat, bir kimsenin kendisine iş verilmeye uygunluk, yaraşırılık durumu, kifayet olarak tanımlanmıştır. <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 6.7.2022.

liyakate dayalı olarak yapılacağını 3. maddesinde düzenlemiştir. Liyakat ilkesine göre idare, göreve talip adaylar arasından en yetkin olanını seçmek durumundadır. Böylece idarenin faaliyetleri daha verimli bir şekilde yürütülerek kamu yararı sağlanmış olacaktır.

Liyakat ilkesi, eşitlik ilkesi ile sıkı bir ilişki içerisinde. Zira adaylar arasında eşitliğin ihlal edildiği, hukuk dışı çeşitli sebeplerle ayrımcılığın yapıldığı durumlarda liyakat ilkesi hayata geçemez. Bu bakımdan eşitliğin temini liyakate dayalı bir istihdam rejimi için olmazsa olmaz bir önkoşuldur. Önkoşul yerine getirildikten sonra adayların yetkinliğinin yapılacak sınavlarla ölçülmesi gerekir. Bu şekilde işleyen sistemlerde daha düşük seviyelerde yolsuzluk gerçekleşirken vatandaşların buna bağlı olarak güven ve tatmininin daha yüksek olduğu görülmüştür. Yine kamu görevlisinin istihdamında iltimasın azalması personelin motivasyon, memnuniyet ve performansının artmasını sağlamaktadır.⁷

Kamu personel rejiminde liyakat sisteminin karşısında kayırma sistemi (spoils system) yer almaktadır. Siyasî iktidarın değişmesiyle, kamu görevlilerinin tamamının yerine iktidar taraftarlarının atanması anlamına gelmektedir.⁸ Klasik örneği Amerika Birleşik Devletleri'dir (ABD). 19. yüzyılın 2. çeyreğinden 1883 tarihli Pendleton Act'in kabulüne kadar uygulanmıştır.⁹

New York Senatörü William L. Marcy, bu sistemi 1831'de Senato'da sarf ettiği şu sözlerle özetlemiştir: "Siyasî savaşta yenilenler görevlerinden çekilmelidir. Ganimet, savaşta kazananın hakkıdır."¹⁰ Fakat her seçim döneminde sürekli olarak kamu görevlilerinin değişmesi, onların uzmanlaşmasının ve dolayısıyla kamu hizmetlerini düzgün bir biçimde yerine getirmesinin önünde bir engel teşkil etmiştir. Ayrıca politize olmuş görevlilerin vatandaşlar arasında ayırım yapma ihtimali de bu sisteminin diğer bir sakıncasıdır.¹¹

ABD'de vaziyet öyle bir hâl almıştır ki, kamu görevliliği karşılığında partililerden para alınır olmuştur. Hatta bir şekilde kamu görevlisi olmayı başaranlardan da görevlerinde kalma karşılığı olarak ücretler istenmiş, maaşlarından vergi gibi kesintiler yapılmıştır.¹²

Tüm bu olumsuzluklar neticesinde 1850'li yıllarda kamu hizmeti reform hareketi oluşmaya başlamıştır. 1864 ve 1865 yıllarında Cumhuriyetçi Kongre üyeleri Sumner ve Jenckes bunu Kongreye taşımışlardır. Akabinde komisyonlar kurulmuş, raporlar hazırlanmıştır. 1870'lere gelindiğinde reform yanlılarının arttığı ve reform hareketinin Kongredeki iki partinin desteğini kazandığı görülmüştür. 1881 yılında Başkan Garfield'in memuriyete atanmayan

⁷ Wouter Van Acker, 'Civil Service Recruitment: Recruiting the Right Persons the Right Way', (2019) (20) Governance Notes, 1.

⁸ Cahit Tutum, 'Yönetimin Siyasallaşması ve Partizanlık', (1976) 9(4) Amme İdaresi Dergisi, 12.

⁹ Mustafa Lütfi Şen, 'Liyakat İlkesi ve Türk Personel Sistemindeki Uygulaması', (1995) 28(1) Amme İdaresi Dergisi, 79.

¹⁰ Nakleden Sait Güran, *Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri* (1. Baskı, İÜHF 1980) 85-86.

¹¹ Mükbil Özyörük, *İdare Hukuku Dersleri* (Çoğaltma 1972) 154.

¹² Güran, (n 12) 93-94.

bir memuriyet taliplisi tarafından öldürülmesi, bardağı taşıran son damla olmuştur.¹³ 1883 tarihli Pendlton Act ile kayırma sisteminden liyakat sistemine doğru bir geçiş yaşanmıştır.¹⁴

Çağımızdaki kamu personel rejimlerinde, kayırma ve liyakat sistemi arasında bir tercih yapmak gündem maddesi değildir. Zira kanun önünde eşitlik, bir hukuk devletinin olmazsa olmaz özelliğidir. Devlet organları, pozitif ayrımcılığa yönelik hükümleri bir kenarı koyarsak, hiçbir şekilde vatandaşları arasında ayırım gözetemez. Bundan dolayıdır ki kamu görevine girişte kayırmacılığın bir sistem olarak benimsenmesi anayasal demokrasilerde söz konusu değildir.¹⁵ Ancak yasal düzenlemelerde liyakat ilkesi benimsenirken uygulamada hemşericilik, akrabalık, siyasî mensubiyet gibi sebeplerle kamu görevini yerine getirme konusunda daha yetkin birisi varken başka bir adayın tercih edilmesi sık rastlanılan bir olgudur.

Yine kamu görevine girdikten sonra görevde yükselme noktasında liyakat ilkesinin ihlal edilerek iltimas yoluna sapıldığı görülmektedir. Örneğin Belçika'da, mesleğe başlama aşaması nesnel ve liyakat temelliyen meslekte ilerleme ise neredeyse parti mensubiyeti olmadan düşünülemez. Bu durum İtalya, İspanya ve Portekiz için de geçerlidir.¹⁶

Kısacası kamu personeli rejimlerinde asıl mesele, liyakat ve kayırma sistemi arasında bir tercih yapmakta değil, liyakat sistemini uygulamaya yansıtılmaktadır.

II. KAMU GÖREVİNE GİRİŞTE SINAV

Kamu görevine girişte liyakate dayalı bir sistemin kurulmasının en önemli aracı sınavlardır. Yazılı, sözlü ve hatta uygulamalı sınavlar ile adaylar arasından en liyakatlisinin seçilmesi amaçlanır. Ancak ifade etmek gerekir ki yeterliğin saptanması ihtiyacına yanıt veren bir sınavın tasarlanması, oldukça güç ve maliyetli bir iştir. Böyle bir tasarım üzerinde gerektiğince çalışmadan hazırlanan ve adayın sadece ezber yeteneğini ölçen, onun dışında

¹³ Anirudh V.S. Ruhil ve Pedro J. Camões, 'What Lies Beneath: The Political Roots of State Merit Systems', (2003) 13(1) Journal of Public Administration Research and Theory, 29.

¹⁴ Güran, (n 12) 95.; Ancak Pendleton Act, Federal düzeyde bir reform getirmiştir. Eyaletlerin kendi personel rejimlerini belirleme yetkileri vardır. Bu düzenlemeden itibaren birkaç yıl içinde eyalet düzeyinde sadece Massachusetts liyakat sistemini benimsemiştir. Sonrasında neredeyse 20 yıl boyunca hiçbir eyalet bu yönde bir adım atmamıştır. 1905'de Illinois ve Wisconsin, 1907'de Colorado, 1908'de New Jersey, 1913'de California ve Ohio, 1921'de Maryland liyakat sistemine geçmiştir. 1936 ve 1939 yılları arasında ise 24 eyalet bu sistemi benimsemiştir. Eyaletlerdeki bu geçiş süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Anirudh V.S. Ruhil ve Pedro J. Camões (n 15) 29 vd.

¹⁵ Avrupa Birliği üyesi bütün ülkeler kamu personel rejimlerini liyakat ve eşitlik ilkeleri üzerine bina etmektedirler. Francisco Cardona, 'Recruitment in Civil Service Systems of EU Members and in Some Candidate States', Seminar on Civil Service Recruitment Procedures, Vilnius, 21-22 March 2006, 2.

¹⁶ Belçika, Danimarka, Lüksemburg, İrlanda ve Portekiz'de kamu hizmeti, sınırlı sayıda koalisyon hükümeti ihtimalinin olduğu çok partili siyasî sistemlerinden dolayı görmezden gelinemez derecede siyasallaşmıştır. Fransa, Almanya, Avusturya, Yunanistan ve İspanya'daki hükümet değişiminin genellikle iki parti ile sınırlı kalmasının yol açtığı siyasî kutuplaşmadan dolayı, bu ülkelerdeki kamu hizmetleri de siyasallaşmıştır. Yine İtalya'daki uzun süren tek parti hegemonyası benzeri bir sonuç doğurmuştur. Bununla birlikte siyasetten farklı diğer iltimas sebepleri de bazı ülkelerde görülmektedir. Cardona (n 17) 2-3.

kalan beceri ve kişisel özellikleri ile ilgilenmeyen bir sınavın amacına ulaştığı söylenemez. Bu şekilde yapılan bir sınav, kayırmacılığın önüne geçmekle birlikte en ehil olanı seçme işlevini yerine getirmemiş olur.

Türk kamu personel rejiminin temel yasası olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 50. maddesinde Devlet memuru olarak atanacakların açılacak Devlet memurluğu sınavlarına girmeleri ve sınavı kazanmaları şart koşulmuştur. Genel kuralı saptamakla iktifa eden kanun koyucu, yapılacak sınavlara ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenleneceğini hükme bağlamıştır.

Bu maksatla Bakanlar Kurulu tarafından Kamu Görevlerine İlk Defa Atanacaklar İçin Yapılacak Sınavlar Hakkında Genel Yönetmelik (Genel Yönetmelik)¹⁷ çıkartılmıştır. Düzenlemeye göre, kamu görevine giriş için Kamu Personeli Seçme Sınavı (KPSS) adı altında merkezî bir sınav gerçekleştirilecektir. Yönetmelik, girilecek kadroları A ve B grubu olmak üzere ikiye ayırmıştır. B grubu kadrolara atanmak için KPSS puanı yeterli olmakla birlikte A grubu kadrolar için KPSS, girilecek sınavların ilkidir. Adaylar, buradan alacakları puana göre ilgili kurumların kendi mevzuatları uyarınca yapacakları yazılı ve/veya sözlü bölümlerden oluşan sınavlara girmeye hak kazanacaklardır. Genel Yönetmelik madde 17, kurumların atama yapılacak kadro sayısının 20 katına kadar aday yapacakları giriş sınavına çağırabileceğini hükme bağlamıştır.¹⁸

İstisnai olarak mahallî idareler ve bağlı kuruluşları ile bunların üyesi buldukları mahallî idare birliklerindeki B grubu kadrolar için aynı A grubu kadrolardaki gibi bir usulün izlenmesi de mümkündür. Bu noktada bahsi geçen kurum ve kuruluşların ek bir sınav yapıp yapmama konusunda takdir yetkileri vardır. A grubu kadrolardaki gibi ek bir sınav yapmayı tercih etmeleri durumunda Mahalli İdarelere İlk Defa Atanacaklara Dair Sınav ve Atama Yönetmeliği¹⁹ dördüncü bölümdeki hükümler çerçevesinde bir süreç yürüteceklerdir.

Öğretmen atamalarına yönelik de Genel Yönetmelik'te özel hükümler bulunmaktadır. Madde 23'e göre, öğretmen adaylarının atanmasında KPSS ile birlikte ek 5. madde uyarınca Milli Eğitim Bakanlığınca gerçekleştirilecek alan seçme sınavı dikkate alınır. İki sınavın ağırlığı

¹⁷ RG 3.5.2002/24744.

¹⁸ "Yazılı sınava giren adaylar' ibaresinin ise, yazılı sınava katılan adayların tamamının herhangi bir başarı kriteri aranmadan sözlü sınava çağrılmasına ilişkin düzenlemede 3201 sayılı Kanun hükümlerine uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptal edilmiş olması karşısında." Danıştay İDDK, 3050/533 18.3.2021.; "Sözlü sınavın, yazılı sınavı tamamlayıcı nitelikte, bilgi ve liyakati ölçmek, adayın kaymakamlık mesleğine uygun yeteneğe, kültüre, çağdaş yaşam anlayışına sahip olup olmadığını belirlemek amacıyla yapılacağı açıktır. Bu çerçevede, sözlü sınavın temel amacı, yazılı sınav yapılmak suretiyle nesnel bir biçimde belirlenen en başarılı aday adayından başlayarak mesleğe en uygun kaymakam adaylarının belirlenmesidir. Bu nedenle, aday adaylarının yarışıldığı bir sınavda sözlü sınava çağrılacak aday sayısı saptanırken yazılı sınavın nesnel sonuçlarının ortadan kaldırılmaması, mesleğe olabildiğince yazılı sınavda en başarılı olanların alınmasının sağlanması gerekmektedir. Böylece, idarenin takdir yetkisinin kullanılmasında özne nedenlerin etkili olması önenebilir, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun bir belirleme gerçekleştirilebilir." Danıştay İDDK, 774 13.11.2008 (Yürütmenin Durdurulması) www.legalbank.net Erişim Tarihi: 13.12.2022.

¹⁹ RG 24.12.2019/30988.

eşittir. Fakat Milli Eğitim Bakanlığı öğretmen ihtiyacına bağlı olarak sadece KPSS ile de alım yapılabilir.

Görülebileceği üzere, öğretmen atamalarında da mahallî idarelerinkine benzer biçimde ilgili kuruma bir takdir yetkisi verilmiştir. Fakat önüne gelen uyuşmazlıkta Danıştay, öğretmenlik mesleğinin B grubu kadrolar arasında yer aldığını ve bu kadrolarda da KPSS'den alınan puana göre bir yerleştirme yapılmasının gerektiğini gerekçe göstererek ek 5. maddeyi iptal etmiştir.²⁰

İfade etmek gerekir ki Genel Yönetmelik, bütün kamu görevlilikleri için uygulama alanı bulmamaktadır. 3. maddesinde Genel Yönetmelik'in kapsamında olmayanlar sayılmıştır. Sayılanlar için izlenecek süreç kendi özel mevzuatlarında ayrı olarak düzenlenmiştir.

Ana kural kamu görevlerine sınavla girmek olmakla birlikte sınav esasını getiren DMK 50. maddenin devamında sınavsız girişin de mevzuatta saptanması durumunda mümkün olduğu hükme bağlanmıştır. Örneğin Genel Yönetmelik'in ek 4. maddesi uyarınca başarılı milli sporcular gerekli diğer şartları da sağlamaları kaydıyla sınavsız beden eğitimi öğretmeni olabilmektedirler. Buradaki temel mantık, kendi dallarında rüştünü ispat etmiş milli sporcuların beden eğitimi öğretmenliği için gereken niteliklere sahip olduğudur.

Yine DMK'nın istisnaî memurluklar başlıklı 59. maddesinde yer alan görevlere sınavsız girilebilmektedir. Bunlar arasında bakan yardımcısı, bakanlık özel kalem müdürleri, vali, büyükelçi gibi kilit öneme sahip ve siyasî yönü ağır basan görevler vardır. Bu görevlerde güven ilişkisinin ön planda olması sebebiyle gerek atama gerekse görevden alma konusunda yetkili mercie genel personel rejiminden ayrılır biçimde geniş bir takdir yetkisi verilebileceği kabul edilmektedir.²¹

Ayrıca idareye tanınan bu esneklik sayesinde özel sektörde çalışan insan kaynağından faydalanmanın önünün açıldığı, kamuda çalışanlar için ise kazanılmış hak derecesinin üstüne sıçrama ve sınıf değiştirme kolaylığı getirildiği ifade edilmektedir.²² Böylece kariyer ilkesinin katı uygulanmasının doğurabileceği sakıncaların önüne geçilmesi ve yetenekli personelin önünün açılması amaçlanmıştır.

²⁰ Danıştay 12 D, 763/1751 31.3.2010 www.memurlar.net Erişim Tarihi: 18.1.2023. (Kararın künyesi Genel Yönetmelik ek madde 5'te de yer almaktadır).

²¹ "Kamu kesiminde bazı görevlerin siyasal ve yönetsel açıdan özel durumları vardır. Bu tür görevlere atanacak kimselerin seçiminde siyasal ve kişisel takdir unsuru ağır basar. Bunun nedeni, bu görevlilerin hükümet politikasının oluşturulmasında ve uygulanmasında doğrudan doğruya rol almalarıdır. Bu tür görevlilerin buldukları mevkilere 'duyarlı mevkiler' de denir. Valilik, elçilik, millî güvenlik hizmetleri buna örnektir. Bu kimselerin siyasal karar organının özel güvenini taşımaları zorunludur. Bu görevlere yapılacak atamalarda normal hizmete alma yöntemlerinin elverişli olmadığı genellikle kabul edilir. Bu nitelikleri taşımamakla birlikte diğer bazı görev daha vardır ki bu görevleri yerine getirecek kimselerin de siyasal yöneticinin kişisel güvenini taşıması gerekir. Bakanlık özel kalem müdürlükleri buna örnek olarak gösterilebilir. Benzer düşüncelerle bu görevlere de serbestçe atanma yapılması savunulur." Tutum (n 10) 16.

²² Güran, (n 12) 241.

Ancak istisnaî memuriyet uygulamasının gerekliliği bahsedilen mülâhazalarla ilkece kabul edilmekle birlikte uygulamasına yönelik pek çok eleştiri yöneltmiştir. Bunlar; sayılarının giderek artması, bazı unvanlar haricinde atanacaklar için ek bir nitelik aranmaması, idarî ihtiyaçlarla değil siyasî mülâhazalarla atamaların yapılması ve istisnaî memuriyetin güvenceli memurluklara geçişte bir sıçrama tahtası olarak kullanılmasıdır.

DMK'nın 59. maddesinin gerekçesinde, istisnaî memurluğun bir zaruret sonucu kabul edildiği ancak kapsamının dar tutulduğu ifade edilmiştir.²³ Yürürlüğe girdiği tarihte 10 adet memuriyet bu kapsamdayken günümüzde sayıları gerek DMK gerekse diğer kanunlara yapılan eklemelerle 40'a yaklaşmıştır.²⁴ Bu bakımdan istisnaî memurluk statüsünün maksadını aştığı söylenebilir.

DMK'nın 60. maddesinde istisnaî memurluklara 48. maddede yer alan genel şartları taşıyanların atanabileceği, özel kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerindeki özel hükümlerin saklı olduğu hükmüne bağlanmıştır. Özel düzenlemelerde ise genellikle ek şart getirilmemektedir.²⁵ Bu memurluklara sınavsız atama yapıldığı ve üst düzey görevler olmasına rağmen memur olmaya ilişkin genel şartların yeterli görüldüğü dikkate alındığında idareye çok geniş bir takdir yetkisinin verildiği ve istismar edilebilir olduğu açıktır. Ancak idare, yapacağı atamalarda ölçüt olarak meslekî liyakat ve idarî ihtiyaçları gözeterek hareket etmek zorundadır. Siyasî mülâhazalarla atama yapmamalıdır.²⁶

Uygulamada sınava girmeksizin açıktan istisnaî memurluklara atananların bir müddet sonra naklen atama yoluyla diğer güvenceli kadrolara geçirildiği görülmektedir. Hâlbuki istisnaî memurluk güvencesiz bir kadrodur. İlgili personel göreve açıktan atanmışsa görevden alındıktan sonra kamu görevlisi sıfatı sona ermektedir. Fakat bu statüyle bağdaşmayan ve kamu görevine girişte eşitlik ve liyakat ilkelerini ihlal eden bir biçimde güvenceli kadrolara geçişler görülmektedir. Sayıştay da uygulamada gördüğü bu durumu eşitlik ve liyakat ilkelerine aykırı olması ve hazinenin menfaatleriyle de çelişmesi sebebiyle Türkiye Büyük Millet Meclisinin dikkatine sunmuştur.²⁷

Görüldüğü üzere her ne kadar kamu görevine girişte istisnaî bir rejim uygulaması gerekli olsa da idareye tanınan serbesti dolayısıyla suiistimale de açıktır. Bu durum da kamu görevine girişte sınav esasının benimsenmesinin ne denli isabetli olduğunu gözler önüne sermektedir.

²³ https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c042/mm__01042129ss0977.pdf Erişim Tarihi: 17.8.2022.

²⁴ Hikmet Tokgöz, *İstisnai Memuriyet* (1. Baskı, Seçkin 2016) 208.

²⁵ Mustafa Avcı, *Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Kamu Görevliliğine Giriş*, (1. Baskı, Yetkin 2009) 159.

²⁶ Güran, (n 12) 207.

²⁷ Sayıştay Genel Kurulu Karar Numarası: 5119/1 4.4.2005 Nakleden Avcı, (n 28) 162-163.; Sayıştay yaptığı denetimlerde bu karara sıkça atıfta bulunmaktadır. Bkz. <https://www.sayistay.gov.tr/reports/download/2635-erzurum-buyuksehir-belediyesi> Erişim Tarihi: 17.8.2022. <https://www.sayistay.gov.tr/reports/download/2737-ankara-sincan-belediyesi> Erişim Tarihi:17.8.2022.

III. SÖZLÜ SINAVA İLİŞKİN MEVZUATIN GENEL DEĞERLENDİRMESİ

Türk kamu personel rejiminde sözlü sınav, kariyer mesleklerine girişte yazılı sınav sonrasında ikinci bir aşama olarak yer almaktadır.²⁸ Yazılı sınavlarda belirli bir başarı gösteren adaylar sözlü sınava çağrılmaya hak kazanmaktadırlar. Fakat temel mantığı bu olmakla birlikte mevzuata bakıldığında sözlü sınava kariyer meslekleri dışında da başvurulduğu ve uygulama alanının giderek arttığı görülmektedir. Son dönemlerde bunun en güzel örneği sözleşmeli öğretmen istihdamıdır. Öğretmenlik kariyer mesleği olmamasına rağmen sözleşmeli öğretmen alımı KPSS sonrasında Milli Eğitim Bakanlığı tarafından yapılan sözlü sınav ile gerçekleştirilmektedir.

Girişinde sözlü sınava başvuru alan meslekler geniş bir yelpaze teşkil etmektedirler. Örnek olarak; zabıt katipliği, kaymakamlık, hakim ve savcılık, Devlet Tiyatrosunda sanatçılık verilebilir. Birbirinden çok farklı hususiyetleri bulunan bu meslekler için yapılacak sözlü sınavların tek bir düzenleyici işleme saptanması düşünülemez. Her bir tanesi kendi hususiyetleri doğrultusunda bir düzenlemeye konu edilecektir. Kaldı ki Genel Yönetmelik'te de A grubu kadrolar için KPSS sonrasında yapılacak giriş sınavlarının ilgili mevzuatta düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

Ancak ilgili meslek için özel bir düzenlemenin bulunması zorunlu olsa da kamuya yapılan alımlarda eşitlik ve liyakat ilkelerini teminat altına alacak temel esas ve etik ilkelerin yer aldığı genel bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Böylece ilgili kurumlar gerek çıkartacakları yönetmeliklerde gerekse yapacakları sınavlarda çerçeveye düzenleme ile getirilen esaslara riayet etmek zorunda kalacaklardır.

Sözlü sınavlara ilişkin yapılmış akademik çalışmalar incelendiğinde yargısal denetim üzerine yoğunlaştığı, mevzuat kısmının ise çok fazla üzerinde durulmadığı görülmektedir. Fakat konunun mevzuatı da kapsar biçimde bütüncül bir bakış açısıyla ele alınması, sorunların tespiti ve çözüm önerilerinin getirilmesi açısından önem arz etmektedir. Bu sebeple bu başlık altında mer'î mevzuatın genel bir değerlendirmesi yapılacaktır. Değerlendirme bir örneklem üzerinden gerçekleştirilecektir. Örneklem belirlenirken genel resmin isabetli bir şekilde ortaya çıkabilmesi adına birbirinden farklı hususiyetleri bulunan meslekler tercih edilmiştir. Örneklemde 15 farklı düzenleyici işlem bulunmaktadır. Bunlar;

1. Mahalli İdarelere İlk Defa Atanacaklara Dair Sınav ve Atama Yönetmeliği²⁹
2. İnsan Hakları ve Eşitlik Uzmanlığı Yönetmeliği³⁰

²⁸ "Danıştay İkinci ve Beşinci Daireleri tarafından verilen yürütmenin durdurulması kararlarında, yazılı sınavı tamamlayıcı nitelikte olması gereken sözlü sınavın, seçimin tek belirleyicisi olarak düzenlenmesi, bu hâliyle somut olarak değerlendirilebilecek ve adaylar arasında objektifliği sağlayabilecek nesnel bir değerlendirme ölçütü olan yazılı sınavdaki başarı puanının değerlendirme dışı bırakılarak, başarı sıralamasının sadece sözlü sınav sonuçlarına göre oluşturularak atama yapılmasının, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesiyle bağdaşacak şekilde etkin yargısal denetiminin yapılmasının engellenmesi nedeniyle hukuka aykırı olduğu hususunun belirtildiği" Danıştay İDDK, 2749/551, 22.03.2021 www.legalbank.net Erişim Tarihi: 13.12.2022.

