

K A M U H U K U K



# AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ (AİHM) KARARLARI ÇERÇEVESİNDE CİNSİYET AYRIMCILIĞI

## (Gender Discrimination Within The Framework of Decisions of The European Court of Human Rights (ECHR))

Yrd. Doç. Dr. Sevi BAKIM\*

### ÖZET

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesi kapsamında düzenlenen ayırıcılık yasağı, hak ve özgürlüklerden yararlanmada, Sözleşme'ye taraf Devletlere yetki alanlarındaki kişiler arasında bir ayırım yapmama yükümlülüğü getirmektedir. AİHS'nin 14. maddesinde tahdidi (sınırlı) olarak sayılmayan ayırıcılığın dayandığı nedenlerden biri cinsiyettir. Cinsiyetler arasındaki farklı muamele yapılması, cinsel yönelimleri nedeniyle farklı muameleye ilişkin şikayetler ve cinsiyet değiştirene farklı muamele yapılması iddiaları dolayısıyla Mahkeme'ye yapılan başvurular neticesinde oluşan AİHM'nin cinsiyet ayırıcılığına yönelik içtihatları zamanın getirdiği anlayış değişiklikleriyle orantılı olarak gelişimini sürdürmektedir.

**Anahtar kelimeler:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ayırıcılık yasağı, cinsiyet ayırıcılığı, cinsiyetler arasındaki farklı muamele, cinsel yönelim nedeniyle farklı muamele, cinsiyet değiştirene farklı muamele.

### *Abstract*

Discrimination prohibition organized under Article 14 of the European Convention on Human Rights, brings in the enjoyment of rights and freedoms, a non-discrimination obligation between persons in the jurisdiction of States which are parties to the Convention. In Article 14 of the European Convention on Human Rights, one of the reasons that are not considered restricted (limited) as discrimination is based on gender. European Court of Human Rights' opinions for gender discrimination continue their development in proportion to the comprehension changes brought in their time as a results of resorts to the Court for different treatment made between genders, complaints about different treatments due to sexual orientations and allegations for different treatment to transgender.

---

\* Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Keywords:** European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, prohibition of discrimination, gender discrimination, different treatment between the genders, different treatment due to sexual orientation, different treatment to transgender.

## GİRİŞ

İnsan hakları düşüncesinin özünde her insanın doğuştan aynı değerde olduğu ve aynı haklara eşit bir şekilde sahip olduğu yatmaktadır. Fakat eşitlik herkesin her haktan her zaman aynı şekilde yararlanabileceği anlamına gelmemektedir. Herkesin mutlak anlamda eşit olması<sup>1</sup> hayatın gerçekleri ile bağdaşmadığından<sup>2</sup> toplumsal hayatı sürdürebilmek için toplumsal yaşamın gerektirdiği farklı rollerin paylaşımında önemli olan herkese “fırsat eşitliği” tanınmasıdır. Hukuka düşen rol, kişiler arasında bir takım farklılıklar oluştururken, “makul ve objektif” ölçülere dayanmaktadır. Kişiler arasındaki farklı muamele hukuk tarafından öngörölmüş “makul ve objektif” bir ölçüye dayanmıyorsa bu “ayrımcılık” anlamına gelmektedir.<sup>3</sup>

Ayrımcılık yasağı ile eşitlik ilkesi iç içe geçmiş kavramlardır. Eşitlik ilkesi kişileri keyfi muameleye maruz kalmaktan koruyan demokrasi ve hukuk devletinin en önemli ilkelerinden birisidir. Yararlananlar bakımından eşitlik ilkesi, eşit işlem görmeyi veya ayırım gözetilmemesini isteme hakkını doğurduğu için bir hak olarak kabul edilebileceği gibi, devlet organları ve idare makamlarına eşit işlem yapmaları

<sup>1</sup> Mutlak eşitlik, kişilerin kişisel veya özel durumlarına bakılmaksızın, kanunların herkese eşit olarak uygulanmasıdır. Nispi eşitlik ise, aynı durumda bulunan kişilerin aynı işleme tabi tutulmasıdır. Eşit olmayanlara farklı kuralların uygulanması eşitliğe aykırı değildir. İçinde bulunulan durum, özellikler ve ihtiyaçlar açısından bulunulan farklılıklar nedeniyle, her kişi veya grubun kendi içinde aynı işlemlere tabi tutulması nispi eşitliği ifade eder. Sibel İnceoğlu, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şarhla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 18, 2001, s.43.

<sup>2</sup> Jean Jacques Rousseau, insanda iki tür eşitsizlik olduğundan bahsetmektedir. Biri doğa tarafından meydana getirilen yaş, sağlık, bedendeki güçler ve zeka veya ruh nitelikleri arasındaki farklardan oluşan “doğal ya da fiziki eşitsizlik”, diğeri bir çeşit uzlaşmaya dayanan ve insanların onaması ile kurulmuş olan ya da hiç değilse insanlarca kabul edildiği için meydana çıkan kimilerinin başkalarının zararına yararlandığı “manevi ya da politik eşitsizlik”tir. Jean Jacques Rousseau, *İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı*, Çev. Rasih Nuri İleri, 12.Bası, Say Yayınları, İstanbul, 2013, s.87.

<sup>3</sup> Abdullahman Eren, *Ayrımcılık Yasağı*, <http://www.sivas.gov.tr/insanhaklari/Ayrimcilik2007.doc>, s.1, (Erişim Tarihi: 08.03.2015). Hukuki eşitlik kavramına göre, benzer durumdaki kişilere benzer muamele yapılmalıdır. Hukuki eşitlikte, benzerlik temelinde eşit muamele esas alınmaktadır. Benzer durumdaki kişilere farklı muamele yapılmasına yol açacak yasa ve uygulamalar, doğrudan ayrımcılık olarak ifade edilmektedir. Gerçek eşitlik, farklı durumdaki kişilere farklı muamele yapılması gerekliliğini temel aldığından mutlak eşitlik söz konusu değildir. Devletler insanların ihtiyaçları ve özellikleri arasındaki benzerlikleri kategorize ederek tanımlamak ve bir düzenleme yaparken de kişilerin farklı özelliklerini dikkate almak zorundadır. Şennur Ağırbaşı, *Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.36.

konusunda verilmiş bir emir niteliğinde olduğundan devlet yönetimine hakim olan bir temel ilke olarak da kabul edilmektedir.<sup>4</sup> Eşitlik ilkesi eşit statüde olanlara eşit bir biçimde davranılmasını ve eşit olmayan statüdekilerin de farklı muamele görmesini gerektirir; bu gereklere, objektif ve makul bir neden olmaksızın uymamak ayrımcılık yaratmak şeklinde yorumlanmaktadır.<sup>5</sup> O halde ayrımcılık, objektif ve makul bir neden olmaksızın aynı durumdaki kişilere farklı muamelede bulunmaktır. Ayrımcılık yasağı, genel olarak benzer durumda olan bireylerin eşit muamele görmeleri gereğini ortadan kaldıran, bir bireye herhangi bir unsur merkezinde, diğer bireylerden daha az lehe olan bir biçimde davranma anlamına gelen “doğrudan ayrımcılık” ve farklı durumda olan kişilere aynı şekilde muamele edilmesi nedeniyle ortaya çıkabilen “dolaylı ayrımcılık” kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>6</sup>

Uluslararası ve bölgesel sözleşme metinlerinde yer alan “eşit hukuki koruma” ifadesiyle aynı hukuki durumda bulunan birey ya da gruplar arasında hukuki açıdan bir ayrımcılık yapılmaması, kanunun aynı durumda bulunan herkes için aynı şekilde olması suretiyle aynı hukuki korumaya tabi tutulma hedeflenmektedir. Ayrımcılık yasağı, insan haklarının korunması bakımından temel ve genel ilkeyi teşkil etmektedir. Gerek bölgesel gerek uluslararası sözleşmelerde ırk, renk, cinsiyet, din, dil, siyasi ve diğer görüş, ulusal ve sosyal köken, mülk, doğum ve diğer statü ayrımı gözetmeksizin, her devletin ülkesinde yaşayan ya da egemenliğine tabi insanların haklarına saygı gösterilmesi ve güvence altına alınması gerektiğini düzenlenmektedir.<sup>7</sup>

Ayrımcılık yasağı çeşitli uluslararası belgelerde düzenlenmiş olup, ayrımcılık Uluslararası Ceza Divanı tarafından yargılaması yapılan insanlığa karşı suçlar arasında yer almaktadır. Eşitlik ilkesi ile birlikte değerlendirilmesi gereken cinsiyetler arasındaki ayrımcılık yasağı ile, cinsel yönelim temelindeki ayrımcılık yasağı, uluslararası alanda; BM mekanizmaları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önünde 1980’li yıllardan itibaren tartışılır hale gelmiştir. 30 yılı aşkın süredir gelişen içtihat ve uygulamaların dayanağını, ayrımcılık konusundaki en temel düzenlemeler olan İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) oluşturmaktadır.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Kemal Gözler, Eşitlik İlkesi, <http://www.anayasa.gen.tr/esitlik.htm>, (Erişim Tarihi: 28.04.2015).

<sup>5</sup> Sibel İnceoğlu, Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, <http://www.calismatoplum.org/sayi11/inceoglu.pdf>, s.56, (Erişim Tarihi: 23.03.2015); Ağırbaşlı, s.36.

<sup>6</sup> Osman Doğru/Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt, Legal Yayınevi, İstanbul, 2013, s.604-607.

<sup>7</sup> Halil Kalabalık, İnsan Hakları Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.387-388.

<sup>8</sup> 4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe giren Her Türlü Irk Ayrımcılığı’nın Kaldırılmasına İlişkin BM Sözleşmesi’ne Türkiye 16 Eylül 2002 tarihinde taraf olmuştur. Ayrımcılık yasağına ilişkin bir başka uluslararası düzenleme de Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 2. ve 26. maddeleridir. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin 2. maddesi de ayrımcılık yasağına ilişkin bir düzenleme içermektedir. Ayrıca ayrımcılık yasağı, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 1.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 2. maddesinde, “herkes ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer bir görüş, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle ayırım gözetilmeksizin, bu Bildiride yer alan bütün haklara ve özgürlüklere sahiptir” denilmek suretiyle ayrımcılık yasağı vurgulanmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesi; “Bu Sözleşmede beyan edilen hak ve özgürlüklerin kullanılmasını cins, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka bir inanç, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi her hangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınır” şeklindedir. Ayrımcılık yasağını düzenleyen AİHS'nin 14. maddesi, Sözleşme'deki diğer haklardan bağımsız bir hak tanımamaktadır. Bu maddeyle, sadece “AİHS'de ve Ek Protokolleriyle tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma” bakımından ayrımcılık yasaklanmıştır.

Ayrımcılığı genel olarak yasaklamak amacıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 12 No'lu Protokolü kabul edilmiştir.<sup>9</sup> 12. Protokol ayrımcılık yasağının kapsamını genişletmiş ve genel bir ayrımcılık yasağı getirmiştir. Bu Protokol'e taraf

---

maddesinde, Afrika İnsan ve Halkları Şartı'nın 2. maddesinde, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme'nin 1. maddesinde güvence altına alınmıştır.

<sup>9</sup> 12. Protokol ile genel ayrımcılık yasağı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) sisteminin bir parçası haline gelmiştir. 26 Haziran 2000 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 12. Protokolü kabul etmiştir. Bu yeni Protokol, sadece AİHS'de tanınan haklar açısından ayrımcılık yasağı değil bağımsız genel bir ayrımcılık yasağı öngörmektedir.

12. Protokolün 1. maddesinin 1. Paragrafı, AİHS'nin 14. maddesi ile neredeyse aynı ifadeye sahiptir, tek farkı “bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma” ifadesi yerine “hukuk tarafından tanınan herhangi bir haktan yararlanma” ifadesine yer verilmesidir. 12. Protokolün başlangıcında, Avrupa Konseyi üye devletlerinin bu Protokolü imzalarken amaçlarının ne olduğu belirlenmektedir. Üye devletler, herkesin hukuk önünde eşit olduğunu ve hukukun korumasından eşit olarak faydalanma hakkı olduğunu öngören temel ilkeyi dikkate almaktadırlar ve herkes için eşitlik ilkesini geliştirmeye yönelik bir adım atarak genel bir ayrımcılık yasağının AİHS aracılığıyla uygulanmasını amaçlamaktadırlar. 12. Protokolü Açıklayıcı Raporda da AİHS'nin 14. maddesinin, gerek İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 1. ve 7. maddelerinden gerekse Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 26. maddesinden farklı olarak, genel bir ayrımcılık yasağı ve eşitlik öngörmediği üzerinde durulmuş, bağımsız bir ayrımcılık yasağı düzenlemek için bu Protokol'ün hazırlandığı belirtilmiştir. Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi uluslararası insan hakları hukukunun temel prensibi olduğu için bu konuda özel bir dikkat gösterildiğinin altı çizilmiştir. 4 Kasım 2000'de, AİHS'nin imzalanmasının 50. yıldönümünde, Protokol Sözleşme'ye üye ülkelerin imzasına açılmış ve ancak 1 Nisan 2005'te toplam 10 devletin onaylaması ile uluslararası planda yürürlüğe girmiştir. Şu anda 12. Protokolü 21 devlet imzalamış olmasına karşın sadece 14'ü onaylamıştır. Türkiye de 18 Nisan 2001'de Protokolü imzalamış, fakat henüz onaylamamıştır. İnceoğlu, Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, s.57. Bu nedenle 12. Protokol'de yer alan ayrımcılığa ilişkin düzenleme Türkiye açısından henüz yürürlüğe girmemiştir. Türkiye bakımından ayrımcılık yasağı halen sadece AİHS'nin 14. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken bir haktır. Doğru/Nalbant, s.603.

tüm devletler iç hukuklarında her türlü ayrımcı muameleyi engellemekle yükümlü hale gelmektedir. Genel ayrımcılık yasağının yer aldığı bu Protokol'ün 1. maddesine göre; “hukuk tarafından tanınan haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensubiyet, servet doğum veya başka bir statüden kaynaklanan herhangi bir nedenle ayırım yapılmaksızın sağlanır (Protokol m.1/1). Hiçbir kamu otoritesi 1. fıkrada belirtilenler gibi sebeplere dayanarak hiç kimseye karşı ayrımcılık yapamaz (Protokol m.1/2).”

Eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının temeli dürüstlük kuralı, hakkaniyet ilkesi, ahlak kuralı, anayasal eşitlik ilkesi gibi farklı kavram ve kurallara dayanılarak açıklanmaya çalışılmaktadır.<sup>10</sup> Kişiler arasında eşitliğe aykırı olarak gerçekleştirilen her türlü ayrımcı muamelenin yasaklanması devletin temel görevidir. Dolayısıyla devlet kendisi ayrımcı muamele yapmayacağı gibi kişiler arasında gerçekleşen ayrımcı muamelelere de göz yummayacaktır. Bu doğrultuda ayrımcılık yasağı da hem İnsan Hakları Sözleşmeleri hem de Anayasamızın 10. maddesi ile devlete yüklenen bir görev olarak karşımıza çıkmaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrasında da; Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamayacağı ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamayacağı belirtilmektedir. Bu görev kapsamında Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinde “ayrımcılık” bir suç olarak düzenlenmiştir.

## I. Cinsiyet Ayrımcılığı

### 1. Kavram

İki kişi ya da durum arasında bir farklılık olmamasına rağmen farklı davranışlarda bulunmak, kişi ya da durumlar arasında ayırım yaratmak veya farklı durumlar söz konusu olmasına rağmen benzer şekilde davranmak ayrımcılık olarak tanımlanabilir.<sup>11</sup> Ayrımcılık, bir kişi ya da gruba yaş, ırk, renk, milliyet ya da etnik köken, cinsiyet, hamilelik ya da medeni durum, özürlülük, dini inanç, cinsel tercih veya diğer kişisel özellikler nedeniyle başka kişi ya da gruplara göre farklı davranılması sonucu oluşur. Ayrımcılık, bir kişinin normal günlük yaşam etkinliklerine özgürce ve tam olarak katılma olanağından mahrum bırakılması durumunda ortaya çıkmaktadır.<sup>12</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHS'nin 14. maddesi kapsamında ayrımcılık

<sup>10</sup> Eda Manav, H2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye'deki Uygulamalar, s.733, <http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz-15-ozel/1-ishukuku/26-edamanav.pdf> (Erişim Tarihi: 02.04.2015).

<sup>11</sup> Ayrımcılıkla Mücadele Bir Eğitim El Kitabı, ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=95&langId=tr (Erişim Tarihi: 14.05.2015); Ağırbaşı, s.36.

<sup>12</sup> İnsan Hakları ve Fırsat Eşitliği Komisyonu, [http://www.hreoc.gov.au/word/languages/Infosheet\\_Turkish.doc](http://www.hreoc.gov.au/word/languages/Infosheet_Turkish.doc), s.2 (Erişim Tarihi:13.04.2015); Emin Zeytinoğlu, “Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 9, Sayı 18, Güz 2010, s.117-118.

kavramını, bir kimsenin veya bir grubun Sözleşme tarafından daha lehte bir muamele görmesi istenmiş olmasa bile, makul bir haklılık bulunmadan, diğerine göre daha az lehte muamele görmesi olarak tanımlamaktadır.<sup>13</sup>

Cinsiyet ayrımcılığı, bir kişinin başka bir kişiden daha kötü veya daha farklı bir muameleye tabi tutulması ve bu muamelenin cinsiyetten kaynaklanması anlamına gelmektedir.<sup>14</sup> Bir başka anlatımla cinsiyet ayrımcılığı, bir bireyin kadın veya erkek olmasına dayanan ayrımcılık çeşididir. Cinsiyet ayrımcılığı, bireyin insan haklarından tümüyle yararlanmasını engelleyen sosyal açıdan yapılandırılmış cinsiyet rolleri ve normlarına dayalı herhangi bir ayrıma, dışlanmaya ya da kısıtlamaya maruz kalmasıdır.<sup>15</sup> Bu kapsamda cinsiyet ayrımcılığı, kaynaklara ve fırsatlara ulaşmada eşitsizlik, şiddet ve tacize uğrama, temel hizmetlerden yararlanmada yetersizlik, çalışma yaşamı ve siyasette kadının sınırlı olarak yer alması ve kadınlarla erkekler arasındaki kişisel ilişkilerdeki güç dengesizliği hususlarıyla yakından ilişkilidir.<sup>16</sup> Cinsiyet ayrımcılığı vakaları genellikle kadınların erkeklere göre daha az elverişli muamele görmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Ancak bu durumun istisnaları da vardır.

Toplumsal cinsiyet, cinsiyete dayalı işbölümü ve biyolojik cinsler arasındaki ilişkileri vurgulamak amacıyla, toplumda sadece kadının değil erkeğin de konumunu belirtmektedir. Toplumsal cinsiyet, biyolojik cinsiyetle açıklanamayan sosyal sınıf, ataerkillik, siyaset ve toplumdaki üretim biçimiyle bağlantılı bir anlama sahip olup, kadınlar ile erkekler arasındaki farklılıkların toplumsal düzlemde kurulmuş yönlerine dikkat çekmektedir. Toplumsal cinsiyetten söz edildiğinde kadınlık ve erkeklik arasındaki farklılıklar belirtilmektedir.<sup>17</sup> Toplumsal cinsiyet rolü, toplumun tanımladığı ve bireylerin yerine getirmelerini bekledikleri cinsiyetle ilgili toplumun beklentilerine göre meydana gelir. Toplumsal cinsiyet, sosyal yönden kadın ve erkeğe verilen roller, sorumluluklar olarak tanımlanmaktadır. Dünyada “gender” adı verilen ve ülkemiz-

<sup>13</sup> 28.05.1985 tarihli, 9214/80 Başvuru numaralı, Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı kararı. Bkz. <http://ihami.anadolu.edu.tr> (Erişim Tarihi: 29.02.2015) BM İnsan Hakları Komitesi'nin Genel Yorumu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları ve Avrupa Birliği'nin Ayrımcılığa Karşı Yönergeleri birlikte düşünüldüğünde, “ayrımcılık” terimi, ayırma, dışlama, kısıtlama veya ırk, renk, cinsiyet, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği, dil, din, etnik, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum, siyasi veya diğer görüşlere dayalı olarak gerçekleştirilen ve bütün hak ve hürriyetlerin herkes tarafından tanınmasını ve kullanılmasını engelleyecek veya tanınmasını ve kullanılmasını sınırlandıracak ayrımcılığı kast etmektedir. [http://www.rightsagenda.org/attachments/658\\_Ayr%C4%B1mc%C4%B1l%C4%B1%C4%9Fa%20Kar%C5%9F%C4%B1%20Bir%20Ad%C4%B1m%20At!.pdf](http://www.rightsagenda.org/attachments/658_Ayr%C4%B1mc%C4%B1l%C4%B1%C4%9Fa%20Kar%C5%9F%C4%B1%20Bir%20Ad%C4%B1m%20At!.pdf) (Erişim Tarihi: 23.03.2015).

<sup>14</sup> [www.jamombud.seotherlanguagesdocsarbetslivetturkiska.pdf](http://www.jamombud.seotherlanguagesdocsarbetslivetturkiska.pdf), s.1 (Erişim Tarihi: 23.05.2015).

<sup>15</sup> Gender and Reproductive Rights. <http://www.who.int/reproductive-health/gender/glossary.html>, (Erişim Tarihi: 14.04.2015)

<sup>16</sup> Gender Equality: Practice Note, November 2002. <http://iknowpolitics.org/sites/default/files/gender20equality20practice20note20-20undp.pdf> (Erişim Tarihi: 14.10.2015).

<sup>17</sup> Sevda Demirbilek, “Cinsiyet Ayrımcılığının Sosyolojik Açıdan İncelenmesi”, Finans Politik & Ekonomik Yorumlar 2007 Cilt: 44 Sayı:511, s.13.



de Türkçe'ye "toplumsal cinsiyet" olarak çevrilen kavram; farklı kültürlerde, tarihin farklı zamanlarında ve farklı coğrafyalarda, kadınlara ve erkeklere toplumsal olarak yüklenen rol ve sorumlulukları anlatmak için kullanılmaktadır. Toplumsal cinsiyet farklılıklarına ilişkin beklentiler, cinsiyet kalıp yargıları biçiminde toplumda yaygın kabul gören inançlara dönüşerek sosyal davranışı büyük ölçüde biçimlendirmektedirler. Toplumsal cinsiyet ve toplumsal cinsiyet eşitsizliği kavramı, temelde kişilerin cinsiyetle ilgili kabullerinin; toplumsal üst yapı kurumları tarafından belirlenmekte ve bu da genellikle kadın aleyhine cinsiyet ayrımcılığını teşvik edici nitelik göstermektedir.<sup>18</sup>

"Cinsiyet" kavramı, ayrımcı muamelenin kişilerin cinsiyetiyle daha soyut bir anlamda bağlantılı olduğu durumları da içerecek şekilde yorumlanarak toplumsal cinsiyet kimliğinin biraz daha korunması sağlanmaya çalışılmıştır. Böylelikle toplumsal cinsiyet kimliği tanımı, daha geniş bir anlam ifade edecek şekilde yorumlanmaktadır. Bu kapsamda toplumsal cinsiyet kimliği, sadece cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirenleri (transseksüeller) değil, toplumsal cinsiyetlerini ifade etmek için travestilik veya diğer cinsin kıyafetlerini giymek veya normal olarak karşı cinsin üyeleriyle ilişkili sayılan bir konuşma tarzını veya kozmetikleri benimsemek gibi başka yolları seçenleri de kapsamaktadır.<sup>19</sup> Geyler, lezbiyenler, biseksüeller, kadıncı ameliyatla erkek olan transeksüeller, erkekken ameliyatla kadın olan transeksüeller, travestiler veya karşı cins kıyafetleri giyenler (cross-dresser), ara cinsiyetliler (intersexuals) veya hermafroditler (esas cinsel organları belirsiz olarak doğan çift cinsiyetliler), hadımalar, kendilerine yöneltilmiş "cinsiyetiniz?" sorusuna ezberlerdeki şablon cevabı vermekte tereddüt yaşayacak dezavantajlı gruplar olarak sayılabilecek cinsel yönelim temelli dezavantajlı gruplara yönelik toplumda korku ya da ayırım ve hoşnutsuzluk içeren yaklaşımların sergilenmesi de cinsiyet ayırımı kapsamındadır.<sup>20</sup> Eşcinseller, transeksüeller ve travestilere yönelik seksüel oryantasyonu veya cinsel oryantasyonu düzenleyen düzenlemelerin yasalar ve uluslararası sözleşmelerin uygulamasında olmaması ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmektedir.

## 2. Cinsiyet Ayrımcılığına Sebep Olan Etkenler

Toplumun, bir grup olarak kadınların ve bir grup olarak erkeklerin göstermelerini beklediği özellikler, toplumsal cinsiyet kalıp yargılarını oluşturmaktadır. Kadın

<sup>18</sup> Gönül Balkır, "Toplumsal Cinsiyet ve Toplumsal Cinsiyet Ayrımcılığı", [http://www.metinindir.com/tw\\_files2/urls\\_1/2079/d-2078129/7z-docs/12.pdf](http://www.metinindir.com/tw_files2/urls_1/2079/d-2078129/7z-docs/12.pdf), (Erişim Tarihi: 16.03. 2015), s.2.

<sup>19</sup> Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, [http://www.anayasa.gov.tr/files/insan\\_haklari\\_mahkemesi/kitaplar/elkitabi.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/kitaplar/elkitabi.pdf), s. 92, (Erişim Tarihi: 23.03.2015); Doğru/Nalbant, s.612.

<sup>20</sup> Özlem Altıparmak, Ayrımcılık Yasağı, <http://www.dusuncegundem.com>, Sayı.42, s.1; Özlem Altıparmak, Cinsiyet Değiştirme Ameliyatları Üzerine, [http://www.radikal.com.tr/ek\\_haber.php?ek=r2&haberno=7007](http://www.radikal.com.tr/ek_haber.php?ek=r2&haberno=7007)

cinsiyeti daha çok ev gibi özel alanda kalırken, erkek cinsiyeti dışarıda her türlü kamusal alanda kendini ifade edebilmektedir.<sup>21</sup> Erkekler, aile ilişkilerinde koca, baba, oğul, ağabey gibi rollere sahiptirler. Aile işletmelerinde 'patron' veya 'kurucu-girişimci' olarak benzer rollerde yine erkeklerle karşılaşırız. Erkeklik söylemleriyle yerine getirilen temel fonksiyonlardan birisi, erkek gücü ve iktidarının kabul ettirilmesine dayalı üstün erkeksilik (hyper-masculinity) olgusudur. Erkeksilik-kadınsılık ikiliği, güçlü-güçsüz, sert-yumuşak, aktif-pasif, verimli-verimsiz, savaştı-boyun eğen karşıtlığı olarak devam etmekle beraber, kontrolü erkekler için kolaylaştırırken kadınlar için kısıtlamakta ve sınırlamaktadır. Toplumunu oluşturan bütün örgütler cinsiyet olgusu olarak hem erkeksi hem de kadınsı özelliklerden faydalanmaktadırlar. İnsanlara cinsiyetinin ne olduğunu söylemek, günümüzde ideal kadınsılığa ya da ideal erkeksiliğe uygun olup olmadığını söylemekten daha kolay görünmektedir. Kadınsı ve erkeksi yaklaşımdan koparak cinsiyet ayrımcılığı yaratan, aynı zamanda kişinin davranış ve tutumlarından kaynaklanan üstün erkeksi bir form, cinsiyet belirlenimciliğinin üstünlüğünden de yararlanmaktadır. Üstün erkeksilik, erkeklerin hakimiyetini ve kadınların ikinci derecede oluşunu ortaya koyan günümüzdeki 'ataerkilliği' meşrulaştırma sorunsalını kabul ettiği gibi bu durum cinsiyet pratiklerini de hayata geçirmektedir. Erkeksilik, tarihsel olarak değişebilen, bir bütün olarak kültürel hakimiyetin devredilebildiği kavram olarak da karşımıza çıkmaktadır. İşte bu kültürel yapı içinde ortaya çıkan hakimiyet ve astlık üzerine kurulan farklı gruplar arasında özel cinsiyet ilişkileri yer almaktadır.<sup>22</sup>

Pek çok toplumda erkekler ve kadınlar arasında bilgiye, güce ve kaynaklara ulaşmak konusunda görülen bir eşitsizlik mevcuttur. Ayrıca toplumlarda, kültürel ve sosyal olarak erkek ve kadının nasıl olması gerektiğini belirten kavramsal zorlamalar, insanların gelişimlerinin temelinde daha çocuk yaşlardayken cinsiyetler arası ayrımcılık aşılabilirken büyümelerine neden olmaktadır. Yaşanılan bu gerçekliklerle de ayrımcılıkların sanki hayat gereği olduğu öğretilmektedir. Bu problemin temel nedeni; genel olarak geçmiş zamanlarda erkeklerin, toplumlarda değerli olarak görülen ailenin korunması ve beslenmesi için gerekli kaynakları sağlanması gibi becerilerde kadınlardan daha etkin olması neticesinde erkekler buldukları toplumun egemeni kılınmış ve kadınının yaşadığı toplum için yaptığı onca önemli görevlerin görmezden gelinerek, kadınların toplumlarda arka plana itilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bu sonuçlar eşliğinde eşitsizliklerin nedenlerini birçok değişken faktörle birlikte ataerki toplum düzeni ve erkek ve kadın arasında değişik güç dengelerinin oluşmasına bağlamak mümkündür.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Balkır, s.2.

<sup>22</sup> Serhat Soyşekerci/Hüseyin Yılmaz, Cinsiyet Ayrımcılığı Olarak Üstün Erillik (Hyper-Masculinity) Olgusunun Türkiye'de Aile İşletmeleri Bağlamında Araştırılması, [http://www.universite-toplum.orgpdfdf\\_UT\\_295.pdf](http://www.universite-toplum.orgpdfdf_UT_295.pdf), s.1-2; <http://www.universite-toplum.org/text.php?id=295> (Erişim Tarihi: 23.03.2015).

<sup>23</sup> Ankara İnsan Hakları Çalışma Grubu, <http://www.aegee-ankara.org/hrwg/?do=proje>, s.1.

Cinsiyet ayrımı birçok alanda sosyal davranışı etkileyen bir olgu olup bireyler hedef cinsiyet veya kişiselleştirilen bilgi temelinde ayırım yapabilmektedirler. Bu ayırma aykırı davranan bireyler, çoğu kez olumsuz değerlendirme ve muamelelere tabi tutulmaktadır. Cinsiyet ayrımı konusu ekonomi, sosyoloji ve psikoloji literatürlerinde de ilgi görmektedir. Cinsiyet ayrımcılığı olgusu hem toplumsal ve kültürel hem de zaman ve mekan etkisinin yarattığı farklılıklara bağlı olarak karmaşık ve bir o kadar da çetrefilli bir hal almıştır.<sup>24</sup>

## II. AİHS'nin 14. Maddesinde Ayrımcılık Yasağı

### 1. Sözleşme'nin 14. Maddesinde Ayrımcılık Yasağının Düzenlenmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS'nin) 14. maddesi, hak ve özgürlüklerden yararlanmada, Sözleşme'ye taraf Devletlere yetki alanlarındaki kişiler arasında bir ayırım yapmama yükümlülüğü getirmektedir.<sup>25</sup> Sözleşme'nin 14. maddesi aynı ya da benzer durumda bulunan bireyleri haksız farklı muameleyle karşı korumaktadır.<sup>26</sup> Sözleşme'nin 14. maddesi; özellikle cins, ırk, renk, din, dil, siyasi ve diğer kanaatler milli ve sosyal menşe, milli bir azınlığa mensupluk, doğum, servet veya herhangi bir başka nedenle hiçbir ayırma tabi tutulmamayı ifade etmektedir. Buradaki sayım sınırlayıcı olmayıp, örnekleyicidir.<sup>27</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne getirilen şikayetin dayandığı olaylar Sözleşme'deki haklardan en azından birinin kapsamına girmiyorsa, Sözleşme'nin 14. maddesini uygulamamaktadır.<sup>28</sup> Ayrımcılık yapıldığı ileri sürülen konunun mutlaka AİHS ve Ek Protokoller'le güvence altına alınmış bir hakka ilişkin olması gerekmektedir.<sup>29</sup> 14. maddenin uygulanabilmesi için koşul, muhtemel ayrımcılığın kaynağı olan keyfiyetin Sözleşme hukukunun uygulanma alanı dahilinde bulunması gereğidir. Bir diğer söyleyişle AİHS'nin 14. maddesi bağımsız bir karaktere sahip olmadığından tek başına başvuruya konu teşkil etmez. Mesela cinsiyet ayrımcılığı ile ilgili genel bir

<sup>24</sup> Soyşekerci/Yılmaz, s.2, 6.

<sup>25</sup> Safa Reisoglu, Uluslararası Boyutuyla İnsan Hakları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s.126.

<sup>26</sup> Feyyaz Gölcüklü/Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s.400.

<sup>27</sup> Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara, 2004, s. 524.

<sup>28</sup> 28.05.1985 tarihli, 9214/80 Başvuru numaralı, Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı kararı. Bkz. <http://ihami.anadolu.edu.tr> (Erişim Tarihi: 29.02.2015). Şikayet konusu olayın Sözleşme'de ya da Ek Protokollerinde yer alan haklardan ya da özgürlüklerden en az birisinin kapsamına girmediği durumlarda, Sözleşme'nin 14. maddesinin uygulanma yeteneği yoktur. (Rasmussen-Danimarka kararı, K. Van der Mussele-Belçika kararı). Gölcüklü/Gözübüyük, s.401; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 525.

<sup>29</sup> İnceoğlu, Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, s.56; Gölcüklü/Gözübüyük, s.401; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s.524.

yaşanın 14. maddeden çıkarsanması mümkün değildir.<sup>30</sup> Bununla beraber, AİHS'nin 14. maddesinin ihlal edilmiş olması için, aynı zamanda ilgili olduğu hakkın da ihlal edilmiş olması gerekli değildir.<sup>31</sup> AİHS'nin 14. maddesinin diğer Sözleşme maddelerinden biriyle ya da Ek Protokolleri'nde güvencelenen haklarla bağlantılı olarak ihlal edilmiş olması ihtimalinin varlığı yeterlidir. Bir konunun Sözleşme'de tanınan hakkın kapsamına girmesi ve böylece AİHS'nin 14. maddesinin uygulanabilmesi için söz konusu esasların sabit hak ile ilgili olması gerekmektedir. Böylece Sözleşme'nin 14. maddesi, bir açıdan Sözleşme'de öngörülen hak ve özgürlüklerle "bağımlı", diğer taraftan sözü geçen hak ve özgürlüklerin çiğnenmemiş olması koşulundan "bağımsız" bir yapıya sahiptir.<sup>32</sup> *Abdülaziz, Cabales ve Balkandalı/Birleşik Krallık davasında*<sup>33</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuru sahiplerinin kocalarına İngiltere'ye girişi izni verilmemesinin özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkını düzenleyen Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal etmediğini, ancak Sözleşme'nin 8. maddesi ile birlikte 14. maddesi değerlendirildiğinde ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. O zamanki İngiliz göçmen yasasına göre, ülkede kalma izni almış olan bir adam karısını da getirebilmekteydi, ancak benzer konumdaki bir kadının kocasını getirmesi söz konusu değildi. Bu nedenle, temel hak ihlal edilmediği zaman bile AİHS m.14'e başvurulabilir, çünkü temel hak, söz konusu durumdaki esaslara göre doğmaktadır.

Sözleşme'nin normatif hükümlerinden biriyle bağlantılı olarak 14. maddenin de ihlal edilmiş olduğunun ileri sürüldüğü davalarda asıl maddenin ihlal edilmiş olduğu sonucuna varılmışsa, ayrımcılık yasağı ihlali iddiası davanın önemli bir yönünü oluşturmuyorsa, AİHM olayı bir de 14. madde açısından incelemeyi gereksiz bulmaktadır. Mesela, *Smith ve Grady/Birleşik Krallık davasında*<sup>34</sup> eşcinselliği nedeniyle ordudan ihraç edilen başvuruçunun eşcinsel olup olmadığına yönelik araştırmanın Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal etmesi sebebiyle başvuruçunun cinsel yönelimleri nedeniyle farklı muameleye ve dolayısıyla ayrımcılığa uğradığı yönündeki iddialarını 8. madde bakımından ihlale karar vermesi sebebiyle ayrıca incelemeye değer bulmamıştır.

*B./Fransa davasında*<sup>35</sup> AİHM, şikayetçi kadının cinsiyet değişikliğinden sonra hala eski cinsiyetinin yazılı olduğu resmi belgelerin değiştirilmesine ilişkin talebinin

<sup>30</sup> Ağırbaşı, s.42, 45.

<sup>31</sup> Tezcan/Erdem/Sancakdar, s.524; Gölcüklü/Gözübüyük, s.401; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s.400; Doğru/Nalbant, s.603-604.

<sup>32</sup> Reisoğlu, s.127.

<sup>33</sup> <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=101> (Erişim Tarihi: 12.05.2015).

<sup>34</sup> *Smith ve Grady/Birleşik Krallık davası*, (Başvuru no:33985/96 ve 33986/96), Karar tarihi:27 Eylül 1999.

<sup>35</sup> *B./Fransa* (Başvuru no:13343/87), Karar tarihi: 25 Mart 1992. [http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/ayrimcilik/cinsiyet\\_kimligi.pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/ayrimcilik/cinsiyet_kimligi.pdf) (Erişim Tarihi: 14.05.2015).

davalı devlet tarafından reddedilmesini Sözleşme'nin 8. maddesinin açık ve ağır bir ihlali olduğu sonucuna ulaşmış ancak bu davayı ayrıca 14. maddenin ihlali açısından incelemenin gerekmediğine karar vermiştir.

*Airey/İrlanda davasında*<sup>36</sup> ise, bir haktan yararlanmada açık bir eşitsizlik olduğu ortadaysa ve bu eşitsizlik davanın temel yönünü oluştursa bile, Mahkeme hem ayrımcılık konusunu hem de temel hak konusunu değerlendirse de bahse konu olan davada Sözleşme'nin 6. ve 8. maddelerinin ihlal edildiğine, ancak 14. maddesi açısından incelemede bulunmaya gerek olmadığı sonucuna varmıştır.

Fransa'daki evlat edinme yasalarını ilgilendiren *Fretté/Fransa davasında*<sup>37</sup> bu yasaların homoseksüel bir başvuru sahibine karşı ayrımcılık yaptığı şikayetiyle ilgili olarak AİHM, ulusal makamların, başvuranın yararlanmak istediği evlat edinme hakkını meşru ve makul biçimde değerlendirme yetkisini evlat edinecek çocukların menfaatlerine uygun olarak sınırlandırma hakkına sahip olduklarını ve bu hakkı başvuranın meşru beklentilerinin rahmına ve kişisel seçimlerini dikkate almaksızın kullanabileceklerini kaydetmiştir. AİHM bu davada, 8. maddeyle (özel ve aile hayatına saygı hakkı) bağlantılı olarak 14. maddenin (ayrımcılık yasağı) ihlalinin söz konusu olmadığına, ancak bununla birlikte bu davada 6. maddenin (adil yargılanma hakkı) ihlal edildiğine hükmetmiştir.

## 2. Ayrımcılık Yasağının Söz konusu Olabilmesi İçin Gerekli Olan Unsurlar

AİHS'nin 14. maddesi Sözleşme ile tanınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü ayrımı yasaklamaz.<sup>38</sup> Eşit durumdakilere eşit muamele yapılması gerekmektedir.<sup>39</sup> 14. maddeye dayanarak başvuru yapılabilmesi için başvuru sahibinin, kendisine benzer ya da paralel durumdaki başka insanlardan daha farklı, daha az iyi davranıldığını göstermesi gerekmektedir. Başvuru sahipleri, şikayet konusunun temel Sözleşme haklarından birinin kapsamına girdiğini ve söz konusu hakla ilgi-

<sup>36</sup> Airey/İrlanda kararı, 9 Ekim 1979 tarih, seri A no: 32, s/12-13, & 24). M.Aydoğan Özman, Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın 1979 Yılında Verdiği Kararlar, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/306/2899.pdf>, s.132-136 (Erişim Tarihi: 14.05.2015).

<sup>37</sup> 26.02.2002 tarihli Fretté/Fransa davası, (Başvuru no:46515/97). Cinsel Yönelim Sorunları, [http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/ayrimcilik/cinsel\\_yonelim.pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/ayrimcilik/cinsel_yonelim.pdf) (Erişim Tarihi: 22.04.2015). Bu davada verdiği kararın aksine AİHM, daha önce sırf babanın homoseksüel olması nedeniyle velayetin anneye verilmesinin cinsel tercihe dayalı ayrımcılık olduğuna karar vermişti Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, 31 EHRR 1055 (2001). Kararların değerlendirmesi için bkz. Ali Rıza Çoban, "Strasbourg'da Herküllere İhtiyacımız Var mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-03/AUHF-2008-57-03-coban.pdf>, s.205 (Erişim Tarihi: 22.04.2015).

<sup>38</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.400.

<sup>39</sup> Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 524.

li olarak karşılaştırılabilir bir konumdaki bir kişiden kendilerine karşı daha farklı muamele edildiğini göstermek zorundadır.<sup>40</sup> AİHM önce, davaya konu olan olayla Sözleşmeye dahil bir hakkın ihlal edilip edilmediğini veya benzer bir durumun var olup olmadığını araştırmaktadır. Sonra benzer durumdaki bireyler arasında, hak ve özgürlüklerden yararlanmada fark gözetilip gözetilmediğini saptamaktadır.<sup>41</sup> Sözleşme'nin 14. maddesi bağlamında, bir ayrımcılık yasağının söz konusu olabilmesi için devletin takdir marjı da dikkate alınmak suretiyle; Mahkeme AİHS'nin 14. maddesi kapsamında yasak olan hususu belirlerken, ayırımın “objektif ve makul bir nedene dayanmaması”, bir diğer ifadeyle “meşru bir amaca yönelik olmaması (meşru bir amacı olmaması)” ve “güdülen amaçla kullanılan araç arasında makul bir ölçülülük ilkesinin mevcut olmaması” kriterlerini esas alır. Ancak bu kriterler her somut olay için uygulanmaktadır. Dolayısıyla, kriterlerin somut olaya uygulanmasında farklılıkların olması ihtimali her zaman vardır.<sup>42</sup> Başka bir anlatımla, önce bu konudaki ana kriter olan “eşit durumdakilere eşit muamelenin” yapılıp yapılmadığının saptanması gerekmektedir. Şayet, kıyaslanan iki durum arasında eşitlik yoksa, o zaman, başka bir kriter karşımıza çıkacak, bu farklı uygulama veya düzenlemeyi gerekli kılacak “haklı bir neden” olup olmadığı kriteri devreye sokularak; “ele alınan tasarrufun amacı ile sonucu arasındaki ilişki” ile “kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen hedef arasındaki orantılılık” durumuna bakılacaktır. Var olan eşitsizlik nedeniyle farklı, fakat amaçla ilişkili ve oranlı muamele yapılması söz konusu ise, artık ortada bir ayrımcılık olmayacak ve durum 14. madde ile uyumlu olacaktır.<sup>43</sup>

*Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı kararında*, Mahkeme Birleşik Krallık'taki göçmenlik kurallarını değerlendirmiştir. Birleşik Krallık'ta yasal olarak ikamet eden bir kadının resmen evli olduğu eşi için Birleşik Krallık'a gelme ve kalma izni alması, bir erkeğin eşi için izin almasından daha zor koşullara bağlanmıştır. Hükümet bu

<sup>40</sup> Ayrımcılık Yasağı, [http://www.barobirlik.org.tr/ihep/belgeler/dersnotlari/CoE\\_sunumlar/Madde14.ppt](http://www.barobirlik.org.tr/ihep/belgeler/dersnotlari/CoE_sunumlar/Madde14.ppt), s.4 (Erişim Tarihi:18.02.2015).

<sup>41</sup> Gölcüklü/Gözübüyük, s.402.

<sup>42</sup> İnceoğlu, Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, s.59; Gözübüyük/Gölcüklü, s.400.

<sup>43</sup> İnceoğlu, Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, s.58; Tezcan/Ertem/Sancakdar, s.524.

Belçika'da Eğitim Dili davasında AİHM; “bir tasarrufun kendi başına Sözleşme'de belirtilen hak ve özgürlüklere uygun olabileceğini, ancak bu tasarrufun 14. madde ile birlikte okunduğunda, ayrımcılık niteliğine sahip olduğu gerekçesiyle Sözleşme'de belirtilen bir hakkı ihlal edebileceğini belirtmektedir. Söz konusu karara göre; Sözleşme'nin 14. maddesi hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü farklı muameleyi yasaklayıcı bir biçimde yorumlanamayacağından, belirli bir farklılaşma, hiçbir objektif ve makul sebebe dayanmıyorsa, eşit muamele prensibinin ihlal edildiği kabul edilecektir. Makul bir sebebin var olup olmadığı meselesi ise, a) ele alınan tasarrufun amacı ile sonucu arasındaki ilişki, b) kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen hedef arasındaki orantılılık, ilişkisinin değerlendirilmesi suretiyle söz konusu toplumun yaşamını belirleyen hukuki ve fiili unsurlara bakılarak saptanacaktır.

tasarrufun amacının kendi iş gücü pazarını korumak olduğunu savunmuş ve kamu menfaati olduğunu belirtmiştir, fakat bu gerekçede belirtilen amaç meşru bulunmakla birlikte, haklı bulunmamıştır, çünkü amaç ile söz konusu tasarruf birbiriyle orantılı değildir.

*Burghartz/İsviçre ve Ünal, Tekeli/Türkiye kararlarında* değindiği üzere, Mahkemeye göre, cinsler arasındaki hak eşitliği eğiliminin kuvvet kazandığı günümüzde cinsiyete dayalı bir ayrımın kabul edilmesi için devletlerin çok daha ağırlıklı ve geçerli nedenlere sahip olması gerekmektedir.<sup>44</sup> (*Karlheinz Schmidt/Almanya kararı; Abdülaziz, Cabales ve Balkandalı/Birleşik Krallık kararı*).

Bazı yönleri bakımından birbirine benzeyen durumlar arasındaki farkların bir ayrımı gerektirmesi durumunda devletlerin bir takdir yetkisi vardır. Ancak bu takdir yetisinin kapsamı özel ve somut durumun kendisine has koşullarına, konusuna ve içeriğine göre, amaç-araç orantısı korunmak kaydıyla değişmektedir.<sup>45</sup> *Karlheinz/Almanya kararında*<sup>46</sup> başvuru, İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurarak zorla çalıştırılma yasağıyla bağlantılı olarak cinsiyet bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Komisyon, öncelikle Sözleşme'nin 14. maddesinin bağımsız bir varlığa sahip olmadığı, Sözleşme ve Protokoller'deki maddi hükümleri tamamlayıcı nitelikte bir madde olduğu, sadece söz konusu maddi hakların kullanılması bakımından bir etkiye sahip olduğu saptamasında bulunmuştur. Bu davada zorla çalıştırma yasağı bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Kararda Sözleşme'nin 14. maddesinin uygulanabilmesi için, daha önce Sözleşme'nin maddi bir hükmünün ihlal edilmiş olmasının şart olmadığını, ancak davaya konu olan olaylar maddi hükümlerden birinin kapsamına girmedikçe 14. maddenin uygulanmasının mümkün olmadığını belirtilmiştir. Ayrıca söz konusu kararda Sözleşme'nin 14. maddesi bakımından objektif ve makul haklı bir sebebe dayanmayan yani meşru bir amaca sahip olamayan ve kullanılan araçla amaç arasında makul bir orantı bulunmayan farklı muamelenin ayrımcılık sayılacağına altı çizilmiştir. Sözleşmeciler Devletlerin hangi farklı muamelenin ne ölçüde haklı görülebileceğine dair belirli bir takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, sadece cinsiyete dayanan farklı bir muamele-

<sup>44</sup> Gölcüklü/Gözübüyük, s. 400.

<sup>45</sup> Gölcüklü/Gözübüyük, s.401.

<sup>46</sup> Karlheinz/Almanya kararı, kamu makamlarının vergi kanunlarını gerekçe göstererek başvuru- cudan 1982 yılı için 75 Mark itfaie hizmetlerine katkı payı ödemesini istemelerine ilişkin olaya dayanmaktadır. Bu hükümlere göre, Tettmang şehrinde ikamet eden her yetişkin erkek, mali yıl başında itfaie hizmetlerine katılmak, hizmete fiilen katılmayan kişiler ise katkı payı ödemekle yükümlü tutulmaktadır. Başvuru bu yükümlülüğün anayasadaki hukuk önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğunu düşünmüş ve idari makamlardan kararı kaldırmaları talebiyle açtığı dava idare mahkemelerince ve sonrasında Federal Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Başvuru İnsan Hakları Avrupa Komisyonuna başvurarak zorla çalıştırılma yasağıyla bağlantılı olarak cinsiyet bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. 18.07.1994 tarihli, 13580/88 Başvuru Numaralı, Karlheinz/Almanya kararı için bkz. <http://ihami.anadolu.edu.tr>

nin Sözleşme'ye uygun olduğuna dair Sözleşmeciler devletler tarafından Mahkeme'nin önüne çok esaslı gerekçelerin getirilmesi gerektiği de bu kararda vurgulanmıştır.

Sözleşme'nin 14. maddesi, pozitif (hak ve özgürlüklerden yararlanma) ayrım yasağının yanında negatif (hak ve özgürlüğün kısıtlanması) ayrım yasağını da içermektedir. Yani hak ve özgürlükler kısıtlanırken benzer durumdakiler arasında objektif ve makul olmayan bir farklılığa yer verilmemesi esastır.<sup>47</sup>

### III. AİHM Kararlarında Cinsiyet Ayrımcılığı

AİHS'nin 14. maddesinde sayılan ayrımcılığın dayandığı nedenlerden biri cinsiyettir. Sözleşme'nin 14. maddesinde cinsiyet, ırk, renk, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet ve doğum ayrımcılığının dayandığı nedenler olarak sayılırken bu maddede bu sayılanların tahdidi olmadığını, örnekleyici olduğunu belirten "başka durumlar" ibaresi de yer almaktadır. Mahkeme kararlarında "başka durumlar" ifadesinin içeriğini belirlerken cinsel yöneliş, yaş, engelli olma gibi halleri ayrımcılığın dayandığı maddede açıkça sayılmayan nedenler içinde yorumlamaktadır.

AİHM'nin cinsiyet ayrımcılığına yönelik kararları; cinsiyetler arasındaki farklı muameleye yönelik kararları, cinsel yönelimleri nedeniyle farklı muameleye ilişkin kararları ve cinsiyet değiştirene farklı muamele yapılmasına ilişkin kararları olmak üzere üç başlık altında incelenebilir.

#### 1. Cinsiyetler Arasındaki Farklı Muameleye Yönelik AİHM Kararları

Cinsiyetler arasındaki farklı muameleye yönelik AİHM kararlarına örnek olarak *Schuler-Zraggell/İsviçre davası* gösterilebilir.<sup>48</sup> Karara konu olan olayda, çalışmasını engelleyen hastalığı nedeniyle devlet tarafından tam malullük aylığı bağlanan bayan başvurunun, çocuk doğurduktan ve sigorta makamları tarafından tekrar sağlık kontrolünden geçirildikten sonra, yüzde 60-70 oranında evine ve çocuğuna bakabilecek durumda olduğu gerekçesiyle aylığı kesilmiştir. Bu karara karşı itirazda bulunması üzerine ülkesindeki Üst Mahkeme, başvurunun çocuklu bir kadın olduğu ve kadınların da ilk çocuklarını doğurduktan sonra bir süre çalışmadıkları şeklindeki bir ön kabule dayanarak duruşma yapmadan başvurunun aylık bağlanması yönündeki talebinin reddine karar vermiştir. Mahkeme, olayda ulusal mahkemelerin hiç bir araştırma yapmaksızın çocuk doğuran kadınların işlerini bıraktıkları şeklindeki bir ön kabule dayanarak hüküm kurmasının, cinsiyete dayalı farklı bir muamele oluşturduğu değerlendirmesinde bulunmuştur. Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerde cinsiyet

<sup>47</sup> Gölcüklü/Gözübüyük, s.402.

<sup>48</sup> 24.06.1993 tarihli, 14518/89 Başvuru numaralı, Schuler-Zraggell /İsviçre kararı, <http://ihami.anadolu.edu.tr>



eşitliğini geliştirme temel bir hedeftir. Cinsiyetler arasında farklı muamelenin haklı görülebilmesi için çok güçlü ve objektif nedenler bulunması gerekir. Dava konusu olayda böyle bir durum olmadığından, adil yargılanma hakkı bakımından ayrımcılık yasağının ihlali sonucuna varılmıştır.

Müşpet ayrımcılıkla ilgili olarak, önceden mevcut bir eşitsizliği ortadan kaldırma amacının farklı muamele için meşru bir neden olduğu kabul edilmiştir. Lindsay/İngiltere kararında Mahkeme, evli kadınları işe geri dönmeye teşvik eden vergi teşviklerinin kanuni olarak haklı olduğuna ve bu nedenle de erkeklere karşı bir ayrımcılık oluşturmadığına karar vermiştir.<sup>49</sup>

*Burghartz/İsviçre kararında*,<sup>50</sup> İsviçre vatandaşı olan başvurucular evlendikten sonra bayan başvurucunun “Burghartz” olan soyadını ailenin soyadı olarak seçmişlerdir. Erkek eş bu soyadın önüne kendi soyadını koymak suretiyle soyadını kullanmak istemektedir. İsviçre makamları bu çiftin ortak soyadını erkek başvurucunun soyadı olarak kaydetmiştir. Ancak başvurucular aile soyadı olarak “Burghartz”, erkek eşin soyadının ise “Schnyder/Burghartz” olarak kaydedilmesini istemişlerdir. Bu talep yetkili makamlar tarafından sadece bayan eşin aile soyadının önünde kendi soyadını kullanabileceği gerekçeleriyle reddedilmiştir. Başvurucuların açtıkları davanın neticede İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da reddedilmesinin sonucu olarak Bay eş “Burghartz” soyadını kullanamamaktadır. Başvurucular aile yaşamına saygı hakkı bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini ileri sürerek İnsan Hakları Avrupa Komisyonu’na başvurmuşlardır. Yapılan yargılamada başvurucunun soyadı seçiminin, kendisinin özel yaşamını ve mesleki ilişkilerini de etkilemesi sebebiyle söz konusu şikayet bakımından 8. maddenin uygulanabilir nitelikte olduğu belirlenmiştir. Mahkeme söz konusu kararında, cinsiyetler arasındaki eşitliğin Sözleşmeciler Devletlerin temel hedeflerinden birisi olduğunu ve sadece cinsiyete dayalı farklı muamele yapılmasında çok ağır gerekçelerin bulunması gerektiğinin altını çizdikten sonra, dava konusu olayda kocanın seçilen aile soyadının yanında kendi soyadını kullanmasının aile birimini zedelediğine, İsviçre’de aile adlarının seçimi ve kullanılması konusyla ilgili gerçek bir gelenek bulunmadığına değinmiştir. Aile soyadı olarak karının adının seçilmesi ile kocanın adının seçilmesi arasında bir fark olmadığından Mahkeme, kocaya karıdan farklı muamelede bulunmak için hiç bir objektif ve makul sebep bulunmadığını belirleyerek, özel yaşama saygı hakkı ile aile yaşamına saygı hakkı bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varılması gerektiğine karar vermiştir.

<sup>49</sup> Ayrımcılık Yasağı, [http://www.barobirlik.org.tr/ihep/belgeler/dersnotlari/CoE\\_sunumlar/Madde14.ppt](http://www.barobirlik.org.tr/ihep/belgeler/dersnotlari/CoE_sunumlar/Madde14.ppt), s.5.

<sup>50</sup> 22.02.1994 tarihli, 16213/90 Başvuru numaralı, Burghartz/İsviçre kararı, <http://ihami.anadolu.edu.tr>

*Ünal Tekeli/Türkiye kararına*<sup>51</sup> konu olan davanın ulusal makamlarda görülmesine sebep olan olayda başvuru ulusal hukuka göre bir kadının evlendikten sonra eşinin soyadını taşımak zorunda olmasını şikayet ederek sadece kızlık soyadını kullanmasına izin vermeyen, fakat erkeğe evlendikten sonra dahi kendi soyadını korumasına izin veren Türk makamlarının tutumunun cinsiyet ayrımına yol açtığını ve böylece Sözleşme'nin 8. ve 14. maddelerini ihlâl ettiğini belirterek Mahkeme'ye başvurmuştur. O dönemki ulusal kanunlara göre bir kadın kocasının soyadına ek olarak kızlık soyadını kullanabiliyor ancak sadece kendi soyadını taşıyamıyordu. AİHM, somut olayın özelliklerini dikkate alarak, meseleyi doğrudan 8. madde bağlamında değil; Sözleşme'nin 14. maddesi açısından değerlendirmeye tabi tutarak Türkiye'nin Sözleşme'nin 14. maddesini ihlâl edip etmediğini incelemiştir. Mahkeme, konu itibarıyla uyumsuzluğun 8. maddenin kapsamına girdiğini kabul etmiştir. AİHM, Türk Medeni Kanunu'na göre kadının erkeğin soyadını kullanmak zorunda olması ve kendi soyadını ancak kocasının soyadı ile birlikte kullanması yükümlülüğünün makul ve adil bir düzenleme olmadığına ve bu durumun cinsiyet temelinde bir ayrımcılık oluşturduğuna karar vermiştir. Mahkemenin kararındaki en önemli gerekçesi ulusal hukuka göre bir erkeğin evlendikten sonra soyadını değiştirmek zorunda olmamasıdır. Mahkeme, bu gerekçeyle Sözleşme'nin 14. maddesi ile 8. maddesinin ayrı ayrı ihlâl edildiğine karar vermiştir.<sup>52</sup>

*Vanraalte/Hollanda kararında*<sup>53</sup> mahkeme, evli olmayan çocuksuz 45 yaşını doldurmuş bayanların çocuklarla ilgili vergi ödemekten muaf tutulmalarına rağmen aynı durumda bulunan erkeklerin bu vergiyi ödemelerinin mülkiyet hakkı konusunda ayrımcılık ve cinsiyetler arasında farklı muamele oluşturması sebebiyle Sözleşme'nin 14. maddesiyle 1 numaralı Protokolün 1. maddesini ihlâl ettiğine karar vermiştir.

Mahkeme *Hoogendijk/Hollanda kabul edilebilirlik hakkında kararında* (no.58641/00) ifade ettiği üzere, tarafların gerçekliğini tartışmadığı istatistiklere dayanılarak, bir tedbirin erkeklerden çok kadınları etkilediğine ilişkin bir kanıt başlangıcının bulunması halinde, bu durumun cinsiyete dayanan ayrımcılığa bağlı olmayan objektif faktörlerin sonucu olduğunu kanıtlama yükümlülüğü davalı devlete aittir.<sup>54</sup>

Aile içi şiddete ilişkin *Opuz/Türkiye davasına*<sup>55</sup> konu olan olayda karısına ve karısının annesine defalarca şiddet uygulayan koca, en sonunda karısının annesini

<sup>51</sup> 16.11.2004 tarihli, 29865/96 Başvuru numaralı, Ünal Tekeli/Türkiye kararı, <http://ihami.anadolu.edu.tr>

<sup>52</sup> Doğru/Nalbant, s.612.

<sup>53</sup> 21.02.1997 tarihli, 20060/92 Başvuru numaralı, Vanraalte/Hollanda kararı, <http://ihami.anadolu.edu.tr>

<sup>54</sup> Doğru/Nalbant, s.609.

<sup>55</sup> Doğru/Nalbant, s.610; Opuz/Türkiye davası, (Başvuru no: 33401/02) , Karar tarihi: 9 Haziran 2009. Karar için bkz. <http://www.aihmiz.org.tr/?q=tr/content/opuz-karari>

öldürmüştür. Olay bu aşamaya gelene kadar mağdur olan kadınlar defalarca devlet makamlarından koruma istemelerine rağmen, bu çabaları kamu makamlarınca yeterince önemsenmediği için AİHM, devletin başvuruçuyu ve annesini yeterince koruyamadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme bu sonuca ulaşırken, başvuruçunun itiraz edilmemiş istatistiksel verilerle desteklenen Türkiye’de aile içi şiddetin esasen kadınları etkilediğine ve Türkiye’deki genel ve de ayrımcı yargı pasifliğinin aile içi şiddeti besleyen bir ortam yarattığına dair bir göstergenin varlığını dikkate almıştır. Mahkeme, Türkiye’deki genel ve ayrımcı yargı pasifliğinin, kasıtlı biçimde olmasa da esasen kadınları etkilediğini, başvuruçuyu ve annesi tarafından maruz kalınan şiddetin, kadına yönelik ayrımcılığın bir biçimini oluşturan toplumsal cinsiyete dayalı şiddet olarak görülebileceği kanaatine ulaştığını belirterek söz konusu davada AİHS’nin 2., 3., maddeleri ile birlikte ele alındığında 14. maddesinin de ihlal edildiğine karar vermiştir.

## 2. Cinsel Yönelimleri Nedeniyle Farklı Muameleye İlişkin AİHM Kararları

Sözleşme’nin 14. maddesinde hangi gerekçelere dayanarak muamelede farklılık olmaması gerektiği sıralanmaktadır. Ancak bu liste eksiksiz bir liste olmayıp, “diğer herhangi bir nedenle” de maddede sayılanların dışında ayrımcılık yasağı ile bireylerin hak ve özgürlükleri korunmaktadır.<sup>56</sup> Belli insan kategorilerine farklı muamele nadir de olsa, bu kategoriyi oluşturan insanlara ekstra korumalar getirmiştir. Bunlara “şüpheli grupları” denir ve ırk, cinsiyet, cinsel yönelim ve ebeveynlerin medeni hali temelinde ayrımcılığa maruz kalanları içerir.<sup>57</sup> Bununla ilgili dikkate değer ve en çok karşılaşılan örnekler ise, cinsel yönelimleri nedeniyle farklı muameleye uğrayanların yaptıkları başvurular oluşturmaktadır. Cinsel yönelim, “her insanın farklı bir cinsiyet veya aynı cinsiyetten veya birden çok cinsiyetten kişilere duygusal ve cinsel yakınlık duyma ve onlarla yakın ilişkiler kurma kapasitesi” şeklinde tanımlanmaktadır. Cinsel yönelim ayrımcılığı davalarında, tipik olarak bir bireyin homoseksüel veya biseksüel olması nedeniyle elverişsiz muamele görmesi söz konusudur, fakat heteroseksüel olma temelinde ayrımcılık da yasaklanmaktadır.<sup>58</sup> *Karner/Almanya ve E.B./Fransa kararında* olduğu gibi.

Cinsel yönelimle ilgili davalarda, Mahkeme bir dizi olayda konuyu bir temel hakkın ihlalden ziyade ayrımcılık esasında değerlendirmeyi tercih etmiştir (*L & V/Avusturya*).

Cinsel yönelimleri nedeniyle farklı muameleye ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin önüne gelen ilk önemli temel karar, *Dogen/İrlanda davasıdır*. Mah-

<sup>56</sup> Reisoğlu, s.127; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s.524; Gölcüklü/Gözübüyük, s.402; Ayrımcılık Yasağı, [http://www.barobirlik.org.tr/ihep/belgeler/dersnotlari/CoE\\_sunumlar/Madde14.ppt](http://www.barobirlik.org.tr/ihep/belgeler/dersnotlari/CoE_sunumlar/Madde14.ppt), s.5.

<sup>57</sup> Ayrımcılık Yasağı, [http://www.barobirlik.org.tr/ihep/belgeler/dersnotlari/CoE\\_sunumlar/Madde14.ppt](http://www.barobirlik.org.tr/ihep/belgeler/dersnotlari/CoE_sunumlar/Madde14.ppt), s.5.

<sup>58</sup> Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, s.97. [http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_non\\_discr\\_law\\_TUR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discr_law_TUR.pdf) (Erişim Tarihi: 26.06.2015).

keme'nin Dogen davasında verdiği karar daha sonraki Mahkeme'nin içtihatlarına aynen yansımış durumdadır. Bu yüzden, bu karar belirleyici olmakla birlikte kriterler bakımından da önem taşımaktadır. Bu davada mahkemenin belirttiği, eşcinsellerin temel hak ve hürriyetleri, özel yaşam ve aile yaşamının korunması hakkı perspektifi ile ayrımcılık yasağı perspektifi açısından değerlendirilmiştir. AİHM eşcinsellerin taleplerinin ağırlık noktasını 8. maddede düzenlenen “özel yaşamın gizliliği hakkı” çerçevesinde yorumlamaktadır. Dava konusu olayda, Kuzey İrlanda'da eşcinsel ilişkileri yasaklayan, kanunlar eşcinsel ilişkileri erişkinler arası olsa, hatta kamusal mekanda olmasa dahi cezalandırmaktadır. Başvurucu, bu kanunların kendisine uygulanması sebebiyle, 8. maddede düzenlenen özel yaşamın gizliliği hakkının ihlal edildiğini ve buna bağlı olarak 14. maddedeki ayrımcılık yasağının da ihlal edildiğini iddia etmektedir. Mahkeme öncelikle 8. madde bakımından inceleme yaparak cinsel yaşam, kişinin özel yaşamının bir parçası olduğundan kişinin cinsel yaşamına devletin yaptığı herhangi bir müdahalenin otomatik olarak kişinin özel hayatına da müdahale teşkil edeceğini, ancak bu müdahaleye devletin takdir yetkisini kullanarak sınırsız olmayan bazı durumlarda müsaade edebileceğini belirtmiştir. Mahkeme söz konusu sınırları tespit ederken, eşcinsel ilişkiler ahlak kurallarını ilgilendirdiği için devlet bu konuyu düzenlerken, geniş bir takdir yetkisine sahip olması düşünülse bile kişinin cinsel yaşamının, kişinin özel yaşamının çok mahrem bir parçası olması sebebiyle bu konuda devletin takdir yetkisinin sınırlandığına dikkat çekmektedir. Bu yüzden devlet herhangi bir şekilde kişinin cinsel yaşamına yönelik bir sınırlama getirecekse, bunu çok esaslı sebeplere dayandırmak zorundadır. Mahkeme, belirtilen bu faktörleri dikkate alarak, erişkinler arası kamusal olmayan mekânlardaki eşcinsel birlikteliklerin yasaklanmasını ve suç sayılmasını 8. maddeye aykırı sayarak özel yaşamın gizliliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Başvurucunun davasını burada sadece 8. maddeye değil aynı zamanda da ayrımcılık yasağına ilişkin maddeye dayandırmasına rağmen, Mahkeme bu davada ayrımcılık yasağına ilişkin talebi değerlendirme dışı bırakmıştır.<sup>59</sup>

*Karner/Avusturya davasına*<sup>60</sup> konu olan olayda başvuru, W.'nin kiraladığı bir dairede bir süre W. ile eşcinsel ilişki yaşamıştır. W. öldükten sonra ev sahibi kira sözleşmesinin sona erdirilmesi için dava açmıştır. Esas kiracının ölmesi halinde bir akrabasının veya “hayat ortağının” kiracılık anlaşmasına kendiliğinden halef olma hakkını öngören ulusal mevzuatı ulusal mahkemeler, evli olmayan heteroseksüel çiftleri kapsayacak şekilde yorumlamasına rağmen, homoseksüel çiftleri kapsamadığı şeklinde yorumlamışlardır. AİHM, başvurusunun başvurusunu, özel yaşama ve konuta saygı hakkı bakımından farklı muameleye tabi tutulmasının olumsuz sonuçlarından

<sup>59</sup> Bertan Tokuzlu, Şiddet ve Ayrımcılık, 29.06.2006. <http://www.lambdaistanbul.org/s/etkinlik/siddet-ve-ayrimcilik/>

<sup>60</sup> 24.07.2003 tarihli, 40016/98 Başvuru numaralı Karner/Avusturya kararı için bkz. <http://ihami.anadolu.edu.tr>

şikayetçi olduğundan, olayda 14. madde bakımından uygulanabilir nitelikte bulunmuştur. Cinsel yönelimlere dayanan farklı muameleleri haklı kılabilmek için çok güçlü gerekçeler göstermek gerekir. Ancak olayda Yüksek Mahkeme bu hakkın kısıtlanması için önemli sebeplerin bulunduğunu savunmamış, sadece yasama organının eşcinsel çiftleri koruma kapsamına almayı düşünmediğini belirtmiş, Hükümet de bu yasa hükmünün geleneksel aile birimini korumayı amaçladığını ileri sürmüştür. Mahkeme, geleneksel anlamda ailenin korunmasının, kural olarak farklı muameleyi haklı gösterebilecek ağırlıklı ve meşru bir sebep olduğunu kabul etmiştir, ancak cinsiyete veya cinsel yönelime dayanan farklı bir muamele olduğunda devletin takdir alanı darıdır. Bu gibi durumlarda orantılılık prensibi gereğince sadece bu tedbirin kural olarak bu amacı gerçekleştirmek için uygun olması yeterli değildir. Bu amacın gerçekleştirilmesi için mevzuatın eşcinsel ilişki yaşayan çiftleri hariç tuttuğunun gösterilmesi de gerekir. Mahkeme bu davada ayrımcı bir uygulama olduğu sonucuna vardığından 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

*Salgueiro da Silva Mouta/Portekiz davasına*<sup>61</sup> konu olan olayda bir kadınla evlenerek bu evliliğinden bir kız çocuğu olan başvuru daha sonra eşinden ayrılarak bir erkekle yaşamaya başlamıştır. Başvuru, ulusal yargı mercilerinin çocuğun velayetinin anneye verilmesi yönündeki kararının, münhasıran kendi cinsel yönelimine dayandığını ve bu durumun 8. maddenin tek başına veya 14. maddeyle birlikte ihlali niteliğinde olduğunu iddia etmektedir. AİHM, çocuğun velayetini anneye veren ulusal yargı merciinin kararının temyiz edilmesi sebebiyle incelendiği ulusal Temyiz Mahkemesi kararının birçok yerinde başvurunun eşcinsel olmasının nihai kararda belirleyici unsur olduğunu gösterdiği kanaatindedir. Eşcinsel olan başvurucuya velayetin verilmemesine yönelik ulusal merciler tarafından verilen karar, başvurunun cinsel yönelimine dayalı olması nedeniyle ayrımcı niteliktedir. Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Temyiz Mahkemesi'nin başvurunun cinsel yönelimine dayalı bir ayırım yaptığını, bu ayırımın Sözleşme bakımından kabul edilir olmadığını ve kullanılan araçla varılmak istenen amaç arasında orantılılık olmaması nedeniyle 8. maddenin 14. maddeyle bir arada ihlalini teşkil ettiğini saptamıştır.

AİHM, *E.B/Fransa kararında*<sup>62</sup> daha önce benzer bir konuda olumsuz yönde verdiği *Fretté/Fransa kararından* ayrılmaktadır.<sup>63</sup> Karara konu olan olayda 45 yaşın-

<sup>61</sup> Salgueiro da Silva Mouta/Portekiz (Başvuru no. 33290/96), Karar tarihi: 21 Aralık 1999. Bkz. LGBT Davaları, AİHM, Yargıtay ve Danıştay İçtihatları, [http://www.fes-tuerkei.org/media/pdf/Publikationen%20Archiv/Ortak%20Yay%C4%B1nlar/2012/lgbt\\_ictihat\\_kitap\\_web\\_dusuk.pdf](http://www.fes-tuerkei.org/media/pdf/Publikationen%20Archiv/Ortak%20Yay%C4%B1nlar/2012/lgbt_ictihat_kitap_web_dusuk.pdf)

<sup>62</sup> 22.01.2008 tarihli, 43526/02 Başvuru numaralı E.B /Fransa kararı, <http://ihami.anadolu.edu.tr>

<sup>63</sup> Her iki davaya konu olan olaylar aynıdır, ancak Fretté v. Fransa kararını verdiği dönemde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi evlat edinme başvurusunun reddinin çocuğun en yüksek menfaatlere dayandığı ve Devletlere bu alanda geniş takdir yetkisi tanındığı gerekçeleriyle meşrulaştırılmış olduğuna karar vermiştir. [http://www.fes-tuerkei.org/media/pdf/Publikationen%20Archiv/Ortak%20Yay%C4%B1nlar/2012/lgbt\\_ictihat\\_kitap\\_web\\_dusuk.pdf](http://www.fes-tuerkei.org/media/pdf/Publikationen%20Archiv/Ortak%20Yay%C4%B1nlar/2012/lgbt_ictihat_kitap_web_dusuk.pdf)

daki bir Fransız vatandaşı olan E.B bir anaokulu öğretmenidir ve 1990'dan beri bir psikolog olan R. isimli bir kadınla birlikte yaşamaktadır. Başvuru, Fransız makamlarının cinsel yönelimi nedeniyle başvurunun evlat edinme talebini reddetmesine ilişkindir. Başvurunun evlat edinme başvurusu “hane halkında erkek rol modeli olmadığı” gerekçesiyle reddedilmiştir. Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin 14. maddesinin bu olayda uygulanabilir olduğu gerekçeyle şikayetin kabul edilebilir olduğuna karar vererek esas hakkındaki incelemesine geçmiştir. AİHM, ulusal hukukun çocuklu dul anne ve babaların evlat edinmelerine izin vermesine rağmen ulusal makamların kararının kadın başvurunun başka bir kadınla ilişkide olması ve beraber yaşaması sebebine dayandığından dava konusu olayda cinsel yönelim nedeniyle ayrımcılık yapıldığı sonucuna ulaşarak Sözleşme'nin 8. ve 14. maddelerinin ayrı ayrı ihlal edildiğine karar vermiştir.

*Sutherland/Birleşik Krallık kararı*<sup>64</sup> daha önce homoseksüel ve heteroseksüel ilişkiler için rıza bakımından farklı yaşlar öngörülebileceği yönündeki önceki içtihadattan dönme niteliğinde olduğundan önemlidir. Ayrımcılık yasağı rızaya dayalı homoseksüel ve heteroseksüel ilişkilerde, rıza için öngörülen asgari yaşın eşitlenmesini gerektirir. Komisyon heteroseksüellere kıyasla homoseksüeller için daha yüksek bir asgari rıza yaşı öngören düzenlemelerin bu haliyle yürürlükte kalmaya devam etmesi için nesnel ve makul bir gerekçe tespit edemediğinden, başvurunun Sözleşme'nin 8. maddesi ile koruma altına alınmış olan özel hayatına saygı hakkından yararlanma bakımından ayrımcı muameleyle maruz kaldığına karar vermiştir.<sup>65</sup>

*S.L./Avusturya davasında*<sup>66</sup> başvurunun AİHM'ne başvurmaya sebep olan şikayetin konusu; mevcut olan ulusal mevzuata göre, erkekler arasında rızaya dayalı cinsel ilişkinin taraflardan biri on sekiz yaşın altında olduğu takdirde bunun suç teşkil etmesi, buna karşılık kadınlar için böyle bir yasak söz konusu olmadığından kadınların on dört yaşından itibaren (hem lezbiyen, hem de heteroseksüel nitelikte) cinsel fiillere girebilmesiydi. AİHM bu davada dava konusu uyumsuzluğun cinsel yönelim temelinde ayrımcılık oluşturduğuna karar vermiştir.

*Alekseyev/Rusya davasında*<sup>67</sup> yapılması planlanan LGBT yürüyüşleri için gerekli olan yürüyüş izin taleplerinin Vali tarafından kamu düzeni, ayaklanmaların önlenmesi, sağlık, ahlak ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gerekçeleriyle

<sup>64</sup> Başvuru no: 25186/94 olan Sutherland/Birleşik Krallık davası, 27 Mart 2001 tarihinde Komisyon tarafından karara bağlanmıştır. [http://www.festuerkei.org/media/pdf/Publikationen%20Archiv/Ortak%20Yay%C4%B1nlar/2012/lgbt\\_ictihat\\_kitap\\_web\\_dusuk.pdf](http://www.festuerkei.org/media/pdf/Publikationen%20Archiv/Ortak%20Yay%C4%B1nlar/2012/lgbt_ictihat_kitap_web_dusuk.pdf)

<sup>65</sup> Mahkeme'nin Sutherland kararını teyit ettiği benzer diğer kararları: Waite v. Birleşik Krallık (Başvuru no: 53236/99, Karar tarihi: 10 Aralık 2002), S.L. v. Avusturya (Başvuru no:45330/99, Karar tarihi: 9 Ocak 2003), B.B. v. Birleşik Krallık (Başvuru no: 53760/00, Karar tarihi: 10 Şubat 2004).

<sup>66</sup> AİHM, S.L./Avusturya (Başvuru No. 45330/99), Karar tarihi: 9 Ocak 2003.

<sup>67</sup> Alekseyev/Rusya (Başvuru no. 4916/07, 25924/08 ve 14599/09) , Karar tarihi: 30 Eylül 2010.

reddedildiği 2006, 2007 ve 2008 Moskova Onur Yürüyüşleri'nin neticede yasaklanmasının AİHS'nin 11. maddesini ve başvuruçuların 13. ve 14. maddelerde korunan haklarını ihlal ettiği iddia edilmektedir. Başvurucu 2006-2008 arasında yürüyüş ve gösteri taleplerinin reddine ilişkin olayların 11. maddenin ihlali niteliğinde olduğunu, 11. maddenin ihlaline ilişkin etkili hak arama yollarına erişemediğinden 13. maddenin de ihlalinin iddia etmektedir. Bunlara ilave olarak bu kararların başvuruçular ve diğerlerinin cinsel yönelimlerine dayanması sebebiyle yürüyüşlere izin verilmemesinin ise ayrımcılık oluşturduğunu, bu nedenle 14. maddenin 11. maddeyle bağlantılı olarak ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'ne başvurmuştur. AİHM yasağın, Hükümet tarafından gerekçe olarak gösterilen çocuk ve yetişkinleri eşcinsel propagandanın koruma amacı bakımından orantısız olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme ayrıca Hükümetin yürüyüşün dini doktrin ve çoğunluğun ahlaki değerleriyle çatışması nedeniyle yasaklanmasının gerektiği iddiasını da reddetmektedir. Mahkeme, azınlık gruplarının Sözleşme tarafından koruma altına alınan haklardan yararlanmasının toplumun çoğunluğunun kabulü koşuluna bağlanmasının Sözleşme'nin temelindeki değerlerle bağdaşmayacağını da belirtmektedir. Mahkeme cinsel yönelimin 14. madde kapsamında ayrımcılığın yasaklandığı nedenlerden biri olduğunu ve üye devletlerin bu alandaki takdir yetkilerinin dar olduğunu ifade etmiştir. Alınan tedbirlerin sadece "genel olarak uygun" olduğunun değil, ama "bu koşullarda gerekli" olduğunun gösterilmesi gerektiğini ve eğer bir üye devletin Sözleşme'de korunan hakların sınırlandırılması için tek gerekçe olarak mağdurların eşcinsel olmalarını gösteriyorsa, bunun 14. madde bağlamında ayrımcılık teşkil edeceğini, yürüyüşlerin yasaklanmasının ana nedeninin başvuruçuların cinsel yönelimi olduğunu ve bu nedenle de 14. maddenin 11. maddeyle bağlantılı olarak ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir. Mahkeme bu davada ayrıca etkili hak arama yolu bulunmaması nedeniyle 13. maddenin de ihlal edilmiş olduğu sonucuna varmıştır.

Eşcinsel bir tutuklunun ayrımcı davranışa maruz kaldığı şikayetiyle AİHM önüne getirilen *X/Türkiye davasında*<sup>68</sup> belli bir süre boyunca sıradan bir koşu alan başvuruçuyu cinsel yönelimi nedeniyle diğer tutukluların rahatsız etmeleri üzerine, başvuruçuyu daha uygun bir koşu alanına gönderilmeyi talep etmiştir. Bunun üzerine cezaevi yönetimi başvuruçuyu tecrit hüccresine yerleştirmiştir. Böylelikle başvuruçunun diğer mahkumlarla ilişkisini çok ciddi şekilde kısıtlayarak, başvuruçuyu burada kaldığı dönemde diğer tutuklularla her türlü temastan ve her türlü sosyal aktiviteden mahrum bırakılmış, açık havaya çıkamamış ve hüccresinden çıkmasına nadiren izin verilmiştir. Başvurucu, Sözleşme'nin 3. maddesiyle birlikte 14. maddesine atıfta bulunarak cinsel yönelimi üzerinden ayrımcılığa maruz bırakıldığından şikayetçi olmuştur. Mahkeme bu davada başvuruçuya uygulanan tecrit koşulları nedeniyle Sözleşme'nin 3. madde-

<sup>68</sup> X/Türkiye davası (Başvuru no:24626/09), Karar tarihi: 9 Ekim.2012. <http://www.aihmiz.org.tr/?q=tr/node/251>; Doğru/Nalbant, s.617-618.

sinin ihlal edildiği tespitinde bulunmuştur. AİHM, başvuruçunun standart koşu altında kaldığı takdirde vücut bütünlüğünün saldırıya maruz kalacağı yönündeki endişelerin temelsiz olmadığını kabul ederek onun korunmasını gerekli kılan bazı güvenlik önlemlerinin alınmasının gerekliliğinin başvuruçunun hapis hane yaşamından tamamen tecrit edilmesi tedbirini haklı kıldığını belirtmiştir. Buna ilave olarak Mahkeme, başvuruçuya uygulanan tedbirle ilgili olarak ulusal merciler tarafından, başvuruçunun bir travesti olmamasına rağmen, bir travestinin linç edilmesi gibi aşırı bir risk değerlendirmesinde bulunarak gerekçe üretildiği ve ayrıca başvuruçunun bu tedbirin kendisinin cinsel yönelimi gerekçesiyle alındığı iddiasına infaz hakimliği tarafından konunun cezaevi yetkililerinin takdirinde olduğunu ifade edilerek cevap dahi vermediğini saptamıştır. Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesiyle birlikte 14. maddesi gereğince, ulusal makamların ayrımcı muamelelerin ilgilinin hapis hane yaşamından tamamen tecrit edilmesinde rol oynayıp oynamadığını araştırmak için her türlü tedbiri almakla yükümlü olduklarını ifade etmiştir. AİHM, başvuruçunun vücut bütünlüğünü korumak için güvenlik tedbirlerinin alınması gerekliliğinin, cezaevi yaşamından tamamen dışlanmasındaki zorlayıcı etken olduğuna ikna olmadığını, bu davada başvuruçunun cezaevi yaşamından tamamen dışlanmasındaki belirleyici unsurun onun cinsel yönelimi olduğu sonucuna vararak 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

### 3. Cinsiyet Değiştirene Farklı Muamele Yapılmasına İlişkin AİHM Kararları

Cinsiyet değiştirene farklı muamele yapılmasına ilişkin AİHM kararlarına da aşağıdaki davalar örnek olarak gösterilebilir.

1986 yılında, kadınsal ameliyatla erkek olan *Mark Nicholas Alban Rees* tarafından kendisine erkek kimliği verilmemesi ve bir kadınla evlenme hakkı tanınmaması nedeniyle İngiltere aleyhine AİHM'de dava açılmıştır.<sup>69</sup> Davada Mahkeme, transeksüellerin nüfus kütüğüne yeni cinsiyetleri ile kaydolmaları meselesinde, üye ülkelerdeki kültürel geleneklerin farklılığına dayanarak, devletin takdir payını çok geniş tutmuş ve bu davada AİHM açısından ihlal kararı vermemiştir. Ancak kararda "bu sorun, özellikle bilim ve toplumdaki gelişmelere göre, sürekli bir incelemeye tabii tutulmalıdır" şeklinde bir tespitte bulunmuştur.<sup>70</sup>

Benzer bir konuda 2002 yılında verilen *Christine Goodwin/İngiltere kararında*<sup>71</sup> AİHM, bu konudaki gelişmelere, özellikle de özel hayatın korunması açısından dev-

<sup>69</sup> Rees/Birleşik Krallık davası, Karar tarihi: 17.10.1986, (9EHRR56, 86/89).

<sup>70</sup> Altıparmak, s.1.

<sup>71</sup> Goodwin and I./Birleşik Krallık (Başvuru no:28957/95). Büyük Daire tarafından 11 Temmuz 2002'de karara bağlanmıştır.



letlerin pozitif yükümlülükleriyle ilgili gelişmelere değindikten ve genel kamu yararı ile bireylerin menfaatleri arasında gözetilmesi gereken menfaatler dengesini hatırlattıktan sonra, “bugünün koşullarında” başvurucunun cinsiyet değişikliğinin hukuken tanınmasıyla rekabete giren hiçbir önemli kamu yararının olmaması sebebiyle, özel hayatın ve ailenin korunması hakkının ihlal edildiğini tespit etmiştir. Mahkeme, evlenme engeli olarak, transseksüelin evlenmemesinin 12. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. Ancak Mahkeme, bu davada Sözleşme’nin 14. maddesinin ihlal edilmiş olup olmadığı konusunda bir karar vermemiştir.<sup>72</sup>

*Sheffield ve Horsman/Birleşik Krallık davasında*<sup>73</sup> Mahkeme, cinsiyet değişikliğinden sonra kendilerini erkek olarak gösteren doğum belgelerinin bayan olarak değiştirilmesi isteyen başvurucuların bu taleplerinin reddedilmesinin özel yaşama saygı hakkını düzenleyen Sözleşme’nin 8. maddesini ihlal etmediğine, ayrıca doğum belgelerinde aynı cinsten olanların evlenmelerine izin verilmemesinin evlenme engeli olması sebebiyle yetkili makamların sadece karşı cinsten olanların evlenmelerine izin vermelerinin Sözleşme’nin evlenme hakkını düzenleyen 12. maddesini ihlal etmediğine ve özel yaşama saygı hakkı konusunda ayrımcılık -cinsiyet değiştirene farklı muamele ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiği şikayetine karşılık- 14. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

*Van Kück/Almanya davasında*<sup>74</sup> başvurucu, ulusal yargı mercileri önündeki yargılama sürecinde, cinsiyet değiştirmesinin tıbbi gerekliliğini ve transseksüelliğinin doğal mahiyetini ispat etme yükümlülüğü altında olmasının AİHS’nin 6.,8. ve 14. maddelerini ihlal ettiği iddiasıyla AİHM’ne başvurmuştur. Mahkeme “transseksüellerin üzerindeki iyileştirici etkileri bağlamında cinsiyet değiştirmenin tıbben gerekli olup olmadığına karar verilmesinin hukuki bir değerlendirme meselesi olmadığını” ifade etmiştir. AİHM, cinsiyet kimliğinin bir şahsın özel hayatının en mahrem alanlarından birini oluşturduğu göz önünde bulundurulduğunda, başvurucunun geri dönüşü olmayan tıbbi operasyon da dâhil, tedavisinin tıbbi olarak gerekli olduğunu ispatlama yükümlülüğü altına sokulmasının orantısız ve makul olmayan bir durum olduğunu saptamıştır. Yerel mahkemelerin başvurucu cinsiyetini çoktan değiştirmiş olmasına rağmen, gerek başvurucunun durumunda cinsiyet değiştirmenin tıbbi bir zorunluluk olup olmadığı ve gerekse başvurucunun transseksüelliğinin sebebine ilişkin verdiği kararların, adil yargılama ilkeleriyle bağdaşmadığını ve 6. maddenin ilk fıkrasını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. 8. madde ile ilgili ise Mahkeme, başvurucunun kendisini kadın olarak tanımlama özgürlüğünün, kendi kaderini tayin hakkının en temel so-

<sup>72</sup> Altıparmak, s.1-2; Doğru/Nalbant, s.613.

<sup>73</sup> 30.07.1998 tarihli, 22985/93 başvuru numaralı Sheffield ve Horsman/Birleşik Krallık kararı, <http://ihami.anadolu.edu.tr>

<sup>74</sup> Van Kück/Almanya davası (Başvuru no: 35968/97), Karar tarihi: 12 Haziran 2003. [http://www.fes-tuerkei.org/media/pdf/Publikationen%20Archiv/Ortak%20Yay%C4%B1nlar/2012/lgbt\\_ictihat\\_kitap\\_web\\_dusuk.pdf](http://www.fes-tuerkei.org/media/pdf/Publikationen%20Archiv/Ortak%20Yay%C4%B1nlar/2012/lgbt_ictihat_kitap_web_dusuk.pdf)

nuçlarından biri olduğunu belirtmiştir. Buradaki esas meselenin ulusal mahkemenin kararını verirken hiçbir tıbbi uzmanlığa sahip olmaksızın, kadın ve erkeklerin davranışlarına ilişkin varsayımlarda bulunarak kendi görüşlerini, başvurucunun deneyimlerine ve onun en mahrem duygularına üstün tutmuş olmasından kaynaklandığı tespitinde bulunduktan sonra AİHM, Sözleşme'nin 8. maddesinin de ihlal edildiği olduğu belirlemiştir. Mahkeme, söz konusu davada 14. madde bağlamında ayrıca bir sorunun mevcut olmadığına karar verirken, “yerel mahkemelerin kararlarını, cinsiyete dayalı farklı muameleler öngören genel varsayımlara dayandırmalarının 14. madde uyarınca sorun teşkil edebileceği” şeklindeki ilkesini tekrarlamıştır.

Goodwin davasının ardından, ameliyatla kadın olan ve kadın olarak emekli maaşı alamadığı gerekçesiyle ülkesi İngiltere'yi AİHM'e şikayet eden 68 yaşındaki transeksüel *Linda Grant*, özel hayatın ve ailenin korunması hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle açtığı davayı 2006 yılında kazanması sonucu, *İngiltere*, Grant'a tazminat ödemeye mahkum olmuştur. Karar, cinsiyet değiştirenlerin sosyal hakları konusunda uluslararası alanda önemli bir içtihat sayılmaktadır.<sup>75</sup>

*P.V./İspanya davası*,<sup>76</sup> cinsiyet değiştirmeden önce 1998 yılında eşinden bir erkek çocuğu dünyaya gelen, erkekken kadın olan transseksüel başvuran ile ilgilidir. Başvuran eşinden ayrılmıştır. Başvuran, cinsiyet değiştirme işlemi sonrasındaki duygusal kararsızlığının, o sırada 6 yaşında olan oğlunu rahatsız etme riski bulunduğu gerekçesiyle, ulusal mahkemenin oğluyla görüşmelerini kısıtlamasından şikayetçi olmuştur. Mahkeme, görüşme kısıtlamasının, başvuranın transseksüel olmasından kaynaklanmadığını tespit ederek, başvuranın yaşadığı geçici duygusal kararsızlık dikkate alındığında; İspanya mahkemelerince getirilen bu kısıtlamanın gerekçesinin çocuğun refahı olması nedeniyle yapılan çocuğun, babasının yeni cinsiyetine yavaş yavaş alışmasını sağlayacak aşamalı bir düzenlemeye dayandığını belirlemiştir. Bu davada Mahkeme Sözleşme'nin 14. maddesiyle (ayrımcılık yasağı) bağlantılı olarak 8. maddesinin (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) ihlal edilmediğine karar vermiştir.

## SONUÇ

Ayrımcılık yasağı ile eşitlik ilkesi iç içe geçmiş kavramlardır. Eşitlik ilkesi eşit statüde olanlara eşit bir biçimde davranılmasını ve eşit olmayan statüdekilerin de farklı muamele görmesini gerektirmektedir. Şayet bu gereklere, objektif ve makul bir neden olmaksızın uyulmazsa ayrımcılık yapıldığından bahsedilebilecektir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 2. maddesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 12 No'lu Protokol'de ayrımcılık yasağı düzenlenmektedir.

<sup>75</sup> Grant/Birleşik Krallık (Başvuru no: 32570/03), Karar tarihi: 23 Mayıs 2006. Altıparmak, s.2.

<sup>76</sup> P.V./İspanya davası, (Başvuru no: 35159/09), Karar tarihi: 30 Kasım 2010. Cinsiyet Kimliği Sorunları, [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Gender\\_identity\\_TUR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_TUR.pdf) (Erişim Tarihi:20.06.2016).

Ayrımcılık; bir kişi ya da gruba yaş, ırk, renk, milliyet ya da etnik köken, cinsiyet, hamilelik ya da medeni durum, özürlülük, dini inanç, cinsel tercih veya diğer kişisel özellikler nedeniyle başka kişi ya da gruplara göre farklı davranılması sonucu oluşmaktadır. Cinsiyet ayrımcılığı ise, cinsiyeti sebebiyle bir kişinin başka bir kişiden daha kötü veya daha farklı bir muameleye tabi tutulması demektir. Kadınsı ve erkeksi yaklaşımdan koparak cinsiyet ayrımcılığı yaratan, erkeklere üstünlük tanıyan yaklaşımlar, sadece cinsiyet belirlenimciliğinden değil, tarihi süreçte değişen toplumsal ve kültürel etmenlerle birlikte kişilerin davranış ve tutumlarından da kaynaklanmaktadır. Üstün erkeksilik, erkeklerin hakimiyetini ve kadınların ikinci derecede oluşunu ortaya koyan günümüzdeki 'ataerkilliği' meşrulaştırmaya kadar gidebilen cinsiyetler arasındaki değişik güç dengelerinin kurulmasında eşitsizlik ve ayrımcılık belirleyici olmaktadır. Farklı kültürel yapılar içinde hakimiyet ve astlık üzerine kurulan farklı gruplar arasında özel cinsiyet ilişkileri yer alarak eşcinseller, transseksüeller ve travestilere yönelik seksüel oryantasyon veya cinsel oryantasyona ilişkin düzenlemeler de ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmektedir.

Cinsiyet sebebiyle hukuki ayırım yasağının temelinde insan onuru açısından cinsiyet nedeniyle farklı değerlendirme yapılamayacağı gerçeği vardır.<sup>77</sup>

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesi, hak ve özgürlüklerden yararlanmada, Sözleşme'ye taraf Devletlere yetki alanlarındaki kişiler arasında bir ayırım yapmama yükümlülüğü getirmek suretiyle, aynı ya da benzer durumda bulunan bireyler haksız farklı muameleye karşı korunmaktadır. Bununla birlikte, Sözleşme'nin 14. maddesi ile getirilen ayrımcılık yasağı bağımsız bir ilke olmayıp, mutlaka Sözleşme ve Ek Protokollerinde güvence altına alınan bir hakla ilişkin olmalıdır. Bir başka anlatımla AİHS'nin 14. maddesinin uygulama alanı Sözleşme'de veya Ek Protokollerindeki haklardan en azından birinin uygulama alanının açılmış olmasına bağlıdır. Ancak şikayet konusu olayın Sözleşme'de ya da Ek Protokollerinde yer alan hakla ya da özgürlüklerden en az birisinin kapsamına girmemesi durumunda artık Sözleşme'nin 14. maddesinin uygulanması söz konusu olmayacaktır.

AİHS'nin 14. maddesi Sözleşme ile tanınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü ayırımı yasaklamamaktadır. Eşit durumdakilere eşit muamele yapılması esası doğrultusunda başvuru sahibinin, kendisine benzer ya da paralel bir durumdaki başka insanlardan daha farklı, daha az iyi davranıldığını göstermesi gerekmektedir. Mahkeme şikayet konusu olayda, farklı uygulama veya düzenlemeyi gerekli kılacak "haklı bir neden" olup olmadığını araştırdıktan sonra; "ele alınan tasarrufun amacı ile sonucu arasındaki ilişki" ile "kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen hedef arasındaki orantılılık" durumunu inceleyecektir. Farklı uygulamaların objektif ve makul bir gerekçesi yani meşru bir amacının olmaması veya gerçekleştirilmek istenen

<sup>77</sup> Zafer Gönen Atasoy, Genel Eşitlik İlkesinin Bir Uygulama Hali Olarak Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olmaları (Türk, Alman, İsviçre Hukukuna Göre), Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1991, s.23.

amaç ile kullanılan araç arasında makul bir ölçülülük ilişkisinin mevcut bulunmayışı durumunda, söz konusu farklılık ayrımcılık teşkil etmektedir. Birbirine benzeyen durumlar arasındaki farkların bir ayrımı gerektirmesi durumunda devletlerin bir takdir yetkisi söz konusu olabilmektedir. Ancak bu takdir yetisinin kapsamı özel ve somut durumun kendisine has koşullarına, konusuna ve içeriğine göre, amaç-araç orantısı korunmak kaydıyla belirlenmektedir.

Sözleşme'nin veya Protokolleri'nin diğer hükümlerinden biriyle bağlantılı olarak 14. maddenin de ihlal edildiği ileri sürülen davalarda Mahkeme tarafından asıl hükmün ihlal edildiği sonucuna ulaşılmışsa; Mahkeme, davanın önemli bir yönünü oluşturmadığı zaman olayı bir de ayrıca ayrımcılık yasağının ihlali açısından inceleyebilir. Sayısı oldukça fazla olan bu tip davalarda AİHM ya 14. maddenin uygulama alanını ya hiç açmaya gerek görmemiş ya da Sözleşme'deki bir hakkın zaten ihlal edildiğine karar vermiş olduğundan ayrıca 14. maddenin ihlali yönünde karar vermeye gerek görmemiştir.<sup>78</sup>

Cinsiyete dayalı ayrımcılığın konu olduğu birçok davada Mahkeme, olayı genellikle Sözleşme'nin 8. maddesi içinde değerlendirmeyi tercih ederek, ayrımcılığın kaynağı olan dava konusu uyuşmazlığı oluşturan ulusal hukuktaki yasa hükmünü ya da işlemi Sözleşme'ye aykırı bulmaktadır. AİHS'nin 14. maddesi "cinsel yönelimi" korunan hukuki menfaat olarak açıkça saymasa da, AİHM çeşitli kararlarında Sözleşme'nin 14. maddesiyle korunan "diğer hukuki menfaatler" arasında cinsel yönelimin de yer aldığını ifade etmiştir. Cinsel yönelimle ilgili farklı muamele davalarında, AİHM bir dizi olayda konuyu bir temel hakkın ihlalinden ziyade ayrımcılık esasında değerlendirmeyi uygun görmektedir. Kişinin cinsel yaşamı, 8. maddede yer alan kişinin özel yaşamının bir parçasıdır. Bu yüzden kişinin cinsel yaşamına devletin yaptığı herhangi bir müdahale otomatik olarak kişinin özel hayatına da müdahale teşkil etmekle beraber, bu müdahaleye bazı durumlarda müsaade edilebilir. Fakat bu müdahaleyi yaparken devletin takdir yetkisi sınırsız olmayıp, cinsel yaşama müdahalede devletin takdir hakkı birtakım sınırlamalara tabidir. Bu sebeple, devlet herhangi bir şekilde kişinin cinsel yaşamına yönelik bir sınırlama getirecekse, bunu çok esaslı sebeplere dayandırmak zorundadır. AİHM, cinsel yönelimlere dayanan farklı muameleleri haklı kılabilmek için çok güçlü gerekçeler gösterilmesi gerektiği görüşündedir.

Türkiye'nin de taraf olduğu AİHS gereği devletler ayrımcılığı önlemeye ve ortadan kaldırmaya yönelik iç hukuklarında hukuki ve idari düzenlemeler yapmak pozitif yükümlülüğü içerisindedir. Devletin pozitif yükümlülüğü, AİHS ile korunan hakka saldırıda bulunan kamu görevlileri veya sivil kişileri etkin bir şekilde soruşturma ve kovuşturma yükümlülüğünü de içermektedir. Devletlerin ulusal hukuklarında yaptıkları hukuki düzenlemelerdeki eksiklikler sebebiyle bireye etkin koruma sağlanamaması Sözleşme'nin ihlali niteliğinde olup, Sözleşme'nin tarafı olan devletlerin tazminat sorumluluğunu gündeme getirmektedir. Zamanın getirdiği anlayış deği-

<sup>78</sup> Ağırbaşı, s.68.

şiklikleriyle birlikte eşiklik anlayışının ve bunun yasalarla korunmasını gelişmesiyle bağlantılı olarak AİHS ve 12 No'lu Ek Protokol'ün güvence altına aldığı ayrımcılık yaşayışının uygulama alanı da ülkelerin gerek iç hukuklarında gerek uluslararası hukukta değişen ve gelişen AİHM içtihatlarının da etkisiyle o kadar genişleyecektir.

## **KAYNAKÇA**

- AĞIRBAŞLI, Şennur, Sınırlı Ayrımcılık Yasasından Genel Eşitlik İlkesine, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- ALTIPARMAK, Özlem, Ayrımcılık Yasası, <http://www.dusuncegundem.com>, Sayı.42.
- Ankara İnsan Hakları Çalışma Grubu, <http://www.aegee-ankara.org/hrwg/?do=proje>.
- ATASOY, Zafer Gönen, Genel Eşitlik İlkesinin Bir Uygulama Hali Olarak Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olmaları (Türk, Alman, İsviçre Hukukuna Göre), Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1991.
- Avrupa Ayrımcılık Yasası Hukuku El Kitabı, [http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_non\\_discrim\\_law\\_TUR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discrim_law_TUR.pdf)
- Ayrımcılıkla Mücadele Bir Eğitim El Kitabı, [ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=95&langId=tr](http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=95&langId=tr)
- Ayrımcılık Yasası, [http://www.barobirlik.org.tr/ihep/belgeler/dersnotlari/CoE\\_sunumlar/Madde14.ppt](http://www.barobirlik.org.tr/ihep/belgeler/dersnotlari/CoE_sunumlar/Madde14.ppt)
- BALKIR, Gönül, "Toplumsal Cinsiyet ve Toplumsal Cinsiyet Ayrımcılığı", [http://www.metinindir.com/tw\\_files2/urls\\_1/2079/d-2078129/7z-docs/12.pdf](http://www.metinindir.com/tw_files2/urls_1/2079/d-2078129/7z-docs/12.pdf)
- BOZLAK, Ayhan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ayrımcılık Yasası, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde14.htm>
- Cinsiyet Kimliği Sorunları, [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Gender\\_identity\\_TUR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_TUR.pdf)
- Cinsel Yönelim Sorunları, [http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/ayrimcilik/cinsel\\_yonelim.pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/ayrimcilik/cinsel_yonelim.pdf)
- ÇOBAN, Ali Rıza, "Strasbourg'da Herküllere İhtiyacımız Var mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-03/AUHF-2008-57-03-coban.pdf>
- DEMİRBILEK, Sevdâ, "Cinsiyet Ayrımcılığının Sosyolojik Açısından İncelenmesi", Finans Politik & Ekonomik Yorumlar 2007 Cilt: 44 Sayı:511, (s.12-27).
- DOĞRU, Osman / NALBANT, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, 2.Cilt, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- EREN, Abdullahman, Ayrımcılık Yasası, <http://www.sivas.gov.tr/insanhaklari/Ayrimcilik2007.doc>
- Gender and Reproductive Rights. <http://www.who.int/reproductive-health/gender/glossary.html>

- Gender Equality: Practice Note, November 2002. <http://iknowpolitics.org/sites/default/files/gender20equality20practice20note20-20undp.pdf>
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- GÖZLER, Kemal Gözler, Eşitlik İlkesi, <http://www.anayasa.gen.tr/esitlik.htm>
- İNCEOĞLU, Sibel, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şarla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertilenmesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.18, 2001, (s.41-70).
- İNCEOĞLU, Sibel, Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, <http://www.calismatoplum.org/sayi11/inceoglu.pdf>
- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr>
- İnsan Hakları ve Fırsat Eşitliği Komisyonu, [http://www.hreoc.gov.au/word/languages/Infosheet\\_Turkish.doc](http://www.hreoc.gov.au/word/languages/Infosheet_Turkish.doc)
- KALABALIK, Halil, İnsan Hakları Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- MANAV, Eda, H2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye'deki Uygulamalar, <http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz-15-ozel/1-ishukuku/26-edamanav.pdf>
- LGBT Davaları, AİHM, Yargıtay ve Danıştay İçtihatları, [http://www.fes-tuerkei.org/media/pdf/Publikationen%20Archiv/Ortak%20Yay%C4%B1nlar/2012/lgbt\\_ictihat\\_kitap\\_web\\_dusuk.pdf](http://www.fes-tuerkei.org/media/pdf/Publikationen%20Archiv/Ortak%20Yay%C4%B1nlar/2012/lgbt_ictihat_kitap_web_dusuk.pdf)
- ÖZMAN, M.Aydoğan, Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın 1979 Yılında Verdiği Kararlar, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/306/2899.pdf>
- REİSOĞLU, Safa, Uluslararası Boyutuyla İnsan Hakları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001.
- ROUSSEAU, Jean Jacques, İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı, Çev. Rasih Nuri İleri, 12. Bası, Say Yayınları, İstanbul, 2013.
- SOYŞEKERCİ, Serhat / YILMAZ, Hüseyin, Cinsiyet Ayrımcılığı Olarak Üstün Erillik (Hyper-Masculinity) Olgusunun Türkiye'de Aile İşletmeleri Bağlamında Araştırılması, [http://www.universite-toplum.org/pdfpdf\\_UT\\_295.pdf](http://www.universite-toplum.org/pdfpdf_UT_295.pdf)
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SANCAKDAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara, 2004.
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SANCAKDAR, Oğuz / ÖNOK, Rıfat Murat İnsan Hakları El Kitabı, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- TOPUZLU, Berhan, Şiddet ve Ayrımcılık, 29.06.2006. <http://www.lambdaistanbul.org/s/etkinlik/siddet-ve-ayrimcilik/>
- ZEYTİNOĞLU, Emin, “Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 9, Sayı 18, Güz 2010, (s.115 – 134).

# MANTIKTA TANIM VE HUKUK AÇISINDAN ÖNEMİ

## (Definition In Logic and Its Importance For Law)

Prof. Dr. Abdullah DEMİR

### ÖZET

Bilimlerin temelini oluşturan mantık, hukuk biliminde de önemli bir yere sahiptir. Mantığın akıl ilkeleri, akıl yürütme, tanım, kavramlar, önerme, kıyas, tümevarım, örnekleme, beş sanat ve mantık yanlışları konularının hukukla doğrudan ve dolaylı kuvvetli bağlantısı vardır. Kısaca bir şeyin neden ibaret olduğunu ortaya koymak demek olan tanımın kurallarının, şartlarının, çeşitlerinin vs. bilinmesi hukukta da son derece önem taşımaktadır. Hatta kurallar ve yaptırımlar bilimi olan hukukta tanımların doğru yapılması hayati derecede önemlidir.

**Anahtar kelimeler:** Mantık, tanım, kavram, hukuk, önerme

### *Abstract*

Logic has an important place in law. The whole subject of logic has a strong connection to the law. Because the law is science of rules and obligations, description and its rules are extremely important to the law.

**Keywords:** Logic, definition, concept, law, hypothesis

### I- Mantık ve Tanım

Mantık hem ayrı bir ilim hem de diğer ilimleri öğrenmeye yarayan bir alet ilmi kabul edilir. Mantık doğru düşünmenin kurallarını belirleyen bir ilimdir. Mantığın amacı doğruya ulaşmaktır. Doğruya ulaşmak için gelişi güzel düşünmek yeterli olmaz. Bunun için bazı kurallara ihtiyaç vardır. Bu kurallara uyulmadığı takdirde hata yapma ihtimali doğar. Bu sebeple mantığa normatif yani kural koyucu ilim denir. Ahlakın vicdani iyiliğe ulaştırıcı kuralları olduğu gibi mantığın da akli doğruya ulaştırıcı kuralları vardır. Bu yüzden mantık gibi ahlak da normatif yani kural koyucu bir ilimdir.<sup>1</sup>

Doğru düşünmeyi sağlayan mantık bunun için kavramları, akıl ilkelerini, önermeleri, akıl yürütme yollarını ve ilimler için hazırlanan metotları kullanır. Mantık

---

<sup>1</sup> Nurettin Topçu, *Mantık*, haz. Ezer Erverdi, İsmail Kara, İstanbul 2006, s. 9.

bu araçları kullanarak fikir binasının sağlam temeller üzerine kurulmasını, sağlam kolonlar üzerinde yükselmesini, duvarlarının sağlam bir şekilde örülmesini sağlar. Bundan dolayı Farabi, mantığı fikir binasını ölçen ve onun düzgünlüğünü ya da eğriliğini gösteren, insanı hatadan, yanlış ölçme ve yanlış inşadan koruyan cetvele, pergele, şakule, su terazisi ve çirpiye benzetmiştir.<sup>2</sup>

Mantık hem ilim hem de yöntemdir. Buna göre mantığın teorik ve pratik olmak üzere iki özelliği vardır. Mantık, teorik yönüyle doğru düşünme biçimini tespit eder. Bu yönüyle mantık bir ilimdir. Pratik yönü ise bu ilmin uygulanmasını, akıl yürütme metotlarını gösterir. Bu yönüyle ise bir sanattır. Mantık ilminin sanat (metod, usul) yönünün öneminden dolayı bir çok İslam mantıkçısı yazdıkları eserlere “ilmü'l-mizan, fenn-i mizan, lisanü'l-mizan, mizanü'l-ükul, miyarü'l-ilim, miftahü'l-fünun, el-kıstasü'l-müstakim” gibi isimler vermişlerdir.<sup>3</sup>

Farabi mantık kurallarını bilmenin önemi ve yararını anlatırken dilbilgisi ve aruz kurallarını örnek vermektedir. Buna göre dilbilgisi kurallarını bilmeyen kişiler de o dili konuşabilirler, ancak yazar olacak kimsenin dilbilgisi kurallarını bilmesi gerekir. Divan şairi olmak isteyen kimsenin de aruz veznini bilmesi gerekir.<sup>4</sup> Benzer şekilde her insan hayatı boyunca kendisine göre bir mantık anlayışına sahip olur ve olayları bu mantık anlayışı çerçevesinde değerlendirir. Ancak insanın hayatı ve olayları en doğru şekilde değerlendirebilmesi için mantığı öğrenmesi gerekir.

Mantık ilminin temel amacı kesin bilgiye ulaşmaktır. Kesin bilgiye ise açık ve seçik kavramlarla ulaşılır. Bir kavramı açık ve seçik kılan ise onun tanımıdır. Bu açıdan tanım, mantığın temel konularından birini teşkil eder.<sup>5</sup> Tanım konusu mantık içerisinde kavramlar ve önermeler konuları ile ilgili olmasının yanında, ontoloji, epistemoloji ve metodoloji ile de bağlantılıdır.<sup>6</sup>

Tanımda bilinen tasavvurlar kullanılarak bilinmeyen tasavvurlar aydınlığa kavuşturulur. Varlığın bütünü ile kavranması, tam tasavvura ulaşılması mantık ile olur.<sup>7</sup>

Tanım, bir kavramın, bir fikrin özünün araştırılması, ana niteliklerinin belirtilmesidir.<sup>8</sup> Aristo'ya göre tanım, en genel ifadesiyle bir şeyin ne olduğunu açıklayan

<sup>2</sup> Abdülkuddus Bingöl, “Türkler ve Mantık Bilimi”, *Türkler*, Ankara 2002, c. 5, s. 692.

<sup>3</sup> İbrahim Emiroğlu, “mantık” md., *DİA*, c. 28, s. 18-28; Necati Öner, *Klasik Mantık*, Ankara 1998, s. 4.

<sup>4</sup> İbrahim Emiroğlu, *Klasik Mantığa Giriş*, Ankara 2004, s. 33.

<sup>5</sup> Kamil Kömürcü, “Esirüddin el-Ebheri'nin Mantık Anlayışı”, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010, s. 56.

<sup>6</sup> Nazım Hasırcı, İbn Teymiyye'nin Mantık Eleştirisi, Ankara 2010, s. 65.

<sup>7</sup> Hasırcı, s. 66.

<sup>8</sup> M.Fazıl, İlm-i Mantık, Dersaadet 1307, s. 53.



sözdür. Bu da o şeyi yakın cins ve yakın ayırımı ile tanımlamakla olur. Tanım, objeyi aynı cins olan şeylerle bir araya getiren ve onu farklı olduğu şeylerden de ayıran ifadedir.<sup>9</sup> Objeyi aynı cinsten olan şeylerle bir araya getirmeye analiz, onu farklı olduğu şeylerden ayırmaya da sentez denmektedir.

Tanım aynı zamanda bir sınırlama işlemidir. Örneğin “Yılan sürünen bir hayvandır” denildiğinde onu sürünen olmayanlara karşı sınırlamış ve onlardan ayırt etmiş oluruz. “İnsan düşünen bir hayvandır” dediğimizde de insanı düşünen olmayanlardan ayırmış oluruz.<sup>10</sup>

Tanım bir kavramın anlamını belirleme, bir konunun içeriğini açıklama işlemidir. Bu belirleme işlemi için önermeler kullanılır. Tek başına bir kavram bir tanım ifade etmez.<sup>11</sup> Tanım, konu ile yüklemi birbirine eşitleyen bir önermedir. “A, B’dir” önermesi gibi.<sup>12</sup> Bu önermede konu, tanımlanan şeyi; yüklem ise tanımlanan şeye yüklenecek özellikleri gösterir. Her tanım bir önermedir, ancak her önerme bir tanım değildir. Örnek olarak, “Çiçek bitkidir” önermesi, çiçek konusuna bitki özelliğinin yüklendiği bir tanım önermesidir. Fakat “Ahmet akıllıdır” önermesi, tekil kavram içerdiği için tanım değil tasvirdir. Çünkü tanım genel ve soyut kavramlarla, tasvir ise tekil ve somut kavramlarla yapılır.<sup>13</sup>

Bir şeyi tanımlarken o şeyin kendi özündeki hakikati, hakikatinin zihindeki örneği (kavram), o şeye delalet eden harflerle bir sesin oluşturulması (terim) ve o sese delalet eden işaretlerin oluşturulması (yazı) konularını göz önünde bulundurmak gerekir.

## II- Bilginin Elde Edilmesinde Tanımın Önemi

Mantıkta bilgi, tasavvur ve tasdik olarak ikiye ayrılır. Tasavvur varlığın kendisi ile ilgili bilgidir. Ağaç, melek gibi tekil bir ifadenin delalet ettiği özlerin anlaşılması ve araştırılması tasavvurdur. Tasavvurun amacı bir konuda en genel bilginin elde edilmesi, ondan sonra daha özel bilgiye ulaşılmasıdır. Tasdik ise bilginin doğrulanması ya da yanlışlanmasıdır. «Her suçun cezası vardır.» önermesi bir tasdiktir.

Tasdike delil ile ulaşılırken, tasavvur için tanım kullanılır. Var olan şeyler, Emre, bu ağaç, Gaziantep gibi tekillerden ya da insan, ağaç, şehir gibi tümellerden oluşur. Tümel bazen cins ve türler için bir grubun soyut olarak isminin ve lakaplarının an-

<sup>9</sup> Ahmet Cevdet Paşa, *Mi'yar-ı Sedat*, sadeleştiren ve notlar: Hasan Tahsin Feyizli, Ankara 1998, s. 55.

<sup>10</sup> Emiroğlu, *Klasik Mantığa Giriş*, s. 81-82.

<sup>11</sup> İbrahim Çapak, “Ebu Hamid El-Gazali'nin Mantık Anlayışı”, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2003, s. 66.

<sup>12</sup> Emiroğlu, *Klasik Mantığa Giriş*, s. 82.

<sup>13</sup> Emiroğlu, *Klasik Mantığa Giriş*, s. 82.

laşılması şeklinde genel olabilir. Bazen de özel, ayrıntılı, nesnenin kendisiyle kaim olduğu bütün özsel niteliklerini veren kapsamlı bir şekilde ayrımla olur. Mesela, insanın tanımı «ölen, konuşan canlı» şeklinde ayrıntılı, özlü olarak yapılmaktadır. Tanım ayrıntılı bilgi elde etmeye, isim ise genel bilgi elde etmeye yarar.<sup>14</sup>

Her tasdik zorunlu olarak iki tasavvuru gerektirir. “Alem hadistir” tasdiki “alem” ve “hadis” kavramlarının tasavvurunu gerektirir. Bu kavramların yerine anlamsız bir kelime getirilse, mesela “alem madistir” denilse bu önerme ne tasdik edilebilir ne de yalanlanabilir, çünkü anlamsız bir kelime söz konusudur.<sup>15</sup>

Tasavvur ve tasdik, bir çaba gerektiren ve bir çabaya ihtiyaç duyulmayan olmak üzere ikiye ayrılırlar. Bir çabaya ihtiyaç duyulmadan algılanan şeyler varlık, nesne ve benzerleridir. Bir çaba ile algılananlar ise ruh, melek, cin gibi hakikatlerinin bilinmesi gereken şeylerdir.

“İki birden büyüktür”, “Aynı nesneye eşit olan nesnelere birbirine de eşittir” gibi hükümler akılda a priori olarak bulunan nesnelere aittir. Duyulara ait bilgiler, makbûlat, bir çaba olmaksızın zihnin algıladığı bilgiler de böyledir. Bir çaba ile algılanan bilgiler ise alemin sonradan yaratılmış olduğu, cesetlerin yeniden diriltileceği gibi tasdiklerdir.<sup>16</sup>

Bir şey hakkında bilgi sahibi olmak için önce onun mahiyetini, niteliğini sormak gerekir. “Ne/nedir?” sorusu ile bir şeyin mahiyeti öğrenilebilir. “Mi/midir?” soru kalıbı ise, nesnenin varlığını öğrenmeye yönelik bir sorudur. “Nasıl/nerede/ne zaman?” gibi soru kalıpları ise “mi/midir?” kalıbına dahildir. Çünkü bu kalıplarla varlığın sıfatları öğrenilmeye çalışılmaktadır. “Hangisi?” soru kalıbı ana hatları ile bilinen şeyin, kendisine benzeyen diğer şeylerden ayrımı sorulur. “Niçin?” kalıbı ise nedeni öğrenmeye yöneliktir.<sup>17</sup>

### III- Tanımın Maddesi ve Sureti

Her bileşiğin maddesi ve sureti olduğu gibi tanımın da maddesi ve sureti vardır. Tanımın maddesi cinsler, türler ve ayrımlardır. Tanımın sureti ise tanımın şeklinde yakın cinse yer vermeye özen göstererek özsel ayrımların hepsini birden getirmektir. Mesela, insanın tanımında yakın cinsin getirilmesi “İnsan ölen, konuşan cisimdir” değil “İnsan ölen, konuşan canlıdır” önermesi kullanılır. Çünkü “canlı” kelimesi insana “cisim”den daha yakındır.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Çapak, s. 76.

<sup>15</sup> Çapak, s. 76.

<sup>16</sup> Çapak, s. 77.

<sup>17</sup> Çapak, s. 78.

<sup>18</sup> Çapak, s. 81.

## IV- Tanım Çeşitleri

### A. Tanımlananın Varlık Durumuna Göre Tanım Çeşitleri

Tanımlanan şeyin bir ad veya bir nesne olmasına göre tanım lafzi ve hakiki kısımlarına ayrılır. Nesne olmayan ya da sadece kendimizin adlandırdığı şeyleri (lafzi tanım) tanımlayabildiğimiz gibi, deney ve gözlem yoluyla tanıdığımız nesnelere (hakiki tanım) de tanımlarız.

*1. Adsal (Lafzi-Nominal) Tanım:* Bir adı açıklamak, kapalı bir sözü ondan daha açık bir sözle tanımlamaktır. Beşer kelimesini insan kelimesi ile, müsavat kelimesini eşitlik kelimesi ile açıklamak gibi. Bir şeyin farklı dillerde de olsa ne kadar çok ismi varsa o kadar çok lafzi tanımı yapılabilir.

Felsefe, matematik ve diğer bilimlerde adsal tanımların önemli yeri vardır. Çünkü adsal tanımlar bilimlerde düşünmeyi kolaylaştırır. Matematikte doğru, çizgi, nokta; felsefede bilgi, akıl, ruh gibi kavramların tanımları adsaldır.<sup>19</sup>

*2. Gerçek (Hakiki-Reel) Tanım:* Gerçek tanım nesnelere tanımdır. Bir şeyin neden meydana geldiğini tanımlamaktır. Bu tür tanım deney ve gözlem yoluyla nesnelere özellikleri belirlenerek yapılır. Burada artık “Ben şu sözcüğe şu anlamı veriyorum” deme özgürlüğü yoktur. Tam tersine burada tamamen deney ve gözlem yoluyla nesne hakkında elde edilen bilgilere göre tanım yapmak zorunludur. Gerçek tanım, özellikle doğa bilimleri için önemlidir ve ispatlanabilme özelliğine sahiptir.<sup>20</sup>

Adsal tanım, zihin dışında varlığı olmayan şeyi tanımlarken, gerçek tanım zihin dışında varlığı olan bir şeyi tanımlar. Anka Kuşu adsal tanıma, serçe kuşu gerçek tanıma örnektir.<sup>21</sup>

### B. Beş Tümele Göre Tanım Çeşitleri

Beş tümele göre tanım ise öz ile ilgili tanım (had-definition) ve ilinti ile ilgili tanım olarak ikiye ayrılır. Eğer tanım yalnız özden yapılırsa had, yalnız ilintiden veya öz ile ilintiden yapılırsa resm adını alır. Özle ilgili tanım daha doğrudur, çünkü kavramın yerini açıkça belirtir ve diğerlerinden ayırır. İlintiye ilişkin tanım ise o kavramın benzerlerinden farklı niteliklerini açıklar.<sup>22</sup> Öz ve ilinti ile ilgili tanımlar da ikiye ayrılır:

*1. Tam Özsel Tanım (Hadd-i Tam):* Tanımladığı şeyin bütün parçalarını içeren tanımdır. Başka bir tabirle bir şeyin yakın cinsi ile yakın ayırımından yapılan tanım-

<sup>19</sup> Emiroğlu, Klasik Mantığa Giriş, s. 85.

<sup>20</sup> Emiroğlu, Klasik Mantığa Giriş, s. 85.

<sup>21</sup> Emiroğlu, Klasik Mantığa Giriş, s. 85.

<sup>22</sup> Hasırcı, s. 68.

dır. “İnsan konuşan hayvandır” tanımı gibi. Hayvan, insanın yakın cinsi, konuşan ise insanın yakın ayrımıdır.

2. *Eksik Özsel Tanım (Hadd-i Nakıs)*: Tanımladığı şeyin bazı parçalarını içeren tanımdır. Başka bir tabirle bir şeyin uzak cinsiyle yakın ayrımından veya yalnız yakın ayrımıyla yapılan tanımdır. “İnsan konuşan cisimdir” veya “İnsan konuşandır” tanımları gibi. Cisim insanın uzak cinsi, konuşmak ise yakın ayrımıdır.

3. *Tam İlintisel Tanım (Resm-i Tam)*: Tanımladığı şeyin içerdiği parçalar o şeyin mahiyetine dahilse resm-i tamdır. Başka bir tabirle bir şeyin yakın cinsiyle hassadan yapılıdır. İnsanı gülücü hayvanla tanımlamak gibi.

4. *Eksik İlintisel Tanım (Resm-i Nakıs)*: Tanımladığı şeyin içerdiği parçalar o şeyin mahiyeti dışında ise resm-i nakıstır. Bir şeyin yalnız ilintiyle veya uzak cinsi ve ilintileriyle veyahut ayırım ile ilintilerinden yapılan tanımdır. İnsanı gülen cisim olarak tanımlamak gibi.

### C. Diğer Tanım Çeşitleri

1. *Uyarıcı/Hatırlatıcı (Tenbihî) Tanım*: Zihinde mevcut olup fakat saklı bulunan bir sureti hatıra getirmektir. Önceden bilinen fakat zamanla unutulmuş bir kişiyi Samsunlu, orta boylu gibi sözlerle hatırlatmak böyledir.

2. *Betimsel (Tasvirî) Tanım*: Eşyanın dikkat çeken özelliklerini zikrederek yapılan tanımdır. Mesela, “Su renksiz, kokusuz, bulunduğu kabın şeklini alan, sıvı bir cisimdir” gibi. Bu tanımlar genelde doğa bilimlerinde kullanılır.

3. *İlham Verici (Revelatory) Tanım*: Daha çok edebiyatta kullanılan bir kavramı açıklamak için genellikle mecaz yoluyla yapılan tanımdır. Örnek “Mimari, donmuş bir musikidir” gibi.<sup>23</sup>

### V- Tanımın Şartları

Tanım tam olmalı, tanımlanan şeyin bütün bireylerini içine almalı, tanıma ait olmayan şeyleri dışarıda bırakmalıdır. Eski tabirle tanımda ittırad ve in'ikas bulunmalıdır. Ittırad, ağyarını mani olması yani tanımlanandan hariç olan hiçbir şeyin tanımın içinde yer almamasıdır. Yani tanımlarda tanım dışı olan hiçbir şey yer almaz. İn'ikas ise tanımın efradını cami olması yani tanımlanandan olan bir şeyin tanımın dışında kalmamasıdır. Tanımın bu şartı “tarif, efradını cami, ağyarını mani olmalıdır” cümlesi ile ifade edilir.

Tanımlar mutlaka tanımlanandan daha açık ve seçik olmalıdır. Çünkü bir şeyi kendisinden daha kapalı bir şeyle tanımlamak doğru değildir. Ateşi, “Ateş, ruh gibi bir şeydir” diye tanımlamak gibi.

<sup>23</sup> Emiroğlu, Klasik Mantığa Giriş, s. 87.

Tanımlarda kısır döngü (fasid daire) olmamalıdır. Yani bir şeyi bilinmesi kendisine bağlı başka bir şeyle tanımlanamamaktır. Mesela hükmü, “İki kavram arasında bir bağ kurmaktır” diye tanımladıktan sonra kavramı “Kavram hükmün bir bölümüdür” diye tanımlarsak kısır döngü (fasid daire) olur.

Tanım ne çok uzun ne de çok kısa olmalıdır. Çünkü çok uzun olursa tanım olmaktan çıkar, tasvir ve açıklama olur. Çok kısa olursa tanım tam olmaz. Mesela, “Televizyon bir alettir” şeklinde yapılan tanım tam değildir. Buna karşılık “Televizyon, bir ekranı, farklı ebatlarda üretilen, elektrikle çalışan, kumandası olan... bir elektronik alettir” şeklinde yapılan, tanım değil tasvir ve açıklama olur.<sup>24</sup>

Tanım cins ve ayırmadan yapılmalı, hatta tam bir tanım için yakın cins ve yakın ayırım kullanılmalıdır. Mesela, yerden biten bir şeye “Bu nedir?” diye sorulduğunda, “O bir cisimdir” demek yeterli değildir. Çünkü taş da bir cisimdir. O halde “O büyüyen bir cisimdir” denilerek büyümeyen şeyler dışarıda bırakılmalıdır. Buna ayırım denilmektedir.<sup>25</sup>

Tanımlanan şeyin bütün özsel nitelikleri belirtilmeli, daha genel olan daha özel olandan önce alınmalıdır. Mesela, bitkiyi tanımlarken “O büyüyendir, cisimdir” değil, “O cisimdir, büyüyendir” demek gerekir.<sup>26</sup>

Yakın cins bulunduğu tekrara düşmemek için uzak cinsi zikretmekten kaçınılmalıdır. Mesela, şarap için “sıvı içecek” dendiğinde veya sadece uzak cins belirtildiğinde tanım zihinde uzaklaştırılmış olur. En doğrusu “O sarhoş edici içecektir” tanımıdır. Cins zikredildikten sonra ayırım araştırılmalıdır. Çünkü içecek sözü, diğer içecekleri de içine alır. Bu içeceğin özsel niteliklerini sıralayarak diğerlerinden ayırmak gerekir. Eğer bunu gerçekleştirmek zor olursa, cinsi zikrettikten sonra ayrılmaz niteliklere geçip, zikredilen ayrılmaz niteliklerin açık ve bilinen niteliklerden olmasına dikkat etmek gerekir. Çünkü gizli nitelik bilinmez. Mesela, “Aslan nedir?” denildiğinde, köpekten ayırt etmek için “Ağzı kötü kokan yırtıcı canlıdır” dense, ağzının kötü kokması herkesçe bilinmeyen gizli bir nitelik olduğu için “Aslan, boynu kalın yiğit canlıdır” denilerek ayrılmaz ve ilintisel nitelikleri ifade etmek daha doğrudur. Çünkü bu niteliler daha açık ve belirgindir.<sup>27</sup>

Az kullanılan, yabancı, uzak mecazlı ve belirsiz müşterek sözcüklerden kaçınılmalıdır. Kısa ve özlü bir tanım yapmaya ve tanımlanana doğrudan delalet eden temel terimi bulmaya çalışmak gerekir. Eğer temel terimi bulmak zor oluyorsa istiareye başvurulabilir. Bu takdirde en uygun istiareyi kullanmak gerekir.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> Emiroğlu, Klasik Mantığa Giriş, s. 88.

<sup>25</sup> Çapak, s. 87.

<sup>26</sup> Çapak, s. 87.

<sup>27</sup> Çapak, s. 87-88.

<sup>28</sup> Çapak, s. 88.

