



# TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

“Adalet İçin Bilgi”

26

YIL:7, SAYI:26, NİSAN 2016

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

ISSN: 1309-6826

**SAHİBİ/OWNER**

Yılmaz AKÇİL  
Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı  
Danıştay Üyesi

\*

**GENEL EDİTÖR/GENERAL EDITOR**

Ertan AYDIN  
Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

\*

**EDİTÖR/EDITOR**

Aşkın GÜVEN  
Hâkim

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

Fethullah SOYUBELLİ  
Hâkim

\*

**YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD**

Mustafa ARTUÇ  
Türkiye Adalet Akademisi Başkan Yardımcısı

Ertan AYDIN  
Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

Ahmet ŞANSAL  
İnsan Kaynakları ve Destek Hizmetleri Daire Başkanı

Prof. İbrahim AYDINLI  
İş Hukuku Öğretim Üyesi

Prof. İlhan ÜZÜLMEZ  
Ceza Hukuku Öğretim Üyesi

\*

**KAPAK TASARIM/COVER DESIGN**

Özgül EMEKÇİ ÖZBUDAK

\*

**YAYIN YÖNETİM MERKEZİ**

**PUBLICATION MANAGENEMENT CENTER**

Türkiye Adalet Akademisi  
Ahlatlıbel Mah. İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı  
Çankaya/Ankara

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

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

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

**BASKI**

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

## YAZIM VE YAYIM KURALLARI

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

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

#### DANIŞMA KURULU\*

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

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

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

## İÇİNDEKİLER/CONTENENTS

### Contents

<b>Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM – Arş. Gör. Mehmet Fatih GÜRKAN</b>	<b>1</b>
Seçmeme Özgürlüğü <i>Freedom of Abstention</i>	
<b>Doç. Dr. Rauf KARASU</b>	<b>49</b>
Sigorta Tahkimi ile İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri <i>Current Problems and Proposals for Solving Problems of Insurance Arbitration</i>	
<b>Yrd. Doç. Dr. A. Kürşat ERSÖZ</b>	<b>71</b>
Devlet Memurlarının Siyaset Yapma Yasağı ve Değerlendirilmesi <i>The Prohibition of the Civil Servants</i>	
<b>Yrd. Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ</b>	<b>105</b>
Türk Borçlar Hukukunda İkale Sözleşmesi <i>Termination of Contract by Mutual Agreement in Turkish Law of Obligation</i>	
<b>Yrd. Doç. Dr. Adil BUCAKTEPE</b>	<b>143</b>
İdare Hukukunda Vekalet <i>Proxy at Administrative Law</i>	
<b>Yrd. Doç. Dr. Ceren Zeynep PİRİM</b>	<b>169</b>
Uluslararası Hukukta Hakkaniyetin Normatif Niteliği <i>The Normative Character of Equity in International Law</i>	

- Yrd. Doç. Dr. Nilüfer BORAN GÜNEYSU** **203**  
Yargıtay'ın Bir Kararı Işığında İlamsız İcra Takibinde Yetki İtirazı  
*Jurisdiction Plea in Legal Proceedings by Levy of Execution in the Light of a Turkish Court of Cassation Decision*
- Yrd. Doç. Dr. Seçkin YAVUZDOĞAN** **227**  
Almanya'da Kamu Görevlilerinin Hizmet Öncesi Eğitimi ve Atanmaları  
*Training and Recruitment of Civil Servants in Germany*
- Dr. Cengiz SARI** **247**  
Türkiye'de Yargının Sorunları ve Çözüm Yolu:  
Weberyanist Yargıdan Yalın Yargıya  
*The Problems of Judiciary in Turkey and Solution:  
From Weberian Judiciary to Lean Judiciary*
- Dr. Mehmet YAYLA** **261**  
İnsan Hakları Perspektifinden Avrupa Askeri Ceza Yargısı Sistemlerinin Gelişimi ve Güncel Eğilimler  
*Evolution of European Military Criminal Justice Systems from the Perspective of Human Rights and Current Trends*
- Dr. Osman SARIASLAN** **301**  
Transfer Fiyatlandırması Tespiti Sürecinde "Gizli Emsal"  
Uygulaması ve Adil Yargılanma Hakkı  
*The Implementation of "Hidden Precedents" in the Process of Finding Transfer Pricing and the Right to a Fair Trial*
- Akif YILDIRIM** **333**  
Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Adil Yargılanma Hakkı  
(Ceza Hukuku Boyutu)  
*Right to a Fair Trial in the Constitutional Court's Practice with Regard to Conflicts on Criminal Charges*

**Aydın AYGÜN**

**377**

Genital Muayene Suçu

*Crime of Genital Examination*

**Arş. Gör. Batuhan AKTAŞ**

**395**

Sporda Şiddete Neden Olabilecek Açıklamalarda

Bulunma Kabahati Üzerine Bir İnceleme (6222 S. K. m. 22)

*A Review on Misdemeanour of Making Statements Likely to Cause Violence in Sports (Law No. 6222 Art. 22)*

**Arş. Gör. Dilek KARADEMİR**

**429**

İhtiyati Tedbir Hakkındaki Kararların Temyizi ve

2013/1 E. 2014/1 K. Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı

*Decision of Joint Civil Chambers of the Court of Cassation Numbered 2013/1 (Case No), 2014/1 (Decision No) on Appeal of Decisions Regarding Preliminary Injunctions*

**Arş. Gör. Emre BERBER**

**461**

Kabile Sistemi Ekseninde Medine Vesikası ve Yeni İslam Toplumunun Sosyo-Siyasal Niteliği

*Pact of Medina on the Axis of Tribal System and Socio-Politic Quality of New Islamic Society*

**Enes SEZGİN – Turgay DEMİRTAŞ**

**493**

Napoleon Dönemi Conseil D’etat ve İlk Şura-yı Devlet

*The French Council of State Napoleonic Era and the Ottoman Council of State*

**Arş. Gör. Harun YILMAZ**

**511**

Yerinden Yönetim İlkesinin Kuvvetler Ayrılığına Dayanan Hükümet Sistemleri Bağlamında Değerlendirilmesi

*The Evaluation of Decentralization Principle Based on the Separation of Powers in the Concern of Governmental Systems*

**Hikmet Murat AKKAYA**

**547**

AIHM'in Askeri Yüksek İdare Mahkemesi İle İlgili Bir Kararı ve Olası Sorunlar

*A Judgement of the ECHR Related to the High Military Administrative Court and Probable Problems*

**Yusuf Enes KAYA**

**567**

Devlet Memurlarının Sakal Bırakma Yasağı ve Bireysel Başvuru

*Ban on Beards for Civil Servants and Individual Application*



***Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;***



***Veri Tabanlarında Tarzlanmaktadır.***



---

**MAKALELER / ARTICLES**

---



# SEÇMEME ÖZGÜRLÜĞÜ

*Freedom of Abstention*

**Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM\* – Arş. Gör. Mehmet Fatih GÜRKAN\*\***

## ÖZET

Seçmenlerin seçimlerde sandık mahalline gitmesine rağmen herhangi bir parti ya da adaya veya referandum oylamasında oy kullanmaktan kaçınması olarak nitelendirdiğimiz “seçmeme özgürlüğü”nün anlatılacağı bu çalışmada; öncelikle seçme-seçmeme hak ve özgürlüklerine ilişkin kavramlara yer verilmiştir. İkinci olarak, siyasi amaç güdülüp güdülmemesine göre seçmenlerin seçmeme özgürlüğünü kullanmaya sebep olan etkenler incelenmiş ve bu sebeplerin hangilerinin seçmeme özgürlüğü kapsamında değerlendirilebileceği tartışılmıştır. Üçüncü olarak, seçme/seçmeme özgürlüğünün hukuki niteliği üzerinde ayrıntılı bir şekilde durulmuştur. Söz konusu incelemeler yapılırken oy kullanma yaşına gelmiş 1500 hukuk fakültesi öğrencisine anket yapılmış ve Ülkemizdeki seçimlere ilişkin sorular yöneltilmiştir. Son olarak da seçmeme özgürlüğü bağlamında daha demokratik bir seçim sistemi için önerilerde bulunulmuştur. Ayrıca söz konusu konuya ilişkin gerek öğretinin, gerekse mukayeseli hukukun konuya bakışı doğrultusunda bir takım eleştirilere ve önerilere yer verilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Seçme Özgürlüğü, Seçmeme Özgürlüğü, Seçimi Protesto Etme, Seçim Sistemleri, Oy Kullanmama.

## ABSTRACT

In this “freedom of not choosing” study which we specify as; although voters go to site of ballot box but they hesitate to use their votes for any party, candidate either for referendum; concept related to rights and freedom of choosing-not choosing were primarily given place. Sccondly, factors that cause voters use their not to choose right, according to pursuing political goal or not, were examined and which of these reasons should be considered in scope of freedom of not choosing is discussed. Thirdly, legal quality of freedom of choosing/not choosing is dwelled on in details. While said examinations were being made, survey was applied to the 1500 faculty of law students who are in voting age and questions relevant to elections in our country were asked to them. Finally, suggestions for more democratic election system within the context of freedom of not choosing were made. Moreover, given place for several comments and suggestions within the direction of either doctrine or comparative law about the matter at hand.

---

\* Karatay Üniversitesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi  
yildirimramazan@hotmail.com

\*\* Selçuk Üniversitesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi  
mehmetfatihgurkan@gmail.com

**Keywords:** Freedom of Choosing, *Freedom of Not Choosing*, Protesting Elections, Election Systems, Not using vote.



## GİRİŞ

Çalışmanın başlığını taşıyan “*seçmeme özgürlüğü*” bağlamında seçmenlerin seçim mahalline giderek, hiçbir partiye veya adaya oy kullanmadan geri dönmelerinin hukuki imkânı sağlanmadığı için seçim sandıklarını bojkot etmelerinin olması gereken hukuki temeli ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.

Bu çalışmada, insanların seçim mahalline gitmelerine rağmen oy kullanmaktan kaçınmaları olarak nitelendirdiğimiz seçmeme özgürlüğünün daha iyi anlaşılması için kavramsal değerlendirme yapıldıktan sonra, insanları seçmeme özgürlüğünü kullanmaya iten sebepler siyasi olup olmamasına göre tasnifi yapılacak ve söz konusu sebepler örneklendirilerek ayrıntılı bir şekilde incelenecektir. Daha sonra, seçmeme özgürlüğün dünyanın hiç bir yerinde olmayan, ancak demokratik bir devlet anlayışında olması gereken hukuki niteliği hakkında önerilerde bulunulacaktır. Son olarak da, çeşitli durumlara göre insanların seçmeme özgürlüğünü kullanmalarının olması gereken hukuki neticeleri üzerinde durulacaktır.

Çalışmamızda seçmeme özgürlüğü bağlamında seçmenlerin seçimlere ilişkin düşüncelerinin belirlenmesi için, bilinçli seçmen olarak öngörülebilecek nitelikte olan 1500 hukuk fakültesi öğrencisine anket çalışması yapılmıştır. Yaptığımız anket çalışmasında, katılımcılara Ülkemizdeki seçim sistemine ilişkin bir takım sorular yöneltilmiştir. Çalışmamızda ortaya çıkan anket sonuçlarına göre değerlendirmelerde bulunularak bir takım sonuçlar çıkartılmıştır.

Bizi bu çalışmayı yapmaya iten en önemli neden, çevremizdeki insanların gerek yerel seçimlerde gerekse genel ve cumhurbaşkanlığı seçimlerinde kendilerini temsil edecek bir adayın olmamasını gerekçe göstererek veya başka nedenlerle oy kullanmaktan kaçınmak istemeleridir. Seçimlerde oy verme hakkından kaçınan bilinçli seçmen profiline çokluğuna rağmen, bu durumun seçim sisteminde bir değerinin olmaması, demokratik hukuk devleti bağlamında eleştirilmesi gereken önemli bir durumdur. Bu nedenle özellikle siyasi nedenlerden dolayı seçmenlerin seçim mahalline gitmesine rağmen oy kullanmamasını, başka bir deyişle seçmeme özgürlüğünü hukuki anlamda bir temele oturtmak gerekmektedir.

Bu çalışmanın amacı seçmeme özgürlüğünün tanınmamasının doğurduğu olumsuz sonuç bakımından, sandığa gitmeme, seçimi protesto etme veya bir

çeşit sivil itaatsizlik olarak seçmeme özgürlüğünü hukuki anlamda temellendirmektedir.

## I. Kavramsal Değerlendirme

### A. Seçme / Seçmeme

Gelişmiş toplumlar, sorunlarını çözmek için, her zaman bir araya gelip karar alamazlar. Böyle bir toplantı veya bir araya gelme, fizikî olarak mümkün değildir. Çünkü toplumun tamamını bir yerde toplayıp karar almak olağan hayat düzenine son derece aykırıdır. Ayrıca karmaşık, ihtisas gerektiren bir takım sorunlara ilişkin olarak tüm toplumun bilgisinin olduğu da söylenemez<sup>1</sup>. İşte bu ve buna benzer nedenlerden dolayı büyük toplumlarda halkın yönetime katılması doğrudan değil, ancak temsilciler aracılığıyla olabilmektedir. Bu da ancak seçim olarak nitelendirilen yöntemle söz konusu olabilir. Seçim ile yönetilen toplumlar, belli süreler için kendi adına karar alabilecek temsilciler seçmektedirler.

Günümüzde toplumları oluşturan bireylerin bir araya gelip karar alabilmesinin mümkün olamamasından dolayı; seçim yöntemiyle, temsilciler seçip karar alma yöntemi uygulanmaktadır. Ancak günümüzde birçok seçim sistemi<sup>2</sup> mevcut olmakla birlikte en demokratik ve başarılı seçim sistemlerinin toplumun neredeyse tamamının iradesini yansıtan sistemler olduğu söylenebilir. Bu bağlamda seçimlerde seçim mahalline gitmesine rağmen oy kullanmayanların (seçmeme özgürlüğünü kullananların) dahi seçimlerde değerli bir irade olarak kabul edilmesi daha demokratik bir seçimin olmazsa olmazıdır.

Seçim (seçme) kavramına ilişkin öğretide kabul edilmiş bir tanım bulunmamaktadır. GÖZLER; seçim kavramını “*temsilci olacak kişilerin veya yöneticilerin oy hakkına sahip kişiler tarafından “oy”<sup>3</sup> kullanılarak belirlenmesi işlemi*” şeklinde tanımlamıştır<sup>4</sup>.

Demokratik seçimin ilkeleri şu şekilde sıralanabilir: Seçimlerin serbestliği

---

<sup>1</sup> ÖZGÜL, Bilal, **Seçim ve Seçim Sistemleri, Türkiye’deki Seçim Sistemi Uygulamaları ve Bir Model Önerisi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, SDÜ. Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002, s. 36.

<sup>2</sup> Ülkemizdeki mevcut seçim sistemi ve söz konusu seçim sistemimize ilişkin eleştiriler için bakınız: ÖZBUDUN, Ergun, “*Seçim Sistemleri ve Türkiye*”, **AÜHFD**, Y. 1995, C. 44, S.1-4, s. 540-552.

<sup>3</sup> GÖZLER; oy kavramını “*bir kişinin seçilmesi veya bir metnin kabul edilmesi konusunda açıklanan irade beyanı*” şeklinde tanımlamıştır. GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorileri**, C. 1, B. 1, Bursa, Haziran 2011, s. 697.

<sup>4</sup> GÖZLER, **Anayasa Hukukunun Genel Teorileri**, s. 698.

ilkesi, genel oy ilkesi, eşit oy ilkesi, tek dereceli seçim ilkesi, gizli oy ilkesi, açık sayım ve döküm ilkesi, seçimlerin yargı organlarının yönetim ve denetiminde yapılmasıdır<sup>5</sup>.

Seçim sistemlerinde birçok ilke benimsenmiş olmakla birlikte<sup>6</sup>, özellikle mecburi oy ve ihtiyari oy ilkeleri konumuz açısından önem arz etmektedir. Mecburi oy ilkesine göre, seçmenlerin seçimlerde oy kullanması zorunludur. İhtiyari oy ilkesi mecburi oy ilkesinin aksine, seçmenlerin seçimlerde oy kullanmasının zorunlu olmadığı bir sistemdir. Bugün demokratik ülkelerin birçoğunda ihtiyari oy ilkesi benimsenmekte ve bu oy ilkesini benimsenen ülkelerde seçime katılmama oranları çok fazla olabilmektedir<sup>7</sup>. Bu nedenle ihtiyari oy ilkesinin terk edilmesi ve mecburi oy ilkesinin kabul edilmesi gerektiğini savunan yazarlar vardır<sup>8</sup>. Ancak bu düşüncenin aksine seçimlerde oy kullanmanın seçmenlerin demokratik tercih hürriyetini koruyan bir silah olarak kabul eden düşünceler de vardır<sup>9</sup>. Kanaatimizce sandığa gitmeme durumu millet egemenliğine<sup>10</sup> dayalı devlet yapılanmasında kabul edilemez. Zira millet egemenliğine dayalı devlet yapılanmasında seçimlere katılma bir hak olduğu kadar aynı zamanda ödevdir. Bu bağlamda seçme fiilinin hem bir ödev hem de hak olduğu düşünüldüğünde sandığa gitmemenin hakkın kötüye kullanılması olduğu söylenebilir. Çünkü siyasi toplumun nimetlerinden faydalanan seçmenin sandığa gitme külfetine katlanması gerekir.

Seçmenlerin bilerek veya bilmeyerek seçime katılmamaları veya oy vermemeleri, başka bir deyişle oy vermekten çekinmeleri, anayasa hukuku veya siyasal bilimler bağlamında kaçınma<sup>11</sup> olarak nitelendirilmekle birlikte; kana-

<sup>5</sup> TÜRK; seçim kavramını şu şekilde tanımlamıştır: “Geniş anlamda seçim, birden çok seçenek arasında yapılan tercihi ifade eder. Günlük yaşamdaki birçok karar ve davranışımız, bu anlamda sürekli olarak yaptığımız seçimlerin sonucudur.” Başka bir deyişle, “yönetenlerin yönetilenlerce belirlendiği/yetkilendirildiği işlem” olarak da tanımlanabilir. TÜRK, Hikmet Sami, “Seçim, Seçim Sistemleri ve Anayasal Tercih”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Y. 2006, S. 23, s. 76.

<sup>6</sup> ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, B. 7, Konya, 2012, s. 68-73; GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Bursa, Şubat 2013, s. 120; KABAOĞLU, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, B. 6, Ankara, Kasım 2012, s. 422 vd; TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, B. 13, İstanbul, Ekim 2009, s. 252.

<sup>7</sup> Örneğin Fransa’da 2007 yılında yapılan seçimlere, seçmen katılım oranı %60’dır. İngiltere’de 2010 yılında yapılan seçimlere, seçmen katılım oranı ise %65’dir.

<sup>8</sup> GÖZLER, **Anayasa Hukukunun Genel Teorileri**, s. 714.

<sup>9</sup> KARAMUSTAFAOĞLU, Tunçer, **Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri**, Ankara, 1970, s. 225.

<sup>10</sup> AKYILMAZ, Bahtiyar, “Milli Egemenlik Kavramının Gelişimi”, **GÜHFD**, Haziran-Aralık 1998, C. II, S.1-2, s. 220. Halk egemenliğinin sonucu olarak oy vermemenin bir ödev değil hak olduğu belirtilmiştir. Millî egemenlik de ise oy vermenin ayrıca bir ödev olduğu belirtilmiştir.

<sup>11</sup> KARAMUSTAFAOĞLU, **Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri**, s. 210.



atim�ce bilinçli bir şekilde seçim mahalline gitmesine rağmen oy vermeme işlemini seçmeme özgürlüğü<sup>12</sup> olarak da nitelendirilebilir.

Seçmeme hak ve özgürlüğünün, siyasal düzlemde doğurduğu sonuç; seçmenlerin seçime katılmamaları veya katıldıkları seçimde oy vermektan kaçınmalarıdır. Seçmenlerin seçime katılmamaları veya katıldıkları seçimde oy vermektan kaçınmalarının birçok sebebi olabilir. Bu sebeplerin bazıları siyasal nitelikte olabilirken; bazıları da siyasal nitelikte değildir. Aşağıda tespit edebildiğimiz nedenleri açıkladıktan sonra, açıklanan nedenlerin siyasal olup olmadığına göre bir takım çözüm önerileri ileri sürülecektir. Çünkü demokratik bir seçim katılımının en üst düzeyde olduğu bir seçimdir. Bu nedenle siyasal saiklerle seçimlerde oy kullanılmamasının seçimlerde bir değerinin olmaması, demokrasinin çatlak verdiğinin en önemli göstergeleri arasındadır.

## B. ÖZGÜRLÜK

Özgürlük kavramı birçok anlamın yüklenildiği bir kelimedir. Montesquieu “hiç bir kelime yoktur ki hürriyet kelimesi kadar kendisine değişik anlamlar verilmiş ve düşüncelere çeşitli şekillerde yansımış olsun” diyerek özgürlük (hürriyet) kavramının insanlar için pek çok şey ifade ettiğini en güzel şekilde dile getirmiştir. Sözcük anlamı bakımından özgürlük kavramı “herhangi bir kısıtlamaya, zorlamaya bağlı olmaksızın düşünme veya davranma, herhangi bir şarta bağlı olmama” olarak ifade edilebilir<sup>13,14,15</sup>.

---

<sup>12</sup> Seçimden kaçınma veya seçmeme mukayeseli hukukta “*abstention*” olarak nitelendirilmektedir. FRIEDMAN, Barry, “*A Revisionist Theory of Abstention*”, **The Michigan Law Review Association**, Vol. 88, No. 3, December 1989, pp. 530-602; FIELD, Martha A., “*The Abstention Doctrine Today*”, **The University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 125, No. 3, Jan. 1977, pp. 590-609; BLAIS, André / PILET, Jean-Benoit / VAN DER STRAETEN, Karine / LASLIÉ, Jean-François / HEROUX-LEGAULT, Maxime, “*To Vote Or To Abstain? An Experimental Study of Rational and Normative Considerations Under First Past the Post and PR Elections*”, [www.lse.ac.uk/government/research/resgroups/PSPE/pdf/Blais.pdf](http://www.lse.ac.uk/government/research/resgroups/PSPE/pdf/Blais.pdf) (et. 04.09.2014); Bazı mukayeseli hukuk kaynaklarında “*abstention*” kavramı yerine “*not voting*” kavramı kullanılmıştır. FERREJOHN, John A. / FIORINA, Morris P., “*The Paradox of Not Voting: A Decision Theoretic Analysis*”, **California Institute of Technology**, Vol 68, pp. 525-236.

<sup>13</sup> [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr) (et. 04.09.2014).

<sup>14</sup> 20.08.1789 tarihli Fransız İnsan Hakları ve Yurttaş Hakları Beyannamesinin 4. maddesi özgürlük kavramını; “*başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmek*” olarak tanımlamıştır.

<sup>15</sup> Öğretilerde başka tanımlamalar da bulunmaktadır: “*İnsanın ne kendisine ne de başkasına zarar vermemek şartıyla meşru sınırlarda istediğini yapabildiği*” BAYRAM, Bahri, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (AİHS M. 5)**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 8. “*Özgürlük, bir şeyi yapma ya da yapmama serbestisi olarak karşımıza çıkar ve devlet ya da başka bir güç tarafından herhangi bir şekilde zorlanmamayı, baskı altında tutulmamayı ifade etmektedir*” KORKUSUZ, Refik, **Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası’nda Temel**

Özgürlük kavramının tanımlamalarını sentezlediğimizde; özgürlük, hiçbir etki ve zorlama altında kalmadan istenilen şeyin başkasının hakkına zarar vermeyecek şekilde yapılabilmesi olarak tanımlanabilir.

### C. SEÇME / SEÇMEME ÖZGÜRLÜĞÜ

Özgürlük insanların başka insanların haklarına zarar vermemek şartıyla istediklerini yapabilmeleri olduğuna göre; bir seçmenin seçimlerde oy kullanması seçme özgürlüğü, sandığa gitmesine rağmen oy kullanmaktan kaçınması ise seçmeme özgürlüğü olarak nitelendirilebilir.

Seçmenin veya seçmemenin bir özgürlük olmadığını düşünen yaklaşımlar (mecburi oy ilkesi) da mevcuttur. Bu yaklaşıma göre; seçmenlerin oy kullanması ihtiyari nitelikte olmamalı, aksine mecburi olmalıdır. Mecburi oy ilkesini savunanlara göre; demokratik devletler ihtiyari oy ilkesini benimsemesine rağmen, bu ülkelerde seçime katılmama oranı yüksek olmaktadır. Dolayısıyla insanların seçimlerden kaçınmalarını engellemek için ihtiyari oy ilkesinin terk edilmesi, mecburi oy ilkesinin benimsenmesi gerekmektedir<sup>16</sup>. Bu düşüncenin aksine seçmenler sandığa gitmelerine rağmen oy kullanmamaları, başka bir deyişle seçmeme özgürlüklerini kullanma istekleri, seçmenlerin demokratik tercih hürriyetlerini koruyan birer silah olarak kabul edilmelidir. Bizim de katıldığımız düşünceye göre; seçmenlerin seçmeme özgürlüğünü kullanması, kişinin hürriyeti ve demokratik hayatı bakımından oy verme veya seçme eylemi kadar önemli bir davranıştır<sup>17</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki; seçmen seçmeme özgürlüğünü kullanarak, icraatlarını beğenmediği siyasi adaylara karşı, rızasını esirgemektedir. Dolayısıyla seçmeme özgürlüğünün kullanılması, seçmen için kızgınlık veya kırgınlık gibi duygularını belirtmeye yarayan barışçı bir tercihtir<sup>18</sup>.

İnsanlar bir takım nedenlerden dolayı oy kullanamamakta veya kullanmaktan kaçınmaktadırlar. Özellikle insanların siyasi sebeplerden dolayı oy kullanmaktan kaçınmaları durumunda seçmeme özgürlüğünün kullanıldığı durumlar ortaya çıkabilmektedir. Çünkü siyasi saiklerle oy kullanmayan bir birey, seçim mahalline gitmesine rağmen oy kullanmayarak seçimini yapmak

---

**Hak ve Özgürlükler**, İstanbul, 1998, s. 8. Bu tanımlamalar dışında diğer tanımlamalar için Bkz. ŞAHİN, Beyzanur, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, 2011, s. 5; KABAOĞLU, **Özgürlükler Hukuku**, s. 13 vd.

<sup>16</sup> GÖZLER, **Anayasa Hukukunun Genel Teorileri**, s. 714.

<sup>17</sup> KARAMUSTAFAOĞLU, **Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri**, s. 225.

<sup>18</sup> KARAMUSTAFAOĞLU, **Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri**, s. 218.

istemektedir. Başka bir deyişle, kendini yönetebilecek kabiliyete sahip aday veya siyasi bir oluşumun olduğuna inanmamaktadır. Bu bağlamda mecburi oy ilkesinin özgürlükler bakımından seçme fiilini özgürlük olmaktan çıkardığını, hatta bir yükümlülük haline getirdiğini belirtebiliriz. Seçmenlerin seçim mahalline gitmemesine rağmen oy kullanmaktan kaçınması, başka bir deyişle seçmeme özgürlüğünü kullanması, demokratik ülkelerde en azından seçime giderek seçme (oy) hakkının kullanması kadar bir özgürlük niteliğinde olması gerekir.

Seçmeme özgürlüğünü bir takım özellikleri bakımından “*sivil itaatsizlik*” bağlamında değerlendirilmesi mümkündür. Sivil itaatsizlik için; yapılan ihlalin bilinçli olması, güdülen amacın ahlaki bakımdan değerli olması, yapılan fiilin kamuya açık olması, mevcut sistemi eleştiren bir fiilin varlığı, şiddete başvurulmaması ve yapılan ihlalin sonuçlarına katlanılmaya hazır olunması gerekmektedir<sup>19</sup>.

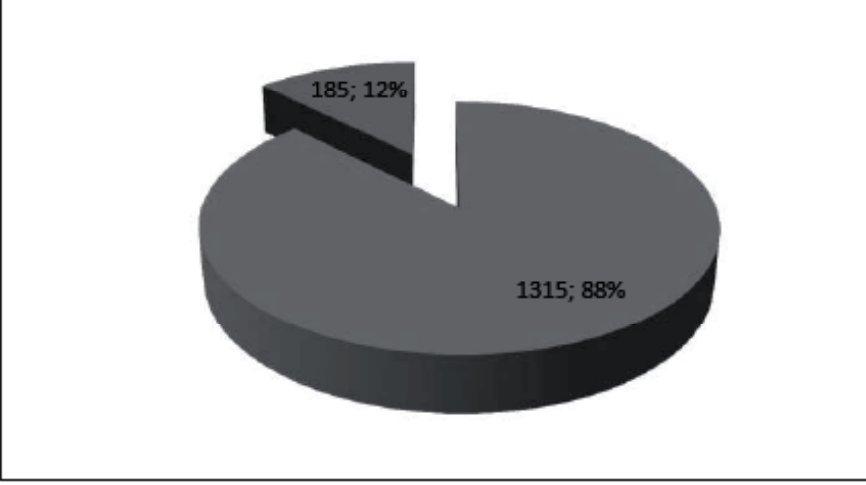
Bir bireyin bilinçli olarak seçim mahalline gitmesine rağmen, oy hakkından kaçınması, başka bir deyişle seçmeme özgürlüğünü kullanması, oy kullanmama fiilinin siyasi olması nedeniyle bilinçli bir hareket olması bakımından bir tür sivil itaatsizlik gibi değerlendirilebilir. Ayrıca seçmeme özgürlüğünün kullanılmasında güdülen amacın ahlaki bakımdan değer atfedilebilir olması, mevcut siyasal parti veya adaylara oy vermeyerek eleştirel bir fiil icra etmesi, şiddete başvurmaması ve oy kullanmama fiilinin sonuçlarına katlanması bakımından sivil itaatsizlik olarak öngörülebilir. Ancak, belirtmek gerekir ki: oy kullanma fiili gizlidir, dolayısıyla sivil itaatsizliğin şartlarından olan kamuya açıklığa uygun değildir. Fakat her ne kadar oy kullanma fiili kamuya açık olmamakla birlikte; seçim sonuçlarında ne kadar bireyin oy kullanmaktan imtina ettiği sayısal verilerle tespit edildiğinde, seçmeme özgürlüğünün kamuya açık olacağı da söylenebilir. Dolayısıyla seçmeme özgürlüğünün bir sivil itaatsizlik eylemi olarak nitelendirilebilmesi mümkündür.

Ülkemizdeki seçim sistemine ilişkin sorular sorduğumuz anket çalışmasında; 1500 anket katılımcısına yönelttiğimiz “*şu ana kadar yapılan seçimlerde oy kullanmaya gittiniz mi?*” sorusuna 185 (%12) katılımcı “*hayır*” cevabını vermiştir. Belirtmek gerekir ki; söz konusu %12’lik çoğunluğun oy kullanmaktan kaçınması, seçmeme özgürlüğü bağlamında kendisine değer atfedilmeme-

---

<sup>19</sup> ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasal Demokrasi**, B. 8, Ankara, 2010, s. 356-358; ANBARLI, Şeniz, “*Baskıya Karşı Direnme Biçimi Olarak Sivil İtaatsizlik ve Meşruluk Sorunu*”, **Yönetim Bilimleri Dergisi**, S. 5, C. 2, 2007, s. 71-99; CANDAN, Kadir / BİLGİN, Murat, “*Sivil İtaatsizlik*”, **Yasama Dergisi**, S. 19, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık, 2011, s. 57-93.

sinden kaynaklanmaktadır. Eğer seçmeme özgürlüğü kapsamında oy kullanmaktan kaçınmalarına bir değer atfedilseydi, söz konusu seçmenlerin büyük bir çoğunluğunun seçmeme özgürlüğü kapsamında seçim mahalline gidip oy kullanmamaları sağlanabilirdi.



**Tablo 1: Seçimlerde Oy Kullanmaktan Kaçınan Seçmen Sayısı**

1500 anket katılıcısının hukukçu kimlikleri göz önünde bulundurulduğunda %12'lik bir kısma denk gelen 185 kişinin seçmeme özgürlüğünü kullanmasının önemli bir çoğunluk olduğu söylenebilir. Bu bağlamda hak savunucusu olan hukukçuların %12'sinin dahi seçmeme özgürlüklerini kullanmaları, seçmeme özgürlüğünün barışçıl bir direnme yöntemi olduğunu göstermektedir. 1500 anket katılımcısının hepsinin yaş itibarı ile seçimlerde oy kullanmaya ehil olduğu düşünüldüğünde söz konusu oranın ne kadar önemli olduğu daha ciddi bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır.

## **II. SEÇMEME ÖZGÜRLÜĞÜNÜ KULLANMAYA BENZEYEN EYLEMLERE SEBEP OLAN ETKENLER**

### **A. GENEL OLARAK**

Seçmeme özgürlüğünü kullanma hak ve yetkisi, birinci seçmenlere<sup>20</sup> (kısaca seçmenlere) tanınmamıştır. Bundan dolayı, birinci seçmenler, seçmeme

<sup>20</sup> Birinci seçmen, iki dereceli seçim sisteminin geçerli olduğu memleketlerde, delegeleri (ikinci seçmenleri) seçen seçmen kitesidir. (Geniş bilgi için, KUBALI, H. Nail, **Anayasa Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1971, s.341.)

özgürlüğünü kullanmaya benzeyen eylemlere yönelmektedirler. Örneğin seçim mahalline gitmeyerek seçimi protesto etmek veya bilinçli olarak seçim sandığına geçersiz oy atmak gibi.

Seçmeme özgürlüğünü kullanmaya benzeyen eylemlere yönelten birçok sebep vardır. Bu sebepleri sınıflamalara tabi tutmak mümkündür. Bazı yazarlar, seçmenin oy kullanmaması nedenlerini objektif ve sübjektif nedenler olarak ikiye ayırmıştır<sup>21</sup>. Bazı yazarlar ise, seçmenin oy kullanmamasına ilişkin nedenleri, pozitif (aktif) ve negatif (pasif) olarak tasnife tabi tutmuştur<sup>22</sup>.

Seçmeme özgürlüğünün hukuksal niteliğinin tespiti bakımından biz seçmenlerin seçmeme özgürlüğünü kullanmalarına benzeyen eylemlerini, siyasi olmayan sebepler ve siyasi sebepler olmak üzere ikiye ayıracağız. Siyasi olmayan sebeplerde; seçmenler özellikle, siyasi saik gütmeden, seçim bürokrasisinden veya bir takım beşeri durumlardan dolayı oy kullanamamaktadır. Siyasi nitelikteki sebeplerde ise; seçmenler özellikle, seçim olgusuna güven duymakta, istediği türden aday veya partinin varlığından şüphe duymaktadır.

Siyasi olmayan sebepler birçok açıdan ele alınabilir<sup>23</sup>. Siyasi olmayan sebeplerin belli başlılarını; seçim prosedürü, toplumda seçim kültürünün oluşmaması, kanunen oy hakkı verilmemesi ve beşeri durumlar olarak gruplandırabiliriz.

Siyasi nitelikteki sebeplerin belli başlılarını; seçimlerde hile yapılması ve zarfların şeffaf olması, siyasal belirsizlik, adaylara ilişkin memnuniyetsizlik, yolsuzluk iddiaları, yerel yönetimlerin toplumun ihtiyacını karşılamaması ve liderlerin eşit şartlarda yarışmaması olarak gruplandırabiliriz.

Bu çalışmada, seçmenlerin seçmeme özgürlüğünü kullanmaya benzeyen eylemlerde bulunurken güttükleri amacın siyasi olup olmasına göre ayırım yaparak, seçmeme özgürlüğünün olması gerektiğine ilişkin örnekler verilecek ve yapılan anket çalışmasına göre bir takım çıkarımlarda bulunulacaktır.

---

<sup>21</sup> ABADAN, Nermin, **Anayasa Hukuku ve Siyasi Bilimler Açısından 1965 Seçimlerinin Tahlili**, Ankara, 1996, s. 365.

<sup>22</sup> KARAMUSTAFAOĞLU, **Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri**, s. 210. Nakden; CHARNAY, J. P., **Le Suffrage Politique en France**, Paris, 1965, s. 183; BLONDEL, J., **Voters, Parties, and Leaders**, London, 1963, s. 53.

<sup>23</sup> KARAMUSTAFAOĞLU, **Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri**, s. 211. Yazara göre siyasi olmayan sebepler, hastalık veya yaşlılık gibi seçmenin fizyolojisi ile ilgili durumlar, yaşlıların oy kullanmaya giderken yaşadığı zorluklar siyasi olmayan nedenlerdir. Ayrıca seçim prosedürünün de insanları siyasi saik gütmeden seçmeme özgürlüğünü kullanan etkenler arasında olduğuna değinmiştir.

## B. SİYASİ OLMAYAN SEBEPLER

### 1. Seçim Prosedürü

İnsanların seçmeme özgürlüğü bulunmaması nedeniyle seçmenleri seçmeme özgürlüğünü kullanmaya benzeyen eylemlere iten siyasi olmayan nedenlerin başında seçim prosedürü gelmektedir. Seçim kanunlarındaki seçim zamanı, oy verme gün ve saatleri ve oy verme yerlerine ilişkin hükümler nedeniyle bazı insanlar beşeri imkânsızlıklardan dolayı oy vermekten kaçınmaktadır. Bazı insanlarda söz konusu seçime ilişkin düzenlemeler nedeniyle külfet haline gelen seçme işleminin yükünden kaçmaktadır.

Özellikle yurtdışındaki vatandaşların veya bir ülkede yaşayan yabancıların (oy hakları varsa) oy kullanabilmek için yapması gereken bürokratik işlemlerin çokluğu, bu insanları seçmeme özgürlüğünü kullanmaya benzeyen eylemlere itmektedir.

Örneğin, 2012 Almanya Cumhurbaşkanlığı seçiminde Almanya’da bulunan 1 milyon 400 bin Türk’ün yalnızca %10’nun oy verdiği belirtiliyor<sup>24</sup>. Bu seçimde Türklerin oy kullanmamasını Türk asıllı milletvekili Cemile Giousouf seçim prosedürüne bağlamaktadır<sup>25</sup>.

2014 Türkiye Cumhurbaşkanlığı seçiminde yurt dışında bulunan seçmenlerin seçime katılım oranı YSK verilerine göre sadece %8,37 olarak belirtilmiştir<sup>26</sup>. Cumhurbaşkanlığı seçiminde YSK’nın hâlâ ilkel bir şekilde yığınları yurt içinde okullara, yurt dışında konsolosluklara sürüklemesi (randevu usulünün de ayrı bir külfeti olmaktadır) neden olarak gösterilebilir. Artık teknolojinin verdiği imkânların kullanılarak insanlara herhangi bir külfet yüklenmeden bulunduğu yerden oy kullanabilmesinin sağlanması gerekmektedir.

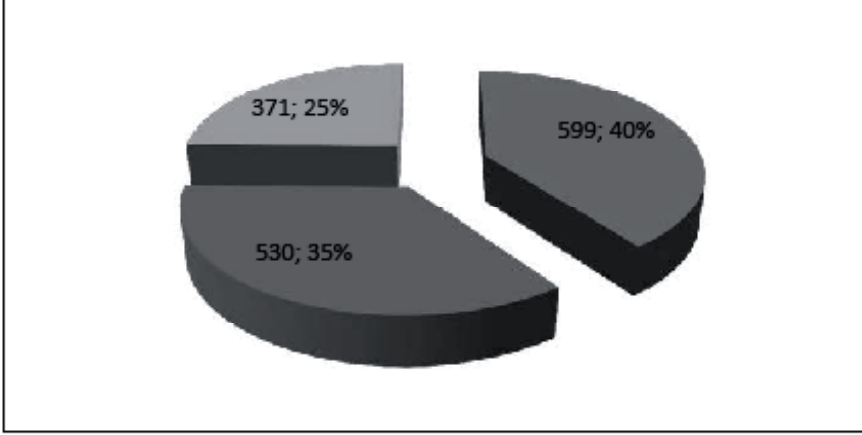
1500 anket katılımcısına yönelttiğimiz “Ülkemizdeki seçim usulünden (prosedüründen) rahatsızlık duyuyor musunuz?” sorusuna 599 (%40) katılımcı “evet”, 371 (%25) katılımcı “kısmen”, 530 (%35) katılımcı da “hayır” cevabını vermiştir.

---

<sup>24</sup> [www.posta.com.tr/siyaset/HaberDetay/Gurbetciler-neden-sandiga-gitmedi-.htm?ArticleID=238931](http://www.posta.com.tr/siyaset/HaberDetay/Gurbetciler-neden-sandiga-gitmedi-.htm?ArticleID=238931)(et. 05.09.2014).

<sup>25</sup> Giousouf, “İnternete girerek randevu almak ya da konsolosluklara giderek randevu talep etmek birçok vatandaşımızı sandıklardan uzaklaştırdı” şeklinde beyan vererek insanların seçim prosedürüne katlanmamak için oy kullanmadıklarını belirtmiştir.

<sup>26</sup> [http://www.ysk.gov.tr/ysk/content/conn/YSKUCM/path/Contribution%20 Folders/Haber-Dos-ya/CB-AdayOylari-Ulkeler-2014.pdf](http://www.ysk.gov.tr/ysk/content/conn/YSKUCM/path/Contribution%20Folders/Haber-Dos-ya/CB-AdayOylari-Ulkeler-2014.pdf)(et. 05.09.2014).



**Tablo 2: Seçim Usulünden (Prosedüründen) Rahatsızlık Duyan Seçmen Sayısı**

Bu sonuçlara göre katılımcıların hukukçu kimlikleri göz önünde bulundurulduğunda, hukukçu ve bilinçli seçmenin % 40'ı tamamen, % 25'i de kısmen seçim prosedüründen rahatsızlık duymaktadır. Dolayısıyla ankete katılan hukukçu seçmenin % 65'inin seçim prosedürlerine ilişkin memnuniyetsizliği söz konusudur. Bu bağlamda ankete katılan hukukçu seçmenin % 65'inin seçim prosedüründen rahatsızlık duyması, Ülkemizdeki seçim uygulamalarının teknoloji ve uygulanan yöntemler bakımından yeniden düzenlenmesi gerektiğini göstermektedir.

Ancak belirtmek gerekir ki; seçim prosedüründen rahatsızlık duyarak seçimlerde oy kullanılmaması bizim temellendirdiğimiz seçmeme özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez. Çünkü seçmeme özgürlüğü kapsamında seçmenin seçim mahalline gitmesine rağmen oy kullanmaktan kaçınması söz konusudur. Yine belirtmek gerekir ki seçmeme özgürlüğü kapsamındaki bir düşünceye değer verilmemesi, bu durumdaki seçmenlerin seçim prosedürlerini bahane ederek, seçim mahalline gitmemesine neden olabilmektedir. Bu bağlamda seçim prosedürlerinin seçmeme özgürlüğünü kullanmaya benzer eylemlerin artışında doğrudan etkilediği söylenebilir. Seçme ve seçmeme özgürlüğü kapsamında tam anlamıyla demokratik bir seçim sistemi için bireylerin seçim mahalline ulaşımını sağlayacak tedbirlerin ivedilikle alınması gerekmektedir. Bu duruma ilişkin gerekli düzenlemelerin yapılması ve önlemlerin alınması Ülkemiz demokrasisi için faydalı olacağı kanaatindeyiz.

## **2. Toplumda Seçim Kültürünün Oluşmaması**

Bir toplumun seçim kültürünü anlayabilmek için seçim sürecinde siyasi

partilerin veya adayların seçim döneminde kullandıkları yöntemleri incelemek gerekir. Batı toplumlarında seçmenler oy hakkını kullanırken, parti veya adayların projelerini değerlendirirler. Bu durum, gelişmekte olan demokrasilerde demokratik olmayan diğer toplumlarda ise daha farklı bir şekilde; siyasal görüş temel alınarak oy hakkının kullanılması şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Ülkemizdeki seçim kültürünün tespitini yapabilmek için, seçim sürecinde çevremizde gördüklerimizi incelememiz yeterlidir. Türkiye’de seçim süreçleri; tüm sokak ve caddelerin parti bayraklarıyla ve aday resimleriyle süslediği, devasa mitinglerin yapıldığı, fakat siyasilerin tartışmak için bile ortak televizyon programlarında buluşmadığı, proje yerine rejim ve buna benzer siyasal tartışmaların yaşandığı süreçlerdir. Dolayısıyla seçim kültürünün seçim olgusuyla uyuşmayan bir anlamda geliştiği ülkelerde oy hakkını kullananlar da kullanmayanlar da gerçek anlamda seçim hakkını kullanmamaktadır.

Ülkemizde seçim kavramı her ne kadar yeni bir kavram olmasa da<sup>27</sup>; demokratik bir seçimin taşıması gereken özelliklerin Ülkemizde tam anlamıyla yaşandığı söylenemez<sup>28</sup>.

Yukarıdaki<sup>29</sup> “*şu ana kadar yapılan seçimlerde oy kullanmaya gittiniz mi?*” anket sorusuna 1500 anket katılımcısının % 12’sinin seçimlerde oy kullanmaktan kaçındığını belirtmiştir. Ancak yine aynı anket katılımcılarına yönelttiğimiz “*bir seçmen olarak genel seçimlerde oyunuzu benimseyerek ve özümseyerek mi verdiniz?*” sorusuna 717 (% 48) katılımcı “*evet*”, 208 (% 14) katılımcı “*kısmen*”, 575 (% 38) katılımcı da “*hayır*” cevabını vermiştir.

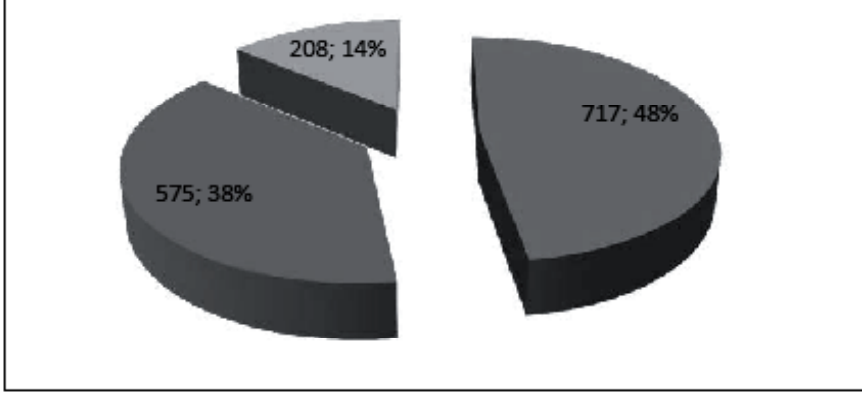
---

<sup>27</sup> ALKAN, Mehmet Ö., “*Türkiye’de Seçim Sistemi Tercihinin Misyon Boyutu ve Demokratik Gelişime Etkisi (Siyaset Bilimi ve Siyaset Sosyolojisi Yaklaşımıyla)*”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, S. 23, 2006, s. 133. “*Türkiye’de ilk genel seçimler 1877 yılında tamamlanmış, ancak seçimlere 1876’nın son ayında başlanmıştır. Dolayısıyla Türkiye’de genel seçimlerin 130 yıllık bir tarihi vardır. Yerel seçimlerin tarihi ise genel seçimlerden de eskidir. Osmanlı modernleşmesinin milat noktası olan Tanzimat Fermanı’nın ilanı sırasında muhassıl meclisleri için üye seçimiyle başlayan yerel seçimlerin tarihi de 167 yıl geriye gitmektedir*”.

<sup>28</sup> ALKAN, “*Türkiye’de Seçim Sistemi Tercihinin Misyon Boyutu ve Demokratik Gelişime Etkisi (Siyaset Bilimi ve Siyaset Sosyolojisi Yaklaşımıyla)*”, s. 133. Ülkemizdeki seçimlerde seçim kültürünün oluşmamasının sebepleri; halka olan güvensizlik, bir yandan hükümetlerin kendi iktidarlarını kayıran seçim yasası değişiklikleri, bir yandan da otoriter dönemler (II. Abdülhamit Dönemi veya İttihat ve Terakki’nin tek parti yönetimi gibi) ve kesintiler (askeri darbe parantezleri) bu kurumlaşmanın önündeki başlıca engelleri oluşturmuşlardır. Öte yandan tarihe dönük ideolojik kaygılar ve geçmişe yönelik miyop bakış olarak sıralanabilir.

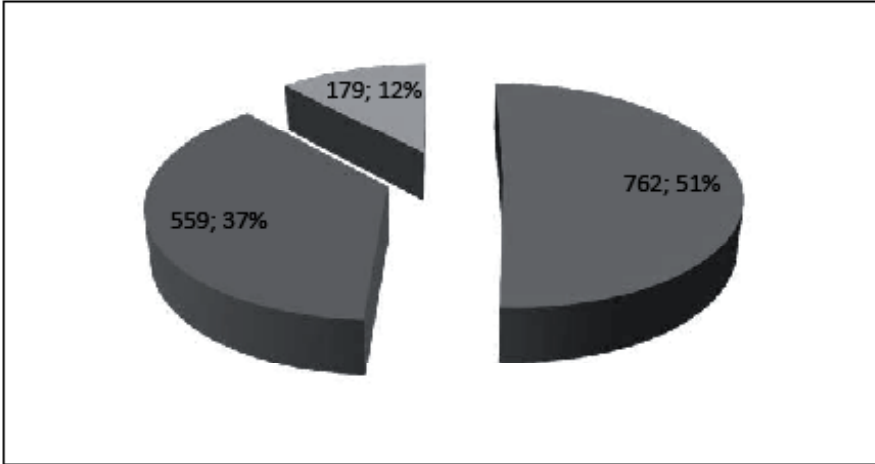
<sup>29</sup> Tablo: 1’e bakınız.





Tablo 3: Genel Seçimlerde Oyunuzu Benimseyerek ve Özümseyerek Veren Seçmen Sayısı

Ayrıca anket katılımcılarına yönelttiğimiz “bir seçmen olarak yerel seçimlerde oyunuzu benimseyerek ve özümseyerek mi verdiniz?” sorusuna 762 (% 51) katılımcı “evet”, 179 (% 12) katılımcı “kısmen”, 559 (% 37) katılımcı da “hayır” cevabını vermiştir.



Tablo 4: Yerel Seçimlerde Oyunuzu Benimseyerek ve Özümseyerek Veren Seçmen Sayısı

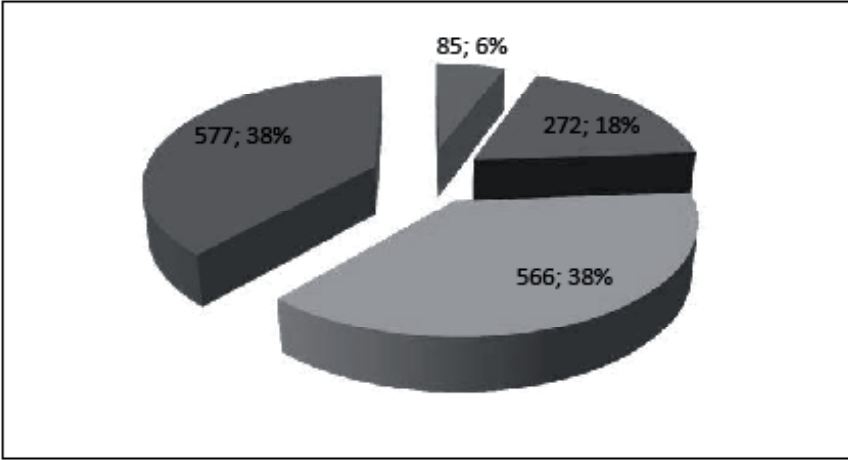
Genel seçimler bakımından ankete katılan seçmenlerin % 52’sinin, başka bir deyişle yarısından fazlasının oy kullanırken seçtiği aday veya partinin kendisini gerçek anlamda temsil edip etmediğine bakmadığı, gerek siyasi gerekse başka nedenlerle güdülenmiş bir irade ile oy kullandığı sonucuna varılabilir<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> 14 Mayıs 2011 tarihli Radikal gazetesinin 7. sayfasındaki “Ne İktidar Ne Muhalefet” habere

Yerel seçimler bakımından ankete katılan seçmenlerin ise % 49'nun, başka bir deyişle ankete katılan toplam seçmenin neredeyse yarısının oy verdiği adayın kendi şahsını tam anlamıyla temsil ettiğine inanmadığı sonucuna varılabilir. Bu bağlamda yerel seçimlerde de genel seçimlerde olduğu gibi seçmenler genellikle seçim kültüründen uzak bir şekilde gerek siyasi, gerekse başka nedenlerle güdülenmiş bir irade ile oy kullanmaktadır.

Anket sonuçlarından da anlaşıldığı üzere genellikle seçimlerin asıl amacı olan daha iyi bir yönetimin oluşturulması amacıyla uzak saikler ile seçmenlerin oy kullandığı söylenebilir. Bu bağlamda, gerek seçim sistemindeki Ülkemizdeki demokratik olmayan uygulamalar nedeniyle gerekse seçmenlerin tutumu bakımından Ülkemizdeki seçim kültürünün büyük eksikliklerinin olduğu sonucuna varılabilir.

Ayrıca anket katılımcılarına yönelttiğimiz “göreve gelen siyasilerin toplumsal ihtiyaçları karşılamakta mırırlar?” sorusuna 85 (% 6) katılımcı “tam anlamıyla yeterli”, 272 (% 18) katılımcı “yeterli derecede”, 566 (% 38) katılımcı “kısmen yeterli”, 577 (% 38) katılımcı da “yetersiz” cevabını vermiştir.



Tablo 5: Göreve Gelen Siyasilerin Toplumsal İhtiyaçları Karşılması

Anket sonucundan da açıkça anlaşılacağı üzere ankete katılan seçmenle-

rinde A&G şirketinin yaptığı anket sonucunda seçmenin % 88'inin seçimlerde herhangi bir siyasal oluşuma oy vermemek istediğini belirtmektedir.

DONAT, Yavuz, “Seçmenin Kafası Bulanık”, **Milliyet Gazetesi**, 9.07.1995. Köşe yazısında kararsız seçmenlerin %23'lere ulaştığı belirtilerek, en büyük partinin kararsızlar partisi olduğu belirtilmiştir.

rin yarısından fazlası tamamen veya kısmen seçtikleri adayların görevlerini ifa ederken yeterli başarıya ulaşamadığı kanaatindedir. Bu bağlamda Ülkemizdeki siyasilerin üstlendikleri görev bakımından seçmenleri tatmin edecek başarıyı yakalayamadığı söylenebilir.

Yukarıda verilen anket sonuçlarından da anlaşıldığı üzere seçmenlerin önemli bir çoğunluğu verdiği oyu tam anlamıyla özümsemeden vermektedir. Bu durumun birçok nedeni olabilir. Ancak kanaatimizce en önemli nedenlerinden biri, seçmeme özgürlüğüne ilişkin bir hukuki alt yapının olmamasıdır. Eğer seçmeme özgürlüğünü kullanmanın hukuki anlamda seçim sonuçlarında bir kıymeti olsaydı, söz konusu seçmenlerin birçoğu seçmeme özgürlüğünü kullanabilecektir. Böyle bir durum ya da düzenleme, daha demokratik, her görüşün tam anlamıyla seçimlerde temsil edilebileceği bir seçim sistemi anlamına gelmektedir.

### 3. Kanunen Oy Hakkı Verilmemesi

26 Nisan 1961 tarihli 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun 7. maddesinde oy kullanamayacak olanlar açık bir şekilde düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre; *“silahaltında bulunan erler, onbaşılar ve kıta çavuşları (Her ne sebeple olursa olsun, izinli bulunanlar da bu hükme tabidir), askerî öğrenciler, ceza infaz kurumlarında hükümlü olarak bulunanlar”* seçimlerde oy kullanamaz.

298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun 7. maddesi birçok açıdan eleştiriye açıktır. Öncelikle Kanunun 1960 darbesi sonrası olağanüstü dönemde düzenlenen otoriter bir rejimim mahsulü olduğu açıktır. Tamamen demokratik anlayıştan uzak olan söz konusu hüküm, insanlığın çok zor elde ettiği oy kullanma hakkını gereksiz korkular nedeniyle sınırlamaktadır. 1961 yılında düzenlenen hükmün kaldırılarak daha demokratik, bireylere seçme yada seçmeme özgürlüğünü maksimum düzeyde sağlayacak bir hükmün öngörülmesi demokratik hukuk devletinin bir gereğidir.

Tarihte tartışılan kanunen oy hakkı verilmeyen diğer bir kesim de kadınlardır. Kadınların erkekler gibi seçme ve seçilme haklarına kavuşması uzun bir zaman sürecinin tamamlanmasıyla olmuştur<sup>31</sup>. 20. yüzyıla gelinceye kadar kadınların siyasal ve toplumsal hayattaki rolleri son derece az ve sınırlıdır. An-

---

<sup>31</sup> KONAN, Belkıs, *“Türk Kadının Siyasal Haklarını Kazanma Süreci”*, **AÜHF**, S. 60 (1), 2011, s. 158; GÖKÇİMEN, Semra, *“Ülkemizde Kadınların Siyasal Hayata Katılım Mücadelesi”*, **Yasama Dergisi**, S. 10, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık, 2008, s. 5.

cak belirtmek gerekir ki Türk kadını ilk defa 1935 yılında oy kullanmıştır<sup>32</sup>; ki bu durum İsviçre ve Fransa gibi medeni olarak nitelendirilen ülkelerden daha öncedir<sup>33</sup>.

Sonuç olarak kanunen seçim hakkı verilmemesi demokratik hukuk devleti ilkesine aykırı olmakla birlikte, seçmenin seçim mahalline gitmesine rağmen oy kullanmaması durumu olmadığından seçmeme özgürlüğü olarak değerlendirilemez. Ancak belirtmek gerekir ki, tüm topluma seçimlerde oy hakkının verilmesi ve bu bağlamda bu seçmenlerinde seçmeme özgürlüğünü kullanması ile daha demokratik bir seçim sistemi söz konusu olabilir.

#### 4. Beşeri Durumlar

Bireylerin beşeri nedenlerle seçmeme özgürlüğünü kullanmaya benzeyen eylemlerde bulunmaları daha çok kendi ellerinde olmayan fizyolojik nedenlerden kaynaklanmaktadır. Örneğin yaşlı seçmenler oy verme işleminin kendilerini heyecana sürüklediğini savunmuşlar ve bu nedenle oy vermeye gitmediklerini belirtmişlerdir<sup>34</sup>. Bazı yaşlı seçmenler ise sandığa kadar gidebilecek sağlıklarının olmadığını gerekçe göstererek oy kullanmadıklarını belirtmiştir<sup>35</sup>. Başka bir örnek ise, engelli bireyler için verilebilir. Engelli seçmenlerin seçim merkezlerine gitmesi onlar için ayrı bir külfet oluşturduğundan, bu seçmenlerin seçmeme özgürlüklerini kullanmaya benzeyen eylemlerde bulunma oranları diğer bireylere göre daha fazladır.

Demokratik bir devlette özellikle engelli vatandaşların oy kullanmalarını sağlayacak gerekli ortamın sağlanması gerekmektedir. Ayrıca yaşlılık gibi beşeri nedenlerle oy kullanamayan insanların oy kullanabilmesinin sağlanması sosyal devlet anlayışının bir gereğidir. Bu nitelikteki kişilerin evde oy kullanması gibi kolaylıkları içeren gerekli yasal düzenlemelerin yapılması demokratik hukuk devletinin bir gereğidir.

---

<sup>32</sup> KONAN, “*Türk Kadının Siyasi Haklarını Kazanma Süreci*”, s. 169.

<sup>33</sup> GÖKÇİMEN, “*Ülkemizde Kadınların Siyasal Hayata Katılım Mücadelesi*”, s. 5. 1935 milletvekili genel seçimlerinde 18 kadın milletvekili Meclis’e girmiş, kadınlar parlamentoda % 4.5 oranında temsil edilmişlerdir. Bu yıllarda Avrupa, Amerika ve Asya’daki bir çok ülkede bu hakkın bulunmamaktadır.

<sup>34</sup> KARAMUSTAFAOĞLU, *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri*, s. 211.

<sup>35</sup> KARAMUSTAFAOĞLU, *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri*, s. 211. Bazı yaşlı bireyler, seçmeme özgürlüğünü kullanmaya iten neden olarak, kendilerini seçime götürecek kişilerin olmaması gerekçesini öne sürmüştür. Günümüz dünyasında sosyal devlet anlayışının benimsenmesiyle bu gibi durumlar ile karşılaşılması gerekir. Özellikle engelli seçmenlerin veya seçim sandığına kendisinin gidebilmesinin mümkün olmadığı bireyle devlet tarafından tespit edilmeli ve sosyal devlet ilkesi gereğince bu bireylere gerekli imkânın sağlanması gerekmektedir.

Seçimlerde oy kullanılmamasının bir sebebi olan beşeri durumlar sebebiyle oy kullanılmaması, seçmeme özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez. Ancak belirtmek gerekir ki, seçmenin en demokratik hakkı olan oy kullanmaya ilişkin gerekli şartların oluşturulması demokratik hukuk devletinin bir gereğidir. Devlet olarak bu seçmenlere de gerekli altyapının sağlanarak seçme hak ve yükümlülüklerini kullanmaları sağlanmalıdır. Böylece bu seçmenlerinde değerli bir seçmeme özgürlüğü kapsamında oy vermeleri mümkün olabilir.

### C. SİYASİ SEBEPLER

#### 1. Seçimlerde Hile Yapılması ve Zarfların Şeffaf Olması

İnsanların seçmeme özgürlüğünü kullanmaya benzeyen eylemlere iten siyasi nedenlerin başında seçimlerde hile yapılması gelmektedir. Seçimlerde hile yapılması; seçmenler üzerinde, olumsuz bir şekilde seçime olan güveni zedelemektedir ve seçim bitmeden sonuçlarının belli olduğu fikrine neden olmaktadır. Bu nedenle seçimlerin hileli olması durumlarında seçmenler seçime gitmelerine rağmen oy kullanmayabilmektedirler ya da geçersiz veya boş oy kullanabilmektedirler. Başka bir deyişle söz konusu seçmenler seçmeme özgürlüğünü kullanmaya benzer eylemlere girişmektedirler.

Örneğin 5 Nisan 2014 tarihli Afganistan Cumhurbaşkanlığı seçimleri ile ilgili ciddi anlamda seçimlerde hile olduğu ve insanlar üzerinde baskının bulunduğuna ilişkin iddialar vardır<sup>36</sup>. Ayrıca Ülkemizde oy pusulalarının olması gerekenden üç kat daha fazla basılması, çöplerde mühürlü oy pusulalarının bulunması gibi durumlar<sup>37</sup> da muhalif seçmenin iradesini kırmış, bir bakıma önceden sonucu belli bir seçime girildiği düşüncesine neden olmuştur.

Demokratik seçim usullerinde serbest oy veya seçimlerin serbestliği ilkesi geçerlidir. Bu ilkeye göre, seçimde oy kullanacak insanların, oylarını kullanırken hiçbir baskı, zorlama, tavsiye ve telkin altında olmadan oy kullanabilmeleri gerekir<sup>38</sup>. Seçimlerin serbest oy ilkesi kapsamında gerçekleşebilmesi; zarfların şeffaf olmamasına, başka bir deyişle gizli oy ilkesinin kabulüne bağlıdır<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> YEĞİN, Abdullah, **Hile ve Tehdit Cenderesinde Afganistan Seçimleri**, SETA Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları, İstanbul, 2014, s. 8.

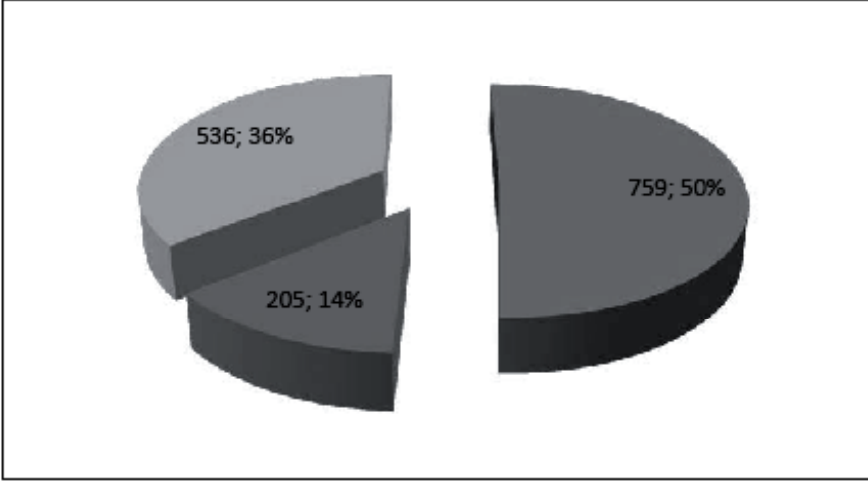
<sup>37</sup> TAŞCIOĞLU, Ömer Lütfi, “*Seçim Sistemimiz, Seçim Şaibeleri ve Öneriler*”, **TBB Dergisi**, S. 110, 2014, s. 268.

<sup>38</sup> KOÇAK, Mustafa, “*Seçim Sistemleri ve Demokrasi Karşılaştırmalı Analiz: İHAM ve AB Ölçütleri*”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, S. 23, 2006, s. 123-126; ATAR, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 72; GÖZLER, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, s. 715.

<sup>39</sup> YILDIRIM, Ramazan, **Devlet Yapısı ve Nitelikleri**, B. 2, Diyarbakır, 2003, s. 84. “*Gizlilik seçme*

Oyların gizli olmaması durumunda insanlar seçimlerinin belli olmasından dolayı rahatsızlık duyarlar. Özellikle totaliter bir iktidarın karşısındaki bir adaya veya partiye oy vermek isteyen muhalif düşünceli bireyler, oylarının belli olmasını istemez. 2014 Türkiye Cumhurbaşkanlığı seçiminde, yurt dışında oy kullanan seçmenlerin bazıları, oy pusulalarının çok ince olduğu ve bu nedenle kullandıkları oyların belli olduğunu söylemiştir. Özellikle söz konusu seçimde yurt dışı seçmen katılım oranının % 8,37 olduğu düşünüldüğünde, zarfların şeffaflığı veya gizli oy ilkesine aykırılık teşkil eden zarfların, insanların seçime gitmesini engellediği sonucuna varılabilir<sup>40,41</sup>.

1500 anket katılımcısına yönelttiğimiz “Ülkemizde *demokratik ve hukuka uygun seçimlerin yapıldığına ilişkin kuşkularınız var mı?*” sorusuna 759 (% 50) katılımcı “*evet*”, 536 (% 36) katılımcı “*kısmen*”, 205 (% 14) katılımcı da “*hayır*” cevabını vermiştir.



**Tablo 6: Ülkemizde Demokratik ve Hukuka Uygun Seçimlerin Yapıldığına İlişkin Kuşkuları Olan Seçmen Sayısı**

Yukarıdaki tablo değerlendirildiğinde ankete katılan seçmenlerin % 86’sı Ülkemizde demokratik anlamda bir seçimin varlığından şüphe duymaktadır.

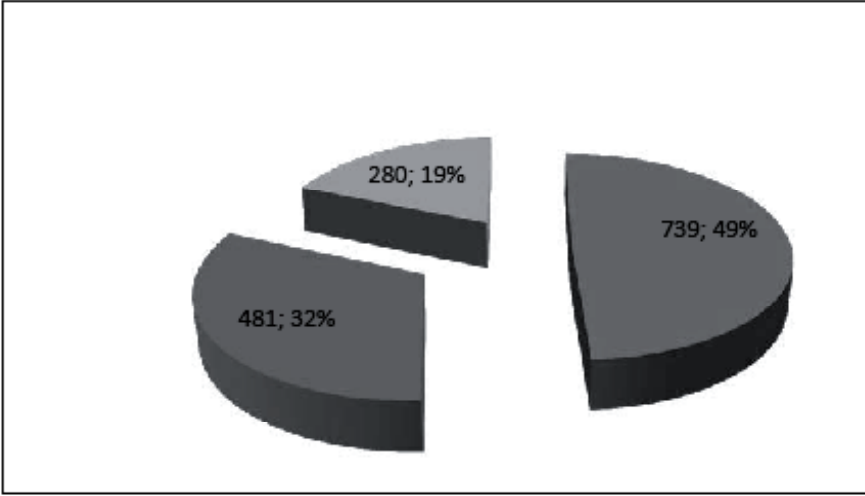
*hakkının en önemli niteliklerinden biridir. Seçimlerde oyların gizli verilmesi seçmenin oyunu herhangi bir baskı altında kalmadan yalnızca kendi duygu ve düşüncelerine göre kullanmasını sağlamaktır”.*

<sup>40</sup> [www.zete.com/gurbetin-oylari-zarflar-seffaf-kime-oy-verildigi-gorunuyor/](http://www.zete.com/gurbetin-oylari-zarflar-seffaf-kime-oy-verildigi-gorunuyor/) (e.t. 05.09.2014).

<sup>41</sup> Aynı durum 1982 Anayasasına ilişkin halk oylamasında da söz konusu olmuştur.

Anket sonucundan da açık bir şekilde ortaya çıktığı üzere, seçim sonuçlarının zarfların şeffaf olması gibi nedenlerle seçmenler üzerinde güvenilirliği son derece sorgulanır bir hal almaktadır. Bu nedenle özellikle seçim yargısının daha objektif sonuçların alınabilmesini sağlayacak uygulamalar getirmesi ve bireysel anlamda seçim kültürünün oluşması için seçmenlerin eğitilmesi gerekmektedir. Ayrıca seçim yargısının yapılabilecek seçim hilelerine karşı sıkı güvenlik önlemleri alması ve seçim hilelerine başvuranların ceza kanunları bakımından daha ciddi cezalar ile cezalandırılması gerekmektedir.

Ayrıca 1500 katılımcıya yönelttiğimiz “Ülkemizde yapılan seçimlerde seçim hilelerine başvurulduğuna inanıyor musunuz?” sorusuna 739 (% 49) katılımcı “evet”, 280 (% 19) katılımcı “kısmen”, 481 (% 32) katılımcı da “hayır” cevabını vermiştir.



**Tablo 7: Ülkemizde Yapılan Seçimlerde Seçim Hilelerine Başvurulduğuna İnanan Seçmen Sayısı**

Yukarıdaki tablo değerlendirildiğinde ankete katılan seçmenlerin % 68'i seçimlerde hile yapıldığı kanaatindedir. Özellikle bir önceki tablo (tablo 4) göz önünde bulundurulduğunda Ülkemizde gerçek anlamda demokratik seçimlerin yapılmadığına kanaat getiren ankete katılan hukukçu seçmenlerin % 86'lık oranın % 68'lik (% 49 + % 19) kısmı seçimlerde hile yapıldığı kanaatindedir. Bu bağlamda Ülkemizde seçimlere ilişkin memnuniyetsizliğin büyük bir kısmı seçimlerde hile yapılması veya hile yapıldığına ilişkin kuşkulardan kaynaklandığı söylenebilir.

Seçim sistemlerinin her iktidara gelen siyasal parti tarafından kendi menfaatlerine uygun olarak düzenlenmesi<sup>42</sup> veyahut olması gereken demokratik eksikliklerin giderilmemesi (seçim barajının düşürülmesi gibi), dolaylı anlamda seçim hileleridir. Ayrıca belirtmek gerekir ki; siyasal partilerin seçim çalışmaları sırasında gerçek anlamda ve doğru şekilde ne kadar harcama yaptığının kamuoyuna duyurulması seçimlerin şeffaflığı açısından önemlidir<sup>43</sup>.

Sonuç olarak, seçim sonuçlarının adil bir şekilde hukuk âlemine yansımayaacağına inanan seçmen, seçmeme özgürlüğünü kullanmaya benzeyen eylemlere girişebilecektir. Çünkü bilinçli seçmen hileli yöntemlerin uygulandığı bir seçim ortamında hiçbir partiye ya da adaya vermek istemeyecektir. Bu bağlamda hukuki bir değeri olan seçmeme özgürlüğü kapsamında ülkede seçimlerin daha adil ve şeffaf olması için her siyasi idare gerekli çalışmaları yapmak zorunda kalacaktır. Zira aksi durumda, hukuki bir değeri olan seçmeme özgürlüğünü kullanacak seçmen oranı seçimlerin galibini ciddi anlamda belirleyecektir.

## 2. Siyasal Belirsizlik

Seçmenlerin seçimlerde özgür bir şekilde oy kullanması için gereken ortamı engelleyen sebeplerden biri de siyasal belirsizliktir. Bir ülkede siyasi anlamda belirsizlik söz konusuysa, seçmenler mecburi anlamda oy kullanmak zorunda kalabilir.

Siyasal belirsizlik durumunda seçmenlerin oy kullandığı seçime en güzel örneği 1982 Anayasası referandumunu verebiliriz. 1982 Anayasası'nın kabulündeki antidemokratik uygulamalar<sup>44</sup> bir yana; referandum sonucunda anayasanın kabul edilmemesi durumunda hangi yöneme başvurulacağı veya nasıl bir yol haritasının izleneceği kasten belirsiz bırakılmıştır. Bireyler de en kötü yönetimin belirsizlikten daha iyi olacağı düşüncesiyle oy kullanmaya mecbur edilmiş ve tamamen demokratik olmayan yöntemlerle 1982 Anayasası kabul edilmiştir.

Ancak siyasal belirsizlik durumlarının seçmeme özgürlüğü kullanmaya iten nedenlerden biri olmadığı, hatta seçmeme özgürlüğü kapsamında en önemli engellerden biri olduğu söylenebilir. Çünkü siyasal belirsizlik durumlarında

---

<sup>42</sup> DONAT, Yavuz, "Siyasi Kültür Siyasi Ahlak", *Milliyet Gazetesi*, 18.01.1993.

<sup>43</sup> HERSCHFELD, N. Stuart, "The Impact on the Federal Election Commission Concerning Projected Shortfalls in the Public Funding of Presidential Elections", *The Administrative Law Journal*, The American University, Volume 5, Spring 1991, p. 387.

<sup>44</sup> AYAN, Sezer, "Siyasi Yapılanma Sürecinde 1961 ve 1982 Anayasası", *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, C. 8, S. 2, 2007, s. 9.



seçmenler ne olursa olsun siyasi belirsizlikten kurtulmak için istemeden ve tam benimseyip kabul etmeden oy kullanmak zorunda kalmaktadır.

### 3. Adaylara veya Partiye İlişkin Memnuniyetsizlik

İnsanların seçmeme özgürlüğünü kullanmaya benzeyen eylemlere niten siyasi nedenlerden biri de adaylara ilişkin memnuniyetsizliktir. Gerek bağımsız adaylar, gerekse siyasi parti bünyesinde seçime giren adaylar oy kullanacak bireyler tarafından beğenilmeyebilir. Başka bir deyişle, oy kullanacak bireyler, söz konusu adayların kendilerini temsil edeceklerine inanmazlar. Dolayısıyla seçimlerde kendilerini temsil edemeyecek bir adaya oy vermek yerine, seçmeme özgürlüğü olmadığı için oy vermemeyi (oy vermekten kaçınmayı) ya da geçersiz oy kullanmayı daha uygun bulurlar<sup>45</sup>.

Adaylara ilişkin memnuniyetsizlik birçok nedene bağlı olarak ortaya çıkabilir. Bu nedenlerin başında seçmenlerin siyasi kimlikleri gelmektedir. Kendisine siyasi açıdan yakın bir aday bulamayan seçmen, seçmeme özgürlüğünü kullanmak isteyebilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki; politikacıların toplum psikolojisini tam anlamıyla anlamamaları ve toplumdan kendilerini soyutlamaları nedeniyle, toplumda politikacıları kendinden görmemeye başlamaktadır<sup>46</sup>. Böyle bir durum, seçmenler nazarında adaylara ilişkin memnuniyetsizlik oluşturduğu söylenebilir.

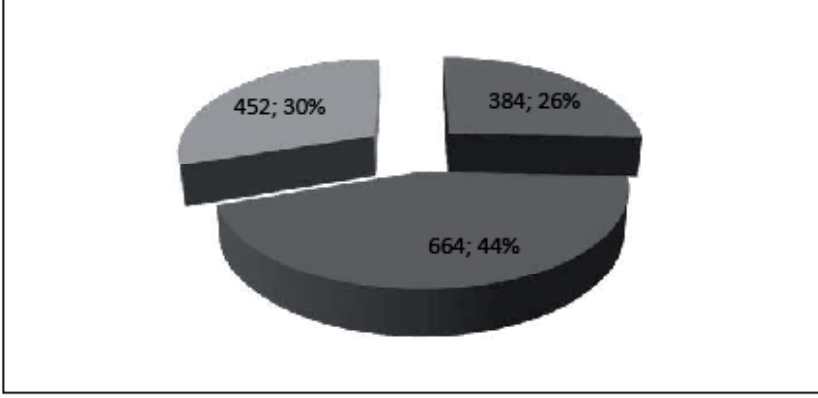
İnsanların seçimlere tam anlamıyla katılımını sağlamak için toplumu bütün yönleriyle kapsayan bir aday listesinin olması gerekmektedir. Bu da aday olabilmek şartlarının daha esnek bir yapıda tekrar düzenlenmesi ile mümkündür. Başka bir öneri de, bireylere adayları beğenmese dahi, oy kullanabilecekleri bir sistemin oluşturulmasıdır. Bu duruma ilişkin aşağıda bir öneri üzerinde durulacaktır.

1500 anket katılımcısına yönelttiğimiz *“seçimlerinde oy verdiğiniz kişinin veya siyasi partinin tam anlamıyla sizin şahsınızı temsil kabiliyeti olduğuna inanıyor muydunuz?”* sorusuna 384 (% 26) katılımcı *“evet”*, 452 (% 30) katılımcı *“kısmen”*, 664 (% 44) katılımcı da *“hayır”* cevabını vermiştir.

---

<sup>45</sup> BİTLİS'in Güroymak İlçesi Yamaç Köyü'nde siyasilere tepki gösteren vatandaşlar Cumhurbaşkanlığı seçimini boykot ederek sandığa gitmedi. Köye gönderilen 2 sandıkta oy kullanılan olmadığı için sandıklar boş kaldı. [www.dha.com.tr/siyasilere-kizdilar-sandiga-gitmediler\\_735548.html\(et.08.09.2014\)](http://www.dha.com.tr/siyasilere-kizdilar-sandiga-gitmediler_735548.html(et.08.09.2014)).

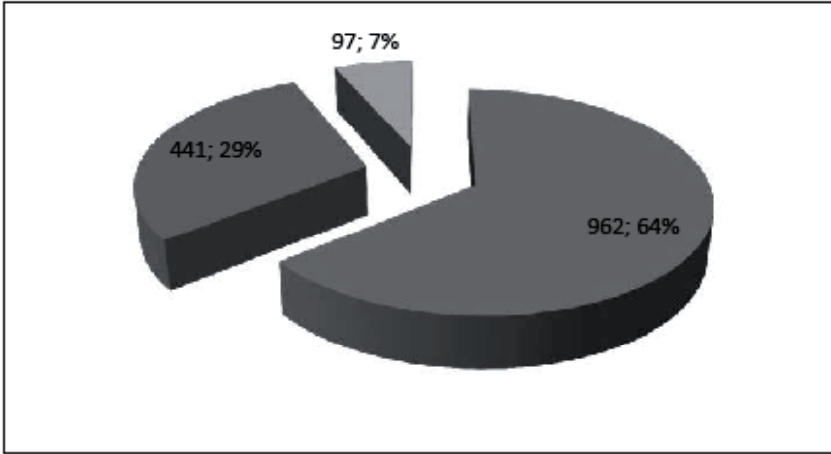
<sup>46</sup> MENGİ, Ergon, *“Düşünenlerin Düşüncesi-Toplum Psikolojisi ve Politika”*, **Milliyet Gazetesi**, 22.04.1993.



Tablo 8: Adayların veya Partilerin Seçmenleri Temsil Kabiliyeti

Anket sonuçlarına göre ankete katılan seçmenlerin adaylara ilişkin memnuniyetsizliğinin büyük oranda sandığa yansımadağı söylenebilir. Çünkü her ne kadar seçmenler kendi şahsını tam anlamıyla temsil kabiliyeti olmayan adayların seçildiğini öngörse de seçmeme özgürlüğünün seçimlerde bir değerinin olmaması nedeniyle istemeye istemeye oy kullanarak tam anlamıyla benimsemediği aday veya partilere oy vermek zorunda kalmaktadırlar. Bu durumun da milli iradenin eksiksiz tecellisine engel olduğu söylenebilir.

Aynı katılımcılara yöneltilen “Ülkemizde yapılan veya yapılacak seçimlerde, seçmenlerin mevcut adayları veya partileri beğenmeyip boş oy kullanma özgürlüğü (seçmeme özgürlüğü) olsun mu?” sorusuna 962 (% 64) katılımcı “evet”, 441 (% 29) katılımcı “hayır”, 97 (% 7) katılımcı da “fikrim yok” cevabını vermiştir.



Tablo 9: Seçmeme Özgürlüğünün Olması

Anket sonuçlarına göre seçimlerdeki aday veya partilerin kendi şahsını temsil ettiğine inanmayan tüm seçmenlerin seçmeme özgürlüğü bağlamında değerli bir seçmeme hakkı istediği ortaya çıkmaktadır. Ayrıca seçilen adayları kısmen kendi şahsıyla bağdaştırabilen seçmenlerinde büyük bir çoğunluğunun seçmeme özgürlüğü bağlamında değerli bir seçmeme hakkı istediği sonucuna varılabilir.

#### **4. Yolsuzluk İddiaları**

İnsanların seçmeme özgürlüğünü kullanmaya benzeyen eylemlere iten siyasi nedenlerden biri de yolsuzluk iddialarıdır. Bir ülkede seçime giren partiler veya adaylar üzerinde yolsuzluk söylentilerinin olması durumunda, yolsuzluk iddiaları olan aday veya siyasi oluşumu önceden destekleyen seçmenlerin, yeni seçimlerde seçmeme özgürlüğünü kullanarak oy vermekten kaçınabilmesi veya başka aday veya partilere oy vermesi mümkündür. Ancak bu seçmenlerin başka partiye oy vermemeyi istemeleri durumunda mevcut yasal düzenlemelerle herhangi bir irade gösteremeyeceği söylenebilir. Bu bağlamda seçmeme özgürlüğünün değerli kılındığı bir seçim sistemi söz konusu seçmenlerin vicdanlarının sandığa tam anlamıyla yansıtacağı bir seçim olacaktır.

Özellikle ekonomik anlamda sorun yaşayan ülkelerde, yolsuzluk söylemleri seçmenlerin kararlarını etkilemesi bakımından son derece önemlidir. Ancak, siyasi anlamda bir düşünceyle kendini özleştiren seçmenler, her ne kadar kendini bağlı hissettiği siyasi oluşum üzerinde yolsuzluk iddiaları olsa da, oy vermekten kaçınmayarak siyasal özümsemeye bağlı olarak “*taftarı*” olduğu partiye her ne iddia olursa olsun oy verebilmektedir.

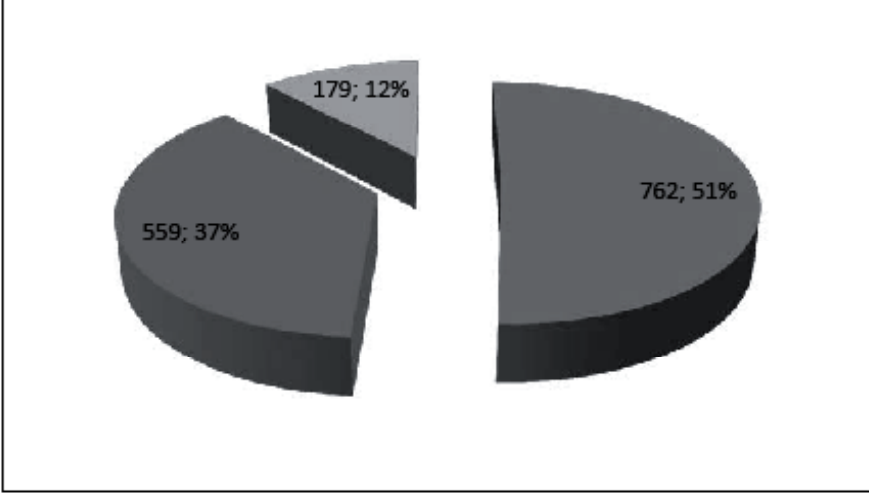
Demokratik bir hukuk devletinde olması gereken hiçbir şekilde yolsuzluğun olmamasıdır. Ancak hukuk dışına çıkılan bazı durumlarda da hukukun uygulanması, başka bir deyişle hukuka aykırı fiillerin adil ve güvenilir yargı çerçevesinde yargılanarak ceza unsuru bulunan fiillerin cezalandırılması gerekir. Aksi durumlarda yönetimlerdeki yolsuzluk iddiaları nedeniyle seçmenlerin idareye ilişkin güvenleri zedelenir.

#### **5. Yerel Yönetimlerin Toplumun İhtiyacını Karşılammaması**

İnsanların seçmeme özgürlüğünü kullanmaya benzeyen eylemlere iten siyasi nedenlerden biri de toplumun müşterek ihtiyaçlarının yerel yönetimler tarafından sağlanmamasıdır. Günümüzde yerel yönetimlerin yetersiz kalmalarından dolayı insanların gerek bireysel olarak, gerekse bir yöre halkının müşterek olarak seçmeme özgürlüğünü kullanmaya benzeyen ey-

lemlere girişmeleri söz konusu olabilmektedir<sup>47</sup>.

1500 anket katılımcısına yönelttiğimiz “bir seçmen olarak yerel seçimlerde oyunuzu benimseyerek ve özümseyerek mi verdiniz?” sorusuna 762 (% 51) katılımcı “evet”, 179 (% 12) katılımcı “kısmen”, 559 (% 37) katılımcı da “hayır” cevabını vermiştir.



Tablo 10: Yerel Seçimlerde Oyunu Özümseyerek ve Benimseyerek Veren Seçmen Sayısı

Anket sonucundan da görüldüğü üzere katılımcıların yarısına yakını yerel anlamda oylarını tam anlamıyla benimsemeden ve özümsemeden kullanmıştır. Bu bağlamda yerel yönetimlerin toplumsal ihtiyaçları karşılamadaki yetersizliği seçmenlerin oy kullanmadan kaçınmalarına neden olabilmektedir. Ancak seçmeme özgürlüğü seçmene tanınmadığı için, seçmenler bu tepkilerini çoğu zaman seçimi boykot ederek kullanmaktadırlar.

İnsanları seçmeme özgürlüğünü kullanmaya benzeyen eylemlere iten bir

<sup>47</sup> Şanlıurfa'nın Siverek İlçesi'nde, 670 seçmeni bulunan Kapıkaya Mahallesi sakinleri, yollarının söz verilmesine rağmen yapılmadığını ileri sürerek boykot kararı aldı ve cumhurbaşkanlığı seçiminde oy kullanmadı. [www.radikal.com.tr/turkiye/bir\\_mahalle\\_secime\\_gitmedi-1205970](http://www.radikal.com.tr/turkiye/bir_mahalle_secime_gitmedi-1205970)(et. 08.09.2014).

Ağrı'nın Eleşkirt ilçesine bağlı Hürriyet ve Arıfbey Köyleri ise sandığı proteste etti. Köylerine köprü yapılması için 1972 yılında etüd çalışması yapıldığını, ancak bugüne kadar bir kazma bile vurulmadığını belirttiler. [www.ntvmsnbc.com/id/25222378/](http://www.ntvmsnbc.com/id/25222378/) (et. 08.09.2014).

Samsun'un Vezirköprü ilçesi Alan köyü muhtarı Ali Demir, Alan Köyü ve Karaköy arasındaki 2 köyün mülki sorunu giderilmediği süre içerisinde seçime gitmeme kararı aldıklarını belirtti. [www.vezirkopruyasam.net/Guncel-sorunlari-cozulmezse-secime-gitmeme-karari-aldilar-4189.html](http://www.vezirkopruyasam.net/Guncel-sorunlari-cozulmezse-secime-gitmeme-karari-aldilar-4189.html)(et. 08.09.2014).

neden olan yerel yönetimlerin toplumun müşterek ihtiyaçlarını karşılayamaması değişik şekillerde de ortaya çıkabilir. Örneğin 6360 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile belli bir nüfusun altında kalan belediyeler köye dönüştürülmüştür<sup>48</sup>. Belediyeleri kaldıran bazı bölge halkları artık müşterek ihtiyaçlarının karşılanamayacağını veya karşılanmakta yetersiz kalınacağı düşüncesiyle seçmeme özgürlüğü kullanmaya benzeyen eylemlere girişebilmektedirler<sup>49</sup>.

## 6. Liderlerin Eşit Şartlarda Yarışmaması

İnsanların seçmeme özgürlüğünü kullanmaya benzeyen bazı uygulamalara iten siyasi nedenlerden biri de seçim döneminde liderlerin eşit şartlarda yarışmamasıdır. Özellikle iktidar partilerinin seçim sürecinde devlet imkânını kullanması veya bazı siyasi oluşumların gerek medya, gerekse işadamları tarafından diğer siyasi oluşumlara göre fazla destek görmesi<sup>50</sup> seçmenlerin seçimlere ilişkin adalet duygusunda olumsuzluklara neden olmaktadır.

Adalet düşüncesinin daha ağır bastığı, başka bir ifadeyle siyasal şartlanılmışlığa nazaran adalet duygusunun önde olduğu seçmenler, devlet imkânlarını haksız yere kullanan aday veya partilere seçmeme özgürlüğü kapsamında desteklemekten kaçınabilmektedir.

1500 anket katılımcısına yönelttiğimiz “*Ülkemiz seçimlerinde adaylar eşit şartlarda yarışmakta mıdır?*” sorusuna 186 (% 12) katılımcı “*evet*”, 1165 (% 78) katılımcı “*hayır*”, 149 (% 10) katılımcı da “*hayır*” cevabını vermiştir.

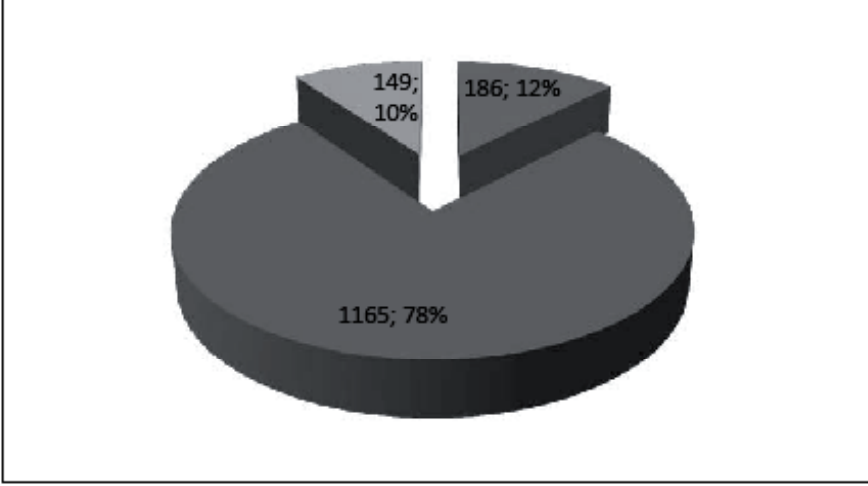
---

<sup>48</sup> GÜRKAN, Mehmet Fatih, “6360 Sayılı Kanunun Getirdiği Yenilikler”, **KhukA**, S. 17, 2014/1, s. 10.

<sup>49</sup> Kütahya'nın Simav ilçesine bağlı Kuşu köyünde, 30 Mart'taki Mahalli İdareler Seçimlerinde kimsenin sandığa gitmemesi nedeniyle yenilenen seçimde, oy kullanan çıkmadı. [www.internethaber.com/secim-oldu-kimse-sandiga-gitmedi-679807h.htm](http://www.internethaber.com/secim-oldu-kimse-sandiga-gitmedi-679807h.htm) (et. 08.09.2014).

Kütahya'nın Simav ilçesi'nin Yerel Yönetimler Yasası'yla beldeden köye dönüştürülen Kuşu'da, yerel seçimin ardından 2014 Cumhurbaşkanlığı seçiminde de sandıklara gidilmedi. [www.cnntrk.com/haber/turkiye/kutahya-simav-kusu-koyu-secimi-yine-protesto-etti](http://www.cnntrk.com/haber/turkiye/kutahya-simav-kusu-koyu-secimi-yine-protesto-etti)(et. 08.09. 2014).

<sup>50</sup> Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı(AGİT) heyeti 2014 Türkiye Cumhurbaşkanlığı seçimi için şu açıklamalarda bulunmuştur: Ciddi birtakım olumsuz hususlar vardır. *Resmi makamlarının ve devlet kaynaklarının usulsüz bir şekilde kullanılması* bir aday tarafından. Yasal çerçevede birtakım açıklıkların olmaması, netliğin olmaması ve medya haberlerinin de taraflı olması seçimleri olumsuz etkilemiştir.[www.dha.com.tr/basbakanin-devlet-imkanlarini-kullanmasi-sureci-zedeledi\\_735712.html](http://www.dha.com.tr/basbakanin-devlet-imkanlarini-kullanmasi-sureci-zedeledi_735712.html)(et. 08.09.2014).



**Tablo 11: Ülkemiz Seçimlerinde Adaylar Arasında Eşitsizlik**

Anket sonuçlarından da anlaşılacağı üzere ankete katılanların büyük bir çoğunluğu Ülkemizdeki seçimlerde partiler veya adaylar arasında haksız rekabet olarak nitelendirilebilecek bir eşitsizliğin olduğunu düşünmektedir. Bu demokratik anlamda son derece ciddi bir durumdur. Ülkeyi yönetmeye aday olanların veya yerel seçimlerdeki adayların seçimlerde daha fazla devlet imkânlarını kullanması veya başka nedenlerle diğer adaylar üzerinde bir takım üstünlüğünün olması seçimlerin sonuçlarına ilişkin ciddi anlamda kuşkulara neden olmaktadır. Bu bağlamda söz konusu duruma tepkiyi, devlet imkânlarını adaletsiz bir şekilde fazla kullanan siyasal oluşumu destekleyen ancak bu durumdan rahatsız olan seçmene, bu nedenle oy kullanmaktan kaçınmak istemesi durumunda seçmeme özgürlüğü kapsamında bir hakkın verilmesi özgürlüğün en temel sebebi niteliğinde görülmelidir.

### III. SEÇME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN GÜNÜMÜZDEKİ HUKUKİ NİTELİĞİ

Seçme özgürlüğü (oy verme) yeni bir olay olmamakla birlikte tarihte çok eskiye dayanan bir geçmişi vardır. Seçme özgürlüğü Eski Yunan şehir devletlerinde oy verme işlemi vatandaşlık statüsünden doğan bir eylem olarak nitelendirilmiştir. Orta çağda feodal anlayışta ise, oy verme malvarlığı ile ilgili bir yetki olması nedeniyle Eski Yunan şehir devletlerinden ayrılmaktadır. Günümüzde ise, hâlâ Eski Yunan şehir devletlerindeki vatandaşlık kısıtlamasının kabul edildiği bir seçim sisteminin geçerliliğini koruduğu söylenebilir<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> KARAMUSTAFAOĞLU, *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri*, s. 119-120.

Seçme yetkisini, başka bir deyişle seçme özgürlüğünü nitelendiren iki görüş vardır. Birinci görüşe göre seçme yetkisi tabii ve soyut bir hak niteliğindedir. Bu görüşe göre, seçme yetkisi hak niteliğinde olduğu için bir özgürlük olarak öngörülebilir. İkinci görüşe göre, seçme yetkisi bir görev niteliğindedir. Başka bir deyişle oy kullanma yetkisi olan seçmenlerin oy kullanması bir özgürlük değil; bir yükümlülüktür<sup>52</sup>. Demokratik anlayışın egemen olduğu hukuk devletlerinde seçme yetkisi bir hak olarak öngörülmektedir.

1982 Anayasası'nın 67. maddesinin 1. fıkrasında *“vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak, seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasî parti içinde siyasî faaliyette bulunma ve halkoymasına katılma hakkına sahiptir”* hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu hükümden de anlaşılacağı üzere Ülkemizde seçmenlerin seçme ve seçilme veya siyasi faaliyetlerde bulunabilmesi bir hak niteliğinde düzenlenmiştir. Ancak 1982 Anayasası'nın 175. maddesinin son fıkrasında *“halkoymasına, milletvekili genel ve ara seçimlerine ve mahallî genel seçimlere iştiraki temin için, kanunla para cezası dâhil gerekli her türlü tedbir alınır”* hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümden 67. maddenin aksine seçimlere katılımın bir hak değil bir yükümlülük olduğu sonucuna varılabilir. Bu bağlamda Anayasanın söz konusu iki hükmü bir arada düşünüldüğünde seçme eyleminin, hem hak ve özgürlük hem de yükümlülük boyutu olduğu söylenebilir. Çünkü seçme hakkı siyasal haklar ve ödevler kapsamında sayılmaktadır.

Günümüzde seçim hakkı, başka bir deyişle seçme özgürlüğü; bireysel, serbest, eşit ve gizli olarak kullanılan bir yetkidir. Seçme özgürlüğünün bireyselliği, seçme hakkının kişiye bağlı olması ve seçme hakkının başkası aracılığıyla kullanılamaması anlamına gelir. Seçme hakkının serbestliği, her türlü ekonomik ve siyasal etki ve baskılardan uzak bir biçimde oy verme anlamına gelmektedir. Seçim yetkisinin veya oy hakkının eşitliği ise; herhangi bir ayırım gözetmeksizin herkesin eşit olarak tek oy kullanması anlamına gelmektedir<sup>53</sup>.

Son olarak bir seçme özgürlüğünden bahsedebilmek için seçmenlerin serbestçe ve dilediğince bu hakkını kullanması gerekmektedir. Bu da ayrıca seçmenlerin seçmeme özgürlüğünü de kullanması ile mümkün olabilir.

#### IV. OLMASI GEREKEN SEÇMEME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

Seçmeme özgürlüğü; seçme özgürlüğü (seçme hakkı) kavramının mefhumu muhalifinden (karşıt anlamından) çıkartılabilecek bir kavramdır. Seçme

---

<sup>52</sup> KARAMUSTAFAOĞLU, *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri*, s. 120-122.

<sup>53</sup> YILDIRIM, *Devlet Yapısı ve Nitelikleri*, s. 84.

özgürlüğü; hukuksal niteliği gereği seçmenlerin bireysel, serbest, eşit ve gizli oyla seçme hakkını kullanabilmesi olarak tanımlanabilir. Bu tanımlamadan yola çıkarak, seçmeme özgürlüğü de; bireyin bireysel, serbest, eşit ve gizli oyla mevcut partilerden, adaylardan ya da seçeneklerden herhangi birini tercih etmemesi; seçmeme özgürlüğü (negatif seçme özgürlüğü) olarak adlandırılır. Nasıl ki pozitif sendika özgürlüğünün karşıtı negatif sendika özgürlüğü ise; bir pozitif özgürlük olan seçme özgürlüğünün karşıtı da seçmeme özgürlüğüdür<sup>54</sup>.

Günümüzde; gerek Ülkemizde, gerekse diğer demokratik ülkelerde seçme hakkından kaçınılması durumunu hukuksal bir niteliğe büründüren herhangi bir yasa veya düzenleme bulunmamaktadır. 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki Kanun kapsamında seçmeme özgürlüğünü kullananların oylarının herhangi bir değeri yoktur. Bu bağlamda bir örnek vermek gerekirse; bir muhtarlık seçiminde, aday olan kişi dışında tüm seçmenler seçimde seçmeme özgürlüğünü kullansa veya seçmeme özgürlüğünün kullanımına benzeyen eylemlerde bulunsalar; sadece aday kendine oy kullansa muhtar seçilmiş olacaktır. Böyle bir durum sosyal ve siyasal anlamda ciddi problemlere yol açacak ve son derece demokratik olmayan bir seçim sonucu ile karşı karşıya kalınacaktır. Hukuk, siyasal ve sosyal problemlere çözüm ürettiği ölçüde saygınlık kazanır ve kuralların bağlayıcılığına olan meşruiyet inancı güçleşir.

Demokratik ülkelerde hukuku oluşturma noktasında birinci görev yasama organına aittir. Bu nedenle sosyal ve siyasal anlamda ciddi problemlerin çıkarmaması için 298 sayılı Kanunda seçmeme özgürlüğü kapsamında gerekli değişikliklerin yapılması gerekmektedir.

Seçmeme özgürlüğünün hukuksal bir nitelik kazanabilmesi için siyasi nedenlerden dolayı oy kullanma hakkından kaçınan seçmenlerin tespit edilmesi gereklidir. Ancak belirtmek gerekir ki; sandığa gitmemenin seçmeme özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmek isteriz. Seçmeme özgürlüğü seçim mahalline gitmesine rağmen oy kullanmama durumudur. Bu durumda siyasal olmayan nedenlerden değil, ancak siyasi nedenlerden dolayı vuku bulabilir.

Mevcut seçim sistemleri ile seçmeme özgürlüğünü kullanmak isteyen seçmenlerin tespiti mümkün değildir. Siyasi nedenlerle seçmeme özgürlüğünü

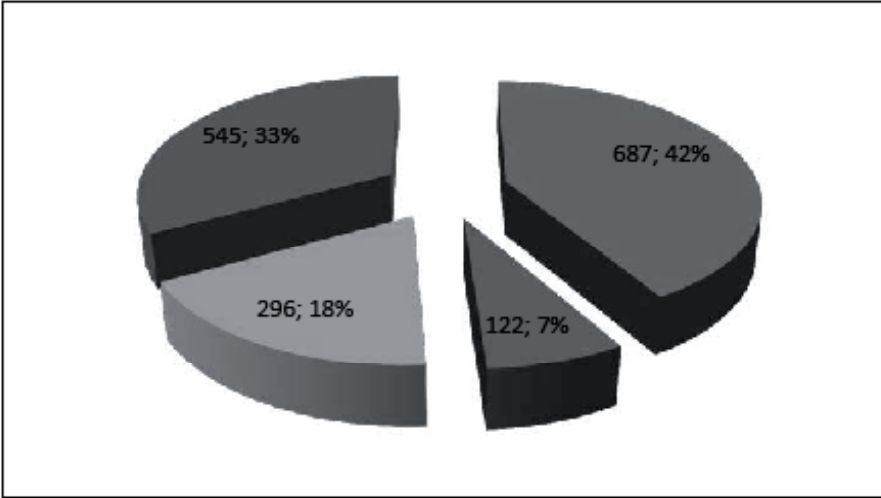
---

<sup>54</sup> İş hukuku doktrininde pozitif sendika özgürlüğü herhangi bir işçi sendikasına üye olma olarak tanımlanırken; negatif sendika özgürlüğü işçinin herhangi bir sendikaya üye olmamasını tanımlamaktadır. Bakınız; TUNÇOMAĞ, Kenan – CENTEL, Tankut, İş hukukunun Esasları, 4. Bası, İstanbul, 2005, s.238; ARICI, Kadir, **Sendikaların Bağımsızlığı İlkesi**, Ankara, 1982, s.14.



kullanıcıların oranının tespiti için seçim kâğıtlarında adayların yanında “seçmeme özgürlüğü” adı altında ayrı bir buton konularak seçmenlerin istemediği aday veya partilere oy vermesi engellenebilir. Böylece daha demokratik ve seçmeme özgürlüğünün olduğu bir seçim söz konusu olabilir.

1500 anket katılımcısına yönelttiğimiz “sizce bundan sonra yapılacak seçimlerde seçmeme özgürlüğünü kullanan ya da boş oy kullanan seçmenlerin oylarının, seçime giren partilerin ya da adayların aldıkları oylara etkisi ne olmalıdır?” sorusuna 687 (% 42) katılımcı “hiç etkilememelidir”, 122 (% 7) katılımcı “her aday ya da siyasi partinin aldıkları geçerli oylar ile seçmeme özgürlüğünü kullanan seçmenlerin oyları oranlanmalı ve bu oran ölçüsünde her aday ya da partinin oyu mahsup edilmelidir”, 296 (% 18) katılımcı “seçim bölgesinde en fazla oyu alan aday ya da partinin oyu ile seçmeme özgürlüğünü kullanan seçmenlerin oyları orandan fazla olursa o bölge de seçim tekrarlanmalıdır”, 545 (% 33) katılımcı da “seçmeme özgürlüğünü kullananların sayısı, geçerli oylardan fazla olursa, seçim tekrarlanmalıdır” cevabını vermiştir.



Tablo 12: Seçmeme Özgürlüğünün Hukuku Niteliği

Yukarıdaki anket sonuçlarından anlaşılacağı üzere ankete katılan seçmenlerin sadece % 42’lik kısmı seçmeme özgürlüğünün seçimler üzerinde etkili olmaması gerektiği kanaatindedir. Dolayısıyla ankete katılan seçmenlerin yarısından fazlası seçmeme özgürlüğüne bir değer atfedilmesi gerektiğine inanmaktadır. Ayrıca anket katılımcılarının % 33’lük kısmı seçmeme özgürlüğü bağlamında oy kullanmaktan kaçınanların sayısının geçerli oylardan fazla ol-

ması halinde seçimlerin yenilenmesi gerektiğini düşünmektedir. Kanaatimizce seçmenlerden seçmeme özgürlüğünü kullananların sayısı seçilen adaydan fazla olması halinde seçimlerin yenilenmesi daha demokratik seçim için olması gereken bir durumdur. Ayrıca anket sonucundan farklı olarak, kanaatimizce her ne oranda olursa olsun siyasi anlamda seçmeme özgürlüğü bağlamında oy kullanmayan seçmenin seçim sonuçlarına etki etmesi gerekir.

Bireylere seçimlerde seçmeme özgürlüğünü kapsayacak şekilde seçim usulü belirlenirse, siyasal partilerin seçimde bazı toplulukları dışlayan veya bazı toplumlar üzerinden siyaset politikası izlemesi zorlaşacaktır. Seçmeme özgürlüğünü kullanan adayların oylarının genel yüzdeye etki etmesi genel sonuçları etkileyecektir. Çünkü dışlanan toplumların seçmeme özgürlüğünü kullanması iktidar olmak isteyen partilerin oy oranını düşürecektir. Diğer taraftan siyasi partiler, parti programını belirlerken veya değiştirirken, ya da aday belirlerken seçmenlerin seçmeme özgürlüğünün ne olduğunu bilecekleri için, daha dikkatli ve itinalı davranacaktır.

## **V. SEÇMEME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN POZİTİF HUKUKUMUZDAKİ BAZI ÖRNEKLERİ**

Her ne kadar 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun, seçmeme özgürlüğünü birinci seçmenlere tanımamıştır. Fakat ikinci seçmen konumundaki milletvekillerine ve diğer seçimle işbaşına gelen bazı yerinden yönetim organlarına pozitif hukukumuz, seçmeme hak ve özgürlüğünü tanımıştır. Konuyu, belirli seçenekler arasından birini tercih etme bağlamında değerlendirdiğimizde, başta Anayasamız olmak üzere mevzuatımızda bol miktarda örnek bulabiliriz. Ancak, belirli bir makama gelecek kişiyi belirleme bağlamında aşağıdaki örnekleri vermek mümkündür.

Birinci örnek, Türkiye Büyük Millet Meclis Başkanlığı'nın seçimidir. Anayasamızın 94. maddesinin dördüncü fıkrası, *“Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkan adayları, Meclis üyeleri içinden, Meclisin toplandığı günden itibaren beş gün içinde, Başkanlık Divanına bildirilir, Başkan seçimi gizli oyla yapılır. İlk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki ve üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan üye, Başkan seçilmiş olur. Başkan seçimi, aday gösterme süresinin bitiminden itibaren, beş gün içinde tamamlanır.”* hükmünü taşımaktadır. Bu hükmü dikkatlice incelediğimizde şu sonuca ulaşmaktayız. İlk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki oyunu alamayan aday başkan seçilemez ve üçüncü oylamaya geçilir. Bir başka deyişle, 550 milletvekilinin 366'sinin oyunu alama-

yan hiçbir aday ilk turda başkan seçilemez ve ikinci tura geçilir. İkinci turda da 366 rakamına ulaşamaz ise üçüncü tura geçilir. Daha açık ifade ile, ilk turda en fazla oy alan adaya oy vermeyenlerin arasında, diğer adaylara oy verenler olduğu gibi, boş oy kullanan, geçersiz oy kullanan veya meclise hiç gelmeyip oy kullanmayanlar da olabilir. Dolayısıyla, meclis başkan adayları, seçilmek için meclis üyelerinin üçte iki çoğunluğunu elde edememiş oldukları için ikinci tura geçilmektedir. İkinci tur da aynı şekilde sonuçlarsa üçüncü tura geçilecektir. Fıkra hükmü, başkanlık seçimine katılıp da hiçbir adaya oy vermeyen yani seçmeme hak ve özgürlüğünü kullanan milletvekillerinin bu tercihlerine bir hukuki değer atfettiği için, hiçbir aday başkan seçilememektedir. Eğer anayasa hükmü, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun gibi “geçerli oyların çoğunluğu” şartını arasaydı, meclis başkanlık seçiminin sonucu farklı olurdu.

İkinci örnek İl Genel Meclis Başkanının seçiminden verilebilir. İl Özel İdaresi Kanunu'nun 11. maddesinin ilk fıkrası İl genel meclisi, “seçim sonuçlarının ilânını izleyen beşinci gün kendiliğinden toplanır. Bu toplantıda meclise en yaşlı üye başkanlık eder. Meclis, bu toplantıda, üyeleri arasından ve gizli oyla meclis başkanını, meclis birinci ve ikinci başkan vekillerini, ikisi yedek olmak üzere dört kâtip üyeyi ilk iki yıl için görev yapmak üzere seçer. İlk iki yıldan sonra seçilecek başkanlık divanı, yapılacak ilk mahallî idareler seçimlerine kadar görev yapar” hükmünü taşımaktadır. 14. maddesinin ilk fıkrası ise, “İl genel meclisi, üye tam sayısının salt çoğunluğuyla toplanır ve katılanların salt çoğunluğuyla karar verir. Ancak, karar yeter sayısı, üye tam sayısının dörtte birinden az olamaz. Oylamada eşitlik çıkması durumunda meclis başkanının bulunduğu taraf çoğunluk sayılır. Gizli oylamalarda eşitlik çıkması durumunda oylama tekrarlanır, eşitliğin bozulmaması durumunda meclis başkanı tarafından kur'a çekilir” biçiminde kaleme alınmıştır. Bu iki hüküm bir arada değerlendirilerek 30 üyeli bir il genel meclisinin başkanı olabilmek için, o meclisin ilk toplantısına en az 16 üyesinin toplantıya katılması ilk şarttır. İkinci şart ise meclis başkan adaylarının, toplantıya katılanların en az 8'inin oyunu almaları gerekmektedir. Konuyu seçmeme hak ve özgürlüğü bağlamında değerlendirdiğimizde, 30 üyeli meclis 16 üye ile toplandığında, birinci aday 6, ikinci 5, üçüncü 3 oy alırsa hiçbir aday meclis başkanı olamayacaktır. Çünkü toplantıya katılan fakat hiçbir adaya oy vermeyen iki meclis üyesinin iradesine yasa koyucu hukuki sonuç tanımıştır.

## **VI. DAHA DEMOKRATİK SEÇİM ÖNERİSİ OLARAK SEÇMEME ÖZGÜRLÜĞÜ**

### **A. GENEL OLARAK**

Seçmenlerin seçmeme özgürlüğü kullanarak hiç bir aday ya da partiye ya-

hut referandum seçeneklerinden hiçbirine oy kullanmamalarının seçim sonuçlarına yansımaması, bu seçmenlerin oylarının hiç bir değerinin olmadığı, hatta o seçmenlerin yok sayıldığı anlamına gelir. Hâlbuki seçmeme özgürlüğü kullanan seçmenlerin oyunun en az diğer seçmenler kadar değerli olduğu söylenebilir. Çünkü onlar, oy kullanma mahalline giderek, siyasi görevlerini yerine getirmiş ve siyasal sistemin kendisinin meşruiyetine inanmış kişilerdir. Bu yüzden de seçmeme özgürlüğü kullananların oylarına da hukuki değer kazandırılmalı, oy pusulalarında onlara da yer ayrılmalıdır.

Seçmeme özgürlüğü kapsamındaki oylarının da hesaplanması demokratik anlamda müspet etkiler doğurur. Bu etkileri şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Özellikle iktidar partileri olmak üzere siyasi partiler veya adaylar toplumdaki bir kesimi dışlayan politikalar üretmekten kaçınırlar.
2. Yerel idareler daha çok bireylere hizmet üretmeye, başka bir deyişle tüm bireylere ulaşmaya çalışırlar.
3. Merkezi idare yerel politikalarını belirlerken taşrada bulunan halkın ihtiyaçlarını daha çok araştırıp, daha iyi çözüm önerileri bulmaya çalışır.
4. Merkezi idarenin ve yerel yönetimlerin kendisine oy vermeyen diğer seçmenlerin sorunlarıyla daha aktif bir şekilde ilgilenmesi ve çözüm üretmesi sağlanabilir.
5. Siyasal partilerin aday belirleme sürecinde adayların seçiminde toplumun genelinin benimsediği adaylar ile seçime girmesi sağlanabilir. Başka bir ifadeyle, genel başkanın adayları yerine toplumun istediği adaylar önem kazanır.

## **B. HIÇ OY KULLANILMAMASI DURUMU**

Seçmenlerin seçimlerde toplu bir şekilde seçimi protesto ederek oy kullanmaktan kaçınmaları seçmeme özgürlüğünün hukuk sisteminde tanınmamasının en ciddi sonucudur. Yerel seçimlerde müşterek ihtiyaçlarının karşılanmadığı gerekçesiyle, yöresel bir halkın seçimlerde tamamen oy kullanmaması bu duruma örnek gösterilebilir. Örneğin Kütahya'nın Simav ilçesine bağlı Kuşu köyünde (6360 sayılı Kanundan önce belediye), 30 Mart'taki Mahalli İdareler Seçimlerinde ve 2014 Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde oy kullanmaması bu duruma somut bir örnektir.

Bir yörede halkın tamamının oy kullanmaması siyasi anlamda çözümlenmesi gereken sıkıntılı bir durumun en güzel kanıtıdır. Eğer bir yerel halk tamamen (istisnasız) bir şekilde bir konuda örgütlenip seçimi protesto ediyorsa o yöredeki seçimle birlikte siyasal sistemin meşruiyeti sorgulanıyor demektir.

Bir seçimde yerel halkın tamamının seçmeme özgürlüğü olmaması nedeniyle seçimi protesto ederek oy vermekten kaçınmaları durumunda devletin o yöredeki insanların seçime gitmemesine neden olan sorunları birinci elden çözüme kavuşturmaya çalışması ve söz konusu sorunların çözümünden sonra seçimlerin yenilenmesi gerekir.

### **C. OY KULLANMAYANLARIN SAYISININ SEÇİLMİŞLERİN ALDIĞI OYDAN FAZLA OLMASI**

Seçmenlerin seçimlerde seçmeme özgürlüğü olmadığı için toplu bir şekilde seçimi protesto ederek oy kullanmaktan kaçınmalarının diğer bir önemli görünümü; oy kullanmayanların sayısının seçilmişlerin aldığı oydan fazla olması durumudur. Siyasi nedenlerle seçimlerde oy kullanmaktan kaçınanların sayısının seçilmiş adaydan fazla olması; seçimde seçilme yeterliliği olmayan bir adayın, başka bir deyişle halkı yeterli anlamda temsil etmeyen bir adayın seçilmesi anlamına gelmektedir.

Seçmeme özgürlüğü ya da seçimi protesto kapsamında seçmenlerin oy kullanmaktan kaçınması durumunda, siyasi nedenlerle kullanılmayan oy sayısının seçilmişin oylarından fazla olması durumunda o yörede siyasi anlamda ciddi sorunların söz konusu olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Bu gibi durumların meydana gelmesi halinde yerel halkın sorunlarının devlet tarafından tespit edilmesi ve sorunların çözümünden sonra seçimlerin yenilenmesi yerinde bir düzenleme olacaktır.

### **SONUÇ**

Seçmenlerin bazı gerekçelerle seçimlerde oy kullanmaktan kaçındığı yadsınamaz bir gerçektir. Bu durumun özellikle Ülkemizdeki 2014 Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde 13.069.364 seçmenin oy kullanmaktan kaçınması demokratik anlamda ciddi sorunların başladığını göstermektedir. İnsanların seçimlere katılımını sağlayacak gerekli imkânların devlet tarafından sağlanmasının gerekliliğinin yanı sıra, bilinçli olarak siyasi nedenlerden dolayı seçimlerde oy kullanmayarak seçmeme özgürlüğünü kullanmak isteyen seçmenlerin reylerinin de seçim sistemlerinde bir öneminin, başka bir deyişle değerinin olması gerekmektedir.

Özellikle günümüz Türkiye’inde partilerin veya adayların seçim söylemleri ve seçim çalışmalarının daha çok yıkıcı/ayırıştırıcı bir politika zemininde gerçekleşmesi, adayların belirlenmesinde “*genel başkan kontenjanı*” gibi aday belirleme usullerinin olması ve partilerin proje yerine rejim üzerinden siyaset yürütmesi gibi nedenlerle seçim çalışmalarının demokratik olmayan, seçmen-

lerin oy kullanma isteğini ortadan kaldıran bir atmosferde devam ettiği söylenebilir.

Tam anlamıyla demokratik bir seçim sistemi için seçmeme özgürlüğü kapsamında oy kullanmaktan kaçınan bilinçli seçmenin oylarının seçim oranına etki etmesi gerekmektedir. Bu da ancak seçmeme özgürlüğü kapsamında oy kullanmayan seçmen sayısının tespiti ile mümkündür. Bu sayıyı tespit edebilmek için seçimlerde oy pusulalarında “*seçmeme özgürlüğü*” adı altında adaylar dışında bir seçim bölümünün oluşturulması yerinde olacaktır.

Bir yörede hiç oy kullanılmaması veya seçilen adaydan daha çok siyasi nedenlerle seçme hakkından kaçınanların varlığı halinde, söz konusu seçimin meşruluğunun tartışmalı hale gelmesi söz konusu olacaktır. Bu durumu önlemek için devletin seçmeme özgürlüğünün kullanılmadığı için seçim protestolarının yaşandığı yerlerdeki siyasi sorunlara ilişkin ilk elden gerekeni yapması ve daha demokratik bir seçim için mevcut siyasi sorunların devlet tarafından çözümlendikten sonra seçim sürecine yeniden başlanması gerekmektedir. Ayrıca her ne kadar seçmeme özgürlüğünü kullanan seçmenlerin sayısı belirtilen oranlara ulaşmasa da, seçmeme hakkına bir değer verilmesi daha demokratik bir seçim sistemi için elzemdir.

Seçmeme özgürlüğü sayesinde; özellikle iktidar partileri olmak üzere siyasi partiler veya adaylar toplumda bir kesimi dışlayan politikalar üretmekten kaçınacak, yerel idareler daha çok bireylere hizmet üretmeye, başka bir deyişle tüm bireylere ulaşmaya çalışacak, merkezi idare yerel politikalarını belirlerken taşrada bulunan halkın ihtiyaçlarını daha çok araştırıp, daha iyi çözüm önerileri bulmaya çalışacak, merkezi idarenin ve yerel yönetimlerin kendisi gibi düşünmeyen seçmenlerin, sorunlarıyla daha aktif bir şekilde ilgilenmesi ve çözüm üretmesi sağlanacak ve son olarak, siyasal partilerin aday belirleme sürecinde adayların seçiminde toplumun genelinin benimsediği adaylar ile seçime girmesi sağlanacaktır.



### KAYNAKÇA

- ABADAN, Nermin**, Anayasa Hukuku ve Siyasi Bilimler Açısından 1965 Seçimlerinin Tahlili, Ankara, 1996.
- AKYILMAZ, Bahtiyar**, “Milli Egemenlik Kavramının Gelişimi”, GÜHFD, Haziran-Aralık 1998, C. II, S.1-2.
- ALKAN, Mehmet Ö.**, “Türkiye’de Seçim Sistemi Tercihinin Misyon Boyutu ve Demokratik Gelişime Etkisi (Siyaset Bilimi ve Siyaset Sosyolojisi Yaklaşımıyla)”, Anayasa Yargısı Dergisi, S. 23, 2006, s. 132-165.
- ANBARLI, Şeniz**, “Baskıya Karşı Direnme Biçimi Olarak Sivil İtaatsizlik ve Meşruluk Sorunu”, Yönetim Bilimleri Dergisi, S. 5, C. 2, 2007.
- ARICI, Kadir**, Sendikaların Bağımsızlığı İlkesi, Ankara, 1982.
- ATAR, Yavuz**, Türk Anayasa Hukuku, B. 7, Konya, 2012.
- AYAN, Sezer**, “Siyasi Yapılanma Sürecinde 1961 ve 1982 Anayasası”, Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C. 8, S. 2, 2007, s. 1-24.
- BAYRAM, Bahri**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (AİHS M. 5), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.
- BLAIS, André / PİLET, Jean-Benoit / VAN DER STRAETEN, Karine / LASLIER, Jean-François / HEROUX-LEGAULT, Maxime**, “To Vote Or To Abstain? An Experimental Study of Rational and Normative Considerations Under First Past-the Post and PR Elections”, [www.lse.ac.uk/government/research/resgroups/PSPE/pdf/Blais.pdf](http://www.lse.ac.uk/government/research/resgroups/PSPE/pdf/Blais.pdf) (et. 04.09.2014).
- BLONDEL, J.**, Voters, Parties, and Leaders, London, 1963, s. 53.
- CANDAN, Kadir / BİLGİN, Murat**, “Sivil İtaatsizlik”, Yasama Dergisi, S. 19, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık, 2011, s. 57-93.
- CHARNAY, J. P.**, Le Suffrage Politique en France, Paris, 1965.
- DONAT, Yavuz**, “Siyasi Kültür Siyasi Ahlak”, Milliyet Gazetesi, 18.01.1993.
- ERDOĞAN, Mustafa**, Anayasal Demokrasi, B. 8, Ankara, 2010.
- FEREJOHN, John A. / FIORINA, Morris P.**, “The Paradox of Not Voting: A Decision Theoretic Analysis”, California Institute of Technology, Vol 68, pp. 525-236.
- FIELD, Martha A.**, “The Abstention Doctrine Today”, The University of Pennsylvania Law Review, Vol. 125, No. 3, Jan. 1977, pp. 590-609.

**FRIEDMAN, Barry**, “A Revisionist Theory of Abstention”, The Michigan Law Review Association, Vol. 88, No. 3, December 1989, pp. 530-602.

**GÖKÇİMEN, Semra**, “Ülkemizde Kadınların Siyasal Hayata Katılım Mücadelesi”, Yasama Dergisi, S. 10, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık, 2008, s. 5-59.

**GÖZLER, Kemal**, Anayasa Hukukuna Giriş, Bursa, Şubat 2013.

**GÖZLER, Kemal**, Anayasa Hukukunun Genel Teorileri, C. 1, B. 1, Bursa, Haziran 2011.

**GÜRKAN, Mehmet Fatih**, “6360 Sayılı Kanunun Getirdiği Yenilikler”, KhukA, S. 17, 2014/1, s. 5-23.

**HERSCHFELD, N. Stuart**, “The Impact on the Federal Election Commission Concerning Projected Shortfalls in the Public Funding of Presidential Elections”, The Administrative Law Journal, The American University, Volume 5, Spring 1991.

**KABAOĞLU, İbrahim Ö.**, Özgürlükler Hukuku, B. 6, Ankara, Kasım 2012.

**KARAMUSTAFAOĞLU, Tunçer**, Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri, Ankara, 1970.

**KOÇAK, Mustafa**, “Seçim Sistemleri ve Demokrasi Karşılaştırmalı Analiz: İHAM ve AB Ölçütleri”, Anayasa Yargısı Dergisi, S. 23, 2006, s. 115-132.

**KONAN, Belkis**, “Türk Kadınının Siyasal Haklarını Kazanma Süreci”, AÜHFD, S. 60 (1), 2011, s. 157-174.

**KORKUSUZ, Refik**, Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlükler, İstanbul, 1998.

**KUBALI, H. Nail**, Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul, 1971.

**MENGİ, Ergon**, “Düşünenlerin Düşüncesi-Toplum Psikolojisi ve Politika”, Milliyet Gazetesi, 22.04.1993.

**ÖZBUDUN, Ergun**, “Seçim Sistemleri ve Türkiye”, AÜHFD, Y. 1995, C. 44, S.1-4, s. 540-552.

**ÖZGÜL, Bilal**, Seçim ve Seçim Sistemleri, Türkiye’deki Seçim Sistemi Uygulamaları ve Bir Model Önerisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, SDÜ. Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002.

**ŞAHİN, Beyzanur**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, 2011.



**TAŞCIOĞLU, Ömer Lütfi**, “Seçim Sistemimiz, Seçim Şaibeleri ve Öneriler”, TBB Dergisi, S. 110, 2014, s. 241-280.

**TEZİÇ, Erdoğan**, Anayasa Hukuku, B. 13, İstanbul, Ekim 2009.

**TUNÇOMAĞ, Kenan – CENTEL, Tankut**, İş hukukunun Esasları, 4. Bası, İstanbul, 2005, s.238; ARICI, Kadir, Sendikaların Bağımsızlığı İlkesi, Ankara, 1982.

**TÜRK, Hikmet Sami**, “Seçim, Seçim Sistemleri ve Anayasal Tercih”, Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 2006, S. 23, s. 75-113.

**TUNÇOMAĞ, Kenan – CENTEL, Tankut**, İş Hukukunun Esasları, 4. Bası, İstanbul, 2005.

**YEĞİN, Abdullah**, Hile ve Tehdit Cenderesinde Afganistan Seçimleri, SETA Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları, İstanbul, 2014.

**YILDIRIM, Ramazan**, Devlet Yapısı ve Nitelikleri, B. 2, Diyarbakır, 2003.

### EK 1 - ANKET

Bu anket çalışması **Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM** ve **Arş. Gör. Mehmet Fatih GÜRKAN**'ın yürüttüğü “*Seçmeme Özgürlüğü*” başlıklı proje kapsamında bir bilimsel eserin hazırlanmasında kullanılacaktır.

1. Bir seçmen olarak genel seçimlerde oyunuzu benimseyerek ve özümseyerek mi verdiniz?

- a. Evet                      b. Hayır                      c. Kısmen

2. Bir seçmen olarak yerel seçimlerde (mahalli seçimlerde) oyunuzu benimseyerek ve özümseyerek mi verdiniz?

- a. Evet                      b. Hayır                      c. Kısmen

3. Seçimlerinde oy verdiğiniz kişinin veya siyasi partinin tam anlamıyla sizin şahsınızı temsil kabiliyeti olduğuna inanıyor muydunuz?

- a. Evet                      b. Hayır                      c. Kısmen

4. Şu âna kadar yapılan seçimlerde oy kullanmaya gittiniz mi?

- a. Evet                      b. Hayır

5. Şu âna kadar yapılan seçimlerde mevcut adaylar ya da siyasi partilere tepki olsun diye oy kullanmayan çevrenizde kaç kişi var?

- a. Bir                      b. İki                      c. Üç                      d. Dört                      e. Dörtten Fazla

6. Şu âna kadar yapılan seçimlerde mevcut adaylar ya da siyasi partilere tepki olsun diye boş oy kullandınız mı?

- a. Evet                      b. Hayır

7. Şu âna kadar yapılan seçimlerde mevcut adaylar ya da siyasi partilere tepki olsun diye boş oy kullanan çevrenizde kaç kişi var?

- a. Bir                      b. İki                      c. Üç                      d. Dört                      e. Dörtten Fazla

8. Ülkemizde demokratik ve hukuka uygun seçimlerin yapıldığına ilişkin kuşkularınız var mı?

- a. Evet                      b. Hayır                      c. Kısmen

9. Ülkemizdeki seçim usulünden (prosedüründen) rahatsızlık duyuyor musunuz?

- a. Evet                      b. Hayır                      c. Kısmen

**10.** Sizce Ülkemizde % 10'luk seçim barajı kaldırılarak iki türlü seçim usulüne geçilsin mi?

- a. Evet                      b. Hayır                      c. Fikrim yok

**11.** Ülkemizde yapılan seçimlerde seçim hilelerine başvurulduğuna inanıyor musunuz?

- a. Evet                      b. Hayır                      c. Kısmen

**12.** Ülkemizde yapılan veya yapılacak seçimlerde, seçmenlerin mevcut adayları veya partileri beğenmeyip boş oy kullanma özgürlüğü (seçmeme özgürlüğü) olsun mu?

- a. Evet                      b. Hayır                      c. Fikrim yok

**13.** Sizce seçim pusulalarında seçmeme özgürlüğünü kullanan adaylar için yer ayrılmalı mı?

- a. Evet                      b. Hayır                      c. Fikrim yok

**14.** Sizce bundan sonra yapılacak seçimlerde seçmeme özgürlüğünü kullanan ya da boş oy kullanan seçmenlerin oylarının, seçime giren partilerin yada adayların aldıkları oylara etkisi ne olmalıdır? (**Birden fazla şık işaretlenebilir**)

a. Hiç etkilememelidir.

b. Her aday ya da siyasi partinin aldıkları geçerli oylar ile seçmeme özgürlüğünü kullanan seçmenlerin oyları oranlanmalı ve bu oran ölçüsünde her aday yada partinin oyu mahsup edilmelidir.

c. Seçim bölgesinde en fazla oyu alan aday ya da partinin oyu ile seçmeme özgürlüğünü kullanan seçmenlerin oyları orandan fazla olursa o bölge de seçim tekrarlanmalıdır.

d. Seçmeme özgürlüğünü kullananların sayısı, geçerli oylardan fazla olursa, seçim tekrarlanmalıdır.

**15.** Göreve gelen siyasilerin toplumsal ihtiyaçları karşılamakta mıdır?

- a. Tam anlamıyla    b. Yeterli Derecede    c. Kısmen Yeterli    d. Yetersiz

**16.** Ülkemiz seçimlerinde adaylar eşit şartlarda yarışmakta mıdır?

- a. Evet                      b. Hayır                      c. Fikrim yok

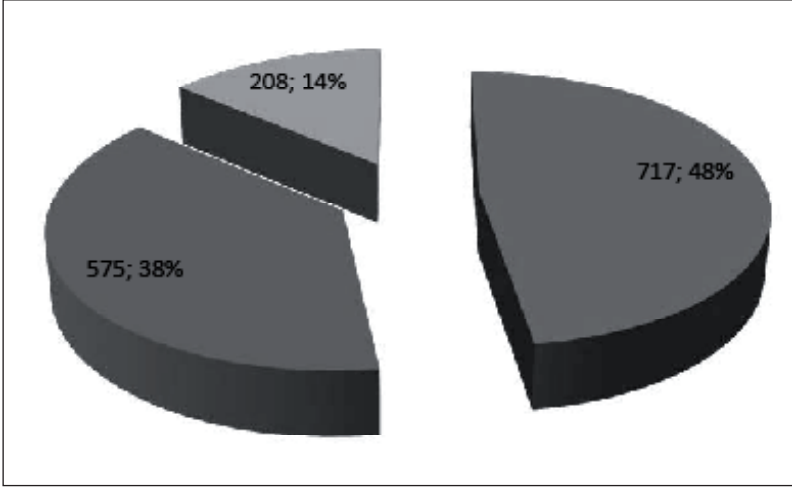
**17.** Bundan sonra Ülkemizde yapılacak seçimlerde adaylar ön seçimle belirlensin mi?

- a. Evet                      b. Hayır                      c. Fikrim yok

## EK 2 - ANKET SONUÇLARI

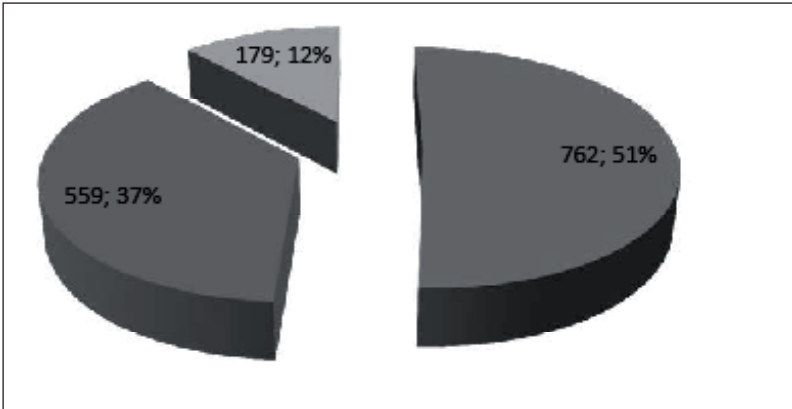
1. Bir seçmen olarak genel seçimlerde oyunuzu benimseyerek ve özümseyerek mi verdiniz?

- |         |          |           |                     |
|---------|----------|-----------|---------------------|
| a. Evet | b. Hayır | c. Kısmen |                     |
| a. 717  | b.575    | c. 208    | <b>Toplam: 1500</b> |



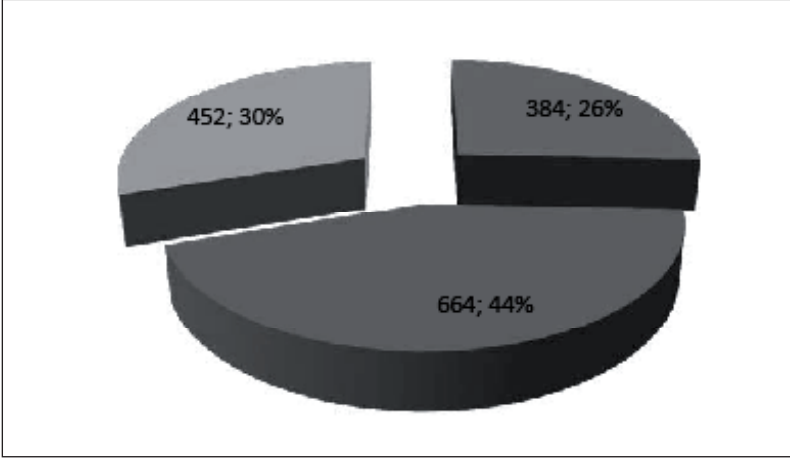
2. Bir seçmen olarak yerel seçimlerde (mahalli seçimlerde) oyunuzu benimseyerek ve özümseyerek mi verdiniz?

- |         |          |           |                     |
|---------|----------|-----------|---------------------|
| a. Evet | b. Hayır | c. Kısmen |                     |
| a. 762  | b. 559   | c. 179    | <b>Toplam: 1500</b> |



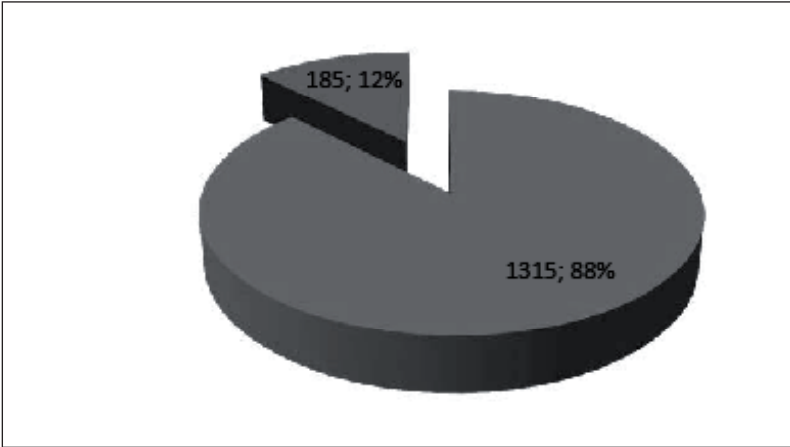
3. Seçimlerinde oy verdiğiniz kişinin veya siyasi partinin tam anlamıyla sizin şahsınızı temsil kabiliyeti olduğuna inanıyor muydunuz?

- a. Evet                      b. Hayır                      c. Kısmen  
a. 384                      b. 664                      c. 452                      **Toplam: 1500**



4. Şu ana kadar yapılan seçimlerde oy kullanmaya gittiniz mi?

- a. Evet                      b. Hayır  
a. 1315                      b. 185                      **Toplam: 1500**

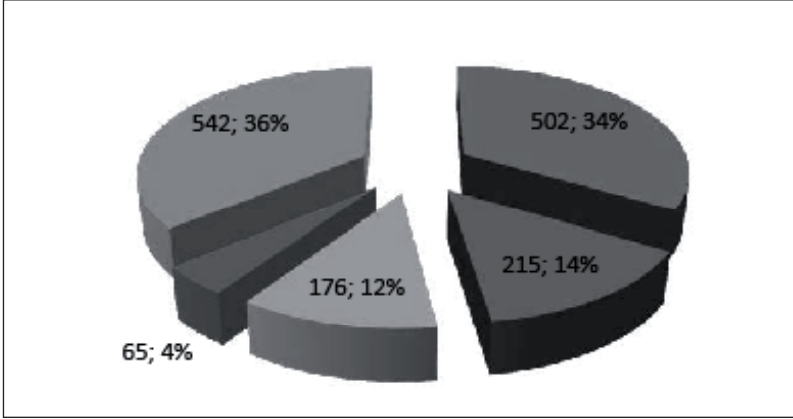


5. Şu ana kadar yapılan seçimlerde mevcut adaylar ya da siyasi partilere tepki olsun diye oy kullanmayan çevrenizde kaç kişi var?

a. Bir            b. İki            c. Üç            d. Dört            e. Dörtten Fazla

a. 502            b. 215            c. 17            d. 65            e. 542

**Toplam: 1500**

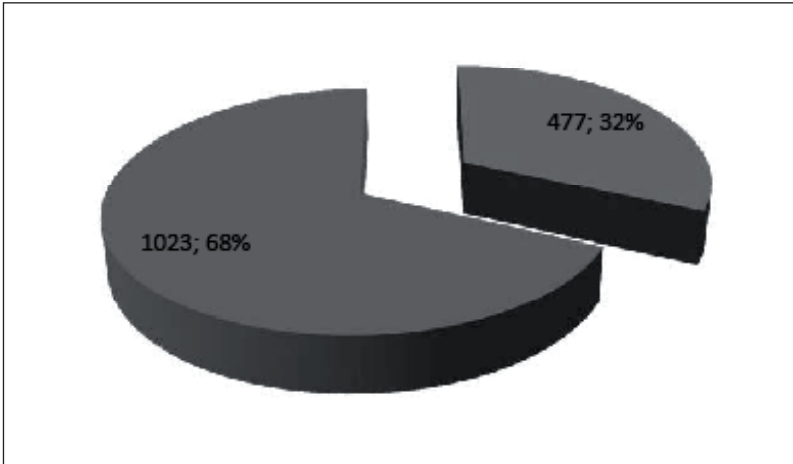


6. Şu ana kadar yapılan seçimlerde mevcut adaylar ya da siyasi partilere tepki olsun diye boş oy kullandınız mı?

a. Evet            b. Hayır

a. 477            b. 1023

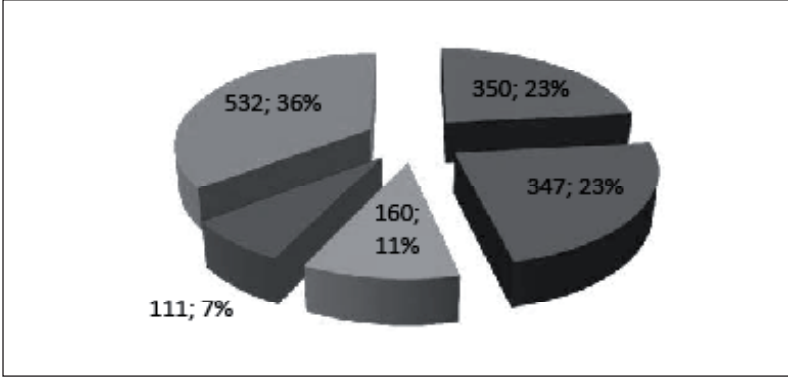
**Toplam:1500**



7. Şu ana kadar yapılan seçimlerde mevcut adaylar ya da siyasi partilere tepki olsun diye boş oy kullanan çevrenizde kaç kişi var?

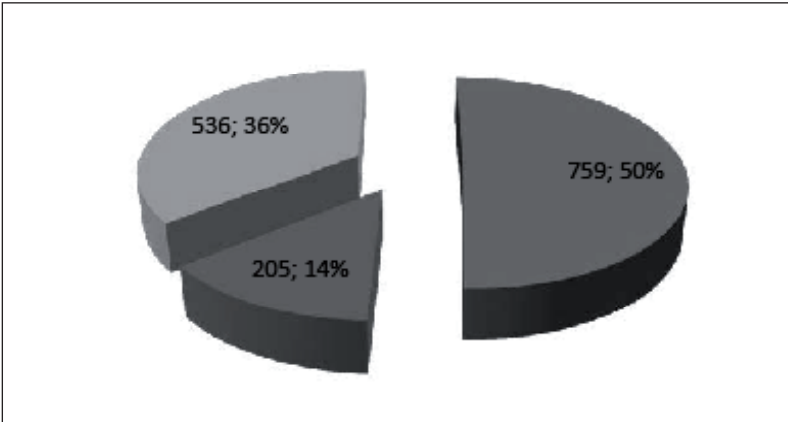
- a. Bir                      b. İki                      c. Üç                      d. Dört                      e. Dörtten Fazla  
a. 350                      b. 347                      c. 160                      d. 111                      e. 532

**Toplam: 1500**



8. Ülkemizde demokratik ve hukuka uygun seçimlerin yapıldığına ilişkin kuşkularınız var mı?

- a. Evet                      b. Hayır                      c. Kısmen  
a. 759                      b. 205                      c. 536                      **Toplam: 1500**



9. Ülkemizdeki seçim usulünden (prosedüründen) rahatsızlık duyuyor musunuz?

a. Evet

b. Hayır

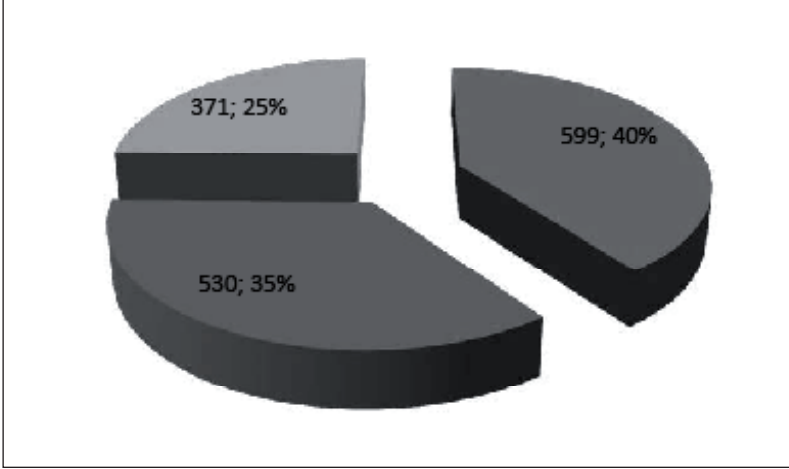
c. Kısmen

a. 599

b. 530

c. 371

**Toplam: 1500**



10. Sizce Ülkemizde % 10'luk seçim barajı kaldırılarak iki türlü seçim usulüne geçilsin mi?

a. Evet

b. Hayır

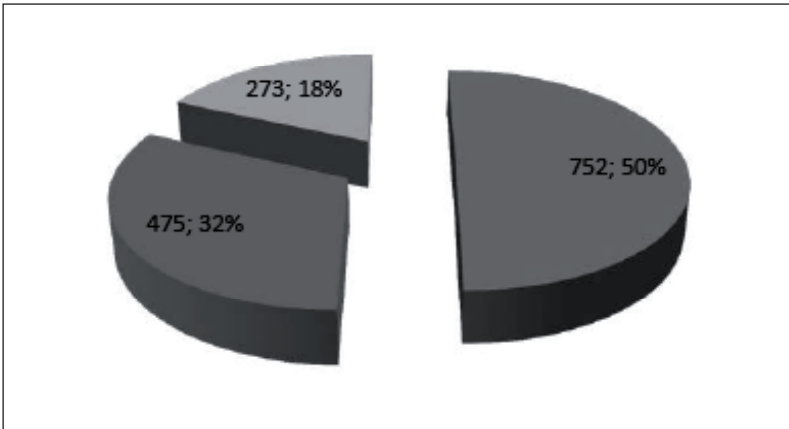
c. Fikrim yok

a. 752

b. 475

c. 273

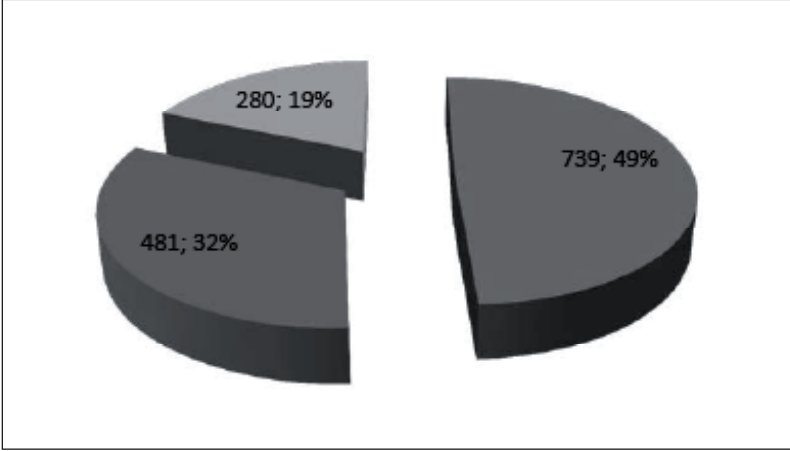
**Toplam: 1500**





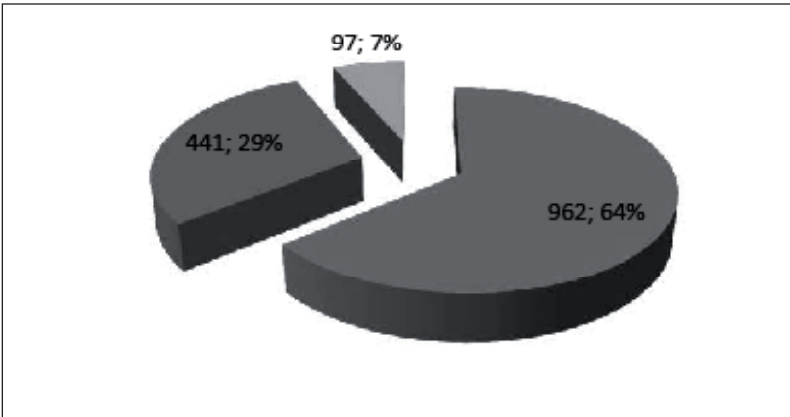
11. Ülkemizde yapılan seçimlerde seçim hilelerine başvurulduğuna inanıyor musunuz?

- |         |          |           |                     |
|---------|----------|-----------|---------------------|
| a. Evet | b. Hayır | c. Kısmen |                     |
| a. 739  | b. 481   | c. 280    | <b>Toplam: 1500</b> |



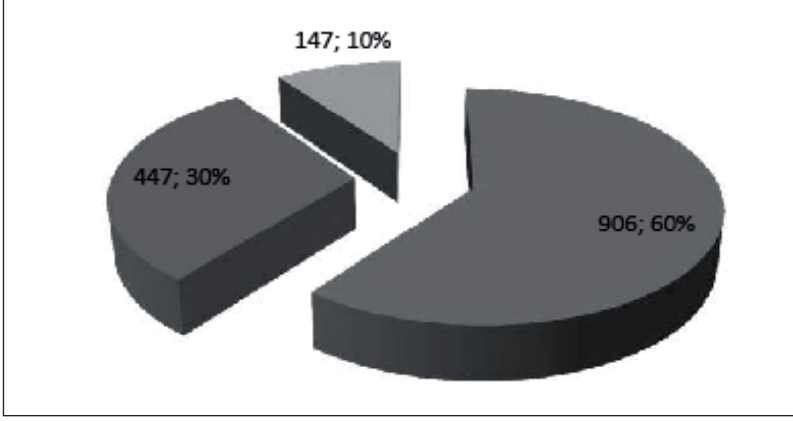
12. Ülkemizde yapılan veya yapılacak seçimlerde, seçmenlerin mevcut adayları veya partileri beğenmeyip boş oy kullanma özgürlüğü (seçmeme özgürlüğü) olsun mu?

- |         |          |               |                     |
|---------|----------|---------------|---------------------|
| a. Evet | b. Hayır | c. Fikrim yok |                     |
| a. 962  | b. 441   | c. 97         | <b>Toplam: 1500</b> |



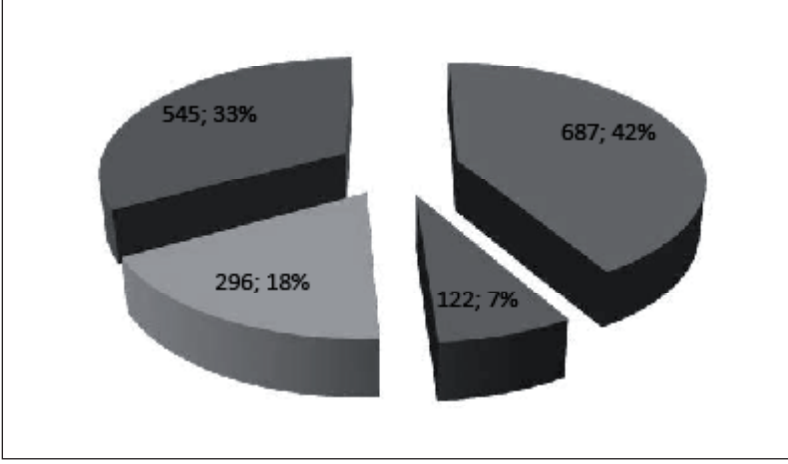
13. Sizce seçim pusulalarında seçmeme özgürlüğünü kullanan adaylar için yer ayrılmalı mı?

- a. Evet                      b. Hayır                      c. Fikrim yok  
a. 906                      b. 447                      c. 147                      **Toplam: 1500**



14. Sizce bundan sonra yapılacak seçimlerde seçmeme özgürlüğünü kullanan ya da boş oy kullanan seçmenlerin oylarının, seçime giren partilerin yada adayların aldıkları oylara etkisi ne olmalıdır? (**Birden fazla şık işaretlenebilir.**)

- a. Hiç etkilememelidir.  
b. Her aday ya da siyasi partinin aldıkları geçerli oylar ile seçmeme özgürlüğünü kullanan seçmenlerin oyları oranlanmalı ve bu oran ölçüsünde her aday yada partinin oyu mahsup edilmelidir.  
c. Seçim bölgesinde en fazla oyu alan aday ya da partinin oyu ile seçmeme özgürlüğünü kullanan seçmenlerin oyları orandan fazla olursa o bölge de seçim tekrarlanmalıdır.  
d. Seçmeme özgürlüğünü kullananların sayısı, geçerli oylardan fazla olursa, seçim tekrarlanmalıdır.  
a. 687                      b. 122                      c. 296  
d. 545                      **Toplam: 1650**



15. Göreve gelen siyasilerin toplumsal ihtiyaçları karşılamakta mıdırlar?

a. Tam anlamıyla

b. Yeterli Derecede

c. Kısmen Yeterli

d. Yetersiz

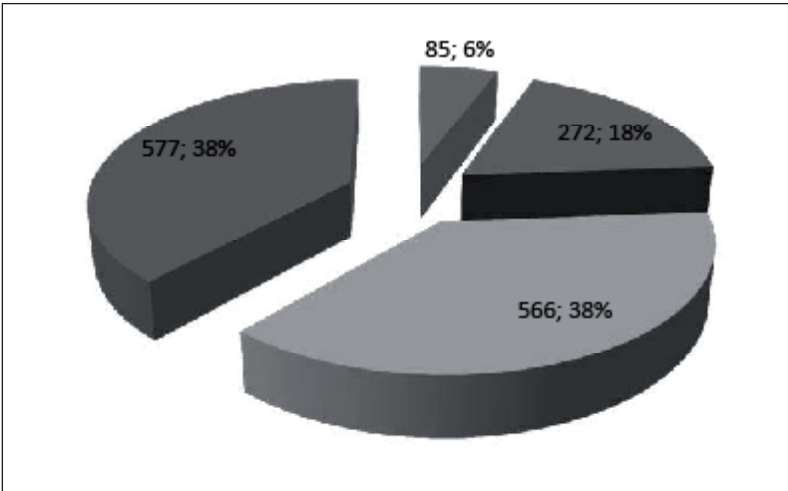
a. 85

b. 272

c. 566

d.577

**Toplam: 1500**



16. Ülkemiz seçimlerinde adaylar eşit şartlarda yarışmakta mıdır?

a. Evet

b. Hayır

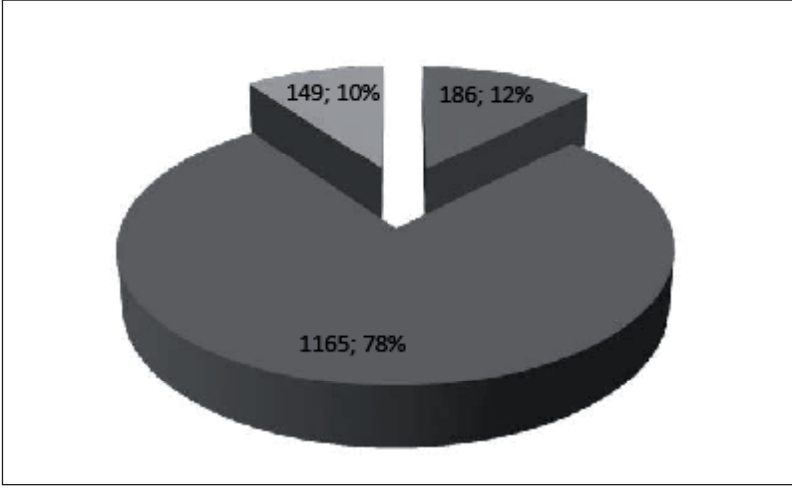
c. Fikrim yok

a. 186

b. 1165

c. 149

**Toplam: 1500**



17. Bundan sonra Ülkemizde yapılacak seçimlerde adaylar ön seçimle belirlensin mi?

a. Evet

b. Hayır

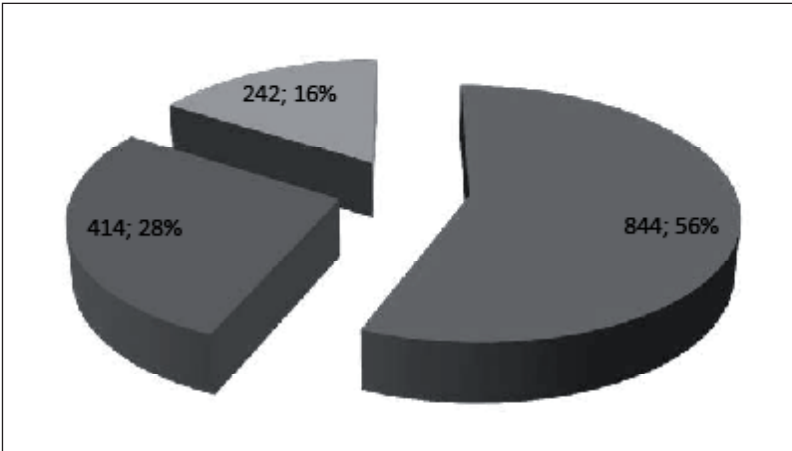
c. Fikrim yok

a. 844

b. 414

c. 242

**Toplam: 1500**



# SİGORTA TAHKİMİ İLE İLGİLİ GÜNCEL SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

*Current Problems and Proposals for Solving Problems of Insurance Arbitration*

**Doç. Dr. Rauf KARASU, LL.M., Dr. jur. (Heidelberg)\***

## ÖZET

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesi çerçevesinde oluşturulan Sigorta Tahkim Komisyonu, sigorta ettiren veya sigortadan menfaat sağlayan kişiler ile sigorta tahkim sistemine üye sigorta kuruluşları arasında çıkan uyuşmazlıkların, bu alanda uzmanlaşmış hakemler tarafından basit, hızlı ve adil bir biçimde çözülmesi amacını gütmektedir. Ancak Sigorta Tahkiminin, normal mahkemelere nazaran bir çok faydası olmakla birlikte, kendine özgü bazı sorunları da bulunmaktadır. Bu nedenle bu çalışmada, Sigorta Tahkiminin faydaları ve genel özellikleri izah edildikten sonra, Sigorta Tahkiminden beklenen faydanın en üst düzeye çıkması için bu konuda yaşanan mevcut sorunları tespit edip, bu sorunların ortadan kaldırılması veya en aza indirilmesi için çözüm önerileri sunulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Sigorta, Tahkim, Sigorta Tahkimi, Tahkim Komisyonu, Tahkim Yargılaması.

## ABSTRACT

The purpose of the Insurance Arbitration Committee which has been created by s. 30 of the Insurance Act No. 5684 is to settle the disputes arising from insurance contracts between the policy holders or people benefiting from the insurance contract on the one side and the party undertaking the risk on the other side. Although the Insurance Arbitration has lots of advantage in comparison to ordinary courts, it has its own problems, as well. For this reason, after explaining the benefits and general nature of the Insurance Arbitration, in order to peak the expected benefits, current problems will be determined and proposals for the eliminations of the problems be made.

**Keywords:** Insurance, Arbitration, Insurance Arbitration, the Arbitration Committee

◆◆◆◆

## GİRİŞ

Tahkim, gelişmiş pek çok ülkede olduğu gibi Türk hukukunda da kabul

---

\* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğr. Üyesi –Sigorta Tahkim Komisyonu İtiraz Hakemi. raufkarasu@gmail.com.

edilmiş bir müessesedir. İç tahkim<sup>1</sup> 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nun 407 ila 444. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Uluslararası ilişkiler bağlamında söz konusu olan milletlerarası tahkim ise, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)'nda düzenlenmiştir.

Tahkim kurumu oldukça uzun bir geçmişe dayanmasına rağmen, ne yazık ki toplumumuzda az bilinen bir kurumdur. Tahkim bir uyuşmazlığın çözümü için, mahkeme yerine, hakeme başvurulmasıdır. İsteğe bağlı ve zorunlu olmak üzere iki tür tahkim bulunmaktadır. İsteğe bağlı tahkimde, taraflar, kendi aralarında seçtikleri hakemlere başvurmakta ve hiç bir resmi sıfatı olmayan hakem veya hakemler, tıpkı bir mahkeme gibi, taraflar arasındaki uyuşmazlığı inceleyip karara bağlamaktadır.<sup>2</sup> Zorunlu tahkimde ise, taraflar, mahkemelerde dava açmak yerine özel kanunlarda belirtilen hakemlere başvurmakla yükümlüdürler.<sup>3</sup>

Ülkemizde, sigorta ettiren veya sigortadan menfaat sağlayan kişiler ile sigorta tahkim sistemine üye sigorta kuruluşları arasındaki sigorta sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların, bu alanda uzmanlaşmış hakemler tarafından basit, düşük maliyetle, süratli ve adil bir biçimde çözülmesi amacıyla 5684 sayılı SK'nın 30. maddesi<sup>4</sup> çerçevesinde Sigorta Tahkim Komisyonu oluşturulmuştur. 17.08.2007 tarih ve 26616 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Sigorta Tahkime İlişkin Yönetmelik ile Komisyona ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir.

Sigorta Tahkiminin, normal mahkemelere nazaran, uyuşmazlıkları basit, düşük maliyetle, süratli ve adil bir biçimde çözmesi gibi bir çok faydası bulunmakla birlikte, tahkim yargılamasının kendine özgü bazı sorunları da bulunmaktadır. İşte bu çalışmanın en önemli amacı, Sigorta Tahkiminden beklenen faydanın en üst düzeye çıkması için yaşanan mevcut sorunları tespit edip, bu sorunların nasıl ortadan kaldırılacağı veya en aza indirileceği konusunda çözüm önerileri sunmaktır.

---

<sup>1</sup> İç tahkim kavramı yerine "millî tahkim", "mahallî tahkim", "yerli tahkim" kavramları da kullanılmaktadır. Bkz. Öztekin, Selçuk, "İç Hukukta Tahkim", **Avrasya Günleri, Ekonomik ve Finansal İşbirliğinin Geliştirilmesinde Hukuki İhtilafların Çözülmesi Sempozyumu**, 18-19 Haziran 1998, İstanbul 1999, s. 110 vd.

<sup>2</sup> Bkz. 6100 sayılı HMK m.407-444.

<sup>3</sup> Örneğin 2822 sayılı Kanun'da düzenlenen toplu iş uyuşmazlıkları ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenen uyuşmazlıklar konusunda zorunlu tahkim geçerlidir.

<sup>4</sup> Bkz. 14.06.2007 tarih ve 26552 sayılı RG.

## I. SİGORTA TAHKİMİNİN FAYDALARI

Bilindiği üzere, sigorta şirketleri tarafından önceden tip sözleşme olarak hazırlanıp sigorta ettirene imzalatılan sigorta sözleşmelerinde çok sayıda hukuki uyuşmazlıklar ortaya çıkmaktadır. Ancak normal mahkemelerin çözmekle yükümlü oldukları dava sayısının çok fazla olması ve dava konusu uyuşmazlıkların özel bir uzmanlık gerektirmesi nedeniyle bilirkişilerin görevlendirilme zorunluluğu, yargılama sürecini uzatmaktadır.<sup>5</sup> Özellikle ölüm veya bedensel zarar nedeniyle açılan tazminat davalarında uyuşmazlığın çözümüne hiç bir katkısı olmayacak belgelerin ilgili kurum ve kuruluşlardan talep edilmesi ve bu belgelerin çok geç gelmesi zaten uzun olan yargılama süresini daha da uzatmaktadır.<sup>6</sup> Belirtilen nedenlerle sigorta ettirenler/sigortalılar, sigorta şirketleri haksız da olsa, dava açmak yerine sigorta şirketlerinin önerdikleri tazminatı kabul ederek onları ibra etmektedirler. Bilindiği üzere sigorta şirketleri, zarar gören kişilerden ibraname almadan uyuşmazlık konusu olmayan kısmi ödemeyi bile yapmamaktadırlar. Bu durum da zaten sigorta şirketi karşısında zayıf ve tecrübesiz olan sigorta ettiren/sigortalının hakkını aramasının zorlaşmasına neden olmaktadır.<sup>7</sup> Sigortalılar/zarar görenler açısından ortaya çıkan bu sorunlar aynı zamanda sigortalıların sigorta şirketine olan güvenlerini de azaltmaktadır. Normal mahkemelerin aksine, hakem davaları ise çok daha kısa sürede sonuçlanmaktadır. HMK'nın 427. maddesine göre, hakem davaları bir yıl içinde karara bağlanmak zorundadır.<sup>8</sup> Sigorta Tahkim Yargılamasında ise, görevlendirilen ilk hakem/hakemler, uyuşmazlık hakkında dört ay içinde, alınan karara itiraz edilmesi halinde ise, itiraz hakemleri itirazları iki ay içinde

---

<sup>5</sup> Bkz. KARASU, Rauf: **Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi** 2. Bası, Ankara 2015, s. 175.

<sup>6</sup> Oysa bu tür zararlar nedeniyle tazminat davalarında, başta kaza tutanakları ve nüfus kayıtları incelenerek, taraflar tespit edilmelidir. Hemen sonra bir kusur incelemesi yaptırılmalı ve ölenin veya bedensel zarara uğrayanın meslek ve kazanç belgeleri istenmelidir. Bu belgeler sunulmuyorsa tazminat hesabı asgari ücretler dikkate alınarak yapılacağından, dosyanın hemen hesap bilirkişisine verilmesi gerekir. Ayrıca beden gücü kayıplarında Adli Tıp Kurumu'na başvurarak bir yıldan daha uzun bir süre raporun göndermesini beklemek yerine, başka yetkili sağlık kurumlarından rapor alınmalıdır. Aynı yönde bkz. Çelik, Ahmet Çelik; "Sigorta Anlaşmazlıklarında Tahkim", (<http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/sigorta-anlasmazliklarinda-tahkim-yolu.htm>). Erişim:13.02.2016.

<sup>7</sup> Bkz. ÖZDAMAR, Mehmet; "Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2, s. 832.

<sup>8</sup> Söz konusu maddeye göre, "Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, bir hakemin görev yapacağı davalarda hakemin seçtiği, birden çok hakemin görev yapacağı davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde, hakem veya hakem kurulunca esas hakkında karar verilir. Tahkim süresi, tarafların anlaşmasıyla; anlaşamamaları hâlinde ise taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkemece uzatılabilir. Mahkemenin, bu konudaki kararı kesindir. Bu süre, ancak tarafların rızaları ile veya genel mahkeme hâkiminin kararı ile bir defa ve altı ayı geçmemek üzere uzatılabilir."

karara bağlamakla yükümlüdürler.<sup>9</sup> Hakemler genellikle kendilerine tanınan bu sürelerden çok önce davayı karara bağlamaktadır.<sup>10</sup> Çok istisnai hallerde ise ek süre istenmektedir. Tahkimdeki yargılamanın kısa sürmesinin bir diğer nedeni belli bir sınıra kadar verilen kararların kesin olmasıdır.<sup>11</sup> Şöyle ki; Uyuşmazlık Hakemlerinin Beşbin TL'nin altındaki uyuşmazlıklarda verdiği kararlar kesin olduğundan, bu kararlara karşı ne itiraz edilebilmekte ne de temyiz yoluna gidilmektedir. Beşbin TL'nin üzerindeki uyuşmazlıklarda verilen kararlara karşı ise itiraz etme hakkı bulunmakla birlikte, İtiraz Hakem Kararlarının kırkbin TL'nin altındaki uyuşmazlıklarda verdiği kararlar kesin olup, Yargıtay'a temyiz edilememektedir.

Tahkimde başvuru harçları normal mahkemelerdeki harçlara nazaran daha düşük olduğundan, tahkim daha az maliyetlidir. Ayrıca normal mahkemelerde özellikle 6100 sayılı HMK ile avans uygulamasının getirilmesi, genellikle bir avukat aracılığıyla davaların takip edilmesi, gereksiz yere tanık dinletilmesi maliyetleri daha da artırmaktadır.

Sigorta Tahkimini normal mahkemelere nazaran daha avantajlı kılan bir diğer özelliği de, Tahkime başvurunun çok kolay olmasıdır. Türkiye'nin her yerinden postayla bile başvuru yapılabilir. Tahkim başvurusunda normal mahkemelerde aranan bazı şekli şartlar aranmadığından, başvuru sahipleri basit bir dilekçe ile avukat tutmaya ihtiyaç kalmadan başvuru yapma imkanlarına sahiptirler.

Sigorta Tahkiminin en önemli faydalarından biri de, davaların uzman kişiler tarafından karara bağlanmasıdır. Ticaret ve tüketici mahkemeleri ihtisas mahkemeleri olmakla birlikte, bu mahkemelerde görev yapan hakimler çok sayıda ve konu itibarıyla birbirinden çok farklı olan davalara bakmak zorunda kaldıklarından, sigorta hukuku alanında uzmanlaşmamaktadırlar.<sup>12</sup> Buna karşılık tahkim yargılamasında görev yapan hakemler tecrübeli ve sigorta konusunda uzman kişilerdir. Özellikle hakem heyeti oluşturulurken, hakemlerden birinin bizzat sigortacılık sektöründen/uygulamadan, diğerinin emekli hakim veya avukatlardan, üçüncüsünün ise sigorta hukuku alanında uzman olan hukukçu akademisyenler arasından seçilmesi halinde, verilen kararların çok daha nitelikli olacağı kuşkusuzdur.

---

<sup>9</sup> Bkz. SK m. 30/16.

<sup>10</sup> Oysa mahkemelerde, hakimler, iş yoğunluğu nedeniyle, ilk duruşma gününü ancak 2-3 ay sonraya verebilmektedir.

<sup>11</sup> Bkz. ÇELİK, (<http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/sigorta-anlasmazliklarinda-tahkim-yolu.htm>). Erişim Tarihi: 13.02.2016; ÖZDAMAR, s. 837.

<sup>12</sup> Aynı yönde, ÖZDAMAR, s. 836.



Özetle sigorta tahkim sistemi, sigorta konusundaki uyuşmazlıkların uzman kişiler tarafından adaletli, düşük maliyetle ve hızlı bir şekilde çözülmesini sağlamakta ve sigortacılık sektörüne güveni de artırmaktadır.<sup>13</sup>

## II. SİGORTA TAHKİMİNİN TEMEL ÖZELLİKLERİ

Sigorta Tahkim Sistemi, sigorta kuruluşlarının iradi katılımı esasına dayanmaktadır. Bu nedenle bir kimsenin sigorta uyuşmazlıkları konusunda Komisyona başvuruda bulunabilmesi için uyuşmazlık yaşadığı sigorta kuruluşunun sigorta tahkim sistemine üye olması ve uyuşmazlık konusu rizikonun üyelik tarihinden sonra meydana gelmiş olması gerekmektedir. Üyelğin başlangıcı için ödenmesi gereken sabit katılım payı veya üyelik süresince tahakkuk edecek katılım bedelleri ödenmez ise, üye sistemden çıkarılır. Ancak ilgili Yönetmeliğin 15. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, üye sistemden çıkarılmış olsa bile, üyelik döneminde akdedilmiş sözleşmelere dayanmak kaydıyla uyuşmazlıkların çözümü için ilgililer, Komisyona başvurabilirler. Kanunda bu konuda bir hüküm bulunmamakla birlikte, Yönetmelikle getirilen bu hüküm Kanuna aykırı da değildir. Zira üyelik son bulmuş olsa dahi sigorta şirketi, üyelğin - dolayısıyla tahkim yoluna ilişkin icabın- geçerli olduğu dönemde, muhatabında, ileride çıkması muhtemel uyuşmazlıkların Komisyon nezdinde ve ilgili kurallara göre çözümü için bir imkânın daha bulunduğu konusunda, haklı bir güven yaratmıştır.<sup>14</sup>

Ancak zorunlu sigortalarda 18.04.2013 tarihinden sonra ortaya çıkan uyuşmazlıklar için sigorta şirketinin Komisyona üye olup olmadığına bakılmaksızın, Komisyona başvurulabilmektedir. Bir başka ifadeyle sigorta şirketleri zorunlu sigortalarla ilgili uyuşmazlıklarda Komisyona üye olmadıkları gerekçesiyle yetki itirazında bulanamamaktadırlar.

SK'nın 30. maddesinde yapılan düzenleme ile zorunlu veya ihtiyari bir tahkim sistemi dışında, karma bir sistem kabul edilmiştir. Zira mevcut düzenlemede sigorta şirketi ile uyuşmazlık yaşayan sigorta ettiren ve/veya sözleşmeden menfaat elde eden kişi Sigorta Tahkim Komisyonu yerine normal mahkemelere de dava açabilmektedir. Mahkeme yerine Sigorta Tahkim Komisyonuna başvuru yapıldığında ise, Sigorta Tahkim Komisyonu'na üye olan sigorta şirketi, sigorta sözleşmesinde tahkime ilişkin özel bir hüküm bulunmasa dahi yetki itirazında bulanamamaktadır. Zira üye olan sigorta şirketi kendisiyle ilgili ortaya

---

<sup>13</sup> Bkz. SK'nun 30. Maddesinin Gerekçesi.

<sup>14</sup> Bkz. YEŞİLOVA ARAS/YEŞİLOVA, "Sigortacılık Tahkimi-Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdedici Özellikleri", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/9, s. 297>.

çıkabilecek uyuşmazlıklarda, tahkim usulünü önceden kabul etmiş olmaktadır. Sigorta Tahkiminde, taraflar arasında önceden bir tahkim sözleşmesi bulunmamasıyla birlikte, uyuşmazlığın çıkmasının ardından taraflar arasında kendiliğinden bir anlaşma yapılmış olmaktadır.<sup>15</sup> Bilindiği üzere tahkimin, tahkim yargısının ve hakemlerin yargı yetkisinin kaynağı, tahkim anlaşmasıdır. Sigorta Tahkiminde ise tahkim anlaşması akdedilen sigorta sözleşmesine konulan bir tahkim kaydı veya ayrı bir tahkim sözleşmesi ile değil, uyuşmazlığın çıkmasından sonra ve fakat sigorta şirketinin daha önceden Tahkim Komisyonuna üye olmak suretiyle önceden ilan etmiş olduğu aleni icabın kabulüyle akdedilmektedir. Buna göre Komisyonun yargı yetkisine, tarafları arasındaki sigorta sözleşmesinden kaynaklanan her türdeki uyuşmazlık değil; sadece başvuru sahibinin başvurusuna konu uyuşmazlık dâhildir. Aynı sözleşmeden kaynaklansa dahi diğer uyuşmazlıklar için ayrı bir başvuru yapılmadığı sürece Komisyonun yetkisi önceden kabul edilmiş olmaz.<sup>16</sup> Ancak yukarıda belirtildiği üzere zorunlu sigortalılarla ilgili uyuşmazlıklarda sigorta kuruluşu Komisyona üye olmasa bile, başvuru sahibine tahkim anlaşmasının olmadığını ileri sürememektedir.

### III. SİGORTACILIK TAHKİMİNİN KURUMSAL YAPISI VE İŞLEYİŞİ İLE İLGİLİ SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Sigorta Tahkim Komisyonu, SK'nın 30. maddesiyle, sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği nezdinde kurulmuştur. Sigorta Tahkim Komisyonu, Sigorta Tahkim Komisyonu Başkanlığı ile Komisyon müdür ve müdür yardımcıları, büro müdür ve müdür yardımcıları, raportörler ile diğer çalışanlardan teşekkül eder. Komisyon Başkanlığı toplam beş üyeden oluşur ve merkezi İstanbul'dur (SK m. 30/2). Komisyon Başkanlığı, bir Müsteşarlık temsilcisi, iki Birlik temsilcisi, bir tüketici derneği temsilcisi ile Müsteşarlıkça belirlenen bir akademisyen hukukçu temsilcinin katılımı ile oluşmuştur. Kanaatimizce Komisyonun bağımsızlığını artırmak amacıyla<sup>17</sup>, Komisyona Adalet Bakanlığı'ndan hakim kökenli bir üye eklenmeli<sup>18</sup> ve hukukçu akademisyenlerin sayısı

---

<sup>15</sup> Aynı yönde Öztekin, s. 222; Can, Mertol, **Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı)**, Ankara, 2009, s. 350. Alman hukuku için bkz. Lorenz, E.; **Der Versicherungsombudsmann – eine neue Institution im deutschen Versicherungswesen**, *Versicherungsrecht* 2004, s. 546.

<sup>16</sup> Yeşilova Aras/Yeşilova, s. 301.

<sup>17</sup> Bilindiği üzere, Birlik temsilcisi 2 üye, davalı sigortacının da mensubu ve üye olmak zorunda olduğu kurum tarafından belirlenmektedir (m. 24/1).

<sup>18</sup> Komisyona, Adalet Bakanlığı'ndan da temsilci gönderilmemesine yönelik eleştirisi için bkz. CAN, s. 344.

ikiye çıkarılmalıdır. Zira diğer üyelerin bir şekilde uyuşmazlığın tarafları ile bağlantısı varken, hukukçu akademisyen ile Adalet Bakanlığı'ndan seçilecek hakim kökenli üyenin taraflarla hiçbir bağlantısı bulunmamaktadır.

Sigorta Tahkiminde uyuşmazlıklar, sigorta hakemleri eliyle çözülür. Hakemler hayat ve hayat dışı sigorta gruplarından sadece birinde görev yapabilir. (STİY m. 30/VII). Hakemler taraflarca değil, sadece Komisyon Başkanlığı tarafından ve önceden hazırlanmış listeden seçilmek suretiyle belirlenmektedir. (STİY m. 30/XV). 15.000 TL ve üzerindeki uyuşmazlıklar heyet halinde çözülmek zorundadır. Doktrinde taraflara da listeden olmak şartıyla hakemini seçme hakkı tanınması gerektiği ileri sürülmüş ise de<sup>19</sup>, böyle bir uygulama tahkim yargılamasının gecikmesine ve tarafların seçim sürecinde hakemlerle iletişime geçerek onları etkilemeye çalışmasına neden olacağından, kanaatimizce hakemleri seçme imkanı beklenen yarardan çok sisteme daha fazla zarar verecektir.

SK'nın 30. maddesinin 11. fıkrasına göre, hakemin ismi, sigorta hakemliği yapmak için gereken nitelikleri kaybetmişse veya tarafsızlık ilkesine aykırı hareket ettiği tespit edilmişse sürekli olarak; kendisine ulaşan dosyaları bir yıl içinde en fazla üç kez zamanında sonuçlandırmamışsa bir yıl süreyle, listeden silinir. Kanaatimizce tarafsızlık ilkesine aykırı hareket eden hakemlerin listeden sürekli olarak çıkarılmasına ilişkin düzenleme çok yerinde bir düzenlemedir. Ancak düzenlemede tarafsızlık ilkesine aykırılığın tespitine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Hakemlerin reddi konusunda Tahkim Komisyonu Müdürlüğünün yetkili olması nedeniyle tarafsızlığa aykırılığın tespitinde de Müdürlüğün yetkili olduğu düşünülebilirse de, kanaatimizce Müdürlük bu konuda yetkili olmamalıdır. Zira hakemlik mesleğinden men kararı çalışma özgürlüğü ile ilgili bir karardır.<sup>20</sup> Bu nedenle bir hakemin tarafsızlığını kaybedip etmediğinin tespiti ve bunun sonucunda meslekten ihracı Komisyon üyelerinin üçte iki çoğunlukla vereceği bir kararla mümkün olmalıdır. Karar öncesi ilgili hakem hakkında soruşturma açılmalı ve soruşturma sonucu hazırlanan rapor değerlendirilerek karar verilmelidir. Bu karara karşı hakemin yargı yoluna giderek kararı iptal etme hakkı elbette bulunmaktadır.

Ulaş<sup>21</sup>, 2009/1 sayılı Sigorta Tahkim Usûlü ve Sigorta Hakemlerine İlişkin Tebliğ'in 5. maddesindeki hükümlerin hakemlerin tarafsızlık ilkesiyle bağdaş-

---

<sup>19</sup> ULAŞ, Tahkim, s. 253.

<sup>20</sup> YEŞİLOVA ARAS/YEŞİLOVA, bu konuda kesinleşmiş bir mahkeme kararının gerekli olduğunu savunmuştur. Bkz. s. 326.

<sup>21</sup> Bkz. ULAŞ, Sigorta Hukuku, s. 132 vd.

madığını, dolayısıyla Kanuna aykırı olması nedeniyle uygulama kabiliyetinin olmadığını ileri sürmüştür. Söz konusu maddenin a) bendi uyarınca, taraflardan biriyle istihdam ilişkisi bulunmaksızın sözleşmeli veya dosya başı anlaşmalı olarak çalışan avukatlar sigorta hakemliği yapabilir. Aynı maddenin b) bendi uyarınca akademisyen hukukçuların taraflardan herhangi birine hukuki mütalaa vermesi sigorta hakemliği yapmalarına engel teşkil etmez. Kanaatimizce söz konusu bu hükümler hakemin bakacağı uyuşmazlık konusu somut olayla ilgili hukuki mütalaa vermeyi veya avukatlık yardımında bulunmaya izin vermemektedir. Burada kastedilen somut olayla ilgili olmayan herhangi bir konuda daha önceden verilmiş bir hukuki mütalaa veya hukuki yardımdır. Kanaatimizce bu son halde hakemlerin tarafsızlık ilkesi zedelenmediğinden Kanuna aykırılık da bulunmamaktadır.

Hakemlerin görevlendirildikleri uyuşmazlıkları süresinde çözememesi halinde uygulanan yaptırım da uygulamada sorun oluşturmaktadır. Bu konuda SK'nın 30. maddesinin 11. fıkrasında *"Sigorta hakemi, kendisine ulaşan dosyaları bir yıl içinde en fazla üç kez zamanında sonuçlandırmamışsa bir yıl süreyle, listeden silinir"* şeklinde bir hüküm yer almaktadır. Bu hüküm nedeniyle heyet halindeki dosyalarda bir üyenin kusuru nedeniyle yaşanan gecikmeden, bütün üyelerin ceza alması mümkündür. Oysa heyet halinde görülen uyuşmazlıklarda, usuli işlemleri daha çok koordinatör hakem yürüttüğünden, koordinatör hakeminin kusuru nedeniyle diğer üyelerin sorumlu olmaması gerekir. Bu nedenle bu hüküm cezaların şahsiliği ilkesiyle de bağdaşmamaktadır. Kanaatimizce bu hükmün şu şekilde değiştirilmesi gerekir: *"Hakemler, kendisine ulaşan dosyaları bir yıl içinde haklı bir neden olmaksızın en fazla üç kez zamanında sonuçlandırmamışsa bir yıl süreyle, listeden silinir. Heyet halindeki dosyalarda haklı nedenin mevcut olup olmadığı her bir hakem için ayrı ayrı değerlendirilir."*

Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde görev yapan hakemlerin iş yükünün azaltılması ve teknolojik yeniliklerden yararlanılarak uyuşmazlıkların daha hızlı çözülmesini sağlamak için de Tahkim Sisteminde bazı yeniliklere ihtiyaç olduğu kanaatindeyiz. Bu kapsamda hakemlerin daha hızlı karar vermesi için en kısa süre içinde elektronik imzaya geçilmelidir. Hali hazırda hakemler 15.10.2015 tarihinden itibaren Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi'ne ait internet sitesinde<sup>22</sup> Tahkim Komisyonunun programını kullanarak bir çok işlemi yapabilmektedirler. Bu kapsamda hakemler sistem üzerinde iletişim bilgilerini kontrol ederek güncelleyebilmekte, **görevlendirilmiş oldukları dosyaların**

---

<sup>22</sup> Bkz. <https://www.sbm.org.tr>

kayıtlarını aktif (yargılaması devam eden) ve pasif (sonuçlandırılmış dosyalar) ayrımı ile görüntüleyebilmekte, verdikleri kararların karar numarasını **çevrimiçi** olarak alabilmektedirler. Söz konusu bu işlemlerin sistem üzerinde yapılması, hakemlere ve Komisyon çalışanlarına büyük bir zaman ve emek tasarrufu sağlamaktadır. Bu noktada hakemler tarafından alınan kararların elektronik olarak imzalandıktan sonra siteye konulması da mümkün hale gelirse, daha fazla emek ve zaman tasarrufuna gidilmiş olur. Ayrıca İstanbul'dan sonra en fazla uyuşmazlığın çözüldüğü Ankara'da Komisyona bağlı bir büronun kurulması ihtiyacı bulunmaktadır. Bu şekilde Ankara'da görev yapan hakemlerin bürokratik işlemleri daha hızlı ve kolay bir şekilde gerçekleşmiş olacaktır. Bilindiği üzere STİY m. 6'da sigortacılık tahkiminde oluşacak iş hacmine göre, gerekli görülen yerlerde Komisyon, Sigortacılık Tahkim Komisyonu Büroları açmaya yetkili kılınmıştır. Kurulacak büro sadece hakemler için değil, aynı zamanda başvuru sahipleri için de çok faydalı olacaktır. Zira başvuru sahipleri bu durumda Sigorta Tahkim Komisyonu Merkezine başvuru yapmak yerine Ankara Bürosuna **başvurma** imkanına kavuşacaklardır.

#### IV. SİGORTA TAHKİMİNDE YARGILAMA USUL VE ESASLARINA İLİŞKİN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Sigorta tahkiminde başvuru doğrudan Sigorta Tahkim Komisyonuna yapılmaktadır (SK m. 30/13). Başvuru, doğrudan Sigorta Tahkim Komisyonunun merkezine yapılabileceği gibi, başvuru sahibinin yerleşim yerinin bulunduğu ya da rizikonun gerçekleştiği yerdeki büroya da yapılabilir (STİY m. 16/1). Başvuru yazılı şekilde yapılır ve başvuru ile birlikte, uyuşmazlık hakkında bilgi sahibi olunması için gerekli olan belgelerin ve başvuru ücretinin yatırıldığına dair belgenin de Komisyona verilmesi zorunludur (STİY m. 16/1).

Tahkim Komisyonuna üye bir sigorta kuruluşuna<sup>23</sup> ve Güvence Hesabına karşı ileri sürülen talepler için Komisyona başvurulabilir. SK'nın 30. maddesinde 03.04.2013 tarihinde yapılan değişiklikten önce "Güvence Hesabı"na karşı başvuru yapılabileceğinden bahsedilmiyordu. Bu tarihte yapılan değişiklikle maddeye "Güvence Hesabı" da eklenmiştir. Acaba sigorta acentelerine karşı Komisyona başvuru yapılabilir mi? SK'nın mevcut halinde (m. 30/1), aleyhine tahkime başvurulabilecek olanların sadece "riski taşıyanlar" yani sigorta şirketleri olduğu açıkça belirtildiğinden, bu konuda kanun değişikliği yapılmadan acenteler aleyhine Komisyona başvurulması mümkün değildir.<sup>24</sup> Ayrıca

---

<sup>23</sup> Zorunlu sigortalarda sigorta kuruluşu Komisyona üye olmasa da onun aleyhine Komisyona başvuru yapılabilir. Bkz. SK. M.30/1.

<sup>24</sup> Bkz. ÖZDAMAR, s. 846.

acenteler Komisyona da üye değildir. Kanaatimizce yapılacak bir değişiklikte en azından zorunlu sigortalılarla ilgili uyuşmazlıklarda acenteler aleyhine Komisyona başvuru hakkı verilmelidir. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, zorunlu sigortalılar ile ilgili uyuşmazlıklar için Komisyona başvuru yapabilmek için Komisyona üye olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Özellikle acente ile sigorta ettiren/sigortalı arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların sayısının artması ve tahkim sisteminin amacı dikkate alınarak acenteler aleyhine de tahkime başvurunun önü açılmalıdır.<sup>25</sup>

Sigorta Tahkim Komisyonuna yapılan başvurunun ardından Komisyon yetkilileri, başvuru konusu uyuşmazlığın ön incelemesinin yapılması için raportör görevlendirir. (STİY m. 16/2). Ön incelemede, aleyhine başvuru yapılan sigorta kuruluşunun sigorta tahkim sistemine üye olup olmadığı veya uyuşmazlık konusu sigortanın zorunlu sigortalardan biri olup olmadığı tespit edilir. Sigorta kuruluşu üye değilse ve uyuşmazlık konusu sigorta da zorunlu sigorta kapsamına girmiyorsa, başvuru reddedilir. Ön incelemede tespit edilmesi gereken bir diğer husus da, Komisyona başvuruda bulunmadan önce taleple ilgili olarak sigorta kuruluşuna yazılı olarak başvuru yapıp yapılmadığı ve sigorta kuruluşunun talebe olumsuz cevap verip vermediği veya onbeş iş günü içerisinde başvuruyu cevapsız bırakıp bırakmadığıdır (SK m. 30/13. Yine başvurunun Komisyon tarafından ele alınabilmesi için uyuşmazlığın Mahkemeye ve Tüketici Sorunları Hakem Heyetine intikal etmemiş olması gerekmektedir. (SK m. 30/14). Bu hususun da ön inceleme sırasında tespit edilmesi gerekir. Komisyona yapılan başvurudan önce, başvuru sahibinin mahkemeye yahut Tüketici Hakem Heyetine veya olağan tahkime müracaat etmesi hâlinde, artık Komisyon nezdinde, söz konusu tahkim hizmetinin verilmesi mümkün değildir. Hükmü derdestlik anlayışının bir uzantısıdır. Zira SK'nın 30/XIV. hükmünde "... *intikal etmiş uyuşmazlıklar...*" ifadesi kullanılmıştır. Ancak kanaatimizce Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurunun zorunlu olduğu bir hâlde (TKHK m. 22/V), tarafın bu Heyet yerine, Komisyona başvurması mümkündür. Zira Tüketici Sorunları Hakem Heyetinin mecburiyeti, sadece mahkemeler karşısında bir anlam ve değer ifade etmektedir. Yani sigorta konusunda sigorta kuruluşu ile uyuşmazlığı olan kişi mahkemelerde dava açmadan önce Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurmak zorunda olmakla birlikte, sigorta kuruluşu ile bir tahkim anlaşması akdetmesi veya Tahkim Komisyonuna üye olan sigorta kuruluşunun aleni icabını kabul etmesi halinde, Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurmadan Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurabilir.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Aynı yönde bkz. ÖZDAMAR, s. 846.

<sup>26</sup> Aynı yönde bkz. YEŞİLOVA ARAS/YEŞİLOVA, s. 339.

Ön inceleme sonucunda yukarıda belirtilen şartların gerçekleşmediği sonucuna varılması halinde, talep reddedilir ve başvuru sahibinden alınan başvuru ücretinin %90'ı geri verilir.<sup>27</sup> STİY'nin 16. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, ön incelemeyi tamamlayan raportör dosyayı, bu kez uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan bilgi ve belge eksikliği açısından inceler. Uyuşmazlığın bilgi ve belge eksikliğinden kaynaklandığının anlaşılması hâlinde raportör, durumu taraflara bildirir ve dosyayı kapatır. Bu durumda, başvuru ücretinin yüzde ellisi başvuru sahibine iade edilir (STİY m. 16/5).

Kanaatimizce, STİY'nin yukarıda belirttiğimiz ilgili hükümleriyle raportörlere verilen ön inceleme sonucunda dosyanın kapatılma yetkisi yerinde olmakla birlikte, raportörlerin bilgi ve belge eksikliği nedeniyle dosyanın kapatılmasına karar verebilme yetkisi ağır bir yaptırımdır. Kanunda olmayan böyle bir yetkinin Yönetmelikle raportörlere tanınmış olması yerinde değildir.<sup>28</sup> Zira bilgi ve belge eksikliğinin varlığını ve sonuçlarını değerlendirmesi gereken kişi, raportör değil, tahkikatı da yürütecek olan hakem veya hakemlerdir. Bu nedenle ilgili raportör en azından Kanunda da yer almayan bu tür bir yaptırımı uygulamadan önce, eksik belgenin tamamlanması için ilgisine uygun ve kesin bir süre vermeli, ancak bu süre içinde gerekli eksiklikler tamamlanmaz ise dosya kapatılmalıdır.<sup>29</sup>

Raportörün ön inceleme ve belge değerlendirmesi onbeş gün içinde tamamlaması ve durumun bir rapora bağlanarak Komisyona iletilmesi gerekmektedir (SK m. 30/15, STİY m. 16/6). Raportörce düzenlenen rapor Komisyonca değerlendirilip uyuşmazlığın niteliği ve hakemin uzmanlık alanı ve iş yükü de dikkate alınarak hakem listesinden sıra esasına göre bir hakem seçilerek atanır (STİY m. 16/8). Talep konusu miktar onbeşbin TL'nin üzerinde ise hakemin heyet olarak seçilmesi ve atanması gerekir. Ayrıca talep miktarı onbeşbin TL'den düşük olsa bile, uyuşmazlığın niteliği karmaşık ve çözümü birden fazla uzmanlık alanını ilgilendiriyorsa hakem yine de kurul olarak seçilmek zorundadır.<sup>30</sup>

SK'nın 30/15 hükmüne göre, hakem/hakem heyeti, sadece kendilerine verilen evrak/dosya üzerinde inceleme yaparak karar verir. Söz konusu bu hükme rağmen Sigorta Tahkim Usûlü ve Sigorta Hakemlerine İlişkin 2009/1

---

<sup>27</sup> Raportör incelemeye başlamadan önce başvuru geri çekilirse, yine ilgiliden alınan başvuru ücretinin %90'ı iade edilir (STİY m. 16/4).

<sup>28</sup> Aynı yönde YEŞİLOVA ARAS/YEŞİLOVA, s. 336, ULAŞ, Tahkim, s. 252; ULAŞ, Sigorta Hukuku, s. 143.

<sup>29</sup> Aynı yönde bkz. ULAŞ, Tahkim, s. 252; ULAŞ, Sigorta Hukuku, s. 143.

<sup>30</sup> Bkz. SK m. 30/15, STİY m. 16/7-8.



sayılı Tebliğ'in 7/b maddesinde sigorta hakemlerinin duruşma yapabilecekleri öngörülmüştür. Tebliğde yer alan bu hükmün, hakemlerin, taraflardan sadece sözlü olarak açıklama alabileceği şeklinde anlaşılması gerekir.<sup>31</sup>

Sigorta Tahkim Komisyonuna ilişkin mevzuatta, hakemlerin eksik olduğu sonradan anlaşılan bilgi ve belgeleri tamamlama ve özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda bilirkişiye başvurma hakkı olup olmadığı konusunda somut bir hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimizce hakemler uyuşmazlık dosyasının kendilerine tesliminden sonra kural olarak duruşma yapmaksızın, dosya kapsamındaki bilgi ve belgelere göre uyuşmazlığı çözmelidir. Ancak uyuşmazlık hakemleri, raportör incelemesi aşamasında yeterli görülen bilgi ve belgelerin gerçekte yeterli olmadığı, eksik bilgi ve belgeler tamamlanmadan uyuşmazlığın esastan çözümlenmesinin mümkün olmadığı kanaatine varmaları halinde, eksik olan bu bilgi ve belgeleri tamamlatabilirler. Ayrıca özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda hakemler bilirkişi görevlendirebilirler.<sup>32</sup> Uygulamada bazı ilk derece uyuşmazlık hakemleri gerekli olduğu halde bazı belge ve bilgileri dosyaya kazandırmamakta, dolayısıyla dosyalar eksik belgeler ile itiraz hakemlerinin önüne gelmektedir. İtiraz hakemlerinin bu belgeleri temin etmesi haliyle yargılamanın uzamasına neden olmaktadır. Örneğin özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişi raporu almadan karar verilmesi nedeniyle, itiraz hakemleri ayrıca bilirkişi raporu almak zorunda kalmaktadırlar. Bu da yargılama süresinin uzamasına neden olmaktadır. Bu noktada vurgulamak gerekir ki, uyuşmazlık hakemleri teknik ve özel bilgiyi gerektiren bir konuda kendileri uzman olsa bile bilirkişi görevlendirmeden karar vermemelidir.<sup>33</sup>

SK'da hakemlerin ihtiyati tedbir kararı verme yetkilerinin olup olmadığı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık 2009/1 sayılı Tebliğin 7/1-ç bendi hükmüne göre, hakemler, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı veremez. Ancak HMK'nın 414. maddesinde hakemlere ihtiyati tedbire hükmetme yetkisi verilmiştir. Bu nedenle Tebliğin ilgili hükmü SK ve HMK'na aykırıdır. Sigorta Tahkimi ile ilgili uyuşmazlıklarda SK'da hüküm olmaması halinde HMK uygulanacağından, genel tahkimde olduğu gibi, sigorta tahkiminde de hakemlerin HMK m. 414 uyarınca ihtiyati tedbir kararı verme haklarının olduğunun kabulü gerekir.<sup>34</sup> Buna karşılık sigorta tahkimi mahkemelerdeki şekliyle ihbar ve müdahaleye kapalıdır. Zira bu konuda ne sigorta tahkim mevzuatında ne de HMK'da hüküm bulunmaktadır. Oysa 2009/1 sayılı Tebliğin 7/1-d maddesi-

---

<sup>31</sup> Bkz. ULAŞ, Sigorta Hukuku, s. 148, dpn. 137.

<sup>32</sup> Aynı yönde bkz. ULAŞ, Sigorta Hukuku, s. 149.

<sup>33</sup> Aynı yönde bkz. 17. HD, 2014/5005 E., 2014/7686 K., 15.5.2014 T.

<sup>34</sup> Bkz. Budak, s. 65; ULAŞ, Sigorta Hukuku, s. 149; Yeşilova Aras/Yeşilova, s. 344.



ne göre, sigorta tahkiminde açılmış bir dava üçüncü kişilere ihbar edilebilir ve üçüncü kişiler de tahkimde açılmış davaya müdahil olabilir. Kanaatimizce bu hüküm tahkimin genel yapısıyla bağdaşmamaktadır.<sup>35</sup>

Sigorta tahkiminde uyuşmazlık hakemleri, görevlendirildikten itibaren en geç dört ay içinde, itiraz hakemleri ise, görevlendirildikten itibaren en geç iki ay içinde karar vermek zorundadır.<sup>36</sup> Aksi halde, uyuşmazlık yetkili mahkemece **çözülür** (SK m. 30/16). Ancak söz konusu hükümde geçen “görevlendirildikten itibaren” ibaresi “görevlendirildiklerinin ilgili hakeme tebliğinden itibaren” şeklinde anlaşılmalıdır.<sup>37</sup> Zira kurumsal bir tahkim olan sigorta tahkiminde iç yazışmalar nedeniyle, uyuşmazlık ile ilgili dosya çoğu zaman görevlendirilen hakeme görevlendirilme tarihinden çok sonra gönderilmektedir. Uyuşmazlık dosyası, tek hakemin görevlendirildiği davalarda bu hakeme, birden fazla hakemin atandığı davalarda ise, bu hakemler arasından seçilen koordinatör hakeme gönderilmektedir. Dolayısıyla hakemlerin kurul halinde atanması halinde tahkim süresinin dosyanın koordinatör hakeme tebliğinden itibaren başladığı kabul edilmelidir. Ancak HMK’nın 427/1 hükmünde, birden çok hakemin görev yapacağı davalarda, tahkim süresinin hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren başlayacağı öngörülmüştür. Kanaatimizce SK, HMK’ya göre özel bir Kanun olduğundan, HMK’nın 427/1 hükmü değil SK’nın 30/16 hükmü uygulanmalıdır. Doktrinde Yeşilova Aras/ Yeşilova, üç hakemli heyette sürenin, son hakeme yapılan tebliğden itibaren başlaması gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak sigorta tahkiminde böyle bir uygulama olmadığı gibi böyle bir sonuç SK’nın m. 30/16 ve HMK’nın 427/1 hükmü ile bağdaşmamaktadır.

SK m. 30/16 uyarınca, tahkim süresi, tarafların açık ve yazılı muvafakatleriyle uzatılabilir. Zımnî muvafakat süre uzatımı için yeterli değildir.<sup>38</sup> SK’nın 30. maddesinin 16. fıkrasında sadece tarafların tahkim süresini uzatabileceği öngörülmüşken, HMK’nın 27. maddesinde ise, tahkim süresinin, tarafların anlaşmasıyla; anlaşamamaları hâlinde ise taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkemece uzatılabileceği ifade edilmiştir. Kanaatimizce SK’da yapılacak bir değişiklikle tarafların süre uzatımı konusunda uzlaşmaması halinde taraflar-

---

<sup>35</sup> Aynı yönde YEŞİLOVA ARAS/YEŞİLOVA, s. 345.

<sup>36</sup> HMK’nın 427/ hükmüne göre ise, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, bir hakemin görev yapacağı davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemin görev yapacağı davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde, hakem veya hakem kurulunca esas hakkında karar verilir.

<sup>37</sup> Aynı yönde ULAŞ, Sigorta Hukuku, s. 150.

<sup>38</sup> Bkz. Sigorta İtiraz Hakem Kararı, 15.12.2014 T., 2014/İHK-783 S.

dan birinin veya uyuşmazlığı çözmekle görevli hakemlerin talebiyle Sigorta Tahkim Komisyonuna süreyi uzatma hakkı tanınmalıdır. Zira gerekli olduğu halde bir taraf istemiyor diye sürenin uzatılmaması bazen adil olmayan sonuçlara neden olabilir. Örneğin dört ay değil de beş ayda çözülebilecek bir tahkim davasının, bir taraf istemedi diye uyuşmazlığın normal mahkemelerde çözülmek zorunda kalınması, süreci gereğinden fazla uzatmış olacaktır. Oysa süre uzatımı yetkisinin Komisyona verilmesi halinde örneğimizde olduğu gibi bir aylık bir ek süre ile uyuşmazlık çözülmüş olacaktır. Süre uzatma yetkisinin mahkemeler yerine Komisyona verilmesi kurumsal tahkimin amacıyla da bağdaşmaktadır. Özellikle sigorta tahkimi gibi kurumsal tahkimlerde süre uzatımının gerekli olup olmadığı hususu, mahkemelere nazaran Komisyonca daha doğru takdir edilecektir. Hakemlere verilen ek sürenin yetmemesi halinde yeni bir ek süre daha verilmesi mümkündür. Ancak taraflarca imzalanan süre uzatım anlaşmasında hakem/hakem kuruluna verilen ek sürenin mutlaka belirli bir süre olması gerekir.<sup>39</sup> Hakem süre uzatımına ilişkin kararını Komisyon Müdürüne tevdi eder. Komisyon Müdürünce karar en geç üç iş günü içinde taraflara bildirilir; ayrıca kararın aslı dosya ile birlikte Komisyonun bulunduğu yerdeki görevli mahkemeye gönderilir ve mahkemece saklanır.

SK'nın 30. maddesinde yapılan ve 18 Ekim 2013 tarihinde yürürlüğe giren yasal değişiklikle birlikte, yasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren sigorta hakemlerince 5.000,00 Türk Lirası ve daha üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında verilen kararlara karşı kararın Komisyonca ilgiliye bildiriminden itibaren on gün içinde bir defaya mahsus olmak üzere Komisyon nezdinde itiraz hakkı tanınmıştır. Süresi içinde ve usulüne uygun şekilde yapılan itiraz hakem kararının kesinleşmesini önler ve kararın icrasını durdurur. (SK m. 30/12). Hakem kararlarına karşı Komisyona yapılan itirazlar öncelikle itiraz yetkilisi tarafından usul yönünden incelenir. İtirazın usulüne uygun yapıldığı görüşüne varıldığı takdirde itiraza konu dosya İtiraz Hakem Heyeti listesinden seçilerek oluşturulan üç kişilik itiraz hakem heyetine tevdi edilir. İtiraz hakemleri uyuşmazlığı iki aylık yasal süre içinde karara bağlamak zorundadır. 5.000,00 TL ve üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren 10 gün içinde itiraz başvurusunda bulunulmaması hâlinde karar kesinleşir. İtiraz hakem heyetleri tarafından 40.000,00 TL ve altında verilen kararlar kesindir. Buna karşılık 40.000 TL'nin üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında itiraz üzerine verilen kararlar için taraflar temyize gidebilirler. Doktrinde temyiz sınırı olarak öngörülen kırkbin TL'nin çok yüksek olduğu, bu nedenle bu

---

<sup>39</sup> Aynı yönde ULAŞ, Sigorta Hukuku, s. 150.

miktarın düşürülmesi gerektiği savunulmuştur.<sup>40</sup> Bu eleştiriler 18.10.2013 tarihine kadar haklı görülebilecek eleştirilerdi. Ancak söz konusu tarihte SK'nın 30. maddesinde yapılan değişiklikle, sigorta hakemlerince beşbin TL ve daha üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında verilen kararlara karşı Komisyon nezdinde itiraz hakkı tanındığından, dolayısıyla uyuşmazlık hakkında verilen ilk hakem kararları bir kez de itiraz hakemleri tarafından denetlendiğinden, eleştirilerin artık haklı bir gerekçesi kalmamıştır.

SK ve STİY'de kararın tavrı, düzeltilmesi ve tamamlanmasına ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Ancak HMK m. 437 maddesi çerçevesinde sigorta hakem kararlarının da tavrı, düzeltilmesi ve tamamlanması mümkündür.<sup>41</sup>

## **V. SİGORTA TAHKİMİNDE ORTAYA ÇIKAN DİĞER SORUNLAR VE BU SORUNLARA YÖNELİK ÇÖZÜM ÖNERİLERİ**

**a)** Mahkemelerin iş yükünü önemli ölçüde artıran sigorta davalarının, bir alternatif uyuşmazlık yolu olarak kurulmuş olan Sigorta Tahkim Komisyonunda görülmesi, elbette davaların adil, hızlı ve etkin bir şekilde sonuçlanmasına büyük katkı sağlamaktadır. Ancak sigorta tahkimi ne yazık ki pek bilinmemektedir. Birakin normal vatandaşları, avukatlar bile sigorta tahkimi hakkında yeterince bilgi sahibi değildir. Özellikle İstanbul, Ankara ve İzmir gibi büyük şehirler dışındaki illerde Sigorta Tahkim Komisyonuna başvuru sayısı çok azdır. Bu nedenle davaların büyük bir çoğunluğu ticaret mahkemeleri ile tüketici mahkemelerinde açılmaktadır. Kanaatimizce Sigorta Tahkim Komisyonu, barolar ile işbirliği yaparak avukat ve stajyer avukatları Komisyon ve tahkim yargılaması hakkında bilgilendirmelidir. Bu konuda her ilde seminerler düzenlenmelidir.

**b)** Değnilmesi gereken bir diğer husus da, sigorta uyuşmazlıklarında arabuluculuk konusudur. Bilindiği üzere Adalet Bakanlığı'nın Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile ilgili bir taslak çalışması bulunmaktadır. Bu çalışmada mahkemelerdeki iş yükünü ve yargılama sürelerini kısaltma amacıyla belli bir miktarın altındaki uyuşmazlıklar için zorunlu arabuluculuk öngörülmektedir. Zorunlu arabuluculuk, ilk olarak iş konusundaki uyuşmazlıklar için, orta vadede ise icra ve ticari uyuşmazlıklar için düşünülmektedir. Kanaatimizce zorunlu arabuluculuk kabul edilse bile, sigorta konusundaki bir uyuşmazlık ile ilgili olarak kişiler arabulucuya başvurmadan Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurabilirler. Zira belli bir miktara kadar arabuluculuğa başvurma zorunluluğu sadece mahkemeler karşısında bir anlam ve değer ifade etmek-

---

<sup>40</sup> ÖZTEK, s. 242; BUDAK, s. 68; YEŞİLOVA ARAS/YEŞİLOVA, s. 360.

<sup>41</sup> Aynı yönde ULAŞ, Sigorta Hukuku, s. 152; YEŞİLOVA ARAS/YEŞİLOVA, s. 350 vd.

tedir. Yani sigorta konusunda sigorta kuruluşu ile uyuşmazlığı olan kişi dava açmadan **önce** arabulucuya başvurmak zorunda olmakla birlikte, sigorta kuruluşu ile bir tahkim anlaşması akdetmesi veya Sigorta Tahkim Komisyonuna üye olan sigorta kuruluşunun aleni icabını kabul etmesi halinde, arabulucuya ayrıca gitmesine gerek bulunmamaktadır. Ayrıca Tahkim Komisyonuna başvuru yapılması, arabulucuya başvurma zorunluluğunu da ortadan kaldırır. Ancak kişi tahkime başvurmak yerine arabulucuya başvurma imkanına da sahiptir. Kanaatimizce sigorta ile ilgili uyuşmazlıklarda, taraflar, uyuşmazlıklarına bakan arabulucuyu anlaşma yoluyla belirlememişlerse, arabulucu listesinden görevlendirme yapılırken aynı zamanda sigorta hakemi sıfatını haiz arabulucular tercih edilmelidir. Zira halen çok iyi işleyen bir kurumsal tahkimde görevli bir hakem, arabulucu sıfatını da üstlenirse çok daha faydalı olacağı kuşkusudur.

c) Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde yapılan yargılama ile ilgili ortaya çıkan sorunlardan biri de, dosyayı ilk olarak inceleyen uyuşmazlık hakemlerinin bazı usuli hataları nedeniyle yargılamanın gereksiz yere uzamasıdır. Bazı hakemler, uyuşmazlıkla ilgili bütün belgeleri dosyaya kazandırmadan karar vermekteler. Bu nedenle uyuşmazlık dosyaları itiraz üzerine eksik belgeler ile itiraz hakemlerinin önüne gelmektedir. İtiraz hakemlerinin bu belgeleri temin etmesi yargılamanın uzamasına neden olmaktadır. Örneğin yukarıda belirtildiği üzere, özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişi raporu almadan karar verilmesi nedeniyle, itiraz hakemleri bilirkişi raporu almak zorunda kalmaktadır. Bu noktada tekrar vurgulamak gerekir ki, uyuşmazlık hakemleri teknik ve özel bilgiyi gerektiren bir konuda kendileri uzman olsa bile bilirkişi görevlendirmeden karar vermemelidir.

Yargılama süresini gereksiz yere uzatan bir başka yanlış uygulama da, sakatlık raporlarının alınması sürecinde yaşanmaktadır.<sup>42</sup> Oysa maluliyet oranları konusunda sigorta şirketlerinin hangi tür raporlara göre tazminat ödemesi gerektiği, mevzuatımızda açık bir şekilde düzenlenmiştir. Örneğin 30.03.2013 gün 28603 sayılı RG'de yayınlanan Özürlülük Ölçütü Yönetmeliği'nin "Yetkili Sağlık Kurumları" başlıklı 7. maddesi uyarınca, "*Bu Yönetmelikte belirtilen özürlü sağlık kurulu raporlarını düzenlemeye yetkili sağlık kurumlarını ve hakem hastaneleri Sağlık Bakanlığı belirler ve internet sitesinde yayımlar.*" 11.10.2008 gün 27021 sayılı RG'de yayınlanan "Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği'nin 5. maddesi ile bu Yönetmeliğin bazı maddelerini değiştiren 03.08.2013 gün 28727 sayılı RG.'de

---

<sup>42</sup> Aynı yönde, bkz. ÇELİK, (<http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/sigorta-anlasmazliklarinda-tahkim-yolu.htm>). Erişim: 13.02.2016.

yayınlanan Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliği- 'nin 5.maddesine göre, meslekte kazanma gücü kaybı oranları tespitinde esas alınacak sağlık kurulu raporlarını düzenlemeye:

- Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastaneleri,
- Devlet üniversitesi hastaneleri,
- Türk Silahlı Kuvvetlerine bağlı asker hastaneleri,
- Sigortalıların ikamet ettikleri illerde (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen hastanelerin bulunmaması durumunda Sağlık Bakanlığı tam teşekküllü hastaneleri yetkilidir.

Özürlü sağlık kurulu raporlarına nasıl itiraz edileceği de, Özürlülük Ölçütü Yönetmeliği'nin 10. maddesinde ayrıntılı bir şekilde belirlenmiştir.<sup>43</sup>

Hakemlerin yukarıda belirtilen hükümler çerçevesinde rapor alması ve itirazları sonuçlandırması yargılama süresini kısaltacaktır.

Ayrıca bazı Uyuşmazlık Hakemleri, Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatlarına aykırı karar verdiğinden<sup>44</sup>, bu kararlar da İtiraz Hakemleri veya Yargıtay tarafından bozulmaktadır. Her ne kadar hakemler Yargıtay kararları ile bağlı olmasa da, en azından Yargıtay'ın belli uyuşmazlıklar konusunda uzun süreden beri vermiş olduğu içtihat kazanmış kararlarına, aksine çok ciddi gerekçeler olmadığı sürece uyulmalıdır. Zira aksi kararlar ya itiraz hakemleri tarafından ya da Yargıtay tarafından her halükarda bozulacağından, adaletin tecellisi uzayacaktır.

**d) Sigorta tahkimi, mahkemelerdeki yargılamaya nazaran daha az maliyetli olmakla birlikte 19.01.2016 Tarihli Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelikte**

---

<sup>43</sup> Söz konusu hükme göre, "Özürlü sağlık kurulu raporuna, özürlü, velisi veya vasisi veyahut raporu isteyen kurum tarafından itiraz edilebilir. İlgililer itiraz dilekçesi ve ilk özürlü sağlık kurulu raporunun tasdikli bir örneği ile birlikte, bulunduğu ilin sağlık müdürlüğüne başvurur. İl sağlık müdürlüğüne, özürlü sağlık kurulu raporu alacak kişi en yakın farklı bir özürlü sağlık kurulu raporu vermeye yetkili hastaneye gönderilir. İtiraz edilen özürlü sağlık kurulu raporu ile itiraz üzerine verilen özürlü sağlık kurulu raporundaki kararlar aynı ise özürlü sağlık kurulu raporu kesinleşir. Özürlü sağlık kurulu raporlarının farklı olması durumunda, Sağlık Bakanlığınca belirlenmiş olan hakem hastanelerden, kişinin ikamet ettiği yere en yakın bir hakem hastaneye, kişi yeniden muayene edilmesi ve özürlü sağlık kurulu raporu tanzim edilmesi amacıyla yine il sağlık müdürlüğü kanalıyla gönderilir. Hakem hastanenin özürlü sağlık kurulunca verilen kararı kesindir."

<sup>44</sup> Örneğin Yargıtay uzun yıllardan beri düzenli ve tutarlı bir biçimde verdiği kararlarında işlemlen ve sürücü yakınlarının üçüncü kişi sayarak destek tazminatı talep edebileceklerini kabul etmesine karşın, bazı hakemler bu tür başvuruları reddetmekte. Bkz. Yrg. 17. HD, 2014/10371 E., 2014/9731 K., 12.06.2014 T.

Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik<sup>45</sup> ile birlikte, özellikle yüksek miktarda uyuşmazlıklarda alınacak başvuru ve itiraz harçları büyük oranda artmıştır. Kanaatimizce bu artırılan harçların en kısa sürede düşürülmesi gerekir. Aksi halde, Sigorta tahkimi mahkemelere karşı alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi vasfını kaybedebilir ve sadece kaza sonrası araçlarda meydana gelen değer kaybı gibi düşük değerdeki uyuşmazlıklara (değer kaybı gibi) bakan bir kurum haline gelir. Bu nedenle yapılan bu değişiklikler uyuşmazlıkların, mahkemeler yerine arabuluculuk, tahkim gibi alternatif uyuşmazlık yöntemleri ile çözülmesi yönündeki eğilimler ve devlet politikaları ile bağdaşmamaktadır. Bilindiği üzere sigorta tahkiminin kurulmasında sadece cüzi başvuru harçlarının alınması amaçlanmış idi. Bu cüzi harçlar sadece sistemin gereksiz kullanılmasını önlemek amacıyla öngörülmüştür.<sup>46</sup> Bu nedenle söz konusu Yönetmelik değişikliği ile, sigorta tahkiminin kuruluşundaki amacıyla hiç bağdaşmayacak şekilde genel yargı yolundan da masraflı bir tahkim sistemi tercih edilmiştir.

e) Sigorta Tahkiminde ortaya çıkan sorunlardan biri de, tarafların avukatla temsil edilmeleri halinde, hükmedilecek vekalet ücreti konusunda hakemlerin farklı şekilde karar vermesidir. SK'nın 30/17 hükmüne göre, talebi kısmen ya da tamamen reddedilenler aleyhine hükmolunacak vekâlet ücreti, Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesinde belirlenen vekâlet ücretinin beşte biridir. Söz konusu bu hüküm nedeniyle Hazine Müsteşarlığı'nın 19.01.2016 tarihli Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinde önce sigorta hakemleri ve Yargıtay kararlarında<sup>47</sup>, genel olarak başvuru sahibinin talebinin kısmen ya da tamamen reddedilmesi halinde, sigorta şirketi lehine Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesinde belirlenen vekalet ücretinin beşte birine hükmedilirken, başvuru sahibi lehine hükmedilen vekalet ücretinde ise herhangi bir indirim yapılmamaktaydı. Ancak söz konusu Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden sonra bu konuda tereddütler oluşmuştur. Zira Yönetmeliğin 6. maddesinin 13. fıkrasına göre, *“tarafların avukat ile temsil edildiği hallerde, taraflar aleyhine hükmedilecek vekâlet ücreti, her iki taraf için de Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesinde yer alan asliye mahkemelerinde görülen işler için hesaplanan vekâlet ücretinin beşte biridir.”* Kanaatimizce kanuni düzenlemede yer alan *“talebi kısmen veya tamamen reddedilen taraf”* şeklindeki ifade bilinçli seçilmiştir. Buradaki *“taraf”* ifadesi ile kastedilen başvuru sahibidir. Zira sigorta şirketleri tahkim dosyalarında sadece davalı olmaktadır.

---

<sup>45</sup> Bkz. RG: 19.01.2016 T. 29598 Sayı.

<sup>46</sup> Bkz. SK'nın 30. Maddesinin Gerekçesi.

<sup>47</sup> Bkz. Yrg. 17. HD., 2013/15884 E., 2013/14731 K., 31.10.2013 T.; 17. HD., 2013/4229 E., 2013/5904 K. 29.4.2013 T.; 17. HD., 2013/11349 E., 2013/14120 K., 22.10.2013 T.

Davalı sigorta şirketlerinin yargılama içerisinde, mahkemeden veya hakemden hüküm altına alınmasını istediği bir talebi olamaz. Yine bilindiği üzere Tahkim Komisyonu'na sigorta şirketleri tarafından tazminat talepleri reddedilenler başvurabilmektedir. Sigorta şirketlerinin aleyhlerine açılan davaların reddini talep etmeleri ise hukuki bir talep olarak nitelendirilemez. Sigorta şirketi tarafından karşılık dava açılmadığı sürece –ki bu durum, sigorta tahkiminde söz konusu değil- davalı ancak savunma hâlinindedir.<sup>48</sup>

Kanaatimizce yukarıda SK'nın ilgili hükmünün lafzından, başvuru sahibi lehine hükmedilen vekalet ücretinde indirim yapılmaması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Ancak hükmün lafzının tereddüt uyandırdığı kabul ediliyorsa bu durumda, hükmün amacının tespiti gerekir. Bilindiği üzere bir hükmün lâfzından çıkan anlamın kanunun ruhuna uygun olmaması hâlinde kanunun özünün esas alınması gerekir. Hükümde kullanılan ifadeler hükmün amacını aştığında veya hükmün kastettiği olayları kapsamadığında daraltıcı veya genişletici yorum yapmak suretiyle hükümde geçen sözcük veya ifadeleri hükmün maksadına göre daraltmak ya da genişletmek gerekir. Bu şekilde yapılan yorumla yasa koyucunun gerçek iradesi ortaya çıkarılmakta ve kanun koyucunun amacına uygun hareket edilmektedir. Kanaatimizce ilgili hükmün amaçsal yorumundan da vekalet ücreti konusunda sadece başvuru sahibi lehine indirim yapılması gerektiği sonucu çıkmaktadır.<sup>49</sup> Kanun Koyucu, tahkim sisteminde sigorta şirketleri lehine de vekalet ücretinin beşte biri oranında indirim yapılmasını amaçlasaydı, Yönetmelikte yer aldığı gibi bir ifade veya “*vekâlet ücretleri Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesinde belirtilen ücretin 1/5 i kadardır*” şeklinde bir ifade kullanırdı. Dikkate alınması gereken bir husus da, Kanun Koyucunun amacı sigorta uyuşmazlıklarında Mahkemeler yerine Sigorta Tahkim Komisyonuna yapılacak başvuruları teşvik etmek olduğundan, bu amaç da ancak vekalet ücretlerinde sadece başvuru sahipleri lehine indirim yapılmasıyla sağlanır. İndirimin her iki taraf için de uygulanması halinde başvuru sahiplerini temsil eden avukatlar Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurmak yerine mahkemelere başvuracaktır. Bu da tahkimde görülecek dava sayısını büyük ölçüde azaltacaktır.

Cevaplandırılması gereken bir soru da, acaba Avukatlık Ücret Tarifesindeki vekâlet ücretinde beşte bir oranında yapılan indirim sonucunda hesaplanan miktar, avukatlık asgari taban ücretinin altına düşerse, yine de indirim yapıla-

---

<sup>48</sup> Aynı yönde, bkz. YEŞİLOVA ARAS/YEŞİLOVA, s. 351.

<sup>49</sup> Aynı yönde bkz. YEŞİLOVA ARAS/YEŞİLOVA, s. 351.

cak mıdır? sorusudur. Öğretide Kabukçuoğlu,<sup>50</sup> vekâlet ücretinin hiçbir şekilde avukatlık asgari ücret tabanının altına düşmemesi gerektiğini savunmuştur. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira SK'nın 30/17 hükmü avukatlık asgari taban ücretine ilişkin düzenlemeye de bir istisna teşkil etmektedir.<sup>51</sup>

f) Hakem yargılamasında tereddüt uyandıran ve Hakemler tarafından farklı şekilde karar verilen bir başka konu da, ölüm ve bedensel zararlarda tazminat miktarının tespitinde esas alınması gereken hesaplama metodudur. SGK, Hazine Müsteşarlığı<sup>52</sup>, sigorta şirketleri ve Yargıtay farklı hesaplama yöntemlerini uygulanmaktadır.<sup>53</sup> Bu nedenle bu konuda yasal bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Her ne kadar yeni KZMSSGŞ<sup>54</sup> ile bu konuda tek bir yaşam tablosunun uygulanması gerektiği belirtilmiş ise de, kanaatimizce böyle bir düzenleme idari bir düzenleyici işlem olan genel şartlar ile değil yasal düzenleme ile yapılmalıdır.



---

<sup>50</sup> Bkz. Kabukçuoğlu, Özer, F.D., **Sigortacılık Kanunu Şerhi**, İstanbul 2012. s. 513.

<sup>51</sup> Aynı yönde Özdamar, s. 894.

<sup>52</sup> Bkz. 2010/4 sayılı Genelge,

<sup>53</sup> Bkz. 17. HD., 2011/11066 E., 2012/10762 K., 09.10.2012 T., 17. HD., 2012/12586 E., 2013/8761 K., 10.06.2013 T.

<sup>54</sup> Bkz. KZMSSGŞ, Ek 2 ve Ek 3.



### KAYNAKÇA

BUDAK, A. C.: Sigortacılıkta Tahkim Sigortacılık Kanununun 30. Maddesi, HMK'nun Yürürlüğe Girmesi ve 6237 Sayılı Kanun Değişikliğinden Sonra Nasıl Yorumlanmalıdır?", **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, Cilt 2, S.2, s. 54 vd.

CAN, Mertol: **Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı)**, Ankara 2009.

ÇELİK, Ç. A.: Sigorta Anlaşmazlıklarında Tahkim, (<http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/sigorta-anlasmazliklarinda-tahkim-yolu.htm>). Erişim:13.02.2016.

KABUKÇUOĞLU, Özer, F.D.: **Sigortacılık Kanunu Şerhi**, İstanbul 2012.

KARASU, Rauf: **Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi**, 2. Bası, Ankara, 2015.

ÖZTEK, Selçuk: İç Hukukta Tahkim, **Avrasya Günleri, Ekonomik ve Finansal İşbirliğinin Geliştirilmesinde Hukukî İhtilafların Çözümlemesi Sempozyumu**, 18-19 Haziran 1998, s. 110 vd.

LORENZ, E.: **Der Versicherungsombudsmann –eine neue Institution im deutschen Versicherungswesen**", **Versicherungsrecht**, 2004.

ÖZDAMAR, Mehmet: "Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi" **GÜHFD**, C. XVII, S. 1-2, s. 831-855.

YEŞİLOVA, ARAS, Ecehan/YEŞİLOVA, Bilgehan: "Sigortacılık Tahkimi-Sigorta Tahkim Usulü ve Ayrırdedici Özellikleri (Sigortacılık Kanunu m. 30)", **Yaşar Üniversitesi E-Dergisi**, <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/9-Ecehan-Bilgehan-YE%C5%9E%C4%B0LOAVA.pdf> (Erişim: 09.03.2016).

ULAŞ, Işıl: "Sigortacılıkta Tahkim", **Prof. Dr. Seza Reisoğlu'na Armağan**, 2007 **Batider**, C. XXIV, S. 2. s. 239 vd.

ULAŞ, Işıl: **Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku**, 8. Bası, Ankara 2012.



# DEVLET MEMURLARININ SİYASET YAPMA YASAĞI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

*The Prohibition of the Civil Servants*

**Yrd. Doç. Dr. A. Kürşat ERSÖZ\***

## ÖZET

Memurlara uygulanan en geleneksel yasaklardan birisi de siyaset yapma yasağıdır. Siyaset yapmak, terimi oldukça geniş bir anlam ifade eden bir terimdir. Bu nedenle konu içerisinde daha ziyade doğrudan siyasi faaliyette bulunmanın, kamu personel hukukundaki durumu tartışılmıştır. Siyasi faaliyet kapsamında olsa da toplantı ve gösteri yürüyüşünde bulunma, sendikal faaliyetler konu kapsamında ele alınmamıştır. Konu, mukayeseli hukuk bakımından, Almanya örneğine göre değerlendirilmeye çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Siyaset, Memur, Basına Bilgi ve Demeç Verme, Yargısal Denetim.

## ABSTRACT

One of the most traditional ban is applied to civil servants: prohibition policy. Policy making, the term is a term that expresses a wide meaning. Therefore, no direct political activity rather than in matters of state law on civil servants were discussed. Although the scope of political activities, meetings and activities are not covered topic. Especially we have evaluated in the policy activity. Subject, in terms of comparative law, have been evaluated according to Germany for example.

**Keywords:** Political, Civil Servants, Press, Information and Public Speaking, Judicial Inspection.

◆◆◆◆

## GİRİŞ

Memurluk, güvenceli bir şekilde yerine getirilen bir kamu hizmetidir. Kamu hizmeti niteliğinin bulunmasından dolayı, diğer vatandaşlara nazaran daha fazla nitelikte sınırlandırmayı da bünyesinde barındırmaktadır. Türk Hukuku'nda bu kapsamda memurlara yönelik uygulanan temel kısıtlama veya yasaklardan birisi de siyaset yapma yasağıdır. Memurların siyaset yapmasının yasak olması, yani siyasal katılım süreçlerinin sistemli bir üyesi olmaması hem Osmanlı Devleti döneminde hem de cumhuriyetin kuruluşundan itibaren

---

\* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Öğretim Üyesi. kursatersoz@hotmail.com.

kabul edilegelen bir ilke olmuştur. Her ne kadar Türkiye’ de geçmişten günümüze memurların siyaset yapması mevzuat hükmü olarak yasaklansa da; Türkiye’ de hiçbir zaman politik kadrolaşma, siyasi ayrımcılık, hükümetlerin politik çerçevede kamu personel sistemini değerlendirmeleri ve personel üzerinde baskı kurma iddiaları bitmemiştir. Cumhuriyetin kuruluşundan beri ve ondan öncesinde de Osmanlı Devleti döneminde geçerli olan kapıkulu sistemi gereğince memurların siyaset yapması hukuken kabul edilmemiştir. Cumhuriyetin ilk yıllarında çıkarılan 788 sayılı Memurin Kanunu ve akabinde çıkarılan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda bu savı doğrulayacak pek çok hüküm bulmak mümkündür<sup>1</sup>.

Siyaset yapmak denilince sadece seçme, seçilme hakkı değil; memurların sendika üyesi olmaları, bu kapsamda faaliyette bulunmaları, grev ve lokavt tartışmaları da anlaşılmalıdır. Ancak mevcut çalışmamızda, makalenin kapsamı sadece ve teknik anlamda “devlet memurlarının siyaset yapma yasağı karşısındaki konumları ve konunun hukuki çerçevede tahlil edilmesi” dir. Bu anlamda çalışmamızda memurların siyaset yapma yasağı, sendikal haklar, toplantı ve gösteri yürüyüşünde bulunma hakkı, örgütlenme hakkı veya sendikal nedenlerle iş bırakmaları gibi hususlar açısından değil; sadece memurların politik düşünce ve açıklamalarda bulunmaları, seçilme hakları, adaylık süreçleri ve siyasi kuruluşlara üye olmaları yönünden ne gibi sınırlamalara tabi oldukları ve bu sınırlamaların evrensel hukuk kaidelerine uygunluğu açısından yüksek mahkeme kararları da dikkate alınarak tartışılacaktır. Tartışma yapılırken memur kapsamında olup da, özel kanunları olan memur gruplarının özgün durumları da dikkate alınacaktır.

## I. SİYASET VE MEMURLUK KAVRAMLARI

Siyaset kelimesi Türk Dil Kurumu tarafından yayımlanan büyük sözlükte “yurt yönetimi” veya “devlet işlerini düzenleme ve yürütme sanatıyla ilgili özel görüş veya anlayış” olarak tanımlanmıştır. Kelime, teorik manada ise oldukça farklı şekillerde tanımlanmıştır. Örneğin Eroğul’a göre siyaset: “*belli bir üretim biçiminin varlığı ve gelişmesi için gerekli olan iktisat dışı koşulları toplumsal çapta sağlama uğraşı*” olarak ifade edilmiştir<sup>2</sup>. Kışlalı’ya göre ise siyaset bilimi, siyasal otorite ile ilgili kurumların ve bu kurumların oluşmasında

---

<sup>1</sup> Zabunoğlu, Yahya, “Kamu Görevlilerinin Siyasal Hakları ve Türkiye’deki Uygulamaları”, **TMMOB, Kamu Görevlileri ve Siyasal Haklar Sempozyumu**, 31 Mart-1 Nisan 1995, Ankara, s. 6.