²⁹ RG 24.12.2019/30988.

³⁰ RG 11.11.2017/30237.

3. Hakimler ve Savcılar Kanunu³¹
4. Öğretim Üyesi Dışındaki Öğretim Elemanı Kadrolarına Yapılacak Atamalarda Uygulanacak Merkezi Sınav ile Giriş Sınavlarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik³²
5. Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğünde Sözleşmeli Olarak Görev Yapan Sanatkâr Memur, Uygulamacı Uzman Memur ve Uzman Memurlar Hakkında Sınav Yönetmeliği³³
6. Adalet Bakanlığı Memur Sınav, Atama ve Nakil Yönetmeliği³⁴
7. Dışişleri Bakanlığı Sınav Yönetmeliği³⁵
8. Dahiliye Memurları Kanunu³⁶
9. Kamu İhale Kurumu Meslek Personeli Yönetmeliği³⁷
10. Diyanet İşleri Başkanlığı Sınav Yönetmeliği³⁸
11. Kamu Denetçiliği Uzmanlığı Yönetmeliği³⁹
12. Kültür ve Turizm Bakanlığı Stajyer Kontrolörlük Giriş ve Kontrolör Yeterlik Sınavları ile Atama, Yetiştirilme ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik⁴⁰
13. Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatında İlk Defa Göreve Başlayacaklar İçin Yapılacak Sınavlar Hakkında Yönetmelik⁴¹
14. Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları Taşımacılık Anonim Şirketi Genel Müdürlüğünde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Makinist Sınav ve Atama Yönetmeliği⁴²
15. Gelir İdaresi Başkanlığı Gelir Uzmanlığı Yönetmeliği⁴³

Sayılan mevzuatın sözlü sınava ilişkin bütün hükümleri tek tek incelenmeyecektir. Sadece konumuz açısından gerekli görülenler üzerinde durulacaktır.

Bu bağlamda incelenmesi gereken ilk husus, sözlü sınavı gerçekleştirecek sınav kurulunun tarafsızlığıdır. Aday ile kurul üyesi/üeleri arasında tarafsızlığa gölge düşürecek bir ilişki bulunmamalıdır. Böyle bir ilişkinin varlığı durumunda ilgili üye, kurul üyeliğinde yer almamalı, yeri yedek üyelerce doldurulmalıdır. İncelenen mevzuatın 10'ununda belirli bir dereceye kadar akrabalık bağının bulunması kurul üyesinin sınavlara katılmasının önünde

³¹ RG 26.2.1983/17971.

³² RG 9.11.2018/30590.

³³ RG 10.10.2009/27372.

³⁴ RG 10.7.2003/25164.

³⁵ RG 7.12.2018/30618.

³⁶ RG 19.6.1930/1524.

³⁷ RG 17.7.2010/27644.

³⁸ RG 26.10.2011/28096.

³⁹ RG 28.3.2013/28601.

⁴⁰ RG 20.10.2006/26325.

⁴¹ RG 28.6.2013/28691.

⁴² RG 22.5.2020/31134.

⁴³ RG 26.12.2009/27444.

engel olarak düzenlenmiştir. Hatta Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğünde Sözleşmeli Olarak Görev Yapan Sanatkâr Memur, Uygulamacı Uzman Memur ve Uzman Memurlar Hakkında Sınav Yönetmeliği madde 11 fıkra 11’de akrabalığın yanında adayın meslek öğreticiliğini yapmak da engel olarak sayılmıştır.

Ancak yukarıdaki listede 3, 4, 7, 8 ve 9. sırada yer alan düzenlemelerde kurul üyelerine yönelik bu minvalde hiçbir hüküm getirilmemiştir. Kanaatimizce ortada bir hüküm bulunmasa dahi akrabalık ilişkisinin varlığı hâlinde ilgili üyeler sınav kurulundaki yerlerini yedek üyelere terk etmelidir. Aksi takdirde bu durum, şekil unsuru yönünden bir iptal sebebi teşkil edecektir.

Sözlü sınavlarda kurul üyeleri adayla yüz yüze gelerek onu pek çok açıdan değerlendirme fırsatı bulmaktadırlar. Bu bakımdan mülakatlar, adayın meslekî bilgisinin yanı sıra kişisel özellik ve becerilerinin de ölçülmesine imkân tanımaktadırlar. Bu durum kendisini mevzuatta açık bir şekilde göstermektedir. Zira yukarıda sayılan tüm düzenlemelerde adayın kişisel özellikleri de sözlü sınavda değerlendirilecek hususlar arasında yerini almıştır.⁴⁴

Bu özellikler genel itibariyle;

- Özgüven ve ikna kabiliyeti,
- Bir konuyu kavrayıp özetleme, ifade yeteneği ve muhakeme gücü,
- Temsil kabiliyeti, davranış ve tepkilerin mesleğe uygunluğu,
- Bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklık

kalıplarıyla ifade edilmiştir.⁴⁵

Sözlü sınavların yargısal denetimi noktasında en büyük sorun, mahkemenin elinde denetimi gerçekleştirmeye imkân veren herhangi bir kaydın bulunmamasıdır. Zira inceleme yapılabilmesi için adaya yöneltilen sorular ve adayın verdiği yanıtlar bilinmelidir. Ortada bu veriler yokken adaya verilen puanın adayın sınavdaki performansı ile örtüşüp örtüşmediğini denetlemek mümkün değildir. Örnekteki 4 sayılı düzenlemenin 11. maddesinde sözlü sınavların soru ve cevaplarının yazman olarak belirlenen üye tarafından tutanak altına alınacağı hükme bağlanmıştır.⁴⁶ Bunun dışındakilerde soru ve cevapları içerir biçimde

⁴⁴ Mahalli İdarelere İlk Defa Atanacaklara Dair Sınav ve Atama Yönetmeliği madde 14’te sınav konuları; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Atatürk İlkeleri ve İnkılâp Tarihi, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, Mahalli İdarelerle İlgili Temel Mevzuat ve kadro unvanına ilişkin mesleki ve uygulamalı bilgi ve yeteneğin ölçülmesi olarak belirlenmiştir. İlk bakışta kişisel özelliklere yönelik bir tespit yok gibi gözükse de kadro unvanına ilişkin yeteneğin ölçülmesi ifadesi ile buna imkân tanınmıştır.

⁴⁵ 2, 8, 9, 11, 12, 13, ve 15 sayılı mevzuatta bu kalıplar aynen kullanılmıştır.

⁴⁶ Öğretim Üyesi Dışındaki Öğretim Elemanı Kadrolarına Yapılacak Atamalarda Uygulanacak Merkezi Sınav ile Giriş Sınavlarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik Madde 11 Fıkra 2: “Sınav jürisi, yazılı ve sözlü sınavın nesnel, ölçülebilir ve denetlenebilir olmasını sağlar. Raportör olarak belirlenen üye, yazılı ve sözlü sınavların soru ve cevaplarını tutanak altına alır.”

Bu noktada ifade etmek gerekir ki, ilgili Yönetmelik’te esas benimsenen sınav yöntemi yazılı sınavdır. Sözlü sınav, yabancı dille eğitim ve öğretim yapılan programlar için getirilmiştir. Fakat son yıllarda öncelikli alanlarda

ayrıntılı tutanak tutulmasına dair hüküm bulunmamaktadır. Örneğin Adalet Bakanlığı Memur Sınav, Atama ve Nakil Yönetmeliği'nde sözlü sınavda değerlendirileceği mevzuatla saptanan hususların karşısında üye tarafından verilen notun yer aldığı puan çizelgelerinin düzenlenmesi öngörülmektedir. Çizelgenin alt kısmında da verilen puanlar toplanarak ilgili üyenin o aday için takdir ettiği not belirlenmektedir. Akabinde her bir üye tarafından düzenlenen bu çizelgeler bir tutanak üzerinde birleştirilmekte, puanlar bir araya getirilerek aritmetik ortalaması adayın sınav sonucu olarak saptanmaktadır. Sınav yargı önüne taşındığında mahkemenin elinde sadece adisyon benzeri belgeler olmaktadır. Bu belgelere dayanarak içerik denetiminin yapılamayacağı açıktır.

Örneklemedeki 2, 8, 9, 11 ve 15 sayılı düzenlemelerde ise verilen puanların tutanağa geçirileceği ve bunun dışında herhangi bir kayıt sisteminin kullanılmayacağı hükme bağlanmıştır. Böylece ayrıntılı tutanak tutulmaması bir yana sınavın teknolojik imkânlar kullanılarak sesli yahut sesli ve görüntülü kaydının alınması da engellenmektedir.

Bu şekilde gerçekleştirilen bir sözlü sınavla ilişkin uyuşmazlık Kamu Denetçiliği Kurumuna taşınmıştır. Kamu Denetçiliği Kurumu "...sözlü sınavların iyi yönetim ilkelerinden olan 'nesnellik', 'tarafsızlık', 'şeffaflık', 'hesap verilebilirlik' ilkelerine uygun yapılmasını teminen, İdarenin bundan sonra düzenleyeceği sözlü sınavlar öncesinde bilgi soruları yanında cevap anahtarlarını hazırlaması, soruların kura veya zarftan çekme suretiyle belirlenmesi, Komisyon üyelerince tutulan tutanaklarda verilen puanların gerekçelerine yer verilmesi, sesli ve görüntülü kayıt imkânlarından faydalanılması..." yönünde ilgili idareye tavsiyede bulunmuş, yapılan sınavda hukuka uyarlık bulunmadığı kanaatine ulaşmıştır.⁴⁷

Kamu Denetçiliği Kurumu isabetli bir biçimde yapılan sözlü sınavların denetime elverişli olarak gerçekleştirilmesini ve teknolojik imkânlar kullanılarak kayıt altına alınmasını tavsiye etmektedir. Fakat tuhaftır ki yukarıda zikredilen ve teknolojik imkânlarla sınavın kaydedilmesini yasaklayan 11 sayılı düzenleme, Kamu Denetçiliği Uzmanlığı Yönetmeliği'dir.⁴⁸ Kamu Denetçiliği Kurumunun verdiği tavsiyelere bizzat kendisinin uymaması ve onların hilafına yönetmelik çıkarmasını izah etmek mümkün değildir.

araştırma görevlisi statüsünde araştırma görevlisi istihdamına sıkça başvurulmaktadır. Öncelikli Alanlardaki Araştırma Görevlisi Kadrolarına Atananların Lisansüstü Eğitimleri ile Diğer Hususlara İlişkin Usul ve Esaslar madde 4'te, mezkûr Yönetmelik çerçevesinde yapılacak giriş sınavının sözlü olacağı hükme bağlanmıştır. Bu yüzden araştırma görevlisi alımlarında sözlü sınav uygulaması hâlâ yaygın olarak devam etmektedir.

⁴⁷ Kamu Denetçiliği Kurumu Sayı: 2022/8556-S.22.13058, Başvuru Numarası: 2022/5814, 4.7.2022.; Benzer kararlar için bkz. Sayı: 2022/10358-S.22.15974, Başvuru Numarası: 2022/5673, 16.8.2022.; Sayı: 2022/8980-S.22.13797, Başvuru Numarası: 2022/5916, 8.7.2022. <https://kararlar.ombudsman.gov.tr/> Erişim Tarihi: 8.9.2022.

⁴⁸ Mezkûr Yönetmelik Madde 14 Fıkra 4: "Adaylar, komisyon tarafından üçüncü fıkranın (a) bendi için elli puan, (b) ilâ (e) bentlerinde yazılı özelliklerin her biri için onar puan üzerinden değerlendirilir ve verilen puanlar ayrı ayrı tutanağa geçirilir. Bunun dışında sözlü sınavla ilgili herhangi bir kayıt sistemi kullanılmaz."

Bu şekilde kayıt yasağı getiren dört ayrı kanunî düzenlemenin⁴⁹ iptali için Anayasa Mahkemesine başvurular yapılmıştır. Mahkeme ise, idarî yargı yolunu kapatan veya zorlaştıran bir hükme yer verilmediğini gerekçe göstererek talepleri reddetmiştir.⁵⁰ Buna katılmak mümkün değildir. Zira kayıt yasakları neticesinde idarî yargı yolu kapatılmamış ancak işlevsiz hâle getirilmiştir. Sözlü sınavlara yönelik asıl itirazların usule değil esas ilişkin olduğu bir gerçektir. Bu tür düzenlemelerin asıl amacı da yargısal denetime elverişli kayıtların tutulmamasına, dolayısıyla esas yönünden denetim yapılmamasına mazeret oluşturmaktır. Aşağıda daha ayrıntılı görüleceği üzere 2008 yılında Danıştay, denetimini yetki ve şekil unsurlarına indirgeyen görüşünden vazgeçmiştir. Hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilebilmesi için sınavların denetimine ilişkin yeterli altyapının kurulması gerektiğine hükmetmeye başlamıştır. İdarenin sebep unsurunu somutlaştıramadığı hâllerde iptal kararları vermiştir. Mezkûr düzenlemelerin 2008 yılı sonrasına isabet etmesi tesadüf değildir.⁵¹ Kanun koyucu, Danıştayın içtihat değişikliğine karşı harekete geçmiştir. Maalesef ki Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarla yargısal denetimi şeklen açık tutup içeriğini boşaltan bu tutumun yanında yer almıştır. Akabinde Danıştay da esas yönünden denetime ilişkin ortaya koyduğu yeni içtihadından dönmüştür.

Sözlü sınavın değerlendirilmesinde değinilmesi gereken bir diğer husus, sözlü sınavda başarılı sayılmak için alınması gereken asgari puan sınırıdır. Bu sınır; 1 sayılı düzenlemede 60, 4 sayılı düzenlemede 65, diğerlerinde ise 70 olarak belirlenmiştir. Sözlü sınavda aday, bu eşiği geçemediği takdirde başarısız olarak kabul edilmekte, önceki aşamalarda aldığı puanlar (KPSS ve/veya kurum tarafından yapılan yazılı sınav) önemlerini kaybetmektedirler. Uygulamada bu durum suiistimal edilmektedir. Danıştayın önüne gelen bir uyuşmazlıkta, sözleşmeli öğretmen olmak isteyen aday KPSS'den 88,08 puan alarak Türkiye 46.sı olmuştur. Fakat girdiği sözlü sınavda ise 45 puan alarak 60 puanlık başarı eşiğinin altında kalmış, başarısız sayılmıştır. Kurulun sınavda değerlendirdiği 5 husustan bir tanesi de eğitim bilimleri ve genel kültürdür ki 20 puan üzerinden adaya 0 puan verilmiştir. KPSS'de eğitim bilimleri ve genel kültür sorularını çözerek Türkiye derecesi yapan adayın sınavda 0 puan alması hayatın olağan akışına aykırıdır. Bölge İdare Mahkemesi de buradan hareketle idare mahkemesinin kararını kaldırarak dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir.⁵²

Görüldüğü üzere sözlü sınavlardaki başarı eşiği uygulamada kötüye kullanılmaktadır. Kanaatimizce bu eşikler kaldırılmalıdır. Zira sözlü sınav kadar adaylar, gerek KPSS'de gerekse kurumca yapılan sınavlarda bu tarz asgari puan sınırlarını aşarak ve belirli bir

⁴⁹ 1700 sayılı Dâhiliye Memurları Kanunu madde 2/A, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun madde 27, 6085 sayılı Sayıştay Kanunu madde 17, 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun madde 29.

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi, 63/66, 14.4.2011.; Anayasa Mahkemesi, 93/20, 9.2.2012.; Anayasa Mahkemesi, 59/34, 1.3.2012.; Anayasa Mahkemesi, 21/36, 28.2.2013 www.resmigazete.gov.tr Erişim Tarihi: 1.5.2023.

⁵¹ Halit Yılmaz, 'Hâkim ve Savcı Adayı Alımında Mülâkat Sınavına İlişkin Hukuksal Sorunlar', (2011) (93), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 50-51.

⁵² Bölge İdare Mahkemesinin kararı üzerine Danıştaya temyiz başvurusunda bulunulmuş ancak temyiz süresi geçirildikten sonra bu başvuru yapıldığı için Danıştay bu başvuruyu reddederek kararı onamıştır. Danıştay 12 D, 1928/3137, 12.10.2020 <https://legalbank.net> Erişim Tarihi: 9.9.2022.

dereceye girerek gelmektedirler. Bu nedenle son aşamaya kalmayı başaran adayların tekrar asgari puan şartına muhatap olmaları gereksizdir. O aşamada yapılacak şey, adayların aldıkları puanlar doğrultusunda sıralanmasıdır.⁵³

Toparlamak gerekirse, sözlü sınava ilişkin mevzuat konuya ilişkin sorunları çözmekten uzaktadır. Aksine kimi sorunların kaynağı durumundadır. İncelenen 3 mevzuattan 1 tanesinde sınav kurulu üyelerinin tarafsızlığına dair hüküm yoktur. Bu oldukça ciddi bir orandır. Ayrıca sınavların yargısal denetime elverişli bir şekilde kayıt altına alınmamasına mevzuatın yasal dayanak oluşturduğu görülmektedir. Tüm bunlar sözlü sınavdaki eşik puan uygulamasıyla birleşince suiistimale oldukça açık bir vaziyet ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce sözlü sınavlara ilişkin mevzuatın eşitlik ve liyakat ilkelerini merkeze alarak yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Yine bu bağlamda olmak üzere kamu personel alımlarında uygulanacak temel ilkelerin genel bir düzenlemeye konu edilmesi faydalı olacaktır.

IV. SÖZLÜ SINAVLARIN YARGISAL DENETİMİ

Sözlü sınavların denetlenmesinde en büyük sorun, sınavın içeriğine ilişkin elde yeterli veri bulunmamasıdır. Bundan dolayı yargısal denetim bahsini bu olguyu merkeze alarak incelemek isabetli olacaktır. Aşağıda ilk olarak sözlü sınavların şekil yönünden denetimi ele alınacaktır. Akabinde sırasıyla sınavın içeriğine ilişkin yeterli veri bulunmaması hâlinde esas yönünden denetim ve yeterli veri bulunması hâlinde esas yönünden denetim incelenecektir.

A. Şekil Yönünden Denetim

Şekil, hem idarî işlemin yapılması sırasında takip edilmesi gereken usulü hem de iradenin dış dünyaya yansıma biçimini ifade etmektedir.⁵⁴ İdare hukukunda temel kural, idarî işlemlerin yazılı olmasıdır. Bu bakımdan sınavlar sözlü gerçekleştirilse de tutanağa bağlanmak zorundadırlar. Tutanağın kapsamı ise ilgili mevzuatta düzenlenmektedir. Bir üst başlıkta incelendiği üzere mevzuattaki hakim uygulama, ayrıntılı tutanak tutulmaması yönündedir. Bu tür durumlarda, böyle bir tutanağın bulunmaması işlemi şekil unsuru açısından sakatlamayacaktır. Ancak kanaatimizce, idare tesis ettiği işlemin gerekçesini ortaya koyamayacağı için sebep unsuru sakat olacaktır.

⁵³ Tekin, hakim-savcılık sınavına ilişkin yaptığı değerlendirmede eşğin kaldırılmasını yahut 70 puandan 50 puana düşürülmesini önermiştir. Kanaatimizce bu değişiklik, jürinin aday için tayin ettiği notu aşağı çekmesiyle kolayca aşılacaktır. Bu sebeple tamamen kaldırılması daha caydırıcı ve isabetli olacaktır. Abdurrahman Tekin, 'Karşılaştırmalı Hukuk ve Liyakat İlkesi Bağlamında Türkiye'de Hâkim ve Savcı Adaylarının Seçimi' İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2021) 8(1), 159.

⁵⁴ Atay, (n 3) 499.; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, (n 3) 382.; Çağlayan, (n 3) 372.

Sözlü sınavlar, kurul tarafından gerçekleştirilirler. İlgili mevzuatlarda kurulun kimlerden oluşacağı⁵⁵, toplanma ve karar yeter sayıları açık bir biçimde düzenlenmektedir. Mevzuatta belirtilen usule uygun olarak toplanıp karar alınmaması hâlinde sınavın iptali gerekecektir.⁵⁶

Sınav kurulu ile aday arasında kurulun tarafsızlığını zedeleyecek bir husumetin bulunması ilgili işlemi şekil unsuru yönünden sakatlayacaktır.⁵⁷ "Sözlü Sınava İlişkin Mevzuatın Genel Değerlendirmesi" başlığında incelendiği üzere bazı düzenlemelerde aday ile kurul üyesi arasındaki akrabalık, üyenin kuruldaki çekilme sebebi olarak saptanmıştır. Kanaatimizce nasıl ki aday ile kurul arasında bulunan husumet, tarafsızlık ilkesine aykırı düştüğü için işlemi sakatlıyorsa aday ile kurul üyeleri arasında bulunan akrabalık da aynı sonucu doğuracaktır. Bunun için mevzuatta açık bir düzenlemeye ihtiyaç yoktur. Dolayısıyla hısımlığın bir çekilme sebebi olarak düzenlenmediği hâllerde dahi ilgili üye sınavdaki görevini yedek üyeye bırakmalıdır.

Son olarak Danıştay, önüne gelen bir uyuşmazlıkta sınavın yapıldığı gün tutulması gereken tutanağın sınav gününden sonra düzenlenmiş olmasını da şekil yönünden iptal sebebi saymıştır.⁵⁸

B. Sınav İçeriğine İlişkin Yeterli Veri Bulunmaması Hâlinde Esas Yönünden Denetim

Sözlü sınavların denetlenmesinin önündeki en büyük engel adaya yöneltilen sorular ve aday tarafından bunlara verilen cevapların idare tarafından ortaya konulamamasıdır.⁵⁹ Sorular ve cevaplar, diğer bir deyişle adayın sınavdaki performansı, işlemin sebep unsurunu teşkil etmektedir. İdarenin bunları ortaya koyamaması sebep unsurunu sakat hâle getirir.⁶⁰ Aksinin kabulü idareye bu konuda mutlak takdir hakkı verecek ve ona keyfiliğin kapılarını açacaktır.

⁵⁵ "Dava konusu Yönetmeliğin 9. maddesinin birinci fıkrasında; 'Sözlü sınav komisyonu; Bakan veya görevlendireceği birim amiri tarafından belirlenen kamu görevlilerinden oluşacak bir başkan, iki asıl ve ihtiyaç duyulduğunda değerlendirilmek üzere iki yedek üyeden oluşur. Yedek üyeler, sınav merkezlerinde oluşturulan yedek üye havuzunda görevlendirilir.' hükmünün yer aldığı, Sözlü sınavın, bilgi ölçme amacıyla yapılan, ayrıca adayın bilgi yanında mesleki ehliyete yönelik diğer özel niteliklere de sahip olup olmadığı yönünden değerlendirmeye de tabi tutulacağı bir sınav olduğu, Dolayısıyla sözlü sınavı yapacak olan komisyon üyelerinin öğretmenlik mesleği ile ilgili belirli bir birikime sahip olması gerektiği; bu bağlamda Bakan veya görevlendireceği birim amiri tarafından belirlenecek sözlü sınav komisyonu başkan ve üyelerin niteliklerinin açık bir şekilde düzenlenmesi gerekirken, herhangi bir kamu görevlisinin görevlendirilmesine imkan veren düzenlemede hukuka ve hizmet gereklerine uyarlık bulunmadığı" Danıştay İDDK, 2617/1196, 9.6.2021 www.legalbank.net Erişim Tarihi: 19.12.2022.

⁵⁶ Danıştay İDDGK, 208/69, 20.3.1992, Danıştay Dergisi Sayı:86, s. 119-121.; Danıştay İDDGK, 453/38, 14.2.1992, Danıştay Dergisi Sayı:86, s. 122-123.

⁵⁷ Danıştay 8 D, 526/8502, 21.12.2000 www.legalbank.net Erişim Tarihi: 19.12.2022.

⁵⁸ Danıştay 5 D, 850/2530, 7.6.2001 www.legalbank.net Erişim Tarihi: 19.12.2022.

⁵⁹ Abdullah Uz ve Mustafa Yaşar Demircioğlu, *Sözlü-Mülakat Sınavları ve Yargısal Denetim*, (1. Baskı, Adalet 2012) 44.

⁶⁰ Aynı görüş için bkz. Yılmaz, (n 53) 47.; Erdal Şahin, 'Kamu Görevlisi Alımında Sözlü Sınav ve Mülakat Yöntemleri ile Yargısal Denetim Sorunu', (2023) (81), Ankara Barosu Dergisi, 100.

Sözlü sınavın içerik yönünden denetlenebilmesi için ayrıntılı bir şekilde tutanak altına alınması⁶¹ ya da teknolojik imkânlardan faydalanarak kaydedilmesi gerekmektedir. Fakat uygulamada bu yol takip edilmemektedir. Aksine, adayın hangi hususlar açısından değerlendirildiği ve her bir tanesi açısından kaç puan verildiğini gösterir tutanaklar ile yetinildiği görülmektedir. Bu noktada idareyi denetlenebilir sınavlar yapmaya zorlamak adına mahkemelerin tutumu önem kazanmaktadır. Fakat kararlara bakıldığında hem bir istikrarın bulunmadığı hem de verilen kararların idareyi zorlamaktan çok uzak olduğu görülmektedir.

