Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Gazi University Faculty of Law Review

ISSN-1302-0013 **(online) ISSN 2564-6818**

Cilt XXI, Nisan 2017, Sayı 2

Vol. XXI, April 2017, No. 2



Ankara 2017

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Gazi Ünversitesi	**Gazi University**
Hukuk Fakültesi Dergisi	**Faculty of Law Review**
Sahibi :	**Owner :**
Prof. Dr. İbrahim USLAN	Prof. Dr. İbrahim USLAN
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü*	**Editor in Chief** **
Prof. Dr. Kadir ARICI	Prof. Dr. Kadir ARICI
Editörler*:	**Editors** ** **:**
Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR (G.Ü.)	Assoc. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR (G.Ü.)
Yrd. Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK (G.Ü.)	Assist. Prof. Dr. Neslihan GÖKTÜRK (G.Ü.)
Yrd. Doç. Dr. M. Çelebi CAN (G.Ü.)	Assist. Prof. Dr. M. Çelebi CAN (G.Ü.)
Editör Yardımcıları	**Deputy Editors**
Arş. Gör. Dilara Buket TATAR (G.Ü.)	Res. Assist. Dilara Buket TATAR (G.Ü.)
Arş. Gör. M.Gökhan TÜRE (G.Ü.)	Res. Assist. M.Gökhan TÜRE (G.Ü.)
Yayın Kurulu*:	**Editorial Board**** **:**
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY (G.Ü.)	Prof. Dr. Ender Ethem ATAY (G.Ü.)
Prof. Dr. Vahit DOĞAN (G.Ü.)	Prof. Dr. Vahit DOĞAN (G.Ü.)
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (G.Ü.)	Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (G.Ü.)
Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR (G.Ü.)	Assoc. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR (G.Ü.)
Doç. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU(G.Ü.)	Assoc. Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU(G.Ü.)
Bu dergi yılda dört defa yayınlanır.	This journal is published four times a year.
Yayın Sekreteri :	**Secretary of Publication**
Günay KANDEMİR (G.Ü.)	Günay KANDEMİR (G.Ü.)

ISSN-1302-0013

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Basım Yeri: Hazar Reklam Matbaacılık

Kazım Karabekir Cad. Kültür Çarşısı No: 7/56-57

İskitler/ANKARA Tel: 0312 341 22 06-07

Basım Tarihi: 2017

* Aşağıda yer alan öğretim üyeleri Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde halen görev yapmaktadır.

** Faculty members listed below currently work in Gazi University Faculty of Law.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE

TEL: +90 312 216 21 90 FAKS: +90 312 215 01 69 web: http://www.hukuk.gazi.edu.tr

e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr - dergihukuk2013@gmail.com

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayınlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranmaktadır.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, konu sınırlaması olmaksızın hukuk alanında yapılan tüm akademik çalışmalara yer vermektedir. Derginin amacı hukuk literatürüne katkı sağlamaktır.

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Şahin AKINCI	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Enver BOZKURT	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (GÜHFD) YAYIN İLKELERİ

1. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD, ULAKBİM tarafından taranan "*Hakemli Dergi*" statüsünde yılda dört sayı olarak yayımlanır. 2016 Temmuz ayından itibaren iki hakemli sisteme geçilmiştir.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Makaleler; "*Microsoft Word*" programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman-12 punto- normal stil; dipnotlar Times New Roman-10 punto normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.
4. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce, Almanca ve Fransızca makalelere de yer verilmektedir.
5. Dergiye gönderilen makalelerin başına, en az 100 en çok 200 kelimeden oluşan özetler ve özetlerin yazıldığı dillerde başlık ve beşer anahtar kelime eklenmelidir. Türkçe yazılan makaleler için Türkçe özete ek olarak; İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde daha özet eklenmesi gerekmektedir. Yabancı dilde yazılan makaleler için ise makalenin yazıldığı dilde ve Türkçe özetlerin eklenmesi gerekmektedir.
6. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
7. Yazarların dergiye gönderdikleri makalelerin denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle "*basıma*" hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editör kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar geri çevrilir.
8. Editör kurulunca ön değerlendirmesi yapılan makaleler, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Hakemlere gönderilen makalelere "*Makale ID*" numarası verilir ve bu numaralar yazarlara bildirilir. Yazarlar, makalenin durumunu makale takip sisteminden görebilir. Yazarlara makalenin hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemlerin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakemlerden biri olumlu, diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale, üçüncü bir hakeme gönderilir. Hakemlerin raporlarının olumsuz olması durumunda, üçüncü bir

hakem incelemesi yapılmaz. Hakem incelemesine göre yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.

9. Dergide, hakem denetiminden geçen makaleler dışında, *kitap incelemesi*, *mevzuat değerlendirmesi* ve *bilgilendirici notlara, yargı kararı tahliline de* yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editör kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.
10. Makaleler yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Gazi Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, yazara ayrıca telif ücreti ödenmez.
11. Makalenin sonunda, makalede yararlanılan çalışmaların listelendiği kaynakça yer almalıdır. Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak, ilk satır asılı şekilde sıralanmalıdır.
12. Yararlanılan çalışmalar kaynakçada şu şekilde yer almalıdır:

Kitaplar:

SOYAD, Ad: **Eserin Adı**, Baskı, Yayınevi, Basıldığı Yer, Yıl. Örnek:

AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, II. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Makaleler:

SOYAD, Ad: "Makalenin Başlığı", **Makalenin Yer Aldığı Eserin Adı**, Cilt No., Sayı No., Makalenin Yer Aldığı Sayfa Aralığı.

Örn:AYHAN, Rıza: "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 31-40.

İnternet ortamında bulunan kaynaklar için parantez içerisinde URL ve sayfasına erişim tarihi belirtilmelidir.

Örn: AYHAN, Rıza: "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 31-40. (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, erişim: 13.06.2010)

Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.

Örn: OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006

13. Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. İlk atıfta kaynakçada yer alan tüm bilgiler yer alma-

lıdır. Kaynakçadan farklı olarak, ilk atıfta yazarların adı ve soyadı (Adı SOYADI) şeklinde yazılmalı ve çalışmanın adından (,) ile ayrılmalıdır. Yararlanılan sayfa, künyenin en sonunda yer almalıdır.

Örn: Rıza AYHAN, "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 33.

Aynı çalışmaya daha sonra yapılacak atıflarda

Eserler için: SOYAD, a.g.e., sayfa numarası veya SOYAD, sayfa numarası.

Makaleler için: SOYAD, a.g.m., sayfa numarası veya SOYAD, sayfa numarası.

Örn: KAPANİ, a.g.e., 21. veya KAPANİ, s.21.

AYHAN, a.g.m., 36. veya AYHAN, s.36.

Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ise, (a.g.e. /a.g.m.) kısaltmaları kullanılmamalıdır. Çalışmaların yapıldığı yıllar farklı ise parantez içerisinde yıl belirtilmelidir. Yıllar aynı ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayrıt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

Örn: GÖZLER, (2010), s. 43.

GÖZLER, Anayasa Hukukunun…, s. 76.

İletişim Adresi: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 (Beşevler Metrosu Yakını) Beşevler/ANK.

Tel: (312) 216 21 90

Faks: (312) 215 01 69

http: www.hukuk.gazi.edu.tr

e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr , dergihukuk2013@gmail.com

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

HAKEM DEĞERLENDİRME FORMU

Çalışmanın Başlığı: “ ”

Ç alışmanın Niteliği: Makale(*) Çeviri( ) Karar İncelemesi( ) Tez Özeti( ) Derleme( ) Diğer( )

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : **Hakeme Gönderildiği Tarih :**

Değerlendirme Soruları[*]**:**	**Olumsuz**	**1**	**2**	**3**
1. Başlık çalışmanın içeriğine uygun mu? (1 Puan)…….....	☐	☐		
2. Özet çalışmanın içeriğini verebiliyor mu? (1 Puan)	☐	☐		
3. Dili yeterince açık ve anlaşılabilir mi? (1 Puan).....	☐	☐		
4. Bilimsel terminoloji yeterli ve uygun kullanılmış mı ? (2 Puan).....	☐	☐	☐	
5. Çalışma plânı (bölümler, ana ve alt başlıklar)doğru kurgulanmış mı?(2 Puan).	☐	☐	☐	
6. Bilimsel yazım ve atıf usullerine uyulmuş mu? (2 Puan).....	☐	☐	☐	
7. Çalışmada sunulan konu yeterli biçimde açıklanıyor mu? (3 Puan)	☐	☐	☐	☐
8. Çalışmada yeterli bilimsel tartışma yapılmış mı? (3 Puan)	☐	☐	☐	☐
9. Çalışma ait olduğu bilim alanına orijinal katkı sağlıyor mu? (3 Puan)	☐	☐	☐	☐
10.Kullanılan kaynaklar nitelik ve nicelik açısından yeterli mi? (2 Puan).....	☐	☐	☐	

[**] Toplamda 15 puan alamamış eser, olumsuz olarak değerlendirilir.

Karar:

Yukarıdaki kriterler çerçevesinde incelenen çalışma akademik nitelikli bir dergide;

1. Yayınlanmaya uygundur. ……..... ☐

(Hakem değerlendirmeniz makalenin yayınlanmaya uygun olduğu yönünde olsa dahi kısaca aşağıda bulunan açıklamalar bölümüne görüşünüzü yazınız.)

2. Yazım hataları, noktalama işaretleri ve diğer biçimsel sorunlar giderildikten sonra yayınlanabilir ☐

Makaleyi görmek isterim……..... ☐

Editörün görmesi yeterlidir……..... ☐

3. Açıklamalar bölümündeki düzeltmeler yapıldıktan sonra yayınlanabilir…….... ☐

4. Yayınlanamaz..... ☐

Açıklamalar:

.....

.....

Açıklamalarınıza arka sayfada devam edebilir, gerek duyarsanız başka kağıt kullanabilirsiniz.

Değerlendiren Öğretim Üyesinin : **İmzası**

Unvanı, Adı ve Soyadı:

GAZI UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW (GÜHFD) EDITORIAL POLICY

1. Gazi University Faculty of Law Review (GÜHFD) is published fourtimes per year as a "*Peer-reviewed Journal*" and it is indexed by ULAKBIM. Since July 2016 "*Double Peer-review*" system has started to be applied.
2. Articles submitted to the Journal should not have been published or submitted elsewhere to be published; Submittal of the article to our Journal constitutes a commitment by the author.
3. Articles should be written in "*Microsoft Word*" software. Body of the article should be formatted as Times New Roman-12 points-normal style; footnotes should be formatted as Times New Roman-10 points-normal style and submitted on a CD or via email to the Editor.
4. The main language of the Journal is Turkish; however, articles written in English, German or French are also published.
5. Articles submitted to the Journal should be accompanied by summaries comprised of 100-200 words and five keywords written in the languages of the summaries. Should the article is written in Turkish; a summary written in English, German or French must also be supplemented. Should the article is written in a foreign language; it must be accompanied by a summary in Turkish.
6. Names of the authors, their institutions and email addresses should be provided along with the article.
7. It is assumed that the authors have submitted the articles to the Journal after proof-reading and said articles are ready to be published. Upon the preliminary audit of the Editorial Board, articles that are determined to be not compliant with scientific standards and/or editorial policy of the Journal and articles that contain typos above the ordinary are declined.
8. Following the preliminary audit of the Editorial Board, the articles are presented to two peer reviewers without the name of the author in accordance with the blind review format and an "*Article ID*" number is given. Authors are also informed about this number. Authors can see the review process with the help of article tracking system. Authors are not informed regarding the identity of the reviewers. Should the reviewers demand corrections, the author may amend the article only in reference to said corrections. Following the corrections made by the author, the article may be re-presented to the reviewer as per the reviewer's wish. Should

the article is declined by the reviewers; no subsequent reviews are carried out. When the article is declined by one reviewer but accepted by other then the article will be sent to third reviewer. Declined articles are not sent back to their authors. The author is informed regarding the circumstance.

9. *Book reviews, opinions on legislation, advisory notes and court decision analyses* may also be published in the Journal along with peer reviewed articles. Such materials may be accepted or declined by the Editorial Board.

10. All publishing rights of articles that are accepted to be published, including but not limited to full-text publication online, belong to Gazi University. Authors are assumed to have transferred said rights to the University and they are not paid any royalties.

11. A bibliography, comprised of the resource materials cited in the article, should be provided at the end of each article. The bibliography should be arranged alphabetically with regards to the surnames of the authors and the first line hanging.

12. Materials cited in the bibliography should be styled as such:

Books:

SURNAME, Name: **Title**, Edition, Publisher, Place published, Year published. Sample:

AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, 2nd Edition, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Articles:

SURNAME, Name, "Title of the Article", **Title of the Book/Journal**, Volume, Number, pp.

Sample: AYHAN, Rıza: "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40.

URLs of online materials should be indicated in brackets along with the date of access.

Sample: AYHAN, Rıza: "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40.

(http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, Date accessed: 13.06.2010)

Should the material is co-authored; names of each author should be fully provided.

Sample: OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, Revised 11. Edition, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

13. Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page. First citation should include complete information regarding the resource material. Dissimilarly to the bibliography, first citation to any resource material must include the name of the author as (Name SURNAME) and a comma must be placed between the name of the author and the title of the material. Relevant page of the material should be at the end of the citation.

Sample: Rıza AYHAN, "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", **Gazi** Üniversitesi **Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan**, Vol. I, No. 2, p. 33.

Subsequent citations to same resource material should be as such: SURNAME, ibid, p. *or* SURNAME, p.

Sample: AYHAN, ibid, 36. *or* AYHAN, s.36.

Should more than one material written by a single author are referred to, *ibid* should not be used. Should the publication years of said materials differ, year for each material should be indicated in brackets; otherwise, title of the material should be abbreviated to distinguish it from other materials written by the same author.

Sample: GÖZLER, (2010), p. 43.

GÖZLER, Anayasa Hukukunun…, p. 76.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt XXI Nisan 2017 Sayı 2

İ Ç İ N D E K İ L E R

M A K A L E L E R*

ÖZEL HUKUK

Türk İş Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi
Ş. Esra BASKAN 3-46

Sivil Hava Aracı Mülkiyetinin Kazanılması, Devri ve Sona Ermesi
Ekrem KURT 47-102

KAMU HUKUKU

Türk İdare Hukuku'nda İdari İşlemin "Kesin"Liği Üzerine
Bir Değerlendirme: "Kime Göre?", "Ne İçin?" Kesinlik
Dilşat YILMAZ 105-154

Türkiye: Suriye Vatandaşlarına Ev Sahibi Ülke
ve Yükün Paylaşılması Sorunu
Ümmühan Elçin ERTUĞRUL 155-174

Bazı Kamu Görevlerinde Bulunmaktan Dolayı Doğrudan
Elde Edilen Yetki Belgelerinin Hukukiliği
Yasin SÖYLER 175-220

Güncel Bireysel Başvuru Kararları ve İdarî Yargıda
İptal Davası Açma Süresi
Halim Alperen ÇITAK 221-240

Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu
Ahmet Emrah GEÇER 241-270

* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

Gazi University Faculty of Law Review

Vol. XXI April 2017 Number 2

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

Temporary Agency Work In Turkish Labour Law
Ş.Esra BASKAN 3-46

Acquisıton Of Aircraft Ownership, Its Transfer And Disposition
Ekrem KURT 47-102

PUBLIC LAW

An Assesment Regarding To "Becoming Definite" Of Administrative Act In Turkish Administrative Law: Becoming Definite "For Who?" , "For What?"
Dilşat YILMAZ 105-154

Turkey: The Host Country For Syrian Citizens And The Question Of Sharing The Burden
Ümmühan Elçin ERTUĞRUL 155-174

Legality Of Authorization Documents Obtained Directly Through Holding Some Public Office Positions
Yasin SÖYLER 175-220

Current Individial Application Decisions And The Term Of Litigation In Administrative Procedure
Halim Alperen ÇITAK 221-240

Market Manipulation Crime In The Capital Market Law
Ahmet Emrah GEÇER 241-270

* Articles are drawn up according to the title and surnames of the authors.

ÖZEL HUKUK>>

BOŞ

TÜRK İŞ HUKUKUNDA MESLEK EDİNİLMİŞ GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİ

Ş. Esra BASKAN*

ÖZET

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi, özel istihdam bürolarının kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olan işçilerini işçi temini sözleşmeleri yoluyla geçici işverenlere devretmesiyle söz konusu olan geçici iş ilişkisini ifade etmektedir. Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi hukukumuzda ilk defa 2016 yılında 6715 sayılı Kanunla değiştirilen 4857 İş Kanunu ile düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler bir taraftan geçici iş ilişkisinin kurulmasını birtakım sınırlamalara tabi tutarken, diğer taraftan tarafların hakları ve borçlarına ilişkin önemli hükümler içermektedir. İş Kanunu'nun 7. maddesinde yer alan bu hükümler çoğunlukla Avrupa Birliğinin 2008/104/EC sayılı Direktifinden örnek alınarak hukukumuza dahil edilmiştir. Çalışmamızın amacı, Avrupa Birliğinin adı geçen direktifini de dikkate alarak, uygulamada sıklıkla karşılaşılan söz konusu hukuki ilişkiye ilişkin getirilen yeni düzenlemelerin incelenmesi ve değerlendirilmesidir.

Anahtar Kelimeler : *Geçici iş ilişkisi, iş sözleşmesi, eşit davranma borcu, geçici işçi, geçici işveren*

TEMPORARY AGENCY WORK IN TURKISH LABOUR LAW

ABSTRACT

Temporary agency work refers to the temporary employment relationship, in which the agency transfers to the workers who are bound by the employment contract to the temporary employers. In Turkish Law, temporary agency work is regulated by 4857 Labor Law amended by Law 6715 for the first time. Such regulations involve subjecting the establishment of a temporary agency work to certain limitations from one side, while involves significant provisions relating to the rights and obligations of the parties from another side. These provisions, which are included in Article 7 of the Labor Law, have been included in our law mostly by taking the example of Directive 2008/104 / EC of the European Union. The purpose of our study is, to examine and evaluate the new regulations that are often related to the legal relationship in practice having regard to the said directive of the European Union.

Keywords : *Temporary agency work, labour contract, the principle of equal treatment, agency workers, temporary employer*

---

* Yrd. Doç. Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD Öğretim Üyesi (esrabskn@gmail.com)

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih **:** 17/02/2017

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 22/06/2017

1. Giriş

Geçici iş ilişkisi, genel olarak işverenin bir işçisinin iş görme edimini geçici bir süreliğine bir başka işverenin emrine vermesiyle kurulan iş ilişkisini ifade etmektedir. Diğer açıdan bakıldığında ise geçici iş ilişkisi, işverenlerin işyerlerindeki mal ve hizmet üretimi için ihtiyaç duydukları iş gücünü belirli veya belirsiz bir süre için bir istihdam bürosundan işçi temini suretiyle sağlamasının yolu olup, uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durumdur[1]. Ödünç ilişkisi olarak da adlandırılan[2] bu ilişki işveren, işçi ve geçici işveren arasında kurulan üçlü bir hukuki ilişkidir.

Geçici iş ilişkisinin gerçek - meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi ve gerçek olmayan - meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisi olmak üzere iki ayrı türü bulunmaktadır[3]. Söz konusu türler arasındaki temel fark, işçinin işveren tarafından kural olarak geçici iş ilişkisi kurmak üzere mi işe alındığı yoksa işverenin kendi bünyesinde sürekli istihdam ettiği işçi hakkında istisnai olarak mı geçici iş ilişkisi kurduğudur[4]. Gerçekten meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinde işveren kural olarak kendi işinde çalıştırmak için istihdam ettiği işçisini geçici ve belirli bir süre için ödünç vermekteyken, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde işveren işçiyi başka işverenlere ödünç vermek için istihdam etmektedir.

Meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisi yakın zamana kadar İş Kanunu'nun 7. maddesinde düzenlenen ve hukukumuzun cevaz verdiği tek geçici iş ilişkisiydi. Ancak 2016 yılında yürürlüğe giren 6715 sayılı İş Kanunu ve Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile önemli düzenlemeler getirilmiş, bir yandan meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisine ilişkin değişiklikler öngörülürken, diğer yandan hukukumuzda ilk defa meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi yasal dayanağa kavuşturulmuştur.

---

1 Norman Selwyn, **Selweyn's Law of Employment,** First Edition, Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 73.

2 Mevzuatımızda geçici iş ilişkisi ifadesi kullanıldığından çalışmamızda bu terim tercih edilmiştir. Bunun yanı sıra çalışmamızda yer yer ödünç iş ilişkisi terimi de aynı anlama gelecek şekilde kullanılmıştır.

3 Kübra Doğan Yenisey, Yeni Bir Tasarı Işığında Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi ve Geçici İş İlişkisi, **Prof. Dr. Turhan Esener Armağanı I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi,** 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 142. Münir Ekonomi, Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç (Geçici) İş İlişkisi, **Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan**, 1. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 235.

4 Abdurrahman Benli / Yusuf Yiğit, 4857 sayılı İş Kanunu'na Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları, **Kamu-İş Dergisi,** Y. 2006, C. 8, S. 42, s. 6a. Serkan Odaman, Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi Uygulaması, **Sicil İş Hukuku Dergisi,** Y. 2016, S. 36, s. 44.

Meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisi[5], çoğunlukla işverenin herhangi bir kâr amacı olmaksızın, holding bünyesindeki bir başka şirketin ihtiyaç duyması veya kendi şirketinde var olan işçi fazlasını işten çıkarmak yerine işçiye ihtiyaç duyan bir başka şirkette geçici olarak görevlendirmesi gibi amaçlarla[6] kurulmaktadır. Bu tür iş ilişkisinde işçi iş görme edimini kural olarak iş sözleşmesinin tarafı olan işverene, istisnai olarak geçici işverene karşı yerine getirmektedir[7]. Değişiklikten önceki İş Kanunu'nun 7. maddesine göre, meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisi, işverenin işçisini holding bünyesinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı bir başka işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla bir başka işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devretmesiyle kurulan iş ilişkisini ifade etmekteydi. 6715 sayılı Kanunla getirilen değişiklikle meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinin sadece aynı holding bünyesinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı bir işyerinde görevlendirme yapmak şeklinde kurulabileceği öngörülmüş, işçinin yaptığı işe benzer bir işte çalıştırılması koşuluyla herhangi bir işyerinde görevlendirilebileceğine ilişkin düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak söz konusu Kanunun yayımı tarihinden önce 7. maddenin birinci fıkrası uyarınca bir işçinin yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla kurulmuş bulunan geçici iş ilişkilerinin, sözleşmelerinin süresince devam edeceği öngörülmüştür (6715 sayılı Kanun md. 5, İK geçici md. 7).

Meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinin kurulabilmesi için, işçinin devir sırasında yazılı rızasının alınması zorunlu olup, bu yolla geçici iş ilişkisi yazılı olarak altı ayı geçmemek üzere kurulabilir ve en fazla iki defa yenilenebilir. Yine 6715 sayılı Kanunla değişik İş Kanunun 7. maddesinin son fıkrasına göre, işçisini geçici olarak devreden işverenin ücret ödeme yükümlülüğü devam eder. Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede

---

[5] Meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisine ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Ünal Narmanlıoğlu, İşverenin Emir ve Talimat Verme Yetkisinin Geçici Süre İle Sınırlı Olarak Başkasına Devredilmesi (Ödünç "Geçici" İş İlişkisi), **Sicil İş Hukuku Dergisi,** Eylül 2011, Y. 6, S. 23, s. 15 vd. Benli/Yiğit, s. 6a vd. Osman Güven Çankaya / Şahin Çil, **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler,** 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 143 vd. Ömer Ekmekçi, 4857 sayılı İş Kanunu'nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi,** Y. 2004, S. 2, s. 367 vd. Emine Tuncay Senyen Kaplan, **Bireysel İş Hukuku,** 7. Baskı, Gazi Kitapevi, Ankara, 2015, s. 73 vd.

[6] Narmanlıoğlu, s. 16. Sarper Süzek, "İş Akdinin Türleri", **Mercek Dergisi,** Y. Nisan 2001, s. 31. Benli/Yiğit, s. 6. Ekmekçi, s. 369 vd. Senyen Kaplan, s. 73.

[7] Ekonomi, s. 235. Gülsevil Alpagut, "Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi: Sınırlamadan Teşvike", **Prof. Dr. Can Tuncay'a Armağan,** 1. Baskı, Legal Yayınevi**,** İstanbul, 2005, s. 262. Seçkin Nazlı, **Özel İş Aracılığı,** 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 232.

ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden, devreden işveren ile birlikte sorumludur. Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisine ilişkin Kanunun 7. maddesinin dördüncü, beşinci, onuncu ve on dördüncü fıkraları ve dokuzuncu fıkranın (a) ve (f) bentleri ile (d) bendinin birinci cümlesinde düzenlenen hak ve yükümlülükler meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinde de uygulanır.

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi ise, mal veya hizmet üretmek amacıyla değil, iş sözleşmesiyle kendisine bağlı olan işçilerini belirli bir hizmet bedeli karşılığında başka işverenlere ödünç vermek amacıyla kurulmuş bürolar aracılığı ile kurulur[8]. Söz konusu hukuki ilişki uzun süredir gerek Avrupa ülkelerinde gerekse ülkemizde önemli tartışmalara yol açmış ve pek çok ülkede özel düzenlemelere konu olmuştur. Örneğin İngiltere'de en son 2003 yılında çıkarılan düzenlemeler ile özel istihdam kuruluşları aracılığıyla kurulan özel istihdam endüstrisine ilişkin asgari standartlar belirlenmiştir[9]. Yine Alman hukukunda geçici iş ilişkisi İşçi Devri Hakkında Kanun(Arbeitnehmerüberlassungsgesetz) ile düzenlenmiştir. İsviçre hukukunda da benzer şekilde Federal İş Aracılığı ve Ödünç Personel Kanunu (Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih - Arbeitsvermittlunggesetz, AVG) ile geçici iş ilişkisine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

Hukukumuzda ise geçici iş ilişkisi yukarıda da söz edildiği gibi ilk kez İş Kanunu ve Türkiye İş Kurumu Kanununda değişiklik yapan 6715 sayılı Kanunla düzenlenmiş, anılan kanunla konuya ilişkin önemli ve ayrıntılı düzenlemeler öngörülmüştür[10]. Söz konusu Kanun 06.06.2016 tarihinde kabul edilmiş ve 20.05.2016 tarih ve 29717 sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Ayrıca, özel istihdam bürolarına ilişkin Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği 11.10.2016 tarih ve 29854 sayılı Resmî Gazetede yayınlanmıştır. Belirtmek gerekir ki, 6715 sayılı Kanunla getirilen düzenlemeler büyük

---

8 Ekonomi, s. 235.

9 Buna göre bu tür kuruluşlar, çalışma süreleri, ulusal asgari ücret, iş sağlığı ve güvenliği, eşit ücret ve eşit fırsatlar gibi konulardaki yasal düzenlemelere uymak zorundadırlar. Selwyn, s. 73.

10 Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisine ilişkin ülke uygulamaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Orhan Ersun Civan, **Meslek Edinilmiş (Ödünç) Geçici İş İlişkisi,** Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008, s. 290 vd. Ercan Akyiğit, **İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi,** 1. Baskı, Kamu-İş Yayını, Ankara, 1995, s. 62 vd.

ölçüde Avrupa Birliğinin 2008/104/EC sayılı Direktifinden[11] örnek alınarak yapılmıştır.

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin istihdam üzerinde göz ardı edilemeyecek olumlu etkileri bulunmaktadır[12]. Bunlar özellikle henüz genç ve tecrübesiz olan, bu nedenle daimî işçi olarak çalışma olanağını henüz elde edememiş kişilerin istihdama dâhil edilmesini sağlamak, son dönemlerde Avrupa Birliği ülkelerinde de oldukça önemli hale gelen esnek çalışma şekillerine olanak tanımak şeklinde örneklendirilebilir. Ayrıca işveren tarafından bakıldığında geçici iş ilişkisinin iş bulma aşamasında yapılan masraflardan kurtulmak, iş gücünü iş hacmine göre belirleyebilme serbestisini elinde bulundurmak, fesihle ilgili hükümler ve belirli süreli iş sözleşmesi yapabilme sınırlamalarından kurtulmak gibi faydaları bulunmaktadır[13]. Nitekim 6715 sayılı Kanunun genel gerekçesinde de özel istihdam büroları aracılığı ile kurulan geçici iş ilişkisinin işverenler bakımından rekabet ortamına, değişen koşullara ve ortaya çıkan ihtiyaçlara uygun olarak işgücü talebinin karşılanmasını ve üretim talebindeki dalgalanmaların karşılanabilmesini kolaylaştırıcı etkisi olduğu ifade edilirken, çalışanlar açısından işgücü piyasasında istihdam olanaklarının arttırılması için önemli olduğu, diğer taraftan özel istihdam bürolarıyla geçici iş ilişkisinin özellikle gençlerin iş tecrübesi kazanmasına, uzun dönemli işsizlikten kurtulmasına ve işgücü piyasası dışında kalmış olanların motivasyonlarının artmasına katkı sağlayacağının altı çizilmiştir. Dolayısıyla özel istihdam büroları aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisinin yasal düzenlemeye kavuşturulmasının hem fiilen ve denetimsiz bir şekilde kurulan geçici iş ilişkilerini yasal dayanağa kavuşturmak[14] ve kayıt altına almak hem de istih-

[11] Anılan Direktif ve AB ülkelerindeki uygulamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aidan O'Neil QC, **EU Law for UK Lawyers,** Hart Publising, Oregon 2011, s. 468 vd. Gülsevil Alpagut, "Geçici İş İlişkisini Düzenleyen Avrupa Birliği Yönergesinin Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan,** 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 353 vd. Nurhan Süral, "AB Müktesebatında Geçici İş İlişkisi", **TİSK Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi Semineri (25 Ocak 2013),** 1. Baskı, TİSK Yayını, Matsa Basımevi, Ankara, 2013, s. 28 vd.

[12] Ayrıntılı olarak bkz. Civan, s. 400 vd. Caniklioğlu, s. 57. Gülsevil Alpagut, "Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi,** Y. 2006, S. 10, s. 577.

[13] Gaye Burcu Yıldız, "Güvenceli Esneklik ve 4857 sayılı İş Kanunu", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan,** 1. Baskı, Beta Kitapevi, İstanbul, 2011, s. 214.

[14] Toker Dereli, "Geçici İş İlişkisinin Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Kurulmasına İlişkin Yeni Düzenleme Önerileri", **Sicil İş Hukuku Dergisi,** Mart 2012, Y. 7, S. 25, s. 11.

damın arttırılması[15] ve esnekliğin sağlanması açısından faydalı olduğu ifade edilebilir. Zira öğretide de eşitlik ve işçiyi koruma amacının yeterli düzeyde gözetilmesi koşuluyla meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin fiilen büyük çoğunluğu kayıt dışı çalıştırılan geçici işçilere yasal koruma sağlanması, bu yolla sosyal güvenlik prim gelirlerinin artması, AB kurallarına uyum sağlanması, dezavantajlı grupların daimî iş bulma olanaklarının arttırılması ve yeni işler yaratılması açısından yararlı olduğu ifade edilmiştir[16].

Ancak belirtmek gerekir ki, geçici iş ilişkisinin sayılan amaçlara ulaşabilmesi için yasayla düzenlenmesi, sınır ve koşullarının net bir şekilde belirlenmesi gerekir[17]. Zira geçici iş ilişkisi olumlu etkilerinin yanı sıra işverenlerin daimî işçi olarak, bir diğer deyişle belirsiz süreli iş sözleşmeleriyle ve iş güvencesi kapsamında işçi çalıştırmak yerine, işçi ihtiyaçlarını iş güvencesi olmayan ve düşük ücretli geçici işçilerle sağlamasının yolunu açma riskini de barındırmakta, ayrıca sendikal haklar ve toplu iş sözleşmesi hakları bakımından da bazı sorunlara neden olmaktadır[18]. Bu bağlamda geçici iş ilişkisine ilişkin düzenlemelerin özenli ve kapsamlı bir şekilde yapılması, güvenceli esneklik ilkesinden uzaklaşılmaması gerekir. Nitekim 6715 sayılı Kanunda yer alan düzenlemelere örnek teşkil etmiş olan Avrupa Birliğinin 2008/104/EC sayılı direktifindeki düzenlemelerinde anılan hususları dikkate alarak yapılmış olduğu dikkati çekmektedir.

Çalışmamızın amacı hukukumuzda ilk defa yasal dayanağa kavuşturulmuş olan meslek edinilmiş geçici iş ilişkisine ilişkin yeni düzenlemeleri, söz konusu düzenlemelere kaynak teşkil eden Avrupa Birliği Direktifi de dikkate alınarak incelemek ve değerlendirmektir. Bu itibarla çalışmamızda meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisine değinilmeyecektir.

2. Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Kavramı ve Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisinin Kurulması

4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinde aranan koşullar çerçevesinde, Kurumca izin verilen özel istihdam bürosunun bir işverenle geçici işçi sağla-

---

[15] Taşkent/Kurt, s. 2.

[16] Dereli, s. 14.

[17] Doğan Yenisey, s. 151. Taşkent/Kurt, s. 8.

[18] Doğan Yenisey, s. 137 vd. Alpagut, s. 354. Erdem Özdemir, "Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi: Düzenlenmeli Ama Nasıl?", **Sicil İş Hukuku Dergisi,** Haziran 2010, Y.5, S. 18, s. 22 vd. Mahmut Kabakçı, "5920 Sayılı Kanun'un Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Veto Edilen Hükmünün AB Yönergesi Işığında Değerlendirilmesi", **Çalışma ve Toplum Dergisi,** Y. 2011 S. 4, s. 77. Civan, s. 404 vd. Deirdre McCann, **Regulating Flexible Work,** Oxford University Press, Oxford 2009, s. 144, 145.

ma sözleşmesi yaparak işçisini geçici olarak bu işverene devretmesi olarak tanımlanan (Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği, m. 3/k) meslek edinilmiş geçici iş ilişkisine ilişkin yakın zamana kadar hukukumuzda herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak bu dönemde dahi meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi uygulamada karşılaşılan bir iş ilişkisi olup, daha çok alt işverenlik veya danışmanlık adı altında yürütülmekteydi[19]. Yine bu dönemde Yargıtay hukukumuzda meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin düzenlenmediği, bu şekilde bir çalışmanın alt işverenlik ve ödünç iş ilişkisi kurallarına da uymadığı gerekçesiyle, işçinin baştan itibaren geçici işverenin, bir diğer deyişle işçiyi fiilen çalıştıran asıl işverenin işçisi olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde kararlar vermekteydi[20]. 2016 yılında ise meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi hu-

[19] Doğan Yenisey, s. 134. Savaş Taşkent /Dilek Kurt, "Mesleki Anlamda Ödünç İş İlişkisi", **Kamu-İş Dergisi,** C.13, S.1 Y. 2013, s. 1. Devrim Ulucan, "Karar İncelemesi", **Çalışma ve Toplum Dergisi,** Y. 2004 S. 3, s. 150.

[20] "Somut olayda mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda her ne kadar, davacının Temaks Ltd. Şti. ve Adecco A.Ş. nin işçisi olduğu, davalı ile hizmet ilişkisi kurulmadığı belirtilmiş ise de, davacı baştan itibaren davalı işyerinde çalışmıştır. Türk iş hukukunda hizmet kuruluşları düzenlenmemiştir. Ayrıca iş ve işçi temini kamu düzeni gereği İş Kurumuna verilmiştir. Bu sebeple alt işveren ve ödünç iş ilişkisi dışında hizmet temini düzenlenmemiştir. Davacının çalışması alt işveren ve ödünç iş ilişkisi kurallarına da uymamaktadır. Bu sebeple ve yukarıdaki ilkeler doğrultusunda davacının baştan itibaren davalı işyerinde çalıştığının kabulü gerekir. Mahkemece bilirkişi raporu değerlendirilerek ve gerekçeleri açıklanarak davacının talepleri konusunda bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir." Y9HD, 25.10.2010, 37703/30363. Aynı yönde "Davalılar arasındaki hizmet alım sözleşmesi, davalıların savunmaları, taraf tanıklarının beyanları bir bütün olarak değerlendirildiğinde; davalılar arasındaki sözleşmenin işçi teminine yönelik olduğu, davacının davalı K... Şirketinin asıl işinde görevlendirildiği, taraflar arasındaki ilişkinin muvazaaya dayandığı anlaşılmakla davacının gerçek işveren K... Şirketi işyerine iadesi gerekmektedir." Y7HD, 07.03.2013, 2572/2349. Kararın değerlendirilmesi için bkz. Kübra Doğan Yenisey, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013,** 1. Baskı, Kamu-İş Yayını, İstanbul, 2015, s. 49 vd. Aynı yönde "Somut olayda, davalı ile dava dışı A... Rehberlik ve Müşteri Hizmetleri Anonim Şirketi arasında hizmet alım sözleşmesi yapılmıştır. Davalı, A... Rehberlik ve Müşteri Hizmetleri Anonim Şirketi ile aralarındaki ilişkinin muvazaalı olmadığı, davacının bu şirketin çalışanı olduğu savunmasında bulunmuştur. Bu durumda, davalı ile A... Rehberlik ve Müşteri Hizmetleri Anonim Şirketi arasında düzenlenen hizmet alımı sözleşmesinin 4857 sayılı Kanun'un 2/7.-8. maddesi yönünden incelenmesi gerekir. Söz konusu sözleşmenin 4857 sayılı Kanun hükümleri uyarınca geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığına yönelik yapılacak denetim, sözleşmenin diğer tarafını yani dava dışı A... Rehberlik ve Müşteri Hizmetleri Anonim Şirketinin hak alanını da etkileyeceğinden, davanın adı geçen şirkete de teşmili için davacıya usulüne uygun süre verilmeli, dava teşmil edilirse, hizmet alım sözleşmesinin diğer tarafı olan şirketin savunma ve delilleri de toplanarak feshin geçerli sebebe dayanıp dayanmadığı üzerinde durulmalı; feshin geçerli sebebe dayanmadığı sonucuna varıldığı takdirde, alt işverenlik ilişkisinin muvazaaya dayandığı anlaşılırsa asıl

kukumuzda ilk defa[21] 6715 sayılı İş Kanunu ve Türkiye İş Kurumu Kanununda değişiklik öngören bir Kanunla yasal dayanağa kavuşturulmuştur[22].