<sup>2</sup> Eroğul, Cem, “Siyaset Kavramı Hakkında Deneme”, **AÜSBFD**, c. 29, sy. 2, 1997, s. 115.

ve işleminde rol oynayan davranışların bilimi olarak tanımlanmıştır<sup>3</sup>.

Devlet memurları açısından siyaset kavramı, yasa ve içtihatlardan çıkarıldığımız sonuçlara göre “siyaset” kavramından daha geniş sınırlara sahip olan bir terimdir. Örneğin devlet memurlarının siyaset yapma yasağı denilince akla sadece mevcut siyasi oluşumlar ve bu oluşumlar çerçevesinde gerçekleştirilen faaliyetler gelmemelidir. Memurların dini anlayışlarını, mezhepsel görüşlerini, tarikat sempatanlıklarını, cinsiyet ayrımcılığı veya herhangi bir felsefi görüşü kamu hizmetlerine aksettiren bir biçimde faaliyet göstermesi siyaset yasağı kapsamı içerisinde değerlendirilmektedir. Buna mukabil akraba kayırmacılığı (nepotizm) veya siyasi niteliği olmayan (sportif tarafgirlik gibi) aidiyetler siyaset yasağı içerisinde bize göre değerlendirilmemelidir.

Demokratik bir toplumda geçerli olan siyaset anlayışının vazgeçilmez şartı, siyasal katılma ve bunu sağlayan mekanizmaların varlığıdır. Her siyasal sistem, dayalı olduğu toplumsal ve siyasal ilişkileri ve bunları haklılaştıran değerleri korumak için söz konusu mekanizmaları sağlamak zorundadır<sup>4</sup>. Siyasal katılmanın nasıl olacağı sorusu ise sistemlerin kendi tercihleri noktasında belirginleşmektedir. Özbudun’a göre siyasal katılma: “*vatandaşların, merkezi ya da yerel devlet organlarının personelini ya da kararlarını etkilemek üzere kendilerince ya da başkalarının tasarlanmış, hukuki ya da hukuk dışı başarılı ya da başarısız eylemlere girişmeleridir*” şeklindedir<sup>5</sup>. Bu anlamda dilekçe hakkı, seçme ve seçilme hakkı, siyasi parti kurma, üye olma ve faaliyette bulunabilme hakkı, örgütlenme ve baskı kümeleri oluşturma, yerel ve ulusal ölçekteki meclis toplantılarına katılma gibi bir çok hak aslında siyasal katılmayı sağlayan çeşitli yöntemlerdir. Ancak memurlar, Türkiye uygulamasında kural olarak sadece seçme hakkını kullanabilmektedir<sup>6</sup>.

Memurluk ise Anayasamızın 128/ 1. Maddesi ile DMK’nın 4/ A maddesinde tanımlanmıştır. Bu tanımlardan yola çıkılarak memurluk, asli ve sürekli niteliği olan, idare ile arasındaki ilişki bir sözleşme ilişkisi olmayan, statü ilişkisi biçiminde tezahür eden, kamu hukuku formunda ortaya çıkan, bir kamu hizmeti ilişkisidir. Statüer olması, aslilik, süreklilik, kamu hizmeti vasfı gibi sayılan özelliklerinden dolayı memurluk, sözleşmeli personellikten, işçilikten, geçici personel pozisyonundan farklıdır.

---

<sup>3</sup> Kışlalı, Ahmet Taner, **Siyaset Bilimi**, Ankara 1987, s. 4.

<sup>4</sup> Uysal, Birkan, **Siyasal Katılma ve Katılma Davranışı Üzerinde Ailenin Etkisi**, TODAİE, Ankara 1984, s. 110.

<sup>5</sup> Özbudun, Ergun, **Türkiye’de Sosyal Değişme ve Siyasal Katılma**, Ankara 1975, s. 4.

<sup>6</sup> Kaman, Nur, **Devlet Memurluğunun Sona Ermesi**, Ankara 2003, s. 119.

## II. ANAYASA VE DEVLET MEMURLARI KANUNU'NDA SİYASET YAPMA YASAĞININ DÜZENLENMESİ VE SİYASET YASAĞININ GEREKÇELENDİRİLMESİ

### A. SİYASET YAPMA YASAĞININ POZİTİF HUKUKTA DÜZENLENMESİ

Anayasamızın 68. maddesine göre: *“Hâkimler ve savcılar, Sayıştay dâhil yüksek yargı organları mensupları, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri, yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri, silahlı kuvvetler mensupları ile yükseköğretim öncesi öğrencileri siyasi partilere üye olamazlar. Yükseköğretim elemanlarının siyasi partilere üye olmaları ancak kanunla düzenlenebilir. Kanun bu elemanların, siyasi partilerin merkez organları dışında kalan parti görevi almalarına cevaz veremez ve parti üyesi yükseköğretim elemanlarının yükseköğretim kurumlarında uyacakları esasları belirler”*. Anayasanın 68. maddesine uygun olarak çıkarılan 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 11. maddesinde de benzer bir şekilde siyasi partilere üye olamayacak olan kişiler sayılmıştır.

14 Temmuz 1965 tarihinde kabul edilen 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun “Temel İlkeler” başlıklı 2. Bölümü'nün alt başlıklarından bir tanesi 7. maddede düzenleme altına alınan “Tarafsızlık ve Devlete Bağlılık” ilkesidir. Maddenin düzenlemesine göre: *“Devlet memurları siyasi partiye üye olamazlar, herhangi bir siyasi parti, kişi veya zümrenin yararını veya zararını hedef tutan bir davranışta bulunamazlar; görevlerini yerine getirirken dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi ayırım yapamazlar; hiçbir şekilde siyasi ve ideolojik amaçlı beyanda ve eylemde bulunamazlar ve bu eylemlere katılmazlar. Devlet memurları her durumda Devletin menfaatlerini korumak mecburiyetindedirler. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına ve kanunlarına aykırı olan, memleketin bağımsızlığını ve bütünlüğünü bozan Türkiye Cumhuriyetinin güvenliğini tehlikeye düşüren herhangi bir faaliyette bulunamazlar. Aynı nitelikte faaliyet gösteren herhangi bir harekete, gruplaşmaya, teşekküle veya derneğe katılmazlar, bunlara yardım edemezler”*.

Siyaset yapma yasağının alt unsurlarından olarak sayılabilecek olan yasaqlardan birisi de basına bilgi ve demeç verme yasağıdır. Buna göre devlet memuru 657 sayılı kanunun 15. Maddesine göre: *“Devlet Memurları, kamu görevleri hakkında basına, haber ajanslarına veya radyo ve televizyon kurumlarına bilgi veya demeç veremezler. Bu konuda gerekli bilgi ancak bakanın yetkili kılacağı görevli illerde valiler veya yetkili kılacağı görevli tarafından verilebilir”*. Basına bilgi ve demeç verme yasağının kapsamı, sadece icra edilen görevle ilgili olan ve belirli bir memur grubunun bilebilecek olduğu bilgilerin, izin olmadıkça toplumla paylaşılmasının yasak olması olarak belirlenebilir. Her

ne kadar bu husus memurun görevleri ile ilgili olan hususları kapsamakta olsa da siyaset yasağının içinde değerlendirilebilmesi mümkün olan bir işlemdir<sup>7</sup>. Söz konusu yasa hükmü sadece memurun görev alanı ile sınırlıdır. Görev dışında olan konularda memurun kişisel görüşlerini basın yolu ile izhar etmesi, yaptırım nedeni olarak görülmemelidir. Yasanın konuluş biçiminde: “*basına, haber ajanslarına veya radyo ve televizyon kurumlarına bilgi ve demeç verilemeyeceği*” ifadesine yer verildiğinden memurun neredeyse bütün alanlarda zaptürapt altına alındığı görülmektedir. Örneğin internet haber siteleri, basın kavramının kapsamı içerisinde değerlendirilebileceğinden bu yasağa dahildir. Ancak sosyal medya ağlarının bu kapsamda olup olmadığı belirsizdir. Bize göre bu hususta özgürlüğün kısıtlanması tartışması yapıldığı için, yasağın kapsamı dar yorumlanmalıdır. Bu konu ile ilgili tartışma ileride yapılacaktır.

Aynı yasanın disiplin suç ve cezalarını düzenleyen 125/ D-ı bendinde ise: “*Görevin yerine getirilmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı yapmak, kişilerin yarar veya zararını hedef tutan davranışlarda bulunmak*” ve o bendinde: “*Herhangi bir siyasi parti yararına veya zararına fiilen faaliyette bulunmak*”, “*kademe ilerlemesinin durdurulması*” cezasını gerektiren bir eylem olarak; 125/ E maddesinin a, b,c ve ı bentlerinde ise “*İdeolojik veya siyasi amaçlarla kurumların huzur, sükûn ve çalışma düzenini bozmak, boykot, işgal, kamu hizmetlerinin yürütülmesini engelleme, işi yavaşlatma ve grev gibi eylemlere katılmak veya bu amaçlarla toplu olarak göreve gelmemek, bunları tahrik ve teşvik etmek veya yardımda bulunmak*”, “*Yasaklanmış her türlü yayını veya siyasi veya ideolojik amaçlı bildiri, afiş, pankart, bant ve benzerlerini basmak, çoğaltmak, dağıtmak veya bunları kurumların herhangi bir yerine asmak veya teşhir etmek*”, “*Siyasi partiye girmek*”, “*Siyasi ve ideolojik eylemlerden arananları görev mahallinde gizlemek*” şeklinde tanımlanan eylemler ise bir daha devlet memurluğuna atanmamak üzere memuriyetten çıkarmayı gerektiren disiplin yaptırımları olarak tanımlanmak suretiyle, 7. maddede belirtilen yükümlülüklerin ihlali cezaya bağlanmış olmaktadır. Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin “Dürüstlük ve tarafsızlık” başlıklı 9. maddesinin 3. fıkrasında; “*Kamu görevlileri, gerçek veya tüzel kişilere öncelikli, ayrıcalıklı, taraflı ve eşitlik ilkesine aykırı muamele ve uygulama yapamazlar, herhangi bir*

---

<sup>7</sup> 12.5.1982 tarih ve 2670 sayılı Kanunun 7’inci maddesi ile değişik bu maddenin gerekçesinde ise, “*Kamu görevlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak basın organlarıyla radyo ve televizyon kurumlarına bilgi ve demeç veremeye kimlerin yetkili olduğu belirtilmekte ve idarenin halkla ve kamuoyuyla münasebetlerinde insicamlı bir münasebet sağlamak amacıyla bu madde konulmuştur*” ifadesi kullanılmıştır.

*siyasi parti, kişi veya zümrenin yararını veya zararını hedef alan bir davranışta bulunamazlar, kamu makamlarının mevzuata uygun politikalarını, kararlarını ve eylemlerini engelleyemezler”* denilmiştir. Örneğin DPB'nin sendika temsilcilerinin siyasi parti kongrelerinde görev alıp alamayacağına ilişkin soruya verdiği cevapta<sup>8</sup>: “ (...) ilgili Kanun çerçevesinde sendika il temsilciliği görevi verilen personelin, bu görevini yerine getirirken aynı zamanda kamu görevlisi sıfatını da taşıdığı bilincinde olduğunu bilerek yukarıda anılan hükümlere uygun hareket etmesi gerektiği değerlendirilmesi yapılabilecektir. Bu itibarla, 4688 sayılı Kanunun ilgili hükmü çerçevesinde sendika il temsilciliği görevini yürüten ilgili kamu görevlisi personelin, yukarıda anılan mevzuatta yer alan hükümlere riayet edilmesi kaydıyla protokol kuralları gereği davet edildiği siyasi parti kongrelerinin protokolünde yer alabileceği mütalaa edilmektedir”.

Türkiye’de akademik kadroda yani üniversitelerin öğretim, araştırma, planlama, çeviri ve benzeri nitelikte olan asli faaliyetlerini yerine getiren personel, “akademik personel” olarak; sayılan işlemlere yardımcı nitelikte faaliyet göstermek üzere istihdam edilen personel ise “idari personel” olarak tanımlanabilir. İdari personel, görev, yetki, özlük hakları bakımından 657 sayılı DMK’ya tabi olduğu için siyaset yapma yasağı bakımından herhangi bir istisnai duruma tabi değildir. Ancak üniversitede akademik kadroda görev yapan ve 2547 sayılı kanunun en geniş tanımıyla “öğretim elemanları” olarak kategorize ettiği grubun kendine özgü durumları söz konusudur. 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu’nun 3/ I maddesinde öğretim elemanları: “Yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim üyeleri, öğretim görevlileri, okutmanlar ile öğretim yardımcılarıdır” şeklinde tanımlanmıştır. Yani bu tanıma göre üniversitede faaliyet gösteren araştırma görevlileri, okutmanlar, yardımcı doçent doktor kadrosundan profesör kadrosuna kadar bütün personel, yasa tarafından “öğretim elemanı” olarak tasnif edilmiştir.

Öğretim elemanlarının siyasi faaliyette bulunmaları, esas itibarıyla Anayasanın 68/ VI hükmüne paralel olarak, 2547 sayılı Kanunun 59. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre: “Yükseköğretim kurumlarının öğretim elemanları, siyasi partilere üye olabilirler; yükseköğretim kurumlarındaki görevlerini aktsatmamak ve bir ay içinde kurumlarına bildirmek kaydıyla, siyasi partilerin merkez organları ile onlara bağlı araştırma ve danışma birimlerinde görev alabilirler. Şu kadar ki, bu durumdaki öğretim elemanları, Yükseköğretim Kurulu ve Yükseköğretim Denetleme Kurulu üyesi, rektör, dekan, enstitü ve yükseköğretim müdürü ve bölüm başkanı olamazlar, onların yardımcılıklarına seçile-

---

<sup>8</sup> DPB, 22.04.2015/2772



mezler. Yükseköğretim kurumlarının öğrencileri, siyasi partilere üye olabilirler. Siyasi partilere üye olan öğretim elemanları ve öğrenciler, yükseköğretim kurumları içinde parti faaliyetinde bulunamaz ve parti propagandası yapamazlar”. Kanuna göre, üniversitenin tüm akademik personeli, siyasi partilere üye olabilir. Merkezde olmak kaydıyla bütün organlarına üye olarak seçilebilir. Ancak bu kişiler, sayılan görevleri (YÖK üyeliği, rektör, dekan, enstitü müdürü, yüksekokul müdürü, bölüm başkanı) ve bu sayılan görevlerin yardımcılıklarını ifa edemezler. Fakat yasanın lafzından hareketle bu görevler arasında sayılmayan meslek yüksekokulu müdürlüğü, koordinatörlükler, araştırma ve uygulama merkezleri, ana bilim dalı başkanlıkları ve bu görevlerin yardımcılıklarına seçilmelerine engel yoktur<sup>9</sup>. Yasa her ne kadar hem öğrencilere hem de akademik personele siyaset yapma imkânı vermişse de üniversite içerisinde parti faaliyetinde bulunmayı ve propagandayı yasaklamıştır<sup>10</sup>. Burada tartışılması gereken husus: Propaganda, faaliyet nedir? Üniversitenin içi kavramından neyin anlaşılması gerekmektedir? Uygulamada esas sorun bu sorulara verilecek cevapların dar mı yorumlanacağı, geniş mi yorumlanacağı yöntemi ile alakalıdır. Ayrıca burada bir diğer çelişkili durum Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin 9/ n maddesine göre: “Herhangi bir siyasi parti yararına veya zararına fiilen faaliyette bulunmak”, “kademe ilerlemesinin durdurulması cezası”nı gerektiren eylemler arasında sayılmasıdır<sup>11</sup>. Buna göre gerek anayasa gerekse de kanun tarafından öğretim

<sup>9</sup> D8D., 26.3.2001, E. 1999/ 2089, K. 2001/ 1183, UYAP. Aynı yönde D8D., 8.5.2001, E. 1999/ 3003, K. 2001/ 2136, UYAP.

<sup>10</sup> “Kurulumuzca yapılan değerlendirme neticesinde; 298 sayılı Kanun’un 50. maddesinin ilk fıkrası, 51. maddesinin son fıkrası, 2547 sayılı Kanun’un 59. maddesinin son fıkrası ve Kurulumuzun 23/2/2015 tarihli ve 2015/236 sayılı kararının yukarıda belirtilen ilgili maddeleri gereğince, kamu hizmeti verilen Hacettepe Üniversitesi Beytepe Kampüsünde seçim propagandası ve seçim toplantısı yapılamayacağına ve ayrıca, anılan kampüste siyasi partiler ve bağımsız adaylar adına parti bayrağı, afiş, poster, pankart ve benzeri malzemelerin asılamayacağına dair 30/4/2015 tarihli, 2015/773 sayılı kararımızın tüm üniversiteleri kapsadığına karar verilmesi gerekmektedir” (YSK., 25.5.2015, KN. 1024).

<sup>11</sup> 2547 SK m. 53/ b’de verilecek olan cezaların neler olduğu sayılmış, ancak suçların neler olacağı tanımlanmamıştır. Bu nedenle yapılan anayasaya aykırılık müracaatında Anayasa Mahkemesi, 53/ b maddesinin ikinci cümlesinde yer alan “Hangi fiillere hangi disiplin cezasının uygulanacağı, bu bentte sayılan kişilerin disiplin işlemleri ve disiplin amirlerinin yetkileri, Devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslar da göz önüne alınmak suretiyle Yükseköğretim Kurulunca düzenlenir” ibaresini, Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen, “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.” hükmüne; 130. maddesinin dokuzuncu fıkrasında ise öğretim elemanlarının disiplin ve ceza işlerinin kanunla düzenleneceği kuralına ve Anayasanın 38. maddesine aykırı görerek iptaline karar vermiştir (AYM., 14.1.2015, E. 2014/ 100, K. 2015/ 6, **RG.**, sy. 29319, 7.4.2015).

elemanlarına tanınan siyaset yapma hakkı, yönetmelik hükmünün ifade ediş tarzı bakımından neredeyse kullanılamaz hale getirilmiştir. Yönetmeliğin lafzından çıkan sonuçlara göre bir siyasi partiye üye olup, merkez organlarında yapılan bir toplantıya katılmak ve bu toplantı ile ilgili olarak basın-yayın organlarına demeç vermek veya köşe yazısı yazmak yahut da üniversite dışında toplantı veya gösteri yürüyüşüne katılmak, partilerin siyaset okullarında ders vermek bu yasağı ihlal etmek anlamına gelmekte midir? Bu sorulara cevap vermek akademik özerklik ve siyaset yasağı denklemini karşımıza çıkarmaktadır. Akademik özerklik, 6-10 Eylül 1988 tarihinde açıklanan Lima Bildirgesi'nde tanımlanmıştır. Bildirgeden çıkarılan sonuçlara göre akademik özerklik, akademik bir çevre üyelerinin tek tek ya da toplu halde bilgiyi araştırma, inceleme, tartışma, belgeleme, üretme, yaratma, öğretme, anlatma veya yazma yoluyla edinimlerinde, geliştirilmelerinde ve iletmelerindeki özgürlükleri ifade eder<sup>12</sup>. Akademik özerklik, haklar kategorisinde hem negatif statü hakları hem de pozitif statü hakları kapsamında değerlendirilmektedir. Çünkü akademik özerklik veya özgürlük kapsamında, akademisyenin bilimsel görüşlerini açıklama ve araştırmalarında özgür olma kuralı geçerli iken; aynı zamanda da devlete bu konuda teşvik edici yönlendirici, düzenleyici olma ödevi yüklenmiştir<sup>13</sup>. Özerklik, normalinde kurumlara özgü olarak kullanılan bir kavramken, akademik özerklik bireysel niteliktedir<sup>14</sup>. Burada en önemli sorun siyasal olan ile akademik olanı birbirinden ayırt etmede karşımıza çıkmaktadır<sup>15</sup>. Örneğin bir idare hukuku öğretim üyesinin Türk yönetim yapısını eleştirmesi, siyaset bilimi öğretim üyesinin siyasal sistem eleştirisinde bulunması, anayasa hukuku öğretim elemanının anayasayı eleştirmesi siyaset yapma yasağı kapsamında değildir. Öğretim üyelerinin siyaset yapma yasağı veya siyasi ayrımcılıkta bu-

<sup>12</sup> Aktan, Coşkun Can, "Akademik Özerklik", <http://www.canaktan.org/egitim/universite-reform/aka-ozerklik.htm>, 29.4.2015.

<sup>13</sup> Kükner, Bilgen, "Bir Hak Olarak Akademik Özgürlük", <http://viraverita.org/sites/default/files/edergi-yazilari/bir-hak-olarak-akademik-ozgurluk.pdf>, 21.10.2015. "Bilim özgürlüğü, bilimsel bir faaliyet gösteren veya faaliyette bulunmak isteyen tüm bireylere tanınmış bir temel hak olup, bu hak "bilim adamı" sıfatıyla bireyin bu alandaki faaliyeti bakımından kendisine tanınmış yani kişiliğine sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Dolayısıyla söz konusu hakkın bireysel temel hak karakteri, bireyin bu haktan yararlanabilmek için belli bir gruba, akıma, resmî ya da özel bir bilim kurumuna, bu bağlamda her hangi bir üniversiteye mensup olmadan da, tek başına bu temel haktan yararlanabilmesinde kendisini gösterir" (Atalay, Esra, "Bilim Özgürlüğü", *İÜHFİM*, c. LXVIII, sy.1-2, 2010, s. 13).

<sup>14</sup> Alpkaya, Gökçen, "UNESCO'nun 1997 Tarihli Kararı Işığında Akademik Özgürlük", *AÜSBFD*, *Cevat Geray'a Armağan*, Ankara 2001, s. 229.

<sup>15</sup> Dinler, Veysel, "Akademik Özgürlüğün Sınırı Üzerine Sorular", s. 245, [http://www.academia.edu/3363390/Akademik\\_%C3%96zg%C3%BCr%C3%BCC4%9F\\_%C3%BCn\\_%C4%B1n%C4%B1r%C4%B1\\_%C3%9Czerine\\_Sorular](http://www.academia.edu/3363390/Akademik_%C3%96zg%C3%BCr%C3%BCC4%9F_%C3%BCn_%C4%B1n%C4%B1r%C4%B1_%C3%9Czerine_Sorular), 29.9.2015.

lunmama yükümlülüğünden anlaşılması gereken; herhangi bir siyasi partinin sistemli olarak propagandasını yapmaması, öğrenciler arasında siyasi ayrımcılıkta bulunmaması, öğretim üyelerinin astı konumunda olan durumlarına göre idari veya akademik personele siyasi nedenlerle mobbing uygulamaması, etnik veya dini ayrımcılık veya kayırmacılık yapmaması şeklinde ortaya çıkan davranışlar olarak örnekleme yoluyla açıklanabilir. Akademik özgürlük, üniversitenin misyonunun gerçekleştirilebilmesi için, öğretim üyelerinin öğretme ve yetkililere veya belirli siyasi gruplara rahatsızlık verme pahasına fikir, bilgi ve olguları iletme haklarının baskı altına alınmaması, işlerini kaybetme ve hapis cezası gibi bir müeyyideyle karşılaşmaması gerektiği düşüncesine dayanır<sup>16</sup>.

Bize göre Yönetmelik hükmünün Anayasanın 13. maddesi çerçevesinde yorumlanması gerekir. Yani temel hak ve özgürlükler, ancak kanunla, hakkın özüne dokunmamak, ölçülü olmak ve diğer emredici kurallara riayet edilmesi kaydıyla sınırlanabilir. Bu nedenle temel hak ve özgürlük niteliğinde olan siyasal faaliyetin 13. Madde çerçevesinde sınırlandırılabilmesi, yani siyasi faaliyette bulunma hakkı tamamen ortadan kaldırıcı bir nitelikte yasaklanmamış olmalıdır. Sınırlama, yoruma mahal bırakmayacak bir şekilde ve yasa ile istisnai hükümleri açıkça belirlenmek suretiyle gerçekleşmelidir. Örneklendirmek gerekirse siyasi ayrımcılık, siyasi nedenlerle kamu hizmetini aksatma, kamu mallarına zarar verme gibi durumlarda sınırlandırılmalı ve yaptırıma tabi tutulmalıdır. Aksi durum, hakkın kullanımının tamamen askıya alınması tehlikesini doğurur. Buna karşılık öğretim üyelerinin siyasi içerikli yayın yapması, yazı, makale gibi yollarla fikirlerini izhar etmesi, her ne kadar siyasi bir faaliyet olsa mesleklerinin doğası gereği serbesttir. Ancak Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği<sup>17</sup>'nin kınama cezasını gerektiren eylemleri düzenleyen 6/ ö maddesine 29 Ocak 2014 tarihinde eklenen ifadeye göre: *“Bilimsel tartışma ve açıklamalar dışında, yetkili olmadığı halde basına, haber ajanslarına veya radyo ve televizyon kurumlarına resmi konularda bilgi veya demeç vermek”* yasaklanan faaliyetler arasında sayılmıştır. Bu düzenleme nerede başlayıp nerede bittiği olmayan, öğretim elemanlarının düşünce ve ifade hürriyetini sınırlandıran bir düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre bir tarih profesörünün siyaset bilimi konusu içerisine giren bir alanda açıklama yapması bu yönetmelik esaslarına aykırı olacaktır. Hâlbuki 27 Mayıs 1960 Darbesi'ne kadarki süreçte Türk Hukuku'nda memurların mesleki veya siyasi yayın yapması konusunda herhangi bir beis görülmemiştir.

---

<sup>16</sup> Atalay, s. 19.

<sup>17</sup> RG., 21.08.1982, sy.17789.

27 Mayıs'tan sonra ise memurların sadece mesleki anlamda yayın yapacağı düzenleme altına alınmıştır<sup>18</sup>. Bilim her alanda olduğu gibi, siyasal konularda da sağlam ve derin bilgilerin üretilmesini sağlayarak insanları bilinçli bir şekilde davranmaya ve toplumun kaderiyle ilgilenmeye iter. Dolayısıyla bilimin, demokrasiyi geliştirme ve daha nitelikli kılma konusunda önemli bir katkı sağladığı aşikârdır<sup>19</sup>. Öğretim üyesinin belirli bir siyasi görüş dâhilinde ders anlatması, özellikle akademik faaliyetlerinde tek bir siyasi düşünce ekseninde faaliyette bulunup, diğer düşünce ve görüşleri tanıtmaması veya bu görüşte olan kişilere aksi bir dayatma içerisinde olması, akademik özgürlükle açıklanacak bir durum değildir<sup>20</sup>.

Türkiye'de hâlihazırda devlet memuru olarak çalışan bir kişinin, siyasi partilerden veya bağımsız olarak herhangi bir şekilde milletvekili, belediye başkanlığı, belediye meclis üyeliği gibi görevlere aday olması dahi mümkün değildir<sup>21</sup>. Bu nedenle siyasi adaylık için edilen istifa kurumu, kamu personel hukukumuzda genel istifa usulünden ayrı ve bağımsız bir şekilde düzenlenmiştir. Anayasanın 76. maddesinin son fıkrasında; Hâkimler ve Savcılar, yüksek yargı organları mensupları, yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, Yükseköğretim Kurulu Üyeleri, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile, yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri ve Silahlı Kuvvetler mensuplarının görevlerinden çekil-

<sup>18</sup> Savcı, Bahri, "Yayın Yapan Memurların "Siyaset İçi Bir Alana Girme" Durumuna Müteallik Bir Örnek Olay Tahlili", **AÜSBFD**, c. 19, sy. 1, 1964, s. 61.

<sup>19</sup> Bulut, Nihat., "Bilim Özgürlüğü: İçeriği ve Sınırlandırılması Sorunu", **AÜEHFD**, c. IX, sy.1- 2, 2005, s.25.

<sup>20</sup> Atalay, s. 24.

<sup>21</sup> Muhtarlık seçiminde adaylık süreci olmadığı için memur olan bir kişinin muhtar aday olması, seçilmeye engel görülmemiştir. Nitekim YSK'nın uyuşmazlığa konu kararında: " (...) 2972 sayılı Kanuna göre, muhtarlık seçimlerinde adaylık usulü yoktur. Aynı Kanunun 31 inci maddesinde memuriyet seçilmeye engel hallerden sayılmamıştır. Aynı maddede, 2972 sayılı Kanunun atf yaptığı diğer konulardaki seçilmeye engel hallerinde muhtar seçimlerinde geçerli olduğu ve yine aynı Kanunun 36 inci maddesinde 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununa yollamada bulunmuş ise de, bu yollama, az önce belirtildiği gibi "seçilmeye mani hal" olarak sınırlandırılmıştır. Anılan Kanunun seçilemeyecekleri ilişkin 11 inci maddesinde, memuriyet seçilmeye engel, diğer bir deyimle "seçilmeye mani" hal olarak sayılmamıştır. Aynı Kanunun 18 inci maddesinde, kamu görevlilerinin belli sürelerde "ayrılma isteğinde bulunmadıkça" adaylıklarını koyamayacakları ve aday gösterilemeyecekleri belirtilmiştir. Maddedeki ifadeden de açıkça anlaşılacağı üzere, memuriyet adaylığa engeldir, fakat seçilmeye engel değildir. Adaylığa engel bir husus, seçimden sonra da seçilmeye engel bir durum arz eder ise de bu durum, sadece "adaylık" söz konusu hallerde vardır. Adaylık söz konusu değil ise, bu durumun seçimden sonra seçimi yapılan görev için yasal bir engel oluşturup oluşturmadığına bakılmalıdır. Bu konu ise seçim kurullarının görevi dışındadır" (YSK, KN: 2486, 10.8.2004).

medikçe<sup>22</sup> aday olamayacakları ve milletvekili seçilemeyecekleri belirtilmiştir.

2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 18. maddesinde de, Anayasanın yukarıda açıklanan 76. maddesinde belirtilen kamu görevlileri yanında, ayrıca belediye başkanları, Radyo Televizyon Üst Kurulu üyeleri, aday olmak isteyen siyasi partilerin İl ve İlçe Yönetim Kurulu Başkan ve üyeleri ile belediye meclisi üyeleri ve il genel meclisi üyelerinin; genel ve ara seçimlerin başlangıcından bir ay önce, seçimin yenilenmesine karar verilmesi halinde, yenileme kararının ilanından başlayarak 7 gün içinde görevlerinden ayrılma isteğinde bulunmadıkça adaylıklarını koyamayacakları ve aday gösterilemeyecekleri hükme bağlanmıştır.

Buna göre genel nedenlerle istifa DMK'nın 94. Maddesinde, ayrıldıktan sonra aday gösterilmeme veya seçilememe nedeniyle göreve nasıl döneceği hususu aynı kanunun 92. maddesinde düzenlenmiş iken; adaylık için yapılan istifanın DMK m. 94 hükümlerine göre, dönüşün ise 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun Ek 7. maddesinde "*Yüksek mahkeme üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar ile Subay, astsubaylar hariç olmak üzere; milletvekili ve mahalli idareler genel ve ara seçimlerinde aday ve aday adayı olan Devlet memurları ve diğer kamu görevlileri, adaylığı veya seçimi kaybetmeleri halinde Yüksek seçim Kurulunca seçim sonuçlarının ilanını takip eden bir ay içinde müracaat etmeleri kaydıyla eski görevlerine veya kazanılmış hak aylık derecelerindeki başka bir göreve dönebilirler*" denilmek suretiyle seçim nedeni ile istifa eden memur gruplarının, genel süre olan 6 aylık bekleme süresini doldurmak zorunda olmadıkları ifade edilmiştir. Bu durum bürokraside seçim öncesi istifa furyasını başlatmakta, idari verimliliği ve işleyişi ciddi anlamda sekteye uğratmaktadır<sup>23</sup>. Bize göre bahsedilen yasadaki bu durum yani siyasi parti adaylığı için istifa edip geri dönme pek çok mahzuru bünyesinde barındırmaktadır. Birincisi, siyasi parti adaylığı için istifa eden bir memur, artık tarafını resmen beyan etmiş olmakta ve bu durum memurların siyasetten uzak durması gerekliliğinin temel

---

<sup>22</sup> Burada aday olmak isteyen kişinin görevinden "ayrılması" mı yoksa "çekilmesi (istifası)" mı kast edildiği şeklinde tartışmalar yapılmaktadır. Zira ayrılma, geçici olarak; istifa ise sürekli olarak bir etkiye sahiptir. Kaya'ya göre burada anlaşılması gereken istifadır. Çünkü Türk Hukuku'nda "ayrılma" diye bir müessese yoktur ve onun da ötesinde adaylık için istifa eden memurların geri dönüşü usulüne tabi olması gereklidir (Kaya, Cemil, "Milletvekili ve Mahalli İdare Seçimlerine Katılan Kamu Görevlilerinin Görevden Çekilmesi ve Göreve Dönmesi", **ÇYYD.**, c. 13, sy. 1, Ocak 2004, s. 36.

<sup>23</sup> Örneğin 7 Haziran 2015 Milletvekili Genel Seçimlerinden önce 500'e yakın üst düzey bürokrat aday olabilmek için görevinden istifa etmiştir (<http://www.memurlar.net/haber/508952/>, 24.9.2015).

gerekçesi olan nesnellik ilkesine hale getirmiş olmaktadır. İkincisi memurun aday olmak için istifa ettiği siyasi parti, iktidar partisi değil ise, eski görevine dönmesi halinde hala aynı görevde devam edip etmeyeceği sorusunu kuşku- lu hale getirmektedir. Üçüncüsü ise bazı memurlara, (örneğin hâkim-savcı, TSK mensupları)<sup>24</sup>, geri dönüş yolunun tamamen yasa ile kapatılmış olmasıdır. Görüldüğü gibi siyaset yasağı memur açısından anlamını dolaylı olarak yitirmektedir. Bu sorunların ortaya çıkardığı en önemli açmazlardan birisi de memurun, kadrosuna dönmesinden ziyade eski görevine dönüp dönmeyeceği tartışmasıdır. Örneğin aday olmak için rektörlükten veya dekanlıktan istifa eden bir öğretim üyesi, aday olamama veya seçilememe gibi nedenlerle tekrar öğretim üyeliğine dönebilir, ancak rektörlük veya dekanlık görevini sürdürebilir mi? Sorusu gündeme gelmektedir<sup>25</sup>. Hâlbuki temel hak ve özgürlükler düzeni açısından “çağdaş” bir Anayasa olarak nitelendirilen 1961 Anayasası ön tasarısının milletvekili seçilme yeterliliğini düzenleyen 68. maddesinin ilk biçiminde subay, askeri memur ve astsubayların seçilebilmeleri meslekten çekilme koşuluna bağlanırken, diğer memurların aday olmaları için meslekten ayrılmalarının gerekmediği ilkesi benimsenmiş ve aday olma koşullarının yasa ile düzenlenmesi öngörülmüştür<sup>26</sup>.

İdarenin adaylık süreci içerisinde istifayı zorunlu saymasındaki temel gerekçe, memurun memurluktan kaynaklanan ayrıcalıklarını, kendi lehine kullanabilme ihtimalini; bir diğer yönden ise görevleri gereği yürüttükleri kamu hizmetinin objektifliğine gölge düşürmesi ihtimalini bertaraf etme düşüncesidir<sup>27</sup>.

Bunun yerine memurun aday olma yani seçilme hakkı tanınır ise, aday olduğu süreçte seçim faaliyetlerini rahatlıkla yerine getirebilmesi için aylıksız izne ayrılma hakkının memura tanınmasının daha pratik ve demokrasi ve si-

---

<sup>24</sup> TSK mensupları ve hâkim-savcılara geri dönüş yolunun kapatılmış olması kurumların bağımsızlığını sağlayabilmek için konulmuş olan bir tedbirdir.

<sup>25</sup> Danıştay dekanlıktan istifa edip, tekrar dönmek isteyen bir öğretim üyesi ile ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında, asıl görevin öğretim üyeliği olduğunu, dekanlığın ikincil, seçimle gelinen ve süreli bir iş olduğu gerekçesi ile bize göre de doğru bir gerekçe ile dekanlığa dönemeyeceğine hükmetmiştir (D8D., 14.3.1997, E. 1996/ 5080, K. 1997/ 874, KİBB).

<sup>26</sup> Çitci, TODAİE, s. 100.

<sup>27</sup> Döner, Ayhan, “Geçmişten Günümüze Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Seçimlerde Adaylığı”, **AÜHFĐ.**, c. 58, sy. 4, 2009, s. 740. Adaylık nedeniyle istifası kabul edilen ancak belli sebeplerden dolayı görevine devam etmekte olan personele ilişkin olarak 2839 SK m. 19/ son maddesi ile düzenleme yapılmıştır. Buna göre: “Ayrılma istekleri kabul edilenler, görev başında buldukları sürece propaganda mahiyetinde hiç bir harekette bulunamazlar. Subaylar ile astsubaylar ve görevleri gereği resmi elbise giyenler, resmi elbiseyle propaganda yapamaz ve bu mahiyette herhangi bir harekette bulunamazlar”.

yasal katılım ilkesine daha uygun düşeceği kanaatindeyiz<sup>28</sup>. Nitekim Kaya'ya göre: *"milletvekilliği ve mahalli seçimlere katılarak bu seçimler sonucu belli bir görev ifa eden kamu görevlileri, görevlerinin sona ermesi üzerine yeniden kamu görevlerine dönebilmeleri konusunda, idareye takdir yetkisi tanınmasıyla güvencesiz bir konuma getirilmiştir. Bu açıdan kamu görevlilerinin görevleri ile ilgili müktesep haklarını kaybetmeleri endişesini duymadan hem yasama görevine hem de mahalli idare seçimlerindeki görevlere katılmaları, bu seçimlerde aktif görev almaları temin edilmelidir. Aday olarak siyasi eğilimlerini belli eden kamu görevlilerinin görevlerine dönebilmeleri olanaklı olmasına rağmen, görev yaptıktan sonra göreve dönebilmelerini idarenin takdir yetkisine bırakmak bir çelişkidir"*<sup>29</sup>.

DMK m. 1/ 3' e göre DMK'nın kapsamı dışında olan hakim-savcı, TSK ve Emniyet Genel Müdürlüğü personelinin siyaset yapmaları kendilerine ilişkin olarak çıkartılan özel yasalarda yasaklanmıştır. Hakim ve savcıların siyaset yaşı 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 51. maddesinde: *"Hâkimler ve savcılar siyasi partilere giremezler, girenler meslekten çekilmiş sayılırlar"* denilmiştir. Askeri personele ilişkin olarak ise siyaset yapmak hem disiplin hem de cezai yaptırım gerektiren bir eylem olarak değerlendirilmiştir. Askeri Ceza Kanunu'nun 148. maddesinde siyasi nitelikli eylemlerin neler olduğu tek tek sayılmış ve yaptırım olarak da eylemin ağırlığına göre 1 aydan 5 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür<sup>30</sup>. TSK Personel Kanunu'nun 18/ d madde-

<sup>28</sup> Döner ise aday olmak isteyen bir memurun önündeki en büyük engellerden birisinin maaş almaması nedeniyle katlanacağı mali külfet ihtimali olduğunu ifade etmiştir (Döner, s. 769).

<sup>29</sup> Kaya, s. 48. Aynı görüşü savunan Atar ise bu savunuyu şu şekilde gerekçelendirmiştir: *"Kanaatimizce, seçimlerde aday olabilmek için "görevden çekilmenin zorunlu tutulması", yargı, silahlı kuvvetler ve diğer güvenlik kuruluşları mensupları ile üst düzey bürokratlar dışında kalan ve görevinden dolayı seçim sürecini kendi lehine etkileme gücü bulunmayan kamu görevlileri bakımından yerinde değildir ve Anayasanın "eşitlik ilkesi"ne de aykırıdır. Çünkü, kamu görevlisi olmayan adaylar işlerini bırakmadan aday olabilmekte ve maddi kayba da uğramamaktadırlar. Oysa aday olup da seçilemeyen kamu görevlileri eski görevlerine dönme konusunda ciddi sıkıntılarla karşılaşmaktadırlar. Bu nedenle, aday olan kamu görevlilerinin istifa etme zorunluluğu kaldırılmalı, adaylık süresince öncelikle hak ettikleri ücretli izin süreleri kullanılmalı ve bu yeterli olmadığı takdirde kendilerine ücretsiz izin verilmelidir"*(Atar, Yavuz, "Seçim Hukukunun Güncel Sorunları", **Anayasa Yargısı Dergisi**, c. 23, 2006, s. 227).

<sup>30</sup> As.CK m. 148: *"Askeri şahıslardan; A) Siyasi bir partiye üye olmak için müracaat eden veya herhangi bir suretle siyasi partilere girenler, B) Siyasi amaçla toplantı yapan veya aynı amaçla siyasi gösterilere katılanlar, C) Siyasi amaçla nutuk söyleyen, demaç veren, yazı yazan veya telkinde bulunanlar, D) Siyasi toplantılara resmi veya sivil kıyafetle katılanlar, E) Herhangi bir sebeple yalnız veya toplu olarak siyasi mahiyette beyanname hazırlayan, hazırlanmış beyannameyi imzalayan, imzalanın veya yayın organlarına ulaştırın veya dağıtanlar, Fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, bir aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar. Bu cürümler, seferberlikte işlenirse ceza iki misli olarak hükümlenir"*.



sinde: “Görevdeyken dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak işlem tesis etmek ve bu suretle görev yerinde huzursuzluğa neden olmaktır” denilmek suretiyle “ayrımcılık yasağı” tanımlanarak siyasi tarafsızlığın bu kapsamda olduğu ifade edilmiştir. Devamı niteliğinde olan düzenlemede ise 18/ ğ maddesinde siyasi içerikli konuşmalar yapmak, devamı olan h bendinde ise, yasaklanmış toplantılara katılmak aylıktan kesme cezası yaptırımına bağlanmıştır. 20/ d maddesinde ise “ideolojik ve siyasi faaliyetlere karışmak” TSK’den ayırma cezasını gerektiren davranışlar arasında sayılmıştır. Emniyet mensuplarına ilişkin olarak ise salt emniyet personelinin disiplin durumunu düzenleyen Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü<sup>31</sup>’nin 8/ 1 maddesinde: “Görevin yerine getirilmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayırımı yapmak, laikliğe aykırı veya bölücü davranışlarda bulunmak ya da emniyet mensupları arasında bu yolda ayırım yapıcı tutum ve davranışlarda bulunmak” ve 30. bendinde de “Siyasal partilere üye olmak veya bunların yararına veya zararına çalışmak veya siyasal eylemlerde bulunmak, 31. Bentte ise: “Görevli olmaksızın siyasal amaçla yapılacak açık ve kapalı yer toplantılarına, gösteri yürüyüşlerine katılmak”, meslekten çıkarma cezasını gerektiren davranışlar olarak değerlendirilmiştir<sup>32</sup>. Öğretmenlerle ilgili olarak ise 1739 sayılı Milli Eğitim Kanunu’nun 11. maddesinde: “Güçlü ve istikrarlı, hür ve demokratik bir toplum düzeninin gerçekleşmesi ve devamı için yurttaşların sahip olmaları gereken demokrasi bilincinin, yurt yönetimine ait bilgi, anlayış ve davranışlarla sorumluluk duygusunun ve manevi değerlere saygının, her türlü eğitim çalışmalarında öğrencilere kazandırılıp geliştirilmesine çalışılır; ancak, eğitim kurumlarında Anayasa ifadesini bulan Atatürk milliyetçiliğine aykırı siyasi ve ideolojik telkinler yapılmasına ve bu nitelikteki günlük siyasi olay ve tartışmalara karışılmasına hiçbir şekilde meydan verilmez” denilmiştir.

## B. UYGULAMADA SİYASET YAPMA YASAĞI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLEN FAALİYETLER

Yukarıdaki başlıkta da izah edildiği üzere, siyaset yapma yasağı pozitif hukukumuzda muhtelif maddeler içerisinde düzenleme altına alınmıştır. Uyu-

<sup>31</sup> RG., 24.4.1979, sy. 16618.

<sup>32</sup> Polislerin siyasal faaliyette bulunmasını ve siyasi olarak örgütlenmelerini yasaklayan düzenlemelere ilişkin olarak Macaristan’a karşı yapılan hak ihlali başvurusunda AİHM; yapılan sınırlamanın AİHS’nin 10 ve 11. Maddelerine uygun olduğunu, gerekçe olarak da her toplumun kendi özgün yapısının ve tarihsel geçmişinin dikkate alınması gerektiğini, Macaristan tarihi de dikkate alındığında düzenlemenin yerinde olduğunu ifade etmiştir (AİHM., Büyük Daire, 20.5.1999-25390/94 Rekvényi vs Macaristan in NJW 2001, s. 2319).



lamada kararlardan çıkartılabilecek olan sonuç siyaset yapma yasağının daha ziyade somut olaya, olaydaki faaliyetin yoğunluğuna ve memurun icra ettiği görevin niteliğine göre değerlendirildiği şeklindedir. Bu nedenle uygulamada gördüğümüz kararların ışığında kategorileştirme yoluna giderek siyaset yapma yasağının yüksek mahkemelerce nasıl değerlendirildiğini ifade etmeye çalışacağız.

### 1. Faaliyet yoğunluğu

Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, kişinin siyaset yasağını ihlal etmiş sayılabilmesi için faaliyetinin belirli bir düzen içerisinde ve süreklilikle ifa edilmesini aramıştır. Faaliyet yoğunluğu konusunda ise Bölücü örgüt veya aşırı siyasi gruplar içerisinde çeşitli bilgi, belge ve yayınları elinde bulundurmak, örgüt mensuplarını evinde barındırmak ve sempatan olmak<sup>33</sup>, silahlı terör örgütüne fotoğraflı özgeçmişini vermek<sup>34</sup>, siyasi amaçlı afiş asmak, bildiri dağıtmak, kod adı kullanarak para toplamak<sup>35</sup> gibi davranış biçimleri ile örneklendirilebilir. Aşırı siyasi gruplaşmalar içerisinde faaliyet gösteren kişinin tespiti halinde memuriyetten çıkarma cezası verilmesi yüksek mahkemelerce hukuka uygun görülmüştür<sup>36</sup>.

### 2. Siyasi İçerikli Yazılar, Basın Açıklamaları ve Benzeri Görüş Açıklamaları

Memur olan kişilerin mesai saatleri dışında DMK'nın 15. maddesine uygun olarak basın açıklamasında bulunmaları siyaset yapma yasağı kapsamında değerlendirilmemektedir<sup>37</sup>. Basına bilgi ve demeç verme yasağının kapsamı her

---

<sup>33</sup> AYİM1D., 18.10.1994, E. 1994/ 590, K. 1994/ 1244, AYİMD., sy. 9, s. 312-313. Aynı yönde AYİM1D., 13.6.1995, E. 1995/ 284, K. 1995/ 628, AYİMD, sy. 10, s. 536-539.

<sup>34</sup> AYİM3D., 25.3.2004, E. 2004/ 29, K. 2004/ 580, AYİMD, c. 1, sy. 20, s. 530-533.

<sup>35</sup> AYİM3D., 8.4.2004, E. 2003/ 90, K. 2004/ 531, AYİMD., c. 1, sy. 20, s. 524-527.

<sup>36</sup> AYİM1D., 17.10.2000, E. 2000/ 324, K. 2000/ 931, AYİMD., sy. 15, s. 490-491.

<sup>37</sup> "Olayda davacının, 13.12.2000 Çarşamba günü saat 12.30'da Trakya Üniversitesi Öğrencileri Derneğince yapılan F Tipi Cezaevlerini protesto eylemine, üyesi ve yöneticisi konumunda olduğu Tüm Yargı-Sen Sendikasını temsilen katıldığı ve topluluğun saat 13.00 'da olaysız şekilde dağıldığı, ertesi gün amirinin bu konuyu davacıya sorması üzerine aralarında gerginlik yaşandığı ve bunun sonucunda da davacı hakkında soruşturma açıldığı görülmüştür. Davacının üyesi olduğu ve yöneticisi konumunda faaliyet gösterdiği Tüm Yargı-Sen Sendikasının kendisine yüklediği sorumluluklar doğrultusunda Anayasal bir hak olan sendikal faaliyetlerde bulunma hakkını kullandığı, sendikanın faaliyet alanı içindeki cezaevleri ve çalışanları ile ilgili basın açıklamalarına katıldığı açık olup, davacının anılan fiillerinin 125/D-ı maddesine benzer nitelikte eylemler kapsamında değerlendirilemeyeceği ve davacının anılan sendikal faaliyetleri nedeniyle görevini yerine getirmekte yetersiz olduğu ya da ayırım yaptığı yolunda davalı idarece somut bilgi ve belge sunulmadığı görüldüğünden, davacının anılan eylemleri nedeniyle tevhide 2 yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin işlemde hukuka ve mevzuata uyarlık

ne kadar yasa tarafından açıkça çizilmiş olsa da, teknolojik gelişmeler çerçevesinde yeni iletişim araçlarının gelişmesi yasağın ihlalinin tespitini tartışılır hale getirmektedir. Örnek vermek gerekirse Danıştay, memurların kendi aralarında kurmuş oldukları e-posta grubunda paylaştıkları ve siyasi görüş ihtiva eden ifadeleri basına bilgi ve demeç verme yasağı kapsamında görmemiş, idarenin basına bilgi verme yasağı kapsamında yaptığı ve ceza sebebi saydığı değerlendirmeyi ise “suç ve cezaların kanuniliği” ilkesine aykırı görerek iptal etmiştir<sup>38</sup>. Danıştay’ın basına bilgi verme yasağını dar yorumlaması isabetli bir husustur. Aksi yönde yapılacak olan yorum, bütün toplu mecralarda yapılacak olan açıklamaları bu yasak kapsamında değerlendirmemiz sonucunu doğuracaktır. Basına bilgi ve demeç verme yasağının kapsamı sadece memurun görev gerekleri ile belirlenecek olan alanlardır<sup>39</sup>. Akıllıoğlu’nun verdiği bir örnekte bu

---

*bulunmamaktadır”* (D12D., 10.3.2003, E. 2002/1948, K. 2003/492, UYAP). Bu konuda HSYK’nın hakim ve savcılarının gazete veya diğer yayın organlarına gönderdikleri köşe yazıları ile ilgili olarak örnek olayları görmek bakımından bkz. Kayasu, Sacit, **2802 sayılı Kanuna Göre Hakim ve Savcıların İfade Hürriyeti**, İstanbul 2012, s. 84-102.

<sup>38</sup> “*Dava dosyasının incelenmesinden; davacının Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı Tarımsal Üretim ve Geliştirme Genel Müdürlüğü’nün Bitkisel Üretim Dairesinde Ziraat Mühendisi unvanıyla çalışmakta olduğu ve aynı zamanda Türk Ziraat Yüksek Mühendisleri Birliğinde de yönetim kurulu üyesi sıfatıyla görev yaptığı, birlik üyelerinin dâhil olduğu e-posta grubuna 20.06.2010 tarihinde attığı e-posta ve ekinde yer alan tablo dolayısıyla hakkında soruşturma başlatılarak savunmasının istenildiği, 22.07.2010 tarihli savunması yeterli görülmemekle 04.08.2010 tarihli ve 3728 sayılı işlem ile 657 sayılı Yasanın 15. maddesindeki yasağa aykırı davranıldığı gerekçesiyle her ne kadar eylem kınama cezasını gerektirse de başarılı çalışmaları ve olumlu sicilleri dolayısıyla uyarma cezası ile cezalandırıldığı, uyarma cezasının kaldırılmasına yönelik itirazının reddedilmesi üzerine de bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Disiplin cezaları, kamu görevlilerinin mevzuata, çalışma düzenine, hizmetin gereklerine aykırı eylemlerine karşı düzenlenen idari yaptırımlardır. Kamu hizmetlerinden sürekli uzaklaştırılabilmek gibi ağır sonuçlara kadar uzanan disiplin cezaları, ağırlığı ve önemi sebebiyle Anayasanın 38. maddesindeki suç ve cezalara ilişkin kurallara tabi tutulmuşlardır. “Kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi uyarınca, ceza yaptırımına bağlanan her bir eylemin tanımının yapılması ve yasanın ne tür eylemleri suç sayarak yasakladığının hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde belirtilmesi gerekmektedir. Sözü edilen suç tanımlaması yapıldıktan sonra, suçun karşılığı olan cezanın ve suç sayılan eylemi gerçekleştiren kamu görevlisinin hangi disiplin kuralını ihlal ettiğinin açık bir şekilde ortaya konulması da zorunludur. Söz konusu eylem, mevzuatta öngörülen tanıma uymuyorsa verilen disiplin cezasının hukuka aykırı olacağı açıktır. Olayda, dava konusu işleme dayanak teşkil eden ifadelerin ve eki tablonun bir bütün olarak değerlendirilmesinden, söz konusu ifadelerin, Birlik adına veya Bakanlık adına açıklama yapmak niteliğinde olmadığı, bireysel görüşlerin sanal ortamda dile getirilmesi şeklinde olduğu anlaşılmıştır. Bu durumda, davacının fiilinin anılan ceza maddesi kapsamına girmediğinin kabulü karşısında, söz konusu fiilin sübuta erdiği gerekçesiyle davanın reddine karar veren İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır” (D12D., 20.5.2015, E. 2011/ 10371, K. 2015/ 3189, UYAP).*

<sup>39</sup> “(...) Şu hale göre, davacının basına yaptığı açıklamanın niteliğinin incelenmesi ve kamu görevleri hakkında bilgi içerip içermediğinin saptanarak ceza önerilmesi zorunludur. Aksi

hususla ilişkin olarak şöyle bir açıklama yapılmaktadır: “bir savcı adalet yerlerinin, savcılıkların iyi çalışmadığını, yanlış davrandıklarını o sıralarda güncel olan bir konudan söz ederek, bir günlük gazetede yayımlatmıştı. Güncel konu, tanınmış bir yazarın, mülkiyeti bir il özel idaresine ait olan genelevin “sermayeleri ile birlikte” ihaleye çıkarılmasına ilişkin gazete ilanından “insan hakları adına utanç belgesi” olarak söz etmiş olması üzerine savcılığın kovuşturma açmasıdır. Bu uygulamayı eleştiren savcının disiplin cezası alması üzerine açtığı iptal davası “savcılık kurumunun bilimsel/ yansız/nesnel bir yaklaşımla eleştirildiği” gerekçesiyle Danıştay kararıyla haklı bulunmuştur<sup>40</sup>.

Memurun görevi dışında politik konularda veya diğer alanlarda köşe yazısı yazmasının memurlukla bağdaşır olup olmadığı ele alınması zorunlu olan bir konudur. Danıştay, memur tarafından yazılan bir köşe yazısının basın açıklaması olarak değerlendirilerek ceza verilmesini hukuka aykırı göreyerek iptal etmiştir. Bu kararında Danıştay öğretmenlik görevini ifa eden bir memurun köşe yazısı yazmasını, basına bilgi ve demeç verme yasağı kapsamına girmeyeceğini ifade ederek, kararını şu şekilde gerekçelendirmiştir: “(...) Davacının disiplin cezasına konu yazısının (Köşe Yazısı) incelenmesinden, bu yazının basına demeç ve bilgi niteliğinde olmadığı, 1739 sayılı Yasanın 2. Maddesinde öngörülen Türk Milli Eğitiminin temel amacının Atatürk İnkılap ve ilkelerini, laik ve sosyal hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyet ilkelerini benimsemiş ve bunları kendisine görev ve sorumluluk bilmiş yurttaşlar yetiştirmek olduğu kuralı doğrultusunda kişisel görüşlerini belirten bir makale olduğu görüldüğünden, davacının eyleminin bu madde kapsamına girmediği açıktır”<sup>41</sup>. Bir başka kararında ise öğretmenin mesai saatleri dışında Kürtçe ders vermesi ve Kürtçe gramer kitabı yazılması eylemini siyaset yasağı kapsamı içerisinde değil, düşünce ve ifade hürriyeti içerisinde değerlendirmiştir<sup>42</sup>. Söz konusu kararlara katılmakla beraber konunun hukuki çerçevesi açısından memur, görevi ile ilgili olan ve sır saklama yükümlülüğü ilkesini ihlal etmeyecek nitelikte, yani göreviyle ilgili olan, kamuya açıklanmasının muhatap kişilere veya idarenin işlem yapma

---

*halde davacının yaptığı açıklama, sendika şube başkanı sıfatıyla ve sendikasının belirli bir konudaki görüşünü kamuoyuna bildirmeyi amaçlamakta ise, bu açıklamanın yukarıda anılan 657 sayılı Yasanın 15. madde kapsamında değerlendirilmesine hukuki olanak yoktur” (D8D., 28.5.1998, E. 1996/ 814, K. 1998/ 1927, KİBB).*

<sup>40</sup> Kararın esas ve karar numarası verilmemiştir. Akıllıoğlu, Tekin, “Düşünce ve Anlatım Özgürlüğü ve Kamu Görevlileri”, **İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri, Sempozyum, TODAİE**, Ankara 1992, s. 27.

<sup>41</sup> D8D., 14.5.1998, E. 1995/ 3204, K. 1998/ 1732, UYAP. Aynı yönde D10D., 8.3.1989, E. 1988/ 1504, K. 1989/ 519, DD, sy. 76-77, s. 746.

<sup>42</sup> D12D., 28.3.2012, E. 2010/ 6132, K. 2012/ 1833, KİBB.

gücüne zarar vermeyeceği her konuda beyanatta bulunabilmelidir. Kanunun “görev gerekleri” şeklinde genel bir tanımlama vermesi, düşünce ve ifade hürriyetinin kullanılmasına engel oluşturacak idari tasarruflara, yorumlamalara zemin hazırlayacak niteliktedir.

Siyaset yapma yasağının ihlal edilip edilmediği konusunda ispatın nasıl olacağı hususu net değildir. Uygulamada özellikle bahsedilen DMK hükümleri ile ilgili olarak yaşanan en büyük tartışma, isnat edilen fiillerin ispatı ve olayın ortaya konuluşundaki delillerin hukuki olup olmadığı konusudur. Zira siyasi faaliyetlerin çoğunlukla sözlü olarak yapıldığı gerçeği dikkate alındığında idarenin iddiasını ispat etmesi zorlaşmaktadır<sup>43</sup>. Özellikle de mail gruplarında yapılan açıklamalar veya sosyal medya hesapları üzerinden yapılan siyasi paylaşımlar şeklindeki faaliyetlerin uygulamada sıklıkla idarelerce, “siyaset yapma yasağını ihlal” olarak değerlendirildiği görülmektedir. Burada ise en önemli savunma memurun, soruşturmaya konu yazı veya ifadeleri kendisinin yazmadığını ifade etmesidir<sup>44</sup>. İdarenin ise bu savunmayı çürütecek aksi yönde beyanda bulunmasını sağlayıcı herhangi bir usul yoktur. Bu konuda idarenin elini bağlayan internet ortamından kaynaklı sorunlar mevcuttur. Özellikle facebook ve twitter gibi sosyal medya kuruluşlarının Türkiye’de temsilciliklerinin bulunmadığı dönemlerde adli merciler dahi işlem yapamaz hale gelmişlerdi. Ancak ilgili kuruluşların, Türkiye’de temsilciliklerinin bulunmasından dolayı, geçmişe nazaran daha büyük bir aşama alındığı söylenebilir. Örneğin Facebook, sadece adam öldürme, intihara teşebbüs, çocukların cinsel istismarı gibi belirli ve kendince cevap vermeye değer gördüğü konularda bilgi paylaşımında bulunmaktadır. Ancak bunun dışında kalan, hakaret, iftira gibi bize göre suç olan; ABD hukukuna göre suç olmayan konularda bilgi paylaşımında bulunmamaktadır<sup>45</sup>.

Danıştay ise sosyal medyadan edinilmiş bilgilere dayalı olarak tesis edilen

---

<sup>43</sup> D12D., 20.6.2006, E. 2003/ 2378, K. 2006/ 2510, UYAP. D12D., 3.12.2002, E. 2000/ 3483, K. 2002/ 3906, UYAP.

<sup>44</sup> “Sanık (siyasi faaliyette bulunmak suçundan), üzerine atılı eylemleri işlemediğini, eş ve çocuğunun kendisine ait facebook hesabını zaman zaman kullanmaları sebebiyle, iddianamede belirtilen paylaşımların eşi tarafından yapılmış olabileceğini beyan etmiştir. Eşi ise verdiği tanık beyanında siyasi içerikli paylaşımları kendisinin yaptığını beyan etmiştir. Bu nedenlerle internet üzerinden yapılan paylaşımların sanık tarafından gerçekleştirildiği hususunun her türlü şüpheden uzak biçimde kanıtlanmaması sebebiyle(...) beraate ilişkin hükmünün onanmasına karar verilmiştir” (As. Yarg. 2.D., 25.2.2015, E. 2015/ 138, K. 2015/ 154, Yayımlanmamıştır). Aynı yönde bkz. As. Yarg. 4.D., 23.1.2015, E. 2015/ 9, K. 2015/ 67, Yayımlanmamıştır. As. Yarg. 4. D., 13.1.2015, E. 2015/ 8, K. 2015/ 8, Yayımlanmamıştır.

<sup>45</sup> [http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/adli\\_yardimlasma/adli\\_isbirligi\\_ceza/cz\\_istinabe\\_9\\_internet\\_ortaminda\\_islenen\\_suclar.html](http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/adli_yardimlasma/adli_isbirligi_ceza/cz_istinabe_9_internet_ortaminda_islenen_suclar.html), 26.10.2015.

işlemlerin yan delillerle desteklenmesini istemektedir<sup>46</sup>. Rize İdare Mahkemesi'nin ise tam olarak bu yönde vermiş olduğu bir karara konu olan olayda hizmetli olarak çalışmakta olan bir kişinin, referandumda belirli bir yönde oy kullanan kişilere ve belirli bir siyasi partiye sosyal medya hesabı üzerinden hakaret ettiği gerekçesi ile hakkında devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmiştir. Yapılan soruşturma sırasında, memur hesabın kendisine ait olmadığını, beyanların kendisi tarafından verilmediğini beyan etmiştir. Bunun üzerine ilgili sosyal medya kuruluşunun o dönemde Türkiye'de temsilciliğinin bulunmamasından dolayı, hesabın o kişiye ait olup olmadığı belirlenememiştir. Yerel mahkeme tarafından verilen kararda ise, kişinin ilgili suçu işleyip işlemediği noktasında şüphenin halen devam etmekte olduğu ayrıca da şüpheden sanık yararlanır ilkesi dikkate alınarak memura ceza verilmesinin hukuka aykırı olduğu kararlaştırılmıştır<sup>47</sup>. Ancak Danıştay'ın bu konuda vermiş olduğu bir kararına göre, memurun siyaset yaptığı iddiası şüyu (duyulmuş) kazanmış ise, siyaset yapma yaşağını ihlal açısından yeterli bir veri saymış ve ceza verilmesini uygun bulmuştur<sup>48</sup>. Bize göre sosyal medya veya internet üzerinden yapılan disiplin hukuku bakımından hukuka aykırılık olarak değerlendirilen bütün fiillerde, sadece kişinin hesabın kendisine ait olduğunu inkâr etmesi yoluyla yaptığı savunmayı, cezasızlık açısından yeterli saymamak gerekir. Soruşturmayı yürütmekte olan idare tarafından, hukuka aykırı olan fiilin, soruşturulan memur tarafından düzenli ve sistemli bir şekilde özellikle çalışma ortamı içerisinde ve çalışma barışını bozacak biçimde yerine getirip getirmediğini de sorgulaması şarttır. Farklı bir söyleyişle soruşturulanın kendi beyanını başkaca delillerle desteklemesi şartı aranmalıdır. Aksi durum sosyal medya veya internet mecrasının, hukuka aykırılıkların zemini olarak kullanılması ihtimalini arttıracaktır.

---

<sup>46</sup> “ (...) davacının, görev yaptığı süre içerisinde göreviyle ilgili olarak yetersizliği veya başarısızlığına ilişkin somut hiç bir saptamada bulunulmadığı, dava konusu işlemin salt idareye tanınan takdir yetkisi kullanılmak suretiyle tesis edildiği, böylelikle davalı idarece davacının, bir sosyal paylaşım sitesinde belediye başkanlığı aleyhine yapılan olumsuz yorumları beğenme şeklindeki eylemi nedeniyle performansının 38 puan olarak değerlendirilmesi üzerine kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırı olarak tesis edildiği anlaşılan dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmış olup aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir” (D12D., 30.1.2014, E. 2013/ 1265, K. 2014/ 278, KİB)..

<sup>47</sup> Rize İdare Mah., 1.11.2012, E. 2012/ 86, K. 2012/ 671, <http://memurunyeri.com/images/dosyalar/facebook-paylasim-disiplin-cezasi.pdf>, 26.10.2015.

<sup>48</sup> DİDDK., 23.10.1992, E. 1992/ 391, K. 1992/ 168, KİBB.

### 3. Siyasi Ayrımcılık ve Tarafgirlik

Devlet memurlarına siyaset yapma yasağının getirilişindeki ana gerekçelerden birisi, kamu hizmetinin nesnel olmasının gereği olarak memurun, görevini ifa ederken hiçbir şekilde bir siyasi düşünce veya aidiyet, etnik köken, dini veya felsefi görüş, mezhepsel mensubiyet gibi konularda olumlu veya olumsuz bir ayrımcılık içerisine girmemesi gerekmektedir. Kararlara konu olmuş örnek olaylardan hareketle personel istihdamında liyakat ilkesi dikkate alınması gerekirken siyasal saiklerle dikkate alınmaması ve kayırmacılık ilkesinin uygulanması<sup>49</sup>, görevin icrası sırasında siyasi ayrımcılık yapılması<sup>50</sup>, görevi esnasında

<sup>49</sup> “(...) SSK Personel Yönetmeliğinin 124.maddesinin D/ı bendinde, “Görevin yerine getirilmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı yapmak kişilerin yarar veya zararını hedef tutan davranışlarda bulunmak” fiillerinin kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren fiiller arasında sayıldığı, dosya ve soruşturma raporunun incelenmesinden; Erzurum Sigorta Müdürlüğünde Müdür Yardımcısı olarak görev yapan davacının, Sigorta Müdürü olarak görev yaptığı dönemde kurumun Erzurum Ünitesinde istihdam edilmek üzere ağıktan işçi ve sakat personel alımı ile ilgili olarak Genel Müdürlükçe verilen sınav yetkisine dayanılarak 14.6.1997 tarihinde yazılı 21.6.1997 tarihinde mülakatı gerçekleştirilen sınavlarda; sınav komisyon başkanı olarak görev yaptığı, soruşturma sonucunda, yazılı sınav bitiminde sınava giren adayların cevap kağıtları ile sınava giriş belgesinin birbirine iliştiirmek suretiyle toplatıldığı ve bu nedenle sınav kağıtlarının, adayın isim hanesinin yazılı olduğu bölümünün kapatılması işleminin hükümsüz kaldığı, sınavı kazanarak ataması yapılan kişilerin sınav kağıtları üzerinde Ankara Emniyet Müdürlüğünde Grafoloji Kriminalistik ve sahtecilik uzmanlarınca yapılan incelemede, cevap kağıtlarında düzeltmeler yapılarak bir siyasi partiye ve Genel Müdürlük yetkililerine yakın kişilerin haksız olarak sınav kazandırıldıklarının tespit edildiği, ayrıca İlk Defa Devlet Kamu Hizmeti ve Görevlerine Devlet Memuru olarak Atanacaklar İçin Mecburi Yeterlilik ve Yarışma Sınavları Genel Yönetmeliğinde belirtilen 10 günlük ve Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Daimi Kadrolarına İlk Defa İşçi Olarak Atanacaklar Hakkında Uygulanacak Sınav Yönetmeliğinde belirtilen 7 günlük itiraz sürelerine uyulmadığı, böylece uhdesine tevdi edilen Komisyon Başkanlığı görevini gerçeğe aykırı belge düzenlemek suretiyle, bir siyasi parti ve bu partiye yakın kişilerin yararı doğrultusunda kötüye kullandığı hususlarının tesbit edilerek soruşturmacı tarafından kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının teklif edildiği, ancak idarece geçmiş hizmetlerinin olumlu olması nedeniyle bir alt ceza uygulanarak 1/30 oranında aylıktan kesme cezası ile cezalandırıldığının anlaşıldığı, bu durumda davacının 14.6.1997-21.6.1997 tarihlerinde gerçekleştirilen personel alımı ile ilgili sınavlarda bir siyasi partiye ve Kurum Genel Müdürlük yetkililerine yakın kişilerin yararı doğrultusunda usulsüzlükler yapıldığı sabit olduğundan...” (D12D., 20.12.2001, E. 1999/ 458, K. 2001/ 4509, UYAP). D12D., 29.1.2002, E. 1999/ 1563, K. 2002/ 170, UYAP. D12D., 28.2.2002, E. 1999/ 2051, K. 2002/ 676, UYAP.

<sup>50</sup> “(...)Okul Öncesi Eğitimi Genel Müdürlüğünde Şube Müdürü olarak görev yapmakta iken davacının, Cumhuriyetin 75.yılına kutlama etkinlikleri çerçevesinde adı geçen Genel Müdürlük tarafından 22,23,24 Ekim 1999 tarihleri arasında Gaziantep İlinde açılan “Atatürk ve Eğitim” konulu sergide görevlendirildiği, görevleri arasında “ sergide açılacak olan şeref defterine izleyenlerin görüşlerini almak ve yazıların fotokopilerinin Bakanlığa getirilmesinin de” olduğu, Atatürkçü Düşüne Derneği Gaziantep Şube Başkan Yardımcısının şeref defterine “Kubilay ile başlayan devrim şehitlerimiz Muammer Aksoy, Turan Dursun, Bahriye Üçok, Uğur Mumcu ve Ahmet Taner Kışlalı ile devam etmektedir. Derneğimiz Genel Başkan Yardımcısı Kışlalı'nın katledildiği gün açılan bu serginin bence anlamı büyüktür. Bizler bu laik Cumhuriyet için baş vermeye gerektiği her an hazırız, çünkü bir gider bin geliriz ölümlerde. Serginin hazırlanmasında emeği geçen tüm öğretmen arkadaşlara teşekkür ediyorum.” şeklinde yazdığı, duygu ve düşüncelerini yansıtan yazıya ait sayfayı defterden çıkardığı ve yırttığının



ve görevi olmamasına rağmen belirli bir görüşü empoze edici, propaganda<sup>51</sup> niteliğinde tutum ve tavırlar içerisine girmesi<sup>52</sup>, cinsiyet ayrımcılığı yapması<sup>53</sup>

*soruşturma raporu ile sübut bulunduğu anlaşılmaması nedeniyle eylemine uyan 657 sayılı Kanunun 125/D-ı maddesi uyarınca bir yıl süre ile kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırılmasına hukuka aykırılık bulunmadığı kanaatine varılmış olup, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir” (D12D., 27.9.2001, E. 2001/ 1570, K. 2001/ 3226, UYAP). Sanayi ve Ticaret İl Müdürü'nün muayene zamanı gelen belediyelere ait araçlarla ilgili olarak, sadece belirli siyasi partide olanları bilgilendirip diğerlerini bilgilendirmemesinin siyasi ayrımcılık olarak değerlendirileceği ifade edilmiştir (D12D., 20.3.2003, E. 2003/ 497, K. 2003/ 672, UYAP). Aynı yönde D12D., 5.10.2004, E. 2003/ 580, K. 2004/ 2892, UYAP.*

<sup>51</sup> *“Dava dosyasından, Matematik dersi öğretmeni olan davacının, öğrencilerine verdiği ödevde, Nazım Hikmet'in soyadının ve Özgür Ülke Gazetesinin yazarlarından iki ya da üç tanesinin oluşturduğu kümeyi ödev olarak verdiği, hakkında açılan soruşturma sonucunda öğrencileri kendi ideolojisinde yetiştirmek ve siyasi düşünce yönünden öğrencilerin zararını hedef tutan davranışta bulunmak suçunun sübuta erdiği gerekçesiyle İl Millî Eğitim Disiplin Kurulu kararıyla bir yıl kademe ilerleme cezası verildiği anlaşılmıştır. Her ne kadar Mahkemece, davacının sicil durumu ve geçmiş hizmetleri değerlendirilmediği gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmişse de, temyiz dilekçesi ile birlikte gönderilen davacıya ait sicil raporlarının olumsuz olduğu görüldüğünden, davacının daha hafif bir ceza ile cezalandırılmasında belirtilen yasa maddesine ve hukuka aykırılık bulunmamaktadır “(D8D., 11.11.1997, E. 1995/4190, K. 1997/ 3302, UYAP). “Davacının, “Başbakan Recep Tayyip Erdoğan'ı alaylı bir şekilde eleştirerek RTE markası oluşturduğunu ileri sürmesi, Bakanlar ve diğer AKP milletvekilleri hakkında “Amerikan Uşağı” nitelendirmesinde bulunması, Başbakanın devleti satıp kendisine harcadığını savunması, oğlunun gemisi ve villası hakkında ağır sözler söylemesi, oğlunu askerlik yapmaması için Amerika'ya gönderdiğini iddia etmesi ve müfredat kapsamında olmadığı halde Büyük Ortadoğu Projesi hakkında öğrencilere yazılı araştırma yaptırması” eylemleri ile “hizmet içinde Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak” suçu kapsamında 125/C-(ı) bendi uyarınca 1/8 oranında aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına konu olan “sınıfta sürekli olarak siyaset yapması, AKP ve Hükümet aleyhine konuşması, ders esnasında sürekli siyasi konulara girmesi ve tartışma ortamı oluşturması” eylemlerinin aynı eylem olarak nitelendirilmesine olanak bulunmamaktadır. Davaya konu cezanın verilmesine yol açan eylemlerde kişiler (Başbakan, ailesi ve milletvekilleri) hedef alınırken ve onlar hakkında sınıfta ağır ifadeler kullanılırken diğer eylemler ise siyasi konulara girerek AKP ve Hükümeti hedef almak ve tartışmalı ortam oluşturmaktan ibaret olduğundan davacının ayrı bir disiplin cezası ile cezalandırılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık, işlemin iptali yolundaki Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir”(D12D., 14.5.2013, E. 2012/ 1422, K. 2013/ 3804, UYAP).*

<sup>52</sup> *“(…) (imam-hatip olarak görev yapan) davacının 16.3.2000 tarihinde Kurban Bayramı namazı öncesi vermiş olduğu vaaz sırasında “Türk Hava Kurumuna derilerinizi bağışlamayın, çünkü onlar kurban paraları ile içki içiyorlar. Benim söylediklerim suç olabilir ama İnönü'lü vatandaşlar onların orada nasıl içtiklerini iyi bilirler, biz kendi paramızla günah işlemeyiz” şeklinde sözler sarf etmek suretiyle Türk Hava Kurumunu küçük düşürücü ve hakaret edici davranışta bulunduğu, ayrıca 2860 sayılı Yasaya dayanılarak çıkarılan Yardım Toplama Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmeliğin 15. maddesinde yer alan ve kurban derileri ile bağışsak toplama yetkisinin Türk Hava Kurumuna ait olduğuna işaret eden hükme uyulması ve dikkat edilmesi gerektiği yolundaki Diyanet İşleri Başkanlığı'nın 8.3.2000 günlü yazısının tüm Valiliklere gönderildiği ve bu yazının Eskişehir Müftülüğü tarafından 16.2.2000 günü yapılan toplantıda tüm imam ve din görevlilerine anlatılarak din görevlilerinin uyarıldığı dikkate alındığında davacının sözlerinin 657 sayılı Yasanın anılan hükümleri kapsamında görüldüğü ve dava konusu işlemde mevzuata aykırı bir yön bulunmadığı...” (D12D., 17.10.2003, E. 2001/ 3203, K. 2003/ 2856, UYAP).*

<sup>53</sup> *“...davacının kız ve erkek öğrencileri konuşmalarıyla rencide ederek cinsiyet ayrımı yaptığı,*

şeklinde ortaya çıkan davranışlar siyasi ayrımcılık ve tarafgirlik kapsamında değerlendirilebilir.

### C. SİYASET YAPMA YASAĞININ GEREKÇELENİRİLMESİ

Bürokratik yapı ile siyasetin birbirinden ayrı olması ilk defa 1887’de Woodrow Wilson tarafından yazılan makale ile açıklanmıştır. Buna göre siyaset büyük ve yaygın konuları, idare ise küçük ve teknik konuları çözme faaliyeti olarak isimlendirilmiştir<sup>54</sup>. Bu tanım her ne kadar tamamen reddedilmese de Max Weber tarafından bu ayrım kabul edilmiş ve Weberyen bürokrasi denilen yapı içerisinde bir memur tipolojisi belirlenmiştir. Buna göre memur, kişisel olarak özgürdür, ancak görevi gereği nesnedir; memurun görevleri hiyerarşi gereği tanımlanmıştır; memurlar mesleki kabiliyetlerine göre seçilerek değil, atanarak göreve alınırlar; memurluk, memurun başlıca işidir; memur, görevlerinden dolayı sıkı bir disiplin sistemine tabidir<sup>55</sup>. Bu görüşün devamı niteliğinde olan Devlet memurlarına siyaset yapma yasağının olmasının nedeni, memurun “hizmete kendisini adanması” nı sağlamaktır<sup>56</sup>. Bir başka gerekçe ise kamu yönetiminde nesnellik ve yansızlığı teminat altına alma iradesidir<sup>57</sup>. Memurun siyasi olarak tarafsız olması, aynı zamanda demokratik rejimin de bir teyidi mahiyetindedir. Çünkü memur, hem parlamento ve hükümete karşı hem de vatandaşlar karşısında tarafsız olması gereken bir konumdadır. Memurun siyasete karışma yasağı, aynı zamanda kendisinin siyaset karşısında bağımsızlığını sağlayan bir yoldur. Bir yandan memurun kendisi, siyasi mücadelenin içinde olmayacak diğer taraftan ise mevcut siyasal iktidar memuru yandaşı yapmaya çalışmayacaktır<sup>58</sup>. Nitekim 1982 anayasasının 70, 128 ve 129/ı maddeleri, memurluğun belirli bir sınır dâhilinde, güvenceli bir biçimde ve tarafsızca ifa edilen bir kamu hizmeti olduğuna işaret etmiştir. Memurun

---

*derslerde ahlak ve nezaket kurallarının dışına çıkarak küfürlü sözler söyleyip hakaretler ettiği, ders sırasında öğrencileri zaman zaman dövdüğü dosyada mevcut bilgi ve belgelerle sabit olduğundan dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır” (D12D., 29.12.2010, E. 2008/ 149, K. 2010/ 6853, UYAP).*

<sup>54</sup> Güven, Sami, “İdare-Siyaset İlişkileri ve Personel Yönetimi Açısından Önemi”, **AİD**, c. 9, sy. 1, 1976, s. 51.

<sup>55</sup> Weber, Max, **Essais sur la Theorie de la Science**, Plon, Paris, 1965, s. 220-221 (akt. Gülmez, Mesut, “Weber ve İdeal Tip Bürokrasi Anlayışı”, **AİD**, c. 8, sy. 1, 1975, s. 61-62).

<sup>56</sup> Sancaktar, Oğuz, **Disiplin Yapıtırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi**, Ankara 2001, s. 188.

<sup>57</sup> Çitçi, Oya, “Kamu Görevlilerinin Siyasal Hakları ve Dünyada, Türkiye’de Uygulamalar”, **TMMOB, Kamu Görevlileri ve Siyasal Haklar Sempozyumu**, 31 Mart-1 Nisan 1995, Ankara, s. 28.

<sup>58</sup> Sancaktar, s. 204. Özyörük, Mukbil, **Devlet Memurlarının Hürriyetleri**, Ankara 1956, s. 163-166.



vatandaşlar karşısında siyasi tarafgirlik içinde olmaması, aynı zamanda hukuki güvenlik ilkesinin de bir gereği olmaktadır. Nitekim Georges Elgozy: “iyi bir idare olmaksızın iyi bir politika; tarafsızlık olmadan da iyi bir idare olmaz” şeklindeki ifadesiyle<sup>59</sup>; Duguit ise: “Evet bilinmesi gereken sorun şudur; unvan ve sıfatı dolayısıyla, başka bireylere dayatılmayan özel nitelikte objektif görev ve yükümlülükler memura verilir. Elbette memur, işlevine bağlanan resmi görevleri yerine getirmekle yükümlüdür. Fakat sorun bu değildir. Bilinmesi gereken nokta, memurun, unvan ve sıfatı nedeniyle işin görülmesi açısından, normal yurttaş statüsüne göre kısıtlamalara tabi tutulduğudur”<sup>60</sup> şeklindeki ifadesiyle bu gerçeği dile getirmektedirler.

Devlet memurlarına bir yandan siyaset yapma yasağı getirilirken diğer yandan Anayasanın 24, 25 ve 26. maddelerinde düşünce ve kanaat hürriyeti ile düşünce ve ifadeyi açıklama hürriyetinin düzenlenmesi ve bu hakkın “herkes” e verilmesi çelişkisel (paradoksal) bir görünüm arz etmektedir. Demokratik rejimlerde vatandaşların siyasetin içinde olması temel bir şart olarak aranmakta iken; memurların siyasetten uzak tutulması, “kamu görevlilerinin siyasal açıdan kısırlaştırılması” olarak tanımlanmaktadır<sup>61</sup>. Ancak memurların icra ettiği görevlerin çerçevesinin siyasal iktidarlar tarafından belirlenmesi, başka bir deyişle siyasal iktidarın emirlerini yerine getiriyor olmaları, onların siyasi açıdan ne kadar tarafsız olabilecekleri sorusunu gündeme getirmektedir. Ülkemiz kamu personel yönetiminin temel sıkıntılarından birisinin siyasi kadrolaşma ve kayırmacılık olduğu tarihsel bir gerçekliktir. Bu anlamda memurların siyasi düşünceye sahip olması ve bu düşünceleri yayma hürriyeti ile kamu hizmetinin verilmesinde eşitlik ve tarafsızlığın sağlanması arasındaki dengenin kurulması gereklidir. Görüldüğü üzere devlet memurlarının sahip olduğu düşünce ve ifade hürriyeti, kanunla sınırlanmış olmaktadır<sup>62</sup>. Nitekim bu anlatılanları Danıştay şu şekilde özetlemiştir: “...kuşkusuz ki, her vatandaşın anayasa ile güvence altına alınan düşünce ve kanaat özgürlüğü çerçevesinde düşünce ve gözlemlerini dile getirmek ve başkalarına iletmek hakkı vardır. Ancak bu hakkın toplumun tüm bireylerince eşit olarak ve aynı yoğunlukta kullanılmasına olanak yoktur. Devlet memuru olan kişilerin amirleri ve kamu görevleri hak-

---

<sup>59</sup> Elgozy, Georges, *Le paradoxe des technocrats*, Paris, Denoel, 1966, s. 123 (akt. Sancaktar, s. 204). Ancak bazı memurlar vardır ki, görevlerinin doğası gereği siyasetin içindedirler. Örneğin bakan danışmanları veya bakan yardımcıları gibi. Bu kişilerin görevi danışmanı olarak atandıkları siyasi kişiliklerin temsilciliğini yapmaktır (Zabunoğlu, s. 4).

<sup>60</sup> Pauliat, Helene, “Memurlar ve İfade Özgürlüğü”, **Düşünce Özgürlüğü**, Hazırlayan. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul 1998, s. 268 (çev. Tuğba Ballıgil).

<sup>61</sup> Çitçi, s. 28.

<sup>62</sup> Yaşar, Hasan Nuri, **İdare Hukuku**, İstanbul 2014, s. 562.

*kındaki açıklamalarında bu hak ve özgürlükleri, daha ölçülü ve daha özenli kullanmaları gerekir...<sup>63</sup>*

Burada siyaset yapma yasağının devlete karşı sadakat yükümlülüğü ile alakasının olup olmadığı da tartışılması gereken bir konudur. Sadakat denilince memurun belirli bir hiyerarşi içinde alınan tüm kararlara kayıtsız ve şartsız itaat etmesi ve kararların gereğini yerine getirilmesi olarak anlaşılmaktadır. Bunun sınırını AY m. 137, kanunsuz emir ilkesi ile çizmiştir. Devlet memurunun devlete sadakat içerisinde çalışması demek onun öncelikle hukuka saygı göstermesi, hukuku yaratan otoriteyi meşru sayarak, onunla kendisini bağlı sayması demektir. Yani devletin ilke ve prensiplerine uygun davranma durumu olarak açıklanabilir<sup>64</sup>. Devlet, istihdam ettiği memurlara sadakat içinde davranmaları için yemin şartını getirmektedir. Yemin, sadakati somutlaştıran bir metindir. Mevcut 657 sayılı DMK'nın 6. maddesinde yer alan ifadeler, asil memurluğa atanan bütün memurlara en geç bir ay içerisinde ettirilmesi zorunlu olan bir yemin metni olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu yemin metni incelendiğinde 1982 anayasasının başlangıç ilkelerinde ifade edilen temel ilke ve kuralların tekrarlandığı ve devletin, memurundan nasıl bir sadakat beklediğinin işareti görülebilmektedir. Ancak esas sorun, örneğin aynı zamanda siyasi bir kurul olan hükümet kararlarının ve politikalarının yerine getirilmesinde memurdan sadakat yükümlülüğünün beklenip beklenemeyeceği meselesidir. Örneğin hükümetin aldığı eğitim ile ilgili veya sağlık, ekonomi, dış politika tasarruflarının memuru tarafından eleştirilmesi, bu kararlara karşı demokratik eleştiri hakkının çeşitli formlarda kullanılması siyaset yapma yasağı, tarafsızlık, itaat gibi ilkeler karşısında nasıl değerlendirileceği sorunudur. Burada bize göre asıl olan memurun ifa ettiği görevin kamu hizmeti olmasından dolayı, eğer görevin ifası esnasında herhangi bir şekilde memurluğun itibarına zarar verici veya vatandaşlar arasında ayrımcılık yaratacak herhangi bir aktivite söz konusu değil ise, memurun siyasi faaliyetleri yasak kapsamında değerlendirilmemelidir. Çünkü memurlara ilişkin siyaset faaliyetinin tamamen yasaklanması, toplumun ve aynı zamanda devlet kurumlarının memurların oluşturduğu entelektüel zümrenin fikirlerinden mahrum kalması sonucunu doğuracaktır. Bilindiği üzere memur dediğimiz kitle profesör, öğretmen, hâkim, doktor vb gibi oldukça farklı işgal konuları olan ve kültür birikimi bakımından çeşitli ve etken bir yapıdır. Ancak mevcut uygulamamızda yasadan ve içtihadlardan

<sup>63</sup> D8D., 14.12.1993, E. 1993/1617, K. 1993/4214, akt. Şahin, Yahya, "Danıştay Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Sınırlamaları", [http://www.yargitay.gov.tr/abroje/belge/sunum/rt5/Sahin\\_DanistaylfadeOzgurlugu.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/abroje/belge/sunum/rt5/Sahin_DanistaylfadeOzgurlugu.pdf), 21.9.2015.

<sup>64</sup> Karan, s. 121.

edinilecek temel çıkarım, memurun siyasi hakları kullanacak olan bir vatandaş olmasından ziyade apolitik olması beklenen soyut bir süje kimliğine büründürülmesi çabasıdır<sup>65</sup>. Nitekim Alman Anayasası'nın 5. maddesinde ifadesini bulan düşünce ve ifade hürriyetinden memurların da istifade edeceği, memur olarak çalışan kişilerin düşüncelerini sözlü, yazılı veya görsel olarak ifade edebilecekleri belirtilmiştir. Ancak buradaki sınır memurun ifadelerini kullanırken kurumun sınırlarını ifşa edici veya çalışma sınırlarını ihlal edici olmamasıdır. Burada Alman Hukuku'nda özellikle altı çizilen nokta iş barışının bozulmamasıdır<sup>66</sup>. Burada bir başka paradoks idare adına karar alıcı olan ve hiyerarşinin başında bulunan "bakan" görevindeki kamu görevlilerinin, "siyasi" kişiliklerinin oluşu, yani teknokrat olmamaları durumudur. Ancak siyaset yasağı olgusu ile bu gerçeğin maskelenmeye çalışıldığı görülmektedir<sup>67</sup>.

Hükümet ve devlet terimlerinin ayrımı konusunda Gözler'e göre memur, hükümetin faaliyetleri konusunda eleştiri hakkına sahiptir. Ancak memurun devleti eleştirmemesi gerekmektedir. Gözler, devlete bağlılıktan ise kastının ülkeye ve millete bağlılık olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir<sup>68</sup>. Buna örnek olarak ise Fransız Danıştay'ının 25 Ocak 1935 tarihli Defrance kararını vermiştir. Buna göre bir memurun, "kızıl bayrağın iğrenç üç renkli bayrağı (Fransız bayrağı) yeneceği"ni söylemesini memuriyetten azil sebebi sayan idari işlemi hukuka uygun bulmasını örnek göstermiştir<sup>69</sup>. Gözler'in devlet ve hükümet ayrımı ya-

---

<sup>65</sup> Yapılan bir araştırma kapsamında, 3060 kişi ile yapılan bir anket yapılmış ve memurların siyaset yapma hakkına sahip olup olmaması gerektiği hakkında katılımcılar belirli sorular yöneltilmiştir. Katılımcıların % 67'si devlet memurlarının siyaset yasağına tabi olmaması gerektiğini düşünmektedir. Emniyet, ordu ve yargı mensuplarının siyaset yapması ile ilgili olarak ise katılımcıların % 43'ü siyaset yapabilmelidir düşüncesini açıklamışlardır (Dağı, İhsan/ Toprak, Metin, **Türkiye'de İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü**, Ankara 2003, s. 47-48).

<sup>66</sup> Hagenah, Astrid, **Die Pflicht von Beamten zur Zurückhaltung bei Politischer Taetigkeit und Aeusserungen**, Frankfurt 2002, s. 63.

<sup>67</sup> Güven, s. 51.

<sup>68</sup> Devlete bağlılık, "kurulu düzene bağlılık" olarak da isimlendirilebilir. Pauliat, kurulu düzene bağlılığı, ulusal çıkarılara uygun davranma ve aykırı bir tavır benimsememe olarak tanımlamış, bu kuralı örnekleme açısından ise bir memurun Fransa-Cezayir Savaşı'nda insanları askerden kaçmaya teşvik etmemesini vermiştir (Pauliat, s. 271).

<sup>69</sup> Conseil d'Etat, 25.1.1935, Defrance, RDCE, 1935, s. 105 (akt. Gözler, Kemal, **İdare Hukuku**, c. II, Bursa 2009, s. 726-727). Danıştay da bu görüşü destekleyici nitelikli kararında görüşünü şu şekilde ifade etmiştir: "...657 sayılı Devlet Memurları Kanununun devlet memurlarının ödev ve sorumluluklarını düzenleyen 2. bölümünün sadakat başlıklı 6. maddesinde, Devlet memurlarının Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına ve kanunlarına sadakatle bağlı kalmak ve milletin hizmetinde Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarını sadakatle uygulamak zorunda olduğu, bu hususun yetkili amirlerin huzurunda yapacakları yeminle belirlendiği ve bu yeminde Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına, Atatürk İnkılap ve İlkelerine.... bağlı kalacağına Anayasanın temel ilkelerine dayanan milli demokratik, laik, bir hukuk devleti

parak sadakatin devlete olup, hükümetin eleştirilebilir olduğu fikrine katılmaktayız. Yazarın gerekçelerine ilave olarak memur, aynı zamanda seçme hakkına ve diğer siyasal haklara (dilekçe hakkı, kurullara katılma hakkı gibi) sahip olması tartışmasız biçimde kabul edilen bir “yurttaş”tır. Bu eksende onun siyasal tercihleri hükümeti tayin ve tespit etmektedir. Memurların hükümeti eleştirmesi, bu nedenle kabul edilebilir olan ve demokratik hayat içerisinde kabulü bize göre zorunlu olan bir haktır. Devlete sadakat ve bu konudaki yaklaşım ise bize göre örneğin bir memurun devletin ve toplumun ortak kabul ettiği ilke ve sembollerle saygı göstermesi zorunluluğudur. Örneğin Türk bayrağına saygı gösterilmesi, Atatürk’ün manevi şahsiyetine hakaret edilmemesi, özellikle yurt dışında bulunan bir memurun devletin manevi şahsiyetini küçültücü hareket ve davranışlarda bulunmaması biçimleri, devlete sadakati bize göre gösteren örneklerdir.

Sıddık Sami Onar ise memurların siyaset yapma bahsi ile ilgili: “...memur idare içinde meczolmuş, kaynaşmış bir durumda olduğundan idarenin takip ve tatbik etmekle mükellef olduğu siyaseti tahakkuk ettirmek için lazım gelen teknik faaliyetleri icra ile mükellef olduğu gibi vazifesi, amme kudretini kullanması bakımından da halka karşı bitaraf bir durumda olması, siyasi partilerin vasıtaları haline gelmemesi, amme kudretini vatandaşlara karşı muayyen bir siyasi parti lehine kullanmaması lazımdır”<sup>70</sup> şeklindeki ifadesi ile siyaset yapma yasağının ilkelerini bir tanım ile açıklamıştır.

Siyaset yapma yasağının içinde olarak değerlendirilebilecek bir diğer konu ise memurun dini görüşleri çerçevesinde faaliyet yürütmesidir. Din, mezhep, tarikat, vb metafizik görüşler çerçevesinde, özellikle de bu referanslardan dolayı ayrımcılık içeren faaliyetlerde bulunularak kamu faaliyetinin yerine getirilmesi de, siyaset yapma yasağı kapsamında mütalaa edilmelidir.

Birçok ülkede anayasal ve yasal düzenlemeler siyasal düşünce, siyasal parti üyeliği ya da siyasal etkinlikler nedeniyle kamu görevlileri arasında ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır. Ayrıca, 111 sayılı ILO sözleşmesi de bu tür bir ayrımcılığa karşı güvence sağlamaktadır. Bu çerçevede, İngiltere, Fransa, Almanya, İtalya, İsveç başta olmak üzere Avrupa Konseyine üye tüm ülkeler ile

---

olan Türkiye Cumhuriyetine karşı görev ve sorumluluklarını bilerek, bunları davranış halinde göstereceğine... yemin edeceği düzenlenmiş; Kanununun 7. maddesinde ise Devlet memurlarının her durumda Devletin menfaatlerini korumak mecburiyetinde olup, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına ve kanunlarına aykırı olan, memleketin bağımsızlığını ve bütünlüğünü bozan Türkiye Cumhuriyetinin güvenliğini tehlikeye düşüren herhangi bir faaliyette bulunamayacakları hüküm altına alınmıştır” (DİDDK., 30.1.2003, E. 2000/ 770, K. 2003/ 53, KİBB). Aynı yönde DİDDK., 15.9.2000, E. 2000/ 594, K. 2000/ 949, KİBB.

<sup>70</sup> Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, c. II, İstanbul 1960, s. 1177.

ABD, Sierra Leone, Avustralya, Fas gibi ülkelerde kamu görevlilerinin siyasal partilere üye olması olanaklıdır<sup>71</sup>.

## II. ALMAN HUKUKUNDA MEMURLARIN SİYASİ FAALİYETLERDE BULUNMASI VE DÜZENLEMELER

Alman anayasasının (Grundgesetz) 33/ 4. Maddesinde memurluk kavramı, kamu gücüne dayalı bir ilişki olarak ifade edilmiştir. Alman Anayasa Mahkemesi tarafından anayasa çerçevesinde memur tanımı yapılırken, memurun faaliyetleri dikkate alınarak bir tanım yapılmıştır. Buna göre mahkeme, faaliyetlerin kamu hizmeti sayılan faaliyet olması, memurun ekonomik ve hukuki yönden kamu hizmeti alanlardan bağımsız olması, anayasal tanımından ziyade yapılan hizmetin niteliğine bakılması gibi ölçütler koymuştur<sup>72</sup>. Alman Yüksek İdare Mahkemesi ise esasa bakılarak memur tanımının yapılmasının gerekli olduğunu ifade etmiştir. Buna göre tanım yapılırken aslolan şeyin sadakat yükümlülüğü, belirli bir uzmanlık veya ihtisas, belirli bir idarenin emri altında olma ve bu hususların da statü ilişkisi çerçevesinde güvence altında olması gerekmekte olduğu ifade edilmiştir<sup>73</sup>.

Alman hukukunda memur kavramının ana ilkeleri esas itibarıyla şu şekilde belirlenebilir<sup>74</sup>:

1. Memurluk, güvenceli bir iştir. (GG Art. 33 Abs. 4)
2. Memurluk, kamu hukuku ilişkisidir.
3. Memurun idareye hizmet ve sadakat borcu bulunmaktadır,
4. Memurluk, bir kamu hizmeti olması
5. Kariyer ilkesi (Laufbahnprinzip)
6. Memurların, hakkaniyete uygun bir geçim sürdürecekt kadar gelir elde etme hakkı (Alimentationsprinzip)
7. Memurluk mesleğinin, memurun tek işi olması
8. Hizmet sahiplerine karşı özen yükümlülüğü
9. Yargısal korunma

---

<sup>71</sup> Çitci, Oya, "Siyasal Haklar ve Kamu Görevlileri", **İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri, Sempozyum, TODAİE**, Ankara 1992, s. 94. Örneğin Fransa'da bir memur, milletvekili seçimlerinde istifa etmeksizin aday olabilir. Hatta milletvekilliği bittikten sonra eski görevine dönebilir (Pauliat, s. 270).

<sup>72</sup> BVerfGE 64, 367 (379).

<sup>73</sup> BVerwGE 47, 330 (334).

<sup>74</sup> Treubrodt, Detlef, **Beamtenrecht**, Berlin 2014, s. 21-23.

Alman Federal Memur Kanunu<sup>75'</sup>nun 60. maddesinde ve Alman Memur Statüsü Kanunu<sup>76'</sup>nun 33. maddesinde memurların görev yaparken hiçbir siyasi partiye angaje olamayacaklarını, tarafsızlık ve nesnellik içerisinde toplumun menfaatine hizmet etme yükümlülüklerinin bulunduğu ifade edilmiştir.

Alman hukukunda memurların siyaset yapma yasağı kural olarak kabul edilmemiştir. Almanya'da memurların siyaset yapma yasağının olmaması tarihsel bir ilkedir. 19. Yüzyıldan beri memurlar, siyaseten kendilerini temsil imkânına sahiptir<sup>77</sup>. Memurların siyasetten yasaklanması yerine, memurların diğer vatandaşlar gibi düşünce ve ifade hürriyetine sahip oldukları kabul edilmiştir. Ancak bu özgürlükler, kamu hizmetinin özelliği nedeniyle bir takım sınırlandırmalara tabi tutulmuştur. Memurlara siyasi düşünce ve ifadelerini açığa vurma imkânı tanınmakla beraber, ifa ettikleri hizmetin gereği olarak tarafsızlık (neutralitaetsgebot) ve ılımlılık (maessigungsgebot), sır saklama (verschwiegenheitspflicht) yükümlülükleri yüklenmiştir<sup>78</sup>. Bu nedenle bilimsel özgürlük (wissenschaftsfreiheit), bilgiye erişim özgürlüğü (informationszugangsrecht) ve ifade hürriyeti (meinungsfreiheit) de bu kapsamda değerlendirilmiştir<sup>79</sup>.

Alman Kamu Personel Hukuku'nda memurların mesai dışında olmak ve görev gereklerine aykırı davranmamak kaydıyla siyasi faaliyette bulunabilecekleri kabul edilmiştir (BBG Art. 60/ 2, BSG 33/ 2). Aynı yasa hükümlerine göre siyasi faaliyette bulunan memurlara tarafsız ve ılımlı davranma yükümlülüğü de atfedilmiştir<sup>80</sup>. Almanya'da memurun her vatandaş gibi temel hak ve hürriyetlere bu kapsamda da siyasal katılma hakkına sahip bir fert olduğu kabul edilmiş olup; ölçülülük ilkesine uygun olmak, çalışma barışını bozmayacak şekilde kullanılmak kaydıyla siyasi haklardan faydalanabileceği kabul edilmiştir<sup>81</sup>. Memur, siyasi faaliyette bulunurken çalıştığı kurumun adını, üniforması-

---

<sup>75</sup> Bundesbeamtengesetz (BBG).

<sup>76</sup> Beamtenstatusgesetz (BSG).

<sup>77</sup> Hattenhauer, Hans, **Geschichte des deutschen Beamtentums**, Köln Berlin Bonn Münih 1993, s. 249.

<sup>78</sup> Lindner, Josef Franz, "Parteilpolitische Tätigkeit als Dienstaufgabe des Beamten, **ZBR**, 2010/ 10, s. 325.

<sup>79</sup> Schrödter, Wolfgang, **Die Wissenschaftsfreiheit des Beamten**, Berlin 1974, s. 96.

<sup>80</sup> Zurückhaltungs-und maessigungspflicht.

<sup>81</sup> Schnellenbach, Helmut, **Beamtenrecht in der Praxis**, Münih 2013, s. 180-181.

ni<sup>82</sup>, kendi konumunu kullanarak propaganda malzemesi haline getiremez<sup>83</sup>.

Memurların siyaset yapacakları zemin, bu hakkın kullanılması açısından önem arz etmektedir. Örneğin anayasal düzene düşman olan partilerde veya marjinal olarak tanımlanan gruplarda memurların siyaset yapma hakkının olmadığı ifade edilmiştir<sup>84</sup>. Almanya’da bir memur, Avrupa Parlamentosu’na veya Federal Meclis’e seçilmesi durumunda görevinden ayrılmak zorundadır (BBG 40/ 1). Eyalet parlamentolarında görev almaları durumunda ise genel bir yasak konulmamış olup, uygulama eyaletlerin tercihine bırakılmıştır<sup>85</sup>. Memurların resmi olarak siyasi partilere üye olma, mesai saatleri dışında parti programlarına (miting vb) katılma, gençlik veya kadın örgütlenmelerine üye olma, mevcut hükümet faaliyetlerini çalışma huzurunu bozmayacak şekilde eleştirme<sup>86</sup>, hatta seçimlerde aday olma hakları mevcuttur. Mesai saatleri dışında siyasi faaliyette bulunmak, memurlara Alman Anayasası’nın 5. mad-

---

<sup>82</sup> Bayern Polis Kanunu’nun 2/ 3. Maddesine göre, emniyet mensuplarının siyasi amaçlı toplantılara üniformasız bir biçimde katılmaları serbesttir. Alman Yüksek İdare Mahkemesi’nin kararına konu olan bir başka olayda ise ilköğretimde görev yapan bir öğretmenin ders esnasında Atom Enerjisi Santralleri’nin yapılmasına karşı olarak, derse afiş sokması ve öğrencilere bu yönde propaganda yapması, hukuka aykırı görülmüş ve düşünce ve ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilmemiştir (BVerwGE 84, 292 (296)).

<sup>83</sup> Ancak belli meslekler tabiatı gereği çalıştığı kurumu kullanmak zorundadırlar. Örneğin bakanlık memurları, profesörler gibi. Sieweke, Simon, “Die Beschraenkung der politischen Aeusserungsrechte der Beamten durch die Maessigungs-und Zurückhaltungspflicht”, **Zeitschrift für Beamtenrecht**, sy. 5, 2010, s. 160.

<sup>84</sup> BVerwGE 61, 176, 192; 62, 267, 270 in Schmidt, Rolf, **Besonderes Verwaltungsrecht I**, Bremen 2005, s. 275. Battis, Ulrich, **Bundesbeamtengesetz Kommentar**, Münih 2009, Rn. 16. Baden-Württemberg Eyaleti’nde görev yapmakta olan bir aday öğretmenin öğrenciliği sırasında aşırı sol ve faşizm karşıtı bir yapılanma içerisinde faaliyette bulunmuş olması ve bu faaliyetin sözcülüğünü yapmış olması nedeniyle asil öğretmen olarak atanmamıştır. Bu işleme karşı atanamayan öğretmen tarafından açılan dava önce reddedilmiş, ancak Mannheim Eyalet İdare Mahkemesi tarafından yapılan değerlendirmede kişinin memur olmadan önce gerçekleştirdiği eylemlerde, memurların tabi olduğu sınırlandırmalara tabi olmadığı, aksi durumun anayasa ve uluslararası sözleşmelerle teminat altına alınan hakların ihlali olacağı Mannheim İdare Mahkemesi’nce ifade edilmiştir (VGH Mannheim: Politische Treuepflicht von Beamten, **NVwZ-RR** 2008, 149-154. Bir başka olayda ise aşırı sağcı nitelikte olan Ulusal Demokrat Parti (NPD) üyesi olan ve bu kapsamda II. Dünya Savaşı’nda ölen Alman askerleri anma törenine katılan bir memurun görevine son verilmesini mahkeme hukuka uygun bulmuştur (BAG v. 12.05.2011, BAG Aktenzeichen 2AZR47909 2 AZR 479/09, BeckRS 2011, BECKRS Jahr 77932 in Brötzmann, Ulrich, “Politischer Extremismus im Arbeitsverhältnis des öffentlichen Dienstes”, **Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrechts**, 2013, s. 72).

<sup>85</sup> <http://www.dbb.de/themen/beamte/beamte-und-politik.html>, 22.9.2015.

<sup>86</sup> Weimar Anayasası döneminde memurlara hükümeti ajite edici, nefret içeren ifadelerle dahi eleştirmek serbest bırakılmıştı. Ancak hükümet üyelerine hakaret edilmesi, küfür ibaresi içeren cümleler kullanılması yasaklanmıştı (Hagenah, s. 69).

desi çerçevesinde düşünce ve ifade hürriyeti kapsamında tanınmış bulunan bir haktır. Ancak mesai saatleri dışında bu hakkın kullanılmasında bir takım sınırlamalar da getirilmiştir. Örneğin özellikle yurt dışında bulunulması halinde memurların, Almanya içindeki faaliyetlerine göre daha sıkı bir tedbire tabi tutulacağı, özellikle Alman devletinin ulusal çıkarlarına aykırı faaliyetlerin kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir<sup>87</sup>. Bunun dışında memurun yapmış olduğu görevle ilgili açıklamalar, idarenin iç işleyişini bozacak nitelikte veya mesleki sırrın ortaya konulması niteliğinde ise yasak kapsamındadır<sup>88</sup>. Memurların devletin sembollerine, bayrağına ve benzeri ulusal işaretlerine ve değerlerine hakaret edilmesi de kabul edilmemiştir<sup>89</sup>. Alman hukukunda memurların siyasi partilerin rozet vb işaretlerini taşımaları serbesttir. Bu serbestinin sınırı olarak da bazı memur gruplarının (öğretmenler) görevlerinin niteliği olarak siyasi işaret taşımaları uygun karşılanmamıştır<sup>90</sup>. Bu durumun gerekçesi olarak da okul çağındaki öğrencilerin, öğretmenlerinin siyasi görüşlerinden etkilenme olasılığı olduğu ifade edilmiştir.

Alman hukukunda memurların siyasi içerikli fikirlerini açıklarken karşılaştıkları bir diğer sınır, açıklamalarının kurumsal yani çalıştıkları kurum adına değil, kişisel olduğunun vurgulanmasıdır.

Öğretim elemanlarına yönelik olarak ise Alman Anayasası'nın 5. maddesinde düzenlenen düşünce ve ifade hürriyetine paralel olarak, öğretim elemanlarına üniversite veya araştırma kurullarından gerekli onayı almaları durumunda araştırma yapma, yayın yapma, sözlü ifade gibi yollarla akademik özgürlüğe sahip oldukları Üniversite Çerçeve Kanunu<sup>91</sup>'nin 4. maddesinde "sanat, bilim, araştırma, öğretme ve öğrenim özgürlüğü" başlığı altında ayrıntılı bir şekilde izah edilmiştir.

---

<sup>87</sup> Verwaltungsgerichtshof (VGH) Mannheim in **Neue Juristische Woche** (NJW) 1983, s. 1215 vd.

<sup>88</sup> Almanya'nın Düsseldorf kentinde itfaiye memuru olarak çalışmakta olan bir memur, kentte 2001-2005 yılları arasında meydana gelen yangınlarla yeterince mücadele edilmediğini kendi facebook adresinde yazmış ve bu mesajı da dokuz meslektaşı beğenmiştir. Bu nedenle Düsseldorf Belediye Başkanı tarafından bu yazıyı paylaşan ve beğenen memurlar hakkında, "görev gereklerine aykırı olarak açıklama yapmak ve kamuoyuna açıklamada bulunmak" suçundan disiplin soruşturması açılmış, memurlar açığa alınmıştır <http://www.rp-online.de/nrw/staedte/duesseldorf/juristen-streiten-ueber-feuerwehr-skandal-aid-1.3163873>, 22.9.2015.

<sup>89</sup> Hagenah, s. 68.

<sup>90</sup> BVerwGE 84, s. 292.

<sup>91</sup> Hochschulrahmengesetz. Almanya'da üniversitelerin örgütlenmesi ulusal ölçekte çerçeve kanunu ile belirlenmiş, ayrıntılara ilişkin düzenleme yapma yetkisi ise eyalet yasama organlarına bırakılmıştır.



## SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Memurların siyaset yapma yasağı ilkesi kapsamında geniş bir biçimde değerlendirilmesi, görüldüğü üzere büyük problemlere neden olan bir husustur. En önemli sorunun, siyasi temsil noktasında olduğu bize göre açıktır. Toplumun bütün kesimlerinin siyaseten kendisini temsil ettirebilme olanağı varken, memurların kendilerini temsil ettirememesi eşitsiz bir durumdur. Memurlar, siyasi temsil hakkını kullanmak istemeleri durumunda, ya disiplin cezası tehdidi altında olmakta ya da istifa etmek zorunda bırakılmaktadırlar. Oysaki demokratik bir ülkede siyasal katılma, yukarıda da belirtildiği üzere “herkes” e tanınmış olan bir haktır. Temsilin ise yerelden ulusala doğru seyrettiği ve her aşamada eşit temsile olanak verilmesinin gerekliliği demokrasinin tabii sonucudur. Türkiye’de işçilere, avukatlara, esnaflara veya diğer meslek mensuplarına ön koşulsuz siyaset yapma alanı tanınmış iken belki de toplumun en yetişmiş kesimi olan kamu bürokrasisine bu yolun keskin bir biçimde kapanmış olması, sağlıklı bir demokrasinin işleyişi açısından bize göre hatadır. Kamu hizmetinin nesnellığı ve tarafsızlığı ilkeleri çerçevesinde memurların siyasal aktivitesi yeniden değerlendirilmelidir. Çünkü artık siyaset sadece seçme ve seçilme hakkından ibaret değildir. Örneğin sivil toplum kuruluşlarının içerisinde olma, baskı grupları yaratma, internet üzerinden örgütlenerek siyasi iktidarı yönlendirme gibi çok daha farklı ve yaratıcı şekillerde ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda ne kadar yasaklayıcı, önleyici tedbirler alınsa da insanların fikirlerini ortaya koymaları devlet eliyle dahi engellenememektedir. Bir diğer taraftan memur kesiminin siyasi hayatın içerisinde yer alması, teknokrat olan kişilerin uzmanlık alanlarını, siyasi ortama daha iyi yansıtmak suretiyle kamu yararını gerçekleştirmede daha etkin bir rol oynayacakları hizmet gereklilikleri açısından da lehe olan bir durumdur.

Makalemizde de açıkladığımız üzere neredeyse bütün çağdaş demokrasilerde memurlara siyaset yolunun tamamen kapalı olmadığını, belirli sınırlar dâhilinde olmak kaydıyla memurların, günlük siyasette var olmalarının teşvik edildiği gözlenmektedir. Ülkemiz açısından da 1965 yılında çıkarılan ve halen yürürlükte olan Devlet Memurları Kanunu çerçevesinde konulan bu yasağın yeniden revize edilmek suretiyle, çağdaş ölçütlere uygun hale getirilmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz.



## KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, Tekin, “Düşünce ve Anlatım Özgürlüğü ve Kamu Görevlileri”, **İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri, Sempozyum, TODAİE**, Ankara 1992.
- Aktan, Coşkun Can, “Akademik Özerklik”, <http://www.canaktan.org/egitim/universite-reform/aka-ozerklik.htm>, 29.4.2015.
- Alpkaya, Gökçen, “UNESCO’nun 1997 Tarihli Kararı Işığında Akademik Özgürlük”, **AÜSBFD., Cevat Geray’a Armağan**, Ankara 2001.
- Atalay, Esra, “Bilim Özgürlüğü” , **İÜHFM**, c. LXVIII, sy.1-2, 2010.
- Atar, Yavuz, “Seçim Hukukunun Güncel Sorunları”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, c. 23, 2006.
- Battis, Ulrich, **Bundesbeamtengesetz Kommentar**, Münih 2009.
- Brötzmann, Ulrich, “Politischer Extremismus im Arbeitsverhältnis des öffentlichen Dienstes”, **Zeitschrift für das öffentliche Arbeits-und Tarifrechts**, 2013.
- Bulut, Nihat., “Bilim Özgürlüğü: İçeriği ve Sınırlandırılması Sorunu”, **AÜEHFD**, c. IX, sy.1- 2, 2005.
- Çitçi, Oya, “Kamu Görevlilerinin Siyasal Hakları ve Dünyada, Türkiye’de Uygulamalar”, **TMMOB, Kamu Görevlileri ve Siyasal Haklar Sempozyumu**, 31 Mart-1 Nisan 1995, Ankara.
- Çitçi, Oya, “Siyasal Haklar ve Kamu Görevlileri”, **İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri, Sempozyum, TODAİE**, Ankara 1992.
- Dağı, İhsan/ Toprak, Metin, **Türkiye’de İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü**, Ankara 2003.
- Dinler, Veysel, “Akademik Özgürlüğün Sınırı Üzerine Sorular”, <http://www.academia.edu/3363390/>
- BCn\_S%C4%B1n%C4%B1r%C4%B1\_%C3%9Czerine\_Sorular**, 29.9.2015.
- Döner, Ayhan, “Geçmişten Günümüze Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Seçimlerde Adaylığı”, **AÜHFD.**, c. 58, sy. 4, 2009.
- Elgozy, Georges, *Le paradoxe des technocrats*, Paris, Denoel, 1966, s. 123 (akt. Sancaktar, s. 204).
- Eroğul, Cem, “Siyaset Kavramı Hakkında Deneme”, **AÜSBFD**, c. 29, sy. 2, 1997.
- Gözler, Kemal, **İdare Hukuku**, c. II, Bursa 2009.

Güven, Sami, “İdare-Siyaset İlişkileri ve Personel Yönetimi Açısından Önemi”, **AİD**, c. 9, sy. 1, 1976.

Hagenah, Astrid, **Die Pflicht von Beamten zur Zurückhaltung bei Politischer Taetigkeit und Aeusserungen**, Frankfurt 2002.

Hattenhauer, Hans, **Geschichte des deutschen Beamtentums**, Köln Berlin Bonn Münih 1993.

Kaman, Nur, **Devlet Memurluğunun Sona Ermesi**, Ankara 2003.

Kaya, Cemil, “Milletvekili ve Mahalli İdare Seçimlerine Katılan Kamu Görevlilerin Görevden Çekilmesi ve Göreve Dönmesi”, **ÇYYD.**, c. 13, sy. 1, Ocak 2004.

Kayasü, Sacit, **2802 sayılı Kanuna Göre Hakim ve Savcıların İfade Hürriyeti**, İstanbul 2012.

Kışlalı, Ahmet Taner, **Siyaset Bilimi**, Ankara 1987.

Kükner, Bilgen, “Bir Hak Olarak Akademik Özgürlük”, <http://viraverita.org/sites/default/files/edergi-yazilari/bir-hak-olarak-akademik-ozgurluk.pdf>, 21.10.2015.

Lindner, Josef Franz, “Parteipolitische Tätigkeit als Dienstaufgabe des Beamten”, **ZBR**, 2010/ 10.

Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, c. II, İstanbul 1960.

Özbudun, Ergun, **Türkiye’de Sosyal Değişme ve Siyasal Katılma**, Ankara 1975.

Özyörük, Mukbil, **Devlet Memurlarının Hürriyetleri**, Ankara 1956.

Pauliat, Helene, “Memurlar ve İfade Özgürlüğü”, **Düşünce Özgürlüğü**, Hazırlayan. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul 1998, (çev. Tuğba Ballıgil).

Sancaktar, Oğuz, **Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi**, Ankara 2001.

Savcı, Bahri, “Yayın Yapan Memurların “Siyaset İçi Bir Alana Girme” Durumuna Müteallik Bir Örnek Olay Tahlili”, **AÜSBFD**, c. 19, sy. 1, 1964.

Schmidt, Rolf, **Besonderes Verwaltungsrecht I**, Bremen 2005.

Schnellenbach, Helmut, **Beamtenrecht in der Praxis**, Münih 2013.

Schrödter, Wolfgang, **Die Wissenschaftsfreiheit des Beamten**, Berlin 1974.

Sieweke, Simon, “Die Beschraenkung der politischen Aeusserungsrechte der Beamten durch die Maessigungs-und Zurückhaltungspflicht”, **Zeitschrift für Beamtenrecht**, sy. 5, 2010.

Treubrodt, Detlef, **Beamtenrecht**, Berlin 2014.

Uysal, Birkan, **Siyasal Katılma ve Katılma Davranışı Üzerinde Ailenin Etkisi**, TODAİE, Ankara 1984.

Şahin, Yahya, “Danıştay Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Sınırlamaları”, [http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/sunum/rt5/Sahin\\_DanistayIfadeOzgurlugu.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/sunum/rt5/Sahin_DanistayIfadeOzgurlugu.pdf), 21.9.2015.

Yaşar, Hasan Nuri, **İdare Hukuku**, İstanbul 2014.

Weber, Max, **Essais sur la Theorie de la Science**, Plon, Paris, 1965, s. 220-221 (akt. Gülmez, Mesut, “Weber ve İdeal Tip Bürokrasi Anlayışı”, **AİD**, c. 8, sy. 1, 1975, s. 61-62).

Zabunoğlu, Yahya, “Kamu Görevlilerinin Siyasal Hakları ve Türkiye’deki Uygulamaları”, **TMMOB, Kamu Görevlileri ve Siyasal Haklar Sempozyumu**, 31 Mart-1 Nisan 1995.

# TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA İKALE SÖZLEŞMESİ

*Termination of Contract by Mutual Agreement in Turkish Law of Obligation*

**Yrd. Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ\***

## ÖZET

Hem Roma hukukunda hem de eski hukukumuz İslam hukukunda uygulaması bulunan ikale sözleşmesi Türk borçlar hukukunda da borç ilişkisini sona erdiren sebepler arasında yer almaktadır. “Taraflar arasındaki mevcut bir borç ilişkisinin, kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması amacıyla yapılan sözleşme” şeklinde tanımlayabileceğimiz ikale sözleşmesi, isimsiz bir sözleşmedir. Taraflar arasındaki ilişkiyi kural olarak geçmişe etkili bir şekilde sona erdiren ikale sözleşmesinin yapılmasıyla taraflar anidimli sözleşmelerde aldıklarını geri verme borcu altına girerler. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler ise ileriye etkili olarak ortadan kaldırılabilir. Kural olarak şekle bağlı olmayan ikale sözleşmesi, açık irade beyanları ile kurulabileceği gibi örtülü irade beyanları ile de kurulabilir. İ kale sözleşmesi tasarruf işlemi niteliğinde olduğu için taraflar tasarruf yetkisine sahip olmalıdır.

**Anahtar Kelimeler:** İ kale, Borç İlişkisi, Sona Erme, İbra Sözleşmesi, Bozma Sözleşmesi.

## ABSTRACT

As in Roman Law and our earlier (Islamic) Law, mutual rescission agreement is one of the reasons which terminate contracts. Mutual rescission agreement is an innominate contract which can be described as “The contract that fully or partially terminates a contractual relationship between the parties”. Parties’ of this agreement’s liability is giving back the things that they took in sudden executed contracts when the agreement made efficient to the past process. The contracts which creates continuous obligations can be terminated as efficient to the future. As a principle, a mutual rescission agreement can be made with explicit and implicit declaration of intent. Because of being an act of disposal, parties must have power of disposition for making a valid mutual rescission agreement.

**Keywords:** Mutual Rescission, Obligation Relationship, Termination, Release Contract, Contrarius Consensus.



---

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.  
abdurrahmansavas@hotmail.com

## I- GENEL OLARAK

Borç kavramı biri dar diğeri ise geniş olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamı olarak borç, borç ilişkisinden doğan münferit alacağı ifade ederken geniş anlamı ise borç ilişkisinin tamamını ifade eder<sup>1</sup>. Bir borç ilişkisinin sona ermesi, o borç ilişkisinden doğmuş borçların sona ermesine sebep olsa da bunun her zaman böyle olması zorunlu değildir<sup>2</sup>: Örneğin bir kira sözleşmesi sona erince kiralayanın borcu artık sona erer. Buna karşılık kiracının işlemiş kira borçları varsa bunlar kural olarak devam eder. Bir borç ilişkisinden doğan borçların tamamının sona ermesi ve artık yeni borç doğmaması, borç ilişkisini sona erdirirse de; doğmuş münferit bir borcun, borç ilişkisini etkilemeden sona ermesi de mümkündür<sup>3</sup>. Bu sebeple borcu sona erdiren sebepler ile borç ilişkisini sona erdiren sebepler birbiri ile aynı değildir.

818 sayılı Borçlar Kanununda m. 113 ve devamında borcu sona erdiren haller sayılmış ancak borç ilişkisini sona erdiren hallerde değinilmemiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda (TBK şeklinde kısaltılacaktır) ise “Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamanaşımı” başlığını taşıyan üçüncü bölümde m. 131-161 arasında yine borcu sona erdiren haller düzenlenmiştir. Gerçi 138. maddede “Aşırı İfa Güçlüğü” başlığı ile borç ilişkisini sona erdiren bir durum düzenlenmiş<sup>4</sup> ise de aslında burada borç ilişkisini sona erdiren sebep aşırı ifa güçlüğü bizzat kendisi değil, bu duruma düşen tarafa tanınan dönme ya da fesih yetkisidir<sup>5</sup>.

Borç ilişkisini sona erdiren haller ikale sözleşmesi, fesih ve feshi ihbar, iptal, geri alma ve dönmedir. Bu sona erme sebeplerinden ikale, sözleşme iken diğerleri tek taraflı hukuki işlemlerdir. İfa, ibra, yenileme, takas, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi ve ifa imkansızlığı ise borç ilişkisini değil dar anlamda borcu sona erdiren sebeplerdir. Bununla birlikte sözleşmenin konusu tek bir edim ise veya birden çok edim bulunmakla birlikte hepsi ifa edilmişse ya da başka şekilde sona ermişse bu borç ya da borçlarla birlikte borç ilişkisi de sona ermektedir<sup>6</sup>. Ancak bu dolaylı bir durumdur ve her zaman gerçekleşmez.

---

<sup>1</sup> Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, I Genel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 1976, 1153; von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çeviren: Cevad Edege, C.I-II, 2. Baskı, İstanbul 1983, 633. Nomer, Haluk Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011, 381.

<sup>2</sup> Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 12. Bası, 549.

<sup>3</sup> Oğuzman/Öz, 549.

<sup>4</sup> Oğuzman/Öz, 551.

<sup>5</sup> Akıncı, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Konya 2013, 291.

<sup>6</sup> Nomer, 381.

Bu çalışmada borç ilişkisini sona erdiren sebeplerden sadece ikale sözleşmesi borçlar hukuku açısından incelenmiş, iş hukukundaki ikale kurumuna birkaç yer dışında değinilmemiştir. Yeri geldikçe de borç ilişkisine ya da borcu sona erdiren diğer sebeplere çok kısa değinilmiştir. Ayrıca, Roma hukuku ve eski hukukumuz İslam hukukundaki ikale kurumuna da çok kısa yer verilmiştir.

## II- ROMA HUKUKUNDA İKALE SÖZLEŞMESİ

Geniş anlamda borç ilişkisini sona erdiren ikalenin köklerini Roma hukukunda bulmak mümkündür. Bununla birlikte ikale, Roma hukukunda sonradan ortaya çıkmış bir kurumdur. Klasik öncesi döneme kadar hukuk sistemine ve özellikle sözleşmeler hukukuna hakim olan katı ve şekilci yapı sebebi ile, bu gereklere uygun olarak kurulmuş olan bir sözleşme ne tek taraflı ne de iki taraflı olarak ortadan kaldırılamazdı<sup>7</sup>. Taraflar şekle bağlı olarak kurulmuş bir sözleşmeyi ortadan kaldırmak istiyorlarsa bu işlemin tersini yine aynı şekil şartlarını icra etmek suretiyle tekrar yaparlar ve tersine bir sözleşme ile aynı sonuca ulaşmış olurlardı. İşlem sözlü şekle bağlı olarak bazı soruların sorulması ve buna uygun cevapların verilmesi şeklinde yapılmışsa, ilkinin tersi mahiyetindeki soru ve cevaptan oluşan sözlü bir işlem ile ortadan kaldırılabilirdi. Taraflar arasındaki borç ilişkisi terazi ve maden külçesi merasimi ile kurulmuşsa (per aes et libram), yine aynı şekilde terazi ve maden külçesi merasimi ile yapılan *contrarius actus* adı verilen mukabil bir işlem ile ortadan kaldırılmaktaydı<sup>8</sup>. Bu işlem aslında ikale olmayıp yepyeni bir sözleşmedir.

Klasik dönemden itibaren, şekil şartına bağlı kalmadan ve herhangi bir şeyin verilmesi gerekmeden, tarafların iradeleri ile (*consensus*) kolayca kurulabilen rızai sözleşmelerin kabul edilmesinden sonra, sözleşme ilişkisinin yine aksi yöndeki taraf iradeleri ile (*contrarius consensus*) kolayca ortadan kaldırılabileceği kabul edildi. Ancak dikkat edilmelidir ki Roma hukukunda tüm sözleşmeler değil sadece tarafların birbirine uygun irade beyanları (*consensus*) ile kurdukları (rızai) sözleşmeler, yine tarafların zıt iradeleriyle (*contraria consensus*) sona erdirilebilmekteydi<sup>9</sup>. Özellikle satış sözleşmesi ve *locatio conductio* olarak ifade edilen hizmet, eser ve kira sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulan bu sona erme sebebi, şirket ve vekalet sözleşmesi gibi tek taraflı olarak sona erdirilebilen sözleşmelerde ise kullanılmamaktaydı<sup>10</sup>. Ancak be-

---

<sup>7</sup> Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 2007, 8, dn.2.

<sup>8</sup> Rado, Türkan, Roma Hukuku Dersleri (Borçlar Hukuku), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, 175; Serozan, 8, dn. 2.

<sup>9</sup> Rado, 190.

<sup>10</sup> Rado, 190; Savaş, Abdurrahman, Roma ve Türk Hukukunda Vekalet Sözleşmesi, Adal Ofset, Konya 2005, 98; Yüksel, Halil İbrahim, Roma Hukukunda Satış Sözleşmesi (*Emptio-Venditio*),

İrtilen sözleşmelerin bu şekilde sona erdirilebilmesi için sözleşmeden doğan borçların ifasına henüz başlanmamış olması gerekmektedir<sup>11</sup>. Çünkü kısmen dahi ifa edilmiş olan bir sözleşmenin tümüyle ve bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırılarak hiç kurulmamış duruma getirilmesi mantıken imkansız görülüyordu<sup>12</sup>. Ayrıca ifa edilmiş bir sözleşmenin *contrarius consensus* ile ortadan kaldırılması durumunda, ifa edilen edimlerin geri alınması için herhangi bir sebepsiz zenginleşme davası da tanınmamıştır<sup>13</sup>. Nitekim satış sözleşmesinde satıcı ve alıcı henüz edimlerinin ifasına başlamamışlarsa, zıt iradelerinin (*contrarius consensus*) baştaki irade uyuşmasını (*consensus*) bozacağı kabul edilmekteydi<sup>14</sup>. Bu kabul, *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde belirtildiği üzere *locatio conductio* sözleşmeleri bakımından da geçerliydi<sup>15</sup>.

*Contrarius consensus*, sözleşmenin *ipso iure*<sup>16</sup> sona erme hallerinden birisidir ve sözleşmenin bu yolla sona ermesi için tarafların kısmi dahi olsa edimlerini ifa etmemiş olmaları aranmaktadır<sup>17</sup>. Ancak satış sözleşmesinde tarafların temel borçları olan satılanın teslimi ve satış bedelinin ödenmesi dışında kalan ikincil borçların ifa edilmiş olmasının sözleşmenin *contrarius consensus* ile sona erdirilmesine mani olmayacağı kabul edilmekteydi<sup>18</sup>. Bir *ipso iure* sona erme sebebi olması ve uygulanabilmesi için temel borçların ifa edilmemiş olmasının aranması, *contrarius consensus*'u, Roma hukukundaki diğer bir sona

---

Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015, 130.

<sup>11</sup> Rado, 190; Seliçi, 106, dn. 12; Savaş, 98; Yüksel, 130.

<sup>12</sup> Serozan, 8, dn. 2.

<sup>13</sup> Zulueta, Francis de, *The Roman Law of Sale Introduction and Select Texts*, Oxford The Clarendon Press, Corrected Sheet of First Edition 1966, 54.

<sup>14</sup> Zulueta, 53.

<sup>15</sup> *Iust. I. 3, 29, 4*: "Ayrıca, rıza ile teşekkül eden borç münasebetleri, zıt irade ile sukut ederler. *Filhakika*, şayet, *Titius* ile *Seius*, *Tusculanum* arazisinin 100 altına satılması hususunda aralarında anlaşmış olsalar ve sonra, muamele tahakkuk etmeden, yani semen tediye edilmeden ve mebi de teslim olunmadan evvel, bu alım satımdan rücu etmek isterlerse, karşılıklı olarak borçlarından kurtulurlar. *Locatio* ve *conductio*'da ve rıza ile teşekkül eden bütün diğer akitlerde, evvelce söylenmiş olduğu gibi, vaziyet aynıdır". *Iustinianus*, *Institutiones*, Çeviren: Ziya Umur, Fakülteler matbaası, İstanbul, 1968, 287.

<sup>16</sup> Borçların *ipso iure* sona ermesi; *ius civile* tarafından borcu sona erdiren bir sebep olarak tanınan hallerde, borç ilişkisinin doğrudan doğruya, hukuken sona ermesidir. Roma hukukuna göre borçlar *ipso iure* sona erebileceği gibi *ope exceptionis* yani defii yoluyla da sona erdirilebilirler. *Ope exceptionis* sona ermede, borç doğrudan doğruya sona ermez ancak *praetor* hukukunun sağladığı bir defii ile borcun ifasının istenmesi engellenir. Rado, 174.

<sup>17</sup> Zulueta, 54

<sup>18</sup> Zulueta, 54, dn. 1.



erme sebebi olan *pacta de non petendo*'dan<sup>19</sup> da ayırmaktadır<sup>20</sup>.

Roma hukukunda borçların ibra edilmesi için kullanılan bir diğer sona erme şekli ise *acceptilatio*'dur. *Acceptilatio*, *Iustinianus* devrine kadar yalnızca *stipulatio*'dan doğan borçların ibrasını sağlamak için kullanılmıştır. *Stipulatio*'dan doğmayan borçlar ise yenileme (*novatio*) yapılmak suretiyle *stipulatio* borcu haline getirilmiş ve ardından yapılan *acceptilatio* ile sona erdirilmiştir<sup>21</sup>. Dolayısıyla rızai sözleşmelerden doğan borçların, sözelimi satış sözleşmesinden doğan satılanı teslim ve satış bedelini ödeme borçlarının *stipulatio* borcu olmadıkları için *acceptilatio* yoluyla ibra edilmeleri mümkün değildi. Ancak sözleşme taraflarının rızai satış sözleşmesinden doğan borçlarının ibrası amacıyla karşılıklı birer *acceptilatio* yapması halinde, bu işlemlerin tahvil yoluyla *contarius consensus* olduğu ve satış sözleşmesinin ikale sözleşmesi ile sona erdiği kabul edilmiştir<sup>22</sup>.

### III- İSLAM HUKUKUNDA İKALE SÖZLEŞMESİ

İslam hukukunda ikale, bağlayıcı olan ve feshedilebilen bir sözleşmenin, tarafların karşılıklı rızaları ile ortadan kaldırılması anlamında kullanılmaktadır<sup>23</sup>. Her ne kadar İslam hukuk literatüründe ikale, satış sözleşmesi<sup>24</sup> ve biraz da kira sözleşmesi bağlamında ele alınmışsa<sup>25</sup> da bağlayıcı olan ve taraf iradeleri ile ortadan kaldırılabilen tüm sözleşmeler için uygulanabilir.

İkale, İslam hukukunda da bir sözleşmedir<sup>26</sup>. Dolayısıyla icap ve kabul ile kurulur. Nitekim ikalenin satış sözleşmesi gibi icap ve kabul ile kurulduğu *Mecelle*'nin 191. maddesinde açıkça ifade edilmiştir<sup>27</sup>.

---

<sup>19</sup> *Pacta de non petendo*; borcun istenemeyeceğine ilişkin alacaklı ile borçlu arasında yapılan şekilsiz anlaşmadır. Bu anlaşma ile haksız fiilden (*iniuria* ve *furtum*) doğan borçlar *ipso iure* sona ererken, diğer borçlar alacaklının açacağı davada borçlunun def'i sürmesiyle *ope exceptionis* sona ererdi. Rado, 182; Tahiroğlu, Bülent, *Roma Borçlar Hukuku*, İstanbul 2011, 100.

<sup>20</sup> Zulueta, 53-54.

<sup>21</sup> Rado, 181-182.

<sup>22</sup> Kaneti, Selim, *Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvil)*, İstanbul, 1972, 40.

<sup>23</sup> Aybakan, Bilal, *İkale*, *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C. 22, 14.

<sup>24</sup> *Mecelle*, m. 163.

<sup>25</sup> Tunçomağ, 696; Aybakan, 14.

<sup>26</sup> Aybakan, 14.

<sup>27</sup> Bkz. Ali Haydar, *Dürrül Hükam Şerhi Mecelletil Ahkam*, C. I, İstanbul 1330, 304; Atıf Bey, *Şerhi Mecelle'yi Ahkam-ı Adliye*, C. I, İstanbul 1318, 178. Tunçomağ, *Mecellenin 163. maddesinde yer alan "ikale akd-i bey'i ref' ve izale etmektir"* şeklindeki düzenlemeden ikalenin sözleşme olduğu sonucunun çıkarılamayacağını, ancak yazarların çoğuna göre ikalenin icap ve kabul ile meydana geldiğini söylemektedir.

Taraf iradeleri açık olabileceği gibi örtülü şekilde de olabilir. İslam hukukunda konusu verme (dare) borcu olan edimlerin konuşmadan karşılıklı ifa edilmesi ile de (ki buna teati denmektedir) ikale sözleşmesi kurulabilir<sup>28</sup>. İkalenin İslam hukukunda satış sözleşmesi kapsamında düzenlenmesinin bir sonucu olarak, kabul edilen teati ile ikale hem kurulmuş hem de ifa edilmiş olmaktadır. Bu konuda icabın alıcı ve satıcıdan gelmesi arasında fark yoktur<sup>29</sup>.

İslam hukukunda ikalenin hukuki niteliği konusunda farklı görüşler vardır. Bazı İslam hukukçuları ikale kelimesinin lafız anlamından hareketle, bunun hem taraflar hem de üçüncü kişiler açısından fesih niteliğinde bir işlem olduğunu ifade etmişlerdir. Bazı hukukçular ise ikalenin hem taraflar hem de üçüncü kişiler açısından, taraflarına yeni borçlar yükleyen yeni bir sözleşme olduğunu belirtmişlerdir. Nihayet diğer bir görüş ise ikalenin taraflar açısından fesih niteliğinde bir işlem, üçüncü kişiler açısından ise yeni bir sözleşme niteliğinde olduğunu savunmaktadır<sup>30</sup>.

İkale sözleşmesinin kısmi ya da bütünsel olması mümkün olduğu gibi sözleşmenin konusunun bir kısmı telef olsa kalan kısımda ikale geçerlidir<sup>31</sup>. Buna karşın verme borcu doğuran ilk sözleşme ifa edilmişse ve sözleşmenin konusu telef olarak tamamen ortadan kalmışsa ikale mümkün değildir<sup>32</sup>.

Borç ilişkisi henüz ifa edilmeden yapılan ikale geçmişe etkilidir. İfanın gerçekleşmesinden sonra yapılan ikale ise geleceğe etkili sonuçlar doğurur<sup>33</sup>.

İkaleyi fesih sayan görüşe göre iade talepleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanmaktadır. İkaleyi yeni bir sözleşme sayan görüşe göre ise iade talepleri bu yeni sözleşmeden doğmaktadır<sup>34</sup>.

İkale fesih olarak kabul edilirse ikalenin ikalesi mümkün değildir. Buna karşılık ikalenin yeni bir sözleşme sayılması durumunda ikale de tekrar yeni bir ikale ile ortadan kaldırılabilir. Bu durumda ikale hiç yapılmamış gibi bir sonuç doğar ve eski hukuki ilişki devam eder<sup>35</sup>.

---

<sup>28</sup> Mecelle, 192; bkz. Atf bey, 179; Ali Haydar, 307.

<sup>29</sup> Ali Haydar, 307.

<sup>30</sup> Aybakan, 14; Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Haydar, 313 vd.

<sup>31</sup> Mecelle, m. 195; Ali Haydar, 312.

<sup>32</sup> Mecelle, 194; Ali Haydar, 309.

<sup>33</sup> Aybakan, 15-16.

<sup>34</sup> Aybakan, 16.

<sup>35</sup> Aybakan, 16.

## IV- TÜRK HUKUKUNDA İKALE SÖZLEŞMESİ

### A- TERMİNOLOJİ

Arapça kökenli bir kelime olan “ikale” kavramı sözlükte bir şeyi gidermek, ortadan kaldırmak anlamına gelmektedir<sup>36</sup>. Hukuki olarak ise mevcut bir sözleşmenin taraf iradeleri ile yeni bir sözleşme yapılarak ortadan kaldırılmasıdır<sup>37</sup>. 818 sayılı Borçlar Kanunu ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda ikale sözleşmesi düzenlenmemiştir. Bu sebeple doktrinde ikale sözleşmesi için bir terim birliği bulunmamaktadır. Mevcut bir sözleşmeyi ortadan kaldırmayı amaçlayan bu sözleşme için doktrinde fesih sözleşmesi<sup>38</sup>, bozma sözleşmesi<sup>39</sup>, çözme sözleşmesi<sup>40</sup> ve nihayet ikale sözleşmesi<sup>41</sup> kavramları kullanılmaktadır. İ kale sözleşmesi kavramından farklı kavramlar kullanan yazarlar yer yer ikale kavramına da yer vermektedirler. Gerek eski hukukumuzda isimli bir sözleşme olması ve bu isimle anılması ve gerekse doktrinde yaygın olarak kullanılan bir kavram olması sebebi ile biz de çalışmamızda “İ kale Sözleşmesi” kavramını tercih ettik<sup>42</sup>.

### B- TANIM

İ kale sözleşmesi Borçlar kanunlarımızda tanımlanmamıştır. Bu sebeple isimsiz bir sözleşmedir<sup>43</sup>. İ kale sözleşmesi için doktrinde farklı tanımlar yer

---

<sup>36</sup> Aybakan, 14.

<sup>37</sup> Turanboy, K Nuri, İbra Sözleşmesi, Ankara 1998, 35; Günay, Cevdet İlhan, İ kale Sözleşmesi, Çimento İşveren, Eylül 2009, 6; Akıncı, 292.

<sup>38</sup> Tunçomağ, 695. Fesih aslında tek taraflı olarak borç ilişkisini sona erdiren bir işlem olmakla birlikte eski hukukumuzda sözleşme ilişkisini sona erdiren tek ve iki taraflı işlemlerin tamamı için kullanılan bir kavramdı. Bu sebeple doktrinde eski hukukumuzdaki alışkanlığın bir devamı olarak fesih sözleşmesi kavramı da kullanılmaktadır.

<sup>39</sup> Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Ankara 2015, 1258; Akıncı, 292.

<sup>40</sup> Serozan, 77.

<sup>41</sup> Günay, 2 vd.; Turanboy, 35; Aksu, Mustafa, Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeniliklerden İbra, <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/4-Mustafa-AKSU.pdf>, 110; Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İ kale, Ankara, 2013, 6 vd.; Nomer, 381; Oğuzman/Öz, 549, dn. 1.

<sup>42</sup> İ kale, Arapça kökenli bir kelime olup sözlük anlamı itibari ile söylemek anlamındaki kâle kelimesinden gelmektedir. Hukuki bir terim olarak ise iki tarafın anlaşmasıyla bir sözleşmeyi bozma, pazarlığı bozma anlamına gelmektedir, bkz. Parlatur, İsmail, Osmanlı Türkçesi Sözlüğü, 7. Baskı, Ankara 2014, s. 713; Ayrıca bkz. <http://www.kubbealtiligati.com/sonuclar.aspx?km=%C4%B0K%C4%80LE&mi=0> ; Bu kelime türetilme aşamasında baş tarafına, bir şeyi ortadan kaldırma, yok etme anlamlarına gelen bir harf eklenmesi ile ikâle haline dönüşmüştür. Bu da yazılı sözleşme kültürünün bulunmadığı bir toplumda genellikle sözlü (kavli) olarak kurulan sözleşmelerde ortaya çıkan hukuki durumu yine sözlü (kavli) olarak ortadan kaldırmak amacı ile yeni bir söz söylemek anlamına gelmektedir.

<sup>43</sup> Turanboy, 36, Eren, 1258.

almaktadır. Eren'e göre ikale, sözleşmeyi ortadan kaldırma sözleşmesidir<sup>44</sup>. Akıncı ise ikaleyi "tarafaların aralarındaki akdi ilişkiyi sona erdirmek amacıyla yeni bir sözleşme yapmak suretiyle karşılıklı olarak alacak ve borçlarından vazgeçmeleridir" şeklinde tanımlamaktadır<sup>45</sup>. Astarlı ise "bir sözleşmenin ve bu sözleşme ile kurulan hukuki ilişkinin, sözleşme özgürlüğü kapsamında tarafların karşılıklı iradelerine dayanan yeni bir sözleşme ile ortadan kaldırılmasına bozma, buna ilişkin sözleşmeye de bozma sözleşmesi (contrarius actus) veya diğer bir ifadeyle ikale denir"<sup>46</sup> şeklinde tanımlamıştır. Yapılan tanımlarda hep taraflar arasında daha önce kurulmuş olan bir "sözleşmenin" sona erdirilmesi amacı ile yapılan yeni bir sözleşme ön plana çıkmaktadır<sup>47</sup>. Doktrinde taraflar arasındaki ilişkinin mutlaka sözleşme ilişkisine dayanmasının gerekli olmadığı ifade edilmektedir. Bu fikre göre haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve sözleşmenin ihlalinden doğan tazminat talepleri de ikale sözleşmesi ile ortadan kaldırılabılır<sup>48</sup>. Bu sebeple ikale sözleşmesi "tarafaların arasındaki borç ilişkisinin ve özellikle sözleşmenin, taraf iradeleri ile kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması amacıyla yapılan sözleşme" olarak tanımlanabilir.

## C- İKALE SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

### 1- İSİMSİZ BİR SÖZLEŞME OLMASI

İkale sözleşmesi, hem 818 sayılı Borçlar Kanununda hem de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda düzenlenmemiştir. Bunun sebebi 818 sayılı Borçlar Kanununda ibra sözleşmesinin unutulması ile aynı değildir<sup>49</sup>.

<sup>44</sup> Eren, 1258.

<sup>45</sup> Akıncı, 292; Akıncı, Şahin, Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya 2004, 36.

<sup>46</sup> Astarlı, 6.

<sup>47</sup> Diğer tanımlar için bkz. Fezyioğlu, Feyzi. Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 1977, 413; Tunçomağ, 695; Çil, Şahin, İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, Kamu-İs; C: 7, S: 3/2004, 7; Taşkent, Savaş, İş Sözleşmesinin İkale Yoluyla Sona Erdirilmesi, Kamu-İş; C:11, S:4/2011, 1, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1141.pdf>.

<sup>48</sup> Turanboy, 37. Yazar bu konuda örnek vermemekle birlikte şöyle bir örnek verilebilir: Trafik kazasına karışan iki araçta ya da kavga eden iki kişide karşılıklı oluşan zararlar sebebi ile, tarafların bir araya gelerek haksız fiilden kaynaklanan bu zararların tasfiyesine yönelik bir sözleşme yapmaları mümkündür. Bu sözleşme, hükümlerine göre borçları sona erdirdiği oranda karşılıklı ibra sözleşmesi ya da fedakarlığın olup olmaması durumuna göre sulh sözleşmesi olarak kabul edilebilirse de duruma göre ikale sözleşmesi olarak kabul edilebilmesinde engel bir durum yoktur. Bununla birlikte ikale sözleşmesinin Roma hukukundaki isminin "contrarius consensus" olması, eski hukukumuzdaki ikale kelimesinin kavil (söz) ile kurulan ilişkinin yeni bir söz ile sonlandırılması şeklindeki anlamları göz önünde bulundurulduğunda ikalenin kural olarak sadece sözleşmesel ilişkilerde gerçekleştiğinin kabulü yerinde olur.

<sup>49</sup> Turanboy, 36.

Türk borçlar hukukuna hakim olan ilkelerin en önemlilerinden birisi olan “irade özerkliği” ilkesi, kişilerin şahsi ilişkilerini hür iradelerine göre diledikleri gibi tayin edebilme özgürlüğünü ifade eder. Özgür bir varlık olan kişi, kendi kaderini bizzat belirleme hakkına ve özgürlüğüne sahiptir<sup>50</sup>. İrade özerkliği ilkesinin bir alt başlığı ise sözleşme özgürlüğüdür<sup>51</sup>. Sözleşme özgürlüğü ilkesi bir sözleşmeyi yapıp yapmama, sözleşmenin karşı tarafını seçme, istenilen tip ve içerikte sözleşme yapma, sözleşmenin şeklini belirleyebilme ve sözleşmeye son verebilme özgürlüklerini içerir<sup>52</sup>. Bu anlamda Türk Borçlar Kanununun sözleşme özgürlüğü başlığını taşıyan 26. maddesine göre “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler”. Dolayısıyla tarafların sözleşme yapma kadar yaptıkları bir sözleşmeyi ortadan kaldırma hakları da vardır. Aslında burada sözleşme yapma ve sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğü bir arada bulunmaktadır<sup>53</sup>. Taraflar bir açıdan kanunda düzenlenmemiş bir sözleşme yapmak suretiyle sözleşme yapma özgürlüklerini, diğer taraftan da yaptıkları bu yeni sözleşme ile eski sözleşmeyi ortadan kaldırmak sureti ile sözleşmeye son verebilme özgürlüklerini kullanmaktadırlar.

İkalenin isimsiz bir sözleşme olması sebebiyle uygulanacak hükümlerin tespiti konusunda Türk<sup>54</sup> ve İsviçre<sup>55</sup> hukukunda genellikle benzer bir kurum olan ve münferit borcun sona ermesini düzenleyen ibra sözleşmesinin hükümlerinden yararlanılmaktadır. Ancak ileride de değinildiği gibi birbirlerine benzer olmakla birlikte ibra ile ikale farklı sözleşmelerdir. Dolayısı ile ibra sözleşmesine ilişkin 132. maddenin ikale sözleşmesine aynen uygulanması bazı açılardan mümkün değildir.

## 2- TASARRUF İŞLEMİ OLMASI

İkale sözleşmesi borç ilişkisinin konusuna doğrudan doğruya etki eder. Bu etki borç ilişkisinin konusunu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak şeklindedir. Bu surette taraflar birbirlerine karşı sahip oldukları temel sözleşmeye

---

<sup>50</sup> Eren, 16, 267 vd.; Akıncı, 10.

<sup>51</sup> Eren, 16-17.

<sup>52</sup> Oğuzman/Öz, 24; Eren, 17; Akıncı, 11; Başpınar, Veysel, Borç İlişkilerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, 17.

<sup>53</sup> Astarlı, 17.

<sup>54</sup> Turanboy, 40; Astarlı, 17; Oğuzman/Öz, 549, dn.1; Seliçi, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976, 104; Gümüş, Mustafa Alper, Türk ve İsviçre Hukukunda İbra Sözleşmesi, İstanbul 2015, 43.

<sup>55</sup> Oser, H./Schönenberger, W., İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Md. 115, N. 1, (Çev: Ayiter, Ferit) Ankara 1950. 827. Özellikle bkz. Gümüş, 43, dn. 181'deki yazarlar.

dayanan alacaklarını ve talep haklarını daraltmakta ya da tamamen ortadan kaldırmaktadırlar. İkale, bazen bir tarafın bazen de her iki tarafın malvarlığının aktif kısmını azaltmaktadır. İkale, borç ilişkisinin konusunu daralttığı ya da tamamen ortadan kaldırdığı için taahhüt işlemi değil bir tasarruf işlemi mahiyetindedir<sup>56</sup>.

İkale sözleşmesinin tasarruf işlemi olması sebebi ile alacaklının ortadan kaldırdığı alacak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması gerekir<sup>57</sup>. Her iki taraf da alacak haklarında tasarrufta bulunuyorlarsa her ikisinin de tasarruf yetkisine sahip olmaları gerekir. Böyle bir tasarruf yetkisi sadece borç ilişkisinin taraflarında ya da temsilcilerinde bulunur<sup>58</sup>.

#### **D- İKALE SÖZLEŞMESİNİN BENZER HUKUKİ İLİŞKİLERLE KARŞILAŞTIRILMASI**

İkalenin borç ilişkisini konu alan bir sözleşme olması sebebi ile benzer nitelik taşıyan bazı hukuki ilişkiler ile karşılaştırılması yararlı olacaktır. Bu başlık altında ikale sözleşmesinin, hukuki dayanağı olarak da kabul edilen ibra sözleşmesi ile, alacak hakkını kullanmamaya yönelik bir sözleşme olan pactum de non petendo ile, borcun yeni bir borç ile sonlandırılması olan yenileme ile, tarafların karşılıklı fedakarlıklar yapmak sureti ile aralarındaki anlaşmazlığı çözüme kavuşturdukları sulh sözleşmesi ile ve son olarak da tarafların aralarında varlığı tereddütlü bir alacağın olmadığı konusunda anlaşmaları ile kurulan menfi borç ikrarı sözleşmesi ile karşılaştırması yapılmıştır.

#### **1- İKALE SÖZLEŞMESİNİN İBRA SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI**

İbra sözleşmesi TBK'nın 132. maddesinde düzenlenmiş bir sözleşme olmasına karşın ikale sözleşmesi TBK'da düzenlenmemiştir. Kanuni bir tanımlanmamakla birlikte ibra sözleşmesi; "Alacaklının borçlu ile anlaşarak alacağın ifa olmaksızın kısmen ya da tamamen ortadan kalkması sonucunu doğuran sözleşme" şeklinde tanımlanabilir<sup>59</sup>. İbrada dar anlamda borç sona erdirilirken ikalede tüm ilişki ortadan kaldırılmaktadır. İbranın taraflar arasındaki borcu kısmen ya da tamamen ortadan kaldırması mümkün olduğu gibi ikale de söz-

---

<sup>56</sup> Eren, 1258; Turanboy, 39; Aksu, 112; Astarlı, 31-32; Akıncı, 292; Akıncı, Vekalet, 36.

<sup>57</sup> Eren, 1258.

<sup>58</sup> Turanboy, 40.

<sup>59</sup> Diğer tanımlar için bkz., Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, 1993, 985; Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2015, 313; Eren, 1270; Oğuzman/Öz, 554; Gümüş, 17-18; Zevkililer, Aydın/Ertaş, Şeref/Havutçu, Ayşe/Aydoğdu, Murat/Cumalıoğlu, Emre, Borçlar Hukuku, İzmir 2013, 354; Tunçomağ, 704-705; İnan, Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979, 507.

leşmeyi kısmen ya da tamamen ortadan kaldıracaktır. Ancak dikkat edilmelidir ki borcun kısmen ortadan kaldırılması ile borç ilişkisinin kısmen ortadan kaldırılması aynı değildir<sup>60</sup>.

İbra sözleşmesi gibi ikale sözleşmesi de tasarruf işlemidir<sup>61</sup>. Dolayısıyla her iki işlemde de taraflar tasarruf ehliyetine sahip olmalıdırlar.

TBK m. 132'ye göre ibra sözleşmesi, ibra edilen borç, şekle bağlı bir sözleşmeden doğmuş olsa bile şekilsiz olarak yapılabilir. İ kale sözleşmesinin isimsiz bir sözleşme olması sebebi ile uygulanacak hükümler konusunda doktrinde tartışma vardır. Yazarların birçoğuna göre ikale sözleşmesi, ortadan kaldırılan sözleşme şekle bağlı olsa bile şekilsiz olarak yapılabilir<sup>62</sup>. Bununla birlikte ikale sözleşmesini sözleşmenin konusunun değiştirilmesi olarak gören bazı yazarlar şekle bağlı sözleşmelerin ikalesinin de aynı şekilde yapılması gerektiğini savunmaktadırlar<sup>63</sup>. Diğer bir görüş ise, ikale sözleşmesinin taraflara yüklediği borçlara bakılarak şekle bağlı olarak yapılıp yapılmayacağına karar verilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>64</sup>.

Doktrinde<sup>65</sup> ikale sözleşmesinin ibra sözleşmesinden farklı olarak sadece iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olduğu ifade edilmektedir. İ kalenin borç ilişkisini sona erdiren bir sebep olması karşısında ibranın sadece borcu sona erdiren bir sözleşme olması, bu açıdan karşılaştırılmalarına engel değildir. Nitekim tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan kefalet sözleşmesi<sup>66</sup>, alacaklı ile kefil tarafından karşılıklı irade beyanları ile ortadan kaldırılabilir. Kefilin kefalet sözleşmesinden dolayı henüz ödeme yükümlülüğü altına girmemiş olması durumunda da aynı sonuç geçerlidir. Borç doğduktan sonra kefilin bu borçtan ibra edilmesi ise farklı bir işlemdir.

## 2- İKALE SÖZLEŞMESİNİN PACTUM DE NON PETENDO İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Doktrinde “alacak hakkını kullanmama taahhüdü”<sup>67</sup>, “alacağı talep etme-

---

<sup>60</sup> Aksu, 112.

<sup>61</sup> Aksu, 112.

<sup>62</sup> Tunçomağ, 696; Eren, 1258; Aksu, 112; Zevkliler/Ertas/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, 355; von Tuhr, 638; Turanboy, 40-41.

<sup>63</sup> Seliçi, 108.

<sup>64</sup> Gümüş, 48.

<sup>65</sup> Zevkliler/Ertas/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, 355.

<sup>66</sup> Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014, 1368.

<sup>67</sup> Oğuzman/Öz, 556.

me taahhüdü”<sup>68</sup>, “alacağın istenmeyeceğine dair anlaşma”<sup>69</sup> gibi isimlerle anılan pactum de non petendo (in perpetuum), ibra gibi borcu sona erdiren bir sebep olmayıp, alacaklının borçlu ile ifanın talep edilmeyeceği konusunda anlaşmalarıdır<sup>70</sup>. Bu anlaşma ile alacaklı borçludan alacağını hiçbir zaman istemeyeceğini taahhüt etmektedir<sup>71</sup>. Buna karşılık pactum de non petendo in tempus ise belirli bir zaman dilimi içerisinde alacağın istenmeyeceğini içeren anlaşmadır<sup>72</sup>. İkale sözleşmesi çoğu kere tasarruf işlemi iken alacağı talep etmeme sözleşmesi borçlandırıcı bir işlemdir<sup>73</sup>.

İkale sözleşmesi ile temel borç ilişkisi ve ona bağlı haklar sona ererken pactum de non petendo ne borcu ne de borç ilişkisini ortadan kaldırır<sup>74</sup>. Bu sebeple borç ve borca bağlı yan haklar da varlığını sürdürürler<sup>75</sup>. Burada alacaklıya, alacağını talep etmemesi konusunda olumsuz bir edim yüklenmektedir<sup>76</sup>. Roma hukukunda da borcu hukuken sona erdiren sebepler arasında yer almayan pactum de non petendo, bu özelliği ile bir def’i niteliğindedir. Dolayısıyla hakim tarafından re’sen göz önünde bulundurulamaz<sup>77</sup>. Buna karşılık ikale doğrudan borç ilişkisine etki ettiği için hakim tarafından re’sen göz önünde bulundurulur.

İkale sözleşmesi ile özellikle ifa edilmemiş borçlar ortadan kalktığı için bu borçların ifası amacıyla yapılan bir ödeme sebepsiz zenginleşme oluşturur<sup>78</sup>. Buna karşın pactum de non petendo’da yapılacak ödeme, borç hala varlığını devam ettirdiği için ifa sayılır ve borç olmayan şeyin ifası durumunda açılacak

---

<sup>68</sup> Hatemi/Gökyayla, 314.

<sup>69</sup> Tunçomağ, 707.

<sup>70</sup> Oğuzman/Öz, 556; Hatemi/Gökyayla, 314; Turanboy, 34.

<sup>71</sup> Turanboy, 31.

<sup>72</sup> Doktrinde pactum de non petendo in tempus ile erteleme sözleşmesinin farklı olduğu ifade edilmektedir. Pactum de non petendo’da alacak belli bir süre dava edilemezken, erteleme sözleşmesinde vade ileriye atılmakta ve sözleşmenin içeriği değiştirilmektedir. Bu sebeple erteleme sözleşmesi itiraz olması hasebiyle hakim tarafından re’sen gözünde bulundurulurken pactum de non petendo in tempus (belli bir süre dava açmama taahhüdü), in perpetuum (daimi olarak dava açmama taahhüdü) gibi bir def’idir ve hakim tarafından re’sen dikkate alınmaz. Gümüş, 99. Ayrıca bkz. Eren, 951.

<sup>73</sup> Hatemi/Gökyayla, 314.

<sup>74</sup> Turanboy, 32.

<sup>75</sup> Gümüş, 51; Aksu, 104.

<sup>76</sup> Aksu, 104.

<sup>77</sup> Hatemi/Gökyayla, 314; Oğuzman/Öz, 556; Aksu, 104; Turanboy, 31; Tunçomağ, 707.

<sup>78</sup> İkale sözleşmesinin varlığına rağmen yapılan bu ödemeyi, ikalenin ikalesi olarak kabul etmek gerekiyorsa ikalenin ortadan kalkmasıyla birlikte temel ilişki geri geleceği için yapılan ödeme ifa olarak kabul edilmelidir. Bu ifanın ikalenin ikalesi olup olmadığını tespit bir yorum sorunudur.



bir sebepsiz zenginleşme davası olan *conductio indebiti* ile talep edilemez<sup>79</sup>.

### 3- İKALE SÖZLEŞMESİNİN YENİLEME İLE KARŞILAŞTIRILMASI

TBK m. 133-134’de düzenlenmiş olan yenileme (*tecdit, novatio*) yeni bir borç meydana getirerek önceki bir borcun sona erdirilmesidir<sup>80</sup>. Yenileme sözleşmesi, ikale sözleşmesi gibi sözleşmeye dayalı bir tasarruf işlemidir<sup>81</sup>. Bu sebeple ikale sözleşmesinde olduğu gibi yenilemede de taraflar tasarruf yetkisine sahip olmalıdırlar<sup>82</sup>.

Yenileme TBK’da “yeni bir borç” doğurmak suretiyle “eski bir borcun” sona ermesi şeklinde dar anlamda borç üzerinden düzenlenmiştir. Bu açıdan bakıldığında yenileme bir borca ilişkin iken ikale borç ilişkisine yöneliktir. Bununla birlikte tarafların yeni bir borç ilişkisi kurarak eski borç ilişkisini sonlandırmaları da mümkündür<sup>83</sup>. Bu haliyle geniş anlamda borç ilişkisinin yenilenmesi ikaleye daha çok yaklaşır<sup>84</sup>. Bununla birlikte (eski) Borçlar Kanununda (TBK’deki düzenleme de aynı şekildedir) yenilemenin dar anlamda borcun sona ermesini düzenlediğini, kanunun lafzına uygun hareket edilmesi gerektiğini ve bu sebeple yenilemenin geniş anlamda borç ilişkisinin sona erdirilmesine uygulanamayacağını savunan yazarlar da vardır<sup>85</sup>. Kanaatimizce hem sözleşme özgürlüğü kuralı gereği hem de dar anlamda borcun ifa olmaksızın taraf iradeleri ile sona ermesini düzenleyen *ibra* sözleşmesinin ikalede uygulanabilirliği karşısında, yenilemenin geniş anlamda borç ilişkisini de sona erdirebileceği kabul edilmelidir. Geniş anlamda borç ilişkisinin yenilenmesinde taraflar arasında eski borç ilişkisi sona ererken yepyeni bir borç ilişkisi kurulmaktadır<sup>86</sup>.

<sup>79</sup> Gümüş, 99, dn. 361.

<sup>80</sup> Oğuzman/Öz, 559; Eren, 1263; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 989; Gümüş, 100.

<sup>81</sup> Eren, 1267.

<sup>82</sup> Eren, 1266.

<sup>83</sup> Oğuzman/Öz, 559; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 991. Zevkililer/Ertas/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, yenilemeyi “alacaklı ile borçlunun anlaşarak, mevcut borç ilişkisine son verip bunun yerine yeni bir borç ilişkisi kurmalarına yenileme adı verilir” şeklinde tanımlamaktadırlar. Açıklamalar kısmında ise bazen borç ilişkisinden bazen de borçtan bahsetmektedirler. Dolayısı ile onların da borç ilişkisinin yeni bir borç ilişkisi ile “yenilenebileceğini” kabul ettikleri söylenebilir, bkz. 355-356.

<sup>84</sup> Oğuzman/Öz, 559, dn. 29.

<sup>85</sup> Koyuncuoğlu, Tennur, Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi (*Novatio*), İstanbul 1972, 50-51.

<sup>86</sup> Koyuncuoğlu, belli borç amaçlanmadan bir borç ilişkisinin başka bir borç ilişkisine çevrilmesinin, kanundaki teknik anlamda yenilemeden çok eski borcun ortadan kaldırılması (ikale) ve bağımsız yeni bir borcun yaratılması anlamına geldiğini ifade etmektedir, Koyuncuoğlu, 51. Bununla birlikte ikalenin borcun değil borç ilişkisinin sona erme sebeplerinden olduğu düşünülürse bağımsız bir borç ilişkisi kurmak sureti ile eski borç ilişkisini ortadan kaldırmaya

Eski borç ilişkisinin taraflara yüklediği ve ifa edilmiş edimler, yeni borç ilişkisi içerisinde de düzenlenip zımni bir tasfiye ilişkisi de kurulabilir. İkaledede ise eski borç ilişkisi ortadan kalkmakta ve yerine yeni bir borç ilişkisi kurulmamaktadır. İkale sözleşmesinin taraflara yüklediği, ifa edilmiş edimleri geri verme borcu ise, bu anlamda yeni bir borç ilişkisi olarak kabul edilemez<sup>87</sup>.

Yenileme ile sözleşmeden doğan tüm borçlar sona erdirilmişse, bu durumda sözleşme de sona erer. Bu kısmı ile yenileme ikaleye benzetilebilir. Bununla birlikte yenilemede eski sözleşmenin yerine yenisi geçmektedir.

Yenilemenin oluşabilmesi için taraf iradelerinin yanı sıra geçerli bir eski borcun varlığı ve geçerli bir yeni borcun oluşması gerekmektedir. Geçerli bir yeni borç doğmazsa eski borç ortadan kalkmaz<sup>88</sup>. Aynı şekilde ikalede de, bir sözleşmenin ortadan kalkması için geçerli bir ikale sözleşmesine ihtiyaç duyulmaktadır. İkale geçersizse eski sözleşme de hayatta kalmaya devam eder.

#### 4- İKALE SÖZLEŞMESİNİN SULH SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Sulh sözleşmesi, tarafların birbirlerine karşılıklı ödümlerde bulunarak aralarında var olan bir hukuki ilişki üzerindeki anlaşmazlığa veya belirsizliğe son vermek amacıyla yaptıkları bir sözleşmedir<sup>89</sup>. Sulh sözleşmesi de ikale sözleşmesi gibi isimsiz bir sözleşmedir<sup>90</sup>. TBK'da düzenlenmeyen sulh sözleşmesi "mahkeme içi sulh" olarak HMK m. 313/f.1'de "Sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir" şeklinde düzenlenmiştir. Mahkeme içi sulhun unsurları, bir sözleşmenin varlığı, bir uyuşmazlık ya da tereddüdün bulunması ve fedakarlıkta bulunulmasıdır<sup>91</sup>.

---

ve eski borç ilişkisinden kalan borçlarla ve/veya yeni borçlarla yeni bir borç ilişkisi kurmaya bir engel yoktur.

<sup>87</sup> Gümüş, 42, dn. 179. Yargıtay 19. HD., 27.05.2013 tarihli E. 2013/7608 ve K 2013/9638 sayılı kararında ikale sözleşmesinden kaynaklanan edimlerin geri verilmesi borcunu, hatalı şekilde yenileme olarak değerlendirmiştir. "... davacı ile davalılar arasında 13.11.2007 tarihli (ibraname) başlıklı anlaşma imzalanarak 01.08.2001 tarihli sözleşme fesh edilmiş ve davacı tarafından 01.08.2001 tarihli sözleşme kapsamında ödenen paranın geri verilmesi için anlaşmada (a) ve (b) bentleri düzenlenmiş ve borç bu şekilde yenilenmiştir." Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/19hd-2013-7608.htm>.

<sup>88</sup> Eren, 1264; Akıncı, 295.

<sup>89</sup> Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, . Basım, İstanbul 1988, 13 vd.; Turanboy, 42; Aksu, 109;

<sup>90</sup> Turanboy, 42; Aksu, 109.

<sup>91</sup> Mahkeme içi sulhun hukuki niteliği ve tartışmalar için bkz. Akil, Cenk, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Sulh Ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi, GÜ-HFD C. XVI, Y. 2012, Sa. 4, 2.

Usul hukuku açısından mahkeme içi sulhun hukuki niteliği tartışmalıdır<sup>92</sup>.

Sulh sözleşmesi de ikale sözleşmesi gibi daima taraflar arasında daha önceden bir hukuki ilişki bulunmasını gerektirir<sup>93</sup>.

Sulh sözleşmesinde tarafların karşılıklı tavizlerde bulunmaları gerekir. Fedakarlığın karşılıklı olmaması halinde ibra başta olmak üzere bağışlama ya da borç ikrarı gibi durumlar söz konusu olur<sup>94</sup>.

İkale sözleşmesi bir tasarruf işlemi olmasına karşın sulh sözleşmesi her zaman tasarruf işlemi niteliğinde değildir<sup>95</sup>.

Sulhe konu olan hukuki ilişkinin belirsiz, şüpheli ve taraflarca kesin bir anlaşmaya varılmamış içeriği sulh sözleşmesinin yapılmasına sebep olabilir. Böyle bir sözleşme sadece tarafların gelecekte ne gibi yükümlülüklerinin olacağını içerir. Bu noktada sulh sözleşmesi ve taraflar arasındaki hukuki ilişki birbiri ile iç içe girmektedir<sup>96</sup>. Sulh sözleşmesi, yerine getirdiği fonksiyona göre borcun kabulü, yenileme, değiştirme, ve hatta bir erteleme niteliği de taşıyabilir<sup>97</sup>. İkale her zaman bir borç ilişkisini geçmişe ya da geleceğe etkili olarak sonlandırıp duruma göre tasfiye ilişkisi kurarken sulh sözleşmesi, her zaman bir ilişkiyi sonlandırmayıp sadece tespit niteliğinde de olabilir<sup>98</sup>. Sulh, bir ilişkiyi sonlandırıyor ve taraflara sonlandırılan ilişkinin taraflara yüklediği borçları denkleştirmek için yeni yükümlülükler getiriyorsa ikale sözleşmesine yaklaşmış olmaktadır.

## 5- İKALE SÖZLEŞMESİNİN MENFİ BORÇ İKRARI SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Menfi borç ikrarı, taraflar arasındaki bir alacak hakkının mevcut olmadığınin tespit edildiği bir sözleşmedir<sup>99</sup>. İkale sözleşmesi gibi menfi borç ikrarı da isimsiz bir sözleşmedir<sup>100</sup>.

İbraya benzeyen menfi borç ikrarında, ibradan farklı olarak kesin bir alacak hakkı değil, varlığı tereddütlü bir alacak hakkı sonlandırılmaktadır<sup>101</sup>. Bu özel-

---

<sup>92</sup> Akil, 3-4.

<sup>93</sup> Tandoğan, 14

<sup>94</sup> Tandoğan, 43; Turanboy, 42; Aksu, 109; Çil, 6.

<sup>95</sup> Turanboy, 44.

<sup>96</sup> Turanboy, 44.

<sup>97</sup> Turanboy, 45; Aksu, 110.

<sup>98</sup> Aksu, 110.

<sup>99</sup> Gümüş, 52; Turanboy, 50; Tunçomağ, 708.

<sup>100</sup> Aksu, 113; Gümüş, 54.

<sup>101</sup> Tunçomağ, 708; Koyuncuoğlu, 60; Oğuzman/Öz, 558; Gümüş, 52-53.

liği ile alacak hakkını (dar anlamda borcu) konu alan menfi borç ikrarı, borç ilişkisini sonlandıran ikale sözleşmesinden farklıdır<sup>102</sup>.

Borcun varlığının kesin olduğu durumlarda menfi borç ikrarı tanımlamasıyla yapılan bir sözleşme, karşı tarafın örtülü de olsa kabul beyanının varlığıyla birlikte ibra sözleşmesi olarak nitelendirilir<sup>103</sup>. Bu durumda en azından ibra eden konumundaki tarafta tasarruf yetkisi olmalıdır. Bu özelliği ile de ibra ve ikale sözleşmesine benzemektedir.

## E- İKALE SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

### 1- SÖZLEŞMENİN TARAFLARI

İkale sözleşmesinin tarafları, tabii olarak ortadan kaldırılmak istenen sözleşmenin taraflarıdır. Ancak taraflar bu sözleşmeyi bizzat kendileri yapabilecekleri gibi temsilcileri aracılığı ile de yapabilirler<sup>104</sup>. İkale sözleşmesinin bir tasarruf işlemi olması sebebi ile sözleşmenin bir tarafını birden fazla kişi oluşturuyorsa sözleşmeyi bunların hepsi birlikte yapmalıdır<sup>105</sup>.

### 2- TARAFLARIN EHLİYETİ

İkale sözleşmesinin tasarruf işlemi olmasının yanında sözleşmesel nitelikte bir tasarruf işlemi olması sebebi ile tarafların fiil ehliyetine de sahip olmaları gerekir<sup>106</sup>. Taraflardan birinin tam ehliyetsiz olması durumunda sözleşmenin geçersiz olduğu kuşkusuzdur. Tam ehliyetli olmaları durumunda da sözleşme geçerlidir. Asıl sorun taraflardan birinin sınırlı ehliyetli ya da sınırlı ehliyetsiz olması durumlarında ortaya çıkar.

Taraflardan birisi sınırlı ehliyetli ise bu kişinin kendisine atanan yasal danış-

---

<sup>102</sup> Bununla birlikte kanaatimizce taraflar arasında kurulmuş bir borç ilişkisi olup olmadığı hususu tartışmalı ise, menfi borç ikrarı sözleşmesi ile bu tereddüde de son verilebilir. Sadece sözleşmenin varlığı tartışmalı olup herhangi bir edimin ifası ileri sürülmüyorsa, menfi borç ikrarı sözleşmesi ile taraflar arasında bir borç ilişkisinin olmadığı tespit edilmiş olur. Aralarında bir sözleşme gerçekten yoksa menfi borç ikrarının ikale olması düşünülemez. Ancak bir sözleşme varsa bu durumda menfi borç ikrarı ikale olarak hüküm ifade eder. Taraflardan birisi edimini ifa ettiğini de iddia ediyorsa, menfi borç ikrarı sözleşmesinin yapılması karşısında herhangi geri verme borcu (ikale sözleşmesindeki tasfiye ilişkisi) söz konusu olamayacağı için, sözleşmenin ve borcun gerçekten var olması durumunda menfi borç ikrarı, sözleşme için ikale, ifa edilmiş edim için ise ibra niteliği taşıyacaktır. Daha sonra sözleşmenin ve ifanın varlığı ortaya çıkarsa artık herhangi bir talep söz konusu olmayacaktır. Karşılaştırınız: Oğuzman/Öz, 558.

<sup>103</sup> Aksu, 114.

<sup>104</sup> Oser/Schönenberger, Md. 115, N. 6, 828; Turanboy, 40.

<sup>105</sup> Oser/Schönenberger, Md. 115, N. 6, 828.

<sup>106</sup> Eren, 1258.

mana danışmak sureti ile yapabileceği işler TMK m. 429'da sayılmıştır. Bu sayılan hususlar arasında dikkati çeken iki nokta vardır. Birincisi sulh olma diğeri de bağışlamadır.

Kural olarak sınırlı ehliyetsiz kişinin ikale sözleşmesi yapmasında herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Ancak özellikle iş hukuku alanında mahkeme huzurunda yapılan ikale sözleşmesi, mahkemede yapılan sulh sözleşmesinin özelliklerini taşıyorsa sınırlı ehliyetli işçi ya da işveren konumundaki tarafın yasal danışmanından onay alınması gerekmektedir<sup>107</sup>.

Bağışlama sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir ve aynı zamanda tasarruf işlemidir. Bir tarafın tam ehliyetliken bağışlanan sıfatı ile yapmış olduğu bağışlama sözleşmesini sınırlı ehliyetli statüye geldikten sonra ikale sözleşmesi ile ortadan kaldırması, kendisine bağışlanan şeyi iade etmesini gerektirecektir. Herhangi bir karşı edim de alması söz konusu olmadığı için yaptığı bu işlem malvarlığına doğrudan doğruya eksiltme sureti ile etki etmektedir. Bu özelliği ile her ne kadar yapılan işlem ikale sözleşmesi de olsa geri verme borcu, bir bağışlama sözleşmesi niteliğinde olacaktır. Bu sebeple tam ehliyetli bir kişinin bağışlanan sıfatı ile yapmış olduğu sözleşmeyi ikale ettiği sırada sınırlı ehliyetli olması durumunda yasal danışmanının onayı alınmalıdır.

Sınırlı ehliyetsizlerin yapmış oldukları ikale sözleşmesi tasfiye ilişkisinin kendilerine yüklemiş olduğu borçlara bakılmak sureti ile değerlendirilmelidir. Tam iki tarafa borç yükleyen ani edimli bir sözleşmenin ikale suretiyle ortadan kaldırılmasında sınırlı ehliyetsizin kanuni temsilcisinin onayı aranmalıdır. Çünkü ikale ile birlikte alacak ve borçlar tersine çevrilecek ve ortadan kalkacaktır. Bu da malvarlığının aktif ve pasiflerine etki yapacaktır. Malvarlığının aktif ve pasiflerine etki eden bir sözleşmenin kurulmasında aranan onayın, bu sözleşmenin ortadan kaldırılmasında da aranması tabiidir. Tarafların edimlerini ifa etmiş olup olmadıkları önemli değildir. Taraflardan sadece birisi edimini ifa etmiş ise ve tasfiye ilişkisi geleceğe etkili olarak ortadan kaldırılacaksa, edimini ifa eden tarafın edimi iade edilmeyeceği için, iade edilmeyen edim açısından ibra sözleşmesi mahiyetinde olacaktır. İbra sözleşmesinin sınırlı ehliyetsizler tarafından yapılıp yapılamayacağına ilişkin kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sorunun cevabını bulmak için ibra sözleşmesinin hukuki niteliği ve özellikle malvarlığına yaptığı etkiye benzeyen işlemler için yapılmış bir düzenlemenin olup olmadığına bakılmalıdır.

Türk Medeni Kanunu m. 449'da sınırlı ehliyetsizler açısından yasak işlem-

---

<sup>107</sup> Astarlı, 109.

ler sayılmıştır. Bu hükme göre “vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak yasaktır”. Burada da görüldüğü gibi sınırlı ehliyetsizlerin hiçbir surette yapamayacakları işlemlerden olan önemli bağışlama, malvarlığına yapmış olduğu etki bakımından ibra sözleşmesine benzemektedir. Bağışlamada malvarlığının aktifi azalırken ibrada da aynı durum geçerlidir<sup>108</sup>. Bağışlanan ve ibra edilen açısından bakıldığında, bağışlamada bağışlananın mal varlığının aktifi artmakta, ibrada ise pasifi azalmaktadır. Dolayısı ile önemli miktarda bağışlama yasağına ilişkin hükümler, kıyas yoluyla ibra sözleşmesine ve dolayısı ile ibrayı içeren ikale sözleşmesinin ibra kısmında da uygulanmalıdır. Yasağın esasının önemli bağışlama olması sebebi ile ibranın ve dolayısı ile ikalenin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir. Miktar, yapılan işlem bağışlama olsaydı önemli olmayacak idiyse kanuni temsilcinin onayına gerek yoktur.

Ani edimli bir sözleşmenin taraflarından sınırlı ehliyetsiz olan taraf edimini ifa etmişse ve sözleşme iade borcu doğmayacak şekilde ileriye etkili olarak ortadan kaldırılmışsa; ikale sözleşmesi onay ile geçerli olacakken tasfiyeye ilişkin kısmı ileriye etkili olarak değil geçmişe etkili olarak hüküm ifade etmelidir. Çünkü bu kısım yasak işlem olan (önemli) bağışlama mahiyetindedir. Bu durumda borç ilişkisinin kısmi butlanı akla gelmektedir. Bununla birlikte karşı taraf bu kısmın batıl olduğunu bilseydi işlemi yapmayacak idiyse ikale sözleşmesi tamamıyla batıl hale gelir<sup>109</sup>.

Sürekli borç ilişkisi kuran bir sözleşme ancak ileriye etkili bir şekilde ortadan kaldırılabilir<sup>110</sup>. Sınırlı ehliyetsiz tarafın edimini yerine getirdiği bir sürekli borç ilişkisinin ileriye yönelik olarak ikale edilmesinin yanında karşı edim alacağı iade edilmeyecekse de aynı durum söz konusu olacaktır. İade alınmayan miktar önemli ise, bağışlama yasağına takılacak ve iade edilmeyeceğine ilişkin tasfiye anlaşması geçersiz kalacaktır. Bunun geçersiz olduğu muhatapça bilinseydi ikaleyi yapmayacak idiyse ikale sözleşmesi tamamen geçersiz hale dönüşecektir.

Tam ehliyetli taraflar arasında yapılmış ve ifa edilmiş bir bağışlama sözleşmesinde bağışlanan taraf daha sonra sınırlı ehliyetsiz hale gelmiş ise ve bu durumda iken söz konusu bağışlama sözleşmesi taraflarca ikale yoluyla ortadan kaldırılmak istendiğinde, bağışlananın önemli olması durumunda ikale sözleşmesinin yapılması kanaatimizce mümkün değildir. İkale her ne kadar daha

---

<sup>108</sup> Çil, 4.

<sup>109</sup> Kısmi butlanın tam butlana dönüşmesi hususunda bkz. Başpınar, 176 vd.

<sup>110</sup> Seliçi, 107; Eren, 1259; Turanboy, 39.

önce yapılan bağışlama sözleşmesinin ortadan kaldırılmasını amaçlamışsa da, gerek taraf ehliyetlerinin ve gerekse ikalenin tasfiyeye ilişkin kısmının, özellikle bağışlananın malvarlığına yaptığı etki açısından değerlendirilmesi gerekir. Bu durumda bağışlanan, sınırlı ehliyetsizin malvarlığı azalmakta ve karşılığında herhangi bir kazandırma da tabiatıyla yer almamaktadır. Bu durumda TMK m. 449'daki yasak devreye girmelidir. Karma bağışlamada da aynı sonuç benimsenmelidir.

İkale sözleşmesinin yapılmasından sonra taraflardan birinin ölmesi durumunda ikalesi yapılan sözleşmenin niteliğine göre sağ kalan taraf ile ölen tarafın mirasçıları arasında ikale yapılabilir. Ancak bu durumda mirasçıların tamamının oy birliği ile ikale sözleşmesinde taraf olarak yer almaları gerekir<sup>111</sup>.

### 3- İRADE BEYANLARI

İkalenin bir sözleşme olmasının tabii sonucu olarak, kurulması için tarafların birbirine uygun irade beyanlarına ihtiyaç vardır. Bu irade beyanları açık olabileceği gibi örtülü de olabilir<sup>112</sup>. Hal ve durum tarafların aralarındaki sözleşmeyi ortadan kaldırdıklarını gösteriyorsa örtülü olarak yapılmış bir ikale sözleşmesi söz konusudur. Tarafların örtülü beyanları bu anlama gelen sözler olabileceği gibi sözleşmenin ortadan kaldırılması sonucuna yönelik fiil ve eylemler şeklinde de olabilir<sup>113</sup>. Piyasada fiyatı çabuk değişen bir ürünün satılmasına yönelik sözleşmenin uzun süre ifa edilmemesi ve ifasının taraflarca istenmemesi, satılan bir şeyin iadesi ve ihtirazi kayıt sunulmadan teslim alınması ikale sözleşmesinin örtülü olarak kurulduğu durumlara örnek olarak verilebilir<sup>114</sup>. Nitekim eski hukukumuzda da Mecelle m. 192'de "İcab ve kabul makamına kaim olan teâtî sûretiyle dahi, ikaale sahih olur" demek suretiyle ikale sözleşmesinin örtülü olarak da kurulabileceği açıkça düzenlenmiştir<sup>115</sup>.

İrade beyanlarının açık ya da kolayca anlaşılacak şekilde örtülü olması durumlarında herhangi bir sorun ile karşılaşılmaz. Bununla birlikte susmanın bir irade beyanı olarak kabul edilip edilemeyeceği üzerinde durulması gerekir.

TBK m. 6'ya göre "Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilme-

---

<sup>111</sup> Bkz. Oser/Schönenberger, Md. 115, N. 6, 828.

<sup>112</sup> Tunçomağ, 696; Turanboy, 38; Eren, 1258;

<sup>113</sup> Oser/Schönenberger, Md. 115, N. 11, 830.

<sup>114</sup> Tunçomağ, 696.

<sup>115</sup> Teati, tarafların konuşmadan satılan şey ile satış bedelini değiş tokuş etmeleridir. İkaalede ise daha önce satış konu olan şey ile onun için ödenen satış bedeli değiştirilmektedir, bkz. Ali Haydar, 307 vd.

diği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır”. Örneğin bağışlama sözleşmesinde, kendisine bağışlama yapılan tarafın kabul beyanı örtülü de olabilir<sup>116</sup>. Hatta TBK m. 6’da düzenlenen örtülü kabul beyanı esasen susmadır<sup>117</sup>. Susma her zaman kabul anlamına gelmemekle birlikte somut olayın özelliği ve dürüstlük kuralı kabul anlamına gelmesini gerektirebilir<sup>118</sup>. Bağışlama sözleşmesinde, bağışlanan kendisine yapılan bağışı reddetmemişse, susma ile örtülü olarak kabul etmiş sayılır. Çünkü bu işlem, kendisine zararlı sonuçlar doğurmadığı gibi herhangi bir borç da yüklemesiz<sup>119</sup>.

Yapılan açıklamalar ışığında, ikale sözleşmesinin taraflara yaptığı etki göz önünde bulundurularak “susma” konusunda bir sonuca ulaşmak doğru olur. İkale sözleşmesi için kendisine öneride bulunulmuş bir kişi bu öneriye sessiz kalmış ve herhangi bir beyanda bulunmamış ise, ikale bir zarar doğurmuyorsa ve/veya kendisinin yararına sonuçlar doğuruyorsa susmasını “kabul” beyanı olarak algılamak ve sözleşmenin kurulduğunu kabul etmek gerekir. Örneğin, kendisine yapılan bir bağışlamayı, bağışlayanın pişman olduğunu düşünen bağışlanan, geri vermeyi önermişse ve hatta bırakıp gitmişse bağışlama ikale ile sonlanmış kabul edilmelidir. Yine bunun gibi ödünç alan, kendisine faizsiz tüketim ödünç veren kişinin, bundan pişman olduğunu düşünerek parayı, ödünç verenin hesabına havale<sup>120</sup> etmişse ve ödünç veren de sessiz kalmışsa ödünç sözleşmesi ikale ile sonlanmış demektir. Buradaki zarar, ikale sözleşmesi ile kaldırılan borç ilişkisinde karşı tarafın da bazı yükümlülüklerinin sona ermesidir. İkale sonucunda borçlu karşı edim yükleniyorsa susma örtülü irade beyanı olarak kabul edilemez<sup>121</sup>.

Tarafların yaptıkları sözleşmenin mutlaka ikale sözleşmesi, bozma sözleşmesi gibi bir isim taşıması gerekli değildir. Taraflar arasındaki sözleşmenin ikale sözleşmesi olup olmadığı, tarafların isimlendirmesine göre değil sözleşmenin içeriğine göre belirlenmelidir. Nitekim TBK m. 19/1’e göre “Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır”. Bu itibarla tarafların ibra sözleşmesi, ib-

---

<sup>116</sup> Yavuz, 341.

<sup>117</sup> Eren, 256.

<sup>118</sup> Turanboy, 38.

<sup>119</sup> Turanboy, 38.

<sup>120</sup> Hatta paranın yollanmasından da önce, geri yollamayı önermesi karşısında muhatabın da sessiz kalması kabul olarak değerlendirilebilir. Ancak susmanın bu durumlarda dahi kabul olarak değerlendirilebilmesi için somut olaydaki diğer unsurlardan da yararlanılması ve susmaya doğru bir anlam verilmesi gereklidir. Sonuç itibarı ile bu, bir yorum sorunudur.

<sup>121</sup> Turanboy, 38.



raname ya da protokol olarak isimlendirdikleri ve nitelikleri itibari ile iki taraflı hukuki işlem olarak yaptıkları sözleşmeler, sözleşme ilişkisini ortadan kaldırıyor ve bir tasfiye ilişkisi kuruyorsa ikale olarak nitelenmelidir<sup>122</sup>.

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde taraflardan birinin sözleşmeyi feshetmeye yönelik beyanının fesih olarak geçersiz olduğu durumlarda bunun bir ikale sözleşmesi için öneriye tahvil edilip edilemeyeceği de önemli bir sorundur.

Bir irade beyanının tek taraflı hukuki işlem mi olduğu yoksa bir sözleşme kurmak için mi yapılmış olduğu hususu, beyan sahibinin iradesine göre belirlenmelidir. Önerinin, sözleşmenin kurulması için muhatapça kabul edilmesi gerektiğinden, beyan sahibi karşı tarafın muvafakatini bekliyor ve hukuki sonucun ancak bu kabul beyanı ile doğmasını istiyorsa öneride bulunmuş olmaktadır. Bu öneri kabul edilmezse herhangi bir hukuki sonuç doğmaz. Buna karşılık fesih beyanında beyan sahibi karşıdan herhangi bir cevap beklemeksizin hukuki sonucun doğmasını arzu etmektedir<sup>123</sup>. Bununla birlikte hem ikale sözleşmesi için öneride bulunulması hem de fesih durumunda beyan sahibinin arzu ettiği hukuki sonuç borç ilişkisinin sona erdirilmesidir. Buna bağlı olarak fesih işleminin geçersiz olduğu durumlarda işlem, aynı hukuki sonuç elde etmek istenilen ikale sözleşmesi için, bir öneride bulunması gereken özellikleri taşımaktadır<sup>124</sup>.

Fesih olarak geçersiz kabul edilen beyanın öneri sayılıp ikale sözleşmesinin kurulabilmesi için bu beyanın muhatapça kabul edilmesi gerekmektedir. Bu beyanın kabul olarak yorumlanmasında dikkatli olmak gerekir. Her şeyden önce feshin öneriye tahvil edilebilmesi için kabul beyanında bulunacak muhatapın bunu öğrenmiş olması, fesih işleminin geçersiz olduğunu bilmesi ve bu hali ile öneri olarak kabul etmesi ve beyanını bu sonuca yönelik olarak yapması gerekir. Güven teorisine göre değerlendirilmesi gereken bu durumda feshin geçersizliğini bilerek muvafakatte bulunan muhatap, hukuki ilişkinin sona erdi-

---

<sup>122</sup> Yargıtay 19. HD., 27.05.2013 tarihli E. 2013/7608 ve K 2013/9638 sayılı kararında tarafların "ibraname" olarak niteledikleri sözleşmeyi doğru bir şekilde fesih sözleşmesi (ikale) olarak kabul etmiştir. Bununla birlikte ikale sözleşmesinin tasfiyeye ilişkin maddelerinden kaynaklanan edimlerin geri verilmesi borcunu, hatalı şekilde yenileme olarak değerlendirmiştir. "... davacı ile davalılar arasında 13.11.2007 tarihli (ibraname) başlıklı anlaşma imzalanarak 01.08.2001 tarihli sözleşme fesh edilmiş ve davacı tarafından 01.08.2001 tarihli sözleşme kapsamında ödenen paranın geri verilmesi için anlaşmada (a) ve (b) bentleri düzenlenmiş ve borç bu şekilde yenilenmiştir. Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/19hd-2013-7608.htm>.

<sup>123</sup> Seliçi, 109.

<sup>124</sup> Seliçi, 110.

rilmesi sonucunu istediği hukuki görünüşünü veriyorsa önerinin kabul edilerek ikale ile sözleşmenin sona erdiği kabul edilmelidir<sup>125</sup>.

Fesih işleminin geçersizliğini bilmeyen muhatabın muvafakatini kabul beyanı olarak yorumlayıp sözleşmenin kurulduğunu söylemek mümkün değildir. Muhatabın bu muvafakati kabul beyanı anlamındaki muvafakattan daha çok feshe boyun eğme anlamında yorumlanmalıdır<sup>126</sup>.

Bunun tersi olarak ikale sözleşmesi için yapılmış olan bir önerinin ise feshe tahvil edilmemesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>127</sup>. Özellikle iş sözleşmesi açısından önerinin şartlı yapıldığı durumlarda bunun fesih olarak yorumlanması mümkün değildir<sup>128</sup>.

#### 4- SÖZLEŞMENİN KONUSU

İkale sözleşmesinin konusu bir borç ilişkisinin ortadan kaldırılmasıdır<sup>129</sup>. Bu özelliği ile konusu borcun ortadan kaldırılması olan ibra sözleşmesinden ayrılmaktadır. Çünkü ibra sözleşmesi borç ilişkisini değil münferit bir ya da birkaç borcu ortadan kaldırmak amacını taşır<sup>130</sup>. İbra ile borç ilişkisi ortadan kalkmaz<sup>131</sup>. Bununla birlikte sözleşmenin konusu tek bir borç doğuruyorsa ve bu borç da ibra edilmişse bu ibra ile birlikte hem borç hem de borç ilişkisi ortadan kalmış olur<sup>132</sup>. Bu durumda ibra ve ikale sözleşmeleri iç içe geçmiş olmaktadır. Sözleşmeden doğan borçların tamamının ibrası her zaman borç ilişkisinin de sona ermesini gerektirmeyeceği gibi borç ilişkisinin ikale ile sonlandırılması da her zaman doğmuş borçların sona ermesini gerektirmez. Örneğin, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmeden -kira sözleşmesi gibi- doğan işlemiş kira borçlarının geçmiş döneme ait olan kısmının tamamıyla ibra edilmesi kira sözleşmesinin sona ermesini gerektirmeyecektir. Yine kiracının kira bedellerini ödemekte zorlandığı bir ilişkide kiralayan ile ikale sözleşmesi yaparak kiralanandan ayrılması, yeni dönem için kira borcu doğurmamakla birlikte eski dönemde doğmuş olan kira borçlarının da sona ermesini gerektirmez<sup>133</sup>. Bununla birlikte bu hususun bir yorum sorunu olduğu ve taraflar arasındaki ikale

---

<sup>125</sup> Seliçi, 110.

<sup>126</sup> Seliçi, 110-111.

<sup>127</sup> Astarlı, 39; Günay, 9.

<sup>128</sup> Günay, 11.

<sup>129</sup> Turanboy, 36.

<sup>130</sup> Seliçi, 104-105; Gümüş, 42.

<sup>131</sup> Hatemi/Gökyayla, 316.

<sup>132</sup> Seliçi, 105; Gümüş, 44.

<sup>133</sup> Öz, Turgut, Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990, 107.

sözleşmesinin yorumlanması ile çözülmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>134</sup>. Güven teorisi çerçevesinde yapılacak yorum sonucunda tarafların ortak iradesi tespit edilerek sorun çözümlenmelidir. Bu konuda bir açıklık olmadığı durumda münferit borçların kalkmadığı sonucuna ulaşılmalıdır. Tarafların edimlerinin geçmişe yönelik olarak iadesi nitelikleri itibari ile mümkün olmadığı için eğer geçmiş dönem borçlarının da ortadan kalması sonucuna ulaşılabilecekse zımnî bir ibra sözleşmesinin de varlığı kabul edilmelidir.

İkale sözleşmesi ile borç ilişkisinin kısmen ya da tamamen ortadan kaldırılması mümkündür<sup>135</sup>. Satılan şeyin bölünebilir bir edim olması durumunda yarısının muhafaza edilerek kalan yarısının ikale sözleşmesine konu yapılması ve iade edilmesi böyledir. İkale sözleşmesinin kısmi olması onu ibra sözleşmesi haline dönüştürmez. İbra sözleşmesinde dar anlamda münferit borç ortadan kalmakta, ikalede ise sözleşme daraltılmaktadır<sup>136</sup>.

İkale sözleşmesi ile taraflar arasındaki tüm borçlar ve bağlı yan haklar tamamen ortadan kalktıktan sonra taraflar yeni bir sözleşme yaparlarsa, yapılan ikale sözleşmesi tarafların yaptıkları yeni sözleşmeyi ve bu sözleşmeden doğan borçları kapsamaz<sup>137</sup>.

İkale sözleşmesi çoğunlukla tarafların daha önce yaptıkları bir sözleşmeden doğan borç ilişkisini ortadan kaldırır. Bununla birlikte taraflar arasında haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve sözleşmenin ihlalden kaynaklanan iade ve tazminat talepleri de ikale sözleşmesine konu olabilir<sup>138</sup>. Bununla birlikte sayılan durumlarda ikale sözleşmesi ile ibra sözleşmesinin iç içe olduğu hatta ikale sözleşmesinden öte sadece bir ibra sözleşmesinin olduğu söylenebilir.

## 5- SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ

İkale sözleşmesi isimsiz bir sözleşme olması sebebi ile tabii olduğu şekil konusunda açık bir hüküm yer almamaktadır. İsviçre hukuku ve Alman hukuku için de aynı sonuç geçerlidir<sup>139</sup>. Alman hukukunda ikale sözleşmesinin düzenlenmesinin sebebi geniş anlamda borç ilişkisi kavramının, Alman Medeni Kanunu BGB'nin yürürlüğe girmesinden sonra kabul edilmiş olmasıdır. İkale sözleşmesi değiştirme sözleşmesi kapsamındaki sözleşme özgürlüğü kapsamında ve ibra

---

<sup>134</sup> Gümüş, 49.

<sup>135</sup> Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, 355; Turanboy, 36; Aksu, 112.

<sup>136</sup> Aksu, 8; Turanboy, 37.

<sup>137</sup> Gümüş, 43.

<sup>138</sup> Turanboy, 37.

<sup>139</sup> Gümüş, 47; Turanboy, 40.

sözleşmesini düzenleyen hüküm kapsamında incelenmektedir<sup>140</sup>.

Türk ve İsviçre hukuklarındaki hakim görüşe göre ikale sözleşmesine, her iki ülkenin de kanunlarında düzenlenmemiş olmaması sebebi ile ibra sözleşmesinin kurallarının uygulanacağı kabul edilmektedir. Buna bağlı olarak Türk doktrinindeki hakim görüş ikale sözleşmesinin ibra sözleşmesi gibi şekle bağlı olmadan yapılacağını savunmaktadır<sup>141</sup>. Bu görüşe göre TBK m. 13 (818 sayılı Borçlar Kanunu m. 12), sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesi ile ilgilidir. Bu değişiklik, sözleşmenin tamamen ya da kısmen kaldırılması şeklinde değil, gerçekleşmiş ya da beklenen taleplerden vazgeçilerek içeriğinin değiştirilmesi anlamındadır. Bu durumda da TBK m. 13 ikale sözleşmesi için uygulama alanı bulamayacaktır<sup>142</sup>.

Buna karşılık doktrindeki azınlık görüşe göre ikale sözleşmesindeki şekil sorunu TBK m. 13'e (818 sayılı Borçlar Kanununda m. 12) göre çözümlenmelidir<sup>143</sup>. Bu hükme göre "Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur". Eski hali ile arasında hüküm değişikliği bulunmayan bu düzenlemeye göre bir sözleşmenin kurulması şekle bağlanmışsa onun değiştirilmesi de aynı şekilde yapılmalıdır. Azınlık görüşü, sözleşmenin değiştirilmesinin dahi şekle bağlanması karşısında ondan daha ağır sonuçlar doğuran ortadan kaldırma (ikale) sözleşmesinin de aynı şekilde yapılması gerektiğini savunmaktadır<sup>144</sup>. Bununla birlikte önemle belirtmek gerekir ki, Oğuzman/Öz'ün, bu fikri savundukları zamanda 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlükteydi. Bu kanunda da ibra sözleşmesi düzenlenmemişti. Dolayısıyla ikale sözleşmesinin şekline kıyasen uygulanacak bir hüküm mevcut değildi. Buna bağlı olarak yazarlar, ikale sözleşmesinin şekli için 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 12'nin uygulanmasını öngörmekteydiler. 6098 sayılı kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte ibra sözleşmesi de isimli sözleşme haline geldi ve aynen eskiden uygulandığı gibi, asıl sözleşme şekle bağlı olsa bile bu sözleşmeden doğan borcun şekilsiz olarak ibra edilebileceği hükme bağlandı. Oğuzman/Öz'ün, Öz tarafından kaleme alınan kitaplarının yeni basısında,

---

<sup>140</sup> Gümüş, 46-47.

<sup>141</sup> Tunçomağ, 696; Eren, 1258; Aksu, 112; Zevkliler/Ertas/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, 355; von Tuhr, 638; Turanboy, 40-41.

<sup>142</sup> Aksu, 112.

<sup>143</sup> Bkz. İnan, 507. Yazar ikale sözleşmesinde değinmemekle birlikte ibra sözleşmesinin (o zaman yürürlükte olan 818 sayılı) Borçlar Kanununda düzenlenmemiş olması sebebi ile Bk. m. 1-40 arasındaki hükümlere tabi olması gerektiğini söylemektedir. Dolayısıyla ibra sözleşmesi ile ortadan kaldırılan borç şekle bağlı bir sözleşmeden doğmuş ise ibranın da BK. m. 12'deki kurala uygun olarak bu şekle uygun olarak yapılmasının uygun olacağını söylemektedir.

<sup>144</sup> Seliçi, 108; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 1995, 406, dn.1.

ibra sözleşmesinin kanunda düzenlenmesi sebebi ile bu görüşten döndükleri görülmektedir<sup>145</sup>.

Doktrinde yeni olan ve bizim de katıldığımız diğer bir görüşe<sup>146</sup> göre, sorun ikale sözleşmesinin ortadan kaldırdığı temel ilişkiden doğan borçların ifa edilip edilmemesine göre değerlendirilmelidir. İkale sözleşmesinin yapılmasından önce, ortadan kaldırılan sözleşmeden doğan borçlar taraflarca henüz ifa edilmemişse TBK m. 132'deki ibra sözleşmesine ilişkin düzenlemenin kıyasen uygulanmasında herhangi bir sorun yoktur<sup>147</sup>. Taraflardan en az birisi edimini ifa etmişse bu durumda doğacak iade borcu sebebiyle ibra sözleşmesine ilişkin hükmün değil, aksine sebepsiz zenginleşmeye ya da sözleşmesel tasfiyeye ilişkin hükümlerin uygulanması gerekecektir. Bu durumda ikale sözleşmesi ibra sözleşmesine benzemekten daha çok sözleşmeden dönme sonucunda ortaya çıkan duruma benzemektedir. Çünkü kıyas, mevcut bir hukuki durum ya da ilişki için konulmuş bir kuralın o durum veya ilişkiye benzeyen ve hakkında hüküm bulunmayan başka bir durum ve ilişkiye uygulanmasını ifade eder<sup>148</sup>.

İkale sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir borç ilişkisini geçmişe etkili bir şekilde ortadan kaldırmışsa ve taraflar edimlerini henüz ifa etmemişlerse yukarıda da belirtildiği gibi TBK m. 132'nin kıyasen uygulanmasında herhangi bir sorun yoktur. Herhangi bir iade borcu doğmayacağı için ikale sözleşmesi şekle bağlı olmadan yapılabilir. Eğer taraflardan birisi edimini ifa etmişse ve ikale sözleşmesi ileriye etkili olarak yapılmışsa, ancak edimini ifa eden tarafa bir iade borcu yüklenmemişse ikale sözleşmesi yine şekilsiz olarak yapılabilir<sup>149</sup>. Burada edimini yerine getiren tarafın iade borcu bir nevi ibra edilmektedir ve ibra, borcu doğuran sözleşme şekle bağlı olsa bile şekle bağlı değildir.

İkale sözleşmesinin yapılmasından önce, şekle bağlı olarak yapılan sözleşmeden doğan borçlardan en az birisi taraflarca ifa edilmişse ve ikale bu edimlerin de iadesini düzenliyorsa ikale, ortadan kaldırılan sözleşmenin şekline bağlı olarak yapılmalıdır. Örneğin tapuya kayıtlı bir taşınmazın satışına ilişkin sözleşme, satıcı tarafından tescil yapılmak sureti ile ifa edilmişse ve daha sonra bu sözleşme ortadan kaldırılmak isteniyorsa, eski malik adına tescilin, şekle bağlı olmayan bir sözleşmeye bağlı olarak yapılması düşünülemez<sup>150</sup>.

---

<sup>145</sup> Oğuzman/Öz, 549-550, dn. 1.

<sup>146</sup> Gümüş, 46 vd.

<sup>147</sup> Gümüş, 46.

<sup>148</sup> Edis, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan tıpkı basım, Ankara 1993, 143 vd; Gümüş, 46.

<sup>149</sup> Gümüş, 48.

<sup>150</sup> Turanboy, 41, dn.70.

## F- İKALE SÖZLEŞMESİNİN HÜKMÜ ve TASFİYE İLİŞKİSİNE ETKİSİ

İkale sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulması ile birlikte taraflar arasında daha önce yapılmış olan sözleşme ortadan kalkar. Bu sözleşme henüz ifa edilmemişse herhangi bir iade problemi ile karşılaşılmaz. Ortadan kaldırılan sözleşmenin ani edimli bir sözleşme ya da sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olmasının bir önemi yoktur. Bu durumda tarafların borçları sona erer ve herhangi bir geri verme borcu doğmaz<sup>151</sup>.

Bu noktada ikale sözleşmesi ile ortadan kaldırılan sözleşmenin geçmişe etkili olarak mı yoksa ileriye etkili olarak mı ortadan kaldırılmış olduğu tartışılmalıdır. Ulaşılabilecek sonuç, ortadan kaldırılan sözleşmenin ani edimli mi yoksa sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme mi olduğuna göre farklı değerlendirilmelidir. Bununla birlikte sözleşmenin ortadan kalkması ile varsa edimlerin iade edilmesi farklı hususlardır. Taraflar ikale sözleşmesi ile öncelikle ilk sözleşmeyi ortadan kaldırmak istemekte sonra da bu sözleşme sebebi ile yerine getirilmiş edimleri mümkün olduğunca geri vermeyi hedeflemektedirler<sup>152</sup>.

İkale ile ortadan kaldırılan sözleşme ani edimli bir sözleşme ise geçmişe etkili olarak ortadan kalkar<sup>153</sup>. Bağışlama gibi sadece taraflardan birisine verme borcu yükleyen bir sözleşme ikale ile geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. İkale sözleşmesinin gereği olarak da bağışlanan, kendisine bağışlanan şeyi ikale sözleşmesinin bir gereği olarak iade etmekle yükümlü olur. Satış sözleşmesi gibi taraflardan her ikisinin edimi de ani edim ise ve taraflarca ifa edilmişse, bu ilişki de geçmişe etkili olarak ortadan kalkar ve taraflar yine ikale sözleşmesinin hükmü gereği aldıklarını iade ederler. Doktrinde satış sözleşmesine ilişkin olarak aksine bir anlaşma yoksa satılan şeyin önce iade edileceği ardından da satış bedelinin iade edileceği ifade edilmektedir<sup>154</sup>. Bununla birlikte von Tuhr, satılanın teslimi ve satış bedelinin ödenmesi borçlarının ifa edilmesi suretiyle tamamlanan satış sözleşmesinin ikale ile ortadan kaldırılamayacağını, burada tarafların ikale olarak yaptıkları sözleşmenin yeni bir satış sözleşmesi olduğunu, alıcının alış bedeli üzerinden aldığı şeyi satıcıya geri sattığını ifade etmektedir<sup>155</sup>. İfa edilmiş ani edimli sözleşmelerde ikaleyi reddeden bu görüş İslam hukukundaki ikale sözleşmesinin hem taraflar hem de üçüncü kişiler açısından

---

<sup>151</sup> Seliçi, 106.

<sup>152</sup> Serozan, 78. Bu özelliği ile ikale, dönmeden farklı olarak bir sözleşme olması sebebi ile taraflara doğrudan aldıklarını geri verme borcu yüklemektedir.

<sup>153</sup> Gümüş, 49.

<sup>154</sup> Turanboy, 39.

<sup>155</sup> Von Tuhr, 638, dn. 34.

yeni bir sözleşme olduğu görüşü ile uyuşmaktadır<sup>156</sup>. Bu görüşe katılma imkanı yoktur. Çünkü ikale sözleşmesi, irade beyanları ve ehliyet gibi açılardan yeni bir sözleşme olmakla birlikte konusu eski sözleşmenin ortadan kaldırılmasıdır. Konusu itibari ile tarafların edimlerinin geri değiş tokuşunu konu edinen ikalenin, her açıdan yeni bir sözleşme olduğunun kabulü, ikale sözleşmesi ile istenmeyen bazı farklı sonuçlara götürebilir. Şöyle ki; tapuya kayıtlı bir taşınmazın paylı maliklerinden birisinin hissesini bir üçüncü kişiye satması durumunda diğer ortak usulüne uygun olarak önalım haklarını kullanabilir. Ortağın önalım hakkını kullanmaması ya da bu haktan feragat etmesi durumunda tarafların ikale sözleşmesi ile bu taşınmazdaki satış sözleşmesini ortadan kaldırmaları yeni bir satış sayılırsa diğer ortağın bu hakkı yeniden doğacaktır. Ancak yapılan ikale bu anlamda yeni bir sözleşme olmasına rağmen yeni bir satış işlemi değildir ve önalım hakkı doğurmaz.

Bu sonuca TBK m. 241/f.2'nin ifadesinin yorumu yoluyla da ulaşılabilir.

TBK m. 241/f.2'ye göre "Önalım hakkı kullanıldıktan sonra satış sözleşmesi ortadan kaldırılırsa ya da alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanmazsa, bu durum önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemez". Burada bir satışın yapılması, buna bağlı olarak (sözleşme ile tanınan) önalım hakkının kullanılması ve satış sözleşmesinin taraflarının, önalım hakkı sahibinin bu satıştan doğan ve kullanılan önalım hakkını geçersiz kılmak için "satış sözleşmesini ortadan kaldırmalarından" bahsedilmektedir. Burada ortadan kaldırma ile kastedilen ikale sözleşmesidir.

Gerek kanundan gerekse sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılabilmesi için yapılan satış sözleşmesinin geçerli olması gerekir<sup>157</sup>. Satış sözleşmesi yanılma, aldatma ve korkutma gibi irade sakatlıklarından birisi ile sakat olursa ve iptal hakkı kullanılırsa önalım hakkı da kullanılamaz. Geri alma hakkının kullanılmasına dayanan satışta da önalım hakkı kullanılamaz<sup>158</sup>. Çünkü bunlar gerçek birer satış işlemi değildir. Paylı mülkiyette, payın satışına ilişkin sözleşmenin TBK m. 241/f.2'de ifade edilen şekilde ikale edilmesi durumunda, ilk satışta kullanılmayan önalım hakkı tekrar doğmaz.

Aynı şekilde ikale sözleşmesi ile ortadan kaldırılan satış sözleşmesinde satılanın geri verilmesinde, ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanmaz. Satılan şeyin, ikale yapılmadan hasara uğraması durumunda ise tabiatıyla durum farklıdır.

---

<sup>156</sup> Fezyioğlu, 413.

<sup>157</sup> Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2011, 437, dn. 984.

<sup>158</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 437, dn. 984 ve 438, dn. 988.

İkale ile ortadan kaldırılan borç ilişkisinde taraflardan birisinin edimi ani, diğerinki de sürekli bir edim ise (kira ya da hizmet sözleşmesi gibi), sürekli edimin yerine getirilmeye başlanmamış olmasına karşın ani edim yerine getirilmişse kural olarak burada da sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Bu durumda tarafların düşüncesinin ani edimin geri verilmesi olduğunu söylemek mümkündür<sup>159</sup>.

Bu durumda geri verme borcunun hukuki dayanağı tartışılmalıdır. Doktrin-deki bir fikre göre sona erdirme sözleşmesi ancak geriye etkili olarak ortadan kaldırılabilir. Bu etki ikale sözleşmesinin temel sözleşmeye doğrudan etkisi olarak ifade edilebilir. Bu doğrudan etki sebebi ile temel sözleşme ortadan kalkar, dolayısı ile ifa edilen edimlerin hukuki sebebi de ortadan kalkmış olur ve ifa edilen ani edimler sebepsiz zenginleşme hükümlerince iade edilir<sup>160</sup>. Burada ikale sözleşmesi sadece ilişkiyi ortadan kaldırmakta, iade borcu sebepsiz zenginleşme hükümlerine istinaden kanundan doğmaktadır.

Buna karşılık doktrinde diğer bir görüşe göre sona erdirme sözleşmesi ile-riye etkili olarak sonuç doğurur<sup>161</sup>. Bu durumda ikale sözleşmesinin, temel sözleşmeye dolaylı bir etkide bulunduğu dikkati çekmektedir. Bu etki aslında temel sözleşmenin doğrudan ortadan kalkması şeklinde değil, sözleşme-nin taraflara yüklediği borçların kalkması ve sözleşmenin içeriğinin aldıklarını geri verme şeklinde bir borç yüklemesi şeklindedir. İkale, ifa safhasına gelin-miş sürekli borç ilişkilerini bir kaldırma, sona erdirme ve karşılıklı fesih niteliği taşıırken, ani edimli yalın sözleşme ilişkilerinde de çözüme ve karşılıklı dönme niteliği taşıyacaktır. Bunun sonucunda ikalenin sözleşme olmasının etkisi orta-ya çıkmakta taraflara aldıklarını iade etme borcu yüklenmektedir. Taraf irade-lerinden doğan borcun sebebi artık sebepsiz zenginleşme değil yapılan ikale sözleşmesidir<sup>162</sup>. Taraflar bu iade yükümlülüğünü açıkça kararlaştırmış olabile-cekleri gibi, buna hiç değinmemiş olsalar bile zımnen aynı sonucu kabul etmiş sayılırlar<sup>163</sup>. Tek taraflı bir beyan ile sözleşmeden dönme sonucunda ifa edilmiş

---

<sup>159</sup> Seliçi, 106.

<sup>160</sup> Becker, Art. 115, N. 12 (Seliçi, 106, dn. 14'den naklen).

<sup>161</sup> Serozan, 77.

<sup>162</sup> Oğuzman, M. Kemal, Tarafların Anlaşması İle Akdin Feshi-İfa Edilmiş Edimlerin İstirdadı Davasında Zamanaşımı, İHFM, C. XXVIII, Sayı 1, 275; Borç ilişkisini ortadan kaldıran sebeplerden birisi de dönmedir. Dönme hakkının kullanılması durumunda da sözleşme ilişkisinin ortadan kalkıp kalkmadığı, iade taleplerinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre mi yoksa yeni dönme görüşü olarak ifade edilen görüş çerçevesinde mevcut borç ilişkisinin niteliğinin tasfiye ilişkisine dönmesine bağlı olarak mı isteneceği konusu tartışılmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, 59 vd. özellikle 73 vd.

<sup>163</sup> Oğuzman, 275.



edimlerin, sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığını bu edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesini savunan klasik görüş<sup>164</sup> ile dönme sonucunda içerik değiştiren mevcut sözleşme hükümlerine göre yapılması gerektiğini savunan yeni dönme görüşü<sup>165</sup> arasındaki tartışma artık burada yapılamayacaktır<sup>166</sup>. Çünkü taraflar arasındaki borç ilişkisinin sona ermesi taraf iradelerine dayanmakla birlikte yine edimlerin tasfiyesine yönelik borçlar da taraf iradelerinden (ikale sözleşmesinden) doğmaktadır<sup>167</sup>.

Taraflardan en az birisinin edimi sürekli ise ve bu sürekli edim ifa edilmeye başlanmış ise, borç ilişkisi ikale ile ancak ileriye etkili olarak ortadan kaldırılabilir. İfasına başlanmış sürekli borç ilişkilerinde gerek tarafların çıkarları, gerek uygulama kolaylığı, gerekse adalet duygusu, ileriye etkili olarak sona erdirmenin kabulünü gerekli kılar. Çoğu kez yerine getirilmiş olan edimlerin geri verilmesi mümkün değildir. Böyle bir imkan olsa bile edimlerin geri verilmesini istemek özellikle ekonomik bakımdan yetersiz kalmakta ve bir çok hesaplama işlemi gereklidir<sup>168</sup>. İ kale sözleşmesinin hüküm ifade etmesi ile birlikte sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme adeta donacak, yerine getirilmiş edimler öylece kalacak ve yeni borç doğmayacaktır. Her iki tarafın edimi de sürekli ise ve her ikisi de ifa edilmişse sözleşme donar ve ortadan kalkar. Herhangi bir tasfiye ilişkisi ve geri verme borcu doğmayacağı için sözleşmenin bu durumda ortadan kalktığının kabulü yanlış olmaz.

Tarafların, anlaşarak sürekli borç ilişkisi doğuran ve en az bir tarafın ediminin ifa edildiği bir sözleşmeyi geçmişe etkili olarak kaldırmaları düşünülemez<sup>169</sup>. Çünkü kullandırma ve hizmet gibi edimlerin geri verilmesi mümkün değildir. Ancak doktrinde tarafların bu ikale sözleşmesine borç doğurucu hükümler eklemek sureti ile geri verilmesi mümkün olmayan edimlerin yerine başka edimler getirerek, mümkün olmayan geçmişe etki sonucunu dolaylı olarak oluşturabilecekleri ifade edilmektedir<sup>170</sup>.

---

<sup>164</sup> Oğuzman/Öz, 528-529; Feyzioğlu, 263 vd.; Tunçomağ, 564. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 964.

<sup>165</sup> Serozan, 73 vd.; Eren, 1122; Akıncı, 239.

<sup>166</sup> Serozan, 78.

<sup>167</sup> Tekinay, dönmenin geri verme yükümü doğurmasının tamamen arızı ve tali bir sonuç olduğunu, dönmenin asıl fonksiyonunun sözleşmeden doğan ifa yükümlülüklerinin sona ermesini ifade etmektedir, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 964, dn. 45. İ kalede ise ikale sözleşmesi ile her iki sonuç da asli nitelik kazanmaktadır.

<sup>168</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 965, dn. 46.

<sup>169</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 965, dn. 46; Akıncı, Vekalet, 36.

<sup>170</sup> Seliçi, 107-108; Seliçi, geçmişe etkili olarak, bir hukuki ilişkinin kurulmamış sayılmasının ancak kanunun bunu düzenlediği durumlarda söz konusu olacağını, taraflarca yapılan bir anlaşma ile bu sonucun elde edilemeyeceğini, ancak bu sonuca benzer şekilde iade yükümü-

Tarafların iade borcunun ikale sözleşmesinden doğması sebebi ile iade talebinin zamanaşımı, ortadan kaldırılan sözleşmedeki ani edim uzun zaman önce ifa edilmiş olsa bile ikale sözleşmesinin tarihinden başlayarak on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi olacaktır. Ani edimli sözleşmelerin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığı kabul edilmiş olması karşısında bile iade, ikale sözleşmesinden kaynaklandığı için sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması tartışması gündeme gelmeyecektir<sup>171</sup>.

Taraflar ikale sözleşmesinde, hukuki ilişkinin sona ermesi için ileri bir vade de belirleyebilirler<sup>172</sup>.

### G- İKALE SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ

İkale sözleşmesi geçerlilik açısından genel hükümlere tabidir. Genel sözleşme ilişkilerine uygulanan geçerliliğe ilişkin kurallar burada da uygulanmalıdır. Her şeyden önce taraflar, yapmayı istedikleri ikale sözleşmesini kurmak için irade beyanlarında bulunmuş olmaları gerekir. İkale sözleşmesinin çoğunlukla şekle bağlı olmadan ve örtülü irade beyanları ile yapılabilmesi, irade beyanlarının uyuşması konusunda tereddütlere sebep olabilir. Özellikle tarafların irade beyanlarının yorumu sonucunda, beyanların uyuşmadığı sonucu ortaya çıkacak olursa ikale sözleşmesi yoklukla malül olacaktır<sup>173</sup>. Dolayısı ile temel sözleşme devam edecek ve eski borçların tasfiyesine yönelik yeni bir borç doğmayacaktır.

Ani edimli bir sözleşmenin konusunu özellikle bir parça borcu oluşturuyorsa ve ikale sözleşmesinin yapılmasından önce bu şey telef olmuşsa ikale sözleşmesi başlangıçtaki imkansızlık sebebi ile geçersiz olacaktır<sup>174</sup>. Artık taraflar arasındaki temel sözleşmenin ikalesi mümkün değildir. Sözleşmenin konusunu bir çeşit borcu oluşturmaktaysa, sözleşmenin ifası ile birlikte ikale sözleşmesi açısından verilen şeylerin aynı cins ve miktarda iadesi mümkün oldukça ikale yapılabilir. “Genus non perit” (çeşit borcu telef olmaz) kuralı burada da uygu-

---

lülüğü getirebileceklerini ifade etmektedir, Öz, 107, dn. 105.

<sup>171</sup> Oğuzman, 275; Nitekim, yeni dönme görüşünü savunan Serozan, dönme ile birlikte sözleşmenin ortadan kalkmadığını içerik değiştirerek taraflar arasında bir tasfiye ilişkisi kurduğunu ifade ederken ikale sözleşmesinin taraflara yüklediği iade borçlarının ikale sözleşmesinden kaynaklandığını, bu durumun menfaatler dengesi açısından dönmeye de uygulanması gerektiğini belirtmektedir, Serozan 78. Öz, sözleşmeyle kararlaştırılan dönme hakkının kullanılması durumunda, iade taleplerinin bu sözleşme hükmüne dayanması sebebi ile sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanamayacağını ifade etmektedir, Öz, 107-108.

<sup>172</sup> Seliçi, 108.

<sup>173</sup> Oğuzman/Öz, 179; Eren, 332.

<sup>174</sup> Altunkaya, Mehmet, Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Ankara 2005, 193.

lama alanı bulur. İ kale edilen sözleşme mal değişim sözleşmesi (trampa) ise ve her iki tarafın borcu da çeşit borcu ise ikale sözleşmesi ile taraflar aldıkları cins ve miktarda malı geri vermekle yükümlü olurlar<sup>175</sup>. Taraflardan birisinin edimi parça edim ise ve ikaleden önce telef olmuşa artık ikale mümkün değildir.

Taraflar yaptıkları sözleşmenin ikale sözleşmesi olduğunu bilmelidirler. Bunun için mutlaka yaptıkları sözleşmeyi ikale sözleşmesi olarak isimlendirmeleri gerekmez. İrade beyanlarının yorumundan gerçek arzularının sözleşmeyi ortadan kaldırmayı ve buna bağlı olarak borçların tasfiyesini kararlaştırmış olmaları yeterlidir. Bununla birlikte ikale sözleşmesi yapma arzusunda iken bazı açılardan birbirine benzeyen ve hukuken de pek çok noktada aynı hükümlere tabi olduğu kabul edilen ibra sözleşmesi yapmaları durumunda sözleşmenin hukuki niteliğinde hata söz konusudur. Yine iş hukukunda işçinin çıkış belgelerini imzaladığını zannederek ikale sözleşmesini imzalaması da bu şekilde değerlendirilir<sup>176</sup>. Bu durumda ikale sözleşmesi yaptığını düşünerek yanlışlıkla ibra sözleşmesi yapan taraf ibra sözleşmesini ya da çıkış belgelerini imzaladığını düşünerek içerisindeki hükümler sebebi ile ikale sözleşmesi niteliğindeki belgeleri imzalayan işçi, ikale sözleşmesini iptal edebilir. Birden fazla kişi ile aynı nitelikte ve içerikte sözleşme yapılması durumunda ikale için yapılan beyanın gerçekte ikalesi istenen sözleşmenin tarafından başka kişiye yöneltilmesi durumunda da kişide hata durumu ortaya çıkacaktır. Örneğin farklı kişilerle aynı içerikte hizmet ya da kira sözleşmesi yapmış olan bir kişinin, hizmet veya kira ilişkisini sonlandırmak istediği kişiden başka kişi ile ikale sözleşmesi yapmasında böyle bir durum ortaya çıkar. Bu durumda da yine ikale sözleşmesi hataya düşen tarafça iptal edilebilir<sup>177</sup>. Bir kişinin muhatabı ile farklı içerikte ya da tipte birden fazla sözleşme kurmuş olması karşısında, yanlışlıkla ikale etmek istediği sözleşmeden başka bir sözleşme için beyanda bulunmuşsa, bu durumda da sözleşmenin konusunda hata söz konusu olacaktır. 818 sayılı Borçlar Kanununun beyan hatasına ilişkin 24/f.2 maddesi, “Hata ettiğini iddia eden tarafın akitte makudun aleyhi teşkil eden şey-den gayri bir şey kastetmiş ... olması.” şeklindeydi. Kanunun lafzına bağlı olarak sözleşmenin konusunda hata “şeyde hata” olarak incelenmişti. Buna bağlı olarak sözleşmenin konusunun verme borcu doğuran bir edim olduğu durumlar incelenmişti<sup>178</sup>. Ancak sözleşmenin “konusu”, konusunu oluşturan “şey”den daha geniş kapsamdadır. Özellikle yapma borcu doğuran sözleşmelerde sözleşmenin konusu “şey” değildir. İ kale sözleşmesinde de sözleşme-

---

<sup>175</sup> Ali Haydar, 312.

<sup>176</sup> Astarlı, 165.

<sup>177</sup> Oğuzman/Öz, 97; Eren, 385.

<sup>178</sup> Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme) İstanbul 2008, 397-398; , İnan, 203; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 433; Tunçomağ, 222.

nin konusu daha önce yapılan bir sözleşmenin bozulmasıdır. Bozma sonucunda verme borcu doğuran ve ifa edilmiş sözleşmelerde, edimlerin iadesi, aslında doğrudan bozma sözleşmesinin konusunu oluşturmaz. Bu borç, bozma sözleşmesi ile birlikte yapılan veya taraf iradelerinin yorumlanması sonucu ulaşılan tasfiye anlaşmasının taraflara yüklediği bir borçtur. Nitekim 6098 sayılı Borçlar Kanununun beyan hatasını düzenleyen 31/f.2 maddesinde “yanılan, istediğinden başka bir konu için iradesini açıklamışsa” denilmek suretiyle “şey”i de içerisine alan daha genel bir ifade kullanılmıştır.

Mevcut bir sözleşmenin ikalesinin kendisi hakkında daha olumlu sonuçlar doğuracağını düşünerek ikale sözleşmesi yapan kişinin, daha sonra böyle olmadığını anlaması durumunda bu yanılması saik yanılması niteliğinde olacaktır. Örneğin bir işçinin, işyerinin devri görüşmeleri sırasında işyerinin devredileceğini ve yeni işverenin kendisi ile çalışmayacağını düşünerek iş sözleşmesini ikale ile sona erdirmesi sonrasında işyerinin devri gerçekleşmezse, yapmış olduğu ikaleyi saikte yanılma hükümlerine dayanarak iptal edemez<sup>179</sup>.

İkale sözleşmesi aldatma sebebi ile de sakatlanabilir. Aralarında farklı sözleşme ilişkileri olan iki kişiden birinin diğerini aralarındaki belirli bir sözleşmenin ikalesi yapıldığı hususunda aldatarak aslında başka bir sözleşmeyi ikale ettirmesi durumunda, ikale aldatma sebebi ile iptal edilebilir<sup>180</sup>. Üçüncü bir kişinin sözleşmenin tarafı olan kişiye, diğer tarafın sözleşmeyi ifa gücünün olmadığı ya da iflas edeceği gibi hususlarda yanıltıcı bilgi vererek mevcut sözleşmeyi ikale etmesini sağlaması durumunda da üçüncü kişinin aldatması söz konusu olacaktır. Üçüncü kişinin bu aldatmasını ikale sözleşmesinin ve dolayısı ile temel sözleşmenin diğer tarafı biliyorsa bu onun aldatması sayılır ve ikaleyi iptal hakkı verir. Aksi durumda üçüncü kişinin aldatması ikaleyi iptal hakkı tanımaz ve bu kişiye karşı bir talep hakkı doğar<sup>181</sup>.

İptal hakkının, aldatma ve yanılma hallerinde aldatma ve yanılmanın öğrenilmesinden itibaren, korkutma halinde ise korkunun etkisinin ortadan kalmasından itibaren bir yıl içerisinde kullanılması gerekir<sup>182</sup>.

İkale sözleşmesinin irade uyumsuzluğu sebebi ile kurulmamış olduğu, konu-

---

<sup>179</sup> Astarlı, 170.

<sup>180</sup> İptal hakkının borç sözleşmeleri dışındaki hukuki işlemlerde ve tasarruf işlemi niteliğindeki sözleşmelerde de uygulanabileceği hakkında bkz Oğuzman/Öz, 123 vd.; iş hukukundaki örnekler için bkz. Astarlı, 173 vd.

<sup>181</sup> Astarlı, 177.

<sup>182</sup> Kocayusufpaşaoğlu, 435; Oğuzman/Öz, 126-127; Astarlı, 178 vd.

sunun ikaleden önce imkansız hale gelmesi sebebi ile geçersiz olduğu ve iptal hakkının kullanılması ile birlikte ortadan kalktığı durumlarda ikale sözleşmesi hüküm ifade etmez. Dolayısıyla ilk sözleşme ortadan kalkmış olmaz ve borç doğurmaya devam eder.

Pratikte çok karşılaşılmaya bile ikale sözleşmesinin de ikale ile ortadan kaldırılması mümkündür. Bu durumda taraflar arasındaki ilk ikale sözleşmesindeki iade talepleri ortadan kalkar ve temel ilişki mevcut hükümleri ile yürürlükte kalır.

## SONUÇ

Borç ilişkisini sona erdiren sebeplerden birisi de ikale sözleşmesidir. Roma hukukunda ifasına başlanmamış rızâ sözleşmeler için söz konusu olabilen ikale, eski hukukumuz İslam hukukunda satım ve kira sözleşmeleri başta olmak üzere bağlayıcı nitelik taşıyan tüm sözleşmelere uygulanabilir.

818 sayılı Borçlar Kanununda düzenlenmemiş olan ikale sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda da düzenlenmemiştir. Bu sebeple isimsiz sözleşme özelliğini muhafaza etmektedir. İkalenin bu özelliği, unutmaya sonucu 818 sayılı Borçlar Kanununa alınmayan buna karşın 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda düzenlenen ibra sözleşmesinden farklı bir sebebe dayanmaktadır. Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflar, genel ilkelere aykırı olmamak koşuluyla diledikleri konuda sözleşme yapabilecekleri gibi, diledikleri sözleşmeyi de aynı özgürlük kapsamında sona erdirebilirler.