Danıştay bir kararında, sorulan sorular ve verilen cevapların tutanağa geçirilmemesi sebebiyle sınavın idari yargı denetimine tabi tutulmasının mümkün olmadığını, davacının da sınavda başarılı olduğuna dair iddiasını ispatlayamadığını gerekçe göstererek açılan davayı reddetmiştir.⁶² Bu içtihatla birlikte sorulan sorular ve verilen cevapları kayıt altına almayan idarelere yargı denetiminden kaçma imkânı tanınmıştır. Yüksek mahkeme, idareleri denetlenebilir sınavlar gerçekleştirmeye zorlamak yerine tam aksini yapmaya teşvik etmiştir. Bu sebeple karara katılmak mümkün değildir.

Danıştayın sonraki tarihli kararları incelendiğinde artık bu içtihadını terk ettiği, fakat farklı bir yoldan aynı sonuca vardığı görülmektedir.

“Yönetmeliğin 27. maddesi gereğince oluşan mülakat kurulu tarafından 31. maddede öngörülen mülakat değerlendirilmesinin usul ve yöntemine göre yapılıp yapılmadığı, mülakat kurulunu oluşturan başkan ve üyelerinin her biri tarafından ayrı ayrı verilen notlar ile bu notların aritmetik ortalamasının kaç puan olduğu ve bunun mülakat kurulunun başkan ve üyeleri tarafından imza altına alınan mülakat başarı listesinde kaç puan olarak yer aldığından tespitinden sonra dava konusu uyuşmazlık hakkında bir karar verilmesi gerekirken, mülakat sınavına ilişkin soru ve cevapların somut bilgilere dayanmaması nedeniyle yargısal denetiminin yapılması olanağının bulunmadığından bahisle davanın reddedilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.”⁶³

⁶¹ “Ses ve görüntü kaydı yerine detaylı tutanağın yeterli görülmesi sakıncalı görülmelidir. Zira mülakat heyetinin art niyetli tutum içerisinde oldukları bir adayın vereceği cevabı tutanaklara yine heyet geçirecektir.” Tekin, (n 55) 161.

⁶² “Mülakatta sorulan sorular ve bunlara verilen cevaplar tutanağa geçirilmediği için mülakatın idari yargı denetimine tabi tutulması mümkün olmadığı, davacı da mülakatta başarılı olduğuna dair iddiasını herhangi bir şekilde ispatlayamadığı” Danıştay 5 D, 1421/1858, 11.6.1985 Aktaran Yasin Sezer ve Hüseyin Bilgin, ‘Sözlü Sınavların Yargısal Denetimi’ (2009) (86) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 178.; “Sözlü yapılan sınavlarda sınavla ilgili yazılı bir kanıt bulunmaması nedeniyle, bu sınavda ilgilinin başarılı olup olmadığına inceleme yapılarak yargı yolu ile denetlenmesi olanağı bulunmamaktadır.” Danıştay 8 D, 302/671, 13.9.1989; “Oysa, sözlü sınavın doğası gereği, ilgilinin sınav sırasındaki performansının değerlendirilmesi söz konusudur. Ses, görüntü kaydı ya da detaylı tutanak tutulmadıktan sonra, ilgilinin sözlü sınav performansının sonradan değerlendirilmesinin yapılamayacağı, bilirkşi inceleme de konu edilemeyeceği açıktır.” Danıştay 8 D, 341/3332, 20.9.2004 www.legalbank.net Erişim Tarihi: 19.12.2022.

⁶³ Danıştay 12 D, 857/4259, 24.12.1997 www.legalbank.net Erişim Tarihi: 20.12.2022. Benzer kararlar için bkz. Danıştay 5 D, 3049/8751, 9.11.2015; Danıştay 5 D, 4217/?, 3.11.2015; Danıştay 5 D, 6843/?, 18.1.2016.; Danıştay 5 D, 1274/1035, 1.3.2016 www.legalbank.net Erişim Tarihi: 20.9.2022

Görüldüğü üzere Danıştay, sadece usule yönelik inceleme yapmaktadır. Mahkemeye göre mevzuatta öngörülen usul çerçevesinde bir sınavın gerçekleştirilmesi, işlemin hukuka uygun sayılması için yeterlidir. Artık veri yetersizliğinden denetim yapılamaz demek yerine yetki ve şekil açısından bir inceleme yapılmakta, sonuçta iki içtihat da işlemin içeriği hiçbir şekilde denetim konusu olmamaktadır. Hâlbuki iki durumda da işlemin gerekçesi idare tarafından somutlaştırılmamıştır. Burada mahkemenin yapması gereken, idareden verdiği puanlara yönelik kanaatini belgeleriyle ortaya koymasını istemektir.

Nitekim 2008 tarihli bir kararda, *“Dolayısıyla, sözlü sınavda başarısız sayılma işleminin yargısal denetimini sağlayacak altyapının ve buna dayanak düzenlemelerin yapılması hukuka bağlı ve hukuka saygılı bir idarenin görevleri arasındadır. Her ne kadar davalı idare tarafından, sözlü sınava ilişkin olarak yargısal denetim aşamasında irdelenecek olan bazı unsurların tutanağa bağlanmasının ilgili yönetmelikte öngörülmediği bu nedenle bu şekilde bir tutanağın bulunmadığı, sadece adayların aldığı puanları gösterir toplu listenin olduğu ifade edilmekte ise de; yukarıda açıklanan hukuk devleti, hukuka bağlı ve saygılı idare anlayışı ve bunların yanı sıra sözlü sınavın niteliği gereği bir takım hususların tutanakla tespit edilmesi ve adayların başarısızlığına ya da yetersizliğine ilişkin tespitlerin açıkça ortaya konulması yargısal denetim açısından zorunludur.”*⁶⁴ denilerek bu noktaya vurgu yapılmıştır.

Gerçekten de bir hukuk devletinde yargı denetimine imkân tanıyacak alt yapının hazırlanmaması mazeret olarak kabul edilememelidir. Tartışılması gereken konu idarenin takdir yetkisini hangi ilkeler çerçevesinde kullanacağı, mahkemelerin bu yetkiye saygı duyarak ve fakat denetimden imtina etmeden nasıl bir yol izleyeceğidir. İçeriğin denetim dışında bırakılması idarelere mutlak takdir hakkı tanınması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla kabul edilebilir bir yol değildir. Bu bakımdan mahkemenin tespitleri son derece isabetlidir.

İdari Dava Daireleri Kurulu, yine 2008 tarihli bir kararda, sınav öncesinde soruların ve yanıtlarının hazırlanmamış olması, sözlü sınavın ayrıntılı tutanak tutulma veya sesli ve görüntülü kayıt yapılma suretiyle gerçekleştirilmemesi, ayrıca komisyon üyeleri tarafından takdir edilen notun gerekçeleriyle ortaya konulmamasını iptal sebebi olarak değerlendirmiştir.⁶⁵

Bu içtihat değişikliği ile sözlü sınavlardaki yargısal denetimi yetki ve şekil unsurlarına indirgeyen görüşten dönülmüştür. İdareler artık sınavları denetime elverişli bir biçimde kayıt altına almak ve verdikleri notun gerekçelerini ortaya koymak zorundadırlar. Bunun yanında sınavda nesnellüğün sağlanması adına soruların ve yanıtların da önceden hazırlanması gerekmektedir.

⁶⁴ Danıştay 12 D, 535/3422, 9.6.2008.; Aynı yönde bkz. www.legalbank.net Erişim Tarihi: 20.9.2022.

⁶⁵ Danıştay İDDK, 774, 13.11.2008 (Yürütmenin Durdurulması); Aynı yönde bkz. Danıştay 2 D, 183/3413, 7.10.2009; Danıştay 12 D, 1701, 5.8.2009 (Yürütmenin Durdurulması) www.legalbank.net Erişim Tarihi: 20.9.2022.

Kamu görevlisi istihdamında keyfi alımların önünü kapayacak olan bu dönüşüme karşı kanun koyucu harekete geçmiştir.⁶⁶ Çeşitli kanunlara hükümler eklenerek “Sözlü Sınava İlişkin Mevzuatın Genel Değerlendirmesi” başlığında ele aldığımız kayıt yasaklarını getirmiştir.⁶⁷ Böylece sınavın içeriğine ilişkin hiçbir bilgi içermeyen, toplama işleminden ibaret olan tutanakların sınavla ilgili tek kayıt olması sağlanmıştır. Maalesef ki Anayasa Mahkemesi de yargı yolunu kapatan yahut zorlaştıran hükümler getirilmediğinden bahisle düzenlemeleri Anayasaya uygun bulmuştur.⁶⁸ Danıştay ise tüm bunların ardından yeni içtihadından dönmek zorunda kalmıştır.

“Buna göre, sözlü veya mülakat sınavlarında verilen yanıtların teknolojik imkanlardan yararlanılarak kayıt altına alınmasını öngören bir yasal düzenleme bulunmadığı, aksine değinilen yasa hükümlerinde tutanak düzenlenmesi dışında bir kayıt öngörülmediği dikkate alındığında, mülakat sınavında sorulan sorulara adaylar tarafından verilen yanıtların kayıt altına alınmadığı gerekçesiyle dava konusu mülakat sınavının iptali yönünde verilen Mahkeme kararında mevzuata uygunluk ve hukuki isabet görülmemiştir. Nitekim, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun 18.11.2013 tarihli ve E:2010/2194, K:2013/4094 sayılı kararı da bu yöndedir.”⁶⁹

Yüksek mahkeme artık yaptığı incelemelerde üç hususu vurgulamaktadır. Bunlar: 1) Sınav öncesinde sınav komisyonu tarafından sınavda sorulacak soruların önceden hazırlanması ve tutanağa bağlanması 2) Her adaya sorulan soruların kayda geçirilmesi 3) Sorulan sorulara hangi komisyon üyesince, hangi notun takdir edildiğinin tutanakta ayrı ayrı gösterilmesi.⁷⁰

Görüleceği üzere burada sadece usul yönünden bir denetim söz konusudur. Danıştay eski yaklaşımını biraz güncelleyerek tekrar sahaya sürmüştür. Artık adayların muhatap oldukları sorular bilinmektedir, ancak yanıtları yine kayıt altında değildir. Sorular önceden hazırlanmamışsa⁷¹, sorulan sorular kayda geçirilmemişse⁷² veya komisyon üyeleri her bir soru için ayrı ayrı puanlama yapmamışsa⁷³ işlemler iptal edilmektedir. Fakat adayın verdiği yanıtların kayıt altına alınmaması, ne şekil ne de işlemin gerekçesi ortaya konulamadığı için sebep unsuru açısından bir sakatlık teşkil etmemektedir.⁷⁴ Tuhaftır ki Danıştay, artık

⁶⁶ Yılmaz, (n 53) 50.; Şahin, (n 62) 93.

⁶⁷ Bkz. 1700 sayılı Dâhiliye Memurları Kanunu madde 2/A, 6085 sayılı Sayıştay Kanunu madde 17, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun madde 27, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ek madde 41.

⁶⁸ Kararın eleştirisi “Sözlü Sınava İlişkin Mevzuatın Genel Değerlendirmesi” başlığı altında yapıldığı için burada ayrıca üzerinde durulmamıştır.

⁶⁹ Danıştay 12 D, 2164/5684, 4.11.2015 <https://karararama.danistay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 1.5.2023.

⁷⁰ Danıştay 2 D, 10007/5172, 16.10.2019.; Danıştay İDDK, 2618/2573, 25.11.2020.; Danıştay İDDK, 1415/262, 2.2.2022 <https://karararama.danistay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 1.5.2023.

⁷¹ Danıştay 2 D, 1473/5006, 16.12.2021, Danıştay 2 D, 1322/5001, 16.12.2021.; Danıştay 12 D, 802/6726, 14.12.2021 <https://karararama.danistay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 1.5.2023.

⁷² Danıştay 12 D, 2055/3776, 17.11.2020 <https://karararama.danistay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 1.5.2023.

⁷³ Danıştay 8 D, 2178/4933, 5.11.2020 <https://karararama.danistay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 1.5.2023.

⁷⁴ Danıştay İDDK, 119/2937, 7.12.2020, Danıştay İDDK, 704/2961 7.12.2020, Danıştay İDDK, 585/3383, 23.12.2020, Danıştay İDDK, 1871/1361, 30.6.2021 <https://karararama.danistay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 1.5.2023.

yerleşmiş bulunan bu içtihadında yargısal denetimin yetki ve şekil unsurlarına münhasır olduğunu dile getirmemektedir. Aksine tüm unsurları ile bir denetimin gerektiği, benimsediği içtihat ile de bunu gerçekleştirdiği düşüncesindedir. Adayın performansına dair dosya içeriğinde hiçbir belge yok ve idare de verdiği puanı gerekçelendirmek zorunda değilken esas yönünden bir denetim yapıldığı söylenemez. Dolayısıyla Danıştayın tüm unsurları ile bir denetim gerçekleştirdiği savına katılmak mümkün değildir.

Toparlamak gerekirse, sınavı içerik yönünden denetlemeye elverişli verilerin bulunmaması hâline ilişkin içtihatlar zaman içerisinde değişkenlik göstermiştir. Fakat bu değişim, 2008 yılındaki kırılma hâricinde sadece görünüştedir. Zira ilk başta, veri noksanlığından dolayı denetimin yapılamayacağı içtihat edilmiştir. Sonrasında sadece sınavların mevzuattaki usule uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine bakılmıştır. Mevzuat ise idarenin soyut tutanaklarla sınavı belgelendirmesini yeterli görmektedir. Dolayısıyla mahkemeler, farklı gerekçeyle aynı sonuca varmışlardır. Ancak 2008 yılında verilen kararlar birlikte idarenin sınavı denetlemeye elverişli yapması gerektiği, gerekçelerini ortaya koyamadığı takdirde işlemin iptal edileceği anlayışına geçilebilmiştir. Bu değişime kanun koyucu mukavemet göstermiş, kayıt yasakları getirmiştir. Anayasa Mahkemesinin de bu yasaklara cevaz vermesiyle Danıştay, eski içtihadına onu biraz güncelleyerek dönmüştür.

C. Sınavın İçeriğine İlişkin Yeterli Veri Bulunması Hâlinde Esas Yönünden Denetim

Günümüzde teknolojik imkânların artması ve erişilebilir duruma gelmesiyle birlikte, henüz yaygın bir uygulama kazanmasa da sınavlar kamera ile kayıt altına alınmaya başlanmıştır. Böylece mahkemeler, sınavın muhtevasına tam anlamıyla vâkıf olma ve onu denetleme fırsatı bulmaktadırlar. Buna rağmen Danıştay, sözlü sınavların denetimini yetki ve şekil unsurlarıyla sınırlayan yaklaşımının bir uzantısı olarak esas yönünden denetim yapmaktan imtina etmektedir.⁷⁵ İstisnâî bazı kararlarında ise kayıt üzerinden bilirkişi incelemesi yaptırarak sonuca varılması gerektiğine hükmetmektedir.⁷⁶ Denetimin yetki ve şekil unsurlarıyla sınırlanmasının isabetsiz bir yaklaşım olduğu bir önceki başlıkta gerekçeleriyle açıklandığı için burada tekrar üzerinde durulmayacaktır.

Mahkemeler tarafından ne derinlikte bir denetim yapılacağı cevaplanması gereken önemli bir sorudur. Danıştay, verdiği bozma kararlarında bilirkişi incelemesi yaptırılarak karar verilmesi gerektiğinden bahsetmekle birlikte yapılacak değerlendirmenin kapsamı hakkında bir açıklama yapmamaktadır. Uygulamada adayların yeterliliğini ölçmekten uzak ve onlara kendilerini ifade etme fırsatı tanımayan, bir iki dakika içinde sona eren mülakatların yapıldığı görülmektedir. Kanaatimizce mahkemelerin ilk bakacağı husus bu olmalıdır. Zira adayın kısaca kendisini tanıtmaması ve ona kısa cevaplı bir sorunun yöneltilmesinden ileriye

⁷⁵ Danıştay İDDK, 1489/626, 29.3.2021; Danıştay İDDK, 2932/529, 18.3.2021 www.legalbank.net Erişim Tarihi: 15.12.2022.

⁷⁶ Danıştay 2 D, 12141/3254, 4.6.2012; Danıştay 2 D, 7928/685, 11.2.2016 www.legalbank.net Erişim Tarihi: 29.12.2022.; Danıştay 2 D, 781/810, 18.2.2016.; Danıştay 2 D, 14958/1537, 26.4.2021 <https://karararama.danistay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 1.5.2023.

gitmeyen sınavlara dayanarak bir ölçme ve değerlendirmenin yapılamayacağı açıktır. Bu durumun tespiti doğrudan mahkemeler tarafından yapılabilecek olup bilirkişiden bir değerlendirme istenmesine lüzum yoktur.

İkinci olarak ise sınavlarda eşitlik ilkesine uygun davranılıp davranılmadığı incelenmelidir.⁷⁷ Zira Anayasa tarafından idareye eşit davranma yükümlülüğü getirilmiştir. Danıştayın karara bağladığı bir uyuşmazlıkta, sözlü sınava yedi aday girmiş ve bunlardan beşi başarılı olarak değerlendirilirken ikisi sınavda başarısız sayılmıştır. Başarılı kabul edilen adayların sınavları bir saati aşkın sürmüşken başarısız adayların sınavları ise üç saati geçmiştir. Aynı göreve talip adayların kurul önünde sınava tabi tutuldukları sürelerin arasında bu denli fark bulunması şüpheli bir durumdur. Sınavı kısa süren adayların başarılı, diğerlerinin ise başarısız addedilmesi bu şüphenin artmasına yol açmaktadır. Ortada eşitlik ilkesine riayet edilmediğine dair güçlü emareler varken mahkemenin bunları incelemesi gerekmektedir. Fakat o, bu noktaya ilişkin hiçbir inceleme yapmaksızın açılan davayı reddetmiştir. Bu yönüyle karara katılmak mümkün değildir.⁷⁸

Yapılacak yargılamada incelenmesi gereken üçüncü ve son husus ise adayın performansı ile verilen puan arasında açık bir uyumsuzluğun olup olmadığıdır. Yazılı yahut sözlü gerçekleştirilmesinden bağımsız olarak idarenin sınavları değerlendirmekte takdir yetkisi bulunmaktadır. Adayın cevaplarını bizzat yazıya döktüğü klasik sınavlarda dahi ellerindeki cevap anahtarına rağmen kâğıdı puanlayan yetkililer farklı sonuçlara ulaşabilirler. Zira cevap anahtarı tek olmasına karşın gelen yanıtlar özgündürler ve önceden her bir ihtimalin hesaba katılması düşünülemez. Sözlü sınavlarda ise vaziyet daha karmaşık bir hâl almaktadır. Bu sebeple adayın performansı puanlanırken idarenin bir takdir alanının bulunduğunu kabul etmek gerekir. Bu alanın içerisinde kaldığı müddetçe verilen puana isabetsiz denilemez. Sözlü sınava ilişkin mevzuat incelendiğinde de adayın nihai notunun, aritmetik ortalama alınmak suretiyle belirlendiği görülmektedir. Üyeler birlikte tek bir not takdiri yapmamakta, her biri ayrı ayrı puan vermektedir. Yine bazı düzenlemelerde adaya verilen en düşük ve en yüksek not arasındaki fark mevzuatça saptanan eşiği aşarsa bu puanların değerlendirme dışında bırakıldığı görülmektedir.⁷⁹ Danıştay da bir kararında kurul üyelerinin puanları arasında fahiş farklar bulunmasını iptal sebebi saymıştır.⁸⁰ Tüm bunlar görüşümüzü destekler mahiyettedir.

⁷⁷ Yazılı sınav kâğıtları hakkında benzer bir değerlendirme için bkz. A. Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku* (34. Baskı, Turhan 2016) 332-333.; Turgut Tan, 'Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi', (1996) 51(1) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 422.

⁷⁸ Danıştay İDDK, 2932/529, 18.3.2021 www.legalbank.net Erişim Tarihi: 15.12.2022.

⁷⁹ Bkz. Cumhurbaşkanlığı Senfoni Orkestrası Yönetmeliği madde 89: "Komisyon üyelerinin vereceği puanlar arasında en yüksek ve en düşük puan arasında 30 puandan fazla fark olduğunda, bu puanlar geçersiz sayılarak, geriye kalan puanların ortalaması geçerli puan olarak değerlendirilir."

Dışişleri Bakanlığı Sınav Yönetmeliği madde 10: "Sınav kurulu üyelerinin aday için verdikleri en yüksek puan ile en düşük puan arasındaki fark yirmiden fazla olamaz."

⁸⁰ Danıştay 5 D, 564/1372, 9.12.1986 www.lexpera.com.tr Erişim Tarihi: 15.12.2022.

Bu yüzden bilirkişiden adayın performansına puan vermesi yerine adayın performansı ile aldığı puan arasında açık bir uyumsuzluğun bulunup bulunmadığını tespit etmesini istemek daha uygun olacaktır.⁸¹ Aksi hâlde bilirkişinin vardığı her farklı sonuç, işlemin iptalinin önünü açacaktır. Bu durum idarenin takdir yetkisinin ortadan kaldırılması demektir. Nitekim Fransa'da da takdir yetkisinin yargısal denetimi yapılırken takdirde açık hata (*L'erreur manifeste d'appréciation*) kavramına başvurulmaktadır. Sınırlı ya da asgari denetim (*Le contrôle restreint ou le contrôle minimum*) adı altında gerçekleştirilen denetimde, idarenin takdiri ağır ve bariz biçimde hatalı bulunursa işlem iptal edilmektedir.⁸²

Ancak ifade etmek gerekir ki Conseil d'État (CE), içinde jürinin takdirinin de bulunduğu sınırlı bazı hâllerde açık hata kuramına başvurmayı reddetmektedir.⁸³ Sebep olarak da değerlendirmenin teknik niteliğini yahut yerindelikle olan bağıını göstermektedir. Lebreton ise haklı bir şekilde, açık hata kuramının tam da bu tarz değerlendirmeler için var olduğunu ifade etmiş, mahkemenin tutumunu tuhaf olarak nitelendirmiştir.⁸⁴

V. İPTAL KARARININ SONUÇLARI

Sınav sonucunun mahkeme tarafından iptali hâlinde bu kararın hukukî etkisi ne olacaktır? Aday başarılı kabul edilerek kamu görevine mi başlayacaktır? Yoksa tekrar bir sınav yapılarak bunun neticesine göre mi hareket edilecektir?

Bu soruya yanıt vermeden önce, mahkemenin pek çok farklı gerekçeye istinaden iptal kararı verebileceğini hatırlatmakta fayda vardır. Adayın performansı ile puanı arasında açık bir uyumsuzluğun bulunması haricindeki sebeplerin hiçbir tanesinde adayın performansı referans alınarak iptal kararı verilmemektedir. Adayın performansına dayalı bir inceleme yapılmayan bu hâllerde verilen karara istinaden adayın kamu görevine kabul edilmesi düşünülemez.

Yalnızca takdirde açık hata durumunda adayın daha yüksek bir notu hak ettiği açıkça saptanmaktadır. Fakat bu tespit de adayı kamu görevine başlatmak için yetersizdir. Zira adayın puanı belirli değildir. Belirli olan tek husus, adayın daha yüksek bir puanı hak ettiğidir. Buna istinaden ise başarı sıralamasında yeniden bir değerlendirme yapılamaz. Mahkemenin

⁸¹ Turgut Tan, 'Sınav Notları ve Yargısal Denetim' (1975) (18-19) Danıştay Dergisi, 190.; Sezer ve Bilgin (n 58) 181.; Uz ve Demircioğlu, (n 62) 53.

⁸² Bu denetimde, aynı olağan denetimdeki gibi idarenin sebep olarak ileri sürdüğü olayların gerçekleşip gerçekleşmediği irdelenmektedir. Fakat mahkemeler, varlığını tespit ettiği olayların hukukî nitelendirmesini yapmaktan imtina etmektedirler. Bu sınırlamanın sebebi; takdir yetkisini bağlı yetkiye, hukukî denetimini de yerindelik denetimine dönüştürme kaygısıdır. Ancak yargının bu tutumu, idarenin keyfî davranışlarının yaptırımsız kalmasına neden olabilir. Bundan dolayıdır ki CE, hukukî değerlendirmenin yokluğunu telafi etmek için takdirde açık hata kavramına başvurmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yves Gaudemet, *Droit Administratif*, (23. Baskı, LGDJ 2020) 179-180.; Gilles Lebreton, *Droit Administratif Général*, (2. Baskı, Dalloz 2019) 527 vd.