Tanım yapan kişinin özsel, ilintisel ve ayrılmaz nitelikler arasındaki farkı çok iyi bilmesi gerekir. Özsel nitelik bir şeyin mahiyetine ve hakikatına dahil olan ve mananın anlaşılması için gerekli olan şeydir. Mesela siyah için “renk”, at ve ağaç için “cisim” böyledir. Ayrılmaz nitelik zattan ayrılamaz, fakat şeyin hakikat ve mahiyetinin anlaşılması buna bağlı değildir. Güneşin doğuşu sırasında atın, bitkinin ve ağacın gölgesinin düşmesi böyledir. Bunlar o şeyin özsel niteliği değil, onun tabii ve ayrılmaz bir niteliğidir. İlintisel nitelik ise o şey ile sürekli birlikte bulunması zorunlu olmayıp, ayrılması düşünülebilen niteliktir. Bu ayrılma, utanan kişinin kızarmasında olduğu gibi çabuk, altının sarılığı, gözün maviliği gibi yavaş da olabilir.<sup>29</sup>

## VI- Tanımda Yapılan Hatalar

Tanımın şartlarına uyulmadığı takdirde hata yapılmış olmaktadır. Tanımda hata genel olarak temelde yakın cins ile diğer bütün özsel ayrımları düzenli olarak bir araya topladıktan sonra, nesneyi kendisinden daha açık olmayan bir şeyle tanımlamakla olur. Tanımda hata cins yönünden, ayırım yönünden veya ikisi arasındaki ortak bir durum yönünden olur.

### A. Cins Yönünden Hatalar

1.Tanımda cinsin yerine ayırımın kullanılması. “Aşk, sevgide aşırıya gitmektir” tanımında sevgi cins iken, ayırım olarak kullanılmıştır. Doğrusu “Aşk, ölçüyü aşan sevgidir” şeklinde olmalıdır.

2.Cinsin yerine maddenin kullanılması. “Kılıç, kendisi ile kesilen demirdir”, “Kül, yakılmış ağaçtır” tanımlarında madde cinsin yerine kullanılmıştır.

3.Cinsin yerine heyulanın kullanılması, yani şu anda mevcut olmadığı halde önceden var olan şeyin kullanılması. “Kül yakılmış odundur”, “Çocuk dönüşümler geçirmiş döldür” demek gibi.

4.Cinsin yerine, parçanın (cüz) alınması. On sayısının tanımında “On, beş ile beştir” demek gibi. Bu tanımın doğrusu “On iki tane beşin toplamı olan sayıdır” şeklinde, yani cinsi belirterek yapılır.<sup>30</sup>

5.Kuvvetin yerine melekenin alınması. “İffet sahibi shevi lezzetlerden kaçınma gücü olan kimsedir” dendiğinde kuvvetin yerine meleke alınmış olur. Halbuki doğrusu “İffet sahibi, shevi lezzetleri terk edendir” denilmesidir. Çünkü günahkar bir kimsenin de shevi lezzetlerden kaçınma gücü olabilir ancak kaçınmıyordur.

6.Cinsin yerine türün kullanılması. Mesela, “Şer, insanlara zulmetmektir” şek-

<sup>29</sup> Çapak, s. 88.

<sup>30</sup> Emiroğlu, Klasik Mantığa Giriş, s. 89.

linde yapılan bir tanımda, zulüm şerrin türlerinden biridir, şer ise zulüm dışında başka şeyleri de içine alan genel bir cinstir. Dolayısıyla cinsin yerine tür kullanılmış olur.

7.Zati olmayan ayrılmaz niteliklerin cins yerine konulması. Mesela, yerin ve güneşin tanımında “bir” ve “var” denilmesi böyledir.

8.Yakın cins yerine herhangi bir cinsin alınması. Mesela, içkinin (hamr) tanımında “içki, sarhoş edici bir sıvıdır” demek böyledir. Burada sıvı kavramının altında bulunan ve yakın cins olan şarap terimi göz ardı edilmiştir.

### **B. Ayrım Yönünden Hatalar**

Cins olan şeyin ayrımın yerine veya hassa, lazım ya da ilintinin ayrımın yerine kullanılması gibi hatalardır. Ayrıca kaçınma (ihtiraz) konusunda ayrılmaz ve ilintisel niteliklerin, özsel nitelikler yerine alınması ve bütün ayrımların zikredilmemesi de ayrım yönünden hatadır.

### **C. Cins ve Ayrımda Ortak Olarak Yapılan Hatalar**

1. Bir şeyi, kendisinden daha kapalı olan bir şeyle tanımlamak.
2. Zıttı, zıt ile tanımlamak. Mesela, bilgiyi “zan olmayan ve cehalet olmayan şey” şeklinde tanımlamak gibi. “Tek, çift olmayan şeydir, çift tek olmayan şeydir” gibi zıt anlamla yapılan tanımlarda kısır döngüye girilmiş olur.
3. Bir şeyi, kapalılık açısından kendisine eşit bir şey ile tanımlamak. Mesela, bilgiyi “bilinen şey” veya “sayesinde kişinin alim olduğu şey” diye tanımlamak.
4. Bir şeyi kendisi ile veya bilinme bakımından kendisinden sonra olan bir şeyle tanımlamak. Güneşin, “Gündüzleri ortaya çıkan, ışık veren bir gezegendir” şeklinde tanımlanması gibi. Gündüz, güneş bilinmeden bilinmeyen bir şeydir. Doğrusu “Gündüz, güneşin doğuşundan batışına kadar olan süredir” şeklinde olmalıdır.
5. Bağlantı bakımından birbirine denk oldukları halde, aralarında bağlantı bulunan iki şeyi bir birine dayandırarak tanımlamak. Mesela, babayı “çocuğu olan”, çocuğu da “babası olan” diye tanımlamak gibi. Doğrusu babayı “Nutfesinden kendi türünden başka bir canlı doğan canlı” diye tanımlamaktır.

### **VII- Tanımlanamayan Şeyler**

Bazı şeyleri tanımlamak mümkün değildir:

a. Tecrübelerle öğrendiğimiz bir kısım şeyler tanımlanamaz. Renk, ses, tat gibi duyular ve aşk, kin, nefret gibi duygular böyledir. Duyularla algılanan şeylerin tanımlanması zordur. Baklavanın tadını ya da gülün kokusunu anlatamayız. Fakat bölge ve benzetme yoluyla o şeyin anlamını açıklayabiliriz.

b. Son derece genel, işlemi bulunmayan üstün cinsler tanımlanamaz. Tanım, tanımı yapılanın cinsi ve özsel ayrımı ile yapılır. Üstün cinslerin cinsleri ve ayrımları olmadığı için tanımları mümkün değildir. Bu üstün cinslere kategoriler, en genel kavramlar da denir. Mesela, zaman, mekan, birlik, çokluk, varlık terimlerini tanımlamak mümkün değildir.

c. Fertleri gösteren ve bir türe ait olmayan tek şeyler tanımlanamaz. Mesela, İstanbul, İzmir, Ebussuud Efendi gibi tekil kavramları tanımlamak mümkün değildir.<sup>31</sup> Tekil şeylerin hakiki tanımı yapılamaz, ancak lafzi veya resmi tanımı yapılabilir. Mesela, varlığın lafzi tanımı şey, resmi tanımı ise “Yaratıcı ve yaratılan, güç yetiren ve güç yitirilen, tek ve çok, kadim ve hadis, baki ve fani gibi varlığın ayrılmaz ve tali niteliklerine ayrılabilen” şeklinde yapılır. Bütün bu özellikler varlığın zatından haber vermeyip onunla sürekli birlikte bulunan ayrılmaz ve tabii nitelikleri anlatmaktadır.

d. Duyguların tanımı yapılamaz. Bunların anlaşılabilmesi için yaşanması gerekir. Aşk, sevgi, acı gibi duygular ancak yaşanmakla anlaşılabilir.<sup>32</sup>

## SONUÇ

Mantık ilimlerin ilmidir, yani diğer ilimlerin doğru bir şekilde öğrenilmesi için gerekli altyapıyı hazırlar. Bu sebeple mantık bilen kimsenin öğrendiği ilim, bilmeyenlerinkinden daha sağlam olur. Bu gerçeği ifade eden Gazali “mantık bilmeyenin ilmine güven olmaz” demektedir.<sup>33</sup>

Düşüncenin kurallarını koyan mantık, hukuki düşüncenin de temelini teşkil etmektedir. Eldeki bilgilerden yeni bilgilere ulaşmaya çalışan, kıyas-tümevarım-örnekleme yöntemleri ile akıl yürüten ve hukuki sonuçlara ulaşan hukukçu, bu düşünme faaliyetlerini mantık temelli olarak yapar. Hukukçunun mantık ilmini kullanarak hukuki sonuçlara ulaşması, hukuk metodolojisi ile gerçekleşmektedir.

Mantık ile hukuk arasında doğrudan ve kuvvetli ilişki olduğuna göre, mantığın konularının da hukukla bağlantılı olması gerekir. Mantık konuları ile hukukun bağlantısı üzerinde fikir yürüttüğümüzde, iki bilim dalı arasında doğrudan ve kuvvetli ilişki olduğunu görmekteyiz. Mantığın temel konuları olan akıl ilkeleri, kavramlar, tanım, önerme, kıyas, tümevarım, örnekleme, kesin bilgi (yakın) ve mantık yanlışlarının her biri hukukla doğrudan doğruya ilişkilidir.

Diğer araştırmalarda olduğu gibi hukuki bir araştırmada da ilk olarak araştırma

<sup>31</sup> Necip Taylan, *Mantık*, İstanbul 1996, s. 130; Hasan Küçük, *İslamda ve Batıda Mantık*, İstanbul 1988, s. 84.

<sup>32</sup> Emiroğlu, *Klasik Mantığa Giriş*, s. 90.

<sup>33</sup> Emiroğlu, *Klasik Mantığa Giriş*, s. 35.



konusunun tanımı yer alır. Tanımın tanımı, önemi, şartları, çeşitleri, tanımlanmayan şeyler ve tanım hataları mantıkta ayrıntılı şekilde incelenir.

Hukukta şartlarına, kurallarına uygun bir tanım yapmak son derece önemlidir. Hukuk kural (norm) koyan bir bilim olduğu için, bir kuralın kapsamına giren durumların belirlenmesi doğru bir tanım yapmakla mümkün olur. Tanım yanlış yapıldığı takdirde haksızlıklar, adaletsizlikler, hukuka aykırılıklar ortaya çıkar, cezalandırılmayacak kişilere ceza verilir, cezalandırılması gerekenler ise cezalandırılmamış olur.

Her bilimde olduğu gibi hukukta da kavramların bilinmesi son derece önemlidir. Kavramlar bir kapıyı açan anahtar gibi o ilmin kapılarını açmaktadır. Hukuk binasının kapısını da hukuk kavramları ile açmaktayız.



# TÜRKİYE’NİN GÖÇ ALAN ÜLKEYE DÖNÜŞÜMÜ NEDENİYLE ZORUNLU GÖÇ POLİTİKALARINDA YAŞANILAN DEĞİŞİM

(Turkey’s Changing Forced Migration Policy by virtue of  
Transformation into a Country of Immigration)

Arş. Gör. Ayşe Aslıhan ERBAŞI ÇUHADAR\*

## ÖZET

Dünya genelindeki refah dağılımında görülen eşitsizlikler ve birçok ülkenin siyasal ve ekonomik açıdan istikrarsız yapıda olması nedeniyle insanlar daha iyi yaşam koşullarına ulaşmak ya da içinde buldukları olumsuzluklardan kurtulmak için yüzyıllardır göç etmek zorunda kalmışlardır. Siyasi ve coğrafi gelişmeler ışığında dönemsel olarak dünyanın birçok bölgesinde etkili olan bu eğilim sadece modern Türkiye’nin tarihinde değil Osmanlı İmparatorluğu zamanlarından itibaren mevcut sınırlar içerisinde etkili olmuştur. Asya ve Avrupa arasında köprü görevi görerek kıtaların keşiştiği bir noktada jeostratejik bir konuma sahip olması ve Irak, İran, Suriye, Filistin, Kafkaslar, Afganistan, Rusya ve Balkanlar gibi İltica hareketlerinin yoğun olarak gerçekleştiği bir coğrafyanın yakınında bulunması, nedeniyle sığınma ülkesi ya da üçüncü bir ülkeye sığınma öncesi geçiş ülkesi olarak kullanılan Türkiye’ye ilişkin olarak bu çalışmada öncelikle, tarihsel süreç içerisinde göç olgusu üzerinde durulacak; bu çerçevede Türkiye’nin İlticaya ilişkin geçmişten bugüne yaklaşımının mevzuatındaki yansımaları ve yapılan değişiklikler ışığında mevcut İltica sistemi hakkında genel bir bilgi verilecektir.

**Anahtar kelimeler:** Göç, Mülteci, Mülteci Statüsünün Kazanımı, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Geri Kabul Anlaşması

## Abstract

Inequalities observed in terms of distribution of welfare across the world as well as politically and economically instable structure in many countries have forced humans to migrate for centuries in order to reach better living conditions or get rid of negative conditions they are surrounded by. Such tendency that periodi-

---

\* Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Research Assistant at Okan University Faculty of Law, Department of Public International Law,  
PhD Candidate at Istanbul University Faculty of Law, aslihan.cuhadar@okan.edu.tr

cally surfaces under the light of political and geographical developments have started taking its toll within current borders not only in the history of modern Turkey but ever since the times of Ottoman Empire. In this study, the phenomenon of migration will be discussed with regards to Turkey which is used as the shelter country or the passage country before immigrating into a third country because of her geostrategic position at the crossroads of the continents acting as a bridge between Asia and Europe and her location nearby a geography encompassing Iraq, Iran, Syria, Palestine, Caucasians, Afghanistan, Russia and the Balkans with frequent movements of asylum; in this framework, reflections of Turkey's approach to asylum yesterday and today upon her legislation and general details on the existing asylum system will be provided in the light of new Law on Foreigners and International Protection in Turkey .

**Keywords:** Migration, Refugee, Determination of Refugee Status, Foreigners and International Protection Law Number 6458, Readmission Agreement

## INTRODUCTION

Not only the Turkish Republic's history but also the Ottoman Empire's has been strongly affected by Migration waves. Especially the last decades of the Empire had experienced mass influxes of Muslims with different ethnic backgrounds who had to leave their homes and flee mostly to today's Turkish territories due to ethnic based independence movements which has cost to the Ottoman Empire large stretches of territory in the Balkans and Thrace. The estimated numbers of these fleeing people are 1.5 million<sup>1</sup> which is a pale number in comparison to another 4.5 million people ought to seek refuge again in today's Turkish territories due to the loss of many Ottoman provinces in the Caucasus and Black Sea shores following 1877-78 Russian-Ottoman war.

When the new Turkish Republic has been established in 1923, it had taken over a highly damaged and beaten population following the wars that lasted between the years 1912 and 1922 in former Ottoman territories, the Republic was forced to pursue a population policy that was based on reproduction in order to achieve its social and economic goals. Justin McCharty points out that peace lasted in the Ottoman territories for only 22 months in 11 years during the period between September 1911 and September 1922, and 20% of the Anatolian population perished during the period between 1914 and 1922 alone.<sup>2</sup> Moreover, from the mid-1920s onwards, due to the policies implemented by the states of Bulgaria and Romania with

<sup>1</sup> Eren, Halit, **Balkanlarda Türk Ve Diğer Müslüman Toplulukları Ve Göç Olgusu** (Turkish and other Muslim communities in the Balkans and the migration phenomenon), Balkanlar, İstanbul: Ortadoğu ve Balkan İncelemeleri Vakfı, 1983, pp. 293.

<sup>2</sup> McCarthy, Justin, **Müslümanlar ve Azınlıklar: Osmanlı Anadoluşunda Nüfus ve İmparatorluğun Sonu**, İnkılâp, 1998, p.120

a view to scaring away the minorities living in their countries and thereby rendering their respective populations ethnically uniform, Turkey had no choice but to accept those Turkish/Muslim populations running for their lives.<sup>3</sup>

In this fashion, Turkey allowed the migration of 391.753 people from Greece, 101.507 people from Bulgaria, 114.807 people from Yugoslavia during the years between 1923 and 1950; and those “coming from Turkish race and affiliated with Turkish culture” were allowed in on the instructions of the Ministry of Internal Affairs as per the provisions of the Settlement Law number 2510 dated 1934. Those who did not claim settlement benefits were allowed to settle in any place they chose, whereas those who claimed settlement benefits were located to the areas designated by the government, while those “not coming from Turkish race” were located to the areas designated by the government even if they had not claimed settlement benefits.<sup>4</sup>

While still receiving migration from outside, there was not a large scale outward migration from Turkey during the period up to the 1950s, except the period in which the state of Israel was established to where approximately 34.647 Turkish Jews were migrated.<sup>5</sup>

Furthermore, Turkey received 54.000 people from Bulgaria, 1900 people from Turkmenistan, 280 people from Romania, 16.797 people from Greece during the period between 1950 and 1970, majority of whom were free settlers and were later followed by 113.584 migrants of Bulgarian origin during the period between 1971 and 1986. Due to the military intervention in Afghanistan by the Soviets, 4.000 people of Turkish origin living in that country were also given shelter in Turkey.<sup>6</sup>

While the migration from Bulgaria during the years between 1969 and 1978 was considered to be normal –about 116.204 people-, a large new wave of migration was seen at the border gates of Turkey due to a new crisis in Bulgaria in 1989 where 300.000 Turkish people sought refuge. Since those migrations were considered as free migrations, the government was not involved in settlement affairs-in other words no settlement benefits had been provided for them-, and thus more than 50.000 people coming with the last wave of migration had to return to Bulgaria.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Duman, Önder, “Atatürk Döneminde Balkan Göçmenlerinin İskân Çalışmaları (1923-1938)”, **Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi**, S 43, Bahar 2009, p. 474

<sup>4</sup> Tekeli, İlhan, **Osmanlı İmparatorluğundan Günümüze Nüfusun Zorunlu Yer Değiştirmesi ve İskan Sorunu**, İlhan Tekeli Toplu Eserleri-3, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, p.160-161.

<sup>5</sup> Bali, Rıfat N., **Cumhuriyet yıllarında Türkiye Yahudileri, Aliya: Bir Toplu göçün Öyküsü (1946-1949)**, İletişim, İstanbul, 2. Edition, 2003, p.258.

<sup>6</sup> Tekeli, İlhan, **Op cit.**, p. 164

<sup>7</sup> **Ibid**, p.165

Another major migration movement during the post 1950s period was that of the masses coming from Yugoslavia. The number of Yugoslavian migrants, who remained at tolerable levels due to the movement ban imposed on the Turkish and Muslim community during the years between 1939 and 1950, increased suddenly when the borders opened following the Balkan Pact signed between Turkey and Yugoslavia, which produced 150.000 free migrants entering in Turkey during the 1950s and 1960s. The influx of immigrants included Bosnians, Pomaks and non-Turkish speaking Muslim Albanians in addition to Turks. However such figures receded later on with the regime change in Yugoslavia, which decreased tolerable levels with a total of 1797 people in the 1970s. However due to increasing ethnic tensions in the region in the post Tito period, 2819 Bosnian refugees were given shelter in Turkey who fled from ethnic cleansing in Bosnia Herzegovina in 1992.<sup>8</sup> Moreover by passing the law number 3835 in 1992, Turkish government admitted 500 Ahiska families to be settled in Turkey who were formerly banished from their homes in Georgia to the Central Asia by Stalin in 1944.<sup>9</sup>

Turkey has not been a safe harbour only for those with Turkish culture or descent; it also provided shelter to mass influxes with different ethnic backgrounds other than Turks. Following the Iran-Iraq war that ended in 1988 and the first Gulf War of 1990-1991 brought about major changes in the number and profile of refugees coming into Turkey. Thus during these time periods mentioned above, half million Kurds fleeing from Saddam's regime in Iraq sought asylum in Turkey despite having the opportunity to return their homes following the ban imposed by the United Nations that forbade Saddam's Iraqi forces from entering the north of the 36th parallel, where the Iraqi Kurds used to reside before their displacement.<sup>10</sup>

Turkey still receives a large number of asylum applications from its eastern neighbours due to the conflicts taking place in Syria, Iraq, and Afghanistan and while it is also possible to speak about a newly emerging African asylum seeker profile consisting of those fleeing from countries like Sudan and Somalia, albeit in smaller numbers compared to the former.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Beltan, Şule Bahar; "Citizenship and Identity in Turkey: The Case of the Post-1980 Turkish Muslim Immigrants from Macedonia", Unpublished Master Thesis, Boğaziçi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006, p.24-27.

<sup>9</sup> Kirişçi, Kemal, "Migration and Turkey", in **The Collection of Turkish Jurisprudence on Asylum, Refugees and Migration**, UNHCR, Ankara,2000, p. 13-15

<sup>10</sup> **Ibid**, pp. 26-30

<sup>11</sup> Acer, Yücel; Kaya, İbrahim ve Gümüş, Mahir, **Küresel ve Bölgesel Perspektiften Türkiye'nin İltica Stratejisi**, USAK Yayınları, Ankara, 2010, p.17.

## **I. Conditions Sought in Admitting Immigrants to the Republic of Turkey and Migrant Categories:**

According to the former Turkish Settlement Law number 2510 dated 1934; anybody who met the criteria of being accepted as an immigrant<sup>12</sup> despite not having an asylum application was offered a chance to do so “for as long as they informed the highest civilian authority of the region they wish to migrate with the intention of settling down in Turkey and becoming a Turkish national within 2 years following their entry into Turkey”.<sup>13</sup>

According to the amended Law of Settlement<sup>14</sup> that entered into force on 26 September 2006 and preserved the same definition for immigrant as it is in the former Turkish Settlement Law number 2510, the criteria sought in a person to be admitted as an immigrant are as follows<sup>15</sup>:

1. They should be of Turkish descent and culture
2. They should not have been deported while possessing such characteristics
3. They should not pose any harm in coming to Turkey in terms of security considerations.

However it will be in the responsibility of the Council of Ministers to “determine the Turkish descent and affiliation with Turkish culture” upon the proposal of the Foreign Ministry.<sup>16</sup>

Judging from the New Settlement law which states that the “Right of Immigration” can be given, collectively or individually<sup>17</sup>, to the persons of Turkish descent and culture living in other countries, one could make a distinction in the Turkish Immigration Law between “refugee immigrants” (national refugees) and “exchanged refugees”, in addition to the existing distinctions between “independent immigrants” and “settled or state sponsored immigrants”.<sup>18</sup>

---

<sup>12</sup> **Those who fail to meet the acceptance criteria are:** 1) People not affiliated with Turkish culture, 2) Anarchists, 3) Spies, 4) Nomadic Gypsies, 5) Those exiled out of the country, See “Former Settlement Law” art. 4

<sup>13</sup> Former Turkish Settlement Law Number 2510, art. 3/3.

<sup>14</sup> The new Settlement Law number 5543 replaced the Settlement Law number 2510 dated 14.06.1934 as well as the subsequent Laws entering into force under number 3657, 2848, 5682 and 1306.

<sup>15</sup> The new Settlement Law number 5543 art.4

<sup>16</sup> The new Settlement Law number 5543 art.7

<sup>17</sup> According to the article 3 of the New Settlement Law number 5543 “**Collective Immigrants**” are families of Turkish descent and culture who are collectively brought into Turkey as per the agreements signed between two countries and “**Individual Immigrant**” is a single family of Turkish descent and culture that comes to Turkey to settle in.

<sup>18</sup> Çiçekli, Bülent; **Yabancılar Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2007, p.206

While immigrants subject to population exchange based on mutual treaties signed between governments are called “**exchanged refugees**”<sup>19</sup>, those of Turkish descent and culture despite bearing foreign nationalities are considered as “**national refugees**” as per the international legislation, and not considered as international refugees by Turkey, in accordance with the provision of the clause (E) of the 1st article of the Convention Relating to the Status of Refugees dated 1951 which specifies that “this convention shall not apply to a person who is recognized by the competent authorities of the country in which he has taken residence as having the rights and obligations which are attached to the possession of the nationality of that country”.<sup>20</sup>

While the term “**settled or state sponsored immigrants**” describes the families who are relocated in the designated areas in Turkey by government and allocated financial and social benefits to maintain their living; the term “**independent immigrants**” describes the families who come to Turkey with the intention of settling in the country with their own means, without receiving any benefits from the state.<sup>21</sup> The type of “settlement” designed for immigrants coming from foreign countries has proved to be unsustainable due to the increasing population growth and lack of resources and land from 1960s onwards. From that period onwards the “settled or state sponsored immigration” was replaced by “independent” immigration.<sup>22</sup>

Procedures for Admitting Independent Immigrants:

*a) For Collective Immigrants:*

People of Turkish descent and culture who wish to come to Turkey pursuant to the agreements concluded with foreign countries will be admitted as independent immigrants by the Ministry of Internal Affairs pursuant to the provisions of the said agreements and the resolution passed by the Council of Ministers upon the proposal submitted by the Ministry of Foreign Affairs.<sup>23</sup>

*b) For Individual Immigrants:*

People of Turkish descent and culture who wish to settle in Turkey should acquire an “independent immigration visa” first. Granting this particular visa depends on the positive outcome of the review to be conducted by the Ministries of Internal and Foreign Affairs within the scope of the provisions of the Settlement Law.

<sup>19</sup> Ibid, p. 207

<sup>20</sup> Eroğlu, Ender Canan,, Taşkırın, Ruken;” *Sığınma Hakkı ve Mültecilerin Durumu*”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2002, S:1, p.121.

<sup>21</sup> The new Settlement Law number 5543 art.3

<sup>22</sup> Erder, Sema, “*Türkiye’de Değişen Konjonktür, Değişen Göç ve İskan Politikaları*”, Coordinated by Ahmet İçduygu , in **Türkiye’nin Uluslararası Göç Politikaları, 1923-2023: Ulus Devlet Oluşumundan Ulus Ötesi Dönüşümlere**, Unpublished Country Report, 2009, p. 47 and 50.

<sup>23</sup> The new Settlement Law number 5543 art.6



According to the provisions of the aforementioned law, application for an “independent immigration visa” could be made in two ways. A prospective immigrant of Turkish descent and culture who wish to settle in Turkey has to either make his/her application based on the reference provided by his/her Turkish national kin in first or secondary degree who is currently residing in Turkey or submit his/her intention of going to Turkey as an immigrant by personally contacting with the Turkish Consular Personnel in his/her country of residence.<sup>24</sup> In the event of first possibility, the Turkish national who wishes to bring his/her foreign national kin should apply to the governor’s office in the province of his/her residence and undertake, as per the Security General Directorate Legislation dated 2002, that “he/she will be responsible for covering the maintenance and accommodation costs of the immigrants until they are able to take care of themselves should they decide to come to Turkey”.<sup>25</sup>

Those acquiring “independent immigration visas”, regardless of their method of application, are accepted as independent immigrants by the Ministry of Internal Affairs provided that they will not ask for any settlement benefits from the government.<sup>26</sup> Thus admitted into the country, the immigrants are then taken to the admission centers set up in the points of entry where their health, customs, administrative and transportation procedures will be finalized and their requirements will be covered by the former Ministry of Public Works and Settlement.<sup>27</sup>

Once such procedures are finalized, the “independent immigrants” will apply to the highest civilian authority of their place of settlement and receive their “Immigration Certificate” by signing a “Citizenship Acquisition Declaration” both for themselves and their families, while the “settled or state sponsored immigrants” brought in by special legislation will pursue the same procedures by applying to the highest civilian authority of their designated temporary or permanent place of settlement. The certificate valid for two years will serve as a temporary identity card for applicants.<sup>28</sup>

Those accepted as immigrants in this manner are then given citizenship as per the resolution of the Council of Ministers once their procedures are concluded by the relevant agencies. Acquired citizenship brings about a number of collective consequences. While the guardianship of minors is given to their parents or, in the absence of their parents, their relatives of blood or law; minors coming in without anybody accompanying them are given citizenship regardless of their age.<sup>29</sup>

---

<sup>24</sup> The new Settlement Law number 5543 art.5

<sup>25</sup> Çiçekli, Op. cit., p.209

<sup>26</sup> The new Settlement Law number 5543 art.5

<sup>27</sup> The new Settlement Law number 5543 art.8/1.

<sup>28</sup> The new Settlement Law number 5543 art.8/3

<sup>29</sup> The new Settlement Law number 5543 art.8/4

## II. References Concerning the Migration and Asylum Law in Turkish Legislation and Arrangement of the Terms Refugee and Asylum Seeker in Such References:

According to the former Law of Settlement number 2510, a refugee is identified as “a person sought shelter temporarily in Turkey due to necessity”<sup>29</sup> which is inconsistent with our current national legislation. With the ratification of the 1951 Geneva Convention on the Legal Status of Refugees<sup>30</sup> by Turkey on 29 August 1961 such definition of the refugee by the Settlement Law was rendered null and void.

According to the 2nd clause of the paragraph (A) of the 1st article of the 1951 convention, the terms of which was ratified and accepted by Turkey, the term refugee is replaced by the following new and more comprehensive description as following: “As a result of events occurring before 1 January 1951 and owing to well-founded fear of being persecuted<sup>31</sup> for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.”<sup>32</sup>

While signing the convention, Turkey availed itself of the right provided by the provision included in the 42nd article of the said convention which specified that “**at the time of signature, ratification or accession, any State may make reservations to articles of the Convention other than to articles 1, 3, 4, 16(1), 33, 36-46 inclusive**”. Thus considering the peculiar characteristics of the region in which Turkey is situated, it sought a geographical limitation by exercising its right to choose in defining the refugee status. By virtue of such limitation, Turkey stated in the declaration published as per the law number 359 that it would only grant asylum to the applicants from Europe.

In the same vein, Turkey maintained such geographical limitation in the 1967 Protocol Concerning the Legal Status of Refugees which abolished the limitation “on granting refugee status with respect to the events that took place prior to 1951” as

<sup>30</sup> Turkey participated in the Agreement with the ratification law number 359 dated 29 August 1961. For the ratification law and the Turkish text of the Agreement see Official Gazette RG. 05.09.1961–10898.

<sup>31</sup> In the clause A/2 of the 1st article of the original Refugees Convention text it is stated that “a person who has a well-founded fear of being “persecuted” for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion”, however the Turkish translation of the Agreement replaced the term “persecution” with that of “prosecution”.

<sup>32</sup> For the original text see (Online) <http://www.unhcr.org/3b66c2aa10.html>, last access on 03.03.2015.

mentioned in the 1951 Convention, which was ratified by the Council of Ministers on 1 July 1968.<sup>33</sup>

While the term “refugee” was employed in the 1951 Convention and the subsequent 1967 Protocol; the term “asylum seeker” was used in the “Declaration on Territorial Asylum” and “Universal Declaration of Human Rights” which meant a person seeking a place of refuge and protection. As we can see the international literature also makes a distinction between the terms refugee and asylum seeker. Based on this distinction, a “refugee” is described as a foreign person who benefits from all the rights and privileges provided by the 1951 Convention and whose refugee status has already been legally accepted; while an “asylum seeker” is described as a foreign person who has been provided with protection for limited time and not been granted asylum status while his/her refugee status is still being examined.<sup>34</sup>

These two terms are often used as interchangeably in Turkish legislation.<sup>35</sup> A typical example of this case is the fact that the Turkish translation of the 1951 Convention on the Status of Refugees” used the term “refugee” while the original text used the same term in English, but the word “asylum” was included in the resolution of the Council of Ministers number 6/10266 dated 1 July 1968 concerning our participation in the 1967 Protocol Concerning the Legal Status of the Refugees.<sup>36</sup>

Moreover the use of these two terms brings about a number of distinctions in Turkey. Due to the geographical limitation imposed by Turkey in the 1951 Convention and the subsequent 1967 Additional Protocol, the “refugee status” can only be granted to the refugee applications coming from Europe, whereas those coming from outside Europe and applying for refugee status are considered as asylum seekers.<sup>37</sup>

Efforts were made to settle such a contradiction in terms by publishing “**The Regulation on the Procedures and the Principles Related to Population Movement and Aliens Arriving in Turkey either as individuals or in Groups wishing to Seek Asylum Either from Turkey or Requesting Residence Permission in order to Seek Asylum in Another Country**”<sup>38</sup> and directives and memorandums published with respect to the said Regulations, whereby the terms “asylum seeker and refugee” were identified in parallel with the implementation. According to the 1994 Regula-

<sup>33</sup> **İtica ve Göç Mevzuatı**, Başkent Matbaası, Ankara, 2005, p.12.

<sup>34</sup> Çiçekli, **Op. cit.**, p.212

<sup>35</sup> For further information on term confusions in the literature see; Odman, Tevfik, **Mülteci Hukuku**, A.Ü. S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No:15, Ankara, 1995, pp. 188-190

<sup>36</sup> *Ibid*, pp. 188-190

<sup>37</sup> Kaya, Ahmet, **Avrupa Birliğinin Yasa Dışı Göçle Mücadele Politikası ve Türkiye Üzerindeki Etkileri**, Unpublished Master Thesis, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Toplulukları Anabilim Dalı, Ankara, 2005, p. 18.

<sup>38</sup> Hereafter the 1994 Asylum Regulation

tion the term “asylum” –which was failed to be addressed by the 1951 Geneva Convention and Protocol, which are the chief legal arrangements governing the issues of refugees and asylum seekers in our domestic legislation- is described as follows:

**Refugee:** A foreign national who, as a result of events occurring in Europe and owing to well-founded fear of being subject to legal prosecutions<sup>39</sup> for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.

**Asylum Seeker:** A foreign national who, owing to well-founded fear of being subject to legal prosecutions<sup>40</sup> for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.<sup>41</sup>

According to the descriptions above, foreign persons coming from European countries and seeking international protection are called “refugees” while foreigners coming from other parts of the world and seeking international protection are called “asylum seekers”. Thus, with the 1994 Regulations on Refugees, foreigners coming to our country outside Europe such as Asian and African countries due to refugee crises and having qualified refugee criteria are granted asylum in our country until such time they are granted visas for going to a third safe country which will accept them.<sup>42</sup>

As we can see, while it is possible for a person to obtain refugee status under the International Refugee Legislation when he/she is recognized to have met the refugee criteria, a person, once qualified as an asylum seeker under Turkish Refugee Legisla-

<sup>39</sup> **Author’s Note:** The Turkish translation of the 1951 Geneva Convention Concerning the Legal Status of Refugees included the term “**prosecution**” instead of the term “**persecution**”. Since the 1994 Regulations also include the same definition as in the previous text, it is possible that the translation error is reflected in the latter text as well.

<sup>40</sup> **Ibid**

<sup>41</sup> The Regulation on the Procedures and the Principles Related to Population Movement and Aliens Arriving in Turkey either as individuals or in Groups wishing to Seek Asylum Either from Turkey or Requesting Residence Permission in order to Seek Asylum in Another Country, Art. 3

<sup>42</sup> Terzioğlu, Mehmet (Head of Aliens’ Migration Border Department), “**Yasadışı Göç, İnsan Ticareti ve İltica Konularında Ülkemizin Durumu ve Yapılan Çalışmalar**”, (Online) [http://www.cagipolisi.com.tr/eski\\_sitemiz/10/15-16.htm](http://www.cagipolisi.com.tr/eski_sitemiz/10/15-16.htm) , last access on 03.03.2015.

tion, can never obtain refugee status.<sup>43</sup>

Following the announcement of Turkey's candidacy for European Union Accession in the Helsinki Summit on 11 December 1999, "Migration and Refugee" issues became all the more important in the European Union and Turkey relationships. European Union demanded in the Accession Partnership Document that Turkey took measures that are consistent with the European Union Legislation in matters concerning the "Determination of the Status of Asylum Seekers and Refugees", notably lifting the geographical limitation on refugees coming from outside Europe which was introduced in the 1951 Convention and 1967 Protocol.<sup>44</sup>

On the face of such developments and by publishing the "Action Plan Concerning Adoption of the European Union Legislation on the Fields of Migration and Asylum", the Republic of Turkey outlined the conditions by which it may lift such geographical limitation. According to the Action Plan, the lifting of geographical limitation should not harm Turkey's economic, social and cultural conditions.<sup>45</sup>

The issue of "lifting the geographical limitation" depended on the materialization of the following 2 conditions laid down in the Action Plan. These are:

- I. Introduction of the required legislation and infrastructure amendments in such a way so as not to encourage an influx of refugees into Turkey from east during the accession stage
- II. EU countries' willingness to show the required sensitivity in the issues of burden sharing

What is meant by "burden sharing" does not only include the participation of EU in covering the costs to be incurred following the refugees' entry into the country. Turkey also expects European Union to provide additional financing in building the required infrastructure for carrying into effect a migration law that is consistent with the European Union legislation prior to the actual lifting of the "Geographical Limitation" by the Turkish Government. What is meant by establishing the infrastructure is the as following<sup>46</sup>

- Establishment and running of asylum seeker admission, accommodation centres and refugee boarding houses and facilities,
- Training of the personnel to be employed in such facilities,

---

<sup>43</sup> Çiçekli, *Op. cit.*, p.213

<sup>44</sup> Tefik, Odman; "**Mülteci Hukuku ve Türk Mülteci Hukuku Uygulaması**", Mülteci Çalıştayları 2004–2005, Amnesty International-Turkey, Ankara, 2008

<sup>45</sup> Ekşi, Nuray; **Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular**, Beta, İstanbul, 2.edition, 2007, p.77

<sup>46</sup> **İltica ve Göç Mevzuatı**, p. 47

- Establishment of the immigrants country of origin and refugee information system,
- Establishment of the Training Academy and Refugee Unit Service Building in order to train the personnel to employed in such facilities.

In this respect, the Action Plan suggests that a task force be established consisting of Turkish and EU representatives in order to estimate the costs necessary to building the aforementioned infrastructure. Among the issues to be thoroughly examined by the said task force are the expected number of increase in the refugees coming to Turkey following the lifting of the geographical limitation and the size and costs of the centres where they will be accommodated, and the training of the personnel who will be taking care of the refugees as well as the amount of financing required for integrating such refugees into Turkey.

Furthermore due to the political instabilities and new war zones in Turkey's near abroad, a sharp increase had been faced in numbers of regular and irregular migrant alongside the asylum seekers in recent years, which turned Turkey from a transit country into a final destination country<sup>47</sup> İçduygu and Aksel are explaining this shift based on four main internal reasons besides "Globalization", namely; "Turkey's new liberal market economy attracting migration into Turkey", "Chancing Government policies enabling entry into Turkey much easier than before", "Turkey's ambition to become a member of the EU" and finally "political liberalization wave leaving its mark on the last decade which changes state's traditional conception of national identity".<sup>48</sup>

Due to these reasons present legal legislation on immigration issues turned to be insufficient to solve current problems. In addition to that cases kept being brought to European Court of Human Rights against Turkish Republic for infringement of article 5 of European Convention of Human Rights due to the lack of any internal legal arrangement for "Administrative detention" which also entailed legislative amendments.<sup>49</sup>

Based on such developments, the studies conducted in terms of rendering the existing legislation consistent with the European Union legislation in matters concerning the "Determination of Asylum Rights and Refugee Status" has finally reached a conclusion in 2013 and the "Foreigners and International Protection Law

<sup>47</sup> Ekşi, Nuray; **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku**, Beta, İstanbul, 2.edition, 2014, p.12-17

<sup>48</sup> İçduygu, Ahmet and , AKSEL Damla B., " *Turkish Migration Policies: A Critical Historical Retrospective*", **PERCEPTIONS**, Autumn 2013, Volume XVIII, Number 3, p.179

<sup>49</sup> For further reading on "Administrative Detention in Turkish Law", see Ekşi, Nuray; **6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim**, Beta, İstanbul, 2014, p.12-116.

Number 6458” was published on the Official Journal on 11 April 2013 and came into force on 11 April 2014.

According to the article 61 of the new law, which entered into force officially a year after its publication, the term refugee is again described in line with the existing legislation and based on the events taking place in European countries, which is described as follows: **”Refugee status is granted to a foreign person who, as a result of events occurring in European countries and owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.”**

Since Turkish Republic still preserves its reservation with respect to geography for Geneva Convention and therefore implements the said Convention’s provisions only to the refugee cases resulting from the events in Europe, “Foreigners and International Protection Law Number 6458” entered into force in 2014 contains new protection status such as “conditional refugee”, “subsidiary protection” and “temporary protection” for those fleeing from events outside of Europe.

Within this framework the 62nd article of the same Law includes the term **“Conditional Refugee”**, instead of the term “Asylum Seeker” used by Turkish authorities officially for years, to describe persons who have the well-founded fear of being persecuted based on the same reasons as refugees due to the events occurring in non-European countries, and maintained that such persons will be permitted to stay in Turkey until such time they are relocated in a third country which is in line with the current implementation. The relocation process is carried out by local UNHCR officers. However the number of relocated conditional refugees has significantly dropped in recent years. As Soykan stated in her research there are only a few countries accepting refugees recognised in Turkey such as Canada, Australia, Sweden, Finland, and Norway and under specific conditions small numbers of refugees may be recognised by the USA as a part of resettlement programme specifically designed for Iraqi refugees.<sup>50</sup>

Moreover the **“Subsidiary Protection”** concept, which was not defined in the existing legislation previously, was introduced in the 63rd article of the law number 6458 and it stipulated that in the event that it is established if the persons who do not qualify as refugees or conditional refugees once sent back to their country of origin or residence will;

---

<sup>50</sup> Soykan, Cavidan, *“The New Draft Law on Foreigners and International Protection in Turkey”*, **Oxford Monitor of Forced Migration**, Volume 2, Number 2, p. 39.

- a) Face death sentence or be executed,
- b) Be subject to torture, inhuman or discreditable punishment or treatment,
- c) Face serious personal danger due to indiscriminate acts of violence in the event of international or national armed conflicts,

They will be granted subsidiary protection status.

Although the subsidiary protection concept has officially drawn up for the first time in Foreigners and International Protection Law, refugees falling under this categorization could not be deported even before this law was in force due to European Court of Human Right's decisions asking for implementation of non-refoulement principle.<sup>51</sup>

Applicable procedures in case of mass influxes has been clarified in the 91st article of the law number 6458 under "temporary protection" clause. Pursuant thereto it has been ensured that a temporary protection may be awarded for those foreigners "who has been forced to leave their home country, who is not able to return to his home country, and have arrived at or crossed the borders of Turkey in a mass influx situation seeking immediate and temporary protection"

Although article 91 settles the awarding of temporary protection status, it did not confer it nor set out the rights afforded by it. Instead of this it is stated in the same article that the entitlements that flow from "Temporary Protection" will be determined in a Directive to be issued by the Council of Ministers. Accordingly "Temporary Protection Directive" entered into force on 22 October 2014.

With this new Directive "**The Regulation on the Procedures and the Principles Related to Population Movement and Aliens Arriving in Turkey either as individuals or in Groups wishing to Seek Asylum Either from Turkey or Requesting Residence Permission in order to Seek Asylum in Another Country**" has been repealed.

Furthermore as Amnesty International mentions this Directive grants a secure legal status especially for refugees in Turkey from Syria<sup>52</sup> and enables them to receive identity cards along a range of rights and entitlements.<sup>53</sup>

<sup>51</sup> Ekşi, Nuray; **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku**, pp.162-163

<sup>52</sup> As of March 2015, UNCHR data shows that there are 1,552,839 registered refugees alongside 70,000 awaiting registration, unofficial estimate of the total number of the registered and unregistered Syrian refugees over 1,600,000. For data see **UNHCR Syria Regional Refugee Response**, (Online) <http://data.unhcr.org/syrianrefugees/country.php?id=224>, last access on 07.03.2015.

<sup>53</sup> **Amnesty International**, "Struggling to Survive Refugees From Syria in Turkey", Index: EUR 44/017/2014, 2014, London, p.20



However M. Erdoğan argues that this directive has been prepared in the shadow of concerns about Syrian refugee influx and therefore reflects worries about the consequences of the Syrian refugees' possible stay inside the country for indefinitely.<sup>54</sup>

According to article 3 of the said directive which also clarifies the current situation of Syrian refugees "temporary protection" has been defined as follows:

"Temporary protection is the protection may be provided for foreigners who have been forced to leave their country, cannot return to the country they have left, and have arrived at or crossed the borders of Turkey in a mass influx and whose international protection status cannot be determined on an individual basis. "<sup>55</sup>

In fact the "Temporary protection" status was initially conferred on refugees from Syria in an unpublished Ministry of the Interior circular issued in March 2012. As UNHCR indicates, although the directive met international standards, such as obeying non-refoulement principle and guaranteeing all Syrian residents including Palestinians resident in Syria access to Turkish territory and basic services, the directive was not communicated either to Turkish public or to Syrian refugees alongside civil society organizations working with them.<sup>56</sup>

The directive sets out that the issues such as when the temporary protection status will be commenced and ended alongside for whom and for which regions will be determined by Council of Ministers. (Art. 10-11) Furthermore the directive clarifies legal status and the entitlements for refugees in a mass influx such as the right to remain in Turkey (Article 25) and access to free healthcare (Article 27) through identity cards be issued which will also enable them to obtain straightforward work permits (Article 29); and access to state schools. The Directive also prohibits people for being punished for irregular entry and prohibits refoulement (Article 6).

The only group which is not entitled to benefit from the rights mentioned above is those who got engaged in human rights violations and resorted to force against civilians inside Syria.<sup>57</sup>

Another implementation that European Union asks Turkey to put into practice is the signing of "readmission agreements" between Turkey and EU in the shortest possible period of time. That way Turkey will acknowledge that people illegally entering into EU countries or whose refugee applications are rejected in such countries will be readmitted if and when it is established that they have actually entered

<sup>54</sup> Erdoğan, M. Murat, **Türkiye'deki Suriyeliler: Toplumsal Kabul ve Uyum**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015, p.55.

<sup>55</sup> Regulations for Temporary Protection 2014/6883,(Online) <http://www.resmigazete.gov.tr/eski-ler/2014/10/20141022-15-1.pdf>, last access on 03.03.2015.

<sup>56</sup> Amnesty International, **Op. cit.**, p.20

<sup>57</sup> Ekşi, Nuray; **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku**, p. 165.

those countries via Turkey. However it is mandatory that Turkey have signed bilateral agreements with the countries of origin in order for such readmitted people to be returned to their countries of origin.<sup>58</sup> But Turkey has signed readmission agreements with only ten countries so far.<sup>59</sup> For this reason Turkey has approached this issue of “readmission agreements” with the EU with caution, bearing in mind the challenges it has experienced during the Customs Union Agreement era. This is because after Turkey signed the Customs Union Agreement, it had to exempt customs taxes from the goods of the third countries with which the EU signed customs union related contracts and since it could not benefit from the same practices applied to other member states, it had great difficulty in engaging in fair trade.<sup>60</sup>

However, despite all such reservations, by signing the “Readmission Agreement Between Turkey and EU” on 16 December 2013, the Turkish Republic has warranted that Turkish nationals entering EU countries illegally or becoming illegal aliens by overstaying their visas as well as the foreigner entering into EU through Turkey will be readmitted by Turkey.<sup>61</sup>

## CONCLUSION

Due to its geographical location, Turkey is greatly affected by the global refugee issue. In order to safeguard the rights and liberties of those seeking refuge in Turkey, Turkey ratified the 1951 Geneva Convention and the subsequent 1967 Protocol for determining the status of refugees. However, Turkey exercised its right to make reservations with respect to date and geography, and thus stated that it would implement the provisions of the Geneva Convention only in the refugee cases resulting from the events in Europe.

Such reservations in turn led to a dual distinction between the concepts of refugee and asylum seeker in Turkish legislation. Therefore, while the persons seeking refuge in Turkey due to European related refugee issues and thus qualify for refugee status according to the Geneva Convention fall into the first category; the persons

<sup>58</sup> Akyürek, Burcu İnayet; **Mülteci Hukuku ve Türkiye Uygulaması**, Unpublished Master Thesis, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Kırıkkale, 2007, p.30

<sup>59</sup> These countries are as following: Bosnia-Herzegovina (2012), Kyrgyzstan (2003), Moldova (2012), Nigeria (2011), Pakistan (2010), Romania (2004), Russian Federation (2011), Syria (2001), Ukrain (2005), Yemen (2011) Greece (2001) See Foreign Ministry of Turkey Web, (Online), Last Access on 23.07.2014

<sup>60</sup> Kirişçi, Kemal, “*Border Management and EU-Turkish Relations: Convergence or Deadlock*”, **European University Research Report**, 2007, p.27

<sup>61</sup> Demirtaş, Serkan; BBC Türkçe, **Türkiye-AB vize protokolü: 30 yıllık hayal gerçek mi oluyor?**, (Online) [http://www.bbc.co.uk/turkce/haberler/2013/12/131216\\_serkanemirtas\\_ab\\_turkiye.shtml](http://www.bbc.co.uk/turkce/haberler/2013/12/131216_serkanemirtas_ab_turkiye.shtml), last access on 04.03.2015

who are not granted refugee status by the Turkish legislation due to the aforementioned geographical reservations made in the Geneva Convention and 1967 Protocol fall into the 2nd category.

While Turkey did not grant refugee status to the persons in the 2nd category who come to Turkey outside Europe to apply for refugee status or residence permit for applying for refugee status in another country, but it granted temporary residence permits to such persons until such time they are relocated in a third country in accordance with the provisions of “The Regulations on the Procedures and the Principles Related to Population Movement and Aliens Arriving in Turkey either as individuals or in Groups wishing to Seek Asylum Either from Turkey or Requesting Residence Permission in order to Seek Asylum in another country” that was entered into force in 1994.

During the period prior to 1994, the issues of such persons' entrance, residence, settlement, working in Turkey and deportation from Turkey were arranged by various laws, bylaws and regulations based on the legislation on foreigners. However since such arrangement fell short of addressing such issues, it was felt necessary to introduce the aforementioned 1994 regulations. However, it was also felt that such regulations were not up to the task, and therefore a National Action Plan which would bring about serious changes to the refugee policies in Turkey was prepared by the Ministry of Internal Affairs in 2005 and accepted by the Council of Ministers.

The National Action Plan has made clarifications in the asylum procedures and led the Council of Ministers to make amendments in the 1994 Refugee Regulations through the resolution number 2006/9938 dated 16.1.2006 due to the emphasis given to the fact that the delay in asylum application on the part of the asylum seeker “does not deny the use of asylum right”. Thus the paragraph in the 4th article of the regulations which limits the foreigners' application period for submitting their cases for seeking refuge or residence in Turkey to the competent authorities by 10 days has been replaced with the term “without delay” so as to loss of right.

However this progress could not be sufficient to fulfil the needs of current conditions due to the extensive immigration waves during the 1990s and 2000s and forced Turkey for transformation of its migration policies. The trend for this transformation has also been affected by the country's exposure to globalization and changing political and economic environment besides its eager to become a part of European Union.

As a result of the efforts made for drafting a new Law in order to provide international protection “Foreigners and International Protection Law Number 6458” entered into force in 2014 considering the increasing political turmoil in the region and the economic transformations inside the country with European Union's pressing demands.

Within this framework it was projected that the responsibility of management of refugees and asylum seekers will gradually be transferred from General Directorate of Security to new established Directorate General of Migration Management. Following that with publishing “Temporary Protection Directive” entered into force on 22 October 2014 the situation of refugees have arrived at or crossed the borders of Turkey in a mass influx situation has been clarified.

Although the new law on foreigners, which forms a basis for an effective immigration management with harmonization of national law with international refugee law and in addition to that securitizes the relevant person’s rights, has been defined as “a significant progress”<sup>62</sup> in Turkey’s 2013 Progress Report issued by European Commission, Turkey’s next step or future plans for securing social tranquillity and security considering Turkey’s potential for facing frequent mass influxes seems not to be clear.

Besides it can easily be argued that the “Temporary Protection Directive” has implicitly lifted Turkey’s geographical reservation for 1951 Geneva Convention.

Having drawn up a new road map for Turkey with respect to asylum and illegal migration, another issue which puts question mark in minds is the National Action Plan which seeks lifting of the geographical reservation officially in order to harmonize the Turkish asylum, migration and foreigners’ legislation with that of the EU legislation throughout the accession negotiations with the EU.

In this respect, Turkey expects that some of the investment projects needed for the completion of the technical and physical infrastructure necessary for the harmonization of the refugee legislation with that of the EU legislation will be covered by the EU Financial Aid Programs.<sup>63</sup>

However, the financial aspect is not the only consideration with respect to the “Lifting of the Geographical Concern”. In an age where new security threats emerge, Turkey’s geographical location becomes all the more precarious; when the politically destabilized nature of the neighbouring countries are considered, Turkey seems to be located right in the centre of the developments that shape up the new global security considerations. In this respect, the fact that the EU member states currently pursue harsh asylum and migration policies and that they still have discussions on the creation of a safe third country for the persons applying refugee status make it difficult for Turkey to realize some of the issues specified in the Action Plan.

---

<sup>62</sup> **Turkey 2013 Progress Report**, SWD (2013) 417, Brussel, 16 October 2013, (Online Access) [http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key\\_documents/2013/package/tr\\_rapport\\_2013\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2013/package/tr_rapport_2013_en.pdf), p.64, last access on 02.03.2015.

<sup>63</sup> **Ulusal Eylem Planı**, p.34

Similarly, Kirişçi depicts the general fears that Turkish representatives may get the feeling that Turkey is being turned into a buffer zone for unwanted asylum seekers and refugees as a result of the considerations on the part of EU, who presses Turkey particularly hard for lifting its geographical limitation, to apply restrictive measures in the name of security and creating a 'European Fortress' and the Council's suggestion for the creation of a safe third country for refugees.<sup>64</sup>

However, despite all such reservations, the Republic of Turkey has signed the "Readmission Agreement Between Turkey and EU" on 13 December 2013, and thus accepted that Turkish nationals entering the EU countries illegally or becoming illegal aliens there by overstaying their visas as well as the foreigner entering into EU through Turkey will be readmitted by Turkey. In this respect, Turkey has warranted that it will build accommodation facilities for illegal immigrants to be readmitted and establish the necessary infrastructure.

In this respect it has become all the important for Turkey to benefit sufficiently from the financial aid funds prior to the participation and thereby reducing the costs resulting from the agreement and to take advantage of the readmission agreements signed by and between the European Union and 3rd countries throughout the three year transition period prescribed by the agreement. Otherwise when the persons coming from African, Asian and the Middle Eastern countries who have been identified to have entered Europe via Turkey are readmitted to Turkey, they will technically live their lives in Turkey on account of no "Readmission Agreements" having been signed between Turkey and their respective countries of origin.

The fact that the current state of Turkey has not been designed in such a way as to accommodate this many migrants and the expected size of the economic and social burden resulting from such conditions reminds us of the urgency of such arrangements. Especially due to the fact that beneath the economic concerns there has been also historical and cultural concerns rooting in Turkey's experience during the Iran-Iraq war and the 1st Gulf War of 1990-91 where nearly 600.000 people sought asylum in Turkey on a massive scale and during early days of new established Turkish Republic which had to gain a lot of experience due to resettlement of millions of new citizen.

---

<sup>64</sup> Kirişçi & Apap & Carrera; "Turkey in the European Area of Freedom, Security and Justice", *Working Papers, Centre for European Policy Studies*, 2004, pp. 25–26

## REFERENCES

- Ahmet Kaya**; Avrupa Birliğinin Yasa Dışı Göçle Mücadele Politikası ve Türkiye Üzerindeki Etkileri, Unpublished Master Thesis, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Toplulukları Anabilim Dalı, Ankara, 2005
- Ahmet İçduygu and Damla B. AKSEL**; “Turkish Migration Policies: A Critical Historical Retrospective”, PERCEPTIONS, Autumn 2013, Volume XVIII, Number 3, pp.167-190
- Amnesty International**, “Struggling to Survive Refugees From Syria in Turkey”, Index: EUR 44/017/2014, 2014, London
- Burcu İneyet Akyürek**; Mülteci Hukuku ve Türkiye Uygulaması, Unpublished Master Thesis, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Kırıkkale
- Bülent Çiçekli**; Yabancılar Hukuku, Seçkin, Ankara, 2007
- Cavidan Soykan**; “The New Draft Law on Foreigners and International Protection in Turkey”, Oxford Monitor of Forced Migration, Volume 2, Number 2, pp. 38-47.
- Ender Eroğlu, Ruken Taşkiran**; “Sığınma Hakkı ve Mültecilerin Durumu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002
- Halit Eren**; “Balkanlarda Türk ve diğer Müslüman toplumları ve göç olgusu” (Turkish and other Muslim communities in the Balkans and the migration phenomenon), Balkanlar, İstanbul: Ortadoğu ve Balkan İncelemeleri Vakfı, 1983, pp. 289-299
- İlhan Tekeli**; “Osmanlı İmparatorluğundan Günümüze Nüfusun Zorunlu Yer Değiştirmesi ve İskân Sorunu”, İlhan Tekeli Toplu Eserleri-3, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul.
- Justin McCarthy**; “Müslümanlar ve Azınlıklar: Osmanlı Anadolu’sunda Nüfus ve İmparatorluğun Sonu”, İnkılâp, 1998.
- Kemal Kirişçi**; “Migration and Turkey”, in The Collection of Turkish Jurisprudence on Asylum, Refugees and Migration, UNHCR, Ankara, 2000.
- Kemal Kirişçi**; “Border Management and EU-Turkish Relations: Convergence or Deadlock”, European University Research Report, 2007
- Kemal Kirişçi & Apap & Carrera**; “Turkey in the European Area of Freedom, Security and Justice”, Working Papers, Centre for European Policy Studies, 2004
- Mehmet Terzioğlu** (Head of Aliens’ Migration Border Department), “Yasadışı Göç, İnsan Ticareti ve İltica Konularında Ülkemizin Durumu ve Yapılan Çalışmalar”, (Online) [http://www.caginpolicisi.com.tr/eski\\_sitemiz/10/15-16.htm](http://www.caginpolicisi.com.tr/eski_sitemiz/10/15-16.htm), last access on 03.03.2015
- M. Murat Erdoğan**, “Türkiye’deki Suriyeliler: Toplumsal Kabul ve Uyum”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015
- Nuray Ekşi**; “Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular”, Beta, İstanbul, 2.edition, 2007
- Nuray Ekşi**; “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku”, Beta, İstanbul, 2.edition, 2014
- Nuray Ekşi**; “6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda İdari Gözetim”, Beta, İstanbul, 2014.

- Önder Duman;** "Atatürk Döneminde Balkan Göçmenlerinin İskân Çalışmaları (1923-1938)", Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, S 43, Bahar 2009, p. 474
- Rıfat N. Bali;** Cumhuriyet yıllarında Türkiye Yahudileri, Aliya: Bir Toplu göçün Öyküsü (1946-1949), İletişim, İstanbul, 2.edition, 2003.
- Sema Erder,** "Türkiye'de Değişen Konjonktür, Değişen Göç ve İskân Politikaları", Coordinated by Ahmet İçduygu, in Türkiye'nin Uluslararası Göç Politikaları, 1923-2023: Ulus Devlet Oluşumundan Ulus Ötesi Dönüşümlere, Unpublished Country Report, 2009
- Serkan Demirtaş;** BBC Türkçe, Türkiye-AB vize protokolü: 30 yıllık hayal gerçek mi oluyor? (Online) [http://www.bbc.co.uk/turkce/haberler/2013/12/131216\\_serkan-demirtas\\_ab\\_turkiye.shtml](http://www.bbc.co.uk/turkce/haberler/2013/12/131216_serkan-demirtas_ab_turkiye.shtml), last access on 04.03.2015
- Şule Bahar Beltan;** "Citizenship and Identity in Turkey: The Case of the Post-1980 Turkish Muslim Immigrants from Macedonia", Unpublished Master Thesis, Boğaziçi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.
- Tevfik Odman;** Mülteci Hukuku, A.Ü. S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No:15, Ankara, 1995
- Tevfik Odman;** "Mülteci Hukuku ve Türk Mülteci Hukuku Uygulaması", Mülteci Çalıştayları 2004–2005, Amnesty International-Turkey, Ankara, 2008
- Turkey 2013 Progress Report,** SWD (2013) 417, Brussel, 16 October 2013, (Online) [http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key\\_documents/2013/package/tr\\_rapport\\_2013\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2013/package/tr_rapport_2013_en.pdf), p.64, last access on 02.03.2015.
- UNHCR Syria Regional Refugee Response,** (Online) <http://data.unhcr.org/syrianrefugees/country.php?id=224>, last access on 07.03.2015.
- Yücel Acer; İbrahim Kaya ve Mahir Gümüş;** Küresel ve Bölgesel Perspektiften Türkiye'nin İltica Stratejisi (Turkey's Asylum Strategy from Global and Regional Perspectives), USAK Yayınları, Ankara, 2010.





# DÖVİZ KAZANDIRICI FAALİYETLERE İLİŞKİN İŞLEMLERDE DAMGA VERGİSİ İSTİSNASI:

## Yasallık İlkesinin Yok Sayılması Bireysel Başvuru ile Sonuçlanabilir mi?

**(Exemption From Stamp Tax For Exchange Earning Business:  
Can the breach of the principle of legality lead to individual  
action in front of the Constitutional Court?)**

**Yrd. Doç. Dr. Gülşen GEDİK\***

### ÖZET

Damga Vergisi Kanunu Ek 2.maddesinde döviz kazandırıcı faaliyetlere ilişkin işlemlerle ilgili olarak düzenlenen kâğıtların damga vergisinden istisna tutulacağı hükmüne bağlanmış; ancak döviz kazandırıcı faaliyetlerin neler olduğu ve kapsamının belirlenmesi konusunda Dış Ticaret Müsteşarlığı ile Maliye Bakanlığı'na yetki verilmiştir.

Anayasa 73.maddesine aykırı biçimde verilen yetki çerçevesinde Maliye Bakanlığı ve Dış Ticaret Müsteşarlığı Tebliğler yayınlamışlardır; ancak söz konusu Tebliğ hükümleri de hem yasalara aykırı hem de birbiri ile çelişir durumdadır.

Söz konusu düzenlemeler dolayısıyla mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasında olan yükümlülerin, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu ile yapacakları talep sonrası AYM'nin İHAS hükümleri İHAM içtihatlarını dikkate alması gerekmektedir.

**Anahtar kelimeler:** Vergi, damga vergisi, döviz kazandırıcı faaliyet, damga vergisi istisnası, mülkiyet hakkı

### *Abstract*

Papers which related to foreign exchange earnings business are exempted in Stamp Tax Code Additional Clause 2 but also empowered to Finance of Ministry and Finance of Economy for determined what they are and extent of these exemptions.

Finance of Ministry and Finance of Economy whose empowered against the

---

\* Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı.

Constitution Article 73 issued a circulars but these circulars against to law and conflict of each other.

After taxpayer go to Constitution Court for individual application who claim violation of right of property Constitution Court should be considered EHRC articles and EHRC decisions.

**Keywords:** Tax, taxpayer, Stamp Tax Code, Stamp Tax, EHRC.

## BAŞLANGIÇ

Damga vergisi, üretimden tüketime kadar uzayan süreç içerisinde mal, hizmet ve servetlerin el değiştirmesi nedeniyle yapılan işlemlere resmi bir hüviyet kazandırmak amacıyla düzenlenen evrak ve kağıtlar üzerine konulmuş bir tüketim vergisidir<sup>1</sup>.

488 Sayılı Damga Vergisi Kanunu (DVK)<sup>2</sup> 1.maddesinde damga vergisinin konusu; “*Bu Kanuna ekli (1) sayılı tabloda yazılı kağıtlar Damga Vergisine tabidir. Bu kanundaki kağıtlar terimi, yazılıp imzalamak veya imza yerine geçen bir işaret konmak suretiyle düzenlenen ve herhangi bir hususu ispat veya belli etmek için ibraz edilebilecek olan belgeler ile elektronik imza kullanılmak suretiyle manyetik ortamda ve elektronik veri şeklinde oluşturulan belgeleri ifade eder.*

*Yabancı memleketlerle Türkiye`deki yabancı elçilik ve konsolosluklarda düzenlenen kağıtlar, Türkiye`de resmi dairelere ibraz edildiği, üzerine devir veya ciro işlemleri yürütüldüğü veya herhangi bir suretle hükümlerinden faydalandığı takdirde vergiye tabi tutulur*” olarak belirtildikten sonra 2.maddede kapsam, “*Vergiye tabi kağıtlar mahiyetinde bulunan veya onların yerini alan mektup ve şerhlerle, bu kağıtların hükümlerinin yenilenmesine, uzatılmasına, değiştirilmesine devrine veya bozulmasına ilişkin mektup ve şerhler*” şeklinde açıklanmış ve damga vergisinin mükellefleri de 3.maddede; “*kağıtları imza edenler, resmi dairelerle kişiler arasındaki işlemlere ait kağıtlarda ise kişiler*” olarak hükme bağlanmıştır.

DVK'nun “*istisnalar*” başlıklı 9.maddesi ise, vergi alınmayacak kağıt ve belgeler konusunda Kanun'a ekli (2) Sayılı Tablo'ya gönderme yapmakla birlikte Kanun'a ekli 2 Sayılı Tablo'da gösterilenlerin dışında vergiden istisna tutulacak işlemler ile

<sup>1</sup> Değer Nuri, **Damga Vergisi Uygulaması**, Seçkin Yayınevi, 3.Baskı, Mayıs 2012, s. 36; Değer, s.41-45: “Damga vergisinin temel özellikleri ise şöyle sıralanabilir: Damga vergisinin konusu işlemler değil, kağıtlardır, dahili işlemlerde düzenlenen kağıtlar vergiye tabi değildir, akdin kanunen muteber sayılmaması damga vergisinin ödenmeme nedeni olamaz, damga vergisinin ödenmemiş olması akdin sıhhatini etkilemez, kağıdın hükümlerinin uygulanmaması vergi iadesini gerektirmez, kağıtların terk edilmesi verginin alınmasına engel teşkil etmez, kağıt düzenlendikten sonra işlemin fesh edilmesi verginin ödenmesine mani değildir, kağıt mevcudiyetinin tespit edilememesi halinde vergi alınmaz”.

<sup>2</sup> RG: 11.7.1964, 11751

ilgili ayrıca Ek Madde 2<sup>3</sup>'de bu çalışmanın konusunu oluşturan “döviz kazandırıcı faaliyetlere ilişkin işlemler” ile ilgili bir hükme yer vermiştir. Buna göre;

*“Döviz kazandırıcı faaliyetlere ilişkin işlemlerle ilgili olarak düzenlenen kâğıtlar damga vergisinden müstesnadır.*

*Döviz kazandırıcı faaliyetlerin kısmen veya tamamen gerçekleştirilmemesi halinde, gerçekleşmeyen kısma ait alınmayan damga vergisi, mükelleflerden, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre ceza ve gecikme faizi ile birlikte geri alınır.*

*Yukarıda belirtilen hususlarda damga vergisi istisnası uygulamak suretiyle işlem yapan kuruluşlar, istisnaya konu işlemin mahiyeti ile alınmayan vergi tutarını, işlemin yapıldığı tarihi takip eden otuz gün içinde ilgililerin gelir veya kurumlar vergisi bakımından bağlı bulunduğu vergi dairesine bildirmeye mecburdurlar.*

*Döviz kazandırıcı faaliyetin gerçekleşmediğinin tespit edildiği tarihi takip eden otuz gün içinde, bu durumu vergi dairesine bildirmeyen kuruluşlar damga vergisi, ceza ve gecikme faizinin ödenmesinden ilgililerle birlikte müteselsilen sorumludurlar.*

*Bu maddenin uygulanması bakımından döviz kazandırıcı faaliyetlerin neler olduğu ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından birlikte tespit edilir”.*

DVK Ek 2.madde hükmüne bakıldığında sadece döviz kazandırıcı faaliyetlerle ilgili bir istisna düzenlemesi getirildiği; ancak söz konusu faaliyetin içeriği ve diğer tüm unsurlarının saptanması konusunda hiçbir düzenleme yapılmayarak, idareye-Maliye Bakanlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı'na<sup>4</sup>- çok geniş bir yetki verildiği görülmektedir.

DVK Ek 2.madde ile verilen yetkiye istinaden Dış Ticaret Müsteşarlığı'nın 23.12.1999 tarih ve 99/ 13812 sayılı İhracat, Transit Ticaret, İhracat Sayılan Satış ve Teslimler ile Döviz Kazandırıcı Hizmet ve Faaliyetlerde Vergi, Resim ve Harç İ-

<sup>3</sup> 5035 Sayılı Kanun ile (RG: 2.1.2004, 25334) 2.1.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Döviz kazandırıcı faaliyetler ilk defa 3505 Sayılı Kanun'un Geçici 2.maddesi ile 31.12.1993 tarihine kadar uygulanmak üzere Damga Vergisi Kanunu'na eklenmiştir. 4369 Sayılı Kanunu ile Geçici 2.maddenin uygulanma tarihi 1.12.2003 tarihine kadar uzatılmıştır. 5035 Sayılı Kanun ile de döviz kazandırıcı faaliyetlerde uygulanan damga vergisi istisnası hükmü ile ilgili zaman koşulu ortadan kaldırılmıştır.

<sup>4</sup> 8.6.2011 Tarih ve 27958 Mükerrer Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 637 Sayılı “Ekonomi Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” ile Ekonomi Bakanlığı kurulmuş ve Dış Ticaret Müsteşarlığı yetkileri Ekonomi Bakanlığı'na devredilmiş ve görevli personel de Bakanlık personeli statüsüne geçirilmiştir. Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından verilen özelgelere, Dış Ticaret Müsteşarlığı Tebliği ve Genelgeleri'ne yapılan atıflarda “Ekonomi Bakanlığı” ifadesi kullanılmış olmasına rağmen, bu çalışmada henüz hiçbir unvan değişikliği yapılmamış DVK Ek 2 maddesindeki “Dış Ticaret Müsteşarlığı” kelimesi kullanılmıştır.

tisnası Hakkında Karar<sup>5</sup> ve 2000/1 Sayılı İhracat, İhracat Sayılan Satış ve Teslimler ile Döviz Kazandırıcı Hizmet ve Faaliyetlerde Vergi, Resim ve Harç İstisnası Hakkında Tebliği<sup>6</sup> ile Maliye Bakanlığı'nın 1 Seri No'lu Döviz Kazandırıcı Faaliyetlerde Damga Vergisi ve Harç İstisnası Uygulaması Hakkında Tebliğ yayınlanmış ve daha sonra bu Tebliğlerde farklı tarihlerde değişiklikler yapılmış olup<sup>7</sup> uygulamada her iki Tebliğ hükümleri birlikte ele alınmaktadır<sup>8</sup>.

Bu çalışma, döviz kazandırıcı faaliyetlerin çok geniş ve gittikçe de çeşitleri arttığı için damga vergisi uygulamasında önemli tereddütler bulunduğu<sup>9</sup> gerekçesi ile kaleme alınmış olup, çalışmada, hukuki uyumsuzlukların çözümünde yükümlülerin Anayasa ve uluslararası andlaşmalar kapsamında Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu ile hak ihlallerinin ortadan kaldırılmasını talep etme imkanı incelenecektir. Vergi mahkemesi ile Danıştay yargılamaları ele alınmamış ve herhangi bir yeni yasa hükmü önerisine de yer verilmemiştir.

Çalışmada öncelikle DVK Ek 2.maddede yer alan istisnaya ilişkin Maliye Bakanlığı ve Dış Ticaret Müsteşarlığı'na verilen yetkinin, idari düzenlemeler ile hangi kapsamda kullanıldığı tespit edilecek ve söz konusu yetkinin Anayasa'ya uygunluğu değerlendirilecektir. Sonraki bölümlerde ise, döviz kazandırıcı faaliyetlerde bulunan vergi yükümlülerinin, Anayasa ve uluslararası andlaşmalar kapsamında haklarının korunmasını talep etmesinin yasal dayanakları açıklanarak, mülkiyet hakkı ihlallerinin ortadan kaldırılması amacıyla yapılacak başvurunun temel çerçevesi verilecektir.

## 2. Bakanlık Tebliğleri: Yetki Aşan- Çelişik Düzenlemeler

### 2.1. Dış Ticaret Müsteşarlığı Tebliğleri

Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından ilk yayımlanan 2008/6 Sayılı İhracat, Transit Ticaret, İhracat Sayılan Satış ve Teslimler İle Döviz Kazandırıcı Hizmet ve Faaliyetlerde Vergi, Resim ve Harç İstisnası Hakkında Tebliğ<sup>10</sup>'in bazı hükümleri 2012/6

<sup>5</sup> RG: 31.12.1999, 23923.

<sup>6</sup> RG: 14.1.2000, 23933.

<sup>7</sup> Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından yayımlanan Tebliğ'de 19.7.2006, 16.3.2007, 5.12.2008 ve 21.3.2012 tarihli Resmî Gazeteler'de yayımlanan 2000/1, 2007/3, 2008/6 (2000/1 Sayılı Tebliği yürürlükten kaldırmıştır) ve en son 2012/6 sayılı Tebliğler ile değişiklikler yapılmıştır. Maliye Bakanlığı tarafından ise 2, 3, 4 ve 5 Seri No'lu Tebliğler ile değişiklikler yapılmıştır.

<sup>8</sup> Ulukan İlker, *Döviz Kazandırıcı Faaliyetlerde Damga Vergisi İstisnası, Vergi Dünyası*, Sayı: 403, Mart 2015, s. 24: "Dış Ticaret Müsteşarlığı 2008/6 No'lu tebliğinde; vergi, resim ve harç istisnasından yararlandırılan hizmet ve faaliyetleri döviz kazandırıcı hizmet ve faaliyet olarak tanımlamıştır. Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan tebliğde ihracat dışında diğer döviz kazandırıcı faaliyetler tadadi olarak sayılmak suretiyle tanımlanmış, ancak döviz kazandırıcı faaliyetlerin genel bir tanımının yapılmasından kaçınılmıştır."

<sup>9</sup> Değer, s. 567.

<sup>10</sup> RG: 5.12.2008, 27075.

Sayı Tebliğ<sup>11</sup> ile değiştirilmiş olup, söz konusu Tebliğ'in "Vergi, resim ve harç istisnasının kapsamı" başlıklı 4.madde hükmüne göre:

*"1) Vergi, resim ve harç istisnası kapsamında;*

*a) İhracat, ihracat sayılan satış ve teslimler, döviz kazandırıcı hizmet ve faaliyetler ile transit ticaretin finansmanında kullanılmak kaydıyla bankalarca kullanılan her türlü sevk öncesi ve sevk sonrası krediler (Türk Eximbankın fon temini işlemleri, bu banka tarafından aracı bankalar vasıtasıyla kullanılan krediler ve Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasınınca Türk Eximbanka açılan kısa vadeli senet reeskont kredileri ile Türk Parası Kıymetini Koruma hakkındaki mevzuat uyarınca ihracat taahhüdüne bağlı olarak kullanılan altın kredileri dahil) ve firmaların sağladıkları prefinansmanlar ile bunların geri ödenmesi,*

*b) İhracatla ilgili işlem yapan bankaların (Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası dahil), faktoring şirketlerinin, sigorta şirketlerinin, noterlerin ve diğer kuruluşların ihracat, ihracat sayılan satış ve teslimler ile döviz kazandırıcı hizmet ve faaliyetlerle ilgili olarak yapmış oldukları bütün hizmet ve muameleler (Türk Eximbankın ihracat kredi sigortası/garantisi ile ilgili işlemleri dahil) dolayısıyla kendi lehlerine her ne nam ile olursa olsun nakden veya hesaben aldıkları paralar ve kambiyo işlemleri,*

*c) Dahilde işleme rejimi kapsamında yapılan ithalat ve/veya yurt içi alımlar ile ilgili işlemler ve bunların finansmanı amacıyla kullanılan krediler,*

*ç) İhracat karşılığı yapılacak her türlü ödemeler, ihracat, ihracat sayılan satış ve teslimler, döviz kazandırıcı hizmet ve faaliyetler ile transit ticaretle ilgili işlemler ve bu işlemler sebebiyle düzenlenen kağıtlar,*

*13/7/1956 tarihli ve 6802 sayılı Gider Vergisi Kanunu ile ihdas edilen Banka ve Sigorta Muameleleri Vergisinden, 1/7/1964 tarihli ve 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu ile ihdas edilen Damga Vergisinden, 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanunu gereğince alınan harçlar ve diğer kanunlarda yer alan vergi, resim ve harçlar ile 12/9/1960 tarihli ve 80 sayılı Kanuna göre alınan hal rüsumundan müstesnadır.*

*(2) Dahilde işleme rejimi kapsamında yapılan ithalat ve/veya yurt içi alımlar, ihracat sayılan satış ve teslimler ile döviz kazandırıcı hizmet ve faaliyetlerin vergi, resim ve harç istisnasından yararlandırılabilmesi için Müsteşarlıktan belge alınması zorunludur. Bu çerçevede kullanılan krediler ve uygulanan istisnalar belgeye kaydedilir. Bunun dışındaki hususlarda vergi, resim ve harç istisnası, ilgili kurum ve kuruluşlarca resen uygulanır ve herhangi bir belge ile irtibatlandırılmaz".*

Tebliğ ile vergi, resim ve harç istisnasının kapsamı belirlenmekle kalmamış, ayrıntılı bir biçimde istisnaya ilişkin belgelerin ne zaman, hangi usul ve şartlarda temin

<sup>11</sup> RG: 21.3.2012, 28240.

edileceği ve geçerlilik süreleri belirtilmiş, ; 14.maddede; “*Belgesiz ihracat kredilerinin, vergi, resim ve harç istisnasından yararlanma süresi 24 (yirmidört) aydır*” denilmek suretiyle vergi istisnasından faydalanma süresi belirlenmiş, mücbir sebep ve fevkalade haller başlıklı 17.maddede, istisnadan faydalanma süreleri için vergi kanunlarında yer almayan farklı sebepler öngörülerek 17.maddenin 3.fıkrasında ise; “Bu maddenin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendindeki mücbir sebep ve fevkalade haller Müsteşarlıkça, diğer bentlerdeki mücbir sebep ve fevkalade haller ise, ilgili banka tarafından belirlenir” denilmiştir; 19.maddesinde; “*Bu Tebliğe istinaden uygulanan istisnaların gerçekleştirilmeyen ihracat taahhüdüne tekabül eden kısımları, vergi resim harç istisnası belgesinin iptal edilmesi halinde; belge kapsamında uygulanan istisnalar 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilir*” düzenlemesine yer verilmiş, özetle idare DVK’da verilen yetki kapsamının dışında ve vergi yasaları ile de çelişen bir yetki kullanmıştır.

## 2.2. Maliye Bakanlığı Tebliğleri

Maliye Bakanlığı ise yayımlanmış olduğu 1 Seri No’lu Döviz Kazandırıcı Faaliyetlerde Damga Vergisi ve Harç İstisnası Uygulaması Hakkında Tebliğ<sup>12</sup>’de 2 Seri No’lu Tebliğ<sup>13</sup>, 4 Seri No’lu Tebliğ<sup>14</sup> ve 5 Seri No’lu Tebliğ<sup>15</sup> ile bir takım değişiklikler yapmıştır. Tebliğin 3.maddesinde döviz kazandırıcı işlemlerle ilgili şu düzenleme yer almaktadır:

“Döviz kazandırıcı faaliyet tanımı, ihracat ile bu Tebliğde sayılan diğer döviz kazandırıcı faaliyetleri kapsar.

### 3.1. İhracat işlemleri

3.1.1. İhracat karşılığı yapılacak ödemeler (*Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonu çerçevesinde yapılan ödemelere ilişkin taahhütnameler ile temliknameler ve Sosyal Sigortalar Kurumu prim borçları ile genel bütçeli idarelere olan borçların mahsubu dahil*

3.1.2. *İhracattan doğan alacağın ihracatçı tarafından temliki,*

3.1.3. *İhracat bağlantıları için düzenlenecek anlaşmalar,*

3.1.4. *Transit ticarete konu malın satın alınması ve satılması,*

3.1.5. *Tedarik edildikleri şekliyle ihraç edilmek üzere mal alımı,*

3.1.6. 4458 sayılı Gümrük Kanununun 131 inci maddesine istinaden ithalat vergilerinden tam muafiyet suretiyle geçici ithalat rejimine tabi ambalaj malzemesi ithali ile kati ihraç edilen mallara ait ambalaj malzemesinin geçici ihracı ve ithali

<sup>12</sup> RG: 27.2.2004, 25386.

<sup>13</sup> RG: 19.7.2006, 26233.

<sup>14</sup> RG: 5.12.2008, 27075.

<sup>15</sup> RG: 21.3.2012, 28240.

3.1.7. *Dahilde İşleme İzni kapsamında yapılan ithalat,*

3.1.8. *Dahilde İşleme İzin Belgesi kapsamında yapılan ithalat veya yurt içi alımlar, ile ilgili işlemler ve bu işlemler sebebiyle düzenlenen kağıtlara (gümrük idarelerine verilen beyannameler dahil) ihracata ilişkin olduğunun tevsik edilmesi kaydıyla, işlem yapan kuruluşlarca re'sen damga vergisi ve harç istisnası tatbik edilecektir.*

3.2. *Diğer döviz kazandırıcı faaliyetler aşağıda sayılmıştır:*

“3.2.1. *Devlet Planlama Teşkilatı (DPT) Müsteşarlığınca yayımlanan cari yıl yatırım programında yer alan kamu yatırımlarından uluslararası ihaleye çıkarılanların (Yerli ve yabancı firmaların ayrı ayrı veya birlikte iştirakine açık olmak üzere) ihalesini kazanan veya yabancı para ile finanse edilenlerin yapımını üstlenen firmaların,*

3.2.1.1. *Yerli firma olması halinde, uluslararası ihalelerde tamamı üzerinden, yabancı para ile finanse edilenlerde ise yabancı paraya isabet eden oranda yapacakları hizmet ve faaliyetler ile yerli imalatçı firmaların, mükerrer olmamak kaydıyla, bahse konu işte kullanılmak üzere bu işin yapımını yüklenen firmaya üreterek yapacakları mal ve malzeme ile hizmet satış ve teslimleri,*

3.2.1.2. *Yabancı firma olması halinde, yabancı firmanın bu işte kullanacağı mal ve malzemeyi üreten yerli imalatçı firmaların (iş taahhüt eden firmalar dahil) yapacakları satış ve teslimleri,*

3.2.1.3. *Yerli ve yabancı firmaların ortaklığı şeklinde olması halinde, yerli firmaya kendi faaliyeti oranında, yabancı firmaya ise (3.2.1.2.) alt bendi çerçevesinde yerli imalatçı firmaların üreterek yapacakları satış ve teslimleri,*

3.2.1.4. *Yukarıda belirtilen (3.2.1.1.), (3.2.1.2.) ve (3.2.1.3.) alt bentleri çerçevesinde proje sahibi kamu kurumları ile bu projeleri üstlenen firmalara yapılacak teknik müşavirlik, mühendislik vb. hizmet satışları,*

3.2.2. *Savunma Sanayi Müsteşarlığınca onaylanan Savunma Sanayi Projelerini üstlenmiş yerli imalatçı firmaların üreterek yapacakları satış ve teslimleri,*

3.2.3. *Savunma Sanayi Müsteşarlığınca Savunma Sanayi açısından önem arzettiği belirtilen savunma araç ve gereçlerini üreten yerli imalatçı firmaların, ülkenin savunması ile ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına üreterek yapacakları satış ve teslimleri,*

3.2.4. *(3.2.2) ve (3.2.3.) bentlerinde belirtilen firmalara, yerli imalatçı firmaların üreterek yapacakları satış ve teslimleri,*

3.2.5. *Yatırım Teşvik Belgesi kapsamında yer alan yatırım mallarını üreterek Yatırım Teşvik Belgesi sahibi yatırımcılara teslim eden yerli imalatçı firmaların yapacakları satış ve teslimleri,*

3.2.6. Yerli imalatçı firmaların, Dış Ticaret Müsteşarlığınca yayımlanan Tebliğler eki yatırım malları listesinde belirtilen malları üreterek yapacakları satış ve teslimleri,

3.2.7. Yerli imalatçı firmaların, Yatırımlarda Devlet Yardımları Mevzuatı çerçevesinde CKD ithal edebilecek firmalara ithal edebilecekleri bu aksam ve parçaları üreterek yapacakları satış ve teslimleri,

3.2.8. Yap-İşlet Modeli çerçevesinde yapılacak yatırım projelerini üstlenen yerli firmaların yapacakları hizmet ve faaliyetleri,

3.2.9. Kamu kurum ve kuruluşlarınca uluslararası ihaleye (sabit sermaye yatırımı nitelikli olanlar) çıkarılan yatırım malına, sınai mamullere ve yazılım hizmetlerine yönelik ihaleleri kazanan yerli imalatçı firmaların üreterek yapacakları satış ve teslimleri,

3.2.10. Kamu kurum ve kuruluşlarınca yaptırılan uluslararası taşımacılık ile bu kurum ve kuruluşlar tarafından uluslararası ihaleye çıkarılmış yurt içi taşımacılığı yüklenen yerli firmaların bu faaliyetleri,

3.2.11. Uluslararası taşımacılıktan döviz olarak kazanılan navlun bedellerinin yurda getirilmesi kaydıyla kara, deniz veya hava ulaştırma hizmet ve faaliyetleri,

3.2.12. Yurt dışına yönelik olarak gerçekleştirilecek müteahhitlik, müşavirlik, yazılım ve mühendislik hizmetleri gibi döviz kazandırıcı hizmet projeleri,

3.2.13. Uluslararası ikili veya çok taraflı anlaşma hükümlerine göre yurt içinde bulunan yabancı kuruluşların yurt dışından getirme *imkanına sahip buldukları sınai mamulleri teslim eden yerli imalatçı firmalar ile uluslararası kuruluşlar, yabancı ülke temsilcilikleri ve kuruluşlarına ait tesislerin yapımını ve onarımını üstlenen müteahhit firmaların faaliyet ve teslimleri,*

3.2.14. Yabancı uyruklulara (diplomatik temsilcilikler ve mensupları dahil), turistlere veya yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarına ülkemizde buldukları sürede, bedelleri yurt dışındaki sağlık ve sigorta kuruluşlarından tahsil edilmek kaydıyla döviz karşılığı verilecek sağlık hizmetleri,

3.2.15. Turizm müesseseleri ile seyahat acentelerinin yurt içindeki ve yurt dışındaki turizm faaliyetleri sırasında yaptıkları döviz karşılığı hizmet satışları,

3.2.16. Bedelleri döviz olarak alınmak kaydıyla yurt dışında yerleşik firmalar adına garanti kapsamında gerçekleştirilen bakım ve onarım hizmetiyle, yabancı bandıralı gemi, uçak veya tırların bakımı ve onarımı ile bunlara yapılan mal (yakıt ve madeni yağlar hariç) ve hizmet satışları,

3.2.17. Yerli firmalarca, ihraç ürünlerimizin pazarlanması amacıyla yurt dışında mağaza açılması veya işletilmesi,



3.2.18. Kamu kurum ve kuruluşlarınca uluslararası ihaleye çıkarılan maden havzalarından *rödövens* karşılığında maden çıkarımı ve işletmesiyle ilgili üretim faaliyetleri,

3.2.19. Yurt içinde yerleşik haber ajanslarınca, yurt dışındaki yayın organlarına görüntülü veya görüntüsüz haber satışları.”

“Uygulamaya İlişkin Esaslar” başlıklı 4.maddesinde yer alan düzenleme<sup>16</sup> ile

<sup>16</sup> “4.1. (3.1.8)de belirtilen faaliyetler için bu konuda düzenlenmiş «Dahilde İşleme İzin Belgesi»; (3.2.)de belirtilen diğer döviz kazandırıcı faaliyetler için bu konuda düzenlenmiş “Vergi Resim Harç İstisnası Belgesi”nin ibrazı üzerine, ilgili kuruluşlarca, aşağıda açıklanan usul ve esaslar çerçevesinde başka bir belge aranmaksızın reşen damga vergisi ve harç istisnası uygulanacaktır.

Ancak, damga vergisi ve harç istisnasının uygulanabilmesi için, vergi ve harca konu işlemin, sözü edilen belgelerin geçerlilik süresi içerisinde yapılması şarttır.

Belgenin alınmasından önce veya belgenin geçerlilik süresinin dolmasından sonra, belgeye bağlanan iş ile ilgili olarak yapılan işlemlere, damga vergisi ve harç istisnası tatbik edilmeyecektir.

Vergi Resim Harç İstisnası Belgesi almak amacıyla proje formu ekinde verilecek taahhütnamelere belge aranmaksızın reşen damga vergisi ve harç istisnası tatbik edilecektir.

4.2. İstisna uygulaması belgede yer alan esaslar dikkate alınarak yürütülecektir.

4.3. Yurtiçi uluslararası ihale konusu işlerle, yabancı para ile finanse edilen kamu yatırımlarında işin proje safhasından başlayarak ihale makamına teslimine kadar geçecek süre içerisinde, ihale makamı ile müteahhit arasında yapılan işlemlerle bu konuda düzenlenen kağıtlara, damga vergisi ve harç istisnası uygulaması, bu işlemler ve kağıtların söz konusu işlerle ilgili olduğunun tevsiki ile mümkündür.

4.4. Yurt dışına yönelik olarak gerçekleştirilecek müteahhitlik, müşavirlik, yazılım ve mühendislik hizmetlerinde, işin proje safhası da dahil olmak üzere yapılan işlemlerle bu konuda düzenlenen kağıtlar, damga vergisi ve harç istisnasından yararlandırılacaktır.

4.5. Yap-İşlet modeli çerçevesinde yapılacak yatırım projeleri ile ilgili olarak, yatırımcı ile bu yatırımın yapılmasını öngören idare arasında, işin proje safhası da dahil olmak üzere yatırımın başlamasından bitimine kadar geçecek süre içerisinde yapılacak işlemlerle bu konuda düzenlenen kağıtlar damga vergisi ve harç istisnasından yararlandırılacaktır.

4.6. Yukarıdaki (4.3), (4.4) ve (4.5) fıkralarında yer alan hususlardaki ihale kararlarına tevsik edilmesi kaydıyla belge aranmaksızın reşen istisna tatbik edilecektir.

Sözü edilen işlerle ilgili sözleşme safhası da dahil olmak üzere, takip eden safhalarda düzenlenen diğer kağıtlar ve yapılan işlemlere damga vergisi ve harç istisnasının tatbiki için, bu konuda düzenlenmiş bulunan Vergi Resim Harç İstisnası Belgesinin ibrazı şarttır.

4.7. Diğer döviz kazandırıcı faaliyetlerde, belgeye bağlı olarak uygulanan damga vergisi ve harç istisnasının; belge sahibi yatırımcı, ihracatçı veya üstlenicinin belge kapsamındaki iş nedeniyle ihale makamı dışında kalan ve belge sahibi olmayan diğer kişi ve kuruluşlarla (taşeron, malzeme müteahhidi v.b) yapacağı muamelelere tatbiki mümkün değildir.

Ancak, belge kapsamındaki döviz kazandırıcı faaliyetlerde kullanılmak şartıyla, belge sahibi kişi veya kuruluşlardan temin edilecek mal, malzeme veya hizmet alımları damga vergisi ve harç istisnasından faydalandırılacaktır.

Bu durumda, döviz kazandırıcı faaliyetlerde, ihale makamı dışında kalan diğer işlem tarafları arasındaki muamelelere; her iki işlem tarafının da o işle ilgili olarak düzenlenmiş belgeye sahip olmasına bağlı olarak damga vergisi ve harç istisnası tatbik edilecektir.

4.8. Bu Tebliğde geçen; “Yerli firma” ibaresi, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulmuş ve vergi uygulamaları bakımından Türkiye’de tam mükellef olan firmaları; “yerli imalatçı firma” ve “imalatçı firma” ibareleri ise, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulmuş, vergi uygulamaları bakımından Türkiye’de tam mükellef olan ve üretim faaliyetinde bulunan firmaları ifade edecektir.

5.maddesinde “sorumluluk” başlığı altında yer alan düzenlemeler<sup>17</sup> incelendiğinde, DVK Ek madde 2 ile tanınan yetkiye dayanılarak Tebliğ hükümlerinin, döviz kazandırıcı faaliyetlere ilişkin tüm unsurların son derece ayrıntılı olmakla birlikte açıkça yasa ile verilen yetki kapsamında dışında ve karmaşık düzenlendiğini, “mükelleflere uygulanacak yaptırımlar” başlıklı 6.maddesinde; “*Döviz kazandırıcı faaliyetlerde; alınmayan damga vergisi ve harç tutarının, döviz kazandırıcı faaliyetlerin gerçekleşmeyen kısmına isabet eden tutarı, Dahilde İşleme İzin Belgeleri ve Vergi Resim Harç İstisnası Belgesinin iptal edilmiş olması durumunda alınmayan damga vergisi ve harç tutarları, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu hükümleri çerçevesinde ceza ve gecikme faizi ile birlikte geri alınacaktır. Gecikme faizi, kağıdın düzenlendiği veya işlemin yapıldığı tarihten başlayarak hesaplanacaktır*” hükmünün Vergi Usul Kanunu (VUK)<sup>18</sup> 112.maddesinde<sup>19</sup> belirlenen gecikme faizinin hesaplanma tarihinden farklı bir tarih öngörüldüğü,

<sup>17</sup> “İşlem yapan kuruluşların sorumluluğu

5.1.1. Yukarıdaki bölümlerde belirtilen hususlarda damga vergisi ve harç istisnasını uygulamak suretiyle işlem yapan (noter, tapu, gümrük, ihaleyi yapan kurum veya kuruluş vb.) kuruluşlar, evvelki bölümde belirtilen esas ve usuller çerçevesinde herhangi bir makam veya merciden muafiyete dair yazı talep edilmeksizin damga vergisi ve harç istisnasını reşen tatbik edeceklerdir.

Ancak, bu Tebliğdeki açıklamalara rağmen istisna kapsamında bulunup bulunmadığı hususunda tereddüde düşülen konularda defterdarlıklardan görüş alınması mümkün bulunmaktadır.

5.1.2. Damga vergisi ve harç istisnasını uygulayarak işlem yapan kuruluşlar ile iş yaptıran kamu kurum ve kuruluşlarınca, bu işlere ilişkin olarak düzenlenen kağıt ve yapılan işlemlerle ilgili olup, istisna uygulaması sebebiyle ilgililerine ödetirilmeyen veya ödeme sırasında tevkif edilmeyen damga vergileri ile alınmayan harca ilişkin olarak, işlemin yapıldığı veya vergiye konu kağıdın düzenlendiği tarihi takip eden 30 gün içinde EK-1’de yer alan Damga Vergisi ve Harç İstisnasından Yararlananlara Ait Bildirim Formunu doldurarak, adına işlem yapılan ihracatçı veya yüklenici kuruluşların gelir veya kurumlar vergisi yönünden bağlı buldukları vergi dairesine bildirilecektir. Bu bildirim, döviz kazandırıcı faaliyetlerle ilgili olarak düzenlenen Vergi Resim Harç İstisnası Belgesi ya da Dahilde İşleme İzin Belgesinin bir örneği de eklenecektir.

5.1.3. Gümrük, tapu ve notere gidilmeksizin ilgili kişi ve kuruluşlar arasında düzenlenen kağıtlara ilişkin olup istisna hükmü gereğince ödenmeyen damga vergisi tutarları, kağıdın düzenlenmesini takip eden 30 gün içinde işlem yapan taraflarca aynı esaslar dahilinde ilgili vergi dairesine bildirilecektir.”

<sup>18</sup> RG: 10.1.1961, 10703.

<sup>19</sup> VUK 112: “1. 1. İkmalen, reşen veya idarece tarh olunan vergiler taksit zamanlarından evvel tahakkuk etmişse taksit süreleri içinde; taksit süreleri kısmen veya tamamen geçtikten sonra tahakkuk etmişse; geçmiş taksitler, tahakkuk tarihinden başlayarak bir ay içinde ödenir.

3. Vergi mahkemesinde dava açma dolayısıyla (4444 sayılı Kanununun 13/C-2 maddesiyle değişen ibare)2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27 nci maddesinin 3 numaralı fıkrası(\*) gereğince tahsil durdurulan vergilerden taksit süreleri geçmiş olanlar, vergi mahkemesi kararına göre hesaplanan vergiye ait ihbarnamenin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde ödenir. Ayrıca ikmalen, reşen veya idarece yapılan tarhiyatlarda:

a) Dava konusu yapılmaksızın kesinleşen vergilere, kendi vergi kanunlarında belirtilen ve tarhiyatın ilgili bulunduğu döneme ilişkin normal vade tarihinden itibaren, son yapılan tarhiyatın tahakkuk tarihine kadar;

b) Dava konusu yapılan vergilerin ödeme yapılmamış kısmına, kendi vergi kanunlarında belirtilen ve tarhiyatın ilgili bulunduğu döneme ilişkin normal vade tarihinden itibaren, yargı organı kararının tebliği tarihine kadar;

“İşlem yapan kuruluşlara uygulanacak yaptırımlar” başlıklı 6.maddesi<sup>20</sup> ile gerekli bildirimlerde bulunmayanlar hakkında ikinci derece usulsüzlük cezası öngörülme suretiyle, ceza hükmüne yer verildiği, ayrıca herhangi bir tereddüt veya uyuşmazlık halinde birbiri ile çelişen her iki idarenin Tebliğlerinin de esas alınarak bir sonuca ulaşılmaya çalışıldığı görülmektedir<sup>21</sup>.

Hem Dış Ticaret Müsteşarlığı hem de Maliye Bakanlığı Tebliğleri, DVK ile kendilerine verilen- ve aslında aşağıda da belirtileceği gibi Anayasa’ya aykırı olan- yetkinin kapsamı dışında, DVK ve VUK hükümlerine aykırı farklı düzenlemeler getirilmek suretiyle kullanılmıştır. Bu tespitimiz sonrası aşağıdaki bölümlerde döviz kazandırıcı faaliyetlerde bulunan yükümlülerin, söz konusu faaliyetleri ile ilgili düzenlemeleri yapan idareler karşısında hukuksal koruma yollarının varlığının izinin sürülecek ve başlangıç noktamız da Anayasa olacaktır.

### 3. Anayasal Zemin: Verginin Yasallığı İlkesi

Anayasa’nın “Vergi Ödevi” başlıklı 73.maddesine göre; “*Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.*”

*Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.*

*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.*

*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir”.*

---

Geçen süreler için 6183 sayılı Kanuna göre tespit edilen gecikme zammı oranında gecikme faizi uygulanır. Gecikme faizi de aynı süre içinde ödenir. Gecikme faizinin hesaplanmasında ay kesirleri nazara alınmaz”.

<sup>20</sup> “6.3.1. Damga vergisi ve harç istisnasına konu işlemi yapan ancak 30 günlük sürede gerekli bildirimde bulunmayan sorumlular adına ikinci derece usulsüzlük cezası kesilecektir.

6.3.2. Bu Tebliğ kapsamına girmediği halde bu Kanun ve Tebliğ gerekçe gösterilerek damga vergisi ve harç istisnası tatbik edilen işlemleri yapan kuruluşlar (noter, tapu, gümrük, ihaleyi yapan kurum veya kuruluş vb.), alınmayan damga vergisi ve harç tutarları ile bunlara ilişkin faizlerin ödenmesinden müteselsilen sorumlu olacaklardır.

6.3.3. İstisnaya konu işlemi yaptığı halde gerekli bildirimde bulunmayan kuruluşlar, döviz kazandırıcı faaliyetin gerçekleşmemesi veya belge şartlarına uyulmadığının tespiti halinde, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu hükümleri çerçevesinde ilgililerden ceza ve gecikme faizi ile birlikte tahsil edilmesi gereken damga vergisi ve harç tutarlarından, müteselsilen sorumlu olacaklardır”.

<sup>21</sup> www.gib.gov.tr (10.9.2015): “Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından yayınlanan bazı özelgelerde her iki Tebliğ’den faydalanılmış, bazı özelgelerde ise sadece Maliye Bakanlığı Tebliği’ne atıf yapılmıştır. Örneğin Gelir İdaresi Başkanlığı, Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı, Mükellef Hizmetleri Grup Müdürlüğü’nün 5.9.2014 tarihli özelgesinde; “yurt dışında bulunan şirkete döviz kredisi verilmesi işlemi için düzenlenen sözleşmenin ihracat kapsamında damga vergisinden istisna edilemeyeceği” belirtilmiştir, oysa Dış Ticaret Müsteşarlığı’nın 2008/6 Sayılı Genelgesi’nde söz konusu krediler, istisna kapsamındadır.

Vergi hukuku doktrininde “verginin yasallığı ilkesi” olarak tanımlanan<sup>22</sup> bu ilke vergi konulmasını keyfilikten çıkarıp, halkın temsilcilerinin kararı ile olmasına olanak verir<sup>23</sup>.

Verginin yasallığı ilkesi, vergilerin ve benzeri mali yükümlerin yasa ile getirilmesini zorunlu kılarken, aynı zamanda verginin konusu, vergiyi doğuran olay, yükümlü, matrah ve oran gibi ana öğelerinin de yasa ile saptanması bakımından bağlayıcı bir kuraldır<sup>24</sup>. Anayasa Mahkemesi’ne göre bir verginin yasa ile konulmuş sayılabilmesi için gerekli olan asgari şartlar şöyle belirlenmiştir: “*Anayasa’nın 73. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiş ve diğer fıkralarında da bu yükümlülüğün ilkeleri gösterilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında, ‘Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.’* denilerek verginin kanuniliği ilkesi benimsenmiştir. Verginin kanuniliği ilkesi, takdire dayalı keyfi uygulamaları önleyecek sınırlamaların yasa da yer almasını gerektirmekte ve vergi yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin konulması, değiştirilmesi veya kaldırılmasının yasa ile yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Buna göre vergide, yükümlü, matrah, oran, tarh, tahakkuk, tahsil, uygulanacak yaptırımlar ve zamanaşımı gibi konuların yasayla düzenlenmesi zorunludur”<sup>25</sup>. Söz konusu kurucu unsurları içermeyen bir düzenleme, biçimsel anlamda vergi yasası olsa bile maddi anlamda vergi yasası olarak nitelendirilemez<sup>26</sup>.

Yasallık ilkesinin esasını oluşturan da esasında tüm demokratik devletlerde vergilendirme yetkisinin, kural olarak yasama organı tarafından kullanılmasıdır ve bu kural vergilerin ancak kanunla konulması, değiştirilmesi ve kaldırılması, bu konuda yürütme ve yargı organlarının yetkisiz olmaları anlamını taşır<sup>27</sup>.

Verginin yasallığı ilkesinin istisnası ise Anayasa’nın 73.maddesinin 4.fıkrasında “kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içerisinde” “Bakanlar Kurulu’na” verilmiş olan “değişiklik yapma” yetkisidir. Söz konusu istisnai yetkinin kabul edilme nedeni, “ekonomiye etkin ve çabuk müdahale etme zorunluluğudur”<sup>28</sup>. Bu yetki, 1982 Anaya-

<sup>22</sup> Saban Nihal, **Vergi Hukuku**, Beta Yayınları, 6.Baskı, Kasım 2014, s. 62, Kaneti Selim, **Vergi Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, 2.Bası,s.36; Şenyüz Doğan, Yüce Mehmet, Gerçek Adnan, **Vergi Hukuku** (Genel Hükümler), Ekin Yayınevi, 5.Baskı, s. 23; Öncel Mualla, Kumrulu Ahmet, Çağan Nami, **Vergi Hukuku**, Turhan Kitabevi, 23.Bası, Ankara 2014, s. 39’da “yasal idare ilkesi” kavramını kullanmaktadırlar.

<sup>23</sup> Saban, s. 62.

<sup>24</sup> Güneş Gülsen, **Verginin Yasallığı İlkesi**, Alfa Yayınları, 1.Baskı, Temmuz 1998, s.119.

<sup>25</sup> AYM, 26.1.2011, E: 2009/42, K: 2011/ 26 (www.anayasa.gov.tr) (7.9.2015).

<sup>26</sup> Saban, s. 63.

<sup>27</sup> Çağan Nami, **Vergilendirme Yetkisi**, İstanbul 1982, Kazancı Hukuk Yayınları, s.100.

<sup>28</sup> Güneş, s. 158: “Bu suretle yasama organının daha yavaş çalışması nedeniyle anılan konularda Bakanlar Kurulu’na yetki verilmesine olanak sağlanarak esneklik ve çabukluk getirilmektedir”.

sa koyucunun iradesine göre “tali güncelleme yetkisi”, 1971 değişikliği çerçevesinde Anayasa koyucunun iradesine göre ise “acil değişiklik yetkisi” gibi görünmektedir<sup>29</sup>.

Ancak burada dikkat edilmesi gereken hususlardan ilki, verginin yasallığı ilkesi doğrultusunda, yetki veren kanunun belirli ve sınırlı bir kanun olması için, sadece alt ve üst limitlerin kanunda belirlenmiş olmasının yeterli olmayacağı<sup>30</sup>, diğeri ise Bakanlar Kurulu’na verilen yetkinin, verginin temel unsurlarından olan muaflık, istisnalar, indirimler ve oranlara ilişkin düzenleme yetkisinin sınırlı ve koşullu değiştirici bir yetki olduğu<sup>31</sup> başka bir idari organa devredilemeyeceğidir. Bir başka ifadeyle, vergi kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde Maliye Bakanlığı ve diğer idari birimlerin hiçbir biçimde değişiklik yapmak yetkisi bulunmamaktadır.

Anayasa 73/4 maddede yer alan geçen “muafiyet ve istisnalar” kavramı ise çoğu zaman idare tarafından farklı algılanmaktadır. Esasında “muafiyet ve istisnalar” için bir yukarı ve aşağı sınır tespit edilememektedir. Kaldı ki muafiyet ve istisnalar konusunda değişiklik yapmak, yasal değişikliklerdir ve Anayasa 73/4 ile verilen yetkinin aşılması anlamına gelir. “Vergiden indirim yapmak veya bağışık tutmak, vergi koyma ölçüsünde büyük bir önem taşıdığından yasallık ilkesinin kapsamı içindedir”<sup>32</sup>, bir başka deyişle mutlaka yasa koyucu tarafından belirlenmelidir.

Bakanlar Kurulu’na verilen istisnai yetki ile ilgili Anayasa Mahkemesi de aşağıdaki kararlarında şu değerlendirmeyi yapmıştır:

*“Anayasa’da vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde değişiklik yapabilme yetkisinin Bakanlar Kuruluna verilebileceği belirtilmekle birlikte, Bakanlar Kuruluna verilen bu yetkinin kullanılabilmesi alt ve üst sınırların da kanunda belirtilmesi zorunludur. Bakanlar Kurulunun bu sınırları aşacak biçimde herhangi bir düzenleme getirebilmesi olanaklı değildir. Bir başka deyişle, Bakanlar Kuruluna verilen bu yetki “koşullu ve sınırlı bir yetki”dir. Vergilendirmede esas kural, vergilerin kanunla konulup, kaldırılması ve değiştirilmesi olduğundan, verginin yasallığı ilkesinin zedelenmesine yol açacak ve yasama yetkisinin yürütme organına devri sonucunu doğuracak şekilde yürütme organına sınırsız bir yetki verilmesi kabul edilemez”<sup>33</sup>.*

<sup>29</sup> Yalıtı Billur, “Anayasa Mimarisinde Bir Yapıtışı: Mahalli İdarelerin Tali Vergilendirme Yetkisi Üzerine Değerlendirmeler”, **Vergi Sorunları**, Haziran 2010, Sayı: 261, s. 13.

<sup>30</sup> Yalıtı, Anayasa Mimarisinde Bir Yapıtışı, s. 14.

<sup>31</sup> Gerçek Adnan, **Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2006, s. 98: “Dolayısıyla Bakanlar Kurulu kendisine verilen sınırlar içinde takdir yetkisi çerçevesinde düzenleme yetkisini kullanırken Anayasa ve kanunlarla belirlenmiş sınırlarla bağlı olup, bunlara uymak zorundadır”.

<sup>32</sup> Kaneti, s. 37; Gedik Gülşen, “Çağdaş Anayasa” Hazırlık Sürecinde Vergi Ödevinin Yeniden Tasarlanması, **Vergi Dünyası**, Haziran 2009, Yıl:28, Sayı:334, s. 148: “Muafiyet ve istisnalar” kelimeleri anayasa metninden çıkartılmalı ve Bakanlar Kurulu ile mahalli idarelere verilecek yetki sadece “kanunda belirlenmiş aşağı ve yukarı sınırlar içinde vergi, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin indirim ve oranlarına ilişkin değişiklik yapabilmek” olmalıdır”.

<sup>33</sup> AYM, 29.1.2014, E: 2013/66, K: 2014/19 (www.anayasa.gov.tr) (7.9.2015) .

“Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlüklerin, konulması, değiştirilmesi veya kaldırılmasının yasayla düzenlenmesi Anayasa gereğidir. Buna göre vergide, yükümlü, matrah, oran, tarh, tabakkuk, tahsil, uygulanacak yaptırımlar ve zamanaşımı gibi konuların yasayla düzenlenmesi Anayasa uyarınca zorunludur. Vergiden indirim yapmak ya da vergi kapsamındaki kimi konulara istisna getirmek veya kimi kişileri vergi dışında bırakarak muafiyet tanımak işlemleri de en az bu sayılanlar ölçüsünde büyük önem taşımaktadır. Muaflik, istisna ve indirimler, yasa koyucu tarafından “mali güce göre vergilendirme”nin ve «vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı»nın sağlanmasının araçlarıdır.

Hukuk devletinin ve verginin yasallığı ilkesinin temel özelliklerinden biri de «belirlilik»tir. Belirlilik ilkesi, yükümlülüğün hem kişiler hem de idare yönünden belli ve kesin olmasını ifade eder. Buna göre, yasal düzenlemelerin herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gerekmektedir. Yasa kuralı, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmelidir. “Öngörülebilirlik şartı” olarak nitelendirilen bu ilkeye göre yasanın uygulanmasında takdirin kapsamı ve uygulama yöntemi bireyleri keyfi ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazılmalıdır. Belirlilik, yükümlülerin hukuki güvenliğini korumakla birlikte aynı zamanda vergi idaresinde istikrarı da sağlamaktadır.

Kuralda muafiyetin tanındığı mükellef ve muafiyetin türü olmak üzere vergilendirme yönünden iki unsur bulunmaktadır. Her türlü vergi, resim ve harç muafiyeti ajanslara tanınırken, 5449 sayılı Yasa'nın uygulanmasıyla ilgili iş ve işlemlerin neler olduğu açık olarak gösterilmemiştir. Yasa'nın uygulanmasıyla ilgili, vergi, resim ve harçtan muaf tutulacak iş ve işlemlerin niteliği, türü, kapsamı ve sınırı gibi unsurlar belirtilmemiş; vergi, resim ve harç türü ile muafiyet arasında bağlantı kurulmamıştır. Muafiyetin hangi amaçla, niçin, hangi sınır ve koşullarla yapıldığına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır”<sup>34</sup>.

O halde Anayasal düzlemde yapacağımız ilk tespit, DVK Ek 2..maddede yer alan “Maliye Bakanlığı'na ve Dış Ticaret Müsteşarlığı'na verilen yetki” hükmünün Anayasa'nın 73.maddesi kapsamında verginin yasallığı ilkesine aykırı olduğudur.

Anayasa'ya aykırı biçimde kullanılan yetki ile DVK Ek 2.maddede yer almayan ve yasa ile belirlenmesi gereken tüm hususlar Maliye Bakanlığı ve Dış Ticaret Müsteşarlığı Tebliğleri ile ayrı ayrı belirlenmiş, sorumluluk konusunda yeni esaslar getirilmiş, cezai müeyyideler öngörülmüş, Maliye Bakanlığı gecikme faizinin hesaplanacağı tarih ile ilgili farklı saptama yaparken, Dış Ticaret Müsteşarlığı 6183 Sayılı Kanun'a göre damga vergisi tahsil edileceğini belirtmiş, özetle birbiri ile çelişen, vergi yasalarına da aykırı hükümler ihdas eden karmaşık bir mevzuat oluşturulmuştur.

<sup>34</sup> AYM, 30.11.2007, E: 2006/61, K:2007/91 (www.anayasa.gov.tr) (7.9.2015) .

Danıştay da döviz kazandırıcı faaliyetler ile ilgili önüne gelen bir uyuşmazlıkta, Tebliğ düzenlemeleri ile “yasada verilen yetkinin sınırlarının aşıldığını” şöyle değerlendirmiştir:

“488 sayılı Kanun’un Ek 2’nci maddesinin verdiği yetki, “döviz kazandırıcı faaliyetlerin” belirlenmesine ilişkindir. Dolayısıyla, İdarece belirlenen faaliyetin öncelikle “döviz kazandırıcı” yönünün olması yasal zorunluluktur. 488 sayılı Kanunu’nun Ek 2’nci maddesinin son fıkrası uyarınca adı geçen İdarelere verilen, döviz kazandırıcı faaliyetleri belirleme yetkisi sınırsız olmayıp, her şeyden önce eşitlik ilkesine ve bu ilkenin vergi alanındaki yansımaları olan vergilemede adalet ilkesine uygun olarak kullanılması gereklidir.

Dava konusu olayda, döviz kazandırıcı faaliyetin ana unsurunu; “Gebze-Haydarpaşa, Sirkeci Halkalı Banliyö Hatlarının İyileştirilmesi ve Demiryolu Boğaz Tüp Geçidi İşleri” oluşturmakla birlikte, bu işin yerli firma ve yabancı firma tarafından gerçekleştirilmesi durumlarına göre farklı uygulamanın getirildiği görülmektedir. Ancak; söz konusu işlerin yerli firmalara veya yabancı firmalar tarafından gerçekleştirilmesi halleri arasında, döviz kazandırma yönünden herhangi bir farklı etki söz konusu değildir. Dava konusu olayda olduğu gibi, istisnadan yararlanılabilmesi için, yukarıda sözü edilen uluslararası ihaleye çıkarılan işin yerli firmalar veya yabancı firmalar tarafından yapılması arasında fark getirilmesi ve yabancı firmaların sadece bu işte kullanacağı malları üreten imalatçı firmaların yapacakları satış ve teslimleri için istisna uygulamasından faydalanabileceğine ilişkin yapılan düzenlemenin, Kanunla tanınan bir hakkın idari işlemle daraltılması anlamına gelir ki, bu durumun, yukarıdan aşağıya doğru “Anayasa”, “Kanun”, “Kanun Hükmünde Kararname”, “Tüzük”, “Yönetmelik” ve “diğer alt düzenleyici işlemler” şeklinde sıralanan normlardan, alt kademedede yer alanın, üst kademedeki norma aykırı olması veya onun kapsamını aşan düzenlemeler içermesinin mümkün olmadığını ifade eden normlar hiyerarşisi ilkesiyle bağdaştırılması olanağı yoktur. Zira, 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu’na 5035 sayılı Kanun’la eklenen Ek Madde 2’nin son fıkrasında, bu maddenin uygulanması bakımından döviz kazandırıcı faaliyetlerin neler olduğunun ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların tespit edileceği hükme bağlanmış olup, bu fıkra hükmü ile, Maliye Bakanlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığına “döviz kazandırıcı faaliyetlerin neler olduğu”nun belirlenmesi ile sınırlı yetki verilmiştir. Maddede, döviz kazandırıcı faaliyetlerin neler olduğu belirlendikten sonra, istisnadan yararlandırma bakımından, yerli firmalar ile yabancı firmalar arasında bir ayırım getirilmesi mümkün değildir.

Bunun yanı sıra, davalı idare tarafından, davacı şirketin, vergi resim harç istisna belgesinin bulunmadığı ileri sürülmekte ise de; 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu’nun ek 2. maddesi ile verilen yetki aşılarak Genel Tebliğler ile döviz kazandırıcı faaliyetler için vergi istisnasının uygulanabilmesi için, ilgili kuruluşlarca, bu konuda düzenlenmiş bulunan vergi, resim ve harç istisnası belgesinin ibrazı şartının getirilmesi mümkün olmadığından, davalı idarenin bu iddiasına itibar edilmemiştir<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> Danıştay 9.D., E: 2013/1802, K:2014/797, 6.3.2014 (ww.danistay.gov.tr) (8.9.2015).

Sonuç itibariyle söz konusu kanun maddesi Anayasa'ya aykırıdır ve Anayasa'ya aykırı hükme dayanılarak yayınlanan Tebliğ hükümleri çerçevesinde, döviz kazandırıcı faaliyet ile ilgili bir uyumsuzluk ortaya çıktığında, yükümlünün Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluyla<sup>36</sup> başvurması ve Anayasal ve uluslararası sözleşmeler kapsamında kendisine tanınan mülkiyet hakkının korunmasını talep etmesi mümkün olacaktır.

#### 4. Anayasal ve Uluslararası Koruma Alanı: Mülkiyet Hakkı

Anayasa'nın "Temel Haklar ve Ödevler" başlıklı İkinci Kısım I. Bölüm'de yer alan temel hak ve hürriyetlerin niteliği ve sınırlandırılmasına ilişkin kurallar 12 ve 13. maddelerde şöyle hükme bağlanmıştır:

##### *I. Temel hak ve hürriyetlerin niteliği*

*MADDE 12- Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.*

##### *II. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması*

*MADDE 13- Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*

Vergilendirme alanında temel hak ve hürriyetler kapsamında yer alan en önemli güvence ise mülkiyet hakkıdır ve 35. maddede şöyle düzenlenmiştir:

*"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz".*

Vergilendirme yetkisinin kullanımı, Anayasa'da temel hak ve hürriyetler bölümünde düzenlenmiş olan mülkiyet hakkına müdahaledir.<sup>37</sup> Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında mülkiyet hakkının sınırlandırılması ancak "kamu yararı" amacı ile ve "kanun" yolu ile yapılabilecektir. Bununla birlikte 13. maddedeki genel sınırlama şartlarına uyulacak; sınırlama "kanun" ile yapılırken, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeni ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olacak, hakkın özüne dokunmayacaktır<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> "AYM Bireysel Başvuru" bölümünde incelenecektir.

<sup>37</sup> Saban, s. 73.

<sup>38</sup> Saban, s. 73: "Vergilendirme yetkisi nerede mülkiyet hakkının özüne müdahale oluşturur diye sorduğumuzda, o hakkın kullanılabilirliğinin ortadan kalkması sorununun açık cevabı olacaktır.



Yükümlünün Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yolunu tercih etmesi halinde, sadece yukarıda belirtilen Anayasal haklardan değil, Anayasa 90.maddesi 5.fıkrası gereği, uluslararası anlaşma ile tanınan haklardan da faydalanması gerekecektir.

Anayasa 90.maddesi 5.fıkrasına göre: “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*”.

Söz konusu hüküm gereği Türkiye tarafından usulüne göre onaylanmış olan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS)<sup>39</sup> ve eki Protokollerin hükümlerinin yasa ile çatışması durumunda davaya bakmakta olan yargıcın Sözleşme ve Ek Protokollerini uygulama yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>40</sup>. Anayasal içtihatla uluslararası insan hakları hukukunun Anayasa yorumundaki değeri konusundaki yaklaşım “anayasa üstülük” olarak adlandırılabilir. Çünkü burada Anayasa ile gönderme yapılan uluslararası insan hakları hukuku arasında, ikincisi lehine bir hiyerarşi kurulmaktadır<sup>41</sup> ve buna bağlı olarak da vergi hukuku alanına geçtiğimizde temel hak ve hürriyetlere dair milletlerarası andlaşmaların iç hukuka üstün<sup>42</sup> olduğunu ve yargıçlar tarafından uyuşmazlıkların çözümünde, temel hak ve özgürlüklere dair en önemli milletlerarası andlaşma olan İHAS hükümlerinin esas alınmak durumunda olduğunu söyleyebiliriz<sup>43</sup>.

“Vergi” kavramının İHAS hükümleri içinde açıkça geçtiği tek madde de “Mülki-

---

Örneğin ücret geliri elde eden bir gelir vergisi mükellefinin durumunu ele aldığımızda, vergilendirme yetkisinin sınırı onun insan onuruna yakışır biçimde yaşamasını sağlayacak gelir dilimi olacaktır”.

<sup>39</sup> Türkiye Sözleşme’yi 10.3.1954 tarihinde Onay Kanunu ile kabul etmiştir. RG: 19.3.1954,8662.

<sup>40</sup> İnceoğlu Sibel, *Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi*, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Editör: Sibel İnceoğlu, Beta Yayınları, Nisan 2013, s. 9: “Bu yükümlülük elbette İHAS’ı mahkemelerin özerk bir biçimde yorumlaması anlamına gelmez. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ndeki hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğini belirleme yetkisi yine Sözleşmeye göre İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne verilmiştir. Diğer bir deyişle ulusal yargıç Sözleşmeyi yorumlarken İHAM kararlarına uygun bir biçimde yorum yapmalıdır, aksi halde İHAS’ı öncelikle uygulama görevini yerine getirmiş olmaz”.

<sup>41</sup> Oder Bertil Emrah, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, Beta Yayınevi, 1.Bası, Kasım 2010, s. 222.

<sup>42</sup> Yalıtı Billur, *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, Beta Yayınları, 1.Bası, Eylül 2006, İstanbul, s. 21.

<sup>43</sup> Gemalmaz H.Burak, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Mülkiyet Hakkı*, Beta Yayınları, İstanbul 2009, 1.Bası, s.3: “İHAS, ulusal üstü insan hakları belgeleri arasında en etkili denetim mekanizmasına sahiptir. İHAS bir komisyon ve mahkeme kurarak bireylerin Sözleşme’ye taraf devletler aleyhine başvuru yapmasına imkan verecek usuller öngörmüş ve onbinlerce karar üretmiştir”.

yetin korunması” başlıklı İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’ye Ek 1. Protokol 1.maddesidir<sup>44</sup>. Söz konusu hükme göre; “Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasa da 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”.*

P-1-1’deki mülkiyet hakkı<sup>45</sup>, iki yönlüdür. Birincisi müdahaleye maruz kalmaksızın mülkiyetten yararlanma hakkı, ikincisi mülkiyetten mahrum bırakılmama hakkıdır ve bu hakkın öznesi/ sahibi gerçek veya tüzel kişi olabilir<sup>46</sup>.

Madde hükmünde vergilendirme, mülkiyet hakkının istisnası olarak düzenlenmiştir; ancak vergilendirme yetkisi hukuka uygun kullanılmalı, kamu yararı amacı olmalı ve getirilen düzenleme ile kamu yararı amacının gerçekleştirilmesi arasında makul ve orantılı bir araç oluşmalıdır<sup>47</sup>.

Protokol’ün 1.maddesine göre mülkiyet hakkına ancak “yasa” ile müdahale edilebilir ve burada geçen “yasa” kavramı da hem yasaları hem de içtihatları kapsar ve ulaşılabilirlik, öngörülebilirlik gibi niteliksel gerekliliklere işaret eder<sup>48</sup>.

Daha açık bir ifadeyle, müdahaleye dayanak olan normun ulusal hukuk sistemine göre şeklen kanun olması yeterli olmayıp, kanunun niteliği hukukun üstünlüğü genel prensibine uygun olmalı ve kanun şu üç temel özelliği taşımalıdır:

- “Kişinin içinde bulunduğu somut olaya uygulanan kurallar hakkında yeteri kadar bilgiye ulaşabiliyor olması gerekir.

<sup>44</sup> Yaltı, Vergi Yükümlüsünün Hakları, s. 43. Söz konusu Protokol, 20 Mart 1952 tarihinde Paris’te imzalanmış ve 6. madde 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.

<sup>45</sup> Doğru Osman, Nalbant Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 2.Cilt, Legal Yayınevi, Ekim 2013, s. 651: “Mülkiyet hakkı, kişinin sahip olduğu şeyler üzerindeki hakkını güvence altına alır. Bu maddenin uygulanabilmesi için kişinin sahibi olduğu “şey”e (İngilizce metinde geçen “possessions” ve Fransızca metinde geçen “biens” sözcüklerine karşılık Türkçe’de “mal ve mülk” terimleri kullanılmaktadır) kamu makamları tarafından bir müdahalede bulunmuş olması gerekir”.

<sup>46</sup> Gemalmaz M.Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Cilt 2, 8.Bası, Legal Yayınevi, Aralık 2012, s. 105.

<sup>47</sup> Yaltı, Vergi Yükümlüsünün Hakları, s. 43; Doğru, Nalbant, s.656’da bu koşullar “hukukilik ilkesi, meşru amaç ve orantılılık ilkesi” olarak ifade edilmiştir.

<sup>48</sup> Yaltı, Vergi Yükümlüsünün Hakları, s. 64, 65.

- Kişinin müdahaleye karşı kendi tavrını geliştirmesine olanak sağlayacak derecede açık ve belirli kurallar ile karşılaşması gereklidir.
- Kişinin belirli bir olaya uygulanan kuralların sonuçlarını makul ölçüde öngörebilmesini mümkün kılmalıdır<sup>49</sup>.

Yasayla sınırlama ilkesi, Anayasalarda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejiminin vazgeçilmez bir unsurudur. Söz konusu ilke yürütme organının yetkilerini keyfi kullanmasının önüne geçmek amacıyla, hukuki güvenlik ilkesini sağlamaya yönelmiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM)'a göre yasallık koşulunun yerine gelmiş sayılması için öncelikle bir yasanın mevcudiyeti, daha sonra da bu yasanın içtihatla ortaya çıkmış kıstaslara uygun olması gerekir<sup>50</sup>.

Söz konusu ilke, İHAS Ek Protokol 1.maddede yer alan ve kanunla düzenleme yapılması zorunluluğundan daha geniş bir anlama sahiptir. İHAM'a göre hukukun üstünlüğü, demokratik toplumun temel prensiplerinden biridir ve bu prensip Sözleşme'nin bütün maddelerinde içsel olarak mevcuttur. Devlete düşen yükümlülük malvarlığı haklarına saygı gösterilmesi bağlamında herşeyden önce uluslararası hukukun genel ilkelerine<sup>51</sup> uygun davranmasıdır.

İHAS kapsamında “yasayla düzenleme” şartının yerine getirilmiş olması için, kişinin içinde bulunduğu somut olaya uygulanan kurallar hakkında yeteri kadar bilgiye ulaşabiliyor olması, müdahaleye karşı kendi tavrını geliştirmesine olanak sağlayacak derecede açık ve belirli kurallar ile karşılaşması ve kişinin belli bir olaya uygulanan kuralların sonuçlarını makul ölçüde öngörebilmesi şarttır<sup>52</sup>.

“Öngörülebilirlik ise, yasadaki düzenlemenin anlam ve mahiyetine ilişkindir. Eğer hukuk, kamu otoritesinin keyfi müdahalesine açık bir metinse ve kişi buna karşı

<sup>49</sup> Sarı H.Gürbüz, **Malvarlığı Haklarının Korunması**, Beta Yayınevi, 1.Bası, Nisan 2006, s. 62,63.

<sup>50</sup> Boyar Oya, *Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Editör: Sibel İnceoğlu, Beta Yayınları, Nisan 2013, s.515; Yaltı, Vergi Yükümlüsünün Hakları, s. 65: “İHAM, hem Anglo Amerikan hem de Kıta Avrupası hukuk düzenlerinin geçerli olduğu ülkeler açısından denetim yaptığından “yasa”yı “hukuk” olarak yorumlar ve yargı kararları dahil herhangi bir hukuk metninde yazılılığı yeterli görür. Mahkeme, “hukuk” terimini şekli değil maddi anlamı ile değerlendirir. Hem yasadan daha alt seviyede yer alan hukuk kurallarını hem de yazılı olmayan hukuk kurallarını terime dahil eder.

<sup>51</sup> Doğru, Nalbant, s. 656: “Ek P1-1’de geçen “uluslararası hukukun genel ilkeleri” James ve diğerele v. Birleşik Krallık kararında şöyle değerlendirilmiştir: “İlk olarak bu atıf vatandaş olmayanlara, uluslararası hukukun ilgili ilkelerine dayanarak haklarının korunması için Sözleşme mekanizmasına doğrudan başvurabilme imkanı sağlamaktadır. İkinci olarak vatandaş olmayanlara Protokol’ün yürürlüğe girmesinin kendilerinin haklarını azalttığı şeklindeki muhtemel iddialara karşı güvence sağlamaktadır”.

<sup>52</sup> Sarı, s. 53; Yaltı Billur, *Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahalede Kanunilik: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Yeni Kararlarında “Çelişik Mevzuat” ve “Çelişik İchtihat”, Vergi Sorunları*, Sayı: 276, Eylül 2011, s.8.

güvence olanaklarına sahip değilse, örneğin verilen bir yetki gizli bir biçimde kullanılabiliriyorsa, öngörülebilir olmaktan çıkar. Hukuk, kişiye kamu otoritesinin yetkisini hangi koşul ve hallerde kullanabileceğini belirleme olanağı verecek şekilde deyimisel olarak yeterince açık olmalıdır. Takdir yetkisi veren bir yasa o yetkinin kapsamını belirlemelidir; ancak usul ve koşulların ayrıntısının yasanın maddi hükümler içinde yer alması da gerekmez”<sup>53</sup>.