Belirtmek gerekir ki, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin İş Kanunu içerisinde düzenleniyor olması söz konusu hükümlerin Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Borçlar Kanunu'na tabi işçilere uygulanmasına engel teşkil etmektedir. Bu durum öğretide sorunlar yaratacağı gerekçesiyle eleştirilmiş ve ayrı bir kanunla düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür[23]. Söz konusu sorunun çözümüne yönelik olarak öğretide ileri sürülen ve kanımızca da isabetli olan bir diğer öneri İş Kanunu içerisinde geçici iş ilişkisine ilişkin düzenlemelerin diğer iş kanunlarına tabi işçilere de uygulanacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmesidir[24].

a) Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisinin Tarafları ve Taraflar Arasında Kurulan Hukuki İlişkinin Niteliği

aa) Tarafları

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi özel istihdam bürosu, işçi ve geçici işveren arasında kurulan üçlü bir hukuki ilişkiye dayanmaktadır. Özel istihdam bürosu, bir hizmet bedeli karşılığında, işçi ihtiyacı duyan işverenle bir söz-

---

işveren işyerine, muvazaa bulunmayıp asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı sonucuna varılırsa alt işveren işyerine işe iadeye ve kanuni haklardan alt işverenle birlikte asıl işverenin de sorumluluğuna karar verilmelidir. Dava, A.... Rehberlik ve Müşteri Hizmetleri Anonim Şirketine teşmil edilmezse, sıfat yokluğundan reddedilmelidir." Y22HD, 23.02.2013, 28980/435. Bu kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr. Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarının değerlendirilmesi için bkz. Süleyman Başterzi, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (Türk Milli Komitesi), Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009,** 1. Baskı, Kamu-İş Yayını, Ankara 2011, s. 32 vd. Aynı görüşte Ulucan, s. 152.

[21] Belirtmek gerekir ki geçici iş ilişkisine ilişkin çeşitli tarihlerde pek çok kanun tasarısı hazırlanmış ancak hiçbiri yasalaşmamıştır. Söz konusu tasarılarla ilgili ayrıntılı bilgi ve değerlendirmelerle ilgili olarak bkz. Alpay Hekimler, "Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisine İlişkin Mevzuat ve Taslakların Genel Değerlendirmesi", **TİSK Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi Semineri (25 Ocak 2013),** 1. Baskı, TİSK Yayını, Matsa Basımevi, Ankara, s. 49 vd. Nurşen, Caniklioğlu, "İş Kanunu'nda Değişiklik Öngören Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi ve Esnek Çalışma Biçimlerine İlişkin Tasarıların Genel Olarak Değerlendirilmesi", **İşveren Dergisi,** s. Ocak-Şubat 2012, s. 56 vd.

[22] Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisine ilişkin yasal düzenlemeler yapılmadan da bu hukuki ilişkinin hukukumuzda yasak olmadığı görüşü için bkz. Ekonomi, s. 255 vd. Civan, s. 563 vd. ve oradaki yazarlar.

[23] Doğan Yenisey, s. 143. Nuri Çelik / Nurşen Caniklioğlu / Talat Canbolat, **İş Hukuku Dersleri,** 29. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 171.

[24] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 171.

leşme yapmakta ve anılan sözleşmeye istinaden kendi bünyesinde çalıştırdığı işçilerin iş görme edimini geçici bir süreliğine devretmekte, işçi ise belirli ve geçici bir süre için geçici işverenin emir ve talimatları altında çalışmaktadır. Üçlü ilişkinin diğer tarafı olan geçici işveren ise, geçici bir süre için işçinin kendisine ödünç verildiği kişiyi ifade etmektedir[25]. Hukukumuza benzer şekilde İngiliz hukukunda da işçi geçici bir süre için ödünç olarak çalışmaktadır. Bu tür hukuki ilişkilerde genel kural, iş ilişkisinin istihdam şirketiyle kurulması ve iş sözleşmesinin koşulları işçi ile istihdam şirketi arasında olmasıdır[26].

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin üçlü yapılanmasını oluşturan taraflar olan özel istihdam bürosu, geçici işveren ve geçici işçinin tanımlarına Özel İstihdam Büroları Yönetmeliğinin 3. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre özel istihdam bürosu, iş arayanların elverişli oldukları işlere yerleştirilmesine ve çeşitli işler için uygun işçiler bulunmasına aracılık yapmak ve/veya geçici iş ilişkisi kurma faaliyeti yürütmek üzere Kurum tarafından izin verilen gerçek veya tüzel kişiler tarafından kurulan büroları[27]; geçici işveren, özel istihdam bürosundan geçici işçi sağlama sözleşmesi ile geçici iş ilişkisi kapsamında işçi temin eden işvereni; geçici işçi ise, geçici işçi sağlama sözleşmesi kapsamında özel istihdam bürosu aracılığıyla başka bir işverene ait işyerinde çalıştırılan işçiyi ifade eder.

Bu noktada öncelikle özel istihdam bürolarının kurulması ve hukuki niteliğinden söz etmek gerekir. Özel istihdam bürosuna ilişkin 4904 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelikte yapılan tanım dikkate alındığında, özel istihdam bürolarının iş aracılığı yapmak veya geçici iş ilişkisi kurmak üzere iki farklı alanda faaliyet gösterdikleri ifade edilebilir. 4904 sayılı Kanununun 6715 sayılı Kanunla değişik 17. maddesinde her iki faaliyetin yürütülebilmesi için özel istihdam bürolarının belirli koşullara sahip olması gerektiği hükmü yer almaktadır. Adı geçen düzenleme uyarınca, özel istihdam bürosunun geçici iş ilişkisi kurma yetkisine sahip olabilmesi için Türkiye İş Kurumundan yetki alması gerekmektedir. Aksi halde kurulan geçici iş ilişkisi kanuna aykırı ve geçersiz olacaktır[28]. Bu durumda ise kanımızca, iş sözleşmesinin işçi ile geçici işveren arasında kurulduğu ve işçinin geçici işverenin işçisi olduğu kabul edilmelidir.

---

[25] Akyiğit, s. 84.

[26] Selwyn, s. 74. İşçinin hukuki statüsü hakkındaki tartışmalar için bkz. McCann, s. 147 vd. Gwyneth Pitt, **Employment Law,** Thomson Sweet & Maxwell, 2004, s. 81.

[27] Aynı yönde tanıma 6715 sayılı Kanunla değişik 4904 sayılı Kanunun 2. maddesinde de yer verilmiştir.

[28] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 172.

Kurum tarafından geçici iş ilişkisi kurma yetkisinin verilebilmesi için, özel istihdam bürosunun Kuruma kayıtlı olması, en az iki yıldır kesintisiz faaliyet gösteriyor olması, Kurumca yapılacak inceleme sonucunda olumlu rapor düzenlenmiş olması, geçici iş ilişkisi kurma yetkisi almak üzere Kuruma başvurulan tarihte brüt asgari ücret tutarının iki yüz katına denk gelen miktarda teminat verilmiş olması[29], Kurum alacağının bulunmaması, özel istihdam bürosunun; vadesi geçmiş vergi borcunun bulunmaması, Sosyal Güvenlik Kurumuna prim, idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borcunun bulunmaması veya vergi dairesine ve Sosyal Güvenlik Kurumuna olan borcunun 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 48 inci maddesine göre tecil edilmiş, taksitlendirilmiş veya ilgili diğer kanunlar uyarınca yeniden yapılandırılmış olması ve bu tecil, taksitlendirme ve yapılandırmaların devam etmesi ve uygun bir işyerine sahip olması koşulları aranmaktadır. Ayrıca, Bakanlıkça uygun görülmesi hâlinde, başvuru tarihinden önce altı ay süresince kesintisiz faaliyet gösteren Kuruma kayıtlı özel istihdam bürolarına Kanunda öngörülen teminat miktarının iki katı tutarında teminat verilmesi ve aynı fıkrada sayılan diğer koşulları taşıması şartıyla, Kurum tarafından geçici iş ilişkisi kurma yetkisi verilebilir (4904 sayılı Kanun m. 17/4, Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği, md. 14). Kurumca verilen geçici iş ilişkisi kurma yetkisi üç yıl süreyle geçerlidir. İzin süresi, iznin sona erme tarihinden en az on beş gün önce talepte bulunulması ve iznin verilmesinde aranan şartların mevcut olması kaydıyla üçer yıllık sürelerle yenilenebilir (4904 sayılı Kanun m. 17/5, Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği, md. 14).

bb) Özel İstihdam Bürosu ve İşçi Arasındaki Hukuku İlişki

Özel istihdam bürosu ve işçi arasında iş sözleşmesi kurulmaktadır (İK m. 7/11)[30]. Ancak belirtmek gerekir ki, söz konusu iş sözleşmesiyle işçi özel is-

[29] Özel istihdam bürosunun; işçi sayısı, iş hacmi, faaliyet alanı ve şube açıp açmaması gibi hususlar değerlendirilerek teminat miktarının yirmi katına kadar artırılmasına Bakan yetkilidir (4904 sayılı Kanun m. 17). Teminat miktarları her takvim yılı başından geçerli olmak üzere brüt asgari ücrete göre yeniden hesaplanarak artırılır. Özel istihdam büroları şubat ayı sonuna kadar teminat miktarını tamamlamak ya da ek teminat vermek zorundadır (4904 sayılı Kanun m. 17/6).

[30] Keza İsviçre Hukukunda da ödünç veren işveren ile işçi arasında iş sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Wolfgang Portmann / Jean Fritz Stökli, **Schweizeris Arbeitsrecht,** 3. Auflage, Zürich/Basel, 2013, s. 946. Benzer şekilde Alman hukukunda da işçi ile istihdam kuruluşu arasında normal bir iş ilişkisi kurulduğu ve istihdam kuruluşunun işverenler için getirilmiş bütün yükümlülüklerin altında olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Manfred Weiss / Marlene Schmidt, **Labour Law and Industrial Relations in Germany,** Fourth Edition,

tihdam bürosunda bir iş yapmayı taahhüt etmemekte, özel istihdam bürosunun geçici işveren ile yaptığı sözleşme uyarınca belirli ve geçici sürelerle geçici işverenler yanında çalışmayı taahhüt etmektedir[31]. Bir başka deyişle özel istihdam bürosu ve işçi arasındaki iş sözleşmesinin amacı, kural olarak işçinin iş sözleşmesinden doğan iş görme borcunun talep hakkının geçici işverene devridir[32].

Özel istihdam bürosu ile geçici iş ilişkisi kurmak üzere iş sözleşmesi yapan işçinin, sözleşmeyi yaptığı sırada geçici işçi olarak farklı işverenler yanında çalışacağını biliyor olması nedeniyle, meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinde olduğu gibi işçiden ayrıca bir rıza alınmasına gerek yoktur[33].

Özel istihdam bürosu ve geçici işçi arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli iş sözleşmesi mi, belirsiz süreli iş sözleşmesi mi olduğu üzerinde durulması gereken önemli hususlardan biridir. Öğretide, geçici iş ilişkisine ilişkin yasal düzenleme yapılmadan önce, olması gereken hukuk bakımından sözleşmenin belirli süreli olarak yapılması, ancak sözleşme süresinin sonunda işçiye uygun bir tazminat verilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmüştür[34]. Öğretide bizim de katılmış olduğumuz bir başka görüşe göre ise, sözleşme belirli veya belirsiz süreli yapılabilir, ancak belirli süreli yapılabilmesi için Kanunda aranan objektif koşulların dikkate alınması gerekir; geçici iş ilişkisindeki geçicilik işveren ve geçici işçi arasındaki hukuki ilişkinin devamlılığını etkilemez ve salt bu durum objektif neden sayılmaz, bu nedenle belirsiz süreli sözleşmenin kurulması gerekir[35].

Özel istihdam bürosu ve işçi arasında yapılan iş sözleşmesinin yazılı olması zorunludur. Söz konusu şeklin geçerlilik şekli olarak kabul edilmesi gerekir[36]. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun 12. maddesinde, kanunda sözleşmeler için öngörülen şeklin kural olarak geçerlilik şekli olduğu belirtilmiştir. Bu itibarla özel istihdam bürosu ile işçi arasında yazılı olarak yapılmayan iş sözleşmesinin geçersiz olduğu kabul edilmelidir.

Wolters Kluwer Law & Business, Netherlands, 2008, s. 64.

31 İngiliz hukukunda özel istihdam bürosu aracılığıyla ödünç işçi olarak çalışan işçilerin hukuki statüsü ile ilgili tartışmalar ve mahkeme kararları için bkz. Selwyn, s. 74 vd.

32 Portmann/Stökli, s. 946.

33 Nazlı, s. 242.

34 Özdemir, s. 29.

35 Nazlı, s. 239, vd.

36 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 173.

Özel istihdam bürosuyla kurulan iş sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmamış olması durumu için 6715 sayılı Kanunun 8. maddesiyle değişik 4904 sayılı Kanunun 18. maddesinde de ayrıca bir yaptırım öngörülmüştür. Buna göre son fiilin tespit tarihinden geriye yönelik iki yıl içerinde üç kez yazılı şekil koşuluna uyulmadığının tespiti halinde büronun geçici iş ilişkisi kurma yetkisi iptal edilir ve üç yıl süreyle izin verilmez.

Özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan iş ilişkisinin bir yandan işçinin tecrübe kazanarak ileride daimî işçi statüsüne geçmesinin yolunu açmak amacı taşıdığı dikkate alındığında, işçi ve özel istihdam bürosu arasında kurulan iş sözleşmesinin bu amacın gerçekleştirilmesinin önüne geçecek hükümler içermemesi gerekir. Bu bağlamda 6715 sayılı Kanunla değişik İş Kanunu'nun 7. maddesinde ve Özel İstihdam Büroları Yönetmeliğinin 6. maddesinin 4. fıkrasında, özel istihdam bürosu ile işçi arasında kurulan iş sözleşmesine geçici işçinin, Türkiye İş Kurumundan veya bir başka özel istihdam bürosundan hizmet almasını ya da iş görme edimini yerine getirdikten sonra geçici işçi olarak çalıştığı işveren veya farklı bir işverenin işyerinde çalışmasını engelleyen hükümler konulamaz hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu hükme aykırı koşullar içeren sözleşmenin sadece anılan koşulları geçersiz sayılacak, diğer hükümleri geçerliliğini koruyacaktır[37].

Özel istihdam bürosu ve işçi arasında yapılan iş sözleşmesinde, işçinin ne kadar süre içerisinde işe çağrılmazsa haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebileceğinin belirtmesi gerekir. Zira işçinin çok uzun süre işe çağırılmaması sözleşmenin devamını işçi açısından çekilmez hale getirecektir. Bu itibarla 6715 sayılı Kanun ile değişik İş Kanunu'nun 7. maddesinde ve Özel İstihdam Büroları Yönetmeliğinin 6. maddesinin 5. fıkrasında, işçinin ne kadar süre işe çağırılmazsa haklı nedenle fesih hakkının doğacağının belirtilmesi gerektiği, bu sürenin üç ayı geçemeyeceği hükme bağlanmıştır.

6715 sayılı Kanunla değişik 4904 sayılı Kanunun 19. maddesinin 4. fıkrasına göre, işçinin kayıt dışı çalışması, sendikaya üye olması veya olmaması ya da asgari ücretin altında ücret ödenmesi şartlarını taşıyan anlaşmalar geçersizdir.

Belirtmek gerekir ki, özel istihdam bürolarının aracılık faaliyeti ya da geçici iş ilişkisi kurmak suretiyle yurt dışına işçi göndermesi hâlinde, işçilerin yurt dışı hizmet akitlerinin Kuruma onaylatılması zorunludur (4904 sayılı Kanun m. 17/10, Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği, md. 5/5).

[37] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 173.

cc) Özel İstihdam Bürosu ve Geçici İşveren Arasındaki Hukuki İlişki

Özel istihdam bürosu ile geçici işveren arasında geçici işçi sağlama sözleşmesi kurulmaktadır (İK m. 7/11). Nitekim 6715 sayılı Kanunla değişik İş Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrasında da meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin "*Türkiye İş Kurumunca izin verilen özel istihdam bürosunun bir işverenle geçici işçi sağlama sözleşmesi yaparak*" kurulacağı ifade edilmiştir.

Geçici işçi sağlama sözleşmesi Özel İstihdam Büroları Yönetmeliğinin 3. maddesinde özel istihdam bürosu ve işveren arasında işçinin, iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici iş ilişkisi kapsamında yapılan yazılı sözleşme şeklinde tanımlanmıştır. Anılan sözleşmeyle özel istihdam bürosu belirli ve geçici bir süre için kendi işçisinin geçici işveren yanında çalışmasını taahhüt etmektedir. Belirtmek gerekir ki, geçici işçi sağlama sözleşmesi ile işveren ile geçici işveren arasında kurulan hukuki ilişki, iş hukuku kapsamı dışında kalan ve daha çok ticaret hukuku ve borçlar hukuku kapsamına dahil olan bir hukuki ilişki niteliği taşımaktadır[38].

Özel istihdam bürosu ile geçici işveren arasında yapılan geçici işçi sağlama sözleşmesinin yazılı olarak yapılması zorunludur (İK m. 7/11). Ayrıca söz konusu sözleşme içerisinde sözleşmenin başlangıç ve bitiş tarihi, işin niteliği, özel istihdam bürosunun hizmet bedeli, varsa geçici işçi çalıştıran işverenin ve özel istihdam bürosunun özel yükümlülükleri yer alır (İK m. 7/11, Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği, md. 6). Bu itibarla geçici işçi sağlama sözleşmesinin nitelikli yazılı şekil koşuluna bağanmış olduğu ifade edilebilir. Kanunun gerekçesinde gerek özel istihdam bürosu ve işçi arasında yapılan iş sözleşmesinin gerek özel istihdam bürosu ve geçici işveren arasında yapılan geçici işçi sağlama sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması zorunluluğunun amacının suiistimalleri engellemek, ihtilaf durumlarında tarafların ispat yükümlülüğünü yerine getirebilmelerini kolaylaştırmak olduğu, yazılı şekil koşulunun ayrıca eşit muamele ilkesinin hayata geçirilmesi ve kontrolü açısından da işlevsel olduğu belirtilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, geçici işçi sağlama sözleşmesi için öngörülen şekil koşulunun Türk Borçlar Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca geçerlilik şekli olarak kabul edilmesi ve şekil koşuluna uyulmaması durumunda sözleşmenin geçersiz olduğu şeklinde sonuca ulaşılması gerekmektedir. Bu durumda ise tartışılması gereken, şekil koşuluna uyulmaması nedeniyle geçersiz bir işçi

[38] Nazlı, s. 246, 247.

sağlama sözleşmesine dayalı olarak geçici işveren yanında çalışan işçinin söz konusu çalışmasının hukuki dayanağının ne olacağıdır. Kanımızca bu durumunda geçici işçi sağlama sözleşmesinin geçersiz olduğunu, işçinin geçici işveren yanında çalışmaya başlamasıyla ile taraflar -işçi ve geçici işveren- arasında iş sözleşmesinin kurulduğunu kabul etmek isabetli olacaktır.

Geçici işçi sağlama sözleşmesinde şekil koşuluna uyulmamasının bir diğer yaptırımı ise, özel istihdam bürosunun geçici iş ilişkisi kurma yetkisinin iptal edilmesidir. Nitekim 4904 sayılı Kanunun 18. maddesine göre, tespit tarihinden geriye yönelik iki yıl içerinde üç kez yazılı şekil koşuluna uyulmadığının tespiti halinde büronun geçici iş ilişkisi kurma yetkisi iptal edilir ve üç yıl süreyle izin verilmez.

Geçici işçi sağlama sözleşmesine dayalı olarak özel istihdam bürosu, geçici işçi çalıştıran işverenden bir hizmet bedeli alma hakkına sahiptir. Bu durum 4904 sayılı Kanunun 6715 sayılı Kanunla değişik 19. maddesinde " *Özel istihdam bürosu, aracılık ve geçici işçi sağlama faaliyeti karşılığı olarak işverenden hizmet bedeli alma hakkına sahiptir*" şeklinde açıkça ifade edilmiştir. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken özel istihdam bürosunun hizmet bedelini sadece geçici işverenden talep edebilmesi, işçiden bu yönde herhangi bir menfaat sağlayamamasıdır. Nitekim geçici iş ilişkisine ilişkin 2008/104/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifinin 6. Maddesinde de açıkça, geçici istihdam bürolarının bir kullanıcı işletme tarafından işe alınmalarını ayarlamak karşılığında ya da bu işletmedeki geçici görev bitiminde kullanıcı işletme ile iş sözleşmesi ya da istihdam ilişkisi akdettikleri için işçilerden hiçbir ücret talep edemeyeceği hükmü yer almaktadır. Ayrıca 4904 sayılı Kanununda da karşılık özel istihdam bürolarının, geçici iş ilişkisi ile çalıştırılan işçilerden her ne ad altında olursa olsun menfaat sağlayamayacağı ve hizmet bedeli alamayacağına ilişkin hükme yer verilmiştir. Ancak aracılık hizmetleri için özel istihdam bürolarınca, yönetmelikle istisna tutulan meslekler ve pozisyonlar için hizmet bedeli alınabilir (4904 sayılı Kanun m. 19).

dd) Geçici İşveren ile İşçi Arasındaki Hukuki İlişki

Geçici iş ilişkisine ilişkin olarak tespit edilmesi gereken önemli noktalardan biri de geçici işveren ile işçi arasındaki hukuki ilişkinin niteliğidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, anılan taraflar arasında iş sözleşmesi kurulmamaktadır. Alman ve İsviçre hukukunda da aralarında herhangi bir sözleşme ilişkisi kurulmadığı kabul edilmektedir[39]. Nitekim söz konusu hukuki ilişkide

[39] Weiss/Schmitt, s. 64. Portmann/Stökli, s. 961.

tarafların iş sözleşmesi kurma konusunda bir iradeleri bulunmamaktadır. Buna rağmen aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere işçi geçici bir süre için işverenin işyerinde çalışmakta, iş görme edimini anılan işverenin emir ve talimatları altında yerine getirmektedir. Bu nedenle söz konusu hukuki ilişkinin iş sözleşmesi benzeri bir hukuki ilişki olduğu kabul edilmektedir[40].

b) Meslek Edinilmiş Geçici İlişkisinin Kurulabileceği Haller

6715 sayılı Kanunla değişik İş Kanunun 7. maddesinin 2. fıkrasında ve Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği'nin 5. maddesinde özel istihdam bürolarının kurulmasına ilişkin bazı sınırlamalar getirilmiş ve hangi hallerde meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin kurulabileceği sınırlı sayım yöntemi ile belirlenmiştir. Bu bağlamda aşağıda sayılan haller dışında özel istihdam bürosu aracılığı ile geçici iş ilişkisi kurulmasının mümkün olmadığı ifade edilebilir[41]. Belirtmek gerekir ki, söz konusu sınırlamaların amacı, işverenin belirsiz süreli iş sözleşmesiyle, iş güvencesine tabi olan işçi çalıştırmak yerine, geçici işçi çalıştırmasının önüne geçmektir. Zira bir yandan işverenlerin gerçekten geçici olarak ihtiyaç duyduğu hallerde geçici iş ilişkisinin kurulmasına olanak sağlanırken, kötüye kullanılmaları engellemek gerekir. Öğretide söz konusu kötüye kullanılmaların ya meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin kurulması serbestliğinin hakkın kötüye kullanılması teorisiyle[42] ya da anılan hukuki ilişkinin sınırlarının kanunla çizilmesi suretiyle önlenebileceği ileri sürülmüş[43], mevzuatımızda kanunla sınırlama yoluna gitmek tercih edilmiştir. Nitekim 6715 sayılı Kanunun gerekçesinde de, madde kapsamında özel istihdam bürosu aracılığı ile gerçekleşecek geçici iş ilişkisinin hangi durumlarda ve nasıl kurulacağı belirtilerek çalışan haklarını korumaya yönelik sınırlamalar getirildiği ifade edilmiş, geçici iş ilişkisinin ancak Kanunda sayılan hallerde ve yine kanunda belirlenen sürelerle[44] kurulabileceğine ilişkin sınırlamaların amacının geçici iş ilişkisinin istismarının önlenmesi ve iş gücü piyasasının işleyişinin bozulmamasını temin ederek işverenin geçici iş ilişkisini ancak işletmenin geçici ihtiyaçlarını karşılamak için kullanılmasını güvence altına almak olduğu, böylelikle sürekli nitelikte işler için zorunlu haller dışında geçici çalışmanın

[40] Süzek, (2001), s. 32. Civan, s. 33.

[41] Doğan Yenisey, s. 153. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 175.

[42] Söz konusu yöntemi isabetsiz bulan görüş için bkz. Kabakçı, s. 83.

[43] Sarper Süzek, **İş Hukuku,** 12. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 307. Doğan Yenisey, s. 151.

[44] Süre sınırlamalarına ilişkin AB ülkelerindeki örnekler için bkz. Alpagut, s. 364 vd.

kullanılmasının engellendiği belirtilmiştir. Özetle meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin işverenler tarafından daimî işçi çalıştırmak yerine geçici işçi çalıştırmak şeklinde kötüye kullanılmasının önüne geçmek amacı taşıyan bu sınırlamaların öğretide bazı yazarlar tarafından eleştirildiği görülmektedir. Nitekim geçici iş ilişkisine ilişkin düzenlemeler yasalaşmadan önce söz konusu düzenlemelere ilişkin tasarıyı değerlendiren Odaman'a göre[45], tasarıda yer alan ve geçici iş ilişkisinin uygulanabileceği haller ve işlerle ilgili olarak getirilen sınırlamalar isabetsizdir. Yazara göre, "bu düşüncemizden elbette ödünç iş ilişkisini sınırsız olarak uygulanabileceği sonucu çıkarılmamalıdır. Ancak müessesenin anlamı tümüyle bir esneklik fikri olduğuna göre, bunu bu derece sınırlayan hükümlerin mevcudiyetinin tartışmalı olacağı açıktır".

Önemle belirtmek gerekir ki, kanun her ne kadar özel istihdam büroları aracılığıyla geçici iş ilişkisinin sayılan durumlarda ve belirtilen sürelerle kurulabileceğine ilişkin açık düzenleme getirmişse de söz konusu koşullara aykırı olarak kurulan geçici iş ilişkilerine nasıl bir yaptırım uygulanacağına ilişkin hükme yer vermemiştir. Öğretide, kanımızca da isabetli olarak, bu durumda geçici iş ilişkisinin geçersiz olduğu, özel istihdam bürosunun geçici işçi sağlama sözleşmesi değil, iş aracılığı yaptığı ve işçinin işverenin işyerinde çalışmasıyla birlikte bu işverenle arasında iş sözleşmesinin kurulduğunun kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür[46].

İş Kanunu'nun 7. maddesi ve Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği'nin 5. maddesi uyarınca özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisinin kurulabileceği haller aşağıdaki gibidir:

i. Hamilelik, Ebeveynlerin Kısmi Süreli Çalışması, Askerlik ve Diğer Askı Halleri

İş Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrasının a bendine göre[47], meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin kurulabileceği ilk durum aynı Kanunun 74. maddesinde öngörülen gebelik ve doğum izni süreleridir. Gerçekten İş Kanunun 74. maddesinde kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı haftalık süre içerisinde, çoğul gebelikte ise doğum öncesine iki hafta daha eklenmesi suretiyle on sekiz haftalık süre içe-

[45] Serkan Odaman, "Ödünç İş İlişkisinde Değişiklik Bu Defa Gerçekleşiyor Mu?", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart 2012, Y. 7, S. 25, s. 47.

[46] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 174. Odaman, (2016), s. 46.

[47] Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği, md. 5/a.

risinde çalıştırılmamalarının esas olduğu, söz konusu sürelerin işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra hekim raporuyla arttırılabileceği, ayrıca söz konusu sürelerden sonra kadın işçinin altı aya kadar ücretsiz izin kullanabileceği düzenlemelerine yer verilmiştir. Anılan sürelerde, doğum iznini kullanan kadın işçinin yerine geçici işçi ihtiyacı doğar ve İş Kanunu'nun 7. maddesine göre söz konusu ihtiyacın giderilmesi için işveren özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici işçi çalıştırma hakkına sahiptir.

İş Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrasının a bendine göre, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin kurulabileceği ikinci durum, anılan Kanunun 13. maddesine dayalı olarak ebeveynlerin kısmi süreli çalışması halinde ortaya çıkan geçici işçi ihtiyacı durumudur. Bilindiği üzere 6663 sayılı Kanunun 21.maddesiyle değişik İş Kanununun 13. maddesinin 5. fıkrasına göre, "*yasal doğum izinlerinin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden aybaşına kadar ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir. Bu talep işveren tarafından karşılanır ve geçerli fesih nedeni sayılmaz. Bu fıkra kapsamında kısmi süreli çalışmaya başlayan işçi, aynı çocuk için bir daha bu haktan faydalanmamak üzere tam zamanlı çalışmaya dönebilir. Kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin tam zamanlı çalışmaya başlaması durumunda yerine işe alınan işçinin iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Bu haktan faydalanmak veya tam zamanlı çalışmaya geri dönmek isteyen işçi işverene bunu en az bir ay önce yazılı olarak bildirir. Ebeveynlerden birinin çalışmaması hâlinde, çalışan eş kısmi süreli çalışma talebinde bulunamaz. Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyle birlikte veya münferiden evlat edinenler de çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten itibaren bu haktan faydalanır*". Söz konusu düzenlemeye dayalı olarak ebeveynlerin kısmi süreli çalışma hakkından yararlandığı durumlarda ortaya çıkan geçici işçi ihtiyacının özel istihdam büroları aracılığı ile kurulacak geçici iş ilişkisi ile giderilmesi mümkündür.

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin kurulabileceği bir diğer durum, işçinin askere gitmesi nedeniyle geçici işçi ihtiyacının ortaya çıkması durumudur. Ancak bu durumda tespit edilmesi gereken, askerlik görevi dolayısıyla hangi hallerde geçici işçi ilişkisinin kurulabileceğidir. Nitekim işçinin askerlik nedeniyle işten ayrılması iş hukukunda iki farklı şekilde gerçekleşebilir. Bunlardan ilki, işçinin askerlik görevini yerine getirmek üzere iş sözleşmesini feshederek işten ayrılması durumuyken, ikincisi ise geçici askerlik veya kanuni ödev dolayısıyla iş sözleşmesinin askıya alınması durumudur. Kanımızca işçinin geçici askerlik dolayısıyla iş sözleşmesini feshetmediği, bu bağlamda iş sözleşmesinin askıya alındığı durumlarda ortaya çıkacak olan geçici işçi ih-

tiyacının karşılanabilmesi için geçici iş ilişkisi kurulabilir. Zira 4857 sayılı İş Kanunu'nun 31. maddesinde, işyerinde en az bir yıl kıdemi olan işçilerin muvazzaf askerlik ödevi dışında -geçici askerlik- veya herhangi bir nedenle silah altına alınan veyahut herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi yüzünden işinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi işinden ayrıldığı günden başlayarak iki ay sonra işverence feshedilmiş sayılır. Dolayısıyla iki aylık sürede iş sözleşmesi askıya alınır. Bir yıldan fazla çalışmaya karşılık her fazla yıl için ayrıca iki gün eklenir, ancak sürenin tamamı doksan günü geçemez. İşte sözü edilen iki aylık ve doksan günlük sürelerde ortaya çıkan geçici işçi ihtiyacını karşılamak için işveren geçici işçi çalıştırabilir. Buna karşılık muvazzaf askerlik görevi nedeniyle işçi iş sözleşmesini feshettiğinde[48] geçici iş ilişkisi kurulup kurulamayacağı tartışılabilir. Öğretide bazı yazarlar, kanımızca da isabetli bir şekilde, bu durumda geçici iş ilişkisinin kurulmayacağını ileri sürmektedir[49].

İş Kanunu'nun 6715 sayılı Kanununla değişik 7. maddesinin 2. fıkrasında ayrıca iş sözleşmesinin askıda kaldığı diğer tüm hallerde özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi kurulabileceği hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda örneğin, sağlık nedeniyle (İK m. 25/I,b), zorlayıcı nedenlerle (İK m. 24/III, 25/III), gözaltı ve tutukluluk nedeniyle (İK m. 25/4), ailevi nedenlerle(İK m. 46/3) ve işçi kuruluşu yöneticiliği nedeniyle (STİSK m. 23) askıya alınma hallerinde geçici iş ilişkisi kurulabilmesi mümkündür.

Belirtmek gerekir ki, anılan durumlarda kurulan geçici iş ilişkisinin süresi öngörülen hallerin devamı süresiyle sınırlı olup, geçici işçi ihtiyacının ortadan kalkmasıyla sona erer (İK m. 7/3, Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği, md. 5/3).

ii. Mevsimlik Tarım İşleri

İş Kanunu'nun 6715 sayılı Kanunla değişik 7. maddesinin 2. fıkrasının b bendine göre[50], mevsimlik tarım işlerinde geçici iş ilişkisi kurulması mümkündür. Belirtmek gerekir ki, İş Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca elli ya da daha az işçi çalıştıran tarım işleri İş Kanunu'nun kapsamı dışındadır. Dolayısıyla tarım işlerinin anılan Kanunun 7. maddesinden yararlanması söz konusu değildir. Buna rağmen Kanunda yer alan düzenleme gereğince İş Kanunu kap-

[48] Muvazzaf askerlik görevi uzun dönemi kapsadığından bu durumda iş sözleşmesinin askıya alınmayacağı, işçinin sözleşmesini feshederek işten ayrılacağı kabul edilmektedir. Bkz. Süzek, s. 547.

[49] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 175.

[50] Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği, md. 5/b.

samı dışında olmasına rağmen, tarım işlerinin geçici iş ilişkisine ilişkin düzenlemelerden yararlanacağı ifade edilebilir[51]. Anılan durumda geçici iş ilişkisi herhangi bir süreyle sınırlı olmaksızın kurulabilir (İK m. 7/3, Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği, md. 5/3).

iii. Ev Hizmetleri

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin kurulmasına olanak tanınan bir diğer durum ev hizmetleridir (İK m. 7/2,c, Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği, md. 5/c). Tarım işlerinde olduğu gibi, ev hizmetleri de İş Kanunu'nun 4. maddesiyle İş Kanunu'nun kapsamı dışında olsalar dahi, geçici iş ilişkisine ilişkin düzenlemelerden yararlanabilmektedirler[52]. Kanunun gerekçesine göre, ev hizmetlerinden kastedilen temizlik işleri, hasta, yaşlı, çocuk bakım hizmetleri gibi işlerdir.

Ev hizmetleri için kurulan geçici iş ilişkisine süre açısından herhangi bir sınırlama getirilmemiştir (İK m. 7/3). Belirtmek gerekir ki, bu durumda süre sınırının getirilmemiş olması önemli sorunlara yol açmayacaktır. Zira bu durumda geçici işverenin diğer işçileri bulunmadığı için, belirsiz süreli istihdamı engelleme tehlikesi mevcut değildir. Aksine geçici iş ilişkisinin kurulması ev hizmetlerinde çalışan işçilerin kayıt altına alınması açısından faydalı olacaktır[53].

iv. İşletmenin Günlük İşlerinden Sayılmayan ve Aralıklı Olarak Görülen İşler

İş Kanunu'nun 6715 sayılı Kanunla değişik 7. maddesinin 2. fıkrasının d bendine göre[54] işletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı olarak görülen işlerde özel istihdam büroları aracılığı ile geçici iş ilişkisi kurulması mümkündür. Öğretide, geçici iş ilişkisine ilişkin tasarıyı değerlendiren bazı yazarlar "işletmenin günlük işlerinden sayılmayan işlerde" ibaresinin geçici iş ilişkisinin uygulanabilirliğini önemli ölçüde zayıflattığını, zira söz konusu hukuki ilişkinin işletmenin günlük işlerinden sayılan işlerde uygulama alanı bulacağını ileri sürmüştür[55].