İbra sözleşmesine ilişkin TBK m. 132’de yer alan hükmün çoğunlukla uygulandığı ikale sözleşmesi, ‘taraflar arasındaki borç ilişkisinin taraf iradeleri ile kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması amacıyla yapılan bir sözleşmedir’ şeklinde tanımlanabilir. İkale sözleşmesi borç ilişkisinin konusuna doğrudan etki etmesi sebebi ile bir tasarruf işlemidir. Bu sebeple tarafların tasarruf yetkisine de sahip olmaları gerekir.

İkale sözleşmesi, borç ilişkisini konu edinmesi açısından, sadece münferit borcun sona erdirilmesini amaçlayan ibra sözleşmesinden ayrılır. Ayrıca ibra sözleşmesi, borcu doğuran sözleşme şekle bağlı olsa bile şekilsiz yapılabilir. İkaleden ise bu her zaman mümkün değildir. İkale sözleşmesi, pactum de non petendo’dan farklı olarak borç ilişkisini sonlandırır. Yenilemede, bir borç yenisinin oluşturulması ile sona ererken, ikaleden borç ilişkisi sona ermekte ve yerine yeni bir sözleşme kurulmamaktadır. Bununla birlikte yeni bir borç ilişkisi ile başka bir borç ilişkisinin de yenilenmesi mümkün olmalıdır.

İkale sözleşmesinin tasarruf işlemi olmasının sonucu olarak tarafların tam fiil ehliyetine sahip olmaları gerekir. Sınırlı ehliyetliler, karşılıklı edimleri içe-

ren bir sözleşmeyi kanuni temsilcilerinin onayıyla ikale edebilirler. Buna karşın ikale sözleşmesi, kendileri açısından malvarlıklarını önemli ölçüde azaltan karşılıksız kazandırma niteliğinde bir işlem niteliğinde ise kanuni temsilcilerinin onayıyla dahi yapamamaları gerekir.

İkale sözleşmesi açık irade beyanları ile kurulabildiği gibi örtülü irade beyanları ile de kurulabilir. Yalnız “susma”nın kabul anlamında bir beyan olarak nitelendirilebilmesi için ikalenin susan tarafın mutlak lehine bir sonuç doğurması gerekir. Bununla birlikte somut olayın özelliklerinden de hareket edilerek yorum yoluyla bir sonuca ulaşmak gerekir.

İkale sözleşmesinin konusu sözleşmesel nitelikli bir borç ilişkisinin ortadan kaldırılmasıdır. Ortadan kaldırma kısmi veya bütünsel olabilir. Taraflar ortadan kaldırma ile birlikte ifa edilmiş edimlerin tasfiyesine yönelik düzenlemeler de getirebilirler.

İkale sözleşmesinin ibra sözleşmesi gibi temel ilişki şekle bağlı bile olsa şekilsiz olarak yapılabileceği çoğunlukla savunulmaktadır. Bununla birlikte bu sonuç mutlak olarak kabul edilmemelidir. İkale edilen sözleşmeden doğan borçlar, ikale sözleşmesi yapılmadan önce borçlar ifa edilmemişse ikale şekle bağlı olmadan yapılabilir. Yine ikalesi yapılan sözleşmenin taraflarından birisi edimini ifa etmişse ve tasfiyede iade borcu düzenlenmemişse, ibra niteliğindeki bu işlem de şekle bağlı olmadan yapılabilir. İkale sözleşmesinin yapılmasından önce, şekle bağlı olarak yapılan sözleşmeden doğan borçlardan en az birisi taraflarca ifa edilmişse ve ikale bu edimlerin de iadesini düzenliyorsa ikale, ortadan kaldırılan sözleşmenin şekline bağlı olarak yapılmalıdır.

İkale sözleşmesi ile birlikte temel ilişki ani edimli sözleşmelerde geçmişe etkili olarak ortadan kalkar ve taraflara ikale sözleşmesinden kaynaklanan bir iade borcu yüklenir. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler ise ifa edilmeye başlanmışsa ancak ileriye etkili olarak ortadan kaldırılabilir.

İkale sonucunda tarafların aldıklarını geri verme borcu, hukuki sebebin ortadan kalkmasına bağlı olarak sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanmaz. Burada tarafların ifa edilen edimleri geri verme borcu ikale sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple iki yıllık sebepsiz zenginleşme zamanaşımına değil, on yıllık genel zamanaşımı süresine bağlıdır.

İkale sözleşmesi, teslim edilmiş parça edimin ikaleden önce telef olması durumunda geçersiz olur. Çeşit borcu telef olmaz kuralı gereği, çeşit borcu doğuran sözleşmelerde ikale, başlangıçtaki imkansızlık engeline takılmaz.



### KAYNAKÇA

- Akil, Cenk, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Sulh Ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi**, GÜHFD C. XVI, Y. 2012, Sa. 4, s. 1-18.
- Aksu, Mustafa: **Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeniliklerden İbra**, <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/4-Mustafa-AKSU.pdf>.
- Ali Haydar: **Dürerül Hükkam Şerhi Mecelletil Ahkam**, C. I, İstanbul 1330.
- Akıncı, Şahin: **Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Konya.
- Akıncı, Şahin: **Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Konya 2004. (Akıncı, Vekalet)
- Altunkaya, Mehmet: **Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı**, Ankara 2005.
- Astarlı, Muhittin: **İş Hukukunda İkale**, Ankara 2013.
- Aybakan, Bilal: **İkale**, Diyanet İslam Ansiklopedisi, C. 22, s. 14-16.
- Başpınar, Veysel: **Borç İlişkilerinin Kısmi Butlanı**, Ankara 1998.
- Çil, Şahin: **İş Hukukunda İbra Sözleşmesi**, Kamu -İs; C: 7, S: 3/2004.
- Edis, Seyfullah: **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 4. Basıdan tıpkı basım, Ankara 1993
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. Bası, Ankara 2015.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, İstanbul 1977.
- Gümüş, Mustafa Alper: **Türk ve İsviçre Hukukunda İbra Sözleşmesi**, İstanbul 2015.
- Günay, Cevdet İlhan: **İkale Sözleşmesi**, Çimento İşveren, Eylül 2009.
- Iustinianus: **Institutiones**, Çeviren: Ziya Umur, Fakülteler matbaası, İstanbul, 1968.
- İnan, Ali Naim: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 1979.
- Kaneti, Selim: **Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvil)**, İstanbul 1972.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme)** İstanbul 2008
- Koyuncuoğlu, Tennur: **Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi (Novatio)**, İstanbul 1972.

- Nomer, Haluk Nami: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2015.
- Oser, H./Schönenberger, W.: **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi**, Md. 115, N. 1, (Çev: Ayiter, Ferit) Ankara 1950.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 12. Bası, 2013.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, İstanbul 1995.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/: **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul 1976
- Oktay-Özdemir, Saibe: **Eşya Hukuku**, İstanbul 2011.
- Parlatır, İsmail: **Osmanlı Türkçesi Sözlüğü**, 7. Baskı, Ankara 2014, <http://www.kubbealtilugati.com/sonuclar.aspx?km=%C4%B0K%C4%80LE&mi=0>.
- Rado, Türkan: **Roma Hukuku Dersleri (Borçlar Hukuku)**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- Savaş, Abdurrahman: **Roma ve Türk Hukukunda Vekalet Sözleşmesi**, Adal Ofset, Temmuz, 2005.
- Serozan, Rona: **Sözleşmeden Dönme**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 2007.
- Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, C. I/1, . Basım, İstanbul 1988.
- Tahiroğlu, Bülent: **Roma Borçlar Hukuku**, 2011.
- Taşkent, Savaş: **İş Sözleşmesinin İkale Yoluyla Sona Erdirilmesi**, Kamu-İş; C:11, S:4/2011, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1141.pdf>
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: **Tekinay Borçlar Hukuku**, 1993.
- Tunçomağ, Kenan: **Türk Borçlar Hukuku I Genel Hükümler**, 6. Baskı, İstanbul 1976.
- Turanboy, K Nuri: **İbra Sözleşmesi**, Ankara 1998.
- Von Tuhr, Andreas: **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, Çeviren: Cevad Edege, C.I-II, 2. Baskı, İstanbul 1983.
- Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak: **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 9. Baskı, İstanbul 2014.



Zevkliler, Aydın / Ertaş, Şeref / Havutçu, Ayşe / Aydoğdu, Murat / Cumalıoğlu,  
Emre: **BorçlarHukuku**, İzmir 2013.

Yüksel, Halil İbrahim: **Roma Hukukunda Satış Sözleşmesi (Emptio-Venditio)**,  
Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Ensti-  
tüsü, İstanbul, 2015.

Zulueta, Francis de: **The Roman Law of Sale Introduction and Select Texts**,  
Oxford The Clarendon Press, Corrected Sheet of First Edition 1966.



# İDARE HUKUKUNDA VEKALET

*Proxy at Administrative Law*

**Yrd. Doç. Dr. Adil BUCAKTEPE\***

## ÖZET

Kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin asaleten atanmış olan memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yürütülmesi esastır. Fakat anılan personelin, hukuki veya fiili bir nedene bağlı olarak bazı durumlarda yetkilerini kullanamamaları ya da görevlerini yerine getirememeleri olasıdır. Böyle durumlarda kamu hizmetlerinin sunulmasında aksaklık yaşanmaması adına vekalet kurumu öngörülmüştür. En genel anlamıyla bir kişinin görev, yetki ve sorumluluklarının bir başka kişiye yüklenmesi ya da verilmesi olan vekalet, ancak istisnai durumlarda başvurulabilecek istisnai bir uygulamadır.

Bu çalışmada yargı kararları ışığında vekalet kavramı, vekaletin çeşitleri ve süresi, vekaleten atamada uyulacak usul ve esaslar, vekaleten atanmaların yetkileri ve sorumlulukları ile mali hakları irdelenmeye çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Kamu Hizmeti, İdare, Vekalet, Vekil, Mali Hak.

## ABSTRACT

The execution of primary and continuous duties necessitated for public services by the officers and other civil servants appointed personally is essential. But in some conditions depending on legal or act

ual reason, it is possible that the aforementioned personals couldn't use their authority or implement their duties. In such conditions, proxy agency is predicted in order not to be encountered any problems in public service delivery. Proxy in its broadest sense is giving or shouldering the duties, powers and responsibilities of a person to another person, nevertheless it is an exceptional implementation that could be applied in exceptional circumstances.

In this study, the concept of proxy, its varieties and duration, the principles and procedures which should be followed in proxy appointment, the authorities and responsibilities as well as financial rights of the attorney tried to scrutinize in the lights of judicial decisions.

**Keywords:** Public Service, Administration, Proxy, Attorney, Financial Rights.



---

\* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.  
adilbucaktepe@hotmail.com

## I. GENEL OLARAK

Günümüz modern hukuk devletlerinde kuvvetler ayrılığı prensibi hemen hemen tartışmasız olarak kabul edilmekte ve devletin temel olarak üç fonksiyonu olduğu kabul edilmektedir. Bunlar yasama fonksiyonu, yürütme fonksiyonu ve yargı fonksiyonudur<sup>1</sup>. Anılan fonksiyonların ifa edilmesi için devlete yasama yetkisi, yürütme yetkisi ve yargı yetkisi verilmiştir<sup>2</sup>. Bu yetkileri hangi organların kullanacağı Anayasa'nın Birinci Kısmının Genel Esaslar bölümünde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 7. maddesine göre yasama yetkisi, Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kullanılacaktır. Aynı zamanda görev olarak da nitelenen yürütme yetkisi ise, 8. maddeye göre, Cumhurbaşkan ve Bakanlar Kurulu tarafından kullanılacak ve yerine getirilecektir. Anayasa'nın 9. maddesinde ise yargı yetkisinin, Türk Milleti adına bağımsız mahkemeler tarafından kullanılacağı kabul edilmiştir. Hukuk devletinde yasama, yürütme ve yargı organları dışında bir başka organın bulunması söz konusu değildir<sup>3</sup>.

Devletin organlarının üstlendikleri görevleri sürekli olarak yapmaları gerekirken gerekmediği konusunda aralarında farklılıklar bulunmaktadır. Yasama ve yargı organlarının görevlerini kesintisiz olarak ifa etmeleri zorunlu değildir. Bu iki organdan farklı olarak yürütmenin ve onun içinde yer alan idarenin<sup>4</sup> ise görevlerini sürekli bir şekilde ifa etmesi gerekir<sup>5</sup>. Yasama ve yargı organları-

<sup>1</sup> EROĞLU, Hamza, İdare Hukuku Dersleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1972, s. 4; ÖRNEK, Acar, Kamu Yönetimi, B Yayınları, İstanbul 1988, s. 279; Yargı fonksiyonu (fonksiyonel anlamda yargı) ve yargı organı (organik anlamda yargı) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: GÖZLER, Kemal, Hukuka Giriş, Genişletilmiş 9. Baskı, Bursa 2012, s. 426-432 ve 456-460; Devletin görevlerinin "yasama, yargı ve idare" olmak üzere üç gruptan oluştuğu görüşü hakkında bkz: MERMUT, Güler, "İptal Davalarının Şartı Olarak Kanuna Aykırılık", İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 21, Güneş Matbaası, Ankara 1976, s. 315.

<sup>2</sup> GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınları, Ankara 2013, s. 3.

<sup>3</sup> AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s. 97.

<sup>4</sup> AKYILMAZ / SEZGİNER, / KAYA, s. 98.

<sup>5</sup> Yürütme, Anayasa'nın Üçüncü Kısmının İkinci Bölümünde düzenlenmiştir. Bu bölümde şu başlıklara yer verilmiştir: I. Cumhurbaşkanı, II. Bakanlar Kurulu, III. Olağanüstü yönetim usulleri, IV. İdare. Ayrıca organik anlamda idare, fonksiyonel anlamda idare, dar anlamda yürütme ve geniş anlamda yürütme kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 2-3; ÖZYÖRÜK, Mukbil, İdare Hukuku Ders Notları, Ankara 1982, s. 93-98; GÜNDAY, s. 4-18; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 97-102; YILDIRIM, Ramazan, Türk İdari Rejimi Dersleri, Cilt 1, Mimoza Yayınları, Konya 2014, s. 3-9; ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 12-19; KALABALIK, Halil, İdare Hukuku Dersleri, Değişim Yayınları, İstanbul 2004, s. 1-13.

nın yılın belirli dönemlerinde görevlerinin başında olmaları yeterlidir. Nitekim Anayasa'da bu hususlara ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Anayasa'nın 93. maddesi gereğince, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yasama yılında "tatil" yapabildiği mümkündür. Fakat bu tatilin süresi üç ayı geçemeyecektir. Yine yargı faaliyetlerine de yılın belirli bir döneminde ara verilmektedir. "Adli tatil" denilen bu dönem her yıl yirmi temmuzda başlamakta ve otuzbir ağustosta sona ermektedir<sup>6</sup>.

Yukarıda ifade edildiği üzere idarenin ise kendisine tevdi edilen görevleri yerine getirebilmek için kesintisiz olarak çalışması gerekmektedir. Zira idarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin<sup>7</sup> temel özelliklerinden birisi sürekliliktir<sup>8</sup>. Nitekim bu hususa bir Anayasa Mahkemesi kararında da yer verilmiştir. Yüksek Mahkeme anılan kararında kamu hizmetini devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak ihtiyaçları karşılamak, kamu yararı sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak tarif etmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararının devamında toplumsal hayatın zorunlu ihtiyaçlarını karşılayan hizmetlerin nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görüldüğünü, düzenlilik ve süreklilik ilkelerinin kamu hizmetinin önemli öğelerinden olduğunu, zira anılan ilkelerin yokluğu durumunda toplum yaşamının altüst olacağını vurgulamıştır<sup>9</sup>. Danıştay da kamu hizmeti kavramına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi kararlarıyla paralel tanımlar yapmıştır. Kamu hizmeti Danıştay'ın bir kararında şu şekilde tarif edilmiştir: "...kamu hizmeti, umuma arzedilen, sürekli ve kesintisiz bir biçimde işlemesi zorunlu, toplumun genel ve ortak gereksinimlerini karşılamak amacıyla kanunla kurulan idarenin, doğrudan ya da yakın gözetim ve sorumluluğu altında kamusal yetki ve usuller kullanılarak yürüttüğü faaliyetlerdir. Bu faaliyetler anayasanın 128 nci maddesinde de belirtildiği gibi genel idare esaslarına göre yürütülür"<sup>10</sup>. Görüldüğü üzere bu tanımlamada da "sürekli ve kesintisiz olma" prensibine yer verilmiştir. Danıştay'ın bir başka kararında da kamu hizmetinin "kamusal ihtiyaçları karşıla-

---

<sup>6</sup> 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 102; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 331; 2575 sayılı Danıştay Kanunu m. 86; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu m.61; 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu m. 85.

<sup>7</sup> Kamu hizmeti "Amme ihtiyacının tatmini için, idarenin müdahalesine lüzum görülen ve idare tarafından devamlı bir surette ifa ve murakabe edilen ihtisasi bir hizmettir." Musliheddin Adil, Hukuku İdare, Birinci Cilt, Güneş Matbaası, İstanbul 1933, s. 68.

<sup>8</sup> ATAY, s. 579; EROĞLU, s. 12.

<sup>9</sup> Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 09.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2, Resmi Gazete, Tarih: 24 Ocak 1995, Sayı: 22181.

<sup>10</sup> D.1.D., Karar Tarihi: 17.04.2000, E. 2000/29, K. 2000/59, Danıştay Dergisi, Sayı: 104, s. 30.

mak üzere idarenin yönetimi veya yakın gözetimi altında kamu yararı amacı doğrultusunda yürütülen faaliyet” olduğu ifade edilmiştir<sup>11</sup>. Doktrinde de yukarıdaki tanımlara benzer tanımlar yapılmıştır<sup>12</sup>. ONAR tarafından kamu hizmeti “Devlet veya diğer amme hükmi şahısları tarafından (kamu tüzel kişileri) veya bunların nezaret ve murakabaları, kontrolleri altında umumi ve kolektif ihtiyaçları karşılamak ve tatmin etmek, amme menfaatini sağlamak için icra edilen ve umuma arzedilmiş bulunan devamlı ve muntazam faaliyetler” olarak tanımlanmıştır<sup>13</sup>. ATAY da kamu hizmeti kavramının “kamu yararına ilişkin bir ihtiyacı tatmin etmek için idarenin doğrudan veya dolaylı bir şekilde yüklenmiş olduğu sürekli ve düzenli bir etkinliği ifade (ettiği)” beyan etmiştir<sup>14</sup>.

Görüldüğü üzere gerek yargı kararlarında gerekse doktrinde süreklilik ilkesinin kamu hizmetinin en önemli özelliklerinden biri olduğu kabul edilmektedir<sup>15</sup>. Anayasa’nın 128. maddesinin birinci fıkrasında ise “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.” hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm gereğince kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yerine getirilecektir. Nitekim bir Danıştay kararında da asli ve sürekli görevlerin, genel idare esaslarına

<sup>11</sup> D.10.D., Karar Tarihi: 21.05.1996, E. 1995/4326, K. 1996/2769, (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr>. Erişim Tarihi: 23.01.2016).

<sup>12</sup> AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA kamu hizmetini şu şekilde tanımlamıştır: “...kamu hizmeti, yasama organınca kamu hizmeti olarak nitelendirilen idare ya da onun denetim ve gözetimi altında özel kişilerce, kamu yararı amacıyla, toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarını tatmin için yapılan faaliyete verilen isimdir.” AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 554. GÖZLER / KAPLAN’a göre kamu hizmeti “bir kamu tüzel kişisi tarafından üstlenilen ve doğrudan doğruya onun tarafından veya onun görevlendirmesi ve denetimi altında bir özel kişi tarafından yürütülen kamu yararı amacına yönelik faaliyetlerdir.” GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 17. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2015, s. 528. SANCAKDAR da kamu hizmeti kavramından “devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin toplumun genel ve ortak ihtiyaçlarını gidermek amacıyla doğrudan doğruya ifa ettiği ya da gözetim ve denetimi altında özel kişilere yaptırdığı hizmetler”in anlaşılacağını ifade etmiştir. SANCAKDAR, Oğuz, İdare Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s. 565. Ayrıca bkz: KARAHANOGULLARI, Onur, Kamu Hizmeti, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 9 vd.

<sup>13</sup> ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt I, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 13.

<sup>14</sup> ATAY, s. 572.

<sup>15</sup> Kamu hizmetinin diğer özellikleri şunlardır: Uyarlanma (değişkenlik), eşitlik (nesnellik) ve bedelsizlik (meccanilik). DURAN, s. 309-311; GÜNDAY, s. 333-336; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 555-557; ATAY, s. 579-590; GÖZLER / KAPLAN, s. 538-544; SANCAKDAR, s. 567-569; ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2015, s. 246-251; BEREKET, Zuhâl, Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 91-97.

göre, kamu gücü kullanılarak yürütülen görevler olduğu, bu görevlerde kamu gücü kullanarak çalışanlar ise, kamu görevlileri olduğu, kamu görevlilerinin, kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde yönetime kamu hukuku ilişkisi ile bağlı olarak çalışan, kendilerine kadro tahsis edilen, bütçeden ödeme yapılan ve haklarında kanunlarda belirlenen özel kurallar uygulanan memurlar ile diğer kamu görevlileri olduğu ifade edilmiştir<sup>16</sup>. Özetlemek gerekirse memurlar ve diğer kamu görevlileri kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi gereğince kamu hizmetlerinin sunulmasında sürekli ve kesintisiz olarak görev yapacaklardır. Ancak, doğal olarak, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yürütmekle yükümlü oldukları görevleri bazı durumlarda yerine getirememeleri söz konusu olabilir. Böyle durumlarda kamu hizmetlerinin sürekli ve sorunsuz olarak yürütülebilmesi adına vekalet kurumu kabul edilmiştir. Nitekim Danıştay kararında da idarenin kamu yararı ve hizmet gerekleri çerçevesinde, görevi başında bulunmayan bir kamu görevlisinin yerine, vekaleten atama yapma yetkisine her zaman sahip bulunduğu, bunun kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesinin de doğal ve zorunlu bir sonucu olduğu ifade edilmiştir<sup>17</sup>. Vekalet “asıl görevlinin iş başında olmadığı dönemlerde bu görevlinin yerine geçici olarak başka bir kişinin görevlendirilmesi”<sup>18</sup> olarak tanımlanmaktadır. Görevlendirilen kişiye ise vekil denilmektedir.

Vekalet, idari işlemin unsurlarından “yetki” unsuru ile alakalı bir kavramdır. Kamu hukukunda bir makama verilen yetkinin, aksine bir hüküm bulunmadıkça o makam tarafından kullanılması zorunludur<sup>19</sup>. “İdari işlem herhangi bir idari makam, kurul veya kişi tarafından değil; kanunla belirlenmiş kurul, kişi veya makamlarca yapılır. İşlem yapmaya yetkili makam ya da kurul belirlenmiş ise, işlemin söz konusu kurul veya makamları işgal eden kişiler tarafından tesis edilmesi gerekir. Yetki kuralları kişilere hukuki güvence sağlanması amacıyla İdare Hukukunda katı anlamda uygulanan kurallardır.”<sup>20</sup>

Özetle yetki ya anayasadan veya kanundan kaynaklanır. Yetkisizlik kural, yetkili olmak ise istisnadır. Mevzuattan kaynaklanmayan bir yetkinin kullanıl-

---

<sup>16</sup> D.1.D., Karar Tarihi: 17.04.2000, E. 2000/29, K. 2000/59, Danıştay Dergisi, Sayı: 104, s. 30.

<sup>17</sup> D.İ.D.D.G.K., Karar Tarihi: 12.06.2008, E. 2005/3183, K. 2008/1621 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 29.01.2016).

<sup>18</sup> ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, İdare Hukuku, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 326; GÖZLER / KAPLAN, s. 314. Ayrıca bkz. DERDİMAN, R. Cengiz, “Kamu Yönetiminde Yetki Genişliği”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 28, Sayı: 4, Aralık 1995, s. 68.

<sup>19</sup> D.5.D., Karar Tarihi: 15.04.2003, E. 2000/1711, K. 2003/1421 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 15.03.2016).

<sup>20</sup> ATAY, s. 455.

ması veya verilmiş olan yetkilerin dışına çıkılması mümkün değildir<sup>21</sup>. Diğer taraftan anayasa veya kanunlarla verilen yetkilerin, verildiği makam tarafından bizzat kullanılması zorunludur. Bu yetkilerin kullanılmasından imtina edilmesi<sup>22</sup> veya yetkilerin bir başkasına devredilmesi mümkün değildir. Fakat verilmiş olan yetkilerin her zaman asıl kamu görevlisi tarafından bizzat kullanılması mümkün olamamaktadır. İdare adına işlem yapmaya yetkili kılınan kamu görevlilerinin, hukuki ya da fiili bir sebeple mevzuatta belirlenen hallerde görevlerini ifa edememeleri veya idari makamın sürekli olarak boşalması mümkün olabilmektedir. Böyle durumlarda kamu hizmetlerinin sunulmasında aksaklık yaşanmaması adına vekalet<sup>23</sup> kurumuna başvurulmaktadır<sup>24</sup>.

## II. VEKALETEN ATAMADA UYULACAK USUL VE ESASLAR

Vekalet kurumuna ilişkin hususlar 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun başlıca 86, 91, 174 ve 175. maddelerinde düzenlenmiştir. Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı'nın 14. maddesinde de vekaletle ilişkin usul ve esaslara yer verilmiştir. Ayrıca çeşitli tebliğ, genelge, yargı kararı ve Bakanlar Kurulu kararlarında da bu konuya ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

Devlet Memurları Kanunu'nda memurların kanuni izin, geçici görev, disiplin cezası uygulaması veya görevden uzaklaştırma nedenleriyle işlerinden geçici olarak ayrılmaları halinde yerlerine kurum içinden veya diğer kurumlardan veya açıktan vekil atanabileceği hüküm altına alınmıştır fakat bu atamanın usulüne ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Vekaleten atamaya ilişkin usul ve esaslar Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı'nda ise kısmen daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Anılan Tasarı'nın "Vekalet" başlıklı 14. maddesi şöyledir: "(1) İdarî makamın, ölüm, istifa, görevden alınma, başka yere atanma,

---

<sup>21</sup> BAYRAKTAR, Erman, "Takdir Yetkisi ve Yargı Yoluyla Denetimi", İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 21, Güneş Matbaası, Ankara 1976, s. 278.

<sup>22</sup> TANDOĞAN, Sabri, "Objektif ve Subjektif Tasarruflarda Yokluk", İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 21, Güneş Matbaası, Ankara 1976, s. 66.

<sup>23</sup> Vekalet, İdare Hukukunda yetkisizliği ortadan kaldıran hallerden biridir. Yetkisizliği ortadan kaldıran diğer haller ise imza devri, yetki devri, yetki genişliği ilkesi, fiili memur, cari işlerin yürütülmesidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: ATAY, s. 461-475; YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2009, s. 119-121; YILDIRIM, Ramazan, İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü, Mimoza Yayınları, Konya 2006, s. 160 ve 575; GÖZLER / KAPLAN, s. 306-317; YILDIRIM, Turan / YASIN, Melikşah / KAMAN, Nur / ÖZDEMİR, H. Eyüp / ÜSTÜN, Gül / OKAY TEKİNSOY, Özge, İdare Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015, s. 439-445; YAŞAR, Hasan Nuri, İdare Hukuku, İkinci Basım, DER Yayınları, İstanbul 2014, s. 283-287; ÇAĞLAYAN, s. 460-470.

<sup>24</sup> ATAY, s. 470.



görevin düşmesi gibi nedenlerle boşalması durumunda; mevzuatın öngördüğü usullere göre asıl olarak atanma niteliklerini taşıyanlar arasından atamaya yetkili amir veya kararnameyle atananlarda ilgili bakan tarafından belirlenen ya da seçilen yetkili, boşalan makama vekâlet eder. Asıl olarak atanma niteliklerini taşıyan bulunmaması hâlinde en yakın niteliklere sahip kişi vekâlet eder.

(2) İdarî makamın, izin, hastalık, geçici görevlendirilme veya buna benzer bir nedenle geçici olarak boşalması hâlinde; asıl veya bir üst yetkilinin önerisi ve atamaya yetkili amirin onayıyla görevlendirilen yetkili, boşalan makama vekâlet eder.

(3) İdarî makama vekâlet süresi altı ayı geçemez, zorunlu hâllerde bu süre ancak altı ay daha uzatılabilir. Belirtilen süreler içinde bu makama asaleten atama yapılır.

(4) Vekâlet edenin, vekâlet ettiği görevinin yanında aslî görevini de vekâlet görevi ile birlikte yürütüp yürütmeyeceği, vekâlet onayında belirtilir. Bu durumun belirtilmediği onaylarda vekâlet eden, sadece vekâlet ettiği görevi yürütür.

(5) Vekâlet, görevlendirme yazısında belirtilen tarihte, tarih belirtilmemişse görevlendirme kararının bildirim tarihinde başlar, asıl yetkilinin atanması, göreve dönmesi veya vekâlet süresinin dolmasıyla sona erer.

(6) Görevin vekâleten yürütüldüğü durumlarda, vekil, asılın sahip olduğu bütün yetkileri kullanır.” Bu maddede idari makamların boşalmasının sürekli veya geçici olmaları ayrı ayrı ele alınmıştır. Ayrıca bu maddede vekaletin süresine ilişkin bir sınırlama da getirilmiştir.

Devlet Memurları Kanunu'nun vekalet görevi ve aylık verilmesinin şartlarını düzenleyen 86. maddesinde sadece memurlardan bahsedilmektedir. Bunun sonucu olarak, anılan Kanunun 4. maddesinde belirtilen istihdam şekillerinden sadece memurluk görevine vekalet söz konusu olabilecek, diğer istihdam şekillerine (sözleşmeli personel, geçici personel, işçi) ilişkin görevlere ya da kadrolara ise vekalet mümkün olmayacaktır.

Vekalet kurumunun öngörülme sebebi kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi olduğundan boş olan kadro veya görevlere rastgele kişilerin vekaleten atanmalarının yapılmasının mümkün olmadığı ifade edilebilir. Bir başka ifadeyle boş olan kadro veya görevlere vekaleten atanan kişilerin görevin gerektirdiği niteliklere sahip olmasına ihtimam gösterilmelidir. Nitekim Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılan 99 seri numaralı Devlet Memurları Kanunu Genel Tebli-

ği'ne<sup>25</sup> göre bir görevin vekaleten yürütülmesi halinde görevin gerekleri ve nitelikleri değişmeyeceğinden bu görevi vekaleten yürütecek olanların asil memurda aranan şartlara sahip olmaları gerektiği ifade edilmektedir. Bundan dolayı anılan genelgeye göre "a) 1-4 ncü dereceli kadrolara vekalet edeceklerin 657 sayılı Kanun'un 68 inci maddesinde belirtilen şartları haiz olmaları, b) 5-15 inci dereceli kadrolara vekalet ettirileceklerin öğrenim durumları itibariyle tespit olunan yükselinebilecek dereceyi aşmamak kaydıyla vekalet ettirilecekleri kadronun derecesinin, kazanılmış hak aylık derecesinin üç üst derecesinden fazla olmaması" gerekmektedir. Özetlemek gerekirse bir kadro veya göreve vekaleten atanacak olan vekilin o kadro veya görevde çalışan asilin sahip olduğu bütün şartları taşıyor olması gerekmektedir. Buna göre vekaleten ataması yapılacak olan kişinin öncelikle Devlet Memurları Kanunu'nda öngörülmüş bulunan genel şartlara<sup>26</sup> sahip olması gereklidir. Bunun yanında, vekaleten atanacak kişide, vekalet edilecek kadro veya göreve ilişkin olarak mevzuatta öngörülen özel şartların da bulunması zorunludur. Yargı kararlarında da asilde bulunması gereken şartların vekilde de bulunması gerektiği ifade edilmektedir<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Yürürlük tarihi: 17.05.1987.

<sup>26</sup> Mesela Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinde devlet memurluğuna alınacaklarda aranacak genel ve özel şartlar belirlenmiştir. Konumuzla alakalı olarak, boş olan bir kadroya veya göreve vekaleten atanacak olan kişinin memur olması zorunluluğu yoktur. Bu anlamda boş bir kadroya veya göreve memur olmayan birinin atanması da mümkündür. İşte böyle açıktan atama hallerinde, atanacak olan kişilerin 48. maddedeki şartları taşıyıp taşımadıklarının tetkik edilmesi gereklidir.

<sup>27</sup> "Asilde aranan şartları taşımayan bir kişinin vekil olarak atanamayacağı ve kendisine vekalet aylığı ödenemeyeceği açık olmakla birlikte..." D.11.D., Karar Tarihi: 22.12.2003, E. 2001/481, K. 2003/5610, Danıştay Kararlar Dergisi, Yıl: 2004, Sayı: 4, s. 331; "Memurların kanuni izin, geçici görev, disiplin cezası uygulaması veya görevden uzaklaştırma nedenleriyle işlerinden geçici olarak ayrılmaları halinde, yerlerine kurum içinden veya diğer kurumlardan veya açıktan vekil atabileceğinin hükme bağlandığı, anılan yasal düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, vekaleten görevlendirmenin, hizmet gereklerinden kaynaklanan geçici uygulamalar olduğu; asıl olanın, yönetim ve memuriyet kadrolarına, yasal koşulları taşıyanların kariyer ve liyakat ilkelerine uyularak atanmaları olduğu, dolayısıyla, vekalet yoluyla yapılan görevlendirmelerin, yönetim kadrolarına atama yapılmak suretiyle sona erdirilmesinin gerekli olduğu, bu itibarla, vekaleten görevlendirilmiş yöneticisi bulunan eğitim kurumlarının tamamının, asaleten atama yapılabilmesi için, boş ilan edilmesi zorunlu olup, bu konuda atamaya yetkili makamlara değerlendirme yetkisi tanınmasında hukuka uygunluk bulunmamaktadır." D.12.D., Karar Tarihi: 24.06.2008, E. 2006/3642, K. 2008/3954 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 26.01.2016); "Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlemlerinin kanunla düzenleneceği şeklindeki hükmü karşısında, asilde aranan şartlara sahip olmayan kimselerin bir görevi yürütmek üzere vekâleten veya yetkili kılınmak suretiyle görevlendirilmeleri halinde, düzenli bir ödemeden yararlanabilmeleri için, yasal bir dayanağın bulunması gerekir." D.2.D., Karar Tarihi: 27.01.2009, E. 2008/2193, K. 2009/274 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi:

Çeşitli nedenlerle sürekli ya da geçici olarak boşalan kadro veya görevlere vekil atanmasında uyulacak esas ve usuller bazı kanunlarda belirlenmiş bazılarında ise belirlenmemiştir. Mesela 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanun'un 4. maddesinde "Başkanın bulunmadığı hallerde, Başkanın göstereceği başkan yardımcılarında birisi, Başkanın göstermediği hallerde Din İşleri Yüksek Kurulu Başkanı Diyanet İşleri Başkanına vekalet eder." hükmüne yer verilerek başkana kimin vekalet edeceği belirlenmiştir. 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 40. maddesinin birinci fıkrasında belediye başkanının izin, hastalık veya başka bir sebeple görev başında bulunmadığı hâllerde, bu süre içinde kendisine vekâlet etmek üzere, belediye meclisi üyeleri arasından birini başkan vekili olarak görevlendireceği hüküm altına alınmıştır. Aynı Kanunun 45. maddesinde belediye başkanlığının herhangi bir nedenle boşalması durumunda, vali tarafından belediye meclisinin on gün içinde toplanmasının sağlanacağı, meclisin, birinci başkan vekilinin, onun bulunmaması durumunda ikinci başkan vekilinin, onun da bulunmaması durumunda en yaşlı üyenin başkanlığında toplanarak belediye başkanlığının boşalması veya seçim dönemini aşacak biçimde kamu hizmetinden yasaklanma cezasının verilmiş olması durumunda bir başkan, belediye başkanın görevden uzaklaştırılması, tutuklanması veya seçim dönemini aşmayacak biçimde kamu hizmetinden yasaklama cezası alması durumunda bir başkan vekili seçeceği ifade edilmektedir. Yine aynı Kanunun 46. maddesinde ise "Belediye başkanlığının herhangi bir nedenle boşalması ve yeni belediye başkanı veya başkan vekili seçiminin yapılamaması durumunda, seçim yapıncaya kadar belediye başkanlığına büyükşehir ve il belediyelerinde İçişleri Bakanı, diğer belediyelerde vali tarafından görevlendirme yapılır. Görevlendirilecek kişinin belediye başkanı seçilme yeterliğine sahip olması şarttır." hükmüne yer verilmiştir. Büyükşehir belediye başkan vekillerinin belirlenmesi de Belediye Kanunu'ndaki usullere tabidir. Zira 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 17. maddesinde "Büyükşehir belediye başkan vekili, Belediye Kanunundaki usullere göre belirlenir. Ancak, büyükşehir kapsamındaki ilçe (...) belediye başkanları

---

26.01.2016); "Asilde aranan şartlara sahip olmayan davacının malmüdürlüğü görevini tedviren yürütmesi nedeniyle kendisine tazminat şeklinde olsa dahi vekalet aylığı ödenmesi mümkün olmadığından..." D.2.D., Karar Tarihi: 27.01.2009, E. 2008/4125, K. 2009/294 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 26.01.2016); "Bir görevin vekâleten yürütülmesi halinde görevin gerekleri ve nitelikleri değişmeyeceğinden bu görevi vekâleten yürütecek olanların asil memurda aranan şartlara hükmü karşısında, asilde aranan şartlara sahip olmayan kimselerin bir görevi yürütmek üzere vekâleten veya yetkili kılınmak suretiyle görevlendirilmeleri halinde, düzenli bir ödmeden yararlanabilmeleri için, yasal bir dayanağın bulunması gerekir" D.2.D., Karar Tarihi: 06.10.2009, E. 2009/309, K. 2009/3367 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 29.12.2015).

büyükşehir belediye başkan vekili olamaz” hükmüne yer verilmiştir. 5442 sayılı İl İdare Kanunu’nun 29. maddesinin ikinci fıkrasında kaymakamlığa sadece mülki idare amirliği hizmetleri sınıfından olanların vekalet edebileceği hüküm altına alınmıştır. Vekalet usulüne ilişkin hükümlere 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nda da yer verilmiştir. Anılan Kanunun 6. maddesinde Yükseköğretim Kurulu Başkanının yokluğunda, Başkanın görevlendirdiği başkan vekillerinden biri Başkana vekalet edeceği belirtilmektedir. Aynı Kanunun 13. maddesinde rektörün, görevi başında olmadığı zaman yardımcılarında birisini yerine vekil bırakacağı, 16. maddesinde ise dekana, görevi başında olmadığı zaman yardımcılarında birinin vekalet edeceği hüküm altına alınmıştır.

Vekaletin usul ve esaslarının mevzuatta belirlenmediği hallerde ise izlenecek yöntem kadronun dolu olup olmamasına göre değişecektir. Bu konuya bir sonraki başlıkta yer verilecektir.

## V. VEKALETİN ÇEŞİTLERİ

Vekalet genel olarak “boş kadroya vekalet” ve “dolu kadroya vekalet” şeklinde ikiye ayrılarak incelenmektedir<sup>28</sup>.

### A. BOŞ KADROYA VEKALET

Devlet Memurları Kanunu’nun “vekalet görevi ve aylık verilmesinin şartları” başlıklı 86. maddesinde boş kadroya vekaletten bahsedilmektedir fakat kadronun hangi hallerde boşalacağına dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bir göreve tahsis edilmiş olan kadro, asil memurun Devlet Memurları Kanunu hükümleri gereğince memurluktan çıkarılması, memurluğa alınma şartlarından her hangi birini taşımadığının sonradan anlaşılması veya memurluğu sırasında bu şartlardan her hangi birini kaybetmesi, memurluktan çekilmesi, emekliye ayrılması, ölümü, bir başka yere atanması gibi nedenlerle boşalmış olabilir. Ayrıca o kadroya atamanın hiç yapılmamış olması ya da atama yapılmış olmakla birlikte atanmış memurun görevine başlamamış olması da mümkündür. İşte bu gibi hallerde “boş kadro”nun varlığı söz konusudur.

Kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi gereğince kadroların boş bırakılması

---

<sup>28</sup> Devlet Memurları Kanunu’nun 33. maddesinin birinci fıkrasına göre kadrosuz memur çalıştırılmaz. Kadro, “kamu idareleri ve kurumlarının kullanacakları memurların sayı ve niteliklerinin kanunla belirlenmesidir.” GÖZLER / KAPLAN, s. 632. Kamu kurum ve kuruluşlarına ait kadroların ihdası, iptali ve kullanılmasına dair esas ve usuller 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (Resmi Gazete, Tarih: 14.12.1983, Sayı: 18251 Mük.) ve bu kanun hükmünde kararnameye dayanılarak çıkarılan Kadro İhdası, Serbest Bırakma Ve Kadro Değişikliği İle Kadroların Kullanım Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik (Resmi Gazete, Tarih: 13.05.1984, Sayı:18400) ile düzenlenmiştir.

mümkün değildir. Böyle durumlarda asıl görevli işe başlayıncaya kadar yetkilerini kullanmak üzere, atamaya yetkili amir tarafından geçici olarak bir vekil tayin edilir<sup>29</sup>. Buradaki atamaya yetkili amirden kasıt idari makamın asıl sahibi olan görevliyi atama yetkisine sahip amirdir.

Boş kadrolara vekalet üç şekilde olabilmektedir. Bunlar kurum içinden vekil ataması, kurum dışından vekil ataması ve açıktan vekil atamasıdır.

Devlet Memurları Kanunu'nun 86. maddesinde bazı kadrolara sadece memurlar arasından vekil tayin edilebileceği kabul edilmiştir. Anılan maddenin yedinci fıkrasına göre Devlet Memurları Kanunu'na tabi kurumlarda, mali, nakdi ve aynı sorumluluğu bulunan saymanlık kadrolarının boşalması halinde bu kadrolara memurlar arasından atama yapılabilecektir. Aynı maddenin beşinci fıkrasına göre ise Devlet Memurları Kanunu'na tabi kurumlarda çalışan veteriner hekim veya hayvan sağlık memurları, veteriner hekim veya hayvan sağlık memuru bulunmayan belediyelerin veterinerlik veya hayvan sağlık memurluğu hizmetlerini ifa etmek üzere bu hizmetlerle ilgili kadrolara vekalet aylığı verilmek suretiyle atanabileceklerdir.

Boş kadrolara açıktan vekil atanmasına ise Devlet Memurları Kanunu ancak sınırlı hallerde müsaade etmiştir. Anılan Kanunun 86. maddesinin üçüncü fıkrasına göre istisnaen açıktan vekil tayin edilebilecek kadrolar şunlardır:

1. İlkokul öğretmenliği (Yaz tatili hariç),
2. Tabiplik,
3. Dış tabipliği,
4. Eczacılık,
5. Köy ve beldelerdeki ebelik ve hemşirelik,
6. Mühendis ve mimarlık,
7. Veterinerlik,
8. Vaizlik,
9. Kur'an kursu öğreticiliği,
10. İmam-hatiplik ve müezzin-kayyımlık.

Özetlemek gerekirse boş kadrolara ait görevler lüzum görüldüğü takdirde memurlara, kural olarak herhangi bir ücret vermeksizin vekaleten, istisnai

---

<sup>29</sup> AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 203; GÖZLER / KAPLAN, s. 315; ÇAĞLAYAN, s. 466.

durumlarda da açıktan atanan vekillere gördürülebilecektir.

## B. DOLU KADROYA VEKALET

Devlet Memurları Kanunu'nun 86. maddesinin birinci fıkrasında memurların kanuni izin, geçici görev, disiplin cezası uygulaması veya görevden uzaklaştırma nedenleriyle işlerinden geçici olarak ayrılmaları halinde yerlerine kurum içinden veya diğer kurumlardan veya açıktan vekil atanabileceği öngörülmüştür. Anılan hallerde memuriyet kadrolarının devamlı olarak değil geçici olarak boşalması söz konusudur. Bir başka ifadeyle bu kadrolara asaleten atanmış olan kamu görevlerinin kadrolarıyla ilişkileri kesilmemiş olması nedeniyle kadrolar boş değil doludur.

Dolu kadroya vekalette, kanunda böyle bir ayırım yapılmamakla birlikte, iki türlü vekil tayininin söz konusu olduğu ifade edilebilir. Bunlardan birincisinde vekil, kadroda ya da idari makamda bulunan asıl kamu görevlisi tarafından tayin edilmektedir. Buna göre bir idari makamda bulunan kişi yıllık izin, hastalık izni, mazeret izni, yurt dışına çıkma gibi çeşitli nedenlerle geçici olarak makamından ayrılmış olduğu hallerde, yetkilerini geçici bir süreliğine kullanmak üzere bir başkasına vekalet verir. Bu şekilde vekalet verilen kamu görevlisi genellikle idari makamın asıl sahibi olan kişinin yardımcısıdır. İdari makamın asıl sahibi olan kamu görevlisi tarafından vekalet verildiği hallerde vekil tayin edilen kişinin kurum içinden olması gerekmektedir. Böyle durumlarda vekilin kurum dışından ya da açıktan tayin edilemeyeceği ifade edilmektedir<sup>30</sup>.

Dolu kadroya vekil tayininde ikinci yöntem ise vekilin, asıl kamu görevlisini atamaya yetkili amir tarafından belirlenmesidir. Bir idari makamda bulunan asıl kamu görevlisinin geçici görevlendirilme, disiplin cezası almış olma, görevden uzaklaştırma gibi iradesi dışında çeşitli sebeplerle geçici olarak yetkilerini kullanamadığı dönemler olabilir. Böyle dönemlerde idari makamın asıl sahibi olan kamu görevlisi tarafından vekil tayin edilmesi mümkün değildir. İşte bu gibi durumlarda asıl kamu görevlisinin yerine geçici olarak vekili tayin edecek olan makam asıl kamu görevlisini atamaya yetkili makamdır. Asıl kamu görevlisini atamaya yetkili makam, asıl kamu görevlisi gibi, vekili kurum içinden tayin etmek zorunda değildir. Anılan makam, vekili kurum içinden atayabileceği gibi dilerse kurum dışından ya da açıktan da atama yapabilir<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 203; GÖZLER / KAPLAN, s. 315; ÇAĞLAYAN, s. 466.

<sup>31</sup> AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 203; GÖZLER / KAPLAN, s. 315; SANCAKDAR, s. 160; ÇAĞLAYAN, s. 466.

### III. VEKALETİN SÜRESİ

Kamu hizmetlerinin, göreve asaleten atanmış olan kamu görevlileri vasıtasıyla yürütülmesi esastır. Fakat istisnai durumlarda kamu hizmetlerinin sunulmasında aksaklıklar yaşanmaması ve sürekliliği sağlamak adına vekalet müessesesi öngörülmüştür.

Öncelikle belirtmek gerekir ki vekalet istisnai bir usul olduğundan kısa dönemler için başvurulacak bir uygulama olmalıdır<sup>32</sup>. Nitekim Danıştay'a göre de "vekaleten görevlendirme hizmet gereği yapılan geçici bir uygulama olup, söz konusu kadrolara yasal koşulları taşıyanların atanması suretiyle sona erdirilmesi esastır"<sup>33</sup>. Ancak uygulamada bu kurumun amacına aykırı kullanıldığı, bazı görevlerin uzun süre vekaletle yürütüldüğü görülmektedir. Öyle ki bazı dönemlerde hükümetler, atama kararlarının cumhurbaşkanı tarafından imzalanmama ihtimaline karşı, bazı görevlere asaleten değil vekaleten atama yapma yoluna gitmişlerdir.

Vekalet kurumunun öngörülme nedeni, kamu hizmetlerinin sunulmasında aksaklıklar yaşanmaması ve süreklilik ilkesinin ihlal edilmemesi adına, çeşitli sebeplerle kesin olarak boşalan bir kadroya veya göreve atama yapıncaya kadar ya da geçici sebeplerle boşalan bir kadroya veya göreve asıl kamu görevlisi dönene kadar yetkilerin geçici olarak bir başkasına verilmesidir. Dolayısıyla vekalet, boş kadroların doldurulmasında "bir başka yöntem" değildir. Vekalet istisnai durumlarda başvurulacak geçici bir yöntemdir. Aksi takdirde liyakat ve kariyer ilkelerinin ihlali söz konusu olacaktır<sup>34</sup>. Nitekim bir Danıştay kararında

---

<sup>32</sup> Bazı kanunlarda vekaletin süresine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Mesela 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 45. maddesinin dördüncü fıkrasına göre başkan vekilinin, yeni başkan seçilinceye veya görevden uzaklaştırılmış ya da tutuklanmış olan başkan göreve dönüşüne kadar görev yapacağı hüküm altına alınmıştır. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 13.maddesinde de "Rektör, görevi başında olmadığı zaman yardımcılarından birisini yerine vekil bırakır. Rektör görevi başından iki haftadan fazla uzaklaştığında Yükseköğretim Kuruluna bilgi verir. Göreve vekalet altı aydan fazla sürerse yeni bir rektör atanır." hükmüne yer verilmiştir. Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı'nın 14. maddesinin üçüncü fıkrasında da vekaletin süresi belirlenmiştir. Anılan fıkrada idari makama vekaletin süresinin altı ayı geçemeyeceği, zorunlu hallerde bu sürenin ancak altı ay daha uzatılabileceği ve belirtilen süreler içinde bu makama asaleten atanmanın yapılacağı hüküm altına alınmıştır.

<sup>33</sup> D.2.D., Karar Tarihi: 28.02.2007, E. 2006/558, K. 2007/782 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 29.01.2016).

<sup>34</sup> "Memurların kanuni izin, geçici görev, disiplin cezası uygulaması veya görevden uzaklaştırma nedenleriyle işlerinden geçici olarak ayrılmaları halinde, yerlerine kurum içinden veya diğer kurumlardan veya açıktan vekil atabileceğinin hükme bağlandığı, anılan yasal düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, vekaleten görevlendirmenin, hizmet gereklerinden kaynaklanan geçici uygulamalar olduğu; asıl olanın, yönetim ve memuriyet kadrolarına, yasal koşulları taşıyanların kariyer ve liyakat ilkelerine uyularak atanmaları olduğu, dolayısıyla,

da bu hususa değinilmiştir. Danıştay anılan kararında “vekaleten ve tedviren görevlendirmenin geçici ve istisnai durumlarda başvuru olan bir yol olduğu, tedviren görevlendirilen personelin o kadro için öngörülen şartları da taşımadığı göz önüne alındığında, kamu hizmetlerinin tedviren ya da vekaleten yürütülmesini sürekli hale getirecek şekilde uygulama yapılamayacağı, bu yöndeki işlemlerin 657 sayılı Yasanın 3. maddesinde ifadesini bulan kariyer ve yeterlilik ilkelerine de aykırı olacağı açıktır” denilmiştir<sup>35</sup>.

Hülasa dolu kadroya vekalette süre, idari makamın asıl sahibi olan kamu görevlisinin kanuni izin, geçici görev, disiplin cezası uygulanması veya görevden uzaklaştırma gibi nedenlerle görevi başında olmadığı süre kadar olmalıdır. Boş kadroya vekalet söz konusu olduğunda ise, kamu hizmetlerinin asaleten atanmış olan kamu görevlileri tarafından ifa edilmesi esas olduğundan, boşalmış kadroların mümkün olan en kısa sürede doldurulması cihetine gidilmelidir. Danıştay’a göre de “vekaleten bir göreve atanan kamu görevlisinin vekalet görevinin sona erdirilmesi için; vekalet esas olan nedenin ortadan kalkması, boş kadroya asaleten atama yapılmış olması, vekalet görevine atanan kamu görevlisinin vekalet görevini layıkıyla yerine getirememesi veya vekalet görevinin üzerinde kalmasında sakınca bulunduğu anlaşılması hallerinin bulunması gerekmektedir.”<sup>36</sup>

#### IV. VEKALETEN ATANANLARIN YETKİ VE SORUMLULUKLARI

Hukukumuzda gerek dolu kadroya vekalette gerekse boş kadroya vekalette vekil, vekalet görevini yürüttüğü sürede, asıl kamu görevlisinin sahip olduğu bütün hak ve yetkilere sahiptir<sup>37</sup>. Bazı kanunlarda bu husus açıkça belirtilmiştir. Mesela 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 40. maddesinin ikinci fıkrasında başkan vekilinin, başkanın yetkilerine sahip olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Hukukta yetki ve sorumluluk paralel kavramlardır. Dolayısıyla yetkiye sahip olmak beraberinde sorumluluğu da getirecektir. Bu anlamda asıl kamu

---

vekalet yoluyla yapılan görevlendirmelerin, yönetim kadrolarına atama yapılmak suretiyle sona erdirilmesinin gerekli olduğu...” D.12.D., Karar Tarihi: 24.06.2008, E. 2006/3642, K. 2008/3954 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 29.01.2016).

<sup>35</sup> D.5.D., Karar Tarihi: 17.09.2003, E. 2003/868, K. 2003/3533, Danıştay Kararlar Dergisi, Yıl: 2004, Sayı: 3, s. 177.

<sup>36</sup> D.12.D., Karar Tarihi: 17.11.2009, E. 2008/6642, K. 2009/6351 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 29.01.2016).

<sup>37</sup> Fakat doktrinde, haklı olarak, dolu kadroya kısa süreli vekaletlerde vekilin yetkilerini sınırlı olarak kullanması gerektiği, gündelik, rutin veya aciliyeti olmayan, önemli kararların alınmasının idari makamın asıl sahibi olan kamu görevlisine bırakılması gerektiği ifade edilmektedir. AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 204; DERDİMAN, s. 68.



görevlisinin yetkilerine sahip olan vekil bunun karşılığında asılın sorumlu olduğu hususlardan da sorumlu olacaktır. Bu konuya ilişkin bir hükme 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un "Vekillerin durumu" başlıklı 14. maddesinde yer verilmiştir. Anılan maddede, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un uygulanmasında vekillerin, asillerin tabi olduğu usule tabi olacakları ifade edilmiştir.

Yargı kararlarında da vekilin, asılın bütün hak ve yetkilerine sahip olduğu ifade edilmektedir. Danıştay, vergi dairesi müdür yardımcısının müdürün yerine vekalet etmesi durumunda vergi incelemesi yapmaya yetkili olduğuna hükmetmiştir<sup>38</sup>. Yine bir başka olayda, başka sebeplerin de yanında, belediye meclisinin, birinci veya ikinci başkan vekilinin başkanlığında toplanmadığı gerekçesiyle de meclis kararının iptali istemini vekilin, asılın bütün yetkilerine sahip olduğu gerekçesiyle yerinde bulmamıştır<sup>39</sup>.

## VI. TEDVİREN GÖREVLENDİRME

Hukukumuzda genel olarak kabul edildiği üzere, bir kadro ya da göreve

---

<sup>38</sup> "Olayda, müdür yardımcısının müdürün izinli olduğu dönemde vekil olarak vergi inceleme raporuna imzaladığı, vekilin de, vekalet ettiği görevin yetki ve sınırları içinde kalmak şartıyla asılın bütün hak ve yetkisine sahip olduğu vekalet kurumunun niteliği gereğidir.

Vergi ve ceza ihbarnamesi düzenleme, uzlaşmaya varma ve dava açıldığında her türlü usul işlemini yapma yetkisi olan vekilin, bunların dayanağını oluşturan ve bunlardan ayrılması mümkün olmayan "vergi inceleme raporunu" imzalama yetkisine sahip olmadığı düşünülemez.

Aksi düşüncenin kabulü, vekaleten yürütülen görevlerin uzun süre devam etmesi durumunda, inceleme raporunun düzenlenmesinde belli sürelerle kayıtlı bulunan idarenin bu süreleri kaçırmaması dolayısıyla hak kayıplarına uğraması sonucunu doğuracağından isabetli değildir." D.11.D., Karar Tarihi: 17.02.2000, E. 1998/2640, K. 2000/615 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 29.01.2016).

<sup>39</sup> "...1580 sayılı Kanununun 58. maddesinde, belediye başkanının görevde olduğu ancak çeşitli sebeplerle meclis toplantılarında bulunmadığı hallerde, meclis toplantılarının yönetimi ile ilgili olarak belediye başkanına mevzuatla verilen görevleri yerine getirmek ve başkanın sadece meclis başkanlığından kaynaklanan yetkilerini kullanabilen bir meclis başkan vekilinin seçimi öngörülmüş, aynı Kanununun 93. maddesinde ise, belediye başkanının herhangi bir sebeple görevinden ayrılması halinde başkanın meclis başkanlığı dahil, mevzuatta belirtilen başkanlık sıfatının gerektirdiği bütün görevleri yerine getirmek, hak ve yetkileri kullanmak üzere bir başkan vekilinin görevlendirileceği hükme bağlanmıştır. ... Yukarıda açıklandığı üzere, 1580 Sayılı Kanununun 93. maddesi gereğince Belediye Başkan Vekili olarak görevlendirilen ...'nın ... tarihinde Belediye Başkanının görevinden ayrılması nedeniyle boşalan belediye başkanlığı görevini vekaleten yürüttüğü, vekilin, asılın bütün yetkilerini haiz olması nedeniyle başkanlık sıfatının gerektirdiği diğer görevleri yerine getirmesi yanında, ... günlük Meclis toplantısını yönetmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır." D.1.D., Karar Tarihi: 19.09.2002, E. 2002/136, K. 2002/131, (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr>, Erişim Tarihi: 01.02.2016).

İstisnai durumlarda geçici olarak vekaleten atanacak olan kişinin o kadro ya da görevde bulunan/bulunacak asıl kamu görevlisinin niteliklerine sahip olması gerekmektedir. Fakat asılın niteliklerine sahip olan bir vekilin bulunması her zaman mümkün olmayabilmektedir. İşte böyle durumlarda kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi gereğince gerek sürekli olarak gerekse geçici olarak boşalmış olan kadrolara, asılda aranan nitelikleri taşımayan kişilerin atanması zorunluluğu doğmaktadır. Bu uygulama personel hukukunda “tedviren görevlendirme” olarak isimlendirilmektedir.

Tedviren görevlendirme doktrinde “kamu hizmetini çeşitli nedenlerle yerine getiremeyen kamu görevlisinin yürüttüğü kamu hizmetini ifa etmek üzere vekaleten atama yapılamayan durumlarda, kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi gereği, şartları taşımasa da o görevi yürütebileceğine inanılan bir başka kamu görevlisine görev verilmesi” olarak tanımlanmıştır<sup>40</sup>.

Hukukumuzda tedviren görevlendirme Devlet Memurları Kanunu’nda ya da bir başka kanunda düzenlenmiş değildir. Anılan uygulamanın dayanağı 99 seri numaralı Devlet Memurları Kanunu Genel Tebliği’dir. Bu tebliğin ikinci maddesinde “Asılda aranan şartlara sahip vekil memur bulunmadığı takdirde, hizmetin aksamadan yürütülebilmesi bakımından herhangi bir şekilde boşalmış veya boş bulunan bir görevin öncelikle varsa yardımcıları yoksa asılda aranan şartlara en yakın personel tarafından tedviren gördürülmesi mümkün görülmektedir.” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükme göre tedviren görevlendirmeye ancak asıl kamu görevlisinin niteliklerine sahip vekil bulunmadığı takdirde başvurulabilecektir. Görevlendirmede asıl kamu görevlisinin yardımcılarına öncelik verilecektir. Bunun mümkün olmadığı hallerde rastgele bir memura değil nitelik itibarıyla en iyi durumda olan personele görev verilecektir.

Danıştay kararlarında tedviren görevlendirilme konusunda bir istikrar bulunmamaktadır. Bazı Danıştay kararlarında, kanunlarda yer verilen görevlendirmeler dışında bir görevlendirmenin mümkün olmayacağı açıkça ifade edilmiştir. Mesela Danıştay Birinci Dairesinin bu yönde vermiş olduğu bir kararda “Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli görevlerin kanunda öngörülen nitelikleri taşıyanlar arasından atanacak memurlar eliyle yürütülmesi asıl olmakla birlikte, bu görevlerin, ancak, yine koşulları kanunda gösterilen vekalet, ikinci görev ve geçici süreli görevlendirme yoluyla gördürülmeleri mümkün bulunmakta, bu istisnai görev-

---

<sup>40</sup> AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 205. Tedvir, ZABUNOĞLU tarafından melez model olarak nitelendirilmektedir. ZABUNOĞLU, s. 326.

lendirmeler dışında kanunda ayrıca ‘tedvir ile görevlendirme’ adı altında bir istihdam şekli yer almamaktadır.”<sup>41</sup> ifadelerine yer verilmiştir. Fakat daha yeni tarihli kararlarda ise Danıştay’ın tedviren görevlendirmeye olumlu yaklaştığı görülmektedir: “Mevzuatta tedviren görevlendirme şeklinde açıklanan bir usul bulunmamakla beraber, uygulamada 99 Seri No’lu Genel Tebliğde de belirtildiği üzere asilde aranan şartlara sahip vekil memur bulunmadığı hallerde idarelerce hizmetin aksatılmadan yürütülmesini teminen herhangi bir şekilde boşalmış veya boş bulunan bir göreve asilde aranan şartlara en yakın personel arasından tedviren görevlendirme yapılarak idari görevin yürütülmesi sağlanmaktadır.”<sup>42</sup> “Mevzuatta ‘tedviren görevlendirme’ şeklinde bir yöntem öngörülmeleyen durumlarda, asilda aranan koşullara sahip vekil memur bulunmadığı hallerde, idarelerce hizmetin aksamadan yürütülebilmesi bakımından herhangi bir şekilde boşalmış veya boş bulunan bir göreve asilda aranan koşullara en yakın personel arasından tedviren görevlendirme yapılmakta ve idari görev bu şekilde yürütülmektedir. Dolayısıyla tedviren görevlendirme geçici ve istisnai durumlarda başvurulmuş bir yoldur.”<sup>43</sup> Tedviren görevlendirmeye ilişkin Danıştay’ın bu yaklaşımı yerindedir. Zira, çeşitli nedenlerle boşalan bir kadroya geçici olarak vekaleten atanabilmek için gerekli şartları taşıyan bir kişinin bulunması her zaman mümkün olmayabilmektedir. Böyle durumlarda kamu hizmetlerinin sunulmasında bir aksaklık yaşanmaması için zorunlu olarak tedviren görevlendirme yöntemine başvurulmaktadır. Bir başka ifadeyle vekaleten atamanın mümkün olduğu hallerde tedviren görevlendirme yapılmasına imkan yoktur.

Tedviren görevlendirme ile vekalet karıştırılmamalıdır. Bunların her ikisinde de kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi gereğince, çeşitli sebeplerle boşalmış olan bir makama ait görevin geçici olarak başka kişilere gördürülmesi söz konusudur. Fakat vekil, asilda aranan şartları haizken tedvir ile görevlendirilen kişi değildir. Buna göre bir göreve geçici olarak atanmış olan kişi asilda aranan nitelikleri taşıyorsa vekalet, eğer anılan nitelikleri taşıyamıyorsa tedviren görevlendirme söz konusudur.

Personel hukukunda yönetim ve memuriyet kadrolarına, mevzuatta belirlenmiş olan koşulları taşıyanların kariyer ve liyakat ilkelerine uyularak asale-

---

<sup>41</sup> D.1.D., Karar Tarihi: 25.11.1993, E. 1993/258, K. 1993/240, Danıştay Dergisi, Sayı: 89, s. 59.

<sup>42</sup> D.11.D., Karar Tarihi: 10.04.2003, E. 2000/9798, K. 2003/1654 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 03.02.2016).

<sup>43</sup> D.5.D., Karar Tarihi: 14.12.2004, E. 2001/1374, K. 2004/5356 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 03.02.2016). Ayrıca bkz. D.5.D., Karar Tarihi: 22.11.2001, E. 1998/1661, K. 2001/4441, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 03.02.2016).

ten atanmaları esastır. Vekaleten veya tedviren görevlendirme ise ancak geçici ve istisnai durumlarda başvurulabilecek usullerdir. Dolayısıyla bu usulleri sürekli hale getirecek uygulamalardan kaçınılmalıdır. Aksi halde Devlet Memurları Kanunu'nun üçüncü maddesinde belirlenmiş olan temel ilkelere aykırı davranılmış olacaktır.

## VII. VEKALETEN ATANANLARIN MALİ HAKLARI

Devlet Memurları Kanunu'nda, aylıksız vekalet genel kural olmakla birlikte, gerek kurum içinden gerek kurum dışından gerekse açıktan atanacak vekillere bazı mali hakların verilebileceği öngörülmüştür. Bu Kanun'un 86. maddesinde vekalet aylığına, 152. maddesinde bazı zam ve tazminatlara, 175. maddesinde ise geçici görev yolluğu, aylık ve ücret oranları ile diğer ödemelere ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Bir göreve vekaleten atananlara, o görevi ifa etmeleri nedeniyle yapılan ödeme vekalet aylığı olarak ifade edilir. Vekalet aylığının dayanağı Devlet Memurları Kanunu'nun "Vekalet görevi ve aylık verilmesinin şartları" başlıklı 86. maddesidir. Daha önce de ifade edildiği üzere, bu maddenin ikinci fıkrasında bir görevin memurlar eliyle vekaleten yürütülmesi halinde aylıksız vekalet asıl olacağı kabul edilmekle birlikte yine aynı maddede belirtilen istisnai hallerde, görevi yürüten kişilere vekalet aylığı verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Vekalet aylığı verilebilecek istisnai hallerden birincisine anılan maddenin dördüncü fıkrasında yer verilmiştir. Anılan fıkraya göre bir memuriyetin kanuni izin, geçici görev, disiplin cezası uygulaması veya görevden uzaklaştırma nedenleriyle geçici olarak boşalması halinde, boşalan o memuriyete, aynı kurdan atanan vekil memurlara vekalet görevinin üç aydan fazla devam eden süresi için vekalet aylığı verilecektir. Yine bu fıkraya göre kurum dışından veya açıktan atananlarla kurum içinden ilkökul öğretmenliğine atanan öğretmenler ile veznedarlık görevine atananlara göreve başladıkları tarihten itibaren vekalet aylığı ödenecektir.

Yine anılan maddenin beşinci fıkrasına göre, Devlet Memurları Kanunu'na tabi kurumlarda çalışan veteriner hekim veya hayvan sağlık memurları, veteriner hekim veya hayvan sağlık memuru bulunmayan belediyelerin veterinerlik veya hayvan sağlık memurluğu hizmetlerini ifa etmek üzere bu hizmetlerle ilgili kadrolara vekalet aylığı verilmek suretiyle atanabileceklerdir.

Son olarak, 86. maddenin yedinci fıkrası gereğince Devlet Memurları Kanunu'na tabi kurumlarda, mali, nakdi ve aynı sorumluluğu bulunan saymanlık

kadrolarının boşalması halinde bu kadrolara işe başladıkları tarihten itibaren vekalet aylığı verilmek suretiyle memurlar arasından atama yapılabilecektir.

Kanununun 174. maddesinde vekalet aylıklarının ödenebilmesi için görevin fiilen yapılmasının şart olduğu hüküm altına alınmıştır. Buna göre vekalet aylıkları, vekalet görevine başlanıldığı tarihten itibaren ve görevin fiilen yürütüldüğü zaman zarfında ödenecektir. Vekaleten atanan kişinin, yasal sebeplerle, sürekli ya da geçici olarak görevi başında olmadığı dönemlere ilişkin ise vekalet aylığı alması mümkün değildir.

Hülâsa vekalet aylığının hangi şartlarda ve kimlere ödeneceği Devlet Memurları Kanunu'nun 86. ve 174. maddelerinde hüküm altına alınmıştır. Vekalet aylığı ödeneceği takdirde miktarının ne kadar olacağı ise anılan Kanununun 175. maddesinde belirtilmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasında göreve vekaleten atanan memurlarla açıktan atananlara farklı oranlarda vekalet aylığı verilmesi öngörülmüştür. Buna göre bir göreve vekaleten atanan memurlara vekalet edilen görevin kadro derecesinin birinci kademesinin üçte biri oranında vekalet aylığı verilecektir. Açıktan atananlara ise vekalet edilen görevin kadro derecesinin birinci kademesinin üçte ikisi oranında vekalet aylığı verilecektir. Ayrıca buldukları yerden başka yerdeki bir göreve vekalet suretiyle atananlara, açıktan vekil atananlar da dahil olmak üzere, Harcırah Kanunu'nun geçici görevle başka yere gönderilenlere ilişkin hükümleri uygulanacaktır<sup>44</sup>. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında bir göreve vekaleten atanan memurlarla ilgili bir kısıtlamaya yer verilmiştir. Vekalet kurumunun kötüye kullanılmaması adına olsa gerek, kurum içinden veya diğer kurumlardan vekalet edenlere vekalet aylığı ödenebilmesi için, vekilin asilde aranan şartları taşımasının zorunlu olduğu hüküm altına alınmıştır. Aynı maddenin dördüncü fıkrasında ise açıktan vekil olarak atananların Devlet Memurları Kanunu'yla memurlara tanınan sosyal haklardan da yararlanacakları ifade edilmiştir.

Yukarıda ifade edildiği üzere bir göreve vekaleten atananlar da devlet memurlarına ödenen zam ve tazminatlarından faydalanacaklardır. Devlet memurlarına ödenecek zam ve tazminatların kanuni dayanağı Devlet Memurları Kanunu'nun 152. maddesidir. 152. maddenin Ortak Hükümler bölümünde, anılan zam ve tazminatların hangi işi yapanlara ve hangi görevlerde bulunanlara ödeneceği, miktarları, ödeme usul ve esasları ilgili kurumların yazılı isteği ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca bütün kurumları kapsayacak şekilde, yılda bir defa olmak üzere hazırlanacağı ve

---

<sup>44</sup> Fiilen oturduğu yerden başka bir yere açıktan vekaleten atananlar hakkında istisnai hüküm hakkında bkz. 6245 sayılı Harcırah Kanunu m. 14/4.

Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulacağı hüküm altına alınmıştır. Bu çerçevede “Devlet Memurlarına Ödenecek Zam ve Tazminatlara İlişkin Karar” 17.04.2006 tarih ve 2006/10344 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulmuştur<sup>45</sup>. Daha sonraki yıllarda ise, bazı değişiklikler yapılarak, bu kararnamenin uygulanmasına devam edilmiştir. Nitekim “Temsil Tazminatı Ödenmesine İlişkin Karar İle Devlet Memurlarına Ödenecek Zam ve Tazminatlara İlişkin Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar”<sup>46</sup> başlıklı son kararnamenin 2. maddesinde “17.04.2006 tarih ve 2006/10344 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan Devlet Memurlarına Ödenecek Zam ve Tazminatlara İlişkin Karar ve eki cetvellerin uygulanmasına 2016 yılında da devam olunur.” hükmüne yer verilerek anılan kararnamenin uygulanmasının sürdürülmesi kabul edilmiştir.

Vekaletle ilişkin hükümlere Devlet Memurlarına Ödenecek Zam ve Tazminatlara İlişkin Karar’ın 9. maddesinde yer verilmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasının (a) bendinin birinci alt bendinde bir kadro veya göreve kurum içinden veya kurum dışından vekaleten atananlara, vekalet ettikleri kadro veya görevler için hangi miktarda zam ve tazminat ödeneceği düzenlenmiştir<sup>47</sup>. Maddenin birinci fıkrasının (a) bendinin ikinci alt bendinde vekaleten atanan memurlara zam ve tazminat verilmesi imkanı bulunmayan durumlar ile zam ve tazminat ödenmesi kabul edilmemiş olan vekalet halleri belirtilmiştir<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> Resmi Gazete, Tarih: 05.05.2006, Sayı: 26159.

<sup>46</sup> Resmi Gazete, Tarih: 13.01.2016, Sayı: 29592.

<sup>47</sup> “a) 1) Kurumlarının bir göreve kurum içinden veya diğer kurumlardan vekalet ettirilene; aa) Vekaletin, 657 sayılı Kanunun 86 ncı maddesine binaen yapılması ve bu hususun onayda belirtilmiş olması, bb) Vekaletin, Bakanlar Kurulu kararı veya müşterek karar ile atama yapılması gereken kadro veya görevler için ilgili Bakan, diğer kadro veya görevler için asili atamaya yetkili amir tarafından verilmesi, cc) Vekillerin, genel ve ilgili özel mevzuatı uyarınca asaleten atanmada aranan tüm şartları (asaleten atanmada sınav şartı aranılan kadro veya görevler için bu sınavlara girebilme hakkının elde edilmiş olması dahil) bir arada taşımaları, kaydıyla; vekalet ettikleri kadro veya görevler için bu Karar uyarınca öngörülen zam ve tazminatların toplam net tutarının, asli kadro veya görevleri karşılığında fiilen aldıkları zam ve tazminatların toplam net tutarından fazla olması halinde, aradaki fark; 657 sayılı Kanunun 175 inci maddesindeki oranlar dikkate alınmaksızın, vekalet görevine başlanıldığı tarihten itibaren ve vekalet görevinin fiilen yapıldığı sürece ödenir.”

<sup>48</sup> “2) aa) Esas ve usule ilişkin olarak yukarıda belirtilen şartları bir arada taşımayanlara, bb) Mehil müddeti, yıllık izin, mazeret izni, hastalık izni, geçici görev, vekalet, görevden uzaklaştırma, tutuklanma, gözaltına alınma, hizmetiçi eğitim, kurs veya seminer nedeniyle görevlerinden ayrılanlara vekalet edenlere, cc) Vekaletleri esnasında yıllık izin, mazeret izni, hastalık izni, vekalet görevine ilişkin olmayan geçici görev, görevden uzaklaştırma, tutuklanma, gözaltına alınma, hizmetiçi eğitim,

Maddenin (b) bendinde ise açıktan vekaleten atanarlara ödenecek zam ve tazminatlarla ilişkin hükme yer verilmiştir<sup>49</sup>.

Bir göreve vekaleten veya tedviren atanarlara yapılacak ödemeler konusunda, genellikle Danıştay, asilde aranan şartları taşımayan bir kişinin vekil olarak atanamayacağına ve kendisine vekalet aylığı ödenemeyeceğine hükmetmektedir. Danıştay'ın bu yönde bir kararında şu ifadelere yer verilmiştir: "Bir görevin vekâleten yürütülmesi halinde görevin gerekleri ve nitelikleri değişmeyeceğinden bu görevi vekâleten yürütecek olanların asil memurda aranan şartlara (sahip olmaları gerektiği) hükmü karşısında, asilde aranan şartlara sahip olmayan kimselerin bir görevi yürütmek üzere vekâleten veya yetkili kılınmak suretiyle görevlendirilmeleri halinde, düzenli bir ödemededen yararlanabilmeleri için, yasal bir dayanağın bulunması gerekir. / Bu durumda; asilde aranan şartlara sahip olmayan davacının ... görevini Kaymakamlık onayıyla yürütmesi nedeniyle kendisine tazminat şeklinde olsa dahi vekâlet aylığı ödenmesi mümkün olmadığından, davaya konu vekâlet aylığı ödenmemesine ilişkin işlem hukuka uygun olup, davacıya yürüttüğü görev dolayısıyla vekâlet aylığına eş değer tutarda bir meblağın tazminat olarak hesaplanıp ödenmesine hükmedilmesi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır."<sup>50</sup> Yine Danıştay bir başka kararında Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlemlerinin kanunla düzenleneceği şeklindeki hükmü karşısında, asilde aranan şartlara sahip olmayan kimselerin bir görevi yürütmek üzere vekâleten veya yetkili kılınmak suretiyle görevlendirilmeleri halinde, düzenli bir ödemededen yararlanabilmeleri için, yasal bir dayanağın bulunması gerektiğinin açık olduğu belirtilmiş ve asilde aranan şartlara sahip olmayan davacının müdürlük görevini yetkilendirme yoluyla yürütmesi nedeniyle kendisine taz-

---

kurs, seminer ve benzeri nedenlerle vekalet görevine ara verenlere (ara verdikleri günler için),

çç) Diğer personel kanunlarına tabi olanlardan bu Kararname uyarınca zam ve tazminat ödenmesi öngörülen kadro veya görevlere vekalet edenlere,

dd) Kurumların 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli cetvellerinde kadrosu bulunmayan okul müdürlüğü, okul müdür başyardımcılığı ve okul müdür yardımcılığı görevlerini yürütenlere,

ee) Bu Kararname uyarınca zam ve tazminat ödenmesi öngörülen kadro veya görevlere vekalet eden her statüdeki sözleşmeli personele (6/2/1997 tarihli ve 97/9021 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı kapsamındaki kadro karşılığı sözleşmeli personel hariç), vekalet nedeniyle öngörülen zam ve tazminatlar ödenmez."

<sup>49</sup> "b) Bir göreve açıktan vekalet edenlere, bu göreve ait zam ve tazminatlar, 657 sayılı Kanunun 175 inci maddesindeki oranlar dikkate alınmaksızın vekalet aylığıyla birlikte ödenir."

<sup>50</sup> D.2.D., Karar Tarihi: 06.10.2009, E. 2009/309, K. 2009/3367 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 07.02.2016).

minat şeklinde olsa dahi vekâlet aylığı veya zam ve tazminatların ödenmesi mümkün olmasına karar verilmiştir<sup>51</sup>. Bir başka kararda da Danıştay, döner sermaye saymanlığı görevini yürütmek üzere usulüne uygun olarak vekaleten atanan davacıya, söz konusu göreve atanmak için asilde aranan şartları taşı-maması nedeniyle vekalet ettiği göreve ait ek ödemenin verilmesine olanak bulunmadığını ifade etmiştir<sup>52</sup>. Fakat, yukarıdaki kararlardan farklı olarak, Da-nıştay'ın, bir göreve vekaleten ya da tedviren atanan kişiye herhangi bir öde-me yapılmamasının Anayasa'da öngörülen angarya yasağına aykırı olacağını ifade eden kararları da bulunmaktadır<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> D.2.D., Karar Tarihi: 17.06.2009, E. 2008/7627, K. 2009/2573 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 07.02.2016). Aynı yönde bkz: D.İ.D.D.K., Karar Tarihi: 28.12.2006, E. 2003/736, K. 2006/3361, Danıştay Dergisi, Sayı: 115, s. 57; D.11.D., Karar Tarihi: 10.01.2007, E. 2004/3769, K. 2007/8, Danıştay Dergisi, Sayı: 115, s. 364; D.2.D., Karar Tarihi: 27.01.2009, E. 2008/2193, K. 2009/274 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 07.02.2016); D.2.D., Karar Tarihi: 05.11.2010, E. 2008/2083, K. 2010/4219 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 07.02.2016); D.2.D., Karar Tarihi: 03.12.2010, E. 2008/2092, K. 2010/4647 (Kazancı İç-tihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 07.02.2016); D.2.D., Karar Tarihi: 25.01.2012, E. 2008/1999, K. 2012/291 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 08.02.2016); D.2.D., Karar Tarihi: 27.01.2009, E. 2008/4125, K. 2009/294 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 07.02.2016); D.2.D., Karar Tarihi: 18.12.2009, E. 2009/3342, K. 2009/4738 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 07.02.2016); D.2.D., Karar Tarihi: 18.12.2009, E. 2009/3342, K. 2009/4738 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 08.02.2016); D.11.D., Karar Tarihi: 06.11.2006, E. 2004/3562, K. 2006/4996 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 09.02.2016); D.11.D., Karar Tarihi: 08.03.2005, E. 2002/1132, K. 2005/1079 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 09.02.2016); D.11.D., Karar Tarihi: 16.01.2008, E. 2005/2596, K. 2008/131 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 09.02.2016); D.11.D., Karar Tarihi: 12.11.2013, E. 2010/5479, K. 2013/9841 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 09.02.2016).

<sup>52</sup> D.2.D., Karar Tarihi: 20.12.2010, E. 2008/1382, K. 2010/4958 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 09.02.2016).

<sup>53</sup> “657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 86. maddesinde, vekalet görevi ve aylık verilme-sinin şartları düzenlenmiş, 174. maddesinde, vekalet aylıklarının ödenebilmesi için görevin fiilen yapılmasının zorunlu olduğu belirtilmiş, 175. maddesine 631 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile eklenen ikinci fıkrasında ise, vekalet aylığı ödenebilmesi için vekilin asilde aran-an şartları taşımamasının zorunlu olduğu hükme bağlanmış bulunmaktadır. Bu hükümler kar-şısında asilde aranan şartları taşımayan bir kişinin vekil olarak atanamayacağı ve kendisine vekalet aylığı ödenemeyeceği açık olmakla birlikte, anayasanın angaryayı yasaklayan hükmü uyarınca, davacının fiilen yürüttüğü vekalet görevinden dolayı vekalet aylığına eşdeğer tu-tarda bir meblağın tazminat olarak ödenmesi gerekir.” D.11.D., Karar Tarihi: 22.12.2003, E. 2001/481, K. 2003/5610, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 09.02.2016); “Bu hü-kümler karşısında, asilde aranan şartları taşımayan bir kişinin vekil olarak atanamayacağı ve kendisine vekalet aylığı ödenemeyeceği açıktır. Ancak 657 sayılı Yasada bir görevin tedviren yürütülmesine ilişkin bir hükme yer verilmemiş olmakla beraber, yukarıda sözü geçen tebliğ uyarınca idarece tedvir görevi verilen kişinin, Anayasanın angaryayı yasaklayan 18. maddesi hükmü uyarınca fiilen yürüttüğü görev karşılığı bazı maddi haklara hak kazanacağı açıktır. ... yasal düzenleme karşısında, davacıya vekalet aylığı adı altında bir ücret ödenmesi mümkün değilse de, davacının yürüttüğü görevden dolayı üstlendiği sorumluluk dikkate alındığın-



## SONUÇ

Devlet Memurları Kanunu'nda memurların kanuni izin, geçici görev, disiplin cezası uygulanması veya görevden uzaklaştırma nedenleriyle işlerinden geçici olarak ayrılmaları halinde, yerlerine kurum içinden veya diğer kurumlardan ya da açıktan vekil atanabileceği hükme bağlanmıştır. Vekaleten görevlendirme, kamu hizmetinin sunulmasında aksaklıklar yaşanmaması için istisnai hallerde başvurulabilecek geçici uygulamalar olup, esasen olması gereken memurluk ve yönetim kadrolarına mevzuatta belirlenen şartlara sahip olanların kariyer ve liyakat ilkelerine uyularak atanmalarıdır. Bundan dolayı vekalet kurumunu sürekli hale getirecek uygulamalardan kaçınılmalıdır.

Vekalet kurumunun amacı dışında kullanılmasının önüne geçilmesi düşüncesiyle olsa gerek, Devlet Memurları Kanunu'nun 86. maddesinin ikinci fıkrasında bir görevin memurlar eliyle vekaleten yürütülmesi halinde aylıksız vekaletin asıl olduğu, 175. maddenin ikinci fıkrasında ise kurum içinden veya diğer kurumlardan vekalet edenlere vekalet aylığı ödenebilmesi için, vekilin asilde aranan şartları taşımasının zorunlu olduğu hükümlerine yer verilmiştir. Fakat her zaman bir idari makamın asıl sahibi olan kamu personelinin niteliklerini taşıyan bir vekilin bulunması mümkün olmayabilmektedir. Böyle durumlarda ise asılın niteliklerine sahip olmayan kişilerin vekil olarak atanması zorunlu hale gelmektedir. Asılın niteliklerini taşımadığı halde zorunlu nedenlerle bir göreve vekaleten atanan kişinin ise yukarıda anılan hükümler ve Anayasa'nın 128. maddesi gereğince vekalet aylığı alması mümkün olmamaktadır. Danıştay da, genellikle, bir göreve vekaleten atanan kişiye vekalet aylığı, yan ödeme ve tazminatın ödenebilmesi için vekilin asilde aranan şartları taşıması gerektiğine hükmetmektedir. Ancak Danıştay bazı kararlarında ise asilde aranan şartları taşımayan bir kişinin vekil olarak atanmasının ve kendisine vekalet aylığı ödenmesinin mümkün olmadığı fakat Anayasa'nın angaryayı yasaklayan 18. maddesi gereğince, bir göreve vekaleten atanan kişinin fiilen yürüttüğü vekalet görevinden dolayı vekalet aylığına eşdeğer tutarda bir meblağı tazminat olarak alması gerektiği yönünde hüküm kurulmaktadır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere vekalet, kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi gereğince, ancak istisnai hallerde başvurulabilecek bir yöntemdir. Bu anlamda gerek mevzuatta gerekse yargı kararlarında vekaletin kural olarak ücretsiz olması yaklaşımı benimsenmiştir. Fakat bu yaklaşımın bazı durumlarda kamu

---

da, vekalet görevinden ötürü davacıya vekalet aylığına eşdeğer tutarda bir meblağın tazminat olarak ödenmesi gerekmektedir." D.11.D., Karar Tarihi: 10.04.2003, E. 2000/9798, K. 2003/1654, Danıştay Kararlar Dergisi, Yıl: 2003, Sayı: 2, s. 369.

hizmetlerinin sunulmasında aksaklıklara sebebiyet vermesi olasıdır. Şöyle ki, bir göreve vekaleten ya da tedviren atanan kişinin, kamu hizmetlerinin ifa edilebilmesi için, yerine atandığı kişinin yetkilerini kullanması gerekecektir. Yetkilerin kullanılması ise sorumluluğu da beraberinde getirecektir. Yüklendiği külfetin karşılığı olarak nimetlerinden yararlanamayan, daha açık ifadeyle vekaleten yürütmekte olduğu görevden dolayı vekalet aylığı alamayan vekilin ise anılan yetkileri kullanmakta çok istekli olmayacağı ihtimal dahilindedir. Böyle bir durumda ise kamu hizmetlerinin sunulmasında aksaklıklar yaşanabilecektir. Hülasa kamu hizmetlerinin gördürülmesi gayesiyle tahsis edilmiş kadroların, öncelikle liyakat ve kariyer ilkelerine uyularak asaleten yapılacak atamalarla doldurulması yoluna gidilmelidir. Bir makamın asıl sahibi olan kamu görevlisinin kesin ya da geçici olarak yetkilerini kullanamadığı ya da görevlerini yapamadığı istisnai dönemlerde ise boşalan kadro ya da göreve vekaleten atanacak kişinin, yerine atandığı asıl kamu görevlisinin niteliklerine sahip olmasına dikkat edilmelidir. Ancak anılan nitelikleri taşıyan bir kişinin bulunamadığı hallerde ise nitelikleri itibarıyla asile en yakın olan kişi atanmalıdır. İşte bu şekilde atanarlara ise, vekalet kurumunun suistimal edilmesine sebebiyet vermemek kaydıyla, Anayasa'da hüküm altına alınan angarya yasağı ve ayrıca nimet-külfet dengesi gereğince vekalet aylığı verilmesinin önündeki yasal engeller kaldırılmalıdır.

◆◆◆◆

#### KAYNAKÇA

ÖRNEK, Acar, Kamu Yönetimi, B Yayınları, İstanbul 1988.

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.

ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.

BAYRAKTAR, Erman, "Takdir Yetkisi ve Yargı Yoluyla Denetimi", İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 21, Güneş Matbaası, Ankara 1976, s. 254-294.

BEREKET, Zuhul, Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2015.

DERDİMAN, R. Cengiz, "Kamu Yönetiminde Yetki Genişliği", Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 28, Sayı: 4, Aralık 1995, s.65-80.

- DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982.
- EROĞLU, Hamza, İdare Hukuku Dersleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1972.
- GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 17. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2015.
- GÖZLER, Kemal, Hukuka Giriş, Genişletilmiş 9. Baskı, Bursa 2012.
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınları, Ankara 2013.
- KALABALIK, Halil, İdare Hukuku Dersleri, Değişim Yayınları, İstanbul 2004.
- KARAHANOĞULLARI, Onur, Kamu Hizmeti, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- MERMUT, Güler, “İptal Davalarının Şartı Olarak Kanuna Aykırılık”, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 21, Güneş Matbaası, Ankara 1976, s. 295-329.
- Musliheddin Adil, Hukuku İdare, Birinci Cilt, Güneş Matbaası, İstanbul 1933.
- ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt I, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.
- ÖZYÖRÜK, Mukbil, İdare Hukuku Ders Notları, Ankara 1982.
- SANCAKDAR, Oğuz, İdare Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014.
- TANDOĞAN, Sabri, “Objektif ve Subjektif Tasarruflarda Yokluk”, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 21, Güneş Matbaası, Ankara 1976, s. 33-115.
- YAŞAR, Hasan Nuri, İdare Hukuku, İkinci Basım, DER Yayınları, İstanbul 2014.
- YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2009.
- YILDIRIM, Ramazan, İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü, Mimoza Yayınları, Konya 2006.
- YILDIRIM, Ramazan, Türk İdari Rejimi Dersleri, Cilt 1, Mimoza Yayınları, Konya 2014.
- YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / KAMAN, Nur / Ö ZDEMİR, H. Eyüp / ÜSTÜN, Gül / OKAY TEKİNSOY, Özge, İdare Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015.
- ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, İdare Hukuku, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.



# ULUSLARARASI HUKUKTA HAKKANIYETİN NORMATİF NİTELİĞİ

*The Normative Character of Equity in International Law*

Yrd. Doç. Dr. Ceren Zeynep PİRİM<sup>1</sup>

## ÖZET

Teknik bir bakış açısı ile yaklaşmadığında hukuk, adalet ve hakkaniyet kavramlarının her biri bir diğeri ışığında tanımlanacaktır. Oysa hukuk ve hakkaniyet arasındaki bağ, teknik hukuk eğitimi almış ve özellikle pozitivist ekolün rahle-i tedrisinden geçmiş hukukçu için bu kadar kuvvetli olmayabilir. Zira pozitivist hukukçunun temel aldığı hukuk tanımı uyarınca hukukun amacı adaleti sağlamak değil, hukuk kişileri arasında var olan ilişkileri düzenlemektir. Bu tespit uluslararası hukuk için de geçerlidir. Nitekim uluslararası hukukta hakkaniyetin normatif niteliği geçmişte olduğu kadar günümüzde de ciddi tartışmalara sebebiyet vermekte ve önemli fikir ayrılıklarının konusunu teşkil etmektedir. Söz konusu çalışma hakkaniyetin uluslararası hukuk çatısı altında normatif bir nitelik taşıyıp taşımadığını, daha açık bir ifade ile bir uluslararası hukuk kaynağı olup olmadığını tartışmaktadır. Bu çerçevede, uluslararası hukukta hakkaniyetin mahiyeti, içeriği ve türleri incelenmekte, hakkaniyetin bir uluslararası hukuk kaynağı olup olmadığı sorunsalında yol gösterici nitelikteki uluslararası içtihadı değinilmekte ve hakkaniyetin bağımsız bir uluslararası hukuk kaynağı olarak kabul edilmesinin doğuracağı sonuçlar değerlendirilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Hakça İlkeler, Hakkaniyet, Hakkaniyet *Infra Legem*, Hakkaniyet *Praeter Legem*, Hakkaniyet *Contra Legem*, *Ex Aequo et Bono*.

## ABSTRACT

When approached from a non-technical perspective, the concepts of law, justice and equity are defined each in light of the other. However, the link between law and equity are not so strong for legal professionals, especially for those who have passed through the filter of positivism. Since, according to the definition of law that positivists base themselves on, the purpose of law is not to ensure justice, but to regulate the relations between the subjects of law. This consideration is also valid for public international law. Indeed, as in the past, the normative nature of equity in international law continue to constitute the subject of serious debates and gives rise to major differences of opinion. This paper strives to assess whether equity has a normative character in international law, in other words, whether it constitutes a source of international law. In this context, this paper observes the nature, the content and the types of equity under international law, and analyzes the international jurisprudence and examines the possible consequences that would result in case equity is accepted as an independent international law source.

---

<sup>1</sup> Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, cerenzeynep.pirim@law.bahcesehir.edu.tr.

**Keywords:** Equitable Principles, Equity, Equity *Infra Legem*, Equity *Praeter Legem*, Equity *Contra Legem*, *Ex Aequo et Bono*.



## Giriş

Hukuk ve hakkaniyet hukukçu olmayanın gözünde neredeyse eş anlamlı kavramlardır. Sokaktaki insanın “hukukun amacının ne olduğu” sorusuna vereceği yanıt muhtemelen “adaletin sağlanması” olacaktır; adaletin ise ancak ve ancak hakkaniyete uygun tercihler yapılarak sağlanacağı ifade edilecektir<sup>2</sup>. Başka bir ifade ile, teknik bir bakış açısı ile yaklaşılmadığında hukuk, adalet ve hakkaniyet kavramlarının her biri, bir diğeri ışığında tanımlanacaktır.

Oysa hukuk ve hakkaniyet arasındaki bağ, teknik hukuk eğitimi almış ve özellikle pozitivist ekolün rahle-i tedrisinden geçmiş hukukçu için bu kadar kuvvetli olmayabilir. Zira pozitivist hukukçunun temel aldığı hukuk tanımı uyarınca hukukun amacı adaleti sağlamak değil, hukuk kişileri arasında var olan ilişkileri düzenlemektir<sup>3</sup>. Nitekim, hukuk “toplum hayatında bireylerin birbirleriyle, toplumla ve devletle olan ilişkilerini düzenleyen, uyulması kamu kudreti ve yaptırımlarla desteklenmiş olan sosyal düzen kurallarının bütünü”<sup>4</sup>, “beşerî irade tarafından konulan ve beşerî davranışları düzenleyen ve cebir ile müeyyidelendirilmiş emir, yasak ve izinler”<sup>5</sup> veya “belli bir toplumda, belli bir zaman-

<sup>2</sup> Hukuk, adalet ve hakkaniyet kavramları arasındaki ilişkinin ayrıntılı bir incelemesi için bkz. AYBAY, Aydın / AYBAY, Rona, *Hukuka Giriş*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 73.

<sup>3</sup> Söz konusu tartışma yalnızca uluslararası hukukçuların değil, bütün hukukçuların yüzyıllardır yürüttüğü bir tartışmadır ve elinizdeki çalışmanın boyutlarını aşacak kadar derindir. Görüşlerine bizim de katıldığımız pozitivist ekol, hukukun amacının adaleti sağlamak olduğu yönündeki iddiayı reddetmektedir. Ancak pek çok hukukçunun farklı bir yaklaşımı benimsediği ve hukuk ve adalet arasındaki ilişkiyi hukuk biliminin temeline oturttukları bilinmektedir. Bu çerçevede, İbrahim Gökalp, hakkaniyet kavramının uluslararası hukukun en tartışmalı konuları arasında olduğunu ifade ettikten sonra aşağıdaki ifadeleri kullanmaktadır: “hakkaniyet kavramının ele alınabilmesi için, öncelikli ve gerekli olarak bilinmesi gereken bir kavram olarak, ‘adalet’ (justitia) kavramının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Genel olarak ifade edilecek olursa adalet, insanlığın eskiden beri arzuladığı bir duygudur ve esas anlamda, ahlâkî vazifelerin yerine getirilmesidir. Bu bakımdan hukuk, adaleti gerçekleştirmeyi bir amaç olarak edinmiş olan bir ahlâkî düzendir. Başka deyişle hukuk, adaleti gerçekleştirmeyi ve dolayısıyla ahlâkî vazifelerin yerine getirilmesini amaçlamaktadır. Sonuç olarak adalet kavramının, hukukun temelini, idealini teşkil ettiğini söylemek mümkündür”. GÖKALP, İbrahim, *Milletlerarası Adalet Divanı'nın Deniz Alanlarının Sınırlandırılmasına Dair Kararlarında Dikkate Aldığı İlkeler*, İstanbul, Beta, 2008, ss. 48-49.

<sup>4</sup> ŞEN, Ersan, *Hukuka Giriş. Hukukun Temel İlke ve Esasları*, İstanbul, Der Yayınları, 2004, s. 9.

<sup>5</sup> GÖZLER, Kemal, *Hukuka Giriş*, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2008, s. 31.

da yürürlükte olan kurallardan oluşan düzen”<sup>6</sup> şeklinde tanımlanmaktadır.

Hukuk kaynağı kavramı ise hukuk biliminin çıkış noktasıdır<sup>7</sup>. Ve hukuk kaynağı, muhatapları için bağlayıcı olan hukuk normlarını oluşturan, değiştiren veya sona erdiren hukukî usûl ve yöntemler olarak tanımlanmaktadır<sup>8</sup>.

Bu çerçevede, “herhangi bir yargı sisteminden veya herhangi bir devletin iç hukuk düzeninden bağımsız, adalete ilişkin genel ilkeler”<sup>9</sup> olduğu kabul edilen hakkaniyetin, “uluslararası hukuk düzeninin kişileri arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar bütünü” olarak tanımlanan<sup>10</sup> uluslararası hukukun kaynakları arasında sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Gerçekten de hakkaniyetin, uluslararası hukukta bağlayıcı kurallar oluşturabilme kabiliyetinin olup olmadığı, başka bir ifade ile normatif bir nitelik taşıyıp taşımadığı geçmişte olduğu kadar günümüzde de ciddi tartışmalara sebebiyet vermekte ve önemli fikir ayrılıklarının konusunu teşkil etmektedir.

Elinizdeki çalışma hakkaniyetin uluslararası hukuk çatısı altında normatif bir nitelik taşıyıp taşımadığını, daha açık bir ifade ile bir uluslararası hukuk kaynağı olup olmadığını tartışmaktadır. Bu çerçevede, uluslararası hukukta hakkaniyetin mahiyeti ve türleri incelenmekte (I), hakkaniyetin bir uluslararası hukuk kaynağı olup olmadığı sorunsalında yol gösterici nitelikteki uluslararası içtihadı değerlendirilmekte (II) ve hakkaniyetin bir uluslararası hukuk kaynağı telâki edilmesinin doğurabileceği sakıncalar değerlendirilmektedir (III).

## I. Uluslararası Hukukta Hakkaniyetin Mahiyeti

### A. *Epieikeia*'dan *Equity*'e

Hakkaniyet kavram ve geleneğinin Aristoteles'in ortaya attığı *epieikeia* felsefesi ile başladığı kabul edilir<sup>11</sup>. Her ne kadar düşünürün geliştirdiği *epieikeia*

---

<sup>6</sup> AYBAY, Aydın / AYBAY, Rona, *op. cit.*, s. 70.

<sup>7</sup> KOLB, Robert, “Principles as Sources of International Law (with Special Reference to Good Faith)”, *Netherlands International Law Review*, 2006, ss. 1-36, s. 2.

<sup>8</sup> BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998, s. 1; MORELLI, Gaetano, *Nozioni di diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1967, s. 21.

<sup>9</sup> Award of the Tribunal of Arbitration between The United States of America and the Kingdom of Norway under the Special Agreement of June 30, 1921, The Permanent Court of Arbitration, 13 October 1922, *American Journal of International Law*, 1923, Vol. 17, ss. 362-399, s. 384; *Cayuga Indians (Great Britain) v. United States*, Reports of International Arbitral Awards, 22 January 1926, Vol. VI, ss. 173-190, s. 183.

<sup>10</sup> PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s. 4.

<sup>11</sup> SHANSKE, Darien, “Four Theses: Preliminary to an Appeal to Equity”, *Stanford Law Review*, Vol. 57, 2004-2005, ss. 2053-2085, s. 2053; GOURGOURINIS, Anastasios, “Delineating the Normativity of Equity in International Law”, *International Community Law Review*,

kavramı bir hukuk normu olmaktan ziyâde kişisel bir erdemi kastediyor olsa da ve hakkaniyete uygun seçimler yapmayı ve hakça davranmayı ifade etse de, söz konusu kavramın hukuktan tamamen bağımsız olduğunun söylenebilmesi mümkün değildir. Zira Aristoteles'in gözünde *epieikeia* "âdil olandır; ama hukuku âdil olan değildir; hukukun sağladığı adaleti tashih edendir"<sup>12</sup>.

Aristoteles'e göre "hakkaniyetin varlığı yasa koyucu tarafından kısmen tasarlanmıştır, kısmen tasarlanmamıştır; bazı şeyleri tanımlayamadıklarını, ve aslında genellikle geçerli olan şey her zaman geçerliymiş gibi yasa yapmak zorunda kaldıklarını anladıkları hallerde; [...] tasarlanmıştır. O zaman, kesin bir ifade olanaksız, ama yasa çıkarmak zorunluysa, yasa kapsamlı terimlerle yazılmalıdır; böylece, bir insan bir başka insana vurmak için elini kaldırdığında ya da gerçekten vurduğunda elinde bir yüzükten başka bir şey yoksa, yasada yazılı sözlere göre cezayı gerektiren bir işten suçlu olacaktır; ama gerçekte suçsuzdur, onun böyle olduğunu bildiren şeyse hakkaniyettir [...] Hakkaniyet insan doğasının zayıflığına karşı merhametli olmamızı; yasalardan çok onu yapmış olan insanları, o insanın ne söylediğinden çok neyi kastettiğini düşünmeyi; ve sanığın eylemleri üzerinde niyetleri kadar fazla durmamayı; ya da şu veya bu ayrıntı üzerinde olayın hikâyesi kadar durmamayı; bir adamın şu anda ne olduğunu değil, her zaman ya da genellikle ne olduğunu sormayı emreder"<sup>13</sup>.

Vol. 11, 2009, ss. 327-347, s. 330; WHITE, Justice Margaret, "Equity-A General Principle of Law Recognised by Civilised Nations?", *Queensland University of Technology Law and Justice Journal*, Vol. 4, n°: 1, 2004-2005, ss. 103-116, ss. 104-107; DINAH, Shelton, "Equity", in BODANSKY, Daniel / BRUNNÉE, Jutta / HEY, Ellen (ed.), *Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, ss. 640-662, s. 641; DIJK, P. Van, "Nature and Function of Equity in International Economic Law", *Grotiana*, Vol. 7, 1986, ss. 4-48, s. 6, s. 8, s. 24; DeVINE, Stephen W., "Polyconnotational Equity and the Role of *Epieikeia* in International Law", *Texas International Law Journal*, Vol. 24, 1989, ss. 149-259, s. 153.

<sup>12</sup> "The equitable is just, but not the legally just but a correction of legal justice". ARISTOTLE, *Nicomachean Ethics*, Translated by W. D. Ross, Batoche Books, Kitchener, 1999, Book V, Chapter X, s. 88. Aristoteles'in *Nikomakhos'a Etik* adlı eserinin Türkçe çevirisini yapan Saffet Babür bu cümleyi tarafımızdan farklı bir biçimde çevirmiş, "doğru olanın adaletli olması, ama yasaya uygun olan adaletli olmaması; yasaya uygun olanı düzelten adaletli olması" ifadelerini kullanmıştır. ARISTOTELES, *Nikomakhos'a Etik*, Ankara, BilgeSu Yayınları, 2011, s. 112. *Epieikeia*'yı "âdil olan" olarak tanımlayan Aristoteles'in "adaleti" nasıl tanımladığının aktarılmasında da fayda vardır. Düşünürü göre adalet, "âdil insanın 'adaletli şeyleri tercih ederek yapan ve gerek başkasıyla ilişkisinde kendine, gerek biriyle ilişkisinde başkasına, tercih edilen şeyi kendisine daha çok diğerine de daha az, zararlı olan şeyi de bunun tam tersi olacak şekilde paylaştırmayan, hem kendisinin hem de bir başkasının başka biriyle ilişkisinde oranlayarak eşitçe paylaştıran insan' şeklinde tanımlanmasını sağlayan şeydir". *Idem*, s. 102.

<sup>13</sup> ARISTOTELES, *Retorik*, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2004, s. 85.



Bu çerçevede, Aristoteles yasa metninin hakkaniyete aykırı bir hüküm içerdiği durumlarda evrensel yasaya başvurulması, evrensel yasanın daha büyük olan hakkaniyetinde ve adaletinde direnilmesi gerektiğini ifade etmektedir; zira hakkaniyet ilkeleri ve doğanın yasası olan evrensel yasa sürekli ve değişmezdir, oysa yazılı yasalar sık sık değişmektedir<sup>14</sup>.

İşte Aristoteles'in "yazılı yasanın ötesine geçen adalet"i ifade eden bu *epieikeia* anlayışı<sup>15</sup> zaman içinde Batılı devletlerin hukuk kültürünü etkilemeye başlamıştır<sup>16</sup>. Önce Roma Hukuku'nun içine sızan *epieikeia*<sup>17</sup>, 13. yüzyılda Aristoteles felsefesi üzerine yapılan çalışmaların yoğunlaştığı Batı'da Thomas Aquinas tarafından *aequitas* şeklinde ifade edilmeye başlanmış<sup>18</sup>, ardından 16. ve 17. yüzyılda hümanist ekolün temsilcileri tarafından benimsenmiştir<sup>19</sup>. Aristoteles'in ortaya attığı hakkaniyet ilkesinin devletler arasındaki ilişkilerde de dikkate alınması gerektiği fikri ise Suarez, Rachel, Grotius, Pufendorf ve Vattel gibi uluslararası hukukun mimarları tarafından benimsenecektir<sup>20</sup>.

Her ne kadar 1930'lu yıllar hakkaniyetin, uluslararası uyumsuzlukların özellikle tahkim vasıtası ile çözülmesi sırasında kaynak olarak kullanılabileceği fikrinin sıklıkla dile getirildiği yıllar olsa da<sup>21</sup>, kavramın uluslararası hukukta normatif bir düzeyde ele alınması yönündeki görüşler, uluslararası toplumun 20. yüzyılın ikinci yarısında başlayan dönüşümü ve özellikle sömürgeciliğin tasfiyesi süreci ile birlikte ortaya atılacaktır<sup>22</sup>. Ancak uluslararası hukuk doktrininin bir bölümünün, Batı hukuk geleneğinin bir ürünü olmasına rağmen hakkaniyet ilkesini uluslararası hukuk düzeninin bir parçası olarak kabul etmekte zorlan-

---

<sup>14</sup> ARISTOTELES, *Retorik*, *op. cit.*, s. 87.

<sup>15</sup> *Idem*, ss. 84-85.

<sup>16</sup> SHANSKE, Darien, *op. cit.*, s. 2059; LAPIDOTH, Ruth, "Equity in International Law", *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 81, 1987, ss. 138-147, s. 139.

<sup>17</sup> SHANSKE, Darien, *op. cit.*, s. 2061; WHITE, Justice Margaret, *op. cit.*, s. 105; CHATTOPADHAYAY, S. K., "Equity in International Law: Its Growth and Development", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 5, 1975, ss. 381-406, s. 381.

<sup>18</sup> PASCOE, Louis B., *Jean Gerson: Principles of Church Reform*, Leiden, E. J. Brill, 1973, s. 66.

<sup>19</sup> SHANSKE, Darien, *op. cit.*, s. 2063.

<sup>20</sup> Söz konusu düşünürlerin hakkaniyet üzerine yürüttükleri muhakemenin ayrıntılı bir incelemesi için bkz. DeVINE, Stephen W., *op. cit.*, ss. 223-240; ORFIELD, Lester Bernhardt, "Equity as a Concept of International Law", *Kentucky Law Journal*, Vol. 18, 1929-1930, ss. 31-57, s. 46.

<sup>21</sup> JANIS, M. W., "The Ambiguity of Equity in International Law", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 9, 1983, ss. 7-34, ss. 8-9.

<sup>22</sup> FRANCIANI, Francesco, "Equity in International Law", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1399?prd=EPIL#law-9780199231690-e1399-div1-4> (erişim tarihi 27 Aralık 2015).

diği ve pek çok uluslararası hukukçunun söz konusu ilkeye mesafeli durdukları görülecektir.

Bu mesafenin temelinde her şeyden önce hakkaniyetin tam olarak ne anlama geldiğinin dahi ifade edilemiyor olması yatmaktadır. Gerçekten de hakkaniyet o kadar muğlâk ve göreceli bir kavramdır ki üzerinde uzlaşmaya varılmış bir tanımı yapılamamış<sup>23</sup>, adalet, iyi niyet ve doğruluk kavramları etrafında tasvir edilmekten öteye geçememiştir<sup>24</sup>.

Örneğin hakkaniyet, İngiliz Hukuk Sözlüğü'nde "*bir kişi veya sınıfın, diğer kişilerin benimsemesi gerektiğine inandığı davranış kuralı veya adalet*" olarak tanımlanmakta<sup>25</sup>, Fransız yazar Jules Basdevant'ın Uluslararası Hukuk Terminolojisi Sözlüğü'nde ise "*somut olayda, olayın tüm unsurları dikkate alınarak ve pozitif hukukun salt teknik gereklilikleri bir kenara bırakılarak sahip olunan adalet duygusu*" şeklinde betimlenmektedir<sup>26</sup>.

Hakkaniyet kavramının uluslararası hukuk doktrininde de birbirinden farklı şekillerde açıklandığı görülmektedir. Örneğin Tomas Rothpfeffer hakkaniyeti "*objektif hukuk kaynakları temelinde verilmeyen kararları meşrulaştırmak için kullanılan ve münferit vak'alarda âdil sonuçlara ulaşma amacını taşıyan bir kavram*" olarak tasvir etmektedir<sup>27</sup>. Francesco Francioni'ye göre de hakkaniyet kavramı "*yargılamanın yürütülmesinde âdil ve makûl olunmasını*" ifade etmektedir<sup>28</sup>. Oysa Paul Reuter "*kulağa ve kalbe bu kadar hoş gelen az kelime vardır ama hakkaniyet bir o kadar da gizemli bir kavramdır*" ifadelerini kullanmakta ve bazı yargı ve tahkim kararlarından yola çıkarak hakkaniyetin "*eşitlikçi, orantılı ve kesin bir sonuca ulaşma*" amacını güttüğünü belirtmektedir<sup>29</sup>. Darien Shanske ise hakkaniyeti "*yazılı hukukun ötesine geçen adalet*" olarak algılamaktadır<sup>30</sup>.

---

<sup>23</sup> CHATTOPADHYAY, S. K., *op. cit.*, s. 381; SHANSKE, Darien, *op. cit.*, s. 2068.

<sup>24</sup> GRAUER, Christopher, "The Role of Equity in the Jurisprudence of the World Court", *Toronto Faculty of Law Review*, Vol. 37, 1979, ss. 101-117, s. 101; CHATTOPADHYAY, S. K., *op. cit.*, s. 387; SHANSKE, Darien, *op. cit.*, s. 2068; DeVINE, Stephen W., *op. cit.*, s. 150; MALJEAN-DUBOIS, Sandrine, "Le rôle de l'équité dans le droit de la succession d'Etats", *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 2000, ss. 137-185, s. 140.

<sup>25</sup> *Jowitt's Dictionary of English Law*, C. Walsh, 1959, aktaran: CHATTOPADHYAY, S. K., *op. cit.*, s. 382.

<sup>26</sup> Bkz. MALJEAN-DUBOIS, Sandrine, *op. cit.*, s. 140.

<sup>27</sup> ROTHPEFFER, Tomas, "Equity in the North Sea Continental Shelf Cases", *Nordisk Tideskrift for International Ret*, Vol. 42, 1972, ss. 81-137, s. 82, aktaran: GRAUER, Christopher, *op. cit.*, s. 102.

<sup>28</sup> FRANCONI, Francesco, *op. cit.*

<sup>29</sup> REUTER, Paul, "Quelques réflexions sur l'équité en droit international", *Revue belge de droit international*, Vol. 15, 1980, ss. 165-186, s. 169.

<sup>30</sup> SHANSKE, Darien, *op. cit.*, s. 2053.

Bu noktada kaynağını Aristoteles felsefesinde bulan ve zaman içinde uluslararası hukuka sirayet eden dağıtıcı adalet (*justitia distributiva*) / denkleştirici adalet (*justitia commutativa*) ayrımı üzerinde durulmasında fayda vardır<sup>31</sup>. Dağıtıcı adalet, aritmetik bir eşitlik üzerine kurulu olmayan, orantılı bir eşitliği temel alan adalettir; başka bir ifade ile hukuk kişilerinin ihtiyaç, yetenek ve imkânlarını göz önünde bulunduran bir eşitlik üzerine kuruludur<sup>32</sup>. Denkleştirici adalet ise aritmetik bir eşitliği esas alır; hukuk kişileri, birbirine benzer ve farklı özellikleri dikkate alınmadan aynı muameleye tâbi tutulur<sup>33</sup>.

İşte Shelton Dinah, hakkaniyet kavramının muğlâklığı üzerinde durmakta ve bu kavramın amacının dağıtıcı adaleti ve yeri geldiğinde kişiselleştirilmiş adaleti sağlamak olduğunu ifade etmektedir<sup>34</sup>. Yazara göre hukuktan beklenen istikrarlı, tutarlı ve saydam olmasıdır; hukuk kişilerinin, eylemlerinin hukukî sonuçlarını öngörebilmelerini sağlamasıdır. Ancak hukuktan beklenen aynı zamanda, kurallarını tüm kişilere hiçbir ayırım gözetmeden uygulamasıdır. Başka bir ifade ile, hukuk düzeni benzer ve farklı durumları, farklılıkları göz önünde bulundurarak değerlendirmelidir. Söz konusu tespitlerden hareket eden yazar, kanun koyucunun gelecekte vuku bulacak tüm olayları öngöremeyeceği için hukuk kurallarını genel terimler ile ortaya koyduğunu ve hakkaniyetin zaman içinde hukukta meydana gelen boşlukları doldurma veya kanunun temel amacına uygun olmayan kararlar alınabilmesine imkân tanıyan bir ilke olduğunu ifade etmektedir<sup>35</sup>.

Kısacası, uluslararası hukuk doktrininin hakkaniyeti tasvir etme çabasındaki bu farklılıklar hakkaniyetin anlaşılması zor, hukuk ile ilişkisi tartışmalı ve temel işlevinin ne olduğu belli olmayan bir kavram olduğunu gözler önüne sermektedir<sup>36</sup>. Zira her şeyden önce bir “duyguyu” ifade eden hakkaniyet sübjektif bir nitelik taşımakta ve bu çerçevede hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşırılığı tartışılmaktadır<sup>37</sup>. Philip Marshall Brown’un ifadeleri ile hakkaniyet, “*hâkimlere âdil gelen her şeyi ifade edebilir niteliktedir*”<sup>38</sup>.

---

<sup>31</sup> LAPIDOTH, Ruth, *op. cit.*, s. 139; REUTER, Paul, *op. cit.*, s. 173; JANIS, M. W., *op. cit.*, s. 19.

<sup>32</sup> GÖKALP, İbrahim, *op. cit.*, s. 51; TOPSOY, Fevzi, “Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılmasında “Hakkaniyet İlkesi” ve Dağıtıcı Adaletin Sağlanmasıdaki Rolü”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Vol. 13, 2013, ss. 191-203, s. 192.

<sup>33</sup> TOPSOY, Fevzi, *op. cit.*, s. 192.

<sup>34</sup> DINAH, Shelton, *op. cit.*, ss. 640-641.

<sup>35</sup> *Idem*, ss. 641-642.

<sup>36</sup> BARDONNET, Daniel, “Equité et frontières terrestres”, in *Le droit international: unité et diversité*, *Mélanges Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, ss. 35-74, s. 35.

<sup>37</sup> Benzer bir görüş için bkz. MALJEAN-DUBOIS, Sandrine, *op. cit.*, ss. 140-141.

<sup>38</sup> Aktaran: ORFIELD, Lester Bernhardt, *op. cit.*, s. 48.

Bunun yanı sıra, hakkaniyetin, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün, Divan'ın önüne gelen uyuşmazlıklarda dikkate alacağı uluslararası hukuk kaynaklarını sıralayan 38. maddesinde sıralanmadığı görülmektedir. 38. maddeye göre;

“1. Kendisine sunulan uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun olarak çözmekle görevli olan Divan:

a. uyuşmazlık durumundaki devletlerce açık seçik kabul edilmiş kurallar koyan, gerek genel gerekse özel uluslararası anlaşmaları;

b. hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası yapılageliş kurallarını;

c. uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkelerini;

d. 59. madde hükmü saklı kalmak üzere, hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı araç olarak adli kararları ve çeşitli ulusların en yetkin yazarlarının öğretilerini uygular.

2. Bu hüküm, tarafların görüş birliğine varmaları halinde, Divan'ın hakça ve eşitçe karar verme yetkisini zedelemesiz”.

Görüldüğü üzere, hakkaniyet ilkesi uluslararası hukukun şekli kaynakları arasında sayılmamakta<sup>39</sup> ve doktrinin önemli bir kısmı ilkenin uluslararası hukukun yalnızca maddî kaynaklarından biri sayılabileceğini<sup>40</sup> ifade etmektedir<sup>41</sup>. Bununla birlikte, bazı yazarlar hakkaniyetin bir hukuk genel ilkesi olduğu ve dolayısıyla 38. maddede zikredilen şekli kaynaklardan birini teşkil ettiği görüşündedir, ki bu görüşe aşağıdaki satırlarda değinilecektir.

Bunun yanı sıra, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinin son fıkrasının Divan'ın hakça ve eşitçe karar verme yetkisine atıfta bulunduğu görülmektedir. Ancak Latince *ex aequo et bono* olarak adlandırılan bu yöntemin

---

<sup>39</sup> FRANCIONI, Francesco, *op. cit.*; JANIS, M. W., “Equity and International Law: The Comment in the Tentative Draft”, *Tulane Law Review*, Vol. 57, 1982-1983, ss. 80-88, s. 82; AKEHURST, Michael, “Equity and General Principles of Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, 1976, Vol. 25, Issue 4, ss. 801-825, s. 808.

<sup>40</sup> Maddî kaynak-şekli kaynak ayrımı uluslararası hukukta gelenekselleşmiş bir ayrımdır. Şekli kaynakların, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde de sıralanan ve devletler için bağlayıcı nitelik taşıyan kaynaklar olduğu kabul edilir. Maddî kaynaklar ise uluslararası hukuk kurallarına ulaşabildiğimiz kaynakları ifade etmektedir. Örneğin, hiçbir zaman yürürlüğe girmediği için tarafları nezdinde bağlayıcı olmayan bir uluslararası anlaşma, başka bir yolla bağlayıcı nitelik kazanmış bir uluslararası hukuk kuralını ihtiva ettiği için maddî kaynak telâkki edilebilecektir. EVANS, Malcolm D., *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, s. 92.

<sup>41</sup> AKEHURST, Michael, *op. cit.*, s. 808.

kullanılabilmesi için uyumsuzluğun taraflarının rızalarının bulunması gerektiği hükme bağlanmıştır. Kaldı ki; 38. maddenin atıfta bulunduğu *ex aequo et bono* hakkaniyetin yegâne sûreti değildir; uluslararası doktrin hakkaniyetin üç farklı türü ve işlevi daha olduğunu kabul etmektedir: hakkaniyet *infra legem*, hakkaniyet *praeter legem* ve hakkaniyet *contra legem*.

İşte hakkaniyetin bir uluslararası hukuk kaynağı sayılıp sayılmayacağı sorunsalında öncelikle hangi tür hakkaniyetten söz edildiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Zira “*tarafların rızalarının bulunmaması, uluslararası mahkemenin uyumsuzluğun çözümünde hakkaniyeti kesinlikle uygulamayacağı anlamına gelmemektedir; bununla birlikte hakkaniyetin uygulanması sırasında hâkimin ne kadar ileri gidebileceği hangi tür hakkaniyete başvurulduğuna bağlı olarak değişkenlik gösterecektir*”<sup>42</sup>.

## B. Uluslararası Hukukta Hakkaniyetin Tür ve İşlevleri

Uluslararası hukukta hakkaniyet, uluslararası mahkemelerin bir uyumsuzluğun çözümünde sahip oldukları takdir yetkisinin genişliğine ve yürürlükteki hukuktan ne kadar bağımsız davranabildiklerine göre dört farklı şekilde tezahür edebilmektedir.

### 1. Hakkaniyet *infra legem* (*intra legem*; *secondum legem*)

Uluslararası hukukun münferit vak’alara uyarlanması yani uluslararası hukukun, uyumsuzlukların kendine özgü koşulları ışığında yorumlanması hakkaniyet *infra legem* olarak adlandırılmaktadır<sup>43</sup>. Başka bir ifade ile, hâkim uluslararası hukukun kişilerinin birbirinden farklılıklar arz eden durumlarını bu tür hakkaniyet ilkesini uygulayarak farklı değerlendirmelere tâbi tutabilmektedir<sup>44</sup>.

Görüldüğü üzere hakkaniyet *infra legem*, uluslararası uyumsuzluğu çözmek ile yetkilendirilen mahkemenin, en âdil sonuca ulaşmak amacı ile hukuk kuralının mümkün olan birden fazla yorumundan birini tercih etmesini ifade etmektedir<sup>45</sup>. Böylece, hakkaniyet *infra legem*e başvuran hâkim, uyumsuzluğu çözerken tatbik edeceği hukuk kuralının açık olmayan yönlerini açıklığa kavuşturmakta, çok önemli olmayan hukuk boşluklarını doldurmakta yani hukuku yorumlarken belli bir takdir yetkisi kullanmaktadır<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> AKEHURST, Michael, *op. cit.*, s. 801.

<sup>43</sup> *Ibidem*; FRANCONI, Francesco, *op. cit.*

<sup>44</sup> DINAH, Shelton, *op. cit.*, s. 642.

<sup>45</sup> SOHN, Louis B., “Equity in International Law”, *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 82, 1988, ss. 277-291, s. 278; WHITE, Justice Margaret, *op. cit.*, s. 110; LAPIDOTH, Ruth, *op. cit.*, s. 143.

<sup>46</sup> SOHN, Louis B., “Arbitration in International Disputes *Ex Aequo et Bono*”, in SANDERS, Pie-

Bu çerçevede, hakkaniyet *infra legem* uluslararası hukuktan bağımsız bir kavram değildir<sup>47</sup>. Daha açık bir ifade ile, hâkim uluslararası hukukun sınırları içinde hareket etmekte, uluslararası hukuku uygulamaktadır<sup>48</sup>. Zira hukuk kurallarının somut bir uyumsuzlığa uygulanabilmesi için, uyumsuzluğun konusunu teşkil eden olayların söz konusu hukuk kurallarının sınırları çerçevesinde yorumlanması kaçınılmazdır<sup>49</sup>. Bu nedenledir ki; uluslararası hukuk doktrini, uyumsuzlukları çözmekle yetkili uluslararası mahkemelerin tarafların açık rızalarının olmadığı hallerde dahi hakkaniyet *infra legem* başvurabileceği konusunda hemfikirdir<sup>50</sup>.

## 2. Hakkaniyet *praeter legem*

Hakkaniyet *praeter legem*, hakkaniyetin uluslararası hukuktaki boşlukları doldurma veya pozitif hukukun yetersizliklerini telâfi etmek amacı ile kullanılması anlamına gelmekte<sup>51</sup>, bu tür hallerde hâkimin kullandığı takdir yetkisini ifade etmektedir<sup>52</sup>. Daha açık bir ifade ile, hakkaniyet *praeter legem* uluslararası hukukta somut uyumsuzlığa uygulanacak herhangi bir kural veya ilke bulunmadığında, bu boşluğun, uluslararası hukuk düzeninin mantığı çerçevesinde doldurulmasıdır<sup>53</sup>.

Uluslararası uyumsuzlukların çözümünde bu nitelikteki hakkaniyet ilkesinin uygulanabilmesi için tarafların rızalarının gerekip gerekmediği ise tartışmalıdır<sup>54</sup>. Şöyle ki; bazı yazarlar bu tür hakkaniyetin uygulanabilmesi için tarafların rızasının varlığının ön koşul olduğunu ileri sürerken<sup>55</sup>, diğer bazı hukukçular, hakkaniyet *praeter legem*in taraf rızası olmadan uygulanabilmesinin önünde

---

ter (ed.), *International Arbitration-Liber Amicorum for Martin Domke*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1967, ss. 330-337, s. 332.

<sup>47</sup> LOWE, Vaughan, "The Role of Equity in International Law", *Australian Year Book of International Law*, Vol. 12, 1988-1989, ss. 54-81, s. 56.

<sup>48</sup> SOHN, Louis B., "Arbitration in International Disputes *Ex Aequo et Bono*", *op. cit.*, s. 332; WHITE, Justice Margaret, *op. cit.*, s. 110.

<sup>49</sup> LOWE, Vaughan, *op. cit.*, s. 56.

<sup>50</sup> AKEHURST, Michael, *op. cit.*, s. 802; SOHN, Louis B., "Arbitration in International Disputes *Ex Aequo et Bono*", *op. cit.*, s. 332; WHITE, Justice Margaret, *op. cit.*, s. 110; GRAUER, Christopher, *op. cit.*, s. 102.

<sup>51</sup> GRAUER, Christopher, *op. cit.*, s. 102; WHITE, Justice Margaret, *op. cit.*, s. 110; LAPIDOTH, Ruth, *op. cit.*, s. 143.

<sup>52</sup> LOWE, Vaughan, *op. cit.*, s. 58; AKEHURST, Michael, *op. cit.*, s. 805; SOHN, Louis B., "Equity in International Law", *op. cit.*, s. 278.

<sup>53</sup> TOPSOY, Fevzi, *op. cit.*, s. 193.

<sup>54</sup> GRAUER, Christopher, *op. cit.*, s. 102.

<sup>55</sup> CHENG, Bin, "Justice and Equity in International Law", *Current Legal Problems*, Vol. 8, n°: 1, 1955, ss. 185-211, s. 185.

hiçbir engel bulunmadığını savunmaktadır<sup>56</sup>. Ayrıca, bazı yargı kararları hakkaniyet *praeter legem* uluslararası hukukta uygulanabileceğini kabul ederken, diğer bazı kararların bu yönde olmadığı görülmektedir.

Örneğin Uluslararası Adalet Divanı, meşhur *Korfu Boğazı* kararını verirken yalnızca pozitif hukuk metinlerini değil “*insanî değerlendirmeleri*” de göz önünde bulundurmuş<sup>57</sup> ve bazı hâkimler söz konusu karara ilişkin kaleme aldıkları ayrık görüşlerde uluslararası hukukta hakkaniyetin boşluk doldurma amacı ile kullanılabileceği görüşünü savunmuşlardır<sup>58</sup>. Oysa aynı Divan, *Güney Batı Afrika* kararında insanî değerlendirmelerin başlı başına hukukî hak ve yükümlülük doğurabileceği fikrini reddetmiş ve Divan’ın “*bir hukuk mahkemesi olduğunu ve ahlâki ilkeleri yalnızca ve yalnızca yeterli bir hukukî şekle bürünmüş olmaları halinde uygulayabileceğini*” ifade etmiştir<sup>59</sup>. Divan’a göre hukukun varlık sebebi sosyal ihtiyaçtır; ancak tam da bu nedenle kendi disiplini içinde kalmak durumundadır<sup>60</sup>.

Hakkaniyet *praeter legem* uluslararası hukuktaki yerine ilişkin doktrindeki görüş ayrılığının ve Divan’ın, tâbir-i câiz ise, kafa karışıklığının yanı sıra uluslararası hukukta bu tür bir hakkaniyet ilkesine gerek olmadığını zira günümüz uluslararası hukukunda her türlü boşluğun teamül kuralları<sup>61</sup> veya hukuk genel ilkeleri vasıtası ile doldurulabileceğini ileri süren yazarlar da bulunmaktadır<sup>62</sup>.

### 3. Hakkaniyet *contra legem* ve *ex aequo et bono*

*Contra legem*, Latince “hukuka aykırı / hukukun karşısında” anlamına gelmektedir. Bu çerçevede hakkaniyet *contra legem*, bir uluslararası uyuşmazlığın mutlak hakkaniyet çerçevesinde, hukuk tekniklerini bir kenara bırakarak, pozitif uluslararası hukuka aykırı şekilde çözülmesini ifade etmektedir<sup>63</sup>. Başka bir ifade ile hakkaniyet *contra legem*, uyuşmazlığın pozitif hukuk kurallarına değil, hak ve nısfete göre çözülmesi anlamına gelmektedir<sup>64</sup>. Yürürlükteki hukuka ay-

---

<sup>56</sup> *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany / Denmark; Federal Republic of Germany / Netherlands)*, International Court of Justice, 20 February 1969, *I.C.J. Reports* 1969, s. 3, Separate Opinion by M. Fouad Ammoun, s. 132.

<sup>57</sup> *The Corfu Channel Case*, International Court of Justice, 9<sup>th</sup> April 1949, *I.C.J. Reports* 1949, s. 4, s. 22.

<sup>58</sup> *Idem*, Separate Opinion by Judge Alvarez, s. 40.

<sup>59</sup> *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, International Court of Justice, 18 July 1966, *I.C.J. Reports* 1966, s. 6, par. 49.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> AKEHURST, Michael, *op. cit.*, s. 802.

<sup>62</sup> LOWE, Vaughan, *op. cit.*, s. 61.

<sup>63</sup> SOHN, Louis B., “Arbitration in International Disputes *Ex Aequo et Bono*”, *op. cit.*, s. 332.

<sup>64</sup> TOPSOY, Fevzi, *op. cit.*, s. 194.



kırı karar alınması sonucunu doğurduğundan<sup>65</sup>, bu tür hakkaniyetin uyuşmazlığın taraflarının açık rızası olmadan uygulanamayacağı kabul edilmektedir<sup>66</sup>.

Bu noktada, hakkaniyet *contra legem* ve *ex aequo et bono* kavramları arasındaki ilişkinin aydınlatılması gerekir. Şöyle ki; bir görüş Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinin, "tarafların görüş birliğine varmaları halinde, Divan'ın hakça ve eşitçe karar verebileceği" yönündeki ifadesinin hakkaniyet *contra legem* işaret ettiği, başka bir ifade ile *ex aequo et bono* ve hakkaniyet *contra legem* kavramlarının aynı ilkeyi ifade ettiklerini ileri sürmektedir<sup>67</sup>. Ancak bu görüşe katılmayan ve hakkaniyet *contra legem* *ex aequo et bono*ya yakın olmakla birlikte başka bir hakkaniyet türü olduğunu ifade eden yazarlar da bulunmaktadır.

Örneğin Ruth Lapidoth'a göre, hakkaniyet *contra legem* hukuku geçersiz kılan bir hakkaniyet türüdür. Yazar, *ex aequo et bono* temelinde alınan bir kararın hakkaniyet *infra legem*, *praeter legem* veya *contra legem* ile örtüşebileceğini ancak bunlardan farklı olarak hukukî kriterler dikkate alınmadan verilmiş bir karar olacağını ifade etmektedir<sup>68</sup>. Bin Cheng'e göre ise *ex aequo et bono* temelinde alınan bir karar yürürlükteki hukuku tamamen bir kenara bırakmakta, hakkaniyet *contra legem* ise hukukun yalnızca lâfzından ayrılmakta ancak ruhunu muhafaza etmektedir<sup>69</sup>. Justice Margaret White'a göre ise hakkaniyet *contra legem*, bir hukuk metninin lâfzının metnin gerçek amacına aykırı olduğu hallerde uygulanan hakkaniyet türüdür<sup>70</sup>; oysa *ex aequo et bono* temelinde bir karar verilebilmesi için bu tür bir şartın varlığına gerek yoktur.

Kanaatimizce, hakkaniyet *contra legem* ifadesinin lâfzından, hakkaniyet ilkesinin yürürlükteki hukuka aykırı bir çözüme ulaşmak amacı ile uygulandığı sonucu çıkmaktadır. Oysa *ex aequo et bono*, somut olayın koşullarının âdil ve hakça bir çözüme ulaşabilmek amacı ile hukukun dışına çıkılmasını gerektirdiği

<sup>65</sup> GRAUER, Christopher, *op. cit.*, s. 102.

<sup>66</sup> *Ibid*; AKEHURST, Michael, *op. cit.*, s. 807; JANIS, M. W., "Equity and International Law: The Comment in the Tentative Draft", *op. cit.*, s. 82; FRANCONI, Francesco, *op. cit.*; TRAKMAN, Leon, "Ex Aequo et Bono: Demystifying an Ancient Concept", *Chicago Journal of International Law*, Vol. 8, n°: 2, 2007-2008, ss. 621-642, s. 624; WHITE, Justice Margaret, *op. cit.*, s. 110.

<sup>67</sup> FRANCONI, Francesco, *op. cit.*; TOPSOY, Fevzi, *op. cit.*, s. 194.

<sup>68</sup> LAPIDOTH, Ruth, *op. cit.*, s. 143. Benzer bir görüş için bkz. SOHN, Louis B., "Equity in International Law", *op. cit.*, s. 278; SOHN, Louis B., "Arbitration in International Disputes Ex Aequo et Bono", *op. cit.*, ss. 332-333. Louis Sohn söz konusu kavramlar arasında kabaca bir benzerlik bulunduğunu ifade etmektedir.

<sup>69</sup> CHENG, Bin, *op. cit.*, s. 204.

<sup>70</sup> WHITE, Justice Margaret, *op. cit.*, s. 110.



hallerde, hâkimin uyuşmazlığı uluslararası hukuk kurallarını uygulamadan çözmesi anlamına gelmektedir<sup>71</sup>. Daha açık bir ifade ile, hakkaniyet *contra legem* uygulanması hukuka aykırı bir çözüme ulaşılması anlamına gelmekteyken, *ex aequo et bono* temelinde karar vermek, hukukun dışına çıkılarak karar verilmesini ifade etmektedir ve hukukun dışına çıkılarak verilen her karar hukuka aykırı olmayabilir. Dolayısıyla kanaatimiz, hakkaniyet *contra legem* uygulamalarının zaman zaman *ex aequo et bono* uygulamaları ile örtüşebileceği ancak bu iki kavramın birebir aynı olmadığı yönündedir.

Bu noktada üzerinde ısrarla durulması gereken husus, hakkaniyet *contra legem* ve *ex aequo et bono*nun, hakkaniyet *infra legem* ve hakkaniyet *praeter legem* aksine, hukukun bir parçasını teşkil etmiyor olmasıdır. Başka bir ifade ile, gerek yürürlükteki hukukun yorumlanması, gerek hukuktaki boşlukların doldurulması hukuk çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Oysa hakkaniyet *contra legem* ve *ex aequo et bono* ne hukuku yorumlama, ne de boşluk tamamlama amacı gütmektedir; dolayısıyla hukuk dışı kavramlardır ve hâkime sundukları keyfiyet ve takdir yetkisi sınırsızdır<sup>72</sup>. Bu nedenledir ki; ne Uluslararası Daimi Adalet Divanı, ne de Uluslararası Adalet Divanı bugüne kadar hakkaniyet *contra legem* veya *ex aequo et bono* üzerine kurulu herhangi bir karar vermemiştir<sup>73</sup>.

Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın 1937 tarihli *Meuse Nehri* kararına hâkim Manley Hudson'ın yazdığı ayrık görüş, hakkaniyet *infra legem* ve hakkaniyet *praeter legem* ile *aequo et bono* arasındaki farklılıkları aydınlatması bakımından önemlidir<sup>74</sup>. Hudson, aşağıdaki satırlarda ayrıntılı olarak incelenecek olan karara ilişkin yazısında, "*hakkaniyet ilkelerinin uzun zamandır uluslararası hukukun bir parçasını teşkil ettiğinin kabul edildiğini ve buradan hareketle uluslararası mahkemeler tarafından sıklıkla uygulandığını*" ifade etmiştir<sup>75</sup>. Hudson'a göre, "*Statü'nün 38. maddesi, [...] hukuk genel ilkelerinin uygulanmasını açıkça öngörmekte ve böylece, hakkaniyet ilkelerine kendi hu-*

---

<sup>71</sup> LOWE, Vaughan, *op. cit.*, s. 63; SOHN, Louis B., "Equity in International Law", *op. cit.*, s. 278.

<sup>72</sup> Leon Trakman'a göre hukukun bir parçasını teşkil eden hakkaniyet türleri ve *ex aequo et bono* arasındaki ayırım abartılmaktadır. Zira yazara göre, *ex aequo et bono*nun hâkime sunduğu takdir yetkisi hukuka aykırı değildir; aksine tarafların uygulamalarından ve bu uygulamalar sonucu oluşan teamül hukukundan doğan ilkelerin uygulanması anlamına gelmektedir. Hatta yazar, adalete ilişkin kavramlar üzerine kurulu bir sistemin, pozitif hukuk üzerine kurulu bir sisteme tercih dahi edilebileceği görüşündedir. TRAKMAN, Leon, *op. cit.*, s. 623, s. 628 ve s. 636.

<sup>73</sup> JANIS, M. W., "The Ambiguity of Equity in International Law", *op. cit.*, s. 10.

<sup>74</sup> *The Diversion of Water from the Meuse*, Permanent Court of International Justice, 28<sup>th</sup> June 1937, Series A/B, n°: 70, Separate Opinion by M. Hudson.

<sup>75</sup> *Idem*, s. 76.

kuk düzeni içinde yer açmaktadır. Hakkaniyetin Divan tarafından uluslararası hukukun bir parçası olarak kabul edilmesi, hiçbir şekilde, tarafların rıza göstermeleri halinde kendisine tanınan *ex aequo et bono* karar verebilme yetkisi ile sınırlandırılmış değildir. [...] Sonuç olarak, Statü'nün 38. Maddesi uyarınca, ve söz konusu maddeden bağımsız olarak, Divan'ın hakkaniyet ilkelerini, uygulamakla yükümlü olduğu uluslararası hukukun bir parçası olarak değerlendirme özgürlüğü vardır"<sup>76</sup>.

## II. Uluslararası İctihatta Hakkaniyet

Uluslararası hukuk doktrininin büyük çoğunluğunun hakkaniyet ilkesini şekli kaynak telâkki etmiyor olmasına rağmen, gerek hakkaniyet ilkesinin, gerek ise hakça ilkeler kavramının içtihatla sıklıkla kullanıldığına tanık olunmakta ve uluslararası yargı mercilerinin hem hakkaniyet *infra legem*, hem de hakkaniyet *praeter legem* birbirinden farklı pek çok kararda defalarca uyguladıkları görülmektedir<sup>77</sup>.

Örneğin 20. yüzyılın başında yaşanan *Aroa Mines* uyuşmazlığında, hakem İngiltere ve Venezuela'nın iddialarını mutlak hakkaniyet ilkesi temelinde çözmüş ve uluslararası hukukun adalet ve hakça ilkeler kavramlarından esinlenmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>78</sup>. Hakeme göre "*yol hakkaniyet, son adalettir*"; başka bir ifade ile hakkaniyet nihâî amaç olan adalete ulaşmak için kullanılan

<sup>76</sup> *The Diversion of Water from the Meuse, op. cit.*, Separate Opinion by M. Hudson, ss. 76-77.

<sup>77</sup> Özellikle Uluslararası Adalet Divanı kararlarında, zaman zaman hakkaniyete (*equity*), zaman zaman ise hakça ilkelere (*equitable principles*) atıfta bulunduğu ancak söz konusu kavramların tanımlarının yapılmadığı görülmektedir. Anastasios Gourgourinis'e göre hakkaniyet ve hakça ilkeler kavramlarının her ikisi de "adalet genel ilkeleri"ni teşkil etmektedir. Yazar, uluslararası hukukun bir parçası anlamındaki hakkaniyet ile hakça ilkelerin aynı kavramın birbirinden farklı çehreleri olduğunu ileri sürmektedir: hakkaniyet normatif sürecin kendisidir, hakça ilkeler ise normatif bir araçtır. GOURGOURINIS, Anastasios, "Equity in International Law Revisited (with Special Reference to the Fragmentation of International Law)", *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 103, 2009, ss. 79-82, s. 80. Uluslararası Hukuk Komisyonu Raportörü Mohammed Bedjaoui ise devletlerin uluslararası anlaşmalar dışındaki unsurlara halefiyetini düzenleyen raporunda Divan'ın hakkaniyeti soyut adalet, hakça ilkeleri ise adalet ve iyiniyet temelinde şekillenen somut hukuk kuralları olarak kabul ettiğini ifade etmektedir. *Succession of States in Respect of Matters other than Treaties, Yearbook of the International Law Commission*, 1979, Vol. II, A/CN.4/SER.A/1979/Add.I (Part 2), s. 24, par. 21. Fevzi Topsoy ise Divan'ın, hakça ilkeler (hakkaniyete uygun ilkeler) ifadesi ile aslında hakkaniyete vurgu yaptığı ve iki terimi birbirinden çok farklı anlamlarda kullanmadığı görüşündedir. TOPSOY, Fevzi, *op. cit.*, s. 197. İbrahim Gökalp de Uluslararası Adalet Divanı kararlarında hakkaniyet ve hakça ilkeler arasında net bir ayırım yapılmadığını ifade etmektedir. Bkz. GÖKALP, İbrahim, *op. cit.*, ss. 53-54. Kanaatimiz de Topsoy ve Gökalp'in kanaatleri yönündedir.

<sup>78</sup> *Aroa Mines Case, Reports of International Arbitral Awards*, 1903, Vol. IX, ss. 402-445, s. 443.

bir vasıta<sup>79</sup>. *Aroa Mines* uyuşmazlığında hakem, somut olayda taraflar arasında akdedilmiş olan protokollerde kullanılan “mutlak hakkaniyet” ifadesinin, hakkaniyet ilkesinin herhangi bir yapay kural tarafından kısıtlanmadan uygulanmasını gerektirdiğini ifade etmiştir. Uyuşmazlık, devletlerin bir uluslararası anlaşma ile kurdukları uluslararası bir mahkeme önüne getirildiğine göre, söz konusu protokoller bu mahkeme için bağlayıcı olan uluslararası hukuk kuralları ışığında yorumlanmalıdır. Bu çerçevede, adalet ve hakkaniyetin göz önünde bulundurulması bu tespite aykırı değildir; zira uluslararası hukuk adalet ve hakça ilkeleri göz önünde bulundurmaktadır<sup>80</sup>.

Benzer bir muhakeme 1926 yılında verilen *Cayuga Kızılderilileri* tahkim kararında da yürütülmüştür<sup>81</sup>. Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri’ni karşı karşıya getiren uyuşmazlığa konu olan olay Amerikan Bağımsızlık Savaşı’ndan sonra New York Eyaleti ile *Cayuga Kızılderilileri* arasında, 1789, 1790 ve 1795 yıllarında yapılan anlaşmalarda öngörülen hükümlerin, sonradan Kanada’ya göç eden *Cayuga Kızılderilileri*’ne de uygulanıp uygulanmayacağına ilişkindir. New York hükümeti, Kızılderililer’e yapılacak ödemeleri düzenleyen söz konusu hükümlerin yalnızca Birleşik Devletler’de kalan *Cayuga Kızılderilileri*’ne uygulanacağını iddia etmiştir.

Tahkim heyeti Amerika Birleşik Devletleri’nin anlaşmanın lâfzı üzerine kurulu iddiasını reddedecektir. Heyete göre, “*tahkim anlaşmalarının hükümleri incelendiğinde, bazı uyuşmazlıklarda tahkim heyetlerinin katı hukuku aşan bir muhakeme yürütmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu uyuşmazlıklarda heyetler kararlarına gerekçe göstermek, hakkaniyet ve adalet ilkelerini ve uluslararası hukukun kabul gören ilkelerini ve ruhunu göz önünde bulundurarak hem âdil olanı, hem hukukî olanı uygulamak durumundadır*”<sup>82</sup>. Söz konusu ifadelerin hakkaniyeti uluslararası hukukun bir parçası telâkki ettiği ve hakkaniyet *praeter legem* uygulamalarından birini teşkil ettiği kabul edilmektedir<sup>83</sup>.

Yukarıdaki satırlarda ifade edildiği üzere, hakkaniyet ilkesinin uyuşmazlıkların çözümünde bir hukuk kaynağı olarak kullanılması yalnızca tahkim müessesesine özgü bir yöntem değildir; ilkenin Uluslararası Daimi Adalet Divanı ve Uluslararası Adalet Divanı içtihadında da sıklıkla kullanıldığına tanık olunmaktadır.

---

<sup>79</sup> *Aroa Mines Case, op. cit.*, s. 443.

<sup>80</sup> *Idem*, s. 444.

<sup>81</sup> *Cayuga Indians (Great Britain) v. United States, op. cit.*

<sup>82</sup> *Idem*, s. 180.

<sup>83</sup> GRAUER, Christopher, *op. cit.*, s. 103.

Bu çerçevede Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın yukarıdaki satırlarda da değinilen *Meuse Nehri* kararının ve özellikle hâkim Hudson'un karara ilişkin ayırık görüşünün, meseleye ilişkin *locus classicus* kabul edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır<sup>84</sup>.

Şöyle ki; Belçika ve Hollanda arasında yaşanan uyuşmazlıkta Hollanda, Belçika'nın Meuse nehri üzerine kurduğu bazı kilit sistemlerinin taraflar arasında 1863 yılında akdedilen ve Meuse nehrinin nasıl kullanılacağını düzenleyen uluslararası andlaşmaya aykırı olduğunu iddia etmiştir. Ve Uluslararası Daimi Adalet Divanı, taraflar arasındaki uyuşmazlığın "*yalnızca 1863 andlaşmasının yorumlanması ve uygulanması sûreti ile çözümlenmesi gerektiğini*"<sup>85</sup> belirterek uluslararası hukukun nehirlere ilişkin genel kurallarının uygulanmayacağına ve Hollanda'nın iddialarının yerine olmadığına hükmetmiştir<sup>86</sup>. Söz konusu karar doktrinde hakkaniyet *infra legem* ilkesinin uygulandığı kararlardan biri telâkki edilmektedir<sup>87</sup>.

Bununla birlikte, Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın *Meuse Nehri* kararının hakkaniyet ilkesi bakımından önemi hâkim Hudson'ın yukarıda da alıntılanan ayırık görüşünden ileri gelmektedir. Hudson'a göre, "*genel olarak hakkaniyet ilkeleri olarak bilinen ilkeler uzun bir zamandır uluslararası hukukun bir parçası kabul edilmektedir ve uluslararası mahkemeler tarafından sıklıkla uygulanmaktadır*"<sup>88</sup>. Ve "*Statü'nün 38. maddesi uyarınca ve söz konusu maddeden bağımsız olarak, Divan'ın hakkaniyet ilkelerini, uygulamakla yükümlü olduğu uluslararası hukukun bir parçası olarak değerlendirme özgürlüğü vardır*"<sup>89</sup>. Hudson'ın hakkaniyet kavramını bir "hukuk genel ilkesi" telâkki eden ifadelerinin, hakkaniyet *infra legem* de aşan bir hakkaniyet anlayışı ortaya koyduğunu söylemek yanlış olmayacaktır<sup>90</sup>.

M. W. Janis de, Hudson'ın yukarıda alıntılanan ifadelerini, "*bir hukukçunun, ex aequo et bono ilkesinin bugüne kadar kullanılmamış olmasını telâfi etme çabası*" telâkki etmektedir. Yazara göre, bazı uluslararası hukukçular, tarafların rızasına bağlı olarak kullanılabilceği için *ex aequo et bono*nun bugüne kadar hiç uygulanamamış olmasından doğan eksiklikleri, hakkaniyet kavramını bir şekilde uluslararası hukuk kaynakları ve özellikle hukuk genel ilkeleri arasında

---

<sup>84</sup> FRANCIONI, Francesco, *op. cit.*

<sup>85</sup> *The Diversion of Water from the Meuse, op. cit.*, s. 16.

<sup>86</sup> *Idem*, s. 32.

<sup>87</sup> Bkz. GRAUER, Christopher, *op. cit.*, s. 103; FRANCIONI, Francesco, *op. cit.*

<sup>88</sup> *The Diversion of Water from the Meuse, op. cit.*, Separate Opinion by M. Hudson, s. 76.

<sup>89</sup> *Idem*, s. 77.

<sup>90</sup> Benzer bir görüş için bkz. GRAUER, Christopher, *op. cit.*, s. 105.

sokarak gidermeye çalışmaktadır; ve hâkim Hudson'ın ifadeleri bu tespitin en somut göstergesidir<sup>91</sup>.

Uluslararası Adalet Divanı'nın, selefının muhakemesini ilk olarak *Balıkçılık Davası* olarak adlandırılan uyuşmazlık vesilesi ile devam ettirdiği ve bu uyuşmazlığı hukukî temellerden ziyâde hakkaniyet ilkesi temelinde çözdüğü ve kararını uyuşmazlığa taraf olan devletlerin coğrafi koşullarını ve ekonomik menfaatlerini göz önünde bulundurarak verdiği görülmektedir<sup>92</sup>.

Divan'ın hakkaniyet ilkesini uyguladığı bir diğer çok önemli karar *Kuzey Denizi Kıt'a Sahanlığı* kararıdır<sup>93</sup>. 2 Şubat 1967 tarihinde akdedilen özel bir andlaşma ile Federal Almanya Cumhuriyeti ve Danimarka ile Federal Almanya Cumhuriyeti ve Hollanda, Kuzey Denizi'ndeki kıt'a sahanlıklarının hangi uluslararası hukuk ilke ve kuralları uyarınca belirlenmesi gerektiğine karar vermesi için Uluslararası Adalet Divanı'nı yetkilendirmişlerdir<sup>94</sup>. Danimarka ve Hollanda, kıt'a sahanlıklarının 1958 Cenevre Kıt'a Sahanlığı Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 2. fıkrasında ifadesini bulan ilkeler çerçevesinde sınırlandırılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. İlgili hükme göre, kıyıları bitişik veya karşılıklı olan devletlerin kıt'a sahanlıklarının sınırlandırılması tarafların anlaşması sûreti ile gerçekleştirilir; anlaşmaya varılamaması halinde ise, özel durumlar başka türlü bir sınırlandırmayı haklı göstermediği takdirde eşit mesafe kuralı uygulanacaktır. Danimarka ve Hollanda, taraflar arasında herhangi bir uzlaşma sağlanamadığı için eşit mesafe kuralının uygulanması gerektiğini, bu kuralın uygulanmamasını gerektirecek herhangi bir özel durum bulunmadığını iddia etmişlerdir<sup>95</sup>.

1958 Sözleşmesi'ne taraf olmayan Federal Almanya Cumhuriyeti ise, devletlerin kıt'a sahanlıklarının âdil ve hakkaniyete uygun bir biçimde paylaşılması gerektiğini ileri sürmüş ve bir teamül kuralına dönüşmediğini iddia ettiği eşit mesafe kuralının söz konusu uyuşmazlıkta uygulanmaması gerektiğini ifade etmiştir<sup>96</sup>. Zira Almanya'nın kıyısının içbükey niteliği, eşit mesafe ilkesinin

---

<sup>91</sup> JANIS, M. W., "The Ambiguity of Equity in International Law", *op. cit.*, s. 10.

<sup>92</sup> *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*, International Court of Justice, 18<sup>th</sup> December 1951, *I.C.J. Reports* 1951, s. 116, s. 133. Bkz. CHATTOPADHYAY, S. K., *op. cit.*, s. 396.

<sup>93</sup> O kadar ki; Louis Sohn söz konusu kararın "Uluslararası Adalet Divanı'nın hakça ilkeleri yeniden keşfettiği karar" olduğu görüşündedir. SOHN, Louis B., "Equity in International Law", *op. cit.*, s. 277. Benzer bir görüş için bkz. REUTER, Paul, *op. cit.*, s. 174. Fevzi Topsoy'un da hakkaniyet ilkesinin tarihsel sürecini, Kuzey Denizi Kıt'a Sahanlığı Davaları'nın öncesi ve sonrası ayrımı ışığında incelediği görülmektedir. TOPSOY, Fevzi, *op. cit.*, ss. 194-195.

<sup>94</sup> *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany / Denmark; Federal Republic of Germany / Netherlands)*, *op. cit.*, ss. 6-9.

<sup>95</sup> *Idem*, ss. 10-11.

<sup>96</sup> *Idem*, s. 11

uygulanması durumunda bu devletin kıt'a sahanlığının, diğer iki devletin kıt'a sahanlıklarına nazaran daha dar olması sonucunu doğuracaktır. Başka bir ifade ile, ilgili Sözleşme'nin 6. maddesinin 2. fıkrasının uygulanması taraflar arasında âdil ve hakça olmayan bir deniz yetki alanı paylaşımına yol açacaktır<sup>97</sup>.

Aslında Federal Almanya'nın iddiası deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasında dağıtıcı adalet ilkesine başvurulması gerektiği iddiasıdır. Almanya, "*birden fazla devletin kıt'a sahanlığı iddiasında bulunduğu deniz alanlarının sınırlandırılmasının bir dağıtıcı adalet sorunu olduğunu, bu nedenle sınırlandırmanın, uluslararası hukuk sistemi de dâhil olmak üzere bütün hukuk sistemlerinde genel ilke olarak kabul edilen dağıtıcı adalet kavramı*" uyarınca ve bu kavramdan doğan, âdil ve hakça paylaşım ilkesine göre yapılması gerektiğini ileri sürmüştür<sup>98</sup>.

Uluslararası Adalet Divanı, kararında devletlerin kıt'a sahanlıklarının belirlenmesinde eşit mesafe kuralının uygulanacağı yönündeki ilkenin teamül kuralına dönüşmediğini ifade edecek ve 1958 Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 2. fıkrasının, andlaşmaya taraf olmayan Almanya'ya ileri sürülemeyeceğine hükmedecektir<sup>99</sup>. Dolayısıyla Divan'a göre, eşit mesafe ilkesi özellikle hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurduğunda uygulanması zorunlu olan bir ilke değildir<sup>100</sup>. Devletlerin kıt'a sahanlıklarının sınırlarının belirlenmesinde herhangi bir emredici hüküm bulunmamaktadır ve bu belirlemenin, mâkul bir çözüme ulaşabilmek için birbirinden farklı ilke ve yöntemler göz önünde bulundurulacak ve hakça ilkeler uygulanarak yapılması gerekmektedir<sup>101</sup>. Divan, bu çerçevede kullandığı "hakkaniyet" ve "hakça ilkeler" kavramlarından anlaşılması gereken soyut bir adalet olmadığını, aksine somut bir hukuk kuralı olduğunun altını çizicek<sup>102</sup>, ancak uyumsuzluğa konu olan kıt'a sahanlığının sınırlarını kendi belirlemek yerine, taraflara uyumsuzluğu bu somut kuralı uygulayarak çözmelerini salık vermekle yetinecektir<sup>103</sup>.

*Kuzey Denizi Kıt'a Sahanlığı* kararında Divan'ın zikrettiği hakkaniyet ilkesi çoğunluk tarafından bir hakkaniyet *infra legem* uygulaması telâkki edilmiş-

<sup>97</sup> Kuzey Denizi Kıt'a Sahanlığı uyumsuzluğunun ve uyumsuzluğa taraf olan devletlerin iddialarının ayrıntılı bir incelemesi için bkz. TOLUNER, Sevin, *Milletlerarası Hukuk Dersleri. Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği)*, İstanbul, Beta, 1996, ss. 206-222.

<sup>98</sup> TOPSOY, Fevzi, *op. cit.*, s. 199.

<sup>99</sup> *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany / Denmark; Federal Republic of Germany / Netherlands)*, *op. cit.*, par. 83.

<sup>100</sup> TOLUNER, Sevin, *op. cit.*, s. 208.

<sup>101</sup> *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany / Denmark; Federal Republic of Germany / Netherlands)*, *op. cit.*, par. 90.

<sup>102</sup> *Idem*, par. 85

<sup>103</sup> *Idem*, ss. 54-55.

tir<sup>104</sup>. Bununla birlikte, uluslararası hukuk doktrininin bir bölümünün Divan'ı, hakkaniyet ilkesini uygularken fazla ileri gittiği gerekçesi ile eleştirdiği görülmektedir. Örneğin Wolfgang Friedmann, Divan'ın söz konusu kararda “*yorum kisvesi altında ex aequo et bono karar verdiği*” ifade etmiş ve dağıtıcı adalet mantığı yürüttüğünü reddetmesine rağmen dağıtıcı adalet ilkesi uyguladığını belirtmiştir<sup>105</sup>.

Karara ayırık görüş bildiren hâkim Fouad Ammoun ise Divan'ın verdiği hükme katılmakla birlikte, yaptığı hakkaniyet uygulamasının hakkaniyet *infra legem* değil, hakkaniyet *praeter legem* olduğu iddiasındadır<sup>106</sup>. Kanaatimiz de bu yöndedir. Zira söz konusu kararda Divan uyuşmazlığa uygulanacak bir hukuk kuralı bulunmadığı mantığından hareket etmiş ve tespit ettiği hukuk boşluğunu hakkaniyet ilkesini uygulayarak doldurmuştur<sup>107</sup>.

<sup>104</sup> GRAUER, Christopher, *op. cit.*, ss. 108-109; JANIS, M. W., “The Ambiguity of Equity in International Law”, *op. cit.*, s. 13.

<sup>105</sup> FRIEDMANN, Wolfgang, “The North Sea Continental Shelf Cases-A Critique”, *American Journal of International Law*, Vol. 64, 1970, ss. 229-240, s. 236. Kuzey Denizi Kıt'a Sahaneliği kararına karşı oy yazısı yazan hâkim Tanaka da benzer bir görüş bildirmiştir. Tanaka'ya göre, Federal Almanya'nın ileri sürdüğü Aristoteles'in dağıtıcı adalet kavramı somut uyuşmazlıkta uygulanabilir nitelikte değildir. Zira dağıtıcı adalet, bir topluluk ile bu topluluğun üyeleri arasındaki ilişkileri düzenlemek durumundadır; başka bir ifade ile topluluğun, üyelerine karşı yükümlüğünü teşkil etmektedir. Somut olayda olduğu gibi bir toplumun parçası olan kişiler arasındaki ilişkiler ve uyuşmazlıklar ise denkleştirici adalet kavramı ışığında ele alınmalıdır. Zira bu tür ilişkilerde sorun uluslararası toplumun kişileri olan devletler arasında adaletin sağlanmasıdır; uluslararası toplumun devletlere karşı bir yükümlülüğü söz konusu değildir. *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany / Denmark; Federal Republic of Germany / Netherlands)*, *op. cit.*, Dissenting Opinion of Judge Tanaka, s. 194.

<sup>106</sup> *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany / Denmark; Federal Republic of Germany / Netherlands)*, *op. cit.*, Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun, s. 132.

<sup>107</sup> Vaughan Lowe ise Divan'ın söz konusu kararda hakkaniyet ilkesine dar bir bakış açısı ile yaklaştığını ve bu ilkeyi, hukukun katı uygulamalarından doğacak adaletsiz sonuçları telâfi eden bir ilke olarak uyguladığı kanaatindedir. LOWE, Vaughan, *op. cit.*, s. 74. Hakkaniyetin pozitif hukukun uygulanmasının haksız sonuçlar doğuracağı hallerde telâfi edici bir ilke olarak uygulandığı başka kararlar da vardır. Örneğin *Osmanlı İmparatorluğu Deniz Fenerleri İmtiyazları* tahkim kararında tahkim heyeti, devletlerin halefiyetine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde, adalet ilkesinin birbirinden farklı halefiyet türleri arasında ayırım yapılmasını gerektirdiğini ifade etmiştir. *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce / France)*, Recueil des Sentences Arbitrales, 24/27 juillet 1956, Vol. XII, ss. 155-269, s. 199. Benzer şekilde, Uluslararası Adalet Divanı'nın *Barcelona Traction* kararına ayırık görüş bildiren hâkim Gerald Fitzmaurice, diplomatik koruma hakkının kullanılabilmesinin koşullarından biri kabul edilen “devam eden vatandaşlık” kuralının adalet ilkesinin gerektirdiği hallerde sınırlandırılabilmesi görüşünü savunmuştur. *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, International Court of Justice, 5 February 1970, *I.C.J. Reports* 1970, s. 3, Separate Opinion of Judge Gerald Fitzmaurice, ss. 100-103. Bkz. AKEHURST, Michael, *op. cit.*, s. 804.



Divan'ın hakkaniyet ilkesini uygularken ne kadar ileri gidebileceği yönündeki tartışmalar 1977 tarihli *Birleşik Krallık-Fransa Kıt'a Sahanlığı* tahkim kararı<sup>108</sup> ile yeniden alevlenecektir<sup>109</sup>. Karar, Birleşik Krallık ve Fransa'nın Manş Denizi'ndeki ve Fransa kıyılarına çok yakın Kanal Adaları'nın kıt'a sahanlıklarının sınırlarının belirlenmesine ilişkindir. Taraflar 1975 yılında akdettikleri Tahkim Sözleşmesi ile söz konusu belirlemenin uluslararası hukuk kuralları uyarınca yapılmasını kararlaştırmışlardır.

Fransa, kıt'a sahanlığının sınırlarının belirlenmesinde uygulanacak uluslararası hukuk kurallarının, Uluslararası Adalet Divanı'nın *Kuzey Denizi Kıt'a Sahanlığı* kararında ifade edilen ve gerek devlet uygulamaları ile gerek ise Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi ile teyit edilen teamül kuralları olduğunu ileri sürmüştür. Fransa'ya göre bu kurallar, kıt'a sahanlıklarının, her iki devletin ülkelerinin doğal uzantılarının ve hakça ilkelerin dikkate alınması sûreti belirlenmesini emretmektedir<sup>110</sup>. Birleşik Krallık ise, Fransa'nın aksine eşit mesafe kuralının uygulanması gerektiğini, somut olayda bu kuralın uygulanmamasını gerektiren herhangi bir özel durum bulunmadığını savunmuştur<sup>111</sup>.

Tahkim heyeti, Uluslararası Adalet Divanı'nın *Kuzey Denizi Kıt'a Sahanlığı* kararında yürüttüğü muhakemeyi benimseyecek ve söz konusu karara atıfta bulunarak "*teamül hukukunda, sınırlandırmaya ilişkin temel ilke, taraflar arasında anlaşmaya varılamayan hallerde, sınırın hakça ilkelere uygun olarak belirlenmesidir*" ifadelerini kullanacaktır<sup>112</sup>. *Kuzey Denizi Kıt'a Sahanlığı* kararının aksine uyumsuzluğa konu olan kıt'a sahanlığının sınırlarını kendisi belirleyen tahkim heyeti, devletlerin özel coğrafi konumları nedeni ile âdil olmayan ve orantsız bir kıt'a sahanlığına sahip olmalarını hakkaniyet ilkesini uygulamak sûreti ile engellenmeye çalışacaktır<sup>113</sup>.

Gerek 1969 *Kuzey Denizi Kıt'a Sahanlığı* kararı, gerek ise 1977 *Birleşik Kral-*

<sup>108</sup> *Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the French Republic (UK / France)*, Reports of International Arbitral Awards, 30 June 1977-14 March 1978, Vol. XVIII, ss. 3-413. Karar *Western Approaches* kararı olarak da bilinmektedir.

<sup>109</sup> JANIS, M. W., "The Ambiguity of Equity in International Law", *op. cit.*, s. 16.

<sup>110</sup> *Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the French Republic (UK / France)*, *op. cit.*, s. 9.

<sup>111</sup> *Idem*, ss. 10-12.

<sup>112</sup> *Idem*, par. 82.

<sup>113</sup> *Idem*, par. 97. Bkz. JANIS, M. W., "The Ambiguity of Equity in International Law", *op. cit.*, s. 16; ÖZKAN, Arda, "Kıta Sahanlığının Sınırlandırılmasında Uluslararası Uygulamalar: Sözleşmeler, İçtihat ve Doktrin", *The Journal of Academic Social Science Studies*, n°: 31, 2015, ss. 367-386, s. 379.



*lık-Fransa Kıt'a Sahanlığı* kararı uluslararası hukukta hakkaniyetin normatif niteliği sorunsalında göz önünde bulundurulması gereken en önemli kararlardandır. Bununla birlikte, her iki kararın da hakkaniyet kavramının tam olarak ne anlama geldiği sorusuna cevap vermediğinin belirtilmesi gerekir. Nitekim Paul Reuter, Uluslararası Adalet Divanı'nın, *Kuzey Denizi Kıt'a Sahanlığı* kararında hakkaniyetin ne olmadığını açıkladığını ancak ne olduğuna dair kesin ve net bir tanım yapamadığını belirtmekte, kavramın 1977 tarihli tahkim kararında da gizemini korumaya devam ettiğini belirtmektedir<sup>114</sup>.

Meşhur *Barcelona Traction* kararı da hakkaniyet ilkesinin, doğrudan olmasa da, tartışıldığı bir başka Divan kararıdır<sup>115</sup>. Karara konu olan uyuşmazlıkta temel hukukî sorun, hissedarlarının vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları devletten farklı bir devlette tescil edilmiş ve farklı bir devlette faaliyetlerini yürüten bir özel hukuk tüzel kişisinin hangi devlet tarafından diplomatik koruma altına alınabileceği sorunudur<sup>116</sup>. *Barcelona Traction, Power & Light Company* isimli, 1911 yılında Toronto'da (Kanada) tescil edilerek kurulan ve merkezi burada bulunmasına rağmen faaliyetlerini İspanya'da sürdüren ve hisselerinin % 88'i Belçika vatandaşlarına ait olan şirket, İspanyol mercileri tarafından alınan kararlar sonucu zaman içinde iflâs etme noktasına gelmiştir. Bunun üzerine, şirketin hissedarlarının uyrukluğ bağı ile bağlı oldukları Belçika, İspanya'yı Uluslararası Adalet Divanı önüne götüreceğ ve İspanyol mercilerinin aldığı uluslararası hukuka aykırı kararlar nedeni ile *Barcelona Traction* şirketinin Belçika vatandaşı olan hissedarlarının uğradığı zararların giderilmesini talep edecektir. Divan ise tüzel kişilerin uyrukluğlarının tespitinde tescil devleti kriterinin esas alınması gerektiğine ve şirketlerin tescil edildikleri devletler tarafından diplomatik koruma altına alınabileceklerine hükmedecektir<sup>117</sup>.

Hakkaniyet, *Barcelona Traction* kararının temelini teşkil eden bir kavram değildir. Bununla birlikte, davacı devletin Divan'a hakkaniyet ilkesinin diplomatik koruma hakkını kullanabilecek devletin tespitinde dikkate alınıp alınamayacağına ilişkin bir soru yönelttiği görülmektedir. Divan kararında "*diplomatik koruma alanında, uluslararası hukukun diğer bütün alanlarında olduğu gibi, hukukun mâkul bir biçimde uygulanması gerekir. Bir şirketin, uyrukluğunda*

---

<sup>114</sup> REUTER, Paul, *op. cit.*, s. 175.

<sup>115</sup> *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, *op. cit.*

<sup>116</sup> PİRİM, Ceren Zeynep & SÖKÜCÜ YILDIZ, Şule, "Özel Hukuk Tüzel Kişileri Üzerinde Diplomatik Koruma Hakkına Sahip Olan Devletin Tespiti: *Barcelona Traction* Kararından Geriye Kalanlar", *Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan*, Cilt II, İstanbul, Beta, 2014, ss. 2223-2260, s. 2231.

<sup>117</sup> *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, *op. cit.*, par. 88.

*bulunduğu devlet tarafından diplomatik koruma altına alınabileceği yönündeki genel kuralın uygulanmasının mümkün olmadığı hallerde, hakkaniyete dair değerlendirmelerin hissedarların kendi devletleri tarafından koruma altına alınabilmelerini mümkün kılması önerilmiştir. Bu önerme somut olayın koşullarına uygun düşmemektedir*<sup>118</sup>. İşte Divan'ın "hukukun mâkul bir biçimde uygulanması gerektiği" yönündeki ifadesi, haklı olarak, hakkaniyet *infra legem* uluslararası hukuktaki konumunun teyidi şeklinde yorumlanacaktır<sup>119</sup>. Başka bir ifade ile, *Barcelona Traction* kararında hakkaniyet ilkesi, uluslararası hukukun uygulanması sırasında devreye giren bir kavram olarak algılanmıştır.

Uluslararası Adalet Divanı, Tunus ve Libya arasında 1980'li yıllarda yaşanan kıt'a sahanlığı uyuşmazlığı vesilesi ile verdiği kararda ise yukarıda alıntılanan kararlarda ortaya koyduğu hakkaniyet anlayışından daha bağımsız bir hakkaniyet anlayışı benimseyecektir<sup>120</sup>. 1958 Kıt'a Sahanlığı Sözleşmesi'ne taraf olmayan Tunus ve Libya, Divan'ın, kıt'a sahanlıklarının belirlenmesinde ülkelerinin deniz altındaki doğal uzantısını dikkate alarak bir karar vermesi gerektiğini savunmuşlar, ancak doğal uzantının ne anlama geldiği hususunda uyuşmazlığa düşmüşlerdir<sup>121</sup>.

Tarafların tezlerini değerlendiren Uluslararası Adalet Divanı ise, taraflar arasındaki kıt'a sahanlığı uyuşmazlığının yalnızca doğal uzantı ilkesi ışığında çözülemeyeceğini, hakça ilkelerin de dikkate alınması gerektiğini ifade edecektir. Divan, "*hukukî bir kavram olarak hakkaniyet, doğrudan adalet fikrinden doğan; [...] hukuk kuralı olarak doğrudan uygulanan bir hukuk genel ilkesidir*"<sup>122</sup> ifadelerini kullanacak<sup>123</sup> ve önüne gelen uyuşmazlıkları bir "hukuk genel ilkesi" olduğu için hakkaniyet ilkesi ışığında çözebileceğini ifade edecektir.

Bu yaklaşım kısa bir süre sonra Uluslararası Adalet Divanı'nın *Maine Kör-*

<sup>118</sup> *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, *op. cit.*, par. 93.

<sup>119</sup> GRAUER, Christopher, *op. cit.*, ss. 108-109 ve s. 111.

<sup>120</sup> LOWE, Vaughan, *op. cit.*, s. 74; FRANCIONI, Francesco, *op. cit.*

<sup>121</sup> *Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)*, International Court of Justice, 24 February 1982, *I.C.J. Reports 1982*, s. 18, par. 38. "*Doğal uzantının jeolojik verilere göre saptanması gerektiğini savunan Libya'ya göre, doğal uzantı ilkesi uyarınca yapılan bir sınırlandırma, niteliği itibarıyla nisfete de uygun olur. Tunus'un görüşüne göre ise, belirli bir coğrafi durumda nisfet ilkelerine uygun olan bir çözümün kabulü, doğal uzantının saptanması işinin bir kısmını oluşturur; bu nedenle doğal uzantı ilkesi ile nisfete uygunluk esası arasında bir çatışma olamaz*". TOLUNER, Sevin, *op. cit.*, s. 217.

<sup>122</sup> *Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)*, *op. cit.*, par. 71.

<sup>123</sup> Bkz. GOURGOURINIS, Anastasios, "Equity in International Law Revisited (with Special Reference to the Fragmentation of International Law)", *op. cit.*, s. 80.

*fezi kararı*<sup>124</sup> ile teyit edilecektir<sup>125</sup>. Uyuşmazlığın tarafları Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada, aralarındaki deniz alanlarının sınırlandırılmasının hem hakça ilkeler, hem de doğal uzantı ilkesi ışığında yapılmasını talep etmişlerdir. 1969 *Kuzey Denizi Kıt'a Sahanlığı*, 1977 *Birleşik Krallık-Fransa Kıt'a Sahanlığı* ve 1982 Tunus / Libya kararlarına atıfta bulunan Divan ise<sup>126</sup>, her iki devletin de 1958 Cenevre Kıt'a Sahanlığı Sözleşmesi'ne taraf olmalarına ve dolayısıyla Sözleşme'nin 6. maddesinde öngörülen "eşit uzaklık" ilkesi ile bağlı olmalarına rağmen, bu ilkenin hakkaniyete uygun olmayan sonuçlar doğuracak şekilde uygulanamayacağına hükmetmiştir<sup>127</sup>. Divan'a göre, sınırlandırma hakkaniyet ilkesi göz önünde bulundurularak ve uyuşmazlığa konu olan alanın coğrafi yapısı dikkate alınarak, hakkaniyete uygun bir sonucu temin edecek şekilde yapılmalıdır<sup>128</sup>.

### III. Hakkaniyet İlkesine Normatif Nitelik Atfedilmesinin Doğurabileceği Sakıncalar

Görüldüğü üzere, tahkim heyetlerinin yanı sıra Uluslararası Adalet Divanı da, birbirine benzeyen veya benzemeyen pek çok uyuşmazlıkta hakkaniyet üzerine kurulu bir yargılama sistemi benimsemiş, kimi zaman mevcut uluslararası hukuk kurallarını yorumlarken, kimi zaman uluslararası hukuktaki boşlukları doldururken bu ilkeyi dikkate almıştır. Bununla birlikte, Divan'ın hakkaniyet ilkesini her zaman hukukun dışına çıkmadan uyguladığı<sup>129</sup>, ya da en azından hukukun dışına çıkmadan uyguladığını ifade ettiği tespit edilmektedir.

Pek çok hukukçu hakkaniyete uluslararası hukuk çatısı altında kazandırılan bu konumu yerinde bulmakta ve ilkenin pozitif hukukun katı bir biçimde uygulanmasının yaratacağı adaletsizlikleri telâfi etmek sûreti ile aslında hukukun ruhunu koruyan bir mekanizmaya dönüştüğünü ileri sürmektedir.

Örneğin Chattopadhyay'a göre, hakkaniyet, adalet ve iyi niyet kavramları

---

<sup>124</sup> *Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada / United States of America)*, International Court of Justice, 12 October 1984, *I.C.J. Reports* 1984, s. 246.

<sup>125</sup> Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada arasında yaşanan deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin uyuşmazlık hakkındaki karar devletlerin kıt'a sahanlıklarının ve münhasır ekonomik bölgelerinin sınırlarının aynı çizgi ile belirlenmesi talebini değerlendiren ilk karar olması nedeni ile ayrı bir özellik taşımaktadır. ÖZKAN, Arda, *op. cit.*, s. 380.

<sup>126</sup> *Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada / United States of America)*, *op. cit.*, par. 91-93.

<sup>127</sup> *Idem*, par. 124-125 ve par. 156-157.

<sup>128</sup> *Idem*, par. 124-125 ve par. 112.

<sup>129</sup> GRAUER, Christopher, *op. cit.*, ss. 108-109 ve s. 117.

bağlamında uluslararası hukukun temelini teşkil etmektedir<sup>130</sup>. Yazara göre, uluslararası hukukun kaynakları devletler tarafından belirlenir; dolayısıyla uluslararası hukuk, hukukî kriterlerden ziyâde, ihtiyârî ve keyfî bir süreç ile şekillenmektedir. Takdir hakkının olmadığı yerde hukukun da olmayacağı görüşünden hareket eden yazar, pozitif hukukun açık olmadığı hallerde hakkaniyet ilkesinin devreye girmesi gerektiğini, bu ilkenin hukuka esneklik kazandırdığını ifade etmektedir. Chattopadhyay'a göre, uluslararası hukuk, hukukun ve gerçekliğin mümkün olduğunca birbirine yaklaşması temeli üzerine kuruludur; ve gerçeklik adalet ile iç içedir, hakkaniyet de adaletten ibarettir<sup>131</sup>.

Benzer şekilde Francesco Francioni de hakkaniyet ilkesinin uluslararası hukukta önemli bir yeri olduğu görüşünü savunmakta ve Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesi çatısı altında şekilî bir kaynak kabul edilmemiş olmasına rağmen uluslararası yargılamada önemli bir kaynağa dönüştüğünü ifade etmektedir. Yazara göre, hakkaniyet her şeyden önce uluslararası hukukun dokusuna adalet ve iyi niyeti zerk edecek ve uluslararası hukukun genel ve soyut kurallarının her vak'anın kendine has özelliklerine uygun yorumlanmasına imkân verecektir. Yazar ikinci olarak, hakkaniyetin bütünleştirici bir işlevi olduğunu ileri sürmekte ve bu işlevi, uluslararası hukuktaki boşlukları doldurarak gerçekleştirdiğini savunmaktadır. Son olarak, yazara göre hakkaniyet *contra legem* dahi uluslararası hukukta katalizör görevi görmektedir. Zira hakkaniyet çerçevesinde verilen kararlar, yeni sosyal ihtiyaçların gerektirdiği teamül kurallarının oluşumunu hızlandırabilecek ve böylece hukukun değişimine ve modernleşmesine zemin hazırlayacaktır<sup>132</sup>.

Çok benzer bir biçimde, hakkaniyetin normatif olmaktan ziyâde en soyut hukukî veya siyâsî ilkelerden biri olduğunu belirten Sandrine Maljean-Dubois da söz konusu ilkenin amaca dair, esnek, akışkan ve farklı durumlara uygulanabilir nitelikte olduğunu ve net olmayan çerçevesinin her olaya uyarlanabilir olmasını sağladığını ileri sürmektedir<sup>133</sup>.

Anastasios Gourgourinis de hakkaniyet ve hakça ilkeler kavramlarının uluslararası hukuku bütünleştiren bir ara norm görevi görebileceği kanaatinde-dir<sup>134</sup>. Benzer şekilde Ruth Lapidoth, adaletin tarafsızlığı ve eşitliği, hukukun ise düzen ve güvenliği amaçladığını belirtmekte ve bu çerçevede hakkaniyet

---

<sup>130</sup> CHATTOPADHYAY, S. K., *op. cit.*, s. 387.

<sup>131</sup> *Idem*, s. 388.

<sup>132</sup> FRANCIONI, Francesco, *op. cit.*

<sup>133</sup> MALJEAN-DUBOIS, Sandrine, *op. cit.*, s. 148.

<sup>134</sup> GOURGOURINIS, Anastasios, "Equity in International Law Revisited (with Special Reference to the Fragmentation of International Law)", *op. cit.*, ss. 79-82.

ilkesinin adalet ve hukuk arasındaki mesafeyi daraltma vazifesi gördüğünü ifade etmektedir<sup>135</sup>.

Kanaatimiz ise, bir uluslararası uyumsuzluğun, tarafların rızalarının bulunmadığı hallerde, *infra legem* uygulama hariç, hakkaniyet ilkesi uyarınca çözülmesinin ciddi sıkıntılar doğurabileceği yönündedir.

Her şeyden önce bir uyumsuzluğun hakkaniyet *praeter legem* veya *contra legem* uyarınca çözülmesi, ya kişiye özgü bir adalet anlayışının benimsenmesine ya da mevcut genel hukuk kurallarına istisna yaratılmasına sebebiyet vermektedir<sup>136</sup>. Gerçekten de, “*hakkaniyet, yargısal düzlemde kişiselleştirilmiş bir adalet olarak ortaya çıkmakta*”, somut olaya uyarlanmış bir adalet anlayışının benimsenmesi sonucunu doğurmaktadır<sup>137</sup>.

Paul Reuter’in de aynı noktaya dikkat çektiği görülmektedir. Yazara göre, hakkaniyet hukuk değildir; zira hukuk kanun koyucunun eseridir. Ancak kanun koyucunun ortaya koyduğu hukukun hâkim tarafından uygulanması gerekir; ki bu noktada hakkaniyetten yararlanılmayacağı fikrinin kabulü kolay değildir. Bununla birlikte, yazara göre bir hukuk normu ile somut bir olay arasındaki mesafe hiçbir zaman sıfır değildir. İşte bu nedenle “*hakkaniyet bireysel vak’anın hukukudur*”<sup>138</sup>.

Ardından, hakkaniyetin sübjektif niteliği inkâr edilemeyecek kadar aşikârdır; her devlete ve her devletin içinden çıktığı hukuk kültürüne göre değişen bir içerik arz etmektedir<sup>139</sup>. Benzer bir noktadan hareket eden Akehurst’e göre de, “*zorunlu uyumsuzluk sisteminin olmadığı bir hukuk sisteminde, hakkaniyetin sübjektif niteliği çok tehlikelidir. Devletler iddialarını, kendilerine âdil gelen ama uyumsuzluğun diğer tarafına âdil gelmeyen değerlendirmeler üzerine kuracaktır ve uyumsuzluklar yalnızca daha sık yaşanır hale gelmeyecek, çözümleri de zorlaşacaktır. Bir uluslararası mahkemenin kararlarını hakkaniyet temelinde vermesi de tehlikelidir. Davayı kazanan tarafa âdil gelen bir karar, kaybeden tarafa âdil gelmeyebilir ve kaybeden taraf mahkemeyi taraf tutmakla ve ultra vires hareket etmekle suçlayarak kararı icra etmeyebilir*”<sup>140</sup>.

---

<sup>135</sup> LAPIDOTH, Ruth, *op. cit.*, s. 138.

<sup>136</sup> AKEHURST, Michael, *op. cit.*, s. 808.

<sup>137</sup> DE VISCHER, Charles, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public*, Paris, Pedone, 1972, s. 3.

<sup>138</sup> REUTER, Paul, *op. cit.*, ss. 165-166.

<sup>139</sup> AKEHURST, Michael, *op. cit.*, s. 809. Yazara göre hakkaniyetin sübjektif niteliği uluslararası toplumda daha bârizdir. Zira uluslararası toplumda siyâsî, etik ve kültürel değerler, ulusların kendi içlerindeki değerler ile kıyaslandığında daha heterojen bir nitelik arz etmektedir.

<sup>140</sup> AKEHURST, Michael, *op. cit.*, s. 811.

Ian Brownlie'nin de hakkaniyetin bir uluslararası hukuk kaynağı gibi kullanılmasına en çok itiraz eden yazarlardan biri olduğu görülmektedir. Yazar, özellikle deniz hukuku uyuşmazlıklarının hakça ilkeler temelinde çözülmesini sert bir dille eleştirmektedir. Brownlie'ye göre *"Kuzey Denizi Kıt'a Sahanlığı kararlarında ortaya konulan ve Birleşik Krallık-Fransa Kıt'a Sahanlığı tahkim kararında uygulanıp geliştirilen ilkeler dikkat çekici sonuçlar doğurmaktadır. Artık, birbirine komşu olan kıt'a sahanlıkları vak'alarında eşit mesafe ilkesinden yana bir karine dahi kalmamıştır. [...] bu çerçevede uygulandığı şekli ile 'hakça ilkeler', üzerinde yargısal takdir hakkının kullanıldığı ve başka vak'alarda da kullanılabilecek, hukuk muhakemesine ilişkin güçsüz kanıtlara dönüşmektedir. Mesele basittir: az ve açık olmayan bir içeriğe sahip hakça ilkeleri uygulamak, karar veren mercilere genel bir keyfiyet ihsan etmektir"*<sup>141</sup>.

Uluslararası uyuşmazlıkların hakkaniyet ilkesi temelinde çözülmesinin keyfi bir adalet anlayışı sonucunu doğuracağı Elihu Lauterpacht tarafından da dile getirilmiştir. Yazara göre *"hakkaniyet fikri, sıklıkla içeriği yeterince açıklanmadan ve dağıtıcı adalet / denkleştirici adalet ayırımı temel alınmadan kullanılmakta, onun yerine Divan'ın Kuzey Denizi ve Balıkçılık vak'alarında ve Birleşik Krallık-Fransa Kıt'a Sahanlığı tahkim kararında açıklanan ve yerinde olmayan temeller esas alınmaktadır. Bilinmesi gerekir ki; ex aequo et bono [...] bir kararı tartışıyor olsak da, 'hukuk içinde hakkaniyeti' göz önünde bulunduruyor olsak da, mahkemenin sübjektif ve keyfi bir unsuru uygulamasının talep edildiği bir durumdan söz ediyoruz demektir"*<sup>142</sup>.

Son olarak, hakkaniyet ilkesinin bağımsız bir uluslararası hukuk kaynağı değil, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde zikredilen bir "hukuk genel ilkesi" olduğu iddiasına da değinilmesinde fayda vardır. Şöyle ki; Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın *Meuse Nehri* kararına ayırık görüş bildiren hâkim Hudson'un, hakkaniyet kavramını bir hukuk genel ilkesi telâkki ettiği yukarıdaki satırlarda ifade edilmişti. Uluslararası hukuk doktrininin bir bölümünün de Hudson'un söz konusu kanaatini paylaştığı görülmektedir. Örneğin Justice Margaret White, Robert Kolb, M. W. Janis ve Vaughan Lowe hakkaniyetin bir hukuk genel ilkesi olarak pozitif uluslararası hukukun bir parçasını teşkil

---

<sup>141</sup> BROWNIE, Ian, "Legal Status of Natural Ressources in International Law (Some Aspects)", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 162, 1979, ss. 245-318, s. 287.

<sup>142</sup> LAUTERPACHT, Elihu, "Equity Evasion, Equivocation and Evaluation in International Law", in *Proceedings and Commentaries, Report of the American Branch of the International Law Association, 1977-1978*, ss. 39-43 ve s. 45, aktaran: JANIS, M. W., "The Ambiguity of Equity in International Law", *op. cit.*, ss. 24-25.

ettiğini savunmaktadır<sup>143</sup>. Bu çerçevede Lowe hakkaniyetin, hukuk genel ilkesi sıfatı ile, tarafların rızası olmasa dahi mahkemeler tarafından uygulanabileceği görüşündedir<sup>144</sup>. Başka bir ifade ile, yazara göre hakkaniyet *infra legem / praeter legem* şeklinde bir ayrıma gerek olmadığı gibi, hakkaniyetin bağımsız bir uluslararası hukuk kaynağı kabul edilmesine de gerek yoktur; zira uluslararası hukukta uyumsuzlukları çözecek yeterince kaynak bulunmaktadır<sup>145</sup>.

Kanaatimiz ise, herşeyden önce hakkaniyetin hukuk genel ilkesi niteliğinin tartışmalı olduğu yönündedir. Zira Michael Akehurst'un de ifade ettiği üzere, söz konusu ilkenin bütün hukuk düzenlerinde hukuk kaynağı olarak kullanılmadığı görülmektedir; örneğin Sovyet Hukuku'nda ve İslâm Hukuku'nda hakkaniyetin çok da önemli olmayan bir yer tuttuğu bilinmektedir<sup>146</sup>.

Bunun yanı sıra, hakkaniyetin bir hukuk genel ilkesi telâkki edilmesi durumunda dahi uluslararası hukukta uygulanması ciddi sıkıntılara sebebiyet verecektir; zira uluslararası toplumun hakkaniyet çatısı altında değerlendirilebilecek değerleri, iç hukuk düzenlerinin değerleri kadar homojen değildir<sup>147</sup>.

Sonuç olarak, hakkaniyet ilkesinin bağımsız bir uluslararası hukuk kaynağı veya bir hukuk genel ilkesi telâkki edilerek uluslararası hukukta uygulanması, kanaatimizce, hukuk güvenliği açısından ciddi sıkıntılar doğurabilir niteliktedir. Zira hakkaniyet yalnızca çok geniş değil, aynı zamanda içeriği ve sonuçları öngörülemez bir kavramdır. Hakkaniyetin bir uluslararası hukuk kaynağı kabul edilmesi, hukuk kişilerine göre değişen bir adalet anlayışının benimsenmesi ve hukuk kurallarının kesin, açık ve öngörülebilir olmalarının engellenmesi sonucunu doğuracaktır<sup>148</sup>.



---

<sup>143</sup> WHITE, Justice Margaret, *op. cit.*, s. 109 ve s. 116; KOLB, Robert, *op. cit.*, s. 7 vd.; JANIS, M. W., "Equity and International Law: The Comment in the Tentative Draft", *op. cit.*, s. 82; LOWE, Vaughan, *op. cit.*, s. 55.

<sup>144</sup> LOWE, Vaughan, *op. cit.*, s. 55.

<sup>145</sup> *Idem.*, s. 63.

<sup>146</sup> AKEHURST, Michael, *op. cit.*, s. 810.

<sup>147</sup> *Ibid.*

<sup>148</sup> Aksi bir görüş için bkz. JANIS, M. W., "The Ambiguity of Equity in International Law", *op. cit.*, s. 30. Yazara göre hâkimlerin hakkaniyet ilkesini uygularken sınırlarını aşabilecekleri yönündeki endişe yersizdir. Zira bu endişe hakkaniyet ilkesinin kendisine değil, hâkimlere ilişkin bir endişedir.



## KAYNAKÇA

### 1. Doktrin

AKEHURST, Michael, "Equity and General Principles of Law", *International and Comparative Law Quarterly*, 1976, Vol. 25, Issue 4, ss. 801-825.

ARISTOTELES, *Nikomakhos'a Etik*, Ankara, BilgeSu Yayınları, 2011.

ARISTOTELES, *Retorik*, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2004.

ARISTOTLE, *Nichomachean Ethics, Translated by W. D. Ross*, Batoche Books, Kitchener, 1999.

AYBAY, Aydın / AYBAY, Rona, *Hukuka Giriş*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.

BALCH, Thomas Willing, "Arbitration as a Term of International Law", *Columbia Law Review*, Vol. 15, 1915, ss. 590-607.

BARDONNET, Daniel, "Équité et frontières terrestres", in *Le droit international: unité et diversité, Mélanges Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, ss. 35-74.

BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998.

BROWNLIE, Ian, "Legal Status of Natural Ressources in International Law (Some Aspects)", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 162, 1979, ss. 245-318.

CHATTOPADHYAY, S. K., "Equity in International Law: Its Growth and Development", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 5, 1975, ss. 381-406.

CHENG, Bin, "Justice and Equity in International Law", *Current Legal Problems*, Vol. 8, n°: 1, 1955, ss. 185-211.

CHINKIN, C. M., "The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, Issue 4, 1989, ss. 850-866.

CORBETT, P. E., "The Consent of States and the Sources of the Law of Nations", *British Year Book of International Law*, Vol. 6, 1925, ss. 20-30.

DE VISCHER, Charles, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public*, Paris, Pedone, 1972.

DeVINE, Stephen W., "Polyconnotational Equity and the Role of *Epieikeia* in In-



- ternational Law”, *Texas International Law Journal*, Vol. 24, 1989, ss. 149-259.
- DIJK, P. Van, “Nature and Function of Equity in International Economic Law”, *Grotiana*, Vol. 7, 1986, ss. 4-48.
- DINAH, Shelton, “Equity”, in BODANSKY, Daniel / BRUNNÉE, Jutta / HEY, Ellen (ed.), *Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, ss. 640-662.
- EVANS, Malcolm D., *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- FRANCIONI, Francesco, “Equity in International Law”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1399?prd=E-PIL#law-9780199231690-e1399-div1-4> (erişim tarihi 27 Aralık 2015).
- FRIEDMANN, Wolfgang, “The North Sea Continental Shelf Cases-A Critique”, *American Journal of International Law*, Vol. 64, 1970, ss. 229-240.
- GRAUER, Christopher, “The Role of Equity in the Jurisprudence of the World Court”, *Toronto Faculty of Law Review*, Vol. 37, 1979, ss. 101-117.
- GRAY, Christine / KINGSBURY, Benedict, “Developments in Dispute Settlement: Inter-State Arbitration Since 1945”, *British Year Book of International Law*, Vol. 63, Issue 1, 1992, ss. 97-134.
- GOURGOURINIS, Anastasios, “Equity in International Law Revisited (with Special Reference to the Fragmentation of International Law)”, *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 103, 2009, ss. 79-82.
- GOURGOURINIS, Anastasios, “Delineating the Normativity of Equity in International Law”, *International Community Law Review*, Vol. 11, 2009, ss. 327-347.
- GÖKALP, İbrahim, *Milletlerarası Adalet Divanı'nın Deniz Alanlarının Sınırlandırılmasına Dair Kararlarında Dikkate Aldığı İlkeler*, İstanbul, Beta, 2008.
- GÖZLER, Kemal, *Hukuka Giriş*, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2008.
- HABICHT, Max, “Le droit du juge international de statuer ‘ex aequo et bono’”, *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Vol. 49, 1934, ss. 277-371.
- İBRAHİM, Ashraf Ray, “The Doctrine of Laches in International Law”, *Virginia Law Review*, Vol. 83, 1997, ss. 647-692.

JANIS, M. W., "Equity and International Law: The Comment in the Tentative Draft", *Tulane Law Review*, Vol. 57, 1982-1983, ss. 80-88.

JANIS, M. W., "The Ambiguity of Equity in International Law", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 9, 1983, ss. 7-34.

KOLB, Robert, "Principles as Sources of International Law (with Special Reference to Good Faith)", *Netherlands International Law Review*, 2006, ss. 1-36.

LAPIDOTH, Ruth, "Equity in International Law", *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 81, 1987, ss. 138-147.

LOWE, Vaughan, "The Role of Equity in International Law", *Australian Year Book of International Law*, Vol. 12, 1988-1989, ss. 54-81.

MALJEAN-DUBOIS, Sandrine, "Le rôle de l'équité dans le droit de la succession d'Etats", *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 2000, ss. 137-185.

McLNTYRE, Owen, *Environmental Protection of International Watercourses under International Law*, Hampshire, Ashgate, 2007.

MISHRA, Astha / MISHRA, Anand, "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law: An Analysis vis-à-vis Public International Law", *Korea University Law Review*, Vol. 11-12, 2012, ss. 107-121.

MORELLI, Gaetano, *Nozioni di diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1967.

ORFIELD, Lester Bernhardt, "Equity as a Concept of International Law", *Kentucky Law Journal*, Vol. 18, 1929-1930, ss. 31-57.

ÖZKAN, Arda, "Kıta Sahaneliğinin Sınırlandırılmasında Uluslararası Uygulamalar: Sözleşmeler, İçtihat ve Doktrin", *The Journal of Academic Social Science Studies*, n°: 31, 2015, ss. 367-386.

PASCOE, Louis B., *Jean Gerson: Principles of Church Reform*, Leiden, E. J. Brill, 1973.

PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.

PERERA, Srilal M., "Equity-Based Decision-Making and the Fair and Equitable Treatment Standard: Lessons From the Argentine Investment Disputes-Part I", *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 13, 2012, ss. 210-255.

PERERA, Srilal M., "Equity-Based Decision-Making and the Fair and Equitable Treatment Standard: Lessons From the Argentine Investment Disputes-Part II", *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 13, 2012, ss. 442-485.

PİRİM, Ceren Zeynep, *Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.

PİRİM, Ceren Zeynep & SÖKÜCÜ YILDIZ, Şule, “Özel Hukuk Tüzel Kişileri Üzerinde Diplomatik Koruma Hakkına Sahip Olan Devletin Tespiti: *Barcelona Traction* Kararından Geriye Kalanlar”, *Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan*, Cilt II, İstanbul, Beta, 2014, ss. 2223-2260.

REUTER, Paul, “Quelques réflexions sur l’équité en droit international”, *Revue belge de droit international*, Vol. 15, 1980, ss. 165-186.

SHANSKE, Darien, “Four Theses: Preliminary to an Appeal to Equity”, *Stanford Law Review*, Vol. 57, 2004-2005, ss. 2053-2085.

SOHN, Louis B., “Arbitration in International Disputes *Ex Aequo et Bono*”, in SANDERS, Pieter (ed.), *International Arbitration-Liber Amicorum for Martin Domke*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1967, ss. 330-337.

SOHN, Louis B., “Equity in International Law”, *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 82, 1988, ss. 277-291.

STRUPP, Karl, “Le droit du juge de statuer selon l’équité”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, 1930, Vol. 33, ss. 351-481.

ŞEN, Ersan, *Hukuka Giriş. Hukukun Temel İlke ve Esasları*, İstanbul, Der Yayınları, 2004.

THIRLWAY, Hugh, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989”, *British Year Book of International Law*, Vol. 61, Issue 1, ss. 1-133.

TOLUNER, Sevin, *Milletlerarası Hukuk Dersleri. Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği)*, İstanbul, Beta, 1996.

TOPSOY, Fevzi, “Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılmasında ‘Hakkaniyet İlkesi’ ve Dağıtıcı Adaletin Sağlanmasındaki Rolü”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Vol. 13, 2013, ss. 191-203.

TRAKMAN, Leon, “*Ex Aequo et Bono*: Demystifying an Ancient Concept”, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 8, n°: 2, 2007-2008, ss. 621-642.

YNTEMA, Hessel E., “Equity in the Civil Law and the Common Law”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 15, 1966-1967, ss. 60-86.

WHITE, Justice Margaret, “Equity-A General Principle of Law Recognised by Civilised Nations?”, *Queensland University of Technology Law and Justice Journal*, Vol. 4, n°: 1, 2004-2005, ss. 103-116.

## 2. İçtihat

### a. Tahkim Kararları

*Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce / France)*, Recueil des Sentences Arbitrales, 24 / 27 juillet 1956, Vol. XII, ss. 155-269.

*Aroa Mines Case*, Reports of International Arbitral Awards, 1903, Vol. IX, ss. 402-445.

Award of the Tribunal of Arbitration between The United States of America and the Kingdom of Norway under the Special Agreement Of June 30, 1921, The Permanent Court of Arbitration, 13 October 1922, *American Journal of International Law*, 1923, Vol. 17, ss. 362-399, s. 384.

*Cayuga Indians (Great Britain) v. United States*, Reports of International Arbitral Awards, 22 January 1926, Vol. VI, ss. 173-190.

*Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the French Republic (UK / France)*, Reports of International Arbitral Awards, 30 June 1977-14 March 1978, Vol. XVIII, ss. 3-413.

### b. Uluslararası Daimi Adalet Divanı Kararları

*The Diversion of Water from the Meuse*, Permanent Court of International Justice, 28<sup>th</sup> June 1937, Series A/B, n<sup>o</sup>: 70.

### c. Uluslararası Adalet Divanı Kararları

*Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada / United States of America)*, International Court of Justice, 12 October 1984, *I.C.J. Reports* 1984, s. 246.

*Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, International Court of Justice, 5 February 1970, *I.C.J. Reports* 1970, s. 3.

*Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)*, International Court of Justice, 24 February 1982, *I.C.J. Reports* 1982, s. 18.

*Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*, International Court of Justice, 18<sup>th</sup> December 1951, *I.C.J. Reports* 1951, s. 116.

*North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany / Denmark; Federal Republic of Germany / Netherlands)*, International Court of Justice, 20 February 1969, *I.C.J. Reports* 1969, s. 3.

*South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, International Court of Justice, 18 July 1966, *I.C.J. Reports* 1966, s. 6.

*The Corfu Channel Case*, International Court of Justice, 9<sup>th</sup> April 1949, , *I.C.J. Reports* 1949, s. 4.

### **3. Diğer Belgeler**

Succession of States in Respect of Matters other than Treaties, *Yearbook of the International Law Commission*, 1979, Vol. II, A/CN.4/SER.A/1979/Add.I (Part 2).



# YARGITAY'IN BİR KARARI IŞIĞINDA İLAMSIZ İCRA TAKİBİNDE YETKİ İTİRAZI

*Jurisdiction Plea in Legal Proceedings by Levy of Execution in the Light  
of a Turkish Court of Cassation Decision*

**Yrd. Doç. Dr. Nilüfer BORAN GÜNEYSU\***

## ÖZET

Bu çalışmada, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2014 tarihli bir kararı temel alınarak, genel haciz yoluyla takipte yetki itirazı incelenecektir. Yetki itirazında borçlunun sadece itirazı yeterli değildir; borçlu, yetki itirazında bulunurken, doğru bir biçimde yetkili mahkemeyi de göstermelidir. Yetkili mahkemenin gösterilmemesi veya yanlış gösterilmesinin yaptırımı, yetki itirazının geçersizliğidir. İnceleme konusu kararda borçlu, yetki itirazında bulunmuş ve "takip adresinin bulunduğu yer icra müdürlüğünün yetkili olduğunu" belirtmiş; ancak bu yerin hangi yargı teşkilatı olduğunu açıkça göstermemiştir. Çalışma temel olarak, bu şekilde yapılan yetki itirazının, geçerli olup olmadığına ilişkindir. Kararda tartışılmamakla birlikte, icra dairesinin yetkisinin itirazın iptali davası bakımından etkisi ve sonuçları da incelenmeye çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** İcra Hukuku, İlamsız İcra Takibi, Yetki, İcra Dairesi, Yetki İtirazı.

## ABSTRACT

In this essay, I shall try, on the basis of a judgment rendered by Court of Cassation's General Assembly of Civil Chambers, to probe into plea to jurisdiction problem that occurs in those legal proceedings by levy of execution. In the plea to jurisdiction, the fact that the debtor has invoked a plea is not sufficient. In addition, the debtor has to designate the competent court. A wrongful designation or a complete lack thereof would end with the invalidity of the jurisdiction plea. In the above-mentioned judgment debtor referred to the competent court as the one "that is seated in the address used in the legal proceedings" but did not further qualify this designation by mentioning specifically which court he meant. This essay is, in its essence, willing to tackle the problem as to the validity of those jurisdiction pleas with similar designation of competent courts.

**Keywords:** Enforcement Law, Enforcement Without Judgment, Jurisdiction, Office of Enforcement, Jurisdiction Plea.

◆◆◆◆

---

\* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Ana Bilim Dalı, nboran@anadolu.edu.tr.

## GİRİŞ

### I. İNCELEME KONUSU KARAR

İnceleme konusunu, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.4.2014 tarihli, E. 2013/19-1520 ve K. 2014/524 sayılı kararı oluşturmaktadır<sup>1</sup>. Söz konusu kararın tam metni aşağıda verilmiştir;

"...Taraflar arasındaki "itirazın iptali" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 23. Asliye Ticaret Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 20.03.2012 gün ve 2011/340 E-2012/61 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 19.11.2012 gün ve 2012/12402 E-2012/17160 K sayılı ilamı ile; (... Davacı vekili, müvekkilin faturaya dayalı alacağının tahsili amacıyla yapılan takibe davalının haksız itirazı ile takibin durduğunu belirterek, davalının itirazının iptali ile takibin devamına ve %40 icra inkar tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı, dava dilekçesi ekli meşruhatlı duruşma gün ve saatini bildiren davetiye kendisine usulüne uygun şekilde tebliğ edilmesine rağmen davaya cevap vermemiştir. Mahkemece, davalının bulunduğu ikametgahı itibariyle yetkili icra dairesinin Bakırköy İcra Dairesi olduğu, davacının ikametgahının ise Çorlu/Tekirdağ olduğu, takibin İstanbul İcra Dairesinde yapıldığı, davacının 02.03.2010 tarihli dilekçesiyle yetki itirazının usulüne uygun olmadığı, itirazda icra müdürlüğünün açıkça belirtilmediği ancak davalı borçlunun ikametgahı itibariyle kastettiği icra dairesinin Bakırköy İcra Dairesi'nin olduğu ve Bağcılar Adliyesi'nin kapatılarak Bakırköy'e bağlandığının açıkça anlaşıldığı, İstanbul İcra Dairesi'nin somut takip açısından yetkili olmadığı ve davacı tarafça yetkili icra dairesinde yapılmış usulüne uygun icra takibi bulunmadığı gerekçesiyle, davanın icra dairesinin yetkisizliği nedeniyle reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Yetki itirazında yetkili bulunan icra dairesinin yargı teşkilatının neresi olduğunun itirazda bulunan tarafından açıkça gösterilmesi gerekir. İcra Müdürlüğünde yetki itirazında bulunan borçlu, "takip adresinin bulunduğu yer icra müdürlüğünün yetkili olduğunu" belirtmiş, bu yerin hangi yargı teşkilatı olduğunu açıkça göstermemiştir. Ayrıca, Bağcılar olarak gösterilen adrese çıkarılan dava dilekçesi tebligatının, "adresten ayrılmış olması nedeniyle" tebliğ edilemediği anlaşılmıştır. HMK 19.maddesi uyarınca usulüne uygun olarak icra müdürlüğünde yetki itirazında bulunulmadığından, davanın esasına girilerek so-

---

<sup>1</sup> Karar metni için bkz. (<http://www.kazanci.com/>).



nucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş mahkeme kararının bozulması gerekmiştir...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

**KARAR:** Dava, cari hesap alacağın tahsili için başlatılan icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkindir.

Davacı/alacaklı vekili, davalıya ait kumaşların boyanması işinin müvekkilinin fabrikasında yapıldığını, verilen hizmet ve emtia için fatura tanzim edildiğini, cari hesap dönemi sonunda davalının 29.829,99 TL borcunun olduğunu, müvekkilinin faturaya dayalı alacağın tahsili için başlattığı takibe davalının itirazının haksız olduğunu ileri sürerek, itirazının iptaline ve davalıdan %40 oranında icra inkâr tazminatının tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı/borçlu, davaya yanıt vermemiştir. Mahkemece, yetkili icra dairesinde yapılmış usulüne uygun icra takibi bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Davacı vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde gösterilen nedenlerle bozulmuştur. Yerel Mahkemece, önceki kararda direnilmiş; hükmü temyize davacı vekili getirmiştir. Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; borçlu tarafından icra dairesinin yetkisine yapılan itirazın geçerli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır

Bilindiği üzere, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 67.maddesi uyarınca itirazın iptali davası; alacaklının, icra takibine karşı borçlunun yaptığı itirazın iptali ile İİK'nun 66.maddesine göre itiraz üzerine duran takibin devamını sağlayan bir eda davası olup<sup>2</sup>, itirazın tebliğinden itibaren bir yıllık süre içinde açılan davada borçlunun itirazında haksızlığının belirlenmesi ve alacağın likit olması halinde, istem varsa borçlu aleyhine icra inkar tazminatına da hükmedilebilir. (Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku, 2006, s.219,223) Yargıtay'ın kararlılık kazanmış uygulamasına göre, itirazın iptali davasını gören mahkemenin, icra takibinin yapıldığı icra dairesinin yetkisine yönelik itirazı öncelikle incelemesi gerekir. Mahkemenin yetkisine yönelik bir itirazın var olup olmaması, bu sonuca etkili değildir. Eş söyleyişle, itirazın iptali davasında, mahkemenin yetkisine itiraz edilmiş olsun veya olmasın, mahkeme öncelikle, icra dairesinin yetkisine yönelik itirazı inceleyerek kesin olarak sonuçlandırmalıdır. Kaldı ki,

---

<sup>2</sup> İtirazın iptali davasının hukuki niteliği için bkz. **Yılmaz**, s. 599 vd.

İtirazın iptali davasını görme yetkisi, takibin yapıldığı yer mahkemesine aittir. O nedenle, mahkemenin, icra dairesinin yetkisine yönelik itirazı incelemesi doğaldır. Bu yetki itirazının incelenmesi sonucunda, mahkeme, kendisinin yetkili olup olmadığını da belirlemiş olacaktır (Saim Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 1995, 6. Bası, s. 101-102). Öte yandan, itirazın iptali davasının görülebilmesi için usulüne uygun şekilde yapılmış, geçerli bir icra takibinin bulunması gerekir. Ortada, geçerli bir takibin bulunmadığı durumlarda, itirazın iptali davasının görülebilmesine usulen olanak yoktur. İcra dairesinin yetkisine itiraz edildiği hallerde, bu itiraz usulünce incelenerek sonuçlandırılmadığı sürece, açıklanan şekilde geçerli bir takibin bulunmayacağı açıktır. Hukuk Genel Kurulu'nun 20.03.2002 gün ve 2002/13-241 E., 2002/208 K.; Hukuk Genel Kurulu'nun 27.11.2013 gün ve 2013/13-372 E. sayılı kararlarında da aynı ilke benimsenmiştir. Bu aşamada, icra dairelerinin yetkisini düzenleyen mevzuatın açıklanması gerekmektedir.

Bilindiği üzere icra takiplerinde yetki belirlemesi, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 50. maddesi yollaması ile 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) hükümlerine göre yapılmaktadır. Ancak, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 447.maddesinin ikinci fıkrası hükmü uyarınca; mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 1086 sayılı HUMK'na yapılan yollamalar, 6100 Sayılı HMK'nın bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır. İİK'nun 50.maddesi aynen "Para veya teminat borcu için takip hususunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun yetkiye dair hükümleri kıyas yolu ile tatbik olunur. Şu kadar ki, takibe esas olan akdin yapıldığı icra dairesi de takibe salahiyetlidir. Yetki itirazı esas hakkındaki itirazla birlikte yapılır. İcra mahkemesi tarafından önce yetki meselesi tetkik ve kati surette karara rap-tolunur. İki icra mahkemesi arasında yetki noktasından ihtilaf çıkarsa Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 25 inci maddesi hükmü tatbik olunur" düzenlemesini içermektedir. Bu açık atf nedeniyle yetki itirazının, itirazın yapıldığı tarih itibariyle yürürlükte bulunan HUMK hükümlerine uygun bir şekilde yapılmasının gerektiği açıktır. Yetki itirazının ileri sürülme zamanını ve şeklini düzenleyen anılan yasanın 23.maddesi aynen; "Salahiyettar olmayan bir mahkemede aleyhine dava ikame olunan kimse esasa girişmezden evvel bu bapta itirazda bulunmazsa o mahkemenin salahiyetini kabul etmiş addolunur. Şu kadar ki münhasıran iki tarafın arzularına tabi olmayan mesail bundan müstesnadır. Mahkeme bu nevi davalarda hitamı mahkemeye kadar re'sen veya iki taraftan birinin talebi üzerine ademi salahiyet kararı verir. Mahkemenin salahiyettar olmadığını iddia eden taraf salahiyettar mahkemeyi beyana mecburdur" şeklinde olup, 6100 sayılı HMK 19.maddesinde de benzer düzenlemeye

yer verilmiştir. Bu yasal düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, yetki itirazında bulunan taraf, yetkili mahkemenin (icra dairesinin) hangi yer mahkemesi (icra dairesi) olduğunu açıklamak zorundadır.

Somut olayda icra takibi, İstanbul 3. İcra Müdürlüğü nezdinde ilamsız icra takibi şeklinde başlatılmıştır. Ödeme emrinde borçlunun adresi, “Hürriyet Mah. Şehitler Sok. No. ... Bağcılar/İstanbul” olarak belirtilmiş ve ödeme emri Tebligat Kanunu (TK)’nın 21. maddesi uyarınca bu adreste tebliğ edilmiştir. Borçlu tarafından 29.04.2011 tarihinde itiraz dilekçesi verilmiştir. İtiraz dilekçesinde belirtilen ikamet adresi ile ödeme emrinin tebliğ edildiği adres aynı olup, bu dilekçeyle yetki, borç, faiz ve fer’ilerine itiraz edilmiştir. Anılan dilekçenin yetki itirazına ilişkin bölümü aynen; “ilamsız takip adresimin bulunduğu yer icra müdürlüğü nezdinde ikame olunmak durumundadır. Hal böyle iken yetkisiz yerde açılmış olup, takibe yetki yönünden de itiraz ediyorum” şeklindedir. Borçlu bu dilekçesiyle icra dairesinin yetkisine itiraz etmiş, ancak hangi yer icra dairesinin yetkili olduğunu açıklamamıştır.

Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce, yetki itirazında hangi yer icra dairesinin yetkili olduğunun açıkça yazılmamış olmasına rağmen itiraz dilekçesinin içeriğinden yetkili olduğu ileri sürülen icra dairesinin neresi olduğunun anlaşılabilirdiği durumlarda itirazın geçerli olduğunun kabul edilmesinin gerektiği, somut olayda da itiraz dilekçesinin başlık bölümünde ikamet adresinin Bağcılar olarak açıklandığı, itirazın yapıldığı cümlelerin ise “takip adresimin bulunduğu yer icra müdürlüğü nezdinde ikame olunmak durumundadır” şeklinde olması nedeniyle, ikamet adresinin bulunduğu yerin yani Bağcılar’ın bağlı olduğu Bakırköy icra dairesinin yetkili olduğunun ileri sürüldüğünün kabul edilmesinin gerektiği ileri sürülmüş ise de, çoğunluk tarafından bu görüş, yetki itirazında yetkili icra dairesinin açıkça belirtilmesinin gerektiği, adres olarak belirtilen Bağcılar’da adli birimlerin bulunmadığı, dilekçede yer alan diğer yer ismi olan İstanbul icra dairesi nezdinde de icra takibinin başlatılmış olması nedeniyle yasanın aradığı açıklıkta bir yetki itirazının bulunmadığına karar verilmiştir.

O halde, usulüne uygun olarak icra müdürlüğünün yetkisine itiraz edilmediğinden eldeki itirazın iptali davasının, icra dairesinin yetkisizliğinden bahisle reddedilmesi yerinde olmayıp, yerel mahkemece davanın esasına girilerek taraf delillerinin tartışılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gereklidir. Bu itibarla, Hukuk Genel Kurulu’nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

**SONUÇ:** Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanunun 30.maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429.maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı Kanununun 440/1.maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 16.04.2014 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

**KARŞI OY:** Uyuşmazlık, borçlunun İcra Dairesinin yetkisine vaki itirazının geçerli olup olmadığına ilişkindir. İİK. 50 maddesinde "Para veya teminat borcu için takip hususunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun yetkiye dair hükümlerinin kıyas yolu ile tatbik olunacağı", Takip tarihinden yürürlükte bulunan mülga 1086 sayılı HUMK 23 /son maddesinde de "... Mahkemenin selahiyettar olmadığını iddia eden tarafın selahiyettar Mahkemeyi beyana mecbur bulunduğu" düzenlenmiştir. Borçlu, 29.04.2011 günlü itiraz dilekçesinde "Hürriyet mahallesi Şehitler Sokak No: ... Güneşli – Bağcılar / İST." Adresine yerleşim yeri olarak göstermek suretiyle ilamsız takibin adresinin bulunduğu yer İcra Müdürlüğü nezdinde ikame olunması gerektiğini" bildirerek yetki ve esas yönünden borca itiraz etmiştir.

Borçlunun itiraz dilekçesinin muhatabı İcra Müdürlüğü ve alacaklı vekili olup, muhataplar borçlunun yerleşim yerinin Bakırköy İcra Dairesinin yetki alanında kaldığını bile bilecek durumdadırlar. Borçlunun yetki itirazında yetkili İcra Dairesi açıkça gösterilmemiş olmakla birlikte, borçlunun hangi İcra Dairesinin yetkili olduğunu bildirmek istediği itiraz dilekçesi içeriğinden anlaşılmaktadır. Mülga 1086 sayılı HUMK 23 /son maddesi yetkili mahkemenin (İcra Dairesinin) herhalde ismen belirtilmesini değil, tereddüde yer vermeyecek şekilde yetkili İcra Dairesinin anlatılmış olması amacını gütmektedir. Yasa hükmünün sözüne değil, özüne itibar edilmesi gerekir. (HGK 19.01.1974 gün 2/1227-6 sayı, 2 HD 10.04.1975 gün 3150/3401 sayı ve 2HD 11.01.1973 gün 7415/93 sayı). Mahkemece, borçlunun yetkiye yönelik itirazının kabulü gerekir. Açıklanan nedenlerle, borçlunun İcra Dairesinin yetkisine itirazı hukuka uygun bulunduğundan davanın reddine ilişkin direnme kararının Onanması gerekirken Bozulmasına ilişkin sayın çoğunluk görüşüne karşıyım.

## II. OLAYIN ÖZETİ

Alacaklı, borçluya ait kumaşların boyanması işinin fabrikasında yapıldığı, verilen hizmet ve emtia için fatura tanzim edildiği, cari hesap dönemi sonunda borçlunun 29.829,99 TL borcunun olduğu iddiası ile faturaya dayalı alacağın

tahsili için İstanbul 3. İcra Dairesi'nde genel haciz yoluyla takip başlatmıştır. Borçlu yetkiye, borca, faize ve fer'ilerine itiraz etmiştir. Borçlu, yetki itirazında "takip adresinin bulunduğu yer icra müdürlüğünün yetkili olduğunu" belirtmiş; ancak bu yerin hangi yargı teşkilatı olduğunu açıkça göstermemiştir. Borçlunun itirazı üzerine takip durmuş ve alacaklı, borçlunun itirazının haksız olduğunu ileri sürerek, itirazının iptali davası açmıştır. İstanbul 23. Asliye Ticaret Mahkemesi, yetki itirazını kabul etmiş ve yetkili icra dairesinde yapılmış usulüne uygun icra takibi bulunmadığı gerekçesiyle itirazın iptali davasının reddine karar vermiştir. Kararın davacı tarafından temyizi üzerine Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, usulüne uygun olarak yetki itirazında bulunulmadığından, davanın esasına girilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesini doğru bulmamış ve ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Bozma kararı üzerine, 23. Asliye Ticaret Mahkemesi önceki kararda direnmiştir. Kararın temyizi üzerine, önüne genel uyuşmazlıkta Hukuk Genel Kurulu, yetki itirazının usulüne uygun olarak yapılmadığına, itirazın iptali davasının, icra dairesinin yetkisizliğinden bahisle reddedilmesinin yerinde olmadığına ve ilk derece mahkemesinin davanın esasına girilerek taraf delillerinin tartışılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiğine oybirliği ile karar vermiştir.

### III. MERCİ KARARLARI

#### A. İlk Derece Mahkemesi'nin Kararı

Alacaklının, 29.829,99 TL alacaklı olduğu iddiası ile faturaya dayalı olarak İstanbul 3. İcra Dairesi'nde genel haciz yoluyla takip başlatmış ve borçlunun itirazı üzerine takip durmuştur. İstanbul 23. Asliye Ticaret Mahkemesi, davalının bulunduğu ikametgâhı itibariyle yetkili icra dairesinin Bakırköy İcra Dairesi olduğu, takibin İstanbul İcra Dairesinde yapıldığı, davacının 02.03.2010 tarihli dilekçesiyle yetki itirazının usulüne uygun olmadığı, itirazda icra müdürlüğünün açıkça belirtilmediği; ancak davalı borçlunun ikametgâhı itibariyle kastettiği icra dairesinin Bakırköy İcra Dairesi'nin olduğu ve Bağcılar Adliyesi'nin kapatılarak Bakırköy'e bağlandığının açıkça anlaşıldığı, İstanbul İcra Dairesi'nin somut takip açısından yetkili olmadığı ve davacı tarafça yetkili icra dairesinde yapılmış usulüne uygun icra takibi bulunmadığı gerekçesiyle, davanın icra dairesinin yetkisizliği nedeniyle reddine karar verilmiştir.

#### B. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin Kararı

Ödeme emrinde borçlunun adresi, "Hürriyet Mah. Şehitler Sok. No.... Bağcılar/İstanbul" olarak belirtilmiş ve ödeme emri bu adrese tebliğ edilmiştir.

Borçlu tarafından 29.04.2011 tarihinde itiraz dilekçesi verilmiştir. İtiraz dilekçesinde belirtilen ikamet adresi ile ödeme emrinin tebliğ edildiği adres aynı olup; bu dilekçeyle yetkiye, borca, faize ve fer'ilerine itiraz edilmiştir. Borçlunun yetki itirazı, "ilamsız takip adresimin bulunduğu yer icra müdürlüğü nezdinde ikame olunmak durumundadır. Hal böyle iken yetkisiz yerde açılmış olup, takibe yetki yönünden de itiraz ediyorum" şeklindedir. Borçlu bu dilekçeyle icra dairesinin yetkisine itiraz etmiş, ancak hangi yer icra dairesinin yetkili olduğunu açıklamamıştır. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, usulüne uygun olarak icra müdürlüğünde yetki itirazında bulunulmadığından, davanın esasına girilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiğini belirterek, İstanbul 23. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin kararını bozmuştur.

### **C. Hukuk Genel Kurulu'nun Kararı**

Hukuk Genel Kurulu, yetki itirazında yetkili icra dairesinin açıkça belirtilmesinin gerektiği, adres olarak belirtilen Bağcılar'da adli birimlerin bulunmadığı ve dilekçede yer alan diğer yer ismi olan İstanbul İcra Dairesi nezdinde de icra takibinin başlatılmış olması nedeniyle kanunun aradığı açıklıkta bir yetki itirazının bulunmadığına karar verilmiştir. Usulüne uygun bir yetki itirazı bulunmadığından, itirazın iptali davasının, icra dairesinin yetkisizliğinden bahisle reddedilmesi yerinde bulunmamış, ilk derece mahkemesinin davanın esasına girilerek taraf delillerinin tartışılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

## **IV. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ**

### **A. Hukuki Sorun**

Çalışmaya konu olan Hukuk Genel Kurulu kararında, ilamsız icra takibinde yetki itirazının ileri sürülüş şekli tartışılmıştır. Bilindiği üzere, yetki itirazı takip hukukundan kaynaklanan bir itirazdır. Bu itirazın ödeme emrinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde yazılı veya sözlü olarak icra dairesine bildirilmesi gerekmektedir. Bu çalışmada, yetki itirazında yetkili icra dairesinin açıkça belirtilmese bile, itirazın niteliğinden yetkili icra dairesinin anlaşılması halinde, yetki itirazının geçerli olup olmayacağı değerlendirilecektir.

### **B. İlamsız İcrada Yetki**

İlamsız icrada yetki, ilamsız icra takibine hangi yerdeki icra dairesinin görevli olduğunu ifade etmektedir. İlamsız icrada yetki, İcra ve İflas Kanunu'nda ayrıca düzenlenmemiştir; İcra ve İflas Kanunu'nun 50. maddesinin 1. fıkrası gereğince, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK m. 16-18) yetkiye ilişkin

hükümleri, ilamsız icrada kıyasen uygulanmaktadır<sup>3</sup>. İlamsız icrada genel yetkili icra dairesi, borçlunun yerleşim yeri (TMK m. 19-22) icra dairesidir (HMK m. 6). İcra takibinde borçlu sayısının birden fazla olması halinde takip, borçlulardan birinin yerleşim yerindeki icra dairesinde başlatılabilir (HMK m. 7/1). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen özel yetki kuralları (HMK m. 8-16) icra daireleri bakımından da geçerlidir<sup>4</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen kamu düzenine ilişkin yetki kuralları, icra hukukunda geçerli değildir. İcra dairesi, yetkili olup olmadığını kendiliğinden değerlendiremez; bu nedenle yetkisizlik iddiası, şikâyete değil, itiraza konu edilmektedir. Taraflar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki (HMK m. 17-18) şartlara uymak koşuluyla icra dairesinin yetkisine ilişkin olarak yetki sözleşmesi yapabilirler<sup>5</sup>.

İsviçre hukukunda yetki kuralları, Türk hukukundan farklı olarak, İcra ve İflas Kanunu'nun 46 ilâ 55. maddeleri arasında düzenlenmiştir. İsviçre'de yetki kuralları emredici niteliktedir ve re'sen dikkate alınması gerekmektedir. Yetki kurallarının emredici niteliği, tüm alacaklılara adil ve eşit bir prosedür içinde davranma ile ilişkilendirilmektedir. Yetkisizlik iddiası ise, şikâyet olarak ileri sürülmekte ve bu talebin kabulü halinde ödeme emrinin butlanının söz konusu olduğu ifade edilmektedir<sup>6</sup>.

### C. Yetki İtirazının Süresi

Yetkisizlik iddiası, şikâyet nedeni değil<sup>7</sup>, takip hukukundan kaynaklanan bir itirazdır. Yetki itirazı, ödeme emrine itiraz süresi içinde ileri sürülmelidir. İtiraz

---

<sup>3</sup> "...İcra İflas Kanunu'nun 50.maddesi gereğince; "Para veya teminat borcu için takip hususunda HUMK.nun yetkiye dair hükümleri kıyas yolu ile tatbik olunur." HMK'nın 6.maddesi gereğince bir davada genel yetkili mahkeme, davalının ikametgâhının bulunduğu yer mahkemesidir. Aynı Kanununun 10.maddesinde sözleşmeden doğan davalar için, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de dava açılabilir. Bu da özel yetkiye ilişkin bir düzenlemedir. Öte yandan; yine aynı kanununun 17.maddesinde tarafların yetki sözleşmesi yapmak suretiyle yetkili olmayan bir mahkemenin yetkisini kabul edebilecekleri belirtilmiştir. Tarafların sözleşmede yetkili mahkemeyi kararlaştırmış olmaları, HMK.nun 6.maddesi uyarınca genel yetkili olan ve 10. maddedeki kural gereğince özel yetkili bulunan mahkemelerin yetkilerini kaldırmaz. Dolayısıyla dava, davacının seçimine göre, hem genel ve hem de özel yetkili mahkemede açılabilir..." 3. HD, 6.5.2014, 3375/6919 (<http://www.kazanci.com/> 21.12.2015).

<sup>4</sup> **Düzgün**, s. 46-47; **Gören-Ülkü**, s. 16-18; **Kuru**, El Kitabı, s. 177-178; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes**, s. 132; **Postacıoğlu/Altay**, s. 124-129; **Uyar**, s. 328-334

<sup>5</sup> **Düzgün**, s. 47-48; **Gören-Ülkü**, s. 18-19; **Kuru**, El Kitabı, s. 179; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes**, s. 132.

<sup>6</sup> **Fritzsche/Walder**, s. 104-105, Rn. 2; **Stahelin/Bauer/Stahelin**, s. 352, Rn.7.

<sup>7</sup> **Postacıoğlu/Altay**, yetki kuralının kamu düzenine ilişkin olduğu hallerde, icra dairesinin yetkisizliğinin şikâyet yoluyla ileri sürüleceğini belirtmektedir (**Postacıoğlu/Altay**, s. 130).

süresi, ödeme emrinin tebliğinden itibaren yedi gündür (İİK m. 62/1). Ödeme emrine yedi günlük süre içinde itiraz edilmezse, takip kesinleşir ve yedi günlük süreden sonra yapılan itiraz geçerli değildir. Gecikmiş itiraz (İİK m. 65), yedi günlük itiraz süresinin istisnası niteliğindedir. Bu nedenle, yetkisiz bir icra dairesinde başlatılmış takibe karşı, borçlunun süresi içinde yetki itirazını ileri sürmemesi halinde, yetkisiz icra dairesi yetkili kabul edilecek ve icra takibine ilişkin diğer işlemler de bu icra dairesi tarafından yerine getirilecektir<sup>8</sup>.

Öğretide, yedi günlük süre dolmadan ödeme emrine itiraz eden borçlunun, yine yedi günlük süre dolmadan itiraz ettiği miktarı arttırabileceği veya imzaya itiraz etmemişse imzaya da itiraz edebileceği belirtilmektedir<sup>9</sup>. Bilindiği üzere medeni yargılama hukukunda kesin yetki dışındaki durumlarda yetki itirazı<sup>10</sup>, ilk itiraz niteliğindedir ve davalı tarafından cevap dilekçesinde ileri sürülmelidir (HMK m. 116/1-a). Davalı tarafından süresinde ileri sürülemeyen yetki itirazı, daha sonra ileri sürülemez, mahkeme tarafından da dikkate alınamaz ve dava, yetkisiz mahkemede görülmeye devam edilir (HMK m. 19/2). Kanunun açık hükmü gereğince, cevap dilekçesinin verilmesinden sonra, cevap süresi dolmamış olsa bile, ilk itirazlar ileri sürülemeyecektir (HMK m. 131). İlgili hükmün kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle, karşı tarafın muvafakati (HMK m. 141/2) veya ıslahla (HMK m. 176 vd.) ilk itirazda bulunabilmek mümkün değildir<sup>11</sup>. Bu noktada kararda tartışılmamakla birlikte, ilamsız icra takibinde yedi günlük süre dolmadan ödeme emrine itiraz eden borçlunun, yine yedi günlük süre dolmadan yetki itirazında bulunup bulunmayacağı sorulabilir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 50. maddesinin 1. fıkrası gereğince, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK m. 16-18) yetkiye ilişkin hükümleri, ilamsız icrada kıyasen uygulanmaktadır. Cevap dilekçesinin verilmesinden sonra, cevap süresi dolmamış olsa bile, ilk itirazlar ileri sürülemeyeceğine ilişkin düzenleme, yetkiye ilişkin hükümlerde değil (HMK m. 16-18), Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun cevap dilekçesine ilişkin kısmında (HMK m. 131) yer almaktadır. İlamsız icra takibi bir dava niteliğinde değildir ve öğretide Üstündağ'ın da<sup>12</sup> haklı olarak belirttiği üzere icra hukuku, medeni yargılamanın devamı niteliğinde değildir ve usul hukuku hükümleri ancak özel atf yapılması halinde uygulanabilecek-

<sup>8</sup> **Düzgün**, s. 48-49; **Kuru**, El Kitabı, s. 238-239; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes**, s. 145-146; **Postacioğlu/Altay**, s.129; **Uyar**, s. 334-335; **Uyar**, İtiraz, s. 184-192; **Yıldırım**, s. 52.

<sup>9</sup> **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes**, s. 145.

<sup>10</sup> **Öztürk**, s. 90-92.

<sup>11</sup> **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 251-252; **Kuru**, Usul, s. 63; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 542-543; **Yılmaz**, s. 836.

<sup>12</sup> **Üstündağ**, s. 614.



tır. *Kuru*, süresi içinde yetki itirazında bulunmayan borçlunun, takibin daha sonraki aşamalarında yetki itirazını ileri süremeyeceğini, icra dairesinin yetkisinin borçlu tarafından kabul edildiğini belirtmektedir<sup>13</sup>. Bize göre *Kuru*, burada ilgili tartışmadan ziyade, süresinden sonra yapılan itirazın geçersizliğinden bahsetmektedir. Kanımızca, yedi günlük süre dolmadan ödeme emrine itiraz eden borçlu, yine yedi günlük süre dolmadan yetki itirazında da bulunabilmektedir.