Mülkiyet hakkına ilişkin uyuşmazlıklarda İHAM, öncelikle somut olayda mülkiyet hakkına müdahale olup olmadığına karar vermektedir. Müdahalenin sabit olması halinde söz konusu müdahalenin hukuka uygun olup olmadığına tespiti yapılmakta olup, İHAM’ın araştırdığı husus, somut olayda bir yasa hükmünün, başvurunun Sözleşme’den doğan hakkını ihlal edip etmediğidir.

Vergisel düzenlemelerin niteliklerinin İHAS Ek Protokol 1.maddesine uygunluğunun değerlendirildiği Serkov davasında<sup>54</sup> İHAM, “vergi mevzuatının niteliksel kanun olarak kabul edilebilmesi için belirli, açık ve öngörülebilir olması gereğinin altını çizmiş, çelişkili içtihat hallerinde hukuka uygunluk ölçütleri belirlenmiş ve söz konusu davada ele alınan mevzuat belirlilik ve/veya öngörülebilirlik açısından mülkiyet hakkını ihlal edici nitelikte bulunmuştur”<sup>55</sup>.

Söz konusu davada; “başvurucu gerçek kişi, ticaret erbabıdır ve Küçük Ölçekli İşletmelerde Vergi, Muhasebe ve Raporlama İçin Basit Usul Hakkında Başkanlık Kararnamesi çerçevesinde birleşik vergi mükellefiyeti tesis ettirmiştir. Mart-Temmuz 2004 arasında Ukrayna’ya ithal ettiği mallar için gümrük idaresinin KDV’yi ödedikten sonra dava açarak, basit usule tabi olduğunu belirtmiş ve ödediği KDV’nin iadesini talep etmiştir. Küçük Ölçekli İşletmeler İçin Devlet Yardımı Kanunu 11.maddesi çerçevesinde basit usul, ödenmesi gereken vergi ve harçlar yerine tek (birleşik) vergi uygulanmasını öngörmektedir. Başvurucu ayrıca tek (birleşik) vergi mükelleflerinin Başkanlık Kararnamesi’ne göre KDV’den istisna olduğunu ve bu nedenle herhangi bir KDV mükellefiyetinin bulunmadığını ileri sürmüştür”<sup>56</sup>.

“Başvurucu, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ulusal hukuka ve Kararname’ye aykırı olduğu iddiası ile İHAM’a başvurmuştur. İHAM şu değerlendirmeyi yapmıştır: “Protokolün 1.maddesinde geçen “kanun” kavramı Sözleşme’nin diğer bütün maddelerinde yer alan kavramla aynı anlamı yüklenmiştir. Bu kavram, yapılan bir uygulamanın ulusal hukukta bir temelini bulunmasını gerektirir, yani uygulama bakımından ilgili kişilerce ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir olmalıdır. Öngörülebilirlik, önemli oranda kuralın içeriğine, kapsamına ve uygulanacağı kişilerin sayısı ve statüsüne

<sup>53</sup> Yaltı Billur, Vergi Yükümlüsünün Hakları, s. 66.

<sup>54</sup> Serkov v. Ukraine, Fifth Section, Application no.39766/05, 7.7.2011.

<sup>55</sup> Yaltı Billur, Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahalede Kanunilik, s.8.

<sup>56</sup> Yaltı Billur, Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahalede Kanunilik, s.13.

*bağlıdır. Bir yasa kuralının birden fazla yorumu mümkün kılması, tek başına bu kuralın öngörülebilirlik koşulunu karşılamadığı anlamına gelmez. Yargı organlarının hükme ilişkin rolü, günlük uygulamadaki değişimleri göz önüne almak suretiyle yoruma ilişkin bu türden kuşkuları kesin olarak ortadan kaldırmaktır.*

*Bu davada başvuruçunun gümrük idaresi işlemine karşı ileri sürdüğü iddialar, mahkemelerin başvuruçucu tarafından yapılan ithalatın KDV istisnasına tabi olmadığı yönündeki değerlendirmeleri çerçevesinde reddedilmiştir. Fakat KDV istisnasının kapsamını belirleyen hukuki düzenlemeler, ulusal mahkemeler tarafından farklı şekillerde yorumlanmıştır. Mahkemenin yorum değişikliği, öngörülebilirliği zedeler. Mahkeme, aynı mevzuat hükümlerinin farklı yorumlanma olasılığının esas olarak konuyu düzenleyen ulusal hukukun isabetsiz düzenlenişinden kaynaklandığına da işaret eder. Dolayısıyla Mahkeme'nin görüşüne göre, bu derece önemli bir mali konuyu düzenleyen ulusal kanunun öngörülebilirliğinin ve belirliliğinin sağlanmamış olması, karşıt yargısal görüşlerin üretilmesine cevaz vererek, Sözleşme çerçevesinde aranan kanunun niteliksel yönüne ilişkin koşulu zedelemiştir”<sup>57</sup>.*

*“Başvuruçunun iddiasına dayanak teşkil eden olayda mevzuat hükümleri birbiri ile açık çatışma halinde değildir. Fakat kapsam ve içeriklerindeki belirsizlikler dolayısıyla bu hükümleri birbirleri ile ilişkilendirme sürecinde birbirlerine nazaran telafi etmede farklı yoruma olanak sağlayan bir temel sunmaktadır. Dolayısıyla burada hem kuralın anlam ve kapsamı ve hem de kuralların bütünlüğü önemlidir. Bu nedenle mevzuatta birbiri ile açık çelişkili olmasa dahi aynı konuda farklı yoruma müsait, anlam ve kapsam bakımından belirsiz hükümler demeti var ise müdahalenin kanuniliğinden söz edilemez”<sup>58</sup>.*

Serkov davasında İHAM'ın verdiği ölçütler, Türkiye’de gerek ilk derece mahkemesi yargıçlarının ve gerek Anayasa Mahkemesi (AYM) üyesi yargıçların uygulaması gereken ölçütler olup<sup>59</sup>, döviz kazandırıcı faaliyete ilişkin işlemlerde “iki ayrı idari birim tarafından farklı Tebliğler ile ve son derece karmaşık düzenlenmeye yer verilmiş olması”, işlemlerin idari ve yargı merciinde ayrı yorumlanması sonucunu beraberinde getireceğinden İHAS kapsamında mülkiyet hakkının ihlali” niteliğindedir.

Örneğin Tebliğ'in 6.maddesinde; “Döviz kazandırıcı faaliyetlerde; alınmayan damga vergisi ve harç tutarının, döviz kazandırıcı faaliyetlerin gerçekleşmeyen kısmına isabet eden tutarı, Dahilde İşleme İzin Belgeleri ve Vergi Resim Harç İstisnası Belgesinin iptal edilmiş olması durumunda alınmayan damga vergisi ve harç tutarları, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu hükümleri çerçevesinde ceza ve gecikme faizi ile birlikte geri alınacaktır. Gecikme faizi, kağıdın düzenlendiği veya işlemin yapıldığı tarihten başlayarak hesaplanacaktır” şeklinde yer alan hüküm ile ilgili Gelir İdaresi Başkanlığı'nın

<sup>57</sup> Yaltı Billur, Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahalede Kanunilik, s.15-16.

<sup>58</sup> Yaltı Billur, Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahalede Kanunilik, s.16.

<sup>59</sup> Yaltı Billur, Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahalede Kanunilik, s.17.

12.2.2008 tarih ve 0.02.62/6202-2771 sayılı özelgesinde<sup>60</sup>; “*zamanaşımı süresi içerisinde DV ödenmeyen kira sözleşmesinin mahkemeye ibraz edilmesi üzerine, vergiyi doğuran olayın tekrar meydana geldiği dolayısıyla sözleşmenin hükümünden yararlanma tarihi itibarıyla vergi alacağının yeniden doğduğu dikkate alındığında damga vergisine uygulanacak gecikme faizinin hesaplanmasında sözleşmenin mahkemeye ibraz tarihinin esas alınması gerekir*” görüşüne yer verilmiştir. Bir başka deyişle, damga vergisinde gecikme faizi için esas alınacak tarih konusunda yürürlükteki Tebliğ ile idarenin uygulamada esas alacağı tarih konusunda da çelişki ve belirsizlik vardır.

Yine Tebliğ’in 5.1.1. maddesinde yer alan; “*Ancak, bu Tebliğdeki açıklamalara rağmen istisna kapsamında bulunup bulunmadığı hususunda tereddüde düşülen konularda defterdarlıklardan görüş alınması mümkün bulunmaktadır*” ifadesi istisna kapsamındaki işlemlerin sınırlı olarak sayılmış olmasına rağmen, farklı bir işlemin döviz kazandırıcı faaliyet niteliğinin tespit edilmesinde açık bir biçimde uyumsuzluk olma ihtimalini öngörmektedir ve söz konusu işlemleri tespit etmek yetkisini de yine idareye bırakmaktadır<sup>61</sup>.

Ayrıca Gelir İdaresi Başkanlığı Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı, Mükellef Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından verilen 17.4.2013 tarih ve 64597866-155 (EK 2-2013)-59 Sayılı Özelge’de; “*... ihracata bedellerinin temlikine ilişkin olarak düzenlenen temliknamelere reşen istisna uygulayan bankaların 1 Seri Nolu Tebliğ’de belirtilen hususlar çerçevesinde müteselsilen damga vergisi sorumlulukları olup, reşen istisna uygulanarak ilgili vergi dairesine bildirildikten sonra istisnaların terkin edilip kapatılabilmesi için fiili ihracatın gerçekleşmiş olmasına ilave olarak ihracat bedellerinin yurda getirildiğinin takip edilmesi yükümlülüğünün olup olmadığı konusunda ilgili mevzuatı düzenleyen Ekonomi Bakanlığı’na başvurulması gerekmektedir*”<sup>62</sup> denilmek suretiyle bankaların sorumluluğunu tespit etme konusunda bir başka idareye yetki verilmektedir. Yasa ile düzenlenmesi gereken bir konunun, Maliye Bakanlığı Tebliği ile bir başka idari birime, Ekonomi Bakanlığı’na devredilmesi, yükümlü açısından mevzuat hükümlerini “öngörülebilir” olmaktan çıkartır ve mülkiyet hakkını ihlal eder.

<sup>60</sup> www.gib.gov.tr (10.9.2015).

<sup>61</sup> Ayrıca Tebliğ metninde her ne kadar “defterdarlıklardan görüş istenebileceği” yazılıyor olsa da VUK 413.maddesi, “Mükellefler, Gelir İdaresi Başkanlığından veya bu hususta yetkili kıldığı makamlardan, vergi durumları ve vergi uygulaması bakımından müphem ve tereddüdü mucip gördükleri hususlar hakkında yazı ile izahat isteyebilir” hükmü ve ayrıca Mükelleflerin İzahat Taleplerinin Cevaplandırılmasına Dair Yönetmelik 10.maddesi, “Özelge, mükelleflerin gelir veya kurumlar vergisi bakımından sürekli mükellefiyetlerinin bulunduğu vergi dairesi başkanlıkları ile vergi dairesi başkanlığı bulunmayan illerde defterdarlıklardan talep edilir” hükmü gereği eksik bir ifade kullanılmıştır. Bu da Tebliğ hazırlanma sürecinin özensizliğini kanıtlar niteliktedir.

<sup>62</sup> www.gib.gov.tr (10.9.2015).

## 5.Hak İhlalinin Giderimi: Bireysel Başvuru

AYM'ye bireysel başvuru, kamu gücü tarafından temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen bireylerin diğer hak arama yollarını tükettikten sonra gidebilecekleri ikincil derecede ve istisnai nitelikte bir yargı yolu olup<sup>63</sup>, Anayasa ile güvence altına alınmış temel hak ve hürriyetlerden İHAS kapsamındaki herhangi bir hakkı, kamu gücü tarafından ihlal edilen kişiler Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulabilir.

Anayasa'nın 148/3 hükmüne<sup>64</sup> göre; “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır”<sup>65</sup>.

Anayasa, bireysel başvuruda dayanılabilecek Anayasa hükümlerini doğrudan göstermemiş, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası bir sözleşme kılavuzluğuyla dolaylı biçimde işaret etmiştir. Anayasa koyucu Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak başvuru kapsamını İHAS kapsamındaki hak ve özgürlüklerle sınırlamıştır<sup>66</sup>. Bir başka deyişle, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, İHAS dolayısıyla tanınmış “Sözleşme'ye bağlı” bir başvurudur ve bireysel başvurunun İHAM tarafından etkili bir başvuru yolu olarak kabul edilebilmesi için özellikle iki husus önem taşımaktadır: Koruma yükümlülüğünün kapsamı belirlenirken İHAS metni değil, bu metne İHAM'ın verdiği anlamla oluşturulan hukuk dikkate alınmalı ve bir pozitif yükümlülüğün ihlali söz konusu olduğunda Anayasa Mahkemesi bu yükümlülüklerin etkili bir biçimde yerine getirilmesi için gerekli önlemlere hükmedebilmelidir<sup>67</sup>.

<sup>63</sup> Saban, s.604.

<sup>64</sup> 5982 Sayılı Kanun 18.maddesi ile eklenmiştir. 5982 Sayılı Kanun 12.9.2010 tarihinde referandumla sunulmuş ve %57.8 oy ile kabul edilmiş, referandum sonuçlarının Yüksek Seçim Kurulu tarafından 23.9.2010 tarihli ve 27708 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>65</sup> 6126 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun (RG: 3.4.2011, 27894) 45.maddesine göre; “(1) Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.

(2) İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmemiş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.

(3) Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz”. Kanun'un 45- 51.maddelerinde bireysel başvuru usulü ile ilgili açıklamalara yer verilmiştir.

<sup>66</sup> Doğru Osman, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi**, Legal Yayınevi, Mart 2013, 1.Baskı, s. 1.

<sup>67</sup> Boyar, s.69.

Anayasa Mahkemesi'ne göre eğer İHAM tarafından bir mahkeme kararının insan haklarını ihlal ettiği kanaatine varılmışsa, benzer bir vakıda İHAM içtihadını dikkate almadan yapılacak bir yargılama, yargı organlarının yasa ve hukukla bağlı oldukları kuralını ve dolayısıyla İHAM kararında ihlal edildiği ifade edilen hakkın Anayasa'daki karşılığının da ihlali anlamına gelir<sup>68</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50.maddesine göre;

*“Esas inceleme sonunda, başvuru hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez.*

*Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir”.*

Dolayısıyla Türkiye'de döviz kazandırıcı faaliyetlerde bulunan yükümlülerin söz konusu faaliyetlerine dair işlemleri için uygulanacak belirsiz, öngörülemeyen Damga Vergisi istisnası düzenlemelerinin mülkiyet hakkını ihlal ettiği iddiası kapsamında yukarıda İHAM'ın Serkov davasında kullandığı ölçütler, AYM tarafından hükme esas alınmalı ve hak ihlalleri ortadan kaldırılmalıdır.

## SONUÇ

Vergiden istisna edilecek “döviz kazandırıcı faaliyetlere dair işlemler” konusunda, Anayasa 73.maddesinde yer alan “yasallık ilkesine” aykırı biçimde yayınlanan ve halen yürürlükte olan Tebliğlere dayalı olarak yapılacak işlemler, vergi yükümlülerinin Anayasa ve İHAS kapsamında korunan temel hak ve hürriyetlerinden “mülkiyet hakkını” ihlal edecek mahiyettedir. Bu şekildeki işlemlerle karşılaşan yükümlüleri AYM'ne bireysel başvuru yolu ile müracaat ederek mülkiyet hakkının korunmasını talep ettiğinde, AYM'nin İHAS hükmü ile birlikte İHAM içtihatlarını esas alması umut edilmektedir.

<sup>68</sup> Şirin Tolga, **Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru)**, XII Levha Yayıncılık, Haziran 2013, 1.Baskı, s. 438.



## KAYNAKLAR

- Boyar Oya, *Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Editör: Sibel İnceoğlu, Beta Yayınları, Nisan 2013.
- Çağan Nami, Vergilendirme Yetkisi, İstanbul 1982, Kazancı Hukuk Yayınları.
- Değer Nuri, Damga Vergisi Uygulaması, Seçkin Yayınevi, 3.Baskı, Mayıs 2012.
- Doğru Osman, Nalbant Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 2.Cilt, Legal Yayınevi, Ekim 2013.
- Doğru Osman, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, Legal Yayınevi, Mart 2013, 1.Baskı.
- Gedik Gülşen, “Çağdaş Anayasa” Hazırlık Sürecinde Vergi Ödevinin Yeniden Tasarlanması, Vergi Dünyası, Haziran 2009, Yıl:28, Sayı:334.
- Gemalmaz M.Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Cilt 2, 8.Bası, Legal Yayınevi, Aralık 2012.
- Gemalmaz H.Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Mülkiyet Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul 2009, 1.Bası.
- Gerçek Adnan, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2006.
- Güneş Gülsen, Verginin Yasallığı İlkesi, Alfa Yayınları, 1.Baskı, Temmuz 1998.
- İnceoğlu Sibel, *Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi*, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Editör: Sibel İnceoğlu, Beta Yayınları, Nisan 2013.
- Kaneti Selim, Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, 2.Bası.
- Oder Bertil Emrah, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta Yayınevi, 1.Bası, Kasım 2010.
- Öncel Mualla, Kumrulu Ahmet, Çağan Nami, Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, 23.Bası, Ankara 2014.
- Saban Nihal, Vergi Hukuku, Beta Yayınları, 6.Baskı, Kasım 2014.
- Sarı H.Gürbüz, Malvarlığı Haklarının Korunması, Beta Yayınevi, 1.Bası, Nisan 2006.
- Şirin Tolga, Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru), XII Levha Yayıncılık, Haziran 2013, 1.Baskı.
- Şenyüz Doğan, Yüce Mehmet, Gerçek Adnan, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), Ekin Yayınevi, 5.Baskı.
- Ulukan İlker, *Döviz Kazandırıcı Faaliyetlerde Damga Vergisi İstisnası*, Vergi Dünyası, Sayı: 403, Mart 2015.
- Yaltı Billur, Vergi Yükümlüsünün Hakları, Beta Yayınları, 1.Bası, Eylül 2006, İstanbul.
- Yaltı Billur, *Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahalede Kanunilik: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Yeni Kararlarında “Çelişik Mevzuat” ve “Çelişik İçtihat”*, Vergi Sorunları, Sayı: 276, Eylül 2011.

Yaltı Billur, *Anayasa Mimarisinde Bir Yapıtışı: Mahalli İdarelerin Tali Vergilendirme Yetkisi Üzerine Değerlendirmeler*”, **Vergi Sorunları**, Haziran 2010, Sayı: 261.

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

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

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

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

# GENEL EŞİTLİK İLKESİ

## (Common Principle of Equality)

Prof. Dr. Zafer GÖREN\*

### ÖZET

Eşitlik ilkesi, diğer tüm temel haklarda olduğu gibi temel hak taşıyıcısının Devletle olan ilişkisine yöneliktir. Devlet, yasama ve yargı yoluyla zayıfları baskıya karşı korumak ve toplumsal gücün her türlü kötüye kullanımına karşı savaşmak zorundadır. Şu halde Devlet toplumda da gerçek anlamda eşit özgürlüğü gerçekleştirmekle yükümlüdür.

Şematik bir eşitleme değil, objektif, sosyal eşitleyici bir ayırım anlamında diferansiyel bir adalet amaçlanmalıdır. Herkese aynı değil, herkese kendisine düşeni vermelidir: (Suum-cuique: herkese kendisinininki). Kendi adalet tasarılarını gerçekleştirmek ve Devletin sosyal düzenlemelerinin yönü konusunda karar vermek, öncelikle yasa koyucunun işidir. Ancak bunu yaparken keyfi davranmamak zorundadır.

**Anahtar kelimeler:** Eşitlik ilkesi, ayırım yasakları, ayırım kriterleri, fırsat eşitliği, mutlak ve nispi eşitlik.

### *Abstract*

Principle of Equality, as all other fundamental rights, is oriented to the relation of the State to the owner of fundamental rights.

The State has to protect the poor people against influence via legislation and jurisdiction and has to battle with the abuse of the social force. Namely, the State is obliged to realize equal freedom in the public in the real sense.

Not a schematic equality but objective, social justice securing equality must be aimed. Everyone should not be given the same, but should be given his/her due (Suum-cuique: to each his/her own). Realizing its own justice plans and determining the direction of social regulations are primary duties of the legislator. However, while performing this, it cannot behave arbitrarily.

**Keywords:** Principle of Equality, Prohibition of Discrimination, Discrimination Criteria, Equality of opportunity, absolute and proportional equality.

---

\* İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## GENEL EŞİTLİK İLKESİ

### I) Tarihsel Gelişim

Eşitlik İlkesi ilk defa Kuzey Amerika koloni Devletlerinin hak bildirimlerinde normlandırılmıştır. Kuzey Amerika'daki anayasal gelişimde özellikle John Wise yoluyla Pufendorf'un ve William Blackstone vasıtasıyla Christian Wolff'un etkileri sezilmektedir. Pufendorf ve Wolff, tüm insanların "doğal özgürlüğü" dışında, onların doğal eşitliklerinden de söz ederek bu eşitliği, insan onuru ile gerekçelendirmişler ve tüm insanların eşit özgürlüğü ile kombine etmişlerdir. Wolff, Pufendorf tarafından geliştirilen temel düşünceden, doğuştan kazanılan insan hakları kataloğunu yaratarak bu kataloğun başına şu tümceyi koymuştur:

"Bütün insanlar doğuştan eşittirler".

1789 tarihli Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'nin 1'inci maddesinde, eşitlik isteğinin, sınıf farklılıklarını ortadan kaldırmayı amaçladığı: "Tüm insanlar özgür ve eşit haklara sahip olarak doğarlar ve öyle kalırlar. Sosyal farklılıklar ancak kamu yararına dayanabilir" cümleleri ile anlatılmıştır.

1793 tarihli Fransa Anayasasının başında yer alan Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'nde de:

"Tüm insanlar doğuştan ve yasa önünde eşittirler» ibaresine yer verilmiştir.

"Yasa önünde eşitlik" ibaresi ile devrimin eşitlik isteği, daha sonraları birçok ülke Anayasalarında ifadesini bulmuştur<sup>1</sup>.

Ülkemizde eşitlik ilkesi, 1924 Anayasası md. 69; 1961 Anayasası md. 12; 1982 Anayasası md. 10'da yer almıştır.

### II) Koruma Alanı

#### 1) Kapsamı

Anayasamızın 10'uncu maddesinde düzenlenmiş olan genel eşitlik ilkesi, herkes için geçerli olduğundan yabancılara da Türk vatandaşlarına davranıldığı gibi eşit davranılmalıdır. Türk vatandaşlığına sahip olma koşulu, sadece Devlet faaliyetine katılmaya yönelik haklar ve ödevler bakımından aranmalıdır.

Anayasanın kendisinin özellikle Türk olma koşulunu aradığı temel haklarda, Türk vatandaşlarının ayrıcalıklı durumu eşitlik ilkesini zedelememektedir (Anayasa md. 66-72 ve 74).

Anayasa md. 16'da öngörülen yabancılar için temel hak ve özgürlük sınırlamala-

<sup>1</sup> Ekkehart Stein: *Staatsrecht*, Tübingen, 1993, Mohr Siebeck, s. 397.

rının milletlerarası hukuka uygun olması koşulu, yabancılar bakımından ek bir sınırlama oluşturmamaktadır. Bu koşul, yabancıların temel hak ve özgürlüklerinde yasa ile yapılacak sınırlamaların sınırındadır.

Eşitlik ilkesi, diğer tüm temel haklarda olduğu gibi temel hak taşıyıcısının Devletle olan ilişkisine yöneliktir. Devlet, yasama ve yargı yoluyla zayıfları baskıya karşı korumak ve toplumsal gücün her türlü kötüye kullanımına karşı savaşmak zorundadır.

Şu halde Devlet toplumda da gerçek anlamda eşit özgürlüğü gerçekleştirmekle yükümlüdür.

## 2) İçeriği

Genel eşitlik ilkesi, başlangıçta sınıf farklılıklarını ortadan kaldırmaya yönelikti. Ancak bugün apaçık bir sosyal eşitsizliğin egemen olduğu görülmektedir. Toplumda ailelerin gelir düzeyleri, barınma durumları büyük farklılıklar göstermektedir. Bütün sosyal sınıflar içinde kadınlar, erkeklere oranla dezavantajlıdırlar. Yabancılar karşı ayırımcılık da herkes tarafından bilinen bir gerçektir.

## III) İki türlü Eşitlik

Mutlak ve nispi eşitliği 2300 yıl evvel Aristoteles birbirinden ayırmıştı<sup>2</sup>

Mutlak (radikal, şematik, aritmetik) eşitlik insanların özellik ve yetenekleri göz önünde tutulmadan eşit işlem görmeleri demektir. Nispi (duruma göre değişen, relatif, geometrik) eşitlik ise ayırımlara izin verir, hatta onları şart koşar.

Anayasa Mahkememize göre, yasa önünde eşitlik ilkesi: “herkesin her yönden aynı hükümlere bağlı olması gerektiği anlamına gelmez. Bu ilke ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır”<sup>3</sup>.

Yüksek Mahkemeye göre: “Anayasada öngörülen eşitlik... herkesin aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olması anlamında değildir. Eşitlik her yönüyle aynı hukuki durumda olanlar arasında söz konusudur. Hukuk felsefesine girmiş bir deyimle eşitlerin eşitliği anlamındadır. Farklı durumda olanlara, yani eşit olmayanlara farklı kurallar uygulanması, yani eşit olmayanların eşitsizliği eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz”<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> **Aristoteles:** *Nikomachische Ethik*, Ex Libris, (çev.**Olof Gigon**) Artemis-Verlag, Zürich, 1951, s.158;**Aristoteles:** *Politik*, Fünftes Buch, (çev. **Olof Gigon**), (çev.**Walter Siegfried**), München, 1967, s.236.

<sup>3</sup> 13.4.1976 tarihli, E.1976/3, K. 1976/23 sayılı karar, AMKD S. 14, s.166.

<sup>4</sup> 27.9.1988 tarihli E.1988/7, K. 1988/27 sayılı karar, AMKD, S. 24, s. 421.

Yüksek mahkemenin 2013 yılında verdiği bir başka kararına göre:

“Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunla aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanunlar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik ilkesi herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz”(31.10.2013 tarihli E.2013/23, K.2013/123, sayılı karar, R.G.15.03.2014 – 28942)

Bu kararlarından, İsviçre Federal Mahkemesi ve Federal Almanya Anayasa Mahkemesi gibi Anayasa Mahkememizin de genel eşitlik ilkesiyle nispi eşitliğin amaçlandığını kabul ettiği anlaşılmaktadır.

F. Almanya Anayasa Mahkemesine göre genel eşitlik ilkesi, keyfi davranma yasağı olarak anlaşılmaktadır<sup>5</sup>.

Eşit olana eşit, eşit olmaya farklı, fakat farklılığa uygun olarak yani eşit kriterlere göre davranmalıdır. Hangi kriterin seçileceğini, keyfi davranmama koşulu ile yasa koyucu belirleyecektir.

F. Almanya Anayasa Mahkemesi ve Almanya'da çoğunluk görüşüne göre<sup>6</sup> genel eşitlik ilkesi, keyfi davranma ve adaletin mutlak olarak inkarı yasağı, adalet düşüncesinin doğrudan doğruya anlatımı<sup>7</sup>, hukukun ilk temel prensibi ve böylece hukuk devleti düzeninin ayrılmaz bir parçasıdır. Yorum adalet düşüncesine, mantığa ve eşyanın doğasına göre yapılmalıdır<sup>8</sup>.

Yasal düzenlemelerin de, ayırımlar mevcut farklılıkların yapısına uygun olacak şekilde, düzenlenen vakıanın yapısına ve “eşyanın doğasına” uygun olması gerekmektedir. Ayırımlar mevcut farklılıklara bağlı ve etkileri bakımından onlara uygunsalar meşru ve hatta gerekli olabileceklerdir<sup>9</sup>.

Türk Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatlarında, ayırım kriteri olarak haklı neden, ayırım amacı olarak kamu yararı aranmaktadır. Yani eşitlik ilkesine aykırı

<sup>5</sup> BVerfGE I, 14/152; NJW 51, 877 ve E. I. 264 (276): NJW 52, 865.

<sup>6</sup> BVerfGE I, 14: NJW 51, 877 ve E. I, 264 (276): NJW 52, 865; **Theodor Maunz** :*Deutsches Staatsrecht*, 8. B, Beck Verlag, München, 1958, s. 103.

<sup>7</sup> **Göttz Hueck**: *Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung im Privatrecht*, C.H.Beck Verlag, München, Berlin 1958, s. 2 ve 173.

<sup>8</sup> BVerfGE I, 264, 276: NJW 52, 865, BVerfGE I, 14 (52): NJW 51, 877.

<sup>9</sup> **Göttz Hueck**: *Der Grundstaz der gleichmässigen Behandlung in Privatrecht*, C.H.Beck Verlag, München, Berlin 1958, s. 175.

olduğu iddia edilen bir yasal düzenleme, haklı bir nedene dayanıyor ve kamu yararı nedeniyle konulmuşsa eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz<sup>10</sup>.

Anayasa Mahkemesine göre, “Birtakım yurttaşların başka kurallara bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise böyle bir durumda kanun önünde eşitlik ilkesine ters düşüldüğünden söz edilmez”<sup>11</sup>. Yine Anayasa Mahkemesine göre, “Anayasanın 10’uncu maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkân veren bir ilkedir”<sup>12</sup>.

Bununla birlikte “haklı neden” kriterinin Anayasa Mahkemesince bugüne kadar kesin bir tanımı yapılmamıştır. Anayasa Mahkemesince “gereklilik”, “zorunluluk”, “işin özelliklerine ve ereklerine uygunluk”, “dengeli ve makul görülebilecek ölçüler”, “adaletli ve eşit ölçüler” gibi anlatımlar “haklı nedeni” açıklayıcı ölçüler olarak kullanılmıştır<sup>13</sup>.

#### IV) Norm Programı

Anayasa md. 10’a göre;

Herkes yasa önünde eşittir. Bu kuraldan iki sonuç çıkmaktadır:

1. Yasa koyucu yasal düzenlemelerinde esaslı ölçüde eşit davranmalıdır;

2. İdari makamlar ve mahkemeler yasaların uygulanmasında eşitlik ilkesine saygı göstermekle yükümlüdürler.

Bu nedenle her somut durumda, uygulanan yasanın eşitlik ilkesine uygun olup olmadığı ve ilgili makamın yasayı uygularken eşitlik ilkesine saygı gösterip göstermediği denetlenmelidir.

#### 1) Ayırım Kriterleri

Yasaların denetlenmesinde, öncelikle ayırım kriterlerinin Anayasaya uygun sınırları üzerinde durmak gereklidir. Anayasa md. 10 f. I ise, bir dizi ayırım yasağı içermektedir. Burada açıkça belli farklılıkların ayırım kriteri “olarak kullanılması yasağı söz konusudur. “Dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebepler” ayırımları için dayanak yapılamazlar.

Bununla birlikte 7.5.2004 tarihli Anayasa değişikliği ile 10’uncu maddeye ikinci

<sup>10</sup> 28.2.1991 tarihli E. 1990/5, K. 1990/28 sayılı karar , R.G. 14.3.1991-2084.

<sup>11</sup> 28.4.1983 tarihli, E. 1981/13, K. 1983/8 sayılı karar, AMKD S. 20, s. 52.

<sup>12</sup> 11.12.1986 tarihli, E. 1985/11, K. 1985/29 sayılı karar, AMKD S. 22, s. 460.

<sup>13</sup> Ergun Özbudun: *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 151.

fıkra olarak : “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.” (Ek fıkra :7/5/2004-5170/1 md.) hükmüne 12.9.2010 tarihli, Anayasa değişikliği ile :”Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz” ek cümlesi getirilmiştir.( Ek Cümle 12/9/20110-5982/1 md.)

## 2) Ayırım Amacı

Her ayırım, meşru bir kamu yararına hizmet etmelidir. Bu nedenle her somut durumda ayırımın hangi amaca hizmet ettiğinin, Devletin bu amacı gütmesine karşı anayasa-hukuksal duraksamaların bulunup bulunmadığının araştırılması gerekmektedir. Anayasa md. 5’te Devletin temel amaçları belirlenmiştir.

Ayırım kriterleri, örneğin, “demokrasi”, “hukuk devleti”, “sosyal devlet” ilkesinden ve diğer temel haklardan çıkartılabilir<sup>14</sup>.

Bir ayırımın amacı bunlara aykırı ise ayırımın kendisi haklı değildir ve bu nedenle Anayasa md. 10 f. I’i zedeler.

## 3) Ayırım Kriterleri ile Ayırım Amacı Arasındaki İlişki

Ayırım kriterlerinin ayırımın amacına uygun olmadığı durumlarda eşitlik ilkesi zedelenebilir.

Buna en çarpıcı örneğini, 1965 tarihli Baden Württemberg İtfaiye Yasası prf. 38 f. III kuralının Anayasaya uygunluğu konusunda F. Almanya Anayasa Mahkemesinin verdiği karar oluşturmuştur.

Bu kural, 18-60 yaşları arasındaki özürsüzler dahil tüm erkekleri gönüllü itfaiyeye mensup değilse, bağlı oldukları belediyeye bir “itfaiye katılım payı” ödemekle yükümlü tutmaktaydı.

Ayırım kriteri olarak “cinsiyet” ve “yaş” gösterilmişti. Ayırımın amacı açıkça belli olmadığından F. Anayasa Mahkemesi akla gelebilen tüm amaçları değerlendirmiştir. Mahkemeye göre:

“Katılım payları, bir kamu hizmetinin, ondan olasılıkla faydalanacak olanlar tarafından finanse edilmesine hizmet etmektedir.

Burada istenen tutar bir katılım payı olarak istenmişse, bir yangın durumunda gönüllü itfaiyeden faydalanabileceklerin hepsini kapsamalıydı. Örneğin yaşları göz önünde tutulmaksızın tüm bina sahipleri yükümlü tutulmalıydı;

Bu tutar bir kişisel vergi olarak isteniyorsa, yaşları göz önünde tutulmaksızın belediyenin tüm sakinleri bunu ödemekle yükümlü tutulmalıydı;

<sup>14</sup> Ekkehart Stein: *Staatsrecht*, Tübingen, 1993, Mohr Siebeck, s.399; Krş., Anayasa md. 5.



Bu tutar bir tazminat olarak istenmişse, yani itfaiyede yerine getirilecek kişisel hizmet yerine bu tutarın ödenmesi amaçlanıyorsa, bu hizmeti yerine getirmeye ehil olanlar bununla yükümlü tutulmalıydı. Tutarın bir tazminat olarak istenmesi amaçlandığında, yaşa dayanan bir sınırlama haklı görülebilirdi. Ama bu durumda da buna özürhükümlerinin dahil edilmesi haklı görülemezdi. Yaşları nedeniyle hizmete ehil olmadıkları düşünülen kişiler ödemede bulunmak zorunda değillerse, bunun özürhükümlerinin için öncelikle geçerli olması gerekirdi. Bu nedenle yaş dışında başka ayırım kriterleri de uygulanmalıydı. Ayırım kriteri olarak sadece yaşın öngörölmüş olması her türlü bakış açısı altında ayırımın amacına uygun değildir<sup>15</sup>.

F. Almanya Anayasa Mahkemesine göre, yasa koyucunun genel eşitlik ilkesi çerçevesinde geniş bir takdir yetkisi, daha doğrusu önemli bir düzenleme yetkisi vardır<sup>16</sup>. Somut durumlarda belli adaletsizlikler ve acımasızlıklar kaçınılmazdır. Bunlara az sayıda kişileri etkilemeleri ve büyük boyutlara varmadıkları sürece katlanılmalıdır<sup>17</sup>.

Bunun dışında belirlenen ayırım kriterinin, ayırım amacının gerçekleşmesine elverişli olması önemli olup, onun bu konudaki en iyi araç olması gerekmemektedir. Başka ayırım kriterlerinin güdülen amaca daha iyi hizmet edebileceğinin ispatı, eşitlik ilkesinin zedelendiğine kanıt oluşturmaz. Ancak öngörölen bir ayırım kriteri hiçbir bakış açısı altında güdülen amaca uygun değilse yasanın iptali gerekir<sup>18</sup>.

## V) Fırsat Eşitliği

Anayasa md. 10 her şeyden önce herkese, yasa koymada ve yasaların uygulanmasında eşit davranılmasını emretmektedir. Daha doğru bir anlatımla herkesin, Anayasaya uygun bir şekilde ayırıma tabi tutulmasını emretmektedir.

İnsanlara eşit davranma, onlara eşit haklar ve yükümlülükler verme demektir. Eşit davranmama ise, hak ve yükümlülüklerde ayırıma yer verilmesi demektir. Bu açıdan eşitlik ilkesi, yasaların pratik etkileri göz önünde tutulsa bile, sadece hukuksal açıdan eşit davranmaya ilişkindir ve gerçekteki eşitsizlikleri değiştirmez. Gerçekteki eşitsizlikler her şeyden önce maddi ve manevi değerlerin paylaşılmasında söz konusudur.

Malların daha adaletli bir şekilde paylaşılması, her ne kadar sosyal devlet ilkesi ile bir Devlet amacı olarak Anayasa kuralı basamağına yükseltilmişse de (Anayasa md. 2 ve md. 5) eşitlik ilkesine dayanarak tüm mallarda adaletli bir paya sahip olmak konusunda bir dava hakkı doğurmaz. Sadece yasama aracılığıyla malların dağılımının yavaş yavaş değiştirilmesi sağlanır.

<sup>15</sup> BVerfGE 9, 291 vd.

<sup>16</sup> BVerfGE 3, 102,182; 55, 72, 89.

<sup>17</sup> BVerfGE 26, 265, 275 vd.

<sup>18</sup> Ekkehart Stein: *Staatsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1993, s. 400.

Fırsat eşitliği de eşitlik ilkesi ile sadece sınırlı bir kapsamda garanti edilmiştir. Fırsat eşitliği konusunda bir hak, F. Almanya'da, F. Anayasa Mahkemesi tarafından önceleri siyasi partiler ve bağımsız adaylar için kabul edilmiş ve genel eşitlik ilkesinin bir uygulama hali olarak, kısmen F. Anayasa md. 21 f. I'den ve kısmen seçimin eşitliği ilkesinden, çıkarılmıştır<sup>19</sup>.

Daha sonra eşitlik ilkesinden, yargılama<sup>20</sup>, eğitim<sup>21</sup> ve Anayasa Mahkemesinin denetimini isteme hakkına<sup>22</sup> ilişkin fırsat eşitliği konusunda bir hak çıkarılmıştır.

F. Almanya Anayasa Mahkemesi ve F. İdare Mahkemesi eşitlik ilkesinden, Devlet için sosyal gerçeklikte fırsat eşitliğini sağlama konusunda genel bir yükümlülük çıkarmamaktadırlar.

Bu yüksek mahkemeler Devleti, toplumsal gerçeklikte zaten etkili olduğu kapsamda bir fırsat eşitliğini güvence altına almakla yükümlendirmektedirler. Sadece F. Almanya Anayasasında yer alan bir direktiften (md. 6 f. V), evlilik dışı çocukların durumunu diğerleriyle eşit kılma konusunda yasama organının sürekli bir yükümlülüğü doğmaktadır<sup>23</sup>.

Bununla birlikte toplumsal durumlar üzerinde ne kapsamda etkili olacağı ve fırsat eşitliğini sağlamak için ne kapsamda çaba göstereceği yasa koyucunun keyfine bırakılmış değildir. Devletin sosyal yükümlülüğünden, önce sosyal bakımdan zayıf olanların desteklenmesi, sonra özel teşebbüsler yoluyla yeterli ölçüde güvence sağlanamayan tüm alanlarda herkese yaşam yardımı konusunda özel bir sorumluluk doğmaktadır.

## VI) Kadınlar ve Erkeklerin Eşit Haklara Sahip Olması İlkesi

### 1.Genel Olarak

Kadın ve erkek arasında yalnız hukuken değil, fiilen de şans eşitliğine sahip olmanın anayasal dayanakları, Anayasa md.10'da düzenlenmiş olan cinsiyet nedeniyle ayırım yasağı ve Anayasa md. 2'de yer alan sosyal devlet ilkesidir. Bu iki ilke, 7.5.2004 tarihinden beri (Ek: 7/5/2004-5170/1 md.) Anayasamızın 10 uncu maddesinde yer alan "kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptirler" kuralı ile birlikte Devlete, başlangıçtaki temel hak anlayışından farklı olarak, sadece temel hak koruma alanlarına yapılan saldırıları yasaklamakla kalmayıp, bu ilkelerin gerçekleşmesine yönelik aktif eylemlerde bulunulmasını da emretmektedir.

<sup>19</sup> BVerfGE 24, 300, 340.

<sup>20</sup> BVerfGE 22, 300, 83, 86.

<sup>21</sup> BVerfGE 33, 303, 329 vd.

<sup>22</sup> BVerfGE 55, 355, 360.

<sup>23</sup> Ekkhart Stein: *Staatsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1993, s. 403.

Kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olmaları ilkesi, insan onurunun çekirdeğini oluşturur, hümanizm ve aydınlanma düşüncelerinden kaynaklanmıştır.

Bu ilke, insan hakları hukukunun temel ögesi, demokrasinin vazgeçilmez koşuludur.

Temel haklar, bir devlet içinde herkese özgürlük, eşitlik ve onur içinde bir yaşam garanti etmektedir. Bu herkes için eşit geçerlilik, tüm demokratik çağdaş Anayasalarda yer almakla birlikte, temel hakların gerçek koruma etkisinin bugün de kadınlar ve erkekler için her zaman eşit olmadığı, her iki cinse eşit hakların şekli olarak tanınmasıyla, bu hakların sosyal gerçeklikte gerçekten uygulanması arasında bir tutarsızlık olduğu görülmektedir.

Bu amaçla yasal alanda yapılan değişikliklerin gerçek eşitliğin sağlanmasında önemli bir adım oluşturacağı tartışmasız bir gerçektir. Çünkü bu değişiklikler zamanla bilinç ve davranışlarda arzulanan değişiklikleri teşvik edecektir. Hatta kısmen teşvik etmiştir. Ancak itiraf edilmelidir ki kadın ve erkeğin şekli anlamda hukuksal eşitliği, bugüne kadar gerçek şans eşitliğini sağlayamaya yetmemiştir<sup>24</sup>.

## 2. Kota Düzenlemeleri

Pozitif önlemler ya da kotalar, gerçek eşitliğe ulaşılabilmeye en güçlü araç olarak görülmektedir.

Latince “quota” sözcüğünden kaynaklanan ve “pay” anlamına gelen kota bir bütünün paylaşılması sonucu bireye ya da birime düşen pay olup<sup>25</sup> kavramsal olarak “kota uygulaması” payın, daima bütüne ilişkin olacak şekilde sayısal olarak belirlenmesi demektir<sup>26</sup>.

Pozitif bir hukuksal eylem olarak kadın kotası, kadınların öğrenimde, iş yaşamında ve siyasal yaşamda istatistiksel olarak kanıtlanabilen düşük temsilinin dengelemesini amaçlayan bir araçtır<sup>27</sup>.

Kotanın uzun vadede amacı, yüksek nitelikli pozisyonlarda düşük temsil edilen kadınları, bu pozisyonu üstlenecek bir konuma getirmek ve sonuçta kadın lehine bir kota uygulanmasını gereksiz kılmaktır.

<sup>24</sup> **Pflug Natalie:** *Positive Massnahmen im Lichte des Geschlechtergleichbehandlungsgrundsatzes*, Wien, 2009, s. 192.

<sup>25</sup> **Brockhaus,** *Enzyklopaedie*: Mannheim, 1992, s.700.

<sup>26</sup> **Slupik Vera,** *Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis, Zur Bedeutung von Art.3 Abs 3 GG in Recht und Wirklichkeit*, Berlin, 1988, s. 119.

<sup>27</sup> Krş. **Kaufmann Claudia,** *Gleichberechtigung und Sonderrechte für Frauen –(k) ein Widerspruch?, Festschrift für Margith Bigler Eggenberger*, Basel und Frankfurt am Main, 1993, s. 164 vd.

Böylece kota uygulaması ile, hukuksal olarak garanti edilen eşit haklara sahip olmanın, realiteye dönüştürülmesi sağlanmış olmaktadır<sup>28</sup>.

Kota uygulanmasında, kadınların ayrıcalıklı kılınması amaçlanmamaktadır. Onlar için var olan engellerin ve dezavantajların ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Başka bir deyimle kadının tercihi “ayırımıcı” olmayıp “dengeleyici” niteliktedir. Çünkü amaç farklı cinslerin dengelenmesine ulaşmaktır<sup>29</sup>.

Pozitif önlemlerle gerçek eşitliğe ulaşabilmek için çaba gösterilmesi, kesinlikle mekanik bir eşitleme amacını gütmemektedir. Bu amacı da gütmemelidir.

Farklı cinslerin rollerinin kaydırılması tehlikesi, kadına özgü tüm tedbirlerde daima mevcut olmuştur. Ancak pozitif önlemlerin uygulanmasında, cinslerin farklı olma özellikleri, kendi farklılıkları içinde korunmalıdır.

Bununla birlikte kota düzenlemeleri doğurdukları sonuçlar ve yan etkileri nedeniyle farklı cinslerin eşitliğini savunanlar arasında bile tartışmalara neden olmuştur<sup>30</sup>.

Seksenli yıllarda kadın kotaları öncelikle Anayasaya uygunlukları açısından çok güçlü bir biçimde tartışılmıştır.

F. Almanya'da Anayasanın 3'üncü maddesinin II'nci fıkrası, 1994 Anayasa reformu ile henüz değişikliğe uğramamışken, çoğu çevreler bu fıkranın erkek ve kadınlar arasında sadece bir şekli eşitlik öngördüğünü kabul ediyorlardı. Karşı görüşte olanlar ise, bu şekli eşitlik dışında 3'üncü maddenin II'nci fıkrasında yer alan kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir kuralının, gerçek eşitliğin sağlanması konusunda bir devlet ödevini garanti ettiği düşüncesinde idiler.

Ancak kadın kotaları, ayırımların dengelenmesi konusunda şekli bir eşitliği değil, eşitlik açığını mutlak olarak kapamayı amaçladıklarından Anayasanın bu konuda doğru yorumunda dayanak ve esas oluşturmuşlardır.

F. Almanya Anayasa Mahkemesi Başkanlarından Ernst Benda'nın hazırladığı bir raporda, „istisna kaydı“ (öffnungsklausel=*çekince*) içeren kotaların Anayasa ile bağdaştığı sonucuna varmasından sonra, kotalar yavaş yavaş F. Almanya'da Federe Devletler mevzuatında değişik bağlayıcılıkta yer almaya başlamış, ancak bununla Anayasaya uygunlukları konusundaki tartışmalar sona ermemiştir<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Kaufmann Claudia, *Quoten-beser als Ruf, Das umstrittene Mittel zur Verwirklichung von Mann und Frau*, Bern, 1988, s.3.

<sup>29</sup> Claus Schwander Marianne, *Verfassungsmaessigkeit von Frauenquoten*, Bern, 1995, s.5.

<sup>30</sup> Pausch/Gruber Ursula, *Es mangelt an Solidaritaet, Entwicklung und Ziele der Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratische Frauen*, Willy Brandt (edt): *Frauen heute-Jahrhundertsthema Gleichberechtigung*, Köln, 1978 s.73-87; Randzio-Plath, Christa, *Europa- eine Chance für die Frauen*, Baden, 1974, s.45; Randzio-Plath Christa, *Laesst uns endlich mitregieren*, Freiburg, 1980, s.161.

<sup>31</sup> Pelzer Marci, *Frauenförderung im Aufwind*, Grundrechte-Report, 65-69: <http://www.grundrechte-report.de/1998/inhalt/details/back/inhalt-1998/article/frauenfoerderung-im-aufwind-1/> (12.05.2012); Benda Ernst, *Notwendigkeit und Möglichkeit positiver aktionen zugunsten von Fra-*

Sonuçta F. Almanya Anayasası'nda 27.10.1994 tarihinde gerçekleştirilen değişiklikle, 3'üncü maddenin II'inci fıkrasına: "Devlet, kadın ve erkeklerin eşitliğinin gerçekten sağlanmasını teşvik eder, var olan dezavantajların giderilmesi için çaba gösterir" cümlesi, ikinci cümle olarak eklenmiştir<sup>32</sup>.

Yeni getirilen cümlenin ilk yarısı, eşit haklara sahip olmanın gerçekten sağlanması konusunda bir devlet ödevinin bulunduğunu açıkça ifade etmektedir. Anayasa değişikliği tasarısının gerekçesinde "bağlayıcı bir teşvik (iltimas) emri"nden söz edilmektedir<sup>33</sup>.

F. Almanya Anayasası'nın kullandığı "var olan dezavantajlar" ibaresi, gerçekte mevcut olan eşit haklara sahip olma açığının (defizit) Anayasaca kabul edildiğini göstermektedir.

F. Almanya'da birçok Federe devlet eşitlik kanununda, kota düzenlemelerine yer verilmiştir. Bu kanunlarda "karar kotaları" ve "sonuç kotaları" adı altında iki kota tipine yer verilmektedir.

Karar kotalarında, kadının daha az temsil edildiği alanlardaki kadrolara atama yapılmasında, kadın ve erkeğin eşit performansa sahip olması durumunda ilke olarak kadın adayın atanması öngörülmektedir. (Örnek: Nordrhein-Westfalen Eyalet Memurları Kanunu md. 8 IV 2)

Buna karşılık sonuç kotaları münferit bir karara bağlı değildirler. Örneğin Hessen Eşitlik Kanunu'na göre, Hessen Federe Devleti'nde kamu hizmetlerinde kadın teşvik planlarına göre, kadının az temsil edildiği kadrolara yapılacak atamalarda iki yıl içinde boş kadroların en az yarısının kadın memurlarla doldurulması zorunluluğu öngörülmüştür. Buna riayet edilmediği takdirde iç hukukta idari yaptırım mekanizmaları devreye girecektir. (Hessen Eşitlik Kanunu md. 4-5, 10)

İsviçre'de de İsviçre Federal Anayasası'nın 1999'da tümünden revizyona tabi tutulması kapsamında, Devletin kadınların sadece hukuki eşitliğinin değil, sosyal eşitliğinin de sağlanması için çaba göstereceği, Anayasada açıkça onaylanmış bulunmaktadır. O tarihten beri İsviçre Federal Anayasası'nda eşitlik ilkesini düzenleyen 8'inci maddenin III'üncü fıkrasında, kadın ve erkek arasındaki gerçek eşitliğin de sağlanması konusunda yasa koyucuya yönelik açık bir görev yer almaktadır.

18 Nisan 1999 tarihli İsviçre Federal Anayasası md. 8 f. III: "Kadın ve erkek eşit haklara sahiptir. Kanun onların özellikle aile, öğrenim ve çalışma alanında eşitliklerini sağlanması için çaba gösterir" kuralını içermektedir.

F. Avusturya Anayasası'nın (en son değişikliğe uğradığı tarih: 05.01.2008) 7(2)

*uen im öffentlichen Dienst*, Rechtsgutachten, erstattet im Auftrag der Senatskanzlei- Leitstelle Gleichstellung der Frau- der Freien und Hansestadt, Hamburg, 1986.

<sup>32</sup> 15 Ekim 1994 tarihli Anayasa değişikliği hakkında kanun: BGBl I, 3146.

<sup>33</sup> BT Drs.12/7109, 7: Bkz. BT Drs. 12/600,50.

maddesinde de: “Kadınlar ve erkekler arasındaki gerçek eşitliğin teşvik edilmesi için, özellikle fiilen var olan eşitsizliklerin ortadan kaldırılması yoluyla alınacak tedbirler meşrudur” kuralı yer almaktadır.

27 Aralık 1947 tarihli İtalya Anayasası md. 3, 3. cümlede ve 2 Nisan 1976 tarihli Portekiz Cumhuriyeti Anayasası md. 9’da kadın ve erkek arasında gerçek eşitliğin sağlanması, bir Devlet ödevi olarak kabul edilmiştir.

1958 tarihli Fransa Cumhuriyeti Anayasası md. 1 f. II’ye göre: “Kanun, kadınların siyasi ve bürokratik kadrolara eşit katılmasını, meslek ve toplumsal alanda eşit oranda sorumluluğunu teşvik eder.”

F. Almanya Anayasası madde 3 f. II (“Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir.”) ve bu fıkra 7/5/1994 yılında getirilen ek cümle (“Devlet kadın ve erkeklerin eşitliğinin gerçekten sağlanmasını teşvik eder, var olan dezavantajların giderilmesi için çaba gösterir.”) örnek alınarak, 7.5.2004 tarihinde Anayasamızın 10 uncu maddesine de ek fıkra olarak: (Ek fıkra: 7/5/2004 - 5170/1 md.):

“Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür” kuralı getirilmiştir.

Bu düzenlemede kadın erkek eşitliği konusunda F. Almanya Anayasası’ndan farklı olarak var olan dezavantajlardan söz edilmemesi, bu tür dezavantajların varlığının Türk Anayasa koyucu tarafından tanınmadığı anlamına gelmemektedir. Cümledeki “Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür” ibaresi, bu tür dezavantajların varlığının kabul edildiğini göstermektedir. Ayrıca, bu ibare ile F. Almanya Anayasası’nın kullandığı: “Devlet kadın ve erkeklerin eşitliğinin gerçekten sağlanmasını teşvik eder” ibaresinden daha güvenceli bir koruma sağlanmaktadır.

Aynı fıkra ek cümle olarak getirilen ve 12.9.2010 tarihinde halkoylamasıyla onaylanan (Ek fıkra: 12.9.2010 - 5982/1 md.) “Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz” cümlesi de kadınlar yararına gerçekleştirecek bir pozitif ayrımcılığın anayasal dayanağını oluşturmaktadır<sup>34</sup>.

7.5.2004 tarihli Anayasa değişikliği ile Devlet, kadın erkek eşitliğinin “yaşama geçmesini sağlamakla”, gerekli olduğunda pozitif ayrımcılık tedbirleri uygulamakla yükümlü tutulmuştur. 12.9.2010 tarihli Anayasa değişikliği ile getirilen, Devletin alacağı bu tür tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı kuralı, 2004 değişikliği ile getirilen garantiyi güçlendirmektedir<sup>35</sup>.

Anayasamızın 10’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında yer alan cinsiyet nedeniyle

<sup>34</sup> **Gözler Kemal:** *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa 2010, s.100.

<sup>35</sup> **Kaboğlu İbrahim:** *Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası, Halk Neyi Oylayacak*, İstanbul, 2010, s.257.

ayırım yasağına göre ise, kimse cinsiyeti nedeniyle avantajlı ya da dezavantajlı kılınamaz.

Bununla birlikte Anayasanın 10'uncu maddesine ek fıkra ve ek cümle olarak getirilen “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz” kuralları, kadın lehine, cinsler arasında gerçek eşitliğin sağlanmasını amaçlayan bir farklı davranmayı, yani ayırım yapılmasını haklı çıkarmaktadır.

Eşitlik açığının kapatılması ilkesine göre, eşitlik açığını kapatmak amacıyla kadının avantajlı kılınması, ayırım yasakları anlamında bir farklı davranma oluşturmaz. Anayasamızın 10'uncu maddesinin II'nci fıkrasında yer alan “farklı cinslerin eşit haklara sahip olması ilkesi”, kota düzenlemesi yoluyla, eşit muamele görme temel hakkını sınırlamayı meşrulaştırmaktadır<sup>36</sup>.

Pozitif önlemler ya da kota düzenlemeleri, bireylere eşit haklar tanınması liberal modelini iki açıdan tamamlamaktadırlar:

-Birinci olarak şekli hukuki eşitliğe karşılık fiili eşitlik amaçlanmaktadır.

Pozitif önlemler, şans eşitliğinin ve eşit haklara sahip olmanın gerçekten sağlanmasını, yani sadece hukuksal eşitsizliklerin değil, sosyal gerçeklikteki fiili eşitsizliklerin de ortadan kaldırılmasını ve eksik temsil edilen cinsin teşvik edilmesini amaçlamaktadırlar.

“Kota” ya da “pozitif önlemlerinin” en azından koşullar dengeleninceye kadar uygulanması gerekmektedir.

-İkinci olarak eşitlik, bireysel değil, kolektif bakış açısıyla anlaşılmaktadır. Bu bakış açısı, kadınlar yararına, sosyal yaşamda daha güçlü bir Devlet etkisi içermektedir<sup>37</sup>.

### 3. Avrupa Hukuk Düzeninde Pozitif Önlemler

Avrupa'da Topluluk Hukuku'nun geliştirdiği koşullar çerçevesinde kota düzenlemelerini de içeren pozitif önlemler, bugün Avrupa hukuk düzeninin vazgeçilmez öğeleridirler.

Buna rağmen kadınlar ve erkeklerin eşitliğini sağlamayı amaçlayan hiçbir önlem, kadın kotasının yarattığı gibi şiddetli tartışmalara neden olmamıştır.

<sup>36</sup> **Fuchsloch Christine:** „Erforderliche Beseitigung des Gleichberechtigungsdefizits oder verfassungswidrige Maennerdiskriminierung?“ (Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1991, s.442-468) karşı görüş: **Sachs Michael:** “Die Quotenregelung und der Rentenaltersbeschluss des BVerGs” *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1991, s. 437-442.

<sup>37</sup> **Peters Anne von:** *Frauenquoten im Rechtsvergleich, Diskriminierung Antidiskriminierung*, Berlin, 1996, s.257.

Avrupa Adalet Divanı, Federal Almanya'da kamu hizmetlerinde uygulanan kotasının meşruluğu konusunda ön kararlar vermiş ve temel kriterler belirlemiştir. Bu kapsamda verdiği 11 Kasım 1997 tarihli 2'inci kota kararı ile kadın kotası konusundaki tartışmaları kota lehine sona erdirmiştir. Buna göre, kadınlar erkek adaylarla aynı niteliklere sahipse tercih atanabilir ve yükseltilebilirler. Cinsler arasındaki eşitliğin sağlanmasının hedeflendiği, kamu hizmetlerinde kadınların katılımının artırılması amacıyla, artık kotasının bu kararda öngörülen ve yorumlanan şekli ile ulaşılmaya çalışılacaktır.

Avrupa Adalet Divanı kararını, F. Almanya Nordrhein-Westfalen Eşitlik yasasına ilişkin olarak vermiştir. Ancak başka Federe devletlerde de benzer kotalar bulunmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1'üncü maddesine göre:

“Bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayırimcilik yapılmadan sağlanır.”

Ekim 1995'te Avrupa Adalet Divanı, Kalanke Davası'nda Bremen Federe Devleti Eşitlik Kanununda düzenlenmiş olan ve Bremen kamu hizmetlerinde uygulanan kadın kotasına ilişkin ilk kararını vermiştir<sup>38</sup>.

Bremen Eşitlik Kanunu'nda göre, kadınların daha az temsil edildikleri alanlarda, farklı cinslerdeki adayların eşit liyakatte olması halinde, kadın adaylara otomatik olarak öncelik tanınıyordu.

Avrupa Adalet Divanı, Bremen Kotasını, Avrupa Birliği mevzuatına aykırı bulmuştur. Çünkü Divana göre bu kota, kadınlara atamalarda, mutlak ve koşulsuz öncelik vermeyi otomatik olarak devreye sokmaktaydı. Avrupa Adalet Divanına göre, kadınlara otomatik öncelik tanımak, Eşit Davranma Çerçeve Direktifinin (76/207/EWG) 2'nci maddesinin 1'inci fıkrası anlamında “eşit fırsatlar sağlama” sınırını aşıyor ve ayırimcilik sonucunu doğuruyordu.

Avrupa Adalet Divanı, daha sonra kadın kotasına ilişkin ikinci karar olan Marshall Kararı'nda, Kalanke kararında belirlediği ilkeleri düzelterek değiştirmiştir<sup>39</sup>.

Bu karara göre, kadın adaylar, erkek adaylarla aynı liyakate sahipse desteklenmelidir.

Nordrhein Westfalya Eşitlik Kanunu'ndaki kadın kotası, Avrupa Adalet Divanı yargıçları tarafından sözleşmeye aykırı bulunmamıştır. Divan bu defa kadınları eşit

<sup>38</sup> Rs C-450/93, 17 ekim 1995: Eckhart Kalanke.

<sup>39</sup> C -409/5, 11 Kasım 1997.



liyakatteki erkek rakiplerine tercih eden atama ve desteklemeleri, Avrupa Birliği mevzuatına uygun bulmuştur.

Avrupa Adalet Divanının kararında ayrıca, toplumda mevcut kadın ve erkeğin eşit liyakatinde bile, erkek adaylara öncelik veren eğilim nedeni ile, çalışma yaşamında, kadınların işlerini daha sık kesintiye uğrattıkları, çalışma saatlerini, ev ve aileye ilişkin görevleri nedeniyle esnek ayarlayamadıkları, hamilelik, doğum, süt izni nedeniyle işe daha az geldikleri gibi peşin hükümler bulunduğu dikkat çekmiştir. Bu nedenle Divana göre, eşit liyakat, erkek ve kadın cinse mensup iki adayın gerçekten aynı şansa sahip oldukları anlamına gelmemektedir. Mahkeme yargıçlarının incelemelerinde esas aldıkları Direktife göre Devlet, farklı cinsler arasında şans eşitliğini sağlamakla yükümlüdür. Dolayısıyla dışarıdan ayrımcı gibi görünen, ama aslında sosyal gerçeklikte var olan fiili eşitsizlikleri ortadan kaldıran veya azaltan tedbirler meşrudur. Kota şu halde farklı cinsler arasındaki eşitliğin sağlanmasına yönelik olup, eşitlik ilkesine aykırı değildir.

Avrupa Adalet Divanına göre: Direktif, “Kadınların erkeklerden daha az temsil edildiği görevlerde yükselmeleri için eşitlik, yeterlilik ve profesyonel performans ilkelere uyarınca yapılan değerlendirmede, kadınların nitelikleri izin veriyor ve erkek adayın belirli kişisel özellikleri de kadınlarla arasındaki eşitliği, erkek aday lehine bozamyorsa kadınlara öncelik tanınır.” gibi kuralları engellemektedir. Bu kurallar uygulamada kadın ve erkek adaylar arasında objektif bir değerlendirme yapıldığı ve bu kriterler kadınlara karşı ayrımcılık amacıyla kullanılmadığı sürece Direktife uygundur.

Bununla birlikte Avrupa Adalet Divanı bu istisnaların uygulanmasında hangi kriterlerin göz önüne alınacağı konusuna bir açıklama getirmemiş, ayrımcı seçme kriterlerinin belirlenmesi işini ulusal mahkemelere bırakmıştır. Avrupa Adalet Divanının bu kararının ışığında öğretilerde, hizmet süresi, medeni hal, bakıma muhtaç çocuk sayısının, seçme kriteri olarak artık bir rol oynamaması gerektiği, çünkü bu kriterlerin kural olarak erkekleri avantajlı kıldığı savunulmuştur<sup>40</sup>.

Özetle Marschall kararında, Avrupa Adalet Divanına göre, kadınların eksik temsilinin söz konusu olduğu yerlerde, eşit liyakat halinde kadınların tercih edilmesi, ancak erkek adayın tercihi için haklı nedenler varsa, erkek aday için bir mağduriyet oluşturur. Bununla birlikte bu nedenlerin dikkate alınması ayrımcı bir sonuç doğurmamalıdır<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> **Pelzer Marei:** *Frauenförderung im Aufwind*, Grundrechte-Report, 65-69: <http://www.grundrechte-report.de/1998/inhalt/details/back/inhalt-1998/article/frauenfoerderung-im-aufwind-1/>, s.66 (12.05.2015).

<sup>41</sup> **Singraber Monica:** *Verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz und Gleichheit der Geschlechter*, Lehrveranstaltungen Wirtschaftsuniversitaet Wien (LV) 292 “Frau undRecht” SS2009, WirtschaftsuniversitaetWien:1-9.<http://www.wu.ac.at/vw4/ar/materialien/eich/lv0292/gleich1.pdf>, s.7(25.05.2009).

Avrupa Adalet Divanı, bu kararında kadınların otomatik olarak kayırılmasını direktife aykırı bulmakla birlikte, kadınların desteklenmesine yönelik tedbirleri Avrupa Birliği mevzuatına uygun bulmaktadır. Diğer yandan Divan “istisna kaydı” (çekinçe) içeren kota düzenlemeleri meşru bulmakla birlikte, erkeklerin objektif olmayan ayırımını yasaklamaktadır.

Ancak kararda rakip erkek adayın ölçülülük ilkesine ters düşecek şekilde mağdur edilmemesi gerektiği vurgulanmıştır.

Avrupa Adalet Divanına göre, kadın adayın tercihi, erkek adayda, erkek adayın tercihini gerektiren, cinsiyete bağlı olmayan belli özellikler mevcutsa yasaktır.

Burada tercihi yapan organ için bir ispat yükümlülüğünün doğması önem taşımaktadır. Yani kadının, aynı liyakatteki erkeğe neden tercih edildiği açıklanmalıdır.

Kotanın bu şekilde kararda muhtemel bir Avrupa Hukukuna aykırılık damgasından kurtarılmasından sonra, Avrupa Adalet Divanı yargıçları tarafından, artık daha güçlü bir şekilde uygulanma olanağı bulacağı ifade edilmiştir<sup>42</sup>.

Bu iki karardan sonra Avrupa Adalet Divanı pozitif önlemler konusunda 2000, 2002 ve 2004 yıllarında, Badeck, Abrahamsson ve Anderson, Lommers, Brieche kararlarını vermiştir.

Badeck Kararı'na göre (Rs-158/97, Badeck, Ece (2000) I-1875): Kamu hizmetlerinde, kadının eksik temsil edildiği bir alanda uygulanan, kadınlara öncelik tanıyan bir tedbir, erkeklerle eşit performansa sahip kadın adaylar, otomatik olarak ve onlara herhalde öncelik tanınması yoluyla değil, tüm adayların özel kişisel durumları dikkate alınarak objektif bir değerlendirmeyle uygulanmışsa meşrudur.

Badeck Kararı'nda, şekli eşitliğin yerine gerçek eşitliği sağlamaya yönelik bir şans eşitliğini yaratma amaçlı performans kriterleri meşru sayılmaktadır. Bununla birlikte tüm başvurular objektif olarak değerlendirilmeli ve erkek adayların subjektif durumu dikkate alınmalıdır.

Abrahamsson ve Anderson Kararı'nda (RsC-407/98, Abrahamsson and Anderson Ece (2000) I-5539) Avrupa Adalet Divanı, İsveç Hukuku'nun Topluluk Hukuku ile bağdaşmadığı konusunda karar vermiştir.

İsveç Hukuku'na göre, eksik temsil edilen cinse mensup bir aday, birikim ve performans açısından en uygun aday değilse bile, tercih edilebilmekteydi.

Divana göre böyle bir tedbir, eksik temsil edilen adayın cinsiyetine dayandığı için, RL 767/297 md 2 fıkra IV'e göre meşru değildir.

<sup>42</sup> **Pelzer Marci:** *Frauenförderung im Aufwind*, Grundrechte-Report, 65-69: <http://www.grundrechte-report.de/1998/inhalt/details/back/inhalt-1998/article/frauenfoerderung-im-aufwind-1/>, s.66 (12.05.2015)

Divan'a göre kadının tercihinde uygulanan kriterlerin, adayların performanslarının keyfi olarak takdirini ortadan kaldıracak şekilde şeffaf ve denetlenebilir bir şekilde uygulanması gerekir.

Lommers Kararı'nda (RsC-476/99 Lommers, ECR (2002)I-02891) Avrupa Adalet Divanı, kadınların kendilerine iş olanakları sağlanması dışında, belli çalışma koşullarına sahip olmalarına yönelik tedbirlerin, onların iş yaşamında eksik şansa sahip olmalarını engelleyen ve meslekte yükselmelerini kolaylaştıran tedbirler olarak direktife uygun olduğunu belirtmiştir.

Brieche Kararı'nda ise Avrupa Adalet Divanı, (RsC -319/03, Brieche, ECR(2004) I-8807) Direktif md. 2 fıkra IV'ün, genel eşit davranma ilkesinin bir istisnası olduğu görüşünü savunmuştur.

Avrupa Adalet Divanının bu kararları ışığında, Topluluk Hukuku'na göre, pozitif önlemler için ulusal hukukta şu koşulların gerçekleşmesi aranmalıdır:

-Bir pozitif önlem, öncelikle kadın ve erkek arasında halihazırda var olan bir eşitsizliği (dengesizliği) gidermeyi amaçlamalıdır.

-Pozitif önlemin, belli bir durumda başarılı olma şansı araştırılmalıdır.

-Pozitif önlem, kadın adaylara otomatik ve koşulsuz bir avantaj sağlamamalı, „istisna kaydı“ (çekince) içermelidir.

-Pozitif önlemlerde başvurular tüm adayların kişisel durumları dikkate alınarak objektif bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

-Kadınların tercihi sonucunu doğuran değerlendirme kriterlerinin uygulanması, adayların performansı konusunda her türlü keyfi takdiri ortadan kaldıracak biçimde şeffaf ve sonradan denetlenmeyi sağlayacak bir biçimde gerçekleştirilmelidir<sup>43</sup>.

#### 4. Özel Hukuk İlişkilerinde Kadın ve Erkeğin Eşit Haklara Sahip Olması İlkesi

Ülkemizde 7.5.2004 ve 12.9.2010 tarihli Anayasa değişiklikleri ile Anayasa-da garanti altına alınan “kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olmaları ilkesi”, başlangıçtaki temel hak anlayışına egemen olan, Devlete sadece temel hak koruma alanlarına yapılan saldırıları yasaklamakla kalmayıp, onun bu ikenin gerçekleşmesine yönelik aktif eylemlerde bulunmasını da emretmektedir.

Eşit hakları sağlama konusundaki bu yükümlülük, öncelikle Devlete ve diğer kamu tüzel kişilerine yöneliktir. Ancak kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olmasının düzenleme kapsamı bundan ibaret değildir.

<sup>43</sup> Pflug Natalie: *Positive Massnahmen im Lichte des Geschlechtergleichbehandlungsgrundsatzes*, Wien, 2009, s. 182.

Kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olması ilkesi, onların salt Devlet karşısında eşit haklarla donatılması konusunda Devlet için bir yükümlülük dayanağı olmakla kalmayıp, bu ilke ile Devlet, kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olmasını, vatandaşların özel hukuka ilişkin ilişkilerinde de gerçekleştirmekle yükümlendirilmiş olmaktadır.

Bu Anayasa emri Devletin, Devlet-vatandaş ilişkileri dışındaki alanda belli eşitlik reformları yapma yükümlülüğü konusunda gerekçe oluşturmak dışında, farklı cinslerin eşitliğinin sağlanması amacıyla, Devletin ve özel kişilerin önlemler almasına yönelik hukuksal etki de doğurur.

Bu eşitlik normu anılan etkiyi, eşitliğin gerçekleştirilmesi için bir Anayasa emri olarak değil, tüm hukuk düzenini etkileyen “bir objektif temel ilke” olarak anlaşıldığında doğurur. Temel hakların bu etkisini F. Almanya Anayasa Mahkemesi sürekli içtihadında tanımaktadır.

Bu objektif temel ilke, kadınlar ve erkeklerin eşitliğinin -Devletin aktif bir hareketi olmadan- gerçekleşmesine yönelik düzenlemeleri de haklı çıkarmaya elverişlidir.

### **5. Kadın Kotaları Cinsiyet Nedeniyle Ayırım Yasağına ve Eşit Davranma İlkesine Aykırı mı?**

Siyasal karar organlarında kadınların eşit temsilinin sağlanması amacıyla güden yasal kota düzenlemeleri, kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip olması ilkesinde ifadesini bulan temel ilkeye uygundur.

Kadınların siyasal karar organlarında daha az temsil edilmeleri, onların kadın olma dışında başka bir nedeni olmayan fiili mağduriyetlerini ortaya koymaktadır.

F. Almanya Anayasa Mahkemesine göre, kadın kotaları tipik olarak kadınları etkileyen fiili dezavantajları dengelemeye çalışırlar. Çünkü bugün bile toplumuz kadın aleyhine strüktürel ayrımlarla yapılanmıştır. Bu durum kadınların belli görevlere atanmalarında etkili olmaktadır. Kadınların performansları sıklıkla olduğundan az değerlendirilmekte ya da kendilerine taşıdıkları çifte yük nedeniyle göreve atanmalarda ve yükseltmelerde gerçekleştiremeyecekleri kriterler uygulanmaktadır. Bu tür münferit olayları yaptırıma bağlamak mümkün değildir. Çünkü bir çok durumda ayrımcı işlem gizli kalmakta ve kanıtlanması mümkün olmamaktadır (BVerfGE 89,276).

Ancak kadın lehine bir kotanın da, erkek adayların haklarını zedelediği ileri sürülebilir. Sosyal devlet ilkesi de yalnız başına kadın kotalarını haklı çıkarmak için yeterli görünmemektedir.

Kadın kotalarının, “eşit davranma ilkesine” ya da “cinsiyet nedeniyle ayırım yasağına” aykırılık oluşturduğu savunulabilir. Çünkü cinsiyet ögesi bu kotalarda ayırım

nedeni oluşturmaktadır. Burada kotanın “cinsiyet nedeniyle eşit davranmama yasağı” karşısında değerlendirilmesi gerekmektedir.

F. Almanya Anayasa Mahkemesi, F. Anayasa md. 3 fıkra II'deki farklı cinslerin eşit haklara sahip olması emrinin ilke olarak kadın ve erkek arasındaki ayırımları meşru kılmaya elverişli olduğu yolunda karar vermiştir. Mahkemeye göre özellikle yasa koyucu, tipik olarak kadını hedef alan fiili mağduriyetleri, onu avantajlı kılan düzenlemelerle dengeleme hakkına sahiptir (BVerfGE 92, 91( 109)).

F. Almanya Anayasa mahkemesi, kadını teşvik tedbirlerinin meşruluğunu tartım yoluyla çözmeye çalışmaktadır (BVerfGE 92,91(109)). Ancak F. Anayasa Mahkemesine göre bu tartım, olayın özgülüğünü (fevkaladeliğini) dikkate almalıdır.

Mahkemeye göre, burada örneğin düşünceyi açıklama özgürlüğü ve insan onurunun korunmasında olduğu gibi değişik temel haklar karşı karşıya gelmemektedir. Gerçek anlamda eşit haklara sahip olma ile şekli ayırım yasağı genel ve soyut olarak açıklığa kavuşturulmalıdır.

F. Almanya'da öğretide, farklı cinslerin eşit haklara sahip olmaları ilkesinin (F. Anayasa md. 3 (2)) cinsiyet nedeniyle ayırım yasağı (F.Anayasa md.3(3)) karşısında özel hüküm olduğunun kabulünün isabetli olacağı ve bu nedenle öncelikle uygulanması gerektiği savunulmaktadır<sup>44</sup>.

Ülkemiz açısından Anayasanın 10'uncu maddesine 2004 ve 2010 tarihlerinde ek hükümlerin getirilmesiyle, Anayasa md. 10 f. II'nin, Anayasa md. 10 f. I'in emrettiği eşit davranmama yasağı karşısında meşruiyeti sorunu artık söz konusu değildir.

2004 ve 2010 değişikliklerinden sonraki haliyle Anayasanın 10'uncu maddesinin II'nci fıkrasıyla kota, anayasal koruma altına alınmış bulunmaktadır.

Anayasa md. 10 f. II, cinsler arasında sadece hukuken eşit davranma emrinden daha fazla olarak kadın ve erkek arasındaki fiilen eşit haklara sahip olmayı da içermektedir.

Md. 10 f. II, farklı cinslerin hukuken ve fiilen eşit haklara sahip olması için Devlete yönelik bir emir içermektedir. Kadının fiili eşitliğinin teşvik edilmesi, fiili mağduriyetinin ortadan kaldırılması emri açıkça bu madde metninde yer almaktadır.

Md. 10 f. I ve f. II' nin içerdiği her iki temel hak da kota düzenlemelerinin maddi ve zamansal olarak sınırlandırılmasıyla optimal geçerlilik kazanabilirler.

İstisna kaydı içeren performans dayalı karar kotası, avantajlı kılınan kadınlar kadar erkek adaylara da eşit şans sağlamaktadır. Örneğin F. Almanya Federe Devletler

<sup>44</sup> **Sacksofsky Ute:** *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung. Eine Rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes*, Schriften zur Gleichstellung der Frau Bd. I, Baden-Baden, 1. B., 1991, s.211.

Eşitlik Yasası md. 8'de öngörülen kota, kadınların eksik temsil edildikleri alanlarda, kadınlar eşit performansa sahipseler ve erkek adaylar lehine istisnai bir durum mevcut değilse uygulanmaktadır.

Bununla birlikte kadını teşvik edici düzenlemelerin geçici niteliğinin altı çizilmelidir<sup>45</sup>. Gerçek eşitliğe ulaşılması durumunda, artık kadını teşvik eden tedbirlerin haklı çıkarılması mümkün değildir.

Kadını teşvik tedbirlerinin ölçütü de sınırlıdır. Kadını teşvik tedbirleri, bir telafi yani var olan bir açığı kapatma dengelemesi yaptıkları sürece Anayasa md. 10 f. II emrini ifa etmiş sayılacaklardır. Bu nedenle bir kotanın yüksekliği %50 oranını aşmamalıdır.

Bugün için pozitif önlemler bile cinsler arasında kapsamlı bir eşitlik sağlanmasında tam anlamda bir sonuç alınmasını sağlayamamış olmakla birlikte, yine de bu tür önlemler cinsler arasında şans eşitliğini sağlamada tek çare olarak görünmektedirler.

## VII) Sosyal Hukuk Devletinde Eşitlik İlkesi

Liberal hukuk devletinde temel haklar ilgililerin sosyal güçlerine ya da güçsüzlüklerine bakılmaksızın şekli açıdan eşit hukuksal statüleri oluştururlar. Ekonomik alanda mülkiyet garantisi ile sanayi ve ticaret özgürlüğü önem taşımaktadır. Liberal Hukuk Devletinde bu temel haklardan herkes hukuken eşit şekilde faydalanabilir. İnsanların çoğunun önem taşıyacak miktarda mülkiyet konusu objeye sahip olmaması ve sanayi-ticaret özgürlüğünü yeterli sermayeleri olmadığı için bağımsız bir şekilde kullanamamaları önem taşımamaktadır. Böylece temel haklar bu anlayış içinde egemen azınlığın hakları olurlar ve bu kişilerin üstün ekonomik güçlerini kullanmalarına hizmet ederler. Sosyal devlet ilkesi buna karşıdır.

Sosyal devlet ilkesi, başkalarının sırtından kazanılan güç pozisyonlarının güvence altına alınması için özgürlük haklarının her türlü kötüye kullanımını yasaklamaktadır.

Sosyal devlette temel haklar sosyal önemleri dikkate alınmadan salt hakları garanti etmeyip, sosyal açıdan önemli bir özgürlük ve eşitlik statüsü garanti ederler.

Eşitlik ilkesi bakımından sosyal devlet ilkesinden ilgililerin şekli eşitliği ile yetinmemek, hakkın maddi sonuçlarında eşitlik sağlanabilmesi için o anki sosyal gerçekliği göz önünde tutmak emri doğmaktadır<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> **Pflug Natali:** *Positive Massnahmen im Lichte des Geschlechtergleichbehandlungsgrundsatzes*, Wien, 2009, s. 182.

<sup>46</sup> **BVerfGE** 22, 83, 86 vd.

Sosyal hukuk devletinde temel haklar, toplumun tüm grupları için gerçekten “eşit özgürlük” garanti edecek şekilde yorumlanmalıdır<sup>47</sup>.

### VIII) Fırsat Eşitliği ve Sosyal Dağıtım

Sosyal devlet, hukuk devleti gibi özgürlüğe değil, daha çok eşitliğe yöneliktir<sup>48</sup>. Ama her iki ilke de “sosyal hukuk devleti” ilkesi içinde birleşirler (Anayasa md. 2).

Sosyal Devlet, özgürlüğün korunmasına karşı ilgisiz değildir. Tersine menfaatlerin dengelenmesinde özgürlük de birlikte değerlendirilmelidir. Herkes için özgürlük, fırsat eşitliğine ulaşmak için dezavantajlı olanların özellikle desteklenmeleri demektir.

Ama fırsat eşitliğinin yaratılması mekanik bir eşitlemeye götürmemelidir. Tersine kamunun sınırlı parasal kaynaklarının şematik olarak topluma dağıtılması değil, gerçekten yardıma gereksinmesi olanlara yoğunlaştırılması, sosyal devletin temel ilkesidir.

Yardıma gereksinmesi olmayanların yardımdan faydalanması sosyal devlet ilkesine aykırıdır<sup>49</sup>.

Devletin kullanıma açık parasal kaynakları sınırlı olduğu için, yardıma gereksinmesi olmayanlara harcanan tutara, yardıma ivedilikle muhtaç olanların ihtiyacı vardır.

Şematik bir eşitleme değil, objektif, sosyal eşitleyici bir ayırım anlamında difransiyel bir adalet amaçlanmalıdır.

Herkese aynıını değil, herkese kendisine düşeni vermelidir: (Suum-cuique: herkese kendisinininki)<sup>50</sup>.

Kendi adalet tasarılarını gerçekleştirmek ve Devletin sosyal düzenlemelerinin yönü konusunda karar vermek, öncelikle yasa koyucunun işidir. Ancak bunu yaparken keyfi davranmamak zorundadır<sup>51</sup>. Neyin eşit, neyin eşitliğe aykırı olduğu, neyin objektif, neyin sübjektif olduğu sosyal devlet ilkesine göre ölçülmelidir. Belirleme yapılırken “sosyal eşitlik” esas alınmalıdır.

<sup>47</sup> **Ekkehart Stein:** *Staatsrecht*, B.14, Mohr Siebeck, Tübingen, 1993, s 178.

<sup>48</sup> **Theodor Maunz Günther Dürig Roman Herzog:** *Grundgesetz-Kommentar*, C. I, Art.1-12, CH Beck, München, 1990, Art. 20 (VIII) KN 36.

<sup>49</sup> **BVerfGE** 9, 20 (35), 17, 1 (11), 38 (56), 59, 52 (62); Geniş seçmen kitlelerini etkilemek için devamlı denenen siyasal uygulama sosyal devlet ilkesine aykırıdır.

<sup>50</sup> **Huber Ernst Rudolf:** *Rechtstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft*, **Forsthoff Ernst**(edt): *Rechtstaatlichkeit und sozialstaatlichkeit*, Verlag Wissenschaftliche Buchgesellschaft,(s.557-630) Darmstadt, 1968.

<sup>51</sup> **BVerfGE** 12, 354 (367).

**KISALTMALAR**

Abs	Absatz=Fıkra
AMKD	Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
Anm	Anmerkung=Not
AnMah	Anayasa Mahkemesi
Art	Artikel=Madde
B	Bası
BTDr	Bundestagdrucksache
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts:=Federal (Almanya) Anayasa Mahkemesi Kararları
C	Cilt
Çev.	Çeviren
DöV	Die öffentliche Verwaltung=Dergi
E	Esas
Edt	Editör
f	fıkra
F	Federal
GG	Grundgesetz= F. Almanya Anayasası
K	Karar
KN	Kenar Numarası
Krş.	Karşılaştırınız
Kt.	Karar tarihi
Md	Madde
NJV	Neue Juristische Wochenschrift=Dergi
Prf	Paragraf
RG	Resmi Gazete
s	sayfa
S	sayı
t.li	tarihli
vd	ve devamı
Verf	Verfassung=Anayasa

**YARARLANILAN KAYNAKLAR**

**Aristoteles:** *Nikomachische Ethik, Ex Libris*, (çev. **Olof Gigon**), Artemis-Verlag, Zürich, 1951.

**Aristoteles:** *Politik, Fünftes Buch*, (çev. **Walter Siegfried, Olof Gigon**), Artemis-Verlag München, 1967.

**Fuchsloch Christine:** "Erforderliche Beseitigung des Gleichberechtigungsdefizits oder verfassungswidrige Maennerdiskriminierung?" (Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1991, s.442-468).

**Gözler Kemal :** *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Basım, Bursa, 2010.



- Huber Ernst Rudolf:** *Rechtstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft*, **Forst-hoff Ernst**(edt): Rechtstaatlichkeit und sozialstaatlichkeit, (s.557-630) Verlag Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1968.
- Huber Götz:** *Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung im Privatrecht*, C.H.Beck Verlag, München, Berlin 1958.
- Kaboğlu İbrahim Özden:** *Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası, Halk Neyi Oylayacak*, İmge Kitabevi, İstanbul, 2010.
- Kaufmann Claudia:** *Gleichberechtigung und Sonderrechte für Frauen –(k) ein Widerspruch?*, Festschrift für Margith Bigler Eggenberger, Basel und Frankfurt am Main, 1993.
- Kaufmann Claudia:** *Quoten-beser als Ruf, Das umstrittene Mittel zur Verwirklichung von Mann und Frau*, Bern, 1988.
- Maunz Theodor:** *Deutsches Saatsrecht*, B.8, Beck Verlag, München, 1958.
- Maunz Theodor - Günther Dürig, Roman Herzog:** *Grundgesetz-Kommentar*, C. I, Art. 1-12, CH Beck, München, 1990, Art. 20 (VIII) KN 36
- Özbudun Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.
- Pausch/Gruber Ursula:** *Es mangelt an Solidaritaet, Entwicklung und Ziele der Arbeitsgemeinschafft sozialdemokratische Frauen*, Willy Brandt (edt): Frauen heute-Jahrhundertsthema Gleichberechtigung, Köln, 1978.
- Pelzer Marei:** *Frauenförderung im Aufwind*, Grundrechte-Report, 65-69: <http://www.grundrechte-report.de/1998/inhalt/details/back/inhalt-1998/article/frauenfoerderung-im-aufwind-1/>, s.66 (12.05.2015)
- Peters Anne von:** *Frauenquoten im Rechtsvergleich, Diskriminierung Antidiskriminierung*, Berlin, 1996.
- Randzio-Plath, Christa:** *Europa- eine Chance für die Frauen*, Baden, 1974.
- Randzio-Plath Christa.** *Laesst uns endlich mitregieren*, Freiburg, 1980.
- Sachs Michael:** "Die Quotenregelung und der Rentenaltersbeshluss des BVerGs" Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1991.
- Sacksofsky Ute,** *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, Eine Rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes*, Schriften zur Gleichstellung der Frau Bd. I, Baden-Baden, I. B., 1991.
- Singraber Monica,** *Verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz und Gleichheit der Geschlechter*, Lehrveranstaltungen Wirtschaftsuniversitaet Wien (LV) 292 "Frau undRecht" SS2009, Wirtschaftsuniversitaet Wien: 1-9.<http://www.wu.ac.at/vw4/ar/materialien/eich/lv0292/gleich1.pdf> , s.7(25.05.2009)
- Slupik Vera,** *Die Entscheidung des Grundgesetzes für Paritaaet im Geschlechterverhaeltnis, Zur Bedeutung von Art.3 Abs 3 GG in Recht und Wirklichkeit*, Berlin, 1988.



## AKTİF STATÜ HAKLARI

### (Rights of Status Activus)

Prof. Dr. Zafer GÖREN\*

#### ÖZET

Aktif statü, bireyin özgürlüğünü, Devlet içinde ve Devlet için kullandığı durumdur. Vatandaşlık hakları ile biçimlenir ve güvence altına alınır.

Demokratik Devlet vatandaşı, sadece aktif statüde değil, negatif statüde de, gazete okuyucusu, yayımcı, dernek ve parti mensubu olarak, toplantı ve gösterilerde düşünceleri ile demokratik Devlete katkıda bulunup onu şekillendirebildiğinden, negatif statünün temel haklarında da yorum sırasında, Devletle olan demokratik fonksiyon ilişkisi göz önünde tutulmalıdır.

Temel haklar, özgürlükçü demokratik düzenin temel öğeleridirler. Onlar sayesinde Devlet, vatandaşlarının büyük bir çoğunluğu tarafından onaylanmaktadır. Böylece temel haklar bireyin, Devletten yana kısmen bağımlılıktan kurtulması ve Devlet karşısında garantisiz ile sınırlı kalmayıp, Devlete bağlayıcı bir bağ, siyasal anlaşmanın temeli olarak görülmelidir.

**Anahtar kelimeler:** Aktif statü hakları, Siyasal haklar ve ödevler, Aktif statü hakları, Siyasal haklar ve ödevler

#### *Abstract*

Status Activus, is the status of a person using his/her freedom inside the state and for the state. It is formed by and guaranteed under citizenship rights. The citizen of a Democratic State, not only in status activus but also in status negativus, since he/she with his/her thoughts could contribute towards and thus form the Democratic State in meetings and demos either as a newspaper reader, a publisher, or a member of a party or an organisation, in the fundamental rights of the negative status his/her democratic functional relationship with the State should be taken into consideration.

Fundamental Rights are the basic items of the libertarian democratic system. The State is approved by the majority of its citizens under the favour of Fundamental Rights. As such fundamental rights are not only limited to the individual's being semi independent and guaranteed against the State but also they should be considered as a binding contract to the State and as the foundation of political consensus.

**Keywords:** Rights of Status Activus, Political Rights and Duties, Rights of Status Activus, Political Rights of Duties

---

\* İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## AKTİF STATÜ HAKLARI

### I) Genel Olarak

Birey ve Devlet arasındaki ilişkide temel haklar, klasik fonksiyonlarına göre Georg Jellinek<sup>1</sup> tarafından:

- Negatif statü (Devletten yana özgürlük);
- Pozitif statü (Devletten pozitif edimlerde bulunulmasını isteme);
- Aktif statü (vatandaşlık) hakları olarak ayırıma tabi tutulmuştur.

Burada statü her defasında bireyin devlet karşısında çeşitli temel haklarla garanti edilmiş olan bir durumunu anlatmaktadır.

Aktif statü, bireyin özgürlüğünü, Devlet içinde ve devlet için kullandığı durumdur. Aktif statü, vatandaşlık hakları ile biçimlenir ve güvence altına alınır. Vatandaşlık haklarıyla bireye, Anayasada seçmen ya da temsilci olmak (Anayasa md. 67), kamu hizmetlerine girme (Anayasa md. 70); vatan hizmetini yerine getirmek (Anayasa md. 72); dilekçe hakkı (Anayasa md. 74) garanti edilmiştir.

Birey vatandaşlık haklarından faydalaniyorsa iki olay gerçekleşecektir;

- Bireyin özgürlüğü Devlet hizmetine girecek;
- Aynı zamanda Devlet bireyin, özgürlüğünü kullanabileceği bir alan haline gelecektir

Bireysel özgürlük ve Devlet düzeni fonksiyonel açıdan birbirlerini kapsayacaklardır.

Ancak demokratik Devlet vatandaşı, sadece aktif statüde değil, negatif statüde de, gazete okuyucusu, yayımcı, dernek ve parti mensubu olarak ya da toplantı ve gösterilerde düşünceleri ile demokratik Devlete katkıda bulunup onu şekillendirebildiğinden, negatif statünün temel haklarında da yorum sırasında, Devletle olan demokratik fonksiyon ilişkisi göz önünde tutulmalıdır<sup>2</sup>.

Devlet öncesi olup devlet tarafından sadece keşfedilip tanınan insan hakları ile Devlet tarafından yaratılan temel haklar arasındaki ayırım önem taşımaktadır.

İnsan haklarının tanınması, Anayasa koyucunun belli hakları vermeme veya vermekten kaçınma konusunda yetkili olmadığı, onları yalnız açıklayıcı nitelikte tanıyabilmesinin kabulü anlamına gelmektedir.

Anayasa md. 12'deki, herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vaz-

<sup>1</sup> **Georg Jellinek:** *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1892, 2B. 1905, s. 87, 94 vd.

<sup>2</sup> **Bodo Pieroth /Bernhard Schlink:** *Grundrechte, Staatsrecht Schwerpunkte*, B. 3, C. II, Heidelberg, 1989, s. 22, KN. 81.

geçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu kuralına ve Anayasa md. 2' de Cumhuriyetin niteliklerinden sayılan insan haklarına saygılı Devlet ilkesinin, Anayasa md. 4 uyarınca değiştirilemeyeceği ve değiştirilmesinin önerilemeyeceği kurallarına egemen liberal anlayışa göre, temel haklar Devletin etki olanakları karşısında, toplumsal özgürlük alanı anlamına gelmektedir. Buna göre temel haklar, Devlet tarafından yaratılmış değerlerdir, onun tanımına gereksinimleri yoktur ve onun tarafından kesinlikle ortadan kaldırılamazlar. Temelde bireye aittirler. Sadece yasa dışı baskılara değil, Devlet yasalarının baskısına karşı da özgürlüğü güvence altına alırlar. Devlet tarafından konulmuş kurallarla özgürlüğün koruma alanına bir müdahale girişimi hukuka aykırı yasalar, yani Devlet yasa koyucusunun meşru olmayan hukuk kurallarını doğurur; Özgürlük ilke olarak sınırsızdır. Devlet tedbirleri ise ilke olarak sınırlı ve ölçülebilir olmalıdır. İnsan Devlet için değil, Devlet insan için vardır.

Bununla beraber Devlet üstü temel hakların Devletin Anayasası içinde yer alması, zor ve kendi içinde neredeyse çelişkili görünmektedir. Çünkü bir temel hak Anayasada yer alır almaz, sanki onun artık yasanın kaderine terk edildiği yanlışlığı doğabilmektedir. Bu düşünceye karşı, her zaman Devlet üstü temel hakların varlığının, Anayasalarda ortaya konuluşlarından tümünden bağımsız olduğu ileri sürülmelidir. Devlet üstü temel haklar mutlak ve Anayasa metninde göreceleştirilemezler. Devlet üstü temel haklar (insan hakları) Anayasayı değiştiren yasa koyucu tarafından da ortadan kaldırılamaz. Bu sonuç onların niteliğinden ve pozitif hukuk açısından Anayasamızın 2'nci maddesi ile bağlantılı olarak 4' üncü maddesinden çıkarılmaktadır.

Anayasamızdaki Devlet üstü özellikleri ve mutlaklıkları açık olan temel hakların başında, yaşam üzerindeki hak (md. 17 f. I) ve insan onurunun korunmasını isteme hakkı (Başlangıç prf. 6) gelmektedir.

Eşitlik ilkesi (md. 10), genel eylem özgürlüğü=kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı (Başlangıç prf. 6; md. 17 f. I) bunlar içinde tanınmaması olanaksız ve önemli olanlarıdır. Din ve vicdan özgürlüğü (md.24), düşünceyi açıklama özgürlüğü (md.26), çalışma ve sözleşme özgürlüğü (md.48) gibi bazı özgürlükler Devlet üstü genel eylem özgürlüğünün (kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme temel hakkı) somutlaştırmalarını oluştururlar.

Devlet üstü temel hakların (insan hakları) karşıtını, Devlet tarafından yaratılmış temel haklar oluşturur. Onları Anayasaya koyup koymamak Anayasa koyucusunun takdirine bırakılmıştır. Bu nedenle Anayasayı değiştiren yasa ile ortadan kaldırılabilirler. Bu gruba: vatandaşlık hakkı (md.66), kamu hizmetlerine girme hakkı (md.70),-vatan hizmeti (md.72), dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı (md.74), siyasi parti kurma hakkı, siyasi partilere girme ve siyasi partilerden ayrılma hakkı (Anayasa md. 68), seçme ve seçilme hakkı (md. 67) girer.

Devlet tarafından yaratılmış temel haklar, Devletin yasa koyucusunun tasarrufunda olan ve içeriğini öncelikle Devletin belirlediği haklardır<sup>3</sup>.

Temel hakların çoğu birden çok amaca yöneliktir. Örneğin düşünceyi açıklama özgürlüğü, negatif statüye dahil edilmekle birlikte, seçimlerle ortaya konan halkın siyasal iradesinin korunması, onun daha derin bir anlamını ortaya koymaktadır. Bu nedenle kamusal düşünceyi açıklama özgürlüğü, aynı zamanda bir vatandaşlık hakkıdır (status activus).

Temel haklar, objektif içerikleri nedeniyle tamamlayıcı ve bütünleştirici bir etkiye sahiptirler<sup>4</sup>. Temel haklar, özgürlükçü demokratik düzenin temel öğeleridirler.

Onlar sayesinde Devlet, vatandaşlarının büyük bir çoğunluğu tarafından onaylanmaktadır.

Böylece temel haklar bireyin, Devletten yana kısmen bağımlılıktan kurtulması ve Devlet karşısında garantisi ile sınırlı kalmayıp, Devlete bağlayıcı bir bağ, siyasal anlaşmanın temeli olarak görülmelidir<sup>5</sup>.

Anayasal demokratik düzen, seçimlerle siyasal iradenin oluşumuna ve şekillenmesine doğrudan doğruya serbest ve eşit katılım; siyasal yöneticilerin legitemasyonu; azınlığın bir gün çoğunluk olma konusunda eşit şansa sahip olması; serbest ve açık bir siyasal sürecin garanti edilmesi ile oluşuyorsa, bu düzen geniş ölçüde temel hakların normlandırılması ile gerçekleşecektir.

Modern demokrasinin temel koşulları olarak serbest ve eşit seçimler ile siyasal yöneticilerin legitemasyonu, seçim hukuku ilkelerinin güvence altına alınmasına; kamu oyunun ve siyasal iradenin oluşumu, düşünce, toplantı ve sözleşme özgürlüğüne dayanır.

Aynı şekilde siyasal süreç özgürlüğü, Anayasa md. 25, 26, 33, 34 'te güvence altına alınan temel hak normları ile mümkün kılınmış ve garantilenmiştir.

Anayasanın demokrasisi, her şeyden önce siyasal birlik oluşumu ve Devlet etkinliği sürecinin objektif düzen öğesi olarak, temel hak fonksiyonuna dayanmaktadır.

## II. İnsan Hakları –Vatandaş Hakları

Temel haklar, temel hak taşıyıcısına göre, insan hakları (herkesin hakları) ve vatandaş hakları (Türklerin hakları) olarak tiplendirilebilir.

<sup>3</sup> **Theodor Maunz:** *Deutsches Staatsrecht*, B.8, 1958, B.16, München, 1968, s. 89 vd., s. 120, 135; Krş. **Schmidt-Bleibtreu-Franz Klein:** *Kommentar zum Grundgesetz*, B.4, B.5, Bonn-Neuwied-Darmstadt, 1977, 1980, Vorb. vor. Art. 1. s. 128, KN. 15.

<sup>4</sup> **Rudolf Smend:** *Verfassung und Verfassungsrecht*, München-Leibzig, 1928, s. 119 vd.

<sup>5</sup> **Rudolf Smend :** *Bürger und Bourgeoisim deutschen Staatsrecht*, Berlin 1933, s. 30 vd. 313 vd.

Temel hakların herkes ya da sadece Türkler için geçerli olduğu, Anayasadaki temel hakka ilişkin madde metninden anlaşılabilir.

İnsan hakları, hak sahipliği için, kişisel açıdan hiç bir özel sınırlama öngörülme-  
yen yani tüm insanlara ait olan haklar olarak anlaşılmaktadır.

Bu tür temel hakların taşıyıcısı Anayasamızda : “Herkes” (Anayasa md. 12, 17, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 33, 34, 35, 36, 40, 48, 49, 56, 60, 73); “hiç kimse” veya “kimse “ (Anayasa md. 18, 21, 37, 38, 42, 50) sözcükleriyle ifade edilmektedir.

Vatandaş hakları olarak sadece Türklere ait olan haklar anlaşılmaktadır. (Örneğin Anayasa md.66, md.67, md.68, md.70, md.72, md.74’te güvence altına alınan haklar).

Türk vatandaşı, Anayasa md. 66 f. I anlamında Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan kişidir. Bireyin Devlet içindeki bir vatandaş olarak hakları, yani “vatandaş hakları” Devlet üstü haklar olmayıp, doğaları gereği, vatandaşın sadece Devlet içinde kullanabileceği haklarıdır.

İnsan hakları ve vatandaş hakları ayırımından, yabancıların sadece insan haklarına ilişkin olarak temel hak sahibi oldukları sonucu çıkmaktadır.

Anayasa md. 16’ ya göre “temel hak ve hürriyetler yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.”

Maddenin gerekçesinde, ülkede bulunan yabancıların hak ve özgürlüklerinin gereken durumlarda vatandaştan farklı olarak düzenlenip sınırlanabilmesinin ve bir yabancıнын ülkeye giriş yahut ülkede seyahat ve yerleşme özgürlüğünün ve basın özgürlüğünün vatandaşlarınkinden farklı olmasının olağan olduğu, bu farklılığın kendisini özellikle siyasal haklar konusunda gösterdiği, ancak vatandaş ve yabancı arasında yapılan bu ayırımın uluslararası hukuka uygun olması gerektiği belirtilmektedir<sup>6</sup>. Anayasa Mahkememizin de bir kararında:

“Anayasanın bu maddesi ile yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin gerektiğinde vatandaştan farklı olarak düzenlenip sınırlanabileceği ilkesi getirilmiştir” ifade-sine yer verilmiştir.

Temel hak ve özgürlükler konusunda yabancılar yönünden getirilecek sınırlamalar ancak yasa ile yapılmalı ve sınırlama uluslararası hukuka uygun olmalıdır.

Uluslararası hukuka uygunluk burada temel hakları sınırlamanın sınırını oluşturmaktadır. Uluslararası hukuk; Devletlerin taraf oldukları iki veya çok taraflı antlaşmalar, uluslararası teamüller (örf ve adet), uygar uluslarca kabul edilen ve temel hukuk ilkelerinden olan iyi niyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, devletler hu-

<sup>6</sup> İsmet **Polatcan**: *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Gerekçeler, Anayasa Mahkemesi Kararları, Bilimsel Görüşler*, İstanbul, 1989, s. 89.

kukunun iç hukuka üstünlüğü ilkeleri ve yardımcı kaynak sayılan bilimsel ve yargısal içtihatlardır<sup>7</sup>.

### III) Siyasal Haklar

#### 1) Vatandaşlık Hakkı

1876 Anayasası md. 8, Osmanlı Devleti tabiiyetinde bulunan herkesin hangi din ve mezhepten olursa olsun istisnasız Osmanlı diye adlandırılacağı kuralını içeriyordu.

1924 Anayasasının 88'inci maddesinde ise: "Türkiye ahalisine, din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık bakımından "Türk" denir." kuralı yer alıyordu.

1961 (md. 54) ve 1982 (md. 66) Anayasaları ise "Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk'tür." kurallarını koymuşlardır.

Siyasal haklardan seçme, seçilme, siyasi parti kurma, bunlara üye olma, kamu hizmetlerine girme, vatan hizmeti, dilekçe hakkı gibi hakların kullanılmasının ön koşulu, vatandaşı olmak olduğu için vatandaşlık hakkı siyasal hakların kaynağını oluşturmaktadır<sup>8</sup>.

Vatandaşlık hakkı, ayrıcalıklı bir hak niteliğine sahiptir. Bu durum İnsan Hakları Evrensel Bildirisi md. 15'te belirgin kılınmıştır:

"1. Herkesin bir vatandaşlık hakkı vardır;

2. Hiç kimse vatandaşlığından ya da vatandaşlığını değiştirme hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz."

Tarihlerinde baskı yönetimleri yaşamış olan ülkeler daha sonra hazırladıkları Anayasalarında bu dönemlere bir tepki olarak vatandaşlık hakkı konusunda oldukça titiz davranmışlardır. 1949 tarihli F. Almanya Anayasası md. 16'ya göre: "Alman vatandaşlığı geri alınamaz, Vatandaşlığın kaybı, ilgilinin isteğine aykırı olarak ancak kanuna dayanılarak ve bu yüzden ilgilinin vatansız kalmaması koşulu ile mümkündür." 1967 tarihli İtalya Anayasasının 22'inci maddesinde de hiç kimsenin vatandaşlıktan siyasal gerekçelerle yoksun kılınmayacağı" kuralı yer almaktadır.

1961 Anayasasının 54'üncü maddesinin IV'üncü ve 1982 Anayasasının 66'ıncı maddesinin IV'üncü fıkralarında "Hiç bir Türk, vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylemde bulunmadıkça vatandaşlıktan çıkarılamaz" kuralı yer almaktadır.

Vatandaşlığın kazanılması için kan esas (ius sanguinis) geçerlidir. 1924 Anayasası madde 88 f. II'de belli durumlarda öngörülen toprak esas (ius soli), 1961 ve 1982 Anayasalarına alınmamıştır.

<sup>7</sup> Anayasa Mahkemesinin 16.3.1985 tarihli ve E.1984/14, K. 1985/7 sayılı kararı (AMKD, S. 21 s. 153 vd. (RG 24.8.1985-18852).

<sup>8</sup> İzgi Ömer-Gören Zafer: "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu", Ankara 2002, C. I, s.664.



1961 Anayasasının 54'üncü maddesi “vatandaşlık” başlığını taşıyordu. 1982 Anayasasının 66'ncı maddesinde madde başlığı olarak “Türk vatandaşlığı” deyimini kullanılmıştır.

Maddenin gerekçesinde: “Vatandaşlık önemli bir bağıdır. Bu bağın önemini ve niteliğini belirtme bakımından maddenin başlığı olan 1961 Anayasasındaki 54'üncü maddenin ‘vatandaşlık’ başlığı, ‘Türk vatandaşlığı’ haline getirilmiştir. Bu suretle vatandaşlık bağı ile Devlete bağlı olan herkes deyiminden, ‘Türk vatandaşlık bağı ile Devlete bağlı olan herkes Türk vatandaşdır’ demek istenmiştir. Bu şekilde vatandaşlık bağının, Türklüğü kazandırmada, daha kuvvetli bir bağ olduğu vurgulanmak istenmiştir.” açıklamalarına yer verilmiştir.

1961 Anayasasında olduğu gibi “benimsenen kan esasına göre Türk babanın veya ananın çocuğunun Türk olduğu” ilkesi korunmuştur.

1982 Anayasasının 66'ncı maddesinde 3.10.2001 tarihinde gerçekleştirilen değişiklikten önce Türk ananın, Türk babadan olan çocukları ile evlilik dışında herhalde doğan çocukları Türk olmasına karşın, yabancı babadan ve Türk anadan evlilik içinde doğan çocuğun vatandaşlığı kanuna bırakılmıştı.

66'ncı maddenin II'inci fıkrasının ilk şeklinde son tümce olarak yer alan: “Yabancı babadan ve Türk anadan olan çocuğun vatandaşlığı kanunla düzenlenir”, ibaresi 3.10.2001 değişikliği ile madde metninden çıkarılmıştır (Değişik: 3.10.2001–4709/23 md.).

İlga edilen cümleye göre, Türk babanın yabancı uyruklu bir kadınla olan evliliğinden doğan çocuk, Türk vatandaşlığına sahip olurken, Türk annenin yabancı uyruklu bir erkekle evlenmesinden doğan çocuğun Türk vatandaşlığına sahip olması, bu konunun kanunla düzenlenmiş olması koşuluna bağlanmıştı.

Eşitlik ilkesine açık bir aykırılık oluşturan bu durum böylece Anayasa düzeyinde değiştirilmiştir.

Zaten Türk Vatandaşlık Kanununda 1981 yılında yapılan değişiklikle bu eşitsizlik yasa düzeyinde giderilmiş bulunmaktaydı (13.02.1981 tarihli, 2383 sayılı Kanun: 172547 sayılı, 17.02.1981 tarihli RG).

Artık ana babanın farklı vatandaşlığa sahip olduğu bir evlilikten doğan çocuğun Türk vatandaşlığına sahip olması için ana babadan birinin Türk vatandaşı olması yeterlidir (AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokol madde 5; AİHS'ye Ek 12 No'lu Protokol md.1)<sup>9</sup>.

29.05.2009 tarihli 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 7'inci maddesine göre:

<sup>9</sup> İzgi Ömer-Gören Zafer: “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu”, Ankara 2002 C. I, s. 667.

“(1) Türkiye içinde veya dışında Türk vatandaşı ana veya babadan evlilik birliği içinde doğan çocuk Türk vatandaşıdır.

(2) Türk vatandaşı ana ve yabancı babadan evlilik birliği dışında doğan çocuk Türk vatandaşıdır.

(3) Türk vatandaşı baba ve yabancı anadan evlilik birliği dışında doğan çocuk ise soy bağı kurulmasını sağlayan usul ve esasların yerine getirilmesi halinde Türk vatandaşlığını kazanır.”

Anayasanın 66'ncı maddesinin III'üncü fıkrasında “Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir” (1961 Anayasası md. 54 f.III) kuralı yer almaktadır. 66'ncı maddenin gerekçesinde: “Bu esaslar göz önünde bulundurularak Türk vatandaşlığını kazanma ve kaybetme şartları kanuna bırakılmıştır.” denilmektedir.

Türk vatandaşlarının vatandaşlıktan çıkarılması 1961 Anayasasında olduğu gibi “vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylem” koşuluna bağlanmıştır. Maddenin III'üncü fıkrasında sözü edilen kanun, 29. 5. 2009 tarihli 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'dur (RG 12.6.2009 tarihli, 27256 sayılı).

Türk vatandaşlığından çıkarılmaya karşı korunma, iki şekilde anayasal güvence altına alınmıştır:

a) Vatandaşlıktan çıkarma yalnız vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylemde bulunma halinde mümkündür. ( 1982 Anayasası md. 66 f.IV; 1961 Anayasası md. 54 f. IV)

(1961 Anayasasının gerekçesine göre, yabancı ülkelerde Türk hükümetini eleştiren makaleler yayımlanması ya da uzun yıllar Türk konsoloslüğünde bildirimde bulunulmaması bu tür eylemlerden sayılmaz);

b) Maddenin V'inci fıkrasında öngörülen vatandaşlıktan çıkarma ile ilgili karar ve işlemlere karşı yargı yolunun kapatılması yasağı (1982 Anayasası md. 66 f.V; 1961 Anayasası md.54 f.V).

1961 Anayasasının 114'üncü ve 1982 Anayasasının 125'inci maddelerinin varlığı karşısında bu kural gereksiz görünmekle birlikte 1961 Anayasasının bu fıkraya ilişkin gerekçesinde kuralın konulmasının nedeni “vatandaşlıktan çıkarılma ne şekilde gerçekleşirse gerçekleşsin yargı yolunun güvence altına alınmasının sağlanması” olarak gösterilmiştir<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Ernst Eduard Hirsch: *Die Staatsverfassungen der Welt, Die Verfassung der türkischen Republik*, C. 7., Türkei, Frankfurt am Main-Berlin, 1966, s. 122 vd.; Türk Vatandaşlık Kanununda yer alan vatandaşlıktan çıkarılma nedenlerinin eleştirisi için Bkz. Ayrıca: **Christian Rumpf**: *Türk Anayasa Hukukuna Giriş*, Ankara, 1995, s. 122.

## 2) Seçme, Seçilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakları

Seçme ve seçilme hakkının vatandaşlar için anayasa-hukuksal güvence altına alınması, temsili demokrasinin gerçekleşmesi için zorunlu bir koşuldur.

Seçmen ve temsilci olabilmenin koşulları ve seçim yöntemleri konusunda ayrıntılı düzenlemeler basit yasa koyucuya bırakılmış olmakla birlikte Anayasa md. 67 f. II’de yer alan ilkeler dışında, Anayasanın 75’inci-79’uncu maddeleri bu konuya ilişkin önemli düzenlemeler içermektedir.

Anayasanın 127’inci maddesine göre yerel yönetimlerin seçimleri de, md. 67’deki esaslara göre yapılır (md. 127 f. III).

1982 Anayasasının 67’inci maddesi 1961 Anayasasının 55’inci maddesini karşılamaktadır. 1982 Anayasası hazırlanırken maddenin başlığı, 1961 Anayasasındaki 55’inci maddenin başlığı gibi “seçme seçilme hakkı” olarak değil, “seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları” olarak düşünülmüştür. Maddenin gerekçesinde:

“1961 Anayasasının siyasi haklarla ilgili maddelerinde vatandaşın asıl hakkı olan siyasi faaliyette bulunma ancak seçme, seçilme, siyasi partiye girme ve çıkma ve bu bölümde sayılıp düzenlenen maddelerde gösterilenler olarak görülmekte idi. Halbuki vatandaşın asıl hakkı tek başına veya bir siyasi partide siyasi faaliyette bulunmadır.

1961’in düzenleme tarzı vatandaş sanki tek başına siyasi faaliyette bulunma hakkına sahip değilmiş intibainı uyandırmakta idi. Bu nedenle siyasi partilerde siyasi faaliyete katılanlarla tek başına siyasi faaliyette bulunanlar arasında, tek başına olanlar aleyhine farklar yaratılmakta idi. 67’inci maddede, seçme ve seçilme yanında, vatandaşın tek başına veya bir siyasi partide siyasi faaliyette bulunması da yer almıştır” açıklamaları yapılmıştır.

Seçme, seçilme hakkı ile ilgili olarak 1961 Anayasasının 55’inci maddesinin II’nci fıkrasında yer alan seçim ilkeleri aynen korunmuştur. 1961 Anayasasının 55’inci maddesinden fazla olarak 1982 Anayasasında 79’uncu maddede yer alan yargı güvencesi, 67’inci maddesinin II’inci fıkrasında 1’inci cümlede genel bir ilke halinde kabul edilmiştir.

1924 Anayasasının ilk şeklinde, seçmen yaşı, on sekiz yaşın tamamlanması olarak belirlenmişken (md.10), 1934 tarihli Anayasa değişikliği ile (5.12.1934/2599) 10’uncu maddede: “Milletvekili seçmek, yirmi iki yaşını bitiren yaşını bitiren kadın, erkek her Türkün hakkıdır.” kuralı yer almıştır. 1961 Anayasası seçmen yaşına yer vermemiştir. 1982 Anayasası ilk şeklinde seçmen yaşını 21 olarak belirlemiş, 17.5.1987 tarihinde 3361 sayılı Kanunla gerçekleştirilen Anayasa değişikliği (Değişik 17.5.1987 – 3361/1 md.) ile seçmen yaşı 20 ‘ye indirilmiştir.

Değişiklik gerekçesinde<sup>11</sup>:

Bu değişikliğin ülkenin sosyal durumu nedeniyle uygun görüldüğü, bazı duraksamaları gidermek amacıyla 19 yaşını bitiren ve 20 yaşına giren her Türk vatandaşının seçme ve halk oylamasına katılma hakkına sahip olduğunun belirlendiği, 20 yaşına girenlerin ay ve günlerinin aranmasına ve hesaba katılmasına gerek görülmediği belirtilmektedir.

23.7.1995 tarihli Anayasa değişikliği (23.7.1995 – 4121/5 md.) ile, on sekiz yaşını dolduran her Türk vatandaş seçme ve halk oylamasına katılma hakkına sahip kılınmıştır.

Milletvekili seçilebilmek için 76'ncı maddenin P'inci fıkrasının ilk şeklinde otuz yaşın doldurulmuş olması gerekli iken, 2006 tarihli değişiklikle (Değişik: 13.10.2006-5551/1 md.) yirmi beş yaşını dolduran her Türk, milletvekili seçilebilmektedir.

#### a) Koruma Alanı

Aktif seçim hakkı (seçmen olabilme hakkı) ve pasif seçim hakkı (seçilebilme, aday olabilme hakkı)nın koruma alanı, aday listelerinin hazırlanmasından, milletvekilliği sandalyelerinin dağıtılmasına kadar bütün seçim sürecini kapsar.

Anayasa md.67 f. II 'ye göre: "Seçimler ve halk oylaması serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılır."

Genel oy, seçme ve seçilme yeterliliği bakımından bütün vatandaşların eşitliği anlamına gelmektedir. Dayanağını genel eşitlik ilkesinde bulur. Genel oy ya da seçimin genelliği ilkesi, cinsiyet, ırk, gelir, servet durumu, öğrenim durumu nedeniyle seçme seçilme hakkından yoksun bırakılmayı yasaklamaktadır. Her vatandaş seçme-seçilme hakkına sahip olmalıdır. F. Almanya Anayasa Mahkemesine göre, genel seçim hakkının sınırlamalarına sadece zorlayıcı bir nedenin bulunması halinde izin verilmiştir<sup>12</sup>. Vatandaşlık, yaş durumu, kısıtlılık, kamu hizmetlerinden yasaklılık gibi durumlar bu tür meşru sınırlamalara örnek oluşturur (26 Nisan 1961 tarihli ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun md. 8).

Seçilme hakkı bakımından sınırlamalar Anayasa md.76'da belirlenmiştir.

• Seçimin eşitliği ilkesi, genel eşitlik ilkesinin bir uygulama halidir. Oy hakkına değil, oyun değerine ilişkindir. Seçimin eşitliği, seçme hakkı bakımından, eşit sayım

<sup>11</sup> TBMM Tutanak Dergisi, D. 17, Yıl: 4, Sayı: 564.

<sup>12</sup> BVerfGE 36, 139, 141.

değeri (one man, one vote); her verilen oyun (seçim sistemi izin verdiği ölçüde), seçim sonucu üzerinde ve milletvekilliklerinin dağılımında eşit etkiye sahip olması, kullanılan oyların parlamento sandalyelerine dönüştürülmesinde, her oyun dikkate alınması (eşit sonuç değeri); seçilme hakkı bakımından, tüm adaylar için şans eşitliği anlamına gelmektedir.

Ancak seçmenlik sıfatını kazanmış olsalar bile içinde buldukları durum nedeniyle seçim günü oy veremeyecek olan kişiler de bulunmaktadır. 1982 Anayasası (md.67 f.V) görevle ilgili kısıtlama olarak, silah altında bulunan erlere, erbaşlara ve askeri öğrencilere oy hakkı tanımamıştır. Taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler de oy kullanamazlar (Değişik: 23.7.1995-4121/5 md.; 3.10.2001-4709/24 md.). Maddenin ilk şeklinde tevkif evlerinde bulunan tutuklular da oy hakkını kullanamıyordu.

- Gizli oy ve açık sayım - döküm yöntemleri ise seçimin dürüstlüğü ilkesini sağlama amacını taşımaktadır. Bu ilkeler de seçim işlerinin yargı denetimi altında yapılmasıyla gerçekleştirilebilir.

- Seçimin tek dereceli ya da doğrudan oluşu, seçmenlerin temsilcilerini aracısız doğrudan doğruya seçmeleri demektir.

Seçimin genel ve doğrudan doğruya olması durumunda gerçekten demokratik bir seçim mekanizmasının varlığından söz edilebilir<sup>13</sup>.

İki dereceli seçimle yıkıcı olabilen kamu oyu hareketlerinin frenlenmesi amaçlanabilir. Örneğin Fransa'da iki dereceli seçimle gelen Senato "Meclisin oynaklığına karşı bir fren" görevi üstlenmesi için öngörülmüştür. ABD'lerinde de Başkan, her Federe Devletten seçilen delegeler (ikinci seçmenler) tarafından seçilmektedir<sup>14</sup>.

Türkiye'de de 1946 yılına kadar uygulanan iki dereceli seçim tek dereceli seçime oranla daha az demokratiktir. İki dereceli seçim genel oya ve tek dereceli seçime karşı bir direnme olarak değerlendirilmektedir.

Ancak çekimserliği artırıcı oluşu, iki dereceli seçimin sakıncasını oluşturmaktadır.

F. Almanya Anayasa Mahkemesine göre, eğer seçmen son sözü söyleyebiliyorsa ancak o zaman sözü belirleyici olur. Bu da tek dereceli seçimle sağlanabilir<sup>15</sup>.

- Seçimin serbestliği, objektif olarak, farklı eğilimde birden çok adayın seçmenin tercihine sunulması anlamına gelir. Sübjektif olarak, seçmenlerin ve adayların üzerinde seçimden önce, seçim sırasında ve seçim sonrasında baskı ya da hukuka aykırı bir etkinin bulunmaması demektir.

<sup>13</sup> **Erdoğan Teziç:** *Anayasa Hukuku*, Beta Basım, İstanbul, 2003, s. 247.

<sup>14</sup> **Erdoğan Teziç:** *Anayasa Hukuku*, Beta Basım, İstanbul, 2003, s. 247.

<sup>15</sup> **BVerfGE** 7, 63 (68).

· Seçime katılmama hakkını da içeren oyun serbestliği, oy kullanmanın bir görev olarak kabulünü gayri meşru kılar<sup>16</sup>. Zorunlu oy sistemini öngören düzenlemeler bu nedenle seçimlerin serbestliği ilkesi ile bağdaştırılmaz. 17.5.1987 tarih ve 3361 sayılı yasa ile Anayasanın 175'inci maddesine getirilen 8'inci fıkra, halk oylamasına ve seçimlere katılımın sağlanması için kanunla para cezası dahil gerekli her türlü önlemin alınacağına ilişkin bir kural içermektedir. Bu kural zorunlu oyu bir Anayasa kuralı haline getirmiştir. Böylece zorunlu oyun seçimin serbestliği ilkesine aykırı olup olmadığını denetleme yolu da kapanmış olmaktadır<sup>17</sup>.

F. Almanya Anayasa Mahkemesine göre, seçimin serbest oluşu, oy kullanma işlemi her türlü zorlamadan ve meşru olmayan baskıdan arındırılmış olmalıdır<sup>18</sup>. İçerdiği irade serbest olduğu ve yaptırımlara bağlanmadığı sürece oyun kullanılması, etkili bir şekilde korunmuş olur.

## b) Müdahaleler

• Seçim işlemine ve seçim sonucuna adayların iradesi dışında yabancı bir irade dahil olduğunda dolaylı bir seçim söz konusu olur.

• Oy vermenin ya da seçme işleminin bir görev olarak nitelendirilmesinin Anayasa hukuksal meşruluğu tartışmalıdır.

Öğretide oy kullanmanın bir görev olarak kabulü, seçimin serbestliğine bir müdahale olarak nitelendirilmektedir (oy kullanıp kullanmama konusunda baskı)<sup>19</sup>.

Bir partinin ya da adayın diğerlerine tercih edilmesi amacıyla yapılan baskı da yine oyun serbestliğini zedeleyici bir müdahaledir (kullanılan oyun içeriği üzerinde baskı)<sup>20</sup>.

• F. Almanya İdare Mahkemesine göre, bir kimsenin oyunu nasıl kullanmak istediği, nasıl kullanmakta olduğu ya da nasıl kullanmış olduğunu açıklamaya mecbur tutulması da oyun gizliliği ilkesine bir müdahaledir. Örneğin: bir mahkemenin kişiden kanıt olarak kullanma amacıyla, kullanmış olduğu oyun içeriğini açıklamasını istemesi bu tür bir müdahale oluşturur<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> **Walter Maier:** *Staats-und Verfassungsrechts*, C.I, B.3, Achim, 1993, s.262 vd.; **Ingo von Münch:** *Grundgesetz-Kommentar*, C. I, II, B.3, München, 1985, Art.38, KN 30.

<sup>17</sup> **Erdoğan Teziç:** *Anayasa Hukuku*, Beta Basım, İstanbul, 2003, s.250; Bkz. E. 22.5.1987 tarihli , E.1986/17, K. 1987/11 sayılı karar , AMKD S.23, s. 231.

<sup>18</sup> BVerfGE 44, 125 (139).

<sup>19</sup> **Hans Uwe Erichsen :** „Die Wahlrechtsgrundsätze des Grundgesetzes“ ( Jura 1983, s.635); **Ingo von Münch:** *Grundgesetz- Kommentar*, C. I, B. 3, München, 1985, C. II; III; 2.B., Art. 38 KN. 30.

<sup>20</sup> **Bodo Pieroth -Bernhard Schlink B:** *Grundrechte, Staatsrecht, Schwerpunkte*, B.3, C.II, Heidelberg, 1986, s.269.

<sup>21</sup> **BVerwGE** 49, 75 (75). BGH, JZ 1981, 103.

### 3) Siyasi Parti Özgürlüğü

#### a) Koruma Alanı

Siyasi parti özgürlüğü öncelikle siyasi partilerin kurulmasının serbest olmasını şart koşar. Kuruluş özgürlüğü, ismin seçimi, parti programlarının belirlenmesi ve siyasi partiye uygun faaliyet olanağını kapsamaktadır.

Parti özgürlüğü aynı zamanda siyasi partilerin şans eşitliği ilkesi ile şekillenen (örneğin TV de yayın saatlerinden faydalanma konusunda) bir faaliyet özgürlüğünü şart koşar.

Temsili ve parlamenter bir demokrasinin temel koşulu, siyasal partilerin kuruluş ve faaliyet özgürlüğüne ve vatandaşların siyasi partilere girip çıkma hakkına sahip olmalarıdır.

Anayasa md.68 f. I'e göre:

“Vatandaşlar, siyasi parti kurma ve usulüne göre partilere girme ve partilerden ayrılma hakkına sahiptir.”

Maddenin ilk metnine göre, parti üyesi olabilmek için yirmi bir yaşı doldurmuş olmak arandığı halde, 4121 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucu parti üyesi olabilmek için on sekiz yaşın doldurulmuş olması yeterli görülmektedir (Değişik: 23.7.1995-4121/6 md.).

Maddenin III'üncü fıkrasına göre: “Siyasi partiler önceden izin almadan kururlar ve Anayasa ve kanun hükümleri içerisinde faaliyetlerini sürdürürler.”

II'nci fıkraya göre: “Siyasi partiler demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır.”

4121 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucu 68'inci maddeye son bir fıkra eklenmiştir:

“Siyasi partilere Devlet, yeterli düzeyde ve hakça mali yardım yapar. Partilere yapılacak yardımın, alacakları üye aidatının ve bağışların tabi olduğu esaslar kanunla düzenlenir.”

#### b) Sınırlamalar

Anayasanın 68'inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarına göre, siyasi partiler demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olmalarına ve önceden izin almadan kurulup Anayasa ve kanun hükümleri içerisinde faaliyetlerini sürdürmelerine karşın bu özgürlük, Anayasanın kendisi tarafından sınırlamalara tabi tutulmuştur.

Md. 68 f. IV'e göre (Değişik: 23.7.1995-4121/7 md): “Siyasi partilerin tüzük ve

programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez.”

69’ uncu maddenin V’inci fıkrasına göre: «Bir siyasi partinin tüzüğü ve programının 68’ inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı bulunması halinde temelli kapatma kararı verilir.»

6216 sayılı, 30.03.2011 tarihli Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 52(1) maddesine göre: “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından açılan dava üzerine Mahkeme, bir siyasi partinin Anayasanın 69’uncu maddesinde sayılan hallerde ötürü kapatılmasına veya dava konusu fiillerin ağırlığına göre Devlet yardımından kısmen ya da tamamen yoksun bırakılmasına, toplantiya katılan üyelerin üçte iki oy çokluğu ile karar verebilir.”

Kanununun 52(2) maddesine göre: “Siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalar, 5271 sayılı Kanununun davanın mahiyetine uygun hükümleri uygulanmak suretiyle dosya üzerinden Genel Kurulca incelenir ve kesin karara bağlanır.”

Kanununun 52(3) inci maddesine göre: “Başkanın görevlendiği raportör ilk inceleme raporunu hazırlayarak Başkanlığa sunar. Yapılacak ilk inceleme sonrasında iddianamenin kabulüne karar verilmesi halinde, iddianame ve ekleri ilgili siyasi partiye gönderilerek, usul ve esasa ilişkin savunmaları alınır. Davalı partinin yazılı savunma vermesi halinde, bu savunma Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. Ayrıca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısından sonra kapatılması istenen siyasi Partinin genel başkanlığının veya tayin edeceği bir vekilin sözlü savunması dinlenir. Hakkında siyasi yasaklılık istenenler iddialarla ilgili savunmalarını yazılı olarak sunabilirler.”

Kanununun 52(4)’üncü maddesine göre:” Genel Kurul, gerekli gördüğü hallerde sözlü açıklamalarını dinlemek için ilgilileri ve konu hakkında bilgisi olanları çağırabilir.”

Kanununun 52(5)’inci maddesine göre: ”Siyasi parti kapatma davası sonucunda verilen karar, Yargıtay cumhuriyet başsavcısı ile ilgili siyasi partiye tebliğ edilir ve resmi gazetede yayımlanır.”

Anayasanın 69’uncu maddenin VI’ncı fıkrasına göre: “Bir siyasi partinin 68’inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerinden ötürü temelli kapatılmasına, ancak, onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespit edilmesi halinde karar verilir.” (Ek Cümle: 3.10.2001-4709/25 md.)

3.10.2001 tarihli değişiklikten (4709/25 md.) önce 69’ uncu maddenin VI’ncı



fıkrasında odak (mihrak) haline gelmekten ne anlaşılması gerektiği Anayasa metninde açıklanmamış bunun takdiri Anayasa Mahkemesine bırakılmıştı.

2820 sayılı 22.4.1983 tarihli Siyasi Partiler Kanunu'nun, "Bir siyasi partinin yasak eylemlere odak olması hali" başlıklı 103'üncü maddesi (Değişik 12.8.1999, 4445) ise odak olmanın ne anlama geldiğini açıkça düzenlemiş bulunmaktaydı.