Söz konusu düzenleme kapsamında tespit edilmesi gereken önemli bir nokta, günlük işler ve aralıklı işlerden kastedilenin ne olduğudur. Kanunun

[51] Süzek, s. 307, 308.

[52] Süzek, s. 307, 308.

[53] Doğan Yenisey, s. 154.

[54] Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği, md. 5/ç.

[55] Odaman, s. 48.

gerekçesinde söz konusu işlere örnek olarak, yeni bir yazılım geliştirilmesi, teknik bakım, onarım gibi işlerin ortaya çıkması ve belirli süreli proje işleri örnek gösterilmiştir. Öğretide işletmenin günlük işleri deyiminin işin mutlaka her gün yapılması şeklinde anlaşılmaması gerektiği, örneğin üç günde ya da haftada bir gibi düzenli ve kısa aralıklarla yürütülen işlerin de günlük işler arasında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir[56].

Belirtmek gerekir ki, söz konusu durumda geçici iş ilişkisi en fazla dört aylığına kurulabilir, toplamda sekiz ayı geçmemek üzere iki defa yenilenebilir (İK m. 7/3).

v. İş Sağlığı ve Güvenliği Bakımından Acil Olan İşler veya Zorlayıcı Nedenler

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin kurulabileceği durumlardan biri de iş sağlığı ve güvenliği bakımından acil bir işin veya üretimi önemli ölçüde etkileyen zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması durumudur (İK m. 7/2, e, Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği, md. 5/d). 6715 sayılı Kanunun gerekçesinde iş sağlığı ve güvenliği bakımından acil işlere örnek olarak çalışanların güvenliği açısından gerekli olan tamir ve tadilat işleri gösterilmiştir. Bunun yanı sıra iş güvenliğini ilgilendiren ve acil olarak yapılması gereken yapı işleri ve tesisatın yapılması da bu kapsamda değerlendirilmelidir[57]. Diğer taraftan üretimi önemli ölçüde etkileyen zorlayıcı sebeplere sel, yangın ve benzeri doğal afet durumları ile terör olayları sırasında işletmenin gerekli ürünleri yetiştirilmesi amaçları örnek olarak gösterilebilir (6715 sayılı Kanunun gerekçesi).

Bu durumda geçici iş ilişkisinin kurulabileceği süre dört ayla sınırlandırılmıştır, ancak sözleşmenin toplamda sekiz ayı geçmemek üzere iki defa yenilenmesi mümkündür (İK m. 7/3).

vi. İşletmenin Hizmet ve Üretim Kapasitesinin Öngörülemeyen Şekilde Artması

İş Kanunu'nun 6715 sayılı Kanunla değişik 7. maddesinin 2. fıkrasının f bendi uyarınca işletmenin ortalama mal ve hizmet kapasitesinin geçici iş ilişkisinin kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeyen şekilde artması halinde, en fazla dört ay için (İK m. 7/3, Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği, md. 5/e), geçici iş ilişkisi kurulabilir. Geçici iş ilişkisi kuran sözleşmenin

[56] Süzek, s. 308. Doğan Yenisey, s. 157.

[57] Süzek, s. 309.

toplamda sekiz ayı geçmemek üzere iki defa yenilenmesi mümkündür (İK m. 7/3). İşletmenin kapasitesinin öngörülemeyen şekilde artmasına Kanunun gerekçesinde ihracat talebinin artması, iç piyasada öngörülemeyen talep artışı örnekleri verilmiştir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, geçici iş ilişkisinin kurulabilmesi için artan iş gücü ihtiyacının işletmenin iş hacminin genişlemesi nedeniyle değil, beklenmeyen bir sipariş veya iç piyasada ya da ihracatta talep artışı gibi öngörülemeyen durumların ortaya çıkması gerekliliğidir[58].

Belirtmek gerekir ki, anılan durumda kurulan geçici iş ilişkisi ile çalıştırılan işçi sayısı, işyerinde çalıştırılan işçi sayısının dörtte birini geçemez. Ancak, on ve daha az işçi çalıştırılan işyerlerinde beş işçiye kadar geçici iş ilişkisi kurulabilir. İşçi sayısının tespitinde, kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar, çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülür (İK m. 7/6). Kanunun gerekçesine göre anılan düzenlemenin amacı özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisinin sürekli istihdamın yerini almasını engellemektir. Ancak küçük ölçekli işletmelerde üretimin devamının sağlanması amacıyla on ya da daha az işçi çalıştıran işyerlerinin dörtte bir sınırlamasına tabi olmayacağı ve on işçiye kadar geçici iş ilişkisi kurulabileceği düzenlenmiştir.

vii. Dönemsellik Arz Eden İş Artışları

İşletmenin mevsimlik işler hariç dönemsellik arz eden iş artışlarından kaynaklanan geçici işçi ihtiyaçlarında da meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kurulabilir (İK m. 7/2, g, Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği, md. 5/f). Dönemsellik arz eden iş artışları, kanunun gerekçesinde gerçekleşmesi önceden öngörülen, bayram öncesi şeker üretimi ve paketlenmesi, seçim öncesi bayrak üretimi gibi iş hacminin artması durumları şeklinde açıklanmıştır.

Dönemsellik arz eden iş artışlarında da geçici iş ilişkisinin kurulabileceği süre dört ay ile sınırlanmıştır (İK m. 7/3) ve söz konusu sürenin yenilenmesi mümkün değildir[59].

c) Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisinin Yasak Olduğu Haller

Özellikle iş sağlığı ve güvenliği bakımından tehlikeli işyerleri başta olmak üzere bazı işyerlerinde geçici iş ilişkisinin kurulması uygun değildir. Diğer taraftan geçici işçi çalıştırılmasının kötü niyetli olarak kullanılmasının önüne geçmek gerekir. Bu nedenle geçici iş ilişkisinin kurulmasının yasak

[58] Süzek, s. 309. Doğan Yenisey, s. 157.

[59] Süzek, s. 310.

olduğu bazı işler ve işyerleri vardır. Hukukumuzda geçici iş ilişkisinin kurulmayacağı işler ve işyerleri İş Kanunu'nun 6715 sayılı Kanunla değişik 7. Maddesinde ve Özel İstihdam Büroları Yönetmeliğinin 7. maddesinde, açıkça belirtilmiştir. Buna göre özel istihdam büroları aracılığı ile geçici iş ilişkisinin kurulmasının mümkün olmadığı haller:

i. Daha Önce Geçici İşçi Çalıştırılan İşler

İş Kanunu'nun 7. maddesinin 3. fıkrasında geçici işçi çalıştıran işverenin geçici iş ilişkisi için kanunda belirtilen sürenin sonunda aynı iş için altı ay geçmedikçe yeniden geçici işçi çalıştıramayacağı öngörülmüştür. Kanunun gerekçesine göre hükmün amacı, devamlı işçilerin geçici işçi olarak çalıştırılmak amacıyla işten çıkarılarak, geçici işçi statüsünde tekrar işe alınması yoluyla uygulamanın kötüye kullanılmasının önüne geçmektir. Öğretide anılan hükme ilişkin tasarıyı değerlendiren bazı yazarlar, söz konusu hükmün isabetsiz olduğunu ve geçici iş ilişkisi kurumunun ihtiyaç devam ettiği sürece uygulanabilecek bir yapıya sahip olması gerektiğini ileri sürmüştür[60].

ii. Grev ve Lokavt Yapılan İşyerleri

Grev ve lokavt yapılan işyerlerinde kural olarak geçici iş ilişkisi kurulamaz. Nitekim İş Kanunu'nun 6715 sayılı Kanunla değişik 7. maddesinin 5. fıkrasına göre, geçici işçi çalıştıran işveren grev ve lokavtın uygulanması sırasında 6356 sayılı Kanunun 65. maddesi hükümleri saklı kalmak kaydıyla geçici iş ilişkisiyle işçi çalıştıramaz. Bu bağlamda grev ve lokavtın uygulandığı işyerlerinde geçici iş ilişkisinin kurulmasının söz konusu olamayacağı ifade edilebilir. Ancak istisnai olarak 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 65. maddesinde öngörülen durumlarda geçici işçi çalıştırılması mümkündür. Adı geçen durumlar ise, hiçbir surette üretim veya satışa yönelik olmamak kaydıyla niteliği bakımından sürekli olmasında teknik zorunluluk bulunan işler, faaliyetin devamlılığını veya işyeri güvenliğini, makine ve demirbaş eşyalarının, gereçlerinin, hammadde, yarı mamul ve mamul maddelerin bozulmaması ya da hayvan ve bitkilerin korunmasını sağlamak amacıyla söz konusu işleri yerine getirmeye yeterli sayıda işçinin çalıştırılmasıdır. İşveren ancak söz konusu durumlarda geçici işçi çalıştırma hakkına sahiptir.

iii. Toplu İşçi Çıkarma Yapılan İşyerleri

İş Kanunu'nun 7. maddesinin 4. fıkrasına göre, aynı Kanunun 29. maddesi kapsamında toplu işçi çıkarılan işyerlerinde sekiz ay süreyle geçici işçi

[60] Odaman, s. 52.

çalıştırılamaz. Söz konusu düzenlemeyle ilgili olarak öğretide eleştirilen iki önemli husus vardır. Bunlardan ilki Kanunun toplu işçi çıkarma halinde geçici iş ilişkisi kurma yasağını sadece toplu işçi çıkarılan işler için değil, toplu işçi çıkarılan işyerinin tamamı için getirmiş olmasıdır. Öğretide bu durum yasağın sadece toplu işçi çıkarmanın konusu olan işleri kapsayacak şekilde düzenlenmesinin daha isabetli olduğu ileri sürülerek haklı olarak eleştirilmiştir[61].

Toplu işçi çıkarma halinde geçici iş ilişkisi kurma yasağına ilişkin düzenlemede eleştirilen bir diğer husus, yasağın süresinin İş Kanunu'nun 29. maddesinde öngörülen altı aylık süreyle uyumsuz olmasıdır[62]. Gerçekten toplu işçi çıkarmayı düzenleyen anılan Kanunun 29. maddesinde, "işveren toplu işçi çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikteki iş için yeniden işçi almak istediği takdirde nitelikleri uygun olanları tercihen işe çağırır" ifadesine yer verilmiştir. Kanımızca geçici iş ilişkisi kurma yasağına ilişkin sınırlamanın da söz konusu düzenlemeyle uyumlu olarak altı ay olarak düzenlenmesi daha isabetli olacaktır.

iv. Kamu Kurum ve Kuruluşları

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin kamu kurum ve kuruluşlarında kurulması İş Kanunu'nun 7. maddesi ile yasaklanmıştır. Ayrıca 4904 sayılı Kanunun 17. maddesinde özel istihdam bürolarının kamu kurum ve kuruluşlarının kadro ve pozisyonları için aracılık faaliyeti yapamayacaklarına ve geçici iş ilişkisi kuramayacaklarına ilişkin hükme yer verilmiştir (f.7).

v. Maden İşyerleri

İş Kanunu'nun 7. maddesinin 4. fıkrası ile yer altında maden çıkarılan işyerlerinde geçici iş ilişkisi kurulamaz. Söz konusu yasağın nedeni, maden işyerlerinde iş kazası oranının oldukça yüksek oluşu olup, öğretide isabetli olarak ileri sürüldüğü üzere yasağın genişletilmesi ve iş kazalarının sıklıkla rastlandığı diğer tehlikeli işleri de kapsaması gerekir[63].

vi. Eski İşçinin Geçici İşçi Olarak Çalıştırılması

İş Kanunu'nun 6715 sayılı Kanunla değişik 7. maddesinin 7. fıkrası uyarınca işveren iş sözleşmesi feshedilen işçisini fesih tarihinden itibaren altı ay geçmeden geçici iş ilişkisi kapsamında çalıştıramaz. Kanunun gerekçesine

61 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 177.

62 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 177.

63 Süzek, s. 311. Doğan Yenisey, s. 150.

göre, bu düzenlemeyle belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan daimî işçilerin geçici işçi olarak çalıştırılmak amacıyla işten çıkarılarak geçici işçi statüsünde tekrar işe alınması yoluyla uygulamanın suiistimal edilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

2. Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisinin Hükümleri

a) Yönetim Hakkının Kullanılması

Geçici iş ilişkisinde genel olarak yönetim hakkının, bir diğer deyişle emir ve talimat verme yetkisinin geçici işverene geçtiği kabul edilmektedir[64]. Nitekim İş Kanunu'nun 6715 sayılı Kanunla değişik 7. maddesinin 9. fıkrasında ve Özel İstihdam Büroları Yönetmeliğinin 9. maddesinde geçici işçi çalıştıran işveren işin gereği veya geçici işçi sağlama sözleşmesine uygun olarak geçici işçisine talimat verme yetkisine sahiptir ifadesine yer verilmiştir. Belirtmek gerekir ki, talimat verme yetkisi işin görülmesine ilişkin talimatların yanı sıra, geçici işverenin işyerindeki düzen ve disipline ilişkin talimatları da içermelidir[65]. Bu bağlamda örneğin, işyerindeki sigara içme yasağı, yemek arası, çalışmanın başlangıcı ve bitişine ilişkin hükümler geçici işçi bakımından da uygulama alanı bulacaktır[66].

Her ne kadar geçici iş ilişkisinde yönetim hakkı geçici işverene ait olsa da, özel istihdam bürosunun da işveren sıfatıyla belli ölçüde yönetim hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir. Bu bağlamda örneğin geçici işçinin yıllık izinlerini kullanması konusunda yönetim hakkı özel istihdam bürosunda olmalıdır[67].

b) Geçici İşçinin Ücreti

Geçici iş ilişkisine ilişkin üzerinde durulması gereken en önemli hususlardan biri de geçici işçinin ücretinin kimin tarafından ödeneceği hususudur. Anılan konuya ilişkin kabul edilen genel kural, geçici işçinin ücretinin iş sözleşmesinin tarafı olan ve bu itibarla geçici işçinin işvereni olarak kabul edilen özel istihdam bürosu tarafından ödeneceğidir[68]. Nitekim, 6715 sayılı Kanunun

---

64 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 179. Abbo Dr. Iur Junker, **GrundkursArbeitsrecht,** 12. Auflage, Verlag C. H. Beck, Münhchen, 2013, s. 60. Portmann/Stökli, s. 961.

65 Süzek, s. 316. Aynı yazar, 2001, s. 32.

66 Serkan Odaman, "Güvenceli Esneklik Açısından Fransa ve Türkiye Uygulamaları", **İşveren Dergisi**, S. Ocak-Şubat 2012, s. 64.

67 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 179. Süzek, (2001), s. 32. Civan, s. 595.

68 Alpagut, (2006), s. 574. Junker, s. 60.

gerekçesinde de "geçici iş ilişkisi kurulması amacıyla özel istihdam bürosuyla yazılı iş sözleşmesi düzenleyen işçi iş görme edimini geçici işçi çalıştıran işverene karşı yerine getirecektir. İşçinin ücretini ise özel istihdam bürosu ödeyecektir" ifadesine yer verilmiştir.

İş görme edimini geçici işverene karşı yerine getiren geçici işçinin özel istihdam bürosu tarafından ödenecek ücretinin korunabilmesi için birtakım düzenlemeler öngörülmüştür. Söz konusu düzenlemelerden ilki, Özel İstihdam Büroları Yönetmeliğinin özel istihdam bürolarının yükümlülükleri kenar başlıklı 11. maddesinin 3. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, özel istihdam bürosunun geçici işçilerin ücretlerinin ödendiğini gösteren belgeleri aylık olarak geçici işçi çalıştıran işverene ibraz etmekle yükümlüdür. Yine, İş Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrasına göre[69], işletmenin hizmet ve üretim kapasitesinin öngörülemeyen bir şekilde artması durumunda kurulan geçici iş ilişkisinde, geçici işçi çalıştıran işveren işyerinde bir ayın üzerinde çalışan geçici işçilerin ücretlerinin ödenip ödenmediğini çalıştığı süre boyunca her ay kontrol etmekle, özel istihdam bürosu ise ücretin ödendiğini gösteren belgeleri aylık olarak geçici işçi çalıştıran işverene ibraz etmekle yükümlüdür. Geçici işçi çalıştıran işveren, ödenmeyen ücretler mevcut ise bunlar ödenene kadar özel istihdam bürosunun alacağını ödemeyerek, özel istihdam bürosunun alacağından mahsup etmek kaydıyla geçici işçilerin en çok üç aya kadar olan ücretlerini doğrudan işçilerin banka hesabına yatırır. Ücreti ödenmeyen işçiler ve ödenmeyen ücret tutarları geçici işçi çalıştıran işveren tarafından Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne bildirilir (İK m. 7/12, Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği, md. 9/4, 5).

Özel İstihdam Büroları Yönetmeliğine göre, söz konusu bildirim il müdürlüğüne veya hizmet merkezine ödeme gününden itibaren on beş gün içinde yapılır. Ayrıca, 6715 sayılı Kanunun 8. maddesi ile değişik 4904 sayılı Kanunun 18. maddesine göre, geçici iş ilişkisi kurulan işçi sayısının yüzde onunun ücretinin, ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmemesi ve bir yıl içinde en az bir işçinin ücretinin, en az üç defa sözleşme ile belirlenen ücretin altında ödenmesi veya süresinde ödenmemesi halinde büronun geçici iş ilişkisi kurma yetkisi derhal iptal edilir ve üç yıl süreyle izin verilmez.

Geçici işçi, iş görme borcuna karşılık hak kazandığı ücreti özel istihdam bürosundan alırken, geçici işverenden özel istihdam bürosunun hizmet bede-

[69] Ayrıca Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği md. 9/3.

line mahsup edilmek üzere avans veya borç alamaz (İK m. 7/8, Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği, md. 10/3).

c) Geçici İşçinin Sosyal Güvenlik Hakları

Ücretin yanı sıra işçinin sosyal sigorta güvenlik hakları da özel istihdam bürosunun sorumluluğu altındadır. Zira 6715 sayılı Kanunun 9. maddesiyle değiştirilen 4904 sayılı Kanunun 19. maddesinin 2. fıkrasına göre, özel istihdam bürosu işçisine ilişkin 20/6/2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile 4447 sayılı Kanundan doğan yükümlülükler, 4857 sayılı Kanunun 7. maddesi saklı kalmak kaydıyla, özel istihdam bürosu tarafından yerine getirilir. Nitekim Kanunun gerekçesinde de "Bu ikili yapıda, işçinin sosyal güvenlik haklarının güvence altına alınması gerekmektedir. Üçüncü fıkraya göre, her ne kadar işçi iş görme edimini geçici işçi çalıştıran işverene karşı yerine getirecek olsa da, işçiye yazılı iş sözleşmesi düzenleyen ve ücret ödeme yükümlülüğü bulunan özel istihdam bürosu olduğundan, işçinin 5510 sayılı Kanun, 6331 sayılı Kanun ve 4447 sayılı Kanun kapsamındaki yükümlülüklerinden yine özel istihdam bürosu sorumlu olacaktır" hükmüne yer verilmiştir. Özel istihdam bürosu geçici iş ilişkisiyle çalıştırdığı işçisini, tüm sigorta kollarına tabi olarak Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirmekle yükümlüdür. Buna göre işçiye, iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık, analık, malullük, yaşlılık, ölüm sigortası, genel sağlık sigortası ve işsizlik sigortası hükümleri uygulanır (Gerekçe m. 7).

Önemle belirtmek gerekir ki, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisine ilişkin düzenlemelerdeki en büyük eksikliklerden biri, geçici işçinin ücret ve sosyal sigorta primlerinden sadece özel istihdam bürosunun sorumlu tutulması, geçici işverenin müteselsil sorumlu olduğunun kabul edilmemesidir[70]. Gerçekten yukarıda açıklandığı üzere Kanun geçici işçinin ücret ve sosyal sigorta primlerinden özel istihdam bürosunun sorumlu olduğuna ilişkin açık düzenlemeye yer verirken, geçici işverenin bu konuda sorumluluğunu kabul etmemiştir. Oysa meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisini düzenleyen 6715 sayılı Kanunla değişik İş Kanunu'nun 7. maddesinin son fıkrasında geçici iş ilişkisi kurulan işverenin işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden devreden işveren ile birlikte sorumlu olacağına ilişkin hükme yer verilmiştir. Geçici iş ilişkisinin bu iki türü arasında böyle bir ayrım yapılması anlaşılmaz olup, yapılacak kanun de-

[70] Süzek, s. 316.

ğişikliği ile meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi için de işverenlerin müteselsil sorumlu olduğun açıkça düzenlenmesi gerekir[71].

d) Eşit Davranma Borcu

İş hukuku öğretisinde genel olarak işverenin bir yandan çalıştırdığı işçiler arasında işe alma sırasında, iş ilişkisinin devamında ve iş sözleşmesinin sona ermesinde dil, din, ırk, siyasi görüş, felsefi inanç, cinsiyet gibi nedenlerle ayrım yapamaması (ayrım yasakları), diğer yandan aynı durumdaki işçilere aynı, farklı durumdaki işçilere farklı muamele yapması (genel anlamda eşit davranma borcu) olarak tanımlanan eşit davranma borcu geçici iş ilişkisinde özel olarak incelenmesi gereken bir husustur[72]. Nitekim gerek geçici iş ilişkisine ilişkin yasal düzenlememize örnek teşkil eden 2008/104/EC sayılı Avrupa Birliği direktifinde gerekse 6715 sayılı Kanunla değişik İş Kanunu'nun 7. maddesinde meslek edinilmiş geçici iş ilişkinde eşit davranma borcunun açık hükümlerle düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Gerçekten 2008/104/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifinin en önemli düzenlemelerinden bir olan eşit muamele başlıklı 5. maddesine göre, geçici işçilerin temel çalışma ve istihdam koşullarının geçici görev süreleri boyunca bu işçiler geçici işveren tarafından aynı iş için doğrudan işe alınmış olsaydı uygulanacak koşuların altında olamaz[73]. Benzer şekilde İş Kanunun 6715 sayılı Kanunla değişik 7. maddesinin 9. fıkrasında da[74], geçici işçinin, geçici işçiyi çalıştıran işverenin işyerindeki çalışma süresince temel çalışma koşulları, bu işçilerin aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı hâlinde sağlanacak koşulların altında olamaz hükmü yer almaktadır.

Söz konusu düzenlemeler kapsamında önemli olan temel çalışma koşullarının neler olduğunun kapsamının tespit edilmesidir. 2008/104/EC sayılı Direktifin 1. maddesinde temel çalışma ve istihdam koşulları çalışma süreleri, fazla çalışma, molalar, dinlenme süreleri, gece çalışması, tatiller ve resmî tatiller ve ücret şeklinde açıklanmıştır. Yine anılan Direktifin 5. maddesinde, gebe kadınların ve emziren annelerin korunması, çocuklar ve gençlerin korunması, erkek ve kadınlara eşit muamele, cinsiyete, ırka ya da etnik kökene,

---

71 Süzek, s. 316. Doğan Yenisey, s. 166.

72 Eşit davranma borcuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, s. 469 vd. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 327 vd. Hamdi Mollamahmutoğlu / Muhittin Astarlı / Ulaş Baysal, **İş Hukuku,** 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 728 vd. Senyen Kaplan, s. 178 vd. Gaye Burcu Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu,** 1. Baskı, Yetkin Kitapevi, Ankara, 2008, 29 vd.

73 O'Neil QC, s. 468.

74 Ayrıca Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği md. 9/2.

dine, inançlara, engelli olmaya, yaşa ya da cinsel yönelime dayalı her türlü ayrımcılıkla mücadeleyi amaçlayan bütün eylemler aynen kanunlara, tüzüklere, idari düzenlemeler, toplu sözleşmeler ve genel hükümlerle düzenlenmiş gibi riayet edilmelidir hükmüne yer verilmiş, 6. maddesinde 1. maddedeki hükümler saklı kalmak kaydıyla, başta yemekhane, çocuk bakımı imkanları ve ulaşım hizmetleri olmak üzere, geçici işçilerin kullanıcı işletmedeki tesislere ve ortak kullanımdaki imkanlara, farklı muamelenin nesnel gerekçelere dayanıyor olması dışında, işletme tarafından doğrudan işe alınan işçilerle aynı koşullarda erişimlerine imkan verilir şeklinde düzenleme yapılmıştır.

6715 sayılı Kanunda ise temel çalışma koşullarının kapsamına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiş ancak Kanunun gerekçesinde, temel çalışma koşullarının çalışma süreleri, fazla çalışma, ara dinlenmeleri, gece çalışması ve işyerinde yapılacak mesleki eğitim, yıllık izin, iş sağlığı ve güvenliği, genç çalışanların ve hamilelerin korunması gibi tüm koşulları kapsadığı ifade edilmiştir. Ayrıca, Kanunun 7. maddesinin 9. fıkrasına göre[75], geçici işçiler çalıştıkları dönemlerde, işyerindeki sosyal hizmetlerden[76] eşit muamele ilkesince yararlandırılır. Bu bağlamda çalışma ve dinlenme süreleri mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği ve sosyal yardım gibi konularda eşit davranma borcunun varlığının tartışmasız olduğu ifade edilebilir. Yine geçici işverenin yönetim hakkını kullanırken eşit davranma borcuna uygun hareket etmesi gerekir[77].

Buna karşılık ücret konusunda eşit davranma ilkesinin var olup olmadığı öğretide önemli tartışmalara yol açmıştır. Söz konusu tartışmalar ise büyük önem taşımaktadır, zira geçici işçilerin en önemli sorunlarından biri düşük ücretle çalıştırılmalarıdır ki[78], bu durum işçilerin emeklilikte elde ettikleri gelirleri de etkilemektedir[79]. Nitekim 2008/104/EC sayılı Direktifin yukarıda sözü edilen 1. maddesinde temel çalışma koşulları arasında ücret sayılmakla birlikte, üye devletlerin ücret konusunda bir geçici istihdam bürosuyla belirsiz süreli sözleşmesi olan geçici işçilere iki geçici görev arasındaki dönemde

[75] Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği md. 9/ç.

[76] Öğretide, sosyal hizmetler ifadesinin AB yönergesinde olduğu gibi geçici işverenin devamlı işçilerine uyguladığı yemek, ulaşım, kantin, kreş vb. sosyal hizmetleri kapsadığına ilişkin açık düzenlemeye yer verilmesinin isabetli olacağı ileri sürülmüştür. Bkz. Süzek, s. 319. Doğan Yenisey, s. 162.

[77] Süzek, s. 318.

[78] Weiss/Schmidt, s. 66.

[79] McCann, s. 145.

ödeme yapılmaya devam edildiğinde, sosyal ortaklara danıştıktan sonra, eşit davranma ilkesine istisna getirilebileceğini öngörebilecekleri düzenlemesine yer verilmiştir. Ayrıca, Direktifte geçici işçiler için uygun bir koruma düzeyi sağlanması şartıyla, kanunlarında herkese uygulanabilir toplu sözleşmeler yapmayı öngören usuller bulunmayan ya da bunların hükümlerini belli bir sektördeki ya da coğrafi bölgedeki bütün benzer işletmelere teşmil edecek usuller kanunlarında veya uygulamalarında bulunmayan üye devletlerin ulusal düzeyde sosyal ortaklara danıştıktan sonra ve bunların akdettikleri bir sözleşme temelinde, temel çalışma ve istihdam koşulları hususunda 1. paragrafta belirtilen ilkeye istisna getiren düzenlemeler yapabilecekleri öngörülmüş; söz konusu düzenlemelerin eşit davranma için bekleme süresi içerebileceği hükmüne yer verilmiştir[80]. Ancak belirtmek gerekir ki, AB ülkelerinin birçoğunda ücrette eşit davranma borcu iç hukuk kurallarıyla güvence altına alınmıştır. Örneğin İngiliz hukukunda eşit muamele yükümlülüğü öngören, Cinsiyet Nedeniyle Ayrımcılık Yasası (Sex Discrimination Act), Engellilik Durumu Nedeniyle Ayrımcılık Yasası (Disability Discrimination Act) gibi yasaların söz konusu işçilere de uygulanacağı kabul edilmektedir[81]. Alman Hukukunda ise, İşçi Devri Hakkında Kanunda (Arbeitnehmer Überlassung Gesetz) düzenlenmiş olup, geçici iş ilişkisinin ilk gününden itibaren geçici işçinin işyerindeki emsal işçi ile ücret dahil esaslı çalışma koşulları bakımından aynı haklardan yararlanacağı ifade edilmiştir (§ 3 Abs. 1. Nr. 3 AÜG).

Hukukumuz açısından bakıldığında ise, 6715 sayılı Kanunun Tasarısında (4904 sayılı Kanunun 19. maddesinde değişiklik öngören 7. maddede) özel istihdam bürosu, iş sözleşmesinde yer alan ücretten az olmamak kaydıyla özel istihdam bürosu işçisine geçici işçi çalıştıran işverenin aynı kıdemi haiz emsal işçisinin aldığı ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki istihkakı geçici çalıştığı dönemle sınırlı olarak ödemek zorundadır düzenlemesine yer verilmiş, ancak söz konusu düzenleme yasalaşmamıştır. Gerek yasal düzenlememize örnek teşkil eden Direktifte ücret konusunda eşit davranma borcuna istisna getirilebileceğine ilişkin düzenleme gerekse Kanunumuzda temel çalışma koşulları arasında ücret konusuna yer verilmemiş olması öğretide bazı yazarlar tarafından ücret konusunda eşit davranma borcunun olmadığı şeklinde yorumlanmaktadır. Nitekim Süzek'e göre "Türk iş hukuku öğretisinde çalışma koşulları denilince, temel nitelikte olup olmadığı ayrımı yapılmaksızın, anayasa, yasa-

[80] Ücrette eşit davranma yükümlülüğüne istisna tanınabileceğine ilişkin hükmün eleştirisi için bkz. Alpagut, s. 367.

[81] McCann, s. 152 vd.

lar, tüzükler, yönetmelikler, toplu iş sözleşmeleri, iş akitleri, genel iş koşulları (tip iş akitleri, iç yönetmelikler, işyeri uygulamaları) ile oluşturulan hukuki çerçeve diğer deyişle iş ilişkilerini düzenleyen kuralların tümü anlaşılır. İK m. 7/10'un uygulanması açısından hangi çalışma koşullarının temel nitelikte olduğunun öğreti ve yargı kararları ile belirlenmesi gerekecektir. Bununla beraber, hukukumuz açısından bağlayıcı olmamakla birlikte yukarıda belirtilen 2008/104 sayılı AB yönergesinin 3. ve 5. maddelerinde yer alan koşullar temel çalışma koşullarına örnek olarak alınabilir. Ancak daha önce açıklandığı gibi, AB ülkelerindeki düzenlemelerden farklı olarak hukukumuzda yasal dayanağı bulunmadığından, büro tarafından ödenen geçici işçi ücretlerinde eşitlik ilkesinin uygulanması mümkün bulunmamaktadır"[82]. Buna karşılık öğretide bazı yazarlar ücret konusunda da eşit davranma yükümlülüğünün bulunduğu görüşündedir[83]. Söz konusu yazarlara göre, kanunda yer alan temel çalışma koşulları ifadesi maddede anlatılmak isteneni çok iyi ifade edememektedir. Bu nedenle anılan ifadenin Avrupa Birliği Yönergesi ışığında yorumlanması ve bu bağlamda ücretin de temel çalışma koşulları kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kanımızca, Kanunda sözü edilen temel çalışma koşullarının içerisinde ücretin dahil edilmemesi isabetli değildir, zira ücret iş ilişkisinin en temel ve olmazsa olmaz unsurlarından biri olup, en önemli işçilik alacaklarından biridir. Her ne kadar meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisine ilişkin düzenlemeler içeren Tasarıda ücret konusunun açıkça düzenlenmesi ve söz konusu düzenlemenin yasalaşma aşamasında kaldırılması kanun koyucunun bilinçli olarak hareket ettiği ve kasıtlı susma şeklinde bir kanun boşluğu yaratıldığı ve bu nedenle ücret konusunda eşit davranma yükümlülüğünün olmadığı şeklinde bir yorum yapılabilir olsa da, kanun metninde yer alan temel çalışma koşullarının, kanuna örnek teşkil eden Avrupa Birliği Yönergesi ışığında yorumlanması daha isabetli görülmektedir. Dolayısıyla hukukumuz açısından da ücret konusunda eşit davranma yükümlülüğünün varlığının kabul edilmesi gerekir. Yine de yapılması gereken mevzuatta açık hükme yer verilerek, geçici işçiler ile geçici işverenin daimi işçileri arasında ücret ve diğer sosyal haklara ilişkin eşit davranma yükümlülüğünün düzenlenmesidir[84].

Belirtmek gerekir ki, ücret konusunda eşit davranma borcunun mevcut düzenlemeler açısından mümkün olup olmadığı tartışmasının yanı sıra, böyle

[82] Süzek, s. 317, 318.

[83] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 181. Taşkent/Kurt, s. 8.

[84] Taşkent/Kurt, s. 8.

bir uygulamanın varlığının isabetli olup olmadığı da tartışmalıdır. Nitekim öğretide, geçici iş ilişkisine ilişkin tasarıda yer alan ve ücrette eşit davranma borcunun varlığına işaret eden düzenlemenin isabetsiz olduğu, böyle bir düzenlemeyle özel istihdam bürosunun işçiye ödünç alan işverenin daimi işçisine verdiği ücret, prim, ikramiye vb. ödemeleri aynen yapmak durumunda kalacağı, bu durumda söz konusu işçinin ödünç alan işverene maliyetinin, özel istihdam bürosunun kar payı da düşünüldüğünde kendi daimi işçisinin maliyetini geçeceği ve bu durumun da geçici iş ilişkisinin uygulama olasılığını ortadan kaldıracağı ileri sürülmüştür[85].

Eşit davranma borcu açısından değinilmesi gereken bir diğer önemli husus, eşit davranma borcunun tespitinde esas alınacak emsal işçinin tespitidir. 2008/104/EC sayılı AB Direktifinde eşit davranma borcu belirlenirken geçici işçinin geçici işveren tarafından doğrudan işe alınması halinde uygulanacak çalışma koşullarından söz edilmiş, emsal işçi kavramına yer verilmemiştir. Dolayısıyla Direktif kapsamında emsal olarak işçinin değil, işin esas alındığı ifade edilebilir[86]. Hukukumuzda ise AB Direktifine uygun olarak düzenleme yapılmış, bu itibarla emsal işçi kavramına yer verilmemiş, eşit davranma borcunun tespitinde geçici işçinin geçici işveren tarafından doğrudan istihdamı halinde uygulanacak çalışma koşulları temel alınmıştır.

Eşit davranma yükümlülüğü kapsamında tartışılması gereken bir diğer husus, işverenin söz konusu yükümlülüğe aykırı davranması halinde uygulanacak yaptırımın ne olduğudur. Öğretide kanunda özel bir düzenleme olmaması nedeniyle İş Kanunu'nun 5. maddesinin kıyasen uygulanması gerektiği, bu itibarla işçinin yoksun kaldığı haklara ek olarak ayrımcılık tazminatı talep edebileceği, kanımızca da isabetli olarak ileri sürülmüştür[87]. Ayrıca 6715 sayılı Kanunun 8. maddesiyle değişik 4904 sayılı Kanunun 18. maddesine göre, iş ilişkisinde İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen eşit davranma ilkesine son fiilin tespitinden geriye doğru iki yıllık süre içerisinde üç defa aykırı davranıldığının tespiti halinde geçici iş ilişkisi kurma yetkisi iptal edilir ve üç yıl süreyle izin verilmez.

e) İş Sağlığı ve Güvenliği

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde, geçici işçi bakımından alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini sağlama yükümlülüğünün hangi

[85] Odaman, s. 53.

[86] Kabakçı, s. 84.