#### D. Yetki İtirazının İleri Sürülüşü

Ödeme emrine itiraz, yazılı veya sözlü olarak yapılabilir. Borçlu ödeme emrine yazılı olarak itiraz etmek isterse, bu itirazını bir dilekçe ile bildirmelidir. İtiraz, bir dava niteliğinde değildir; ancak dava dilekçesinin (HMK m. 119) unsurları, ödeme emrine itirazda kıyasen uygulanabilir. İtirazın yöneltildiği icra dairesi, taraflara ilişkin bilgiler, itiraz etme iradesi ve imza itiraz dilekçesinin zorunlu unsurlarıdır. Kanun koyucu, borçlu veya vekiline dava ve takip işlemlerine esas olmak üzere borçluya ait yurt içinde bir adresi itirazla birlikte icra dairesine bildirme zorunluluğu getirmiştir. Adresini değiştiren borçlu, yurt içinde yeni adres bildirmedeği ve tebliğ memurunca yurt içinde yeni adresi tespit edilemediği takdirde, takip talebinde gösterilen adrese çıkarılacak tebligat borçlunun kendisine yapılmış sayılmaktadır (İİK m. 62/III). Sözlü olarak yapılan itiraz halinde ise, itiraz derhal icra tutanağına geçirilir ve tutanak borçlu ve icra müdürü tarafından imza edilmektedir (İİK m. 8/I). Ödeme emrine itiraz talebi, herhangi bir harca tabi değildir; borçluya itiraz ettiğine dair, bedava ve pulsuz bir itiraz belgesi verilmektedir (İİK m. 62/VI).

Taraf, yetki itirazında bulunurken, doğru bir biçimde yetkili mahkemeyi de göstermelidir. Yetkili mahkemenin gösterilmemesi<sup>14</sup> veya yanlış gösterilmesi-

---

<sup>13</sup> *Kuru*, El Kitabı, s. 181.

<sup>14</sup> "...Somut olayda davalı borçlunun yerleşim yeri İstanbul, akdin ifa yeri de Çankırı ve Antalya'dır. Taraflar arasında sözleşmeyle kararlaştırılmış yetkili mahkeme ise bulunmamaktadır. HMK hükümlerine göre yetkili mahkemeler yukarıda belirtilen yer mahkemeleri olup, Kayseri Mahkemelerinin bir yetkisi bulunmamaktadır. Takibin yapıldığı Kayseri İcra Dairesi'nin yetkisine yönelik itirazın yetkili icra dairesinin gösterilmemiş olması nedeniyle geçersiz olması ve Kayseri İcra Dairesi'nin yetkisinin kesinleşmesi o takiple ilgili itirazın iptali davasına bakacak mahkemenin yetkisinin de kesinleştiği sonucunu doğurmaz..." 15. HD, 10.6.2014, E. 2013/6765, K. 2014/4007; "...İİK.nun 50/1.maddesine göre, para ve teminat borçlarına ilişkin icra takiplerinde yetkili icra dairesi, HMK.nun 447/2. maddesi atfıyla aynı Kanunun yetkiye dair hükümleri kıyas yoluyla uygulanmak suretiyle belirlenir. HMK'nun 19/2. maddesi uyarınca, borçlu, yetki itirazında, yetkili icra dairesinin hangisi olduğunu bildirmek zorundadır. Aksi takdirde, yetki itirazı geçersizdir. Borçlular itiraz dilekçelerinde, icra dairesinin yetkisiz olduğunu belirtmekle yetinip, yetkili icra dairesini göstermediklerinden usulüne uygun olarak yapılmış bir yetki itirazının varlığından söz edilemez..." 12. HD, 10.11.2014,

nin<sup>15</sup> yaptırımı, yetki itirazının geçersizliği sonucunu doğurmaktadır<sup>16</sup>. Taraf, yetki itirazında yetkili tüm mahkemeleri değil, seçtiği yetkili mahkemeyi belirtmelidir<sup>17</sup>. Yetkili tüm mahkemelerin gösterilmesi halinde geçerli bir itirazdan bahsedilemez (HMK m. 19/2)<sup>18</sup>. Yargıtay da, icra hukukunda yetki itirazında da yetkili tüm icra dairelerinin değil, seçilen icra dairesinin gösterilmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>19</sup>.

28861/26579 (<http://www.kazanci.com/> 21.12.2015).

<sup>15</sup> "...Oysa süresi içinde ileri sürülen yetki itirazının geçerli olabilmesi için yetki itirazında yetkili olarak gösterilen mahkemenin gerçekten yetkili olması gerekir. (H.U.M.K md. 23) Yetki itirazında gösterilen mahkeme gerçekten yetkili değilse yetkisizlik kararı verilerek dosyanın gerçek yetkili mahkemeye gönderilmesine değil yetki itirazının reddine karar verilir. Yargıtay'ın yerleşmiş uygulaması ve bilimsel görüşlerde (Baki Kuru Hukuk Muhakemeleri Usuli 1979 Cilt 1. Sh.384) bu yöndedir. Bu durumda yetki itirazının reddedilerek işin esasının incelenmesi yerine yazılı şekilde yetkisizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir..." 21. HD, 28.6.2001, 4961/5132 (<http://www.kazanci.com/> 21.12.2015).

<sup>16</sup> **Düzgün**, s. 49-50; **Öztürk**, s. 93; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes**, s. 188; **Uyar**, s. 335; **Yılmaz**, Şerh, s. 208-209.

<sup>17</sup> "...HUMK. 23. Maddesi hükmü uyarınca yetki itirazının geçerli olabilmesi için yetkili mahkemenin açıkça bildirilmesi gerekir. Davalı cevap dilekçesinde hem Mersin ve hem de İzmir Mahkemeleri'nin yetkili bulunduğu söz etmiştir. Görüldüğü üzere davalı yetki itirazında bulunmakla adeta mahkemeye seçme imkanı sağlar biçimde iki yer mahkemelerinden bahsetmiştir. Anılan itiraz HUMK. 23. maddesine uygun bulunmadığından geçerli olduğunun kabulüne usulen olanak yoktur. O halde mahkemeye yetki itirazının reddiyle işin esası incelenmeli ve ortaya çıkacak sonuca uygun bir karar verilmelidir. Usule aykırı biçimde dava dilekçesinin yetki yönünden reddedilmiş olması bozmayı gerektirir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir..." HGK, 22.10.1997, 13-666/864; "...HMK'nun 19/2. maddesi uyarınca birden fazla yetkili icra dairesi varsa, borçlu yetki itirazında seçtiği icra dairesini bildirmelidir. Aksi takdirde yetki itirazı dikkate alınmaz. Buna göre, itiraz dilekçesinde Antalya ve Sinanpaşa İcra Daireleri olmak üzere birden fazla yetkili yer gösterilmiş olması sebebiyle geçerli bir yetki itirazından da söz edilemez..." 12. HD, 6.3.2015, E. 2014/31331, K. 2015/4958; "...Öte yandan, HMK.nun 19/2. maddesi uyarınca birden fazla yetkili icra dairesi varsa, borçlu yetki itirazında seçtiği icra dairesini bildirmelidir. Aksi takdirde yetki itirazı dikkate alınmaz. Buna göre, itiraz dilekçesinde yapılan ilavelerin geçerli olduğu kabul edilse bile, İstanbul ve Büyükçekmece İcra Daireleri olmak üzere birden fazla yetkili yer gösterilmiş olması nedeniyle geçerli bir yetki itirazından da söz edilemez..." 12. HD, 22.9.2014, 18619/21918 (<http://www.kazanci.com/> 21.12.2015).

<sup>18</sup> **Uyar**, s. 334-335; **Öztürk**, s.93-94.

<sup>19</sup> "...Somut olayda, icra takibi Aksaray 2. İcra Müdürlüğü'nde başlatılmış, borçlunun icra mahkemesine verdiği 16.9.2013 havale tarihli itiraz dilekçesinin sonuç kısmında İstanbul İcra Dairelerinin yetkili olduğu açıkça belirtilmiş olmasına rağmen, talep konusu kısmında ve vakıalar kısmının birinci maddesinde Büyükçekmece Adliyesinin yetkili olduğuna ilişkin ilaveler yapıldığı görülmüştür. Mahkemece yetki itirazının kabulü ile Büyükçekmece İcra Müdürlüğü'nün yetkili olduğuna karar verilmiş ise de, ne zaman yapıldığı belli olmayan ve netice-i talebe aykırı bulunan ilaveler nazara alınarak hüküm kurulması yerinde değildir. Öte yandan, HMK.nun 19/2. maddesi uyarınca birden fazla yetkili icra dairesi varsa, borçlu yetki itirazında seçtiği icra dairesini bildirmelidir. Aksi takdirde yetki itirazı dikkate alınmaz.

*Yılmaz*, yetki itirazının geçerliliği için, yetkili mahkemenin tereddüde yol açamayacak şekilde açık ve belirgin olarak gösterilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>20</sup>. 13. Hukuk Dairesi'nin 2003 tarihli "...yetki itirazının geçerli olabilmesi için, yetkili mahkemenin tereddüde yer vermeyecek şekilde belirtilmesi ve açık ve belirgin şekilde yetkiye itiraz edildiğinin açıklanması gerekir. Davalının cevap dilekçesindeki beyanlarını bu anlamda usulüne uygun olarak yapılmış yetki itirazı olarak kabul etmek mümkün değildir. Bu nedenle açık ifade taşımayan dilekçenin yetki itirazı olarak kabulü usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir..." kararını yer vermiştir<sup>21</sup>. Böyle durumlarda tarafa dilekçesini açıklama olanağının verilmesi<sup>22</sup> gerektiğini (HMK m. 31); buna rağmen açıklık sağlanamaması halinde yetki itirazının reddedilmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>23</sup>.

*Postacıoğlu/Altay*, İcra ve İflâs Kanunu'nun 50. maddesindeki göndermenin sadece yetkili icra dairesinin belirlenmesine yönelik olduğunu, itirazın biçiminin bu yollama kapsamında olmadığını ifade etmekte; ancak bu yollamanın hem yetki hem de itirazın biçimine ilişkin de olabileceğini belirtmektedir<sup>24</sup>.

Yargıtay ise, "...Yetki itirazının geçerli olabilmesi için yetkili mahkemenin açıkça tereddüde yer vermeyecek şekilde gösterilmesi zorunludur. (HUMK. md.23) Davalı, yetki itirazında "... kendisinin ikametgahının ve davadan evvel son altı aydır birlikte yaşadıkları yerin Çamlık Caddesi, Gelincik Sokak No 14/2 Bahçelievler- İstanbul " olduğunu belirtmiş, adresin hangi ilçe dahilinde olduğunu bildirmemiştir. Bu durumda yetkili mahkeme gösterilmemiştir. Yetki itirazının reddi doğrudur. Davalının bu yöne ve tedbir nafakalarına yönelik temyiz itirazları yersizdir..."<sup>25</sup> şeklindeki kararında "kendisinin ikametgahının ve davadan evvel son altı aydır birlikte yaşadıkları yerin Çamlık Caddesi, Ge-

---

Buna göre, itiraz dilekçesinde yapılan ilavelerin geçerli olduğu kabul edilse bile, İstanbul ve Büyükçekmece İcra Daireleri olmak üzere birden fazla yetkili yer gösterilmiş olması nedeniyle geçerli bir yetki itirazından da söz edilemez. O halde mahkemece, yetki itirazının reddi ile borçluların sair itirazlarının incelenmesi yerine yetki itirazının kabulüne karar verilmesi isabetsiz olup, mahkeme kararının bu nedenle bozulması gerekirken Dairemizce onandığı anlaşılmalı, alacaklının karar düzeltme isteminin kısmen kabulüne karar vermek gerekmiştir..." 12. HD, 22.9.2014, 18619/21918 (<http://www.kazanci.com/> 21.12.2015).

<sup>20</sup> *Yılmaz*, Şerh, s. 208.

<sup>21</sup> 13. HD, 30.6.2003, 4817/8700 (*Yılmaz*, Şerh, s. 209, dn. 203). Benzer kararlar için bkz. 19. HD, 29.11.2000, 5833/8210; 11. HD, 15.9.1997, 5130/5775 (<http://www.kazanci.com/> 9.1.2016).

<sup>22</sup> Hâkimin davayı aydınlatma ödevi i.in bkz. *Karaarslan*, s. 103. vd.

<sup>23</sup> *Yılmaz*, Şerh, s. 209.

<sup>24</sup> *Postacıoğlu/Altay*, s. 131.

<sup>25</sup> 2. HD, 5.5.2003, 5828/6820 (<http://www.kazanci.com/> 21.12.2015).

*İncik Sokak No 14/2 Bahçelievler- İstanbul*" ifadesinin yetki itirazı bakımından yeterli olmadığını belirtmektedir.

### E. Yetki İtirazının Sonuçları ve İtirazın İptali Davası

Süresi içinde yapılan itiraz, takibi kendiliğinden durdurmaktadır (İİK m. 66/1). İtiraz üzerine takibin durması halinde, itiraz hükümden düşürülünceye kadar takibe devam edilememektedir. Ödeme emrine itiraz eden borçlu, mal beyanında bulunma yükümlülüğünden de kurtulmaktadır (İİK m. 60/4)<sup>26</sup>.

Yargıtay, icra müdürünün borçlunun yetki itirazında yetkili yeri göstermediğinden dolayı yetki itirazının yapılmamış sayılmasına karar verme yetkisi bulunmayıp, yetki ve borca itiraz üzerine takibin durdurulması kararı vermesi usul ve yasaya uygun olduğunu belirtmektedir<sup>27</sup>. Bize göre de, icra müdürünün yetki itirazının geçerli olup olmadığına dair değerlendirme yetkisi bulunmamaktadır. İcra müdürünün, sadece borçlunun itirazını almakla yetinmesi gerekmektedir. Yetki itirazının geçerli olup olmadığı meselesi, alacaklının itirazın iptali davası açması veya itirazın kaldırılması yoluna başvurması halinde, mahkeme tarafından incelenecektir.

İtirazı hükümden düşürmek isteyen alacaklının itirazın kaldırılması<sup>28</sup> yoluna başvuru (İİK m. 68-70) veya itirazın iptali davası (İİK m. 67)<sup>29</sup> açma hakkı bulunmaktadır. Tüm itiraz hallerinde alacaklının itirazın iptali davası açma hakkı bulunmaktadır. Ancak takip konusu alacağa ilişkin olmayan itiraz hallerinde, alacaklının itirazın iptali davası açma hakkı bulunmamaktadır. Borçlunun sadece yetki itirazında bulunması halinde alacaklı, yetki itirazını hükümden düşürebilmek için itirazın iptali davası açamaz; bu durumda alacaklı, sadece icra mahkemesinde itirazın kaldırılması yoluna başvurabilir<sup>30</sup>.

İcra ve İflâs Kanunu'nda itirazın iptali davası için özel yetki kuralları belir-

<sup>26</sup> **Düzgün**, s. 50; **Kuru**, El Kitabı, s. 239-240; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes**, s. 147; **Postacıoğlu/Altay**, s. 132; **Uyar**, s. 336; **Uyar**, İtiraz, s. 221-224; **Yıldırım**, s. 52.

<sup>27</sup> "...İcra müdürünün borçlunun yetki itirazında yetkili yeri göstermediğinden dolayı yetki itirazının yapılmamış sayılmasına karar verme yetkisi bulunmayıp, yetki ve borca itiraz üzerine takibin durdurulması kararı vermesi usul ve yasaya uygundur. Alacaklının, borçlunun yetkiye ve borca yönelik itirazının hükümden düşürülmesi amacıyla İİK'nun 67. maddesi uyarınca itirazın iptali yada aynı Yasa'nın 68. maddesine göre itirazın kesin olarak kaldırılması yoluna gitmesi gerekirken, yetki itirazının geçersizliği iddiasını İİK'nun 16. maddesinde düzenlenen şikayet yoluyla ileri sürmesi yukarıda belirtilen ilke ve kurallara aykırı olup mahkemece şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir..." 12. HD, 17.11.2014, 20089/27312 (<http://www.kazanci.com/> 9.1.2016).

<sup>28</sup> İtirazın kaldırılması yoluna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Kiraz**, s. 3 vd.

<sup>29</sup> İtirazın iptali davası için bkz. **Özkan**, s. 3 vd.

<sup>30</sup> **Kuru**, El Kitabı, s. 248-250.

lenmemiştir. Borçtan kurtulma (İİK m. 69/II), menfi tespit (İİK m. 72/VIII) veya istirdat davaları (İİK m. 89/III), Hukuk Muhakemeleri Kanunu gereğince yetkili mahkemelerin yanında, icra takibinin yapıldığı icra dairesinin bulunduğu yer mahkemesinde de açılabilir. İtirazın iptali davasında yetkili mahkeme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 6 ve devamı maddeleri gereğince belirlenmektedir. *Kuru*, bu durumdan hareketle, icra takibinin yapıldığı icra dairesinin yetkili olmaması halinde (HMK m. 6 vd), icra takibinin yapıldığı yer mahkemesinde itirazın iptali davası açılmayacağını düşünmektedir. Bu durumda, borçlunun mahkemenin yetkisine itiraz etmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>31</sup>.

Özkan, icra dairesinin yetkisine itiraz edilmemesinin, icra takibinin yapıldığı yer mahkemesini itirazın iptali bakımından yetkili hale getirmeyeceğini belirtmektedir. İcra dairesinin yetkisine itiraz etmemiş takip borçlusunun, itirazın iptali davasının açıldığı mahkemenin yetkisini de kabul ettiği sonucu çıkarılmamalıdır. İtirazın iptali davası, icra hukuku içinde yer alan bir dava olmakla birlikte; iptal davasında mahkemenin yetkisi, icra dairesinin yetkisinden bağımsızdır<sup>32</sup>.

Üstündağ, itirazın iptali davasında yetkili mahkeme konusunda takip hukuku ihtiyaçlarının dikkate alınmadan genel hükümlere göre belirleme yapmayı doğru bulmamaktadır. Borçtan kurtulma, menfi tespit ve istirdat davalarındaki düzenlemenin itirazın iptali davası için yapılmamasına anlama verememekte, itirazın iptali davasında yetkili mahkeme konusunun, bu davanın temelinde yatan takipten tamamen soyutlamanın haklı olmadığını düşünmektedir<sup>33</sup>.

*Postacioğlu/Altay*, itirazın iptali davasının genel hükümlere tabi olduğunu, icra dairesinin yetkisine yönelik itirazın incelenmesinin itirazın iptali davasını inceleyen mahkemeyi ilgilendirmediğini ve davalının(borçlunun) mahkemenin yetkisizliğini ilk itiraz olarak ileri sürmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>34</sup>.

Yargıtay da, icra takibinin yapıldığı yer mahkemesinin itirazın iptali davasında yetkili olmadığını, yetkisizlik iddiasının varlığı halinde, bu iddianın değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. "...İİK'nın 72/ son maddesine göre takibin yapıldığı yer mahkemelerinin yetkisi menfi tespit ve istirdat davaları ile sınırlı olup itirazın iptali davasında uygulanmaz. Bu sebeple süresinde yapılan yetki ilk itirazının kabul edilerek yetki yönünden dava dilekçesinin reddine ve dosyanın talep halinde yetkili İstanbul Mahkemelerine gönderilmesine karar

---

<sup>31</sup> *Kuru*, El Kitabı, s. 252; *Uyar*, İtiraz, s. 262.

<sup>32</sup> *Özkan*, s. 130-131.

<sup>33</sup> *Üstündağ*, s. 614-616

<sup>34</sup> *Postacioğlu/Altay*, s. 134-135.

*verilmesi gerekirken, yazılı şekilde mahkemenin yetkisine yönelik ilk itirazla ilgili bir değerlendirme yapılmadan davanın esasının incelenmesi doğru olmamış, kararın bu yönden bozulması gerekmiştir...*<sup>35</sup>.

Bize göre de, hukuki bir gerekçesi olmamasına rağmen, kanunun açık hükmü gereğince, icra takibinin yapıldığı yer mahkemesi, sadece bu nedenle, itirazın iptali davasında yetkili değildir. Yetkisiz icra dairesinde başlatılan takipte icra dairesinin yetkisine itiraz edilmemesi, icra takibinin yapıldığı yer mahkemesini itirazın iptali davası için yetkili hale getirmemektedir. İtirazın iptali davasında yetkili mahkeme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 6 ve devamı maddeleri gereğince belirlenmektedir. Şüphesiz bu tartışma, Hukuk Muhakemeleri Kanunu gereğince yetkili mahkeme ile icra takibinin yapıldığı yer mahkemesinin farklı olması halinde bir anlam taşımaktadır. Borçlunun icra dairesinin ve itirazın iptali davasında mahkemenin yetkisine ayrı ayrı itiraz etmesi gerekmektedir. Olması gereken hukuk bakımından<sup>36</sup>, icra takibinin yapıldığı yer mahkemesinin, menfi tespit ve istirdat davası gibi, itirazın iptali davasında da yetkili olması ve mahkeme ile icra dairesinin yetkisinin paralel hale getirilmesi gerekir.

*Kuru*, borçlunun ödeme emrine itiraz ile icra dairesinin yetkisine, cevap dilekçesi ile mahkemenin yetkisine itiraz etmesi halinde, itirazın iptali davasını inceleyen mahkemenin icra dairesinin yetkisini değerlendiremeyeceğini ifade etmektedir<sup>37</sup>. Özkan da, icra dairesinin ve mahkemenin yetkisine itiraz edilmesi halinde, mahkemenin icra dairesinin yetkisini inceleyemeyeceği, doğrudan kendi yetkisine yönelik itirazı incelemesi gerektiğini belirtmektedir<sup>38</sup>.

Yargıtay, icra dairesinin yetkisine itiraz edilmişse, mahkemenin yetkisine itiraz edilmiş olsun veya olmasın öncelikle icra dairesinin yetkisine yönelik itirazın re'sen incelenip sonuçlandırılması gerektiğini<sup>39</sup> belirtmektedir. Yine Yar-

<sup>35</sup> 15. HD, 10.6.2014, E. 2013/6765, K. 2014/4007 (<http://www.kazanci.com/> 21.12.2015).

<sup>36</sup> Özkan, s. 131.

<sup>37</sup> Kuru, El Kitabı, s. 252.

<sup>38</sup> Özkan, s. 134.

<sup>39</sup> "...İtirazın iptâli davalarında, Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulamalarına göre icra dairesinin yetkisine itiraz edilmişse, mahkemenin yetkisine itiraz edilmiş olsun veya olmasın öncelikle icra dairesinin yetkisine yönelik itirazın re'sen incelenip sonuçlandırılması gerekir. İtirazın iptâli davasının görülebilmesi, usulüne uygun şekilde yapılmış geçerli bir icra takibinin varlığına bağlıdır. Geçerli bir takibin bulunmadığı durumlarda, itirazın iptâli davasının görülebilmesine usulen imkan bulunmamaktadır. İcra dairesinin yetkisine itiraz edildiği hallerde bu itiraz incelenip sonuçlandırılmadığı sürece geçerli bir takibin bulunmayacağı açıktır. Nitekim; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 13.11.2013 tarih, 2013/10-395 Esas ve 2013/1568 Karar sayılı ilamında da aynı kurallar gösterilmiştir..." 15. HD, 24.3.2015, E. 2014/3179, K. 2015/1457 (<http://www.kazanci.com/> 21.12.2015); "...Hemen belirtilmelidir ki, itirazın ip-

gıtay, itirazın iptali davasında yetkili icra dairesinde takip yapılmasını, dava şartı olarak değerlendirmektedir<sup>40</sup>. Yargıtay 2015 tarihli kararında “...*İtirazın iptali davalarında yetkili icra dairesinde takip yapılması dava şartlarındandır. Davalı borçlu aleyhindeki icra takibinde hem icra dairesinin yetkisine hem de borca itiraz etmiştir. Bu durumda, mahkemece İİK'nın 50. maddesi uyarınca öncelikle icra dairesinin yetkisine yönelik itiraz incelenip somut olay bakımından dava şartının gerçekleşip gerçekleşmediği belirlenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bu yön üzerinde durulmadan işin esası hakkında yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir...*”<sup>41</sup> ifadesini kullanmaktadır.

Bilindiği üzere dava şartı, mahkemenin uyuşmazlığı esastan inceleyebilmesi için kanun koyucu tarafından öngörülen şartlardır. Mahkeme, dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır ve taraflar da dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilirler (HMK m.

---

tali davasının görülebilmesi için, öncelikle, ortada takip hukuku kuralları çerçevesinde yasa-ya ve yöntemine uygun şekilde yapılmış, geçerli bir icra takibinin bulunması gerekir. Bir icra takibinde icra dairesinin yetkisine itiraz edilmiş ise, bu itiraz usulünce incelenip sonuçlandırılmadığı sürece, açıklanan nitelikte bir icra takibinin varlığından söz edilemez. Eş söyleyişle, ilgili icra müdürlüğünün yetkisiz olduğu yönünde itiraza uğramış olan bir icra takibi, bu itiraz yönteminde karara bağlanmadıkça, hukuken geçerli bir takip niteliğine kavuşamaz. Bu nedenle, itirazın iptali davasını gören mahkeme, öncelikle bu yönü inceleyip karara bağlamalıdır. Esasen, itirazın iptali davasına bakma yetkisi takibin yapıldığı yer mahkemesine ait olduğundan, mahkemenin, icra dairesinin yetkisine yönelik itirazı incelemesi zorunludur; mahkeme bu inceleme sonucunda kendisinin yetkili olup olmadığını da belirlemiş olacaktır. Yine, mahkemenin açıklanan yönde yapacağı inceleme ve değerlendirme bakımından, kendi yetkisine yönelik bir itirazın bulunup bulunmaması da önem taşımaz. Kısaca, itirazın iptali davasını gören mahkeme, kendi yetkisine itiraz edilmiş olsun veya olmasın, öncelikle icra dairesinin yetkisine yönelik itirazı incelemek ve sonuçlandırmakla yükümlüdür...” HGK, 6.10.2004, 19-410/471(<http://www.afyonbaro.org.tr/icra-takibinde-yetki-itirazi/>).

<sup>40</sup> “...Davacı, davalı Ü. B.’in kirkardeşinin eşi olduğunu, davalının kendisinden borç para istediğini, çeşitli tarihlerde banka havalesi ile borç para gönderdiğini, davalının borcunu geri ödemediğini bu nedenle 19/10/2012 tarihinde Karaman 4. Noterliğinin 05942 yevmiye numaralı ihtarı ile borcunu ödemesi için ihtar çektiğini, ihtar rağmen borcunu ödemeyen davalı hakkında Karaman 4. İcra Müdürlüğünün 2013/565 Esas sayılı dosyası ile borçlu aleyhine icra takibi başlattığını, davalının kötüniyetli olarak 15/02/2013 tarihinde borca itiraz ederek takibi durdurduğunu belirterek itirazın iptali ve takibin devamına, haksız itiraz nedeniyle İİK 67/2.maddesi gereğince asıl alacağın % 40’ ından aşağı olmamak üzere kötüniyet tazminatına mahkum edilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı,davanın reddini dilemiştir. Mahkemece, taraflar arasında akdi ilişki bulunmadığından icra takibi yönünden de yetkili icra dairesi davalının yerleşim yeri olan İstanbul Anadolu Adliyesi İcra Dairesi olduğundan davanın dava şartı yokluğu sebebiyle reddine karar verilmiş;hüküm,davacı tarafından temyiz edilmiştir...” 13. HD, 15.12.2014, 14611/39889 (<http://www.kazanci.com/> 9.1.2016).

<sup>41</sup> 19. HD, 5.10.2015, 6690/12000 (<http://www.kazanci.com/> 21.12.2015).



115/1)<sup>42</sup>. İtirazın iptali davası, geçerli bir icra takibinin ve geçerli bir itirazın varlığına bağlıdır<sup>43</sup>, geçerli takip ve itiraz yoksa itirazın iptali davasının görülebilmemesine usulen olanak yoktur<sup>44</sup>. Ancak yetkili icra dairesinde takip yapılması, Yargıtay'ın isabetsiz olarak belirttiği üzere, itirazın iptali davasında dava şartı olarak değerlendirilemez. Aksinin kabulü, icra dairesinin yetkisizliğini itirazın iptali davasında mahkemenin re'sen dikkate almasını ve tarafların da davanın her aşamasında bu iddia da bulunabilmelerine imkan tanıyacaktır. Bu durum da, icra takibinde yetki itirazını anlamsız kılacaktır.

Yetkisizlik kararı verilmesi halinde, davanın akıbeti Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 20. maddesinde, "yetkisizlik kararı verilmesi halinde, taraflardan birinin, bu karar verildiği anda kesin ise bu tarihten, süresi içinde kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş ise kararın kesinleştiği tarihten; kanun yoluna başvurulmuşsa bu başvurunun reddi kararının tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurarak, dava dosyasının yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etmesi gerekir. Aksi takdirde, bu mahkemece davanın açılmamış sayılmasına karar verilir" şeklinde düzenlenmiştir. İtirazın iptali davasında, icra dairesinin yetkisiz olduğuna yönelik bir karar verilmesi halinde takibin akıbeti<sup>45</sup> ne olacaktır?

Öğretide bir görüş, İcra ve İflâs Kanunu 50. maddesinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na yaptığı atfının, yetkili icra dairesini belirlemekle sınırlı olduğunu ve aksinin kabulünün takip hukukunda uygulanmaya elverişli olmayan bir usule imkân tanınması sonucunu doğuracağını belirtmektedir<sup>46</sup>.

Öğretide diğer bir görüş, takibe devam etmek isteyen alacaklının süresi içinde yetkili icra dairesine başvurarak, borçluya yeniden ödeme emri tebliğ edilmesini talep etmesi gerektiğini; aksi halde icra takibinin, hiç yapılmamış

---

<sup>42</sup> **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 190; **Kuru**, Usul, s. 120; **Pekantez/Atalay/Özekes**, s. 413;

<sup>43</sup> **Özkan**, s. 57-86.

<sup>44</sup> "...İtirazın iptali davasını gören mahkemece öncelikle takip dosyasındaki icra dairesinin yetkisine yönelik itirazın incelenmesi gerekir. Mahkemenin yetkisine yönelik bir itirazın var olup olmaması bu incelemenin yapılmasına etkili değildir. Diğer yandan itirazın iptali davasının görülebilmesi, geçerli bir icra takibinin varlığına bağlıdır. Ortada geçerli takip yoksa itirazın iptali davasının görülebilmesine usulen olanak yoktur. İcra dairesinin yetkisine itiraz halinde bu itiraz usulünce incelenip sonuçlandırılmadığı sürece geçerli bir takibin varlığından söz edilemez. Ayrıca ilamsız icrada genel yetkili icra dairesi borçlunun ikametgahındaki icra dairesidir. Sözleşmeden doğan alacaklarda akdin ifa edileceği yerdeki icra dairesi de özel olarak yetkilidir..." 15. HD, 3.3.2015, 880/1115 (<http://www.kazanci.com/> 21.12.2015).

<sup>45</sup> İsviçre'de yetkisizlik iddiası şikâyet olarak ileri sürüldüğü için, bu talebin kabulü halinde ödeme emrinin butlanının söz konusu olduğu ifade edilmektedir (**Postacıoğlu/Altay**, s. 133).

<sup>46</sup> **Gören-Ülkü**, s. 19; **Postacıoğlu/Altay**, s. 133-134; **Üstündağ**, icra, s. 79-80.



sayılacağı ifade edilmektedir. Yetkili icra dairesinin, borçluya yeni bir ödeme emri göndereceği ve bu takibin yetkisiz icra dairesinde başlayan takibin devamını niteliğinde olduğu, alacaklıdan yeniden harç alınmayacağı ve yetkisiz icra dairesinde yapılan takiple zamanaşımının kesildiği belirtilmektedir<sup>47</sup>.

Yargıtay<sup>48</sup>, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 20. maddesinin takip hukuku bakımından da geçerli olduğunu ifade etmektedir. Bu durumda takibe devam etmek isteyen alacaklı, süresi içinde yetkili icra dairesine başvurarak, borçluya yeniden ödeme emri tebliğ edilmesini talep etmesi gerekir; aksi halde icra takibi, hiç yapılmamış sayılacaktır. Yargıtay da 2014 tarihli kararında *"...Somut olayda, alacaklı tarafından borçlu aleyhindeki takibin 04.02.2013 tarihinde Vezirköprü İcra Müdürlüğü'nde başlatılmış olup örnek 10 no'lu ödeme emrinin borçluya 14.03.2013 tarihinde tebliğ edildiği, borçlunun yasal beş günlük süresi içerisinde Vezirköprü İcra Mahkemesi'ne başvurarak icra dairesinin yetkisine itiraz ettiği, mahkemece itirazın kabulü ile yetkili icra dairesinin Merzifon İcra Dairesi olduğu yönünde karar verilmesi üzerine alacaklının yasal süresi içerisinde yetkili Merzifon İcra Müdürlüğü'ne başvurarak borçluya yeniden ödeme emri tebliğ edilmesini talep ettiği, Merzifon İcra Müdürlüğü'nce düzenlenen ödeme emrinin 28.05.2013 tarihinde tebliği üzerine borçlunun, itirazını yasal süresinde 31.05.2013 tarihinde icra mahkemesine bildirmiş olduğu anlaşılmaktadır..."*<sup>49</sup> alacaklının süresi içerisinde yetkili icra müdürlüğüne başvurarak borçluya yeniden ödeme emri tebliğ edilmesini talep etmesi gerektiğini ifade etmektedir.

## F. Değerlendirme

Hukuk Genel Kurulu, borçlunun "ilamsız takip adresimin bulunduğu yer icra müdürlüğü nezdinde ikame olunmak durumundadır. Hal böyle iken yetkisiz yerde açılmış olup, takibe yetki yönünden de itiraz ediyorum" şeklindeki yetki itirazında hangi yerdeki icra dairesinin yetkili olduğunun belirtilmemesi nedeniyle geçerli bir yetki itirazının bulunmadığına karar vermiştir. Usulüne

---

<sup>47</sup> **Düzgün**, s. 52-53; **Kuru**, El Kitabı, s. 185-186.

<sup>48</sup> "...HMK'nun 20. maddesi gereğince; görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi halinde, taraflardan birinin bu karar verildiği anda kesin ise bu tarihten, süresi içinde kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş ise kararın kesinleştiği tarihten; kanun yoluna başvurulmuşsa bu başvurunun reddi kararının tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurarak, dava dosyasının görevli ya da yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etmesi gerekir. Aksi takdirde, bu mahkemece davanın açılmamış sayılmasına karar verilir. Aynı kural takip hukukunda da geçerlidir. HMK'nun 20. madde hükmünün kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle mahkemece re'sen dikkate alınması gerekir..." 12. HD, 12.6.2014, 14782/17122(<http://www.kazanci.com/> 21.12.2015).

<sup>49</sup> 12. HD, 28.3.2014, 4594/9163 (<http://www.kazanci.com/> 21.12.2015).

uygun olarak icra müdürlüğünün yetkisine itiraz edilmediğinden itirazın iptali davasının, icra dairesinin yetkisizliğinden bahisle reddedilmesi yerinde olmadığına ve yerel mahkemece davanın esasına girilerek taraf delillerinin tartışılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Söz konusu kararda tartışılan, borçlunun icra dairesinin yetkisine yönelik itirazının geçerli olup olmadığı hususudur. Bilindiği üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 19. maddesinde "yetki itirazında bulunan taraf, yetkili mahkemeyi; birden fazla yetkili mahkeme varsa seçtiği mahkemeyi bildirir. Aksi takdirde yetki itirazı dikkate alınmaz" ifadesiyle yetki itirazının yapılışını düzenlemektedir. Öğretide de, yetki itirazında bulunurken, doğru bir biçimde yetkili mahkemenin gösterilmesi, yetkili mahkemenin gösterilmemesi veya yanlış gösterilmesi hakkında yetki itirazının geçersiz olacağı ifade edilmektedir<sup>50</sup>.

Söz konusu kararda borçlu, "takip adresinin bulunduğu yer icra müdürlüğünün yetkili olduğunu" ifade etmiş; ancak bu yerin hangi yargı teşkilatı olduğunu açıkça göstermemiştir. Ödeme emrinde borçlunun adresi, "Hürriyet Mah. Şehitler Sok. No. ... Bağcılar/İstanbul" olarak belirtilmiş ve ödeme emri bu adreste tebliğ edilmiştir. Borçlunun itiraz dilekçesi "ilamsız takip adresimin bulunduğu yer icra müdürlüğü nezdinde ikame olunmak durumundadır. Hal böyle iken yetkisiz yerde açılmış olup, takibe yetki yönünden de itiraz ediyorum" şeklindedir. 4949 sayılı kanunla borçlu veya vekiline dava ve takip işlemlerine esas olmak üzere borçluya ait yurt içinde bir adresi itirazla birlikte icra dairesine bildirme zorunluluğu getirmiştir. Adresini değiştiren borçlu, yurt içinde yeni adres bildirmedeği ve tebliğ memurunca yurt içinde yeni adresi tespit edilemediği takdirde, takip talebinde gösterilen adrese çıkarılacak tebligat borçlunun kendisine yapılmış sayılmaktadır (İİK m. 62/III). Bu nedenle borçlu, itirazı ile birlikte yurt içinde bir adresi bildirmek zorundadır. Borçlu, yetkili icra dairesini doğrudan ifade etmemekle birlikte, takip adresinin bulunduğu yer icra dairesinin yetkili olduğunu belirtmiştir. Takip adresi ise, takip talebi, ödeme emri ve borçlunun itirazında açıkça görülmektedir. Borçlunun hangi icra dairesinin yetkili olduğunu bildirmek istediği itiraz dilekçesi içeriğinden anlaşılmaktadır. Karşı oy yazısında da isabetli olarak belirtildiği üzere, borçlunun itiraz dilekçesinin muhatabı İcra Müdürlüğü ve alacaklı avukatıdır, söz konusu kişiler, borçlunun yerleşim yerinin Bakırköy İcra Dairesi'nin yetki alanında kaldığını bilebilecek durumdadırlar.

---

<sup>50</sup> Düzgün, s. 49-50; Öztürk, s. 93; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 188; Uyar, s. 335; Yılmaz, Şerh, s. 208-209.

Öğretide *Yılmaz*, yetki itirazının geçerliliği için, yetkili mahkemenin tereddüde yol açamayacak şekilde açık ve belirgin olarak gösterilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ancak belirlilik olmaması halinde, tarafa dilekçesini açıklama olanağının verilmesi gerektiğini (HMK m. 31); buna rağmen açıklık sağlanamaması halinde yetki itirazının reddedilmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>51</sup>.

Hukukumuzda kural olarak, avukatla takip zorunluluğu bulunmaması ve ilamsız icra takibinin sonuçları dikkate alındığında, borçlunun yetki itirazında “hangi yargı teşkilatı olduğunu açıkça göstermesinin beklenmesi” etkin hukuki koruma ve hukuki dinlenilme hakkına<sup>52</sup> uygun değildir. Borçlu bakımından ciddi sonuçları olan imzaya itiraz, ödeme emrinin ihtar kısmında açıkça yer almaktadır. Buna göre, “borçluya takibin dayandığı senet altındaki imza kendisine ait değilse yine bu yedi gün içinde bu cihetin ayrıca ve açıkça bildirilmesi; aksi halde icra takibinde senedin kendisinden sadır sayılacağı, senet altındaki imzayı reddettiği takdirde icra mahkemesi önünde yapılacak duruşmada hazır bulunması; buna uymazsa vakı itirazın muvakkaten kaldırılmasına karar verileceği” ihtar edilir (İİK m. 60/3). Yetki itirazının açıkça yapılması gerektiği ve yetkili mahkemenin gösterilmemesi halinde yetki itirazının geçerli olmayacağı ihtar, ödeme emrinde yer almamaktadır. Bize göre en azından borçlu(davali) tarafa, dilekçesini açıklama olanağının verilmesi gerekir; buna rağmen açıklık sağlanamaması halinde yetki itirazının reddedilmesi gerekmektedir. Olması gereken hukuk bakımından ödeme emrindeki ihtar kısmında yetki itirazına ilişkin ihtarın da yer alması düşünülmelidir.

Kararda, itirazın iptali davasını görme yetkisi, takibin yapıldığı yer mahkemesine ait olduğu belirtilmiş ve Üstündağ’a atfı yapılmış<sup>53</sup>; ancak kararda karşıt görüşlere<sup>54</sup> yer verilmemiş, hatta farklı görüşlerin bulunduğu bile ifade edilmemiştir. Ayrıca kararda “*İcra Müdürlüğünde yetki itirazında bulunan borçlu, “takip adresinin bulunduğu yer icra müdürlüğünün yetkili olduğunu” belirtmiş, bu yerin hangi yargı teşkilatı olduğunu açıkça göstermemiştir. Ayrıca, Bağcılar olarak gösterilen adrese çıkarılan dava dilekçesi tebligatının, “adresten ayrılmış olması nedeniyle” tebliğ edilemediği anlaşılmıştır.*” ifadesi ile icra takibinde yetki itirazı ile itirazın iptali davasında yetkili mahkeme arasında bağlantı kurulmaya çalışılmıştır. İcra ve İflas Kanunu’nun açık hükmü gereğince, icra takibinin yapıldığı yer mahkemesi, sadece bu nedenle, itirazın

---

<sup>51</sup> **Yılmaz**, Şerh, s. 208- 209.

<sup>52</sup> **Özekes**, s. 106-113. İcra hukukunda hukuki dinlenilme hakkı için bkz. **Özekes**, İlkeler, s. 141-148.

<sup>53</sup> **Üstündağ**, İcra, s. 101-102.

<sup>54</sup> **Kuru**, El Kitabı, s. 252; **Özkan**, s. 130-131.

iptali davasında yetkili değildir. Yetkisiz icra dairesinde başlatılan takipte icra dairesinin yetkisine itiraz edilmemesi, icra takibinin yapıldığı yer mahkemesini itirazın iptali davası için yetkili hale getirmemektedir. İtirazın iptali davasında yetkili mahkeme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümleri (HMK m. 6 vd.) gereğince belirlenmektedir. Borçlunun icra dairesinin ve itirazın iptali davasında mahkemenin yetkisine ayrı ayrı itiraz etmesi gerekmektedir. Olması gereken hukuk bakımından, icra takibinin yapıldığı yer mahkemesinin, itirazın iptali davasında da yetkili olması ve mahkeme ile icra dairesinin yetkisinin paralel hale getirilmesi gerekir.

Kararda, itirazın iptali davasını gören mahkemenin, icra takibinin yapıldığı icra dairesinin yetkisine yönelik itirazı öncelikle incelemesi gerektiği, mahkemenin yetkisine yönelik bir itirazın var olup olmaması, bu sonuca etkili olmadığı belirtilmiştir. İtirazın iptali davasında, mahkemenin yetkisine itiraz edilmiş olsun veya olmasın, mahkeme öncelikle, icra dairesinin yetkisine yönelik itirazı inceleyerek kesin olarak sonuçlandırması gerektiği ifade edilmiştir. Borçlunun ödeme emrine itiraz ile icra dairesinin yetkisine; davaya cevap dilekçesi ile mahkemenin yetkisine itiraz etmesi halinde, itirazın iptali davasını inceleyen mahkeme icra dairesinin yetkisini değerlendiremeyecektir, mahkemenin öncelikle kendi yetkisine yönelik itirazı incelemesi gerekmektedir. Mahkemenin yetkili olduğuna karar vermesi halinde, icra dairesinin yetkisine ilişkin değerlendirme yapacaktır. İtirazın iptali davası, geçerli bir icra takibinin ve geçerli bir itirazın varlığına bağlıdır, geçerli takip ve itiraz yoksa itirazın iptali davasının görülebilmesine usulen olanak bulunmamaktadır. Ancak bu değerlendirmeyi yapma yetkisi, görevli ve yetkili mahkemeye aittir.

Kararda tartışılmamakla birlikte, ilamsız icra takibinde yedi günlük süre dolmadan ödeme emrine itiraz eden borçlunun, yine yedi günlük süre dolmadan yetki itirazında bulunup bulunmayacağı değerlendirilebilir. Bilindiği üzere icra hukuku, medeni yargılama hukukunu tamamlamaktadır ve bu iki hukuk dalı birbiri ile bağlantı halindedir. Ancak İcra ve İflas Kanunu'nun açıkça atıf yapmadığı yerlerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanması kural olarak mümkün değildir<sup>55</sup>. İcra ve İflas Kanunu'nun 50. maddesinin 1. fıkrası gereğince, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK m. 16-18) yetkiye ilişkin hükümleri, ilamsız icrada kıyasen uygulanmaktadır. Cevap dilekçesinin verilmesinden sonra, cevap süresi dolmamış olsa bile, ilk itirazların ileri sürüleceğine ilişkin düzenleme, yetkiye ilişkin hükümlerde değil (HMK m. 16-18), Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun cevap dilekçesine ilişkin kısmında (HMK m.

---

<sup>55</sup> Boran-Güneysu, s. 51-53.

131) yer almaktadır. Karşı tarafın rızası ve ıslah, teksif ilkesinin istisnalarındandır ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça düzenlenmiştir (HMK m. 141/2 ve m. 176-182). İcra ve iflas Kanunu'nda ise, yetki itirazına ilişkin olarak, ıslah ve karşı tarafın muvafakatine yönelik bir düzenleme olmadığı gibi, bu konuda Hukuk Muhakemeleri Kanuna bir atıf da bulunmamaktadır. Bu nedenlerle, ilamsız icra takibinde yedi günlük süre dolmadan ödeme emrine itiraz eden borçlunun, yine yedi günlük süre dolmadan yetki itirazında bulunabileceğini; ancak karşı tarafın muvafakati (HMK m. 141/2) veya ıslahla (HMK m. 176 vd.) yetki itirazında bulunulamayacağını düşünmekteyiz.

Yetkisizlik kararı verilmesi halinde, davanın akıbeti Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 20. maddesinde düzenlenmiştir, ilgili madde takip hukuku bakımından da geçerlidir. İtirazın iptali davasında, icra dairesinin yetkisiz olduğuna dair bir karar verilmesi halinde, takibe devam etmek isteyen alacaklı, süresi içinde yetkili icra dairesine başvurarak, borçluya yeniden ödeme emri tebliğ edilmesini talep etmesi gerekir; aksi halde icra takibi, hiç yapılmamış sayılacaktır.

◆◆◆◆

#### KAYNAKÇA

**ALANGOYA Yavuz, YILDIRIM Kamil ve DEREN-YILDIRIM Nevhis**, Medenî Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2009.

**BORAN-GÜNEYSU Nilüfer**, İtirazın Kaldırılmasında İtiraz Sebepleri ile Bağlılık ve Teksif İlkesi, MİHDER, Cilt: 10, Sayı: 28.

**DÜZGÜN Metin**, İlamsız İcrada Yetki İtirazı ve Bunun Giderilmesi, ABD, 1994/4.

**FRITZSCHE Hans und WALDER-BOHNER Hans**, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, Zürich 1993.

**GÖREN ÜLKÜ Nazlı**, İcra Hukukunda Ödeme Emri, İstanbul 2008.

**KARAASLAN Varol**, Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara 2013.

**KIRAZ Taylan Özgür**, İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması, 2. Baskı, İstanbul 2006.

**KURU Baki**, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013 (El Kitabı).

**KURU Baki**, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2015 (Usul).

**ÖZEKES Muhammet**, İcra Hukukunda Temel Hak ve İlkeler, Ankara 2009 (İlkeler).

**ÖZEKES Muhammet**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003.

**ÖZKAN Yönel**, İcra ve İflas Hukukunda İtirazın İptali Davası, Ankara 2004.

**ÖZTÜRK Emrah**, Medeni Usul Hukukunda İlk İtirazlar, Ankara 2014.

**PEKCANİTEZ Hakan, ATALAY Oğuz ve ÖZEKES Muhammet**, Medenî Usûl Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2013.

**PEKCANİTEZ Hakan, ATALAY Oğuz, SUNGURTEKİN-ÖZKAN Meral ve ÖZEKES Muhammet**, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2015.

**POSTACIOĞLU İlhan E. ve ALTAY Sümer**, İcra Hukuku Esasları, 5. Bası, İstanbul 2010.

**STAEHELIN Adrian/BAUER Thomas/STAEHELIN Daniel**, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I Art 1-87, Ettenheim 1998.

**UYAR Talih**, Genel Haciz Yoluyla İlamsız Takiplerde Yetkili İcra Dairesi (İİK m. 50), TBBĐ, Sayı 56, 2005.

**UYAR Talih**, İcra Hukukunda Şikayet ve İtiraz, Manisa 1983 (İtiraz).

**ÜSTÜNDAĞ Saim**, İlamsız İcrada İcra Dairesinin Yetkisine İtiraz, İBD, 1986/10-11-12.

**YILDIRIM Kâmil**, İcra Hukuku Ders Notları, İstanbul 2003.

**YILMAZ Ejder**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012 (Şerh).

**YILMAZ Ejder**, İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği, Prof. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009.

# ALMANYA'DA KAMU GÖREVLİLERİNİN HİZMET ÖNCESİ EĞİTİMİ VE ATANMALARI\*

*Training and Recruitment of Civil Servants in Germany*

**Yrd. Doç. Dr. Seçkin YAVUZDOĞAN\*\***

## ÖZET

Almanya'da ekonomi, siyasi bilimler veya bunlarla ilintili fakültelerden mezun olanların kamu sektöründe istihdam olanakları çok sınırlıdır. Höherer Dienst (Administrative class) sınıfına girebilmek için tercihen hukuk fakültesi lisans programından mezun olmak ve değişik kamu ve özel sektör kuruluşlarında asgari iki yıllık hazırlık programını tamamlamak gereklidir. Bu esnada adayın değişik kurslara katılımı sağlanarak idari konular hakkında tecrübe edinmesi sağlanır. Yine Gehobener Dienst (executive class) sınıfına girebilmek için belli lisans programlarından mezun olmak gereklidir. Federal devlet, Lander(federe devlet,eyalet)) ya da mahalli idareler kamu görevlisinin eğitim ve hazırlanmasından sorumludur. Bazı Avrupa ülkelerinde kamu görevlilerinin yetişmesini sağlayan okullar bulunmakla birlikte Almanya'da bu amaca özgülenmiş herhangi bir okul ya da üniversite bulunmamaktadır. Ancak bazı üniversitelerde kamu görevlilerine özgü kurslar açılabilir. Sınıflar arasında geçişler mümkün olmakla birlikte bu geçişler çok zor şartlara bağlanmıştır. Örneğin Gehobener Dienst (executive class) sınıfından Höherer Dienst (Administrative class) sınıfına geçiş yapabilmek için tercihen bir hukuk lisansına sahip olmanın yanında çok ağır bir eğitim ve zorlu sınavlardan geçmek gereklidir. Dolayısıyla Alman kamu personel sistemi liyakat ilkesinin layığı veçhile uygulandığı ve siyasi kayırmacılığın asgariye indirildiği bir sistem olarak tanımlanabilir.

**Anahtar Kelimeler:** Kamu görevlisi, Hizmet Öncesi Eğitim, Atanma.

## ABSTRACT

Graduates from programmes with an economic, managerial or political science-related background have only limited job opportunities and career perspectives in the German civil service. For entering the "administrative class" a university degree is required which usually has to be completed by a two years preparatory traineeship with practical stages in different public and private institutions, supplemented with some courses on administrative topics. Apart from that there is no specific pre-entry education or training for the administrative class. To enter the "executive class" a degree at a university of applied sciences has to be obtained. Finally, vocational training is required for a position in the "clerk class".

\* Bu makale TÜBİTAK Yurtdışı Doktora Sonrası Araştırma Bursu kapsamında ve TÜBİTAK desteği ile hazırlanmıştır.

\*\* Yrd.Doç.Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, sydogan@akdeniz.edu.tr

Each ministry at the federal level, each state, and each local authority has the right to recruit its staff members itself. There is no Civil Service Commission or other centralized authority involved in HRM affairs. As a result, personnel management and administration is rather diversified and decentralized in Germany. In sharp contrast to the centralized French system of civil service training offered among others by the École Nationale d’Administration (ENA), each jurisdiction is responsible for education and training of civil servants in Germany. There are no central elite schools for the education and training of the civil service.

**Keywords:** Civil Servant, Training, Recruitment.



## GİRİŞ

Her ne kadar kamu personel sisteminin içeriği son yıllarda önemli ölçüde değişiyor olsa da, Almanya’daki kamu kurum ve kuruluşları, halen geleneksel kalıplar sebebi ile yerine getireceği görevi ile ilgili olarak daha önceden herhangi bir iş tecrübesine sahip olmayan kimseleri kamu görevlisi olarak atamaya devam etmektedirler. Bazı Avrupa ülkelerinin aksine Alman kamu kurum ve kuruluşları da, bizde olduğu gibi, kamu görevlisi olarak atayacağı kişinin özel sektörde tecrübe kazanmış olması şartını aramamaktadır. Eğitim değişik alanlarda uzmanlaşmış dahili okullarda ve yüksekokullarda gerçekleştirilmektedir ve esasen ağırlıklı olarak hukuk eğitimine dayanmaktadır. Dahili üniversite ve yüksek okul, ilgili bakanlığın sıkı kontrolü altında bulunan ve bakanlığın bütçesi ile finanse edilen eğitim kurumlarıdır. Almanya’da bürokrasinin yüksek basamaklarında “avukatların tekeli” olarak tanımlanabilecek şekilde hukuk fakültesi mezunları ağırlıklı olarak bulunmaktadır.. Ekonomi, iktisat, idari bilimler, siyasal bilgiler ve benzeri fakültelerden lisans derecesine sahip olanlar Alman kamu sektöründe sınırlı iş fırsatına ve kariyer imkanına sahiptirler.

Çalışma, hizmet öncesi eğitimin tanımı ve hizmet içi eğitimden ayrılan yönleri, Almanya’da kamu görevlilerinin çeşitleri ve atanmaları için sahip olmaları gereken şartlar ile başlamaktadır. Daha sonra, kamu personelinin eğitiminden sorumlu okullar, hizmetiçi eğitim veren yüksekokullar ve üniversitelerdeki müfredat gelişmelerinin yanı sıra federal düzeyde, eyalet düzeyinde ve mahalli düzeyde kamu görevlilerinin atanmaları öncesi ve sonrasına ilişkin bazı gelişmeler açıklanmıştır. Çalışmada kamu personel eğitiminin geleneksel içeriklerinin ve yöntemlerinin Alman kamu personel sisteminin mevcut ve gelecek ihtiyaçlarını karşılayıp karşılamadığı incelenmiş ve mevcut problemlere değinilmiştir. Ancak çalışma ağırlıklı olarak Almanya’da kamu görevlilerinin kamu görevliliğine giriş öncesi eğitimine ilişkindir. Dolayısıyla, belirli kadrolar



için deneyimli ve kıdemli kamu görevlisinin seçimi, atanması, ve hizmet içi eğitimi araştırmanın merkezinde bulunmamaktadır.

### I. Hizmet Öncesi Eğitim

Hizmet öncesi eğitim kişilerin herhangi bir hizmete başlamadan önce almış oldukları eğitim türüdür. Her düzeydeki öğrenim kurumlarında verilmekte olan genel öğretim etkinlikleriyle her türlü meslek ve teknik öğretim etkinliklerini içerir.<sup>1</sup>

İşe girmeden ve henüz bütün zamanını çalıştığı kuruma vermeye başlamadan önce öğretim kurumlarında tam gün çalışarak geçirilen dönemdir.<sup>2</sup> Kamu görevlisi kadrosuna atanacakların , genel ve klasik öğretim yapan öğretim kuruluşları ve üniversiteleri bitirmiş olmaları, hizmet öncesi eğitim için yeterli değildir. Kuramsal öğretim yapan üniversite öğretim üyeleri ile önemli idari görevlerde bulunan uzman kişilerin görev alacağı, hizmete yakınlığı daha çok arttıracak bir eğitimden geçmeleri gerekmektedir. Üniversite eğitiminin amacı, yalnız belli bir meslek için adam yetiştirmek değil, aynı zamanda öğrencilere geniş bir kültür, düşünme ve eleştirme yeteneği kazandırmaktır.<sup>3</sup> Yükseköğretimin amacı hizmete başlayacakların o hizmetin başarılmasına yetecek asgari temel bilgileri aktarmaktır. Üniversite öğrenimi çoğunlukla kamu görevlisi yetiştirmeye yeterli sayılmamaktadır. Çünkü, üniversitelerin görevi yalnız belirli bir meslek için insan yetiştirmek değildir. Bu yüzden öğrenim kuramsal ve soyut kalmaktadır. Kamu görevlilerinin de kamu hizmetine girmeden önce bir temel öğrenime sahip bulunmaları gerektiği şüphesizdir. Kamu kurum ve kuruluşlarında görev alacakların o hizmetin başarılmasına yeter asgari bir ehliyete sahip olmaları gereklidir. Dolayısıyla, özel sektör gibi kamu sektörü de personelini hizmete aday ya da asil olarak girişten önce belli bir öğrenim görmüş kimseler arasından almaktadır.

Hizmet öncesi eğitim, genelde kişilere formasyon kazandırmak için uygulanan kültürel hazırlıklardır. Bu dönemde alınan formasyon kişilerin meslek yaşamını büyük ölçüde etkilemektedir. Hizmet başladıktan sonra kişinin ne olacağı hizmete girmeden önce ne olduğu sorusuna bağlıdır. Hizmet içinde ne kadar eğitilirse eğitilsin temel formasyonunun yerine geçemez.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Kalkandelen,H., "Yöneticilerin Yetiştirilmesi-Geliştirilmesi, *Amme İdaresi Dergisi*, C.18, S.2, 1985, s.84.

<sup>2</sup> Tortop,N., **Personel Yönetimi**, Yargı Yayınları, Ankara, 1994, s.240.

<sup>3</sup> Tortop, s.242.

<sup>4</sup> Tutum,C., **Personel Yönetimi**, 2.bs., Ankara 1979, s.118.

Geleceğin kamu görevlileri, kendilerini bu görevlere hazırlayan ve görevleri sırasında yararlanabilecekleri bilgi ve becerileri hizmet öncesi eğitim kurumlarında kazanırlar. Hizmet öncesi eğitim kurumlarında, genel kültür kazandıran klasik eğitim kurumlarından farklı olarak, adaylara mesleki formasyon ve gelecekteki görevleriyle ilgili teknik bilgiler verilir. Böylece adaylar hizmete başlamadan önce yetiştikleri alanın görev ve sorumluluklarını, kuram, ilke ve tekniklerini, bilgi kaynaklarını öğrenirler.<sup>5</sup>

Hizmet içi eğitim, hizmet öncesi eğitimden farklı özellikler taşır. Şöyle ki; hizmet içi eğitim sektör ayırımı yapılmaksızın, tüzel ve özel kişilere ait işyerlerinde, belirli bir maaş ve ücret karşılığı görevlendirilmiş ve çalışmakta olan kişilere verilen eğitimidir.<sup>6</sup> Kamu görevlilerinin bilgi, deneyim ve becerilerini arttırmayı amaçlayan eğitim etkinlikleridir.<sup>7</sup> Hizmet öncesi eğitimin, bir göreve ya da mesleğe hazırlamak amacıyla, adaylara gerekli bilgi ve becerileri kazandırmasına karşılık, hizmet içi eğitim halen görevde bulunanlara, işlerin daha etkin yapılmasını sağlamak amacıyla, gerekli bilgi ve becerileri kazandırır, yeteneklerini geliştirir. Hizmet öncesi eğitimde, beklendik davranışları kazanan ve karnesinde iyi notlar getiren bir öğrencinin başarılı sayılmasına karşılık, başarılı bir hizmet içi kursiyeri, öğrendiklerini işinde kullanabilen ve eğitim almadan önceki duruma göre daha etkili ve verimli hizmet sunabilen kimsedir.<sup>8</sup>

### **Alman Kamu Personel Sisteminin Genel Esasları**

Almanya'da kamu personel hukuku geleneksel olarak reformlara açık değildir. Bu öncelikle yasa koyucunun kamu personeline ilişkin kuralları düzenlerken uymak zorunda olduğu anayasal kurallardan kaynaklanmaktadır. Bu temel hareketsizliğe rağmen Almanya'da kamu personel kanunları değişmektedir. 2006 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği federe devletler ile federal devlet arasındaki ilişkileri esaslı olarak değiştirmiştir. Kamu personeline ilişkin federasyon ile federe devletler arasındaki yetki paylaşımı bu federal reform ile yeniden düzenlenmiştir. Federe devletler artık özellikle ödemeler, yan gereksinimler ve mesleği düzenleyen kurallar üzerinde kararlar alabilmektedirler.

Anayasa değişikliği sonrasında karşılaştırma yapıldığında, federal devlet

---

<sup>5</sup> Kaya,Y.K., **Eğitim Yönetimi-Kuram ve Türkiye'de ki Uygulama**, Bilim Yayınevi, Ankara, 1999, s.255.

<sup>6</sup> Tanyeli, H., **Personel Eğitimi: İlkeler-Teknikler-Metotlar**, Şenyuva Matbaası, Ankara, 1970, s.9

<sup>7</sup> Canman,Doğan., **Çağdaş Personel Yönetimi**, TODAİE Yayınları, Ankara, 1995, s.85.

<sup>8</sup> Tanyeli,s.221.

memurların sadece temel hak ve görevleriyle ilgili yeknesak düzenlemeler yapabilmektedir. Federasyon çalışanların maaşları ve emekliliklerine ilişkin düzenleme yapamamaktadır.<sup>9</sup> Şu anda bu yetki değişikliği nedeniyle kamu görevlilerine ilişkin tüm federal ve federe kurallar değişmektedir. Bu süreç hala devam etmektedir.

Almanya’da kamu görevlileri iki parçaya ayrılmıştır. Federal devlet, federe devlet ve mahalli idareler seviyesinde istihdam ilişkilerinin büyük çoğunluğu (toplamda 2.6 milyonu) medeni hukuk ilişkisidir. Bunların iş ilişkileri özel sektördeki ilişkiler gibidir. Bu ilişkinin temeli; bireysel iş sözleşmeleri, toplu iş sözleşmeleri ve ücret sözleşmeleridir. Yeknesak toplu iş sözleşmeleri sadece 01.10.2005 tarihine kadar kullanılmıştır. Yeknesak toplu iş sözleşmelerine federe devletler tarafından son verilmiştir.<sup>10</sup> Kamu hizmetleri için işçilerle yapılan toplu iş sözleşmesi federal devletin yetkisindeyken, federe devletlerdeki çalışma vakitlerinde farklılığa izin veren toplu iş sözleşmelerinin kamu sektöründe kullanılması federe devletlerin yetkisi dahilindedir. Ayrıca bazen Hessen ve Berlin’de farklı toplu iş sözleşmeleri de uygulanmaktadır. Yine, Almanya’da ilgili grupların istihdam ilişkilerindeki yeknesaklık ya azalmıştır ya da bu yeknesaklıktan vazgeçilmiştir. Halihazırda aynı işi yapan Berlin’deki bir memur ile Bavaria’daki bir memurun hak ve sorumluluklarında on yıl öncesine nazaran daha fazla fark bulunmaktadır.

Birçok ülkenin aksine Almanya’da kamu personeli genel olarak iki gruba ayrılmıştır. Bu grupların ilki Beamte (memur), ikincisi ise Angestellte (sözleşmeli personel) dir. Sözleşmeli personel ile idare arasındaki ilişki bir sözleşmeye dayanmaktadır. Angestellte sözcüğü, kamu sektöründe sözleşmeli olarak görev yapan personelin yanında başka işyerlerinde beden işçisi olarak çalışmayanlar için de kullanılmaktadır. Aslında Angestellte(sözleşmeli personel) Türkiye’de ki sözleşmeli personelden hukuken çok farklıdır. Şöyle ki, Türkiye’de sözleşmeli personel ile idare arasında akdedilen sözleşme idari sözleşme niteliğini taşır. Ortaya çıkacak ihtilaflara idare hukuku kuralları uygulanır ve ihtilaflar idari yargıda çözümlenir. Oysa Almanya’da Angestellte ile idare arasında imzalanan sözleşme özel hukuk sözleşmesidir. Angestellte ile idare arasında ortaya çıkacak ihtilaflara özel hukuk hükümleri uygulanır ve Angestellte İş Kanunu hükümlerine tabidir. Böyle olmasına rağmen Almanya’da, Türkiye’de ki

---

<sup>9</sup> Auer, Astrid/ Christoph Demmke/ Robert Poltet, **Civil Services in the Europe of Fifteen: Current Situation and Prospects**, European Institute of Public Administration, Maastricht, 2006,s.51.

<sup>10</sup> Heinrich Amadeus Wolff, “*The Civil Service in Germany*”, Annual Report, Country, Ius Publicum, May 2011, s.1.

hukuki karşılığı işçi olan Arbeiter statüsünde bulunan çalışanlar da olduğundan, Angestellte bu makale kapsamında sözleşmeli personel olarak adlandırılacaktır. Kaldı ki Beamte(memur) de Türk İdare hukukunda yer bulan “devlet memuru” nun tam karşılığı değildir. Daha ziyade Türk İdare hukukundaki “dar anlamda kamu görevlileri” ne daha yakındır. Bu çalışmada, yukarıda açıklamalar çerçevesinde karışıklığa mahal vermemek amacı ile Beamte-memur; Angestellte-sözleşmeli personel ve arbeiter-işçi olarak adlandırılacaktır.

Ortalama olarak kamu görevlilerinin %60'ı sözleşmeli personelden ve %40'ı memurlardan oluşur. Memurlar dört sınıftan oluşmaktadır ve bu sınıflar arasında geçişler çok zor kurallara bağlanmıştır. Bu sınıflar yukarıdan aşağıya olmak üzere *Höherer Dienst, gehobener Dienst, mittlerer Dienst, einfacher Dienst sınıflarıdır. Her sınıf liyakat ilkesine uygun olarak geçişleri düzenleyen en az beş basamaktan oluşur.*

Almanya'da kamu görevlerinde çalışan memurlar, sözleşmeli personel ve işçiler bulunmaktadır. Ancak, tüm gruplar hemen hemen benzer işleri yürütürler. Tam da görev tahsisindeki bu tutarsızlıktan dolayı, Beamte ve Angestellte arasındaki farkların aslında neden var olduğu sorusu sürekli gündeme gelmektedir. Şimdiye kadar, Angestellte'nin görevlerini Beamte'den farklı yaptıklarını gösteren hiçbir kanıt yoktur.<sup>11</sup>

Memurlar(Beamte) en elit ve ayrıcalıklı tabakadır. Atama yoluyla göreve başlarlar, emeklilik maaşları vardır ve diğer kamu çalışanlarına göre daha iyi maaş artışları alırlar. Memurlara postaneden, yüksek seviyelere kadar her yerde karşılaşılabirsiniz. Üst düzey memurlar genelde hukuk ve ekonomi içerikli dersler de almış üniversite mezunlarıdır.<sup>12</sup> Federe devletlerde memurlar, amirlerinin emrine uymakla yükümlüdürler. Grev hakları yoktur, anayasal yükümlülüklerle bağlıdırlar ve idare hukukuna göre hareket etmekle yükümlüdürler.

Almanya federal meclisinden kamu görevlisi meclisi gibi bahsedilir, zira buradaki üyelerin birçoğu memurdur. 12. Federal mecliste her 3 vekilden biri memurdu ve bu grubun %10 u öğretmendi.<sup>13</sup>

Almanya'da ekonomi, siyasi bilimler veya bunlarla ilintili fakültelerden mezun olanların kamu sektöründe istihdam olanakları çok sınırlıdır.<sup>14</sup> Höherer

---

<sup>11</sup> Auer, Astrid/ Christoph Demmke/ Robert Poltet, s.57.

<sup>12</sup> Wolff, s.4.

<sup>13</sup> Wolff, s.7.

<sup>14</sup> Christoph Reichard/Manfred Röber, “*Inertia of education and recruitment in the German civil service*”, Paper presented at the EGPA-Conference 2010 for PSG 9 “Public Administration

Dienst (Administrative class) sınıfına girebilmek için tercihen hukuk fakültesi olmak üzere bir lisans programından mezun olmak ve değişik kamu ve özel sektör kuruluşlarında olmak üzere asgari iki yıllık hazırlık programını tamamlamak gereklidir. Bu esnada adayın değişik kurslara katılımı sağlanarak idari konular hakkında tecrübe edinmesi sağlanır. Yine Gehobener Dienst (executive class) sınıfına girebilmek için belli lisans programlarından mezun olmak gereklidir. Federal devlet, Lander(federe devlet,eyalet)) ya da mahalli idareler kamu görevlisinin eğitim ve hazırlanmasından sorumludur. Bazı Avrupa ülkelerinde kamu görevlilerinin yetişmesini sağlayan okullar bulunmakla birlikte Almanya'da bu amaca özgülenmiş herhangi bir okul ya da üniversite bulunmamaktadır. Ancak bazı üniversitelerde kamu görevlilerine özgü kurslar açılabilir.<sup>15</sup>

Sınıflar arasında geçişler mümkün olmakla birlikte bu geçişler çok zor şartlara bağlanmıştır. Örneğin Gehobener Dienst (executive class) sınıfından Höherer Dienst (Administrative class) sınıfına geçiş yapabilmek için tercihen bir hukuk lisansına sahip olmanın yanında çok ağır bir eğitim ve zorlu sınavlardan geçmek gereklidir.<sup>16</sup> Dolayısıyla Alman kamu personel sistemi liyakat ilkesinin layıkı veçhile uygulandığı ve siyasi kayırmacılığın asgariye indirildiği bir sistem olarak tanımlanabilir.

Almanya'da naklen atama birkaç şekilde gerçekleşebilir. Kamu görevlisi başka bir alanda farklı bir kurumda geçici olarak görevlendirilebilir(delegation). Kamu görevlisi özel hukuk hükümlerine tabi başka bir kuruma nakledilebilir(allocation). Kamu görevlisi aynı kurumda başka bir göreve naklen atanabilir(redeployment). Almanya'da naklen atama kamu görevlisinin bir başka kurumda veya makamda veya başka bir amirin altında sürekli olarak görevlendirilmesi anlamına gelir. Bu şekilde naklen atama kamu görevlisinin görevle ilgili gerekçeleri üzerine yapacağı bir başvuru ile gerçekleşebilir ya da idare tarafından re'sen de gerçekleştirilebilir. Kamu görevlisinin rızasının aranması şart değildir. Ancak naklen atamadan önce kamu görevlisi dinlenir ve görüşü alınır. Naklen atamanın aynı unvanlı kadrolara yapılması esastır. Naklen atamadan önce personel danışma kurulunun onayının alınması gerekir.

---

and Teaching",Toulouse, 8-10 September 2010,s.3.

<sup>15</sup> Reichard/Röber, ,s.5.

<sup>16</sup> Cristoph Reichard, "The study of public management in Germany. Poorly institutionalized and fragmented", in: Kickert, Walter (ed.): **The Study of Public Management in Europe and the US**, London, New York, 2008, s. 57.

## A. Alman Kamu Personel Sisteminin Gelenekleri ve İlkeleri

Alman kamu yönetimi ve kamu personel sistemi, klasik bürokratik model olarak nitelendirilmektedir<sup>17</sup>.

Bu model, katı hiyerarşinin, uzmanlaşmanın, katı kuralların, liyakat ilkesinin hakim olduğu bürokrasinin ideal türü olan Weberian modeline dayanır. Bu modelin gereklilikleri Alman kamu personelinin eğitimini günümüze dek etkilemiştir. Alman Anayasası'na göre asli nitelikteki kadrolar memurlara (*Beamte*) ayrılmalıdır, Bununla birlikte diğer fonksiyonlar sözleşmeli personel (*Angestellte*) için açıktır. Sonuç olarak Almanya'da kamu görevlileri birçok diğer ülkenin aksine yasal olarak iki sınıftan oluşur. Ortalama olarak tüm kamu çalışanlarının yaklaşık %60'ı sözleşmeli personel (*Angestellte*) ve %40'ı memur (*Beamte*)dur.

Almanya kamu idaresinin bir diğer karakteristik özelliği federalizmin ve yerel özerkliğin çeşitliliği ve karmaşıklığıdır. Bu çeşitlilik ve karmaşıklık federalizm ve yerel özerliğe ilişkin anayasal hükümlerden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte Alman kamu personel sisteminin temel öğeleri devletin tüm seviyelerinde (federal, eyalet ve mahalli düzeyde) tüm kamu çalışanları (memur ve sözleşmeli personeli içerecek şekilde) için bir yere kadar nispeten aynıdır.

Bu durum, kısmen Alman Anayasası ile ilgilidir. Zira, federal devlet tüm kamu personelinin statü ile ilgili koşullarını düzenleme yetkisine sahiptir. Kamu işçilerinin maaşları ve çalışma koşulları hakkında federal devlet ile Lander (eyalet) ler arasında geniş bir mutabakat söz konusudur. Sözleşmeli personel (*Angestellte*) ile ilgili olarak federal devlet ile eyaletler arasında çalışma koşulları ve maaşları hakkında herhangi bir ihtilaf ortaya çıkmamaktadır. Bununla birlikte son anayasal reformlar (federalizm reformları) Alman *Länder (eyalet) lere* kamu personel sistemine ilişkin daha fazla yetkiler sağlamış ve Federal Devletin düzenleyici yetkilerini kamu görevlilerinin çok temel alanlarına indirgeyerek farklılaştırılmış bir kamu personel sistemi için zemin hazırlamıştır. Alman kamu personel sisteminin sözünü ettiğimiz değişiklikleri son dönemde gerçekleşmiştir ve başarıları hakkında bir yargıya varmak için henüz çok erkendir. Bu değişikliklerin kamu personel sistemi ve kamu personelinin eğitim sistemi üzerinde hangi uzun dönemli etkilere sahip olacağı ileride görülecektir.

Alman kamu personel sistemi tarihi gelenekler ile şekillendirilmiştir.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Reichard/Röber,s.10.

<sup>18</sup> Demmke, C.,: "Are Civil Servants Different Because They Are Civil Servants? Who Are Civil Servants – And How?", Luksemburg,2005,s.56.

Mevcut şekliyle kamu personel sisteminin başlangıcı on sekizinci yüzyılın sonlarıdır. İkinci Dünya Savaşından sonra Alman anayasasında kamu personel sisteminin geleneksel ilkeleri özellikle vurgulanmış ve yüceltilmiştir.

Günümüzde uygulanan profesyonel kamu personel sisteminin geleneksel ilkelerini oluşturan öğelerin açıkça tanımlanmış dökümü bulunmamaktadır. Ancak, yaşam boyu iş garantisi, yaptığı görev ile orantılı uygun bir maaş hakkı, sadakat yükümlülüğü, siyasi tarafsızlık yükümlülüğü, kamu görevine kendini adama yükümlülüğü, grev yapma yasağı ve belirli disiplin kurallarına tabi olma zorunluluğu gibi bazı özellikler karakteristik olarak görülür.

Kamu personel sisteminin geleneksel kuralları sadece memurlar (Beamte) içindir ve iş hukukuna tabi olan ve daha ziyade kamu sektörünün endüstriyel bölümlerinde çalışan sözleşmeli personel (Angesttelte) in yasal statüsünü düzenleme amacı gütmeyiz. Bu kurallar idareye kamu hukuku bağı ile bağlı olan kamu görevlileri (Beamte) içindir. Sözleşmeli personel (Angesttelte) ile idare arasındaki ilişki özel hukuk-iş hukuku ilişkisidir. Ancak bu iki sınıf arasındaki sınırlar gittikçe belirsiz hale gelmiştir. Hatta Beamte ile Angesttelte arasındaki ayırımın gerekli olup olmadığı dahi tartışılmaktadır.

### **Kariyer Yapısı**

Alman kamu personel sisteminin en göze çarpan özelliklerinden biri; kariyer sınıflarının çoğu kez hareketliliği engelleyen nispeten katı sistemidir.<sup>19</sup> Kamu görevlileri için kariyer sistemi yukarıdan aşağıya doğru; administrative class (*höherer Dienst*), executive class (*gehobener Dienst*), clerical class (*mittlerer Dienst*) ve sub-clerical class (*einfacher Dienst*) olmak üzere dört standart kariyer sınıfından oluşur. Her bir kariyer sınıfı en az beş kademedir oluşur. Liyakat esaslı kariyer sisteminin temel ilkelerine uygun olarak kamu görevlileri için bu sınıflara girmek belirli kanuni şartlar ve kalifikasyon gerektirir. Bununla birlikte benzer kurallar sözleşmeli personel için de geçerlidir. Bu durum ikili istihdam yapısına rağmen memurlar (Beamte) ve sözleşmeli personel (Angesttelte) in uygulamada birbirlerine ne kadar yaklaştığını gösterir.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Ridley, F. F., "Career Service: A Comparative Perspective on Civil Service Promotion", *Public Administration*, Vol. 61, Summer, s.179; Röber, Manfred, "New Public Managers in Europe: National Study "Germany", in Farnham, David, S. Horton, J. Barlow und A. Hondeghem: *New Public Managers in Europe: Public Servants in Transition*. London, 1996, s.193; Goetz, Klaus H., "The Development and Current Features of the German Civil Service System", In: Bekke, Hans / van der Meer, Fritz (eds.): **Civil Service Systems in Western Europe**, 2000, s.86.

<sup>20</sup> bakınız aynı zamanda Kuhlmann, S. / Röber, M. , "Civil Service in Germany: Between Cut-back Management and Modernization", In: Hoffmann-Martinot, V. / Wollmann, H. (eds.): **Modernization of State and Administration in Europe: A France-Germany Comparison**

Alman personel sisteminin bel kemiği gehobener dienst (executive class) ve mittlerer dienst (clerical class) sınıflarıdır. Bununla birlikte einfacher dienst (sub-clerical class) sınıfının toplam personel içindeki payı sürekli olarak azalmaktadır. Bu durum Almanya'da kamu görevliliğine giriş için giderek artan oranda kalite ve profesyonel standardın arandığı şeklinde yorumlanabilir.<sup>21</sup>

## **Almanya'da Kamu Görevlilerinin Eğitimi ve Atanmaları**

### **A. Eğitim sisteminin temel özellikleri**

Almanya'da yarışma ve staj sistemi uygulanmakta, birkaç yıl süren stajlar memurların yetiştirilmelerinde ve seçimlerinde önemli bir rol oynamaktadır. Hizmet öncesi eğitim uygulaması da bulunmaktadır. Eğitimin sürekliliği ilkesi kabul görmektedir. Hizmete girdikten sonra da hizmet içinde eğitime ve olgunlaşmaya önem verilmektedir.<sup>22</sup>

Kamu personeline ilişkin düzenlemeler tekdüze bir nitelik arz etmezler. Höherer dienst (administrative class) sınıfına girebilmek için bir lisans derecesine sahip olmak gereklidir. Ancak lisans derecesine sahip olmak yeterli değildir. Bunun yanında genellikle farklı kamu kurum ve kuruluşlarında ve özel sektörde uygulamalı aşamalardan oluşan, kamu yönetimi ve idare hukukuna ilişkin derslerle desteklenen iki yıllık hazırlık niteliğinde bir staj aşaması mevcuttur. Executive class sınıfına girebilmek için ilgili alanda bir lisans derecesine sahip olmak şarttır. Bunun haricinde executive class sınıfı için belirli bir hizmet öncesi eğitim bulunmamaktadır. Clerical class sınıfında bir kadroya atanabilmek için ise mesleki eğitim gereklidir. Kariyer sisteminin yasal çerçevesi farklı seviyelerde ve farklı eyaletlerde tekdüze olmaktan uzak bir görünüm sergiler. Kamu görevlilerinin atanmaları ve eğitimi büyük ölçüde merkezi değildir. Federal seviyede her bir bakanlık, her bir eyalet ve her bir mahalli idare kendi kamu personelini atama yetkisine sahiptir.

Kamu görevlilerinin atanmaları ile ilgili "Civil Service Commission" benzeri bir komisyon ya da başka bir merkezi makam bulunmamaktadır. Sonuç olarak kamu personel yönetimi Almanya'da çeşitlik kazanmıştır ve merkezi değildir.

*École Nationale d'Administration* (ENA) tarafından sunulan kamu görevlilerinin eğitimine ilişkin Fransız merkezi sisteminin tam tersine her bir makam (federal veya *Länder* hükümet, belediye) Almanya'da kendi personelinin eğitiminden sorumludur.

---

Opladen, 2006, s.109.

<sup>21</sup> Demmke,s.121.

<sup>22</sup> Tortop, s. 22.



Kamu personelinin eğitimini amaçlayan merkezi elit okullar bulunmamaktadır. Her ne kadar idari bilimler alanında dersler sunan Speyer’de bulunan Alman İdari Bilimler Üniversitesi (DHV) gibi birkaç üniversite olsa da İngiltere’deki Oxford ve Cambridge Üniversiteleri veya Fransa’daki ENA ile karşılaştırılabilir seçkin kamu görevlilerinin yetiştirilebilmesi için merkezi ve prestijli kurum statüsüne sahip değildir. Bu durum höherer dienst(administrative class) sınıfının eğitimi için de geçerlidir: her bir eyalet ve federal hükümet kamu idaresi akademileri veya kamu idaresi için uygulamalı bilimler üniversiteleri gibi kendi eğitim kurumlarına sahiptir. Alman kamu personel sisteminin bu merkezi olmayan yapısı sebebi ile eyaletler kendi idari elitlerini oluşturma çabası içindedirler. Her bir eyaletin ilgili bakanlığı kamu görevlileri için kendi eğitim programlarını organize eder (örneğin, Bavyera’da 1968’den beri, veya Baden-Württemberg’de 1986’dan beri). Federal seviyede de aynı durum geçerlidir: Federal Kamu İdaresi Akademisi kıdemli bürokratlar için geniş bir eğitim programı portföyüne sahiptir. Bunun ötesinde, belediyeler kendi eğitim imkanlarına sahiptirler veya özel eğitim kurumları ile işbirliği yaparlar.

İdari teşkilatın personel yapısı avukatların hakimiyetine dayanır.<sup>23</sup> Almanya’da kamu personel eğitiminin amacı her zaman prosedürleri ve kararları büyük ölçüde kanuni ilkelere dayanan bir sistemde çalışabilen oldukça nitelikli idareciler yetiştirmek olmuştur.

Bununla birlikte kamu yönetimi reformlarının ortaya çıkmasıyla son yirmi yılda durum önemli ölçüde değişmiştir. Bazı belediyelerin yanı sıra bazı eyaletler (*Länder*) kamu görevlileri için eğitim sistemlerini yeniden düzenlemişlerdir. Bazıları yeni müfredat oluşturmuş, diğerleri en azından mevcut eğitim programlarının içeriklerini yeniden düzenlemişlerdir. Almanya’da kamu görevlilerinin eğitiminde kavramların, yapıların ve içeriklerin çeşitliliği nedeniyle statükonun ve son gelişmelerin doğru ve tam resmini elde etmek zordur.<sup>24</sup>

### **Höherer Dienst (Administrative Class) sınıfının hizmet öncesi eğitimi**

Almanya’da en üst seviyedeki kamu görevlileri olan höherer dienst (administrative class)’e atanabilmek için ilgili alandan bir lisans derecesine sahip olmak gerekir. Eğitimlerini genelde kamu üniversitelerinde idari sistem dışında

---

<sup>23</sup> Derlien, H. U.,: “Historical Legacy and Recent Developments in the German Higher Civil Service.” In: *International Review of Administrative Sciences*, 1991, 400-401; Röber, M. / Löffler, E., “Germany: the Limitations of Flexibility Reforms”, In: Farnham, D. / Horton, S. (eds.): **Human Resources Flexibilities in the Public Services. International Perspectives.** Houndmills, Basingstoke, 2000,s.156.

<sup>24</sup> Kuhlmann, S. / Röber, M., s.153.

alırlar. Daha önce de belirtildiği üzere administrative class'a atanan kıdemli üyelerin çoğunluğu hukuk fakültesi mezunudur<sup>25</sup>. Federal hükümet ve çoğu *Länder* hükümet en yüksek sınıf olan bu sınıfa sınırlı sayıda atama yaparlar . Tüm eyaletlerde ortalama yılda yaklaşık 10-30 kişi bu sınıfa atanmaktadır. Aynı zamanda belediyeler de bu sınıf için çok az sayıda atama yaparlar.

Her ne kadar kamu görevlileri kanunu höherer dienst(administrative class) adayları için iki yıllık hazırlık niteliğinde bir aşama öngörmüş olsa da , fiilen bu stajın uygulanabilmesi için çok fazla fırsat bulunmamaktadır. Tek istisna hukuk mezunlarına tanınır, Almanya'daki tüm hukuk fakültesi mezunu memur adayları idari teşkilatta zorunlu iki yıllık staja tabidir. Bu staj kamu kurum ve kuruluşlarında ve özel sektör kuruluşlarında görülecek uygulamaya yönelik kurslarla desteklenir.<sup>26</sup> Sadece az sayıda eyalet "hukuk derecesine sahip olmayan" kamu görevlisi adaylarına bir dizi seminer ve farklı departmanlarda aşamalar ile benzer iki yıllık ön giriş stajına katılmaları için fırsatlar sunar .

### **Gehobener Dienst (Executive class) sınıfının hizmet öncesi eğitimi**

En yüksek sınıf olan administrative class ile karşılaştırıldığında, Almanya'daki eyaletler Alman kamu yönetiminin "belkemiği" olması beklenen ve bir nevi höherer dienst(administrative class) sınıfına hazırlanan gehobener dienst(executive class) sınıfındaki kamu görevlilerinin eğitimine çok daha fazla yatırım yapar ve eğilirler.Yaklaşık 60 yıldır federal hükümet ve *Länder* hükümetlerinin çoğunluğu bu seviyede ki kamu görevlisi adayları işe alır ve kendilerini belirli yüksekokullarda eğitir. Bu adaylar yaklaşık 900 € aylık maaş ile öğrenci ve kamu görevlisi olarak (feshe tabi olarak) iki statüye sahiplerdir. Eğitim programının 12-18 ayı eyaletin değişik departmanlarında uygulamayı öğrenmek için geçirilir. Eğitim programının tüm süresi genelde üç yıldır.Neredeyse tüm eyaletler executive class'ta gelecekte görev yapmaları için kamu görevlisi statüsüne (sözleşmeli personel için bu durum geçerli değildir) sahip stajyeleri işe almayı tercih eder. Bu nedenle sözleşmeli personel için bu seviyede neredeyse hiç eğitim faaliyeti bulunmamaktadır .

---

<sup>25</sup> Federal belediyelerdeki höherer dienst sınıfına mensup olanların yaklaşık %65'i hukuk derecesine sahiptir. Alman bakanlıkların, tüm bölüm başkanlarının veya hükümet ajanslarının başkanlarının 544'ünün hukuk derecesine sahiptir. Hammerschmid, Gerhard / Proeller, Isabella / Reichard, Christoph / Röber, Manfred, **Verwaltungsführung heute – Ergebnisse einer Führungskräftebefragung in der deutschen Ministerialverwaltung**, Berlin , 2010, s.287.

<sup>26</sup> Almanya'daki her bir hukuk öğrencisi "tam avukat" (Volljurist) nihai derecesi almak için gerekli olan ikinci eyalet sınavı (Staatsexamen) ile Rechtsreferendariat'den geçmelidir. Sadece ikinci sınav hakim, eyalet savcısı, dava vekili veya höherer dienst(administrative class) sınıfı için başvurma hakkını sağlar. Reichard/Röber, s.34.

16 Alman *Länder* hükümetinin altısı birkaç yıl önce gehobener dienst(executive class) için eğitim programlarını harici okullarda gerçekleştirmeye karar vermişlerdir. Kamu görevlilerinin eğitimine ilişkin dahili yüksekokullarını kapamışlar veya bunları hem kamu görevlisi hem öğrenci statüsüne sahip olmayan, “normal” öğrencilere sahip “normal” üniversitelere dönüştürmüşlerdir. Bundan böyle bu okulların öğrencileri eğitimlerini başarıyla tamamladıktan sonra gehobener dienst(executive class) de istihdam edilmek için başvurmaları gerekmektedir.

Tüm dahili teknik üniversiteler kamu yönetimine ilişkin 16 program sunar, bunların 13’ü tamamen “hukuk bilimine” odaklanır: Programların içeriğinin yaklaşık %50’si hukuk, %22’si ekonomi, yönetim ve kamu maliyesi, ve kalanı siyasal ve idari bilimler ile ilgilidir. Diğer üç dahili program kamu yönetimine daha fazla ağırlık vermektedir, ancak yine de oldukça hukuk ağırlıklıdır. Federal ve *Länder(eyalet)* hükümetleri kamu yönetimi derecesine sahip mezunlar ile az derecede ilgili iken, belediyeler bu alan mezunlarına daha fazla ilgi göstermektedirler. Bu nedenle kamu yönetimi mezunlarının çoğunluğu özel kurumlarda bir işe başvurmayı tercih etmiyorlarsa mahalli idarelerde istihdam arayışındadır.

Ayrıca, bir dizi harici teknik üniversite kamu idaresi alanında 15 program sunar. Bunların kabaca yarısı hukuk odak noktasına sahiptir ve diğerleri daha çok kamu yönetimi hususlarına odaklanır. Şaşırtıcı olmayan şekilde, gehobener dienst(executive class) seviyesinde de Alman kamu makamları esasen hukuk lisans derecesine sahip öğrencileri işe alır, bununla birlikte kamu yönetimi lisans mezunları sadece sınırlı sayıda atanır. Her ne kadar her iki tür eğitim kurumunun müfredatı ve eğitimsel ilkeleri oldukça benzer olsa da, eyaletler dahili yüksekokullardan olan mezunları tercih eder ve harici üniversitelerin mezunlarını daha az tercih ederler.

### **Mittlerer Dienst(clerical class) sınıfının hizmet öncesi eğitimi**

Bilgi teknolojisinin kapsamlı kullanımına ve artan kalifikasyon gereklilikleri sebebi ile mittlerer dienst(clerical class) sınıfı için önemli miktarda stajyere ihtiyaç duyulmaktadır. Birçok eyalet memurların yanı sıra sözleşmeli personel için de eğitim sunar. Memur adayları genelde uygulamalı aşamalara ve kamu idaresi akademilerinde düzenli eğitime sahip (ikili sistem) iki yıllık stajyerlik programından geçerler. Gelecekte sözleşmeli personel olmaya namzet adaylar ikili moda sahip ve ulusal olarak standartlaştırılmış çerçeve müfredata dayanan üç yıllık stajdan geçerler. Programların içeriği daha çok uygulamaya odaklanmıştır. Adaylar basit bürokratik görevlerin süreçleri ve çeşitli hususları

ile ilgilendir. Her ne kadar her iki programın müfredatı büyük ölçüde örtüşse de memurlar ve sözleşmeli personel genelde ayrı eğitilir.

### **Bir Üst Sınıfa Geçiş İçin Öngörülen Eğitim**

Hizmet öncesi eğitimden ayrı olarak yüksekokullar ve akademiler aynı zamanda bir üst kariyer sınıfına terfi ettirilmesi beklenen kamu çalışanları için de eğitim programları sunarlar. Mittlerer dienst(clerical class)'den gehobener dienst (executive class)'e "yükselenler" genelde yeni işe alınan meslektaşları ile birlikte dahili üniversitede eğitim görme fırsatını elde ederler. Sözleşmeli personel statüsüne sahip olan "yükselenler" çeşitli akademilerin birinin kapsamlı (toplam 900 saat) yarı zamanlı eğitim programına katılma fırsatını elde ederler. Sözleşmeli personele yönelik bu son programın ilkinden daha az kalite ve prestije sahip olduğu düşünülür.

Bazı eyaletlerde gehobener dienst(executive class)'den höherer dienst(administrative class)'e "yükselenler" akademiler tarafından sunulan oldukça zorlu bir eğitim programına katılma fırsatına sahiplerdir. Bazı eyaletler son dönemde bu gibiler için yarı zamanlı lisansüstü programlar oluşturmaya başlamışlardır (örn. Hamburg). Bununla birlikte birçok eyalette bir sınıftan diğerine dikey hareket etme fırsatlarının oldukça sınırlı olduğu bir gerçektir: Alman kariyer sistemi halen oldukça serttir ve sadece sınırlı dikey mobiliteye sahip (bazen %5'in altında) tir.

### **İdari makamların istihdam şekline ilişkin tercihleri**

Eyaletlerdeki tüm personel işleri departmanları oldukça farklı işe alım stratejileri izlerler. Federal hükümet, *eyaletlerin* çoğunluğu ve bazı belediyeler statü grubu olarak "memur" olarak istihdamı tercih ederken, bazı hükümetler "sözleşmeli personel" istihdamını tercih eder.

Bazen tercihler mevcut iktidar partisine göre değişir.<sup>27</sup> Bu tercihler öngörülebilirlik, güven, verimlilik, etkinlik gibi karmaşık argümanlardan etkilenir.

İlginç şekilde bu iki statü grubu arasındaki tercihler sınıftan sınıfa farklılaşmaktadır. Birçok Alman belediyesi ve *Länder* hükümetlerinin(eyaletlerin) büyük bir kısmı mittlerer dienst(clerical class) sınıfında "sözleşmeli personel" istihdam etmeyi tercih ederken, gehobener dienst(executive class) ve höherer dienst (administrative class) sınıfında "memur" istihdam etmeyi tercih

---

<sup>27</sup> Örneğin Schleswig-Holstein eyaletinde sosyal-demokrat hükümet birkaç yıl boyunca daha çok memur ataması yapmıştır bununla birlikte müteakip muhafazakar hükümet sözleşmeli personel istihdam etmeye karar vermiştir. Reichard/Röber,s.8.

etmektedir. Bu hareket tarzının arkasındaki neden muhtemelen mittlerer dienst (clerical class)'e göre höherer dienst (administrative class) ve gehobener dienst (executive class) seviyesindeki kadronun güvenilirliğinin stratejik olarak çok daha önemli olmasıdır.

İşe alınan kıdemsiz kamu personelinin sayısı son yirmi yılda önemli ölçüde değişmiştir. Birçok eyalet yeniden birleşmeden sonra 1995'e kadar özellikle Batı Almanya'da çok sayıda kamu personeli ataması gerçekleştirmişken rakamlar son 15 yılda düşmüştür. Bazı *Länder* hükümetleri(eyaletler) (örn, Brandenburg) birkaç yıl boyunca hiç kıdemsiz kamu personeli atamamıştır, bu da orantısız sayıda yaşlı kişiden oluşan işgücü sonucunu doğurmuştur. Bunun sebeplerinden biri kamu işgücünü küçültme gerekliliğidir. Yıllarca Almanya'daki kamu sektörü zayıf ve önemsiz işveren olmuştur ve halen de öyledir. Bu da yeni mezunlar için kamu idaresinin oldukça sınırlı çekiciliğine neden olmaktadır. Son dönemde demografik nedenlerle işe alınan kamu personeli sayısı tekrar artmıştır. Ağır finansal baskı altındaki özellikle doğudaki eyaletler işgücülerini küçültmeye devam etmektedirler (örn, Berlin, Brandenburg, Saxony-Anhalt) Bu eyaletler artan derecede yaşlanan işgücü ile karşı karşıya kalmaktadır ve bu da önemli yön etkilere sebep olmaktadır.

Almanya'da kamu görevlilerinin atanması ve eğitimi arasındaki ilişki diğer Avrupa ülkeleri ile karşılaştırıldığında eşsizdir. Alman idari makamları kamu görevlisi adaylarını mittlerer dienst(clerical class) için eğitilmek üzere doğrudan orta öğretimden ve gehobener dienst(executive class) için doğrudan eğitilmek üzere ilgili yüksek okul mezunlarından alırlar. Diğer ülkelerden farklı olarak Alman devleti özellikle mittlerer dienst(clerical class) ve gehobener dienst (executive class) için hizmet öncesi eğitime oldukça yatırım yapar. Diğer Avrupa ülkelerindeki kamu görevlileri hemen istihdam sonrasında çalışmaya başlarken, Alman kamu görevlileri profesyonel kariyerlerine başlamadan önce iki veya üç yıllık hizmet öncesi eğitimden geçerler.

Mittlerer dienst (clerical class) seviyesinde hizmet öncesi eğitimin yapısı ve içeriği pek değişmemiştir. Müfredatın çoğu son 30 yıldır aynıdır. Yine de hukuk , uygulama ve prosedürle ilgili eğitim müfredatın merkezindedir. Son dönemde dil eğitimi ve dil becerisinin geliştirilmesine yönelik eğitimler de eklenmiştir.

En önemli değişiklikler gehobener dienst (executive class)'ın istihdamında ve eğitiminde gözlemlenebilir. Bu sınıfa atamada üç farklı model kullanılır:

1) Geleneksel model: kamu görevlisi için bir dahili uygulamalı bilimler üniversitesi hukuk eğitimi ağırlıklı programlar sunar.

2) Güncellenmiş geleneksel model: yine bir dahili uygulamalı bilimler üniversitesi tarafından sunulan ancak hukuk eğitiminin yanı sıra daha fazla işletme, ekonomi ve sosyal bilimlerin diğer alanlarından konularla desteklenen modernleştirilmiş programlar.

3) Harici model: Henüz kamu görevlisi statüsüne sahip olmayan “normal öğrenciler” in katıldığı, kamu yönetimi eğitiminin yanı sıra hukuk eğitimi de veren harici üniversitelerde sunulan programlar.

Adayların statüsü önemlidir. Eyaletlerin çoğunluğu halen “istihdam edilen öğrenciyi” tercih eder yani kişiyi aday memur olarak istihdam eder ve bunları dahili bir uygulamalı bilimler üniversitesinde eğitmeyi ve göreve hazır hale getirmeyi tercih eder. Diğer bir kısmı ise bu gibi üniversitelerden “hazır” mezunları işe almayı tercih eder. Belirtmek gerekir ki ilk sistem daha pahalıdır, ancak aday ile idare arasında erken bir bağ ve sonuç olarak daha başarılı bürokratik sosyalizasyon sağlanır.

Almanya'da ki idari makamlar kamu görevlisi istihdam ederken hukuk ve hukuk bilimlerine programlarında ağırlıklı olarak yer verilmiş programlardan mezun olanları tercih ederler. Aynı zamanda dahili uygulamalı bilimler üniversitelerini tercih ederler ve diğer eğitim kurumlarından gelen adayları işe almakta isteksizdirler. Öncelikle dahili yüksekokullara kendilerini daha aşına hissederler çünkü bu kurumlar genelde ilgi iç işleri bakanlığının sıkı kontrolü altındadır. İkinci olarak bu dahili kurumlar bakanlığın bütçesi ile finanse edilir ve ilgili bakanlıktaki görevlilerin bu yüksekokulların kapasitesini kullanmak istemesi ve onlardan olan mezunları tercih etmesi akla yatkındır. Bakanlıklarda harici(external) üniversitelere ve mezunlarının kalitesine dair kökleşmiş bir güvensizlik bulunmaktadır.<sup>28</sup>

Hali hazırda aday memur statüsüne sahip olan, hükümetten maaş alan ve stajları sırasında idari kültürden yoğun olarak etkilenmiş olan stajyerler gelecek profesyonel yaşamlarında muhtemelen konformist ve güvenilir bürokrat olarak gelişeceklerdir. “İstihdam edilen öğrencinin” ikiz statüsü önemli bir rol oynar: Bu gibi bir öğrenci kendisini iç işleri bakanlığına veya makamına bağlı hisseder. İlaveten, 12-18 aylık staj bağlılığı yoğunlaştırır ve bürokratik formasyonlarına katkı sağlar. Daha da fazlası, ücret sosyalizasyon üzerinde etkiye sahiptir. Staj-

---

<sup>28</sup> Thüringen eyaletinde Kamu İdaresi konusunda lisans programı sunan iki uygulamalı bilimler üniversitesi bulunmaktadır: Gotha'daki dahili(internal) yüksekokul ve Nordhausen'deki harici(external) üniversite. Hükümet sadece Gotha'daki dahili yüksekokul mezunlarını işe alır ve şimdiye dek Nordhausen'deki üniversite programından tek bir mezun almamıştır. Reichard/Röber,s.12.

yerler kamu sektöründeki istihdamlarına devam etmeyi reddederlerse, çalışmaları sırasında aldıkları maaşların büyük bölümünü geri ödemek zorunda kalırlar. Bu muhtemelen kamu sektöründen ayrılmak için caydırıcı bir rol oynar.

Stajyerlerin düzenli maaşa sahip kamu görevlisi adayı olarak atanması uzun süre tartışılmıştır: Hükümet için yüksek maliyetlidir, öğrencilerin motivasyonunu zayıflatabilir (en azından iş feshi riski düşükse) ve stajyerin gelecek hakkındaki kaygılarını azaltır çünkü işe alım kararı eğitim bitmeden önce değil eğitim programı öncesinde verilmiştir. Bununla birlikte idari makamlar bu sistemi tercih ederler çünkü bu gibi bir uygulamanın stajyerlerin bağlılığı üzerinde olumlu etkiye sahip olduğuna inanırlar. Bu imtiyaza sahip stajyerlerin kamu sektöründe uzun süre veya sürekli kalacağını beklerler.

## SONUÇ

Birçok akademik gözlemci mevcut Alman eğitim sisteminin çağdaş idare gerekliliklerini karşılamadığı konusunda hemfikirdir. Bu eksiklik stajyerlerin eğitimi açısından da geçerlidir. Stajyerler en azından giriş öncesi eğitim ile profesyonel yaşamları için kesinlikle iyi hazırlanmış değillerdir.<sup>29</sup>

Höherer dienst (administrative class) seviyesindeki durum yine oldukça belirlidir. Yeni atanan kıdemsiz kamu görevlilerinin çoğunluğu az sayıda hazırlayıcı seminer eğitimi alan bunun haricinde yönetim, finansal işler veya iletişim hakkında pek bilgi sahibi olmayan avukatlardan oluşur. Bu Almanya'daki hizmet öncesi eğitimin en önemli problemi olarak görünmektedir. Her ne kadar kamu yönetimi alanında lisansüstü seviyede programlar sunan az sayıda üniversite olsa da idari makamların bu gibi mezunlar için talebi oldukça sınırlıdır.<sup>30</sup> Örneğin birçok yıldır, uzun süredir tek lisansüstü programı sunan Konstanz Üniversitesi mezunlarının sadece yaklaşık %30'u hükümet sektöründe istihdam edilmişlerdir.<sup>31</sup> Bu durum kamu yönetimi mezunlarının ortaya çıkarttığı önemli arzın hükümet tarafından yüksek oranda karşılandığı birçok diğer Avrupa ülkesinden farklıdır.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Reichard, C/ Röber, M, "Verwaltungsentwicklung und Ausbildungsreformen – aktuelle Tendenzen in einer unendlichen Geschichte", In: der moderne staat, Vol.2, No 1, 129-131.

<sup>30</sup> Bakınız detaylar için Reichard, Christoph, "The study of public management in Germany. Poorly institutionalized and fragmented", in: Kickert, Walter (ed.): The Study of Public Management in Europe and the US. London, New York, s. 42-69.

<sup>31</sup> Kreuter, F., Abschlußbericht des Forschungsprojekts Absolventenbefragung des Fachbereichs Politik- und Verwaltungswissenschaft der Universität Konstanz. Endbericht, Konstanz, <http://kops.ub.unikonstanz.de/volltexte/2000/521/pdf/absol1>

<sup>32</sup> Hajnal, G., "Diversity and Convergence. A Quantitative Analysis of European Public Administration Programs", in: *Journal of Public Affairs Education*, s.256.

Almanya'da ki idari makamların ikiz statüye sahip (hem öğrenci hem kamu görevlisi aday) kimseleri tercih etme eğiliminde olması oldukça makuldür. Zira, güvenilirlerdir, davranışları hesaplanabilir ve kuralları gözettiklerinden mahkemeler veya denetçiler ile probleme neden olmazlar. Her ne kadar hukukçuların hakimiyetinde olsa da , örneğin gehobener dienst(executive class) sınıfının eğitim programlarının içerikleri daha fazla disiplinler arası bir hal almıştır; yönetim ve siyaset yönlü konular eklenmiştir. Ancak yine de geleneksel kurumsal modellerden ve kamu görevlisi adayı statüsüne sahip stajyer öğrenci tercihten vazgeçilmemektedir. Alman hükümetlerinin bu gibi stratejileri gelecekte de koruyabilip koruyamayacağı belirsizdir. Muhtemelen finansal kısıtlamalar, kamu hizmetlerindeki değişiklikler, demografik değişiklikler ve artan derecede rekabetçi iklim değişim için daha olumlu bir durum oluşturacaktır. Ayrıca hizmet içi eğitimin rolü daha da önemli hale gelecektir. Hizmet öncesi eğitim konusunda daha az faaliyete sahip ve isteksiz eyaletler hizmet içi eğitimi uygulamak hususunda daha aktif rol olabilirler. “Yaşam boyu öğrenme” ilkesi bakış açısından profesyonel yaşamın başlangıcında hizmet öncesi eğitim ile karşılaştırıldığında profesyonel gelişiminin farklı aşamalarında işgücünün düzenli ve yoğun eğitime yatırım yapmak muhtemelen daha avantajlı görülebilir.

İşveren olarak kamu sektörünün çekiciliği artan demografik problemlerle birlikte değerlendirildiğinde özel sektör ile daha etkin bir rekabet için güçlendirilmelidir. Gelecekte parlak mezunları çekmek zaruri görünmektedir. Olumlu çalışma koşullarının yanı sıra, profesyonel gelişim politikası ile birlikte yüksek kaliteli eğitim gelecekteki üniversite mezunlarının kamu sektörünü tercih etmesi için önemli bir ön koşuldür.<sup>33</sup>



#### KAYNAKÇA

Auer, Astrid/ Christoph Demmke/ Robert Poltet, **Civil Services in the Europe of Fifteen: Current Situation and Prospects**, European Institute of Public Administration, Maastricht, 2006.

Başar, H., “Yöneticilerimiz Nasıl Davranıyor”, *Hacettepe Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi*, S. 6,1991.

Canman,D., **Çağdaş Personel Yönetimi**, TODAİE Yayınları, Ankara, 1995.

Derlien, H. U.,: “Historical Legacy and Recent Developments in the German Higher Civil Service.” In: *International Review of Administrative Sciences*, 1991.

---

<sup>33</sup> Hajnal, G., s.270.



Goetz, K. H., "The Development and Current Features of the German Civil Service System", In: Bekke, Hans / van der Meer, Fritz (eds.): **Civil Service Systems in Western Europe**,2000.

Hammerschmid, G / Proeller, I / Reichard, C / Röber, M, **Verwaltungsführung heute – Ergebnisse einer Führungskräftebefragung in der deutschen Ministerialverwaltung**, Berlin , 2010,

Hajnal, G., "Diversity and Convergence. A Quantitative Analysis of European Public Administration Programs", in: *Journal of Public Affairs Education*, s.256.

Kalkandelen,H., "Yöneticilerin Yetiştirilmesi-Geliştirilmesi, *Amme İdaresi Dergisi*, C.18, S.2, 1985.

Kaya,Y.K., **Eğitim Yönetimi-Kuram ve Türkiye’de ki Uygulama**, Bilim Yayınevi, Ankara, 1999.

Kreuter, F., Abschlußbericht des Forschungsprojekts Absolventenbefragung des Fachbereichs Politik- und Verwaltungswissenschaft der Universität Konstanz. Endbericht,Konstanz,<http://kops.unikonstanz.de/volltexte/2000/521/pdf/absol1>

Kuhlmann, S. / Röber, M. , "Civil Service in Germany: Between Cutback Management and Modernization",In: Hoffmann-Martinot, V. / Wollmann, H. (eds.): **Modernization of State and Administration in Europe: A France-Germany Comparison** , 2006.

Reichard, C/ Röber, M, "*Verwaltungsentwicklung und Ausbildungsreformen–aktuelle Tendenzen in einer unendlichen Geschichte*", In: der moderne staat, Vol.2, No 1.

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

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

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

Ridley, F. F., "Career Service: A Comparative Perspective on Civil Service Promotion", *Public Administration*, Vol. 61, Summer.

Röber, Manfred, “ New Public Managers in Europe: National Study ”Germany”,in Farnham, David, S. Horton, J. Barlow und A. Hondeghem: **New Public Managers in Europe: Public Servants in Transition**, London, 1996.

Röber, M. / Löffler, E., “Germany: the Limitations of Flexibility Reforms”, In: Farnham, D. / Horton, S. (eds.): **Human Resources Flexibilities in the Public Services. International Perspectives**. Houndmills, Basingstoke, 2000.

Wolff, H. A., “*The Civil Service in Germany*”, Annual Report, Country, Ius Publicum, May 2011.

Tanyeli, H., **Personel Eğitimi: İlkeler-Teknikler-Metotlar**, Şenyuva Matbaası, Ankara, 1970.

Tortop,N.,**Personel Yönetimi**, Yargı Yayınları, Ankara, 1994.

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

## TÜRKİYE'DE YARGININ SORUNLARI VE ÇÖZÜM YOLU: WEBERYANİST YARGIDAN YALIN YARGIYA

*The Problems of Judiciary in Turkey and Solution:  
From Weberian Judiciary to Lean Judiciary*

**Dr. Cengiz SARI\***

### ÖZET

Türkiye'de kamu yönetimi alanında Weberyaniist anlayışla mücadele edilmesine rağmen, yargı yönetimi alanında böyle bir çabanın bulunduğunu söylemek zordur. Oysa ki, Türkiye'de Weberyaniist anlayış yargı yönetimi alanında kamu yönetimi alanına göre çok daha fazla yaşam alanı bulmuştur. Yargısal alandaki spesifik sorunlara çözüm arayışları sorunun kaynağına inilmediğinden yeterince fayda sağlamamaktadır. Yargı yönetimi alanında başarılı sonuçlar alınabilmesi için Weberyaniist anlayışın terk edilerek yalın yargı uygulamalarının benimsenmesi zorunludur.

**Anahtar Kelimeler:** Weberian Mentality, Lean Judiciary, Bürokrasi, Takdir Yetkisi, Kırtasiyecilik.

### ABSTRACT

Although there is a struggle against Weberian mentality in the field of public administration in Turkey, it is hard to say that there is such an attempt in the field of justice administration. However, Weberian mentality in Turkey has found a lot more living space in justice administration than in the field of public administration. Since solution seeking for specific problems in judicial field does not get to the bottom of the problem, it does not reap sufficient benefits. It is a must to abandon Weberian mentality and adopt simple judicial practices so as to accomplish successful results in the field of justice administration.

**Keywords:** Weberian Mentality, Lean Judiciary, Bureaucracy, Discretionary power, Red Tape.

◆◆◆◆

### GİRİŞ

İnsan oğlunun siyasi, sosyal ve kültürel gelişiminin her zaman yukarı eğimli bir doğrusal düzlem şeklinde gerçekleştiğini söylemek mümkün değildir. Bunun tam aksine hareket, uzun vadede yukarı yönlü de olsa, büyük ölçüde inişli çıkışlı bir borsa endeksine benzemektedir. Bazen düşüşler o kadar keskin olmuştur ki, bin sene önceki seviyeden bile daha geri bir vaziyet yaşanabilmiştir.

\* Adalet Bakanlığı ABGM tetkik hakimi. cengizsaru0131@yahoo.com.

Sanat, bilim, kültür, siyaset ve demokrasi tarihsel süreç içerisinde bu çıkış ve düşüşleri yaşamıştır. Hukuk da elbette bundan uzak olmamıştır.

MÖ 4. ve 5. yüzyıllarda Yunanistan’da ideal demokrasinin var olduğu söylenirken aynı topraklarda insanlar 2.500 yıl sonra diktatörlükle yönetilmiştir. Anadolu’daki günümüz esnaflık uygulamalarının bu topraklarda 1000 yıl önce gerçekleşen Ahi Teşkilatı uygulamalarından daha ileri olduğunu kim söyleyebilir? Yüzlerce yıl önce Avrupalı seyyahların övgüyle bahsettikleri Türk yargısının şimdi sorunlarını çözmek için çeşitli araçlarla Avrupa ülkelerinden yardım alması da bu duruma başka bir örnektir.

Savaşlar, ideolojiler, inançlar ve bunlar gibi başka etkenler medeniyetin iniş ve çıkışlarında rol oynasalar da, 20. yüzyılda yaşanan yolsuzluklar, geri kalmışlık, gayri ahlaki uygulamalar, dışa kapalılık ve gizlilik gibi kamu yönetimi sorunlarının baş sorumlusu Weberyaniist kamu yönetimi anlayışı olarak görülmüştür. Siyasiler, akademisyenler ve kamu kurumları yetkilileri tarafından yönetimde etkinlik ve verimliliğin sağlanması için özellikle 20. yüzyılın son yirmi yılından itibaren kamu yönetimi alanında Weberyaniist anlayışla mücadele edilmesine rağmen, yargı yönetimi alanında böyle bir çabanın görüldüğünü söylemek zordur. Oysa ki, Türkiye’de Weberyaniist anlayış yargı yönetimi alanında kamu yönetimi alanına göre çok daha fazla yaşam alanı bulmuştur.

### **TÜRKİYE’DE YARGININ ETKİNLİĞİ VE VERİMLİLİĞİ**

Türk Yargısının etkinliği ve verimliliği konusu konuşulduğunda ilk akla gelen ölçüt Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları olmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi adil yargılanma hakkının ihlali konusunda her yıl Türkiye hakkında bir çok ihlal kararı vermektedir. İstatistiklere bakıldığında Türkiye’nin Avrupa ülkeleri arasında hakkında en çok ihlal kararı verilen ülkeler arasında yer aldığı görülmektedir.

Türkiye’de yargılamaların makul sürede bitirilememesi neredeyse olağan bir hal almıştır. Her yıl Adli Sicil İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan sayısal verilere bakıldığında durum iç açıcı görünmemektedir. 2004 yılı hukuk mahkemelerinde bir önceki yıldan devreden dava dosyası sayısı 679.501’iken bu sayı 2013 yılından 2014 yılına 1.165.621 dava dosyası devri olarak gerçekleşmiştir.<sup>1</sup> Bazı alanlarda sorundaki büyümenin daha ağır olduğu görülmektedir. Örneğin bölge idare mahkemeleri davaları 2004 yılına göre

---

<sup>1</sup> Adli Sicil Ve İstatistik Genel Müdürlüğü Yayını, Adli İstatistikler 2014, s.134, 249.

2014 yılında yaklaşık 3 kat artmıştır.<sup>2</sup> Bu durum davaların görülme süresine de yansımıştır. 2004 yılında bir hukuk davasının ortalama görülme süresi 177 gün iken bu süre 2014 yılında 207 gün olarak gerçekleşmiştir.<sup>3</sup>

Türkiye’de yargıya güven düzeyi ya da hizmet kalitesinden memnuniyet konusunda kapsamlı ve bilimsel anketler yapılmamaktadır. Eğer bu yapılmış olsaydı fiili durum hakkında daha doğru tespitler yapılabilirdi. Gerçekten yargıya güven düzeyinin düşük olduğu durumlarda mahkeme istatistikleri tartışmalı bir hale gelir. İnsanların mahkemelerden adalet beklentisinin azalması sebebiyle mahkemelerin iş yüklerinin azalıyor olması istenen bir netice değildir. Elbette mahkemelerin iş yükünün artıyor olması da yargıya olan güven düzeyinin yükseldiği anlamını taşımaz. Çünkü belki de güven düzeyi daha yüksek olsaydı iş yükü çok daha fazla olacaktı.

Adli Sicil Ve İstatistik Genel Müdürlüğü istatistik verileri, Avrupa Birliği İlerleme Raporları, AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Tazminat Komisyonu istatistiksel verileri ve kararlarına bakıldığında kısaca Türkiye’de yargı alanında işlerin yolunda gitmediği rahatlıkla söylenebilir. İyiniyetli çalışmalar, projeler, çalıştaylar, yurtdışı çalışma ziyaretleri, meslek öncesi ve meslek içi eğitimler, mevzuat değişiklikleri ve yeni oluşturulan kurumlara rağmen yargı Türkiye’nin en sorunlu alanlarından birisi olmaya devam etmektedir. Başka bir söyleyişle yargıda etkinlik, kalite ve verimliliğin artırılması için sarf edilen alın teri ve emek, kararlılık, masraf girdisi somut bir çıktıya dönüşmemektedir. İşte bu durum, Türkiye’nin çözülmesi gereken en önemli sorunlarından birisi olarak karşımızda durmaktadır. Bir sorunu çözmenin yolu ise öncelikle doğru teşhisin konulmasıdır. Başka bir deyişle yargısal sorunlar doğru teşhis edilmedikçe çeşitli şekillerde yapılan tedaviler fayda sağlamayacaktır.

### **WEBERYANİST ANLAYIŞ**

Büyük ölçüde Woodrow Wilson, Max Weber ve Fredrick Taylor gibi bilim adamlarının görüşlerine dayanan geleneksel kamu yönetimi anlayışı, 19. yüzyılın ikinci yarısından 20. yüzyılın son yirmi yılına kadar kamu yönetimlerine hakim olan anlayış olarak kendisini göstermiştir. Kamu yönetiminde bu bilim adamlarından özellikle Max Weber’in bürokrasi anlayışı daha yaygın olarak uygulandığından geleneksel kamu yönetimi anlayışı yerine Weberyaniist anlayış kavramı da kullanılmıştır.

---

<sup>2</sup> 2004 yılında Bölge İdare Mahkemelerine açılan dava sayısı 53.512, 2014 yılında ise 157.154 olarak gerçekleşmiştir.

<sup>3</sup> Adli Sicil Ve İstatistik Genel Müdürlüğü Yayını, Adli İstatistikler 2014, s.137.

20. yüzyılın son yirmi yılına kadar neredeyse tüm dünyada hakim olan Weberyantist kamu yönetimi anlayışı bürokratik bir temel üzerine yapılandırılmıştır.<sup>4</sup> Weberyantist anlayışta kamu yararı, tanımlanmış sınırlandırılmış görevler, otorite, şekli denetim ve hiyerarşi önemlidir. Eryılmaz’a göre<sup>5</sup> bu anlayış dört temel ilkeye dayanmaktadır. Bu ilkeler şunlardır:

- Ayrıntılı olarak düzenlenmiş kurallar, biçimselliğe ve katı hiyerarşiye dayalı, kariyeri esas alan, merkeziyetçi bir niteliktedir.
- Devlet kamusal mal ve hizmetlerin üretim ve dağıtımında bürokrasi aracılığıyla doğrudan doğruya görev alır.
- Hizmetlerde nitelikten çok nicelik önemlidir. Kamu idaresinin görevi, talimatları ve kuralları uygulamaktır. Stratejileri siyasiler belirler. Kamu kurumlarının denetimi, merkeziyetçi yöntemle, hiyerarşik basamaklar vasıtasıyla ayrıntılı biçimde yapılır.
- Kamu yönetimi anlayışı özel sektör yönetim anlayışından farklıdır.

Max Weber’in bürokrasi anlayışının temel çıkış noktası yönetimde objektifliğin ve gayri şahsiliğin sağlanmasıdır. Yönetimde ahabap çavuş ilişkileri yerine liyakate önem verilmesi de bürokrasi anlayışının en önemli argümanlarından. Weber’e göre kesinlik, süreklilik, disiplin, güvenlik, öngörülebilirlik, hizmetlerin yoğunluk ve yaygınlığı, evrensellik, verimlilik ve etkinliği gerçekleştirme yeteneği bürokratik yönetimin üstünlükleridir.<sup>6</sup> Ancak bu iyiniyetli prensiplere rağmen Weberyantizm uygulamada işlerin yokuşa sürülmesi, sonuç yerine prosedürlerin yerine getirilmesi, kağıtların, tutanakların ve dosyaların insanın önüne geçmesi sonucunu doğurmuştur. Weberyantist anlayışın başlıca sorunlu çıktılarında birisi de niceliğin niteliğin önüne geçmesidir.

Kamu yönetimi ve özel sektör alanında sorunların kaynağını teşhis etme çabası sonunda Weberyantizm yönetsel sorunların başlıca kaynağı olarak görülmüştür. Yönetim bilimciler kamu yönetimi alanında yaşanan Weberyantizm temelli bu sorunları, merkeziyetçilik, gayri ahlaki uygulamalar, örgütsel büyüme, dışa kapalılık ve gizlilik, tutuculuk, hesap vermeme, kalitesizlik, mevzuatçılık ve sorumluluktan kaçma gibi başlıklar altında toplamışlardır. Sayılan bu sorunlar zaman zaman yargı yönetimi alanında da görülmekle birlikte Weberyantizm yargı alanında yargıya özel sorunlar da üretmektedir. İşte yargı alanında kendisini gösteren bu sorunlar, hastalıklı bir vücudu tedavi edecek ilacın tesirini zayıflatan bir madde gibi yargısal sorunları ortadan kaldırmaya

---

<sup>4</sup> Genç, F. N., **Yeni Kamu Yönetimi Yaklaşımı**, Türk İdare Dergisi, sayı:466, Mart, 2010. s. 148

<sup>5</sup> Eryılmaz, B. **Kamu Yönetimi**, Okutman Yayıncılık, Ankara, 2010. s.16

<sup>6</sup> Gülmez, M., Weber ve İdeal Tip Bürokrasi Anlayışı, Amme İdaresi Dergisi, Sayı:8, 1975, s. 60.

ve ileri uygulamaları etkinleştirmeye yönelik müdahaleleri çoğu kez boşa çıkarmaktadır.

## **WEBERYANİST ANLAYIŞIN YARGI ALANINDA ORTAYA ÇIKARDIĞI SORUNLAR**

İnsana güvensizlik, katı bürokrasi ve hiyerarşiyi esas alan Weberyanizm yargıya özgü olarak temel üç soruna yol açmakta, bu üç sorun da bağlantılı olarak bir çok başka soruna kapı aralamaktadır. Yargı alanında yapılan projeler, çalıştaylar, yurtdışı ziyaretler, eğitimler, mevzuat değişiklikleri ve yeni oluşturulan kurumlarla bu üç sorun sebebiyle ateşlenen sorunlara çözüm arayışına girildiğinden ve temeldeki üç sorunla yeterince mücadele edilmediğinden köklü çözümler üretilmemektedir. Yargı reformu adı altında yapılan iyiniyetli çabalar da yine çoğu kez bu üç alana yeterince müdahale etmediğinden gerçek bir reformdan beklenen sonuçları doğurmamaktadır. Weberyanist anlayışın yargıya özgü ürettiği üç temel sorundan birincisi gerçekte dava konusu olmayan işlerin dava konusu haline getirilmesidir. İkinci temel sorun ise davaların ve iş süreçlerinin aşırı bürokrasi ve kırtasiyeciliğe bağlanmasıdır. Sonucu temel sorun ise Weberyanist anlayışın doğal bir sonucu olarak hakimlerin takdir yetkisinin kısıtlanmasıdır.

### **A. Gerçekte Dava Konusu Olmaması Gereken İşlerin Dava Konusu Haline Getirilmesi**

Türkiye’de insana güvenmeme, memura güvenmeme, kurumlara güvenmeme anlayışı her işi mahkemelerde çözüme ihtiyacını doğurmuştur. Bu durumun en olumsuz etkilerinden birisi de mahkemelerin gerçekte dava yolu ile görülmesine gerek olmayan işlerle uğraşması sebebiyle gerçekten yargısal nitelik taşıyan işlere yeterince vakit ayıramamalarıdır.

Yapılan düzenlemelerle daha önceden dava yolu ile çözülen bazı işlerin kaynağında çözümü imkanı sağlanmıştır. Örneğin, 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 31.03.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kanunla birlikte bazı suç tipleri için ceza yargılaması gerekliliği ortadan kaldırılmıştır. Yine bu kanunla daha önce sadece mahkemelerce verilen mirasçılık belgelerini noterler de vermeye yetkili hale getirilmiştir. Yine 5831 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle İştirak halindeki mülkiyetin müşterek mülkiyete çevrilmesi konusunda tapu müdürlüklerine de yetki verilmiştir. Ancak her iki halde de mahkemelerin seçimsel görevleri devam etmektedir. TMK’nın 1027. maddesinde öngörülen tapu kaydındaki kimlik bilgilerinin düzeltilmesine ilişkin davalar hakkında da

Tapu Sicil Tüzüğü’nün 75. maddesinde yapılan değişiklikle tapu müdürlüğü yetkili hale getirilmiştir.

Öteden beri dava yolu ile çözüme bağlanan bazı işlerin kaynağında çözülebilmesi için atılan bu adımlar çok değerli olsa da oldukça yetersizdir. Halen mahkemeler eliyle yürütülen pek çok idari nitelik taşıyan iş bulunmaktadır. Bu kapsamda yapılması gereken iş bazı davalara yol açan alanların ortadan kaldırılması, bataklığın kurutulmasıdır. Burada sözünü ettiğimiz şey alternatif çözüm yolları değildir. Yargısal sorunların çözümü konusunda sihirli bir çubuk olarak görülen alternatif çözüm yolları gereksiz davalara yol açan alanlar ortadan kaldırılmadıkça fayda sağlamamaktadır. Gerçekten salondaki çöplerin bir kısmının oturma odasına konulması gerçek bir temizlik değildir. Tüketici mahkemelerinde görülen yüzbinlerce davanın bir kısmının hakem heyetlerine aktarılmış olması bu davaların varlığını ortadan kaldırmamaktadır. 2012 yılında tüketici mahkemelerine 54.571 dava açıldığı halde bu rakam 2014 yılında neredeyse üçe katlanarak 150.541 rakamına ulaşmıştır.<sup>7</sup> Aynı dönemde tüketici hakem heyetlerinde yaklaşık 500.000 talep hakkında karar verilmiştir. Görüldüğü gibi alternatif çözüm yolları uyumsuzlukları azaltmada yeterli işlev görmemektedir. Üzerinde durulması gereken asıl anahtar soru neden bu kadar fazla tüketici uyumsuzluğu olduğudur. İş mahkemelerindeki durum da bundan çok farklı değildir. 2014 yılında açılan iş davası sayısı 177.267’dir.<sup>8</sup>

Gereksiz davalara yol açan alanların yok edilmemesi karşılanması mümkün olmayan bir iş yükünü doğurmaktadır. İş hukuku alanında sürekli artan dava yükünün karşılanması için Yargıtay’da 22. Hukuk Dairesi kurulmuş fakat onun da yeterli olmaması sebebiyle 7. Hukuk Dairesi iş dairesine dönüştürülmüştür. Ancak iş davalarının her yıl artarak gelmeye devam etmesi kısa süre içerisinde bu dairenin de raflarının dosyalar ile dolmasına yol açmıştır. Öte yandan yeni mahkemeler yeni daireler kurulması içtihat farklılıklarının oluşması ve görevli mercii sorunu gibi farklı farklı yeni sorunların da doğmasına yol açmıştır. Gerçekten Yargıtay’da özellikle hukuk alanında yeni dairelerin kurulması ve iş yükünün artması daireler arasında hatta aynı daire içinde içtihat farklılıkları oluşması yanında bir de dosya trafiği denilen ciddi bir enerji kaybına yol açmıştır. Yargıtay daireleri önlerine gelen dava dosyalarının önemli bir kısmı hakkında görevsizlik kararı vermektedir. Bu kararlar çeşitli hukuk dairelerine gönderilen dosyalar o daireler tarafından da çoğu kez başka dairelere gönderilmekte dava dosyaları bazen aylarca kendisine bakacak daire aramaktadır. Bu süreç

---

<sup>7</sup> Adli Sicil Ve İstatistik Genel Müdürlüğü Yayını, Adli İstatistikler 2014, s.182.

<sup>8</sup> Adli Sicil Ve İstatistik Genel Müdürlüğü Yayını, Adli İstatistikler 2014, s. 133.



içersinde dosyalar çoğu kez okunmakta üzerinde emek de sarfedilmekte böylece sözünü ettiğimiz kıymetli insan emeği israf edilmekte ve vatandaşın davası da boş yere uzatılmaktadır. İş hukuku alanında yapılan güncel çalıştay ve projeler ise iş hakem heyetlerinin oluşturulması, iş hukuku alanında bilirkişi sorunu konuları gibi alanlar üzerine yoğunlaşmış olup iş hukuku alanındaki gerçek sorunları çözmekten oldukça uzaktır.

Yargı alanında yaşanan daha önemli bir problem ise bazı davaların gereksiz olmanın ötesinde bir hakkın yerine getirilmesi, bir hatanın düzeltilmesi daha geniş bir ifade ile adaletin tesisi değil, tam aksine gayri adil sonuçları elde etme aracı olarak kullanılabilmesidir. Örneğin, önalım davası sayesinde kişiler bir taşınmaz payını yıllar önceki fiyatı ile satın alma imkanına sahip olabilmektedir. Gerçekten davanın kesinleşme süresine göre bir taşınmaz payı bazen 10-15 yıl önceki satış fiyatı üzerinden satın alınabilmektedir.<sup>9</sup> Önalım davasını açmakta ve davayı uzatmakta davacının menfaati olduğundan bu davalar uygulamada tam bir sebepsiz zenginleşme aracı haline gelmektedir. Üstelik davalı konumundaki kişinin ödeyeceği ağır vekalet ücretleri ve yargılama giderleri de ikinci bir adaletsizliğe yol açmaktadır. Oysa ki tapu kaydındaki kimlik bilgilerinin düzeltilmesi veya iştirak halindeki mülkiyetin müşterek mülkiyete çevrilmesi davalarında olduğu gibi tapu müdürlüklerinde bazı işlemlerin yapılarak bu davaya neden olan alanın ortadan kaldırılması oldukça kolaydır. Tapu dairesinde pay satışı yapılacağı zaman tapu memurunun işlemi askıda bırakıp diğer paydaşların yasal adresine satış işleminin yapılacağını tebliğ edip kendileri belirtilen sürede alıcı olmazsa satışın gerçekleşeceği tebliğ edilmiş olsa bu davanın büyük ölçüde azalacağı aşikardır. Bu sayede haksız kazançların ve belki her yıl yüzlerce insanın mağdur olmasının önüne geçilebilecektir.

---

<sup>9</sup> Adana 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2008/641 esas 2013/346 karar sayılı ilamında, yargılama sırasında dava konusu taşınmaz payının 05.02.2004 tarihinde iktisap edildiği yargılamanın uzun sürmesinin davalının kusurundan kaynaklanmayıp tapudaki satış bedelinin depo ettirilmesi halinde davacının sebepsiz yere zenginleşeceği, tapudaki satış bedelinin gerçek değeri yansıtmadığı ve davacı vekilinin gerçek değeri değil de tapudaki satış bedelini depo edeceklerini bildirmesi karşısında davanın reddine karar verilmiş ise de Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 2013/14152 esas 2013/15921 karar sayılı ilamı ile “mahkemece, tapuda gösterilen satış bedeli ile davalı tarafından ödenen harç ve masrafların toplamı üzerinden belirlenen önalım bedelinin yatırılması için davacı tarafa süre verilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile taşınmaz üzerinde keşif yapılarak karar tarihine yakın bedelin depo edilmesine karar verilmesi ve keşifte belirlenen taşınmaz bedelinin davacı tarafından yatırılmaması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş,” denilmek suretiyle hüküm bozulmuştur. Böylece davacı tarafın dava konusu payı en az 10 yıl önceki fiyatıyla satın alabilmesine neden olunmuştur. Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin kararlılık kazanmış içtihatları bu yöndedir.

Yargı alanında alternatif çözüm yolları ya da başka proje arayışlarından önce yapılması gereken iş yerel mahkemelerde ve yüksek mahkemelerde çalışma grupları oluşturularak gereksiz davalara yol açan, hatta bunun ötesi önalım davası gibi haksız uygulamalara neden olan, alanların bulunarak ortadan kaldırılması olmalıdır. Aslında belirttiğimiz gibi bu denenmiş ve başarılı olunmuş bir uygulamadır. Daha önce bir tapu kaydındaki kimlik bilgilerinin düzeltilmesi davasının kesinleşmesi yaklaşık 2 yıl sürerken şimdi bu konuda tapu müdürlerinin yetkili kılınıp sorunun kaynağında çözülmesi ile bu sorun saatler içinde çözülebilir hale gelmiştir.

### **B. Davaların ve İş Süreçlerinin Aşırı Bürokrasi ve Kırtasiyeciliğe Bağlanması**

Weberyanizm’in temel felsefesi bürokrasi ve kırtasiyeciliktir. Kamu yönetimi alanında işlerin yürütümünde yıllardır bürokrasi ve kırtasiyecilik başlıca sorunlardan birisi olarak görülerek bununla mücadele kararlılığında olunmasına rağmen yargıda bürokrasi ve kırtasiyecilik bir nevi işlerin sağlam yapılmasının, belgelendirilmesinin, adil yargılanmanın bir gereği olarak görülmüştür. Bu sebeple yargıda bürokrasi ve kırtasiyecilikle ciddi bir mücadele arayışına girilmemiştir.

Yargılama işlevini zorlaştıran şey çetrefilliktir. Hangi alanda olursa olsun, karmaşıklık arttığı ölçüde yönetim işi de zorlaşacağından yargılama işlevinin etkinlik ve verimliliği yalınlaştırma ve sadeleştirme ile doğrudan ilgilidir. Yalınlaştırma olmaksızın öze inme, özü kavrama çoğu zaman mümkün değildir.<sup>10</sup> Türkiye’deki mevcut ağır usul kuralları ile yargılama faaliyeti çoğu kez işin içinden çıkılamayacak bir hale gelmektedir.

Yargılamaların makul bir sürede bitirilememesinin en önemli sebeplerinden birisi davaların katı usul kuralları ile çözülmesi zorunluluğudur. Çoğu kez usuli süreçler hakkın da önüne geçebilmekte hakimler sonuca ulaşmak yerine prosedürleri yerine getirmekle meşgul olmaktadır. Mahkemelerin denetiminde de müfettişler çoğu kez sonuca değil, süreçlere odaklanarak usullerin yerine getirilip getirilmediği ile ilgilenmektedir. Katı usul kuralları ve her şeyi tutanağa bağlama işlemi dosya tanzim etmeyi adaletin önüne geçirebilmektedir. Duruşmalarda hakimler çoğu kez olayın özünden çok, iyi tutanaklar tanzim etmekle meşgul olmaktadır. Bu tutanaklar ise çoğu kez olayın özünden ve adaletten kopuktur.

---

<sup>10</sup> Güneşlik, A., V., C., ve Güneşlik, M., 2013, **Yalın Yönetim Felsefesinin Önemli Bir Boyutu Olarak Muhasebede Yalınlaşma Düşüncesi ve Bir Yalın Muhasebe Uygulaması Örneği: “Kendine Faturalama”** Muhasebe ve Finansman Dergisi, 2013, s.2.

Çözümü aslında oldukça yalın olması gereken davalar Weberyenist bir yaklaşımla çok teknik ve uzmanlık gerektiren davalar haline getirilmiştir. Alacaklılar arasında bir sıralama yapılmasına itiraza ilişkin “sıra cetveline itiraz davası”, taşınmazına ulaşmak için yolları bulunmayanların açtıkları “geçit davaları”, ya da hukuka aykırı olarak yapılan tasarruflara ilişkin “tasarrufun iptali davaları” gibi pek çok alan yüzlerce sayfa kitapların yazıldığı, az sayıda kişinin uzmanlığa sahip olduğu davalara dönüştürülmüştür. Bunun en belirgin örneklerinden birisi de iş yargılaması alanında yaşanmaktadır. İş yargılaması o kadar karmaşık bir hale getirilmiştir ki neredeyse her iş uyuşmazlığı bilirkişi eliyle çözüme kavuşturulmaktadır. Karma karışık mali hesaplar, hakimlerin çoğu kez bilirkişilerin raporlarını denetlememelerine bile imkan vermemektedir.

HMK 266/1, CMK 63/1 maddeleri hükmü uyarınca hakimlerin hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi gereken konularda bilirkişiye başvurmayacağı, ancak çözümü hukuk dışında teknik ve özel bilgiyi gerektiren konularda bilirkişi raporu alabileceği ceza ve hukuk usulü mevzuatında açıkça belirtildiği halde hukuksal prosedürlerin ve hesaplamaların karışıklığı hakimlerin bu hükümleri göz ardı etmesine yol açarak bazı hukuksal konuları da bilirkişi eliyle çözmelerine neden olmuştur.

Avrupa ülkelerinin çoğunda bilirkişiye başvuru yolu istisnaidir. Örneğin, Alman iş yargılaması sisteminde mahkemelerin bilirkişiye başvurusu yüzde birin altındadır. Bu da çoğu kez doktorluk ya da mimarlıkla ilgili konulardadır.<sup>11</sup> Adalet Bakanlığı tarafından gerçekleştirilen bir çalıştayda Hamburg Yüksek İş Mahkemesi Başkanı Helmut Nause 22 yıllık hakimlik meslek hayatında sadece 5-6 kez bilirkişi raporu aldığını, ülkesinde çok istisnai durumlarda bilirkişiye başvurulduğunu ifade etmiştir.<sup>12</sup> Bu rakam çoğu kez Türkiye’deki bir iş hakiminin tek bir duruşmada bilirkişiye başvurmasının altındadır. Alman yargılama sisteminin ve dava süreçlerinin yalınlığı bilirkişi müessesine başvuruyu neredeyse tümünden gereksiz kılmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi ve Tazminat Komisyonu önünde tartışılan makul sürede yargılanma hakkının ihlali davalarının pek çoğunun temelinde yargılamalarda yerine getirilmesi gereken prosedürler yatmaktadır. Gerçekten daha sonuç odaklı çalışan bir yargılama sistemi makul sürede yargılama hakkının ihlaline ilişkin davaların sayısını azaltacaktır. Her bir davanın görülme usulündeki farklılıklar ve gereksiz aşamalar bir taraftan avukatların ve hakimlerin uzmanlaşmasını zorlaştırırken öte yandan

---

<sup>11</sup> <http://www.higm.adalet.gov.tr/dokumanlar/hamburgziyaretiraporu.pdf> s.8

<sup>12</sup> <http://www.higm.adalet.gov.tr/dokumanlar/hamburgziyaretiraporu.pdf> s.11

da hata yapma ihtimalini artırmaktadır. 2014 yılı Yargıtay istatistiklerine göre ceza yargılamasında bozma ve kısmi bozma oranı yüzde 43,5’dür. Bu oran hukuk yargılamasında yüzde 50,9’dur.

Ceza ve hukuk usul kanunlarında yapılan değişiklikler yargılama süreçlerinin yalınlaştırması konusunda önemli bir değişiklik getirmemiştir. Hatta tam tersine 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda gerekçeli kararın yazıldığı tarihin karar başlığına yazılması, dosya ön inceleme tutanağının tanzimi gibi yeni süreçler ve işlemler kabul edilmiştir.

### C. Hakimlerin Takdir Yetkisinin Kısıtlanması

Weberyaniist yönetim anlayışında yöneticilerin, siyasilerin belirledikleri hedefleri gerçekleştirmeleri gerektiğinden formalite ve kuralları harfiyen uygulamaları beklenmektedir. Bu sebeple uygulamaya ilişkin süreç, ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş, politikaların yerine getirilmesinde kamu yöneticilerinin takdir yetkileri oldukça daraltılmıştır.<sup>13</sup> Weberyaniist yaklaşıma göre kamu görevlilerinin kuralları uygulaması esas olduğundan aynı sorunlar aynı yöntemlerle çözümlenmelidir. Bürokratik yapılarda gerçekleştirilen eylemler her türlü his ve düşünceden uzak olmalıdır. Bu durum kurumsal eylemlerin disipline edilmesini, sonuçların öngörülebilir olmasını ve kesinliğini garanti altına almaktadır.<sup>14</sup>

Özel sektör alanında yöneticilerin takdir yetkilerinin artırılması ile elde edilen başarılı sonuçlar, kamu yönetimi alanında da etkinlik ve verimliliğın artırılması için kamu görevlilerinin takdir yetkilerinin artırılması düşüncesini kuvvetlendirmiştir. Kamu yönetimi alanında esnek, uyumlu ve yenilikçi örgütsel yapılar, eski bürokratik yapıların yerini almaya başlamıştır.<sup>15</sup> Böylece kamu hizmetlerinin maliyetini azaltarak kalitesini artırmaları için kamu görevlileri takdir yetkilerini kullanmalarına yönelik olarak cesaretlendirilmiştir.<sup>16</sup>

Kamu görevlileri için takdir yetkisi kullanımı işlerin verimli bir şekilde yürütülmesi için gerekli görülürken hakimlik mesleğinde takdir yetkisinin öne-

---

<sup>13</sup> Yıldırım, M. , Kamu Yönetiminde Takdir Yetkisi: Geleneksel ve Yeni Kamu Yönetimi Arasında Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Uluslar arası İnsan Bilimleri Dergisi, Cilt 7, Sayı 2, 2010, s. 840.

<sup>14</sup> Yıldırım, M. s. 845

<sup>15</sup> Painter, C.. “Managing Change in the Public Sector”, Management in the Public Sector: Challenge and Change, Ed. Kester Isaac – Henry, Chris Painter and Chris Barnes, International Thomson Business Press, UK, 1997 s.45-72.

<sup>16</sup> Ian, T. ve Kelly, J. , “Professionals, Discretion and Public Sector Reform in the UK: Re-visiting Lipsky”, International Journal of Public Sector Management, Vol.19, No.7, 2006, s.629-642; Murat Yıldırım, 852.

mi bunun çok daha ötesindedir. Hakimlerin genel ve soyut kurallarını somut olaylara uygulayabilmesi, takdir yetkisinin varlığını zorunlu kılmaktadır. Edis'e göre, hakimin takdir yetkisi, hukukun hayatın akışına ayak uydurabilmesine ve adaletin tecellisine yarar.<sup>17</sup> Gerçekten takdir yetkisi bulunmayan bir karar vericinin hakim olduğunu söylemek mümkün değildir.

Türk yargılamasında Weberyenist bir yaklaşımla hakimlerin takdir yetkisinin büyük ölçüde kısıtlandığı görülmektedir. Hakimler çoğu kez kararlarında olayın özünden koparak matematiksel hesaplamalarla uğraşmaktadır. Türkiye'de hakimlerin takdir yetkisinin ne ölçüde kısıtlı olduğunu görmek için bir Alman Ceza Mahkemesi ilamı ile Türk Ceza Mahkemesi ilamının yan yana konularak kıyaslanması yeterlidir. Türkiye'deki ceza mahkemesi ilamlarının sayfalarca ceza hesaplaması ve ayrıntılı yargılama giderleri hesaplamaları ile dolu olduğu, buna karşılık Alman mahkeme ilamlarının ise yalınlığı ve sonuç odaklılığı hemen göze çarpacaktır. Türkiye'deki hem kanunlar, hem de denetleme yapabilmek için yüksek mahkemeler elde edilen sonuçların nasıl ortaya çıktığını görmek için atılan her adım, hesaplama ve aşamanın kararda gösterilmesini gerekli görmektedir. Takdir yetkisinin bu şekilde kısıtlanıyor olması hakimlere duyulan güvensizliğin açık bir göstergesidir.<sup>18</sup>

Takdir yetkisinin kısıtlanmasının çoğu kez hakimlerin keyfi davrandıkları ya da takdir yetkisinin kullanımında somut gerekçeler göstermedikleri tezine dayandığı görülmektedir. Uygulamada Yargıtay'ın denetim yetkisini aşarak vakıların da tespitine yönelik denetim yaptığı görülmektedir. Yetki aşımı suretiyle yapılan bu denetim doktrin tarafından eleştirilmekte ancak bu durum istinaf mahkemelerinin bulunmamasına bağlanmaktadır.<sup>19</sup> Hakimlerin takdir yetkisinin kısıtlanması gerektiği savunmasının bir dayanağı da hakimlerin gerekli niteliklere tam olarak sahip olmadıkları iddiasıdır. Ancak elbette bu sorunun çözümü, hakimlerin takdir yetkisinin kısıtlanmasında değil, onlara daha iyi eğitim verilmesi ile sağlanabilir.

## SONUÇ

Geçtiğimiz yüzyıl içerisinde kamu bürokrasisinde yaşanan temel sorunların başlıca sorumlusu Weberyenist anlayış olarak görüldüğünden tüm dünyada olduğu gibi Türkiye'de de Weberyenist anlayışla mücadele edilmiştir. Ancak

---

<sup>17</sup> Edis, S., Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 30 Sayı 1-4, 1973, s. 169-196,

<sup>18</sup> Oğuzoğlu, H. C., Medeni Hukuk 5. Baskı, 1963, s.157.

<sup>19</sup> Dışbudak, A., Bülbül, F., M. , Hakimin Takdir Hakkının Yargıtayca Denetlenmesi, sayı 1. 2006, s. 11-34

Weberyaniist anlayış yargıda kamu bürokrasisine göre çok daha etkin olmasına rağmen bürokrasi, kırtasiyecilik ve yazızcılık yargısal işlerin yürütümünün sanki bir gereğiymiş gibi algılandığından yargı alanındaki sorunların çözümünde doğrudan doğruya Weberyaniist anlayışla yeterince mücadele edilmemiştir.

Yargı alanında yaşanan sorunların çözümü için büyük çaba ve masraflar sarf edilmesine rağmen ciddi anlamda olumlu bir gelişme yaşanmadığı görülmektedir. Bunun için Türkiye’de yargı alanında bir paradigma değişikliği yaşanması kaçınılmazdır. Kamu bürokrasisinde Weberyaniizm kaynaklı sorunlar yargı alanında da görülmekle birlikte Weberyaniist anlayış yargıya özel olarak üç temel sorun üretmektedir. Bunlardan birincisi gerçekte dava konusu olmayan işlerin dava konusu haline getirilmesidir. İkinci temel sorun davaların ve iş süreçlerinin aşırı bürokrasi ve kırtasiyeciliğe bağlanmasıdır. Üçüncü temel sorun ise hakimlerin takdir yetkisinin kısıtlanmasıdır. Yargı alanında yaşanan bazı sorunlara çözüm üretilirken kaynakta yer alan bu sorunlara çoğu kez doğrudan neşter atılmadığından tedaviler çoğu kez semptomatik düzeyde kalmaktadır.

Yargı açısından gerçek anlamda bir reform ancak halen yargının kılcal damarlarına kadar nüfuz etmiş Weberyaniist anlayışla mücadele edilmesi ile mümkün olacaktır. Yargıda Weberyaniist anlayışla mücadelede yalın yönetim gibi yeni kamu yönetimi anlayışı uygulamalarından daha etkin bir şekilde yararlanılmalıdır. Yargı sisteminin güvensizlik değil, insana güven üzerine yeniden temellendirilmesi gereklidir. Bunun için de elbette insan kaynaklarının doğru seçimi ve daha sonra da insan kaynaklarına sürekli eğitim verilmesi işin doğası gereğidir.



#### KAYNAKÇA

Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Yayını, Adli İstatistikler, s.134, 249. 2014.

Can, A. V. ve Güneşlik M., **Yalın Yönetim Felsefesinin Önemli Bir Boyutu Olarak Muhasebede Yalınlaşma Düşüncesi Ve Bir Yalın Muhasebe Uygulaması Örneği: “Kendine Faturalama”** Muhasebe ve Finansman Dergisi, sayı: 57, 2013.

Dişbudak, A. Bülbül, F. M., **Hakimin Takdir Hakkının Yargıtayca Denetlenmesi, sayı Ankara Barosu Dergisi, sayı: 1., 2006.**

Edis, S., **Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi, Ankara**

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi cilt: 30 sayı: 1-4, 1973,

Eryılmaz, B. **Kamu Yönetimi**, Okutman Yayıncılık, Ankara, 2010.

Genç, F. N., **Yeni Kamu Yönetimi Yaklaşımı**, Türk İdare Dergisi, sayı:466, Mart, 2010.

Gülmez, M., Weber ve İdeal Tip Bürokrasi Anlayışı, Amme İdaresi Dergisi, sayı:8, Ankara, 1975.

Oğuzoğlu, H. C., Medeni Hukuk, 5. baskı, 1963.

Painter, C., **Managing Change in the Public Sector, Management in the Public Sector: Challenge and Change**, Ed. Kester Isaac – Henry, Chris Painter and Chris Barnes, International Thomson Business Press, UK, 1997.

Taylor, I. ve Kelly J., **Professionals, Discretion and Public Sector Reform in the UK: Re-visiting Lipsky**, International Journal of Public Sector Management, Vol.19, No.7, 2006.

Yıldırım, M., **Kamu Yönetiminde Takdir Yetkisi: Geleneksel ve Yeni Kamu Yönetimi Arasında Karşılaştırmalı Bir İnceleme**, Uluslar arası İnsan Bilimleri Dergisi, cilt: 7, sayı: 2, 2010.

<http://www.higm.adalet.gov.tr/dokumanlar/hamburgziyaretiraporu.pdf>





# İNSAN HAKLARI PERSPEKTİFİNDEN AVRUPA ASKERİ CEZA YARGISI SİSTEMLERİNİN GELİŞİMİ VE GÜNCEL EĞİLİMLER

*Evolution of European Military Criminal Justice Systems from the Perspective of Human Rights and Current Trends*

**Dr. Mehmet YAYLA\***

## ÖZET

Askeri yargının, orduların oluşumundan beri var olduğu bilinmektedir. Askeri yargı, fonksiyonu, yapısı ve görev alanı bakımından bir ülkeden diğerine farklılık göstermektedir. Fakat birçok devlet askeri yargısını, fonksiyonu, yapısı ve görev alanı ile ilgili düzenlemelerle anayasalarına koymuştur.

Bugünkü askeri yargı sistemlerinin çoğu, oluşumundan itibaren büyük oranda evrime uğramıştır. Askeri yargı sistemleri, faydalarını ve yargılama kalitelerini artırmak, değişen iç hukuk düzenlemelerine, uluslararası standartlara, askeri kurumların özel ihtiyaçlarına adapte olmak için iyileştirilmektedirler. Bu özellikle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, ulusal askeri yargı hukukuna etki ettiği Avrupa için kaçınılmazdır. Bu makale, askeri ceza yargı sistemlerinin Avrupa'da gelişimini ve güncel eğilimleri insan hakları perspektifinden incelemektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Askeri Ceza Yargısı, İnsan Hakları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

## ABSTRACT

It is known that military justice has existed since armies came into being. Military justice varies in terms of functions, composition and operation from one country to another. But a significant number of State have military jurisdiction established in their constitutions, together with regulations relating to their functions, composition and operation.

Many of today's military justice systems have greatly evolved since their creation. Military justice systems are reformed to improve their effectiveness, the quality of justice delivered by military courts, and to adapt to the changing domestic legislation, to international standards or specific needs of the military institution. This is

\* Askeri Yargıtay Başsavcı Yardımcısı, meh\_yayla@yahoo.com. Bu çalışma, Askeri Yargıtay'ın Yüzüncü Kuruluş Yıldönümü için 7-8 Nisan 2014 tarihlerinde düzenlenen Uluslararası Askeri Yargı Sempozyumu'nda, "İnsan Hakları Perspektifinden Avrupa'da Askerî Yargı Sistemlerinin Gelişimi" adı altında sunulan sözlü bildirin, gözden geçirilmiş ve Türkiye'deki güncel gelişmeler eklenerek genişletilmiş halidir. Çalışma, gizlilik dereceli doküman kullanılmadan açık kaynaklardan yararlanılarak yapılmıştır. Yayımlanan görüş ve düşünceler tamamen yazarın kişisel fikirleri olup, hiçbir şekilde Türk Silahlı Kuvvetleri veya başka bir kurumun görüş ve düşüncelerini yansıtmamaktadır.

inevitable especially in Europe, where the European Convention of Human Rights has had an impact on national military law. This paper examines the evolution of military criminal justice systems and current trends in Europe from human rights perspective.

**Keywords:** Military Criminal Justice, Human Rights, European Convention of Human Rights



## GİRİŞ

Başlangıçta göçebe hayatı yaşayan insan toplulukları, belirli bir yere yerleşmelerinden sonra çeşitlenen ve gelişen ihtiyaçlarının ortaya çıkmasıyla teşkilatlanmaya başlamışlardır. Güvenlik de, insanların toplu olarak yaşamaya başlamaları ve devletler kurmalarıyla en önemli ihtiyaç olarak ortaya çıkmıştır. Toplumlaşma devlet düzeyine ulaştığında, toplumun ve devletin korunması, organize edilmiş korunma güçlerine bırakılmış, zaman içerisinde beliren organize iç ve dış tehditlere karşı devleti koruyabilmek için ordular kurulmuştur.

Devletin ana görevlerinden bir tanesi olan güvenlik sağlama görevini yerine getiren ordunun disiplinin korunması ve devletin güvenlik sağlama görevinin sürekliliğinin sağlanması kaçınılmaz olmuştur. Bu da askeri ceza hukuku ile yerine getirilmiştir. Genel ceza kanunları vücuda getirilmediği, dünyada kısas, diyet gibi esaslarını medeni hukukun tamir ve tazmin müeyyidelerinde bulunan hükümlerin geçerli bulunduğu devirlerde, sadece orduya ait cezai müeyyideler konulmuş ve uygulanmıştır.

Türkiye'ye bakıldığında askerî yargı sistemi, adli ve idari yargı mekanizmalarının dışında, tamamen ayrı bir yapı olarak öngörülmüştür. Ceza alanında ilk derece askerî mahkemeleri ile Askerî Yargıtay görev yapmaktadır. Türkiye'de askeri yargı ile ilgili anayasal ve yasal değişiklikler yapılırken, ülke gerçekleri ile birlikte, tarafı olunan uluslararası sözleşmeler, yargılama yetkisi kabul edilen uluslararası mahkeme içtihatları, üyesi olunan da olmak istenilen uluslararası kurum ve kuruluşlarca belirlenen kriterler ve mukayeseli hukuk düzenlemeleri göz önüne alınmaktadır. Bu durum diğer Avrupa devletleri için de geçerlidir.

Avrupa Devletleri incelendiğinde askeri yargının, anayasadaki yeri, askeri ceza ve askeri yargılama usul kanunlarının düzenlenişi, askeri yargı teşkilatı ve genel yargı ile ilişkisi, askeri mahkemelerin kuruluşu ile mahkeme üyelerinin statüleri, askeri yargının görev ve yetki alanı itibarıyla önemli farklılık arz ettikleri göze çarpmaktadır.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> HENIARTI, Dini Devi ve SAFEI, Agus Ahmad, "Developing Trends of Military Justice System", The International Journal of Sciences, 15.12.2012, Vol.5, No.1, s.9 vd.

Bütün demokratik rejimlerde, anayasalarda düzenlenen, yargının ve yargıcın konumunu belirleyen, tarihsel süreç içinde oluşmuş evrensel nitelikli ilkeler ve askeri yargıya ilişkin kriterler insan haklarının gelişimiyle birlikte evrilmişler ve halen de gelişmeye devam etmektedirler.

Bu çalışmada, askeri disiplini ve adaleti sağlama gayesini güden askeri ceza yargısının, insan hakları perspektifinden Avrupa'da gelişiminden genel hatlarıyla bahsedilerek güncel eğilimler irdelendikten sonra Türk Askeri Ceza Yargısı'nda temel hak ve özgürlükler kapsamındaki güncel gelişmeler incelenecektir.<sup>2</sup>

### I. ASKERİ CEZA YARGISININ ÖNEMİ VE GEREKLİLİĞİ

Devletin tanımı, ne olduğu, nasıl ortaya çıktığı, nasıl olması gerektiği, gerekli olup olmadığı gibi konular, yüzyıllardan beri tartışılmaktadır. Hukuk, siyaset, idare, iktisat, tarih, felsefe, sosyoloji, coğrafya gibi bilim ve bilgi dallarının hemen hepsi devletin tanımını yapmak istemiş ve şimdiye kadar devletin çok çeşitli tanımı yapılmıştır. Bugünkü anlamında, belli sınırlar içinde yerleşmiş insan topluluğu ve siyasallaşmış bir örgüt olarak devlet, 16. yüzyılda belirmiş ve devlet sözcüğü kullanılmaya başlanmıştır.<sup>3</sup>

Devlet tanımı, çeşitli şekillerde yapılmasına rağmen devletin kurucu unsurlarını bir araya getirmek suretiyle yapılan anlatımcı tanımlamalar ortak bileşene sahiptir. Devletin; ülke, insan topluluğu, hukuki ve siyasal teşkilatlanma olmak üzere üç ana unsuru bulunduğunu açıklayan tanımlamalar ise en sık rastlananlarıdır. Bu kapsamda devlet; kurumsallaşmış bir siyasal iktidar, kendine bağlı insanların güvenliğini sağlamak üzere kurulmuş etkin bir toplumsal örgütlenme biçimi, en yüksek düzeyde ve diğerlerini kapsayan bir egemenliğe sahip, uygulanması meşruluğunu sağlayan belirli hukuk kurallarına bağlı, sivil toplumun kendi kendisinin bilincine varmasını ifade eden belirli bir toprakla sınırlı bir örgüt, siyasal iktidar olarak tanımlanabilir.<sup>4</sup>

Devlet, kendi güvenliğini ve bekasını sağlarken bir yandan da toplumun

---

<sup>2</sup> Avrupa Birliği müktesebatına uyum çalışmaları kapsamındaki gelişmeler ile bağlantılı olarak son on yılda askeri ceza yargısında yapılan değişiklikler daha önceki yıllara nazaran daha önem arz ettiğinden bu çalışmada, son on yıl güncel gelişmeler olarak incelenecektir.

<sup>3</sup> TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), 4. Bası, Beta Basımevi, İstanbul, 1997, s. 108; Batı dillerinde devlet karşılığı, "stato", "state", "stat", "estat ya da etat" 16. yüzyılda kullanılmaya başlanmıştır. Latince "status" kelimesi, bir durumu, bir tutumu, ayakta duruşu ifade eder. (TEZİÇ, s. 108); "Devlet" kelimesi, Türkçe'ye Arapça'dan geçmiştir. Devlet, "Devl" kökünden, "el değiştirme", "elden ele geçme" demektir. ESEN, Bülent Nuri, Anayasa Hukuku Genel Esaslar, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1970, s. 89.

<sup>4</sup> ÇAM, Esat, Siyaset Bilimine Giriş, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1977, s. 82.

güvenliğini sağlamakla görevlidir. Devletin ve milletin yaşamının ve bekasının korunması devletin birincil görevidir.<sup>5</sup>

Sonuç olarak, devlet güvenliği bir bütün olarak devletin sınırları içerisinde kalan kişileri de kapsayacak şekilde hem iç güvenliği hem de devlete karşı dışarıdan gelebilecek tehlikelere yönelik olarak dış güvenliği kapsamaktadır. Bu da toplumun güvende olma ihtiyacına cevap verir. Devlet, iç ve dış güvenliği belirlediği hukuk kuralları çerçevesinde sağlamalıdır.

Devlet, zorlama gücünü elinde bulunduran siyasi ve hukuki bir teşkilattır. Örgütlenmiş siyasi bir iktidarı ve siyasi iktidarı kullanan organları, kurum ve kuruluşları, kısaca hukuk düzeni ve hukuksal yapısı olmayan topluluklar devlet kabul edilmezler.

Devlet, belli bir ülke üzerinde yerleşmiş olan ulusun korunmasını ve devamını sağlamayı amaçlayan, bu devamlılığı da hukuki ve siyasi teşkilat yapısı ile sağlayan siyasi bir teşkilattır. Siyasi bir teşkilat olarak da varlığını ve gayesini hukuk düzeninde bulur. Devletin hukuk düzeninin bir parçası da askeri hukuktur.<sup>6</sup> Çünkü tüzel kişiliğe sahip olan devlet kendi varlığını korumak için orduya ve milli savunmanın düzenlenmesine ihtiyaç duymaktadır. Bu ihtiyaca istinaden teşkil edilen silahlı kuvvetlerin kendine özgü bir hukuk düzeni vardır ve bu düzenin suçlarla ihlali halinde düzen ve disiplinin yeniden adaletli bir şekilde süratle temini askeri ceza yargısının temel varlık sebebinin oluşturur. Ayrıca birliklerin her zaman genel mahkemelerin olduğu yerlerde konuşlandırılmış olmamaları, sivilde karşılığı olmayan, sadece askerlik hizmetlerinin niteliğinden kaynaklanan suçların varlığı, savaş halinde genel mahkemelerin çalışamaz hale gelmeleri de askeri ceza yargısının varlığının diğer gerekçeleridir.<sup>7</sup>

## II. ASKERİ CEZA YARGISININ DOĞUŞU

Ordu mensuplarına özgü bir ceza yargılamasının doğuşunu pratik ihtiyaçlar sağlamıştır. İlk disiplinli topluluk ve disiplinin kesinlikle korunmasının kaçınılmaz olduğu örgüt, ordu olmuş ve askeri ceza hukuku savaşlarla birlikte doğ-

---

<sup>5</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 5'inci maddesi; "Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasi, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır" şeklinde düzenlenmiştir. Bu maddede, devletin diğer temel görevleri yanında yurtiçi veya yurtdışı güvenliğini sağlama görevi de sayılmıştır.

<sup>6</sup> ERMAN, Sahir, Askeri Ceza Hukuku, Altıncı Bası, Sermet Matbaası, İstanbul, 1974, s.1.

<sup>7</sup> Türkiye ve Dünyada Askeri Ceza Yargısı, Askeri Adalet İşleri Başkanlığı, s.1.

muştur. Bunun içindir ki daha henüz genel ceza kanunları vücuda getirilmediği, dünyada kısas, diyet gibi esaslarını medeni hukukun tamir ve tazmin müeyyidelerinde bulan hükümlerin geçerli bulunduğu devirlerde, sadece orduya ait cezai müeyyideler konulması yoluna gidilmiş, firar gibi kimseye zarar vermeyen fiillerin, devletin ve toplumun güvenliğini sağlamakla görevli ordunun disiplini etkilediği için kamuyu ilgilendirdiği kabul edilerek kamu adına cezalandırılması öngörülmüştür.<sup>8</sup>

Tarihe bakıldığında; Eski Mısır'da korkan, kaçan veya itaatsizlik eden askerlerin; Eski Yunan'da askere gitmeyenler, kaçanlar, silah terk eden veya teslim edenlerin; Spartalılar'da itaatsizlik ve firar edenlerin çeşitli cezalarla cezalandırıldıkları görülmektedir.<sup>9</sup>

Askeri ceza yargılamasına ilişkin en esaslı hükümlere Roma Hukuku'nda rastlanmakta ve "askeri suç", disiplin kurallarının ihlali işlenen suçlar olarak tanımlanmaktadır. O zamandaki "askeri suçlar", asker kişiler tarafından işlenebilen, askerliğe elverişsiz hale getirmek, korkaklık, itaatsizlik, silahların terki veya satılması ve firar suçlarıdır. Bunların dışındaki suçlar, asker bir şahıs tarafından ve askerlik dolayısıyla işlenirse askeri suç niteliğine bürünmektedir. Vatana ihanet, bu gruba giren suçlara örnek olarak verilebilir. Bu kapsamda, bugün askeri suçlar için kullanılan sırf askeri suçlar ve askeri suçlara benzeyen suçlar ayırımının Roma Hukuku'ndan geldiği de söylenebilir.<sup>10</sup>

Bugünkü anlamıyla askeri ceza yargılamasına 15. yüzyılda rastlanmaktadır. 15. yüzyılda İtalya, Fransa ve İspanya'da düzenli orduların kurulması ile birlikte askeri ceza yargısının ilk belirtileri de görülmeye başlamıştır. Bu dönemde komutan kural koymakta, hüküm vermekte ve cezalandırmaktadır. Komutana yalnız kral müdahale edebilmektedir. 16. yüzyılda İtalya ve İspanya'da görülen savaş konseyleri ve denetçilerin, askeri ceza yargısının ortaya çıkmasında önemli etkileri olmuştur.

Avrupa'da ilk derli toplu askeri ceza kanunları, 1857'de yürürlüğe giren Fransız Askeri Ceza Kanunu ile 1872'de yürürlüğe giren Alman Askeri Ceza Kanunu'dur. Almanya'da Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra mecburi askerliğin yasaklanması sonucu askeri yargının varlığı son bulmuş, Fransa'da ise Askeri

---

<sup>8</sup> ERMAN, a.g.e., s.2.

<sup>9</sup> ERMAN, a.g.e., s.17,18.

<sup>10</sup> YILMAZLAR, İrfan, KAYA ve Abdullah, DAĞ, Rıdvan, "Askeri Yargılama Yetkisi Seminer Sonuç Raporu", Askeri Adalet Dergisi, Ocak 2002, Sayı 113, s.6; Roma hukukunda sırf askeri suçlara ait cezalar şeref ve haysiyeti kırıcı nitelik taşımakta olup, dayak cezası, para cezası, sıra harici hizmet, tard, daha düşük rütbeye düşürme, daha şerefsiz bir askeri hizmete nakil cezalarıdır. Askeri suç benzerine ait olan cezalar ise, genel cezalardan farklıdır. ERMAN, a.g.e., s.18.

Ceza Kanunu ve bu kanuna göre yargılama yapan Divanı Harpler çok katı bulunmuştur. Bunun sonucu olarak genel yargıya uyum yönünde düzenlemeler yapılmış ve divanı harpler kaldırılarak hâkimlerinde atandığı askeri mahkemeler kurulmuştur. İngiltere’de askeri hukukun başlangıcı olarak 1689 tarihli İşyan Bastırma Kanunu’nun yürürlüğe girişi kabul edilmektedir.<sup>11</sup>

İtalya’da 1941 tarihli kanunla, İspanya’da 1945’te yapılan yasal düzenlemeler ile asker üyelerin çoğunlukta olduğu askeri mahkemeler ve askeri yargıtay kurulmuştur. Bulgaristan’da 1938’de coğrafi esasa göre dört bölgede askeri mahkemeler teşkil edilmiş ve askeri yargıtay kurulmuş iken 1949’da askeri yargıtay, yargıtayın askeri dairesi haline getirilmiştir. Macaristan’da 1912 yılında Macar savunma güçlerinin oluşturulması ile tugay ve tümen düzeyinde askeri mahkemeler teşkil edilmiş ve askeri yargıtay kurulmuş, ancak 1945 yılında bölge askeri mahkemeleri sistemine geçilmiş, askeri yargıtay lağv edilerek yargıtayın bünyesinde askeri daire teşkil edilmiştir. Hollanda’da 1947 de kuvvet esasına göre askeri mahkemeler teşkil edilmiştir. Birinci Dünya Savaşı’ndan sonra Avusturya ve Almanya’da askeri güç bulundurma yasaklanınca, askeri ceza yargı sistemi de ortadan kaldırılmıştır.<sup>12</sup>

Askeri ceza yargısı olan pek çok ülkenin anayasalarında da buna ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. 1931 Belçika Anayasası, askeri mahkemelerin kuruluşu ve yetkileri hakkında özel kanun çıkarma zorunluluğu getirmiştir. Hollanda’da 1887 Anayasası ve 1947 değişiklikleri askeri yargıyı ayrıntılı olarak düzenlemiştir. İspanya’da 1945 tarihli Anayasa’da askeri yargıyı düzenleme yetkisi yasama organına bırakılmıştır. İtalya’da 1947 tarihli Anayasa’da barış ve savaş dönemi askeri yargılama yetkisine ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Almanya’da İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra askeri mahkemeler kaldırılmıştır. Finlandiya Anayasası’nda askeri yargıya ilişkin hiçbir hüküm yoktur. 1958 tarihli Fransız Anayasası’nda da askeri yargıya ilişkin her hangi bir düzenlemeye rastlanılmamaktadır.<sup>13</sup>

### III. ASKERİ CEZA YARGISI SİSTEMLERİ

#### A. ASKERİ CEZA YARGISININ ANGLO-SAKSON HUKUKU/KITA AVRUPASI HUKUKU SİSTEMLERİNE GÖRE SINIFLANDIRILMASI

Avrupa’da askeri yargı sistemleri, Anglosakson Sistemi ve Kıta Avrupa’sı

---

<sup>11</sup> ERMAN, a.g.e., s.7.

<sup>12</sup> ERMAN, a.g.e., s.3.

<sup>13</sup> KÖPRÜ, Orhan, “Mukayeseli Hukukta Askeri Yargı”, Askeri Adalet Dergisi, Mayıs 1995, sayı 93, s.6.

Sistemi olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu klasik ayırım askeri yargı sistemlerinin arasındaki farklılıklarını vurgulamaktan çok mensup olduğu hukuk sistemine göre, aidiyet yönünden yapılmış genel bir ayırımdır. Aynı sistem içinde ülkeler arasında birçok farklı niteliklerin söz konusu olduğu görülür. Tamamen aynı sisteme sahip iki ülkeyi görmek ise neredeyse mümkün değildir.

**Tablo 1:** Anglosakson Hukuku ve Kıta Avrupası Hukukunun askeri ceza yargısı açısından farkları.<sup>14</sup>

	<b>Anglosakson Hukuku</b>	<b>Kıta Avrupası Hukuku</b>
<b>Kaynak</b>	Anglosakson hukuku, İngiliz gelenek ve teamül hukukuna dayanmakta ve hâkim, içtihatlar çerçevesinde karar vermektedir.	Kıta Avrupası Hukuku, Roma hukukuna dayanmaktadır. Normlar ve yargılama usulleri yazılı kanunlarda toplanmıştır. Hâkimler, yazılı kuralları maddi olaya uygulamak zorundadırlar.
<b>Hukukun Gelişimi</b>	Hukuk, mahkemelerin içtihatları ile gelişmektedir.	Yazılı hukuk kuralları temel olup, içtihatlar hukukun gelişimi için ek kaynaklardır.
<b>Mahkeme Kuruluşu</b>	Durumu dayalı (ad hoc) kurulan mahkemeler ile askeri ceza yargılaması yapılmaktadır.	Anayasa ve kanunlar uyarınca kurulu mahkemeler ile yargılama faaliyeti icra edilmektedir.
<b>Jüri Sistemi</b>	Bazı ağır suçlar için jüri ile yargılama sistemi öngörülmüştür.	Jüri yargılama sistemi kural olarak kullanılmamaktadır.
<b>Komutanın Rolü</b>	Komutanın, yargılamanın değişik safhalarında rolü bulunmaktadır. Soruşturma safhasına komutan katılmakta araştırma için emir verebilmektedir. Yargılamanın ileri safhalarında ve infazda da komutanın rolünün bulunduğu bazı sistemler mevcuttur.	Komutanın rolü çoğunlukla suçun tespit edildiği ve ilk soruşturma emrinin verildiği safhadadır.
<b>Örnekler</b>	İngiltere (Avrupa dışındaki örnekleri ABD, Yeni Zelanda, Güney Afrika olarak sayılabilir)	Türkiye, İsviçre, Fransa ve birçok Avrupa ülkesi

### **a. Anglo-Sakson Sistemi**

Anglo-Sakson Sisteminde mahkemelerin kuruluşu açısından belirleyici özellik, mahkemelerin daimi nitelikte olmamasıdır. Yani mahkemeler, çözüle-

---

<sup>14</sup> HENIARTI ve SAFEI, a.g.m., s.11.

cek uyumsuzluk için yetkili birimlerce oluşturulmakta, buna bağlı olarak da bu mahkemelerde görev alan hukukçular aslında adli müşavir statüsünde çalışmaktadırlar. Adli müşavirler mahkemede görevlendirilmeleri halinde yargılama faaliyetine katılmaktadırlar.

Bozulan ya da sarsılan düzeni, olayla sınırlı olarak yeniden kurmak anlayışına göre işleyen İngiltere Hukuk Sisteminde, askeri mahkemeler dava konusu olay için kurulmakta ve mahkeme bir sonuca vardığında ve hüküm okunduğunda varlığı da sona ermektedir.<sup>15</sup>

Bu mahkemelerde, genel ceza yargılamasındaki hâkim ve jürinin yerini hukukçu olan adli müşavir (Judge Advocate) ve asker kişilerden oluşan mahkeme heyeti (subay üyeler) almıştır. İngiltere’de adli müşavir dışında mahkeme kuruluşunda bulunan ve Adalet Bakanlığı’nca atanmış bulunan bir sivil hâkim ile subaylardan oluşan heyet kolektif olarak karar vermektedir.

Geçici nitelikleri itibarıyla her yerde kurulabilen bu mahkemelerin yer yönünden yetki sınırlamaları da yoktur. Bu mahkemeleri herhangi bir yerde toplamak mümkündür. Genel olarak mahkemeyi toplama yetkisi, askeri birlik komutanı veya bu maksatla kurulmuş makamdadır.

Bu sistemde, mahkemelerin geçici olması, suçun ve cezanın niteliğine göre çeşitlilik arz etmeleri, mahkemelerin farklı kuruluşlara sahip olması sonucunu doğurmaktadır. Mahkemelerin daimi olması ve olaya göre kurulmaları tabi hâkim ilkesi açısından eleştirileri beraberinde getirmektedir. Bu eleştiri, üyelerin önceden belirlenerek belli süreler için atanmaları ve kanunen mahkemelerin görev alanlarının belirlenmesi suretiyle giderilmeye çalışılmıştır.

İngiltere’de, askeri mahkemelerin kanun yolları ile denetimi yakın zamana kadar son derece sınırlı iken günümüzde, Askeri Temyiz Mahkemeleri’nin kurulması ile yargısal denetimin kapsamı genişletilmiştir. Askeri Temyiz Mahkemesi üyeleri sivil yüksek mahkeme hâkimleridir ve bu mahkeme, askeri hukuk usulleri tüketildikten sonra kendisine yapılan temyiz işlemlerini karara bağlamaktadır.<sup>16</sup>

Anglosakson Sisteminde, belirli bir dava için oluşturulan askeri mahkemelerin özgünlüğü, bunların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi<sup>17</sup> çerçevesindeki

---

<sup>15</sup> GLISEN, John ve SUCU, Nail, “Askeri Hukukun Bugünkü Evrimi Üzerine Genel Bildiri (II)”, Yargıtay Dergisi, Cilt 8, Sayı 3, 1982, s.316.

<sup>16</sup> İŞİK, İhsan, “Karşılaştırmalı Askeri Yargı Sistemleri”, Askeri Adalet Dergisi, Ocak, 2004, Sayı 119, s.31

<sup>17</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bundan sonra AİHS olarak anılacaktır.



bağımsızlık ve diğer adil yargılama şartlarına uygunlukları konusunda önemli eksikliklere yol açmıştır. Anglosakson Sisteminde, askeri ceza yargısı ile ilgili yapılan son reformlar da bu eksikliklerle ilgili olmuştur.

### **b. Kıta Avrupası Sistemi**

Türkiye'nin de dâhil olduğu, Kıta Avrupası Sistemini benimseyen ülkelerde askeri yargı organları daimi niteliktedir. Suç işlenmeden evvel gerek sanığın statüsü ve gerekse suçlar açısından yetkili ve görevli mahkemeler tanımlanmıştır. Askeri yargının genel yargıya entegre olduğu ülkeler açısından da durum aynıdır.

Bu sistemde mahkemelerin yetki alanları coğrafi olarak veya birliklerin kuruluşu açısından belirlenmiş ve hâkimler önceden atanmıştır. Örneğin Türkiye'de askeri mahkemelerin teşkilinde kuvvet komutanlıkları ve birliklerin kuruluşu esas alınmıştır.

Kıta Avrupası Sisteminde, askerî mahkemelerde görev yapan hâkimlerin mesleğe alınmaları, eğitimleri, özlük hakları, askerî ast ve üstleriyle ilişkileri, bağımsızlık ve tarafsızlıkları, mahkemelerdeki subay üyelerin bulunması gibi konular eleştiriye uğramış ve son yıllarda yapılan iyileştirmeler genelde bu konularda yapılmıştır.

## **B. ASKERİ CEZA YARGISININ MÜNHASIRAN ASKERİ/SİVİL OLMASINA GÖRE SINIFLANDIRILMASI**

Askeri yargı sistemi, kimi zaman aynı ülke içinde genel ceza yargı sisteminin de birçok yönden farklılıklar gösterebilmektedir. Bu farklılıklar mahkemelerin kuruluşu, kararların temyiz yöntemi, yargı organlarının bağımsızlığı, üyelerin nitelikleri, mahkemelerin yetkileri gibi birçok bakımdan olabilmektedir.

Askeri ceza yargısının münhasıran askeri/sivil olmasına göre sınıflandırılması Tablo 2'de gösterilmektedir.

**Tablo 2:** Askeri ceza yargısının Münhasıran Askeri/Sivil olmasına göre sınıflandırılması.<sup>18</sup>

Model	1	2	3	4	5
<b>Yargılama Yetkisi</b>	Münhasıran askeri mahkemeler ve savcılıklar	Askeri ve sivil mahkemeler arasında dağıtılmış yargı yetkisi + Uzmanlaşmış veya sivil savcılık	Sivil yargının uzmanlaşmış bölümleri + Uzmanlaşmış veya sivil savcılık	Sivil mahkemeler + Uzmanlaşmış askeri savcılıklar	Sivil mahkemeler ve savcılıklar
<b>Örnekler</b>	İsviçre Türkiye Rusya Federasyonu	İngiltere Slovakya Fransa İrlanda İspanya	Hollanda Macaristan Fransa	Danimarka Moldova Ukrayna	Belçika Almanya Çek Cumhuriyeti Gürcistan

Birinci (tam askeri) modelde, askeri ceza yargılama yetkisi, anayasa ve kanunlar uyarınca kurulmuş askeri savcılıklar ve mahkemeler tarafından kullanılmaktadır. Bu modelde, sivil yargıdan ayrı yargılama usulü kuralları uygulanmakta, bu kurallar ile askeri hâkimlerin bağımsızlık ve tarafsızlık teminatları gibi hususların günümüz insan hakları ilkelerine uygunluğu tartışılmaktadır.

İkinci modelde, askeri ceza yargılaması askeri ve sivil mahkemeler arasında paylaşılmaktadır. Bu modeldeki bazı ülkelerde yargılama yetkisi, adli usullerin aşamalarına göre bölünmüş olup, askeri mahkemeler muhafaza edilirken ikinci veya üçüncü derecedeki temyiz yetkileri sivil mahkemelere verilmiştir. Örneğin, İspanya Yüksek Mahkemesi'nde özel bir askeri bölüm kurulmak suretiyle askeri mahkemelerden kurulu yargılama sistemi bir sivil unsurla tamamlanmıştır. Slovakya'da ise askeri mahkemeler sadece birinci derecede bulunmaktadır.

Bu tür modellerde, sivil bölümlerin oluşturulması veya oranının artırılmasının ilgili sistemlerin güçlü askeri yönlerinin neden olduğu sorunların azaltılması çabaları sonucu ortaya çıktığı değerlendirilmektedir.

Üçüncü model, sivil yargı sistemlerinin askeri yargılama konusunda uzmanlaşmış bölümlerini içermektedir. Askeri yargı yetkisi, farklı derecelerdeki mahkemelere verilerek veya bu mahkemelerde askeri bölümler oluşturulmak

<sup>18</sup> Svanidze, Eric, Askeri Hakim ve Savcılarının İnsan Hakları Konularında Eğitimleri Ortak Projesi, Avrupa'da Askeri Yargı ve İnsan Hakları, Şen Matbaa, Ankara, 2012, s.65.

yoluyla gerçekleştirilmektedir. Hollanda örneğinde, normal bölge mahkemelerinden birinin, askeri personele karşı açılan davalara bakmak üzere görevlendirildiği görülmektedir. Hollanda-Arnhem’de bulunan bölge mahkemesi, askeri personele karşı açılan davaları görmek üzere görevlendirilmiştir. Aynı bölge mahkemesinde, hafif suçlarla görevli askeri alt bölge mahkemesi de bulunmaktadır. Temyiz başvuruları ise Arnhem Temyiz Mahkemesi’nin askeri bölümüne yapılmaktadır.

Bu modelin başka değişik biçimleri de bulunmaktadır. Macaristan, 1991’de ayrı askeri yargı sistemini lağvettikten sonra beş bölge mahkemesinde uzmanlaşmış mahkemeler oluşturmuştur. Bunlara ilave olarak da askeri savcılığı normal savcılıklarla birleştirmiş olduğunun belirtilmesi önem taşımaktadır.

Fransa, silahlı kuvvetler mensupları tarafından ülke dışında işlenmiş olan suçlara ilişkin ayrı bir mahkemeye sahip olmasının yanı sıra sivil mahkemelerde de belirli uzmanlaşmış bölümler oluşturmuştur. Askeri Suç Kanunu’nda belirtilen askeri kural ihlalleri (örneği firar, emirlere itaatsizlik) ve silahlı kuvvetler mensuplarının görevlerini yaparken yaptıkları normal yasa ihlallerine ilişkin davalar, Adalet ve Savunma Bakanlıkları tarafından birlikte belirlenen normal mahkemelerin uzmanlaşmış bölümleri tarafından görülmektedir (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun 697’nci ve izleyen maddeleri). Temyiz yetkisi ise normal mahkemeler veya ilgili asliye mahkemelerine aittir.<sup>19</sup> 1982’de barış zamanında ayrı bir askeri yargı sistemini lağvetmiş olan Fransa’da, ülke dışında görevli ordu mensupları tarafından işlenen suçlar için Paris Askeri Mahkemesi (*tribunal aux armées de Paris*)’ne sahiptir.<sup>20</sup>

Dördüncü modelde, askeri personele yönelik soruşturma faaliyetini yürütecek ayrı veya özerk askeri savcılıklar kuruludur. Danimarka ve Moldova gibi göreceli olarak askeri personel sayısı fazla olmayan ülkelerde bu model kullanılmaktadır.

Beşinci modelde, silahlı kuvvetler mensupları sivil yargıya tabi olup, uzmanlaşmış askeri ceza yargısı bölümü bulunmamaktadır. Bu yaklaşımın gerekçesi, Belçika’da 1899 tarihli Kanun’a dayalı olan askeri yargı sisteminin lağve-

---

<sup>19</sup> Sivil yargının ordudaki koşullar veya yönetmelikler konusunda bilgi sahibi olduğu veya bunun tersine askeri mahkemelerin askeri veya sivil hâkimlerin bunların oluşumunda görev almaları yoluyla “sivilleştirildiği” ülkeler bulunmaktadır. İlke olarak bu tür düzenlemeler, sadece adli yapıların kurumsal bölümlerine ilişkin önerilen yapı dışında bulunmaktadır. Ancak mahkeme oluşumundaki bu tür değişiklikler önemlidir ve bu araştırmada, bağımsızlık gereksinimleri çerçevesinde ele alınmaktadır.

<sup>20</sup> TAŞKIN, Mustafa, “Fransa’da Askeri Yargı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 84, Yıl 2009, s.124 vd.

dilmesi için hazırlıklar yapılırken dikkate alınan argümanlarda bulunabilir. Eski sistemin AİHS ve özellikle de 5. ve 6. maddelerine uyumsuz olduğundan yola çıkan kanun koyucu, silahlı kuvvetlerin küçülmesi ve profesyonelleşmesinin (zorunlu askerliğin askıya alınmasından ve jandarmanın ordu dışına çıkarılmasından sonra) askeri mahkemelere gelen davaların sayısını büyük ölçüde azalttığını ve ayrı bir askeri yargıya gereksinim bulunmadığını belirtmiştir.

Almanya’da, Federal Adalet Mahkemesi seviyesinde gündeme gelen cezai konularda askeri uzmanlaşma işlevsel özelliktedir. Bu mahkemenin 1. Ceza Dairesi, askeri ceza kanunu çerçevesindeki suçlara bakmasına karşın bunu, yasal veya kurumsal düzenlemeler yerine dâhili düzenlemeler yoluyla gerçekleştirmektedir.<sup>21</sup>

#### IV. İNSAN HAKLARININ GELİŞİMİ

İnsan hak ve hürriyetlerinin içeriği, her sosyal olguda olduğu gibi, toplum hayatının dinamizmi içerisinde ortaya çıkan şartlar veya farklı inanç ve düşünceler yönünde değişim ve gelişim göstermektedir. Bu nedenle, insan hakları konusunda bugün gelinen nokta ulaşılabilecek en son noktayı işaret etmemekte, insanlığın değişimi ve beklentilerinin artması ile talep ettiği haklarda da değişiklikler olmaktadır. O yüzden insan hakları, geçmişten günümüze uzanan ve halen devam eden ve normal şartlar altında devam edecek olan bir süreci ifade etmektedir.

İnsan haklarının, ayırım gözetmeksizin tüm insanları kapsayacak biçimde uluslararası düzeyde korunmasını amaçlayan genel sistemler, İkinci Dünya Savaşı’nı izleyen dönemde oluşturulmuştur. Dolayısıyla insan haklarının korunması olgusu, tarihsel olarak, insan hakları kadar eski olmayıp, yeni ve ancak yarım yüzyıllık bir olgudur. Esasen önemli olan, insan hak ve özgürlüklerinin kurumsal alandan çıkıp, uygulama alanına girmesi ve etkili bir güvence sistemine kavuşturulmasıdır. Ne yazık ki, insan haklarının korunması ve güvence altına alınması İkinci Dünya Savaşı’na kadar devletlerin iç meselesi olarak görülmüş, insan hakları soyut ve güvencesiz bir şekilde egemen gücün iradesine göre şekillenmiştir. Geleneksel uluslararası hukuk, yalnızca devletler arasındaki ilişkileri düzenlerken devlet-yurttaş arasındaki ilişkiler ülkelerin iç hukukuna bırakılmıştır. Uluslararası hukukta hak özneleri yalnızca devletler olup, bireyler uluslararası hukukun sadece konusunu oluşturmuştur. Hak öznesi sayılmayan bireyin, hakkının ihlali durumunda uluslararası kuruluşların ya da devletlerin müdahalesi söz konusu olmamıştır. İnsan haklarını uluslararası hu-

---

<sup>21</sup> The Federal Court of Justice, Karlsruhe, 2010, s. 17.

kukun dışında bir kavram sayan anlayışın sonucu olarak, Birleşmiş Milletler öncesindeki denetim sistemleri de (Milletler Cemiyeti) kapsam yönünden sınırlı olup, sadece belli grupları kapsamıştır.<sup>22</sup>

Bununla birlikte, insan haklarının devletlerin bir iç hukuk sorunu olarak algılanmaktan vazgeçilmesi, İkinci Dünya Savaşı sonrası döneme rastlar. Savaş'ın insanlığın korkunç acılarına neden olması devletlerin egemenlik kavramında insan hakları lehinde değişiklik yapmalarını gerekli kılmıştır. Temel insan hakları ihlallerinden sonra, insanın hukuksal statüsünün uluslararası bir boyut kazanmasıyla, hak ihlallerine maruz kalan bireylere, uyuştuğu devlete karşı uluslararası denetim organlarına başvurma olanağı tanınmış, bu hakların ihlali, devletler hukukunun da ihlali sayılarak diğer devletlerin müdahaleleri gündeme gelmiştir. İnsan haklarının milli sınırlar dışına taşarak evrenselleştiği bir dönem olan 20. yüzyıl, bireyin, uluslararası hukuk bakımından konu olmaktan çıkıp, hukuk öznesi konumuna gelmeye başladığı bir dönemdir. İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunmaya başlandığı bu dönemde, Birinci ve İkinci Dünya Savaşları sonrasında milyonlarca insanın ölümü ile neticelenen acı sonun bir daha yaşanmaması için başta Birleşmiş Milletler olmak üzere Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği bünyesinde sözleşmeler ve diğer hukuki belgeler hazırlanmış, gereken kurumsal yapılar oluşturulmuş ve bu kurumlar nezdinde denetim mekanizmaları ve mahkemeler kurulmuştur.<sup>23</sup>

## **V. ULUSLARARASI ALANDA İNSAN HAKLARI KAPSAMINDA ASKERİ YARGI KONUSUNDA YAPILAN ÇALIŞMALAR VE GÜNCEL EĞİLİMLER**

### **A. ULUSLARARASI ALANDA İNSAN HAKLARI KAPSAMINDA ASKERİ CEZA YARGISI KONUSUNDA YAPILAN ÇALIŞMALAR**

Özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra insan hakları ile ilgili gelişmelerin askeri ceza yargılamasına etkileri de kaçınılmaz olmuştur. Avrupa'da AİHS ve

---

<sup>22</sup> GÜLMEZ Mesut, "İnsan Haklarının Uluslararası Korumasında Sözleşme Dışı Sistemler ve Türkiye", Türkiye'de İnsan Hakları, TODAIE, İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, 2000, s. 159, 160; GÜLMEZ Mesut, "İnsan Haklarının Uluslararası Koruması-Birleşmiş Milletler Sistemleri" Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayınları, 1996, s. 1-3.

<sup>23</sup> GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref ve GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s.4; ÜNAL, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara, 2001, s.21; BOZKURT, Enver, İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, Nobel Yayınları, Ankara, 2003, s.2.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi<sup>24</sup> kararları ışığında gelişen içtihat hukukunun askeri ceza yargısına etkileri ile ülkeler kendi iç hukuklarında değişikliklere gitmişlerdir. Bunun yanında, Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi'nin; 1380 (1998) sayılı "Silah Altına Alınmış Askerlerin İnsan Hakları"<sup>25</sup>, 1518 (2001) sayılı "Avrupa Konseyi Üye Devletlerinde Askerlik Yapmanın Vicdani Gerekçelerle Reddedilmesi Hakkının Kullanılması"<sup>26</sup>, 1572 (2002) sayılı "Silahlı Kuvvetlerdeki Meslek Mensuplarının Dernek Kurma Hakkı"<sup>27</sup>, 18 Mayıs 2005 tarihli "Oy Kullanma Hakkı Üzerindeki Kısıtlamaların İptal Edilmesi"<sup>28</sup> ne ilişkin tavsiye kararları kabul edilmiştir. Bu kararları, askeri personelle ilgili haklar ve özgürlüklere ilişkin daha kapsamlı bir belge olan 1742 (2006) sayılı "Silahlı Kuvvetler Mensuplarının İnsan Hakları" konusundaki Tavsiye Kararı<sup>29</sup> takip etmiştir. Askeri hukukun anayasal yönleri, Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu/Venedik Komisyonu tarafından 2008'de hazırlanan "Silahlı Kuvvetlerin Demokratik Kontrolü"<sup>30</sup> başlıklı raporda incelenmiştir. Avrupa Konseyi'nin himayesindeki bu hareket, "Silahlı Kuvvetler Mensuplarının İnsan Hakları" konusundaki 4 (2010) sayılı "Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı"<sup>31</sup> ve bunun açıklayıcı protokolü ile desteklenmiştir.

Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı da benzer çalışmalar yapmıştır. Bu çalışmalar sonucunda "Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Ofisi (ODIHR)" ve "Silahlı Kuvvetlerin Demokratik Kontrolü Merkezi (DCAF)" tarafından 2008 yılında "Silahlı Kuvvetler Personelinin İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Hakkındaki El Kitabı (OSCE/DCAF El Kitabı)" hazırlanmıştır.<sup>32</sup>

4 (2010) sayılı "Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı" ve "OSCE/DCAF El Kitabı", askeri personel ve askeri yaşam ile ilgili insan hakları standartlarına yer

---

<sup>24</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bundan sonra AİHM olarak anılacaktır.

<sup>25</sup> <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta98/EREC1380.htm>, erişim tarihi 21.3.2014.

<sup>26</sup> <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta01/EREC1518.htm>, erişim tarihi 21.3.2014.

<sup>27</sup> <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta02/erec1572.htm>, erişim tarihi 21.3.2014.

<sup>28</sup> <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileID=10901&Language=en>, erişim tarihi 21.3.2014.

<sup>29</sup> <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta06/EREC1742.htm>, erişim tarihi 21.3.2014.

<sup>30</sup> <http://www.osce.org/odihr/31393?download=true>, erişim tarihi 21.3.2014.

<sup>31</sup> [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/sede/dv/sede291111reco mmendationcoe\\_/sede291111recommendationcoe\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/sede/dv/sede291111reco mmendationcoe_/sede291111recommendationcoe_en.pdf), erişim tarihi 21.3.2014.

<sup>32</sup> Bundan sonra OSCE/DCAF El Kitabı olarak anılmaktadır.

veren önemli dokümanlardır. Bunlar, askeri personel ve askeri yargı ile ilgili; özgürlük/güvenlik hakkı, adil yargılama hakkı, etkili başvuru ve usule ilişkin yükümlülükler konusundaki haklar, silahlı kuvvetler mensuplarının yararlandığı kötü muamele görmeme ve yaşam hakları gibi uluslararası standartları incelemektedirler. Ancak bu metinlerde, askeri yargı ile sivillerin ilişkileri kapsamında insan haklarının korunması konusuna yer verilmemektedir. Bu husus, AİHM tarafından, AİHS'nin özgürlük ve güvenlik hakkı, adil yargılanma hakkı, etkili başvuru hakkı çerçevesinde içtihat hukukunda yer verilmiştir. Ancak, Avrupa'da askeri yargının sivillere ilişkin yargılama görevine ilişkin ayrıntılı bir doküman veya çalışma bulunmamaktadır.

Birleşmiş Milletler de hazırladığı "Uluslararası İnsani Hukukun Ciddi İhlalleri ve Uluslararası İnsan Hakları Hukuku'nun Ağır İhlallerinin Mağdurları İçin Tazminat ve Hukuki Başvuru Hakkı Konusundaki Temel İlkeler ve Kurallar" dokümanı ile çalışmalara katkıda bulunmuştur.<sup>33</sup>

Uluslararası kuruluşların yaptığı çalışmalar yanında, "Uluslararası Askeri Hukuk ve Savaş Hukuku Derneği" ile "Uluslararası Askeri Yargı Derneği"nin, insan hakları ve askeri yargı konusunda yaptıkları çeşitli çalışmalar da bulunmaktadır.

Günümüzde evrensel anlamda kabul edilmiş asgari standartlar, devletlerin askeri yargı sistemlerini etkilemektedir.<sup>34</sup> Yargı bağımsızlığı ilkesinin ve insan hakları alanındaki gelişmelerin tesiri ile askeri yargının birçok ülkede değişime uğradığı görülmektedir. Buna ilişkin bazı örnekler aşağıda verilmiştir.

Fransa'da askerler tarafından işlenen suçların yargılanması konusundaki özel düzenlemelerin 15. yüzyıla kadar uzandığı, 1789 Fransız Devrimi ile istisnai yargılama mercilerinin kaldırıldığı görülmektedir. Ancak savaş ya da kriz dönemlerinde askerî yargının yeniden ortaya çıktığı, özellikle 1960'lı yıllarda yaşanan Cezayir bağımsızlık savaşı döneminde Fransa'da askerî yargının güç ve etkinlik kazandığı, bu yapının 1980'lere kadar devam ettiği gözlemlenebilir. Bu tarihten itibaren yeniden güç kaybetmeye ve genel yargılama sistemine yaklaşmaya başlayan askeri yargı sistemi, 1999 ve 2007 yıllarında yapılan değişiklikler bu günkü halini almıştır.<sup>35</sup>

Fransa'nın askerî yargı sistemindeki değişiklikler göz önüne alındığında,

---

<sup>33</sup> <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>, erişim tarihi 21.3.2014.

<sup>34</sup> DÖNMEZER Sulhi, Askeri Yargıtay'ın 85. Kuruluş Yılı Sempozyumu, ANKARA, 1999, s.535 vd.

<sup>35</sup> TAŞKIN, a.g.m., 123 vd.

tarihteki yanlış uygulamaların ve Fransız hukuk kültürünün, askerî mahkemelerle ilgili düzenlemelerin şekillenmesinde etkili olduğunu söylemek mümkündür. Örneğin, Saigon ve Madagaskar'da Kurulan ve bağımsızlık hareketlerini bastırmaya çalışan Fransız birlikleri nezdinde kurulan askerî mahkemelerde, hukuk eğitimi almamış subayların, ölüm cezası verme yetkileri ciddi olarak eleştirilmiştir. Benzer şekilde Cezayir'de bağımsızlık hareketlerini bastırmaya çalışan Fransız birliklerinin insanlığa aykırı yöntemlerle askerî istihbarat faaliyetlerine hukukî zemin hazırlayan, Cezayirli bağımsızlık taraftarlarını sindirmeyi amaçlayan, bu süreçte suç işleyen asker kişilerin büyük çoğunluğunu ise cezasız bırakarak birlikleri hukuk dışı eylem ve işlemlere teşvik eden zamanın Fransız Askerî Mahkemeleri'nin bu uygulamaları, sonraki devrede Fransız askerî yargısının yeniden şekillenmesinde etkili olmuştur.<sup>36</sup>

Fransa'da savaş döneminde, bu dönemin kendine has özellikleri nedeniyle, askerî yargının en etkin ve güçlü şekliyle yeniden ortaya çıktığını belirtmek mümkündür. Buna karşın barış zamanında, tamamen sivil ve genel ceza yargı-lama sisteminin uygulandığı söylenebilir.

İtalya'da Askeri Yargıtay 1981 yılında kaldırılmıştır. İspanya'da askeri yargı alanında, 1985-1989 yılları arasında yeni yapılan kanunlarla kuvvet ayrımı kaldırılmış ve askeri yargı temyiz denetimi Yargıtay'a bağlanmıştır.

Hollanda'da 1990 yılında askeri ceza mevzuatında yapılan modernizasyon sonucu askeri ceza yargısı sivil ceza yargısına dâhil edilmiştir.

Belçika'da 2002 yılında Anayasanın 157'nci maddesinde yapılan değişiklik ile üyelerinin çoğunluğu asker olan savaş konseyleri ve askeri mahkemeler siteminin tamamen kaldırılması öngörülmüştür. 2003 yılında çıkarılan bir kanun ile askeri mahkeme kurulması sadece savaş zamanı için öngörülmüş ve 1 Ocak 2004 tarihinden geçerli olarak barış dönemi askeri mahkemeleri lağv edilmiştir.

## **B. İNSAN HAKLARI PERSPEKTİFİNDEN ASKERİ CEZA YARGISINDA GÜNCEL EĞİLİMLER**

### **a. Sivillere İlişkin Yargı Yetkisi**

Günümüz uluslararası insan hakları standartları, askeri yargı yetkisinin si-

---

<sup>36</sup> GEDİK, Hüseyin, Âdil Yargılanma Hakkı Bakımından Türkiye'de Askeri Yargının Durumu ve Geleceği: Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Bir İnceleme, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Karşılaştırmalı Hukuk) Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s.55.



villeri kapsamaması konusunda kısıtlamalar getirmiştir. Yargı yetkisi sivil ve askeri yargı arasında paylaştırılırken sivillerin askeri yargıya tabi olmaması konusunda AİHM içtihatları gelişmiştir. Bu kısıtlamalar, askeri yargı sisteminin suiistimal edilerek uygulanması sonucu konulmuştur.<sup>37</sup>

Avrupa Konseyi üyesi devletlerden Almanya (Madde 96), Yunanistan (Madde 96.4), İtalya (Madde 103) sivillerin askeri yargıda yargılanmaması konusunda anayasalarına kesin hüküm koyarken Avusturya, Danimarka, Fransa, Norveç ve İsveç barış zamanı için yargılama yetkisini kaldırmıştır.<sup>38</sup>

Yakın zamanda, silahlı kuvvetlerde çalışan bir tercümanın, kişisel sorunları ile gölgelenen bir durumda amirinin emirlerine itaatsizlikte ısrar ve üste hakaret suçundan dolayı yedi buçuk ay hapis cezasına çarptırılmış olmasının başvurucuya katı askeri cezaların uygulanması için zorlayıcı bir neden olarak ikna edici ve yeterli görülmediği bir dava olan İçen-Türkiye davasında daha da pekişmiş ve silahlı kuvvetlerin sivil mensupları, çalışanlarını da kapsayacak şekilde genişlemiştir.<sup>39</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yerel düzenlemelerde, askeri personel içerisindeki sivil mensupların sadece askeri sistemin işleyişi üzerinde etki sahibi olan durumlarda askeri yargı yetkisi kapsamına girmesi ve askeri mahkemelerce yargılanmasını sağlayacak açık kriterler içermesi gerektiğini belirtmektedir.

### **b. Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Gelişmeler**

Günümüz insan hakları standartları ve AİHS içtihatları askeri gerekliliklerin, mahkemenin bağımsızlığı, mahkemeye erişim, açık duruşma, masumiyet karnesi, suçlamalar konusunda bilgilendirilme ve diğer adil yargılama şartlarının özünde değişiklik yapmak için gerekçe oluşturmadığını belirtmektedir. Söz konusu haklar silahlı kuvvetler mensupları için de geçerli olup, 4 (2010) sayılı Tavsiye Kararı, sivil yargı konusunda geliştirilmiş olan standartların askeri ceza yargısı için de geçerli olması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>40</sup>

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin içtihatları, gerek disiplinin tesisi gerekse cezai konularda, ordu mensuplarının özgürlükleri, gözaltı ve tutuklama konularında ihlaller ile karşılaşıldığını ortaya koymaktadır.

---

<sup>37</sup> 21. yüzyılın başına kadar kullanılmış olduğu birçok ülkede askeri yargı askerlerin cezalandırılmasına yönelik bir araçtan çok düşmanla savaşmakta kullanılacak bir silah olarak yaygınlık göstermiştir.

<sup>38</sup> <http://www1.umn.edu/humanrts/instate/DecauxPrinciples.html>, erişim tarihi 23.3.2014.

<sup>39</sup> İçen-Türkiye Kararı (2011), başvuru no 45912/06, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/icen.pdf>, erişim tarihi 20.3.2014.

<sup>40</sup> 4 (2010) sayılı Tavsiye Kararı.

### **c. Olumlu Yükümlülükler ve Etkili Başvuru Hakkı**

Askeri yargı sistemlerinin, askeri çerçevede etkili başvuru hakkının sağlanmasındaki rolü, sivil yaşamdaki normal yargıdan farklı değildir.<sup>41</sup>

Söz konusu yükümlülükler konusunda askeri ceza yargısı sistemlerinin karşılaştığı başlıca güçlükler, askerlerin veya diğer bireylerin meşru çıkarlarının askeri makamların sorumlulukları ve çıkarları ile çatıştığı durumlarla ilgilidir. Avrupa devletleri bu konuda da kendi iç hukuk kuralları konusunda düzenlemelere gitmektedir.

## **VI. İNSAN HAKLARI PERSPEKTİFİNDEN TÜRK ASKERİ CEZA YARGISINDA GÜNCEL GELİŞMELER**

### **A. TÜRK ASKERİ CEZA YARGISININ TARİHİ GELİŞİMİ**

22 Mayıs 1930 tarihli 1631 Sayılı Askerî Muhakeme Usulü Kanunu (ASMUK) ve 22 Mayıs 1930 tarihli 1632 Sayılı Askerî Ceza Kanunu (ASCK) ile Cumhuriyet dönemi Türk askerî ceza yargı sistemi hayata geçmiştir.

Cumhuriyet döneminde, askerî yargıyla ilgili ilk düzenlemelerden 1631 Sayılı Askerî Muhakeme Usulü Kanunu, 1898 tarihli Alman Askerî Muhakeme Usulü Kanunu esas alınarak; 1632 Sayılı Askerî Ceza Kanunu ise 1898 tarihli Alman Askerî Ceza Kanunu, 1928 tarihli Fransız Askerî Ceza Kanunu ve Belçika Askerî Ceza Kanunu esas alınarak hazırlanmıştır.<sup>42</sup> 1631 Sayılı Kanun ile hukukçu olmayan bir başkan ile iki üyeden oluşan ve erbaş ve erlerin basit suçlarına bakan Alay Askerî Mahkemeleri; erden binbaşıya kadar askerleri yargılayan Tümen Askerî Mahkemeleri; erden albaya kadar askerleri yargılayan Kolordu ve Ordu Askerî Mahkemeleri; erden mareşale kadar askerleri yargılayan Genelkurmay Başkanlığı Askerî Mahkemesi (Savaşta, Başkomutanlık Askerî Mahkemesi adıyla) ile her dairesi iki hukukçu üye ile üç subay üyeden oluşan iki dairesi Askerî Temyiz Mahkemesi (Askerî Yargıtay) kurulmuştur.<sup>43</sup>

1631 Sayılı Kanun, 1963 yılında 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu (ASMYUK) ile yürürlükten kaldırılmış, 1961 Anayasası

---

<sup>41</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin üye devletlere idari işlemlerin adli incelemesi konusundaki (2004) 20 sayılı Tavsiye Kararı, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=802925&Site=CM>, erişim tarihi 23.3.2014.

<sup>42</sup> İPEKSÜMEROGLU, Niyazi, "Askerî Kaza Sistemine Bir Bakış", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1, 1951, s.470

<sup>43</sup> SEVİĞ, Vasfi Raşid, "Askerî Adalet", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1, 1952, s.242; İPEKSÜMEROGLU, a.g.m., s.478, 479.

ile askerî yargı “anayasal bir kurum” haline gelmiş ve askerî mahkemelerin teşkilinde çoğunluk, asker üyelerden hukukçu üyelere geçmiştir.

Günümüzde Türkiye’deki askerî ceza yargısı sisteminin temelini, 1982 Anayasasının 9,138, 140, 145, 156, 157 ve 158. maddeleri ile 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu, 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu, 1600 Sayılı Askerî Yargıtay Kanunu, 357 sayılı Askerî Hâkimler Kanunu ve 6413 sayılı Türk silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu oluşturmaktadır.

## **B. GÜNCEL GELİŞMELER**

### **a. Genel**

1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu 22 Mayıs 1930 tarihinde, 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu ise 25 Ekim 1963 tarihinde kabul edildiği tarihten günümüze kadar birçok değişikliğe uğradığından, bütüncül bir yaklaşım ile güncellenmesi ve çağımızın ihtiyaçlarına göre düzenlenmesi zorunlu hale gelmiştir.

Türkiye’de, Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Ceza İnfaz Kanunu özellikle son on yıl içinde değişmiş, gelişmiş, yeni düzenleme ve kurumlar hayata geçmiştir. Türk Ceza Kanunu’nun sistematığında, genel hükümlerinde ve ceza türlerinde önemli yenilikler yapılmış olması ve ceza muhakemesi hukukundaki değişiklikler nedeniyle arada uyumsuzluk oluşmuştur. Bu uyumsuzluğu gidermek üzere askerî ceza hukuku ve muhakeme hukukunda imza konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin anlaşmalar ve sözleşmeler ile uyumlu bazı kısmi değişikliklere gidilmiştir.

Türkiye, Birleşmiş Milletler düzeyinde insan hak ve hürriyetlerine ilişkin sözleşmeleri ve İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeyi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini) kabul etmiş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru hakkını tanımıştır. Bu sözleşmelerdeki temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeler Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca Askerî Mahkemeleri de bağlamaktadır.

Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı’nda, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetinin, insan hakları, demokrasi ve hukuk üstünlüğü alanlarında kaydedilecek gelişmeleri sürekli olarak izleyeceği, Avrupa Birliği müktesebatına uyum çalışmalarını düzenli şekilde değerlendireceği ve bu çalışmaların hızlandırılması için gerekli önlemleri alacağı belirtilmiştir.

Ulusal Programda, yargının işlevselliği ve verimliliği bölümünde orta vade-

de Askerî Ceza Kanunu ile Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun gözden geçirilmesi de öngörülmüştür.

Bu bağlamda, son yıllara bakıldığında öncelikle 5530 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun en göze çarpanıdır. Bu Kanun ile; sivillerin askerî yargıya tabi oldukları hâller yeniden düzenlenmiş; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile, 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun hükümlerinin, Askerî Ceza Kanunu'nu ve Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nu da etkilediği göz önüne alınmış ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile getirilen bazı yeni düzenlemelerin askerî ceza yargılamasında da uygulanmasının yolu açılmıştır.

Diğer taraftan, 31 Ocak 2013 tarihli ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu ile Askeri Ceza Kanunu'ndaki bazı suçlar kaldırılmış ve disiplin hukukunun konusu yapılmıştır.

5530 sayılı Kanun'a ek olarak askerî ceza yargısına ilişkin mevzuatta, temel hak ve özgürlükler ile âdil yargılama ilkeleriyle çelişen düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmekte olduğu ve böylelikle durumun daha iyiye gittiği gözlemlenmektedir. Askerî yargıda, âdil yargılanma hakkını ihlâl edecek nitelikteki düzenlemelerin, yasama veya yürütme organının gayretlerinden ziyade; askerî yargı mercilerinin gayretleriyle ve Anayasa Mahkemesi'ne itiraz başvurusu yoluyla (Anayasa'ya aykırılık) düzeltildiğini söylemek mümkündür. Ancak, yapısal sorunların tamamının bu yolla düzeltilmesine imkân yoktur. Başka bir ifadeyle, mahkemelere tanınan anayasaya aykırılık iddiasıyla itiraz başvurusunda bulunma yetkisi, sadece görülmekte olan dava ile ilgili hükümler yönünden mümkün olup istisnâ durumlarda uygulanabilecek bu yöntem ile yürürlüğe konulan yargı sisteminin ahenkli bir şekilde değiştirilmesi ve geliştirilmesi mümkün değildir.

Buradan yola çıkılarak, günümüz suç siyasetine ve yargılama hukukuna uygun yeni kanunlar hazırlanmıştır. Bunlar; Askeri Ceza Kanunu Tasarısı, Askeri Mahkemeler Kanunu Tasarısı ve 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısıdır. Adı geçen tasarılar hali hazırda kanunlaşmayı beklemektedir.

Yukarıda Türk Askeri Ceza Yargısında bahsi geçen gelişmeler aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

## **b. Devlet Güvenlik Mahkemelerine İlişkin Gelişmeler**

Anayasa'nın 143. maddesi ve 2845 Sayılı Kanun hükümleri uyarınca kurulan üç hâkimli Devlet Güvenlik Mahkemelerinde (DGM), hâkimlerden birinin askerî hâkim olması, bağımsız ve tarafsız mahkeme güvencesine aykırı olduğu tartışıla gelmiştir. Bu düzenlemeleri, AİHM önce İncal/Türkiye daha sonra da Türkiye aleyhine açılan birçok davada ihlal niteliğinde kabul etmiştir.<sup>44</sup>

İncal/Türkiye davası<sup>45</sup>, olayın gerçekleştiği tarihte, Halkın Emek Partisi İzmir örgütünün üyesi ve avukat olan başvurunun, yönetim kurulu kararı ile arkadaşları ile birlikte dağıtmak istediği bildiride bulunan ifadeler nedeni ile yine arkadaşları ile birlikte İzmir DGM'de yargılanması ve mahkûm edilmesi hakkındadır.

Başvurucu, diğer talepleri yanında, DGM'de yer alan askerî hâkim nedeniyle, bağımsız bir merci tarafından yargılanmadığını iddia etmiş; AİHM de bağımsızlık ve tarafsızlık kavramlarını birlikte değerlendirerek başvuruyu kabul etmiştir.<sup>46</sup>

AİHM, adli yargıçlar ile ilgili herhangi bir uyuşmazlığın olmadığını belirtmiş ve askerî hâkimlerin tarafsızlık ve bağımsızlık güvencelerinden bazılarında sahip olduklarını kabul etmiştir. Fakat askerî hâkimlerin, hâlâ yürütme organından emir alan orduya mensup asker kişiler olmaları, askerî disipline tâbi olmaları, haklarında sicil verilmesi, göreve atanmaları ile ilgili kararların büyük oranda Silâhlı Kuvvetlerin idari makamları tarafından alınması ve DGM üyesi olarak görev sürelerinin yenilenebilmesine rağmen sadece dört yıl olması, suçun niteliği de dikkate alındığında, DGM'nin, davanın niteliği ile ilgisi olmayan düşüncelerden gereksiz yere etkilenebileceği yönünde başvurucuda, haklı bir endişeye sebep olabileceğini vurgulamıştır.<sup>47</sup> Bu nedenle, bir sivilin kısmen de olsa askerî yargıçla oluşan bir mahkemede yargılanması bağımsız ve tarafsız mahkeme ilkesi ile uyuşmamaktadır. Bu durum, AİHM tarafından, DGM'nin görünüm olarak bağımsız ve tarafsız mahkeme sayılmasına engel olarak görülmüş ve DGM'de askerî hâkim bulunması AİHS'nin 6'ncı maddesine aykırı

---

<sup>44</sup> Gedik, Hüseyin, Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Türkiye'de Askeri Mahkemelerin Durumu ve Geleceği: Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Bir İnceleme, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s.109

<sup>45</sup> İncal/Türkiye Davası, Başvuru No:22678/93, Karar Tarihi: 09.06.1998, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=785>, Erişim Tarihi:14.11.2015.

<sup>46</sup> İNCEOĞLU, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı (Üçüncü Bası), Beta Basım Yayım A.Ş., İstanbul, 2008, s.181.

<sup>47</sup> İnceoğlu, a.g.e., s.182; GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, a.g.e., s.282.

bulunmuştur. AİHM, bu karardan sonra Türkiye'ye karşı benzer iddialarla yapılan bir dizi başvuruda, aynı içtihadı yineleyerek, DGM'lerde yargılanmış kişiler bakımından sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlâl edildiğine karar vermiştir. Bu kararlar üzerine önce Anayasa'nın 143. maddesi değiştirilerek DGM'lerden askerî hâkimler çıkarılmış, daha sonra 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un<sup>48</sup> 9. maddesi ile DGM'ler kaldırılarak yerine 5190 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılması ve Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kaldırılmasına Dair Kanun<sup>49</sup> ile Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri kurulmuştur.

### **c. 5530 Sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**

26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 4.11.2004 tarihli ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 13.12.2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun Türkiye Büyük Millet Meclisince kabul edilerek yasalaşması karşısında, bu yasalara uyum sağlamak amacıyla Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nda değişiklik yapılması kaçınılmaz hale gelmiştir.<sup>50</sup> Bu ihtiyaçtan yola çıkılarak, 5530 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun hazırlanmış, 29.6.2006 tarihinde kabul edilmiş ve 26219 sayılı Resmi Gazete'de 5.7.2006 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

---

<sup>48</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5170.html>, erişim tarihi 16.11.2015.

<sup>49</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5190.html>, erişim tarihi 14.11.2015.

<sup>50</sup> Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununu etkileyen hükümlerin başlıcaları; soruşturma ve kovuşturma evrelerinin ayrılması ve bunun sonucu olarak şüpheli ve sanık kavramlarının bu evrelerdeki yerlerine yerleştirilmesi; gecikmesinde sakınca bulunan hâl kavramının tanımlanması ve yetkilerin genişlemesini sağlayan bu hâllerin belirlenmesi; zorunlu avukatlık sisteminin kapsamının genişletilmesi; arama, elkoyma, ifade alma, sorgu ve hukuka aykırı delil konularında yeni düzenlemeler yapılması; tutuklama tedbiri ile ilgili kısıtlayıcı hükümler konulması; iddianamenin iadesi veya kabulü müessesesinin getirilmesi; duruşmalara gelmeyen kaçakların hazır bulunmalarını sağlayıcı zorlayıcı tedbirler alınması; şüpheliden, sanıktan veya mağdurdan yahut üçüncü kişilerden kıl, salgi, kan ve benzerleri gibi kısım veya parçaların alınabilmesi; beden muayenesini sağlayan yetkilerin tanınması; moleküler genetik incelemenin yapılabilmesi; telekomünikasyona müdahale ile belirli bilgi veya verilere elkonulabilmesi; kişiyi tanıklıkta bulunmaya zorlayacak ve tanığın korunmasını sağlayacak tedbirler getirilmesi; kaçaklar hakkında özel usul hükümlerine yer verilmesi; bilirkişilik konusunda yeni ve ayrıntılı düzenlemelere gidilmesi; ömür boyu hak yasaklanmasına son verilmesi; ceza türleri ve infaz şekillerinin değişmesi olarak sayılabilir. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1212m.htm>, erişim tarihi 13.11.2015.

5530 sayılı Kanun'la, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile getirilen bazı yeni düzenlemelerin askerî yargıda da uygulanması gerekli görülmele birlikte, aynı düzenlemelerin 353 sayılı Kanun'un içinde tekrarlanması uygun görülmemiş ve atıf yoluyla 5271 sayılı Kanun hükümlerinin askerî ceza yargısında da uygulanması öngörülmüştür.

Sivillerin adil yargılanma hakkı kapsamında 5530 sayılı Kanun'da önemli değişiklik yapıldığı göze çarpmaktadır. Kanun'da, sivillerin askerî yargıya tabi olduğu haller barış ve savaş zamanına göre iki ayrılmış, askerî mahkemelerin savaş zamanındaki yetkilerini düzenleyen hükümlerde değişikliğe gidilmemiş ve sivillerin, asker kişilerle müştereken işledikleri askerî suçlara ilişkin yargılamalar hariç olmak üzere, barış zamanında askerî mahkemelerde yargılanmalarına son verilmiştir. Buna paralel olarak, askerî mahkemece tutuklanan sivillerin askerî cezaevine konulması zorunluluğu da ortadan kaldırılmıştır.

Yukarıdaki açıklamalardan yola çıkılarak denilebilir ki, 5530 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun, Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Ceza İnfaz Kanunu kapsamında yapılan yenilik ve reformların ortaya çıkardığı ihtiyaç nedeniyle yapıldığı değerlendirilmektedir. Yapılan bu düzenlemenin günümüz insan hakları ve adil yargılama standartları için yeterli olmadığı, Anayasa Mahkemesi'nin 5530 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra yaptığı ve aşağıda değinilecek iptal kararları ile görülmektedir.

#### **d. Askerî Mahkemelerdeki Subay Üyelere İlişkin Gelişmeler**

353 sayılı Kanununun 2'inci maddesi gereği, askerî mahkemeler, iki askerî hâkim ve bir subay üyeden (General ve âmirallerin yargılanması durumunda, 3 askerî hâkim ve 2 general veya âmiralden; 200 veya daha fazla sanıklı davalarda ise 4 askerî hâkim ile 1 subay üyeden) oluşmaktaydı.

Subay üyelerin, teşkilatında askerî mahkeme kurulan birlik komutanı veya kurum âmiri tarafından seçilmesi, tamamen idarenin emir ve komutasında bulunması, atanma, yer değiştirme, terfi, sicil ve diğer özlük işlemlerinin üyelik süresi boyunca devam etmesi ve bu şekilde yargılamaya katılması "bağımsız ve tarafsız mahkeme" ilkesi ile uyumlu olmadığından, subay üyelerin dâhil olduğu yargılamalar, âdil yargılanma hakkı yönünden eleştirilen konulardandı.

Anayasa Mahkemesi'nin, 7.5.2009 tarih ve 2005/159 Esas, 2009/62 Karar sayılı kararı ile 353 Sayılı Kanun 2. maddesinde yer alan "bir subay" ibaresi Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.<sup>51</sup> Yüksek Mahkeme, gerekçeli ka-

---

<sup>51</sup> <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/caebf83c-7dd8-4ac1-85af-133f82a>

rarında özetle, Anayasa'nın 9. ve 140. maddelerine atıf yaptıktan sonra, genel olarak hâkim bağımsızlığı kavramı ile aynı anlamda kullanılan yargı bağımsızlığının, hâkimlerin kararlarını verirken özgür olmaları, hiçbir dış baskı ve etki altında bulunmamaları, baskı yapılması kadar baskı yapılabilmek ihtimalinin de bulunmaması, hâkimin kimseden emir almaması, hukuka ve vicdanına göre karar vermesi biçiminde tanımlandığını; Anayasa'nın 9, 138. ve 140. maddelerindeki düzenlemeler gereğince, adlî ve idarî yargı için öngörülen yargı bağımsızlığının askerî yargı için de geçerli olduğunu; askerî hâkimlerle ilgili 1961 ve 1982 Anayasaları arasındaki farklılık nedeniyle askerî mahkemelerde, hâkimlik niteliğine sahip olanlar dışında üye bulunamayacağını; askerî mahkemelerde görevli bulunan subay üyelerin, hiyerarşik düzene bağlı olan görevlendirilme süreci, sicillerinin düzenlenmesi, disiplin cezası verilmesi gibi hususlar nedeniyle askerî mahkemelerde görev yaptıkları süre içerisinde de hiyerarşik ilişkinin devam ettiğini, bu durumda, hâkim olarak sahip olmaları gereken bağımsızlıklarının meslekten hâkim olmadıkça sağlanamayacağını; iptali istenen kuralın, hâkimlerin bağımsızlığı ilkesi ile bağdaştırılması olanaksız olduğundan Anayasa'nın 9, 138, 140. ve 145. maddelerine aykırı olduğunu belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararından sonra, 19.06.2010 tarihli ve 6000 Sayılı Kanun'un 1, 2, ve 7. maddeleri ile yapılan değişikliklerle askerî mahkemelerin sadece askerî hâkimlerden oluşacağı düzenlenmiştir.

#### **e. Hâkimlik Teminatı ve Yargı Bağımsızlığına İlişkin Gelişmeler**

357 Sayılı Kanununun 12. maddesi, askerî hâkim subayların rütbe terfileri, rütbe kıdemliliği, kademe ilerlemesi yapmalarını temin edecek yeterliliklerinin sicil ile saptanacağını hüküm altına almaktaydı Sicil belgeleri ise general/amiral sicil belgesi, subay sicil belgesi ve mesleki sicil belgesi olmak üzere üç değişik şekilde olmaktadır General/amiral sicil belgesi ile subay sicil belgesi aynı mahiyette olduğu için askerî hâkimler hakkında subay sicil notu ve mesleki sicil notu olmak üzere iki çeşit değerlendirme söz konusuydu. Subay sicil notu verecek sicil âmirleri, kıdemli askerî hâkim ve teşkilatında askerî mahkeme kurulan birlik komutanı ve daha üst sıralı sicil âmirleriydi. Kıdemli hâkimin birlikte çalıştığı hâkime sicil vermesi, hâkim bağımsızlığını ve güvencesini ortadan kaldıracak nitelikteydi. Zira, sanık hakkında güvence getiren heyetli mahkeme sistemi, sicil yönünden kıdemli hâkime bağlanmış olacağı gibi soruşturma ve kavuşturma safhalarındaki yetkileriyle, yargılamanın tarafı durumunda oldukları için kıdemli askerî hâkimlerin 1, 2 ve 3., diğer askerî hâkimlerin 2. ve



3. sicil âmiri olan birlik komutanlarının, sicil yönüyle askerî hâkimlerin “sicil âmiri” olmaları, hâkimlik teminatı ile uyumlu olmayan düzenlemeler olarak bulunmaktaydı.

Askerî hâkimlerin atanmalarında ve yükselmelerinde, idarî birimlerin verdiği sicilin önemli olması, birinci sınıf hâkimliğe ayrılmadan itibaren mesleki sicil düzenlenmediği için idarî sicilin etkisinin daha da artması nedeniyle askerî hâkimlerin sicil yolu ile yükselmelerindeki usul ve esasların, Anayasa'nın yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatına ilişkin düzenlemeleri ile uyumlu olduğu söylenemezdi.

Nitekim, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Birinci Dairesi'nin (2006/105 Esas, 2008/29 ve 2008/32 sayılı) başvuruları üzerine, askerî hâkimlere birlik komutanları ve kıdemli askerî hâkimler tarafından sicil verilmesini sağlayan düzenlemeler, Anayasa Mahkemesi'nin 8.10.2009 tarih ve 2006/105 Esas, 2009/142 Karar sayılı kararı ile Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.<sup>52</sup>

Yüksek Mahkeme gerekçeli kararında özetle; Askeri hâkimlere, bağlı oldukları komutanlar veya askeri kurum amirleri ile kıdemli hâkimler tarafından subay sicili verilmesi işlemlerinin hâkim bağımsızlığı ilkesi ile doğrudan ilgili olduğunu belirttiikten sonra, Askeri Hâkimler Kanunu gereğince, askeri hâkim ve yardımcılar tarafından verilen kararlara karşı kanun yollarına başvurulması durumunda Askeri Yargıtay Daireleri ve Daireler Kurulunca dosyaların incelenmesi sonucunda mesleki sicil notu verildiğini bu yolla askeri hâkimlerin mesleki yeterlilikleri denetlenmekte iken, ayrıca sıralı idari sicil üstleri ve kıdemli askeri hâkimler tarafından askeri hâkimlere idari sicil düzenlenmesi, askeri mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda güvensizlik ve şüphe uyandırabileceğini vurgulamış, yargılama aşamasında böyle bir güvensizliğin ve şüphenin ortaya çıkma olasılığının, subay sicili uygulamasını mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine ve hâkimlik teminatına aykırı kıldığına ve iptali istenen maddenin Anayasa'nın 9, 138, 139 ve 145. maddelerine aykırı olduğuna karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararı nedeniyle, askerî hâkimler hakkında (Kıdemli hâkimler ve birlik komutanları tarafından) idarî nitelikte sicil düzenlenmesine son verilmiştir.

---

<sup>52</sup> <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c86e5cc3-384d-4734-a035-8b56923a55a0?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, erişim tarihi 14.11.2015.

## **f. Sivillerin Askeri Mahkemelerde Yargılanmamasına İlişkin Düzenlemeler**

BM İnsan Hakları Komitesi, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesine ilişkin 1984 tarihli Genel Yorumda, üye devletlere, "... Sözleşme bu kategorideki mahkemelerin kurulmasını yasaklamaz iken, Sözleşmede öngörülen koşullar bu mahkemelerde sivillerin yargılanmasının çok istisnai durumlarda olmasını ve 14. maddede öngörülen tüm garantileri gerçekten sağlaması gerektiği sonucunu doğurmaktadır. ..." uyarısında bulunmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, sivil kişi olan ve asker kişilerle müştereken işlediği askerî bir suçtan dolayı askerî mahkemelerde yargılanarak mahkûm olan başvuranlarla ilgili olarak; Özel ve diğerleri hakkındaki 31.1.2008 tarihli ve 37626/02 sayılı, Erükçü hakkındaki 13.11.2008 tarihli ve 4211/02 sayılı kararları ile de; benzeri gerekçelerle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Adil yargılanma hakkı" başlığını taşıyan 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>53</sup>

Yukarıda adı geçen davalarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi özetle; askerî mahkemelerin yargı yetkilerinin, görevlerini icra ederken suç işlemiş askerî personeli kapsayacağını, Askerî mahkemeler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi standartları ile sivil mahkemelerle aynı seviyede uyumlu olsa bile, farklı niteliklerine ve mevcut olma nedenlerine bağlı olarak muamelede görülen farklılıklar, mahkemeler huzurunda özellikle ceza davalarında mümkün olduğunca kaçınılması gereken eşitsizlik problemlerine yol açabileceğini, sivil bir kişi olarak yalnızca askerî personelden oluşan bir mahkemede yargılanan başvuranın, davada bir taraf olarak nitelendirilebilecek askerî hâkimlerin huzuruna çıkmakta endişe duymasının anlaşılabilir olduğuna karar vermiştir.

Bu kapsamda, 09.07.2009 tarihli ve 27283 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5918 sayılı "Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 6. maddesi ile, 5271 sayılı CMK'nın "Görev" başlıklı 3. maddesine; "*Barış zamanında, asker olmayan kişilerin Askerî Ceza Kanunu'nda veya diğer kanunlarda yer alan Askerî Mahkemelerin yargı yetkisine tabi bir suçu tek başına veya asker kişilerle iştirak halinde işlemesi durumunda asker olmayan kişilerin soruşturmaları Cumhuriyet Savcıları, kovuşturmaları Adli Yargı Mahkemeleri tarafından yapılır.*" şeklinde düzenleme içeren 2. fıkra eklenmiştir.

---

<sup>53</sup> <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/cfc36587-dcd6-4a9b-ba57-62d23a1a4f0f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, erişim tarihi 10.11.2015.

7.5.2010 günlü 5982 sayılı Kanun ile değiştirilen Anayasa'nın "Askerî Yargı" başlıklı 145. maddesinde; *"Askerî Yargı, Askerî Mahkemeler ve Disiplin Mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler; asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidir. Devletin güvenliğine, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davalar her halde Adliye Mahkemelerinde görülür.*

*Savaş hali haricinde, asker olmayan kişiler Askerî Mahkemelerde yargılanamaz.*

*Askerî Mahkemelerin savaş halinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları; kuruluşları ve gerektiğinde bu mahkemelerde adli yargı hâkim ve savcılarının görevlendirilmeleri kanunla düzenlenir..."* hükümleri yer almaktadır.