Siyasi Partiler Kanunu md. 103'e göre: "Bir siyasi partinin, Anayasanın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne aykırı eylemlerin odak halini oluşturup oluşturmadığı hususu Anayasa Mahkemesince belirlenir.

Bir siyasi parti; birinci fıkrada yazılı fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre, merkez karar ve yönetim kurulu veya Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zimnen veya açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır".

3.10.2001 tarihli Anayasa değişikliği ile 69'uncu maddenin VI. fıkrasına aşağıdaki ek cümle getirilmiştir. (Ek Cümle: 3.10.2001-4709/25 md.): "Bir siyasi parti, bu nitelikteki fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zimnen veya açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır".

Anayasanın 69'uncu maddesinin X' uncu fıkrasına göre: "Yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alan siyasi partiler temelli olarak kapatılır."

3.10.2001 tarihli değişiklik kapsamında maddenin son fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

"Siyasi partilerin kuruluş ve çalışmaları, denetlenmeleri, kapatılmaları ya da Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmaları ile siyasi partilerin ve adayların seçim harcamaları ve usulleri yukarıdaki esaslar çerçevesinde kanunla düzenlenir" (Değişik: 3.10.2001-4709/25 md.).

Anayasa md.149 f.II'ye göre, siyasi partilere ilişkin dava ve başvurulara Genel Kurulca bakılır (Değişik:12/9/2010-5982/18).

Anayasa Mahkemesindeki süreci düzenleyen 149'uncu maddede 3.10.2001 değişikliğiyle, siyasi parti davalarında kapatılmaya karar verilebilmesi için beşte üç oy çokluğu şart kılınmış iken (Değişik: 3.10.2001-4709/33 md.); 12.9.2010 değişikliği ile: "siyasi partilerin kapatılmasına ya da Devlet yardımından yoksun bırakılmasına

karar verilebilmesi için toplantıya katılan üyelerin üçte iki oy çokluğu şarttır.” kuralı getirilmiştir (md. 149 f. III: Değişik 12.9.2010- 5982/19 md.; 6216 s.K. md.52 f.I).

69’uncu maddeye 3.10. 2001 değişikliği ile, VII’inci fıkra olarak getirilen yeni kuralla da, parti kapatmaya göre daha ılımlı bir yaptırım öngörülmüş bulunmaktadır. Böylece dava konusu fiillerin ağırlığı, siyasi partiyi fiillerin odağı haline getirmeye yetmiyorsa, yani fiillerin odaklaşma niteliği şüpheli görünüyorsa, bu eylemlere karşı daha ılımlı bir yaptırım uygulanması konusunda Anayasa Mahkemesine yetki verilmektedir. “Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki fıkralara göre temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasi partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verebilir” (Ek:3.10.2001-4709/25 md.)<sup>22</sup>.

Yukarıda belirtilen Anayasa değişiklikleri ile Anayasa koyucu siyasi parti kapatma yaptırımını Anayasada korumakla birlikte, bu yaptırımı zayıflatacak önlemler almaya çalışmaktadır.

68’inci maddenin V’inci fıkrasında siyasi partilere üyelik konusunda bazı sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre:

“Hakimler ve savcılar, Sayıştay dahil 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.”

68. maddenin VI’inci fıkrasına göre:

“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 yüksek öğretim elemanlarının yüksek öğretim kurumlarında uyacakları esasları belirler.”

68. maddenin VII’inci fıkrasına göre: «Yükseköğretim öğrencilerinin siyasi partilere üye olabilmelerine ilişkin esaslar kanunla düzenlenir”.

68’inci maddenin ilk şeklinde yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları ile öğrenciler için siyasi partilere girme yasağı öngörülmüştü.

Milli Güvenlik Konseyi tarafından Danışma Meclisinin hazırladığı metne eklenmiş olan ve ilk metinde yer alan: “Siyasi partiler, yurt dışında teşkilatlanıp faaliyette bulunamaz, kadın kolu, gençlik kolu ve benzeri şekilde ayrıcalık yaratan yan kuruluşlar meydana getiremez, vakıf kuramazlar” (md.68 f.VI) kuralı 4121 sayılı kanunla gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile metinden çıkarılmıştır. (Değişik: 23.7.1995-4121/6 md.)

<sup>22</sup> İzgi Ömer-Gören Zafer: “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu”, Ankara 2002, C. I, s.734.

101'inci maddenin son fıkrası gereğince, Cumhurbaşkanının da siyasi parti üyesi olması mümkün değildir.

### III. Temel Hakların Demokratik Fonksiyonu

Temel hakların çoğu birden çok amaca yöneliktir. Örneğin düşüncüyü açıklama özgürlüğü, negatif statü haklarına dahil edilmekle birlikte seçimlerle ortaya konan halkın siyasal iradesinin korunması, onun daha derin bir anlamını ortaya koymaktadır. Bu nedenle kamusal düşüncüyü açıklama özgürlüğü, aynı zamanda bir vatandaşlık hakkıdır (status activus).

Bir çok temel hakkın özellikle klasik olanlarının salt negatif statü hakları içinde değerlendirilmesi gerektiğini savunan görüş, özgürlüklerin sadece Devlet dışı alanda var olabileceği sonucuna götürecektir. Oysa toplumun artan oranda girift bir hal alması, Devletin daha geniş alanlarda aktif olmasını gerektirmektedir. Bugün Devletin bağımsız alan sadece konuta ilişkin alanla sınırlıdır bile denilebilir.

F. Almanya Anayasa Mahkemesi "Yüksekokul kararında"<sup>23</sup>, bir özgürlük hakkından (bilim özgürlüğü) katılma hakları çıkartmıştır. Mahkemeye göre bir bilim adamının bir yüksekokula girmesi, F. Almanya Anayasası md.5 f.III'te düzenlenmiş olan bilim özgürlüğünün etki gücünü katılma hakları yönünde güçlendirmiştir. Çünkü kamu hizmetlerine katılma, bilim özgürlüğünün gerçekleşmesinin zorunlu bir koşulu olmaktadır. Mahkeme bu kararında dördüncü bir temel hak fonksiyonu yaratmıştır. Mahkemeye göre, bir bilim adamının bir yüksekokula girmesi ile bilim özgürlüğünden, üniversitenin karar organlarında da etkili olma hakkı, yani üniversite yönetimine katılma hakkı doğmaktadır<sup>24</sup>.

Katılma teriminin kullanılması, doğaldır ki burada, Devlet edimlerine katılmanın söz konusu olduğu yanılığısına götürmemelidir. Devlet edimlerine katılma, Georg Jellinek'in terminolojisinde pozitif statü haklarına dahildir. Buna karşılık burada Devlet edimlerine katılma hakkı değil, aktif statü, yani kamu yönetimi içinde idari kararların oluşumuna katılma hakkı söz konusudur.

Bu kararda bağımsız olarak çalışan çeşitli bilim adamlarının bilimsel önem taşıyan belli konularda tek bir kararın gerekli olduğu bir bilimsel organizasyonda çalışmaya başlamasıyla temel haklarla garanti edilmiş bilimsel özerklik haklarının, demokratik bir oylamaya eşit haklarla katılma hakkına dönüşeceği kabul edilmiştir. Buna özgürlük haklarının demokratik fonksiyonu da denilmektedir. F. Almanya Anayasa Mahkemesine göre, bu fonksiyon, savunma, koruma ve katılma fonksiyon-

<sup>23</sup> BVerfGE, 35, 79 vd., 115 vd.,128.

<sup>24</sup> BVerfGE, 35, 79 vd.,115 vd., 128.

ları dışında mevcuttur ve toplumun artan orandaki entegrasyonu ve inceden inceye organizasyonu ile gittikçe daha büyük bir önem kazanacaktır<sup>25</sup>.

Bu kavramlar George Jellinek' in kavramlarıyla karşılaştırıldığında savunma fonksiyonu ve negatif statünün aynı şeyleri garanti ettikleri ve demokratik fonksiyon ile aktif statü arasındaki yakın ilişki ortaya çıkmaktadır<sup>26</sup>.

Temel haklarda Rudolf Smend<sup>27</sup> birinci planda “objektif bir entegrasyon” özelliği görmektedir. Temel haklar objektif içerikleri nedeniyle tamamlayıcı ve bütünleştirici bir etkiye sahiptir.

Temel haklar demokratik düzenin temel öğeleridir. Temel haklar sayesinde Devlet, vatandaşlarının büyük bir çoğunluğu tarafından onaylanmaktadır.

Böylece temel haklar bireyin Devletten yana kısmen bağımlılıktan kurtulması ve Devlet karşısında güvence altına alınması ile sınırlı kalmayıp, Devlete bağlayıcı bir bağ ve siyasal anlaşmanın temeli olarak görülmelidirler<sup>28</sup>.

## KISALTMALAR

Abs	Absatz=Fıkra
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMKD	Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
Anm	Anmerkung=Not
Art	Artikel=Madde
B	Bası
BGH	Bundegerichtshof
Bkz	Bakınız
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts:= Federal (Almanya) Anayasa Mahkemesi Kararları
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts: Federal (Almanya) İdare Mahkemesi Kararları
C	Cilt
D	Dönem
E	Esas

<sup>25</sup> **BVerfGE**, 35,79 vd.,115 vd., 128 Stern, F. Almanya Anayasa Mahkemesinin bu kararını eleştirmiştir. Stern'e göre: F. Almanya Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararında ifade ettiği, temel hak taşıyıcısının özgürlük haklarını kullanmak istediği bir organizasyon içinde demokratik oylamaya katılma hakkının, Jellinek'in aktif statü ile amaçladığı hakkı (özellikle seçme, seçilme) tam olarak karşılamamaktadır. (**Ekkehart Stein**: *Staatsrecht*, Tübingen 1993, s. 255.)

<sup>26</sup> **Ekkehart Stein**: *Staatsrecht*, Tübingen 1993, s.255.

<sup>27</sup> **Rudolf Smend** : *Verfassung und Verfassungsrecht*, München, Leibzig, 1928, s.119 vd.

<sup>28</sup> **Rudolf Smend**: *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht*, Berlin 1933, s. 30 vd., s.313 vd.

Edt	Editör
f	fıkra
F	Federal
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart =Dergi
Jura	Juristische Ausbildung= Dergi
JZ	Juristen Zeitung=Dergi
K	Karar
KN	Kenar Numarası
Krş.	Karşılaştırınız
Kt.	Karar tarihi
md	Madde
Prf	Paragraf
RG	Resmî Gazete
s	sayfa
S	sayı
t.li	tarihli
TÜSİAD	Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği
vd	ve devamı
Verf	Verfassung=Anayasa
Vor	Önce
Vorb	Vorbemerkung= Önsöz

#### YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Erichsen Hans Uwe:** „*Die Wahlrechtsgrundsätze des Grundgesetzes*“ (Juristische Ausbildung, Verlag Walter de Gruyter, Berlin, New York (Jura 1983, 635-647).
- Hirsch Ernst Eduard:** *Die Staatsverfassungen der Welt*, Die Verfassung der türkischen Republik, C. 7, Türkei, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main- Berlin, 1966.
- Hirsch Ernst Eduard :** ”*Die Verfassung der türkischen Republik*”, (JöR. 1983, S.32 s.513-623).
- İzgi Ömer-Gören Zafer:** “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu*”, Ankara 2002.
- Jellinek Georg:** *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1892, B.2, 1905.
- Kocahanoğlu Osman Selim:** *Gereğeli ve Açıklamalı Anayasa*, Temel Yayınları, İstanbul, 1993.
- Maier Walter:** *Staats und-Verfassungsrecht*, C. I, B.3, Erich Fleischer Verlag, Achim, 1993.
- Maunz Theodor:** *Deutsches Staatsrecht*, B.8, München, 1958, B.16, München, 1968.
- Münch Ingo von:** *Grundgesetz- Kommentar*, C. I, B.3, Verlag W. Kohlhammer, München, 1985, C. II; III; B.2, München 1983.
- Pieroth Bodo / Pieroth Bernhard:** *Grundrechte, Staatsrecht II, Schwerpunkte*, C. II, B.3., CH Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1989.

**Polatcan İsmet:** *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Gerekçeler, Anayasa Mahkemesi Kararları, Bilimsel Görüşler*, Bayrak Yayıncılık, İstanbul, 1989.

**Rumpf Christian:** *Türk Anayasa Hukukuna Giriş*, Ankara, 1995.

**Schmidt Bruno/Bleibtreu/Klein Franz:** *Kommentar zum Grundgesetz*, B.4, B.5, Bonn-Neuwied-Darmstadt, Hermann Luchterhand Verlag, 1977, 1980.

**Smend Rudolf:** *Verfassung und Verfassungsrecht*, München, Leibzig, 1928,

**Smend Rudolf :** *Bürger und Bourgeoisim deutschen Staatsrecht*, Berlin 1933.

**Stein Ekkehart:** *Staatsrecht*, B.14, Mohr Siebeck, Tübingen, 1993.

**Teziç Erdoğan:** *Anayasa Hukuku*, Beta Basım, İstanbul 1993.

# İDARENİN EKONOMİK KOLLUK FAALİYETİNİN BİR GÖRÜNÜMÜ: SERMAYE PİYASASI KANUNUNDA İDARİ TEDBİRLER

(A View of the Economic Police Activity of the Administration:  
Administrative Measures in the Capital Market Law)

Yrd. Doç. Dr. Mutlu KAĞITCIOĞLU\*

## ÖZET

Sermaye piyasası alanındaki ekonomik kolluk faaliyeti, Devletin ekonomiye müdahale yöntemlerinden birini oluşturmaktadır. Ekonomik düzenin korunması ve kollanması kapsamında yürütülen ekonomik kolluk faaliyeti, hem merkezden yönetim hem de yerinden yönetim idareleri tarafından sağlanmaktadır. Bu çalışmada, Sermaye Piyasası Kanununda ekonomik kolluk faaliyetinin bir görünümü olarak düzenlenen ve sermaye piyasasında ekonomik kolluk makamları olan Sermaye Piyasası Kurulu ve Yatırımcı Tazmin Merkezi tarafından uygulanan idari tedbirler incelenmiştir.

Sermaye Piyasası Kanununda, sermaye piyasasının gözetimi ve denetimi sonucunda İdare tarafından uygulanan idari tedbirler ve idari yaptırımlar düzenlenmiştir. İdari tedbirlerde önleme amacı baskınken, idari yaptırımlarda cezalandırma amacı ön planda olmaktadır. Ancak kanun koyucu tarafından, idari tedbirler ve idari yaptırımlar arasındaki içerik ayrımı ve terminolojik ayrım ortaya konulamamaktadır. Bu nedenle, Sermaye Piyasası Kanununda tedbir olarak düzenlenen kimi idari kararların idari yaptırım niteliğine sahip olduğu görülmektedir. Diğer taraftan Sermaye Piyasası Kanunundaki idari tedbirlerin ortaya konulması, bu tedbir kararlarına uygulanacak hukuki ilkelerin belirlenmesinde önem taşımaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Ekonomik kolluk, Sermaye Piyasası Kanunu, Sermaye Piyasası Kurulu, Yatırımcı Tazmin Merkezi, idari tedbir, idari yaptırım.

---

\* İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

### *Abstract*

The economic police activity in the capital market area is one of the State's economic intervention methods. The economic police activity, which is carried out under the protection and the lookout of the economic order, is provided by both the central administration and local administration authorities. In this study, the administrative measures are examined that are regulated in the Capital Market Law as a view of the economic police activity and implemented by the Capital Markets Board and the Investor Compensation Center which are the economic police authorities.

The administrative measures and the administrative sanctions, which are regulated in the Capital Market Law, are implemented by the Administration as a result of the surveillance and supervision of the capital market. While the prevention purpose is dominant in administrative measures, the punishment purpose is dominant in administrative sanctions. However the content distinction and the terminological distinction between administrative measures and administrative sanctions can not set out by the legislator. Consequently, some of the administrative decisions regulated as a measure in the Capital Market Law, it is seen that they have the character of administrative sanction. On the other part, bringing out the administrative measures in the Capital Market Law is important to determine the legal principles that will be apply to this measure decisions.

**Keywords:** Economic police, The Capital Market Law, The Capital Markets Board of Turkey, The Investor Compensation Center, administrative measure, administrative sanction.

## **GİRİŞ**

Ekonomik kolluk denetimi sonucunda, ilgili hukuksal düzenlemelerin özel girişim tarafından ihlalinin tespit edilmesi hâlinde, özel girişim açısından birtakım hukuksal sonuçlar doğmaktadır. Ekonomik kolluk makamları tarafından karşılık bulunan bu hukuksal sonuçlar, idari tedbirler ve idari yaptırımlar olarak ortaya çıkmaktadır. 06.12.2012 tarihli 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda, ekonomik kolluk yetkisinin kullanımının bir görünümü olarak, çeşitli sebeplerin gerçekleşmesi ile uygulamaya konulan idari tedbirler düzenlenmiştir. Çalışmamızda bu idari tedbirlerin, hukuki niteliklerinin ortaya konulması akabinde Sermaye Piyasası Kanunu çerçevesinde değerlendirilmeleri söz konusu olacaktır.

### **I. İdari Tedbirlerin Hukuki Niteliği**

İdari tedbirler üzerinde yapılan değerlendirmeler, idari yaptırımlarla olan farkları ve benzerlikleri üzerinde kurgulanmaktadır. Bu açıdan çalışmamızda öncelikle öğreti ve yargı kararlarındaki yaklaşımlara yer verilecek, devamında ise idari yaptırımlarla olan farklar bakımından idari tedbirler ele alınacaktır.



## **1. Öğretide ve Yargı Kararlarında İdari Tedbirlere Olan Yaklaşımlar**

Öğretide idari tedbirlerin, bir idari yaptırım türü olduğu belirtilirken idari yaptırımlar dışında ayrı başlıklar altında incelendiği de görülebilmektedir. Öğretide Ulusoy idari yaptırımları, idari cezalar ve idari tedbirler olarak ikiye ayırırken idari tedbirleri, esas olarak cezalandırmak, tedip etmek amacı yerine, kamu hizmetlerinin ve diğer idari faaliyetlerin aksamasını önlemek ve düzgün işlemlerini sağlamak, ayrıca kamu düzeninin bozulmasını engellemek amaçlı olarak öngörülen idari yaptırımları ifade ettiği görüşündedir<sup>1</sup>. Oğurlu, idari tedbirlerle idari yaptırımlar arasında amaç yönden fark bulunduğunu, ancak usulleri, uygulayan makamları ve sonuçları açısından yaptırımın varmak istediği düzeni koruma ve yasaklanan eylem ya da davranışı işleyen kişilere ceza yaptırımı kadar olmasa da acı çekirtmeyi amaçladığını ifade etmektedir<sup>2</sup>. Karabulut, tedbir sözcüğünün yerine idari ceza denilmesinin doğru olacağını, idari yaptırımların cezalandırıcı niteliği dikkate alındığında, tedbir sözcüğünün idari yaptırımlar kapsamı içinde değerlendirmenin güç olduğunu ileri sürmektedir<sup>3</sup>.

Konuyu 28.07.1981 tarihli ve 2499 sayılı mülga Sermaye Piyasası Kanunu açısından ele alan çalışmalarda yaklaşım şöyledir; Yasin, tedbirleri önleyici nitelikte idari yaptırımlar olarak değerlendirirken, idari yaptırım olmayan tedbirlere de dikkat çekerek, Sermaye Piyasası Kurulunun (SPK) aldığı tedbirler ve SPK'nın uyguladığı idari yaptırımlar şeklinde iki ayrı başlıkta konuyu değerlendirmiştir<sup>4</sup>. Akgül, tedbirleri önleyici nitelikte idari yaptırımlar olarak ele alarak mülga Sermaye Piyasası Kanunundaki idari yaptırımları, SPK'nın aldığı tedbirler, uyguladığı idari yaptırımlar ve idari para cezaları olarak üç ayrımda incelemiştir<sup>5</sup>. Sinoplu'ya göre, yaptırım ve tedbiri birbirinden ayırırken iki farklı noktadan hareket edilebilir; bunlardan birincisi sınırlandırıcı işlemin uygulandığı suje bakımından değerlendirme yapılması, ikincisi ise sınırlandırmayı öngören hukuki düzenlemenin amacının değerlendiril-

<sup>1</sup> Ali Ulusoy, **İdari Yaptırımlar**, İstanbul: On İki Levha, 2013, s.175.

<sup>2</sup> Yücel Oğurlu, **İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma**, 2. Bs., Ankara: Seçkin, Ankara, 2001, s.86, dp.386.

<sup>3</sup> Mustafa Karabulut, **İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi**, Ankara: Turhan, 2008, s.22, dp. 57. Müellif, idari yaptırımlarda cezalandırma amacı bulunmakta iken, idari tedbirlerde amacın cezalandırma olmadığını, ancak idari tedbirlerin bir kısmının uygulandığı kişi bakımından ciddi sonuçlar doğurabileceğini ifade etmektedir. Müellife göre, tedbir niteliğindeki işlemlerde asıl amaç cezalandırma değildir, ancak işyerinin kapatılması, sürücü belgesinin geri alınması gibi işlemlere mevzuatta cezalandırma amacıyla öngörülmüyor ve bu kapsamda değerlendirilerek işlem tesis ediliyorsa, bu durumda bu işlemlerin tedbir değil, yaptırım olacakları açıktır, Karabulut, **a.g.e.**, s.15, 26.

<sup>4</sup> Melikşah Yasin, **Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri**, Ankara: Seçkin, 2002, s.208-211.

<sup>5</sup> Aydın Akgül, **Sermaye Piyasası Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, İstanbul: Beta, 2008, s.124.

mesidir<sup>6</sup>. Bu çalışmada SPK'nın uyguladığı tedbirler ve idari yaptırımlar ayrı sınıflandırmaya konu olmuştur. Diğer bir eserde Karakurt, ilgili kişinin kusurlu olması şartına bağlı olan idari kolluk tedbirinin, bir idari yaptırım olduğunu ileri sürerek, Sermaye Piyasası Kanununda öngörülen idari yaptırımlarla, idari yaptırım niteliği taşımayan kolluk tedbirleri ayırımından hareket etmiştir<sup>7</sup>.

Yargı kararlarında da konuyla ilgili farklı yorumlar getirilebilmektedir. Anayasa Mahkemesi, kamu davası açılmasıyla birlikte alınan kamu ihalelerinden yasaklama kararını, idari bir yaptırım niteliği taşımadığını belirterek, idari bir tedbir (önlem) olarak ele almıştır<sup>8</sup>. Mahkeme'ye göre, *"Kamu ihalelerinde Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunduğu iddiasıyla haklarında ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenlerin yargılama süresince kamu ihalelerine katılmalarının önlenmesi, bu kişilerin bir hukuk kuralını ihlal ettikleri gerekçesiyle cezalandırılması amacını gütmemekte ve bir yaptırım niteliği de taşımamaktadır. (...) Kamu ihalelerinde Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunduğu iddiasıyla haklarında kamu davası açılanların yargılama süresince kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olmaları, yasa koyucu tarafından getirilen idari bir önlem niteliği taşımaktadır."* Mahkemenin yorumundan, cezalandırma amacını gütmeme amacını taşıyan idari kararın bir idari yaptırım olacağı, böyle bir amacın güdülmeyeceği durumda ise bu kararın bir idari tedbir sayılması gerektiği anlaşılmaktadır. Ancak kararın karşı oy gerekçelerinde de açıklandığı üzere, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmanın hukuki niteliğinin, hak yoksunluğuna neden olan bir yaptırım olduğu ortadadır ve Mahkemenin bu yasaklamayı idari bir tedbir olarak kabul etmesi yerinde değildir. Benzer başka bir durumda Danıştay, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından, başlangıçta alınması gereken yapı kullanma izninin geçersiz olması nedeniyle akaryakıt istasyonunun bayilik lisansının iptal edilmesinde, savunma alınmasına ve soruşturma yapılmasına gerek görmemiştir<sup>9</sup>. Buradaki olayda savunma alınmaması ve soruşturma yapılmamasının hukuka uygun bulunması, lisans iptalinin bir idari tedbir olarak Danıştay tarafından kabul edildiğini göster-

<sup>6</sup> Aynı müellife göre, örneğin mülga Sermaye Piyasası Kanununun amacının sermaye piyasası faaliyetlerinin güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını sağlamak ve tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını sağlamak olması nedeniyle, sınırlandırıcı işlemin uygulandığı suje açısından bakıldığında idari yaptırım olarak değerlendirilebilecek olan bir işlem, genel olarak Kanunun amacı kapsamında daha büyük zararların doğmaması için alınan bir tedbir olarak da nitelendirilebilecektir, Emine Burcu Sinoplu, **Sermaye Piyasası Kurulu'nun Uyguladığı İdari Yaptırımlar ve Yargısal Denetimi**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009, s.22.

<sup>7</sup> Ahu Karakurt, "Sermaye Piyasası Kanunu Bağlamında İdari Yaptırımlar", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.85, 2009, s.143-144.

<sup>8</sup> AYM, 14.01.2010, Es. 2007/68, Kar. 2010/2, RG, 28.04.2010/27565.

<sup>9</sup> DİDDK, 21.03.2013, YD Es. 2012/734; DİDDK, 05.05.2011, YD Es. 2010/1232, aktaran Ulusoy, **a.g.e.**, s.180.

mektedir. Ancak burada, lisans iptali ile ekonomik faaliyetin yapılmasına ciddi bir müdahale bulunduğundan bir idari yaptırım söz konusudur ve kanaatimizce burada da savunma alınması ve soruşturma yapılması gerekmektedir. Böylelikle idari kolluğa ait bir idari kararın, idari tedbir veya idari yaptırım olarak değerlendirilmesi, somut uyumsuzluğun konusuna göre şekillenmektedir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) de içtihadında muhatabı üzerindeki etkisi ve hafiflik-ağırlık derecesi ile “otonom kavramlar” prensibi çerçevesinde bir yorum getirmekte, ülkelerin iç hukuktaki adlandırılmaları ile bağlı kalmadan bir idari tedbiri de cezai nitelikte bir yaptırım olarak değerlendirebilmektedir<sup>10</sup>. İHAM, sürücü belgesinden puan indirilmesini, bir tedbir olarak okurken, bu durumun sürücü belgesinin geri alınmasına yol açması hâlinde bunun bir yaptırım olduğunu belirleyerek, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. maddesi kapsamındaki adil yargılanma ilkelerinin uygulanması gerektiğini öngörmüştür<sup>11</sup>. Dolayısıyla, idari tedbirlerin öğretide farklı yaklaşımlarla ele alınmasının yanında, yargı kararlarında da somut olaya göre değişen yorumlar getirilmesi söz konusu olmaktadır.

## 2. İdari Yaptırım-İdari Tedbir Ayrımı Üzerinden İdari Tedbirlerin Hukuki Niteliğinin Ortaya Konulması

İdari tedbir ve idari yaptırım arasındaki içerik sınırlarının net olarak ortaya konulmasındaki güçlük, bu iki idari kararın bir arada değerlendirmesini gerekli kılmaktadır. Bu itibarla idari yaptırım, idari bir düzenin ihlaline sebebiyet veren bir işlem veya eylemin karşılığı olarak, idari makamlar tarafından yargı kararı olmaksızın doğrudan uygulanan idari işlem kimliğine sahip hukuksal bir tepki olarak ifade edilebilir<sup>12</sup>. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay, genel olarak idari yaptırımı, İdarenin bir

<sup>10</sup> Bkz. İHAM, Engel ve Diğerleri-Hollanda, 08.07.1976, Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71;5354/72; 5370/72, [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#{) (02.04.2015); İHAM, Öztürk-Almanya, 21.02.1984, Başvuru No: 8544/79, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57553#{"itemid":\["001-57553"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57553#{) (02.04.2015).

<sup>11</sup> 23.09.1998, Başvuru No. 68/1997/852/1059, Malige-Fransa [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58236#{"itemid":\["001-58236"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58236#{) (02.04.2015).

<sup>12</sup> Buna göre idari yaptırımın iki belirleyici özelliğinin bulunduğu söylenmektedir: Biri, bir idari organ veya makam tarafından kamu gücü kullanılarak yapılan tek yanlı bir işlem olması; ikincisi, yasal veya idari düzenlemelere uyulmamasının yaptırımı bir “ceza” içermesidir. A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Cilt I Genel Esaslar, 9. Bs., Ankara: Turhan, 2013, s.672. Özay, kanunların açıkça yetki verdiği ya da yasaklamadığı durumlarda araya yargısal bir karar girmeden, İdarenin doğrudan doğruya bir işlemi ile ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu cezalar olarak tanımlamaktadır, İl Han Özay, İdari Yaptırımlar, **Kurumsal Bir Deneme**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayını, 1985, s.35; Diğer bir idari yaptırım tanımı, “Tatbiki idari otoritelere bırakılan, kanunlardan neş’et eden müeyyidelerdir” olarak verilmiştir, Guido Zanobini, **İdari Müeyyideler**, Çev. H.Yılmaz Günel, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1964, s.25.

yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya uyguladığı yaptırım olarak tanımlanmaktadır<sup>13</sup>. İdare hukukunun gelişme sürecine paralel olarak günümüzde birçok idari yaptırım türü uygulanmaktadır; disiplin yaptırımları, idari para cezaları ve diğer idari yaptırımlar gibi. Karmaşık ve dinamik ekonomik düzende var olan ilişkiler de birçok idari yaptırım türünü ihtiva etmektedir; faaliyet izninin kaldırılması, yetki belgesinin/lisansın geri alınması/iptali, faaliyetin geçici olarak sınırlandırılması, işyerinin kapatılması, reklamların durdurulması, vs. İdari yaptırımlar, bir ceza yaptırımı gibi zorlayıcılık, cezalandırıcılık ve caydırıcılık özelliklerini içermektedirler. Ekonomik düzenin gereği gibi işlemesi, bozulduğu anda geri getirilmesi için ekonomik kolluk faaliyetinin bastırıcı nitelikteki idari yaptırımları uygulaması söz konusu olmaktadır.

Ekonomik alandaki idari yaptırımlar gibi ekonomik alandaki idari tedbirler de tipik bir idari işlem kimliğine sahiptir. İdari yaptırıma oranla idari tedbirde, ekonomik hak ve özgürlüklere ciddi ve ağır müdahale söz konusu değildir, zira bu müdahalelerin uygulanmasını gerektirecek bir düzen ihlalinin korumaya ve önlemeye yönelik bir amaç içermektedir. İdari tedbirler kural olarak, cezalandırma amacından ziyade daha ciddi ihlallerin meydana gelmemesi adına, bir takım ihlallerin gerçekleşmesi ile idari makamlar tarafından alınan önleyici nitelikte idari kararlardır. Dolayısıyla idari tedbirin önleyici olması asıldır. Yasin'in de ifade ettiği gibi bazı idari tedbirler vardır ki ortada İdare tarafından yapılmış icrai nitelikte bir yaptırım yoktur ve bu durumlarda yaptırım niteliğini taşımayan idari tedbirlerden söz edilebilir<sup>14</sup>.

Teorik açıdan getirilen açıklamalarda olduğu gibi, uygulamada idari tedbirler ve idari yaptırımlar arasındaki ayırım net olarak ortaya konulamamaktadır. Ayırım konusundaki yaklaşım sorunlarının başında, kanun koyucunun idari tedbirler ve idari yaptırımlar konusundaki farklı ve tartışmalı düzenlemeleri gelmektedir. 30.03.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 16. maddesine göre kabahatler için uygulanacak idari yaptırımlar, idari para cezası ve idari tedbirler şeklinde ele alınmıştır. Kabahatler Kanununda idari tedbirler de mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler olarak kabul edilmiştir. Kabahatler Kanununda idari yaptırımlara ilişkin sınıflandırma yerinde değildir, idari tedbirler adı altında sayılamayacak türdeki genişlikte uygulanan idari kararların tamamının idari yaptırım olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Kanundaki çelişki, Kanunun 19. maddesinin<sup>15</sup> gerekçesinde de ifade edilmektedir;

<sup>13</sup> AYM, 20.10.2011, Es. 2010/55, Kar. 2011/140, RG, 14.02.2012/28204; AYM, 21.09.2004, Es. 2002/100, Kar. 2004/109, RG, 04.08.2006 - 26249; D, 13.D, 25.12.2006, Es. 2005/9375, Kar. 2006/4919.

<sup>14</sup> Yasin, **a.g.e.**, s.208.

<sup>15</sup> "Saklı tutulan hükümler

“Çeşitli kanunlarda idarî yaptırım gerektiren fiiller bağlamında, meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, işyerinin kapatılması, ruhsat ve ehliyetin geri alınması gibi yaptırımlara belli bir süre için karar verilebileceğine dair hükümler bulunmaktadır. Dikkat edilmelidir ki, bu yaptırımlara, meslek ve sanatın yerine getirilmesinin, işyerinin çalışmasının veya ruhsat ve ehliyete dayanarak faaliyette bulunulmasının bir tehlike oluşturması aranmamaktadır. Bu bakımdan belirtilen yaptırımlar, ilgili kanunlarda bir idarî tedbir olarak değil, bir idarî ceza olarak öngörülmüşlerdir.

Meslek ve sanatın yerine getirilmesinin, işyerinin çalışmasının veya ruhsat ve ehliyete dayanarak faaliyette bulunulmasının genel güvenlik, genel sağlık veya genel ahlâk açısından zararlı ve hatta tehlikeli olması dolayısıyla uygulanması halinde, belirtilen yaptırımların bir idarî tedbir niteliğinde oldukları kuşkusuzdur.

Belirli bir süre için uygulanmaları ve bu nedenle idarî ceza niteliğini taşımaları dolayısıyla; söz konusu yaptırımlar, bu Tasarıda benimsenen idarî yaptırım sistemiyle bağdaşmamaktadırlar. (...)

Bu gerekçeye göre bir ruhsatın geri alınması, ilgili kanunda belirli bir süre için uygulandığından, cezalandırma niteliğini taşıyan bir idari yaptırımdır ancak aynı zamanda da bir idari tedbir niteliğinde olup, cezalandırma niteliği nedeniyle Kanunun sistemiyle uyuşmamaktadır. Yani düzenlendiği kanunda idari ceza niteliğini taşısa da, ruhsatın geri alınması Kabahatler Kanunu için idari tedbir olarak sayılmaktadır. Ancak Kanundaki idari ceza ve idari tedbir arasındaki ayrıma ilişkin gerekçeler tespit edilememektedir. Diğer hukuksal düzenlemelerde de çeşitli idari yaptırımlar ve idari tedbirler düzenlenmekle birlikte, tedbirler adı altında sayılan kimi idari kararların, maddi açıdan idari yaptırım niteliği taşıdığı görülmektedir<sup>16</sup>.

Sonuç olarak, idari tedbirler ve idari yaptırımlar arasındaki içeriksel farkın ortaya konulması güç olsa da önemlidir, zira bir kolluk işleminin idari tedbir ya da idari yaptırım sayılıp sayılmaması, bu kararın yöneldiği kişinin yararlanacağı hukuksal güvenceleri etkilemektedir. Ulusoy’un ifade ettiği üzere, idari tedbirlerde, idari cezalardan (yaptırımlardan) farklı olarak, idare hukukundaki idari işlemlere uygulanan hukuksal rejim uygulanmakta, bunların hukuka uygunluk değerlendirmesinde salt idare hukuku ölçütleri dikkate alınmakta ve bunlar için idare hukuku ilke ve kurallarının

---

Madde 19- (1) Diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için;

- a) Bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi,
  - b) İşyerinin kapatılması,
  - c) Ruhsat veya ehliyetin geri alınması,
  - d) Kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alınmaması,
- gibi yaptırımlara ilişkin hükümler, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapılmıyaya kadar saklıdır.”

<sup>16</sup> 19.10.2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununda düzenlenen “kısıtlayıcı önlemler”de olduğu gibi (m.69).

yanı sıra ceza hukuku ilke ve kurallarının uygulanmasına prensip olarak gerek bulunmamaktadır<sup>17</sup>. İdari yaptırım gündeme geldiğinde, kanunilik ilkesi, kişisellik ilkesi, ne (non) bis in idem ilkesi, ölçülülük ilkesi, gerekçe ilkesi gibi ilkelerin yer aldığı bir hukuki koruma rejimi var olmaktadır. Bu itibarla, idari tedbirlerin önleyici kolluk tedbirleri olarak değerlendirilmesi, idari tedbir olarak düzenlenmiş ancak cezalandırıcı ve bastırıcı karaktere sahip idari kararların ise idari yaptırım olarak ele alınması ve idari tedbirlerin bir idari yaptırım türü olarak sınıflandırılmaması hem içerik açısından hem de terminoloji açısından yerinde bir yaklaşım olacaktır.

## II. İdari Tedbir Kararlarının Alınmasına İlişkin Sebepler Işığında, Sermaye Piyasası Kanununda Öngörülen İdari Tedbirlerin Değerlendirilmesi

Sermaye Piyasası Kanununun, “Sermaye Piyasalarında Denetim ve Tedbirler” başlıklı 5. kısmının 2. bölümü “Tedbirler” başlığını taşımaktadır. Kanunun 91 ila 102. maddeleri ile SPK tarafından tedbir alınmasına ilişkin diğer maddelerini kapsayan tedbir kararlarının, uygulamasına yönelik sebepleri 8 ortak başlıkta toplamak mümkündür;

1. Sermaye Piyasası Araçlarının İhracıyla İlgili Aykırılıklar
2. Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Örtülü Kazanç Aktarımına İlişkin Aykırılıklar
3. Genel Kurula Gözlemci Gönderilmesinin Gerekli Görülmesi
4. Sermaye Piyasası Kurumlarının Faaliyetlerinde veya İşlemlerinde Aykırılıklar
5. Mali Durumun Bozulması
6. İzinsiz Faaliyetler ile Kanuna Aykırı İlan, Reklam ve Açıklamalar
7. Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı Suçları
8. İdari Tedbir Kararlarının Alınmasındaki Diğer Sebepler
  - i. Halka Açık Ortaklıkların Faaliyetleriyle İlgili Aykırılıklar
  - ii. Yatırım Kuruluşlarının Yükümlüklerini Yerine Getirememeleri

Yukarıdaki ilk 7 maddede sayılan başlıklar, Kanunda “Tedbirler” başlığında yer alan düzenlemelere göre oluşturulurken, 8. maddede yer alan idari tedbir sebepleri Kanunun diğer maddelerinde yer alan tedbir düzenlemelerine göre oluşturularak incelenmiştir.

### 1. Sermaye Piyasası Araçlarının İhracıyla İlgili Aykırılıklar

Sermaye piyasası araçlarını ihraç eden, ihraç etmek üzere SPK'ya başvuruda bulunan veya sermaye piyasası araçları halka arz edilen tüzel kişiler ve Sermaye Piyasası

<sup>17</sup> Ulusoy, a.g.e., s.175.

Kanununa tabi yatırım fonları, Kanun bakımından “ihraççı” olarak ifade edilmektedir (m.3/1-h). İhraççıların, sermaye piyasası araçlarını çıkararak halka arz ederek veya halka arz etmeksizin satışı, Sermaye Piyasası Kanununda belirli esaslara tabi tutulmuştur. Örneğin, sermaye piyasası araçlarının halka arz edilebilmesi veya borsada işlem görebilmesi için izahname hazırlanması ve hazırlanan bu izahnamenin SPK tarafından onaylanması zorunludur (m.4/1). İşte Kanuna aykırı şekilde sermaye piyasası aracı ihraç ettiği veya buna teşebbüs ettiği tespit edilenler hakkında, her türlü hukuki ve cezai sorumluluk saklı kalmak kaydıyla, SPK’nın, her türlü harç ve teminattan muaf olarak gerekli tüm tedbirleri almaya, satılan kısmın karşılığı ve satışı yapılacak sermaye piyasası aracı için her türlü harç ve teminattan muaf olarak ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz istemeye yetkili olacağı kabul edilmiştir (m.91). Bu hâlde SPK, Kanuna aykırı ihracın doğurduğu sonuçların ortadan kaldırılması ve nakit ve diğer varlıkların hak sahiplerine iadesi için tespit tarihinden itibaren otuz gün içinde ilgili ihracı yapan kişiye yazılı ihbarda bulunur. Muhatap, ihbar tarihinden itibaren en geç otuz gün içinde para topladığı gerçek ve tüzel kişilere ve toplanan tutara ilişkin ayrıntılı bilgileri SPK tarafından belirlenecek vasıtalarla ilan eder ve SPK’ya iletir<sup>18</sup>. Anayasa Mahkemesi SPK’nın “*ihtiyati haciz ve tedbir*” istemli dava açma yetkisinin, kanuni yükümlülüklerle uyulmaksızın faaliyette bulunulması sonucu ortaya çıkan veya çıkacak olan zararların azaltılması ya da yok edilmesini sağlamaya yönelik olduğuna dikkat çekmiştir<sup>19</sup>. Ayrıca SPK tarafından yapılan yazılı ihbar tarihinden itibaren bir yıl içinde bu Kanuna aykırı ihracın doğurduğu sonuçlar tamamen ortadan kaldırılmazsa, SPK, nakit ve diğer varlıkların hak sahiplerine iadesi veya ortaklığın tasfiyesi için dava açmaya yetkilidir<sup>20</sup>.

Yine Kanuna tabi ihraççıların, Kanuna, sermaye piyasası mevzuatına, esas sözleşme ve fon iç tüzüğü hükümlerine veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı görülen durum ve işlemleri sebebiyle sermayenin veya mal varlığının azalmasına veya kaybına yol açtığı SPK tarafından tespit edilmesi hâlinde, 92. maddede SPK’ya birtakım yetkiler verilmiştir. Buna göre SPK;

a) 13.01.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) hükümleri saklı kalmak kaydıyla ilgililerden aykırılıkların giderilmesi için tedbir almasını ve ön-görülen işlemleri yapmasını istemeye ve gerektiğinde durumu ilgili mercilere intikal ettirmeye,

<sup>18</sup> Bu ilanı takip eden üç ay içinde kendisinden para toplanan gerçek ve tüzel kişiler ortaklığın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesine itiraz edebilir. Söz konusu listenin kesinleşmesi üzerine, ilgili ihracı gerçekleştiren kişi tarafından hak sahiplerine iade yapılır. Bu iade işlemi tamamlanmadan 1. fıkra uyarınca konulan ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kaldırılamayacağı Kanunda kabul edilmiştir

<sup>19</sup> AYM, 26.12.2003, Es. 2000/8, Kar. 2003/104, RG, 19.12.2007/26735.

<sup>20</sup> Kanunda kendilerinden para toplanan kişilerin genel hükümlerden kaynaklanan hakları saklı tutulmuştur.

b) Bu durum ve işlemlerin hukuka aykırılığının SPK tarafından tespiti tarihinden itibaren üç ay ve her hâlde durum ve işlemin vukuu tarihinden itibaren üç yıl içinde iptal davası ve beş yıl içinde butlan veya yokluğun tespiti davası açmaya,

c) Bu durum ve işlemlerin mevcudiyetinin ilk derece mahkeme kararı ile tespit edilmesi veya bu karar beklenmeksizin SPK'nın talebi üzerine mahkeme tarafından karar verilmesi hâlinde bu işlemlerde sorumluluğu bulunanların imza yetkilerini kaldırmaya, ilgililer hakkında suç duyurusunda bulunulması hâlinde, yargılama sonuçlanıncaya kadar ilgilileri görevden almaya ve yapılacak ilk genel kurul toplantısına kadar görevden alınan yönetim kurulu üyelerinin yerine yenilerini atamaya yetkilidir<sup>21</sup>.

Öğretilde, mülga Sermaye Piyasası Kanununun benzer yöndeki 46. maddesinin (a) bendinde SPK'nın ihtiyati haciz, takip, iptal gibi başvurularının tedbir olmadığı, özel hukuk ilişkilerine Devlet müdahalesi içeren işlemler olduğu, örneğin izinsiz sermaye piyasası faaliyet ve işlemlerinin doğurduğu sonuçların iptali için SPK'nın mahkemeye başvurusunu, önleme amacına yönelik bir talep olmadığı, yapıp bitmiş bir işlemin başından beri geçersiz sayılması için yapılan bir talep olduğu, dolayısıyla bir tedbir değil bir yaptırım olduğu ileri sürülmüştür<sup>22</sup>. Sermaye Piyasası Kanununa aykırı ihraçlarda ve ihraççıların hukuka aykırı işlemleri ile sermayeyi veya mal varlığını azaltıcı işlemlerinde, uygulanacak tedbirler içerisinde, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz istemek, yazılı ihbarda bulunmak, bilgi toplamak, dava açmak, suç duyurusunda bulunmak, mahkemenin kararı üzerine belirli şartlarla yönetim kurulu üyelerini atamak gibi idari kararlar önleyici nitelikte olup, idari yaptırım olarak kabul edilmemelidirler. Zira, ekonomik kolluk yetkisinin kullanımı olan bu tedbirler doğrudan SPK tarafından uygulanmadığı gibi SPK burada tespit ettiği düzen ihlalini devam ettirme amacını taşımaktadır. Bunun dışında "gerekli tüm tedbirleri" alınması gibi içeriği belirsiz tedbirlerin de uygulamada, dayanağı Kanun maddesi çerçevesinde bir idari tedbir niteliği taşıması gerekecektir.

## 2. Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Örtülü Kazanç Aktarımına İlişkin Aykırılıklar

Bu başlık altında yer alan tedbirlerin, idari yaptırım olmadığını belirtmek gerekmektedir. Şöyle ki; halka açık ortaklıklar ile paylarını halka arz etmek üzere SPK'ya başvurmuş olan ortaklıklar, SPK'dan izin almak şartıyla kayıtlı sermaye sistemini kabul edebilirler (m.18). Burada SPK'nın a priori bir denetimi olarak, izin usulünün öngörüldüğü bir ekonomik faaliyet söz konusudur. Kayıtlı sermaye sistemine ilişkin

<sup>21</sup> Halka açık bankalar hakkında 92. maddeye göre işlem tesis edilmeden önce Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun (BDDK) görüşü alınacağı hükme bağlanmıştır.

<sup>22</sup> Doğan Kütükçü, *Sermaye Piyasası Hukuku*, C.II, İstanbul: Beta, 2005, s.473-474.



18. maddedeki esaslar çerçevesinde alınan yönetim kurulu kararları aleyhine, bu kararların kamuya duyurulduğu tarihten itibaren otuz gün içinde ortaklık merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde iptal davası açmaya ve teminatsız olarak bu kararların icrasının geri bırakılmasını istemeye SPK yetkili kılınmıştır (m.93).

Sermaye Piyasası Kanununun 21. maddesinde, halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıkları bakımından örtülü kazanç aktarımı yasağı getirilmiştir<sup>23</sup>. SPK, 21. maddede örtülü kazanç aktarımıyla ilgili belirtilen işlemlerde buldukları tespit edilen halka açık ortaklıklar, kolektif yatırım kuruluşları ve bunların bağlı ortaklıkları ile iştiraklerinden denetleme sonuçlarının SPK tarafından belirlenecek usul ve esaslar dâhilinde ortaklara duyurulmasını istemeye ve SPK tarafından belirlenen tutarın tayin edilen süre içinde iadesi için dava açmaya yetkilidir (m.94). Ayrıca, 92. maddenin 1. fıkrasının, örtülü kazanç yasağına aykırılık hâlinde de uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

### **3. Genel Kurula Gözlemci Gönderilmesinin Gerekli Görülmesi**

SPK'nın diğer bir yetkisi ise, gerekli gördüğü hâllerde, halka açık ortaklıkların genel kurullarına, oy hakkı bulunmaksızın gözlemciler gönderebilmesidir (m.95). Buradaki hangi hâlin gerekli görüldüğü ise SPK'nın takdir yetkisi çerçevesinde belirlenecektir. Sermaye Piyasası Kanununda, bu madde hükmünün gerekçesi yeterli bir şekilde yer almamaktadır. Benzer bir hüküm ihtiva eden mülga Sermaye Piyasası Kanununun 46. maddesinin (j) bendini yeniden düzenleyen, 15.12.1999 tarihli ve 4487 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ile Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları ve Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği Kanununun Bir maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun gerekçesinde bu durum; teknik yönü ağır basan sermaye piyasası mevzuatının yorumlanmasında ve genel hükümlerle bağlantı kurulmasında uygulamada güçlüklerle karşılaşıldığı; özellikle halka açık anonim ortaklıkların genel kurullarında, ortaya çıkan tereddütlerin, istenmeden de olsa mevzuata aykırı uygulamalara yol açabildiği; bu sakıncayı gidermek için, Kanunun 46. maddesine eklenen bent ile SPK'nın halka açık anonim ortaklıkların genel kurullarına temsilci gönderebilmesine olanak tanındığı açıklanmaktadır. Dolayısıyla genel kurula gözlemci gönderilmesini de bir idari tedbir olarak kabul etmek gerekmektedir.

<sup>23</sup> Kanunun 21. maddesinin 1. fıkrasına göre; halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının; yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide buldukları gerçek veya tüzel kişiler ile emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunmak suretiyle kârlarını veya malvarlıklarını azaltarak veya kârlarının veya malvarlıklarının artmasını engelleyerek kazanç aktarımında bulunmaları yasaklanmıştır.

Diğer taraftan TTK'nın 407. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, belirli şirketlerin (TTK'nın 333. maddesi gereğince kuruluşta Gümrük ve Ticaret Bakanlığında izin almak zorunda olan anonim şirketlerin) genel kurul toplantılarında Gümrük ve Ticaret Bakanlığının temsilcisi bulundurma zorunluluğu getirilmiştir. SPK gözlemcisinin, Gümrük ve Ticaret Bakanlığının temsilcisine göre daha kısıtlı görevleri olacağı kabul edilmelidir<sup>24</sup>.

#### 4. Sermaye Piyasası Kurumlarının Faaliyetlerinde veya İşlemlerinde Aykırılıklar

Sermaye Piyasası Kanununda faaliyette bulunabilecek sermaye piyasası kurumları şu şekilde belirlenmiştir; yatırım kuruluşları, kolektif yatırım kuruluşları, sermaye piyasasında faaliyette bulunacak bağımsız denetim, değerlendirme ve derecelendirme kuruluşları, portföy yönetim şirketleri, ipotek finansmanı kuruluşları, konut finansmanı ve varlık finansmanı fonları, varlık kiralama şirketleri, merkezi takas kuruluşları, merkezi saklama kuruluşları, veri depolama kuruluşları ile kuruluş ve faaliyet esasları SPK tarafından belirlenen diğer sermaye piyasası kurumları (m.35). Bu sayılan sermaye piyasası kurumlarının, mevzuat, SPK tarafından belirlenen standartlar, esas sözleşme ve fon iç tüzüğü hükümlerine aykırı faaliyetlerinin tespit edilmesi hâlinde; ilgililerden aykırılıkların SPK tarafından belirlenen bir sürede giderilmesine SPK yetkili kılınmıştır (m.96). Yine bu kapsamda SPK; Kanuna, işletme amaç ve ilkelerine uygunluğun sağlanmasını istemeye ya da doğrudan bu kurumların faaliyetlerinin kapsamını sınırlandırmaya veya geçici olarak durdurmaya, tamamen veya belirli sermaye piyasası faaliyetleri itibarıyla yetkilerini iptal etmeye ya da öngöreceği diğer her türlü tedbiri almaya da yetkilidir.

Ayrıca SPK, hukuka aykırı faaliyet veya işlemlerde sorumluluğu tespit edilen yöneticilerin ve çalışanların sahip oldukları lisansları geçici veya sürekli olarak iptal etmeye, haklarında suç duyurusunda bulunulması kararından itibaren yargılama sonuçlanıncaya kadar imza yetkilerini sınırlandırmaya veya kaldırmaya, hukuka aykırılıkta veya gerçekleştirilen işlemlerde sorumluluğu mahkeme kararıyla tespit edilen yönetim kurulu üyelerini görevden almaya ve yapılacak ilk genel kurul toplantısına kadar yerlerine yenilerini atamaya yetkilidir<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik (RG, 28.11.2012/28481) uyarınca, Bakanlık temsilcisinin temel görevi, toplantının TTK, bu Yönetmelik ve ilgili mevzuat ile esas sözleşme hükümlerine uygun olarak yürütülmesini gözetmektir. Bakanlık temsilcisi genel kurul tutanağının hazırlanmasına nezaret eder. Tutanağın, TTK ve bu Yönetmelik hükümlerine uygun olarak düzenlenmesini sağlar. Bakanlık temsilcisi toplantının yapılması ve kararların alınması ile ilgili tespit ettiği hukuka aykırılıkları ve usulsüzlükleri, toplantı tutanağına da geçirir ve ilgililerle birlikte imzalar.

<sup>25</sup> Kanuna göre, banka yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması yönünde işlem tesis edilme-

Sermaye piyasası kurumlarının hukuka aykırı faaliyetleri ile ilgili hem sermaye piyasası kurumlarına hem de kurumlardaki yönetici ve çalışanlara yönelik idari kararlar uygulanmaktadır. Sermaye piyasası kurumlarının hukuka aykırı faaliyet veya işlemlerine karşılık uygulanan kararlar, ilk üç başlıkta ele alınan tedbirlere oranla ağır bir müdahale kapsamına sahiptir ve idari tedbirden ziyade idari yaptırım niteliği taşıyabilecek sonuçlar getirmektedir. Özellikle kurumların faaliyetlerinin kapsamının sınırlandırılması veya geçici olarak durdurulması, lisansların geçici veya sürekli iptal edilmesi, yargılama sonucuna kadar imza yetkilerinin sınırlandırılması veya kaldırılması, kurumların ve kişilerin özel girişim özgürlüğüne bir müdahaledir. Geçici olarak durdurmaya ilişkin bir süre sınırı olmadığı ve “her türlü tedbir” alma gibi belirsiz ifadeler bulunduğu gibi, SPK’ya da uygulanacak tedbirlerle ilgili geniş bir hareket alanı tanınmıştır. Anayasa Mahkemesi mülga Sermaye Piyasası Kanunu ile ilgili bir iptal davasında, SPK’ya tanınan “her türlü tedbiri alma” yetkisinin, faaliyette bulunan ortaklığın mevzuat, esas sözleşme ve içtüzük hükümlerine uygun biçimde çalışmasını sağlamak amacıyla kullanılacağını, Kanunda SPK tarafından alınacak tedbirlerin tek tek sayılmamasının, her somut olaya göre yatırımcıya tam bir koruma sağlayacak düzenleme yapılmasının mümkün olmamasından kaynaklandığını açıklamıştır<sup>26</sup>. Ancak burada adı geçen ekonomik kolluk kararlarının her somut olayda salt bir tedbir olmadığı, muhatabı için cezalandırma mahiyetini taşıyan bir yaptırım niteliğinde olduğu belirtilebilecektir.

## 5. Mali Durumun Bozulması

SPK’nın, sermaye piyasası kurumlarının mali durumlarının bozulması hâlinde, sermaye piyasası kurumları ile bu kurumlardaki yöneticilere ve çalışanlara uygulayacağı tedbirler oldukça çeşitlidir. Buna göre sermaye piyasası kurumlarının;

- a) Sermaye yeterliliği yükümlülüklerini sağlayamadığı,
- b) Sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan nakit ödeme ve finansal araç teslim yükümlülüklerini yerine getiremediği veya kısa sürede yerine getiremeyeceği,
- c) Bunlardan bağımsız olarak mali yapılarının ciddi surette zayıflamakta olduğu,
- d) Mali durumunun taahhütlerini karşılayamayacak kadar zayıflamış olduğu, hâllerinden birinin tespiti hâlinde SPK;
- a) Üç ayı geçmemek üzere verilecek uygun süre içinde kurumların mali yapıla-

---

den önce BDDK’nın da görüşü alınmaktadır.

<sup>26</sup> AYM, 26.12.2003, Es. 2000/8, Kar. 2003/104, RG, 19.12.2007/26735.

rının güçlendirilmesini istemeye ya da herhangi bir süre vermeksizin doğrudan bu kurumların faaliyetlerini geçici olarak durdurmaya,

- b) Tamamen veya belirli sermaye piyasası faaliyetleri itibarıyla yetkilerini kaldırmaya,
- c) Yatırımcıları tazmin kararı vermeye<sup>27</sup>,
- d) Sorumluluğu tespit edilen yöneticilerin ve çalışanların sahip oldukları lisansları geçici veya sürekli olarak iptal etmeye, imza yetkilerini sınırlandırmaya veya kaldırmaya ve gerektiğinde yönetim kurulunun üyelerini görevden almaya ve yapılacak ilk genel kurul toplantısına kadar yerlerine yenilerini atamaya,
- e) Bu kurumların tedrici tasfiyelerine karar vermeye ve tasfiyenin bitmesini takiben gerektiğinde veya tedrici tasfiyeye gitmeksizin doğrudan iflaslarını istemeye veya,
- f) Gerekli gördüğü diğer tedbirleri almaya yetkilidir (m.97)<sup>28</sup>.

Yine Kanuna göre faaliyetleri geçici olarak durdurulan sermaye piyasası kurumlarının malvarlıkları da geçici durdurma kararı verildiği tarihten tekrar faaliyete geçme izni verildiği tarihe kadar, SPK tarafından yapılacak işlemler hariç, devredilemez, rehnedilemez, teminat gösterilemez, tedbir konulamaz, haczedilemez, bu kurumlar hakkında yapılmış olan tüm hacizler ve uygulanmış tüm ihtiyati tedbirler ve tüm icra ve iflas takipleri kendiliğinden durur<sup>29</sup>. Kanun uyarınca faaliyetleri SPK tarafından

<sup>27</sup> Bu konu, çalışmamızın “ii. Yatırım Kuruluşlarının Yükümlüklerini Yerine Getirememeleri” başlığında incelenmektedir.

<sup>28</sup> Yetkileri sürekli olarak kaldırılan sermaye piyasası kurumlarının malvarlıkları, yetkinin kaldırılmasına ilişkin SPK kararının alındığı tarihten itibaren tedrici tasfiye işlemlerinin tamamlandığı ilan edilinceye; tedrici tasfiyeyi takiben veya doğrudan iflas talebinde bulunulması hâlinde, iflas talebinin mahkemece esaslan karara bağlanmasına kadar, SPK ve tedrici tasfiye çerçevesinde Yatırımcı Tazmin Merkezi (YTM) tarafından yapılacak işlemler hariç, devredilemez, rehnedilemez, teminat gösterilemez, tedbir konulamaz, haczedilemez. Bunlar hakkında yapılmış olan tüm hacizler ve uygulanmış tüm ihtiyati tedbirler düşer ve tüm icra ve iflas takipleri kendiliğinden durur, bir takip muamelesi ile kesilebilen zaman aşımı ve hak düşüren müddetler işlemez. İflas kararı alınması hâlinde, YTM yapmış olduğu ödemelerden doğan alacakları Devletin ve sosyal güvenlik kuruluşlarının 21.07.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun kapsamındaki alacaklarından sonra gelmek üzere, imtiyazlı alacak olarak öncelikle tahsil olunur. Bu alacaklar masanın nakit durumuna göre 09.06.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 232. maddesinde gösterilen sıra cetvelinin kesinleşmesi beklenmeksizin ödenir. Hakkında Bankacılık Kanunu hükümleri uygulanan banka ve kuruluşlar ile haklarında Bankacılık Kanunu hükümleri uygulanan gerçek ve tüzel kişiler yönünden YTM'nin alacakları, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF) alacaklarından sonra gelir.

<sup>29</sup> Ayrıca, bir takip muamelesi ile kesilebilen zaman aşımı ve hak düşüren müddetler işlemez. SPK tarafından faaliyetlerinin devamına karar verilen sermaye piyasası kurumları hakkında, faaliyetlerin durdurulması öncesinde mevcut olup, bu fıkranın 1. cümlesi kapsamında duran tüm işlemlere kaldıkları yerden devam olunur.

veya kendi talepleri doğrultusunda geçici olarak durdurulan sermaye piyasası kurumlarının geçici kapalılık süresinin iki yılı geçemeyeceği kabul edilmiştir<sup>30</sup>.

Mali durumun bozulması hâlinde uygulanacak idari kararlar, önleyici olmaktan ziyade cezalandırıcı ve caydırıcı olup idari yaptırım niteliğini haizdirler<sup>31</sup>. Nitekim, bir suç duyurusu veya bir mahkeme kararı olmadan sermaye piyasası kurumlarında yöneticilerin ve çalışanların sahip oldukları lisansların geçici veya sürekli olarak iptal edilmesi, imza yetkilerinin sınırlandırılması veya kaldırılması, gerektiğinde yönetim kurulunun üyelerinin görevden alınması yapılacak ilk genel kurul toplantısına kadar yerlerine yenilerinin atanması söz konusu olabilmektedir. Muhatabı için özel girişim özgürlüğü, çalışma özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi hak ve özgürlüklere ciddi müdahaleler içeren ekonomik kolluk kararlarının, idari yaptırım sayılmasının bir değeri vardır. Zira bu idari kararların yargısal denetiminde, sadece idare hukuku ilkeleri değil kimi ceza hukukuna ilişkin ilkelerin de uygulanması söz konusudur. Mali durumun bozulması hâllerinin tespitindeki SPK'nın takdir yetkisi yargısal denetime açıktır; örneğin bir faaliyetin tamamen durdurulması veya lisansın iptali hâlinde kararın gerekçesinin ilgisine sunulmaması veya savunmanın alınmaması, söz konusu idari işlemin hukuken sağlıklı olmasını engelleyebilecektir.

“Tedricî tasfiye ve iflas durumlarında uygulanacak tedbirler” başlıklı Sermaye Piyasası Kanununun 98. maddesi uyarınca SPK, sermaye piyasası kurumlarının iflası veya 86. madde uyarınca tedrici tasfiyeye girmesi durumlarında, 97. madde uyarınca sorumlulukları tespit edilmiş bulunmak kaydıyla; doğrudan veya dolaylı % 10'undan fazla paya sahip ortaklarının, görevden ayrılmış olan veya görevde bulunan, yönetim kurulu üyelerinin ve imzaya yetkili yöneticilerinin, portföy yönetim şirketi yöneticilerinin ve konut finansmanı fonları ile varlık finansmanı fonlarının fon kurulu üyelerinin şahsen iflaslarını istemeye yetkilidir. İflas isteme yönünde alınan kararda, bir idari tedbir örneği tespit edilmektedir.

## **6. İzinsiz Faaliyetler ile Kanuna Aykırı İlan, Reklam ve Açıklamalar**

Sermaye Piyasası Kanununda belirli faaliyetler SPK'nın iznine tabi tutulmuş olup, ekonomik kolluk denetiminin doğal bir sonucu olarak izinsiz faaliyetlerin çeşitli hukuksal sonuçlarla ve idari kararlarla karşılanması söz konusudur. Kanuna göre

<sup>30</sup> Sermaye piyasası mevzuatına aykırılığın giderilmesi veya sermaye piyasası faaliyetinin yürütülmesine yönelik tedbirler hariç olmak üzere, bankalar hakkında 97. maddenin 1. fıkrasında belirlenen tedbirlerin uygulanmasına BDDK tarafından karar verileceği, söz konusu tedbirlerin, Bankacılık Kanununun ilgili hükümleri uyarınca yönetim veya denetimi TMSF'ye devredilen bankalar hakkında uygulanmasına ise TMSF tarafından karar verileceği de Kanunda belirtilmiştir.

<sup>31</sup> Öğretide benzer bir düzenleme içeren mülga Sermaye Piyasası Kanununun 46. maddesinin (h) bendindeki tedbirler, idari yaptırım olarak ele alınmıştır; bkz. Akgül, **a.g.e.**, s.126-127; Yasin, **a.g.e.**, s.211; Karakurt, **a.g.m.**, s.146.

SPK, izinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin durdurulması için gerekli her türlü tedbiri almaya, her türlü hukuki ve cezai sorumluluk saklı kalmak kaydıyla, izinsiz sermaye piyasası faaliyet ve işlemlerinin doğurduğu sonuçların iptali ve nakit ya da sermaye piyasası araçlarının hak sahiplerine iadesi için tespit tarihlerinden itibaren bir yıl ve her hâlde vukuu tarihlerinden itibaren beş yıl içinde dava açmaya yetkili kılınmıştır (m.99). İzinsiz sermaye piyasası faaliyetinde bulunan gerçek ve tüzel kişiler ile SPK tarafından bu konuda sorumluluğu tespit edilen ortak ve yöneticiler hakkında, söz konusu faaliyetlerden doğan zararın kesinleşmiş olması şartı aranmaksızın, 96. maddenin 2. fıkrası da kıyasen uygulanacaktır. İzinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin, internet aracılığı ile yürütüldüğü tespit edildiğinde SPK; içerik ve yer sağlayıcılarının yurt içinde olması hâlinde mahkemeye, yurt dışında bulunması hâlinde ise Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna (BTK) başvuracaktır. Söz konusu erişimin engellenmesine SPK'nın başvurusu üzerine erişimin engellenmesine mahkeme veya BTK karar verecektir. İzinsiz sermaye piyasası faaliyetinde alınan kararlar, idari tedbir olarak belirlenebilirken "gerekli her türlü tedbir" alma imkânı yine belirsiz bir alan bırakmaktadır.

Sermaye piyasasında izinsiz olarak faaliyette bulunduğu, yetki belgeleri iptal olduğu, faaliyetleri durdurulduğu veya merkez dışı örgütleri kapatıldığı hâlde ticaret unvanlarında, ilan ve reklamlarında, sermaye piyasasında faaliyette buldukları intibasını uyandıracak kelime veya ibare kullanıldığının tespiti hâlinde, sorumlular hakkında cezai kovuşturma yapılmakla birlikte, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, sorumluların ilgili mevzuat uyarınca ilan ve reklamları durdurulabilir, kanuna aykırı belgeleriyle, ilan ve reklamları toplatılabilir ve SPK'nın talebi üzerine ilgili yer en büyük mülki amirince bunların işyerleri geçici olarak kapatılabilir (m.100). Kanunun 7. maddesine aykırı olduğu, yani ihraca ilişkin ilan, reklam ve açıklamalar izahname ile tutarlı olmadığı, gerçeğe aykırı, abartılmış ve yanıltıcı bilgiler içerdiği tespit edilen ilan, reklam ve açıklamaların durdurulmasının ve kaldırılmasının SPK tarafından istenebileceği de düzenlenmiştir. Buradaki idari kararların bir idari yaptırım olarak kabul edilip edilmeyeceği somut olaya göre belirlenecektir. Örneğin, işyerinin geçici olarak kapatılmasında buradaki geçici sürenin ve işyerinin faaliyetinin niteliği, yapılan değerlendirmeyi etkileyecektir.

## 7. Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı Suçları

Sermaye piyasası suçlarından olan "Bilgi suistimali" (m.106) ve "Piyasa dolandırıcılığı" (m.107) için Kanunda sayılan fiilleri işlediğine dair makul şüphe bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişilerin yetkilileri ile ilgili sermaye piyasası araçlarına ilişkin olarak SPK;

- a) Borsalarda geçici veya sürekli olarak işlem yapılmasının yasaklanması,
- b) Takas yöntemlerinin değiştirilmesi,

- c) Kredili alım, açığa satış, ödünç alma ve verme işlemlerine ilişkin sınırlamalar getirilmesi,
- d) Teminat yükümlülüğü getirilmesi veya yükümlülüğün değiştirilmesi,
- e) Farklı pazar veya piyasalarda işlem görmesi veya farklı işlem esaslarının belirlenmesi,
- f) Piyasa verilerinin dağıtım kapsamının sınırlanması,
- g) İşlem veya pozisyon limiti getirilmesi,

dâhil piyasanın etkin ve sağlıklı işleyişini teminen gerekli her türlü tedbiri almaya ve bu tedbirlerin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir (m.101). Bu kapsamda SPK tarafından, Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı İncelemelerinde Uygulanacak Tedbirler Tebliği (V-101.1) yayımlanmıştır<sup>32</sup>. Söz konusu Tebliğde, bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı incelemelerinde uygulanacak diğer tedbirler sayılmış<sup>33</sup>, bunun yanında SPK'nın sayılanlar dışında da tedbirler almaya yetkili olduğu düzenlenmiştir.

Halka açık ortaklıklarda ortaklıkların kendi paylarını satın ve rehin alması mümkün olup, Kanunun 22. maddesi uyarınca kendi paylarını satın almak üzere bir programın uygulamaya konulması hâlinde, ilgili halka açık ortaklıkların yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulunduk-

<sup>32</sup> RG, 21.01.2014/28889.

<sup>33</sup> “Diğer tedbirler

MADDE 18 – (1) Kurulca yapılan incelemelerde, Kanunun 106 ncı ve 107 nci maddelerinde sayılan fiillerin işlendiğine dair makûl şüphe bulunduğu tespit edilmesi halinde, ilgili gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişilerin yetkilileri ve ilgili sermaye piyasası araçlarına ilişkin olarak;

- a) Yatırımcı ve/veya sermaye piyasası aracı bazında brüt takas uygulamasına geçilmesine,
- b) Yatırımcı ve/veya sermaye piyasası aracı bazında kredili alım, açığa satış, ödünç alma ve verme işlemlerine ilişkin sınırlamalar getirilmesine,
- c) Yatırımcı ve/veya piyasa bazında işlem veya pozisyon limiti getirilmesine,
- ç) Yatırımcı ve/veya sermaye piyasası aracı bazında teminat yükümlülüğü getirilmesine veya mevcut yükümlülüklerinin değiştirilmesine,
- d) Yatırımcılara ve/veya sermaye piyasası aracı bazında önceden depo şartı getirilmesine,
- e) Sermaye piyasası araçlarının işlem sıralarının geçici olarak durdurulmasına,
- f) Piyasa verilerinin dağıtım kapsamının sınırlanmasına,
- g) Sermaye piyasası araçlarının farklı pazar veya piyasalarda işlem görmesi veya bunlar için farklı işlem esaslarının belirlenmesine,
- ğ) Yatırımcı, yatırım kuruluşu ve/veya sermaye piyasası aracı bazında emir iletim kanallarının kısıtlanmasına,

Kurul tarafından karar verilebilir.

(2) Kurul tarafından alınan tedbir kapsamına giren sermaye piyasası araçları, ilgili kişilerin ad-soyad veya unvan bilgileri ile tedbirin uygulanma süresinin ilgili borsalara bildirilerek Kamuyu Aydınlatma Platformu'nda duyurulması sağlanır.

(3) Kurul gerekli gördüğü durumlarda piyasanın etkin ve sağlıklı işleyişini teminen yukarıda sayılanlar dışında tedbirler almaya yetkilidir.

(4) Bu madde kapsamında belirtilen tedbirlerin alınması Kanuna aykırılık nedeniyle inceleme yapılmasına engel teşkil etmez.”

ları gerçek veya tüzel kişiler ile diğer ilgili kişilerin söz konusu halka açık ortaklığın paylarında işlem yapmasına SPK tarafından sınırlama getirebilecektir (m.101).

Bir işlemin, bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı suçları teşkil ettiğine dair herhangi bir bilgi veya şüpheyi gerektirecek bir hususun bulunması hâlinde, yatırım kuruluşları ile SPK tarafından belirlenecek sermaye piyasası kurumları, bu durumu SPK veya SPK tarafından belirlenecek diğer kurum ve kuruluşlara bildirmek zorundadır (m.102)<sup>34</sup>. Buradaki bildirim yükümlülüğünün usul ve esaslarının SPK tarafından belirlenmesi kabul edilmiştir<sup>35</sup>.

Bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı suçlarıyla ilgili incelemeler sonucunda uygulanan kimi idari kararlar, idari yaptırım olarak kabul edilebilir; örneğin borsalarda geçici veya sürekli olarak işlem yapılmasının yasaklanması gibi. Zira Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı İncelemelerinde Uygulanacak Tedbirler Tebliğine göre, geçici işlem yapma yasağı süresi altı aydan iki yıla kadar, sürekli işlem yapma yasağı beş yıl olarak belirlenmiş olup, haklarında SPK kararıyla işlem yapma yasağı getirilen gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişilerin yetkililerinin, işlem yapma yasağının geçerli olduğu süre boyunca borsalarda işlem gören ve aşağıda sayılan sermaye piyasası araçlarının alım satımını yapamayacakları ve bu araçlara ilişkin emir iletemeyecekleri öngörülmüştür.

## 8. İdari Tedbir Kararlarının Alınmasındaki Diğer Sebepler

Sermaye Piyasası Kanununda idari tedbirler, Kanunun 91 ila 102. maddeler arasında düzenlenen “Tedbirler” başlıklı kısım ile sınırlı değildir. Bu maddeler dışında da, Kanunun diğer maddelerinde SPK tedbirlerinden bahsedilmektedir. Örneğin SPK'nın ekonomik kolluk faaliyetinin düzenleme dışındaki temel yetkisi olan denetim faaliyetinin icrası kapsamında dahi idari tedbirlere başvurulmaktadır; SPK Başkanının talepte bulunması ve sulh ceza hâkiminin kararı üzerine gerekli yerlerde kolluk yardımı ile arama yapılabileceği kanunla hüküm altına alınmıştır (m.89/3). Bu şekilde ilgili defterler, bilgi ve belgelerle ilgili SPK Başkanının mahkemeye başvurusu bir idari tedbir olarak değerlendirilecektir. Bu itibarla, Kanundaki diğer tedbir hâllerini, halka açık ortaklıkların faaliyetlerinden kaynaklı hâller ile yatırım kuruluşlarının yükümlülüklerini yerine getirememeleri ve bağlantılı diğer hâller olarak iki başlıkta incelemek uygun görülmüştür.

<sup>34</sup> SPK'ya bildirimde bulunanların, özel kanunlarda hüküm bulunsa dahi, bu madde çerçevesinde yapılan bildirimler ve bildirimde bulunulanlar hakkında, mahkeme, savcılık ve Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı dışında, işleme taraf olanlar dâhil, üçüncü kişiler ile kurum ve kuruluşlara bilgi veremeyeceği de belirtilmiştir (m.102/2).

<sup>35</sup> Bu kapsamda SPK tarafından Bilgi Suistimali veya Piyasa Dolandırıcılığı Suçları Hakkında Bildirim Yükümlülüğü Tebliği (V-102.1) yayımlanmıştır (RG, 21.01.2014/28889).



### **i. Halka Açık Ortaklıkların Faaliyetleriyle İlgili Aykırılıklar**

Sermaye Piyasası Kanununda SPK'nın, payları borsada işlem gören halka açık ortaklıkların niteliklerine göre, kurumsal yönetim ilkelerine kısmen veya tamamen uymalarını zorunlu tutmaya, buna ilişkin usul ve esasları belirlemeye, verilen süre içinde uyum zorunluluğunun yerine getirilmemesi hâlinde uyum zorunluluğunun yerine getirilmesini sağlayacak kararları almaya ve buna ilişkin işlemleri resen yapmaya, herhangi bir süre vermemiş olsa dahi uyum zorunluluğuna aykırı işlemlerin hukuka aykırılığının tespiti veya iptali için her türlü teminattan muaf olarak ihtiyati tedbir istemeye, dava açmaya, açılan davada uyum zorunluluğunun yerine getirilmesi sonucunu doğuracak şekilde karar alınmasını istemeye, bu işlemlerin yerine getirilmesine ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkili kılındığı hükme bağlanmıştır (m.17/2). Yine halka açık ortaklıkların, Kanunda belirtilen önemli nitelikteki işlemlerine<sup>36</sup> ilişkin olarak SPK tarafından belirlenen, uyulması zorunlu usul ve esaslara aykırı işlemlerin iptali için, TTK'nın genel kurul kararlarının iptaline ilişkin hükümleri çerçevesinde SPK tarafından dava açabilecektir (m.23/2). Söz konusu hükümlerde idari yaptırım olarak değerlendirilemeyecek idari tedbirler yer almaktadır.

Ayrıca Sermaye Piyasası Kanununun 96. maddesinin 2. fıkrasına benzer bir şekilde, halka açık ortaklardaki yönetsel anlaşmazlıklarda SPK'ya verilen geniş kapsamlı bir yetkiyi de burada değerlendirmek gerekmektedir. Şöyle ki; halka açık ortaklıkların iç işleyişinden kaynaklanan sorunlar nedeniyle, 12.07.2013 tarihli ve 6495 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 57. maddesi ile Kanunun 128. maddesinin 1. fıkrasına eklenen (k) bendi ile SPK'ya bu ortaklıklara ilişkin olarak birtakım yetkiler getirilmiştir. Bu hükme göre; halka açık ortaklıkların yönetim kurullarında, yönetim kurulu üyelerinin tamamının veya bir kısmının görev süresinin dolması veya üyeliklerinin boşalması sebebiyle, yönetim kurulu toplantı yeter sayısının sağlanamaması ve görev süresi dolan veya üyeliği boşalan yönetim kurulu üyelerinin yerlerine görev sürelerinin bitimini veya üyeliğin boşalmasını takip eden otuz gün içinde yeni yönetim kurulu üyelerini seçmek üzere genel kurulun toplanamaması veya genel kurulda yeter sayıda yönetim kurulu üyesinin seçilememesi durumunda, SPK, yerlerine halka açık ortaklık genel

<sup>36</sup> Kanuna göre halka açık ortaklıkların;

- a) Birleşme, bölünme işlemlerine taraf olması, tür değiştirme veya sona erme kararı alması,
- b) Mal varlığının tümünü veya önemli bir bölümünü devretmesi veya üzerinde bir ayni hak tesis etmesi veya kiralaması,
- c) Faaliyet konusunu tümüyle veya önemli ölçüde değiştirmesi,
- ç) İmtiyaz öngörmesi veya mevcut imtiyazların kapsam veya konusunu değiştirmesi,
- d) Borsa kotundan çıkması,

gibi hususlar bu Kanunun uygulanmasında önemli nitelikte işlem sayılmaktadır.

kurulunca yeni üyeler seçilinceye veya SPK tarafından başka üyeler atanıncaya kadar görev yapmak üzere yönetim kurulu toplantı yeter sayısını sağlayacak asgari sayıda, SPK'nın kurumsal yönetim ilkelerinde sayılan bağımsızlık kriterlerini<sup>37</sup> sağlayan yönetim kurulu üyelerini resen atayacaktır. Görev süresinin dolması nedeniyle boşalan halka açık ortaklık yönetim kurulu üyeliklerine SPK tarafından atamalar yapılıncaya kadar, görev süresi dolan yönetim kurulu üyeleri görevlerine devam edecektir. SPK tarafından yapılan resen atama sonucunda geriye kalan boş üyelikler için, kurumsal yönetim ilkelerinde sayılan bağımsızlık kriterlerini sağlayan, boş üye sayısının üç katı kadar kişiyi halka açık ortaklığın ortaklarından aday göstermelerini talep edecektir. SPK bu talebini ortakların halka açık ortaklıkta sahip olduğu pay oranlarını dikkate alarak belirlemeli ve bu bentteki esaslara uygun olarak atama yapmalıdır. Olağan genel kurul toplantısını kanuni süresi içinde üst üste iki hesap dönemi içinde yapmayan ve yönetim kurulu üyeleri kısmen veya tamamen SPK tarafından yukarıdaki fıkralar uyarınca atanmış halka açık ortaklıklarda genel kurulun yetkileri Yatırımcı Tazmin Merkezi (YTM) tarafından kullanılabilir. Bu bendin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların SPK tarafından belirlenmesi kabul edilmiştir.

Genel olarak değerlendirildiğinde yukarıdaki fıkra hükmünün, karmaşık bir yapının ve yönetsel anlaşmazlıkların bulunduğu halka açık ortaklıkların, hissedarlarının ve sermaye piyasasının korunması amacıyla, bu ortaklık yapısına bir kamu gücü müdahalesi içerdiği ifade edilebilir. Burada faaliyetleri açısından önem taşıyan ve piyasa açısından sistemik bir risk oluşturabilecek halka açık ortaklıklardaki yönetim sorunlarının, ekonomik düzenin bozulmasının önlenmesi boyutuyla kanun koyucu tarafından dikkate alındığı belirtilebilir. Ancak SPK tarafından resen yönetim kurulu atanması şartların, her ne kadar kurumsal yönetim ilkelerinde sayılan bağımsızlık kriterlerine atıf yapılsa da resen atanan üyelerin niteliklerinin ve YTM'nin genel kurul yetkileri kullanmasını gerektiren hâllerin, halka açık bir ortaklığın işleyiş yapısına uygunluğu tartışılabilir. Buradaki ortaklığın yönetimine yapılan müdahalenin ilk bakışta bir önleyici bir tedbir olarak ve diğer yatırımcıları koruma saikiyle düşünüldüğü ileri sürülse de, müdahale şartları ve içeriği değerlendirildiğinde bir idari yapıyıma dönüştüğünü söyleyebilmek de mümkündür. Yukarıda yer verdiğimiz üzere Kanunun diğer hükümlerinde de SPK'ya, yönetim kurulu üyesi atama yetkisi verilmekle birlikte, o düzenlemelerde yetkinin kullanılmasına neden olan hâllerle ilgili olarak yargıya intikal eden bir durumun varlığı söz konusudur (m.92, 96, gibi). Burada ise, halka açık ortaklığın Kanuna veya herhangi hukuksal bir düzenlemeye aykırı davranması söz konusu değildir. Bu şekilde özel girişim özgürlüğü daraltılmakta, belirli

<sup>37</sup> Borsa şirketlerinin esas alacakları kurumsal yönetim ilkeleri, SPK tarafından çıkarılan Kurumsal Yönetim Tebliği (II-17.1) ile düzenlenmiştir (RG, 03.01.2014/28871).

hâllerde genel kurul yetkisinin YTM tarafından kullanılması mülkiyet hakkı gibi birtakım hak ve özgürlükleri de sınırlamakta ve ortaklıkla ilişkili üçüncü kişileri de etkileyebilmektedir. TTK'nın 530. maddesinde de uzun süreden beri şirketin kanunen gerekli olan organlarından biri mevcut değilse veya genel kurul toplanamıyorsa, pay sahipleri, şirket alacaklıları veya Gümrük ve Ticaret Bakanlığının istemi üzerine mahkemenin, vereceği uygun süre içinde durum düzeltilmediğinde şirketin feshine karar vereceği kabul edilmiştir. Dolayısıyla TTK'nın 530. maddesi de mevcut iken, Sermaye Piyasası Kanununun 128. maddesine sonradan eklenen fıkra hükmüne göre SPK tarafından kullanılan ekonomik kolluk yetkisinin ölçülülük ilkesine uygun düşmediği düşüncesindeyiz.

## **ii. Yatırım Kuruluşlarının Yükümlüklerini Yerine Getirememeleri**

SPK, yatırım kuruluşlarının sermaye piyasası faaliyetinden kaynaklanan nakit ödeme veya sermaye piyasası araçları teslim yükümlülüklerini yerine getiremediğinin veya kısa sürede yerine getiremeyeceğinin tespit edilmesi hâlinde yatırımcıları tazmin kararı alır (m.82). Durumun tespitinden itibaren üç ay içinde alınan bu karar bakımından SPK'nın, Sermaye Piyasası Kanunu kapsamındaki tedbir yetkileri de saklı tutulmuştur. YTM tarafından gerekli görülmesi hâlinde SPK tarafından, hakkında yatırımcıları tazmin kararı verilen kuruluşun ödemelerinin durmasına ve tüm mal varlığı üzerinde sadece YTM tarafından tasarruf edilebilmesine karar verilebilecektir (m.83).

Bu itibarla SPK'nın yatırım tazmin kararının önleyicilik niteliğini haiz bir idari tedbirden ziyade bir idari yaptırım niteliği taşıdığı belirtilebilir. Zira yatırım tazmin kararına bağlı kararlar, muhatabı için cezalandırıcı nitelikte ağır sonuçlar oluşturabilmektedir. SPK, bankalar hariç olmak üzere yatırımcıları tazmin kararı verilenler hakkında, tazmin sürecinin kapanmasına ilişkin kararı ile birlikte tedrici tasfiye kararı da verebilir veya doğrudan iflas talebinde bulunabilir. Tedrici tasfiye işlemlerini yürüten YTM, tedrici tasfiye ile ilgili olarak yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak, tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklarının malvarlıkları üzerine teminat aranmaksızın ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz kararları ile ilgililerin yurt dışına çıkış yasağı dâhil olmak üzere alacaklıların menfaati için zorunlu olan her türlü muhafaza tedbirinin alınmasını ilgili mahkemeden istemeye yetkilidir (m.86/7). Yatırımcıların tazmini ile tedrici tasfiye işlemlerine ilişkin usul ve esaslar, SPK tarafından çıkarılan Yatırımcıların Tazmini ile Tedrici Tasfiye Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik<sup>38</sup> ile belirlenmiştir. Bu yönetmelik uyarınca, YTM'nin birtakım tedbir-

<sup>38</sup> RG, 29.03.2014/28956.

ler uygulaması da söz konusudur<sup>39</sup>. Ayrıca Yatırımcı Tazmin Merkezi Yönetmeliği<sup>40</sup> uyarınca, bu Yönetmelikte belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyenlerin, eksik yerine getirenlerin veya mevzuata aykırı fiil ve işlemleri tespit edilenlerin YTM tarafından SPK'ya bildirilmesi de bir idari tedbir olarak karşımıza çıkmaktadır (m.33).

Sermaye Piyasası Kanununda ayrıca değişken sermayeli yatırım ortaklıkları bakımından, kurucu paylarının değerinin SPK tarafından belirlenen tutarların altına düşmesi yahut mali durumlarının yükümlülüklerini karşılayamayacak kadar zayıflamasına rağmen, kurucu paylarının belirlenen tutara artırılmaması veya mali durumdaki zayıflığın giderilememesi hâlinde, SPK, değişken sermayeli yatırım ortaklıkları hakkında tasfiye dâhil her tür tedbiri almaya yetkili kılınmıştır (m.50)<sup>41</sup>. İlgili maddede hükmündeki “her türlü tedbir” ifadesi ucu açık bir yetki kullanımını gündeme getirmekte olup, bu tedbirleri, ortaklığın iflasını isteme, tedrici tasfiyesini talep etme, yatırımcıları tazmin kararı alma gibi tedbirler olarak yorumlamak mümkündür.

<sup>39</sup> “Koruma tedbirleri

MADDE 24 – (1) YTM, gecikmeksizin, tazmin kararı ile birlikte hakkında tedrici tasfiye kararı alınan yatırım kuruluşunun yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak, tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortakları ile tüzel kişi ortaklarının sermayesinin yüzde beşinden fazlasına sahip gerçek kişi pay sahiplerinin kendilerine, eşlerine ve velayet altındaki çocuklarına ait taşınmaz mal ve iştiraklerini, haczi caiz olan taşınır mal, hak ve alacaklarını ve menkul kıymetlerini ve her türlü kazanç ve gelirlerini; ayrıca, tedrici tasfiye kararının ilanından önceki iki yıl içinde ivazlı veya ivazsız olarak iktisap ettikleri veya devrettikleri taşınmaz mal, haczi caiz taşınır mal, hak, alacak ve menkul değerleri gösterir birer mal beyannamesi vermelerini ister. Söz konusu mal beyannamesinin, YTM talebinin ilgililere tebliğ edilmesini takip eden en geç yedi gün içinde YTM'ye verilmesi zorunludur. Bu mal beyanının hüküm ve sonuçları hakkında 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun ilgili hükümleri geçerlidir.

(2) YTM, yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak, tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklarının malvarlıkları üzerine teminat aranmaksızın ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz kararları ile ilgililerin yurt dışına çıkış yasağı dâhil olmak üzere alacaklıların menfaati için zorunlu olan her türlü muhafaza tedbirinin alınmasını ilgili mahkemeden istemeye yetkilidir.

(3) İkinci fıkra hükümleri çerçevesinde alınan tedbir ve haciz kararlarından itibaren altı ay içinde dava açılmaması veya icra veya iflas takibinde bulunulmaması halinde bu kararlar kendiliğinden ortadan kalkar.

(4) 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 278, 279 ve 280 inci maddelerinde yazılı hallerin varlığı halinde, aciz vesikası ibrazına gerek olmaksızın YTM tarafından iptal davası açılabilir.”

<sup>40</sup> RG, 27.02.2015/29280.

<sup>41</sup> Kira sertifikası ve varlık kiralama şirketleri ile ilgili olarak da, ihraççının kira sertifikalarından kaynaklanan yükümlülüklerini vadesinde yerine getirememesi, yönetiminin veya denetiminin kamu kurumlarına devredilmesi, faaliyet izninin kaldırılması veya iflası hâlinde portföyündeki varlıklardan elde edilen gelirin öncelikle kira sertifikası sahiplerine yapılacak ödemelerde kullanılması durumunda SPK'nın kira sertifikası sahiplerinin haklarının korunmasını teminen gerekli her türlü tedbiri almaya yetkili olduğuna yer verilmiştir (m.61).

### III. Sermaye Piyasası Kanununda Öngörülen İdari Tedbirlerin Hukuki Rejimine İlişkin Tespitler

Sermaye Piyasası Kanununda sadece idari para cezalarının uygulanması bakımından savunma alınması öngörülmüştür (m.105). Savunma hakkının, idari para cezaları dışında yetki belgesi ve faaliyet izninin iptali gibi idari yaptırımlar ile idari yaptırım olan ancak idari tedbirler arasında sayılan işlemler için de uygulanması hukuka uygun düşecektir. Ayrıca, idari tedbir kararlarının da yine gerekçeli alınması, yargı denetimini etkili kılacaktır<sup>42</sup>. Kanunda öngörülen bir idari ihlalin, hem idari tedbir hem de bir idari yaptırım uygulanmasını gerektirmesi hâlinde, her iki kararın bir arada uygulanması mümkündür. Zira her iki karar açısından korunan amaç farklı olmaktadır. Bu açıdan ne (non) bis in idem kuralının katı bir uygulama alanına sahip olmayacağı düşüncesindeyiz.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi ise idari yaptırımlar için tartışmalı bir alan olup, genel olarak kanun koyucu tarafından suçta kanuniliğin, cezada kanuniliğe göre daha esnek yorumlandığı görülmektedir<sup>43</sup>. Konuyla ilgili Danıştay, "İdarî yaptırımların cezaî niteliği haiz olmaları, bu yetkinin yasalarla düzenlenen alanlarda, yine yasalarla belirlenen şartlarda kullanılmasını gerekli kılmaktadır. İdarenin yasal belirleme ve dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendi düzenleme yetkisi çerçevesinde bu konuda kural koyması hukuk devleti ilkesine uygun düşmeyecektir." açıklaması getirmiştir<sup>44</sup>. Kabahatler Kanununda da, hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, İdarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabileceği hükme bağlanmıştır (m.4/1). Sermaye Piyasası Kanununda idari tedbir başlığı altında yer alan idari yaptırımlar açısından da bu tartışma mevcut hâle gelmektedir. Örneğin, SPK'nın yürürlükteki Sermaye Piyasası Kanunu sonrasında yayımladığı Yatırım Kuruluşlarının Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Tebliğin (III-39.1)<sup>45</sup> 67. maddesinin 3. fıkrasında, mali durumun bozulması hâlinde uygulanacak tedbirlerle ilgili olarak, aracı kurumların taahhütlerinin %10'undan veya alacaklılarının sayı itibarıyla %10'undan fazlasının münferiden

<sup>42</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu bir kararında, idari yaptırım niteliğindeki işlemlerde, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan, onlara müdahale niteliği taşıyan işlemlerde ve verilmiş bir hakkı, izni veya yetkiyi geri alan işlemlerde bu işlemlerin idare edilenler yönünden ağır sonuçlar doğuracağı hususu dikkate alındığında, idarenin gerekçe yükümlülüğüne uyması gerektiğine dikkat çekmiştir, DİDDK, 21.04.2011, Es. 2007/1800, Kar. 2011/267.

<sup>43</sup> Danıştay, idari yaptırımlar konusunda genel kanun niteliğini haiz Kabahatler Kanununun, idari yaptırımlar konusunda yalnızca yaptırımın türü, süresi ve miktarı bakımından mutlak olarak kanunilik ilkesini benimsemiş bulunduğunu belirtmektedir, D 13.D, 01.11.2013, Es. 2010/2490, Kar. 2013/2706.

<sup>44</sup> D 13.D, 04.07.2011, Es. 2009/2719, Kar. 2011/3306.

<sup>45</sup> RG, 17.12.2013/28854.

veya toplu olarak ibralaşma yoluyla ya da benzeri bir biçimde borcu azaltarak kısmi ifa için ibraname alınması hâlinde, faaliyetlerinin sürekli olarak durdurulacağı ve yetki belgelerinin iptal edileceği; şu kadar ki yukarıdaki oranın altında ibralaşma yapılmış veya benzeri biçimde taahhütlerin azaltılmış olması hâlinde dahi, aracı kurumun durumu dikkate alınarak SPK tarafından Kanunun 96, 97, 98. maddelerine göre işlem tesis edilebileceği düzenlenmiştir. Kanunun 97. maddesinde maddi durumun bozulması halinde alınacak kararlar arasında, “faaliyetleri sürekli olarak durdurulur ve yetki belgeleri iptal edilir.” şeklinde bir karar alınması yer almamaktadır. Tebliğ düzenlemesindeki, faaliyetin sürekli olarak durdurulmasının ve yetki belgesinin iptalinin, Kanunun mali durumun bozulması hakkındaki 97. maddesinde yer alan “gerekli gördüğü diğer tedbirler” içinde değerlendirilebileceği ileri sürülebilir. Ancak faaliyetin sürekli olarak durdurularak yetki belgesinin iptalinin kanaatimizce idari yaptırım olması sebebiyle, ilgili tebliğ hükmünün kanunilik ilkesini ihlal ettiği belirtilebilir. Faaliyetin sürekli olarak durdurulması ve yetki belgesi iptalinin bir idari tedbir olduğunun kabulü hâlinde ise kanunilik ilkesinin ihlali tartışması geri planda kalabilecektir.

Danıştay, kanunilik ilkesinin bir görünümü olarak suç ve cezaların geçmişe yürümemesi yasağı bakımından farklı kararlar verebilmektedir. Danıştay mülga Sermaye Piyasası Kanunu ile ilgili olarak, 18.12.1999 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 4487 sayılı Kanunun getirdiği yeni madde düzenlemesinin, yürürlük tarihinden önceki tarihli eylemlere de uygulanabileceğine karar vermiştir<sup>46</sup>. Örneğin, davacı hakkında 18.09.1998-09.09.1999 dönemine ilişkin yapılan inceleme sonucunda tesis edilen, borsa ve piyasalarda işlem yapma yasağı getirilmesine ve hisse senetlerinin SPK kaydından çıkarılmasına ilişkin 2003 tarihli SPK işlemi İdare Mahkemesi tarafından iptal edilmiş ve bu karar Danıştay tarafından oyçokluğuyla onanmıştır<sup>47</sup>. Olayda İdare Mahkemesi karar gerekçesinde; 4487 sayılı Kanunla değişik, mülga Sermaye Piyasası Kanununun 46. maddesinin 1. fıkrasının (i) bendindeki işlem yapma yasağına ilişkin düzenlemenin<sup>48</sup>, yeni bir suç belirleyip ceza yaptırımı

<sup>46</sup> D, 13.D, 14.03.2005, Es. 2005/699, Kar. 2005/1453, (Yayımlanmamış karar); D, 13.D, 14.03.2005, Es. 2005/701, Kar. 2005/1454, (Yayımlanmamış karar), naklen Akgül, **a.g.e.**, s.133, dp.488.

<sup>47</sup> D 13.D, 12.04.2005, Es. 2005/6618, Kar. 2005/4905. Oyçokluğuna ilişkin azlık görüş, hisse senetlerinin SPK kaydından çıkarılması yolundaki karar kısmında hukuka uyarlık bulunmadığına ilişkindir.

<sup>48</sup> “Tedbirler  
Madde 46 –

Kurul, bu Kanun uyarınca yaptığı izleme, inceleme ve denetlemeler sonucunda; (...)  
(Yeniden düzenleme: 15/12/1999 - 4487/22 md.) i) Kanunun 47 nci madde (A) bendi hükmünde sayılan fiiller doğrudan ya da dolaylı olarak iştirak ettikleri Kurulca tespit edilen gerçek veya tüzel kişilerin, borsalar ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda geçici veya sürekli olarak işlem yapmalarının önlenmesini teminen gerekli tedbirleri almaya, (...)  
yetkilidir.”

getirmediğini, aksine daha önce Kanunun 47/A maddesinde sayılan ve suç niteliğindeki fiilleri yapan ya da katılanların işlem yapmaya devam ederek piyasayı ve diğer yatırımcıları tekrar zarara uğratmasını engellemek amacıyla SPK'ya ilgililerin geçici veya sürekli olarak borsada işlem yapmasını önlemeye yönelik "idari tedbir" uygulama yetkisi verdiğini belirtmiştir. Mahkeme kararında, söz konusu idari tedbirin, 4487 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılan inceleme ve denetimlerde yasak fiil ve davranışları tespit edilen gerçek ve tüzel kişilere de uygulanabileceğinin kuşkusuz olduğunu vurgulamıştır. Bu kararı onayan Danıştay da, "*Davacının eylem tarihinde sözü edilen Kanunun 46/l-(I) maddesinin yürürlükte bulunmadığı yolundaki iddiasında da, anılan hükmün yürürlük tarihinden önce de Kurulun sermaye piyasasının güven ve açıklık içerisinde çalışmasını sağlamak, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarını korumak ve gerekli tedbirleri almak yetkisi olduğundan hukuki dayanaktan yoksun bulunmaktadır.*" gerekçesini eklemiştir. Bu itibarla söz konusu karara göre, 4487 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde gerçekleşen Kanunun 47/A maddesindeki yasak fiillerin, 4487 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra tespiti halinde borsada işlem yapma yasağı uygulanmalıdır. Hatta Danıştay'ın gerekçesi uyarınca, 4487 sayılı Kanun yürürlüğe girmeseydi dahi, mülga Sermaye Piyasası Kanununda SPK'ya tanınan görev ve yetkiler kapsamında böyle bir işlem yapılabilirdi. Dolayısıyla anılan karardaki görüş uyarınca, işlem yapma yasağı kararı açısından cezanın geçmişe yürütmesi söz konusu olmayacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, borsada işlem yapma yasağı kararı Danıştay tarafından idari tedbir olarak nitelendirilse de kanaatimizce bu kararın bir idari yaptırım olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla somut olayda, Kanunun 47/A düzenlemesi nedeniyle yeni bir suç belirlenmesi de, eylem tarihinde (4387 sayılı Kanundan önce) yetkisinin bulunmaması, yani dava konusu yaptırımın ihlal tarihinde Kanunda öngörülmemesi nedeniyle, SPK tarafından borsada işlem yasağı kararı verilmemesi gerekir idi. Nitekim bir başka olayda Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, mülga Sermaye Piyasası Kanununun işlem tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan kurallarında, SPK'nın idari yaptırım niteliğinde işlem tesis etmesine olanak veren bir düzenleme bulunmadığından, davacının borsada işlem yapmasının yasaklanması ilişkin SPK işleminin, cezaların kanuniliği ilkesine aykırı olduğunu ifade etmiştir<sup>49</sup>. Burada Kurul, 4487 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki tarihte tesis edilen borsadan yasaklama işlemini bir idari yaptırım olarak nitelendirmiş ve hukuka uygunluk denetimini işlemin yapıldığı tarihteki kuralları esas alarak gerçekleştirmiştir.

<sup>49</sup> DİDDK, 30.11.2006, Es. 2003/41, Kar. 2006/1439 (Yayımlanmamış karar), naklen Ak-gül, **a.g.e.**, s.134, dp.490. Söz konusu karar, Danıştay 10. Dairesi'nin 02.12.1999 tarihli ve 1997/7071 Esas sayılı bozma kararına, İdare Mahkemesi'nin davanın reddi yönünde verdiği ilk kararında direnmesi nedeniyle tesis edilmiştir.

Yukarıdaki paragrafta Danıştay kararında, kanunda yer almasa dahi SPK'nın kanunla verilen görev ve yetkiler çerçevesinde zaten çeşitli tedbirler alabileceği, dolayısıyla somut olayda işlem yapma yasağına ilişkin açık bir kanun hükmünün bulunması gerekmediği yorumu çıkmaktadır. Ancak yine önceki paragrafta yer verdiğimiz Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararından da benzer yönde bir yorum çıkarılacağı üzere, sermaye piyasasını korumak ve kollamak adına da olsa, kanunda öngörülmemiş bir yaptırımın idare tarafından uygulanabileceğinin kabulü kanunilik ilkesine ve hukuk güvenliğine aykırı düşecektir. Yürürlükteki Sermaye Piyasası Kanunundaki tedbir hükümlerine baktığımızda, SPK'nın "gerekli tüm tedbirleri", "her türlü tedbiri", "gerekli gördüğü diğer tedbirleri" alması ifadelerine yer verilmektedir. Danıştay'ın da ifade ettiği üzere, idari yaptırımlar kanunun açık tanımlaması ile ya da suçun konusunu belirleyerek çizdiği sınırlar içinde İdareye bırakılması ile belirlenebilmektedir<sup>50</sup>. Dolayısıyla içeriği ve sınırı belirsiz bir takdir alanının SPK'ya bırakılması, hızlı ve pratik karar alma gerekçeleri ile karşılanabilse de, somut olayda hak ihlallerine neden olabilecektir. Örneğin Danıştay, mülga Sermaye Piyasası Kanununun 46. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinin<sup>51</sup>, şirket kurucu ortaklarının banka hesaplarının bloke edilmesine imkan tanıyacak şekilde geniş yorumlanamayacağı gerekçesiyle, davacının banka hesaplarının bloke edilmesine ilişkin SPK işleminin iptaline karar veren İdare Mahkemesi kararını oyçokluğuyla onamıştır<sup>52</sup>. Temyize konu olan kararda İdare Mahkemesi; ilgili kanun maddesinde SPK'ya verilen yetkinin, "idari tedbir" niteliğinde bir yetki olarak kabul edildiği, bu yetkinin ancak sözü edilen faaliyetlerin durdurulmasına yönelik olduğu, Kanunda sermaye piyasası mevzuatı hükümlerine aykırı faaliyetlerde bulunan anonim ortaklığın ortaklarının kişisel sorumluluklarına gidilebileceğine ilişkin bir hükme yer verilmediği gibi sözü edilen yükümlülüğe uyulmaksızın yapılan halka arz ve satış sonucu satılan kısmın karşılığı ve satışı yapılacak senetler için ihtiyati tedbir isteminde bulunulabileceği, ortaklık hakkında verilmiş bir ihtiyati tedbir kararı olsa dahi bu hükmün ortaklığın

<sup>50</sup> D 10.D, 16.05.2006, Es. 2003/4021, Kar. 2006/3011.

<sup>51</sup> "Tedbirler  
Madde 46 –

Kurul, bu Kanun uyarınca yaptığı izleme, inceleme ve denetlemeler sonucunda; (...)

a) (Değişik: 15/12/1999 - 4487/22 md.) Kurula kayıt yükümlülüğü yerine getirilmeksizin yapılmış ihraç, halka arz ve satış işlemleriyle, izinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin durdurulması için gerekli her türlü tedbiri almaya; kayıt yükümlülüğüne uyulmaksızın yapılan halka arz ve satış sonucu satılan kısmın karşılığı ve satışı yapılacak senetler için her türlü teminattan muaf olarak ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz istemeye, tedbir ve haciz tarihinden itibaren altı ay içinde dava açmaya veya takip yapmaya; her türlü hukuki ve cezai sorumluluk saklı kalmak kaydıyla, izinsiz sermaye piyasası faaliyet ve işlemlerinin doğurduğu sonuçların iptali için tesbit tarihlerinden itibaren üç ay, vukuu tarihlerinden itibaren bir yıl içinde dava açmaya, (...)

yetkilidir.

<sup>52</sup> D 10.D, 02.12.1999, Es. 1998/2486, Kar. 1999/6384.



kurucu ortaklarının banka hesaplarının bloke edilmesine imkan tanıyacak şekilde geniş yorumlanamayacağı gerekçesiyle karar tesis etmiştir<sup>53</sup>.

İdari tedbirlerin uygulanması ile ilgili ilkeler ve esaslar konusunda bir belirsizlik olduğu ortadadır. İdari işlemlere ilişkin bir usul kanununun idare hukukumuz açısından yürürlüğe konulmaktan kaçınılması bu belirsizliğe neden olmaktadır. Bir uyumsuzlukta Danıştay, bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, işyerinin kapatılması, ruhsat veya ehliyetin geri alınması gibi idari yaptırımları, cezai niteliği ağır basan bir idari yaptırım olarak ele almış, söz konusu yaptırımın uygulandığı kişileri günümüz temel ceza hukuku ilkesi olan lehe kanun uygulamasından faydalandırmak suretiyle hukuk güvenliği sağlanması gerektiğini vurgulamıştır<sup>54</sup>. Danıştay burada ayrıca İHAM Evrenos Önen/Türkiye davasına<sup>55</sup> da atıfta bulunarak, “(İ)dari düzenlemelere uymadığı gerekçesiyle para cezasına çarptırılan başvurucunun, tesis edilen idari işlemlerin iç hukukta ‘cezai’ olarak sınıflandırılmamasına rağmen, suçun niteliğini, başvuranın maruz kaldığı cezanın niteliğini ve ciddiyet derecesini göz önüne alarak, başvurana verilen para cezasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uyarınca ‘cezai’ olduğu görüşüne varılarak olayı Sözleşmenin 6. maddesi çerçevesinde değerlendirmiş ve ihlal kararı vermiştir” şeklinde bir gerekçe de oluşturmuştur.

İdari tedbirlerle ilgili uyumsuzluklarda görevli yargı yerinin idari yargı olarak kabul edileceği açıktır. Sermaye Piyasası Kanununun 134. maddesi gereğince, SPK kararlarına karşı açılacak idari davalar idare mahkemelerinde görülecektir. Dolayısıyla tipik bir idari işlem niteliğindeki idari tedbir kararları için de aynı hüküm geçerli olacaktır. İdari yaptırımlarda görevli yargı yeri hususunda tek açıklık ise, Sermaye Piyasası Kanununun 105. maddesi uyarınca idari para cezası kararları için bulunmaktadır. Böylece Kabahatler Kanununun 27. maddesinde, idari para cezası için getirilen adli yargı yolu uygulanmayacaktır. Diğer taraftan, Kabahatler Kanununun 27. maddesinin 1. fıkrası ve 27. maddesinin 8. fıkrası değerlendirildiğinde, Sermaye Piyasası Kanununda tedbir olarak ifade edilen ancak idari yaptırım niteliğinde olan kararlar için de idari yargı yoluna başvurulması mümkün olmalıdır. Ayrıca idari tedbirlerle ilgili Sermaye Piyasası Kanununda tüketilmesi gerekli bir idari başvuru yolu öngörülmediğinden, 06.01.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanu-

<sup>53</sup> Onama kararına ilişkin ayrışik oyda ise şu gerekçeye yer verilmiştir; “Sermaye Piyasası Kurulunun, Sermaye Piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını düzenlemek ve denetlemek, sermaye piyasalarındaki sağlıksız gelişme eğilimlerini önlemek, tasarruf sahiplerini ve sermaye piyasasıyla ilgili kuruluşları yurt ekonomisinin yararına yönlendirmek suretiyle halkın iktisadi kalkınmaya etkin ve yaygın bir şekilde katılmasını gerçekleştirmek amacıyla her türlü tedbiri alabileceği mevzuat gereğidir. Açıklanan nedenle temyiz isteminin kabul edilerek, mahkeme kararının bozulması gerektiği düşüncesiyle aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmıyoruz.”

<sup>54</sup> D 15.D, 13.05.2014, Es. 2013/2164, Kar. 2014/3688.

<sup>55</sup> İHAM, Evrenos Önen-Türkiye, 15.02.2007, Başvuru No: 29782/02, [http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/29782\\_02.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/29782_02.pdf) (02.04.2015).

nu madde 11 uyarınca dava yoluna başvurmadan önce üst makama başvuru yolunun da tüketilmesinde bir engel bulunmamaktadır.

## SONUÇ

İdarenin ekonomik kolluk yetkilerinin kullanıldığı sermaye piyasası alanında, SPK'nın denetim faaliyeti önem taşımakta, ekonomik kolluk düzenlemelerinin ihlali hâlinde birtakım önleyici veya cezalandırıcı nitelikte idari kararların alınması mümkün olmaktadır. SPK'nın denetim faaliyetleri sonucunda alınan bu kararlar, idari tedbirler ve idari yaptırımlar olarak ortaya çıkmaktadır. Sermaye Piyasası Kanununda, SPK'nın uygulayacağı çeşitli idari tedbirler ve idari yaptırımlar düzenlenmiştir. İdari tedbirler önleyici nitelikte, bir düzenin ağır ihlalinin engelleyici kolluk tedbirleri iken, idari yaptırımlar ilgilisi için cezalandırma, zorlama ve bir ihlali bastırma amaçlarını içeren kolluk yaptırımlarıdır. Ancak, gerek öğretide, gerek mevzuatta ve de yargı kararlarında getirilen farklı yaklaşımlar, idari tedbirler ve idari yaptırımlar arasında bir sarmal ilişki oluşturmaktadır. Nitekim “idari yaptırım” başlığı altında özel bir düzenlemeye yer vermeyen kanun koyucunun Sermaye Piyasası Kanununda, idari tedbirler ve idari yaptırımlarla ilgili ayırımı hassas davranmadığını, 91 ila 102. maddeleri arasında “Tedbirler” başlığı altında belirtilen kararların, hem idari tedbirleri hem de idari yaptırımları taşıdığını belirtmek gerekmektedir. Örneğin Kanun uyarınca, İdarenin belirlenen ihlallerle ilgili olarak ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz istemesi, dava açması, ilgili mercilere başvurması, kamuoyuna duyuru yapması gibi tedbir kararlarında idari yaptırım niteliği bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bir ekonomik kolluk kararının idari tedbir mi idari yaptırım mı sayılacağı konusundaki belirleme, önüne gelen uyumsuzluk bakımından idare yargıcının görevine düşmektedir.

İdari tedbir ve idari yaptırım arasındaki belirleme, bu idari kararlara ilişkin uyumsuzluklarda uygulanacak olan ilkelerin belirlenmesine hizmet etmektedir. Zira bir idari yaptırım söz konusu olduğunda, idare hukuku ilkeleri dışında kimi ceza hukuku ilkelerinin de uygulanması gündeme gelmektedir. İdari yaptırımın alınmasında uyulan idare hukuku ilkeleri ilgilisi için hukuksal korumayı sağlamada eksik kaldığı anda somut olayın özelliğine göre ceza hukuku ilkelerinden de yararlanılabilmektedir. Cezalandırma amacı taşıyan ancak Kanunda idari tedbirler başlığı altında değerlendirilen, örneğin, bir sermaye piyasası faaliyetinin kapsamının sınırlandırılması, bir sermaye piyasası faaliyetine ilişkin yetkinin iptal edilmesi, yöneticilerin lisanslarının sürekli olarak iptal edilmesi gibi tedbir olarak sayılan idari yaptırımlar, idare hukuku dışında ceza hukukuna ait ilkelerden de yararlanabilmelidir. Çünkü bu ekonomik kolluk kararları, mülkiyet hakkı, özel girişim özgürlüğü gibi hak ve özgürlükleri sınırlayıcı nitelikte müdahalelerdir.

Diğer taraftan “gerekli tüm tedbirler”, “her türlü tedbir”, “gerekli gördüğü diğer tedbirler” gibi içeriği belirsiz tedbir alma yetkisi de, bu tedbirlerin öngörüldüğü Ka-

nun hükmü çerçevesindeki esaslara uygun olarak kullanılmalıdır. Bu itibarla, özellikle tedbir başlığı taşısa da içerik olarak yaptırım niteliğini haiz bir idari kararın, temel hukuki ilkelere tabi olması hukuk devletinin ve hukuka saygılı idare olmanın bir gereği olarak düşünülmektedir. Bu anlamda Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca SPK ve YTM tarafından uygulanan tedbir kararlarının, somut uyuşmazlığın özelliklerine göre, şekli bir yaklaşımdan ziyade içeriksel bir yaklaşımla ele alınarak hukuka uygunluk denetimlerinin sağlanmasının yerinde olacağı belirtilmelidir.

## **KAYNAKÇA**

- Akgül Aydın, **Sermaye Piyasası Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, İstanbul: Beta, 2008.
- Karabulut Mustafa, **İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi**, Ankara: Turhan, 2008.
- Karakurt Ahu, “Sermaye Piyasası Kanunu Bağlamında İdari Yaptırımlar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.85, 2009, s.137-172.
- Kütükçü Doğan, **Sermaye Piyasası Hukuku**, C.II, İstanbul: Beta, 2005.
- Oğurlu Yücel, **İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma**, Ankara: Seçkin, 2000.
- Özay İl Han, **İdari Yaptırımlar, Kurumsal Bir Deneme**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayını, 1985.
- Sinoplu Emine Burcu, **Sermaye Piyasası Kurulu'nun Uyguladığı İdari Yaptırımlar ve Yargısal Denetimi**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009.
- Ulusoy Ali, **İdari Yaptırımlar**, İstanbul: On İki Levha, 2013.
- Yasin Melikşah, **Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri**, Ankara: Seçkin, 2002.
- Zanobini Guido, **İdari Müeyyideler**, Çev. H. Yılmaz Günel, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1964.



# İDARİ YARGILAMA USULÜNDE DAVADAN FERAGAT

(Waive From Legal Action According To The Administrative  
Trial Procedure)

Ar. Gör. Gözde ÜLKER\*

## ÖZET

Feragat, davacının talep sonucundaki hakkından vazgeçmesi anlamında olan ve davayı sona erdiren bir taraf usul işlemidir. Feragat kurumu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun, 307-312 maddeleri arasında düzenlenmiştir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesi, idari yargılama usulünde feragat konusunda HMK hükümlerine atıf yapmıştır. Ancak, her iki alanın kendine has özelliklerinin bulunması nedeniyle feragat kurumunun idari yargılama usulünde uygulanmasının, bilhassa iptal davaları bakımından farklılık teşkil etmesi gerekmektedir.

Bu çalışmamızın amacı, medeni yargılama usulü ve idari yargılama usulü arasındaki temel farklılıkları zikrettikten sonra, feragat kurumunu, bu kurumun idari yargılama usulünde yargı kararlarından verilen örneklerin desteğiyle uygulanışını ve feragat kurumunun uygulanmasındaki eksiklikleri açıklamaktır. Bu çerçevede de, feragat kurumu, idari yargılama hukukunda iki dava türü olan iptal davası ve tam yargı davası açısından ayrı ayrı değerlendirilecektir.

**Anahtar kelimeler:** Feragat, Feragatin Hüküm ve Sonuçları, İdari Yargılama Hukukunda Feragat, İptal Davasından Feragat, Tam Yargı Davasından Feragat

## Abstract

Renunciation is a procedural action in which the case is over after a litigant renounces his/her right at own request by petition. Renunciation is embodied in articles 307-312 of the law no 6100 Civil Procedure Code. Article 31 of Administrative Procedure Code refers to Civil Procedure Code on subject of renunciation. However, because of idiosyncrasy in civil procedure and administrative procedure, the implementation of renunciation in administrative trial procedure gives rise to several issues, especially in terms of nullity suit.

The aim of this study is to explain renunciation, its implementation in the administrative procedure law with the help of some examples from judicial decisions

---

\* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

and deficiencies in its implementation, after the mention of the main differences between administrative procedure law and civil procedure law. In this context, the renunciation is evaluated separately in terms of two cases in administrative jurisdiction; nullity suits and full remedy action.

**Keywords:** Renunciation, Provision and Results of Renunciation, Renunciation in Administrative Procedure Law, Renunciation from Nullity Suit, Renunciation from Full Remedy Law.

## GİRİŞ

Davacının talep sonucundaki hakkından vazgeçmesi anlamına gelen ve davayı sona erdiren bir taraf usul işlemi olan davadan feragat, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 307-312 maddeleri arasında düzenlenmiştir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesi, "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakim davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler ile elektronik işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. (Ek cümle: 5/4/1990 - 3622/11 md.; Değişik:10/6/1994-4001/14 md.) Ancak, davanın ihbarı ve bilirkişi seçimi Danıştay, mahkeme veya hakim tarafından re'sen yapılır" düzenlemesiyle, feragat kurumunun uygulanması hususunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu<sup>1</sup>'na atıf yapmıştır. Medeni yargılama usulünde özel hukuk ilişkilerine uygulanan bu kurumun, idari yargılama usulünde idare ile bireyler arasındaki uyumsuzluklara aynen uygulanması birtakım sorunları da beraberinde getirmiştir. Bu çalışmamızda, idari yargılama usulünün özellikleri dikkate alınarak, idari yargıda feragat kurumunun aynen uygulanması halinde ortaya çıkan sorunlar ve uygulamanın ne ölçüde olması gerektiği incelenmiştir.

### I. İdari Yargılama Usulünde Davadan Feragat

Hukuk düzeni tarafından korunan bir hakkı ihlal edilen kimsenin yargı organlarına başvurması, yargılama sırasında bu korumadan vazgeçip uyumsuzluğu sona erdirmesine engel değildir.<sup>2</sup> Anayasa'nın 36. maddesinde hüküm altına alınan hak arama hürriyeti, davacının davadan feragat etme hakkını da koruma altına almak-

<sup>1</sup> 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 4/2/2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete ile yayınlanmış olup, 1/10/2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu md.450'de ifade edildiği üzere, 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nu ek ve değişiklikleri ile birlikte yürürlükten kaldırmıştır.

<sup>2</sup> Göktepeoğlu E., İdari Yargıda Davadan Feragat ve Davayı Kabul, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010, E. <http://www.izmirmim.adalet.gov.tr/makaleler/mesleki/TEZ%20ERCAN%20GOKTEPEOGLU.pdf>, E.T.08/07/2015, s.1.

tadır. Çünkü, medeni yargılama usulünde istisnalar<sup>3</sup> saklı kalmak kaydıyla, tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilme hakkı bulunmaktadır. Taraflar, uyuşmazlık konusu hakkını yargı önüne getirmekte serbest oldukları gibi, yargılama sırasında ve yargılamanın sona erdirilmesinde de taraf iradelerine öncelik verilmekte, taraflar hakim kararı olmadan da yargılamayı sona erdirebilmektedirler.<sup>4</sup> Feragat de, yargılamayı sona erdiren bir kurum olup, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) düzenlenmiştir. İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) md.31 'Bu kanunda hüküm bulunmayan hususlarda, ..., feragat ve kabul,...Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulanır' düzenlemesiyle, özel hukuk uyuşmazlıklarına uygulanan HMK hükümlerine atıf yapmıştır. Aynı şekilde, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu md.56'da da feragat konusunda HMK hükümlerine atıf yapılmıştır. İki kanunun farklı yargı kollarında uygulanması nedeniyle, feragatin idari yargıda aynen uygulanması idari yargılama usulünün temel özelliklerini zedeleyen sorunların ortaya çıkmasına neden olmaktadır.<sup>5</sup> Bu bakımdan öncelikle medeni yargılama usulü ile idari yargılama usulü arasındaki amaç ve ilkelerin farkını ortaya koymak faydalı olacaktır.

Medeni yargılama usulündeki en belirgin özellik olan tasarruf ilkesi HMK md. 24<sup>6</sup>'te düzenlenmiştir. Bu ilke, hukuki uyuşmazlık karşısında mahkemelerin kendiliğinden harekete geçemeyeceği, uyuşmazlık konusu hakkın kendisine ait olduğunu iddia eden kişinin, o uyuşmazlığı mahkeme önüne taşımaması ve yargılamanın devamı sırasında da taraf iradelerinin öncelik taşıdığını ifade eder.<sup>7</sup> Bunun karşısında,

<sup>3</sup> Özellikle aile ve şahsın hukukuna ilişkin konular, tasarruf ilkesinin istisnalarıdır. Örneğin, boşanma davalarında ya da çocuğun velayetine ilişkin davalarda hakim tarafların iradeleriyle bağlı olmayıp, geniş takdir yetkisini kullanmaktadır.

<sup>4</sup> Pekcanitez H./Atalay O./ Özkes M., Medeni Usul Hukuku, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s.357; Karslı A., Medeni Muhakeme Hukuku, 6100 sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3.baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2012, s.296, Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, Beta, İstanbul 2009, s.183.

<sup>5</sup> Günday M., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:63, Ankara 2003,79-86.; Erkut C., İdari Yargının Yeniden Yapılandırılmasında Yargılama Hukuku Kurallarının Etkinleştirilmesi Sorunu, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:63, Ankara 2003, 87-103; Odyakmaz Z., İdari Yargı İle İlgili Öneriler, idari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:63, 2003 Ankara, 141-151; Yasin M., İdari Yargılama Usulünde Davadan Feragat ve Davayı Kabul, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.3-4, 2004.

<sup>6</sup> HMK md.24 "(1) Hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz. (2) Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz. (3) Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder."

<sup>7</sup> Meriç, N., Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümleri Çerçevesinde), Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.53.

resen harekete geçme ilkesi vardır ki, hakimin kendiliğinden harekete geçebilmesini ifade eder. Kamu yararın gerektirdiği, özellikle aile hukuku alanında bu ilkeye ilişkin birçok örnek bulunmaktadır.<sup>8</sup> Tasarruf ilkesinin tamamlayıcı uzantısı taraflarca getirilme ilkesi HMK'nın 25. maddesinde düzenlenmiş olup, istisnai haller<sup>9</sup> bulunmakla birlikte, hakimin, tarafların söylemediği şeyi ve vakıaları kendiliğinden dikkate almamasını ve bunları hatırlatabilecek davranışlarda bulunmamasını ifade eder. Bu ilkenin karşısında ise, vakıaların ve delillerin toplanmasında mahkemenin aktif olması anlamını taşıyan re'sen araştırma ilkesi yer almaktadır. Bu ilke, idari yargı, ceza yargısı, seçim ve hesap yargısı, anayasa yargısı ile medeni yargıda kamu düzenine ilişkin davalarla çekişmesiz yargı işlerinde uygulanmaktadır.<sup>10</sup>

Medeni yargıda mahkemenin, tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlı olmasının nedeni, özel hakların en iyi tarafların kendileri tarafından korunabilecek olmasıdır. Bu sebeple de, istisnai haller saklı kalmak kaydıyla, uyumsuzluğun çözümüne, hakim aktif olarak katılmamaktadır.<sup>11</sup> Ancak, tasarruf ilkesi hakim olsa da, medeni yargılama usulünde de feragat edilemeyen davalar bulunmaktadır. HMK md.70/3te düzenlendiği üzere, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemediği, cumhuriyet savcısının yer aldığı davalar ve işlerden feragat edilemez. Aynı şekilde, hakimlere karşı açılan tazminat davalarından, ortaklığın giderilmesi davasından, iflas davasından, evliliğin butlanı davasından da feragat edilemez.<sup>12</sup>

Hukuk devletinin gereği olarak idarenin hukukla bağlılığının ve faaliyetlerinin hukuka uygunluk denetiminin yapıldığı idari yargıda kamu menfaati en önemli ilkedir.<sup>13</sup> Bu denetimde tarafların hak ve menfaatlerinin ötesinde bir durum mevcuttur.<sup>14</sup> Bu sebeple, iki farklı yargılama usulünün kendine özgü ilkelerini dikkate almadan İYUK'nın HMK hükümlerine atıf yapmış olması, bu kanunun en dikkat çeken eksikliği olmuştur.<sup>15</sup>

<sup>8</sup> Karşılı, s. 298; Meriç, s.55-62; 2. Örneğin, Türk Medeni Kanunu m. 183- Ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması hâlinde hâkim, re'sen veya ana ve babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır.

<sup>9</sup> Bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.366-367.

<sup>10</sup> Görgün, L. Ş./Kodakoğlu, M., 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 332; Yılmaz, D., Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragate İlişkin Hükümlerin İdari Yargılama Usulünde Uygulanması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara Üniversitesi Açık Erişim Sistemi, 2011 Ankara, s.6.

<sup>11</sup> Zabunoğlu Y., İdari Yargılama Usulü: Genel İlkeler ve Pozitif Düzenlemeler, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:33, Ankara 1982, s.91.

<sup>12</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, s.42-72.

<sup>13</sup> Zabunoğlu, s.100.

<sup>14</sup> Çırakman E., Hukuk Yargılama Usulünün İdari Yargıda Uygulanması, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:33, Ankara 1982, s.105.

<sup>15</sup> Çırakman, s.103.



Her ne kadar kesin nitelikte kaleme alınmış olsa da, İYUK md.31'deki “..Bu kanunda hüküm bulunmayan hususlarda HMK hükümleri uygulanır” ifadesi, atıf yapılan konuların idari yargının özellikleriyle bağdaşır bir şekilde uygulanması gerektiği şeklinde yorumlanmalıdır.<sup>16</sup> Aksi halde, bugüne kadar diğer yargılama usullerinden bağımsız olarak gelişen idari yargının kendine has özellikleri bertaraf edilmiş olacaktır.

## II. Feragat

Feragat HMK'nın 307-312 maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre feragat, davacının talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesi olarak tanımlanmıştır (HMK md. 307). Eğer, dava dilekçesinde istenmiş olan hak gerçekten mevcut ise, davacı feragat beyanı ile bu haktan vazgeçmiş sayılır. Ancak, bu hak gerçekten mevcut değil ise, feragat ile o hakkın aslında mevcut olmadığı bildirilmiş olur.<sup>17</sup> Feragat kurumunun kabul edilmesinin temel işlevi de usul ekonomisinin sağlanmasıdır.<sup>18</sup>

Davadan feragat, davacının irade beyanıyla talep sonucundaki esas hakkından vazgeçmesi ve irade bozukluğu hallerinde iptal edilebilirliği mümkün olduğu için maddi hukuk işlemi; yine kesin hüküm gibi davayı sona erdiren bir etkisi olduğu için usul hukuku işlemi olarak değerlendirilmektedir.<sup>19</sup> Ayrıca, davacının talep konusu üzerindeki hakkını sona erdiren bir niteliğe sahip olduğu için, kanunda öngörülen geçerlilik şekline tabidir.

Feragat HMK md.309'da belirtildiği gibi, dilekçeyle ya da yargılama sırasında sözlü olarak yapılır. Yazılılık ilkesinin hâkim olduğu idari yargılamada, sözlülük ilkesinin istisnai olarak uygulanması ve birtakım şartlara tabi tutulması (İYUK md.17) nedeniyle davadan feragatin yargılama esnasında sözlü olarak yapılmasının geçerli olmayacağı, mutlaka bir dilekçe ile talep edilip, dilekçenin de İYUK md.4'te gösterilen yerlere verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.<sup>20</sup> Oysa İYUK md.23'te her dava için tutanak tutulacağı, bu tutanaklarda kısaca davanın konusu ile verilen karara yer verileceği hüküm altına alınmıştır. Bu çerçevede de, davanın feragat ile sona erdirildiği tutanakla karar altına alınabilir. Dolayısıyla idari yargıda da sözlü feragatin geçerli olmasına bir engel bulunmamaktadır.<sup>21</sup> Aynı şekilde, keşif sırasında da davadan feragat edilebilir.<sup>22</sup> Yazılı feragat beyanı ise mahkemeye verilecek dilekçe ile yapılır.

<sup>16</sup> Erkut, s.95.

<sup>17</sup> Kuru B., Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt 4, 6. Baskı, Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, İstanbul Mart 2011, s.3546.

<sup>18</sup> Göktepeoğlu, s.38.

<sup>19</sup> Meriç, s.213-216

<sup>20</sup> Candan T., Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Mevzuat ve İçtihat Bakımından Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s.762.

<sup>21</sup> Danıştay 5.D., E. 2011/5286, K. 2011/8012, T. 23/12/2011, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası; Danıştay 13 D., E. 2015/1268, K. 2015/4109, T. 24.11.2015, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>22</sup> Yasin, s.162.