⁸³ CE, 20 Mart 1987, *Gambus*, n° 70993.; Fakat adaya sınavın kapsamı dışında soru yöneltilip yöneltilmediğini incelemektedir. CE, 26 Eylül 2018, *Mme B...*, n° 405473.; Yine önüne gelen bir uyuşmazlıkta, adayın dosyasında siyasî görüşünü yansıtan bir belgenin bulunması ve mülakatta doğrudan bu konuya ilişkin bir soru sorulmasını iptal sebebi saymıştır. CE, 28 Eylül 1988, *Merlenghi*, n° 43958. www.legifrance.gouv.fr Erişim Tarihi: 14.1.2023.

⁸⁴ Lebreton, (n 72) 528.

puana yönelik bir takdirde bulunması da idarî işlem niteliğinde karar verme yasağına takılacaktır. Tüm bu sebeplerle iptal kararı sonrasında izlenmesi gereken yol, adayı yeniden sınava tâbi tutmaktır.⁸⁵ Nitekim Danıştayın içtihadı da bu yöndedir.⁸⁶ Hiç şüphesiz ki idare, yapacağı sınavda gerekçede belirtilen hukuka aykırılıkları tekrarlamamak için gereken özeni gösterecektir.

SONUÇ

1982 Anayasası tarafından kamu görevine girişte liyakat ilkesi benimsenmiştir. Bu ilkeye işlerlik kazandıracak en önemli araç, mesleğin ihtiyaçları gözetilerek tasarlanmış sınavlardır. Türk kamu personel rejiminde de kamu görevine girişte sınav yapılması esas, sınavsız giriş ise istisnadır. Ancak uygulamada istisna, giderek daha yaygın bir uygulama alanı bulmaya başlamıştır.

İnceleme konumuz olan sözlü sınavlar, yazılı sonrasında tamamlayıcı bir nitelik arz etmektedirler. Danıştay, yazılı sonuçlarının hesaba katılmaksızın sadece sözlüden alınan puanlara göre bir değerlendirme yapılmasını iptal sebebi saymaktadır.

Mevzuat incelendiğinde sözlü sınava ilişkin genel bir düzenlemenin bulunmadığı görülmektedir. Genel Yönetmelik, KPSS adı altında bir sınavın gerçekleştirileceğini hükme bağlamış, ancak sözlü sınava yönelik hususları ilgili mevzuatlara bırakmıştır. Sözlü sınavlara başvurulacak kamu görevleri geniş bir yelpaze teşkil ettiği için bu tercihi doğal karşılamak gerekir. Zira her bir mesleğin farklı hususiyetleri bulunmaktadır. Bu sebeple ayrı ayrı düzenlenmeleri isabetlidir. Fakat sözlü sınavlarda riayet edilmesi gereken genel ilkeleri içerecek şekilde temel bir düzenlemenin çıkarılması faydalı olacaktır. Bu sayede tüm kurum ve kuruluşlar kendi çıkartacakları özel düzenlemelerde ve yapacakları sınavlarda temel ilkeleri dikkate almak zorunda kalacaklardır.

Çalışma kapsamında sözlü sınava ilişkin 15 düzenlemeden oluşan bir örneklem belirlenmiş ve mercer altına alınmıştır. Örneklemdeki düzenlemelerin 10 tanesinde aday ile jüri üyesi arasında belirli bir dereceye kadar akrabalık bulunması çekilme sebebi olarak saptanmıştır. Kalan 5 tanesinde bu minvalde bir hüküm yoktur. Kanaatimizce bu ciddi bir orandır.

Diğer yandan sadece bir yönetmelikte, sınavın ayrıntılı şekilde tutanak altına alınacağı hükme bağlanmıştır. Kalan 14 düzenlemede adayın hangi yönlerden değerlendirildiğini ve bunun sonucunda kaç puan aldığını gösteren soyut tutanakların varlığı yeterli görülmüştür.

⁸⁵ Aynı görüş için bkz. Tan, Sınav Notları ve Yargısal Denetim (n 71) 191.; Sezer ve Bilgin (n 58) 185.; Farklı görüş için bkz. Şahin, (n 62) 106.

⁸⁶ "Öte yandan, bu kararın davacının söz konusu göreve doğrudan atanması sonucunu doğuran bir karar niteliğinde olmadığı, yalnızca yukarıda belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde yeniden alınacağı sözlü sınav sonucunda ortaya çıkacak olan değerlendirme ve puana göre, işlem tesis edilmeye yönelik olduğu tabidir." Danıştay 5 D, 1771/3008, 21.5.2008; Aynı yönde bkz. Danıştay 12 D, 535/3422, 9.6.2008; Danıştay 12 D, 7485/4338, 21.9.2010 www.legalbank.net Erişim Tarihi: 20.9.2022.

Hatta 4 tanesinde başka türlü bir kayıt tutulamayacağına dair yasak getirilerek kamera kaydının önü açık bir biçimde kapatılmıştır.

Son olarak bir düzenlemede 60, bir diğesinde 65, kalanlarında ise 70 puan, sözlü sınavda başarılı sayılmak için geçilmesi gereken eşikler olarak belirlenmiştir. Uygulamada ise bu eşikler, idare tarafından suiistimal edilmektedir. Yazılı sınavda dereceye girmiş adaylar, idare tarafından hiçbir gerekçe gösterilmeksizin eşiğin altında bırakılarak başarısız sayılabilmektedirler.

Tüm bunları dikkate alarak çıkarılacak genel düzenlemede şu hususların yer alması isabetli olacaktır:

- 1) Sınavların kamera ile kayıt altına alınması
- 2) Sınav kurulunun tarafsızlığı
- 3) Sözlü sınavlarda başarılı sayılmak için asgari puan şartı getirilemeyeceği

Ayrıca bu sayılanlara ek olarak, sonuçların tüm adayların yazılı ve sözlü sınavlardan aldıkları puanları gösterir şekilde ilan edilmesi de kamuoyu denetimine fayda sağlayacaktır.

Sözlü sınava giren adaylar tarafından, sınavın sadece birkaç dakika içinde bittiği, kendilerini tanıttıktan sonra kısa cevaplı bir iki soru sorularak sınavın tamamlandığı sıkça dile getirilmektedir. Yine eşitlik ilkesine riayet edilmediği, adayların performansları ile aldıkları puanların örtüşmediği gerekçeleriyle pek çok sınav yargı önüne taşınmaktadır. Tüm bu iddiaların açıklığa kavuşturulması sınavların kayda alınmasıyla mümkündür. Uygulamada ise bu yola çoğunlukla başvurulmamakta, gerekçe olarak da mevzuatta ayrıntılı tutanak tutulması yahut kamera kaydı alınmasına yönelik hüküm bulunmaması gösterilmektedir.

Sözlü sınav yargı önüne taşındığında idare, aday için takdir ettiği puanın gerekçelerini ortaya koyabilmelidir. Bunu yapamaması hâlinde sebep unsurunu somutlaştıramadığından işlem iptal edilmelidir. Fakat içtihatlar aksi istikamettedir. 2008-2013 yılları arasındaki kısa süreli yön değişikliği haricinde Danıştay, gerekçenin ortaya konulmamasını iptal sebebi olarak değerlendirmemiştir. 2008 yılı öncesinde sınavın mevzuatta öngörüldüğü şekilde yürütülüp yürütülmediğini denetlemekle iktifa etmiştir. 2013 yılından sonra da soruların önceden hazırlanıp tutanağa bağlanması, sorulan soruların kayda geçirilmesi, sorulan sorulara üyelerce ayrı ayrı puan verilmesi incelediği temel hususlar olmuştur. Kısacası Danıştay, yargısal denetimi yetki ve şekil unsurlarına hasretmiştir.

Son zamanlarda ise bazı idareler, yaygın bir uygulama kazanmasa da yaptıkları sınavları kamera ile kaydetmeye başlamışlardır. Bunun neticesinde mahkemeler sınavların muhtevasına vâkıf olma imkânı yakalamışlardır. Ancak aksi yönde istisnâ kararlar bulunsa da yargısal denetimi yetki ve şekil unsurlarına hasreden anlayışın bir tezahürü olarak esas yönünden inceleme yapmaktan imtina edilmektedir. Hukuka aykırılık iddialarının ekseriyetinin ise yetki ve şekil unsurlarına yönelik olmadığı bir gerçektir. Dolayısıyla işlemin esası denetlenmediği müddetçe vatandaşlar, kamu görevine girişte etkin bir yargısal korumadan mahrum kalacaklardır. Bu sebeple Danıştayın tutumu son derece isabetsizdir ve

bir hukuk devletinde kabul edilmesi mümkün değildir. İşlem, tüm unsurlarıyla birlikte denetlenmelidir.

Ancak bu denetimin kapsamı üzerinde titizlikle durulmalıdır. Zira ortada idarenin takdir yetkisinin bulunduğu bir durum söz konusudur. İdarenin keyfî davranışlarının önünün kesilmesi hedeflenirken takdir yetkisini ortadan kaldırma tehlikesi vardır. Hem bu yetkiye saygı duyan hem de hukuk devleti olmanın gerektirdiği denetimi yapmaktan imtina etmeyen bir yol geliştirilmelidir. Kanaatimizce bu denetim kapsamında; adayın seviyesini ölçmekten uzak bir sınavın bulunup bulunmadığı, eşitlik ilkesine riayet edilip edilmediği ve adayın performansını değerlendirirken takdirde açık hataya düşülüp düşülmediği incelenmelidir. Özellikle bilirkişiden adayın performansına puan vermesini istemek, idarenin takdir yetkisinin bilirkişinininkiyle ikame edilmesi anlamına geleceği için bundan kaçınılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akgüner T ve Berk K, *İdare Hukuku*, (8. Baskı, Der 2017)
- Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdare Hukuku*, (10. Baskı, Savaş 2019)
- Atay E E, *İdare Hukuku*, (7. Baskı, Turhan 2019)
- Avcı M, *Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Kamu Görevliliğine Giriş*, (1. Baskı, Yetkin 2009)
- Cardona F 'Recruitment in Civil Service Systems of EU Members and in Some Candidate States', Seminar on Civil Service Recruitment Procedures, Vilnius, 21-22 March 2006, s. 1-21.
- Çağlayan R, *İdare Hukuku Dersleri*, (4. Baskı, Adalet 2016)
- Gaudemet Y, *Droit Administratif*, (23. Baskı, LGDJ 2020)
- Gözübüyük A Ş, *Yönetim Hukuku*, (34. Baskı, Turhan 2016)
- Günday M, *İdare Hukuku*, (9. Baskı, İmaj 2004)
- Güran S, *Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri*, (1. Baskı, İÜHF 1980)
- Lebreton G, *Droit Administratif Général*, (2. Baskı, Dalloz 2019)
- Özyörük M, *İdare Hukuku Dersleri*, (Çoğaltma 1972)
- Ruhil, A V S ve Camões P J, 'What Lies Beneath: The Political Roots of State Merit Systems', (2003) 13(1) Journal of Public Administration Research and Theory, 27-42.
- Sezer Y ve Bilgin H, 'Sözlü Sınavların Yargısal Denetimi' (2009) (86) Türkiye Barolar Birliği Dergisi
- Şahin E, 'Kamu Görevlisi Alımında Sözlü Sınav ve Mülakat Yöntemleri ile Yargısal Denetim Sorunu', (2023) (81), Ankara Barosu Dergisi, 64-113.
- Şen M L, 'Liyakat İlkesi ve Türk Personel Sistemindeki Uygulaması', (1995) 28(1) Amme İdaresi Dergisi, 77-92.
- Yıldırım T, Yasin M, Kaman N, Özdemir H E, Üstün G ve Okay Tekinsoy Ö, *İdare Hukuku*, (7. Baskı, On İki Levha 2018)
- Tan T, 'Sınav Notları ve Yargısal Denetim' (1975) (18-19) Danıştay Dergisi, 188-192.
- 'Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi', (1996) 51(1) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 409-423.

Tekin A, 'Karşılaştırmalı Hukuk ve Liyakat İlkesi Bağlamında Türkiye'de Hâkim ve Savcı Adaylarının Seçimi', (2021) 8(1), İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 131-166.

Tokgöz H, *İstisnai Memuriyet*, (1. Baskı, Seçkin 2016)

Tutum C, 'Yönetimin Siyasallaşması ve Partizanlık', (1976) 9(4) Amme İdaresi Dergisi, 9-32.

Uz A ve Demircioğlu M Y, *Sözlü-Mülakat Sınavları ve Yargısal Denetim*, (1. Baskı, Adalet 2012)

Van Acker W, 'Civil Service Recruitment: Recruiting the Right Persons the Right Way', (2019) (20) Governance Notes, 1-5.

Yılmaz H, 'Hâkim ve Savcı Adayı Alımında Mülâkat Sınavına İlişkin Hukuksal Sorunlar', (2011) (93), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 35-52.

GENEL OLARAK YASAK İŞLEMLER*

Prohibited Transactions in General

  Nagehan KIRKBEŞOĞLU**

ÖZET

Anne ve baba, velayetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler. Velayetin kaldırılması sebepleri varsa ve velayet ana babanın her ikisinden kaldırılırsa çocuğa bir vasi atanır. Ergin olup kısıtlama gerektiren sebeplerle kısıtlanan her ergin kişiye de vasi atanır. Aynı şekilde kısıtlanan ergin çocuklar kural olarak vesayet altına alınmayıp velayet altında bırakılır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) 449. Maddesine göre vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlamalarda bulunmak yasaktır. Madde hükmünde her ne kadar vesayet altında ibaresi zikredilmiş olsa da madde hükmünün velayet altındaki sınırlı ehliyetsizleri de kapsadığı kabul edilmektedir. Vesayet altındaki kişi TMK.m.449 hükmünde ve mevzuatın çeşitli hükümlerinde sayılan işlemleri ne bizzat kendisi ne de vasinin izni ile yapabilmektedir. Aynı şekilde vasinin de bu işlemleri vesayet altındaki kişi adına yapması mümkün değildir. Biz bu çalışma ile genel olarak yasak işlemlerin uygulama alanını ortaya koymaya çalışarak yasak işlemleri mukayeseli hukuk çerçevesinde incelemeyi amaçladık. Ancak bunu yaparken çalışma alanımızı kefil olma, vakıf kurma, önemli bağışlamada bulunma ve rekabet yasağı sözleşmesi ile sınırlı tutmayı uygun gördük.

Anahtar Kelimeler: Vasi, Yasak işlemler, Veli, Vesayet, Velayet

ABSTRACT

Father and mother are the legal representatives of their children against third parties within the framework of their custody. If there are enough reasons to remove custody and if custody is removed from both parents, a guardian is assigned to the child. A guardian is also assigned to every adult who is of age and restricted due to reasons requiring restriction. Likewise, restricted adult children are not placed under guardianship as a rule, but are left under custody. According to Article 449 of the Turkish Civil Code (TCC) No. 4721 being a

*İnceleme Makalesi.

Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 13.07.2023, Kabul Tarihi: 10.08.2023.

**Doç. Dr., Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi - Fethiye İşletme Fakültesi.



surety, establishing a foundation and making significant donations on behalf of the person under guardianship is forbidden. Although the phrase under guardianship is used in the article provision, it is accepted that the article provision includes limited incompetent persons under custody. The person under guardianship cannot perform the transactions listed in Article 449 of the Turkish Civil Code and in various provisions of the legislation either by herself or with the permission of the guardian. Likewise, it is not possible for the guardian to carry out these transactions on behalf of the person under guardianship. With this study, we aimed to reveal the application area of prohibited transactions in general and to examine prohibited transactions within the framework of comparative law. However, while doing this, we have deemed it appropriate to limit our field of work to being a surety, establishing a foundation, making important donations and a non-compete agreement.

Keywords: Guardian, Prohibited Transactions, Custodian, Guardianship, Custody

I. MUKAYESELİ HUKUKTA YASAK İŞLEMLER

A. Avusturya Hukukunda

Avusturya Hukukunda Türk Hukukunda olduğu gibi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu¹ 449. maddesinde öngörülmesi gibi bir işlem yasağı söz konusu değildir. Bu anlamda kefil olma, önemli bağışlamalarda bulunma ve vakıf kurma işlemleri bakımından bir işlem yasağının bulunduğu bahsedilemez. § 154 Abs. 3 ABGB hükmüne göre mülkiyetin devrine ilişkin işlemlerin olağan ticari faaliyetlerin bir parçası olmaması koşuluyla, bu işlemlerin bir ebeveynin rızası, yasal olarak etkili olabilmesi için diğer ebeveynin rızasını ve mahkemenin onayını gerektirir. Bu koşul altında, buna özellikle gayrimenkul satışı, ipotek ve benzeri takyidat, sınırlı ayni hak tesis etme, iktisap, mülkiyet türünü değiştirme (örneğin müstakil yapıyı yıkarak kat mülkiyetli apartman yapma), ayrıca bir şirketin amacındaki değişiklik, tasfiyesi, satışı, bir şirket veya kooperatife ortak olma veya şirket türünün değiştirilmesi, miras hakkından feragat, bir mirasın koşulsuz kabulü (böylece terekenin borçlarında da sorumluluk), yüklemeli bir bağışlamanın kabulü veya bağışlama önerisinin reddi, §§ 230a ve 230b'de düzenlenen haller dışında yargılamanın gerektirdiği teminat yatırma gibi işlemler dahildir. Dolayısıyla olağan ticari faaliyetler kapsamındaki bağışlamalar ebeveynler tarafından tek başına yapılabilecektir. Doktrinde olağan ticari faaliyetler kapsamında kalsa bile bağışlama sözleşmesinin yasal temsilci tarafından tek başına yapılmasının ne kadar isabetli olduğu tartışılmaktadır². Olayların birçoğunda borçlandırıcı işlemlerin önemli bir para meblağını içerdiğinden bahisle ki çoğu zaman bu bir bağışlamadan ibaret olmaktadır yasal temsilcinin tek başına hareket olmasının bulunmaması gerektiği

¹ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG: 8.12.2001/24607

² Heinrich Klang ve Franz Gschnitzer, *Kommentar zum ABGB*, 1. Band, 2.Halbband (2.Auflage, Österreichischen Staatsdruckerei 1962) 678.

düşünülmektedir. Doktrinde bir görüş de evli çiftlerin mal rejimi sözleşmesi yapmasının yasak işlem olması gerektiği savunmaktadır³.

B. Fransız Hukukunda

Fransa'da yasal temsilcinin görevleri iki şekilde şekillenmektedir: 1- kişisel yönetim 2- malvarlığı yönetimidir. Kanundan doğan yasal temsilcinin ana görevi özellikle malvarlığı yönetiminde gündeme gelmektedir. Malvarlığı yönetimi şeklinde kendini gösteren yasal temsilcilik Fransız Medeni Kanununun 450.maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin amacı hiç şüphesiz sınırlı ehliyetsiz kişiyi borçlandırıcı işlemler çerçevesinde kendine karşı bile "tuteur ad hoc" ⁴ yoluyla korumaktır. Fransız hukukunda yasak işlemler müessesesi tanınmış olup, Fransız Medeni Kanununun 450. maddesinin 3.fıkrası bazı işlemler bakımından sınırlı ehliyetsizin ve dahi yasal temsilcinin onun adına işlem yapamayacağından bahsetmiştir. Bunun dışında sınırlı ehliyetsizin kendine ait taşınır ve taşınmaz eşyaları satması da madde hükmü kapsamında kabul edilmektedir⁵. Ancak burada yasak işlem mutlak değildir. Yasal temsilci bu işlemlere rıza gösterirse işlem geçerli olacaktır. Aynı şekilde sınırlı ehliyetsiz bir kimsenin borcu için taşınmazı üzerinde ipotek veremez⁶. Yine kendi taşınmazını başkası lehine sınırlı bir ayni hak ile kayıtlayamaz. Bir taşınmazdaki kendi lehine olan sınırlı bir ayni hakkı terkin ettiremez. Hatta bir görüşe göre sınırlı ehliyetsizin kiralayan olduğu bir taşınmazda kira sözleşmesini tek taraflı olarak kendi başına feshedemeyeceği ileri sürülmektedir⁷. Ancak bu işlemlerdeki yasak mutlak değildir. Sınırlı ehliyetsiz her nasılsa bu işlemleri yaptıysa yasal temsilci sonradan icazet vererek işleme geçerlilik kazandırabilir. Doktrinde yasal temsilcinin aleyhine olacak şekilde oldukça fazla meblağlı işlemlere yasal temsilcinin de icazet veremeyeceği görüşü bulunmaktadır⁸.

Fransız Medeni Kanunu 505. maddesinde yasak işlem olarak karşımıza sınırlı ehliyetsizi yükümlülük altına sokan bağışlama sözleşmesi çıkmaktadır. Bu yasak özellikle 16 yaşından küçükler bakımından ve mal rejimi sözleşmeleri bakımından gündeme gelmektedir. Doktrinde karma bağışlamaların da yasak işlemlerden olduğu kabul edilmektedir ⁹. Bağışlamalara sadece sadaka vermek ve alışıl gelmiş geleneksel hediyeler (düğünde takılan takılar gibi) bakımından izin verilmektedir. Bunun dışında karma bağışlamalar da yasak işlem kapsamındadır. Aynı şekilde Fransız Ticaret Kanunu hükümlerine göre şirket birleşmesi

³ ibid 679.

⁴ "Tuteur ad hoc koruma kapsamında sınırlı ehliyetsiz kendisi dahi tek başına işlem yapamayacak olup, yasal temsilcisi dahi sınırlı kapsamda onun adına işlem yapabilecektir.

⁵ Marcel Planiol ve René Savatier, *Traité pratique de droit civil français, Tomé I: Les personnes* (2e éd, Revue internationale de droit comparé 1952) 655. Henry Moreau, *Des fonctions du tuteur*, (Librairie des Juris-Classeurs 1933) 204, Marc Juster, *La representantion du mineur par son tuteur* (Hachette Livre-bnf 1900) 134.

⁶ Moreau (n 4) 205.

⁷ Gabriel Marty ve Pierre Raynaud, *Droit civil, Les personnes* (2eéd, Paris Sirey 1967) 572.

⁸ Moreau (n 4), 206.

⁹ Gabriel Marty ve Pierre Raynaud (n 6) 600.

şeklindeki işlemler de yasak işlem kapsamındadır. Aynı şekilde sınırlı ehliyetsizin mirastan feragat şeklinde yaptığı miras sözleşmesi de yasak işlem kapsamındadır. Sınırlı ehliyetsizin kefil olduğu sözleşmeler bakımından yasak işlemin gündeme gelmesi konusu Fransız pozitif hukukunda düzenlenmiş değildir. Ancak doktrindeki hakim görüşe göre sınırlı ehliyetsizin kefil olması yasak işlem kapsamındadır¹⁰. Vakıf kurma işlemi bakımından yasak işlem konusu Fransız pozitif hukukunda düzenlenmiş değildir. Doktrinde de vakıf kurma işleminin yasak işlem olacağına ilişkin bir görüş ileri sürülmemiştir. Bu nedenle vakıf kurma işlemi yasak işlem kapsamında değildir.

C. Alman Hukukunda

Alman Hukukunda da önemli bağışlamada bulunma bakımından yasak işlem BGB § 1804 hükmünde düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, yasal temsilci sınırlı ehliyetsiz adına ve hesabına önemli bağışlamada bulunamaz. Bu maddenin kapsamına ahlaki görevin ifası durumundaki bağışlamalar ve geleneksel bağışlamalar girmez. Yasal temsilci ve sınırlı ehliyetsiz bakımından getirilen bu yasak kıyasen velayet altındaki küçükler bakımından da geçerlidir. Bunun dışında sadaka gibi önemli olmayan bağışlamalar madde hükmü kapsamına girmez ve yasak işlem sayılmaz¹¹. Sınırlı ehliyetsiz her nasılsa önemli bağışlamada bulunmuşsa bu işlem kesin hükümsüzdür. Doktrinde bir görüş böyle bir işlemin askıda hükümsüz olduğunu, vesayet makamının ya da yasal temsilcinin icazeti ile geçerlilik kazanabileceğini ileri sürmüştür¹². Aynı şekilde BGB § 1641 uyarınca ana babanın çocuk adına bağışlama yapması yasaklanmıştır.

Alman hukukunda başkaca bir yasak işlem öngörülmemiştir. Vakıf kurma işlemi de yasak işlemler arasında zikredilmemiştir, yalnızca vesayet makamının veya yasal temsilcinin onayı ile geçerlilik kazanabileceği öngörülmüştür. Aynı şekilde kefil olma, ipotek verme ve üçüncü kişinin fiilini taahhüt ve benzeri işlemler de kanunen yasak işlemlerden sayılmamasına rağmen doktrinde bu tarz işlemlerin de yasak işlem olması gerektiği yolunda görüşler ileri sürülmüştür¹³.

D. İsviçre Hukukunda

İsviçre Medeni Kanununun 412.maddesine göre “vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve bağışlarda bulunmak yasaktır”. Alışıl gelmiş hediyeler vermek madde hükmünün kapsamı dışındadır. ZGB Art.412 hükmü yasal temsile ilişkin bir sınırlandırma getirmiştir. Buna göre madde hükmünde sayılan işlemleri yasal temsilci yapamadığı gibi, sınırlı ehliyetsiz de yapamaz. Madde hükmünde her ne kadar vesayet altındakilerden

¹⁰ Henri Mazeaud ve Léon Mazeaud, *Leçon de droit civil, Tomé I* (Montchrestien, 1967) 629.