[87] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 181.

işverene ait olduğu önemli bir husustur. Belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesinin tarafı olan özel istihdam bürosu iş sözleşmesinden doğan koruma ve gözetme borcu kapsamında iş sağlığı ve güvenliğini sağlamakla yükümlüdür. Ancak, geçici işçi iş görme borcunu geçici işverene ait işyerinde ifa ettiğinden, söz konusu işverenin işinden ve işyerinden kaynaklanan mesleki risklere maruz kalmaktadır. Özel istihdam bürosunun ise kendine ait olmayan bir işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alması mümkün olamayacağından, anılan sağlık ve güvenlik önlemlerini geçici işverenin alması gerekmektedir. Dolayısıyla geçici işçi için koruma yükümlülüğünün de geçici işverene geçtiği kabul edilmelidir[88]. Bu bağlamda geçici işverenin geçici işçiye iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili eğitimleri vermesi, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemleri alması zorunludur. Nitekim 6715 sayılı Kanunla değişik İş Kanunu'nun 7. maddesinin 9. fıkrasında da[89] geçici işverenin, 20/6/2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 17. maddesinin altıncı fıkrasında[90] öngörülen eğitimleri vermekle ve iş sağlığı ve güvenliği açısından gereken tedbirleri almakla yükümlü olduğu açıkça belirtilmiştir. Geçici işçi de söz konusu eğitimlere katılmak zorundadır (İK m. 7/9). Yine Özel İstihdam Büroları Yönetmeliğinin 10. maddesinde geçici işçinin işverenin vermekle yükümlü olduğu 6331 sayılı Kanunun 17. maddesinin 6. fıkrasında öngörülen eğitimlere katılması gerektiği ifade edilmiştir.

Geçici işçiler için alınacak iş sağlığı ve güvenliği önlemleri bakımından hukukumuza benzer şekilde İngiliz Hukukunda da 1999 tarihli Management of Health and Safety at Work Regulations ile özel hükümler getirilmiştir. Buna göre, söz konusu hükümler iş için gerekli bilgi ve beceriler, iş sağlığı ve güvenliğini etkileme olanağı olan özelliklerini konusunda aydınlatılmasını, gerektirir, ve büro, bu bilgilerin işçilere iletildiğine emin olmak borcu altındadır[91].

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almasının yanı sıra, geçici işveren, geçici işçinin iş kazası ve meslek hastalığı hâllerini özel istihdam bürosuna derhâl, 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 13 üncü ve 14 üncü maddelerine göre ilgili mercilere bildirmekle yükümlüdür (İK m. 7/9, Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği

88 Junker, s. 60.

89 Ayrıca Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği md. 10.

90 Söz konusu Kanunun 17. maddesinin 6. fıkrasında "geçici iş ilişkisi kurulan işveren, iş sağlığı ve güvenliği risklerine karşı çalışana gerekli eğitimin verilmesini sağlar" hükmü yer almaktadır.

91 McCann, s. 154.

md. 9/c). Anılan Kanununa göre, iş kazasının Kuruma bildiriminde süre üç gün olup, Kanunun gerekçesine göre, iş kazasını bildirmede süre, iş kazasının işverenin kontrolü dışındaki yerlerde meydana gelmesi halinde iş kazasının öğrenildiği tarihten başlamaktadır. Yine 5510 sayılı Kanunun 14. maddesine göre, meslek hastalığının sigortalının meslek hastalığına tutulduğunu öğrenen veya bu durum kendisine bildirilen işveren tarafından, bu durumun öğrenildiği günden başlayarak üç iş günü içinde iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesi ile Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirmesi gerekmektedir. Bu hüküm uyarınca özel istihdam bürosunun iş kazası ve meslek hastalığı bildirim yükümlülüğünün ortadan kaldırılmış olduğu ifade edilebilir[92].

f) Geçici İşçinin Sorumluluğu

İş görme borcunu geçici işverene karşı ifa eden işçi, söz konusu borcu yerine getirirken özen yükümlülüğüne uymak zorundadır[93]. Aksi halde geçici işverene vermiş olduğu zarardan sorumlu olur. Nitekim İş Kanunu'na göre de geçici işçi, işyerine ve işe ilişkin olmak kaydıyla kusuru ile neden olduğu zarardan, geçici işçi çalıştıran işverene karşı sorumludur (İK m. 7/14, Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği, md. 10/2). Söz konusu sorumluluk işçinin bizzat sorumluluğu olup, özel istihdam bürosunun herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmamaktadır[94]. Buna karşılık zararın meydana gelmesinde özel istihdam bürosunun da kusuru olması ihtimalinde sorumlu olacağı ifade edilebilir[95].

g) Geçici İşçilerin Çalışmadıkları Dönemlerdeki Hakları

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde geçici işçilerin çalışmadıkları dönemde hangi haklara sahip olduğu konusunda Kanunda yer alan tek düzenleme eğitim ve çocuk bakım hizmetlerine yöneliktir. Buna göre, geçici işçiler, çalışmadıkları dönemlerde özel istihdam bürosundaki eğitim ve çocuk bakım hizmetlerinden yararlandırılır (İK m. 7/9). Benzer düzenleme 2008/104/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifinin 6. maddesinde yer almaktadır. Direktifin adı geçen maddesine göre, istihdam bürosu geçici işçilerin kariyer gelişimlerini ve istihdam edilebilirliklerini pekiştirmek amacıyla, geçici işçilerin, geçici görevleri arasında kalan dönemlerde bile, geçici istihdam bürolarındaki eğitim

92 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 181.

93 Süzek, s. 315.

94 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 172.

95 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 172.

ve çocuk bakım imkânlarına erişimlerini artırmak; geçici işçilerin, kullanıcı işletmenin işçilerine yönelik eğitimlere erişimini artırmak için gerekli önlemleri alır.

Eğitim ve çocuk bakım hizmetlerinin yanı sıra, geçici işçinin çalışmadığı dönemde sahip olduğu haklar konusunda kanunda özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu noktada özellikle istihdam bürosunun geçici iş ilişkisi kurmaması ve bu nedenle işçinin çalışamaması halinde, çalışılmayan dönem için büronun ücret ödemekle yükümlü olup olmayacağı tartışması ortaya çıkabilir. Her ne kadar kanunda açık düzenleme olmasa da, söz konusu durumla ilgili kişisel kanaatimiz, işverenin ücret ödeme yükümlülüğünün devam ettiği yönündedir. Zira geçici iş ilişkisinin kurulmadığı dönemlerde de, özel istihdam bürosu ile işçi arasındaki iş sözleşmesi devam etmektedir. Dolayısıyla ücret de dahil olmak üzere sözleşmeden doğan tüm borçlar varlığını sürdürmektedir. Bu noktada özel istihdam bürosunun geçici iş ilişkisi kurmaması/kuramamasının sonuçlarının işçiye yükletilmesi isabetli olmayacaktır. Yine de yapılması gereken, açık bir yasal düzenlemeyle işverenin söz konusu dönemlerde de ücret ödemekle yükümlü olduğunun belirtilmesidir[96]. Öğretide de geçici işçinin çalışmadığı dönemde gelir elde edememeleri ve belirsiz süreli çalışmadan kaynaklanan iş güvencesi ve kıdem tazminatı haklarının güvence altına alınması bakımından ödünç verilmedikleri dönemde geçici işçilerin hukuki durumuna ve ücret alacaklarına ilişkin yasal düzenleme yapılması gerektiği ileri sürülmüştür[97].

h) Geçici İşçilerin Daimî İstihdamına Yönelik Önlemler

Yukarıda da belirtildiği üzere meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin amaçlarından biri de, geçici işçi olarak çalışıp tecrübe kazanan işçilerin daimi istihdam içerisinde yer almasının sağlanmasıdır. Söz konusu amacın gerçekleştirilebilmesi için bazı önlemlere yer verilmiştir. Bu önlemlerden ilki, geçici işverenin açık iş pozisyonlarını geçici işçiye bildirme zorunluluğudur. Gerçekten, Avrupa Birliğinin 2008/104/EC sayılı direktifinin 6. maddesinde de sürekli bir iş sahibi olabilmeleri hususunda kullanıcı işletmedeki diğer işçilerle aynı

[96] Nitekim böyle bir düzenleme, özel istihdam bürosunun işyerinde çalıştırmasa dahi, geçici işçiye asgari ücretin yarısı kadar ücret ödeyeceği şeklinde 4857 sayılı İş Kanunu Tasarısında yer almış, ancak yasalaşmamıştır.

[97] Doğan Yenisey, s. 165. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 173. Yıldız, s. 218. Şelale Usen, "2008/104/EC Sayılı Ödünç İş İlişkisine İlişkin Avrupa Birliği Yönergesinin Getirdiği Yeni Düzenlemelerin Türkiye Açısından Değerlendirilmesi", **"Çalışma ve Toplum Dergisi",** Y. 2010, S. 3, s. 184.

fırsattan yararlanabilmeleri amacıyla, geçici işçiler, kullanıcı işletmedeki boş iş imkanlarından haberdar edilir. Bu bilgilendirme, geçici işçiler hangi işletmenin hesabına ve gözetiminde çalışıyorlarsa bu işletmenin uygun bir yerinde genel bir ilanla yapılabilir, üye Devletler, geçici görev sona erdikten sonra, kullanıcı işletme ile geçici işçi arasında iş sözleşmesi akdedilmesini yasaklayan ya da buna engel teşkil eden hükümlerin yok sayılmasını ya da yok sayılabilmesini sağlayacak gereken her türlü önlemi alır hükmü getirilmiştir.

Direktifte yer alan bu düzenlemeye paralel olarak, İş Kanunu'nun 6715 sayılı Kanunla değişik 7. maddesinin 9. fıkrasında ve Özel İstihdam Büroları Yönetmeliğinin 9. maddesinde geçici işveren işyerindeki açık iş pozisyonlarını geçici işçisine bildirmek ve Türkiye İş Kurumu tarafından istenecek belgeleri belirlenen sürelerle saklamakla yükümlüdür ifadesine yer verilmiştir. 6715 sayılı Kanunun gerekçesine göre, geçici iş ilişkisinin işçiler bakımından temel amacı, işçilerin geçici işlerden daimî işlere geçişini kolaylaştırmaktır. Bu amaca hizmet edecek şekilde özel istihdam bürosu işçisinin, geçici iş ilişkisi kurulan işverenin işyerindeki tüm açık işlerden, işyerinde işçilerin görebileceği şekilde ilan etmek, internet sitesinde yayınlamak, işçi temsilcilerini haberdar etmek gibi yöntemlerle haberdar edilmesi gerekir. Ayrıca geçici işçi çalıştıran işverenin, bu ilişkinin istihdam üzerindeki etkisinin tespiti, iş piyasasındaki güncel durumun yakından izlenmesi, istihdam politikalarının tespitinde kullanılabilmesi gibi ihtiyaçları karşılamak üzere kullanılacak olan bilgilerin Türkiye İş Kurumunca belirlenecek şekilde düzenli olarak derlenmesi, korunması ve saklanması zorunluluğu düzenlenmiştir. Bu belgeler, Türkiye İş Kurumunun özel istihdam bürosu bildirimlerine ilişkin çapraz kontroller yapabilmesinde de imkân verecektir.

Belirtmek gerekir ki, geçici işverenin açık iş pozisyonlarına geçici işçiyi alma zorunluluğu bulunmamaktadır[98]. Diğer taraftan söz konusu bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda nasıl bir yaptırım uygulanacağına ilişkin herhangi bir düzenleme de yapılmamıştır. Bu nedenle kanımızca söz konusu düzenlemeden beklenen yararın sağlanıp sağlanamayacağı tartışmalıdır. Öğretide de anılan konuya ilişkin bir yaptırım öngörülmesi ile normun daha etkin uygulanacağı ileri sürülmüştür[99].

3. Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisinin Sendikal Haklara Etkisi

Özel istihdam büroları aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisine dayalı olarak çalışan geçici işçilerin hukuki durumları sendikal haklar bakımından da

[98] Doğan Yenisey, s. 163.

[99] Doğan Yenisey, s. 163.

ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, hukukumuzda geçici işçilerin sendika kurma veya sendikaya üye olma hakları bakımından özel bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu itibarla, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda yer alan hükümler çerçevesinde geçici işçinin işvereni olan özel istihdam bürosunun bulunduğu işkolunda kurulu bulunan bir sendikaya üye olabileceği ifade edilebilir[100]. Diğer taraftan geçici işçinin yararlanabileceği toplu iş sözleşmesi de yine üyesi olduğu sendikanın özel istihdam bürosuyla yapacağı toplu iş sözleşmesidir. Buna karşılık, çalışma ve dinlenme süreleri ile yönetim hakkı konuları dışında geçici işverenin işyerinde geçerli olan toplu iş sözleşmesinden yararlanması mümkün değildir[101]. Benzer şekilde, geçici işçinin geçici işverenin işyerinde uygulanan greve katılması söz konusu olmamaktadır. Tüm bu hususlar birlikte geçici işçilerin sendikal haklar bakımından olumsuz bir tablo içerisinde yer aldıkları açıktır. Nitekim, çoğunlukla fiilen çalışmadıkları, daha çok kâğıt üzerinde görünen bir işyerinde çalışan geçici işçilerin söz konusu işyeri ile kolektif bir bağ kuramadıkları, bu nedenle sendikal haklardan yararlanmanın bu tür işçiler için uygulama alanı bulmasının oldukça zor olduğu ifade edilebilir[102].

4. Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisinin Sona Ermesi

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin sona ermesine neden olan birden fazla durum söz konusudur. Bu durumlardan ilki, özel istidam bürosu ile geçici işçi arasındaki iş sözleşmesinin sona ermesidir[103]. Dolayısıyla, söz konusu iş ilişkisinde taraflardan birinin, özellikle işçinin, ölümü, tarafların anlaşarak iş sözleşmesini sona erdirmesi durumlarında, bunun yanı sıra iş sözleşmesinin belirli süreli olarak yapıldığı durumlarda, söz konusu sürenin bitimiyle geçici iş ilişkisi ortadan kalkar. Ayrıca taraflardan biri iş sözleşmesini fesih yoluyla sona erdirdiğinde de geçici iş ilişkinin sona ereceği ifade edilebilir ve bu durumda iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı hukuki sonuçlar doğar.

Geçici iş ilişkisini sona erdiren bir diğer durum, özel istihdam bürosu ile geçici işveren arasındaki işçi temini sözleşmesinin sona ermesidir. Bu durumda geçici iş ilişkisi sona erer, işçi tekrar özel istihdam bürosuna döner, sonradan yeni bir geçici iş ilişkisi kurulabilir.

---

[100] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 190. Özdemir, s. 23.

[101] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 190. Senyen Kaplan, s. 76. Narmanlıoğlu, s. 16.

[102] Özdemir, s. 23.

[103] Odaman, (2016), s. 56.

Geçici iş ilişkisinin sona ermesi konusunda üzerinde durulması gereken önemli bir husus, geçici iş ilişkisi sona ermesine rağmen, geçici işçinin geçici işveren yanında çalışmaya devam ediyor olması halinde hangi hukuki sonuçların uygulanacağıdır. Hukukumuzda böyle bir durumda nasıl bir hukuki sonuç uygulanacağına ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır. Gerçekten 6715 sayılı Kanunla değişik İş Kanunu'nun 7. maddesinin 14. fıkrasına göre[104], sözleşmede belirtilen sürenin dolmasına rağmen geçici iş ilişkisinin devam etmesi hâlinde, geçici işçi çalıştıran işveren ile işçi arasında sözleşmenin sona erme tarihinden itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulmuş sayılır. Bu durumda özel istihdam bürosu işçinin geçici iş ilişkisinden kaynaklanan ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden sözleşme süresiyle sınırlı olmak üzere sorumludur. Görüldüğü üzere kanun böyle bir durumda, geçici iş ilişkisinin sona erdiği tarihten itibaren işçinin özel istidam bürosuyla olan iş ilişkisinin sona ereceğini, bu tarihten itibaren işçinin geçici işverenin belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan daimi işçisi olacağını kabul etmiştir. Dolayısıyla geçici iş ilişkisinin sona ermesiyle birlikte geçici işveren ve işçi arasında yeni bir iş sözleşmesi kurulmakta ve özel istihdam bürosu söz konusu hukuki ilişkinin tamamen dışında kalmaktadır. Ancak, geçici iş ilişkisinin devam ettiği süre içerisindeki işçi ücretinden, sosyal sigorta primlerinden ve işçiyi gözetme borcundan özel istihdam bürosu sorumlu olmaya devam etmektedir.

Geçici iş ilişkisinin sona ermesine neden olan bir diğer durum ise, özel istihdam bürosunun geçici iş ilişkisi kurma yetkisinin iptal edilmesi veya kapanmasıdır. Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği'nin 28. maddesine göre, geçici iş ilişkisi kurma yetkisinin iptali hâlinde; Kanun kapsamında yapılmış ve devam eden sözleşmelerin uygulanmasına, sözleşmede belirtilen süreler tamamlanıncaya kadar devam edilir. Ancak, özel istihdam bürosu bu dönem içerisinde geçici iş ilişkisi kurma veya geçici işçi sağlama sözleşmesini uzatma yetkisini kullanamaz. Ayrıca, herhangi bir nedenle özel istihdam bürosunun kapanması hâlinde geçici işçi çalıştıran işverene bu durumun tebliğ edilmesi ile geçici iş ilişkisi sona erer. İş ilişkisinin devam etmesi durumunda, geçici işçi çalıştıran işverenle işçi arasında iş sözleşmesi kurulmuş olur.

5. Sonuç

Çalışmamızda incelemiş olduğumuz meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi, hukukumuzda ilk defa 6715 sayılı Kanun ile değişik İş Kanunu'nun 7. mad-

[104] Ayrıca Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği md. 11.

desiyle düzenlenmiş ve mevzuatımızda Türkiye İş Kurumu tarafından kendisine izin verilen özel istihdam bürosunun bir işverenle geçici işçi sağlama sözleşmesi yaparak işçisini geçici olarak bu işverene devretmesi olarak tanımlanmıştır. Gerçekten söz konusu hukuki ilişki yetkili özel istihdam bürosu, işçi ve geçici işveren arasında kurulan ve özel istihdam bürolarının işçilerini kural olarak geçici iş ilişkisi kurmak için istihdam ettiği üçlü bir ilişkiyi ifade etmektedir. Bu tür hukuki ilişkide özel istihdam bürosu ile işçi arasında iş sözleşmesi, özel istihdam bürosu ile geçici işveren arasında işçi temini sözleşmesi, geçici işveren ile işçi arasında ise iş sözleşmesi benzeri bir hukuki ilişki kurulmuş olduğu kabul edilmektedir. Özel istihdam bürosu ile geçici işveren arasında kurulan işçi temini sözleşmesine dayalı olarak işçi geçici bir süre için iş görme edimini geçici işverene karşı yerine getirmekte, geçici iş ilişkisi sona erdiğinde özel istihdam bürosuna geri dönmektedir.

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisine ilişkin 6715 sayılı Kanunla değişik İş Kanunu'nun 7. maddesi ile getirilen en önemli düzenlemelerden biri, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin kurulmasının sınırlandırılmış olmasıdır. Buna göre özel istihdam büroları aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisi sadece 4857 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinin beşinci fıkrası ile 74 üncü maddesinde belirtilen hâllerde, işçinin askerlik hizmeti hâlinde, iş sözleşmesinin askıda kaldığı diğer hâllerde, mevsimlik tarım işlerinde, ev hizmetlerinde, işletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı olarak gördürülen işlerde, iş sağlığı ve güvenliği bakımından acil olan işlerde veya üretimi önemli ölçüde etkileyen zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması hâlinde, işletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeyen şekilde artması hâlinde ve mevsimlik işler hariç dönemsellik arz eden iş artışları hâlinde kurulabilir. Diğer taraftan toplu işçi çıkarılan işyerlerinde sekiz ay süresince, kamu kurum ve kuruluşlarında, yer altında maden çıkarılan işyerlerinde ve grev ve lokavt uygulanan işyerlerinde grev ve lokavtın uygulanması sırasında geçici iş ilişkisi kurulması yasaklanmıştır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, geçici işçi çalıştıran işveren, iş sözleşmesi feshedilen işçisini fesih tarihinden itibaren altı ay geçmeden geçici iş ilişkisi kapsamında çalıştıramaz. Söz konusu yasak ve sınırlamalar geçici iş ilişkisinin kötüye kullanılarak daimi işçi çalıştırmanın yerini, nispeten güvencesiz ve düşük ücretli geçici işçi çalıştırmanın almasını engellemesi açısından isabetlidir. Ancak, söz konusu düzenlemeler içerisinde toplu işçi çıkarılan işyerlerinde geçici iş ilişkisi kurma yasağının, toplu işçi çıkarılan işler değil işyerinin tamamı için getirilmiş olması, yine toplu işçi çıkarmaya ilişkin İş Kanunundaki düzenlemelerle uyumsuz bir şekilde sekiz aylık geçici iş ilişkisi kurma ya-

sağının getirilmesi ve tehlikeli işyerinin tamamını kapsaması gereken geçici iş ilişkisi kurma yasağının sadece yeraltı maden işyerleri ile sınırlandırılmış olması eleştiriye açıktır.

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin kurulması ile birlikte işçi iş görme borcunu geçici işverene karşı yerine getirir, diğer taraftan emir ve talimat verme yetkisi ile iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü geçici işverene geçmektedir. Ancak özel istihdam bürosu ile işçi arasındaki iş sözleşmesi devam ettiğinden ücret ödeme yükümlülüğü özel istihdam bürosuna ait olmaya devam eder. Bu noktada İş Kanunu'nun 7. maddesi ile getirilen düzenlenmeler içerinde en eleştiriye açık olanı, işçinin ücreti konusunda geçici işveren ile özel istihdam bürosunun müteselsil sorumluluğunun kabul edilmemiş olmasıdır. Oysa meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisini düzenleyen 6715 sayılı Kanunla değişik İş Kanunu'nun 7. maddesinin son fıkrasında geçici iş ilişkisi kurulan işverenin işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden devreden işveren ile birlikte sorumlu olacağına ilişkin hükme yer verilmiştir. Geçici iş ilişkisinin bu iki türü arasında böyle bir ayrım yapılması anlaşılmaz olup, yapılacak kanun değişikliği ile meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi için de işverenlerin müteselsil sorumlu olduğun açıkça düzenlenmesi gerekir.

Meslek edinilmiş geçici ilişkisine ilişkin getirilen yeni düzenlemelerin en önemlilerinden biri de eşit davranma yükümlülüğüdür. Gerçekten İş Kanunun 6715 sayılı Kanunla değişik 7. maddesinin 9. fıkrasında, geçici işçinin, geçici işçiyi çalıştıran işverenin işyerindeki çalışma süresince temel çalışma koşulları, bu işçilerin aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı hâlinde sağlanacak koşulların altında olamaz hükmü yer almaktadır. Ancak bu noktada tartışılması gereken eşit davranma yükümlülüğünün geçerli olduğu temel çalışma koşullarının içerisinde ücretin yer alıp almadığı, bu bağlama ücret konusunda eşit davranma yükümlülüğünün olup olmadığıdır. Belirtmek gerekir ki Kanunda bu yönde bir hükme yer verilmediği gibi, temel çalışma koşullarını örneklendiren Kanunun gerekçesinde de ücretten söz edilmemiştir. Buna karşılık yasal düzenlemelerimize örnek teşkil eden AB Direktifinde temel çalışma koşulları içerisinde ücrete de yer verilmiştir. Bu itibarla, öğretide tartışmalı da olsa, konuya ilişkin kişisel kanaatimiz kanun metninde yer alan temel çalışma koşullarının, kanuna örnek teşkil eden Avrupa Birliği Yönergesi ışığında yorumlanması ve hukukumuz açısından da ücret konusunda eşit davranma yükümlülüğünün varlığının kabul edilmesi yönündedir.

Meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisine ilişkin olarak getirilen düzenlemelerle ilgili olarak değinilmesi gereken bir diğer husus, işçinin geçici işveren

yanında çalışmadığı sürelerde ücrete hak kazanıp kazanamayacağıdır. Nitekim kanunda bu konuya ilişkin herhangi bir düzenlenmeye yer verilmemiştir. Kanımızca açık bir yasal düzenlemeyle işverenin söz konusu dönemlerde de ücret ödemekle yükümlü olduğunun belirtilmesi gerekir.

Çalışmamız kapsamında yapmış olduğumuz incelemelerle ilgili olarak, genel bir değerlendirme yaptığımızda, uygulamada sıklıkla karşılaşılan meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin kanunla düzenlenmesinin ve kötüye kullanılmaları engellemek amacıyla belirli sınırlamalara tabi tutulmasının isabetli olduğu, ancak söz konusu düzenlemeler içinde birtakım isabetsiz hükümler ve eksiklikler olduğu kanaatindeyiz. Anılan eksikliklerin giderilmesi ve isabetsiz olduğunu düşündüğümüz hükümlerin yapılacak bir kanun değişikliği ile düzeltilmesi gerekir. Bu kanun değişikliğinde ise, işçinin ücretinin korunması için özel istihdam bürosu ile geçici işverenin müteselsil sorumluluğunun kabul edilmesi, yine ücret konusunda eşit davranma yükümlülüğünün açıkça hüküm altına alınması, işçinin geçici işveren yanında çalışmadığı sürelere ilişkin ücrete hak kazanacağının belirtilmesi öncelikli olmalıdır.

KAYNAKÇA

AKYİĞİT, Ercan: **İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi,** 1. Baskı, Kamu-İş Yayını, Ankara, 1995.

ALPAGUT, Gülsevil: "Geçici İş İlişkisini Düzenleyen Avrupa Birliği Yönergesi'nin Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan,** 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 353–368.

ALPAGUT, Gülsevil: "Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi: Sınırlamadan Teşvike", **Prof. Dr. Can Tuncay'a Armağan,** 1. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2005, s. 260-278. (2005)

ALPAGUT, Gülsevil: "Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi,** Y. 2006, S.10, s. 570-584. (2006)

BAŞTERZİ, Süleyman: "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (Türk Milli Komitesi), Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009,** 1. Baskı, Kamu-İş Yayını, Ankara, 2011, s. 1-135.

BENLİ, Abdurrahman / YİĞİT, Yusuf: "4857 sayılı İş Kanunu'na Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları", **Kamu-İş Dergisi,** Y. 2006, C.8, S. 42, s. 6-40.

CANİKLİOĞLU, Nurşen: "İş Kanunu'nda Değişiklik Öngören Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi ve Esnek Çalışma Biçimlerine İlişkin Tasarıların Genel Olarak Değerlendirilmesi", **İşveren Dergisi,** S. Ocak-Şubat 2012, s. 56-61.

CİVAN, Orhan Ersun: **Meslek Edinilmiş (Ödünç) İş İlişkisi,** Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008.

ÇANKAYA, Osman Güven / ÇİL, Şahin: **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler,** 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2006.

ÇELİK, Nuri / CANİKLİOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat: **İş Hukuku Dersleri,** 29. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.

DERELİ, Toker: "Geçici İş İlişkisinin Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla

Kurulmasına İlişkin Yeni Düzenleme Önerileri", **Sicil İş Hukuku Dergisi,** Mart 2012, Y. 7, S. 25, s. 10-14.

DOĞAN YENİSEY, Kübra: "Yeni Bir Tasarı Işığında Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi ve Geçici İş İlişkisi", **Prof. Dr. Turhan Esener Armağanı I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi,** 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 133-172.

DOĞAN YENİSEY, Kübra: "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013,** 1. Baskı, Kamu- İş Yayını, İstanbul, 2015, s. 9-149. (2013)

EKMEKÇİ, Ömer: "4857 sayılı İş Kanunu'nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi,** Y. 2004, S. 2, s. 367-382.

EKONOMİ, Münir: "Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç (Geçici) İş İlişkisi", **Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan,** 1. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 231- 266.

HEKİMLER, Alpay: "Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisine İlişkin Mevzuat ve Taslakların Genel Değerlendirilmesi", **TİSK Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi Semineri (25 Ocak 2013),** 1. Baskı, TİSK Yayını, Matsa Basımevi, Ankara, 2013, s. 49-76.

JUNKER, Abbo Dr. İur.: **GrundkursArbeitsrecht,** 12. Auflage, Verlag C. H. Beck, Münhchen, 2013.

KABAKÇI, Mahmut: "5920 sayılı Kanunun Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Veto Edilen Hükmünün AB Yönergesi Işığında Değerlendirilmesi", **Çalışma ve Toplum Dergisi,** Y. 2011, S. 4, s. 73-111.

McCANN, Deirdre: **Regulating FlexibleWork,** 2nd Edition, Oxford University Press, Oxford, 2009.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: **İş Hukuku,** 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

NARMANLIOĞLU, Ünal: "İşverenin Emir ve Talimat Verme Yetkisinin Geçici Süre İle Sınırlı Olarak Başkasına Devredilmesi (Ödünç "Geçici" İş

İlişkisi)", **Sicil İş Hukuku Dergisi,** Eylül 2011, Y. 6, S. 23, s. 15-21.

NAZLI, Seçkin: **Özel İş Aracılığı,** 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

O'NEIL QC, Aidan: **EU Law for UK Lawyers,** 2nd Edition,Hart Publishing, Oregon, 2011.

ODAMAN, Serkan: "Ödünç İş İlişkisinde Değişiklik Bu Defa Gerçekleşiyor Mu?", **Sicil İş Hukuku Dergisi,** Mart 2012, Y. 7, S. 25, s. 44-53.

ODAMAN, Serkan: "Güvenceli Esneklik Açısından Fransa ve Türkiye Uygulamaları", **İşveren Dergisi,** S. Ocak-Şubat 2012, s. 63-66. (2012)

ODAMAN, Serkan: Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi Uygulaması, **Sicil İş Hukuku Dergisi,** Y. 2016, S. 36, s. 41-61. (2016)

ÖZDEMİR, Erdem: "Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi: Düzenlenmeli Ama Nasıl?", **Sicil İş Hukuku Dergisi,** Haziran 2010, Y. 5, S. 18, s. 20-32.

PITT, Gwyneth: **Employment Law,** First Edition, Thomson Sweet & Maxwell, London, 2004.

PORTMANN, Wolfgang / STÖKLİ, JeanFritz: **Schweizeris Arbeitsrecht,** 3. Auflage, Zürich 2013.

SELWYN, Norman: **Selwyn's Law of Employment,** First Edition, Oxford University Press, Oxford, 2006.

SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: **Bireysel İş Hukuku,** 7. Baskı, Gazi Kitapevi, Ankara, 2015.

SÜRAL, Nurhan: "AB Müktesebatında Geçici İş İlişkisi", **TİSK Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi Semineri (25 Ocak 2013),** 1. Baskı, TİSK Yayını, Matsa Basımevi, Ankara, 2013, s. 28-48.

SÜZEK, Sarper: **İş Hukuku,** 12. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.

SÜZEK, Sarper: "İş Akdinin Türleri", **Mercek Dergisi,** Y. Nisan 2001, s. 17-35. (2001)

TAŞKENT, Savaş / KURT, Dilek: "Mesleki Anlamda Ödünç İş İlişkisi", **Kamu-İş Dergisi,** C. 13, S. 1, Y. 2013, s. 1-8.

ULUCAN, Devrim: "Karar İncelemesi", **Çalışma ve Toplum Dergisi,** Y. 2004, S. 3, s. 145-152.

USEN, Şelale: "2008/104/EC sayılı Ödünç İş İlişkisine İlişkin Avrupa Birliği Yönergesinin Getirdiği Yeni Düzenlemelerin Türkiye Açısından Değerlendirilmesi", **Çalışma ve Toplum Dergisi,** Y. 2010, S. 3, s. 169-190.

WEİSS, Manfred / SCHMİDT, Marlane: **Labour Law and Industrial Relations in Germany**, Fourth Edition, Wolters Kluwer Law & Business, Netherlands, 2008.

YILDIZ, Gaye Burcu: "Güvenceli Esneklik ve 4857 sayılı İş Kanunu", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan,** 1. Baskı, Beta Kitapevi, İstanbul, 2011, s. 203-232.

YILDIZ, Gaye Burcu: **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu,** 1. Baskı, Yetkin Kitapevi, Ankara, 2008. (2008)

SİVİL HAVA ARACI MÜLKİYETİNİN KAZANILMASI, DEVRİ ve SONA ERMESİ

Ekrem KURT*

ÖZET

Sivil havacılığın en önemli fizikî unsuru hava araçlarıdır. Türk hukukunda taşınır eşya olan sivil hava araçları üzerinde üç türlü aynî hak kurulabilir. Bunlar mülkiyet, intifa ve rehin haklarıdır. Medenî Kanuna göre mülkiyet hakkı ilke olarak taşınmazlarda tapuya tescil ile, taşınırlarda ise zilyetliğin nakli ile doğar. Bu sistemde iki aşamalı bir mülkiyet devri bulunur. Birinci aşama borçlandırıcı işlem olup, henüz eşya devredecek kişinin malvarlığının aktifinde yer almayı sürdürürken, borçlandırıcı işlemin kurulmasıyla malvarlığının pasifinde artış olmuştur. İkinci aşama, yani malın aktiften çıkarılarak devralanın aktifine girmesi aşamasıdır. Bu işlem 'tasarruf işlemi' olarak adlandırılır. Hava araçları bakımından Türk Sivil Havacılık Kanunu bu iki sistemden de ayrılmış ve tarafların yapacakları yazılı sözleşme ile mülkiyetin devrinin gerçekleşmiş sayılacağını kabul etmiştir. Bununla birlikte ICAO (MASHA) anlaşmasına göre ulusal düzeyde tutulması zorunlu olan uçak siciline tescil ise zorunlu tutulmamıştır. Oysa rehin ancak uçak siciline tescil ile doğabilmektedir. Mülkiyetin geçişi için hiçbir kurucu etkisi bulunmayan uçak sicilinin, sicile güvene dayanan hak iktisaplarını tam olarak koruyucu işleve sahip olması ise önemli çelişkidir. Tek aşamada mülkiyetin devrini gerekli kılan bir zorunluluk yahut yarar bulunmadığından, bu düzenlemenin genel ilkelere uygun olarak, tasarruf işlemi sonucunda devrin gerçekleşmiş sayılmasına ihtiyaç vardır. Bunun için de zilyetliğin nakli yahut uçak siciline tescilin esas alınması uygun olacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Sivil Hava Aracı, Sivil Hava Aracı Mülkiyetinin Kazanılması, Uçak Sicili, Hava Aracı Mülkiyetinin Devri, Hava Aracı Mülkiyetinin Sona Ermesi.*

ACQUISITON OF AIRCRAFT OWNERSHIP, ITS TRANSFER AND DISPOSITION

ABSTRACT

Aircrafts are movable things in Turkish civil law. The transfer of ownership of movable things in civil law can be achieved by means of a double phased transaction. The first phase is the obligatory transaction, a contract. In the second phase, possession of the movable thing is delivered to the other party and the ownership passes (dispositive transaction). Nevertheless, TCAA provides that ownership passes

* Yrd. Doç. Dr. MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi. ekremku@yahoo.com

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 24/03/2017

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 18/08/2017

only through a written contract. TCAA does not give a constitutive function to the entry in the registration.

So, the single phase is deemed to be the phase where the aircraft ownership is transferred. There is no necessity to maintain this exceptional formula. In order to amend this system, it is required to create a second phase (dispositive transaction). For this reason, there are two alternatives: First the transfer of possession or second entry in the aircraft registration. But the contractual hypothec can only be created after a written contract and its entry. The acquisition through bona fides relating to an illegal entry is protected by TCAA. Although the entry is not constitutive, it is a contrast to keep such acquisitions. By adopting the constitutive effect of the registration, this dilemma can be overcome.

Keywords: *Transfer of Aircraft Ownership, Acquisition of Aircraft Ownership, Registration of Aircraft, Disposition of Aircraft Ownership.*

GİRİŞ

Sivil havacılık hukuku, görece yeni gelişen bir hukuk dalı olup, hem özel hukuk, hem de kamu hukuku alanlarına giren, bu yönüyle devletler hukuku, devletler özel hukuku, iş ve sosyal güvenlik hukuku, medenî hukuk, ticaret hukuku gibi pek çok hukuk dalıyla ilgili, kavşak bir alan niteliğindedir. En hızlı gelişen ulaşım yolu olarak kabul edilen havacılıkta kuşku yoktur ki başat rolü hava araçları oynamakta ve havacılığı düzenleyen kurallar bu araçları temel alarak gelişmektedir. Hava araçları söz konusu edilmeksizin bir hava hukukundan ve sivil havacılıktan söz edilemez. Havacılığın özellikle askerî ve güvenlik amaçlı uygulamaları sivil havacılığın kapsamına girmez. Bununla birlikte, sivil nitelikte olmayan hava araçları da aynı hava trafiğini paylaşacağı için bunlar da hava hukukunun tamamen dışında değildir.