Feragat dilekçesi, mahkemeye posta yoluyla da gönderilebilir. Ancak bu durumda, dilekçe ve imzanın davacıya ait olup olmadığı dikkatlice irdelenmeli, imzanın davacıdan sadır olduğunun ispatı için noter şerhinin bulunması gerekmektedir.<sup>23</sup>

### III. Feragatin Şartları

#### A. Görülmekte Olan Bir Dava Olmalı

Feragat, açılmış bir davada talep sonucundan vazgeçilmesidir. Bu nedenle dava açılmadan, dava açmaktan vazgeçilmesi davadan feragat değil, dava etme hakkından feragat anlamına gelmektedir. Öncelikle derdest bir dava olmalıdır. İYUK md.6'da işaret edildiği üzere, davalar dilekçelerin harç ve posta ücretleri alındıktan sonra kayıt defterine kaydedilince açılmış sayılır. Bu nedenle, dava dilekçesinin harcını ve posta ücretini yatırmadan ilgili yerlere verilmesi halinde dava açılmış sayılmayacak ve feragat beyanı geçerli olmayacaktır.<sup>24</sup>

Bu konuda Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, E.2001/80 K.2001/104 ve 11.10.2001 tarihli kararında, harç ve posta ücretini yatırmayan davacının davadan feragat ettiğine karar vermiştir. Oysaki Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu md.39'da davanın, dilekçelerin harç ve posta ücreti yatırılmasıyla yapılan kayıttan sonra açılmış sayılacağı düzenlenmiştir. Bu çerçevede harç ve posta ücretini yatırmadığı için davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekirken, açılmayan bir dava için feragat nedeniyle karar vermeye yer olmadığı kararının verilmesi hukuka uygun olmamıştır.<sup>25</sup>

#### B. Feragat Beyanı Açık Olmalı

Feragat beyanı ile dava sona erdiği, davacı talep sonucundaki hakkından vazgeçtiği için feragat iradesinin açıkça anlaşılması gerekmektedir. Çünkü, kesin hüküm niteliğinde olan feragat beyanı ile davacı hakkını tekrar dava edemez. Davacının beyanının feragat olduğu açık bir şekilde anlaşılmıyorsa, mahkeme bu hususu açıklığa kavuşturmalıdır. Özellikle, 'davadan vazgeçme' ifadesini taşıyan dilekçelerde asıl niyetin davadan feragatten mi, yoksa davayı geri alma<sup>26</sup> mı olduğu davacıya

<sup>23</sup> Karşılı, s.434.

<sup>24</sup> Yasin, s.151.

<sup>25</sup> Yasin, s.152.

<sup>26</sup> HMK md.123'e göre, davacı dava açtıktan sonra, davalının rızası olmadan davasını geri alamaz. Davayı geri almada, davacı esas hakkından vazgeçmemekte, tekrar dava açabilme hakkını saklı tutarak, sadece davayı takipten vazgeçmektedir. Davacı geri alma iradesini mahkemeye bildirdiğinde, davalı açıkça kabul ederse, dava geri alınır. Aksi halde, davaya devam edilir. Davanın geri alınmasıyla dava baştan itibaren açılmamış sayılı ve sonuçları ortadan kalkar. Feragatten farklı olarak davanın geri alınmasında; davacı, geri aldığı davayı tekrar açabileceği için, geri alma için davalının muvafakati gerekmektedir. İki kurumun birbirine karıştırılması sıklıkla yaşandığı için, davacının 'davayı geri alıyorum' ifadesinin, feragat mi, yoksa davanın geri alınması mı olduğu hakim tarafından netleştirilmelidir. Zira, iki kurumunda sonuçları farklılık taşımaktadır.

sorulmalıdır.<sup>27</sup> Feragat beyanının şüpheye yer bırakacak şekilde açıklanması sonuç ifade etmeyeceği gibi, zımni feragat de geçerli olmayacaktır. Bu bakımdan davacının davranışları nazara alınarak yorum yoluyla feragat beyanında bulunduğu kabul edilemez.<sup>28</sup> Ancak, Danıştay'ın eski tarihli bir kararında ara kararın yerine getirilmemesi nedeniyle davacının davasından feragat ettiği kabul edilerek,<sup>29</sup> yerinde bir karar verilmemiştir.

### C. Feragat Beyanı Davanın Açıldığı Mahkemeye Yapılmalı

Feragat beyanının uyuşmazlığın tarafı idareye ya da başka idari makamlara verilmesi geçerli olmayacaktır.<sup>30</sup> Bu durum medeni yargılama usulünde mahkeme dışı feragat olarak değerlendirilir ancak feragatin sonuç doğurabilmesi için davalının mahkemede bunu ispat etmesi gerekir.<sup>31</sup>

İdari yargılama usulünde görevsiz veya yetkisiz mahkemeye yapılan feragat beyanının geçerli olup olmayacağı konusu tartışmalıdır. Öncelikle, idari yargıda açılmış bir dava olduğu halde, feragat dilekçesinin adli yargı yerlerine verilmesi yahut idare mahkemesinde derdest olan dava için vergi mahkemesine feragat dilekçesi verilmesi geçersiz olacaktır. Feragat, davacı tarafından yapılır ve davacının hakkını elde etmek için açtığı davanın hangi yargı yerinde görüldüğünü bilmesi gerekir. Mahkemenin bulunduğu yargı düzeninin dışında bir yargı kolundaki mahkemeye ya da aynı yargı kolundaki başka bir mahkemeye feragat dilekçesi verilmesi kabul edilemez. Adli yargı yerinden de diğer idari yargı yerinden de, bu dilekçeyi görevli idari yargı merciine göndermesi beklenemez. Davacının, davanın açıldığı mahkemeye bu dilekçeyi vermesi gerekmektedir. Davacı ancak, idare mahkemesi olmayan yerlerde, görevli idare mahkemesine gönderilmek üzere adli yargı yerine feragat dilekçesini verebilir.

Karşılaşılabilecek bir diğer sorun ise, davanın açıldığı mahkemenin görevsiz olması ve görevsizlik kararı verilmeden davadan feragat edilmesidir. Medeni yargılamada görevsiz mahkemeye yapılan feragat beyanının geçerli olacağı, zira feragat beyanı ile dava sona ereceği, mahkemenin esasa girmeyeceği, bu nedenle de görev ve yetki konusunun incelenmesinin söz konusu olmayacağı ileri sürülmüştür.<sup>32</sup> Gerçekten de, medeni yargılama usulünde görevsiz mahkemenin yaptığı işlemler geçersiz

<sup>27</sup> Kuru, s.3593.

<sup>28</sup> Göktepeoğlu, s.17.

<sup>29</sup> Yasin, s.163; Danıştay 9.D., E. 1980/3734, K. 1981/4242, T. 23.09.1981, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>30</sup> Danıştay 5.D., E. 2000/6874, K. 2004/104, T. 21.1.2004, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası; Danıştay 11.D., E. 2002/259, K. 2005/680, T. 16.02.2005, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>31</sup> Kuru, s.3658.

<sup>32</sup> Kuru, s.3586; Göktepeoğlu, s.19.

sayılmakta, tarafların usul işlemleri geçerliliğini korumaktadır.<sup>33</sup> Davanın esasına görevli mahkeme girer; feragat beyanı ile dava sonuçlanacağı için, mahkemenin görevsizlik kararı vermeden feragat ile dosyayı kapatması usul ekonomisi açısından yerinde olacaktır.<sup>34</sup> İdari yargılama usulü açısından konuyu değerlendirdiğimizde ise, alt başlıklarda inceleneceği üzere iptal ve tam yargı davalarında feragatin geçerliliği farklılık göstermektedir. Zira, kamu yararının ağır bastığı iptal davalarında davacının feragati geçerli olmamaktadır. Bu nedenle de, iki davanın özellikleri doğrultusunda yorum yapmak uygun olacaktır. Dolayısıyla, düşük ihtimal de olsa, idari yargının görev alanına girdiği halde, adli yargıda açılan bir iptal davasında, dava konusunun feragat edilemeyecek nitelikte olma ihtimali bulunduğundan, bunu alanında uzmanlaşmış idari yargı hakiminin değerlendirmesi daha doğru olacaktır.<sup>35</sup> Bu nedenle de adli yargı hakiminin bu aşamada, öncelikle görevsizlik kararı vermesi gerekmektedir. Ancak bu durumla, iptal davalarından ziyade tazminat isteminin söz konusu olduğu tam yargı davalarında karşılaşılması ihtimali daha yüksektir. Tam yargı davalarının özelliği gereğince de, kamu yararı düşüncesinin irdelenmesine gerek olmadığından, adli yargı hakiminin görevsizlik kararı vermeden, feragat nedeniyle davayı sonuçlandırması isabetli olacaktır.

Aynı yargı kolu içinde bulunan mahkemeler arasında görev uyumsuzluğu çıkması durumunda da yine kamu yararı değerlendirmesinden yola çıkmakta fayda vardır. İdari yargıda genel görevli mahkeme idare mahkemesi, özel görevli mahkemeler ise vergi mahkemeleri ile Danıştay'dır. İdari yargıda görev yapan hakimlerin, bu alanda ihtisaslaşma gösterdikleri için, aksi görüşler olsa da<sup>36</sup>, görevsizlik kararı vermeden feragat beyanı doğrultusunda karar vermeleri kabul edilebilir.<sup>37</sup> Zira, her ne kadar, mahkemeler ya da daireler arasında görüş farklılıkları bulunsun da, idari yargı alanında uzmanlaşmış bir hakim, iptal davalarında kamu yararının ağır bastığı idari işlemi daha kolay fark edebilir. Kaldı ki, görüş farklılıkları sadece farklı mahkemeler ya da daireler arasında değil, aynı mahkeme ya da daire de benzer olaylarda kamu yararı-bireysel yarar değerlendirmesinde önceki görüşünden farklı karar verebilmektedir. Bu nedenle, usul ekonomisi açısından, feragat nedeniyle davanın sonuçlandırılması daha uygun olabilir. Yetki bakımından da aynı değerlendirmelerin yapılması ve yetkisizlik kararı vermeden feragat ile davanın sonlandırılması gerekmektedir.

28/06/2014 tarih 29044 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile İdari Yar-

<sup>33</sup> Pekcanitez /Atalay / Özkes, s.159.

<sup>34</sup> Kuru, s.3586.

<sup>35</sup> Dere, A., Davadan Feragat, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2007, s.24.

<sup>36</sup> Dere, s.25.

<sup>37</sup> Yasin, s.166.

gılama Usulü Kanunu'nda da değişiklik yapılmış ve İYUK md.45'te bulunan itiraz yürürlükten kaldırılmış ve onun yerine istinaf kanun yolu getirilmiştir.<sup>38</sup> Bu değişiklikleri göz önüne alırsak; görevsiz mahkemece karar verilen uyuşmazlık hakkında istinaf yoluna başvurulduğunda, bölge idare mahkemesi İYUK md. 45/5 uyarınca dosyayı görevli mahkemeye gönderdiğinde görevli mahkemede yeniden yargılamaya başlayacağı için, davacı davadan feragat edebilir mi? Ya da görevsiz ilk derece mahkemesinin feragat nedeniyle davayı sona erdirmesi durumunda, bölge idare mahkemesi, görevsiz mahkemece karar verildiği için, kararı kaldırıp dosyayı görevli yargı yerine gönderebilir mi?

İlk soruyu tam yargı davaları açısından değerlendirecek olursak, görevli mahkemede yeniden yargılamaya başlanıldığı için, davacı davasından feragat edebilir. İptal davalarında ise, alt başlıklarda açıklandığı üzere doktrindeki bir görüşe göre, ilk derece mahkemesinin iptal kararından sonra feragat geçerli değildir. Ancak böyle bir durumda görevsiz mahkeme tarafından verilen iptal kararının hükmü olmayacağından, görevli mahkemede yeniden yargılamaya başlanıldığında, davadan feragat edilebilir. İkinci soru açısından değerlendirme yapacak olursak, yine alt başlıklarda açıklandığı gibi, feragat nedeniyle verilen kararlara karşı ancak usul hükümlerine aykırılık iddiası ile istinaf ya da temyiz yoluna başvurulabilir. Usule aykırılık nedeniyle istinaf yoluna başvurulduğunda, bölge idare mahkemesi kendiliğinden inceleme yapıp, ilk derece mahkemesinin görevsiz, ancak yapılan feragatin usule uygun olduğuna karar verirse; bölge idare mahkemesi tarafından dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesine gerek kalmamalıdır. Zira feragat bir taraf usul işlemidir. Kural olarak, görevsiz mahkemede yapılan taraf usul işlemleri geçerliliğini korur, geçersiz olanlar görevsiz mahkemenin yaptığı işlemlerdir ki, usul ekonomisi açısından bu şekilde bir çözüm yerinde olacaktır. Bu nedenle de, bölge idare mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine göndermemesi gerekmektedir.

Feragat kurumuyla ilgili istinaf kanun yoluna ilişkin bu açıklamalarımız, istinaftan önce yer alan itiraz kanun yolu için de geçerliydi. Zira itirazda da, itiraz edilen karardaki uyuşmazlık, dosyadan anlaşılacak nitelikte olmadığında, bölge idare mahkemesi gerekli inceleme ve araştırmayı kendisi yaparak, esas hakkında karar vermekteydi. Ancak, davanın görevsiz mahkemece karara bağlandığının tespiti halinde, kendisi inceleme yapmayıp, kararı bozarak ilk derece mahkemesine geri göndermekteydi<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> 2577 sayılı İYUK Geçici madde.8 “İvedi yargılama usulü hariç olmak üzere bu Kanunla idari yargıda kanun yollarına ilişkin getirilen hükümler, 2576 sayılı Kanunun, bu Kanunla değişik 3 üncü maddesine göre kurulan bölge idare mahkemelerinin tüm yurttta göreve başlayacakları tarihten sonra verilen kararlar hakkında uygulanır. Bu tarihten önce verilmiş kararlar hakkında, kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan kanun yollarına ilişkin hükümler uygulanır.”

<sup>39</sup> İYUK md.45/4'ün 6545 sayılı kanun ile değişiklik yapılmadan önceki hükmü: “Bölge idare mahkemesi evrak üzerinde yaptığı inceleme sonunda, maddi vakıalar hakkında edinilen bilgiyi yeter görürse veya itiraz sadece hukuki noktalara ilişkin ise veya itiraz olunan karardaki maddi

Bu nedenle de, bölge idare mahkemesinin kendisine gelen davada, görevsiz yargı yerince karar verildiği, ancak feragatin usule uygun olduğu kararına varması halinde, itiraz kanun yolunun uygulandığı dönemde de dosyayı ilk derece mahkemesine göndermemesi gerektiği kanaatindeydik.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de, görev konusu her ne kadar ilk inceleme yapılacak hususlardan biri olsa da, tarafların hukuki menfaatleri açısından öncelikle feragatin dikkate alınmasını daha uygun görmüştür.<sup>40</sup>

Bununla birlikte, görevsiz mahkemede yapılan kısmi feragat, birlikte açılmış davalardan birinden feragat, ihtiyari dava arkadaşlığında davacıların birinin feragati veya davacının davalılardan biri hakkındaki davasından feragat halinde uyumsuzluk sona ermez ise; feragat eden taraf açısından görevsiz mahkemede yapılan feragat görevli mahkemede de geçerliliğini korur. Ancak, diğer davacılar ya da davalılar açısından feragat edilmeyen kısım için davanın görevli mahkemede devam etmesi gerektiğinden, mahkemenin görevsizlik kararı vermesi gerekir.<sup>41</sup>

#### D. Feragat, Hüküm Kesinleşinceye Kadar Yapılmalı

HMK md. 310 gereği feragat, hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabilir. Hükmün kesinleşmesi, ilk derece mahkemesinin kararına karşı istinaf ya da temyize gidilmemesi ve sürenin bitmesi veya istinaf ya da temyizde kararın onanması halinde olmaktadır. Böylece, kanun yollarına başvuru yapılması halinde de davadan feragat edilebilir. Bu halde de, ilk derece mahkemesinin kararına karşı istinaf yoluna gidilmişse, feragat beyanı bölge idare mahkemesine; temyiz yoluna gidilmişse de Danıştay'a yapılmalıdır. Danıştay, feragat dilekçesinin verilmesi halinde, bozma kararı vererek dosyayı ilk derece mahkemesine gönderecektir. Çünkü temyiz mercii, kararın hukukilik denetimini yapar, maddi vakiaları yeniden incelemesiz. Nitekim, Danıştay'ın 1991 tarihli kararında bu şekilde hüküm kurulmuştur: *"Davacının 1.5.1991 tarihli dilekçesi ile davalı Vergi Dairesi Müdürlüğüne temyiz edilmiş olmakla henüz kesinleşmeyen Samsun Vergi Mahkemesinin 6.11.1990 gün ve E: 1990/99, K: 1990/500 sayılı kararı ile lehine sonuçlanmış bulunan davasından feragat etmesi nedeniyle feragat hakkında ilk derece mahkemesi olarak Samsun Vergi Mahkemesince karar verilmesi gerektiğinden, temyiz konusu Vergi Mahkemesi kararının bozulmasına 6.12.1991 gününde oyçokluğuyla karar verildi."*<sup>42</sup>

yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise işin esası hakkında karar verir. Aksi halde gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar verir. (Ek cümle: 5/4/1990 - 3622/15 md.) Ancak, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan itirazı haklı bulduğu veya davaya görevsiz hakim tarafından bakılmış olması hallerinde kararı bozmakla birlikte dosyayı geri gönderir, bölge idare mahkemesinin bu kararları kesindir."

<sup>40</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2.D, E. 1998/568, K. 1998/600, T. 29.9.1998, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları, Dergi No.13.

<sup>41</sup> Kuru, s.3587.

<sup>42</sup> Danıştay 3.D., E. 1991/258, K. 1991/3082, T. 6.12.1991, Kazancı Bilişim, İhtihat Bilgi Bankası.

İtiraz/istinafa ise, İYUK md.45'te düzenlendiği üzere dosyanın hem esas, hem de usul yönünden incelenmesi ve maddi vakıaların tekrar değerlendirmeye tabi tutulması mümkündür. Bu çerçevede, istinaf aşamasında davadan feragat istemi halinde, bölge idare mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine göndermesine gerek kalmadan, davayı feragat ile sonuçlandırması gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca, davadan feragat ile istinaf ya da temyiz başvurusundan feragatin karıştırılmaması gerekmektedir. Çalışmamızın konusu olan davadan feragat, davacının dava konusu haktan vazgeçmesidir. İtiraz/istinaf ya da temyiz yolundan feragat ise, ilk derece mahkemesi kararının kabullenilmesi olup, kararın bir üst yargı merciin incelemesine sunmaktan feragat edilmesi anlamını taşır.

Temyiz aşamasında davadan feragat, idari yargıda dava konusu işlemlerin özelliği gereğince, sonraki başlık altında ayrıntılı incelenecektir.

### **E. Feragatin Şarta Bağlı Yapılamaması**

Feragat, davayı sona erdirip kesin hükmün sonuçlarını doğurduğu ve mahkemelerin de şarta bağlı hüküm vermesi mümkün olmadığı için, şarta bağlı feragat kabul edilemez.<sup>43</sup> Ancak, medeni yargılama usulünde, şarta bağlı feragatin sulh teklifi olarak değerlendirilebileceği ileri sürülmüştür. Sulh teklifinin davalı tarafından kabul edilmesi halinde ise, dava sulh anlaşması ile sona ereceği; aksi halde davaya devam edileceği savunulmuştur.<sup>44</sup>

### **F. Feragat Beyanının Karşı Tarafın Kabulüne Bağlı Olmaması**

Feragat, tek taraflı irade beyanı olduğu için, açıklanması halinde sonuçlarını doğurur, davalının ya da mahkemenin kabulüne gerek yoktur. Mahkeme sadece, feragat beyanının davacıya ait olup olmadığını ve kanuna uygunluğunu inceler.<sup>45</sup>

### **G. Kısmi Feragatin Yapılabilmesi**

Davacının talep sonucunun bir kısmından feragat edebileceği HMK md.307'de hüküm altına alınmıştır. Tam yargı davalarında, bireyin uğradığı maddi veya manevi zararın tazmini söz konusu olduğu için bir miktar parasal değer talep edilir. Bu bakımdan, davacı maddi ve manevi tazminat istemli açtığı bir davada, taleplerinin birinden vazgeçebileceği gibi; sadece birini açtığında da talebinin bir kısmından vazgeçebilir.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Yasin, s.167.

<sup>44</sup> Kuru, s.3585.

<sup>45</sup> Kuru, s.3590-3592; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.822; Meriç, s.220.

<sup>46</sup> Göktepeoğlu, s.29.

İYUK md.5/1 gereği, birden fazla işleme karşı tek dilekçe ile dava açılması halinde, işlemlerden birinden ya da birkaçından feragat edilebileceği, bu durumda diğer işlemlerin incelenmesine devam edileceği ileri sürülmüştür. Aynı şekilde ikinci fıkra uyarınca birden çok kişinin müşterek dilekçe ile dava açması halinde, davanın feragat eden davacı açısından son bulacağı, diğer davacıların ise davasına devam edeceği kabul edilmiştir.<sup>47</sup> Bir dilekçe ile birden fazla işleme karşı dava açılabilmesi için, işlemler arasında maddi ya da hukuki yönden bağıllık ya da sebep-sonuç ilişkisinin bulunması gerekir. Örneğin bir düzenleyici işlem ile onun uygulama işlemi arasında sebep-sonuç ilişkisi bulunur. Düzenleyici işlem-uygulama işlemi açısından düşünüldüğümüzde, alt başlıklarda da açıklanacağı üzere düzenleyici işleminin iptalinden feragat edilemez. Uygulama işleminden feragat edilebileceğini varsayarsak, feragat ile davacının talep sonucundan, yani işlemin iptalinden vazgeçtiğinden, uygulama işlemi açısından dava son bulacaktır. Düzenleyici işlemin iptal edilmesi halinde ise, ona bağlı olarak yapılan ve feragat beyanı nedeniyle iptal edilemeyen uygulama işlemi de sakat olacaktır. İptal kararlarının geri yürütmesi nedeniyle ve dayanak teşkil eden işlemin iptaliyle, idari istikrar ilkesini ve kazanılmış hak kavramını zedelediği müddetçe uygulama işlemi de geçersiz olmaktadır.<sup>48</sup> Bu durumda, davacının uygulama işleminden feragat etmesinin hiçbir anlamı kalmayacaktır.

#### H. Feragat Beyanı Yetkili Kişi Tarafından Açıklanmalı

Davadan feragat etmeye yetkili kişi öncelikle davacının kendisidir. Bununla birlikte davacıyı temsile ehil olan bazı kişilerinde feragat etmesine olanak sağlanmıştır. Bunlarda ilki, davacının vekilidir. HMK md. 74'te düzenlendiği üzere vekile açıkça yetki verilmesi halinde, davadan feragat edebilir. Vekile yetki verilse dahi, davacı davadan feragat edebilir; ancak yetkili vekilin feragat beyanından sonra davacının feragat beyanını geri alması mümkün değildir.<sup>49</sup>

Medeni Kanun'un 335. maddesi uyarınca, çocuklar anne ve babalarının velayeti altındadır ve velayet altında olan çocuklar için vasi atanmasına gerek yoktur. Keza, Medeni Kanun'un 342. maddesinde, velilerin üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisi olduğu düzenlenmiştir. Bu çerçevede, çocuğu adına dava açan anne-babanın, sulh hukuk mahkemesinden izin almadan davadan feragat etmesi mümkündür.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> Yasin, s.168.

<sup>48</sup> Uler Y., İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:281, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s.50.; Ayrıntılı bilgi için bkz: Kaplan G., İptal Kararlarının Etki ve Sonuçlarının Zaman Yönünden Yargıç Tarafından Sınırlandırılması, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.2, 2013, 31-38, s.36.

<sup>49</sup> Yasin, s.158.

<sup>50</sup> Yılmaz, s.80.



Vasinin davadan feragat edebilmesi için sulh hukuk mahkemesinden izin alması gerekip gerekmediği hususunda Medeni Kanunu'nda açık bir düzenleme yoktur. Ancak, Kanun'un 482. maddesi 8. fıkrası uyarınca 'dava açma, sulh olma' sulh hukuk mahkemesinin iznine tabi tutulmuştur. Bu düzenlemeden hareketle, vasinin davadan feragat için de, ayrıca ve özel olarak izin alması gerekmektedir.<sup>51</sup> Davasını bir vekil aracılığıyla devam ettiren kişinin vesayet altına alınmasıyla, vekilin yetkisi sonra erer, sulh hukuk mahkemesinin de onayı ile feragat beyanında bulunmaya yetkili kişi vasi olur.<sup>52</sup> Kayyımın da dava ile ilgili yetkileri vasininki gibidir, dolayısıyla davadan feragat için sulh hukuk mahkemesinin izni gerekir.<sup>53</sup>

Yasal danışman açısından durumu değerlendirecek olursak; Medeni Kanun'un 428 vd. maddelerinde, korunması için fiil ehliyetinin sınırlandırılması gereken ergin bir kişiye dava açma veya sulh olma gibi işlemlerin yapılması için onayının alınması gereken bir yasal danışman atanacağı düzenlenmiştir. Kendisine yasal danışman atanmış kişi hem hak hem de fiil ehliyetine sahiptir. Kanunda her ne kadar dava açma ve sulh olma hallerinde davacının yasal danışmanından onay alması gerektiği düzenlenmiş olsa da, aynı durumun feragat içinde geçerli olacağı kabul edilmiştir.<sup>54</sup> Ancak bu konuda ikili bir ayırım yoluna gidilmiştir. Davacının şahıs varlığına ilişkin olan boşanma, evliliğin iptali gibi davalarda yasal danışmanından izin almasına gerek olmadığı; malvarlığına yönelik davalarda ise yasal danışmanın izninin gerektiği belirtilmiştir.<sup>55</sup>

Asli müdahale<sup>56</sup>, HMK md.65'te düzenlenmiştir. Buna göre, görülmekte olan bir davanın konusu olan şey ya da hak üzerinde üçüncü bir kişinin kısmen ya da tamamen hak iddia etmesi üzerine, hüküm verilmeye kadar aynı mahkemede dava açmasına asli müdahale denir. Bu durumda asıl dava ile asli müdahilin davası birleştirilmekte ve birlikte karar verilmektedir. (HMK md.65/2) Asli müdahalede, üçüncü kişinin müdahil olarak katılabilmesi için hukuki yararı bulunmalıdır, ancak bu yarar asıl davanın iki tarafıyla da çelişmelidir.<sup>57</sup> Bu kurumun idari yargıda uygulanabilirliği konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Bazı yazarlara göre, asli müdahale davası açıldığında, asıl davanın tarafları birleşip bir tarafta yer alırken, müdahilin bir tarafta yer alması; davalının kural olarak idare olduğu idari yargıda mümkün olmayacağından

<sup>51</sup> Yılmaz, s.81.

<sup>52</sup> Kuru, s.3555.

<sup>53</sup> Yılmaz, s.84.

<sup>54</sup> Yılmaz, s.84.

<sup>55</sup> Yılmaz, s.83.

<sup>56</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz, Özekes M., Medeni Usul Hukuku'nda Asli Müdahale, Alfa Yayınları, 1995.

<sup>57</sup> Erdal M., İdari Yargıda Fer'i Müdahale, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanması Sorunu, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s.69.

asli müdahalenin idari yargıda uygulanabilirliği yoktur. İdari yargıda özel hukuk kişileri arasındaki davaların görülememesi ve idari davaların süreye bağlı olması sebebiyle açılan bir davaya müdahale yapılmak istenmesi halinde süre geçmiş olacağı için de asli müdahale kurumu kabul edilmemektedir.<sup>58</sup> Buna karşılık, dava açma sürelerinin belirlilik ve kararlılık sağlamak olduğu, zaten açılmış bir dava olduğundan müdahil için süre koşulunun idari davaların süre koşulu amacını zedelemeyeceğinden asli müdahaleye yer verilebileceği ileri sürülmüştür. Örneğin, kamulaştırılan taşınmaz için mülkiyet hakkı iddiasında bulunan kişinin hukuki yararı mevcut olduğu ve her iki tarafa da çeliştiği için asli müdahale davası açabilmesi gerektiği savunulmuştur.<sup>59</sup> Asli müdahalenin HMK'da düzenlenmesiyle, her ne kadar bu kurumun idari yargıda da uygulanabileceği ileri sürülse de, asli müdahale kurumunun niteliği gereği idari yargıya uyarlılığı mümkün gözükmemektedir. Zira idareye karşı açılmış bir davaya asli müdahil olan üçüncü kişinin talebinin (yukarıdaki örnekten gidersek, taşınmazın mülkiyetinin kendisine olduğu iddiasının) adli yargı yerlerinin değerlendirmesine tabi olması gerekir.<sup>60</sup> Bu sebeple de idari yargıda uygulanabilirliği olmayan bu kurum bakımında davadan feragatin değerlendirilmesine gerek bulunmamaktadır.

Görülmekte olan bir davada, üçüncü kişi davayı kazanmasında hukuki yararı olan taraf yanında fer'i müdahil olarak davaya katılabilir.<sup>61</sup> Fer'i müdahil, davaya tarafın yerine geçmek için değil, tarafa yardımcı olmak için katılır. Fer'i müdahilin amacı da, asıl tarafın davayı kazanması olduğu için, fer'i müdahil, asıl tarafın yararına olacak, hukuki durumunu koruyacak işlemleri yapabilir.<sup>62</sup> Bu nedenle, tarafın aleyhine olmayan usul işlemlerini tek başına yapabilir (HMK md.68/1). Maddi hukuka ilişkin işlem yapamayacağı gibi, dava konusu üzerinde tasarruf etmeye ilişkin işlemleri de yapamaz.<sup>63</sup> Davadan feragat, talep sonucundaki haktan vazgeçme niteliği taşıdığı için, fer'i müdahilin asıl taraf yetkilendirmediğiçe davadan feragat etmesi mümkün değildir.

Davanın ihbarı ise HMK md.61- 64 maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, taraflardan biri, üçüncü kişiden davada kendisini temsil ya da kendisine yardım etmesi yani fer'i müdahil olması istenir.<sup>64</sup> Bu nedenle fer'i müdahil için geçerli olan açıklamalarımız burada da geçerlidir.

<sup>58</sup> Candan, s.753; Erdal, s.70-71.

<sup>59</sup> Yasin, M., İdari Yargılama Usulünde Davaya Müdahale, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.69, S.1-2, 2011, 439-452, s.441-442.

<sup>60</sup> Karakuş Z., İdari Yargıda Hukuk Muhakemeleri Kanununun Uygulanması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011, s.78.

<sup>61</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, s.102 vd.

<sup>62</sup> Pekcanitez, H., İdari Yargıda Fer'i Müdahil Hükmü Tek Başına Temyiz Edebilir mi?, Prof. Dr. Turhan Tufan Yücel'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, s.594.

<sup>63</sup> Erdal, s.146.

<sup>64</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Kalafat A., İdari Yargılama Usulü Kanunu'na Göre Davanın İhbarı, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y.7, S.14, Güz 2008, 157-173, s.160.

## IV. İptal Davalarından Feragat

### A. Genel Olarak

İdari yargılama hukukunda iptal ve tam yargı davaları olmak üzere iki dava türü bulunmaktadır. İptal davası, idari işlemin yetki, sebep, şekil, konu, amaç unsurları açısından hukuka aykırı olmaları halinde menfaati ihlal edilenler tarafından işlemin iptali için açılan davadır. İptal davası, hukuk devleti ilkesinin gereği olarak idarenin hukukla bağlılığını sağlar.<sup>65</sup> Bu bakımdan, iptal davasının idare hukukuna özgü bir dava olup, hukukun genel ilkeleri içinde yer aldığı, varlığının kabulü için yasal bir düzenlemeye dahi ihtiyaç olmadığı kabul edilmektedir.<sup>66</sup> İptal davası, sadece kişisel menfaatleri koruma amaçlı değildir, idarenin hukuk kurallarına göre hareket edip etmediğini denetleyen ve bu çerçevede de kamu yararının üstün tutulduğu bir hukuki korumadır.<sup>67</sup> Nitekim, Anayasa Mahkemesi de bu doğrultuda karar vermiştir.<sup>68</sup>

İptal davaları objektif niteliktedir, ne davacının ne de davalının kişisel hakkına dayanır,<sup>69</sup> sonuçları herkes bakımından geçerlidir. Zira hukuka aykırılığı tespit edilip iptal edilen bir idari işlemin, kimileri için hukuka aykırı kabul edilip kimileri için hukuka uygun kabul edilmesi düşünülemez.<sup>70</sup> İptal davasının amacı, idarenin hukuk kurallarına bağlılığını denetleyerek kamu düzenini korumak ve bu kurallar hıfına tesis edilen işlemlerin uygulanmasını engellemektir.<sup>71</sup> Aksi halde, idare kendini hukuk kurallarıyla sınırlandırmış olsa da, yargı denetimi olmadan, hukuka aykırı işlem yapmayı alışkanlık haline getirebilir.

İptal davalarında, iptal kararıyla idari işlem geri yürür bir şekilde ortadan kalkar. İşlem ortadan kalktığı için, kararın sadece davanın tarafları açısından geçerli olduğu düşünülemez.<sup>72</sup> İptal kararının genel etkisinin olması düzenleyici işlemler bakımından tereddütsüz kabul edilse de, birel işlemler içinde bu genellik geçerlidir. Zira, iptal kararının genelliği için, idari işlemin düzenleyici bir işlem ya da kişisel bir işlem olup olmaması önemli değildir. İptal kararı objektif niteliktedir, çünkü yapılan işlem

<sup>65</sup> Gözübüyük A. Ş./ Tan T., İdare Hukuku Cilt 2, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2014, s.265.

<sup>66</sup> Çağlayan R., İdari Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s.378.

<sup>67</sup> Yıldırım T., İdari Yargı, Beta, İstanbul 2008, s.309.

<sup>68</sup> Anayasa Mahkemesi E. 1990/40, K. 1991/33, T. 01.10.1991, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>69</sup> Onar S. S., İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt.3, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s.1772; Ayrıntılı bilgi için bkz. Azrak, A. Ü., İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler, Onar Armağanı, İstanbul 1977, 145-155.

<sup>70</sup> Onar, s.1773.

<sup>71</sup> Onar, s.1773.

<sup>72</sup> Uler, s.44.

hukuki denetimden geçmiştir; bu nedenle de sadece taraflar değil, işlemle ilgisi olan herkes etkilenecektir.<sup>73</sup>

İptal davalarında, tam yargı davalarının aksine tetkik edilen davalı değil, idarenin yaptığı işlemidir.<sup>74</sup> İdarenin hukuka uygun hareket etmesinde, idari işlem nedeniyle menfaati ihlal edilen kişinin menfaatinin ötesinde kamu yararı ve çıkarı vardır.<sup>75</sup> Menfaat şartı ise, iptal davalarında davanın esasına etki etmeyen, sadece davanın kabul edilmesi ve dinlenilmesi için gerekli olan bir koşuldur. Yani davacının menfaatinin ihlal edilmiş ya da edilmemiş olması, davanın kabul ya da reddine neden olan bir durum değildir. Menfaat koşulu, alakasız kişilerin dava açmasını önlemek için getirilmiştir. Davanın esasına girildiğinde, idari işlem hukuka uygun yapılmışsa, menfaat ihlali olsa dahi iptal edilmeyecektir.<sup>76</sup> Görüldüğü gibi ortada davacının hakkının öncelikle etkili olduğu bir durum yoktur. Önemli olan idari işlemin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi olup, davacının menfaati idari işlemin mahkeme önüne taşınması için gerekli olmaktadır. Dolayısıyla, iptal davası açabilmek için, menfaat ihlali olması yeterli olduğu için, davacı davasından feragat ettiğinde, eğer bir hakkı yoksa, hakkından değil sadece menfaatinden vazgeçmiş sayılır.<sup>77</sup>

İptal davasının konusunu idari işlemler oluşturur. Bu kapsamda, öncelikle birel idari işlemlere ve düzenleyici işlemlere karşı açılan iptal davalarından feragat incelenecektir.

## B. Birel İdari İşlemlere Karşı Açılan İptal Davalarından Feragat

Birel işlemler, idarenin kamu gücüne dayanarak yaptığı belirli bir duruma, nesneye veya kişiye uygulanan somut, uygulanmakla tükenen idari işlemlerdir.<sup>78</sup> Düzenleyici işlemin belli bir özneye uygulanmasıdır.<sup>79</sup> Örneğin, memuriyete atama, disiplin cezası verme, kamulaştırma gibi.

Birel işlemlere karşı açılan iptal davalarından feragat edilip edilmeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Birel işlemlerin iptalinden feragatin her zaman mümkün olacağını ileri süren yazarların<sup>80</sup> yanında, yürütmenin durdu-

<sup>73</sup> Uler, s.46.

<sup>74</sup> Onar, s.1772.

<sup>75</sup> Günday 2001, s.79.

<sup>76</sup> Onar, s.1783.

<sup>77</sup> Çakmak M., İdari Yargıda Davadan Feragat, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.53, S.1, 2004, 185-194, s.185.

<sup>78</sup> Akyılmaz B./Sezginer M./Kaya C., Türk İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s.366.

<sup>79</sup> Çağlayan R., İdare Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2014, s.422.

<sup>80</sup> Bkz. Aslan L. A., Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011, s.327.

rulması kararının verilmesine kadar feragat edilebileceğini savunan yazarlar<sup>81</sup> da vardır. Bununla birlikte, birel işlemin sonucuna göre değerlendirme yapılması gerektiği yönünde görüşte<sup>82</sup> bulunmaktadır.

Doktrindeki görüş ayrılığı, mahkemenin verdiği kararlar doğrultusunda feragatin zaman açısından ve idari işlemin niteliği bakımından kamu yararı ile bağlantısı kurularak değerlendirilmesiyle ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda görüşleri ikiye ayırarak incelemekte fayda olacaktır.

### 1. İlk Derece Mahkemesinin Kararına Göre Değerlendirme

İdari işlemler hukuka uygunluk karinesinden yararlanırlar ve iptal edilinceye kadar hukuka uygun oldukları kabul edilir. Aynı şekilde, kural olarak idari işleme karşı iptal davası açılması, işlemin yürütülmesini durdurmaz. Ancak, bu kuralın en önemli istisnasını yürütmenin durdurulması kurumu oluşturur.<sup>83</sup> İYUK md. 27’de idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması ve idari işlemin uygulanmasıyla telafisi güç, imkânsız zararların ortaya çıkacak olması halinde, mahkemenin yürütmenin durdurulması kararı vereceği düzenlenmiştir. Buna göre, birel işlemlerin iptali için açılan davada, mahkemenin yürütmenin durdurulması kararı vermesi halinde feragatin mümkün olmayacağı ileri sürülmüştür.<sup>84</sup> Zira bu durumda yürütmenin durdurulması şartlarından olan açıkça hukuka aykırı olma koşulu gerçekleşmiş olacak ki, bariz bir şekilde hukuka aykırı olan işlemde feragat edilmesi idarenin hukukla bağlı olması ilkesini zedeleyecek ve idarenin hukuka aykırı işlemi uygulamaya devam etmesine neden olacağından toplumun menfaatleri zarar görecektir.<sup>85</sup>

Diğer bir durum ise, ilk derece mahkemesinin idari işleminin iptaline karar vermesidir. Bu durumda ilk derece mahkemesi idari işlemin hukuka aykırılığını tespit etmiş olacağından, temyiz aşamasında feragatin mümkün olmayacağı ileri sürülmektedir. İdari işlem sadece bireyi ilgilendiren bir konuda olsa dahi ilk derece mahkemesince iptal edilmesi kamu düzeni açısından o işlemin uygulanmamasını gerektirdiğinden feragat geçerli olmamalıdır.<sup>86</sup> Temyiz aşamasında feragatin geçerli olmaması

<sup>81</sup> Günday, 2001, s.85, Odyakmaz, s.143, Çakmak, s.187.

<sup>82</sup> Atay E. E., İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:74, Sempozyum, Danıştay ve İdari Yargı Günü 139.yıl, 2008, s.57.

<sup>83</sup> Gözler K./ Kaplan G., İdare Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş 11. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa Ağustos 2011, s.284.

<sup>84</sup> Odyakmaz, s.143.; Günday, 2001, s.85.; Erkut, s.98

<sup>85</sup> Günday, 2001, s.85; Aslan, s.327-328.

<sup>86</sup> Günday,2001, s.79; Erkut, s. 98.; Oysa Danıştay 2001 tarihinde, karar düzeltme aşamasında davacının davasından feragatini kabul etmiştir. Ancak karşı oy yazısında da belirtildiği gibi, uyumsuzlukla ilgili karar verildikten ve kesinleştikten sonra, idari işlemin hukuka aykırılığı kesin karara bağlanmış olduğundan, karar düzeltme aşamasında davadan feragatin kabul edilmesinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır. (Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2001/26, K. 2001/309, T. 6.4.2001, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.)

gerektiğine dair görüşün diğer bir dayanağı ise, hak arama özgürlüğüdür. Nasıl ki, ilk derece mahkemesi iptal kararı verinceye kadar davacının talep sonucundan feragat etme imkânı varsa, iptal kararı verildikten sonra, talep sonucu hakkında hak arama özgürlüğü idareye geçer.<sup>87</sup> Zira hukuka aykırılığı tespit edilen bir idari işlemin hukuka aykırı olmadığına ispatının, davacının feragat beyanı ile davalının elinden alınmayacağı ileri sürülmüştür.

Yasin; hem İYUK hem de HMK hükümlerinde idari davalarda feragati sınırlayan yönde bir düzenleme bulunmadığı için feragatin mümkün olabileceğini ileri sürmüştür.<sup>88</sup> Bununla birlikte, yürütmenin durdurulması kararı verilmiş olmasının, davacı lehine kazanılmış hak teşkil etmeyeceğinden feragat engel olmadığını savunmuştur. Ayrıca, Yasin farklı bir yaklaşım benimseyerek, ilk derece mahkemesinin kararının uygulanmamış olması halinde idarenin işleyişi ve istikrarı açısından feragatin mümkün olabileceğini savunmuştur. Hatta uygulansa dahi, feragat nedeniyle uygulama işleminin kaldırılabilceğini ileri sürse de; yargı kararının yerine getirilmesinin engellenmesinin hukukla bağlı idare anlayışı açısından uygun olmadığını belirtmiştir.<sup>89</sup>

Bir görüşe göre ise, idari yargıda resen inceleme ilkesi geçerlidir, bunu resen takip olarak yorumlamamak gerekir. Bu sebeple, davanın açılmasında önemli olan bireyin iradesi, davanın devamı ve sona erdirilmesinde de önemli olmalıdır. İdari yargıda, bireylerin iradesi hilafına mahkemelere davaya devam etme yetkisi verilmiştir, bu nedenle de idari davalardan feragat mümkündür.<sup>90</sup>

AYİM Kanunu md. 63 uyarınca da, AYİM kararları kesindir ve kesin hükmün tüm sonuçlarını doğurur. Bu nedenle, AYİM Daireleri veya Daireler Kurulu kararlarından sonra feragat mümkün değildir.<sup>91</sup> Zira artık ortada, hukuka aykırılığı kesinleşmiş bir yargı kararı bulunmaktadır.

## 2. İdari İşlemin Niteliğine Göre Değerlendirme

Doktrinde diğer görüşler<sup>92</sup> ise idari işlem üzerinden yola çıkmış, işlemin niteliğine göre feragatin mümkün olup olamayacağını değerlendirmişlerdir. Bu çerçevede, idari işlemler salt kişiyi ilgilendiren ve tüm toplumu ilgilendiren işlemler olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. Buna göre, atama, disiplin, pasaport başvurusunun reddi gibi sadece bireyle ilgili idari işlemlerden feragatin mümkün olabileceği; ancak

<sup>87</sup> Yasin, s.154.

<sup>88</sup> Yasin, s.154.

<sup>89</sup> Yasin, s.155.

<sup>90</sup> Aslan A. L., s.326.

<sup>91</sup> Yasin, s.157.

<sup>92</sup> Erkut, s.98; Atay, s.57.

imar uygulamaları gibi kamunun menfaatleriyle doğrudan ilgili olan işlemlerin iptalinden ise feragat edilemeyeceği ileri sürülmüştür.

Atay, iptal davalarının kamu düzenini sağlamaya yönelik olan özelliğinden yola çıkarak, idari işlemleri sadece bireyi ilgilendiren işlemler ve tüm kamunun yararına hizmet eden işlemler olarak ikiye ayırmıştır. Bu halde, sadece bireyi ilgilendiren işlemlerin iptalinde, iptal davasının objektif niteliği yani kamu düzeni ön planda olmadığı için, feragat edilebileceğini ileri sürmüştür. Ancak, yapılmasıyla tüm toplumun etkileneyeceği idari işlemlerden feragat edilemeyeceğini kabul etmiştir.<sup>93</sup> Bu çerçevede çevre, kültürel ve tarihi nitelikte umumu ilgilendiren konularda vatandaşlar, belde sakinleri ya da hizmetten yararlananlar<sup>94</sup> tarafından açılabilen iptal davalarından feragat edilmesi mümkün olmamalıdır.

Danıştay da kararlarında kişisel menfaat ve kamu menfaati ayrımını yapmakta; kişisel menfaatin olduğu davalarda, kamu yararının bu menfaatin önüne geçmediği için ilk derece mahkemesinin kararını vermesinden hükmün kesinleşmesi aşamasına kadar davacının davasından feragat edebileceğini karara bağlamaktadır.<sup>95</sup> Ancak, Rekabet Kurulu kararının iptali için açılan davadan davacının feragat etmesini, kamu yararı bireysel yarar değerlendirmesi yapmadan kabul etmiştir. Kararın karşı oy yazısında da feragat ilişkin uyumsuzluk konusu olayda kamu yararı ve bireysel yarar ölçütünün belirlenmesinden sonra feragat hakkında karar vermenin yerinde olacağı vurgulanmıştır.<sup>96</sup>

*“Muğla İli, Dalaman ilçe ... mevkiinde bulunan alanda müdahil şirket tarafından işletilen doğaltaş mermer ocağı ve kırma-eleme tesisi için düzenlenen 2. sınıf gayrisihhi müessese işyeri açma ve çalışma ruhsatının iptali istemiyle açılan davada; davacıların 23.08.2011 tarihli dilekçe ile davadan feragat ettikleri anlaşılırsa da ruhsat verilen alana yakın yerlerde oturan semt sakinleri tarafından kamu yararını sağlamak amacıyla açılan davadan feragatin hukuka uygun görülmediği nedeniyle reddedilerek işin esasını inceleyip, uyumsuzluğun çözümü için Mahkemelerince yaptırılan keşif ve bilirkişi incelenmesi sonucu düzenlenen rapor ile dosyadaki bilgi ve belgelerden, iş yeri açma ve çalışma ruhsatının verildiği yerin 3573 sayılı Yasanın 20. maddesinde belirtilen zeytin sahalarına en az 3 kilometre mesafede bulunma şartını taşımadığı ve anılan faaliyetin yürütülmesi halinde meydana gelecek olan tozlanmadan dolayı ekonomik verim çağında-ki zeytin ağaçlarının gelişmesine mani olacak derecede olumsuz etkiler yaratacağı, ayrıca çevredeki insanlar, tarım alanları, doğal görünüm ve doğal kaynaklar üzerinde de telafisi*

<sup>93</sup> Atay, s.57.

<sup>94</sup> Örnekler için bkz. Çağlayan, 2015, s.405-415.

<sup>95</sup> Danıştay 6. D., E.1994/484, K.1994/1873, T.9.5.1994; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E.2004/745, K. 2004/861, T. 21.10.2004, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>96</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E.2013/76, T.25.04.2013, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.

*mümkün olmayan olumsuz etkiler doğuracağı anlaşıldığından, müdahil şirkete verilen işyeri açma ve çalışma ruhsatında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden Muğla 1. İdare Mahkemesi'nin 30.09.2011 gün ve E:2010/1954, K:2011/1748 sayılı kararının, taraflarca feragat rağmen işin esasının incelendiği ileri sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizden incelenerek bozulması istemi” ile gelen uyuşmazlıkta Danıştay, imar planı gibi genel kamu yararını barındıran objektif nitelikli genel düzenleyici işlemlere karşı açılan davalarda, mahkemeye hukuka aykırılık tespit edilip dava konusu işlem iptal edildikten sonra temyiz aşamasında feragat istemlerinin uygun görülmediğini; çevresel etkileri ileri sürülmekle birlikte, iptali istenen ruhsat niteliği itibarıyla genel düzenleyici işlem öğelerini taşımadığından, feragat dilekçesinin de ilk derece mahkemesinin kararından önce verilmesi nedeniyle, feragat istemi değerlendirilmeden hüküm kurulmasında isabet olmadığı kararını vermiştir.<sup>97</sup>*

Danıştay'ın 2011 tarihinde verdiği bir kararında<sup>98</sup>, bireysel yarar-kamu yararı ayrımı yaptıktan sonra; *“..buna karşılık, düzenleyici işlemlere karşı ve kamu yararını yakından ilgilendiren konularda açılan iptal davalarında, işlemin yürütmenin durdurulması veya iptali kararı verildikten sonra, davacıya davadan feragat etme hakkının tanınması, yapılmış olan yargısal denetimin geçersiz sayılması, dolayısıyla davacı iradesinin yargı kararı üzerine çıkması sonucunu doğuracağından, kamu yararıyla ve idarenin yargısal denetimi yoluyla hukukun üstünlüğünü sağlama amacıyla bağdaşmamaktadır”* demiştir. Danıştay'ın bu kararından, düzenleyici işlemlerin ve kamu yararının öne çıktığı işlemlerin iptalinde dahi yürütmenin durdurulması veya iptal kararı verilmesine kadar davacının feragat edebileceği sonucu çıkmaktadır. Oysa ki, bu durum yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, yürütmesi durdurulacak ya da iptal edilecek olan hukuka aykırı bir işlemi, denetimden kaçırarak anlamına gelir ve idarenin hukukla bağlılığı ilkesiyle bağdaşmaz.

Adli rejimden ayrı bir idari rejimin olmasının nedeni, kamu yararı yanında idari eylem ve tasarrufların özellikleri, idarenin takdir yetkisinin gerekleri ve sınırları kapsamında idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetlenmesi zorunluluğudur.<sup>99</sup> Bu nedenle re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu idari yargıda temel amaç, idareyi hukuk alanı içinde kalmaya zorlamak<sup>100</sup>, iptal kararlarıyla bir nevi idarenin benzer işlemlerinde aynı hukuka aykırılığı yapmaması konusunda ikaz

<sup>97</sup> Danıştay 8.D., E. 2011/9473, K. 2012/2389, T. 15.5.2012, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>98</sup> Danıştay 10.D, E. 2010/16395, K. 2011/5749, T. 20.12.2011, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası. Danıştay 10.D., E.2009/14803, K. 2010/6098, T. 16.7.2010, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>99</sup> Odyakmaz, s.141.

<sup>100</sup> Karakuş, s.5.



etmek ve mahkemelerin görevi de maddi ve hukuki gerçeği bulmaktır.<sup>101</sup> Bu bakımdan idari mahkemelerin kararı daha çok kamu düzeni ile ilgilidir.<sup>102</sup> Davacı davadan feragat etmek istese dahi, idarenin yargısal denetimi açısından davanın devam etmesi gerekmektedir. İptal davalarında kişisel bir zarar değil de menfaat ihlali arandığı için, dava açma ihtimali olan kişilerin, işlemin iptaliyle, dava açmasına gerek kalmayacaktır, bu da usul ekonomisi açısından faydalı olacaktır.<sup>103</sup>

Birel idari işlemlerin iptali davalarından da feragat edilememesi gerekmektedir. Zira her ne kadar bu işlemlerin sadece davacıyı ilgilendirdiği iddia edilse de, o idari işlemin hukuka aykırılığın tespitinde davacının yararının sağlanmasını bir yana bırakırsak idarenin hukuk sınırları içinde kalması sağlanmış olacaktır. Bununla birlikte, bu işlemlerde dahi yürütmenin durdurulması kararı verilinceye kadar feragat edilebileceği ileri sürülmüştür. Oysaki yürütmenin durdurulması kararı verilecek bir işlemde, bu karar verilmeden feragat edilmesi, açıkça hukuka aykırı kabul edilecek olan idari işlemin denetlenmesinin engellenmesi sonucunu doğuracaktır. Diğer bir ihtimal olan ilk derece mahkemesinin iptal kararından sonra feragat edilemeyecek olmasıdır. Bu durumda da, bir işlem aslında iptal edilecek iken, feragat nedeniyle hukuka aykırı olarak varlığını sürdürmeye devam etmiş olacaktır. Kaldı ki, iptal davasının davacısı bir şekilde idare ile bağlantısı olan bireydir. Zira idare toplumun gündelik ve ortak ihtiyaçlarını karşılamakla görevlidir.<sup>104</sup> İdare, idari fonksiyonunu kendi personeli aracılığıyla yerine getirir, dolayısıyla hem hizmeti sunanlar hem de hizmetten yararlananlar (örneğin, kamu görevlisi, öğrenci ya da belde sakini) idareyle bir bağlantı içindedirler. Bu sebeple de, idarenin davadan feragat etmesi için davacıya baskı yapması muhtemeldir.<sup>105</sup> Bireyi, bireye karşı bile olsa idare karşısında koruyan yargı denetiminin de feragat ile zayıflatılmaması gerekir.

### C. Düzenleyici İşlemlere Karşı Açılan İptal Davalarından Feragat

İdarenin herkes bakımından geçerli, soyut, nesnel, sürekli ve her zaman geçerli olan uyulması zorunlu kuralları içeren, kanunun uygulamasını gösteren ya da kanunun verdiği yetkiyle bir konu hakkında düzenleme yapan idari işlemlere düzenleyici işlemler denir.<sup>106</sup> Anayasada düzenlenen tüzükler ve yönetmelikler dışında adsız düzenleyici işlemlerde (kararname, genelge, tebliğ, genel emir, sirküler vb.) bulunmak-

<sup>101</sup> Yasin, s.169.

<sup>102</sup> Aslan, s.335.

<sup>103</sup> Aslan, s.336.

<sup>104</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Günday M., İdare Hukuku, 10. Basım, İmaj Kitapevi, Ankara 2013, s.18.

<sup>105</sup> Çakmak, s.189.

<sup>106</sup> Giritli İ./ Bilgen P./Akgüner T./Berk K., İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 6. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2013, s.217.

tadır. Adsız düzenleyici işlemlerin özelliği, idarede amirlerin altındaki memurlara yönelik emir ve talimatları içermesi, bu yönüyle de ne kişiler ya da diğer kurum kuruluşlar ne de mahkemeler açısından bağlayıcı olmasıdır. Herkes bakımından bağlayıcı olan düzenleyici işlemler, anayasada yer alan tüzük ve yönetmeliklerdir.<sup>107</sup>

Doktrindeki bir görüşe göre düzenleyici işlemlerin iptalinden feragat mümkün değildir. Çünkü düzenleyici işlemler herkes bakımından geçerli olduğundan, yargısal denetiminde toplumsal yarar çok daha ağır basmaktadır.<sup>108</sup>

Diğer bir görüşe göre ise, mahkemenin karar vermesi halinde davacının talep sonucu hüküm fıkrası haline gelir, dolayısıyla bu aşamadan sonra davadan feragat edilemez. Zira ilk derece mahkemesi iptal kararı verirse, idari işlemin hukuka aykırı olduğu tespit edilmiş olacağından feragat ile bu işlemin yeniden varlık kazanması kabul edilemez. Bu durumun kabulü ile anayasa tarafından yasaklanan idarenin hukuka aykırı işlem yapması, davacının iradesi ile mümkün olabilecektir.<sup>109</sup> Ancak bu değerlendirmede talep sonucunun mahkemenin kararı ile hüküm fıkrası haline geleceği ve bu sebeple feragat edilemeyeceğinin ileri sürülmesi yerinde değildir.<sup>110</sup>

Danıştay ise, üst başlıkta da benzer şekilde açıklandığı üzere, 2012 yılında verdiği bir kararında<sup>111</sup>, birel işlemlerin iptalinden feragatin herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın (kanun yollarında dahi), mümkün olduğunu; ancak düzenleyici işlemlere karşı ve kamu yararını yakından ilgilendiren konularda açılan iptal davalarından feragatin, yürütmenin durdurulması veya iptal kararı verilmesinden önceki aşamaya kadar mümkün olduğuna hükmetmiştir. Diğer bir deyişle, Danıştay'a göre, düzenleyici işlemlere karşı ve kamu yararını ilgilendiren konularda açılan iptal davalarından feragat, yürütmenin durdurulması veya iptal kararı verildikten sonra mümkün değildir. Bununla birlikte, Danıştay, yakın tarihli bir kararında<sup>112</sup> ise, iptal davalarında feragatin söz konusu olduğu durumlarda, kamu yararı ve bireysel yarar değerlendirilmesinin yapılması gerektiği hususunda mevzuatta bir hüküm bulunmadığının; kendisine iptal davası açma hakkı verilmiş bir özel hukuk kişinin ya da kamu tüzel kişinin, açılmış olan davadan feragat hakkı olmadığını ileri sürülemeyeceğine karar vermiştir.

<sup>107</sup> Sancaktar O., İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Güncelleştirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 98.

<sup>108</sup> Çakmak, s.191.

<sup>109</sup> Aslan, s.330.

<sup>110</sup> Aslan, s.330.

<sup>111</sup> Danıştay 10.D., E. 2011/7268, K. 2012/3343, T. 05.07.2012, Kazancı Bilişim, İctihat Bilgi Bankası.

<sup>112</sup> Danıştay 15.D., E. 2013/4981, K. 2014/2553, T. 08.04.2014, Kazancı Bilişim, İctihat Bilgi Bankası.

Düzenleyici işlemlerin herkes bakımından geçerli olduğu dikkate alındığında, davacının feragat etmesi halinde aynı düzenleyici işleme karşı başka bir kişinin dava açabileceği düşünülse de, her iki halde de aynı denetimin yapılacağı, işlemin hukuka uygunluğu araştırılacağı için, işlemin başka biri tarafından da dava edilerek denetlenebileceği öne sürülerek, feragatin kabul edilmesi usul ekonomisine aykırılık teşkil eder. Ayrıca, Anayasa md.125'e göre idarenin her türlü eylem ve işlemlere karşı yargı yolu açıktır. Yargı denetimi dışında bırakılan idari işlemler de, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiştir.<sup>113</sup> Bunların dışındaki idari işlemlerin yargı denetiminden kaçırılması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Bu kapsamda, iptal davalarından feragatin kabul edilmesi halinde, hukuka aykırı bir işlemin yargı organınca incelenmesi engellenmiş olacaktır.<sup>114</sup> Sonuç olarak da, anayasa ya da kanunlar tarafından denetim dışı bırakılmayan bir işlemin taraf iradesiyle denetim dışı bırakılması anlamına gelecek ve idarenin yargısal denetimi zedelenecektir.

### V. Tam Yargı Davalarından Feragat

Tam yargı davaları, idarenin eylem ve işlemlerinden dolayı hakkı ihlal edilen kişilerinin zararının idarenin sorumluluğu çerçevesinde tazmin edildiği davalardır. Tam yargı davalarında iptal davalarının aksine hâkim zarara neden olan fiilleri, maddi olayları da inceler. Oysaki iptal davalarında hâkim maddi vakıalarla ilgilenmeyip, işlemin hukuk kuralları açısından denetimini yapar.

Tam yargı davasında sübjektif hakkı ihlal edilen bireyin tazminat talebi söz konusu olduğu için, talebi medeni yargılamadaki edim davaları gibi değerlendirilecektir. Her iki davada da hakimin rolü aynıdır; tek fark idari yargıda sorumluluk nedenlerinin daha geniş olmasıdır.<sup>115</sup> Sübjektif bir hakkın ihlal edilmesi koşulu olan tam yargı davasının sonuçları da sübjektif niteliktedir, yani sadece davanın tarafları açısından geçerli olur.<sup>116</sup> Tam yargı davasının amacı, kişinin hakkının ihlal edilmesiyle ortaya çıkan zararın tazminidir.<sup>117</sup> Bu kapsamda değerlendirilecek olan idarenin sorumluluğudur. İdare kusurlu ya da kusursuz olarak yaptığı işlem ya da eylemleriyle zarara sebep olabilir. Burada bu işlem ya da eylemlerin hukuk kuralları içinde kalıp kalmadığı mevzuu değildir; işlem ya da eylem hukuka uygun olsa dahi ortaya çıkan zararın idareye atfedilip atfedilmeyeceği incelenir. Bu sebeple, tam yargı davasından feragat edilmesinin mümkün olması kamu yararını olumsuz olarak etkileyecektir.<sup>118</sup>

<sup>113</sup> Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler, Yüksek Askeri Şura'nın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma kararları, Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu'nun meslekten çıkarma hariç kararları, Olağanüstü hallerdeki idari işlemler

<sup>114</sup> Çakmak, s.189.

<sup>115</sup> Onar, s.1769.

<sup>116</sup> Onar, s. 1772; Göktepeoğlu, s.46.

<sup>117</sup> Çağlayan, 2015, s.530.

<sup>118</sup> Günay, 2001, s.85.

Davacı lehine sonuçlanmış olsa dahi, tam yargı davası bireylerin haklarıyla ilgili olduğundan dolayı temyiz aşamasında da feragat mümkündür.<sup>119</sup> Danıştay'ın 1966 yılında verdiği bir kararında, görev sırasında elektrik çarpması sonucunda sakatlanan davacının maddi tazminat isteminin reddi ile manevi tazminat isteminin kabulüne karar veren Adana 1. İdare Mahkemesi'nin kararına karşı temyize başvurulduktan sonra verilen feragat dilekçesi üzerine, temyiz aşamasında davadan feragatin mümkün olmadığına hükmetmiştir.<sup>120</sup> Tam yargı davalarında, işlemin hukuka uygunluğunun denetiminden ziyade zararın karşılanması amacı olduğu için Danıştay'ın bu kararı yerinde olmamıştır.

İptal davası ile birlikte açılan tam yargı davasından feragat edilmesi halinde, iptal davasına devam olunacağı; iptal davasından feragat edildiği takdirde (görüşümüz gereği iptal davalarından feragat edilememesi gerekse de), tam yargı davasına devam edilemeyeceği ileri sürülmüşse de<sup>121</sup>, her iki davada konuların ve hakimnin araştırması gereken hususların farklı ve idarenin sorumluluğunun geniş olması nedeniyle, davacı tam yargı davasına devam edebilir.<sup>122</sup>

## VI. Adli Yargının Görev Alanına Dahil Edilen İşlem Yada Eylemlere Karşı Açılan Davalardan Feragat

İdari yargının anayasal dayanağı konusunda doktrinde tartışmalar bulunmakla birlikte,<sup>123</sup> Anayasa'nın 142. maddesinde 'Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir' hükmü gereği, kanun koyucunun hangi davaların hangi yargı kolunda görülmesi gerektiğine dair takdir yetkisi olduğu kabul edilmiştir.<sup>124</sup> Bu kapsamda, nüfus kayıt işlemleri, tapu sicili kayıt işlemleri, icra ve iflas memurlarının kusurlarından doğan davalar, fikri haklarla ilgili davalar, bazı idari para cezaları, çalışma alanına ilişkin bazı davalar<sup>125</sup> yasa koyucunun iradesi ile adli yargıda görülmektedir. Her ne kadar bu konular adli yargının görev alanına dahil edilse de, idari nitelikleri devam etmektedir. Dolayısıyla bu davalardan feragatin nasıl olacağı sorunu gündeme gelir. Yasin, adli yargının görevine bırakılan bu konularda da adli yargı hakiminin kişisel yarar-kamu yararı değerlendirmesi yapması gerektiğini

<sup>119</sup> Yasin, s.155.

<sup>120</sup> Danıştay 10.D, E. 1995/5846, K. 1996/6434, T. 30.10.1996, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>121</sup> Aslan, s.324-325.

<sup>122</sup> Dere, s.48.

<sup>123</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Güzel O., Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdari Yargının Görev Alanına Yönelik Müdahalelerin Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.17, S.1-2 Ocak-Nisan, 2013, 1483-1524; Günday M., İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları, Anayasa Yargısı, S.14, 347-358, Ankara 1997.

<sup>124</sup> Çağlayan, 2015, s.109.

<sup>125</sup> Çağlayan, 2015, s.126-129; Gözübüyük/Tan, s.181-204.

ve kişisel yararın hakim olduğu işlem yada eylemlerde davacının feragat edebileceğini ileri sürmüştür.<sup>126</sup>

Tapu sicilinin yanlış tutulmasından, idarenin taşıt araçlarının karıştığı kazalardan ya da icra ve iflas memurlarının kusurlarından doğan zararların tazmini gibi tazminat davası olarak açılan davalardan davacılar feragat edebilir. Ancak, nüfus kayıt işlemleri gibi, idarenin kamu hizmetinin yerine getirirken yaptığı işlemlerin düzeltilmesi davasından feragat edilmemesi gerekmektedir. Örneğin, nüfusa ölen kardeşinin yerine kaydedilen kişinin, nüfus kaydının düzeltilmesi için açılan davadan feragat sonuç doğurmamalıdır. Zira bu durum, davacının kişisel menfaatinin ötesinde kamu düzeninin sağlanmasına yönelik bir davadır.

## VII. Davadan Feragatin Sonuçları

### A. Feragatin Kesin Hükümün Sonuçlarını Doğurması

HMK md. 311 uyarınca, feragat kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğurur. Kesin hüküm, şekli ve maddi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Şekli anlamda kesin hüküm, verildiği anda kesin olan kararlar ile kanun yoluna başvuru süresinin geçmesi ya da kanun yoluna başvurunun reddedilmesiyle artık karara karşı olağan kanun yollarına başvurulmaması anlamına gelir.<sup>127</sup> Maddi anlamda kesin hüküm ise, şekli olarak kesinleşen hükümün, taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona erdirmesi ve gelecek için bu kesinliğin devamlı nitelik taşımasını ifade eder.<sup>128</sup>

Feragatin kesin hükümün sonuçlarını doğurması konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bazı yazarlar<sup>129</sup>,davanın mahkeme kararı ile değil de, davacının feragat beyanı ile sona ereceğini, bu nedenle de maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceğini ileri sürmektedir. Diğer görüş ise, davanın mahkemenin feragat nedeniyle vereceği karar vermeye yer olmadığı kararına ilişkin kararının kesinleşmesi ile sona ereceği ve feragatin kesin hüküm teşkil edeceğini ileri sürmüştür.<sup>130</sup> Kuru'ya göre, feragat nedeniyle davanın son bulmasını, feragatin içeriği olan maddi hukuk işlemi ile davacı arasındaki uyuşmazlığın son bulması olarak anlamak gerekir. Bu nedenle de, davacının feragat beyanından sonra mahkemenin vereceği kararın kanun yollarından geçerek kesinleşmesi neticesinde kesin hüküm ortaya çıkacaktır.<sup>131</sup>

<sup>126</sup> Yasin, s.172.

<sup>127</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Akkan M., Medeni Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Delillerin Kesin Hüküm Niteliği, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, Özel Sayı, 2009, s.4.; Çağlayan R., İdari Yargıda Kesin Hüküm, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3 S.1, 1999, 123-141.

<sup>128</sup> Akkan, s.5.

<sup>129</sup> Candan, s.769.

<sup>130</sup> Kuru, s. 3612, Göktepeoğlu, s.51., Yılmaz, s.167.

<sup>131</sup> Kuru, s.3613.

## B. Davacının Yargılama Giderlerine Mahkum Olması

HMK'nın 312. maddesinde, feragat beyanında bulunan tarafın, dava aleyhine sonuçlanmış gibi yargılama masraflarına hükmedileceği düzenlenmiştir. Dava dilekçesinin tebliği üzerine süresinde savunma veren ancak savunma dilekçesi, davacının feragat dilekçesinden sonra mahkeme kayıtlarına intikal eden davada, Danıştay, uyuşmazlığın cevap verme sürelerinin bitimine kadar ortadan kalkması nedeniyle davalı idare lehinde tarifede yazılı ücretin yarısı oranında avukatlık ücretine hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir.<sup>132</sup> Kısmi feragat halinde ise, feragat edilen kısma göre davacı yargılama giderlerine mahkum edilir. Keza, AYİM'nin 71. maddesinde de davadan feragat eden davacının yargılama masrafları bakımından haksız çıkacağı düzenlenmiştir.<sup>133</sup> Danıştay kararında, yasalarda yargılama giderinden bağışık olduğu belirtilen kurumların davadan feragat etseler bile, yargılama giderlerine mahkum edilemeyeceğini belirtmiştir.<sup>134</sup>

## C. Feragatten Rücu Edilememesi

Feragat beyanından dönmek (rücu) mümkün değildir.<sup>135</sup> Ancak, HMK md.311'in ikinci cümlesinde irade bozukluğu hallerinde feragatin iptalinin istenebileceği düzenlenmiştir. Medeni yargılama usulünde, bu durumda davacının başvurabileceği iki yol öngörülmüştür. Bunlardan ilki, irade sakatlığı nedeniyle feragatin iptali davasının açılmasıdır. Diğeri ise, feragatin geçersizliğini ileri sürerek feragat ettiği davayı yeniden açmasıdır.<sup>136</sup> Çalışmamız açısından önemli olan, bu yolların idari yargılama usulünde de uygulanabilirliğinin incelenmesidir. İrade sakatlığı nedeniyle feragatin iptalinin ileri sürülmesi, idari yargıda sınırlı sayıda olan dava türleri ve dava konusu bakımından mümkün değildir.<sup>137</sup> Feragat edilen davanın yeniden açılması yolu ise, idari yargıda dava açma süreleri açısından sorun oluşturabilir. Çünkü irade sakatlığı nedeniyle feragat edilen davanın yeniden açılmak istenmesi halinde, dava ilk incelemede süre yönünden reddedilebilir. Danıştay, kişinin iradesi dışında hukuki veya fiili engeller nedeniyle dava süresinin geçirilmiş olması halinde, bu engellerin ortadan kalkmasından sonra makul bir süre içinde dava açılabileceğini kabul etmiştir.<sup>138</sup> Ancak yakın tarihli kararlarında feragatin iptalinin adli yargıda açılacak olan iptal davası ile sağlanmasını belirtmiştir. İrade sakatlığı nedeniyle, feragatin ge-

<sup>132</sup> Danıştay, 13.D., E. 2011/3787, K. 2012/1286, T. 23.5.2012, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>133</sup> Yasin, s.173.

<sup>134</sup> Danıştay 7.D., E. 1997/226, K.1997/452, T. 05.02.1997, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>135</sup> Danıştay 8.D, E. 1999/3331, K. 2001/2525, T. 24.5.2001, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>136</sup> Yasin, s.173.

<sup>137</sup> Yasin, s.174; Yılmaz, s.191.

<sup>138</sup> Danıştay 4.D, E.1995/6183, K.1996/2698, T.20.06.1996, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.

çersizliğinin istenmesi ancak adli yargıda açılacak bir dava ile mümkündür.<sup>139</sup> Adli yargıda feragatin geçersiz olduğuna dair ilamın idari yargı mercilerine tevdiinden sonra yargılamaya devam edilir.

Hata, hile veya ikrah nedeniyle iradesi sakatlanan davacının davasından feragat etmesi halinde, feragat beyanının sakat olduğunun ispatlanması gerekmektedir. Bu da tanık dinlenmesi de dahil etraflı araştırmayı gerektirebilir. Yazılı yargılamanın hakim olduğu idari yargılama usulünde ise sözlü olarak tanık deliline başvurulmamaktadır.<sup>140</sup> Ayrıca, idari yargıda dava türleri sınırlı sayıdadır. İdari işlemin iptalinin dava konusu olduğu iptal davasında ve zararın tazmin edildiği tam yargı davasında, davacının feragatin geçersizliği ile birlikte iptal davasını veya tam yargı davasını tekrar açması halinde, idari hakim feragatin geçersizliğinin tespitine karar vermesi, davanın konusu açısından uygun olmayacaktır. Ayrıca, feragat beyanının gerçekten de hata, hile, ikrah nedeniyle sakat olduğu henüz tespit edilmeden, iptal ya da tam yargı davasını tekrar açılması, hukuki açıdan doğru olmayacaktır. Zira ortada feragat edilmiş ve kesin hükümle sonuçlanmış bir dava ve mahkeme kararıyla geçersizliğine hükmedilmemiş bir feragat beyanı bulunmaktadır. Her ne kadar, adli yargıda ayrı bir feragatin geçersizliğinin tespitine yönelik dava açmak usul ekonomisine uygun olmasa da, idari yargıdaki davaların özellikleri nedeniyle, feragatin geçersizliğinin aynı davada istenmesi mümkün olmamalıdır. Adli yargı mercilerinden alınacak karardan sonra da makul süre içinde idari yargıda davanın tekrar açılmasının bireyin korunması açısından yerinde olduğu söylenebilir.

#### **D. Feragat Beyanı Üzerine Verilen Mahkeme Kararına Karşı Kanun Yoluna Başvurulabilmesi**

Davacının davasından feragat etmesi ve davanın feragat ile sonuçlanması halinde, bu karara karşı istinafa ya da temyize başvurup başvurulmayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, davanın feragat ile sona ermesinin taraf usul işlemi olduğu ve mahkemenin yargısal fonksiyonu olmadığı için, feragat ile davanın sona ermesi kararına karşı istinaf ya da temyiz yoluna başvurulamaz.<sup>141</sup> Diğer görüşe göre ise, mahkemenin feragat nedeniyle verdiği karara karşı usul hukuk hükümlerine daya-

<sup>139</sup> Yılmaz, s.192-193; Danıştay, 13.D., E.2009/3116, K. 2009/9261, T. 21.10.2009, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası; Danıştay 13.D., E. 2009/7197, K. 2009/11365, T. 29.12.2009, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>140</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: Kaplan, G., İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usulü ve Tanık Dinlenebilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.13, C.13, S.1, 33-46; Işıklar, C., İdari Yargıda Duruşma, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.2, Y.2, S.4, 20 Ocak 2011, 45-100.

<sup>141</sup> Yılmaz, s.184.

narak istinaf ya da temyize başvurulabileceği ileri sürülmüştür. Mahkeme, davanın esasına girmeden, feragat nedeniyle davayı sonlandırdığı için, kanun yolu aşamasında da maddi hukuk kurallarına dayanılarak talepte bulunamaz. Ancak, feragatin yasal koşullarının, avukatın özel yetkisinin olup olmadığının veya kısmi feragat olup olmadığının incelenmesi gibi usul hukuku kurallarına dayanılarak kanun yoluna başvurulabilir.<sup>142</sup>

Daha önce de ifade edildiği üzere, davacının davadan feragati, ne davalının ne de mahkemenin kabulüne bağlıdır. Ancak, kanunda feragatin geçerli olabilmesi için bazı geçerlilik şartları öngörülmüştür. Davadan feragat etmek isteyen davacının feragatinin geçerlilik koşullarını taşıyıp taşımadığının tespitini mahkeme yapar ve tespitinin sonucunda da bir karar vermek zorundadır. Danıştay da feragatin geçerliliğinin davalının kabulüne ya da mahkemenin kararına bağlı olmadığını, yargı yerinin, feragat beyanının gerçek ve kanuna uygun olup olmadığının tespitinde yetkili olduğuna karar vermiştir.<sup>143</sup> Keza, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu da 2004 tarihinde verdiği kararında<sup>144</sup>, feragat beyanının kendiliğinden davayı değil, taraflar arasındaki uyumsuzluğu sona erdireceği, bu uyumsuzluğun sona erdiğinin tespitinde de mahkemenin görevli olduğunu belirtmiştir. Feragat geçerli ve hukuka uygun ise, feragat nedeniyle dava konusuz kalacağından, mahkeme karar vermeye yer olmadığına karar verir.<sup>145</sup> Feragatin geçerli olmaması halinde ise, feragat dilekçesinin reddi kararını vererek davaya devam eder. Bu nedenle, feragat ile davayı sona erdiren mahkeme kararına karşı itiraz /istinaf ya da temyize başvurulabilir. İYUK'un 45. maddesi 18/04/2014 tarihli ve 6545 sayılı kanun ile değiştirilerek getirilen istinaf kanun yoluna başvurulabilecek kararlar aynı maddenin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. İstinaf fiilen uygulanmaya başlandığında, bu kapsamda yer alan mahkemenin verdiği feragat nedeniyle karar vermeye yer olmadığı kararına karşı, istinaf mahkemesi usulü yünden inceleme yapabilecektir.

## SONUÇ

Her ne kadar İYUK md 31'de HMK hükümlerine atıf yapılmış olsa da idari yargılama usulü ile medeni yargılama usulü arasındaki farklılıklar nedeniyle feragat kurumu idari yargının özellikleriyle bağdaştığı ölçüde uygulanmalıdır. İdarenin hukukla bağlılığını ve idarenin hukuk düzeni içinde kalmasını sağlayan iptal davalarından feragatin nasıl uygulanacağı konusunda doktrinde tartışmalar olmakla birlikte,

<sup>142</sup> Yılmaz, s.185; Göktepeoğlu, s.56.

<sup>143</sup> Danıştay 11.D., E. 2007/5999, K. 2007/8585, T. 21.11.2007, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>144</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E.2003/967, K.2004/640, T.17.06.2004, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>145</sup> Odyakmaz, s.143.



Danıştay genel olarak (aksi yönde kararları bulunsa da) idari işlemlere göre ayırım yapmış, salt kişiyi ilgilendiren idari işlemlerin iptalinden feragat edilebileceğini; buna karşılık, kamuyu ilgilendiren idari işlemlerin iptalinden, hukuk devleti ilkesi gereği feragat edilemeyeceğini kabul etmiştir. İptal davasının amacı, idarenin hukukla bağlılığını denetlemek ve idarenin hukuk düzeni içinde kalmasını sağlamaktır. Aynı zamanda, idari işlemlerin hukuki denetiminin daha etkin bir şekilde gerçekleştirilmesi için de, davacı açısından menfaat ihlali şartı getirilmiştir. İdari işlemler, sadece kişisel nitelikte olsa ya da tüm kamuyu ilgilendirse de, öncelikle hukuka uygun olmak zorundadırlar. İptal davasının en temel amacı olan bu hukuka uygunluğu sağlamak ve idarenin de yargı denetiminden kaçabileceği en ufak bir alan dahi olmaması için tüm idari işlemlerin iptalinden feragat edilememesi gerektiği kanaatindeyiz. Buna karşılık, medeni yargılama hukukundaki edim davalarına benzeyen ve hukuki denetimden çok, bireyin zararının tazmin amacı güden tam yargı davalarında ise, idarenin hukuk içinde kalması engellenmediğinden feragat edilebilecektir.

Yargı kararlarındaki uygulama farklılıklarının engellenmesi ve feragat kurumunun idari yargılamada tereddüte yer vermeyecek şekilde uygulanması için, HMK hükümlerine atıf yapmak yerine pozitif bir düzenleme yaparak İYUK'a bir düzenleme getirilmesi daha yerinde olacaktır. Ancak, yapılacak düzenlemede de, tam yargı davasının ve bilhassa iptal davasının özelliklerinin göz önünde bulundurulması, idarenin hukukla bağlılığı ilkesinin gözardı edilmemesi gerekmektedir.

## **KAYNAKÇA**

- Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, Beta, İstanbul 2009.
- Akkan M., Medeni Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Delillerin Kesin Hüküm Niteliği, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, Özel Sayı, 2009, 3-61.
- Akyılmaz B./Sezginer M./Kaya C., Türk İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- Aslan Aksoy L., Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011.
- Atay E. E., İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:74, Sempozyum, Danıştay ve İdari Yargı Günü 139.yıl, 2008, 13-97.
- Azrak, A. Ü., İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler, Onar Armağanı, İstanbul 1977, 145-155.
- Candan T., Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Mevzuat ve İçtihat Bakımından Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- Çakmak M., İdari Yargıda Davadan Feragat, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.53, S.1, 2004, 185-194.
- Çağlayan R., İdari Yargıda Kesin Hüküm, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.1, 1999, 123-141.

- Çağlayan R., İdari Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- Çağlayan R., İdare Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 2. Baskı, Eylül 2014 Ankara.
- Çırakman E., Hukuk Yargılama Usulünün İdari Yargıda Uygulanması, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:33, Ankara 1982.
- Dere, A., Davadan Feragat, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2007.
- Erdal M., İdari Yargıda Fer'i Müdahale, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanması Sorunu, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Erkut C., İdari Yargının Yeniden Yapılandırılmasında Yargılama Hukuku Kurallarının Etkinleştirilmesi Sorunu, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:63, Ankara 2003, 87-103.
- Giritli İ./Bilgen P./Akgüner T./Berk K., İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 6. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2013.
- Göktepeoğlu E., İdari Yargıda Davadan Feragat ve Davayı Kabul, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010, E. <http://www.izmir-bim.adalet.gov.tr/makaleler/mesleki/TEZ%20ERCAN%20GOKTEPEOGLU.pdf>, E.T.08/07/2015.
- Görgün, L. Ş./Kodakoğlu, M., 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Gözler K./ Kaplan G., İdare Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş 11. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa Ağustos 2011.
- Gözübüyük A. Ş./ Tan T., İdare Hukuku Cilt 2, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2014.
- Günday M., İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları, Anayasa Yargısı, S.14, 1997, 347-358.
- Günday M., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:63, Ankara 2003,79-86.
- Günday M., İdare Hukuku, 10. Basım, İmaj Kitapevi, Ankara 2013.
- Güzel O., Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdari Yargının Görev Alanına Yönelik Müdahalelerin Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.17, S.1-2, Ocak-Nisan, 2013, 1483-1524.
- Işıklar, C., İdari Yargıda Duruşma, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.2, Y.2, S.4, 20 Ocak 2011, 45-100.
- Kalafat A., İdari Yargılama Usulü Kanunu'na Göre Davanın İhbarı, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y.7, S.14, Güz 2008, 157-173.
- Kaplan G., İptal Kararlarının Etki ve Sonuçlarının Zaman Yönünden Yargıç Tarafından Sınırlandırılması, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.2, 2013, 31-38.
- Kaplan, G., İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usulü ve Tanık Dinlenebilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.13, C.13, S.1, 33-46.

- Karakuş Z., İdari Yargıda Hukuk Muhakemeleri Kanununun Uygulanması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011.
- Karşlı A., Medeni Muhakeme Hukuku, 6100 sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3.baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Kuru B., Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt 4, 6. Baskı, Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, İstanbul Mart 2011.
- Meriç, N., Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümleri Çerçevesinde), Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- Odyakmaz Z., İdari Yargı İle İlgili Öneriler, idari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:63, Ankara 2003, 141-151.
- Onar S. S., İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt 3, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.
- Özkes M., Medeni Usul Hukuku'nda Asli Müdahale, Alfa Yayınları, 1995.
- Pekcanıtaç, H., İdari Yargıda Fer'i Müdahil Hükümü Tek Başına Temyiz Edebilir mi?, Prof. Dr. Turhan Tufan Yücel'ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, 591-601.
- Pekcanıtaç H./Atalay O./Özkes M., Medeni Usul Hukuku, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- Sancaktar O., İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Güncelleştirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- Uler Y., İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:281, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.
- Yasin M., İdari Yargılama Usulünde Davadan Feragat ve Davayı Kabul, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.3-4, 2004, 149-184.
- Yasin, M., İdari Yargılama Usulünde Davaya Müdahale, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.69, S.1-2, 439-452.
- Yıldırım T., İdari Yargı, Beta, İstanbul Aralık 2008.
- Yılmaz, D., Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat İlişkin Hükümlerin İdari Yargılama Usulünde Uygulanması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara Üniversitesi Açık Erişim Sistemi, Ankara 2011.
- Zabunoğlu Y., İdari Yargılama Usulü: Genel İlkeler ve Pozitif Düzenlemeler, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:33, Ankara 1982.

## **KARARLAR**

- Anayasa Mahkemesi E.1990/40, K.1991/33, T.01.10.1991, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.
- Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2.D, E. 1998/568, K. 1998/600, T. 29.9.1998, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları, Dergi No.13.
- Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Daireler Kurulu, E.2001/80 K.2001/104 T. 11.10.2001, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.
- Danıştay 3. Daire, E. 1991/258, K. 1991/3082, T. 6.12.1991, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.

- Danıştay 4. Daire, E. 1995/6183, K.1996/2698, T.20.06.1996, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.
- Danıştay 5.Daire, E. 2000/6874, K. 2004/104, T. 21.1.2004, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.
- Danıştay 5.Daire, E.2011/5286, K.2011/8012, T.23.12.2011, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.
- Danıştay 6. Daire, E.1994/484, K.1994/1873, T.9.5.1994, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.
- Danıştay 7.Daire, E. 1997/226, K.1997/452, T.5.2.1997, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.
- Danıştay 8.Daire, E.1999/3331, K.2001/2525, T.24.5.2001, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.
- Danıştay 8. Daire, 2011/9473, K.2012/2389, T.15.5.2012, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.
- Danıştay 9. Daire, E.1980/3734, K.1981/4242, T. 23.09.1981, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.
- Danıştay 10.Daire, E.2009/14803, 2010/6098, T.16.7.2010, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.
- Danıştay 10.Daire, E.2010/16395, K.2011/5749, T.20.12.2011, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.
- Danıştay 10.Daire, E.2011/7268, K.2012/3343, T.05.07.2012, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.
- Danıştay 11.Daire, E.2002/259, K.2005/680, T.16.02.2005, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.
- Danıştay 11.Daire, E.2007/5999, K.2007/8585, T.21.11.2007, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.
- Danıştay 13.Daire, E.2009/3116, K.2009/9261, T. 21.10.2009, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.
- Danıştay 13.Daire, E.2009/7197, K.2009/11365, T.29.12.2009, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.
- Danıştay, 13.Daire, E.2011/3787, K.2012/1286, T.23.5.2012, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.
- Danıştay 13 Daire, E. 2015/1268, K. 2015/4109, T. 24.11.2015, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.
- Danıştay 15.Daire, E.2013/4981, K.2014/2553, T.08.04.2014, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.
- Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E.2001/26, K.2001/309, T.6.4.2001, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.
- Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E.2003/967, K.2004/640, T.17.06.2004, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.
- Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E.2004/745, K.2004/861, T.21.10.2004, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.
- Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E.2013/76, T.25.04.2013, Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası.

# MUKAYESELİ HUKUKTA İFTİRA, SUÇ İSNADI VE MAHKEME KARARLARI

(Calumny (Slander), Crime Allegation and Court Decisions  
In Comparative Law)

Doç. Dr. Yusuf YAŞAR\*

## ÖZET

İftira suçu, Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler başlıklı Dördüncü Kısımın, Adliyeye Karşı Suçlar isimli İkinci Bölümünde, 267 nci maddede düzenlenmiştir. Maddenin düzenlenişi ve doktrindeki görüşler değerlendirildiğinde, iftira suçunun mağdurunun tüzel kişi olup olamayacağı hususunda tartışmalar bulunduğu görülmektedir. Nitekim devletin mağdur olup olamayacağı hususu da tartışmalı olup, işbu çalışma kapsamında, bir devletin iftira suçunun mağduru olup olamayacağı, özellikle soykırım suçu çerçevesinde incelenecektir.

Türk Ceza Hukuku'na göre, "Devlet" bir suçun faili olamaz, nitekim TCK'nın 20 nci maddesinde "(1) Ceza sorumluluğu şahsıdır. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz. (2) Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır." şeklinde bir düzenleme yer almakta olup bu husus açıkça belirtilmemiştir. Konumuz itibarıyla temel sorun bir devletin soykırım suçunun faili olduğu yönünde yapılan bir isnadın iftira suçunun konusunu teşkil edip etmeyeceğidir.

İftira suçu ile ilgili Türk Ceza Kanunu'nun 267 nci maddesindeki düzenlemeye bakıldığında, maddede hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat etmekten bahsedildiği görülmektedir. Soykırım suçunun, TCK'nın İkinci Kitabının, Uluslararası Suçlar başlıklı Birinci Kısımının, Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar isimli Birinci Bölümünde, 76 nci maddesinde düzenlendiği görülmektedir. Bu itibarla yukarıda belirttiğimiz üzere, ceza sorumluluğunun şahsiliği gereği, ceza hukuku bağlamında bir devletin soykırım suçunun faili olması mümkün olmayıp, bir devlet hakkında soykırım suçunu işlediği iddiasının iftira suçunun konusunu oluşturması mümkün değildir. Ancak, bir devletin yönetici-

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

lerinin soykırım suçunun failleri oldukları iddiasında bulunmak, bir suç isnadı gerçekleşmiş olacağından, şayet 267 nci maddedeki koşullar sağlanıyorsa, iftira suçunun konusunu oluşturabilecektir.

Diğer ülkelerin ceza kanunlarına bakıldığında da, iftira suçunun düzenlenişi itibariyle, genel olarak suçun masum kişilere suç isnadında bulunulması şeklinde düzenlendiği görülmektedir. TCK'nın 301 inci maddesinde olduğu gibi, hemen hemen her devletin, ceza kanununda veya çıkarılan bir ek kanunda, kendisine karşı yöneltilen aşağılayıcı, küçük düşürücü veya karalayıcı söylemlere karşı kendini koruduğu ve bu tür ifadelerin kullanılmasını suç olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu kapsamda her ne kadar bir devlete karşı yöneltilen soykırım isnatları iftira suçunun konusunu oluşturmaya elverişli bulunmasa da, TCK m.301 gibi diğer ülkelerin kanunlarında da yer alan düzenlemelere, yapılan isnat yöneticilere ilişkin ise, iftira suçunu düzenleyen maddelere başvurulması mümkündür.

**Anahtar kelimeler:** İftira suçu, Soykırım suçu, TCK m.301, Mağdur, Uluslararası Suçlar

### *Abstract*

Calumny (Slander), is regulated in the Second Chapter (“*Crimes Against Justice*”) of the Fourth Section (“*Offences Against the State of the Nation and Final Provisions*”) of the Turkish Criminal Code. When considering the perpetrator of this crime, there is a debate on the issue of whether legal persons may be the perpetrator of this crime or not. In addition, whether a state may or may not be the perpetrator of this crime, especially on genocide allegations, has been analyzed within this paper.

According to the 20th article of the Turkish Criminal Code, “*Criminal responsibility arises from a private wrong. No one can be kept responsible from another person’s act. No punitive sanctions may be imposed for the legal entities. However, the sanctions in the form of security precautions stipulated in the law for the offenses are reserved.*” Thus, this article states clearly that it is impossible for a state to be the perpetrator of any crime. So the main subject of this paper states that under the Turkish Criminal Law, a “State” cannot be considered as the perpetrator of genocide, but the state administrators can be. As a result, this paper analyzes whether allegations claiming that a State has committed genocide, give rise to calumny or not.

The 267th article of the Turkish Criminal Code states that “*Any person who cast aspersions on another person by raising complaint or notifying authorized bodies, or by using media in order to enable commencement of investigation and prosecution against this person, or imposition of administrative sanctions despite of his innocence, is punished with imprisonment from one year to four years.*” Genocide is regulated by the First Chapter (*Genocide and Offences against Humanity*) of the First Section (*International Offences*) of the Turkish Criminal Code. The article states that “(1) *Execution of any one of the following acts under a plan against members of national, racial or religious groups with the intention of destroying the complete or part of the group, creates the legal consequence of an offense defined as genocide. a) Voluntary manslaughter b) To act with the intension of giving severe corporal or spiritual injury, c) To impose conditions that make survival of complete or part of the group members impossible, d) To impose that prevent births in the group, e) To transfer minors of a*

*group to another group, (2) A person who commits the offense of genocide is sentenced to heavy imprisonment. (3) The court may adjudicate imposition of security precautions upon the legal entities due to such offenses, (4) These offenses are not subject to statute of limitation.”*

As specified above, the 267th article states that aspersions have to be casted on “persons”. Because of the fact that a state cannot be considered as a real person and as the perpetrator of genocide, it is impossible for a state to be the victim of “calumny”. However, according to Turkish Criminal Law, as state administrators can be considered as perpetrators of genocide, to make such allegations on these people may give rise to “calumny” if this crime has not been committed. In addition, even if such allegations on a state cannot give rise to calumny according to Turkish Criminal Law, they may be punished according to the 301st article of the Turkish Criminal Code. This article states that “1. Any person who publicly denigrates the Turkish Nation, the Republic and the Grand National Assembly of Turkey, the Turkish Government and State Judicial Organs, shall be sentenced to 6 months to 2 years of imprisonment. 2. Any person who publicly denigrates the military or security organizations shall be sentenced according the first paragraph. 3. Expression of thoughts intended to criticize shall not constitute a crime.” This paper shows that, like the Turkish Criminal Code, several countries’ criminal codes or other specific codes penalizes these kind of expressions against states. As a result, even if genocide allegations made against a state, are not punishable for calumny under the Turkish Criminal Code, they may be sanctioned based on the 301st article.

**Keywords:** Calumny, Genocide, Turkish Criminal Code, articles 76, 267 and 301, international crimes.

## GİRİŞ

İftira suçu, Türk Ceza Kanunu’nun Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükmümler başlıklı Dördüncü Kısımın, Adliyeye Karşı Suçlar başlıklı İkinci Bölümünde, 267 nci maddede “(1) Yetkili makamlara ihbar veya şikayette bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, işlemediğini bildiği halde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Fiilin maddi eser ve delillerini uydurarak iftirada bulunulması halinde, ceza yarı oranında artırılır. (3) Yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş mağdurun aleyhine olarak bu fiil nedeniyle gözaltına alma ve tutuklama dışında başka bir koruma tedbiri uygulanmışsa, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.” şeklinde düzenlenmiştir.

Suçun temel yapısı incelendiğinde, iftira suçunun “bir kimseye” karşı işlenebileceği görülmekte, bu itibarla bir tüzel kişinin veya devletin suçun mağduru olması Türk Ceza Hukuku bakımından mümkün gözükmemektedir. Her ne kadar doktrin- de Devletin, Ceza Kanununda düzenlenen suçlar bakımından mağdur sıfatını haiz

olup olamayacağı tartışmalı olsa da, İftira Suçu bakımından kanun metninde açıkça “bir kimse” ifadesinin kişi kavramından farklı olarak sadece gerçek kişileri işaret ettiği söylenebilir.

Devletin iftira suçunun mağduru olmaması, devlete karşı yapılabilecek ağır ve haksız ithamların cezasız kalacağı sonucunu doğurmamakta; yalnızca bu tür fiiller farklı suçların oluşmasına sebebiyet vermektedir. Bu anlamda özellikle TCK'nun 301. maddesi önemlidir. Türk Ceza Kanunu'nun 301 inci maddesinde, “(1) *Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Devletin askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır. (3) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz. (4) Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır*” düzenlemesi yer almakta, böylece Türk Milletine, Devlete, Hükümetine, Meclisine veya Yargı Organlarına yöneltebilecek aşağılayıcı ifadelerin cezasız kalmaması amaçlanmaktadır.

Bu çalışma kapsamında, genel olarak iftira suçunun hem mukayeseli hukukta hem de Türk Ceza Hukukunda nasıl düzenlendiği, özellikle mağdur konusu üzerinde durularak incelenecek, Devletin doğrudan doğruya iftira suçunun mağduru olamaması halinde ceza hukuku bakımından olaya nasıl bir çözüm getirilebileceği tartışılacak ve TCK'nın 301. maddesiyle olan bağlantı ortaya konulacak, nihai olarak da, kısaca soykırım suçu incelenerek bir devlete yöneltilen soykırım iddialarına karşı Devletin suç duyurusunda bulunup bulunamayacağı tartışılacaktır.

## I. Mukayeseli Hukukta İftira Suçu

TCK'nın 267 nci maddesinde, iftira suçunun “bir kimse”ye karşı işlenebileceği belirtilmiş olup, maddenin düzenlemesinden suçun mağdurunun ancak gerçek kişi olabileceği anlaşılmaktadır. Yabancı ülkelerin ceza kanunları incelendiğinde de, suçun benzer olarak düzenlendiği, genelde mağdurun gerçek kişi olarak kabul edildiği görülmektedir.

Alman Ceza Kanunu'nda, 164 üncü maddesinde iftira suçu düzenlenmiş, maddenin ilk fıkrasında suç veya hizmet yükümlülüğünü yerine getirmeme isnadından, ikinci fıkrada ise sair olgular içeren iddia isnadından bahsedilmiştir. Birinci fıkrada yer alan suç bakımından mağdurun gerçek kişi olacağına şüphe bulunmamaktadır, zira suç veya hizmet yükümlülüğünü yerine getirmeme isnadından bahsedilmektedir. Ancak ikinci fıkrada “sair olgular”dan bahsedildiğinden, Alman doktrinindeki bir görüşe göre, bu olgular kapsamına kabahatler de girebileceğinden ve bu kabahatlerin faili tüzel kişiler de olabileceklerinden, tüzel kişiler bu suçun mağduru haline gele-



bilirler<sup>1</sup>. Ancak genel olarak doktrindeki görüş her iki fıkra bakımından da suçun mağdurunun ancak gerçek kişiler olabileceği yönündedir<sup>2</sup>.

Alman Ceza Kanunu'nun Yabancı Ülkelere Karşı Suçlar başlıklı üçüncü bölümünde, 103 üncü maddede, yabancı ülkenin devlet başkanına, hükümetinin üyesine veya diplomatik görevi bulunana karalayıcı nitelikte hakaret edenlere hapis cezası öngörülmüştür. Kanunun 90, 90a ve 90b maddelerinde ise, Devlet Başkanı'na, Devlete, Devletin sembollerine, anayasal düzene, milli marşa, bayrağa, devletin renklerine, anayasal organlara, hükümete, anayasa mahkemesine hakaret eden veya bu değerleri küçük düşürücü ifadeler sarf eden kişilerin cezalandırılacakları öngörülmüştür.

Fransız Ceza Kanunu'nda, Kişilere Karşı Suçlar başlıklı İkinci Kitabın, İkinci Kısımının, Kişiliğe Karşı Saldırı başlıklı Altıncı Bölümünde, 226-10, 220-11 ve 226-12 maddelerinde düzenlenmiş, ilk maddede suçun "belirli bir kişiye karşı" işlenebileceği belirtilmiş, ancak 226-12 nci maddede, Kanun'un 121-2 maddesi uyarınca cezai sorumluluğu bulunan tüzel kişiler hakkında 226-12. maddesinde belirtilen tedbirlerin uygulanacağı belirtilmektedir<sup>3</sup>. Devlet Başkanına veya Devlete karşı hakaret suçu Fransız Ceza Kanunu'nda açıkça düzenlenmiş olmasa da, milli marşa ve bayrağa yönelik hakareti düzenleyen bir iç güvenlik yasası mevcuttur<sup>4</sup>.

İspanya Ceza Kanunu'nda iftira suçu 456 ncı maddede düzenlenmiş, maddede, doğru olmadığını bile bile, bir kişi hakkında, doğru olsaydı bir suç veya kabahat teşkil edecek olan bir fiili işlediğine dair idari veya yargı mercii yetkilisine ihbarda bulunan kişinin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Maddede tüzel kişi-gerçek kişi ayrımı yapılmamış, "kişiden" bahsedilmiştir. Bu itibarla İspanya ceza hukukunda devletin genel anlamda mağdur olarak kabul edilip edilmediği bu ayrımın yapılmasında önem kazanacaktır. Aynı Kanun'un 543 üncü maddesinde ise, İspanya'ya, özerk bölgesini, alamet ya da amblemlerini yazıyla veya eylemle alenen aşağılayan kişilerin cezalandırılmasını öngören bir düzenleme mevcuttur.

Belçika Ceza Kanunu'nda iftira suçu Kanun'un V. bölümünde, 443-452. maddelerinde düzenlenmiş, 443-445 inci maddelerde iftira suçunun mağduru "gerçek

<sup>1</sup> **Fischer**, Thomas, Beck'sche Kurz=Kommentare Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 2015, s.1144.

<sup>2</sup> **Joecks**, Wolfgang - **Miebach**, Klaus, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 3 par.80-184g StGB, 2012, s.1096,1097, **Rudolphi**, Hans Joachim - **Horn**, Eckhard - **Samson**, Erich - **Günther**, Hans Ludwig - **Hoyer**, Andreas - **Wolters**, Gereon - **Rogall**, Klaus - **Stein**, Ulrich - **Wolter**, Jürgen, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2007, s.13, **Dreher**, Eduard - **Tröndle**, Herbert, Beck'sche Kurz=Kommentare Strafgesetzbuch mit Nebengesetze, 1993, s.991, **Kühl**, Kristian, Strafgesetzbuch Kommentar, 2011, s.776.

<sup>3</sup> [http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do%3bjessionid=B21562BF1C87DC89C217E-E8165A70FA9.tpdila16v\\_2?idSectionTA=LEGISCTA000006165311&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20150323](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do%3bjessionid=B21562BF1C87DC89C217E-E8165A70FA9.tpdila16v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006165311&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20150323) , (Erişim Tarihi: 16.03.2015)

<sup>4</sup> <http://arsiv.setav.org/ups/dosya/21720.pdf>. (Erişim Tarihi: 16.03.2015)

kişi” olarak gösterilmiş, ancak 446 ncı maddede tüzel kişilere karşı gerçekleştirilen iftira ve hakaret suçlarının gerçek kişilere karşı işlenenlerle aynı şekilde cezalandırılacağı belirtilmiş, böylece tüzel kişilerin de mağdur olabilecekleri kabul edilmiştir.

İsviçre Ceza Kanunu'nun 303 üncü maddesinde, masum olduğunu bildiği bir kişi hakkında soruşturma açılmasını sağlamak amacıyla o kişi hakkında bir suç veya kabahat işlediği yolunda yetkili makamlara suç duyurusunda bulunan kişinin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Burada da gerçek kişi tüzel kişi ayrımı yapılmamış olup, “masum olduğu bilinen kişi” den bahsedilmiştir. Türk Ceza Kanunu ile benzer olan bu kanun metninden de gerçek kişilerin mağdur olabileceği düşünülebilirse de İsviçre ceza hukukunda devletin genel anlamda mağdur olarak kabul edilip edilmediğinin ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Kanun'un 270 inci maddesinde İsviçre Konfederasyonu'nu veya Kantonlarını temsil eden bayrağı, armayı veya İsviçre'yi temsil eden bir ambleme zarar vermek veya bunları aşağılamak suç olarak düzenlenmiş, Kanun'un 296 ncı maddesinde ise yabancı devletin; başkanlarına, hükümet üyelerine, diplomatik temsilcilerine alenen hakaret etmek suç olarak düzenlenmiştir.

İsveç Ceza Kanunu'nda, iftira suçu Kanun'un 15 inci bölümünün 5,6 ve 7 nci maddelerinde düzenlenmiştir. Maddelerde “masum bir kişi” hakkında soruşturma başlatılmasına sebebiyet vermek ve suç duyurusunda bulunmak suç olarak düzenlenmiştir. Bu Kanun'da da yalnızca “kişi”den bahsedilmiş, ancak maddede “masum kişi” ifadesi kullanıldığından gerçek kişiden bahsedildiği düşünülebilir.

Macaristan Ceza Kanunu'nda, 227 ncı maddede kişilere karşı iftira suçu düzenlenmiş ve yalnızca “gerçek kişi”lerden bahsedilmiştir. Kanun'un 334 üncü maddesinde, ülkenin milli marşının, bayrağının, armasının veya Macaristan Krallığı'nın şerefine hanel getirecek veya küçük düşürecek ifadeler kullanan veya buna benzer karalayıcı ifadeler sarf eden kişilerin 1 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmaları öngörülmüştür<sup>5</sup>.

İzlanda Ceza Kanunu'nda, iftira suçu, yalan tanıklık ve suç uydurma gibi kanunumuzda da yer alan bazı suçlarla birlikte, Kanununun 142-149. maddeleri arasında düzenlenmiş olup, suçun mağduru için kanun metninde “kişi” kelimesi geçmektedir. Ancak Devlete, bayrağa, hükümete ve hatta yabancı devletlere veya o devletlerin başkanlarına karşı yapılabilecek küçük düşürücü söylemler de İzlanda Ceza Kanunu'nun 95. maddesinde cezalandırılmıştır<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes> (18.03.2015)

<sup>6</sup> <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, (18.03.2015)

## II. Türk Ceza Kanunu'nda İftira Suçu ve Devletin Suçun Mağduru Olup Olamayacağı Sorunu

### 1. Türk Ceza Kanunu'nda İftira Suçu

İftira suçu, Türk Ceza Kanunu'nun Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükmümler başlıklı Dördüncü Kısımın, Adliye Karşı Suçlar başlıklı İkinci Bölümünde, TCK'nın 267 nci maddesinde düzenlenmiştir. Maddede, yetkili makamlara ihbar veya şikayette bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, işlemediğini bildiği halde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat eden kişinin cezalandırılacağı belirtilmiş, maddenin ikinci fıkrasında failin cezasının artırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak, suçun fiilin maddî eser ve delillerini uydurarak işlenmesi hali düzenlenmiştir.

Madde metni incelendiğinde, iftira suçunun yalnızca suç isnatlarını değil, idari yaptırım öngören fiilleri de kapsadığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla suçun oluşabilmesi için, yapılacak isnadın, suç isnadı ise soruşturma başlatmaya ya da yapmaya yetkili makamlara, idari yaptırım gerektirecek isnatların ise aynı yönde yetkili idari makamlara yöneltilmesi gerekmektedir<sup>7</sup>.

Mağdur, suçun maddi konusunun sahibidir<sup>8</sup>. İftira suçu adliye karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenlenmiş olduğundan, bir görüşe göre iftira suçunun mağduru toplumu oluşturan herkeştir<sup>9</sup>. Bir başka görüşe göre ise, isnat edilen fiilin suç veya kabahat olmasına göre, ilk durumda mağdur kendisine haksız suç isnadı yapılan gerçek kişi, ikinci halde ise gerçek kişi veya tüzel kişidir<sup>10</sup>. Bu bağlamda suçun hukuki konusu da önem arz etmekte olup, suçun konusunun bireysel menfaat olduğu görüşünde olan yazarların suçun mağdurunun "suçsuz kimse" olduğu görüşünde olup<sup>11</sup>, suçun hukuki konusunun adliyenin idaresi olduğunu düşünen yazarların ise suçun mağdurunun adliye olduğu görüşünde oldukları<sup>12</sup> görülmektedir.

İftira suçu bakımından, kanun metnine bakıldığında, yetkili makamlara ihbar veya şikayette bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, işlemediğini bildiği halde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygu-

<sup>7</sup> **Artuk**, Mehmet Emin-**Gökçen**, Ahmet-**Yenidünya**, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 1033.

<sup>8</sup> **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 280 – 281, **Toroslu, Nevzat**, Ceza Hukuku Genel Kısım, 19. Baskı, Ankara 2013, s. 105.

<sup>9</sup> **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 1052.

<sup>10</sup> **Tezcan**, Durmuş - **Erdem**, Mustafa Ruhan-**Önok**, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2010, s.921.

<sup>11</sup> **Bayraktar**, Köksal, İftira, İÜHFM, C. XL, S. 1-4, s.190-191.

<sup>12</sup> **Erem**, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, C. II, Ankara 1993, s.1519-1520.

lanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat edilmesinden bahsedildiği görülmektedir. Bu itibarla, gerçekten de burada isnat edilebilecek fiil bir suç teşkil edebileceği gibi, idari yaptırım gerektiren bir fiil de olabilir. TCK'nın 20 nci maddesinde “*Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır*” şeklinde bir düzenleme yer almakta, böylece tüzel kişilerin bir suçun faili olamayacakları anlaşılmaktadır. Bu itibarla iftira suçu bağlamında tüzel kişilere bir soruşturma ve kovuşturma başlatılmasına sebebiyet verecek bir suç isnadı yapılması mümkün değildir; zira tüzel kişiler zaten bir suçun faili olamazlar.

Doktrindeki bazı yazarlara göre, idari yaptırım uygulanmasını gerektiren fiiller bakımından, tüzel kişiler suçun mağduru olabilecekler<sup>13</sup>, farklı görüşte olan yazarlara göre ise, idari yaptırımdan etkilenenler tüzel kişiliğin hissedar ya da üyeleri olan gerçek kişiler olduğundan, suçun mağduru yine bu gerçek kişiler olmakla beraber, tüzel kişiler suçtan zarar gören olacaklardır<sup>14</sup>. Doktrindeki bir başka görüşe göre ise, tüzel kişilerin bu suçun maddi konusu olmaları mümkün değildir; zira kanun metninde “bir kimse” ifadesi kullanılmış olup, kanun koyucu bu suçun kapsamına tüzel kişileri dahil etmek isteseydi “kişi” kelimesini kullanacağını ileri sürmektedir<sup>15</sup>.

## 2. Devletin Suçun Mağduru Olup Olamayacağı Sorunu

Türk Ceza Hukukunda devletin bir suçun mağduru olup olmayacağı tartışmalı bir husustur. Doktrindeki bir görüşe göre, özellikle mağduru belli bir kimse olmayan suçlarda suçun mağduru geniş anlamda devlet değil, toplumu oluşturan bireylerdir ve suçun mağduru ancak gerçek kişiler olabilir<sup>16</sup>. Doktrindeki bir başka görüş ise, dolaylı olarak geniş anlamda devletin her suçun mağduru olduğunu ileri sürer<sup>17</sup>. Ancak doktrindeki baskın görüş, devletin tek başına bir suçun mağduru olamayacağına yöneliktir. Kanaatimizce, bir Devletin suçun mağduru olması mümkün olmayıp, ancak gerçek kişiler suçun mağduru olarak değerlendirilmeli, Devlet ise yerine göre suçtan zarar gören olarak değerlendirilmelidir. Bu itibarla iftira suçu bağlamında Devletin mağdur olması mümkün olmayıp, fiillerin isnat edildiği dönem devlet yöneticilerinin iftira suçunun mağduru olabilecekleri, dolayısıyla Devletin bundan zarar görebileceği kabul edilmelidir.

<sup>13</sup> Tezcan - Erdem - Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.921.

<sup>14</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 1053.

<sup>15</sup> Yıldırım, Akif, İftira Suçu, TBB Dergisi, Sayı 69, 2007, s.188.

<sup>16</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 284, Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2011 Ankara, s.126, Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s.198, Koca, Mahmut - Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s.108.

<sup>17</sup> Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK 1-75, Şubat 2015, 150-151.

Yukarıda izah edildiği üzere, Devlet tek başına bir suçun mağduru olamayacağı gibi, ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 20. maddesi gereği bir suçun faili olamayacağı da açıktır. Bu itibarla sorun soykırım suçu bakımından değerlendirildiğinde, devletin suçun faili olması mümkün olmayacağından, bir devlet hakkında soykırım suçunu işlediğinden bahisle ithamda bulunmanın iftira suçuna vücut vermesi de mümkün değildir. Ancak bu noktada, böyle bir yorumun yalnızca Devlet bakımından geçerli olacağı, soykırım teşkil ettiği iddia edilen fiillerin işlendiği dönemde, bu fiillere ilişkin kararları ve talimatları veren gerçek kişiler ve devlet yöneticileri hakkında iftira suçunun oluşabileceğini kabul etmek gerekir. Her ne kadar bir Devletin soykırım suçunun faili olması hukuken mümkün olmayıp, Devlete yöneltilen bu tür ithamlar iftira suçuna vücut vermese de, gerçek kişiler olan yöneticiler hakkındaki bu tür iddiaların 267 nci madde kapsamında iftira suçunu oluşturması mümkündür.

### III. Uluslararası Hukukta ve Türk Ceza Kanunu'nda Soykırım Suçu

#### 1. Uluslararası Hukukta Soykırım Suçu Bağlamında Devletin Sorumluluğu

Soykırımın karşılığı olan ve Türkiye'de *Jenosit* olarak geçen “*Genocide*” kelimesi, ilk defa Raphael Lemkin tarafından kullanılmıştır. Kelimenin anlamına bakıldığında, Yunanca'da “ırk, kabile” anlamına gelen “*genos*” ile Latince anlamı öldürmek olan “*cide*” kelimelerinin bir araya getirilmesiyle ortaya çıktığı görülmektedir<sup>18</sup>. Soykırım suçunun uluslararası sözleşmeler tarafından tanımlanmasından önce, Lemkin ortaya koyduğu bu kavramla soykırım suçunu teşkil edecek fiillerin “politik, sosyal, kültürel, biyolojik, fiziksel, dini ya da ahlaki” olarak işlenebileceğini savunarak suçun kapsamını oldukça geniş tutmuştur<sup>19</sup>.

Hukuki anlamda soykırımın tanımlanması ve bağımsız bir suç tipi olarak uluslararası hukukta tanınması 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi ile gerçekleşmiştir<sup>20</sup>. Sözleşmenin 2. maddesine göre, “*Bu Sözleşme bakımından, ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu, kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla işlenen aşağıdaki fiillerden her hangi biri, soykırım suçunu oluşturur. a) Gruba mensup olanların öldürülmesi; b) Grubun mensuplarına ciddi surette bedensel veya zihinsel zarar verilmesi; c) Grubun bütünüyle veya kısmen, fiziksel varlığını ortadan kaldıracağı hesaplanarak, yaşam şartlarını kasten değiştirmek; d) Grup içinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler almak; e) Gruba mensup çocukları*

<sup>18</sup> Tezcan, Durmuş - Erdem, M. Ruhan - Önok, R. Murat, Uluslararası Ceza Hukuku, Ankara 2009, s.511.

<sup>19</sup> Değer, Ozan, *Soykırım Suçu ve Devletin Sorumluluğu: Uluslararası Adalet Divanı'nın Bosna-Hersek v. Sırbistan-Karadağ Kararı*, Uluslararası İlişkiler, Cilt:6, Sayı:22, (Yaz 2009), s. 63.

<sup>20</sup> Tezcan, Durmuş - Erdem, M. Ruhan - Önok, R. Murat, Uluslararası Ceza Hukuku, s.511.

zorla bir başka gruba nakletmek” soykırımı oluşturan eylemler olup; 3. maddeye göre ise, soykırımda bulunmak, bulunulması için işbirliği yapmak, bulunulmasını doğrudan veya aleni surette kışkırtmak, bulunmaya teşebbüs etmek ve iştirak etmek bu suç kapsamında cezalandırılacak eylemlerdir<sup>21</sup>. Son olarak ise, 1 Temmuz 2002’de yürürlüğe giren ve Uluslararası Ceza Divanını kuran Roma Statüsü’nde de bu suç tipi düzenlenmiş olup, Türk Ceza Kanunu’nda yer alan soykırım suçuna ilişkin düzenleme Roma Statüsü’ndeki düzenleme ile büyük ölçüde paralellik göstermektedir<sup>22</sup>.

Soykırım suçu uluslararası suçlardandır. Bu tür suçlarda sorumluluk uluslararası hukuk temelinde, bireysel cezai sorumluluk olarak belirlenmekte, bu itibarla uluslararası suçların failleri tüzel kişiler değil, ancak gerçek kişiler olabilmektedir<sup>23</sup>. Zira devletler eşit tüzel kişilikler olduğundan bir devlet fail ya da mağdur olarak kabul edildiğinde eşitler arası bir yargılama mümkün olmadığından bu durum sorunlara yol açacaktır.

Buna rağmen, geçmiş dönemlerde, bir devletin soykırım suçu bakımından cezai sorumluluğunun bulunup bulunmayacağı yoğun olarak tartışılmıştır. Uluslararası Adalet Divanı’nın önüne gelen *Bosna-Hersek v. Sırbistan-Karadağ* davasının görülmesine kadar uluslararası hukukta kabul edilen genel anlayışa göre devletlerin soykırım suçunun faili olmayacakları ve bundan dolayı bir cezai sorumluluklarının doğmayacağı<sup>24</sup> ve sorumluluklarının soykırımı önleme ve sorumlularını cezalandırmayla sınırlı olduğu kabul edilegelmiştir<sup>25</sup>. Bu davaya ilişkin verilen 26 Şubat 2007 tarihli kararlar devletlerin sorumluluğu anlayışında bazı değişikliklere gidilmiştir. Kararda, Mahkeme, Sözleşme’nin 1. ve 9. maddelerini yorumlayarak, devletler tarafından soykırım suçunun işlenmesinin yasaklandığı sonucuna varmış ve uluslararası hukuk anlamında devletlerin de bu suçu işlemekten sorumlu tutulabileceklerini belirterek, devletin gerekli önlemleri almaması veya yükümlülüklerini ihmal etmesi neticesinde suçu işlemekten veya suça iştirak etmekten sorumlu tutulabileceğini belirtmiştir<sup>26</sup>. Ancak bu kapsamda devlet bakımından doğacak sorumluluğun sadece uluslararası

<sup>21</sup> [http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafliisoz/bm/bm\\_11.pdf](http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafliisoz/bm/bm_11.pdf) (Erişim tarihi: 10.05.2015)

<sup>22</sup> Roma Statüsü’nün 6. maddesinde soykırım suçu şu şekilde düzenlenmiştir: “Bu Statü’nün amaçları bakımından, ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir gruba, kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla işlenen aşağıdaki fiillerden her hangi biri, soykırım suçunu oluşturur. a) Gruba mensup olanların öldürülmesi; b) Grubun mensuplarına ciddi surette bedensel veya zihinsel zarar verilmesi; c) Grubun bütünüyle veya kısmen, fiziksel varlığını ortadan kaldıracığı hesaplanarak yaşam şartlarını kasten değiştirmek; d) Grup içinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler almak; e) Gruba mensup çocukları zorla bir başka gruba nakletmek”, <http://www.ihop.org.tr/dosya/ucm/ucm.pdf> (Erişim tarihi: 11.05.2015)

<sup>23</sup> Değer, Ozan, s.65.

<sup>24</sup> Değer, Ozan, s.67.

<sup>25</sup> Beşiri, Arzu, *Soykırım ve Soykırımı İlişkin Uluslararası Mekanizmalar*, TBB Dergisi, 2013, s.205.

<sup>26</sup> Beşiri, Arzu, s.205.

bir sorumluluk olacağı ve cezai nitelikte olmayacağı, uluslararası hukukta devletlerin cezai sorumluluğunun kabul edilmediğini vurgulanmıştır<sup>27</sup>.

Bu itibarla, uluslararası hukuk bağlamında ve bu alanda verilen Uluslararası Adalet Divanı'nın bu kararı ile birlikte devletin sorumluluğu hususu incelendiğinde, devletlerin soykırım suçunun işlenmemesi için gerekli önlemleri almadıkları, sorumluları cezalandırmadıkları ve devlet olarak suçun işlenişine iştirak ettikleri hallerde dahi, bu fiillerinden dolayı sorumluluklarının doğacağı muhakkaktır. Ancak bu sorumluluk, cezai bir sorumluluk olarak değil, uluslararası sözleşmelere taraf olduğu ve uluslararası yetkiye sahip mahkemelerin yetkisinin tanındığı ölçüde ortaya çıkacak olan uluslararası bir sorumluluktur.

## 2. Türk Ceza Hukuku'nda Soykırım Suçu

Türkiye'de ise, ulusal hukuk bakımından durum incelendiğinde, soykırım suçu TCK'nın 76 ncı maddesinde "(1) Bir planın icrası suretiyle, millî, etnik, ırki veya dini bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi maksadıyla, bu grupların üyelerine karşı aşağıdaki fiillerden birinin işlenmesi, soykırım suçunu oluşturur: a) Kasten öldürme. b) Kişilerin bedensel veya ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme. c) Grubun, tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak koşullarda yaşamaya zorlanması. d) Grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirlerin alınması e) Gruba ait çocukların bir başka gruba zorla nakledilmesi. (2) Soykırım suçu failine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir. Ancak, soykırım kapsamında işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama suçları açısından, belirlenen mağdur sayısınca gerçek içtima hükümleri uygulanır. (3) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunur. (4) Bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemez" şeklinde düzenlenmiştir.

765 sayılı TCK'da düzenlenmemiş olan bu suç, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Roma Statüsü'nde yer alan metne paralel olarak düzenlenmiştir. Nitekim yukarıda değinilen 1948 yılında kabul edilen Birleşmiş Milletler Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi de Türkiye tarafından 23.3.1950 tarihinde 5630 sayılı Kanunla herhangi bir çekince konulmaksızın onaylamıştır<sup>28</sup>.

Türk Ceza Kanunu'nda suçun "Uluslararası Suçlar" kısmında düzenlendiği dikkate alındığında, suçla korunan hukuksal değer bireysel değerlerden ziyade « insanlığın uluslararası varlığı »dır<sup>29</sup>.

Suçun maddi unsurlarına bakıldığında, suçun faili bakımından herhangi bir özellik aranmadığı ve suçun failinin herkes olabileceği görülmektedir. Ancak bu nok-

<sup>27</sup> Tezcan, Durmuş - Erdem, M. Ruhan - Önok, R. Murat, Uluslararası Ceza Hukuku, s.517.

<sup>28</sup> Koca, Mahmut, *Türk Ceza Kanunu'nda Soykırım Suçu*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan 2010, Sayı:1, s.7.

<sup>29</sup> Koca, Mahmut, *Türk Ceza Kanunu'nda Soykırım Suçu*, s.10.

tada suçun özellikleri dikkate alındığında bu suçun tek bir kişinin tek başına işleminin güç olacağı, bu suçun ancak belirli bir grup tarafından işlenmesinin mümkün olacağı kabul edilmelidir<sup>30</sup>. Bunun yanı sıra, yukarıda izah edildiği üzere, TCK'nın 20. maddesi gereği bir suçun faili ancak gerçek kişiler olabilmektedir. Bu itibarla, bir devletin bu suçun faili olması mümkün olmamakla beraber, devlet adına hareket eden gerçek kişilerin bu suçun faili olabilmeleri mümkündür. Suçun mağduru geniş anlamda uluslararası toplumu oluşturan tüm insanlar olsa da, ayrıca dar anlamda mağduru soykırım suçunu oluşturan fiillere maruz bırakılan *milli, etnik, ırki veya dinsel* bir grubun üyeleri de olduğunu kabul etmek gerekir<sup>31</sup>.

Suçun fiil unsuru ise maddede beş bent halinde belirtilmiş olup bunlar kanun metninde *kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, ezizet veya köleleştirme, kişi hürriyetinden yoksun kılma, bilimsel deneylere tabi kılma, cinsel saldırıda bulunma, çocukların cinsel istismarı, zorla hamile bırakma ve zorla fuhşa sevk etme* olarak belirtilmiştir. Suçun hangi fiillerle işlenebileceği maddede tek tek belirtilmek suretiyle düzenlenmiş olduğundan bu suç bağlı hareketli bir suçtur. Bunun yanı sıra bu fiillerden herhangi birinin belirtilen gruplara karşı işlenmesi halinde suç meydana geleceğinden, bu suç seçimlik hareketli bir suçtur. Bu itibarla, suçun oluşması için sayılan bu fiillerin hepsinin gerçekleşmesi aranmayacak, bunlardan yalnızca birinin işlenmesi suçun oluşumu bakımından yeterli sayılacaktır. Ancak seçimlik hareketli suçların özelliği gereği bu fiillerden birkaçının aynı gruba karşı aynı dönemde işlenmesi halinde birden fazla suç oluşmayacak, ilk seçimlik hareketin yapılmasıyla suç tamamlanacak, tek bir suç oluşmuş olacaktır. Ancak ceza belirlenirken birden fazla seçimlik hareketin gerçekleştirilmesi halinde TCK'nın 61. maddesi gereği bu husus dikkate alınabilecektir.

Suçun "bir planın icrası suretiyle" işlenmesi ise, bazı yazarlar tarafından suçun maddi unsurları kapsamında değerlendirilirken<sup>32</sup>, bir diğer görüşe göre ise yalnızca manevi unsurun ispatını kolaylaştıran bir husus olup maddi unsurlarla bir ilgisi bulunmamaktadır<sup>33</sup>.

Soykırım suçu bakımından önem arz eden bir diğer unsur da suçun manevi unsurudur. Soykırım suçu ancak kasten işlenebilir. Bu itibarla fail suçu bilerek ve isteyerek gerçekleştirebilir. Kanunda ayrıca taksirli hali düzenlenmediğinden bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Ancak bu noktada önem arz eden husus, suçun işlenebilmesi için kanun koyucu tarafından özel bir kast aranmış olmasıdır. Kanun metninde suçun "*bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi maksadıyla*"

<sup>30</sup> **Turhan**, Faruk, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar, HPD Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 3, Nisan 2005, s.3.

<sup>31</sup> **Koca**, Mahmut, *Türk Ceza Kanunu'nda Soykırım Suçu*, s.10.

<sup>32</sup> **Koca**, Mahmut, *Türk Ceza Kanunu'nda Soykırım Suçu*, s.17.

<sup>33</sup> **Değirmenci**, Olgun, *Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu (TCK 76)*, TBB Dergisi, Sayı:70, 2007, s.96.



işlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu bağlamda, bu maksat bulunmaksızın kanun metnindeki fiillerin işlenmesi soykırım suçuna vücut vermeyecektir. Bu itibarla suçun olası kastla işlenmesi mümkün olmayıp ancak doğrudan kastla işlenebilir. Suçun oluşması bakımından ise failin bu maksada ulaşmasının bir önemi bulunmamakta, bu maksatla hareket etmesi yeterli görülmekte, bu maksat dahilinde de failin sadece bir gruba mensup kişileri öldürmek amacıyla değil, aynı zamanda hedef aldığı grubu kısmen veya tamamen yok etmek, yani o grubun gelecek kuşaklarının var olmasını da engelleme amacı gütmeye gerekmektedir<sup>34</sup>. Nitekim bu husus *Prosecuta v. Rutaganda* davasında Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından özellikle vurgulanmıştır<sup>35</sup>. Ayrıca Uluslararası Adalet Divanı yukarıda da değinilen 26 Şubat 2007 tarihli kararında, Sırbistan-Karadağ hakkında açılan davada, soykırım suçunun oluşabilmesi için özel kast unsurunun öneminin altını özellikle çizmiş ve karara konu olaylarda Bosna-Hersek'te yer alan kamplarda gerçekleştirilen kitlesel öldürmelerin bu özel kastla yapıldığına ikna olmadığını belirterek Sırbistan-Karadağ devleti aleyhine soykırım suçunu işlediğine dair hüküm verilemeyeceğine karar vermiştir<sup>36</sup>.

Arz ettiği öneme binaen, soykırım suçunun düzenlendiği maddenin ikinci fıkrasında özel bir içtima hükmü getirilerek soykırım kapsamında işlenen “kasten öldürme ve kasten yaralama suçları açısından, belirlenen mağdur sayısınınca gerçek içtima hükümleri uygulanacağı” belirtilmektedir. Ayrıca TCK'nın 13 üncü maddesi kapsamında bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması bakımından evrensellik ilkesi kabul edilerek soykırım ve insanlığa karşı suçları yalnızca Türkiye'de işleyenlerin değil, yurtdışında işleyen vatandaş veya yabancıların da, Türkiye'de yargılanması öngörülmüştür<sup>37</sup>.

#### IV. Türk Ceza Kanunu'nun 301 inci Maddesinin Uygulanması

Yukarıda Mukayeseli Hukuk başlığı altında incelendiği üzere, hemen hemen tüm ülkeler, devletlerini ve manevi değerlerini koruyabilmek adına bu değerlerin tahkir edilmesine yaptırım uygulayan bazı suçlar ihdas etmişlerdir. Bu ülkelerde olduğu gibi, Türk Ceza Kanunu'nun 301 nci maddesinde, “(1) *Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Devletin askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır. (3) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz. (4) Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.*” şeklinde bir düzenleme yapılmıştır.

<sup>34</sup> Koca, Mahmut, *Türk Ceza Kanunu'nda Soykırım Suçu*, s.18.

<sup>35</sup> Kocaoglu, Sinan, *Uluslararası Ceza Hukuku ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Bağlamında Soykırım Suçu*, Ankara Barosu Dergisi, 2005-3, s.159.

<sup>36</sup> Beşiri, Arzu, s.205.

<sup>37</sup> Koca, Mahmut, *Türk Ceza Kanunu'nda Soykırım Suçu*, s.25.

Maddenin düzenlenişiyile korunan temel hukuki değere bakıldığında, genel anlamda korunan kamu menfaati<sup>38</sup>, toplumun devamlı huzuru ve vatandaşların saygınlığıdır<sup>39</sup>. Bununla beraber devletin manevi şahsiyetinin ve saygınlığının da korunduğunu kabul etmek gerekmektedir<sup>40</sup>. Ancak konumuz bakımından önemli olan bir husus, korunan hukuki menfaatleri ihlal eden ve kanun metninde belirtilmiş olan “aşağılama” kavramıdır. Aşağılama kavramından ne anlaşılması gerektiğine paralel olarak, bir devlet hakkında soykırım suçunu işlediği iddiasında bulunmanın, iddianın gerçekliğinin şüpheli kalması halinde, aşağılama olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira yukarıda ayrıntılı olarak ifade edildiği üzere, her ne kadar bir devlet cezai sorumluluk anlamında soykırım suçunun faili olarak değerlendirilemeyecek olsa da, Uluslararası Adalet Divanı’nın 2007 yılında vermiş olduğu kararda, bir devletin soykırım suçunu işleyebileceği, ancak bunun yalnızca uluslararası hukuk bağlamında sorumluluk doğuracağı belirtilmiştir. Bununla birlikte bir devletin yöneticilerinin soykırım ithamına maruz kalmasının, bu kişilerin devleti temsil ettikleri düşünülürse esasen devletin şahsiyetini de itham anlamına geleceği ifade edilebilir. Bu itibarla, bir devlet hakkında böyle bir suç işlediği veya bu suça iştirak ettiğine ilişkin ileri sürülen iddiaların şüphede kalması halinde bu tür ifadelerin aşağılama kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılabilir.