¹¹ Julius Staudinger ve Helmut Engler, *Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetz* (10./11. Auflage, de Gruyter 1969) 1084.

¹² Otto Palandt, *Kommentar zum BGB, Beck'sche Kurzkommentare zum BGB* (45. Auflage, C.H. Beck 1986) 775.

¹³ Walter Ermann, *Handkommentar zum BGB in zwei Bänden, Bd. II* (7. Auflage, Aschendorff 1981) 1082.

bahsedilmekte ise de madde hükmünün velayet altındaki sınırlı ehliyetsizleri de kapsadığı kabul edilmektedir¹⁴. Aynı şekilde madde hükmünün ikinci fıkrasında kendisi veya ailesi için önemli bir değere sahip olan malvarlığının da devredilemeyeceği düzenlenmiştir. ZGB Art. 416'ye göre "Yasal temsilcinin vesayet altındaki kişi adına yaptığı aşağıdaki işlemler için vesayet makamının onayı gerekir:

1. taşınmazın tahliyesine ilişkin işlemler, ilgili kişinin yaşadığı yer için sözleşmenin feshi;
2. kişisel verilerin korunmasına ilişkin sözleşmeler,
3. Miras sözleşmeleri ve miras sözleşmelerinin yanı sıra açık bir beyan gerektiriyorsa, bir mirasın kabulü veya feragat edilmesi,
4. Olağan idari işlemlerin ötesine geçen arazi ve binaların iktisabı, satışı, rehni ve diğer aynı takyidatları,
5. Diğer varlıkların iktisabı, satışı, rehni ve bu işlemler olağan idare ve yönetimin yönetimine girmeyen intifa hakkı tesisi,
6. Önemli miktarda kredi almak ve vermek, kambiyo senetlerine borç girmek,
7. Hayat sigortası ve rehin sözleşmeleri ile mesleki emeklilik çerçevesinde bir iş sözleşmesi ile ilgili olmayan hayat sigortası poliçeleri,
8. Bir işletmenin satın alınması veya tasfiyesi, kişisel sorumluluk veya önemli öz sermaye payı ile bir şirkete giriş,
9. Acil durumlarda vasi tarafından geçici tedbirlere tabi olmak kaydıyla ödemedi aciz vesikası almak, dava açma, uzlaşma, tahkim anlaşması veya konkordato anlaşması yapılması."dır. Aynı maddenin 2.fıkrasına göre, vesayet altındaki kişi kendi kararlarını verebilme ve muhakeme kabiliyetine muktedir ise vesayet makamı tarafından işlem ehliyetinin sınırlanmayacağı düzenlenmiştir. Söz konusu madde hükmünün Art.412'ye istisna getirip getirmediği doktrinde tartışılmıştır. Yani vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz vesayet makamı tarafından yetkilendirilmiş ise o taktirde Art.412'de sayılan işlemleri yapabilecek midir? Doktrindeki çoğunluk görüşe göre Art. 412'de sayılan işlemler yetkilendirilen bir meslek veya sanatın uygulanması için yapılmakta ise o taktirde izin verileceği yönündedir¹⁵. Doktrininde ivazlı mirastan feragat sözleşmesi niteliğinde miras sözleşmesi yapmak da yasak işlemler arasında

¹⁴ Marcel Koepfel, *Verbotene Geschäfte (insbesondere Art.408)* (Fehr Druck 1989) 45.

¹⁵ Josef Kaufmann, 'Die Stellung des Beirates nach Art.395 Abs.1 ZGB', (1924) Schweizerische Juristen Zeitung, 125, 126, August Egger, *Kommentar zum Zivilgesetzbuch; Bn. II: Das Familien recht; 3. Abteilung: Die Vormundschaft (Art.360-456)* (2. Auflage, Schulthess 1948) 443. Marianne Lindegger, 'Die Rechte des Mündels im Schweizerischen ZGB: insbesondere der Ausschluss der Vertretungsmacht des Vormundes, das eigene Handeln und die Mitwirkung des Bevormundeten, Abhandlungen zum schweizerischen Recht', (DPhil Thesis, Universität Basel 1952) 35.

kabul edilmektedir¹⁶. Son olarak alışlagelmiş ve örfe dayalı bağışlamaların Art. 412 kapsamında yer almayacağı kabul edilmektedir¹⁷.

Son olarak Art. 240 Abs.2 hükmünde fiil ehliyetine sahip olmayan kişi adına yasal temsilcinin önemli önemsiz ayrımı olmaksızın bağışlama yapamayacağı, olağan hediyeler bakımından istisnanın söz konusu olduğu düzenlenmiştir. Özetle İsviçre Hukukunda hem önemli hem önemsiz bağışlama bakımından yasak söz konusu olup istisnai olarak yasal temsilci tam ehliyetsiz adına sadece olağan hediyelere ilişkin işlem yapabilir.

E. Türk Hukukunda

1. TMK m. 449'da Düzenlenen Yasak İşlemlerin Amacı ve Niteliği

Mevzuatın farklı yerlerinde öngörülen yasak işlemler bir kenara bırakılacak olursa vesayet ve velayet altındaki kişilerin ve onların yasal temsilcilerinin tabi olduğu işlem yasağına ilişkin özel hüküm TMK.m.449 hükmüdür. TMK.m. 449'a göre "vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak yasaktır". 743 sayılı Türk Kanunu Medenis'i'nin 392.maddesi metni şu şekildeydi: "Vasi, vesayeti altındaki kimsenin malını hibe veya vakfedemeyeceği gibi onun hesabına kefalet de yapamaz". 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 449. madde gerekçesinde madde hükmünün ratio legis anlamına gelecek bir ifadeye rastlanmamaktadır. Gerekçe şu şekildedir; "Madde, yürürlükteki 392 nci maddeyi karşılamaktadır. Yürürlükteki maddede vasinin bağış yapamayacağı öngörülmüşken yeni düzenlemede yasak olarak yapılan bağışın önemli olması koşulu getirilmiştir. TMK. m. 449'da belirtilen hukuki işlemlerin kanun koyucu tarafından "yasak işlemler" başlığı altında düzenleme altına alınmasının gerekçesinin, belirtilen bu işlemlerin hükmün uygulandığı vesayet altındaki kişiler açısından ivazsız olup yapılmaları halinde sadece onların ekonomik yaşamlarını tehlikeye düşürmelerinin istenmemesi olduğu ifade edilmiştir¹⁸. Hakkında yeteri kadar düşünülmeden yapıldığında kişinin ekonomik varlığının mahvına sebep olma gibi olumsuz neticeler meydana getirme tehlikesi barındırdığından bu hukuki işlemler niteliği itibarıyla yasak işlem olarak kabul edilmiştir¹⁹. Bu nedenle vesayet veya velayet altındaki kişiler bu işlemleri tek başlarına yapamayacakları gibi onları temsilen kanuni temsilcileri tarafından da yapılmaları söz konusu olamaz. Her ne kadar madde metninin lafzından açıkça anlaşılmasa da madde hükmünün düzenleme amacı ve vasinin temel vazifesinin vesayet

¹⁶ Audrey Leuba, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art.1-456 ZGB*, (3.Auflage, Helbing Lichtenhahn 2006), 2087.

¹⁷ Florian Schiefer, 'Schenkungen aus dem Vermögen Betreuter', (DPhil Thesis, Georg- August Universität 2008) 105.

¹⁸ Koeppl (n 13) 53-54. Hans Heft, *Die Vormundschaftliche Amtsführung*, 67. Heft (Verlag von Stämpfli & Cie 1916) 153; Ferit H. Saymen ve Halid K. Elbir, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku*, Cilt: III (2. Bası, Hak Kitabevi 1960) 569. Hıfzı V. Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku, Umumi Esaslar-Şahsın Hukuku- Aile Hukuku- Miras Hukuku- Eşya Hukuku (Ayni Haklar)* (3. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1963) 513.

¹⁹ Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, Cilt:1 (10. Bası, Beta Yayınevi 2021) 332.

altındaki kişinin zarar görmesine mani olarak onu ekonomik açıdan muhafaza etmek ve malvarlığını büyük oranda azaltacak işlemlerden onları korumak olduğu dikkate alındığında bu sonuca ulaşılmaktadır²⁰. Özellikle sınırlı veya tam ehliyetsiz bakımından kefaleti yasaklama İsviçre Hukukunda kefaleti teşvik etmeme yönündeki genel eğilimin sonucudur²¹. Kefalet her zaman tehlikeli bir kurum olmuştur ki İsviçre’de kanun koyucu kefilleri koruyucu bir takım tedbirler ihdas etmiştir. Kefil kendisini tek tarafa borç yükleyen sözleşme ile bağlarken, söz konusu bağlılığın kural olarak asıl borçlunun edimini yerine getirmeme şartına bağlı olmasından dolayı çoğu zaman üstlendiği riskin farkında değildir. Kefilin borçluyla beraber eş zamanlı olarak sorumlu olması halinde bile kefilin borcu borçlunun ödeyeceği yönünde bir ümidi ve beklentisi mevcuttur.

TMK.m.449 hükmü emredici nitelikte bir hüküm olup, taraflarca aksi kararlaştırılmaz. Aynı şekilde TMK.m.449’daki işlem yasağı TMK. m. 342/f.3 hükmüyle yapılan atıf dolayısıyla velayet altındaki küçükler için de geçerlidir. Yine kanaatimizce de isabetli olarak TMK.m.449 yönetim danışmanlığı bakımından uygulama alanı bulurken, temsil danışmanlığı ve kayyımlik bakımından uygulama alanı bulmaz²². Nitekim yönetim danışmanlığı bakımından kendisine yönetim danışmanı atanan kimse kendi malvarlığına ilişkin sermaye unsurları üzerinde yönetim olanağından yoksun olduğundan fiil ehliyeti yönetim işleri bakımından sınırlıdır. Yönetim danışmanı ise bu yönetim alanındaki işlemleri tek başına danışanın adına ve hesabına yapabilir. Bu noktada TMK.m.449 hükmü yönetim danışmanı ve kendisine danışman atanan kişi bakımından malvarlığının sermaye unsurları bakımından yönetimi ile ilgili işlemlerde uygulama alanı bulur. Kendisine temsil (katılım) danışmanı atanan kimse de TMK. m.429’da sayılan işlemleri yapma hususunda fiil ehliyeti sınırlanmış durumdadır. Bu işlemler arasında kefil olma²³ ve bağışlama zaten bulunmaktadır. Bu sayılan işlemler için ise vesayet dairelerinin iznine gerek yoktur²⁴. TMK.m.429’da sayılan işlemler dışında kalanlar bakımından ise kendisine temsil danışmanı atanan kişi tam ehliyetli durumdadır. Bu nedenle TMK.m.449 bu durumda bahse konu olmaz. Kayyımlik ise temsil kayyımılığı ve yönetim kayyımılığı olmak üzere iki türde gündeme gelebilir. Yönetim kayyımılığı TMK.m.460’daki olağan yönetim faaliyeti çerçevesinde yalnız o malvarlığının yönetimi ve korunması için gerekli işlemlerin yapılması ile sınırlıdır. Temsil kayyımılığı ise TMK.m.426’da belirtilen şartlarda gündeme gelmektedir. Gerek temsil kayyımılığı gerekse yönetim kayyımılığı TMK.m. 458 uyarınca kendisine kayyım atanan kişinin fiil ehliyetini etkilemez. Eğer tam ehliyetli kişiye kayyım atanmışsa kendisi ehliyetini korur. Eğer sınırlı veya tam ehliyetsiz kişiye kayyım atanmışsa kişinin ehliyet durumunda bir değişiklik olmaz. Bu son durumdaki

²⁰ Ali İhsan Özüğür; *Velayet- Vesayet- Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku* (Seçkin Yayınları 2002) 749.

²¹ Koepfel (n 13) 54.

²² Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, Cilt III (11. Bası, Filiz Kitabevi 2016) 419.

²³ Yasal danışmanın izni veya olmadan yapılan kefalet sözleşmesi tek taraflı bağlamazlık yaptırımına tabi olacağı görüşünde bkz: Burak Özen, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, (2.bası, Vedat Yayınevi, 2012) 168.

²⁴ Dural, Öğüz ve Gümüş, (n 22) 458. Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku*, (9. Bası, Adalet Yayınevi 2020) 114 vd.

kişinin zaten kendisine kayyım atanmasından bağımsız olarak yasak işlemleri yapması mümkün olmadığı gibi yasak işlem yapılması amacıyla kendisine kayyım atanması da mümkün değildir.

TMK.m.449'da sayılan işlemler TMK.m.453'de belirtilen meslek veya sanatın icrası veya TMK.m.455'deki serbest malların yönetimi kapsamında sayılan işlemler hariç sınırlı ehliyetsizin ekonomik varlığını tehdit ettiği kabul edilmektedir²⁵. İsviçre Hukukunda da mehaz Art. 412 hükmünün ratio legisi olarak vesayet altındaki kişinin ekonomik varlığını tehdit edebilecek işlemlere karşı korumak olduğu belirtilmiştir²⁶. Aynı şekilde vesayeti gerektiren bir sebeple vesayet altındaki kişi tarafından akdedilen söz konusu hukuki işlemlerin vasinin icazetiyle geçerli duruma getirilmesi de söz konusu olmamaktadır²⁷. Bu özellik dikkate alındığından dolayı TMK.m.449 hükmünde fiil ehliyetinin değil de hak ehliyetinin sınırlandığı savunulmaktadır²⁸. Bunun sebebi olarak, söz konusu hakların temsile elverişli işlemlerden olmadığı, bu nedenle de velayet veya vesayet altındaki kişilerin söz konusu haklara hiçbir zaman sahip olma iktidarından söz edilemeyeceği belirtilmiştir.

II. TÜRK HUKUKUNDA GENEL OLARAK YASAK İŞLEMLER

A. Genel Olarak

Kanun koyucu vesayet altındaki kişilerin bizzat veya yasal temsilcilerinin (ve vesayet makamının²⁹) onları temsilen yapamayacakları hukuki işlemleri önceden tespit etmiştir. Bu işlemler TMK.m.449'da zikredilmiş olup, doktrindeki bir görüşe göre bunlarının sayılarının çoğaltılması mümkün değildir³⁰. Bu görüşe göre, işlem serbestisi ilkesinin uygulanmasını daraltan yasaklayıcı hükümler dar yorumlanmalıdır. Ancak kanaatimizce; yasak işlemler TMK.m.449'da sayılanlardan ibaret değildir. Mevzuatın çeşitli yerlerinde bazı işlemlerin sadece ve sadece tam ehliyetli kişiler tarafından yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu hükümler gereği sınırlı ehliyetsizin ve onun adına yasal temsilcisinin ilgili işlemleri yapmaları mümkün değildir. Bunun dışında doktrinde de yasak işlem olarak kabul edilmesi gereken bazı işlemler ileri sürülmüştür³¹. Bunlar;

²⁵ Koepfel (n 13) 53.

²⁶ ibid, 54.

²⁷ Leuba (n 15) 2084; Saymen ve Elbir (n 16) 569; Ferit H. Saymen, *Türk Medeni Hukuku, Şahsın Hukuku*, Cilt II (Kenan Matbaası 1948) 103; Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan Kitabevi 2015) 829. Feyzi N. Feyzioğlu, *Aile Hukuku* (8. Bası, Filiz Kitabevi 1986) 660.

²⁸ Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman (n 17) 332; Yazarlar açıklamalarının devamında ilgili haklardan yararlanabilmek için tam ehliyetli olmak (ayırt etme gücüne sahip ve ergin olmak ile kısıtlı olmamak) gerektiğinden bu haklara sahip olma ve bunları kullanma şartlarının birbirleriyle örtüştüğünü ifade etmişlerdir. Aslı Açıkgöz, *Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Haller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları* (Onikilevha Yayınevi 2017) 294-295.

²⁹ Leuba (n 15) 2083, Kaufmann (n 14) 12.

³⁰ Saymen ve Elbir (n 16) 569; Saymen (n 22) 103.

³¹ Açıkgöz (n 28) 295.

-“kooperatiflere üye olmak (Kooperatifler Kanunu³² m.8/1 c.1); “Kooperatif ortaklığına girmek için gerçek kişilerin medeni hakları kullanma yeterliliğine sahip olmaları gerekir”

-dernek kurmak³³ (Dernekler Kanunu³⁴ m.3/1): “Fiil ehliyetine sahip gerçek veya tüzel kişiler, önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir”, vesayet veya velayet altındaki tam ehliyetsiz kişinin organ başlması³⁵, -mirasbırakan konumunda miras sözleşmesi yapmak (TMK.m.503): “miras sözleşmesi yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve ergin olmak, kısıtlı bulunmamak gerekir”. Aynı şekilde taraf olduğu mirastan feragat sözleşmesinde ivazsız feragat bildiriminde bulunmak³⁶ da” yasak işlemler arasında kabul edilmektedir³⁷.

B. Rekabet Yasağı Sözleşmesi

İşçinin rekabet yasağı sözleşmesi yapabilmesi fiil ehliyetine sahip olması koşuluna bağlıdır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)³⁸ 444. maddesi 1. fıkrasına göre “Bir işçinin, işvereni ile rekabet yasağı sözleşmesi yapabilmesi için işçinin fiil ehliyetine sahip olması gerekmektedir”. Anılan madde hükmünde, açık bir şekilde fiil ehliyeti şartı arandığı için; işçi ayırt etme gücünü haiz olmalı, ergin olmalı ve kısıtlı olmamalıdır. Yani işçinin velayet veya vesayet altında olmaması gerekmektedir. Bir görüşe göre, “söz konusu normun amacı, genç işçilerin taraf oldukları bir sözleşme hükmü sebebiyle, belli bir olgunluğa erişmeden mesleki gelişmelerinin engellenmesini önlemektir”³⁹. Bundan dolayı, velayet

³² Kooperatifler Kanunu, Kanun No: 1163, Kabul Tarihi: 24.04.1969, RG. 10.05.1969/13195.

³³ Aydın Zevkliler, Beşir Acabey ve Emre Gökyayla, *Medeni Hukuk* (5. Bası, Savaş Yayınları 1997) 341.

³⁴ Dernekler Kanunu, Kanun No: 5253, Kabul Tarihi: 04.11.2004, RG. 23.11.2004/ 25649.

³⁵ Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (9. Bası, Onikilevha Yayınevi 2022) 442; Y.18 HD. 16178/3998, 6.3.2014 “Yasa koyucu, vasiyetin yapılmasının yasak olduğu iş ve işlemleri, vesayet makamının izni gereken haller ile vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izninin gerekli olduğu halleri açıkça saymakla, bunun dışındaki iş ve işlemlerin yapılamayacağını da göstermiştir. Kaldı ki, en temel insan hakkı olan yaşam hakkı ve vücut bütünlüğüne ilişkin olarak Anayasa’da, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı, Türk Medeni Kanunu’nda ise, ancak yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve naklinin mümkün olacağı, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan da edimini yerine getirmesinin istenemeyeceği, maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Yukarıda açıklanan mevzuatın emredici hükümleri dikkate alındığında Ereğli Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 23/1/2013 gün 2010/453 Esas 575 Karar sayılı hükmü ile kısıtlı Ş.Y.’dan kardeşi E.Y.’a böbrek nakli hususunda irade beyanında bulunmak ve bu doğrultuda gerekli işlemleri yapmak üzere vasi T.Y.’ye izin ve yetki verilmesine ilişkin karar usul ve yasaya aykırıdır.” (Kazancı Otomasyon Programı) 21.04.2022 tarihinde erişildi.

³⁶ Leuba (n 15) 2087.

³⁷ Açıkgöz (n 28) 295.

³⁸ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.1.2011, RG 4.2.2011/27836.

³⁹ M. Tarık Güler, ‘İş Hukukunun Emredici Yapısı Işığında Rekabet Yasağı Sözleşmesi’, (2015), (118), Mayıs-Haziran, TBB Dergisi, 313, 330’dan naklen. Aynı yönde bkz: Emre Ertan, ‘İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı’, (DPhil Thesis, Galatasaray Üniversitesi 2012).

veya vesayet altındaki kişilerin akdettiği rekabet yasağı sözleşmelerinin kesin hükümsüz olduğu ileri sürülmektedir. Kanaatimizce de TBK m.444/1 hükmünün kapsamına, velayet veya vesayet altındaki kişilerin rekabet yasağı taahhüdünde bulunması da girmektedir. Anılan hükmün ihlal edilmesi halinde, bu sözleşme kesin hükümsüz kabul edilecektir. Söz konusu düzenleme ile velayet veya vesayet altındaki kişiler açısından net ve tartışılmaya mahal bırakmayacak bir düzenleme öngörülmüştür. Ancak doktrindeki bir görüşe göre⁴⁰, vesayet altındaki kişi ayırt etme gücüne sahip olması şartıyla, yasal temsilcisi vasıtasıyla veya bizzat kendisinin yapacağı sözleşmeye sonradan yasal temsilcisinin icazet vermesi koşuluyla rekabet yasağı sözleşmesi akdedebilir.

Fiil ehliyeti hakkında kısaca belirtmek gerekirse; "Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır" (TMK.m.10). Yine "On sekiz yaşın doldurulması ile başlayan erginlik, evlenmek ile veya mahkeme kararı ile de kazanılabilir" (TMK.m.11). Buna göre evlenme veya mahkeme kararı ile ergin kılınarak tam ehliyetli hale gelen kişiler de rekabet yasağı sözleşmesi akdedebilirler.

Burada asıl dikkat edilmesi gereken hususlardan en önemlisi de, velayet veya vesayet altında olanların, veli veya vasilerinin izni ya da icazeti bulunsa dahi, rekabet yasağı sözleşmesini yapamayacaklarıdır⁴¹. Benzer şekilde vesayet veya velayet altındaki kişi adına yasal temsilci de rekabet yasağı sözleşmesi yapamaz.

Kanaatimizce rekabet yasağı anlaşmaları bakımından bir yasak işlem söz konusudur. Nitekim kanun koyucu fiil ehliyetine sahip olmayan kişilerin ekonomik alandaki hareket ve işlem özgürlüğünün sınırlandırmamak maksadıyla sözleşmenin akdedildiği sırada işçinin tam ehliyetli olma şartını aramıştır. (TBK.m.444/f.1). Nitekim rekabet yasağına ilişkin irade beyanında bulunan işçi kişiliğini ilgilendiren bir hususta yükümlülük altına girmektedir ve bu nedenle şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu ileri sürülmektedir⁴². Bundan dolayı yasal temsilci tarafından dahi rekabet yasağı sözleşmesi yapılması mümkün değildir.

C. Kefil Olma

TMK. m. 449 hükmü ile yasaklanan işlemlerden biri de kefil olmaktır. Kefalet sözleşmesine ilişkin tanım TBK. m.581'de şu şekilde yer almaktadır: "*Kefalet sözleşmesi; kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir*". Velayet veya vesayet altındaki kişilerin üçüncü kişilerin borcu için

⁴⁰Atike Eda Manav, 'İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları' (2010) (S.87) TBB Dergisi 322, 329; Aksi yönde görüş için bkz.; Nuray Kovancı, 'Türk İş Hukuku'nda Rekabet Yasağı Sözleşmesi' (2017) (S.31) TAAD 769, 776-777.

⁴¹İbrahim Akdoğan, 'İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı', (Master Thesis, İstanbul Aydın Üniversitesi 2019) 24.

⁴²Atike Eda Manav, 'Rekabet Yasağı Sözleşmeleri' (Master Thesis, Gazi Üniversitesi 2004) 88.

kefil olmaları mümkün değildir. Zira velayet veya vesayet altındaki kişinin bizzat kendisi veya vasi/veli vesayet/velayet altındaki kişi adına üçüncü kişinin borcuna kefil olduğu vakit TMK.m.449 hükmü uygulanacaktır⁴³. Yoksa kefaletten faydalanacak tarafın tam ehliyetli olmasını gerektirmeyen, vesayet altındaki kişi lehine akdedilen kefalet sözleşmeleri bakımından TMK.m.449 hükmü uygulanmaz⁴⁴. Hatta vasinin (velinin veya kayyımın icazetine ihtiyaç olmaksızın) vesayet altındaki kişinin kendi borcu için kefil olunmasında hukuki bir engel bulunmadığı için söz konusu işlem geçerli olarak kabul edilmektedir⁴⁵. İfade etmek gerekir ki, TMK.m.449 hükmünde yasaklanan kefalet kavramı altında yasaklanan işlemler kapsamına kefaletin çeşitleri olan adi kefalet (TBK. m. 585), kefile kefalet (TBK.m. 588/f.1), rücu kefalet (TBK.m.588/f.2), birlikte kefalet (TBK.m.587) ve müteselsil kefalet (TBK.m.586) girmektedir⁴⁶.