İnceleme konumuzu bütün hava araçları değil, sivil hava araçları oluşturmaktadır. Taşınır eşya niteliğinde oldukları için sivil hava araçlarının üzerinde kurulabilecek üç tür aynî hak bulunmaktadır. Bunlar mülkiyet, intifa hakkı ve rehin (ipotek) haklarıdır. İncelememiz beş anabaşlıktan meydana gelmekte olup, birinci anabaşlıkta sivil havacılığın temelleri ele alınırken, ikinci anabaşlık altında sivil hava aracı mülkiyetinin aslen, devren ve miras yoluyla kazanılması hâlleri ele alınmakta; hava araçları üzerindeki mülkiyet hakkının özelliklerinin ele alındığı üçüncü anabaşlıkta özellikle hak sahiplerinin sayı-

sına göre mülkiyet durumu incelenmektedir. Dördüncü anabaşlık uçak sicili ile bu sicile yapılan tescilin, özellikle mülkiyet hakkına ilişkin tescilin etkisi incelenmekte ve eleştirisi yapılmaktadır. Son anabaşlığımız ise hava aracı üzerindeki mülkiyet hakkının sona ermesine ilişkindir. Sonuç başlığı altında da tespit, görüş, eleştiri ve değişiklik önerilerimiz yer almaktadır.

I. SİVİL HAVACILIK HUKUKUNUN TEMELLERİ

A. Sivil Havacılık Hukukunun Doğuşu ve Gelişmesi

Sivil havacılık, en geniş açıdan "*askerî olmayan her türlü uçuş faaliyeti*" olarak tanımlanabilir. Bu geniş tanımın içine tarifeli ve tarifesiz yolcu taşıma faaliyetleri ile kargo ve diğer özel uçuş faaliyetleri (amatör ve sportif amaçlı uçuşlar, özel ziyaret ve iş gezileri vb.) girmektedir. Sivil olmayan hava araçlarının hukukî durumları kamu hukuku alanına girmekte olup, inceleme konumuzun dışında yer almaktadır.

Ülkemizde de dünyanın çoğu yerinde olduğu gibi önce askerî havacılık, sonra sivil havacılık gelişmiştir[1]. Dünyada sivil havacılığın tarihi daha eskilere gitmekle birlikte asıl gelişmenin, 2. Dünya savaşından sonra büyük gövdeli eski askerî uçakların yolcu ve kargo uçakları olarak yeniden düzenlenmesiyle hızlandığı bilinir.

Sivil havacılığın gelişmesi herşeyden önce insanların seyahat sürelerini ciddî ölçüde kısaltmış, ticarî faaliyetleri, turizmi ve özel ziyaretleri kolaylaştırıp hızlandırmış, küreselleşmeye önemli katkı sağlamıştır. Havayolu taşımacılığının diğer taşıma yollarına göre en hızlı gelişen yol olduğu kabul edilmektedir[2].

Dünyada olduğu gibi Türkiye'de de havayolu şirketlerinin sayısı ve filo kapasitesi her geçen yıl artmaktadır. İç ve dış rekabetin de etkisi ile yolcu

---

[1] Bu konuda örnek vermek gerekirse, Tayyare Cemiyeti (Türk Hava Kurumu) 1925, Türk Hava Yolları ise 1933'te kurulmuş iken, Türk Hava Kuvvetlerinin kuruluşu 1911'e dayanmaktadır. Bu tarihte Harbiye Nazırı olan Mahmut Şevket Paşa'nın Kara Kuvvetleri bünyesinde kurduğu "*Tayyare Müfrezesi*" Hava Kuvvetlerinin kuruluşu olarak kabul edilmektedir. Kaldı ki, Türk Hava Yolları da ilk kuruluşunda Millî Savunma Bakanlığına (Millî Müdafaa Vekâleti) kısmen bağlı bir kuruluş olarak ortaya çıkmıştır (20.05.1933 tarih ve 2184 sayılı Hava Yolları Devlet İşletme İdaresi Hakkında Kanun –RG. Tarih: 27.05.1933, Sayı: 2411).

[2] **Bilge**, **A. Suat**: Şikago Havacılık Anlaşmaları ve Milletlerarası Sivil Havacılık Teşkilatı (OIAC), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (AÜSBFD), C. 6, S. 1, 1951, (s. 196-214), s. 196 vd.

taşıma sayısı ve kargo hacminin büyümesi, yabancı havayolu şirketlerinin Türkiye'ye olan sefer sayısının artıp çeşitlenmesi, yeni havaalanlarının devreye girmesi, düşük maliyetli havayolu şirketlerinin uçuşları ile mevcut şirketlerin kurdukları daha ucuz maliyetle taşıma yapan yan şirketler aracılığıyla farklı seçenekler sunmaları gibi sebepler, hava ulaşımını ancak belli bir gelir düzeyine sahip olanların yararlanabildikleri ayrık bir ulaşım yolu olmaktan çıkarmıştır.

Sivil havacılık hukukunun gelişmesi de sivil havacılık faaliyetlerinin artmasıyla yakından ilgilidir. Hava araçlarının uçmaya başladığı ilk zamanlarda herhangi bir hava trafiğinden ve buna ilişkin düzenlemelerin gereğinden söz edilemeyecek iken, günümüzde havada aynı anda binlerce hava aracının seyrüseferinden söz edilmektedir[3].

Bu konuda "*hava aracı*" kavramını somutlaştırmak önem taşımakla birlikte, uçma kabiliyetine sahip araçların hangilerini hava aracı saymak gerekeceği sorunu bazı zorluklar içermektedir.

B. Hava Aracı Kavramı

14.10.1983 tarih ve 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu (TSHK)[4] md. 3/b "*Hava Aracı*" terimine ilişkin olarak "*havalanabilen ve havada seyredebilme kaabiliyetine sahip her türlü araç*" olarak genel bir tanım vermektedir[5]. Bu tanım, gelişen teknoloji ve çeşitli uygulamalar karşısında zaman

[3] 1944 Chicago Konvansiyonu (Milletlerarası Sivil Havacılık Anlaşması/MASHA) ile Birleşmiş Milletler Teşkilatı bünyesinde kurulan Milletlerrarası Sivil Havacılık Örgütü (International Civil Aviation Organization/ICAO) verilerine göre 2016 yılında tarifeli seferlerle seyahat eden yolcu sayısı 3.7 milyar kişi olarak gerçekleşerek bir önceki yıla göre yüzde 6 artış gerçekleşmiştir. Aynı dönemde 35 milyon uçuş sayısı gerçekleşmiş, turistlerin yaklaşık olarak yarısı hava yolu ile seyahati tercih etmiş, bütün seyahatlerin yaklaşık olarak yüzde 35'i düşük maliyetli yolcu taşımacılığı (Low-Cost Carrier/LCC) aracılığıyla yapılmış, uçuşlardaki doluluk oranı ise yazde 80.3 olarak gerçekleşmiştir. Kargo taşımacılığının ise yüzde 87'si uluslararası rotalarda gerçekleşirken, sınır ötesi e-ticarete dayalı tüketici satışlarının yüzde 90'dan fazlası havayolu taşımacılığı ile gerçekleşmiştir. 2016 yılında havayolu taşımacılığında akaryakıt maliyeti, operasyon maliyetlerinin yaklaşık olarak 1/5'ini oluşturmuş ve sektör 60 milyar Dolar civarında kâr elde etmiştir. Bkz. (Erişim: 16.2.2017) http://www.icao.int/ Newsroom/ Pages/ traffic- growth- and-airline- profitability-were- highlights-of-air-transport-in-2016.aspx. 2015 yılı içinde ise Havayolu taşımacılığı gelirleri bir önceki yıla göre yaklaşık olarak yüzde 7 oranında artış kaydetmiştir. Bu artışta motor rolünü uluslararası taşımacılık alanında yüzde 31.3 artış oranı ile Çin, yüzde 14.6 ile Türkiye ve yüzde 11.9 ile BAE sağlamıştır. Bkz. (Erişim: 12.2.2017) http://www.icao.int/ annual-report-2015/ Pages/the-world- of-air-transport-in- 2015.aspx.

[4] RG. Tarih: 19.10.1983, Sayı: 18196.

[5] Aynı maddenin (d) bendi ise, "*Türk Sivil Hava Aracı*"nı "*Devlet hava araçları tanımı dışında*

zaman tereddüt doğurabilecek niteliktedir. Şu hâliyle gezi ve taşıma amaçlı balonlar, zeplinler bu tanıma uygundur. Zira bu araçlar havalanma ve havada seyredebilme kabiliyetine sahiptir[6]. Hobi maksadıyla kullanılan motorlu paraşütler vb. de genel olarak bu tanıma uygundur. Ancak bunların hava aracı sayılıp sayılmayacağı kuşku doğurmaya elverişlidir. Kanaatimizce bu araçların basitliği, hacmi, hızı gibi unsurları dikkate alındığında TSHK'nun tanımladığı anlamda hava aracı sayılamaz. Bu konuda '*Sivil Hava Vasıtaları Tescil Yönetmeliği*'nin[7] daha somut bir tanım içermesi beklenirdi; ancak söz konusu Yönetmelik, Kanundaki tanımları tekrar etmekten öteye bir hüküm içermemektedir.

Türkiye'nin de tarafı olduğu '*Milletlerarası Sivil Havacılık Anlaşması*'/MASHA[8] (International Civil Aviation Convention/ICAC) metninde hava aracını basit bir yöntemle tanımlamaktadır. Buna göre sivil hava araçları, devlet hava aracı dışındaki hava araçları olarak tanımlanmıştır (MASHA md. 3/a). Askerî, gümrük ve polis hizmetlerinde kullanılan hava araçları da devlet hava araçları olarak tanımlanmıştır (md. 3/b). Hemen hemen aynı tanım, TSHK md. 3/c'de devlet hava araçları "*devletin askerlik, güvenlik, gümrük ve orman yangınları ile mücadele hizmetlerinde kullandığı hava araçları*" şeklinde tanımlanmıştır.

Teknolojik gelişmeler her gün karşımıza farklı özellik ve işlevlere sahip yeni hava araçları çıkarmakla birlikte, sivil hava aracı olarak genellikle sabit veya hareketli kanatlara sahip olup yolcu veya yük taşımaya elverişli olan uçak ve helikopterlerin bu kapsamda olduğunu söyleyebiliriz. Bu anlamda "*yolcu*" yalnızca uçuş ekibi veya tek bir pilottan dahî ibaret olabilir.

Özellikle son yıllarda kullanım alanı gitgide artan ve temini de aynı oranda kolaylaşıp yaygınlaşan insansız hava araçlarının (İHA) durumunun da incelenmesi gerekmektedir. Zira söz konusu araçlar bir yandan insanların yaşamını kolaylaştırıp, etkili güvenlik hizmetleri sağlayabilirken, diğer yan-

---

kalan ve mülkiyeti Türk Devletine veya kamu tüzel kişilerine veya Türk vatandaşlarına ait araçlar" olarak tanımlamaktadır.

6 **Hızır, Serdar/Turaev, Alisher**: Türk Hukuku'nda Hava Araçları Üzerinde İpotek Tesis Edilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2008, S. 3, (s. 371-409), s. 375.

7 RG. Tarih: 02.06.1967, Sayı: 12611.

8 MASHA: İmza tarihi: 07.12.1944; TBMM tarafından kabul ve onay tarihi: 05.06.1945 tarihli ve 4749 sayılı Kanun (Resmî Gazete: 05.06.1945, Sayı: 6929). Aslında bu metin tek bir sözleşme olmaktan öteye, ek sözleşmelerle oluşan bir anlaşmalar dizisidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Bilge**, s. 201 vd.

dan da ciddî güvenlik sorunlarına yol açabilmektedir. Bu konuyla ilgili olarak Ulaştırma Bakanlığı bünyesinde yer alan Sivil Havacılık Genel Müdürlüğünün (SHGM) bir takım idarî düzenlemeler yaptığı görülmektedir. Doğrudan doğruya bu konuyu düzenleyen '*İnsansız Hava Aracı Sistemleri Talimatı*'na (SHT-İHA)[9] göre, kalkış ağırlıklarına göre İHA'lar çeşitli sınıflandırmalara tâbi tutulmuştur. Buna göre ağırlığı 0,5 kg.'dan daha az olan İHA'lar için herhangi bir işleme gerek bulunmazken, ağırlığı 0,5 kg. ilâ 25 kg. arasında bulunan İHA'lar için Genel Müdürlüğün internet sayfası üzerinden sayısal ortamda pilot (kullanıcı) ve aracın (İHA) kayıt edilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Kayıt esnasında her İHA için ayrı bir plaka sayısı verilmektedir. Sayısal ortamda kullanıcı ve araç kaydı yapılmaksızın aracın uçurulması hâlinde ise SHGM tarafından idarî para cezası yaptırımı uygulanmaktadır[10]. Anılan talimat hükümleri dikkate alındığında 25 kg – 150 kg. arası İHA'lar ile 150 kg. üzerindeki İHA'lar hava aracı sayılmaktadır. Bunlar, gereken hallerde uçak siciline tescil edilecektir.

MASHA md. 17 vd. hükümlerinde hava araçlarının "*tâbiiyet*"inden[11] söz edildiğini görmekteyiz. Bu hükümlere göre bir hava aracı tescil edildiği devletin tâbiiyetini haizdir. Bir hava aracının kişiliğinden söz edilemeyeceğine göre buradaki tâbiiyet bir vatandaşlığı değil, gemilerdeki bandıranın ifade ettiği gibi, bir ülke aidiyetini işaret etmektedir.

C. Sivil Hava Araçlarının Hukukî Niteliği

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu[12] md. 762 taşınır mülkiyetinin konusunu " *... nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddî şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler*" şeklinde tanımlamaktadır. Sivil hava araçlarının taşınır bir eşya olduğuna şüphe yoktur[13]. Öyle ki, taşınır olmak bir yana, bizatihi "taşıyan" işlevine sahip olmaları

---

[9] Azamî kalkış ağırlıkları referans alınarak İHA'lar 4 ayrı sınıfa ayrılır:
a) İHA0: Azamî kalkış ağırlığı 500 gr (dâhil) – 4kg aralığında olan İHA'lar,
b) İHA1: Azamî kalkış ağırlığı 4 kg (dâhil) – 25 kg aralığında olan İHA'lar,
c) İHA2: Azamî kalkış ağırlığı 25 kg (dâhil) – 150 kg aralığında olan İHA'lar,
d) İHA3: Azamî kalkış ağırlığı 150 kg (dâhil) ve daha fazla olan İHA'lar.

[10] Bkz. http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/ talimatlar/ SHT-IHA_ REV1. pdf (Erişim tarihi: 03.02.2017).

[11] İngilizce orijinal metinde bu husus "*Nationality*" şeklinde ifade olunmuştur.

[12] RG. Tarih: 08.12.2001, Sayı: 24607.

[13] Taşınır eşyadan söz edebilmek için ayrıca o şeyin bir başka eşyanın bütünleyici parçası halinde bulunmaması gerekmektedir. Bkz. **Liver**, **Peter**: Das Eigentum, Schweizerisches

da söz konusudur. Ancak tıpkı gemilerde ve motorlu kara taşıtlarında olduğu gibi, sıradan taşınır olmayan bu araçlar için kendisine özgü yapısı bulunan bir tescil düzeni söz konusudur. Bu düzen nedeniyle sivil hava araçlarının hukukî rejimlerinin bazı noktalarda, özellikle hava aracı ipoteği bakımından taşınmazlara; tâbi oldukları tescil düzenlerinin de bazı noktalarda tapu siciline yaklaştığı söylenebilir[14]. Nitekim bu husus TSHK md. 50 vd. hükümlerine göre Ulaştırma Bakanlığına bağlı SHGM nezdinde Türk hava araçları için "*Uçak Sicili*" adı altında bir sicil tutulur ve yine aynı Kanunun 50/II. maddesi uyarınca (eski) Medenî Kanun md. 917 (4721 sayılı TMK md. 1007) hükmü kıyasen uçak sicilleri hakkında da uygulanır. Yani, sicilin hukuka aykırı tutulmasından kaynaklanabilecek zararlardan Devlet kusursuz olarak sorumlu olacak, yalnız ilgili kamu görevlisinin zararın doğmasında kusuru varsa Devlet o nispette ona rücu etme hakkına sahip olacaktır.

Uçakların taşıdıkları önem, iktisadî değer, güvenlik riski, uluslararası düzenlemeler gibi sebeplerle onların sıkı kayıt ve denetim altına alınmış olmaları, özel hukuk bakımından onların taşınır eşya sayılmalarını engellemez. Taşınır eşya sayılmanın temel ölçütü, özüne zarar gelmeksizin bir yerden diğer bir yere taşınabilmek[15] olduğuna göre, sivil hava araçları taşınır birer eşya niteliğindedir.

Hukuk, hangi şeyin taşınır, hangisinin taşınmaz olduğunu belirlerken, o şeyin doğal özelliklerini göz önünde tutmakla birlikte, insanların ihtiyaçlarını, eşyanın iktisadî değer ve önemini de göz önünde tutar; örneğin niteliği bakımından bir taşınır olan fakat bir taşınmazın bütünleyici parçası olan şeyler (meyveler) hukuk düzeni tarafından taşınmaz sayılır (MK md. 684, 685, 718)[16]. Nitekim TSHK md. 65 açıkça "*Bu Kanunda aksine bir hüküm bulun-*

Privatrecht, Sachenrecht V/I (Herausgegeben von Meier-Hayoz, Arthur), Helbing & Lichtenhahn Verlag Basel, Stuttgart 1977, (s. 1-403), SPR V/I, s. 312.

[14] Bununla birlikte, tapu siciline hâkim olan '*tescil ilkesi*' hava aracı mülkiyetinin veya hava aracı üzerinde sınırlı aynî hakların kazanılması bakımından öngörülmemiştir. Uçak sicili rejiminin tapu siciline yakınlığı ve diğer benzerlikler nedeniyle **Serozan**, hava aracı üzerindeki mülkiyetin taşınırla taşınmaz arasında bir yerde bulunduğunu ileri sürmektedir. Bkz. **Hatemi**, **Hüseyin/Serozan**, **Rona/Arpacı**, **Abdülkadir**: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991, s. 307.

[15] **Gürsoy, Kemal Tahir/Eren, Fikret/Cansel, Erol**: Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1984, s. 932; **Ayan**, **Mehmet**: Eşya Hukuku, C. II, Mülkiyet, 8. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2016, s. 575; krş. **Tekinay**, **Selahattin Sulhi/Akman**, **Sermet/Burcuoğlu**, **Haluk/Altop**, **Attila**: Tekinay Eşya Hukuku, Cilt: I, Zilyedlik-Tapu Sicili, Mülkiyet, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s. 23 vd.

[16] **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 28.

madıkça, hava araçları menkul mal hükümlerine tâbidir" hükmünü amirdir. Hemen belirtelim ki, "*kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça*" ibaresi kanaatimizce tedbir amaçlı olarak yazılmış olup, Kanunda aksine bir hüküm, yani sivil hava araçlarının taşınır sayılmalarını engelleyen bir düzenleme yer almamaktadır. Bu konuda sadece uçak sicilini düzenleyen hükümlerde yer yer MK'nın çeşitli hükümlerinin özellikle tapu siciline ve rehne ilişkin olanlarının kıyasen uygulanacağına dair yapılan atıflar yer almaktadır (TSHK md. 17, 50/II, 68, 75, 76).

TSHK md. 49'a göre bir sivil hava aracı aşağıda belirtilen durumlarda da Türk sivil hava aracı sayılmaktadır:

"*Türk kanunları uyarınca kurulup da;*

a) Kamu kurumu niteliğindeki meslekî kuruluşlar, dernekler, siyasî partiler, sendikalar veya vakıfların mülkiyetinde bulunan hava araçları, idarî organını oluşturan kişilerin çoğunluğunun Türk vatandaşı olması,

b) Türk Ticaret Siciline kaydedilmiş ticarî şirketler, kooperatifler ve bunların birliklerinin mülkiyetinde bulunan hava araçları, şirketi idare ve temsil etmeye yetkili olanların çoğunluğunun Türk vatandaşı olması ve şirket anasözleşmesine göre oy çoğunluğunun Türk ortaklarda bulunması".

Bu hüküm, TSHK md. 3/d'de yer alan "*Devlet hava araçları tanımı dışında kalan ve mülkiyeti Türk Devletine veya kamu tüzel kişilerine veya Türk vatandaşlarına ait araçları"* şeklindeki *"Türk sivil hava aracı"* tanımını tamamlamaktadır. Şu hâlde Türk hava aracı md. 3/d ve 49/a ve b hükümlerinde tanımı yapılan kişi veya kurumlara ait olan hava araçlarıdır.

Ancak hemen ifade etmeliyiz ki, yabancı bir ülkeye ait olan sivil hava araçları da Türk hukuku bakımından taşınır eşya niteliğini taşıyacaktır.

Sivil hava aracı dışındaki araçlar ise aynı Kanunun md. 3/değişik (c) bendinde "*Devletin askerlik, güvenlik, gümrük ve orman yangınları ile mücadele hizmetlerinde kullandığı hava araçları*" şeklinde tanımlanmıştır[17].

Şu hâlde sivil hava araçları da Türk borçlar hukukuna hâkim olan sözleşme özgürlüğü ilkesine göre serbestçe hukukî işlem ve tasarruflara konu

[17] Kanaatimizce orman yangınlarıyla mücadele gibi amaçlar için özel kuruluşlardan kiralanan ya da ihale yoluyla mürettebatı ile birlikte görevlendirilen hava araçları sivil hava aracı olma özelliğini yitirmez. Yalnızca –varsa- devlet hava araçları için sağlanan uçuş ayrıcalıklarından yararlanabilir.

olabilecek, bu amaçla mülkiyetin devrini amaçlayan satış, bağış, mal değişimi gibi sözleşmeler[18] akdedilebilecek; kira, finansal kiralama, kullanım ödüncü (ariyet) gibi kullandırma sözleşmelerine konu olabilecek; özel Kanunundaki hükümlere uygun davranmak kaydıyla taşınır rehni (uçak ipoteği) kurulabilecek yahut üzerinde irtifak hakkı (taşınır olduğu için yalnızca intifa hakkı)[19] kurulabilecektir. Diğer bir anlatımla, özel kanunlarda, özellikle TSHK'da aksine hüküm bulunmadıkça hava araçlarının genel hükümlere göre işlem göreceği açıktır.

II. SİVİL HAVA ARACI MÜLKİYETİNİN KAZANILMASI

A. Genel Olarak

Sivil hava araçlarının taşınır eşya niteliğinde olduğunu tespit ettikten sonra artık bunların mülkiyetini kazanma yollarını belirlemek kolay olacaktır. Sivil hava aracı mülkiyetinin, diğer taşınır eşyada olduğu gibi aslen, devren ve miras yoluyla geçeceği açıktır. Miras yoluyla geçişi de devren kazanım içinde değerlendirme anlayışı çoğu kez benimsenmekle birlikte, biz bu kazanım yolunu ayrı bir başlık altında ele almayı uygun görmekteyiz.

B. Aslen Kazanma

Hak konusunun aslen kazanılması, hak sahibinin iradesinden bağımsız olarak gerçekleşir; mülkiyet hakkının geçmesi için önceki malikle yeni malikin anlaşmaları gerekmez[20]. Taşınır mülkiyetinin aslen kazanma yolları olarak sayılanlardan yalnızca bir bölümü kuramsal düzeyde de olsa bir hava aracının mülkiyetini kazanmayı sağlayabilir. Bunlar *sahiplenme/ihraz* (MK md.767), *bulunmuş eşya* (md. 769-771), *düşen veya sürüklenen eşya* (md.774) *işleme/hukukî tağyir* (md. 775), *karışma ve birleşme* (md. 776)*, kazandırıcı zamanaşımı* olarak sayılabilir. Doğal olarak bu kazanma yollarının çoğu bir hava aracını kazanmaya elverişli değildir. Aslında sivil hava araçlarının hacmi, kıymeti ve işlevleri dikkate alındığında bunların aslen kazanılmaları olasılığı çok düşük ve kuramsal düzeydedir.

Sahiplenme yoluyla bir hava aracının mülkiyetinin kazanılabilmesi için sahipsiz bir hava aracının bir kimse tarafından zilyetlik kurulmak suretiyle

[18] TSHK md. 66'ya göre sivil hava aracının üzerindeki bir aynî hak veya buna ilişkin payın tesisi, devri veya temliki yazılı sözleşme yapılması ile gerçekleşir. Dolayısıyla bu tür işlemler bakımından '*mülkiyetin devrini sağlayan sözleşmeler*' ibaresi daha isabetli olacaktır.

[19] **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 343 vd.; **Liver,** SPR V/I, s. 309.

[20] **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 678.

sahiplenilmesi gerekir. Bunun için hava aracının sahipsiz olması gerekir. Bu da ancak, malik tarafından terk edilmekle olur ki, sık karşılaşılabilecek bir durum değildir. Hava araçlarının genellikle çok değerli araçlar olması, eskiyince işlevi değiştirilerek kullanımının sürdürülebilmesi[21] gibi sebepler bunların terk edilerek üçüncü kişilerce sahiplenme yoluyla edinilmesine (MK md. 767) engel olmaktadır. Kırıma uğrayıp ya da hurdaya dönüşerek uçma yeteneğini yitiren bir hava aracı artık TSHK'daki tanıma göre hava aracı olmaktan çıktığı için, iktisadî bir değerinin bulunması ve bunun sahiplenme yoluyla kazanılması hâlinde artık bir hava aracının mülkiyeti kazanılmış olmayacaktır.

Eşyayı bulma yoluyla hava aracının mülkiyetini kazanmak da bize pek mümkün görünmemektedir. Zaman zaman yaşanan kazalar sonucunda hava araçlarının kaybolması ve bazen çok uzun süre sonra bulunmaları söz konusu olabilir. Ancak bir kaza sonucu karaya veya denize düşen yahut kaybolan hava aracının sonradan bulunması hâlinde, onun uçma kabiliyetinden genellikle söz edilemeyeceği için artık ortada bir hava aracının varlığından söz edilemez.

Aslen kazanma hâllerinden belki görülmesi en olası olanı zamanaşımı yoluyla hava aracının mülkiyetinin kazanılması olabilir. Taşınır mülkiyetinin zamanaşımı ile kazanılmasını düzenleyen MK md. 777 "*başkasının taşınır malını davasız ve aralıksız beş yıl iyi niyetle ve malik sıfatıyla bulunduran kimse zamanaşımı yoluyla o taşınırın maliki olur*" biçimindedir. Bu hükümden yola çıkılarak, zamanaşımı ile taşınır mülkiyetinin kazanılabilmesi için şu şartların varlığının gerektiği kabul edilmektedir[22]:

1) Kazanacak olan kişi malik sıfatını taşıyan bir zilyet olmalıdır.

2) O malın mülkiyeti zilyet tarafından başka bir sebeple kazanılmış olmamalıdır.

3) Zilyet, mülkiyeti kazanmadığını bilmemeli ve bilmesi de gerekmemelidir. Yani iyiniyetli olmalıdır.

4) Zilyetliğin davasız ve aralıksız olarak en az beş yıl devam etmiş olması gerekir.

---

[21] Özellikle yolcu uçaklarının belirli bir yaştan sonra yeniden düzenlenerek kargo uçağına dönüştürülmeleri sık görülen uygulamalardandır. Kullanımına son verilen hava araçlarının ise terk edilmeleri havaalanı işgaliyesinin maliyeti, gibi nedenlerle söküme uğrayarak hurdaya dönüştürülmesi ve bunun satılması şeklinde gerçekleştiğinden terk etme olayı olsa olsa ancak küçük hava araçları bakımından söz konusu olabilir.

[22] **Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe**: Eşya Hukuku, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 363 vd.

Zamanaşımı yoluyla bir hava aracının kazanılabilmesi için, mülkiyetin devrinde bir hukuka aykırılık veya eksikliğin bulunması ve fakat bu nakisenin zilyetliği elde eden kimse tarafından bilinmemesi ve bilinmesinin de beklenememesi gerekir. Zilyet, malik olduğunu sanarak ve zilyetliğini de bu sıfatla kullanarak, hakkında dava açılmadan aralıksız olarak beş yılı tamamlarsa artık mülkiyeti kanun gereği kendiliğinden kazanır. Bunun için ayrıca herhangi bir işlem yapması yahut dava açması gerekmeden hava aracının mülkiyetini kazanabilir. Zaten çoğu kez kazandırıcı zamanaşımı süresi dolmasına rağmen sahip olduğu iyiniyeti muhafaza edeceği için, süre dolduktan sonra da gerçeği bilmeyecek ve belki hiçbir zaman da öğrenemeyecektir. Örneğin kendisine satış yapılırken malikin ayırt etme gücünü geçici olarak kaybetmiş olması ve bunun kendisince malum olmaması hâlindeki durum böyledir.

C. Devren Kazanma

1. Genel Açıklamalar

Sivil hava araçlarının mülkiyetinin aslen kazanılması nadiren görülebilecek bir durumdur. Asıl olan bunların mülkiyetinin devren kazanılmasıdır. Mülkiyetin bir kişiden diğer bir kişiye iradî olarak geçtiği hâllerde devren kazanma gerçekleşmiş olur[23]. Çoğu yazar miras yoluyla mülkiyetin kazanılmasını da devren kazanma içinde kabul etmektedir[24]. Ancak kanaatimizce miras yoluyla taşınır mülkiyetinin kazanılması bunun dışında, ayrı bir kaynak olarak ele alınmalıdır. Zira miras yoluyla kazanma, devren kazanmanın aksine iradî bir devrin özelliklerini tam olarak taşımaz. Miras yoluyla mülkiyet kazanma bir bakıma aslen ve devren kazanmanın arasında yer alan üçüncü bir yoldur. Nitekim, miras yoluyla taşınır mülkiyetinin kazanılmasını devren kazanmanın içinde değerlendiren yazarlar dahî devren kazanmayı "*iradi*" ve "*iradî olmayan*" şeklinde ikiye ayırmakta, miras yoluyla kazanmayı ikincisine dâhil saymaktadırlar[25]. Bu nedenlerle miras yoluyla kazanmayı ayrı bir başlık altında incelemeyi tercih ediyoruz.

MK md. 763'e göre "*Taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devri gerekir. Bir taşınırın zilyetliğini iyi niyetle ve malik olmak üzere devralan kimse, devredenin mülkiyeti devir yetkisi olmasa bile zilyetlik hükümlerine göre kazanmanın korunduğu hâllerde o şeyin maliki olur*".

---

[23] **Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nabi**: Medenî Hukuk, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, N. 780.

[24] Örnek olarak bkz. **Ayan**, C. II, Mülkiyet, s. 577 vd.**; Oğuzman/Seliçi, Oktay-Özdemir**, s. 742 vd.

[25] **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 742 vd.

Dolayısıyla, devren mülkiyetin kazanılabilmesi için kural olarak önce zilyetliğin devredilmesi gerekir. Zilyetliğin devri, teslimden daha geniş bir kavramdır. Ancak zilyetliğin geçerli olarak devredildiğinden söz edebilmek için tarafların zilyetliğin devir sebebinde uzlaşmış olmaları gerekir[26] ki bu uzlaşıya öğretide "aynî akit" adı verilmektedir[27]. Ancak TSHK md. 66/I, mülkiyetin devri için yazılı sözleşmenin yapılmış olmasını yeterli saymakla, bu genel kuraldan ayrılmıştır. Dolayısıyla sivil hava araçlarına ilişkin mülkiyetin devri sürecinde zilyetliğin devrinin işlevi, yalnızca edimin ifası ile sınırlıdır. Mülkiyetin devri ise borçlandırıcı işlem olan sözleşmenin kurulması ile gerçekleşmiş olacaktır. Kanun yazılı sözleşmenin kurulmasının dışında mülkiyetin devri için taşınır mülkiyetinin devrindeki genel kural olan '*zilyetliğin devri'* işleminin varlığını aramamıştır. Bu yüzden, taşınır mülkiyetinin devrinin sebebe bağlı mı, yoksa soyut işlem mi olduğu tartışmasının ve yine zilyetliğin devrinde aranan '*aynî akit'*in hava aracı mülkiyeti bakımından hukukî bir değeri de kalmamaktadır.

Hava aracı mülkiyetinin devrinde taşınırlar için genel kural olan zilyetliğin devri (tasarruf işlemi) şartını aramayan Kanun, uçak siciline tanıdığı bazı işlevler yoluyla, zilyetliğin devrinin sağlayacağı kamuya açıklık işlevini telafi etmeye çalışmıştır. Bu konuda uçak siciline sağlanan hukukî rol ilginçtir. Aynî hakkın doğması bakımından herhangi bir rolü bulunmayan tescil, iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından ise güçlü bir dayanak oluşturmaktadır. TSHK md. 52/I uyarınca "*Uçak sicilindeki bir kayda iyi niyete dayanarak mülkiyet, ipotek veya diğer bir aynî hakkı iktisap eden kişinin bu iktisabı geçerli olur*"[28].

---

[26] **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 678; **Liver,** SPR V/I, s. 317.

[27] Temel işlemin (borçlandırıcı işlemin) geçersizliği, bir irade bozukluğundan, muvazaadan, iradelerin uyuşmamış olmasından, emredici bir hükme yahut ahlaka aykırılıktan kaynaklanmış olabilir. Bu geçersizlik hali de zilyetliğin nakli şeklindeki tasarruf işlemini de hükümsüz kılacak ise ortada sebebe bağlılık ilkesi söz konusudur. Bkz. **Liver,** SPR V/I, s. 320.

[28] TSHK md. 52/II "*Sicilde lehine bir hak tescil edilmiş olan kişiye bu hakkı sebebi ile bir edada bulunulması veya bu kişinin üçüncü kişiler ile tescilli hak üzerinde bir tasarruf muamelesinde bulunması hallerinde de , yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır*" hükmü iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde sicilde lehine bir hak tescil edilmiş olan kişiye yapılan eda bakımından md. 52/I'deki iyiniyetin korunması kuralı uygulanacaktır. Bu durum, malikin üçüncü kişiye sattığı ancak bir başkasında kirada bulunan ve henüz açıklayıcı tescilin yapılmadığı bir hava aracının yeni malik dönemine ait kira parasını tahsil etmesi gibi örneklerde karşımıza çıkabilir. Açıklayıcı tescil yapılmamış olduğu için, sicil kaydını esas alarak ve iyiniyetle önceki malike ödemede bulunan kiracının bu ödemesi geçerli sayılacaktır. Bu hüküm ile iyiniyetin koruma alanının aynî hakların da ötesine geçtiği görülmektedir.

Bu hüküm, hava aracının sicile tescilini fiilen zorunlu hâle getirmektedir. Yine md. 66/II hükmü uyarınca da "*Sözleşmeler uçak siciline tescil edilmeden üçüncü şahıslar bakımından hüküm ifade etmez*". Bu hükümler, pek çok yönden trafik siciline benzetebileceğimiz[29] uçak sicilinin işlevini birden bire tapu siciline yaklaştırmaktadır. Öyle ki, her ne kadar tescil işleminin mülkiyet devri için bir etkisi olmasa da mülkiyetin sözleşme yoluyla kazanılması durumunda sicildeki kayıt yolsuz da olsa, iyiniyetli üçüncü bir kişi buna güvenerek mülkiyet veya diğer bir aynî hak elde edebilir. Bu risk nedeniyle mülkiyeti kazanan kişinin derhâl uçak siciline tescilinin sağlanmasında büyük menfaati bulunmaktadır. Aksi takdirde, tapu sicilinin olumlu hükmü olarak adlandırılan, '*yolsuz tescile iyiniyetle dayanarak aynî bir hak kazanan kimsenin kazanımının korunması*' ilkesi hava araçları bakımından da TSHK md. 66/II ile getirildiğinden, sözleşmenin kurulması ile mülkiyeti (veya diğer bir aynî hakkı) kazanan kişinin, bu hakkını sicile güvenerek iktisapta bulunan iyiniyetli üçüncü kişiye mülkiyet hakkını kaptırması (sicil malikinin aracı ikinci kez satması gibi) veya sicil malikinin kuracağı sınırlı aynî hakka katlanmak zorunda kalması söz konusu olabilir. Hatta bu olumsuz olasılıklar gerçekleşirken yeni malikin hava aracına zilyet kılınmış olması bile TSHK md. 66/II hükmü karşısında bir sonuç doğurmaz. Zira güvenin korunması bakımından zilyetliğe değil, tamamen uçak sicilindeki tescil kaydına dayanılması söz konusudur.

2. Sivil Hava Araçlarının Mülkiyetinin Devrini Amaçlayan Sözleşmelerde Şekil

a) Hava Aracı Mülkiyetinin Devrini Amaçlayan Sözleşmeler

Bir hava aracının mülkiyetini devretmeyi amaçlayan sözleşmeler satış, bağışlama, mal değişimi (trampa) gibi sözleşmeler olabileceği gibi, hava aracının tüketim ödüncüne (karz) konu yapılması da mümkündür. Bu son sözleşme tipinde de ödünç konusunun kullandırılması ancak onun mülkiyetinin

TSHK md. 52/III ise "*Hakkın iktisabı için tescil şart olan durumlarda, tescili isteme tarihi iyiniyete esas tutulur*" şeklindedir. Hükümde geçen "*hakkın iktisabı için tescil şart olan durumlar*" ibaresi ile hava aracı rehninin kastedildiğini anlıyoruz. Zira TSHK md. 70'e göre hava araçları üzerindeki akdî ipoteğin uçak siciline tescili gerekmektedir. Hükümde kastedilen '*tescili isteme tarihi iyiniyete esas tutulur*' ibaresi örneğin bir tarafta hava aracını satın alan kişi, diğer tarafta sicile güvenerek eski malikten rehin hakkı kazanan kişilerin bu haklarını hangisi önce tescil ettirirse onun iyiniyeti korunacaktır.