Aşağılama kavramı doktrinde pek çok değişik biçimde tanımlanmıştır. Kelimenin sosyal anlamı incelendiğinde, “*duyulan saygı ve güvenin azaltılması amacıyla matuf ifade, eylem ve düşünce açıklaması*” şeklinde, dil bilimi açısından bir değerlendirme yapıldığında ise, “*kıymetini itham etmek, kıymetini aşağı göstermek, hor görmek, tahkir etmek*” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>41</sup>. 765 sayılı Kanun’un 159 uncu maddesinde, bu suç bakımından tahkir ve tezyif ifadelerine yer verilmiş, suçun oluşabilmesi için kullanılan ifadelerin hem tahkir hem de tezyif niteliğinde olması aranmıştır. Bu itibarla doktrindeki bazı yazarlar aşağılamak kelimesini bu fiillerle paralel incelemişler, aşağılamanın, tahkir ve tezyife ya da hakarete göre daha hafif bir saldırı teşkil ettiğini belirtmişlerdir<sup>42</sup>. Buna göre, doktrinde tahkirin kelime olarak “*hakaret etme, hor görme, küçük düşürme, onur kırma, aşağılama, gurur kırıcı davranış ve hareketlerde bulunma*” anlamına gelirken, tezyifin ise, “*bayağı, adi, küçük düşürücü ve mağdurun şeref ve haysiyetini pek büyük ölçüde rencide edici bir kelime ile hakir görücü tahkirleri*” içerdiği belirtilmiş, 5237 sayılı kanundaki aşağılamak fiilinin yine bu anlamda anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> **Birtek**, Fatih, *İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Kanunu’nun 301 inci maddesinin Bu Kavram Işığında Değerlendirilmesi*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt :81, Sayı :2, 2007, s.618.

<sup>39</sup> **Ceyhan**, Murat, *Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu* (Tck m. 301), Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, s.1788.

<sup>40</sup> **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 1204.

<sup>41</sup> **Birtek**, Fatih, s.616.

<sup>42</sup> **Artuk**, Mehmet Emin, *Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum Ve Organlarını Aşağılama Suçu* (5237 sayılı TCK m. 301), TBB Dergisi, Sayı:70, 2007, s.231.

<sup>43</sup> **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 1205.

Bir Devlet hakkında soykırım suçunu işlediğine ilişkin iddialar ileri sürmenin, yukarıda açıklanan sebeplerle her ne kadar iftira suçunu oluşturmasa da, 301 inci madde kapsamında aşağılamak ifadesinin kapsamında kaldığı tartışılabilir. Ancak, aynı maddenin üçüncü fıkrasında eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının suç teşkil etmeyeceği belirtilmiş, suçun oluşumuna engel olan hukuka uygunluk sebeplerinden hakkın kullanılması kapsamındaki düşünce ve ifade özgürlüğüne vurgu yapılmıştır. Bu ifade olmasaydı dahi hukuka uygunluk nedenleri arasında yer alan hakkın kullanılması kapsamında düşünce ve ifade özgürlüğü gereğince fiil suç teşkil etmeyecek denilebilirse de kanun koyucunun bu hususu özellikle vurgulaması gereksiz bir tekrar olarak görülmemeli uygulayıcılara yönelik bir ibare olarak anlaşılmalıdır.

Bu itibarla kullanılan ifadelerin suçu oluşturup oluşturmadığı incelenirken, düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamında kalıp kalmadığının değerlendirilmesi de gereklidir. Bu noktada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Yargıtayımızın içtihatları genel anlamda değerlendirildiğinde, eleştiri kavramı kapsamında sert, haşin ve yerici ifadelerin yer alabileceği, hatta siyasi kimliği olan kimselerin bu tür eleştirilere konumları gereği maruz kalmalarının daha anlaşılabilir olduğu ve bu kişiler hakkında yapılan eleştirilerin daha sert olmasının da kabul edilebileceği gerekmektedir. Ancak eleştiri sınırının aşılması ve 301. maddede belirtilen kurumların doğrudan saygınlığını rencide edici ve aşağılayıcı ifadelerin kullanılması halinde suçun oluşacağı muhakkaktır. Burada sınırı belirlerken şüphesiz başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve AİHS'in uygulanma ve yorumlanmasında asıl yetkili olan AİHM'in kararları olmak üzere uluslararası hukukun kriterleri dikkate alınmalıdır. Zira Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90 ıncı maddesine göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmünde olup, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşmaların hükümleri esas alınacaktır<sup>44</sup>.

Türkiye'nin de taraf olduğu sözleşmenin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinin ilk fıkrası "*Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir*" şeklinde düzenlenmiş, ikinci fıkra ise bu özgürlüğe "*Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığı veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı*

<sup>44</sup> Şahbaz, İbrahim, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri*, TBB Dergisi, Sayı:54, 2004, s.185.

*biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir*” şeklinde bir sınırlama getirilmiştir<sup>45</sup>. Bu itibarla ifade özgürlüğünün esas kural olduğu vurgulanmış, ancak belirli şartlarda bu özgürlüğün de sınırlandırılabilceği belirtilmiştir.

AIHM’in Lingens<sup>46</sup> davasında, “(...) *bir siyasetçiye yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırları, özel bir şahsa yönelik eleştiri sınırına göre daha geniştir. Bir siyasetçi, özel şahıstan farklı olarak her sözünü ve eylemini bilerek ve kaçınılmaz bir biçimde, gazetecilerin ve halkın yakın denetimine açar; bu nedenle daha geniş hoşgörü göstermek zorundadır*” şeklinde karar vermiş<sup>47</sup>, bu husustaki görüşünü ilerleyen dönemlerde verdiği kararlarda da pekiştirmiştir. AIHM’in genel olarak ifade özgürlüğü kapsamında verdiği kararlara bakıldığında, ifade özgürlüğünün mümkün merteye geniş tutulduğu, sınırlamaların ise mümkün olduğunca dar yorumlanması ve uygulanması gerektiğinin vurgulandığı görülmektedir. Nitekim Sürek davasında da, AIHM dava-ya konu olan “*Mahkeme Sözleşmenin 10. Maddesinin 2. fıkrasında kamu çıkarlarına ilişkin siyasi konuşmalar veya sorunlara ilişkin tartışmaların sınırlandırılmasına dair çok dar bir kapsam olduğuna işaret etmektedir (bkz. 25 Kasım 1996 tarihli Wingrove – Birleşik Krallık davası, 1996 Raporları-V, s. 1957, 58. Madde). Ayrıca, izin verilebilir eleştirilerin sınırları, hükümet ile ilgili hususlarda, özel vatandaşlar veya siyasetçiler açısından daha geniştir. Demokratik bir sistemdeki hareketler veya hükümetin ihmalleri sadece yasama ve adli otoritelerin değil, aynı zamanda kamuoyunun da yakın takibinde olmalıdır. Ayrıca, Hükümetin sahip olduğu egemen konum, özellikle haksız saldırılar ve düşmanlarının eleştirilerine cevap verilmesine ilişkin başka araçların bulunduğu durumlarda, cezai işlemlere başvurulması konusunda bir sınırlamanın uygulanmasını zorunlu kılmaktadır.*”<sup>48</sup> şeklinde karar vermiştir. Ancak sınırlamaya örnek olarak kullanılan ifadelerin açıkça şiddet çağrısında bulunması halinde, bunların ifade özgürlüğü bağlamında mütalaa edilemeyeceği belirtilmektedir<sup>49</sup>. Nitekim yine Sürek davasında Mahkeme “(...) *Bununla birlikte, kamu düzeninin garantörleri sıfatıyla hareketle, ceza kanunu niteliğinde olanlar da dahil olmak üzere, doğru tepkiyi verecek ve anılan ifadeler aşılardan önlemlerin benimsenmesi Devlet otoritelerinin yetkisine açıktır (bkz. 9 Haziran 1998 tarihli İncal – Türkiye kararı, 1998-IV Raporları, s. 1567, 54. Madde). Son olarak, anılan sözler bir birey veya bir kamu görevlisi veya bir nüfusun bir kesimine karşı*

<sup>45</sup> [http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/temelbelge/AIHS\\_Tr\\_A6format.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/temelbelge/AIHS_Tr_A6format.pdf) (Erişim Tarihi: 10.05.2015)

<sup>46</sup> Lingens, Avusturya’ya karşı, 8 Temmuz 1986,

<sup>47</sup> [http://www.ifadeozgurlugu.adalet.gov.tr/faaliyetler/17\\_19\\_eylul/aihm\\_diger\\_ulke/lingens-avusturya\\_guncelleme.pdf](http://www.ifadeozgurlugu.adalet.gov.tr/faaliyetler/17_19_eylul/aihm_diger_ulke/lingens-avusturya_guncelleme.pdf) (Erişim Tarihi: 15.05.2015)

<sup>48</sup> [http://www.ifadeozgurlugu.adalet.gov.tr/faaliyetler/29\\_30\\_kasim/A%20C4%B0HM%20T%-C3%BCrkiye%20Kararlar%C4%B1/surek.pdf](http://www.ifadeozgurlugu.adalet.gov.tr/faaliyetler/29_30_kasim/A%20C4%B0HM%20T%-C3%BCrkiye%20Kararlar%C4%B1/surek.pdf) (Erişim Tarihi: 15.05.2015)

<sup>49</sup> **Macovei**, Monica, İfade Özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları No:2,s.29, [http://www.anayasa.gov.tr/files/insan\\_haklari\\_mahkemesi/el\\_kitaplari/AIHSmad10Ifade.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/el_kitaplari/AIHSmad10Ifade.pdf) (Erişim Tarihi:15.05.2015)

*bir şiddeti teşvik ettiği durumlarda Devlet otoriteleri, ifade özgürlüğüne ilişkin müdahale gereğinin incelenmesinde daha geniş bir marja sahiptir. (...) makalenin içeriği, bölgede daha fazla şiddete teşvik edebilecek şekilde kabul edilmelidir. Gerçekten de, okuyucuya iletilen mesaj, saldırgan ülke karşısında şiddete başvurma gerekliliği ve haklı bir önlem olduğudur. Bu açıdan Mahkeme, muhatap Devlet tarafından başvuranın mahkumiyetine ilişkin olarak öne sürülen nedenlerin, başvuranın ifade özgürlüğüne ilişkin bir müdahale için yeterli dayanak teşkil ettiği görüşündedir.”* şeklinde karar vererek ifade özgürlüğünün sınırsız olmadığını ve gerektiğinde sınırlandırılabilceğini belirtmiştir.

Yargıtayımız da kararlarında AİHM’in kriterlerini uygulamakta, genel olarak verdiği kararlarda ifade özgürlüğünü ön planda tutmaktadır, ancak ifade özgürlüğünün sınırlarını çizmekte, eleştiri sınırının aşılması halinde 301 inci maddede düzenlenen suçun oluşacağını belirtmektedir. Örneğin Yargıtay Ceza Kurulu’nun 11.07.2006 tarih ve 9-169/184 sayılı kararında “*İfade özgürlüğü sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararlı veya ilgilenebilir değmez görülen haber ve düşünceler için değil, devletin veya toplumun bir bölümünün aleyhinde olan, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bu demokratik toplum düzeninin ve çoğulculuğun gereğidir. Eleştiri de kaynağını bu özgürlükten alır. Eleştirinin doğasından kaynaklanan sertlik suç oluşturmaz, eleştiri övgü olmadığına göre, sert, kırıcı ve incitici olması da doğaldır. Eleştirinin sert bir üslupla yapılması, kaba olması ve nezaket sınırlarını aşması, eleştirinin eğitim ve kültür düzeyine bağlı bir olgu ise de; kurumlar eleştirilirken görüş açıklama niteliğinde bulunmayan, küçültücü, aşağılayıcı ifadeler kullanılmamalı, düşünceyi açıklama sınırları içinde kalınmalı, başka bir anlatımla onların saygınlığını zedeleyici veya yok edici, varlık nedenini tartışılır hale getiren hareketlerden kaçınılmalıdır. Bu kapsamda, her hangi bir düşünce açıklaması olarak değerlendirilemeyecek beyanlar veya açıklamalar, hukukun korumaya aldığı düşünce ve ifade hürriyeti kavramı dışına taşıdığından fiile hukuka uygunluk niteliği kazandıracak “eleştiri hakkı” olarak değerlendirilmesi de olanaksız hale girecektir.*

*(...) ifadenin aşağılayıcı olup olmadığı değerlendirilmesi yapılırken özgürlükçü yaklaşımla yasaklamanın-sınırlamanın dar olarak yorumlanması gerekmektedir. Evrensel hukuk anlayışının bu yönde olduğu da unutulmamalıdır. Avrupa İnsan Hakları mahkemesince toplumu sarsan, rahatsız eden, şok ifadelerin çoğulcu demokrasinin temeli olduğuna ilişkin yerleşik içtihadının yanı sıra (Handyside/İngiltere, 7.12.1976; Sunday Times/İngiltere, 26.4.1979; Türkiye Birleşik Komünist Partisi, 30.1.1998 vb.) Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 3.7.2001 gün ve 9/132-155 sayılı kararındaki ‘ifade özgürlüğü sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararlı veya ilgilenebilir değmez görülen haber ve düşünceler için değil, devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bu demokratik toplum düzeninin ve çoğulculuğun gereğidir. Eleştiri de kaynağını bu özgürlükten alır, eleştirinin doğasından kaynaklanan sertlik suç oluşturmaz, eleştiri övgü olmadığına göre, sert, kırıcı ve incitici olması da doğaldır’ içtihadı da evrensel gelişmeye koşut bir karardır.”* demek suretiyle

ifade özgürlüğünün esas olanın ifade özgürlüğü olduğunu ve bu özgürlüğün geniş kapsamlı olarak değerlendirilmesi gerektiğini, ancak bu özgürlüğün sınırsız olmadığını, eleştiri sınırını aşan, hakaret ve aşağılama mahiyetindeki ifadelerin bu özgürlük kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ve Yargıtayımızın kararları birlikte değerlendirildiğinde, ifade özgürlüğünün esas olduğu, ancak bu özgürlüğün salt hakaret ve aşağılama barındıran, eleştiri sınırını aşan ifadeler için koruma sağlayamayacağı kabul edilmelidir.

## SONUÇ

Çalışmamızda öncelikle Mukayeseli Hukukta iftira suçu incelenerek bazı ülkelerde bu suçun nasıl düzenlendiği ortaya konulmuştur. Yapılan inceleme neticesinde, genel olarak suçun düzenlenişine bakıldığında ve özellikle Alman Ceza Hukuku doktrini incelendiğinde, suçun mağdurunun gerçek kişiler olarak kabul edildiği görülmektedir. Nitekim Türk Ceza Hukuku bakımından yapılan değerlendirmede, Türk Ceza Kanunu'nun 267 nci maddesinde suç isnadında bulunulan kişiden "bir kimse" olarak bahsedilmekte ve bu ifadenin Kanun'un diğer maddelerinde görülen "kişi" kavramından farklı olduğu, doktrinde de bu hususun hakkında suç isnadı yapılan kişinin gerçek kişi olması gerektiği ve tüzel kişi olamayacağı belirtilmektedir.

Konumuzla bağlantılı olarak değerlendirme yapıldığında, temel sorun bir devlet hakkında soykırım suçunu işlediğine ilişkin iddiada bulunmanın iftira suçunu oluşturup oluşturmayacağıdır. Soykırım, çalışmamızda belirtildiği üzere hem uluslararası metinler hem de Türk Ceza Kanunu tarafından suç olarak düzenlenmiştir. Bu itibarla, iftira suçunu düzenleyen 267 nci maddede "bir kimse" kelimesinden gerçek kişilerin anlaşılması gerektiği hususuna ek olarak, bir devletin, cezai sorumluluk bağlamında herhangi bir suçun faili olup olamayacağı sorununun da incelenmesi icap etmiştir. Uluslararası Mahkemelerin verdikleri kararların soykırım konusuna ilişkin vermiş oldukları kararlar incelendiğinde, devletlerin soykırım suçunu işlemiş veya buna iştirak etmiş sayılabilecekleri ancak bundan dolayı cezai bir sorumluluk doğmasının mümkün olmadığı, yalnızca uluslararası hukuktan doğan sorumluluktan bahsedilebileceği anlaşılmıştır. Ulusal hukuka bakıldığında ise, Türk Ceza Kanunu'nun 20 nci maddesinde açıkça tüzel kişilerin suçun faili olamayacaklarının açıkça düzenlendiği görülmektedir. Bu açıklamalar neticesinde, bir devleti soykırım suçundan ceza hukuku kapsamında fail olarak sorumlu tutmak mümkün olmadığına ve 267 nci maddede düzenlenen iftira suçu bakımından suç isnadı ancak gerçek bir kişiye yapılabileceğine göre, bir devletin soykırım suçunu işlediğini iddia ederek o devlete karşı iftira suçunun işlenmesi mümkün görülmemektedir.

Çalışmamızda izah edildiği üzere, iftira suçuna konu olamayacak bu tür bir itham bakımından, bir devletin kendi saygınlığını ve itibarını korumak için başvur-

bileceği başka ceza hukuku yolları bulunmaktadır. Mukayeseli hukuk başlığı altında, diğer ülkelerde iftira suçunun nasıl düzenlendiği incelenirken, bu devletlerin ceza kanunlarında bir suç ihdas etmek veya bununla ilgili olarak özel kanunlar çıkarmak suretiyle, TCK'nın 301 inci maddesinde olduğu gibi, devletin ve onu temsil eden bazı kurumların saygınlığını aşağılayıcı ifadelerde bulunmanın cezai yaptırıma bağlandığı görülmektedir. Ancak bu tür maddelerin uygulanması kapsamında ifade özgürlüğünün önem arz ettiği de göz önüne alınmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından da anlaşıldığı üzere, özellikle siyaseti ve kamu yararını ilgilendiren hususlarda ifade özgürlüğünün daha geniş tutulması gerektiği ve yapılan eleştirilerin daha sert olabileceği kabul edilse de, salt devletin saygınlığını zedelemek ve bir devletin temsil ettiği manevi değerleri aşağılamak kastıyla kullanılan ifadelerin TCK'nın 301 nci maddesinde düzenlenen suç oluşturacağı düşünülmelidir. Bu itibarla bir devlet hakkında somut iddialara dayanılmaksızın yapılacak bu tür ithamların bu suçu oluşturabileceği düşünülebilir.

#### KAYNAKÇA

- Artuk**, Mehmet Emin, *Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum Ve Organlarını Aşağılama Suçu (5237 sayılı TCK m. 301)*, TBB Dergisi, Sayı:70, 2007.
- Artuk**, Mehmet Emin-**Gökçen**, Ahmet-**Yenidünya**, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014.
- Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 280 – 281, **Toroslu, Nevzat**, Ceza Hukuku Genel Kısım, 19. Baskı, Ankara 2013.
- Bayraktar**, Köksal, İftira, İÜHFİM, C. XL, S. 1–4
- Beşiri**, Arzu, *Soykırım ve Soykırıma İlişkin Uluslararası Mekanizmalar*, TBB Dergisi, 2013.
- Birtek**, Fatih, *İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Kanunu'nun 301 inci maddesinin Bu Kavram Işığında Değerlendirilmesi*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt :81, Sayı :2, 2007.
- Ceyhan**, Murat, Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu (Tck m. 301), Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan.
- Değer**, Ozan, *Soykırım Suçu ve Devletin Sorumluluğu: Uluslararası Adalet Divanı'nın Bosna-Hersek v. Sırbistan-Karadağ Kararı*, Uluslararası İlişkiler, Cilt:6, Sayı:22, (Yaz 2009).
- Değirmenci**, Olgun, *Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu (TCK 76)*, TBB Dergisi, Sayı:70, 2007.
- Dreher**, Eduard - **Tröndle**, Herbert, Beck'sche Kurz=Kommentare Strafgesetzbuch mit Nebengesetze, 1993.
- Erem**, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, C. II, Ankara 1993.
- Fischer**, Thomas, Beck'sche Kurz=Kommentare Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 2015.
- Hakeri, Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.

**Joecks**, Wolfgang - **Miebach**, Klaus, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 3 par.80-184g StGB, 2012.

**Koca, Mahmut - Üzülmaz, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013.

**Koca, Mahmut**, *Türk Ceza Kanunu'nda Soykırım Suçu*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı:1, Nisan 2010,.

**Kocaoğlu, Sinan**, *Uluslararası Ceza Hukuku ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Bağlamında Soykırım Suçu*, Ankara Barosu Dergisi, 2005-3.

**Kühl**, Kristian, Strafgesetzbuch Kommentar, 2011.

**Macovei, Monica**, İfade Özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları No:2,s.29, [http://www.ana-yasa.gov.tr/files/insan\\_haklari\\_mahkemesi/el\\_kitaplari/AIHSmad10Ifade.pdf](http://www.ana-yasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/el_kitaplari/AIHSmad10Ifade.pdf)

**Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010.

**Rudolphi**, Hans Joachim - **Horn**, Eckhard - **Samson**, Erich - **Günther**, Hans Ludwig - **Hoyer**, Andreas - **Wolters**, Gereon - **Rogall**, Klaus - **Stein**, Ulrich - **Wolter**, Jürgen, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2007.

**Şahbaz, İbrahim**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri, TBB Dergisi, Sayı:54, 2004, s.185.

**Tezcan, Durmuş - Erdem, M. Ruhan - Önok, R. Murat**, Uluslararası Ceza Hukuku, Ankara 2009.

**Tezcan, Durmuş - Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, R. Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2010

**Toroslu, Nevzat**, Ceza Hukuku Genel Kısım, 19. Baskı, Ankara 2013.

**Turhan, Faruk**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar, HPD Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 3, Nisan 2005.

**Yıldırım, Akif**, İftira Suçu, TBB Dergisi, Sayı 69, 2007.

**Zafer, Hamide**, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK 1-75, Şubat 2015.

#### **İnternet Kaynakları:**

<http://www.legifrance.gouv.fr> (Erişim Tarihi: 16.03.2015)

<http://arsiv.setav.org> (Erişim Tarihi: 16.03.2015)

<http://www.legislationline.org/> (18.03.2015)

[http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafisoz/bm/bm\\_11.pdf](http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafisoz/bm/bm_11.pdf) (Erişim tarihi: 10.05.2015)

<http://www.ihop.org.tr/dosya/ucm/ucm.pdf> (Erişim tarihi: 11.05.2015)

[http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/temelbelge/AIHS\\_Tr\\_A6format.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/temelbelge/AIHS_Tr_A6format.pdf) (Erişim Tarihi: 10.05.2015)

<http://www.anayasa.gen.tr/andlasma-bilgi.htm> (Erişim Tarihi: 12.05.2015)

<http://www.ifadeozgururlugu.adalet.gov.tr> (Erişim Tarihi: 15.05.2015)



# İDARENİN HAREKETSİZLİĞİNE KARŞI BİR ÇÖZÜM OLARAK ZİMNİ KABULÜN UYGULANABİLİRLİĞİ MESELESİ

(Applicability Issue of Implied Acceptance As a Solution For Inactivity of Administration)

Dr. Şerife YILDIZ AKGÜL\*

## ÖZET

Bu çalışmada idarenin hareketsizliği sorununa bir çözüm önerisi olarak ele alınan zımnî kabul kurumu tartışılmıştır. İdarenin kendisine yapılan başvuruları cevaplama yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi halinde bireyleri korumak adına çözümler geliştirilmiştir. Bu geliştirilen çözümlerden biri zımnî rettir.

İdareyi cevap vermeye zorlamak, cevap vermemesi halinde de idare edilenlere dava yolunun açılması amacıyla idarenin hareketsizliğinin başlangıçta ancak zımnî ret olarak yorumlanabileceği kabul edilmiştir. Ancak zamanla idare edilenlerin haklarının yerine getirilmesinden çok yargısal koruma sağlayan zımnî reddin yerine bazı durumlarda idarenin hareketsizliği zımnî kabul olarak ele alınmaya başlamıştır. Hatta Fransa örneğinde olduğu gibi bazı ülkelerde zımnî kabul, genel kural olarak düzenlenmiştir. Çalışmada Fransız Hukuku'ndaki tartışmalardan da yararlanarak idarenin hareketsizliğinin Türk Hukuku'nda hangi kapsamda zımnî kabul olarak ele alınabileceği zımnî redde ilişkin eleştirilere de yer verilmek suretiyle ele alınmıştır.

**Anahtar kelimeler:** İdarenin hareketsizliği, zımnî ret, zımnî kabul

## Abstract

In this paper, implied acceptance term, which is considered as a solution for the inactivity of administration problem, is discussed. Implied rejection is one of the solutions improved for protection of individuals when the administration reacts against its' responsibility of responding the applications made to it.

At the beginning, it was accepted that inactivity of administration can be interpreted as implied rejection in order to enforce the administration to respond and to initialize the legal process for those governed against the administration in case of not responding. However, after a while, inactivity of administration, in

---

\* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

some cases, have been taken as implied acceptance instead of implied rejection, which provides legal protection rather than realization of a claim for the governeds. Furthermore, as in French example, in some countries implied acceptance is settled as general rule. This paper aims to discuss in which scope inactivity of administration could be taken as implied acceptance in Turkish Law by referring the discussions in France Law and considering the criticism about the implied rejection.

**Keywords:** Inactivity of administration, implied rejection, implied acceptance

## GİRİŞ

İdarenin kendisine yapılan başvurulara cevap vermesi anayasal bir yükümlülük olarak düzenlense de idarenin her zaman bu yükümlülüğüne uygun hareket etmediği de bir vakiadır. Hareketsiz idare karşısında bireyleri korumak için çözüm yolları aranmış ve öncelikle zımni ret kurumu kabul edilmiştir. 19. yüzyılın ikinci yarısında Fransız Hukuku'nda gelişen ve 20. yüzyılda kapsamı genişletilen zımni ret kurumu 1937 yılından itibaren Türk Hukuku'nda da uygulanmaya başlanmıştır. İdarenin hareketsizliğine bir çözüm olarak kabul edilen zımni ret temelinde yargısal bir kurumdur. Zımni ret ile idarenin kendisine yapılan başvurulara hukuki düzenlemelerde öngörülen süreler içinde cevap vermemesi halinde bu hareketsizlik bir ret işlemi olarak kabul edilmek suretiyle yargısal denetimin yolu açılır. Türk Hukuku'nda idarenin hareketsizliği kural olarak zımni ret işlemi olarak düzenlenmiş zımni kabul ise kanun koyucunun açıkça düzenlediği işlemler için oldukça sınırlı bir çerçevede ele alınmıştır.

İdarenin hareketsizliğinin zımni ret işlemi olarak kabul edilmek suretiyle idare edilenlerin ancak dava yolu ile haklarını elde edebilmeleri imkanının hakkaniyete uygun bir çözüm olup olmadığı tartışmasında getirilen alternatif çözüm; idarenin hareketsizliğini zımni kabul işlemi olarak ele almak olmuştur. Nitekim zımni reddin doğup geliştiği ve hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabul edildiği<sup>1</sup> Fransa'da 12 Kasım 2013 tarih, 2013-1005 sayılı İdare ile Yurttaşlar Arasındaki İlişkilerin Sadelerleştirilmesi Konusunda Hükümeti Yetkilendiren Kanun ile zımni ret genel kuralı terkedilerek zımni kabul genel kuralı getirilmiştir. İdare edilenlerin haklarını korumada daha etkili olduğu varsayılan zımni kabul de tartışmaları sonlandıramamıştır. Zira kamu yararı kavramında şekillenen idare hukukunda zımni kabul ile kişisel yararın ön plana çıkarılacağı endişesi başta olmak üzere zımni kabule ilişkin çekinceler ve bu çekincelerin şekillendirdiği istisnalar nedeniyle zımni kabulün genel kural olma özelliği sorgulanmıştır.

<sup>1</sup> Atıflarda ve kaynakçada, elektronik veri tabanından ulaşılan kaynakların sadece başlangıç sayfa numaraları parantez içinde verilmektedir. Conseil Constitutionnel (CC), 26.06.1969, *Protection des sites*, aktaran Didier Ribes, "Le nouveau principe "silence de l'administration vaut acceptation"", *AJDA*, 2014, s. (389).

Fransız Hukuku'ndaki bu değişiklik, zımni reddin idare edilenlerin haklarını korumada hala işlevsel olup olmadığı ya da zımni reddin genel kural olarak varlığının miyadını doldurup doldurmadığı tartışmalarının yeniden gündeme getirilmesinde çıkış noktası olmuştur. Türk Hukuku'nda da zaman zaman gündeme getirilen idarenin hareketsizliğinin zımni kabul olarak yorumlanıp yorumlanamayacağı somut olarak nasıl ve hangi çerçevede uygulanabileceği, Fransız Hukuku'ndaki düzenlemeler ve tartışmalar da aktarılmak suretiyle ele alınacaktır. Zımni kabulün uygulanabilirliği sorunu tartışılmadan öncelikle idarenin hareketsizliği sorununa çözüm olarak getirilen zımni ret kurumu ve bu kurumun işlevselliği ele alınacaktır. Daha sonra zımni ret kurumundan zımni kabule geçişin seyri ve zımni kabulün olası düzenlenme şekilleri ve uygulanabilirliği meseleleri tartışılacaktır.

### ZİMNİ RET KURUMUNUN ORTAYA ÇIKIŞI

Türk Hukuku'nda yasal düzenleme boyutunda 1938 yılında getirilen zımni ret kurumunun bir yıl öncesinde verilen Danıştay kararı<sup>2</sup> ile ilk kez uygulandığı kabul edilmektedir<sup>3</sup>. 1938 yılında kabul edilen Devlet Şûrası Kanunu<sup>4</sup> (madde 33) ile zımni ret kurumu, bahsi geçen Danıştay kararında savcı tarafından zikredilen Fransız Hukuku'ndaki uygulamaya paralel bir şekilde idari davaya konu olabilecek bir başvuru karşısında idarenin dört ay sessiz kalması şeklinde düzenlenmiştir.

Fransa'da ise idarenin hareketsizliğininin zımni ret olarak kabul görmesinin ilk uygulaması 1864 yılında gerçekleşmiştir. 2 Kasım 1864 tarihli kararname ile (madde 7) bakanlara hiyerarşik üst sıfatıyla yapılan başvurulara dört ay içinde cevap verilmemesi zımni ret olarak kabul edilerek bu kararlara karşı dava açılmasının yolu açılmıştır. Daha sonra çıkarılan 7 Temmuz 1900 tarihli kanun ile (madde 3) zımni ret, Conseil d'Etat nezdinde dava edilebilecek tüm kararları kapsayacak şekilde genişletilmiştir. İdare mahkemelerinin kurulmasından sonra zımni reddin kapsamı, bu mahkemelerde dava edilecek idari işlemleri de kapsayacak (30 Eylül 1953 tarihli kararname) şekilde belirlendikten sonra 11 Ocak 1965 tarihli kararname ile idari makamlara yapılan hertürlü başvurunun dört aylık süre içinde yanıtlanmaması zımni ret olarak kabul edilmiştir. 12 Nisan 2000 tarih 2000-321 sayılı Kanun ile ise zımni ret için gerekli olan dört aylık sessiz kalma süresi iki aya indirilmiştir<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Daavi Daireleri Umumi Heyeti, 23.11.1937 tarih, Esas No: 1937/286, Karar No: 1937/256, **Kararlar Mecmuası**, Sayı: 3, 1938, s.60.

<sup>3</sup> Lütfi Duran, İdarî Müracaatlar ve Bunlar Karşısında, İdarenin Sükûtu Meselesi, **İÜHFİM**, Cilt no: 12, Sayı: 1, 1946, s. 179-180, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023005763/1023005287> (10.07.2015).

<sup>4</sup> 21.12.1938 tarih, 3546 sayılı Devlet Şûrası Kanunu, RG, 30.12.1938, Sayı: 4098, [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmmc019/kanuntbmmc019/kanuntbmmc01903546.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc019/kanuntbmmc019/kanuntbmmc01903546.pdf) (10.07.2015).

<sup>5</sup> Caroline Lantero, Le silence est décrété !, **JCP**, sayı : 46-47, 10 Kasım 2014, s.(1168).

Türk Hukuku'nda da 1938 sonrası değişikliklerde Fransız Hukuku'na e benzer şekilde zımni ret kurumu genel kural olarak korunmuş, zımni reddin kabulü için gereken sessiz kalma süresine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bu çerçevede Devlet Şurası Kanunu'ndan sonra yürürlüğe giren 521 sayılı Danıştay Kanunu'nda<sup>6</sup> da (madde 69) zımni ret genel kuralı korunmuş, zımni reddin kabulü için gerekli süre dava açma süresi olan doksan güne paralel bir şekilde, üç aya indirilmiştir. 521 sayılı Kanun'un 2575 sayılı Danıştay Kanunu ile yürürlükten kaldırılması ile zımni ret 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda düzenlenmiştir. 2577 sayılı Kanun ise (madde 10/2, madde 11/2 ve madde 13) zımni reddin varlığı için gerekli süreyi yine dava açma süresini gözeterek altmış güne indirmiştir.

### **Zımni Reddin Hukuki Niteliği : İdari İşlem mi ? Yargısal Bir Kurum mu ?**

Zımni ret kurumu idarenin hareketsizliğine bir çözüm olarak kabul edilmiş temelinde yargısal bir kurumdur. Belirtildiği üzere zımni ret ile idarenin hareketsizliği nedeniyle bireylerin uğradıkları mağduriyeti gidermek amacıyla olduğu varsayılan idari işleme karşı yargısal denetimin yolu açılır. Aslında zımni reddin kabulünün bir zorunluluktan ileri geldiği daha iyi bir çözüm bulunmadığı için kabul edildiği söylenebilir. İdarenin hareketsizliği karşısında yargısal mekanizmaları işler kılmak için idarenin sessizliği ret iradesi olarak kabul edilmek suretiyle iptal davası açmak mümkün kılınır. Aslında zımni ret idareyi belli bir zaman dilimi içinde karar almaya zorlamak için de kabul edilmiş bir kurumdur. Ancak zımni reddin bu işlevini yerine getiremediği idarenin ret cevabı vereceği durumlarda bile bunu tercih etmek yerine cevap vermeme yoluna gittiği dolayısıyla da ret işleminin gerekçesini bilmeyen başvuru sahiplerinin çoğunluğunun dava açma yolunu tercih ettikleri belirtilmektedir<sup>7</sup>. İdarenin bu algısının sonucu olarak idareyi hızlandırmak gibi bir amacı da olan zımni reddin uygulamada yargısal kurum yönünün daha da pekiştiğini söyleyebiliriz.

Yargısal bir kurum olması nedeniyle zımni ret ile sonuçlanacak başvurunun, idari davaya konu olabilecek nitelikte bir işlem ya da eylemde bulunulmasına yönelik olması gerekir. Bu çerçevede icrai nitelikte bir işlem ile sonuçlanmayacak örneğin dilek ve temenni niteliğindeki başvurular karşısında idarenin hareketsizliği zımni ret olarak kabul edilmemektedir<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> 24.12.1964 tarih, 521 sayılı Danıştay Kanunu, **RG**, 31.12.1964, Sayı: 11896, <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11896.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11896.pdf> (10.07.2015).

<sup>7</sup> Bahtiyar Akyılmaz, Yeni Bir İdari Usul Kanunu Örneği: İspanya Kamu İdarelerinin Hukuki Rejimi ve Genel İdari Usulü Hakkında Kanun, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu**, 17-18 Ocak 1998, 1998, Ankara : T.C. Başbakanlık Basımevi, s. 45-46.

<sup>8</sup> Siddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Marifet Basımevi, 1952, İstanbul, s.1254-1255; Metin Günday, İdare Hukuku, 10. Baskı, 2013, İmaj Yayıncılık: Ankara, s. 131.

Yine yargılamaya ilişkin bir konu olması nedeniyle ki Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan Genel İdari Usul Kanunu Tasarısında<sup>9</sup> zımni redde yer verilmiştir. Zımni redde yer verilmemesinin gerekçesi « İdarenin ilgililerin usulüne uygun olarak yaptıkları başvurularını cevaplandırması Anayasanın 74 üncü maddesinin emredici hükmüdür. Kendi faaliyet alanıyla ilgili bir işlemin veya eylemin yapılması isteğiyle yapılan başvuru karşısında, idarenin suskun kalma hakkı bulunmamaktadır. İlgililerin başvurularının cevaplandırılması zorunluluğu, istisnası olmayan idarî bir yükümlülüktür. ... Başvuruların idarece, 06/01/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanununda öngörülen süre içinde cevaplandırılmamasının “zımnî ret” olarak kabulü, sadece ilgililerin dava açma hakkını kullanmalarına imkân sağlayan bir yargılama usulü yöntemidir. Dolayısıyla ilgililerin dava açma hakkını kullanabilmeleri için idarî yargılama usulünde öngörülen başvuruların altmış gün içinde cevaplandırılmaması yoluyla reddedilmiş sayılması varsayımının, idare yönünden bir seçenek olarak kabul edilmesi düşünülemez. Zira belirtilen varsayımın kabulü, idarenin Anayasadan kaynaklanan başvuruları cevaplandırması zorunluluğunun ortadan kaldırılması; anılan zorunluluğun bir temenniye dönüşmesi sonucunu doğuracaktır. Maddede, yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda “zımnî ret” bir seçenek olarak kabul edilmeyerek sadece idarî yargılama usulü yöntemi olarak bırakılmış; idarenin her halde yapılan başvuruları cevaplandırması zorunluluğu benimsenmiştir... » şeklinde ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere tasarıda zımni redde yer verilmemesinin nedeni idarenin kendisine yapılan başvuruları Anayasa gereği cevaplandırmak zorunda olması yanında, zımni reddin dava açmaya olanak sağlayan bir yargısal kurum olmasıdır. Bu nedenle idari usul kuralı olarak ele alınmayan zımni redde tasarıda yer verilmemiştir. Bununla birlikte hareketsiz idareyi dava açmak yolu dışında işlem yapmaya ya da eylemde bulunmaya zorlayıcı mekanizma olmadığından zımni ret kuralının yargılama usulü yöntemi olarak varlığını sürdüreceği kabul edilmiştir.

Zımni reddi yargısal bir kurum olduğu için dava açma hakkının teminatı olarak ele alma anlayışı hakimdir<sup>10</sup>. İdare edilenler açısından dava açma hakkının teminatı olarak ele alınan bu kurum bir yandan da idare açısından hareketsizliğinin bir yaptırımını olarak ele alınmaktadır<sup>11</sup>. Oysa ki zımni reddi idare açısından bir yaptırım olarak kabul etmek hayli zordur. Zira zımni ret işleminin kabulü ile idare, Anayasa'nın 125. maddesinin 3. fıkrasında yer alan dava sürelerini yazılı bildirimden itibaren başlatan hükme aykırı şekilde ve herhangi bir sınırlama getirilmeksizin başvuruları

<sup>9</sup> Tasarı metnine Bilgi Edinme Hakkında Kanun çerçevesinde yapılan başvuru neticesinde ulaşılmıştır.

<sup>10</sup> Diane Poupeau, Le silence de l'administration vaut accord, sauf si., *AJDA*, 2014, s. (2156).

<sup>11</sup> Caroline Lantero, Le silence est décrété!, *JCP*, sayı : 46-47, 10 Kasım 2014, s.(1168); Lütfi Duran, İdarî Müracaatlar ve Bunlar Karşısında, İdarenin Sükûtu Meselesi, *İÜHF*M, Cilt no: 12, Sayı: 1, 1946, s.183.

cevaplama ve yazılı olarak cevaplama<sup>12</sup> yükümlülüğünden müstesna tutulmaktadır. İdari yargıda açılan davaların işlemin yürütülmesini durdurmaması, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesinin sıkı koşullara bağlandığı<sup>13</sup> ve olumsuz işlemlere karşı yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceği görüşü<sup>14</sup> de gözönünde bulundurulduğunda zımni reddin idare için bir yaptırım olduğunu söylemek daha da zorlaşacaktır.

İdarenin hareketsizliği konusunda idare edilenlere dava açmak yolu dışında seçenек sunmayan mevcut hukuki yapıda dava açmaya ilişkin süre konusundaki kısıtlayıcı uygulamalar da zımni reddin idare edilenler için dava açma hakkının teminatı, idare için ise yaptırım olduğu görüşünü zayıflatmaktadır. İdari yargı yerleri kimi zaman özellikle İYUK'un 11. maddesi kapsamında yapılacak idari başvurularda zımni ret süresinin bitmesi üzerine başlayan dava açma süresi geçtikten sonra idarenin verdiği cevaplara karşı açılan davaları süreaşımı nedeniyle reddetmektedirler<sup>15</sup>. İdari yargı

<sup>12</sup> Hasan Nuri Yaşar, *İdare Hukuku*, 2013, İstanbul: Der Yayınları, s. 307-308.

<sup>13</sup> Bilindiği gibi yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesinin koşulları doğrudan Anayasa'da (mad.125/5) düzenlenmiş ve sıkı koşullara bağlanmıştır. Buna göre; İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir. Söz konusu şartların ağırlığı ve iptal davasının hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmedeki rolünü zayıflattığı yolundaki eleştiriler için bkz. Turan Yıldırım, *İdari Yargı*, 2010, 2. Baskı, İstanbul: Beta, s.448-450.

<sup>14</sup> A. Şeref Gözübüyük, Turgut, Tan, *İdare Hukuku, Cilt II: İdari Yargılama Hukuku*, 2. Bası, 2006, Ankara: Turhan Kitabevi, s.1063.

<sup>15</sup> Bu yöndeki bazı kararlar için bkz.Dan.6. Daire, 15.10.1998, Esas No: 1997/5279, Karar No: 1998/4592; Dan.10. Daire, 31.01.2007, Esas No: 2004/13105, Karar No: 2007/258 (Dergi numarası verilmeyen Danıştay kararlarına, www.danistay.gov.tr sitesinden ulaşılmıştır.). Sonradan idarece verilen cevap tarihinden itibaren dava açma süresinin işleyeceği şekilde aksi yönde kararlar için bkz. Dan.7.Daire, 12.06.2012, Esas No: 2011/7700, Karar No: 2012/3050; Bir başka kararda Danıştay 7. Dairesi (06.11.2007, Esas No: 2007/2623, Karar No: 2007/4486) zımni ret süresinden sonra gelen cevabın dava açma süresini yeniden başlattığına karar verirken bu cevabın kesin olmayan bir cevap olması halinde 6 aylık bekleme süresine ilişkin kuraldan yararlanmanın mümkün olmadığına hatta zımni ret süresinden sonra verilen cevabın ret şeklinde yorumlanması gerektiğine hükmetmiştir. Kararın gerekçesinin ilgili bölümü şu şekildedir: "...idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması talebiyle, idari makamlara yapılan başvuru üzerine, altmış gün içinde cevap verilmemesi durumunda, ilgililer, bu sürenin bitiminden itibaren, dava açma süresi içinde, zımni ret işleminin iptali istemiyle Danıştayda, idare ve vergi mahkemelelerinde dava açabilecekleri gibi, idarenin cevabını da bekleme olanağına sahiptir; idarenin, altmış günlük sürenin geçmesinden sonra kendiliğinden vereceği cevabın tebliğinden itibaren yeni bir idari dava açma süresinin işlemesi, açıklanan yasa hükmü gereğidir.

Diğer taraftan; 10'uncu maddede sözü edilen altı aylık bekleme süresi, kendisine başvuruda bulunulan idarenin, başvuru altmış günlük bekleme süresi içerisinde kesin olmayan biçimde yanıtlaması hali için öngörülmüş bulunduğu; altmış günlük bekleme süresi içinde başvurusuna yanıt verilmeyen davacının, altı aylık bekleme süresinden yararlanmasına ise, hukuken olanak yoktur.

Bu bakımdan; 24.2.2006 tarihli düzeltme talebinin, cevap verilmemek suretiyle zımnen reddi üzerine, 10.5.2006 tarihli şikayet başvurusuna altmış gün içerisinde cevap verilmemek su-

yerlerinin bu yaklaşımının İYUK'un 10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "dava açılmaması ya da davanın süreden reddi hallerinde, altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açabilirler." şeklindeki açık düzenlemenin 11. maddede yer almamasından kaynaklanmış olabileceği söylenebilir. Ancak böyle bir yorumlamaya gitmek zımni reddin getiriliş amacıyla çelişir niteliktedir. Zira kendisine yapılan başvurulara idarenin cevap vermesi belirtildiği üzere anayasal bir zorunluluktur. Zımni ret zaten bu zorunluluğun yerine getirilmemesi halinde idare edilenlere en azından açacakları bir dava ile haklarını elde etme olasılığı sunmaktadır. Hal böyle iken idare edilenlerin idarenin bu anayasal yükümlülüğüne uygun davranarak cevap verecekleri yolundaki beklentilerini dava açma yolunun kapatılarak cezalandırılması anayasaya aykırılık teşkil edecektir. Anayasaya aykırılık; gerek Anayasa'nın 74. maddesinde siyasi bir hak olarak düzenlenen dilekçe hakkı, gerek idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden başlayacağını öngören 125. maddesi gerekse 36. maddede düzenlenen hak arama hürriyeti bakımından ortaya çıkacaktır<sup>16</sup>.

Zımni retten sonra gelen açık cevabın dava açma süresini canlandırmayacağı yolundaki kararlardan başka idari yargı yerleri bazen özel kanunlardaki idari itiraz mekanizmalarında zımni reddin uygulanmayacağını kabul ederek idare edilenler açısından dava açma hakkının teminatı olarak ele alınan bu kurumu anlamsız kılabilmektedirler<sup>17</sup>. İdare edilenlere haklarını yargı yolu ile elde etmelerine imkan

---

retile 9.7.2006 tarihinde oluşan zımni ret işleminin iptali istemiyle, bu tarihten itibaren dava açma süresi içerisinde ( sürenin son gününün ara verme zamanına rastlaması nedeniyle) en geç 12.9.2006 tarihine kadar dava açılması gerekirken, zımni ret işleminin oluşmasından sonra verilen 11.7.2006 tarih ve 53238 sayılı kesin nitelikte olmayan cevabı istemin reddi kabul etmeyerek, şikayet başvurusuna altmış gün içerisinde herhangi bir cevap verilmemesi nedeniyle, yararlanılması mümkün olmayan altı aylık bekleme süresinin dolmasını müteakip, 28.11.2006 tarihinde mahkeme kaydına giren dilekçeyle açılan işbu davanın, süre aşımı sebebiyle reddi gerekirken, aksi gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu mahkeme kararında sonucu itibarıyla isabetsizlik görülmüştür."

<sup>16</sup> Turan Yıldırım, **İdari Yargı**, 2. Baskı, 2010, İstanbul: Beta, s. 421-422; Onur Karahanoğulları, "Zımni Retten Sonra Gelen Açık Yanıtlarda Dava Açma Süresi (İçtihat Değerlendirmesi)", s. 9. <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/zimniredsonradangelenyanit.pdf>, (Erişim Tarihi: 26.08.2015).

<sup>17</sup> İdare mahkemesi Serbest Bölgeler Uygulama Yönetmeliği kapsamında yapılan itirazın 60 gün içinde cevaplanmamasını zımni ret işlemi olarak kabul etmiş ve zımni retten sonra İYUK'un 11. maddesi gereğince dava açılması gerektiğine bu süre geçtikten sonra idarece verilen cevabın dava açma süresini canlandırmayacağı gerekçeleriyle verdiği davanın reddi kararında ısrar etmiştir. Bu kararın temyizi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu uygulanacak kuralı İYUK'taki itirazları düzenleyen 11. madde değil ilgili yönetmelikte yer alan hüküm olduğunu tespit ettikten sonra bu çerçevede yapılacak itirazın sonuçlandıktan sonra idari işlemin kesinleşeceğine karar vermiştir. Böyle bir gerekçe özel düzenlemelerde zımni redde ilişkin herhangi bir işlem olmaması halinde bireylerin dava açma hakkını engeller uygulamalarla sonuçlanabilir. Zira böyle bir durumda idari yargı yerleri, idari merci tecavüzüne karar verebilecekleri gibi ortada dava konusu edilecek kesin ve yürütülebilir bir işlem olmadığı gerekçesiyle davanın reddine de karar verebi-

sağlayan zımni ret kurumu yargı yerlerinin aktarılan yaklaşımı ile bu işlevinden yoksun bırakılmaktadır. Yargı yerlerinin bu yaklaşımlarında esas aldıkları temel dayanak noktalarından birisi idare edilenlere tanınacak uzun dava açma sürelerinin idari istikrarı bozacağı kabulüdür<sup>18</sup>. Oysa ki hukuk devleti ilkesi ile eşanlamlı olarak bile ele alınabilen<sup>19</sup> iptal davasının idari istikrar adına işlevsiz bırakılması yukarıda belirttiğimiz üzere dava sürecinin idari işlemin yürütülmesini durdurulmaması ve yürütmenin durdurulması kararı verilmesinde aranan sıkı şartlar nedenleriyle gerçeklerle bağdaşmamaktadır.

Zımni retten sonra gelen cevapların dava açma süresini canlandırmadığı yolundaki yargı yerlerinin kısıtlayıcı yaklaşımını bertaraf edecek düzenlemeye, idari yargıda iş yükünün azaltılması amacıyla hazırlanan kanun tasarısı taslağında da yer verilememiş görünmektedir. Taslakta madde başlığı idareye cevap verme zorunluluğu getirildiği gerekçesi ile « İdari makamların sükutu » yerine « İdari makamlara başvuru » olarak değiştirilse de idarenin hareketsiz kalması halinde oluşacak işlem zımni ret olarak korunmuştur. Yine dava açma süresi geçtikten sonra verilen cevapların dava açma süresini yeniden canlandırma halini kesin olmayan cevaplarla sınırlı tutan taslakta kesin olmayan cevaplardaki altı aylık bekleme süresi de kaldırılmış ve bu durumda idare edilenlerin yeniden idareye başvurabilecekleri düzenlenmekle yetinilmiştir<sup>20</sup>. Bu düzenleme bir anlamda idarenin kesin olmayan cevabından sonra artık

---

lirler. Söz konusu karar için bkz. DİDK, 15.10.2012, Esas No: 2008/94, Karar No: 2012/1594, Nitekim ortada dava konusu edilebilecek idari işlem olmadığı gerekçesiyle verilen davanın reddi kararını Danıştay kimi zaman onamaktadır. Bu yönde karar için bkz. Dan.7. Daire, 19.03.1997, Esas No: 1995/7153, Karar No: 1997/1188.

<sup>18</sup> Yukarıda verilen Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun Esas No:2008/94 sayılı kararı metninde yer alan ilk derece mahkemesinin ısrar gerekçesinde davanın süreaşımı nedeniyle reddedilmesi; "idari işlem ve eylemlerin belirsiz süreli dava tehditi altında bulundurulmayacağı"na dayandırılmıştır.

<sup>19</sup> İl Han Özyay, **Günışığında Yönetim**, 2002, İstanbul: Alfa, s.17

<sup>20</sup> Taslakta İYUK'un 10. maddesine ilişkin değişiklikler 13. maddede şu şekilde düzenlenmiştir: "MADDE 13- 2577 sayılı Kanununun 10 uncu maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

İdari makamlara başvuru:

Madde 10 – 1. İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler. 2. İdari makamlar başvuru hakkında altmış gün içinde cevap verirler. Bu süre içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İlgililer altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde, dava açabilirler. 3. Altmış günlük süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgili bu cevabı, isteminin reddi sayarak dava açabilir. 4. Üçüncü fıkra uyarınca idarece verilen kesin olmayan cevap üzerine dava açılmaması halinde, dava açma süresi geçtikten sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren dava açma süresi yeniden başlar. 4 / 43 5. Üçüncü fıkra uyarınca idarece verilen kesin olmayan cevap üzerine dava açılmaz ve idarece yeni bir cevap da verilmez ise; ilgili, idareye bu madde hükümleri uyarınca yeniden başvuruda bulunabilir." Taslak metni için bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/DUYURULAR/idariYargiTasarisiTaslagi.pdf>, Genel gerekçe ve madde gerekçeleri için bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/DUYURULAR/iykt.pdf>, (Erişim Tarihi: 22.10.2015).



yeniden cevap vermeyeceğinin idare edilenlere duyurulması niteliğindedir. Ancak çelişkili bir şekilde çözüm olarak idareye yeniden başvuru benimsenmiştir. Sürecin yeniden başlatılması idarenin iş yükünü artıracak gibi idare edilenler açısından da dava açma hakkının kullanılması için yeni başvuru ve bekleme süreleri getirmektedir.

Kabul edildiği dönemde idare edilenler için hak arama hürriyetini sağlaması bakımından bir teminat olarak ele alınan zımni reddin bu özelliği gerek uygulamadaki aktardığımız kısıtlayıcı durumlar gerekse salt dava yolunun bir teminat olup olmadığının tartışmaya açık olması nedenleriyle artık sorgulanır hale gelmiştir. İdare edilenler için bir hak tesliminden çok dava açmaya mecbur kılan bu çözüm aslında mahkemelerin işyükünü artırdığı gibi idare edilenleri de uzun süreli yargılama sürelerine mahkum etmektedir.

Dolayısıyla bugün için artık zımni ret; « idareyi hareketsizliği ile hiçbir taahhüt altına sokmayan dolayısıyla sağlamakla yükümlü olduğu kamu yararını tehlikeye atmayan, sadece talepte bulunanın bu hareketsizliğin olumsuz sonuçlarına katlanmak zorunda olduğu, talebinin gerçekleşmesi için idari ya da yargısal yollara başvurmamasını gerekli kılan yani idarenin hareketsizliği talep edenin hareketini gerektiren » bir kurum olarak özetlenebilir<sup>21</sup>. İdarenin hareketsizliği bu yönüyle idari yargı yerlerine de dava yükü olarak dönmektedir. İdari yargı yerleri de kimi zaman dava yükünün azaltılması düşüncesi ve yukarıda belirtildiği üzere idari istikrarın korunması gerekçesi ile dava süreleri konusunda kısıtlayıcı bir yorumlamaya gitmektedirler. Özellikle özel kanunlarda ayrı itiraz süresi öngörülen hallerde bu düzenlemelerin karmaşıklığı, yargı yerlerinin kısıtlayıcı yorumları, idareye olan güven nedeniyle idare edilenlerin dava açmak yoluna gitmeyerek idarenin yazılı cevabını beklemeleri gibi nedenlerle<sup>22</sup> dava açma hakkının kaybedilmesi ile sonuçlanan oysa ki dava açma hakkının teminatı olarak ele alınan zımni ret kurumunun artık bu işlevini ne ölçüde yerine getirdiğini sorgulamaya sevk etmektedir.

Bunların dışında bazı hakların kullanımı için öngörülen sürelerin kısa olması ve pasaport gibi kimi işlemlerde derhal sonuç alınması gerektiğinden İYUK'taki zımni ret için öngörülen genel sürenin uzun olması nedeniyle yaşanabilecek hak kayıpları da eleştiriye açık bir diğer durumdur. Bu sorunların çözülmesine yönelik getirilen önerilerden biri idarenin başvurulara cevap verme süresinin kısaltılması bir diğeri de cevap verilmemesi halinde idarenin iradesini zımni kabul iradesi olarak ele alma-

<sup>21</sup> Stéphane Braconnier, Paul Cassia, Pascale Gonod, Jacques Petit, Benoît Plessix ve Bertrand Seiller, Le silence de l'administration vaudra acceptation. Big bang ou trou noir, **JCP**, sayı: 51, 16 Aralık 2013, s.(1324).

<sup>22</sup> Onur Karahanoğulları, "Zımni Retten Sonra Gelen Açık Yanıtlarda Dava Açma Süresi (İçtihat Değerlendirmesi)", s. 7-8, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/zimni-redsonradangelenyanit.pdf>, (Erişim Tarihi: 26.08.2015).

dır<sup>23</sup>. Gerçekten de zımni ret süresinin kısaltılması mümkündür. Bununla birlikte belirtilmelidir ki zımni ret için gereken bekleme süresinin uzatılması ise zımni reddin varlık gerekçesi olan idare edilenlerin bir an önce dava yoluyla haklarını elde etmesine ve idarenin belirliliği ilkesine aykırılık oluşturacağı gerekçesiyle kabul edilmemektedir<sup>24</sup>. Zımni ret süresinin idari işlemin konusuna göre özel düzenlemelerle kısaltılması daha kısa sürede dava açmayı mümkün kılmakla birlikte idare edilenler açısından zımni reddin olumsuz sonuçlarının etkisinin giderilmesi bakımından tam bir çözüm sağlamadığı gibi özel düzenlemelerden haberdar olmayan bireylerin süresi içinde dava açma imkanını ortadan kaldırma riskini de beraberinde getirebilir. İdare edilenler açısından zımni reddin olumsuz sonuçlarını ilk bakışta bertaraf edeceği algısını uyandıran zımni kabulün genel kural olarak ele alınmasının mümkün olup olmadığının ise tartışılması gerekmektedir.

## ZİMNİ RET GENEL KURALI YERİNE ZİMNİ KABUL GENEL KURALI

### Zımni Ret Genel Kuralından Esneme: Zımni Kabul Örnekleri

Belirtildiği üzere gerek Türk Hukuku'nda gerekse 2013 yılında yapılan değişikliğe kadar Fransız Hukuku'nda idarenin hareketsizliği kural olarak zımni ret işlemi olarak yorumlanmış zımni kabul işlemi ise ancak kanun koyucunun açıkça düzenlediği işlemler için kabul edilmiştir. Hatta Fransız Anayasa Konseyi, belirtildiği üzere idarenin sessizliğinin ret şeklinde kabul edilmesini, hukukun genel ilkelerinden biri olarak ele almıştır. Başlangıçta idarenin hareketsizliğini lehe yorumlamanın yani hareketsizliği zımni kabul olarak ele almanın imkansız olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşün dayandığı temel nokta zımni kabulün idare edilenler açısından herhangi bir tatmin sağlamayacağı olmuştur<sup>25</sup>. Bu görüş idarenin hareketsizliği halinde bu hareketsizliği ancak zımni ret olarak kabul ederek dava açma yoluyla bir hakkın elde edilebileceği görüşüne yaslanmaktadır. Zımni kabul yoluyla bir hakkın elde edilebileceği tahayyül edilemediği için zımni reddin kabulü zaruri bir durum olarak ele alınmıştır.

Bununla birlikte zamanla zımni reddin olumsuz etkilerini gidermek üzere kanun koyucu bazı işlemler için genel kuraldan ayrılarak idarenin hareketsizliğini zımni kabul işlemi olarak düzenlemiştir. Zımni reddin genel kural olarak öngörüldüğü hukuk düzeninde idarenin kendisine yapılan başvurular karşısında hareketsizliğinin zımni kabul işlemi ile sonuçlanması için bir takım şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. İdarenin hareketsizliğinin zımni kabulle sonuçlanması için öncelikle bunun

<sup>23</sup> Turan Yıldırım, *İdari Yargı*, 2. Baskı, 2010, İstanbul: Beta, s. 427.

<sup>24</sup> Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 3. Bası, 2012, Ankara: Turhan Kitabevi, s.447-448.

<sup>25</sup> Lütfi Duran, *İdari Müracaatler ve Bunlar Karşısında, İdarenin Sükutu Meselesi, İÜHF*, Cilt no: 12, Sayı: 1, 1946, s.183.

kanun ile öngörülmüş olması gerekir. Zira belirtildiği üzere zımni reddin genel kural olarak düzenlenmesi karşısında zımni kabul için böyle bir açık kanuni dayanağa ihtiyaç vardır. Kanunda öngörülen şekilde idarenin hareketsizliğinin zımni kabul ile sonuçlanabilmesi için başvuruya ilişkin de bazı şartlar söz konusudur. Başvuru hukuki düzenlemelerde öngörülen şekilde tam ve eksiksiz bir şekilde ve yetkili idari makama yapılmalıdır. Son olarak başvurunun reddedildiğine ilişkin bir karar zımni kabul için öngörülen sürede başvurucuya iletilmemiş olmalıdır<sup>26</sup>.

Ancak belirtmek gerekir ki zımni kabul için başvurunun yetkili idari makama yapılma şartı mutlak bir şart değildir. Zira idare edilenler bazen son derece karmaşık bir yapı arzeden idari teşkilatta başvuruyu hangi makama yapacaklarını bilemediklerinden yetkisiz bir idari makama başvuruda bulunmuş olabilirler. Aslında dilekçe hakkının kullanılmasında bu sorunun çözümüne yönelik düzenlemeye kanun koyucu 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'da (madde 5) yer vermiştir. Söz konusu düzenlemede dilekçelerin yetkisiz idari makama verilmesi halinde bu makamın dilekçeyi yetkili makama göndereceği ve bu durumdan dilekçe sahibini bilgilendireceği öngörülmüştür. Hatta yargılama aşamasında yanlış hasım gösterilerek açılan davalarda da mahkeme dava dilekçesini doğru hasma tebliğ etmektedir (2577 sayılı Kanun, madde 15/1-c). İdareye yapılan hertürlü başvuruda yetkisiz idari makamın başvuruyu yetkili idari makama göndererek ve bu durumdan başvuruları haberdar ederek idari işlem sürecini kesintiye uğratmadan sorunu çözmeye imkanına sahip olduğu kabul edilmelidir.

Nitekim Fransız Hukuku'nda yetkisiz idari makama yapılacak başvurularda idarenin nasıl hareket edeceği özel olarak düzenlenmiştir. 12 Nisan 2000 tarih ve 2000-321 sayılı İdare ile İlişkilerde Yurttaşların Hakları Hakkındaki Kanun'un 20. maddesinde yetkisiz idari makama yapılan başvurular zımni kabul ile sonuçlanacak işlemler ile zımni ret ile sonuçlanacak işlemler için sürenin başlangıç tarihi nüanse edilerek düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemenin ilk fıkrasında zımni ret-zımni kabul ayrımı yapılmadan yetkisiz idari makama yapılan başvurularda yetkisiz idarenin başvuruyu yetkili makama ileteceği ve bu durumdan başvuruları haberdar edeceği hüküm altına alınmıştır. İkinci fıkrasında zımni ret ile sonuçlanabilecek başvurularda zımni ret süresinin ilk idareye yani yetkisiz idareye başvuru tarihinden itibaren başlayacağı, üçüncü fıkrasında zımni kabul ile sonuçlanabilecek başvurularda ise sürenin başvurunun yetkili idari makama ulaştığı tarihten itibaren hesaplanacağı öngörülmüştür.

Zımni reddin genel kural olarak düzenlendiği durumlarda zımni kabulün temelde iki kategori işlem için getirildiği belirtilmektedir. Bu kategorilerden ilki karar alma özelliğine sahip yerinden yönetim idarelerinin işlemleri karşısında vesayet yetkisine

<sup>26</sup> Jacques Moreau, **Droit Administratif**, 1989, Paris : PUF, s. 167-168'den aktaran Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, 6. Baskı, 2015, Ankara: Seçkin, s. 403.

sahip idarelerin belli süreler içinde karar almaktan imtina etmeleri halinde oluşan zımni kabul işlemleridir. İkinci kategori zımni kabul işlemleri ise ilk kategorideki zımni kabul işlemlerine nazaran homojenlik niteliğini daha az taşımaktadır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin bu kategorinin idarenin toplumsal yaşama ekonomik ve sosyal alanlardaki müdahalesinin arttığı İkinci Dünya Savaşı sonrası idarenin ayrıcalıkları ile çalışma, mülkiyet, teşebbüs kurma gibi bazı hak ve özgürlükleri bağdaştırma zorunluluğundan kaynaklandığı söylenebilir<sup>27</sup>.

Türk Hukuku'nda kanun koyucu bu çerçevede idarenin sessizliğini bazı işlemler için zımni kabul işlemi olarak düzenlemiştir. Yargılama usulü kurallarını düzenleyen İYUK'ta, yargılama hukukuna ilişkin bir konu olduğundan zımni ret kuralına yer verilirken, zımni kabul kuralına yer verilmemiştir. Genel bir idari usul kanunu bulunmadığından zımni kabule yer veren düzenlemeler çeşitli kanunlarda yer almaktadır<sup>28</sup>. Türk Hukuku'nda zımni kabul işleminin en tipik örneğini yapı kullanma izni oluşturmaktadır. 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 30. maddesinin 2. fıkrasına göre; malsahiplerince yapı kullanma izni için belediye ya da valiliklere yapılan başvuruların en geç otuz gün içinde sonuçlandırılmaması halinde bu sürenin sonunda yapının tamamının veya biten kısmının kullanılmasına izin verilmiş sayılmaktadır.

Yine bir izin işlemi olan teşebbüs birleşme ve devralma başvurularına Rekabet Kurulunun onbeş gün içinde cevap vermemesi veya herhangi bir işlem yapmaması halinde birleşme veya devralma anlaşmalarının bildirim tarihinden otuz gün sonra yürürlüğe girerek hukuki geçerlik kazanacağı düzenlenmiştir (4054 sayılı Kanun, madde 10/2). Burada dikkat çeken nokta birleşme ya da devralma başvurusuna idarenin cevap vermemesi halinde mevcut geçerli usul olan izin sisteminin bildirim sistemine dönüşmesidir. Kanun koyucu idarenin hareketsizliği nedeniyle başvuru sahiplerinin mağdur edilmemesi için izin usulünü bildirim usulüne dönüştürmüştür.

<sup>27</sup> Monique Pauti, Les décisions implicites d'acceptation et la jurisprudence administrative, **RDP**, 1975, s.1529-1531.

<sup>28</sup> İdari rejimin uygulandığı Fransa ile Türkiye uzun yıllardır idari usul kanunu çıkarılamaması anlamında da benzerlik göstermektedir. Tıpkı Türkiye'de olduğu gibi Fransa'da da tüm idari işlemleri kapsayacak şekilde genel bir idari usul kanunu yoktur. Türkiye'de öğreti tarafından 1964 yılında gündeme taşınan konu 1997 yılında Başbakanlık tarafından hazırlanan yasa tasarı metnine ilişkin 1998 yılında Ankara'da düzenlenen sempozyumda tartışılmıştır. Herkesin genel bir idari usul kanunu çıkarılması gerekliliği konusunda hemfikir olması da tasarının kanunlaşmasını sağlayamamıştır (Yücel Oğurlu, İdari Usul Kanunu Neden Acil ve Zorunludur?, **AÜEHFD**, cilt: IX, sayı: 1-2, 2005, s. 77(73-88) . Fransa'da da 1980'li yıllardan itibaren hazırlanan idari usul kanunu hazırlıkları başarıya ulaşamamıştır. İdari usul kanunu çıkarılamamasının nedenini idare hukukunun yapısından kaynaklı olduğu görüşü de mevcuttur. Buna göre; idari usul kanunu çıkarılamaması "idare hukukunun bir yandan idarenin işleyişini düzenlerken bir yandan da idarenin hukuka aykırı davranışları karşısında bireyi korumayı amaçlaması yine idari usule ilişkin kuralların hem bireylere güvence sağlarken hem de kararların olgunlaşmasına hizmet etmesi gibi çatışmalı ilişkileri düzenlemesinden" kaynaklanmaktadır (Pascale Gonod, Codification de la procédure administrative, la fin de l'exception française", **AJDA**, 2014, s.(395)).

Bununla birlikte devralma ve birleşmelerin bildirimden otuz gün sonra geçerlik kazanacağını düzenleyerek kanımızca idareye tanınan onbeş günlük süreden sonra bir onbeş günlük süre daha tanımıştır. Yani her ne kadar idare hareket etmesi gereken onbeş gün içinde hiçbir işlem yapmamış olsa da işlemin geçerlik kazanacağı sürenin sonuna kadar bir işlem yapması mümkündür. Zira buradaki süreyi hızlandırıcı süre olarak ele almak gerekir<sup>29</sup>.

5393 sayılı Belediye Kanunu'nda (madde 15/r) belediyenin yetkileri arasında yer alan belediye mücavir sınırları içerisinde ilgili mevzuata göre kuruluş izni verilen alanda tesis edilecek elektronik haberleşme istasyonlarına ilişkin ücret yatırılmasına rağmen yirmi gün içinde yer seçim belgesi verilmezse, bu belgenin verilmiş sayılacağı 6360 sayılı Kanun'un<sup>30</sup> 18. maddesi ile getirilen ek fıkra ile hüküm altına alınarak yeni bir zımni kabul işlemi örneği düzenlenmiştir.

Yine 4706 sayılı Kanun'da (madde 7) hazineye ait taşınmazların değerlendirilmesi ile ilgili işlemlere kamu kurum ve kuruluşlarının en geç iki ay içinde cevap vermemeleri halinde olumlu görüş vermiş sayılacakları şeklindeki hüküm de zımni kabul işlemi olarak ele alınmaktadır<sup>31</sup>. Buraya kadar belirttiğimiz zımni kabul işlemi örnekleri ikinci kategoride yer alan temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan zımni kabul işlemlerdir. İlk ve son işlem örnekleri mülkiyet hakkına, teşebbüs birleşme ve devralma işlemleri ile yer seçim belgesi verilmesine ilişkin işlem ise teşebbüs kurma hürriyetine ilişkindir.

Vesayet denetiminin kullanımına ilişkin ilk kategori zımni kabul işlemleri de Türk Hukuku'nda kabul edilmiştir. Bu çerçevede yerel yönetimlerin birbirlerinin işlemleri ya da karar organlarının işlemleri üzerinde yürütme organının yapacağı işlem konusundaki hareketsizliği zımni kabul işlemleri olarak kabul edilebilir. Örneğin büyükşehir kapsamındaki ilçe belediye meclisleri tarafından alınan imara ilişkin kararların, üç ay içinde büyükşehir belediye meclisinde görüşülmemesi halinde bu kararlar onaylanmış sayılır (5216 sayılı Kanun, 14. maddenin son fıkrası). Yine Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği (madde 18/3)<sup>32</sup> çerçevesinde ilçe belediyelerince hazırlanan imar planı teklifleri hakkında ilgili büyükşehir belediyesinin onbeş gün içinde görüş vermemesi halinde, uygun görüş verilmiş sayılacağı şeklindeki düzenleme de zımni kabul işlemi olarak ele alınabilir.

Yerel yönetimlerin karar organları üzerinde yürütme organlarına tanınan geri

<sup>29</sup> Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, 2013, Ankara: İmaj Yayıncılık: s. 139.

<sup>30</sup> 12.11.2012 tarih ve 6360 sayılı Kanun, **R.G.**, 06.12.2012, Sayı: 28489.

<sup>31</sup> Onur Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, 2. Bası, 2012, Ankara: Turhan Kitabevi, s.425.

<sup>32</sup> **R.G.**, 15.12.2012, Sayı: 28498.

gönderme yetkisinin kullanılmaması da zımni kabul işlemleri olarak ele alınmaktadır. İl genel meclis kararlarının vali tarafından yeniden görüşülmek üzere meclise iade edilmemesi (5302 sayılı Kanun, madde 15) ile belediye meclisi kararlarının belediye başkanınca yeniden görüşülmek üzere meclise iade edilmemesi (5393 sayılı Kanun, madde 23/2) durumunda kararların kesinleşmesi bu çerçevede oluşan zımni kabul işlemleri olarak değerlendirilmektedir<sup>33</sup>. Aynı şekilde büyükşehir belediye meclis kararlarının büyükşehir belediye başkanınca geri gönderilmemesi (5216 sayılı Kanun, madde 14/2) de bir zımni kabul işlemidir.

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun yürürlükten kaldırdığı 13 Mart 1329 tarihli İl Özel İdaresi Kanunu'nun 86. maddesinde de zımni kabul işlemine yer verilmişti. Söz konusu düzenlemeye göre; il genel meclisince kabul edilerek vali tarafından İçişleri Bakanlığına gönderilen bütçe 30 gün içinde onaylanmazsa kendiliğinden onaylanmış sayılacaktır. Bu da karar alma özerkliği konusunda vesayet yetkisinin kısıtlayan tipik bir zımni kabul işlemi örneği idi.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının işlemlerine ilişkin vesayet yetkisinin kullanılması çerçevesinde de zımni kabul örnekleri söz konusudur. Bu kapsamda Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulunun itiraz üzerine verdiği kararların kesinleşmesi için Adalet Bakanlığına gönderilmesi gerekir. Adalet Bakanlığı kararın kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki ay içinde karar vermezse Barolar Birliği Disiplin Kurulunun kararı kesinleşmiş olur (1136 sayılı Avukatlık Kanunu, madde 157/7).

Yine 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda (madde 182) bir başka zımni kabul işlemi örneği yer almaktadır. Avukatlık Kanunu'nun uygulanması bakımından Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu tarafından hazırlanan yönetmelikler onaylanmak üzere Adalet Bakanlığına gönderilmektedir. Adalet Bakanlığının kendisine ulaşan yönetmelik konusunda iki ay içinde karar vermemesi halinde yönetmeliğin Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe gireceğine ilişkin düzenleme de vesayet yetkisinin kullanımına ilişkin bir başka zımni kabul işlemi örneğini teşkil etmektedir.

Bazen de kanuni düzenlemelerde idareye tanınan süreler sonunda işlemin akıbetinin ne olacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yoksa, Danıştay idarenin hareket-sizliğini zımni kabul işlemi olarak değerlendirebilmektedir. Örneğin Devlet Memurları Kanunu'nda asgari bir yıl azami iki yıl olarak düzenlenen aday memurluk süresi sonunda asaleti tasdik edilmeyen ve 2 yıl 9 ayı aşkın bir süre mühendis olarak çalıştırıldıktan sonra göreve son verilmesini hukuka aykırı bulmuştur. Danıştay'a göre iki yıllık süre sonunda idarenin memurun görevine son vermesi ya da asaletin tasdik edilmesi gerekir. Bu süre sonunda bu iki işlemden biri yapılmazsa "memurun ken-

<sup>33</sup> Halit Uyanık, Türk İdare Hukukunda Zımni Red ve Zımni Kabul Müesseseleri Üzerine Değerlendirmeler, **İÜHFİM**, Cilt LXXII, Sayı: 1, s.688.

diliğinden asaletinin onanmış sayılacağı izahtan varestedir<sup>34</sup>. Danıştay'ın bu kararı, zımni reddin genel kural olması karşısında zımni kabulün ancak kanun ile açıkça düzenlenecek işlemler için söz konusu olabileceği kuralının istisnası gibi okunabilir. Aslında burada idareye yapılan bir başvuru sonucu alınmış bir karar değil süregelen bir durumda idarenin aksi yönde irade beyanını açıkça ortaya koyması gereken bir durum söz konusudur. Bu nedenle zımni reddin genel kural olarak düzenlendiği durumda zımni kabulün kanun ile açıkça düzenlenmesi gerektiği kuralının istisnası olarak ya da tipik bir zımni kabul işlemi olarak ele almak mümkün görünmemektedir.

Bazen idare edilenlerin hareketsizliği de bir irade beyanı olarak ele alınmak suretiyle hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Bu çerçevede örneğin izinsiz ve mazeretsiz görevini on gün kesintisiz terkedenden memurun yazılı başvuru şartı aranmaksızın çekilme isteğinde bulunmuş sayılacağı yolundaki düzenleme (657 sayılı Kanun, madde 94) ile bu hareketsizliğe hukuki sonuç bağlanmaktadır<sup>35</sup>. Ancak idare edilenlerin hareketsizliği bir zımni kabul işlemi değildir. Zira bu çalışmada zımni kabul idarenin hareketsizliğine bağlanan hukuki sonuç yani idarenin hareketsizliğine atfedilen anlam olarak ele alınmaktadır. İdare edilenlerin hareketsizliğini ise isteğe bağlı işlemlerde idare edilenlerin yazılı olmayan şekilde yapılmış talebi olarak ele almak mümkündür. Bu talebin hukuki sonuç doğurması, idarenin bu hareketsizlik karşısında bir işlem yapması ile mümkündür.

Zımni kabul işlemleri elbette saydığımız bu işlemlerle sınırlı değildir. Ancak Fransız Hukuku'nda var olan zımni kabul işlemlerine göre oldukça az sayıda olduğunu söylemek de yanlış olmayacaktır. Zira Fransız Hukuku'nda zımni kabulün genel kural olarak kabul edildiği 2013 yılına kadar idarenin hareketsizliği konusundaki zımni ret kuralının özellikle imar alanında yumuşatılarak zımni kabul uygulamasına gidilen beşyüz karar örneği olduğu belirtilmektedir<sup>36</sup>. Zımni kabulün bu yaygın uygulaması da yeterli görülmeyerek zımni ret kuralı tersine çevrilerek idarenin hareketsizliği zımni kabul olarak düzenlenmiştir. Zımni kabulün genel kurala dönüştürülmesinin yerinde olup olmadığı ve düzenlenme şekli önemli tartışmaları da beraberinde getirmiştir.

### **Zımni Kabulün Genel Kural Olarak Düzenlenmesi: Fransa Örneği**

Fransa'da 12 Kasım 2013 tarih, 2013-1005 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile 12

<sup>34</sup> Dan.5. Daire, 29.06.1978, Esas No : 1976/7702, Karar No : 1978/2582, **DD**, sayı :32-33, s. 402.

<sup>35</sup> Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, 6. Baskı, 2015, Ankara: Seçkin, s. 403.

<sup>36</sup> Stéphane Braconnier, Paul Cassia, Pascale Gonod, Jacques Petit, Benoît Plessix ve Bertrand Seiller, Le silence de l'administration vaudra acceptation. Big bang ou trou noir, **JCP**, sayı: 51, 16 Aralık 2013, s.(1324).

Nisan 2000 tarih ve 2000-321 sayılı İdare ile İlişkilerde Yurtttaşların Hakları Hakkındaki Kanun'un 21. maddesi değiştirilmiştir. İdarenin sessizliğini ret iradesi olarak düzenleyen söz konusu hüküm tersine çevrilerek idarenin hareketsizliği, zımni kabul işlemi olarak düzenlenmiştir. Buna göre; İdarenin bir talep karşısında iki ay sessiz kalması halinde ortaya çıkan işlem, kabul işlemidir. Söz konusu kanunun uygulanması amacıyla 1 Kasım 2014 tarihli Resmi Gazetede 42 kararname yayımlanmıştır.

Kanun'da yer verilen istisnalar zımni kabulün genel kural olma özelliğinin sorgulanır hale gelmesine neden olmuştur. Kanun'da birçok istisnaya yer verildiği gibi daha sonra çıkarılacak kararnamelerle de istisnaların kapsamını genişletme yolu açılmıştır. Kanun'da düzenlenen istisnalar şu şekildedir;

- Bireysel bir idari işlem yapılması ile sonuçlanmayacak başvurular. Belirtildiği üzere dilek ve temenni niteliğindeki başvurularda ya da yine idareden görüş, açıklama talepleri karşısında idarenin sessizliği zımni ret işleminin oluşmasını sağlamadığı gibi zımni kabul işleminin oluşmasını da sağlamayacaktır.

- Kanunda ya da düzenleyici işlemlerde öngörülmemiş usullere ilişkin başvurular ya da şikayet ve itiraz şeklindeki talepler,

- Sosyal güvenliğe ilişkin kararnamede öngörülen haller hariç olmak üzere mali nitelikli başvurular,

- Danıştay incelemesinden geçirilmek suretiyle çıkarılacak kararnamede belirtilmek üzere, zımni kabul olarak ele alınması Fransa'nın uluslararası ve AB taahhütlerine aykırılık teşkil edecek, milli güvenliğin, kamu düzeninin, anayasal değerdeki özgürlük ve ilkelerin korunması ile uyumlu olmayan talepler,

- İdare ile kamu görevlileri arasındaki ilişkiler çerçevesinde yapılan başvurular,

Kanun'da sayılan bu açık istisnalar dışında 21. maddenin II. fıkrası, Danıştay incelemesinden geçirilmek üzere Bakanlar Kurulunca çıkarılacak kararname ile kararın konusu ya da idarenin iyi işleyişi gerektiriyorsa idarenin sessizliğine zımni kabul kuralının uygulanmaması yani istisna getirilmesi ya da Danıştay incelemesinden geçirilmek üzere çıkarılacak kararname ile zımni kabul için farklı süre belirlenmesi yetkisi tanımıştır.

Aslında Kanun'da sayılan bu istisnalar ve kararnamelerle istisnaların kapsamını belirlemek konusunda verilen yetki nedeniyle zımni kabulün genel kurala dönüştürülmesinin uygulamada büyük olasılıkla halihazırda mevcut zımni kabul teorilerine önemli bir katkı sağlamayacağı belirtilmektedir. Gerçekten de bu kanunun kabulü öncesinde de belirtildiği üzere Fransız Hukuku'nda zımni kabul uygulamasına gidilen beşyüz karar örneği olduğu dikkate alındığında bu eleştiri haklı bir eleştiridir<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> Stéphane Braconnier, Paul Cassia, Pascale Gonod, Jacques Petit, Benoît Plessix ve Bertrand Se-



Nitekim 1 Kasım 2014 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan kanunun uygulanması amacıyla çıkarılan 42 kararnamede bakanların belirlediği 3600 idari usule ilişkin, zımni kabulün uygulanacağı idari usul sayısı 1200 iken bu kuralın istisnası 2400 olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla aslında zımni ret kuralının varlığını sürdürdüğü ve zımni kabulün de ilke olarak nitelenemeyeceği savunulmaktadır<sup>38</sup>. Kanun koyucunun, istisnaların kapsamı konusundaki belirsizlik özellikle kararın konusu ya da idarenin iyi işleyişi amacıyla kararnamelerle istisnalar getirilebilmesi, kanunun yazılmasındaki ve hazırlanma aşamasındaki acelecilik ve özensizlik gibi nedenlerle uygulamada ortaya çıkacak kapsam konusundaki tereddütleri hafifletebilecek bir mekanizma da öngördüğü belirtilmektedir. Yasama organı resmi internet sitesinde idarenin hareketsizliği karşısında zımni kabul işlemi sayılanların listesini yayımlanmıştır. Aslında bu yolun seçilmesi de kanun koyucunun kabul işlemi sayılacak listenin yayımlanmasının istisnaları belirlemekten daha hızlı olacağını zımnin kabul ettiği şeklinde yorumlanmıştır<sup>39</sup>.

İdare ile yurttaşlar arasındaki ilişkilerin basitleştirilmesi adına getirilen düzenlemeler sonrası Fransa'da şöyle bir tablo söz konusudur; Fransa'da yukarıda bahsedilen 42 kararname ile 2400 idari usul için zımni ret kuralının uygulanacağı kabul edilmiştir. Zımni kabul kuralına getirilen bu istisnaların 1800'ü Fransa'nın uluslararası ve AB taahhütlerine aykırılık teşkil edecek, milli güvenliğin, kamu düzeninin, anayasal değerdeki özgürlük ve ilkelerin korunması ile uyumlu olmayan taleplere ilişkin yasal düzenlemelerden kaynaklanmaktadır. Kararın konusu ya da idarenin iyi işleyişi için getirilen 600 istisna ise düzenleyici idari işlemlerden kaynaklanmaktadır. Zımni kabulün benimsendiği 1200 idari usul için öngörülen süre konusunda da bir karmaşa söz konusudur. Her ne kadar kanunda iki ay kuralı benimsenmişse de bu süre 730 usul için uygulanmakta kalan 470 usulde zımni kabul için iki aydan uzun süreler öngörülmektedir<sup>40</sup>.

Fransa'da zımni reddin olumsuz yönlerini ortadan kaldırarak idare edilenlerin haklarını elde etmeleri için getirilmiş zımni kabul kuralı da getirilen istisnalar, öngörülen farklı süreler nedeniyle idare edilenler için belirsiz durumları ortadan kaldırmayacak gibi görünmektedir.

Türk Hukuku'nda da belirtildiği üzere zımni kabulün genel kurala dönüşme-

---

iller, Le silence de l'administration vaudra acceptation. Big bang ou trou noir, **JCP**, sayı: 51, 16 Aralık 2013, s.(1324).

<sup>38</sup> Caroline Lantero, Le silence est décrété !, **JCP**, sayı : 46-47, 10 Kasım 2014, s.(1168).

<sup>39</sup> Stéphane Braconnier, Paul Cassia, Pascale Gonod, Jacques Petit, Benoît Plessix ve Bertrand Seiller, Le silence de l'administration vaudra acceptation. Big bang ou trou noir, **JCP**, sayı: 51, 16 Aralık 2013, s.(1324); Bertrand Seiller, Quand les exceptions infirment (heureusement) la règle : le sens du silence de l'administration, **RFDA**, 2014, s. (35). Söz konusu liste için bkz. <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Silence-vaut-accord-SVA/Procedures-SVA> (20.07.2015).

<sup>40</sup> <http://www.senat.fr/rap/r14-629/r14-6293.html> (04.09.2015).

si önerisi zaman zaman gündeme getirilmiştir. Hazırlanan idari usul kanunu tasarılarında ya da idari usule ilişkin düzenlenen sempozyumda zımnî kabulün hangi içerikte kural olarak kabul edilebileceği ele alınmıştır. Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan Genel İdari Usul Kanunu Tasarısında ise zımnî ret kurumuna yer verilmediği gibi zımnî kabul kurumuna da yer verilmemiştir. Tasarıda zımnî kabule yer verilmemesinin nedeni madde gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır. “ (...) bu Kanunda genel idarî usul kurallarının düzenlenmiş olması nedeniyle “zımnî kabul”e de yer verilmemiştir. Zımnî kabulün, idarî faaliyet alanlarının özellikleri göz önünde tutulup, her idarî faaliyet alanı için ayrı ayrı değerlendirilmek suretiyle özel usul kuralı olarak düzenlenebileceği kabul edilmiştir. (...)”.

Başbakanlık tarafından 1997 yılında başlatılan İdari Usul Kanunu metni hazırlama çalışmalarının devamında İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku Araştırma Merkezi tarafından hazırlanan İdari Usul ve Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Tasarısı'nın 14. maddesinde idarenin hareketsizliği konusundaki genel ilke mevcut altmış günlük süre de korunmak suretiyle zımnî ret kuralı olarak korunmuştur<sup>41</sup>. Zımnî ret kuralının tek istisnası istek, ruhsat, izin ve lisans gibi hak sağlayan işlemlerin yenilenmesi veya uzatılmasına ilişkin başvurulardır. Buna göre ; bu tür başvurularla sınırlı olmak üzere, hak sahibinin sürenin dolmasından an az altmış gün önce yaptığı başvuruya idarenin altmış gün içinde cevap vermemesi halinde istek kabul edilmiş sayılır. Zımnî ret kuralının istisnası niteliğindeki zımnî kabulün istisnasına da hemen takip eden cümlede yer verilmiştir. Metinde hak sağlayan bir işlemin yenilenmesi ya da uzatılması talepleri ateşli silahlar, patlayıcı ve benzeri maddelerle ilgili ise veya kamu düzenini doğrudan ilgilendiren konulara ilişkinse idarenin altmış gün içinde ilgiliye cevap vermemesi zımnî kabul olarak değerlendirilmeyecektir.

Zımnî kabulün genel kural olarak düzenlenmesinin isabetli olup olmadığı tartışmaları bir yana, idarenin hareketsizliğinin zımnî kabul olarak ele alınması gerektiği anlayışının giderek yaygınlık kazandığını söyleyebiliriz. Nitekim İspanya'da 26 Kasım 1992 tarihli Kamu İdarelerinin Hukuki Rejimi ve Genel İdari Usul Kanunu<sup>42</sup> ile geniş kapsamlı olarak uygulanan zımnî kabul, 1999 yılında yapılan değişiklikle<sup>43</sup> genel kurala dönüştürülmüş 2009 değişikliği<sup>44</sup> ile ise zımnî kabul daha vurgulu ifade edilmiştir. 1992 tarihli Kanun'un 43/2. maddesinde zımnî kabul işlemleri sayılmak

<sup>41</sup> İdari Usul ve Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Tasarısı –İstanbul Metni-, **İHİD, Prof. Dr. Pertev Bilgen'e Armağan**, Cilt : 13, Sayı : 1-3, İstanbul, 2003, s. 346-347.

<sup>42</sup> 26 Kasım 30/1992 sayılı Kanun, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-26318&b=54&ctn=1&cp=20091223#a43>, (13.11.2015).

<sup>43</sup> 13 Ocak 4/1999 sayılı Kanun, madde 11, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-847#aprimero>, (13.11.2015).

<sup>44</sup> 22 Aralık 25/2009 sayılı Kanun, madde 2/2, [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-20725](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-20725), (13.11.2015).

suretiyle belirlenmişken<sup>45</sup> değişikliklerle kanunla ya da kanuna eşit hukuk kuralları ya da Avrupa Birliği kuralları ile aksi öngörülmedikçe başvurular üzerine idarenin hareketsizliği zımni kabul olarak düzenlenmek suretiyle genel kurala dönüştürülmüştür<sup>46</sup>. Zımni kabulün istisnalarına 43/1. maddenin ikinci paragrafında yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemede kamu mallarının ya da kamu hizmetlerine ilişkin yetkilerin kendisi ya da üçüncü kişilere devrine ilişkin başvurular ile idari işlem ya da düzenlemelere karşı itiraz usulünde idarenin sessizliğinin zımni ret olarak ele alınacağı hüküm altına alınmıştır.

### **Zımni Kabulün Genel Kurala Dönüşmesine İlişkin Çekinceler**

Zımni kabulün genel kurala dönüşmesine ilişkin çekinceler, Türkiye örneğinde genel idari usul kanunu tasarılarında zımni kabule yer verilmemesi ya da oldukça sınırlı bir şekilde yer verilmesi ile Fransa örneğinde ise istisnalar nedeniyle genel kural olma özelliğinin sorgulanması ile sonuçlanmaktadır.

Zımni reddin genel kural olarak kabulü konusundaki çekincenin bir kısmı zımni kabul sonucu kamu yararına aykırı durumların ortaya çıkması riskinden kaynaklanmaktadır. Nitekim belirtildiği üzere idarenin hareketsizliğinin zımni ret olarak kabulünün kamu yararını zedelemeyen bir durum olarak ele alınması da bu anlayışın bir tezahürüdür. Zımni kabulü genel kural haline getirmekle birlikte bu kurala önemli sayıda istisna getiren Fransız kanun koyucunun bu yaklaşımı da zımni kabulden kaynaklanan bir takım risklerle açıklanmıştır. Zımni kabulün genel kurala dönüştürülmesinin beraberinde getirdiği riskler; susma yoluyla hukuka aykırı kararlar alınması, bilgilendirilmeyen üçüncü kişilerin izin işlemleri nedeniyle çıkarlarının zedelenmesi ve kamu yararı aleyhine talepte bulunanın kişisel çıkarlarına öncelik verilmesi olarak sayılmıştır<sup>47</sup>.

Bu sayılanlar dışında idarenin, hareketsizliğinin zımni kabul ile sonuçlanmasını başvurulara vereceği sistematik bir ret cevabı ile bertaraf etme pratiğini uygulamaya koyması gibi bir sakınca da ortaya çıkabilir. İdarenin bu yola başvurması olasıdır. Zira ret kararı kazanılmış hak doğurmadığından zımni ret kararının her zaman geri alınması mümkündür. Böylece idare süre tehdidi altında olmaksızın kendisine yapılan başvuruları inceleyerek zımni ret kararını geri alma imkanına sahiptir. İdarenin sistematik ret uygulamasına gitmesi halinde zımni kabule ilişkin genel kural uygulamada

<sup>45</sup> Zımni kabul sayılan başvurular için bkz. Bahtiyar Akyılmaz, Yeni Bir İdari Usul Kanunu Örneği: İspanya Kamu İdarelerinin Hukuki Rejimi ve Genel İdari Usûl Hakkında Kanun, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu**, 17-18 Ocak 1998, 1998, Ankara : T.C. Başbakanlık Basımevi, s. 46.

<sup>46</sup> 1999 değişikliğinde madde 43/2, 2009 değişikliğinde madde 43/1

<sup>47</sup> Stéphane Braconnier, Paul Cassia, Pascale Gonod, Jacques Petit, Benoît Plessix ve Bertrand Seiller, Le silence de l'administration vaudra acceptation. Big bang ou trou noir, **JCP**, sayı: 51, 16 Aralık 2013, s.(1324).

getirilış amacının aksine açık zımni ret kararına dönüşebilir. İdareyi bu şekilde hareket etmekte zorlayacak tek durum idarenin vereceği ret kararlarını gerekçelendirme zorunluluğu olacaktır<sup>48</sup>. Türk Hukuku'nda idari işlemler için genel bir gerekçe kuralı olmadığı düşünöldüğünde zımni kabul kuralının bu şekilde işlevsiz bırakılmasında önemli bir risk olduğu söylenebilir. Dolayısıyla çıkarılacak bir idari usul kanununda zımni kabule ilişkin genel kural ya da kapsamının genişletilmesi gibi alternatiflerde konunun bütönlüklü olarak gerekçe zorunluluğu da getirilerek düzenlenmesi gerekir. Fransız Hukuku'nda genel bir idari usul kanunu olmasa da 11 Temmuz 1979 tarihli Kanun ile birçok karar için gerekçe zorunluluğu öngöröldüğünden zımni kabulün bu şekilde işlevsizleştirilmesi daha zor görünmektedir<sup>49</sup>.

### 1- Zımni Kabul Sonucu Oluşacak Hukuka Aykırı Kararlar

İdarenin hareketsizliği yoluyla hukuka aykırı kararlar alınması riskinin varlığı konusunda tereddüt yoktur. Ancak bu risk nedeniyle idarenin hareketsizliğini zımni ret işlemleri olarak kabul etmek de adil bir çözüm değildir. Zira bu durum aslında hukuka aykırı işlemin oluşmaması için idareyi karar almaya zorlayacaktır ve idarenin hareketsizliği sorununu tamamen çözen bir işlevi de yüklenecektir. Ayrıca idarenin zımni kabul kararları sonucu ortaya çıkan hukuka aykırılık konusunda elimizde bir istatistiksel bilgi olmadığından bu kararları sarıh kararlar karşısında mahkum etmek de temelsiz olacağı gibi hukuka aykırı sarıh kararlar için öngörölen mekanizmaların neden zımni kabul kararları için uygulanmayacağı sorusu gündeme gelecektir. Zira hukuka aykırı kararlar oluşma riskine rağmen idare hareketsiz kalır ve zımni kabul yoluyla hukuka aykırı karar ortaya çıkarsa bu durumda yeni mekanizmalar öngörmeye gerek olmaksızın halihazırda mevcut sarıh kararlar hakkında uygulanan mekanizmalar ile sorunun çözümü mümkündür.

Bir kere talepte bulunanın idareyi hilesi ya da aldatması sonucu ortaya çıkmış bir zımni kabul kararı varsa nasıl ki idarenin hile ya da aldatılma sonucu aldığı sarıh kararlar idarece her zaman geri alınabilecekse bu şekilde ortaya çıkan zımni kabul kararları da herhangi bir süreye bağlı olmaksızın idarece her zaman geri alınabilir.

<sup>48</sup> Bertrand Seiller, Quand les exceptions infirment (heureusement) la règle : le sens du silence de l'administration, **RFDA**, 2014, s. (35).

<sup>49</sup> Bertrand Seiller, Quand les exceptions infirment (heureusement) la règle : le sens du silence de l'administration, **RFDA**, 2014, s. (35). Sarıh işlemler için getirilen gerekçe zorunluluğununun zımni işlemler için de uygulanıp uygulanmayacağı sorunu söz konusu Kanun ile çözümlenmiştir. Kanun'un 5. maddesinde sarıh işlemler için getirilen gerekçe zorunluluğununun tek başına zımni işlemleri hukuka aykırı kılmayacağı düzenlenmiş maddenin devamında da idarenin zımni ret işlemleri yoluyla gerekçe zorunluluğundan kaçışının önüne geçmek için dava açma süresi içinde ilgilinin idareye başvurusu halinde işlemin gerekçesinin bildirilmek zorunda olduğu ve bu başvurunun dava açma süresini uzatacağı düzenlenmiştir. Bu yasal düzenlemeden önce ve sonrasında bu konuda verilmiş Conseil d'Etat kararları için bkz. René Chapus, **Droit administratif général**, Tome I, 2001, Paris : Montchrestien, s.1139-1140.

Yine yok hükmündeki kararların da idarece her zaman geri alınması mümkündür. İlgilinin talebine idarenin hareketsizliği sonucu oluşan işlem hak kazandırıcı nitelikte olmayan yükümlendirici bir işlem ise bu işlemin de hukuka aykırı olması halinde idarece her zaman geri alınması mümkündür. Açık hata ile oluşan kararların da her zaman alınması mümkündür<sup>50</sup>. Zimni kabul işlemleri her zaman geri alınması mümkün olmayan işlemlerdense bu işlemlerin de sarıh işlemler gibi iptal davası süresi içinde geri alınması mümkündür<sup>51</sup>.

Nitekim Fransız kanun koyucu hukuka aykırı zimni kabul kararlarının geri alınmasını 12 Nisan 2000 tarihli Kanun'un 23. maddesinde özel olarak düzenlemiştir. Söz konusu hükme göre idare; üçüncü kişilere duyurulmuş zimni kabul kararlarını dava açma süresi içinde, üçüncü kişilere duyurulmayan zimni kabul kararlarını ise kararın ortaya çıktığı tarihten itibaren iki ay içinde geri alabilir. Zimni kabul kararlarına karşı dava açılması halinde ise yargılama süresince hukuka aykırı kararların geri alınması mümkündür.

Geri almanın mümkün olmadığı hallerde ise hukuka aykırı zimni kabul kararlarının hukuka aykırı sarıh kararlar gibi idarenin alacağı yeni bir karar ile ileriye dönük olarak kaldırılması mümkündür<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Her zaman geri alınabilecek sarıh işlemler için bkz. Ramazan Çağlayan, **İdari İşlemlerin Geri Alınması Üzerine**, AÜEHFD, Cilt: IV, Sayı: 1-2, s. 49-50 (43-58); Kemal Gözler, **Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri**, 16. Baskı, 2015, Ekin: Bursa, s.415; Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, 2013, İmaj Yayıncılık: Ankara, s. 179-180; Turan Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, 4. Baskı, 2012, İstanbul: XII Levha, s.608; A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Cilt I, **Genel Esaslar**, 4. Bası, 2006, Ankara: Turhan Kitabevi, s.517-521; Ender Ethem Atay, **İdare Hukuku**, 3. Bası, 2012, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 533; Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, 2009, İstanbul: Beta, s.386; Hasan Nuri Yaşar, **İdare Hukuku**, 2013, Der Yayınları: İstanbul, s. 320; Onur Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, 2. Bası, 2012, Ankara: Turhan Kitabevi, s.601.

<sup>51</sup> İptal davası süresi içinde sarıh işlemlerin geri alınabileceği görüşü için bkz. Ramazan Çağlayan, **İdari İşlemlerin Geri Alınması Üzerine**, AÜEHFD, Cilt: IV, Sayı: 1-2, s. 49-50 (43-58); Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, 16. Baskı, 2015, Ekin: Bursa, s.412; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, 6. Baskı, 2015, Ankara: Seçkin, s. 457-458; Turan Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, 4. Baskı, 2012, İstanbul: XII Levha, s.608; Ender Ethem Atay, **İdare Hukuku**, 3. Bası, 2012, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 533; Hasan Nuri Yaşar, **İdare Hukuku**, 2013, Der Yayınları: İstanbul, s. 323; Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, 2009, İstanbul: Beta, s.386. Bu konudaki içtihat gözönüne alınarak iptal davası süresi içinde geri almanın tüm işlemler için öngörülmediği somut durumun özellikleri dikkate alınarak idari istikrarın oluşup oluşmadığı belirlenerek geri alma süresinin tayin edileceği yolundaki görüş için bkz. Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, 2013, İmaj Yayıncılık: Ankara, s. 178; A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Cilt I, Genel Esaslar, 4. Bası, 2006, Ankara: Turhan Kitabevi, s.524-527; Geri alma süresi ile iptal davası süresi arasında bağlantı olmadığı görüşü için bkz.. Onur Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, 2. Bası, 2012, Ankara: Turhan Kitabevi, s.586.

<sup>52</sup> Hukuka aykırı sarıh işlemlerin her zaman kaldırılabilceği görüşü için bkz. Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, 16. Baskı, 2015, Ekin: Bursa, s.404; A.Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Cilt I, **Genel Esaslar**, 4. Bası, 2006, Ankara: Turhan Kitabevi,

Görüldüğü üzere idarenin hukuka aykırı bir kararı ortadan kaldırması geri alma ya da kaldırma şeklinde yeni bir işlem ile mümkün olacaktır. Oysa ki idarenin kendisini bu şekilde yeni bir karar almak yükümlülüğü altına sokmadan başvuru üzerine karar almak suretiyle çözmesi daha yerinde olacaktır. Bu durum hem idare edilenlerin başvurularına bir an önce cevap almalarını sağlayacak hem de idari sürecin daha karmaşık hale gelmesini engelleyecektir. Böylece zımni kabulün etkilerini gidermek için yeni bir karar almak yerine idarenin başvuru üzerine karar almayı tercih etmesi halinde zımni kabulün amacını gerçekleştirdiği söylenebilecektir. Zira zımni kabulün temel işlevlerinden biri de idareyi açıkça karar almaya zorlamaktır. Bu işlevi ile zımni kabul, kararların alınma sürecini kısaltmakta ve açıkça alınan idari karar ile öngörülebilir idare anlayışının sağlanmasına da hizmet etmektedir<sup>53</sup>.

## 2- Zımni Kabul Kararı Nedeniyle Üçüncü Kişilerin Haklarının İhlali Meselesi

Zımni kabul işlemleri de zımni ret işlemleri gibi iptal davasına konu olabilirler. İptal davası bakımından zımni kabulü zımni retten ayıran temel husus davacının kimliğinde ortaya çıkmaktadır. İdarenin hareketsiz kalarak bireylerin dava haklarını ortadan kaldırmasını önlemek amacıyla getirilen zımni ret işleminde davacı; başvurusuna yanıt verilmeyen iken zımni kabul işleminde davacı; başvuru sahibi değil idarenin hareketsizliği sonucu doğacak zımni kabul işleminden menfaati ihlal edilen üçüncü kişiler olacaktır<sup>54</sup>.

Üçüncü kişilerin zımni kabul işlemine karşı dava yoluna ya da dava açmadan önce idari başvuru yoluna başvurabilmeleri için öncelikle zımni kabulle sonuçlanacak başvurulardan haberdar olmaları gerekir. Başvurulardan haberdar olamayan üçüncü kişilerin en azından zımni kabul işleminden haberdar olmaları gerekir. Üçüncü kişilerin zımni kabul işlemlerinden haberdar olmaları başvuruların ilanı yolu ile sağlanabilir. Nitekim Fransız kanun koyucu eğer başvuru zımni kabule konu olabilecek bir başvuru ise ve işlemin sarih olarak yapılması halinde üçüncü kişilere ilanı zorunlu ise başvuruların zımni kabul işleminin ortaya çıkacağı tarihi de kapsayacak şekilde idarece gerekiyorsa elektronik yolla ve diğer uygun araçlarla duyurulmasını düzenlemiştir

s.508; Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, 2013, İmaj Yayıncılık: Ankara, s. 181; Ramazan Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, 2015, Ankara: Adalet Yayınevi, s.538; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, 6. Baskı, 2015, Ankara: Seçkin, s. 473; Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, 2009, İstanbul: Beta, s.386; Ender Ethem Atay, **İdare Hukuku**, 3. Bası, 2012, Ankara: Turhan Kitabevi, s.531; Hasan Nuri Yaşar, **İdare Hukuku**, 2013, Der Yayınları: İstanbul, s. 328.

<sup>53</sup> Celâl Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, 1990, Ankara: Danıştay Yayınları, s. 35.

<sup>54</sup> Celâl Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, 1990, Ankara: Danıştay Yayınları, s. 34.

(2013-1005 sayılı Kanun, madde 22). Bu düzenlemeye göre zımni kabule konu bir başvurunun duyuru şartları şu şekildedir;

- İdarece cevap verilmeyen başvurunun mevzuatta öngörülen süreler geçtikten sonra zımni kabulle sonuçlanmaya uygun bir başvuru olması gerekir.

- Zımni kabule konu başvurunun idarece sarih bir işlem şeklinde yapılması halinde üçüncü kişilere duyurulmak zorunda olan bir işlem olması gerekir.

- Üçüncü kişilere duyurunun gerektiğinde elektronik yolla ve uygun araçlarla yapılması gerekir.

- Üçüncü kişilere duyuruda zımni kabulün hangi tarihte ortaya çıkacağına belirtilmesi gerekir.

Üçüncü kişilerin haklarının korunmasında da başvurular nedeniyle alınabilecek hukuka aykırı kararlara ilişkin açıklamalar geçerlidir. Zımni kabul yolu ile alınan kararların hukuka aykırı olduğunu düşünen üçüncü kişiler bu kararların geri alınmasını ya da kaldırılmasını idareden talep edebilirler.

İdarenin hareketsizliğine bağlanan zımni kabul iradesi nedeniyle üçüncü kişilerin mağdur olmaması için idarenin yine duyuruda bulunmak gibi edimlerde bulunması gerekir. Aslında bu durumu da zımni kabulün ortaya çıkardığı bir risk yerine yine idareyi iradesini açıkça ortaya koymaya zorlayan bir durum ve bilgilendirme yükümlülüğüne uygun bir usul olarak görmek yerinde olacaktır. Zımni kabul üçüncü kişiler için bir risk olarak değerlendirilse bile yukarıda belirtildiği üzere bu riski bertaraf edebilecek hukuki mekanizmalar da mevcuttur. Üçüncü kişilerin zımni kabul işlemine karşı dava açma haklarının korunmasına ilişkin olarak idarenin gerekli duyuruları yapmaması halinde idarenin hareketsizliğinden mağdur olmalarını önlemek adına dava açma süresini, zımni kabul işlemini öğrenme tarihinden itibaren başlatmak makul bir çözüm olarak kabul edilmelidir. Üçüncü kişilerin bundan başka idarenin duyuru yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle uğradıkları zararın tazminini sağlamak amacıyla kanımızca idare aleyhine hizmet kusuru nedeniyle tam yargı davası açabilmeleri de mümkündür.

### **3- Kamu Yararı Aleyhine Taleplerde Kişisel Çıkarlara Öncelik Tanınma Riski**

İdari faaliyetlerin amacı kamu yararının gerçekleştirilmesidir ve bu çerçevede idari faaliyetlerin yerine getirilmesi için yapılan idari işlemlerin hukuka uygunluk denetimlerinde de idari işlemlerin kamu yararına uygun yapıp yapılmadıkları, başka bir deyişle idari işlemlerin kamu yararı dışında kişisel ya da siyasi amaçlarla yapıp yapılmadıkları denetlenmektedir. İdari işlemlerin kişisel yarar gözetilerek yapılmasının muhatabı idaredir.

Kamu yararı aleyhine talepleri İspanya'daki düzenlemelerde olduğu gibi somutlaştırmak mümkündür. Örneğin kamu mallarına ve kamu hizmetlerinin devrine ilişkin başvurularda kamu yararına aykırılık nedeniyle zımni kabul kural olarak mümkün kabul edilmemelidir. Kamu yararına aykırılık gerekçesiyle kamu mallarından yararlanma ya da kamu mallarının devri, işgali gibi konularda ya da kamu hizmetlerinin devri konularında yapılacak başvurular karşısında idarenin hareketsizliği bu çerçevede zımni ret olarak ele alınabilir.

Bunun dışında belirtmek gerekir ki idare edilenlerin bir işlem yapılması için idareye yaptıkları başvurularda kişisel çıkarlarını ön planda tutmaları doğaldır. Zımni kabul konusunda ortaya çıkabilecek risk idarenin hareketsizliği ile ortaya çıkacak işlemde kamu yararına aykırı şekilde kişisel yarara yönelik bir işlem yapılmış olması olacaktır. Bu risk zımni kabul işlemlerinde söz konusu olduğu gibi idarenin sarih olarak yaptığı işlemler için de geçerlidir. Aralarındaki fark sarih işlemlerde idarenin aktif şekilde kamu yararı amacını gözetmeksizin idare edilenlerin yararına ya da zararına olacak şekilde hareket etmesi söz konusu iken zımni kabul işleminde idare edilenlerin başvurusu ile başlayan sürecin idarenin hareketsizliği ile kişisel yararın ön planda tutulduğu zımni kabul işlemi ile sonuçlanmasıdır. Zımni kabulde bu riskin ön plana çıkarılması belki de idareye yapılacak başvuruların sayısında artış olacağı kaygısından ileri geliyor olabilir. Ancak zımni kabule ilişkin diğer risklerde de ifade ettiğimiz gibi bu risk de salt zımni kabule özgü olmadığı gibi bu riski bertaraf etmenin yolu da yine idarenin harekete geçerek açık bir işlem yapmasından geçmektedir. Bu çerçevede zımni reddi yaptırım olarak değerlendiren ve bir çözüm olarak ele alan görüş aslında zımni kabul için geçerlidir. Yani idarenin hareketsizliğinin zımni kabul olarak ele alınması idare açısından bir yaptırım olarak ele alınabilir ve bu yaptırımı etkisiz kılacak yol da en başta idarenin harekete geçerek işlem yapmasıdır. Kaldı ki idarenin hareketsizliği nedeniyle oluşacak işlemde kamu yararı gözardı edilmişse bu durumda da amaç yönünden hukuka aykırı olan idari işlemin geri alınması mümkündür.

### **Zımni Kabulün Genel Kural Dışında Düzenlenme Şekli**

Zımni kabulün genel kurala dönüşmesi konusundaki endişeler ve Fransa örneğinde olduğu gibi genel kural olarak düzenlense bile yer verilen istisnalar nedeniyle genel kural özelliğinin tartışmalı hale gelmesi, zımni kabulün kanun koyucu tarafından nasıl düzenlenmesi gerektiği sorusunu ele almamızı zorunlu kılmıştır. Zira idarenin hareketsizliğine karşı bir çözüm olarak düşünülen zımni kabulün anlaşılabilir ve öngörülebilir şekilde düzenlenmemesi getiriliş amacının tam tersi sonuçlar doğurabilir. Fransız Hukuku örneğinde olduğu gibi zımni kabulün genel kural olarak düzenlenmekle birlikte getirilen istisnalar nedeniyle genel kural olma özelliğinin sembolik bir niteliğe bürünmesi halinde, hukuki düzenlemelerin taşınması gereken öngörülebilirlik ve anlaşılabilirlik özelliklerini taşımadıkları ve dolayısıyla hukuki güvenlik ilkesini de ihlal ettiği söylenebilir. Zira böyle bir durumda idarenin hareketsizliğini genel kural nedeniyle zımni kabul olarak değerlendiren bireyler bu kurala istisna du-



rumlardan birisi söz konusu ise dava açma süresini de kaçırma riskiyle karşı karşıya kalabileceklerdir. Bu durum nedeniyle de zımni ret genel kuralının korunarak zımni kabul işlemlerinin uygulama alanının genişletilmesi önerilmektedir<sup>55</sup>.

İdarenin faaliyet alanları ve bu faaliyet alanlarına ilişkin mevzuat düşünüldüğünde idarenin hareketsizliğinin hangi işlemler için zımni kabul olarak düzenlendiğinin idare edilenlerce bilinmesi hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Zımni kabul kurumunun uygulanacağı idari işlem kategorilerini genişletmek mümkün görünmektedir. Bu genişletme ilk olarak vesayet yetkisinin kullanımı çerçevesinde yapılan idari işlem kategorisi için kabul edilebilir.

Vesayet yetkisi çerçevesinde vesayet makamlarının yerinden yönetim kuruluşlarının işlemleri karşısında hareketsizliğinin zımni kabul olarak düzenlenmesinde kanımızca herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Vesayet makamına işlem yapılmadan önce tanınan izin yetkisini kullanmayarak sessiz kalması halinde bu işlemleri zımni kabul işlemi olarak ele almak mümkündür<sup>56</sup>. Zira işlem yapılmadan önce izin şeklinde tanınan vesayet yetkisi yerinden yönetim idarelerinin kamu tüzelkişiliğine sahip olmalarının sonucu olarak sahip oldukları karar alma özerkliklerini sınırlandıracağından çok ayrıksı bir yetki görünümündedir<sup>57</sup>. Bu ayrıksı yetkinin hareketsiz kalmak suretiyle yerinden yönetim idarelerini karar alma yetkilerinden yoksun bırakması düşünülemez. Dolayısıyla anayasal bir ilke olan yerinden yönetim ilkesinin vesayet makamının hareketsizliği ile etkisiz kılınması riskine karşı bu hareketsizliğin zımni kabul olarak yorumlanması gerektiği kanısındayız.

Yerinden yönetim idarelerinin işlem yapmasından sonra vesayet makamlarına onama şeklinde tanınan vesayet yetkisini süresinde kullanmayarak sessiz kalması halinde de zımni kabul işleminin doğduğu kabul edilmektedir<sup>58</sup>. Zira onama işlemi yerinden yönetim idaresinin yaptığı işlemin yürürlüğe girmesini sağlayan yerinden yönetim idaresinin işlemine herhangi bir katkı sağlamayan ondan ayrı bir işlemdir. Dolayısıyla onanan işlemde kaynaklı sorumluluk yerinden yönetim idaresine aittir<sup>59</sup>. Bu çerçevede sorumluluk kendisine ait olmayan vesayet makamının hareketsiz kalmak suretiyle işlemin yürürlüğe girmesini engellemesi adil bir çözüm olarak değerlendirilemeyeceğinden idarenin hareketsiz kalması halinde zımni kabul işleminin doğduğunu kabul etmek gerekir.

<sup>55</sup> Bertrand Seiller, *Quand les exceptions infirment (heureusement) la règle : le sens du silence de l'administration*, **RFDA**, 2014, s. (35).

<sup>56</sup> René Chapus, **Droit administratif général**, Tome I, 2001, Paris : Montchrestien, s.410.

<sup>57</sup> Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, 2013, İmaj Yayıncılık: Ankara, s. 89.

<sup>58</sup> Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, 16. Baskı, 2015, Ekin: Bursa, s.120; René Chapus, **Droit administratif général**, Tome I, 2001, Paris: Montchrestien, s.410.

<sup>59</sup> Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, 2013, İmaj Yayıncılık: Ankara, s. 91-92.

İdare edilenlerce bir temel hak ve özgürlüğün kullanımını için yapılacak başvurulardan hangilerinde idarenin sessizliğinin zımni kabul olarak ele alınabileceğinin de ayrıca tartışılması gerekir. Bu çerçevede idare edilenlerce bireysel bir idari işlem ile sonuçlanmayacak dilek, temenni niteliğindeki başvurular ile düzenleyici işlem yapılması için yapılan başvuruların zımni kabule elverişli olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Bireysel işlemle sonuçlanacak başvurularda ise sonradan mahkemece iptal edilse bile bir kere idarece aynı konuda alınan sarıh ret kararı zımni kabul kararlarının doğumunu kesin şekilde engeller<sup>60</sup>.

Aynı şekilde bir bireysel işleme karşı yapılacak idari itiraz karşısında idarenin sessizliğini zımni kabul işlemi olarak ele almak mümkün görünmemektedir. Zira idare burada asıl işlem olan itiraza konu işlem ile iradesini ortaya koymuştur. Dolayısıyla sonradan bu işlemin kaldırılması, geri alınması ya da değiştirilmesi amacıyla üst makama ya da üst makam yoksa kendisine yapılan başvuru karşısında sessizlik ile zımni kabulün ortaya çıktığını kabul etmek idarenin iradesi hilafına bir yorumlama olacaktır. Diğer yandan idarenin de salt zımni kabul işleminin doğmasını engellemek üzere yaptığı işlemler bir irade beyanı olarak kabul görmemelidir. Örneğin elde edilmesi imkansız belgelerin ya da işlem için gerekli olmayan incelemenin talep edilmesi halinde burada zımni kabul işleminin doğmasını engelleyecek nitelikte bir irade beyanı olmadığı kabul edilmelidir<sup>61</sup>.

Bunun dışında kolluk yetkisinin kullanımına ilişkin olmayan başvurular karşısında idarenin hareketsizliğinin zımni kabul olarak ele alınması mümkündür. Nitekim idarenin hareketsizliğini zımni kabul olarak değerlendiren başvuruları ruhsat, izin ve lisans gibi hak sağlayan işlemlerin yenilenmesi veya uzatılması başvuruları ile sınırlı tutan İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku Araştırma Merkezi tarafından hazırlanan İdari Usul ve Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Tasarısında bu kurala istisna olarak sayılan ateşli silahlar, patlayıcı ve benzeri maddelerle ilgili başvurular veya kamu düzenini doğrudan ilgilendiren konular kolluk yetkisinin kapsamında konular olarak ele alınabilir. Aslında ruhsat ya da izin işlemlerinin birçoğu kamu düzeni ile yakından ilişkilidir. Kamu düzeni kavramının somut başvurunun özellikleri de göz önünde bulundurularak özellikle güvenlik ve genel sağlık unsurları söz konusu olduğunda hangi başvurular için zımni kabulün öngörülebileceği ayrıntılı bir şekilde düzenlenmelidir.

Temel hak ve özgürlüklerin kullanımına yönelik başvurulardan hakkın gerçekleşmesi için idarenin bir edimde bulunması söz konusu ise bu başvurular için idarenin hareketsizliğinin zımni kabul olarak ele alınması uygulamada idare edilenler

<sup>60</sup> Monique Pauti, Les décisions implicites d'acceptation et la jurisprudence administrative, **RDP**, 1975, s. 1558

<sup>61</sup> Monique Pauti, Les décisions implicites d'acceptation et la jurisprudence administrative, **RDP**, 1975, s. 1564-65.

açısından bir anlam ifade etmeyecektir. Bu tür başvurularda zımni kabulün tek başına hakkın yerine getirilmesi için yeterli olmaması nedeniyle zımni kabulün izin ve ruhsat gibi işlemler için geçerli olabileceği belirtilmektedir<sup>62</sup>. Gerçekten idarenin edimini gerektiren durumlarda zımni kabul işlemine karşı başvuru sahibi dava da açamayacağından ilk bakışta bir kazanım gibi görünen zımni kabul işlemi pratikte hakkın gerçekleşmesini sağlamayacaktır. Zımni kabul işleminin sonradan idarece yapılacak işlem ya da eylemlerle hayata geçirilmesinin mümkün olduğu konularda idareyi bu yönde hareket etmeye zorlayacak hukuki mekanizmaların öngörülmesi gerekir. Bu mekanizmaların öngörülmemesi durumunda idarenin edimini gerektiren başvurular karşısında idarenin hareketsizliğini zımni ret olarak kabul etmek zorunluluğu doğmaktadır. Örneğin mali nitelikteki taleplere ilişkin başvurular karşısında idarenin sessizliğini zımni kabul olarak ele almak bu nitelikte başvurular arasında sayılabilir. Zımni kabulün bu tür başvurular konusunda uğranılan zararın çok üstünde tazminat talepleri ile kötüye kullanıma elverişli olmasından başka idarenin zımni kabul işleminin gereğini yerine getirmemesi halinde sonrasında nasıl bir yol izlenerek talebin karşılanacağı da karmaşık bir görünüm arz etmektedir. Bu durum bir dizi soruyu beraberinde getirmektedir. Zımni kabul işleminin başvuru sahibince dava edilememesi durumunda yeni bir başvuru yapmak zorunluluğu ve sonrasında bu başvuruya ilişkin ret işleminin ya da idarenin sessiz kalması halinde ikinci başvuru karşısındaki sessizliği zımni ret işlemi olarak kabul edip bu işleme karşı dava açmak yoluyla mı hakkın gerçekleşmesi sağlanacaktır yoksa zımni kabul işlemi sonrası adli yargı yolu ile mi idare tazmin borcunu yerine getirecektir? Böyle bir durumda idari nitelikte bir eylem ya da işlemin adli yargıda denetlenmesi yerinde bir çözüm müdür? Aynı şekilde idareye bir taşınmazın kamulaştırılması talebiyle yapılan başvurularda da sonrasında idarenin birden çok edimini gerektirdiği için zımni kabul talepte bulunan için işlevsel olmayacaktır. Kaldı ki böyle bir durumda idarenin hareketsizliğini zımni kabul olarak ele alınıp, kamulaştırma sürecindeki işlemlerin adli yargıya başvurularak bedel tespiti aşamasından itibaren talepte bulunanın inisiyatifine bırakılması idarenin takdir yetkisinin kaldırılarak işlem yapmaya zorlanması anlamına gelecektir. Bütün bunlar bir kenara bırakılsa bile asliye hukuk mahkemesince tayin edilecek bedeli ödemeye idareyi zorlayacak bir mekanizma olmadığından zımni kabul işleminden bu aşamada da hukuki bir sonuç elde edilmesi mümkün görünmemektedir.

Görüldüğü üzere zımni kabulün kapsamını genişletmek idare edilenler açısından da idari karar mekanizmalarını hızlandırması sebebiyle idare için de yerinde bir çözüm olarak görünmektedir. Zira zımni kabulün kapsamının genişletilmesinin temel nedenlerinden bir kısmı idare edilenlerin temel hak ve özgürlüklerini korumaya bir kısmı ise idarenin daha hızlı hareket etmesine, gerekçeli kararlar almasına böyle-

<sup>62</sup> Turhan [Turan] Yıldırım, İdari Usul Yasası Kapsamında İdareye Başvuru, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu**, 17-18 Ocak 1998, 1998, Ankara : T.C. Başbakanlık Basımevi, s. 250 (247-253).

ce kamu hizmetlerinin aksamadan yürütülmesi dolayısıyla da yine idare edilenlerin haklarının teminat altına alınmasına ilişkindir<sup>63</sup>. Zımni kabulün hukuki rejimindeki belirsizlik ya da zımni kabul kurumunun getirilmesiyle oluşabilecek risk zımni kabulün bu işlevleri ve idarenin bunu bertaraf edecek mekanizmalara sahip olduğu da düşünüldüğünde, zımni kabulün reddedilmesini haklı kılacak nitelikte değildir<sup>64</sup>.

## SONUÇ

İdarenin kendisine yapılan başvurular karşısında hareketsiz kalması sorununa çözüm arayışlarının sonucu olarak bu hareketsizlik bir idari işlem olarak kabul edilmiştir. Alman Hukuku'nda olduğu gibi idarenin sessizliğinin bazı durumlarda hiçbir sonuç doğurmadığı kabul edilmekte ve mahkeme aracılığıyla idare cevap vermeye de zorlanabilmektedir<sup>65</sup>. Ancak böyle bir çözüm idarenin nadiren cevap vermediği ülkelerde bir çözüm olarak ele alınabilir. İdarenin başvurulara sıklıkla cevap vermediği ülkelerde ise böyle bir çözüm yerine idarenin hareketsizliği zımni ret işlemi olarak kabul görmüştür. Zımni ret, hakkın yerine getirilmesine yönelik değil başvuru sahiplerine dava yolunu açan bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır.

İdarenin hareketsizliğine çözüm olarak getirilen zımni reddin zamanla bu işlevini yani idareyi karar almaya, harekete geçmeye zorlamadığı gibi idare edilenleri de etkili ama bir o kadar da zahmetli bir yol alan dava yoluna mahkum ettiği gerçekliği karşısında yeni çözüm arayışları gündeme gelmiştir. Zımni reddin idareyi başvuruları cevaplama zorlama ve idare edilenlere de haklarının teslimi konularındaki eksikliklerini gidermede zımni kabul işlevsel bir çözüm olarak ele alınmıştır. Zımni kabul sadece idare edilenlerin haklarının teslimi konusunda değil vesayet yetkisinin kullanımını çerçevesinde karar alma özerkliğinin garantisi olarak da ele alınmıştır.

Zımni kabul işlemleri zımni reddin genel kural olarak uygulandığı dönemlerde öncelikle özel kanuni düzenlemelerle kapsamı genişletilerek uygulamaya konulmuştur. Daha sonra kapsamını genişletme eğilimi de bir yana bırakılarak İspanya ve 2013 yılından itibaren Fransa'da genel kurala dönüştürülmüştür. Çalışmada yer verilen Fransa uygulamasında zımni kabul genel kuralına getirilen istisnalar, zımni kabulün bu şekilde düzenlenmesinin yerinde olup olmadığını ve istisnalara geniş yer verilmesinin nedenlerini ele almamız gerekliliğini gündeme getirmiştir. Kamu yararı-bireylerin temel hakları meselesinin çatışmalı bir alan olduğu bakış açısının hakim olduğu anlayışta zımni kabule de çekinceli yaklaşılmaktadır. Zımni kabulün kapsamı

<sup>63</sup> Halit Uyanık, Türk İdare Hukukunda Zımni Red ve Zımni Kabul Müesseseleri Üzerine Değerlendirmeler, **İÜHF**M, Cilt LXXII, Sayı: 1, s.689 (673-694).

<sup>64</sup> Monique Pauti, Les décisions implicites d'acceptation et la jurisprudence administrative, **RDP**, 1975, s. 1574.

<sup>65</sup> Didier Ribes, "Le nouveau principe "silence de l'administration vaut acceptation"", **AJDA**, 2014, s.(389).

ve hukuki rejimindeki belirsizliklere katılmakla birlikte bu katılmadaki temel perspektifimizin kamu yararının zımni kabul ile tehdit altında olduğu algısından değil bu belirsizlik nedeniyle bireylerin hak kaybına uğramaları endişesinden kaynaklandığını belirtmek isteriz. Zira kamu yararının tehlikeye atılacağı çekincesi kapsamı ve istisnaları iyi belirlenmek ve sonrasında da idarenin zımni kabulün etki ve sonuçlarını ortadan kaldıracak hukuki araçlara sahip olması nedeniyle bertaraf edilebilecektir. Aynı şekilde doğacak hukuka aykırı işlemler ve üçüncü kişilerin haklarının ihlali meseleleri de mevcut bu hukuki mekanizmalarla ve yeni mekanizmalarla çözülebilir sorunlardır.

Her zaman dile getirilen genel bir idari usul kanunu ile Türk Hukuku'nda zımni kabulün; kapsamının, istisnalarının, zımni ret işlemi için getirilecek gerekçe zorunluluğu örneğinde olduğu gibi zımni kabulü etkin kılacak ilkelerin, zımni kabule ilişkin çekinceleri bertaraf edecek mekanizmaların bütünlüklü bir çerçevede düzenlenmesi halinde, idare edilenleri idarenin hareketsizliğine karşı korumada etkili bir çözüm olacağı gibi idareyi de karar almaya zorlayarak zımni reddin gerçekleştirilmede eksik kaldığı yönü dolduracağı kanısını ve umudunu taşımaktayız.

#### KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar - Sezginer, Murat - Kaya, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 6. Baskı, 2015, Ankara: Seçkin.
- Akyılmaz, Bahtiyar, **Yeni Bir İdari Usul Kanunu Örneği: İspanya Kamu İdarelerinin Hukuki Rejimi ve Genel İdari Usûl Hakkında Kanun, İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu**, 17-18 Ocak 1998, 1998, Ankara : T.C. Başbakanlık Basımevi, s. 35-54.
- Atay, Ender Ethem, **İdare Hukuku**, 3. Bası, 2012, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Bertrand, Seiller, Quand les exceptions infirment (heureusement) la règle : le sens du silence de l'administration, **RFDA**, 2014, s. (35).
- Braconnier, Stéphane- Cassia, Paul- Gonod, Pascale- Petit, Jacques- Plessix Benoît- Seiller, Bertrand, Le silence de l'administration vaudra acceptation. Big bang ou trou noir, **JCP**, sayı: 51, 16 Aralık 2013, s.(1324).
- Chapus, René, **Droit administratif général**, Tome I, 2001, Paris : Montchrestien.
- Çağlayan, Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, 2015, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Çağlayan, Ramazan, **İdari İşlemlerin Geri Alınması Üzerine**, AÜEHFD, Cilt: IV, Sayı: 1-2, s. 43-58.
- Erkut, Celâl, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, 1990, Ankara: Danıştay Yayınları.
- Gonod, Pascale, Codification de la procédure administrative, la fin de l'exception française", **AJDA**, 2014, (s.395).