Madde hükmünün kapsamına aval⁴⁷, rehin, ipotek, üçüncü kişinin fiilini taahhüt işlemlerinin girip girmeyeceği tartışmalıdır⁴⁸. İsviçre Hukukunda bir görüşe göre, ZGB Art.412 işlem serbestisi ilkesini bertaraf ettiği için istisnai nitelikte bir hükümdür. Bu sebeple söz konusu hükmün dar yorumlanması gerektiği savunulmuştur⁴⁹. Bu noktada İsviçre doktrinindeki hakim görüşe göre ZGB Art. 412 (TMK.m.449) hükmünün kapsamına teminat amaçlı borca katılma sözleşmesi, garanti ve veya sözleşmeye katılma sözleşmesi girmeyeceği kabul edilmekle beraber yine borcun üstlenilmesi de yasak işlemler kapsamına girmez⁵⁰. Buna karşılık Türk hukukunda kanaatimizce isabetli olan bir görüşe göre garanti, sözleşmeye katılma, borcun dış üstlenilmesi veya teminat amaçlı borca katılma sözleşmesi gibi işlemler de TMK.m.449'daki yasaklamanın kapsamına girmelidir⁵¹. Nitekim TBK.m.603 hükmüne göre *"kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır"*. TMK.m.449 hükmünde rehin sözleşmesi yapılması özel olarak öngörülmemiş olsa bile doktrinindeki baskın görüşe göre kanun koyucunun iradesinin teminat amacının ön plana çıktığı rehin işlemini de yasaklama yönünde olduğu kabul edilmektedir⁵². Ancak İsviçre

⁴³ Egger (n 14) 572, Dural, Öğüz ve Gümüş, (n 22) 419-420; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla (n 27) 340.

⁴⁴ Leuba (n 15) 2085; Koepfel (n 13) 108; Açıkgöz (n 28) 300.

⁴⁵ Koepfel (n 13) 108-109. Egger böyle bir halde sözleşmenin iki tarafında da vasinin yer almasıyla onun kendi kendine sözleşme yapıyor gibi bir durum oluşacağını belirtmiştir. Egger (n 14) 572.

⁴⁶ Leuba (n 15) 2084; Kaufmann (n 14) 334, August Egger, *Aile Hukuku, Üçüncü Kısım, Vesayet, Cilt:II, mad.398-456, Türk Medeni Kanunu, 346-438* (Volf Çernis (tr), 2, Adliye Vekaleti Yayınları 1952) 572; Koepfel (n 13) 79-81; Açıkgöz (n 28) 299-300.

⁴⁷ Aval, üçüncü kişinin ya da poliçede imzası bulunanlardan birinin müteselsil sorumluluk hükümlerine göre senet bedelini üstlenmesidir. İsviçre Hukukunda çoğunluk görüşüne göre sınırlı ya da tam ehliyetsizin aval vermesi tıpkı kefalette olduğu gibi yasak işlemlerden sayılmaktadır. Koepfel (n 13) 103, dn.7'de belirtilen yazarlar.

⁴⁸ Bkz: Koepfel (n 13) 82 vd.

⁴⁹ Kaufmann (n 14) 334.

⁵⁰ Leuba (n 15) 2085; Egger (n 14) 572; Kaufmann (n 14) 334.

⁵¹ Açıkgöz (n 28) 301.

⁵² Açıkgöz (n 28) 300 dn.575'teki yazarlar.

doktrinde bir görüş tarafından rehin ve ipotek konusunda rehin veya ipotek vermenin kefil olmaya göre daha düşük risk içerdiği zira rehin veya ipotek verenin yalnızca rehin veya ipotek konusu eşya ile sorumlu olduğu bu nedenle de bu işlemlerin yasal temsilcinin izniyle yapılabileceği savunulmaktadır⁵³. TMK.m.449'un kapsamına rehinin de girdiği kabul edilirse, bu görüşün rehinin vesayet makamının iznine tabi işlemler arasında zikredildiği TMK.m.462 b.1 ve 2 ile çelişki içinde olacağı düşünülebilir. Ancak, bir görüşe göre de TMK.m.449'daki yasak işlemlerin kapsamına rehin sözleşmesinin üçüncü kişinin borcu nedeniyle yapılması durumunun girmesi gerekmektedir. Bu nedenle vesayet altındaki kişinin kendi borcu için rehin sözleşmesi yapması yasak işlem kapsamında görülemez⁵⁴.

Aynı şekilde İsviçre doktrindeki bir görüşe göre, TMK.m.449'un kapsamına garanti sözleşmesi de girmektedir⁵⁵. Garanti sözleşmesi kefalet sözleşmesinden farklı olarak asli bir borçtur ve temeldeki sözleşmenin geçerliliğine bağlı değildir. Ayrıca temel sözleşmedeki borcu asıl borçlu yerine getirmezse garanti veren borçtan bütün malvarlığı ile sorumlu olacaktır. Bu nedenle garanti sözleşmesi sınırlı veya tam ehliyetsiz bakımından kefaletten daha ağır sonuçlar doğurur.

Eğer vesayet altındaki kişi kefalet sözleşmesini vesayet altına alınmadan önce yapmışsa ve mevcut olan kefalet sözleşmesi yenilenmek isteniyorsa bu yenilemenin ancak kendi yararına olması halinde mümkün olduğu düşünülmekle beraber⁵⁶, ayrıca yenileme ile mevcut borca ilişkin verilecek teminatın şartları ağırlaştırılmamalıdır veya yeni bir teminat oluşturulmamalıdır⁵⁷.

İsviçre doktrinde bir görüşe göre, yasak işlem olan kefalet sözleşmesine eşin rıza vermesi kefalet sözleşmesini geçerli kılmamakla beraber, vesayet altındaki kişinin eşin akdettiği bir kefalet sözleşmesine rıza vermesi ile kefalet sözleşmesi geçerli kılınabilir⁵⁸. Türk hukukunda da bir görüş de vesayet altındaki kişinin rızası alınmak suretiyle eşi tarafından akdedilen kefalet sözleşmesinin hukuken geçerli olması gerektiğini ileri sürmektedir⁵⁹.

Son olarak vesayet altındaki kişiye TMK.m.453 hükmü çerçevesinde bir meslek veya sanatı yürütmesi için izin verildiği takdirde, bu meslek veya sanatın yürütülebilmesi için gerekli olan işlemler vesayet altındaki kişi tarafından yapılabilir. O halde izin verilen meslek veya sanatın

⁵³ Koepfel (n 13) 85 dn.10'da belirtilen yazarlar.

⁵⁴ Leuba(n 15) 2084-2085; Koepfel (n 13) 83-84; Açıkgöz (n 28), 300.

⁵⁵ Koepfel (n 13) 96 dn.2'de belirtilen yazarlar.

⁵⁶ Leuba (n 15) 2085; Egger (n 14) 572; Koepfel (n 13) 108.

⁵⁷ Kaufmann (n 14) 334. Kaufmann açıklamasında yenilemeyle mevcut borç dışında yeni bir borcun oluşturulmadığı gerekçesiyle bunun mümkün olduğunu belirtmiştir. Açıkgöz (n 28), 301.

⁵⁸ Leuba (n 15) 2085; Koepfel (n 13), 81, 110-111. Leuba, verilecek rıza bakımından "vesayet altındaki kişi ve onun yasal temsilcisi" ifadesinin kullanarak kimin rıza vereceği hakkında bir yorumda bulunmazken Koepfel ilgili durumu, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar kapsamında değerlendirerek yasal temsilcinin de vesayet altındaki kişi adına rızada bulunabileceği açıklamasında bulunmuştur. ; Açıkgöz (n 28) 301 dn.582.

⁵⁹ Açıkgöz (n 28) 301.

yürütülmesi kapsamında kalan kefalet sözleşmelerinin vesayet altındaki kişi tarafından yapılabileceği kabul edilmektedir⁶⁰.

D. Önemli Bağışlamalarda Bulunma

TMK. m. 449'da yasaklanan işlemlerden biri de önemli bağışlarda bulunmaktır. Bağışlama sözleşmesinin tanımına TBK.m.285/f.1 hükmünde şu şekilde yer verilmiştir: *"Bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir"*(TBK.m.285/1). TMK. m. 449 gereği küçük veya kısıtlının kendi başına veya veli veya vasilerinin onayı ile önemli bağışlarda bulunmaları mümkün değildir. Vasinin vesayet altındaki kişi adına veya vesayet altındaki kişinin yaptığı işleme rıza verme yoluyla önemli bağışlamayı yapması da mümkün değildir. TMK.m.449'da vesayet altındaki kişinin yaptığı her tür bağışlama yasaklanmış değildir, yalnızca onun ekonomik mahvına sebep olabilecek, malvarlığını büyük oranda etkileyecek nitelikteki önemli bağışlamalar yasaklanmıştır. Bir bağışlamanın önemli olup olmadığı her somut olayda hakim tarafından takdir edilmek gerekir. Vesayet altındaki kişinin yaptığı her bağışlama yasak işlemler kapsamında değerlendirilemez zira bilindiği üzere, TMK.m.455 hükmüne göre; *"vesayet altındaki kişi, kendi tasarrufuna bırakılmış olan mallar ile vasinin izniyle çalışarak kazandığı malları serbestçe yönetir ve kullanır."*⁶¹. Kanaatimizce önemli bağışlamalara ilişkin yasak vesayet altındaki kişinin TMK.m.455 uyarınca *"kendi tasarrufuna bırakılmış olan mallar ile vasinin izniyle çalışarak kazandığı malları"* ile ilgili tasarrufunu ve TMK.m.453 gereği *"bir meslek veya sanatın yürütülmesi için"* sahip olduğu malvarlığı üzerindeki tasarrufunu kapsamamalıdır. Zira TMK.m.453 ve TMK.m.455 hükümlerinin yasak kapsamı dışında bırakılması vesayet altındaki kişinin işlem özgürlüğünün sağlanması açısından önemlidir.

Bununla birlikte TMK.m.289'da düzenlenen elden bağışlama, TBK.m.290'da düzenlenen koşullu bağışlama, TMK.m.291'da düzenlenen yüklemeli bağışlama, TMK.m.292'da düzenlenen bağışlayana dönme koşuluyla bağışlama ve bağışlama vaadi gibi işlemlerle gerçekleştirilen önemli bağışlamaların yasak kapsamında olduğu kabul edilir⁶². Bağışlama vaadi vesayet altına alınmadan önce yapılmışsa⁶³ bunun yerine getirilmesi halinde de TMK.m.449 hükmü uygulanmaz⁶⁴. Borcun ifası aşamasında vesayet altında olan kişinin ifayı gerçekleştirmek için vasinin onayını almasına gerek olmadığı kanaatindeyim.

⁶⁰ Özen (23) 163.

⁶¹ Açıkgöz (n 28) 302.

⁶² Leuba (n 15) 2085; Egger (n 14) 573; Koepfel (n 13) 144, 138. Elden bağışlama, bağışlama sözü verme bakımından ve karma bağışlamada karşılıksız kısım önemli bağışlama teşkil ediyorsa yasağın geçerli olduğu yönünde bkz: Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Bağışlama Sözleşmesi*, (1. Bası, Adalet Yayınevi 2016) 46.

⁶³ Karşı görüşte bkz: Egger (n 14) 573

⁶⁴ Leuba (n 15) 2085.

Zira geçerli olarak akdedilmiş borçlandırıcı işlemin ifası niteliğindeki tasarruf işleminin yapılmasında yasal temsilcinin onayının alınmasını gerektiren bir kanun hükmü bulunmamaktadır.

Bir bağışlamaların önemli olup olduğu belirlenirken yapılan bağışlamanın alışlagelmış (adet) olup olmadığı değerlendirilmesi yapılır. Somut olayın şartlarına göre bu değerlendirmede subjektif kriter ise esas alınır. Bu kriter gereği yapılan bağışlamada vesayet altındaki kişinin ekonomik gücü yani kazancı ve sahip olduğu malvarlığı dikkate alınır⁶⁵. Örf ve adet icabı doğum günlerinde veya evlilik yıl dönümlerinde adet üzere verilen hediyeler ya da özel günlerde yapılan ufak çaplı bağışlamalar mali açıdan vesayet altındaki kişinin ekonomik olarak mahvına sebep olmayacağı için ve duyguların paylaşılması amacını taşıdığından bu tarz bağışlamalar TMK.m.449 hükmü kapsamına girmez⁶⁶. Yine vesayet altındaki kişinin yakınına ekonomik değeri küçük olan bir portre resim hediye etmesi, yemek daveti vermesi, sadaka vermesi gibi malvarlığını büyük oranda etkilemeyecek bağışlamalar veya bir sosyal yardım kuruluşuna ufak sayılabilecek miktarda bağışta bulunulması⁶⁷ TMK.m.449 hükmü kapsamında değerlendirilmez⁶⁸. Bununla beraber, İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında yer verilen olayda, anne çocuk adına babadan alınan iştirak nafakası alacağından feragat etmiştir. Mahkeme bu feragati önemli bağışlama niteliğinde sayarak bu durumun TMK.m.449 kapsamında yer alacağına hükmetmiştir⁶⁹. Bu noktada ifade etmek gerekir ki velayet ve vesayet altındaki kişilerin yaptığı önemsiz bağışlamaların yasal temsilcilerinin rızasına tabi olduğu, önemli bağışlamanın ise yasak işlem niteliğinde olduğu sonucuna varılmalıdır.

İsviçre doktrininde hakim görüşe göre, ahlaki görevlerin ifası maksadıyla yapılan bağışlamalar MK.m.449 kapsamında değerlendirilmez⁷⁰. Ancak bir görüşe göre ahlaki görevlerin ifası maksadıyla bağışlama yapılabilmesi ancak vesayet makamından alınacak izne bağlıdır⁷¹. Karşı yöndeki görüşe göre ZGB Art. 416'da vesayet makamının iznine tabi

⁶⁵Leuba (n 15), 2085. Koepfel (n 13) 128-129, Kaufmann (n 14) 335; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 22) 420. Egger bu durumu bağışlayanın servet ve geliri şeklinde belirtmiştir. Egger (n 14) 573-574.

⁶⁶Leuba (n 15) 2085-2086; Egger (n 14) 573; Kaufmann (n 14) 335; Koepfel (n 13) 129.

⁶⁷Kaufmann (n 14) 335.

⁶⁸Başka örnekler için bkz: Açıkgöz (n 28) 303.

⁶⁹BGE 69 II 65, 70; Leuba (n 15) 2085-2086.

⁷⁰Leuba (n 15), 2086. Egger (n 14) 574; ; Kaufmann (n 14) 334; Koepfel (n 13) 123. Egger ayrıca İsviçre Hukuku uygulamasından örnekler vererek bir babanın kızına verdiği yüksek tutarlı bir sermayeyi ahlaki görevin yerine getirilmesi kabul edip aynı kişinin her yıl ona düzenli gelir bağlamasını ahlaki görevin ifası kabul ederek reddetmiştir. Bunun dışında aleyhine babalık davası açılması veya artık evlilik dışı çocuğu tanımamasının mümkün olmamasına rağmen babanın ona bakımı için belirli bir miktar para verme sözü vermesi veya kişinin hısımlarına kanunun gösterdiğinden de fazla edimde bulunmasını ahlaki görevlerden saymıştır. Egger (n 14) 574-575.

⁷¹Leuba (n 15) 2086; Egger (n 14) 576.

işlemler düzenlenmiş olup, ahlaki görevlerin ifası maksadıyla yapılan bağışlamalara madde hükmünde yer verilmediğinden bu görüşe katılmak mümkün değildir⁷². Kanaatimizce ahlaki görevin ifası maksadıyla yapılan bağışlama vesayet altındaki kişinin ekonomik mahvına sebep olacaksa yasak kapsamında kabul edilmelidir. Bunun dışında vesayet altındaki kişinin ehliyetli olmasını gerektirmeyen ve örf adet icabı yapılması gereken işlerin yerine getirilmesi mesela vesayet altındaki kişinin kızı için çeyiz hazırlıklarına katılması için vasinin izni gerekli değildir. Ancak çeyiz kapsamındaki eşyaların satın alınması için yükümlülük altına girilmesi vasinin iznine tabidir⁷³. Vesayet altındaki kişinin kendisini hukuken bağlama sonucu doğurmayacak şekilde ve yasak işlem sayılmamak şartıyla ahlaki görevlerinin ifası maksadıyla yaptığı sözlü bağışlama vaadlerinin de vasinin iznine bağlı olarak geçerli olacağı kabul edilir⁷⁴. Ancak ahlaki görev niteliğini aşan bir bağışlamanın ekonomik olarak büyük bir yük getirmesi halinde söz konusu bağışlama TMK.m.449 hükmündeki yasak kapsamına girer. Vesayet altındaki kişi, yasak işlem sınırlarını aşmamak şartıyla ahlaki görevini bizzat ifa edebileceği gibi⁷⁵ onu temsilen vasinin de söz konusu bağışlamaları ifa etmesi imkan dahilindedir.

Karma bağışlamalar da bağışlanan kısmın önemli olması halinde yasak işlemlerden sayılır⁷⁶. Örneğin rayiç değerinin oldukça altında satış yapılmışsa ve bağışlama yapılan kısmının vesayet altındaki kişiye ekonomik olarak oldukça büyük bir yük getirmesi halinde söz konusu işlem TMK.m.449 çerçevesinde yasak kapsamına girecektir⁷⁷. İsviçre doktrininde verilen bir örnekte vesayet altındaki kişinin bütün malvarlığını bir bağışlama sözleşmesinde mirasçuları arasında paylaşması halinde yaptığı bağışlamalardan yalnız birinin parasal değeri, bağışlanan kişinin olası yaşamı boyunca hesaplanan ihtiyacını aşıyorsa, bu tasarrufun önemli bağışlama sayılarak TMK.m.449 gereğince kesin hükümsüz olacağı ileri sürülmüştür⁷⁸.

Koepfel'e göre vakıf kurma bağışlama sayılmaz. Zira vakıf kurma işlemi ile yeni bir tüzel kişilik yaratılır, karşılıksız olarak bağışlama konusu şeyi kabul edecek bir muhatap yoktur⁷⁹.

Bununla beraber bir hizmet veya eser sözleşmesinin ücretsiz görülmesi de yasak kapsamında sayılıp sayılmayacağı meselesi İsviçre doktrininde tartışmalıdır. Doktrindeki hakim görüş böyle bir hizmetin görülmesinin önemli bağışlama sayılmayacağı

⁷² Koepfel (n 13) 126.

⁷³ Açıkgöz (n 28) 304.

⁷⁴ Leuba (n 15) 2086; Koepfel (n 13) 124; Açıkgöz (n 28) 304.

⁷⁵ Leuba (n 15) 2086.

⁷⁶ Koepfel (n 13) 135; Leuba (n 15), 2086; Egger (n 14), 576.

⁷⁷ Koepfel (n 13) 135.

⁷⁸ Leuba (n 15) 2086; Koepfel (n 13) 135.

⁷⁹ Koepfel (n 13) 118.

yönündedir⁸⁰. Bununla beraber örneğin bir şair veya yazar ya da ressam kıymetli bir eseri ücretsiz yapması, çok değerli bilgisayar programı yapması yasak kapsamında olup olmayacağı meselesi tartışılabilir. Bu noktada vesayet veya velayet altındaki kişinin böyle bir hizmeti yerine getirmesi veya işgörme edimini yerine getirmesi ekonomik olarak büyük oranda zarar görmesine sebebiyet verecek ise kanaatimce yasak kapsamında kabul edilmelidir.

Beklenen bir haktan feragat etmek veya vesayet altındaki kişinin vasiyetname yoluyla yapacağı belirli mal bırakma TMK.m.449 çerçevesinde yasak işlem kapsamına girmez⁸¹. Benzer şekilde mirasın reddi ve (ivazlı) mirastan feragat sözleşmesi yapmak da yasak kapsamına girmemekle beraber bunların yapılabilmesi vesayet makamının iznini müteakip denetim makamının onayının alınmasına bağlıdır (TMK.m.463, b.5). İsviçre doktrininde mesele tartışmalıdır⁸².

TBK.m.607 hükmünde düzenlenmiş bulunan ömür boyu gelir sözleşmelerinde borçlanılan gelir miktarı vesayet altındaki kişinin ekonomik yaşamını büyük oranda etkileyecek ise önemli bağışlama sayılır ve TMK.m.449 uygulanır⁸³. Kanaatimce borçlanılan gelir miktarının vesayet altındaki kişinin ekonomik yaşamını büyük oranda etkilememesi halinde de bu sözleşmenin yasak kapsamında olabileceği düşünülmelidir. Nitekim mali durumunun sonradan borcun yerine getirilmesini kendisi için olağanüstü ağır kılacak ölçüde değişmişse bağışlama sözününün geri alınmasını sağlayan TBK.m.296/f.1 b.2 hükmündeki gibi bir imkan TBK.m.607 vd.'nda düzenlenmediği için vesayet altındaki kişinin ekonomik yaşamının zamanla tehdit altında olması halinde sözleşmeden dönmemesi ihtimal dahilindedir. Keza vesayet altındaki kişi iflas etmiş olsa bile kendisine kanun hükmü ile sözleşmeden dönme hakkı verilmediği gibi böyle bir durumda bile gelir alacaklısı gelir borçlusunun yükümlü olduğu dönemsel gelirin elde edilebilmesi için ilgili sosyal güvenlik kurumunca ödenmesi gereken anaparaya denk düşen bir parayı iflas masasına kaydettirme hakkını elde eder (TBK.m.609/f.3).

Veli tarafından çocuk adına yapılan önemli bağışlama ile ilgili bir Yargıtay kararından bahsetmekte fayda vardır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2005 tarihli bir kararında⁸⁴ yasak işlemin sınırlı ehliyetsiz tarafından ergin olmasından itibaren geri alınabileceğine, kesin

⁸⁰ Koepfel (n 13) 123.

⁸¹ Leuba (n 15) 2086; Koepfel (n 13) 141; Egger (n 14) 571, 573-574. Egger ayrıca subjektif haklardan karşılıksız olarak feragat etmenin bağışlama kapsamında yasaklandığını belirtmiştir. Egger (n 14) 573.

⁸² Leuba (n 15) 2086; Koepfel (n 13) 154-155. Karşılıksız mirastan feragat sözleşmesinin ZGB Art. 412 kapsamına girip girmediği ise doktrinde tartışmalıdır. Yasak işlemlerden olduğunu kabul eden görüş için bkz: Thomas Geiser ve Ruth E. Reusser *Basler Kommentar, Erwachsenenschutz, Art.360-456*, (Helbing & Lichtenhahn 2012) 2159. Karşı görüşte bkz: Koepfel (n 13) 151;; Egger (n 14) 574.

⁸³ İsviçre Hukuku bakımından aynı yönde bkz: Egger (n 14) 576.

⁸⁴ YHGK 1-298/308 4.5.2005 Kazancı Otomasyon Programı 21.04.2021 tarihinde erişildi.

hükümsüz işlemin icazetle düzelebileceğine, hak düşürücü sürenin geçmesiyle geçersiz işlemin düzelebileceğine hükmetmiştir. Karara konu olayda anne (veli) küçüğün adına önemli bir bağışlama yapmıştır. Küçük ergin olduktan sonra ancak bağışlamadan itibaren dokuz sene sonra söz konusu bağışlamanın TMK.m.449 uyarınca geçersizliğini ileri sürerek tapu iptal tescil davası açmıştır. Bunun üzerine mahkeme, söz konusu bağışlamanın kesin hükümsüz olmadığını; zira bağışlamadan itibaren dokuz sene geçtikten sonra tapu iptal ve tescil davasının ikame edildiğini ve dokuz sene içinde davalının erginliğe eriştiği tespitinde bulunmuştur. Mahkeme davacının tam ehliyetli hale geldikten sonra *"TBK.m.297/f.1'e göre bağışlamayı geri alma sebebini öğrendiği günden itibaren bir yıl içerisinde geri alma hakkını kullanmadığını"* belirterek tapu iptal ve tescil talebini reddetmiştir. Bununla birlikte kararda, ergin olmasından itibaren TBK.m.297'deki bir yıllık sürede bağışlamayı geri almayan bağışlayanın söz konusu bağışlamaya icazet verdiği anlamına geldiğini nitekim aksi bir kabulün bağışlananın durumunda sonsuza dek belirsizlik yaratacağı tespitinde bulunulmuştur. Ayrıca kararda ergin olunduktan itibaren uzunca bir süre geçmesi de dikkate alınarak iddianın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği açıkça belirtilmiştir. Kanaatimizce bu karara katılmak pek mümkün değildir⁸⁵. Nitekim TMK.m.449'da düzenlenen işlem yasağı kuralı vesayet altındaki kişiyi korumak amacıyla tesis edilmiştir. Her ne kadar somut olayda dürüstlük kuralını ihlal yönünde ciddi şüpheler olduğundan bahsedilebilirse de işlemin geçersizliğinin önlenmesi TMK.m.449 hükmünün koruma amacı ile bağdaşmayacaktır. Aynı şekilde bağışlama sözleşmesinin geri alınması sebepleri TBK.m.295 ve 296 hükümlerinde sınırlı sayıda sayılmıştır ve burada yer almayan bir sebep geri alma sebebi olarak nitelendirilemez. Zaten yasak işlem olması nedeniyle başından itibaren kesin hükümsüz olan bir işlemin geri alınması bahse konu edilemez. Kaldı ki karşı oy yazısında da belirtildiği üzere küçüğün bizzat kendisinin veya veli veya vasisinin onun adına yaptığı önemli bağışlamalar kesin hükümsüz olup, bu işlemlerin zamanın geçmesi ile düzelmesinden veya sonradan icazet verilmesiyle bu işlemlerin geçerli hale gelmesinden bahsedilemez.