[29] Trafik sicili de mülkiyetin devri bakımından herhangi bir işleve sahip değildir. Kamuya açık olmayan trafik sicilinin üçüncü kişiler bakımından herhangi bir güven yaratması veya belli kazanımları koruyucu rol oynaması söz konusu değildir.

ödünç alana devredilmesi ile mümkün olacaktır[30]. Hava aracı mülkiyetinin ölünceye kadar bakma sözleşmesi (TBK md. 611-619) kapsamında, bakım alacağının karşılığı olarak devredilmesi de mümkün olabilir. Yine sözleşme serbestisi çerçevesinde taraflar atipik veya karma atipik sözleşmeler meydana getirerek de mülkiyeti elde edebilirler.

Hava araçları çok pahalı araçlar olduğu için bunların peşin para ile satın alınmasına nadiren rastlanılabilir. Asıl olan bunların bir kredi sözleşmesi çerçevesinde vadeli satılması veya finansal kiralama yoluyla elde edilerek çalıştırılması ve elde edilecek gelirle taksit veya kiraların ödenmesi şeklindeki edinme biçimidir. Bu alanda finansal kiralama (leasing) uygulaması yoluyla hava aracı edinip işletmenin ve sonunda –aradaki sözleşmenin içeriğine göre- araç mülkiyetinin bu yolla kazanılmasının çok yaygın bir uygulama olduğunu belirtelim. Bu alanda kuşkusuz mülkiyetin edinilmesini hiçbir şekilde hedeflemeyen doğrudan doğruya kiralama sözleşmeleri[31] de çok yaygın olmakla birlikte bu sonuncusu, mülkiyetin devrini hedeflemediği için inceleme konumuzun içinde yer almamaktadır.

b) TSHK md. 66/I'e Göre Şekil, Düzenlemedeki Sorun ve Uygulama

Sivil hava aracının mülkiyetinin devrini yahut üzerinde sınırlı bir aynî hak kurulmasını öngören sözleşmelerin şekli Türk Sivil Havacılık Kanunu md. 66/I'de şu şekilde düzenlenmiştir: "*Hava aracının tamamı veya bir payının üzerinde mülkiyet ve diğer aynî hakların tesisi, devri ve temlik için*

[30] **Kurt**, **Ekrem**: Tüketim Ödüncü Sözleşmesi (Karz Akdi), Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 77, 78. Burada belirtmemiz gerekir ki, hava araçlarının hacmi, maliyeti, teknik özellikleri gibi nedenlerle tüketim ödüncüne konu olmaları kuşkusuz bir varsayımdan ibarettir. Kuramsal olarak hava araçlarının tüketim ödüncüne konu olmaları mümkün olsa da uygulamada bir taraftan teknik ve ticarî gerçeklikler, diğer taraftan da tüketim ödüncüne gerek bırakmayan kira, finansal kiralama (leasing) vb. uygulamalar nedeniyle tüketim ödüncüne başvurmaya gerek kalmamaktadır.

[31] Bu alanda yalnızca hava aracının kiralanması şeklindeki uygulamanın yanında hava aracını uçuracak ve hatta kabin hizmetini verecek personel ile birlikte kiralanması şeklinde kira ve hizmet sözleşmesi karışımı atipik sözleşme uygulamaları da sıkça görülebilmektedir. Bu alanda doğrudan yolcu ve kargo taşımacılığı yapmak yerine, hava aracının belirli havayolu şirketlerine onun logosu altında ama tamamen kendi personeliyle uçurmak üzere kiraya vermeyi meslek edinmiş havayolu işletmeleri de bulunmaktadır.

Hava aracının, örneğin yolcu veya kargo taşıma ruhsatlarıyla birlikte kiralanması hâlinde ise ortada bir ürün kirasının bulunduğundan söz edilebilir. Krş. **Sağlam**, **İpek**: Türk Borçlar Kanunu'nun Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin Uygulama Alanı, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İKÜHFD), Prof, Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan Özel Sayısı, Cilt: 15, Sayı: 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara Temmuz 2016, Armağan Cilt: II, (s. 467-481), s. 479 ve orada geçen karar (kıyasen).

yazılı sözleşme yapılması lazım ve kâfidir. Temlike ilişkin sözleşmeler yazılı şekilde yapılmadıkça muteber değildir". Fıkra hükmü, ciddî anlamda yoruma muhtaçtır. Şöyle ki, hükümde "*tesis*", "*devir*" ve "*temlik*" işlemlerinden söz edilmektedir. Hava aracı üzerindeki mülkiyet veya sınırlı aynî hakların tesis, devir ve temliki ayrı birer işlem olarak anıldıktan sonra, bunların tamamı, yani mülkiyet ve sınırlı aynî haklarla bunlardan her birinin tesisi, devri ve temlikinin yazılı sözleşme ile yapılması zorunluluğu öngörülmektedir. Fakat izleyen cümlede temlike ilişkin sözleşmelerin yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmayacağı hükme bağlanmıştır.

Burada her şeyden önce "*tesis*", "*devir*" ve "*temlik*" kavramlarının üzerinde durmamız gerekmektedir. "*Tesis*" bir şey kurmak anlamına gelmektedir. Ayrıca zilyetliğin "*tesisen kazanılması*" kavramından hareket edersek, mevcut zilyedin, kendi zilyetlik sıfatını korumakla birlikte, başkası için daha alt düzeyde bir zilyetlik kurması hâli ifade edilmek istenmiş olabilir. Mülkiyet hakkının tesisen kurulması mümkün değildir. Malikin eşya üzerinde kuracağı sınırlı bir aynî hak yahut bir hak nedeniyle zilyetliğin üçüncü kişiye tesisen devri gerekebilir. Dolayısıyla kendi hava aracı üzerinde sınırlı aynî hak kuran kimsenin yapacağı bu işlem sonucunda üçüncü kişi tesisen zilyet kılınabilecektir. Böylece hükümdeki anlamı, malikin kendi hava aracının üzerinde sınırlı bir aynî hak (intifa hakkı veya ipotek) kurması kastedilmiş olmalıdır. Kaldı ki hava aracı ipoteğinin teslimsiz bir rehin türü olduğu göz önüne alındığında, zilyetliğin tesis edilmesi dahî söz konusu olmayacaktır. Ancak hakkın kurulmasına yönelik işlemi, genel anlamıyla '*tesis etmek'* tarzında ifade etmekte bir sakınca bulunmaz.

"*Devir*", hak sahibinin kendi hakkına başkası yararına olarak son vermesi ve üçüncü kişinin hakkın yeni sahibi olması anlamına gelmektedir[32]. Şu hâlde hava aracı sahibi bu araç üzerindeki mülkiyetini başkasına satış, bağış, mal değişimi vb. bir hukukî yolla devredebileceği gibi, hava aracı üzerinde ipotek hakkı sahibi olan alacaklı da bu hakkı –alacağın devrinin bir sonucu olarak- üçüncü kişiye pekâla devredebilir. Hava taşıtı üzerinde ipotek dışında kurulabilecek yegâne sınırlı aynî hak intifa hakkıdır. Zira intifa hakkı taşınırlar üzerinde de kurulabilen tek irtifak hakkıdır (MK m. 794/I). Ancak bu hak şahısla kaim olduğu için devredilmesi mümkün değildir[33]. Böylece bir hava

[32] Devir: "*Bir malın mülkiyetini veya bir mal üzerindeki hakkı bir başkasına geçirme*" olarak tanımlanmaktadır. Bkz. http://tdk.gov.tr/index.php? option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58bc69df4b57d7.60273993 (Erişim tarihi: 12.01.2017).

[33] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 827 vd.

taşıtı üzerinde devri mümkün olan ancak iki tür aynî haktan söz edilebilir. Bunlar mülkiyet hakkı ve ipotek hakkıdır[34].

"*Temlik*" kavramı kökü itibariyle mülkiyetin devri anlamına gelmektedir. Hak devirleri için de aynı kavram kullanılabilmektedir[35]. Ancak hüküm-de '*devir'* kavramı ayrıca kullanıldığı için burada bir de '*temlik'* kavramının kullanılmış olması kavram kargaşası yaratmaktadır. Kanunkoyucu bu ifadeyi bir ihmal ve özensizlik sonucu kullanmış olmalıdır. Yahut mülkiyetin devri hâlini bu kavramla (temlik ile), ipoteğin devrini de '*devir'* kavramı ile ifade etmek istemiş olabilir. Bir başka ihtimal olarak devir ve temlik kavramlarından birincisinin borçlandırıcı işlem, ikincisinin ise tasarruf işlemi karşılığında kullanılmış olması da düşünülebilir[36]. Zira, söz konusu fıkranın ikinci cümlesi, "*Temlike ilişkin sözleşmeler yazılı şekilde yapılmadıkça muteber değildir"* hükmünü taşımaktadır. Bu son cümle ile yalnızca mülkiyet devirlerinin kastedilmiş olma ihtimali ortaya çıkmaktadır. Zira tesis, devir ve temlik sözleşmelerinin yazılı şekle tâbi olduğu belirtildikten sonra temlikte bu şekle uyulmadığında işlemin geçersiz olacağının ayrıca hükme bağlanmış olması bu kanıyı ortaya çıkarmaktadır. Ancak belirtmemiz gerekir ki TSHK md. 66/I hava aracı üzerindeki mülkiyetin ve aynî hakların devri için yazılı bir sözleşmenin akdedilmesini yeterli bulmaktadır. Dolayısıyla Kanunun burada borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi ayırımına dayanarak böyle bir kavramsal ayırım yaptığı düşünülemez. O hâlde bu kavramların bilinçli olarak seçilmediği, asıl ifade olunmak istenenin tesis (intifa hakkı veya ipotek hakkı) ve mülkiyetin devri olduğu sonucuna varılabilir. Diğer bir anlatımla, devir ve temlik ile burada farklı iki işlem türünün ifade edilmek istendiği sonucuna varılamaz. Bu hüküm bizce şöyle olmalıydı: "*Hava aracının tamamı veya bir payının üzerindeki mülkiyetin devrine veya sınırlı bir aynî hak kurmaya yönelik sözleşmeler yazılı olarak yapılmadıkça geçerli olmaz*".

---

[34] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 827 vd.

[35] Temlik: "*Bir şeyi mülk olarak verme*"; "*bir hakkın diğer bir kimseye geçirilmesi*" olarak tanımlanmaktadır. Bkz. http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58bc69d9699 c77.62343710 (Erişim tarihi: 12.01.2017).

[36] Benzer bir hata, 13.10.1983 tarih ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (RG. Tarih: 18.10.1983, Sayı: 18195) md. 20 ve Karayolları Trafik Yönetmeliğinde (RG. Tarih: 18.07.1997, Sayı: 23053) md. 3, 30, 36, 37, 53) motorlu araçların "*satış ve devirleri*" kavramının sıkça ve yanlış olarak kullanılmasında söz konusudur. Anılan düzenlemelerde gerçekte satış sözleşmesi ile mülkiyetin devri borcunu doğuran diğer sözleşmeler kastedilmek istenirken, bu diğer sözleşmeler için "*devir*" ifadesi kullanılmıştır. Bkz. **Kurt, Ekrem**: Motorlu Araç Mülkiyetinin Devri, Tescili ve Haricen Devirler, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt: II, (s. 1857-1929), Özel Sayı, (Kısaltma: Motorlu Araç Mülkiyeti), İzmir 2013, s. 1865.

Karışıklık bu kadarla da sınırlı kalmamaktadır. Zira ikinci fıkranın karşıt anlamına göre, "*tesis ve devir sözleşmeleri yazılı şekilde yapılmasa da geçersiz hâle gelmezken, temlik sözleşmesi hükümsüzdür*" gibi bir anlam ortaya çıkmaktadır. Lafzî olarak yorumlandığında, hava aracı üzerinde sınırlı aynî hak "*tesis*"ine yönelik sözleşmeler veya mevcut hakkı "*devir*"e yönelik sözleşmeler yazılı olarak yapılmasa da geçerli olacaklarına göre yazılı şekil bunlar için değil, "*temlik*"ler için geçerlilik şartı olacaktır. Dolayısıyla temlik sözleşmesi yapılırken yazılı şekle uygun tarzda işlem yapılmazsa yapılan işlemin yaptırımı kesin hükümsüzlük olacaktır[37]. Bizce yazılı şekil, hükümde sözü geçen işlemlerin tamamı için bir geçerlilik koşuludur. Hükümde '*temlik'* için özellikle vurgulanan ve şekle aykırılık hâlinde geçersiz olacağını öngören hüküm, tesis ve devir için şeklin zorunlu olmadığı anlamına gelmez. Kaldı ki bu kavramların hatalı olarak kullanıldığı görülmektedir.

Burada sayılan işlemlerin tamamı yazılı şekle tâbi tutulup, bu şekle uyulmadıkça yalnızca temlik sözleşmesinin hükümsüz sayılacağının belirtilmiş olmasına rağmen, kanaatimizce diğer sözleşmelerde yazılı şekle uyulmadığında da uçak siciline tescilin yapılmasına zaten olanak tanınmamak yoluyla o işlemlerin de yazılı şekilde yapılması sağlanacaktır. SHGM'nin uçak sicilinden sorumlu dairesine tescil için başvurulduğunda ilk isteyeceği şeyin yazılı sözleşme olduğu açıktır[38].

Temlik için öngörülmüş olan şekil, resmî bir makam tarafından düzenlenmek ya da onaylanmak zorunda olmadığı için adî yazılı şekilden ibarettir. Ancak taraflar bu sözleşmeyi noterde düzenleme yahut onaylama tarzında da yapabilirler (TBK md. 17/I)[39]. Ancak, TSHK md. 66/I'in bu açık hükmüne rağmen uçak sicilini tutmakla görevli olan SHGM'nin deyim yerindeyse, "*uy-*

---

[37] Gerçi şekle aykırılığın yaptırımının kendine özgü geçersizlik olması gerektiği ve buna göre hükümsüzlüğü yalnızca işlemin taraflarının ileri sürebilmesi gerektiğini savunan bir görüş de öğretide yer almaktadır (Bu konudaki tartışmalar ve görüşler için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, *Eşya Hukuku*, s. 365 vd.; **Antalya, O. Gökhan**: "Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı ve Sınırları", YD, C.: 18, S.: 3, 1992, s. 385 vd.; Karş., **Giritlioğlu, Necla**: Dürüstlük Kuralları, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Özellikle Şekil Eksikliğinden Dolayı Geçersizliğin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ile Sınırlandırılması, İstanbul 1989, s. 110 vd.; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, *Eşya Hukuku*, s. 540 vd.). Bizim kanaatimizce şekle aykırılığın yaptırımı kesin hükümsüzlüktür.

[38] Aşağıdaki dipnotlarda da görüleceği üzere, TSHK ve Uçak Sicili Yönetmeliğinde o yönde bir hüküm bulunmamasına rağmen, SHGM, tescilli hava araçların mülkiyet değişikliklerinde noterce onaylı sözleşmenin varlığını aramaktadır.

[39] Krş. **Öztürk, Yaşar**: Hava Hukuku I, Samsun 2010, s. 332, 333.

gulamanın hukuku"nu yaratarak[40] "*hava aracı sahip değişikliği*" adı altındaki mülkiyet değişikliklerinde satış sözleşmesinin noter tarafından onaylanmış olmasını aradığı anlaşılmaktadır. Genel Müdürlüğün ilk tescilde noter onayını veya noterde düzenlenmiş olma koşulunu aramadığı, ancak sonraki satışlarda (veya diğer işlemlerle gerçekleşen mülkiyet değişikliklerinde) noter onaylı sözleşme şeklini aradığı anlaşılmaktadır. Durum ilginç şekilde, Karayolları Trafik Kanunu md. 20'deki gibidir. KTK md. 20 tescilsiz motorlu araç edinimde sözleşmenin noter onaylı olmasını aramazken, tescilli motorlu araçların mülkiyetinin devrinde (yani ikinci el satış, bağış, mal değişimi vb. sözleşmelerde) noterde düzenleme şeklinde yapılmış sözleşme şartını aramaktadır[41]. Motorlu kara taşıtları bakımından hukukî temele sahip olan bu uygulama, TSHK md. 66/I hükmü karşısında hava araçları bakımından dayanaktan yoksundur. Belirtmek gerekir ki, Kanunda öngörülmeyen düzenlemelerin daha alt normlarla veya fiilî uygulamalarla üretilmesine başka alanlarda da maalesef sıkça rastlamaktayız. TSHK md. 66/I hükmü yetersiz kalıyorsa, yapılması gereken, söz konusu kuralı uygulama ile aşındırmak değil, hükmün değiştirilmesinden ibaret olmalıdır.

---

[40] Türk Sivil Havacılık Genel Müdürlüğünün resmî internet sitesinde verilen bilgiler şu şekildedir:

"*Türk Sivil Hava Aracı Siciline kayıtlı hava araçlarının yurt içindeki veya yurtdışındaki sahibinin değişmesi sebebiyle tescil sertifikasının ve sicil kayıtları değişikliğinin yapılması işlemidir.Hava araçlarının sahip değişikliklerini kayıt altına almamızın nedeni hava aracı mülkiyet hakkının kazanılmasının o hava aracının sicile kayıt edilmesi ile mümkün olmasıdır. Hava aracının devredilmesi mülkiyet hakkının da devredilmesi anlamına gelmektedir. Bu sebeple hava aracı sahip değişikliklerinin sicile kaydedilmesi gerekmektedir. Hava aracı sahip değişikliği gerçekleştiğinde sorumluluk satın alan gerçek veya tüzel kişi(ler)e aittir.*

Sahip Değişikliği İçin Gereken Belgeler

- *Tescil Müracaat Formu*
- *Noter huzurunda düzenlenmiş "Satış Sözleşmesi" ve bu Sözleşmeden doğan vergi, harç vb. makbuz örnekleri,*
- *Varsa Noter Onaylı Eski İşletme Anlaşması Feshi*
- *Noter Onaylı Yeni İşletme Anlaşması*
- *Noter Onaylı İmza Sirküleri*
- *Vergi İlişik Kesme Belgesinin Aslı*
- *Finansal Kiralama Yoluyla geçici ithali yapılan hava araçları için FİDER tarafından onaylanan "Tadil Sözleşmesi"*
- *Sigorta (Hava aracının 3. şahıs malî mesuliyet sorumluluğu işleticisine aittir)*
- *Tescil Sertifikasının Aslı*

Hizmet Tarifesinde yayımlanan Hizmet Bedeli" (Erişim Tarihi: 3.2.2017), http://web.shgm.gov.tr/tr/ hava-araci- islemleri/2205-tescil-islemleri

[41] **Kurt**, (Motorlu Araç Mülkiyeti), s. 1871 vd.

10.11.2005 tarih ve 5431 sayılı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un[42] uçak sicilinin MASHA ve TSHK'daki esaslara göre tutulması görevinin SHGM'nün görevleri arasında düzenlemektedir (md. 4/l). Aynı Kanuna 24.10.2011 tarih ve 661 sayılı KHK ile eklenen md. 8/A/n hükmü ise "*Sivil hava aracının milliyetini tanımlayan tescil işaretinin kaydını tutmak, Türk Sivil Hava Aracı Siciline tescili ve tescil sertifikası ile terkini hâlinde tescilden düşme belgesini düzenlemek, mülkiyet haklarının sorgulanması ve talep edilen takyidatların tesisi ile fekkine ilişkin işlemleri yapmak, sicile kayıtlı hava araçlarının sahip ve işletici devir, temlik ve satış işlemlerini yapmak*" şeklinde karışık bir görev tanımı da yapmaktadır. Bu hükmün son kısmında yer alan "*sicile kayıtlı hava araçlarının sahip ve işletici devir, temlik ve satış işlemlerini yapmak*" şeklindeki tanım dikkate alındığında 1983 tarihli TSHK'ndaki hata ve özensizliklerin 2011 yılında artarak devam ettiği görülmektedir. Öyle ki, bu kez de tescilli hava araçlarının "sahip ve işletici"lerinin "devir, temlik ve satış" işlemlerinden söz edilmektedir. Bununla olsa olsa hava aracı üzerindeki mülkiyet değişikliği veya mülkiyet değişmeksizin işleticinin değişmesi hâlleri dikkate alınmaktadır. Satışın da burada anılması, bu sözleşmenin de tescilli araçlar bakımından SHGM tarafından düzenleneceği anlamına gelmektedir. O hâlde '*TSHK md. 66/I ilga mı edilmiştir*' sorusu akla gelmektedir. Ancak SHGM'nün resmî internet sitesindeki yer alıp yukarıda değindiğimiz açıklamalar dikkate alındığında tescilli araçlardaki sahip değişikliği işlemleri için noter onaylı sözleşme şartı arandığına göre, SHGM'nin sözleşme düzenlemediği sonucuna varılabilir. Ancak SHGM Teşkilat Kanununun değişik 8/A maddesi son derece özensiz şekilde kaleme alınmıştır. Farklı yorumlara da elverişlidir.

c) Hava Aracı Üzerindeki Aynî Haklar ve Bunlara İlişkin Tasarruf İşlemleri

Genel olarak bakıldığında, bir hava aracı üzerindeki aynî haklara ilişkin olarak malik ve sınırlı aynî hak (intifa veya ipotek hakkı) sahibi aşağıdaki işlemleri gerçekleştirebilir:

1. Malik Tarafından

a) *Mülkiyetin (veya belli bir payının) devri,*

b) *İrtifak (taşınır eşya söz konusu olduğu için yalnızca intifa hakkı) tesisi,*

c) *İpotek tesisi.*

[42] RG. Tarih: 18.11.2005, Sayı: 25997.

2. Sınırlı Aynî Hak Sahibi (ipotek alacaklısı) Tarafından[43]

a) *Alacağın devri (dolayısıyla alacağın fer'i olan ipoteğin de devri),*

b) *İpoteğin terkinini talep[44].*

TSHK md. 66/I, bu işlemlerin tamamı adî yazılı şekle tâbi tutulmuştur. Ancak hiç gerek olmamasına rağmen aynı fıkranın ikinci cümlesi ile temlik işlemlerinin yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olamayacağını hükme bağladığını yukarıda inceledik. Kanaatimizce burada lafzi yorumdan kaçınılmalı ve ilk cümlede sayıldığı üzere bütün tesis, devir/temlik işlemleri bakımından adî yazılı şekle uyulmadıkça işlemin geçersiz olacağını kabul etmek gerekir. Zira hukuk sistemimizde belli bir şekle tâbi tutulup da o şekle uyulmasa bile geçerliliği öngörülen bir işlem bulunmamaktadır. Ortada tahvil (çevirme) gerektirecek bir durumda bulunmadığına göre, şekle uyulmamasının genel yaptırımı olan kesin hükümsüzlük yaptırımı söz konusu olmalıdır[45].

Kanunun 66/II. maddesi "*sözleşmeler uçak siciline tescil edilmeden üçüncü şahıslar bakımından hüküm ifade etmez"* hükmünü öngörmektedir. Kanaatimizce hükümde yalnızca "üçüncü şahıslar"dan söz edilse de, bunları "iyiniyetli üçüncü şahıslar" şeklinde anlamak gerekir. Zira sözleşmeye sicil dışında vakıf olan üçüncü kişinin bu hususta korunmaya değer bir hukukî menfaatinin bulunduğundan söz edilemez. Zaten aynı yöndeki TSHK md. 52 hükmünde açıkça '*iyiniyetli olma'* sıfatı belirtilmiştir.

Şu hâlde hükmün öngördüğü yazılı şekil kuralına uyulmamasının sonucu kesin hükümsüzlük iken, tescil gereğine uyulmamasının sonucu nisbî etki-

---

[43] Hava aracı üzerinde ancak iki türde sınırlı aynî hak kurulabilir: İntifa hakkı ve ipotek. İntifa hakkı şahsa bağlı bir hak olduğu için, bu hakkın kısmen veya tamamen üçüncü kişiye devri veya miras yoluyla geçmesi mümkün değildir.

[44] İpoteğin terkinini talep, bir aynî hakkı sona erdirebileceği gibi, yalnızca açıklayıcı da olabilir. Borcun ifa veya diğer bir nedenle sona ermesi halinde ipoteğin terkini işlemi açıklayıcı bir etkiye sahip olacaktır. Zira alacak hakkının fer'i niteliğinde olan ipotek hakkı da borcun sona ermesi halinde kendiliğinden sicil dışında sona ermiş olacaktır. Ancak alacak hakkı varlığını korurken alacaklının ipoteğin terkinini talep etmesi aynî hakkı sona erdirici bir işlem olup tasarruf işlemi niteliğindedir. Oysa malik tarafından mülkiyet hakkının terkininin talep edilmesi mülkiyet hakkının sona ermesi bakımından bir önem taşımadığı, diğer ifadeyle uçak sicili düzeni aynî hakkın doğması bakımından tescil ilkesine dayanmadığı için terkinin de bu aynî hakkın sona ermesi bakımından kurucu (bozucu) bir etkisinden söz edilemez. Yapılacak terkin olsa olsa açıklayıcı bir nitelik taşıyabilir.

[45] Hukukî işlemlerde şekle aykırılık halinde kesin hükümsüzlük yaptırımını reddeden ve yalnızca tarafların ileri sürebilecekleri kendine özgü geçersizlik yaptırımını kabul eden görüş de epey taraftar toplamaktadır (bkz. **Antalya,** , s. 385 vd.; Karş., **Giritlioğlu,** s. 110 vd.). Ancak biz kesin hükümsüzlük görüşünü benimsemekteyiz.

sizlik olmalıdır. Zira bir tasarruf işlemi ile meydana gelen değişikliğin bazı sebeplerle, bazı kimselere karşı ileri sürülememesi, yani değişikliğin onlara karşı etkili olmaması hâlinde nisbi etkisizlik yaptırımı söz konusu olur[46]. Zira MK md. 66/I aşağıda da inceleyeceğimiz üzere, hava aracı mülkiyetinin ve diğer aynî hakların devir/temlik amacıyla sözleşmenin akdedilmesi ile mülkiyetin de geçeceğini düzenlemekle borçlandırıcı işlemin yapılmasını mülkiyetin devri için yeterli saymıştır. İşte aynî hak sahipliğinde sözleşme ile meydana gelen değişikliğin tescile yansıtılmamış olması hâlinde işlem hükümsüz olmayacak, ancak üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi de mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla her ne kadar TSHK md. 66/I'de yazılı sözleşmenin yapılması mülkiyetin devri için yeterli sayılmış olsa da gerçekte tasarruf işleminin en önemli etkisi sayabileceğimiz aynî etki, yani hakkın yalnızca taraflar arasında değil, başkalarına karşı da ileri sürülebilme imkânı gerçekleşmemiş olmaktadır. Böylece, tescil talebine tasarruf işlemine yakın bir işlev tanınmış olmaktadır. Ancak tescil işlemi mülkiyetin devri bakımından herhangi bir etkiye sahip olmamaktadır.

Burada sicile güven korunmaktadır. Bu korumanın doğal sonucu da sicilin kamuya açık (aleni) olmasını gerektirmektedir. Bu yönüyle uçak sicili, tapu siciline çok yaklaşmaktadır. Ancak bu hükümden hareketle, uçak siciline tescil olunmayan işlemlerin hükümsüz sayılacağı sonucu çıkarılamaz. Sadece iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülememe sonucu doğar. TSHK md. 66/I'de yalnızca "*yazılı şekil*" zorunluluğu arandığından bunun adî yazılı şekil olduğu ortaya çıkmaktadır (TBK md. 17/II). Adî yazılı şekil, yalnızca imzanın el yazısı ile olması öngörülen yazılı şekil olarak tanımlanmaktadır[47]. Ancak el ile imza atmanın da çeşitli istisnaları bulunmaktadır. İmzanın örf ve âdetçe kabul edilen durumlarda ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakın imzalanması durumlarında el yazısı dışında bir araçla atılması (TBK md. 15/II), görme engellilerin talep etmeleri hâlinde imzalarında şahit aranması (TBK md. 15/III), kural olarak güvenli elektronik imzanın el ile atılan imzanın yerine geçmesi (TBK md. 15/I, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu[48] md. 3/a) imza atamayanların imza yerine geçen bir el işareti, parmak izi yahut mühür kullanmaları (TBK md. 16) gibi istisnalar bulunmaktadır. Adî yazılı şekil, me-

[46] **Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami:** Medenî Hukuk, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 231, 232.

[47] **Eren, Fikret**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 273 vd.

[48] RG. Tarih: 23.01.2004, Sayı: 25355.

tin ve imza olmak üzere iki bölümden oluşur. İmza kısmında her iki tarafın da imzasının bulunması gerekir. TSHK md. 66/I'de öngörülen adî yazılı şekil bir geçerlilik şartıdır. Bu şekle uyulmaması hâlinde yapılan işlem hükümsüz olacaktır. Taraflar anlaşarak bu şekil kuralını bertaraf edemezler. Ancak TBK md. 17 uyarınca adî yazılı şekil kuralını daha da ağırlaştırabilirler (kararlaştırılmış şekil). Örneğin bu sözleşmede yer alacak imzaların noterce onaylanması zorunluluğunu getirebilecekleri gibi (onaylama şekli), sözleşmeyi baştan sona noterin düzenlemesini de (düzenleme şekli) kararlaştırabilirler. Tarafların kararlaştırdığı şekle uyulmadıkça sözleşme TSHK'nun aradığı şekle uygun olarak yapılsa dahî geçerli olmaz.

d) Hava Aracı Mülkiyetinin Devir Sebebi

MK md. 1024/II hükmü, taşınmaz mülkiyetinin geçişinin sebebe bağlı olduğunu, diğer ifadeyle mülkiyetin geçebilmesi için hukuken geçerli bir sebebin varlığının gerektiğini açıkça öngörmektedir: "*bağlayıcı olmayan bir hukukî işleme dayanan veya hukukî sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur*". Benzer bir hüküm taşınır eşya bakımandan öngörülmediği için taşınır mülkiyetinin geçişinin de sebebe bağlı (illî) olup olmadığı hususu eskiden beri tartışma konusudur. Ancak hâkim görüşün taşınır mülkiyetinin devrinin de sebebe bağlı olduğu yönünde olduğunu söyleyebiliriz[49].

Sebebe bağlılık görüşüne göre, bir taşınırın mülkiyetini devretmeyi hedefleyen sözleşmelerin geçerli şekilde kurulmamaları, yani borçlandırıcı işlemin herhangi bir nedenle hükümsüz olması hâlinde, bu işlemi izleyen tasarruf işlemi her yönden hukuka uygun olarak gerçekleşse bile mülkiyetin alacaklıya geçmesi söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık soyutluk görüşü benimsenirse, temeldeki borçlandırıcı işlem hükümsüz olsa bile, bunu izleyen tasarruf işlemi hukuka uygun olarak gerçekleşmişse mülkiyet geçmiş olacaktır. Bu görüşlerden ilkinin, yani sebebe bağlılık görüşünün benimsenmesi hâlinde, gerçekleştirilen tasarruf işlemine rağmen mülkiyet alıcıya geçmiş olmayacağı için, malik hâla kendisinde bulunan mülkiyet hakkına dayanarak açacağı istihkak davası ile verdiği şeyi geri alabilecektir. Oysa soyutluk ilkesinin benimsenmiş olması hâlinde, mülkiyet alıcıya geçmiş olacağı için artık ona karşı açılabilecek mülkiyete dayanan bir dava (istihkak davası) söz konusu olamayacaktır. Bununla birlikte, tasarruf işleminin sebebini oluşturan borçlandırıcı işlemin geçersizliğine rağmen mülkiyet alacaklıya geçse de bu devrin sebebi geçersiz olduğu için, alacaklının kazanımı aynı zamanda bir sebepsiz zen-

[49] **Eren,** s. 179 vd.; **Serozan**, **Rona**: Taşınır Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002, s. 78.

ginleşme teşkil edecek (TBK md. 77 vd.) ve kendisine karşı on yıl içinde açılacak bir sebepsiz zenginleşme davası sonucunda (TBK md. 82/I) aldığını iade etmek zorunda kalacaktır. İsviçre'de öteden beri taşınır mülkiyetinin devri bakımından da geçerli olduğu kabul edilen sebebe bağlılık ilkesi[50], bizde de epey taraftar bulmuş gözükmektedir[51]. Diğer ifadeyle, soyutluk ilkesine göre de mülkiyetin geçtiğinin kabul edilebilmesi için tasarruf işleminin her yönden geçerli olması gerekecektir. Ancak hava aracının mülkiyetinin devri için TSHK md. 66/I uyarınca sadece yazılı bir sözleşme yapmak yeterli sayıldığı için, borçlandırıcı işlem aşamasını izleyen bir de tasarruf işlemi aranmamaktadır. Diğer ifadeyle gerek taşınır, gerekse taşınmaz mülkiyetinin devri için MK'nın aradığı tasarruf işlemi aşaması hava araçlarının devirlerinde aranmamıştır. TSHK md. 66/I açıkça sözleşmenin kurulmasıyla mülkiyetin geçeceğini öngördüğüne göre artık salt sözleşmenin yapılmasının hem borçlandırıcı ve hem de tasarruf işlemi işlevini yerine getireceği sonucundan söz edilebilir. Mülkiyet, sözleşmenin kurulmasıyla geçtiğine, yani bir kişinin malvarlığının aktifinden çıkarak, diğerinin malvarlığının aktif kısmına girdiği için artık bunun bir tasarruf işlemi niteliği taşıdığını da kabul etmek zorunludur. Dolayısıyla hava aracı mülkiyetinin devri borçlar hukuku ve eşya hukukunun genel ilkelerine ters olacak şekilde, sözleşmenin kurulması ile gerçekleşmiş olacaktır. Bu nedenle borçlandırıcı işlem - tasarruf işlemi aşamaları, değil sözleşmenin yapılmasıyla, mülkiyetin geçişi gerçekleşmiş olacağından mülkiyetin devri için mutat olan iki aşama ayırımı silinmiştir. Bu nedenle hava aracı mülkiyetinin devrinde soyutluk ve sebebe bağlılık ilkelerinden hangisinin geçerli olduğunu tartışma zemini bulunmamaktadır. Şu hâlde, herhangi bir sebeple taraflar arasındaki sözleşmenin hükümsüz sayılması hâlinde de mülkiyetin geçmesi söz konusu olmayacaktır[52].

---

[50] BGE 54 II 304.

[51] Taşınır mülkiyetinin devrinde soyutluk ilkesini başka gerekçelerle yeğ tutan görüşün ayrıntısı için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 745; konu hk. ayrıca bkz. **Serozan, Rona**: "Taşınır Eşya Mülkiyetinin Devrinde Aynî Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu", Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 397 vd.; **Arslanlı**, **Halil**: "Ticarî Bey", 4. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1955, s. 69 vd.; **von Tuhr, Andreas**: Eigentumsübertragung nach schweizerischem Recht, ZSR 40, Basel 1921, (s. 40-74), (Tercüme: **Ayiter, Kudret**: İsviçre Hukukuna Göre Mülkiyetin Devri, AÜHFD, 1948, C. III, (s. 633-646), s. 634 vd.; 1948, C. IV, (s. 154-166), s. 160.

[52] Bu son olasılıkta, örneğin soyutluk görüşü benimsenmiş olsa bile, sözleşmenin kurulması aynı zamanda tasarruf işlemi niteliğinde bulunduğu için, sırf tasarruf işleminin geçersizliğine dayanarak mülkiyet diğer tarafa geçmiş sayılmayacak ve açılacak bir istihkak davası ile geri alınması mümkün olacaktır.