- Gözler, Kemal - Kaplan, Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, 16. Baskı, 2015, Ekin: Bursa.
- Gözübüyük, A. Şeref - Tan, Turgut, **İdare Hukuku**, Cilt I, Genel Esaslar, 4. Bası, 2006, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Gözübüyük, A. Şeref - Tan, Turgut, **İdare Hukuku, Cilt II: İdari Yargılama Hukuku**, 2. Bası, 2006, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Günday, Metin, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, 2013, İmaj Yayıncılık: Ankara.
- İdari Usul ve Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Tasarısı –İstanbul Metni–**, İHİD, Prof. Dr. Pertev Bilgen'e Armağan, Cilt : 13, Sayı : 1-3, İstanbul, 2003, s. 342-361.
- Karahançoğulları, Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, 2. Bası, 2012, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Karahançoğulları, Onur, **“Zimni Retten Sonra Gelen Açık Yanıtlarda Dava Açma Süresi (İçtihat Değerlendirmesi)”**, s. 9. <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/zimniredsonradangelenyanit.pdf>, (Erişim Tarihi: 26.08.2015).
- Lantero, Caroline, Le silence est décrété !, **JCP**, sayı : 46-47, 10 Kasım 2014, s.(1168).
- Lütfi Duran, **İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında, İdarenin Sükûtu Meselesi**, İÜHFİM, Cilt no: 12, Sayı: 1, 1946, s. 130-199, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/ihfm/article/view/1023005763/1023005287> (10.07.2015).
- Oğurlu, Yücel, İdari Usul Kanunu Neden Acil ve Zorunludur?, **AÜEHFD**, cilt: IX, sayı: 1-2, 2005, s.73-88.
- Onar, Siddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 1952, İstanbul: Marifet Basımevi.
- Özay, İl Han, **Günüşiğinde Yönetim**, 2002, İstanbul : Alfa.
- Pauti, Monique, Les décisions implicites d'acceptation et la jurisprudence administrative, **RDP**, 1975, s.1525-1576.
- Poupeau, Diane, Le silence de l'administration vaut accord, sauf si.., **AJDA**, 2014, s. (2156).
- Ribes, Didier , “Le nouveau principe “silence de l'administration vaut acceptation””, **AJDA**, 2014, s. (389).
- Uyanık, Halit, **Türk İdare Hukukunda Zimni Red ve Zimni Kabul Müesseseleri Üzerine Değerlendirmeler**, İÜHFİM, Cilt LXXII, Sayı: 1, s. 673-694.
- Yaşar, Hasan Nuri, **İdare Hukuku**, 2013, İstanbul: Der Yayınları.
- Yayla, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, 2009, İstanbul: Beta.
- Yıldırım, Turan , **İdari Yargı**, 2010, 2. Baskı, İstanbul: Beta.
- Yıldırım, Turhan [Turan], **İdari Usul Yasası Kapsamında İdareye Başvuru, İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu**, 17-18 Ocak 1998, 1998, Ankara: T.C. Başbakanlık Basımevi, s. 247-253.
- Yıldırım, Turan- Yasin Melikşah, Yasin- Karan, Nur- Özdemir, H. Eyüp- Üstün, Gül- Okay Tekinsoy, Özge, **İdare Hukuku**, 4. Baskı, 2012, İstanbul: XII Levha

# ELEKTRONİK İMZALI BELGELERİN KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA VE İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA DELİL NİTELİĞİ

(Evidentiary Value of Electronically Signed Documents In  
Comparative Law and Administrative Procedural Law)

Yrd. Doç. Dr. Mustafa YILMAZ

## ÖZET

Bilimsel ve teknolojik gelişmeler sonucu, geleneksel olarak kullanılan hukukî yöntemlerin yerine yeni bir takım teknolojik yöntemler kullanılmaktadır. Bu teknolojik yöntemlerden birisi de, elektronik imza yöntemidir. Sosyal, ekonomik ve ticarî hayatın birçok alanında olduğu gibi idare ve devlet faaliyetlerinde de, el yazısı imza ile yapılan birçok hukukî işlem, elektronik imza ile gerçekleştirilmektedir.

Elektronik imzanın birçok çeşidi olup, güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş belgeler, birçok ülkenin hukuk sistemleri tarafından geçerli belge olarak kabul edilmekte, hukukî değer verilmektedir. Kimlik tespitini doğru yapması, güvenli olması ve daha başka özellikleri dolayısıyla güvenli (nitelikli) elektronik imza ile oluşturulmuş belgeler, el yazısı ile imza edilmiş belgelerle eşdeğer, hatta daha üstün kabul edilmekte, mahkemelerde delil olarak sunulmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Elektronik imza, el yazısı imza, dijital imza, basit elektronik imza, gelişmiş elektronik imza, güvenli (nitelikli) elektronik imza, biyometrik imza, asimetrik dijital imza, mobil imza, e-devlet, hukukî sonuç, delil.

## *Abstract*

As a result of scientific and technological developments, some new technological methods are used instead of traditionally used legal methods. One of these technological methods is the electronic signature. Like in many areas of the social, economic, and commercial life, various governmental and administrative legal acts made of autographic signature are nowadays executed through electronic signature.

There are many types of electronic signatures. Yet, legal systems of many countries are accepting documents issued with a qualified electronic signature as legally valid documents. They bestow them a juridical value. Because of making a

right authentication, being reliable and other reasons, documents issued with a qualified electronic signature are equivalent to documents with an autographic signature; they are even accepted as being prevalent. Before courts, they are presented as evidences.

**Keywords:** Electronic signature, autographic signature, digital signature, basic electronic signature, advanced electronic signature, qualified electronic signature, biometric signature, asymmetric cryptography, mobile electronic signature, e-government, legal effect, evidence.

## GİRİŞ

Teknolojinin gelişmesi, hayatın birçok alanında kolaylıklar ve avantajlar sağladığı gibi bazı hukukî sorunları da beraberinde getirmekte, diğer alanlarda olduğu gibi hukuk sistemlerinde de değişikliklere sebebiyet vermekte, geleneksel olarak kullanılan hukukî araçların yerine teknolojik bir takım yöntemler kullanılmaktadır. Daha 15-20 yıl öncesine kadar bir belgenin kime ait olduğunu, hangi makamdan sâdir olduğunu tespit etmek için kimin tarafından el yazısı ile imzalandığına ve mühürlendiğine bakmak gerekirken günümüz dijital teknolojisinde, elektronik imza yöntemlerinden de yararlanılmakta, hukuk sistemleri tarafından da bu şekilde imzalanmış bazı belgelere hukuken değer atfedilmektedir.

Elektronik imza (e-imza) sadece kişiler tarafından değil, özellikle kamu ve devlet organları tarafından da sıklıkla kullanılmakta, e-devlet uygulamalarında çok önemli bir yer teşkil etmektedir.

Elektronik imza, içinde birçok imza çeşidini barındıran bir üst kavram olup farklı ülkelerin hukuk sistemleri ve hatta aynı ülkenin farklı yargılama usullerinde nitelikli (güvenli) olup olmadıklarına göre hukukî etki doğurmakta, ispat hukukunda delil olarak kabul edilebilmektedir.

Bu çalışmamızda, elektronik imzanın farklı yöntemlerini ele alarak, karşılaştırmalı ve Türk Hukukunda, özellikle İdarî Yargılama Hukukundaki ispat gücünü ve delil değerlerini inceleyeceğiz.

## I- Elektronik İmza

### A- Kavram Ve Tanım

Elektronik imza (*electronic signature, signature électronique, elektronische signatur*), insanoğlu tarafından teknolojik olarak geliştirilen, hayatın birçok alanında kullanılan, çeşitleri bulunan ve hukuk sistemleri tarafından da birçok çeşidi kabul edilen güvenli, alternatif, teknolojik ve hukuki araçlardan birisidir. Farklı hukuk rejimlerinde ve de ülkemiz hukuk rejiminde değişik açılardan tanımlanmış ve sınıflandırılmıştır.

Elektronik imzayı ifade eden tanımlara geçmeden elektronik imza kavramı yeri-



ne kullanılan kimi kavramlardan kısaca bahsetmek yararlı olacaktır. Gündelik hayatta ve kimi akademik çalışmalarda, elektronik imza kavramı yerine dijital (sayısal) imza kavramının sıklıkla kullanıldığı görülmektedir<sup>1</sup>. Oysaki elektronik imza ve dijital imza kavramları, aynı anlamda kullanılmalarına rağmen birbirlerinden farklıdır. Dijital (sayısal) imza (*digital signature*), belirli yöntemlerle sayısallaştırılmış imzayı ifade etmek için kullanılırken, elektronik imza elle atılan imza yerine elektronik ortamda üretilen bütün teknolojileri kapsayan çok daha geniş bir alanı ifade etmektedir<sup>2</sup>. Dijital (sayısal) imza, bir elektronik mesaj veya iletiye eklenen ve taklit edilmesi neredeyse imkansız sayısal bir kodlama olup uygulamada en çok tercih edilen ve en güvenilir elektronik imza türlerindedir. Dijital imza, bir verinin asimetrik olarak

<sup>1</sup> W. Everett LUPTON, "The Digital Signature: Your Identity by the Numbers", 6 RICH. J.L.&TECH.10 (Fall 1999) <http://www.richmond.edu/jolt/v6i2/note2.html>, E.T.10.08.2015; KESER BERBER Leyla, "İmzalıyorum O Halde Varım" Dijital İmza, Dijital İmza Hakkında Yasal Düzenlemeler, Dijital İmzalı Elektronik Belgelerin Hukuki Değeri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.2000/2, Y.13, s.517 vd; KESER BERBER Leyla, İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza, Ankara 2002, s.135; KESER BERBER Leyla, "Şekil ve Dijital İmza", Noterlik Sempozyumu VII: Elektronik Gelişmeler ve Hukuk, Noterlik Araştırma Enstitüsü", 2001, s.71 vd; Mustafa Fadıl YILDIRIM, "Nitelikli Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısının Hukuki Sorumluluğu", Atatürk Ü. Erzincan HFD, C.VIII, S.3-4, 2004, s.258, dip.6; Zariife ŞENOCAK, "Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması", Ankara ÜHFD, Y.2001, C.50, s.125 vd; Salâhattin ALTUNDAĞ, "Dijital İmzanın Ticari Hayatta Kullanılması ve Düzenlenmesi", Gazi ÜHFD, Y.2006, C.X, S.1-2, s.58; Kemal ERMİŞ, "Sayısal İmza ve Elektronik Belge Yönetimi", Bilim Dünyası 2006 7 (1), <http://www.arastirmax.com/system/files/dergiler/231/makaleler/71/arastirmax-sayisal-imza-elektronik-belge-yonetimi.pdf>, s.124; Emrah YAVUZCAN, "Digital İmza", Bilişim ve Hukuk Dergisi, Ankara Barosu Özel Sayısı, 2007, s.25 vd; Mustafa GÜLER/ Uğur ÖMÜRGÖNÜLŞEN, "Türkiye'de e-İmza Alanındaki Hukukî Düzenlemeler ve Bazı Kamu Kurumlarındaki e-İmza Uygulamaları", Sosyo-Ekonomi, Ocak-Haziran 2011-1, s.201 vd; Ömer ERGÜN, "Dijital İmza", in İnternet ve Toplum, Ankara 2005, s.258 vd; Gökhan AHİ, "Hukuki Bakımdan Dijital (Sayısal) İmza", Bilişim ve Hukuk Dergisi 2008/3, S.8, s.30 vd; Bazı yazarlar, dijital imza kavramı yerine "sayısal imza" kavramını kullanmaktadır. Mesut ORTA, Elektronik İmza ve Uygulaması, Ankara 2005, s.36; Özgür Deniz ERZİNCAN, "Sayısal İmza Hayatımıza Nasıl Girecek?", BİMY 11 Antalya 2003. Ayrıca kamu kurumlarının elektronik veri ve donanımlarının güvenilirlik ve güvenliğini sağlayan ve güvenli (nitelikli) elektronik imza hizmetleri sunan Kamu Sertifikasyon Merkezi'nin elektronik imza ile ilgili bilgiler sayfasında da dijital imza kavramı yerine "sayısal imza" kavramı tercih edilmektedir. Kamu SM, Temel Kavramlar Sözlüğü, (Çevrimiçi), [http://www.kamusm.gov.tr/dokumanlar/belgeler/kitaplar/temel\\_kavramlar.jsp](http://www.kamusm.gov.tr/dokumanlar/belgeler/kitaplar/temel_kavramlar.jsp), E.T.06.08.2015.

<sup>2</sup> Carolina M. LABORDE, Electronic Signatures in International Contracts, Frankfurt 2010, s.30-31; Eric CAPRIOLI, "Le juge et la preuve électronique", <http://juriscom.net/uni/doc/20000110.htm>, s.4; Hayrettin EREN, E-Dönüşüm Sürecinde İdarî İşlemler (Elektronik İdarî İşlemler), Ankara 2010, s.49; Şeref SAĞIROĞLU/ Mustafa ALKAN, Her Yönüyle Elektronik İmza, E-İmza, Ankara 2005, s.60; Ayşe Ece ACAR, Medeni Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği, İstanbul 2013, s.78; Mine ERTURGUT, Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara 2004, s.78; Ahmet SEVİMLİ, Elektronik Sözleşmeler ve ABD Elektronik İmza Yasası, Prof.Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C.II, İstanbul 2001, s.1029; Derya BELGİN, Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Değeri HUMK. m.295/A ", Hukuk Gündemi, 2009, s.38; Ayten ÇETİN/ Zehra Cahide ÇİTLİ, "Elektronik Sigortacılıkta E-İmza", Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü E-Dergisi, <http://e-dergi.marmara.edu.tr/index.php/bsed>, Y.2, S.2, Ocak 2012, s.2, E.T: 05.05.2016; GÜLER/ÖMÜRGÖNÜLŞEN, s.201; YAVUZCAN, s.25; ALTUNDAĞ, s.63.

şifrelenmesi ve daha sonra bu şifrenin tekrar çözülmesi temeline dayanan kriptografik bir yazılım teknolojisidir<sup>3</sup>. Elektronik imza kavramı ise, dijital imza kavramını da kapsayan, başka elektronik imza çeşitlerini de içeren bir üst kavramdır.

Elektronik imza (e-imza), el yazısı imzanın (*autographic signature, signature manuscrite, eigenhändige unterschrift*) doğurduğu hukukî sonuçları sağlamaya yönelik iletişim ve veri güvenliğini (*access control*) amaçlayan, gizlilik (*confidentiality*), bütünlük (*content integrity*) ve gerçekliğin tespiti (*verification*) unsurlarını barındıran, tüm elektronik imza tekniklerini kapsayan bir teknolojidir<sup>4</sup>. Başka bir ifadeyle, elektronik imza, el yazısı ile imzalanmış belge ve kayıtların yerine elektronik ortamda oluşturulan veri, belge veya materyalin imzalandığı tüm metodları içeren teknolojik tarafsız<sup>5</sup> bir kavramdır<sup>6</sup>.

Türk hukukunda elektronik imza ile ilgili 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu

<sup>3</sup> Stephan MASON, *Electronic Signatures in Law*, Published in by Cambridge University, New York, 2012, s.260 vd; Jonathan KATZ, *Digital Signatures*, Springer US, 2010, s.3; LABORDE, s.30; Stefan RASSMAN, *Elektronische Unterschrift im Zahlungsverkehr*, Computer und Recht (CR), 1/1998, s.39; Volker HAMMER, *Elektronische Signaturen, Datenschutz und Datensicherheit (DuD)* 11/1993, s.636; Christoph BRENN, *Das österreichische Signaturgesetz - Unterschriften - ersatz in elektronischen Netzwerken*, *Österreichische Juristen-Zeitung (ÖJZ)* 1999, 16, s.588; ERTURGUT, *Elektronik İmzalı Belgeler*, s.67 vd; ŞENOCAK, s.99; ACAR, s.80 vd; ORTA, s.36-37; YAVUZCAN, s.25; ALTUNDAĞ, s.63; SEVİMLİ, s.1029; Billur YALTI, *Elektronik Ticarete Vergilendirme*, İstanbul 2003, s.247; Elif SONSUZUĞLU, “Elektronik İmza Kanunu, İlgili Düzenlemeler ve Bunların Vergi Hukuku Alanındaki Yansımaları-I”, *Yaklaşım*, Y.13 S.153 Eylül 2005, s.36-37; AHİ, s.30; Ömer ERGÜN, “5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu ve Dijital İmza-2”, <http://turk.internet.com.haber/yazigoster.php?i=9380>, E.T.10.08.2015.

<sup>4</sup> MASON, *Electronic Signatures in Law*, s.2-3; LABORDE, s.25; LUPTON, “The Digital Signature”, CAPRIOLI, s.4; Bülent SÖZER, *Elektronik Sözleşmeler*, İstanbul 2002, s.123; EREN, s.48; ORTA, s.39; ÇETİN/ÇİTLİ, s.3; Ayrıca bkz: KATZ, s.3-4.

<sup>5</sup> “Teknolojik tarafsızlık” ilkesi, elektronik imza yöntemlerinden herhangi birine üstünlük tanınmaması, elektronik olarak iletişim kurmak veya bilgi depolamak için kullanılan farklı teknikler arasında bir ayrım yapılmaması anlamında gelmektedir. Bu ilkenin kabulüyle, elektronik imzaya dair yeni tekniklerin ortaya çıkması ve kullanımı halinde gibi kanunlarda değişiklik yapılmasına gerek kalmadan yeni teknolojik gelişme ve değişimler uygulanabilecektir. UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures with Guide to Enactment: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/ml-elecsig-e.pdf>, E.T. 07.08.2015; ERTURGUT, *Elektronik İmzalı Belgeler*, s.60; Mine ERTURGUT, “Elektronik İmza Kanunu Bakımından E-Belge ve E-İmza”, *Bankacılar Dergisi*, S.48, 2003, s.68; ACAR, s.70; Didier GOBERT/ Etienne MONTERO, “L’ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique”, *Journal des tribunaux*, 17 février 2001, 120. année, N° 6000, s.116, nakleden Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, “Elektronik İmzanın Geçerliliği ve İspat Gücü Açısından Uluslararası Planda Yaşanan Gelişmeler”, Prof.Dr. Ergun ÖNEN’e Armağan, Y.2003, s.230.

<sup>6</sup> MASON, *Electronic Signatures in Law*, s.2-3; Thomas J. SMEDINGHOFF/Rut Hill BRO, “Moving with change: Electronic signature legislation as a vehicle for advancing e-commerce”, *The John Marshall Journal of Computer and Information Law*, Vol. XVII, No.3, 1999, s.729; ACAR, s.68; Benzer bir tanım için bkz: Mustafa GÖKSU, *Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil*, Ankara 2011, s.51 vd; ORTA, s.39.

(EİK) <sup>7</sup> adıyla özel bir kanun çıkarılmış, tüm yöntem ve unsurları ile ele alınmaya çalışılmış ve tanımlamalar yapılmıştır. EİK’nda elektronik imza tanımlanırken, 13.12.1999 tarih ve 1999/93/CE sayılı Avrupa Birliği Direktifi ve Alman Elektronik İmza İçin Çerçeve Koşullar Yasası esas alınarak bir tanımlama yapıldığı görülmektedir. 1999/93 sayılı Direktifte üç çeşit imzadan bahsedilmektedir. Birincisi çok geniş bir anlamı olan “elektronik imza”dır ve 2/1 maddesine göre “diğer elektronik verilerle ilintili olan ya da onlara eklenen ve imza sahibinin kimliğini onaylayan bir yöntem olarak kullanılan elektronik veridir”. Bir e-postanın sonuna kişinin adının yazılarak imzalanması ya da PIN numarası kadar basit olabilir. İkincisi, “gelişmiş elektronik imzadır” ve sadece imza sahibine ait olan, imza sahibini tanımlayabilen, imza sahibinin yetkisi ve kontrolüyle oluşturulmuş, diğer elektronik verilere herhangi bir değişikliği tespit edecek şekilde bağlanmış olan elektronik imzadır. Bu tanım temel olarak PKI (Açık Anahtar Altyapısı) tabanlı elektronik imzalara işaret eder. Üçüncüsü ise, Direktifin 5/1. maddesine göre nitelikli sertifikaya dayanan ve güvenli elektronik imza oluşturma araçları ile oluşturulan gelişmiş elektronik imzalardır ve ıslak imza ile aynı hukuki sonucu doğurur. Direktifte doğrudan bir tanım olmasa da, bu üçüncü tip imza çeşitli kaynaklarda “nitelikli elektronik imza” olarak geçmektedir<sup>8</sup>.

Avrupa Birliği Elektronik İmza Direktifi 2. maddesinde yapılan tanımlama ile Alman Elektronik İmza İçin Çerçeve Şartlar Kanunu<sup>9</sup>’nun 2/1. maddesinde yapılan tanımlama, EİK’nun 3/b maddesinde aynen tekrarlanmıştır. EİK’nun 3/b maddesinde “*elektronik imza, başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veri*”

<sup>7</sup> K.T. 15.01.2004, RG.23.01.2004- S.25355.

<sup>8</sup> Sezen YEŞİL/ Mustafa ALKAN/ Tayfun ACARER, “E-İmza Uygulamalarında AB ve Türkiye’deki Mevcut Durum ve Öneriler”, s.2, <http://ueimzas.gazi.edu.tr/pdf/bildiri/59.pdf>, s.3, E.T.28.04.2016.

<sup>9</sup> Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen, [http://www.gesetze-im-internet.de/sigg\\_2001/\\_2html](http://www.gesetze-im-internet.de/sigg_2001/_2html), E.T.05.08.2015; Avrupa Konseyi ve Parlamentosunun bu Direktifi hakkında geniş bilgi için bkz: GÖKSU, s.167 vd; Elektronik imza ile ilgili Almanya dışında Belçika, Avusturya ve Fransa’nın elektronik imzaya ilişkin mevzuatından da yararlanılmıştır. MASON, Electronic Signatures in Law, s.2-3; ACAR, s.70; Avusturya İmza Kanunu’nda (§ 2, N.1 ÖstSi-gG), İsviçre Elektronik İmzalar Hakkında Federal Kanunu’nda (Art. 2, a ZertES) da, elektronik imza ile ilgili Alman İmza Kanunu’ndaki gibi bir tanım yapılmıştır. Amerika Birleşik Devletleri’nde ise elektronik imza ile ilgili yasal düzenlemeler, ilk önce Utah eyaletinde başlamış, daha sonra ulusal düzeyde yasal düzenlemeler yapılmıştır. Elektronik imzanın statüsü ile ilgili federal düzeyde üç temel kanun çıkarılmıştır: Standart Elektronik İşlemler Kanunu, Küresel ve Ulusal Ticarete Elektronik İmzalar Kanunu, Eyaletler Arası veya Dış Ticarete Elektronik Kayıtların ve İmzaların Kullanılmasını Kolaylaştıracak Kanunu. ERTURGUT, Elektronik İmzalı Belgeler, s.137 vd, 160 vd; Hem 30.06.2000 tarihli Kanun hem de 01.10.2000 tarihli Eyaletler Arası veya Dış Ticarete Elektronik Kayıtların ve İmzaların Kullanılmasını Kolaylaştıracak Kanun ile el yazısı ile atılan imza ile elektronik imza eş değer bir statüye kavuşmuştur. ORTA, s.74; İnci BİÇKİN, Elektronik İmza ve Elektronik İmza İle İlgili Yasal Düzenlemeler, TBB Dergisi, S.63, 2006, s.116.

şeklinde tanımlanmaktadır. Kanundaki tanımdan da anlaşılacağı gibi, elektronik imza kavramının kapsamı çok geniş tutulmuş, elektronik ortamda oluşturulan tüm imza yöntemleri, bu tanımın kapsamına dahil edilmiştir.

Elektronik imzanın çok değişik yöntemleri bulunmaktadır. Biyometrik imzadan dijital imzaya, güvenli elektronik imzadan mobil elektronik imzaya kadar birçok elektronik imza yöntemi, elektronik imza olarak nitelendirilmektedir<sup>10</sup>. Bu imza yöntemlerine birazdan değinilecektir. Görüldüğü gibi elektronik imza, birçok elektronik imza yöntemini içinde barındıran üst bir kavram olup<sup>11</sup> dijital ortamda imza sahibinin tanınmasını sağlayan en basitten en karmaşığına kadar her türlü teknik çözümü ifade eder<sup>12</sup>.

## II- Hukuki Delil Değerleri Açısından Elektronik İmza Çeşitleri

Elektronik imzalı belgelerin hukuki delil ve ispat gücü açısından, kullanılan elektronik imza yöntemleri arasında farklılıklar vardır. Genellikle hukuk sistemlerince, güvenli (nitelikli) elektronik imzaya bir takım hukukî sonuçlar bağlanmış, güvenli elektronik imza ile oluşturulan imzanın, elle atılan imza ile aynı hukukî sonuçları doğuracağı hüküm altına alınmıştır.

Elektronik İmza Kanunu'nda elektronik imza çeşitleri ile ilgili kesin bir ayrıma gidilmemiştir. Sadece elektronik imza ile güvenli (nitelikli) elektronik imza tanımlanmış, başka elektronik imza çeşitlerinden bahsedilmemiştir. Doktrinde çeşitli ayrımlar yapılmış, genel olarak da Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde basit elektronik imza – gelişmiş elektronik imza - nitelikli (güvenli) elektronik imza şeklindeki ay-

<sup>10</sup> Anıl K. JAIN/ Arun ROSS, "Introduction to Biometrics". In Jain, AK; Flynn; Ross, A. "Handbook of Biometrics", Springer. s.1-2, E.T:05.08.2015; Gwen Wendy KENNEDY, "Thumbs Up for Biometric Authentication", Computer Law Review and Technology, Vol VIII, 2004, s.382 vd, Nakleden, ACAR, s.78; Leyla KESER BERBER/ Murat LOSTAR, Bilişimde Biyometrik Yöntemler, Ankara 2006, s.37 vd; Hakan PEKCANITEZ, "Elektronik Ticaretin Türk İspat Hukukuna Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir 2002, s.395; Necla ÖZKAYA/ Şeref SAĞIROĞLU, "Açık Anahtar Yapısı ve Biyometrik Teknikler", <http://iscrturkey.org/2006/pdf/poster/78.pdf> (çevrimiçi); E.T: 05.08.2015; ERTURGUT, Elektronik İmzalı Belgeler, s.54; ÇETİN/ÇİTLİ, s.5; Alper BULUR, "E-İspat", Ankara Barosu Dergisi, Y.66, S.2, 2008, s.92.

<sup>11</sup> Stephen MASON/ Michael BROMBY, "Response to Digital Agenda for Europa: Electronic identification, authentication and signatures in the European digital single market. Public consultation", European Journal for Law and Technology, Vol.3, 2012, <http://eljtl.org//article/view/133/212>, E.T: 05.08.2015; MASON, Electronic Signatures in Law, s.2, 187 vd; ABD Küresel ve Ulusal Ticarete Elektronik İmzalar Kanunu'nda elektronik imza, dijital imza dışında diğer teknolojileri de içeren bir şekilde tanımlama yapılmıştır. ERTURGUT, Elektronik İmzalı Belgeler, s.137; ALTUNDAĞ, s.63; YAVUZCAN, s.25.

<sup>12</sup> Leyla KESER BERBER, "Elektronik İmzanın Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", [http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/e\\_imza\\_tasarielestiri.htm](http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/e_imza_tasarielestiri.htm), (Çevrimiçi), E.T: 05.08.2015; Ayrıca bkz: MASON, Electronic Signatures in Law, s.2, 187.

rım kabul edilmiştir. Ancak basit - gelişmiş ve nitelikli elektronik imza kavramlarına yüklenen anlam, kriter farklılığı ve teknolojik gelişmelerden dolayı, ülkeden ülkeye, hatta bir ülkedeki bilim insanları arasında da değişiklik gösteren sınıflandırmalar yapılmaktadır.

### A- Basit Elektronik İmza

Basit elektronik imza (*basic electronic signature, einfache elektronische Signatur*), sadece verinin bütünlüğünü koruyan, ancak kimlik doğrulamayı her zaman garanti altına almayan, nitelikli bir sertifikaya dayanmayan elektronik imza çeşididir. Bu yüzden basit elektronik imza, güvenli (nitelikli) imza standartları için gerekli standartları taşımadığı ve şekil şartlarını sağlamadığından bu tür imzalı belgeler veya bulgular, caiz delil olarak nitelendirilmemektedir<sup>13</sup>. “Bilgisayar ekranına kalemle atılan imza”, “tarayıcıdan bilgisayara aktarılmış imza (*manuscript signature that has been scanned*)” gibi karmaşık ve güvenli olmayan imza yöntemleri, basit elektronik imzalara örnek olarak gösterilmektedir<sup>14</sup>. Bununla birlikte, aslında en güvenli kimlik belirleme ve taklit edilememe özelliğine sahip biyometrik imza<sup>15</sup> (*biometric signature, biometrische Unterschrift*) yöntemi de, güvenli (nitelikli) elektronik imzanın alt yapısından farklı olması, EİK’nda belirtilen nitelikli (güvenli) elektronik imzanın diğer unsurlarını taşınamaması, elektronik imzadan beklenen belgenin bütünlüğünün korunması (*content integrity*) gibi bir takım işlevleri sağlamakta yetersiz kalmasından dolayı genel olarak, basit elektronik imza çeşidi olarak kabul edilmekte, nitelikli (güvenli) elektronik imza olarak nitelendirilmemektedir<sup>16</sup>.

### B- Gelişmiş Elektronik İmza

Gelişmiş elektronik imza (*advanced electronic signature, fortgeschrittene elektronische Signatur*), veri bütünlüğünün korunmasının (*the integrity of the text, Integrität des elektronischen Dokuments*) yanısıra imzalayanın kimlik tespitini (*authentication, Authentifizierung*) de sağlayan elektronik imza türüdür<sup>17</sup>. Avrupa Birliği Direktifinin 2. maddesine göre, gelişmiş elektronik imza, sadece imzalayana bağlı olan, imzalayanın

<sup>13</sup> Stephan HOCHMANN, *Elektronische Signatur*, Bielefeld 2001, s.91; ERTURGUT, “E-Belge ve E-İmza”, s.69; ERTURGUT, *Elektronik İmzalı Belgeler*, s.60 vd; ORTA, s.106.

<sup>14</sup> ERTURGUT, “E-Belge ve E-İmza”, s.69; ERTURGUT, *Elektronik İmzalı Belgeler*, s.60; ORTA, s.60; ÇETİN/ÇİTLİ, s.5.

<sup>15</sup> LABORDE, s.31; Baki Yiğit ÇAKMAKKAYA, *Türk Vergi Hukukunda Elektronik İmza Uygulamaları ve Adaptasyonu*, İstanbul 2013, s.16; ÇETİN/ÇİTLİ, s.5; Abdurrahman SAVAŞ, *Elektronik Ticaret (İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler)*, Konya 2006, s.170..

<sup>16</sup> ERTURGUT, *Elektronik İmzalı Belgeler*, s.67; ALTUNDAĞ, s.62.

<sup>17</sup> HOCHMANN, s.92; Stefan ERNST, *Prozessrecht und Internet, Kommunikation & Recht (K&R) 12/1999*, s.559; ERTURGUT, *Elektronik İmzalı Belgeler*, s.89; ORTA, s.60; BULUR, s.93.

kimliğini belirlemeye imkan veren, sadece imzalayanın kontrolü altında tutabileceği araçlarla yaratılan ve verilerde sonradan yapılacak değişikliklerin bilinmesini sağlayan elektronik imza olarak tanımlanmıştır<sup>18</sup>. Gelişmiş elektronik imzalar, Direktifte belirtilen bu şartları sağlamaktadır. Ancak PGP (*Pretty Good Privacy*) tekniğiyle oluşturulan imzalar olup imzalamak için kullanılan gizli anahtarın, bilgisayara veya disket gibi, herhangi bir veri taşıyıcısına kaydedilmesi, her zaman kopyalama imkânının bulunması nedeniyle güvenli görülmemektedir. Gelişmiş elektronik imza, basit elektronik imza ile nitelikli elektronik imza arasında bir güvenlik derecesine sahip olduğundan yani, güvenlik (*security*) derecesi yüksek olmadığı için gerek Avrupa Birliği düzenlemelerinde gerekse Kıta Avrupası ülkelerindeki düzenlemelerde, el yazısı ile imzaya eşdeğer kabul edilmemiştir<sup>19</sup>.

Gelişmiş elektronik imzanın Türk Hukukunda da hukukî düzenlemelerde ve pratikte bir karşılığı bulunmamaktadır. 5070 sayılı EİK'nda "gelişmiş elektronik imza - güvenli elektronik imza" ayırımına gidilmemiştir<sup>20</sup>.

### C- Güvenli (Nitelikli) Elektronik İmza

Güvenli (nitelikli) elektronik imza (*qualified electronic signature =signature électronique sécurisée=signature électronique qualifiée, qualifizizierte elektronische Signatur*)<sup>21</sup> ise gelişmiş elektronik imzanın unsurlarını da içeren, nitelikli bir sertifikaya dayanan (*based on a qualified certificate, auf einem qualifizierten Zertifikat beruhend*) ve güvenli imza oluşturma araçları ile oluşturulmuş (*created by a secure-signature-creation device, mit einer sicheren Signaturerstellungseinheit erzeugt*) elektronik imza çeşididir<sup>22</sup>.

Güvenli (nitelikli) imza, elektronik imza çeşitleri içerisinde güvenlik (*security*),

<sup>18</sup> Direktifteki bu tanımlama, Alman Elektronik İmza Kanunu'nda da aynen tekrarlanmıştır. Alexander ROSSNAGEL, Auf dem Weg zu neuen Signaturregelungen, Multimedia und Recht (MMR) 8/2000, s.164; Sebastian JUNGERMANN, Der Beweiswert elektronischer Signaturen, 2002, s.48; ERTURGUT, Elektronik İmzalı Belgeler, s.89; GÖKSU, s.167 vd. Gelişmiş elektronik imza, Fransız hukukunda bazı yazarlarca, asimetrik anahtarlı deşifreye dayanan numerik bir imza (*cryptologie à clé asymétrique*) olarak tanımlanmıştır. Valérie SEDALLIAN, "Preuve et signature électronique" <http://juriscom.net>, s.4; E.T: 15.08.2015; Thibault VERBIEST, "Contrats en ligne: quelle valeur juridique", <http://juriscom.net>, s.3, E.T: 15.08.2015; GOBERT/MONTERO, s.116, Nakleden ÖZDEMİR KOCASAKAL, s.231.

<sup>19</sup> ROSSNAGEL, Signaturregelungen, s.164; JUNGERMANN, s.48; ERTURGUT, Elektronik İmzalı Belgeler, s.89.

<sup>20</sup> ERTURGUT, "E-Belge ve E-İmza", s.70; ORTA, s.107.

<sup>21</sup> Nitelikli elektronik imza (*qualified electronic signature*) terimi yerine kimi ülkelerde güvenli elektronik imza (*secure electronic signature, secure digital signature*) kavramı, kimi ülkelerde güçlü elektronik imza (*strong digital signature*) kavramları da kullanılmaktadır.

<sup>22</sup> Güvenli (nitelikli) imzayı tanımlayan birçok düzenlemede elektronik sertifikaya dayanması (*based on a qualified certificate, auf einem qualifizierten Zertifikat beruht*) ve güvenli imza araçları ile oluşturulmuş (*created by a secure-signature-creation device, mit einer sicheren Signaturerstellungseinheit erzeugt werden*) olması şart koşulmuştur. HOCHMANN, s.92; ORTA, s.107.

kimlik doğru tespiti (*authentication, Authentizität*), doğruluk (*verification*)<sup>23</sup> ve uygulanmaya başladığından bugüne ispat değeri açısından el yazısı ile imzaya eşdeğer (*same legal effect*) ve yargılama hukukunda birçok ülke tarafından delil (*evidence, preuве, Beweis*) olarak kabul edilen bir imza türüdür<sup>24</sup>.

Avrupa Birliği Direktifinde nitelikli elektronik imzanın tanımı yapılmamış, gelişmiş imza tanımına yer verilmiştir. Direktifte gelişmiş elektronik imzanın unsurlarını taşıyan bir elektronik imzanın, nitelikli elektronik sertifikaya dayanması ve güvenli imza oluşturma araçları ile oluşturulması, bunun yerine üye ülkelerin el yazısı imza ile eşdeğer kabul edecekleri ve yargılamada caiz delil olarak kullanılmasını sağlayacakları hususlarına yer verilmiştir (m.5). Ancak Direktifin 5. maddesinde belirlenen şartları, nitelikli (güvenli) elektronik imza karşılamaktadır. Türk Hukukunda “nitelikli elektronik imza” yerine, “güvenli elektronik imza” kavramı tercih edilmiştir.

Güvenli elektronik imzanın unsurları EİK'nun 4. maddesinde sayılarak bir tanımlama yapılmıştır. 4. maddeye göre “güvenli elektronik imza, münhasıran imza sahibine bağlı olan, sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin tespitini sağlayan, imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan elektronik imzadır”.

Güvenli (nitelikli) elektronik imza, dijital imzanın asimetrik şifreleme yöntemiyle yapılan, açık ve kapalı (gizli) olmak üzere çift anahtar sistemi kullanılan, bir verinin asimetrik olarak şifrenmesi ve daha sonra bu şifrenin tekrar çözülmesi temeline dayanan kriptografik bir yazılım teknolojisi<sup>25</sup> olup, dijital imzada kullanılan anahtarlar, çoğunlukla elektronik sertifika hizmet sağlayan kurumlarca üretilmekte, onlardan bu imzaların satın alınması gerekmekte ve kimlik tespiti yapıldıktan sonra kişilere teslim edilmektedir<sup>26</sup>. Her bir imza sahibinin elektronik imza oluşturma ve

<sup>23</sup> Ferdinand O. KOPP/ Ulrich RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 12. Auflage, München 2011, s.160, pn.14a, s.161, pn.16a; SAĞIROĞLU/ALKAN, *Her Yönüyle Elektronik İmza*, s.60; EREN, s.49; ACAR, s.78; ERTURGUT, *Elektronik İmzalı Belgeler*, s.78; BELGİN, s.38; YAVUZCAN, s.25; ALTUNDAĞ, s.63.

<sup>24</sup> HOCHMANN, s.92; ORTA, s.107; GÖKSU, s.144; GÜLER/ÖMÜRGÖNÜLŞEN, s.210.

<sup>25</sup> MASON, *Electronic Signatures in Law*, s.260 vd; Stephen E. BLYTHE, *Digital Signature Law of United Nations, European Union, United Kingdom and United States: Promotion of Growth in E-Commerce with Enhanced Security*, *Richmond Journal of Law and Technology*, Vol. IX, No.2, 2005, 1, s.5, <http://law.richmond.edu/jolt/v11i2/article6.pdf>, E.T: 01.05.2016; ŞENOCAK, s.99; ERTURGUT, *Elektronik İmzalı Belgeler*, s.67 vd; YALTI, s.247; ACAR, s.80 vd; ORTA, s.37; ÇETİN/ÇİTLİ, s.6; YAVUZCAN, s.25.

<sup>26</sup> Elektronik imzanın çalışma sistemi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: JUNGERMANN, s.15; BLYTHE, s.5; KOPP/RAMSAUER, s.165, pn.23; EREN, s.51 vd; ERTURGUT, *Elektronik İmzalı Belgeler*, s.68 vd; ÇAKMAKKAYA, s.19; ORTA, s.42 vd; ACAR, s.82 vd; SÖZER, s.126; KESER BERBER, *Elektronik Para ve Dijital İmza*, s.137 vd; KESER BERBER, “Şekil ve Dijital İmza”, s.73; KESER BERBER, “İmzalıyorum, O Halde Varım”, s.514 vd; TOPALOĞLU, s.97; Ulvi ALTINIŞIK, *Elektronik Sözleşmeler*, Ankara 2003, s.82 vd; ÇETİN/ÇİTLİ, s.6-7.

rileri ayrı olup, elektronik sertifika hizmet sağlayıcıları üretilen imza verisinin kopyasını alamamakta, bu veriyi saklayamamaktadır (EİK m.10/son).

Elektronik imza yöntemlerinden en güvenilir, en yaygın şekilde kullanılan ve mevzuatta hukukî sonuç doğuran yöntem, güvenli (nitelikli) elektronik imza yöntemidir. Günümüz teknolojisinde sadece güvenli (nitelikli) elektronik imzalar, hukukî işlemlerde şekil şartını gerçekleştirmeye elverişli olduğundan (EİK m.5, 22, 23), genellikle olarak yargılama hukuklarında “caiz delil” olarak kabul edilmektedir<sup>27</sup>.

Elektronik imza teknolojisinin gelişmesi ile birlikte nitelikli elektronik imza yöntemleri her geçen gün artmaktadır. Güvenli (nitelikli) elektronik imza standartlarını sağlayan, nitelikli bir sertifikaya dayanan ve güvenli imza oluşturma araçları ile oluşturulmuş “asimetrik dijital imza”, “mobil elektronik imza”lar da, “güvenli (nitelikli) elektronik imza” kabul edilmekte ve bu tür imzalama yöntemleri ile imzalanmış belgeler, “elle atılmış imza (ıslak imza)” ile aynı hukukî sonucu doğurmakta, yargı organlarınca “delil” olarak kabul edilmektedir<sup>28</sup>.

### III-Elektronik İmza Kullanılarak Yapılan İdarî İşlemlerin Şekil Şartlarını Sağlayıp Sağlamadığı Hususu

İdare hukukunda şekil serbestisi olmayıp idarî makamların yaptığı işlemler, kural olarak yazılı şekle (*schriflich, forme écrite*) tabidir<sup>29</sup>. İstisnaen sözlü (*mündlich*,

<sup>27</sup> MASON, Electronic Signatures in Law, s.314 vd; ERTURGUT, Elektronik İmzalı Belgeler, s.61; GÖKSU, s.107 vd.

<sup>28</sup> 26918 sayılı ve 28/06/2008 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından yürütülen “Elektronik İmza İle İlgili Süreçlere Ve Teknik Kriterlere İlişkin Tebliğ’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ” ile de m-imza ve e-imzanın eş değerliliği belirtilmiştir. <http://www.marmara.edu.tr/hizmetler/e-bilgi-servisi/mobil-imza-m-imza>, E.T:10.08.2015; <http://mobilimza.nedir.com>. E.T: 10.08.2015.

<sup>29</sup> Alman İdarî Usul Kanunu (*Verwaltungsverfahrensgesetz VwVfG*)’nun “*Bestimmtheit und Form des Verwaltungsaktes*” başlıklı 37. maddesine göre idarî işlemler, yazılı (*schriflich*), elektronik (*elektronisch*), sözlü (*mündlich*) veya başka şekillerde yapılabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Hartmut MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, München 2011, s.256-257, pn.12 (paragraf numarası pn şeklinde kısaltılmıştır). Franz-Joseph PEINE, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Auflage, Heidelberg 2008, s.152-153, pn.643-646. KOPP/RAMSAUER, s.721 vd; Fransız hukukunda da idarî işlemlerin yazılı şekilde (*forme écrite*) yapılması esastır. Georges VEDEL/ Pierre DELVOLVÉ, Droit Administratif, Paris 1992, C.I, s.289; Jean-Marie AUBY/ Roland DRAGO, Traité de contentieux administratives, C.II, Paris, Dalloz, 1991, s.270; Georges DUPUIS/ Marie-JOSÉ, GUÉDON, Droit Administratif, Paris, 1993, s.394; Nakleden Kemal GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, Bursa 2009, s.794; René CHAPUS, Droit Administratif Général C.I, Paris 2000, s.494; André de LAUBADÉRE/ Jean-Claude VENEZIA/ Yves GAUDEMET, Traité de Droit Administratif, C.I, Paris 1999, s.731; nakleden Ramazan ÇAĞLAYAN, İdarî Yargılama Hukuku, Ankara 2015, s.431; Sıddık Sami ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.I, İstanbul 1966, s.309; Kemal GÖZLER/ Gürsel KAPLAN, İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2014, s.329; Yahya Kazım ZABUNOĞLU, İdare Hukuku, C.I, Ankara 2012, s.337; Şeref GÖZÜBÜYÜK/ Turgut TAN, İdare Hukuku, C.I, Ankara 2010, s.475; Metin GÜNDAY, İdare Hukuku,



*actes verbale*) veya işaretle de işlem yapılabilir<sup>30</sup>. Yazılı şekle tabi olmasının bir takım zorunlulukları bulunmaktadır. Yazılı şekilde, işlem yapmadan önce idareye ihtiyatsız davranmaması, iyice düşünmesi için fırsat tanınmakta<sup>31</sup>, idarî işlemler belirli hale gelmekte<sup>32</sup>, idareye ve işleme güveni güçlendirmekte, kendilerine idarî işlem yapılanlara da hukukî güvenlik ve hukukî koruma sağlamakta<sup>33</sup>, idarenin denetimi kolaylaşmakta<sup>34</sup>, ispat aracı olarak belge delili mahiyetinde ileri sürülebilmektedir<sup>35</sup>.

Yazılılık ilkesi, 1982 Anayasası ve kanunlarda açıkça belirtilmese de dolaylı bir biçimde yer almaktadır. Anayasanın 125/3 hükmüne göre, “idarî işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlayacağı”, İYUK’nun 7. maddesinde idarî uyuşmazlıklarda dava açma süresinin “yazılı bildirim yapıldığı” tarihi izleyen günden başlayacağı hususu göz önünde bulundurulduğunda idarî işlemlerin kural olarak yazılı şekle tabi olduğu dolaylı olarak belirtilmektedir<sup>36</sup>. Ancak genel olarak idarî işlem veya kararların yazılı olacağına veya şekline dair bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Aslında Türk İdare hukukundaki en önemli eksikliklerden birisi de Almanya ve İsviçre’de gibi ülkelerin aksine idarî usul kanununun olmayışıdır<sup>37</sup>. Yani genel olarak idarî bir işlemin nasıl yapılacağı, şekli, usulü, süreci, bir idarî kararda hangi hususların bulunacağı, hukukî sonuçları, idarî ve yargısal başvuru yollarını vb. gösteren bir kanunun olmayışı, idarenin farklı uygulamalarına yol açmakta, bireylerin mağduriyetine sebep olmakta ve yargı organlarının işini zorlaştırmaktadır.

---

Ankara 2011, s.143-144; Yıldızhan YAYLA, İdare Hukuku, İstanbul 2009, s.122 vd; Bahtiyar AKYILMAZ/ Murat SEZGİNER/ Cemil KAYA, Türk İdare Hukuku, Ankara 2014, s.414 vd; Ramazan YILDIRIM, Türk İdarî Rejimi Dersleri, Konya 2014, s.69; Bahtiyar AKYILMAZ, İdarî Usul İlkeleri Işığında İdarî İşlemin Yapılış Usulü, Ankara 2000, s.188; Ethem Ender ATAY, İdare Hukuku, Ankara 2014, s.489; Danıştay 5.D, T.22.11.1988, E.1988/2845, K.1988/2749, DD, S.74-75, s.285 vd.

<sup>30</sup> MAURER, s.256, pn.12; PEINE, s.152, pn.643; DUPUIS/GUÉDON, s.394; VEDEL/DEL-VOLVÉ, s.289; CHAPUS, s.494; YAYLA, s.123; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, s.475; AKYILMAZ, s.190; AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s.414; GÜNDAY, s.145; GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s.831; GÖZLER/KAPLAN, İdare Hukuku Dersleri, s.327; Ramazan YILDIRIM, s.69; ÇAĞLAYAN, 432.

<sup>31</sup> ONAR, C.I, s.309; GÜNDAY, s.143; ATAY, s.488; GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s.830; GÖZLER/KAPLAN, İdare Hukuku Dersleri, s.327.

<sup>32</sup> MAURER, s.256, pn.12; AKYILMAZ, s.188.

<sup>33</sup> MAURER, s.256, pn.12; ATAY, s.488; AKYILMAZ, s.188; AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s.414; Ramazan YILDIRIM, s.69; Celal ERKUT, İdarî İşlemin Kimliği, İstanbul 1990, s.29; GÜNDAY, s.143; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.526; GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s.830.

<sup>34</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.526; GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s.830; GÖZLER/KAPLAN, İdare Hukuku Dersleri, s.327; AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s.414; Ramazan YILDIRIM, s.69.

<sup>35</sup> MAURER, s.256-257, pn.12.

<sup>36</sup> AKYILMAZ, s.188; AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s.414-415; GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s.830; GÖZLER/KAPLAN, İdare Hukuku Dersleri, s.327; ÇAĞLAYAN, s.431.

<sup>37</sup> GÜNDAY, s.144; AKYILMAZ, s.218 vd.

Bir yazılı idarî işlemde, bu işlemi tesis eden idare, işlemin yöneldiği muhatap, işlem tarih ve sayısı, işlemin konusu, yapılma gerekçesi, ilgili mevzuat hükümleri, bahse konu işleme karşı idarî ve yargısal başvuru yolları ve süresi, işlemi yapan yetkili kişinin imzası gibi hususların bulunması gerekir<sup>38</sup>. Doktrinde bazı yazarlarca irade beyanı ve imza, zorunlu unsurlar arasında sayılırken diğerleri ihtiyarî unsurlar arasında görülmektedir<sup>39</sup>. İmza (*signature, Signatur*), en önemli şekil şartlarından birisi olup<sup>40</sup>, yetkili kişinin el yazısı ile imza (*autographic signature, signature manuscrite, eigenhändige unterschrift*) edilmelidir<sup>41</sup>. Yetkili makamın imzasını taşımayan belge hukuken geçerli değildir. Acaba elektronik ortamda oluşturulan ve elektronik imza ile imzalı belgeler, yukarıda sayılan idarî işlemlerin yazılı olma şartlarını sağlamakta mıdır? Islak imzalı yazılı belge olmadan idarî işlem yapılmış sayılır mı? Bu sorulara kümülatif olarak evet ya da hayır şeklinde bir cevap mümkün değildir.

Yetkili idarî makamın yukarıda sayılan hususlara dikkat ederek bilgisayar ortamında oluşturduğu metin, çıktı alınarak ıslak imza ile imzalanırsa, bütün şekil şartları yerine getirilmiş hukuken geçerli bir idarî karar, idarî işlem olur. Ancak günümüz teknolojisinde ıslak imza atılmadan çeşitli elektronik imza yöntemleri ile idarî işlemler yapılmakta ve hukuken eşdeğer geçerlikte kabul edilmektedir. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu<sup>42</sup>'nin 4.maddesi, “güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğuru(cağı)” hükmü gereğince güvenli elektronik imza ile elektronik ortamda yapılan işlemler el yazısı ile imzalanmış işlemler gibi geçerlidir. “Kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler ile teminat sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez” (m.4/2).

5070 sayılı EİK dışında idarî işlemlerin elektronik ortamda yapılabilmesi için ayrıca kanunla öngörülmesi gerekir. 6114 sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’unda “sınavların elektronik ortamda yapılabileceği” (m.7/3), “sınav sonuçlarının adaylara internet ortamında yapılacağına” dair düzenleme bulunmaktadır. Yine 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 44/d. maddesinde “yeterlilik, seviye tespit veya ders başarılarını ölçen tüm sınavların elektronik ortamda da yapılabileceğine” dair hüküm vardır<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: AKYILMAZ, s.195 vd; GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s. 831 vd; GÖZLER/KAPLAN, İdare Hukuku Dersleri, s.328 vd; ZABUNOĞLU, s.335.

<sup>39</sup> GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s.831-832.

<sup>40</sup> Akylmaz, imzanın, idari işlemin şekil unsuruyla değil, yetki unsuru ile ilgili bir konu olduğu görüşündedir. AKYILMAZ, s.197. Ayrıca bkz: ZABUNOĞLU, s.337; Gözler, Kalabalık ve Eren ise, imzanın yetki unsuru ile ilgili olmasına karşın sadece yetki değil, şekil şartı ile de ilgili olduğunu dile getirmektedirler. GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s.833; Halil KALABALIK, İdare Hukuku Dersleri, C.II, Ankara 2016, s.42; Hayrettin EREN, s.163.

<sup>41</sup> AKYILMAZ, s.196 vd; GÖZLER/KAPLAN, İdare Hukuku Dersleri, s.329; GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s. 833.

<sup>42</sup> K.T: 15.01.2004.

<sup>43</sup> GÖZLER/KAPLAN, İdare Hukuku Dersleri s.328.

Elektronik imza ile bir idarî işlemin oluşturulması, sadece imzanın elektronik olarak atılması demek değildir. Bu, elektronik imza yöntemlerinden birisidir. Ancak elektronik imzanın başkaca teknolojik yöntemleri bulunmaktadır. Yetkili kişinin el yazısı ile imza atmasının imkânsız olduğu, binlerce hatta milyonlarca evrakın imzalanmasının gerektiği bazı durumlarda, yetkili kişinin imzası, “bilgisayar ekranına atılan imza” yöntemi, “tarayıcıdan bilgisayara aktarılmış imza” yöntemi ile yetkili kişinin adı soyadı ve imzasının basılı olduğu grafiksel imzalar, tüm resmi belgelere konulmakta ve elle atılan ıslak imza olmamasına karşın imzalanmış sayılmaktadır. Örneğin, ÖSYM tarafından yüzbinlerce öğrenciye gönderilen sonuç belgelerinde ÖSYM başkanının imzasının bulunması imkansızdır. Sonuç belgelerine ÖSYM Başkanının adı-soyadı ve imzaların otomatik araçlarla matbu halde basılması ile işlem geçerli hale gelmektedir<sup>44</sup>. Farklı ülkelerde de idarî işlemin anlaşılabilirliğini zedelediği müddetçe otomatik araçlarla matbu halde basılan imzalar da hukuken geçerli kabul edilmektedir<sup>45</sup>. Bu tür imzalar biraz önce ifade edildiği gibi, “basit elektronik imza”nın değişik yöntemlerindedir. Güvenli elektronik imzalar arasında sayılmamasına rağmen idarî işlemlerde kullanılmakta, e-devlet işlemlerinde geçerli kabul edilmektedir. Nitekim Genel İdarî Usul Kanun Tasarısı’nın 31/4. maddesinde “elektronik ortamda ya da otomatik bir araçla yapılan idari işlemde, elektronik imza ya da güvenliği garanti edilmiş mekanik araçlarla da imza atılabileceği” yönünde düzenleme bulunmaktadır.

Yine en güvenli kimlik belirleme ve taklit edilememe özelliğine sahip biyometrik imza (*biometric signature, biometrische Unterschrift*) yöntemi de, güvenli (nitelikli) elektronik imzanın alt yapısından farklı olduğundan ve EİK’nda belirtilen nitelikli (güvenli) elektronik imzanın diğer unsurlarını taşımadığından güvenli sayılmamasına rağmen, idarî işlem ve eylemlerde kullanılmakta ve aksi ispat edilinceye kadar geçerli kabul edilmektedir.

EİK’nun ve farklı ülkelerdeki hukuk sistemlerinin hukukî değer atfettiği elektronik imza ise güvenli (nitelikli) elektronik imzadır. Daha önceden de ifade edildiği gibi, güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin tespitini sağlayan, imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan kriptografik bir yazılım teknolojisi olan güvenli (nitelikli) elektronik imza ile yapılan işlemler, gerek özel hukuk işlemlerinde, gerekse idarî işlem ve e-devlet işlemlerinde hukuken

<sup>44</sup> GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s.833-834; GÖZLER/KAPLAN, İdare Hukuku Dersleri s.329; ZABUNOĞLU, s.337.

<sup>45</sup> Alman VwVfG’nda otomatik cihazlar vasıtasıyla yapılan yazılı idarî işlemlerde kişinin imzası ve adı bulunmayabileceği (37/5) düzenlenmiştir. Yapılan işlemler geçerli kabul edilmektedir. Fransız hukukunda da bir belediye başkanının her zaman belgelere elle imza atması mümkün olmadığından, imzasının bulunması gereken belgelere makine ile imza atılabilmekte ve hukuken geçerli kabul edilmektedir. Bu konulara birazdan değinilecektir.

geçerli kabul edilmekte ve kesin delil olarak kabul edilmektedir. Uygulamada, güvenli (nitelikli) elektronik imza ile oluşturulan belgelerde, el yazısı (ıslak) imza kullanılmamakta, “e-izmalıdır”, “5070 Sayılı Elektronik İmza Kanununa göre imzalanmıştır” ifadelerine yer verilmekte, elektronik imzalandığına dair “anahtar” veya “e-imza” sembolü konulmaktadır.

#### IV- Elektronik İmzanın İdare Hukukunda Uygulama Alanları

Elektronik imza yöntemlerinden en güvenilir, en yaygın şekilde kullanılan mevzuatta hukukî sonuç doğuran yöntemi, güvenli (nitelikli) elektronik imza yöntemidir. Kamu tüzel kişileri, idarî işlemlerini, kararlarını bir iki istisna dışında, çoğunlukla güvenli (nitelikli) imza yöntemi ile imzalamakta<sup>46</sup>, e-idari belge oluşturmaktadırlar. Güvenli (nitelikli) elektronik imza, sadece özel hukuk işlemlerinde değil, kamu hukuku işlemlerinde ve devlet fonksiyonlarının yürütüldüğü birçok alanda kullanılmakta, yürütme fonksiyonlarının ifasında olduğu kadar yargı fonksiyonlarının yerine getirilmesinde<sup>47</sup> ve yargısal işlemlerde, birçok elektronik devlet (e-devlet) uygulamalarında, bireysel e-bankacılık, e-sigorta hizmetlerinde yararlanılmaktadır<sup>48</sup>. Bazı Avrupa ülkelerinde kimlik tesbiti, kimlik doğrulama ve imzalama işlevini gören elektronik kimlik (e-ID) kartları kullanılmaktadır<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Güvenli (nitelikli) elektronik imzanın kullanılamayacağı kimi işlemler EİK'nun 5/2. maddesinde belirtilmiştir. “Kanunların resmî bir şekilde veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler ile teminat sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez”. Bu düzenlemeye göre kimi özel hukuk işleminin (evlenme akti, araç satışları, resmî vasiyetname gibi) yanı sıra bazı idarî işlemlerin de (örneğin tapuda yapılan taşınmaz tescilleri) de güvenli (nitelikli) elektronik imza ile imzalanması mümkün değildir. EREN, s.77; Mustafa TOPALOĞLU, Bilişim Hukuku, Adana 2005, s.129; ORTA, s.140.

<sup>47</sup> Yargı faaliyetleri içerisinde özellikle UYAP sistemi içerisinde elektronik imza, yargılama makamlarınca kullanılmaktadır. HMK'na göre “Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP), adalet hizmetlerinin elektronik ortamda yürütülmesi amacıyla oluşturulan bilişim sistemidir. Dava ve diğer yargılama işlemlerinin elektronik ortamda gerçekleştirildiği hâllerde UYAP kullanılarak veriler kaydedilir ve saklanmaktadır. Elektronik ortamda, güvenli elektronik imza kullanılarak dava açılabilir, harç ve avans ödenebilir, dava dosyaları incelenebilir. Bu Kanun kapsamında fizikî olarak hazırlanması öngörülen tutanak ve belgeler güvenli elektronik imzayla elektronik ortamda hazırlanabilir ve gönderilebilir. Güvenli elektronik imza ile oluşturulan tutanak ve belgeler ayrıca fizikî olarak gönderilmez, belge örneği aranmaz. Elektronik ortamdan fizikî örnek çıkartılması gereken hâllerde tutanak veya belgenin aslının aynı olduğu belirtilerek hâkim veya görevlendirdiği yazı işleri müdürü tarafından imzalanır ve mühürlenir” (m.445).

<sup>48</sup> E-imza kullanılarak yapılan e-devlet işlemlerinin, hukukî güvenlik ve alternatifliğin yanı sıra kamu hizmetlerinin daha nitelikli, verimli, hızlı, şeffaf, hesap verilebilir olması, bürokrasi ve kamu harcamalarını azaltması, rüşvet ve yolsuzlukları önlemesi gibi yararları bulunmaktadır. Yücel OĞURLU, İdare Hukukunda “E-Devlet” Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu Hizmeti, İstanbul 2010, s.100 vd; EREN, s.102 vd; ORTA, s.153 vd; ÇAKMAKKAYA, s.73 vd; ALTUNDAĞ, s.67-68. Elektronik imzanın e-devlet ve diğer alanlarda sağladığı katkılar için bkz: GÜLER/ÖMÜRGÖNÜŞEN, s.203 vd, 225; ÇETİN/ÇİTLİ, s.9 vd.

<sup>49</sup> YEŞİL/ ALKAN/ ACARER, s.2.

Türkiye’de Türk Silahlı Kuvvetleri, Emniyet Genel Müdürlüğü, Milli İstihbarat Teşkilatı, Dışişleri Bakanlığı ve Telekomünikasyon Kurumu dışında tüm kamu kurum ve kuruluşlarının e-imza ile ilgili sertifika ve işlemleri, TÜBİTAK’a bağlı Ulusal Elektronik ve Kriptoloji Araştırma Enstitüsü Müdürlüğü (UAKAE) bünyesinde kurulmuş olan Kamu Sertifikasyon Merkezi (Kamu SM) tarafından yürütülmektedir. Çok sayıda kamu kurum ve kuruluşu ile yerel yönetimler elektronik imza sertifikası olarak e-devlet hizmetlerinde kullanmaktadır. Kamu kurum ve kuruluşları, kurumsal sertifikalarını Kamu Sertifika Hizmet Sağlayıcısından temin etmeleri gerekmektedir. Kamu kurum ve kuruluşları dışındaki kuruluşlar ve gerçek kişiler ise nitelikli sertifika hizmeti, Telekomünikasyon Kurumu tarafından yetkilendirilmiş özel sektör sertifika hizmet sağlayıcıları tarafından yürütülmektedir<sup>50</sup>.

Güvenli (nitelikli) elektronik imzanın kullanıldığı alanların başında vergi faaliyetleri gelmektedir<sup>51</sup>. Çeşitli otomasyon projeleri<sup>52</sup> ve değişik vergi uygulamaları, elektronik beyanname (e-beyanname), e-defter, e-fatura, e-denetim, e-haciz, e-tebligat<sup>53</sup>, elektronik ücret bordrosu gibi işlemler, güvenli (nitelikli) elektronik imza ile

<sup>50</sup> Sivil kuruluşlar için e-Güven, Türk Trust, e-Tuğra gibi firmalar sertifika sağlayıcı olarak hizmet vermektedirler. Ayrıntılı bilgi için bkz: GÜLER/ÖMÜRGÖNÜLŞEN, s.209.

<sup>51</sup> Farklı ülkelerde e-imzanın vergi hukukundaki uygulamaları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz: Şükrü KIZILOĞLU, “E-İmza-, E-Fatura ve E-Ticari Defterler” Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2006, 03-07 Ocak 2006, C.IV, s.176 vd; Jos DUMORTIER, “E-İmza-, E-Fatura ve E-Ticaret”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2006, 03-07 Ocak 2006, C.IV, s.168 vd; Selami ŞENGÜL, “E-Fatura ve E-Defter”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2006, 03-07 Ocak 2006, C.IV, s.186 vd; Elif SONSUZUĞLU, “Elektronik İmza Kanunu, İlgili Düzenlemeler ve Bunların Vergi Hukuku Alanındaki Yansımaları-III”, Yaklaşım Dergisi, Y.13, S.155, Kasım 2005, s.41.

<sup>52</sup> Vergi Daireleri Otomasyon Projesi (VEDOP), Motorlu Taşıtlar Otomasyon Projesi (MOTOP), Merkezi Sicil Kayıt Sistemi (MERSİS) Elektronik Banka Tahsilatı Projesi (EBTİS), Elektronik Muhasebe Kayıt Arşiv Sistemi Projesi (EMKAS) gibi projelerle mükelleflere ve kurumlara internet ortamında hizmet sunulmaktadır. ÇAKMAKKAYA, s.33 vd.

<sup>53</sup> Elektronik tebligatla (e- tebligat) ilgili olarak hukuki düzenlemeler yapılmış,7201 sayılı Tebligat Kanunu’nda 11.01.2011 tarihinde 6099 sayılı Kanunla değişikliklere gidilmiş, 19.01.2013 tarih ve 28533 sayılı Resmi Gazete’de Elektronik Tebligat Yönetmeliği yayımlanmış, ayrıca 16.07.2015 tarih ve 66 sayılı Elektronik Tebligata İlişkin Vergi Sirküleri çıkarılmıştır. E-tebligat UYAP’ta, 29.06.2015 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanmıştır. <http://www.uyap.gov.tr/UYAPta-Elektronik-Tebligat-Uygulaması-Basladi>. E.T:10.08.2015. Tebligat Kanunu ve Elektronik Tebligat Yönetmeliğine e-tebligat, “tebligat çıkarmaya yetkili merciler tarafından tebligata elverişli bir elektronik adres vererek bu adrese tebligat yapılmasını isteyen kişiye, elektronik yolla gönderilen bildirim”dir (TK. m.7/a, Elektronik Tebligat Yönetmeliği m.3/a). Vergi işlemlerinde elektronik tebligat uygulamalarına 2016 yılında geçilmesi öngörülmektedir. Tebligat Kanunu’na göre, “anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere elektronik yolla tebligat yapılması zorunluluğu getirilmiş (Tebligat Kanunu 7/a-2, Elektronik Tebligat Yönetmeliği m.7/1), elektronik adres kullanma zorunluluğu getirilen Kurumlar vergisi mükellefleri, ticari, zirai ve mesleki kazanç yönünden gelir vergisi mükellefiyeti bulunanlar (kazançları basit usulde tespit edilenlerle gerçek usulde vergiye tabi olmayan çiftçiler hariç) ve isteğe bağlı olarak kendilerine elektronik tebligat yapılmasını talep edenler, elektronik yolla tebligatın muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılacağı hükme bağlanmıştır

yapılmaktadır<sup>54</sup>.

Vergi hizmetleri dışında idareye yapılacak çeşitli başvurular (ÖSS, KPSS, LES, pasaport işlemleri), kurumsal işlemler (personel izinleri, performans formları, personel kimlik kartı, bina giriş sistemleri, vergi ödemeleri, bordro işlemleri, yönetim kurulu kararları, sipariş verme, sözleşme yapma vb), kurumlar arası iletişim (Emniyet Müdürlükleri, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Müdürlükleri vb), sağlık hizmetleri (sağlık personeli, hastane, eczaneler, e-reçete gibi), sosyal güvenlik uygulamaları, belediye hizmetleri, üniversite hizmetleri gibi birçok alanda güvenli (nitelikli) elektronik imza kullanılarak işlemler yapılmaktadır<sup>55</sup>.

Mobil elektronik imza (*mobile electronic signature, mobile elektronische Signatur*) ise, genellikle bireyler, vatandaşlar tarafından kullanılmaktadır. Vatandaşlar veya meslek mensupları, belediyecilik uygulamaları, bilgi edinme, adli sicil kaydı, pasaport başvuruları, elektronik vergi beyanı ve takibi, internet bankacılık işlemleri, elektronik ihale, on-line araç tescili, elektronik ticaret ve e-devlet uygulamaları gibi işlemlerde mobil elektronik imzayı kullanarak e-başvuru, e-dilekçe şeklinde başvurular yapabilmekte veya idare tarafından yapılan bir takım işlemlerden haberdar olabilmektedir.

Türkiye'de mobil elektronik imza denilince, cep telefonu ve GSM SIM kart kullanılmak suretiyle 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu ve ilgili yasal mevzuata uygun olarak ıslak imza niteliğinde olan ve ıslak imza ile aynı hukukî sonuçları doğuran, güvenli ve hızlı elektronik imza işlemi yapılmasına imkan sağlayan bir uygulama ve servis akla gelmektedir<sup>56</sup>. Mobil elektronik imzanın güvenli kullanımı için, güvenli (nitelikli) elektronik imza kullanımında olduğu gibi, açık anahtar altyapısı (*private key*) kullanılmakta, bu yapı da elektronik sertifika hizmet sağlayıcıları ve GSM operatörleri<sup>57</sup> tarafından birlikte sağlanmaktadır. Mobil elektronik imza ile güvenli elektronik imza arasındaki fark, mobil imzada ayrıca bu hizmeti sunan operatörlerin de işbirliğinde bulunmasıdır<sup>58</sup>. Dolayısıyla mobil elektronik imza kullanabilmek için

---

(Tebliğat Kanunu 7/a-4). Mükellefin elektronik ortamda tebliğatı almasına imkan sağlayacak teknolojik donanımın bulunması ve doğru kişiye tebellüğ edildiğinin tespiti için mükellefin elektronik imzaya sahip olması gibi bir takım gerekliliklerin tamamlanması halinde elektronik tebliğat da hukukî sonuç doğurmaya elverişli hale gelebilecektir. Elektronik tebliğatla ilgili başka ülkelerdeki düzenleme ve uygulamalar için bkz: Cengiz TANRIKULU, "Türk ve Avusturya Hukukunda Elektronik Tebliğat", TBB Dergisi, S.85, 2009, s.315 vd.

<sup>54</sup> Ercan ALPTÜRK, Elektronik Denetim Rehberi, İstanbul 2008, s.184.

<sup>55</sup> GÜLER/ÖMÜRGÖNÜLŞEN, s.203 vd; ERMİŞ, s.126; Şafak Ertan ÇOMAKLI, "5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu Uygulaması ve Hukukî Sonuçları", <http://www.vergidünyasi.com.tr/dergiler.php?id=3767>, E.T:10.08.2015.

<sup>56</sup> SAĞIROĞLU/ALKAN, Elektronik İmza ve Uygulamaları, s.101; ACAR, s.109.

<sup>57</sup> Ülkemizde mobil imza hizmeti sunan GSM operatörleri Turkcell ve Avea'dır.

<sup>58</sup> Şeref SAĞIROĞLU/ Mustafa ALKAN/ Demet KABASAKAL, "Elektronik İmzadan Mobil Elektronik İmzaya Geçiş Sürecinde Türkiye", Ulusal Elektronik İmza Sempozyumu Bildiriler

bu GSM operatörlerinden SIM kartının alınması gerekmektedir.

Burada önemli bir hususa değinmek gerekmektedir: Her ne kadar idarî faaliyetler içerisinde olmasa da,

## **V- Elektronik İmzalı Belgelerin Karşılaştırmalı Yargılama Hukuklarında İspat Gücü ve Delil Değeri**

Elektronik imzanın hukuk sistemlerince kabulü, uluslararası ve ulusal hukuk sistemlerinde çeşitli süreçlerden geçerek söz konusu olmuştur. Elektronik imzanın uluslararası sistemde hukuken kabul edilmesi ve değer atfedilmesi ile birlikte ülkeler, kendi iç hukuklarında düzenlemeler yaparak elektronik imzayı hukuken tanımış ve farklı yargılama hukuklarında benzer veya farklı hukukî güç isnatlarında bulunmuşlardır.

### **A- Uluslararası Hukukta Elektronik İmzaya Hukukî Değer Atfedilmesi**

Elektronik imzanın hukuk sistemlerince kabulü, uluslararası ve ulusal hukuk sistemlerinde çeşitli süreçlerden geçerek söz konusu olmuştur. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Örgütü (UNCITRAL), 1996 yılında üye devletlere, kendi mevzuatlarında yapacakları düzenlemelerde örnek teşkil etmek üzere, elektronik ticaretin gelişimine yönelik yasal engelleri bertaraf etmeye ve elektronik ticaret için daha güvenli bir ortam oluşturmaya yönelik Elektronik Ticaret Hakkında UNCITRAL Model Kanunu hazırlanmıştır. Model Kanun'da, modern iletişim araçlarının gelişimine yönelik en büyük engelin, yazılı belge kullanımını zorunlu kılan yasal düzenlemeler olduğu, üye ülkelerin kendi mevzuatlarında "yazılı", "imza" gibi kavramların, bilgisayar teknolojisini kapsayacak şekilde düzenlemeler öngörülmüştür. Örneğin, Model Kanunda "veri mesajı" tanımlanmış (m.2), veri mesajı şeklinde düzenlenmiş olmasının o bilgiyi hukukî etkiden, geçerlilikten veya bağlayıcılıktan yoksun bırakamayacağı belirtilmiş (m.5), kanunen bir bilginin yazılı olmasının şart koşulduğu durumlarda, veri mesajının içerdiği bilginin daha sonra erişilebilir olması kaydıyla bu şartı yerine getirmiş sayılacağı ifade edilmiş (m.6), elektronik ortamda işlemlerin güven içinde yapılabilmesini sağlamak, el yazısı ile imzanın fonksiyonlarının elektronik

---

Kitabı, 07.08.2006 Ankara, s.21 vd; ÇAKMAKKAYA, s.20; Ayrıca tanım için bkz: L. FRITSCH, J. RANKE, H. ROSSNAGEL, Qualified Mobile Electronic Signatures: Possible, but worth a try? in Information Security Solutions Europe (ISSE) 2003 Conference, Vienna Austria GSM Association: GSM Statistics, [www.gsmworld.com/news/statistics/index-shtml](http://www.gsmworld.com/news/statistics/index-shtml). E.T:06082015; Heiko ROSSNAGEL, Public Key Infrastructure: First European PKI Workshop: Research and Applications, EuroPKI 2004, in "Mobile Qualified Electronic Signatures and Certification on Demand", Samos Island, Greece June 2004, s.284 vd; Heiko ROSSNAGEL, Analyse der Hemmnisfaktoren und Gestaltungsvorschläge zur Einführung, Datenschutz und Datensicherheit (DuD), Frankfurt 2008, s.165, E.T: 10.08.2015; SAĞIROĞLU/ ALKAN, Elektronik İmza ve Uygulamaları, s.101; ACAR, s.109.

ortamda gerçekleşmiş sayılabilmesi için bazı şartlar öngörülmüş, elektronik imzayı kullanan kişinin teşhisine ve o kişinin o belgeyi onayladığını tespite imkân sağlayan güvenilir bir yöntem ile atılmış olması şart koşulmuş (m.7), elektronik belgenin bütünlüğünün korunduğuna dair güvenilir bir garantinin bulunması gerektiği (m.8) hususları üzerinde durulmuştur. 9. maddede elektronik mesajların ispat gücü üzerinde durulmuş, bir veri mesajının onun delil olarak kabul edilmesini engellemeyeceği, hakimlerin somut olayda veri mesajının ispat gücünü değerlendireceği hususlarına yer verilmiştir<sup>59</sup>.

Elektronik Ticarete İlişkin Model Kanuna ek olarak ve onu tamamlamak üzere, Elektronik İmzalar Hakkında UNCITRAL Model Kanunu ismiyle özel bir Model Kanun hazırlanmış, 05.07.2001 tarihinde kabul edilmiştir. Bu Model Kanunda, elektronik imzaların tanımı ve fonksiyonları açısından Elektronik Ticaret Hakkındaki Model Kanunla benzer hükümler getirilmiştir. Elektronik İmza Model Kanunu'nda elektronik imza, "bir veri mesajında yer alan veya mantıken ona bağlı olan, imza atan kişiyi teşhis etmek ve onun veri mesajında yer alan bilgileri onayladığını göstermek amacıyla kullanılabilen elektronik şekildeki veriler" olarak tanımlanmıştır (2/a). Elektronik imzanın güvenilir sayılması için de imza oluşturulmasında kullanılan verilerin, kullanıldıkları belge açısından münhasıran imza sahibine bağlı olması; imza anında imza sahibinin kontrolü altında olması; imza anından sonra elektronik imza üzerinde yapılan her türlü değişikliğin tespit edilebilir olması; imzanın bağlı olduğu bilginin bütünlüğünün sağlanmış olması gibi şartlar getirilmiştir (m.6/f). Model Kanunda, elektronik imza tekniklerinin eşit olarak değerlendirilmesi öngörülmekte, 6. maddede sayılan güvenli elektronik imza yöntemini, bertaraf etmek, kısıtlamak veya hukukî etkiden yoksun bırakmak amacıyla kullanılamayacağını belirtilmektedir (m.3). Kanunun son maddesinde de yabancı elektronik imzaların ve sertifikaların tanınması ile ilgili hükümler bulunmaktadır<sup>60</sup>. Elektronik Ticaret Hakkında UNCITRAL Model Kanunu, elektronik ticaretin yarattığı hukukî problemlere, özellikle ispat problemine çözüm sağlamak amacıyla düzenleme yapma ihtiyacı duyan ülkelere model oluşturmuştur. Model Kanun ile öngörülen fonksiyonel açıdan yazılı belgedeki imza ile elektronik imzanın eşdeğer görülmesine ilişkin ilke birçok mevzuat tarafından kabul edilmiştir.

Avrupa Birliği tarafından Elektronik İmzalar İçin Topluluk Çerçevesi konusunda 13 Aralık 1999 tarihli 1999/93 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi ile elektronik imzanın iç pazarda kullanılmasını kolaylaştırmak ve hukuken tanınmasını sağlamak amacıyla Direktif (Yönerge) düzenleme yapılmış, genel olarak elektronik imza kavramına, özel olarak da gelişmiş elektronik imza kavramına yer verilmiştir (m.2). Elektronik imza, "elektronik bir şekilde ifade edilen, diğer elektronik verilere

<sup>59</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: ÖZDEMİR KOCASAKAL, s.224-226.

<sup>60</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s.226 vd.



eklenen veya mantıksal olarak bağlı bulunan ve ispat aracı olarak kullanılan veri” olarak tanımlanmış, gelişmiş elektronik imza ise “sadece imza sahibine bağlı olan, imzalayan kişiyi teşhise imkân tanıyan, imzalayan kişinin kendi kontrolü altında tabileceği araçlarla oluşturulmuş olan, verilerde daha sonra yapılan değişiklikleri tespit etmeye imkân tanıyan imza” şeklinde tanımlama yapılmıştır. Bu tanımlamalardan da anlaşılacağı üzere hiç bir elektronik imza tekniğine üstünlük tanınmamış, sadece imzanın bir ispat aracı olarak kullanılabilmesi belirtilmiştir<sup>61</sup>.

Direktif’in 5. maddesi ile üye devletlere el yazısı imza hukukî etkisi ve delil değeri ne ise gelişmiş elektronik imza ile oluşturulan veri ve belgelerin etkisinin de aynı olduğu ve yargılamada delil olarak kabul edilmesi yükümlülüğünü yüklemiştir<sup>62</sup>. Direktifte her elektronik imza, el yazısıyla imza ile eşdeğer sayılmamış<sup>63</sup>, elektronik imzanın el yazısı ile imza gibi aynı hukukî sonucu doğurabilmesi için 3 şart öngörülmüştür. Bunlar: gelişmiş elektronik imza olmalı (m.1), nitelikli sertifikaya dayanmalı ve güvenli imza oluşturma araçları ile oluşturulmuş olmasıdır (m.5). Dolayısıyla Direktife göre, bu şartları teknik olarak sağlayan sadece güvenli (nitelikli) elektronik imzanın hukukî geçerliliği kabul edilmiş ve caiz delil olarak nitelendirilmiştir (m.5)<sup>64</sup>.

Avrupa Birliği düzenlemesinde güvenli elektronik imzaların ispat aracı olarak kullanılmasında “ayırımcılık yasağı” öngörülmüştür<sup>65</sup>. Buna göre, diğer elektronik imzalar kullanılmasını ve hukukî değer verilmesini engelleyecek düzenlemeler de yapılamayacaktır<sup>66</sup>. Daha sonra Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi tarafından 08.06.2000 tarihli ve 2003/31/EC Sayılı Elektronik Ticarete İlişkin Direktif hazırlanmış ve bu Direktife göre, üye ülkelerin, elektronik ortamda yapılan sözleşmelerin hukukî etkisini ve geçerliliğini engellememesi konusunda hükümler getirilmiştir (m.9).

28.09.2014 tarihinde Avrupa Komisyonu, iç pazarda elektronik kimlik ve sertifika hizmetleri konusunda 1999/93 sayılı Direktifin yerine 910/2014 sayılı İmza Tüzüğü yayınlayarak kapsam genişletilmiştir. Bu Direktifin 01.07.2016 tarihinde yürürlüğe gireceği beklenilmektedir.

<sup>61</sup> GOBERT/MONTERO, s.116, Nakleden ÖZDEMİR KOCASAKAL, s.230.

<sup>62</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s.232;

<sup>63</sup> MASON, *Electronic Signatures in Law*, s.105; ERTURGUT, *Elektronik İmzalı Belgeler*, s.140; GÖKSU, s.165 vd; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s.233.

<sup>64</sup> MASON, *Electronic Signatures in Law*, s.105; ERTURGUT, *Elektronik İmzalı Belgeler*, s.140; GÖKSU, s.167; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s.233.

<sup>65</sup> ROSSNAGEL, *Signaturregelungen*, s.318; ERTURGUT, *Elektronik İmzalı Belgeler*, s.140; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s.233.

<sup>66</sup> Avrupa Birliği düzenlemesinin amacı, sınırları aşan elektronik imzanın kullanımıyla ilgili birlik sağlamak ve özellikle güvenli (nitelikli) elektronik imzanın hukuken tanınmasını garanti altına almaktır. Bu sebeple üye ülkeler elektronik imzaların belli şartlar altında el yazısı imzayla eşdeğer olduğunu kabul etmek ve mahkemede delil olarak kullanılmasını sağlamak zorundadırlar. Volker LÜDEMANN/ Nils ADAMS, *Die elektronische Signatur in der Rechpraxis*, K&R (Kommunikation & Recht), 2002, s.8; ERTURGUT, *Elektronik İmzalı Belgeler*, s.140; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s.233.

Özetle, başta uluslararası düzenlemeler olmak üzere dünyanın birçok ülkesinde güvenli (nitelikli) elektronik imza, el yazısı imza ile eşdeğer tutulmakta (*a qualified electronic signature produces the same legal effect, im Beweisrecht ist die qualifizierte elektronische Signatur der Unterschrift gleichgestellt*) ve yargılamada geçerli delil olarak kabul edilmektedir. Diğer elektronik imzalar ise farklı ülkelerde farklı hukukî etki doğurmakta, ispat aracı olarak farklı delil değerleri atfedilebilmektedir.

## B- Amerikan Hukukunda

Amerika Birleşik Devletlerinde eyaletler arasında hukukî mevzuat açısından farklılıklar bulunmaktadır. Ancak ulusal düzeydeki düzenlemelerde ortak hükümler tüm eyaletler tarafından kabul görmektedir. Elektronik sözleşmeler<sup>67</sup> ve elektronik imzalar konusunda yasal düzenlemeler öncelikle eyaletler tarafından yapılmıştır. Elektronik imzanın güvenli hale gelmesini müteakip Batı dünyasında ilk önce 1995 yılında, ABD'nin Utah eyaletinde Elektronik İmza Kanunu yürürlüğe girmiştir<sup>68</sup>. Daha sonra Washington, Florida, Minesota, Massachusetts ve Indiana olmak üzere elektronik imzanın hukukî geçerliği konusunda bir takım federe düzeyde düzenlemeler yapılmıştır. Washington eyaletinde 1998 yılında yürürlüğe giren Elektronik İmza Kanunu ile elektronik imza lisanslı sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından düzenlenmiş geçerli bir sertifikayı içeren açık anahtar ile onaylanıyor ise ve kullanıcının isteği ile mesaj imzalanmışsa, ayrıca mesajın alıcısı, gönderen kişinin yetkili olduğuna dair iyiniyetli ise bu elektronik imza kanunî şekil şartını yerine getirmeye elverişli olarak kabul edilmiştir<sup>69</sup>.

1996 tarihli Birleşmiş Milletler Elektronik Ticaret UNCITRAL Model Kanunu ve 1999 tarihli Avrupa Birliği Elektronik İmza Direktifi'nin de etkisiyle 30 Haziran 2000 tarihinde kabul edilen Küresel ve Ulusal Ticarete Elektronik İmzalar Kanunu (*The Electronic Signatures in Global and National Commerce Act*) ile ulusal bir nitelik

<sup>67</sup> Sözleşmeler hukuku ve ispat hukuku açısından incelendiğinde, Amerikan hukukunda 500 \$ (Dolar)'ın üzerindeki sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması zorunluluğu vardır. Uniform Commercial Code -UCC, Art 2 § 2-201, ERTURGUT, Elektronik İmzalı Belgeler, s.136; SEVİMLİ, s.1028.

<sup>68</sup> Jeremiah S. BUCKLEY/ John P. KROMER/ Margo H.K. TANK/ R. David WHITAKER, The Law of Electronic Signatures, 2014-2015 Edition, Thomson Reuters; KREMS SINFRED FINA, Die rechtliche Gleichstellung von elektronischen Signaturen mit handschriftlichen Unterschriften im Europäischen Gemeinschaftsrecht und US-amerikanischen Bundesrecht, ZfRV 2001, s.1; Sigrun ERBER-FALLER, Elektronischer Rechtsverkehr und digitale Signaturen in Deutschland, in: Notar und Rechtsgestaltung, Tradition und Zukunft: Jubiläums, Köln 1998, s.439; Stephan SCHUMACHER, Digitale Signaturen in Deutschland, Europa und den USA, CR 12/1998, s.759, 761, Nakleden, ERTURGUT, Elektronik İmzalı Belgeler, s.135.

<sup>69</sup> SCHUMACHER, s.762, nakleden, ERTURGUT, Elektronik İmzalı Belgeler, s.136.

kazanmıştır. Kanunun 106. maddesinde “elektronik imza, bir şahıs tarafından imzalanmak amacıyla gerçekleştirilen ya da kabul edilen elektronik bir ses, sembol ya da başka bir kayda iliştilen ya da mantıksal bağ kurulan işlem” olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi Kanunun dijital imza dışında diğer teknolojileri de kabul eden bir yapıya bulunmaktadır<sup>70</sup>.

Bahse konu Kanunun 101. maddesinde ise, ile her türlü elektronik imzaların el yazısıyla atılan imzalarla hukuken eşdeğerliliği federal düzeyde de tanınmıştır<sup>71</sup>. 01.10.2000 tarihli Eyaletler Arası veya Dış Ticarete Elektronik Kayıtların ve İmzaların Kullanılmasını Kolaylaştıracak Kanun ile de el yazısı ile atılan imza ile elektronik imza eş değeri te’yiden tekrarlanmıştır<sup>72</sup>. Amerika’da el yazısıyla imzaya eşdeğer kabul edilen elektronik imzalar bakımından özel şartlar öngörülmemiştir<sup>73</sup>. Başka bir deyişle elektronik imzalar bakımından herhangi bir ayırım yapılmamış, bütün elektronik imzalar ispat ve delil değerleri açısından eşit görülmüştür<sup>74</sup>. Amerika’da biyometrik imzadan mobil imzaya, basit elektronik imzadan nitelikli elektronik imzaya kadar çok sayıda elektronik imza yöntemi uygulanmakta ve hukukta geçerli kabul edilmektedir. Örneğin, vergi tahsilatı, e-beyanname gibi işlemler, Gelirler Genel Müdürlüğü tarafından 1985 tarihinden beri kullanılmaktadır<sup>75</sup>.

### C- Alman Hukukunda

1999 tarihli Avrupa Birliği’nin Direktifi üzerine 2001 yılında Alman Elektronik İmza Federal Kanunu (*Bundesgesetz über Elektronische Signaturen SigG*) çıkarılmış, 2/1. maddesinde elektronik imza, 2/3. maddesinde gelişmiş elektronik imza, 2/3-a maddesinde nitelikli (güvenli) elektronik imza tanımlanmıştır<sup>76</sup>. 4. maddesinde de “Kanunda ve taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, güvenli elektronik imzanın

<sup>70</sup> MASON, *Electronic Signatures in Law*, s.3.

<sup>71</sup> MASON, *Electronic Signatures in Law*, s.314; SINFRED FINA, s.2, 9, nakleden, ERTURGUT, *Elektronik İmzalı Belgeler*, s.136, 139.

<sup>72</sup> SINFRED FINA, s.2, nakleden, ERTURGUT, *Elektronik İmzalı Belgeler*, s.136; Mehmet Kamil YILDIRIM/ Hatice Selin PÜRSELİM, *Elektronik İmza Kanunu ve Türk İspat Hukukundaki Etkileri*, İstanbul Barosu Dergisi, C.79, Y.2005/II, s.1100; ORTA, s.74; BİÇKİN, s.116; Ayrıca bkz: LABORDE, s.48.

<sup>73</sup> SINFRED FINA, s.5, nakleden, ERTURGUT, *Elektronik İmzalı Belgeler*, s.136.

<sup>74</sup> MASON, *Electronic Signatures in Law*, s.187, 314.

<sup>75</sup> Stephen H. HOLDEN, “E-Devlet Uygulaması ve Ölçümü”, Emniyet Genel Müdürlüğü 2. Polis Bilişim Sempozyumu, 14-15 Nisan 2005, Ankara , s.189.

<sup>76</sup> Kanunda nitelikli (güvenli) elektronik imza, “bir güvenli elektronik imza oluşturma cihazı yaratılan ve bir nitelikli sertifikaya dayanan gelişmiş elektronik imza çeşidi (*qualifizierte elektronische Signatur: eine fortgeschrittene elektronische Signatur, die auf einem qualifizierten Zertifikat beruht und von einer sicheren Signaturerstellungseinheit erstellt wird*)” olarak tanımlanmıştır.

elle atılan imzanın hukukî gereklerini karşıladığı” hususu<sup>77</sup> düzenlenmiştir. Alman hukukunda elektronik imza ile ilgili kanunlarda bir dizi değişikliğe gidilmiştir.

Alman İdarî Usul Kanunu (*Verwaltungsverfahrensgesetz VwVfG*)’nun çeşitli hükümlerinde değişiklikler<sup>78</sup> yapılarak elektronik şekilde yapılan idarî işlemlerin ve elektronik imza ile imzalanan belgelerin hukukî niteliği ve idarî işlemlerdeki geçerliği konusunda bazı düzenlemeler yapılmıştır. *VwVfG*’nin “Elektronik İletişim (*Elektronische Kommunikation*)” başlıklı 3a maddesinde “Alıcının kabul etmesi şartıyla elektronik şekilde de belge gönderilmesinin mümkün olduğu (3a/1), aksi öngörülmemişse, kanunî yazılı şekil şartı elektronik şekilde (form) de yapılabileceği, elektronik şekil için, imza kanununa göre nitelikli elektronik imza içeren bir elektronik belge olması yeterli olduğu, imzanın sahibinin idare tarafından doğrudan teşhis edilemiyorsa imzanın geçersiz olduğu (3a/2), De-Mail Kanununa göre dilekçeler ve şikayetlerin kurumlara elektronik belge olarak gönderilebileceği (3a/2.2), aynı şekilde De-Mail Kanununa göre bu başvuruları kabul eden İdarenin elektronik idarî belgelerinin de akredite servis sağlayıcıları tarafından onaylanması ve De-Mail hesabının tanınması gerektiği (3a/2.3), veri gönderenin kimliğini doğrulayan ve elektronik ortamda veri iletiminin bütünlüğünü ve aynı zamanda erişilebilirliği garanti eden diğer güvenli usullerin de geçerli olduğu (3a/2.4), İdare tarafından gönderilen elektronik belgenin alıcı tarafından işlem yapılmaya uygun değilse veya anlaşılamiyorsa, bunu gönderene uygun bir teknik usulle veya yazılı olarak yeniden bildirmek zorunda olduğu (3a/3)” hüküm altına alınmıştır<sup>79</sup>.

*VwVfG*’nin “İdari İşlemlerin Belirliliği ve Şekli (*Bestimmtheit und Form des Verwaltungsaktes: Rechtsbehelfsbelehrung*)” başlıklı 37. maddesinde de “bir idari işlemin yazılı, elektronik, sözlü veya başka bir şekilde kabul edilebileceği, sözlü idari işlemin, ilgilinin talebi ve meşru bir menfaati varsa yazılı veya elektronik olarak onaylanabileceği (37/2), ancak yazılı veya elektronik idari işlemin, kabul eden ku-

<sup>77</sup> 16.05.2001 tarihli Alman Elektronik İmza Federal Kanunu’nun (*Bundesgesetz über Elektronische Signaturen SigG*) 4§ (1) maddesinde “güvenli elektronik imzanın elle atılan imzanın hukukî gereklerini karşıladığı (*Eine qualifizierte elektronische Signatur erfüllt das rechtliche Erfordernis einer eigenhändigen Unterschrift*)” hususu düzenlenmiş, ilgili maddede ayrıca Alman Medeni Kanunu’nun (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch ABGB*) 886. maddesine atıfta bulunularak imza ile ilgili ABGB’nin 886. maddesinde öngörülen şartları sağladığı ifade edilmiştir.

<sup>78</sup> Elektronik imza ile ilgili 21.08.2002 tarihinde Alman İdarî Usul Kanunu’nda bazı değişiklikler (*VwVfÄndG*) yapılmış, nitelikli elektronik imza ile yapılan işlemler de hukuken geçerli kabul edilmiş, bu değişiklikler 01.02.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. MAUER, s.480-481, 3a. pn.13,14.

<sup>79</sup> *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)* 3a “*Elektronische Kommunikation*”; Ayrıca bkz: MAURER, s.478-480, pn.9-11; PEINE, s.151, pn.636 vd; KOPP/ RAMSAUER, s.165, pn.25 vd; Dirk EHLERS/ Hermann PÜNDER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15. Auflage, Berlin Boston 2016, s.480, pn.65.

rumu göstermek ve İdarenin yetkilisi, temsilcisi, yetkisini devrettiği kişinin adını ve imzasını içermek zorunda olduğu, bir idari işlem için, Kanun koyucu yazılı şekil şartı öngörmüş ise elektronik şekil kullanılabilceği, bunun için nitelikli elektronik imza ile olması ve nitelikli elektronik sertifika sağlayıcıları tarafından onaylanması gerektiği (37/3), otomatik cihazlar vasıtasıyla yapılan yazılı idari işlemlerde kişinin imzası ve adı bulunmayabileceği, ilgili kişi idari işlemi biliyor veya bu kişi, kendisine verilen bilgilerin içeriğinden haberdar ise idari işlemde elektronik imza anahtar işareti kullanılabilceği (37/5)” şeklinde düzenleme mevcuttur.

Kanundaki bu düzenlemeler doğrultusunda, doktrin ve uygulamada elektronik şekilde ve nitelikli elektronik imza ile oluşturulan belgeler, hatta otomatik cihazlar vasıtasıyla yapılan işlemler, hukuken geçerli olarak kabul edilmektedir<sup>80</sup>. Elektronik yapılan işlemlerin şekil şartı ile ilgili hususlarda ilk önceleri tartışmalar olmuştur<sup>81</sup>. Hem hukuk devleti ilkesi açısından hem de sorumluluk hukuku açısından hukuka aykırılık teşkil edip etmediği ile ilgili tartışmalardan sonra ilgililerin hakkını ihlal etmemesi, tarafların elektronik şekli kabul etmesi, elektronik işlemi yapan kurumu, yetkilisinin kimliğini göstermesi<sup>82</sup>, kanunda açıkça yasaklanmamış olması<sup>83</sup> ve nitelikli elektronik imza ile imza edilmesi<sup>84</sup> hallerinde elektronik idarî işlemlerin de hukuken geçerli olduğu görüşü ağırlık kazanmıştır<sup>85</sup>.

Alman Medeni Kanunu (*Bürgerliches Gesetzbuch BGB*) “Elektronik Şekil” başlıklı 126a maddesinde yapılan değişiklikle, 1.fıkıradaki “Kanunda yazılı şekil şartı

<sup>80</sup> MAURER, s.480 vd; KOPP/ RAMSAUER, s.722, § 37 pn.2a, 3a; EHLERS/PÜNDER, s.480-481.

<sup>81</sup> Tartışmalar için bkz: MAURER, s.478, pn.10.

<sup>82</sup> Jörn IPSEN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9. Auflage, München 2015, s.110, pn.423; Elektronik işlemde yetkili memurun isminin yer alması, hakkında işlem yapılan kişinin sorularına cevap verilmesi, hatalı yapılan işlemden dolayı ilgili idare ve kamu görevlisinin sorumluluğu açısından önemlidir. MAURER, s.478, pn.10, s.483, pn.14; KOPP/ RAMSAUER, s.733, pn.28a, s.736, pn.35a. Ayrıca mobil imza da, nitelikli elektronik imzanın sağladığı şartları sağlamaktadır.

<sup>83</sup> İdarenin takdir yetkisini gerektiren durumlarda, idarî işlemler elektronik şekilde yapılamaz. MAURER, s.479, pn.10. Ayrıca Alman Vatandaşlık Kanunu (*Staatsangehörigkeitgesetz StAG*)’nun 38. maddesinde vatandaşlığa kabul belgesinin elektronik olarak verilmesi mümkün değildir. MAURER, s.481, pn.14; PEINE, s.152, pn.639,642.

<sup>84</sup> Nitelikli elektronik imza dışında göndericinin kimliğinin saptanması (*Identität*), belgenin içeriğinin bütünlüğünü (*Integrität*) ve doğruluk ve güvenliğini sağlaması (*Authentizität*) şartı ile başka alternatif elektronik imza yöntemleri de kabul edilebilir. MAURER, s.481, pn, 14; PEINE, s.152, pn.640-641; Bu konuda ve nitelikli elektronik imzanın (*qualifizierte elektronische Signatur*) diğer özellikleri konusunda ayrıntılı bilgi için KOPP/ RAMSAUER, s.722, pn.2a, s.162, pn.17,18 vd. Alexander ROSSNAGEL, “Qualifizierten Signaturverfahren”, NJW (Neue Juristische Wochenschrift), 2001, s.1817; Alexander ROSSNAGEL/ Andreas PFITZMANN, “Der Beweiswert von E-Mail”, NJW (Neue Juristische Wochenschrift), 2003, s.1209 vd.

<sup>85</sup> MAURER, s.478, pn.10, s.482, pn.16; PEINE, s.152, pn.640-641.

aranan durumlarda elektronik imza ile imza edilen belgelerin geçerli olduğu, ancak imzayı atan kişi tarafından düzenlendiğini gösterir açıklama içermesi ve İmza Kanunu'na göre nitelikli elektronik imza ile yapılması gerektiği", 2. fıkrada tarafların 1. fıkrada belirtilen her bir belgeyi elektronik olarak imzalayabilecekleri" hükmü kabul edilmiştir.

Alman hukukunda (*SigG*), 2001 yılında yürürlüğe girmesine, 2002 yılından itibaren idarî işlemlerde kullanılmasına ve hukuken geçerli belge olarak kabul edilmesine karşın elektronik imza ve özellikle nitelikli (güvenli) elektronik imza uygulamaları istenilen düzeyde olmamış, kullanım oranı düşük kalmıştır<sup>86</sup>. Örneğin, imzalanan sözleşme ve beyannamelerin % 5'inin elektronik ortamda yapıldığı tespit edilmiştir. Mutlak şekil şartının gerekmediği sözleşmelerde elektronik imza ile sözleşmeler yapılabilir. Özellikle e-devlet (*E-Government*) uygulamalarında, örneğin kamu ihale prosedürlerinde, bankacılık işlemlerinde, noter işlemlerinde nitelikli (güvenli) elektronik imzadan yararlanıldığı görülmektedir. Nitelikli imza kullanıcılarının çoğu avukatlar veya belli devlet kurumları ile yüksek oranda işlem yapan şirketlerdir. 2011 yılından beri nitelikli (güvenli) elektronik imza ile imzalanmış e-fatura tanzim edilmesi zorunlu tutulmuştur. Mobil imza da, nitelikli elektronik imzanın özelliklerine sahip olduğundan mobil imzadan da yararlanılmaktadır<sup>87</sup>.

Alman İdarî Yargılama Usul Hukukunda "delil serbestisi" söz konusudur. Alman İdarî Yargılama Usul Kanunu'nun (*Verwaltungsgerichtsordnung VwGO*) 86. maddesinde mahkemelerin re'sen araştırma yapmak zorunda olduğu ve tarafların sunduğu delillerle bağlı olmadığı hususu düzenlenmiş, 55a maddesinde nitelikli elektronik imzalı belgelerin ve buna ek olarak iletilen belgenin doğruluğunu ve bütünlüğünü sağlayan diğer belgelerin de mahkemelerde geçerli belge ve delil olarak kabul edileceği, 99. maddesinde ise yetkililerin elektronik bilgi ve belgeleri mahkemelere iletmekte yükümlü oldukları, gizlilik gerektiren bilgi ve belgelerle ilgili mahkeme dosyasında bilgi yer almayabileceği hususlarına yer verilmiştir. Alman İdarî Yargılama Usulünde delil serbestisi ilkesi geçerli olduğundan mahkemeler her türlü delil, bilgi ve belgeyi re'sen inceleyebilirler<sup>88</sup>. Nitelikli elektronik imzalı (*qualifizierte elektronische Signa-*

<sup>86</sup> E-imzanın yeterince yaygınlaşmamasının nedenleri arasında, vatandaşların kendi arasındaki, vatandaşla şirketler arasındaki ve şirketlerin kendi arasındaki bir çok işlemin kanunlara göre ıslak imza gerektirmemesi, vatandaşla İdare arasındaki işlemlerde ıslak imza gerektirse de nitelikli imzadan daha kolay ve ucuz olan çözümler kullanılması, nitelikli imzaya yatırım yapmanın gereksiz görülmesi, orta ve uzun vadede e-imzalı belgelerin dosyalama sorunu gibi sorunlar gösterilmektedir. YEŞİL/ ALKAN/ ACARER, s.3.

<sup>87</sup> Şeref SAĞIROĞLU/ Demet KABASAKAL/ Mustafa ALKAN, Mobil Elektronik İmza: Ülkeler ve Uygulamalar, Uluslararası Katılımlı Bilgi Güvenliği ve Kriptoloji Konferansı Bildiriler Kitabı, 13-14 Aralık 2007, Ankara, s.38 vd.

<sup>88</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: Johann BADER/ Michael FUNKE-KAISER/ Thomas STUHLFAUTH

tur) belgeler, nitelikli elektronik imza ile imza edilen belgeler ile belgenin kime ait olduğunu, gerçekliğini belgeleyen diğer imza çeşitleri ile oluşturulmuş belgeler de mahkemelere geçerli delil olarak sunulabilir<sup>89</sup>. Ancak devlet sırrı veya gizlilik gerektiren belgeler bundan istisna tutulmuştur<sup>90</sup>.

Alman Medenî Usul Hukukunda ise elektronik belgeler, keşif delili altında değerlendirilmiş<sup>91</sup>, nitelikli elektronik imzanın kağıt üzerine atılan imza ile eşdeğer olduğu (§ 371/1 ZPO) kabul edilmiştir<sup>92</sup>. Basit elektronik imzalı elektronik belgeler bakımından herhangi bir delil değeri öngörülmemiştir. Buna karşılık her türlü elektronik imzalı belge, delil sınırlaması olmaksızın delil başlangıcı olarak keşif delili altında değerlendirilmektedir<sup>93</sup>.

---

Von ALBEDYLL, Verwaltungsgerichtsordnung, 6. Auflage, Heidelberg 2014, s.662 vd; Erich EYERMANN/ Ludwig FRÖHLER/ Harald GEIGER/ Michael HAPP/ Ingo KRAFT/ Klaus RENNERT/ Jörk SCHMIDT, Verwaltungsgerichtsordnung- VwGO Kommentar, 14. Auflage, München 2014, s.590 vd; Ferdinand O. KOPP/ Wolf-Rüdiger SCHENKE/ Ralf Peter SCHENKE, Verwaltungsgerichtsordnung- VwGO Kommentar, 19. Auflage, München 2013, s.1051; Herbert POSSER/ Heinrich Amadeus WOLFF, Verwaltungsgerichtsordnung- VwGO Kommentar, 2. Auflage, München 2014, s.600; Helge SODAN/ Jan ZIEKOW, Verwaltungsgerichtsordnung Grosskommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2014, s.1851 vd; Hans-Peter VIERHAUS, Beweisrecht im Verwaltungsprozess, 1. Auflage, München 2011, s.61 vd; Peter WYSK/ Christian BAMBERGER/ Kirsten KUHLMANN/ Jens SAURENHAUS, Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO Kommentar, 1. Auflage, München 2011, s.337.

<sup>89</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: BADER/ FUNKE-KAISER/ STUHLFAUTH Von ALBEDYLL, s.335 vd; EYERMANN ve Diğerleri, s.376; KOPP/ SCHENKE/ SCHENKE, s.670; POSSER/ WOLFF, s.303 vd; SODAN/ ZIEKOW, s.1105; WYSK ve diğerleri, s.240.

<sup>90</sup> BADER/ FUNKE-KAISER/ STUHLFAUTH Von ALBEDYLL, s.756; EYERMANN ve Diğerleri, s.720; KOPP/ SCHENKE/ SCHENKE, s.1211; POSSER/ WOLFF, s.721 vd; SODAN/ ZIEKOW, s.2097; WYSK ve Diğerleri, s.405.

<sup>91</sup> Alman Medenî Usul Hukukunda, “katı (sıkı) delil sistemi” uygulanmaktadır. Bu sistem içerisinde Kanun’da beş tür delilden bahsedilmekte (bilirkişi, keşif, isticvap, senet ve tanık), bunlar dışında Kanunda düzenlenmemiş delillerle ispat kabul edilmektedir. Hakan PEKCANITEZ/ Oğuz ATALAY/ Muhammet ÖZEKES, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2015, s.410; ERTURGUT, Elektronik İmzalı Belgeler, s.167. Almanya’da Elektronik İmza Federal Kanunu (SigG) çıkarılmadan önce Medeni Usul Kanunu’nda (Zivilprozessordnung ZPO) elektronik imzalı belgeler, keşif ve bilirkişi delili altında mahkemelerde caiz delil olarak kullanılmakta idi. Bu yüzden de ispat hukuku bakımından Alman Medeni Usul Kanunu’nda bir değişikliğin gerekmediği iddia edilmiştir. ERTURGUT, Elektronik İmzalı Belgeler, s.141; JUNGERMANN, s.71.

<sup>92</sup> Nitelikli (güvenli) elektronik imzalı belgeler bakımından ilk görünüş ispatı öngörülmüştür (ZPO m.292a). Böylece Avrupa Birliği Direktifine göre, hem nitelikli (güvenli) elektronik imzalı belgelerin hukukî etkisi ve yargılamada delil niteliği düzenlenmiş, hem de bunun dışında kalan elektronik belgelerin keşif delili altında değerlendirileceği konusunda düzenlemeye yer verilmiştir. ERTURGUT, Elektronik İmzalı Belgeler, s.141; Arnd BECKER, Elektronische Dokumente als Beweismittel im Zivilprozess, Bochum 2003, s.4.

<sup>93</sup> ERTURGUT, Elektronik İmzalı Belgeler, s.141; JUNGERMANN, s.71. Kanun koyucunun elektronik belgelerin keşif incelemesine konu olması ve senet olup olmadığı hususu, Medeni Usul Kanunu’na (ZPO) eklenen 371/1-2 ile çözülmüş gibi görünse de, bu düzenlemenin yerinde olup olmadığı ve elektronik belgelerin Medeni Usul Kanunu anlamında senet olarak kabul edilme-

## D- Avusturya Hukukunda

1999-99 sayılı Avrupa Birliği Direktifi doğrultusunda yasal düzenleme yapan ilk ülke Avusturya olup Avusturya Elektronik İmza Kanunu (*Österreichische Signaturgesetz ÖstSigG*) 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 02.02.2000 tarihinde de İmza Tüzüğü (*Signaturverordnung*) çıkarılmıştır. *ÖstSigG*, Alman Elektronik İmza Kanunu, Avrupa Birliğinin 1999/93 sayılı Direktifindeki düzenlemelere ve de Türk Elektronik İmza Kanunu'ndaki düzenlemelere oldukça benzemektedir. Elektronik imza, güvenli elektronik imza bahsi geçen düzenlemelerde yer aldığı şekliyle tanımlanmıştır (§ 2, N.1, 3 *ÖstSigG*). Güvenli elektronik imzanın, hukukî işlemlerde el yazısı imzaya eşdeğer olduğu kabul edilmiş, ayrıca aksi kararlaştırılmadığı takdirde hukukî işlemlerdeki yazılılık şartını karşıladığı ifade edilmiştir (§ 4, Abs.1 *ÖstSigG*)<sup>94</sup>. Avusturya İmza Kanunu'nda, Avrupa Birliği Direktifine uygun olarak elektronik imzaların düzenlenmesinde teknolojik tarafsızlık benimsenmiştir<sup>95</sup> (§ 3, Abs.2, *ÖstSigG*).

2008 yılında *ÖstSigG*'nda ve İmza Tüzüğünde değişiklik yapılmış, basit elektronik imza ile güvenli elektronik imza daha kesin çizgilerle ayrılmış; güvenli elektronik imza, Alman hukukundaki nitelikli elektronik imza ile eşdeğer halde düzenlenmiştir. Değişikliğe göre, gelişmiş elektronik imza (*fortgeschrittene elektronische Signatur*), Avrupa Birliği Direktifindeki gibi tanımlanmış, güvenli elektronik imza (*sichere elektronische Signatur*), nitelikli elektronik imzanın (*qualifizierte elektronische Signatur*) yerini almıştır.

Avusturya'da internet aracılığıyla vatandaşlık kartlarını kullanarak e-devlet işlemleri e-izmalı olarak yapılabilmektedirler. Avusturya'da me-imza ya da banka kartı gibi çeşitli kartlar vatandaşlık kartı olarak kullanılabilir. Ülkede vatandaşlık kartı olarak kullanılan me-imzaya "A1-Signature" adı verilmektedir<sup>96</sup>. Me-imza ile yapılan işlemler hukuken geçerlidir.

---

diği hususu tartışmalarına yol açmıştır. Elektronik ortamda kayıtlı bulunan elektronik belgelerden çıktı alınması durumunda nasıl bir değerlendirme yapılacağı konusunda Kanun'da bir düzenleme bulunmamaktadır. ERTURGUT, Elektronik İmzalı Belgeler, s.141-142; BECKER, s.4.

<sup>94</sup> Maddenin 2. fıkrasında güvenli elektronik imzanın aile ve miras hukukuyla yazılılık şartını yerine getirmeyeceği, yine resmî şekle tabi kefalet sözleşmelerinin güvenli elektronik imza ile imzalanamayacağı kabul edilmiştir. ERTURGUT, Elektronik İmzalı Belgeler, s.161.

<sup>95</sup> ERTURGUT, Elektronik İmzalı Belgeler, s.162.

<sup>96</sup> E-imzanın bir sunucu üzerinde oluşturularak yürütülmesine imkân sağlayan A1- Signature kart, mobil cihaz işletmecisi Mobilkom Austria, ESHS A.Trust ve Federal Hükümetin Ana Bilgi Ofisi işbirliği ile geliştirilmektedir. Ayrıca bkz: European Commission/DG Enterprise and Industry, Benchmarking of existing national legal e-business practices, Country Report Austria, 2006, SAĞIROĞLU/KABASAKAL/ALKAN, s.43.



## E- Fransız Hukukunda

Elektronik veriler ve özellikle elektronik imzalara hukuk sistemlerinde değer atfedilmesi ile birlikte Fransız yargı organlarının kararlarında değişimler olmuş<sup>97</sup>, hukukî düzenlemelerdeki değişiklikler, genelde özel hukuk alanında ve bilhassa Fransız Medeni Kanunu (*Code Civil*)’nda yapılmıştır<sup>98</sup>. Bu değişikliklerin yapılmasında Avrupa Birliği’nin 1999/93 sayılı Direktifi etkili olmuştur. 13.03.2000 tarihinde 2000-203 sayılı İspat Hukukunun Bilgisayar Teknolojisine Adaptasyonuna ve Elektronik İmzaya İlişkin Kanun<sup>99</sup> çıkarılmış, özellikle nitelikli elektronik imzaya hukukî değer atfedilmiştir. Bu Kanuna dayanılarak Fransız Medeni Kanunu (*Code Civil*)’nun ispat hukukuna ilişkin bazı hükümlerinde değişiklik yapılmış, belgeyi oluşturan kişinin kimliğini teşhis eden, belgenin bütünlüğünü koruyan ve değiştirilmediğini garanti eden elektronik formdaki yazıların kağıt üzerindeki yazı gibi delil olarak kabul edileceği (m.1316-1) ve aynı ispat gücüne sahip olduğu (m.1316-3), hakimin elektronik imzalı belgeyi delil olarak değerlendirmesi gerektiği (m.1316-2) ve hangi imza ve elektronik imzaların hukukî etkiye sahip olduğu (m.1316-4) hüküm altına alınmıştır. Maddenin 1 ve 3. fıkralarında elektronik belgeler ve elektronik imzalar arasında

<sup>97</sup> Fransız Yargıtay’ı 1989 tarihli raporunda elektronik imzanın, el yazısı imzanın taşıdığı bütün garantileri taşıdığı, hatta el yazısı imzanın taklit edilebilir olmasına karşın elektronik imzanın taklit edilemediği ifade edilmiştir. Yine Fransız Ticaret Dairesi, 1997 tarihli bir kararında “üzerinde yazının bütünlüğünü, içeriğini, kime ait olduğunu kanıtlayan faks dahil bir takım verilerin kabul edilebileceği” belirtilmiş, doktrinde elektronik ve bilgisayar kayıtlarının da dahil edilmesi gerektiği genel kabul görmüştür. Rapport de la Cour de Cassation pour 1989, Paris, La Documentation française, 1990, CAPRIOLI, s.14, Lionel COSTES, “Transaction en ligne, preuve et signature électronique: le nouveau cadre juridique” Lamy droit de l’informatique et des réseaux, 1999, N.122- février 2000, s.2, nakleden ÖZDEMİR KOCASAKAL, s.237.

<sup>98</sup> Fransız Medeni Kanunu (Code Civil)’na göre, sözleşmeler hukukunda bazı istisnalar hariç şekil serbestisi söz konusudur (m.1108). Ancak bazı sözleşmeler vardır ki bunların mutlaka kağıda yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. Ticarî işler hariç (Code du commerce m.109) uyumsuzluk değeri belli bir miktarın üzerindeki (1.500 €) sözleşmeler (m.1341), sigorta, evlilik, şirket, kredi, kefalet, rehin sözleşmeleri, vasiyetnamelerin mutlaka yazılı şekilde yapılması zorunludur. adı geçen sözleşmelerin elektronik imza kullanılarak yapılması mümkün değildir, yapılması ve elektronik kopyası imzalanması halinde dahi hukuken geçerli değildir. Bkz: Suzanne FRANK, Das Gesetz über die Anpassung des Beweisrechts an die Informations-technologie sowie über die Signatur in MittBayNot 2000, s.392, 394; Helmut RÜSSMANN, Das Beweisrecht elektronischer Dokumente, Jur PC (Internet Zeitschrift für Rechtinformatik und Informationrecht) 7/1995, s.3212 vd; nakleden, ERTURGUT, Elektronik İmzalı Belgeler, s.164; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s.219, 236, 237; Hadde MEBROUK, Senetle İspat Konusunda Fransız Hukukundaki Gelişmeler: Türk ve Cezayir Hukuku İle Karşılaştırma, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010, s.50 vd; Ayrıntılı bilgi için bkz: Christiane BIEREKOVEN/ Philip BAZIN/ Tomasz KOZLOWSKI, Electronic signatures in German, French and Polish law perspective”, s.7, Digital Evidence and Electronic Signature Law Review, sas-space.sas.ac.uk/5381/1/1719-2303-1-SM.pdf, E.T.01.05.2016.

<sup>99</sup> *La loi n°2000-203 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l’information et relative à la signature électronique (J.O. 14 Mars 2000).*

delil değeri açısından bir farklılık gözetilmemiştir. Maddenin son fıkrasında imza, sahibinin kimliğini tespit ederse, taraflar bu işlemde doğan yükümlülüklerle rıza gösterirlerse, ayrıca resmî makam sürece dahil edilmişse işlemin gerçekliği kabul edilmiş, 2. cümlede ise eğer imza elektronik imza ise, bu imza imzalanan işlem ile imzalayan arasında bağlantı kuruyor ise, Danıştay Kararnamesinde belirlenen şartlara uygun olarak imzalayanın kimliğini belirliyor ve işlemin bütünlüğü sağlıyor ise, aksi ispat edilene kadar güvenli elektronik imza olarak kabul edilmiştir<sup>100</sup>. Maddenin tüm hükümleri birlikte yorumlandığında, Kanun Koyucu tarafından her elektronik imzaya (örneğin basit elektronik imza) hukukî değer atfedilmediği ve hukukî koruma altına alınmadığı, sadece Danıştay Kararnamesindeki şartları sağlayan güvenli elektronik imzaya (*signature électronique sécurisée*), hukukî sonuç bağlandığı ve ispat gücü ve delil değeri açısından resmi senetlerle eşdeğer tutulduğu<sup>101</sup>, kesin deliller arasında değerlendirildiği (Code Civil m.1317) görülmektedir<sup>102</sup>.

13.03.2000 tarihinde 2000-203 sayılı Kanunla Fransız Medeni Kanunu'nda yapılan değişikliklerin yanı sıra 30.03.2001 tarihli 2001-272 sayılı Danıştay Kararnamesi<sup>103</sup> ile elektronik imza tanımlanmış, şartları belirlenmiştir. Güvenli elektronik imza (*signature électronique sécurisée*), “imza sahibine özgülenen, imza sahibinin kendi kontrolü altında bulunan araçlarla üretilen, işlemde sonra yapılan değişiklikleri tespit eden imza” olarak tanımlanmıştır (Art. 1/2).

Fransa'da elektronik imzaya ilişkin Kanun, 2000 yılında yürürlüğe girmesine karşın iş dünyasında e-imza kullanımı beklenen düzeyde değildir<sup>104</sup>. Elektronik imza uygulamalarını yaygınlaştırmak amacıyla me-imzalı SIM kartlar üzerinden mobil elektronik imza yöntemi ile işlemler yapılmaktadır. Mobil e-imza ile web ödemeleri, hisse senedi alış-veriş işlemleri, e-Devlet işlemleri daha çok yapılabilmektedir.

<sup>100</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: MABROUK, s.7-8; FRANK, s.392, nakleden ERTURGUT, Elektronik İmzalı Belgeler, s.164-165; GOBERT/ MONTERO, s.118, nakleden ÖZDEMİR KOCASAKAL, s.239 vd.

<sup>101</sup> BIEREKOVEN/BAZIN/KOZLOWSKI, s.10-11; MABROUK, s.69.

<sup>102</sup> BIEREKOVEN/BAZIN/KOZLOWSKI, s.11; MABROUK, s.7-8, 44; FRANK, s.392, nakleden ERTURGUT, Elektronik İmzalı Belgeler, s.164-165; GOBERT/ MONTERO, s.118, nakleden ÖZDEMİR KOCASAKAL, s.239 vd.

<sup>103</sup> *Decret no2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code Civil et relatif à la signature électronique, JO n.77 du mars 2001, p.5070.*

<sup>104</sup> Sınırlı şekilde kullanılmasının sebepleri arasında, ticarî alanda delil hukukunun etkin bir şekilde işliyor olması ve bu durumun e-imza teknolojisine yatırım eğilimini azaltması, özellikle mahkemelerin, e-imza ile imzalanmış olan ticarî sözleşmelerin geçerli olup olmadığını sorgulamakta serbest olması, bu durum e-imza kullanma isteğini azaltması gösterilebilir. European Commission/DG Enterprise and Industry, Benchmarking of existing national legal e-business practices, Country Report France, 2006, YEŞİL/ ALKAN/ ACARER, s.3; Ayrıca bkz: SAĞIROĞLU/ KABASAKAL/ ALKAN, s.41.

Elektronik imza ile çok sayıda idarî işlemler yapılmaktadır. Sadece güvenli elektronik imza ile değil, basit elektronik imza ile imza edilen işlemler de yazılı belge olarak geçerli kabul edilmektedir.

Fransız İdarî Yargılama usulünde re'sen araştırma ilkesi ve serbest delil sistemi söz konusu olduğundan Medenî Yargılama Hukukunda olduğu gibi, bütün deliller takdirî nitelikte olup, hakim bütün delilleri serbestçe takdir edebilir. Özellikle e-devlet işlemlerinde sadece güvenli elektronik imza ile oluşturulan belgeler değil, diğer elektronik imza ile oluşturulan belgelere de hukuken değer atfedilmekte ve delil olarak sunulabilmektedir. Örneğin, bir belediye başkanının her zaman belgelere elle imza atması mümkün olmadığından, imzasının bulunması gereken belgelere makine ile güvenli olmayan elektronik imza ile belge oluşturulabilmekte ve hukuken geçerli kabul edilmektedir<sup>105</sup>.

## F- İspanya Hukukunda

İspanya'da elektronik imzayı düzenleyen Kanun, 2003 yılında Elektronik İmza Kanunu ismiyle çıkarılmış (*Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica*), e-devlet işlemlerini ve e-ticareti düzenlemek amacıyla elektronik imzanın kapsamı geniş tutulmuştur<sup>106</sup>. Kanunun 3. maddesinde elektronik imzalar ve diğer ilgili konular ayrıntılı şekilde ele alınmıştır. 3. maddede, elektronik imzanın genel bir tanımı yapılmış (m.3/1), gelişmiş elektronik imza (*La firma electrónica avanzada*), sadece imzalayana bağlı olan, imzalayanın kimliğini belirlemeye imkân veren, sadece imzalayanın kontrolü altında tutabileceği araçlarla yaratılan ve verilerde sonradan yapılacak değişikliklerin bilinmesini sağlayan imza olarak tanımlanmış (m.3/2), gelişmiş elektronik imzanın, nitelikli bir sertifikaya dayanması ve güvenli imza oluşturma araçları ile oluşturulmuş olması gerektiği (m.3/3) ifade edilmiştir. Aslında Kanun'da güvenli elektronik imza tanımlanmıştır. 3/4. maddesinde ise elektronik imzanın hukukî değeri ele alınmış, yukarıda sayılan özellikleri taşıyan elektronik imzaların elle atılan imzalara eşdeğer olduğu<sup>107</sup> hüküm altına alınmıştır.

İspanya'da e-imza uygulamaları, beklentilerin aksine çok yaygınlaşmamış, kamu sektöründe de kullanım, sınırlı kalmıştır. İspanya'da e-imza kullanımları, e-ID kartları ile yapılabilmekte, 2007 yılından beri mobil imza (me-imza) ile online alışverişler, internet bankacılığı ve e-devlet uygulamalarında kullanılmaktadır<sup>108</sup>.

<sup>105</sup> MABROUK, s.13.

<sup>106</sup> SAĞIROĞLU/ KABASAKAL/ ALKAN, s.41.

<sup>107</sup> *Ley 59/2003, m.3/4: "La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel."*

<sup>108</sup> SAĞIROĞLU/ KABASAKAL/ ALKAN, s.41.

## G- Dünya Ülkelerinden Örnekler

Elektronik imza ile ilgili daha bir çok ülke tarafından kendi iç hukukunda düzenleme yapılmış ve hukukî değer atfedilmiştir. Bunların her birisine makalede yer vermek mümkün olmadığından aralarından seçerek bazı ülkelerdeki düzenlemelerden kısaca bahsedelim. Avrupa Birliği ülkeleri Polonya<sup>109</sup>, İtalya<sup>110</sup>, Danimarka<sup>111</sup>, Finlandiya<sup>112</sup>'den Uzak

<sup>109</sup> Polonya'da 18.09.2001 tarihinde Polonya Elektronik İmza Kanunu (*Ustawa z dnia 18 września 2001 r.o podpisie elektronicznym*) ile elektronik imza iç hukukta yer almaya başlamıştır. İlgili Kanunda elektronik imza 3'e ayrılmış, elektronik imza (m.3/1), güvenli elektronik imza (m.3/2), nitelikli sertifika ile doğrulanmış güvenli elektronik imza (m.5/1) şeklinde bir ayırım ve tanımlama yapılmıştır. Nitelikli sertifika ile doğrulanmış güvenli elektronik imzanın, elle atılan imzaya eşdeğer olduğu vurgulanmıştır. BIEREKOVEN/BAZIN/KOZLOWSKI, s.13.

<sup>110</sup> İtalya'da elektronik imza da dahil olmak üzere bilgisayar kayıtlarının hukukî rejimini tanımlamak üzere 1997 yılında 59 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılmıştır. COSTES, s.7, Nakleden ÖZDEMİR KOCASAKAL, s.245. İtalyan hukukunda elektronik imzalar, 1999/93 sayılı Avrupa Birliği Direktifindeki bazı tanımlamalar kullanılarak basit elektronik imza, gelişmiş elektronik imza, nitelikli elektronik imza olarak sınıflandırılmıştır. Franco RUGGIERI, "A technician's views on the digital signature in Italy", Digital Evidence and Electronic Signature Law Review, s.40, sas-space.sas.ac.uk/5523/1/1746-2357-1-SM.pdf. E.T: 01.05.2016. İtalya'da Adalet Bakanlığı bünyesinde 40.000'den fazla çalışanın 10.000'i nitelikli elektronik imza ile işlem yapmaktadır. Mirella MAZEO, "Digital Signatures and European Laws", <http://www.symantec.com/connect/articles/digital-signatures-and-european-laws>. E.T: 06.05.2016.

<sup>111</sup> Danimarka'da elektronik imza ile ilgili 1996 yılında bir takım kanun çalışmaları yapılmış, Avrupa Birliği Direktifi ile kanunlaşma süreci hızlanmıştır. 31.05.2000 tarihinde Elektronik İmza Kanunu (*the Danish Act on Electronic Signatures, nr. 417 of 31 May 2000*) çıkarılmıştır. Direktifteki tanımlama ve ilkeler, Kanuna yansıtılmıştır. Kanunun 3/1. Maddesinde elektronik imza tanımlanmış, 3/2 maddesinde de gelişmiş elektronik imza (*advanced electronic signature*) Direktifteki şekliyle yer almış, hukukî değer atfedilmiştir. Jan HVARRE, "Electronic signature in Denmark: free for all citizens", <http://journals.sas.ac.uk/deeslr/article/viewFile/1720/1657>; E.T.05.05.2016. Danimarka'da kamu idareleri PKI teknolojisi ile çalışan elektronik imzaları kullanmakta, kamu çalışanlarının %2'si elektronik imza kullanarak işlem yapmaktadır. MAZZEO, s.(yok).

<sup>112</sup> Finlandiya'da güçlü elektronik imzalarla oluşturulan akıllı kartlar yerine biyometrik anahtar kullanımını daha yaygındır. Kamu çalışanlarının %1'i elektronik imza kullanmaktadır. Fin hukukunda güçlü elektronik imzalar (*strong electronic signature*) diğer ülkelerdeki nitelikli (güvenli) imzalar gibi aynı hukukî değere sahiptir. MAZZEO, s.(yok). Finlandiya, Estonya gibi ülkelerde de mobil elektronik imza, elle atılan imza ile yasal olarak eşdeğer kabul edilmekte ve taraflar yasal korumadan yararlanmaktadır. Me-imza, Finlandiya'da özel sektör uygulamalarında olduğu gibi, kamu sektöründe de sıklıkla kullanılmaktadır. E-devlet portalı, e-fatura ödeme, marka ve patent başvurusu, inşaat, imar-iskân izinleri, meslekî eğitim ve okul başvuruları, askerlik başvuru işlemleri, sosyal güvenlik kurumları, emeklilik ve çalışma durumu işlemleri, Çalışma Bakanlığına yapılan bildirimler, Maliye Bakanlığı vergi beyanları, Sağlık Bakanlığı sağlık kayıtlarına erişim gibi işlemler, me-imza ile yapılabilmektedir. SAĞIROĞLU/ KABASAKAL/ ALKAN, s.40.