E. Vakıf Kurma

TMK. m. 449'da yasak olarak sayılan işlemlerden biri de vakıf kurmadır. Vakfın tanımı TMK. m. 101'de şu şekilde yapılmıştır: *"Vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır"* (TMK.m.101). TMK.m.449 kapsamında yasak olan bütün vakıf türleridir⁸⁶. Bunlar; aile vakıfları (TMK.m.372), çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıfları⁸⁷ ve özel vakıflardır (TMK.m.101). Vakıf kurma işleminin geçerli olması için amaç unsurunun belirli olması ve imkansız

⁸⁵ Aynı yönde bkz: Açıkgöz (n 28) 306.

⁸⁶ Leuba (n 15) 2086; Koepfel (n 13) 167.

⁸⁷ Geniş bilgi için bkz: Ali Em, *Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar* (Turhan Kitabevi 2011) 19.

olmaması gereklidir⁸⁸. Vakıf kurma işlemi bazı hallerde TMK.m.449 kapsamında yasak işlemlerden sayılmaz. Örneğin vasiyetnamenin içeriğinde yer alan vakıf kurma işlemleri⁸⁹ veya TMK.m.453 uyarınca bir meslek veya sanatın yürütülmesi veya TMK.m.455 uyarınca kişinin serbest mallarının yönetimi kapsamında vakıf kurma işlemleri TMK.m.449'daki yasak kapsamında sayılmaz⁹⁰. Zira bir alt başlıkta bahsedeceğimiz üzere vesayet altındaki kişiye bir meslek veya sanatın yürütülmesi için vesayet makamı tarafından izin verilmiş ise o kişi bununla ilgili her türlü olağan işlemleri yapmaya yetkilidir (TMK.m.453). Yine vesayet altındaki kişi, kendi tasarrufuna bırakılmış mallar ile vasinin izniyle çalışarak kazandığı malları serbestçe yönetir ve kullanır (TMK. m. 455). Her iki madde hükmü beraber değerlendirildiğinde örneğin eğitim işleri ile uğraşmak için izin alan vesayet altındaki kişi kendi tasarrufuna bırakılan veya çalışarak kazandığı para ile özel üniversite kurmak için bir vakıf kurma işlemi yapabilir.

Vesayet altındaki kişiye yapılan bağışlamada vakıf kurma yüklemesi öngörülebilir. Yükleme bağışlamada yükleme hukuka veya ahlaka aykırı ise bağışlama sözleşmesinin geçerliliğini ne yönde etkileyeceğine ilişkin kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu hususta doktrinde bir görüşe göre hukuka veya ahlaka aykırı yüklemenin işlemin temel saiki yani *condictio sine qua non* olup olmadığına bakılması gerektiğine, eğer yükleme işlemin temel saiki değilse sadece yüklemenin kesin hükümsüz sayılarak işlemin geri kalanının ayakta kalabileceğine işaret etmektedir⁹¹. Kanaatimizce vesayet altındaki kişiye yapılan bağışlamada vakıf kurma yüklemesinin öngörülmesi halinde yapılan bağışlama sözleşmesi kısmen hükümsüz olur. Bu durumda tarafların farazi iradesinden geçersiz hüküm olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur (TBK.m.27/f.2). Zira sağlararası işlem olarak bağışlama sözleşmesi bakımından ölüme bağlı tasarruflarda uygulanan TMK.m. 515/f.2 gibi bir hükmün bulunmayışı tarafların farazi iradelerinin araştırılma imkanının bulunmasından ileri gelmektedir. Halbuki ölüme bağlı tasarruflarda mirasbırakanın farazi iradesini araştırmak pek kolay olmayacaktır. Bunun için ölüme bağlı tasarruf dışı olgulara müracaat etmek gerekecektir. O nedenle bağışlama sözleşmesinde TBK.m.27/f.2 anlamında tarafların farazi iradesine başvurma imkanı varken sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz olduğunu kabul etmek isabetli olmayacaktır.

Aynı şekilde ölüme bağlı tasarrufla vesayet altındaki kişiye vakıf kurma yüklemesi öngörüldüğünde TMK.m.515/f.2'de "*Hukuka veya ahlaka aykırı koşullar ve yüklemeler, ilişkin*

⁸⁸ Egger (n 14) 575.

⁸⁹ Leuba (n 15) 2086-2087; Egger (n 14) 575; Kaufmann (n 14) 335; Koepfel (n 13) 173.

⁹⁰ Leuba (n 15) 2086-2087; Koepfel (n 13) 168-169; Açıkgöz (n 28) 307.

⁹¹ Hüseyin Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ile Sonuçları (Özellikle BK.65 kuralı)*, (Sulhi Garan Matbaası 1976) 192. Aynı yönde bkz: Hamamcıoğlu (n 59) 189. Yazar bağışlayanın yüklemenin yerine getirilmesini isteyemeyeceğini ve yüklemenin yerine getirilmemesi nedeniyle bağışlamayı geri alma hakkına sahip olamayacağını savunmaktadır. Aynı şekilde yazar bağışlama sözleşmesinin tamamı kesin hükümsüz olsa bile TBK.m.81 gereği hukuka veya ahlaka aykırı amaçla bağışlama yapılmış ise, yüklemenin geçersiz olması nedeniyle bağışlayan bağışlananın iradesini talep ediyorsa hakim in iade talebinin reddedilmesine veya devlete mal edilmesine karar verebileceğini ifade etmektedir.

buldukları tasarrufu geçersiz kılar” hükmüne rağmen doktrinde mirasbırakanın hukuka veya ahlaka aykırı yükleme veya koşul olmasa da tasarrufu yapacağı ispat olunabilirse sadece yükleme veya koşulun hükümsüz sayılmasının gerektiğini ileri süren yazarlar bulunmaktadır⁹².

III. YASAK İŞLEM SAYILMAYAN HALLER

Doktrindeki görüşe göre, vesayet altındaki kişiye meslek veya sanatın yürütümüne ilişkin işlemler (TMK.m.453) veya vesayet altındaki kişinin serbest mallarına ilişkin hukuksal işlemler bakımından (TMK.m.455) TMK.m.449 hükmü uygulama alanı bulmaz⁹³. TMK.m.453'e göre *“vesayet altındaki kişiye vesayet makamı tarafından bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verilmiş ise, o kişi bununla ilgili her türlü olağan işlemleri yapmaya yetkilidir ve bu tür işlemlerden dolayı bütün malvarlığı ile sorumludur”*. Doktrindeki hakim görüşe, TMK.m.453 TMK.m.449'a istisna getirmekte olup, sınırlı ehliyetsiz mesleğinin gerektirdiği hallerde bağışlamalarda bulunabilir veya kefalet altına girebilir⁹⁴. Yani TMK. m.453 TMK.m.449'un istisnasını oluşturmaktadır ve TMK.m.449 hükmünde sayılan işlemler TMK.m.453 kapsamında olağan işlerden sayılmaktadır. Zira, TMK.m.453 hükmünün amacı vesayet altındaki kişinin işlem özgürlüğünü tesis etmek olup, bir meslek veya sanatla uğraşmasını sağlamaktır. Bu açıdan TMK.m.453 kapsamında olağan işlem sayılan kefil olma ve önemli bağışlamada bulunma işlemleri açısından vesayet altındaki kişinin işlem özgürlüğü olduğu kabul edilmelidir. Sonuç itibarıyla, TMK.m.453 uyarınca meslek ve sanatın yürütülmesi için verilen izin kapsamında yapılan işlemler ile TMK.m.455'e göre vesayet altındaki kişinin kendi tasarrufuna bırakılmış olan serbest mallarına ilişkin yaptığı işlemler yasak işlemler kapsamına girmez. Bu anlamda ifade etmek gerekir ki, TMK.m.455 hükmü de tıpkı TMK.m.453 hükmü gibi TMK.m.449 hükmünün istisnasını teşkil etmektedir. Bu anlamda örneğin işçilere işten ayrılma tazminatı, prim veya ikramiye verilmesi yasak kapsamında sayılmaz. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında sınırlı ehliyetsizin mesleğinin ifası kapsamında üçüncü bir kişinin fiilini taahhüt etmesini olağan işlerden saymıştır⁹⁵. Aynı şekilde doktrinde bazı özel hallerde vakıf kurma işlemi yasak işlemlerden sayılmaması gerektiği de ileri sürülmektedir.⁹⁶ Bu noktada eğitim işleri ile uğraşan vesayet altındaki kişi vakıf üniversitesi de kurabilmelidir. Buradaki önemli nokta, TMK.m.449'da sayılan işlemleri vesayet altındaki kişinin mesleğinin veya sanatının icrası kapsamında yahut kendi tasarrufuna bırakılmış olan mallar ve vasisinin izniyle çalışarak kazandığı malları ile yerine getirmesidir. Buradaki asıl sorun vesayet altındaki kişi TMK.m.453 veya TMK.m.455 kapsamında sayılan durumlarda TMK.m.449'daki işlemleri tek başına mı yapabilecektir yoksa veli veya vasisinin onayını almak zorunda mıdır? Doktrindeki bir görüş bu işlemlerin

⁹² Doktrindeki görüşler için bkz: Hamamcıoğlu (n 59) 188.

⁹³ Dural, Öğüz ve Gümüş (n 22) 419.

⁹⁴ Koepfel (n 13) 50, Josef Mächler, *Unmündige und Entmündigte als Kaufleute* (Helbing & Lichtenhahn 1940) 177.; Leuba (n 15) 2084; Egger (n 14) 571, Lindegger (n 14) 39; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 22) 419; Açıkgöz (n 28) 296.

⁹⁵ BGE 28 II 256 (Koepfel (n 13) 51).

⁹⁶ Egger (n 14) 577.

sınırlı ehliyetsizi borç altına soktuğundan dolayı yasal temsilci onayıyla yapılabileceğini ileri sürmektedir⁹⁷. Aynı şekilde önemli başıslama niteliğinde olmadığı sürece TMK.m.676'da düzenlenmiş olan miras paylaşma sözleşmesi de vesayet altındaki kişinin ayırt etme gücünün bulunması ve vasinin izninin alınması şartıyla yapabileceği işlemlerdendir⁹⁸.

Yargıtay bir kararında, TMK.m.449 hükmünün lafzında sayılmadığı için vesayet altındaki kişinin (anonim) şirket ortağı olabileceğini belirtmiştir⁹⁹. Sınırlı ehliyetsizin pay sahibi sıfatı alması ise bedeli tam olarak ödenmiş paylar bakımından söz konusu olabilecektir¹⁰⁰. Nitekim TMK.m.449 hükmünde bir sınırlama getirilmemesi ve mevzuatta ortak olmaya ilişkin olarak özel bir düzenleme bulunmaması nedeniyle vesayet veya velayet altında olan kişilerin veli veya vasilerinin izniyle şirket ortağı ve hatta kurucu üye olmalarına bir engel yoktur¹⁰¹.

IV. YASAK İŞLEMLERE UYGULANACAK YAPTIRIM

A. Kesin Hükümsüzlük Teorisi

Doktrindeki hakim görüşe, göre yasak işlemlerin yapılması halinde uygulanacak yaptırım kesin hükümsüzlüktür¹⁰². Kesin hükümsüzlük ilgili herkes tarafından ileri sürülebilir ve işlem baştan itibaren geçersizdir. Kesin hükümsüzlük zamanın geçmesiyle düzelmeyeceği gibi, yasal temsilcinin icazetiyle de düzelmez. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz üzere aradan uzun zaman geçtikten sonra kesin hükümsüz işleme dayanarak istihkak talebinde bulunulmasını Yargıtay isabetsiz bir şekilde hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğine karar vermiştir¹⁰³. Bu kararın aksine kesin hükümsüzlük sınırlı ehliyetsizin sonradan tam ehliyetli olmasıyla da düzelmez¹⁰⁴. Ancak karşılıklı edimler hükümsüzlük sebebi bilinerek ve

⁹⁷ Kaufmann (n 14) 336, Mächler (n 82) 181.

⁹⁸ Leuba (n 15) 2084, Eugen Bucher, *Berner Kommentar schweizerischen Zivilgesetsbuch, Das Personenrecht, Band I Einleitung und Personenrecht, 2. Abteilung Die Natürlichen Personen, Erster Teilband, Kommentar zu den Art.11-26 ZGB*; (Stämpfli, 1976) 378.

⁹⁹ Y 11 HD, 6726/6565 5.12.1986 (Kazancı Otomasyon Programı) 21.04.2021 tarihinde erişildi.

¹⁰⁰ Bedeli tam olarak ödenmemiş pay sahibi açısından malvarlıksal bir borç niteliğindeki taahhüt edilen pay bedelinin ödenmesi borcunu içerir. Anonim ortaklıklarda ödenmemiş bir payın devri devralan açısından TBK.m.195 vd. anlamında bir borcun üstlenilmesi niteliğindedir. Ali Murat Sevi, *Anonim Ortaklıkta Payın Devri*, (3. Bası, Seçkin Yayıncılık 2014) 321-324.

¹⁰¹ Ehliyetsiz kişilerin bir şirkette kurucu üye olabileceği Poroy/Tekinalp/Çamoğlu'nun kurucuların esas sözleşmeyi imzalaması kapsamında bunun ehliyetsiz adına onun yasal temsilcisi tarafından yerine getirilebileceği ifadesinden de çıkarılabilir. Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku* (12. Bası, Vedat Kitabevi 2014) 313.

¹⁰² Egger (n 14) 57, Koepfel (n 13) 232 dn.1'de belirtilen yazarlar. Leuba (n 15) 2087, Bucher (n 86) 377; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 22) 420, Saymen (n 22) 103, Akipek, Akıntürk ve Karaman (n 27) 333; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla (n 17) 339, Hüseyin Hatemi; *Kişiler Hukuku* (8.Bası, Onikilevha Yayıncılık, 2020) 39, Açıkgöz (n 28) 299.

¹⁰³ YHGK 1-298/308 4.5.2005 Kazancı Otomasyon Programı 21.04.2021 tarihinde erişildi.

¹⁰⁴ Leuba (n 15) 2088, Koepfel (n 13) 243, Kaufmann (n 14) 335.

istenerek ifa edilmişse kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir (TMK.m.2/f.2). Buna karşılık ayırt etme gücü olmayan bir kimsenin veya onun adına veli veya vasisinin yaptığı ifanın bilerek ve istenerek yapıldığından da bahsetmek pek mümkün olmayacaktır. Kesin hükümsüzlüğü hakim re'sen dikkate alır. Vesayet veya kısıtlama kararı ilan edildikten sonra kesin hükümsüz bir yasak işleme rağmen işlemin diğer tarafı bir takım faydalar ve kazanç sağlamışsa, elde ettiği menfaat gerçek olmayan vekaletsiz iş görme (TBK.m.530) veya önemli bağışlamanın konusu taşınmaz ise TMK.m.993-995 çerçevesinde istenebilir. Doktrinde bir görüş, özellikle vakıf kurma işleminde aradan uzun zaman geçmişse ve iyiniyetli üçüncü kişiler bir takım faydalar sağlamışsa hükümsüzlüğün ileri sürülmesini hakkın kötüye kullanılması olarak kabul etmektedir¹⁰⁵. Bir diğer görüşe göre ise, kısıtlamanın ilanına ilişkin Art. 375 ZGB (TMK.m.410) hükmü iyiniyeti ortadan kaldıracığı ancak söz konusu maddenin üçüncü fıkrası gereğince ayırt etme gücünün bulunmadığı hallerin saklı kaldığına dikkat çekmişlerdir. Buna karşılık kısıtlama kararının ilanından önce de ayırt etme gücünün bulunmadığı hallerde işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyetinin korunmayacağı muhakkaktır¹⁰⁶. Nitekim bu kişiler kısıtlama kararından önce de tam ehliyesiz durumdadırlar. Aynı şekilde vesayet altına alınan ayırt etme gücüne sahip küçükler de vesayet kararının ilanından önce sınırlı ehliyesiz durumdadırlar. Vesayet altına alınmadan velayet altında olan ayırt etme gücüne sahip küçükler bakımından da yasak işlemler söz konusu olacağından vesayet kararının ilanından önce işlem tarafı kişinin iyiniyetinin korunması söz konusu olmaz. Ancak aynı şeyi kısıtlanan ergin ve ayırt etme gücüne sahip kişiler için söylemek mümkün değildir. Zira bu kişiler vesayet altına alınmakla sınırlı ehliyesiz durumuna gelmektedir. Dolayısıyla ergin ve ayırt etme gücüne sahip kişilere ilişkin kısıtlama kararının ilanından önce işlem tarafı üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunması gerekmektedir. Bir görüşe göre de, vesayet altındaki kişiyle yasak işlem yapan karşı tarafın iyiniyetli olması söz konusu işlemin hükümsüzlüğünü ortadan kaldırmayacağından bu kişilerin iyiniyeti korunmamalıdır¹⁰⁷.

B. Tek Taraflı Bağlamazlık Teorisi

İsviçre Hukukunda Egger'in savunduğu görüşe göre vakıf kurma, kefil olma ve önemli bağışlamada bulunan sınırlı ehliyesiz tek taraflı olarak işleme bağlı değildir¹⁰⁸. Buna göre ilgili işlem baştan itibaren geçersiz olmayıp, sınırlı ehliyesiz veya yasal temsilcisi tarafından iptal edilebilir. Bu görüş gerekçe olarak, vesayet altındaki küçüğün ergin olduktan sonra vesayet altında olduğu süre zarfında yapmış olduğu işlemi sonradan onaylanmasına imkan tanınması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁰⁹. İrade sakatlığı sebebiyle iptal edilebilir işlemler

¹⁰⁵Eugen Curti- Forrer, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen* (Schultheß 1911) 208.

¹⁰⁶ Egger (n 14) 579.

¹⁰⁷ Leuba (n 15) 2087, Kaufmann (n 14) 335; Koepfel (n 13) 239.

¹⁰⁸ Egger (n 14) 579.

¹⁰⁹ Vesayet altındaki kişinin medeni hakları kullanma ehliyetine kavuştuktan sonra vesayet altında bulunduğu sırada yapmış olduğu işleme icazet veremeyeceği ancak bunu tasdik edebileceği, bunun yanında ancak geriye etkili sonuç doğurması halinde ilgili işlemin yeniden yapılması gerektiği konusunda bkz: Egger (n 14) 582, Koepfel (n 13) 234.

bakımından da tek taraflı bağlamazlık görüşü savunulmaktadır. Benzer şekilde yasak işlemin yapılması ile birlikte karşı taraf bakımından ortada geçerli bir işlem mevcut olup, ancak mahkemenin iptal kararı ile sözleşmenin geçersizliği sağlanabilmelidir. İşlemin iptalinin ileri sürülmesi bakımından ise belli bir sürenin düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Buna göre süresi içinde iptal beyanında bulunduğu zaman sözleşme baştan itibaren geçersiz hale gelir. Hakim iptal hakkının varlığını re'sen dikkate alamaz.

C. Esnek Hükümsüzlük Teorisi

Bu görüşe göre işlem baştan itibaren kesin hükümsüzdür ancak bu hükümsüzlüğü sadece sınırlı ehliyetsiz ileri sürebilir¹¹⁰. Buna göre, yasak işlemleri düzenleyen hüküm amaca uygun yorumlanacak olup, söz konusu hükmün taraflardan birini mi yoksa genel kamu menfaatini mi koruduğu saptanacak ve hükmün koruma amacı taraflardan birine yönelik ise amaca uygun sınırlama sonucunda geçersizlik hükümlerinin hukuki sonuçları daraltılabilecek ve yasak işlem hükmü ile korunmak istenen taraf dışında geçersizliğe dayanılması engellenebilecektir¹¹¹. Yasak işlem olmasına rağmen yapılan sözleşme geçersizdir ve geçersizliği sadece yasak işlem hükmünün koruduğu vesayet veya velayet altındaki kişi ileri sürebilir. Esnek hükümsüzlük görüşünde genel yaklaşım yasak işlem hükmüne aykırılıkta hakimın geçersizliği re'sen dikkate alabileceği yönündedir¹¹². Zira hakimın yasak işleme aykırılığı re'sen dikkate almaması hükmün koruma amacıyla bağdaşmayacaktır. Buna karşılık kesin hükümsüzlüğü ilgili herkes ileri süremeyip, sadece hüküm ile korunan taraf ileri sürebilecektir. Aynı zamanda yasak işleme aykırı sözleşmelerde hakkın kötüye kullanımı yoluyla kesin hükümsüzlüğün hukuki sonuçları da bertaraf edilebilmektedir.

Esnek hükümsüzlük görüşüne göre tarafların edimlerini bilerek ve isteyerek ifa etmeleri durumunda, artık geçersizliği ileri sürerek verdikleri edimi geri istemeyecekleri kabul edilmektedir. Nitekim tarafların bilerek ve isteyerek edimlerini ifa etmeleri ile sözleşme geçerli hale gelmektedir.

D. Görüşümüz

Kanaatimizce yasak işlem içeren bir sözleşmenin uğrayacağı yaptırım kesin hükümsüzlük olmalıdır. Zira bu halde kesin hükümsüzlüğü bilerek ve isteyerek edimini ifa eden karşı tarafın hükümsüzlüğü ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması yoluyla engellenebilmelidir (TMK.m.2/f.2). Önemle ifade etmek gerekir ki bu ifade hakkın kötüye kullanılması yasağı ile esnek hükümsüzlük görüşünün birbirinin alternatifi olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Zira her ifa hakkın kötüye kullanılması yasağına takılmayacağı gibi, aksinin kabulü hakkaniyete aykırı sonuçlar verebilecektir. Örneğin vasi veya velinin vesayet/velayet altındaki kişi adına yaptığı ifa ile geçersizliğin düzeleceğinin kabulü velayet/vesayet altındaki kişinin ergin olduktan veya kısıtlılık kaldırıldıktan önce veya sonra işlemin geçersizliğini ileri sürmesini

¹¹⁰ Kaufmann (n 14) 340.

¹¹¹ Koeppl (n 13) 235

¹¹² Kaufmann (n 14) 340 .

engelleyeceğinden kabul edilmesi mümkün görünmemektedir. Bu sonuç karşısında kesin hükümsüzlüğün ifa ile düzelebileceğini ileri süren esnek hükümsüzlük görüşünü savunmak mümkün görünmemektedir.

Vesayet altındaki küçüğün ergin olduktan sonra vesayet altında olduğu süre zarfında yapmış olduğu işlemi sonradan onaylanmasına imkan tanınması gerekçesiyle ileri sürülen tek taraflı bağlamazlık görüşünü savunmanın da pratik bir önemi yoktur. Nitekim bu görüş kabul edilse bile ehliyet sınırlaması kalkan kişinin sözleşmeyi onaylaması kefaletin geçerlilik koşullarına uygun olarak gerçekleşmelidir. Bir başka deyişle, onayın yazılı olması ve kefilin sorumluluğunun üst sınırını göstermesi gerekir (ayrıca kefil evliyse eşinin de rızası alınmalıdır). Görüleceği üzere onay vermek yerine geçerlilik şartlarına uygun yeni bir kefalet sözleşmesi yapmasının kendisi açısından dikkate değer bir zorluk yaratmayacağı ortadadır¹¹³. Vakıf kurma işlemi bakımından ise aradan uzun zaman geçmişse ve iyiniyetli üçüncü kişiler bir takım faydalar sağlamışsa hükümsüzlüğün ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması yasağına takılabilmektedir. Önemli bağışlamada ise velayet veya vesayet altındaki kişi ergin olduktan veya kısıtlama kararı kalktıktan sonra işlemin tabi olduğu şekle uyarak onay vermek yerine yeniden işlemi tesis edebilir. Bunun dışında işlemin ehliyetsiz kişi bakımından geçersiz diğer taraf bakımından geçerli olması sözleşmeye ilişkin kurallara ve sözleşme yapısına aykırıdır.