Belirtelim ki, taşınır mülkiyetinin zilyetlik devredilmeden kazanıldığı tek durum hava aracı mülkiyeti değildir[53]. Ancak zilyetliğin devirden önce kazanılması hallerinin tamamında, genel kuraldan ayrılmayı haklı gösterecek nedenler bulunmaktayken, hava aracı bakımından böyle bir gerekçe bulunmamaktadır. Bu konuya en yakın düzenlemenin, yani mülkiyetin sadece sözleşmenin kurulmasıyla geçeceği, gemi mülkiyetinin devri bakımından eski Türk Ticaret Kanunu (eTTK) md. 868'de yer aldığı görülmekteydi. Bu hüküm "*Gemi siciline kayıtlı bulunan bir geminin temliki için malik ile iktisap edenin, mülkiyetin iktisap edene intikal edeceğine dair anlaşmaları lazım ve kâfidir. Taraflardan her biri, masrafını çekmek şartiyle kendisine temlike dair resmî veya imzası noterce tasdikli bir senet verilmesini istiyebilir*" şeklindeydi. eTTK'da "*anlaşma*" olarak ifade olunan işlem, TSHK md. 66'da yazılı sözleşme formülüne bağlanmıştır. Anılan TSHK hükmünün de sözü geçen eTTK md. 868'den alındığı veya bu hüküm örneksenerek alındığı anlaşılmaktadır. TSHK'nun hava aracı mülkiyetinin devrine ve uçak siciline ilişkin Yargıtay içtihadına pek rastlanılmamaktadır. Bunun bir sebebi, sivil hava aracı sayısının örneğin motorlu kara taşıtlarıyla veya gemi sayısıyla karşılaştırma kabul edemeyecek ölçüde az olması ise, diğer sebebi bu konuda yargıya intikal etmiş fazlaca uyuşmazlık bulunmaması olabilir[54]. Hava aracı mülkiyetinin devrini düzenleyen TSHK md. 66 hükmü büyük ölçüde gemi mülkiyetinin devrini düzenleyen eTTK md. 868 benzemektedir. eTTK md. 868 ile ilgili bir uyuşmazlıkta Yargıtay şu tespitte bulunmaktadır[55]: "*... gemi mülkiyetinin iktisap ve ziyaı hususunda deniz hukukunda özel hükümler getirilmiştir. TTK'nun 868. maddesine göre, gemi siciline kayıtlı bir geminin temliki için maliki ile iktisap edenin, mülkiyetin iktisap edene intikal edeceğine dair anlaşmaları lazım ve kâfidir. Bir tasarruf işlemi olan bu anlaşma herhangi bir şekle tâbi değildir. Mülkiyet sicil dışında intikal eder ve bundan sonra sicile düşürülen kayıt, sicilin düzeltilmesi mahiyetindedir...*". Bu kararda tarafların gemi mülkiyetinin

[53] Artırmada taşınır bir eşyayı alan kişinin onun mülkiyetini ihale ânında kazanması (TBK md. 279); kısa elden teslim; TTK md. 153'de şirketlerin birleşmesinde olduğu gibi küllî halefiyet hâlleri; MK md. 105/I uyarınca vakfın tüzel kişilik kazanması ile, vakfedilen taşınırların vakıf tarafından kazanılması gibi durumlarda zilyetlik devredilmediği hâlde mülkiyetin devri kanun gereğince gerçekleşmektedir. (Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 747 vd.).

[54] Kanaatimizce hava aracı ticaretinde uluslararası pazarın büyük rol oynaması ve bu tür edinimlerde de tarafların sözleşmeye tahkim şartı koymalarının hava araçlarıyla ilgili Türk yargı kararlarının bulunmayışında rol oynamış olması muhtemeldir.

[55] Y. 11. HD. T. 09.02.2010, E. 2008/5459, K. 2010/1447; ayrıca gemi siciline tescilin kurucu değil bildirici (açıklayıcı) nitelikte olduğu hk. bkz. Y. 11. HD. T. 25.01.2007, E. 2005/13713, K. 2007/776 (HukukTürk)

devri için anlaşmaları yani aralarında kurdukları sözleşme bir tasarruf işlemi olarak nitelendirilmektedir. Aslında bu sözleşme teknik anlamda borçlandırıcı işlemden farklı bir şey değildir. Zira borçlandırıcı işlemler, kişinin aktifine dokunmaksızın pasifini yani borçlarını artıran işlemlerdir. Oysa eTTK md. 868 bu sözleşmenin kurulması ile mülkiyetin devrinin de gerçekleşeceğini öngörmektedir. Yani sözleşme kurulduğu anda önceki malikin malvarlığının aktif kısmında yer alan gemi buradan çıkmaktadır. Dolayısıyla teknik anlamda bir tasarruf işlemi olmayan sözleşmeye bir tasarruf işlemi işlevi de sağlanmış, borçlandırıcı işlemle tasarruf işlemi birleşmiş olmaktadır. Böylece olağan mülkiyet devirlerinde iki aşamalı olan devir süreci gemiler bakımından tek aşamalı olarak düzenlenmişti. Bu düzenlemenin kuramsal temelsizliği ve gereksizliği sonradan anlaşılmış olmalıdır ki, 6102 sayılı TTK md. 1001'de mülkiyetin zilyetliğin devri ile geçeceği kabul edilerek iki aşamalı devir sistemi benimsenmiştir. TSHK md. 66/I hâlen eTTK md. 868'deki gibi tek aşamalı devir sistemini öngörmektedir. Bu sistem, özellikle Alman hukukundaki ayrılık ilkesi yerine Fransız birlik sistemine uymaktadır[56].

Gerçekten de, 13.01.2011 tarih ve 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanununun[57] (TTK) eTTK md. 868'e karşılık gelen 1001. madde hükmü önceki düzenlemeyi önemli şekilde düzeltmiştir. "*Devrin şekli*" başlığını taşıyan bu hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır: "*Gemi siciline kayıtlı olan bir geminin devri için, malik ile iktisap edenin, mülkiyetin iktisap edene devri hususunda anlaşmaları ve geminin zilyetliğinin geçirilmesi şarttır*". Yeni düzenlemede eski metinde yer almayan "*gemi zilyetliğinin geçirilmesi*" şartı getirilmiştir[58]. Yani gemi mülkiyetinin devren kazanılması, eşya ve borçlar hukukunun genel ilkelerine uygun olarak iki aşamalı hâle getirilmiştir. İlk aşama tarafların anlaşması (sözleşme/borçlandırıcı işlem), ikinci aşama ise geminin zilyetliğinin geçirilmesidir (tasarruf işlemi). Kanaatimizce yeni düzenleme, önceki düzen-

---

[56] **Serozan**, Taşınır Eşya Hukuku, s. 75. Yazar, Alman ayrılık sisteminin devreden için yararlı olduğunu, çünkü bu sistemin kişiyi acele ve düşüncesiz kararlara karşı koruduğunu, ancak alıcı açısından ise onun hakkını kazanmasını son ana kadar belirsiz ve riskli hale getirdiğini ifade etmektedir. Bkz. s. 76 vd.

[57] RG. Tarih: 14.02.2011, Sayı: 27846.

[58] Ayrıca eTTK md. 868/I'de gemi mülkiyetinin devri için sadece anlaşma yeterli sayılıp, bu anlaşmanın resmî şekilde yapılması tarafların iradesine bırakılmış iken, yeni TTK md. 1001/II'ye göre "*Mülkiyetin devrine ilişkin anlaşmanın yazılı şekilde yapılması ve imzaların noterce onaylı olması gerekir. Bu anlaşma gemi sicil müdürlüğünde de yapılabilir*". Önceki metindeki ihtiyarî şekil yeni metinde zorunlu hale getirilmiştir (Ticarî işletmenin bir bütün olarak devredilebilmesini öngören TTK md. 11/III hükmü bu şekil zorunluluğundan hariç tutulmuştur, TTK md. 1001/III).

lemenin önemli bir güvenlik açığını gidermiştir. Aynı esasın hava aracı mülkiyetinin kazanılması bakımından da benimsenmesi uygun olacaktır[59]. Yani, hava aracının mülkiyetinin devren kazanılması da borçlandırıcı ve tasarruf işlemlerinden oluşan iki aşamaya bölünmelidir. Tasarruf işleminin uçak siciline tescil (talebi) veya zilyetliğin devri şeklinde kabul edilmesi mümkündür. Mevcut durum bir taraftan sözleşmenin kurulmasıyla hava aracı mülkiyetinin geçtiğini kabul ederken, diğer taraftan da sözleşmenin tescil edilmemesi hâlinde iyiniyetli üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmeyeceğini hükme bağlayarak çelişik bir durum yaratmaktadır. Bir taraftan sicil dışı iktisap esasının getirilmesi, diğer taraftan da sicile güvenin korunması ilkesinin benimsenmiş olması birbirleriyle bağdaştırılması zor, hatta olanaksız iki ilkedir. TSHK md. 66/I hükmü borçlar hukuku ve eşya hukukundaki temel ayırım ve düzenlemelerle bağdaşmamaktadır. Mülkiyetin (ve diğer aynî hakların) sözleşmenin kurulması ile geçtiğinin kabul edilmesi bazı sorunlara yol açabilecek niteliktedir:

1. Sözleşmenin kurulmasına aynî hakkı devir işlevi tanınmasıyla beraber, uçak sicilinin görünüşte işlevsizleştirilmesi söz konusu olmaktadır. Ancak sözde aynî etki tanınmış olan "*sözleşmeyle devir*"in –uçak siciline tescil gerçekleştirilmiş olmadıkça- iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecek olması, bu etkiyi anlamsız hâle getirmektedir. Bu kural aynı zamanda uçak siciline tescili adeta kurucu bir role kavuşturmaktadır. Zira üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyen bir mülkiyet veya aynî hakkın etkisi ancak bir alacak hakkı mertebesinde kalır. Oysa aynî hakların belki de en önemli özelliği, mutlak hak olmaları nedeniyle herkes tarafından ihlâl edilebilmelerinin mümkün olması ve bu yüzden de herkese karşı ileri sürülebilmeleridir.

2. Mülkiyetin geçişi, sözleşmenin geçerli olarak kurulması ile gerçekleşeceği hâlde aynî bir etki tanınmamış olsa da hava aracının zilyetliğinin yeni malike devri yine de gerekecektir. Ancak bu devir borcunun niteliği çifte muhteva taşımaktadır. Zira sözleşmenin kurulması ile birlikte borçlunun zilyetliği devir borcunun doğduğunda şüphe bulunmamaktadır. Ancak aynı sözleşmenin kurulması ile mülkiyet de alacaklıya geçtiği için alacaklının talebi aynı zamanda aynî niteliktedir. Diğer ifadeyle mülkiyeti satış, bağışlama, mal değişimi gibi bir sözleşme ile alacaklıya devreden borçlunun hava aracının

[59] Bu konuda diğer bir çözüm seçeneği ise, tasarruf işlemi olarak uçak siciline tescil sisteminin benimsenmesidir. Kanaatimizce bu seçenek mülkiyetin devri için "*zilyetliğin devri*" esasından daha güvenlidir. Zaten TSHK'da tescil ilkesi hariç olmak üzere tapu sicilinin çoğu işlevi uçak sicili için de adeta devşirilmiştir.

zilyetliğini devre yanaşmaması hâlinde ona karşı nisbî nitelikte bir eda davası açılabileceği gibi, aynî nitelikte olan istihkak davası da açılabilir. Eda (ifa) davasını açan alacaklı, borcun ifa edilmesini yani hava aracının kendisine teslim edilmesini (veya başka bir şekilde zilyetliğin devrini) talep ederken; istihkak davasını açan davacı, mülkiyetin kendisine aidiyetinin tespitini isteyecektir.

3. Hangi dava açılırsa açılsın, bunun mülkiyet durumuna bir etkisi bulunmayacaktır. Çünkü mülkiyet, sözleşmenin kurulmasıyla alacaklıya geçmiştir. Taşınmazların aksine, mülkiyetin mahkeme kararının kesinleşmesi ile geçmesi taşınırlar bakımından zaten mümkün değildir.

3. İsviçre ve Alman Hukuklarında Hava Aracının Devren Kazanılması ve Tescili

a) İsviçre Hukukundaki Düzenleme

TSHK'nunda mülkiyet hakkının kazanılması bakımından hiçbir rol tanınmayan tescile tapu sicilindeki ölçüde güvenin korunması imkânının tanınması çelişki oluşturmaktadır. Bu bakımdan 1959 tarihli İsviçre Hava Taşıtları Sicili Federal Kanunu'nun (Bundesgesetz über das Luftfahrzeugbuchgesetz) "*Tescilin yapılmamasının sonuçları*" başlıklı 14. maddesi "*Kurulması kanunen tescile tâbi aynî haklar, tescil edilmedikçe varlık kazanamaz*" şeklindedir. Bu hüküm tapu sicili bakımından İsviçre Medenî Kanunu (ZGB) md. 971/I (MK md. 1021) hükmünün aynısıdır. Yine "*Tescilin sonucu*" başlığını taşıyan md. 15/I hükmü de "*Aynî haklar, kütüğe tescil ile doğar; sıralarını ve tarihlerini tescile göre alır*" şeklinde olup, tapu siciline ilişkin olarak "*Tescilin sonuçları*" başlığını taşıyan ZGB 972/I (MK md. 1022/I) hükmü ile bire bir aynıdır. Aynı maddenin ikinci fıkrası da büyük ölçüde ZGB 972/II'deki (MK md. 1022/II) gibidir: "*Tescilin etkisi yevmiye defterine yapılan kayıt tarihinden başlar*". Görüldüğü gibi İsviçre Kanununda hava aracı mülkiyetinin doğması bakımında MK'nın tapu sicili hükümleriyle son derece uyumlu bir düzenleme mevcuttur. Bu düzenleme ile hava aracı mülkiyetinin kazanılması tescil ilkesine bağlı tutulmuş, iki aşamalı bir mülkiyet geçiş sistemi benimsenmiştir. Bu sistemin benimsenmesiyle birlikte borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi olan tescil talebinin ayrı ayrı varlığı ve hukuka uygun olmaları zorunluluğu da (*sebebe bağlılık ilkesi*) kendiliğinden ortaya çıkar. Kaldı ki İsviçre hukuku bakımından zaten Federal Mahkemenin 1929 tarihli içtihadından[60] beri taşınır mülkiyetinin devri için de sebebe bağlılık ilkesinin kabul edildiğini belirtelim.

[60] BGE 54 II 304.

Ayrıca ilgili Federal Kanunda "*hava taşıtları kütüğü*"[61] ve "*yevmiye defteri*"nden[62] söz edilmiş olması, hava sicilinin de büyük ölçüde tapu siciline benzer şekilde düzenlendiğini göstermektedir.

Tescil ilkesi benimsendikten sonra sicile güvenin korunması zorunluluğu da kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. İsviçre Hava Araçlarının Tescili Hakkındaki Federal Kanun md. 16/I'e göre "*Hava aracı sicilindeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya rehin hakkı kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur*".

Federal Kanunun hava aracı sicilinin kamuya açıklığını düzenleyen 13. maddesi de tescil ilkesinin zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Kaldı ki, tescile kurucu bir rol tanımayan TSHK'da bile md. 51 ile kamuya açıklık işlevi sağlanmıştır. Dolayısıyla İsviçre'de hava aracı mülkiyetinin devri ve tescili bakımından ZGB'nin tapu sicili hükümleriyle büyük ölçüde örtüşen bir düzenleme söz konusudur. Kanaatimizce yerleşmiş ve gelişmiş bir sistem olan MK'nın tapu sicili ve taşınmaz mülkiyetinin devri sisteminin Türk sivil havacılık hukuku bakımından da benimsenmesi isabetli olurdu[63]. Mevcut TSHK'da taşınır devrine ilişkin genel ilkeler de esas alınmadığı için mülkiyetin sözleşmenin kurulması ile geçmesine dayanan çelişkili bir sistem söz konusu olmuştur.

İsviçre-Türk hukuk sistemlerine göre taşınır mülkiyeti teslim ile (zilyetliğin devri) ile geçerken (MK md. 763/ZGB 714) bazı hukuk sistemlerinde sözleşmenin kurulması ile mülkiyet de geçmektedir. Fransız MK md. 1582 ve

---

[61] Hauptbuch (ana kütük) ZGB'de tapu sicili sisteminin esas defteri niteliğindeki '*tapu kütüğü*' karşılığı olarak kullanılan bu terimin uçak sicilinde de aynı şekilde ana kütük olarak kullanıldığı görülmektedir.

[62] Tagesbuch (yevmiye defteri), ZGB'de tapu sicilinin unsurlarından biri olarak belirtilen yevmiye defterinin başlıca işlevi, yapılan kütük işlemlerinin buraya belirli bir sıra numarası dâhilinde ve saat/dakika yazılarak işlenmesidir. Bu sayededir ki aynı taşınmaz üzerinde bulunan aynî hakların kıdeme itibar ilkesi gereğince sahip oldukları kıdem belirlenebilir. Aynı esasın uçak sicilinde de uygulanmakta olduğunu görmekteyiz (ZGB Art. 948 ve 972/I, Bundesgesetz über das Luftfahrzeugbuchgesetz Art. 15/I).

[63] İsviçre hukukunda genel olarak özel hukukta yerleşmiş olan düzen ve ilkelerle uyumlu değişiklikler yapılmakta ve böylece istikrarlı bir hukuk politikası izlenmektedir. Bu hukuk çevresinde hava araçlarının tescili hakkındaki Kanun nasıl MK'nın tapu sicili hükümleri ile uyumlu tutulmuş ise, aynı şekilde 1960'ların ortasında kat mülkiyeti düzenlemesi yapılırken, MK'nın paylı mülkiyet hükümleri içinde kalarak çözüm üretilmiştir. Bkz. **Liver**, **Peter**: Schweizerisches Privatrecht, Das Eigentum, (Herausgegebn von Gutzwiller, Max/Hinderling, Hans/Meier-Hayoz, Arthur/Merz, Hans/Piotet, Paul/Secrétan/Von Steiger, Werner/Vischer, Frank), Basel und Stuttgart 1977, s. 90 vd.

Mecelle md. 262 hükümleri bu çözüm tarzını benimsemiştir[64]. Ancak MK md. 763/I mülkiyetin devri için zilyetliğin devrinin gerektiğini açıkça öngörmektedir. Dolayısıyla örneğin Fransız hukuku bakımından olağan karşılanabilecek olan TSHK md. 66/I'deki çözüm MK'nın taşınır mülkiyeti rejimiyle uyumlu değildir.

b) Alman Hukukundaki Düzenleme

Alman hukukunda hava araçlarının mülkiyetinin devri için Alman Medenî Kanunu (BGB) genel hükümleri esas alınmaktadır. Taşınır eşya olan hava araçlarının mülkiyeti de bu nedenle BGB § 929 hükmüne tâbi tutulmaktadır[65]. Bu hükme göre taşınır mülkiyetinin devri için malik ile devralanın mülkiyetin devri hususunda uyuşması ve zilyetliğin devredilmesinin gerektiği öngörülmektedir[66]. Alman hukukunda hava aracı siciline (Luftfahrzeugrolle)[67] yapılan tescile kurucu bir işlev tanınmamakta, tasarruf işlemi ise aynî sözleşme ve teslim ile birlikte geçmektedir. Bu hukuk çevresinde mülkiyet hakkının tescilinden çok hava aracı ipoteğinin tescilinin önem taşıdığı görülmektedir[68]. Öyle ki 1959 tarihli '*Hava Araçları Üzerindeki Haklar Hakkındaki Kanun*' (Gesetz über Rechte an Luftfahrzeugen/LuftfzRG) incelendiğinde, mülkiyetin devri konusuna hemen hiç değinilmediği hâlde (bu husus BGB § 929 hükmüne bırakıldığı için) neredeyse tamamen hava aracı rehnine ve bu hakkın tesciline yer verilmiştir. Hava aracı rehni (ipoteği) tarafların herhangi bir geçerlilik şartına bağlı olmayan bir rehin sözleşmesi akdetmeleri ve bu sözleşmenin ilgili sicile tescili ile gerçekleşmektedir. Durum TSHK md. 70'deki hava aracı ipoteği ile aynıdır. Dolayısıyla hava aracının mülkiyetinin devri için zilyetliğin nakli gerekirken rehin için bu formül hava araçları için hiç elverişli olamayacağı için teslimsiz rehin esası öngörülmüştür.

---

[64] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Tandoğan**, **Halûk**: Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri, Cilt: I/1, 6. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 109, 110; **Hatemi/Serozan/ Arpacı**, s. 308.

[65] Bkz. **von Bodungen**, **Benjamin**: Mobiliarsicherungsrechte an Luftfahrzeugen und Eisenbahnrollmaterial im nationalen und internationalen Rechtsverkehr, Lit Verlag, Berlin 2009, s. 24.

[66] Bu hususta tartışmalar için bkz**. Özdamar**, **Demet**: Aynî Sözleşme ve Aynî Sözleşmeye Benzer ya da Onunla Bağlantılı Bazı Kavramların Karşılaştırılması, YD, C. 26, S. 3, Temmuz 2000 (s. 399-418), s. 400 vd.

[67] Alman hava aracı sicilinde gerçekleştirilen tescil sayısı 14 Ağustos 2014 tarihi itibariyle ısı sistemli balonlar da dâhil olmak üzere 40.000 adedi bulmuştur. Bkz. http://www.lba.de/ DE/Presse/Pressemitteilungen/ Presseinfo 2014/ Presse042014.html?nn= 700884 (Erişim: 18.12.2016).

[68] **von Bodungen**, s. 15 vd.

Dolayısıyla Alman hukukunda hava aracının mülkiyetinin devri bakımından İsviçre'deki düzenlemenin aksine, hava aracı siciline tescil ilkesi değil, olağan taşınır eşyada mülkiyetin devrinde olduğu gibi zilyetliğin (aynî sözleşme ile birlikte) devri yeterli görülmüştür[69]. Bu sistem de İsviçre'deki gibi iki aşamalı (borçlandırıcı işlem ve aynî sözleşme ile birlikte zilyetliğin devri) bir mülkiyet devri sistemini ögörmektedir. Bu sistemde de genel hükümlerden (BGB) ayrılınmadığı görülmektedir.

4. Satış Hâlinde Yarar ve Hasarın Geçmesi

Satış sözleşmesinde yarar ve hasarın geçmesini düzenleyen 6098 sayılı TBK md. 208/I hükmü "*Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık hâller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir*" şeklindedir. Yarar, kendiliğinden veya her malikin normal olarak yapacağı faaliyetler sonucunda satılanda meydana gelen her türlü fazlalık yahut fazla değer olarak tanımlanmaktadır[70]. Hasar ise, sözleşmenin kurulması ile ifa edilmesi süresi içinde alıcı ve satıcıya yüklenemeyen, onların sorumlu olmadığı bir sebeple satılanın yok olması veya kötüleşmesi olarak tanımlanabilir. Yukarıda TSHK md. 66/I hükmü ile benimsenen ve yazılı sözleşmenin yapılması ile mülkiyetin devrinin (ve diğer aynî hakların/intifa ve ipotek hakkının tesis veya devrinin) gerçekleşeceğini öngören sistemin belki kolaylık sağlayan bir tarafı olarak satış sözleşmesinin yapıldığı durumlarda yarar ve hasarın da bu sözleşmenin kurulması ile birlikte karşı tarafa geçecek olmasıdır. Zira mülkiyet geçeceğine göre yarar ve hasarın geçmemesi veya teslim (zilyetliğin devri) ile geçmesini savunmak anlamsız olacaktır. Gerçi TBK md. 208/I hükmü hasar ve yararın geçişi bakımından mülkiyetin devri anını değil, zilyetliğin devrini esas almıştır[71]. Ancak bu hükmün hava aracı satışlarında da esas alınması hâlinde, mülkiyet zilyetliğin devrine gerek olmadan TSHK md. 66/I uyarınca alıcıya geçtiği hâlde, henüz fiilî zilyetlik tesis

---

[69] Krş. **Gürsoy**/**Eren**/**Cansel**, s. 941 vd.

[70] **Aral**, **Fahrettin/Ayrancı**, **Hasan**: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Ankara 2014, s. 90, **Tandoğan**, s. 104, 105; **Becker**, **Hermann**: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, I. Abteilung, 2. Auflage, Bern 1941; II. Abteilung, Bern 1934, Art. 185, N. 15; **Oser**, **Hugo**/**Schönenberger**, **Wilhelm**, Zürcher Kommentar, Bd. V: Das Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1929; Die einzelnen Vertragsverhaltnisse, 2. Auflage, 1. Halbband, Zürich 1936, 2. Halbband, Zürich 1945, Art. 185, N. 1.

[71] **Arslanlı**, s. 163 vd.; **Tandoğan**, s. 106 vd.; **Aral/Ayrancı**, s. 86 ve ayrıca dn. 6'da anılan yazarlar.

edilmediği için yarar ve hasarın kural olarak 'başkası için zilyet' durumundaki satıcıya ait olması gibi garip bir durum ortaya çıkacaktır.

Kanaatimizce TSHK md. 66/I hükmünün düzgün bir yorumuyla bu çelişkili sonuç önlenebilir. Şöyle ki, fiilî bir zilyetlik devri olmasa bile satılan bir hava aracının (asli) zilyetliğinin (MK md. 974/II) alıcıya hükmen teslim yoluyla (MK md. 979) geçtiğinin kabulü gerekir. Dolayısıyla sözleşmenin kuruluş anı hem (hükmen) zilyetliğin kazanıldığı hem de mülkiyetin devredildiği an olacağı için sözleşmenin kuruluşu ile de yarar ve hasarın alıcıya geçtiğinin kabulü gerekecektir. Hava aracının satışının gerçekleşmesine rağmen zilyetliğin devredilmemesi hâlinde büyük olasılıkla ortada hükmen teslim olarak yorumlanması mümkün bir durum bulunmaktadır. Örneğin uçak satın alınmış ancak satın alan firmanın logoları ve renklerinin işlenmesi için imalatçıda tutulmaktadır.

Kaldı ki, bu yoruma başvurmadan da TBK md. 208 hükmü hava aracı satışları bakımından '*durumun gereği*' veya '*sözleşmede öngörülen özel koşullar*' (TBK md. 208/I) yoluyla da[72] aşılabilir.

E. Hava Aracının Mülkiyetinin Miras Yoluyla Kazanılması

Hava aracının gerçek kişi malikinin veya pay sahibinin ölümü ile MK md. 599 vd. hükümleri uyarınca ölenin yasal mirasçılarının ve varsa atanmış mirasçılarının küllî halefiyet yoluyla mülkiyeti kazanmaları söz konusudur. Mirasçı tek kişi ise mülkiyet hakkı ona geçerken, birden fazla mirasçı bulunması hâlinde mülkiyet miras ortaklığına geçecek ve böylece mirasçıların arasında kanundan doğan bir elbirliği mülkiyeti hâli söz konusu olacaktır. Miras yoluyla mülkiyetin geçişi (intikal) kanun gereği olarak kendiliğinden gerçekleşeceği için, zilyetliğin ve mülkiyetin mirasçı veya miras ortaklığına geçişi için ne zilyetlik iradesi, ne de fiilî hâkimiyetin tesisi aranmaz. Zilyetliğin ve mülkiyetin geçiş ânı miras bırakanın öldüğü andır. Miras bırakanın miras olarak bıraktığı hava aracının tamamı değil de onun üzerindeki bir pay ise, pay üzerinde mirasçıların elbirliği mülkiyeti söz konusu olacaktır. Miras yoluyla hava aracının mirasçılara intikali üzerine nasıl bir yol izleneceği hususu özel olarak düzenlenmiş değildir. Ancak, MK md. 599 vd. hükümlerinden hareketle bunun uçak siciline tescil edilmesinin gerekeceği açıktır. Ancak mülkiyetin geçişi ölüm anında gerçekleştiği ve miras yoluyla mülkiyet geçişlerinde de tescilin kurucu bir rolü bulunmadığı için buradaki tescil de açıklayıcı (dekla-

[72] Krş. **Yavuz**, **Cevdet**: (Faruk Acar/Burak Özen ile birlikte) Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta Yayınları, İstanbul 2011, s. 39 vd.

rativer) bir işleve sahiptir. Zaten uçak siciline tescil hiç bir olasılıkta mülkiyetin geçişi için aranan bir unsur değildir. Tapu sicilinden farklı olarak uçak sicili bakımından tescil ilkesinden (MK md. 1021)[73] ve dolayısıyla tescilin olumlu (MK md. 1023, 1024/I)[74] ve olumsuz (MK md. 1021)[75] işlevlerinden söz edilemez. Belirtelim ki, TSHK md. 66/II hükmü karşısında mirasın geçişine rağmen yeni hak durumunu göstermek üzere açıklayıcı tescilin yapılmamış olması hâlinde iyiniyetli üçüncü kişilerin aynı araç üzerinde hak kazanma olasılığı ancak marjinal düzeyde bir risk taşımaktadır. Zira sicildeki gerçek durumu yansıtmayan tescili kötüye kullanabilecek, mesela sattığı hava aracını ikinci kez satacak olan malik hayatını kaybetmiştir. Ancak istisnaî olarak miras bırakanın sağlığında vermiş olduğu vekâletnameyi kötüye kullanan bir vekilin sicilde açıklayıcı tescilin bulunmayışından kaynaklanan durumdan haksız olarak yararlanması gibi durumlar ortaya çıkabilir.

Hava aracının mülkiyetinin yasal mirasçılığın yanında ölüme bağlı tasarruflar yoluyla da geçmesi mümkündür. Bunun için miras bırakan, sağlığında vasiyetname (MK md. 531-544) düzenleyerek (şeklî anlamda ölüme bağlı tasarruf) yahut diğer taraf ile miras sözleşmesi (MK md. 545-549) yaparak, belli bir kimseyi atanmış mirasçı olarak seçebileceği gibi, ona belirli mal vasiyeti olarak bir hava aracını da bırakabilir (maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflar).

Hava araçları hemen hemen her zaman bir şirket yapısı içinde işletildikleri için bunların mülkiyeti şirket tüzel kişiliklerine yani tek bir kişiliğe ait olmaktadır. Dolayısıyla şirket ortaklardan birinin ölmesi hâlinde onun mirasçılarına hava aracı değil, şirketin belirli bir payı miras olarak kalmaktadır.

---

[73] Tapu sicilinde önemli bir yer tutan tescil ilkesine göre taşınmaz üzerindeki aynî haklar kural olarak tapu kütüğüne tescil ile doğar. Ancak bu genel kuralın pek çok istisnası bulunmaktadır. MK md. 705/II'de başlıca tescilsiz iktisap halleri yer almakta olup, ayrıca burada sayılanlar dışında da çeşitli tescilsiz kazanım halleri bulunmaktadır. Nitekim bu husus anılan fıkrada "*kanunda öngörülen diğer haller*" şeklinde ifade olunmuştur.

[74] Tapu sicilinde söz konusu olan "*tescilin olumlu işlevi*"ne göre tescil hukuka aykırı ise yani gerçek hak durumunu göstermekten uzak (yolsuz tescil) olsa bile bu kayda iyiniyetle güvenerek aynî hak kazanan kimsenin bu kazanımı korunur. Buna "*tapuya itimat prensibi*" de denir.

[75] Taşınmaz üzerindeki aynî bir hakkın tapu kütüğüne tescil edilmedikçe doğmayacağı anlamına gelen ilkedir. Hava araçları taşınır eşya olduğundan ve uçak siciline tescilin aynî hak doğurucu bir etkisi bulunmadığından bu ilkenin de uçak sicili bakımından bir etkisi bulunmamaktadır.

III. HAVA ARAÇLARI ÜZERİNDEKİ MÜLKİYET HAKKININ ÖZELLİKLERİ

A. Genel Olarak

Hava araçları üzerindeki mülkiyet hakkının gerek uluslararası gerek ulusal düzenlemeler sonucunda diğer mülkiyet alanlarına göre çok fazla miktarda kanunî takyitlerle kayıt altına alındığını söyleyebiliriz[76]. Öyle ki hava aracının havadaki her hareketi ile yerdeki çoğu hareketi uluslararası düzenlemelerle belli kurallara bağlanmıştır. Malikin mülkiyet hakkından kaynaklanan kullanma, semerelerden yararlanma ve tasarruf etme yetkileri ancak bu kurallara uygun olarak kullanılabilir. Ayrıca üretici firmaların genel işlem koşullarıyla getirdikleri özellikle hava aracının bakım ve tamiri ile sarf malzemelerine ilişkin katı kuralları bulunmaktadır. Hava araçlarının hemen her parça ve ayrıntısı uluslararası sertifikasyon kuruluşlarının onayıyla imal ve modifiye edilebilmekte veya bir başka parça ile değiştirilebilmektedir[77].

Bütün taşınır eşyada olduğu üzere hava aracı üzerinde de tek kişi mülkiyeti söz konusu olabileceği gibi bir ortaklık da söz konusu olabilir. Bir kişinin mülkiyetinin söz konusu olduğu durumlarda bu kişi ya gerçek ya da tüzel kişi olabilir. Yolcu ve kargo taşımacılığına dönük hava yolu kuruluşlarının hemen hemen her zaman ticaret şirketi şeklinde örgütlendikleri görülmektedir. Hatta bazen bu şirketlerin hâkim ortağının kamu olduğu da görülür. Ancak özellikle iş ve gezi jetleri yahut amatör kullanıma, sportif amaçlara veya gösteri faaliyetlerine dönük daha ziyade küçük ebatlı hava araçlarının bir gerçek kişiye ait olması da sıkça karşılaşılan bir durumdur.

Hava araçlarının hemen her türünün temel özelliği bunların pahalı, işletilmelerinin hatta park hâlinde tutulmalarının bile çok maliyetli, sigorta primlerinin yüksek tutarlı olmasıdır. Bu yüzden bu alanda birlikte mülkiyet örneklerine sıkça rastlanır. Medenî Kanuna göre birlikte mülkiyetin iki hâli

---

[76] Bu sınırlamalar daha çok sivil hava araçlarının kullanılmasıyla ilgili olup, özünde uçuş güvenliğinin ve havaalanı düzeninin sağlanması ile ilgili sınırlamalardır. Hava araçlarının kural olarak ancak havaalanlarına inip kalkabilmesi ve orada park edilme zorunluluğu bulunmaktadır. Bu sebeple havaalanı düzeni için gereken ulusal ve uluslararası kurallara uygun davranmak zorunluluğu bulunmaktadır.

[77] Bkz. Sürekli Uçuşa Elverişlilik Bakım Talimatı (http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik /files/pdf/ hava_araci_islemleri /sht-m.pdf, Erişim tarih: 7.1.2017. Bu konularda ICAO ve IATA (International Air Transportation Association) gibi kuruluşların yanısıra ABD ve AB bünyasindeki sivil havacılık birimleri ve hatta her devlet, uluslararası kurallara aykırı olmamak kaydıyla kendi düzenlemelerini yapmaktadır. https://www.faa.gov/regulations_policies/handbooks_manuals/aircraft/ (Erişim tarihi: 7.1.2017)

söz konusudur. Bunlar MK md. 688-700 hükümlerine göre paylı mülkiyet ve md. 701-703 hükümleri uyarınca da elbirliği mülkiyeti hâlleridir.

B. Mülkiyet Hakkı Sahiplerinin Sayısına Göre

1. Tek Kişi Mülkiyeti

Hava aracı üzerinde tek kişi mülkiyetinin olması demek, bir gerçek veya tüzel kişinin tek başına malik olması demektir. Tüzel kişi bir dernek[78], vakıf[79] vb. olabileceği gibi daha çok görülen şekli ile bir ticarî şirket[80] de olabilir. Hava araçları hem çok pahalı araçlar olmaları, hem de işletilmelerindeki ticarî kolaylıklar nedeniyle genellikle birer ticarî şirketin mülkiyetinde olmaktadır.

2. Hava Araçları Üzerinde Birlikte Mülkiyet

Medenî Kanun iki tür birlikte mülkiyet rejimi düzenlemektedir. Bunlar paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyeti şeklinde karşımıza çıkar.

---

[78] Örneğin Türk Hava Kurumu 1925 yılında "*Türk Tayyare Cemiyeti*" adı ile kurulmuş bir dernek olup, farklı amaçlara yönelik uçakların maliki durumundadır.

[79] 2010 yılında kurulmuş olan "*Türk Hava Kurumu Havacılık Vakfı*" da vakıflar alanında örnek gösterebileceğimiz bir tüzel kişidir. Anılan Vakıf, 2011 yılında Türk Hava Kurumu Üniversitesinin de kurucusu olmuştur. . thk.edu.tr/ Content.aspx?cid=14794 (Erişim: 6.1.2017). Belirtelim ki, Üniversitenin eğitim amaçlı olarak kullanacağı hava araçlarının Türk Hava Kurumu veya Türk Hava Kurumu Havacılık Vakfının mülkiyetinde olması halinde bu kuruluşlar özel hukuk tüzel kişisi oldukları için, hava araçlarının uçak siciline tescil edilebileceğine kuşku bulunmamaktadır. Üniversitenin mülkiyetinde bulunması halinde ise üniversiteler Anayasa md. 130/I'e göre kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu için bu araçların devlet hava aracı sayılarak tescilinin mümkün olup olmadığı konusunda kuşku duyulabilir. Ancak TSHK'nun 12.07.2013 tarih ve 6495 sayılı Kanun (RG. Tarih: 02.08.2013, Sayı: 28726) md. 25 ile değişik md. 3/bent (c) hükmü uyarınca devlet hava araçları tanımına "*devletin askerlik, güvenlik, gümrük ve orman yangınları ile mücadele hizmetlerinde kullandığı hava araçları*" girmektedir. Yine aynı Kanun md. 3/bent (d) uyarınca "*Devlet hava araçları tanımı dışında kalan ve mülkiyeti Türk Devletine veya kamu tüzelkişilerine veya Türk vatandaşlarına ait araçları*" Türk sivil havacılık aracı olarak tanımlandığı için Üniversite'nin mülkiyetinde hava aracı bulunması halinde bunlar da Türk sivil havacılık aracı sayılmalı ve istem halinde uçak siciline tescili gerekmektedir.