Diğer taraftan, 353 sayılı Kanun'un "Müşterek suçlar" başlıklı 12. maddesinde yer alan; *"Askerî Mahkemelere ve Adliye Mahkemelerine tabi kişiler tarafından bir suçun müştereken işlenmesi hâlinde, eğer suç Askerî Ceza Kanunu'nda yazılı bir suç ise, sanıkların yargılanmaları Askerî Mahkemelere; eğer suç Askerî Ceza Kanunu'nda yazılı olmayan bir suç ise, Adliye Mahkemelerine aittir."* hükmü, Anayasa Mahkemesinin, 01.12.2012 tarihli ve 28484 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 20.09.2012 tarihli, 2011/80 Esas ve 2012/122 Karar sayılı kararı ile iptal edilmiştir.<sup>54</sup> CMK'nın 3. maddesinde yapılan düzenleme ve Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrasındaki duruma göre, barış zamanında;

1) Sivil kişiler tarafından işlenen suçlar bakımından, suçun askerî bir suç olup olmadığına ve asker kişiler ile müştereken işlenip işlenilmediğine bakılmaksızın, Askerî Mahkemelerin görevinin sona erdiği,

2) Askerî Mahkemelere ve Adliye Mahkemelerine tabi kişiler tarafından bir suçun müştereken işlenmesi hâlinde, eğer suç Askerî Ceza Kanunu'nda yazılı bir suç ise; sivil kişilerin yargılanmalarının Adliye Mahkemelerine, asker kişilerin yargılanmalarının Askerî Mahkemelere ait olduğu;

3) Müşterek işlenen suç Askerî Ceza Kanunu'nun da yazılı olmayan bir suç ise, hem sivil kişiler bakımından ve hem de asker kişiler bakımından, Adliye Mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmiştir.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/6767b255-9e01-41d7-8ea9-1f3b7720988c?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, erişim tarihi 14.11.2015.

<sup>55</sup> Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun 04.02.2010 tarihli, 2010/12-10; 11.03.2010 tarihli,

**g. ASCK'nın 47'nci maddesinin birinci fıkrasının 4551 sayılı Kanun'un 12'nci maddesi ile değiştirilen (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerinin; ASCK'nın Ek 8'inci maddesinin ikinci fıkrasının "...kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ile..." ibaresinin ve ASCK'nın Ek 10'uncu maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa Mahkemesi'nce iptali**

Gerek Askeri Mahkemelerce gerekse Askeri Yargıtay'ca yapılan başvurularda; 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun üçüncü babının dördüncü faslında düzenlenen suçlar nedeniyle hükmolunacak cezalara ilişkin erteleme, tedbir ya da para cezasına çevrilme yasağı ile 3, 5 ve 8. fasıllarda düzenlenen suçlara ilişkin tecil yasağının aynı hukuki durumda bulunan kişiler arasında eşitsizlik yarattığı; mahkemelerce suça etki eden faktörlerin yeterince değerlendirilip failin ve fiilin özellikleri dikkate alınarak hükmolunacak cezanın kişiselleştirilmesi imkânını ortadan kaldırdığı ve ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil ettiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Yüksek mahkeme, öncelikle Askeri Ceza Kanunu'nun 66/1-b maddesinde düzenlenmiş bulunan izin tecavüzü suçu bakımından 21.11.2012 tarihli ve 28474 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış olan Anayasa Mahkemesi'nin 5.7.2012 tarihli ve 2012/9-103 Esas ve Karar sayılı kararı<sup>56</sup>, daha sonrada diğer askeri suçlar bakımından 23.1.2013 tarihli ve 28537 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış olan, Anayasa Mahkemesi'nin 17.1.2013 tarihli ve 2012/80 Esas, 2013/16 Karar sayılı kararı<sup>57</sup> ile, ASCK'nın 47'nci maddesinin birinci fıkrasının 4551 sayılı Kanun'un 12'nci maddesi ile değiştirilen (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerinin; ASCK'nın Ek 8'inci maddesinin ikinci fıkrasının "...kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ile..." ibaresinin ve ASCK'nın Ek 10'uncu maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa'nın 2'nci maddesine aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir.

**ga. 1632 Sayılı Kanun'un 47. Maddesinin Birinci Fıkrasının 4551 Sayılı Kanun'un 12. Maddesi ile Değiştirilen (A) Bendinin Birinci ve İkinci Cümleleri**

Askeri Ceza Kanunu'nun 47. maddesinin (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerinde, aynı Kanun'un üçüncü babının dördüncü faslında yazılı suçlar (79 ila 81. maddeler) nedeniyle verilecek olan cezaların ertelenemeyeceği, para

---

2010/25-24 Esas ve Karar sayılı kararları da bu yöndedir.

<sup>56</sup> <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/695cca4f-e1f0-4c13-9eec-5c2a92eb0927?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, erişim tarihi 15.11.2015.

<sup>57</sup> <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/89bfa895-1f26-4ecd-a876-41c2117ec326?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, 15.11.2015.

cezası ya da tedbire çevrilemeyeceği belirtilerek, bu babın üçüncü faslı (63 ila 78. maddeler) ile beşinci faslı (84. madde hariç olmak üzere 82 ila 107. maddeler), sekizinci faslındaki (130. madde hariç olmak üzere 131 ila 133. maddeler) suçlar nedeniyle hükmolunacak olan cezaların ertelenemeyeceği kurala bağlanmıştı. Bu kapsamda, yukarıda anılan suçlar bakımından 5237 sayılı Kanunu'nun "Hapis cezasının ertelenmesi" başlıklı 51. maddesi uygulanmamaktaydı.

Yüksek Mahkeme, 5.7.2012 tarihli ve 2012/9-103 Esas ve Karar sayılı ve 17.1.2013 tarihli ve 2012/80 Esas, 2013/16 Karar sayılı kararları ile bu kuralı iptal etmiştir. Böylelikle, maddede anılan suçlar için 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesi uygulanabilir hale gelmiştir.

Yüksek Mahkeme; askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin askeri suç olarak kabul edilmelelerini ve ağır yaptırımlara bağlanmalarını gerekli kılabileceğini ancak, askeri ceza hukuku alanında suç ile suça karşılık gelen yaptırımlar ve tedbirler arasında makul, kabul edilebilir, amaçla uyumlu bir orantının sağlanmasının, hukuk devleti olmanın gereği olduğunu vurguladıktan sonra; kanun koyucunun, 1632 sayılı Kanun'da erteleme kapsamı dışındaki suçları belirlerken suçların niteliğini, işleniş şekillerini, ağırlığını, askeri disiplin üzerindeki etkisini, öngörülen ceza miktarlarını ve suçla korunan hukuki yarar gibi etkenleri gözetmesi gerektiğini, oysa itiraz konusu kuralla erteleme kapsamının dışında tutulan suçlar arasında savaş ve seferberlik halinde işlenen suçlar ile ceza üst sınırı on yıl hatta müebbet hapis cezası olanlarla birlikte cezası çok hafif olan suçların da bulunduğunu, asker kişiler yönünden itiraz konusu kuralla erteleme kapsamı dışındaki suçlar belirlenirken suçların niteliği, işleniş şekilleri, ağırlığı, askeri disiplin üzerindeki etkisi, öngörülen ceza miktarları ve suçla korunan hukuki yarar gibi etkenlerin göz ardı edildiği, bu yönüyle de kuralın kamu yararı ve bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge oluşturmadığından ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu, ertelemenin, cezanın kişiselleştirilmesinde hakime takdir hakkı tanıyan bir kurum olduğu da dikkate alındığında, itiraz konusu kuralın hakimnin takdir hakkını ortadan kaldırdığı, bu yönüyle de itiraz konusu kuralda, çağdaş ceza hukukundaki ceza ve ceza yerine uygulanabilecek olan alternatif yaptırımların ve cezanın şahısleştirilmesi ilkesinin de göz ardı edildiği sonucuna vararak Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bulunan kuralın iptaline karar vermiştir.

**gb. 1632 Sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 5329 Sayılı Kanun'un 1. Maddesiyle Eklenen Ek 8. Maddesinin İkinci Fıkrasının "...kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ile..." Bölümü**

Askeri Ceza Kanunu'nun Ek 8. maddesinin ikinci fıkrasında, sırf askeri suçlar ile Kanun'un üçüncü babının dördüncü faslında yazılı suçlar hakkında, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımların uygulanmayacağı kurala bağlanmıştı.

Yüksek Mahkemeye başvuru kararlarında, itiraz konusu kural nedeniyle sırf askeri suçlar ile 1632 sayılı Askeri Kanunu'nun üçüncü babının dördüncü faslında düzenlenen suçlarla ilgili olarak hükmolunacak cezalar hakkında 5237 sayılı Kanun'un 50. maddesindeki kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar uygulanmamasının asker ve sivil kişiler arasında eşitsizlik yarattığı; askerlik hizmetinin özelliği, askeri disiplin ve askeri yargının kendine mahsus özellikleri gibi soyut gerekçelerin bu ayırımı haklı gösteremeyeceği, bu düzenlemenin mahkemelerce suça etki eden faktörlerin yeterince değerlendirilip failin ve fiilin özelliklerini dikkate alarak hükmolunacak cezanın kişiselleştirilmesi imkânını ortadan kaldırdığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Yüksek Mahkeme; itiraz konusu kuralın, kısa süreli hapis cezasına mahkum olan sanıkların toplum içinde özgürlükleri kısıtlanmadan, cezaevlerinin olumsuz etkilerinden de kurtarılarak, toplumla sosyal bağları koparılmadan ve hayatın normal akışı değişmeden ıslah edilmelerine engel teşkil etmekte ve sanıklarda gözlenen iyi halin ve pişmanlığın değerlendirilememesi sonucunu ortaya çıkardığını, kısa süreli hapis cezasına mahkum olan sanıklar yönünden seçenek yaptırımlara çevrilme yasağı öngören itiraz konusu kuralın, 1632 sayılı Kanun'un 47. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerine ilişkin gerekçede belirtilen nedenlerle ceza hukukunun temel prensiplerinden olan cezanın kişiselleştirilmesi ile ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğuna ve bu nedenle Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık nedeniyle iptaline karar vermiştir.

Yüksek Mahkemenin iptal kararıyla, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar uygulanabilir hale gelmiştir.

**gc. 1632 Sayılı Kanun'un 5739 Sayılı Kanun'un 1. Maddesiyle Eklenen Ek 10. Maddesinin İkinci Fıkrası**

Askeri Ceza Kanunu'nun Ek 10. maddesinin ikinci fıkrasına göre, 1632 sayılı Kanun'da düzenlenen suçlarla ilgili olarak 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin beş ila on dördüncü fıkralarının uygulanmayacağı kurala bağlanmıştı. Bu

düzenleme nedeniyle diğer bütün koşulları bulunsa dahi 1632 sayılı Kanun'da düzenlenen suçlara ilişkin olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi imkânı bulunmamaktaydı.

Yüksek Mahkemeye başvuru kararlarında, itiraz konusu kural nedeniyle 1632 sayılı Kanun'da düzenlenen suçlarla ilgili olarak 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin beş ila ondördüncü fıkraları arasında düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kuralların uygulanmamasının asker ve sivil kişiler arasında eşitsizlik yarattığı; askerlik hizmetinin özelliği, askeri disiplin ve askeri yargının kendine mahsus özellikleri gibi soyut gerekçelerin bu ayırımı haklı gösteremeyeceği, bu düzenlemenin mahkemelerce suça etki eden faktörlerin yeterince değerlendirilip failin ve fiilin özelliklerini dikkate alarak hükmolunacak cezanın kişiselleştirilebilmesi imkânını ortadan kaldırdığı ve ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil ettiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Yüksek Mahkeme; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun aynen erteleme ve kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlar gibi hükmün ve cezanın kişiselleştirilmesi kurumlarından biri olduğu, kurumun, sanıkların toplumda suçlu olarak damgalanmaması ve topluma normal bireyler olarak tekrar kazandırılmasını amaçladığı, itiraz konusu kuralla, askeri disiplinin tesisi gerekçesiyle suçların işleniş şekli, ağırlığı ve korunan hukuki menfaat gibi hususlarda herhangi bir ayırım gözetilmeksizin 1632 sayılı Kanun'da düzenlenen tüm suçlar yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanmamasının, ceza adaleti ile güdülen amaca uygun olmadığı gibi cezanın kişiselleştirilmesinde hâkime tanınan takdir hakkını da ortadan kaldırdığı, sonuç olarak iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılan sanıklar açısından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanmasına engel olan itiraz konusu kuralın, 1632 sayılı Kanun'un 47. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerine ilişkin gerekçede belirtilen nedenlerle ceza hukukunun temel prensiplerinden olan cezanın kişiselleştirilmesi ile ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu, bu nedenle Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olan kuralın iptaline karar vermiştir.

Yüksek Mahkemenin iptal kararıyla, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. Maddesindeki hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümleri uygulanabilir hale gelmiştir.

## **h. Askeri Ceza Kanunu Tasarısı Taslağı**

Askeri Ceza Kanunu'nun bazı hükümleri Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarına konu olup iptal edildiği gibi Anayasa ve Türk Ceza Kanunu'nda yapılan değişiklikler aradaki uyumu bozmuştur. Diğer taraftan, 31 Ocak 2013 tarihli ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu ile yapılan değişiklikler Askeri Ceza Kanunu'nda yapılacak bir değişikliği de zorunlu kılmıştır.

Bu nedenlerle, 1632 sayılı ASCK'nın yerine geçmek üzere günümüz suç siyasetine uygun yeni bir Askeri Ceza Kanunu Tasarısı Taslağı hazırlanarak Başbakanlığa gönderilmiştir.

Askeri Ceza Kanunu Tasarısı Taslağının genel itibarıyla getirdiği yenilikler ile dikkat çeken hükümleri aşağıda sıralanmıştır<sup>58</sup>:

1) Askeri suç ve cezalar yeniden düzenlenmiş ve güncel ceza mevzuatı ile uyumlu hale getirilmiştir.

2) 2004 ve 2010 yıllarında Anayasa'da yapılan değişikliklerinin zorunlu bir sonucu olarak; ölüm ve genel müsadere cezaları kaldırılmış, ölüm cezası yerine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası öngörülmüş ve askeri yargının görev alanından çıkan Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara yapılmış atıflar kaldırılmıştır.

4) 1632 sayılı ASCK'nın erteleme, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlara çevirme ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümlerinin askeri suçlar için uygulanmayacağı yönündeki kanun maddelerinin Anayasa Mahkemesince iptali sonrasında oluşan disiplin zafiyetini gidermek amacıyla, Anayasa Mahkemesinin iptal kararındaki gerekçeler doğrultusunda orantılı bir düzenleme yapılmıştır.

5) Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararı doğrultusunda, hangi denetimli serbestlik tedbirlerinin hangi asker kişiler hakkında ve ne koşullarda uygulanacağı düzenlenmiştir.

6) Birçok kanunda adı geçmesine rağmen hiçbirinde tanımlanmayan "sırf askerî suç"un tanımı yapılmıştır.

7) Muğlâk bir ifade olması nedeniyle uygulamada tartışmalara konu olan "vahim hal" ve "az vahim hal" ibareleri kaldırılmış ve bunların yerine cezaların alt ve üst sınırları yeniden düzenlenmiştir.

---

<sup>58</sup> AĞIN, Erkan, "Askeri Yargıda Yeni Bir Vizyon: Askeri Ceza Kanunu ve Askeri Mahkemeler Kanunu Çalışmaları", Askeri Yargıtayın 100'üncü Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu-Askerî Yargıda Güncel Eğilimler, Bildiriler Kitabı, 7-8 Nisan 2014, Ankara, s.195,196.



8) Askerlik yükümlülüğünü yerine getirmekte olan ve fakat birbirlerinin ast, üst veya amiri olan erbaş ve erlerin beraber yemek yiyip aynı koğuştta yattıkları ve ihtiyaçlarını ortak yerlerde giderdikleri ve bu nedenle oluşan samimiyetin verdiği rahatlıkla hareket ettikleri göz önüne alınarak, birbirlerine karşı işledikleri suçlarda, Kanun'da yazılı artırım hükümlerinin uygulanabilmesi için, fiilin askeri hizmet esnasında veya askeri hizmete ilişkin bir muameleden dolayı işlenmesi şartı getirilmiştir.

9) Bazı asker kişiler arasında aile ve yakın akrabalık ilişkilerinden kaynaklanan özel durumlar göz önüne alınarak bunlar arasında, askerî hizmete ilişkin hâller hariç olmak üzere, amir-maiyet veya ast-üst ilişkisinin dikkate alınmayacağı düzenlenmiştir.

10) Fırar ve izin tecavüzü suçları bakımından, ceza adaletinin sağlanması ve kaçanların geri gelmelerinin özendirilmesi amacıyla barış, seferberlik ve savaş zamanlarında ayrı ve kademeli süreler ve cezalar öngörülmüştür.

11) Kasten yaralama ve öldürme, hakaret ve tehdit gibi suçlar Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümlerine atf yapılmak suretiyle yeniden düzenlenmiş, bu suçların ast, üst veya amire karşı işlenmesi halinde cezanın artırılması öngörülmüştür. Ayrıca bu suçların ast, üst veya amire karşı işlenmiş olması halinde, bu fiiller dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma yapılmasının şikâyete tabi olmadığı ve uzlaşma hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

12) 1930 tarihli mevcut Askeri Ceza Kanunu'nda bulunan savaş suçları, ülkemizin taraf olduğu milletlerarası antlaşmalar ve uluslararası teamül kuralları göz önüne alınarak yeniden düzenlenmiştir.

### **1. Askeri Mahkemeler Kanunu Tasarısı Taslağı**

353 sayılı Askeri Mahkemeler Yargılama Usulü Kanunu, son yıllarda Türkiye'de yargı alanında yapılan reformlara ayak uyduramamış, sistematığı ve bütünlüğü bozulmuştur. Bu nedenle, askerî mahkemelerin verimli, etkili, süratli ve güvenli çalışmalarını sağlamak üzere, eskiyen ve yetersiz hükümler taşıyan 353 sayılı Kanunu yürürlükten kaldırarak, bunun yerine askerî mahkemelerin kuruluşu, yargılama ve infaz usul ve esaslarını düzenlemek maksadıyla Askeri Mahkemeler Kanunu Tasarısı Taslağı hazırlanmıştır.

Askeri Mahkemeler Kanunu Tasarısı Taslağının genel itibarıyla getirdiği yenilikler ile dikkat çeken hükümleri aşağıda sıralanmıştır<sup>59</sup>:

---

<sup>59</sup> AĞIN, a.g.m., s.197,198.

1) Tasarı taslağının hazırlanmasında kural olarak yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleri esas alınmıştır. Bununla birlikte, Silâhlı Kuvvetlerin kendine özgü askerî disiplin ve emir-komuta anlayışı ve askerî yargının varlık nedenleri de dikkate alınmıştır. Esas olanın yargılama usulü bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu; cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi bakımından ise 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Hakkında Kanun olduğu kabul edilmiştir.

2) Geneli itibarıyla, tasarı taslağında askerliğin özgün yapısı nedeniyle idarî makamı temsil eden kıta komutanı veya askerî kurum amirine usul hukuku bakımından tanınacak bir takım yetkiler ve askerî mahkemelerin uygulamalarına ilişkin farklılık arz eden usul ve infaz hükümlerine yer verilmiştir.

3) Askerî mahkemeler adlî yargıya paralel şekilde, askerî ağır ceza mahkemesi ve askerî ceza mahkemesi şeklinde derecelendirilmiş, aynı il veya ilçede bulunan askerî mahkemeler birleştirilmiş ve daireler halinde görev yapmaları sağlanmıştır (örneğin; Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Askeri Mahkemeleri yerine Ankara Askeri Mahkemesi bünyesinde Ankara 1'inci, 2'nci ve 3'üncü Askeri Ağır Ceza Mahkemesi gibi).

4) Askerî savcılıklar adlî yargıda olduğu gibi, askerî başsavcılık şeklinde teşkilatlandırılmıştır.

5) Askerî mahkemeler ve başsavcılıklar Komutanlık teşkilatından çıkartılmıştır.

6) Askerî mahkeme ve başsavcılıkların buldukları yerin adıyla anılması sağlanmıştır.

7) Kolordu ve üstü birliklerde askerî mahkeme kurulma zorunluluğu kaldırılmıştır.

8) Askerî mahkeme ve başsavcılıkların ihtiyaçlarının doğrudan Milli Savunma Bakanlığı (MSB) tarafından karşılanması sağlanmıştır.

9) Askerî mahkemelerin bulunduğu yerler dışındaki birliklerde de adlî müşavirlik teşkilatı kurulmasına imkan tanınmıştır.

10) Adlî yetkilerin askeri mahkemelerin kuruldukları ilde veya ilçede bulunan en büyük kıta komutanı veya askerî kurum amiri tarafından kullanılması öngörülmüştür.

11) Askerî Adalet Teftiş Kurulu'nun etkinliği artırılmıştır.

## **j. Askeri Hâkimler Kanununda Öngörülen Değişiklikler**

Askeri Mahkemeler Kanunu Tasarısı Taslağında öngörülen yukarıda sayılan

değişikliklere ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'na uyum sağlamak üzere 357 sayılı Askerî Hâkimler Kanunu'nda da bazı hükümlerinin değiştirilmesi gereği ortaya çıkmıştır. Bu amaçla yapılan değişiklikler ile<sup>60</sup>;

1) Askerî mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre çalışacak bir Askerî Hâkimler Kurulu kurulmuş ve askerî hâkim/savcılarının atanması, haklarında soruşturma yapılması ve gerekli ise disiplin cezası verilmesi gibi önemli bir kısım işlemlerin bu kurul eliyle yapılması öngörülmüştür.

2) Askerî hâkimlere verilen disiplin cezaları, sivil hâkimlere benzer şekilde, aylıktan kesme, kademe ilerlemesini veya derece yükselmesini durdurma, yer değiştirme, meslekten çıkarma şeklinde düzenlenmiş ve bu cezalar yargı denetimine açılmıştır.

3) Askerî hâkimlerin ihtiyaç görülecek uluslararası karargah, kurum ve kuruluşlardaki yurtdışı görev yerlerine atanmaları/ görevlendirilmeleri ve uluslararası mahkeme veya kuruluşlara görevlendirilebilmeleri imkanı sağlanmıştır.

4) Askerî hâkimler ile ilgili mevzuat sivil hâkimlere ilişkin mevzuatla uyumlu hale getirilmiştir.

## SONUÇ

Silahlı kuvvetlerin evrimi, siyasi, jeopolitik, sosyal gelişmelerle askerî doktrin ve teknolojiye bağlı bir seyir izlemiştir. Askerî yargı da silahlı kuvvetlerin bu değişimine uyum sağlayarak değişmiş ve gelişmiştir.

Silahlı kuvvetleri için gerek cezai gerek idari düzenlemelere sahip olmayan bir devlet düşünülemez. Ancak, profesyonel veya mecburi askerliğe dayalı ilkelere göre orduya katılmış askerî personelin oranı, statüleri, ülkenin büyüklüğü, orduya ilişkin yalın sayısal özellikler bu düzenlemelerin şekline belirleyen unsurlar olarak sayılabilir. Kendisine özgü bir savunma doktrinine sahip olan oldukça küçük İsviçre örneği, silahlı kuvvetler için ayrı bir yargı sisteminin bulunmasının, askerî ve hukukî geleneklerin yanı sıra bu yaklaşımın avantajlarına yapılan vurgudan kaynaklanabileceğini göstermektedir. Bu nedenle, ayrı askerî yargı sistemleri, sadece büyük ülkeler ve ordular için oluşturulmamıştır.

Ancak, askerî yargıya ilişkin standartları insan hakları ile uzlaştıran kendi durumuna uygun olan en uygun yargı sistemi konusunda karar verme o devleti ilgilendiren bir husustur. Askerî yargının "sivilleştirilmesi" şeklinde tanımlanan eğilim ve gelişmeler, bunların ilgili ülkelerin birçok özelliği ile

---

<sup>60</sup> AĞIN, a.g.m., s.198,199.

bağlantılı olduğunu göstermektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, askeri yaşamın koşulları ve gerekliliklerinin, kendi doğaları gereği sivil yaşamdaki koşullar ve gerekliliklerinden farklı olması nedeniyle bunun, Sözleşme'ye aykırı bir ayrımcılığa neden olmadığını belirlemiştir. Rütbeliler ile ilgili farklı uygulamaların nesnel unsurlara dayandığı ve silahlı kuvvetlerin farklı sınıflardaki mensuplarına uygun yöntemler kullanarak disiplinin sürdürülmesi için gerekli olduğu değerlendirilmiştir.<sup>61</sup>

Farklı askeri yargı sistemlerinin sürdürülmesi konusunu destekleyen AİHM, bir askeri yargı sisteminin sivil yargı sisteminin sağladığı teminatları da sağlamasını da istemektedir. Bu, ceza hukukuna ilişkin konularda adil yargılama teminatları, özgürlük ve güvenlik hakkı açısından özel önem taşımaktadır. Silahlı kuvvetlerin kendine özgü yapısı gereği, yapılacak her türlü değişiklik veya uygulamalar konusunda insan hakları standartlarına uygun hareket edilmelidir.

Sonuç olarak askeri yargı sistemleri, insan hakları şartlarına uyma konusunda halen bazı güçlüklerle karşı karşıya bulunmaktadır. Avrupa Konseyi üye devletleri de AİHM'nin içtihat hukuku çerçevesinde oluşturulmuş gelişen standartlara uyulması konusunda değişiklikler yapmaktadır.<sup>62</sup>

Birçok ülkenin askeri yargı sistemlerini tamamen lağvetmesine ve askeri yargının, modern devlette yeri bulunmayan tarihi bir anı ve bir anayasal lüks olduğu argümanını dile getiren sesler olmasına karşın, AİHM içtihadı ve çeşitli uluslararası kuruluşlar ve organlar tarafından kabul edilmiş olan metinler, ayrı askeri yargı sistemlerinin sürdürülmesi lehindeki görüşleri kabul ettiklerini göstermektedir. Ancak, insan hakları standartlarından ödün vermemekte ve askeri yargının bunların şartlarına tam olarak uyması konusunda ısrar etmektedirler.



---

<sup>61</sup> Engel and Others v. the Netherlands, 8 Haziran 1976 tarihli AİHM kararı, bent 72-73. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57479#{"itemid":\["001-57479"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57479#{), erişim tarihi 19.3.2014.

<sup>62</sup> Norveç Silahlı Kuvvetleri Başsavcısı ve Uluslararası Askeri Hukuk ve Savaş Hukuku Derneği Başkanı A.W. Dahl tarafından yakın bir geçmişte vurgulandığı gibi, askeri yargıdaki eğilimler, başlıca iki unsurdan etkilenmektedir. Bu unsurlar mahkemelerin tarafsızlığı, sanığın hakları, vs. konusunda insan hakları alanının etkisi ve bir ölçüde bağımsız bir askeri yargı sistemi tarafından sanıkların haksız şekilde beraat ettirilmesi veya davaların üzerinin örtülmesi olasılığının ortadan kaldırılması için reform taleplerine neden olabilecek sivil toplum güven duymama eğilimi olarak özetlenebilir. Bakınız A.W. Dahl, "International Trends in Military Justice", Yale Hukuk Fakültesi'ndeki Küresel Askeri Temyiz Seminerinde yapılan sunum, 1-2 Nisan 2011. [www.law.yale.edu/2011-04\\_International\\_trends.pdf](http://www.law.yale.edu/2011-04_International_trends.pdf), erişim tarihi 28.06.2013.

## KAYNAKÇA

### Basılı Kaynaklar

AĞIN, Erkan, “Askeri Yargıda Yeni Bir Vizyon: Askeri Ceza Kanunu ve Askeri Mahkemeler Kanunu Çalışmaları”, Askeri Yargıtayın 100’üncü Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu-Askerî Yargıda Güncel Eğilimler, Bildiriler Kitabı, 7-8 Nisan 2014, Ankara.

BOZKURT, Enver, İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, Nobel Yayınları, Ankara, 2003.

ÇAM, Esat, Siyaset Bilimine Giriş, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1977.

DÖNMEZER, Sulhi, Askeri Yargıtay’ın 85. Kuruluş Yılı Sempozyumu, ANKARA, 1999, s.532-560.

ERMAN, Sahir, Askeri Ceza Hukuku, Altıncı Bası, Sermet Matbaası, İstanbul, 1974.

ESEN, Bülent Nuri, Anayasa Hukuku Genel Esaslar, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1970.

GEDİK, Hüseyin, Âdil Yargılanma Hakkı Bakımından Türkiye’de Askeri Yargının Durumu ve Geleceği: Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Bir İnceleme, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Karşılaştırmalı Hukuk) Anabilim Dalı Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref ve GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.

GÜLMEZ, Mesut, “İnsan Haklarının Uluslararası Korumasında Sözleşme Dışı Sistemler ve Türkiye”, Türkiye’de İnsan Hakları, TODAİE, İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, 2000.

GÜLMEZ, Mesut, “İnsan Haklarının Uluslararası Koruması-Birleşmiş Milletler Sistemleri” Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayınları, 1996.

GLISEN, John ve SUCU, Nail, “Askeri Hukukun Bugünkü Evrimi Üzerine Genel Bildiri (II)”, Yargıtay Dergisi, Cilt 8, Sayı 3, 1982, s.313-325.

HENIARTI, Dini Devi ve SAFEI, Agus Ahmad, “Developing Trends of Military Justice System”, The International Journal of Sciences, 15.12.2012, Vol.5, No.1, s.5-16.

IŞIK, İhsan, “Karşılaştırmalı Askeri Yargı Sistemleri”, Askeri Adalet Dergisi, Ocak, 2004, Sayı 119, s.97-135.

İNCEOĞLU, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı (Üçüncü Bası), Beta Basım Yayım A.Ş., İstanbul, 2008.

İPEKSÜMEROĞLU, Niyazi, “Askerî Kaza Sistemine Bir Bakış”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1, 1951.

KÖPRÜ, Orhan, “Mukayeseli Hukukta Askeri Yargı”, Askeri Adalet Dergisi, Mayıs 1995, sayı 93, s.3-20.

SEVİĞ, Vasfi Raşid, “Askerî Adalet”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1, 1952.

SVANİDZE, Eric, Askeri Hâkim ve Savcılarının İnsan Hakları Konularında Eğitimleri Ortak Projesi, Avrupa’da Askeri Yargı ve İnsan Hakları, Şen Matbaa, Ankara, 2012.

TAŞKIN, Mustafa, “Fransa’da Askeri Yargı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 84, Yıl 2009, s.121-159.

TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), 4. Bası, Beta Basımevi, İstanbul, 1997.

The Federal Court of Justice, Karlsruhe, 2010.

Türkiye ve Dünyada Askeri Ceza Yargısı, Askeri Adalet İşleri Başkanlığı.

ÜNAL, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara, 2001.

YILMAZLAR, İrfan, KAYA, Abdullah, DAĞ, Rıdvan, “Askeri Yargılama Yetkisi Seminer Sonuç Raporu”, Askeri Adalet Dergisi, Ocak 2002, Sayı 113, s.1-35.

### İnternet Kaynakları

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin üye devletlere idari işlemlerin adli incelemesi konusundaki (2004) 20 sayılı Tavsiye Kararı, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=802925&Site=CM>, erişim tarihi 23.3.2014.

DAHL, A.W., “International Trends in Military Justice”, Yale Hukuk Fakültesi’ndeki Küresel Askeri Temyiz Seminerinde yapılan sunum, 1-2 Nisan 2011. [www.law.yale.edu/2011-04\\_International\\_trends.pdf](http://www.law.yale.edu/2011-04_International_trends.pdf), erişim tarihi 28.06.2013.

Engel and Others v. the Netherlands, 8 Haziran 1976 tarihli AİHM kararı, bent 72-73. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57479#>

*"itemid":["001-57479"]*}, erişim tarihi 19.3.2014.

İçen-Türkiye Kararı (2011), başvuru no 45912/06, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/icen.pdf>, erişim tarihi 20.3.2014.

<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta98/EREC1380.htm>, erişim tarihi 21.3.2014.

<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta01/EREC1518.htm>, erişim tarihi 21.3.2014.

<http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta02/erec1572.htm>, erişim tarihi 21.3.2014.

<http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileID=10901&Language=en>, erişim tarihi 21.3.2014.

<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta06/EREC1742.htm>, erişim tarihi 21.3.2014.

<http://www.osce.org/odihr/31393?download=true>, erişim tarihi 21.3.2014.

[http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/sede/dv/sede291111recommendationcoe\\_/sede291111recommendationcoe\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/sede/dv/sede291111recommendationcoe_/sede291111recommendationcoe_en.pdf), erişim tarihi 21.3.2014.

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>, erişim tarihi 21.3.2014.

<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/DecauxPrinciples.html>, erişim tarihi 23.3.2014.

[www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/2B783BFF-39C9-455C-B7C7-F821056B-F32A/0/Tableau\\_de\\_violations\\_19592010\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/2B783BFF-39C9-455C-B7C7-F821056B-F32A/0/Tableau_de_violations_19592010_ENG.pdf), erişim tarihi 15.08.2013.

<https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5190.html>, erişim tarihi 14.11.2015.

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1212m.htm>, erişim tarihi 13.11.2015.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/cae-bf83c-7dd8-4ac1-85af-133f82a5fe6c?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, erişim tarihi 10.11.2015.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c86e5cc3-384d-4734-a035-8b56923a55a0?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, erişim tarihi 14.11.2015.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/cfc36587-dcd6-4a9b-ba57-62d23a1a4f0f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, erişim tarihi 10.11.2015.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/6767b255-9e01-41d7-8ea9-1f3b7720988c?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, erişim tarihi 14.11.2015.

<https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5170.html>, erişim tarihi 16.11.2015.



# TRANSFER FİYATLANDIRMASI TESPİTİ SÜRECİNDE “GİZLİ EMSAL” UYGULAMASI VE ADİL YARGILANMA HAKKI

*The Implementation of “Hidden Precedents” in the Process of Finding Transfer Pricing and the Right to a Fair Trial*

**Dr. Osman SARIASLAN<sup>1</sup>**

## ÖZET

Küreselleşmeyle birlikte bir yandan kişilerin temel hak ve hürriyetlerinde gelişmeler yaşanırken bir yandan da serbest piyasa ekonomisi üzerine bina edilen karmaşık ticari ilişkiler, vergisel anlamda yeni uygulamalara neden olmaktadır. Transfer fiyatlandırması müessesesi bu uygulamalardan bir tanesidir ve özü itibariyle devletin vergi gelirlerini korumaya yönelik geliştirdiği refleksin bir sonucudur. Öte yandan kural olarak vergilendirme işlemleri yapılırken devletin kendi meşru alanında kalması ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerine dokunmaktan sakınması gerekir. Oysa transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç aktarımının tespiti için idare bazı yöntemler uygulamak zorunda kalmaktadır. Her şeyden önce transfer fiyatlandırması mahiyeti gereği emsal incelemesini gerekli kılmaktadır. Emsal incelemesi ise incelenen mükellefin durumuna bağlı olarak dış emsal olabilmektedir. Buraya kadar izlenen idari süreçte belli başlı bir sorun alanı oluşmamaktadır. Ancak uygulamada bazı transfer fiyatlandırması incelemelerinde dış emsal verileri bazı nedenlere dayalı olarak incelenen ve hatta bu incelemeye dayalı olarak vergilendirilen kişiden saklanmaktadır. İşte bu nokta artık idari inceleme sürecinin sorun ürettiği bir alana işaret etmektedir. Zira emsal alınan veri ve/veya uygulamaların gizli tutulması vergilendirilen kişinin, daha sonra yapması muhtemel hak arama süreçlerinde adil yargılanma hakkını ve hak arama hürriyetini kısıtlamaktadır. Bu noktadan hareketle makale, bazı transfer fiyatlandırması incelemelerinde benimsenen gizli emsal uygulamasının idare ile mükellef arasında silahların eşitsizliğine sebep olduğu hipotezi üzerine kurgulanmıştır. Söz konusu hipotezin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Anayasa, doktrin ve yargı kararları ile test edilerek, gizli emsal uygulamasının ilişkili kavramlarla tartışılması ve adil yargılanma hakkı karşısındaki durumunun ortaya konulması ise çalışmanın ana gayesini oluşturmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Adil Yargılanma Hakkı, Silahların Eşitliği, Transfer Fiyatlandırması, Gizli Emsal

## ABSTRACT

Along with globalisation, on the one hand, some developments have been seen in the fundamental rights and liberties of people, on the other hand, the complicated business connections structured upon free market economy have led to new impe-

---

<sup>1</sup> Diyarbakır Vergi Mahkemesi Başkanı. [sariaslanosman@yahoo.com](mailto:sariaslanosman@yahoo.com)

mentations in taxation. The practice of transfer pricing is one these implementations and, in its essence, it is a result of a reaction the state has developed for the protection of tax income. On the other side, while the taxation proceedings, as a rule, are carried out, the state should stay inside its legal borders and avoid intervening in the fundamental rights and liberties of people. However, the administrative circles are obligated to perform some methods for the detection of the concealed gain transmission through transfer pricing. Above all, transfer pricing necessitates an analysis of precedents, by its nature. Analysis of precedents may be an external precedent depending upon the case of the taxpayer being analysed. There has emerged no certain field of problem in the administrative process that has been followed up to this point. However in practice, in some transfer pricing analyses, external precedent data have been concealed from the person who is analysed because of some reasons and even taxed depending on this analysis. And now this point signals the field where administrative process of analysis produces problems. The fact that the data as the precedent and / or implementations are concealed limits the taxpayer’s right to a fair trial and right to legal remedies that he or she will probably perform later. From this point forth, the article is structured upon the hypothesis that the implementation of hidden precedents which are adopted in some transfer pricing analyses has caused a disparity of arms between the administration and taxpayer. Through the test of the hypothesis mentioned here by the decisions of European Convention on Human Rights, Constitution, Doctrine and Jurisdiction, the main constituent of the work is the discussion of the implementation of hidden precedent as regards the concerning concepts and the revealing of its position in the face of right to a fair trial.

**Keywords:** Right To A Fair Trial, Parity of Arms, Transfer Pricing, Hidden Precedent



## GİRİŞ

Bilindiği gibi vergi uyumsuzluklarının birer idari uyumsuzluk olarak kabul edildiği Türk Hukuk Sisteminde, ortaya çıkan ihtilaflar yargısal anlamda idari yargı kolunda faaliyet gösteren vergi mahkemeleri tarafından çözüme kavuşturulmaktadır. Bu durum basit bir görev ayrımı konusu değildir. Zira yöntem ve usulleri adli yargı kolundan farklı olduğu, taraf eşitsizliğinin, re’sen araştırma ilkesinin ve idari işlemlerin hukuka uygunluğunun karine olarak kabul edildiği idari yargılama usulü, esas itibariyle genel hukuk yargılamasının istisnası niteliğindedir. Şüphesiz bunun Türkiye’nin benimsediği idari rejim ve bunun kaynaklandığı Kıta Avrupa Hukuku mirası ve devlet geleneği gibi birçok açıdan izahı mümkündür. Bu durumun bir diğer sonucu ise idari yargılamaya konu edilen birçok uyumsuzluğun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. maddenin dışında devletlerin egemenlik haklarına ilişkin olması hasebiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ta-

rafından incelenmez kabul edilmesidir.<sup>2</sup> Ancak AİHM, AİHS’in 6. maddesi kapsamında yaptığı incelemelerde yerel hukuktaki yargılamaya ilişkin görev ve yetki ayrımını, etkin hukuksal korunma ekseninde değerlendirmekte ve usule ilişkin kuralların yorumunda genelde özünün önceliği prensibinden hareket etmektedir. Buna göre kişilerin sözleşmeden kaynaklı bir hakkın ihlali iddiası varsa bunun yerel mahkemeler tarafından idare hukuku ilkeleri ile mi yoksa medeni hukuk ilkeleri ile mi çözüme kavuşturulduğuna bakılmaksızın yargılama yapılmakta ve yerine göre ihlal kararı verilebilmektedir.<sup>3</sup>

Vergi, niteliği gereği kişilerin mülkiyet hakkı ile doğrudan ilgili bulunması nedeniyle hem sözleşmeye ek 1 numaralı protokolün birinci maddesinde<sup>4</sup> düzenlenen mülkiyet hakkı hem de bu hakkın ileri sürülmesi noktasında adil yargılanma hakkı ile doğrudan ilintilidir. Bu durumda negatif statü haklardan olan mülkiyet hakkının özel hukuk kişilerine olduğu kadar kamu kudretine karşı da korunması önem arz etmektedir. Bu nedenle kişilerin kendi gelir ve varlıkları üzerinden kendi beyanları üzerinden vergilendirilmesi esas olan Türk Vergi Sisteminde, beyanların hatalı ve eksik olması hallerinde idare tarafından kendine tanınan yasal yetkiler çerçevesinde yapılan vergilendirme işlemlerinden ötürü mükellefler ile mali idare sıklıkla karşı karşıya gelebilmektedir. Dolayısıyla idarenin kamu kudreti kullanarak yaptığı vergilendirme işlemlerinde, yasal sınırlar içinde kalması ve kişilerin hukukunda ekstra mali külfetlere sebep olmaması gerekir. Bu gereklilik aynı zamanda idarenin vergilendirme işlemlerinde kişilerin haklarını kullanmasına engel olacak uygulamalardan kaçınmasını da kapsamaktadır. Bunun tespiti ve yapılan vergilendirmeye etkisi

---

<sup>2</sup> Pellegrin/Fransa Davası (no. 28541/95, 8.12.1999 tarihli Büyük Daire kararı; Vilho Eskelinen ve Diğerleri/Finlandiya Davası (no. 63235/00, 19.04.2007 tarihli Büyük Daire kararı. Benzer kararlar için bkz. [http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak\\_bilgi\\_bankasi/tematik\\_bilginotu/calisma/calisma\\_hayati.pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/calisma/calisma_hayati.pdf) , (05.01.2016).

<sup>3</sup> Örneğin Temel ve Diğerleri/Türkiye Davası (no:36458/02, 03.03.2009 tarihli kararı. Ayrıca Sibel İnceoğlu, **Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği**, Şen Matbaa, Ankara, 2007, s. 15

<sup>4</sup> 1 Numaralı Protokol, 20 Mart 1952 tarihinde Paris’te imzalanmış ve Protokolün 6. maddesine uygun olarak 18 Mayıs 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Ek Protokol’ü 20 Mart 1952 tarihinde imzalamış ve 10 Mart 1954 tarihinde onaylamıştır. 6366 Sayılı Onay Kanunu 19 Mart 1954 gün ve 8662 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Söz konusu Protokolün “Mülkiyetin Korunması” başlıklı 1. maddesi ise şöyledir: “Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez.”

ise açılacak idari davada mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla vergilendirme idarenin ve mükellefin haklarının korunduğu bir düzlemde yapılmalı ve aynı zamanda bu işlemlere karşı kişilerin etkin bir hak arama hürriyetine ve adil yargılanma hakkına sahip olmaları gerekmektedir.

Bu çalışmada, kişilerin transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtıcı iddiasıyla vergilendirilmesine ilişkin işlemlerde, idarenin muhtemel matrah farkı tespiti için benimsediği yöntemlerden olan “gizli emsal” uygulamasının, hak arama hürriyeti ve adil yargılanma ekseninde incelenmesi amaçlanmıştır.

Çalışmanın ilk kısmında adil yargılanma hakkı genel hatları ile ortaya konulduktan sonra, ikinci kısımda ilişkili kişiler ile yapılan alım satım işlemlerinin hangi hallerde transfer fiyatlandırması sayıldığını ortaya koymak adına “transfer fiyatlandırması” müessesesinden ve bu müessesesinin bir unsuru olan gizli emsal incelemesinden söz edilecek; üçüncü kısımda ise gizli emsal uygulamasının adil yargılanma karşısındaki durumu tartışılacaktır.

## 1. ADİL YARGILANMA HAKKI

Adil yargılanma hakkı, yargılamaya ilişkin usul ve esasları belirleyerek nesnel bir yargılama sonucunda adil bir karara varmayı güvence altına alarak hukuk devletinin temel unsurlarından birini oluşturmaktadır. Adil yargılanma hakkı bakımından sorgulanan nokta varılan sonuçtan çok yargılama sürecidir. Diğer bir ifadeyle içerik olarak adil bir kararın verilip verilmediği değil, adil bir karar verilebilmesi için gerekli koşulların sağlanıp sağlanmadığı hususu önem kazanmaktadır.<sup>5</sup>

Adil yargılanma hakkı, Türkiye’nin de taraf olduğu AİHS’in 6. maddesinde düzenlenmiştir.<sup>6</sup> Bu madde ile hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı

---

<sup>5</sup> Sibel İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Editör Sibel İnceoğlu, Şen Matbaa, Ankara, 2013, s. 209

<sup>6</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “Adil Yargılanma Hakkı” başlıklı 6. maddesi: “1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, *hakkaniyete uygun* ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir. 2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

güvenceye alınmaya çalışılmıştır. Altıncı madde kapsamındaki düzenlemelerin uygulama alanı sadece ‘*muhakeme süreci*’ değildir. Bunun yanında *yargılamaya hazırlık (önceki)* ve *hükmün uygulanması aşamasında (sonraki)* da altıncı maddenin kapsamı dâhilindedir.<sup>7</sup>

Adil yargılanma hakkı, Türk Hukukunda anayasal düzeyde tanınmış bir haktır. Nitekim adil yargılanma hakkının içerdiği pek çok ilke Anayasamızın diğer bazı maddelerinde de (36, 37, 39, 125, 138, 142, 145 gibi) yer almış olmasına karşın 2001 Anayasa değişikliği ile bu hak doğrudan Anayasanın “Hak Arama Hürriyeti” başlıklı 36. maddesinde açıkça ifade edilmiştir.<sup>8</sup> Söz konusu maddenin 1. fıkrası aynen şu şekildedir: “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” Anayasa kişilerin adil yargılanma hakkına sahip olduğunu ifade etmekle birlikte bu kavramı ayrıca tanımlamıştır. Bu da Anayasa’nın AİHS’de düzenlenen adil yargılanma hakkını bir küllük olarak kabul ettiği anlamına gelmektedir. Öyle ki Anayasanın 90/5. maddesine<sup>9</sup> göre Türk Hukukunda kanun hükmünde kabul edilen sözleşme hükümleri, temel hak ve özgürlükler noktasında kanundan daha öncelikli bir kural olarak kabul edilmektedir.

Bu kapsamda AİHS’in 6. maddesine bakıldığında, adil yargılanma hakkının öne çıkan unsurlarını şu şekilde ifade etmek mümkündür:

- 
- a. Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;
  - b. Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;
  - c. Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;
  - d. İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;
  - e. Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.” ([http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/temelbelge/AIHS\\_Tr\\_A6format.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/temelbelge/AIHS_Tr_A6format.pdf), (10.11.2015).

<sup>7</sup> Cüneyd Altıparmak, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları”, **TBB Dergisi**, Sayı:63, Yıl:2006, s. 244-245

<sup>8</sup> İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 213-214

<sup>9</sup> Anayasanın “Milletler Arası Anlaşmaları Uygun Bulma” başlıklı 90. maddesinin 5. fıkrası: “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 07/05/2004 - 5170 S.K./7.mad) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklerle ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır.”

- i) Yargılamanın kanunla kurulmuş tarafsız ve bağımsız mahkemelerde yapılması (6/1. md.)
- ii) Yargılamanın makul sürede bitirilmesi (6/1. md.)
- iii) Masumiyet karinesi (6/2. md.)
- iv) Yargılamanın aleni olması (aleniyet ilkesi 6/1. md.)
- v) Yargılamanın hakkaniyete uygun olması (6/1. md.)

### **1.1. Yargılamanın Kanunla Kurulmuş Bağımsız ve Tarafsız Mahkemelerde Yapılması**

AlHS’in 6. maddesinin 1. fıkrasında, “Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından...” ifadesi ile adil yargılanma hakkının ilk ve temel şartlarından birinin yargılamayı yapacak mahkemenin kanunla kurulmuş bağımsız ve de tarafsız olması ifade edilmiştir. Kanunla kurulmuş olmak koşulu tabiidir ki sadece şekle indirgenecek bir husus değildir. Zira sözleşmeye göre kanunla kurulan mahkeme, yürütme organına ve taraflara karşı bağımsız, tarafsız ve yargılama usulü güvencesine sahip olan bir merci olmalıdır. Ayrıca kanunla kurulan mahkeme ifadesinden, görevine giren konularda, belirli bir usule uyarak hukuk kurallarına göre karar veren ve bu kararı gerekiyorsa cebri icra yoluyla yerine getirilebilen merciiler anlaşılır.<sup>10</sup>

Öte yandan yargılamayı yapacak mahkemenin bağımsız, tarafsız olması ve bunu görüntü olarak da yansıtması gerekir. AlHM’in 01.10.1982 tarihin verdiği Piersack/Belçika kararında, yargılamayı yapan mahkeme ile ilgili yaptığı şu tespit konun özetlenmesi bakımından yeterli olacaktır: “Mahkeme’nin kamuoyunda mutlak surette güven vermeleri için örgütsel konularının da göz önünde bulundurulması zorunludur. Bir hâkimin, daha önce savcı olarak görevliyken ve bu işlevi gördüğü esnada belirli bir olayda yetkili konumda iken daha sonra bu olayla ilgili davada mahkeme üyesi olarak görevlendirilmiş olması, tarafsızlığı konusunda kuşku uyandırmaktadır. Hukuka saygılı olanlar, bu durumdan haklı olarak tedirgin olabilirler.”<sup>11</sup> Böylece AlHM yargılamayı

---

<sup>10</sup> Süha Tanrıver, “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, **TBB Dergisi**, Sayı: 53, Yıl:2004, s. 194

<sup>11</sup> AlHM’in Piersack/Belçika Kararı. Başvuru No: 8692/79, Karar tarihi: 01.10.1982. Kararın analizi için bkz. Osman Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, Cilt 1, Legal Yayınları, İstanbul, 2004, s.505. Yukarıdaki yoruma benzer bir yorum için ise bkz. Altıparmak, a.g.m. s. 253

yapan mahkemenin tarafsızlığına ilişkin bir şüphenin dahi bulunamaması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>12</sup>

## 1.2. Yargılamanın Makul Sürede Yapılması

Adil yargılanma hakkının bir diğer önemli unsuru ise yargılamanın makul bir sürede yapılması ya da sonlandırılmasıdır. Zira AİHS’in 6’ncı maddesinin birinci fıkrasında yargılamanın belli bir süre içinde sonuçlandırılması gerektiği belirtilmiştir. Sözleşmeye göre; “Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının *makul bir süre içinde*, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir.”

Makul süre kavramı konusunda, AİHM tarafından somut ve açık bir tanımlama yapılmamıştır. AİHM 6’ncı maddenin 1’inci fıkrasıyla ilgili yapılan şikayet başvurularında makul süre konusunda, bunun takdirinde ifadenin açıklıktan yoksun ve muğlak oluşundan ötürü kavramın anlamının soyut olarak belirlemenin güçlüğüne işaret etmiş ve her olay için geçerli bir makul süre kabulünün imkansız olması nedeniyle pragmatik bir yaklaşım benimsemiştir.<sup>13</sup> Böylece davanın niteliğine, davacının (AİHM için başvuru) tutumu ile adli ve idari mercilerin tutumuna göre makul süre incelenmesi yapılmaktadır. Yani bir uyuşmazlığın davaya dönüşmesinden sonra davaya etki edebilecek bağımsız değişkenlere göre makul süre tespiti yapılmaktadır.

Makul sürede yargılanma hakkı esasen kültürümüzde de yer edinmiş “gıciken adalet, adalet değildir” düsturunun bir sonucudur. Mahkemelerde tüm hak arayanlar için geçerli olan bu hükmün amacı, AİHM yorumlarında, dava açan ya da hak arayan kimseleri yargılama işlemlerinin sürüncemede kalmasına karşı korumak, özellikle ceza davalarında suçlanan veya herhangi bir nedenle mahkeme kararını bekleyen kişinin (sanığın) uzun bir süre davasının nasıl sonuçlanacağı endişesiyle yaşamasını önlemek olarak ifade edilmiştir.<sup>14</sup>

## 1.3. Masumiyet (Suçsuzluk) Karanesi

Masumiyet ya da diğer bir ifadeyle suçsuzluk karanesi, bir suçtan dolayı

---

<sup>12</sup> Ayrıca bu hususta detaylı açıklama için bkz. Altıparmak, a.g.m. s. 253-254; Tanrıver, a.g.m. s. 195-198

<sup>13</sup> Hüseyin Turan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:3 Sayı: 11, Ekim 2012, s. 51

<sup>14</sup> Feyyaz Gölcüklü; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde “Adil Yargılama””, **AÜSBF Dergisi**, Cilt:49, No:1-4, 1994. s.213.’den aktaran Turan, a.g.m. s. 55

kovuşturulan kişinin, suçluluğu mahkeme kararıyla sabit olmadıkça suçlu sayılmamasını ifade eder.<sup>15</sup> Buna göre kişinin suçluluğu, yasal olarak kesinleşmiş mahkûmiyet halinde kabul edilebilir. Bu kuralın en önemli sonucu suç işlendiğini iddia edenin bu iddiasını ispat etmek zorunda olmasıdır. Masumiyet karinesi yalnızca suçlamanın esası hakkında karar verecek olan mahkeme önünde değil, tüm resmi makamlar düzeyinde de kabul edilmesi gerekir. Kişinin yasal olarak suçluluğu saptanmadan, kendisinin savunma haklarını kullanma olanağına sahip olmadan, onun suçlu olduğu hissini telkin eden karar suçsuzluk karinesinin ihlalidir.<sup>16</sup>

Masumiyet karinesini adli ve idari yaptırımlar öngören Türk Vergi Hukuku bağlamında düşünüldüğünde ise, beyan esasına dayalı olan vergi sistemimizde bir kişinin vergi suçu ya da kabahati işlediği hususunda bir kanaate varmak için -konusuna göre- adli ve/veya idari makamlarca verilmiş ve kesinleşmiş bir kararın bulunması gerekir. Böylesi bir durumun vaki olmaması halinde kişinin (gerçek ya da tüzel) hukuki pozisyonu hakkında olumsuz bir yargıya varılmamalıdır. Örneğin mali idare tarafından uygulanan “özel esaslara alınma” işlemi, dayanağında adli ve idari açıdan kesinleşmiş -durumun gereklerine göre- yine adli ve idari bir kararın varlığı halinde mümkün olmalıdır. Aksi takdirde kişinin masumiyet karinesi ekseninde vergisel pozisyonu menfi anlamda tespit ve ilan edilemez.

#### 1.4. Yargılamanın Aleni Olması

Adil yargılanma hakkının unsurlarından birisini de alenî olarak yargılanma oluşturmaktadır. AİHS’in 6/1. maddesinde yargılamanın aleni olması gerektiği ifade edilmiştir. Adil yargılamanın unsuru olan aleniyetten maksat, doğrudan aleniyet, yani davanın tarafları dışında isteyen herkesin, yargılamanın gerçekleştirildiği, duruşmaların yapıldığı oturumların icra edildiği yere girip, bizzat yargılamayı izleyebilme olanağına sahip olmalarıdır.<sup>17</sup>

Yargılamanın ilke olarak kamuya açık olması, adil yargılanma hakkı açısından davanın tarafları için bir güvence sunmasının yanı sıra kamuoyunun yargıya güvenini arttırıcı bir etkisi de olmaktadır.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Sulhi Dönmezer, “Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul, 1998, s.67

<sup>16</sup> Ali Osman Kaynak, “Uluslararası Sözleşmeler Işığında “Adil Yargılanma Hakkı” ve İç Hukukumuzla Karşılaştırılması”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:65, Sayı: 1, Kış 2007, s.128

<sup>17</sup> Hakan Pekcanitez, “Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi”, Prof. Dr. Faruk Erem’e Armağan, Ankara, 1999, (635-666) s. 648’den aktaran Tanrıver, a.g.m. s. 201

<sup>18</sup> Altıparmak, a.g.m. s. 255



Aleni yargılama, *duruşmaların ve kararların* da aleni olmasını gerekmektedir. Konuya vergi yargılaması özelinde bakıldığında ise, bilindiği üzere vergi yargılamasının da içinde yer aldığı idari yargılamada kural yazılı yargılamadır. Ancak bazı durumlarda tarafların talebi halinde veya mahkeme tarafından re’sen duruşma yapılabilir. (2577 sayılı Kanunun 17. md.). Bu duruşmalar aleni olmakla beraber asıl kararın verildiği müzakereler kapalı oturumlarda yapılmaktadır. Bu husus aleni yargılama noktasında başka bir araştırmaya konu olabilecek niteliktedir. Ancak ifade edilmelidir ki vergi yargılamasındaki duruşma-karar bütünlüğü; vergi mahremiyeti kavramı, adil yargılanma hakkı ve bir kamu denetimi olan alenilik ile birlikte düşünülmeli gerekir. Böylece hem bireysel hem de kamusal yarar gözetilerek bunların arasında hakkın özüne dokunmayan hassas bir denge oluşturulmalıdır.

Kararların aleni olması ise ilgisine tebliğ edilmesinin yanı sıra Mahkeme arşivlerinde saklanmakta ve yasal talep halinde ilgili kişi ve mercilere sunulma imkânı ile sağlanmaktadır.

Öte yandan aleniyet kavramının içine “gerekçeli karar verme” zorunluluğunu da dâhil etmek gerekir. Nitekim Anayasanın 141. maddesine göre her karar gerekçeli olmak zorundadır.<sup>19</sup>

### 1.5. Yargılamanın Hakkaniyete Uygun Olması

Adil yargılanma ilkesi genel bir ilke olup, hakkaniyete uygun yargılanma ilkesi de bu genel ilkenin özü mahiyetindedir. Bakıldığında adil yargılanmanın diğer unsurları bir anlamda bu ilkenin gerçekleşmesi için birer araç mahiyetindedir.<sup>20</sup>

Hakkaniyete uygun yargılama hakkı, AİHS’in 6/1. maddesinde ifade edilmiş olmasına karşın net bir tanımı yapılmış değildir. AİHM içtihatları ekseninde hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, yargılama faaliyetinin tüm işlemlerinde bir bütün olarak, taraflar arasında eşitliğin sağlanması, bunun korunmuş olması ve dava sırasında, yargı yerinin kararını etkilemek amacıyla sunulan delil ve mütalaalar ya da görüşlerin her biri hakkında, taraflara yorum yapma imkânı tanınması olarak ifade edilebilir.

Bu kapsamda AİHM kararları ekseninde, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının üç temel ilke üzerine inşa edildiğini söylemek mümkündür.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Altıparmak ,a.g.m. s. 258

<sup>20</sup> Bu yönde tespit ve açıklamalar için bkz. Ayvaz Cebre, “Hak Arama Yolları ve Adil Yargılanma Hakkı”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Cilt:1, Yıl:2, Sayı:5, Nisan 2011, s. 386.

<sup>21</sup> Duruşmada hazır bulunma ilkesi bazı kaynaklarda adil yargılanma hakkının temel unsuru

- i) Çekişmeli yargılama ilkesi
- ii) Duruşmada hazır bulunma ilkesi
- iii) Silahların eşitliği ilkesi

### **1.5.1. Çekişmeli Yargılama İlkesi**

Çekişmeli yargılama, tarafların, diğer tarafça sunulanlar da dahil olmak üzere, dava dosyasına sunulan deliller veya mütalaalar hakkında, bilgi edinme ve bunlar hakkında yorum yapma imkanına sahip olması biçiminde ifade edilebilir.<sup>22</sup> Çekişmeli yargılama ilkesi, silahların eşitliği ilkesi ile yakından ilgilidir. Ancak bu ilke yalnızca yargılama aşamasına ilişkin belirlemeler yaparken silahların eşitliği ilkesi yargılamadan önceki aşamaları da kapsayan gereklilikler içermektedir. Öyle ki bu iki ilke AİHM kararlarında birbirini tamamlar nitelikte kullanılmaktadır.<sup>23</sup> Zira çekişmeli yargılama ilkesinin ihlal edilmesi, davasını savunabilmesi açısından taraflar arasındaki dengeyi bozabilmektedir.

Dolayısıyla çekişmeli yargılama ilkesi kapsamında, kişinin karşılaştığı bir suçlamaya karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir eylem veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanmak ve bu davada kullanılacak kanıtları mahkeme önüne getirebilme olanağına sahip olması gerekmektedir.<sup>24</sup> Bu ilke aynı zamanda kendisine karşı dava açılan tarafın da mahkemeye başvurarak hukuki korunma talep etmesini de içermektedir. Bu hukuki koruma ise davacının iddialarına cevap vermek suretiyle gerçekleşmektedir.<sup>25</sup>

---

olarak ifade edilmiş bazı kaynaklarda ise hukuka uygun yargılama unsuru içinde ele alınmış; bazı kaynaklarda ise aleni yargılama ekseninde değerlendirilmiştir. Bize göre duruşmada hazır bulunma hakkı hukuka uygun yargılamanın bir parçası olduğundan bu başlık altında değerlendirilmelidir. Bu yönde tasnifler ve incelemeler için bkz. İnceoğlu, **Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği**, ss. 44-76; hukuka uygun yargılama ilkesini çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkesi ekseninde incelenmesi için de bkz. Tanrıver, a.g.m. s. 204,

<sup>22</sup> Başar Başaran, “Adil Yargılanma Hakkı”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara, 2007, s. 128

<sup>23</sup> AİHM’in Bulut/Avusturya kararı 22.02.1996. Benzer bir tespit ve açıklamalar için bkz. İnceoğlu, **Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği**, s. 68-69

<sup>24</sup> Danıştay Onikinci Dairesinin 22.02.2006 gün ve E:2005/6353 K:2006/540 sayılı kararı. Kararın tam metni için bkz. <http://idarehukuku.net/ictihat/Adil-yargilama---Suhta-ve-cezada-kanunilik-Danistay.html> (30.11.2015)

<sup>25</sup> Baki Kuru, Ramazan Aslan, Ejder Yılmaz; **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 318

### 1.5.2. Duruşmada Hazır Bulunma İlkesi

Duruşmada hazır bulunma hakkı, kural olarak kişinin kendisi hakkında verilecek kararın tesisi esnasında duruşmaya katılmasını içermektedir. Ceza davalarında sanığın duruşmada hazır bulunması kuraldır. Hukuk davalarında ise davadan haberdar edilen tarafın yargılamada hazır bulunması kural değildir. Ancak taraflardan birisinin şahsi davranışının değerlendirilmesi gereken durumlarda tarafın duruşmada hazır bulunması zorunludur.<sup>26</sup>

İdari Yargılama Hukukunda ise yazılı yargılama esastır (İYUK 2. md.). İdari yargılama usulünü düzenleyen 2577 sayılı Kanununun 17. maddesine göre duruşma olaya özgü bazı koşulların varlığı halinde tarafların replik ve düplik aşmasında sunacakları dilekçelerde talep etmeleri halinde yapılabilir. Duruşma talebi bulunmayan davalarda mahkeme ya da hâkimin takdiren duruşma yapması mümkün ise de bunun gerekliliği için ayrıca bir (ara) karar alınması gerekmektedir.<sup>27</sup>

Diğer yandan idari yargılamada duruşma esnasında karar verilmez. Yalnızca tarafların yazılı iddia ve savunmalarının haricindeki sözlü savunma ve iddiaları dinlenir. Duruşmanın icrasından onbeş gün içinde bir karar verilir.<sup>28</sup> Bu karar, uyuşmazlığı sonlandıran nihai karar olabileceği gibi ara karar da olabilir. Ancak uygulamada nihai karar aşamasına gelmiş dosyalar duruşmaya konulmaktadır.

Dolayısıyla ceza yargılaması için bir zorunluluk olan “duruşmada hazır bulunma hakkı”, hukuk yargılamasına benzer bir şekilde idari yargılama için elzem bir durum teşkil etmemektedir.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> Kaynak, a.g.m. s. 127

<sup>27</sup> Bu konuda İdari Yargı Teftiş raporlarında 2577 sayılı Kanununun 17/4. maddesinden harekele bir ara kararı ile duruşma yapılması gerekliliğinin ortaya konulması gerektiği ifade edilmiştir. Bu konuda bkz. <http://intranet.hsyk.gov.tr/Teftis/tavsiyeler/idari-yargi/idari-yargi.pdf> , s. 68, (22.12.2015).

<sup>28</sup> 2577 sayılı İYUK’un “Duruşmalı İşlerde Karar Verilmesi” başlıklı 19. maddesi: “Duruşma yapıldıktan sonra en geç onbeş gün içinde karar verilir. Ara kararı verilen hallerde, bu kararın yerine getirilmesi üzerine, dosyalar öncelikle incelenir.”

<sup>29</sup> Ancak şartların varlığı halinde duruşma yapıldığı halde bunun usulüne göre icra edilmemiş olması adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelecektir. Nitekim Danıştay bir kararında duruşmada hazır bulunan bir tarafın diğer taraf bulunmasa dahi dinlenmesi gerektiği görüşünü AIHM kararlarını da dikkate alarak ifade etmiştir. Danıştay Beşinci Dairesinin E:2004/291 K:2004/3370 sayılı kararından aktaran Kemal Başlar, **Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Şen Matbaa, Ankara, 2007, s. 145-146

### **1.5.3. Silahların Eşitliği İlkesi**

Adil yargılanma hakkının unsurları içinde yer alan hukuka uygun yargılama ilkesinin en temel gerekliliklerinden bir tanesi de silahların eşitliği ilkesidir. Silahların eşitliği, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler açısından taraflar arasında tam bir eşitliğin sağlanması ve bu dengenin bütün yargılama boyunca korunmasıdır.<sup>30</sup> Başka bir anlatımla mahkeme önünde sahip bulunulan hak ve yükümler bakımından taraflar arasında (iddia ve savunma ya da davalı ile davacı) tam bir eşitliğin gözetilmesi ve bu dengenin yargılama boyunca korunması; yani mücadelenin eşit silâhlarla yapılmasıdır.<sup>31</sup>

Silahların eşitliği ilkesi, yukarıda da ifade edildiği gibi yargılamanın çekişmeli olması ilkesi ile yakından ilgilidir. Zira silahların eşitliği ilkesi ancak çekişmeli yargılamanın bulunduğu bir ortamda aranabilecektir. Ancak silahların eşitliği, çekişmeli yargılamanın yargısal süreçlerine hapsedilemeyecek kadar geniş bir süreci ihtiva etmektedir. Bu durum özellikle de idari yargıda görülen davaların konusunu oluşturan uyuşmazlıklar için geçerlidir. Zira idari yargılama, kimi zaman bazı idari usulleri de içerecek şekilde icra edildiği gibi kimi zaman da bazı idari süreçler üzerine inşa edilebilmektedir. Örneğin birçok idari dava, kişilerin yaptıkları idari başvuruların reddi sonucunda doğrudan mahkemelere müracaatlarıyla açılmaktadır.<sup>32</sup> Bazen de zorunlu idari başvuru yolu tüketilerek davanın açılması durumu sözkonusu olabilmektedir.<sup>33</sup> Zorunlu idari başvuru sürecinin tüketilmeden idari davanın açılması halinde mahkemeler “merciine tevdi” kararı verip kişiyi yeniden idari sürece yönlendirebilmektedir. Dolayısıyla idari yargılamanın konusunu oluşturan bazı uyuşmazlıkların çözümünde, hak arama sürecinin idari aşamayı da içerdiği veya yerine göre bu sürece dayandığı bir vakıdır.

Ayrıca kişilerin hukukunda sonuç doğuran idari tasarruf ve/veya işlemlerin belirli usulî kaidelerle yapılması idare hukukunun en temel ilkelerindedir. Türk İdare Hukuku’nda henüz genel bir idari usul kanunu bulunmasa da bazı işlemler için özel usul kanunları bulunmaktadır. Vergi hukuku bu anlamda şanslı bir alandır. Zira 213 sayılı Vergi Usul Kanunu vergilendirme süreçlerini

---

<sup>30</sup> Güney Dinç, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Silahların Eşitliği, **TBB Dergisi**, Sayı:57, 2005, s.285

<sup>31</sup> Müslüm Akıncı, “İdari Yargılama Hukukunda Savunmada Fırsat Eşitliği”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 1, Sayı: 2, s. 37

<sup>32</sup> 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 10 ve 11. maddelerine göre yapılan idari başvurular üzerine açılan davalar ile 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 124. maddesi işletilerek açılan davalar, bu duruma örnek olarak verilebilir.

<sup>33</sup> 4458 sayılı Gümrük Kanununun 242. maddesi kapsamında açılan davalar.

düzenlemiş ve bu sürecin her bir adımında yapılacak işlemleri yasal düzeyde belirlemiştir. Buna göre mükelleflerin, haklarında yapılacak vergilendirme işlemine karşı ne gibi haklara sahip olduğu yasal düzeyde ifade edilmiştir. Anılan Kanunun 35. maddesinin son fıkrasında re’sen yapılan vergilendirme işleminde işlemin dayanağını teşkil eden takdir komisyonu ve/veya inceleme raporunun ilgisine tebliğini zorunlu kılmaktadır.<sup>34</sup> Benzer durum kesilen vergi cezaları için de geçerli olup buna ilişkin düzenleme de anılan Kanunun 366/son fıkrasında ifade edilmiştir. Böylece mükellefe idari veya yargısal aşamada kendini savunmak için gerekli imkân sunulmuş olmaktadır. Öyle ki bu hususta meydana gelmiş eksikler, vergi mahkemeleri tarafından savunma hakkının ihlali kabul edilerek tarh işleminin esasına müessir şekil noksanlığı nitelemesiyle iptal edilmiş; bu kararlar Danıştay tarafından da onanmıştır.<sup>35</sup>

Bununla birlikte idarenin, (re’sen tarh işleminde olduğu gibi) ilk harekete geçen taraf olarak kişilerin hukukunda sonuç doğuran işlem tesis etmesi halinde, kişinin bu işleme karşı yargısal korunma talep etmesi yani iptal davası açması özü itibarıyla bir savunma sürecidir. Dolayısıyla kişi savunmasını oluşturmak adına dava açmadan önceki süreçte konuyla ilgili bazı donelere ihtiyaç duymaktadır. Bu imkânın ilgisine sağlanması ve hakkında tesis edilen işlemin sebebi ve gerekçesinin ilgisine bildirilmesi gerekmektedir.

Kesin ve yürütülebilir bir işlem olan tarhiyatın dayanağı takdir komisyonu kararı ya da inceleme raporlarına idari işlem kuramı ekseninde bakıldığında bunlar hazırlık mahiyetindedirler. Bazı özel durumların haricinde doğrudan iptal davasına konu edilemezler. Ancak bu işlemler, kişilere idarenin hangi saik ve verilere göre hareket ettiğini göstermesi ve kişilerin de buna göre savunma geliştirebilmeleri bakımından önemli bir işlev görürler. Ayrıca bu işlemler idare tarafından yapılmış yorum veya takdir hatasının tespiti bakımından hem idari hem de yargısal aşamada önem arz etmektedirler.

---

<sup>34</sup> 213 sayılı Vergi Usul Kanununun “İhbarnamenim Muhteviyatı” başlıklı 35. maddesinin son fıkrası: “Takdir komisyonunun kararı üzerine tarh edilen vergilerde kararın ve re’sen takdiri gerektiren inceleme raporunun birer sureti ihbarnameye eklenir.”

<sup>35</sup> Örneğin İstanbul 2. Vergi Mahkemesinin 30.05.2013 gün ve E:2012/3053 K:2013/1366 sayılı kararı. Bu karar Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 19.12.2013 gün ve E:2013/11485 K:2013/12643 sayılı kararı ile onanmıştır. Aynı şekilde Diyarbakır Vergi Mahkemesinin 13.11.2015 gün ve E:2015/702 K:2015/1468. sayılı kararı ile dayanağının yasalarda buna ilişkin hüküm olmasına rağmen tebliğ edilememiş olmasının, adil yargılanma hakkını ortadan kaldıran ve asıl işlemi sakatlayan esasa müessir şekil noksanlığı kabul ederek tarhiyatı iptal etmiştir. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 18.06.2014 gün ve E:2014/304 K:2014/563 sayılı kararı ile 06.05.2015 gün ve E:2015/174 K:2015/250 sayılı kararları bu yöndedir.

Öte yandan idare tesis ettiği bazı vergisel işlemlerde 213 sayılı Kanun 5. maddesinde ifade edilen vergi mahremiyetini gerekçe göstererek bir gizlilik politikası izleyebilmektedir. Transfer fiyatlandırması incelemelerinde tercih edilen gizli emsal uygulaması bu saikle yapılmaktadır. Mevcut uygulamaya göre mükellefin incelenmesi emsallerine nazaran olmasına karşın bu emsal gizli tutulmakta ve kendisiyle paylaşılmamaktadır. Bu da hak arama ve adil yargılanma hakkı ekseninde tartışmalı hatta sorunlu bir durumun oluşması anlamına gelmektedir.

Sorunun daha net olarak ortaya konulabilmesi adına transfer fiyatlandırmasının mahiyeti ve bu nedene dayalı yapılan vergi incelemesinde uygulanan gizli emsalden söz etmek gerekmektedir.

## 2. TRANSFER FİYATLANDIRMASI

Transfer fiyatlandırması, tanım olarak maksimum kâr, minimum vergi mantığına dayanarak amaç uygunluğunu ve ideal performansı değerlendirmek için bağlı kuruluş yada birimler arasında aktarılan mamul, yarı mamul veya parçaları fiyatlandırma stratejisidir.<sup>36</sup> Bu teknik durum tek başına vergi kanunları açısından sorun teşkil etmemektedir. Transfer fiyatlandırması şayet bir *vergi sığınağı* olarak kullanılmış ve bu yolla vergi matrahı azaltılmış ise kendisine yasal düzeyde hukuki sonuç bağlanmıştır.<sup>37</sup> Dolayısıyla sadece transfer fiyatlandırması tek başına istenmeyen ya da kabul edilmeyen bir durum değildir. Vergi hukuku bağlamında kabul edilmeyip yasal düzenlemeyle korunmaya çalışılan esas nokta transfer fiyatlandırması uygulamasının bizatihi kendisi değil matrahtır. Diğer bir ifadeyle transfer fiyatlandırması uygulaması, mükelleflerin gelirlerini örtülü olarak başka bir kurum ya da kişi üzerinde bırakmak suretiyle matrahlarını azaltmalarına neden olduğu durumlarda, vergi kanunları bakımından mahsurlu kabul edilmiştir.

Bu nedenle uygulamada ilişkili kişilerle alım satım yapan mükelleflerin

---

<sup>36</sup> Susan C. Borkowski, (1997), “The Transfer Pricing Concerns of and Developing Countries”, **The International Journal of Accounting**, Vol.32 No 3, p.322’den aktaran Selami Güney-Ramazan Bozkurt, “Türkiye’deki Transfer Fiyatlandırma Uygulamalarının Vergisel ve Diğer Faktörler Dikkate Alınarak İncelenmesi”, **Muhasebe ve Finansman Dergisi**, Sayı: 50, Nisan 2011, s. 150. Ayrıca tanım için bkz. Ömer Tekşen, Gülsüm Bağcı; “Transfer Fiyatlandırmasında Örtülü Kazanç Dağıtımı ve Bir Muhasebe Uygulaması”, **Vergi Dünyası**, Yıl:29, Sayı:348, Ağustos 2010, s.132.

<sup>37</sup> 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun “Kabul Edilmeyen İndirimler” başlıklı 11. maddesinin 1. fıkrasının c bendi. Bu konuda örnekli açıklamalar için bkz. Mehmet Batun, “Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı ve Muvazaa”, **Vergi Dünyası**, Yıl:29, Sayı: 344, Nisan 2010, ss. 115-116.

transfer fiyatlandırması raporları vermeleri ve sözü edilen ihlal sınırını geçemediklerini beyan ve ispat etmeleri gerekmektedir.<sup>38</sup> Ancak çalışmanın amacı mali idare tarafından yapılan vergi incelemelerinde kullanılan transfer fiyatlandırması uygulamaları olduğundan konunun bu boyutu analize dahil edilmemiş; konu yalnızca idari tespitler üzerine transfer fiyatlandırmasına dayalı yapılan tarhiyatlar ekseninde incelenmiştir.

### 2.1. Transfer Fiyatlandırması İle Örtülü Kazanç Dağıtımı

Transfer fiyatlandırması yöntemiyle örtülü kazanç dağıtımı müessesesi, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu ile vergi sistemimize 2006 yılında getirilen yeni bir kurumdur. Böylece 5422 sayılı ve 1949 tarihli mülga Kurumlar Vergisi Kanununda yer alan “örtülü kazanç” müessesesi kaldırılmış; yerine mevcut “transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı” müessesesi getirilmiştir.

Bu müessesenin amacı hem yerel ekonomide hem de küresel ekonomik düzlemde transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının ve bu yolla vergi kaçak ve kayıplarının önlenmesidir. Eski Kurumlar Vergisi Kanununun 17. maddesi içinde yer alan “örtülü kazanç” maddesinin uygulaması gerek yerli gerekse yabancı kurumlar açısından büyük anlaşmazlıkların doğmasına yol açmış, bu yüzden yeni Kanunda bu sorunun çözülmesi için OECD ülkelerindeki uygulamalara paralel düzenlemelere gidilmiştir. İşte 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 13. maddesinde yer alan “transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı” hükmü bu amaçla konulmuştur.

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 13. maddesinin 1. fıkrasında transfer fiyatlandırması şu şekilde ifade edilmiştir: Kurumlar *ilişkili kişilerle emsallerine uygunluk ilkesine* aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım veya satımı işlemlerinde bulunursa, kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılacaktır. Kanun gereği, alım, satım, imalat ve inşaat işlemleri, kiralama ve kiraya verme işlemleri, ödünç para alınması ve verilmesi, ikramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler her hal ve şartta mal veya hizmet alım ya da satımı olarak değerlendirilmektedir.

Bu bağlamda transfer fiyatlandırması, bir işletmenin gelir ve gider veya kâr paylaşımı olarak bağlantılı olduğu, kâr paylaşımı açısından aynı çıkar birliğine

---

<sup>38</sup> Hangi mükelleflerin Transfer Fiyatlandırması Raporu vermeleri gerektiği hususunda bkz. Deniz Yaman, “Transfer Fiyatlandırması Raporlarında Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar”, **Vergi Dünyası**, Yıl: 32, Sayı:383, Temmuz 2013, s. 80

dâhil olan, ana şirket veya alt şirketlerle veya yönetim ve denetimi itibariyle hâkim durumda olduğu ortaklık, iştirak ve şubeleriyle, karşılıklı olarak mal ve hizmet sunumunda uygulanan fiyatlandırma olarak, vergi muhasebesi açısından ise çok uluslu şirketlerin kârlarını, değişik ülkelerde bulunan ana ve bağlı şirketleri arasında kaydırarak, vergiden kaçınmayı sağlayan bir yöntem ve muhasebe tekniği şeklinde de tanımlanmaktadır.<sup>39</sup>

### **2.1.1. Transfer Fiyatlandırması ile Örtülü Kazanç Dağıtımının Koşulları**

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 13. maddesinin 1. fıkrasında, transfer fiyatlandırması ile örtülü kazanç dağıtımından söz edebilmek için iki koşuldan söz edilmektedir. Bunlardan ilk olarak, kurumun vergilendirmeye konu olabilecek işlemlerinin kendisiyle *ilgili kişilerle* (gerçek ve/veya tüzel) yapılmış olması; ikinci olarak da ilgili kişilerle yapılan bu işlemlerin fiyat ya da bedellerinin *emsallerine göre* (işlemine bağlı olarak) yüksek veya düşük olması durumudur. Bu iki koşulun yanı sıra sözkonusu Kanun hükmüne 04.06.2008 gün ve 5766 sayılı Kanununun 21. maddesi ile eklenen 7. fıkra ile transfer fiyatlandırması yöntemiyle örtülü kazanç dağıtımından söz edebilmek için sözkonusu işlemlerden ötürü hazinenin zarara uğramış olması koşulunun da aranacağı ifade edilmiştir.

#### **2.1.1.1. İlgili Kişilerle Ticari İşlemler**

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 13. maddesinin 1. fıkrada belirtilen ilgili kişi kavramı maddenin 2. fıkrasında açıklanmıştır. Buna göre *ilgili kişi*; kurumların kendi ortakları, kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurum ile idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu ya da nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumları ifade eder. Ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoy ile üçüncü derece dâhil yansoy hısımları ve kayın hısımları da ilişkili kişi sayılmaktadır.<sup>40</sup> Ayrıca kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin, Türk Vergi Sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkânı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişimi hususunun göz önünde bulundurulması suretiyle Bakanlar Kurulunca ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılmış tüm işlemler de ilişkili kişilerle yapılmış sayılmaktadır.

---

<sup>39</sup> Osman Sariaslan , “Küreselleşmenin Temel Türk Kanunlarına Etkileri”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:1, Sayı:1, Nisan 2010, s. 346

<sup>40</sup> İhsan Kağan Bayraktar, “Kurumlar Çalışanlarına Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Olarak Kazanç Dağıtılabilir mi?”, **Vergi Dünyası**, Yıl:29, Sayı: 344, Nisan 2010, s.118



Anlaşılacağı üzere Kanun ilgili kişi kavramını oldukça geniş tutarak vergi kaybının önlenmesi noktasında korunan alanı uluslararası düzeye taşımıştır.

#### **2.1.1.2. Emsallere Uygunluk/Aykırılık**

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 13 maddesinin 3. fıkrasında açıklanmıştır. Buna göre; emsallere uygunluk ilkesi, ilişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyat veya bedelin, aralarında böyle bir ilişkinin bulunmaması durumunda oluşacak fiyat veya bedele uygun olmasını ifade etmektedir. İlişkili kişilerle, emsallere uygun fiyat veya bedeller kullanarak, mal ya da hizmet alım satımı yapan kurumlar, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımına muhatap olmayacaklardır.

Bu uygulamaya muhatap tutulmamak için, kurumların, ilişkili kişilerle yaptıkları işlemlerde uyguladıkları fiyat ve bedellerini yasayla belirlenen;

- a) Piyasa fiyatı ile karşılaştırarak, karşılaştırılabilir fiyat yöntemine,
- b) Makul bir kar oranı ekleyerek, maliyet artı yöntemine,
- c) Makul bir brüt satış karı düşülerek, yeniden satış fiyatı yöntemine,

d) Bunların hiçbirinin kullanılmasının mümkün olmadığı durumlarda, kendi belirleyecekleri bir yöntemle göre uyguladıkları fiyat ya da bedellerin emsallere uygun olup olmadığını tespit etmeleri gerekmektedir (5520 sayılı Kanununun 13/4. md.). Bu mali idare için bağlayıcı olmamakla birlikte; mükellefler açısından ilişkili kişilerle yaptıkları işlemlerde uyguladıkları fiyat veya bedellerin, emsallere uygun olduğundan emin olunması, idare ile ileride yaşanması muhtemel uyuşmazlıkların önüne geçilmesi ve savunma hakkının kullanılması bakımından önemlidir.

#### **2.1.1.3. Hazine Zararı**

Transfer fiyatlandırması yöntemiyle örtülü kazanç dağıtımının varlığından söz edebilmek için diğer iki koşulda birlikte bulunması gereken bir diğer koşul ise hazine zararidir. Bu husus 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 13/7 maddesine 04.06.2008 tarihinde 5766 sayılı Kanununun 21. maddesi ile eklenen “Tam mükellef kurumlar ile yabancı kurumların Türkiye’deki işyeri ve daimi temsilcilerinin aralarında ilişkili kişi kapsamında gerçekleştirdikleri yurt içindeki işlemler nedeniyle kazancın örtülü olarak dağıtıldığı kabulü hazine zararının doğması şartına bağlıdır.” hükmüyle düzenlenmiştir. Dolayısıyla bir olayda 5520 sayılı Kanununun 13/1. maddesinde belirtilen ilk iki koşul mevcut ve ortada hazine zararı yoksa transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç

dağıtımından söz edilmeyecektir.<sup>41</sup> Böylece ilgilisi hakkında aynı Kanun maddesinin 6. fıkrasında düzenlenen işlemlerin<sup>42</sup> yapılması yoluna gidilmeyecek ve şayet bu husus bir vergi incelemesinde tespit edilmiş ise ortada matrahın azaltılması söz konusu olmadığından kişinin ayrıca vergilendirilmesine gerek bulunmayacaktır.

## 2.2. Emsalin Tespiti ve Gizli Emsal

Transfer fiyatlandırması ile örtülü kazanç dağıtımında ilişkili kişi kavramı ile hazine zararı kavramı, emsallere uygunluk ilkesine nazaran daha objektif içeriğe sahiptirler. Diğer bir ifadeyle ilgili kişi kavramının yasal düzeyde tanımının yapılmış olması, hazine zararının ise inceleme sonunda ulaşılan rakamsal değerler üzerinden hesaplanabiliyor olması nedeniyle bu iki kavram emsallere uygun olma durumuna göre daha nesnel durumları ihtiva etmektedirler. Buna karşın emsallere uygunluk ilkesi diğer iki kavrama göre daha sübjektiftir. Yorumu ve takdire açıktır. Alınan emsale bağlı olarak farklı sonuçlara varmak pekâlâ mümkündür. Bu nedendir ki transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesinden ötürü ortaya çıkan uyumsuzlukların birçoğu emsallere uygunluk ilkesinin uygulanış şekillerinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla vergi adaletinin sağlanması bakımından emsalin olabildiğince objektif kriterlere göre belirlenmesi gerekmektedir.

Bu çerçevede 18.11.2007 gün ve 26704 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 1 Seri Numaralı Transfer Fiyatlandırması İle Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ’de, *emsallere uygun fiyat veya bedel*, aralarında ilişkili kişi tanımına uygun herhangi bir ilişki olmayan kişilerin tamamen işlemin gerçekleştiği andaki koşullar altında oluşturduğu piyasa ya da pazar fiyatı olarak da adlandırılan tutar olarak tanımlanmıştır.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Hazine zararının hangi koşullarda aranacağı hangi koşullarda aranmayacağı için bkz. Erdoğan Öcal, “Transfer Fiyatlandırmasında Emsal Bedelin Üzerinde Yapılan Ödemelerin Gider Yazılmaması, Her Zaman Düzeltme Yapılmasına Gerek Olmadığı Anlamına Gelmemektedir”, **Vergi Sorunları Dergisi**, Yıl:35, Sayı: 286, Temmuz 2012, s. 126

<sup>42</sup> 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 13. Maddesinin 6. Fıkrası, Tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazanç, Gelir ve Kurumlar Vergisi kanunlarının uygulamasında, bu maddedeki şartların gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılır. Daha önce yapılan vergilendirme işlemleri, taraf olan mükellefler nezdinde buna göre düzeltilir. Şu kadar ki, bu düzeltmenin yapılması için örtülü kazanç dağıtan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması şarttır.

<sup>43</sup> Transfer Fiyatlandırması İle Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ açıklamaları için bkz. [http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user\\_upload/Tebliğler/5520/Trans\\_Fiyat\\_Teb1/3.htm](http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/Tebliğler/5520/Trans_Fiyat_Teb1/3.htm) (05.01.2016)

Emsal fiyat veya bedel, işlem anında hiçbir etki olmaksızın objektif olarak belirlenen en uygun tutar olup, ilişkili kişilerle yapılan işlemlerde uygulanan fiyat veya bedelin de bu tutar olmasını gerektirmektedir. Buna göre aralarında ilişki bulunmayan gerçek kişi veya kurumlar arasındaki işlemlerde fiyat, piyasa koşullarına göre belirlendiğinden, ilişkili kişiler arasındaki işlemlerde de aynı koşullar geçerli olmalıdır. Dolayısıyla, emsal fiyat veya bedel, serbest piyasa ekonomisinin maliye hazinesine yansıyan ve bu eksende devletin vergi hakkını koruyan bir kontrol mekanizmasının en temel unsuru konumundadır.

Diğer bir anlatımla ilişkili kişiler arasındaki mal veya hizmet alım ya da satım işlemlerinde uygulanan fiyat veya bedelin piyasa fiyatını yansıtmaması durumunda, ilişkili kişiler arasındaki işlemlerde uygulanan sözkonusu fiyat veya bedelin emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit edildiği kabul edilecektir. Uygulamada emsallere uygun fiyat veya bedele ulaşmak için öncelikle *iç emsal*, bu şekilde kullanılacak fiyat veya bedelin bulunmaması ya da güvenilir olmaması halinde ise *dış emsal* karşılaştırmada esas alınmaktadır.<sup>44</sup>

### **2.2.1. İç Emsal**

Transfer fiyatlandırması ile örtülü kazanç aktarımının varlığını ilk anda ölçebilecek emsal iç emsaldir. Buna göre bir mükellefin sattığı bir malı ilişkili kişi ile ilişkisiz kişilere satması sözkonusu ise, bu durumda ilişkisiz kişi için uyguladığı fiyat yada bedel, ilişkili kişiye uyguladığı fiyat yada bedel için emsal olarak kabul edilmektedir.

Diğer yandan yukarıda da ifade edildiği üzere bazı durumlarda iç emsal tespit etmek mümkün olmayabilir. Bu durumlarda ise dış emsal uygulamasına geçilmektedir. Ancak evleviyetle aranması gereken emsal, mükellefin kendi objektifliğine dayalı somut veriler sunan, takdir ve yoruma daha az açık olan iç emsaldir.

### **2.2.2. Dış Emsal**

Dış emsal ise tanım olarak ilişkisiz kişilerin kendi aralarında yaptıkları karşılaştırılabilir nitelikteki işlemlerde kullandığı fiyat ya da bedeli ifade eder.<sup>45</sup> Ancak bu fiyatın emsal alınabilmesi için objektifliğin ve adaletin sağlanması adına emsal alınan mükellef ile asıl incelenen mükellefin karşılaştırılabilir nitelikte olması gerekmektedir. Bu duruma literatürde “karşılaştırılabilirlik analizi” denilmektedir.

---

<sup>44</sup> Adı geçen Tebliğ’de 4. Başlık

<sup>45</sup> 06.12.2007 gün ve 26722 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2007/12888 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 3. maddesinin h bendi.

*Karşılaştırılabilirlik analizi*, kontrol altındaki işlemler ile kontrol dışı işlemlerin karşılaştırılabilir olmasını ifade etmektedir. Kontrol altındaki işlemler, birbirleriyle ilişkili olan kişiler arasındaki işlemleri; kontrol dışı işlemler ise birbiriyle her hangi bir şekilde ilişkisi bulunmayan kişiler arasındaki işlemleri ifade etmektedir.<sup>46</sup>

Dış emsal uygulamasında karşılaştırılabilirlik analizi yapılırken yani belirlenecek olan dış emsalin olaya özgü olarak kabul edilebilmesi için mal ve hizmetlerin nitelikleri, gerçekleştirilen işlev ve üstlenen riskler ile kullanılan varlıkların analizini içeren işlev analizi, pazar ve pazara ilişkin koşullar ve iş stratejilerinin benzer olması gerekmektedir.<sup>47</sup>

Dış emsale ilişkin genel durum kabaca bu olmakla birlikte, uygulamada transfer fiyatlandırması incelemelerinde baz alınan dış emsal gizli tutulabilmektedir. Bu durumda dış emsal, idarenin uygulamasında açık dış emsal ve gizli dış emsal olarak iki şekilde pratik edilmektedir.

### 2.2.2.1. Açık Emsal

Açık dış emsali idarenin yaptığı vergi incelemesinde karşılaştırma için baz aldığı mükellefe ilişkin verileri incelenen mükellef için hazırlanan raporda açıkça ifade etmesi, vardığı hukuki yorumu tüm açıklığı ile ortaya koyması olarak ifade etmek mümkündür.

Bu uygulama ile mükellefe, kendisinin kiminle karşılaştırıldığı ve hangi açılardan eleştirildiği ve şayet varsa bulunan matrah farkının hangi unsur ve kalemlerden kaynaklandığı açıkça ifade edilmektedir. Böylece ilgisine dava, uzlaşma veya ödeme seçeneklerinden hangisini tercih edeceği, diğer bir ifadeyle hakkında yapılan vergilendirme işlemine karşı nasıl bir pozisyon belirleyeceğini saptama noktasında yeterli bilgi sunulmuş olmaktadır.

Dolayısıyla açık dış emsale dayalı incelemenin, hak arama noktasında diğer vergi incelemelerinden pek bir farkı yoktur. Transfer fiyatlandırmasına dayalı vergi incelemesinde farklılık arz eden asıl nokta baz alınan emsalin gizli tu-

---

<sup>46</sup> Gelir İdaresi Başkanlığı, **Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtım Hakkında Rehber**, Gelir İdaresi Başkanlığı Yayın No: 114, Kasım 2010, s. 6 ([www.gib.gov.tr](http://www.gib.gov.tr) 31.12.2015). Aynı şekilde karşılaştırılabilirlik analizi için yapılması gereken işlemler için bkz. <http://www.nexiaturkey.com.tr/sites/default/files/Transfer%20Fiyatland%C4%B1rmas%C4%B1%20Yoluyla%20C3%96rt%C3%BCl%C3%BC%20Kazan%C3%A7%20Da%C4%9F%C4%B1t%C4%B1m%C4%B1.pdf> s.12 (07.01.2016) Yine bu yönde açıklamalar için bkz. Abdulkadir Demirci, “Transfer Fiyatlandırması Uygulamalarında “Gerçekçi Bir Şekilde Sahip Olunan Seçenekler” Kavramı”, **Vergi Dünyası**, Yıl:31, Sayı:365, 2012 Ocak, ss. 48-50

<sup>47</sup> Gelir İdaresi Başkanlığı, **a.g.e.**, s. 6

tulmasıdır. Mükellef ile idare arasında ihtilafa sebep olanda bu uygulamadır.

### **2.2.2.2. Gizli Emsal**

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının tespiti için yapılan vergi incelemesinde şayet dış emsal kullanılmış ise bu çoğu kez 213 sayılı Kanununun 5. maddesinde yer alan vergi mahremiyeti düzenlemesine dayandırılarak gizli tutulmakta ve incelenen mükellefe, incelemede emsal alınan fiyat yada bedeller açık bir şekilde sunulmamaktadır. İşte transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının varlığının tespitinde kıstas olarak kabul edilen emsalin gizli tutulmasına gizli emsal uygulaması denilmektedir.

Bu durum idare nezdinde kabul gören karşılaştırılabilirlik analizinin muhatap mükellef tarafından teyit edilememesi başta olmak üzere idarenin hangi verilere dayalı yorum ve değerlendirmelerde bulunduğundan hesap ya da takdir hatası yapıp yapılmadığına kadar mükellef için bilinmez bir alan oluşturmaktadır. Zira incelemenin dayandığı somut veriler mükellefçe bilinmemektedir. Dahası inceleme sonucu çıkan vergilendirme işlemi şayet dava konusu edilmezse bilinmesi de mümkün değildir.

### **3. GİZLİ EMSAL UYGULAMASI VE ADİL YARGILANMA HAKKI**

Bilindiği üzere beyan esasının dışında yapılan tüm vergilendirme işlemlerinde, mükellef pasif bir konumdadır. Vergilendirme sonucu kendisine tebliğ edilen ihbarname ve dayanağı rapor, tutanak ya da takdir komisyonu kararıyla kişiler, idarenin vergi kanunları ekseninde eleştirdiği hususları görebilmekte ve ancak bu aşamada idarenin işlemine karşı bir tutum geliştirebilmektedir. Bu tutum da verginin ödenmesi, (olayına özgü olmak kaydıyla) idari itiraz başvurusu yapılması, uzlaşma veya idari dava açılması şeklinde tezahür etmektedir.

Bu kapsamda kişi ya da mükellef şayet idarenin kendisini Anayasa ve/veya vergi kanunlarında belirlenen kriterlerin dışında ekstra bir mali yükü karşı karşıya bırakacak şekilde vergilendirdiğini düşünürse; mülkiyet hakkında meydana gelen bu olumsuz etkinin giderilmesi için kendisini açacağı idari bir davada savunma yolunu seçebilmektedir. Bu takdirde ilgilisi tarafından görevli ve yetkili mercilere başvurulması veya sözkonusu işleme karşı idari dava açması, tesis edilen ve özü itibarıyla de buyurgan olan işleme karşı açık bir “savunma” halidir. Savunma yapmak içinse kişinin, kendisi hakkında ileri sürülen iddiaları kendisini dezavantajlı bir konuma sokmayacak şekilde bilmesini gerektirmektedir. Kişinin ya da mükellefin hakkındaki vergilendirme işleminin dayandığı somut ve hukuki zemini bilmesi ise hukuk devletinin, hukuki güvenlik ilkesinin

ve tabi ki adil yargılanma hakkının bir gereğidir.

Bu çerçevede adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biri de yukarıda da ifade edildiği üzere kişinin kendini savunabilmesi adına en az karşı tarafın sahip olduğu avantajlara sahip olmasını gerekli kılan ve AİHM kararlarında ifade edildiği şekliyle eşit silahlara sahip olması gerekmektedir. Bu nedenle çalışmanın bu kısmında transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç aktarımına dayalı vergilendirme işlemlerinde benimsenen gizli emsal uygulamasının silahların eşitliği ilkesine aykırı olduğu ortaya konulmaya çalışılacaktır.

### **3.1. Gizli Emsal ve Silahların Eşitsizliği**

2001 değişiklikleriyle AİHS’in 6. maddesi ile uyumlu hale getirilen Anayasanın “Hak Arama Hürriyeti” başlıklı 36. maddesinde, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir.” düzenlemesi yer almış; 125. maddesinde de, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu kurala bağlanmıştır.

Anayasanın 36. maddesinde yer verilen iddia ve savunma hakkı, birbirini tamamlamakta ve birbirinden ayrılmaz niteliğiyle de hak arama hürriyetine temel oluşturmaktadır. Hak arama hürriyeti, önemi nedeniyle yalnız toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri değil, aynı zamanda bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme uğraşının da aracıdır. Savunma hakkının öznesi, ilk ortaya çıkışı itibarıyla suçlanan kişidir. Dolayısıyla kişinin, savunma seçeneklerini değerlendirebilmesi için, öncelikle kendisine yöneltilen suçlamanın varlığını ve sebeplerini bilmesi gerekir. Durumu vergilendirme işlemleri ekseninde değerlendirildiğinde ise savunma hakkının öznesi idari bir işlemle ekstra vergisel bir yük ile karşı karşıya bırakılan kişidir.

Bu kapsamda kişilerin hukukunda tek taraflı işlemleri ile hukuki sonuç doğurma hak ve yetkisine sahip olan idarenin işlemlerine karşı, muhatabın bu işlemin dayanağını bilmesi, yukarıda ifade edilen Anayasa ve anayasanın 90. maddesine göre hukukumuzda Kanun hükmünde olan AİHS’in 6. maddesinin bir gereğidir. Zira idarenin işlemlerine karşı iptal davasının açılması, hukuk uyumsuzluğundan farklı olarak yalnızca bir dava hakkına değil aynı zamanda idarenin kullandığı kamu gücü karşısından bireye tanınmış bir savunma hakkına da işaret etmektedir. Bu nedenle kişinin bu hakkını özüne uygun şekilde kullanabilmesi için AİHM içtihatlarında “silahların eşitliği” kavramıyla ifade edilen hakkındaki tüm iddia ve isnatları bilme hakkına sahip olması gerekir. Dolayısıyla mükellefin hesaplarını transfer fiyatlandırması yönünden sınırlı

olarak incelenmesi neticesinde tanzim edilen vergi inceleme raporunda eleştiri konusu edilen hususun emsal bedele ilişkin olması durumunda, bu eleştirinin somut verilerle ve davacının da savunma hakkını ihlal etmeyecek şekilde ortaya konulması gerekmektedir.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi 14.7.1998 günlü ve E:1997/41, K:1998/47 sayılı kararında, Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin, savunma hakkının önemini ve gereğini vurgulayan 6. maddesini de dikkate alarak savunma hakkının niteliğini vurguladığı, herkesin kendisine yönelik isnadın nedeninden ve niteliğinden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek hakkına sahip olduğu; olayı, isnadın nedenini ve hukukî niteliğini bilmeyen kişinin kendisini yeterince savunamayacağını açık olduğu, bu hususun savunma hakkının temelini oluşturduğunu ifade etmiştir.<sup>48</sup>

Bununla birlikte AİHM 22.09.1994 gün ve 13616/88 sayılı Fransa/Hentrich kararında, adil yargılanmanın gereklerinden biri olan silahlarda eşitlik ilkesi gereğince her davanın tarafına diğer taraf karşısında kendisini esaslı bir biçimde dezavantajlı bir duruma sokmayacak şartlarda görüşünü sunabilmesi için makul imkânların verilmesinin elzem olduğu vurgulanmıştır.<sup>49</sup>

Dolayısıyla çağdaş bir hukuk düzeninde savunma hakkının kullanılması, olabildiğince kolaylaştırılmalı; olumlu ya da olumsuz sonuç almayı geciktiren, güçleştiren engeller kaldırılmalıdır. Savunma hakkının belirtilen şekilde kullanılabilmesi ise; iddia olunan fiil ve/veya duruma ilişkin tespit ve kanıtların bilinmesi ve bilinen bu tespit, durum ve kanıtlara yönelik olarak karşı argümanlar geliştirerek, aksi yönde tespit ve kanıtların sunulmasıyla mümkündür.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, kişilerin kendi beyan ettikleri matrah-tan başka bir matrahın tespit edilip yeni bir vergi yükü ve vergi ziyalı kabahati ile isnad edilmeleri karşısında; idari dava yoluyla talep edecekleri yargısal korunma için işlemin gerekçelerini tüm yönleriyle bilme haklarının varlığı kabul edilmelidir. Aksi takdirde açılan idari dava, kişilerin/mükelleflerin idarenin vergilendirme aşamasında sahip olduğu bilgi, belgelerden yoksun olmasından ötürü idare ve mükellefler arasında eşit olmayan koşullarda sürdürülen hukuk mücadelesi anlamına gelecektir.

---

<sup>48</sup> Anayasa Mahkemesinin kararının tam metni için bkz. 24.03.1999 gün ve 23649 sayılı Resmi Gazete

<sup>49</sup> Nitekim İstanbul 2. Vergi Mahkemesi 13.11.2013 gün ve E:2013/629 K:2013/2521 sayılı kararı ile yukarıda ifade edilene benzer bir gerekçe ve anılan AİHM kararına atıfla gizli emsal uygulamasını adil yargılanma hakkına aykırı görmüş ve iptal kararı vermiştir. Karar yayımlanmamıştır. Öte yandan Fransa/Hentrich kararının bu bağlamda incelenmesi için de bkz. İnceoğlu, **Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği**, s. 60

### 3.2. Vergi Mahremiyeti İlkesi ve Gizli Emsal

Ülkemizde transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının tespitinde uygulanan gizli emsal uygulaması, hukuk düzenimizde yer alan “vergi mahremiyeti ilkesi”ne dayandırılmaktadır. Bu nedenle gizli emsal uygulamasının, vergi mahremiyeti kapsamında da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu kapsamda 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun “Vergi Mahremiyeti” başlıklı 5. maddesinde, vergi muameleleri ve incelemeleri ile uğraşan memurlar; vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay’da görevli olanlar; vergi kanunlarına göre kurulan komisyonlara iştirak edenler; vergi işlerinde kullanılan bilirkişiler görevleri dolayısıyla, mükellefin ve mükellefle ilgili kimşelerin şahıslarına, muamele ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine müteallik olmak üzere öğrendikleri sırları veya gizli kalması lazımgelen diğer hususları *ifşa edemezler ve kendilerinin veya üçüncü şahısların nef’ine*<sup>50</sup> kullanamayacakları ifade edilmiştir.

Bakıldığında anılan madde metninde iki eylem vergi mahremiyeti kapsamında yasaklanmıştır. Bunlardan ilki Kanunda ifade edilen kişilerin öğrendikleri sırları veya gizli kalması lazımgelen diğer hususları ifşa etmeleri; ikincisi ise sözkonusu bilgileri kendi veya üçüncü şahısların yararına kullanmalarıdır.

Vergi Mahremiyetine ilişkin bilgilerin ya da sırların kendisi ve üçüncü kişilerin yararına kullanılması yasağı, olayımızla doğrudan ilgisi bulunmamaktadır. Zira burada menfaat elde etme esasına dayalı kişisel sorumluluk düzenlemektedir. Yani kişilerin bu tarz (ifşa) eylemleri özünde menfaat temin etmeye bağlı kılındığından idarenin işlem tesis ederken kullandığı veya kullanması muhtemel bir yöntem değildir. Yani burada idari bir irade bulunmamaktadır. Bu nedenle vergi mahremiyetinin bu yönden ihlal edilmesi kişisel kusura ya da kasta dayalı olup sorumluluğu da yine kişiseldir.

Buna karşılık Kanunda ifade edilen kişilerin öğrendikleri sırları veya gizli kalması lazımgelen diğer hususları (herhangi bir menfaat gözetmeden dahi) ifşa edememeleri, gizli emsal uygulamasında üzerinde durulması gereken asıl noktayı oluşturmaktadır. Vergi incelemesinin sonucunda elde edilen bilgi ve bulguların bir mükellef özelinde değerlendirilmesi ister istemez bir açıklamayı ve haliyle bir açıklığı gerekli kılmaktadır. Bu doğrultuda transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazancın tespitinden baz veri olarak kullanılan bilgilerin incelenen kişiye açılması/açıklanması vergi mahremiyeti ilkesi anlamında bir

---

<sup>50</sup> Nefi, kavram olarak yarar ve menfaat anlamına gelmektedir. Ali Şafak, **Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, Temel Yayınları, İstanbul, 1996, s. 423



“ifşa” olup olmadığı hususu ise oldukça muğlaktır. Zira ifşa kavramı hukuk dilinde duyurmak, fâşetmek, açığa vurmak, yaymak anlamlarında kullanılmaktadır.<sup>51</sup> Dolayısıyla ifşanın, bilinçli bir şekilde ve gerek bulunmadığı halde (ard bir niyetle) mahrem bilgilerin açığa vurulması şeklinde tezahür edeceğinin kabulü gerekir. İdari bir işlem için ölçüt olarak kullanılan üçüncü şahıslara ait bazı ticari fiyat, bedel veya uygulamaların mahiyeti -olayına özgü olarak- bilgi ve hatta delil hükmündedir. Bu delilin saptanması veya aleyhinde kullanılan kişinin bilgisine sunulması ifşa olarak kabul edilmemelidir.

Bu nedenledir ki vergi incelemesinde esas alınan ve başka bir kişinin vergilendirilmesinde veri kabul edilen bilgiler, incelenen konunun objektifliğini tespitine yönelik olup mahrem kalması gereken durumun açığa vurulması anlamına gelmemektedir. Zira emsal veriler bir nevi bilimsel bir değer içermektedir. Bunu kabaca gözlem grubunun verilerinin değerlendirildiği kontrol grubuna benzetmek mümkündür. Emsal alınan verileri salt kişisel ticari sır kabul etmek emsal incelemesinin ruhuyla bağdaşmayacaktır. Bulunan matrah farkı bizatihi emsallere aykırılık esasına dayandığından ölçüt olarak alınan emsal, incelenen mükellef için olması gereken objektif veriyi ihtiva ettiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla emsallere aykırılıktan ötürü vergilendirilen mükellefin sözkonusu emsal verileri bilmesi, inceleme sürecinin test edilip sağlanmasının yapabildiği imkânına kavuşturulması gerekmektedir.<sup>52</sup>

Özetle vergi mahremiyeti mükellefler açısından kendilerine ait gizli bilgileri güvenle vergi dairesine verebilmelerine imkân sağlamaktadır. Dolayısıyla vergi mahremiyeti kuralıyla yasaklanan, görevleri gereği bir mükellefin vergisel sırlarına malum olan kişilerin bu sırları kendi veya üçüncü kişilerin nef’ine (yararına) kullanmalarıdır. Yoksa bir vergi güvenliği enstrümanı olan vergi mahremiyeti, vergi incelemesi neticesinde emsal alınan verilere dayalı olarak kişinin mülkiyet hakkı hilafına sonuçlar içermesi halinde, ölçüt olarak alınan emsalin incelenen kişinin hem Anayasal hem de AİHS kapsamında sahip olduğu savunma hakkını kullanamaz hale getirecek şekilde gizlenmesi (saklanması)

---

<sup>51</sup> Şafak, a.g.e. s. 205

<sup>52</sup> Benzer bir tespit kişinin mükellefiyetinin yeniden açılması ve hakkında düzenlenen vergi tekniği raporunun kendisine tebliğ edilmesi için yaptığı başvurunun reddine ilişkin işleme karşı açılan davada; verilen ret kararını temyizen inceleyen Danıştay Dördüncü Dairesinin 12.09.2013 gün ve E:2013/2823 K:2013/5861 sayılı kararında aynen “... Vergi mahremiyeti mükellefler açısından kendilerine ait gizli bilgileri güvenle vergi dairesine verebilmelerini sağlamaktadır. Bu nedenle mükellefler hakkında kendilerine ait bilgilerin verilmemesi bu madde kapsamına sokulamayacağı gibi vergi mahremiyeti nedeniyle kendisine verilmeyen rapor bilfiil davacının kendisiyle ilgili olup, işlem tesis edilmesinde dayanak alındığı açık olduğundan savunma hakkını kullanabilmesi için kendisine tebliği zorunludur...”

sonucunu doğuracak biçimde yorumlanmamalıdır.<sup>53</sup> Aksi takdirde bu durum vergi mahremiyeti müessesinden sağlanmak istenen hukuki yararın uzağında kalınmasının yanı sıra, etkileri itibarıyla de kamusal ve bireysel yarara da aykırı olacaktır.

### 3.3. Re’sen Araştırma İlkesi ve Gizli Emsal

Hakkında transfer fiyatlandırması nedenine dayalı olarak yapılan vergilendirme işlemine karşı kişiyi idare karşısında dezavantajlı konumda bırakması nedeniyle silahların eşitliği ilkesine aykırı olan gizli emsal uygulamasını, idari yargı düzeninde geçerli olan re’sen araştırma ilkesi ekseninde de tartışmak gerekir. Zira re’sen araştırma ilkesiyle idari yargı mercileri ve haliyle vergi mahkemelerine, tarafların iddia ve savunmalarına bağlı kalmaksızın idari işlemler hakkında hukuka uygunluk denetimi yapma imkânı verirken bu mercilere bu yönde bir sorumluluk da yüklenmiştir.<sup>54</sup> Şu halde transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç aktarımının yapıldığı ve bu yolla matrahın aşındırıldığı tespitine dayalı bir tarhiyatın hukuka uygunluk denetiminde, kural olarak vergi mahkemesi taraf iddialarına bağlı kalmaksızın hukuka uygunluk denetimi yapacaktır

Dolayısıyla re’sen araştırma ilkesinin olduğu yerde silahların eşit olmasına gerek olmadığı ifade edilebilir. Ancak eşit silah ve argümanlara sahip olmayan tarafların yargılanmasında adaletin tesisi noktasında hep bir muğlâklık söz konusu olacaktır. Zira adalet sosyolojik bir olgu olduğu kadar kişiye psikolojik tatmin sunan bir duygudur. Yargılama ise adalete giden bir süreçtir. Yargılamanın özünün de taraf iddialarının tartışılması olduğuna göre, kişilerin kendi haklarında sonuç doğuran ve onları belirli bir statüye sokan işlemlere karşı iddia ve savunmalarını karşı tarafla eşit koşullarda mahkeme önünde ileri sürebilme imkânına sahip olmaları gerekmektedir.

Öte yandan adil yargılanma hakkının en önemli ilkelerinden bir tanesi yukarıda da ifade edildiği üzere çekişmeli yargılama usulüdür. Yazılı yargılamanın hâkim olduğu idari yargıda dahi yargılama süreci bu ilke üzerine kurulmuş; re’sen araştırma ilkesinin varlığı, çekişmeli yargılama ilkesini ortadan kaldırmamıştır. Nitekim 2577 sayılı Kanunun 16. maddesi bu süreci düzenlemiş ve dava dosyasının karar verilecek aşamaya gelmesi için replik ve düplik aşama-

---

<sup>53</sup> Bu yönde yapılan yargısal bir saptama ve karar için bkz İstanbul 2. Vergi Mahkemesinin 47.dip notta ifade edilen 13.11.2013 gün ve E:2013/629 K:2013/2521 sayılı kararı.

<sup>54</sup> Re’sen araştırma ilkesinin detaylı anlatımı için bkz. Yücel Uğurlu, “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Re’sen Araştırma İlkesi”, **A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt II, S. 1, ss. 120-133.

larının eksiksiz tamamlanmasını zorunlu kılmıştır.

Ayrıca dava dilekçelerinde bulunacak hususları düzenleyen 2577 sayılı Kanunun 3. maddesinin 2. fıkrasının b bendi “davanın konusu, sebepleri ve dayandığı delliler”in dilekçede bulunmasını zorunlu kılmıştır.<sup>55</sup> Bu durumda kişilerin dava dilekçeleri, mahkemeler açısından maddi olayın aydınlatılması ve bu çerçevede işlemin hukuka uygunluk denetiminin daha sağlıklı ve etkin yapılabilmesi için birer hareket noktası konumundadırlar. Bu nedenle bu dilekçelerin gerekli bilgi ve doneyi içerecek şekilde hazırlanmış olması, hem yasal bir zorunluluk hem de yapılacak hukuka uygunluk denetiminin etkinliğini artıracak bir vasıta olması bakımından önemlidir.

Dolayısıyla vergi uyuşmazlıklarının re’sen araştırma ilkesi kapsamında çözüme kavuşturulması, kişilerin haklarında tesis edilmiş işlemlerin gerekçe ve mahiyetlerini bilme ve buna göre hareket etme hakkından yoksun kalmasına sebep olacak uygulamalara mazeret teşkil edemez. Aksi takdirde kişilerin yargılama sürecine yeteri kadar etki edemedikleri tek boyutlu bir yargılama faaliyeti icra edilmiş olur. Bununla beraber vergi uyuşmazlıkları diğer hukuk uyuşmazlıklarına nazaran daha teknik nitelikte olduğundan kişilerin -olayına özgü- bazı teknik detayları mahkeme önünde vurgulamaları çoğu kez daha etkin ve adil bir yargılanma sürecinin önünü açmaktadır.

## SONUÇ

Gelişen ekonomik, ticari ve teknolojik koşullara uygun olarak vergi kanunları, vergi gelirlerini korumak ve vergilendirmede adaleti sağlamak adına iktisadi hayatta uygulanan vergi planlamalarına karşı bazı müesseseleri düzenlemiştir. Bunlardan bir tanesi de transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazançtır.

Öte yandan adil yargılanma hakkı, Türk Hukuk Düzeni’nde, hem anayasal düzeyde hem de taraf olunan AİHS’ten ötürü uluslararası hukuk düzeyinde kabul edilen bir haktır. Silahların eşitliği ilkesi, çekişmeli yargılama ilkesinin

---

<sup>55</sup> Nitekim İstanbul 2. Vergi Mahkemesi Hâkimliği’nce verilen 26.05.2011 gün ve E:2011/461 K:2011/2143 sayılı kararı. Kararın ilgili kısmı şöyledir: “... davacının 2577 sayılı Kanunun 3. maddesinde açıkça belirtilen “dava konusu ve sebepleri ile dayandığı delillerin” dava dilekçesinde belirtilmediği; idari yargıda geçerli re’sen araştırma ilkesi ise usulüne göre açılmış bir idari davada maddi gerçeğin ortaya konulması noktasında ele alınması gereken bir kural olduğu; yoksa dilekçede neyin hangi nedenle dava konusu edilmek istendiğinin davacı nezdinde araştırılması yükümlüğünü içermediği, bu nedenle de 2577 sayılı Kanunun 3. maddesinde belirtilen asgari Kanuni koşulları içermeyen dilekçenin dava dilekçesi olarak kabulüne hukuken imkan bulunmadığı; sözkonusu eksiliklerin giderilerek davanın yeniden açılması gerektiği sonucuna varılarak dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.”

bir boyutu olarak adil yargılanma hakkının önemli bir unsurudur. Hukuk düzenimiz de çoğunlukla adil yargılanma ilkesi ekseninde bir hak arama sürecini öngörmüştür. Ancak bazı idari ve/veya yargısal işlemler kişilerin sözkonusu haklarını gereği gibi kullanmalarına engel olabilmektedir. Bunlardan bir tanesi de transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımına dayalı vergilendirme işlemlerinde, vergilendirmeden önce (hazırlık sürecinde) yapılan gizli emsal uygulamasıdır.

Gizli emsal uygulaması büsbütün bir idari tercih ya da keyfi bir uygulama değildir. Yasal olarak vergi hukukumuzda geçerli olan vergi mahremiyeti ilkesine dayandırılmaktadır. Ancak vergi mahremiyeti mahiyeti itibariyle özel hayatın gizliliği ilkesinin vergisel ve ticari sırlara ilişkin bir boyutunu oluşturmakla birlikte; transfer fiyatlandırmasında emsal alınan verilerin konusuna özgü olarak baz alınan ölçüt olması hasebiyle vergi mahremiyeti kapsamında değerlendirilmemesi gerekir. Zira burada önce doğruyu ortaya koymak daha sonra yanlışı buna göre ölçmek hedef olduğundan konuya işlevsel düzeyde bakmak gerekmektedir. Ancak tabii ki burada ticari bilgi ve uygulamaları veri olarak kabul edilen kişinin mahremiyetini de koruyacak tedbirler alınması ya da başta böyle bir inceleme için onayının aranması gibi uygulamalarla birey-birey ve kamu-birey yarar dengesini gözetmek gerekir.

Nihai olarak transfer fiyatlandırmasına ilişkin bir incelemede ölçüt olarak alınan bazı bilgilerin vergilendirilen kişiye (yani mükellefe) bildirilmemesi ya da yapılan bildirimlerde bu hususun gizli tutulması, kişilerin bu sürece dayalı yapılan vergilendirme işlemine dava açarken dezavantajlı bir konuma düşmesiyle idare ile arasında silahların eşitliği ilkesine aykırı bir durum oluşmaktadır. Bu işlemlere karşı yapılacak yargılamada mahkemenin re’sen araştırma ilkesine sahip olması ise yine gizli emsal uygulaması için bir gerekçe olamayacağı gibi gizli emsal uygulamasından kaynaklı mahsurları da gideremez. Yazılı da olsa çekişmeli yargılama ilkesinin bir sonucu olarak kişilerin kendini “kendince” yeterli düzeyde savunması için gerekli hukuki ve fiili imkânlarla sahip olması gerekmektedir. Öyle ki bu gereklilik hem adil yargılanma hakkı hem hukuki güvenlik ilkesi hem de bu ülkelerin üzerine kurulu olan hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur.



### KAYNAKÇA

- AKINCI Müslüm, “İdari Yargılama Hukukunda Savunmada Fırsat Eşitliği”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 1, Sayı: 2, ss. 33-51.
- ALTIPARMAK Cüneyd, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları”, **TBB Dergisi**, Sayı:63, Yıl:2006, ss. 244-270.
- BAŞARAN Başar, “Adil Yargılanma Hakkı”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara, 2007
- BATUN Mehmet, “Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtım ve Muvazaa”, **Vergi Dünyası**, Yıl:29, Sayı: 344, Nisan 2010, ss. 108-116.
- BAYRAKTAR İhsan Kağan, “Kurumlar Çalışanlarına Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Olarak Kazanç Dağıtabilir mi?”, **Vergi Dünyası**, Yıl:29, Sayı: 344, Nisan 2010, ss.117-122.
- CEBRE Ayvaz, “Hak Arama Yolları ve Adil Yargılanma Hakkı”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Cilt:1, Yıl:2, Sayı:5, Nisan 2011, ss. 373-396.
- DEMİRCİ Abdulkadir, “Transfer Fiyatlandırması Uygulamalarında “Gerçekçi Bir Şekilde Sahip Olunan Seçenekler” Kavramı”, **Vergi Dünyası**, Yıl:31, Sayı:365, 2012 Ocak, ss. 48-54
- DİNÇ Güney, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Silahların Eşitliği”, **TBB Dergisi**, Sayı:57, 2005, ss.283-306.
- DOĞRU Osman, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Cilt 1**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004
- DÖNMEZER Sulhi, “Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul, 1998
- GÜNEY Selami-BOZKURT Ramazan, “Türkiye’deki Transfer Fiyatlandırma Uygulamalarının Vergisel ve Diğer Faktörler Dikkate Alınarak İncelenmesi”, **Muhasebe ve Finansman Dergisi**, Sayı: 50, Nisan 2011, ss.149-166.
- İNCEOĞLU, Sibel, “Adil Yargılanma Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Editör: Sibel İnçeoğlu, Şen Matbaa, Ankara, 2013, ss.209-286
- İNCEOĞLU Sibel, **Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği**, Şen Matbaa, Ankara, 2007.

KAYNAK Ali Osman, “Uluslararası Sözleşmeler Işığında “Adil Yargılanma Hakkı” ve İç Hukukumuzla Karşılaştırılması”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:65, Sayı: 1, Kış 2007, ss.120-143.

KEMAL Başlar, **Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Şen Matbaa, Ankara, 2007.

KURU Baki-ASLAN Ramazan-YILMAZ Ejder, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

ÖCAL Erdoğan, “Transfer Fiyatlandırmasında Emsal Bedelin Üzerinde Yapılan Ödemelerin Gider Yazılmaması, Her Zaman Düzeltme Yapılmasına Gerek Olmadığı Anlamına Gelmemektedir”, **Vergi Sorunları Dergisi**, Yıl:35, Sayı: 286, Temmuz 2012, ss. 122-126.

SARIASLAN Osman, “Küreselleşmenin Temel Türk Kanunlarına Etkileri”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:1, Sayı:1, Nisan 2010, ss. 335-361.

ŞAFAK Ali, **Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, Temel Yayınları, İstanbul, 1996.

TANRIVER Süha, “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, **TBB Dergisi**, Sayı: 53, Yıl:2004, ss.191-215.

TEKŞEN Ömer, BAĞCI Gülsüm; “Transfer Fiyatlandırmasında Örtülü Kazanç Dağıtımı ve Bir Muhasebe Uygulaması”, **Vergi Dünyası**, Yıl:29, Sayı:348, Ağustos 2010, s.131-141.

TURAN Hüseyin, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:3 Sayı: 11, Ekim 2012, ss. 47-75.

UĞURLU Yücel, “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Re’sen Araştırma İlkesi”, **A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt II, S. 1, ss. 120-133.

YAMAN Deniz, “Transfer Fiyatlandırması Raporlarında Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar”, **Vergi Dünyası**, Yıl: 32, Sayı:383, Temmuz 2013, ss. 79-84.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 18.06.2014 gün ve E:2014/304 K:2014/563 sayılı kararı.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 06.05.2015 gün ve E:2015/174 K:2015/250 sayılı karar

Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 19.12.2013 gün ve E:2013/11485 K:2013/12643 sayılı kararı.

Danıştay Dördüncü Dairesinin 12.09.2013 gün ve E:2013/2823 K:2013/5861 sayılı kararı.

Danıştay Onikinci Dairesinin 22.02.2006 gün ve E:2005/6353 K:2006/540 sayılı kararı.

Diyarbakır Vergi Mahkemesinin 13.11.2015 gün ve E:2015/702 K:2015/1468. sayılı kararı

Gelir İdaresi Başkanlığı, **Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Rehber**, Gelir İdaresi Başkanlığı Yayın No: 114, Kasım 2010, [www.gib.gov.tr](http://www.gib.gov.tr) , (31.12.2015).

İstanbul 2. Vergi Mahkemesi Hâkimliği'nin 26.05.2011 gün ve E:2011/461 K:2011/2143 sayılı kararı.

İstanbul 2. Vergi Mahkemesinin 30.05.2013 gün ve E:2012/3053 K:2013/1366 sayılı kararı.

İstanbul 2. Vergi Mahkemesi 13.11.2013 gün ve E:2013/629 K:2013/2521 sayılı kararı





# ANAYASA MAHKEMESİ UYGULAMASINDA ADİL YARGILANMA HAKKI (CEZA HUKUKU BOYUTU)

*Right to a Fair Trial in the Constitutional Court's Practice with Regard  
to Conflicts on Criminal Charges*

**Akif YILDIRIM\***

## ÖZET

Temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ve uygulanmasına yönelik mekanizmalardan olan bireysel başvurunun hukuk sistemimize dâhil olmasıyla birlikte hem Anayasa'nın hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) ortak koruma kapsamındaki "*adil yargılanma hakkı*"nın ihlaline ilişkin şikâyetler de Anayasa Mahkemesine fazla sayıda taşınmıştır.

Anayasa Mahkemesi, anılan hakkın düzenlendiği Anayasa'nın 36. maddesinin kapsam ve içeriğinin Sözleşme'ye göre belirleneceğini içtihat etmiştir. Ancak kimi zaman da bu içtihadından saparak farklı kararlar da verdiği görülmektedir.

Çalışmada, suç isnadına ilişkin uyuşmazlıklar yönünden Anayasa Mahkemesi uygulamasında adil yargılanma hakkı incelenmiş, yeri geldiğinde birtakım öneriler de bulunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Suç İsnadına İlişkin Uyuşmazlıklar, Adil Yargılanma Hakkının Kapsamı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi.

## ABSTARCT

With the introduction of individual application into our legal system as a mechanism to protect and implement of fundamental rights and freedoms, a large number of complaints on "*right to a fair trial*" have been filed to the Constitutional Court as it is a right which falls within the scope of common protection area of the Constitution and European Convention of Human Rights (Convention).

The Constitutional Court established in its case-law that the scope and contents of Article 36 of the Constitution, which regulates the said right, shall be interpreted in accordance with the Convention. However, the Court adjudicates different judgments in some cases by diverging from this case-law.

---

\* Anayasa Mahkemesi Raportörü, akildir@gmail.com.

Bu makele, 30 Ekim 2015 tarihinde Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Raoul Wallenberg Enstitüsü tarafından İzmir'de ortaklaşa düzenlenen "Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında İspat ve Deliller-II" sempozyumunda sunulan "Suç İsnadına İlişkin Uyuşmazlıklar Yönünden Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Adil Yargılanma Hakkı" isimli tebliğin genişletilmiş ve yeniden.

This study analyzes the right to a fair trial in the Constitutional Court's practice with regard to conflicts on criminal charges and makes a number of suggestions when appropriate.

**Keywords:** Conflicts on Criminal Charges, Scope of Right to a Fair Trial, European Court of Human Rights, Constitutional Court.



## GİRİŞ

Anayasa teorisinde “*anayasalı devlet*” ile “*anayasal devlet*”in farklı anlam ve içeriklere sahip olduğu herkesçe bilinmektedir. Anayasal devlet olmak için devletin bir anayasasının olması yetmemekte, anayasanın güvence altına aldığı temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ve uygulanmasına yönelik mekanizmaların da kurulması gerekmektedir.

Temel hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik bir mekanizma olan bireysel başvuru sistemiyle birlikte ülkemizin de anayasal devlet olması yönünde önemli bir ilerleme sağlanmıştır. Yıllarca ülkemize hukuk ihraç edilmiş, yüksek yargı organları olaylardan ilkeler yeterince üretememiş, hukuk üretimindeki cari açık her yıl artmıştır. Ülkemizde anayasa yargısının öncüllerinden olan Akşehir hâkimi Refik Gür gibi uygulamacılar yetişmemiştir. Akademik dünya, eserlerinin okunmamasından şikâyetçi olmuştur.

Uygulayıcılar tarafından sürekli ayak bağı olarak görülen soyut nitelikteki anayasal ilke ve kurallar ilk defa doğrudan uygulanma kabiliyetine erişmişlerdir. Değiş yerinde ise, Anayasa ilk defa ete kemiğe bürünmüştür. Anayasa Mahkemesi, soyut olay adaleti sağlamanın (norm denetimi) yanı sıra bireysel başvuru yoluyla somut olay adaletini sağlama görevini de üstlenmiştir. Mahkeme, kadın'ın önceki soyadını alması kararında olduğu gibi soyut olay adaletini sağlarken kaçırdığı hususları, bireysel başvuru yoluyla telafi etmeye çalışmıştır. Uygulamada ve akademik dünyada yetim bırakılan “*insan hakları hukuku*” bireysel başvuru yolunun tanınmasıyla gündemimize girmiştir.

## I. ADİL YARGILANMA HAKKI YÖNÜNDEN KORUMA ALANI ve ÖLÇÜ NORMLAR

### A. ÖN BİLGİLER

Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın bireysel başvuruya konu edilebilmesi için Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra, Sözleşme veya Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Diğer

bir ifadeyle, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir.

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile *adil yargılanma hakkına* sahip olduğu belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesine göre, Anayasa'nın 36. maddesinde adil yargılanma hakkının kapsamı düzenlenmediğinden bu hakkın kapsam ve içeriğinin, Sözleşme'nin "*Adil yargılanma hakkı*" kenar başlıklı 6. maddesi çerçevesinde belirlenmesi gerekir<sup>1</sup>.

*"Bir mahkeme salonunda neden orada olduğunuzu bilmeden oturduğunuz hayal edin. Hâkim hakkınızdaki suçlamaları okurken kafanız iyice karışıyor. İşlediğiniz ileri sürülen suç daha önce yasadışı olmayan bir eylem, çünkü yürürlükteki mevzuatta suç olarak tanımlanmamış. Kimse sorularınıza yanıt vermiyor. Kendinizi savunamayacak durumda olduğunuzu hissetmektesiniz ve bir avukata erişememektesiniz. Tanıklar dinlenmeye başlandığında, içlerinden birinin sizin bilmediğiniz bir dili konuştuğunuzu fark ediyorsunuz ama bir tercüman yok. Duruşma sırasında, bunun yargılamadaki ikinci duruşma olduğunu öğrendiniz: İlki sizin yokluğunuzda yapılmış. Duruşma devam ettikçe herkesin sizin suçlu olduğunuzu düşündüğü iyice açığa çıkıyor. Akıllardaki tek soru, cezanızın ne olacağı."*<sup>2</sup>

Bu varsayım, adil yargılanma hakkının güvencelerinin ihlal edildiği durumlara ilişkindir. Sözleşme'nin anılan güvenceleri hükme bağladığı "*Adil yargılanma hakkı*" kenar başlıklı 6. maddesi şöyledir:

*"1. Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davadaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyeğin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece*

---

<sup>1</sup> Onurhan Solmaz, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 22. Anayasa Mahkemesinin atf yapılan tüm kararları, Mahkemenin [www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr](http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr) adlı resmi internet sayfasından alınmıştır.

<sup>2</sup> **APOSTOLOSKÍ** Veronika/**KUMAR** Sarah "*Hukukun Üstünlüğü ve Adil Yargılanma*" İnsan Haklarını Anlamak, İnsan Hakları Eğitimi El Kitabının içinde, Ağustos 2014, s. 214.

*bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.*

*2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.*

*3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:*

*a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;*

*b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;*

*c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;*

*d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;*

*e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.”*

## **B. TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ**

Takdir marjı (sınırı), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) Sözleşme'ye taraf devletlere bıraktığı/tanıdığı bir hareket alanıdır<sup>3</sup>. Sözleşme'de takdir marjına ilişkin bir düzenleme bulunmamasına karşın takdir marjı doktrini;

1. Taraf devletlerin egemenlik yetkisine saygı göstermek, demokrasi ilkesi gereği kendini sınırlamak,

2. Sözleşme sisteminin devamını sağlamak,

3. Sözleşme hükümlerinin gelişimini sağlamak,

4. Subsidiarite (tamamlayıcılık) ilkesi gereği ulusal organların sorunlara yakınlığı,

5. Ortak Avrupa konsensüsü ve kültürel görelilik sorunu,

gibi çok sayıda özgün nedenden ötürü AİHM'in ulusüstü bir organ olarak,

---

<sup>3</sup> **ATAKAN Arda**, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 3-4, s. 29.

bulunduğu konum gereği geliştirmiş olduğu bir doktrindir<sup>4</sup>. Takdir marjı doktrininin, taraf devletlerin Sözleşme'nin uygulanmasından birinci derecede sorumlu olmasının ve AIHM'in ikincil bir rol oynamasına dayanan iş bölümünün mantıksal bir sonucu olduğu ifade edilmektedir<sup>5</sup>. Bu doktrinle, taraf devletlere Sözleşme'den kaynaklanan ödevlerini yerine getirmede belli bir serbestiyet tanınmıştır

Anayasa Mahkemesinin bu doktrini iç hukuka ithal ettiği görülmektedir. Adil yargılanma hakkı bağlamında verilen bazı kararlarda bu doktrin yansımaları görülmektedir;

**Kanuna aykırı elde edilen bulguların delil sayılmayacağına dair ilkenin “delil yasakları” bağlamında mutlak yasak getirdiği nazara alınmamıştır.**

Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin kararının gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

*“Belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme yetkisi kural olarak yargılamayı yürüten mahkemeye ait olmakla birlikte, somut olayda, koruma tedbiri niteliğindeki arama kararının icrasının hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilmesi ile elde edilen delillerin tek ve belirleyici delil olarak kullanılmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği ve aramanın icrasındaki “kanuna aykırılığın” yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğu kanaatine varılmıştır”<sup>6</sup>.*

Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrasında, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır. Bahsi geçen anayasal kural, kenar başlığından ötürü ceza yargılaması hukukuna ilişkin gibi görünse de, hukuk yargılaması bakımından da amir hüküm niteliğindedir. Anayasa'nın 176. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, madde başlıkları Anayasa metninden sayılmaz. Dolayısıyla, Anayasa'nın 38. maddesinin başlığının “suç ve cezalara ilişkin esaslar” şeklinde olması, maddenin altıncı fıkrası ile getirilen temel ilkenin uygulanma alanının, sadece ceza yargısı ile sınırlı olduğu anlamına gelmez.

4/12/2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 217.

---

<sup>4</sup> **ŞİRİN** Tolga, Anayasa Mahkemesi Kararları Işında Bireysel Başvuru Hakkı, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015, s. 239; **ATAKAN**, s. 32-36.

<sup>5</sup> **TÜRME**N Rıza, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları”, Yargıtay Dergisi, Cilt:28, Ocak-Nisan 2002, Sayı:1-2, s. 202; **ATAKAN**, s. 29.

<sup>6</sup> Yaşar Yılmaz, B. No: 2013/6183, 19/11/2014, § 59.

maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre, yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir. Diğer yandan aynı Kanun'un 206. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, ortaya konulması istenilen bir delilin kanuna aykırı olarak elde edilmiş olması hâlinde reddolunacağı; 230. maddesinde (1) numaralı fıkrasında ise mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtileceği, bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterileceği hükme bağlanmıştır.

Ayrıca, CMK'nın "*İfade alma ve sorguda yasak usuller*" başlıklı 148. maddesinin (3) numaralı fıkrasına göre, yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "*İspat hakkı*" kenar başlıklı 189. maddesinin (2) numaralı fıkrasında da hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan delillerin mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamayacağı belirtilmiştir.

Anayasa ile 6100 ve 5237 sayılı Kanunların metninden anlaşılacağı üzere, Anayasa/kanun koyucu kanuna aykırı olarak elde edilmiş deliller arasında herhangi bir derecelendirme yapmamış ve kanuna aykırı elde edilmiş tüm bulguların delil olarak kabul edilemeyeceğini hükme bağlamıştır.

Anayasa Mahkemesinin koruma tedbiri niteliğindeki arama kararının icrasının hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilmesi ile elde edilen delillerin tek ve belirleyici delil olmaması durumunda başvuruyu kabul etmeyeceğine yönelik iması, takdir marjı doktrini bakımından dikkate alınması gereken bir örnektir<sup>7</sup>.

**Üçüncü kişilerin cezalandırılmasını talep hakkı kapsam dışına bırakılmıştır:**

AİHM içtihatlarına göre, bir ceza davasında üçüncü kişilerin suçlanması veya cezalandırılmasını talep eden mağdur, suçtan zarar gören, şikâyetçi veya katılan sıfatını haiz kişiler, Sözleşme'nin 6. maddesinin koruma alanı dışında kalmaktadır<sup>8</sup>. Bu kuralın istisnaları, ceza davasında medeni hak talebine imkân veren bir sistemin benimsenmiş veya ceza davası sonucunda verilen kararın hukuk davası açısından etkili ya da bağlayıcı olması hâlleridir<sup>9</sup>.

Anayasa Mahkemesi de suçtan zarar gören/mağdur/müşteki/katılanın adil

<sup>7</sup> ŞİRİN, s. 243.

<sup>8</sup> Onurhan Solmaz, B. No: 2012/1049, 26/3/2013.

<sup>9</sup> Perez/Fransa, B. No: 47287/99, 12/2/2004, § 70-71.

yargılanma hakkının koruma alanından faydalanamayacağını belirterek, bu kişilerin adil yargılanma haklarının ihlal edildiğine yönelik şikayetlerini “*konu bakımından yetkisi*” dâhilinde görmemektedir<sup>10</sup>. Mahkeme’ye göre, CMK’nın yürürlüğe girmesi ile ceza muhakemesinde şahsi hak iddiasında bulunma imkânı ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla başvurunun ceza muhakemesi sürecinde medeni haklarını ileri sürme imkânı bulunmamaktadır. Ayrıca verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın etkileri ceza muhakemesi süreci ile sınırlı olup hukuk mahkemeleri açısından bağlayıcı bir etkisi bulunmamaktadır<sup>11</sup>.

### **Başka haklar kapsamında değerlendirilebilecek hususlar kapsam dışında bırakılmıştır:**

Anayasa Mahkemesi bazı ihlal iddialarını AİHM yorumunu esas alarak adil yargılanma hakkı (veya diğer anayasal haklar) kapsamında değerlendirmemiştir. Örneğin, aklanma (beraat) etme hakkı AİHM tarafından adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmediği için Anayasa Mahkemesi de aynı saptamada bulunmuştur. Halbuki aklanma hakkı, şeref ve itibarın korunması hakkı kapsamında görülüp, bu ihlal iddiası bakımından AİHM’i aşan ileri düzeyde bir içtihat oluşturabilme fırsatı kaçırılmıştır.

Bireysel başvuru incelemelerinde ölçü norm Anayasa’nın bizatihi kendisidir ve kanunilik denetimi yapılmamaktadır. Hal böyle olunca, iç hukuk kurlarının daha özgürlükçü olduğu veya Sözleşme’ye oranla daha ileri düzeyde güvence sağladığı durumlarda, Anayasa Mahkemesinin nasıl karar vermesi

---

<sup>10</sup> Bu yöndeki kararlar için bkz. B. No: 2013/514, 2/10/2013, § 17, 20-23; B. No: 2012/917, 16/4/2013, § 16, 20-23; B. No: 2013/1845, 7/11/2013, § 35-38; B. No: 2013/1948, 23/1/2014, § 30-33.

<sup>11</sup> *Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 25; Anayasa Mahkemesinin bu tespitine katılmak olanaklı görünmemektedir. Çünkü bazı hallerde ceza davası sonucunda verilen karar hukuk davası açısından etkili ya da bağlayıcıdır. Yargıtay uygulaması da bunu göstermektedir.

“(…)6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 74. maddesinde de benzer düzenlemeye yer verilmiştir. Görülmektedir ki, ceza mahkemesinin “delil yetersizliğine dayanan beraat kararının” hukuk hakimini bağlamayacağı ancak beraat kararı bir maddi olguyu tespit ediyorsa, diğer anlatımla beraat kararı suçun sanıklar tarafından işlenmediğinin kesin olarak tespiti olgusuna dayanıyorsa, bu kararın hukuk hakimini de **bağlayacağı, ceza davasında hükme dayanak yapılan maddi olgularla ve özellikle eylemin hukuka aykırılığını ve failini belirleyen, mahkumiyet kararının bu yönlerinin hukuk hakimini bağlayacağı, kusurun takdiri ve zararın miktarını tayini hususundaki kararın hukuk hakimini bağlamayacağı hususları doktrinde ve Yargıtay’ın yerleşik uygulamalarında kabul edilmektedir...” Yargıtay 23. H.D., 16/9/2013, E.2013/2980, K.2013/5432 (Yargıtay Kararlar Dergisi, Cilt: 39, Sayı: 12, Aralık, 2013, ss. 2592-2595); Vurgular tarafımıza aittir.**

gerektiği tartışmalı hale gelmektedir. İşte bu noktada, Sözleşme hükümlerinden hiçbirinin Sözleşmeci Taraf'ın yasaları uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak biçimde yorumlanamayacağını öngören Sözleşme'nin 53. maddesi devreye girmelidir.

## C. ADİL YARGILANMA HAKKININ KAPSAMINA DÂHİL OLAN ÖZEL HALLER

### 1. Yargılamanın Yenilenmesi

Yargılamanın yenilenmesi, asıl yargılamada bazı ağır hata veya eksiklikler nedeniyle maddi anlamda kesin hükmün ortadan kaldırılması ve daha önce kesin bir hükümle sonuçlandırılmış uyuşmazlığın yeniden yargılanması anlamına gelen olağanüstü bir kanun yoludur<sup>12</sup>. Yargılamanın yenilenmesi talebinin değerlendirildiği kabul edilebilirlik aşamasında uyuşmazlığın esası çözülmez. Bu aşama geçildikten sonra (yargılamanın yenilenmesine karar verildikten itibaren) hükümlü hakkındaki isnat, yenilenmesine karar verilen yargılamaya esas olmaktadır.

AİHM, yargılamanın yenilenmesine yönelik taleplerine ilişkin yargılamaları, sanık hakkındaki "*suç isnadı*"nı çözümlemedikleri için adil yargılanma hakkının koruma kapsamında görmemektedir<sup>13</sup>. AİHM'e göre, yargılamanın yenilenmesi talebi kabul edilebilir bulunduktan sonra icra edilen yargılamanın ise suç isnadının karara bağlanmasıyla ilgili olduğu söylenebilir<sup>14</sup>.

Anayasa Mahkemesi dosya kapsamında yer alan olay ve olgular ışığında başvuru konusu şikâyetin hukukî nitelemesini ve Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca adil yargılanma hakkının kapsamını belirleme yetkisine sahip olduğunu belirttiikten sonra yukarıdaki ilkedden (adil yargılanma hakkının kapsam ve içeriğinin Sözleşme'ye göre belirleme) ayrılarak, yargılamanın yenilenmesine ilişkin yargılamaları adil yargılanma kapsamında değerlendirmiştir<sup>15</sup>. Diğer bir ifadeyle kabul edilebilirlik aşaması da –AİHM'in aksine- adil yargılama hakkının kapsamına alınmış; ancak bu aşamaya ilişkin anayasal hak ihlali iddialarının incelenmesinin salt bu aşama ile sınırlı olarak yapılması gerektiği vurgulanmıştır.

### 2. Kabahatlere ilişkin uyuşmazlıklar

Anayasa Mahkemesi, kabahatlere ilişkin yaptırımların hangi hallerde suç

---

<sup>12</sup> *Lokman Sapan*, B. No: 2013/723, 21/11/2013, § 37.

<sup>13</sup> *Fischer/Avusturya* (k.k.), B. No: 27569/02.

<sup>14</sup> *Löffler/Avusturya* B. No: 30546/96, 3/10/2000, §§ 18-19.

<sup>15</sup> *Nevruz Bozkurt*, B. No: 2013/664, 17/9/2013, § 25.



isnadi olarak nitelenebileceğini tartışmadan, idari para cezasını içeren idari yaptırım kararlarına karşı yapılan başvuruları adil yargılanma kapsamında incelemektedir. Ancak, hükümlü olan başvurucu hakkındaki haberleşme veya iletişim araçlarından ve ziyaretçi kabulünden yoksun bırakılması yönündeki disiplin cezası, AİHM içtihatlarına da atıfta bulunulmak suretiyle bu tartışma yapıldıktan sonra “*medenî*” hak niteliğinde olduğu kabul edilmiştir<sup>16</sup>.

## II. ADİL YARGILANMA HAKKI KAPSAMINDAKİ GÜVENCELER

### A. MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI

Anayasa Mahkemesine göre, mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir. Kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hale getiren, bir başka ifadeyle mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir<sup>17</sup>.

Mahkemeye erişme hakkı sadece ilk derece mahkemesine dava açma hakkını değil, eğer iç hukukta itiraz, istinaf veya temyiz gibi kanun yollarına başvurma imkânı tanınmış ise üst mahkemelere başvurma hakkını da içerir<sup>18</sup>.

Mahkemeye erişme hakkı, cezai olaylarda da uygulanabilir bir haktır. Bu bağlamda mahkemeye erişme hakkı, hakkında suç isnadı bulunan bir kimse için, bu isnat hakkında bir mahkeme tarafından bu isnadın yerinde olduğu ya da olmadığı yönünde bir karar verilmesini isteme hakkıdır. Ancak, suç ithamlarıyla ilgili karar elde etme hakkı mutlak değildir<sup>19</sup>. Bu bakımdan Sözleşme'nin 6. maddesi, ceza davalarının mutlaka bir mahkûmiyet ya da beraat hükmü ile sonuçlandırılmasını isteme hakkını içermez. Böylelikle, zamanaşımı, genel af, yasama dokunulmazlığı gibi ceza davasının açılmasına veya yürütülmesine engel olan durumlar, adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmemiştir.

---

<sup>16</sup> *Karlis A.Ş.*, B. No: 2013/849, 15/4/2014.

<sup>17</sup> *Özkan Şen*, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52.

<sup>18</sup> *Ali Atlı*, B. No: 2013/500, 20/3/2014, § 49; benzer yöndeki AİHM kararı bkz. *Bayar ve Gürbüz/Türkiye*, B. No: 37569/06, 27/11/2012, § 42.

<sup>19</sup> *Ramazan Yıldız*, B. No: 2014/2354, 16/10/2014, § 29.

Anayasa Mahkemesi anılan kararda; “*Kanun koyucu, ilk derece mahkemelerinin iş yükünün artmaması için sanıklara zamanaşımını ret hakkı tanımamıştır. Ayrıca, başvurucu hakkında verilen “düşme” kararı, herhangi bir suçlayıcı veya cezai ifade barındırmamakta ve başvurunun adli siciline işlenmemektedir. Kararın keyfilikinden de bahsedilemez.*” gerekçeleriyle zamanaşımının sanığın aklanmasına engel olmasını adil yargılanma hakkı kapsamında görmemiştir. Kısım benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Kart/Türkiye*, [BD], B. No: 8917/05, § 113.

Anayasa Mahkemesi, beraat etmesi gereken bir davada kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilerek başvuruçunun “*etkili karar hakkına*” saygı gösterilmediğine hükmetmiştir. Mahkemeye göre, bir mahkemenin yalnızca önüne getirilen maddi ve hukuki sorunları inceleyebilmesi yeterli değildir; bu yargı yerinin aynı zamanda bir karar verebilmesi de gerekir. Mahkeme hakkını kullanan tarafın amacı, davanın sonucunda bir karar elde etmektir. Karar elde edemiyorsa, dava açmanın da bir anlamı olduğu söylenemez<sup>20</sup>.

Anayasa'nın 36. maddesinde, mahkemeye erişim hakkı açısından herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bu hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir. Bu noktada Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvence ölçütleri işlevsel niteliği haizdir<sup>21</sup>.

## B. BAĞIMSIZ VE TARAFSIZ MAHKEMEDE YARGILANMA HAKKI

Anayasa'nın 36. maddesinde mahkemelerin tarafsızlığından açıkça bahsedilmemektedir. Anayasa Mahkemesi, bu hakkı da adil yargılanma hakkının zimni bir unsuru olarak kabul etmiştir<sup>22</sup>.

Mahkemelerin “*bağımsızlığı ve tarafsızlığı*” adil yargılanmanın koşulları arasındadır. Mahkemelerin bağımsızlığı, genellikle hâkimlerin bağımsızlığı ile eş anlamlı kullanılmakta ve biri diğerinin nedeni ve doğal sonucu olarak anlaşılmaktadır. Hâkimlerin bağımsızlığı, onlara tanınan bir ayrıcalık olmayıp, her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak olarak adalet dağıtacakları yolundaki güven ve inancı yerleştirme amacına yöneliktir. Demokratik bir toplumda, hâkim bağımsızlığının yalnız yürütme organına karşı değil, devlet yapısı içindeki tüm kurum ve kuruluşlar ile kişilere karşı da sağlanması gerekir. Başka herhangi bir kişi, kurum veya organdan emir almamak, yasamanın, yürütmenin ve diğer dış unsurların etki alanının dışında olmak, baskı altında olmamak şeklinde tanımlanan bağımsızlık, tarafların etki alanının dışında kalmayı, dava taraflarına karşı bağımsızlığı da kapsamaktadır<sup>23</sup>.

Bir mahkemenin idareye ve taraflara karşı bağımsız olup olmadığının tespitinde;

<sup>20</sup> Ali Atlı, B. No: 2013/500, 20/3/2014, § 60.

<sup>21</sup> Tahir Gökatalay, B. No: 2013/1780, 20/3/2014, § 39.

<sup>22</sup> AYM, E.2002/170, K.2004/54, K.T. 5/5/2004.

<sup>23</sup> AYM, E.2011/29, K.2012/49, 30/3/2012; Yasemin Ekşi, B. No: 2013/5486, 4/12/2013, § 43.

- i. Üyelerinin atanma şekli ve onların görev süreleri,*
  - ii. Dış baskılara karşı teminatların varlığı,*
  - iii. Mahkemenin bağımsız olduğu yönünde bir görüntü sergileyip sergilemediği,*
- önem kazanmaktadır<sup>24</sup>.

**Genel olarak tarafsızlık**, davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı, tarafgirlik ve menfaate sahip olunmaması ve davanın tarafları karşısında ve onların leh ve aleyhlerinde bir düşünceye sahip olunmamasını ifade eder<sup>25</sup>.

Tarafsızlığın öznel ve nesnel olmak üzere iki boyutu bulunmakta olup, bu kapsamda hâkimin birey olarak, mevcut davadaki kişisel tarafsızlığının yanı sıra, kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenimin de dikkate alınması gerekmektedir<sup>26</sup>. Yargılamayı yürüten mahkeme üyelerinin taraflardan biriyle veya anlaşmazlık konusu ile maddi veya manevi yakın bir bağının bulunması veya yargılama sürecinde sarf ettiği ifadeleri ile tarafsız olamayacağı yönünde meşru bir kanaat uyandırması, bunun yanı sıra davadan önce dava ile doğrudan bağlantılı bir konumda bulunması da tarafsızlığı ihlal edebilir. Ancak, kişisel bir taraflılığının söz konusu olduğunu ortaya koyan bir delil bulunmadığı ve bu husus kanıtlanmadığı müddetçe, tarafsız olduğunun bir karine olarak varsayılması zorunludur<sup>27</sup>.

Anayasa Mahkemesinin bugüne kadar verdiği kararlarda Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin (AYİM) bağımsız ve tarafsız olmadığına ilişkin bir hususun saptanmadığı belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 6545 sayılı Kanun ile **sulh ceza hâkimliklerinin** kurulmasına ilişkin hükümlerini doğal hakim ilkesine aykırı bulmamış ve iptal istemini reddetmiştir<sup>28</sup>.

Sulh Ceza Hâkimliklerinde görev yapan hâkimlere yönelik bir başvuruda Anayasa Mahkemesi; gerçekliği ve niteliği kesin olarak tespit edilemeyen olgulardan, siyasi tartışmalarda ortaya konulan değerlendirme ve yorumlardan hareketle -önyargılı bir işlem ve tutumları gösterilmeksizin- siyasal veya kişisel nedenlerle bu mahkemelerde görev yapan hakimlerin bağımsız ve tarafsız

---

<sup>24</sup> Yaşasın Aslan, B. No: 2013/1134, 16/5/2013, § 28.

<sup>25</sup> Tahir Gökatalay, B. No: 2013/1780, 20/3/2014, § 61.

<sup>26</sup> AYM, E. 2005/55, K. 2006/4, K.T.5/1/2006.

<sup>27</sup> Tahir Gökatalay, B. No: 2013/1780, 20/3/2014, § 62.

<sup>28</sup> AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015.

davranmadıklarını kabul etmenin mümkün olmadığını belirterek, başvuruyu “açıkça dayanaktan yoksun olması” nedeniyle kabul edilemez bulmuştur<sup>29</sup>. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi, uzmanlık mahkemelerinin kurulmasında sakınca görmemektedir.

Anayasa Mahkemesine göre, daha önce açılmış ve devam etmekte olan davaların, **CMK'nın 250. maddesi ile kurulmuş (kapatılan) ağır ceza mahkemelerince** devam edilmesinin kanuni hakim güvencesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Çünkü, suçun işlenmesinden sonra yargı yeri belirlenmemiş, aksine suçun işlenmesinden sonra kurulan mahkemelere davaların görevsizlik veya yetkisizlikle gönderilmesi önlenerek, suçun işlenmesinden önce kurulan mahkemelerde davanın devam etmesi sağlanmıştır<sup>30</sup>.

*Yeni mahkemelerin kurulması ve dosya devri hususunda ise*, yargı mercileri arasındaki yetki ve göreve ilişkin yeni işbölümünün doğal sonucu olarak, dosyaların ilgili mahkemelere gönderilmesi de kanuni hâkim güvencesine aykırı bir yönünün bulunmadığı belirtilmiştir<sup>31</sup>.

Hakimin, tutuklama gibi *bazı koruma tedbirlerine ilişkin kararlar vermiş* olması onun tarafsız olmadığı anlamına gelmez ise de; bu kararların gerekçelerinde şüphelinin/sanığın **suçu işlediğine** yönelik bir belirleme yerine, suçun işlendiğine yönelik **şüpheye** yoğunlaşılması gerekir. Bu hususun irdelendiği bir Anayasa Mahkemesi kararına çalışmanın yapıldığı tarihte ulaşılamamıştır.

Anayasa Mahkemesi, temyiz kararına katılan üyelerin **yeniden yargılama talebinin** karara bağlamasında da yer almasının hukuka uygunluğunu 9/9/2015 tarihli kararında tartışmıştır. Mahkeme, “*Askerî Yargıtay, kendisinin yüksek mahkeme olması ve talebe konu kararın ilk derece mahkemesi olan Genelkurmay Başkanlığı Askerî Mahkemesince verilmesi dolayısıyla temyiz incelemesine katılan üyelerin yeniden yargılama talebini de karara bağlamasının hukuka uygun olduğu ve bu durumun 5271 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle çelişmeyeceği*” sonucuna varmıştır<sup>32</sup>.

İçtihat farklılıklarının tarafsızlığa hususuna etkisi ise, bunlar tek başına adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde kabul edilmediği gibi, derece mahkemeleri veya temyiz mercilerinin, uyuşmazlıklara ilişkin olarak, tarafların talepleri

<sup>29</sup> Hikmet Kopar ve diğerleri, B. No: 2014/14061, 8/4/2015, § 114.

<sup>30</sup> Deniz Seki, B. No: 2014/5170, 25/6/2015, § 56.

<sup>31</sup> Deniz Seki, B. No: 2014/5170, 25/6/2015, § 25.

<sup>32</sup> Murat Eren, B. No: 2013/2661, 9/9/2015, § 132.

ve delilleri arasındaki yorum farklılıkları da tek başına adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde kabul edilmemiştir<sup>33</sup>.

## C. MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKI

### 1. Genel Olarak

Makul sürede yargılanma hakkının amacı, tarafların uzun süren yargılama faaliyeti nedeniyle maruz kalacakları maddi ve manevi baskı ile sıkıntılardan korunmasıdır. Devam etmekte olan bir yargılamada, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası ile bireysel başvuruda bulunulabilmesi, başvuru yollarının tüketilmesi gerekmez. Çünkü, başvuru yollarının tüketilmesi şartının aranması, makul sürede yargılama yapma yükümlülüğüne aykırı davranılması nedeniyle meydana gelen sonuçları ortadan kaldırmayacaktır. Aksine, makul olmadığı iddia edilen yargılama faaliyetinin daha da uzamasına ve başvurucu açısından zararın artmasına neden olacaktır<sup>34</sup>.

Makul sürenin hesabı:

1. Başlangıcı: Ceza muhakemesinde yargılama süresinin makul olup olmadığı değerlendirilirken sürenin başlangıcı, bir kişiye suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından bildirilmesi veya isnattan ilk olarak etkilendiği arama ve gözaltı gibi bir takım tedbirlerin uygulanması anıdır<sup>35</sup>.

2. Bitişi: Ceza yargılamasında sürenin sona erdiği tarih, suç isnadının nihai olarak karara bağlandığı, yargılaması devam eden davalar yönünden ise Anayasa Mahkemesinin makul süre şikâyetiyle ilgili kararını verdiği tarihtir<sup>36</sup>.

### 2. Yargılama Süresinin Makul Olup Olmadığının Tespitinde Nazara Alınan Kriterler

#### a. Genel Olarak

AİHM ve Anayasa Mahkemesine göre, yargılama süresinin makul olup olmadığı, davanın şartlarına göre değerlendirilmelidir. Bu çerçevede, “davanın karmaşıklığı”, “başvurucunun ve yetkililerin tutumları” ve “uyuşmazlık kapsamında başvurucu yönünden tehlikede olan şey” “yargılamanın kaç dereceli olduğu” şeklindeki kriterler dikkate alınmalıdır. Sadece “devlete atfedilebilecek

---

<sup>33</sup> *Miraş Mümessillik İnş. Taah. Reklam. Paz. Yay. San. Tic. A.Ş.*, B. No: 2012/1056, 16/4/2013, § 36.

<sup>34</sup> *Güher Ergun ve Diğerleri*, B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 27.

<sup>35</sup> *Ersin Ceyhan*, B. No: 2013/695, 9/1/2014, § 35.

<sup>36</sup> *Ersin Ceyhan*, § 35.

*gecikmeler*”, makul sürede yargılama yönünden başarısız olduğu sonucuna varmayı haklı kılabilir<sup>37</sup>.

## b. Yapısal sorunlar ve organizasyon eksiklikleri

Kamusal makamlara atfedilecek gecikmeler, yargılamanın süratle sonuçlandırılması hususunda gerekli özenin gösterilmemesinden kaynaklanabileceği gibi, yapısal sorunlar ve organizasyon eksikliğinden de ileri gelebilir<sup>38</sup>. Devlet, yapısal sorunlar ve organizasyon eksikliklerini, yargılamanın makul sürede gerçekleştirilmemesine mazeret gösteremez<sup>39</sup>.

Bu bağlamda, yargı sisteminin yapısı, mahkeme kalemindeki rutin görevler sırasındaki aksamalar, hükmün yazılmasındaki, bir dosyanın veya belgenin bir mahkemeden diğerine gönderilmesindeki ve hâkim atanmasındaki gecikmeler, hâkim-savcı ve personel sayısındaki yetersizlik ve iş yükü ağırlığı nedeniyle yargılamada makul sürenin aşılması durumunda da yetkili makamların sorumluluğu gündeme gelmektedir<sup>40</sup>. Ancak, idari veya yargısal bir karar organına yapılan başvuru/dava sayısında öngörülemez düzeyde geçici ve olağanüstü bir artış olması nedeniyle başvuruların birikmesine bağlı olarak başvuruların/davaların karara bağlanmasında meydana gelen gecikmelerin, zamanında ve yeterli tedbirlerin alınması koşuluyla, makul sürede yargılanma hakkı açısından devletin sorumluluğunu doğurduğu söylenemeyecektir<sup>41</sup>.

## c. Tarafların tutumu

Tarafların yargılamayı uzatmaya yönelik davranışlardan kaçınması ve ken-

<sup>37</sup> *İdalov/Rusya* [BD], B. No: 5826/03, 22/05/2012, § 186.

Aynı yönde Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. B. No: 2012/12, 17/9/2013, §§ 45 ve 46; B. No: 2013/1213, 4/12/2013, §§ 42-43; B. No: 2013/1115, 5/12/2013, §§ 46 ve 47; B. No: 2012/650, 5/12/2013, §§ 35 ve 36; B. No: 2013/3283, 19/12/2013, §§ 32 ve 33; B. No: 2012/673, 19/12/2013, §§ 28 ve 29; B. No: 2013/2588, 23/1/2014, §§ 31 ve 32; B. No: 2013/4687, 23/1/2014, §§ 34 ve 35; B. No: 2013/3282, 23/1/2014, §§ 31; B. No: 2013/2168, 23/1/2014, §§ 37 ve 38; B. No: 2013/2116, 23/1/2014, §§ 32 ve 33; B. No: 2013/3007, 6/2/2014, §§ 58 ve 59.

<sup>38</sup> *Güher Ergun ve Diğerleri*, B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 44.

<sup>39</sup> *Mustafa Bayrı*, B. No: 2013/5718, 20/3/2014, 62.

<sup>40</sup> *Selahattin Akyıl*, B. No: 2012/1198, 7/11/2013, § 55; benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Foti ve Diğerleri/İtalya*, B. No: 7604/76, 10/12/1982, § 61; *Neumeister/Avusturya*, B. No: 8163/07, 2/4/2013, § 20-21; *Zimmermann-Steiner/İsviçre*, B. No: 8737/79, 13/07/1983, §§ 29-32; *Reilly/İrlanda*, B. No: 21624/93, 22/2/1995, §§ 65-66; *Eckle/Almanya*, B. No: 8130/78, 15/07/1982, § 84.

<sup>41</sup> *Sabri Çetin*, B. No: 2013/3007, 6/2/2014, § 65; Aynı yönde bkz. B. No: 2013/3202, 6/2/2014, §§ 61 ve 62; B. No: 2013/3309, 6/2/2014, §§ 61 ve 62; B. No: 2013/3008, 6/2/2014, §§ 63 ve 64.

disine tanınmış olan usuli hakları kullanırken dikkat ve özen göstermesi gereklidir<sup>42</sup>. Ancak, yargılama makamlarının ilgili usuli imkânları kullanmak suretiyle bu girişimleri engelleme sorumluluğu da bulunmaktadır<sup>43</sup>.

Yargılamanın uzamasına kendi kusurlu eylemleri ile sebebiyet verenlerin, uzattıkları süreden şikâyetçi olamayacakları açıktır. Yargılamanın uzamasında duruşmalara gelmeyen başvurusunun yakalanmasının beklenmesinin en önemli etken olduğu bir yargılamaya ilişkin başvuruda<sup>44</sup> Anayasa Mahkemesi, başvurusunun makul süreyi aştığını ileri sürdüğü yargılamanın uzunluğu konusunda açık ve görünür bir ihlal saptamamıştır.

## D. HAKKANİYETE UYGUN YARGILANMA HAKKI

### 1. Duruşmalı Yargılama Hakkı

Sanığın kendini savunma hakkından faydalanmasının ilk koşulu, sanığın savunmasını yapabilmesi için mahkeme önünde hazır bulunma olanağına sahip olmasıdır. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının temel unsurlarından birisi de Anayasa'nın 141. maddesinde düzenlenen yargılamanın açık ve duruşmalı yapılması ilkesidir<sup>45</sup>.

Bu hakkın amacı, kamu denetiminden uzak, kapalı kapılar ardında yürütülmekte olan gizli bir yargılama ve bunun doğuracağı endişelerden tarafları korumaktır. Dolayısıyla yargılamanın şeffaflığı, mahkemeye duyulması gereken güvenin pekişmesini sağlamak ve davaların adil bir şekilde görülmesini temin etmek bakımından önemlidir<sup>46</sup>.

CMK'nın 193. maddesinin (1) numaralı fıkrasında istisnalar saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılamayacağı hükme bağlanmıştır.

"Duruşmalı yargılama hakkı", her türlü yargılamanın mutlaka duruşmalı yapılması zorunluluğu anlamına gelmez. Özellikle ilk derece mahkemeleri önünde duruşmalı yargılama yapıp karar verildikten sonra, kanun yolu incelemesinin, tarafların iddia veya savunmaları yazılı olarak alındıktan sonra, dosya üzerinden yapılması halinde adil yargılanma hakkının ihlalinden söz edilemez<sup>47</sup>.

---

<sup>42</sup> *Güher Ergun ve Diğherleri*, B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 43.

<sup>43</sup> *Güher Ergun ve Tosun Tayfun Ergun*, B. No: 2012/12, 17/9/2013, § 60.

<sup>44</sup> *Abdulkadir Bolluk*, B. No: 2013/5278, 15/4/2014, § 26.

<sup>45</sup> *Nevruz Bozkurt*, B. No: 2013/664, 17/9/2013, § 32.

<sup>46</sup> *Ersin Ekmekçi ve Sinan Ekmekçi*, B. No: 2013/6068, § 71.

<sup>47</sup> *Nevruz Bozkurt*, B. No: 2013/664, 17/9/2013, § 32.

Yargılamaya taraf olan kişilerin hakkaniyetli yargılama temelinde **beyan-larını sözlü vermesinin gerektiği durumlarda sözlü yargılama yapılmaması** yargılamanın bir bütün olarak adil olmasını engelleyebilir<sup>48</sup>.

Anayasa Mahkemesi, “önemli bir isnat taşımayanlar” ile “ceza hukukunun çekirdeğini oluşturan” davalar arasında ayırım yapmış, geleneksel ceza hukuku kategorilerine ait olmayan suçların (örneğin trafik kurallarının ihlali) yargılama-sında duruşma yapılmasının gerekli olmayabileceğini belirtmiştir<sup>49</sup>. Aynı şekilde, yargılamanın yenilenmesi davalarında ve AYİM’de yargılamanın salt dosya üzerinden yapılması, adil yargılanma hakkının ihlaline yol açmaz.

## 2. Silahların Eşitliği ve Çelişmeli Yargılama İlkeleri

*Hakkaniyete uygun yargılanma’nın temel unsuru, yargılamanın “çelişmeli” olması ve taraflar arasında “silahların eşitliği”nin sağlanmasıdır.*

**Çelişmeli yargılama ilkesi** taraflara dava malzemesi hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınmasını ve bu nedenle tarafların yargılamanın bütününe aktif olarak katılmasını gerektirmektedir. Tarafların dinlenil-memesi, taraflara delillere karşı çıkma imkânı verilmemesi, yargılama faaliyeti-nin hakkaniyete aykırı hale gelmesine neden olabilecektir<sup>50</sup>. Diğer yandan, İlk Derece Mahkemesi ve Yargıtayın ulaştıkları sonuçların farklı olması baş-vurucunun aleyhine ortaya konulan delillere etkili olarak itiraz edemediği ve çelişmeli yargılama ilkesine uyulmadığı anlamına gelmez<sup>51</sup>.

**Silahların eşitliği ilkesi** davanın taraflarının usuli haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelir<sup>52</sup>. Taraflardan birine tanınan, diğerine tanınmayan avantajın, fiilen olumsuz bir sonuç doğurduğu-na dair delil bulunmasa da silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmiş sayılır<sup>53</sup>.

### Örnek Başvurular;

**Balyoz Davası:** Dijital delillerin değerlendirilmesine ilişkin şikayetler yönünden, başvuruçuların sundukları bilirkişi raporları ve uzman mütalaalarının İlk Derece Mahkemesince kabul edilmemesi ve bu konularda Mahkemece bi-

<sup>48</sup> Göç/Türkiye, B.No: 36590/97, 11/7/2002, § 51.

<sup>49</sup> Aziz Ağırılı, B. No: 2013/1377, 25/3/2015, § 26.

<sup>50</sup> Abdullah Özen, No: 2013/4424, 6/3/2014, § 21.

<sup>51</sup> Faik Deniz Şar, B. No: 2014/1643, 4/11/2014, § 52.

<sup>52</sup> Yaşasın Aslan, B. No: 2013/1134, 16/5/2013, § 32.

<sup>53</sup> Zagorodnikov/Rusya, B. No: 66941/01, 7/6/2007, § 30.



lirkişi incelemesi yaptırılması yolundaki taleplerinin de yetersiz gerekçelerle reddedilmesi, **“gerekçeli karar hakkına”** ve **“silahların eşitliği”** ilkesine aykırı olduğundan, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir<sup>54</sup>.

**İstanbul Casusluk Davası:** Başvurucuların dijital verilerin gerçeği yansıtmadığı yönündeki iddialarının araştırılması amacıyla bu deliller üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılması veya bunlara ilişkin imajların verilmesi taleplerinin, dijital belgelerin içeriklerinin devlet sırrı kapsamında kaldığından ve dijital delillerin usulüne uygun aramalar sonucu ele geçirildiğinden bahisle reddedilmesi yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder niteliktedir<sup>55</sup>.

Hükme esas alınan **gizlilik dereceli belgelere karşı başvurucuya savunma yapma imkânı verilmemesi** nedeniyle başvurucunun silahların eşitliği ilkesi ve çelişmeli yargılama hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır<sup>56</sup>.

AIHM, dosyaya ilişkin bağımsız bir inceleme yaparak görüşünü mahkemeye sunan AYİM Başsavcısının görüşünün önceden taraflara tebliğ edilmemesi nedeniyle silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>57</sup>.

Anayasa Mahkemesi, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının **aleyhe nitelikteki görüşünün tebliğ edilmemesini** ihlal saymıştır<sup>58</sup>.

Başvurucuların itiraz mercii önündeki başarı şansını zedeleyen **her türlü mütalaadan haberdar edilme** hakkına sahip olduklarının kabulü gerekmektedir<sup>59</sup>.

### 3. Gerekçeli Karar Hakkı

Anayasa'nın, bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılmasını ifade eden 141. maddesinin de, hak arama hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır<sup>60</sup>. Buna göre, kararın;

1. Gerekçesiz olmaması,
2. Gerekçesinin çelişkili olmaması,

---

<sup>54</sup> Sencer Başat ve Diğerleri [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014, § 72.

<sup>55</sup> Yankı Bağcıoğlu ve diğerleri [GK], B. No: 2014/253, 9/1/2015, § 75.

<sup>56</sup> M.Ş.B., B. No: 2013/2202, 20.11.2014, § 48.

<sup>57</sup> Miran/Türkiye, B. No: 43980/04, 21/4/2009.

<sup>58</sup> Gürhan Nerse, B. No: 2013/5957, 30/12/2014, § 39.

<sup>59</sup> Oğuz Tatış ve Diğerleri, B. No: 2013/4186, 15/10/2014, § 96.

<sup>60</sup> Vedat Benli, B. No: 2013/307, 16/5/2013, § 30.

### 3. Gerekçesinin makul olması gerekir.

Gerekçenin öğrenilememesi de kişinin kanun yollarına etkili şekilde başvurmasını engellediğinden adil yargılanma hakkı açısından önem taşır<sup>61</sup>. Öte yandan, özgürlükten yoksun bırakmanın hukuki olmadığı yönündeki iddianın, gerekçenin öğrenilememesi nedeniyle temyiz merciiine taşınamaması kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlali sonucunu da doğurabilir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, hüküm tarihinden itibaren yedi ayı aşan bir süredir gerekçeli kararın dosyaya konulmamış olması nedeniyle başvuruçunun, mahkûmiyete bağlı olarak tutukluluğun devamına ilişkin kararın görevli olmayan bir mahkeme tarafından verildiği, dolayısıyla özgürlükten yoksun bırakmanın hukuki olmadığı yönündeki iddiasını temyiz mercii önüne götürememesi sonucu ortaya çıkardığını, bu nedenle Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasının ihlal edildiğini belirtmiştir<sup>62</sup>.

Bu hak, yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi şeklinde anlaşılabilir. Bu nedenle, gerekçe gösterme zorunluluğunun kapsamı kararın niteliğine göre değişebilir. Bununla birlikte başvuruçunun ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren (kararın sonucunu etkileyebilecek) usul veya esasa dair iddialarının cevapsız bırakılmış olması bir hak ihlaline neden olacaktır.

Anayasa Mahkemesi yakın tarihli bir başvuruda, başvuruçunun ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren, uyuşmazlığın çözümü için esaslı bir iddia olan mağdureyi suç tarihi itibarıyla görünüm olarak 15 yaşından büyük zannettiği ve bu beyanının adli raporla doğrulandığı iddiasının, ilk derece Mahkemesinde tartışılmamış ve karşılanmamış olmasının başvuruçunun gerekçeli karar hakkının ihlal ettiğine karar vermiştir<sup>63</sup>.

Kanun yolu mercilerinin kararlarının tamamen gerekçeli olması zorunlu değildir. Kanun yolu merciiinin yargılamayı yapan mahkemenin kararıyla aynı fikirde olması ve bunu ya aynı gerekçeyi kullanarak **ya da basit bir atıfla kararına yansıtması** yeterlidir. Burada önemli olan husus, merciiin, bir şekilde dile getirilmiş **ana unsurları incelediğini**, derece mahkemesinin kararını inceleyerek onadığını ya da bozduğunu göstermesidir.

---

<sup>61</sup> **İNCEOĞLU** Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 324.

<sup>62</sup> *Mehmet İlker Başbuğ*, B. No: 2014/912, 6/3/2014, §§ 67-86.

<sup>63</sup> *Mürsel Bayrak*, B. No: 2014/6419, 25/3/2015, § 30.

#### 4. Delillerin Değerlendirilmesine İlişkin Kurallar

Anayasa Mahkemesine göre, yerel mahkemeler önünde dava konusu yapılan maddi vakıaların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile yerel mahkemelerce uyumsuzlukla ilgili varılan sonucun esas yönünden doğru olup olmaması, bireysel başvuru konusu yapılmamalıdır. Bunun istisnası, yerel mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının bariz takdir hatası veya açık keyfilik içermesi ve bu durumun kendiliğinden bireysel başvuruya konu hak ve hürriyetleri ihlal etmesidir. Bu bakımdan delillerin değerlendirilmesine, hukuk kurallarının yorumlanmasına ve yargılamada varılan sonucunun adil olmadığına ilişkin bireysel başvurular hak ihlali tespitine konu edilemez<sup>64</sup>.

Anayasa Mahkemesine göre, belirli bir davaya ilişkin olarak *delilleri değerlendirme ve gösterilmek istenen delilin davayla ilgili olup olmadığına* karar verme yetkisi esasen derece mahkemelerine aittir. Anayasa Mahkemesinin görevi başvuru konusu yargılamanın bütünlüğü içinde adil olup olmadığının değerlendirilmesidir<sup>65</sup>. Delillerin kabul edilebilirliği ile ilgili olarak, somut davada kullanılan delilin sanığın hazır bulunduğu duruşmada ve “*silahların eşitliği*” ve “*çelişmeli yargılama*” ilkeleri ya da söz konusu delillerin yargılamanın bütününe olan etkisi çerçevesinde değerlendirilmektedir .

Hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin **tek ve belirleyici delil olarak kullanılmasının** bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği durumlarda adil yargılanma hakkını ihlaline karar verilmiştir<sup>66</sup> .

Hüküm kurulurken, işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ile toplanan delillere dayanılması, hakkaniyete uygun yargılama hakkı ile bağdaşmamaktadır<sup>67</sup>. Anayasa Mahkemesi, işkence ve kötü muamele yasağına aykırı bir biçimde soruşturma aşamasında elde edilen bir ikrar yerine, daha sonra kişinin mahkeme huzurunda özgür iradesiyle verdiği ifadeye dayanılarak hüküm kurulmasının, salt önceki ifadenin işkence ve kötü muamele yasağı ile bağdaşmayan yöntemlerle elde edilmiş olması nedeniyle adil yargılama hakkına aykırı olarak kabul edilmesini gerektirmeyeceği kanaatindedir. Mahkeme'ye göre, yargılama kapsamında, dayanılan diğer delillerin sıhhatine bakılarak,

---

<sup>64</sup> Kamil Koç, B. No: 2012/660, 7/11/2013, § 58; Necati Gündüz ve Recep Gündüz, B. No: 2012/1027, 12/2/2013, § 26.

<sup>65</sup> Muhittin Kaya ve Muhittin Kaya İnşaat Taahhüt Madencilik Gıda Turizm Pazarlama Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti., B. No: 2013/1213, 4/12/2013, § 27.

<sup>66</sup> Yaşar Yılmaz, B. No: 2013/6183, 19/11/2014, § 59.

<sup>67</sup> Gafgen/Almanya, B. No: 22978/05, 1/6/2010, § 166.

hakkaniyete uygun yargılama yapıp yapılmadığı tespit edilmelidir<sup>68</sup>. Bu kararın AİHM içtihatlarıyla uyumlu olmadığı kanaatindeyiz. Bize göre diğer deliller işkence sonucu elde edilen beyanlara dayanılarak elde edilmiş, deyiş yerinde ise işkence ile elde edilen ikrar yargılamayı bir bütün olarak zehirlemiştir.

## E. MASUMİYET KARİNESİ

### 1. Masumiyet Karinesinin Anlam ve Kapsamı

Temelleri 1789 Fransız Kişi ve Vatandaş Hakları Bildirgesinde (md. 9) bulunan bu ilke, birçok ulusal ve uluslararası metinde<sup>69</sup> güvence altına alınmıştır. Bu ilke adil yargılanma hakkının özünü oluşturmaktadır.

Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında *"suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz"* şeklinde ifadesini bulan masumiyet karinesi<sup>70</sup>; Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasında ise *"Kendisine bir suç isnat edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır."* biçiminde düzenlenmiştir.

Her iki hüküm dikkatle irdelendiğinde, masumiyet karinesinin Anayasa tarafından daha geniş durumları kapsayacak şekilde düzenlendiği görülmektedir. Anayasa, yalnızca bir suç isnadının bulunduğu durumları değil, herhangi bir suç isnadı olmaksızın kamu otoritelerince kişilere *"suçlu"* muamelesi yapılmasını da düzenlemiştir<sup>71</sup>. Bu bakımdan, anılan ilke sadece yargı organlarını değil, aynı zamanda kamu gücü kullanan diğer resmi görevli/makamları da bağlamaktadır.

İsnat genel olarak, bir kimseye suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından bildirilmesidir<sup>72</sup>. Burada isnadın niteliğinden daha çok içeriği önem kazanmaktadır. Diğer yandan isnat, savunma yapmak için tebligat çıkarılması

<sup>68</sup> Güllüzar Erman, B. No: 2012/542, 4/11/2014, § 65; Mahkeme, "[sanık] A.A.'nın ikrar içeren ifadesinin, İlk Derece Mahkemesinin sübut konusunda ulaştığı vicdani kanaat bakımından belirleyici yegâne delil olmadığı ve diğer delilleri önemsiz kılmadığı görülmektedir. Bu tespitler ışığında, başvuru hakkındaki yargılamanın bir bütün olarak adil olmadığı söylene-meyeceğinden, başvurusunun hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edilmediği" sonucuna ulaşmıştır.

<sup>69</sup> Sözleşme'nin (md. 6/2) yanı sıra BM İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si (md 11/1) ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (md 48) da anılan ilkeyi güvence altına almıştır.

<sup>70</sup> Terim sorunuyla ilgili tartışmalar için bkz. FEYZİOĞLU Metin, "Suçsuzluk karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", AÜHFED, Yıl: 1999, Cilt: 48, Sayı:1-4, (Suçsuzluk Karinesi), s. 137-139.

<sup>71</sup> FEYZİOĞLU, Suçsuzluk Karinesi, s. 141.

<sup>72</sup> Deweer/Beçika, B. No: 6903/75, 27/2/1980 § 46; Atf yapılan AİHM kararlarının tümü Mahkeme'nin <http://hudoc.echr.coe.int>, adli resmi internet sayfasından alınmıştır.

yoluyla bildirilebileceği gibi, koruma tedbirlerinin uygulanması vasıtasıyla da bildirilebilir. Dolayısıyla ceza yargılamasında suç isnadı, bir kimseye suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından bildirilmesi veya o kimsenin ilk olarak isnattan etkilendiği arama ve gözaltı gibi koruma tedbirlerin uygulanmasıyla başlar<sup>73</sup>.

Anayasa Mahkemesine göre bu ilke, kişinin suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan “suçlu” olarak kabul edilmemesini güvence altına alır. Bunun doğal sonucu olarak, kişinin masumiyeti “asıl” olup, suçluluğu ispat külfeti iddia makamındadır. Kimseye suçsuzluğunu ispat mükellefiyeti yüklenemez. Hiç kimse, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz<sup>74</sup>.

AİHM'e göre “masumiyet karinesi”, suç isnadı altında olan veya ceza yargılaması sonucu beraat eden kişinin hukukun gözünde masum olduğu ve kendisine buna uygun olarak muamele edilmesi gerektiği anlamına gelir. Anılan karine, ceza yargılaması kapsamında bir usul güvencesi olmasına rağmen, buna ilişkin korumanın uygulanabilir ve etkili şekilde sağlanabilmesi için beraat eden veya bir şekilde hakkındaki ceza yargılaması devam etmeyen kişilere, kamu görevlileri veya otoriteleri tarafından bunlar gerçekte suçlularmış gibi muamele edilmesinin önlenmesi gerekir<sup>75</sup>.

Belirtildiği üzere masumiyet karinesi sadece yargı organlarını değil, kamu gücü kullanan diğer kamu görevlilerini/makamlarını da bağlamaktadır. Diğer bir ifadeyle masumiyet karinesi, isnat anından itibaren ceza muhakemesinin tüm evrelerinde ve tüm resmi makamlar önünde geçerlidir.

Bu çerçevede, gerek yürütülmekte olan ceza yargılamalarında gerekse ceza davasını takip eden ve fakat ceza yargılaması niteliğinde olmayan diğer yargılamalarda da (hukuk, idari, disiplin gibi), masumiyet karinesine özen gösterilmelidir.

Bu karine, resmi kişi/makamların kamuoyunu bilgilendirmesine engel teşkil etmez. Bu bakımdan, ceza soruşturması süreciyle ilgili bilgiler kamuoyuna duyurulabilir; ancak, yapılacak açıklama ve duyurularda şüphelilerin/sanıkların suçlu olduklarına dair bir yargıda bulunulmaması veya buna ilişkin bir ima-

---

<sup>73</sup> B.E., B. No: 2012/625, 9/1/2014, § 34, *Eckle/Almanya*, B. No: 8130/78, 15/07/1982, §§ 73-75.

<sup>74</sup> *Kürşat Eyol*, B. No: 2012/665, 13/6/2013, § 26.

<sup>75</sup> *Allen/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 25424/09, 12/7/2013, §§ 92-105 ve 120-126.

dan kaçınılması gerekir. Ceza soruşturmaları hakkında kamuoyu bilgilendirilirken itinalı bir dil kullanılmalıdır.

Masumiyet karinesi, fiili ya da hukuki sorumluluk karinelerinin bir suç hakkında kabulüne engel oluşturmamaktadır<sup>76</sup>. Ancak Devletler, söz konusu karineleri davanın konusunun önemini dikkate alarak ve savunma hakkını koruyarak, makul sınırlar içinde uygulamalıdır<sup>77</sup>.

Kanun koyucu veya idarenin de, haklarına kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı bulunmayan kişilerin “suçlu” olduklarını kabul veya ima eden hükümleri içeren düzenlemeleri yürürlüğe koymamaları gerekir.

## 2. Masumiyet Karinesinin Yargılama Süreçleri Açısından Değerlendirilmesi

### a. Ceza Süreçleri Açısından Durum

#### i. Devam Eden Süreçler Yönünden

4/12/2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) 2. maddesinde soruşturma, kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre; kovuşturma ise, iddianamenin kabulüyle başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar geçen evre olarak belirtilmektedir. Bir kimsenin suçlu olarak kabul edilebilmesi için hakkındaki mahkûmiyet hükmünün kesinleşmiş olması gerekir.

Ceza yargılamasının amacı hiçbir şüphe kalmaksızın maddi gerçeğin adli yöntemlerle bulunmasıdır. Ceza muhakemesi hukukunun evrensel ilkelerinden olan “*şüpheden sanık yararlanır (in dubio pro reo)*” kuralı uyarınca, sanığın üzerine yüklenen suç, hiçbir şüpheye yer verilmeksizin kanıtlanamadığında, suçun sübuta ermediği kabul edilerek sanığın beraatine karar verilecektir. Anayasa’nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen “*masumiyet karinesi*” gereğince de, mahkemelerce delil yetersizliğinden sanığın beraati yerine doğrudan beraatine karar verilmesi insan haysiyetinin korunması bakımından daha yerinde olur. Çünkü aksi durumda sanığın suçu işlediği ve fakat yeterli delile ulaşamadığı için bu şekilde karar verildiği anlamı oluşmaktadır. Unutulmamalıdır ki, şüpheden sanığın yararlandığı durumlarda da sanık fiili gerçekleştirilmemiş sayılır<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> İNCEOĞLU Sibel, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Avrupa Konseyi, Ankara 2007, s. 94.

<sup>77</sup> HARRIS David/O’BOYLE Michael/BATES Ed/BUCKLEY Carla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi 2013, s. 304.

<sup>78</sup> DOĞAN Koray, “Ceza Muhakemesinde Hüküm”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 7, 2008, s. 180.

Ceza muhakemesinin soruşturma ve kovuşturma evrelerinin herhangi birinde de, kesin hükümle mahkûm olunmadığından kişi suçlu olarak nitelendirilemez. Çünkü ortada kesinleşmiş bir mahkûmiyet bulunmamaktadır. Suçluluğu ispatlanamayan sanık, şüpheden yararlanacak ve beraat edecektir. Sanık beraat ettikten sonra onun aklanmadığına yönelik kuşkuların dillendirilmesi bile kimi zaman masumiyet karinesinin ihlali anlamına gelebilir<sup>79</sup>.

Masumiyet karinesi, sadece suçlamanın esaslarının incelendiği kovuşturma evresini değil, kovuşturma aşamasının sonuçlarına bakılmaksızın ceza muhakemesinin bütünü (soruşturma evresini de) kapsar. Diğer bir ifadeyle anılan karine, dava açılmadan önceki aşamada da uygulanır. Suç isnadı mahkûmiyete dönüşen kişiler ise, artık “suç isnadı altında olan kişi” konumunda olmadıkları hükümlü statüsüne geçtikleri için masumiyet karinesinin ihlal iddiası geçerliliğini yitirmektedir.

CMK'nın 157. maddesine göre, savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir. Aynı Kanun'un 234. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin ikinci alt bendinde; mağdur ile şikâyetçinin, “Soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla Cumhuriyet savcısından belge örneğini isteme” haklarının olduğu belirtilmiştir. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin (R.G Sayı: 25832) 27. maddesine göre de, suçluluğu bir yargı hükmüne bağlanana kadar kişinin masumiyeti esastır ve soruşturma evresi gizlidir.

Ceza muhakemesinde soruşturmanın gizliliği ilkesin benimsenmesini bir nedeni de, masumiyet karinesi ve lekelenmeme haklarının korunmasıdır<sup>80</sup>. Bu bakımdan soruşturma evresinde elde edilen deliller (tape kayıtları, tanık anlatımları, şüpheli beyanları gibi) bu karinenin ihlal edilmemesi bakımından kamuoyuna ifşa edilmez<sup>81</sup>. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 285. maddesinde soruşturmanın gizliliğinin ihlali suç olarak düzenlenmiştir. Soruşturmanın gizliliğini ihlal edenler hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır (CMK. md. 161/5).

Koruma tedbirlerine ilişkin kararlarda şüphelinin/sanığın **suçu işlediği** yönünde bir vurgu yerine suç işlediğine dair **kuşkuya** yoğunlaşılması gerekir.

---

<sup>79</sup> *Sekanina/Avusturya*, B. No: 13126/87, 25/8/1993, § 30; *Asan Rushiti/Avusturya*, B. No: 28389/95, 21/3/2000, § 28; *Geerings/Hollanda*, B. No: 30810/03, 1/3/2007, § 49.

<sup>80</sup> ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAĞSIZ Pınar, TEPE İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 74.

<sup>81</sup> OKUYUCU ERGÜN Güneş, “Soruşturmanın Gizliliği” AÜHFD, Cilt: 59, Sayı:2, s. 243-275.

Aksi tutum, bu karinenin ihlaline yol açabilir. Aynı yaklaşımın mahkemelerde verilen görevsizlik/yetkisizlik kararlarında da sergilenmesi gerekir.

Tutukluluğun makul süreyi aşması halinde, tutuklama bir koruma tedbiri olmaktan çıkıp infaza dönüştüğünden, Sözleşme'nin 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasının yanında, masumiyet karinesini düzenleyen 6. maddesinin (2) numaralı fıkrası da ihlal edilmiş olur<sup>82</sup>. Anayasa Mahkemesine göre masumiyet karinesi, yargılama süresince kişinin hürriyetinin esas, tutukluluğun ise istisna olmasını gerektirmektedir. Masumiyet karinesine rağmen tutukluluğun devamı, ancak kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına nazaran daha ağır bir kamu yararının mevcut olması durumunda haklı görülebilir<sup>83</sup>.

Bir mahkemenin, sanığı savunma hakkını kullanma imkânı olmaksızın kanunen suçlu bulması halinde de masumiyet karinesi ihlal edilmiş olur<sup>84</sup>. Ayrıca, suçlandıktan sonra beraat eden kişiye usulî masraflar ile yargılama giderleri de yüklenemez<sup>85</sup>. Mahkemenin bu aşamadan sonra sanığın suçluluğunu ima eden tutum ve kararlardan kaçınması gerekir. Kişi ceza davasında yargılanıyor ise, başka bir davanın iddianamesi esas alınarak lehe hükümlerin tatbik edilmemesi masumiyet karinesiyle çelişebilir.

Masumiyet karinesi, kendini suçlamama hakkı ile yakından bağlantılıdır. Ancak, sürücülerin zorla alkol veya kan testine tabi tutulmaları masumiyet karinesine aykırı değildir<sup>86</sup>. Susma hakkını kullanması, sanığın aleyhine yorumlanmamalıdır. Sanık hakkındaki mahkûmiyetin yegâne veya belirleyici unsuru sanığın susması ise, bu durumda da masumiyet karinesi ihlal edilmiş olur<sup>87</sup>.

## ii. Yargılamanın Yenilenmesine Karar Verilmesi Durumunda

Kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmünün yeniden yargılama yoluyla incelenmesi ve yeniden yargılanma talebinin kabul edilmesi halinde, mahkeme kararlarında yargılananlardan “sanık” yerine “hükümlü” olarak bahsedilmesi-

<sup>82</sup> FEYZİOĞLU, Suçsuzluk Karinesi, s. 155; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 27/10/2010 tarihli kararına göre, “Salt tutuklama kararının verilmesi ceza hukukunun prensiplerinden olan suçsuzluk karinesinin ihlali anlamına gelmemekte; daha çok gerekçesiz olarak bu halin uzatılması ihlali oluşturmaktadır.” (E.2010/4-553, K.2010/537).

<sup>83</sup> Murat Narman, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, §§ 61- 62.

<sup>84</sup> Suart /Hollanda (k.k), B. No: 31716/96, 6/7/1999.

<sup>85</sup> Minelli /İsviçre, B. No: 8660/79, 25/3/1983.

<sup>86</sup> Saunders/İngiltere, B. No.: 19187/91, 17 Aralık 1996, § 69.

<sup>87</sup> MUSACCHIO Vincenzo: “La presunzione di on colpevolezza come valore fondamentale del sistema penale europeo”, Rivista penale, Yıl: 2009, Sayı: 5, s. 531-535 (Zikreden: OKUYUCU ERGÜN Güneş, “Suçsuzluk Karinesi: ‘Alice Harikalar Diyarında’”, Ankara Barosu Uluslar Arası Hukuk Kurultayı, 10-14 Ocak 2012, Cilt: 3, (Karine), s. 47-48).



nin masumiyet karinesini ihlal edip etmediği tartışmalıdır.

İç hukukumuza göre mahkeme, yargılamanın yenilenmesi istemini yerinde bulursa delillerin toplanması için bir naip hâkimi veya istinabe olunan mahkemeyi görevlendirebileceği gibi; kendisi de bu hususları yerine getirebilir. Yeniden yapılacak duruşma sonucunda mahkeme, önceki hükmü onaylar veya hükmün iptali ile dava hakkında yeniden hüküm verir (CMK. md. 323). Hal böyle olunca, yargılananın hükümlü sıfatı önceki hükmün iptaline kadar devam etmektedir. Diğer bir anlatımla, önceki hüküm, yeniden yargılama sonucunda verilen hükmün “onaylanması” veya “iptaline” kadar varlığını devam ettirdiğinden, kişinin hükümlü sıfatında bir değişiklik olmamaktadır. Ancak iç hukukumuzun Sözleşme’yle ne kadar uyumlu olduğu da tartışma konusudur.

Bu mesele daha çok kişinin (yeniden yargılananın) adli sicil kayıtlarının silinmesi taleplerinde gündeme gelmektedir.

Anayasa Mahkemesine göre, kesinleşmiş mahkûmiyet kararlarının doğrudan geçersiz sayılması gibi bir sonuç söz konusu olmayıp, yargılananlar, yeniden yapılan yargılama esnasında “*hakkında suç isnadı olan kişi*” konumunda değildir; kesinleşmiş hapis cezasının infazı halen devam etmektedir<sup>88</sup>.

AİHM, yeniden yargılama esnasında da kişilerin masumiyet karinesinden faydalanacağını ve tutanaklarda kişiden “*hükümlü*” olarak bahsedilmesinin masumiyet karinesine aykırı olacağını belirtmektedir<sup>89</sup>.

## **b. Takip Eden İdari Uyuşmazlıklar Açısından Durum**

### **i. Genel Olarak**

CMK'nın “*Duruşmanın sona ermesi ve hüküm*” başlıklı 223. maddesinde ise, “*hüküm*”lerin; beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşme kararları olduğu belirtilmiştir. Hükümlerden bir kısmı (mahkûmiyet ve ceza verilmesine yer olmadığı) uyuşmazlığı esastan çözerken, bir kısmında ise (düşme ve davanın reddi) muhakeme bir yargı ile sona ermekle birlikte, uyuşmazlığın esası çözülmez.

Ceza davasını takip eden “*ceza yargılaması niteliğinde olmayan herhangi bir yargılamada*” da (disiplin gibi), masumiyet karinesine özen gösterilmesi gerektiği belirtilmişti. Ceza davasını takip eden idari uyuşmazlıklar bakımından, en fazla disiplin hukuku kapsamında verilen cezalarda masumiyet karinesinin ihlali durumu söz konusu olmaktadır. Disiplin hukukunun bir esası da,

---

<sup>88</sup> B. No: 2013/2212, 25/3/2015 (Karar yayımlanmamıştır)

<sup>89</sup> *Dicle ve Sadak/Türkiye*, B. No: 48621/07, 16/6/2015, §§ 60-61, 66.

kamu görevlilerine karşı yürütülen disiplin soruşturmasının bağımsızlığıdır. Adli soruşturma/kovuşturma ile disiplin soruşturması kural olarak birbirinden bağımsız yürütülmektedir. Memurun işlediği her fiil, adli soruşturma/kovuşturmaya konu olamayacağı gibi, her adli soruşturma/kovuşturma da disiplin soruşturmasını gerektirmeyebilir<sup>90</sup>. Disiplin kovuşturması, ceza kovuşturmasından bağımsız yürür ve ceza kovuşturmasının yürütülmesi disiplin soruşturmasını/cezasını durdurmaz<sup>91</sup>.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun (DMK) "*Cezai kovuşturma ile disiplin kovuşturmasının bir arada yürütülmesi*" kenar başlıklı 131. maddesinde, aynı olaydan dolayı memur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olmasının disiplin kovuşturmasını geciktiremeyeceği; memurun ceza kanununa göre mahkûm olması veya olmaması hallerinin ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Ceza hukukunda bir fiile iki ceza uygulanmazken, bu durumun disiplin cezalarında geçerli olmayışının bir sonucu olarak, aynı eylem için adli bir ceza verilmiş olması, disiplin kovuşturması yapılmasına ve disiplin cezası verilmesine engel olmamaktadır<sup>92</sup>. Her ne kadar disiplin soruşturması ile ceza soruşturma/kovuşturması DMK'nın 131. maddesi ile birbirinden bağımsız kılınmış ise de, ceza muhakemesi sonucu verilen kararlar, disiplin soruşturmasını etkilemektedir. Diğer taraftan, idari yargı organları, disiplin soruşturmasına konu olayın ayrıca "*suç*" teşkil etmesi nedeniyle ceza mahkemelerinde yargılanan memurlarla ilgili disiplin cezalarını değerlendirirken, ceza mahkemesi kararını delil olarak dikkate almaktadır<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> **SANCAKDAR** Oğuz, Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2001, s. 273.

<sup>91</sup> **ONAR** Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C: I, İstanbul 1960, s. 868; **KAYA** Cemil, "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkelere", Amme İdaresi Dergisi, C: 38, Y: 2005, S: 2, s. 78; **KIRMIZIGUL** Hüsamettin, "Uygulama ve Teoride Disiplin Suç ve Cezaları ve Denetim Yolları", Kazancı Kitap ve Ticaret A.Ş., İstanbul 1998, s. 10; **TAŞKIN** Ahmet, Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 131-132.

<sup>92</sup> **OĞURLU** Yücel, "Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu 'Ne Bis İn İdem' Kuralı", Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, Ankara 2003, s. 112; **ÖZEN** Mustafa, "Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2010, Cilt: XIV, Sayı: 1, s. 390.

<sup>93</sup> **OĞURLU**, s. 112; "...657 sayılı Devlet Memurları Yasasının 131.maddesinde; 'Aynı olaydan dolayı memur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olması, disiplin kovuşturmasını geciktiremez. Memurun Ceza Kanununa göre mahkûm olması veya olmaması halleri, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olamaz' denilmektedir. Kanun koyucu bu hükümlerle, ceza kovuşturması ve ceza mahkemesi kararının hiçbir şekilde disiplin kovuşturması ve disiplin cezası uygulanmasını etkilemeyeceğini açık olarak öngörmüştür. Nitekim

Masumiyet karinesi, suç isnadının karara bağlandığı yargılamalarda geçerli olduğu için, Sözleşme'nin 6. maddesinde ifade edilen “*medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar*” çerçevesinde değerlendirilen idari davalar, kural olarak masumiyet karinesinin uygulama alanı dışında kalmaktadır. Ancak idari davada uyuşmazlık konusu olan maddi olayın tespitinde idari yargı mercii, aynı maddi olayı ele alan ceza mahkemesinin daha önce verdiği bazı hükümlere göre (beraat ve düşme gibi) hareket etmelidir<sup>94</sup>.

Bununla birlikte ceza yargılamasında mahkûmiyetle sonuçlanmamış aynı olaylara (maddi vakialara) dayanılarak bir kişinin disiplin suçundan suçlu bulunması masumiyet karinesini otomatik olarak ihlal etmez. Bu kapsamda “*karar vericilerin kullandıkları dil*” kritik önem taşır<sup>95</sup>. Dolayısıyla mahkeme kararlarında, disiplin soruşturması esnasında yapılan yazışmalara ilişkin yazılarda veya kamu görevlilerinin ifadelerinde sarf edilen söz veya ifadeler nedeniyle kişiler hakkındaki masumiyet karinesinin ihlal edilmemesi için kullanılan dile dikkat edilmelidir. Belirtelim ki, bu kural, kişi hakkında verilen beraat kararı sorgulanmadığı sürece, aynı maddi olay çerçevesinde daha düşük ispat standardı kullanılarak kişinin disiplin sorumluluğu çerçevesinde yaptırıma tabi tutulmasına da engel teşkil etmemektedir<sup>96</sup>.

## ii. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına Dayanılması

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, öncesinde kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış ya da mahkûm olmuş olsa bile, bu geçmiş hükümlülükleri-

---

maddenin gerekçesinde de anlam itibarıyla aynı ifadeler tekrarlandıktan sonra “... Çünkü yukarıda belirtildiği gibi arada temel mahiyet farkı vardır.” denilmek suretiyle Kanunkoyucunun temel mahiyet farkından dolayı ceza kovuşturması ve ceza mahkemesi kararının, disiplin cezası uygulanmasını etkilemeyeceğini belirtmiş bulunmaktadır. Gerçekten ceza uygulaması ile disiplin uygulaması arasında amaç, kapsam, usul ve sonuçları bakımından temel nitelik farkları mevcuttur. İşte bu sebeplerdir ki kanun koyucu ceza uygulaması ile disiplin uygulamasını iki ayrı ve farklı alan olarak görmekte ve bunların birbirini etkilemesini önleyici nitelikteki bir düzenlemeye yer vermektedir. Her ne kadar ceza hakiminin fiilin meydana gelmediğine veya maddi olaylara dayanarak fiil ile memur arasında bir ilişki bulunmadığına karar vermesine rağmen memur hakkında disiplin cezası uygulanması, kesin hüküm (muhkem kazıye) ilkesi ile bağdaştırılmaz ise de, disiplin cezası verecek amir ve kurulların bu hususu göz önünde tutması ve disiplin cezasının yargı denetimi sırasında kesin hüküm (muhkem kazıye) ilkesinin idari yargı yerince değerlendirilmesi doğaldır...” Danıştay 3. D., T. 30/03/1979, E.1979/187, K. 1979/253 (<http://www.danistay.gov.tr>, Erişim: 15/12/2013).

<sup>94</sup> Ramazan Tosun, B. No: 2012/998, 7/11/2013, § 62.

<sup>95</sup> Mustafa Kıvrak, B. No: 2013/3175, 20/2/2014, § 36; Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Allen/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 25424/09, 12/7/2013, §§ 92-105 ve 120-126.

<sup>96</sup> Uğur Ayyıldız, B. No: 2012/574, 6/2/2014, § 77; Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Ringvold/Norveç*, B. No: 34964/97, 11/2/2003, § 38.

nin sicilden silinme koşulları oluşmuş kişilerin; suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararı, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen gidermeleri ve mahkemede bir daha suç işlemeyecekleri konusunda kanaat uyandırmaları koşulluyla, belli yükümlülük yüklenerek veya yükümlülük yüklenmeden uygulanan, kanunda öngörülen denetim süresinin kasıtlı bir suç işlenmeden geçirilmesi ve öngörülen yükümlülüklerle denetim süresi içerisinde uygun davranılması halinde kamu davasının düşürülmesi sonucunu doğuran, kişilere hiç suç işlememiş sayılma imkânını öngören, cezanın bireyselleştirilmesini sağlayan bir ceza politikası kurumudur<sup>97</sup>. Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez (CMK. md. 231/8).

Anayasa Mahkemesine göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen durumlarda sanığın suçlu olduğu konusunda ulaşılmış bir vicdani kanaat bulunmakta ve bu kanaat “*kasten yeni bir suç*” işlenmemesi şartına bağlı olarak hüküm ifade etmemektedir. Gerçekten, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, mahkûmiyet konusunda vicdani kanaate ulaşılmış mahkemenin, buna ilişkin hükmü açıklamayı belirli bir süre ertelemesini, bu süre zarfında hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ve bu süre sonunda kişinin başka suç işlememesi halinde açıklanması geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak davanın düşmesine karar verilmesini ifade eder<sup>98</sup>.

Ceza davasını takip eden idari uyuşmazlıklarda, açıklanması geri bırakılan mahkûmiyet kararına dayanılması masumiyet karinesi ile çelişebilir. Ceza davası sonucunda isnat edilen suçu işlemediğinin sabit olduğu veya suçu işlediğine kesin olarak kanaat getirilemediği ve bu nedenle sanık hakkında beraat kararı verilen durumlar ile bir suç soruşturması veya kovuşturmasının ertelenmediği durumlarda kişi hakkındaki masumiyet karinesinin devam ettiğinin kabulü gerekir. Çünkü böyle durumlarda Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü ve Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkraları anlamında kişinin suçluluğu sabit olmamıştır ve bu nedenle kişi suçlu sayılamaz<sup>99</sup>.

Buna karşılık, idari uyuşmazlığın çözümüne esas teşkil etmesi bakımından salt kişinin yargılanmış olmasından ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karardan söz edilmesi, masumiyet karinesinin ihlal edildiğinden söz edebilmek bakımından yeterli değildir. Bunun için kararın gerekçesinin bütün

<sup>97</sup> SEZER Yasin/İPEK Ali İhsan, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Personel Hukukuna Etkileri”, TAAD, Cilt:1, , Yıl: 1, Sayı: 3, (20 Ekim 2010), s. 45.

<sup>98</sup> Kürşat Eyol, B. No: 2012/665, 2/10/2013, § 28.

<sup>99</sup> Ramazan Tosun, B. No: 2012/998, 7/11/2013, § 61.

halinde dikkate alınması ve nihai kararın münhasıran hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen fiillere dayanıp dayanmadığının incelenmesi gerekir<sup>100</sup>.

Bireysel başvuru kapsamında verilen bir kararın<sup>101</sup> Başkan Zühtü Arslan tarafından kaleme alınan karşı oy gerekçesinde *“İdarenin ve AYİM’in feshe ilişkin kararlarında kullandığı dil, başvurunun masumiyet karinesini ihlal edici mahiyettedir. Özellikle, idarenin HAGB [hükmün açıklanmasının geri bırakılması] kararıyla “personelin isnat edilen suçları işlemediği değil tam tersine işlediğinin sabit görüldüğü” şeklindeki ifadesi ile AYİM’in gerekçesinde belirleyici bir yere sahip olan “hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olmasının davacının mahkemece sabit bulunan eylemlerini değiştirmeyeceği ve bu eylemleri gerçekleştirmemiş sonucunu doğurmayacağı” şeklindeki ifadeleri, HAGB kararının sanık hakkında hiçbir hukuki sonuç doğurmayacağına yönelik kanun hükmüyle bağdaşır değildir. Kullanılan bu dil, kişilerin damgılanmasını engellemeyi amaçlayan HAGB kurumunu işlevsiz hale getirebilecek niteliktedir.”* denilerek bu hususa vurgu yapılmıştır.

### iii. Beraat veya Düşme Kararı Verilmiş Olması

Ceza davası dışında fakat ceza davasına konu olan eylemler nedeniyle devam eden idari uyuşmazlıklarda, kişi hakkında beraat kararı verilmiş olmasına rağmen, bu karara esas teşkil eden yargılama sürecinde yer alan iddia kapsamındaki olaylara dayanılması ve bu şekilde beraat kararının sorgulanması masumiyet karinesi ile çelişir. Bu kapsamda yapılan değerlendirmelerde delil yetersizliğine dayalı olsa bile kişi hakkında verilen beraat kararına aykırı olarak kişinin suçsuz olmadığı yönünde değerlendirmelerden kaçınılması gerekir<sup>102</sup>.

Buna karşılık, idari uyuşmazlığın çözümüne esas teşkil etmesi bakımından, kişi beraat etmiş olsa dahi yargılanmış olması olgusundan veya buna ilişkin karardan söz edilmesi, kişinin suçlu muamelesi gördüğünden ve dolayısıyla masumiyet karinesinin ihlal edildiğinden söz edebilmek bakımından yeterli değildir. Bunun için kararın gerekçesinin bütün halinde dikkate alınması ve nihai kararın münhasıran kişinin yargılandığı ve sonuçta beraat ettiği fiillere dayanıp dayanmadığının incelenmesi gerekir<sup>103</sup>.

Bu çerçevede başvuruya konu kararın gerekçesinde yer alan ifadelerde,

---

<sup>100</sup> Kürşat Eyol, B. No: 2012/665, 2/10/2013, § 29.

<sup>101</sup> Hüseyin Şahin [GK], B. No: 2013/1728, 12/11/2014, § 2.

<sup>102</sup> Ramazan Tosun, B. No: 2012/998, 7/11/2013, § 64.

<sup>103</sup> Kürşat Eyol, B. No: 2012/665, 13/6/2013, § 29.

suçluluğu ilgili mahkeme kararlarıyla sabit olmayan başvuruçunun bu eylemleri işlediği ve suçlu olduğu inancının yansıtılmaması gerekir. Başvuruçunun yargılandığı fiilleri işlediği kabulüne dayanılarak karar verilmemelidir. Aksi tutumun, başvuruçunun masumiyet karinesine saygı ilkesiyle bağdaştığı söylenemez<sup>104</sup>.

Devlet, işlenmeleri halinde suçları ve faillerini bulup ortaya çıkarmak, yargılanmalarını sağlamak yükümlüdür. Ancak, bu yükümlülük mutlak değildir<sup>105</sup>. Bazı durumlarda, Devletle suçlu arasında bulunan cezalandırma ilişkisini ortadan kaldırmaktadır. Dava zamanaşımı nedeniyle hakkında açılan ceza davası ortadan kaldırılan kişilerin, ceza davasına da konu eylemleri işlediği ve suçlu olduğu inancının idari davalarda yansıtılmaması gerekir. İdare Mahkemesi, başvuruçunun durumunu ceza yargılamasından ayrı olarak değerlendirmeli, ceza mahkemesinin zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırma kararının gerekçesine ve başvuruçunun yargılandığı fiilleri işlediği kabulüne dayanmamalıdır<sup>106</sup>.

#### iv. Sonuçlanmamış Ceza Soruşturması veya Kovuşturmalarına Atıf Yapılması

Uygulamada soruşturma ve kovuşturması devam eden yargılamalardaki birtakım tespit ve değerlendirmeler başka bir dava için esas alınmaktadır. Kişilerin “suçlu kişiliği, suça yatkın yapısından” bahsedilerek, idare tarafından sözleşmesi feshedilmektedir. Başka bir davanın iddianamesi, bu kararlar için dayanak yapılmakta, böylelikle tarafın suçlu olduğu kabul veya ima edilmektedir. Bu hususlar ise tarafların henüz işleyip işlemedikleri belirli olmayan bir eylemden dolayı suçlu olarak nitelendirilmelerine yol açtığından “masumiyet karinesi” ile bağdaşmamaktadır. Ancak, kişinin suçluluğuna dair herhangi bir yargı veya imada bulunulmaksızın salt soruşturma/kovuşturma sürecinden bahsedilmesi tek başına masumiyet karinesini ihlal ettiği söylenemez<sup>107</sup>.

<sup>104</sup> Bu yönde Anayasa Mahkemesince verilen bir ihlal kararı için bkz. *Ramazan Tosun*, B. No: 2012/998, 7/11/2013, §§ 51-68.

<sup>105</sup> **HAFIZOĞULLARI** Zeki, “5237 S. Türk Ceza Kanununda Davanın ve Cezanın Düşürülmesi”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2006/3, s. 12.

<sup>106</sup> Bu yönde Anayasa Mahkemesince verilen bir ihlal kararı için bkz. *Münür İçer*, B. No: 2012/584, 12/3/2015, §§ 19-33.

<sup>107</sup> Yalnızca yargılama sürecine dikkat çekilmesinin ihlal oluşturmadığına ilişkin bir Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. *Mustafa Kıvrak*, B. No: 2013/3175, 20/2/2014, §§ 34-43; Anılan kararda “İdare Mahkemesi kararında, dava konusu terfi ettirilmeme işleminin hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşılırken, ceza davasının sonucundan bağımsız olarak soruşturma ve disiplin bilgilerinin, takdir ve taltif belgelerinin ve sicil durumlarının birlikte değerlendirilmesi neticesinde varılan kanaate göre işlem tesis edildiğine vurgu yapılmaktadır.” ifadelerine yer

## c. Takip Eden Hukuk Yargılamasına Konu Uyuşmazlıklar Açısından Durum

### i. Genel Olarak

Şüpheden sanığın yararlandığı durumlarda da sanık fiili gerçekleştirmediğinden, ceza davasını takip eden yargılamalarda kişinin suçlu olabileceğine dair imalarda bulunulması masumiyet karinesini ihlâl eder. Buna göre, örneğin, beraat kararı verildikten sonra, tazminat talebine ilişkin davanın, davacının delil yetersizliğinden beraat ettiği ve aleyhindeki şüphelerin devam ettiği gerekçelerine dayanılarak reddedilmesi, masumiyet karinesi ile bağdaşmaz<sup>108</sup>.

### ii. Örnek Kararlar

*Erkol/Türkiye* (B. No:50172/06) davasında<sup>109</sup> AİHM, yerel mahkeme kararında kullanılan ifadeleri dikkate alarak, İş Mahkemesinin hukuk yargısının sınırlarını aşarak önündeki davayı inceleme görevinin ötesine geçtiği kanısına varıp, masumiyet karinesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Kararın ilgili kısmı şöyledir:

*"(...)Başvuran, İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi ve Trabzon İş Mahkemesinin kararlarında yerverdiği ifadelerin masumiyet karinesini ihlal ettiğini savunmuştur.*

(...)

AİHM öncelikle İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi kararının bir mahkûmiyet kararı olmadığını gözlemler. Nitekim Yargıtay 26 Mayıs 2005 tarihli kararında İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi kararı ile başvuranın mahkûm edilmediğini, yargılamanın ertelenmesine karar verildiğine hükmetmiştir. (...)

Trabzon İş Mahkemesi, 21 Eylül 2004 ve 13 Ekim 2005 tarihli kararlarında başvuranın "suçu işlediğine" ve parayı "zimmetine geçirdiğine" hükmetmiştir.

(...)

Somut davada AİHM, Trabzon İş Mahkemesinin, başvuranın "suçu işlediği" şeklindeki net ifade şeklinin ceza davası ve müteakip tazminat davası arasında yeterince açık bir bağ kurduğunu, bunun da AİHS'in 6/2 maddesinin kapsamının tazminat davasını içine alacak şekilde genişletilmesini meşru bir hale getirdiği kanaatindedir.

---

verilerek, masumiyet karinesinin ihlal edilmediğinin açık olduğu sonucuna varılmıştır.

<sup>108</sup> OKUYUCU ERGÜN, Karine, s. 47.

<sup>109</sup>

Ayrıca söz konusu İş Mahkemesi başvuranın isnat edilen suçta islediğini belirtmekle kalmamış, başvurana hiçbir zaman isnat edilmediği halde parayı “zimmetine geçirdiğine” de hükmetmiştir.

AİHM, kullanılan ifadeler dikkate alındığında İş Mahkemesinin hukuk yargısının sınırlarını aşarak önündeki davayı inceleme görevinin ötesine geçtiği kanısındadır. Kullanılan ifade şekli ve mahkemenin olaylara ilişkin yeni bir değerlendirme yapmamış olması ışığında AİHM, Trabzon İş Mahkemesinin başvuranın hakkında yapılan cezai suçlamaya ilişkin olarak başvuranın masumiyetine şüphe düşürmekle kalmayıp ayrıca kendisini, hiçbir zaman isnat edilmemiş bir suçtan suçlu bulduğunu tespit etmiştir.

Yukarıda belirtilen değerlendirmeler AİHM’in başvuranın masumiyet karinesinin ihlal edildiği sonucuna varması için yeterlidir.(...)”

Karara göre masumiyet karinesinin ihlal edilmemesi bakımından hukuk mahkemesinin; hukuk yargısının sınırlarını aşarak önündeki davayı inceleme görevinin ötesine geçmemesi, gerekçeli kararında kullandığı anlatım tarzında suçlayıcı ifadeler yer vermemesi, kesinleşmiş mahkûmiyet kararıyla sonuçlanmamış (askıda bırakılmış) cezai suçlamalara ilişkin olarak kişilerin masumiyetine şüphe düşürmemesi gerekir. Bu bakımdan, mahkeme kararlarında kullanılan ifadeler nedeniyle kişiler hakkındaki masumiyet karinesinin ihlal edilmemesi için kullanılan sözcüklere azamî dikkat edilmesi gerekir.

İş Mahkemesinin yargılamasına konu olan bir olayla ilgili olarak yapılmış bir başvuruda<sup>110</sup> Anayasa Mahkemesi, aşağıdaki gerekçelerle masumiyet karinesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Gerekçenin ilgili kısmı şöyledir:

“...

*Görüldüğü üzere Yargıtay kararında, ceza mahkemesinin beraat kararından bahsedilirken ceza davasının sonucundan bağımsız olarak dosyada toplanan deliller, dinlenen tanık beyanları ve ceza dosyası içeriği ile başvurucu hakkında yerel gazete ve internette çıkan haberler dikkate alınarak işverenin akdin feshinde haklı nedenlere dayandığı hususunun vurgulandığı anlaşılmaktadır. Yargıtay ilamında, ileri sürülen iddialar ve bu iddiaların yerel basın ve internette çıkan haberlerle geniş bir kitleye ulaşmasının iş yerinde olumsuzluklara neden olduğu belirtilmiş, **başvurucunun atılı suçta işlediği yahut suçlu olduğu yönünde herhangi bir kanaat belirtilmemiştir.** Yargıtayın, iş akdinin*

---

<sup>110</sup> Mustafa Akın, B. No:2013/2686, 9/9/2015, §§ 32-45.



*feshi için söz konusu eylemin başvuru tarafından gerçekleştirildiği varsayımından hareket etmediği, bu şekildeki bir iddianın varlığı ve bu iddianın yerel gazete ve internet haberleriyle geniş bir halk kitlesi tarafından bilinmesi olgusundan hareket ederek sonuca ulaştığı görülmüştür.*

(...)

Yine kararda geçen “Dosya kapsamına göre her ne kadar olay mesai saatinden sonra ve işyeri dışında meydana gelmiş ise de...” ibaresi ceza dosyası kapsamında, akdın feshine dayanak mala zarar verme suçu dışında başvuru-cunun üzerine atılı konut dokunulmazlığını ihlal ve kasten yaralama suçlarıyla birlikte olayın bir bütün olarak değerlendirildiğine yönelik bir ibare olduğu, kaldı ki Yargıtay kararında olayın gerçekliğine, iddianın ötesinde bir anlam verilmediği, bu hususun kararda açıkça belirtildiği dolayısıyla kararda geçen bu cümlelerin başvuru-cunun atılı suçu işlediği yönünde bir kanaat içerdiği anlamına gelmeyeceği anlaşılmıştır. (...)

### **3. Masumiyet Karinesinin Diğer Durumlar Açısından Değerlendirilmesi**

#### **a. Kamu Görevlilerinin Beyanları ve Basın Açıklamaları**

##### **i. Genel Olarak**

Masumiyet karinesi, sadece hâkim veya mahkeme kararlarıyla değil, diğer kamu gücü kullanan diğer yetkililer tarafından da ihlal edilebilir. Diğer yandan, devlet görevlilerinin açıklamaları veya kışkırtmalarına dayanan basın ve yayın organlarındaki yazılar veya bazı küçük düşürücü ifadeler nedeniyle masumiyet karinesinin ihlali söz konusu olabilir.

Anayasa Mahkemesi, henüz kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı olmadığı halde bir kişi hakkında isnat edilen suçları işlediği izlenimi verecek şekilde haber ve yorum yapılması halinde, söz konusu müdahalenin şeref ve itibarın korunması hakkı bağlamında mı yoksa masumiyet karinesi bağlamında mı inceleneceği hususunda ayırım yaparak bir değerlendirme yapmıştır.

Bu değerlendirmeye göre, masumiyet karinesi yönünden inceleme yapılabilmesi için, iddia konusu haber ve yorumların devlet yetkililerinin açıklamalarına dayanıp dayanmadığı veya devlet yetkililerinin söz konusu haber ve yorumların yapılmasına neden olup olmadığının tespiti gerekir<sup>111</sup>. Aksi halde kamu menfaatine ilişkin konularda basın ve yayın organlarında yazılar yayınlanmasının, haberlere ve yorumlara yer verilmesinin beklenmesi gereken bir

---

<sup>111</sup> Nihat Özdemir, B. No: 2013/1997, 8/4/2015, §§ 16-26.

olgu olduğu göz önünde bulundurularak<sup>112</sup>, şeref ve itibarın korunması hakkı (Anayasa md. 17) kapsamında bir değerlendirme yapılmalıdır.

AİHM'e göre Sözleşme'nin 10. maddesiyle teminat altına alınan ifade özgürlüğü, bilgi alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu bakımdan, Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasında düzenlenen masumiyet karinesi, yürütülmekte olan cezai bir soruşturma hakkında yetkililerin kamuoyuna bilgi vermesini önlemez; ancak masumiyet karinesine saygı gösterilmesi söz konusu olduğunda, bilginin sunulmasında kullanılan kelimelerde dikkatli olunması gerekir<sup>113</sup>.

Kamu otoriteleri veya görevlileri tarafından, hakkında soruşturma veya kovuşturma yürütülen kişiyle ilgili olarak, yargılama süreci bir mahkûmiyet hükmüyle kesinlik kazanmadan, suçluluğa dair herhangi bir kanaat ifade etmiş olması ya da ceza yargılaması mahkûmiyet dışında bir kararla sona ermesine rağmen, sona ermeye ilişkin kararda sanığın suçlu olabileceğinin ifade edilmiş olması durumunda masumiyet karinesinin ihlali söz konusu olabilecektir<sup>114</sup>.

Şüphelinin/sanığın suçlu olduğu yönünde algı oluşturabilecek şekilde kamuoyunu teşvik edebilecek veya görevli mahkemenin davayı ele alması açısından ön yargı yaratabilecek suçluluğa dair açıklamaların önlenmesi amacıyla, resmi makamlardan yürütülmekte olan ceza soruşturmaları hakkında kamuoyunu bilgilendirirken daha dikkatli olmaları gerekir<sup>115</sup>.

Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünce hazırlanan 20/2/2015 tarihli ve 33 No.lu Genelge "*soruşturmanın gizliliği ve basın sözcülüğü*" hakkındadır. Genelgeye göre, basın bildirisi yoluyla açıklama yapılırken, masumiyet karinesi gözönünde bulundurulmak suretiyle suçlayıcı nitelikteki ifadelere yer verilmemesi ve gizli kalması gereken hususların açıklanmaması gerekmektedir.

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin (R.G Sayı: 25832) 27. maddesine göre, soruşturma evresinde gözaltındaki bir kişinin "*suçlu*" olarak kamuoyuna duyurulmasına, basın önüne çıkartılmasına, kişilerin basınla sorulu cevaplı görüştürülmelerine, görüntülerinin alınmasına, teşhir edilme-

<sup>112</sup> X./Norveç, B. No: 3444/67, 16/07/1970.

<sup>113</sup> *Allenet de Ribemont/Fransa*, B. No:15175/89, 10/2/19955, § 38; Anılan karara atf yapan Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. *Hikmet Kopar ve diğerleri*, B. No: 2014/14061, 8/4/2015, § 139.

<sup>114</sup> *Ali Atlı*, B. No: 2013/500, 20/3/2014, § 35; benzer bir AİHM karar için bkz. *Panteleyenkov/Ukrayna*, B. No: 11901/02, 29/6/2006 § 70.

<sup>115</sup> *Allenet de Ribemont/Fransa*, B. No: 15175/89, 10/2/19955, § 38.

lerine sebebiyet verilmez ve soruşturma evrakı hiçbir şekilde yayımlanamaz.

## ii. Örnek Kararlar

Anayasa Mahkemesi, kamuoyunda “*İstanbul polis dosyası*” diye bilinen yargılamaya ilişkin yapılan başvuruda; Başsavcının bu yapı tarafından dinlenen kişi sayısının 2280 olduğunu belirten 25/2/2014 tarihli açıklamasının, yapıldığı aşama ve içerik itibarıyla başvurucularla doğrudan ilgi kurulmasını sağlayacak nitelikte olmadığı belirtilerek, masumiyet karinesinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın “*açıkça dayanaktan yoksun*” olduğuna karar vermiştir<sup>116</sup>.

Aynı başvuru kapsamında, başvurucuların tutuklanmalarına karar verilen suçlarla ilgili isnadın yapılmadığı aşamada, kendisinin ve aile fertlerinin dinlendiği iddiası nedeniyle suçun mağduru konumunda olabilecek olan Başbakanın, kamuoyunun da gündeminde olan siyasi tartışmalar kapsamında başvurucuların isimleri zikredilmeksizin genel olarak yasadışı/usulsüz dinlemelerle ilgili beyanlarda bulunması da, beyanlarının bağlam ve şartları göz önüne alınmadan sadece görevinden hareketle değerlendirilmesinin mümkün olmadığı belirtilerek, bu iddianın da “*açıkça dayanaktan yoksun*” olduğuna karar verilmiştir.

*Y.B. ve diğerleri/Türkiye* kararında<sup>117</sup> AİHM, polis tarafından düzenlenen ve basına dağıtılan “*basın açıklaması*”nın içeriğinde başvuruların hiçbir fark gözetmeksizin “*yasa dışı örgüt*” mensubu olarak gösterilmesini, aynı şekilde söz konusu basın açıklamasında adı geçen şahısların İzmir’in farklı mekânlarında birçok suç işlediklerini belirten ifadelere yer verilmesini masumiyet karinesinin ihlal nedeni saymıştır.

## b. Mevzuat Açısından Masumiyet Karinesi

CMK’nın 231. maddesinin (5) numaralı fıkrasına göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade etmektedir. Ancak, 14/6/2012 tarih ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, 13/6/2001 tarih ve 4678 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanun ve 10/3/2011 tarih ve 6191 Sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu ile çeşitli yönetmeliklerde (Sözleşmeli Subay ve Astsubay Yönetmeliği, Sözleşmeli Erbaş ve Er Yönetmeliği ...) adaylarda aranacak koşullar bakımından “*hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olsa bile*” bazı suçlardan mahkum olmamaktan söz etmektedir.

---

<sup>116</sup> *Hikmet Kopar ve diğerleri*, B. No: 2014/14061, 8/4/2015, §§ 136-143.

<sup>117</sup> *Y.B. ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 48173/99 ve 48319/99, 28/10/2004.

Yukarıda belirtilen düzenlemeler, adayların henüz işleyip işlemedikleri belirli olmayan bir fiilden dolayı yaptırma tabi olmalarına yol açmakta ve Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen "masumiyet karinesi" ile bağdaşmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 105/A maddesinin (7) numaralı fıkrasının (a) bendi ve son paragrafının birinci cümlesinin masumiyet karinesine aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir.

İptale konu düzenlemede, hükümlü hakkında; işlediği iddia olunan başka bir suçtan dolayı CMK'nın 100. maddesinde sayılan nedenlerle tutuklama kararı verilmesi hâlinde, tekrar kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmeleri kanun koyucu tarafından bir tedbir olarak düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

*"İtiraz konusu kural uyarınca hükümlü hakkında; işlediği iddia olunan başka bir suçtan dolayı CMK'nın 100. maddesinde sayılan nedenlerle tutuklama kararı verilmesi hâlinde, tekrar kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmeleri kanun koyucu tarafından bir tedbir olarak düzenlenmiş ise de, söz konusu kural bu kişilerin kesinleşen bir suçları olmaksızın haklarında yaptırım uygulanmasına neden olmaktadır. Bunun yanında kural, denetimli serbestlikten yararlanma hakkını ve denetimli serbestlik kurumundan hükümlü ve toplum lehine beklenen kamusal yararı da ortadan kaldırmaktadır. Kanun'un çıkarılma amacı ile çelişen bu hususlar ise **hükümlülerin henüz işleyip işlemedikleri belirli olmayan bir suçtan dolayı yaptırma tabi olmalarına yol açmakta ve Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen "suçsuzluk karinesi" ile bağdaşmamaktadır**"*

## F. ŞÜPHELİ/SANIKILARIN ASGARİ HAKLARI

### Sözleşme'nin 6/3 maddesi,

- Suçlamayla ilgili bilgilendirilme (iddianame/ek savunma, davasız yargılama olmaz),
- Savunma için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olma (Yakalanılan gün savunma alma konusu, dosyaya erişimin kısıtlanması...),
- Bizzat, müdafii vasıtasıyla veya adli yardımla savunma,
- Tanık dinletme ve tanık sorgulama,

Çevirmenden ücretsiz yararlanma,

Bu haklar, “*hakkaniyete uygun yargılanma*” hakkının özel görünüm şekilleridir. Aralarında bağ bulunmakta olup bunlardan her biri yorumlanırken diğerleri dikkate alınmalıdır.

### ***Suçlamayı Öğrenme Hakkı;***

Ceza kovuşturmasında kişiye resmen suç isnadının yapıldığı belge iddianamedir. İddianamenin, sanığın savunmasını hazırlayabilmesine imkân vermek için isnat edilen suç fiillerinin yerini ve zamanını göstermesi, bu fiillerin hukuki nitelendirmesini yaparak ceza kanununda bunların karşılığı olan suç ve cezaları göstermesi gerekir. Ceza yargılamasında esaslı bir yeri olan iddianamenin tebliğ edilmesiyle, sanığın, yazılı bir biçimde suçlamaların maddi ve hukuki temelinden resmi olarak haberdar olduğu kabul edilmektedir. Öte yandan yargılama sırasında suçun hukuki niteliğinin değişmesi halinde de sanığa yöneltilen suçlamanın değişen hukuki niteliği ve nedenleri hakkında bildirim yapılması gerekmektedir.

Ancak Anayasa Mahkemesi, “*Mahkeme, itirazlarını araştırmayarak iddianamede yer almayan ve sonradan ortaya çıkan eylemlerin sürekli değişmesi karşısında başvurucunun savunma hakkını “pratik ve etkili” olarak kullanmasını sağlayacak ve sanığın dezavantajlı durumunu telafi edecek önlemler almaktadır.*” gerekçesiyle davasız yargılama olmaz ilkesi yönünden sorun teşkil edebilecek bir karar vermiştir<sup>118</sup>.