Kanaatimizce ergin ve ayırt etme gücüne sahip olup vesayet altına alınan kişilerle kısıtlama kararının ilanından önce yapılan işlemin kesin hükümsüzlüğünden bahsedilemez. Bu noktada işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyeti korunur (TBK.m.410/f.2). Ancak vesayet altındaki ayırt etme gücüne sahip olmayanlar ile ayırt etme gücüne sahip küçüklerle yapılan yasak işlem bakımından vesayet kararının ilanından önce (küçüğün velayet altında olduğu dönemde) de işlem kesin hükümsüzdür ve işlem tarafının iyiniyeti korunmaz. Bu çerçevede TMK.m.410/f.2 hükmünün kapsamına ergin ve ayırt etme gücüne sahip olup vesayet altına alınan kişilerle yapılan işlemlerin girdiği kabul edilmelidir. Bu sonucu TMK.m. 452/f.2 hükmü de desteklemektedir. Anılan hükme göre; *“vesayet altındaki kişi fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda diğer tarafı yanıltmış ise onun bu yüzden uğradığı zarardan sorumlu olur”*. TMK.m.410/f.2 ve TMK.m.452/f.2 beraber değerlendirildiğinde vesayet altına alınan ancak vesayet veya kısıtlama kararının ilanından **önce veya sonra** yasak işlem yapan tam ehliyetsiz veya ayırt etme gücüne sahip küçüklerin yaptığı bu işlem de kesin hükümsüz olacaktır ve bu dönemde diğer tarafı fiil ehliyetinin varlığı hususunda yanıltan kişi onun uğradığı zarardan sorumlu olacaktır¹¹⁴. Bu çerçevede ifade edebiliriz ki; ergin ve ayırt etme gücü bulunan ve vesayet altına alınan kişi ile yapılan yasak işlem vesayet kararının ilanından sonra kesin

¹¹³ Özen (23) 166.

¹¹⁴ Bu durumda tazmini gereken zarar kalemi olumsuz zarar kalemidir. Zira vesayet altındaki kişi kendisini tam ehliyetli gibi göstermiş ve diğer tarafı yanıltmış olduğundan yasak işlem olması nedeniyle işlemin kesin hükümsüz olmasından doğan zarar, geçerli olduğuna güvenilen sözleşmeden kaynaklanan zarardır. Yargıtay ise tam ehliyetli gibi hareket edilmesi halinde ehliyetsizliğin ileri sürülmesini TMK.m.452/f.2 hükmünü de gerekçe göstererek hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirmiştir. Y 19 HD 14.12.2006 6489/12076 (YKD Mayıs 2007).

hükümsüzdür ve işlem tarafının iyiniyeti korunmaz. Ancak o da vesayet kararının ilanından sonra bir şekilde diğer tarafı fiil ehliyeti olduğu hususunda yanıltmışsa TMK.m.452/f.2 gereği onun uğradığı zarardan sorumlu olur. Kısıtlama veya vesayet kararının ilanından sonra iyiniyetin korunmamasının bir diğer sonucu da taşınır mülkiyetinin devrinde kazandırıcı zamanaşımı süresinden (TMK.m.777) yararlanamamaktır. Bunun sonucundan aşağıda yer verdiğimiz yerine getirilen edimlerin iadesi alt başlığında bahsedilecektir.

V. YERİNE GETİRİLEN EDİMLERİN İADESİ

Vesayet veya velayet altındaki kişi veya yasal temsilcisi (veli veya vasi) yasak işlem olmasına rağmen kefil olarak borcu ifa etmiş olabilir veya bağışladığı taşınır veya taşınmazın mülkiyetini geçirme borcunu ifa etmiş olabilir.

A. Taşınmazların İadesi

Bir taşınmaz bağışlanmış ve tapuda şeklen mülkiyetin devri işlemi gerçekleşmişse devralan mülkiyeti kazanamayacaktır. Zira işlem baştan itibaren kesin hükümsüz olup taşınmazlarda tescil kanun gereği (TMK.m.1024/f.2) sebebe bağlı olduğu için karşı tarafa mülkiyet geçmemiş olacaktır. Yapılan tescil yolsuz tescil niteliğindedir. Zira taşınmaz mülkiyetinin devrinde sebebe bağlılık kuralı (TMK. m. 1015) mülkiyetin devralan tarafından kazanılmasına engeldir. Bu durumda devreden istihkak davası niteliğinde tapu sicilinin düzeltilmesi davası (TMK.m.1025) ile taşınmazın geri verilmesi talep edilebilecektir. Kesin hükümsüz bir sözleşmeye rağmen taşınmazı devralan kişi taşınmazı üçüncü kişiye devretmişse üçüncü kişi iyiniyetli ise aynı hak iktisap edecektir (TMK.m.1023). İstihkak talebi için herhangi bir hak düşürücü süre ya da zamanaşımı süresi bulunmamaktadır. Ancak aradan uzun zaman geçtikten sonra kesin hükümsüz işleme dayanarak istihkak talebinde bulunulmasını Yargıtay isabetsiz bir şekilde hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğine karar vermiştir¹¹⁵.

B. Taşınırların İadesi

Kesin hükümsüz sözleşme konusu şey taşınır ise bu durumda taşınır mülkiyetinin naklinin sebebe bağlı olduğu kabul edilirse mülkiyet geçmemiş olacağından istihkak davası ile¹¹⁶; sebepten soyut olduğu kabul edilirse sebepsiz zenginleşme davası ile iadesi talep edilecektir¹¹⁷. Doktrindeki hakim görüş, taşınır mülkiyetinin naklinin sebebe bağlı olduğu yönündedir¹¹⁸. Taşınır mülkiyetinin nakli sebepten soyut kabul edilirse ve taşınır mülkiyeti üçüncü kişiye satıp devredilmişse devreden aldığı bedel oranında zenginleşmiş sayılır ve

¹¹⁵ YHGK 1-298/308 4.5.2005 Kazancı Otomasyon Programı 21.04.2021 tarihinde erişildi.

¹¹⁶ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (21.Bası, Filiz Kitabevi, 2018) 100.

¹¹⁷ M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt:2 (13. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017) 328.

¹¹⁸ Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı* (Onikilevha Yayıncılık, 2014) 229.

fakat fakirleşen fakirleşme miktarı (örneğin taşınırın rayiç bedeli) bedel alacağından fazla ise bedel alacağını, az ise fakirleşme miktarını talep edebilir¹¹⁹. Geçersiz bir sebebe dayanarak iktisap edilen taşınır malın üçüncü kişiye bağışlanması halinde hangi sonucun doğacağı doktrinde tartışmalıdır¹²⁰. İade alacaklısının geri isteme hakkının varlığını öğrenmesinden itibaren 2 yıl ve her halde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten itibaren 10 yıl sonra sebepsiz zenginleşmeden doğan iade talebi zamanaşımına uğrar (TBK.m. 82). Biz taşınır mülkiyetinin devrinde sebebe bağlılık görüşünü benimsemekteyiz. Ancak devredilen taşınırın iadesi konusunda kanaatimizce meseleyi ikiye ayırarak incelemek gerekmektedir.

- Vesayet altındaki ayırt etme gücü olmayanlar bakımından:

Vesayet altında olup ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiden bir taşınırı devralan kimseye karşı herhangi bir hak düşürücü süre ya da zamanaşımına tabi olmaksızın taşınır davası açılabilir. Zira bu kişilerle veya yasal temsilcileri ile yasak işlem yapan üçüncü kişilerin vesayet kararının ilanından önce de iyiniyeti korunmaz (TMK.m.410/f.3). Taşınır davası açılmasının sebebi ise ayırt etme gücünün yokluğunun, taşınırın hak sahibinin elinden MK.m.989 anlamında rıza dışı çıkmış sayılmasını gerektirmesidir¹²¹. Bu çerçevede rıza dışı devir olduğundan bahisle kanaatimizce devralan emin sıfatıyla zilyet sayılamayacaktır. Bu nedenle taşınırı devralanın bunu iyiniyetli üçüncü kişiye devretmesi halinde, üçüncü kişiye karşı beş yıllık zamanaşımı süresi içinde taşınır davası açılabilir (TMK.m.989/f.1). Ancak iyiniyetli üçüncü kişi kötüniyetli devreden zilyetlik süresini kendi süresine ekleyemeyecektir (TMK.m.996).

- Vesayet altındaki ayırt etme gücüne sahip ve ergin kişiler bakımından

Vesayet altındaki kişi ayırt etme gücüne sahip ve ergin ise, kesin hükümsüz bir devir işlemi rızaya dayalı yapıldığı için devralan emin sıfatıyla zilyet olarak kabul edilecektir¹²². Devralana karşı istihkak davası herhangi bir zamanaşımına bağlı olmaksızın açılacaktır. Zira vesayete ilişkin mahkeme kararının ilanı işlem tarafı kişilerin iyiniyetini ortadan kaldıracığı için TMK.m.777'deki kazandırıcı zamanaşımı süresinden faydalanamayacaktır. Ancak emin sıfatıyla zilyet sayılan devralan bunu iyiniyetli üçüncü kişiye satıp devrederse

¹¹⁹ Örneğin zenginleşen devraldığı taşınırı rayiç bedelinin çok altında satmış ise fakirleşen sadece bedel alacağını talep edebilir. Buna karşılık zenginleşen taşınırı rayiç bedelin çok üstünde satmışsa fakirleşen rayiç bedeli (fakirleşme miktarını) talep edebilir.

¹²⁰ Tartışmalar için bkz: Oğuzman ve Öz (n 103) 391, dn.308.

¹²¹ Aynı yönde bkz: Mustafa Dural ve Tufan Ögüz; *Türk Özel Hukuku-Kişiler Hukuku*, Cilt 2 (Filiz Kitabevi 2022) 66.

¹²² Genel olarak teslimin dayanağı olan hukuki işlemin geçersiz olduğu hallerde dahi emin sıfatıyla zilyetlik gerçekleşeceği yönünde bkz: Kemal Tahir Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel. *Türk Eşya Hukuku* (Ankara Üniversitesi Basımevi 1984) 135. Osman Levent Özay, 'Emin Sıfatıyla Zilyedin Taşınırı Bağışlamasının Hükmü' (2022) 12 (2) AkdHFD 1177, 1180.

üçüncü kişi mülkiyeti kazanacaktır (TMK.m.988). Devredenden elde ettiği bedelin veya rayiç bedelin¹²³ sebepsiz zenginleşme talebi ile istenmesi mümkündür. Devralan taşınırı iyiniyetli üçüncü kişiye bağılırsa devredenden sebepsiz zenginleşme temelli iade istenip istenemeyeceği meselesi tartışmalıdır¹²⁴.

- Ayırt etme gücüne sahip olup velayet veya vesayet altındaki küçük

Daha önce ifade ettiğimiz üzere ayırt etme gücüne sahip küçükler ile ayırt etme gücü bulunmayanlar bakımından vesayet kararının ilanından önce de yasak işlem kesin hükümsüzdür. İşlem tarafının iyiniyetli olup olmamasının işlemin kesin hükümsüzlüğü üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır. Bu kişilerin bizzat kendileri veya onların adına veli veya vasisi ile yasak işlem yapılması sonucu devralan emin sıfatıyla zilyet sayılacak olup, devralana karşı herhangi bir süreye tabi olmaksızın istihkak davası ile taşınırın iadesi istenebilecektir. Zira vesayet veya kısıtlama kararının ilanından sonra devralan iyiniyetli sayılamayacağı için TMK.m.777'deki kazandırıcı zamanaşımı süresinden de faydalanamaz. Ancak devralan taşınırı iyiniyetli üçüncü kişiye devrederse üçüncü kişi iyiniyetli olmak şartıyla taşınır üzerinde aynı hak iktisap edecektir (TMK.m.988). Son olarak yasak işlem konusunun para olması¹²⁵ veya taşınırın mülkiyetinin TMK.m.988 uyarınca iyiniyetli üçüncü kişi tarafından kazanılması halinde paranın veya taşınırın aynen iadesi mümkün olmayacağından para veya iyiniyetli üçüncü kişiden elde edilen bedel/veya rayiç bedel sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilecektir.

Kefalet sözleşmesi bakımından ise velayet veya vesayet altındaki kişinin veya bu kişi adına yasal temsilcinin yaptığı bir kefalet sözleşmesi ifa edilmişse, alacaklı geçerli olmayan bu kefalet sözleşmesi uyarınca yapılan ödemeyi sebepsiz zenginleşme kurallarınca iade etmelidir. Küçük veya kısıtlı durumundaki kişinin kendi başına yaptığı geçersiz kefalet sözleşmesini ehliyet sınırlaması kalktıktan sonra ifa etmiş olması, bu açıdan fark yaratmaz. Bir diğer önemli husus ise, kısıtlama kararı henüz ilan edilmemişse, durumdan haberdar olmayan olması da gerekmeyen alacaklıya karşı kefalet sözleşmesinin geçersizliğinin ileri sürülemeyecek olmasıdır¹²⁶.

¹²³ Sebepsiz zenginleşmede fakirleşme şartının aranıp aranmamasına ilişkin kabul edilecek görüşe göre iadenin konusu değişecektir.

¹²⁴ Oğuzman ve Öz, (n 116) 328.

¹²⁵ Örneğin önemli bağılışlama niteliğinde para bağılışlanmış ise durum böyledir.

¹²⁶ Özen (n 23) 166.

SONUÇ

TMK.m.449’da vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli başlılamalarda bulunmak yasaklanmıştır. TMK.m. 449’da sayılan işlemlerin kanun koyucu tarafından “yasak işlemler” adı altında düzenlenmesinin nedeni, sayılan bu işlemlerin hükmün uygulandığı tam ve sınırlı ehliyetsizler bakımından karşılıksız olup yapılması halinde sadece onların mallarını tehlikeye düşürmelerindedir. Vesayet altındaki kişi tarafından yapılan ilgili işlemlerin vasiinin onamasıyla geçerli hale getirilmesi de mümkün değildir. Bu özelliğinden ötürü doktrindeki bir görüşe göre burada fiil ehliyetinden çok hak ehliyetinin sınırlandığı savunulur. Buna gerekçe olarak, ilgili hakların temsil yoluyla dahi kullanılmasına imkan bulunmadığı, bu nedenle de sınırlı ehliyetsizin ilgili haklara hiçbir zaman sahip olma iktidarından bahsedilemeyeceği gösterilmiştir.

Yasak işlemler TMK.m.449’da belirtilenlerden ibaret değildir. Mevzuatın çeşitli yerlerinde bazı işlemlerin sadece ve sadece tam ehliyetli kişiler tarafından yapılabileceği zikredilmiştir. Bu hükümler gereği sınırlı ehliyetsizin ve onun adına yasal temsilcisinin ilgili işlemleri yapmaları mümkün değildir. Bunun dışında doktrinde de yasak işlem olarak kabul edilmesi gereken bazı işlemler ileri sürülmüştür. Bunlar kooperatiflere üye olmak (Kooperatifler Kanunu m.8/1 c.1), dernek kurmak (Dernekler Kanunu m.3/1), ayırt etme gücüne sahip olmayan vesayet altındaki kişi tarafından organ başlılamak, mirasbırakan konumunda miras sözleşmesi yapmak (TMK.m.503) veya taraf olduğu mirastan feragat sözleşmesinde ilgili ivazsız feragat bildiriminde bulunmak da yapılamayan işlemler arasındadır.

TMK.m. 453’e göre vesayet altındaki kişiye vesayet makamı tarafından bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verilmiş ise, o kişi bununla ilgili her türlü olağan işlemleri yapmaya yetkilidir ve bu tür işlemlerden dolayı bütün malvarlığı ile sorumludur. Doktrindeki hakim görüşe TMK.m.453 TMK.m.449’a istisna getirmekte olup, sınırlı ehliyetsiz mesleğinin gerektirdiği hallerde başlılamalarda bulunabilir veya kefalet altına girebilir. Yani TMK. m.453 TMK.m.449’un istisnasını oluşturmaktadır ve TMK.m.449 hükmünde sayılan işlemler TMK.m.453 kapsamında olağan işlerden sayılmaktadır. TMK.m.455’e göre sınırlı ehliyetsizin kendi tasarrufuna bırakılmış olan serbest mallarına ilişkin yaptığı işlemler yasak işlemler kapsamına girmez. Bu anlamda ifade etmek gerekir ki, TMK.m. 455 hükmü de tıpkı TMK.m.453 hükmü gibi TMK.m.449 hükmünün istisnasını teşkil etmektedir.

Doktrinde yasak işlemlerin yapılması halinde uygulanacak yaptırım türü olarak kesin hükümsüzlük teorisi, tek taraflı bağlamazlık teorisi ve esnek hükümsüzlük (nisbi hükümsüzlük) teorisi görüşleri mevcuttur. Doktrindeki hakim görüşe göre yasak işlemlerin yapılması halinde uygulanacak yaptırım kesin hükümsüzlüktür. Kesin hükümsüzlüğü ilgili herkes ileri sürebileceği gibi hakim tarafından da re’sen dikkate alınır. Kesin hükümsüzlük zamanın geçmesi veya ifa ile düzelmez. Ancak edim hükümsüzlük sebebi bilinerek ve istenerek ifa edilmişse kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir (TMK.m.2/f.2). Bir taşınmaz başlılanmış ve mülkiyetin devri gerçekleşmişse istihkak davası (tapu sicilinin düzeltilmesi davası) ile taşınmazın geri verilmesi talep edilebilecektir. İstihkak talebi için herhangi bir hak düşürücü süre ya da zamanaşımı süresi

bulunmamaktadır. Kesin hükümsüz sözleşme konusu şey taşınır ise bu durumda taşınır mülkiyetinin naklinin sebebe bağlı olduğu kabul edilirse mülkiyet geçmemiş olacağından istihkak davası ile; sebepten soyut olduğu kabul edilirse sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade davası ile iadesi talep edilecektir. Doktrindeki hakim görüş taşınır mülkiyetinin naklinin sebebe bağlı olduğu yönündedir. Devredilen taşınırın iadesi konusunda kanaatimizce meseleyi ikiye ayırarak incelemek gerekmektedir. Vesayet altındaki kişi ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiden bir taşınırı devralan kimseye karşı herhangi bir hak düşürücü süre ya da zamanaşımına tabi olmaksızın taşınır davası açabilir. Zira bu kişilerle veya yasal temsilcileri ile yasak işlem yapan üçüncü kişilerin vesayet kararının ilanından önce de iyiniyeti korunmaz. Taşınır davası açılmasının sebebi ise ayırt etme gücünün yokluğunun, taşınırın hak sahibinin elinden MK.m.989 anlamında rıza dışı çıkmış sayılmasını gerektirmesidir. Ancak vesayet altındaki kişi ayırt etme gücüne sahip ve ergin ise, kesin hükümsüz bir devir işlemi rızaya dayalı yapıldığı için devralan emin sıfatıyla zilyet olarak kabul edilecektir. Devralana karşı istihkak davası herhangi bir zamanaşımına bağlı olmaksızın açılacaktır. Zira vesayete ilişkin mahkeme kararının ilanı işlem tarafı kişilerin iyiniyetini ortadan kaldıracağı için TMK.m.777'deki kazandırıcı zamanaşımı süresinden faydalanamayacaktır. Ancak ayırt etme gücüne sahip küçükler bakımından vesayet kararının ilanından önce de yasak işlem kesin hükümsüzdür. İşlem tarafının iyiniyetli olup olmasının işlemin kesin hükümsüzlüğü üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır.

Kaynakça

- Açıkğöz A, *Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Haller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları* (Onikilevha Yayınevi 2017)
- Akdoğan İ, 'İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı', (Master Thesis, İstanbul Aydın Üniversitesi 2019)
- Akipek J, Akıntürk T ve Ateş Karaman D, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, Cilt:1 (18. Bası, Beta Yayınevi 2021)
- Ayan M ve Ayan N, *Kişiler Hukuku*, (9. Bası, Adalet Yayınevi 2020)
- Bucher E, *Berner Kommentar schweizerischen Zivilgesetsbuch, Das Personenrecht, Band I Einleitung und Personenrecht, 2. Abteilung Die Natürlichen Personen, Erster Teilband, Kommentar zu den Art.11-26 ZGB*; (Stämpfli, 1976)
- Curti-Forrer E, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen* (Schultheß 1911)
- Dural M, Öğüz T ve Gümüş M A, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, Cilt III (11. Bası, Filiz Kitabevi 2016)
- Dural M ve Öğüz T; *Türk Özel Hukuku-Kişiler Hukuku*, Cilt 2 (Filiz Kitabevi 2022)
- Egger A, *Kommentar zum Zivilgesetzbuch; Bn. II: Das Familien recht; 3. Abteilung: Die Vormundschaft (Art.360-456)* (2. Auflage, Schultess 1948)
- , *Aile Hukuku, Üçüncü Kısım, Vesayet, Cilt:II, mad.398-456, Türk Medeni Kanunu*, 346-438 (Volf Çernis (tr), 2, Adliye Vekaleti Yayınları 1952)
- Em A, *Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar* (Turhan Kitabevi 2011)
- Ermann W, *Handkommentar zum BGB in zwei Bänden*, Bd. II (7. Auflage, Aschendorff 1981)
- Ertan E, 'İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı', (DPhil Thesis, Galatasaray Üniversitesi 2012).
- Feyzioğlu F N., *Aile Hukuku* (8. Bası, Filiz Kitabevi 1986)
- Geiser T ve Reusser R E, *Basler Kommentar, Erwachsenenschutz, Art.360-456*, (Helbing & Lichtenhahn 2012)
- Güleryüz M T, 'İş Hukukunun Emredici Yapısı Işığında Rekabet Yasağı Sözleşmesi', (2015), (118), Mayıs-Haziran, TBB Dergisi 313-344
- Gürsoy, K T; Eren, Fikret ve Cansel, Erol. *Türk Eşya Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1984

- Hamamcioğlu G V, *Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı* (Onikilevha Yayıncılık, 2014)
- Hamamcioğlu G V, *Bağışlama Sözleşmesi*, (1. Bası, Adalet Yayınevi 2016)
- Hatemi H; *Kişiler Hukuku* (8.Bası, Onikilevha Yayıncılık, 2020)
- Hefti H, *Die Vormundschaftliche Amtsführung*, 67. Heft (Verlag von Stämpfli & Cie 1916)
- Juster M, *La representation du mineur par son tuteur* (Hachette Livre-bnf 1900)
- Josef Kaufmann, 'Die Stellung des Beirates nach Art.395 Abs.1 ZGB', (1924) Schweizerische Juristen Zeitung 125-132
- Klang H. ve Gschnitzer F, *Kommentar zum ABGB*, 1. Band, 2.Halbband (2.Auflage, Österreichischen Staatsdruckerei 1962)
- Koepfel M, *Verbotene Geschäfte (insbesondere Art.408)* (Fehr Druck 1989)
- Kovancı N, 'Türk İş Hukuku'nda Rekabet Yasağı Sözleşmesi' (2017) (S.31) TAAD 769-800
- Leuba A, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art.1-456 ZGB*, (3.Auflage, Helbing Lichtenhahn 2006)
- Lindegger M, 'Die Rechte des Mündels im Schweizerischen ZGB: insbesondere der Ausschluss der Vertretungsmacht des Vormundes, das eigene Handeln und die Mitwirkung des Bevormundeten, Abhandlungen zum schweizerischen Recht', (DPhil Thesis, Universität Basel 1952)
- Mächler J, *Unmündige und Entmündigte als Kaufleute* (Helbing & Lichtenhahn 1940)
- Manav A E, 'İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları' (2010) (S.87) TBB Dergisi 322-364
- Marty G ve Raynaud P, *Droit civil, Les personnes* (2eéd, Paris Sirey 1967)
- Mazeaud H ve Mazeaud L, *Leçon de droit civil, Tomé I* (Montchrestien, 1967)
- Moreau Henry, *Des fonctions du tuteur*, (Librairie des Juris-Classeurs 1933)
- Oğuzman M K, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku* (21.Bası, Filiz Kitabevi, 2018)
- Oğuzman M K ve Öz T; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt:2 (13. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017)
- Özcan B, *Aile Hukuku* (6.Bası, Turhan Kitabevi 2015)
- Özay O L, 'Emin Sıfatıyla Zilyedin Taşınırını Bağışlamasının Hükmü' (2022) 12 (2) AkdHFD, 1177-1192
- Özen B, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, (2.bası, Vedat Yayınevi, 2012)

- Özüğür A İ, *Velayet- Vesayet- Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku* (Seçkin Yayınları 2002)
- Palandt O, *Kommentar zum BGB, Beck'sche Kurzkommentare zum BGB* (45. Auflage, C.H. Beck 1986)
- Planiol M ve Savatier R, *Traité pratique de droit civil français, Tomé I: Les personnes* (2e éd, [Revue internationale de droit comparé](#) 1952)
- Reha P, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku* (12. Bası, Vedat Kitabevi 2014)
- Saymen F H, *Türk Medeni Hukuku, Şahsın Hukuku, Cilt II* (Kenan Matbaası 1948)
- ve Elbir H K, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, Cilt: III* (2. Bası, Hak Kitabevi 1960)
- Schiefer F, 'Schenkungen aus dem Vermögen Betreuter', (DPhil Thesis, Georg- August Universität 2008)
- Serozan R, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (9. Bası, Onikilevha Yayınevi 2022)
- Sevi A M, *Anonim Ortaklıkta Payın Devri*, (3. Bası, Seçkin Yayıncılık 2014)
- Staudinger J ve Engler Helmut, *Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetz* (10./11. Auflage, de Gruyter 1969)
- Velidedeoğlu H V., *Türk Medeni Hukuku, Umumi Esaslar-Şahsın Hukuku- Aile Hukuku- Miras Hukuku- Eşya Hukuku (Ayni Haklar)* (3. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1963)
- Zevkliler A, Acabey B ve Gökyayla E, *Medeni Hukuk* (5. Bası, Savaş Yayınları 1997)