Doğu ülkeleri Singapur<sup>113</sup>, Güney Kore<sup>114</sup>ye, İsviçre<sup>115</sup>, Güney Afrika Cumhuriyeti<sup>116</sup>, Avustralya, Kanada, Çin, Hindistan, Japonya, Meksika, Paraguay'a kadar bir çok ülkede elektronik imza ile ilke ve hukukî düzenlemeler yapılmış, özellikle nitelikli (güvenli) elektronik imzalı belgeler, ispat ve delil (*evidence, Beweis*) niteliği açısından el yazısı ile

- 
- <sup>113</sup> Singapur'da elektronik imza, 1998 yılında Elektronik İşlemler Kanunu (*Singapore Electronic Transactions Act 1998, 2010*) ismiyle hukuk sistemine dahil olmuş, bu Kanunda 2010 yılında önemli değişiklikler yapılmıştır. Elektronik iletişimi artırmak, elektronik ticaretin önündeki engelleri güvenli şekilde kaldırmak, kamu kurumları tarafından yapılan işlemleri güvenli şekilde dosyalamak vb. gerekçelerle ilgili Kanun çıkarılmıştır (m.3) Kanunda, elektronik verilerin, aksi ispat edilinceye kadar sadece elektronik formda olduğundan dolayı hukukî geçerliliğini etkilemeyeceği ve inkâr edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır (m.6). Güvenli elektronik imza (*secure electronic signature*), Kanununun 18/1. maddesinde ayrıntılı olarak tanımlanmış, Elektronik Ticaret Hakkında UNCITRAL Model Kanunu'ndaki (m.6/f) ve Türk EİK'nundaki (m.4) tanıma benzer bir tanımlama yapılmıştır. Güvenli elektronik imzalı belgeler, aksi ispat oluncaya kadar geçerli delil olarak kabul edilmiştir (m.19). <http://statutes.agc.gov.sg/>, E.T: 05.05.2016.
- <sup>114</sup> Güney Kore hukukunda elektronik imza, Dijital İmza Kanunu (*Digital Signature Act*) ismiyle Temmuz 1999 tarihinde hukuk sistemine dahil olmuştur. 1996 tarihli Elektronik Ticaret Hakkında UNCITRAL Model Kanunu, elektronik imzanın Güney Kore hukuk sistemine dahil olmasında etkili olmuştur. Başlangıçta online işlemler ve internet bankacılığında, ortak anahtar yapısı (PKI) esasına dayalı elektronik imzalar kullanılırken daha sonra biyometrik imzaları da kapsayacak şekilde elektronik imzanın kapsamı genişletilmiştir. Elektronik imzanın yaygın kullanım için 2001 yılında Dijital İmza Kanunu'nda değişiklik yapılmış, internet bankacılığı işlemlerinde elektronik imzanın kimlik doğrulama akredite sertifikası ile yapılması öngörülmüştür. Dijital İmza Kanunu'nda elektronik (dijital) imza (*digital signature*), UNCITRAL Model Kanundaki gibi tanımlanmış (m.2/2), bir sonraki fıkrasında ise sertifikalı elektronik imza (*certified digital signature*) (m.2/3) tanımlanmıştır. Sadece imzalayan tarafından yapılan, imzalayanın kontrolü altında tutabildiği anahtarlar oluşturulan yapılan değişikliklerin bilinmesini sağlayan imza, yetkili imza sertifikası ile onaylanırsa bu elektronik imza türüne sertifikalı elektronik imza (*certified digital signature*) denilmektedir. Bu imza türünün ve tarafların mutabık kaldığı imza türü ile yapılan işlemlerin hukukî etki doğurabileceği kabul edilmiştir (m.3) [http://www.koreanlii.or.kr/w/index.php/Electronic\\_signature](http://www.koreanlii.or.kr/w/index.php/Electronic_signature), E.T: 06.05.2016.
- <sup>115</sup> 19.12.2003 tarihinde Elektronik İmza Alanında Sertifika Hizmetlerine İlişkin Federal Kanun (*Das Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur ZertES*) la elektronik imza tanımlanmış, Avrupa Birliği Direktifinde ve Alman İmza Kanunu'nda (SigG) olduğu gibi, gelişmiş elektronik imza ve nitelikli elektronik imza kavramlarına yer verilmiştir (Art. 2, b, c ZertES) Bahse konu Federal Kanun, diğer kanunlarda değişiklikli yapılmasını gerektirmiştir. Bu bağlamda, İsviçre Borçlar Kanunu (*Obligationenrecht OR*)'nun 14. maddesinde yapılan değişiklikle nitelikli elektronik imzanın el yazısı imzaya eşdeğerliği kabul edilmiştir. M. Turner DAWN, <http://www.cryptomathic.com/news-events/blog/understanding-zertes-the-swiss-federal-law-on-electronic-signatures>, E.T:10.05.2016, ERTURGUT, Elektronik İmzalı Belgeler, s.162-163.
- <sup>116</sup> Güney Afrika'da elektronik imza, elektronik iletişim ve işlemlerin düzenlenmesini sağlamak, elektronik işlemlerin evrensel erişimini teşvik etmek, e-Devlet hizmetlerinin kullanımını kolaylaştırmak amacıyla 2002 yılında Elektronik Haberleşme ve İşlemler Kanunu (*Electronic Communications And Transactions Act 25 Of 2002*) ile hukukî düzenlenmiştir. Kanununun 1. maddesinde elektronik imza, gelişmiş elektronik imza tanımları yapılmıştır. Gelişmiş elektronik imza (*advanced electronic signature*)nın geçerli olabilmesi için 37. maddede öngörüldüğü şekilde akredite kurum tarafından doğrulanması ve akredite edilmesi gerektiği belirtilmiştir. [http://www.safflii.org/za/legis/consol\\_act/ecata2002427/](http://www.safflii.org/za/legis/consol_act/ecata2002427/), E.T: 06.05.2016.

imzalanmış belgelerle eşdeğer kabul edilmiş ve hukukî değer (*legal effect*) atfedilerek hukukî korumadan yararlandırılmıştır. Kimi ülke hukuk sistemlerinde güvenli olmayan elektronik imzalarla oluşturulan belgeler de hukukî koruma altına alınmıştır.

## VI- Elektronik İmzalı Belgelerin Türk İspat Hukuku Açısından Delil Değerleri

### A- Türk Hukukunda İspat ve Delil Sistemine İlişkin Genel Bilgiler

Bir davada taraflar, dayandıkları maddî ya da hukukî vakıaların doğruluğunu veya karşı tarafın dayandığı vakıaların yanlışlığını ispat ederek davalarını kazanabilirler. Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nin 187. maddesine göre "Tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek vakıalar ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir". İspat ve delil, yargılama hukuklarının en önemli hususlarından, ancak aynı şeyler değildir. İspat, bir iddianın doğru ve gerçek olup olmadığı, uyuşmazlığın çözümü ile ilgili vakıaların doğruluğu hakkında mahkemeyi, hakimi inandırma ve ikna etme faaliyetidir<sup>117</sup>. Delil (kanıt) ise, bu vakıaların ispatı için gösterilen hukukî araçlardır<sup>118</sup>. Do-

<sup>117</sup> Benzer ve farklı tanımlar için bkz: Bilge UMAR/ Ejder YILMAZ, İspat Yükü, İstanbul 1980, s.2; Bilge UMAR, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014, s.513; Baki KURU/ Ramazan ARSLAN/ Ejder YILMAZ, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013, s.351-352; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s.367 vd; H. Yavuz ALANGOYA/ Kamil YILDIRIM/ Nevhis DEREN-YILDIRIM, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009, s.293; Seyithan DELİDUMAN, "İspat Sistemimizin Mevcut Durumu ve Elektronik İmzanın Bu Sistemdeki Yeri", e-akademi, Nisan 2002, S.2, s.1, E.T.10.08.2015; GÖKSU, s.107; Ömer ULUKAPI, Medeni Usul Hukuku, Konya 2014, s.328; Ahmet BAŞÖZEN, Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Ankara 2010, s.18; İdarî Yargılama Hukuku için bkz: Süheyla SUNAY ŞENLEN, İdarî Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil, İstanbul 1997, s.27; ÇAĞLAYAN, s.327; Vergi Usul Hukukunda bkz: Muallâ ÖNCEL/ Ahmet KUMRULU/ Nami ÇAĞAN, Vergi Hukuku, Ankara 2015, s.199; Nihal SABAN, Vergi Hukuku, İstanbul 2014, s.545 vd; Özgür BİYAN, Türk Vergi Hukukunda İspat-Delil, 2012, s.5; Eda ÖZDİLER KÜÇÜK, Vergi Hukukunda Karineler, Ankara 2011, Yayınlanmamış Doktora Tezi, s.7 vd; Ceza Muhakemesi Hukukunda ispat konusunda bkz: Yener ÜNVER, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Ankara 2014; Doğan GEDİK/ Mahir TOPALOĞLU, Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması, Ankara 2014, s.1 vd; Veli Özer ÖZBEK/ M. Nihat KANBUR/ Koray DOĞAN/ Pınar BACAKSIZ/ İlker TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2015, s.672.

<sup>118</sup> UMAR/ YILMAZ, s.2; KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s.352; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s.388; ULUKAPI, s.343; ALANGOYA/ YILDIRIM/ DEREN-YILDIRIM, s.296; ÖNCEL/ KUMRULU/ ÇAĞAN, s.204; BİYAN, s.13 vd; GÖKSU, s.110. Farklı yargılama hukuklarında deliller ve delil gösterme ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Yavuz ALANGOYA, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, İstanbul 1979; M. Kamil YILDIRIM, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990; SABAN, s.557; Oğuz Kürşat ÜNAL, Türk Ticaret Kanunu ve Vergi Usul Kanununda Fatura ve İspat Kuvveti, Ankara 2006, s.119; Yusuf KARAKOÇ, Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi, İzmir 1997, s.47; Adnan TEZEL, "Türk Vergi Hukukunda İspat ve Delil Sistemi", Reşat Kaynar'a Armağan, İstanbul 1981, s.252; ÇAKMAKKAYA, s.65 vd. SUNAY ŞENLEN, s.62; Selahattin TUNCER, "Vergi Hukukunda Delil", Maliye Dergisi, S.124, Nisan 2003, s.4; Mürside KORKUT, "Vergi Yargılamasında Delil Sistemi", Prof. Dr. Muallâ Öncel'e Armağan,

layısıyla ispat yükü<sup>119</sup> ile delil gösterme yükünü<sup>120</sup> karıştırmamak gerekir. Hukukun temel ilkelerinden olan ispat yükü, davacı ve davalı sıfatına bağlı olmayıp, hangi taraf bir iddiayı ileri sürüyorsa onu ispat etmekle mükelleftir. Ancak taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu yargılama usulünde, taraflarca ileri sürülen vakıaların yanında ileri sürülme vakıalar da ispatın konusunu oluşturabilir.

İdarî Yargılama Usulünde re'sen araştırma ilkesi<sup>121</sup> geçerli olduğundan tarafların ileri sürmediği vakıa ve belgeleri de yargı yeri, kendiliğinden araştırmak durumundadır (İYUK m.20/1). İdarî Yargılama Usul Kanunu'nda ve idarî yargıya ilişkin mevzuatta, ispat yükü ile herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak idarî işlemlerin genel teorisine göre idarî işlemler, "hukuka uygunluk karinesi"nden yararlandıkları yani, idare tarafından hukuka uygun tesis edildikleri varsayıldığından ispat yükünün genellikle davacı tarafa düştüğü kabul edilmektedir. Fakat ispat yükünün davalıya düştüğü bazı durumlar da olmaktadır. Olağan durumun aksini iddia eden taraf ispat ile mükelleftir<sup>122</sup>. Dolayısıyla idarî davaların niteliği göz önünde bulundurulacak

---

C.II, Ankara 2009, s. 107; ÖZDİLER KÜÇÜK, s.16 vd; Ceza Muhakemesi Hukukunda delil için bkz. Nur CENTEL/ Hamide ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2015, s.218; Mahmut KOCA, "Ceza Muhakemesinde Deliller", Ceza Hukuku Dergisi, Y.1, S.2, 2006, s.207; Yener ÜNVER/ Hakan HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2015, s.596; GEDİK/ TOPALOĞLU, s.32; ÖZBEK ve Diğerleri, s.673.

<sup>119</sup> İspat yükü, muhakemeye konu hangi vakıanın kim tarafından ispatlanması gerektiği ile ilgili usulî bir yüküdür. Belli bir olayın gerçekleşmiş olup olmadığının anlaşılması, yani olayın ispatsız kalması yüzünden, yargıcın aleyhte bir kararı ile karşılaşmak tehlikesidir. UMAR/ YILMAZ, s.2-3; UMAR, s.542; KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s.354; PEKCANİTEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s.391; ÇAĞLAYAN, s.329; GÖKSU, s.107; ALANGOYA/ YILDIRIM/ DEREN-YILDIRIM, s.309 vd; BİYAN, s.7; Mehmet Akif TUTUMLU, Medenî Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi, Ankara 2002, s.23. İspat yükü ile ilgili Türk Medenî Usul Hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta örnekler ve ayrıntılı bilgi için bkz: Oğuz ATALAY, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001; ÖZDİLER KÜÇÜK, s.25 vd. Ceza muhakemesinde ispat yükü diye bir sorunun olmadığı, şekli anlamda ispat yükünden söz edilemeye de, maddî anlamda ispat yükü olduğu, bu yükün hakim ve savcıya ait olduğu ifade edilmektedir. Faruk EREM, Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara 1986, s.362; Bahri ÖZTÜRK/ Mustafa Ruhan ERDEM, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s.355; Nurullah KUNTER/ Feridun YENİSEY/ Ayşe NUHOĞLU, Muhakeme Hukuk Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2009, s.611.

<sup>120</sup> Hukuk Yargılama Usulünde delil gösterme yükü, tarafları kendi lehlerine olan vakıaların doğruluğunu, aleyhte olan vakıaların doğru olmadığını ispatlama, hakimde yeteri derecede bir kanaat oluşturma faaliyeti olup bir yargılama usul işlemidir. ÇAĞLAYAN, s.329; TUTUMLU, s.23; PEKCANİTEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s.392; Bu konuda ayrıntılı bilgi ve farklı görüşler için bkz: UMAR, s.551-552.

<sup>121</sup> İdarî Yargılama Usulünde re'sen araştırma ilkesi için bkz: Zehreddin ASLAN, "Türk İdarî Yargı Sisteminde Re'sen Araştırma İlkesi", İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No: 23-24 (Ekim 2000-Mart 2001), s.53 vd; Çınar Can EVREN, "İptal Davalarında Re'sen Araştırma İlkesi", Gazi ÜHFĐ, C.XII, Y.2008, S.1-2, s.708 vd; Danıştay İDDGK, T.07.03.2003, E.2002/1149, K.2003/103; Danıştay 12.D, T.06.02.2006, E.2005/6399, K.2006/220, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.10.05.2016.

<sup>122</sup> ÇAĞLAYAN, s.329.

olursa adli yargılamadaki ispata ilişkin kuralların aynen uygulanması pek mümkün değildir. Bu yüzden İdarî Yargılama Usulünde ispat yükü bakımından her davayı ayrı ele almak gerekmektedir<sup>123</sup>.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu (VUK)'nda "ispat yükü", ayrı bir başlık altında düzenlenmemiş olmakla birlikte, Kanun'un 3/B-2 maddesinde, "iktisadî, ticarî ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfeti bunu iddia eden tarafa aittir" şeklinde bir düzenleme bulunmakta ve bu ifade, "hayatın olağan akışı karinesi" olarak adlandırılmaktadır<sup>124</sup>. VUK'nda ispat yükü hakkında genel veya özel bir kural bulunmaması ve fakat hayatın olağan akışı karinesine yer verilmesi sonucu, karinenin bulunmadığı durumlarda genel kurala gidilip gidilmeyeceği konusundaki yasa boşluğu, Danıştay tarafından özel hukuka dayalı olarak Medeni Kanun'un 6. maddesindeki genel kural ile doldurulmuştur<sup>125</sup>. Danıştay'ın da bu yönde kararları bulunmaktadır<sup>126</sup>.

Türkiye'de yargılama usullerine göre, delillerin esas ve ilkeleri, ispat güçleri ve delil değerleri açısından da farklılıklar söz konusudur. Genellikle taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu Hukuk Yargılama Usulünde bir iki istisna dışında (örneğin boşanma davaları) deliller, kesin deliller ve takdirî deliller olmak üzere ikiye ayrılmış, belge, senet, ikrar, kesin hüküm, kesin delillerden olup tanık, bilirkişi, keşif ise takdirî deliller arasında sayılmıştır. Delil serbestisinin söz konusu olduğu durumlarda hakimin delilleri belirlemede takdir yetkisi vardır, sunulan delillerle bağlı değildir<sup>127</sup>.

Re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu İdarî Yargılama Usulünde ve Ceza Yargılama Usulünde ise, kesin delil-takdirî delil ayrımı olmayıp tüm deliller takdirî niteliktedir, yani yargı organları mevcut delilleri serbestçe takdir edebilirler<sup>128</sup>. Re'sen

<sup>123</sup> ÇAĞLAYAN, s.330.

<sup>124</sup> Hayatın olağan akışı karinesinde, vergilendirmeye dayanak olan olayların iktisadi, ticari ve teknik gerekleri uygun olarak oluşmuş bulunduğu ve hayatın olağan akışına göre normal ve mutad şekilde ortaya çıktıkları kabul edilir. Selim KANETİ, Vergi Hukuku, İstanbul 1989, s.50; ÖZDİLER KÜÇÜK, s.31 vd; BİYAN, s.142.

<sup>125</sup> SABAN, s.553 vd; ÖZDİLER KÜÇÜK, s.31-32.

<sup>126</sup> "213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 3. maddesinde, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin yemin hariç her türlü delille ispatlanabileceği, iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliklerine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfetinin bunu iddia eden tarafa ait olacağı hükmüne bağlanmıştır". Danıştay 4.D., T.07.02.2013, E.2012/6286, K.2013/462; Danıştay 7.D., T.17.6.2009, E.2008/5507, K.2009/3054; Aynı yöndeki kararlar için bkz: Danıştay 3.D., T.17.06.1999, E.1998/3148, K.1999/2538; Danıştay 11.D., T.04.07.2000, E.1999/643, K.2000/2935, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.10.08.2015.

<sup>127</sup> Abdürrahim KARSLI, Medenî Muhakeme Hukuku, İstanbul 2011, s.490; KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s.352; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s.388.

<sup>128</sup> ÇAĞLAYAN, s.333; Re'sen araştırma ilkesi gereği, Ceza hukukunda delillerin serbestçe değerlendirilmesi ve delillerin serbestliği ilkesi anlamına gelen "vicdanî delil sistemi" söz konusu olup



araştırma ilkesinin<sup>129</sup> bir sonucu olarak İYUK'nun 20/1. maddesinde de ifade edildiği gibi, "mahkemeler, belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler". Benzer bir durum, vergi yargılama hukukunda, VUK'nda da benimsenmiş<sup>130</sup>, vergi davalarında delil serbestisi ilkesinin uygulanacağı kabul edilmiştir<sup>131</sup>. VUK'nun m.3/B'nin 2. fıkrasında yer alan vergi hukukunda geçerli olan delil sistemi, "vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç, her türlü delille ispatlanabilir" hükmü ile de İYUK. m.20/1'i destekler biçimde olup vergi yargısında delil serbestliği ilkesinin geçerli olduğu vurgulanmıştır<sup>132</sup>.

### **B- Elektronik İmzalı Belgelerin İdarî Yargılama Hukukundaki ve Farklı Yargılama Hukuklarındaki İspat Gücü ve Delil Niteliği**

Elektronik imzalı belgelerin ispat gücü ve delil değerleri, kullanılan elektronik imza yöntemine ve yargılama usullerine göre farklılıklar arz edebilmektedir. Kanun koyucu tarafından EİK'nda yalnızca güvenli (nitelikli) elektronik imzaya bir takım hukukî sonuçlar bağlanmış, güvenli elektronik imza ile oluşturulan imzanın elle atılan imza ile aynı hukukî sonuçları doğuracağı (m.5/1) hüküm altına alınmış, delil değerleri ile ilgili benzer hükümler, 2004 sayılı İcra İflas Kanunu (İİK), 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK), 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)'nda hükümler konulmuştur. Diğer

---

hakim delilleri serbestçe takdir edebilir. KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, s.611; EREM, s.351; ÖZTÜRK/ ERDEM, s.356-357; CENTEL/ ZAFER, s.219; GEDİK/ TOPALOĞLU, s.138 vd; Metin FEYZİOĞLU, "Suçsuzluk Karanesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", Ankara ÜHFD, C.48, S. 1-4, s.160.

<sup>129</sup> Zehreddin ASLAN, s.53 vd; EVREN, s.706 vd.

<sup>130</sup> Vergi yargılaması hukukunda re'sen araştırma ilkesi için bkz: Şener ÖZKAN, Vergi Yargılama Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi, Ankara 2005, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.48 vd; Çağdaş Evrim ERGÜN, Vergi Yargılamasında Re'sen Araştırma İlkesi", Ankara ÜHFD, Y.2006, C.55, S.2, s. 4 vd; BİYAN, s.57 vd; Danıştay 7.D., T.20.5.1993, E.1989/4075, K.1993/2065 Sayılı Kararda, "Re'sen araştırma ilkesi gereği mahkemece tarhiyatın dayanağı bedelin emsal bedele uygunluğu araştırılarak karar verilmelidir" denilerek, VUK. m.3 hükmünün sadece vergilendirme işlemlerinde değil, vergi yargılama hukukunda da geçerli olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca bkz: Danıştay 11.D., T.21.04.1999, E.1997/3366, K.1999/1549; Danıştay 9.D., T.06.11.1997, E.1996/5646, K.1997/3401; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.10.08.2015. Vergi DDGK, T.26.01.1996, E.1995/266, K.1996/38; DD., S.92, s.196;

<sup>131</sup> KARAKOÇ, Delil Sistemi, s.47; TEZEL, s.561; ÇAKMAKKAYA, s.65 vd. SUNAY ŞENLEN, s.62; TUNCER, s.4; KORKUT, s. 107; ÖZDİLER KÜÇÜK, s.16 vd; ÜNAL, s.121; ÖZKAN, s.36; Delil serbestisine paralel olarak, Vergi Usul Kanunu'nun, vergi incelemesinin amacına ilişkin 134. maddesinde değişiklik öncesi bulunan "defter, hesap ve kayıtlara dayanılarak" ibaresi kaldırılmıştır. Böylece, vergi incelemesi her türlü delilin takip edilmesi ve kullanılması ile yapılabilecektir. Başak DOĞRU, Vergi Yükümlülerinin Defter Tutma Yükümlülüğü, İzmir 2007, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.175, 176.

<sup>132</sup> SABAN, s.561; ÖZDİLER KÜÇÜK, s.17.

güvenli olmayan elektronik imza yöntemleri ile ilgili herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

6100 sayılı HMK'nun 205/2. maddesinde "usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik verilerin senet hükmünde olduğu" şeklindeki düzenleme, 2004 sayılı İİK'nun 8/A maddesinde de aynı ifadelerle yer almıştır. HMK'nun 205/3. maddesinde "mahkemeye delil olarak sunulan elektronik imzalı belgenin, güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş olup olmadığını hakimın re'sen inceleyeceği" şeklinde hüküm altına alınmıştır. İİK'nun 8/A-2 maddesinde ise, "güvenli elektronik imzanın, elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haiz" bulunduğu, "güvenli elektronik imza, kanunlarda güvenli elektronik imza ile yapılamayacağı açıkça belirtilmiş olan işlemler dışında, elle atılan imza yerine kullanılabilirliği" ifade edilmiştir. 6098 Sayılı TBK'nun 15/1. maddesinde imzanın "el yazısı ile atılması gerektiği, güvenli elektronik imza ile atılan imzanın da el yazısı ile atılan imza ile aynı hukukî sonuçları doğuracağı"ndan bahsedilmiştir.

5271 sayılı CMK'nda elektronik imzalı belgelerin delil değeri ile ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Ceza yargılamasında yargı makamlarının kullandığı güvenli elektronik imza ile "her türlü ceza muhakemesi işleminin yapılabilirliği (f.1), elektronik imzalı belgenin elle atılan imzalı belgeyle çelişmesi halinde UYAP'ta kayıtlı olan güvenli elektronik imzalı belgenin geçerli kabul edileceğine (f.5)" dair düzenleme bulunmaktadır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu (İYUK)'nda elektronik imza ile ilgili herhangi bir hükme rastlanılmamaktadır. İYUK'nun 31. maddesi delaletiyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili usul hükümlerinin idarî davalarda da uygulanabileceği ve İYUK 31. maddesinde, 05/07/2012 günlü, 28344 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6352 sayılı Yasa'nın 59. maddesi ile yapılan değişiklikle, "elektronik işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı" kuralı ile EİK'nun 5. maddesi ve HMK'nun 205. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, güvenli (nitelikli) elektronik imza ile oluşturulmuş belgelerin elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurduğu ve delil olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca Genel İdarî Usul Kanun Tasarısı'nın 31/4. maddesinde "elektronik ortamda ya da otomatik bir araçla yapılan idari işlemde, elektronik imza ya da güvenliği garanti edilmiş mekanik araçlarla da imza atılabileceği" yönünde düzenleme bulunmaktadır. Ancak elektronik imzanın bu kadar yaygın olarak kullanıldığı, birçok e-idarî işlemin ve e-devlet işlemlerinin elektronik imza ile yapıldığı bir ortamda, Türk idare sisteminde ve İYUK'nda elektronik imza ile ilgili herhangi bir düzenlemenin olmaması ciddi bir eksikliklerdir. Diğer yargılama usullerinde elektronik imzanın hukukî rejimi ile ilgili düzenlemelerin İYUK'nda da mutlaka yer alması gerekir.

Danıştay'ın güvenli (nitelikli) elektronik imza ile imza edilmiş belgelerin hukukî sonuçları ile ilgili görüşlerine bakıldığında, Hukuk Yargılama Usulündeki düzenle-

melere ve doktrindeki görüşlere paralel kararlar verdiği görülmektedir. Yüksek Mahkeme, “güvenli elektronik imzanın, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurduğunu” kabul etmekte, “ayrıca ıslak imza ile imzalanmamış olması(nı) giderilmesi gereken bir eksiklik olarak görmemekte”dir<sup>133</sup>. Her ne kadar dava konusu olay, güvenli (nitelikli) elektronik imza edilmiş bir idarî işlem olmayıp, UYAP sistemi kullanılarak İdare Mahkeme Başkanı tarafından imzalanan ancak diğer iki üye tarafından imzalanmayan güvenli elektronik imza ile yargı kararı ile ilgili olsa da, Danıştay’ın güvenli elektronik imza konusundaki yaklaşımını göstermesi açısından önemli bir kararlardır.

Vergi yargılamasında VUK.’nun 4731 sayılı mükerrer 242. maddesi gereğince elektronik defter, elektronik belge ve elektronik kayıtlar, VUK. ile diğer vergi kanunlarında defter, kayıt ve belgelere ilişkin olarak yer alan hükümlere tabi olup bu yönüyle elektronik defter, elektronik belge ve elektronik kayıtların ispat güçleri fizikî ortamdaki bilgi ve belgelerden farklı görülmemektedir. Yine benzer bir düzenleme Damga Vergisi Kanunu’nda (m.1/1) da bulunmakta, “kişiler tarafından imzalanan kağıtlara, belli bir hususu ispat ve belli etme gücü tanınmasının karşılığı olarak Devletçe alınan damga vergileri” için kişilerin imzalayarak vermesi gereken belgelerde el yazısı ile veya elektronik ortamda oluşturdukları belgeler açısından bir fark olmadığı belirtilmektedir. Danıştay’ın bu konuda değişik dairelerinin benzer kararları da bulunmaktadır<sup>134</sup>. Hatta bir belgenin hem güvenli elektronik imza ile hazırlanması

<sup>133</sup> Danıştay 5.D, T.13.09.2013, E.2013/6728, K.2013/5914; Danıştay İDDK, T.30.01.2013, E.2012/2648, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. E.T.10.08.2015.

<sup>134</sup> Danıştay’ın, “*elektronik ortamda beyanname verilmemesini fizikî olarak verilmesi gereken beyannamelerden farklı olmadığına*” ilişkin kararları için bkz. Danıştay 3.D, T.29.03.2011, E.2010/101, K.2011/903, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. E.T.10.08.2015. Danıştay, benzer bir kararında da elektronik ortamda verilen beyannamelerle ilgili getirilen bu tekniklerin amacını da şu şekilde açıklamıştır: “Elektronik ortamda beyanname verme, sadece beyannamenin verilme usulünün belirlenmesine yönelik olup beyanname verme ödevinin anılan niteliğini değiştirmemekte ve beyanname verme yükümlülüğünün süresinde ve kendiliğinden verilme özelliğinde değişiklik öngörmemektedir. Konu ile ilgili idari düzenlemelere bakıldığında, elektronik ortamda beyanname verme ve bildirimde bulunma usulünün amacının, mükelleflerin vergilendirmeye ilişkin ödevlerini yerine getirmede, gelişen bilgi işlem teknolojilerinden yararlanmak, vergi beyannameleri ile bildirim ve eklerinin kolay, hızlı, ekonomik ve güvenilir bir şekilde idareye intikalini sağlamak, vergi idaresinin işlemlerini azaltarak iş ve işlemlerini kolaylaştırmak olduğu açıktır” Danıştay VDDK, T.12.12.2012, E.2012/327, K.2012/429, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. E.T: 10.08.2015.

Danıştay 4. Dairesinin de “*beyannamesini elektronik ortamda vermesi gereken davacı bu yükümlülüğünü yerine getirmemiş sayılacağına*” ilişkin kararları bulunmaktadır. Danıştay 4.D, T.12.05.2011, E.2010/1052, K.2011/3655, S.128, s.153, www.danistay.gov.tr., E.T: 10.08.2015.

Damga vergisi konusundaki kararları için bkz: Danıştay 9.D, T.12.12.2013, E.2013/10071, K.2013/11878, DD, Y.2014, S.135, s.391 vd; www.danistay.gov.tr., E.T: 10.08.2015; Danıştay 9.D, T.30.05.2013, E.2013/1258, K.2013/5330, DD, Y.2013, S.134, s.486 vd; www.danistay.gov.tr., E.T: 10.08.2015; Danıştay 7.D, T.2007/5116, K.2009/4267, www.danistay.gov.tr., E.T: 10.08.2015.

hem de el yazısı ile imzalanmış olması ve iki belge arasında mahiyetlerinin birbirinden farklı olması halinde Hukuk Yargılama Usulünde olduğu gibi, güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş belgenin dikkate alınması gerekecektir. Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan tebliğlerde de elektronik ortamda defter tutmalarına izin verilen mükelleflerin fizikî ortamda defter tutamayacaklarını bildirmiştir. Bu Tebliğler uyarınca ortaya çıkacak olası bir çift kayıt durumunda elektronik ortamda oluşturulan defterlerin ve de faturaların dikkate alınacağı kabul edilmektedir<sup>135</sup>.

Görüldüğü gibi, diğer yargılama usullerinde olduğu gibi İdarî Yargılama Usulünde de nitelikli (güvenli) elektronik imza ile oluşturulmuş “asimetrik dijital imza”, “mobil elektronik imza” ve “güvenli (nitelikli) elektronik imza” ile imza edilmiş belgeler, “elle atılmış imza (ıslak imza)” ile aynı hukukî sonucu doğurmakta, yargı organlarınca “delil” olarak kabul edilmektedir. İdarî yargılama usulünde ve idare hukuku pratiğinde güvenli (nitelikli) elektronik imza dışında kalan ve bazı basit ve gelişmiş elektronik imza yöntemleri ile oluşturulmuş belge ve bulguların da “delil” olarak kabul edildiği görülmektedir. Benzer durum Alman hukukunda da geçerlidir. Örneğin, “bilgisayar ekranına kalemle atılan imza” yöntemi ve “tarayıcıdan bilgisayara aktarılmış imza” yöntemi, güvenlik açısından çeşitli mahzurları bulunduğundan, hukukî işlemlerde pek rağbet edilmemekle birlikte bazı idarî işlemlerin yapıldığı ve resmi belgelerin imzalandığı görülmektedir. Farklı ülkelerde de idarî işlemin anlaşılabilirliğini zedelediği müddetçe otomatik araçlarla matbu halde basılan imzalı belgeler de kabul edilmektedir.

Türk İdare hukukunda da Genel İdarî Usul Kanun Tasarısı'nın 31/4. madde-

<sup>135</sup> 05.03.2010 tarih ve 27512 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Maliye Bakanlığı'nın 397 sayılı Tebliğinde ...gelişen teknolojiye uygun yeni usul ve esasların belirlenmesinin zorunlu olduğu, yaygın olarak kullanılan belgelerden biri olan faturanın elektronik belge olarak düzenlenmesi, elektronik yollarla iletilmesi, elektronik olarak muhafaza ve ibraz edilmesine ilişkin usul ve esaslar açıklanmıştır. Yayımlanan Tebliğde elektronik fatura düzenleme izni yalnızca anonim ve limited şirketlere verilmesi elektronik fatura ile birlikte kağıt fatura düzenlemeyeceği, müşterinin talebi halinde kağıt fatura düzenlenebileceği, e-faturanın veri bütünlüğü sağlanması ile kaynağının inkar edilemezliğinin malî mühürle garanti altına alındığı, mührün doğruluk ve geçerlilik kontrolünün ancak elektronik ortamda yapılabilmesi nedeniyle e-faturanın kağıda basılarak saklanması söz konusu olmadığı hususlarına yer verilmiştir.

28.06.2012 tarih ve 416 sayılı Tebliğle de, gerçek kişi mükelleflere de e-fatura düzenleme izni verilmiş, e-faturanın veri bütünlüğünün sağlanması ile kaynağının inkar edilemezliğinin malî mühür yanında elektronik imza ile sağlanabilmesinin yolu açılmıştır.

13.12.2011 tarih ve 28141 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 1 No'lu Tebliği ile e-faturada olduğu gibi elektronik defter tutmak isteyen gerçek kişi mükelleflerin 5070 sayılı EİK hükümleri çerçevesinde üretilen nitelikli elektronik sertifikaya sahip olmaları şartı aranmış, defterlerini elektronik defter (e-defter) biçiminde tutmaya başlayanların söz konusu defterlerini kağıt ortamında tutmalarına izin verilmemiştir.

14.12.2012 tarih ve 28497 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 421 No'lu Tebliğle vergi kanunlarının uyumlarının artırılması ile kayıt dışılığın önlenmesi amacıyla bazı mükellef gruplarına elektronik fatura kullanma ve elektronik defter tutma zorunluluğu getirilmiş, fizikî ortamda tutacakları defter ve tanzim edecekleri faturaların yok hükmünde sayılacağı bildirilmiştir.

sinde “elektronik ortamda ya da otomatik bir araçla yapılan idari işlemde, elektronik imza ya da güvenliği garanti edilmiş mekanik araçlarla da imza atılabileceği” yönünde düzenleme bulunmaktadır. Bu tür imzaların herkes tarafından oluşturulması ve kopyalanması mümkündür. Bu sebeple verinin bütünlüğü veya belgeyi düzenleyen kimliği konusunda karşı tarafa bir garanti sunması pek mümkün değildir<sup>136</sup>. Belgelerde yer alan, belge başlığının ve tarayıcıdan geçirilmiş imzanın herhangi bir içerikle kullanılması mümkün olduğundan delil olarak değerlendirilmesine tereddütle yaklaşmak gerekir.

Yine basit elektronik imza yöntemlerinden, biyometrik imza (*biometric signature*, *biometrische Unterschrift*) gibi, retina taraması, imza tanımlaması, yüz tanımlama, parmak izi ya da ses gibi biyolojik özelliklerin imzalamada kullanıldığı, kişinin ölçülebilir olan fizikî durumunun ve/veya davranış şeklinin o kişinin kimliğinin doğrulanması amacıyla kullanılan<sup>137</sup>, aslında en güvenli kimlik belirleme (*Identity*) ve taklit edilmeme (*non-repudiation*) teknolojisine sahip olmasına<sup>138</sup> ve ulaştığı standartlar bakımından EİK’nun güvenli elektronik imza için belirlenen standartlara sahip olmasına<sup>139</sup> rağmen, güvenli (nitelikli) elektronik imzanın alt yapısından farklı olması, EİK’nda belirtilen nitelikli (güvenli) elektronik imzanın diğer unsurlarını taşıması, elektronik imzadan beklenen belgenin bütünlüğünün korunması (*content integrity*) gibi bir takım işlevleri sağlamakta yetersiz kalmasından dolayı genel olarak, nitelikli (güvenli) elektronik imza olarak nitelendirilmemektedir<sup>140</sup>. Oysaki bu imza yöntemi, daha çok önemli ve güvenliğin ön planda tutulduğu yerlere giriş kontrollerinde, örneğin cezaevlerine giriş- çıkışlarda, havaalanlarında, sınır kapılarında, tıp alanında ve hastanelerde, banka otomatlarında kullanılmakta ve geçerli delil olarak kabul edilmektedir.

Özetle, İdari Yargılama Hukuku’nda, güvenli (nitelikli) elektronik imza yöntemi ile oluşturulan belgeler, “elle atılmış imza (ıslak imza)” ile aynı hukukî sonucu doğurmakta, yargı organlarınca “delil” olarak kabul edilmekte, el yazısı ile atılmış (ıslak) imzalı belgelere göre delil değeri açısından daha üstün tutulmaktadır. Güvenli (ni-

<sup>136</sup> ROSSNAGEL, *Signaturregelungen*, s.164; HAMMER, s.636; Johann BIZER, *Der gesetzliche Regelungsbedarf digitaler Signaturverfahren, Datenschutz und Datensicherheit (DuD) 8/95*, s.460, Nakleden ERTURGUT, *Elektronik İmzalı Belgeler*, s.63.

<sup>137</sup> Anda LINCOLN, *Electronic Signature Laws and the Need for Uniformity in the Global Market*, *The Journal of Small and Emerging Business Law*, Vol. 8, 2004, s.69; BLYTHE, s.3-4; LABORDE, s.31; ÇAKMAKKAYA, s.16; SAVAŞ, s.170; GÜLER/ÖMÜRGÖNÜLŞEN, s.202.

<sup>138</sup> ALTINIŞIK, s.98; ORTA, s.104-105; ALTUNDAĞ, s.62; JAIN/ ROSS, s.1-2; KENNEDY, s.382 vd, nakleden, ACAR, s.78; KESER BERBER/ LOSTAR, s.37 vd; GÜLER/ÖMÜRGÖNÜLŞEN, s.202.

<sup>139</sup> GÜLER/ÖMÜRGÖNÜLŞEN, s.202; Ulaştığı standartlar bakımından EİK’nun “Güvenli Elektronik İmza” başlıklı 4. maddesinin (a) bendinde “münhasıran imza sahibine bağlı olan” hükmünün, daha çok biyometrik yöntemleri çağrıştırdığı bile ifade edilmiştir. ORTA, s.104.

<sup>140</sup> ERTURGUT, *Elektronik İmzalı Belgeler*, s.67; ALTUNDAĞ, s.62.

telikli) olmayan yöntemlerle oluşturulan “bilgisayar ekranına kalemle atılan imza”, “tarayıcıdan bilgisayara aktarılmış imza”, “biyometrik imza” yöntemi ile imzalanan belgeler dahi, “delil” olarak kabul edilmektedir. Oysaki güvenli (nitelikli) olmayan elektronik imzalarla imza edilmiş belgeler, otomatik veya bilgisayarda yazılmış, ilgili-nin adını ve soyadını, parafını taşıyan belgeler, kim tarafından düzenlendiği belli olmadığından Hukuk Yargılama Usulünde “kesin delil” değil, “delil başlangıcı” olarak nitelendirilmekte<sup>141</sup>, “takdirî delil” olarak ileri sürülebilmektedir<sup>142</sup>.

İdarî Yargılama Hukukundan farklı olarak Hukuk Yargılama Usulünde elektronik ortamda oluşturulan belgelere ihtiyatla yaklaşmış, sadece güvenli (nitelikli) elektronik imza ile elde edilmiş belgeler, senet olarak kabul edilmiştir<sup>143</sup>. Hem şekil şartını gerçekleştirmediği, hem de güvenli olmadığı için her otomatik veya elektronik belge, senet değerinde görülmemiştir<sup>144</sup>.

### C- Elektronik İmzalı Belgelerin Mahkemelerde Delil Olarak İleri Sürülmesi

Taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı yargılama usulünde taraflar, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri dava sonuçlanıncaya kadar mahkemeye ibraz etmek durumundadırlar (HMK, m.219/1)<sup>145</sup>. Re’sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu yargılama usullerinin-

<sup>141</sup> Delil başlangıcı, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 202/2. maddesinde “*iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belge*” olarak nitelendirilmiştir. Güvenli (nitelikli) elektronik imza ile elde edilmeyen elektronik ileti ve belgeler de “delil başlangıcı” olarak sayılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz: UMAR, s.654; KURU/ARSLAN/ YILMAZ, s.396; ALANGOYA/ YILDIRIM/ DEREN-YILDIRIM, s.389; PEKCANİTEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s.437; ERTURGUT, Elektronik İmzalı Belgeler, s.181,345,348; GÖKSU, s.124; ACAR, s.196; ÇAKMAKKAYA, s.72; Onur OĞLAĞÇIOĞLU, Medeni Usul Hukuku Yönünden Elektronik Adli İletişim, İzmir 2008, s.157; Emine Halman ÇETİN, “Elektronik Belgelerin Hakim Tarafından Delil Olarak Değerlendirilmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, Y.6, S.54, Şubat 2011, s.64. Almanya ve Fransa’da da “yazılı delil başlangıcı” olarak nitelendirilmektedir. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s.240; MABROUK, s.42, 44.

<sup>142</sup> ULUKAPI, s.352-353; GÖKSU, s.126, 174; ORTA, s.137.

<sup>143</sup> UMAR, s.653; KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s.374, 386; ALANGOYA/ YILDIRIM/ DEREN-YILDIRIM, s.328; PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.421; Güvenli imza ile imzalanmış elektronik belgelere senet niteliğinin tanınmasında aceleci ve çok iddialı davranıldığı, güvenli imzalanmış elektronik belgelere senet niteliği vermektense, keşif şeklinde değerlendirilmesinin ve ilk görünüş ispatı kolaylığı getirilmesinin gerektiği yönünde görüşler de bulunmaktadır. BULUR, s.98.

<sup>144</sup> UMAR, s.581, dipnot 1; s.653; KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s.374. Bilgisayar çıktısının altı imzalanmak şartıyla senet değeri kazanabileceği kabul edilmiştir. PEKCANİTEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s.421.

<sup>145</sup> KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s.386; Özellikle iptal davalarında, dava konusu işleme ilişkin belge ve bilgiler idarenin elinde olduğundan davacının tüm delilleri dava dilekçesi ile sunmasını

de ise, mahkemenin talebi üzerine tüm bilgi ve belgelerin mahkemeye sunulması gerekir<sup>146</sup>.

Hukuk Yargılama Usulünde elektronik belgelerin ibrazı diğer belgelerin ibrazından biraz farklıdır. Elektronik belgeler, belgenin çıktısı alınarak ve talep edildiğinde incelemeye elverişli şekilde elektronik ortama kaydedilerek mahkemeye ibraz (*exhibit, vorlegen*) edilirler (HMK, m.219/1, cümle 2)<sup>147</sup>. İncelenmeye elverişli şeklin ne olduğu, o günkü teknik imkânlarla uygun olarak tespit edilecektir. Burada ibraz edilecek elektronik belgenin, güvenli veya basit elektronik imza ile imzalanmış olmasının bir önemi yoktur. Güvenli elektronik imza ile imzalanmamış olan ya da hiç elektronik imza taşımayan bir elektronik belgenin de delil olarak ibrazı gerekebilir.

Nitelikleri itibarıyla elektronik belge ve kayıtların fizikî ortamda incelenmesi mümkün olmadığından bu kayıt ve belgeler, ancak elektronik ortamda yapılacak bir inceleme ile tespit edilebilir. Hakim tarafından bilgisayar ortamında yapılacak veya bilirkişiye yaptırılacak bu inceleme süreci<sup>148</sup> hukukî anlamda bir elektronik keşif olacaktır<sup>149</sup>. Bu nedenle taraflarca elektronik bir belge delil olarak gösterildiğinde veya hakim re'sen bu tür kayıt ya da belgeyi incelemek istediğinde, elektronik delillerin mikro film, manyetik teyp, disket ve benzeri ortamlarındaki kayıtlarının bir veri taşıyıcısı, anahtar ve sertifika hizmet sağlayıcısının sertifikası ile mahkemeye ibraz edil-

---

beklemek haksızlık oluşturacağından İdari Yargılama Usulünde dava sonuçlanıncaya kadar delil sunulmasının kabul edilmesi gerekir. ÇAĞLAYAN, s.284 vd.

<sup>146</sup> Ceza yargılamasında “mahkemeler tarafından güvenli elektronik imza ile imzalanan belge ve kararlar diğer kişi ve kurumlara elektronik ortamda gönderilir. Güvenli elektronik imza ile imzalanarak gönderilen belge ve kararlar, gerekmedikçe fizikî olarak ayrıca düzenlenmez ve ilgili kurum ve kişilere gönderilmez” (CMK. m.38/A-4). “Zorunlu nedenlerle fizikî olarak düzenlenmiş belge veya kararlar, yetkili kişilerce taranarak UYAP’a aktarılır ve gerektiğinde ilgili birimlere elektronik ortamda gönderilir” (CMK. m.38/A-7). “Yargı birimlerinin ihtiyaç duyduğu nüfus, tapu, adli sicil kaydı gibi dış bilişim sistemlerinden UYAP vasıtasıyla temin edilen bilgi, belge ve kayıtlar, zorunlu olmadıkça ayrıca fizikî olarak istenilmez. UYAP’tan dış bilişim sistemlerine gönderilen bilgi ve belgeler ayrıca zorunlu olmadıkça fizikî ortamda gönderilmez” (CMK.m.38/A-10). Askeri Yargıtay, UYAP sistemi üzerinden yapılan tüm işlemlerde e-imza kullanıldığını ve bunu ispat aracı olabileceğini, buna karşılık güvenli e-imza ile imzalanan bir evrakın sistem haricindeki birim ve kuruluşlarca kullanılması durumunda, bu evrakın bir çıktısının alınması ve bunun üzerine ilgili kişi tarafından “aslının aynısıdır” şerhi düşüldükten sonra mühürlenip imzalanması halinde ispat aracı olarak kullanılabilmesi görüşündedir. Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, T.17.02.2011, E.2011/16, K.2011/15, Askeri Yargıtay Dergisi, Ankara 2012, s.365; Aynı yönde bkz. Askeri Yargıtay 3.D, T.17.09.2013, E.2013/1136, K.2013/1083, ÜNVER/ HAKERİ, s.122.

<sup>147</sup> Almanya’da 16.10.2013 tarihli Elektronik Hukuki İşlemler Kanunu (Elektronisches rechtsverkehrsgesetz)’na göre, avukatların belgelerini nitelikli elektronik imza kullanarak mahkemelere ulaştırabilecekleri kabul edilmiştir (m.4).

<sup>148</sup> PÜRSELİM/ YILDIRIM, s.1112; ERTURGUT, Elektronik İmzalı Belgeler, s.262; KESER BERBER, Dijital İmza, s.210; BULUR, s.101.

<sup>149</sup> Leyla KESER BERBER, Adli Bilişim, Ankara 2004, s.77; GÖKSU, s.174; ÇAKMAKKAYA, s.70.

mesi ve bu kayıtlara erişim ve kayıtları okunabilir hale getirmek için gerekli tüm bilgi ve şifrelerin mahkemeye bildirilmesi gerekir<sup>150</sup>.

Hakim, mahkemeye delil olarak sunulan elektronik imzalı belgenin güvenli (nitelikli) imza ile oluşturulmuş olup olmadığını re'sen inceler<sup>151</sup>. Güvenli elektronik imza, imzalayan kişiye ait olan ve dünyada eşi benzeri bulunmayan gizli, özel anahtar (*private key*) ele geçirilemediği sürece güvenli (nitelikli) elektronik imzanın başkası tarafından taklit edilmesi mümkün değildir<sup>152</sup>.

Güvenli elektronik imzayla oluşturulmuş verinin inkârı hâlinde, hâkim tarafından veriyi inkâr eden taraf dinlendikten sonra bir kanaate varılamamışsa, bu konuda karar verilmeye kadar herhangi bir işleme esas alınmaz ve delil olarak kullanılmaz<sup>153</sup>, ayrıca elektronik belgenin gerçek olup olmadığını tespit için bu konuda bilirkişi incelemesine başvurulabilir (6100 Sayılı HMK m.210/1). Elektronik imzalı belgelerin incelenmesi teknik bir uzmanlık gerektirdiğinden bu incelemenin uzman bilirkişilerce yapılması gerekmektedir. İdarî Yargılama Usulünde de benzer şekilde bir yöntemin izlenmesi gerekir.

Elektronik imza sahibi elektronik imzası ve gizli anahtar bilgilerinin kendi iradesi dışında üçüncü kişilerin eline geçerek kullanıldığını iddia etmişse, iddiasının ispatına yönelik tanık beyanları alınabilir. Elektronik imza ile yapılan işlemin bilgisayar IP adresi tespit edilerek bunu yapan kişi ile bağlantısı araştırılabilir ve toplanan bilgiler ışığında bir kanaate varılabilir<sup>154</sup>. Hakim bütün bunları re'sen araştırmakla yükümlüdür.

## SONUÇ

Elektronik imza yöntemleri, kullanılmaya başladığı tarihlerden bugüne büyük gelişme göstermiş, el yazısı ile imzalanacak belgeler, elektronik imza yöntemleri ile oluşturulmaya başlanmıştır. Elektronik imzanın birçok çeşidi ortaya çıkmış, bu yöntemlerden nitelikli elektronik imza yöntemiyle imzalanmış belgelere, uluslararası ve ulusal hukuk sistemlerinde hukukî değer atfedilerek hukuken geçerli belge ve delil olarak kabul edilmiştir.

Güvenli (nitelikli) elektronik imza, uluslararası hukuktaki tanımına benzer şekilde, Elektronik İmza Kanunu'nda (m.4) tanımlanmış, unsurları, standartları EİİK'nda sıralanmıştır. Ancak teknolojik gelişmelerle, güvenli (nitelikli) elektronik

<sup>150</sup> ERTURGUT, "E-Belge ve E-İmza", s.75; GÖKSU, s.172-174; ÇAKMAKKAYA, s.70; BULUR, s.94.

<sup>151</sup> KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s.374.

<sup>152</sup> ÇAKMAKKAYA, s.70.

<sup>153</sup> KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s.375.

<sup>154</sup> ÇAKMAKKAYA, s.72.



imza standartlarını sağlayan yeni imza yöntemleri ortaya çıkmaktadır. Bunlardan mobil elektronik imza ve asimetrik dijital imzanın da, güvenli (nitelikli) elektronik imzanın kanunda belirtilen unsurları taşımasından dolayı güvenli (nitelikli) elektronik imza olarak kabul etmek mümkündür.

İdarî fonksiyonların ifasında, idarî işlem tesisinde genellikle güvenli (nitelikli) elektronik imzadan yararlanılmakta, güvenli (nitelikli) elektronik imza ile oluşturulmuş belge ve veriler, birçok ülkenin hukuk yargılama usullerinde olduğu gibi İdarî Yargılama Hukuku'nda delil olarak kabul edilmektedir. Hatta diğer yargılama usullerinden farklı olarak nitelikli elektronik imza ile oluşturulmamış belgeler, örneğin, bilgisayar ekranına kalemle atılan imza, tarayıcıdan bilgisayara aktarılmış imza, biyometrik imza ile oluşturulan belgeler dahi, diğer bazı ülkelerde olduğu gibi, delil olarak kabul edilmektedir. Oysaki bu tür belgeler, Hukuk Yargılama Usulünde delil başlangıcı olarak nitelendirilmektedir.

Elektronik imzaların hukukî rejimi ile bir Kanun çıkarılmasına ve elektronik imza ile ilgili birçok kanunda düzenlemeler yapılmasına ve hukukî sonuçları konusunda hükümler konulmasına karşın İdarî yargılama usulünde ve İYUK'nda herhangi bir düzenleme yapılmamış olması önemli bir eksikliklerdir. İdarî yargılama usulüne en yakın hukukî disiplinlerden biri olan Vergi Usul Kanunu'nda dahi elektronik imza ve hukukî sonuçları konusunda düzenlemeler bulunurken İYUK'nda bir düzenlemenin olmaması makul değildir. Elektronik idarî işlemlerle ve elektronik imza ile ilgili İYUK'na hüküm konulması, hem elektronik imzanın hukukî statüsünü kuvvetlendirecek, hem de uyulayıcı ve yargı makamlarına yol gösterecektir.

## **KISALTMALAR**

Ankara ÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Art.	: Article
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi
ABGB	: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medenî Kanunu)
bkz.	: bakınız
C	: Cilt
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CR	: Computer und Recht
D	: Daire
DD	: Danıştay Dergisi
dip.	: dipnot
DuD	: Datenschutz und Datensicherheit
E	: Esas
e-	: elektronik
EİK	: Elektronik İmza Kanunu
E.T	: Erişim Tarihi

f	: Fıkra
Gazi ÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İDDK	: İdari Dava Daireleri Kurulu
İİK	: İcra İflas Kanunu
İYUK	: İdari Yargılama Usul Kanunu
K	: Karar
K.T	: Kabul Tarihi
K&R	: Kommunikation & Recht
m	: madde
MMR	: Multimedia und Recht
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
ÖJZ	: Österreichische Juristen-Zeitung
ÖstSigG	: Österreichische Signaturgesetz (Avusturya İmza Kanunu)
pn.	: Paragraf No
RG	: Resmi Gazete
Sayı	: Sayı
s	: sayfa
Sig.	: Signature
T	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TK	: Tebligat Kanunu
vd	: ve devamı
VwGO	: Verwaltungsgerichtsordnung (Alman İdarî Yargılama Usul Kanunu)
VwVfG	: Verwaltungsverfahrensgesetz (Alman İdarî Usul Kanunu)
Vol.	: Volume
VUK	: Vergi Usul Kanunu
Y	: Yıl
ZPO	: Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usul Kanunu)

### KAYNAKÇA

- ACAR Ayşe Ece, Medeni Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Nite-  
liği, İstanbul 2013.
- AHİ Gökhan, “Hukuki Bakımdan Dijital (Sayısal) İmza”, Bilişim ve Hukuk Dergisi,  
2008/3, S.8.
- AKYILMAZ Bahtiyar, İdari Usul İlkeleri Işığında İdarî İşlemin Yapılış Usulü, Ankara 2000.
- AKYILMAZ Bahtiyar/ SEZGİNER Murat/ KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara  
2014.
- ALANGOYA H. Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına  
İlişkin İlkeler, İstanbul 1979.
- ALANGOYA H. Yavuz / YILDIRIM Kamil/ DEREN-YILDIRIM Nevhis, Medeni Usul  
Hukuku Esasları, İstanbul 2009.

- ALPTÜRK Ercan, Elektronik Denetim Rehberi, İstanbul 2008.
- ALTINIŞIK Ulvi, Elektronik Sözleşmeler, Ankara 2003.
- ALTUNDAĞ Salâhattin, “Dijital İmzanın Ticari Hayatta Kullanılması ve Düzenlenmesi”, Gazi ÜHFD, Y.2006, C.X, S.1-2.
- ASLAN Zehreddin, “Türk İdari Yargı Sisteminde Re’sen Araştırma İlkesi”, İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No: 23-24 (Ekim 2000-Mart 2001).
- ATALAY Oğuz, Medenî Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001.
- ATAY Ethem Ender, İdare Hukuku, Ankara 2014.
- AUBY Jean-Marie/ DRAGO Roland, Traité de contentieux administratives, C.II, Paris, Dalloz, 1991.
- BADER Johann/ FUNKE-KAISER Michael/ STUHLFAUTH Von ALBEDYLL Thomas, Verwaltungsgerichtsordnung, 6. Auflage, Heidelberg 2014.
- BAŞÖZEN Ahmet, Medenî Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Ankara 2010.
- BECKER Arnd, Elektronische Dokumente als Beweismittel im Zivilprozess, Bochum 2003.
- BELGİN Derya, Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Değeri HUMK. m.295/A “, Hukuk Gündemi, 2009.
- BIEREKOVEN Christiane/ BAZIN Philip/ KOZLOWSKI Tomasz, Electronic signatures in German, French and Polish law perspective”, s.7, Digital Evidence and Electronic Signature Law Review, sas-space.sas.ac.uk/5381/1/1719-2303-1-SM.pdf, E.T.01.05.2016.
- BIZER Johann, Der gesetzliche Regelungsbedarf digitaler Signaturverfahren, Datenschutz und Datensicherheit (DuD) 8/95.
- BİÇKİN İnci, Elektronik İmza ve Elektronik İmza İle İlgili Yasal Düzenlemeler, TBB Dergisi, S.63, 2006.
- BİYAN Özgür, Türk Vergi Hukukunda İspat-Delil, 2012.
- BLYTHE Stephen E., Digital Signature Law of United Nations, European Union, United Kingdom and United States: Promotion of Growth in E-Commerce with Enhanced Security, Richmond Journal of Law and Technology, Vol. IX, No.2, 2005, 1, s.3-4; <http://law.richmond.edu/jolt/v11i2/article6.pdf>, E.T: 01.05.2016.
- BRENN Christoph, Das österreichische Signaturgesetz - Unterschriften - ersatz in elektronischen Netzwerken, Österreichische Juristen-Zeitung (ÖJZ) 1999.
- BUCKLEY Jeremiah S./ KROMER John P. / TANK Margo H.K./ WHITAKER R. David, The Law of Electronic Signatures, 2014-2015 Edition, Thomson Reuters.
- BULUR Alper, “E-İspat”, Ankara Barosu Dergisi, Y.66, S.2, 2008.
- CAPRIOLI Eric, “Le juge et la preuve électronique”, <http://juriscom.net/uni/doc/20000110.htm>.
- CENDEL Nur / ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2015.
- CHAPUS René, Droit Administratif Général C.I, Paris 2000.

- COSTES Lionel, "Transaction en ligne, preuve et signatur électronique: le nouveau cadre juridique" Lamy droit de l'informatique et des réseaux, 1999, N.122- février 2000.
- ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2015.
- ÇAKMAKKAYA Baki Yiğit, Türk Vergi Hukukunda Elektronik İmza Uygulamaları ve Adaptasyonu, İstanbul 2013.
- ÇETİN Ayten/ ÇİTLİ Zehra Cahide, "Elektronik Sigortacılıkta E-İmza", Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü E-Dergisi, <http://e-dergi.marmara.edu.tr/index.php/bsed>, Y.2, S.2, Ocak 2012, s.2, E.T: 05.05.2016.
- ÇETİN Emine Halman, "Elektronik Belgelerin Hakim Tarafından Delil Olarak Değerlendirilmesi", Terazi Hukuk Dergisi, Y.6, S.54, Şubat 2011.
- ÇOMAKLI Şafak Ertan, "5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu Uygulaması ve Hukukî Sonuçları", <http://www.vergidunyasi.com.tr/dergiler.php?id=3767>.
- DAWN M. Turner, <http://www.cryptomathic.com/news-events/blog/understanding-zertes-the-swiss-federal-law-on-electronic-signatures>, E.T: 01.05.2016.
- DELİDUMAN Seyithan, "İspat Sistemimizin Mevcut Durumu ve Elektronik İmzanın Bu Sistemdeki Yeri", e-akademi , Nisan 2002, S.2.
- DOĞRU Başak, Vergi Yükümlülerinin Defter Tutma Yükümlülüğü, İzmir 2007, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- DUMORTIER Jos, "E-İmza-, E-Fatura ve E-Ticaret", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2006, 03-07 Ocak 2006, C.IV.
- DUPUIS Georges/ GUÉDON Marie-José, Droit Administratif, Paris, 1993.
- EHLERS Dirk/ PÜNDEr Hermann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Auflage, Berlin Boston 2016.
- ERBER-FALLER Sigrun, Elektronischer Rechtsverkehr und digitale Signaturen in Deutschland, in: Notar und Rechtsgestaltung, Tradition und Zukunft: Jubiläums, Köln 1998.
- EREM Faruk, Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara 1986.
- EREN Hayrettin, E-Dönüşüm Sürecinde İdari İşlemler (Elektronik İdari İşlemler), Ankara 2010.
- ERGÜN Ömer, "5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu ve Dijital İmza-2", <http://turk.internet.com.haber/yazigoster.php3?i=9380>., E.T:10.08.2015.
- ERGÜN Çağdaş Evrim, Vergi Yargılamasında Re'sen Araştırma İlkesi", Ankara ÜHFD, Y.2006, C.55, S.2.
- ERGÜN Ömer, "Dijital İmza", in İnternet ve Toplum, Ankara 2005.
- ERMİŞ Kemal, "Sayısal İmza ve Elektronik Belge Yönetimi", Bilim Dünyası 2006 7 (1), <http://www.arastirmax.com/system/files/dergiler/231/makaleler/7/1/arastirmax-sayisal-imza-elektronik-belge-yonetimi.pdf>,
- ERKUT Celal, İdari İşlemin Kimliği, İstanbul 1990.
- ERNST Stefan, Prozessrecht und Internet, Kommunikation & Recht (K&R) 12/1999.

- ERTURGUT Mine, Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara 2004.
- ERTURGUT Mine, “Elektronik İmza Kanunu Bakımından E-Bele ve E-İmza”, Bankacılar Dergisi, S.48, 2003.
- ERZİNCAN Özgür Deniz, “Sayısal İmza Hayatımıza Nasıl Girecek?”, BİMY 11 Antalya 2003.
- EVREN Çınar Can, “İptal Davalarında Re’sen Araştırma İlkesi”, Gazi ÜHFD, C.XII, Y.2008, S.1-2.
- EYERMANN Erich/ FRÖHLER Ludwig/ GEIGER Harald/ HAPP Michael/ KRAFT Ingo/ RENNERT Klaus/ SCHMIDT Jörk, Verwaltungsgerichtsordnung- VwGO Kommentar, 14. Auflage, München 2014.
- FEYZİOĞLU Metin, “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, Ankara ÜHFD, C.48, S. 1-4.
- FRANK Suzanne, Das Gesetz über die Anpassung des Beweisrechts an die Informations-technologie sowie über die Signatur in MittBayNot 2000.
- FRITSCH L., RANKE J., ROSSNAGEL H., Qualified Mobile Electronic Signatures: Possible, but worth a try? in Information Security Solutions Europe (ISSE) 2003 Conference, Vienna Austria GSM Association: GSM Statistics, [www.gsmworld.com/news/statistics/index-shtml](http://www.gsmworld.com/news/statistics/index-shtml).
- GEDİK Doğan/ TOPALOĞLU Mahir, Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması, Ankara 2014.
- GOBERT Didier / MONTERO Etienne, “L’ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique”, Journal des tribunaux, 17 février 2001, 120. année, N° 6000.
- GÖKSU Mustafa, Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil, Ankara 2011.
- GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.I, Bursa 2009.
- GÖZLER Kemal/ KAPLAN Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2014.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref/ TAN Turgut, İdare Hukuku, C.I, Ankara 2010.
- GÜLER Mustafa/ ÖMÜRGÖNÜLŞEN Uğur, “Türkiye’de e-İmza Alanındaki Hukuki Düzenlemeler ve Bazı Kamu Kurumlarındaki e-İmza Uygulamaları”, Sosyo-Ekonomi, Ocak-Haziran 2011-1
- GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, Ankara 2011.
- HAMMER Volker, Elektronische Signaturen, Datenschutz und Datensicherheit (DuD) 11/1993.
- HOCHMANN Stephan, Elektronische Signatur, Bielefeld 2001.
- HOLDEN Stephen H., “E-Devlet Uygulaması ve Ölçümü”, Emniyet Genel Müdürlüğü 2. Polis Bilişim Sempozyumu, Ankara 14-15 Nisan 2005.
- HVARRE Jan, “Electronic signature in Denmark: free for all citizens”, <http://journals.sas.ac.uk/deeslr/article/viewFile/1720/1657>.
- IPSEN Jörn, Allgemeines Verwaltungsrecht, München 2015, 9. Auflage.

- JAIN Anil K./ ROSS Arun, "Introduction to Biometrics". In Jain, AK; Flynn; Ross, A. "Handbook of Biometrics", Springer. s.1-2.
- JUNGERMANN Sebastian, Der Beweiswert elektronischer Signaturen, 2002.
- KALABALIK Halil, İdare Hukuku Dersleri, C.II, Ankara 2016.
- KANETİ Selim, Vergi Hukuku, İstanbul 1989.
- KARAKOÇ Yusuf, Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi, İzmir 1997.
- KARAKOÇ Yusuf, Vergi Yargılaması Hukuku, İstanbul 1995.
- KARSLI Abdürrahim, Medenî Muhakeme Hukuku, İstanbul 2011.
- KATZ Jonathan, Digital Signatures, Springer US, 2010.
- KENNEDY Gwen Wendy, "Thumbs Up for Biometric Authentication", Computer Law Review and Technology, Vol VIII, 2004.
- KESER BERBER Leyla, "Elektronik İmzanın Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", [http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/e\\_imza\\_tasarielestiri.htm](http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/e_imza_tasarielestiri.htm), (Çevrimiçi).
- KESER BERBER Leyla, "İmzalıyorum O Halde Varım" Dijital İmza, Dijital İmza Hakkında Yasal Düzenlemeler, Dijital İmzalı Elektronik Belgelerin Hukuki Değeri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.2000/2, Y.13.
- KESER BERBER Leyla, İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza, Ankara 2002.
- KESER BERBER Leyla, "Şekil ve Dijital İmza", Noterlik Sempozyumu VII: Elektronik Gelişmeler ve Hukuk, Noterlik Araştırma Enstitüsü", 2001.
- KESER BERBER Leyla/ LOSTAR Murat, Bilişimde Biyometrik Yöntemler, Ankara 2006.
- KIZILOT Şükrü, "E-İmza-, E-Fatura ve E-Ticari Defterler" Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2006, 03-07 Ocak 2006, C.IV.
- KOCA Mahmut, "Ceza Muhakemesinde Deliller", Ceza Hukuku Dergisi, Y.1, S.2, 2006.
- KOPP Ferdinand O./ RAMSAUER Ulrich, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 12. Auflage, München 2011.
- KOPP Ferdinand O./ SCHENKE Wolf-Rüdiger/ SCHENKE Ralf Peter, Verwaltungsgerichtsordnung- VwGO Kommentar, 19. Auflage, München 2013.
- KORKUT Mürşide, "Vergi Yargılamasında Delil Sistemi", Prof. Dr. Muallâ Öncel'e Armağan, C.II, Ankara 2009.
- KUNTER Nurullah/ YENİSEY Feridun/ NUHOĞLU Ayşe, Muhakeme Hukuk Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2009.
- KURU Baki/ ARSLAN Ramazan/ YILMAZ Ejder, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013.
- LABORDE Carolina M., Electronic Signatures in International Contracts, Frankfurt 2010.
- LAUBADÉRE André de/ VENEZIA Jean-Claude/ GAUDEMET Yves, Traité de Droit Administratif, C.I, Paris 1999.
- LINCOLN Anda, Electronic Signature Laws and the Need for Uniformity in the Global Market, The Journal of Small and Emerging Business Law, Vol. 8, 2004.

- LUPTON W. Everett, “The Digital Signature: Your Identity by the Numbers”, 6 RICH. J.L.&TECH.10 (Fall 1999) <http://www.richmond.edu/jolt/v6i2/note2.html>.
- LÜDEMANN Volker / ADAMS Nils, Die elektronische Signatur in der Rechpraxis, K&R (Kommunikation & Recht), 2002.
- MASON Stephen/ BROMBY Michael, “Response to Digital Agenda for Europa: Electronic identification, authentication and signatures in the European digital single market. Public consultation”, European Journal for Law and Technology, Vol.3, 2012, <http://eljt.org//article/view/133/212>.
- MASON Stephan, Electronic Signatures in Law, Published in by Cambridge University, New York, 2012.
- MAURER Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, München 2011.
- MAZEO Mirella, “Digital Signatures and European Laws”, <http://www.symantec.com/connect/articles/digital-signatures-and-european-laws>.
- MEBROUK Hadde, Senetle İspat Konusunda Fransız Hukukundaki Gelişmeler: Türk ve Cezayir Hukuku İle Karşılaştırma, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010.
- OĞLAĞÇIOĞLU Onur, Medeni Usul Hukuku Yönünden Elektronik Adlı İletişim, İzmir 2008.
- OĞURLU Yücel, İdare Hukukunda “E-Devlet” Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu Hizmeti, İstanbul 2010.
- ONAR Siddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.I, İstanbul 1966.
- ORTA Mesut, Elektronik İmza ve Uygulaması, Ankara 2005.
- ÖNCEL Muallâ / KUMRULU Ahmet/ ÇAĞAN Nami, Vergi Hukuku, Ankara 2015.
- ÖZBEK Veli Özer / KANBUR M. Nihat/ DOĞAN Koray/ BACAKSIZ Pınar/ TEPE İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2015.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, “Elektronik İmzanın Geçerliliği ve İspat Gücü Açısından Uluslararası Planda Yaşanan Gelişmeler”, Prof.Dr. Ergun ÖNEN’e Armağan, Y.2003.
- ÖZDİLER KÜÇÜK Eda, Vergi Hukukunda Karineler, Ankara 2011, Yayınlanmamış Doktora Tezi.
- ÖZKAN Şener, Vergi Yargılama Hukukunda Resen Araştırma İlkesi, Ankara 2005, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- ÖZKAYA Necla/ SAĞIROĞLU Şeref, “Açık Anahtar Yapısı ve Biyometrik Teknikler”, <http://iscturkey.org/2006/pdf/poster/78.pdf> (çevrimiçi).
- ÖZTÜRK Bahri / ERDEM Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.
- PEINE Franz-Joseph, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Auflage, Heidelberg 2008.
- PEKCANITEZ Hakan, “Elektronik Ticaretin Türk İspat Hukukuna Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir 2002.

- PEKCANITEZ Hakan/ ATALAY Oğuz/ ÖZEKES Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2015.
- POSSER Herbert/ WOLFF Heinrich Amadeus, Verwaltungsgerichtsordnung- VwGO Kommentar, 2. Auflage, München 2014.
- RASSMAN Stefan, Elektronische Unterschrift im Zahlungsverkehr, Computer und Recht (CR), 1/1998.
- ROSSNAGEL Alexander, Auf dem Weg zu neuen Signaturregelungen, Multimedia und Recht (MMR) 8/2000.
- ROSSNAGEL Alexander, "Qualifizierten Signaturverfahren", NJW (Neue Juristische Wochenschrift), 2001.
- ROSSNAGEL Alexander/ PFITZMANN Andreas, "Der Beweiswert von E-Mail", NJW (Neue Juristische Wochenschrift), 2003.
- ROSSNAGEL Heiko, Analyse der Hemmnisfaktoren und Gestaltungsvorschläge zur Einführung, Datenschutz und Datensicherheit (DuD), Frankfurt 2008.
- RUGGIERI Franco, "A technician's views on the digital signature in Italy", Digital Evidence and Electronic Signature Law Review, s.40, sas-space.sas.ac.uk/5523/1/1746-2357-1-SM.pdf.
- RÜSSMANN Helmut, Das Beweisrecht elektronischer Dokumente, Jur PC (Internet Zeitschrift für Rechtinformatik und Informationsrecht) 7/1995.
- TANRIKULU Cengiz, "Türk ve Avusturya Hukukunda Elektronik Tebligat", TBB Dergisi, S.85, 2009.
- TOPALOĞLU Mustafa, Bilişim Hukuku, Adana 2005.
- SABAN Nihal, Vergi Hukuku, İstanbul 2014.
- SAĞIROĞLU Şeref/ALKAN Mustafa, Elektronik İmza ve Uygulamaları, İstanbul 2007.
- SAĞIROĞLU Şeref/ALKAN Mustafa, Her Yönüyle Elektronik İmza, E-İmza, Ankara 2005.
- SAĞIROĞLU Şeref/ALKAN Mustafa / KABASAKAL Demet, "Elektronik İmzadan Mobil Elektronik İmzaya Geçiş Sürecinde Türkiye", Ulusal Elektronik İmza Sempozyumu Bildiriler Kitabı, 07.08.2006 Ankara.
- SAĞIROĞLU Şeref/ KABASAKAL Demet/ ALKAN Mustafa, Mobil Elektronik İmza: Ülkeler ve Uygulamalar, Uluslararası Katılımlı Bilgi Güvenliği ve Kriptoloji Konferansı Bildiriler Kitabı, 13-14 Aralık 2007, Ankara.
- SAVAŞ Abdurrahman, Elektronik Ticaret (İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler), Konuya 2006.
- SCHUMACHER Stephan, Digitale Signaturen in Deutschland, Europa und den USA, CR 12/1998.
- SEDALLIAN Valérie, "Preuve et signature électronique" <http://juriscom.net>, s.4; E.T: 15.08.2015.
- SEVİMLİ Ahmet, Elektronik Sözleşmeler ve ABD Elektronik İmza Yasası, Prof.Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C.II, İstanbul 2001.



- SINFRED FINA Krems, Die rechtliche Gleichstellung von elektronischen Signaturen mit handschriftlichen Unterschriften im Europäischen Gemeinschaftsrecht und US-amerikanischen Bundesrecht, ZfRV 2001.
- SMEDINGHOFF Thomas J. / BRO Rut Hill, "Moving with change: Electronic signature legislation as a vehicle for advancing e-commerce", The John Marshall Journal of Computer and Information Law, Vol. XVII, No.3.
- SODAN Helge/ ZIEKOW Jan, Verwaltungsgerichtsordnung Grosskommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2014.
- SONSUZOĞLU Elif, "Elektronik İmza Kanunu, İlgili Düzenlemeler ve Bunların Vergi Hukuku Alanındaki Yansımaları-I", Yaklaşım, Y.13 S.153 Eylül 2005.
- SONSUZOĞLU Elif, "Elektronik İmza Kanunu, İlgili Düzenlemeler ve Bunların Vergi Hukuku Alanındaki Yansımaları-III", Yaklaşım Dergisi, Y.13, S.155, Kasım 2005.
- SÖZER Bülent, Elektronik Sözleşmeler, İstanbul 2002.
- SUNAY ŞENLEN Süheyla, İdarî Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil, İstanbul 1997.
- ŞENGÜL Selami, "E-Fatura ve E-Defter", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2006, 03-07 Ocak 2006, C.IV.
- ŞENOCAK Zarife, "Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması", Ankara ÜHFD, Y.2001.
- TEZEL Adnan, "Türk Vergi Hukukunda İspat ve Delil Sistemi", Reşat Kaynar'a Armağan, İstanbul 1981.
- TUNCER Selahattin, "Vergi Hukukunda Delil", Maliye Dergisi, S.124, Nisan 2003.
- TUTUMLU Mehmet Akif, Medenî Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi, Ankara 2002.
- ULUKAPI Ömer, Medeni Usul Hukuku, Konya 2014.
- UMAR Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014.
- UMAR Bilge/ Ejder YILMAZ, İspat Yükü, İstanbul 1980.
- UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures with Guide to Enactment: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/ml-elecsig-e.pdf>.
- ÜNAL Oğuz Kürşat, Türk Ticaret Kanunu ve Vergi Usul Kanununda Fatura ve İspat Kuvveti, Ankara 2006.
- ÜNVER Yener, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Ankara 2014.
- ÜNVER Yener / HAKERİ Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2015.
- VEDEL Georges/ DELVOLVÉ Pierre, Droit Administratif, Paris 1992, C.I.
- VERBIEST Thibault, "Contrats en ligne: quelle valeur juridique", <http://juriscom.net>, E.T: 15.08.2015.
- VIERHAUS Hans-Peter, Beweisrecht im Verwaltungsprozess, 1. Auflage, München 2011.
- WYSK Peter/ BAMBERGER Christian/ KUHLMANN Kirsten/ SAURENHAUS Jens, Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO Kommentar, 1. Auflage, München 2011.

- YALTI Billur, Elektronik Ticarete Vergilendirme, İstanbul 2003.
- YAVUZCAN Emrah, “Digital İmza”, Bilişim ve Hukuk Dergisi, Ankara Barosu Özel Sayısı, 2007.
- YAYLA Yıldızhan, İdare Hukuku, İstanbul 2009.
- YEŞİL Sezen/ ALKAN Mustafa/ ACARER Tayfun, “E-İmza Uygulamalarında AB ve Türkiye’deki Mevcut Durum ve Öneriler”, <http://ueimzas.gazi.edu.tr/pdf/bildiri/59.pdf>.
- YILDIRIM M. Kamil, Medenî Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.
- YILDIRIM Mehmet Kamil/ PÜRSELİM Hatice Selin, Elektronik İmza Kanunu ve Türk İspat Hukukundaki Etkileri, İstanbul Barosu Dergisi, C.79, Y.2005/II.
- YILDIRIM Mustafa Fadıl, “Nitelikli Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısının Hukuki Sorumluluğu”, Atatürk Ü. Erzincan HFD, C.VIII, S.3-4, 2004.
- YILDIRIM Ramazan, Türk İdarî Rejimi Dersleri, Konya 2014.
- ZABUNOĞLU Yahya Kazım, İdare Hukuku, C.I, Ankara 2012.
- Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen, [http://www.gesetze-im-internet.de/sigg\\_2001/\\_2.html](http://www.gesetze-im-internet.de/sigg_2001/_2.html).
- <http://www.imzamatik.com/imzamatik/static/tr/sss.html>.
- <http://www.marmara.edu.tr/hizmetler/e-bilgi-servisi/mobil-imza-m-imza>.
- <http://mobilimza.nedir.com>.
- <http://kamusm.gov.tr>.
- [http://www.koreanlii.or.kr/w/index.php/Electronic\\_signature](http://www.koreanlii.or.kr/w/index.php/Electronic_signature). E.T: 10.05.2016.
- [http://www.saflii.org/za/legis/consol\\_act/ecata2002427/](http://www.saflii.org/za/legis/consol_act/ecata2002427/). E.T: 10.05.2016.
- <http://statutes.agc.gov.sg/>. E.T: 10.05.2016.
- Kamu SM, Temel Kavramlar Sözlüğü, (Çevrimiçi), [http://www.kamusm.gov.tr/dokumanlar/belgeler/kitaplar/temel\\_kavramlar.jsp](http://www.kamusm.gov.tr/dokumanlar/belgeler/kitaplar/temel_kavramlar.jsp).
- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.
- [www.tdk.gov.tr/index](http://www.tdk.gov.tr/index) Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük.

# OSMANLI TOPLUM YAPISINDA ŐEHYÜLİSLAMLIK MAKAMINA BİR BAKIŞ

(A Look At Shaykh Al-Islam In The Ottoman Society)

Prof. Dr. Mehmet YÜKSEL\*

## ÖZET

Osmanlı toplum yapısında Őehyüslamlık makamına bakmak, öncelikle İslam toplumlarında süz konusu müessesenin tarihsel gelişimine ana hatlarıyla göz atmayı gerekli kılmaktadır. İslamiyet'in başlangıç döneminde; Hz. Muhammed, Müslümanların reisi, hakemi, kadısı, kanun koyucusu, imamı ve komutanı konumundaydı. Zamanla İslam toplumlarının gelişip farklılaşmasıyla ve devlet yapılarının giderek hiyerarşik bürokratik bir niteliğe kavuşmasıyla dinsel önderlik ve siyasi hakimiyet birlikteliği zayıflayarak "hilafet" ve "saltanat" şeklindeki bölünme gerçekleşti ve zaman içinde saltanat ağırlıklı bir yer işgal etti . İslam tarihinde bu yöndeki ilk gelişme, Emeviler döneminde(661-750) ortaya çıktı. Devlet yönetiminin Emevilere geçmesinden itibaren halifelik makamı karşısında sultanlık konumu ön plana geçmeye başladı.

**Anahtar kelimeler:** Őehyüslami Osmanlı toplumu, halifelik, sultanlık, devlet, Müslüman toplumu.

## Abstract

In order to have a look at the shaykh al-islam position in the Ottoman society, we should first look through the historical development of this position. At the beginning of Islamism; Muhammad was a warden, a judge, a legislator, an imam and a commander to all Muslims. Over time, Islamic societies developed and differentiated from one another and states transformed into more hierarchical and bureaucratic organsims. This resulted as a decline of the association of the religious leadership and the political sovereignty; thus a division occurred as the "caliphate" in one hand and the "sultanate" in the other hand with the sultanate as a more powerful figure in the political scene over time. The first evolvment in this direction occurred in the Omayyads (661-750). After the Omayyads took over the government, the sultanate came to the forefront compared to the caliphate. In this study, we will take a glance at the shaykh al-islam position in the Ottoman society.

---

\* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Keywords:** shaykh al-islam, Ottoman society, caliphate, sultanate, government, Muslim community.

Osmanlı toplum yapısında şeyhülislamlık makamına bakmak, öncelikle İslam toplumlarında süz konusu müessesenin tarihsel gelişimine ana hatlarıyla göz atmayı gerekli kılmaktadır. İslamiyet'in başlangıç döneminde; Hz. Muhammed, Müslümanların reisi, hakemi, kadısı, kanun koyucusu, imamı ve komutanı konumundaydı. Zamanla İslam toplumlarının gelişip farklılaşmasıyla ve devlet yapılarının giderek hiyerarşik bürokratik bir niteliğe kavuşmasıyla dinsel önderlik ve siyasi hakimiyet birlikteliği zayıflayarak "hilafet" ve "saltanat" şeklindeki bölünme gerçekleşti ve zaman içinde saltanat ağırlıklı bir yer işgal etti. İslam tarihinde bu yöndeki ilk gelişme, Emeviler döneminde(661-750) ortaya çıktı. Devlet yönetiminin Emevilere geçmesinden itibaren halifelik makamı karşısında sultanlık konumu ön plana geçmeye başladı.

Başlangıçta halifeler, hem dini hem de dünyevi hakimiyeti ellerinde bulunduruyorlardı. Hz. Peygamber zamanında olduğu gibi barış döneminde halkın emirleri, kadıları ve hukukçuları, savaş sırasında komutanları, namaz vaktinde ise imamlarıydı. İslam devletinin büyüüp gelişmesine bağlı olarak devlet yönetiminde kuvvet ve görevlerin ayrımına duyulan ihtiyaç üzerine, halifeler söz konusu görevleri kendilerine vekaleten yürütmek üzere başkalarına dağıtmak zorunda kalmışlardır. Benzer şekilde, ilk Müslümanlar olarak kabul edilen sahabe, hem dini yayan kimseler hem de cihat yapan komutanlar rolündeydi. İslam dininin yayılıp güçlenerek güçlü bir devlet haline gelmesinden itibaren bu komutanlar, dünyevi egemenliğe daha fazla rağbet eder hale geldiler. Böylece halife ile halk arasındaki dini otorite ve hakimiyetin vasıtası fıkıh bilginleri yani fakihler olurken valiler ve komutanlar siyasi egemenliğin aracı olmuşlardır. Bazen fakihlerin ve alimlerin gücü, diğerlerine ihtiyaç bırakmayabiliyordu. Bunların sözlerine ve yönlendirmelerine büyük bir önem atfediliyordu. Bu durum, halk üzerindeki egemenliklerini sürdürebilmek, hükümlerini hayata geçirebilmek, halkın sevgi ve bağlılığını kazanmak bakımından halifelerin "ulema"ya olan ihtiyacını ortaya koyuyordu(Zeydan, 2012 Cilt II: 494-504). Resmi olarak ümmetin lideri, halifeler ve onların maiyetindeki valiler olsa da, ilk sıralarda gerçek hayatta hiçbir resmi makama sahip olmayan bilgili ve imanlı kimseler, bilgileri ve dine bağlılıklarıyla itibar görek Müslümanlar tarafından İslam'ın hakiki otoritesi olarak kabul edilmeye başladılar. İslam'a büyük bir bağlılık duyan bu kişiler, hayatlarını önemli ölçüde hadis, fıkıh, kelam ve tasavvuf konularında çalışmaya adanmışlardı. Böylece din alimleri ve mutasavvıflar, dini inançlar alanını temsil eder hale gelirken; halifeler de giderek İslam toplumlarında esas olarak idari ve icrai işlere yoğunlaştılar. Bundan böyle İslam, devletten nispeten bağımsız olarak, din alimlerinin himayesinde gelişti(Lapidus Cilt I, 2003: 156, 189). Hayatı dinin yoğunluğu bir kalıba dökme

isteği, İslam hukukunun gelişmesine yol açtı ve bu süreçte İslam hukuku üç temel kategoriye bölündü:

İbadat (rituel düzenlemeler), muamelat (toplumsal ilişkileri düzenleyen kurallar) ve imamet (toplumsal örgütlenme teorisi). Bu kategoriler altında hukuk (fıkıh); namaz, zekat, oruç, evlilik sorunları, boşanma, kölelik, ortaklık, borçlar, vasiyetler ve diğer toplumsal ve hukuki problemlerle uğraştı. Bütün bu meselelerde İslami olmayan hukuk ve gelenek, İslami prensiplerle uzlaştırıldı. Böylece şeriata son şeklini veren, İslam inancına uygun hale getirilmiş adet ve geleneklerdi (Lapidus Cilt I, 2003: 161).

Hz. Muhammed, peygamberliği sırasında siyasi liderlik, hakimlik ve müftülük görevlerini ilk yürüten kişi olmuştur. Vefatından sonra siyasi önderlik meselesi “halife” seçimiyle çözülmeye çalışıldı. Yasama ise “Kitap” ve “Sünnet”e dayanmakla birlikte yeni yorumlar ve uygulamalar gerektiriyordu. Adalet işlerinde ilk görev paylaşımı, devlet teşkilatının da gelişmesine bağlı olarak Hz. Ömer zamanında yapıldı. Artan bürokratik işlemlere paralel olarak birçok yere adaleti dağıtmakla görevli hakimler atandı. Emevi Devleti, merkezîyetçi-bürokratik niteliği ağır basan bir yönetim yapısndaydı. Bu dönemde, saf “dini devlet ideali”nden uzaklaşmıştır. Adaleti dağıtmakla yükümlü kadıların atanması valilere bırakılmış; bulunduğu eyaletin yasama, yürütme ve yargı yetkilerini elinde tutan vali, yargı yetkisini kendisinin hukuki katibi konumunda olan kadıya devretmişti; ancak istediği davaya bakma hakkını ve dilediğinde kadıyı azletme yetkisini kendi uhdesinde tutuyordu. Bu nedenle yargı, zaman zaman siyasi otoritenin baskısı altında eziliyordu. Abbasi yönetiminin himayesinde hukukçu ve teologlardan oluşan “ulema sınıfı”, bir taraftan İslam toplumunun ilahi kökenini ve amacını koruma hedefini güderken, diğer taraftan halifelerin yönetimini ve taleplerini meşrulaştırmaya çalıştı. Zamanla, Abbasiler dönemindeki merkezîyetçi eğilimin de bir gereği olarak, kadılık kurumu, valinin hukuki katipliği konumundan çıkarılıp halifeye bağlı hale getirilmiştir. Başkentte de “kadı’l kudât” denen bir baş kadılık makamı oluşturulmuştur. Benzer bir gelişmeye, aynı dönemde, Endülüs Emevileri (756-1031) ve Mısır Fatımiler’inde de (909-1171) rastlanmıştır. Eyubi Devleti (1171-1462) döneminde Mısır’da “Kadı’l - Kudat” makamı din hizmetleri açısından dönemin en yüksek ve en önemli makamı halini almıştır (Yakut, 2005: 21-23).

Emeviler ile birlikte devlet yönetiminde Kur’an ve Sünnet’ten çıkarılan hukuki hükümlerin yanında, Kur’an ve Sünnet’in, zaruret ilkesine ve farklı bölgelerdeki yerel uygulamalar bağlamında devletin müşavirleri ve memurları tarafından yorumlanmasıyla oluşan ve gelişen bir fıkıh (hukuk) külliyyatı şekillendi. Buna göre devlet görevlileri, şer’i hukuku yerel hukuk otoritelerince tedvin edildiği şekliyle farklı bölgelerde uyguladılar. Abbasi halifeleri de şer’i hukukun tam olarak tanınması ve geçerli olmasını sağlamakla, uygulanması bakımından gerekli araçları tesis etmekle birlikte kendi özel kanunlarını koydular. Bu konudaki asıl yasama faaliyetini Osmanlı sultan-

ları gerçekleştirdiler. Onların oluşumuna hayat verdikleri dünyevi hukuk külliyyatına “Kanun” adı verildi(Rahman, 1993: 111-13).

Büyük Selçuklu Devleti’nde (1040-1194) yargı, şer’i ve örfi olmak üzere ikiye ayrılmıştı. Şer’i davalara kadılar bakıyordu. Kadılar, merkezdeki kadı’l-kudat’a bağlıydılar. Asayiş ve siyasi davalara bakan örfi mahkemelerin başında “emir-i dâd” adıyla anılan bir görevli bulunmaktaydı. Selçuklu Sultanı Tuğrul Bey, 1055’te Bağdat’a giderek Abbasi Halifeliğini hakimiyeti altına almış, ancak halifenin dini yetkilerini sürdürmesine karışmamıştır. Anadolu Selçuklu Devleti’nde de (1074-1277) şer’i ve örfi hukuki işlere kadılar bakıyordu. İlmiye sınıfının başı “kadı’l-kudat” unvanını taşıyan Konya kadısıydı. Şehirlerde ders veren müderrislerden ilimce en üst seviyede bulunanı, diğer müderrislerin başı olarak gösterilmiş ve kendisine “şeyhülislam” unvanı verilmiştir. Şeyhülislam yanında diğer müderrislerin de “fetva” vermek yetkisi vardı. Şeyhülislamın ayrıca, bütün ilmiye mensupları arasındaki dini ve ilmi tartışmaları çözme ve fetva konusundaki içtihat farklılıklarını gidermek gibi görevleri de bulunuyordu(Yakut, 2005: 24-25).

Osmanlı Devletinin kurulduğu yüzyılda, İslam dünyasının farklı bölgelerinde “şeyhülislamlık” ve “kadılık” makamları mevcut olmuştur. Kadı, daha ziyade şer’i ve örfi mahiyetteki hukuki meselelerle ilgilenirken, şeyhülislam bunların dışında kalan şer’i ve idari işlerle meşgul olmuştur.

### **Osmanlı’da Şeyhülislamlığın Ortaya Çıkışı**

Şeyhülislamlık makamı, Osmanlı’da oldukça kaotik bir dönem olan “fetret devri”ni takiben toparlanma döneminde ortaya çıkmıştır. Fetret devri olarak anılan dönem, 1402’den 1413’e kadar olan zaman dilimini kapsar ve bu yıllar henüz sivil ve askeri çekişmenin organize bir devlete dönüşmekte olduğu bir dönem niteliğindedir(Pixley, 1976: 89).

1389-1402 yılları arasında hüküm süren I. Beyazıt, dinsel sebeplerden ziyade jeopolitik kaygılarla Anadolu’da doğrudan fetih politikasına girişmiş ve bu girişim de dindaşı Timur’un harekete geçmesine yol açmıştır. Beyazıt’ın 1402’de gerçekleşen Ankara Savaşı’ni kaybetmesi, oluşum halindeki Osmanlı devletini, Beyazıt’ın dört oğlu tarafından başlatılan ve dört koldan yürütülen bir iç savaş ortamına sürüklemiştir. Her ne kadar bu iç çatışma ya da savaş, I. Mehmet’in zaferiyle sona ermiş olsa da, 1413-1421 arasında hüküm süren I. Mehmet döneminin tamamen güvenli bir dönem niteliğinde olduğu da söylenemez. Panteist ve komünal görüşlere sahip Şeyh Bedreddin’in, Düzmece Mustafa’nın meydan okumasıyla yüz yüze kalmış. I. Mehmet, kendi egemenliğine yönelik bu kalkışmaları sert bir şekilde bastırmaya çalışmış ve bu arada 1416’da Şeyh Bedreddin’i idam etmekle beraber, Düzmece Mustafa’yı bertaraf etmekte başarılı olamamış. Bunun üzerine I. Mehmet, saltanatını oğlu Mu-

rad'a bırakmış. Buna rağmen, ardından yeniden canlanan ve muhalifleriyle mücadele halinde olan bir devlet bırakmıştır. 1421-1451 arasında hüküm süren II. Murad, saltanatının başlarında sayısız isyanla karşı karşıya kalmış, bunlardan en baskını olan Düzmece Mustafa isyanını 1422'de etkisiz hale getirdikten sonra, 1423'te kardeşi Mustafa'nın isyanıyla yüz yüze gelmiş, ancak bunu da bastırmayı başarmıştır. Böylece II. Murad, kendi yönetimine yönelik en ciddi tehditleri bastırmış olmakla birlikte ülke üzerindeki kontrolü tam olarak sağlayamamış. Ayrıca, kuzeni Orhan'ın Bizans destekli tehdidiyle de yüz yüze gelmiş. II. Murad, saltanatı sırasında bir yandan iç ve dış tehlikelerle baş etmeye çabalarırken, diğer yandan toparlanmaya başlayan Osmanlı Devletini merkezileştiremeye gayret etmiş; bunu da özellikle devşirme sistemiyle oluşturduğu, sultana bağlılıklarıyla ve Osmanlı monarşisine sadakatleriyle öne çıkmaya başlayan kapıkullarıyla yapmaya çalışmış. Ancak bu yöndeki çabaları da, Türk aristokratik zümre ve "gaziler" arasında memnuniyetsizliklere ve muhalefete yol açmış. Kimi Müslüman kesimler, Şeyh Bedreddin'in, sosyalist öğretinin öncü nüvelerini bünyesinde barındıran fikirlerinden ve onun takipçileri olan Börklüce Mustafa ve Torlak Kemal'in görüşlerinden kendilerine sığınak bulmuşlar ve özellikle Rumeli'de devlet teşkilatını zorlamaya başlamışlardır (Pixley, 1976: 89-92).

Bu gelişmeleri akılda tutarak, II. Murad'ın, Mehmet Şemseddin Fenari'yi (1350-1431) ilk Şeyhülislam olarak atamasına yol açan sebepleri şöyle sıralayabiliriz: Birincisi, yüksek bir İslam devleti yaratmada dine başvurmak bir zorunluluktur. İkincisi, yüksek dini bir makam, sultanın iç muhaliflerini zayıflatmak için kullanılabilir. Bu girişimler, II. Murad'ın İslam dünyasında Osmanlıların kendilerini oldukça yüksek görmelerini sembolize etme yönünde devleti merkezileştirme ve güçlendirme çabasına da uygun düşer. Fenari, şeyhülislamlık rütbesinden başka, Bursa Kadısı ve Manastır Medresesi müderrisi unvanlarını da uhdesinde bulunduruyordu. Bu da Fenari'nin kendisini tümüyle şeyhülislamlık makamına özgülemediğini gösterir. Bu dönemde; mütevazı niteliklerine rağmen, II. Murad tarafından büyüme ve gelişme eğiliminde olan Osmanlı merkezi bürokrasisi içinde bir teşkilatın yaratıldığı ifade edilebilir. Sınırlı bir yetkiye sahip ya da nüfuz sahasına sahip baş müftülük (şeyhülislamlık) makamı, aynı zamanda halen bazı fetvalar almak bakımından Kahire ulemasına dayanmakta olan Osmanlı İmparatorluğunun sınırlı gücünün de bir yansımasıydı (Pixley, 1976: 92).

İstanbul'u fetheden Fatih, yönetimi güçlendirme yönünde babası ve büyükbabasından daha fazla yetenek ve çaba gösterdi. 1480'de idari bir "kanunname" çıkardı. Bu metinde şeyhülislam, ulemanın başı olarak tasvir edildi. Fatih döneminde, şeyhülislamın artan gücüne rağmen, padişah onu azledebiliyordu, bununla birlikte sultan, onun manevi otoritesinin kendisine sağlayacağı avantajlarının da farkındaydı. İlk aşamada, şeyhülislamın ulemanın başı olması, büyük bir anlam ya da önem taşı-mıyordu. Çünkü, sultan, baş vezir ve kazaskerler, bütün müderrislerin, müftülerin ve kadıların atanmasını kontrolleri altında bulunduruyorlardı. Böylece Fatih, bir taraf-

tan lider bir Müslüman güç olarak Arap imparatorlukları ve Memlukların modeline öykünüyordu ve halifeye görünüşte benzer bir yüksek dinsel figürün varlığını sürdürmüş oluyordu. Diğer taraftan, Fatih'in girişimi ya da manevrası, devlet yapısı içindeki ulemayı etkili bir şekilde yönetmek bakımında, sultanın işini kolaylaştıran, dinsel ve dinsel nitelik taşımayan ilgileri daha yakından uyumlaştıran bir sonuca yol açıyordu. Aktif otoriteden yoksun olan şeyhülislam, Divan-ı Hümayun'da bir yere sahip olsa da bu rolü, manevi otoriteye sahip bir figür olmaktan çok da öteye geçmiyordu (Pixley, 1976: 96).

Kur'an ve Sünnet'te ortaya konan İslam'ın değişmez ve ebedi ilkelerine dayanan sıkı ve dar bir yorumu benimseyenler veya bu yoruma yakın duranlar, koydukları kanunların İslam Şeriat'ına uygun olup olmadığından emin olmak için dini otoritenin fikrini alma zorunluluğu duyarlardı. Bir İslam devleti olarak Osmanlı Devleti de şeriatın üstünlüğü ilkesini izlemiş; örneğin mevcut bir hüküm değiştirilirken veya bir Hıristiyan devlete kapitülasyon verilirken mutlaka Şeyhülislamın fetvası alınır. İlk Osmanlı sultanları, hukuki düzenlemeler yaparken veya önemli pratik kararlar alırken fakihlere danışmışlar ve süreç içerisinde şeyhülisamlık makamını kurmuşlardır (İnalçık, 2000: 39-40).

Her ne kadar 1481-1512 arasında hüküm süren II. Beyazıt ve 1512-1520 döneminde sultan olan I. Selim zamanında şeyhülislamların ağırlığının arttığına ilişkin iddialar ve görüşler olsa da, bunun kalıcı bir özellik ya da norm olduğu söylenemez. Şeyhülislam, bu tarihten itibaren hemen hemen bir yüzyıl boyunca devlet idaresinin gereklerini karşılayan bir Osmanlı kurumunu temsil ediyordu. Ancak şu konuda bir tartışma yoktu: Baş müftü veya şeyhülislam, sultana resmen bağlıydı ve onun bir astı konumundaydı. Yavuz döneminde şeyhülislam, esas olarak bir ulema lideri ve halen sultanın iradesine tabi bir resmi görevli konumundaydı. Devlete hizmetinde şeyhülislam, ne halifeye ne de Bizans ya da Greek Patrikliğine benzer bir konumdaydı. Toplum ve devlet yapısı içinde kendine özgü bir konuma sahipti. İmparatorluk işlerinde manevi bir rehberlik ihtiyacıyla birlikte devlet ile din kurumu arasındaki çıkar birliği fikrini temsil ediyordu. 1518-1542 arasında baş müftü, bir hukuk danışmanı olarak kendi kapasitesi ölçüsünde hizmet verdi ve yeni bir güç kazanamadı. Bu dönemde ilk kez şeyhülislam, gücünü büyük ölçüde yitirdi, neredeyse tam bir siyasal pozisyona sürüklendi ve kendi makamından uzaklaştırıldı. Hiç kuşkusuz sultana ulaşma kolaylığına, hukuki bilgiye sahip olmanın otoritesine ve ömür boyu görevde kalabilme bakımından belli bir güce sahipti. Ancak şeyhülislamın gücü, sultanı etkileme kapasitesine dayalıydı. Buna göre, dinsel hukukun herhangi bir doğrudan uygulamasına başvurabilen gerçek bir otoriteden ziyade manevi itibar gören bir konumdaydı (Pixley, 1976: 93-6).



## **Osmanlı'da İlimiye Sınıfı ve Şeyhülislamlık Makamının Gelişimi**

Osmanlı Devletinin kuruluşundan itibaren geçen ilk yarı yüzyılda herhangi bir İslami öğretim geleneği yoktu. Oysa Osmanlı Devleti kurulduğu zaman İslam Hukuku, hem özü hem de kurumları bakımından teşekkül etmişti. Bundan dolayıdır ki, yeni medreselere dışarıdan müderris getirmek gerekmiştir. Ancak 1500'lere gelindiğinde, Osmanlı İmparatorluğunun kendisi de önemli bir bilim ve kültür merkezi haline gelmiştir. Medreseler, resmen bağımsız olmalarına rağmen, 16. yüzyılda gerçek bir imparatorluk kurumuna benzemeye başlamışlar, tayinler ve müfredat programları bakımından sultanın denetimi ve otoritesi altına girmişlerdir (Imber, 2006: 295-99). Bu dönemde bir medrese mezununun önündeki üç kariyer seçeneği; katiplik, müderrislik ve kadılıktı. Osmanlı hukuk sisteminde müftülerin yerini belirlemek daha zordur. İstanbul Müftüsü, 16. yüzyıl içinde, sadece şeyhülislam olmakla kalmayıp aynı zamanda dini ve hukuki hiyerarşinin zirvesinde yer almıştır. Kadılar da hukuki sorunlar hakkında müftülere danışabilirdi. Halk da her konuda müftüye akıl danışabilirdi. Bu konularıyla müftüler, İslam dininin ve hukukunun atalardan miras kalmış normlarını, çağdaş toplum sorunlarına uyarlamakla hayati bir rol oynamışlardır. Bir anlamda şeyhülislamların otoritesi o kadar büyüktür ki, sultanlar ve önemli devlet adamları bile, siyasi eylemlerin meşruluğu hakkında onlara danışmak ihtiyacını hissederlerdi. Ancak, diğer yandan da neredeyse tüm konularda şeyhülislam, sorulan sorulara sultanın veya başka bir yetkili makamın istediği yönde cevap verirlerdi. 17. Yüzyıla gelindiğinde, öyle bir durum ortaya çıkmıştır ki, kendilerinden beklenen cevabı vermeyi reddeden şeyhülislam makamlarını kaybedebiliyorlardı (Imber, 2006: 307-316).

Bir Müslüman hükümdarın en asli görevi, şeriatı muhafaza etmek olmuştur. Osmanlı döneminde şeriatı koruyan kurumlar, önceki dönemlere kıyasla hükümdara daha yakın olmuşlardır. Hanefi mezhebini veya fikhını benimseyen Osmanlılar, bu okulun hukukçularını atamışlar ve ücretleri de devlet tarafından ödenmiştir. Osmanlılar siyasal, askeri ve bürokratik topluluklara paralel resmi bir ulema topluluğu da (ilmiye) kurmuşlar. Kadılar gibi müftüler de yasaları yorumlamak için atanmışlar ve baş müftü konumundaki şeyhülislam, dinsel düzenin en yüksek mevkiideki şahsiyeti olmuştur. Hourani'ye göre, şeyhülislamın sultanın yüksek memurlarından oluşan Divan'ın bir üyesi olmaması, onun nispeten sahip olduğu yargı bağımsızlığının, iktidar sahiplerini sınırlama ve onlara ihtarda bulunma yetkisinin belirtisiydi (2007: 272).

Osmanlı İmparatorluğunda şeyhülislamın da mensubu olduğu "İlimiye Sınıfı", üç kategoriye ayrılıyordu; bunlardan müderrisler öğretimle, müftüler fetva vermekle görevliyken kadılar yargı fonksiyonunu yerine getiriyorlardı. İlimiye sınıfının kendi arasındaki hiyerarşi zamanla gelişmiş; I. Murat devrinde Bursa kadısına "kazasker" unvanı verilmiş, İstanbul'un fethinden sonra II. Mehmet İstanbul kadısı ile kazaske-

rin makam ve görevlerini ayırmış, 1470'de İstanbul müftü ve kadısı da iki ayrı makam haline getirilmiş ve İstanbul müftüsü sonraları "Şeyhülislam" unvanını almıştır (Ortaylı, 1994:12). Osmanlı'da ilmiye sınıfına mensup olanları ifade eden ulemanın İslam hukukunun yorumcusu ve uygulayıcısı olarak ikili bir rolü vardı. Bunlardan ilkini müftüler yerine getirirken ikinci görevi kadılar yapardı. Ulemanın başı sayılan ve baş müftü konumunda bulunan şeyhülislam, şeriat alanına giren her türlü sorun hakkında genel kabul gören eserlere dayanarak fetva verirdi (İnalçık, 2003: 178-79). Osmanlı'da hukuku korumakla ve öğretmekle yükümlü olan müesseseler ise medreselerdi. Ancak hukuku uygulamakla görevli makam sahipleri ise, müftüler ve kadılardı. Müftü, görüş veren veya fetva yayımlayan bir fıkıh bilgini konumundaydı. Hükümdardan sıradan kullarına kadar herkes, ondan hukuki konular hakkında görüş isteyebilirdi. 15. yüzyıldan itibaren göreve atamayla gelen bir devlet memuru statüsünde olan müftü, ilahi hukuk ile kişilerin gündelik işleri arasında aracılık eden bir makam sahibi olarak, ulema içinde eser yazan fıkıh bilginlerinden sonra gelen bir yere sahipti. Yürütme ve uygulama gücü bulunmayan müftünün fetvasının, bir kadı veya başka bir yönetici tarafından hayata geçirilmesi veya kanunlaştırılması gerekirdi (İmber, 2006: 293). Müftüler, vermiş oldukları fetvalar ile esas olarak İslam hukukunun mevcut kurallarını, dönemlerinin meselelerine uyarlamakta büyük bir rol oynamışlardır.

Osmanlıda ilmiye teşkilatının, müftülüğün ve şeyhülislamlığın ortaya çıkışlarından itibaren devlet tarafından örgütlenmiş olması, devlet-din, sultan-şeyhülislam, hükümdar-ulema ilişkisini anlamakta bir anahtar işlevi görür. İslam devletlerinde "kanun" koyan kimse, ihdas ettiği kanunun İslam Şer'iat'ına uygun olduğundan emin olmak için her zaman dini otoritenin görüşünü almak zorunluluğunu duymuştur. Bir İslam devleti olarak Osmanlı devleti, esas olarak şer'iat'ın üstünlüğü ilkesine bağlı kalmış; ilk Osmanlı sultanları, hukuki kurallar ihdas ederken, bazı önemli siyasi kararlar alırken fakihlere danışmışlar ve daha sonra aynı amaca yönelik olarak şeyhülislamlık makamını kurmuşlardır. Özellikle Fatih'den sonra devlet yönetimine ilişkin hususların, kanun yapma faaliyeti bakımından Sultan'ın uhdesinde olduğu kabul edilmiştir. Osmanlılar'dan önce kodifiye edilmiş bir kanun külliyatı günümüze intikal etmemişse de, temel kuralları förmüle eden sultani emirler, şer'iat'ın yanında bir örfi hukuk alanı oluşturmuştur. Fetva müessesesi, her zaman kamu işlerine yeterli olamamıştır. padişah tarafından ihdas edilen hükümler, bazen şer'iat'a uygun düşme bile, sonuçta sultan otoritesinin varlığının ve devamının zorunlu bir sonucu olarak uygulamaya konmuştur (İnalçık, 2000: 39-41).

Osmanlı yönetim yapısında şeyhülislam, saygın bir otoriteye sahip olmuşlar; sultanlar ve önemli devlet adamları, bazı siyasi karar ve eylemlerine meşruiyet kazandırmak için onlara danışmak ve fetva istemek ihtiyacı duymuşlardır. Örneğin, 1416 yılında Şeyh Bedreddin'in idamını sağlamak üzere İranlı bir molladan fetva alınmıştır. Benzer şekilde, 16. Yüzyılda Safevilere karşı açılan savaş, Kanuni Sultan Süley-

man'ın oğlu Bayezid'i katlettirmesi, 1570'te Kıbrıs'ın kuşatılması ve 17. Yüzyılda sultanların tahttan indirilmesi gibi vakalar, fetvalarla meşru kılınmaya çalışılan eylemler olmuştur(İmber, 2006: 316-17). Şeyhülislamlık makamının, Osmanlı düzenindeki asıl işlevinin “meşruiyet kazandırma” olduğunun temsil edici bir anlatımını aşağıdaki alıntıda da görebiliriz:

Zaten 1331 yılında Orhan Gazi tarafından İznik'te açılan ilk medreseyle birlikte Osmanlı siyasal iktidarını meşrulaştırma görevini yüklenmiş bulunan ulema, bu statüsüne fatih Sultan Mehmed zamanında resmîyet çerçevesinde yerleşti. Sultan, rejimin temeli olan İslam'ın, imparatorluk genelindeki kurumlaşmış en üst makamı şeyhülislamlığı, Bizans'taki patriklik makamının statüsüne benzer bir biçimde örgütleyerek kendisine bağladı. Böylece o, yalnız siyasal otoriteyi değil, dini otoriteyi de kendi şahsında temsil ediyordu. Bu, fetva kurumunun ve ilmiye örgütünün başı sıfatıyla şeyhülislamı aracı kılarak, Osmanlı İmparatorluğu'nda, en alt kademesinden en üstteğine bütün kurumlarıyla İslam'ın, bizzat Osmanlı siyasi ve idari sisteminin içine alınması, dolayısıyla merkezi yönetimin ve padişahın emrine verilmesi demek oluyordu. Bu suretle İslam'ın temsilcisi olan ulema, başkent kadısından taşradaki sıradan bir imama kadar, bir daha ayrılmamak üzere devlet kontrolüne alınıyordu (Ocak, 1998:93).

Zaten Osmanlı resmi ideolojisinde de padişah, devletin başı olarak en üst siyasal otoriteyi temsil ediyorken, şeyhülislamlık makamı aracılığıyla kurumlaşmış dinin hamisi konumunda olup halife-sultan sıfatıyla İslam'ın ve müminlerin başı statüsünü şahsında topluyordu(Ocak, 1998: 85).

Her ne kadar birtakım önemli kararlar alınmadan önce şeyhülislam, sultan tarafından saraya çağrılrsa veya meşveret meclisine davet ediliyor olsa bile, bu, şeyhülislamın Osmanlı yönetim yapısı içinde büyük bir yetki veya icra gücüne sahip olduğu anlamına gelmiyordu. İnalıcık'a göre;

Şeyhülislamın siyasi bir iktidarı yoktu. I. Selim'in saltanatında hırsızlıkla suçlanan 150 hazine görevlisine ölüm cezası verilmesi tartışma konusu olmuş, şeyhülislam Ali Cemali Efendi hükmün şeriatı aykırı olduğunu ileri sürerek sultanla görüşme talep etmişti. Otoriter bir padişah olan yavuz Sultan Selim, onun araya girmesine öfkelenerek, şeyhülislama, sözlerinin, “padişahın siyasi iktidarını çiğneme” anlamına geldiğini, “kimsenin sultanın emir ve yasaklarını sorgulama hak ve yetkisine sahip olmadığını” söylemiştir(2003: 100).

Devlet içinde vezir-i azamdan bağımsız en büyük siyasi gücü, ulemeden Anadolu ve Rumeli kadıaskerleri temsil ediyordu. Kadı ve din adamlarını atama ve azletme yetkisini ellerinde bulunduran kadıaskerler, bir anlamda İslami hukukun uygulanmasında sorumlu devlet memuru konumundaydılar. Şeriat alanına giren davalarda son hükmü onlar verirlerdi. Ulemanın başı olan şeyhülislam, hükümet üyesi sayılmazdı,

idari-icrai yetkisi yoktu. İdarede tarafsız kalabilmenin mümkün olmadığı inancıyla İslam hukukunun tarafsız yorumlanması görevi müftülere bırakılmıştı. Şeyhülislam, sultanın İslam cemaatinin başı, imamı sıfatıyla dini yetkilerinin mutlak temsilcisi sayılmıştır (İnalçık, 2003: 101-103). Başka bir deyişle, Osmanlılarda ulema, kapsamlı devlet bürokrasisinin bir parçasıydı. Dini daireler, yapının en tepesinden yerel düzeydeki cami görevlilerine kadar bir hiyerarşi oluşturmaktaydı. Şeyhülislam dairesi, dini mertebelerin en yüksek olanıydı. Şeyhülislamdan sonra kadıaskerler, bunların ardından da imparatorluğun büyük şehirlerindeki birçok yüksek kadılık gelmekteydi. Şeyhülislam ile birlikte bunlar, yüksek din adamları sınıfını oluşturmaktaydılar (Zubaida, 2008: 97-102).

Osmanlı İmparatorluğunda yargı işlerinin çoğu, yaygın kanaatin aksine, kadı mahkemeleri ve şeriat tarafından değil; loncaların, aşiretlerin, sülalelerin ve kilise mahkemeleri ile hükümdarların veya temsilcilerinin mahkemeleri tarafından gerçekleştiriliyordu. Ayrıca, anında verilen hüküm ve cezalar da asker ve zabıta tarafından infaz ediliyordu. Zamanla müftüler de Osmanlı yargı sürecine katılmış oldular. Fetva için her bölgeye bir Hanefi müftü atanıyordu. Ancak yerel nüfusun mensubiyetine bağlı olarak diğer mezheplerden de yerel olarak belirlenmiş müftülerin de bazı olaylarda fetvası aranıyordu. Osmanlı sisteminde müftü atamaları, kadılarınki gibi hiyerarşik bir nitelik taşımıyordu ve doğrudan bir denetim de yoktu. Birçok ilim adamı, kendi sadık takipçilerini gayri resmi olarak müftü yapabiliyorlardı. Birçok kadının, vermiş oldukları kararlarda müftüleri referans ve kaynak göstermesinin yaygın bir uygulama halini almasıyla birlikte, müftüler de bir anlamda yargı sürecine dahil oldular. Müftüler, aynı zamanda bazı önemli ve karmaşık davalara bakabiliyorlardı ve vermiş oldukları kararlar da kadılar tarafından onaylanıyordu (Zubaida 2008: 105-106).

Kadılar, Osmanlı hukuk düzeninde hukukun günlük olağan uygulanmasından sorumlu olmakla birlikte, hukuki içtihatlar oluşturmak bakımından herhangi bir rol oynamadılar. Çünkü, kadıların belli bir davada vermiş oldukları kararlar bağlayıcı olduğu halde daha sonraki davalar bakımından emsal teşkil etmiyordu. Kadılar tarafından tutulan kayıtlar veya siciller, hukuki olmaktan ziyade idari açıdan önem taşıyordu. Müftülerin kadılar tarafından sorulan sorulara verdikleri fetvalar, bağlayıcı bir niteliğe sahip değildi. Müftünün kendisi herhangi bir infaz yetkisine sahip olmadığı gibi, vermiş oldukları fetvalar da infaz edilebilir bir karar niteliğinde değildi. Osmanlı yönetim ve hukuk düzeninde kadıların hiyerarşisine paralel bir müftüler örgütlenmesi bulunmamakla beraber, İstanbul müftülüğü bu durumun dışında kalıyordu. Müftülük, 16. Yüzyılın ortalarında Osmanlı yargı hiyerarşisinin en rütbeli makamı haline gelmiştir. Daha sonraki zamanlardaki "şeyhülislam" unvanıyla İstanbul Müftüsünün temel görevi, başta padişah olmak üzere vezirler, diğer yöneticiler, kadılar ve halktan kişilerce sorulan sorulara ilişkin fetva yayımlamaktı. Kanuni döneminin ünlü şeyhülislamı Ebussuud'dan sonra bu makam, ana yargısal otorite kaynağı haline geldi. İlk kez Ebussuud tarafından fetvaları yayımlama süreci, belli bir sisteme kavuşturulmuş-

tur. Ancak, bütün bunlara rağmen şeyhülislam bir kadı değil, bir hukuk danışmanıydı. Bu sıfatıyla hiçbir zaman Divan-ı Hümayun'da bulunmamış olmakla birlikte tavsiyelerini ve görüşlerini bir kanuna temel teşkil etmek üzere padişaha sunma imkanına sahipti. Çoğu zaman padişahlar da aldıkları bazı kararları veya attıkları kimi adımları meşrulaştırmak üzere şeyhülislamların fetvalarını alırlardı. Ayrıca, kadıların ve müftülerin, yargıç ve hukuk danışmanlığı sıfatları yanında, onların Müslümanları doğru davranışa yönlendirmek ve zorlamak gibi yarı-din adamlığı gibi bir konumları da söz konusuydu(İmber, 2004: 11-20).

İslam'da fetva, sadece bazı karmaşık davalarda hukuku açıklama, yorumlama ve uygulama aracı işlevi görmemiş; aynı zamanda bir hukuk kitabına bakma konumunda olmayan halk için bazı hususları basit şekilde açıklamak için de kullanılmıştır. Ayrıca, çoğu zaman ihtilafların, mahkeme yerine bir müftü fetvası uyarınca çözümlenmeye çalışıldığı da olmuştur. Fetvalar, dini inançlar ve uygulamalar hakkında olduğu gibi, günümüzde özel hukuk ve kamu hukuku alanına girebilecek meselelere ilişkin de olabilmektedir. Örneğin savaş ve barış, idari önlemler ve yenilikler, vergi ve ceza hukukuna ilişkin hususlar, görevlilerin idamı ve sultanın tahttan indirilmesi gibi. Devlet işleri hakkındaki fetvalar, genellikle sultan, vezir ya da başka bir yüksek devlet görevlisi tarafından yapılmış fiillere ilişkin olup bu tür fetvalara yönelik talep, 17. ve 18. yüzyılda artmıştır. Bu gelişmede, merkezi hükümetin kendi eylemlerini hukukileştirme ihtiyacını duyması da etkili olmuştur. Osmanlı şeyhülislamı ve müftüleri, yalnızca şeriat hukukuna dayanan fetvalar vermemişler; aynı zamanda dinsel bir mahiyeti bulunmayan hususlara ilişkin olarak da fetva vermişlerdir. Birçok Osmanlı fetva derlemesinin sonuna konan ayrı bir fasılda örfi nitelikteki devlet kanunu veya padişah fermanlarıyla düzenlenen ziraat ve feodal konular işlenmiş, ayrıca vergi, ceza işleri ve muhakeme usulü gibi şer'i olmayan hususlarda da fetva verilmiştir(Heyd, 2002: 92-4).

Fetvalar, özel ve genel olarak ikiye ayrılır. Özel fetvalar, halktan kişilerin şer'i bir konu hakkındaki sorularının çözümü için, fetvahaneye başvurarak aldıkları fetvalardır. Genel fetvalar ise, padişahın, veziri azamın istekleri üzerine verilenleri ifade eder. Genel fetvalar içinde en önemlileri, kanunların şer'i bir mesnede kavuşturulması konusunda olanlardı. Kanunların, şeriattan kaynaklanmasalar bile, şeriatla uyum içinde olduklarının gösterilmesi çok önemseniyordu. Özellikle toprak ve vergi konularındaki örfi kanunların, fetvalar ile şeriata uygunluğunu göstermeye önem verilirdi. "Meşruiyet", "siyaseten katl", savaş ve barış gibi konular da genel fetvaların kapsamı içindeydi(Yakut, 2005: 33-6).

Tarih boyunca İslam ulemasının, genel olarak, İslam hukukunu değişen koşullara uydurmakta ve onu yeni görüşlerle zenginleştirmekte önemli bir rol oynadığı söylenebilir. 18. Yüzyılda; Osmanlının ciddi toprak kaybına uğraması, Hıristiyan uygarlığı karşısında gerilemesi ya da zayıflaması, Müslüman nüfus ve toprakların Hıris-

tiyan egemenliğine bırakılması gibi yeni olaylar ve tehditler karşısında yeni önlemler almak zorunda bıraktı. Çünkü ortaya çıkan yeni durumun bazı özellikleri, genel geçer İslami kurallara açıkça aykırı bir nitelik taşıyordu (Levis, 2002:35). Şeriat'a uygun düşmeyen kuralları alınmasında, şeyhülislam tarafından verilen fetvalar önemli bir meşruiyet kaynağı oluşturuyordu. Zaman içinde gerek yetki gerekse sistem içindeki konumu zayıflasa da "meşruiyet" sağlama konumunu muhafaza etmesinin özlü bir anlatımını aşağıdaki alıntıdan da görebiliriz:

Tanzimat sürecinde hız kazanan siyasal uzmanlaşmanın bir sonucu olarak, şeyhülislamlık makamının yetkilerindeki sınırlama da arttı. Bilindiği gibi adalet ve eğitimle ilgili yeni düzenlemeler içerisinde yer almamakla birlikte şer'îye mahkemeleri, medreseler gibi geleneksel bazı kurumların üst mercii olma konumunu sürdürdü. Ayrıca fetva verme yetkisini korumasına rağmen, bu yetkiyi Meclis-i Vukela üyesi olarak, devletin içindeki somut bir makamdan kullanması, fetva bağımsızlığını kaybetmesine ve kurumun devletin bürokratik-merkeziyetçi denetimi altına girmesine neden oldu. Bu gelişmenin bir sonucu olarak devletin genellikle şer'î düzenlemelerde dini meşruiyete ihtiyaç duyarak şeyhülislam fetvasına başvurduğu görülür. Nitekim, Tanzimat Fermanı'nın ilanını takiben gayrimüslim tebaadan alınan cizye konusunda önemli düzenlemeler getirilirken, uygulamanın şer'î bir konu olması nedeniyle şeyhülislamdan da fetva alınmıştı (Yakut, 2005: 177-78).

Karpat'a göre, her ne kadar Osmanlı yasaları, şeriat'tan kaynaklanmış veya ona uydurulmuş olsalar da, Osmanlı devlet adamları, dinin hükümlerinden çok, günlük yaşamın siyasal ve sosyal koşullarına göre davranmışlardır. Ancak, resmi olarak şeriat'a uygun davranmaya da çalışmışlardır. O zamanlar, yasanın üç kaynağını oluşturan şeriat, kanunname ve örften son ikisi, kulların günlük yaşamını yakından etkileyen daha dünyevi bir kökene sahipti. Osmanlı hükümdarları, siyasal, sosyal ve ekonomik hayattaki davranışlarıyla inanç arasında çıkabilecek muhtemel çatışmalardan rahatsızlık duyduklarından, 15. Yüzyılda devlet icraatının inanç ilkelerine uygunluğunu belirlemek üzere, sonradan "Meşihat" veya "Şeyhülislamlık" makamını ihdas etmişlerdir. 16. Yüzyıldan itibaren Şeyhülislam, bürokratik yapının bir unsuru haline gelerek devletin kararlarının şeriata uygunluğunu sorgulamadan onaylamıştır. Şeyhülislamlık makamına, popüler ve alaycı bir isim olan "fetvahane" adı takılmış olsa da, nüfusun çoğunluğu, şeyhülislamın hükümetten ayrı olarak inanç adına konuştuğunu düşünüyordu(2004: 33). Şeyhülislamlık makamının Osmanlı yönetim pratiğindeki yerini ana hatlarıyla açıklayan aşağıdaki metne göre,

Gerçek şudur ki, klasik Osmanlı Devleti'nde *din ü devlet* teorisinin devleti dinden ayrılması imkansız bir varlık olarak göstermesine rağmen, pratikte devlet her zaman çıkarları doğrultusunda serbestçe hareket etmiş ve gerektiği zaman eylemlerini yasallaştırmak için dine başvurmuştur. Dinin sözcüsü halife değil, şeyhülislamdı. Şeyhülislam ise kendi alanı içinde istediği gibi hareket etmekte teorik olarak serbestti

– bu özgürlüğünü devlete meydan okumadan kullanması şartıyla...Devleti kontrol eden herhangi bir zümre şeyhülislamlık makamını politik üstünlüğünü yasallaştırmak için kullanabilirdi.; tıpkı Mithat Paşa ile Jön Türkler'in Şeyhülislamdan kendi seçtikleri padişahı onaylamasını istedikleri zaman yaptıkları gibi(Karpat, 2001: 413).

Osmanlı pratiğinde şeriat, bugünkü anlamda özel hukuk ile kamu hukuku arasında kesin bir sınır çizmiyordu. Mahkemeler, hükümlerinde padişah emirlerinin yanı sıra şer'i hükümleri ve fetvaları esas alıyordu. Kanunname, ferman, adaletname ve yasakname gibi padişah buyrukları, şeriatın bir parçası olarak görülüyordu. Şeriat, "ilahi olarak emredilmiş insan davranış modeli" anlamına geliyordu. Tanzimat öncesinde "dini" ve "yazılı" hukuk bir arada yorumlanırken, hukuk ve idare alanında modernleşme çabalarının yoğunlaştığı Tanzimat döneminde bunlar, birbirinden ayrı iki alana dönüşmüş ve böylece günümüzün modern hukuk düzenlerinde başat bir yere sahip özel hukuk-kamu hukuku ayrımı belirginleşmeye başlamıştır. Tanzimata kadar, uygulamada adalet ilkeleri olarak görünürlük kazanan hukukun temeli, esas olarak ilahi vahyin kaynaklarının yorumuna dayanıyordu. Ancak hukukçuların "praksisi"-ne temel oluşturan fıkıh metodolojisi, devlet yönetimiyle ilişkiler, ulemanın çeşitli gerçeklik düzeyleriyle çalışmasını sağlayan tasavvuf dünyası, hukuk uygulamasının kapsamını esnetip genişletiyordu. Tanzimat'a kadar ulema hiyerarşisinin tepesinde yer alan şeyhülislam, dini ve dünyevi nitelikli politikalar arasında köprü kuran güçlü bir figürdü. Tanzimat sırasında ulemanın bulunduğu mevkiilerin çoğu giderek dinsel bir sıfatı ve işlevi bulunmayan devlet görevlileri tarafından doldurulmaya başladı(-Mardin, 2011: 44-8).

## SONUÇ

Osmanlı toplum yapısında başta Sultan olmak üzere üst düzey yöneticilerin, bazı konularda görüş veya icazet almak üzere "Şeyhülislamlık" makamına başvurmuş olmaları, söz konusu makamın sistem içinde hiyerarşik bir üst konumunu işgal ettiği anlamına gelmemektedir. Osmanlı padişahlarında her zaman halifelik sıfatı sultanlık statüsüne göre arka planda kalmıştır. Dünyevi iktidarı sembolize eden sultan rolünün baskınlığı karşısında şeyhülislamlık makamının da ikincil bir konumda kalmış olması olağan karşılanmalıdır. Çünkü, Osmanlı devleti, bazılarının ileri sürdüğü gibi teokratik karakterde bir devlet değildi; din adamları tarafından salt dinsel kurallara göre yönetilen bir durum söz konusu olmamıştır. Osmanlı'da birçok şeyin din adına yapıldığının dile getirilmiş olması, gerçeklikte birçok şeyin hakikaten dinsel bir nitelik taşıdığı anlamına gelmiyordu. Üstelik bazı şeylerin din adına gerekçelendirilmesi veya şer'i hukuk üzerinden meşrulaştırılması ile ilahi veya ruhani mahiyetteki hususlar birbiriyle karıştırılmamalıdır.

Osmanlı hukuk düzeninde şer'i hukuk yanında örfi hukuk vardı. Ayrıca, farklı milletlerin ve yerel toplulukların toplumsal hayatında dirlik ve düzenin sağlanma-

sında çeşitli örf ve adetlerin mevcudiyeti söz konusuydu. Bunların yanı sıra, İslam bilginlerinin eliyle “hukukçuları hukuku” olarak gelişen içtihat hukuku da tamamen dinsel bir niteliğe sahip değildi. Müftülerin ve şeyhülislamın çeşitli konularda vermiş oldukları fetvalar, ilk bakışta dinsel bir görünüm sunmuş olsa da, bunlar esas olarak dünyevi meselelere ilişkin olmuşlar ve bu nitelikleriyle çoğunlukla seküler özellikler göstermiştir.

Osmanlı düzeninin sürdürülmesinde şeyhülislamlık makamı çok önemli bir yere sahiptir; yönetime vermiş olduğu düşünsel ve ideolojik destekle meşruiyet sağlayıcı işlev gören Makam, mevcut sistemin adil olduğu ve şeriat’a uygun düştüğü konusunda kamusal bir kanaatin oluşmasına da ciddi katkılarda bulunmuştur. Ayrıca, sultandan kadıya kadar yönetim mevkilerinde bulunanların ve halktan kimselerin çeşitli hususlarda ve uyuşmazlıkların çözüm sürecinde fetva almak üzere müftülere ve şeyhülislamlık makamına başvurmaları da egemenlik ilişkilerinin sürdürülmesinde ve yeniden üretilmesinde fonksiyonel bir değer taşımıştır. Sonuç itibarıyla şeyhülislamlık makamının baskın karakteri, egemenin kararlarına ve uygulamalarına meşruiyet sağlayıcı işlevi olmuştur.

## KAYNAKLAR

- Heyd, Uriel (2002a) “Osmanlı’da Fetva Müessesesinin Bazı Tezahürleri” Çev., Fethi Gedikli. **Türk Hukuk ve Kültür Tarihi Üzerine Makaleler**. Ferhat Koca (der.). Ankara: Ankara Okulu Yayınları. 67-98.
- Hourani, Albert (2007). **Arap Halkları Tarihi**. Çev., Yavuz Alogan. İstanbul: İletişim Yayınları.
- Imber, Colin (2004). **Şeriatın Kanuna**. Çev., Murteza Bedir. İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları.
- Imber, Colin (2006). **Osmanlı İmparatorluğu: 1300-1650**. Çev., Şiar Yalçın. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- İnalcık, Halil (2000). **Osmanlı’da Devlet, Hukuk, Adalet**. İstanbul: Eren Yayıncılık.
- İnalcık, Halil (2003). **Osmanlı İmparatorluğu: Klasik Çağ (1300-1600)**. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- Karpat, Kemal (2001). **İslam’ın Siyasallaşması**. Çev. Şiar Yalçın. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Karpat, Kemal (2004). “Tarihsel Süreklilik, Kimlik Değişimi ya da Yenilikçi, Müslüman, Osmanlı ve Türk Olmak” Kemal Karpat (der.). **Osmanlı Geçmiş ve Bugünün Türkiyesi**. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları. 19-50.
- Lapidus, Ira M. (2003). **İslam Toplulukları Tarihi Cilt I**. Çev. Yasin Aktay. İstanbul: İletişim Yayınları.
- Levis, Bernard (2002). **Hata Neredeydi?** Çev., Harun Ö. Turgan ve Serpil Bilbaşar. İstanbul: Oğlak Yayıncılık.



- Mardin, Şerif (2011). **Türkiye, İslam ve Sekülerizm**. Çev. E. Gen-M. Bozluolcay. İstanbul: İletişim Yayınları.
- Ocak, Ahmet Yaşar (1998). **Zındıklar ve Mülhidler (15.-17. Yüzyıllar)**. İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları.
- Ortaylı, İlber (1994). **Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı**. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları.
- Pixley, Michael M. (1976). "The Development and Role of the Seyhulislam in Early Ottoman History". **Journal of the American Oriental Society** 96(1): 89-96.
- Rahman, Fazlur (1993). **İslam**. Çev. M. Dağ-M. Aydın. İstanbul: Selçuk Yayınları.
- Yakut, Esra (2005). **Şeyhülislamlık: Yenileşme Döneminde Devlet ve Din**. İstanbul: Kitap Yayınevi.
- Zeydan, Corci (2012). **İslam Uygarlıkları Tarihi Cilt II**. Çev. Nejdet Gök. İstanbul: İletişim Yayınları.
- Zubaida, Sami (2008). **İslam Dünyasında Hukuk ve İktidar**. Çev., Burcu Koçoğlu Birinci ve Hasan Hacak. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