Diğer bir dosyada; “*... eylemi ile ilgili olarak başvurucu hakkında açılmış bir dava bulunmadığı halde ...., davasız bu eylemden dolayı başvurucuya ayrıca ceza verilmemiş ve zincirleme olarak işlenen diğer eylemlerden dolayı hükümlenen ceza da bu eylemden dolayı arttırılmamıştır.*”<sup>119</sup> ifadelerine yer verilmiştir.

Anılan başvurularda, başvurucunun **isnadın niteliğinden ve sebebinden haberdar olma hakkının** (md. 6/3-a) ihlal edilmediğine karar verilmiştir. Bu kararların “*davasız yargılama olmaz*” ilkesine aykırı olduğu açıktır. Sanıklara sonradan savunma imkânının verilmesi iddianamede anlatılmayan bir olayın sanığa isnat edilmesine cevaz vermeyeceği gibi, davasız eylemlerin bir kısmının zincirleme suçun halkalarını oluşturması da bu ilkenin ihlaline gerekçe olamaz. Mahkemenin zincirleme suç yönünden artırım yaparken davasız olan bu suç halkalarını (fiilleri) görmezden geldiği iddia edilemez.

---

<sup>118</sup> *Sebahat Tuncel (2)*, B. No: 2014/1440, 26/2/2015, § 98.

<sup>119</sup> *Kamuran Çörtük*, B. No: 2014/9817, 26/2/2015, § 57.

### **Savunma Hazırlamak İçin Gerekli Zaman ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı;**

Anayasa Mahkemesine göre, savunmanın hazırlanması için gerekli zamana sahip olma hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde belirtilen "meşru vasıta ve yollardan yararlanmak" kavramının kapsamındadır<sup>120</sup>. Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (b) bendinde göre sanık, savunmasını uygun bir şekilde düzenleyebilmeli, yargılamayı yürüten mahkeme önünde ilgili tüm savunma beyanlarını dile getirebilmeli ve böylece yargılamaların sonucunu etkileyebilme imkânına sahip olmalıdır<sup>121</sup>.

Kendisine müdafî atandığından haberdar edilmeyen bir başvurucunun başvurusu hakkında, savunma hazırlamak ve gerektiğinde müdafisine danışmak için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı verilmiştir<sup>122</sup>.

Başvurucu yasada belirtilen usule uygun olarak duruşmaya ara verilmesini talep etmemiş aksine iddianamenin tebliği ile savunmasını yapması arasında kendisine kanunen tanınan en az bir haftalık süreyi kullanmak istemediğini, açıklamada bulunmaya hazır olduğunu belirtmiş ve müdafisi huzurunda savunması alınmıştır<sup>123</sup>. Bu başvuru bakımından ise anılan nedenlerle ihlal kararı verilmemiştir.

Dosyaya erişimin kısıtlanmasının belirtilen hakkın ihlali niteliğinde olduğunu iddia eden bir başvuruda<sup>124</sup> Anayasa Mahkemesi, "[d]osya kapsamından, gizlilik kararına rağmen olay yerinin ve zamanının anlaşılabilirliği, buna ilişkin savunma yapıldığı, gizlilik kararının kamera kayıtlarının istenmesine engel olmadığı anlaşılmaktadır. Kaldı ki, getirilen sınırlama başvurucunun ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve başvurucunun hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ilişkin tutanakları kapsamamıştır. Diğer bir ifadeyle, sanığın menfaatlerinin korunması için yeterli güvenceler sağlandıktan sonra, çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine riayet edilerek dosyaya erişim kısıtlanmıştır. İddianamenin kabulü kararıyla da kısıtlama kararı kendiliğinden ortadan kalkmıştır." gerekçesiyle başvurunun anılan kısmını açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.

<sup>120</sup> AYM, E.1992/8, K.1992/39, K.T. 16/6/1992.

<sup>121</sup> *Can/Avusturya*, B. No: 9300/81, 12/7/1984, § 53; *Gregacevic/Hırvatistan*, B. No: 58331/09, 10/7/2012, § 51.

<sup>122</sup> *Gürhan Nerse*, B. No: 2013/5957, 30/12/2014, § 52.

<sup>123</sup> *Abdullah Sabri Kocaman*, B. No: 2013/4030, 16/10/2014, § 48.

<sup>124</sup> *Ali Pala*, B. No: 2013/3056, 14/10/2015, § 47.

### ***Kendisini Bizzat veya Müdafî Yardımıyla Savunma Hakkı;***

Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (c) bendinde hakkında bir suç isnadında bulunulan kişinin "*Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek*" hakkı bulunduğu belirtilmiştir.

Anılan düzenlemede isnat altında bulunan kişi, savunma hakkının kullanılmasında üç ayrı hakka sahiptir. Bunlar kendisini bizzat savunmak, kendisinin seçtiği bir müdafî yardımından yararlanma ve bir müdafîye sahip olmak için gerekli mali olanaktan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görülürse resen atanacak bir müdafî yardımından yararlanma haklarıdır. Dolayısıyla suç isnadı altında bulunan kişinin kendisini bizzat savunması devlet tarafından talep edilemez<sup>125</sup>. Ancak müdafî ile temsil edilme hakkı bakımından önemli olan, yargılamaya bir bütün olarak bakıldığında, başvuruçunun müdafî yardımından etkili bir biçimde yararlanmış olmasıdır<sup>126</sup>.

Mahkeme'ye göre, müdafî yardımından yararlanma hakkı, adil yargılama için suç isnadı altındaki kişilere savunma hakkı verilmesinin tek başına yeterli olmadığını, ayrıca bu kişilerin kendilerini savunma imkânına da sahip olmaları gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu kapsamda savunma hakkının etkin bir şekilde kullanma imkânını sağlayan müdafî yardımından yararlanma hakkı aynı zamanda adil yargılanma hakkının diğer bir unsuru olan "*silahların eşitliği*" ilkesinin de gereğidir<sup>127</sup>.

### ***Tanık Sorgulama Hakkı;***

Bu hak;

1. İddia tanıklarıyla aynı koşullarda tanıklarının davet edilmesini ve dinlenilmesini isteme,
2. İddia tanıklarını sorgulama haklarını kapsar.

Başvuruçular anılan hak ile, aleyhindeki tanık beyanlarının zayıf/itibar edilmez noktalarını ortaya koyup çelişmeli yargılama ilkesine uygun olarak onların güvenilirliğini huzurda sınavabilecek (test edebilecek), tanığın inandırıcılığı ve güvenilirliği bakımından sorduğu sorularla kendi lehine sonuçlar ortaya çı-

---

<sup>125</sup> Kazım Albayrak, B. No:2014/3836, 17/9/2014, 28.

<sup>126</sup> Erol Aydeğer, B. No: 2013/4784, 7/3/2014, § 40.

<sup>127</sup> Kazım Albayrak, B. No:2014/3836, 17/9/2014, § 29.

kartabilecek ve yargılama makamının uyuşmazlık konusu olayı sadece iddia makamının ileri sürdüğü şekliyle değil, savunmanın argümanlarıyla da algılamasını sağlayabilecektir.

Hükmün tek veya belirleyici delili bir tanığın açıklamaları ise o tanığın duruşmada mutlaka dinlenilmesi gerekir. Mahkûmiyetin belirleyici delilinin tek tanık açıklamaları olduğu hallerde, bu tanığın duruşmada dinlenilmemesi ve sanıkla yüzleştirilmemesinin adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğu kanaatine varılmıştır<sup>128</sup>.

Örgütlü suçlarla mücadele için, ceza muhakemesinde tanığın kimliğinin gizli tutulması mümkündür. Ancak, mahkûmiyet kararı yalnızca kimliği açıklanmayan tanığın ifadesine dayandırılmayacağı gibi bu ifade mahkûmiyetin belirleyici delili konumuna da yükseltilemez. Gizli tanık beyanlarına ancak savunma için, tanığın ve ifadesinin inanılabilirliğini ve güvenilirliğini sorgulama fırsatını teminat altına alan telafi edici önlemlerin sağlanması, savunma hakkı kısıtlamalarının asgari düzeyde tutulmuş olması ve bu kısıtlamaların tanığın korunmasını sağlamak için gerekli olması koşullarında başvurulmalıdır. Bu durumda tanığın kimliğini gizlemek için makul gerekçelerin olup olmadığının ve gizli tanık ifadesinin, verilecek hükmün tek veya belirleyici temel dayanağı olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Hükmün büyük ölçüde veya yalnızca gizli tanığın ifadesine dayanması durumunda, yargılama detaylı incelemelere tabi tutulmalıdır. Eğer sanık veya müdafii tarafından güvenilirliğinin ve doğruluğunun saptanması amacıyla sorgulanmamış tanık delili, mahkeme kararının dayandığı esas veya belirleyici delil ise ve savunma tarafına dengeleyici güvenceler sağlayan bir usul öngörülmemiş ise adil yargılanma hakkının ihlali söz konusu olabilecektir<sup>129</sup>.

Anayasa Mahkemesine göre, duruşma sırasında “*tanık beyanlarına karşı çıkma*” yalnızca şekli bir usul güvencesi olarak da anlaşılamaz. Başvurucuya tanık beyanlarına karşı savunma yapma ve tanıkların beyanlarına karşı itirazda bulunma imkânının “*gerçek ve etkili*” olarak sağlandığının kabulü için somut olaydaki gibi sonradan ortaya çıkan beyanlarda geçen eylemlerin doğruluğunun yeterince araştırılarak başvuruçunun dezavantajlı durumunu telafi edilmesi gerekir<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> Az. M., B. No: 2013/560, 16/4/2015, § 66.

<sup>129</sup> Baran Karadağ Başvurusu, B. No: 2014/12906, 7/5/2015.

<sup>130</sup> Sebahat Tuncel Başvurusu (2), B. No: 2014/1440, 26/2/2015.



### Örnek Kararlar:

#### **MLKP Terör Örgütü Davası:**<sup>131</sup>

"...İlk Derece Mahkemesi yalnızca başka davaların hazırlık soruşturması sırasında dinlenen ve başvuru ile yüzleşmesi olanağı olup olmadığı araştırılmamış olan sanıkların beyanlarına dayanarak başvuru cezalandırmaya karar vermiştir. Mahkûmiyet sadece başvuru soruşturma veya yargılama aşamasında sorgulama veya sorgulatma imkânı bulamadığı kişiler tarafından verilen ifadelerle dayandırılmış olduğundan ve savunma haklarının korunması için hiçbir tedbir alınmadığından başvuru hakları Anayasa'nın 36. maddesindeki güvencelerle bağdaşmayacak ölçüde kısıtlanmıştır. (...) başvuru Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir..."

#### **Balyoz Davası Kararı:**<sup>132</sup>

".....tanık olarak çağrılmalarını istedikleri kişilerin, gösterdikleri tutum ve görevleri kapsamında yaptıkları işlemlerle suçun işlenmesini engellediklerinin kabul edilmesi karşısında, bu kişilerin beyanları sadece sanıklar lehine sonuç doğuracak tanık beyanı olmanın ötesinde bir delil niteliği taşımaktadır. **Bu nitelikteki bir delilin yargılama bakımından belirleyici özelliği dikkate alındığında aleni bir duruşmada ve sanıkların huzurunda ortaya konulması gerekir.**"

#### **Tercüman hakkı;**

Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (e) bendi, hakkında suç isnadı olan kişinin, mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde, bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanma hakkını güvence altına alır. Bu hak yalnızca hakkında suç isnadında bulunan kişilere tanınmış bir haktır ve bu haktan faydalanabilmek için sanığın ödeme gücü olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır<sup>133</sup>.

AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (e) bendinin ancak mahkemede konuşulan dili bilmeyenlerin kullanabileceği bir hak getirdiğini; mahkemenin dilini "anlayan" ve "konuşan" bir sanığın, başka bir dilde, örneğin mensubu olduğu etnik dilde savunma yapabilmesi için tercümandan

---

<sup>131</sup> Ali Rıza Telek, B. No: 2013/2630, 30/12/2014.

<sup>132</sup> Sencer Başat ve Diğerleri [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014.

<sup>133</sup> Ali İlhan Bayar, B. No: 2013/725, 19/11/2014, § 48.

yararlanma talebinde ısrar edemeyeceğini belirtmektedir<sup>134</sup>.

Tercüman hakkı yönünden ise CMK'nın 202. maddesinde yapılan değişiklikle Sözleşme'nin ötesine geçilmiştir.

Anayasa mahkemesi, anılan Kanun değişikliğinden önceki yargılamalar yönünden, "... *başvurucunun mahkemede kullanılan Türkçe dilini konuşup, anladığını ve meramını tam olarak ifade ettiği, mensup olduğu etnik dilde savunma hakkı talebinin hukuki ihtiyaca dayanmadığı,...*" gerekçesiyle ihlal bulmamaktadır<sup>135</sup>.

Kanun değişikliğiyle sanıkların "*kendisini daha iyi ifade edebileceğini beyan ettiği başka bir dilde*" sözlü savunmasını yapabileceği kuralı getirilerek tercüman hakkı genişletildiğinden, bu hallerde tercüman atanması gerekecektir. Aksi tutum Sözleşme'nin 53. maddesine aykırılık taşır.

## SONUÇ

Herkes, yaşamı boyunca her an adil yargılanma hakkının korumasına ihtiyaç duymaktadır. Teknolojinin de bu denli geliştiği bir zamanda, kesinleşmiş bir hüküm olmaksızın kişilerin suçlu ilan edilme durumu (masumiyet karinelelerinin ihlali) sıklıkla söz konusu olabilmektedir.

Şüphesiz bir hukuk devletinde; mahkemenin delilleri değerlendirirken, sanık hakkında sadece şüphe duyma yerine onu peşinen suçlu kabul etmesi; hukuka aykırı yol ve yöntemlerle elde edilen delillerin yargılamada kullanılması; uyuşmazlık yönünden bir çelişme sağlanmadan, tarafların yekdiğerine göre dezavantajlı konuma itilmesi; masumiyetin ispatı olmadığı halde sanığın, suçsuz (masum) olduğunu ispatlamak mecburiyetinde bırakılması; yargılanılan mahkemenin, başkasından aldığı emirlere göre ve taraflara karşı bir tarafgirlikle hareket etmesi, kararlarının gerekçesiz ve keyfi olması, kapalı kapılar ardında yargılama yapması, yargılamayı makul olmayan bir süreden sonra sonuçlandırması; şüphelilere/sanıklara tanınan asgari haklar tanınmadan, taraflarının iddialarını ileri sürmelerine ve savunma yapmalarına fırsat verilmeden onların aleyhine hüküm tesis edilmesi düşünülemez.

Hukuk devleti ilkesinin gereği olan bu hakkın tüm unsurları itibarıyla uygulanması, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru ile üstlendiği rol ile mümkün olabilir. Daha önce görünmeyen, halının altına itilen meseleler görünür kılınp düzeltilebilir.

---

<sup>134</sup> Lagerblom/İsveç, B. No: 26891/95, 14/1/2003, §§ 61-64.

<sup>135</sup> Ali İlhan Bayar, B. No: 2013/725, 19/11/2014, § 56.

Dileğimiz, adil bir soruşturmaya/yargılamaya muhatap olmadıkları için şeref ve itibarlarını korumak için intihar eden insanların olmadığı hukuksal bir düzenin tesis edilmesidir. Biz de bunun için yaptığımız çalışma ile mütevazı bir katkı sunmak istedik.



#### KAYNAKÇA

**APOSTOLOSKİ** Veronika/**KUMAR** Sarah, “*Hukukun Üstünlüğü ve Adil Yargılanma*” İnsan Haklarını Anlamak, İnsan Hakları Eğitimi El Kitabının içinde, Ağustos 2014.

**ATAKAN** Arda, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 3-4.

**DOĞAN** Koray, “*Ceza Muhakemesinde Hüküm*”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 7, 2008.

**HAFIZOĞULLARI** Zeki, “*5237 S. Türk Ceza Kanununda Davanın ve Cezanın Düşürülmesi*”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2006/3, (Düşme).

**FEYZİOĞLU** Metin, “*Suçsuzluk karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*”, AÜHFD, Yıl: 1999, Cilt: 48, Sayı:1-4, (Suçsuzluk Karinesi).

**HARRİS** David/**O’BOYLE** Michael/**BATES** Ed/**BUCKLEY** Carla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi 2013.

**İNCEOĞLU** Sibel, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Avrupa Konseyi, Ankara 2007, s. 94.

**İNCEOĞLU** Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul 2013.

**KIRMIZIGUL** Hüsamettin, “*Uygulama ve Teoride Disiplin Suç ve Cezaları ve Denetim Yolları*”, Kazancı Kitap ve Ticaret A.Ş., İstanbul 1998.

**MUSACCHIO** Vincenzo, “*La presunzione di colpevolezza come valore fondamentale del sistema penale europeo*”, Rivista penale, Yıl: 2009, Sayı: 5.

**OĞURLU** Yücel, “*Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu ‘Ne Bis İn İdem’ Kuralı*”, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, Ankara 2003.

**OKUYUCU ERGÜN** Güneş, “*Soruşturmanın Gizliliği*” AÜHFD, Cilt: 59, Sayı:2.

**OKUYUCU ERGÜN** Güneş, “Suçsuzluk Karinesi: ‘Alice Harikalar Diyarında’”, Ankara Barosu Uluslar Arası Hukuk Kurultayı, 10-14 Ocak 2012, Cilt: 3, (Karine).

**ONAR** Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C: I, İstanbul 1960, s. 868; **KAYA** Cemil, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler”, Amme İdaresi Dergisi, C: 38, Y: 2005, S: 2.

**ÖZBEK** Veli Özer/**KANBUR** Mehmet Nihat/**BACAKSIZ** Pınar/**DOĞAN** Koray/**TEPE** İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.

**ÖZEN** Mustafa, “Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2010, Cilt: XIV, Sayı: 1.

**SANCAKDAR** Oğuz, Disiplin Yapıtırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2001.

**SEZER** Yasin/**İPEK** Ali İhsan, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Personel Hukukuna Etkileri”, TAAD, Cilt:1, , Yıl: 1, Sayı: 3, (20 Ekim 2010).

**ŞİRİN** Tolga, Anayasa Mahkemesi Kararları Işında Bireysel Başvuru Hakkı, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015.

**TAŞKIN** Ahmet, Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.

**TÜRMEEN** Rıza, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları”, Yargıtay Dergisi, Cilt:28, Ocak-Nisan 2002, Sayı:1-2.

# GENİTAL MUAYENE SUÇU

*Crime of Genital Examination*

**Aydın AYGÜN\***

## ÖZET

765 sayılı Türk Ceza Kanununda bir suç tipi olarak düzenlenmeyen genital muayene suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile ceza hukuku sistemimize dahil edilmiştir. Bu düzenlemenin getirilmesinde özellikle kadınların onurları yok sayılarak bekâret kontrolüne tabi tutulmaları etkin olmuştur. Kanun koyucu düzenleme ile usulüne aykırı olarak yapılacak bu muayenelerin veya muayeneye göndermelerin suç olarak düzenlemiştir. Bu çalışma ile genital muayenenin kapsamı ve genital muayeneye gönderme veya yapma fiillerinin hangi koşullar altında genital muayene suçunu oluşturacağı üzerinde durulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Genital Organlar, Genital Muayene, Hukuki Yarar, Temadi, İlgilinin Rızası.

## ABSTRACT

Crime of genital examination not enacted in Turkish Criminal Code numbered as 765 has been included to our system of penal law with Turkish Criminal Code numbered as 5237. Bringing this legal arrangement control of virginity which are specially exposed by ignoring women's honour has effectived. Lawmaker enact as crime these examinations or examination sendings made without due process of law. With this study has been discoursed covering of genital examination and in what conditions genital examination sending or genital examination will be crime of genital examination.

**Keywords:** Genital Organs, Genital Examination, Legal Interest, Continuous Crime, Consent Of Relative.



## GİRİŞ

Genital muayene suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 287. maddesinde Özel hükümler başlıklı ikinci kitabının dördüncü kısmının ikinci bölümünde " Adliye Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmiştir.

Ülkemizde sıklıkla karşılaşılan bir durum olan genital muayene değişik sa-

---

\* Yargıtay 14. Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi, İstanbul Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, aydinaygun@gmail.com.

iklerle yapılmakta veya yapılması istenmektedir. Özellikle aileler, yurt müdürleri veya kocaların istediği bekâret kontrolü ya da kızlık zarı muayenesi insan onuru ile bağdaşmayan bir hal olması ve kişilik haklarını açıkça ihlal etmesi nedenleri ile bu suç tipi ceza hukuku sistemimize dahil edilmiştir. 765 sayılı TCK zamanının da böyle bir suçun düzenlenmesi yoluna gidilmemişti. Ancak hekimler açısından Türk Tabipler Birliğinin kabul ettiği, Hekimlik Mesleği Etiği Kurallarının 39. maddesinde “ *Hekim, savcılıklar ve mahkemeler dışında kalan kişi kurumlardan gelen cinsel ilişki muayene istemlerini dikkate alamaz. Hekim ilgilinin veya ilgili reşit değilse, veli veya vasisinin aydınlatılmış onamı olmadıkça cinsel ilişki muayenesi yapamaz.*” şeklindeki düzenlemeyle uygulama yapılmaktaydı. Fakat bu düzenlemenin aksine hareket edilmesi ise suç değil idari yaptırımlara tabi tutulmaktaydı.

Bu çalışmada genital organlar üzerinde gerçekleştirilen incelemelerin hangi şartlar altında genital muayene suçunu oluşturduğu, genital muayene kavramı, suçla korunan hukuki yarar ve bu suçun unsurları üzerinde durulacaktır.

### I- Korunan Hukuki Yarar

Türk Ceza Kanunu (TCK)'nda “adliye karşı suçlar” bölümünde düzenlenen genital muayene suçunun koruduğu hukuki yarar konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Tartışmanın çıkış noktası ise suçun TCK'da düzenlendiği yer ile suçu oluşturan fiildir. İleri sürülen görüşlerden birine göre<sup>1</sup>, bu suç ceza yargılamasının yürütülmesinde adliye veya adli yargı iradesine aykırı hareket edilmemesinin sağlanmasıdır. Suçun düzenlendiği yer göz önüne alındığında kanunun koyucunun bu suçla korumak istediği asıl hukuki yararın adliyenin düzenli işleyişinin olduğu sonucuna varılmalıdır.

Doktrinde baskın olan diğer görüşe<sup>2</sup> göre ise, suçun düzenlenme yerinin

---

<sup>1</sup> Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, Ankara 2007, s. 1922; Mehmet Nihat Kanbur, “ Genital Muayene Suçu” Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 6, Sayı 16, Ağustos 2011, s. 10.

<sup>2</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Rifat Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Güncellenmiş 10. Baskı, Seçkin, Ankara 2013, s. 1018; Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin, Ankara 2014, s.880; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt 6, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 8432; Hasan Tahsin Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2014, s. 867; İbrahim Dülger, “ Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene” **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu** (28 Şubat- 1 Mart 2008), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008, s. 1261; Özlem Yener Çakmut, “ Türk Ceza Yasası'nda Genital Muayene Suçu”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi “ Sağlık Hukuku Makaleleri”, 10/17 Eylül 2011, s. 50; Yener Ünver, **Adliye Karşı Suçlar (TCK md. 267- 298)**, Seçkin, Ankara 2010, s. 361; Fulya Eroğlu, “ Genital Muayene Suçları (TCK

suçun koruduğu hukuki yararlar bir ilgisi yoktur. Zira bu suçla korunan hukuki yarar insan onurunun dokunulmazlığı ve bunun bir sonucu olarak kişiliğin serbestçe oluşturulup geliştirilmesi hakkı ile vücut bütünlüğü ve cinsel dokunulmazlık olduğudur. Bu nedenle kanunu koyucunun genital muayene suçunu düzenlemiş olduğu yer hatalıdır. Olması gereken ise kişilere karşı suçlar kısmında cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölümüdür<sup>3</sup>.

Doktrinde usulsüz yapılan genital muayene ile kişilerin vücut ve cinsel dokunulmazlıkları ihlal edildiği gibi bunun yanı sıra özel hayatın gizliliğinin de ihlal edildiği ileri sürülmektedir. Buna göre, örneğin cinsel tercihi farklı olan bir kişinin rızası dışında yapılan genital muayenesi ile anüs<sup>4</sup> çevresinden elde edilen bulgularla kişinin eşcinsel olduğu ortaya çıkacak ve böylece özel hayatının gizliliği de ihlal edilmiş olacaktır<sup>5</sup>.

Bazı suç tipleri birden fazla hukuki yarar koruma altına alırlar. Genital muayene suçunda da birden fazla hukuki yarar koruma altına alınmaktadır. Bu hukuki yararlar arasında vücut bütünlüğü ve cinsel dokunulmazlık ile adliyenin işleyişinin korunması yer alır. Kanun koyucunun bu suç tipini gelişi güzel bir şekilde adliyeye karşı suçlar bölümünde düzenlediği söylenemez. Çünkü kişinin cinsel dokunulmazlığına ve vücut bütünlüğüne yönelen fiiller TCK'da kişilere karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Örneğin cinsel istismar ya da cinsel saldırı boyutunda gerçekleşen bir muayenede fail bu suçtan değil yerine göre cinsel istismar ya da cinsel saldırı suçundan sorumlu olacaktır. Bu itibarla kanun koyucu cinsel dokunulmazlığı TCK'nın kişilere karşı suçlar kısmında koruma altına almış bulunduğundan bu suçla asıl korumak istenen hukuki yarar adliyenin düzenli bir şekilde işlemesi, adliyenin iradesine karşı gelinmemesinin sağlanmasıdır<sup>6</sup>.

## II- Suçun Maddi Unsurları

### A- Fail

Genital muayene suçunun düzenleme şekli dikkate alındığında suçun iki seçimlik hareketle işlenebileceği görülecektir. Madde metninde yer alan yet-

---

m. 287)", Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 2, 2010/1, s. 1129.

<sup>3</sup> Dülger, s. 1262.

<sup>4</sup> Anüs muayenesinin genital muayene suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışmalı olmakla birlikte bu hususa ileride değinilecektir.

<sup>5</sup> Özgür Beyazı, "Genital Muayene Suçu" **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl 5, Sayı 13, Ağustos 2010, s. 154.

<sup>6</sup> Aynı yönde bkz. Kanbur, s. 10.

kili hâkim ve savcı kararı olmaksızın kişiyi “ genital muayeneye gönderen ”ler veya bu “ muayeneyi yapan ”lar suçun faili olacaklardır. Bu nedenlerle failin belirlenmesinde bu iki seçimlik hareketin icrası bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

### 1- Genital Muayeneye Göndermek

Kişiyi genital muayeneye göndermek seçimlik hareketi için suçun oluşması açısından failde bir özellik aranmamaktadır. Başka bir ifadeyle bu seçimlik hareket yönünden fail herkes olabilir. Ancak doktrinde ebeveynin bu suçun faili olup olamayacağı hususu tartışmalıdır. İleri sürülen hâkim görüşe göre, suç tipinde fail açısından bir özgülemeye gidilmediği, tıbbi bir zorunluluk bulunmadığı halde sırf merak nedeniyle ana-babanın yaptırdığı bekâret kontrolünü önlemek amacıyla düzenlemenin getirildiği de dikkate alındığında ebeveynlerin de bu suçun faili olacakları belirtilmektedir<sup>7</sup>. Diğer bir görüşe göre ise ana-babanın reşit olmayan çocuklar üzerinde velayet yetkilerinden kaynaklanan koruyucu bir güdü ile hareket ettiklerini bu sebeple suç kastının bulunmadığını ileri sürülmektedir<sup>8</sup>. Ancak burada fiilin hangi güdüyle gerçekleştirildiği önem arz eden bir durum değildir. Zira bir fiilin koruyucu bir saikle gerçekleştirilmesi o fiilin bilerek ve istenerek yapılmadığı anlamına gelmediğinden kastın olmadığı sonucuna varılamaz. Faili neyin harekete geçirdiği kastın değil olsa olsa kusurluluğun konusunu oluşturur. Yine reşit olmayan çocuklar üzerinde ebeveynlerini rıza açıklama yetkisine sahip olmaları nedeniyle anne ve babanın bu suçun faili olamayacağı ancak belli bir yaşın üzerindeki çocukların rıza açıklama yetkilerini bulunması nedeniyle çocuğunun rızası dışında genital muayenenin yapılmaması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>9</sup>. Bu durumda ise ana-babanın bu suçun faili olup olmayacağı değil ana-babanın genital muayeneye göstermiş olduğu rızanın fiili hukuka uygun hale getirip getirmeyeceğiyle ilgilidir<sup>10</sup>.

Doktrinde ileri sürülen bizim de katıldığımız azınlık görüşe göre ise, velayet yetkisini bir sonucu olarak ana-babanın çocuklarının bakımı ve gözetimi nedenleriyle onların sağlık muayenesi ve tedavisi yaptırımları halinde fiil bir suç oluşturmayacaktır. Ancak ana-babanın çocuklarının bekâretini kontrol amacıyla onların genital muayenesini yaptırımları halinde ana-babanın fiili

---

<sup>7</sup> Çakmut, a.g.e, s. 52; Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 1019; Gökçen, a.g.e., s. 868; Dülger, a.g.e., s. 1265; Eroğlu, a.g.e., s. 1131.

<sup>8</sup> Beyazıt, a.g.e., s. 156.

<sup>9</sup> Hakeri, a.g.e., s. 880.

<sup>10</sup> Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 1019.



genital muayene suçunu değil TCK'nın 103. maddesinde düzenlenen çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturacaktır. Ancak bir suç şüphesi olmasına rağmen ana-babanın çocuklarının lekelenmemesi veya töre nedenleriyle olayın ortalığa dökülmemesi için adliyeye başvurmadan çocuklarını genital muayeneye göndermeleri halinde bu suçun fail olacaklardır. Çünkü genital muayene suçu, niteliği itibarıyla ancak bir soruşturma ya da kovuşturma kapsamında yetkili hâkim ve savcı kararı olmaksızın kişinin genital muayeneye gönderilmesi halinde ya da genital muayenenin yapılması ile oluşacaktır. Bunun dışında kalan ve bir muhakeme usulü atlanarak değil de doğrudan cinsel dokunulmazlığa müdahale şeklinde ortaya çıkan fiiller TCK'nın m. 102 ya da 103'ü oluşturacaktır<sup>11</sup>. Ancak somut olayın özelliklerine göre zorunluluk hali hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Çünkü henüz daha soruşturma başlamadığı için Ceza muhakemesi Kanunu (CMK)'nın 76. maddesi uyarınca mağdurun rızası çerçevesinde de sorun çözüm bulmayacaktır<sup>12</sup>.

Üzerinde durulması gereken diğer bir nokta ise hâkim ve savcılarının bu suçun faili olup olamayacakları hususudur. CMK'nın m.75-76'ya aykırı olarak şüpheli sanık veya mağduru genital muayeneye gönderilmesi durumunda ikili bir inceleme yapılması gerekir. Buna göre eğer hâkim veya savcı yetkili olmakla birlikte örneğin üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezası içeren bir suç nedeniyle şüphelinin genital muayeneye gönderilmesi halinde sorumluluk bu suç kapsamında değil TCK'nın 257/2. maddesinde düzenlenen görevi ihmal suçu kapsamında olacaktır<sup>13</sup>. Ancak genital muayeneye yetkisiz bir hâkim veya savcı tarafından gönderilmesi halinde sorumluluk cinsel dokunulmazlığı koruyan TCK'nın 102 ya da 103. maddeleri kapsamında olacaktır<sup>14</sup>.

## 2- Genital Muayeneyi Yapma

Genital muayeneyi yapma seçimlik hareketi yönünden failin kim olacağı doktrinde tartışmalıdır. Tartışma noktası ise bu fiil yönünden suçu işleyebilecek olan kişilerin belirli kişiler olup olmadığıdır. Çoğunluk görüşe göre bu seçimlik hareket yönünden de fail herkes olabilir. Başka bir ifade ile bu seçimlik hareket içinde failde belirli bir özellik aranmamaktadır<sup>15</sup>. Genital muayene suçunun düzenleniş amacı dikkate alındığında bu suç adli bir soruşturma ya

---

<sup>11</sup> Veli Özer Özbek/ Mehmet Nihat Kanbur/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin, 3. Baskı, Ankara 2012, s. 204.

<sup>12</sup> Aynı yönde bkz: Kanbur, a.g.e., s. 14-15.

<sup>13</sup> Beyazıt, a.g.e., s. 158.

<sup>14</sup> Kanbur, a.g.e., s. 13.

<sup>15</sup> Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 1019; Çakmut, a.g.e. s.52; Eroğlu, a.g.e., s. 1133; Ünver, a.g.e., s. 361.

da kovuşturmayla konu olan bir olay nedeniyle olsun ya da olmasın işlenebilecektir. Bu itibarla genital muayene yapan herkes bu suçun faili olacaktır<sup>16</sup>. Diğer bir görüşe göre ise, madde metninde herhangi bir sınırlandırma bulunmamakla birlikte bu seçimlik hareket yönünden fail sadece sağlık personeli olabilecektir. Zira genital muayene ancak sağlık personeli tarafından yapılabılır. Bunlar dışındaki kişiler tarafından yapılan şeyin muayene olmayacağından eylemleri yaralama ya da cinsel saldırı suçlarını oluşturabilecektir<sup>17</sup>. Ancak bu görüş sağlık personeli kavramının geniş olması ve belirlemenin birtakım sorunlar oluşturması ile sağlık personeli dışındaki kişiler tarafından genital muayenenin yapılması halinde sorumluluğun m. 287'nin dışına çıkarılmasının eylemin cezasız kalacağı endişesiyle eleştirilmektedir. Zira her genital muayenenin kişiye acı vereceği, vücudunda yaralamaya yol açacağı veya algılama yeteneğini bozacağı sonucuna varılamaz. Yine yapılan genital muayenenin cinsel arzuları tatmini anlamına gelmeyeceği için cinsel saldırı suçunun da oluşmayacağı belirtilmektedir<sup>18</sup>.

Kanaatimizce genital muayene yapma seçimlik hareketi açısından fail sadece genital muayene yapma konusunda yetkilendirilmiş sağlık mesleği mensubudur. Dolayısıyla bu seçimlik hareket yönünden suç bir özgü suç olarak değerlendirilmelidir<sup>19</sup>. Öncelikle muayene kelime anlamı itibarıyla "bir kimsenin hasta olup olmadığını veya hastalığın ne olduğunu araştırma"dır<sup>20</sup>. Buna göre yetkilendirilmiş sağlık personeli dışında başka birinin yapmış olduğu işlem muayene kapsamında değerlendirilemeyecektir. Bu hallerde şartları oluşması halinde yaralama, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ya da cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar uygulama alanı bulacaktır. Doktrinde ileri sürülen eleştiriler dikkate alınarak, öncelikle yaralama suçu açısından değerlendirme yapıldığında kişinin vücudunda yapılan eylem kişiye acı vermekle birlikte acı vermeyen ancak kişinin ruh sağlığını üzerinde etkili olabilecek davranışlar kasten yaralama olarak değerlendirilecektir<sup>21</sup>. Yine cinsel saldırı ve cinsel istismarı düzenleyen TCK'nın 102 ve 103. maddelerinde failin cinsel tatmin ya da haz duyması düzenlenmemiştir. Ancak 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrası m. 102'nin gerekçesinde, " cinsel arzuların tatminin amacına yönelik

---

<sup>16</sup> İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Yayını, 3. Bası, Ankara 2006, s. 1059; Beyazıt, a.g.e., s. 156.

<sup>17</sup> Hakeri, a.g.e., s. 881.

<sup>18</sup> Beyazıt, a.g.e., s. 156.

<sup>19</sup> Kanbur, a.g.e., s. 16.

<sup>20</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=guid=TDK.GTS.5645dbbb06e54921620065](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=guid=TDK.GTS.5645dbbb06e54921620065), erişim tarihi 13.11.2015.

<sup>21</sup> Özbek/ Kanbur/ Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s. 204.

olarak mağdurun vücuduna fiziksel temasta bulunulması halinde mağdurun çocuk olup olmamasına göre 102 veya 103 üncü maddede tanımlanan suçlardan birini oluşturmaktadır.”<sup>22</sup> şeklindedir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi bir kenara bırakılarak bu sonuca varılsa dahi muayenenin organ ya da sair bir cisim sokularak gerçekleştirilmesi halinde cinsel saldırı ya da cinsel istismar suçlarından birinin oluşacağında şüphe yoktur. Yine muayene sırasında mağdurun hareket serbestisinin de kısıtlandığı aşikârdır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere bizce bu suçun oluşabilmesi için öncelikle bir suç soruşturması ya da kovuşturmasının bulunması gerekmektedir. Böyle bir soruşturma ya da kovuşturma varken yetkili hâkim ve savcı kararı olmaksızın hukuken nüfuz sahibi çeşitli kişilerin genital muayeneye bir kimseyi göndermeleri halinde bu suçun faili olacaklardır. Örneğin yurt müdürünün ya da ceza evi müdürünün bir suç soruşturması veya kovuşturması varken usulünce karar alınmadan kişiyi genital muayeneye göndermesi halinde bu suçtan sorumlu olacaklardır<sup>23</sup>. Diğer yandan sırf merak ya da başka saiklerle kişiyi genital muayeneye gönderenlerin sorumluluğu yerine göre cinsel saldırı, cinsel istismar, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ya da yaralama suçları olacaktır. Yine muayeneyi yapma seçimlik hareketi yönünden de yetkili ya da yetkilendirilmiş sağlık mesleği mensupları bu suçun faili olabilirler. Çünkü usulünce alınmış bir hâkim kararı sonucunda bu kişiler genital muayeneyi yapsalardı eylemleri suç olmayacaktı. Dolayısıyla muayeneyi yapmaya yetkili olmayanların yaptığı müdahaleler genital muayene suçunu değil yine yaralama, cinsel saldırı ya da cinsel istismar suçlarından birini oluşturacaktır<sup>24</sup>.

## B- Mağdur

Bu suçun iki seçimlik hareketi yönünden de mağdur herkes olabilir. Mağdurun erkek ya da kadın olması, çocuk ya da yetişkin olmasının bir önemi yoktur. Ancak doktrinde cinsel dokunulmazlıkla ilgili bir suç soruşturması veya kovuşturması nedeniyle genital muayeneye gönderilen kişi mağdur olabileceği gibi böyle bir soruşturma veya kovuşturmanın bulunmadığı durumlarda da genital muayeneye gönderilen kişinin mağdur olacağı belirtilmektedir<sup>25</sup>.

Daha önce belirttiğimiz gibi bizce bu suç sadece bir suç soruşturması veya

---

<sup>22</sup> Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ Ahmet Caner Yenidünya, **Gerekçeli Ceza Kanunları**, 15. Baskı, Adalet yayınevi, Ankara 2014, s. 135.

<sup>23</sup> Kanbur, a.g.e., s.17.

<sup>24</sup> Kanbur, a.g.e., s.18.

<sup>25</sup> Hakeri, a.g.e., s. 881; Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s.1019; Eroğlu, a.g.e., s. 1134; Dülger, a.g.e., s. 268.

kovuşturmasına konu olan bir adli vakia çerçevesinde yetkili hâkim ve savcı kararı olmaksızın ve bu durum bilinmesine rağmen yine de muayeneye gönderilmesi ya da yapılması ile bu suç oluşacaktır. Dolayısı ile mağdur ancak böyle bir soruşturma veya kovuşturma nedeniyle üzerinde usulüne aykırı olarak genital muayene yapılan veya muayeneye gönderilen kimse olacaktır<sup>26</sup>.

### C- Suçun Konusu

Suçun konusu, failin üzerinde suçu icra ettiği insan veya şeydir. Başka bir ifade ile üzerinde suçun gerçekleştiği şey suçun konusunu oluşturur<sup>27</sup>. Bazı suçlarda suçun maddi konusu ile suçun mağduru birleşmesine karşın, bazı suçlarda ise bir birinden ayrılır. Genital muayene suçunda suçun konusunu muayene yapılan ya da muayeneye gönderilen kişinin genital organları oluşturur<sup>28</sup>. Genital kelime anlamı olarak “ üreme ile ilgili”, “ üremeye ait”, “üreme organlarına ait”, “ tenasül uzuvları”<sup>29</sup>dır. Buna göre genital muayene de üreme organları ve bunların buldukları bölgelerde yapılan muayene anlamına gelmelidir.

Doktrinde anüsün muayenesinin genital muayene kapsamında olup olmadığı tartışılmaktadır. İleri sürülen bir görüşe göre, anüs bölgesinde yapılan muayenenin genital muayene suçunu düzenleyen m. 287’de açıkça düzenlenmesi halinde tipin içerdiği unsurların belirliliği bakımından daha isabetli olacağını belirtmekle birlikte, tıp jinekoloji bilimi yaklaşımından faydalanılarak anüs muayenesinin de bu suçun konusunu oluşturduğunu tespit etmektedir. Bu görüşün temel dayanak noktası ise jinekolojik açıdan anüs bölgesinin “ dış genital bölge” olarak kabul edilmesidir<sup>30</sup>. Yine bu görüşle aynı sonuca varan diğer bir görüşe göre ise maddenin düzenleme amacı bakımından hukuki terim olarak genital muayene erkek veya kadının üreme organları veya anüs bölgesinde yapılan tıbbi inceleme olarak nitelendirilmedi<sup>31</sup>.

Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüş ise, anüsün genital organlar içerisinde yer almaması, onun sindirim sisteminin sonlandığı bir organ olması nedenleri ile anüs üzerinde gerçekleştirilen muayene işleminin bu suçun konusu oluşturmayacağıdır. Aksi yönde yapılan değerlendirmelerin suçta ve cezada

---

<sup>26</sup> Kanbur, a.g.e., s. 18.

<sup>27</sup> Timur Demirbaş,  **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 2. Bası, Ankara 2005, s. 458.

<sup>28</sup> Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 1020; Kanbur, a.g.e., s. 10; Dülger, a.g.e., s. 1263.

<sup>29</sup> <http://www.tdk.gov.tr>, erişim tarihi 14.11.2015.

<sup>30</sup> Hakeri, a.g.e., s. 882.

<sup>31</sup> Yaşar/ Gökçen/ Artuç, a.g.e., s. 8434; Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 1020.

kanunilik ilkesi ve TCK'nın 2. maddesi karışığında mümkün değildir<sup>32</sup>.

Kanaatimizce genital muayene suçunun konusu kişinin genital (üreme) organlarıdır. Buna göre sindirim sisteminin bir parçası olan anüs<sup>33</sup> üzerinde gerçekleştirilen müdahaleler genital muayene suçunun konusu oluşturmayacaktır. Anüs muayenesinin genital muayene kapsamında değerlendirilmesi başta suçta ve cezada kanunilik ilkesine, kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz ve kıyasa varacak şekilde geniş yorumlanamaz ilkelerine aykırıdır. Öte yandan bizce de genital muayene yerine madde metninde tipik hareketin “ iç beden muayenesi” olarak belirlenmesi daha isabetli olacaktır<sup>34</sup>. Usulsüz bir anüs muayenesinin gerçekleştirilmesi halinde ise TCK'da yer alan bazı başka suçların oluşma ihtimali söz konusu olacaktır. Örneğin cinsel saldırı, cinsel istismar, kasten yaralama gibi<sup>35</sup>.

#### D- Fiil

Madde metnindeki tipik hareket, “*yetkili hâkim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderme ve bu muayeneyi yapma*” olarak belirlenmiştir. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere suç seçimlik hareketli bir suçtur<sup>36</sup>. İlk seçimlik hareket bakımından fiil, kişiyi genital muayeneye göndermektir. Ancak doktrinde haklı olarak göndermek fiilinin kişiyi genital muayeneye götürmek fiilini de kapsayıp kapsamadığı tartışılmaktadır. Bir görüşe göre, kişiyi genital muayeneye götürme fiilinin kanunilik ilkesi gereği açıkça tipte belirtilmesi gerekir. Bu nedenledir ki gönderme fiili götürme fiilini kapsamamakta, aksinin kabulü ise kıyas yasağının ihlali anlamına gelmektedir<sup>37</sup>. Diğer görüş ise, kişiyi genital muayeneye göndermenin bizzat götürmeyi de kapsadığı yönündedir<sup>38</sup>. Bu görüşü savunan yazarların bir kısmına göre, götürme fiili başlı başına ayrı bir fiil olmadığı ve gönderme fiilinin bir uzantısı olduğudur<sup>39</sup>. Yine

---

<sup>32</sup> Çakmut, a.g.e., s. 53; Eroğlu, a.g.e., s. 1131; Ünver, a.g.e., s. 365; Beyazıt, a.g.e., s.158; Dülger, a.g.e., s. 1272; Kanbur, a.g.e., s. 12.

<sup>33</sup> Sindirim sisteminin sonunda yer alan ve çıkartımın yapıldığı dış açıklıktır. Bkz: <https://tr.wikipedia.org/wiki/An%C3%BCs>, erişim tarihi 14.11.2015.

<sup>34</sup> Beyazıt, a.g.e., s. 158; Eroğlu, a.g.e., s. 1131.

<sup>35</sup> Kanbur, a.g.e., s. 13.

<sup>36</sup> Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 1020; Kanbur, a.g.e., s. 13; Doktrinde TCK'nın 287. maddesinde kişiyi genital muayeneye göndermek ve genital muayene yapmak şeklinde iki ayrı suçun düzenlendiği belirtilmektedir. Bkz: Hakeri, a.g.e., s. 883; Dülger, a.g.e., s. 1268; Eroğlu, a.g.e., s. 1134.

<sup>37</sup> Ünver, a.g.e., s. 364-365.

<sup>38</sup> Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 1020; Kanbur, a.g.e., s.19-20; Dülger, a.g.e., s. 1269; Beyazıt, a.g.e., s. 157.

<sup>39</sup> Dülger, a.g.e., s. 1268-1269; Beyazıt, a.g.e., s. 157.

göndermek kelimesinin sözlük anlamı itibarıyla götürmek fiilini de kapsadığı bu nedenle kişiyi genital muayeneye götürenlerinde bu suçtan sorumlu olacakları belirtilmektedir<sup>40</sup>. Kanaatimizce kanun koyucu tipteki seçimlik hareketi eksik düzenlemiştir. Bununla birlikte kişiyi genital muayeneye göndermek fiilinin götürmek fiilini de kapsadığının kabulü hakkaniyete daha uygundur. Zira failin kişiyi genital muayeneye göndermesi halinde eylemi suç oluştururken, bizzat götürmesi halinde cezai bir sorumluluğu oluşmayacaktır. Bu durum adalet duygusunu şüphesiz zedeleyecektir.

Kişiyi genital muayeneye göndermek ya da götürmek seçimlik hareketi yönünden fiil kendi içerisinde bir temadi barındırır. Bizce kişiyi genital muayeneye göndermek ya da götürmekle suç tamamlanır. Ayrıca kişinin muayenenin yapılacağı yere varması<sup>41</sup> ya da muayenenin yapılması şart değildir<sup>42</sup>. Ancak kişinin genital muayeneye gönderilmesi ya da götürülmesi nedeniyle zorunlu olarak mağdurun hukuken önemsiz olmayacak bir süre bu yönde hareket etmesi ya da buna maruz kalması gerekir. Aksi halde teşebbüs hükümlerinin tartışılması gerekecektir.

Madde metninde yer alan ikinci seçimlik hareket genital muayenenin yapılmasıdır. Genital muayene, kişinin genital sisteminin incelenmesi olarak ifade edilebilir. Genital muayene yetkili sağlık personelinin genital organların yüzeyine elle dokunarak ya da bir alet yardımı ile fiziksel temas sağlayarak yapılabileceği gibi bunların içlerini de incelenmek suretiyle gerçekleştirilebilir. Yine genital muayene, genital organların sadece izlenmesi, gözleme tabi tutulması gibi bir fiziksel temas olmaksızın da yapılabilir<sup>43</sup>.

Doktrinde genital muayene yapma suçunun oluşması için önceden yetkili hâkim veya savcı kararı olmaksızın muayeneye gönderilen bir kişinin bulunması koşuluna bağlı olduğu ileri sürülmektedir. Buna göre yetkili hâkim veya savcı kararı olmaksızın gönderilen bir kişi bulunmadan hekimin yaptığı genital muayene bu suçu değil kasten yaralama ya da diğer koşullarında varlığı halinde cinsel saldırı suçunu oluşturacaktır<sup>44</sup>. Ancak bu görüşe katılmak kanaatimizce mümkün değildir. Daha öncede ifade ettiğimiz gibi genital muayene suçunun düzenlendiği yer ve bu suçla korunan hukuki yarar dikkate alındığında suçun oluşması için bir adli vakia çerçevesinde yetkili hâkim veya savcı kararı

---

<sup>40</sup> Eroğlu, a.g.e., s. 1135.

<sup>41</sup> Suçun oluşması için kişinin muayenenin yapılacağı yere ulaşması gerektiği yönündeki görüşler için bkz: Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 1023; Kanbur, a.g.e., s. Kanbur, a.g.e., s. 19.

<sup>42</sup> Necati Meram, **Kamu Görevlisine ve Adliyeye İlişkin Suçlar**, Seçkin, Ankara, 2006, s. 800.

<sup>43</sup> Aynı yönde bkz: Kanbur, a.g.e., s. 21; aksi yönde bkz: Dülger, a.g.e., s. 1269-1270.

<sup>44</sup> Hakeri, a.g.e., s. 883.

olmaksızın kişinin genital muayenesinin yapılması gerekir. Başka bir ifade ile soruşturma ya da kovuşturma kapsamında muhakeme kurallarının atlanması suretiyle genital muayene yapılması halinde m. 287'de düzenlenen suç gündeme gelecektir. Bu hallerin dışında kalan durumlarda ise yapılan muayene cinsel dokunulmazlığı ihlal ettiği için cinsel saldırı ya da cinsel istismar suçlarını oluşturacaktır. Bazı durumlarda ise kasten yaralama veya kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının da oluşması mümkündür.

Bahsedilmesi gereken diğer bir nokta ise, adliye intikal etmeyen ama aslında bir suç vakiası nedeniyle genital muayeneye gelinmesi halinde muayeneyi yapan hekim ya da yetkili sağlık mesleği mensuplarının hukuki durumlarıdır. Başlangıçta rıza üzerine yapılan muayenede hekim ya da yetkili sağlık mesleği mensubunun suç vakiasından haberdar değilse bu suçtan sorumluluğu doğmayacaktır. Ancak gerek muayene sırasında gerekse de hastanın öyküsünde suç vakiasından haberdar olması ve tıbbi bir zorunluluğun bulunmadığı hallerde muayeneye son vermeli ve bu durumu yetkili makamlara bildirmesi gerekecektir. Aksi halde sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçundan sorumlulukları doğacaktır<sup>45</sup>.

Genital muayeneye gönderme ve yapma fiillerinin, madde metninde *yetkili hâkim ve savcı kararı olmaksızın* gerçekleştirilmesi halinde suçun oluşacağı düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemede yer alan “ve” bağlacı hâkim ve savcının birlikte karar almasının gerekli olduğu sonucunun doğmasına neden olabilir. Fakat Ceza Muhakemesinde kanunun tanıdığı yetkiler dâhilinde hâkim veya mahkeme her zaman tek başına karar verebilir<sup>46</sup>. Bu noktada CMK'nın 75 ve 76. maddelerinden hareket etmek doğru olacaktır. Anılan maddelerde şüpheli veya sanık ya da mağdur için genital muayene (iç beden muayenesi) kararının hangi şartlar altında kim tarafından verileceği düzenlenmiştir. Buna göre Cumhuriyet savcısının yetkisi ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde söz konusudur ve bu yetki hâkim denetimine tabidir<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Kanbur, a.g.e., s. 23.

<sup>46</sup> Ünver, a.g.e., s. 364; Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 1020; Çakmut, a.g.e., s. 54.

<sup>47</sup> CMK madde 75/1 “Bir suçta ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re’sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.”

CMK madde 76/1 “Bir suçta ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek

### III- MANEVİ UNSUR

Genital muayene suçun manevi unsuru genel kastır. Suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Suçun oluşumu bakımından failin güttüğü amacın bir önemi bulunmamaktadır<sup>48</sup>. Genital muayene suçu genel kastla işlenebilen bir suç olması nedeniyle kural olarak olası kastla işlemesi de mümkündür<sup>49</sup>.

### IV- HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Kanun koyucu genital muayene suçunu düzenlediği m. 287'nin ikinci fıkrasında “ *Bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz.*” demek suretiyle fiilin bu hallerde hukuka aykırı olmayacağını belirtmiştir. Ancak bu düzenleme esasında kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni olduğu için gereksiz bir düzenleme oluşturduğundan bahisle doktrinde eleştirilmektedir<sup>50</sup>. Anılan düzenleme doğrultusunda *Evlenme Nizamnamesinin 2. maddesi*<sup>51</sup>, *Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 106. maddesi*<sup>52</sup> ve *Genel Kadınların ve Genel Evlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nün 25. maddesinde*<sup>53</sup>, ilgilinin genital muayenesini de öngören bazı muayene ve

---

*ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.”*

<sup>48</sup> Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 1021; Kanbur, a.g.e., s.26; Ünver, a.g.e., s. 371; Yaşar/ Gökçen/ Artuç, a.g.e., s.8435; Dülger, a.g.e., s.1273.

<sup>49</sup> Kanbur, a.g.e., s. 26; Dülger, a.g.e., s. 1273-1274; Eroğlu, a.g.e., s.1136.

<sup>50</sup> Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 1021.

<sup>51</sup> “*Hususi tabiplerin ve hükümet tabibinden gayrı tibbîyâi resmîyenin verdiği sıhhat raporları mahalli hükümet tabipliği veya vekili tarafından tasdik edilmedikçe muteber olmaz. Hükümet tabipleri bu raporları tasdik etmezden evvel mevcut kuyudattan hakkında sıhhat raporu verilen evlenme namzedinin Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 123 ve 124 üncü maddelerinde mezkur evlenmeğe mani hastalıklardan biriyle malul olup olmadığını araştıraraklardır. Hükümet tabipliğinin resmi mühürünü ve tabibin imzasını havi olmayan sıhhat raporları muteber değildir.”*

<sup>52</sup> “*Zührevi hastalıklardan biriyle musap olduğundan şüphe ve bu hastalıkları etrafına neşrî tamim ettiğinden endişe edilen kimseleri muayeneye sevk ve sıhhi hallerine dair birer rapor talep etmeğe alakadar Sıhhat ve İçtimai Muavenet Müdürleri ve Hükümet tabipleri mezdurlar. Bu gibi şahıslar arzu ettikleri takdirde kendilerini hususi bir tabibe muayene ettirerek ondan alacakları raporu ibraz edebilirler. Bu hususta imzasız ve adressiz ihbarat mesmu olamaz.”*

<sup>53</sup> “*Bütün genel kadınlar, izinli olsalar dahi, haftada iki defa, 23 üncü maddede yazılı kadınlar- da, on günde bir defa kendilerini resmi tabibe muayene ettirmeye mecburdurlar.”*



işlemler düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre yapılan genital muayene suç oluşturmayacaktır<sup>54</sup>.

Bu başlık altında değinilmesi gereken hususlar hakkın kullanılması ve ilgili- nin rızası hukuka uygunluk nedenleridir. Bu kapsamda kişinin kendisinde bu- lunan bir jinekolojik hastalığı teşhis ya da tedavi amacıyla genital muayeneye gitmesi veyahut da kişiye bu amaçlarla genital muayene yapılması hasta he- kim ilişkisi içerisinde bulunduğundan, bir hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedenleri kapsamında olan bu hallerde fiilin hukuka aykırı- lığından bahsedilemeyecektir<sup>55</sup>. Yine velayet ya da vesayeti altında bulunan küçükleri velayet ya da vesayet yetkileri kapsamında tedavi ve teşhis amaçlı genital muayeneye göndermek ya da götürmek halinde fiil hukuka aykırı ol- mayacaktır. Ancak bu yetkinin tıbbi zorunluluklar çerçevesinde kullanılması gerekmektedir. Aksi hallerde fiilin hukuka uygun olduğu söylenemeyecektir. Çocuğun cinsel ilişkiye girip girmediğini veya kızlık zarının sağlam olup olma- dığını öğrenmek merakıyla yapılan genital muayeneye gönderme veya gö- türme hallerinde fiil hukuka aykırı olacaktır. Daha öncede belirttiğimiz gibi bu durumda sorumluluk genital muayene suçundan değil, cinsel dokunulmazlığı koruyan suçlardan ya da yaralama veya kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suç- larından olacaktır.

İlgilinin rızası TCK'nın 26/2. maddesinde, “ *kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçeve- sinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, suçla korunan hukuki yararın sahibinin ihlale rıza gös- termesi durumunda fiil hukuka uygun hale gelir. Bu hukuka uygunluk sebebi- nin varlığı için bir takım şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlardan ilki, rızanın mutlaka üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir bir hukuki menfaate ilişkin olması gerekir. Rıza açıklamasında bulunan kimsenin bu konu üzerin- de serbestçe tasarrufta bulunma hakkına sahip olması ve tasarrufun kanuna, adaba ve genel ahlaka aykırı şekilde yapılmamış olması gerekir<sup>56</sup>. Genital mu- ayene suçu bakımından kişinin cinsel özgürlüğü ve vücut bütünlüğü üzerinde mutlak tasarrufta bulunulabilecek haklardandır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta suçta korunan hukuki yarardır. Bu nedenle genital muayenenin kişinin rızasına dayanıyor olsa bile muayenenin bir suç oluşturması veya kovuş-

---

<sup>54</sup> Aynı yönde bkz: Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s.1021; Kanbur, a.g.e., s. 23-24; Dülger, a.g.e., s. 1274 vd.

<sup>55</sup> Dülger, a.g.e., s. 1277; Kanbur, a.g.e., s. 24.

<sup>56</sup> Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 6. Baskı, Anka- ra 2013, s. 345 vd.

turması nedeniyle yapılıyor veya yapılması gerekiyor ise bu durumda ilgilinin rızası fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir. Bu hallerde genital muayene suçu oluşacaktır<sup>57</sup>. Buradan hareketle ana-babanın rızasının da fiili hukuka uygun hale getirip getirmeyeceği sorunu çözülebilecektir. Buna göre ana-baba ancak çocuğunun bir suçun mağduru olması halinde ve bu suç nedeniyle so-ruşturması ya da kovuşturma kapsamında mağdurun genital muayenesi için rıza gösterdiklerinde bu suç oluşmayacaktır. Ancak temsilcisi olduğu çocuk suçun şüphelisi ya da sanığı olduğu hallerde ise yetkili hâkim veya savcı kararı olmadan ana-babanın çocuğun genital muayenesine rıza göstermeleri fiili hu- kuka uygun hale getirmeyecektir<sup>58</sup>.

## V- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

### A- Teşebbüs

Genital muayene suçu iki seçimlik hareket yönünden de teşebbüse elve- rişli bir suçtur<sup>59</sup>. Genital muayeneye gönderme ya da götürme seçimlik ha- reketi yönünden suçun oluşabilmesi için kişinin ne genital muayeneye tabi tutulması<sup>60</sup> gerekir ne de muayene yerine varmış olması gerekir<sup>61</sup>. Bizce ge- nital muayeneye göndermeyle veya götürmeye suç tamamlanır. Ancak bu- rada fiil temadi eder. Bu nedenledir ki genital muayeneye gönderilen ya da götürülen kişi hukuken önemli sayılacak bir süre bu yönde bir eylemde bulu- nur ya da maruz kalırsa suç tamamlanmış olacaktır. Bunun aksi durumlarda yani örneğin çocuğunun cinsel istismar suçundan mağdur olduğunu öğrenen annenin olayı adliyeye intikal ettirmeden kızı hakkında bekâret raporu almak için evden ayrıldıkları, fakat daha pekte bir yol almadan devriye gezen polisler tarafından durdurulmaları ile olayın açığa çıkmasında teşebbüs hükümleri uy- gulama alanı bulacaktır. Yine çocuğunu muayeneye göndermek isteyen anne babanın bu isteği karşısında çocuğunda, daha bu yönde hukuken önemli bir süre hareket etmesi üzerine benzer bir şekilde polislerce durdurulması halle- rinde de teşebbüs hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Genital muayene yapma seçimlik hareketi yönünden de suç teşebbüse elverişlidir. Örneğin genital muayene için gelen kişinin muayene için hazır- landıktan sonra ve fakat daha muayeneye başlanmadan olayın polise ihbar

---

<sup>57</sup> Kanbur, a.g.e., s. 25.

<sup>58</sup> Aynı yönde bkz: Kanbur, a.g.e., s. 26.

<sup>59</sup> Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 1023; Dülger, a.g.e., s. 1278; Çakmut, a.g.e, s. 58; Ünver, a.g.e., s. 376; karşı görüş için bkz; Hakeri, a.g.e., s. 885; Meram, a.g.e, s. 801-802.

<sup>60</sup> Karşılaştırınız, Meram, a.g.e, s. 801.

<sup>61</sup> Karşılaştırınız, Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 1023; Kanbur, a.g.e., s.19.

edilmesi sonucu, muayenehaneye polislerin baskın yapması halinde teşebbüs hükümleri uygulama alanı bulacaktır<sup>62</sup>. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre ise burada suç genital muayenenin yapılmasıyla tamamlanır ve örnek verilen durumlarda henüz muayene başlanmadığından ve öncesi hareketlerin ise hazırlık hareketleri kapsamında yer aldığından teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün değildir<sup>63</sup>.

### **B- İştirak**

Genital muayene suçu açısından suça iştirak bir önem arz etmez. Suçun iki seçimlik hareketi için de iştirake ilişki genel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bu açıdan her iki seçimlik hareket yönelik olarak birlikte faillik, azmettirme veya yardım etme mümkündür<sup>64</sup>. Kişiyi genital muayeneye gönderen ile götürülen kişilerin farklı olması halinde iştirak hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır. Ancak kişiyi genital muayeneye gönderen ile muayene yapan arasında iştirak ilişkisinden bahsedilemez. Zira bu seçimlik hareketler ayrı ayrı suçu oluşturmaktadır<sup>65</sup>.

Genital muayene yapma seçimlik hareketi yönünden bizce suç özgü bir suç olduğu için yetki sağlık mesleği mensubu ya da hekim dışındaki kişilerin bu seçimlik hareket nedeniyle sorumlulukları yardım etme ya da azmettirme kapsamında değerlendirilmelidir.

### **C- İçtima**

Genital muayeneye gönderme fiili açısından suç zincirleme şekilde işlenebilir. Tabi ki zincirleme suç hükümlerinin şartlarının somut olayda gerçekleşmesi gerekir. Örneğin aynı mağdurun aynı suçu işleme kararı kapsamında birden fazla kez genital muayene gönderilmesi veya götürülmesi halinde failin hakkında TCK'nın 43. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Yine birden fazla mağdurun tek bir fiil ile genital muayene gönderilmesi halinde de zincirleme suç hükümleri gündeme gelecektir.

Genital muayene yapma seçimlik hareketi açısından da zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Örneğin aynı mağdura karşı birden fazla kez aynı failin genital muayene yapması şeklindeki eylemleri TCK'nın 43/1. maddesi kapsamında değerlendirilebilecektir. Buna karşın bu seçimlik hareket açısından tek fiille birden fazla mağdura aynı anda genital muayene

---

<sup>62</sup> Kanbur, a.g.e., s. 27.

<sup>63</sup> Meram, a.g.e, s. 802.

<sup>64</sup> Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 1024.

<sup>65</sup> Dülger, a.g.e., s. 1282; Eroğlu, a.g.e., s.1140; Beyazıt, a.g.e., s.162.

gerçekleştirilemeyeceği için TCK'nın 43/2. maddesi bağlamında bir zincirleme suçtan bahsedilemeyecektir<sup>66</sup>.

Suç tipinde yer alan iki seçimlik hareketinde aynı fail tarafından gerçekleştirilmesi halinde suçların çokluğundan bahsedilebilecek midir? Önceki eylemin işlenmesi ile oluşan hukuka aykırılık sonra gerçekleşen eylemleri de kapsıyorsa artık bu durumda cezalandırılmayın sonraki hareketlerden söz edilir. Buna göre seçimlik hareketlerden biri gerçekleştirildikten sonra aynı fail tarafından diğer seçimlik hareketin de gerçekleştirilmesi halinde cezalandırılmayan sonraki hareketler kuralı gereği sonra yapılan hareket aynı suçun içinde eriyecektir<sup>67</sup>.

Genital muayene suçu ile cinsel saldırı ya da cinsel istismar suçları arasında içtima hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağıнын belirlenmesi gerekir. İstenen genital muayene sadece genital organın yüzeysel incelemesinden ibaretse ya da zorunluluk bulunmadığı halde genital organa sair cisim veya organ sokulması şeklinde gerçekleştirilmişse artık burada gerçek içtima kuralları uygulanacaktır<sup>68</sup>.

Genital muayeneyi yapan ya da gönderen veya götüren fail ayrıca mağdura karşı yaralama veya hakaret suçlarını da işlemiş ise bu hallerde de gerçek içtima kuralları uygulanmalıdır. Bu hallerde birden fazla bağımsız suç oluşmaktadır<sup>69</sup>.

Üzerinde durulması gereken bir diğer nokta ise genital muayeneye gönderme veya götürme fiili açısından failin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu nedeniyle ayrıca cezalandırılıp cezalandırılmayacağıdır. Kişiyi muayeneye göndermek veya götürmek fiili şüphesiz içerisinde hürriyeti sınırlama fiilini de barındırmaktadır. Kanaatimizce burada bir görünüşte içtima durumu söz konusudur. Bu nedenle kişinin ayrıca veya sadece kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılmamalıdır<sup>70</sup>. Ancak belirtmeliyiz ki bizce genital muayene suçunu oluşması bir suç soruşturması veya kovuşturmasının bulunması ve bulunmasını gerektirecek bir suç vakiasının olmasına bağlıdır. Bu koşulun gerçekleşmemesi halinde failin eylemleri somut olayın özelliklerine göre, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, yaralama, cinsel saldırı ya da cinsel istismar suçlarını oluşturabilecektir.

---

<sup>66</sup> Dülger, a.g.e., s. 1279.

<sup>67</sup> Kanbur, a.g.e., s. 27.

<sup>68</sup> Beyazıt, a.g.e., s. 163; Dülger, a.g.e., s.1280; Kanbur, a.g.e., s. 28.

<sup>69</sup> Dülger, a.g.e., s. 1280.

<sup>70</sup> Kanbur, a.g.e., s. 28.

## VI- MUHAKEME VE YAPTIRIM

Genital muayene suçu düzenleniş itibariyle takibi şikâyete bağlı bir suç olmayıp soruşturma ve kovuşturması re' sen yapılan suçlardandır. Failin kamu görevlisi olması ve suçun da görevi nedeniyle işlenmesi halinde 4483 sayılı Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunu hükümlerine göre soruşturma izni alınmalıdır<sup>71</sup>. Ancak kamu görevlisi adli kolluk görevlisi ise bu hallerde CMK'nın 161/5. maddesi gereği soruşturma izni alınmayıp doğrudan Cumhuriyet savcılıklarınca soruşturma yapılabilecektir<sup>72</sup>.

Bu suçta görevli ve yetkili mahkeme suçun işlendiği yer asliye ceza mahkemeleridir.

Suçta öngörülen ceza TCK'nın 287. maddesinde üç aydan bir yıla hapis cezası şeklinde düzenlenmiştir. Ceza miktarı açısından fail hakkında hükmolunacak ceza TCK'nın 51. maddesi uyarınca erteleme ve seçenek yaptırımlara çevrilebilecektir. Bununla birlikte CMK'nın 231. maddesi uyarınca fail hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına da karar verilebilecektir.

## SONUÇ

Genital muayene suçunun düzenlendiği yer ve koruduğu hukuki yarar birlikte değerlendirildiğinde, bizce bu suçun oluşması için öncelikle bir suç soruşturması veya kovuşturması bulunmalı ya da bir suç soruşturmasını gerektiren bir suç vakiasının mevcudiyeti gerekmektedir. Bu şart altında yetkili hâkim ve savcı kararı olmamasına rağmen kişinin genital muayeneye, sahip olunan nüfuz nedeniyle gönderilmesi veya genital muayenesinin yapılması hallerinde genital muayene suçu oluşacaktır.

Tipteki düzenleme değerlendirildiğinde suçun konusu bakımından yeterli bir düzenlemenin bulunmadığı doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Yine maddenin kaleme alınış şeklide farklı yorumlara sebebiyet verecek şekildedir. Bu aksaklıkların düzenlenmesi olması gereken hukuk açısından önemlidir.



## KAYNAKÇA

Parlar, Ali/ Hatipoğlu, Muzaffer: **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 2. Cilt, Ankara 2007.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa R./Önok, Rifat M.: **Teorik ve Pratik Ceza**

---

<sup>71</sup> Dülger, a.g.e., s. 1282.

<sup>72</sup> Kanbur, a.g.e., s. 29.

**Özel Hukuku**, Güncellenmiş 10. Baskı, Seçkin, Ankara 2013.

Eroğlu, Fulya: “ Genital Muayene Suçları (TCK m. 287)”, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 2, 2010/1.

Hakeri, Hakan: **Tıp Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin, Ankara 2014.

Gökcan, Hasan T.: **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2014.

Dülger, İbrahim: “ Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene” Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (28 Şubat- 1 Mart 2008), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008.

Özgenç İzzet: **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Yayını, 3. Bası, Ankara 2006.

Koca, Mahmut/ Üzülmez, İlhan: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 6. Baskı, Ankara 2013.

Artuk, Mehmet E./ Gökcan Ahmet/ Yenidünya, Ahmet C.: **Gerekçeli Ceza Kanunları**, 15. Baskı, Adalet yayınevi, Ankara 2014.

Kanbur, Mehmet N.: “ Genital Muayene Suçu” Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 6, Sayı 16, Ağustos 2011.

Meram, Necati: **Kamu Görevlisine ve Adliyeye İlişkin Suçlar**, Seçkin, Ankara, 2006.

Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan T./ Artuç, Mustafa: **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt 6, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

Beyazıt, Özgür: “ Genital Muayene Suçu” **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl 5, Sayı 13, Ağustos 2010.

Çakmut, Özlem Y.: “ Türk Ceza Yasası’nda Genital Muayene Suçu”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi “ Sağlık Hukuku Makaleleri”, 10/17 Eylül 2011.

Demirbaş, Timur: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 2. Bası, Ankara 2005.

Özbek, Veli Ö./ Kanbur, Mehmet N./Doğan, Koray Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin, 3. Baskı, Ankara 2012.

Ünver, Yener: **Adliyeye Karşı Suçlar (TCK md. 267- 298)**, Seçkin, Ankara 2010.

# SPORDA ŞİDDETE NEDEN OLABİLECEK AÇIKLAMALARDA BULUNMA KABAHATI ÜZERİNE BİR İNCELEME (6222 S. K. m. 22)

*A Review on Misdemeanour of Making Statements Likely to Cause Violence  
in Sports (Law No. 6222 Art. 22)*

**Arş. Gör. Batuhan AKTAŞ<sup>1</sup>**

## ÖZET

Sporda şiddeti teşvik edecek şekilde açıklamalarda bulunma kabahati, 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanununun 22. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddenin ilk fıkrasında sporda şiddete neden olabilecek açıklamaların basın yoluyla işlenmesi halinde fail hakkında beşbin Türk lirasından ellibin Türk lirasına kadar idari para cezasına hükmedileceği öngörülmüştür. Bunun yanı sıra maddenin lafzında söz konusu açıklamaların basın ve yayın yoluyla yapılması gerektiği ifade edilmiş, böylece toplumun hemen her kesimini ilgilendiren spor olaylarında şiddet içeren açıklamaların kitlelere olan etkisi önlenmeye çalışılmıştır. 22. maddenin ikinci fıkrasında kabahati işleyen kişilerin sıfatlarına göre ağırlaştırıcı bir nedene yer verilmiş, üçüncü fıkrasında ise söz konusu kabahati işleyen kişiler hakkında yine 6222 sayılı kanunda düzenlenen “seyirden yasaklama” tedbirinin ne şekilde uygulanacağı belirtilmiştir. İlgili maddenin son fıkrasında, kabahate konu açıklamaları yayınlayan basın ve yayın organlarının da haber verme ve eleştiri sınırlarını aşmaları durumunda haklarında uygulanacak idari yaptırım hüküm altına alınmıştır.

Çalışmada şiddeti teşvik edecek açıklamalarda bulunma kabahati, kabahatler genel teorisine uygun olarak incelenecek ve ilgili maddenin son fıkrasında düzenlenen basın ve yayın organlarının şiddete neden olabilecek açıklamaları yayımlanması kabahatinin de tartışmalı noktaları üzerinde durulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** 6222 Sayılı Kanun, Sporda Şiddet, Şiddet Neden Olan Açıklama, Sporda Tahrik, Saha Dışı Açıklamalar...

## ABSTRACT

Misdemeanour of making statement in a manner that promote violence in sports, has been regulated under article 22 of the Law with the number 6222 on Prevention of Violence and Disorder in Sports. It is anticipated in the first paragraph of the respective article that, in the event that the statement that may cause violence in sports is made through press, administrative fine with the amount between five thousand Tur-

---

<sup>1</sup> İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi batuhan.aktas@kemerburgaz.edu.tr

kish Lira to fifty thousand Turkish Lira shall be adjudged with regards to the offender. Moreover, it is expressed in the wording of such article that, such statements must be made through press, so that the effect of statements containing violence on masses are tried to be prevented in relation to the sports events involving nearly all segments of the society. In the second paragraph of Article 22, a matter in aggravation depending on the titles of the persons committing the misdemeanour is contained and it is indicated in the third paragraph that the measure of “ban from watching” as regulated under the law with the number 6222 shall be applied against those committing the same crime. In the last paragraph of the respective article, the administrative sanction to be adjudged against the media organs publishing the statements subject to misdemeanour if they exceed the limits of information and criticism.

In the study, the misdemeanour of making statements promoting violence, shall be examined according to the general theory of misdemeanours and focus on the controversial points in the misdemeanour of publication of statements that may cause violence by media and press organs, as regulated under the last paragraph of respective article.

**Keywords:** Law with the Number 6222, Violence in Sports, Statement Causing Violence, Provocation in Sports, Out of Pitch Statements.



## GİRİŞ

İnsanlık tarihinin her evresinde bireylerin bedensel ve ruhsal açıdan gelişmek için tercih ettiği etkinliklerin başında spor gelmektedir. Günümüzde de bu husus değişmemiş, hatta teknolojik gelişmeler ve ülkelerdeki zenginliklerin artması sayesinde insanlar artan boş vakitlerinde sportif aktivitelere yönelmiş; bunun sonucunda spor profesyonel bir hal almıştır<sup>2</sup>.

Bunun yanı sıra, spor yalnızca kişilerin gelişmesine katkıda bulunmamakta ayrıca sosyal bir olgu olarak da ele alınmakta, bu sebeple bedensel bir aktivitenin ötesinde toplumsal bir yanı olduğu da kabul edilmektedir<sup>3</sup>. Toplumun neredeyse tamamını ilgilendiren böylesi önemli bir konuda Devletin üzerine düşen bir takım ödevlerinin bulunduğundan bahsedilebilir. Nitekim Anayasanın “Sporun Geliştirilmesi” başlığı taşıyan 59. maddesi; “*Devlet, her yaştaki*

---

<sup>2</sup> Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun Tasarısı ile Adalet Komisyonu Raporu (1/990) - Genel Gereğe, TBMM, Dönem:23, Yasama Yılı:5, S. Sayısı: 646, s.1, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss646.pdf> (Erişim Tarihi: 23.04.2105).

<sup>3</sup> Toplumun ilgilendiren hemen her alanda ortaya çıkan hukuk gerekliliği ve hassasiyeti spor açısından da kendini göstermiş ve spor hukuku kavramı zamanla büyük gelişme kaydetmiştir. Bu konuda Türkiye’de spor hukukunun gelişimi için bkz. **ERKİNER, Kısmet**, “*Türkiye’de Spor Hukukunun Oluşumu*”, İstanbul Barosu Dergisi-Spor Hukuku Özel Sayısı, Mayıs, 2007, s. 17 vd. <http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/2007shos/200705ibshos.pdf> (Erişim Tarihi: 23.04.2105).



*Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır, sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder*” ifadesiyle bu hususu vurgulamıştır. Bu anayasal hüküm uyarınca Devlet, sporu geliştirmek adına bir takım pozitif yükümlülükleri yerine getirmeyi üstlenmiştir<sup>4</sup>.

Sporun korunması yalnızca o sporu ile uğraşana kişiler açısından değil ayrıca o spor dalını takip edip müsabakaları izleyen kişiler açısından da önemlidir<sup>5</sup>. Bilindiği üzere spor müsabakaları onunla ilgilenen seyirciler için aynı zamanda bir gösteri niteliği taşımakta ve popüler spor dallarının birçoğunun maddi kaynağı yine bu sporla ilgilenen kişiler tarafından sağlanmaktadır. Özellikle günümüzde bir endüstri haline gelen kimi spor dallarının ekonomik ve toplumsal anlamda ciddi boyutlara ulaşmasının altında yatan neden toplum büyük bir kesiminin o spor dalına ilgi duyması ve desteklemesidir<sup>6</sup>. Söz gelimi, futbol bir spor dalı olmasının ötesinde büyük paraların harcandığı bir endüstriye dönüşmüş ve takımlarına tutkuyla bağlı bir taraftar kitlesi yaratmıştır<sup>7</sup>. Bu yoğun ilgi ise zamanla fanatizm ve holiganizm gibi bir takım problemlere sebebiyet vermiş<sup>8</sup> ve 6222 sayılı Sporda Şiddet Ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun genel gerekçesinde belirtildiği üzere bu problemlerin “*basit bir asayiş olayının ötesinde olağanüstü nitelikte olduğu*” ifade edilmiştir<sup>9 10</sup>.

---

<sup>4</sup> Bu hususta devlet ile sportif faaliyet arasındaki ilişki daha doğru bir ifadeyle sportif normların dayanağının ne olduğu konusunda iki görüş ortaya atılmıştır. Spor düzenlemelerinin kaynağının devletin kendisi olduğu yönündeki tekçi (monist) görüşe karşılık, ikicilik yanlısı (dualist) olan görüş ise sportif düzenlemelerin devletten tamamen bağımsız gerçek bir hukuk düzeni olduğunu savunmuştur. Mukayeseli hukukta devletin sportif faaliyetlere yönelik düzenlemeleri için bkz. ÖZTEK, Selçuk, “*Devlet ve Sportif Faaliyet*”, Av. Kismet ERKİNER’e Armağanı Spor Hukuku Yazıları, İstanbul Barosu Yayınları, Ekim, 2014, s, 19 vd.

<sup>5</sup> Bu konuda Zafer, sporu seyretme faaliyetini özel hayat kapsamında değerlendirmiş ve AY m. 20 ve İHAS m. 8 uyarınca koruma altına alınabileceğini belirtmiştir. ZAFER, Hamide, “*Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Yönelik Bir Çare Olarak Seyirden Yasaklama*”, TAAD, Yıl:5, Sayı:19, 2014, s. 25.

<sup>6</sup> GÜLŞEN, Recep, Spor Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Ankara, 2013, s. 12.

<sup>7</sup> Sporla ilgilenen taraftarların; estetik amaçlı seyirci, spor merkezli seyirci ve holigan şeklindeki tasnifi için bkz. SCHILD, Wolfgang, (Çeviri: Hakan HAKERİ), “*Antrenörün, Sporcunun ve Seyircinin Cezai Sorumluluğu*”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuk Serisi-Spor ve Ceza Hukuku (Editörler: Kayıhan İÇEL, Yener ÜNVER), Ankara, 2004, s. 48 vd.

<sup>8</sup> Holiganizm tanımı ve çözüm önerileri için bkz. KIRAÇ, Erkan, “*Futbolda Şiddet ve Çıkış Yolları Üzerine Bir Deneme*”, Spor Hukuku Enstitüsü, <http://www.sporhukuku.org/makaleler/103-futbolda-iddet-ve-ck-yollar-uezerine-bir-deneme-averkan-krac.html> (Erişim Tarihi: 26.10.2015).

<sup>9</sup> Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun Tasarısı ile Adalet Komisyonu Raporu (1/990) - Genel Gerekçe, s.1.

<sup>10</sup> Sporda Şiddetin Nedenleri hakkında bir görüş için bkz. KÖSE, Alpay, “*Sporda Şiddetin Nedenleri Ve Çözüm Önerileri*”, Spor Hukuku Enstitüsü, [http://www.sporhukuku.org/dosyalar/makale\\_sporda\\_siddet2.pdf](http://www.sporhukuku.org/dosyalar/makale_sporda_siddet2.pdf) (Erişim Tarihi: 24.10.2015).

Ayrıca Türkiye, Avrupa Konseyine üye ülkelerin 1986 tarihinde imzaladıkları “*Sportif Karşılaşmalarda ve Özellikle Futbol Maçlarında Seyircilerin Şiddet Gösterilerine ve Taşkınlıklarına Dair Avrupa Sözleşmesi*”ni (Strasbourg Sözleşmesi) 18.01.1990 tarihli 3608 sayılı kanunla onaylamış ve iç hukukuna dâhil etmiştir<sup>11</sup>. Türkiye sözleşmenin 1. maddesinde düzenlenen özellikle futbol müsabakalarında seyircilerin neden olduğu şiddet ve taşkınlıkları önleme ve kontrol altına alma amacıyla, konvansiyonun hükümlerini uygulamaya koymak için gerekli önlemleri almayı taahhüt etmiş ve yine 3. maddesinin c bendinde öngörülen şiddet ve taşkınlık gösterdiği tespit edilen seyircilere gerekli cezaların veya idari tedbirlerin uygulanmasını sağlayacak yasal düzenlemeleri yürürlüğe koyma yükümlülüğü altına girmiştir<sup>12</sup>.

Hem sporda yaşanan şiddet olaylarının artması ve medyanın da etkisiyle toplumsal bir hal alması hem de bahsi geçen Sözleşme ve Anayasa hükümleri uyarınca 28.04.2004 tarihinde 5149 sayılı “Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun” kabul edilmiş ve aynı tarihte yürürlüğe girmiştir<sup>13</sup>. Ancak kanunun sporda yer alan şiddet faaliyetlerinin yaptırımları konusunda caydırıcılıktan uzak idari yaptırımlar öngörmesi (5149 s. K m. 18), bunun yanı sıra sporun en büyük problemlerinin başında gelen şike ve teşvik primine ilişkin cezaları düzenlememesi nedeniyle eleştirilmiş ve aynı gerekçelerle 6222 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle 2011 tarihinde mülga olmuştur<sup>14</sup>. (6222. s. K. m. 25)

6222 sayılı “*Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun*”,

---

<sup>11</sup> Sportif Karşılaşmalarda ve Özellikle Futbol Maçlarında Seyircilerin Şiddet Gösterilerine ve Taşkınlıklarına Dair Avrupa Sözleşmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. **MEMİŞ, Pınar**, Spor Faaliyetlerden Doğan Ceza Sorumluluğu (Doktora Tezi), İstanbul, 2010. s. 186.

<sup>12</sup> 1985 tarihli Strasbourg Sözleşmesinin diğer hükümleri ve Sözleşmeyi kabul eden devletler için bkz. [https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/denetim/spor/belgeler/Seyircilerin\\_Spor\\_Karsilasmalarindaki\\_cok\\_tarafli\\_Avrupa\\_Konvansiyonu.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/denetim/spor/belgeler/Seyircilerin_Spor_Karsilasmalarindaki_cok_tarafli_Avrupa_Konvansiyonu.pdf) (Erişim Tarihi: 23.04.2015).

<sup>13</sup> Kanunun başlığı konusunda *Yurtcan*, düzensizliğin önlenmesi ifadesinin düzensizliğinin bulunduğu önceden kabulü niteliğinde bulunduğu için eleştirmiştir. **YURTCAN, Erdener**, Sporda Şiddetin Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu ve Yorumu, İstanbul, 2006, s. 11.

<sup>14</sup> Bu husus 6222 sayılı Kanunun gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “*Bu amaçla yürürlüğe konulmasına karşın 5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun, kabul edildiği 2004 yılından bu yana spor müsabakalarında şiddet ve düzensizliği önlemede yetersiz kalmış ve uygulamada ortaya çıkan problemler, üzerinden geçen altı yıllık süre içerisinde giderilemediği gibi zaman içerisinde eksiklikler de görülmüştür.*”; “*5149 sayılı Kanunda düzenlenen yasak fiillere yaptırım olarak idari para cezası öngörülmesi ve bu cezaların spor güvenlik kurulları tarafından verilmesi nedeniyle, uygulamada Kanun gerek genel, gerekse de özel önleme fonksiyonunu yerine getirememiştir.*” Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun Tasarısı ile Adalet Komisyonu Raporu (1/990) - Genel Gerekçe, s. 3.

14.03.2011 tarihinde resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir<sup>15</sup>. Kanunun amacı, spor müsabakaları öncesinde, sonrasında veya esnasında meydana gelebilecek şiddet ve düzensizliğin önlenmesi olarak ifade edilmiştir<sup>16</sup>.<sup>17</sup> Bu amacın yerine getirilebilmesi adına söz konusu kanunda çeşitli suçlar ve kabahatler ile bunlara uygulanacak yaptırımlara yer verilmiştir. Söz gelimi, spor müsabakalarının sonucunu etkilemek amacıyla şike yapılması veya teşvik primi verilmesi 11. maddede, spor alanlarına yasak madde sokulması ve müsabaka düzenin bozulması 13. maddede, hakaret içeren tezahüratlar ile usulsüz seyirci girişleri 14. ve 15. maddede, yasak alanlara girilmesi ve spor alanlarında taşkınlık yapılması ile tesislere zarar verilmesi ise Kanunun 17. ve 18. maddelerinde suç olarak düzenlenmiştir<sup>18</sup>.

Bunların yanı sıra; kanunkoyucu, sporda şiddetin önüne geçilebilmesi ve düzenin sağlanabilmesi adına suçlar kadar ağır haksızlık barındırmayan kabahat nev'inden fiiller hakkında da idari yaptırımlar öngörmüştür. Çalışmanın konusunu oluşturan “Şiddete Neden Olabilecek Açıklamalarda Bulunma” kabahati de bu kapsamda kanunun 22. maddesinde düzenlenmiştir. Keza, ilgili kanunun 5. maddesinde de belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda verilecek idari para cezaları 21. maddede hüküm altına alınmıştır<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> 14 Nisan 2011 tarihli 27905 s. Resmi Gazete.

<sup>16</sup> Kanunun amacı mülga 5149 sayılı Kanunun ilk maddesinde kazuistik olarak şu şekilde düzenlenmiştir: “*Bu Kanunun amacı; spor müsabakalarının yapıldığı alanlar ile bunların eklenti ve çevresinde müsabaka öncesinde, müsabaka esnasında veya sonrasında şiddetli rekabet ve bunun doğurduğu fanatizm sonucu patlayıcı, parlayıcı, yanıcı, yakıcı, kesici veya delici maddelerin kullanılmasında, şiddet ve düzensizliğin, kişilik haklarına, ailevi veya manevi değerlere yönelik hakaret, sövme ve aşağılayıcı slogan ve davranışların yer aldığı sporun ruhuna, ilke ve kurallarına uymayan kötü tezahüratın önlenmesi suretiyle huzur ve güvenliğinin, kişi dokunulmazlığı ve kamu düzeninin sağlanmasına yönelik olarak alınacak önlemler ve uygulanacak yaptırımlarla ilgili usul ve esasları düzenlemektir.*” 6222 sayılı Kanun ise kanunun amacı olarak daha genel bir ifadeye vermiş ve taraftarların sürekli veya geçici olarak gruplar halinde buldukları yerler ile müsabakanın bulunduğu yere gidiş ve geliş güzergâhlarını da kapsamına almıştır.

<sup>17</sup> Ayrıca Kanunun ismi her ne kadar Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi dahi olsa genel itibarıyla getirilen hükümlerin arka planında futbolda yaşanan şiddetin önüne geçilme amacı olduğu anlaşılmaktadır. **Zafer**, s. 27. Bu husus doğru olmakla beraber günümüzde toplumun tüm kesimlerini ilgilendiren ve en fazla şiddet yaşanan spor dalı olduğu için kanunun arka planında yatan amacın makul olduğundan söz edilebilir.

<sup>18</sup> Konu hakkındaki detaylı bilgi için bkz. ÖZEN, Mustafa, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Yer Alan Suçlar ve Yaptırımları, Ankara, 2013, s. 6 vd.

<sup>19</sup> Bu kapsamda 6222 sayılı Kanunda; müsabakada özel güvenlik görevlisi bulundurma; spor alanlarında elektronik kart sistemi ve güvenlik amacıyla gerekli donanımları kurma ve bekleme-kontrol odası oluşturma yükümlülüklerine aykırı davranılması; ayrıca spor alanlarına biletsiz veya kapasitesinin üzerinde seyirci alınması durumunda 21. maddede öngörülen

Çalışmada, 6222 sayılı Kanununun 22. maddesinde düzenlenen “Şiddete Neden Olabilecek Açıklamalarda Bulunma” fiili, kabahat genel teorisine uygun olarak incelenecek; ancak ilgili maddenin 3. fıkrasında öngörülen seyirden yasaklama tedbiri çalışmanın kapsamı dışında kaldığından değerlendirilmeyecektir<sup>20</sup>.

## I. ŞİDDETİ TEŞVİK EDECEK AÇIKLAMALARDA BULUNMA KABAHAHATI

### A. Genel Olarak

Şiddeti teşvik edecek açıklamalarda bulunma kabahati, 6222 sayılı Kanununun 22. maddesinde dört fıkra halinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin ilk fıkrasında kabahat; “*Sporda şiddeti teşvik edecek şekilde basın ve yayın yoluyla açıklamada bulunan kişilere, fiilleri suç oluşturmadığı takdirde, beşbin Türk Lirasından ellibin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir*” şeklinde ifade edilmiştir<sup>21</sup>. Bu kapsamda, şiddete neden olabilecek açıklamaların basın ve yayın yolu ile yapılması durumunda ilgili açıklamalar suç teşkil etmese bile yaratacağı tehlikeden ötürü kanunkoyucu tarafından yaptırım altına alınmıştır.

Şiddete neden olabilecek açıklamaların ayrıca suç teşkil etmemesi gerektiği maddede bir önkoşul olarak düzenlenmiştir, böyle bir husus esasen kabahatlerle suçların içtima halini düzenleyen 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 15. maddesinin son fıkrasında açıkça düzenlendiğinden burada ayrıca belirtilmesinin bir lüzumu bulunmamaktadır<sup>22</sup>. Bunun yanı sıra, fıkrada yer alan basın ve yayın yolu ibaresi ise Türk Ceza Kanununun 6. maddesinin g bendinde yer alan basın ve yayın yolu tanımına paralel olarak her türlü yazılı, görsel, işit-

---

idari para cezalarına Cumhuriyet Savcısı tarafından hükmedilecektir. **KOCA, Mahmut**, “6222 Sayılı Kanunda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler”, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, (Kolokyum Kitabı) Editörler: Cumhur Şahin, İzzet Özgenç, İlhan Üzülmöz, Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku ve Uygulama ve Araştırma Merkezi (TÜRK-CE-MER), Ankara, 2012, s. 79.

<sup>20</sup> Seyirden yasaklama tedbiri için bkz. **ZAFER, Hamide**, “Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Yönelik Bir Çare Olarak Seyirden Yasaklama”, TAAD, Yıl:5, Sayı:19, 2014, s. 23-52; **ÖZTÜRK, Bahri**, “Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Çare Olarak Seyirden Yasaklama”, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, (Kolokyum Kitabı) Editörler: Cumhur Şahin, İzzet Özgenç, İlhan Üzülmöz, Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku ve Uygulama ve Araştırma Merkezi (TÜRK-CE-MER), Ankara, 2012, s 33 -4; **YAŞAR, Yusuf**, “6222 s. Kanun’un 18’inci Maddesinde Yer Alan “Seyirden Yasaklanma” ile “Seyirden Yasaklama” Tedbirleri”, MÜHF – HAD, C. 19, S: 1, 2013, s. 4-36.

<sup>21</sup> İlgili kabahatin unsurları öğretilde; sporda şiddeti teşvik eden bir açıklama olması, açıklamanın aleni yapılması, fiillerin başka bir suç oluşturmaması şeklinde belirtilmiştir. **ÖZTÜRK, Yavuz**, Uzlaşmalı Müsabaka, Şike ve Teşvik Primi, Ankara, 2012, s. 84.

<sup>22</sup> 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 15/f. 3; “Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanmayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.”

sel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar olarak tanımlanabilir. Günümüzde toplumun hemen her kesimi tarafından kullanılan sosyal medya platformlarının da bu kapsamda kalacağına tereddüt yoktur<sup>23</sup>.

Maddenin ikinci fıkrasında ise; ilk fıkrada yer alan kabahatlerin spor kulübü veya federasyon yöneticileri tarafından işlenmesi durumunda verilecek cezanın beş katına kadar artırılacağı düzenlenmiştir. Federasyonlar, 6222 sayılı Kanunun 3. maddesinin a bendinde; “*Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü bünyesinde faaliyet gösteren federasyonları, bağımsız spor federasyonlarını ve Türkiye Futbol Federasyonunu*” olarak tanımlanmıştır<sup>24</sup>. Federasyon yöneticileri ise söz konusu tanımda yer alan federasyonların yönetici kadrolarında yer alan kişileri ifade etmektedir<sup>25</sup>. Bununla birlikte, söz konusu federasyonların sürekli kurullarında yer alan ancak yönetici olmayan diğer görevliler bu kapsamda ele alınmamalıdır. Keza, spor kulübü de aynı maddenin h bendinde; “*belirli kurallara göre kurulan, amatör veya profesyonel spor dallarında faaliyetinde bulunan kuruluş*” şeklinde ifade edilmiştir. Federasyon yetkililerinde olduğu gibi spor kulübü yöneticileri ifadesinden de spor kulüplerinin yönetim kadrolarında yer alan kişiler anlaşılmalıdır<sup>26 27</sup>.

Maddenin üçüncü fıkrasında, ilk fıkrada belirtilen kabahati işleyen kişiler açısından Kanunun 18. maddesinde düzenlenen seyirden yasaklama tedbirinin uygulanış usul ve şartları öngörülmüştür. Bu kapsamda seyirden yasaklama tedbiri, söz konusu kanunda yer alan suçların soruşturma ve kovuşturma

---

<sup>23</sup> **Koca**, s. 82, dp. 35. Aynı yönde bkz. **KARANFİL, Celalettin**, “6222 Sayılı Kanundan Kaynaklanan Suçların Soruşturulması Usulü İle Spor Alanlarına Yasak Madde Sokulması Ve Müsabaka Düzeninin Bozulması, Spor Alanlarına Usulsüz Seyirci Girmesi Suçları” Av. Kısmet ERKİNER’e Armağanı Spor Hukuku Yazıları, İstanbul Barosu Yayınları, Ekim, 2014, s. 86.

<sup>24</sup> Türkiye Futbol Federasyonunun yapısı hakkında detaylı bilgi için bkz. **Gülşen**, s. 36. ; Ayrıca bkz. **Memiş** s. 57.

<sup>25</sup> **ÜÇİŞİK**, Fehim, Spor Hukuku, Ötüken Yayınları, İstanbul, 2011, s. 37 vd.

<sup>26</sup> Yasanın spor kulüplerini tanımlamasına rağmen “Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Gençlik ve Spor Kulüpleri Yönetmeliği’nin 4. maddesinde spor kulüpleri; “*Spor faaliyetlerinde bulunmak amacıyla kurularak Genel Müdürlüğe kayıt ve tescilini yaptıran dernekleri*” şeklinde tanımlanmıştır. İlgili yönetmelik uyarınca spor kulüplerinin bir dernek olarak kurulması gerekmektedir. **Donay**’aFf göre büyük miktarda paraların döndüğü futbol kulüplerinin dernek olmaktan çıkarılması ve ticari bir nitelik kazandırılması gerekmektedir. **DONAY, Süheyl**, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi ve Şike ve Teşvik Primi, 2. Ve Güncellenmiş Bası, İstanbul, 2012, s. 82.

<sup>27</sup> Spor Kulüplerinin yöneticileri ifadesinden beşten az olmamak kaydıyla kulübün genel kurulu tarafından seçilen yönetim kurulu üyelerinin anlaşılması gerekmektedir. **Üçışık**, s. 73. Kanaatimizce, kulüp genel kurulunda yer alan üyelerin söz konusu kabahati işlemleri halinde ağırlaştırıcı hal ortaya çıkmayacaktır. Bunun nedeni, genel kurulda yer alan üyelerin kulübün yönetilmesi için yönetim kurulunu belirlemesi ile birlikte artık kulüp yöneticisi sıfatı yönetim kurulunun üyelerine ait olmaktadır.

aşamasında özel bir koruma tedbiri veya mahkûmiyet kararına ek bir güvenlik tedbiri olarak ifade edilebilir<sup>28</sup>. Kanunkoyucu bu ihtimallerin dışında seyirden yasaklama tedbirini şiddeti teşvik edecek açıklamalarda bulunma kabahati için özel olarak düzenlemiş ve üç ay süreyle uygulanacağını belirtmiştir. Bununla beraber, 18. maddenin 8. fıkrasında yer alan, tedbir uygulanan kişinin maç saatinden önce kolluk merkezine başvuruda bulunma şartı ise ilgili kabahat açısından uygulanmayacaktır<sup>29</sup> (m. 22/3).

Maddenin son fıkrasında; *“Birinci fıkra kapsamına giren fiillerin, haber verme ve eleştiri hakkının sınırları aşılarak yayımlanması halinde, ilgili basın ve yayın organının işleticisi olan gerçek veya tüzel kişiye, yüzbin Türk Lirasından beşyüzbin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir. Birinci fıkra kapsamına giren fiillerin tekrar tekrar yayımlanması halinde, haber verme hakkının sınırları açılmış kabul edilir”* ibaresi ile basın hürriyeti ve eleştiri hakkının sınırlarını aşarak söz konusu açıklamaları yayımlayan basın ve yayın organları hakkında hükmedilecek idari yaptırım hüküm altına alınmıştır. Bu fıkraya ilişkin değerlendirmeler ikinci kısımda yapılacaktır.

## B. Korunan Hukuki Değer

Kanunkoyucunun bir hareketin yapılmasını veya yapılmamasını suç ya da kabahat olarak düzenleyip yaptırım altına alabilmesi için o hareketin neticesinde bir hukuki değerın zarar görmesi veya bir tehlikeye uğraması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, kanunkoyucuyu bazı fiilleri suç veya kabahat olarak düzenleme sebebi bir takım hukuki değerleri muhafaza çabasıdır<sup>30</sup>.

Kanunkoyucu, toplumun hemen her kesiminin yoğun ilgisinin bulunduğu spor müsabakalarında şiddete neden olabilecek türde açıklamalarda bulunarak bir veya birden çok kişinin şiddete yönelme ihtimalini önlemeye çalışmış diğer yandan dürüst ve güvenilir bir müsabaka ortamının yaratılmasını amaçlamıştır. Diğer bir deyişle, kanunkoyucu oluşturmaya çalıştığı güvenli ortamın

<sup>28</sup> Seyirden yasaklama tedbirinin hem önleme yasaklaması hem özgün bir koruma tedbiri hem de mahkûmiyete binaen uygulanabilecek bir güvenlik tedbiri olarak başvurulabileceğine ilişkin bkz. Zafer, s. 33, Öztürk, 36 vd.

<sup>29</sup> 6222 sayılı Kanununun 18. maddesinin 8. fıkrasında; *“Bu madde hükümlerine göre spor müsabakalarını seyirden yasaklanan kişi, yasaklama kararının sebebini oluşturan fiilin işlendiği müsabakanın tarafı olan ve taraftarı olduğu takımın katıldığı spor müsabakalarının yapılacağı gün, yurt içinde bulunduğu takdirde, müsabakanın başlangıç saatinde ve bundan bir saat sonra bulunduğu yere en yakın genel kolluk birimine başvurmakla yükümlüdür”* ibaresi aynı Kanununun 22. maddesinin 3. fıkrası uyarınca çalışma konusu kabahat açısından uygulanmayacaktır.

<sup>30</sup> ARTUK, E. Mehmet/ GÖKÇEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ankara, 2015, s. 286.

bozulacağı endişesi ile söz konusu kabahatin yaptırım altına alındığı söylenebilir.

### C. Kabahatin Maddi Unsuru

#### 1. Fail

Fail, kanunkoyucunun suç veya kabahat olarak düzenlediği tipe uyum hareketi gerçekleştiren gerçek kişi olarak tanımlanabilir. Kural olarak suçların veya kabahatlerin faili herkes olabilir<sup>31</sup>. Bununla beraber, bazı kabahatlerin faili kanunkoyucu tarafından özel olarak belirlenmiştir. Böyle kabahatler, doktrinde özgü kabahatler veya özel failli kabahatler olarak adlandırılmaktadır<sup>32</sup>..

6222 sayılı Kanun kabul edilmeden önce ilgili kabahat, hükümet tasarısında, *“Spor müsabakalarının güvenlik veya düzenini bozabilecek ya da spor müsabakalarının taraflarını, müsabakalardaki görevlileri, spor kulübü veya federasyon yöneticilerini rencide edecek ya da bu kişilere husumet duyulmasına neden olabilecek şekilde basın ve yayın yoluyla açıklamada bulunan kişilere, fiilleri suç oluşturmadığı takdirde, beşbin Türk Lirasından ellibin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir”* şeklinde düzenlenmişti ve maddenin gerekçesinde açıkça özgü bir kabahat olmadığı belirtilmişti<sup>33 34</sup>.

Adalet komisyonunda kabul edilen ve yasallaşan metinde yer alan “kişi” ibaresi nedeniyle çalışmanın konusu olan kabahat açısından kanunkoyucu fail konusunda açıkça bir belirleme yapmadığından ilgili kabahat herkes tarafından işlenebilecektir<sup>35</sup>. Buna karşılık, şiddete neden olabilecek açıklamalarda bulunma kabahati ancak basın ve yayın yoluyla işlenebileceğinden, spor müsabakaları

---

<sup>31</sup> Suçların veya kabahatlerin faileri ilgili normlarda genellikle “her kim”, “kimse”, “bir kimse” veya “kişi” olarak gösterilir ve bu gibi hallerde ilgili suç veya kabahat herhangi biri tarafından işlenebilir. Bu şekilde düzenlenen suçlara herkes tarafından herkes tarafından işlenebilen suçlar denilmektedir. **Artuk/ Gökçen/ Yenidünya**, s. 273.

<sup>32</sup> Söz gelimi, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 27, 44 ve 46. maddelerinde düzenlenen kabahatler yalnızca tabipler tarafından işlenebilecektir. **AKBULUT, Berrin**, Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Ankara, 2014, s. 334. Ayrıca özgü kabahatlere ilişkin diğer örnekler için bkz. **KANGAL, Zeynel**, Kabahatler Hukuku, 1. Bası, İstanbul, 2011, s. 107 vd.

<sup>33</sup> Buna rağmen ilgili hükümet tasarısının gerekçesinde her ne kadar açıkça özgü bir kabahat olarak düzenlenmediği belirtilse bile, özellikle basın ve yayın kuruluşlarında program yapan sunucu, yorumcu ve muhabirler ile spor kulübü başkanları ve yöneticilerinin bu kabahati işleyebilecekleri belirtilmişti. Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun Tasarısı ile Adalet Komisyonu Raporu (1/990) - Genel Gerekçe, s. 9.

<sup>34</sup> Adalet komisyonunca kabul edilen güncel metnin daha isabetli olduğu konusunda bkz. **Donay**, 132.

<sup>35</sup> **Gülşen**, s. 91.



öncesi-sonrasında açıklamalarda bulunan spor kulüpleri başkan ve yöneticileri ile spor yorumcuları ve muhabirleri ekseriyetle ilgili kabahatin faili olmaktadır.

## 2. Mağdur

Kabahatler suçlara nazaran daha az haksızlık içeren ve genellikle bir düzeni sağlamak için kanunkoyucunun yaptırım öngördüğü fiillerdir<sup>36</sup>. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu bu hususta kanunun amacının toplum düzeninin, genel ahlakın, genel sağlığın, çevrenin ve ekonomik düzenin korunması olduğunu vurgulamıştır. Nitekim kabahatlerin yaptırım altına alınmasının nedeninin, belirli kişilerin mağduriyetlerini önlemekten ziyade, toplum düzeninde meydana gelebilecek hafif ihmalleri yaptırım altına almak ve düzeni eski haline getirmek olduğu söylenebilir. Dolayısıyla kabahatlerde mağdur, toplumu oluşturan veya düzenin bozulmasından etkilenen herkeştir<sup>37</sup>.

Basın yoluyla sporda şiddete neden olabilecek açıklamalarda bulunma kabahati yaptırım altına alınmasının amacının spor çevrelerinde yaşanabilecek şiddetin önüne geçmek ve sporda düzeni sağlamak olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bunun neticesinde, inceleme konusu kabahatin mağduru, toplumu oluşturan veya spor düzeninin bozulmasından etkilenecek olan herkes olarak ifade edilebilir<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Bu konuda Ferri kabahatleri “cüce cürümler” olarak tanımlamıştır. ZAFER, Hamide/ PAMUK, Gülfem/ ÇAKIR, Kerim, Gereğçeli – Açıklamalı – İçtihatlı Kabahatler Kanunu, İstanbul, 2014, s. 3.

<sup>37</sup> Akbulut, s. 396. Kanunkoyucunun hangi hareketi suç hangi hareketi kabahat olarak nitelendirdiği konusundaki ayrımının neye dayandığı uzun yıllar tartışılmış ve bu konu hakkında çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Bu teoriler; nitelik teorisi ve nicelik teorisi olmak üzere iki ana başlık altında toplanmıştır. Almanya’da Goldschmidt, Feuerbach, Wolf, Lange, Sommer, Sax, Wimmer gibi yazarlar tarafından savunulan nitelik kriteri zamanla önem kaybetmiş ve nicelik teorisi ön plana çıkmıştır. MAHMUTOĞLU, F. Selami, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukuku, İstanbul, 1995, s. 79 vd. ; Bu konuda İtalyan Hukuku’nda da esasen suçlar ile kabahatler arasında nitelik farkının bulunduğu başta ileri sürülmüş olmasına karşın, daha sonraki dönemlerde bu farkın bilimsel bir temeli olmadığı ve ikisi arasında bir fark var ise ancak ceza ve ağırlık bakımından olduğu görüşü ağırlık kazanmıştır. DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I, 14. Bası, İstanbul, 1997, s. 358. “Kanunkoyucu, bazı ihlalleri ağır ağır yaptırımlarla karşılayarak sosyal düzeni koruyacağını düşündüğünde bu ihlali suç olarak tanımlamakta; buna karşılık sosyal düzen bakımından ağır bir tehdit oluşturmadığını düşündüğü ve dolayısıyla ağır klasik ceza hukuku yaptırımları ile karşılanmasına gerek duymadığı fiilleri ise olarak yaptırım altına almıştır.” ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), 3. Bası, İstanbul, 2013, s. 139 vd. (İlgili kitap çalışmanın geri kalanında Zafer, Genel Hükümler olarak anılacaktır.). “Kabahatleri; cürümler dışında kalan, toplum düzenini ciddi şekilde sarsmayan henüz ağır sonuçlara ulaşmayan ve bunlardan dolayı tehlike hareketlerini önlemeyi amaçlayan haksızlıklar olarak tanımlayabiliriz.” ŞEN, Ersan, “Kabahatler Kanununun Ceza Muhakemesi Kanunu İle İlişkisi” CHD, Y. 5, S. 12, Nisan, 2010, s. 11.

<sup>38</sup> Kabahatler hukukunda olduğu gibi bazı suçlar açısından da mağdur toplumu oluşturan herkes



### 3. Konu

Suçun veya kabahatin konusu, doktrinde maddi unsurlar arasında değerlendirilen ve kanunun tipinde öngörülen hareketin yöneldiği kişi, eşya veya soyut değerdir<sup>39</sup>.

Sporda şiddete neden olabilecek açıklamalarda bulunma kabahatinin konusu ise açıklamaların yöneldiği spor düzenidir. Nitekim bu tarz açıklamalar spor düzeninde bir zarar meydana getirme tehlikesi göz önüne alınarak kanunkoyucu tarafından kabahat olarak düzenlenmiştir.

Suçun veya kabahatin işlenmesi ise konu üzerinde ya bir zarar meydana getirir ya da onu bir zarar görme tehlikesi ile karşı karşıya bırakır<sup>40</sup>. Bundan dolayı suçlar açısından öngörülen zarar suçları tehlike suçları ayrımı, kabahatler açısından da geçerlidir. Diğer bir ifadeyle, konunun zarar görmesi söz konusu ise zarar kabahati, konunun suç tipinde öngörülen hareketin yapılması ile tehlikeye düşmesi halinde ise tehlike kabahati oluşacaktır<sup>41</sup>.

Bundan dolayı söz konusu kabahat – *kabahatlerin genel yapısına uygun olarak* – bir soyut tehlike kabahatidir<sup>42</sup>. Soyut tehlike kabahati olmasının sonucu olarak, şiddete neden olabilecek açıklamaların spor düzeni içerisinde gerçekten bir şiddet eylemine sebebiyet verip vermediği araştırılmayacak yalnızca söz konusu açıklamaların yapılması ile tehlikenin gerçekleştiği kabul edilecek ve kişi hakkında idari para cezasına hükmedilecektir. Bununla birlikte, hâkim yapılan açıklamaların sporda şiddet tehlikesini meydana getirmeye elverişli olup olmadığını araştıracaktır. Bu araştırma ise şiddete neden olabilecek tarzda yapılan açıklamaların o tehlikeyi doğurmaya elverişli yönde olup olmadığı noktasında kalacaktır. Yoksa gerçekte tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediği araştırmasının yapılmasına gerek bulunmamaktadır<sup>43</sup>.

---

olabilir. Örneğin; kamunun sağlığına karşı suçlar (TCK m. 185 vd.), kamu güvenine karşı suçlar (TCK m. 197 vd.) Ayrıca bazı suçlar açısından hem menfaati ihlal edilen kişi hem de toplumu oluşturan herkes mağdur olabilir. Söz gelimi, iftira suçunda iftirada bulunulan kişide toplumu oluşturan herkeste suçun mağduru konumundadır. **PAMUK, Gülfem**, Türk ve Fransız Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Mağdurun Makam Olarak Yeri, İstanbul, 2012, s. 158.

<sup>39</sup> **Artuk/ Gökçen/ Yenidünya**, s. 284.

<sup>40</sup> Bazı kabahatlerin konu unsuru taşımadığına ilişkin görüş için bkz. **PAMUK, Gülfem**, “*Gürültü Kabahati*”, Feridun YENİSEY'e Armağan, Cilt 1, İstanbul, 2014, s. 673.

<sup>41</sup> **Akbulut**, s. 398.

<sup>42</sup> Nitekim çalışmanın konusu kabahat açısından da şiddete neden olabilecek açıklamalarda bulunulması kabahatin oluşması için yeterlidir, ayrıca şiddet eylemlerinin meydana gelip gelmediği araştırılmayacak yalnızca hareketin yani söz konusu açıklamaların tehlikeyi meydana getirmeye elverişli olup olmadığı hâkim tarafından değerlendirilecektir.

<sup>43</sup> Doktrinde bu hususta potansiyel tehlike suçları ayrımı da yapılmaktadır. Buna göre bu tarz

#### 4. Fiil

Ceza sorumluluğunun temelinde insanların dış dünyada meydana getirdiği iradi davranışlar yatmaktadır, bundan dolayı tıpkı suçlarda olduğu gibi kabahatler açısından da kanunkoyucunun düzenlediği kabahat tipine uygun bir fiilin bulunması şarttır<sup>44 45</sup>.

Çalışmanın konusunu oluşturan kabahat açısından fiil, basın ve yayın yoluyla şiddete neden olabilecek açıklamalarda bulunmaktır. Bu açıklamaların içeriğinin ayrıca suç teşkil etmemesi ve sporda şiddete neden olabilecek tarzda ifadeler içermesi gerekmektedir<sup>46</sup>. Bunların yanı sıra söz konusu açıklamalar basın ve yayın yolu yapılmalıdır. Yukarıda da değindiğimiz üzere basın ve yayın yolu ibaresinden her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar anlaşılmalıdır. Günümüzde sıkça kullanılan sosyal medya platformlarını da (twitter, facebook vb.) bu kapsamda değerlendirilebilir<sup>47</sup>.

Sporda şiddete neden olabilecek açıklamaların, TCK m. 214'de düzenlenen "suç işlemeye tahrik" suçu kapsamında kalmaması gerekir, bu husus madde nin lafzında söz konusu kabahatin açıkça suç teşkil etmemesi yönünde yer alan ibaresinden de anlaşılmaktadır<sup>48</sup>. Ayrıca, söz konusu açıklamalar, TCK m. 125'de yer alan hakaret suçunu da oluşturmalıdır<sup>49</sup>. Tüm bu ihtimaller-

---

suçlar açısından somut tehlikenin gerçekleşmesi gerekmemekte ancak; somut olay açısından yapılan hareketlerin tehlikeyi meydana getirmeye elverişli olup olmadığı araştırılacaktır. **Akbulut**, s. 399.

<sup>44</sup> Kabahatlerde tıpkı suçlarda olduğu gibi icrai hareketlerle işlenebileceği gibi, belirli bir icrai davranışta bulunma konusunda hukuki yükümlülüğüne rağmen (KK m. 7) bu davranışın yapılmaması ile ihmalen de işlenebilirler. **Zafer/ Pamuk/ Çakır**, s. 11.

<sup>45</sup> Ceza hukukunda hareket olmadan suç oluşmayacağı gibi (nullum actione sine crimine), kabahatler hukukunda da hareket olmadan kabahatte oluşmayacaktır. **Akbulut**, s. 246.

<sup>46</sup> Öğretide Öztürk, hakem hataları, futbolcu geçmişleri gibi hususların objektiflikten uzak bir şekilde açıklanmasının kişileri şiddete teşvik edebileceğini belirtmiştir. Öztürk, s. 84 vd.

<sup>47</sup> Ayrıca bkz. <http://www.dunya.com/spor/sosyal-medyaya-sporda-siddet-ayari-243227h.htm> (Erişim Tarihi: 03.05.2015).

<sup>48</sup> TCK m. 214'de suç işlemeye tahrik suçu; "Suç işlemek için alenen tahrikte bulunan kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu suçun fiil unsurunu, suç işlemek için alenen tahrikte bulunmak oluşturmaktadır. Tahrik; bir kimseyi, kötü bir iş yapması için harekete geçirme, kışkırtma olarak tanımlanabilir. Bunun neticesinde, herhangi bir kişinin alenen suç işlemek için toplumu harekete geçirmeye, kışkırtmaya çalışması durumunda ilgili suç oluşacaktır, bununla birlikte alenen tahrik edilen suçun işlenmesi ise herhangi bir önem arz etmeyecektir. Ayrıca tribünlere zarar vermesi, takım otobüsü taşlamaya veya kamu araçlarına yönelik basın yayın yoluyla yapılan çağırının ilgili kabahati değil TCK m. 214'de düzenlenen suçu oluşturacağına ilişkin, **Gülşen**, s. 91.

<sup>49</sup> Keza kanun ilgili kabahatin tipinde başka bir suç oluşmaması şartını öngördüğü için stadyum alanı veya çevresinde bir araya gelen taraftar gruplarının hakaret vari söz veya davranışlarda bulunmaları halinde ilgili kabahatin oluştuğundan söz edilemeyecektir. 6222 s. Kanununun 14. maddesinde yer alan suç hakkında daha geniş bilgi için bkz. Özen, s. 81 vd.

de Kabahatler Kanununun 3. maddesinin yollaması ile Kabahatler Kanununun 15. maddesinin son fıkrası uygulanacak ve kişi ancak işlediği suçtan dolayı cezalandırılacaktır<sup>50</sup>.

Madde metninde yer alan şiddete teşvik edecek açıklamalar ibaresinden ne anlaşılması gerektiği ise açık değildir, ancak medyaya yansıyan olaylar nazarında “mücadeleyi kaybedersek hakem odası basarım<sup>51</sup>”, “spor programı esnasında hakemlerin resmini çizip daha sonrasında hatalarını açıklayarak hakemlerin bulunduğu resimleri karalamak<sup>52</sup>” gibi ifade ve olaylar söz konusu kabahat kapsamında değerlendirilmiştir<sup>53</sup>. Söz gelimi, bir takım taraftarların kendilerine ait cansız bir mankene karşı takımın formasını giydirip daha sonra bu mankene hakaret edip, yaktığı ve bunu sosyal medyada yayınladığı olay açısından başka bir suç meydana gelmediği sürece söz konusu kabahatin işlendiği kabul edilmelidir<sup>54</sup>. Yapılan açıklamaların şiddeti gerçekleştirecek kişilere yönelmesi ve spor ile alakalı olması gereklidir, aksi takdirde ilgili açıklamalar maddenin kapsamında değerlendirilmeyecektir<sup>55</sup>.

Tüm bunların yanı sıra, hareketin niteliği açısından sporda şiddete neden

---

<sup>50</sup> 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 3. maddesi “(1) Bu kanunun; a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır.” hükmü uyarınca özel kanunlarda yer alana kabahatler açısından genel kanun niteliğinde olduğu düzenlenmiştir. **Zafer/ Pamuk/ Çakır**, s. 42. İnceleme konusu kabahat açısından da Kabahatler Kanununun genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

<sup>51</sup> <http://www.hurriyet.com.tr/spor/futbol/27493958.asp> (Erişim Tarihi: 03.05.2015).

<sup>52</sup> <http://www.milliyet.com.tr/cakar-a-seyirden-men---1990588-skorerhaber/> (Erişim Tarihi: 03.05.2015).

<sup>53</sup> Yine medyaya yansıyan başka bir olayda sporcu Emre Belezoglu, dönemin Trabzonspor başkanının canlı yayına bağlanıp hakkında; “Devre arasında Emre içeri girerken yine başparmağı ile işaret ederek içeri girdi. Ben onu bulmaya indiğimde soyunma odası koridorunda Semih karşıma çıktı. Semih de bizim yöneticinin bir tanesi ile münakaşa ederken ben de araya girdim. Fakat Emre’yi bulamadım. Semih ile aramızda bir sorun yaşanmadı. Yönetici arkadaşşı şikâyet ediyordu bana. Korumam sanmış. Benim korumam falan olmaz. Benim derdim Emre ile. Lig TV’de bunun görüntüleri vardır. Emre ile gidip konuşacaktım, benim çocuğum yaşında adam. İkide bir ‘Benim annem Maçkalı’ diyor. Maçkalı bir insanın evladı böyle olmaz. Maçkalılar çok düzgün olurlar. Trabzon’un en kültürlü ilçesidir, en medeni ilçesidir. ‘Sorardım sen nasıl buradan böyle çıktın’ diye. Biraz itidalli olsun, sert bir kayaya çarpabilir. Bir kulüp başkanına el kol hareketleri yanlış şeylerdir. Sonra ağır ceza öder. Kulüp başkanına parmak sallamak, ırkçılık kadar ağır bir suçtur” şeklindeki ifadelerinden ötürü 6222 sayılı Kanununun 22. maddesine dayanarak şikâyetçi olmuştur.

<http://spor.mynet.com/fehaber/17393-emre-sadri-senerden-davacioldu.html?tmpl=mobile&m=1&mapp=1&start=0> (Erişim Tarihi: 03.05.2015).

<sup>54</sup> <http://siyasihaber1.org/erkek-taraftar-kadin-mankene-galatasaray-formasi-giydirip-yakti> (Erişim Tarihi: 28.10.2015).

<sup>55</sup> **Donay**, s. 133.

olabilecek açıklamalarda bulunma kabahati sırf hareket kabahatidir. Dolayısıyla kanuni tanımında yer alan hareketin yapılması ile söz konusu kabahat gerçekleşmiş kabul edilecek ayrıca şiddet eylemlerinin gerçekleşmesi aranmayacaktır<sup>56</sup>.

## 5. Netice

Ceza hukuku anlamında netice, en basit tabiriyle iradi hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişiklik olarak tanımlanabilir. Bunun yanı sıra, hareketin suçun maddi konusunu üzerinde bir zarar meydana getirmesi veya zarara uğrama ihtimali de netice kapsamındadır. Dolayısıyla suçlar ve kabahatler netice açısından da zarar suçu (kabahati) ve tehlike suçu (kabahati) olarak sınıflandırılabilirler<sup>57</sup>.

Kanuni tanımında bir zarar neticesinin gösterildiği suçlarda ve kabahatlerde netice unsuru hareketten zaman, yer veya nedensellik bağı açısından ayrı olarak gerçekleşir. Söz gelimi, zarara suçları (kabahatleri) ve somut tehlike suçları (kabahatleri) buna örnek olarak gösterilebilir<sup>58</sup>. Bazı durumlarda ise hareketin yapılması tehlikenin doğduğunun kabulü için yeterlidir. Bu durumda ayrıca bir tehlikenin meydana gelip gelmediği araştırılmaz, tehlikenin bir hareketin yapılması ile doğduğu varsayılmakta ve suç politikası gereği cezalandırılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, sırf hareketin yapılması suçun veya kabahatin tamamlanması için yeterlidir.

Sporda şiddete neden olabilecek açıklamalarda bulunma kabahati de sırf hareket kabahati olduğundan söz konusu açıklamaların yapılması ile soyut tehlike meydana geleceğinden tehlike neticesinin oluştuğu da kabul edilecektir<sup>59</sup>.

## 6. Nitelikli Unsurlar

Kabahatler hukukunda da bir kabahatin temel şekli tanımlandıktan sonra

---

<sup>56</sup> Sırf hareket suçlarının neticesi harekete bitişik suç olarak tanımlanması için bkz. **Zafer**, Genel Hükümler, s. 199. Her suçta veya kabahatte netice vardır anlayışının terk edildiğini ve bunda dolayı neticesi harekette bitişik veya neticesi hareketten ayrı suç kavramlarının yapılamayacağına ilişkin bkz. ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara, 2009, s. 177.

<sup>57</sup> Tehlikenin de bir netice çeşidi olduğu konusunda bkz. **Zafer**, Genel Hükümler, s. 199.

<sup>58</sup> Zarar suçlarında ve somut tehlike suçlarında, neticeli suçların tüm özelliklerini barındırırlar, bundan dolayı hareket ile netice arasında uygun illiyet bağı arandığı gibi bu suçlar teşebbüse de elverişlidir. **Akbulut**, s. 316. Aynı hususlar kabahatler açısından da geçerli olacaktır. Zarar kabahatleri için bkz. **Kangal**, s.105.

<sup>59</sup> Öztürk, s. 85.

tıpkı bazı suçlarda olduğu gibi bu temel şekli ağırlaştırıcı veya hafifletici hallerde yer verilebilir. Kabahatin temel haline nazaran daha ağır veya daha hafif cezalandırılmasına neden olan bu hallerde nitelikli haller denmektedir<sup>60</sup>.

Şiddete neden olabilecek açıklamalarda bulunma kabahatinin yer aldığı 22. maddenin 2. fıkrasında; *“Birinci fıkra kapsamına giren fiillerin spor kulübü veya federasyon yöneticileri tarafından işlenmesi halinde, birinci fıkra hükmüne göre verilecek ceza beş katına kadar artırılır”* hükmü ile kabahatin belli kişiler tarafından işlenmesi hali nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca söz konusu kabahatin spor kulübü veya federasyon yöneticileri tarafından işlenmesi halinde uygulanacak idari para cezası yaptırımını beş katına kadar artırılabilir.

Fıkarda geçen spor kulübü veya federasyon yöneticilerinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak, yukarıda belirttiğimiz üzere 6222 sayılı Yasanın *“Tanımlar”* başlıklı 3. maddesi incelenmelidir. Söz konusu madde uyarınca federasyonlar; *“Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü bünyesinde faaliyet gösteren federasyonları, bağımsız spor federasyonlarını ve Türkiye Futbol Federasyonunu”* şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan hareketle ilgili tanımda yer alan federasyonların yönetici kadrolarında görev alan kişilerin kabahatin konusunu oluşturan açıklamaları yapmaları halinde nitelikli halin gerçekleştiği kabul edilecektir<sup>61 62</sup>.

Keza, aynı şekilde spor kulübü de ilgili kanunun aynı maddesinde (m. 3), *“Belirli kurallara göre kurulan, amatör veya profesyonel spor dallarında faaliyette bulunan kuruluşu”* şeklinde tanımlanmıştır. Bunun yanı sıra, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Gençlik ve Spor Kulüpleri Yönetmeliği'nin 4. mad-

---

<sup>60</sup> Nitelikli haller, doktrinde genellikle maddi unsurların içerisinde ele alınmıştır. Kabahatler açısından da kabahat genel teorisi ile suç genel teorisi arasında pek fark bulunmadığından kabahatin nitelikli hali maddi unsur altında incelenecektir. Ayrıca bu konuda bkz. **Kangal**, s. 108, **Akbulut**, s. 400.; suçlar açısından bkz. Özgenç, s. 209; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 290 vd.

<sup>61</sup> Fıkranın lafzında yer alan *“federasyon yöneticileri”* ibaresinden federasyonların çeşitli kurullarında çalışan kişilerin hepsi anlaşılmalıdır. Her ne kadar fıkranın *ratio legis* incelemesinden kanunkoyucunun amacının sporu düzenleyen ve organize eden yerlerde bulunan insanların daha fazla kişiyi etkileme ihtimallerinden ötürü söz konusu kabahati işlemeleri halinde daha ağır cezalandırılacağı amaçlansa da, yalnızca federasyonların yönetim kadrolarının ilgili nitelikli hal bakımından değerlendirilmesi gerekir. Aksine bir yorum, federasyonun sekreteryası veya icra kurulu gibi yönetim yetkisi olmayan kişileri nitelikli hal kapsamında ele alınmasına neden olacaktır ki bu husus yaptırımlar konusunda kanunilik ilkesinin kabul edildiği kabahatler açısından kıyas yasağına aykırılık teşkil eder.

<sup>62</sup> Türkiye Futbol Federasyonu açısından ise genel kurul, TFF üyelerini temsil eden en yetkili karar organıdır. Üçşık, s. 66. Bununla beraber yönetim yetkisi genel kurulda yer alan delegeler yönetim kuruluna bıraktıklarından artık ilgili kabahat açısından nitelikli hal ancak yönetim kurulunda yer alan kişileri ilgilendirecektir.

desinde spor kulüpleri; “*Spor faaliyetlerinde bulunmak amacıyla kurularak Genel Müdürlüğe kayıt ve tescilini yaptıran dernekleri*” olduğu belirtilmiştir<sup>63</sup>. Spor kulübü yöneticisi ifadesinden de anlaşılması gereken kulübün başkanı ve kulübün yönetim kurulunda yer alan kişiler olmalıdır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere kulübün genel kurulunda yer bulunan kişiler yönetim yetkilerini belli kişilere bıraktıkları için ilgili kabahat açısından nitelikli hal kapsamında değerlendirilmeyeceklerdir.

#### D. Kabahatin Manevi Unsuru

Suçun veya kabahatin manevi unsuru, fail ile maddi unsorda gösterilen hareket arasında kurulan psikolojik bağıdır<sup>64</sup>. Diğer bir ifadeyle, manevi unsur suçun veya kabahatin subjektif kısmını oluşturur. Failin bir suçtan veya kabahatten cezalandırılabilmesi için yalnızca suç tipinde belirtilen hareketi yapması veya öngörülen neticenin ortaya çıkması yeterli değildir; bunun yanı sıra failin eylemi ile arasında psikik bir bağ olmalıdır. Manevi unsurun bulunmaması durumunda suç veya kabahat oluşmayacaktır.

Manevi unsurun görünüm şekilleri ise kast ve taksirdir. Ceza hukuku anlamında bilme ve isteme unsurunu barındıran kast, ceza sorumluluğunun temelini oluşturmaktadır<sup>65</sup>, taksir ise ancak kanunkoyucunun açıkça öngörüldüğü hallerde bir suçun subjektif unsuru olabilir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ise manevi unsur açısından ceza hukukunun genel prensiplerinden ayrılmıştır. Bu kapsamda kabahatlerin manevi unsurlarının düzenlendiği Kabahatler Kanununun 9. maddesi; “*Kabahatler, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde,*

---

<sup>63</sup> **Gülşen**, s. 46. ; Ayrıca bu husus 5235 sayılı Dernekler Kanununun 14. maddesinde “*Derneklerden başvurmaları halinde; spor faaliyetine yönelik olanlar spor kulübü, boş zamanları değerlendirme faaliyetine yönelik olanlar gençlik kulübü ve her iki faaliyeti birlikte amaçlayanlar gençlik ve spor kulübü adını alır. Bu kulüpler, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünce tutulacak kütüğe kayıt ve tescil edilir.*” şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>64</sup> Gelişen ve aşamalar kaydeden ceza hukukunda objektif sorumluluk ilkesi kişinin yalnızca suç tipinde görülen hareketi yapması ve fiilin bunun bir sonucu olması yeterli olması terk edilmiş artık subjektif sorumluluk değer kazanmıştır. Bu bağlamda, fail ancak fiili ile arasında psikolojik bir bağ bulunan hareketinden sorumlu tutulabilecektir. **Zafer**, Genel Hükümler, s. 230.

<sup>65</sup> Bilme unsurundan söz edebilmek için, failin kanuni tanımında yer alan unsurları bilmesi gerekmektedir. Bilme unsurunun kapsamının belirlenmesi ise bu bakımdan son derece önemlidir. Öncelikle bilme unsuru suçun tipinde öngörülen unsurları kapsayacağı gibi (fiili, suç tipinde yer verilmesi halinde neticeyi) ayrıca suçun nitelikli haller ile fail ve mağdura ilişkin özellikler de fail tarafından bilinmesi gerekmektedir. Bununla beraber, suçun unsurları arasında yer almayan objektif cezalandırma şartları ile suçun muhakeme şartlarının fail tarafından bilinmesinin lüzumu bulunmamaktadır. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 300 vd.; Ayrıca bkz. **Zafer**, Genel Hükümler, s. 240 vd.

*hem kasten hem de taksirle işlenebilir*” hükmüne yer vermiştir<sup>66</sup> <sup>67</sup>. Bu hüküm neticesinde artık kabahatler açısından temel unsurun kast olmadığı, kanunkoyucunun ayrıca ve açıkça düzenlediği haller saklı kalmak koşuluyla kabahatlerin taksirle de işlenebileceği öngörülmüştür<sup>68</sup>.

İnceleme konusu kabahat açısından kanunkoyucu herhangi bir manevi unsur belirlemesi yapmamıştır. Dolayısıyla sporda şiddete neden olabilecek açıklamalarda bulunma kabahati hem taksirle hem de kasten işlenebilecektir. Bununla beraber ilgili kabahat sırf hareket kabahati olduğundan pratikte taksirle işlenmesi mümkün gözükmemektedir. Failin kastı açısından da yaptığı açıklamaların sporda şiddete neden olabilecek tarzda olduğunu bilmesi ve istemesi ya da “olursa olsun” diyerek hareketine devam etmesi gerekecektir.

### E. Kabahatin Hukuka Aykırılık Unsuru

Kabahatler Kanununun 12. maddesi “*Hukuka Uygunluk Nedenleri İle Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Nedenler*” başlığı altında “*Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, Türk Ceza Kanununun hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır.*” hükmüne yer vermiştir<sup>69</sup>. İlgili hüküm uyarınca Türk Ceza Kanununda düzenlenen hakkın kullanılması, görevin yerine getirilmesi, meşru savunma ve ilgilinin rızası uygun düştüğü ölçüde kabahatler açısında da uygulanacaktır. Hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde ise kabahat veya suç oluşmayacaktır.

---

<sup>66</sup> Kabahatler de taksirin kast ile eşit derecede öneme bağlanmasının altında çeşitli nedenler yatmaktadır. Bu nedenler; kabahatlerin, suçlar kadar haksızlık unsuru içermemeleri sebebiyle failin hareketi ile arasında bulunan psikolojik bağın önemli olmaması, yaptırım uygulayacak kişilere kolay ve hızlı bir uygulama imkânı yaratma düşüncesi, çok sayıda kabahatin bulunması karşısında hepsinin taksirli halinin düzenlenmesinin zorluğu ve kanunkoyucunun kabahatler sonrası ortaya çıkan zararın her şekilde giderilmesini istemesi şeklinde sıralanabilir. **Kangal**, s. 115.

<sup>67</sup> Bu bakımdan kanunkoyucu tarafından kabahatin manevi unsurunun açıkça belirlenmediği hallerde kişinin aynı zamanda taksirle sorumluluğuna da gidilebilecektir. Bu hususta kabahat failinin kastının bulunmadığı durumlarda taksirinin bulunup bulunmadığının araştırılıp araştırılmayacağı belirsizdir. Kanaatimizce kabahatin failinin kastının bulunmadığı durumlarda taksirinin olup olmadığı da araştırılmalıdır. **AKTAŞ, Batuhan**, “*Kabahatler Kanunu’nda Düzenlenen Kast, Taksir Ve Hata Halleri Üzerine Bir İnceleme*”, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı: 105, Mayıs, 2015, s. 31. Ayrıca kişinin kastının veya taksirinin tespiti kabahatler kanununda belirlenene maktu olmayan cezalar açısından haksızlık içeriklerinin farklı olmasının cezanın tespitinde rol oynayacaktır. **Akbulut**, s. 439.

<sup>68</sup> Kanunkoyucunun bazı hallerde manevi unsuru belirleyerek kasten ibaresine yer verdiği kabahatlerde mevcuttur. Söz gelimi, 4857 sayılı İş Kanununun 102. maddesinin 1. fıkrasına göre işçinin ücretinin kasten ödenmemesi sonucunda bir idari yaptırım öngörülmüştür. **Kangal**, s.111.

<sup>69</sup> Gereğesi için bkz. TBMM, Kabahatler Kanun Tasarısı Ve Adalet Komisyon Raporu, Yasama Yılı: 3, Dönem: 22, S. Sayı:840 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss840m.htm> (Erişim Tarihi: 05.05.2015).



İnceleme konusu kabahat açısından ise hukuka uygunluk nedenleri ise somut olayın şartlarına göre değerlendirilecektir. Ancak belirtmeliyiz ki meşru müdafaa halinin, şiddete neden olabilecek açıklamalarda bulunma kabahati bakımında ileri sürülmesi mümkün değildir. Keza, söz konusu kabahatin mağduru toplumu oluşturan herkes olduğundan ilgilinin rızasından da bahsedilemeyecektir.

Hakkın kullanılması açısından ise kişinin açıklamalarının ifade özgürlüğü kapsamında kalıp kalmadığı değerlendirilmelidir<sup>70</sup>. Bu anlamda ifade özgürlüğü, Anayasanın 26. maddesinde: “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir.” şeklinde düzenlenmiş ve bir anayasal hak statüsünde korunmuştur<sup>71 72</sup>. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ifade özgürlüğünün sınırlanabileceği haller öngörülmüştür.

Bu sınırlamalardan biri de suçların önlenmesidir. Her ne kadar fıkranın lafzında suç ibaresi kullanılsa da söz konusu ifadeyi kabahatleri de kapsayacak biçimde yorumlamak gerekmektedir. Kabahatler her ne kadar hafif haksızlıklar barındırsalar da birçoğunun eskiden suç teşkil ettiği ve toplum düzeni üzerinde ki olumsuz etkileri de göz önüne alındığında, ifade özgürlüğünün bir sınırı olarak kabul edilen suçların önlenmesi koşulu kabahatler açısından da geçerli olacaktır.

Şiddete neden olabilecek açıklamaların ise ifade özgürlüğünün sınırları kapsamında ele alınması gerektiğinden bahsedilemez, bunun nedeni kişileri şiddeti yönelten ve kamu güvenliğine zarar verecek şekillerde yapılan açıklamaların hukuk düzeni tarafından korunmayacak olmasıdır<sup>73</sup>. Bu husus, yalnız-

---

<sup>70</sup> Hakkın kullanılmasının bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edebilmesi için bir takım şartların oluşması gerekmektedir. Bunlar doktrinde şu şekilde ifade edilmiştir: “kişi tarafından doğrudan doğruya kullanılan subjektif bir hakkın bulunması, bu hakkın tanınma sebebinin sınırları dâhilinde kullanılması ve hakkın kullanılması ile işlenen ve tipe uygun fiil arasında uygun illiyet bağının bulunması.” **KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2008, s. 247; Ayrıca bkz. **CENDEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, İstanbul, 2011, s. 328.

<sup>71</sup> Ayrıca bkz. **TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi**, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, 2009, s. 163. bkz. **Centel/ Zafer/ Çakmut**, s. 328.

<sup>72</sup> İfade özgürlüğü hakkı; “düşünceyi ister sözle (nutuk vermek, özel ya da kamuya açık toplantılarda konuşmak, ya da bağırarak, çağırarak, şarkı söylemek gibi..), ister yazıyla (özel yazışmalar, kitap, broşür, gazete basmak gibi yollarla), ya da başka vasıtalarla (tiyatro, sinema gibi) başkalarına aktarabilme, yayabilme ve onları kendi düşüncesinin doğruluğunu inandırabilme hakkını ifade eder.” **TANÖR, Bülent**, Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, İstanbul, 1969, s. 27.

<sup>73</sup> Her ne kadar İHAM kararlarında ifade özgürlüğünün yalnızca halk tarafından hoş karşılanan



ca şiddete neden olabilecek açıklamalar için değil ayrıca kişinin özel hayatını, şeref ve saygınlığını ihlal eden açıklamalar için de geçerlidir. Bununla beraber her olay açısından söz konusu hukuka uygunluk nedeni değerlendirilmeli ve kişinin açıklamalarının ifade özgürlüğü ve bunun bir uzantısı şeklinde ortaya çıkan basın hürriyeti kapsamında kalıp kalmadığı araştırılmaktadır<sup>74</sup>. Şöyle ki, kişinin spor müsabakaları öncesinde veya sonrasında yahut spor ile alakalı olarak yaptığı herhangi bir açıklamanın eleştirel tarzda ifadeler içermesi, bir takım kişileri veya grupları olumsuz yönden değerlendirilmesi durumunda her halükarda söz konusu kabahatin gerçekleştiğinden bahsedilemeyecektir. Böylesine bir algı ve yorum ülkemizde yaygın ve aktif bir konuma sahip spor medyasını adeta işini yapamaz hale gelmesine ve anayasada korunan temel haklardan olan ifade özgürlüğünün göz ardı edilmesine neden olur. Yukarıda da belirttiğimiz ve ifade özgürlüğü içinde kalmayan açıklamalar yalnızca içerisindedir şiddete neden olabilecek ifadeler barındıran açıklamalardır<sup>75</sup>.

## F. Kabahati Kusurluluk Unsuru

Kabahatler Kanununun 12. maddesi; *“Bu Kanunda aksine hüküm bulunma-*

---

açıklamalar için değil onu rahatsız eden, infial uyandıran ifadeleri de kapsadığı ileri sürülse de şiddet eylemini teşvik eden veya şiddet eylemine sebebiyet verebilecek açıklamaların bu kapsamda ele alınmaması gerekmektedir. İHAM’ın Türkiye hakkında vermiş olduğu bir kararda şu gerekçeyle ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir: *“Mahkeme, “bilgi” ve “görüşlerin” sadece kırıcı, şaşırtıcı veya rahatsız edici olmasının müdahalenin haklı gösterilmesi için yeterli olmayacağını yinelemektedir. Mevcut davada söz konusu olan, nefret konuşmaları ve şiddetin yüceltilmesidir.”* (Incal – Türkiye kararı, 9 Haziran 1998) ÖZBEY, Özcan, *“Avrupa İnsan Sözleşmesi İşığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”*, TBB Dergisi, Sayı:106, 2013, s. 66; Ayrıca şiddeti teşvik edecek nitelikte olan bu tarz açıklamaların *“fikri nitelikte olmayan ve hukukun da himaye etmediği ifadeler”* olarak değerlendirilmesi için bkz. **Tanör**, s. 17.

<sup>74</sup> *“Bu hususta Karabük Cumhuriyet Başsavcısı Hakan Arslan’ın yaptığı Sporda Şiddete Etkisi Açısından Yazılı ve Görsel Medyanın Sorumluluğu konulu komisyon raporunda iki görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden ilki; fikir, basın ve yayın hürriyetleri açısından geçerli genel normlar ve anayasal güvenceler çerçevesinde hareket edilmeli, geniş yorumlama yapılarak bu hakların kısıtlanması sonucunu ortaya koyabilecek uygulamalardan kaçınılması gerektiğini ileri sürerken, ikinci görüş ise Kanununun 22/1 maddesinde ifade edilen sporda şiddeti teşvik edecek açıklamaların cezalandırılabilmesi için haber verme ve eleştiri hakkının sınırlarının aşılması gerektiğini, başka bir anlatımla bu özgürlükler kapsamında dahi olsa sporda şiddeti teşvik edecek nitelikte ise suç oluşturup oluşturmadığına bakılmaksızın idari yaptırıma karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.”* **Karanfil**, s. 85 vd. Kanaatimizce her ne kadar ilgili kabahatin uygulama alanını sınırladırsa da ilk görüşün kabulü hukuk devleti açısından yerinde olacaktır. Ayrıca ikinci görüş kendi içerisinde çelişkili gözükmektedir. Şöyle ki, haber verme ve eleştiri hakkının sınırları aşılmaksızın bir idari yaptırıma karar vermek suçlarla organik bağı koparmamış olan kabahatler açısından hukuka uygunluk nedenlerinin dışlanması anlamına gelecek ve kabahat genel teorisine aykırılık teşkil edecektir.

<sup>75</sup> **Donay**, s. 130. Ayrıca yine bu konuda İHAM ifade özgürlüğü ve basın hürriyetinin ayrıca nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan ve onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanacağını belirtmiştir. (Kayasu /Türkiye davası, 13.11.2008), Özbey, s. 54.

yan hallerde, Türk Ceza Kanununun hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır.” ibaresi ile kusurluluğa ilişkin olarak TCK’da öngörülen sistemin kabahatler açısından da uygulanacağını öngörmüştür. Ancak maddenin lafzında aksine hüküm bulunması halini saklı tutmuştur.

Keza, Kabahatler Kanununun 11. maddesi fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmayan kişi hakkında idari para cezası uygulanmayacağını öngörmüştür. Bu kapsamda şiddete neden olabilecek açıklamalarda bulunma kabahatinin failinin on beş yaşını doldurmamış olması durumunda 6222 sayılı Kanununun 22. maddesinde belirtilen idari para cezasına hükmedilmeyecektir.

Kabahatler Kanununun 11. maddesinin 2. fıkrasında ise akıl hastalığı veya fiili işlediği sırada failin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan ve yahut davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış kişiler hakkında idari para cezasına hükmedilemeyeceğini düzenlemiştir. İnceleme konusu kabahat açısından da yukarıda sayılan hususların gerçekleşmesi durumunda idari para cezası hakkında uygulanmayacaktır<sup>76</sup>.

## G. Kabahatin Özel Görünüş Şekilleri

### 1. Teşebbüs

Suçların ortaya çıkışında olduğu gibi bir kabahatin işlenebilmesi için de belli bir sürecin takip edilmesi şarttır<sup>77</sup>. İcra hareketlerinin bölünebilir olduğu durumlarda veya hareketin neticeden ayrılabilirdiği (zarar suçları/kabahatleri veya somut tehlike suçları/kabahatleri) suçlarda failin elinde olmayan sebepten dolayı hareketin sürdürülememesi veya neticenin ortaya çıkmaması durumunda teşebbüsten söz edilecektir<sup>78</sup>.

Kabahatler açısından genel kanun niteliği taşıyan Kabahatler Kanununun 13. maddesi; “*Kabahate teşebbüs cezalandırılmaz. Ancak, teşebbüsün de cezalandırılabilirdiğine dair ilgili kanunda hüküm bulunan haller saklıdır. Bu durumda,*

---

<sup>76</sup> Ancak kişi iradesini ortadan kaldıran davranışlara kendi sebebiyet vermişse sebebinde serbest hareket kuramı (*actio libera in causa*) gereğince sorumluluğu devam edecektir. Söz gelimi, sarhoş katıldığı televizyon programında şiddete neden olabilecek açıklamalarda bulunan bir kişinin kusurunun olmadığı iddiası değer taşımayacaktır. Çünkü kişinin kusurunun kendi iradesini ortadan kaldıran davranışa yönelmesi durumunda olduğu kabul edilecektir. **Artuk/ Gökçen/ Yenidünya**, s. 512 vd.; Ayrıca bkz. **Koca/ Üzülmöz**, s. 298.

<sup>77</sup> Suçlar açısından bu süreç belli bir suç işlemesi konusunda karar (düşünce aşaması), hazırlık hareketleri, icra hareketleri ve netice şeklinde gerçekleşmektedir ve suç yolu (iter criminis) diye tanımlanmaktadır. **Artuk/ Gökçen/ Yenidünya**, s. 584; **Koca/ Üzülmöz**, s. 337.

<sup>78</sup> İPEKÇİOĞLU, A. Pervin, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara, 2009, s. 20 vd.

*Türk Ceza Kanununun suça teşebbüse ve gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır”* şeklinde hükmü ile kabahatlerde teşebbüsün cezalandırılmayacağını düzenlemiştir. Buna karşılık ilgili kanunda aksi bir düzenleme olması halini saklı tutmuştur.

Sporda şiddete neden olabilecek açıklamalarda bulunma kabahatinin bir sırf hareket kabahati olduğundan ve hareketin yapılması ile netice gerçekleşmiş sayılacağından yapısı itibari (kabahatlerin ekseriyeti aynı şekilde düzenlenmiştir) ile teşebbüse elverişli bir kabahat değildir<sup>79</sup>.

## 2. İştirak

Kabahatler kural olarak tek faille işlenebilirler, bununla beraber birden fazla kişi tarafından kabahatin işlenmesi halinde Kabahatler Kanunu, Türk Ceza Kanununun benimsediği genel prensipten ayrılmış ve kabahatin işlenişine katılan her bir kişinin müşterek fail olarak sorumlu olacağını düzenlemiştir (KK m. 14)<sup>80</sup>. Söz konusu madde kabahatin işlenişine katılan kişilerin her biri hakkında fail olarak idari para cezası hükmedileceğini öngörmüş ve suçlar açısından kabul edilen faillik şeriklik ayırımı kabahatler açısından kabul edilmemiştir.

Kabahatler Kanununda iştirakin düzenlendiği 14. maddenin 2. fıkrası, kabahatin özel bir fail gerektirdiği hallerde dahi özel faillik niteliğini taşımayan kişiler hakkında da tıpkı fail gibi idari para cezasına hükmedileceğini düzenlemiştir. Bu kapsamda suçlar açısından aranan özgü suça iştirak eden ve özel faillik niteliğini taşımayan kişilerin ancak şerik olabileceği düzenlemesi kabahatler açısından geçerli değildir<sup>81</sup>.

Sporda şiddete neden olabilecek açıklamalarda bulunma kabahati ise iştirak açısından herhangi bir özellik göstermez<sup>82</sup>. Dolayısıyla kabahatin işlenişine

---

<sup>79</sup> **Donay**, s. 134. Ayrıca inceleme konusu kabahatin yer aldığı 6222 sayılı Kanunda aksi bir hüküm de yer almamaktadır.

<sup>80</sup> Maddenin gerekçesinde belirtildiği üzere kabahatler açısından tek tip fail sistemi benimsenmiştir. TBMM, Kabahatler Kanun Tasarısı Ve Adalet Komisyon Raporu, Yasama Yılı: 3, Dönem: 22, S. Sayı:840 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss840m.htm> (Erişim Tarihi: 05.05.2015).

<sup>81</sup> Bağlılık kuralının düzenlendiği TCK'nın 40. maddesinin 2. fıkrasında;” Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur” ibaresi ile özel fail gerektiren suçlarda bu sıfatı taşımayanların ancak şerik olabilecekleri düzenlenmişken, kabahatler açısından özgü kabahat hallerinde dahi özel faillik niteliğini taşımayan kişiler fail olarak sorumlu olacaklardır. Ayrıca kabahatlerde iştirak için bkz. **Zafer/ Pamuk/ Çakır**, s. 13.

<sup>82</sup> Kabahatler Kanununun 14. maddesinin 3. fıkrasında kabahate iştirakin şartları, kasten ve hukuka aykırı bir fiilin işlenmesi olarak gösterilmiştir. Bundan dolayı failin kasten işlemediği kabahatler açısından iştirak iradesinden de bahsedilemeyecektir. Bunun yanı sıra, kabaha-

katılan kişilerin katılma dereceleri ne olursa olsun fail olarak haklarında idari para cezası uygulanacaktır.

### 3. İçtima

Genel kanun niteliğini taşıyan Kabahatler Kanununun 15. maddesi içtima açısından yalnızca fikri içtimaı benimsemiş ve bir fiille birden fazla kabahatin işlenmesi durumunda bu kabahatler hakkında öngörülen idari para cezalarından en ağır olanın uygulanacağını düzenlemiştir<sup>83</sup>. Buna karşılık kabahatler kanunda zincirleme kabahat hali ile aynı nev’iden fikri içtima haline yer verilmemiştir. Nitekim aynı maddenin ikinci fıkrasında “*Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idarî para cezası verilir*” hükmü ile her kabahat açısından ayrı ayrı idari para cezasına hükmedileceği öngörülmüştür. Bunun yanı sıra aynı fiille hem kabahate hem de bir suça sebep olma durumunda 3. firkada yalnızca suçtan dolayı kişinin cezalandırılacağı açıkça belirtilmiştir.

İncelemenin konusu olan sporda şiddete neden olabilecek açıklamalarda bulunma kabahatinin düzenlendiği 6222 sayılı Kanununun 22. maddesinde söz konusu kabahatin suç teşkil etmediği hallerde ancak cezalandırılabileceği düzenlenmiştir. Ancak bu husus yukarıda da belirttiğimiz üzere Kabahatler Kanununun 15. maddesinin son fıkrasında açıkça düzenlendiği için madde metnine bu hususun ayrıca yer almasının lüzumu bulunmamaktadır<sup>84</sup>.

Sporda şiddete neden olabilecek açıklamalar, TCK m. 214’de düzenlenen “suç işlemeye tahrik” suçunun unsurlarını oluşturması durumunda bu suçtan, TCK m. 125’de yer alan “hakaret” suçunun unsurlarını oluşturması durumunda ise ilgili suç oluşacağından artık fail hakkında işlediği suçtan dolayı cezaya hükmedileceğinden kabahat kapsamında idari para cezası uygulanmayacaktır<sup>85</sup>.

---

tin işlenişine iştirak eden kişilerin sorumluluğu belirlenirken diğer kişilerin sorumlulukları da bir önem arz etmeyecektir. Söz gelimi, bir kişi hakkında on beş yaşından küçük olması dolayısıyla hakkında idari para cezası uygulanamıyor oluşu onun fiiline iştirak eden kişinin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. **Zafer/ Pamuk/ Çakır**, s. 13; **Kangal**, s. 156 vd.

<sup>83</sup> Kanunkoyucunun yalnızca idari para cezaları açısından fikri içtima halini öngörmesi ve kanunda yer alan diğer yaptırımlar (mülkiyetin kamuya geçirilmesi veya diğer tedbirleri) açısından her birinin ayrı ayrı uygulanacağını öngörmesinin nedeni olarak doktrinde idari para cezası yaptırımı dışındaki diğer yaptırımlarda ağır olan cezayı belirlemenin zorluğu olarak gösterilmiştir. **Zafer/ Pamuk/ Çakır**, s. 14.

<sup>84</sup> **ÜZÜLMEZ, İlhan**, 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Suçların ve Kabahatlerin İçtimaı, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, (Kolokyum Kitabı) Editörler: Cumhur Şahin, İzzet Özgenç, İlhan Üzülmöz, Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku ve Uygulama ve Araştırma Merkezi (TÜRK-CE-MER), Ankara, 2012, s. 94.

<sup>85</sup> Üzülmöz, s. 94; **Donay**, s. 133.

## H. Kabahatin Yaptırımı ve Kanun Yolu

Sporda şiddete neden olabilecek açıklamalarda bulunma kabahatinin yaptırımı, 6222 sayılı Kanununun 22. maddesinde beş bin Türk Lirasından elli bin Türk Lirasına kadar idari para cezası olarak belirlenmiştir.

Kabahatler Kanununun “İdari Yaptırıma Kararı Verme Yetkisi” başlıklı 22. maddesi ile “Cumhuriyet Savcısının Karar Verme Yetkisi” başlıklı 23. maddesi uyarınca kanunda açıkça yer verildiği hallerde cumhuriyet savcısının kabahat dolayısıyla idari yaptırım kararı verebileceği düzenlenmiştir<sup>86</sup>.

6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanununun 23. maddesinin 3. fıkrasında bu kanunda yer alan kabahatlere ilişkin idari yaptırımlara Cumhuriyet Savcısı tarafından karar verileceği açıkça öngörülmüştür. Bundan dolayı inceleme konusu kabahat açısından idari yaptırıma karar vermeye yetkili merci Cumhuriyet Savcısıdır. İdari yaptırıma karar verilirken kabahatin içeriği ile failin kusuru göz önünde bulundurulacaktır (KK m. 17/2)<sup>87</sup>.

Sporda şiddete neden olabilecek açıklamalarda bulunma kabahati hakkında verilen idari para cezalarına karşı itiraz yolu 6222 sayılı Kanunda ayrıca gösterilmediğinden Kabahatler Kanunda yer alan genel hükümler uygulanacak<sup>88</sup>, dolayısıyla verilen idari para cezasına karşı itiraz, Kabahatler Kanununun 27. maddesi gereğince kararın tefhiminden veya tebliğinden itibaren en geç on beş gün içerisinde sulh ceza hâkimliğine yapılacaktır<sup>89 90</sup>.

---

<sup>86</sup> Kabahatlerin soruşturulma usulleri ile ilgili olarak bkz. **KUBAT, A. Ahmet**, Suçlar ve Kabahatler- Cumhuriyet Başsavcılığınca Suçların ve Kabahatlerin Soruşturulması”, Ankara, 2010, s. 16.

<sup>87</sup> Her ne kadar idari para cezalarının belirlenmesinde failin kusurunun göz önünde bulundurulacağı düzenlenmiş dahi olsa Alman Hukukunda olduğu gibi kabahatin taksirli halinin kasten işlenen halinden daha ağır cezalandırılacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. **Akbulut**, s. 436.

<sup>88</sup> Kabahate ilişkin itirazın Ceza Muhakemesi Kanunu anlamında bir kanun yolu değil kabahatlere ilişkin hukukilik denetimi olduğu yönündeki görüş için bkz. Şen, “*Kabahatler Kanununun Ceza Muhakemesi Kanunu İle İlişkisi*”, s. 14.

<sup>89</sup> 18/06/2014 tarihli 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Diğer Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun uyarınca sulh ceza mahkemeleri kaldırıldığından artık kanunlarda geçen sulh ceza mahkemesi ibaresinden sulh ceza hâkimliği anlaşılmalıdır. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/06/20140628-9.htm> (Erişim Tarihi: 07.05.2015).

<sup>90</sup> Kabahatler Kanununun 28. maddesinin 10. fıkrası uyarınca üç bin Türk Lirasına kadar olan idari para cezalarına karşı yapılan itirazlar üzerine verilen kararlar kesindir. Ancak inceleme konusu kabahatin alt sınırı beş bin olduğundan sulh ceza hâkimliğine yapılan itirazın reddedilmesi kararına karşı da itiraz yoluna başvurulabilecektir (KK m. 29).

## II. BASIN VE YAYIN ORGANLARI TARAFINDAN M. 22/1 KAPSAMINDA KALAN FİİLLERİN YAYIMLANMASI KABAHAHATI

### A. Genel Olarak

6222 sayılı Kanununun 22. maddesinin son fıkrası; “*Birinci fıkra kapsamına giren fiillerin, haber verme ve eleştiri hakkının sınırları aşılarak yayımlanması halinde, ilgili basın ve yayın organının işleticisi olan gerçek veya tüzel kişiye, yüzbin Türk Lirasından beşyüzbin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir. Birinci fıkra kapsamına giren fiillerin tekrar tekrar yayımlanması halinde, haber verme hakkının sınırları aşılmış kabul edilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, yukarıda bahsettiğimiz sporda şiddete neden olabilecek açıklamaların basın ve yayın organları tarafından eleştiri ve haber verme hakkının sınırlarını aşılarak yayımlanması halinde m.22/4’te düzenlenen kabahat oluşacaktır.

Söz konusu kabahatin düzenlendiği fıkroda hangi hallerde haber verme hakkının sınırlarının aşılmış sayılacağına ilişkin bir de ölçüt getirilmiştir. Diğer bir ifadeyle, sporda şiddete neden olabilecek açıklamaların basın ve yayın organları tarafından tekrar tekrar yayımlanmaları halinde artık ilgili kuruluşlar haber verme hakkından kaynaklanan hukuka uygunluk sebebinden yararlanamayacaktır<sup>91</sup>.

Sporda şiddete neden olabilecek açıklamaların basın veya yayın organları tarafından yayımlanması kabahati ise çalışmada, kabahatler genel teorisi çerçevesinde detaylıca incelenmeyecek yalnızca özellik arz eden hususlar üzerinde durulacaktır.

### B. Kabahatin “Şahsiliği” Sorunu

Sporda şiddete neden olabilecek açıklamaların basın veya yayın organları tarafından yayımlanması halinde, kanunda açıkça basın veya yayın organlarının işletmecisi olan gerçek veya tüzel kişiye yüzbin Türk lirasından beşyüzbin Türk lirasına kadar idari para cezası verileceği öngörülmüştür. Suçlar için kabul edilen tüzel kişilerin fail olamayacakları kuralı<sup>92</sup>, kabahatler açısından da

---

<sup>91</sup> Koca, s. 83.

<sup>92</sup> Tüzel kişilerin cezai sorumluluklarının bulunduğu görüşünü savunanlar bu hususta tüzel kişiyi oluşturan gerçek kişilerin iradesinin, tüzel kişinin amacı tarafından yönlendirildiğini bundan dolayı tüzel kişinin adeta bir azmettiren gibi cezadan sorumlu olabileceğini ve bunun sonucunda idari-mali cezalara başvurulabileceğini ileri sürmüşlerdir. Karşı görüşte olanlar ise, cezai sorumluluk açısından kişinin kusurunun, suçla girdiği psikolojik bağın veya durumun özelliklerinin yalnızca gerçek kişilere ait olduğunu ve cezai sorumluluğun şahsileştirilebilmesi için failin muhakkak gerçek kişi olması gerektiğini savunmuşlar. Buna ilaveten, tüzel kişiye verilecek cezanın o tüzel kişiye ortak ama suça iştirak etmemiş diğer

geçerlidir, nitekim kabahatler hukukunda da kabahatler failinin irade ve kusur yeteneklerini barındırması gerektiği kabul edilmiştir<sup>93</sup>. Dolayısıyla ancak gerçek kişiler bir kabahatin faili olabilir.

Bununla beraber, tüzel kişiler açısından Türk Ceza Kanununun 20. maddesinde düzenlenen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi kabahatler hukukunda geçerli değildir<sup>94</sup>. Kabahatler Kanununun 8. maddesi; *“Organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir”* hükmü ile tüzel kişilerin kabahatten sorumluluklarını düzenlemiştir. Bu düzenleme uyarınca tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev yapan kişilerin kabahat teşkil eden fiillerinden dolayı tüzel kişilerin sorumlu olduğu hüküm altına alınmıştır.

Sporda şiddete neden olabilecek açıklamaların yayımlanması durumunda basın ve yayın organının sahibi tüzel kişi de bu kapsamda ilgili fiilden dolayı sorumlu olacak ve hakkında fıkrada öngörülen idari para cezalarına hükmedilecektir<sup>95</sup>. Belirtmek gerekir ki, tüzel kişinin sorumluluğu kabahati işleyen

---

kişiler açısından cezanın şahsi olma ve kimse işlemediği bir suçtan cezalandırılmaz ilkesine aykırı olacağını savunmuştur. Daha fazla bilgi için bkz. **ASLAN, M. Yasin**, *“Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu”*, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 68, Sayı: 2010/2, s. 239 vd. <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2010-2/2010-2-aslan.pdf> (Erişim Tarihi: 23.06.2015).

<sup>93</sup> **Akbulut**, s. 350.

<sup>94</sup> Tüzel kişilerin Alman Düzene Aykırılıklar Kanununda sorumluluklarının ne şekilde düzenlendiği hususunda bkz. **Akbulut**, s. 351; Kabahatlerde ceza sorumluluğunun şahsiliğinin benimsenmemesi gerçek kişi tarafından işlenen kabahatten dolayı tüzel kişinin sorumluluğunun bulunmayacağı anlamına gelmektedir. Nitekim ceza kanununda da (TCK m. 20) tüzel kişilerin cezai sorumluluklarının olmadığı belirtildikten sonra haklarında güvenlik tedbirleri uygulanabileceği belirtilmiştir. Kabahatler açısından da tüzel kişinin fail olamaması onun faaliyeti çerçevesinde işlenen bir kabahatten dolayı sorumlu olmayacağı anlamına gelmemektedir. Tüzel kişinin sorumluluğunu düzenleyen Kabahatler Kanununun 8. maddesinin gerekçesi de bu hususu; *“Madde metninde, tüzel kişi hakkında da kabahat dolayısıyla idarî yaptırım ve bu bağlamda idarî para cezası uygulanabileceği kabul edilmiştir. Yeni Türk Ceza Kanununun sisteminde tüzel kişi hakkında suç dolayısıyla ceza yaptırımını uygulanamaz. Buna karşılık, idarî para cezasının niteliği ve amacının farklılığı dolayısıyla, bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen kabahat nedeniyle bu tüzel kişiye de idarî para cezası verilebilecektir.”* şeklinde ifade ederek açıkça belirtmiştir. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss840m.htm> (Erişim Tarihi:29.10.2015).

<sup>95</sup> Bu hususta Donay, kabahatlerin hafif suçlar olduğunu ve suçlar açısından kabul edilen suçta bireysellik kuralının ilgili kabahat açısından da geçerli olması gerektiğini ifade etmiştir. **Donay**, s. 138.



gerçek kişinin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır<sup>96</sup> <sup>97</sup>. Söz gelimi, şiddete neden olabilecek açıklamalarda bulunan bir kişiye ilk fırka kapsamında yaptırım uygulanırken, onun yaptığı açıklamaları haber verme sınırını aşarak yayımlayan basın veya yayın organı hakkında dördüncü fıkrada kapsamında idari para cezasına hükmedilecektir.

Basın ve yayın organının sahibinin gerçek kişi olması durumunda da yukarıda açıklamaya çalıştığımız hususlar bir değişiklik göstermeyecektir. Kabahatler Kanununun 8. maddesinin 2. fıkrası “Gerçek kişiye ait bir işte çalışan kişinin bu faaliyeti çerçevesinde işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı, iş sahibi kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir” hükmü ile bu hususu açıkça düzenlemiştir.

Tüm bunların sonucunda, 22. maddenin 4. fıkrasında düzenlenen kabahat açısından her ne kadar tüzel kişiler fail olmasalar da genel kanun olan Kabahatler Kanununun düzenlemeleri uyarınca haklarında idari para cezalarına hükmedilebilecektir<sup>98</sup>.

### C. Kabahatin “Hukuka Uygunluğu” Sorunu

6222 sayılı Kanununun 22. maddesinin son fıkrasında basın ve yayın organlarının, sporda şiddete neden olabilecek açıklamaları haber verme sınırlarını aşarak yayınlamaları halinde yüzbin Türk Lirası ile beşyüzbin Türk Lirasına kadar idari para cezasına hükmedileceği, bunun yanı sıra firkada fiillerin tekrar tekrar yayınlanması durumunda haber verme sınırlarının aşılmış sayılacağı düzenlenmiştir. Kanunkoyucu, ilgili kabahat açısından fiilin hangi halde hukuka aykırı sayılacağını özel olarak göstermiş ve fiillerin tekrar tekrar yayınlanması durumunda artık haber verme ve eleştiri hakkının hukuka uygunluk sebebi sayılamayacağını belirtmiştir.

---

<sup>96</sup> Kabahatler Kanununun 8. maddesinin gerekçesinde ilgili durum şu şekilde; “Tüzel kişi hakkında idarî yaptırım uygulanabilmesi, organ veya temsilci sıfatıyla tüzel kişi adına hareket eden ya da tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde istihdam edilen kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanmasına engel teşkil etmez. Bu durumda tüzel kişi ile gerçek kişilere verilen idarî para cezasının tahsili açısından müteselsil sorumluluk da kabul edilemez. İdarî para cezası, bir ceza hukuku yaptırımı niteliği taşımamakla birlikte; bir kamu hukuku yaptırımı olması dolayısıyla ve uygulanmasıyla güdülen amacın gerçekleşebilmesi için ancak hakkında uygulanan kişi üzerinde etkili olabilmelidir.” açıklanmıştır. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss840m.htm> (Erişim Tarihi:29.10.2015).

<sup>97</sup> **KARABULUT, Mustafa**, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Ankara, 2008, s. 151. **Akbulut**, s. 354.

<sup>98</sup> Bu konuda *Donay*, kabahatlerin küçük suçlar olduğu ve daha hafif ihlalleri düzenlendiğini belirtmiş ve kabahat eylemlerinin suç olarak kabulü karşısında suçta ve cezada bireysellik ilkesi gereği tüzel kişiyi başkasının eyleminden sorumlu tutmayı yerinde bulmamıştır. **Donay**, s. 138; Aynı yönde, **Gülşen**, s. 91.



Kabahatler Kanununun 12. maddesinde; Türk Ceza Kanunda yer alan hukuka uygunluk nedenlerinin kabahatler açısından da geçerli olacağı düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanununun 26. maddesinde ise hakkını kullanan kimseye ceza verilmeyeceği öngörülmüştür<sup>99</sup>. Haber verme hakkı da hakkın kullanılmasının bir görünümü şeklindedir. Anayasanın 28. maddesinde “*Basın Özgürlüğü*” başlığı altında ilk madde basının sansür edilemeyeceği ifade edilmiş; ancak ikinci ve üçüncü maddelerde basın özgürlüğünün sınırlanabileceği haller gösterilmiştir. Doktrinde ve Yargıtay kararlarında ise haber verme hakkının, hukuka uygunluk sebebi sayılabilmesi için; haberin gerçek ve güncel olması, kamuyu ilgilendirmesi ve olay ile verilen haber arasında nedensellik bağının bulunması gerektiği belirtilmiştir<sup>100 101</sup>.

Sporda şiddete neden olabilecek açıklamaların basın ve yayın organları tarafından yayınlanması kabahati açısından, kanunkoyucu yukarıda sayılan şartların yanı sıra bir de verilen haberin tekrar tekrar yayınlanması durumunda haber verme hakkının sınırının aşılacağını belirtmiştir. Ancak, bu tekrarların hangi aralıklarla yapılması gerektiği fıkada yer almadığı gibi verilen haberin bir kez yayınlanması durumunda ilgili kabahatin oluşup oluşmayacağı sorunu uygulamada ciddi sıkıntılar yaratabilecektir<sup>102</sup>. İlgili kabahatin sırf hareket kabahati olarak düzenlenmesi karşısında şiddete neden olabilecek açıklamaların bir kere yayınlanması ile şiddet olayları meydana gelme bile söz konusu kabahatin oluştuğunu sonucu çıkarılabilir. Buna karşılık, kanunkoyucu haber verme hakkı ve basın özgürlüğünü korumak gayesiyle ilgili fıkrada özel bir hukuka uygunluk nedeni öngördüğünden (tekrar tekrar yayınlanması) sporda şiddete neden olabilecek tarzda açıklamaların haber verme hakkı kapsamında bir kez yayınlanması durumunda artık ilgili kabahatin oluştuğundan kanımızca bahsedilemeyecektir.

---

<sup>99</sup> Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 328.

<sup>100</sup> Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 337 vd.; Ayrıca bkz. DOĞAN, P. Bahar, “Çatışan İki Değer: Haber Verme Hakkı ve Kişilik Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2014, s. 486.

<sup>101</sup> “Basının haber verme hakkı, gerçeklik, güncellik, kamu yararı, toplumsal ilgi, konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık temel kuralları ile sınırlıdır. Yayınlanmasında kamu yararı bulunan gerçek ve güncel haberin ya da eleştirinin öze biçim arasında denge kurularak verilmesi durumunda hukuka aykırılık ortadan kalkmış ve basın sorumluluktan kurtulmuş olur.” YHGK., E. 2002/4-115, K. 2012/151, T. 06.03.2002, <http://www.turkhukukusitesi.com/showthread.php?t=40400> (Erişim Tarihi: 28.10.2015). Ayrıca bkz. HGK T. 03.06.2009, E. 2009/4-151, K. 2009/241; HGK T. 06.05.2009, E. 2009/4-100, K. 2009/103; 4. HD. T. 28.11.2005, E. 2005/13175, K. 2005/12768 (kararlar için bkz. Doğan, s. 488).

<sup>102</sup> Donay bu konuda fıkrada yer alan ifadeyi şu şekilde eleştirmiştir: “... bir fikrin birden fazla yayınlanmasının eleştiri sınırının aşılması ile bir ilgisi yoktur. Bir düşüncede ya sınır aşılmıştır ya da aşılmamıştır. Bunun tekrar tekrar ve ne zaman süreci içinde olduğu belli olmadan sınırı aştığını söylemek hukukun genel kurallarına ve özellikle hukuka uygunluk nedenlerine vakıf olmaktan yatkındır.” Donay, s. 137.

Bununla beraber şiddete neden olabilecek açıklamaların tekrar tekrar yayımlanması neticesinde Kabahatler Kanunu m. 15/2 hükmünün dikkate alınıp alınmayacağı sorunu hakkında ise yine kanımızca artık bu özel düzenlemeden ötürü yayımlanan açıklamaların her birinden ayrı ayrı değil tekrarın sona erdiği andan itibaren idari para cezasına hükmedilmesi gerekmektedir. Örneğin; (A) gazetesi sporda şiddete neden olabilecek açıklamaları üç gün boyunca manşetten duyurması durumunda ilgili kabahat uyarınca haber verme sınırlarının aşıldığı kabul edilecek ve hakkında tek bir idari para cezasına hükmedilecektir. Bu husus dahi söz konusu kabahati yapısına aykırı olarak kesintisiz işlenebilen kabahate yaklaştırması sebebiyle ilgili düzenlemenin ne kadar hatalı olduğunu ortaya koymaktadır.

Bunun yanı sıra, basın ve yayın organların dizi halinde çıkan ve birbirinin devamı olarak görülen haberler, yazı dizileri gibi durumlarda artık açıklamaların tekrar tekrar yayımlandığından bahsedilebilecek midir? Kanaatimizce artık bu durumda ilgili fıkranın amacı da göz önünde bulundurularak yayımlanan açıklamaların da mahiyetine göre karar verilmeli ve devam eden haberler haber verme hürriyeti kapsamında yorumlanmalıdır. Bununla beraber aynı haber dizisinin tekrar tekrar yayımlanması durumunda yine haber verme hakkının sınırı aşılmış sayılmalıdır.

Tüm bu sebeplerle fıkranın yeniden revize edilip uygulamada karışıklıklara neden olabilecek; *“Birinci fıkra kapsamına giren fillerin tekrar tekrar yayımlanması halinde, haber verme hakkının sınırları aşılmış kabul edilir”* cümlesinin fıkradan çıkarılması ve ilgili kabahatin yapısına uygun olarak (sırf hareket kabahati) yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

## SONUÇ

Çalışmada, 6222 sayılı *“Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun”* un 22. maddesinde yer alan sporda şiddete neden olabilecek açıklamalarda bulunma kabahati kabahatler genel teorisi çerçevesinde ele alınmış ve maddenin son fıkrasında yer alan kabahat açısından da bazı tartışmalı noktaların üzerinde durulmuştur.

Sporda şiddete neden olabilecek açıklamalarda bulunma kabahatinin birkaç noktada TCK’da düzenlenen *“suç işlemeye tahrik”* suçundan ayrıldığını ifade etmeliyiz. Şöyle ki, öncelikle suç işlemeye tahrikte belirli kişilerin bir suçu işlemeye yönelik kışkırtılması veya o suçu işlemeye yönlendirilmesi mevcut iken söz konusu kabahat açısından belli bir suça yönlendirme değil ancak sporda şiddete neden olabilme potansiyeli olan açıklamalara yer veril-

mesi mevcuttur. Bundan dolayı sporda da kişilerin belli bir suça yönlendirilmesi veya kışkırtılması durumunda artık ilgili kabahatten değil suç işlemeye tahrik suçundan bahsedilecektir. Bu durum kabahatin düzenlendiği fıkrada kabahatin konusu açıklamaların bir suç oluşturmadığı takdirde ibaresi ile ayrıca belirtilmiştir. Yapılan açıklamaların hem ilgili kabahati hem de Türk Ceza Kanununda yer alan suçlardan birini (örneğin; tehdit, hakaret, suç işlemeye tahrik) oluşturması durumunda Kabahatler Kanununun 15. maddesinin 3. fıkrası uyarınca yalnızca suçtan dolayı yaptırım uygulanabilecektir.

Şiddete neden olabilecek açıklamalar ifadesi ise uygulamada karışıklığa neden olabilecek bir ibaredir. Bunun nedeni bir açıklamanın şiddeti teşvik unsurları içermesine rağmen bir suç kapsamında kalmamasının oldukça zor olmasıdır. Bundan dolayı kabahatin uygulanabilirliği oldukça kısıtlıdır. Bunun yanı sıra; sporcuların, antrenörlerin veya spor kulübü yöneticilerinin yaptığı kışkırtıcı, karşı tarafa üstünlük kurmaya çalışan veya tahrik eden açıklamaların ise sporun doğasından kaynaklanan rekabet unsurunun bir parçası olarak değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Keza, yapılan açıklamaların hakkın kullanılmasının bir görünümü şeklinde ortaya çıkan ifade özgürlüğü ve onun bir uzantısı olan basın ve haber verme özgürlüğü kapsamında kalması durumunda söz konusu kabahat hukuka uygunluk nedeninin bulunması dolayısıyla oluşmayacaktır.

22. maddenin çok tartışılan son fıkrasında ise şiddete neden olabilecek açıklamaları haber verme ve eleştiri hakkının sınırlarını aşarak yayınlanması kabahati düzenlenmiş ve bu tarz yayınlarda bulunulması durumunda basın ve yayın organının sahibi hakkında idari para cezasına hükmedileceği öngörülmüştür. Öncelikle spor hemen herkesi ilgilendiren toplumsal bir olaydır ve ülkemizde de spor medyası her geçen gün yayılmakta ve güçlenmektedir. Bundan dolayı spor açısından önemli kişilerin açıklamalarının spor medyasında yayınlanması kaçınılmazdır. Bu durumda haber verme hakkı bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edecektir.

Fıkranın devamında yer alan cümlede ilgili açıklamaların tekrar tekrar yayınlanması durumunda haber verme hakkının ihlal edileceği öngörülmüştür. Bu cümle ise uygulamada karışıklıklara neden olabilecek türde kaleme alınmıştır. Şiddete neden olabilecek açıklamaların yayınlanması kabahati de sırf hareket kabahatidir, dolayısıyla şiddet olaylarının gerçekleşmesine gerek olmaksızın açıklamaların yayınlanması ile kabahat oluşacaktır. Ayrıca kanunkoyucunun amacı şiddete içerikli açıklamaların spor ile ilgilenen kitlelere ulaşmasını önlemektir. Bundan dolayı ilgili yayının tekrar tekrar yayınlanması

kabahat açısından bir anlam ifade etmeyecektir. Kaldı ki, fıkranın lafzından tekrarların hangi aralıklarla yapılacağı belirtilmediğinden uygulamada bir takım karışıklıklar yaşanacağı kuşkusuzdur. Bu karışıklıklara örnek olarak; şiddet içeren açıklamaların tekrar tekrar yayınlanmaması durumunda ilgili kabahat oluşmayacak mıdır? veya yapılan tekrarların gün aşırı olması durumunda haberin güncel olması hukuka uygunluk nedeni teşkil etmeyecek midir? Bu soruların cevabı ilgili fıkranın uygulamada yorumlanması ile ortaya çıkacaktır. Ancak fıkranın mevcut hali dikkate alındığında her ne kadar ilgili kabahat sırf hareket kabahati de olsa şiddeti teşvik eden açıklamaların bir kez yayınlanması durumunda kabahatin oluştuğundan bahsedilmeyecektir. Gerek lafzi yorumla gereke fıkranın amacıyla ulaştığımız bu sonuç dahi bizi hukuk tekniği açısından hatalı sonuçlara götürdüğünü itiraf etmek gerekir, bundan dolayı fıkradaki *'tekrar tekrar yayınlanma'* ölçütü getiren son cümle yukarıda da belirttiğimiz sorunları beraberinde getirmesinden ötürü kaldırılmalı ve kabahatin yapısına uygun bir şekilde ilgili fıkra yeniden düzenlenmelidir.

Bunun yanı sıra yine son fıkrada basın ve yayın organlarının sahipleri hakkında idari para cezası uygulanması suçta bireysellik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülse de, kabahatlerin suçlardan birçok genel ilke açısından ayrılması ve Kabahatler Kanununun 8. maddesinin düzenlenmesi de göz önüne alındığında bu görüşün yerinde olmadığı kanaatini taşımaktayız.

Sonuç olarak, sporda düzenin sağlanması ve şiddetin önüne geçilmesi için önemli bir nitelik taşıyan bu maddenin her ne kadar uygulanmasında birçok güçlük bulunmasına karşın çalışmada değinilen hususlar dikkate alındığında kabahatler açısından çokça ön plana çıkmayan caydırıcılık amacına hizmet edebileceği de unutulmamalıdır.

◆◆◆◆

#### KAYNAKÇA

**AKBULUT, Berrin**, Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Ankara, 2014.

**AKTAŞ, Batuhan**, *"Kabahatler Kanunu'nda Düzenlenen Kast, Taksir Ve Hata Halleri Üzerine Bir İnceleme"*, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı: 105, Mayıs, 2015.

**ARTUK, E. Mehmet/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Ankara, 2015.

**ASLAN, M. Yasin**, *"Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu"*, An-

kara Barosu Dergisi, Yıl: 68, Sayı: 2010/2. <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2010-2/2010-2-aslan.pdf> (Erişim Tarihi: 23.06.2015).

**CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, İstanbul, 2011.

**DONAY, Süheyl**, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi ve Şike ve Teşvik Primi, 2. Ve Güncellenmiş Bası, İstanbul, 2012.

**DOĞAN, P. Bahar**, “Çatışan İki Değer: Haber Verme Hakkı ve Kişilik Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2014.

**DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I, 14. Bası, İstanbul, 1997.

**ERKİNER, Kismet**, “Türkiye’de Spor Hukukunun Oluşumu”, İstanbul Barosu Dergisi-Spor Hukuku Özel Sayısı, Mayıs, 2007. <http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/2007shos/200705ibshos.pdf> (Erişim Tarihi: 23.04.2015).

**GÜLŞEN, Recep**, Spor Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Ankara, 2013.

**İPEKÇİOĞLU, A. Pervin**, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara, 2009.

**KANGAL, Zeynel**, Kabahatler Hukuku, 1. Bası, İstanbul, 2011.

**KARANFİL, Celalettin**, “6222 Sayılı Kanundan Kaynaklanan Suçların Soruşturulması Usulü İle Spor Alanlarına Yasak Madde Sokulması Ve Müsabaka Düzeninin Bozulması, Spor Alanlarına Usulsüz Seyirci Girmesi Suçları” Av. Kismet ERKİNER’e Armağanı Spor Hukuku Yazıları, İstanbul Barosu Yayınları, Ekim, 2014.

**KARABULUT, Mustafa**, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Ankara, 2008.

**KIRAÇ, Erkan**, “Futbolda Şiddet ve Çıkış Yolları Üzerine Bir Deneme”, Spor Hukuku Enstitüsü, <http://www.sporhukuku.org/makaleler/103-futbolda-iddet-ve-ck-yollar-uezerine-bir-deneme-averkan-krac.html> (Erişim Tarihi: 26.10.2015).

**KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2008.

**KOCA, Mahmut**, “6222 Sayılı Kanunda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler”, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, (Kolokyum Kitabı) Editör-

ler: Cumhur Şahin, İzzet Özgenç, İlhan Üzülmöz, Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku ve Uygulama ve Araştırma Merkezi (TÜRK-CE-MER), Ankara, 2012.

**KÖSE, Alpay**, “Sporda Şiddetin Nedenleri Ve Çözüm Önerileri”, Spor Hukuku Enstitüsü, [http://www.sporhukuku.org/dosyalar/makale\\_sporda\\_siddet2.pdf](http://www.sporhukuku.org/dosyalar/makale_sporda_siddet2.pdf) (Erişim Tarihi: 24.10.2015).

**KUBAT, A. Ahmet**, Suçlar ve Kabahatler- Cumhuriyet Başsavcılığınca Suçların ve Kabahatlerin Soruşturulması”, Ankara, 2010.

**MAHMUTOĞLU, F. Selami**, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukuku, İstanbul, 1995.

**MEMİŞ, Pınar**, Spor Faaliyetlerden Doğan Ceza Sorumluluğu (Doktora Tezi), İstanbul, 2010.

**ÖZBEY, Özcan**, Avrupa İnsan Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları, TBB Dergisi, Sayı:106, 2013

**ÖZEN, Mustafa**, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Yer Alan Suçlar ve Yaptırımları, Ankara, 2013.

**ÖZGENÇ, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara, 2009.

**ÖZTEK, Selçuk**, “Devlet ve Sportif Faaliyet”, Av. Kısmet ERKİNER’e Armağanı Spor Hukuku Yazıları, İstanbul Barosu Yayınları, Ekim, 2014.

**ÖZTÜRK, Bahri**, “Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Çare Olarak Seyirden Yasaklama”, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, (Kolekum Kitabı) Editörler: Cumhur Şahin, İzzet Özgenç, İlhan Üzülmöz, Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku ve Uygulama ve Araştırma Merkezi (TÜRK –CE-MER), Ankara, 2012.

**ÖZTÜRK, Yavuz**, Uzlaşmalı Müsabaka, Şike ve Teşvik Primi, Ankara, 2012.

**PAMUK, Gülfem**, Türk ve Fransız Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Mağdurun Makam Olarak Yeri, İstanbul, 2012.

**PAMUK, Gülfem**, “Gürültü Kabahati”, Feridun YENİSEY’e Armağan, Cilt 1, İstanbul, 2014.

**SCHILD, Wolfgang**, (Çeviri: Hakan HAKERİ), “Antrenörün, Sporçunun ve Seyircinin Cezai Sorumluluğu”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuk Serisi-Spor ve Ceza Hukuku (Editörler: Kayıhan İÇEL, Yener ÜNVER), Ankara, 2004.

**ŞEN, Ersan**, “Kabahatler Kanununun Ceza Muhakemesi Kanunu İle İlişkisi” CHD, Y. 5, S. 12, Nisan, 2010.

**TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi**, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, 2009.

**TANÖR, Bülent**, Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, İstanbul, 1969.

**ÜÇİŞİK, Fehim**, Spor Hukuku, Ötüken Yayınları, İstanbul, 2011.

**ÜZÜLMEZ, İlhan**, 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Suçların ve Kabahatlerin İçtimalı, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, (Kolokyum Kitabı) Editörler: Cumhur Şahin, İzzet Özgenç, İlhan Üzülmöz, Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku ve Uygulama ve Araştırma Merkezi (TÜRK-CE-MER), Ankara, 2012.

**YAŞAR, Yusuf**, "6222 s. Kanun'un 18'inci Maddesinde Yer Alan "Seyirden Yasaklanma" ile "Seyirden Yasaklama" Tedbirleri", MÜHF – HAD, C. 19, S: 1, 2013.

**YURTCAN, Erdener**, Sporda Şiddetin Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu ve Yorumu, İstanbul, 2006.

**ZAFER, Hamide**, "Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Yönelik Bir Çare Olarak Seyirden Yasaklama", TAAD, Yıl:5, Sayı:19, 2014.

**ZAFER, Hamide/ PAMUK, Gülfem/ ÇAKIR, Kerim**, Gerekçeli – Açıklamalı – İçtihatlı Kabahatler Kanunu, İstanbul, 2014.

**ZAFER, Hamide**, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), 3. Bası, İstanbul, 2013.

### İnternet Kaynakları

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss646.pdf> (Erişim Tarihi: 23.04.2015).

<http://www.dunya.com/spor/sosyal-medyaya-sporda-siddet-ayari-243227h.htm> (Erişim Tarihi: 03.05.2015).

<http://www.hurriyet.com.tr/spor/futbol/27493958.asp> (Erişim Tarihi: 03.05.2015).

<http://www.milliyet.com.tr/cakar-a-seyirden-men---1990588-skorerhaber/> (Erişim Tarihi: 03.05.2015).

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss840m.htm> (Erişim Tarihi: 05.05.2015).

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss840m.htm> (Erişim Tarihi: 05.05.2015).

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/06/20140628-9.htm> (Erişim Tarihi: 07.05.2015).

<http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=40400> (Erişim Tarihi: 28.10.2015).

[https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/denetim/spor/belgeler/Seyircilerin\\_Spor\\_Karsilasmalarindaki\\_cok\\_tarafli\\_Avrupa\\_Konvansiyonu.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/denetim/spor/belgeler/Seyircilerin_Spor_Karsilasmalarindaki_cok_tarafli_Avrupa_Konvansiyonu.pdf) (Erişim Tarihi: 23.04.2015).



## İHTİYATİ TEDBİR HAKKINDAKİ KARARLARIN TEMYİZİ VE 2013/1 E. 2014/1 K. SAYILI İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARI

*Decision of Joint Civil Chambers of the Court of Cassation Numbered  
2013/1 (Case No), 2014/1 (Decision No) on Appeal of Decisions Regarding  
Preliminary Injunctions*

**Arş. Gör. Dilek KARADEMİR\***

### ÖZET

İhtiyati tedbir talebinin kabulü kararlarına karşı ve talebin reddi halinde itiraz üzerine verilen kararlara karşı HUMK'da temyiz yolu açık değildi. Bu kararlara karşı HMK'da "kanun yolu"na başvurulabileceği belirtilmiş ve bu kanun yolunun istinaf olduğu; ihtiyati tedbire ilişkin kararlar hakkında istinaf mahkemesinde verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamayacağı hususları düzenlenmiştir. Bölge Adliye Mahkemeleri göreve başlamadığı için, HMK'ya konulan geçici madde ile Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Resmi Gazete'de yayımlanacak göreve başlama tarihine kadar HUMK'un istinaf kanun yoluna ilişkin düzenlemelerden önceki temyiz hükümlerinin yürürlükte olması hükmü bağlanmıştır. Bu noktada ihtiyati tedbire ilişkin kararlara karşı temyiz yolunun açık olup olmadığı tartışması ortaya çıkmış ve Yargıtay her iki yönde de kararlar vermiştir. Konuya ilişkin verilen içtihadî birleştirme kararında, ihtiyati tedbir talebinin kabulü kararına karşı ve talebin reddi halinde itiraz üzerine verilen kararlara karşı temyiz yolunun kapalı olduğu sonucuna varılmıştır. Bu yazıda, ilgili kanuni düzenlemeler ve ilmi ve kazai içtihatlar dikkate alınarak bu içtihadî birleştirme kararı eleştirel bir gözle incelenmiştir.

**Anahtar Kavramlar:** İhtiyati Tedbir Kararının Temyizi, İtiraz Üzerine Verilen Kararın Temyizi, HMK m.391/3'ün Yorumu, HMK m.394/5'in Yorumu.

### ABSTRACT

Old civil procedural law "HUMK" did not provide appeal remedy for the decisions on acceptance of preliminary order claims and decisions given about the objection against rejection of the preliminary order claims. The new Civil Procedural Law (HMK), which was enacted in 2011, provides "legal remedy" as intermediate appeal for such decisions and in the law it is stated the decision of intermediate appeal court is final. However, since the Intermediate Appeal Courts do not begin active duty yet, with the temporal Article added to the new law, the articles on appeal of the old law (HUMK) is being in force until the Intermediate Appeal Courts will come into force. At this point, the discussion on whether the decisions about the preliminary orders can be appealed appeared. The Court of Cassation has decisions on both sides. Finally, in the

---

\* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra - İflas Hukuku Ana Bilim Dalı, dilekkarademir3442@gmail.com.

Decision of Joint Chambers of the Court of Cassation, it is decided that decisions on acceptance of preliminary order claims and decisions given after the objection against rejection of the preliminary order claims cannot be appealed. In this paper, this Decision of Joint Chambers of the Court of Cassation is critically analysed.

**Keywords:** Appeal of Preliminary İnjunction Decisions, Appeal of Decisions Given About the Objection, İnterpretation of Article 391/3 of the Civil Procedure Law, İnterpretation of Article 394/5 of the Civil Procedural Law.

◆◆◆

## GİRİŞ

İhtiyati tedbirler konusu 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ("HMK") "geçici hukuki korumalar" başlıklı onuncu kısmının birinci bölümünde 389 ve 399 uncu maddeler arasında düzenlenmiştir. HMK m.389/1 uyarınca "*Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir.*"

İhtiyati tedbir dava açılmadan önce veya dava sırasında istenebilir (HMK m.390/1). Bunun için, tedbir isteyen mahkemeye başvurur; yaklaşık ispat sonucu, talebi haklı görülürse mahkemece ihtiyati tedbir kararı verilir; aksi takdirde talep reddedilir.<sup>1</sup> HMK m.391/3, ihtiyati tedbir talebinin reddi kararlarına karşı "kanun yolu"nun açık olduğu hükmünü getirmiştir. Ayrıca, ihtiyati tedbir talebinin kabulü halinde yokluğunda aleyhine tedbir kararı verilen taraf ve ihtiyati tedbir kararının uygulanması sebebiyle menfaati açıkça ihlal edilen üçüncü kişiler de bu karara karşı kanunda belirtilen usul çerçevesinde itiraz edebilirler (HMK m. 394/1, m. 394/3). Mahkemenin bu itiraz üzerine vereceği karara karşı da "kanun yolu" açıktır (HMK m. 394/5).

HMK m. 341 uyarınca, söz konusu "kanun yolu" istinaftır. Ancak istinaf yargı yolu henüz yürürlüğe girmemiştir ve HMK geçici m. 3, Bölge Adliye Mahkemeleri'nin ("BAM") Resmi Gazetede ilan edilecek göreve başlama tarihine<sup>2</sup> kadar 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ("HUMK") temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunacağını hüküm altına almıştır. Bu noktada HMK m. 391/3 ve m. 394/5'de belirtilen "kanun

---

<sup>1</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, (24. Baskı 2013), s. 558.

<sup>2</sup> Adalet Bakanlığı'nın 7.11.2015 tarihli ve 29525 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan kararı uyarınca BAM'lar 20 Temmuz 2016'da göreve başlayacaktır.

yolu” kavramının temyiz kanun yolu olup olmadığına ilişkin doktrinde farklı görüşler ortaya çıktığı gibi Yargıtay kararlarında da bir birlik sağlanamamıştır. Bu çelişik durumu ortadan kaldırmak için ise aşağıda incelenecek olan İçtihadı Birleştirme Kararı<sup>3</sup> (“İBK”) verilmiştir.

Aşağıda, öncelikle ihtiyati tedbir kurumu; bu kurumla sıkı bağlantısı olan ihtiyati haciz kurumu; bu kurumlara ilişkin olarak HUMK’da, HMK’da ve İcra İflas Kanunu’nda (“İİK”) herhangi bir kanun yolu olup olmadığı; konuya ilişkin Yargıtay kararları ve doktrindeki belli başlı görüşler ve son olarak ilgili İBK kısaca ele alınacak; gelinen nokta ve İBK eleştirel bir gözle incelenecektir.

### A. İhtiyati Tedbir

Davanın açılması ile hüküm arasında geçen zaman içinde, yargılama süresinin uzunluğu ve özellikle kötü niyetli borçluların uyuşmazlık konusu üzerindeki işlemleri sonucu<sup>4</sup>, dava konusunun çeşitli şekillerde istenmeyen değişikliklere maruz kalması veya maruz bırakılması mümkündür. Bu değişiklikler sonucu davanın sonunda elde edilecek hükmün icrası, mümkün olmayabilir veya çok güçleşebilir. Ya da dava sırasında uyuşmazlık konusu ilişkinin geçici olarak düzenlenmesi veya dava süresince bir tarafın mağduriyetinin giderilmesi gerekebilir. İşte ortaya çıkan bu gereksinimleri karşılamak için ihtiyati tedbir müessesesi kabul edilmiştir.<sup>5</sup> Tedbir ivedi bir duruma zamanında verilen tepkidir.<sup>6</sup>İhtiyati tedbirin amacı esas talebin yerine geçmek değil; esas hakkındaki davanın sürüncemesiz takibini sağlamaktır.<sup>7</sup>

İlmi içtihatlarda<sup>8</sup>da yer verilen ihtiyati tedbir çeşitleri ve ihtiyati tedbirin amacına ilişkin açıklamalar da dikkate alındığında ihtiyati tedbir şu şekilde tanımlanabilir:

---

<sup>3</sup> Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, 21.02.2014, E. 2013/1 K. 2014/1.

<sup>4</sup> *Erişir*, Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, (1. Baskı 2013), s. 138.

<sup>5</sup> *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, Medeni Usul Hukuku, (14. Baskı 2013), s. 1018; *Ulukapı*, Medeni Usul Hukuku, (1. Baskı 2014), s.496.

<sup>6</sup> *Erişir*, age., s. 139; Mahkemenin ihtiyati tedbir kararı verirken dikkat etmesi gereken hususları açıklayan karar örneği: 15. HD., 6.7.2012, 4060/5172 (*Ulukapı* Medeni Usul Hukuku, (1. Baskı 2014), s.501); ihtiyati tedbir kurumunun amaçlarına ilişkin bkz. *Postacıoğlu*, Medeni Usul Hukuku Dersleri, (6. Bası 1975), s.487.

<sup>7</sup> Üstündağ, İhtiyati Tedbirler - Geçici Hukuki Himaye (Koruma) Önlemleri, (1981), s.10; *Tunç Yücel*, HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti, (2013), s.23,29; *Özekes*, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt IV, Sayı 2, (2002), s.95.

<sup>8</sup> Bkz. örneğin *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, Medeni Usul Hukuku, (14. Baskı 2013), s. 1019; *Özekes*, İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, (1999), s.57; *Üstündağ*, İhtiyati Tedbirler (Geçici Hukuki Himaye(Koruma) Önlemleri), (1981), s.13-15.

Kesin hükme kadar devam eden yargılama boyunca, hukuki ilişkiden kaynaklanan para dışındaki taleplerin, gelecekteki icrasını teminat altına almak (örneğin uyuşmazlık konusu taşınmazın devrini önlemek için ferağdan men kararı verilmesi); geçici olarak ifa edilmesini sağlamak (boşanma davasından verilen tedbir nafakası kararı); yahut uyuşmazlık konusu hukuki ilişkiyi geçici olarak düzenlemek (çocuğun velayetine ilişkin davada dava süresince çocuğun velayetinin kimde olacağına ilişkin karar) amacıyla başvuru edilen geçici hukuki koruma tedbiridir.

Uyuşmazlık konusu ya da bununla doğrudan bağlantılı bir konu hakkında<sup>9</sup> ihtiyati tedbir dava açılmadan önce esas hakkındaki görevli ve yetkili mahkemeden<sup>10</sup>; dava açıldıktan sonra asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir (HMK m.390).<sup>11</sup> İhtiyati tedbir talebinde bulunan tarafın, ihtiyati tedbir talep etmekte hukuki yararının bulunması gerekir.<sup>12</sup> İhtiyati tedbir kararı, kural olarak uyuşmazlığın karşı tarafı yani dava açıldığında davalı konumunda olacak taraf aleyhine verilir.<sup>13</sup> Talep eden, dilekçesinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebinin ve türünü açıkça belirtmeli ve davanın esas yönünden haklılığını yaklaşık olarak ispat<sup>14</sup> etmelidir (HMK m.390/3).<sup>15</sup> Kural olarak mahkeme

<sup>9</sup> 7. HD. 20.12.2012, E.2012/8142, K.2012/9597 (Konuralp, “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre İhtiyati Tedbirler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt LXXI, Sayı 2, (2013), s.229.

<sup>10</sup> “Adli yargı koluna ait mahkemeler yalnız adli yargıya ait davalar hakkında ihtiyati tedbir kararı verebilirler.” Bkz. Önder, “İhtiyati Tedbirler”, Adliye Ceridesi, Sayı 3, (1943), s.131-132; Ercan, “Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, (1992), s.26; Konuralp, agm., s.233-238.

<sup>11</sup> Yılmaz’a göre, nihai karar nedeniyle kanun yolu aşamasında bulunan davalarda verilecek olan ihtiyati tedbir kararlarının hangi merci tarafından verileceği konusunda kanun boşluğu bulunmaktadır ve bu merci nihai kararı vermiş olan mahkeme olmalıdır. Yılmaz, “Dosyadan El Çeken Mahkemenin Kanun Yolu Aşamasında Bulunan Davada İhtiyati Tedbir Kararı Verme Yetkisi”, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, Sayı 13, (2009), s. 219.

<sup>12</sup> Taş Korkmaz, “Türk Hukuku’nda İhtiyati Tedbirler”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, (1995), s.70; Konuralp, agm., s.231.

<sup>13</sup> Budak, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, (1. Bası 2000), s.157; “Kural, üçüncü kişiler lehine ve aleyhine ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı verilememesi olmakla birlikte ihtiyati tedbirler de belirli hallerde üçüncü kişilerin de bir edimi yerine getirmelerini, bir davranışta bulunmalarını veya bazı davranışlardan kaçınmalarını gerektirebilir ve üçüncü kişilerin bu tedbire karşı başvurabileceği çeşitli yollar (örneğin itiraz etme (HMK m.394/3) ve tazminat davası açma (HMK m.399)) bulunmaktadır.” Ayrıntılı bilgi için bkz. Budak, age., s.159 vd.

<sup>14</sup> “Yaklaşık ispat en basit sekliyle ‘yalın bir iddiadan daha çok, tam ispattan daha az’ bir durumu anlatmaktadır.” Özekes, agm., s.120.

<sup>15</sup> Albayrak, ihtiyati tedbir taleplerinde, tedbir talebinin konusu davanın esas yönünden haklı olduğunun yaklaşık olarak ispatı yanında tedbir sebeplerinin de yaklaşık olarak ispat edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Albayrak, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık

tedbire karar verirken talep edenden teminat alınmasına da karar verir (HMK m.392). Mahkeme karşı tarafı dinlemeden de ihtiyati tedbire karar verebilir (HMK m.390/2). Bu durumda karşı tarafın tedbire itiraz hakkı vardır (HMK m.394).<sup>16</sup> Lehine tedbir kararı verilen taraf bu kararı aldıktan itibaren bir hafta içinde yetkili icra dairesinden tedbirin uygulanmasını talep eder ama kararın içeriğine göre mahkeme yazı işleri müdürünü de kararın icrası için görevlendirebilir (HMK m.393/2). Tedbir kararı esasa ilişkin dava açılmadan önce verilmişse, tedbir talep eden tedbir kararının uygulanmasını talep ettikten itibaren iki hafta içinde esas davasını açmalıdır (HMK m.397). Kendisi dinlenmeden aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen taraf, ihtiyati tedbire karşı tedbirin şartlarına, mahkemenin görev ve yetkisine ve teminata ilişkin olarak kararı veren mahkemeye bir hafta içinde itiraz edebilir (HMK m.394).<sup>17</sup> İhtiyati tedbir talebinin reddi ve kabulü halinde yapılan itiraz üzerine gidilebilecek kanun yolu aşağıda incelenmiştir.

İhtiyati tedbirler HMK'da onuncu kısımda "geçici hukuki korumalar" başlığı altında düzenlenmiş ve geçici hukuki korumalara ilişkin genel hükümlere yer verilmeden doğrudan ihtiyati tedbire ilişkin ayrıntılı kanun maddelerine geçilmiştir. Kanımızca, en ayrıntılı şekilde düzenlenmiş geçici hukuki koruma olan ihtiyati tedbir hükümleri diğer geçici hukuki korumalar için de başvurulabilecek genel hükümler içermektedir. Diğer kanunlarda düzenlenen tedbir türleri için ilgili kanunda özel düzenlemeler yer alabilir; ihtiyati haciz için İİK'da, aile hukukundan doğan tedbirler için MK ve 6284 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeler buna örnek olarak gösterilebilir. HMK ve ilgili kanunlardaki özel düzenlemeler arasındaki ilişki özel kanun-genel kanun ilişkisi olarak ortaya çıkacaktır. Bu nedenle, talep edilen tedbire –varsa- öncelikle ilgili kanun uygulanacak, hüküm olmayan yerde HMK'nın ihtiyati tedbire ilişkin hükümleri uygulanacaktır.<sup>18</sup>

---

İspat, (1. Baskı 2013), s.193.

<sup>16</sup> "İtiraz yolu yargılama hukukundaki 'silahların eşitliği' ilkesinin de bir sonucudur." *Özekes, agm., s.117.*

<sup>17</sup> Ayrıntılı bilgi için *Kuru*, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, (2015), s.498-512 ve ilgili bibliyografya için *Kuru*, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, (2015), s.498, dipnot 1; *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, (2. Bası 2014), s.608-632.

<sup>18</sup> Bkz. örneğin *Üstündağ*, İhtiyati Tedbirler (Geçici Hukuki Himaye(Koruma) Önlemleri), (1981), s.7 ve s.8 dipnot 1b; *Özekes*, age., s.58, *Tunç Yücel*, age., s.108; *Arslan*, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler", *Bankacılar Dergisi Özel Sayı*, (2013), s.8; "Geçici hukuki koruma önlemlerinin en yaygını ihtiyati tedbirdir. Bu sebeptendir ki 'ihtiyati tedbir' kavramı çoğu kez bütün geçici hukuki koruma kararlarını kapsayacak şekilde kullanılmaktadır." *Tunç Yücel*, age., s.39.

## B. İhtiyati Haciz

İhtiyati haciz de geçici hukuki koruma tedbirlerinin (geniş anlamda ihtiyati tedbirin) bir türüdür, ancak şartları ve etkileri İİK'da düzenlenmiştir.<sup>19</sup> İhtiyati haciz, İİK dokuzuncu bapta 257 ve 268 inci maddeler arasında düzenlenmiştir. İhtiyati haciz, alacaklının bir para alacağının zamanında ödenmesini garanti altına almak için, mahkeme kararı ile yetkili icra dairesi tarafından borçlunun mallarına önceden geçici olarak el konulmasıdır.<sup>20</sup> Bu kurumun kabul edilme sebebi, alacaklının menfaatlerini uzun süren icra sürecine karşı korumak<sup>21</sup> ve alacaklının hakkının eksiksiz bir şekilde gerçekleşmesini sağlamaktır.<sup>22</sup> İhtiyati haciz, alacaklıya davadan/takipten önce veya dava/takip süresince borçlunun belirli bir malı üzerinde tasarrufta bulunmasını geçici olarak sınırlama imkânı vermektedir.<sup>23</sup> Bu suretle adi takip yolları ihtiyati haciz kurumu ile tamamlanmıştır.<sup>24</sup> Bu itibarla ihtiyati haczin yardımcı bir cebri icra işlemi olduğu söylenebilir.<sup>25</sup>

İhtiyati haczin bir tedbir türü mü icra takip işlemi mi olduğu tartışılmıştır. Bu mesele ihtiyati haczin doğuracağı sonuçlar bakımından önemlidir.<sup>26</sup> Hakim görüş ise ihtiyati haczin icra takip işlemi olduğu yönündedir.<sup>27</sup>

**Tanriver**, ihtiyati haciz ve ihtiyati haciz taleplerinin reddi kararlarını ara karar olarak değerlendirilmektedir.<sup>28</sup> **Tanriver**'e göre, ihtiyati hacze itiraz imkânı

<sup>19</sup> Y. 11. HD. 27.10.2015. T. 2015/12121 E. 2015/11118 K. (Kazancı); Y. 11. HD., 13.04.2004 T., 2004/1820 E., 2004/4014 K. (*Deynekli/Saldırım*, Öğretide ve Uygulamada İhtiyati Haciz, (3. Bası 2011), s.778); *Üstündağ*, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, (7. Baskı 2000), s.582; *Ansay*, Hukuk Yargılama Usulleri, (7. Baskı 1960), s.194; *Özkan*, Açıklamalı-İçtihatlı İhtiyati Tedbir, Delil Tesbiti ve İhtiyati Haciz ile Kamu Alacağının Tahsilinde İhtiyati Haciz, (2. Bası 1997), s.310; İhtiyati haciz ve ihtiyati tedbirin geçici hukuki koruma önlemlerinin çeşitleri olduğu yönünde bkz. *Deynekli/Saldırım*, age., s.18; *Özkes*, age., s.42; *Kuru*, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, (2. Baskı2013), s. 1033.

<sup>20</sup> *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra ve İflas Hukuku, (27. Baskı 2013), s. 436; *Ulukapı*, İcra ve İflas Hukuku, (1. Baskı 2015), s.297; *Berkin*, İhtiyati Haciz, (1962), s.9.

<sup>21</sup> *Ulukapı*, İcra ve İflas Hukuku, (1. Baskı 2015), s.297.

<sup>22</sup> 19. HD, 11.5.2011, 4749/6494 (*Ulukapı*, İcra ve İflas Hukuku, (1. Baskı 2015), s.299).

<sup>23</sup> *Yıldırım/ Deren Yıldırım*, İcra ve İflas Hukuku, (6. Baskı 2015), s.321.

<sup>24</sup> *Üstündağ*, İcra Hukukunun Esasları, (7. Bası 2000), s.474; *Berkin*, age., s.9.

<sup>25</sup> *Berkin*, age., s.9.

<sup>26</sup> Bilgi için bkz. *Üstündağ*, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, (7. Baskı 2000), s.481; *Berkin*, age., s.11.

<sup>27</sup> Bkz. *Özkes*, age., s.252; *Özkes*, age., s.252, dipnot 76'da belirtilen yazarlar;HGK 23.1.2008, 2008/12-25 E., 2008/3 K. (*Deynekli/Saldırım*, age., s.4); Farklı görüş için bkz. *Deynekli/Saldırım*, age., s.4.

<sup>28</sup> *Tanriver*, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, (1996), s.46-47; İhtiyati tedbir talebinin reddini arar karar olarak nitelendirilmesine örnek olarak bkz. Y. 4. HD, T. 23.11.2015, E. 2014/17337, K. 2015/13386 (Kazancı).

(İİK m.265) ve teminat karşılığında kararın kaldırılabilmesi (İİK m.266) bu kararların bir ara karar olduğunun kanıtı olarak kabul edilmektedir.<sup>29</sup>

Özekes'e göre, ihtiyati haciz kararları geçici nihai kararlardır ve bunların gerçek nihai kararlardan farkı kararın ne zaman tekrar incelenebileceği, yani kanun yoluna götürülebileceği noktasındadır.<sup>30</sup> Nitekim ihtiyati hacze ilişkin kanunda belirtilen kararlara temyiz yolu açıktır. Ayrıca Özekes/**Erişir** ihtiyati haciz kararlarına karşı kanun yolu imkânının tanınmasını geçici hukuki koruma kararlarının nihai karar olarak nitelendirilmesine delil teşkil edeceğini ifade etmiştir.<sup>31</sup>

**Boran Güneysu**'ya göre de ihtiyati haciz kararlarının ara karar<sup>32</sup> özelliği taşımamaktadır. Çünkü burada amacın ara sorunu halledip yargılamayı nihai karara ulaştırmaktan ziyade yargılamanın veya takibin sonucunu güvence altına almaktır. Geçici hukuki koruma kararlarından ara kararlar gibi dönülemez. Bu kararlara ancak kanunun sağladığı itiraz ve kararın kaldırılması (İİK m.265) ile müdahale edilebilir.<sup>33</sup>

İhtiyati haczi ihtiyati tedbirden ayıran özellik; ihtiyati haciz sadece para alacaklarına ilişkin davalarda veya icra takiplerinde söz konusu olduğu halde, ihtiyati tedbir paradan başka taleplere (haklara, taşınır mallara, taşınmazlara) ilişkin davalarda söz konusu olur<sup>34</sup> ve ihtiyati tedbirin konusu uyuşmazlık konusu iken ihtiyati haczin konusu uyuşmazlık konusu olmayan borçluya ait malvarlığıdır.<sup>35</sup>

İhtiyati haciz talebi, genel haciz yolundaki yetki kurallarına göre (İİK m.258, m.50) belirlenen yetkili ve HMK m.1-4'e göre belirlenen görevli mahkemeye yapılır. İhtiyati tedbirde olduğu gibi esasa ilişkin talebin yaklaşık olarak ispatı yeterlidir. Talepte bulunandan teminat alınır (İİK m.259) ve aleyhine ihtiyati haciz talep edilen taraf dinlenmeden de ihtiyati hacze karar verilebilir (İİK m.258). İhtiyati hacze karar verilmesi halinde, lehine karar verilen taraf on

---

<sup>29</sup> *Tanrıver*, age., s.49-50.

<sup>30</sup> *Özekes*, age., s.232-233; aynı görüşte bkz. *Boran Güneysu*, Medeni Usul Hukukunda Karar, (2014), s. 170.

<sup>31</sup> *Özekes/Erişir*, Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi, MİHDER 2006/3, Sayı No 5, (2006), s.1260.

<sup>32</sup> "Ara kararlar, usuli ön sorunları çözüme kavuşturan ve sadece esas hükümlerle birlikte aleyhine kanun yoluna başvurulabilen kararlardır." *Boran Güneysu*, age., s.168.

<sup>33</sup> *Boran Güneysu*, age., s.169-170.

<sup>34</sup> *Kuru/Arslan/Yılmaz*, Medeni Usul Hukuku, (24. Baskı 2013), s. 567; *Töre*, "İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tedbir Nedeniyle Açılacak Tazminat Davaları", *Adalet Dergisi*, (1976), s.125.

<sup>35</sup> *Ansay*, Hukuk Yargılama Usulleri, (7. Baskı 1960), s.194.



gün içinde yetkili icra dairesine başvurmalı ve kararın uygulanmasını sağlamalıdır (İİK m.261). Aleyhine ihtiyati haciz kararı verilen taraf (borçlu) kendisi dinlenmeden verilen ihtiyati haciz kararına karşı, mahkemenin yetkisi, ihtiyati haciz sebebi ve teminata karşı aynı mahkemeye itiraz edebilir (İİK m.265). İtiraz yolu bir dava değildir; kararın yeniden gözden geçirilmesini sağlayan bir başvuru yoludur.<sup>36</sup> Lehine ihtiyati haciz kararı verilen taraf, eğer ihtiyati hacizden önce takip başlatmamış ya da dava açmamış idi ise, daha sonra ihtiyati haczi tamamlayan merasim olarak nitelendirilen dava ya da takip yoluna başvuracaktır (İİK m.264).<sup>37</sup>

### C. İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tedbire İlişkin Kararlara Karşı Kanun Yolu

#### 1. İhtiyati Hacze İlişkin Kararlara Karşı Kanun Yolu

İhtiyati haciz istemi mahkemece yerinde bulunmaz ve ihtiyati haciz kararı verilmezse, bu ret kararı yakın zamana kadar alacaklılar tarafından temyiz edilemiyordu. 13.07.2003 tarih ve 4949 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik sonucunda İİK m. 258’e “ihtiyati haciz talebinin reddi halinde alacaklı kanun yoluna başvurabilir” şeklinde bir hüküm son fıkra olarak eklenmiştir.<sup>38</sup> Aynı kanun değişikliği ile İİK m.265/5’e ihtiyati hacze itiraz üzerine mahkemece verilen kararların “temyiz” edilebileceğine dair bir hüküm getirilmiştir.<sup>39</sup>

Daha sonra BAM’ların kuruluşuna uyum sağlamak amacıyla 02.03.2005 tarih ve 5311 sayılı Kanununun 17. maddesi ile “kanun yolu olarak daha önceden öngörülen temyiz, istinaf olarak” değiştirilmiştir.

Ancak, İİK geçici m. 7<sup>40</sup> uyarınca, BAM’ların göreve başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar İİK’nın 5311 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten önceki temyiz ve karar düzeltmeye ilişkin hükümleri uygulanacaktır.<sup>41</sup>

Bu düzenlemelere paralel olarak, HMK m. 341/1’de “ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü halinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı istinaf yoluna” başvurulabileceği düzenlenmiştir.

---

<sup>36</sup> Özkes, age.,s.316-317.

<sup>37</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. örneğin *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra ve İflas Hukuku, (28. Baskı 2014), s. 436-448; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, (2014), s.354-368.

<sup>38</sup> Bkz. 4949 sayılı Kanuna ait Hükümet Gerekçesi.

<sup>39</sup> Konuya ilişkin Yargıtay kararları için bkz. *Uyar*, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Cilt 3, (3. Baskı 2014), s. 4105; *Yıldırım/Deren Yıldırım*, age., s.325.

<sup>40</sup> 5311 sayılı Kanun m. 29.

<sup>41</sup> *Ulukapı*, İcra ve İflas Hukuku, (1. Baskı 2015), s.310,320.



Mevcut düzende BAM'ların göreve başlama tarihi olan 20 Temmuz 2016'ya kadar<sup>42</sup>, ihtiyati haciz taleplerinin reddi kararlarına ve kabulü üzerinde yokluğunda karar verilen tarafın itirazı üzerine verilen kararlara karşı temyiz yoluna gidilmektedir.

## 2. İhtiyati Tedbire İlişkin Kararlara Karşı Kanun Yolu

### a. HUMK döneminde

HUMK döneminde ihtiyati tedbir kararlarının ve itiraz üzerine verilen kararların tek başına temyizi kabul edilmemiş, bu kararların ancak nihai karar ile birlikte temyiz edilebileceği belirtilmiştir.<sup>43</sup> Bu yargıya ihtiyati tedbire ilişkin kararların nihai karar olmadığı fikri yön vermiştir; örneğin:

**Postacıoğlu** ihtiyati tedbir kararlarının “muvakkat” kararlar olduğunu; nihai karar olmadıkları için temyiz edilemeyeceklerini, ancak bu kararlar için – karar diğer tarafın yokluğunda verilmiş olsun olmasın ayırım yapılmadan- başka bir mahkemeye itiraz imkânı tanınması gerektiğini belirtmiştir.<sup>44</sup>

**Bilge/Önen**, tedbir kararı nihai mahiyette bir karar vasfını taşımadığı için gerek tedbir kararının gerekse bu karara itiraz üzerine verilen kararın temyiz kabiliyeti olmadığını belirtmiştir.<sup>45</sup>

**Özkan**, ihtiyati tedbirin yargısal bir işlem den ibaret olduğunu belirtmiş, geçiciliğine ve kesin hüküm olmayışına vurgu yapmış ve bu niteliklerinin doğal sonucu olarak zamanaşımın kesmeyeceğini<sup>46</sup>, temyiz edilemeyeceğini belirtmiştir.<sup>47</sup>

**Üstündağ**, ihtiyati tedbir kararına ve karara karşı gidilen itirazın reddi kararına karşı temyiz yoluna gidilemeyeceğini çünkü bu kararların nihai karar olmadığını belirtmiştir.<sup>48</sup>

**Yılmaz'a** göre, dava sırasında istenen ihtiyati tedbirin kabulü veya reddi kararlarının, bu kararlar ara karar oldukları için, temyizi mümkün değildir.<sup>49</sup>Yıl-

---

<sup>42</sup> Adalet Bakanlığı'nın 7.11.2015 tarihli ve 29525 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan kararı uyarınca BAM'lar 20 Temmuz 2016'da göreve başlayacaktır.

<sup>43</sup> *Yılmaz*, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Cilt 1, (2001), s. 925.

<sup>44</sup> *Postacıoğlu*, age., 488.

<sup>45</sup> *Bilge/Önen*, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, (3. Baskı 1978), s.375.

<sup>46</sup> *Kuru* ihtiyati tedbir kararı ile zamanaşımının kesileceğini belirtmiştir. *Kuru*, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, (2015), s.503.

<sup>47</sup> *Özkan*, age., s.5.

<sup>48</sup> *Üstündağ*, İhtiyati Tedbirler (Geçici Hukuki Himaye(Koruma) Önlemleri), (1981), s.55.

<sup>49</sup> *Yılmaz*, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Cilt 1, (2001), s. 925; 11. HD, 01.12.1975, 5543/6904 (YKD 1975/10 s. 1460); 11. HD, 22.05.1998, 2115/3658 (*Yılmaz*, Hukuk Muhakemeleri Kanu-

**maz**, ihtiyati tedbire ilişkin kararların denetiminin hukuk güvenliği bakımından zorunlu olduğunu vurgulamış ve olması gereken hukuk bakımından, ihtiyati tedbir kararı veren mahkemenin kararının en yakın yerdeki aynı dereceli mahkemenin incelemesinden geçirilmesini, bu mahkemenin kararına karşı temyiz yolunun açık tutulmasını önermiştir. **Yılmaz**, ayrıca, ihtiyati tedbirin denetiminin istinaf mahkemelerine verilebileceğini de eklemiştir.<sup>50</sup>

**Erişir**'e göre, İİK'da yapılan 2003 değişiklikleri sonucu ihtiyati haciz talebinin reddi kararının ve talebin kabulü halinde itiraz üzerine verilen kararların temyizinin mümkün kılınmasından sonra (İİK m. 258/3 ve m. 265/5), ihtiyati tedbir talebinin reddi kararına ve kabulü halinde itiraz üzerine verilen kararlara karşı, İİK'nın anılan hükümlerinin kıyasen uygulanması ile HUMK döneminde de, temyiz yolunun açılmış olması gerekirdi. Bunun gerekçesi ise her iki geçici hukuki koruma tedbirinin de hukuken geçici nihai karar olmalarıdır.<sup>51</sup>

#### **b. HMK döneminde**

HMK m.391/3'te, ihtiyati tedbir talebinin reddi halinde "kanun yolu"na başvurulabileceği belirtilmiştir. HMK m.391/3'ün hükümet gerekçesinde, İİK'da ihtiyati haciz kanun yolu düzenlemelerine paralel olarak, ihtiyati tedbir kararının reddi halinde kanun yoluna başvurulabileceğinin düzenlendiği ve bu düzenlemenin hukukumuz bakımından yeni olduğu vurgulanmıştır.

Gerekçede bu yenilik şu şekilde açıklanmıştır: "Kanun yolunun açılmış olması sebebiyle, ihtiyati tedbir konusunda, daha sağlıklı kararların verilmesi ve yeknesaklığın sağlanması mümkün olacaktır."

Kendisi dinlenilmeden aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen taraf (ve menfaati ihlal edilen üçüncü kişiler), ihtiyati tedbir kararına itiraz edebilir(HMK m. 394/1). İtiraz teknik anlamda bir kanun yolu olmayıp hukuki dinlenilme hakkını tanıyan özel bir hukuki çaredir.<sup>52</sup> Çünkü itiraz yolunun kararı bir üst mahkemeye taşıma ve kararın kesinleşmesini erteleme gücü yoktur.

İhtiyati tedbir kararına itiraz yoluna ilişkin kanuna yapılan haklı bir eleştiri konusu ise, itiraz hakkının ve dolayısı ile itiraz üzerine verilen kanun yoluna başvurma hakkının sadece kendisi dinlenmeden aleyhine tedbir kararı

---

nu Şerhi ("HMK Şerhi"), (2. Baskı 2013), s.925).

<sup>50</sup> *Yılmaz*, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Cilt 1, (2001), s. 932.

<sup>51</sup> *Erişir*, age., s. 169; ayrıntılı açıklama için bkz. *Erişir*, age., s. 238-242.

<sup>52</sup> *Pekcanitez/Atalay/Özokes*, Medeni Usul Hukuku, (14. Baskı 2013), s.1039; *Sarısözen*, "İhtiyati Tedbir Kararlarına Karşı Başvuru Yolu ve İçtihadı Birleştirme Kararı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 16, Özel Sayı, (2014), Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan Cilt II, s.1325.

verilen kişiye tanınmış olmasıdır. **Arslan**, bu maddenin ikinci fıkrasına ilişkin Hükümet Gerekçesine göre itiraz bakımından, ihtiyati tedbire karar verilirken duruşma yapılmış ve yapılmamış olması ayırımına gidilmediğini ve kendisinin hazır bulunduğu duruşmada dinlenerek karar verilmiş olsa dahi, karşı tarafın itiraz yoluna başvurmasının mümkün olduğunu belirtmiştir. **Arslan**'a göre, itiraz, tedbire karşı başvuru bir hukuki çaredir ve bu çareden, karar verilirken dinlensin veya dinlenmesin karşı tarafı yararlandırmak gerekir.<sup>53</sup> **Kuru** da sadece kendisi dinlenilmeden aleyhine tedbir kararı verilene itiraz ve dolayısı ile kanun yoluna başvuru hakkının tanınmasının haksız ve çelişik bir durum olup, hak arama hürriyetine (AY m.36) ve hukuki dinlenilme hakkının (HMK m.27) bir unsuru olan "silahların eşitliği" ilkesine aykırı olduğunu vurgulamıştır.<sup>54</sup> Yapılan eleştiriler, olması gereken hukuk bakımından yerinde olmakla birlikte mevcut uygulamada HMK m.394 uyarınca sadece kendisi dinlenmeden aleyhine tedbir kararı verilen kişi itiraz ve dolayısı ile kanun yoluna başvurabilecektir. **Kuru**'ya göre, bu durumun getireceği olumsuzluğu gidermek için, tedbir kararının verileceği duruşmaya çağırılrsa bile karşı tarafın duruşmaya gitmeyerek daha sonra kendisi dinlenmeden karar verildiğini belirterek itiraz yoluna ve kanun yoluna başvurmada kanunen bir sakınca yoktur.<sup>55</sup>

HMK m. 394/5 uyarınca itiraz hakkında verilen kabul ya da ret kararlarına karşı "kanun yolu"na başvurulabilir. Bu başvuru öncelikle incelenir ve kesin karara bağlanır. Kanun yoluna başvurulmuş olması tedbirin uygulanmasını durdurmaz(HMK m. 394/5). HMK m. 394/5'in gerekçesinde, yine, bu fıkranın hukukumuzda yeni olduğu ve ihtiyati haciz hükümlerine paralel bir düzenleme olduğu belirtilmiştir.

Durum ve şartların değişmesi gerekçesi ile de itiraz mümkündür (HMK m. 395/3, m. 396/2). HMK m. 394'e göre yapılan itirazdaki başvuru şekli ve yapılan yargılamaya ilişkin düzenleme burada da geçerlidir. Ancak durum ve şartların değişmesi sebebi ile mahkemeye yapılan başvuru üzerine mahkemenin verdiği karara karşı kanun yoluna başvurulamaz. Çünkü tedbire itiraza ilişkin atıf yapılan hükümler arasında kanun yoluna başvuruya ilişkin fıkraya atıf yapılmamıştır.<sup>56</sup>

HMK m. 341/1 gereğince, bu iki hükümde söz konusu olan kanun yolu esa-

---

<sup>53</sup> *Arslan*, agm., s.19, dipnot 21.

<sup>54</sup> *Kuru*, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, (2015), s.508. İhtiyati haciz konusunda benzer eleştiri için bkz. *Kuru*, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, (2. Baskı 2013), s.1045; Aynı yönde bkz. *Sarısözen*, agm., s.1325.

<sup>55</sup> *Kuru*, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, (2.Baskı 2013), s.1052.

<sup>56</sup> *Pekcanitez/Atalay/Özeker*, age., s.1043.

sen istinaftır ve BAM'lar kurulup istinaf kanun yolu uygulanmaya başlandığında, geçici hukuki korumalar hakkında istinafta verilen kararlar bu aşamada kesinleşecek ve bu kararlara karşı temyiz yoluna gidilemeyecektir (HMK m. 362/1-f). Ancak BAM'lar henüz göreve başlamamışlardır. Bu konuya ilişkin HMK geçici 3. madde<sup>57</sup> ise şöyle bir düzenleme getirmiştir:

“ (1) Bölge adliye mahkemelerinin, ... Resmî Gazete’de ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar, 1086 sayılı Kanunun temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur. ...

(3) Bu Kanunda bölge adliye mahkemelerine görev verilen hallerde bu mahkemelerin göreve başlama tarihine kadar 1086 sayılı Kanunun bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır.”<sup>58</sup>

Bir yenilik olarak ve İİK ihtiyati haciz hükümlerine paralel olarak HMK m. 391/3 ve m. 394/5’de “kanun yolu” öngörülmüş; bu kanun yolu istinaf olarak belirlenmiş; ancak, istinaf mahkemeleri henüz göreve başlamamıştır. HMK geçici m. 3/1 uyarınca BAM'lar göreve başlayınca kadar HUMK temyiz hükümleri uygulanmaya devam olunacaktır. Bu nedenle ilgili maddelerdeki “kanun yolu”ndan kastedilenin temyiz kanun yolu olup olmadığının belirlenmesi gerekmiştir. İlmi içtihatlarda çoğunluk görüşü bu “kanun yolu”nun temyiz olduğunu belirtirken, kazai içtihatlarda BAM'lar göreve başlayınca kadar HMK m.391 ve m.394’te belirtilen “kanun yolu”nun temyiz olarak yorumlanıp yorumlanamayacağı tartışılmış ve birbirine çelişik Yargıtay kararları ortaya çıkmıştır.

## D. Yargıtay Kararlarından Örnekler

### 1. Temyiz Yolunun Caiz Olmadığına İlişkin Kararlar

Yargıtay dairelerinden bazıları HMK m. 391/3 ve m. 394/5’de belirtilen “kanun yolu”nun sadece istinaf kanun yoluna atıf yaptığını ve istinaf mahkemeleri kuruluncaya kadar ihtiyati tedbir taleplerinin reddi kararlarına ve kabulü halinde itiraz üzerine verilen kararlara karşı temyiz yoluna gidilemeyeceği görüşünü savunmuşlardır. Bu görüşlerine gerekçe olarak şunlar gösterilmiştir:

- HMK geçici m.3 gereğince temyiz yargılamasına HUMK temyiz hükümleri uygulandığı gibi temyiz edilebilecek kararların kapsamına da HUMK temyiz hükümleri uygulanmalıdır. Şu anda uygulamada olan HUMK tem-

---

<sup>57</sup> 6217 sayılı Kanun m.30.

<sup>58</sup> Adalet Bakanlığı'nın 7.11.2015 tarihli ve 29525 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan kararı uyarınca BAM'lar 20 Temmuz 2016’da göreve başlayacaktır.

yiz hükümlerinden m. 427/1 sadece nihai kararların temyiz edilebileceğini öngörmüştür. Bu nedenle ara karar olan ihtiyati tedbir kararına karşı temyiz yolu kapalıdır.<sup>59</sup>İhtiyati tedbir kararının reddi üzerine yapılan itiraz sonucu verilen kararlara karşı temyiz yolu HUMK'da açık olmadığı için HMK döneminde de bu uygulamaya devam edilmelidir. Kaldı ki temyiz yolu açık olsa bile Yargıtay'ın yapacağı temyiz incelemesinin yönteminin ve vereceği kararın sonucunun ne olacağı konusu açık kalacaktır.<sup>60</sup>

- HMK m. 391/3'de belirtilen kanun yolun öncelikle HMK m. 394/5'de de düzenlenen itiraz "kanun yolu" dur. Medeni yargılama sistemimizde ikili kanun yolları öngörülmüştür. Bu ikili kanun yolları da belli kararlar için önce istinaf sonra temyiz kanun yolları; belli kararlar için de önce itiraz sonra istinaf kanun yollarıdır. İhtiyati tedbirler hakkında istisnai bir düzenleme yer almadığı için üçlü bir kanun denetiminden yani önce itiraz kanun yolu, sonra istinaf kanun yolu ve üçüncü bir kanun yolu denetimi olarak temyizden bahsedilemez.<sup>61</sup>
- HMK m. 341/1 ve m. 362/1-f uyarınca, ihtiyati tedbir kararına karşı kanun yolu istinaftır, HMK bu kararları açıkça temyiz dışı bırakmıştır. HUMK'da ise zaten temyiz kanun yolu kapalıdır. HMK geçici m. 3/3 dolayısıyla HMK m. 391/3 ve m. 394/5'de belirtilen kanun yolunu temyiz olarak yorumlamak için yasal bir dayanak bulunmamaktadır.<sup>62</sup>
- Yargıtay'ın görevi sadece ilk derece mahkemesinden verilen kararın hukuka uygun olup olmadığının denetimini yapmaktır. Yargıtay istinaf mahkemesi gibi yerindelik denetimi yapamaz. Anılan maddelerdeki kanun yolunda yetkili mahkemeyi Yargıtay olarak yorumlamak, Yargıtay'a kanunda olmayan bir görev yüklemek ve Yargıtay'dan istinaf incelemesi yapmasını beklemek olur.<sup>63</sup>
- İhtiyati haciz için düzenlenen temyiz yolunun buraya da kıyasen uygulanması mümkün değildir. Çünkü ihtiyati haciz kararlarına ve talebin red-

---

<sup>59</sup> 3. HD, 29.11.2012, 18732/24726 (*Pekcanitez/Atalay/Özekes*, age., s. 1029).

<sup>60</sup> 2. HD, 06.03.2013, E. 2012/4691, K. 2013/5911 sayılı kararda yer alan karşı oy yazısı (*Gençcan*, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, (2013), s.1315); 1. HD, 18.01.2013, E. 2013/149, K. 2013/389 (*Gençcan*, age., s.1307).

<sup>61</sup> 4. HD, 27.05.2013, E. 2013/8252, K. 2013/9873 kararında yer alan karşı oy yazısı(*Gençcan*, age., s.1309) .

<sup>62</sup> 4. HD, 27.05.2013, E. 2013/8252, K. 2013/9873 kararında yer alan karşı oy yazısı(*Gençcan*, age., s.1309). HD, 15.01.2013, E. 2012/15986, K. 2013/573 sayılı kararda yer alan karşı oy yazısı(*Gençcan*, age., s.1311).

<sup>63</sup> 4. HD, 27.05.2013, E. 2013/8252, K. 2013/9873 kararında yer alan karşı oy yazısı(*Gençcan*, age., s.1309). HD, 15.01.2013, E. 2012/15986, K. 2013/573 sayılı kararda yer alan karşı oy yazısı(*Gençcan*, age., s.1311).

di üzerine yapılan itiraz sonucu verilen kararlara karşı temyiz yolu önce 4949 sayılı Kanunla getirilmiş sonra 5311 sayılı Kanunla istinafa çevrilmiş; İİK geçici m. 7 ile de BAM'lar açılıncaya kadar temyiz yolunun açık olduğu belirtilmiştir. HMK'da ise ihtiyati tedbire yönelik bu tarz bir özel düzenleme bulunmamaktadır.<sup>64</sup>

Örnek olarak şu kararlara göz atabiliriz:

3. HD bir kararında ihtiyati tedbir kararının nihai karar olmadığını gerekçe göstererek ihtiyati tedbir talebinin reddi kararına temyiz yolunu kapatmıştır:

*“ ... Her ne kadar 6100 sayılı HMK'nun 387. maddesinde kararın öğrenilmesinden itibaren iki hafta içinde, bu Kanun hükümleri dairesinde istinaf yoluna başvurulacağı hükmü belirtilmişse de; istinaf mahkemeleri henüz faaliyete geçmemiştir. / Ayrıca, 6100 sayılı HMK'nun geçici 3. maddesinde “Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2. maddesi uyarınca Resmi Gazete’de ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar, 1086 sayılı Kanunun temyize ilişkin yürürlükte hükümlerinin uygulanmasına devam olunur” hükmü getirilmiştir. / Temyize konu edilen ara karar HMK'nun 389 vd. maddelerinde yer alan ihtiyati tedbir talebinin reddine ilişkin olup, aynı kanunun geçici 3. maddesi gereğince 1086 sayılı HUMK'un temyize ilişkin 427/1 maddesinde “Mahkemelerden verilen nihai kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir.” hükmüne göre nihai karar niteliğinde olmayan ara kararının temyiz yolu ile incelenemeyeceği kesindir. / Bu durumda, davacı vekilinin; ihtiyati tedbir talebinin reddine ilişkin mahkeme kararına yönelik temyiz hakkı bulunmadığından temyiz talebinin REDDİNE, ... oybirliği ile karar verildi.”<sup>65</sup>*

Yargıtay 1. HD, temyiz yolunun kapalı olduğuna karar verdiği bir kararında, HMK m. 391/3, m. 394/5, m. 341, m. 361, m.362/1-f hükümlerini zikrettikten sonra şu yargıya varmıştır:

*“...HMK geçici madde 3/1 gereğince temyiz incelemesinin yönteminin belirlenmesinde olduğu gibi temyize tabi kararların kapsamının belirlenmesinde de anılan kanun hükümlerinin gözetilmesi gerektiği açıktır. HUMK m. 427 ve 454 hükümleri gözetildiğinde; “ihtiyati tedbir kararlarına karşı yapılan itirazların reddine” ilişkin kararların temyize tabi olmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca,*

---

<sup>64</sup> 4. HD, 27.05.2013, E. 2013/8252, K. 2013/9873 kararında yer alan karşı oy yazısı(Gençcan, age., s.1309).

<sup>65</sup> 3. HD, 29.11.2012, 18732/24726 (Pekcanitez Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku, (14. Baskı 2013), s. 1029); ayrıca bkz. 3. HD, 16.01.2013, E. 2012/23312, K.2013/303(Gençcan, age., s. 1306).

*bu tür kararların aleyhine temyiz yoluna başvurulabileceğinin kabul edilmesi durumunda ise Yargıtay'ın yapacağı temyiz incelemesinin yönteminin ve vereceği kararın sonucunun ne olacağı konusu açık kalacaktır.”<sup>66</sup>*

## 2. Temyiz Yolunun Caiz Olduğuna İlişkin Kararlar

Yargıtay dairelerinden bazıları HMK m. 391/3 ve m. 394/5’de belirtilen “kanun yolu” nun, istinaf mahkemeleri kuruluncaya kadar, şu anda geçerli tek kanun yolu olan “temyiz” olarak yorumlanması gerektiğini, benzer niteliklere sahip ihtiyati haciz için on yıldır uygulanan temyiz kanun yolunun ihtiyati tedbire ilişkin kararlar için de uygulanması gerektiğini kabul etmişlerdir.<sup>67</sup> Aksi durumun kabulü sonucunda, kanun koyucunun HMK m.391 ve m.394’de ihtiyati tedbire ilişkin kararlara karşı kanun yoluna başvurulabileceğini ifade etmesinin, HMK m.341 karşısında gereksiz bir tekrar, dolayısıyla yasa yapma tekniği açısından ağır bir hata olacağını belirtmişlerdir.<sup>68</sup> İhtiyati tedbire ilişkin temyiz incelemelerinde, Yargıtay dairelerinin sıradan bir temyiz incelemesinde olduğu gibi onama, bozma, düzelterek onama kararları verdiği görülmüştür.<sup>69</sup>

Bu kararlar aşağıdaki gibi örneklendirilebilir:

*“HMK’nun 391’inci maddesinin 3 üncü fıkrasına ve aynı Kanun’un 394’üncü maddesinin 5’inci bendine göre ihtiyati tedbir isteminin reddi ile ihtiyati tedbir kararına itiraz üzerine verilen kararlara karşı kanun yolunun açık olduğu, bunların dışındaki ihtiyati tedbire ilişkin diğer kararlara karşı kanun yolunun kapalı olduğu aşağıdaki hukuki sebeplerle kabul edilmiştir: .... Diğer ve tamamlayıcı bir anlatımla ilk derece mahkemeleri tarafından verilen nihai kararların temyiz edilebileceğine dair genel ilke, ihtiyati tedbir kurumu bakımından tamamen kaldırılmamış, sadece HMK’nun 391 ve 394’üncü maddelerinde sınırları çizilen bir alanda bu ilkeye istisna tanınmıştır.”<sup>70</sup>*

*“İhtiyati tedbir isteminin reddi ile ihtiyati tedbir kararlarına itiraz hakkında verilen kararların kanun yoluna tabi olup olmadığı konusunda HMK’nun*

---

<sup>66</sup> 1. HD, 18.01.2013, E. 2013/149, K. 2013/389(Gençcan, age., s. 1307).

<sup>67</sup> 11. HD, 28.06.2012, 7898/11432 (Kazancı).

<sup>68</sup> 19. HD, 09.10.2012, E. 2012/9253, K. 2012/14677 (Taşpınar Ayvaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Zaman Bakımından Uygulanması, (2013), s.460-461).

<sup>69</sup> Bkz. örneğin:19. HD, 15.01.2013, E. 2012/15986, K.2013/573(Gençcan, age., s. 1311).

<sup>70</sup> 19. HD, 09.10.2012, 9253/14677(Yılmaz, HMK Şerhi, s. 1676); aynı yönde bkz. 13. HD, 14.01.2013, E. 2013/441, K.2013/370; 19. HD, 15.01.2013, E. 2012/15986, K. 2013/573 (Gençcan, age., s. 1309); 23. HD, 16.01.2013, E. 2012/6915, K.2013/125(Gençcan, age., s. 1303) ; 11. HD, 07.01.2013, E.2012/18506, K. 2013/47(Gençcan, age., s. 1314); 2. HD, 06.03.2013, E.2012/4691, K.2013/5911(Gençcan, age., s. 1315).



*geçici 3. maddesinin de uygulama yeri yoktur. Bu kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilmesinin sebebi ... , HMK'nun 448'inci maddesi uyarınca derhal yürürlüğe giren HMK'nun 391'inci ve 394'üncü maddeleridir. Bu maddeler yürürlükte oldukları için, söz konusu kararların temyizinin kabil olup olmadığı konusunda 1086 sayılı HUMK'nun temyize ilişkin maddelerinde hüküm aramaya gerek bulunmamaktadır. Yasa yapma tekniği açısından kanun koyucunun hangi kararlara karşı kanun yoluna başvurulabileceğini bir kanunun sadece temyize ilişkin hükümlerinde göstermesi zorunlu değildir. Nitekim, ihtiyati haciz isteminin reddine karşı kanun yoluna başvurulabileceğinin öngörülmesi, ihtiyati hacze itiraz üzerine verilen kararlara karşı da temyiz yolunun açılması İİK'nun 258 ve 265'inci maddelerinde yapılan değişikliklerle öngörülmüş, İİK'nun temyize ilişkin 363 vd. maddelerinde bir değişiklik yapılmamıştır.”<sup>71</sup>*

#### **E. Doktrindeki Görüşler**

Yargıtay uygulamasının iki başlı gelişmesi yanında doktrinde de bu duruma yönelik çeşitli görüşler öne sürülmüştür. Yargıtay kararlarında olduğu gibi doktrindeki görüşler de ikiye bölünmüştür. Hakim görüş, HMK m.391/3 ve m.394/5'de belirtilen “kanun yolu”nun istinaf mahkemeleri kuruluncaya kadar temyiz olarak uygulanması gerektiğini savunurken; bazı yazarlar bu görüşe karşı çıkmış ve ihtiyati tedbir kararları ile ihtiyati tedbir talebinin reddinde itiraz üzerine verilen kararlara karşı temyiz yolunun kapalı olması gerektiğini iddia etmişlerdir.

**Pekcanitez/Atalay/Özekes**, BAM'lar kurulup istinaf kanun yolu yürürlüğe girinceye kadar 1086 sayılı Kanun'un kanun yoluna ilişkin hükümlerinin yani temyiz hükümlerinin ihtiyati tedbir için de uygulanması gerektiğini savunmuş; buna dayanak olarak da HMK geçici m.3/1 ve m.3/3'ü göstermiş ve 2003'ten beri temyiz yolunun ihtiyati haciz açısından uygulandığını vurgulamışlardır.<sup>72</sup>

**Pekcanitez/Atalay/Özekes'e** göre, “Geçici hukuki koruma kararları, ister bir davadan önce verilsin ister bir dava içinde verilsin, teknik anlamda ara karar olmayıp kendine özgü niteliği olan geçici hukuki koruma kararlarıdır ve bu kararlar hem ara kararları hem de nihai kararlardan farklı özellik gösterirler. Çünkü ara kararlar nihai kararlara ulaşmak için verilen kararlardır. Oysa geçici hukuki koruma kararları nihai karara bağlı olmadan ondan ayrı verilirler ve nihai karara ulaşmanın değil, nihai karardaki etkinin ayakta kalmasını sağlayan kararlardır. Bu kararlara karşı kanun yolu hem İİK'da ihtiyati haciz hem

---

<sup>71</sup> 19. HD, 09.10.2012, E. 2012/9253, K. 2012/14677 (*Taşpınar Ayvaz*, age., s.462).

<sup>72</sup> *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, age., s. 1028.



de HMK'da ihtiyati tedbirler bakımından açıkça tanınmıştır. Bu sebeple bu kararlara karşı kanun kapatmak, yasama organının tasarrufunu ve Kanunu yok saymak, açık kanun hükmünü uygulamamak demektir.”<sup>73</sup>

**Umar** ise anılan maddelerde belirtilen kanun yolunun temyiz olarak yorumlanmaması ve ihtiyati tedbir taleplerinin reddi kararları ile kabule karşı yapılan itiraz üzerine verilen kararlara karşı kanun yolunu kapatan Yargıtay kararlarını çok sert bir diller eleştirmiştir. **Umar**'ın yorumu şu şekildedir: “ ... buna karşılık diğer bazı daireler, üst üste verdikleri kararlarda, m. 394 f. V'deki başvuru Yargıtay'a yapılamaz diye kesip atarak, on yıldır bölge adliye mahkemelerini ve istinaf yolunu çalıştırmayan Adalet Bakanlığının bu ayıbı sebebine, yasanın andığımız kuralda tanıdığı kanun yolunun işlemeziğini kabul ve tescil etmişlerdir. Oysa MK m.1'deki yorum ilkesi yani yasanın sözüyle ve özüyle uygulanacağı ilkesi, yalnız medeni hukukta değil, yargılama usulü hukukları dahil bütün hukukta geçerlidir; demek ki yasa koyucunun gütmüş olması gereken amaç bugünün koşulları ve gerçekleri karşısında ne olmak gerekiyor ise yasanın sözünü o doğrultuda yorumlayıp uygulama yapılması gerektiğinden ve yasa m. 394 f. V'de bir kanun yolu açmak istediğinden, bunun tartışması olamayacağından, halen işleyen tek kanun yolunun (temyiz yolunun) orada sözü edilen başvuru için açık olduğu yorumunu benimsemek doğru ve zorunlu idi. Eğer Adalet Bakanlığı dürtüklenip ona bir sille atılmak istenmişse, silleyi yiyen Adalet Bakanlığı değil, mahkemeye işi düşen vatandaşlar, kuruluşlar olmuştur; kanunun tanıdığı başvuru hakkı yok sayılmıştır.”<sup>74</sup>

**Karslı** da BAM'lar göreve başlayınca kadar belirtilen hükümlerdeki kanun yolunun temyiz yolu olduğunu kabul etmiş; Yargıtay'ın yerel mahkemenin kararını doğru bulursa, kararı onaması gerektiğini, yanlış bulursa bozma kararı vermesi gerektiğini belirtmiş ve Yargıtay'ın yerel mahkemenin yerine geçerek ihtiyati tedbir kararı vermemesi gerektiğini vurgulamıştır.<sup>75</sup>

**Erişir** ihtiyati tedbir yargılamasının asıl davadaki yargılamadan ayrı ve bağımsız olduğunu vurgulamıştır.<sup>76</sup> **Erişir**'e göre, ihtiyati tedbir yargılaması sonunda verilen, kendi konusunu oluşturan taleple sınırlı etki doğuran kararlar

---

<sup>73</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, age., s. 1030.

<sup>74</sup> Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, (2014), s. 1157; Ayrıca bkz. Umar, “Tek Oy Farkıyla Çıkabilen Olmayacak Bir İçtihadı Birleştirme Kararı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 16 Özel Sayı Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan 2015 Cilt I s.509-514; Aynı yönde bkz. Taşpınar Ayvaz, age., s. 468.

<sup>75</sup> Karslı, Medeni Muhakeme Hukuku, (3. Baskı 2012), s. 758-759; benzer görüşte Arslan, agm., s.16.

<sup>76</sup> Erişir, age., s. 164.

geçici nitelikte nihai kararlardır.<sup>77</sup> HMK ile, tıpkı ihtiyati hacze ilişkin 2003 yılında yapılan değişiklikte olduğu gibi, ihtiyati tedbir kararları kanun yolu denetimine elverişli hale getirilerek bu kararların geçici nihai karar özelliği bizzat kanun koyucu tarafından benimsenmiştir.<sup>78</sup> BAM'lar göreve başlamadığı için HMK geçici m. 3 gereğince, ihtiyati hacizde 2003 yılından beri uygulanageldiği üzere, ihtiyati tedbir talebinin reddi ile ihtiyati tedbire itiraz üzerine verilen kararlara karşı Yargıtay'a başvurulabilmelidir.<sup>79</sup>

**Taşpınar Ayyavz** da, ihtiyati hacze ilişkin kanun yolu hükümleri örnek alınarak yazılan HMK m.391/3 ve 394/5'de geçen kanun yolu terimini mevcut kanun yolu olan "temyiz" olarak anlamaya bir engel bulunmadığını; HMK geçici m.3/1'in uygulanmasının da bu yorumu değiştirmeyeceğini, kanun koyucunun amacının bahsedilen kararları denetime açmak olduğunu belirtmiş; HUMK m.427/1'den söz edilerek temyiz yolunu kapamanın doğru bir yorum olmayacağını savunmuştur.<sup>80</sup>

**Konuralp**'e göre, 4949 sayılı Kanun'un 60. maddesiyle İİK'nın 258. maddesine eklenen "İhtiyati haciz talebinin reddi halinde alacaklı kanun yoluna başvurulabilir." şeklindeki son fıkrada yer alan "kanun yolu" ifadesinin, temyiz yolunu da içerdiği aynı Kanun'un 63. maddesiyle İİK'nın 265. maddesine eklenen "İtiraz üzerine verilen karara karşı temyiz yoluna başvurulabilir." denilerek belirtilmiştir. Aynı şekilde HMK'nın 448. maddesi uyarınca derhal yürürlüğe giren HMK m.391 ve m.394'te yer alan "kanun yolu" ifadesi de temyiz olarak yorumlanmalıdır. Yine **Konuralp**'e göre, aksi halde, hukukun yeknesak uygulanması ilkesini zedeleyeceği gibi bu ifade HMK'nın 341. maddesi karşısında gereksiz bir tekrar, dolayısıyla yasa yapma tekniği açısından ağır bir hata olacaktır. Ayrıca ihtiyati tedbir talebinin kabulü ve reddi üzerine verilen kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulabilmesinin sebebi HMK m.448 uyarınca derhal yürürlüğe giren HMK m.391 ve HMK m.394'tur. Bu maddeler yürürlükte oldukları için bu konuya ilişkin HUMK'ta hüküm aramaya gerek yoktur.<sup>81</sup>

Yargıtay üyesi **Gençcan** ise, ihtiyati tedbire ilişkin kararların nihai karar olmadığını<sup>82</sup>; ancak kanunda açıkça öngörülen istisnai hallerde kanun yolu-

---

<sup>77</sup> *Erişir*, age., s. 166.

<sup>78</sup> *Erişir*, age., s. 170.

<sup>79</sup> *Erişir*, age., s. 172.

<sup>80</sup> *Taşpınar Ayyavz*, age., s.469-470.

<sup>81</sup> *Konuralp*, agm., s.254.

<sup>82</sup> *Ulukapı* ise gerek davadan önce gerek dava sırasında talep edilen ihtiyati tedbirin kabulüne ya da reddine ilişkin kararların nihai karar olduğunu belirtmektedir. *Ulukapı*, Medeni Usul Hukuku, (1. Baskı 2014), s.500.

na başvurulabileceğini; HMK m.391/3 ve m.394/5’de belirtilen “kanun yolu” nun HMK m. 341/1 uyarınca istinaf olduğunu ve ihtiyati tedbir talebinin reddi kararları ile kabulü halinde itiraz üzerine verilen kararlara karşı temyiz yolunun kapalı olduğunu belirtmiştir.<sup>83</sup>Zira, **Gençcan**’a göre, HMK geçici m.3/3 gereğince BAM’ların göreve başlama tarihine kadar HUMK’un HMK’ya aykırı olmayan hükümlerinin uygulanacağı öngörüldüğünden, HUMK’da ihtiyati tedbir kararlarına karşı temyiz yolu kapalı bulunduğundan ve HMK’da da hüküm bulunmadığından bu kararların temyiz yolu ile incelemesinin yasal dayanağı yoktur.<sup>84</sup>

Mevcut hukuk bakımından yapılan bu tartışmaların yanında, Yılmaz meseleyi olması gereken hukuk bakımından yorumlamıştır. **Yılmaz**, henüz istinaf mahkemeleri kurulmadığı için, HMK m.391/3’de belirtilen kanun yolunun istinaf mahkemeleri kurulana kadar temyiz olarak yorumlanmasını ve ihtiyati tedbir taleplerinin temyiz yoluna götürülmesini, zaten ağır olan Yargıtay’ın iş yükünü daha da arttırdığından bahisle, eleştirmiştir.<sup>85</sup>**Yılmaz**’a göre şu anda karşılaşılan bu sorunun çözümü için, HMK m. 391/3 değiştirilmeli ve ihtiyati tedbir talebinin reddi (ve hatta kabulü) kararının, kararı veren mahkemeye en yakın aynı derece mahkeme tarafından incelenmesi usulü getirilmelidir.<sup>86</sup>

Benzer incelemeyi tahkim hukuku açısından yapan **Tunç Yücel** de HMK tahkim hükümleri uyarınca yapılan tahkim yargılamasında, mahkemelerce verilen ihtiyati tedbir kararlarına ve hakemlerce verilen ve mahkemece icra edilebilirliğine karar verilen ihtiyati tedbir kararlarına karşı -HMK’nın ihtiyati tedbire itiraza ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanarak- tarafların tedbire karar veren mercie itiraz edebileceğini belirtmiştir.<sup>87</sup>Tahkim yargılamasında mahkemelerce verilen tedbir talebinin reddi kararına veya kabulü halinde itiraz üzerine verilen karara karşı –yine HMK m.391/3 ve m.394/5 kıyasen uygulanarak- kanun yoluna gidilebilir ve HMK m.341/1 uyarınca kanun yolu istinaf olmakla beraber HMK geçici m.3/1 uyarınca BAM’lar kuruluncaya kadar bu kanun yolu temyiz olarak anlaşılmalıdır.<sup>88</sup> Hakemlerce verilen tedbir talebinin reddi veya kabulü halinde itiraz üzerine verilen kararlara karşı HMK m.439 uygulanacak ve tahkim sözleşmesinin taraflarınca iptal davası açılacaktır.<sup>89</sup>

---

<sup>83</sup> *Gençcan*, age., s.1305.

<sup>84</sup> *Gençcan*, age., s.1305.

<sup>85</sup> *Yılmaz*, HMK Şerhi, s.1676.

<sup>86</sup> *Yılmaz*, HMK Şerhi, s.1676.

<sup>87</sup> *Tunç Yücel*, age.,s.108-110.

<sup>88</sup> *Tunç Yücel*, age.,s.110-111.

<sup>89</sup> *Tunç Yücel*, age.,s.111-112.

Göröldüğü üzere Yargıtay kararlarında ve doktrinde bir görüş birliğı oluşamamış; bu görüş ayrılıklarına bir sonraki başlıkta incelenecek olan İBK son noktayı koymuştur.

#### **F. 2013/1 E. 2014/1 K. Sayılı İctihadi Birleştirme Kararı**

İctihadi Birleştirme Kararının konusu, ihtiyati tedbir talebinin reddi kararına karşı ve bu talebin kabul halinde yapılan itiraz üzerine verilecek olan ret veya kabul kararlarına karşı temyiz kanun yolunun açık olup olmadığıdır.

Birinci, Üçüncü ve Onyedinci Hukuk Daireleri temyiz yolunun kapalı olduğı görüşünü ileri sürerken; Dördüncü, Altıncı, Sekizinci, Onbirinci, Onüçüncü, Onsekizinci, On dokuzuncu ve Yirmiüüncü Hukuk Daireleri temyiz yolunun açık olduğunu savunmuşlardır.<sup>90</sup>

İctihadi Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, ilgili kavram ve kurumları açıkladıktan sonra açıklığa kavuşturulması gereken hususlardan ilkinin HMK geçici m. 3'ün uygulama alanının belirlenmesi, ikincisinin ise ihtiyati tedbir ile ilgili kararların hukuki niteliğinin saptanması olduğunu belirtmiştir.

*“...Bu bağlamda maddenin kapsamının belirlenmesi için açıklığa kavuşturulması gereken diğeri bir konu ise, 1086 sayılı Kanunun temyize ilişkin hükümlerinin şekil ve içerik bakımından kapsamının ne olduğı hususudur.*

*1086 sayılı HUMK'nun temyize ilişkin 427 ve devamı maddeleri incelendiğinde ise, kanunda sayılan istisnalar dışında ilk derece mahkemelerince verilen nihai kararların temyiz edilebileceğı öngörülmektedir. Bu durumda konumuz itibariyle ihtiyati tedbir ile ilgili kararların nihai nitelikte bir karar olup olmadığı ve bu tür kararların temyiz edilebileceğı konusunda özel bir düzenlemenin bulunup bulunmadığı hususlarının irdelenmesi gerekir.”*

Daha sonra Kurul, anılan hükümlerdeki kanun yolunun istinaf olduğunu, istinaf ve temyiz farklılığını ve anılan kanun yolunun kıyas yoluyla temyiz olarak yorumunun Anayasa'ya aykırı olacağını vurgulamıştır:

*“Bilindiğı üzere, ihtiyati tedbir, HMK'da “Geçici Hukuki Korumalar” üst başlığı altında taraflar arasındaki ihtilafın çözümlüne katkı sağlayan ve asıl yargılamada verilen hükmün gerçekleştirilmesini temin eden ve hakların korunması bağlamında aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin ayrılmaz bir parçası olarak hak arama hürriyeti kapsamında değerlendirilebilecek bir usul hukuku müessesesi olduğunda kuşku yoktur. Temyiz yolu da, açık bir şekilde hatalı*

---

<sup>90</sup> Bkz. İBK giriş kısmı.

veya kanuna aykırı biçimde ortaya çıkmış kararların düzeltilmesini amaçlayan olağan bir kanun yoludur. ... Oysa istinaf yukarıda belirtildiği gibi hukuki denetim yanında yerindelik denetimi yapan bir kanun yoludur. Anayasanın 6.maddesine göre: “Hiçbir kimse veya organ, kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisini kullanamaz”. Yine Anayasanın 142.maddesine göre de: “Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi kanunla düzenlenir”. Nitekim bu husus, 6100 sayılı HMK’nun 1. maddesinde: “Mahkemelerin görevi, ancak kanunla düzenlenir. Göreve ilişkin kurallar kamu düzenindedir.” şeklinde düzenlenmiştir. Aynı ilkeye Yargıtay’ın “Mahkemelerin görevi kamu düzeni ile ilgilidir; kıyas veya yorum yolu ile genişletilemez” şeklindeki kararında da (YİBK.1977/4-4) yer verilmiştir. Bu bakımdan mahkemelerin görev ve yetkilerinin kıyas ve yorum yoluyla genişletilmesinin olanaklı olmadığı sonucuna varılmıştır.”

Kurul, temyiz yolunun açık olduğu görüşüne gerekçe olarak gösterilen geçici m.3 yollamasıyla HMK istinaf hükümlerinin henüz yürürlüğe girmediği gerekçesine kanun yapım tekniği ve yorum metodolojisi bakımından itibar edilmeyeceğini ileri sürmüş ve HMK kanun yolu hükümlerinin yürürlükte olduğunu kabul etmiştir.

Kurul, bazı Yargıtay dairelerinin kararlarında da ileri sürüldüğü gibi, anılan maddelerdeki “kanun yolu” nun temyiz olarak yorumlanmayacağına bir gerekçe olarak HMK geçici m.3/3’ü göstermiştir:

“Ayrıca Geçici 3.maddenin üçüncü fıkrası bağlamında konu ele alındığında bölge adliye mahkemelerine görev verilen hallerde 1086 sayılı Kanunun 6100 sayılı Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanması öngörülmektedir. Bu kapsamda bir uygulama için öncelikle 1086 sayılı Kanunda bir düzenleme yer almalı ve ikinci olarak da bu düzenleme HMK’na aykırı hükümler içermemelidir. Konu ihtiyati tedbir bakımından değerlendirildiğinde, 1086 sayılı Kanunda ihtiyati tedbir kararlarına karşı kanun yoluna gidilmesine yönelik herhangi bir hüküm bulunmaması ve bu müessesenin HMK ile getirilmiş yeni bir müessese olduğu hususları gözetildiğinde anılan maddenin bu fıkrası hükmü uyarınca da ihtiyati tedbirler hakkında temyiz yoluna gidilebileceği hususunda bir yorum ve uygulama yapılamayacağı da açıktır.”

Ayrıca Kurul, ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbirin benzerliğinden faydalanılarak ihtiyati haciz gibi ihtiyati tedbirde de temyiz kanun yolunun açık olması gerektiğini savunanlara karşı yasa koyucunun ihtiyati hacze ilişkin kararların

temyiz edilebilirliği konusundaki iradesini 4949 sayılı Kanunla İİK m.258<sup>91</sup> ve m.265<sup>92</sup>'de yapılan değişikliklerle ortaya koyduğunu, benzer bir özel düzenlemenin ihtiyati tedbir için geçerli olmadığını belirtmiştir.

Sonuç olarak Kurul, "HMK'nun 391. ve 394. maddelerinde geçen "kanun yolu" ibaresi ile kastedilenin istinaf yolu olduğu, Geçici 3.madde yollamasının sadece HUMK'nun temyize ilişkin hükümlerini kapsadığı ve ihtiyati tedbire ilişkin kararların nihai nitelikte kararlardan olmadığı, ayrıca bu konuda özel bir düzenlemenin de bulunmadığı gözetildiğinde bu tür kararların temyiz yolu kapsamında incelenemeyeceği" kanaatine varmıştır.

Kurul'un ulaştığı bu sonuca katılmayan bazı Yargıtay hâkimleri tarafından bu İBK'ya karşı iki karşı oy yazısı sunulmuştur.

Bu karşı oy yazılarından ilkinde "itiraz" ın bir kanun yolu olmadığı; şu anda hukukumuzda geçerli kanun yollarının "istinaf" ve "temyiz" olduğu şu şekilde açıklanmıştır:

"...Mahkeme kararlarında kanun yolu denetiminin söz konusu olabilmesi için iki unsur önemlidir. Birincisi erteleyici etki, ikincisi aktarıcı etkidir. Yani, kanun yoluna başvuru ile kararın kesinleşmesi ertelenebilmeli ve ayrıca inceleme bir üst organa aktarılarak bir üst yargı organı tarafından incelenmesi gerekmektedir. Mahkemenin kararına karşı yine aynı mahkemeye başvurulması veya eş düzeyde bir başka mahkemeye başvurulabilmesi bu nedenlerle bir kanun yolu denetimi sayılmaz. Bu nedenle "itiraz" bir kanun yolu olmayıp; HMK'da da kanun yolu olarak sayılmamıştır. Bu çerçevede istinaf ve temyiz birer kanun yolu olduğu şüphesizdir."

Ancak istinaf kanun yolu hükümleri yürürlüğe girmediği için "kanun yolu" teriminin temyize atf yaptığı ve "kanun yolu" terimini yeterli görmeyip açıkça "temyiz" kelimesini aramanın usûl hukukunun kanun yoluna ilişkin esaslarını yok saymak sonucunu doğuracağı söylenmiştir.

Buna ek olarak, 2003 yılında İİK'da 4949 sayılı Kanunla birlikte getirilen ihtiyati haciz kararlarına karşı kanun yoluna başvurma imkânının ihtiyati tedbirler bakımından 6100 sayılı HMK'nın kabulü ile birlikte tanındığı belirtilmiş ve HMK'nın bu konudaki hükümlerine bakıldığında "istinaf" ifadesinin değil genel olarak "kanun yolu" (m.391/3, m.394/5) ifadesinin kullanıldığı; kanun koyucunun buradaki amacının, ihtiyati tedbirlere karşı konun yolu denetimini açmak, bu kararları denetimsiz bırakmamak olduğu vurgulanmıştır.

---

<sup>91</sup> İİK m. 258/3'de "kanun yolu" terimi kullanılmıştır.

<sup>92</sup> İİK m.265/5'de -4949 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrası- "temyiz" terimi kullanılmıştır.

Ayrıca, ihtiyati tedbirler bakımından temyize başvurulamayacağına gerekçe yapılan, temyiz edilemeyen kararları düzenleyen HMK m. 362/1-f'nin henüz uygulamaya dahi girmedığı gibi HMK m. 362'nin uygulanabilmesi için öncelikle bölge adliye mahkemesince verilmiş bir karar olması gerektiği belirtilmiştir.

Bu karşı oy yazısında anılan hükümlerdeki "kanun yolu" teriminin şu an için temyize işaret ettiğinin en önemli dayanağı olarak ihtiyati hacze ilişkin kararlara –ihtiyati tedbire benzer şekilde ihtiyati haciz için de HMK'da istinaf kanun yolu öngörülmektedir- karşı temyiz kanun yolunun açık olması gösterilmiş; HMK m. 391/3 ve m. 394/5'in gerekçelerine atf yapılmış ve yerinde olarak şu soru sorulmuştur:

*"2003'den beri ihtiyati haciz kararları için de kanun yolu açık ve aslında istinafa başvurulması gerekirken; henüz bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçirilmemesi sebebiyle yürürlükteki kanun yolu olarak temyiz denetiminin açık tutulması; benzer düzenlemeyi içeren ihtiyati tedbirler bakımından ise temyiz denetiminin kapalı tutulması bir çelişki olmayacak mıdır?"*

Yazıda, ihtiyati tedbire karşı temyize başvurulmamasının gerekçesi olarak gösterilen istinaf yoluna başvurulabilen kararları düzenleyen HMK m. 341/1 ve özellikle HMK m. 362/7-f hükümlerinin şu anda yürürlükte olmadığı vurgulanarak şu açıklama yapılmıştır:

*"...unutmamak gerekir ki, bu iki hüküm de şu anda yürürlükte olmayıp yürürlüğü askıdadır. Yürürlükle olmayan hükümlerden hareket edilerek, yürürlükte olan bir kanun yolunun(temyizin)kapalı olduğu sonucuna varmak;kabul edilebilir bir yorum yöntemi değildir. Keza, kötü kaleme alınmış olsa da, HMK geçici m. 3, özetle bölge adliye mahkemeleri faaliyete başlayıncaya kadar 1086 sayılı Kanunun kanun yoluna ilişkin hükümlerinin uygulanacağını düzenlemektedir."*

Diğer karşı oy yazısında ise, bir öncekinde olduğu gibi, hukukumuzda istinaf ve temyiz olmak üzere iki kanun yolu bulunduğu; istinaf hükümleri yürürlüğe girmedığı için de elimizdeki tek kanun yolu olan temyiz yolunun HMK m. 391/3 ve m. 394/5'de atf yapılan kanun yolu olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmuş ve şöyle denilmiştir:

*"Aksinin kabulü henüz yürürlüğe girmemiş bir kanun hükmünün, kanun koyucunun açık iradesine aykırı olarak yürürlüğe sokulması, daha açık bir deyişle kurulmayan istinaf mahkemelerinin kurulduğunun kabulü anlamına gelir."*

Ayrıca, bu yazıda, HMK m. 391/3'ün gerekçesinde vurgulanan, "bu fıkranın hukukumuz açısından yeni olduğu" ibaresinin önemli olduğu belirtilmiştir.



*“Hukumumuz açısından çok eski olan ihtiyati tedbir kurumu açısından yeni olan şey, hiç kuşku yok ki, ihtiyati tedbire ilişkin kararlara karşı kanun yolunun açılmasıdır. Kanun koyucunun bu denli açık olan iradesine rağmen “ihtiyati tedbire ilişkin kararlara karşı kanun yolu açık değildir” yorumunu yapmak kanun koyucunun iradesine uygun bir yorum olmayacaktır.”*

Aynı savunma HMK m. 394/5'in gerekçesi için de yapılmıştır.

*“Her iki fıkra gerekçesinde, ihtiyati hacze paralel düzenleme yapıldığı vurgusu, ihtiyati tedbire ilişkin olarak verilen kararlara karşı, tıpkı ihtiyati hacizde olduğu gibi, gecikmeli de olsa, kanun yolunun açıldığının, bir kez daha vurgulanmasından başka bir şey değildir.”*

Bu ikinci karşı oy yazısında, ayrıca, ihtiyati tedbir kararının niteliği tartışılmış; ister bir dava içerisinde, isterse dava açılmadan verilsin, ihtiyati tedbire ilişkin kararların, nihai karar olmadığı gibi ara kararı da olmayıp, kendine özgü niteliği olan geçici hukuki koruma kararları olduğu vurgusu yapılmıştır. Yine burada da ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbirin benzerliğine dikkat çekilmiş; ihtiyati hacze ilişkin temyiz incelemesi yapılırken aynı nitelikteki ihtiyati tedbire kanun yolunu kapatmanın doğru bir yorum şekli olmayacağı vurgulanmıştır.

*“Anlaşılabacağı üzere; kanun koyucu ara kararı, nihai karar ya da kendine özgü niteliği olan kararlar ayrımı yapmaksızın geçici hukuki koruma kararlarına kanun yolunu açmış bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle; kanun koyucu 17.07.2003 tarih ve 4949 sayılı Kanun ile ihtiyati haciz kararlarına karşı temyiz yolunu açmakla ancak nihai kararlara karşı temyiz yoluna gidilebileceği yönündeki 1086 sayılı HUMK'nda kabul ettiği bu ilkeyi zımnen ilga etmiştir.”*

Son olarak, yazıda, 6100 sayılı HMK m. 391/3, m. 394/5 ve geçici m. 3 birlikte değerlendirilip yorumlandığında “kanun yolu açıktır” demenin zorunlu olduğu vurgulanmıştır:

*“Bilindiği üzere Türk Medeni Kanununun 1.maddesinde “Kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır” hükmü bulunmaktadır. ... Hukuktaki tüm yorum yöntemleri kullanılarak yapılan yorumlarda farklı bir sonuca ulaşmak da mümkün değildir. Lafzi (sözüyle) yorum yapıldığında: açıkça kanun yolu denilmiş olması ve kanun yolunun bugün itibariyle tek yol olan temyiz yolu olması, gayii (amaçsal) yorum yapıldığında; baştan beri anlatıldığı üzere kanun koyucunun amacının ihtiyati tedbire kanun yolunu açmak olduğu, tarihi yorum yapıldığında; hukuk sistemimizde başından beri yer alan ihtiyati tedbire yeni bir düzenleme olarak önceki kanundan farklı olarak kanun yolu getirilmiş olduğu, sistematik yorum yapıldığında: HMK'nun Sekizinci Kısım olarak Kanun*



*Yollarını düzenlemiş olması ve 341-361 maddeleri arasında istinaf ve 361-374 maddeleri arasında temyiz yolu olarak olağan kanun yollarını düzenlemiş olması nazara alındığında ve bu maddeler aynı kanunun 391 ve 395 maddeleri ile birlikte değerlendirildiğinde, tüm yorum yöntemlerinde kanun yolunun ihtiyati tedbire ilişkin kararlar açısından açık olduğu sonucuna götürmektedir.”*

Her iki karşı oy yazısında da varılan netice ise; 6100 sayılı HMK'nun 389 ve devamı maddelerinde düzenlenen geçici hukuki koruma yollarından birisi olan ihtiyati tedbir talebinin reddi halinde ve bu talebin kabulü halinde itiraz üzerine verilecek kararlara karşı kanun yolunun açık olduğu ve kanun yolunun temyiz olarak anlaşılacak temyiz incelemesinin yapılması gerektirir.

### **G. Değerlendirme**

Temyiz yolunun kapalı olduğunu savunmasının gerekçelerinden biri temyiz yolu açılırsa temyiz kapsamına HMK ve usulüne HUMK'un uygulanmasının mantıksızlığıdır.<sup>93</sup> Halbuki eğer HMK'da (veya başka bir kanunda, örneğin; İİK) açık kanun hükmü varsa; temyiz kapsamına HMK usulüne HUMK'un uygulanmasında bir sakınca yoktur. Bu durum nasıl ki İİK m. 258 ve m. 265 için geçerli ise HMK m. 391 ve m. 394 için de geçerli olmalıdır.

Kanunlar yorumlanırken yapıldığı koşullar da dikkate alınmalıdır. 2003'te İİK'ya ihtiyati haciz kararı ile ihtiyati haciz talebinin reddi halinde itiraz üzerine verilen kararlara karşı temyiz olanağını getiren hüküm eklenirken istinafa ilişkin herhangi bir yasal düzenleme bulunmamakta idi. Hukukumuzdaki tek kanun yolu temyiz idi. Bu nedenle, örneğin, İİK m.265'te ilk başta açıkça temyiz kanun yolu düzenlenmişti. Daha sonra istinaf kanun yolu hukukumuzda girince, İİK'da bu yönde değiştirildi, anılan hükümlerdeki kanun yolu istinaf oldu ve geçici m.7 ile BAM'lar kuruluncaya kadar temyiz kanun yoluna başvurulmaya devam olunacağı hükmü getirildi.

Ne var ki, ihtiyati tedbir talebinin reddi ile kabul halinde itiraz üzerine verilen kararlara karşı kanun yolu açılırken istinafa ilişkin düzenlemeler HUMK döneminde yapılmış bulunmakta idi. Bu nedenle, yine İİK'ya paralel olarak, ihtiyati tedbire ilişkin belirtilen kararlara karşı “kanun yolu” açıldı ve bu kanun yolu, HMK ihtiyati tedbir hükümlerinde doğrudan değil, kanun yolu hükümlerinde ihtiyati haciz ile birlikte “istinaf” olarak düzenlendi. Kendi hükümlerinde ise “kanun yolu” ifadesi bilinçli olarak kullanıldı.<sup>94</sup> Yani HMK m.391 ve m.394'deki düzenlemeler özel ve yeni düzenlemeler olarak HMK'daki yerini

---

<sup>93</sup> Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, 21.02.2014, E. 2013/1 K.2014/1.

<sup>94</sup> Aynı yönde bkz. Sarısözen, agm., s.1346.

aldı. İİK'daki geçici m.7 gibi HMK'da da geçici bir madde ile (geçici m.3 uyarınca) BAM'lar kuruluncaya kadar HUMK temyiz hükümlerinin uygulanacağı belirtildi.

Hal böyle iken 2011 yılında yürürlüğe giren HMK'da, sırf özel düzenlemeye gereksinim var diye, önce temyiz kanun yolunu açmasını sonra bunu istinaf kanun yolu olarak yeniden düzenlemesini, sonra geçici madde ile BAM'lar kuruluncaya kadar başvurulacak kanun yolunu temyiz olarak düzenlemesini beklemek yerinde olmaz. Türk Medeni Kanunu m.1'de hâkimlere kanunu yorumlama yetkisi verilmesine rağmen, kanunu yorumlamaktan çekinerek her şeyin en ince ayrıntısına kadar açıklamasını ve “kanun yolu” teriminin –mevcut düzende tek kanun yolu temyiz olmasına rağmen- anlamını dahi kanun koyucudan beklemek de yerinde değildir.

Kaldı ki HMK “kanun yolu” terimini yorumlamak için bize aşağıdaki ipuçlarını sunmaktadır:

- HMK m. 391 ve m. 394'ün gerekçelerinde İİK m.258 ve m.265' e atıf yapılmıştır.
- Bir alt türü olan ihtiyati haciz için temyiz yolu açıkken ihtiyati tedbir için kapatılması açık çelişki yaratacaktır.
- Aynı şekilde, örneğin İİK m.97 uyarınca açılan hacizli mala istihkak davalarında verilen takibin (satışın) ertelenmesine ilişkin ihtiyati tedbir kararı (İİK m.97/1), İİK bu imkânı sağladığı için temyiz edilebilirken (İİK m.363/7), HMK hükümlerine atıf yapılarak verilen ihtiyati tedbir kararlarının temyiz edilememesi yerinde olmayacaktır.
- HMK'da istinaf kanun yoluna götürülebilecek kararlar düzenlenirken ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz birlikte yer almaktadır.
- HMK geçici m.3 ile eski temyiz hükümlerinin yürürlüğüne devam edilmesi hükmünden HMK kanun yolu hükümlerinin yürürlüğe girmediği yorumu yapılmalıdır.
- HMK m.391 ve m.394'ün metinlerindeki “kanun yolu” terimi, gerekçeden de anlaşıldığı üzere, bilinçli olarak seçilmiştir ve açıkça özel ve yeni bir düzenlemeyi ifade etmektedir.
- Belirtilen bu özel düzenleme ile “sadece nihai kararların temyizi kabildir” ilkesine ihtiyati tedbir için –ihtiyati hacizde olduğu gibi- açık bir istisna getirilmektedir.

Bütün bu ipuçlarına rağmen hala ihtiyati tedbir talebinin reddi ve talebin kabulü halinde yapılan itiraz üzerine verilen kararlara karşı temyiz yolunu ka-

palı tutmak kanun koyucunun iradesine ters bir durum oluşturacaktır.

Her ne kadar İBK'da HMK m. 341/1 ve m. 362/7-f'nin yürürlükte olduğu iddia edilerek sonuca varılmış olsa da buna gerekçe olarak doyurucu bir açıklama getirilmemiştir. Kaldı ki, 362/7-f'nin uygulanması için önce bir istinaf incelemesinin yapılması gerekmektedir. İstinaf incelemesi yapılmadan bu hükme dayanarak temyiz gidilemeyeceğini savunmak hukuk mantığı açısından pek yerinde değildir.

Ayrıca, temyiz yolunu açan Yargıtay kararlarındaki İİK m.258 ve m.265'deki ihtiyati hacizde temyiz yolu hükümlerine yapılan atıflara karşı gerekçe olarak İBK'da getirilen mahkemelerin görev ve yetkilerinin kıyas yolu ile arttırılmayaacağı fikri yerinde değildir. Çünkü burada yapılan kıyas değildir. Burada yapılan, eşitlik ilkesi gereği benzer durumda olanlara benzer muamele yapılması prensibine göre anılan maddelerin yorumlanmasıdır. Kıyas olması için, **Erişir**'in eserinde ayrıntısıyla açıkladığı üzere<sup>95</sup>, HMK'da ihtiyati tedbir için herhangi bir kanun yolunun öngörülmemiş olması ve İİK'nın anılan hükümlerinde açılan temyiz yolunun -benzer kurumlar olmaları sebebi ile ihtiyati haciz gibi- ihtiyati tedbire de uygulanması gerekir. Fakat HMK bütün bu ihtiyaçları açıkça ortadan kaldırmıştır. Kaldı ki, mahkemelerin görevlerinin kıyas yoluyla genişletilemeyeceği savının aksine örnekler de yok değildir.<sup>96</sup>

HMK geçici 3. maddeye dayanarak HUMK temyiz hükümlerinde "sadece nihai kararlara karşı temyiz yolu açıktır, ihtiyati tedbir nihai karar değildir" savunmasına karşı şunları söyleyebiliriz: ihtiyati tedbir kararı nihai karar değildir. Ama nasıl ki yine nihai karar olmayan ihtiyati haciz için İİK sayesinde bir istisna hükmü getirilmişse HMK ile aynı istisna ihtiyati tedbir için getirilmiştir. Kaldı ki doktrinde bazı yazarlar tarafından bu kararlar ara karar olarak da kabul edilmemekte kendine özgü niteliği olan geçici hukuki koruma kararları olduğu ifade edilmektedir.<sup>97</sup>

İBK'da temyiz yolunun kapalı olduğu yorumu yapılırken HMK geçici m. 3/3de gerekçe gösterilmekte ve HUMK'da kanun yolunun kapalı olduğuna

---

<sup>95</sup> *Erişir*, age., s. 239-246.

<sup>96</sup> Örneğin; HMK m. 14/2'de (HUMK 17) özel hukuk tüzel kişinin ortaklarına ve ortakların ortaklara açacağı davalarda kesin yetkili mahkeme tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir. Bu maddelerde ortağın tüzel kişiye nerede dava açacağı açıkça belirtilmemiştir. Ancak bu madde kıyas yoluyla belirtilen hususa da uygulanabilir ve ortağın tüzel kişiye açacağı davada da aynı mahkeme kesin yetkili olur. Kesin yetki de görev gibi kamu düzenindedir. Ancak görüldüğü üzere kamu düzenini ilgilendiren bu hususta kıyas yapılabilir.

<sup>97</sup> *Pekantez/Atalay/Özekes*, Medeni Usul Hukuku (14. Baskı 2013), s.1030.

ilişkin düzenlemenin HMK'ya aykırı olmadığından bahisle temyiz yolu kapatılmaktadır. Halbuki, HMK'nın yürürlükte olan maddelerinde (HMK m. 391, m. 394) açıkça "kanun yolu" açık tutulmuştur. Hatta yürürlükte olmayan fakat Kurulca yürürlükteymişcesine yorum yapılan maddelerde de (HMK 341) bu "kanun yolu" tanımlanmaktadır. Sonuçta, HMK'da hüküm vardır ve HUMK'daki düzenleme HMK'da yer alan bu hükümlerle taban tabana zıddır. Yani HUMK'daki düzenleme HMK'ya aykırıdır ve uygulama alanı bulmamalıdır.<sup>98</sup>

Temyiz yolu kapatılırken denilmektedir ki eğer temyizi mümkün kılsak Yargıtay nasıl işlem yapacak? İstinaf ve temyiz nitelikleri farklı; Yargıtay istinaf incelemesi mi yapacak, temyiz incelemesi mi? Bu sorunun cevabı doktrinde çok güzel verilmiştir: Yargıtay temyiz incelemesi yapacak; onama, bozma veya düzelterek onama kararı verecektir.<sup>99</sup>Bu soruya karşılık biz de şu soruyu sormak istiyoruz: "İhtiyati hacizle ilgili kararlar Yargıtay'a götürüldüğünde Yargıtay 2005'den beri nasıl karar vermiştir?"

Son olarak, HMK m. 396'da durum ve şartların değişmesi sonucu ihtiyati tedbir kararına itiraz kurumu düzenlenmiş, HMK m. 394'e atıf yapılmış, ancak HMK m. 394/5'e atıf yapılmayarak bu itiraz sonucu verilecek kararlara karşı kanun yolu kapatılmıştır. Eğer HMK m. 394'deki kanun yolunu da kapatırsak kanun koyucunun bu iki ayrı duruma açıkça farklı yaklaşmasının ne anlamı kalacaktır?

Bu nedenle İBK'nın yerinde olmadığı, kanun koyucunun iradesine ters olduğu ve BAM'lar göreve başlayınca kadar ihtiyati haciz hükümlerine paralel olarak düzenlenen "kanun yolu" teriminin geçici m. 3/1 nedeni ile temyiz olarak yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz.

## SONUÇ

İİK'da yer alan ihtiyati haciz hükümlerine paralel olarak, HMK m. 391/3 ve m. 394/5'de ihtiyati tedbir taleplerinin reddi kararlarına ve kabulü halinde itiraz üzerine verilen kararlara karşı "kanun yolu" na başvurma olanağı getirilmiş ve HMK m. 341 ile bu kanun yolunun "istinaf" olması öngörülmüştür. Ancak, istinaf mahkemeleri henüz göreve başlamadığı için ve HMK geçici m. 3'te "BAM'lar göreve başlayınca kadar HUMK temyiz hükümleri uygulanmaya devam olunur" hükmü bulunduğu için anılan maddelerdeki "kanun yolu" teriminin temyiz olarak yorumlanıp yorumlanamayacağı sorunu ortaya çıkmıştır.

---

<sup>98</sup> Sarisözen, agm., s.1345.

<sup>99</sup> Pekcanitez/Atalay/Özkes, Medeni Usul Hukuku (14. Baskı 2013), s.1032.

Yargıtay kararlarından bazıları bu terimi temyiz olarak yorumlarken; bazıları anılan kararlara karşı temyiz yolunun kapalı olduğunu savunmuştur. Aynı iki başlı yorum doktrinde de görülmektedir. Bunun üzerine bir içtihadı birleştirme kararına ihtiyaç duyulmuş ve 2013/1 E., 2014/1 K. sayılı İBK ile ihtiyati tedbir taleplerinin reddi ile talebin kabulü halinde yapılan itiraz üzerine verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Buna göre mevcut durumda HMK m. 391/3 ve m. 394/5 hükümleri BAM'lar kuruluncaya kadar yok sayılmakta; ihtiyati tedbir taleplerinin reddi kararları ve kabulü halinde itiraz üzerine verilen kararlar verildikleri anda kesinleşmektedir.

İhtiyati tedbir ivedi durumlarda uygulanır ve bu durumlarda bazen karşı tarafı dinlemeyen ve yaklaşık ispatla yetinen mahkemenin yanlış karar verme olasılığı yükselir. Bu tarz kararların denetlenmemesi ise hukuk güvenliğinin tehlikeye atılması neticesini doğuracaktır. Öte yandan ister ihtiyati tedbirin bir türü olarak nitelendirilsin ister ihtiyati tedbir gibi bir geçici hukuki koruma olarak nitelendirilsin, ihtiyati haciz taleplerinin reddi kararları ve kabulü halinde itiraz üzerine verilen kararlar için temyiz yolu açık iken ihtiyati tedbir taleplerinin reddi kararları ve kabulü halinde itiraz üzerine verilen kararlara karşı temyiz yolunun kapatılması geçici hukuki korumalar bakımından hem hukukun yeknesak uygulanmasına engel olacak hem de adil olmayacaktır. Bu nedenle, doktrinde bazı yazarlarca ve İBK'nın karşı oy yazılarında da açıklandığı üzere ve değerlendirme bölümündeki görüşlerimiz ışığında, ihtiyati tedbir talebinin reddi kararına ve aleyhine tedbir kararı verilen kişinin (veya menfaati açıkça ihlal edilen üçüncü kişinin) itirazı üzerine verilen kararlara karşı HMK'nın ilgili maddelerinde öngörülen kanun yolu, istinaf kanun yolu uygulamaya konuluncaya kadar şu anda yürürlükte bulunan tek kanun yolu olan temyiz kanun yolu olmalıdır. Bu nedenle İBK'da ulaşılan sonuca katılmıyoruz.



### KISALTMALAR

<b>age</b>	adı geçen eseri
<b>agm</b>	adı geçen makalesi
<b>bkz</b>	bakınız
<b>BAM</b>	Bölge Adliye Mahkemesi
<b>HD</b>	Hukuk Dairesi
<b>HMK</b>	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
<b>HUMK</b>	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
<b>İBK</b>	İctihadı Birleştirme Kararı
<b>İİK</b>	İcra ve İflas Kanunu
<b>m</b>	madde
<b>MİHDER</b>	Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi
<b>MK</b>	Medeni Kanun
<b>s</b>	sayfa
<b>vd</b>	ve devamı
<b>YKD</b>	Yargıtay Kararları Dergisi

### KAYNAKÇA

*Albayrak, Hakan*, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, (1. Baskı 2013).

*Ansay, Sabri şakir*: Hukuk Yargılama Usulleri, (7. Baskı 1960).

*Arslan, Ramazan*: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler”, Bankacılar Dergisi Özel Sayı, (2013).

*Berkin, Necmettin M.*: İhtiyati Haciz, (1962).

*Bilge, Necip/ Önen, Ergun*: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, (3. Baskı 1978).

*Boran Güneysu, Nilüfer*: Medeni Usul Hukukunda Karar, (2014).

*Budak, Ali Cem*, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, (1. Bası 2000).

*Deynekli, Adnan/Saldırım, Mustafa*: Öğretide ve Uygulamada İhtiyati Haciz, (3. Bası 2011).

*Ercan, İbrahim*, “Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, (1992).

*Erişir, Evrim:* Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, (1. Baskı 2013).

*Gençcan, Ömer Uğur:* 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, (2013).

*Karslı, Abdurrahim:* Medeni Muhakeme Hukuku, (3. Baskı 2012).

*Konuralp, Cengiz Serhat,* “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre İhtiyati Tedbirler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt LXXI, Sayı 2, (2013).

*Kuru, Baki:* Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, (2015).

*Kuru, Baki:* İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, (2. Baskı 2013).

*Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder:* Medeni Usul Hukuku, (24. Baskı 2013).

*Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder:* İcra ve İflas Hukuku, (27. Baskı 2013).

*Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder:* İcra ve İflas Hukuku, (28. Baskı 2014).

*Önder, Akil,* “İhtiyati Tedbirler”, Adliye Ceridesi, Sayı 3, (1943).

*Özkes, Muhammet:* İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, (1999).

*Özkes, Muhammet,* “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt IV, Sayı 2, (2002).

*Özkes, Muhammet/Erişir, Evrim:* “Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi”, MİHDER 2006/3, Sayı No 5, (2006).

*Özkan, Hasan:* Açıklamalı-İçtihatlı İhtiyati Tedbir, Delil Tesbiti ve İhtiyati Haciz ile Kamu Alacağı'nın Tahsilinde İhtiyati Haciz, (2. Bası 1997).

*Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özkes, Muhammet:* Medeni Usul Hukuku, (14. Baskı 2013).

*Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özkes, Muhammet:* Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, (2. Bası 2014).

*Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özkes, Muhammet:* İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, (2014).

*Postacıoğlu, İlhan E.:* Medeni Usul Hukuku Dersleri, (6. Bası 1975).

*Sarısözen, Serhat*, “İhtiyati Tedbir Kararlarına Karşı Başvuru Yolu ve İċtihadı Birleştirme Kararı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Özel Sayı, (2014), Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağın Cilt II.

*Tanrıver, İlamlı* İcra Takibinin Dayanakları ve İcraanın İadesi, (1996).

*Taş Korkmaz, Hülya*, “Türk Hukuku’nda İhtiyati Tedbirler”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, (1995).

*Taşpınar Ayyaz, Sema*: Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Zaman Bakımından Uygulanması, (2013).

*Töre, Hayrullah Futuhi*, “İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tedbir Nedeniyle Açılacak Tazminat Davaları”, Adalet Dergisi, (1976).

*Tunç Yücel, Müjgan*: HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti, (2013).

*Ulukapı, Ömer*: Medeni Usul Hukuku, (1. Baskı 2014).

*Ulukapı, Ömer*: İcra ve İflas Hukuku, (1. Baskı 2015).

*Umar, Bilge*: Hukuk Muhakemeleri Kanunu şerhi, (2014).

*Umar, Bilge*: “Tek Oy Farkıyla Çıkabilen Olmayacak Bir İċtihadı Birleştirme Kararı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Özel Sayı, (2014), Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağın, Cilt I.

*Uyar, Talih*: İcra ve İflas Kanunu şerhi, Cilt 3, (3. Baskı 2014).

*Üstündağ, Saim*: İhtiyati Tedbirler (Geçici Hukuki Himaye(Koruma) Önlemleri), (1981).

*Üstündağ, Saim*: Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, (7. Baskı 2000).

*Üstündağ, Saim*: İcra Hukukunun Esasları, (7. Bası 2000).

*Yıldırım, Mustafa Kamil/ Deren Yıldırım, Nevhis*: İcra ve İflas Hukuku, (6. Baskı 2015).

*Yılmaz, Ejder*: Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Cilt 1, (2001).

*Yılmaz, Ejder*: Hukuk Muhakemeleri Kanunu şerhi, (2. Baskı 2013).

*Yılmaz, Ejder*, “Dosyadan El Çeken Mahkemenin Kanunyolu **Aşamasında Bulunan Davada İhtiyati Tedbir Kararı Verme Yetkisi**”, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, Sayı 13, (2009).



# KABİLE SİSTEMİ EKSENİNDE MEDİNE VESİKASI VE YENİ İSLAM TOPLUMUNUN SOSYO-SİYASAL NİTELİĞİ

*Pact of Medina on the Axis of Tribal System and Socio-Politic Quality of New Islamic Society*

**Arş. Gör. Emre BERBER\***

## ÖZET

Medine Vesikası 19. yüzyılın son yıllarında dünya yazınına yeniden tanıtıldığından beri üzerinde çeşitli tartışmaların yürütüldüğü temel bir metin olma özelliğini sürdürmektedir. İslam dininin demokrasi ve çoğulculukla ilişkisi bağlamında yürütülen tartışmalarda Vesika'ya ve Vesika'da kurgulanan toplumsal sisteme yapılan atıflar kendisine önemli bir yer bulmaktadır.

Vesika'nın ve Vesika'yla kurulan toplumun doğru bir şekilde anlaşılabilmesi için bu belge ve sistemin arkaplanını teşkil eden kabileci toplumsal yapı çerçevesinde bir okuma yapmak mecburidir. Böyle bir okuma sonucunda Vesika'nın en temel işlevinin kabileci toplumsal sistemin İslam davetinin önüne çıkardığı engelleri aşmak olarak şekillendiği açığa çıkacaktır.

Medine Vesikasıyla kurulan toplumda Arap geleneğinde geniş bir yer işgal eden kabilecilik iki aşamada aşılmaya çalışılmıştır. Vesika'nın ilk kısmında Müslümanlar tek bir "akidevi kabile"nin üyesi kabul edilerek kabilevi dayanışmanın toplumsal hafızadaki birikimi önemli ölçüde yeni bir ümmet içi dayanışmada istihdam edilmiş ve böylece kabileciliğin doğurduğu dezavantajlar asgari düzeye çekilmeye çalışılmıştır. İkinci kısımda ise bu "akidevi kabilenin" Medine'de yaşayan Yahudilerle o dönem için alışıldık olmayan bir hukuki zeminde bir araya gelmesiyle Medine'de yaşayan herkesi içine alan kabile üstü gevşek bir çatının kurulmasına gayret edilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Medine Vesikası, Kabilecilik, İlk İslam Toplumu, Çoğulculuk.

## ABSTRACT

The Pact of Medina maintain its characteristic of being a much debated and important main-text since it is introduced to public world literature once again at the end of the 19th century. References made to the pact and to the social system that is fictionalised in the pact have an important place in the discussions conducted within the context of Islam's relation with democracy and pluralism.

It is indispensable to study about the tribal social structure that forms the social system and the pact's background, otherwise it will be impossible to understand the

---

\* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, emreberber@gmail.com

pact and the community constituted with it. As a result of this study it will become known that the main function of the pact is overcoming the obstacles in front of Islamic dawah caused by tribalism system.

In the new community constituted by Medina Pact, the tribalism that has a wide area in Arabic tradition tried to be overcome in two stages. In the first stage of the pact all Muslims have been assumed as members of a single "religious tribe". The intendment of this practice was using the knowledge in the collective memory of the tribal solidarity for unity of Islamic Community. By this way, the disadvantages caused by tribalism have tried to be reduced to minimum. And in the second stage, the pact aimed to bring the "religious tribe" together with Jews living in Medina in a legal basis that is not usual for that people. In this way all citizens of Medina tried to be brought together on a supra tribal common ground.

**Keywords:** Pact of Medina, Tribalism, First Islamic Society, Pluralism.



## GİRİŞ

Alman müsteşrik Julius Wellhausen tarafından 19. yüzyılın sonunda dünya yazınına yeniden tanıtıldığından beri Medine Vesikası'nın mahiyeti, anlamı ve günümüzdeki karşılığı hakkındaki tartışmalar varlığını sürdürmektedir. Farklı dini/kavmi kimliklere sahip toplulukların bir arada yaşamalarının Kur'an'ın indirilişine muhatap olan ilk nesil tarafından uygulanmış bir modelinin hukuki zemini olarak Medine Vesikası, günümüzde Müslümanlar arasında yaşanan çoğulculuk ve demokrasi tartışmaları dolayımında da çokça gündeme gelmektedir.

Şüphesiz Vesika'ya referansla yürütülen bu çoğulculuk ve demokrasi tartışmasının sıhhat ve verimliliği Vesika'nın doğru anlaşılmasıyla doğrudan ilişkilidir. Medine Vesikası'nı yorumlayabilmek ve hatta anlayabilmek için bu Vesika'nın içinden çıktığı toplumsal ve kültürel yapının irdelenmesi gerektiği ise açıktır. Zira bu Vesika da, geri kalan tüm toplumsal ürünler gibi, içinden çıktığı toplumun sosyal ve kültürel atmosferiyle sıkı bir irtibata sahiptir. Hz. Peygamber'in vahiy aldığı kabulü de bu gerçeği değiştirmez.

Medine Vesikası'nın hukuki/kurumsal niteliğinin araştırma konusu yapıldığı bu çalışmada yukarıda bahsedilen gerekliliklerden hareketle öncelikle Arap Yarımadası'nda yer alan kabileci toplumsal yapının siyasi, idari ve hukuki izdüşümleri ele alınmaya çalışılacaktır. Ardından Medine Vesikası'na götüren tarihsel süreç özetlenecek ve Vesika metninin tahliline geçilecektir. Vesika'nın ve Vesika'yla kurulan yeni toplumsal düzenin siyasi ve hukuki karakteri hakkında yürütülen tartışmayla beraber söz konusu belgeyle kabileci toplumsal

yapı arasındaki bağlar kurulacak ve Medine Vesikası'nın 'yeni' olan yönleri vurgulanmaya çalışılacaktır.

### 1. Arap Kabileciliği

Giriş bölümünde de bahsedildiği üzere Arapların Vesika'nın akdedildiği tarihe kadar yoğun bir kabulle benimsedikleri ve tartışılmaz gerçekler olarak kabul ettikleri sosyal kural ve kurumlar Vesika'nın içeriğinin inşasına da doğrudan katkı sunmuştur. Bu bakımdan, Medine Vesikası'nın siyasal ve düşünsel arkaplanının yoğun oranda kabileci toplumsal sisteme dayandığını belirtmek yanlış olmaz.

Bu bölümde bu ilişkinin açığa çıkarılması için kabileci toplumsal yapının temel özellikleri aktarılmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda öncelikle Arapların nesebî ve kültürel ayrımları hakkında bilgi verilecek ve ardından kabileci sistem, temel işleyişini sağlayan asabiye ve intikam mekanizmaları ve en önemli işlevi olan ferdî güvenliğin sağlanmasına katkısı üzerinden tarif edilecektir. İlerleyen aşamada sırasıyla kabilenin içinde yer alan sosyal katmanlar, kabile içi iktidar olgusunun niteliği ve kabileler arası ilişkiler hakkında bilgiler verilecek ve gerek kabile içi gerek de kabileler arası düzlemde meydana gelen uyuşmazlıkları çözme konusunda başvurulan hukukun niteliği ve bu yolda kullanılan hakemlik kurumu gösterilmeye çalışılacaktır.

Medine Vesikası hakkında etraflı bir çözümlene yapabilmek için öncelikle Arapların menşei ve nesebî/kültürel ayrımları hakkında temel bilgilere sahip olmak gerekmektedir. Genel olarak Arap Yarımadası'nda yaşayan Arapların bu bölgeye Yarımada'nın güneyinden yayıldıkları kabul edilir. Arap toplumu tarih biliminde Arab-ı Baide ve Arab-ı Bakiye olarak ikiye ayrılarak incelenir. Arab-ı Baide tabiri geçmişte büyük devletler kurmuş fakat bugün hayatını devam ettirmeyen Arap toplumlarını kastederken, Arab-ı Bakiye tabiri ise İslam'ın doğuşuna ve hatta bugüne kadar yaşamayı sürdürmüş Arap topluluklarını anlatmak için kullanılır<sup>1</sup>.

Tarihi kaynaklara göre kadim zamanlardan bu yana Arap Yarımadası'nda birbirinden farklı Arap kabileleri yaşamlarını sürdürmekteydi. İslam'ın doğuş döneminde Yarımada'da mevcut bulunan ve esas ilgi alanımızı teşkil eden Arab-ı Bakiye toplulukları Kahtaniler ve Adnaniler olarak ikiye ayrılmaktadır. Kahtaniler Güney Arapları ya da Arab-ı Arike denilen grubu oluşturur. Sonradan Medine ismini alacak olan Yesrib'te yaşayan Evs ve Hazrec kabileleri

---

<sup>1</sup> Sabri Hizmetli, İslâm Tarihi -İlk Dönem-, Ankara, Ankara Okulu Yayınları, 2009, syf. 109-15.

de Kahtani Araplarındandır<sup>2</sup>. Kureyş Kabilesi'nin de dahil olduğu Adnaniler ise (Arab-ı Mütearribe / Arab-ı Müstaribe) daha sonradan Araplaştıkları kabul edilen ve Yemen'in kuzeyinde yaşayan Arap toplumunu oluşturmaktadır<sup>3</sup>.

İslam'ın doğuşu döneminde yaşayan Araplar arasında bulunan daha önemli bir kültürel ayrımı ise bedevîlik ve hadarîlik kavramlarıyla yapmak mümkündür. Arapça'da kırsalda yaşayan ve çoğunlukla göçebe bir hayat süren kişiler için "bedevî" tabiri kullanılırken, şehirlerde yerleşik bir yaşam süren kişilere ise "hadarî" ismi verilir<sup>4</sup>. Bedevîler hayvancılık, avcılık, ticaret ve baskın gibi yollarla, hadarîler ise ziraate elverişli bölgelerde tarımla, böyle olmayan bölgelerde ise ticaretle geçimlerini sağlamaktadır<sup>5</sup>. Araplar arasında bedevîlik-hadarîlik ikileminde şekillenen bu kültürel ayrım soy ayrımıyla da çakışmamaktadır. Gerek Adnani gerek de Kahtani Arapları arasında bedevîlik ve hadarîlik aynı anda mevcuttur.

Arapların tamamının siyasi, hukuki, idari, toplumsal ve kültürel yapılanmalarının temelinde kabilecilik olgusu bulunmaktadır. Cabiri tarafından "ben ve kardeşim amcamın oğluna karşıyız; ben ve amcamın oğlu yabancıya karşıyız" şeklinde veciz bir şekilde özetlenen<sup>6</sup> kabile mantığı, Kahtaniler için olduğu kadar Adnaniler için de; bedevî Araplar için olduğu kadar hadarî Araplar için de kuvvetle geçerlidir<sup>7</sup> ve sosyal düzenin en önemli temelini teşkil eder.

Kabile olgusunun temelinde asabiye kavramı yer almaktadır. Asabiye akrabalar arasındaki dayanışma ruhuna, başka bir deyişle bir kimsenin kendi akrabalarını haklı olup olmadığına bağlı olmadan savunabilme iştihakına verilen isimdir<sup>8</sup>. İbn-i Haldun'a göre yerleşik bir hayata sahip olmayan ve göçebeliliğin pek çok tehlikesiyle sürekli yüz yüze olan bedevî toplumlar için asabiye çok büyük bir öneme sahiptir. Hatta bir topluluğun sahip olduğu asabiye ile o topluluğun yaşama gücü arasında doğrudan bir ilişki bulunmaktadır<sup>9</sup>.

İslam öncesi dönemde Araplar arasında cari olan kabile sisteminin çok

<sup>2</sup> Hüseyin Algül, **Muhacirun - Ensar Üzerine Bir Araştırma**, *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, cilt 5, sayı 5, 1993, syf. 29.

<sup>3</sup> Adem Apak, **Anahatlarıyla İslam Tarihi**, cilt 1, Ankara, Ensar Yayınları, 2011, syf. 64.

<sup>4</sup> Ayşe Ekinci, İbn-i Haldun'da Adalet Anlayışı, (Yayınlanmamış yüksek lisans tezi), Ankara, 2008, syf.26.

<sup>5</sup> İbrahim Sarıçam, **Hz. Muhammed Ve Evrensel Mesajı**, Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2011, syf. 35.

<sup>6</sup> Muhammed Abid Cabiri, **Arap-İslam Siyasal Aklı**, İstanbul, Kitabevi Yayınları, 2001, syf. 110.

<sup>7</sup> Sarıçam, syf. 35.

<sup>8</sup> Sibel Bursalıoğlu, İbn-i Haldun Sosyolojisinde Asabiyet Bağları, *Devlet Ve Kamu Maliyesi, Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, cilt 5, sayı 2, 2007, syf. 47.

<sup>9</sup> İbn-i Haldun, **Mukaddime**, cilt 1, Ankara, Yenişafak Kültür Armağanı, 2004, syf. 169.

ciddi toplumsal temelleri mevcuttur. Arap Yarımadası ve özellikle de Yarımada'nın kuzey bölümleri ağır bir çöl ikliminin etkisi altındadır. Tarihsel süreç içerisinde Yarımada'nın sakinlerine sunduğu zor coğrafi şartlar merkezi bir otoritenin bulunmamasının getirdiği güvenlik yokluğuyla birleşerek kabile sisteminin sosyolojik temellerini oluşturmuştur<sup>10</sup>. Özellikle merkezi bir siyasi yapının olmadığı çöl ortamında yaşayanlar için Kabile Sistemi'nin ferdi güvenliği ve istikrarı sağlayan en önemli unsur olduğu rahatlıkla söylenebilir<sup>11</sup>.

Kabile'nin güvenlik ve istikrarı sağlamak şeklindeki bu toplumsal işlevinin temelinde kabilevi dayanışma ve bu dayanışmanın neticesinde ortaya çıkan intikam olgusu yer almaktadır. İslam öncesi Arap toplumunda cari olan kabile yapısı uyarınca kabileden herhangi birine karşı yapılan bir saldırı bütün kabileye karşı yapılmış olarak kabul edilmektedir<sup>12</sup>. Bunun doğal bir sonucu olarak saldırıya uğrayan ferdin kabilesine mensup herkes bu saldırının intikamını almakla mükellef sayılmaktadır. İntikam alındığı takdirde kabile itibarı tekrar sağlanmış olmakta, intikam alamayan kabilelerse caydırıcılık unsurunun zayıflaması sebebiyle başka saldırılara açık hale gelmektedir. Buna paralel olarak kabile üyesinin hatasından da mensup olduğu kabilenin bütün fertleri sorumlu kabul edilmektedir<sup>13</sup>. Bu normatif yapının doğal bir sonucu olarak Arap Yarımadası'nda kabile üyelerinin haklı ya da haksız olduğuna bakmadan diğer kabile üyelerine yardım etmesi gerektiğine inanılmaktaydı. Öyle ki, meşhur bir Arap atasözünde "zalim de olsa, mazlum da olsa kardeşini destekle" denilmektedir. Nitekim kabile üyeleri de topluluğun bekası için kendi menfaatini ve hatta hayatını feda etmeye her zaman hazır bir görünüm arz etmektedir<sup>14</sup>.

İşte bu kan temelli dayanışma sistemi Arap Yarımadası'ndaki toplumsal yapının ve ferdi güvenliğin temelini oluşturmaktaydı. Bu sistem uyarınca, herhangi bir kabileye mensup olmayan bir Arap, kendisi için intikam alacak akrabalara sahip olmadığından dolayı neredeyse tamamen korunmasız kalmaktadır. Böyle bir kişinin başına gelebilecek herhangi bir hak ihlalinin, intikamını alacak ve hakkını arayacak bir merciye sahip olmamasından ötürü, yaptırıma tabi tutulması mümkün olmamaktaydı<sup>15</sup>. Dönemin Arap Yarımadası'nda hakim olan cinayet ve baskın vakaları da hesaba katıldığında, söz konusu ko-

---

<sup>10</sup> Hizmetli, syf. 106.

<sup>11</sup> Apak, syf. 76.

<sup>12</sup> A.g.e. syf. 77.

<sup>13</sup> Mehdi Pişvai, İslam Tarihi, İstanbul, Kevser Yayınları, 2007, syf. 29.

<sup>14</sup> Apak, syf. 76.

<sup>15</sup> Richard A. Gabriel, **Muhammad: Islam's First Great General**, Norman, University of Oklahoma Press, 2007, syf. 10.

şullarda kabile üyesi olmayan bir kişinin hayatta kalması neredeyse mümkün gözükmemektedir.

Kabileci toplumsal sistemde bugün birey dediğimiz varlık söz konusu değildir. Bu sistemde esas olan kabilenin/toplumun kendisidir. İstisnalar dışında, her bir insan görünmez fakat çok kuvvetli ailevi/kabilevi bağlarla diğer insanlara bağlı olmak durumundadır. İnsanların toplumsal sistemdeki şahsiyetleri kabile sistemi içerisindeki pozisyonuna göre şekillenmektedir. Arap toplumunda mevcut bulunan kabile içi dayanışma ve kabileler arası rekabet bütün bir toplumsal düzenin neredeyse en önemli dinamiği ve belirleyicisi hükmündedir.

Diğer yandan, İslam öncesi Arap toplumsal yapısının temelini teşkil eden kabile yapısı da kendi içinde mutlak bir homojenlik göstermemektedir. Her ne kadar kabilenin bütün mensupları kabilenin himaye ve korumasından istifade edebiliyorsa da Arap toplumunda kabile içindeki herkes eşit statüde sayılmazdı. Bunun aksine İslam'ın indiği dönemde kabile toplumunun içinde aynı atadan gelen öz kabile çocukları, diğer kabilelerden kabileye katılanlar (sığınmacılar) ve kölelerden oluşan kabaca üç tabakalı bir sosyal yaşam mevcut gözükmemektedir<sup>16</sup>.

Cahiliye döneminden beri yaygın olan kabile sisteminde iktidar olgusu da bugün aşına olduğumuz biçiminden farklılık arz etmektedir. Öncelikle kabile içindeki iktidarın mutlak bir karakter göstermediğini vurgulamamız yerinde olacaktır. Arap Yarımadası'nda yer alan kabilelerin başında kendilerine şeyh denilen ve kesin ve geniş bir yetkiye sahip olmayan liderler bulunmaktaydı<sup>17</sup>. Bu liderler aldıkları kararlarda öflere ve kabilenin ileri gelenleriyle yaptıkları istişarelerin sonuçlarına bağlı kalmak durumundadır<sup>18</sup>. Bu bakımdan cahiliye dönemi Araplarının siyasi muhayyilesinde şura kavramının da çok merkezi bir yer işgal ettiğini belirtmek gerekir<sup>19</sup>. Asli görevi kabile içi istişareyi organize etmek olan şeyhlerin genel itibarıyla iktidar hırsına sahip istibdadi liderler olarak değil, soyunun sıkıntı ve yükünü üstlenen fedakar insanlar olarak temayüz ettiğini söylemek mümkündür<sup>20</sup>.

Sosyal örgütlenmenin kabile temelinde gerçekleştiği Arap Yarımadası'nda

---

<sup>16</sup> Apak, syf. 79.; Daha fazla bilgi için: Faruk Ermemiş, **Hz. Muhammed'in Başkenti Medine**, Ankara, 2009, syf. 81-84.; Hizmetli, syf. 153.

<sup>17</sup> Neşet Çağatay, **İslam Öncesi Arap Tarihi Ve Cahiliye Çağı**, Ankara, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1982, syf. 99.

<sup>18</sup> Pişvai, syf. 28.

<sup>19</sup> Hizmetli, syf. 116.

<sup>20</sup> Apak, syf. 75.

yaşayan Arap halkı bağımsızlık olgusuna önem veren bir halk profili çizmektedir. Yarımada'nın olası bir işgalci devlete kayda değer bir gelir getirebilecek ekonomik kaynaklara sahip olmamasının da etkisiyle Araplar kadim zamanlardan beri herhangi bir merkezi devletin boyunduruğuna girmeden yaşamışlardır. Tarihi kaynaklar Bizans İmparatoru'nun Kureyş Kabilesi'nin Esed koluna mensup olan Osman b. Huveyris'e bir taç vererek onu Mekke'ye kral tayin etme girişiminden bahseder. Osman b. Huveyris kabilesine durumu ilettiğinde bizzat kendi ailesinin ileri gelenleri "Mekke'nin özgürlüğe alışmış halkı kendilerinin bir kral tarafından idare edilmesine asla razı olmazlar" diyerek ona karşı çıkmıştır<sup>21</sup>. Bu 'bağımsızlıkçı' sosyal yapılarının bir sonucu olarak Araplar arasında da bir hükümdarın geri kalan bütün kabileleri bir araya toplaması mümkün olmamış, Arap Yarımadası'nda ve özellikle de kuzey bölgesinde sosyal ortam genel olarak çok parçalı ve kaotik bir yapı arz etmiştir.

Aynı sebeplerden dolayı Arap Yarımadası'nda yer alan kabileleri birbirine bağlayan herhangi bir siyasi otoritenin kurgulanması da mümkün olmamıştır. Yarımada'ya dağılmış kabileleri bir zemin ve bağlamda birleştiren unsurlar mekan ve kültürden ibarettir. Siyasi ve idari bağımsızlığı bakımından Yarımada'da da yer alan her bir kabile bağımsız birer devlet görünümündedir. Mekke gibi şehirlerde bazı küçük çaplı kurumsallaşmalardan bahsedilebilse bile<sup>22</sup> Yarımada'da yer alan şehirlerde dahi merkezi bir yönetimin mevcut olmadığı gerçeği bu adem-i merkezîyetin ölçüleri hakkında fikir verir<sup>23</sup>. Bu sistemde, kabilelerin bir arada yaşayabilmesini ve birbirleriyle şiddetten başka bir dille ilişkilenebilmesini sağlayan yegane unsur intikam olgusunun caydırıcılığıyla oluşmuş bir çeşit siyasi/askeri dengedir.

Yarımada'nın kıt kaynaklarını kullanma konusundaki yakıcı rekabetten dolayı farklı kabileler arasındaki olağan ilişki biçimi düşmanlık olarak şekillenmektedir. Aralarında anlaşma ilişkisi bulunmayan iki kabilenin her an birbirlerine baskın düzenleme ihtimali mevcuttur. Daha da önemlisi bu tür bir baskın yaygın olan anlayış tarafından da tamamen meşru kabul edilmektedir. Bu anlayışın sonucu olarak cahiliye dönemi boyunca kabileler arasında vuku bulan ve sonraki dönemlerde de Eyyamu'l Arab (Arapların Günleri) ismiyle anlatılması meşhur olan çok yoğun kabile savaşları gerçekleşmiştir<sup>24</sup>.

Bunun yanında, kabilelerin birbirleriyle anlaşmalar ve ittifaklar üzerinden

---

<sup>21</sup> Sarıçam, syf. 31.

<sup>22</sup> Bkz. Daru-n Nedve

<sup>23</sup> Pişvai, syf. 27.

<sup>24</sup> Apak, syf. 77.

barış odaklı ilişkiler kurdukları da vakidir. Cahiliye dönemi boyunca da pek çok kabile muhtelif sebeplerle özellikle yakın komşularıyla anlaşmalar yapma ve ittifaklar kurma yoluna gitmiştir<sup>25</sup>. Sonradan İslam'da da kabul edilen ve Hz. İbrahim'in döneminden beri var olduğu düşünülen haram aylarda savaşın yasak olması kuralı ise oluşturulan en geniş (ve zimni) mutabakatlardan biri olarak bu konuya örnek gösterilebilir. Cahiliye döneminde Araplar tarafından haram aylardan kabul edilen dört ay içerisinde hiçbir intikamın alınmaması ve kan dökülmemesine dönük genel kaide meşruiyetini neredeyse bütün kabilelerin zımnen kabul ettiği bir mutabakattan almaktadır<sup>26</sup>.

Yarımada'da cari olan hukuku da bu toplumsal ve siyasal gerçekler şekillendirmiştir. Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılabilir olduğu gibi bölgede kabilelerin tamamını bağlayan merkezi bir hukuk sistemi söz konusu değildir. Bahsedildiği gibi idari veya siyasi bir merkezi yapılanma olmadığı gibi Arapların tamamının benimsediği tek bir normatif sistem de mevcut değildir. Her ne kadar Arapların birçoğu tarafından genel kabul görmüş olan ortak bir "örf ve adetler" dizgesi mevcutsa da, esasen Yarımada'nın farklı bölgelerinde farklı hukuki kurallar uygulanmaktadır. Bu minvalde genel bir özet gerekirse; önceleri merkezi krallıklara ev sahipliği yapmış olan güneydeki Yemen topraklarında hukuk bu bölgedeki yöneticilerin emirlerinden oluşmaktadır. Yarımada'nın doğu ve kuzeydoğusunda Zerdüştlüğün tesiri altında bir çeşit Sasani hukuku cari gözükmemektedir. Bölgede yaşayan Hristiyanlar ise Roma Hukuku kaynaklarından da beslenen kilise örf ve adetlerine göre yargılamada bulunmaktadır. Yahudiler de Tevrat'tan ve Talmut'tan neşet eden bir hukuk sistemi uygulamaktadır.<sup>27</sup> Bu bakımdan, Arap Yarımadası'nda Medine Vesikası akdedilmeden çok önce merkezi bir siyasal yapı olmamasından kaynaklanan ve bugünkü tabirle "hukuki çoğulculuk" diyebileceğimiz bir sistem geçerli gözükmemektedir.

Bu hukukun kabile içi ve kabileler arası uyumsuzluklarda uygulanma yönü de farklılık göstermektedir. Kabilenin içinde çıkan anlaşmazlıklar yine kabile içerisinde sıkı ilişkiler çerçevesinde ve sürekli yapılan toplantılar esnasında bahsi geçen normatif kabuller zemin alınarak çözümlenmektedir. Kabileler arası uyumsuzlukların çözümü için ise böyle bir imkan söz konusu değildir. Bundan dolayı, kabileler arası bir uyumsuzluk ortaya çıktığı zaman, eğer inti-

---

<sup>25</sup> A.g.e. syf. 78.

<sup>26</sup> Ayrıntılı bilgi için: Sabri Erturhan, **Haram Ayların Fıkhi Okunuşu**, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sayı 13, 2009, syf. 196-97.

<sup>27</sup> Mustafa Necati Barış, **Cahiliye Döneminde Yargı Sistemi**, İlahiyat Fakültesi Dergisi, cilt 1, sayı 17, 2012, syf. 160.



kam seçeneğinden herhangi bir sebeple vazgeçilecekse, bir hakeme gidilmesi yolu tercih edilmektedir<sup>28</sup>.

Genellikle kabileler arası uyuşmazlıkları karara bağlaması için başvuru bu hakemler toplumunda şan ve şeref sahibi olan güvenilir kişiler olmaları kaydıyla, kabile reislerinden, kahinlerden veya arraflardan (falcılardan) seçilmektedir<sup>29</sup>. Yarımada'da sürekli görev yapan hakemler, tanımlanmış hükümler veya herhangi bir temyiz makamı mevcut değildir<sup>30</sup>. Daha da önemlisi, bu hakemlerin verdikleri hükmün cebri icrası da mümkün olmamaktadır. Bu bakımdan, hükmün uygulanmasında temel şart tarafların uygulanmasına rıza göstermesidir. Taraflar eğer rıza gösterirlerse hükmün uygulanması suretiyle uyuşmazlık çözülürken, taraflardan birinin reddetmesi durumunda ise uyuşmazlık çözülmeden kalmaktadır<sup>31</sup>.

Girişte de bahsedildiği gibi, temel yapısı bu şekilde özetlenebilecek olan kabileci toplumsal sistem İslam'dan sonra yaşanan bütün olaylarda ya da kurulan bütün sosyal kurumlarda da o ya da bu şekilde etki sahibi olmuştur. Nitekim Medine Vesikası'nda kurulan toplumsal sistemin de kabilecilikten çok ciddi alıntılar yaptığı kesindir.

## 2. Vesika'ya Götüren Süreç

Eşyanın doğası gereği Medine Vesikası'nın şekillenmesinde, Vesika'nın hemen öncesinde gelişen tarihsel süreç de etki sahibidir. Çalışmanın bu bölümünde Vesika oluşmadan önce (daha sonra Medine ismini alacak olan) Yesrib'in durumu ve Vesika'ya götüren süreç boyunca yaşananlar özetlenmeye çalışılacaktır.

### a. Yesrib'in Durumu

Hz. Muhammed ve ashabının Mekke'den hicret ederek Yesrib'e geldiği dönemde şehirde en ünlüleri Kureyza, Nadir ve Kaynuka olan birbirinden farklı Yahudi kabileleri ve Kahtani Araplarından Evs ve Hazrec kabileleri yaşamlarını sürdürmekteydi.

Tarihi kaynaklar Yesrib'te yaşayan Yahudi kabilelerinin menşei konusunda çeşitli ihtilaflar barındırır. Bazı kaynaklar kabilelerinin isimlerinin Arapça olmasını da delil göstererek Yesrib'te yaşayan Yahudilerin sonradan Yahudileşmiş

---

<sup>28</sup> Çağatay, 100

<sup>29</sup> Barış, syf. 161.

<sup>30</sup> Muhammed Hamidullah, İslam Peygamberi, İstanbul, Beyan Yayınları, 2011, syf. 764.

<sup>31</sup> Çağatay, syf. 100.

olan Araplar olduğunu iddia eder<sup>32</sup>. Öte yandan Yahudilerin Yesrib'e Hz. Musa döneminde geldikleri iddia edildiği gibi, Babil Kralı II. Nebukadnazar'ın (M.Ö. 605-562) Kudüs'ü ele geçirmesinin ardından sürülmeleriyle geldiklerini söyleyenler de mevcuttur. Son olarak Yahudilerin şehre Bizans Kralı Titus'un Kudüs'ü işgal etmesinin ardından yaşanan sürgün sonucunda geldikleri de öne sürülmektedir<sup>33</sup>. Her koşulda Medine Yahudilerinin şehirde yaşayan müşrik Arap kabileleri olan Evs ve Hazrec kabilelerine mensup Araplardan en az birkaç asır önce Medine'de bulduklarını söylemek mümkündür<sup>34</sup>.

Evs ve Hazrec kabilelerinin menşei konusunda ise bundan daha büyük bir mutabakat mevcuttur. Evs ve Hazrec kabilelerinin şehre Yemen'de bulunan Ma'rib seddinin yıkılmasının ardından bu bölgeden geldikleri kabul edilir. Farklı tarihçiler söz konusu seddin yıkılışını farklı zaman dilimlerine tarihler. Bir kısım tarihçi seddin M.Ö. 115 tarihlerinde yıkıldığını iddia ederken, öteki başka tarihçiler M.S. 2. ve 4. yüzyılları işaret etmektedir.<sup>35</sup> Fakat daha önce de bahsedildiği gibi, Evs ve Hazrec'in Yesrib'e Yahudilerden sonra yerleştiği konusunda kesin bir mutabakat mevcuttur.

Yesrib'te önceleri egemenlik Yahudi kabilelerindeyken, o dönem Yahudilerin lideri konumunda olan Fayton'un yeni evlenen Arap kızlarının ilk gecelerini kendisiyle geçirmelerini mecbur kılmasının ardından Evs ve Hazrec'in akrabaları olan Gassanileri yardıma çağırmasıyla gerçekleşen savaşta Yahudilerin egemenliklerini kaybettiği aktarılmaktadır<sup>36</sup>. Sonraki yıllar boyunca Evs ve Hazrec arasında da pek çok savaş yaşanmış, çekişme halinde bulunan bu iki kabile arasında Hicret'ten yaklaşık dört sene önce, 618 yılında meydana gelen Buas savaşında Hazrec'in lideri olan Abdullah b. Übey b. Selül tarafsız kalmış ve bu sebeple hem Evslilerin hem Hazrecilerin sevgisini kazanmıştır<sup>37</sup>. Kaynaklara göre, Evs ve Hazrec arasında ortak bir lider seçerek ona biat etme ve bu sayede iki tarafa da çok kayıp verdiren savaşları sonlandırma düşüncesi mevcut gözükmektedir<sup>38</sup>. Hatta Hicret'in hemen öncesinde Abdullah b. Übey'in Evs ve Hazrec'ten biat alarak iki kabileye ve dolayısıyla Yesrib'in tamamına hükmetmesi ihtimali belirmiştir.

---

<sup>32</sup> Mevlana Şibli, **Asr-ı Saadet**, cilt 1, İstanbul, Eser Neşriyat ve Dağıtım, syf. 213.

<sup>33</sup> Hizmetli, syf. 173.

<sup>34</sup> Ayrıntılı bilgi için: Apak, syf. 60.; Yaşar Çelikkol, **Cahiliye Döneminde Yesrib'in Etnik Yapısı**, *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, cilt 15, sayı 1, 2005, syf. 324-29.; Sarıçam, syf. 128.

<sup>35</sup> Ayrıntılı bilgi için: Çelikkol, syf. 335.; Pişvai, syf. 21.

<sup>36</sup> Çağatay, syf. 95.

<sup>37</sup> A.g.e. syf. 97.

<sup>38</sup> Sarıçam, syf. 129.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılabilir üzere Hz. Peygamber ve muhacirler Yesrib'e geldiklerinde çok parçalı ve çatışmalarla dolu bir yapıyla karşı karşıya kalmışlardı. Yesrib'te yalnızca Yahudilerle müşrik Araplar arasında değil, Yahudilerin ve müşrik Arapların kendi içlerinde de ciddi ihtilaf ve çekişmeler mevcuttur. Özellikle Buas Savaşı'nın ardından gelişen süreçte Yesrib gerilimin hissedilir derecede hakim olduğu bir yerleşke hükmündedir<sup>39</sup>. Üstelik Yahudiler askeri ve siyasi bakımdan aşağı konumda oldukları müşrik Araplara kendilerini yeni gelen bir peygamberle alt edeceklerini söylerken, Evs ve Hazrec ise aralarındaki yıkıcı savaşları sonuçlandırmanın ve barış zemininde bir toplumsal ortaklık sağlamanın yollarını araştırmaktadır.

### **b. Hicret, Muahede ve Medine Sözleşmesi'ne Giden Yol**

Mekke'de mevcut yapı tarafından dışlanan ve baskı gören Müslümanların Yesrib'e (bundan sonra şehirden Medine ismiyle bahsedilecektir) hicret etmeleriyle beraber tarihsel olarak yeni bir aşamaya geçilmiştir. Hicretle beraber Müslümanların davetinin serbest bir şekilde dillendirilebileceği, Müslümanların kendi toplumlarını kurumsallaştırabileceği yeni bir dönem başlamıştır.

Nitekim Müslümanlar Medine'ye hicretin ardından aşamalı bir şekilde kurumsallaşmaya yönelik ciddi adımlar atmışlardır. Hicret'in ardından yapılan ilk işlerden biri olarak Medine'ye sosyal bir merkez görevi görecek ve bugün Mescid-i Nebevi olarak bilinen mescidin inşasına başlanmıştır. Mescidin bitişiğinde üzeri hurma yapraklarıyla örtülü bir bölge barınacak yeri veya kendisini koruyacak kuvvetli bir kabilesi olmayan Müslümanlara ayrılmıştır. Daha sonraları bu insanlara bu gölgelikten mülhem Ashab-ı Suffe denilmeye başlanacaktır. Toplumsal meselelerin görüşüleceği bir mescidin kurulması ve kabile himayesi altında bulunmayan zayıflar için sosyal bir barınak olarak Suffe'nin ayrılması, Medine'ye hicretin ardından gerçekleştirilen ilk kurumsallaşma faaliyetleri olarak tanımlanabilir.

Mescidin inşasıyla eşzamanlı olarak Hz. Muhammed'in emriyle Müslümanlar için bir nüfus sayımı gerçekleştirilmiştir. Her ne kadar sayı konusunda ihtilaf olsa da Buhari'nin Sahih'inde yer alan bir rivayete göre bu sayım sonu-

---

<sup>39</sup> Ayrıntılı bilgi için: Montgomery Watt, **Muhammad: Prophet and Statesman**, London, Oxford University Press, 1961, syf. 83-89. Muhammed Hamidullah Mekke'yle Yesrib'i mukayese ederken, Mekke'de askeriye, maliye, dış ilişkiler, yargısal işler gibi 25 kamusal görevin çeşitli kişilere dağıtıldığını ve Mekke'nin daha düzenli bir tablo çizdiğini, buna karşılık Yesrib'in ise *kabileciliğin öne çıktığı bir anarşi şehri* görünümünde olduğunu belirtmektedir. Muhammed Hamidullah, **The First Written Constitution in the World: An Important Document of the Time of the Holy Prophet**, Lahore, Ashraf Press, 1975, syf. 6-8.

cunda Muhacir ve Ensar'dan toplamda 1.500 kadar Müslümanın varlığı tespit edilmiştir<sup>40</sup>. Tarihi kaynaklar hicret sırasında Medine'de yaklaşık 4 bin müşrik Arap ve yine yaklaşık aynı sayıda Yahudi'nin yaşadığını bildirmektedir. Buna göre Medine'nin toplam nüfusu da yaklaşık 10 bin civarında gözükmektedir<sup>41</sup>. Öte yandan, sayıca az olmalarına rağmen toplumsal dinamikleri, ahlaki meşruiyetleri ve Medine'nin bölünmüş yapısında gösterdikleri üstün dayanışma dolayısıyla Hicret'in ardından Müslümanların tüm Medine toplumunu etkileyen bir güç konumuna yerleştiği anlaşılmaktadır<sup>42</sup>.

Medine'de Hz. Muhammed'in karşısına çıkan ilk büyük sorun önemli bir kısmı yurtlarından ve mallarından ayrılmış Mekkelilerden oluşan yaklaşık 1,500 Müslüman'ın yaşayışlarının örgütlenmesi olarak gözükmektedir<sup>43</sup>. Bu sorunu çözmek için geliştirilen ilk hamlelerden biri olarak bir *kardeşlik sistemi* şekillendirilmiştir. Sistemin temel amacı İslam'ın doğuşunda bir hayli yaygın olan kabile bağlarını aşarak Müslümanların birbirlerine dönük dayanışmalarını kuvvetlendirmektir. Hz. Muhammed bunu yalnızca nasihatler vererek ya da soyut bir biçimde bütün Müslümanları birbirlerine kardeş ilan ederek değil; somut bir biçimde her bir Muhaciri bir Ensar'la ya da başka bir Muhacir'le 'kardeşleştirerek' hayata geçirmiştir<sup>44</sup>. Hicret'in beşinci ayında Enes bin Malik'in evinde gerçekleştirilen<sup>45</sup> *kardeşleştirme* faaliyeti kapsamında kardeş ilan edilenler emekte ve kazançta birbirleriyle ortak hale geliyor, hatta birbirlerine varis dahi oluyorlardı<sup>46</sup>. Tarihi kaynaklar kardeşlik anlaşmasıyla birbiriyle kardeş ilan edilen kişilerin sayısı konusunda ihtilaf içindedir. 46, 50, 186 kişinin bir o kadar kişiyle kardeş ilan edildiği söylendiği gibi, bütün Muhacirlerin bu sistemin içine sokulduğunu söyleyen kaynaklar da mevcuttur<sup>47</sup>.

Öncelikle sosyal bir merkez olarak mescidin inşa edilmesi, ardından kabile dayanışmasının avantajlarından yararlanamayanlar için bu mescidin yanında

---

<sup>40</sup> Tayyip Okıç, İslamiyette İlk Nüfus Sayımı, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, cilt 7, sayı 1, 1958--, syf. 14-15.

<sup>41</sup> Osman Kaya, *Kuran'ın Nüzul Süreci Sırasında Müslümanlarla Diğer Dini Gruplar Arasındaki İlişkilerin Kuran'a Yansımaları*, (Yayınlanmamış doktora tezi), Ankara, 2004, syf.175.

<sup>42</sup> Martin Lings, Medine Vesikası hazırlandığı sırada Hz. Muhammed'in Medine'deki tartışmasız en güçlü kişi olduğunu belirtmektedir. Martin Lings, *Muhammad: His Life Based on the Earliest Sources*, Lahore, Suhail Academy, 1983, syf. 126.

<sup>43</sup> Cabiri, syf. 117.

<sup>44</sup> Sarıçam, syf. 141.

<sup>45</sup> Celaleddin Vatandaş, *Hz. Muhammed'in Hayatı Ve İslam Daveti*, cilt 2, Pınar Yayınları, 2010.

<sup>46</sup> Hamidullah, syf. 160.

<sup>47</sup> Sayı hakkında ayrıntılı bilgi için: Ermemiş, syf. 141.; Vatandaş, syf. 35.; Pişvai, syf. 200.; Şibli, syf. 207.

özel bir bölgenin tahsis edilmesi ve son olarak kabile içi dayanışmadan daha ileri seviyede bir dayanışmayı Muhacirler ve Ensar arasında tesis eden kardeşleştirmenin gerçekleştirilmesiyle yeni kurulan toplumun sorunlarına karşı ilk önlemler alınmış olmaktadır. *Özellikle kardeşleştirme faaliyeti* Muhacirlerin hayata tekrar tutunmasını sağlama, Müslüman toplumu arasında klasik kabile bağlarını anlamsızlaştırma, dayanışma ve birliği artırma gibi çok önemli işlevleri aynı anda ifa etmektedir. Bahsi geçen bu kardeşlik anlaşmasıyla Müslüman toplumu içinde yer alan çelişkiler ve fay hatları törpülenmiş, kabile sisteminin tefrika doğuran bazı dezavantajları kısmen gevşetilmiştir.

Bu aşamanın ardından sıra Müslümanlar arasındaki bu kardeşleşmenin daha da kurumsallaştırılmasına ve Medine'nin tamamının bir hukuk çerçevesinde bir araya getirilmesine gelmiş gözükmektedir.

### 3- Vesika'nın İçeriği ve Değerlendirilmesi

#### a. Medine Sözleşmesi

Daha önce de bahsedildiği gibi, Medine'ye hicret çok hassas bir zamanda gerçekleştirilmiştir. Bir yanda Yahudilerin kendi içlerindeki bitmek bilmeyen ihtilaf ve çekişmeleri, diğer yanda Evs ile Hazrec'in birbirlerini tükenme noktasına getirdikleri savaşları ve büyük ölçekte ise Yahudilerle Müşrik Arapların kendi aralarında yaşadıkları çekişmeler mevcuttur. Yine daha önce bahsedildiği gibi, Medine bu haliyle bir şehirden ziyade aynı mekanı paylaşan bir grup kabileyi andırmaktadır.

Hicretin ardından Medine'deki toplumsal ve siyasal düzenin yeniden kurgulanması için tarafların mutabakatıyla öncelikle Müslüman toplumu içindeki bütünleşmeyi tesis etmek, sonrasında ise şehirde bulunan bütün kabileler arasındaki ilişkileri bir zemine oturtarak tanzim etmek üzere en az iki ayrı metin hazırlanmış gözükmektedir. Sonraları tek parça haline gelecek ve sıklıkla Medine Vesikası olarak anılacak olan bu hukuki metinlerle Medine'deki toplumsal ve siyasal yaşam büyük ölçüde bir çatı altında toplanmıştır.

Bu Vesika'nın tam metni bugüne kadar ulaşmıştır<sup>48</sup>. Vesika'yı bize aktaran en eski kaynak 2. yüzyılda yaşamış İslam alimi İbn-i Hişam'ın "el-Siretü'n Nebeviyye" isimli eseridir. İbn-i Hişam'ın hocası İbn-i İshak'tan naklettiği bu

---

<sup>48</sup> Özellikle Batılı yazarlar tarafından Vesika'nın otantikliği tartışma konusu edilmiştir. Konuyla ilgili gelişen literatürde bugüne ulaşan metnin muhtemelen otantik olduğu yönündeki görüşler ağır basmaktadır. Bu tartışmanın bir özeti için: Anver Emon, **Reflections on the "Constitution of Medina": An Essay on Methodology and Ideology in Islamic Legal History**, *UCLA J. Islamic & Near E.L.*, sayı 1, 2002, syf. 107-14.

Vesika sonraları pek çok temel kaynaktan da kendisine yer bulmuştur<sup>49</sup>. Kadim metinlerde maddelendirilmemiş tek bir bütün halinde mevcut bulunan sözleşme metni, ilk defa Alman müsteşrik Julius Wellhausen tarafından 47 maddeye ayrılarak kanun formatında neşredilmiştir. Vesika'nın ilk kez Türkçe'ye kazandırılması ise Muhammed Hamidullah'ın Fransızca yayımladığı "Le Probete de l'İslam" adlı eserinin "İslam Peygamberi" ismiyle Salih Tuğ tarafından çevrilmesiyle olmuştur<sup>50</sup>.

Bahsi geçen maddelendirme sistemine göre değerlendirilecek olursa, Vesika'nın ilk 23 maddesiyle 24. ve sonraki maddeleri birbirinden farklı karakterler arz etmektedir. İlk kısımda yer alan metin yalnızca Müslümanlar arasında akdedilmiş bir sözleşme niteliği gösterirken, 24. maddeden itibaren Yahudilerle Müslümanların karşılıklı hukukunu düzenleyen, Medine'nin sınırlarını belirleyen daha bütüncül ve tüm toplumu kuşatıcı maddelerin yer aldığı görülmektedir<sup>51</sup>. Bu durumu da dayanak olarak gösteren çeşitli araştırmacılar tarafından sözleşmenin tek seferde yazılmadığı, iki farklı zamanda yapılan çalışma sonucunda ortaya çıkarıldığı, ilk kısmın yalnızca Müslümanlar arasında akdedildiği, ikinci kısmın ise Müslümanlarla Yahudiler arasında akdedildiği de belirtilmektedir<sup>52</sup>. Bunun yanında Vesika'nın toplamda sekiz ayrı belgenin birleştirilmesiyle ortaya çıktığını da iddia eden yazarlar mevcuttur<sup>53</sup>.

Gerek tarihsel süreç gerek de metnin içeriği dikkate alındığında metnin tek seferde inşa edilmediği iddiası daha muhtemel gözükmektedir. Zira sözleşmenin ilk 23 maddesiyle ilerleyen maddeleri arasında ciddi bir semantik kopukluk mevcuttur. Gerçekten de 23. maddeye kadarki kısım Müslümanlar arasındaki iç düzenle alakalıyken sonraki kısım bütün Medine'ye ve Medine'de yaşayan bütün kabilelere odaklanır. Üstelik sözleşmede Yahudilerin Müminlerin düşmanlarına himaye hakkı tanınmasının engellenmesi ya da Yahudiler arasındaki çıkan uyuşmazlıkların çözülememesi sonucunda Hz. Muhammed'in hakemliğine gidilebilmesi gibi hükümler yer almaktadır. Müslümanların Yesrib'e

---

<sup>49</sup> Bu kaynakların ayrıntılı bir listesi için: Mustafa Kelebek, İslam Hukuk Felsefesi Açısından Medine Vesikası, *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, cilt 4, sayı 1, 2000, syf. 14.

<sup>50</sup> Mehmet Erdem, **Medine Vesikası'nın Maddelendirilme Şekli Ve Türkçe Çevirileri Üzerine Bazı Mülâhazalar**, *The Journal of Academic Social Science Studies*, cilt 5, sayı 8, 2012, syf. 526.

<sup>51</sup> Hizmetli, syf. 279.

<sup>52</sup> Hamidullah, syf. 168.

<sup>53</sup> Bu iddia konu hakkındaki uluslararası yazında önemli yer kaplayan Serjeant tarafından dillendirilmektedir. Bkz. R. B. Serjeant, **The "Sunnah Jâmi'ah,"** *University of London Bulletin of the School of Oriental and African Studies*, cilt 41, sayı 1, 1978.

geldiği ilk yılda Yahudilerin bazı bakımlardan daha aşağı konumda oldukları böyle bir sözleşmeyi kabul etmeleri de pek akla yatkın gözükmemektedir. Ayrıca sözleşmenin ilk kısmında Hz. Muhammed'ten de açık bir şekilde Allah'ın elçisi olarak bahsedilmektedir. Bu bakımlardan kanaatimizce de sözleşmenin ikinci kısmının Hicri 1. yılda kabul edildiği düşünülen birinci kısmından başka bir zaman diliminde akdedildiği kesin gibi gözükmemektedir. Bu sözleşmenin ikinci kısmı Müslümanların Medine'de güçlendikleri bir dönem imzalanmış olmalıdır. Hamidullah da benzeri mütalaaların ve Ebu Davud'tan naklettiği bir hadisin sonucu olarak sözleşmenin ikinci kısmının birincisiyle aynı zamanda, hele de hicretin ilk yıllarında akdedilmiş olmasının mümkün gözükmediğini belirtmiştir<sup>54</sup>.

### I. Vesika'nın İlk Bölümünün İçerik ve Tahlili

Bu çalışmada Vesika'nın içeriğinin tahlili için Hamidullah'ın Fransızca eserinden Salih Tuğ tarafından yapılan tercüme<sup>55</sup> istihdam edilmiştir. Her ne kadar Vesika'nın tercümesi konusunda ciddi ihtilaflar mevcut bulunsa da<sup>56</sup> konumuz bakımından meşhur olan bu çevirinin kullanılmasında büyük bir sakınca olmadığı söylenebilir.

Söz konusu tercümeğe göre Vesika şu şekilde başlamaktadır:

1. *Bu kitap (yazı), Resulullah (AS) Muhammed tarafından Kureyşli ve Yesribli müminler ve müslümanlar ve bunlara tabi olanlar ve onlarla birlikte cihat edenler için (olmak üzere) düzenlenmiştir.*

2. *Bunlar, diğer insanlardan ayrı ve tek bir ümmet (cemaat) oluştururlar.*

Vesika'nın Müslümanlar arasında akdedilmiş olan 23 maddesinin ilk iki maddesinde sözleşmenin kapsamı belirtilmekte ve yeni bir ümmet<sup>57</sup> (toplum)

---

<sup>54</sup> Hamidullah, syf. 172.

<sup>55</sup> A.g.e.

<sup>56</sup> Bu konuda örneklerle yürütülen geniş bir tartışma için: Erdem.

<sup>57</sup> Ümmet kavramının Vesika'nın hazırlandığı dönemdeki anlamını tespit etmek önemlidir. Ümmet "yönelmek, kastetmek, imam olmak" anlamlarını taşıyan emm kökünden türetilmiştir. Kur'an'da 64 farklı yerde geçen kavram güncel kullanımının aksine; din, zaman, mekan, önder, hukuk gibi belirleyici bir ortak payda üzerinden tanımlanabilen bütün birliklikler için kullanılmaktadır. Kur'an'da ümmet kavramı Müslümanlar için kullanılmasının yanında, cin toplulukları (A'râf, 38), Müslümanlar arasından bir grup (Âl-i İmrân, 104), Ehl-i Kitap arasından bir grup (Âl-i İmrân, 110), daha önce yaşayan topluluklar (Bakara, 134) hatta kuşlar (En'âm, 38) için kullanılmıştır. Kavram Vesika'nın akdedildiği dönemde İslam dini mensuplarını değil, herhangi bir unsur üzerinden tanımlanan herhangi bir toplumu ifade eder. İslam Ansiklopedisi, Halil İbrahim Bulut, (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi, 1994), 'Ümmet' maddesi; Zülfikar Durmuş, **Kur'an-ı Kerim'de Sosyal Grup-**

tanımı yapılmaktadır. Birinci maddeye göre bu Vesika'nın kapsamı "Kureyşli ve Yesribli müminler ve müslümanlar ve bunlara tabi olanlar ve onlarla birlikte cihad edenler"den ibarettir. İkinci maddede ise bu sayılanların müstakil bir ümmet teşkil ettiği ifade edilmektedir. Bu şekilde Ensar ve Muhacir kabilelerden Müslüman olan fertler birleştirilmiş ve müstakil tek bir ümmet/toplum olarak kabul edilmiş olmaktadır<sup>58</sup>.

Vesika'nın girişinde ümmet kavramının bu şekilde kullanılışı devrimci bir sıçramaya tekabül etmektedir. O güne kadar kabilevi bağlar çerçevesinde tanımlanan ve mümkün olan (modern dünyadaki vatandaşlığın karşılığı olarak anlayabileceğimiz) şahsın hukuki statüsü ilk defa kabileden bağımsız bir kavramla, inanç ve akideyle tanımlanmaktadır<sup>59</sup>. Buna göre, Vesika'nın akdedilmesinden itibaren Müminler ve destekçileri kabile mensubiyetlerinden bağımsız olarak tek bir toplumsal bütün teşkil etmektedir<sup>60</sup>.

Vesika kan bedellerinin<sup>61</sup> nasıl ödeneceğini gösteren hükümlerle devam etmektedir:

*3. Kureyş'den hicret edenler, kendi aralarında adet olduğu üzere kan bedelini kendi aralarında paylaşarak ödeyecekler ve savaş tutsaklarının kurtulmalık bedelini müminler arasında bilinen en iyi ve makul esaslar doğrultusunda ödeyeceklerdir.*

*4. Benû Avflar da, kendi aralarında adet olduğu üzere eskiden olduğu gibi kan bedelini kendi aralarında paylaşarak ödeyecekler ve her taife savaş tutsaklarının kurtulmalık bedelini müminler arasında bilinen en iyi ve makul esaslar doğrultusunda ödeyeceklerdir.*

---

lar, *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, cilt 3, sayı 3, 2003.

<sup>58</sup> Cabiri, syf. 119.k

<sup>59</sup> Kelebek, syf. 18.; Mücteba Uğur, **Hicri Birinci Asırda İslam Toplumu**, İstanbul, Çağrı Yayınları, 1980, syf. 109.; Toshihiko İzutsu, **Kur'an'da Tanrı Ve İnsan**, İstanbul, Pınar Yayınları, 2012, syf. 127-28.

<sup>60</sup> İslam Ansiklopedisi, Ahmet Davutoğlu, (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi, 1994), 'Devlet' maddesi

<sup>61</sup> İslam Hukuku'nda diyet olarak da meşhur olmuş olan kan parası, İslam öncesi Araplarda da yaygın bir şekilde uygulanan bir hukuk kurumuydu. Diyet, herhangi bir sebeple katilin öldürülerek intikam alın(a)maması durumunda öldüren tarafın öldürülen kişinin ailesine ödeyeceği bir çeşit tazminattır. Çeşitli şartlar gerçekleştiğinde bu paranın öldüren taraftan öldürülen tarafın ailesine/kabilesine ödenmesiyle intikam hak ve görevinin düştüğü kabul edilmekteydi. Cahiliye dönemindeki Arap örfüne göre kan parasını ödeme konusunda öldüren tarafın kabilesi bir bütün halinde sorumlu kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için: Hayrettin Karaman, **Cahiliye Devri Arap Hukuku**, İslam Hukuk Tarihi içinde, İstanbul: İz Yayıncılık, 1999.



5. Aynı şekilde Benû Hârisler de kendi aralarında...
6. Yine Benû Sâideler de kendi aralarında...
7. Benû Cuşemler de, kendi aralarında...
8. Benû'n-Neccârlar da kendi aralarında...
9. Aynı şekilde Benû Amr ibn Avflar da kendi aralarında...
10. Benû'n-Nebîtlar de kendi aralarında...
11. Benû'l-Evsler de kendi aralarında...

Her ne kadar Vesika'yla beraber yeni bir toplumsal örgütlenme biçimine doğru bir geçiş gerçekleştirilmişse de, bu geçiş sürecinde İslam öncesi toplumsal birikim tamamen yadsınmamıştır. Bu çerçevede yukarıdaki maddelerde yeni ümmetin içerisinde yer alan kabilelerin ayrı ayrı tanınarak muhatap alınmış olması önem arz etmektedir. Vesika'nın ilerleyen maddelerinde de çok defa açığa çıkacağı gibi, her ne kadar yeni toplumsal düzen Müslümanlar arasında kabile asabiyetini aşan bir birliği öngörüyor olsa da bunu kabilelerin varlığını yadsıyarak değil, kabul edip hukuklandırarak hayata geçirmeyi tercih etmektedir<sup>62</sup>. Bu bağlamda yukarıdaki maddelerde de kan bedellerinin ve kurtulmalık bedellerinin ödenmesi konusunda öncelikli olarak öldüren kişinin mensubu olduğu kabilenin sorumlu tutulduğu hükme bağlanmıştır.

İlerleyen maddelerde ise, Vesika'nın ilk bölümünün kabile sistemini aşan yönleri kendisine sırayla yer bulmuştur:

12. a. *Müminler aralarından hiçbir kimseyi içine düştüğü ağır mali sorumluluğun altında tek başına bırakmayacaklar, gerek kan bedeli gerekse kurtulmalık gibi borçlarını müminler arasında bilinen en iyi ve makul esaslar doğrultusunda ödeyeceklerdir.*

12. b. *Hiçbir mümin başka bir müminin mevlâsı aleyhine bir iş yapamayacaktır. (Ya da farklı bir okunuşa göre) Hiçbir mümin başka bir müminin mevlâsı ile o kişinin aleyhine bir anlaşma yapamayacaktır.*

13. *Allah'tan hakkıyla korkan müminler, kendi aralarında karşılıklı saldırıya ve haksız bir fiil işlemeye yönelik olarak bir suç ya da bir hakka tecavüz veya inanmalar arasında kargaşa çıkarma niyeti taşıyan kimseye karşı olacaktır. Ve Bu kimse onlardan birinin çocuğu bile olsa, hepsinin elleri onun aleyhine kalkacaktır.*

---

<sup>62</sup> Lecker da Vesika'da yer alan hukuki kurgunun yoğun oranda Yesrib'in intikama dayalı geleneksel hukuku ve hukuki pratiklerini yansıttığını belirtmektedir. Michael Lecker, **The "Constitution of Medina"**, Princeton, New Jersey, The Darwin Press Inc., 2004.

14. *Hiçbir mümin bir kafir yüzünden bir başka mümini öldüremez ve bir mümin aleyhine bir kâfiri destekleyemez.*

15. *Allah'ın zimmeti (koruma ve güvencesi) tek olduğu için, müminlerin arasından en mütevazı olanın bile bir başkasına yapacağı himayenin herkes nezdinde bir değeri vardır. Zira müminler, diğer insanlardan ayrı olarak, birbirlerinin mevlâsı (kardeşi) durumundadır.*

16. *Yahudilerden bize tabi olanlar, zulme uğramaksızın ve aleyhlerine olan kişilerle yardımlaşmaksızın, bizim yardım ve gözetimimize hak kazanacaklardır.*

17. *Barış da müminler arasında bir tekdir. Hiçbir mümin, Allah uğruna girilen bir savaşta, öteki müminlerin haberi olmaksızın ve onları dışlayacak biçimde bir barış anlaşması yapamaz. Bu barış, ancak müminler arasında eşitlik ve adalet ilkeleri üzerine yapılacaktır.*

18. *Bizim saflarımızda savaşacak olan bütün askerî birlikler nöbetleşe görev yapacaklardır.*

19. *Müminler, birbirlerinin Allah yolunda akan kanlarının intikamını alacaklardır.*

20a. *Allah'tan hakkıyla korkan müminler en iyi ve en doğru yol üzerinde bulunmaktadır.*

20b. *Hiçbir müşrik (putperest) Kureyşli birinin mal ve canını himayesi altına alamaz ve bu hususta hiçbir müminin Kureyşlilere saldırmasına engel olamaz.*

21. *Ayrıca, herhangi bir kimsenin bir müminin ölümüne neden olduğu kesin delillerle kanıtlanır ve maktulün velisi (hakkını savunan) razı olmazsa kısas hükümleri uygulanır. Bu durumda bütün müminler ona karşı olurlar. Ancak bunlara, sadece bu kuralın uygulanması için hareket etmeleri helal (doğru) olur.*

22. *Bu yazının (sahifenin) içeriğini kabul eden, Allah'a ve Ahiret Günü'ne inanan bir müminin bir katile yardım ve yataklık etmesi helal (doğru) değildir. Kim ona yardım ve yataklık ederse Kıyamet Günü Allah'ın lanet ve gazabına uğrayacaktır ve o gün kendisinden bir tazminat ya da taviz kabul edilmeyecektir.*

23. *Üzerinde ihtilafa düştüğünüz herhangi bir şey Allah'a ve Muhammed'e götürülecektir.*

Yukarıda yer alan maddelerde ise bahsedilen yeni ümmet için bazı iç dü-

zenlemeler belirlenmektedir<sup>63</sup>. Sözleşmenin bu bölümünde kabilevi bağların silikleştirilmesi ve aşılması yönünde somut bazı hükümlerin getirildiği görülmektedir. Buna göre, her ne kadar bir önceki pasajda Müminleri oluşturan kabileler gerek kan bedellerini gerek de kurtulmalık bedellerini maruf olan usullere göre ödemekle teker teker mükellef tutulmuş olsalar da yeni oluşturulan ümmet de bir bütün halinde bu mesuliyete sahiptir. Bu bağlamda, kabileler arasında –önceki sistemde yer alan- bağımsızlık ve bağlantısızlık bu şekilde tekrar anlamsızlaştırılmış olmaktadır. Vesika uyarınca, yeni oluşturulan ümmetin bütün fertleri bu bedellerin ödenmesinden tek bir kabileymişçesine sorumlu tutulmuştur.

Devam eden maddelerde de Müminler arasındaki dayanışmayı arttırarak kurumsallaştırmaya yönelik belirlemeler hayati önem arz etmektedir. Yeni ümmetin oluşumunda ortaya koyulan bütün bu normatif düzenlemelerin kabileci toplumsal yapıdan alıntılanmış olmasına dikkat etmek gerekmektedir. Bu düzenlemelerle, Arapların hakim toplumsal sistemi olan kabileciliğin dayanışmacı yönü ve avantajları yeni kurulan İslam ümmeti/toplumunda doğrudan istihdam edilmiş olmaktadır.

Müminlere sanki tek bir kabileymişler gibi getirilen bu özel düzenlemeler uyarınca, (bir okuyuşa göre) (md. 12/b) bir Mümin başka bir Mümin'in mevlasıyla o kişinin aleyhine bir anlaşma yapmayacak, Müminler topluluğu içerisinde suç işleyenlere hep birlikte karşı koyulacak (md. 13), hiçbir Mümin bir kafir yüzünden başka bir Mümin'i öldüremeyecek ya da bir Mümin'in aleyhine bir kafiri desteklemeyecektir (md. 14). Üstelik, Müminlerin himayesi ve barışı da tıpkı tek bir kabileymişçesine tek kabul edilmiştir. Buna göre, aynen tek bir kabile için olduğu gibi, Müminlerden tek bir kişinin himayesi bütün Müminleri bağlarken (md. 15), barış da kabilevi ilişkiler üzerinden değil Müminlerin tamamını kapsayacak şekilde akdedilebilecektir (md. 17). Savaş durumunda ise Müminler (yine tek bir kabileye mensuplarmış gibi) birbirlerinin intikamlarını alacaklardır (md. 19). (Önceki dönemde kabilelerin kabile mensubu olmayan sığınmacılara tanıdığı hakları hatırlatırcasına) Müminlerin temel teşkil ettiği bu yeni toplumsal yapılanmadaki himaye ve gözetim hakkına Yahudilerden Müminlere tabi olanlar da yararlanabilecektir (md. 16).

Öte yandan anlaşmanın bu bölümünde hiçbir müşriğin bir Kureyşliyi himayesi altına alamayacağı da açıklıkla belirtilmiştir (md. 20/b). Bu hüküm de devam eden İslami Mücadele'nin önüne kadim kabile sisteminden engellerin çıkarılmasının peşinen önlenmesi amacına matuf gözükmektedir.

---

<sup>63</sup> Cabiri, syf. 119.

Son olarak bu bölümün sonunda üzerinde ihtilafa düşülen herhangi bir şeyin “Allah’a ve Muhammed’e götürüleceği” karara bağlanmıştır. Bu hüküm, Hz. Muhammed’in yeni kurulan toplumun tartışmasız ‘hakem’, önder ve kabilenin kavramlarıyla anlatmak gerekirse *şeyhi* olmasının yeniden ifadesi anlamına gelmektedir. Klasik kabile sisteminde kabilenin şeyhine verilen görev, yeni toplumsal örgütlenmede doğal olarak bu örgütlenmenin lideri olan peygambere tevdi edilmiş gözükmetedir. Bu faslın ardından Vesika’nın ikinci bölümü başlamaktadır.

## II. Vesika’nın İkinci Bölümünün İçerik ve Tahlili

Bu aşamadan sonra yeni kurulan Müminler toplumuyla Medine’de yaşayan Yahudilerin arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümler sıralanmaktadır. Bu ikinci bölüm Müminlerin toplumunun iç işlerini değil, Müminlerle geri kalan toplumsal gruplar arasındaki ilişkileri düzenlemeye matuftur. Sözleşmenin ikinci kısmı şu şekilde başlamaktadır:

24. *Savaş devam ettiği sürece, Yahudiler de müminler gibi kendi savaş giderlerini karşılamak zorundadırlar.*

25.a. *Benû Avf Yahudileri Müminlerle (İbn Hişâm’a göre me’a edatıyla) / Mü’minler’den (Ebû Ubeyd’e göre min edatıyla) bir camia (ümme) oluştururlar. Yahudilerin dinleri kendilerine, Müslümanların dinleri de kendilerinedir! Mevlâları için de kendileri için de aynı durum söz konusudur.*

25.b. *Kim bir başkasına haksızlık eder ya da bir suç işlerse sadece kendisine ve kendi aile bireylerine zarar vermiş olacaktır.*

26. *Benû’n-Neccâr Yahudileri de Benû Avf Yahudileriyle aynı haklara sahip olacaklardır.*

27. *Benû’l-Hâris Yahudileri de Benû Avf Yahudileriyle aynı haklara sahip olacaklardır.*

28. *Benû Sâ’ide Yahudileri de Benû Avf Yahudileriyle aynı haklara sahip olacaklardır.*

29. *Benû Cuşem Yahudileri de Benû Avf Yahudileriyle aynı haklara sahip olacaklardır.*

30. *Benû’l-Evs Yahudileri de Benû Avf Yahudileriyle aynı haklara sahip olacaklardır.*

31. *Benû Sa’lebe Yahudileri de Benû Avf Yahudileriyle aynı haklara sahip olacaklardır. Ancak kim bir başkasına haksızlık eder ya da bir suç işlerse sade-*

*ce kendisine ve kendi aile bireyelerine zarar vermiş olacaktır.*

*32. Cefne ailesi Sa'lebe'nin bir koludur. Dolayısıyla Sa'lebeler için geçerli olan şeyler onlar için de söz konusudur.*

*33. Benûş-Şuteybe de Yahudileri de Benû Avf Yahudileriyle aynı haklara sahip olacaklardır. Kurallara tam olarak uyulacak ve aykırı bir davranışta bulunulmayacaktır.*

*34. Salebe'nin mevlâları da bizzat Sa'lebeler gibi kabul edileceklerdir.*

*35. Yahudiler arasında bulunan kimseler de (Yahudilere karışmış olanlar da<sup>64</sup>) (Bitâne) bizzat Yahudiler gibi kabul edileceklerdir.*

Vesika'nın bu ikinci kısmında yeni bir ümmet/toplum tanımının yapılması söz konusudur<sup>65</sup>. Bu yeni tanıma göre (İbn-i Hişam'ın okumasıyla<sup>66</sup>) Yahudiler de Müminlerle beraber tek bir ümmet oluşturmaktadır. Bu yeni ümmetin salt din esası üzerinden tanımlanmadığı sözleşme metninden açıkça anlaşılmaktadır. Bunun aksine, Vesika'ya göre Müminlerden ayrı bir dine sahip olan Yahudiler yine de Müminlerle tek bir ümmeti oluştururlar. Üstelik, maddede "Yahudilerin dinleri kendilerine, Müslümanların dinleri de kendilerinedir" denilmek suretiyle daha önce Kafirun suresinde geçen toleratif ve çoğulcu temel ilke sözleşme metnine yerleştirilmiş, bu şekilde farklı dinlere mensup Medine'li toplumların bir arada yaşamalarının hukuki zemini şekillendirilmiştir<sup>67</sup>.

Buna rağmen yeni toplumsal düzende kabilevi ve hatta ailevi bağların tamamen ihmal edilmiyor olması da yeniden vurgulanmalıdır. Her ne kadar söz konusu hükmün va'zındaki esas amaç bu değilse de, Vesika'da bir kişinin başka bir kişiye haksızlık etmesiyle doğacak olan esas zararı kendisinin ve ailesinin çekeceği söylenmiş (md. 25/b) olması bunu tekrar göstermektedir. Sözleşme metninin şehirde yaşayan Yahudileri teker teker bireyler üzerinden değil, kabileler üzerinden ele aldığı da gayet açıktır. Nitekim 26. maddeden 35. mad-

---

<sup>64</sup> Erdem, syf. 535.

<sup>65</sup> Hizmetli, syf. 287.

<sup>66</sup> Vesika'nın bu kısmının okunuşunda bir ihtilaf bulunmaktadır. İbn-i Hişam'ın okuyuşuna göre burada geçen ifade "ümmetün me'a l-mü'minine" şeklinde iken, Ebu Ubeyd'e göre ise bu bölüm "ümmetün mine l-mü'minin" olarak okunmalıdır. İlk okuyuşa göre Yahudilerle mümin cemaatleri birlikte tek bir ümmet oluşturmuş olurken, ikinci okuyuşta Yahudilerin kendilerinden önce oluşmuş olan "İslam ümmetine" dahil olarak statülandırılması söz konusu olacaktır. Ümmet kavramının ilerleyen süreçte yaşadığı semantik dönüşüm ve ikinci okumanın ilkinden daha ileri tarihli olması hesaba katıldığında, Ebu Ubeyd'in okumasının mevcut metni çeşitli teolojik sıkıntıları da aşmak için bu dönüşüme uygun bir şekilde reforme etme çabası olduğu düşünülebilir. Konu hakkında yürütülen bir tartışma için: Lecker, syf. 136-39.

<sup>67</sup> Sarıçam, syf. 145.

deye kadar olan kısımda anlaşmanın tarafları belirlenirken Yahudi kabilelerin tümü sayılmış ve Yahudiler kabilevi kimlikleri tanınarak, hatta bu kimlikleri üzerinden muhatap alınmıştır. 3 ila 11. maddeler arasında da yapılan benzeri sayım hatırlanırsa, sözleşmenin Medinelilerin tamamını kabilevi kimlikleri üzerinden tanıdığını söylemek mümkündür.

Vesika'nın ilerleyen kısmında anlaşmanın taraflarının karşılıklı yükümlülükleri belirlenmektedir:

*36.a. Bunlardan (Yahudilerden) hiçbir kimse Muhammed'in izni olmaksızın, Müslümanlarla birlikte askerî bir sefere çıkamayacaktır.*

*36.b. Bir yaralamanın intikamını almak yasaklanmayacaktır. Ancak kim birini öldürürse sonuçta kendisini ve ailesini sorumluluk altına sokacaktır. Aksi takdirde bu haksızlık olur (yani bu kurala uymayan kimse haksızlıkla suçlanacaktır).*

*37.a. (Bir savaş durumunda) Yahudilerin masrafları kendilerine, Müslümanların masrafları da kendilerine aittir. Kuşkusuz bu sahifede (belgede) hedef gösterilen kimselerle savaşanlar kendi aralarında yardımlaşacaklardır. Kurallara tam olarak uyulacak ve aykırı bir davranışta bulunulmayacaktır.*

*37.b. Hiç kimse müttefikinin aleyhine bir suç işlemeye kalkışamaz. Kuşkusuz zulmedilene yardım edilecektir.*

*38. Yahudiler, Müslümanlarla birlikte savaşmışları sürece savunma harcamalarına katılacaklardır.*

*39. Bu sahifenin (belgenin) gösterdiği kimse lehine Yesrib vadisi dahili (cevf) haram (kutsal, hakların gözetilmesi gereken) bir yer olacaktır.*

*40. Himaye altındaki kimse (câr) kendisini himaye eden kimse ile aynı konumdadır. Ne kendisine zulmedilecek ne de kendisinin bir zulüm yapmasına izin verilecektir.*

*41. Ancak, himaye verme hakkına sahip kimsenin izni dışında, himaye edilen kişi bir başkasına himaye hakkı veremez.*

*42. Bu sahifede (yazıda) gösterilen kimseler arasında ortaya çıkmasından korkulan her türlü öldürme ya da tartışma olaylarının Allah'a ve Allah'ın Resûlü Muhammed'e götürülmesi gerekir. Allah bu sahifeye (belgeye) en sıkı ve en titiz bir biçimde riayet edenlerin güvencesi olacaktır.*

*43. Ne Kureyşliler ne de onlara yardım edecek olanlar himaye altına alınmayacaklardır.*

44. *Onlar (Müslümanlarla Yahudiler) arasında, Yesrib'e saldıran kimselere karşı yardımlaşma olacaktır.*

45.a. *Eğer (Yahudiler) (Müslümanlar tarafından) bir barış anlaşması yapmaya ya da böyle bir anlaşmaya katılmaya davet edilecek olurlarsa, bunu yapacak ya da katılacaklardır. Eğer (Müslümanları) aynı şeye çağırırlarsa, Müslümanlarla aynı yükümlülükleri paylaşacaklardır. Ancak, din uğruna savaş yapılması hali müstesnadır.*

45.b. *(Savunma ve diğer harcamalar konusunda) herkes kendisine ait bölgeden sorumludur.*

46. *Bu sahifede (belgede) belirtilen kimseler için öne sürülen koşullar hem mevlâları hem de kendileri olmak üzere bütün Evs Yahudilerine bu sahifenin (belgenin) ilgili maddelerinde gösterilen kimselerce sıkı sıkıya uygulanır. Kurallara tam olarak uyulması ve aykırı bir davranışta bulunulmaması gerekir. Ve haksız yere bir kazanç sağlayanlar ancak kendi kendilerine zarar vermiş olurlar. Allah bu sahifeye (belgeye) en sıkı ve en titiz bir biçimde riayet edenlerle beraberdir.*

47. *Bu belge, haksız bir fiil ya da suç işleyen kişi ile onun cezası arasında engel olarak giremez. (Cihad amacıyla evinden) çıkan kişi emniyettedir ve yine aynı şekilde şehirde (Yesrib'de) kalan kişi de emniyettedir. Ancak haksız bir fiil ya da suç işlenmesi durumu müstesnadır.*

*Allah ve Muhammed (AS), bu sahifede gösterilen maddelere tam bir sadakat ve titizlikle uyan kimselerin yardımcısıdır.*

Söylenildiği gibi, Vesika'nın bu bölümünde yeni kurulan Medine toplumu hakkında genel belirlemelerin yapıldığı görülmektedir. Öncelikle Yahudilerin Müslümanlarla askeri bir sefere çıkmak için Hz. Muhammed'in izninin bulunması gerektiği karara bağlanmıştır (md. 36). İlerleyen maddelerde savaş durumunda Yahudilerin ve Müminlerin kendi masraflarını karşılayacağı belirlenmiştir (md. 37). Bu şekildeki bir belirleme yeni kurulan toplumsal sistemin farklı din mensupları ve kabileler arasında mutlak bir geçişkenlik ve homojenlik öngörmediğini yeniden göstermektedir. Bunun aksine, eskiden olduğu üzere, her kabilenin kendi masraflarını üstlenmesi esastır. Bu noktada önemli olan fark, Müminlerin de müstakil bir kabile gibi değerlendiriliyor olmasıdır.

Sözleşmede kabileler arasında kadim kabile sisteminden kaynaklanan ve ihtilaflara zemin hazırlayan bazı normların İslam öncesi dönemde de bilinen ve ittifak anlaşmalarında kendisine yer bulabilen bazı belirlemelerle törpülenmesi yoluna gidilmiştir. Hiç kimsenin "müttefiki" aleyhine bir suç işlemeye

kalkışamayacağı (md. 37) bu minvaldeki belirlemelerden biridir. Bu bağlamda va'zedilen normalden diğerleri arasında "ne Kureyşlilerin ne de onlara yardım edecek olanların" himaye altına alınamayacağı (md. 43) ve Yesrib'e saldırı durumunda kabilelerin yardımlaşacağı (md. 44) sayılabilir.

Öte yandan Vesika'da daha önce benzeri pek görülmemiş ve sözleşmeyle kurulan yeni toplumu tipik bir kabileler arası ittifaktan ayırıcı bazı temel düzenlemelere de yer verilmiştir. Vesika'nın 39. maddesinde kendisine yer bulan "Yesrib Vadisi'nin bu sözleşmenin muhatapları için "haram" ilan edilmesi bu düzenlemelerden biridir. Bu maddeyle yeni oluşan toplumun siyasi sınırları da belirlenmiş olmaktadır<sup>68</sup>. Bu konu hakkındaki rivayetlerde Hz. Peygamber'in Medine'nin sınırlarını tayin ettiği ve bunu havlani türü bir deri parçası üzerine tasvir ettirdiği yer aldığı gibi, Ka'b ibn-i Malik'i sınır bölgelerine işaretler dikmek üzere görevlendirdiğinden de bahsedilmektedir<sup>69</sup>.

Sözleşmenin uygulanması noktasında bir uyuşmazlık ortaya çıktığı takdirde "Allah'a ve Hz. Muhammed'e" gidileceğinin de (md. 42) açıkça belirlenmiş olması bu minvaldeki bir diğer hükümdür. Bu hüküm kadim kabile sisteminde yer alan hakemin özgürce seçilebilmesine yönelik temel ilkenin yerini daimi ve kalıcı bir hakemlik müessesine bırakması anlamına gelmektedir. Taraflar daha önceden yaptıkları bu anlaşmayla bir uyuşmazlığın ortaya çıkması durumunda kendi aralarında uzlaştıkları bir hakeme başvurma haklarından feragat edip, uyuşmazlıkların çözümünü "Allah'a ve Muhammed'e" tevdi etmeyi kabul etmişlerdir. Bu tip bir hüküm ise -hele de Medine toplumu gibi- birbirleriyle çok ciddi çelişkileri bulunan kabileler arasında akdedilmesi mutlak kabul edilebilecek bir hüküm değildir. Hatta bu sebeple, kalıcı hakemlik müessesesini yeni kurulan toplumsal örgütlenmenin başkanlığı olarak yorumlayan yazarlar da mevcuttur<sup>70</sup>.

Yesrib Vadisi'nin tanımlanması ve bütün kabileleri bağlayacak kalıcı hakemlik müessesesinin inşa edilmesine, sözleşmenin ikinci kısmının başlarında yer alan sözleşme taraflarının tek bir ümmet olduğuna yönelik belirlemeyi de eklediğimiz takdirde, Medine Vesikası'nın ikinci bölümüyle kurulan yeni toplumsal yapının tipik bir kabile ittifakından ayrılan özgün bazı kısımlarını göstermiş olmaktadır<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> Kaya, syf. 178.

<sup>69</sup> Hamidullah, syf. 170-71.

<sup>70</sup> Hizmetli, syf. 287.; Hamidullah, syf. 177.

<sup>71</sup> Denny de Medine Vesikası'nın niteliğini irdedeği makalesinde, Vesika'nın ikinci kısmı için tam olarak bu sayılan üç belirlemeyi tartışma konusu yapmaktadır. Frederick M. Denny, **Um-mah in the Constitution of Medina**, *Journal of Near Eastern Studies*, cilt 36, sayı 1, 1977.



## b. Vesika'nın Değerlendirilmesi

Kanaatimizce Medine Vesikası'nın İslam düşünce tarihinde oynadığı temel rol Arap geleneklerinde çok derinlere yerleşmiş olan kabile sisteminin aşılmasında aranmalıdır. Gerek Vesika'nın Müminler arasında akdedilen ilk bölümünde, gerek de Yahudilerle akdedilen ikinci bölümünde üstlendiği temel işlev; kabile sisteminin İslam davetinin önüne çıkardığı engelleri ve toplumsal adaletsizliklerini törpülemek ve aşmak üzerine kuruludur<sup>72</sup>.

Kabile sisteminin dezavantajlarını aşma amacının Vesika'nın ilk 23 maddesinde paradoksal biçimde farklı kabilelerden oluşan Müminlerin tek bir kabile gibi tasavvur edilmesiyle gerçekleştirilmesi dikkat çekicidir. Vesika'nın ilk kısmıyla, farklı kabilelere mensup Müminler arasında yapılan iç düzenlemeler sonucunda kabile bağlarının yerine akidevi bağlar geçirilmiş, Müminlerin pek çok bakımdan sanki tek bir kabilenin ferdiymiş gibi davranmaları belirlenmiştir. Üstelik Watt'ın dediği gibi, bu yeni toplum yalnızca kendi iç ilişkilerinde değil, dost veya düşman olan geri kalan toplumsal yapılarla ilişkisinde kabileye çok benzer bir şekilde hareket etmektedir<sup>73</sup>.

Bu düzenlemenin ardından kabile olgusu, toplumsal hayatın örgütlenmesindeki başat rolünü dar anlamıyla ümmet kavramına<sup>74</sup> terk etmiş gözükmektedir<sup>75</sup>. Kabilevi dayanışmanın neredeyse bütün tecrübi birikimi de ümmet dayanışması olarak yeniden istihdam edilmiştir. Dönemin Müslümanlarını tek bir ümmet olarak tanımlayan bu düzenlemelerle, Müslümanların arasında da boy göstermesi olası olan kabileler arası çekişmelerin tamamı tek bir "akidevi kabile"nin sıkı ilişkilerine ve dayanışmanın esas olduğu "kabile içi düzlemine" taşınarak aşılmaya çalışılmıştır.

Öte yandan, Vesika'nın ikinci kısmında ise şehirde yaşayan kabileleri Kureyş'e karşı verilen savaşa odaklı "gevşek bir çatı" altında bir araya getirmenin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu maksatla sözleşmenin bu bölümünde Kabile Sistemi'nden kaynaklanan kabileler arası düzleme dair ayrılık doğurucu normların İslam davetinin amaçları doğrultusunda yeniden düzenlenmesi yer almaktadır. Bu düzenlemelerin bir kısmı Araplar arasında önceden beri yapı-

---

<sup>72</sup> Wellhausen de yazdığı eserinde Vesika'nın ilk amacının Medine'nin iç barışını sağlamak olduğunu belirtmiş, ikinci amaç olarak ise Medine'nin dış düşmanlara karşı korunmasını sağlamayı işaret etmiştir. Krş. Julius Wellhausen, **The Arab Kingdom and Its Fall**, Calcutta, Calcutta University Press, 1927, syf. 13-14.

<sup>73</sup> Watt, syf. 95.

<sup>74</sup> Medine Vesikası'ndaki nihai kullanımı bakımından geniş anlamda ümmet kavramı sözleşmeye taraf olan Yahudileri de kapsamaktadır.

<sup>75</sup> Cabiri, syf. 123.

lan tipik bir ittifak anlaşmasının sınırları dahilinde değerlendirilebilecekken, özellikle sözleşmenin muhataplarının tek bir ümmet kabul edilmesi, uyuşmazlıkların “Allah’a ve elçisine” götürülecek olması ve Yesrib Vadisi’nin “haram” olarak tanımlanması gibi düzenlemeler bu sınırları aşıyor gözükmektedir. Bilhassa bahsi geçen bu son düzenlemelerle Yahudi kabileler ve yeni İslam toplumu arasında akdedilmiş olan ittifak anlaşması klasik bir ittifakın sınırlarını aşmış; derinleştirilmiş ve kurumsallaştırılmıştır<sup>76</sup>. Bundan dolayı, sözleşmenin ikinci kısmı da siyasi ve idari bakımdan bağımsız devletler gibi yaşayan –çatışkı halindeki- bazı kabileleri tek bir zeminde bir araya toplaması bakımından kadim kabile sistemini gevşetici ve hatta daha doğru bir ifadeyle açıcı bir işlev üstlenmektedir.

İslam toplumu için kabile içi, İslam toplumuyla Yahudi kabileleri arasındaki ilişkiler için de kabileler arası düzlemde yapılan bütün bu düzenlemelere rağmen Medine Vesikası’yla kabile sisteminin kökten yok sayılmadığına da dikkat etmek gerekir.

Vesika’nın birinci bölümünde tanımlanan yeni topluluk her ne kadar kabile kavramını aşan pek çok bakımdan birbirleriyle ilişkilendirilmiş olsa da, Vesika’da bu topluluğun kabilevi aidiyetleri de resmen kabul edilmiştir. Yeni ümmetin içerisinde (bu ümmetin kurallarını ihlali gerektirmediği müddetçe) kabilevi bağların mevcudiyetine bir engel bulunmamaktadır<sup>77</sup>. Vesika’nın ikinci kısmında da Yahudilerin bir bütün olarak değil, kabileleriyle beraber muhatap alınması aynı gerçeğin bu kısımda da geçerli olduğunu göstermektedir. Nitekim ilerleyen süreçte Medine’de yaşayan Yahudi kabilelerin (yine bir bütün halinde değil) fakat kabile kabile müeyyideye tabi tutulmaları ve şehirden tasfiye edilmeleri de bu duruma işaret etmektedir.

Literatürde Vesika’yla beraber ilk İslam Devleti’nin resmen kurulduğuna yönelik çok geniş bir kabul mevcuttur. Vesika’yla beraber şehrin sınırlarının tayin edilmesi, şehre mensup kabilelerin kabile hukukunu şehrin ortak çıkarlarına aykırı kullanmamasına yönelik özel sınırlamalar getirilmesi, şehirde ortaya çıkan uyuşmazlıkların Hz. Muhammed’e götürülerek çözülebilmesi ve benzeri hükümler Medine Vesikası’yla birlikte bugünkü anlamında olmasa da bir devletin kurgulanmış olduğu intibasını uyandırmaktadır.

Fakat Vesika’yla beraber bugünkü anlamda müstakil ve merkezi bir devle-

---

<sup>76</sup> Salahi, Vesika’ya konu olan sözleşmenin Hicaz’da bu türde yapılan ilk anlaşma olduğunu söylemektedir. Adil Salahi, **Muhammad: Man and Prophet**, Leicestershire, The Islamic Foundation, 1995, syf. 242.

<sup>77</sup> Cabiri, syf. 123.

tin inşa edilmiş olmadığına dikkat etmek gerekmektedir. İlk olarak Vesika'yla beraber merkezileşmiş bir yapının kurulmadığı ortadadır. Zira Vesika'da yalnızca farklı kabilelerin bazı normlarla sınırlandırılması mevcuttur. İkinci olarak, bu normlar herhangi bir yaptırıma da bağlanmamıştır. Üçüncü olarak Vesika'da bütün kabileler adına yaptırım uygulamaya yetkili bir güç tanımına da yer yoktur. Aynı şekilde bütün şehri bağlayan herhangi bir (bugünkü kelimelerle) yasama ve yürütme mercii de mevzubahis değildir. Vesika'ya göre ne herhangi bir tanımlı unsur tek başına Medine'deki bütün kabileleri bağlayan yeni bir hüküm ortaya koyabilir, ne de ortadaki hükümlerin uygulanması konusunda kendi kabilesini/toplumunu aşan bir yetki kullanabilir.

Sonuç olarak Medine Vesikası'yla oluşan siyasal yapıyı modern anlamıyla bir devlet olarak nitelemek de, Yahudilerle Müminler arasında alelade bir ittifak olarak nitelemek de yanlış gözükmektedir. Medine Sözleşmesi'yle kurulan bir ara form, ara statüdür. Savaşa odaklı ve derinleştirmeye açık çok gevşek bir kabile birlikteliği olarak ifade edilebilir. Bu esnada genelde İslam dininin, özelde ise Medine Vesikası'nın devletten ziyade toplum odaklı olan, toplumu önemseyen bir yaklaşıma sahip olduğu da akıldan çıkarılmamalıdır<sup>78</sup>.

Bu tartışma bağlamında Medine Vesikası'nda Hz. Muhammed'in konumu da farklı yazarlar tarafından farklı yorumlara tabi tutulmuştur. Pek çok yazar tarafından Medine Vesikası'nda Hz. Muhammed'in yeni kurulan İslam Devleti'nin başkanı olduğu ileri sürülmüştür. Vesika'nın ilk bölümü için Hz. Muhammed'in ortalama bir kabile şeyhinden daha geniş yetkilere sahip bir başkan konumunda olduğu söylenebilir. Halbuki Vesika'nın ikinci bölümünde getirdiği toplumsal düzen Kabile Sistemi'yle beraber incelendiğinde Hz. Muhammed'in Medine toplumunun tamamı bakımından bir başkanın sahip olduğu yetkilere sahip olmadığı anlaşılmaktadır. Hz. Muhammed'in Medine'de yaşayan İslam toplumu dışındaki toplumlar üzerinde doğrudan bir yetki ve gücünün olmaması böyle bir değerlendirmeyi gerektirmektedir.

Öte yandan Hz. Muhammed'in Medine ümmetinin "başkanı" değil fakat pek çok bakımdan "lideri" olduğundan bahsetmek de mümkündür. Bu liderliğin en önemli emarelerinden birisi meydana gelen uyuşmazlıklarda Hz. Muhammed'in kalıcı hakem olarak belirlenmiş olmasıdır. İkinci bir önemli nokta, Hz. Muhammed'in dağınık durumdaki Yesrib halkının bir araya toplanmasına önyak olmasıyla kazandığı otoritedir. Kureyş arasında ismi efsane gibi yayılan beşinci kuşak dedesi Kusay'ın dağınık halde yaşayan Kureyş kabilesine men-

---

<sup>78</sup> Abdurrahman Güneş, **Toplumsal Bir Zorunluluk: Bir Arada Yaşamak**, *Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, cilt 10, sayı 2, 2005, syf. 92.

sup kolları birleştirmesine benzer bir şekilde, Mekke'deki tebliğ faaliyetleri sırasında bölücü ve dağıtıcı (*müferrik*) olmakla itham edilen Hz. Muhammed de Medine Vesikası'yla Yesrib halkını birleştirmiş olmaktadır<sup>79</sup>. Bu bakımdan, Hz. Muhammed'in oynadığı ve Araplar arasında övülen birleştirici (*mücemmi*) rol de yeni kurulan birlikteki nüfuzunun yüksekliğini oluşturan doğal unsurlardan biridir. Son olarak İslam toplumunun Medine ümmetinin en dinamik toplumu olması ve Vesika'da bu toplumun görece üstün bir konumda zikredilmiş olması Hz. Muhammed'in "liderliğine" işaret eden durumlar arasında sayılabilir.

Bu bağlamda, Hz. Muhammed'in Medine Vesikası'nın ilk bölümünde toplumun başkanı (imamı) hükmünde, ikinci bölümde ise daha ziyade kalıcı ve kurumsal bir hakem ve önder hükmünde konumlandığından bahsetmek mümkündür.

Bu haliyle Vesika İslam tarihi boyunca neredeyse bütün İslam toplumlarında yer etmiş olan hukuki çoğulcuğun ve dini hoşgörünün en önemli zimni referanslarından biri olmuştur<sup>80</sup>. Vesika'nın ardından gelişen neredeyse bütün İslam toplumlarında farklı dini cemaat ve toplumlara devlet içerisinde var olma ve kendi hukuklarını özgürce uygulama imkanı tanınmıştır. Fakat bu çoğulcu sistemin bizzat Hz. Muhammed ve İslam daveti tarafından daha önce tekçi bir yapının hakim olduğu bir ortama getirilmediğine de dikkat etmek gerekmektedir. Aksine, daha önce de bahsedildiği gibi, Medine Vesikası'nda ortaya çıkmış olan hukuki çoğulculuk ve dini hoşgörü kabile temelli Arap toplumunda –yıkılması da emek ve mesai isteyen- tarihsel bir vaka olarak hali hazırda mevcut bulunmaktadır. Hz. Muhammed ise bu çoğulculuğu korumuş, kendisiyle beraber kurulan yeni toplumsal sistemde bu çoğulcu yaklaşımı da istihdam etmeyi tercih etmiştir.

Medine Vesikası'nın nitelendirilmesinde muhtelif yorumlar mevcuttur. Modern dönemde kaleme alınmış pek çok kaynakta bu sözleşme yazılı bir anayasa olarak tanımlanmaktaysa da<sup>81</sup> literatürde aksi görüşler de bulunmaktadır. Hatta bu sözleşmeyi Hz. Muhammed aracılığıyla Ensar ile Medineli Yahudiler arasında yapılan bir anlaşma olarak tanımlayan yazarlar bile mevcuttur<sup>82</sup>. Cabiri ise sözleşmeye daha farklı bir tanım getirmiştir. İbn-i İshak'tan "Resulullah (s.a.v.), Muhacirler ve Ensar arasında bir yazı yazdırdı. Bunda Ya-

---

<sup>79</sup> Serjeant, syf. 4.

<sup>80</sup> Güneş, syf. 91.

<sup>81</sup> Örnek olarak: Ekrem Buğra Ekinci, İslam Hukuku Tarihi, Arı Sanat Yayınevi, 2006, syf. 12.; Ermemiş, syf. 158.; Pişvai, syf. 198.; Hizmetli, syf. 278.; Apak, syf. 244.; Sarıçam, syf. 145.; Hamidullah, syf. 167.; Erdem, syf. 526.; Kelebek, syf. 17.; Kaya, syf. 175.

<sup>82</sup> Şibli, syf. 214.

hudilerle andlaşma ve sözleşme yaptı, dinleri ve malları üzere kalmalarını kabul etti, onların lehine ve aleyhine şartlar (hak ve görevler) belirledi.” sözlerini nakleden Cabiri, sahifenin esasen Hz. Peygamber ile Yahudiler arasında bir anlaşma, hatta tam ve doğru ifadesiyle “bir savaş sözleşmesi” olduğunu söylemektedir<sup>83</sup>.

## SONUÇ

Bütün bahsedilenlerin ışığında, şurası açıktır ki Medine Vesikası'nın tarihsel anlam ve önemi hakkında yapılan herhangi bir çalışma kabile temelli İslam öncesi Arap toplumsal yapısını göz önüne almak zorundadır. Vesika bu toplumsal yapıdan ayrıştırılarak anlamlandırılmaz.

Her ne kadar Vesika'nın İslam tarihi boyunca uygulanagelmiş dini ve hukuki bakımdan çoğulcu olan toplumsal sistemin temel referanslarından biri olduğu açıksa da, Vesika'nın getirdiği esas yeniliğin bu çoğulculuk olmadığına dikkat etmek gerekmektedir. Vesika'nın temel işlevi kabileci toplumsal yapıyı aşmak üzerine kuruludur. Medine Vesikası'yla beraber kabile yapısının İslam Daveti'ne engel olan olumsuz özelliklerinin bir kısmı iki farklı aşamada etkisizleştirilmeye çalışılmıştır.

Bu amaç Vesika'nın ilk kısmında paradoksal bir biçimde Müminlerin tek bir kabile olarak konumlandırılmasıyla gerçekleştirilmeye çalışılmıştır. İkinci kısımda ise aynı amacın “kabileler arası düzlemde” gerçekleştirilmesi için Mümin toplumu (ümme) ve Yahudi kabileleri arasında, Arap coğrafyasında kabileler arasında daha önceden de kurulan ittifak ilişkilerinin daha kapsamlı, derin ve detaylı bir versiyonunun kurulması yoluna gidilmiştir. Kurulan bu yeni ilişki, şehrin mensuplarının tek bir toplum sayılmasıyla atipik bir ilişki görünümü kazanmıştır. Medine Vesikası'nın kendi tarihsel bağlamındaki karşılığı bu iki devrimsel değişiklikte tebellür etmektedir.

Öte yandan, kanaatimizce Vesika'nın alelade bir sözleşme olarak da muhkem bir Anayasa olarak da tanımlanması mümkün gözükmemektedir. Vesika'nın –özellikle tartışılan ikinci bölümünü kasten- merkezileşme yönünde kimi dinamikler barındıran atipik, olağanüstü ve savaşa odaklı bir sözleşme olduğunu söylemek mümkündür.



---

<sup>83</sup> Cabiri, syf. 119, 22. Lings de Vesika'yı Yahudiler ile Müslümanlar arasında imzalanmış bir sözleşme olarak tanımlamaktadır. Lings, syf. 125.

### KAYNAKÇA

- Algül, Hüseyin. **Muhacirun - Ensar Üzerine Bir Araştırma**, *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, cilt 5, sayı 5, 1993, 25-52.
- Apak, Adem. **Anahatlarıyla İslam Tarihi**. Cilt 1, Ankara: Ensar Yayınları, 2011.
- Barış, Mustafa Necati. **Cahiliye Döneminde Yargı Sistemi**, İlahiyat Fakültesi Dergisi, cilt 1, sayı 17, 2012, 153-70.
- Bulut, Halil İbrahim. **'Ümmet' maddesi**, İslam Ansiklopedisi. cilt. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi, 1994.
- Bursalıoğlu, Sibel. **İbn-i Haldun Sosyolojisinde Asabiyet Bağları, Devlet Ve Kamu Maliyesi**, *Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, cilt 5, sayı 2, 2007, 43-56.
- Cabiri, Muhammed Abid. **Arap-İslam Siyasal Aklı**. Çev. Vecdi Akyüz, İstanbul: Kitabevi Yayınları, 2001.
- Çağatay, Neşet. **İslam Öncesi Arap Tarihi Ve Cahiliye Çağı**, Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1982.
- Çelikkol, Yaşar. **Cahiliye Döneminde Yesrib'in Etnik Yapısı**, *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, cilt 15, sayı 1, 2005, 319-46.
- Davutoğlu, Ahmet. **'Devlet' maddesi**, İslam Ansiklopedisi. 9. cilt. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi, 1994.
- Denny, Frederick M. **Ummah in the Constitution of Medina**, *Journal of Near Eastern Studies*, cilt 36, sayı 1, 1977, 39-47.
- Durmuş, Zülfikar. **Kur'an-ı Kerim'de Sosyal Gruplar**, *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, cilt 3, sayı 3, 2003.
- Ekinci, Ayşe. **İbn-i Haldun'da Adalet Anlayışı**, (Yayınlanmamış yüksek lisans tezi), Ankara, 2008
- Ekinci, Ekrem Buğra. **İslam Hukuku Tarihi**, Arı Sanat Yayınevi, 2006.
- Emon, Anver. **Reflections on the "Constitution of Medina": An Essay on Methodology and Ideology in Islamic Legal History**, *UCLA J. Islamic & Near E.L.*, sayı 1, 2002, 103-33.
- Erdem, Mehmet. **Medine Vesikası'nın Maddelendirilme Şekli Ve Türkçe Çevirileri Üzerine Bazı Mülahazalar**, *The Journal of Academic Social Science Studies*, cilt 5, sayı 8, 2012, 525-42.

- Ermemiş, Faruk. **H. Muhammed'in Başkenti Medine**, Ankara: 2009.
- Erturhan, Sabri. **Haram Ayların Fıkhi Okunuşu**, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sayı 13, 2009, 195-230.
- Gabriel, Richard A. **Muhammad: Islam's First Great General**, Norman: University of Oklahoma Press, 2007.
- Güneş, Abdurrahman. **Toplumsal Bir Zorunluluk: Bir Arada Yaşamak**, *Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, cilt 10, sayı 2, 2005, 89-103.
- Haldun, İbn-i. **Mukaddime**. Çev. Halil Kendir. Cilt 1, Ankara: Yenişafak Kültür Armağanı, 2004.
- Hamidullah, Muhammad. **The First Written Constitution in the World: An Important Document of the Time of the Holy Prophet**. 3rd. ed. edn, Lahore: Ashraf Press, 1975.
- Hamidullah, Muhammed. **İslam Peygamberi**. Çev. Mehmet Yazgan, İstanbul: Beyan Yayınları, 2011.
- Hizmetli, Sabri. **İslâm Tarihi -İlk Dönem-**, Ankara: Ankara Okulu Yayınları, 2009.
- İzutsu, Toshihiko. **Kur'an'da Tanrı Ve İnsan**, İstanbul: Pınar Yayınları, 2012.
- Karaman, Hayrettin. **Cahiliye Devri Arap Hukuku**, İslam Hukuk Tarihi içinde (İstanbul: İz Yayıncılık, 1999).
- Kaya, Osman. **Kuran'ın Nüzul Süreci Sırasında Müslümanlarla Diğer Dini Gruplar Arasındaki İlişkilerin Kuran'a Yansıması**, (Yayınlanmamış doktora tezi), Ankara, 2004
- Kelebek, Mustafa. **İslam Hukuk Felsefesi Açısından Medine Vesikası**, *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, cilt 4, sayı 1, 2000.
- Lecker, Michael. **The "Constitution of Medina"**, Princeton, New Jersey: The Darwin Press Inc., 2004.
- Lings, Martin. **Muhammad: His Life Based on the Earliest Sources**, Lahore: Suhail Academy, 1983.
- Okiç, Tayyip. **İslamiyette İlk Nüfus Sayımı**, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, cilt 7, sayı 1, 1958--, 12-20.
- Pişvai, Mehdi. **İslam Tarihi**. Çev. İsmail Bendiderya, İstanbul: Kevser Yayınları, 2007.

Salahi, Adil. **Muhammad: Man and Prophet**, Leicestershire: The Islamic Foundation, 1995.

Sarıçam, İbrahim. **H. Muhammed Ve Evrensel Mesajı**, Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2011.

Serjeant, R. B. **The "Sunnah Jāmi'ah,"** *University of London Bulletin of the School of Oriental and African Studies*, cilt 41, sayı 1, 1978, 1-42.

Şibli, Mevlana. **Asr-ı Saadet**. Çev. Ömer Rıza Doğrul. Cilt 1, İstanbul: Eser Neşriyat ve Dağıtım.

Uğur, Mücteba. **Hicri Birinci Asırda İslam Toplumu**, İstanbul: Çağrı Yayınları, 1980.

Vatandaş, Celaleddin. **H. Muhammed'in Hayatı Ve İslam Daveti**. Cilt 2, Pınar Yayınları, 2010.

Watt, Montgomery. **Muhammad: Prophet and Statesman**, London: Oxford University Press, 1961.

Wellhausen, Julius. **The Arab Kingdom and Its Fall**. Çev. Margeret Graham Weir, Calcutta: Calcutta University Press, 1927.



## NAPOLEON DÖNEMİ CONSEIL D'ETAT VE İLK ŞURA-YI DEVLET

*The French Council of State Napoleonic Era and the Ottoman Council of State*

**Enes SEZGİN\* – Turgay DEMİRTAŞ\***

### ÖZET

Fransız Devrimi'yle ilga edilen Conseil d'Etat (Devlet Konseyi), Napoleon Bonaparte tarafından yeniden kurulmuş ve iktidarı kendi elinde toplamanın bir aracı olmuştur. Bu dönemde Konsey, yönetime, yasamaya ve kısmen de yargıya ilişkin yetkilere sahiptir. Osmanlı Şura-yı Devleti'nin kuruluşunda da Fransız Devlet Konseyi örnek alınmış; Tanzimat'ın yeniden inşa sürecinde etkin rol oynamıştır.

Her iki kurumun da modern devletin “kural koyma” gibi en önemli işlevlerinden birini birincil derecede yerine getirdiği görülmektedir. Her iki kurum da iktidarın merkezileşmesi açısından önemli rol oynarken Fransa'da Konsey, Napoleon'un iktidarını bakanlıklar ve bürokrasiye karşı mutlaklaştırırken; Osmanlı'da Şura, Padişahın mutlak otoritesini bürokrasi lehine yumuşatmak için tasarlanmıştır. Fransa'da Şura, idareyi/ yürütmeyi adliyeden kaçırmak için vardır. Osmanlı'da ise Şuranın varlık nedeni adliyenin idareden kurtarılmak istenmesidir.

Her iki kurum da mahkeme olarak tasarlanmamıştır. Bugün bu kurumların oynadığı rol, devlet, hukuk devleti ve demokrasi olgularının değişimiyle ilgilidir. Kuruldukları zaman itibarıyla her iki kurum da idari yapı içerisinde yer almakla birlikte aktif idare değillerdir. Kurumlara asıl niteliğini veren danışma ve yasama benzeri görevleri olmuştur. Bu sebeple söz konusu kurumların ve özellikle Şura-yı Devlet'in parlamentarizmin gelişmesi başlığı altında da incelenmesi gerekmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Conseil d'Etat, Şura-yı Devlet, Merkezileşme, İdari Yargı, Parlamentarizm.

### ABSTRACT

The Council in France that was repealed with French Revolution was re-established by Napoleon Banaparte and was a tool of gathering power in their own hands. The Council in France had authority in relation to the administration, legislation and partly to the judiciary in that period. It was taken example for The French Council of State in the establishment of The Council of Ottoman State; it played an effective role in the process reconstruction of Tanzimat.

It is seen that both institutions meet one of the most important functions of the modern state as rule - making. Both institutions played important role in terms of

\* Eğitim ve Doktrin Komutanlığı, Ankara Üniversitesi Yönetim Bilimleri Doktora Öğrencisi, sezginfreres@gmail.com.

\*\* Kara Harp Okulu, Hukuk AD. Öğretim Görevlisi, turgay.demirtas@hotmail.com

the centralization of power. But, when The Council in France absolutized to power of Napoleon against ministries and government, The Council in Ottoman was designed for use in favor of bureaucracy to the absolute authority of The Sultan (padishah). The Council in France is for keep away administration and executive power from the courthouse. In contrast, reason for the existence of The Council in Ottoman is that is wanted to be saved the courthouse from administration.<sup>1]</sup>

Both institutions weren't designed as court. Today, role of these institutions relate to change of phenomenon of democracy, state of law and state. At the same time, institutions are located in the administrative structure but they are not active role in administration. Legislative and advisory functions are that given the actual quality to institutions. For this reason, it will be necessary that these institutions and especially Council of State are reviewed under the heading of parlamentarism development.<sup>1]</sup>

**Keywords:** The French Council of State, The Ottoman Council of State, Centralization, Administrative Jurisdiction, Parliamentarism.



## GİRİŞ

Fransız Devlet Konseyi'nin<sup>1</sup> kökleri feodal döneme kadar gitse de özellikle "örgütlü monarşi" ile önem kazanmıştır. Fransız Devrimi'yle ilga edilen Konsey, Napoleon Bonaparte tarafından yeniden kurulmuş ve iktidarı kendi elinde toplamanın bir aracı olmuştur. Bu dönemde Konsey, yönetime, yasamaya ve kısmen de yargıya ilişkin yetkilere sahiptir. Osmanlı Şura-yı Devleti'nin kuruluşunda da Fransız Devlet Konseyi örnek alınmış; Tanzimat'ın yeniden inşa sürecinde etkin rol oynamıştır.

Fransız Devlet Konseyi kendine özgü tarihsel ve toplumsal şartlar altında denetleyici, düzenleyici (kural koyucu) ve danişsal bir nitelikte ortaya çıktıktan sonra benzer işlevlerle Osmanlı Devleti'nde de benzer bir kurum inşa edilmiştir. Bu kurumlar devletin ve toplumun yeniden düzenlenmesi sürecinde benzer yetki ve görevlerle donatılmış; bununla birlikte işlev, etki ve kullanan iktidar odağı açısından farklılıklar göstermişlerdir. Makalede, iki kurum arasındaki benzerliklerin, farklılıkların ve özgünlüklerin nedenleri ve birbiri üzerindeki etkileri ele alınacaktır.

Bu noktadan hareketle yanıtını arayacağımız ilk soru, Şura-yı Devlet'in bir

---

<sup>1</sup> Bu çalışmada Conseil d'Etat, günümüzde yerleşik olarak kullanılan "Fransız Danıştay" olarak değil "Devlet Konseyi" şeklinde tercüme edilmiştir. Bu tercihin temel nedeni, Danıştay ifadesinin daha çağdaş bir kullanım olması, konsey sözcüğünün ise Şura-yı Devlet'teki şura ifadesine daha yakın olmasıdır. Böylelikle çalışmada ele alınan tarihsel döneme uygun sözcüklerle düşünülmesi sağlanmış olacaktır. Günümüze yapılan atıflarda ise Danıştay sözcüğü tercih edilmiştir.

resepsiyon kurumu olup olmadığıyla ilgilidir. Tanzimat sonrası idari teşkilatın en açık özelliklerinden biri Avrupa ve özellikle de Fransız etkisiyle inşa edilmiş olmasıdır.<sup>2</sup> Dolayısıyla çalışmada bu gerçeklik Şura-yı Devlet açısından ele alınacaktır. Şura üzerindeki Fransız etkisini görebilmek için her iki kurumun özgün nitelikleri, farklılıkları ve benzerlikleri ele alınacaktır.

İkinci olarak, Devlet Konseyi'nin ve Şura-yı Devlet'in ne tür bir organ olduğu sorusu ele alınacaktır. Bugün Fransız ve Türk Danıştayları idari yargının en üst basamağındaki kurumlardır. Ancak Konsey ve Şuranın, yargısal bir makam veya mahkeme olarak tasarlandığını iddia etmek zordur. Bu sebeple bu kurumları, başka bir tarihsel düzlemde incelemek gerekmektedir. Bunun yolu bugünden tarihe bakmaktan değil tarihin kendi akışı içerisindeki (siyasi) tasarımları incelemekten geçmektedir.

### TARİHİ ÖZGÜNLÜK

Fransız Devlet Konseyi'ni, idari imtiyazlarla yargısal işlevlerin birleştiği ilk Roma İmparatoru Auguste'ün konseyine kadar götürmek mümkündür. Bununla birlikte Konsey, örgütlü monarşideki kral konseyleri üzerinde temellenmektedir. Kral Konseyi, iktidarın yerleşmesinde ve merkezileşmede bir “savaş aygıtı” olarak kullanılmış, danışsal işlevlerinin yanında yasama (kural koyma) ve yargı yetkileriyle de donatılmıştır. Modern ulus-devletin doğuşu ve feodaliteden çıkışla birlikte krala hizmet eden ve onun iktidarının önemli bir aracı olan Konsey, artık soyut ve gayrişahsi bir kişilik olan devletin iktidarı altına girerek “Devlet Konseyi” olmuştur.<sup>3</sup>

Modern egemenlik anlayışının filizlenmesiyle kralın kural koyma işlevi de öne çıkmıştır. Ancak Din Savaşları sonrası Konsey yeniden yapılandırılmış ve Kral hükmetmek için bakanlarını kullanmıştır. Böylece Konseyin önemi azalmış, düzenleyici ve icrai işlevinin yerini yargısal işlevi almıştır. 1641 tarihli Saint-Germain-en-Laye Fermanı ise idari yargı tarihi açısından bir dönüm noktası olmuştur. İdare yargıdan ayrılarak özerkleşmiş, bireyle devlet arasındaki uyumsuzluklar adli yargının alanından çıkarılmış, parlömanların devletle ilgili işlere karışması yasaklanmış ve Konsey, idareye ilişkin uyumsuzlukların çözümü konusunda uzmanlaşmaya yönlendirilmiştir.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Onar, S.S. (1956). İdare ve İdare Hukuku Bakımından Türkiye'nin İdari ve Hukuki Bünyesinin Geçirdiği İstihaleler ve Bugünkü Durum, İstanbul, s. 30.

<sup>3</sup> Karahanoğulları, O. (2009). Fransa'da Kamu Yönetimi. *Edt. Güler vd., Kamu Yönetimi Ülke İncelemeleri*, Ankara: İmge Kitabevi, s. 68-69.

<sup>4</sup> Monnier, F. (1999). “L'ancien régime”, içinde *Le Conseil d'État de l'an VIII à nos jours*, (ed. Jean Massot), Adam Biro, Paris, s. 12-17.

Siyasal merkezîyetçiliğin yoğunlaştığı XIV. Louis döneminde<sup>5</sup>, temel siyasal birimler Konseyin çatısı altında toplanarak Konsey merkezi monarşinin temel aracı haline getirilse de 17. yüzyılın sonunda bakanlıkların ve bürokrasinin güçlenmesiyle idare, Konseyden bağıını koparmaya başlamış ve Konseyin idareye ve yürütmeye ilişkin işlevi elinden alınarak yargı alanına çekilmiştir. Bu eğilim 18. yüzyılda da sürmüş ve Konsey, uyuşmazlıklara yoğunlaşarak devletin keyfililiğine karşı bireyi koruyacak kurallar geliştirmiştir. Devrime gelindiğinde Konseyin yönetsel işlevi oldukça zayıflamış, 1790'da Temyiz Mahkemesi'nin (Tribunal de cassation) kurulmasıyla işlerinin önemli bir kısmı elinden alınmış ve nihayet 1791'de Konsey dağıtılmıştır.<sup>6</sup>

Napoleon Bonaparte'in iktidara gelmesiyle Devrimin sekizinci yılında Konsey yeniden kurulmuştur. Konseyin kuruluşundaki yegâne amaç, Bonaparte'in idare ve yasama üzerinde kontrol sağlayarak iktidarı kendi elinde toplamak istemesidir. Bu sebeple Konseyi, kendisine sadık teknisyenlerle donatmış ve kendisi de Konseyin toplantılarına başkanlık etmiştir.<sup>7</sup> Dolayısıyla bu dönemde Konsey, iktidarın tek bir kişinin elinde toplanmasının aracı olmuş ve merkezdeki bu yapı, danişsal ve yargısal yetkilerle donatılan vilayet meclislerinin kurulmasının yolunu açmıştır.

Osmanlı'da ise önce vilayet meclisleri kurulmuş; Şura, yereldeki başarının üzerine varlık şansı bulabilmiştir. Şura'nın, vilayet meclislerinin başarısı üzerine kurulması, onun yargı organından ziyade (danişsal) yasama organı olarak tasarlandığının en önemli kanıtlarından biridir. Eğer Şura parlamenter tarih açısından ele alınacaksa, Şuranın kurulması Türk parlamento geleneğinin başlangıcı ve Meşrutiyetin hazırlık safhası olarak ele alınabilir. Bu açıdan Şura bir ilki temsil eder. Bu ilk olma bir ölçüde dış baskıların ve dış modellerin,<sup>8</sup> bir ölçüde ise yerel uygulamaların ve değişen devlet zihniyetinin neticesidir.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Yetiş, M. (2006). Tocqueville ve Merkezîyetçilik Sorunu. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 61(3), s. 285.

<sup>6</sup> Karahanoğulları, O. (2005). *Türkiye'de İdari Yargı Tarihi*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 27-30; Karahanoğulları, O. (2013). Fransa'da Kamu Yönetimi. *Edt. Güler vd., Kamu Yönetimi Ülke İncelemeleri*, Ankara: İmge Kitabevi, s. 72

<sup>7</sup> Karahanoğulları, O. (2005). *Türkiye'de İdari Yargı Tarihi*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 30-31; Karahanoğulları, O. (2013). Fransa'da Kamu Yönetimi. *Edt. Güler vd., Kamu Yönetimi Ülke İncelemeleri*, Ankara: İmge Kitabevi, s. 73.

<sup>8</sup> Karaarslan, M. (2005). Tanzimat ve Şurayı Devlet. *AÜHFD, C, 54, 3: 341-363*, s. 348.

<sup>9</sup> Şura-yı Devlet'in kurulmasında dış etkenler de önemlidir. İlk olarak bir İngiliz elçi tarafından İslahat Fermanı'nın uygulanmasına nezaret etmek üzere danışma niteliğinin yanında icrai ve adli yetkilere sahip bir meclis kurulması bir muhtıra ile Osmanlı Hükümetine bildirilmiş ve bunun üzerine 1861 yılında Meclisi Tanzimat, Meclisi Ahkamı Adliye'ye ilhak edilmiştir. Ancak bu tekçi yapı, yukarıdaki gerekçelerin yanı sıra Fransız etkisiyle birlikte sona ermiştir.

Bununla birlikte Şura'nın idari yargı tarihi açısından önemi yadsınamaz. İdari yargının tarihini İslamiyet öncesi Türklerden ve Hz. Muhammed döneminden başlatanlar olduğu gibi,<sup>10</sup> Divan-ı Hümayun, paşa divanı ve sancak beylerince de idari yargı görevinin yürütüldüğünü savunan yazarlar bulunmaktadır.<sup>11</sup> Bununla birlikte Şuranın, "müstakil olarak yönetsel yargı" işlerini yürüten ilk organ olduğunu iddia edenler de vardır.<sup>12</sup> Karahanoğulları idari yargıda "evrim başlangıcı" olması sebebiyle temsili taşra meclislerine dikkat çekerken<sup>13</sup> İnalçık "eskinin yeni adlar altında" devam ettiğini ifade ederek bu meclislerin Tanzimat öncesinde de var olduğunu vurgulamaktadır.<sup>14</sup>

İdari yargının başlangıcı konusunda farklı görüşlerin savunulması anlamlıdır. İdarenin yargısal denetimini çok eski zamanlara götürmek mümkündür ve yukarıda ifade edildiği üzere Türk devlet geleneğinde de bu işlev mevcuttur.<sup>15</sup> Ancak Şura, modern bir kurumdur ve geleneksel dönemdeki öncüllerinden oldukça farklıdır. Bu farklılık, Tanzimat düşüncesinden ve Fransız Devlet Konseyinin örnek alınmasından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple Şurayı, Osmanlı-Türk-İslam geleneğinde değil modern devlette aramak gerekir.

Özetle, danişsal ve idareyi denetleyen kurumlar Türk devlet geleneğinde yer almakla birlikte Şuranın var oluşu tarih ya da gelenek içerisinde aranmamalıdır. Fransız Konseyinin özgün bir kurum olması, "devrimleri aşan bir sürekliliği" içermesinden kaynaklanır. Şura üzerinde ise başka bir geleneğin model alınmasının izleri görülmektedir. Bununla birlikte her iki kurumun aynı olmadığı ve önemli farklılıklar taşıdığı ilerleyen sayfalarda incelenecektir.

---

Fransız elçi Monsieur Bourree, Müslüman ve Hıristiyan tebaanın birlikte temsil edileceği Conseil d'Etat benzeri bir meclis kurulmasını tavsiye etmiştir. III. Napolyon'un liberal imparatorluk anlayışının Babıali üzerindeki etkisi ve 1867'de Fransa'yı ziyaret eden Sultan Abdülaziz'in Fransız sisteminden etkilenmesi, Şurayı Devlet'in kuruluşunu hızlandırmış ve Avrupa dönüşü Sultan, Şura'nın kuruluşuyla oldukça yakından ilgilenmiştir (Karahanoğulları, 2005: 143; Karaarslan, 2005; Görel, 1953).

<sup>10</sup> Mutaf, A. (1997). "Osmanlı Arşiv Belgelerine Göre Şûra-yı Devlet (1868-1922/1284-1342)", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir.

<sup>11</sup> Akgündüz, A. (1993). "Arşiv Belgeleri Işığında Şûrây-ı Devlet'ten Daniş-tay'a İdâri Yargı Teşkilatı", *II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, 10-14 Mayıs, Ankara.

<sup>12</sup> Canatar, M. ve Baş, Y. (1998). "Şûrâ-yı Devlet Teşkilatı ve Tarihi Gelişimi", OTAM; Duran, İ. (1999). "Yapısı ve İşleyişi İtibarıyla Osmanlı Yargı Örgütü ve Tanzimat Dönemindeki Gelişmeler", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul.

<sup>13</sup> Karahanoğulları, O. (2005). *Türkiye'de İdari Yargı Tarihi*. Ankara: Turhan Kitabevi.

<sup>14</sup> İnalçık, H. (1964). Tanzimat'ın Uygulanması ve Sosyal Tepkileri. *Belleten*, 28(112), 623-649.

<sup>15</sup> İnalçık, H. (2000). Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adâlet, İstanbul: Eren Yayıncılık; Kaya, C. Genel Hatları ile Osmanlı Yargı Teşkilatı, *Yeni Türkiye*, Osmanlı Özel Sayısı; Akgündüz, A. (1993). "Arşiv Belgeleri Işığında Şûrây-ı Devlet'ten Daniş-tay'a İdâri Yargı Teşkilatı", *II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, 10-14 Mayıs, Ankara.

## KONSEY VE ŞURANIN VAROLUŞ NEDENLERİ

Fransa'da Devlet Konseyi, idare karşısında bireyi korumak veya idari işlem ve eylemleri denetlemek için değil, aksine idareyi korumak için kurulmuştur.<sup>16</sup> Başka bir ifadeyle Conseil d'Etat, idari faaliyeti denetleyecek bir yargı erki yaratmak için değil, aksine idareyi kimse denetlemesin diye oluşturulmuştur. Bu, yalnızca Devrim sonrasına ait bir yaklaşım değildir. Her türlü soyut tartışmanın rahatça yapılabildiği eski rejimin en belirgin hassasiyetlerinden biri, en küçük memurun bile eleştirilmemesidir.<sup>17</sup>

Devrim sonrası eski rejimden kalma tüm yargı organları kaldırılmıştır. Ancak eski rejimin idareyi adliyeden koruma güdüsü, kuvvetler ayrılığı ilkesine rağmen devam etmektedir. Yeni rejim de tıpkı eskisi gibi idareyi adliyenin (olmayan) tahakkümünden kurtarmak istemektedir ve bu çok açıkça kuvvetler ayrılığının yanlış yorumlanmasıdır. Halen yürürlükte olan 16-24 Ağustos 1790 tarihli yasanın 13. maddesi şu şekildedir: "Yargı fonksiyonu, idari fonksiyondan ayrıdır ve hep ayrı kalacaktır; yargıçlar, herhangi bir şekilde idarenin işleyişini bozamaz, aksi davranış suçtur".<sup>18</sup> Böylece adliye mahkemeleri idari organların faaliyetlerine hiçbir şekilde karışamayacak ve niteliği ne olursa olsun idari uyuşmazlıklara bakamayacaktır.<sup>19</sup> İdari işlem ve faaliyetlere ilişkin uyuşmazlıklar adli yargının yetki alanından çıkarılmış ancak bir idari yargı organına değil bir kişiye (vali / le préfet) veya idareci-yargıç sistemine göre çalışan vilayet meclislerine (le Conseil de préfecture) verilmiştir.<sup>20</sup>

Benzer bir durum Şura-yı Devlet için de geçerlidir. Şura-yı Devlet'in kurulmasına etki eden en önemli unsurlardan biri idare ve adliyenin ve aynı zaman-

<sup>16</sup> Pacteau, B. (1997). "Fransız Danıştay", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 52(01): 597-610.

<sup>17</sup> Tocqueville, A. (2004). Eski Rejim ve Devrim, Çev. *Turan Ilgaz*, Ankara: İmge Yayınları, s. 128

<sup>18</sup> Karahanoğulları, O. (2009). Fransa'da Kamu Yönetimi. *Edt. Güler vd., Kamu Yönetimi Ülke İncelemeleri*, Ankara: İmge Kitabevi, s. 76.

<sup>19</sup> 1806 yılında Konsey bünyesi altında yargısal uyuşmazlıkları çözmekle görevli bir "dava komisyonu" oluşturulmuş olsa da 1872 yılına kadar Konsey, idari uyuşmazlıklara ilişkin karar verme yetkisine sahip olmadan yalnızca idareye görüş bildirmiştir. İdari uyuşmazlıkları nihai olarak çözümlene yetkisi ancak 24 Mayıs 1872 tarihli yasa ile Konseye verilmiştir (Akbaba, 2014: 450). "Bu kanun ile Yüksek Mahkemeye idari uyuşmazlıkları çözüme yetkisi verilmesi yoluyla bağımsız idari yargı kurulmuş ve İdari Yargı ile adli yargı arasındaki yetki uyuşmazlıklarını çözmek için Uyuşmazlık Mahkemesi de öngörülmüş, Bununla Conseil d'Etat yasama alanındaki işlevini yitirmiştir." (Sayhan, 1996: 67) Dolayısıyla bu tarih Konsey için çok önemli bir kırılma noktasıdır ve Konseyin idari yargı makamı olmasını da bu tarihten itibaren başlatmak daha doğru olacaktır.

<sup>20</sup> Pacteau, B. (1997). Fransız Danıştay. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 52(01): 597-610, s. 598-599; Karahanoğulları, O. (2013). Fransa'da Kamu Yönetimi. *Edt. Güler vd., Kamu Yönetimi Ülke İncelemeleri*, Ankara: İmge Kitabevi, s. 67.

da idari yargı ile adli yargının ayrıştırılması usulünün yerleştirilmek istenmesidir. Bu ayrılığın benimsenmesinde yerel yönetime dair uygulamalarla birlikte kuvvetler ayrılığı fikri de etkili olmuştur. Taşrada meclisler ve mahkemeler ayrı işlevlerle yüklenmiş ve olumlu sonuçlar alınmıştır. Taşradaki bu başarı merkezde de idari ile adli olanın ayrılmasını gerektirmiştir. Bunun üzerine, Meclis-i Ahkam-ı Adliye bölünmüş; adli işlerden sorumlu olmak üzere Divan-ı Ahkam-ı Adliye ve idari işlerden sorumlu olmak üzere Şura-yı Devlet kurulmuştur.<sup>21</sup>

İdare-yargı ayrılığı düşüncesi, Şura-yı Devlet'in ve Divân-ı Ahkâm-ı Adliye'nin kuruluşuna ilişkin metinlerde de yer almaktadır. Şurayı Devlet'in açılış töreninde Sadrazam tarafından okunan Sultan Abdülaziz'in nutku dikkat çekicidir: “*Teşkilât-ı cedide, kuvve-i icraiye'nin, kuvve-i adliye, diniye ve teşriyeden tefriki esasına müstenittir.*” Yine bu kurucu metinlerde, yargının yürütmeden ayrılması “en lüzumlu ıslahat” olarak değerlendirilmektedir.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> 29 Nisan 1868 tarihli Takvim-i Vakâyi'de yayımlanan Takrir-i Âli'de, bu ayrımın gerekçeleri açıklanmıştır: “... Vilâyetler Nizamnâmesi'nde *işlevler ayrımı* [tefrik-ı mesâlih] kuralı temel alınarak, karyelerden başlanarak kaza, sancak ve vilâyetlerde, devlet ve memleket idaresine ilişkin işler için başka ve adli hukuk ile ceza işleri için başka özel meclisler kurulmuştur. Bunların görevleri, özel nizamnameler ile belirlenmiştir. Bu ayrımın düşünülmüş olan faydaları ve üstünlüğü tecrübeyle kanıtlanmıştır. Özellikle hukuki işlerde, sözkonusu ayırım ve bağımsızlık kuralı sayesinde büyük güven doğmuştur. Bu kural artık devlet için esas sayıldığından gerek idari işlerde ve gerekse hukuk-sal işlerde genel başvuru yeri olan Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye'nin eski biçimiyle kalması, yani iki görevin onda birleşmesi, merkezdeki işle-ri, taşralar için belirlenmiş çerçevenin dışına koymak anlamına gelecektir ki mümkün değildir. Bunun için işlevler ayrımı kuralının [tefrik-i mesâlih usûlünün] hükümet merkezinde de kabul edilmesi uygun görülmüştür. Sadece devlet ve memleket işlerine bakmak ve tüm kanunların ve nizam-namelerin hazırlanması, yazılması ve değiştirilmesi görevini yerine getirmek üzere Şura-yı Devlet adıyla bir büyük meclisin ve kanunlar ile nizamnamelere ilişkin hukuki konuların önemlilerine bakacak ve diğer nizami hukuk meclislerinin inceleme ve istinaf mer-kezi olacak Divân-ı Ahkâm-ı Adliye ismiyle bir diğer büyük meclisin kurulmasına ferman buyurulmuştur.” (Karahanoğulları, 2005: 137)

<sup>22</sup> 11 Zilkade 1284 (1868) tarihli kuruluş iradesine göre: “*Belirtmeye gerek yoktur ki, Devlet, memleket, hukuk ve kişi güvenliği için en çok ihtiyaç duyulan ıslahattan biri hukuksal işlerin, devlet ve hükümet işlerinden ayrılmasıdır ve bunun bir an evvel yoluna konulması son derece gereklidir...*” (Karahanoğulları, 2005: 138-139)

Ayrılmayı düzenleyen 2 Muharrem 1285/29 Nisan 1868 tarihli Takrir-i Âli'de de yargının, yürütmeden/idareden ayrılığı *kavaid-i esasi* olarak nitelenmektedir: “*Hükümetin varlık sebebi iki temel üzerine kurulmuştur. Bunlardan birisi herkesin huzuruna kefil olan devletin her tür işine ilişkin kanun ve nizamnamelerin konulmasıyla bunların uygulanmasına bakmak ve diğeri ise herkesin can, mal ve namusuna aid haklarını ve meşru görevlerini gerekli kanunlar ile sağlamaktır ... Görevi devletin işlerini yeri-ne getirmek olan yürütmenin, hukuki meselelere müdahalesinin olmaması ve herbirinin kendi bağımsız dairesinde işlemesi esaslı kurallardandır.*”



Adliye-idare ayrılığı her iki kurumun var oluşuna temel teşkil etse de arada esaslı bir fark vardır. Fransa'da Konsey, idareyi adliye karşısında güçlendirmek için; Osmanlı Devleti'nde ise Şura adliyeyi idarenin tahakkümünden korumak için kurulmuştur.<sup>23</sup> Ancak burada adliyeyi idare karşısında güçlendirenin Şura olmadığını, Şuranın daha yaşamacı-yönetsel rolü olduğunu da gözden kaçırmamak gerekir.

İki ülke arasındaki bu farkın gerekçeleri ülkelerin idare tarihinde kendini göstermektedir. *Tarihi Özgünlük* başlığı altında bahsedildiği üzere Devrim öncesi adli yargının bağımsız niteliği idari yargının ve Konsey gibi organların adliye aleyhine genişlemesiyle sınırlandırılmak istenmiştir. Hem idarenin adliyenin kontrolünden çıkarılmak istenmesinin hem de Konseyin idareyi koruma amacına uygun tasarlanmasının nedeni de tam olarak budur. Osmanlı'da ise bunun aksine tahakkümden kurtarılmak istenenin adliye olduğu görülmektedir. Bunun nedeni hem Osmanlı'nın kendi geleneğinde hem de dış etkenlerde aranmalıdır. Taşrada idari ve adli ayrılığının olumlu sonuçları merkezde de böyle bir teşkilat kurulması fikrini doğurmuştur.<sup>24</sup>

Fransa'da adliye ile idarenin ayrılması fikri ve bu ayrılığın ne şekilde örgütleneceği mutlakiyet döneminin de konusudur. Mutlakiyet, Devrimle son bulmamış eski rejim zihniyetidir. Devlet Konseyi'nin önceli olan Kral Konseyi, eski rejimde merkezleşmenin en önemli aracı olarak birçok yetkiyle donatılmıştır. Mensupları senyörlerden değil, alt sınıflardan seçilmektedir. Yalnızca merkezde değil, denetçileri vasıtasıyla taşrada da en yetkili ve etkili kurumdur.<sup>25</sup>

Devrimin sivil özgürlüklere ve eşitliğe yaptığı vurguya rağmen Fransız devleti, eski rejimden kalma mutlakiyetçi merkezi eğilimlerinden kurtulmuş değildir. Devrime rağmen cumhuriyetçi gelenek güçlü değildir ve Fransa kısa sürede Napoleon eliyle merkezleşme yolunda önemli adımlar atacaktır. Fransa'da İngiltere'nin aksine mutlakiyet karşıtlarının tek bir odağı olmaması bu süreci kolaylaştıracaktır.<sup>26</sup> Conseil d'Etat'nın da temel var oluş nedeni, merkezleşen devlette iktidarı tek bir kişinin elinde toplamaktır. Bu sebeple Konseye yasama

<sup>23</sup> Onar, S.S. (1936). Türk İdare Hukukunun Tekamül Safhaları ve Bugünkü Esaslar, Ankara, s. 11 ; Karahanoğulları, O. (2005). *Türkiye'de İdari Yargı Tarihi*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 126.

<sup>24</sup> Karahanoğulları, O. (2005). *Türkiye'de İdari Yargı Tarihi*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 74.

<sup>25</sup> Kurulmasına yol açan temel neden, adli yargının bağımsızlığı ve dolayısıyla kralın bu erke nüfuz edememesidir. Bu sebeple idare mahkemeleri kurulmuş ve zaman içerisinde yetkileri oldukça genişletilmiştir. Öyleki zamanla idare mahkemeleri, ağır ceza dâhil her türlü davaya bakmayı "yarar" ve işlerin yürümesi adına kendi üzerine almıştır. Tocqueville, A. (2004). *Eski Rejim ve Devrim, Çev. Turan Ilgaz*, Ankara: İmge Yayınları, s. 115-120.

<sup>26</sup> Wood, E. M. (2012). Kapitalizmin Arkaik Kültürü: Eski Rejimler ve Modern Devletler Üstüne Bir Deneme. *İstanbul: Yordam*, 100-103.



ve yürütme konularında önemli yetkiler verilecek ve idare üzerinde kontrol ve denetim bu şekilde sağlanacaktır.

Fransa’da mutlakiyet Konsey eliyle topluma ve devlete nüfuz ederken, Osmanlı’da Şura, mutlak monarşiye karşı bürokrasiyi devlete hâkim kılmak için kullanılmıştır. Bir başka deyişle Şura, mutlakiyeti sınırlandırmak için ve tebaanın sınırlı da olsa yönetime katılması için düşünülmüştür. Bir anlamda Şura, meşrutiyete geçişin merkezdeki ilk denemesi ve öncülüdür. Bu hem yabancıların hem de Jön Türklerle birlikte Sultan Abdülaziz’in isteğidir. Tanzimat yönetimini otokratik ve merkezi bulan Jön Türkler, halkın kendini ifade edebileceği meclisler istemiştir.<sup>27</sup> İlk olarak taşrada ortaya çıkan temsili meclisler, merkezde de bu tarz bir organı gerekli kılmıştır. Bunun yanında biraz çelişkili de olsa Sultan Abdülaziz de, böyle bir konseyi hem temsili ve anayasal bir sisteme geçiş denemesi olarak hem de gerektiğinde mutlakiyete dönebilmek için lüzumlu görmüştür.<sup>28</sup>

Eski rejimle Devrim sonrasındaki benzerlikler, Conseil d’Etat’ın en özgün yanını ortaya koymaktadır: süreklilik ya da eskilik.<sup>29</sup> Devrim Tanrı da dâhil eskiye ait hemen her kurumu yıkmış ve bambaşka bir düzen kurmuştur. Ancak Conseil d’Etat’ın sürekliliği Devrimi de aşmayı başarmıştır.<sup>30</sup> Özelde Konseyde, genelde ise mutlakiyet ile Devrim sonrası devlet arasındaki bu süreklilik Devrimin şiddetli tavrına rağmen devam ediyordu. Her şeyi alt üst eden ve kendi kurumlarını oluşturan Devrim, bu sürekliliği “yağmacı mutlakiyetçi devletle kopuşu vurgulayarak” gizliyordu.<sup>31</sup> Devrim sonrası yeniden kurulan Konseyin tek bir kişinin güdümünde çalışmasının temel nedeni de eski mutlakiyetçi ilkelerin sürdürülmeye devam edilmesidir. Mutlakiyetçilik yerini cumhuriyetçiliğe bıraktığı ölçüde Konsey de değişecek ve bugünkü rolünü yavaş yavaş ama çalkantılı bir şekilde elde edecektir. Dolayısıyla süreklilik meselesini, Konseyin bugünkü rolüyle bağdaştırmamak gerekir. İşlevsel açıdan süreklilik, devrim öncesi ve devrimden sonraki yaklaşık bir asırlık bir döneme ait

---

<sup>27</sup> Shaw, S. J. (1969). “The Origins of Representative Government in the Ottoman Empire: An Introduction to the Provincial Councils, 1839-1876”, *Near Eastern Round Table 1967-68*, ed. R. Bayly Winder, New York University, s. 73.

<sup>28</sup> Shaw, S. J. (1969). “The Origins of Representative Government in the Ottoman Empire: An Introduction to the Provincial Councils, 1839-1876”, *Near Eastern Round Table 1967-68*, ed. R. Bayly Winder, New York University, s. 74.

<sup>29</sup> Pacteau, B. (1997). Fransız Danıştayı. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 52(01): 597-610.

<sup>30</sup> Karahanoğulları, O. (2009). Fransa’da Kamu Yönetimi. *Edt. Güler vd., Kamu Yönetimi Ülke İncelemeleri*, Ankara: İmge Kitabevi, s. 75.

<sup>31</sup> Wood, E. M. (2012). Kapitalizmin Arkaik Kültürü: Eski Rejimler ve Modern Devletler Üstüne Bir Deneme. *İstanbul: Yordam*, s. 106-107.

bir özelliktir. Cumhuriyetçi, özgürlükçü ve bireyci anlayışın hâkim olmasıyla işlevsel açıdan bir kopuş olmuş ancak kurumsal olarak Konsey (rol ve işlev dönüştürerek) sürekliliğini devam ettirebilmiştir.

### KONSEY VE ŞURANIN GÖREV, YETKİ VE İŞLEVLERİ

Conseil d'Etat, siyasal alandaki değişimlerden doğrudan etkilenmiştir. Bunun temel nedeni, Konseyin güçlü köklere sahip olması ve siyasal iktidarlara önemli bir araç olarak kullanılmasıdır. Napoleon'un yeniden kurmasıyla Konsey, örgütlü monarşi dönemindeki gibi iktidarın tek elde toplanması için kullanılmıştır. Konsey, asla idare karşısında bireyi korumak üzere ve bir mahkeme olarak tasarlanmamıştır. Konseyin bu fonksiyonu ve niteliği elde etmesi zamanla ve siyasal alandaki değişimlerle birlikte olmuştur.<sup>32</sup>

Konsey, işlevine uygun görev ve yetkilerle donatılmıştır. Toplumun ve idarenin yeniden inşa edilmesi sürecinde özel hukuktan kamu hukukuna, bayındırlık ve madenlerden üniversitelere kadar pek çok alana ilişkin kanunlar Konsey tarafından hazırlanmıştır. Bunun yanında merkezi ve yerel teşkilatın oluşumuna ilişkin kanunlar da Konsey tarafından hazırlanmıştır.<sup>33</sup> Dolayısıyla, Konsey, modern devletin en önemli niteliklerinden olan “kural koyma” veya “düzenleme” işlevinin yerine getirilmesinde öncü rol oynamıştır. Bunun da ötesinde Devrim sonrası Fransa, Konsey öncülüğünde inşa edilmiştir.<sup>34</sup>

Konseyin ikinci önemli görevi “idarenin işleyişine nezaret” etmektir. Konsey, yerel yönetimler üzerinde vesayet denetimi uygulamış; daha önce bakanlıklara verilmiş olan idari konularda ortaya çıkan güçlükler konusunda karar yetkisi edinmiş ve bunun da ötesinde bakanları kontrol eden bir duruma gelmiştir. Bunun yanında hizmetlerinde kusur gördüğü memurlara uygulanacak disiplin cezaları da Konsey aracılığıyla devlet başkanına önerilecektir. Ayrıca Konsey, memurluk mesleği için “güvence” ilkesini de geliştirerek memurun şahsında idareyi korumuştur.<sup>35</sup>

Görüldüğü üzere Konseyin görev ve yetkisi, yargısal konulardan ziyade dü-

<sup>32</sup> Pacteau, B. (1997). Fransız Danıştayı. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 52(01): 597-610.

<sup>33</sup> Karaarslan, M. (2005). Tanzimat ve Şurayı Devlet. *AÜHFD, C, 54, 3*: 341-363, s. 349; Karahanoğulları, O. (2005). *Türkiye'de İdari Yargı Tarihi*. Ankara: Turhan Kitabevi, s.85.

<sup>34</sup> Konseyin bu rolü yeni değildir ve Devrim öncesinde de görülmektedir. Tocqueville'in ifadeleriyle “Devrim'i önceleyen kırk yıl boyunca, toplumsal ekonominin ya da siyasal örgütlenmenin konseyin kararlarıyla yeniden düzenlenmemiş hemen hemen hiçbir bölümü yoktur”. Tocqueville, A. (2004). Eski Rejim ve Devrim, Çev. *Turan Ilgaz*, Ankara: İmge Yayınları, s. 101.

<sup>35</sup> Karaarslan, M. (2005). Tanzimat ve Şurayı Devlet. *AÜHFD, C, 54, 3*: 341-363, s. 350; Karahanoğulları, O. (2009). Fransa'da Kamu Yönetimi. *Edt. Güler vd., Kamu Yönetimi Ülke İncelemeleri*, Ankara: İmge Kitabevi, s. 85-86.

zenleme (kural koyma) ve (çoğu zaman yargısal olmayan, siyasi) denetleme-ye ilişkindir. Benzer durum, Şura açısından da geçerlidir. Konsey gibi Şuranın da temel görevi kanunların hazırlanması ve idari/siyasi makamlara danışmanlık yapmaktır. Bunun yanında zayıf olmakla birlikte yargısal görev ve yetkileri de bulunmaktadır. Ancak Konseyden farklı olarak Şuranın denetleme yetkisi güçlü değildir.<sup>36</sup> Bununla birlikte Şura, uyuşmazlık mahkemesini andırır görevlere de sahiptir.

Şura-yı Devlet Nizamnamesi'nin giriş kısmı ile birinci maddesinde Şuranın ilgi alanları, kuruluş gerekçeleri ve işlevleri, ikinci maddesinde görevleri, sonraki maddelerde ise dairelerin görev ve yetkileri sayılmıştır. İkinci madde ile Şuraya verilen görevler sayıları beş olan daireler<sup>37</sup> tarafından uzmanlık alanlarına göre yerine getirilecektir.<sup>38</sup>

Şura-yı Devlet Nizamnamesi'nin ikinci maddesinde Şuraya verilen görevler şunlardır: "1. Kanun ve nizamnameleri incelenmek ve kanun ve nizamname tasarıları hazırlamak. 2. Yetkili olduğu çerçevede ülke meselelerini incelemek ve kararını sunmak. 3. Hükümet ile kişiler arasındaki davaları görmek. 4. Temyiz aşamasında, görev uyuşmazlıklarını çözmek. 5. Yürürlükteki kanunlar ve nizamnamelere ilişkin olarak idareden gelen belgeler ve kararlar hakkında görüş bildirmek. 6. Padişahın isteği veya kanunların gereği olarak memurları soruşturmak ve yargılamak. 7. Padişahın veya yüksek devlet dairelerinden gelen istek üzerine her türlü mesele ve iş hakkında görüş bildirmek. 8. Vilayet merkezlerinde toplanan vilayet genel meclislerinin ıslahata ilişkin kararlarını temsilcileri aracılığıyla İstanbul'a getirmek ve bu konularda onlarla birlikte karar vermek". Bunların yanında Şuraya bütçenin hazırlanmasına ilişkin de görev verilmiştir.<sup>39</sup>

Şura-yı Devlet Nizamnamesi'nin giriş kısmında ise Şuranın üç temel ilgi alanı sayılmıştır. Bunlardan ilki ıslahatların hayata geçirilmesi yönünde yasal düzenlemeler de dâhil olmak üzere çalışmalar yapmaktır. Bu ilgi alanı, Devrim sonrası Konsey aracılığıyla devletin ve toplumun inşa sürecini hatırlatmakta-

---

<sup>36</sup> Şuranın, idarenin yargısal denetimine ilişkin açık bir yetkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte Şura, hem idare aleyhinde şikâyet kabul etmesi hem de taşra meclislerinin idare aleyhindeki şikâyetler üzerine verdiği kararlar için temyiz mercii olması sebebiyle idarenin yargısal denetiminde rol almış ve zamanla bu işlevini güçlendirmiştir. Karahanoğulları, O. (2005). *Türkiye'de İdari Yargı Tarihi*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 146.

<sup>37</sup> Bu daireler şunlardır: Mülkiye ve Harbiye; Maliye ve Evkaf; Kanun (Adliye); Nafia; Ticaret, Ziraat ve Maarif daireleri (Ortaylı, 2007: 419).

<sup>38</sup> Karahanoğulları, O. (2005). *Türkiye'de İdari Yargı Tarihi*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 157.

<sup>39</sup> Karahanoğulları, O. (2005). *Türkiye'de İdari Yargı Tarihi*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 156.

dır. İkinci uğraş alanı, devlet-tebaa ilişkilerinin düzgün yürütülmesi adına gerekli önlemlerin alınmasına yöneliktir. Bu, Fransız Konseyinde görünür olmayan bir husustur. Diğer yandan Şuranın, Devrim öncesi ve sonrası Konseyin oynadığı işleve paralel ülkenin bayındırlığı ile ilişkili işlerle ilgilendiği de görülmektedir.<sup>40</sup> Şura-yı Devlet'in yapısında ve görevlerinde 1886, 1870, 1872, 1888, 1897 ve 1908 tarihli nizamnamelerle çeşitli değişiklikler yapılmış olmasına rağmen temel uğraş alanları değişmemiş; konjoktüre göre bu yetkilerde genişleme ya da daralmalar olmuştur.<sup>41</sup>

Görüldüğü üzere Şuranın görevleri büyük ölçüde yasamaya ve “akıl üretmeye” ilişkindir. Şura, İslahat sürecinde, ülkenin genel meselelerinin görüşüldüğü bir meclis olarak öne çıkmış, toplumsal ve siyasal yaşamın hemen her yerine nüfuz etmiştir. Bir yasama organı olmasa da meclis gibi çalışmış, “düzenleme” ve “kural koyma” gibi modern devletin iki önemli işlevini yerine getirerek modern idarenin inşasında önemli bir rol oynamıştır. Bununla birlikte dar bir alanla sınırlı kalsa da yargısal görevlerle de yetkilendirilmiştir.

Sonuç olarak, her iki kurum için de düzenleme ve akıl üretme işlevlerinin öne çıktığı, yargısal işlevlerinin ise geri planda kaldığı görülmektedir. Bu iki özellik açısından Napoleon dönemi Conseil d'Etat ile ilk Şura-yı Devlet büyük benzerlik göstermektedir.

### **KONSEY VE ŞURANIN NİTELİĞİ**

Bugün Conseil d'Etat, Fransız idari yargısının çatısıdır. Bugünden geçmişe bakarsak Konseyin bu çekirdeği bünyesinde taşıdığını söyleyebiliriz. Nitekim 13. yüzyıl gibi erken bir tarihten itibaren Konseyin yargısal işlevinin ön plana çıkması ve tüm yargı makamları üzerinde otoriteye sahip olması buna kanıt olarak gösterilebilir. Ancak tarih, bize Konseyin bir mahkeme olarak tasarlanmadığını söylemektedir. Bunun kanıtları yukarıdaki paragraflarda mevcuttur. Eski rejim bir yana Devrim sonrası kurulan Konsey, asla bir mahkeme değildir ve bireyi idarenin keyfi uygulamalarına karşı koruma gibi bir hassasiyeti de söz konusu değildir. Tam aksine korunan hukuk (adliye) ve toplum karşısında idare/yürütme veya imparatorun iktidarındır. Konseyin en önemli işlevi olan toplumun ve devletin yeniden inşası, kanunlar ve hukuksal düzenlemelerle olmuştur ve bu bize Konseyin yasama ve danışma niteliğinde bir organ olduğunu göstermektedir. Konseyin ikinci önemli işlevi olan idarenin kontrol ve denetimi de hukuksal saiklerle değil siyasal gerekçelerle yerine getirilmiştir.

---

<sup>40</sup> Görel, İ. H. (1953). Şurayı Devlet, Ankara: Yeni Matbaa, s. 9.

<sup>41</sup> Ortaylı, İ. (2007), Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, Ankara: Cedit Neşriyat, s. 485.

Dolayısıyla bugünden geçmişe bakarak ve kimi belirtirlerini görerek Konseyin mahkeme olduğunu iddia etmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır.

Aynı uzak körlüğü Şura için de geçerlidir. Şuraya ilişkin en önemli sorulardan biri gerçekte onun ne olduğudur. Bir mahkeme mi idari bir organ mı yoksa bir meclis mi? Kimi yazarlara göre Şura-yı Devlet, Osmanlı Devleti'nde idari yargı ile müstakil olarak görevlendirilen ilk mahkemedir.<sup>42</sup> Türk idari yargısı açısından Şuranın kurulması önemli bir dönüm noktası olmakla birlikte Türk idari yargı tarihini Şura ile başlatmak doğru değildir.<sup>43</sup> Diğer yandan Şuranın, bir mahkeme olarak kurulduğunu ileri sürmek de oldukça iddialı bir söylemdir. Bu söylem, geçmişe bugünden bakmanın bir sonucudur. Gerçekte ise Şura-yı Devlet, büyük ölçüde bir danışma meclisi olarak tasarlanmış ve yargısal yetkileri oldukça sınırlı tutulmuştur.

Yukarıdaki paragraflarda da ifade edildiği üzere Şura, Meşrutiyete giden yolda önemli bir yere sahiptir. Nitekim Ortaylı da Tanzimat Dönemi/Yönetimin modernleşmesi konusunu anlattığı bölümde Şura-yı Devlet'i *Yargı örgütündeki değişimler* içerisinde değil *parlamentarizmin gelişmesi* başlığı altında ele almıştır.<sup>44</sup> Ayrıca, 1868'de kaldırılan Meclisi Valayı Ahkamı Adliye'nin yüksek yargı görev yetkileri Divanı Ahkamı Adliyeye devredilirken; denetim, kanunların hazırlanması ve kısmen de idari yargıya ilişkin görevleri Şura-yı Devlet'e bırakılmıştır.

Şuraya birincil olarak kanun ve nizamname tasarılarını hazırlama ve inceleme görevinin verilmesi, yasama organı gibi çalışması ve temsil ilkesine<sup>45</sup> göre oluşturulması, monarşiden meşrutiyete yumuşak bir geçiş için parlamento şeklinde tasavvur edildiğini ve yasama işlevinin daha belirgin olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla Şurayı bugünden bakarak idari yargı tarihi içerisinde incelemekten ziyade Engelhardt<sup>46</sup> ve Shaw<sup>47</sup> gibi yasamacı işlevine de odak-

---

<sup>42</sup> Üçok, C., Bozkurt, G., ve Mumcu, A. (2011). *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları.

<sup>43</sup> Karahanoğulları, O. (2005). *Türkiye'de İdari Yargı Tarihi*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 134.

<sup>44</sup> Ortaylı, İ. (2007). *Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi*, Ankara: Cedit Neşriyat, s. 419.

<sup>45</sup> Şuranın temsil ilkesine göre dizayn edilmesi, özellikle Müslüman olmayan topluluklar, tüccarlar ve bankerlerce sevinçle karşılanmış ve bu memnuniyetin etkisiyle tahviller dahi yükselmiştir. Devlet işlerine katılmaları söz konusu olan bu gruplarda geçici de olsa güven duygusu yaratılmıştır. Karahanoğulları, O. (2005). *Türkiye'de İdari Yargı Tarihi*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 148.

<sup>46</sup> Engelhardt, E. P. (1910). *Türkiye ve Tanzimat: Devlet-i Aliyyenin Tarh-i Islahatı, 1826-1882*, çev. Ali Reşad, İstanbul: Kanaat Kütüphanesi.

<sup>47</sup> Shaw, Stanford J. (1970). "The Central Legislative Councils in the Nineteenth Century Ottoman Reform Movement before 1876", *International Journal of Middle East Studies*, Volume.1, Issue 1.

lanmak, Ortaylı gibi “parlamentarizmin gelişmesi” başlığı altında incelemek daha doğru olacaktır.

Burada şu hususa dikkate çekmek gerekmektedir; Şuranın yasama organına ilişkin nitelikler taşıması yasama organı olmasıyla aynı anlama gelmez. Nitekim Okandan da Şuranın yasama iktidarına ortak görüntüsüne rağmen, hükümdarın mutlak yetkileri karşısında gerçek bir yasama yetkisinin olmadığını ifade eder. Yazara göre Şuranın yaptığı, yasama yetkisini şahsında toplayan hükümdarın önüne kanun projeleri hazırlamaktır.<sup>48</sup>

Şuranın salnamalarda önemli bakanlık ve dairelerin toplandığı Bab-ı Ali Devairi arasında sıralanması yapısal olarak idarenin/yürütmenin içerisinde olduğunu göstermektedir. Ancak yargısal niteliği belirgin olan Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'nin de bu ad altında sıralanması, bu durumun Şuranın saf idari kurum sayılamayacağını bir göstergesidir.<sup>49</sup> Dolayısıyla Şuranın idare içerisinde sayılması aktif idare olmasından değil önemli devlet işleri ile meşgul olmasından ve modern devlet olgusunun tam olarak oturmamasından kaynaklanmaktadır.

Öyleyse hem Konsey hem de Şura için kuruluş aşamasında yargısal nitelik ön planda değildir ve her iki kurum da yürütmenin/idarenin bir parçasıdır. Şura, yasama organı olmamakla birlikte Türk parlamento geleneği açısından önemli bir yere sahiptir ve bir ölçüde ilk meclisin öncülüdür. Dolayısıyla her iki kurum da “akıl üreten”, düzenleyen, yarı-yargısal niteliğe sahip idare içerisinde yer alan kurumlardır.

## SONUÇ

Türk kamu örgütlenmesinde olduğu gibi idari yargı alanında da resepsiyon yaygın bir uygulamadır. Şura-yı Devlet de bir ölçüde bu bağlamda değerlendirilebilir. Her şeyden önce kurumun ismi Fransız orijinalinin Türkçeye çevrilmiş halidir. Çalışmada gösterildiği üzere, yabancı devlet adamlarının bu tarz kurumları teşvik etmesi ve Osmanlı Sultanı ile devlet adamlarının da Fransız uygulamasından etkilenmesi resepsiyon iddiasını güçlendirmektedir.

Konsey ve Şura arasında önemli benzerlikler vardır. Her iki kurumun da modern devletin “kural koyma” gibi en önemli işlevlerinden birini birincil derecede yerine getirdiği görülmektedir. Konsey, bu işlevi Devrim sonrasında Napoleon tarafından kurularak ifa ederken; Şura, Islahat Fermanı sonrasında

---

<sup>48</sup> Okandan, R. G. (1968). *Amme Hukukumuzun Anahatları*, 1. Kitap, İstanbul, s. 119.

<sup>49</sup> Karahanoğulları, O. (2005). *Türkiye'de İdari Yargı Tarihi*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 150.

aynı rolü oynamaktadır. Bu açıdan her iki kurum da yeni düzenin tasarlayıcıları konumundadır. Bununla birlikte Konsey, Şuraya göre çok daha önemli ve kapsayıcı bir rol oynamıştır. Bunun nedenleri ise hem Devrimin getirdiği şartlar hem de Napoleon iktidardır.

Bazı konular ise hem benzerlik hem de farklılık oluşturmaktadır. Her iki kurum da iktidarın merkezileşmesi açısından önemli rol oynarken Fransa’da Konsey, Napoleon’un iktidarını bakanlıklar ve bürokrasiye karşı mutlaklaştırırken; Osmanlı’da Şura, Padişahın mutlak otoritesini bürokrasi lehine yumuşatmak için tasarlanmıştır. Osmanlı’da böyle bir tasarımın olmasının nedeni, dış ve iç unsurların yönetimde temsiliyeti artırma düşüncesidir.

Benzerlik ve farklılık oluşturan diğer bir konu kuvvetler ayrılığı ilkesidir. Her iki kurumun inşasında da bu ilkenin önemli etkisi olmakla birlikte yaklaşımlar taban tabana zıttır. Fransa’da Şura, idareyi/yürütmeyi adliyeden kaçırmak için vardır. Osmanlı’da ise tersine Şuranın varlık nedeni adliyenin idareden kurtarılmak istenmesidir.

Sonuç olarak, girişte ifade edildiği üzere temel soru aslında bu kurumların ne olduğudur. Şu rahatlıkla söylenebilir ki her iki kurum da mahkeme olarak tasarlanmamıştır. Yaptıkları yargılamadan çok denetlemedir.<sup>50</sup> Bugün bu kurumların oynadığı rol, devlet, hukuk devleti ve demokrasi olgularının değişimiyle ilgilidir. Kuruldukları zaman itibarıyla her iki kurum da idari yapı içerisinde yer almakla birlikte aktif idare değillerdir. Kurumlara asıl niteliğini veren danışma ve yasama benzeri görevleri olmuştur. Bu sebeple söz konusu kurumların ve özellikle Şura-yı Devlet’in parlamentarizmin gelişmesi açısından incelenmesi yararlı olacaktır.



#### KAYNAKÇA

Akbaba, A. (2014). “Fransız İdari Yargı Sistemine Bir Bakış”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2: 435-463

Akgündüz, A. (1993). “Arşiv Belgeleri Işığında Şûrây-ı Devlet’ten Danış-tay’a İdâri Yargı Teşkilatı”, *II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, 10-14 Mayıs, Ankara.

Canatar, M. ve Baş, Y. (1998). “Şûrâ-yı Devlet Teşkilatı ve Tarihi Gelişimi”, *OTAM*.

Duran, İ. (1999). “Yapısı ve İşleyişi İtibarıyla Osmanlı Yargı Örgütü ve Tanzimat

---

<sup>50</sup> Karahanoğulları, O. (2005). *Türkiye’de İdari Yargı Tarihi*. Ankara: Turhan Kitabevi.

- Dönemindeki Gelişmeler*”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul.
- Engelhardt, E. (1910). *Türkiye ve Tanzimat: Devlet-i Aliyyenin Tarh-i Islahatı, 1826-1882*, çev. Ali Reşad, İstanbul: Kanaat Kütüphanesi.
- Engelhard, E. (1976). *Tanzimat*, Çev. Ayda Düz, İstanbul.
- Görelî, İ.H. (1953). *Şurayı Devlet*, Ankara: Yeni Matbaa.
- İnalçık, H. (1964). “Tanzimat’ın Uygulanması ve Sosyal Tepkileri”, *Belleten*, 28(112), 623-649.
- İnalçık, H. (2000). *Osmanlı’da Devlet, Hukuk, Adâlet*, İstanbul: Eren Yayıncılık.
- Karaarslan, M. (2005). “Tanzimat ve Şurayı Devlet”, *AÜHFĐ*, C, 54, 3: 341-363.
- Karahanogulları, O. (2005). *Türkiye’de İdari Yargı Tarihi*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Karahanogulları, O. (2009). Fransa’da Kamu Yönetimi. Edt. Güler vd., *Kamu Yönetimi Ülke İncelemeleri*, Ankara: İmge Kitabevi.
- Monnier, F. (1999). “L’ancien régime”, içinde *Le Conseil d’État de l’an VIII à nos jors*, Ed. Jean Massot, Adam Biro, Paris.
- Mutaf, A. (1997). “Osmanlı Arşiv Belgelerine Göre Şûra-yı Devlet (1868-1922/1284-1342)”, Yayınlanmamış Yüksek lisans Tezi, İzmir.
- Okandan, R. G. (1968). *Amme Hukukumuzun Anahatları*, 1. Kitap, İstanbul.
- Onar, S. S. (1936). *Türk İdare Hukukunun Tekamül Safhaları ve Bugünkü Esaslar*, Ankara.
- Onar, S. S. (1956). *İdare ve İdare Hukuku Bakımından Türkiye’nin İdari ve Hukuki Bünyesinin Geçirdiği İstihaleler ve Bugünkü Durum*, İstanbul.
- Ortaylı, İ. (2007), *Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi*, Ankara: Cedit Neşriyat.
- Pacteau, B. (1997). “Fransız Danıştayı”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 52(01): 597-610.
- Sayhan, Ş. (1996). “İdari Yargı Sistemlerinin Karşılaştırmalı Analizi”, *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, (15):67-74.
- Shaw, S. J. (1969). “The Origins of Representative Government in the Ottoman Empire: An Introduction to the Provincial Councils, 1839-1876”, *Near Eastern Round Table 1967-68*, ed. R. Bayly Winder, New York University.
- Shaw, S. J. (1970). “The Central Legislative Councils in the Nineteenth Century



Ottoman Reform Movement before 1876”, International Journal of Middle East Studies, Volume.1, Issue 1.

Tocqueville, A. (2004). *Eski Rejim ve Devrim*, Çev. Turan Ilgaz, Ankara: İmge Yayınları.

Üçok, C., Bozkurt, G., ve Mumcu, A. (2011). *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları.

Wood, E. M. (2012). *Kapitalizmin Arkaik Kültürü: Eski Rejimler ve Modern Devletler Üstüne Bir Deneme*, İstanbul: Yordam.

Yetiş, M. (2006). “Tocqueville ve Merkeziyetçilik Sorunu”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 61(3): 279-308.



# YERİNDEN YÖNETİM İLKESİNİN KUVVETLER AYRILIĞINA DAYANAN HÜKÜMET SİSTEMLERİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

*The Evaluation of Decentralization Principle Based on the Separation of Powers in the Concern of Governmental Systems*

Arş. Gör. Harun YILMAZ\*

## ÖZET

Devleti oluşturan kuvvetlerden yasama ve yürütme kuvvetleri arasındaki ilişkiler, bir devletin hükümet sisteminin belirlenmesinin temelini oluşturmaktadır. Merkezden yönetim ilkesinin sakıncalarını ortadan kaldırmayı amaçlayan yerinden yönetim ilkesi ise, seçilen hükümet sistemine göre farklılık göstermektedir. Hükümet sistemlerinde kuvvetlerin niteliği, yerinden yönetim ilkesini de şekillendirmektedir. Bu çalışmada öncelikle yerinden yönetim kavramı ve türleri ele alınacaktır. Ardından, kuvvetler ayrılığına dayanan hükümet sistemlerinde yerinden yönetim ilkesi incelenmeye çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Yerinden Yönetim, Kuvvetler Ayrılığı, Hükümet Sistemleri, Siyasi Yerinden Yönetim, İdari Yerinden Yönetim

## ABSTRACT

The relations between legislative and executive powers from the powers which constitutes the government, provide the basis of determination of jurisdiction system of a government. The decentralization principle which aims to abolish the prejudices of the central administration principle indicates differences according to the elected government system. The quality of the powers in the government systems forms the decentralization principle. In this study, principally the decentralization concept and types are dealt with. Then, decentralization principle in government systems based on separation of powers is studied.

**Keywords:** Decentralization, Separation of Powers, Governmental Systems, Political Decentralization, Administrative Decentralization

◆◆◆◆

## GİRİŞ

Devlet fonksiyonları yerine getirilirken yasama ve yürütme kuvvetleri arasında birtakım ilişkiler ortaya çıkmaktadır. Yasama ve yürütme kuvvetlerinin arasındaki ilişkiler de hükümet biçimlerinin belirlenmesi açısından zaruridir.

---

\* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, harunyilmaz@sakarya.edu.tr

Bu sınıflandırmada belirleyici kriter, sözü geçtiği üzere, yasama ve yürütme kuvvetleri arasındaki ilişki ve görev bölüşümüdür.

Yargı organı ve kuvvetinin bütün özgürlükçü ve demokratik ülkelerde bağımsız olması gerektiği ilke olarak kabul edilmektedir<sup>1</sup>. Zira yargı organı ve bu organın faaliyetlerinde asli görevleri yerine getiren hakim ve savcılara tanınan teminatlar ile bu organın diğer kuvvetlerden ayrı olarak düşünülmesi gerektiği ilkesi, hukuk devleti açısından son derece önem arz etmektedir<sup>2</sup>. Bu nedenle, etkin bir biçimde bağımsızlığı teminat altına alınmış yargının yanında yer alan diğer kuvvetler olan yasama ve yürütmenin durduğu yer, hükümet sistemlerinin belirlenmesinde belirleyici faktör olarak göze çarpmaktadır<sup>3</sup>.

Liberal demokratik rejim uygulamasına sahip olan ülkelerde kuvvetler ayrılığı prensibi ön plana çıkmakla beraber<sup>4</sup>, kuvvetler ayrılığı prensibine göre şekillenen hükümet sistemleri için başkanlık sistemi ve parlamenter sistem öncelikle akla gelmektedir. Bunun yanında söz konusu iki hükümet sisteminin bazı özelliklerini bünyesinde toplayan uygulama biçimi olarak karşımıza yarı-başkanlık sistemi çıkmaktadır<sup>5</sup>.

Yukarıda sayılan parlamenter, başkanlık ve yarı başkanlık sistemleri, kuvvetler ayrılığı kriterine, diğer bir ifade ile yasama-yürütme ilişkilerinin düzenleniş tarzına göre birbirinden ayrılan hükümet sistemleridir. Hukuk devletinin vazgeçilmez şartı olan yargı bağımsızlığı, hükümet şekli ne olursa olsun, bütün

---

<sup>1</sup> Taha Akyol, **Atatürk'ün İhtilal Hukuku**, İstanbul, Doğan Kitap, Şubat 2012, s.50: "Liberal İngiliz John Locke ve Fransız Montesquieu özgürlüğün ancak siyasi otoriteyi sınırlayarak, hâkimiyeti oluşturan yasama, yürütme ve yargı erklerini ayırarak gelişeceğini savunurlar. Rousseau tam aksi görüştedir; bireyler bütün haklarını Toplumsal Sözleşme ile topluma ve devlete devretmişlerdir. Hâkimiyet ve dayanağını oluşturan halk iradesi (milli irade) yasama, yürütme gibi parçalara ayrılamaz."

<sup>2</sup> Fransız yazar Montesquieu, "Kanunların Ruhunu" eseriyle kuvvetler ayrılığı teorisini kuran mütefakkir olarak kabul edilir(...) Aynı yazar şöyle diyor: "Yargı erki de yasama ve yürütme erklerinden ayrılmış değilse, gene hürriyet yoktur. Eğer bu erk yasama erkiyle birleşirse, vatandaşların hayat ve hürriyetleri üzerindeki idare keyfi kalmış bir idare olur, çünkü yargıç kanun koyucunun durumuna düşer. Şayet yargı erki yürütme erkiyle birleşirse, yargıç korkunç bir zalim kesilir." Bkz. Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, C.I, Bursa, Ekin Kitabevi, Haziran 2011, s.543 vd.

<sup>3</sup> Mehmet Turhan, **Hükümet Sistemleri**, Ankara, Gündoğan Yayınları, Şubat 1993, s.21.

<sup>4</sup> Kuvvetler ayrılığı prensibi yanında, yasama ve yürütme kuvvetlerinin tek bir elde toplanmasına kuvvetler birliği sistemi denmektedir. Eğer kuvvetler bir kişi ya da bir kurulda birleşmişse, mutlak monarşi ya da diktatörlükten söz edilir. Şayet bu iki kuvvet, halk tarafından seçilmiş bir mecliste birleşmişse, meclis hükümeti sistemi ortaya çıkar. Bkz. **A.e.**

<sup>5</sup> Yusuf Şevki Hakyemez, Ed. Murat Yılmaz, Yusuf Tekin, **Yeni Anayasada Türkiye'nin Hükümet Sistemi**, Stratejik Düşünce Enstitüsü Analiz, Eylül 2011, s.7.

çağdaş demokrasilerde korunduğuna göre, yargıyı bu tablonun dışında tutmak yerinde olacaktır<sup>6</sup>.

Başkanlık sistemi, Amerika Birleşik Devletleri'nde bu devletin kuruluşundan itibaren uygulanmakta olan bir sistem olup, en iyi örneği de bu ülkede görülmektedir<sup>7</sup>. Parlamenter rejim, İngiltere'de, anayasacılık mücadelesi sonrasında tesis edilen anayasal monarşinin bulunduğu bir ülke olarak yasama ve yürütme kuvvetlerinin oluşumunu ve bu kuvvetlerin birbirleri ile olan ilişkilerinin aldığı son şekli gösteren ve söz konusu ülkede doğup gelişen bir sistemdir<sup>8</sup>. Yarı başkanlık sistemi ise, başta Fransa'da olmak üzere, kimi ülkelerde başkanlık sistemi ve parlamenter sistemin bazı özelliklerini bir arada bulunduran bir model olarak önem taşımaktadır.

Bir ülkede hükümet biçimi olarak ister parlamenter, ister başkanlık, isterse yarı başkanlık sistemi benimsenmiş olsun, bir sistemin başarısı ya da başarısızlığı, siyasal sistemde demokratik hukuk devletinin işlerliğini sağlayacak kontrol ve denetim mekanizmalarının meydana getirilmesi ve bu mekanizmaların sağlıklı bir şekilde işleyip işlemediği noktasında ortaya çıkacaktır. Bunun yanında hükümet sistemlerinin kendine özgü problemlerinin çözülmesi ve hizmetlerin görülmesi hususunda merkezi yönetime yardımcı olunması da bu mekanizmaların meydana getirilmesi açısından belirleyici olgudur. Söz konusu oluşumların belki de en önemlisi, merkezi yönetime ek olarak oluşturulacak ve özellikle hizmetlerin görülmesi noktasında ona yardımcı olma misyonunu yüklenilecek bir yerinden yönetim sistemidir.

Yerinden yönetim, kimi icrai kararların merkez teşkilatına ve hiyerarşisine dahil olmayan birtakım organlar tarafından alınmasını prensip edinen bir sistem olarak tanımlanabilir<sup>9</sup>. Merkezi yönetim ile yerinden yönetim arasındaki ilişkiler siyasi ve idari aktörlerin konumları, devlet şekilleri<sup>10</sup> ve yöneticiler ara-

---

<sup>6</sup> Ergun Özbudun, Hükümet Sistemleri, *Yeni Türkiye Dergisi*, S.51, Y.2013, s.205-208, s.206.

<sup>7</sup> Murat Yanık, **Başkanlık Sistemi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s.148.

<sup>8</sup> İngiltere'de bugün uygulanan parlamenter sistemin çok geriye giden fikri temelleri bulunmaktadır. Eski Yunan filozoflarından Aristo, orta çağ filozoflarından H. Grotius, Christian Wolf ve Samuel Von Pufendorf'a dayanan teorik esaslar söz konusudur. İngiltere'de kuvvetler ayrılığı ve parlamenter sistem esas itibarıyla İngiliz filozof John Locke tarafından ortaya konulmuştur denebilir. Bkz. Gözler, **a.g.e.**, s.542 vd.

<sup>9</sup> Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.II, 3.Bası, İstanbul, Hak Kitabevi, 1966, s.610.

<sup>10</sup> Arend Lijphart, Çev. Ergun Özbudun, Ersin Onulduran, *Çağdaş Demokrasiler (Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri)*, Ankara, Yetkin Basımevi, t.y., sayfa 152-153: "Merkezden yönetimci ve yerinden yönetimci federasyonlar olabileceği gibi, merkezden yönetimci ve yerinden yönetimci tek devletler de bulunabilir. Uygulamada ise, (...)

sındaki ilişkilerin niteliği ve gelişimi ile doğrudan bağlantılıdır. Öte yandan yerinden yönetim kuruluşlarının organlarının atanması, aldığı kararların merkez tarafından onaylanması gibi çeşitli kriterlere göre yerinden yönetim sistemi anlamlı değişimler göstermektedir<sup>11</sup>.

Yerinden yönetim sisteminde, bu sistem içerisinde yer alan kurum ve kuruluşların yetki sınırları ve etkililiği ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Yerinden yönetim reformları Bolivya, Fransa, Japonya, Peru, Güney Afrika, Güney Kore, Uganda, İngiltere ve daha birçok ülkede uygulama alanı bulmuştur. Bu eğilim zengin-fakir, büyük-küçük ülke fark etmeksizin neredeyse tüm dünyayı etkisi altına almıştır<sup>12</sup>. Örneğin Fransa’da yerinden yönetimin dar bir çerçevede uygulanmasına karşılık; İngiltere’de, merkezin yetkileri daha çok danışma ve düzenleyici bir denetleme şeklindedir<sup>13</sup>.

Çalışmamızda öncelikle sağlıklı bir çıkarım yapılabilmesi için yerinden yönetim kavramı üzerinde durulacak ve yerinden yönetim sisteminin türleri ile taşıdıkları anlamlara ilişkin açıklamalar yapılacaktır. Ardından çalışmamızın çıkış noktası olan ve kuvvetler ayrılığına dayanan hükümet sistemleri hakkında kısaca bilgi verildikten sonra, her sistemin en belirgin ve iyi örneklerini gördüğümüz ülkeler göz önünde tutularak hükümet sistemleri içinde yerinden yönetim sisteminin yeri ve taşıdığı önem hakkında bir çözümleme yapılmaya çalışılacaktır. Sonuç bölümünde ise, konu hakkında genel bir değerlendirme yapıp bazı çözüm önerileri getirilerek çalışmaya son verilecektir.

## I. YERİNDEN YÖNETİM KAVRAMI

Yerinden yönetim (ademi merkeziyet)<sup>14</sup>, topluma sunulacak bazı idari hiz-

---

federalizmle yerinden yönetim genellikle bir arada bulunur.”

- <sup>11</sup> Camille Cates Barnett, Henry P. Minis, Jerry Van Sant, “Democratic Decentralization”, Research Triangle Institute, 1997, (Çevrimiçi) [http://www.rti.org/pubs/democr\\_decen.pdf](http://www.rti.org/pubs/democr_decen.pdf), 24.12.2014, s.3’de yerinden yönetimin aşamalarını gösterdiği piramidin en üstünde merkezden yönetim bulunurken, ikinci sırada idari yerinden yönetim (fonksiyonel sorumluluk), üçüncü sırada finansal yerinden yönetim (kaynaklara erişebilirlik) ve nihayet son sırada, politik yerinden yönetim (hesap verebilirlik) bulunmaktadır.
- <sup>12</sup> Jean-Paul Faguet, “Decentralization and Governance”, **Economic Organisation and Public Policy Discussion Papers**, EOPP.027, June 2011, (Çevrimiçi) <http://sticerd.lse.ac.uk/dps/eopp/eopp27.pdf>, 24.12.2014, s.1.
- <sup>13</sup> Muzaffer Sencer, Yönetimin Tarihsel Evrimi ve Yönetim Sistemleri, **Amme İdare Dergisi**, C.18, S.2, Y.1985, s.141-160, s.158.
- <sup>14</sup> Nuri Tortop, **Mahalli İdareler**, 4. Baskı, Ankara, TODAİE Yayınları, 1991, s.5’de benzer biçimde yerinden yönetim ile ademi merkeziyet kavramlarını aynı anlamda kullanmaktadır. Aynı yönde olarak Yıldızhan Yayla, **Anayasalarımızda Yönetim İlkelere Tevsi-i Mezuniyet ve Tefrik-i Vezaif**, İstanbul, İÜ SBF Yayınları, 1982, s.171’de tefrik-i vezaif (görev ayrımı) terimi ile ademi merkeziyet teriminin aynı anlamlara geldiğini, bu kavramların da yerinden yönetim

metlerin devlet merkezinden ve tek elden değil, merkezi idare teşkilatı içinde yer almamakla beraber merkezi idare hiyerarşisine de dahil olmayan kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmesidir<sup>15</sup>. Yerinden yönetim (ademi merkeziyet<sup>16</sup>) ilkesi, bir merkezi otoritenin, merkezi yönetimin varlığını öngörür. Zira yerinden yönetim kriterinin gerçekleşmesi ve yetkilerin merkezden çevre birimlere aktarılabilmesi için, bu yetkilerin önce bir merkezde toplanması gerekir<sup>17</sup>.

Görüldüğü üzere, yerinden yönetim ya da ademi merkeziyet sisteminin anlam kazandığı ve farklılık gösterdiği nokta, devlet ya da merkez yönetiminin yanında yeni ve başlı başına bir yönetim olgusunu meydana getirmesidir. Yerinden yönetim sisteminin hizmetlerin tek elden yürütüldüğü, merkezi yönetim sistemini esas almış devletlerin yapılanması açısından köklü değişimler meydana getiren bir dönüşüme sebebiyet verdiği kuşkusuzdur.

Yerelde her türlü kamu hizmetlerinin yerinden yönetim birimlerince görülmesi, sosyal, ekonomik ve siyasal gelişmelere daha uygun düşmekle beraber devlet ve toplum yapısı açısından da daha demokratik bir görünüm sergilemektedir. Birçok demokratik sistemde sosyal ve ekonomik gereksinimler nedeniyle yönetim sistemleri yerinden yönetim ilkesine uygun biçimde şekillendirilmiştir<sup>18</sup>. Gerçekten de demokrasi ile yönetilen gelişmiş ülkelerde yerinden yönetim sisteminin güçlü bir konumda bulunması, diğer ülkeler açısından yerinden yönetime yönelik bir ilgi ve sempati meydana getirmektedir<sup>19</sup>.

---

kavramı ile eş anlamlı olduğunu belirtmektedir.

<sup>15</sup> Metin Günday, İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2011, s.61.

<sup>16</sup> Selçuk Yalçındağ, "Yerinden Yönetim Yerel Yönetim", Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, C.4, S.2, Mart 1995, s.3-19, s.7: "(...) ademi merkeziyet sözcüğünün Türkçeye çevrilmesinin güçlüğü ortadadır. 'Merkez yokluğu', 'merkezsizlik', 'merkezden uzaklaşma' türünden yapılabilecek çevirilerin dil kuralları ve estetiği açılarından yapı ve kullanım yetersizliği taşıyacağı kuşkusuzdur. Öte yandan aslında bu anlamda bir yönetsel (hatta siyasal) örgütlenme de, kuşkusuz olanak dışıdır. Çünkü hizmet ademi merkeziyetinde, idari ademi merkeziyette ve siyasal ademi merkeziyette de, şöyle ya da böyle, ama mutlaka işlevi olan bir 'merkez' vardır. Bu anlamda bu tür örgütlenmeler için belki de ademi merkeziyet sözcüğünün kullanılması bile yanlış olmuştur, denilebilir."

<sup>17</sup> Oktay Uygun, **Federal Devlet (Temel İlkeleri, Başlıca Kurumları ve Türkiye'de Uygulanabilirliği)**, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2007, s.119.

<sup>18</sup> Bekir Parlak, **Türkiye'de İl Genel Yönetimi: Sorunlar, Yaklaşımlar ve Öneriler**, Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Sivas, 1998, s.76.

<sup>19</sup> Abdulkadir Mahmutoglu, "Türkiye'de Merkezi Yönetim – Yerel Yönetimler – Mülki İdare İlişkisinin Geleceği", **Türk İdare Dergisi**, S.471-472, Haziran-Eylül 2011, s.143-168, s.151. Yine yazar, bir yerinden yönetim birimi olan büyükşehir belediyelerinin aşırı büyüdüğü ve yerel yönetim özelliğini kaybetmeye başladığı kanaatinin doğru olduğunu söylemekle beraber, aynı kentte yaşayan fertlerden oluşan bir birimin, o kentin sorunlarının çözümü konusunda uzak bir yerdeki her türlü yönetim örgütünden daha yararlı olacağını belirtmektedir. Buna

Yerinden yönetim ilkesinin çeşitli sakıncaları da bulunmaktadır. Aşırı bir yerinden yönetim, ülkelerin birlik ve bütünlüğünü bozarak çeşitli bölgeler arasında bir çekişme ve bölünme yaratabilmektedir. Güç gösterileri ve yetkileri paylaşmamaya yönelik tutum ve davranışlar, yönetimde ve kamu hizmetinin görülmesinde aksaklıklara yol açabilmektedir. Yerinden yönetim sistemi içinde yer alan kişi ve organların güç gösterisi “*yerel derebeylik*”; merkezi yönetimin parçası olan kişi ve organların güç gösterisi ise, “*merkezi krallık*” boyutuna ulaşma tehlikesi taşımaktadır<sup>20</sup>.

Aşırı bir yerinden yönetim, kamu hizmetlerinin ülkenin her noktasında birlik, bütünlük ve eşitlik çerçevesinde götürülmesine engel olabilmektedir. Merkezi yönetimden ayrı biçimde oluşturulan ve belirli özerklikler tanınan yerinden yönetim birimlerinin, idari ve mali denetimlerinde yaşanması muhtemel zorluklar ile birimlerin içinde kimi kötü gelenek ve yeniliklerin ortaya çıkması tehlikesi de yerinden yönetimin sakıncaları olarak sayılmaktadır<sup>21</sup>.

Yerinden yönetime ilişkin tartışmaları, güçlü önyargıların oluşturduğu inanışlar ile sınırlı ampirik delillerden oluşan ilginç bir kombinasyon etkilemektedir. Yerinden yönetim sistemine ilişkin en iyi düzenlemenin durum ve kurlara göre şekilleneceği gerçeğinin yanında, bahsedilen karmaşık hal kimi zaman gözden kaçırılmakta ve konuya ilişkin iyi bir çözümleme yapılamamaktadır<sup>22</sup>.

## II. YERİNDEN YÖNETİM TÜRLERİ

Yerinden yönetim sistemi incelenirken, genel olarak sistemin ikili bir ayrıma tabi tutulduğu görülmektedir<sup>23</sup>. Bu ayrımlardan ilki olan siyasi yerinden

---

ek olarak yazar tarafından verilen örnek uyarınca; Ankara'dan Hakkari'nin sorunlarını çözüme kıyasla, Ankara büyükşehir örgütünden yine Ankara'nın sorunlarını çözmek her durumda daha kolay olsa gerektir. Bkz. **A.m.**, s.153.

<sup>20</sup> **A.m.**, s.160. (Vurgular yazarına aittir.)

<sup>21</sup> İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, Kahraman Berk, İdare Hukuku, Güncellenmiş 6. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2013, s.258.

<sup>22</sup> Jennie Litvack, Junaid Ahmad, Richard Bird, “Rethinking Decentralization in Developing Countries”, The International Bank of Reconstruction and Development, Sector Studies Series, September 1988, (Çevrimiçi) [http://www1.worldbank.org/publicsector/decentralization/Rethinking %20Decentralization.pdf](http://www1.worldbank.org/publicsector/decentralization/Rethinking%20Decentralization.pdf), 24.12.2014, s.3.

<sup>23</sup> Halil Kalabalık, **Avrupa Birliği Ülkeleriyle Karşılaştırmalı Yerel Yönetim Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s.118'de yerinden yönetim sistemini çeşitli türlere ayırarak ele almıştır. Bu ayrımlardan birisi de, otokratik ve demokratik yerinden yönetim ayrımıdır. Konuya ilişkin Yalçındağ, yerinden yönetim örgütlenmesinde bürokratik ve demokratik yerinden yönetim şeklinde bir ayrıma gitmiş, bürokratik yerinden yönetimi hiyerarşi-İçi ve hiyerarşi-dışı; demokratik yerinden yönetimi ise, işlev ve alan ilkesine göre örgütlenme şeklinde sınıflandırmıştır. Bkz. Yalçındağ, **a.g.m.**, s.12.



yönetim (süper ademi merkeziyet<sup>24</sup>), federal sistemlerdeki devlet yapılanması olarak tanımlanmaktadır. Yerinden yönetimin bir diğer türü olan idari yerinden yönetim ise, yerel nitelikte olan ya da iktisadi, kültürel ya da teknik bazı uzmanlıklar gerektiren hizmetlerin merkezi yönetim hiyerarşisi dışında bulunan kamu tüzel kişilikleri tarafından yürütülmesidir<sup>25</sup>.

### A. Siyasi Yerinden Yönetim

Siyasi yerinden yönetim, siyasi gücün merkezi yönetim ile yerel yönetim arasında bölüşümüdür. Bu sistemde siyasi otorite merkezde toplanmamakta, çeşitli birimler tarafından paylaşılmaktadır.

Siyasi yerinden yönetim ilkesiyle ortaya çıkan il, cumhuriyet, kanton ya da eyalet gibi yerel yönetim kurum ve kuruluşları, devletin egemenliği dışında ondan ayrı bir egemenliğe sahip konumdadır. Bu bağlamda yerel yönetim birimlerine yasama ve yürütme konularında belirli bir bağımsızlık verilmektedir. Ancak söz konusu birimler, ulusal hükümet karşısında ikinci derecede egemen kuruluşlardır. Bu yerel yönetim birimlerinin yetkileri federal anayasa tarafından düzenlenmektedir<sup>26</sup>.

Siyasi yerinden yönetim, federal devlet yapılanmasını ortaya çıkarmıştır<sup>27</sup>. Federalizm, hükümetler arasındaki belirli bir yetki dağıtımından ziyade, kurumların yapısal niteliklerinin belirlenmesi ve yetkilerin dağıtımı ya da toplanması noktasında kendini gösteren bir süreçtir. Sözcük, genellikle işbirliği kavramı ile beraber anılmakla birlikte, özellikle savunma amacı ile bir araya gelerek bir anlaşma etrafında birleşen eyaletlerin durumunu açıklamaktadır<sup>28</sup>.

Federalizm, üniter devlet sisteminden farklı ve onun zıddı bir siyasi sistem yaratmaktadır. Üniter devlet sisteminde, vatandaşlar ile ulusal hükümet

---

<sup>24</sup> A.m., s.9.

<sup>25</sup> Halil Nadaroğlu, **Mahalli İdareler**, Yenilenmiş 7. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2001, s.26'da konuya ilişkin yaptığı değerlendirmede, merkezi otoriteden daha az yetkili ve ona oranla tali durumda bulunan yerel otoriteye transfer edilen güçler yasamaya ilişkin ise, federal sistemin yani siyasi yerinden yönetimin; buna karşılık, yerel otoriteye aktarılan yetkiler yürütmeye ilişkin ise, idari yerinden yönetimlerin bir türü olan yerel yönetimin ortaya çıkacağını belirtmektedir.

<sup>26</sup> Bilal Eryılmaz, **Kamu Yönetimi**, 6. Baskı, Kocaeli, Umuttepe Yayınları, 2013, s.77-78.

<sup>27</sup> Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, **a.g.e.**, s.252-253: "Her ne kadar Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar, federalizmi, adem-i merkeziyetin (yerinden yönetimin) bir türü olarak saymakta ise de, G. Vedel'in de belirttiği gibi, yerinden yönetim, federalizm anlamına gelmez. Çünkü yerinden yönetim, devletten başka kimi kamu tüzel kişileri yaratmakla birlikte, bu kuruluşların hiçbirini, yasama ve yargı yetkilerine sahip olmayıp, sadece idari özellikler taşımaktadırlar."

<sup>28</sup> Jonathan Rodden, "Comparative Federalism and Decentralization: On Meaning and Measurement", **Comparative Politics**, Vol.36, No.4, July 2004, pp.481-500, s.489.

arasına giren ve egemenlik kudretine sahip başka yönetim birimleri bulunmamaktadır. Yani üniter devlet yapılanmasında ulusal hükümetin dışındaki yönetim birimlerine bırakılmış bir egemenlik alanı yoktur. Ancak bu devlet yapılanması, merkezi idarenin (ulusal hükümetin) birçok kamu hizmetinin yürütülmesini yerel yönetimlere ya da bölgesel kuruluşlara aktarmasına engel olmamaktadır<sup>29</sup>.

Üniter sistemde devlet yapılanması, merkezi idare ya da yönetim ile yerinden yönetim şeklinde ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık federal sistemde, merkezi idare ile yerel yönetimler arasında bir başka idari kademe olan eyalet yönetimi girmektedir<sup>30</sup>. Federal sistemde ortaya çıkan bu üçlü yapılanma, yönetimler arasındaki ilişkilerin okunması ve anlaşılmasını, üniter devlet yapılanmasından daha zor ve karmaşık hale getirmektedir<sup>31</sup>.

Federal yönetim sistemi, genellikle geniş coğrafi alana sahip ülkeler ile kültürel yönden homojen olmayan ve sosyo-ekonomik farklılıkları bulunan devletlere daha uygun düşmektedir. Federal devlet yapılanmasını meydana getiren unsurlar içinde coğrafi alanın büyüklüğü; dil, din ve etnik yapıdaki farklılıktan daha az öneme sahiptir<sup>32</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri ve Rusya gibi, çok büyük coğrafi alana sahip ülkelerde federal devlet sistemi görülmekle birlikte; İsviçre gibi coğrafi olarak çok küçük bir ülkede de bu sistemin benimsendiği görülmektedir<sup>33</sup>. Dolayısıyla federal devlet yapılanmasının tercih edilmesinde, coğrafi büyüklükten ziyade, ülkede yaşayan kişi topluluklarının çeşitli nitelikleri belirleyici kriter olarak göze çarpmaktadır.

---

<sup>29</sup> Eryılmaz, **a.g.e.**, s.78.

<sup>30</sup> Taha Akyol, Eyalet Sistemi, (Çevrimiçi) <http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/22928401.asp>, 11.11.2014: "Çağımızdaki eyalet sistemlerinde ise, devletin 'yürütme' ile birlikte 'yasama' ve 'yargı' erkleri, şu veya bu ölçüde 'yerel'e devredilir. Az devredilmişse özerklik, çok devredilmişse federasyon, yani eyalet..."

<sup>31</sup> Sencer, **a.g.m.**, s.156: "Geniş anlamda, merkezden ya da yerinden yönetim, siyasal bir nitelik taşır. Bir ülkenin tek bir yasama organı ve tek yargı sisteminin bulunması ve yasaların her yerde tekbiçim olarak uygulanması durumunda siyasal bir merkezden yönetim söz konusudur. Bu, tekçi (üniter) bir sistemdir. Öte yandan, yine bir ülkenin ayrı bölgelerinde yasalar ve yargı uygulaması bakımından çeşitlilikler varsa, o ülkede siyasal anlamda bir yerinden yönetim ya da federal sistem yürürlüktedir."

<sup>32</sup> Eryılmaz, **a.g.e.**, s.79.

<sup>33</sup> **A.e.**

## B. İdari Yerinden Yönetim

### 1. Genel Olarak

İdari yerinden yönetim<sup>34</sup>, merkezden yönetimin yerel ya da teknik müşterek menfaatleri gereği gibi koruyamaması sonucunda ortaya çıkmış bir sistemdir<sup>35</sup>. Bu itibarla idari yerinden yönetim, yerel niteliklere sahip bazı kamusal hizmetlerin ve ekonomik, ticari, teknik ya da kültürel bazı hizmetlerin merkezi yönetimin hiyerarşisinin dışındaki kamu tüzel kişileri tarafından yapılmasıdır<sup>36</sup>. Söz konusu tüzel kişiler, ya belli bir coğrafi bölgede yaşayan halkı, ya da eğitim, ticaret, sanayi, kültür gibi belirli bazı hizmetleri (fonksiyonları) temsil ederler. Bu kurumlara, siyasi yerinden yönetimde öngörülen sistemde olduğu gibi anayasa ile egemenliğe ilişkin bir statü tanınmamıştır<sup>37</sup>.

İdari yerinden yönetim sisteminin iki ana bileşeni bulunmaktadır. Bunlar, yerel yönetimlerin doğrudan faaliyet alanları ile ilgili konularda takdir yetkilerini kullanmalarına izin verilmesi ve bu takdir yetkisinin uygun bir şekilde kullanılabilmesi adına yerel yönetimlerin sorumlu davranmalarını sağlayacak mekanizmaların kurulması olarak sayılabilir<sup>38</sup>.

Yerel ya da teknik bazı hizmetlerin etkin ve verimli bir şekilde yerine getirilmesini amaç edinen idari yerinden yönetim sisteminde hizmetten yararlanan kimseler<sup>39</sup>, hizmete ilişkin konulardaki kararlara –kural olarak- katılmadıkları ve daha çok pasif konumda kaldıkları merkezden yönetim sisteminin aksine, aktif ve katılımcı bir pozisyonda yer almaktadır<sup>40</sup>.

Buna karşılık idari yerinden yönetim birimlerinin iki önemli handikabı bu-

---

<sup>34</sup> John M. Cohen, Stephen B. Peterson, "Administrative Decentralization: A New Framework for Improved Governance, Accountability and Performance", (Çevrimiçi) <http://www.cid.harvard.edu/hiid/582.pdf>, 24.12.2014, s.1'de, idari yerinden yönetimin üç özelliğinden bahsetmektedir. Bunlar, yetkilerin dağıtılması, devretme ve temsil etmedir.

<sup>35</sup> Kalabalık, **a.g.e.**, s.120.

<sup>36</sup> Gündüz Şan, "Türkiye'de Kamu Yönetimi'nin Örgütlenmesi: Merkezden Yönetim – Yerinden Yönetim Ayrımı", **Yerel Siyaset Dergisi**, Sayı 8, Ağustos 2006, (Çevrimiçi) <http://www.yerel-siyaset.com/v4/sayfalar.php?goster=ayrinti&id=402,11.11.2014>.

<sup>37</sup> Eryılmaz, **a.g.e.**, s.79.

<sup>38</sup> Ghazia Aslam, Serdar Yılmaz, Aslı Gürkan, "A Framework to Assess Administrative Decentralization", How-to Notes and Case-Study Learning Series, No.129, June 2010, (Çevrimiçi) <http://www-wds.worldbank.org>, 23.12.2014. s.1.

<sup>39</sup> Kasım Turgut, "Türkiye'de Anayasalarda Adem-i Merkeziyet Düşüncesi", İdarecinin Sesi, Mayıs – Haziran 2011, s.13-18, s.17: "Siyasi mahiyette olmayan, mahalli nitelikte olan görevler mahalli idareler tarafından halkın katılımıyla yapılmaktadır. Bu ilke yönetimleri adem-i merkeziyete yaklaştırmaktadır. Ancak bu tam anlamıyla adem-i merkeziyet değil, idari adem-i merkeziyet olarak değerlendirilmiştir."

<sup>40</sup> Eryılmaz, **a.g.e.**, s.79.

lanmaktadır. Bunlardan ilki, idari özerklik ve buna bağlı olan güç, merkez için potansiyel politik bir tehdit olarak görünmektedir. İkinci olarak, idari yerinden yönetim birimlerinin yerel kaynakları harekete geçirerek yine yerel nitelikteki ihtiyaçları karşılayabilme kabiliyetleri sınırlı kalmaktadır<sup>41</sup>.

İdari yerinden yönetimde devlet dışında egemenlik hakkını kullanan başka yönetsel birim bulunmamaktadır. Devlet ile yerinden yönetim kuruluşları arasındaki güç ve sorumluluk paylaşımları ilgili kanunlar ile yapılmaktadır. Dolayısıyla yönetimler arası ilişkinin sınırları ve içeriğini belirleme konusunda merkezi yönetim asli yetki sahibidir. Yasama organının çıkaracağı kanunlarla yerinden yönetim teşkilatlarının görecekları hizmetlere ilişkin yetki ve sorumlulukları genişletilip daraltılabilir. Kanunların belirlediği çerçevede içinde kalmak şartıyla yerinden yönetim birimleri de hareket serbestliğine sahiptir<sup>42</sup>.

Yukarıda bahsedildiği üzere, idari yerinden yönetim, ülkenin belirli bölgelerindeki uygulamalar ile kendini gösterebileceği gibi, belirli bazı hizmetlerin görülmesi noktasında da uygulama alanı bulabilmektedir<sup>43</sup>. Bu itibarla yerinden yönetim, konusu açısından iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, belli bir bölgede yaşayanların kendilerine ilişkin kamu hizmetlerinin görülmesi hususunda doğrudan söz sahibi olmasıdır. Buna coğrafi ya da yer yönünden (yörece – bölgece<sup>44</sup>) yerinden yönetim denir. İkinci idari yerinden yönetim türü ise, belli hizmetlerin merkez örgütünün dışındaki kimi özerk kuruluşlar eliyle yürütülmesidir. Kendi adlarına icrai kararlar alabilen ve hukuksal bir varlığa sahip olan bu kuruluşlar aracılığıyla hizmetlerin yürütülmesi sistemine, fonksiyonel ya da hizmet yönünden (hizmetçe<sup>45</sup>) yerinden yönetim adı verilmektedir.<sup>46</sup>

## 2. İdari Yerinden Yönetim Türleri

### a. Coğrafi Yerinden Yönetim

Coğrafi yerinden yönetim, idari bazı görev ve hizmetlerin yürütülmesi yetkisinin, merkezi idareye bağlı olmayan ve karar organları seçmenlerin oylarıy-

---

<sup>41</sup> Cohen, Peterson, **a.g.m.**, s.8.

<sup>42</sup> Ramazan Şengül, **Yerel Yönetimler**, 1. Basım, Kocaeli, Umuttepe Yayınları, 2010, s.8.

<sup>43</sup> Onar, **a.g.e.**, s.612.

<sup>44</sup> Sencer, **a.g.m.**, s.158.

<sup>45</sup> **A.m.**

<sup>46</sup> Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, 2. Bası, Bursa, Ekin Yayınevi, 2009, s.149: “Yer yönünden yerinden yönetim tabiri doğrudur; ama çirkindir, çünkü bu tabirde iki defa ‘yer’ kelimesi geçmektedir. ‘Hizmet yönünden yerinden yönetim’ tabiri ise yanlıştır. Çünkü (...) bu tür adem-i merkeziyette, ‘yer’ ile ilgili bir husus yoktur.”

la belirlenen bölge, il, belediye ve köy gibi, faaliyetleri belli bir coğrafi alanla sınırlı olan yönetimlere verilmesi olarak tanımlanmaktadır<sup>47</sup>.

Coğrafi yerinden yönetim sisteminin nihai amacı, bir bölge, il, belediye ya da köy halkının yerel nitelikteki ihtiyaçlarının, bu sistemi oluşturan birimlerin kendi organları aracılığıyla karşılanabilmesidir. Yerel yönetimler (mahalli idareler)<sup>48</sup>, bu ilkenin somutlaşması ile ortaya çıkan birimler olarak göze çarpmaktadır.

Coğrafi yerinden yönetimde, karar alma ve yürütme sorumluluğu, organları yerel bazda ve demokratik usullere göre seçilmiş, il, belediye ya da köy gibi yerel yönetimlere verilmektedir. Dolayısıyla bu sistemde yöre halkına, yerel nitelik gösteren müşterek ihtiyaçların karşılanması adına karar alma ve bu kararları yürütme yetkisi tanınmaktadır<sup>49</sup>.

Coğrafi yerinden yönetim sisteminde, idari yerinden yönetimin diğer bir türü olan fonksiyonel yerinden yönetime oranla siyasi nitelik ön plana çıkmaktadır. Şöyle ki, coğrafi yerinden yönetimde belirli bir bölgede yaşayan kimse-ler, demokratik bir biçimde kendi temsilcilerini seçmektedir. Yerel demokrasi-nin yerleşebilmesi adına bu sistem çok anlamlı bir amaca hizmet etmektedir. Ayrıca söz konusu yerel demokrasi örneği, siyasal anlamda tüm ülkeye yayıl-ması arzu edilen demokrasi kültür ve uygulamalarının da temeli olması nede-niyle önemli bir yerde durmaktadır<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> Eryılmaz, a.g.e., s.82.

<sup>48</sup> İl Han Özey, **Günlüğünde Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, Ekim 2004, s.181'de yerel yönetim teriminin mahalli idareye oranla çok daha kapsamlı olmakla birlikte, Anglo-sakson 'local government' terimi karşısında çok zayıf kaldığını belirtmektedir. Yazara göre, 'yönetim', 'idare' gibi yalnızca teknik değil, aynı zamanda da 'siyasal' özellikler gösteren yerel yönetim terimini mahalli idareye tercih etmek gerekir. Çünkü örnek olarak belediyeler, karar organları seçimi oluşan ve Meclislerinde siyasal gruplaşmalar bulunan, dolayısıyla yalnızca teknik değil, 'yürütme' gibi karma nitelikli ve 'politiko-teknik' kamu idareleridir. Bu nedenle tanımlamadaki 'yönetim' terimi, 'idare' terimine oranla daha doğru ve yerinde bir kullanım örneğidir.

<sup>49</sup> Kalabalık, a.g.e., s.119, dip.93: "Ortaylı, yerel yönetimin bir tür federalizm demek olmadığı kanısındadır. Ona göre, 'bir memleket federal yapılı olabilir; ama orada yerel yönetim olmayabilir, bunun örneği eski Yugoslavya'dır. Eski Yugoslavya'da federal bir yapı söz konusu idi. Fakat burada yerel yönetim pek ilkel, yoktu. Dolayısıyla yerel yönetim demek federalizm demek değildir. Buna karşılık hiç federe olmayan bir memleket de gayet merkeziyetçi bir idare ile yönetilen bir ülkede de yerel yönetimler pek ala güçlü olabilir. Yakın zamanlara kadar İtalya bunun örneği idi. Çekya (Çek Cumhuriyeti) buna bir örnek yapıdadır'. **Ortaylı**, Federasyona Kapı Açılmamalı, s.15."

<sup>50</sup> Şengül, a.g.e., s.10.

Coğrafi yerinden yönetim kuruluşları, siyasi barış ve hoşgörünün de önemli teminatlarıdır. Zira iç barışın yerleştiği ülkeler, aynı zamanda coğrafi yerinden yönetim geleneğinin geliştiği toplumlardır<sup>51</sup>.

Genel olarak üç tür coğrafi yerinden yönetim modeli üzerinde durulmaktadır<sup>52</sup>. Bunlardan ilki olan Fransız (Napolyon) modeli uyarınca, yerel yönetimlerin anayasa ile güvence altına alınmış belli statüleri bulunmaktadır. Bu modele örnek olarak, modele ismini veren Fransa, İtalya, İspanya ve Yunanistan gibi ülkeler verilmektedir.

Bir diğer model olan Anglo-sakson modelinde, yerel yönetimlerin kurulmaları parlamento eliyle olmaktadır. İngiltere, İrlanda, Kanada ve Avustralya bu modele örnek ülkeler olarak sayılmaktadır. Son olarak Kuzey ve Orta Avrupa modelinde ise, yerel yönetimler, hem anayasal bir statüden, hem de oldukça geniş yönetsel ve mali özerklikten yararlanmaktadır. Bu model de İsveç, Norveç ve Danimarka gibi ülkeler ile örneklendirilmektedir<sup>53</sup>.

## **b. Fonksiyonel Yerinden Yönetim**

İdari yerinden yönetimin bir diğer türü olarak, fonksiyonel yerinden yönetim<sup>54</sup>, belirli bazı hizmetlerin görülmesi işinin merkezi idareden alınarak, özerk ve bu hizmetlerin görülmesine özgülenmiş kurumlara aktarıldığı sistem olarak tanımlanmaktadır<sup>55</sup>.

Fonksiyonel yerinden yönetim sisteminde, belirli bazı kamusal hizmetler özerk bir statüye kavuşturulmakta ve bu hizmetleri yürütmek üzere de özerk kurumlar oluşturulmaktadır. Esas olarak merkezi idarenin görmesi gereken hizmetler, söz konusu hizmetler için uzmanlaşmış ve teknik birimlere aktarılmış olmaktadır<sup>56</sup>. Bu sayede, söz konusu hizmetlerin daha rasyonel,

---

<sup>51</sup> Eryılmaz, **a.g.e.**, s.82.

<sup>52</sup> Ruşen Keleş, **Yerinden Yönetim ve Siyaset**, Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul, Cem Yayınevi, 2011, s.69-71.

<sup>53</sup> Yerel yönetimlerin federal ve üniter devletlerdeki görünüşleri ile bu devletlerdeki yasama, yürütme ve yargı organlarının yapıları açısından bilgilendirici tablolar için bkz. Yalçındağ, **a.g.m.**, s.17-18.

<sup>54</sup> Lütfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982, s.54'de bu tür kuruluşlar için "özerk yönetim" teriminin kullanılmasını, "yerinden yönetim" teriminin yalnız "yerel ademi merkezîyet" kurumları yani "mahalli idareler" için kullanılmasını önermektedir. Bir başka örnek olarak, Keleş, **a.g.e.**, s.13'de bu kuruluşlar için işlevsel yerinden yönetim kuruluşları deyimini kullanmaktadır.

<sup>55</sup> Eryılmaz, **a.g.e.**, s.80.

<sup>56</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2009, s.150, dip.102: "Kuruluş çerçevesini, ülkenin belli bir coğrafi mekanı değil, belli bir kamu hizmetinin oluşturduğu birimler, teknik adem-i merkezîyetçi

çabuk ve verimli yürütülmesi amaçlanmaktadır. Zira bu tür yerinden yönetim kuruluşlarının yöneticileri, önemli ölçüde inisiyatif sahibi olma ayrıcalığına erişerek hizmetlerin etkin ve verimli sunumu noktasında önemli bir işlev görmektedir.

Fonksiyonel yerinden yönetim sisteminde özerklik, görülecek olan hizmetin kendisine tanınmıştır. Teknik bir bilgiye ve uzmanlığa ihtiyaç gösteren bu hizmetlerin<sup>57</sup>, Devletin yürüttüğü diğer hizmetlerin yanında büyük bir öneme haiz olması nedeniyle, merkezi ve coğrafi yerinden yönetim teşkilatlarından ayrı olarak değerlendirilmesi zorunluluk arz etmektedir<sup>58</sup>.

Bu sistemdeki yapılanmalar bazen şahıs topluluğundan ayrı bir mal topluluğu şeklinde ortaya çıkmakta ve genel olarak tesis diye adlandırılmakta; bazen de Ticaret ve Sanayi Odaları, Barolar ve Tabip Odaları gibi cemiyet, dernek şeklinde kendini göstermektedir<sup>59</sup>.

### III. KUVVETLER AYRILIĞINA DAYANAN HÜKÜMET SİSTEMLERİNDE YERİNDEN YÖNETİM

#### A. Başkanlık Sistemi

##### 1. Sisteme Genel Bir Bakış

Başkanlık sistemi temsili demokratik rejim türlerinden birisidir ve temel özelliğini kuvvetlerin ayırımına dayanması oluşturmaktadır. Önceden de değinildiği üzere kuvvetler ayrılığı prensibine uygun olarak Montesquieu, İngiltere’de kamu özgürlüklerinin diğer Avrupa ülkelerine oranla daha gelişmiş olmasının yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerinin birbirinden ayrı olmasına ve birbirlerini denetlemelerine bağlamaktadır<sup>60</sup>.

Başkanlık sistemi, parlamenter sistem gibi kendiliğinden doğmuş ve gelişmiş bir rejim değildir. Yukarıda bahsi geçen kuvvetler ayrılığı fikri, Amerikan siyasal felsefesi ve sisteminin gelişmesine de kaynak oluşturmuş ve bu hükü-

---

özelliği yansıtırılar(...) Teknik adam-i merkezîyetçilik, idare hukukçuları tarafından, ‘hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları’ olarak da adlandırılır.”

<sup>57</sup> Kalabalık, **a.g.e.**, s.122, dip.101: “Örneğin Osmanlı Devletinin son zamanlarında ihtiyacı hissedilen demiryolu, elektrik, liman işletmeciliği, havagazı, şehir suyu, şehir içi ulaştırması ve telefon gibi hizmetlerin halka götürülmesi için, Devletin mali ve teknik ve ihtisas gücünün yeterli olmaması nedeniyle batılı işadamlarıyla ‘imtiyaz’ sözleşmeleri yapıldı. Cumhuriyetin ilanından birkaç yıl sonra da bu sözleşmeler ‘devletleştirilmeye’ başlandı. Geniş bilgi için bkz. **Azrak**, Millileştirme ve İdare Hukuku, s.119-124.”

<sup>58</sup> Böylece idari yerinden yönetim ilkesi tamamlanmış olmaktadır. Bkz. Turgut, **a.g.m.**, s.17.

<sup>59</sup> Kalabalık, **a.g.e.**, s.122.

<sup>60</sup> Turhan, **a.g.e.**, s.32.

met sistemi ABD Anayasası ile yaratılmıştır. Gerçekten de ABD Anayasaları, bu üç kuvvetin ayrılması üzerine temellendirilmiştir<sup>61</sup>.

1787 ABD Anayasası, günümüzde yaşayan en eski anayasadır ve ülkenin üstün hukuk kurallarını oluşturmaktadır. ABD Anayasası'na göre Anayasa'nın verdiği tüm yasama yetkileri, bir Senato ve bir Temsilciler Meclisi'nden oluşan Birleşik Devlet Kongresi'ne tanınmıştır (m.I, bölüm 1). Yine Anayasa'ya göre yürütme yetkisi, ABD Başkanı'na (m.II, bölüm 1); yargı yetkisi ise, bir Yüksek Mahkeme ile –Kongre'nin ihtiyaçlar gerektirdikçe kurulmasını düzenleyeceği- aşağı derecedeki mahkemelere verilmiştir (m.III, bölüm 1). Bu anayasal düzenlemelerden yola çıkarak kuvvetler ayrılığının sert bir görünümü olan başkanlık sistemi için ABD gerek anayasal düzenlemeler gerekse de uygulamalar yönünden sistemin uygulandığı en iyi örnek ülke olarak ön plana çıkmaktadır.

Başkanlık sisteminin özelliklerine bakıldığında ilk göze çarpan husus, kuvvetler ayrımının gerçek anlamda bu sistemde uygulanmasıdır. Kuvvetler -bazı istisnalar dışında- birbirleri ile etkileşim halinde olmayıp birbirleri üzerinde etkiye sahip olmamaktadır.

Başkanlık sisteminde özellikle yürütmenin konumu, üzerinde durulması gereken bir husustur. Zira bu sistemde klasik parlamenter sistemdeki kabine değil, "*Başkanın kabinesi*"<sup>62</sup> vardır<sup>63</sup>. Kabine'de bir istişare yapılmakla birlikte son karar mercii Başkan'dır. Klasik parlamenter sistemden ayrılmasının gerçek nedeni olarak, güçlü, etkin ve isabetli yürütme ideali üzerine kurulan başkanlık sisteminde Başkan, yürütmenin tam ve tek başıdır. Örneğin, dış politika, ordu, kanunların uygulanmasının denetlenmesi gibi önemli konu başlıklarına ilişkin kararlarda son söz yürütmenin tek sahibi Başkan tarafından söylenir. ABD'de Başkan, iki aşamalı bir seçim ile ve 4 yıllığına seçilir<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Hasan Tahsin Fendoğlu, "Başkanlık Sistemi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.1, Y.2012, s.39-60, s.41:"Başkanlık sisteminin ABD'de mucidi 'Kurucu Babalar' (Founding Fathers) dir. İlk Başkan George Washington, 30 Nisan 1789'da görevine başlamıştır. XVIII nci yüzyılda Amerika'da, Başkanlık sistemi, insan aklından doğmuş bir sistem olarak kabul edilmektedir."

<sup>62</sup> **A.m.**, s.44: " (...) Başkan Abraham Lincoln, bir Kabine toplantısının ardından, '8 hayır, 1 evet; evet kazandı' demişti. ABD siyasi partilerinde grup kararı yoktur. Sosyalist, komünist partiler olmadığı gibi, partilerin ideolojisi de yoktur. Partiler adem-i merkezizettir. ABD'yi önceleri Kongre, II. Dünya Savaşına kadar yargıçlar, II. Dünya Savaşı sonrasında Başkanlar yönetmiştir, denilebilir."

<sup>63</sup> Esasında bu rejime, başkanlık sisteminden çok "başkancı" sistem denmektedir. Bkz. Yanık, **a.g.e.**, s.151.

<sup>64</sup> Giovanni Sartori, **Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği (Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçları Üzerine Bir İnceleme)**, Çev. Ergun Özbudun, Ankara, Yetkin Yayınları, 1997, s.113'de devlet başkanının belli zaman dilimleri için (4 ile 8 yıl arasında değişebilmektedir), doğrudan doğ-



Başkanlık sistemi kurumsal yapısı itibari ile yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri arasında bir “denge ve denetleme”(checks and balances) düzeni inşa etmeye yönelmektedir. Sistemi “sert” hale getiren etken ise, devletin ege-menlik gücünün tek bir elde toplanmasını engellemek suretiyle güçleri dağı-tıp, birbirleri üzerlerindeki etkilerini en aza indirmek ve bireysel özgürlükleri güvence altına alan bir düzen kurmak idealidir<sup>65</sup>.

Bu ideal ve düşüncelere karşılık, sistemin kendi içinde bazı çekinceler taşı-dığını da söylemek mümkündür. Öncelikle çok geniş yetkilere sahip olan Baş-kan’ın<sup>66</sup> yeterli ve etkin denetim mekanizmalarının olmaması nedeniyle yetki-lerini kötüye kullanması ve dolayısıyla demokratik düzeni tehlikeye düşürecek durumların baş göstermesi ihtimal dahilindedir<sup>67</sup>.

Başkanlık sisteminin iyi işleyebilmesinin öncelikli şartı, gücü elinde bu-lunduran kişi ya da organların frenlenip denetlenebilmesidir. Bu sebeple söz konusu fren ve denetleme mekanizmaları, dikkatli bir biçimde kurulmalı ve titizlikle işler hale getirilmelidir<sup>68</sup>.

Genel olarak başkanlık sistemleri iyi işlememişlerdir. ABD istisna olarak ka-bul edilirse, bütün diğer başkanlık sistemleri darbelere ve çöküntülere yenik düşmüşlerdir. Bu durumda ABD, tek ve önemli bir istisna olarak göze çarp-makta ve diğer bütün başkanlık sistemlerine orijinal bir örnek teşkil etmekte-dir<sup>69</sup>. Bu nedenle yerinden yönetim ilkesinin başkanlık sistemindeki görünümü açısından ABD özelinde incelemeler yapılacaktır.

---

ruya veya ona benzer şekilde halk tarafından seçilmesini, başkanlık sisteminin ilk tanımlayıcı kriteri olarak belirlemiştir. Yazar, bu kriteri zorunlu bir tanımlayıcı şart olarak kabul etse de yeterli bulmamaktadır. Bu tezine örnek olarak, Avusturya, İzlanda ve İrlanda başkanlarının da doğrudan doğruya halk tarafından seçildiğini, bununla birlikte bunların ancak göster-melik başkanlık sistemleri olduğunu söylemektedir. Bu ülkeler her bakımdan parlamenter sistemler olarak işler ve başkanlık sistemleri arasında sınıflandırılmazlar.

<sup>65</sup> Levent Köker, “Tesev Demokratikleşme Programı - Yeni Anayasa Sürecini İzleme Raporu: Yeni Anayasada Temel İlkeler ve Hükümet Sistemi Tercih”, (Çevrimiçi) [http://www.tesev.org.tr/assets/publications/file/Anayasaizleme2\\_08\\_10\\_12.pdf](http://www.tesev.org.tr/assets/publications/file/Anayasaizleme2_08_10_12.pdf), 20.11.2014. (Vurgular yazarına aittir.)

<sup>66</sup> Hüseyin Naili Kubalı, **Anayasa Hukuku Dersleri**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971, s.450’de ABD’deki başkan ile sınırlı bir monarşideki hükümdarı eşdeğer görmüş, bu tezini başkanın bütün federal yürütme iktidarlarını elinde tutmasına karşın siyasi sorumluluğu da olmamasına dayandırmıştır. Ayrıca yazar yaptığı alıntıda, ABD’deki hükümet sistemine başkanlık sistemi denmesinin gerekçesini, Swart’ın ‘başkan, dört senede bir seçilen bir kraldır’ sözünü kullanarak açıklamıştır.

<sup>67</sup> Yanık, **a.g.e.**, s.149.

<sup>68</sup> Servet Armağan, “Memleketimizde Başkanlık Sistemi Hazırlıkları (Uygulaması) Aleyhine Bazı Düşünceler”, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.3, Y.2014, s.9-26, s.25.

<sup>69</sup> Sartori, **a.g.e.**, s.117.

## 2. Sistemin Yerinden Yönetim İlkesi İle İlişkisi

Kuvvetlerin sert ayrılığına dayanan hükümet biçimi olan başkanlık sisteminin uygulandığı ülkeler, ortak özellikler göstermeleri bakımından dikkat çekicidir. Öncelikle bu sistemin uygulandığı devletlerin hemen hepsi federal nitelikte olup, üniter devletlerde görülen başkanlık sistemlerinde de federal devlete yaklaşan düzeyde “*yasama yetkisine sahip bölge yönetimleri*”nin varlığı göze çarpmaktadır. Ayrıca bu sistemlerin hemen hepsinde iki meclisli bir yasama organı bulunmaktadır. Bu iki meclisten biri olan senato veya senato niteliğindeki yasama bölümü, yürütme (başkan) üzerinde bir denetim yetkisine sahip olmaktadır<sup>70</sup>.

Başkanlık sisteminde merkezi hükümet ile yerel iktidarlar karşılıklı olarak istikrarlı ve güçlü olmalıdır<sup>71</sup>. Zira sistemin barındırdığı problemlerin önüne geçebilmek, yukarıda bahsedildiği üzere denge ve denetim mekanizmalarını etkin ve verimli kullanabilmesi ile mümkün olacaktır. Bu da, karşılıklı ve dengeli güçlere sahip merkezi hükümet ve yerel iktidarlar ile sağlanabilecektir. Yürütme kanadı (başkan) lehine güç dengelerinin bozulma tehlikesi olan, kendi içinde kritik dönemlerde tıkanmalara uğrama potansiyeli bulunan başkanlık sistemi, ABD örneğinde son derece yerinden yönetimci ve bireysel özgürlükleri en temel değer olarak köklü bir biçimde içselleştirmiş bir siyasi kültür ortamında doğmuş ve gelişmiştir<sup>72</sup>.

ABD'nin federal yapısının temel ve belirleyici özelliğini ademi merkezîyet anlayışının bütün yönetim mekanizmalarına hakim kılınması oluşturmaktadır<sup>73</sup>. Bu anlayışın bir gereği olarak, görevleri, mali kaynak ve sorumlulukları Anayasa'da tanımlanmış olsa da (m.I bölüm 9), ikinci düzeydeki yönetim kademesi niteliğinde olan eyaletler, işlerinde tümüyle serbesttir (m.IV). Üçüncü düzey yönetim kademesini oluşturan yerel yönetimler de yine aynı şekilde

---

<sup>70</sup> Köker, **a.g.m.**, s.18. (Vurgu yazarına aittir.)

<sup>71</sup> Fendoğlu, **a.g.m.**, s.50.

<sup>72</sup> Köker, **a.g.m.**, s.18.

<sup>73</sup> Serkan Çınarlı, “ABD’de Yerel Yönetimin Ana Hatları”, **Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, C.12, S.1, Y.2011, s.265-280, s.268: “*Yerel yönetimler ile eyalet makamları arasındaki ilişkilerde yetki paylaşımı, Lijphart’ın federal sistemlerde yerel yönetimlerin de adem-i merkezîyetçi bir şekilde örgütlendiği şeklindeki önermesini çürütmektedir (...). Açıkça ifade etmek gerekirse, ABD federal hükümeti ile eyaletler arasında var olan çifte egemenlik olgusu, eyaletler ile yerel yönetimleri arasındaki ilişkide geçerli değildir. Eyaletlerin yerel yönetimler üstünde mutlak bir üstünlüğü vardır. ‘Dillon Kuralı’ ilkesine göre, yerel yönetimlerin varlıkları, yapıları ve yetkileri tamamıyla bağlı oldukları eyaletlerin yasa koyucusu tarafından tayin edilir. Bu hukuki yapının sonucunda eyaletlerin en azından teorik olarak, yerel yönetimlerin aldıkları kararlar üzerinde de sınırsız bir kontrol ve denetim yetkileri vardır (...)*”

güçlü adem-i merkeziyet anlayışının etkisi ile şekillenmektedir<sup>74</sup>.

Yukarıda bahsedildiği üzere, yerinden yönetim sisteminin hakim olduğu ve 50 eyaletten oluşan federal bir cumhuriyet olan ABD’de, her eyalet kendi anayasasına sahiptir. Bu nedenle ABD’de, vilayet (counties), şehir (city), kasaba (town) ve köy (village) olarak sıralanabilecek yerel düzeydeki yönetim birimleri<sup>75</sup> tarafından üstlenilmiş görevler, eyaletten eyalete farklılık gösterebilmektedir. Bu görevler ve farklılıklar, anayasa ve yasalarda mevcut hükümlere göre düzenlenmektedir<sup>76</sup>.

Yerel yönetimler bu yönden eyaletlerin bir kuruluşudur<sup>77</sup>. Federal Anayasa, yerel yönetimlerle ilgili bir düzenleme getirmemiş, bu konudaki bütün düzenleme yetkilerini, Federal Anayasa çerçevesinde kalmak şartıyla eyaletlere bırakmıştır. Yerel yönetimlerin, eyalet yasaları tarafından kendilerine tanınmayan yetki ve görevlerde söz sahibi olabilmeleri mümkün değildir.

Gerçekten de, yerel yönetimler için asıl sınırlama federal hükümetten değil, eyaletlerden gelmektedir. Eyalet yönetimleri, sınırları içindeki yerel yönetimlerin hukuki yapısını düzenleme yetkilerine sahip olmakla birlikte, bu yetkilerini genellikle yerel yönetimlerin karar alma serbestilerini sınırlayıcı yönde kullanmaktadır.

Bunun yanında, genel olarak eyalet yönetimleri, yerel yönetimlerin yerel gelirlerini sınırlayıcı ve şartlı yardımlara bağımlılıklarını arttırıcı yasal düzenlemeler yapmaktadır. Bu duruma ek olarak, birçok eyalette Yüksek Mahkemeler de yerel yönetimlerin yetkilerini sınırlayıcı nitelikte kararlar almaktadır. Böylece yerel yönetimlerin, üstlendiği görevleri gereği gibi yerine getirebilme yetenekleri ciddi biçimde sekteye uğramaktadır<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> Ufuk Ayhan, “Amerika Birleşik Devletlerinde Yerel Yönetimler”, *Sayıştay Dergisi*, Sayı:70, s.103-120, s.103.

<sup>75</sup> **Yerel Yönetim Yapıları - TOKİ Yerel Yönetimin Geliştirilmesi Programı Raporlar Dizisi-4 (Yerel Yönetim Yapıları)**, 2. Baskı, İstanbul, IULA-EMME Yayınları, 1994, s.80: “ABD’de, İngiltere ve Fransa’da olduğu gibi, yerel yönetimler arasında bir kademelenme yoktur. Aynı alanda birden çok yerel yönetim birimi kendilerine verilen görevleri yerine getirebilirler.”

<sup>76</sup> Duran Bülbül, “Kamu Yönetiminde İdari ve Mali Paylaşım Uygulaması: Amerika Birleşik Devletleri Örneği”, *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, C.2, S.2, Y.2001, s.67-74, s.73: “Hizmetlerin paylaşımı konusunda hangi hizmeti hangi yerel yönetim kuruluşunun yerine getireceği detaylıca yasalarda belirlenmiştir. **Yol yapımından, kablolu televizyonun işletmesine, kent planlanmasından, hastanelerin işletilmesine, adalet hizmetlerinden sosyal yardımlara, okul yönetimlerinden üniversite hizmetlerine kadar tüm görevler yerel yönetim birimleri tarafından yerine getirilmektedir.**” (Vurgu tarafıma aittir.)

<sup>77</sup> Yerel yönetimlerin “*eyaletlerin çocukları*” olarak tanımlanması konusunda bkz. Çınarlı, a.g.m., s.267 vd.

<sup>78</sup> **Yerel Yönetim Yapıları**, s.85.

Eyaletlerin farklı düzenlemeleri<sup>79</sup> karşısında yerel yönetimlerin yapıları, büyüklükleri, yetkileri ve mali özerklikleri açısından büyük farklılıklar görülmekte ve bu durum, ABD'nin konu hakkındaki genel görünümünü açıklamayı zorlaştırmaktadır.

Bir önceki başlıkta sözü geçtiği üzere, ABD siyasal ve hükümet sistemi biçimlendirilirken İngiliz ekolünden etkilenildiğinden bahisle, ABD yerel yönetimlerinin yapıları da İngiliz sistemini andırmakta ve bu yerel yönetim birimleri, İngiltere'deki benzerleri ile büyük ölçüde örtüşmektedir. Ancak 1985 tarihli Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı dikkate alındığında, özerk yerel yönetim anlayışı, yerel yönetimlerin sorumlulukları, denetimleri, mali kaynakları, yerel makamların birlik kurma ve birliklere katılma hakkı gibi unsurlar açısından bahsi geçen çekinceler saklı kalmak kaydıyla, ABD yerel yönetimlerinin, temel olarak İngiltere, Fransa ve Almanya ağırlıklı yapısal özellikler taşıyacakları da, çoğu Avrupa ülkesindeki benzer örneklerinden yerel demokrasi bağlamında daha ileri oldukları tespit edilmektedir<sup>80</sup>.

Sonuç olarak ABD yerel yönetimleri, güçlü demokratik özellikleri ve hizmetlerin görülmesi noktasındaki etkinlikleri<sup>81</sup> dolayısıyla dünyadaki önemli yerel yönetim modellerinden birini oluşturmakta ve diğer ülkelerin benzer yapılanmaları konusunda onlara iyi birer örnek olma özelliğini bünyesinde barındırmaktadır<sup>82</sup>.

Başkanlık sistemi ile yönetilen bir başka ülke olarak Brezilya'da ise, temel yerinden yönetim birimi belediyedir<sup>83</sup>. Belediyeler, içinde buldukları eyalet

<sup>79</sup> Mehmet Arslan, Mine Biniş, "Amerika Birleşik Devletleri'nde Mahalli İdarelerin Mali Yapısı ve Merkezi İdare İlişkileri", **Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi**, C.9-1, Nisan 2014, s.149-174, s.150: "Amerikan Federal Anayasası'nda mahalli idarelere ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmediği, eyaletlere yetkinin bırakıldığı görülmektedir. Eyaletler bu yetkiyi Federal Anayasaya aykırılık içermemek şartıyla kendilerine verilen genel yetki (home-rule charter) çerçevesinde kullanmaktadırlar."

<sup>80</sup> Ayhan, **a.g.m.**, s.106.

<sup>81</sup> Arslan, Biniş, **a.g.m.**, s.169-170: "Mahalli idarelerin birçok aktörü yerel hizmetlerin yerine getirilmesinde sorumlu olabilir. Bütün eyaletlerde ortak olan mahalli idare birimleri vilayet ve belediyelerdir. Ancak çoğu eyalette okul bölgeleri, kasaba yönetimleri ve özel bölgeler gibi mahalli idare birimleri oluşturulmuştur. **ABD'de eyaletler ve mahalli idareler, eğitim, sağlık hizmetleri, adli yönetim, toplu taşıma, su ve kanalizasyon ve kamu işleri gibi kritik hizmetlerin ana sağlayıcısı vazifesini üstlenmektedirler.**" (Vurgu tarafıma aittir.)

<sup>82</sup> Ayhan, **a.g.m.**, s.117.

<sup>83</sup> Anayasa'da yerel yönetimler belediyeler ile özdeşleştirilmiş ve Anayasa'nın üçüncü ana başlığının dördüncü kısmında düzenlenen yerel yönetimler bölümünde belediyelere ilişkin hükümler sevk edilmiştir. Bkz. Brezilya Federatif Cumhuriyeti Anayasası, (Çevrimiçi) <http://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/brezilya.pdf>, 30.11.2014.

ya da federal bölgenin kuruluşu görünümündedir. Anayasa ile belediyelere özerklik tanınmış olmakla beraber, federal hükümet, eyalet hükümetlerinin belediyelerin özerkliğini zedeleyici uygulamalarına karşı müdahale hakkını elinde bulundurmaktadır. Federe devletler, belediyelerin özerkliğine ilişkin hükümleri kendi anayasalarına alarak bütün ülkede benzer bir belediye yapısı ortaya çıkarmışlardır<sup>84</sup>.

Brezilya’da bir eyalet içindeki belediyeler, kendi statülerini belirleme yetkisine sahiptir. Belediyeler bu yetkilerini, federal ve federe devlet anayasasındaki ilkeler çerçevesinde kullanmak durumundadırlar<sup>85</sup>.

## B. Parlamenter Sistem

### 1. Sisteme Genel Bir Bakış

Tarihsel olarak İngiltere’de gelişmiş olan parlamenter sistem kuvvetlerin yumuşak ayrılığı olarak nitelendirilmektedir. Parlamenter sistemde, yürütme organı (hükümet ya da bakanlar kurulu) halk tarafından seçilmiş temsilcilerden oluşan bir yasama organı içinden çıkmakta ve demokratik meşruluğunu yasama organının “güven” inden almaktadır<sup>86</sup>. Devletin iki kuvveti arasındaki bu etkileşim, parlamenter sistemin yumuşak kuvvetler ayrılığı olarak isimlendirilmesini sonuçlamaktadır.

Parlamenter sistemin yumuşak kuvvetler ayrılığına dayanan hükümet biçimi olmasının bir başka görünümü olarak, yürütme organı hem organik olarak hem de meşruluk bakımından içinden çıktığı yasama organına karşı sorumludur. Yasama organı, yürütme organını kısmen ya da tamamen güvensizlik oyu ile düşürme yetkisine sahipken; yürütme organının – bazı örnekler hariç olmak üzere- yasama organını feshetme ya da yenileme yetkisi kural olarak mevcut değildir<sup>87</sup>.

Klasik parlamenter sistemde,<sup>88</sup> başkanlık sisteminden farklı bir yürütme yapılanması mevcuttur. Başkanlık sisteminde yürütme organını güçlü ve sorumlu başkan oluşturmakta iken, parlamenter sistemde yürütme iki başlıdır. Yürütme organının bir kanadında devletin başı sıfatına sahip ve genellikle sembolik yetkilere sahip olması nedeniyle sorumsuz bir devlet başkanı

---

<sup>84</sup> Yerel Yönetim Yapıları, s.87.

<sup>85</sup> A.e.

<sup>86</sup> Köker, a.g.m., s.11 (Vurgu yazarına aittir.)

<sup>87</sup> A.m.

<sup>88</sup> Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Karan v.d., İdare Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.59’da parlamenter sistemi, geleneklere dayalı bir kurallar ve kurumlar düzeni olarak nitelendirmektedir.

(cumhurbaşkanı) bulunmaktadır. Yürütme organının diğer kanadı ise, siyasi sorumluluğa sahip hükümet ya da bakanlar kuruludur. Başkanlık sisteminde başkan halk tarafından seçilmekte iken, klasik parlamenter sistemde devlet başkanı yasama organı tarafından seçilmektedir.

Parlamenter sisteme ilişkin kuvvetler arası etkileşim ve kuvvetlerin birbirleri üzerindeki yetkileri, yasama ve yürütme organı arasında işbirliği yapılması ilkesini de beraberinde getirmektedir<sup>89</sup>. Zira işbirliğine gidilmezse kuvvetlerin fonksiyonlarını yerine getirmesi de –diğerinin müdahalesi sonucu- imkansız hale gelecektir. Parlamenter sistemde bu işbirliği fonksiyonel ve organik açıdan kendini göstermektedir.

Fonksiyonel açıdan işbirliği kural koyma (yasa çıkarma) aşamasında kendini göstermektedir. Buna göre, yasama ve yürütme organının yasaların yapımı noktasında işbirliğine gitmeleri zorunluluk arz etmektedir. Yasama organının olumlu iradesi olmadan yürütmenin yasa önerisinin kabul edilebilmesi mümkün olmadığı gibi, yasama organının iradesi ile ortaya çıkarılmış bir yasanın uygulanabilmesi yürütmenin bu yöndeki iradesine bağlıdır. Organik açıdan işbirliği ise, yukarıda bahsedildiği üzere, yürütmenin yasamanın içinden çıkmasıdır<sup>90</sup>. Klasik parlamenter sistemde, bakanlar kurulunu oluşturan başbakan ve bakanlar yasama organı içinden çıkmakta ve yürütmenin sorumsuz kanadını oluşturan devlet başkanı da yine yasama organı tarafından seçilmektedir.

Başkanlık sisteminden farklı olarak parlamenter sistemde demokrasinin kesintiye uğrama ihtimali daha azdır. Zira parlamenter sistemin ortaya koyduğu ilkeler, bu tür kriz ya da kesintilere sebebiyet vermez. Bahsi geçtiği üzere parlamenter sistemde hükümet, yasama organının çoğunluğunun güvenine dayanır. Herhangi bir nedenle bu çoğunluğun kaybolması halinde yürütme organının (hükümetin) faaliyetine son verilir ve çoğunluğa dayalı yeni bir hükümet kurulur. Bu mümkün olmazsa fesih yoluyla yeni seçimlere gidilir ve olası tıkanma ya da krizlerin önüne geçilmiş olur<sup>91</sup>.

## 2. Sistemin Yerinden Yönetim İlkesi İle İlişkisi

Parlamenter sistemler, adlarını kurucu ilkeleri olan parlamentonun ege-men olması idealinden almaktadır<sup>92</sup>. Çalışmamızın bu bölümünde parlamen-

---

<sup>89</sup> Turhan, a.g.e., s.43.

<sup>90</sup> A.e.

<sup>91</sup> Özbudun, a.g.m., s.207’de parlamenter sistemin sayılan gerekçelerle en tabii ve en mantıksal hükümet biçimi olduğunu söylemektedir.

<sup>92</sup> Sartori, a.g.e., s.137.

ter sistemin filizlenip geliştiği yer olan İngiltere’de yerinden yönetim ilkesinin görünümü öncelikle ele alınıp incelenecektir.

Parlamentar sistemin doğduğu yer olarak İngiltere, öteden beri sahip olduğu siyasal ve yönetsel özellikleri bakımından incelenmesi gereken ülkelerden biridir. Nitekim İngiltere, devletin niteliği, yapılanması, devlet içindeki yetki paylaşımı, modern bürokrasinin ve yönetici sınıfın oluşumu açısından Kıta Avrupası ülkelerinden farklı bir yerde durmaktadır<sup>93</sup>.

İngiltere, üniter devlet yapısına sahip olmasına karşın, yerel yönetimlerin en güçlü olduğu ülkeler arasında zikredilmektedir<sup>94</sup>. Federal devletlerin aksine, üniter devletlerde yerel yönetimlerin güçlü olması, bu devletlerin yerel yönetim geleneğine sahip olmaları ve hukuki düzenlemelerinde yerinden yönetim ilkesine yer verilmeleri ile sağlanmaktadır. İngiltere, yazılı bir anayasaya sahip olmamakla birlikte yerel yönetimlere önem vermesi bakımından dikkate değerdir<sup>95</sup>. İngiltere’de yerel yönetimler, parlamentonun denetimine tabidirler. İngiliz Parlamentosu, yerel yönetimlerin örgütlenmesini, görev alanlarını ve sorumluluklarını, hizmet standartlarını değiştirebilmekte, yetki ve sorumluluklarını bir birimden diğerine aktarabilmektedir<sup>96</sup>.

İngiltere’de yerel yönetimler, 1215 tarihli Magna Carta’dan bu yana varlıklarını sürdürmektedir. İngiltere’de Anakent belediyeleri, il belediyeleri, ilçe belediyeleri ve köy meclisleri olmak üzere 4 tür yerel yönetim birimi bulunmaktadır<sup>97</sup>.

İngiltere’de yerel yönetim birimlerinin ilk kademesi il (country)dir. İl, coğrafi alanda belli sınırlara sahip bir ili değil, yerel yönetim anlamında idari ili ifade etmektedir. İl içerisinde yer alan ve belirli kriterlere göre bölünerek oluşturulmuş alt kademe yerel yönetim birimleri ise bölge (district)lerdir<sup>98</sup>. Bölgeler

---

<sup>93</sup> Koray Karasu, **Kamu Yönetimi Ülke İncelemeleri**, 3. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, 2013, s.145-291, s.148.

<sup>94</sup> Yerel yönetimler, kanunların kendilerine verdiği yetki dahilinde vergi toplamakta ve bunları hizmetlerin görülmesinde harcamaktadırlar. Yerel yönetimlerin vergi gelirleri, mülkiyet esasına göre doğrudan yerel yönetimlerde toplanır. (Çevrimiçi) <http://www.gov.uk>, 25.11.2014.

<sup>95</sup> Hüsamettin İnaç, Feyzullah Ünal, “İngiltere’de Yerel Yönetimler”, **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S.16, Aralık 2006, s.125-140, s.125.

<sup>96</sup> Müzehher Yamaç, “Tarihsel Gelişim İçinde Üniter Bir Yapıda Yerel Yönetim: İngiltere Örneği”, **Namık Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, S.4, Y.2014, s.1-28, s.13.

<sup>97</sup> Yüksel Koçak, **Karşılaştırmalı Yerel Yönetimler**, Ankara, Orion Yayınları, 2008, s.143.

<sup>98</sup> İngiltere’de merkezi yönetim bünyesinde yapılandırılmış standart bir il örgütlenmesi yokken, standart bir bölge örgütlenmesi oluşturulmuştur. Bölge idarelerinin başında, hükümet tarafından atanan bir bölge yöneticisi (director) vardır. Bölge idarelerinin, bölgesel düzeyde doğrudan kamusal hizmet yürütme sorumlulukları yoktur. Bölge idarelerine merkezi yöne-

bünyesinde bölge meclisleri bulunmaktadır. Bölge meclisleri, yerel hizmetler konusunda doğrudan sorumlu birimler olmuşlardır<sup>99</sup>.

Bölgenin içerisinde ise, 200'den fazla seçmene sahip en küçük idari birim olan köy (parish) bulunmaktadır. Köylerin bazılarının meclisleri bulunmakta ve yerel hizmetler bu meclisler tarafından yerine getirilmektedir. Bazı köylerin ise, nüfusları az olduğundan meclisleri bulunmamakta ve köyde yaşayan halk bir araya gelerek karar almaktadır<sup>100</sup>.

İngiltere'de merkezi yönetimin taşra teşkilatının olmamasından dolayı birçok kamu hizmeti yerel yönetimler tarafından yerine getirilmektedir. İngiltere'de yerel yönetimler, kanun ile kendilerine verilmemiş görevleri resen icra edememekle birlikte, 2000 yılında yapılan değişikliklerle ekonomik, sosyal gelişme ve çevre<sup>101</sup> ile ilgili konularda yerel ihtiyaçlara göre açıkça yetkili kılınmasalar dahi<sup>102</sup> hizmet verebilmektedirler<sup>103</sup>. Yerel yönetimler, bu hizmetlerin yerine getirilmesinde ihtiyaç duydukları memurları atama yetkisine de haizdirler<sup>104</sup>. Yerel yönetimlerin son derece önemli bu rolüne rağmen, merkezi idarenin yerel yönetimler üzerindeki vesayeti oldukça güçlüdür<sup>105</sup>.

---

tim ile yerel yönetimler arasındaki işbirliğini geliştirme gibi önemli bir misyon yüklenmiştir. Bkz. Karasu, **a.g.e.**, s.187.

<sup>99</sup> Çevre sağlığının korunması konusundaki hizmetler, merkezi yönetim ile il ve bölge meclisleri arasında paylaşılarak yerine getirilmektedir. Ayrıca trafik düzenlemeleri, ulaştırma hizmetleri ve konut hizmetleri gibi alanlar da hizmet sunma yetkisi yerel yönetimlere bırakılmıştır. Bkz. İnaç, Ünal, **a.g.m.**, s.131-132.

<sup>100</sup> **A.m.**, s.128.

<sup>101</sup> İngiltere'de 2011 yılında Yerel Yönetim kanunu (Localism Act 2011) çıkarılmıştır. Bu yasa yerel yönetimlerin örgütlenmelerine ilişkin önemli değişiklikler getirmiştir. Kanunun kapsamı coğrafi alan açısından ayrı ayrı belirtilmektedir. Ayrıca önceki kanunda, yerel yönetimler konut, sosyal hizmet ve çevre alanlarında oldukça yetkili kılınmış iken, yeni kanunda bu konulara sınırlı olarak yer verilmiştir.2011 yılında çıkarılan bu kanun ile iç güvenlik hizmetlerinden sorumlu yerel nitelikteki özerk polis otoriteleri kaldırılarak bu birimlerin yerine Polis ve suç komiserliği isminde yarı özerk nitelikli birimler oluşturulmuştur. Bu yeni uygulama ile iç güvenlik hizmetlerinde, yerel yönetimlerden biraz daha uzaklaşıldığı görülmektedir. Karasu, **a.g.e.**, s.201-208.

<sup>102</sup> Yamaç, **a.g.m.**, s.12: "Merkezi yönetim tarafından, yerel yönetimlere belirli alanlarda harcamaya yetkisi tanınmıştır. 2000 yılındaki yerel yönetim yasası ile **yetki aşımı ilkesi esnetilerek ekonomik, sosyal ve çevre ile ilgili konularda, yasa ile kendilerine tanınmayan yeni fonksiyonları üstlenebilme olanağına sahip olmuşlardır. Yerel yönetimler, bütçelerininin %60-70'lik kısmını sosyal harcamalara ayırmaktadır.**" (Vurgular tarafıma aittir.)

<sup>103</sup> Karasu, **a.g.e.**, s.145.

<sup>104</sup> M. Ali Yıldırım, "Tarihi Gelişim İçinde İngiliz Mahalli İdareleri", **Türk İdare Dergisi**, S.389, Y.1990, s.167-196, s.175.

<sup>105</sup> Koçak, **a.g.e.**, s.142-143.



İngiltere’de polis hizmetleri<sup>106</sup>, itfaiye ve tüketicinin korunması ile ilgili hizmetler, yerel yönetimler tarafından yerine getirilmektedir. Bu hizmetlerden tüketici haklarının korunmasına ayrıca değinilmesinde fayda bulunmaktadır. Çünkü yerel yönetimler özellikle bu konuda, oldukça yetkili kılınmışlardır. Nitekim satılan her türlü yiyecek, giyecek gibi eşyaların standart ve kalite uygunluğu, yerel yönetimler tarafından denetlenmektedir. Bunun dışında, hayvanlarla ilgili her türlü koruyucu hizmetler ve ruhsal işlemler de yerel yönetimlerin yetkileri arasındadır<sup>107</sup>.

Parlamentar hükümet sisteminin uygulandığı Almanya’da, bugünkü yerel yönetim sisteminin temeli 19. yüzyılda Prusya’da atılmış olmakla birlikte, yerel demokrasi geleneğinin kökleri, ortaçağ kentleri tarafından alınan haklara kadar gitmektedir<sup>108</sup>.

Almanya Cumhuriyeti, federal bir devlet görüntüsündedir. Federal Almanya, Anayasa’nın öngördüğü sosyal devlet anlayışının hayata geçirilebilmesinde önemli yeri bulunan yerinden yönetim ilkesini benimseyen bir yönetim biçimini kabul etmektedir<sup>109</sup>.

Almanya’nın idari yapılanmasında yer alan birimler, federal devletler, ilçeden bağımsız büyükşehirler, ilçeler ve belediyeler olarak sayılmaktadır<sup>110</sup>. Yerel yönetim birimlerinden olan belediyelerin, kendi sınırları içinde, yasalar çerçevesinde ve kendi sorumlulukları altında, yerel halka sunulacak hizmetleri düzenleme hakları Anayasa ile güvence altına alınmıştır<sup>111</sup>. Bu hak belediyelere, federal hükümet ve eyaletlerin özel olarak yetkilendirildikleri alanlar dışında geniş bir çerçeve çizmektedir. Bununla birlikte, belediyelerin örgüt

---

<sup>106</sup> 20. Yüzyılın başlarında yerel yönetimlerin eğitim alanındaki işlevselliği ön planda iken, 20. Yüzyılın ortalarında artarak devam eden bu işlevsellik, Thatcher döneminde önemli oranda azalmıştır. İç güvenlik alanına bakılacak olunursa, kamu düzenini sağlama görevi 18. Yüzyılın ortalarından itibaren köy ve kasaba meclislerinde olmuştur. 1946 yılında çıkarılan İç Güvenlik Hizmetleri Kanunu ile yerel yönetimlerin kamu düzenini sağlamaya ilişkin görevleri sıralanmıştır. Zaman içerisinde eğitim hizmetleri olduğu gibi iç güvenlik hizmetleri de yerel yönetimlerin denetiminden çıkarılmıştır. Bkz. Karasu, **a.g.e.**, s.208.

<sup>107</sup> İnaç, Ünal, **a.g.m.**, s.131-132.

<sup>108</sup> **Yerel Yönetim Yapıları**, s.49.

<sup>109</sup> Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası m.20: “(1) *Almanya Federal Cumhuriyeti, demokratik ve sosyal bir Federal Devlettir.*” (Çevrimiçi) <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209276.pdf>, 02.12.2014.

<sup>110</sup> Hüseyin Erkul, **Türkiye’de Yerel Yönetimler**, Ankara, Detay Yayıncılık, 2010, s.13.

<sup>111</sup> Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası m.28: “(2) *Belediye ve köylerine, yasaların çerçevesi içerisinde, kendi sorumluluklarının temelinde yerel topluluğun tüm işlerini düzenleme hakkı verilmelidir.*” (Çevrimiçi) <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209276.pdf>, 02.12.2014.

yapılarının belirlenmesi eyaletlere bırakılmış olması nedeniyle belediyelerin nitelikleri eyaletten eyalete farklılık göstermektedir<sup>112</sup>.

### C. Yarı - Başkanlık Sistemi

#### 1. Sisteme Genel Bir Bakış

Dördüncü Fransız Cumhuriyeti döneminde Fransa'da devletin bütünlüğü ve sürekliliği ciddi tehlikelerle karşılaşmış, yürütme kuvveti zayıflayarak Fransa'yı yönetemez duruma düşmüştür<sup>113</sup>. Yine o dönemde siyasi partiler arasındaki çekişmeler neticesinde yasama organı toplum yaşamı için zorunluluk arz eden yasaları çıkaramamış, yasama yetkisinin bir bölümünü yürütmeye bırakmaya ilişkin yapılan çalışmalardan da sonuç alınamamıştır<sup>114</sup>.

Ülkedeki bu gelişmeler neticesinde, 1958 Anayasası ile Beşinci Cumhuriyet Dönemi'nde yarı-başkanlık rejimi diye bilinen yönetim biçimi geliştirilmiştir<sup>115</sup>. Fransa'ya ek olarak Portekiz, Finlandiya, İzlanda, Avusturya ve İrlanda gibi ülkelerde bu rejimin örnekleri görülmektedir<sup>116</sup>.

Yarı-başkanlık sistemi özünde, yukarıda bahsedilen başkanlık sistemi ve parlamenter sistemden özellikler barındırmaktadır. Bu sistemde devlet başkanı, doğrudan halk tarafından seçilmektedir. Ayrıca devlet başkanına geniş yetkiler tanınmaktadır. Bu yönleriyle sistem, başkanlık sistemine benzer özellikler göstermektedir<sup>117</sup>.

Yasama organı ile yürütme organı arasındaki etkileşim ise, sistemi parlamenter sisteme yaklaştırmaktadır. Buna göre, yürütme organı, devlet başkanı ve bakanlar kurulundan oluşmaktadır. Yürütmenin bir kanadı olan bakanlar kurulu, yasama organından aldığı güven ile görevde kalmaktadır<sup>118</sup>.

<sup>112</sup> Yerel Yönetim Yapıları, s.50.

<sup>113</sup> Turhan, a.g.e., s.78.

<sup>114</sup> Sartori, a.g.e., s.199 v.d.'da başkanlık sistemi ve parlamenter sistemin eksiklik ve aksaklıklarına değinerek, olabildiğince az sorun çıkarma potansiyeline sahip ve dengeli bir sistem olarak yarı-başkanlık ya da alternatif başkanlık sistemini işaret etmektedir.

<sup>115</sup> Özbudun, a.g.m., s.206: "Prototipini 1958 Beşinci Cumhuriyet Fransız Anayasası'nın oluşturduğu yarı başkanlık sistemi ise, bir bakıma iki ana tipin bazı unsurlarını kendine birleştiren bir karma tip olarak nitelendirilebilir."

<sup>116</sup> Köker, a.g.m., s.22: "(...) günümüz dünyasında yarı başkanlık sistemi ile yönetilen ülkelerin sayısı otuzun biraz altındadır. Bunlar arasında yer alan Avrupa ülkeleri ise, Fransa dışında, Portekiz, Romanya, Rusya, Ukrayna gibi istisnai denebilecek ve demokratik hukuk devleti açısından örnek oluşturmaları pek de mümkün görünmeyen ülkelerdir."

<sup>117</sup> Sartori, a.g.e., s.161'de yarı-başkanlık sisteminin, tek merkezli bir otorite yapısı yerine ikili bir otorite yapısı geçirmek suretiyle başkanlık sistemini tam ikiye böldüğünden "yarı" olduğunu söylemektedir.

<sup>118</sup> Turhan, a.g.e., s.78: "(...) Duverger'e göre, yarı başkanlık rejimlerinin değişik biçimlerde uy-

## 2. Sistemin Yerinden Yönetim İlkesi İle İlişkisi

Yarı-başkanlık sistemi, gerek doğuşu ve gelişimi gerekse de uygulanması bakımından Fransa ile birlikte anılır olması bakımından anlamlıdır. Bu nedenle sistemin yerinden yönetim ilkesi ile ilişkisi incelenirken, Fransa'daki konuya ilişkin gelişmeler ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Fransız devlet yapısı, yukarıda bahsi geçen Beşinci Cumhuriyet Dönemi'ne kadar çok sayıda değişiklik yaşasa da, yönetim kültürü aynı esasta kalmıştır. Buna göre 1958 Fransa Anayasası'nın 20. maddesi<sup>119</sup>, ulusal ölçekte politikaları belirleme ve yönlendirme yetkisini hükümete vermektedir. Anglo-sakson ülkelerinde görülen çoğulculuk ve yürütme yetkisine sınır getirme, Fransız siyasi kültürünün geleneksel unsurları arasında yer almamaktadır<sup>120</sup>. Fransa'nın merkeziyetçi yönetim geleneğine sahip bir ülke olduğu ve yerel yönetim kurumlarının devlet yapılanmasında ikincil konumda oldukları genel kabul gören bir görüş<sup>121</sup> olarak ön plana çıkmaktadır<sup>122</sup>.

Bu kabule uygun olarak, Fransız yerel yönetim sisteminin tekçi bir devlet yapılanması içinde oluştuğunu ve Fransız devriminden sonra şekillenen, merkeziyetçiliğin esas alındığı kamu yönetimi modelinde yerel yönetimlerin merkezi idarenin sıkı denetimi altında faaliyetlerini yürüttüklerini söylemek gerekmektedir. İdarenin bu sıkı denetimine paralel olarak, yerel yönetimler de aşamalı ve yavaş bir gelişme gösterebilmişlerdir<sup>123</sup>. Ancak küreselleşme ve yerelleşme, Fransız yönetim anlayışını etkilemekte ve bu iki olgu, iktidarı va-

---

*gulanması söz konusudur. Bu değişik biçimde uygulanma dört değişkenle açıklanabilir: (1) Anayasanın içeriği; (2) gelenek ve bazı koşullar; (3) parlamenter çoğunluğun bileşimi; (4) cumhurbaşkanının çoğunluk karşısındaki durumu. Bu değişkenlerden ilk ikisi dış; son ikisi de iç değişkenler olmaktadır.”(Vurgu tarafıma aittir.)*

<sup>119</sup> 1958 Fransa Anayasası m.20: “Hükümet milli politikayı belirler ve yürütür.”(Çevrimiçi) <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/07-FRANSA%20169-208.pdf>, 03.12.2014.

<sup>120</sup> **Yerel Yönetim Yapıları**, s.40.

<sup>121</sup> Duco Bannink, Ringo Ossewaarde, “Decentralization: New Modes of Governance and Administrative Responsibility” **Administration & Society**, Vol. 44(5), SAGE Publications, pp.595-624, s.606.

<sup>122</sup> **Yerel Yönetim Yapıları**, s.41: “İngiliz yerel yönetim sistemindeki ‘yerel öz-yönetim’ anlayışı, Fransız sistemi için geçerli değildir. İngiltere’de yerel yönetimler seçilmiş yerel meclisleri ile, kendi sınırları içinde temel kamusal hizmetleri yürütme yetkisine sahip olup, Fransa’da olduğu gibi yerel yönetimler, merkezi yönetimle birlikte devletin birer parçası değildirler (...) Fransa’da birçok hizmet ‘yerel’ nitelikte olmasına karşın, merkezi yönetimin taşra teşkilatlarına yerine getirilmektedir.”

<sup>123</sup> Ramazan Şengül, “Fransa’da Yerinden Yönetim Politikalarının Belediye Yönetimine Etkileri” (Fransa’da Yerinden Yönetim), **Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, C.9, S.20, Y.2012, s.31-44, s.32.

tandaş ve özel aktörlere daha fazla sorumluluk vermeye zorlamaktadır<sup>124</sup>.

Fransa'da, yerinden yönetim sistemi üç kademelidir. Aşağıdan yukarıya doğru olmak üzere bunlar, belediye (commune)<sup>125</sup>, il yerel yönetimi (departement) ve bölge yerel yönetimi (region)<sup>126</sup> olarak sayılmaktadır. İl yerel yönetimleri ve bölge yönetimleri idari ve ekonomik ihtiyaçları karşılamak üzere kurulmuş birimler iken; belediyeler, yerel topluluğun ortak ihtiyaçlarını karşılayan, ortak gaye ve bilincin görünümü olan doğal birlikteliklerdir<sup>127</sup>.

Fransa'da, özellikle 1980'li yıllardan itibaren uygulamaya geçirilen yerinden yönetim politikaları ile beraber, belediyelerin idari ve mali kapasiteleri güçlendirilmiştir. Bu politikaların sonucu olarak, belediyelerin gelir ve görevlerinde artış ve çeşitlenme meydana gelmiştir. Yerel yönetim sisteminin temeli ve geleneksel özellikler gösteren birimi olan belediyeler tarafından, halka götürülmesi gereken hizmetler karşılanmaya çalışılmaktadır. Böylece halka en yakın birimler olan belediyeler, günlük yaşamın her alanında hizmet üretmektedir<sup>128</sup>.

Bir başka yerinden yönetim birimi olarak bölge yerel yönetimleri, idari yapı içerisindeki konumu nedeniyle sürekli tartışma konusu olmaktadır. Üniter devlet yapılanmasına gelebilecek olası zararlar nedeniyle işlevlerini tam anlamı ile ortaya koyamasa da yerinden yönetimi güçlendirmeyi amaçlayan hükümet programları Fransa'da kabul edilmiştir. 17 Mart 2003 tarihinde Kongre'de kabul edilen anayasa değişikliği ile yerinden yönetim ilkesi, bir anayasal hüküm haline getirilmiştir<sup>129</sup>. Bölge yerel yönetimlerinin Avrupa Birliği ülkeleri

<sup>124</sup> Bannink, Ossewaarde, **a.g.m.**, s.617.

<sup>125</sup> Şengül, "Fransa'da Yerinden Yönetim", s.33: "*Fransa'da belediyelerin tüzel kişilik kazanması 5 Nisan 1884 Kanunu ile olmuştur. Bu kanunun iki temel özelliği bulunmaktadır. Birincisi, kanun belediyeleri genel yetkili kuruluşlar olarak düzenlemiştir. İkincisi, belediyeler serbestçe yönetilme ve tüzel kişiliğinin sonucu olarak hak ve ehliyetlere sahip olma imkanına kavuşmuştur.*"

<sup>126</sup> Bölge yerel yönetimlerinin devletin üniter yapısına aykırılık teşkil edip etmeyeceği noktasında yapılan değerlendirmede, 2 Mart 1982 tarihli yasa ile bu yönetimlerin, yasaların belirleyeceği alanda ve göstereceği koşullarda, devlet ve diğer yerel yönetimlerin etkinliklerini tamamlama noktasında faaliyette bulunacakları belirlenmiştir. Ayrıca Yasa, bölge yerel yönetimlerinin devletin tekçiliğine ve ülke bütünlüğüne tehdit oluşturmayacağına altını çizerek Fransa'nın devlet yapılanmasındaki hassasiyetini vurgulamıştır. Bkz. Ramazan Şengül, "Fransa'da Bölge Yerel Yönetimlerinin İdari Sistem İçindeki Yeri" (Fransa'da Bölge Yerel Yönetimleri), **Türk İdare Dergisi**, S.448, Y.2005, s.61-68, s.64 vd.

<sup>127</sup> Fransa'da köy yönetimlerinin olmaması ve bu nedenle belediyelerin halka yakınlık anlamında yeri doldurulamaz kuruluşlar olması, belediye sayısının çok yüksek olmasına neden olmuştur. Bkz. Şengül, "Fransa'da Yerinden Yönetim", s.34.

<sup>128</sup> **A.m.**, s.43.

<sup>129</sup> 1958 Fransa Anayasası m.1: "*Fransa, bölünmez, laik, demokratik sosyal bir Cumhuriyettir. Köken, ırk veya din ayrımı yapmaksızın, tüm vatandaşların yasa önünde eşitliğini garanti eder. Her inanca saygılıdır. İdari yapısı yerinden yönetim esasına dayanır.*" (Çevrimiçi)

düzeyinde de önem kazanmasına paralel olarak yapılan bu anayasa değişikliği, bölgesel yönetimlerin güçlendirilmesi adına en temel ve önemli adım olarak yorumlanmaktadır<sup>130</sup>.

Bölge yerel yönetimlerinin yapılanmasında karar organı olarak öne çıkan bölge meclisleri, seçimle oluşturulmaktadır. Bölge meclisleri kendi içinden bir başkan seçmektedir. 2 Mart 1982 tarihli Yasa'nın 59. maddesi, bölge meclisinin bölge ile ilgili işleri görüşerek karara bağlayacağını hüküm altına almaktadır. Buna ek olarak bölge meclisi, kendisine verilen görevleri yerine getirirken belediyelerin ve il yerel yönetimlerinin özerkliğini zedelemeyecek şekilde, bölgenin ekonomik, sosyal<sup>131</sup> ve kültürel gelişmesini sağlama konusunda yetkili kılınmaktadır.

Yine Fransa'nın yerinden yönetim sistemi içinde yer alan il yerel yönetimleri ise, ülkede yerel yönetim reformunun başladığı 1982 yılında, daha önce valinin yerine getirdiği yürütme görevinin il yerel yönetiminin karar organı olan il genel meclisine bırakılması ile önemli bir konuma yerleşmiştir. Böylelikle il idarelerinde gerçek bir yerel yönetimin uygulanmasının ölçütü olan hizmetlerin görülmesinin ve buna bağlı yetkilerin kullanılmasının yerel seçilmişlere bırakılması ilkesi hayata geçirilmiştir. İl yerel yönetimlerinin bayındırlık, eğitim, ulaşım ve spor başta olmak üzere farklı alanlarda hizmet sunumu noktasında görevleri bulunmaktadır<sup>132</sup>.

Sonuç olarak, merkeziyetçi bir idari yapı ve geleneğe sahip olan Fransa, bölge yerel yönetimleri oluşturarak yerinden yönetim ilkesinin gerçekleştirilmesi açısından önemli bir adım atmıştır. Bölge yerel yönetimlerinin hayata geçirilmesi ile ülkenin federal yapıya geçtiği ya da geçeceği kuşkusuz bir kenara bırakılırsa, bu birimler, bölgesel planlamayı kolaylaştırmayı ve bölgeler arasındaki eşitsizlikleri gidermeyi amaçlayan birimler olarak, dikkate değer görünmektedir. Bahsedilen amaçlara giden yolda, bölge halkını yerel sorunların tespiti ile bu sorunların çözümü sürecine ortak etmek, söz konusu birimlere biraz daha önem kazandırmaktadır<sup>133</sup>.

---

<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/07-FRANSA%20169-208.pdf>, 04.12.2014.

<sup>130</sup> Şengül, "Fransa'da Bölge Yerel Yönetimleri", s.65.

<sup>131</sup> Pranab Bardhan, "Decentralization of Governance and Development", **Journal of Economic Perspectives**, Vol.16, No.4, Fall 2002, pp.185-205, s.185'de gelişmiş ülkelerde yerinden yönetimin teori ve pratikteki örneklerinin büyük çoğunluğunu, sosyal hizmetlerin yerine getirilmesinin oluşturduğunu söylemektedir.

<sup>132</sup> Yusuf Erbay, "Fransa'da İdari Sistem ve Yerel Yönetimler", *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, C.8, S.2, Nisan 1999, s.58-74, s.65.

<sup>133</sup> Şengül, "Fransa'da Bölge Yerel Yönetimleri", s.67.

Yine hükümet sistemi olarak yarı-başkanlık sisteminin özelliklerini taşıyan Portekiz, yerinden yönetim ilkesini anayasasında yoğunlukla işlemesi bakımından konuya ilişkin çarpıcı bir örnek oluşturmaktadır. Portekiz Cumhuriyeti Anayasası, temel ilkeler başlığı altında düzenlenen 6. maddesinde, ülke yapılılanmasında yerinden yönetim ilkesinin esas alınacağına vurgu yapmaktadır<sup>134</sup>. Bu hükme ek olarak Anayasa, yerinden yönetim başlığını taşıyan 237. maddesinde, yerel yönetimlere ilişkin kanuni düzenlemelerin idari yerinden yönetim ilkesine uygun olarak gerçekleştirileceğini belirtmektedir<sup>135</sup>.

Portekiz Cumhuriyeti Anayasası, 236. maddesinde<sup>136</sup>, Portekiz anakarasında bulunan yerel yönetim birimlerini, bucaklar, belediyeler ve idari bölgeler<sup>137</sup> olarak saymakta ve 238. maddesinde<sup>138</sup> yerel yönetimlerin kendi varlıklarına ve maliyelerine sahip olduklarını söylemektedir.

## SONUÇ

Yerinden yönetim kavramı<sup>139</sup>, finansal, politik ve idari yetki ve görevlerin

<sup>134</sup> Portekiz Cumhuriyeti Anayasası m.6: “Devletin yapısı üniterdir ve özerk ada özyönetim sistemine ve katmanlı yetki ilkesine, yerel yönetimlerin özerkliğine ve kamu yönetiminde demokratik, yerinden yönetim ilkesine saygı çerçevesinde örgütlenir ve fonksiyonunu yerine getirir.” (Çevrimiçi) <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/13-PORTEK%C4%B0Z%20439-532.pdf>, 04.12.2014.

<sup>135</sup> Portekiz Cumhuriyeti Anayasası m.237: “(1) Kanun idari adem-i merkezîyetçilik ilkesine uygun olarak, yerel yönetimlerin sorumluluklarını ve teşkilatlanmasını ve organlarının sorumluluklarını düzenler.” (Çevrimiçi) <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/13-PORTEK%C4%B0Z%20439-532.pdf>, 04.12.2014.

<sup>136</sup> Portekiz Cumhuriyeti Anayasası m.236: “(1) Anakarada, yerel yönetim birimleri bucaklar, belediyeler ve idari bölgelerden oluşur.” (Çevrimiçi) <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/13-PORTEK%C4%B0Z%20439-532.pdf>, 04.12.2014.

<sup>137</sup> Ziya Güney, “Portekiz’de Mahalli İdareler”, (Çevrimiçi) [www.ziyaguney.com/dosyalar/word/portekiz.doc](http://www.ziyaguney.com/dosyalar/word/portekiz.doc), 05.12.2014: “ (...) İdari bölgeler henüz kurulmamıştır. Bu sebeple, 1985’te kurulan 18 district (vilayet) hala varlığını sürdürmektedir ve anayasa ile getirilen idari bölgeler kurulana kadar da çalışmaya devam edeceklerdir. Uygulamada, districtler (vilayetler), merkezden uzaklaştırılmış kamu idaresi alanlarıdır.”

<sup>138</sup> Portekiz Cumhuriyeti Anayasası m.238: “(1) Yerel yönetimler kendi varlıklarına ve maliyelerine sahiptirler.” (Çevrimiçi) <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/13-PORTEK%C4%B0Z%20439-532.pdf>, 04.12.2014.

<sup>139</sup> Daniel Treisman, “Decentralization And The Quality of Government”, Department of Political Science, November 2000, (Çevrimiçi) <https://www.imf.org/external/pubs/ft/seminar/2000/fiscal/treisman.pdf>, 24.12.2014, s.2-3’de, yerinden yönetimin birçok farklı görünümü olmakla birlikte, kavrama ilişkin beş farklı kavramsal nitelendirme yapmaktadır. Birinci kavram, yapısal (organik) yerinden yönetimdir. Bir sistemde ne kadar alt kademe var ise sistem o kadar yerinden yönetime uygundur. Örnek olarak Singapur merkezi hükümetten ayrı bir yerel yönetim sistemine yer vermez iken; Çin, merkezi hükümetin altında dört aşamalı bir sistem kurmuştur. Konuya ilişkin ikinci kavram, karar veren yerinden yönetim-

alt birimlere aktarılması olarak tanımlanmakta ve dünya çapında farklı nedenler, adımlar<sup>140</sup> ya da anlamlar neticesinde şekillenmektedir. Dolayısıyla yerinden yönetim kavramının kolay şekilde tanımını vermek oldukça zordur<sup>141</sup>.

Merkezi yönetim ile yerinden yönetim birimleri arasındaki ilişkiler, siyasal, sosyal ve ekonomik gelişmelerin etkileşimi ile şekillenen kamu yönetiminin niteliğini belirleyen önemli bir unsur olarak ön plana çıkmaktadır. Buradan hareketle, merkezi yönetim ile yerinden yönetim birimleri arasındaki ilişkilerin, hukuki ve karşılıklı hoşgörüye dayalı sağlam bir zeminde yürütülmesi zorunluluk arz etmektedir.

Merkezi yönetim ile yerinden yönetim birimleri arasında kurulacak bu ilişkiler, en üstte yer alan birimden en alt kademedeki birime kadar uzanmalı ve sağlıklı bir etkileşim ortamı yaratılmalıdır. Zira demokratik katılım ve denetimin olmadığı bir ortamda hiçbir yönetim sisteminin sağlıklı bir şekilde işlemesi ve sorunlara çözüm üretmesi olanaklı değildir. Bu açıdan bakıldığında, merkezi yönetim ile yerinden yönetim sistemini oluşturan her birimin, insan kaynakları, örgütsel kültür, yönetim geleneği gibi faktörler açısından *birleşik kaplar kuralı* misali benzerlikler taşıdığı gözden uzak tutulmamalıdır<sup>142</sup>.

Günümüzde merkeziyetçilik ekseninde örgütlenen devlet yapılarının kaçınılmayacak bir değişim ve dönüşüme maruz kaldıkları tespit edilmektedir<sup>143</sup>. Söz konusu değişimin gereği olarak, merkezi yönetim sisteminin, en azından coğrafi yerinden yönetim kuruluşlarının demokratik niteliklerine benzer şekilde bir yapısal dönüşüme ihtiyacı bulunmaktadır<sup>144</sup>. Bu bakımdan tüm taşra yönetimleri ile yerel yönetim birimlerinin birlikte ele alınarak, il ve ilçe yerel yönetimleri

---

dir. Üçüncü kavram, kaynağa sahip yerinden yönetimdir. Dördüncü kavram seçimle gelen yerinden yönetim iken, son kavram kurumsal yerinden yönetimdir. Bu yerinden yönetimin değeri ve işlevi, bireylerin yerel düzeyde tüm ülkeyi ilgilendiren konulara ilişkin (ör, anayasa değişikliği) söz sahibi olabilmesinin sınırları ile ölçülmektedir.

<sup>140</sup> Yerinden yönetim sistemi, yetki ve hakimiyetin merkezi yönetimden uzaklaşarak yerel yönetimlere doğru yaklaşması olarak anlaşılmalı birlikte, bu sistem, öncelikli olarak finansal yetkilere, ikinci derecede ise, siyasal ve politik yetkilere odaklanmaktadır. Bkz. Rodden, **a.g.m.**, s.482.

<sup>141</sup> Litvack, Ahmad, Bird, **a.g.m.**, s.4.

<sup>142</sup> Mahmutoğlu, **a.g.m.**, s.160. (Vurgu tarafıma aittir.)

<sup>143</sup> Turgut, **a.g.m.**, s.18.

<sup>144</sup> Yerinden yönetim sisteminin yararları üzerine yapılan kayda değer tartışmaların odak noktası, esas itibari ile kamu mal ve hizmetlerinin büyük ölçüde çeşitlenmesi ile birlikte, yolsuzlukların engellenmesi konusunda yerinden yönetim birimlerinin oynadıkları rollerdir. Bkz. Raymond Fisman, Roberta Gatti, "Decentralization and Corruption: Evidence from U.S. Federal Transfer Programs", **Public Choice**, Vol.113, 2002, pp.25-35, s.25.



şeklinde yeni ve yeniden bir düzenlemeye gidilmesi düşünülmelidir<sup>145</sup>.

Hükümet sistemleri tercihinde<sup>146</sup> ülkedeki siyasi partilerin güçleri, ideolojik yakınlık ve uzaklıkları, sistemin kendi içinde barındırdığı kontrol ve denge mekanizmaları ile siyasal kültürün temel özellikleri göz önüne alındığı düşünülürse<sup>147</sup>, seçilen sisteme uygun ve etkin bir yerinden yönetim ideali de sisteme dahil edilmelidir.

Hükümet sistemi tercihi ister başkanlık, ister parlamenter, isterse de yarı-başkanlık sistemi olsun ya da bir başka formül belirlensin, ülke yapılanmasının yerinden yönetim ilkesine göre şekillendirilmesi ve merkezîyetçi devlet geleneğinin terk edilmesi gerekmektedir.

Kamu hizmetlerinin sunumunda, yerinden yönetim idarelerinin genel görevli olduğu esas benimsenmeli ve üstlendikleri hizmetleri gerçekleştirebilmeleri adına, mali yapıları yeniden düzenlenmelidir<sup>148</sup>. Bu yönde yerel yönetimlerin finansmanının kendileri tarafından gerçekleştirilmesi inancına ağırlık verilmeyle birlikte büyük ölçekli projelerin gerçekleştirilmesinde merkezi yönetimin katkısı olması esas benimsenmelidir<sup>149</sup>.

Son olarak, genel yönetimin kamu hizmet politikaları çerçevesinde, belirli bir denetim ve gözetim altında, ilgili hizmetlerin yeterli özerklikle donatılmış yerinden yönetim birimlerine bırakılması, çağdaş gereksinmelere en uygun çözüm olarak gözükmektedir<sup>150</sup>.



---

<sup>145</sup> Mahmutoğlu, **a.g.m.**, s.164.

<sup>146</sup> Hükümet sistemlerinin tek başlarına bir devleti ve milleti esenliğe çıkaracak vasıtalar olmadığı unutulmamalıdır. Önemli olan idarecilerin iyi niyetli olması, kamu hizmetlerinde kamu yararının ön planda tutulması ve kişi hak ve hürriyetlerinin korunması ve kötüye kullanılmamasıdır. Sosyal bir kurum olan devlet, tek bir faktörle kurulmadığı gibi, tek bir faktörle de esenliğe kavuşmaz ve o devletin halkı da refah seviyesine erişemez. Bkz. Armağan, **a.g.m.**, s.13.

<sup>147</sup> Hakyemez, **a.g.m.**, s.17.

<sup>148</sup> Kamu yönetimi örgütüne ve işleyişine ilişkin eleştiriler, bu örgütlerin ağır işleyen ve verimsiz bulunduğu noktasında toplandığına göre, bir idari reformun temel amaçları, “*az tüketme*”, “*hız*” ve “*etkililik*” olmalıdır. Bkz. Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, **a.g.e.**, s.259. (Vurgular yazarına aittir.)

<sup>149</sup> Ramazan Çağlayan, “Yeni Anayasa ve İdari Teşkilat”, **Liberal Düşünce**, S.66, Y.17, Bahar 2012, s.77-81, s.80.

<sup>150</sup> Sencer, **a.g.m.**, s.160.



### KAYNAKÇA

- Akyol, Taha: **Atatürk'ün İhtilal Hukuku**, İstanbul, Doğan Kitap, Şubat 2012.
- Akyol, Taha: Eyalet Sistemi, (Çevrimiçi) <http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/22928401.asp>, 11.11.2014.
- Armağan, Servet: "Memleketimizde Başkanlık Sistemi Hazırlıkları (Uygulaması) Aleyhine Bazı Düşünceler", **İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.3, Y.2014, s.9-26.
- Arslan, M. / Biniş, M.: "Amerika Birleşik Devletleri'nde Mahalli İdarelerin Mali Yapısı ve Merkezi İdare İlişkileri", **Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi**, C.9-1, Nisan 2014, s.149-174.
- Aslam, G. / Yılmaz, S./ Gürkan, A.: "A Framework to Assess Administrative Decentralization", How-to Notes and Case-Study Learning Series, No.129, June 2010, (Çevrimiçi) <http://www-wds.worldbank.org>, 23.12.2014.
- Ayhan, Ufuk: "Amerika Birleşik Devletlerinde Yerel Yönetimler", **Sayıştay Dergisi**, Sayı:70, s.103-120.
- Bannink,D./ Ossewaarde,R: "Decentralization: New Modes of Governance and Administrative Responsibility" **Administration & Society**, Vol. 44(5), SAGE Publications, pp.595-624.
- Bardhan, Pranab: "Decentralization of Governance and Development", **Journal of Economic Perspectives**, Vol.16, No.4, Fall 2002, pp.185-205.
- Bülbül, Duran: "Kamu Yönetiminde İdari ve Mali Paylaşım Uygulaması: Amerika Birleşik Devletleri Örneği", **Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, C.2, S.2, Y.2001, s.67-74.
- Cates Barnett, C. /Minis, H. / VanSant, J.: "Democratic Decentralization", Research Triangle Institute, 1997, (Çevrimiçi) [http://www.rti.org/pubs/democr\\_decen.pdf](http://www.rti.org/pubs/democr_decen.pdf), 24.12.2014.
- Cohen, J. /Peterson, S.: "Administrative Decentralization: A New Framework for Improved Governance, Accountability and Performance", (Çevrimiçi) <http://www.cid.harvard.edu/hiid/582.pdf>, 24.12.2014.
- Çağlayan, Ramazan: "Yeni Anayasa ve İdari Teşkilat", **Liberal Düşünce**, S.66, Y.17, Bahar 2012, s.77-81.
- Çınarlı, Serkan: "ABD'de Yerel Yönetimin Ana Hatları", **Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, C.12, S.1, Y.2011, s.265-280.

Duran, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982.

Erbay, Yusuf: “Fransa’da İdari Sistem ve Yerel Yönetimler”, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, C.8, S.2, Nisan 1999, s.58-74.

Erkul, Hüseyin: **Türkiye’de Yerel Yönetimler**, Ankara, Detay Yayıncılık, 2010.

Eryılmaz, Bilal: **Kamu Yönetimi**, 6. Baskı, Kocaeli, Umuttepe Yayınları, 2013.

Faguet, Jean-Paul: “Decentralization and Governance”, **Economic Organisation and Public Policy Discussion Papers**, EOPP.027, June 2011, (Çevrimiçi) <http://sticerd.lse.ac.uk/dps/eopp/eopp27.pdf>, 24.12.2014.

Fendoğlu, Hasan Tahsin: “Başkanlık Sistemi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.1, Y.2012, s.39-60.

Fisman, R. /Gatti, R.: “Decentralization and Corruption: Evidence from U.S. Federal Transfer Programs”, **Public Choice**, Vol.113, 2002, pp.25-35.

Giritli, İ. / Bilgen, P./ Akgüner, T. / Berk, K.: İdare Hukuku, Güncellenmiş 6. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2013.

Gözler, Kemal: **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, C.I, Bursa, Ekin Kitabevi, Haziran 2011.

Gözler, Kemal: İdare Hukuku, C. I, 2. Bası, Bursa, Ekin Yayınevi, 2009.

Günday, Metin: İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2011.

Güney, Ziya: “Portekiz’de Mahalli İdareler”, (Çevrimiçi) [www.ziyaguney.com/dosyalar/word/portekiz.doc](http://www.ziyaguney.com/dosyalar/word/portekiz.doc), 05.12.2014.

Hakyemez, Yusuf Şevki: Ed. Murat Yılmaz, Yusuf Tekin, **Yeni Anayasada Türkiye’nin Hükümet Sistemi**, Stratejik Düşünce Enstitüsü Analiz, Eylül 2011.

İnaç, H./ Ünal, F.: “İngiltere’de Yerel Yönetimler”, **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S.16, Aralık 2006, s.125-140.

Kaboğlu, İbrahim Ö.: **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2009.

Kalabalık, Halil: **Avrupa Birliği Ülkeleriyle Karşılaştırmalı Yerel Yönetim Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.

Karasu, Koray: **Kamu Yönetimi Ülke İncelemeleri**, 3. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, 2013, s.145-291.

Keleş, Ruşen: **Yerinden Yönetim ve Siyaset**, Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul, Cem Yayınevi, 2011.

Koçak, Yüksel: **Karşılaştırmalı Yerel Yönetimler**, Ankara, Orion Yayınları, 2008.

Köker, Levent: "Tesev Demokratikleşme Programı - Yeni Anayasa Sürecini İzleme Raporu: Yeni Anayasada Temel İlkeler ve Hükümet Sistemi Tercihi", (Çevrimiçi)[http://www.tesev.org.tr/assets/publications/file/Anayasaizleme2\\_08\\_10\\_12.pdf](http://www.tesev.org.tr/assets/publications/file/Anayasaizleme2_08_10_12.pdf), 20.11.2014

Kubalı, Hüseyin Naili: **Anayasa Hukuku Dersleri**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971.

Lijphart, Arend: Çev. Ergun Özbudun, Ersin Onulduran, **Çağdaş Demokratiler (Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri)**, Ankara, Yetkin Basımevi, t.y.

Litvack, J. /Ahmad, J. / Bird,R.: "Rethinking Decentralization in Developing Countries", The International Bank of Reconstruction and Development, Sector Studies Series, September 1988, (Çevrimiçi)<http://www1.worldbank.org/publicsector/decentralization/Rethinking%20Decentralization.pdf>, 24.12.2014.

Mahmutoğlu, Abdulkadir: "Türkiye'de Merkezi Yönetim – Yerel Yönetimler – Mülki İdare İlişkinin Geleceği", **Türk İdare Dergisi**, S.471-472, Haziran-Eylül 2011, s.143-168.

Nadaroğlu, Halil: **Mahalli İdareler**, Yenilenmiş 7. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2001.

Onar, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.II, 3.Bası, İstanbul, Hak Kitabevi, 1966.

Özay, İl Han: **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, Ekim 2004.

Özbudun, Ergun: Hükümet Sistemleri, **Yeni Türkiye Dergisi**, S.51, Y.2013, s.205-208.

Parlak, Bekir: **Türkiye'de İl Genel Yönetimi: Sorunlar, Yaklaşımlar ve Öneriler**, Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Sivas, 1998.

Rodden, Jonathan: "Comparative Federalism and Decentralization: On Meaning and Measurement", **Comparative Politics**, Vol.36, No.4, July 2004, pp.481-500.

Sartori, Giovanni: **Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği (Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçları Üzerine Bir İnceleme)**, Çev. Ergun Özbudun, Ankara, Yetkin Yayınları, 1997.

Sencer, Muzaffer: Yönetimin Tarihsel Evrimi ve Yönetim Sistemleri, **Amme İdare Dergisi**, C.18, S.2, Y.1985, s.141-160.

Şan, Gündüz: “Türkiye’de Kamu Yönetimi’nin Örgütlenmesi: Merkezden Yönetim – Yerinden Yönetim Ayrımı”, **Yerel Siyaset Dergisi**, Sayı 8, Ağustos 2006, (Çevrimiçi) <http://www.yerelsiyaset.com/v4/sayfalar.php?goster=ayrinti&id=402,11.11.2014>.

Şengül, Ramazan: “Fransa’da Bölge Yerel Yönetimlerinin İdari Sistem İçindeki Yeri” (Fransa’da Bölge Yerel Yönetimleri), **Türk İdare Dergisi**, S.448, Y.2005, s.61-68.

Şengül, Ramazan: “Fransa’da Yerinden Yönetim Politikalarının Belediye Yönetimine Etkileri” (Fransa’da Yerinden Yönetim), **Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, C.9, S.20, Y.2012, s.31-44.

Şengül, Ramazan: **Yerel Yönetimler**, 1. Basım, Kocaeli, Umuttepe Yayınları, 2010.

Tortop, Nuri: **Mahalli İdareler**, 4. Baskı, Ankara, TODAİE Yayınları, 1991.

Treisman, Daniel: “Decentralization And The Quality of Government”, Department of Political Science, November 2000, (Çevrimiçi) <https://www.imf.org/external/pubs/ft/seminar/2000/fiscal/treisman.pdf>, 24.12.2014.

Turgut, Kasım: “Türkiye’de Anayasalarda Adem-i Merkeziyet Düşüncesi”, **İdarecinin Sesi**, Mayıs – Haziran 2011, s.13-18.

Turhan, Mehmet: **Hükümet Sistemleri**, Ankara, Gündoğan Yayınları, Şubat 1993.

Uygun, Oktay: **Federal Devlet (Temel İlkeleri, Başlıca Kurumları ve Türkiye’de Uygulanabilirliği)**, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2007.

Yalçındağ, Selçuk: “Yerinden Yönetim Yerel Yönetim”, **Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi**, C.4, S.2, Mart 1995, s.3-19.

Yamaç, Müzehher: “Tarihsel Gelişim İçinde Üniter Bir Yapıda Yerel Yönetim: İngiltere Örneği”, **Namık Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, S.4, Y.2014, s.1-28.

Yanık, Murat: **Başkanlık Sistemi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.

Yayla, Yıldızhan: **Anayasalarımızda Yönetim İlkeleri Tevsi-i Mezuniyet ve Tefrik-i Vezaif**, İstanbul, İÜ SBF Yayınları, 1982.

Yerel Yönetim Yapıları - **TOKİ Yerel Yönetimin Geliştirilmesi Programı Raporlar Dizisi-4 (Yerel Yönetim Yapıları)**, 2. Baskı, İstanbul, IULA-EMME Yayınları, 1994.

Yıldırım, M. Ali: “Tarihi Gelişim İçinde İngiliz Mahalli İdareleri”, **Türk İdare Dergisi**, S.389, Y.1990, s.167-196.

Yıldırım, T. / Yasin, M. / Karan, N.v.d.: **İdare Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.



## AIHM'İN ASKERİ YÜKSEK İDARE MAHKEMESİ İLE İLGİLİ BİR KARARI VE OLASI SORUNLAR

*A Judgement of the ECHR Related to the High Military Administrative Court  
and Probable Problems*

**Hikmet Murat AKKAYA\***

### ÖZET

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına göre Askeri Yüksek İdare Mahkemesi altı yüksek mahkemeden biridir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine göre, herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar konusunda karar verecek olan, yasayla kuru

İmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul sürede görülmesini isteme hakkına sahiptir. Tanışma/Türkiye davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM), Yüksek Mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığına hükmetmiştir. 17/11/2015 tarihli karar, AIHM İkinci Dairesi tarafından verilmiştir. Bu karara göre, hâkim sınıfından olmayan üyelerin mevcut şartlarla görev yapması adil yargılanma hakkı bakımından sorun teşkil etmektedir. Mahkeme, önceki içtihadından farklı bir sonuca ulaştığı için bu kararın Büyük Daire önüne götürülmesi muhtemeldir. Büyük Dairenin kararı aynı şekilde olursa bir Anayasa ve kanun değişikliğine gerek duyulacaktır. Bununla beraber, şu anda bireysel başvuru kapsamında Anayasa Mahkemesinin bu karardan etkilenip etkilenmeyeceği bir merak konusudur. Kanaatimizce, herhangi bir anayasal değişiklik olmaksızın Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadını değiştirmesi mümkün gözükmemektedir.

**Anahtar Kelimeler:** AIHM, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Tanışma/Türkiye, Adil Yargılanma Hakkı, Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi

### ABSTRACT

High Military Administrative Court is a one of the six higher courts according to the Constitution of Turkey. According to European Convention On Human Rights, in the determination of his civil rights, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. In the case of Tanışma v. Turkey, European Court Human Rights (ECHR) held that the High Court was not independent and impartial. The judgment dated 17/11/2015 has been delivered by Second Section of the ECHR. According to this judgment, presence of lay judge members with present conditions constitute problem in terms of right to fair trial. It is possible that this judgment will be referred to the Grand Chamber since the Court reached a different conclusion from the previous case-law. If the Grand Chamber reach same conclusion, it will be required a Constitution and law amendment in

\* Anayasa Mahkemesi Raportör Yardımcısı, hikmet.murat.akkaya@anayasa.gov.tr

Turkey. At the same time, however, it is a matter of curiosity whether the Constitutional Court will be affect or not in the scope of individual application. In my opinion, it does not seem that the Constitutional Court will depart from its established case-law without any constitutional amendment.

**Keywords:** ECHR, High Military Administrative Court, Tanışma v. Turkey, Right To Fair Trial, Individual Application, Constitutional Court



## GİRİŞ

Bilindiği üzere adil yargılanma hakkı, gerek Anayasa'da gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) (Sözleşme) düzenlenen vazgeçilmez bir insan hakkıdır. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının yanında, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisidir<sup>1</sup>.

Bu hakkın kapsamına ilişkin olarak AİHS bir sınırlama getirmişken, Anayasa'nın 36. maddesinde herhangi bir sınırlama olmaksızın herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Bununla beraber, adil yargılanma hakkının diğer Anayasa maddeleri karşısında ya da doğası gereği bir sınırlamaya tabi olduğunun hatırlanmasında yarar vardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi (AYM) bireysel başvuruları incelerken, adil yargılanma hakkının kapsamına ve içeriğine ilişkin olarak Sözleşmenin "*Adil yargılanma hakkı*" kenar başlıklı 6. maddesinden<sup>2</sup> yararlanmaktadır<sup>3</sup>. Bu kapsamda usul kanunlarında yer alan güvencelerden bazıları adil yargılanma hakkı kapsamına girmemektedir<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Anayasa Mahkemesi Genel Kurul Kararı, E.2014/147, K.2015/25, 5.3.2015, § 15.

<sup>2</sup> Adil yargılanma hakkı başlıklı Sözleşmenin 6. maddesinin birinci fıkrası şöyledir: "*Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.*"

<sup>3</sup> Örnek olarak bkz. *Güher Ergun ve diğerleri*, B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 38.

<sup>4</sup> Örnek olarak iki dereceli mahkemede yargılanma hakkı yönünden bkz. *Hikmet Balabanoğ-*



Adil yargılanma hakkı bünyesinde birçok unsuru barındırmaktadır. Bunlardan birisi; Anayasanın 138. maddesiyle<sup>5</sup> beraber değerlendirildiğinde, çağdaş metinlere benzer şekilde, herkesin davacı veya davalı olarak bağımsız bir mahkemede yargılanma hakkıdır<sup>6</sup>. Dolayısıyla, adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeler bağımsız ve tarafsız olmak durumundadır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi<sup>7</sup>(AYİM) (Yüksek Mahkeme), Anayasadan aldığı yetki çerçevesinde maddi anlamda kesin hüküm niteliğinde karar vermeye haiz yüksek mahkemelerden biridir<sup>8</sup>. Bu kapsamda, 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 40. maddesi anlamında bir “mahkeme” hüviyetine sahip olması sebebiyle evleviyetle, itiraz (somut norm denetimi) yoluna başvurulabilir.

Askeri idari yargı düzeninde tek dereceli yargılama sisteminin olması sebebiyle AYİM, diğer yüksek mahkemelere nazaran özel bir konumdadır. Ancak, özellikle Mahkeme üyelerinin nitelikleri konusunda uzun yıllardan beri bir tartışma söz konusudur. AİHM’in *Tanışma/Türkiye* davasında<sup>9</sup> verdiği karar sonrası, bu tartışmanın tekrar alevlendiği söylenebilir.

---

lu, B. No:2012/1334, 17/9/2013, § 40.

<sup>5</sup> “Mahkemelerin bağımsızlığı” başlıklı Anayasanın 138. maddesinin birinci fıkrası şöyledir: “Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.”

<sup>6</sup> Bununla beraber Anayasa koyucu, hâkimlerin tarafsız olması gerektiğini açıkça düzenlemiştir. Bunun bir hâkim için beis teşkil edeceği ve “bağımsızlık” ilkesi altında değerlendirilmiş olabileceği söylenebilir.

<sup>7</sup> “Askerî Yüksek İdare Mahkemesi” başlıklı Anayasanın 157. maddesi şöyledir: “Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, askerî olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idarî işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir. Ancak, askerlik yükümlülüğünden doğan uyuşmazlıklarda ilgilinin asker kişi olması şartı aranmaz.

Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin askerî hâkim sınıftan olan üyeleri, mahkemenin bu sınıftan olan başkan ve üyeleri tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oy ile birinci sınıf askerî hâkimler arasından her boş yer için gösterilecek üç aday içinden; hâkim sınıftan olmayan üyeleri, rütbe ve nitelikleri kanunda gösterilen subaylar arasından, Genelkurmay Başkanlığına her boş yer için gösterilecek üç aday içinden Cumhurbaşkanınca seçilir.

Askerî hâkim sınıftan olmayan üyelerin görev süresi en fazla dört yıldır.

Mahkemenin Başkanı, Başsavcı ve daire başkanları hâkim sınıftan olanlar arasından rütbe ve kıdem sırasına göre atanırlar.

(Değişik fıkra: 7/5/2010-5982/21 md.)Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin kuruluşu, işleyişi, yargılama usulleri, mensuplarının disiplin ve özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.”

<sup>8</sup> 1982 Anayasasına göre diğer yüksek mahkemeler; Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesidir.

<sup>9</sup> *Tanışma/Türkiye*, 32219/05, 17/11/2015. Karar Fransızca olarak yayımlanmıştır. İlgili karar için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-158966>

Bu kapsamda; sübjektif tarafsızlık ve objektif tarafsızlık şeklinde yapılan ayırım ile AİHM'in, Yüksek Mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusundaki yerleşmiş içtihadı belirtilerek *Tanışma/Türkiye* kararı incelenecektir. Ayrıca, AİHM önünde devam eden süreç ve muhtemel sorunlar bu çalışmada irdelenecektir.

### **I) AİHM'İN TARAFSIZLIK TESTİ: SÜBJEKTİF TARAFSIZLIK VE OBJEKTİF TARAFSIZLIK**

AİHM, Sözleşme kapsamında yer alan bir hakkın ihlal edilip edilmediğini incelerken somut olayın şartlarını dikkate almakta, bunun yanında sistematik bir sorunla karşı karşıya kalındığında devletlerin takdir yetkisini dikkate alarak gerekirse ulusal mevzuat hükümlerinin AİHS ile uyumlu olup olmadığını incelemeye kendisini yetkili görmektedir.

Bu kapsamda; bir mahkemenin tarafsız olup olmaması konusunda, bazen geneli ilgilendirebilecek kadar sistematik bir sorunla karşı karşıya kalınabilir. Yalnız, bir mahkemenin tarafsız olup olmadığı değerlendirilirken AİHM tarafından ikili bir ayırma gidilmektedir. Sübjektif tarafsızlık; yasayla kurulmuş bir mahkemede görev alan bir hâkimin görünürde tarafsız olduğu, herhangi bir ön yargı olmadan dosyayı inceleyip karara bağlayacağını kabul edilmesidir. Mahkemenin sübjektif olarak tarafsız olmadığı yönündeki bir iddia incelenirken, başvurunun somut bir dayanağının olup olmadığına dikkat edilmektedir.

Objektif tarafsızlık konusunda ise davayı yürüten mahkeme, ortaya çıkan meşru şüpheleri bertaraf etmeye yetecek güvenceler sunmalıdır. Eğer bir hâkimin tarafsız olmadığı konusunda meşru sebepler mevcutsa, o hâkimin davadan çekilmesi gerekmektedir<sup>10</sup>. AİHM kararlarında daha çok, objektif tarafsızlıkla bağımsızlık ilkesini birlikte kullanmaktadır<sup>11</sup>. Dolayısıyla ülkemizde kavramlara verilen anlam göz önüne alınacak olursa; davanın taraflarına karşı bağımsızlığın adına "*tarafsızlık*" denilmekte ve dıştan baskıya dayalı bir taraflı davranma söz konusuysa ve kurumsal olarak bir mahkemenin yapısında sıkıntılar var ise "*bağımsızlık*" konusu gündeme gelmektedir<sup>12</sup>. AİHM, bu konudaki

---

<sup>10</sup> Levent GÖNENÇ, *Anayasa Çalışma Metinleri 3: Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, Tepav Yayınları, 2011, s.9.

<sup>11</sup> Sibel İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, Beta Yayınevi, Tıpkı 4. Bası, İstanbul 2013, s.167.

<sup>12</sup> İbrahim ŞAHBAZ, "AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", *Anayasa Yargısı Der-gisi*, Ankara 2008, s.247.

değerlendirmesini yaparken çeşitli unsurları dikkate almaktadır. Bunlar şöyle belirtilebilir: Mahkeme üyelerinin niteliği, atanma ve görevden alınma şekli, görev süresi, üyelere emir verme yetkisine sahip bir makamın mevcut olup olmaması, dışarıdan gelecek müdahalelere karşı sahip olduğu güvenceler, atanma ve görevden alınma yöntemi, görev süresi, bu üyelere emir vermeye yetkili herhangi bir organın bulunup bulunmadığı, her türlü dış etkidenden korunmalarını sağlayacak sistemin mevcut olup olmadığı, bağımsız bir izlenim verip vermemesi<sup>13</sup>.

## II) AİHM'İN ASKERİ YÜKSEK İDARE MAHKEMESİNİN BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞI KONUSUNDAKİ YERLEŞMİŞ İÇTİHADİ

AİHM'in 2000'li yılların başlarından itibaren istikrarla sürdürdüğü kararlarına bakılacak olursa, AYİM'in bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusundaki ilke kararı yine AİHM İkinci Dairesi<sup>14</sup> tarafından *Yavuz ve Diğerleri/Türkiye*<sup>15</sup> (B.No:29870/96, 25/5/2000) davasında verilmiştir. Bu tarihten sonra Mahkemenin bağımsız olmadığına ilişkin şikâyetler, doğrudan AİHS'in 35. maddesi kapsamında "açıkça dayanaktan yoksun" bulunarak reddedilmektedir<sup>16</sup>.

*Yavuz ve Diğerleri/Türkiye* davasında<sup>17</sup>, AİHM başvurusu, kabul edilebilirlik

---

<sup>13</sup> Sibel İNCEOĞLU, s.168.

<sup>14</sup> Sözleşmenin 26. maddesinin dördüncü fıkrasında "Uyumsuzluğa taraf olan Yüksek Sözleşme Taraf adına seçilmiş olan yargıç, Daire ve Büyük Daire'nin doğal üyesidir" denilmektedir. Bu kapsamda Türk yargıcın İkinci Daire'de görevlendirilmesinden dolayı şu anda Türkiye aleyhine yapılan başvurular tek yargıç veya üç yargıçlı komite aşamasını geçerse anılan Daire'de görülmektedir.

<sup>15</sup> *Yavuz ve Diğerleri/Türkiye*, 29870/96, 25/5/2000. Kararın orijinal metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/tur/?i=001-5300>, Türkçe çevirisi için ise URL adresini kopyalayarak bkz. <http://www.msb.gov.tr/Ayim/icerik/ayimin-bagimsizligi-ve-tarafsizligina-ait-aihm-kararlari#1>

<sup>16</sup> Bu kapsamda örnek olarak AİHM İkinci Dairesinin konuya ilişkin kararları için bkz. *Bek/Türkiye*, B.No:23522/05, 20/4/2010; *Dikel/Türkiye*, B.No: 8543/05, 29/9/2009; *Fatih Yürük/Türkiye*, B.No:4930/05, 6/4/2010; *İlter/Türkiye*, 43554/04, 29/9/2009; *Karaarslan/Türkiye*, B.No:4027/05, 27/7/2010.

<sup>17</sup> Başvuru konusu olay ve olgular özetle şöyledir: "12 Şubat 1991 günü, Genco YAVUZ, birlik kantininde bir asker ile ilaç temini hususunda girdiği bir tartışma sonucu vurularak öldürülmüştür. Genco YAVUZ'u öldüren asker Kırklareli Askeri Mahkemesince yargılanmıştır. Başvuranlar (müteveffanın ailesi) bu davaya müdahil sıfatı ile katılmışlardır. (...), 17 Ekim 1995 tarihinde, sanık idam cezasına mahkûm edilmiş, hüküm 30 yıl ağır hapis cezasına çevrilmiştir. AYİM, 30 Kasım 1994 tarihli kararında başvuruların **davasını kısmen kabul etmiştir**. Mahkeme, olay anında devlete ait bir ateşli silahın eyleme sebebiyet veren idare ajanı üzerinde bulunması sebebiyle Genco YAVUZ'un ölümü ile idare ajanının eylemi arasında illiyet bağı bulunduğuna karar vermiştir. AYİM bunun yanında, müteveffanın davranışları ile idare ajanını tahrik ettiğini belirtmiştir. AYİM, bilirkşişi raporuna dayanarak, Genco YAVUZ'un babası ve annesine maddi ve manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir. Başvuranların karar

kriterlerini kullanarak “açıkça dayanaktan yoksun” bulmuştur. Mahkemenin yaptığı değerlendirmeler özetle şöyledir:

“... AIHM (Mahkeme) öncelikle, AYİM'e atanan askeri hâkimlerin bağımsızlığının Anayasa ve ilgili yasa hükümleri ile garanti altına alındığını belirtmek ister. AIHM, AYİM'deki askeri hâkimlerin atanma usulleri yönünden, askeri hâkimlerin gerek idareye gerekse dava taraflarına karşı yargı bağımsızlığının katı kurallarına uyarak görevlerini icra etmelerini engelleyecek hiçbir durumun olmadığı sonucuna varmıştır.

AYİM'deki askeri hâkimler, ömür boyu atanırlar ve hiçbir şekilde kararlarından dolayı idareye hesap verme durumunda değildirler. Disipline ilişkin konular AYİM Yüksek Disiplin Kurulunca incelenip karara bağlanır.

AYİM'de üye olarak atanan sınıf subayları yönünden ise, Mahkeme (AIHM), salt bunların Genelkurmay Başkanlığına önerilen üç aday arasından seçilmesi sebebiyle bu üyelerin bağımsızlığının zedelendiğinin söylenemeyeceği görüşündedir. Sınıf subayı üyelerin nihai atama yetkisi Cumhurbaşkanındadır. Bunların atanması sonrası, sınıf subayı üyeler, aynen askeri hakim üyeler gibi, görevlerini yerine getirirken dış müdahaleye karşı anayasal koruma güvencesi altındadırlar. Görev aylıklarını aldıkları sürece(görevleri süresince) askeri veya idari yetkili kararı ile görevlerinden alınamazlar. Bunların en fazla dört yıllık bir süre ile görev yapmalarının sağlanması ve disiplin konularında yukarıda bahsedilen Disiplin Kuruluna tabi kılınmaları suretiyle sınıf subayı üyelerin idareye karşı bağımsızlıkları güçlendirilmiştir. Bunlar, görev süreleri zarfında idari veya askeri yetkililerce herhangi bir değerlendirmeye tabi tutulmamaktadırlar.

(...)görülmekte olan davada, diğer konular ile birlikte, Milli Savunma Bakanlığı'na atfedilen ihmal veya eylemlere karşı askeri personel veya onların temsilcilerince ileri sürülen hukuki talepleri karara bağlama yetkisine haiz bir mahkeme sistemi şikâyet konusu yapılmıştır. Mahkemenin (AIHM) İncal kararında Sözleşmenin 6 ncı maddesinin ihlal edildiği kararı vermesine yol açan durumların görülmekte olan davada mevcut olmadığı değerlendirilmiştir.

Aynı gerekçeler ile, Mahkeme(AIHM), sübjektif veya objektif esaslar doğrultusunda AYİM'deki yargılamanın ve AYİM'in başvuruların istemleri hakkında verdiği kararın tarafsızlığını kuşku hale koyacak hiçbir durumun tespit edilmediği sonucuna varmıştır.”

---

düzeltilme istemi aynı Mahkemece 05 Nisan 1995 tarihinde reddedilmiştir.”

### III) TANIŞMA/TÜRKİYE KARARININ İNCELENMESİ<sup>18</sup>

Askeri hizmetini yaptığı sırada 18/4/2003 tarihinde vefat eden Tuncay Tanışma'nın ailesi, **19/8/2005** tarihinde AİHM'e başvuru yapmıştır<sup>19</sup>. AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. maddesinde yer alan yaşam hakkı yönünden ihlalin olmadığına, adil yargılanma hakkı yönünden ise başvuruculara tazminat ödenmesine karar vermiştir.

#### A) Olaylar

Tuncay Tanışma acemilik eğitiminden sonra askere alınan kişilerin cevaplaması gereken sorulara yanıt vermiş ve fakat sorunlarından bahsetmemiştir. Bu sırada, İstanbul Harp Akademisindeki kantinde görevli olarak askeri hizmetine devam etmiştir. Daha sonra psikologla yapılan görüşme sonucunda herhangi bir problemi olmadığı sonucuna varılmıştır<sup>20</sup>.

Astsubay M.Y. tarafından 16/4/2003 tarihinde arkadaşları ve diğer personel önünde, Tuncay Tanışma müessir fiil ve hakarete maruz kalmıştır. Olaydan iki gün sonra da, kantin tesisinde kendisini asarak intihar etmiştir<sup>21</sup>.

Askeri savcı; olay yeri incelemesi yapmış, canlı iken intiharın gerçekleştiğini belirten otopsi raporunu göz önüne almış ve arkadaşlarının, onbaşının, astsubayların ifadelerinden ekonomik ve ailesel problemlerden dolayı Tuncay Tanışma'nın intihar ettiği kanaatine ulaşmıştır. Ayrıca kararda, astsubay M.Y. hakkında asta karşı müessir fiilden dolayı açılan davanın devam ettiği belirtilmiştir<sup>22</sup>.

Bu arada 3/7/2003 tarihinde Astsubay M.Y. hakkında 22/5/1930 tarihli ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 117. maddesi uyarınca ceza davası açılmıştır. Sanığa yaklaşık 28 € civarında para cezası verilmiş, ceza mülga 647 sayılı Kanunun altıncı maddesiyle ertelenmiştir<sup>23</sup>.

Başvurucular AYİM nezdinde 1/7/2004 tarihinde zararlarının tazmini için dava açmışlardır. Milli Savunma Bakanlığı davanın reddedilmesini talep etmiş-

---

<sup>18</sup> AİHM'in bu kararı, AYİM'nin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili olacak şekilde incelenecektir. Ancak ön bilgi olarak belirtilmelidir ki, AİHM'in konu itibarıyla öncelikle başvurucuların (müteveffa Tuncay Tanışma'nın ailesinin) yaşam hakkına ilişkin şikâyeti incelediği, yaşam hakkının ihlal edilip edilmediği değerlendirilirken askeri savcılarla ilgili mevzuata da yer verdiği görülmüştür.

<sup>19</sup> bkz. § 4.

<sup>20</sup> bkz. §§ 6-9.

<sup>21</sup> bkz. §§ 10-11.

<sup>22</sup> bkz. §§ 12-16.

<sup>23</sup> bkz. §§ 17-19.

tir. AYİM Başsavcılığı ise zararların tazmini için olumlu yönde görüş bildirmiştir<sup>24</sup>.

Temel olarak Hasdal Askeri Savcısının 5/9/2003 tarihli red kararına dayanan 9/3/2005 tarihli Mahkeme kararında, Yüksek Mahkeme başvuruçuların isteklerini üçe (bunlar, askeri hakim olan Mahkeme Başkanı ve mesleği askeri hakim olmayan subaylar) karşı iki (diğer iki askeri hakim) oyla reddetmiştir. Çoğunluk; ailesel ve ekonomik problemlerinden dolayı Tuncay Tanışma'nın intihar ettiği savının olaydan iki gün önce üstün astına vuran davranışı ile intihar arasında illiyet bağı bulunmaması ve intiharın askeri idarenin sorumluluğunda bir idari karar ya da bir eylem sonucu olmamasıyla ortaya konulduğunu kabul etmiştir. Davanın reddine karşı olan askeri hâkimler, Astsubay M.Y.'nin davranışı ile Tuncay Tanışma'nın davranışı arasında illiyet bağı olduğunu belirtmişlerdir. Azınlıktakiler, ankete göre bir sorunu olmadığı belirtilen Tuncay Tanışma'nın üstü tarafından vurulmanın etkisinde kalarak iki gün sonra intiharı gerçekleştiğini ifade etmiştir. Ayrıca, askeri idarenin bir şekilde dolaylı olarak kendi sorumluluğunu kabul etmiş olduğu düşünülmüştür<sup>25</sup>.

4 Mayıs 2005 tarihinde karar düzeltme isteği tamamen reddedilmiştir<sup>26</sup>.

## B) İlgili Hukuk Kuralları

İlgili hukuk kurallarından Yüksek Mahkemenin bağımsızlığı ile ilgili olarak; Anayasanın 9., 138., 139. ve 157. maddesi ile 2010 yılında 5982 sayılı kanunla yapılan Anayasa değişikliği kapsamında 157. maddenin son fıkrası belirtilmiştir. Ayrıca *Yavuz/Türkiye* kararında ilgili iç hukuk kurallarının belirtilmekle 4/7/1972 tarihli ve 1602 sayılı Kanununun 1., 9., 10., 28. ve 80. maddeleri gösterilmiştir<sup>27</sup>. AYM tarafından Yüksek Mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili sorunun incelendiği yine ilgili hukuk kısmında belirtilmiş ve AYM'nin 2013/1134<sup>28</sup> ve 2012/989<sup>29</sup> numaralı bireysel başvurulara ilişkin kararlarından bahsedilmiştir. Askeri hâkim olmayan üyelere ilişkin olarak AYM'nin, AIHM'in *Yavuz vd./Türkiye* kararına atıf yaptığı ayrıca ifade edilmiştir<sup>30</sup>.

---

<sup>24</sup> bkz. §§ 21-22 .

<sup>25</sup> bkz. § 23.

<sup>26</sup> bkz. §§ 24-25.

<sup>27</sup> bkz. § 31.

<sup>28</sup> *Yaşasın Aslan*, B.No: 2013/1134, §§ 25–31. Karara ulaşmak için bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/8a7106f5-78df-4ce3-ab70-daae05d66e8a?word-sOnly=False>

<sup>29</sup> *Kenan Özteriş*, B.No:2012/989, §§ 29–40.Karara ulaşmak için bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/b7d54e73-1b02-4df2-a4d7-82dab3a3bf14?word-sOnly=False>

<sup>30</sup> bkz. § 32.

AİHM bu bölümde ayrıca, “*Askeri Hakimler Kanunu*” olan 26/10/1963 tarihli ve 357 sayılı Kanundan ve Milli Savunma Bakanına bir askeri savcı üzerinde tanınmış yetkisinden bahsetmiştir<sup>31</sup>. Bunun yanında “*Askeri Mahkemeler Kuruluşu Ve Yargılama Usulü Kanunu*” olan 26/10/1963 tarihli ve 353 sayılı Kanundaki subay üyenin varlığı ile ilgili olarak olayın geçtiği tarihteki düzenlemeye, AYM’nin subay üyenin askeri ceza mahkemesindeki varlığı ile ilgili kısmi iptal etmesindeki gerekçeye<sup>32</sup> ve daha sonra yasama organı tarafından yapılan düzenlemeye; 357 sayılı Kanunun 12. maddesinde yer alan sicil belgeleri ile ilgili olarak AYM’nin iptal kararına<sup>33</sup> ve yasama organı tarafından 22/5/2012 tarihinde 357 sayılı Kanunun 12. maddesindeki yapılan değişikliklere değinilerek açıklamalar yapılmıştır<sup>34</sup>.

### C) Esası

Başvuru, Sözleşmenin 35. maddesi yönünden açıkça dayanaktan yoksun bulunmamış ve başvurunun kabul edilirliliği yönünden bir sorun görülmemiştir<sup>35</sup>. Taraflar iddialarını ileri sürmüştür<sup>36</sup>.

Dairenin esas yönünden Yüksek Mahkemenin bağımsızlığını değerlendirmesi, kararın 74. paragrafından itibaren başlamaktadır. AİHM, bir mahkemenin özellikle yürütme ve taraflardan karşılıklı şekilde “bağımsız” olup olmadığını belirlenmesinde atama usulü, üyelerin süresi ve dış baskılara karşı mevcut garantilerin düşünülebileceğini hatırlatmaktadır<sup>37</sup>.

Bu açıdan görünüşün bile önemi olabilir. Söz konusu olan demokratik bir toplumda halkın ve her şeyden önemlisi ceza davalarında, davalının mahkemeye duyduğu güvendir. Bir mahkemenin, bağımsızlık ve tarafsızlıktan yoksun olduğu konusunda şüphe yaratacak meşru bir nedenin varlığı konusunda karar vermek için sanığın görüş noktası dikkate alınır. Fakat bu kesin bir rol oynamaz. Belirleyici husus, ilgilinin görüşlerinin tarafsız olarak haklı gösterilebilmesidir<sup>38</sup>.

---

<sup>31</sup> bkz. §§ 33-37.

<sup>32</sup> 7/10/2009 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan karar için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/10/20091007.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/10/20091007.htm>

<sup>33</sup> 8/1/2010 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan karar için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/10/20091007.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/10/20091007.htm>

<sup>34</sup> bkz. §§ 38-50.

<sup>35</sup> bkz. §§ 69-70.

<sup>36</sup> bkz. §§ 71-73.

<sup>37</sup> bkz. § 74.

<sup>38</sup> bkz. § 75.



Bundan başka AİHM, *Yavuz ve Diğerleri* davasında, mevcut davaya benzer şikâyetin incelendiğini ve Yüksek Mahkemenin, Sözleşmenin 6/1 maddesinin gerekleriyle uyumlu bir kompozisyona sahip olduğu sonucuna ulaştıktan sonra açıkça dayanaktan yoksun başvuruyu reddettiğini anımsatmaktadır. O davada, başvuruçular, Yüksek Mahkemenin yürütmeden ve askeri makamlardan bağımsız olmadığını ve bu yüzden Sözleşmenin 6/1 maddesinin anlamıyla “bağımsız mahkeme” olmadığını iddia etmişlerdir. Dahası, itirazlarını ayrıntıları ile belirtmemişlerdir. *Incal*<sup>39</sup> davasındaki durum ile kıyaslandığında, AİHM başvuruçunun şikâyetini o davada tamamen başka bir yolla formüle ettiğine işaret etmektedir. *Yavuz ve Diğerleri* kararının ilgili kısmı aşağıdaki şekildedir<sup>40</sup>:

*“Incal davasında, Mahkemenin(AİHM) önündeki konu, devlete karşı bir suç işlemekle suçlanan bir sivil vatandaşın, üyeleri arasında askeri hâkim üyelerin de bulunduğu bir mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin haklı şüpheleri olup olamayacağı idi.(s.1573, parag72) Görülmekte olan davadaki durum ise önemli ölçüde farklılık göstermektedir, zira görülmekte olan davada, diğer konular ile birlikte, Milli Savunma Bakanlığı’na atfedilen ihmal veya eylemlere karşı askeri personel veya onların temsilcilerince ileri sürülen hukuki talepleri karara bağlama yetkisine haiz bir mahkeme sistemi şikâyet konusu yapılmıştır. Mahkemenin (AİHM) Incal kararında Sözleşmenin 6 ncı maddesinin ihlal edildiği kararı vermesine yol açan durumların görülmekte olan davada mevcut olmadığı değerlendirilmiştir.”*

Daha sonradan ayrıca AİHM, 3/7/2012 tarihli *Gürkan/Türkiye*<sup>41</sup> kararında askeri ceza mahkemelerinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili içtihadta değişiklik<sup>42</sup> yaptığını hatırlatmaktadır. Bu yeni durumdaki gerekçeye, AYM’nin 7/5/2009 tarihinde yayımlanan, üstleri tarafından her davada atanan asker subayın varlığı sebebiyle bağımsız ve tarafsız kabul edilemeyeceğini hükmeden kararı temel olmuştur. AYM’nin bu yeni içtihadı ışığında, AİHM, askeri subayın bulunması sebebiyle ceza mahkemelerinin kompozisyonun Sözleşmenin standartlarını karşıladığının kabul göremeyeceğini hükmetmiştir<sup>43</sup>.

AİHM, yukarıda belirtilen her iki bireysel başvuru kararı ile Yüksek Mahke-

---

<sup>39</sup> *Incal/Türkiye*, B.No: 41/1997/825/1031, 9/6/1998.

<sup>40</sup> bkz. § 76.

<sup>41</sup> *Gürkan/Türkiye*, B.No: 10987/10. İlgili kararın Türkçesi için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-120113>

<sup>42</sup> Bu karardan, 10/2/2004 tarihli *Hakan Önen/Türkiye* ((k.k.), B.No: 32860/96) davasında oluşturulan içtihadattan dönüldüğü anlaşılmaktadır. Anılan davada başvurunun kabul edilemezliğine karar verilirken, *Yavuz ve Diğerleri* davasında verilen içtihadı da atf yapılmıştır.

<sup>43</sup> bkz. § 77.



menin bağımsız ve tarafsızlığı konusunun AYM tarafından incelendiğine işaret etmektedir. Askeri hâkimler ile subay üyelerin varlığı nedeniyle Yüksek Mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı noktasında AYM'nin bir problem bulmadığı ifade edilmektedir. Subay üyelerin statüleri göz önüne alarak, AYM *Yavuz ve Diğerleri* kararındaki aynı argümanları gerekçelendirmesine temel almıştır<sup>44</sup>.

Bu davada AİHM, yukarıda bahsedilen *Incal, Gürkan* ile *Yavuz ve Diğerleri* davaları ile şartların tam olarak aynı olmadığını hatırlatmaktadır<sup>45</sup>.

Yüksek Mahkemenin yürütmeden ve askeri makamlardan bağımsız olup olmadığını karar vermeden önce, Hükümetin *Yavuz ve Diğerleri* kararının bu davanın incelenmesi sırasında göz önünde bulundurması gerektiği şeklindeki itiraz reddedilmiştir. Bunun yanında, *Yavuz ve Diğerleri* davasında AİHM, Yüksek Mahkeme üyelerinin statülerini tüm yönüyle maddi ve hukuki açıdan incelemeyi belirtmektedir. Başvurucular (o davada) Yüksek Mahkemenin askeri makamlar ve yürütmeden bağımsız olmadığını, bu manada Sözleşme'nin 6/1 maddesi anlamında "*bağımsız mahkeme*" olmadığını iddia etmişler, ancak iddialarını somutlaştırmamışlardır. Bu davada ise farklı olarak, başvurucular şikâyetlerini ve subay üyelerin neden Yüksek Mahkemenin bağımsızlığını etkileyebileceğini somutlaştırıp detaylandırmıştır. Ayrıca ulusal hukuk, Mahkemenin içtihadı gibi özellikle askeri mahkemelerde subay üyelerin varlığı konusunda son yıllarda gelişme göstermiştir<sup>46</sup>.

Mevcut davada, askeri hizmet sırasında intihar eden Tuncay Tanışma'nın yakın akrabaları olan başvurucular, Yüksek Mahkemenin bağımsız ve tarafsızlıktan yoksun olduğunu, özellikle subay üyelerin varlığını şikâyet etmektedir. Başvurucular, özellikle askeri makamlarla subay üyelerin organik bağlantısının varlığını kınamakta ve bu bağlantıların sonuçlarına gelince Yüksek Mahkemenin tarafsızlığı ve bağımsızlığı üzerinde şüphelerini ifade etmektedir. Dava konusu, başvurucuların zararları sebebiyle bir talep olmasına rağmen askeri yetkililerin ölümün sorumluluğunu paylaşıp paylaşmadığı sorusunun incelemesinde Yüksek Mahkemenin yükümlülüklerini yerine getirdiği AİHM tarafından belirtilmektedir. Asker meslektaşları gibi ücret, ek faydaların düzeyi, hizmetle ilgili payı, terfi ve yaş hadleri, emeklilik ve diğer kişisel haklar açısından aynı rejime tabi tutulan iki subay üyenin düşünceleri başvurucuların isteğini reddetmede kesin bir etkiye sahip olmuştur. Yüksek Mahkeme aslında, iki kurmay subayın davanın reddedilmesi yönünde oy kullandığını bilerek maddi ve manevi tazminat davası-

---

<sup>44</sup> bkz. § 78.

<sup>45</sup> bkz. § 79.

<sup>46</sup> bkz. § 80.

nı, özellikle askeri savcının takipsizlik kararına dayanarak ikiye karşı üç oyla reddetmiştir. Çoğunluk, intihar ile intihardan iki gün önce üstünün vurma denilen davranışı arasında illiyet bağı olmadığını, intiharın bir idari karar veya eylemin sonucunda oluşmadığını ya da askeri idarenin sorumluluğuna ya da ihmaline neden olmaksızın meydana geldiğini dikkate almıştır<sup>47</sup>.

Başvurucuların Yüksek Mahkemenin subay üyelerinin hukuk eğitimi eksikliği hakkındaki şikâyeti ile ilgili olarak, AIHM, mahkemelerinde meslekten olmayan hâkimlerin katılımını Sözleşmenin 6. maddesine aykırı olmadığını, bağımsızlık ve tarafsızlık üzerine tespit edilen ilkelerin meslekten olmayan ve meslekten olanlar için uygulandığını hatırlatmıştır<sup>48</sup>.

Mahkeme bu nedenle Yüksek Mahkeme üzerinde hizmet veren subay üyelerin hukuk eğitimi eksikliği kendi içinde mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığına müdahale etmediğini düşünmektedir. Ancak, askeri hâkim olan Yüksek Mahkeme üyeleri gibi aynı kurallara tabi olmalarına rağmen, subay üyeler ücretleri, özlük hakları ve yükselme ile ilgili tüm meselelerde yönetici olan ordunun hizmetinde kalmaktadır. Onların tayin edilmesi yöneticileri tarafından yapılmakta ve askeri hâkim olan diğer üç üye için sağlanan anayasal garantilere aynı manada tam olarak sahip olmamaktadırlar. AIHM bu yüzden başvurucuların taleplerini karara bağlayan Yüksek Mahkemenin, Sözleşmenin 6/1 maddesi anlamında bağımsız ve tarafsız olarak görülemeyeceğini hükmetmiştir<sup>49</sup>.

Sonuç olarak bu sebeple başvuruculara manevi tatmin için müştereken 6.000 € para verilmesine hükmedilmiştir<sup>50</sup>.

#### **D) Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Karşı Oy Görüşü**

Daire oluşumunda görev alan Macar Hâkim András Sajó, Sözleşmenin 45. maddesinin ikinci fıkrası<sup>51</sup> kapsamında, yaşam hakkı yönünden ihlalin olmadığına ilişkin karar katıldığını, ancak adil yargılanma hakkı yönünden hükmedilen sonuca katılmadığını ifade etmiştir.

İncelenen bu karar, bu yönüyle oy birliğiyle çıkmamıştır. Üyelerden Sajo, Mahkeme'nin *Yavuz ve Diğerleri* ile *Bek* davasından farklı bir sonuca ulaştığını, yerleşmiş içtihattan ayrılmaya sebep görmediğini belirtmektedir. Türk Ana-

---

<sup>47</sup> bkz. § 81.

<sup>48</sup> bkz. § 82.

<sup>49</sup> bkz. § 83.

<sup>50</sup> bkz. § 88.

<sup>51</sup> "Mahkeme hükmünün bazı kısımlarında veya tamamında oybirliği bulunmuyorsa, her yargıç ayrık görüş belirtme hakkına sahiptir."

yasa Mahkemesinin, Mahkemenin kararlarına güvenerek, *Yavuz ve Diğerleri* davasındaki gibi aynı sonuca 16/5/2013 tarihinde ulaştığını, *Gürkan* kararına atıf yaparak *Yavuz* davasında yayımlanan ifadelerin değiştirildiğini, konunun *Gürkan* davasından kaynaklanmadığını ve *Incal, Yavuz, Gürkan* kararında tespit edilen hususların tam olarak aynı olmaması sebebiyle Mahkemenin yerleşik içtihattan ayrıldığını belirtmiştir. Ayrıca, *Gürkan* davasıyla kıyaslandığında, mevcut davanın bir idare mahkemesi ile ilgili olduğu ve ceza mahkemesi olmadığını ifade etmektedir. Mahkeme *Yavuz* davasında, Mahkemenin tüm olgulara ve hukuka sahip olmadığını ve tarafların sunmadığı sonucuna varmıştır. İchtihattan ayrılmayı haklılaştıran bir ağır basan gerekçe olarak bu düşüncüyü kabul etmenin zor olduğu söz konusu üye tarafından belirtilmiştir. Ayrıca Mahkeme'nin *Yavuz* karardaki kanun metninden haberi olmadığını düşünmenin pek anlaşılır olmadığını ve iş bu davada *Yavuz* karardaki boşluklardan bahsedilmediğini belirtmektedir. Macar Hakim András Sajó, AYİM'de yer alan tüm üyelerin anayasal bağımsızlık garantileri olmasını göz önüne alarak, yerleşik içtihattan ayrılmaya bir sebep görmemiştir.

#### **IV) TANIŞMA/TÜRKİYE DAVASINDA VERİLEN KARAR HENÜZ KESİN NİTELİKTE DEĞİLDİR**

Sözleşmenin 42. maddesine göre, Dairelerin kararları 44. maddenin ikinci fıkrası hükümlerine göre kesinleşir<sup>52</sup>.

Sözleşmenin 44. maddesinin ikinci fıkrasında ise bir Daire kararının nasıl kesinleştiği düzenlenmiştir<sup>53</sup>.

*“Bir Daire'nin sonkararı aşağıdaki durumlarda kesinleşir:*

*a. tarafların davayı Büyük Daire önüne götürme yönünde talepleri olmadığını beyan etmeleri durumunda; veya*

*b. karar tarihinden itibaren üç ay içinde davayı Büyük Dairenin önüne götürme talep edilmemiş ise, bu sürenin sonunda; veya*

*c. Kırk üçüncü maddeye göre yapılan talebin Büyük Dairenin beş yargıçlı kurulu tarafından reddedilmesi halinde.”*

Sözleşmenin “*Davayı Büyük Daireye Götürme*” başlıklı 43. maddesi ise şöyledir<sup>54</sup>:

---

<sup>52</sup> Osman DOĞRU, **Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İktüzüğü**, 12 Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2010, s.135.

<sup>53</sup> Osman DOĞRU, s.135.

<sup>54</sup> Osman DOĞRU, s.135.

*"1. Davanın taraflarından herhangi biri, Daire kararının verilmesinden tarihten itibaren üç ay içinde, istisnai durumlarda, davanın Büyük Daire önüne götürülmesini talep edebilir.*

*2. Büyük Dairenin beş yargıcından oluşan bir kurul tarafından incelenen bu talep, eğer davada Sözleşmenin veya Protokollerin yorumlanmasını veya uygulamasını etkileyen ciddi bir sorun veya genel nitelikteki önemli bir mesele varsa kabul edilir.*

*3. Bu kurulun talebi kabul etmesi halinde, Büyük Daire vereceği bir hükümlerle bu davayı karara bağlar."*

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü'nün 73. maddesinde davanın Büyük Daireye gönderilmesine ilişkin talebin nasıl ele alınacağı düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm şöyledir<sup>55</sup>:

*"1. Davanın taraflarından biri, istisnai olarak Sözleşme'nin 42. maddesine göre, hükmün verildiği tarihten itibaren üç ay içinde, Yazı İşleri Müdürlüğüne davanın Büyük Daireye gönderilmesine ilişkin yazılı talepte bulunabilir. İlgili taraf talebinde, Sözleşme ve ona bağlı Protokollerin yorumlanmasını ve uygulanmasını etkileyen ciddi meselenin veya Büyük Daire tarafından incelenmesinin gerekli olduğunu düşündüren genel nitelikteki ciddi konunun ne olduğunu belirtir.*

*2. İçtüzüğün 24(5). fıkrası<sup>56</sup> uyarınca oluşturulan Büyük Dairenin beş yargıçlı*

<sup>55</sup> Osman DOĞRU, s.177.

<sup>56</sup> Büyük Dairenin beş yargıçlı Kurulunun nasıl teşekkül ettiğine ilişkin düzenleme aynı İçtüzüğün 24. maddesinin beşinci fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu metin şöyledir:

*"5. (a) Sözleşme'nin 43. maddesine göre yapılan talepleri ele almak üzere toplanacak Büyük Dairenin beş yargıçlı kurulu aşağıdaki şekilde oluşur:*

*- Mahkeme Başkanı. Mahkeme Başkanı görevden engelli ise yerine kıdemli Başkan Yardımcısı;  
- iki Bölüm Başkanı rotasyonla belirlenir. Eğer belirlenen Bölüm Başkanları görevden engelli ise yerlerine Bölümlerin Başkan Yardımcıları;*

*- kurulda altı aylık dönem için görev yapacak iki yargıç, kalan Bölümlerce seçilmiş yargıçlar arasından rotasyonla belirlenir;*

*- kurulda altı aylık dönem için görev yapacak iki yedek yargıç, Bölümlerce seçilmiş yargıçlar arasından rotasyonla belirlenir.*

*(b) Davanın Büyük Daire'ye gönderilme talebini görüşülürken, davanın kabul edilebilirliğinin ya da esasının incelenmesine katılmış bir yargıç kurul üyeliği yapamaz.*

*(c) Hakkındaki davanın Büyük Daire'ye gönderilme talebi görüşülen Sözleşmeciler Taraf nezdinde seçilmiş ya da onun uyuşu olan yargıç, kurulda yer alamaz. İçtüzüğün 29 ve 30. maddeleri uyarınca ilgili Sözleşmeciler Tarafca atanmış bir yargıç aynı şekilde böyle bir talebin görüşmelerinde bulunamaz.*

*(d) Yukarıda (b) ve (c) bentlerinde öngörülen nedenlerde kurulda yer alamayan herhangi bir üyenin yerine, altı ay süreyle kurulda hizmet üzere Bölümler tarafından seçilmiş yargıçlar arasından rotasyon usulü ile görevlendirilen yedek yargıç geçer. "*

*kurulu, bu talebi yalnızca dosya üzerinden inceler. Bu kurul, sadece davada böyle bir sorunun veya konunun ortaya çıktığını düşünmesi halinde bu talebi kabul eder. Talebin reddedilmesi halinde gerekçe gösterme zorunluluğu yoktur.*

*3. Kurulun talebi kabul etmesi halinde, Büyük Daire, davaya ilişkin kararını sonkarar şeklinde verir.”*

1602 tarihli “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu” 20/7/1972 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmış olmasına karşın, 1961 Anayasasının son halinde dahi AYİM’in bir yüksek mahkeme olarak Anayasa’da yer almadığı görülmektedir. Ancak AYİM, 1982 Anayasasının ilk halinden itibaren Anayasa’da yer alan altı yüksek mahkemeden biridir. Yürürlükte olan 1982 Anayasasında, ayrıca AYİM ile ilgili olarak zaman içerisinde geniş kapsamlı olmayan ama AYİM üyelerinin bağımsızlığını güçlendirme amacıyla bir kısım değişiklik yapılmıştır<sup>57</sup>.

Bu kapsamda tek dereceli bir yargı organı olan AYİM’in uzun sayılabilecek bir geçmişi olduğu ve kararlarının etkisi ile Yüksek Mahkemenin hukuk düzeyindeki yeri<sup>58</sup> göz önüne alındığında konunun ne kadar önemli olduğu izahatın varestedir. Bu kapsamda, yukarıda kendisine yer verilen Sözleşme ve İçtüzük metinleri dikkate alındığında, Türk yetkililerin kararın verildiği tarihten itibaren üç ay içinde davayı Büyük Daire’ye götürme isteklerinin olması halinde, bunun beş kişilik Kurul tarafından kabul edileceği, nihai kararın da on yedi kişilik Büyük Daire tarafından verileceği kanaatindeyiz.

## **V) KARARININ KESİNLEŞMESİ HALİNDE MEYDANA GELMESİ BEKLENEN MUHTEMEL SORUNLAR VE BELİRSİZLİKLER**

AYİM’in *Tanışma/Türkiye* kararı Büyük Daire tarafından incelenip, davalı devlet olan Türkiye’nin talebi tümüyle reddedilirse karşılaşılabilecek sorunlar ve belirsizlikler şöyle sıralanabilir:

---

<sup>57</sup> 2010 yılındaki değişiklikten önce Anayasa’nın 157. maddesinin son fıkrası şöyleydi: “Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin kuruluşu, işleyişi, yargılama usulleri, mensuplarının disiplin ve özlük işleri, mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik teminatı ve askerlik hizmetlerinin gereklerine göre kanunla düzenlenir.”

<sup>58</sup> Mahkemenin esas görevi 1602 sayılı Kanunun 20. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili düzenleme şu şekildedir:

“Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Türk Milleti adına; askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların ilk ve son derece mahkemesi olarak yargı denetimini ve diğer kanunlarda gösterilen, görevleri yapar. Ancak, askerlik yükümlülüğünden doğan uyuşmazlıklarda; ilgilinin asker kişi olması şartı aranmaz.

Bu Kanunun uygulanmasında asker kişiden maksat; Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli bulunan veya hizmetten ayrılmış olan subay, askeri memur, astsubay, askeri öğrenci, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve er, erbaş ve erler ile sivil memurlardır.

1) Acil olarak yasama organı tarafından en azından subay üyelerin hukuki statüsünün, mesleği hâkim olan diğer üyelerle tüm yönüyle eşit hale gelmesi için çalışma yapılması gerekecektir. Bu kapsamda Anayasa'da ve yasalarda değişiklik yapılmak zorunda kalınacaktır.

2) AYİM'in bugüne kadar verdiği kararlardan dolayı mağdur olduğunu düşünen kişiler, AİHM'in bu kararını dayanak gösterip yargılamanın iadesi talebinde<sup>59</sup> bulunursa AYİM'in karşılaştığı iş yükü sorunu tahmin edilemeyecek boyuta erişecektir. Özellikle Yüksek Mahkemenin kararında aynı zamanda dosya raportörünün, subay üye olarak belirtildiği ya da incelenen AİHM kararında olduğu gibi kararın subay üyelerin oylarıyla, yani üçe karşı iki oyla, reddedildiği durumlarda sorun büyüyecektir.

3) AİHM, 17/2/2015 tarihli *Yeşilbaş/Türkiye* kararında ((k.k.), B.No:51205/13, § 12) AYİM'in bağımsızlığına ilişkin şikayetin AYM önünde ileri sürülmemesi nedeniyle mevcut olan iç hukuk yolunun tüketilmemiş olduğuna karar vermiştir<sup>60</sup>. Bireysel başvuru incelemelerinde, Anayasa Mahkemesinin AYİM'in bağımsız ya da tarafsız olmadığına ilişkin kararlarını başvuruçular AİHM önüne götürürse ya da *Tanışma/Türkiye* kararından önce süresi içerisinde götürdülerse, AİHM matbu olarak artık, tıpkı DGM'lerde olduğu gibi, başvuruları tümüyle kabul ederek adli tatmin olarak tazminat verecek midir<sup>61</sup>?

<sup>59</sup> 11/4/2013 tarihinde yapılan kanun değişikliğiyle konu ile ilgili yargılamanın iadesi istenebilecek hal olarak değerlendirilebilecek 1602 sayılı Kanununun 64. maddesinin '1' bendi ve maddenin ikinci fıkrası şu şekildedir:

"1) (Ek: 11/4/2013-6459/2 md.) Kararın, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması. (Ek fıkra: 11/4/2013-6459/2 md.) Birinci fıkranın (1) bendi kapsamına giren kararlar hakkında yargılamanın iadesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir."

<sup>60</sup> <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/yesilbas.pdf>

<sup>61</sup> **Burada dikkat çeken bir ayrıntı bulunmaktadır.** 2000 yılındaki *Yavuz ve Diğerleri* davasında, başvuranlar, AYİM'in tarafsız ve bağımsız olmaması sebebiyle, Millî Savunma Bakanlığı aleyhine istemlerinin yeterince karşılanmadığını belirterek AİHM'e başvuru yapmışlardır. Hükümetin AYİM'in bağımsızlığına ilişkin bir şikayetin iç hukukta ileri sürülmediği itirazı, AİHM tarafından o davada reddedilmiştir. AİHM, başvuranların AYİM'in bağımsızlığı ve tarafsızlığına yönelik itirazda bulunmamış olmasının, şikâyetin kabul edilebilirliğini ortadan kaldırmayacağını düşünmüştür. AYİM'in anayasal statüsünü dikkate alarak, Mahkeme, AYİM'in bağımsızlığı ve tarafsızlığına yönelik herhangi bir itirazın başarısızlığa mahkûm olacağını ifade etmiş ve bu yönden iç hukuk yollarının tüketilmiş olduğunu kabul etmiştir (Hükümetin benzer itirazı *Gürkan/Türkiye* kararında da reddedilmiştir). Bu kapsamda *Yeşilbaş/Türkiye* kararında, AİHM, Yüksek Mahkemenin bağımsız olup olmadığına ilişkin şikâyetin AYM tarafından incelenebileceği sonucuna varmış olabilir. Ancak, AYM'nin bireysel başvuru kapsamında konuya ilişkin mevcut içtihadı bellidir. Nitekim *Tanışma/Türkiye* kararında da

Yoksa kararın AYİM tarafından oybirliğiyle çıktığı durumlarda başvuruları reddetme ihtimali var mıdır? Bu sorulara şu anda kesin bir cevap verilebilmesi mümkün gözükmemektedir.

4) AİHM'in bu kararı kapsamında Anayasa Mahkemesi, AYİM'de yer alan subay üyelerin bağımsız ve tarafsız olmadığına ilişkin şikâyetlerin temelini Anayasa'dan kaynaklanan bir sorun olarak görme ihtimali vardır. Bu kapsamda, mevcut şartlar altında içtihadını değiştirebilmesi zor gözükmemektedir. Mahkeme içtihadını belki sadece objektif tarafsızlık konusunda, "konu bakımından yetkisizlik" şeklinde değiştirebilir. Bu durumda gerekli değişikliklerin yapılamaması halinde sonuç olarak AYİM, AYM ve AİHM üçgeninde bir kısır döngü meydana gelebilir.

5) İşin başka bir boyutu şudur: Yasama organının gerekli düzenlemeler yapması halinde, yani subay üyelerin tam anlamıyla güvence altına alındığı bir sistem oluşturulursa ya da subay üye yerine beş kişilik heyetin tamamı askeri hâkimlerden teşekkül ederse bu durum AYM tarafından başvurucular lehine zımni bir kabul olarak değerlendirilebilir mi? Bununla birlikte böyle bir düzenlemeden sonra, Yüksek Mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı yönünden şikayeti olan hâlihazırda incelenen bireysel başvurular yönünden, kararın verildiği tarihteki usul hükümlerinin dikkate alınması halinde AİHM devreye gireceği için, gerek idare gerekse davacı nezdinde hukuki belirsizlik katmerli hale gelmektedir.

## SONUÇ YERİNE

Türk hukukunda geçmişten beri askeri idari yargının temel taşlarından biri olan AYİM'in; beş kişilik kompozisyonunda yer alan iki subay üyenin görev sürelerinin sınırlı olması ve yürütme organı ile ilişkilerinin devam etmesi, daha sonra bu üyelerin asıl mesleklerine geri dönüş yapmaları göz önüne alınarak Yüksek Mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığına yönelik karar verilmiştir. Konu ile ilgili Türkiye özelinde söz edilen önceki AİHM kararları; *Incal*, *Yavuz* ve *Diğerleri* ile *Gürkan* davalarıdır.

1998 tarihli İbrahim Incal davasının özünde, üç kişilik heyetteki bir üyenin meslek olarak orduya bağlı bir subay olarak bir ceza mahkemesinde görev yapması bulunmaktaydı ve bu kompozisyon AİHM tarafından Sözleşmeye uygun bulunmamıştı.

---

bu husus belirtilmiştir. Behzat Yeşilbaş'ın AİHM'e başvurduğu tarihin 1/8/2013 olması ve Anayasa'da AYİM'in bağımsızlığı ile ilgili esaslı bir değişiklik olmamasına rağmen başvurunun bu bölümünün, Sözleşme'nin 35. maddesinin birinci ve dördüncü fıkraları gereğince kabul edilemez bulunması bu kapsamda dikkat çekicidir.



3/7/2012 tarihli İbrahim Gürkan davasının özünde ise yine, üç kişilik heyetteki bir üyenin meslek olarak orduya bağlı bir subay şeklinde askeri ceza mahkemesinde görev yapması söz konusuydu ve bu kompozisyon da Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen iptal kararı ile birlikte değerlendirilerek Sözleşmeye uygun bulunmamıştı.

Kanaatimizce 2005 yılında yapılan bir başvurunun -yaklaşık on yıl sonra- *Yavuz ve Diğerleri* kararının tersine bu şekilde çıkmasının temelinde; başvurunun yaşam hakkına ilişkin olması sebebiyle incelemenin uzun sürmüş olma ihtimali, AIHM'in iş yükü, AYİM kararının oybirliğiyle değil oyçokluğuyla alınması ve azınlıkta kalan iki üyenin mesleklerinin askeri hâkim olmasıdır. Bu kapsamda, AIHM, ulusal hukukta meydana gelen gelişmelerle mevcut şartlar altında subay üyelerin bir yüksek mahkeme olan AYİM'de görev yapmasını Sözleşmenin 6. maddesine aykırı görmüştür.

Bir yüksek mahkemenin bir davada üçe karşı iki oyla idare lehine karar verilmesinden yola çıkılarak, başvuru tarihinden itibaren on yıl geçtikten sonra yerleşmiş içtihattan dönme, hukuki güvenlik ilkesi ve belirlilik yönünden ne kadar sağlıklı olabilir? Bununla birlikte, bu süre zarfında gerek Anayasa'da 2010 yılında yapılan değişiklik, gerekse de AYM'nin kararları olmasına rağmen, AYİM'in bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili içtihattan dönmenin en önemli gerekçesi olarak somut olayda AYİM kararının üçe karşı iki oyla, yani subay üyelerin desteğiyle davanın reddedilmesi gösterilmiştir. Peki, karar dörde karşı bir oyla ya da oybirliğiyle çıksaydı ne olacaktı? AIHM yine aynı kararı verebilir miydi? Kanaatimizce bir mahkemenin üyelerinden bir kısmının gerçekten anayasal güvencelerden tam anlamıyla yararlanamaması halinde, kararın oy çokluğuyla ya da oy birliğiyle çıkmasının bir önemi olamaz. Bu kapsamda, AIHM'in *Gürkan/Türkiye* ile *Yavuz ve Diğerleri/Türkiye* kararlarında Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazlarının reddedildiği dikkate alındığında, yukarıda belirtilen 17/2/2015 tarihli *Yeşilbaş/Türkiye* davasında konunun incelenmesinin önünde bir engel yoktu.

Sonuç olarak ne şekilde olursa olsun, AIHM Büyük Dairesinin son kararı ile ya da kararın Büyük Daire'ye götürme talebinin beş kişiden oluşan kurul tarafından reddedilmesi üzerine Daire kararı kesinleşirse, önümüzdeki aylarda subay üyelerin nitelikleri ya da AYİM'in yapısı ile ilgili bu kapsamda bir değişiklik yapılması elzemdir.

Genel olarak söylemek gerekirse; gelişen hukuk dinamizmi içerisinde artık ister medeni hak ve yükümlülüklerle, ister ceza mahkemeleri ile ilgili olsun mesleği hâkim olmayan üst düzey kamu görevlilerin, mahkemelerde görev



yapması yasama organı tarafından isteniyorsa tıpkı hâkim olan diğer üyeler gibi aynı şartlar altında, herhangi bir farklılık olmadan bu üyelerin görev yapmasının şartları sağlanmak zorundadır. Dolayısıyla AYİM özelinde, subay üyelerin görev sürelerinin en fazla 4 yıl olması nedeniyle, bu üyelerin daha sonra yargı erkinden yürütme erkine geçiş yapması adil yargılanma hakkı bakımından sorun olmaktadır. Buna ilaveten bu üyelerin, Genelkurmay Başkanlığı tarafından aday gösterilmesi yine sorun teşkil edebilir. Ayrıca, olası bir değişiklikte subay üyelerin Daire Başkanı olamamasına ilişkin Anayasanın 157. maddesinin dördüncü fıkrası da ilga edilebilir. Bu kapsamda, Danıştay üyelerinin dörtte biri, nitelikleri kanunda belirtilen<sup>62</sup> görevliler arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesine rağmen, diğer Danıştay üyeleri ile özlük hakları yönünden bir fark olmaksızın yaş haddi nedeniyle ya da kendi istekleri ile emekli olmaları örnek bir uygulama olarak gösterilebilir.

◆◆◆◆

#### KAYNAKÇA

DOĞRU, Osman, **Anayasa İle Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İhtüzüğü**, 12 Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2010

GÖNENÇ, Levent, **Anayasa Çalışma Metinleri 3: Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, Tepav Yayınları, 2011

İNCEOĞLU, Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, Beta Yayınevi, Tıpkı 4. Bası, İstanbul 2013

ŞAHBAZ, İbrahim, **“AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”**, Anayasa Yargısı Dergisi, Ankara 2008

#### **Anayasa Mahkemesi Kararları**

Anayasa Mahkemesi Kararı, E.2014/147, K.2015/25, 5.3.2015, § 15.

*Güher Ergun ve diğerleri*, B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 38.

*Hikmet Balabanoğlu*, B. No:2012/1334, 17/9/2013, § 40.

*Yaşasın Aslan*, B.No: 2013/1134, §§ 25–31

*Kenan Özteriş*, B.No:2012/989, §§ 29–40

---

<sup>62</sup> 6/1/1982 tarihli ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 8. maddesi.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/8a7106f5-78df-4ce3-ab70-daae05d66e8a?wordsOnly=False>

<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/10/20091007.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/10/20091007.htm>

<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/10/20091007.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/10/20091007.htm>

### **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları**

*Tanışma/Türkiye*, 32219/05, 17/11/2015

*Bek/Türkiye*, B.No:23522/05, 20/4/2010

*Dikel/Türkiye*, B.No: 8543/05, 29/9/2009

*Fatih Yürük/Türkiye*, B.No:4930/05, 6/4/2010

*İlter/ Türkiye*, B.No: 43554/04, 29/9/2009

*Karaarslan/Türkiye*, B.No:4027/05, 27/7/2010

*Hakan Önen/Türkiye* ((k.k.), B.No: 32860/96), 10/2/2004

*Yeşilbaş/Türkiye* ((k.k.), B.No:51205/13, 17/2/2015

<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-158966>

<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-5300>

<http://www.msb.gov.tr/Ayim/icerik/ayimin-bagimsizligi-ve-tarafsizligina-ait-aihm-kararlari#1>

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-120113>

<http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/yesilbas.pdf>

# DEVLET MEMURLARININ SAKAL BIRAKMA YASAĞI VE BİREYSEL BAŞVURU

*Ban on Beards for Civil Servants and Individual Application*

**Yusuf Enes KAYA\***

## ÖZET

Bu makalede kamu personeline uygulanan sakal bırakma yasağı bireysel başvuru açısından incelenecektir. Bu bağlamda ilk bölümde sakal bırakma yasağının hukuki dayanağı olan Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmeliğin kapsamı ve içeriği hakkında bilgi verilecektir. İkinci aşamada, yasağ nedeniyle temel hak ve özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia eden bir kişinin bireysel başvuruda bulunmak için hangi başvuru yollarını tüketmesi gerektiği, potansiyel mağdur olduğunu ileri sürüp sürümeceği ve bu yasağın hangi temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturduğu bir ön sorun olarak incelenecektir. Üçüncü aşamada müdahalenin varlığı tespit edildikten sonra, bu yasağın hukuken öngörölüp öngörölmediği, yasağın meşru bir amaca hizmet edip etmediği ve bu yasağın demokratik bir toplumda gerekli ve ölçölü olup olmadığı incelenecektir. Meşru amaç bağlamında, söz konusu yasağın devlet memurlarının kılık kıyafet ve görünümünde birliğini ve kamu kurumundaki disiplini sağlamak gibi meşru amaçlara hizmet ettiği tespit edilecektir. Ölçölük ilkesi bağlamında, söz konusu yasağın varsayılan amaçları gerçekleştirmek açısından elverişli ve gerekli olup olmadığı üzerinde durulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Sakal Bırakma Yasağı, Bireysel Başvuru, Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik, Ölçölülük İlkesi, Potansiyel Mağduriyet.

## ABSTRACT

In this article ban on beards for civil servants will be discussed in terms of individual application. In the first section, it will be informed the scope and content of the civil servants appearance and clothing directive which is the legal basis of ban on beards. In the second section, it will be examined which remedies have to be exhausted by a person who alleged that his rights are violated because of this ban, whether possible applicant claim that he is potential victim and which rights are intervened through this ban, as preliminary questions. In the third section, after determining the presence of intervention to the rights, it will be analyzed whether the interference prescribed by law, whether the interference pursue a legitimate aim and whether the interference necessary in a democratic society to achieve the legitimate aim in question in this particular case and proportionate to that aim. In the context of legitimate aim, it will be determined that this ban bears legitimate aims such as providing unity

---

\* Anayasa Mahkemesi Raportör Yardımcısı.. ahmetnecip.yek@gmail.com.

of apperance and clothing among civil servants and discipline in the workplace. In the context of principle of proportionality, it will be considered whether this ban is suitable and necessary to achieve these aims.

**Keywords:** Ban on Beards, Individual Application, Civil Servants Apperance and Clothing Directive, Principle of Proportionality, Potential Victimhood.



## GİRİŞ

Devlet memurlarının kılık kıyafet zorunluluğu 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "*Kıyafet Mecburiyeti*" başlıklı ek 19. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre: "*Devlet memurları, kanun, tüzük ve yönetmeliklerin öngördüğü kılık ve kıyafet kurallarına uymak mecburiyetindedirler*". Bu düzenleme memurların kılık ve kıyafetlerine ilişkin olarak kanun, tüzük ve yönetmeliklere atıf yapmaktadır. Bu konudaki mevzuata bakıldığında devlet memurlarının kılık ve kıyafetlerinin düzenlenmesine ilişkin esasları düzenleyen 16/7/1982 tarihli ve 8/5105 sayılı Kamu Kurum Ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık Ve Kıyafetine Dair Yönetmelik (bundan sonra Yönetmelik olarak anılacaktır) karşımıza çıkmaktadır. Bu Yönetmeliğin getirilme amacı Yönetmeliğin birinci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre: "*Bu Yönetmelik, kamu personelinin Atatürk devrim ve ilkelerine uygun, uygar, aşırılığa kaçmayacak şekilde sade bir kılık ve kıyafette olmalarını, kılık ve kıyafette birlik ve bütünlük içinde bulunmalarını sağlamayı amaçlamaktadır.*" 1980 darbe yönetimi döneminde yapılan bu Yönetmeliğe o döneme hakim olan militarizm düşüncesinin sindiği açıkça görülebilir. Yönetmelik farklılıkların baskılanması suretiyle birlik ve bütünlüğün sağlanacağı gibi bir inanç üzerine bina edilmiştir. Bu düzenleme ile tek tip bireyler yaratılması amaçlanmıştır. Uygar kıyafet ibaresi örneğine pek sık rastlanılmayacak şekilde Türkiye'de hukukun önemli ve kapsamlı bir meselesini teşkil etmiştir.<sup>1</sup> Bu Yönetmeliğin kapsamına bütün kamu personeli girmektedir. Hariç olanlar ise kendi özel kanunlarına ve kıyafet rejimi düzenlemelerine tabi bulunan kamu personelidir. Nitekim Yönetmeliğin 6. maddesinde emniyet hizmetleri sınıfına mensup olanların, hâkimler ve savcıların, Türk Silâhlı Kuvvetlerinde görev yapanların ilgili kurum ve kuruluşun özel yönetmeliklerinde belirtilen usul ve esaslara tabi olacağı belirtilmiştir.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> GEMALMAZ, Semih: Türk Kıyafet Hukuku ve Türban, Legal Yayınevi, İstanbul, 2005, s.127

<sup>2</sup> Emniyet personelinin sakal bırakma yasağı Emniyet Hizmetleri Sınıfı Mensupları Kıyafet Yönetmeliğinin 5. maddesinin 1. fıkrasının h bendinde, Türk Silahlı Kuvvetleri personelinin sakal bırakma yasağı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 34. maddesinin 1. fıkrasının d bendinde düzenlenmiştir. İki Yönetmelikte de sakal yanında bıyık bırakmak da yasaklanmıştır. Hakim ve savcılara ilişkin olarak hakim ve savcıların resmi kılık kıyafet

Yönetmeliğin 5. maddesinin “Erkekler” başlıklı b fıkrasında makalenin konusunu teşkil eden sakal bırakma yasağı açıkça düzenlenmiştir. Buna göre: “Elbiseler temiz, düzgün, ütülü ve sade; ayakkabılar kapalı, temiz ve boyalı giyilir. Sandalet veya atkılı ayakkabı giyilmez. Bina içinde ve görev mahallinde baş daima açık bulundurulur. Kulak ortasından aşağıda favori bırakılmaz. Saçlar, kulağı kapatmayacak biçimde ve normal duruşta enseden gömlek yakasını aşmayacak şekilde uzatılabilir, temiz bakımlı ve taranmış olur. **Hergün sakal tıraşı olunur ve sakal bırakılmaz.** Bıyık tabii olarak bırakılır, uzunluğu üst dudak boyunu geçemez. Üstten alınmaz, yanlar üst dudak hizasında olur, alt uçları dudak hizasından kesilir. Kravat takılır, kravatı örtecek şekilde balıkçı yaka veya benzeri süveterler giyilmez. Hizmet gereğine uygun olarak verilmişse tek tip elbise giyilir.” Sakal yasağına uyulmadığı takdirde ne gibi bir yaptırımla karşılaşılacağı yine Devlet Memurları Kanunu’nda düzenlenmiştir. Devlet Memurları Kanunu’nun “disiplin cezalarının çeşitleri ile ceza uygulanacak fiil ve haller” başlıklı 125. maddesine göre belirlenen kılık ve kıyafet hükümlerine aykırı davranan kişiler uyarma cezası ile cezalandırılacaktır.

Bu ön bilgilerden sonra sakal bırakma yasağının bireysel başvuru açısından değerlendirilmesine geçilebilir. Ancak, bu noktada bir takım ön sorunların çözümlenmesi gerekmektedir.

## I. BAŞVURU YOLLARININ TÜKETİLMESİ SORUNU

Anayasa’nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre anayasal haklarının ihlal edildiğini iddia eden herkes, ilk önce bu alanda asıl görevli olan diğer idari ve yargısal mekanizmaları harekete geçirecek ve burada bir çözüm bulamaması hâlinde, iddiasını Anayasa Mahkemesi önüne taşıyabilecektir. Bu nedenle kişilere bu yola başvurmadan önce ihlale neden olduğunu ileri sürdükleri işlem, eylem ya da ihmal için “kanunda öngörülmüş idarî ve yargısal başvuru yollarının tamamını” tüketmiş olmaları zorunluluğu getirilmiştir.<sup>3</sup> Sakal bırakma yasağına ilişkin olarak yapılacak bir başvuruda başvuru yollarının tüketilmesi açısından iki ihtimal vardır: birinci olarak başvuru sakal bırakır ve bu nedenle kendisine uyarma cezası verilir. Uyarma cezasının iptali istemiyle idari yargıda dava açar, gerekli kanun yollarına başvurup sonuç alamadığı takdirde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapar. İkinci olarak bu süreci tüketmeden sa-

---

Yönetmeliğinde sakal bırakmaya ilişkin bir yasak söz konusu değildir.

<sup>3</sup> ANAYASA MAHKEMESİ/EKİNCİ, Hüseyin/ SAĞLAM, Musa, 66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru,2012, s.22

kal bırakması durumunda disiplin cezası almasının kuvvetle muhtemel olacağı gerekçesiyle potansiyel mağdur olduğunu iddia eder.

Zira kişinin potansiyel mağdur olduğunun kabul edilmesi durumunda, bu olay özelinde, başvurabileceği iç hukuk yolu olmadığı için başvuru yollarını tüketmesine gerek kalmayacaktır. Şöyle ki başvuru kişinin kendisine uygulanan bir işlem olmadığı için yani sakal bırakması nedeniyle hakkında uyarma cezası verilmediği için dava açmasını gerektirecek kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem yoktur dolayısıyla dava açamaz. Burada başvuru kişinin Yönetmeliğe karşı idari yargıda iptal davası açması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak bu durumda da başvurucuya uygulanan bir işlem olmadığı için düzenleyici işlem veya uygulanan işlem yahut her ikisi aleyhine birden dava açılmayacaktır.<sup>4</sup> Sadece Yönetmeliğe karşı dava açılması durumunda da dava süresinde olmadığı için reddedilecektir.<sup>5</sup> O halde başvuru kişinin potansiyel mağdur olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Kural olarak Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunabilmek için bir eylem veya ihmalin başvuru kişiyi doğrudan etkilemiş olması gerekir. Nitekim bu husus 6126 sayılı Yasanın 46. Maddesinin 1. fıkrasında *“Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir”* şeklinde belirtilmiştir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi doğrudan mağduriyet kavramını hafifletmek için potansiyel mağduriyet doktrinini geliştirmiştir. Buna göre bir kişi, kendisine yönelik doğrudan alınan bir önlem olmasa bile bir düzenlemenin doğrudan etkilediği kişiler içinde olduğunu ileri sürüyorsa bireysel başvuru yapabilecektir.<sup>6</sup> Anayasa Mahkemesinin bazı bireysel başvuru kararlarından potansiyel mağduriyetin kabul edilebileceği anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu konuya ilişkin bir kararında şunları belirtmiştir: *“Kendilerinin belirli bir işlemde doğrudan etkilenme tehdidiyle ya da tehlikesiyle karşı karşıya olduklarını ve dolayısıyla potansiyel olarak mağdur olduklarını iddia eden başvuru kişileri ile yalnızca ulusal hukukları değiştirmeyi veya toplumun menfaatinin korunmasını amaçlayan başvurular arasında dikkatli bir ayırım yapılmalıdır. Bu son bahsedilen türdeki “halk davası” (actio popularis) olarak isimlendirilen başvurulara bireysel başvuru hakkı tanınmamıştır.”*<sup>7</sup> Görüldüğü gibi eğer bir başvuru actio popularis niteliğindeyse kabul edilmeyecek ancak bir uygulamadan doğrudan etkilenme tehdidi ya da tehli-

<sup>4</sup> 6/1/1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinin 4. fıkrası

<sup>5</sup> 2577 sayılı Kanun'un 7. Maddesinin 4. fıkrası gereği ilanı gereken düzenleyici işlemlerde dava süresi, ilan tarihini izleyen günden itibaren 60 gün içinde dava açılması gerekir.

<sup>6</sup> ÖZKAN, Cahit: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılama Usulü, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2005, s.101

<sup>7</sup> Sabri Ergül, B.No: 2014/13625, 8/9/2014 par. 20

kesi yani potansiyel mağduriyet söz konusuysa başvuru kabul edilebilecektir. Ancak Anayasa Mahkemesi yakın tarihli bir kararında kanaatimizce bu görüşünden uzaklaşmış görünmektedir. Bu başvuruda başvurucular seçim barajının %10 gibi yüksek bir oranda olmasının ölçüsüz olduğunu, bu durumun temsilde adalet ve eşitlik ilkelerine aykırı olduğunu, siyasi partiler arasında fırsat eşitsizliğine sebep olduğunu, anılan hükmün 2015 yılında yapılacak seçimlerde uygulanacak olması nedeniyle potansiyel mağdur olarak etkileneceklerini iddia etmişlerdir. Başvurucu partilerin 2015'te yapılacak seçime girmeleri ve 10'luk barajın kendilerine uygulanması kuvvetle muhtemel olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi başvurucuların potansiyel mağdur olup olmadıklarını değerlendirmeden başvuruyu reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi 6216 sayılı Kanun'un "*Bireysel başvuru hakkı*" kenar başlıklı 45. maddesinin (3) numaralı fıkrasına atıf yaparak yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağını belirtmiştir.<sup>8</sup>

Anayasa Mahkemesine göre bir yasama işleminin, temel hak ve özgürlüğün ihlaline neden olması durumunda, doğrudan yasama işlemi aleyhine değil, ancak yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki işlem, eylem ve ihmallere karşı bireysel başvuru yapılabilir. Dolayısıyla söz konusu başvuruda Anayasa Mahkemesi bir yasama işlemi aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapıldığı için başvurunun konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.<sup>9</sup> O halde sakal bırakmanın yasak olması nedeniyle potansiyel mağdur olduğunu, yani sakal bırakması nedeniyle kendisine uyarma cezası verilmesi tehdidi ya da tehlikesi olduğunu iddia eden bir kişinin bu iddiası kabul edilmeyecektir. Zira bu durumda başvurucu doğrudan düzenleyici (bu durumda ilgili Yönetmelik) işlem aleyhine başvuruda bulunmuş olacaktır. Oysa bu Yönetmeliğin uygulanması mahiyetindeki işleme karşı bireysel başvuru yapması gerekirdi. Bu değerlendirmeler ışığında sakal bırakması yasaklanan bir kişinin potansiyel mağdur olduğu kabul edilse bile bu durum doğrudan düzenleyici işlem aleyhine bireysel başvuruda bulunma sonucunu doğuracağı için muhtemel bir bireysel başvuru Anayasa Mahkemesince konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulunacaktır. Dolayısıyla potansiyel mağduriyet iddiasıyla herhangi bir başvuru yolu tüketilmeden doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması halinde başvurunun reddedilmesi muhtemeldir.

---

<sup>8</sup> Büyük Birlik Partisi ve Diğerleri, B. No: 2014/8842, 6/1/2015, par. 22-28

<sup>9</sup> Aynı karar, par.. 25

## II. HANGİ HAKKA DAYALI OLARAK BİREYSEL BAŞVURU YAPILABİLECEĞİ SORUNU

### 1. Din ve Vicdan Özgürlüğü Açısından

Anayasa'nın 24. maddesinin ilk fıkrasında herkesin, vicdan, dinî inanç ve kanaat özgürlüğüne sahip olduğu belirtilmiş, ikinci fıkrasında da bu özgürlüğün doğal bir sonucu olarak özgürlüklerin kötüye kullanılmasını yasaklayan 14. madde hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla ibadetin, dinî ayin ve törenlerin serbest olduğu vurgulanmıştır. Üçüncü fıkrada, kimsenin, ibadete, dinî ayin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamayacağı ve suçlanamayacağı ilkesine yer verilmiştir.

Demokratik hukuk devletinin en önemli güvencelerinden bir tanesi olan ve insanın temel hak ve özgürlüklerinden birisi olarak görülen din ve vicdan özgürlüğü, gerek ulusal düzeyde gerekse de uluslar arası düzeyde demokratik çoğulculuk anlayışının korunması ve geliştirilmesi amacıyla garanti altına alınmıştır.<sup>10</sup>

Genel kabul gören anlayışa göre din ve vicdan özgürlüğü belli bir inanca sahip olmak ve bu inançları açığa vurmamak üzere iki boyutta ele alınmaktadır. Birinci yönü (forum internum) vicdan özgürlüğü olarak ifade edilen, kişinin içsel alanında varlık bulan, devlet tarafından sınırlandırılmaz mutlak bir hak iken; din özgürlüğü olarak ifade edilen ve kişinin sahip olduğu inancı çeşitli şekillerde açığa vurma şeklinde ortaya çıkan ikinci boyutu (forum externum) belli şartlar altında sınırlandırılabilir.<sup>11</sup>

Peki sakal bırakmak kişinin din veya inancının açığa vurulması kapsamında görülebilir mi? Kuşkusuz bu durum İslam inancına sahip bir memur açısından İslamiyet'teki sakal pratiği dikkate alındığında gündeme gelebilecektir.

Anayasa Mahkemesine göre Anayasa'nın 24. maddesi bir din veya inancın kaynaklanan veya esinlenen her davranışı korumaz ve kamusal alanda bir inancın gerektirdiği biçimde davranma hakkını her durumda garanti etmez. Kişinin dinini ve inancını açığa vurma özgürlüğü sadece Anayasa'nın 24. maddesinin beşinci fıkrasında belirtilen nedenlerle ve Anayasa'nın 13. maddesindeki koşullarda sınırlandırılabilir.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> AĞIRBAŞLI, Şennur: "Avrupa insan hakları sözleşmesi çerçevesinde din ve vicdan özgürlüğü" Türkiye Barolar Birliği Dergisi sayı:101, temmuz- ağustos 2012, s. 84

<sup>11</sup> DEMİR, Hande Seher: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü, 1. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 69-70

<sup>12</sup> Tuğba Arslan, B. No: 2014/256, 25/6/2014, par.59



Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği gibi acil bir toplumsal ihtiyacı karşılama hali dışında, bir din veya inancın en iyi hangi şekilde açığa vurulacağına veya bir davranışın başvurusunun ileri sürdüğü din veya inancın bir gerekliliği olup olmadığına söz konusu din veya inancın mensuplarının karar verilebilir.<sup>13</sup> Başka bir deyişle başvurusunun din veya inancının uygulamasına ilişkin anlayışının ve bu anlayıştan doğan açıklamalarının, açıkça mesnetsiz veya mantıksız olmadığı müddetçe esas alınması gerekir. Ancak, başvurusunun beyanlarının gerçekliğinden emin olmak için, din veya inancı hakkında yaptığı açıklamaların teyit edilmesi gerekebilir. Bu kapsamda başvurusunun din ve inancının uygulamasına ilişkin beyanı yanında başvuruya konu olan din veya inanca ilişkin otoritelerin görüşleri de göz önüne alınabilecektir.<sup>14</sup> Anayasa Mahkemesi bu yaklaşımıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne geçmiştir. Anayasa Mahkemesi inancın açıklamasını değerlendirmede sübjektif olan yaklaşımın doğru olduğunu benimsemekle birlikte din veya inanca ilişkin otoritelerin görüşlerinin de göz önüne alınabileceğini belirterek objektif yaklaşıma da açık kapı bırakmıştır. AİHM'e göre ise düşünce, inanç ve din özgürlüğü hakkı belli bir derece inandırıcılık, ciddiyet, bağlılık ve önem kazanmış görüşleri ifade eder.<sup>15</sup> Söz konusu inancı doğrudan ifade etmeyen veya sadece inanca ilişkin davranış kuralına sadece zayıf olarak bağlanmış din veya inançla yakından bağlantılı olmayan eylemler 9. maddenin 1. fıkrası korumasının kapsamı dışında kalırlar.<sup>16</sup> Yani AİHM bir eylemin dini inancın gereği olarak yapılıp yapılmadığını objektif olarak belirleme eğilimindedir. Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda başvurusunun dini inancı gereği sakal bıraktığı şeklindeki açıklamalarının esas alınması kural olmakla birlikte sakal bırakmanın İslam dini açısından bir temeli olup olmadığına da incelenmesi gerekir. Kur'anda sakal kelimesi bir yerde geçer (Taha Suresi 20/94), fakat sakal bırakma veya kesmenin hükmünden söz edilmez. Hadislerde ise bu konuda bazı emir ve tavsiye ifadeleri yer almıştır. İslam Peygamberi sakal bırakmayı yaratılışa uygun davranışlar arasında saymış, bazen müşriklere veya Mecusiler'e muhalefet etme gerekçesine bağlayarak, bazen da gerekçe belirtmeden sakalın bırakılıp bıyıkların kısaltılmasını istemiştir. Peygamberin ve sahabenin (Peygamberin destekçileri) konuya ilişkin söz ve uygulamalarını değerlendiren İslam fıkıhçıları sakal bırakmanın hükmü hakkında farklı görüşler ortaya koy-

---

<sup>13</sup> Aynı karar, par. 68

<sup>14</sup> Par.69

<sup>15</sup> Bkz. Bayatyan v. Armenia, 23459/03, 7/7/2011 , § 110, Leela Förderkreis E.V. and Others v. Germany , 58911/00, 6/11/2008;§ 80, Jakóbski v. Poland, 18429/06, 7/12/2010 § 44,

<sup>16</sup> Skugar and Others v. Russia, 40010/04, 3/12/2009 , Zaoui v. Switzerland, 41615/98, 18/1/2001

muşlardır. Alimlerin çoğunluğu sakal bırakmayı dini bir emir olarak görüp sakalı kesmeyi haram saymıştır. Bu gruptaki alimler, hadislerdeki emirlerle peygamberin ve sahabenin uygulamasının bağlayıcı nitelikte olduğu yorumunu yapmış, Kur'an-ı Kerim'de peygambere uymayı emreden ayetin sakal bırakma konusunda da onun yolunu izlemeyi gerekli kıldığını, sakalı kesmenin kadınlara benzemek ve Allah'ın yarattığı şekli bozmak anlamına geldiğini ve bu yöndeki yasağın sakalı kesmeyi de kapsadığını ifade etmişlerdir. Bu emir ve uygulamalardan tavsiye anlamı çıkararak alimler sakal kesmenin haram değil, mekruh olduğunu söylemiştir. Son dönem alimler ise sakalı islamın geldiği dönemde yaygın olan örf ve adetle açıklamış ve bunun dini bir konu olmadığını belirtmişlerdir.<sup>17</sup> Görüldüğü gibi sakal bırakmanın dini bir konu olmadığını söyleyen alimler bulunmakla birlikte, çoğunluğun bunu dini bir emir gibi telakki etmesi göz önüne alındığında İslam dini açısından sakalın dini bir temeli olduğu söylenebilir. Kaldı ki bir uygulamanın din ve vicdan özgürlüğünün dışı vurumu olarak görülebilmesi için dini otoritelerin o uygulama konusunda ittifak etmeleri gerekmez, aksinin kabulü din ve vicdan özgürlüğünü anlamsız hale getirebilir. Dolayısıyla sakal bırakmasının inancının gereği olduğunu iddia eden kişinin bu iddiasının açıkça mesnetsiz veya mantıksız olduğu söylenemeyecektir. Sonuç olarak, sakal bırakmayı din ve inancın açığa vurulması olarak görmemizde bir engel yoktur. Müslüman olduğunu ve sakal bırakması gerektiğini iddia eden bir kişi, kişisel ve sübjektif inancının samimi olduğunu göstermesi halinde din ve vicdan özgürlüğüne dayanarak bireysel başvuruda bulunabilir.

## 2. Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı Açısından

Sakal bırakmayı din ve inanç özgürlüğüyle bağlantılı olarak ileri sürmeyen bir kişi özel yaşamın korunması hakkına dayanarak bireysel başvuruda bulunabilir mi?

Özel hayat geniş bir kavram olup kapsayıcı bir tanımının yapılması oldukça zordur.<sup>18</sup> Bu kapsamda kişinin sakal bırakmasının özel hayat kapsamına girip girmeyeceğinin tartışılması gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, "*kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünün*" özel hayat kavramına dâhil olduğunu, kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne yönelik müdahalelerin bazı durumlarda "özel ve aile hayatına saygı hakkı" başlığını taşıyan Sözleşmenin 8. maddesinin ihlâli olabileceğini ifade etmektedir. Mahkeme "*özel hayat, kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü kapsar ve garanti altına alır*", "*Mahkeme, kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünün özel hayat kavramı içinde yer aldığını dü-*

<sup>17</sup> Türk Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, "Sakal" maddesi, cilt 36, İstanbul, 2009, s.1-2

<sup>18</sup> Costello Roberts v United Kingdom, 13134/87, 25/3/1993 , par.36

*şünmektedir”, “Sözleşmenin 8.maddesi kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü güvence altına alır”, “kişinin maddi ve manevi bütünlüğü özel hayat kavramı içinde yer alır”* diyerek bu durumu açıkça belirtmiştir.<sup>19</sup> Bu kapsamda sakalın kişinin fiziksel bütünlüğünün bir parçası olduğunda tereddüt bulunmamaktadır. Sakal bırakma bireyin bedeni üzerinde tasarrufta bulunmasının en belirgin görünümünden biridir. Bir kişinin her gün sakal kesmeye zorlanmasının fiziksel bütünlüğüne dolayısıyla özel hayatına bir müdahale oluşturacağı açıktır. Ancak, başvurunun devlet memuru olması göz önüne alındığında iş yerinde özel hayatın korunup korunmayacağı gündeme gelebilir. AİHM’e göre özel hayat hakkı belirli düzeye kadar başka insanlarla ilişki kurmayı ve bu ilişkileri devam ettirmeyi de içerir. Özel hayat kavramının mesleki ilişkileri kapsamı dışında tutması için bir sebep yoktur. Çünkü pek çok kişinin dış dünyayla ilişki kurma fırsatı önemli ölçüde, hatta çoğunlukla, bu iş ilişkileri sırasında ortaya çıkmaktadır.<sup>20</sup> Nitekim AİHM Peev/Bulgaristan kararında<sup>21</sup> Yargıtay Başsavcılığında uzman olarak çalışan başvurunun çalışma alanının ve kişisel eşyalarını sakladığı çalışma masasının, Copland/Birleşik Krallık kararında<sup>22</sup> ise en yüksek rütbeli bayan polis memuru olan başvurunun iş yerindeki internetinin ve e-postalarının özel hayat kapsamında olduğuna ilişkin makul beklentileri olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle bir memurun iş yerinde sakal bırakmasının özel hayat kapsamında olduğuna ilişkin makul bir beklentisinin olduğunun evleviyetle kabul edilmesi gerekir. Dolayısıyla bu hakka dayanarak da bireysel başvuruda bulunulabilir.

### 3. İfade Özgürlüğü Açısından

İfade özgürlüğü gerek Anayasamızda gerekse birçok uluslararası hukuk belgesinde koruma altına alınan temel hak ve özgürlüklerden birisidir. İfade özgürlüğü insanların görüş, kanaat, düşünce ve taleplerini başlarına kötü bir şey gelmesi, özellikle kamu otoriteleri tarafından başlarına kötü bir şey getirilmesi korkusu taşımadan serbestçe ifade edebilmeleridir. İnsanlar kendilerini çok değişik yollarla ifade edebilirler. En çok bilinen ve kullanılan, en kolay ve en düşük maliyetli kendini ifade etme yolu konuşmaktır. Ancak, insanlar yazarak, belli tarzlarda davranarak, belli biçimlerde giyinerek, belli tarzlarda

<sup>19</sup> S. And Marper v. The United Kingdom, § 66. Y.F. v. Turkey, 24209/94, 22/07/2003, § 33. Juhnke v. Turkey, 52515/99, 13/05/2008, § 71, kararları aktaran SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar: “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y. 2013, Sayı 3,s.247

<sup>20</sup> Niemietz/Almanya, No:13710/88, 16/12/1992, par. 29

<sup>21</sup> Peev/Bulgaristan, No: 64209/01, 26/7/2007

<sup>22</sup> Copland/Birleşik Krallık, No:62617/00, 3/4/2007

ibadet ederek de kendilerini ifade ederler. Sadece kitap, makale, deneme, roman ve hikâye yazmak ve yayınlamak değil; fakat aynı zamanda bir resim veya heykel yapmak, bir oyun sahnelemek, belli bir kıyafeti giymek, bir gösteri yürüyüşüne veya bir toplantıya katılmak, bir dernek veya topluluk kurmak da kişisel veya toplu ifade biçimleridir.<sup>23</sup>

Sakal bırakma kişinin kendisini ifade etmesinin bir şekli olarak kabul edilebilir. Bir kişinin dış görünümü kendisini ifade etmesinin en belirgin şeklidir. AİHM'e göre ifade özgürlüğü bilgi veya fikrin sadece içeriğini korumakla kalmaz bunların ifade edildikleri biçimleri de korur<sup>24</sup> ve ifade özgürlüğü kişinin düşüncelerini belli bir giyim tarzı ile ya da eylemle ifade etmesini de kapsar.<sup>25</sup> Ancak AİHM sakal bıraktığı için üniversiteye alınmayan bir öğrencinin ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasını kabul edilmez bulmuştur.<sup>26</sup> AİHM'e göre sakal bırakmak suretiyle düşüncelerin açıklanmasının ifade özgürlüğü kapsamında olduğu söylene bile bu başvuruda başvuruçunun, sakal bırakmasının yasaklanması yoluyla hangi düşüncelerinin engellendiğini kanıtlayamadığını belirtmiştir. Dolayısıyla bir kişi sakal bırakmasının yasaklanması suretiyle hangi düşüncesini açıklayamadığını ispat etmelidir. Bu yapılmadığı takdirde ifade özgürlüğü hakkına dayanarak yapılan başvurunun olumsuz sonuçlanması muhtemeldir.

### III. MÜDAHALE TESTİ AÇISINDAN

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi bir başvuruyu değerlendirirken ilk olarak şikâyetin ilgili maddenin garanti altına aldığı haklardan birinin kapsamına girip girmediğini inceler. İkinci aşamada müdahalenin kanunla öngörülüp öngörülmediğini, üçüncü aşamada müdahalenin meşru bir amaca hizmet edip etmediğini son olarak müdahalenin ölçülü ve demokratik toplum açısından gerekli olup olmadığını inceler. Bu şartlardan ilki sağlandıktan yani müdahalenin varlığı tespit edildikten sonra diğer şartlardan herhangi birinin sağlanmaması durumunda söz konusu hak ihlal edilmiş olur.

---

<sup>23</sup> ERDOĞAN, Mustafa: "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif", Liberal Düşünce, Sayı: 24, Güz 2001, Ankara, s. 8-13.

<sup>24</sup> Jersild v. Denmark, No: 15890/89, 23/9/1994, § 31

<sup>25</sup> Donaldson v. the United Kingdom (56975/09) kararında AİHM, 1916 paskalya ayaklanmasında ölenleri anmak için takılan paskalya zambağını kişinin politik görüşünü ifade etmesinin bir aracı olarak görmüştür. Yine AİHM yakın tarihli Gough v. The United Kingdom (49327/11) kararında ihlal kararı vermemiş olsa da çıplak bir şekilde dolaşmayı ifade özgürlüğü kapsamında görmüştür.

<sup>26</sup> Tig v. Turkey, No: 8165/03, 24/5/2005. Benzer yönde bir karar için bkz. Kara v. The United Kingdom, 36528/97, 22/10/1998

Burada sıralama önemlidir. Mesela bir başvuruda hukuken öngörülme ölçütü sağlanmamışsa diğer ölçütlere riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek yoktur.

### 1. Sakal Yasağının Hukuki Dayanağının Olup Olmadığı Sorunu

Kişinin sakal bırakmasının yasaklanmasının özel hayat hakkı veya din ve vicdan özgürlüğünün kapsamına girebileceğini tespit ettikten sonra bu haklara yapılan müdahalenin kanunla öngörülüp öngörülmediğinin incelenmesi gerekir. Sınırlamaların “*hukuken öngörülmesi*” zorunluluğu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin yasallık ilkesini benimsediğini göstermektedir. Buna karşın sözleşme yasallık ilkesini benimserken, söz konusu yasaların, hukuki niteliklerine ilişkin bir açıklama yapmamıştır. AİHM de yasa terimini mutlaka şekli anlamda Parlamento’nun usulüne uygun olarak yaptığı işlem biçiminde anlamamıştır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, değişik kararlarında, sözleşmenin maddelerinde yer alan “*hukuken öngörülen*” kavramını açıklarken, maddi anlamda yasa anlayışıyla hareket etmiştir. Başka bir deyişle, genel, soyut, objektif, kişisel olmayan kuralları içeren kurallarla temel hak ve özgürlüklerin sınırlanabileceğini belirtmiştir.<sup>27</sup> Bu anlamda AİHM idarelerin düzenleyici işlemlerini<sup>28</sup> yargıçların yarattığı hukuku, hukuk kavramı içerisinde değerlendirmiştir. Bu bağlamda örneğin bir uygulama kanunla düzenlenmese bile mahkemelerin kuralları yorumlaması sonrasında ulaşılabilir ve öngörülebilir bir kural haline gelmişse “*hukuken öngörülme*” şartı yerine getirilmiş olur.<sup>29</sup>

Mahkemeye göre “*hukuken öngörülmüş*” ifadesi, ilk olarak uygulanacak olan hukukun yeterince ulaşılabilir olmasını yani vatandaşların belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelisini, ikinci olarak vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek için yeterli açıklıkta düzenlenmiş olmasını gerektirir. Üçüncü olarak vatandaşlar belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekiyorsa uygun bir danışmayla önceden görebilmelidir. Bu sonuçların mutlak bir belirginlikle önceden görülebilir olması gerekmez; çünkü tecrübeler bunun mümkün olmadığını göstermektedir. Belirgin olması daha çok arzu edilir, ancak bu aşırı derecede bir katılığı beraberinde getirebilir; oysa hukuk, değişen kurallara ayak uydurabilmelidir. Bu nedenle

<sup>27</sup> ATAKAN, Arda: Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Ve Sınırlamaların Sınırını Oluşturan Ölçütler, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, s.60

<sup>28</sup> De Wilde, Ooms and Versyp/ Belgium, 2899/66, 18/6/1971, par. 93; Barthold/Germany, 8734/79, 25/3/1985, par.46.

<sup>29</sup> Kruslin v. France , 11801/85, 24/4/1990, para. 29; Huvig v.France, 11105/84, 24/4/1990, par. 28.

birçok yasa az ya da çok, kaçınılmaz olarak muğlak terimlerle ifade edilir, bunların yorumu ve uygulanması, hukuk tatbikatının sorunudur.<sup>30</sup>

Bu değerlendirmeler ışığında sakal bırakmayı yasaklayan Yönetmelik hükümünün AİHM içtihatları ışığında hukuken öngörülme (prescribed by law) şartını sağladığı anlaşılmaktadır. Zira söz konusu düzenleme yeterli açıklıkta ve kesinlikte, öngörülebilir ve ulaşılabilir niteliktedir. Ancak iç hukukumuz açısından farklı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamaların kanunla düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Kanunla düzenleme gerekliliğine ilişkin hükümlerin ifade tarzı, temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamaların mutlaka şekli anlamda kanun ile yapılması zorunluluğuna işaret etmektedir. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuruya ilişkin kararlarında hem şekli anlamda hem de maddi anlamda kanun anlayışını benimsemiştir. Buna göre: "*Kanunilik şartı, hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların yalnızca şekli olarak kanunla düzenlenmesi ile sınırlı olmayıp, bunların içerik olarak da belirli bir amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalarına ilişkin gerekliliği de ifade etmektedir. Bu açıdan kanun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanun, muhtemel etki ve sonuçlarına dair yeterli derecede öngörülebilir olmalıdır. Bununla birlikte, kanun metninin tüm sonuç ve etkileri göstermesi her zaman beklenemeyeceğinden, aranan açıklığın ölçüsü, söz konusu metnin içeriği, düzenlemeyi hedeflediği alan ile hitap ettiği kitlenin statü ve büyüklüğü gibi faktörler dikkate alınarak belirlenebilir. Bu özelliklere sahip kanunun, aynı zamanda kolaylıkla erişilebilir nitelikte olması gerekir.*"<sup>31</sup>

Dolayısıyla, temel hak ve hürriyetler, kanunla sınırlanabilir; yani, kanun hükmünde kararnameyle, tüzükle, yönetmelikle veya diğer idarî işlemler ile sınırlanamaz. Ancak Türk Doktrininde hakim olan kaniya göre, kanunla sınırlanma şartını, o alanda idarenin hiçbir düzenleyici işlem yapamayacağı şeklinde yorumlamaya imkan yoktur.<sup>32</sup> İdarenin düzenleme yetkisini kullanabilmesi için bir kanunun varlığı aranmakta ise de, kural olarak, bu yetkinin kanunda

<sup>30</sup> Bkz. Sunday Times v. The United Kingdom, 6538/74, 26/4/1979, par. 49

<sup>31</sup> Nermin Polat kararı, AYM, 2012/1223, 5/11/2014, par. 46; Günay Okan kararı, AYM, 2013/8114, 17/9/2014, par. 23; Ali Karatay kararı, AYM, 2012/990, 10/12/2014, par. 48.

<sup>32</sup> GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s.206

açıkça zikredilmesine gerek yoktur. Anayasa'nın düzenleme yetkisini içeren ilgili hükümleri de bu yönde bir zorunluluk öngörmemektedir. Dolayısıyla bir kanunun uygulanması için, ilgili kanunun bunu açık bir şekilde öngörmesi gerekmez. Bir kanun çıkarıldığı anda idare de, o kanunun uygulanmasını sağlamak bakımından bir düzenleme yetkisine sahip olmaktadır.<sup>33</sup> Kanunla sınırlanma şartı o alanda idarenin hiçbir düzenleyici işlem yapamayacağı şeklinde yorumlanmamakla birlikte yasama organının düzenleyici işlem yapma yetkisi vermesinin de bir sınırı olmalıdır.

Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası döneminde verdiği kararlarında bu konuya ilişkin yaklaşımını şu şekilde açıklamıştır: *"Anayasada yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına; genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilemez. Yürütmeye devredilen yetkinin Anayasaya uygun olabilmesi için yasada temel hükümlerin ya da temel esasların belirlenmesi, ancak uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konuların düzenlenmesinin yürütme organına bırakılması gerekir. Kuşkusuz, yürütme organının yasayla yetkili kılınmış olması, yasayla düzenleme anlamına gelmez. Anayasanın 8 inci maddesinin yürütme yetkisi ve görevinin Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir hükmünün anlamı da budur."*<sup>34</sup>

Yine bir başka kararında Mahkeme, Yasakoyucunun, belli konularda gerekli kuralları koyarak çerçeveyi çizerek yasaların uygulanmasını sağlamak için, idareye belli düzenleme alanı bırakabileceğini belirtmiştir.<sup>35</sup> Mahkeme, Anayasanın 7. maddesinde, yasama yetkisinin TBMM'nce kullanılacağı ve devredilemeyeceğinin öngörüldüğünü ve yasada temel kurallar konmadan, ölçüsü ve sınırları belirlenmeden yürütme organına yetki verilmesinin Anayasanın 7. maddesine aykırı düşeceğini belirtmiştir.<sup>36</sup> Anayasa Mahkemesinin bu kararları ışığında Devlet Memurları Kanunu'nun ek 19. maddesinin incelenmesi gerekir. Bu maddeye göre Devlet memurları, kanun, tüzük ve yönetmeliklerin öngördüğü kılık ve kıyafet kurallarına uymak mecburiyetindedirler. Görüldüğü gibi bu kanun maddesi idareye müphem, sınırsız, genel bir yetki vermekte; idari düzenlemenin amacını, kapsamını, sınırlarını ve temel ilkelelerini belirtmemektedir. Dolayısıyla böyle bir kanun maddesine dayalı olarak çıkarılan bir yönetmelik hükmünün temel haklarının sınırlandırılması açısından

---

<sup>33</sup> YILMAZ, Harun: "Türk Hukukunda Düzenleme Yetkisinin Tarihsel Gelişimi ve Niteliği " Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 110, s.235

<sup>34</sup> E. 1997 / 36, K. 1997 / 52, K. T. 25.10.1997, AMKD, S. 34, c. I, s. 131.

<sup>35</sup> E. 1995 / 24, K. 1995 / 52, K. T. 28.9.1995, AMKD, S. 34, c. I, s. 51

<sup>36</sup> E. 1997 / 35, K. 1997 / 45, K. T. 9.4.1997, AMKD, S. 33, c.I, s. 369,



gerekli olan kanunilik şartını sağlamadığı kanaatindeyiz. Kaldı ki Yönetmeliğin 17. maddesinde bu Yönetmeliğin 2413 sayılı “Bilumum Devlet Memurlarının Kıyafetleri İle İlgili Kararname”; 2596 sayılı “Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun’un 6 ncı maddesi ve bu maddeye göre çıkarılan 1958 sayılı “Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun’un tatbik suretini gösterir “Nizamname” hükümleri uyarınca düzenlendiği belirtilmiştir. Yani bu Yönetmelik, hukuki açıdan sadece 657 sayılı Kanun’un ek-19. Maddesine dayanmamakta, buna ilaveten anılan mevzuata da dayanmaktadır. Yönetmeliğin dayandığı düzenlemelere bakıldığında 2596 sayılı Kanun’un 6. maddesinde, bu Kanun’un tatbik suretini gösterir bir nizamname yapılacağı belirtilmiştir. Ancak bu Kanun’un tatbik suretini gösteren 18/2/1935 tarihli ve 1958 sayılı Nizamnamede devlet memurlarına ilişkin bir düzenleme yoktur. 2413 sayılı Kararnamede ise bilumum devlet memurlarının kıyafetleri, dünya yüzündeki medeni milletlerin müşterek ve umumi kıyafetlerinin aynıdır denilmek suretiyle memurların kılık ve kıyafet hususu oldukça muğlak bir şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde Yönetmelikte belirtilen ayrıntılı düzenlemelere dayanak teşkil edecek hiçbir verinin bulunmadığı görülmektedir. Diğer bir deyişle bu üç düzenleme esasında Yönetmelikteki ayrıntıları belirlemenin hukuki dayanağı niteliğinde değildir. Ayrıca bir Yönetmeliğin hukuki dayanağı olarak başka yönetmeliğin gösterilmesi de normlar hiyerarşisine aykırıdır ve hukuk mantığıyla izah edilemez.<sup>37</sup> Tüm bu açıklamalar doğrultusunda bu Yönetmeliğin kanunilik şartı açısından ciddi sorunlar taşıdığı söylenebilir.

## **2. Sakal Yasağının Meşru Bir Amaca Hizmet Edip Etmediği ve Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olup Olmadığı Sorunu**

Yönetmeliğin 1. maddesinde Yönetmeliğin amacının kamu personelinin kılık ve kıyafette birlik ve bütünlük içinde bulunmalarını sağlamak olduğu belirtilmiştir. Yani sakal bırakmanın yasaklanmasının kamu personelinin birlik ve bütünlük içinde bulunmalarını sağlamak şeklinde meşru bir amaca hizmet ettiği söylenebilir. Ayrıca sakal bırakmanın yani kılık kıyafet düzenlemelerine aykırı davranmanın disiplin cezası ile cezalandırıldığı düşünüldüğünde sakal yasağının iş yerindeki disiplinin sağlanması gibi bir amaca hizmet ettiği de söylenebilir.

Müdahale testinin son aşaması, müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığının belirlenmesidir. AİHM’e göre gereklilik kavramı, müdahalenin acil bir sosyal ihtiyaca yanıt verdiğini ve özellikle ulaşılmaya çalışı-

---

<sup>37</sup> GEMALMAZ, Semih: Türk Kıyafet Hukuku ve Türban, Legal Yayınevi, İstanbul, 2005, s.129



lan meşru amaçla orantılı olduğunu ima etmektedir.<sup>38</sup> Demokratik bir toplum için gerekli olanın ne olduğu, ölçülülük prensibinin uygulanmasıyla, bireysel haklar ve kamu yararı arasında oluşturulan dengeye göre belirlenmektedir.<sup>39</sup> Yani bu noktada birey hakları ile Devletin çıkarlarının dengelenmesi ve yetkililerin davaya neden olan önlemleri almak için “ilgili ve yeterli nedenlere” sahip olup olmadığının incelenmesi gerekir.<sup>40</sup> Burada ölçülülük ilkesi önem taşımaktadır. Bu ilke, Anayasa Hukukunda, sınırlandırmada başvuru alanının sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli (zorunlu) olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder.<sup>41</sup>

Meşru amacı kamu personelinin kılık kıyafette birlik ve bütünlük içinde bulunmalarını sağlamak ve disiplini sağlamak olarak belirledikten sonra sakal yasağının bu amaçları sağlamak açısından elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığının incelenmesi gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki sakal bırakmanın yasaklanmasıyla kılık kıyafette birlik ve bütünlüğün sağlanması amacının gerçekleştirileceği söylenemeyecektir. Zira söz konusu Yönetmelik hükmüne göre kulak ortasından aşağıda favori bırakılmaz, saçlar, kulağı kapatmayacak biçimde ve normal duruşta enseden gömlek yakasını aşmayacak şekilde uzatılabilir. Bu sınırlamalar dahilinde bile birbirinden farklı yüzlerce görünüm söz konusu olabilir. Mesela, bir kişi saçlarını geriye doğru tararken diğer bir kişi ortadan ikiye ayırabilir ya da saçlarını tamamen kestirebilir. Yani sakal bırakılması yasaklansa bile söz konusu Yönetmelik hükümlerine göre kamu personelinin kılık kıyafetinde ya da görünümünde birlik sağlanması zaten mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir yasağın söz konusu amacı gerçekleştirmek açısından gerekli ve elverişli olmadığı söylenebilir.

Disiplinin sağlanması amacı açısından ise disiplin hükümleri kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak için getirilmiştir. Disiplin suçları kamu hizmeti düzenini bozan eylemlerdir. Ancak bir memurun sakal bırakmak suretiyle iş yerindeki disiplini nasıl bozduğunun ve kamu hizmetinin yürütülmesini nasıl aksattığının açıklanması gerekir. Bir memurun kamu hizmetini aksatacak bir eylemi olmadıkça sadece sakal bıraktığı için disiplini bozduğu söylenemez. Anayasa Mahkemesinin de belirttiği gibi Anayasa’da güvence altına alınan

---

<sup>38</sup> Olsson/İsveç Kararı, 10465/83, 24/3/1988, par. 67

<sup>39</sup> KİLKELLY, Ursula: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, İnsan Hakları El Kitapları No:1, Avrupa Konseyi Yayınları, 2001, s.32

<sup>40</sup> Kilkely, s. 32-33

<sup>41</sup> SAĞLAM, Fazıl.: Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982, s.114.

herhangi bir hakka yönelik sınırlandırmanın meşru kabul edilebilmesi kaygılar ve varsayımlarla değil, yalnızca tartışılmayacak olan gerçekler ve hukuki olarak şüphe götürmeyecek nedenlerin ortaya konulması ile mümkün olabilir.<sup>42</sup>

Söz konusu Yönetmelikte bazı sınırlamalara tabi olsa da bıyık bırakmanın serbest olduğu düzenlenmiştir. Erkeğin üst dudağı üzerinde çıkan kıllarını uzatması serbest bırakılırken yanak ve alt çenede çıkan kıllarını uzatmasının yasaklanmasının mantıklı bir açıklamasını yapmak zordur. Kanaatimizce sakal bırakmak ile bıyık bırakmak arasında bir fark yoktur. Dolayısıyla bir kişinin sakal bırakmasının yasaklanması iş yerindeki disiplinin sağlanması açısından ölçülü değildir ve zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca hizmet ettiği de söylenemeyecektir.

İfade özgürlüğü açısından AİHM memurların da ifade özgürlüğü hakkına sahip olduğunu belirtmiş,<sup>43</sup> memurların devlete karşı dürüstlük, ihtiyat ve sadakat ödevinin olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme, memurların görevinin devletin işlerinin yerine getirilmesine yardım etmek olduğunu ve halkın da memurların bu yardımı sağlamasını ve hükümete engel çıkarmamalarını bekleme haklarının olduğunu bu nedenle dürüstlük ve sadakat ödevlerinin ciddi bir önem arz ettiğini belirtmiştir.<sup>44</sup> Mahkeme, müdahalenin ölçülülüğünü değerlendirirken bu hususları göz önünde bulundurmıştır. Sakal bırakmanın ifade özgürlüğü kapsamında görülmesi halinde bu durumun memurun dürüst olma ve sadakat yükümlülüğüne aykırı davranması olarak nitelendirilmesi çok zor olsa gerektir.

Din ve vicdan özgürlüğü bağlamında ise memurların tarafsız olma yükümlülüğü ve memurların görevleri esnasında dini sembollerin görünür bir şekilde taşınmasının, kamuda hiyerarşik ilişkide daha alt bir statüde yer alan veya kamu hizmeti alanlar üzerinde proselytist etkisi olabileceği gündeme gelebilir.<sup>45</sup> Bu açıdan başkalarının hak ve hürriyetini korumak adına kişinin din ve vicdan özgürlüğünün yani sakal bırakma özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi ve bu müdahalenin ölçülü olabileceği ileri sürülebilir. Ancak sakal bırakmanın bir dini sembol olduğu kabul edilse bile diğer dini sembollerden farklı olduğu söylenebilir. Haç takan birisinin Hristiyan olduğu, Kippa takan birisinin Yahudi olduğu, başörtüsü takan birisinin Müslüman olduğu kolaylıkla anlaşılabilirken

---

<sup>42</sup> Tuğba Arslan Kararı, par.143

<sup>43</sup> Wille/Lihtenştayn, No:28396/95, 28/10/1999, par.41

<sup>44</sup> Guja/Moldova, No:14277/04, 12/2/2008, par.70-71

<sup>45</sup> GÜDER, Ali Rıza: “ Kamu Görevlilerin Dini Sembol Taşınabilmesinin Sınırları, Eski Bir Tartışma ve Yeni Hukuki Paradigmalar,Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı:111, 2014, s.460

sakal bırakan kişinin hangi dine mensup olduğu ve hatta bir dine mensup olup olmadığı anlaşılamaz. Bu anlamda yukarıda belirtilen proselytist etki ve tarafsız olmama tehlikesi açısından sakal bırakan bir kişi ile sakal bırakmayan kişi arasında bir fark yoktur. Zira sakal bırakmayan bir kişi de dini telkinde bulunabilir ve tarafsız olmayabilir. Ayrıca tarafsızlığa yönelik olarak sadece soyut bir tehlike olduğundan bahisle böyle bir yasağın koyulması ölçüsüz olacaktır. Bir hakka yönelik sınırlandırmanın meşru kabul edilebilmesi kaygılar ve varsayımlarla değil, yalnızca tartışılmayacak olan gerçekler ve hukuki olarak şüphe götürmeyecek nedenlerin ortaya konulması ile mümkün olabilir.

### SONUÇ

1980 darbe yönetimi döneminde çıkarılan ve döneme hakim olan militarizm düşüncesinin sindiği gözlenen “Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik”le devlet memurlarının sakal bırakması yasaklanmıştır. Bu yasağın bazı temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturduğu açıktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi’ne göre temel hak ve özgürlüklere yapılan bir müdahalenin hukuken öngörülmesi, bu müdahalenin meşru bir amaca hizmet etmesi ve ölçülü olması gerekir. Bu bağlamda sakal yasağına ilişkin düzenleme Anayasa’nın 13. maddesindeki kanunilik şartını sağlamamaktadır ve üstelik söz konusu düzenleme yeterli kalitede de değildir. Sakal bırakma yasağının, memurların kılık kıyafette birlik ve bütünlük içinde bulunmalarını sağlamak ve disiplini temin etmek gibi amaçlara sahip olduğu belirtilse de, bu yasağın söz konusu amaçları gerçekleştirmek açısından ölçülü ve demokratik bir toplumda gerekli olduğunun söylemeyeceği anlaşılmaktadır.



### KAYNAKÇA

- AĞIRBAŞLI, Ş. (2012). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* .
- ATAKAN, A. (2006). *Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Sınırlamaların Sınırını Oluşturan Ölçütler*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- DEMİR, H.S. (2011). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü. Ankara: Adalet Yayınevi.
- ERDOĞAN, M. (2001). Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif. *Liberal Düşünce Dergisi* , 8-13.
- GEMALMAZ, S. (2005). *Türk Kıyafet Hukuku ve Türban*. İstanbul: Legal Yayınevi.
- GÖZLER, K. (1998). *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- GÜDER, A. R. (2014). Kamu Görevlilerin Dini Sembol Taşıyabilmesinin Sınırları, Eski Bir Tartışma ve Yeni Paradigmalar. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* , 460.
- Hüseyin EKİNCİ, Musa Sağlam (2012). *66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*. Ankara: ANAYASA MAHKEMESİ
- KİLKELLY, U. (2001). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*. Strasbourg: Avrupa Konseyi Yayınları.
- ÖZKAN, C. (2005). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılama Usulü*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi.
- SAĞLAM, F. (1982). *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.
- SALİHPAŞAOĞLU, Y. (2013). Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 247.
- Türk Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, “Sakal” maddesi, Cilt 36, İstanbul, 2009, s.1-2
- YILMAZ, H. (2014). Türk Hukukunda Düzenleme Yetkisinin Tarihsel Gelişimi ve Niteliği. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* , 235.

## **KARARLAR**

### ***Anayasa Mahkemesi Kararları***

E. 1997 / 36, K. 1997 / 52, K. T. 25/10/1997

E. 1995 / 24, K. 1995 / 52, K. T. 28/9/1995

E. 1997 / 35, K. 1997 / 45, K. T. 9/4/1997

Ali Karatay, B.No: 2012/990, 10/12/2014

Büyük Birlik Partisi ve Diğerleri, B. No: 2014/8842,6/1/2015

Günay Okan, B.No:2013/8114, 17/9/2014

Nermin Polat B.No: 2012/1223, 5/11/2014

Sabri Ergül, B.No: 2014/13625, 8/9/2014

Tuğba Arslan, B. No: 2014/256, 25/6/2014

### ***Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları***

Barthold v. Germany, 8734/79, 25/3/1985,

Bayatyan v. Armenia, 23459/03, 7/7/2011

Copland/Birleşik Krallık, No:62617/00, 3/4/2007

Costello Roberts v United Kingdom, 13134/87, 25/3/1993

De Wilde, Ooms and Versyp v.Belgium, 2899/66, 18/6/1971

Donaldson v. the United Kingdom, 56975/09, 25/1/2011

Gough v. The United Kingdom, 49327/11,28/10/2014

Guja/Moldova, No:14277/04, 12/2/2008

Huvig v.France, 11105/84, 24/4/1990

Jakóbski v. Poland, 18429/06, 7/12/2010

Jersild v. Denmark, 15890/89,23/9/1994

Juhnke v. Turkey, 52515/99, 13/05/2008

Kara v. The United Kingdom, 36528/97, 22/10/1998

Kruslin v. France , 11801/85, 24/4/1990

Leela Förderkreis E.V. and Others v. Germany , 58911/00, 6/11/2008

Niemietz/Almanya, No:13710/88, 16/12/1992

Olsson/Sweden, 10465/83, 24/3/1988

Peev/Bulgaristan, No: 64209/01, 26/7/2007

S. And Marper v. The United Kingdom,

Skugar and Others v. Russia, 40010/04, 3/12/2009

Sunday Times v. The United Kingdom, 6538/74, 26/4/1979

Tig v. Turkey, 8165/03,24/5/2005

Y.F. v. Turkey, 24209/94, 22/07/2003,

Wille/Lihtenştayn, No:28396/95, 28/10/1999

Zaoui v. Switzerland, 41615/98, 18/1/2001)