[80] Bugün ticarî sivil havacılık uygulamasında yurtta ve dünyada faaliyet gösteren hemen hemen bütün yolcu ve kargo şirketleri ticarî şirket şeklinde örgütlenmiştir. Şirketin kaç hissedarı bulunursa bulunsun, sonuçta tek bir tüzel kişilik olduğu için malik de bu şirket tüzel kişiliği olmaktadır. Ticarî faaliyette bulunan kuruluşların şirket şeklinde örgütlenmelerinin pek çok avantajı bulunmaktadır. Herşeyden önce bu tür yatırımlar büyük sermaye gerektirmektedir. Şirket yapısı sayesinde birden çok kişinin sermayelerini birleştirmeleri, sermaye piyasasında halka açık hisse satışları yolu ile kaynaklarını artırabilmeleri, sınırlı sorumlu olmaları, borsaya kayıtlı şirketlerin uluslararası piyasada daha kolay el değiştirebilme seçenekleri, kurumsal yapıya sahip olmalarının yanısıra Türk vergi hukuku bakımından Gelir Vergisine değil genellikle daha düşük ve sabit orana sahip olan Kurumlar Vergisine tâbi olmak gibi temel avantajlar söz konusu olmaktadır.

a) Hava Aracı Üzerinde Paylı Mülkiyet

Hava araçları üzerinde paylı mülkiyetin hukukî bir işlemle kurulması mümkündür. Bu durumda payın devri bakımından TSHK md. 66/I hükmü geçerli olacak ve tarafların adî yazılı bir sözleşme yapmaları payın devri için yeterli olacaktır. Birden fazla gerçek veya tüzel kişinin birlikte bir hava aracını satın alması örneğindeki durum böyledir. Paylı mülkiyetin diğer iki kaynağı sayılan hâllerden idarî bir makamın tasarrufu yoluyla hava aracı üzerinde paylı mülkiyet doğma olasılığı bulunmaz. Diğer kaynak olan kanun hükmünün gerçekleşmesi ise çok zordur. Bunu bir örnekle açıklamak gerekirse, iki uçağın parçalarının çok zor ve masraflı şekilde ayrıştırılabilecek tarzda karışarak yeni bir uçağın monte edilmiş olması durumu karışma ve birleşme yoluyla paylı mülkiyet kurulmasına ilişkin verilebilecek abartılı bir örnektir. Gerçek hayatta böyle bir örnekle karşılaşmak zordur.

Hava araçlarının edinilmesi ve işletilmesinin çok maliyetli olması nedeniyle hava aracını amatör bir tutkuyla yapan kimselerin bazı Batı ülkelerinde bu maliyetleri azaltmak amacıyla bir hava aracını ortaklaşa edinmeleri veya birinin malik olduğu hava aracına diğerlerinin ortak olmaları durumları görülebilmektedir. Bu durumda aralarında bir düzenleme yaparak, havaalanı kirası vb. sabit giderleri payları oranında karşılamakta, hava aracının özellikle motor bakımı gibi başlıca bakım giderleri için bir fon oluşturarak aylık sabit bir miktarı bu hesaba yatırmakta, kullandıkları süreler için gereken başta yakıt giderleri olmak üzere sarf malzemelerini kendileri karşılamaktadır. Hatta ilgili ülkelerin düzenlemesine göre ticarî olmayan tarzda adî ortaklık ve diğer ortaklık ilişkilerinin de yaratılabildiği görülmektedir[81]. Amatör düzeyde amaca hizmet eden bu tür ortaklıkların kuşkusuz ticarî taşımacılık faaliyetinde yeterli olması beklenemez. Bu yüzden ticarî faaliyet gösteren işletmelerin Türkiye'de daha çok anonim şirket tarzında örgütlendikleri görülmektedir. Böylece bir işletmedeki hava araçlarının üzerinde tek tek pay sahibi olmaktansa şirkette pay sahibi olmak ve bu yöntemle rolünü belirlemek, gereğinde kolayca payı elden çıkarabilmek veya başka payları devir alarak şirketteki gücünü ve etkisini artırmak, kuşkusuz iktisadî bakımdan çok daha pratik ve avantajlı bir seçenek sunmaktadır.

Bir hava aracı üzerinde paylı mülkiyet söz konusu olduğunda özellikle yönetim bakımından aşağıdaki sorunlara dikkat çekilmektedir:

[81] Bkz.http://www.planeandpilotmag.com/article/co-ownership-navigating-airplane-partnerships/#. WMVzTTG0 kqA (Erişim: 22.12.2016).

- "*Hava aracıyla ilgili idare ve işletme işlerini kimin yapacağı,*
- *Bu işleri yapma görevinin bir paydaşın üzerinde mi olacağı, yoksa nöbetleşe olarak tüm paydaşlarca mı yapılacağı,*
- *Kayıtların kim tarafından tutulup muhafaza edileceği, giderlerinin kim tarafından karşılanacağı, malî konularda bilgilendirmeyi kimin yapacağı,*
- *Bu kayıtların hangi kapsam ve şekilde tutulacağı,*
- *Kayıtları tutan kişinin bunların saklanması ile de sorumlu olup olmayacağı,*
- *Hava aracı ilgili olarak alınması gereken kararların çoğunlukla mı yoksa oy birliğiyle mi alınacağı,*
- *Hava aracının kullanım süresinin belli ölçütlere göre sınırlanıp belirlenmesi,*
- *Hava aracının eğitim veya diğer ticarî maksatlı uçuşlar için kullanılıp kullanılamayacağı,*
- *Paydaşlardan başkasının hava aracını kullanmasına izin verilip verilmeyeceği,*
- *Bakımı kimin yapacağı,*
- *Hangi standarttaki bir bakımın uygulanacağı,*
- *Hava aracının hangar, sigorta gibi sabit giderlerinin nasıl karşılanacağı,*
- *Hava aracının olağan işletme giderlerinin nasıl karşılanacağı,*
- *Ortak giderleri ödemeyen paydaşa karşı hangi yaptırımın uygulanacağı,*
- *Ortaklardan bir ya da bir kaçının payını üçüncü kişiye satması hâlinde diğer paydaşların önalım hakkının bulunup bulunmayacağı,*
- *Başgösterecek uyuşmazlıklarda adli yargıya mı yoksa alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına mı gidileceği*"[82].

[82] http://www.aerolegalservices.com/Articles/Aircraft%20Co-Ownership.shtml(Erişim: 14.11.2016).

b) Hava Aracı Üzerinde Elbirliği Mülkiyeti

Medenî Kanuna göre elbirliği mülkiyetinin kaynakları sınırlıdır. Bunlar ya kanunun öngördüğü hukukî olayların sonucu olarak yahut kanunun öngördüğü hukukî işlemlerle doğarlar[83]. Dolayısıyla aşağıdaki hukukî olay ve işlemlerden elbirliği mülkiyetinin doğduğu kabul edilmektedir:

aa) Miras ortaklığı (MK md. 581),

bb) Evlilikteki mal rejimlerinden mal ortaklığı (MK md. 257 vd.),

cc) Aile malları ortaklığı (MK md. 373),

dd) Adî ortaklık (TBK md. 620).

Bir hava aracı üzerinde elbirliği mülkiyeti yukarıdaki kaynaklar arasından daha çok miras ortaklığı ve adî ortaklık yollarıyla doğabilir. Gerçek bir kişinin malik olduğu hava aracı, onun ölümüyle kendiliğinden mirasçılarına geçer. Mirasçı sayısı birden fazla ise bunlar hava aracına elbirliği ile malik olacaklardır. Buna karşılık, hava aracının bir şirketin mülkiyetinde bulunması halinde, şirket ortağının ölmesi sonucunda hava aracının mülkiyetinde bir değişiklik gerçekleşmeyecek, araç aynı şirketin tüzel kişiliğinde tek kişi mülkiyeti olarak varlığını sürdürecektir. Bu durumda mirasçılara geçen değer, ölenin şirketteki payıdır.

Türk Borçlar Kanunu md. 620/I adî ortaklığı "*Adî ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir*" şeklinde tanımlamaktadır. Anılan maddenin ikinci fıkrası, adî ortaklık sonucunu doğuran bir durumu daha hükme bağlamaktadır. Buna göre "*Bir ortaklık, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşımıyorsa, bu bölüm hükümlerine tâbi adî ortaklık sayılır*".

Özellikle az sayıda hava aracı ile çalışan bir işletmenin daha kurumsal bir yapı olan ticaret şirketleri yerine tüzel kişiliği bulunmayan adî şirket tarzında örgütlenmeyi tercih etmesi de mümkündür. Aslında ticaret şirketi şeklinde çalışan iki veya daha fazla sayıdaki şirketin farklı ticarî operasyonlar için farklı bir ortaklık yapısı içinde örgütlenmek üzere böyle bir yapıyı tercih etmeleri de mümkündür. Nitekim pek çok büyük havayolu firmasının ya bazen kendi bünyesi içinden doğurduğu, bazen de başka şirketlerle birlikte kurduğu ayrı

[83] **Ayiter**, **Nuşin**: Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları-İştirak Halinde Mülkiyet, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1961, s. 69 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Tekinay Eşya Hukuku, s. 631 vd.

havayolu işletmeleri olabilmektedir[84]. Farklı şirketlerin ortaklaşa kurdukları bu ortaklığın adî ortaklık şeklinde ve bazen *joint venture*[85] *yapısında kurulması mümkündür.*

Evlilikte eşlerin seçimlik mal rejimlerinden mal ortaklığını veya bunun alt türlerinden birini tercih etmeleri ve ortaklığa giren malların arasında bir hava aracının bulunması hâlinde bu araç üzerinde elbirliği mülkiyeti doğmuş olacaktır.

Medenî Kanun md. 373'e göre hısımların kendilerine geçen mirasın tamamı veya bir kısmı ile yahut ortaya başka malları da koymak suretiyle bir aile malları ortaklığı kurabilirler. Dolayısıyla miras kalan ve ortaklığa dâhil edilen mallar arasında bir hava aracının bulunması veya terekede bu yer almamakla birlikte ortaklarca kurulan bu ortaklığa dâhil edilmesi suretiyle hava aracının elbirliği mülkiyetine tâbi olması söz konusu olabilir.

Bir hava aracının elbirliği mülkiyetine tâbi olması hâlinde MK md. 702/II hükmü uyarınca aksine bir hüküm bulunmadıkça, gerek yönetim, gerekse tasarruf işlemleri için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerekecektir. Hava aracıyla ilişkili hukuki işlemlerde işlemi yapan ortak tüm malikler adına hareket ediyorsa, hukuki işlemin geçerliliği temsil yetkisinin bulunmasını gerektirir. Bu yetki varsa işlem tüm ortaklar için bağlayıcı olurken; yetkisizlik durumunda, malikler tarafından sonradan icazet verilmezse, işlem bağlayıcı olmayacaktır. Bu durumda işlemi yapan ortak yetkisiz temsilin hukuki sonuçlarına katlanacaktır. Burada ortağın yapacağı borçlandırıcı işlemin geçerli olacağı, ancak tasarruf işlemlerinin geçersiz olacağı, dolayısıyla ifa etmemenin sonuçlarına katlanacağı kabul edilmektedir[86].

IV. UÇAK SİCİLİ ve TESCİLİN İŞLEVİ

A. Uçak Sicilinin Ulusal ve Uluslararası Boyutu

Günlük dilde "*uçak*" sözcüğü ile sabit kanatlı hava araçlarını kastederiz. Dolayısıyla "uçak" kavramı helikopter vb. hava araçlarını dışlayan bir kav-

---

[84] Bu tür türev ortaklıklara özellikle havacılık alanında "Schwestergesellschaft" (kardeş şirket) adı da verilmektedir.

[85] "*Joint venture*" modeli bir adi ortaklık olarak kabul edilmektedir. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği, md. 9/II hükmüne göre "*Adi ortaklık, konsorsiyum, iş ortaklığı, ortak girişim gibi isimler altında sözleşmeye dayalı olarak kurulan ve Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen şirketlerin belirgin niteliklerini taşımayan ortaklıklar, Kanun'un uygulanması bakımından adi şirket sayılırlar*" (RG. Tarih: 20.08.2003, Sayı: 25205).

[86] **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 348 vd.; **Ayan**, s. 110 vd.

ramdır. Ancak TSHK md. 50/I açıkça bir "*uçak sicili*"nden söz etmektedir[87]. İlgili hükümler birlikte değerlendirildiğinde, bununla yalnızca dar anlamdaki uçakların değil, bütün sivil havacılık araçlarının kastedildiğini anlamaktayız. Buradaki açıklamalarımızda kanundaki terim tercih edilmiştir.

Uçak sicilinin tutulması, Türkiye'nin de başından beri dâhil olduğu MASHA'nın bir gereğidir[88]. Söz konusu antlaşmanın "*Hava nakil vasıtasının tâbiiyeti*" başlığını taşıyan 3. faslı (md. 17-21) tamamen uçak siciline ayrılmıştır. Buradaki "*tâbiiyet*" ifadesinin vatandaşlığı değil, aidiyeti ifade ettiğine yukarıda işaret etmiştik. MASHA md. 20'ye göre uluslararası hava seyrüseferine katılan her hava taşıma aracının kendi tâbiiyet ve tescil işaretini taşıması zorunludur. Şu hâlde antlaşma, en azından uluslararası uçuşlar bakımından tescili zorunlu saymaktadır. Zira tescil olmadan tescil işaretinin taşınması düşünülemez. Hava araçlarının kuyruk kısmı yakınlarında yer alan harf ve rakam grubundan oluşan numara onların tescil işaretidir[89]. MASHA, hava araçlarının tescilini ayrıntılı olarak düzenlememiş, tescilin nasıl yapılacağını ve başka bir sicile nasıl nakledileceğini ilgili üye ülkenin mevzuatına bırakmıştır (md. 19). Ancak bir hava aracının birden çok ülkenin sicilinde kayıtlı olması yasaklanmış olup, bir sicilden diğerine nakil ise mümkündür (md. 18). Nakil esnasında mükerrer tescili önlemek için önceki tescilin terkin edilmesi gerekecektir.

MASHA md. 21'e göre her âkit devlet, talep edilmesi hâlinde "*diğer âkit devletlerden birine veya Beynelmilel Sivil Havacılık Teşkilâtına o devlette tescil edilmiş bulunan muayyen herhangi bir hava nakil vasıtasının tescili ve*

---

87 TSHK md. 50/I, herhangi bir ayırım yapmaksızın "*Türk sivil hava araçlarının tescili için Ulaştırma Bakanlığınca bir sicil tutulur. Bu sicile 'Uçak sicili' adı verilir*" hükmünü öngörmektedir.

88 Aslında uçakların tescil uygulaması Chicago Konvansiyonundan daha eskiye dayanmaktadır. Bilindiği üzere hava ulaşımında telsizle haberleşmenin yaşamsal önemi bulunmaktadır. Bu nedenle hava araçlarının telsiz görüşmelerinde kullanacakları bir çağrı işaretine (*call sign*) yani telefon numarası gibi ayırt edici bir işarete ihtiyaç duyulmuştur. Bu nedenle 1913 tarihli Londra Uluslararası Telsiz-Telgraf Konferansında (London International Radiotelegraphic Conference) hava araçlarına, milliyetini de belirlemeye yarayacak şekilde üç harf grubundan oluşan birer çağrı işareti sistemi benimsenmiş, bunun bir sonucu olarak da bu çağrı işaretlerinin ait oldukları hava araçlarının bir sicile tescili zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Sonrasında çeşitli tarihlerde gerçekleştirilen uluslararası antlaşmalarla bu sistem geliştirilmiş ve MASHA'nın yürürlüğe girdiği 1947 tarihinde artık bu alandaki düzenlemelerin ICAO tarafından gerçekleştirilmesi aşamasına geçilmiştir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.gfara.com/uploads/3/4/4/5/3445267/call_sign_history.pdf (Erişim tarihi: 6.1.2017).

89 Bazı ülke uygulamalarında tescil numarasının metal plaka üzerine basılmış olarak bulundurulması zorunlu tutulmuştur. Bununla amaçlanan, herhangi bir kaza-kırım durumunda boya ile işlenmiş olan tescil işaretinin okunamama ihtimalidir.

mülkiyeti hakkında malumat vermeyi taahhüt eder. Bundan Başka Âkit Devletlerden herbiri Beynelmilel Sivil Havacılık Teşkilâtının vazedebileceği esaslar dairesinde bu teşkilâta raporlar vermeye ve o Devlette tescil edilmiş bulunan beynelmilel hava seyrüseferinde işlemesi mûtat olan hava nakil vasıtalarının tescili ve mülkiyeti hakkında malumat vermeyi taahhüt eder. Bundan başka âkit devletlerden herbiri Beynelmilel Sivil Havacılık Teşkilâtının vazedebileceği esaslar dairesinde bu teşkilâta raporlar vermeye ve o devlette tescil edilmiş bulunan beynelmilel hava seyrüseferinde işlemesi mûtat olan hava nakil vasıtalarının mülkiyeti ve kontrolü hakkında elde edilebilen hususları bildirmeye mecburdur. Beynelmilel Sivil Havacılık Teşkilâtı, bu suretle elde ettiği malûmatı, talepleri üzerine diğer âkit devletlere de bildirmeye mecburdur". Bu hükümden de anlaşılacağı üzere âkit devletler[90] ve ICAO arasında uçak sicilleri bakımından kamuya açıklık ilkesinin uluslararası boyutu da söz konusudur. Hatta bunun bir adım ilerisine gidilerek, tescile ait bilginin aktarılması zorunluluğu şeklinde olumlu bir yükümlülük de söz konusudur. Bu amaçla bilgilerin ICAO bünyesinde toplanması ve talep üzerine sözleşmeye taraf olan diğer devletlerle paylaşılması esası öngörülmüştür. Ayrıca MASHA md. 29'a göre hava aracı tescil belgesi, uluslararası hava trafiğine katılan her hava aracında bulundurulması zorunlu olan belgelerden biri olarak sayılmıştır.

TSHK'nun "*Hava Araçları ve Sicillerin Tutulması*" başlıklı beşinci bölümü (md. 49-84) hükümleri incelendiğinde, bu düzenlemenin MASHA hükümleri ile uyumlu olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, uçak sicilinin bazı yönlerden trafik siciline, bazı yönlerden de tapu siciline benzediği ancak bu sicillerden hiç biri ile tam olarak uyuşmadığı, kendine özgü bir yapıya sahip olduğu ortaya çıkmaktadır. Trafik sicili gibi, mülkiyetin devri bakımından işlevsiz, tapu sicili gibi de iyiniyetle kazanıma elverişlidir. Sicilin bu tür hukuki işlevleri için MASHA'da herhangi bir çerçeve yer almaz. Bu hususlar ulusal hukuklara bırakılmıştır.

Uçak siciline yapılacak tescil işleminin daha çok bürokratik formalitelerini belirleyen ve TSHK'ndan daha eski tarihli bir de Yönetmelik bulunmaktadır. "*Sivil Hava Vasıtaları Tescil Yönetmeliği*"[91] TSHK'nun hava araçlarının sicile tesciline ilişkin hükümlerini büyük ölçüde içermektedir. Burada Yönetmelik, ilgili bulunduğu Kanundan daha eski tarihli olduğu için, çoğu yönetmelikte mutat olduğu üzere Kanunu tekrar ettiğinden söz edemiyoruz. Ancak

[90] Halihazırda Türkiye dâhil 192 devlet ICAO üyesi olup MASHA'nın tarafı durumundadır.

[91] RG. Tarih: 02.06.1967, Sayı: 12611.

her iki metinde de benzer hükümlerin bulunduğunu görmekteyiz. Yönetmelik md. 8 vd. maddelerde sıkça "*tescil sertifikası*"ndan söz edilmektedir. Burada belirtmeliyiz ki, tescil sertifikası bir bakıma tapu senedi gibi bilgilendirici niteliktedir. Nasıl ki tapuya güven denildiğinde tapu senedi değil kütüğü anlaşılmaktaysa, burada da asıl olan sertifika değil, uçak sicilidir.

B. Uçak Siciline Tescilin Yapılması ve Tescilin İşlevi

1. Tescilin Hükmü

Ulusalüstü norm niteliği taşıyan MASHA hükümlerinin Anayasa md. 90'a göre iç hukukta da yürürlükte olacağı açıktır. Bununla birlikte anılan antlaşma hükümlerinde sicil tutulma zorunluluğu yalnızca uluslararası uçuş yapacak hava araçları için öngörülmüş olup bunun ayrıntılı düzenlemesi sözleşmeye taraf olan ülkelerin mevzuatına bırakılmıştır. Hava aracının mülkiyetinin devrine ilişkin sözleşmelerin ve mülkiyetin geçiş ânının da anılan antlaşmada yer almadığını, dolayısıyla bu konuların iç hukuk düzenlemelerine bırakıldığını belirtmek gerekir.

Uçak mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması gerektiğini yukarıda açıklamıştık. TSHK md. 66, ilk fıkrada "*Hava aracının tamamı veya bir payının üzerinde mülkiyet ve diğer aynî hakların tesisi, devri ve temlik için yazılı sözleşme yapılması lazım ve kâfidir. Temlike ilişkin sözleşmeler yazılı şekilde yapılmadıkça muteber değildir*" hükmünü getirdikten sonra ikinci fıkrada da "*Sözleşmeler uçak siciline tescil edilmeden üçüncü şahıslar bakımından hüküm ifade etmez*" hükmü ile "*sözleşmenin tescili*"nden söz etmektedir. Bundan anlaşılması gereken, sözleşmenin içeriğine göre işlem yapılması, diğer ifadeyle, mülkiyetin devri sebebinin (satış, bağış, mal değişimi vb.) ve yeni malikin isminin sicile işlenmesi, bu yapılırken de önceki malikin isminin çizilmesi şeklinde anlaşılmalıdır.

Türk Sivil Havacılık Kanunu, uçak siciline kurucu bir işlev tanımış değildir. Bu husus md. 66/I/ilk cümledeki "*Hava aracının tamamı veya bir payının üzerinde mülkiyet ve diğer aynî hakların tesisi, devri ve temlik için yazılı sözleşme yapılması lazım ve kâfidir"* hükmünden anlaşılmaktadır. Bu hükme göre yazılı şekilde sözleşmenin yapılması ile mülkiyet veya diğer aynî haklar (intifa veya ipotek) devredilmiş veya kurulmuş olacaktır. Sözleşmenin yapılmasıyla mülkiyetin (aynî hakkın) doğması/devri mümkün olabilir mi sorusunu aşağıda tartışacağız. Yalnız burada işaret etmek istediğimiz konu, aynî hakkın kurulması veya devri için tescil şartının aranmamış olmasıdır[92].

[92] Aksi görüş için bkz. **Hızır/Turaev**, s. 381 vd. Yazarlar, TSHK md. 66/II'de yer alan

Dolayısıyla yapılan tescil hiçbir şekilde mülkiyetin devri veya aynî hakkın kurulması sonucunu doğurmayacaktır. Hava aracının mülkiyeti, yazılı şekilde akdedilen sözleşme ile geçeceği için, hava aracının tescili ânında mülkiyet evvelce bu yolla zaten alıcıya geçmiş bulunacak, yapılacak tescil de açıklayıcı nitelikte olacaktır.

Bu düzenleme karşısında, hava aracının uçak siciline tescil edilmesinin hükmü, olsa olsa MK md. 1009'daki kişisel hakların tapu kütüğüne şerhi kadar bir etki doğuracaktır. Bu şerhlerin ilişkin oldukları haklar bakımından kurucu hiçbir etkisi olmayıp, yalnızca üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilme ve onların iyiniyet iddialarını bertaraf etme etkisi bulunmaktadır. Uçak siciline tescil edilen gerçi bir mülkiyet hakkı (veya intifa yahut ipotek hakkı) yani aynî bir hak olmakla birlikte bunun etkisi kişisel hakların tapu siciline şerhindeki gibi tezahür etmektedir.

2. Sicile Güvenin Korunması

Türk Sivil Havacılık Kanunu, md. 66 uçak sicilindeki tescile aynî hakkı kurucu bir işlev tanımazken, diğer taraftan md. 52/I sicil kaydına olan iyiniyeti tıpkı tapu sicilindeki gibi büyük ölçüde korumaktadır: "*Sicil kayıtlarının geçerliliği*" başlığını taşıyan TSHK md. 52/I uyarınca "*uçak sicilindeki bir kayda iyi niyete dayanarak mülkiyet, ipotek veya diğer bir aynî hakkı iktisap eden kişinin bu iktisabı geçerli olur*". Hükmün ciddî bir güvenlik açığı doğurması söz konusudur. Şöyle ki, örneğin hava aracını (A) şahsına satıp teslim eden şahsın tescil gerçekleştirilmeden önce sicilde kendisini hala malik olarak gösteren yolsuz tescile dayanarak hava aracını iyiniyetli (B)'ye satması durumunda (B) sicile iyiniyetle güvenerek mülkiyet hakkını kazandığında durum hayli karışacaktır. Bir yandan taşınır bir eşyayı TSHK md. 66 uyarınca satın alarak mülkiyeti sicil dışında kazanan (A), diğer taraftan ise başkasının taşınır eşyasını sicil kaydına güvenerek satın alan iyiniyetli üçüncü kişinin kazanımını koruyan md. 52/I hükmü birbiriyle çatışmaktadır. Kanunun düzenlemesi açık olup, sicile güven tam olarak korunmaktadır. Ancak önce mülkiyeti, sonra da zilyetliği kazanan kimsenin elinden aynî hak bakımından kurucu işlevi bulunmayan uçak sicilindeki tescile dayanarak hava aracının geri alınması eşya hukukunun temel ilkelerine ve hakkaniyete aykırıdır. Bu kuralın ancak tescile kurucu bir işlev tanınmış olması hâlinde makul karşılanması mümkün olabilir.

"*Sözleşmeler uçak siciline tescil edilmeden üçüncü şahıslar bakımından hüküm ifade etmez*" hükmünden yola çıkarak, tescil olunmasa dahî ipotek işleminin taraflar arasında hüküm doğuracağını kabul etmekle birlikte, bunun üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecek olmasından hareketle tescilin kurucu işlevi bulunduğu kanısındadırlar.

Diğer ifadeyle, bir yandan kurucu bir işlevi bulunmayan bir sicil, diğer yandan da bu sicile güvenin tam korunması çelişki teşkil etmektedir. Sicile güvenin tam olarak korunabilmesi ancak tescil ilkesinin[93] geçerli olması hâlinde anlaşılabilir bir durumdur. Tescile kurucu bir etki vermedikçe bu çelişkinin giderilmesi zordur. TSHK md. 52/I hükmü, yalnızca mülkiyet hakkının sicil kaydına iyiniyetle güvenilerek kazanılması hâlini değil, aynı çerçevede ipotek veya diğer bir aynî hakkın bu yolla kazanılmasının da geçerli olacağını belirtmektedir. Hemen belirtelim ki, hava aracı üzerinde mülkiyet ve ipotek (rehin hakkı) dışında kurulabilecek olan tek aynî hak bir irtifak hakkı türü olan intifa hakkından ibarettir. Bu durum yalnızca hava araçları için değil, diğer bütün taşınırlar için de söz konusudur. Mülkiyet hakkı için bu tür bir iyiniyetle kazanma yolu açık olduktan sonra, ondan daha dar kapsamlı olan intifa hakkı ve ipotek için de bunun kabul edilmesi daha kolaydır.

Sicile güveni koruyan TSHK md. 52/I hükmü, aynı maddenin 2. fıkrası ile bir adım daha ileriye giderek korunan kazanımların kapsamını genişletmektedir. Bu hükme göre "*Sicilde lehine bir hak tescil edilmiş olan kişiye bu hakkı sebebi ile bir edada bulunulması veya bu kişinin üçüncü kişiler ile tescilli hak üzerinde bir tasarruf muamelesinde bulunması hâllerinde de, yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır*". Bu hükmün, 1. fıkrada yer verilen koruma dışında fazladan nasıl bir etkisi olacağının açıklanması güçtür. Zira ilk fıkrada sicile güvenle aynî hak kazanımı kesin bir şekilde korunmaktadır. '*Sicilde lehine bir hak tescil edilmiş olan kişiye bu hakkı sebebi ile bir edada bulunmak*' hâli olsa olsa kira gibi nisbî bir hakka dayanılarak yapılan ifaları hedeflemiş olmalıdır. Diğer ifadeyle, taşınırlarda zilyetliğe, taşınmazlarda ise tapu siciline güvenen iyiniyetli üçüncü kişinin korunacak kazanımının yalnızca aynî haklara münhasır olacağı ilkesinin burada aşıldığı ve uçak sicilindeki kayda güvenerek bir alacak hakkı elde edenin bu kazanımının da korunacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu yönüyle uçak sicili, iyiniyetli üçüncü kişinin kazanımını tapu sicilinden daha geniş ölçüde korumaktadır. Ancak fıkrada tescil sahibinin üçüncü kişilerle tescilli hak üzerinde bir tasarruf işleminde bulunması hâli de kapsama alınmıştır. Bununla neyin kastedildiğini anlamak zordur. Hükümde geçen "*tasarruf muamelesi*" ibaresi ile teknik anlamda yani malvarlığının aktifini azaltan/daraltan işlemlerin kastedilip edilmediğini tartışmak gerekir. Hava aracı üzerindeki tasarruf işlemi, mülkiyet hakkının devrinde ve

[93] Taşınmaz üzerindeki aynî hakların kural olarak ancak sicile yapılacak tescil ile doğacağını öngören kurala eşya hukukunda "*tescil ilkesi*" adı verilir. Uçak sicili bakımından geçerli olmayan bu ilkenin bu sicil bakımından da benimsenmesi TSHK'nundaki bir çelişkiye de son verebilir.

intifa hakkının kurulmasında yazılı sözleşmenin kurulması ile gerçekleşirken (TSHK md. 66/I), akdî ipotek tesisinde ise yazılı sözleşme ve uçak siciline tescil ile gerçekleşmektedir (md. 70).

3. Sicilin Aleniyeti (Kamuya Açıklığı) (TSHK md. 51)

Uçak sicilinin kamuya açıklığına ilişkin esaslar TSHK'nun "*sicilin aleniyeti*" başlığını taşıyan 51. madesinde hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre "*Uçak sicili alenidir. İstemle ilgili olduğunu ispatlayan kişiler, bir kaydın tamamlanması için sicile ait olan belgeleri, henüz sonuçlanmamış tescil işlemlerini ve sicil dosyalarını da incelemeye ve masrafını ödemek şartı ile, sözü edilen belgelerin örneklerini almaya mezundur*". Madde hükmünün MK md. 1020, özellikle eMK md. 928'in esas alınarak düzenlendiği görülmektedir[94]. Eski metinde yer alan "*alakası olduğunu ispat eden herkes*" ibaresi, 4721 sayılı MK md. 1020'de, "*ilgisini inanılır kılan herkes*" şeklinde yumuşatılmak istense de uygulamaya yansıyan bir esneklik gerçekleşmemiştir. Uçak sicilinin de bu formüle bağlanmış olmasının bizce yeterli sebebi bulunmamaktadır. Bazı ülkelerde uçak sicilinin internet üzerinden herkese açık erişime tâbi olduğu dahî görülebilirken, bizde bununla ilgili olarak, görevlilerce kötüye kullanılabilecek şekilde "*ispat etme*" koşuluna bağlanmış olması kanaatimizce isabetli olmamıştır.

4. Sicilin Tekliği

Türk uçak sicili Ulaştırma Bakanlığı bünyesindeki SHGM tarafından tutulmaktadır. Sicil tek olduğu için aynı hava aracının ülke içinde birden çok sicile tescil edilme olasılığı bulunmaz. Daha önce başka ülkenin uçak siciline tescilli olan bir hava aracının Türk uçak siciline tescil olunabilmesi için önceki sicil kaydının sildirilmesi zorunludur (TSHK md. 54). Öyle ki, bu zorunluluk aynı zamanda ulusalüstü norm niteliğindeki MASHA'nın "*Çifte tescil*" başlıklı 18. maddesinde "*Bir hava nakil vasıtasının birden ziyade Devlete tescili muteber değildir, fakat tescilin bir Devletten diğerine nakli caizdir*" şeklinde ifade edilmiştir. Böylece bir hava aracının birden çok ülkenin uçak siciline kayıtlı olma ihtimali bertaraf edilmiştir. Sicilin tekliği özellikle sicile güvenin korunması bakımından önem taşır. Bir hava aracının birden fazla ülke sicilinde kaydının bulunması hâlinde üçüncü kişinin bunlardan hangisine olan güveninin korunacağı sorunu ortaya çıkabilirdi ve sicile güvenin korunması da imkânsız hâle gelirdi.

[94] Tapu sicilin kamuya açıklığı ile ilgili olarak İsviçre mevzuatında yapılan son değişikliklerle ilgili olarak bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 154 vd.

5. Uçak Sicilinin Benzer Sicillerden Farkı

a) Tapu Sicili

Tapu sicili taşınmazların[95] tescil edildiği, kamuya açık, güvenin korunması ilkesinin geçerli olduğu ve taşınmaz üzerindeki aynî hakların kural olarak tescil ile doğduğu bir sicildir. Tapu sicili düzeninde geçerli olan tescil ilkesine göre taşınmaz üzerindeki aynî haklar tapu kütüğüne tescil ile doğar. Bu bakımdan malikin tapu memuru önünde tescili talep etmesi tasarruf işlemi niteliği taşır[96]. Uçak sicili ile tapu sicili arasında özellikle sicile güvenin korunması ve sicilin hukuka aykırı tutulmasından kaynaklanan zararlardan Devletin kusursuz sorumlu olması konularında büyük benzerlik bulunmaktadır. Zaten TSHK md. 50/II bu konuda tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğunu düzenleyen eMK md. 917 (MK md. 1007) hükmüne gönderme yapmaktadır. Ancak temelde, hava aracı mülkiyetinin devri amacıyla yapılan sözleşmeler adî yazılı şekle tâbidir ve sicile tescil, aynî hakkın doğmasına etkili değildir. Taşınmazlarda ise kural olarak mülkiyetin devri (ve aynî hakların doğması) tescile bağlıdır. Taşınmazlarda borçlandırıcı işlem ile (satış, bağış, mal değişimi sözleşmeleri vb.) tasarruf işlemi olan tescili talep işlemi tapu sicili uygulamasında fiilen iç içe yer alırlar ve gerçekte tek imzayla, aynı senet üzerinde gerçekleştirilmiş olurlar[97]. Hava araçları bakımından borçlandırıcı işlem olan sözleşme ile tasarruf işlemi niteliği bulunmayan tescil işlemleri birbirinden ayrı gerçekleşir. TSHK hava aracı mülkiyetinin devri konusunda taşınır eşya mülkiyetinin devrine ilişkin genel düzenlemelerden ayrılarak, sözleşmenin yapılması ile mülkiyetin de geçeceğini düzenlemiştir (TSHK md. 66/I/ilk cümle). Bu düzenleme ile zilyetliğin nakli aranmadan mülkiyetin devri gerçekleşmiş olmaktadır. Dolayısıyla mülkiyetin devrini isteyen tarafların yazılı olarak yaptıkları sözleşmeden sonra mülkiyetin devredilmiş sayılabilmesi için herhangi bir tasarruf işleminde bulunmaları gerekmez. Bu anlamda hava

---

[95] Arazi, kat mülkiyetine tâbi bağımsız bölümler ile bağımsız ve sürekli olarak kurulmuş olan irtifak hakları taşınmaz olarak tapu kütüğüne tescil olunurlar. Mülkiyet hakkının dışında bu sicile sınırlı aynî haklar da (taşınmaz yükü ve irtifak hakları) tescil olunur.

[96] Bazı hallerde malik dışındaki bir kişi de hak sahibi sıfatıyla tescili talep edebilir. Örneğin bağımsız ve sürekli bir irtifak hakkının sahibi, kütükte bu hak için ayrı bir sayfa açılmışsa, belirli sınırlı aynî hakları da tesis etme, bu amaçla tapuda tescile muvafakat etme yetkisine kavuşur.

[97] Tapu idaresinde kullanılan matbu (satış, bağışlama gibi) sözleşmeler için kullanılan matbu senetlerin alt kısmında yer alan "*tescilini talep ederim*" şeklindeki yazılı ifade nedeniyle malik, senet üzerinde attığı imza ile aynı zamanda tescili de talep etmiş olmaktadır. Kuşkusuz pratik bakımdan yararlı bir uygulama olan bu tek imzalı işlem sonunda borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi aşamaları fiilen birleşmiş olmaktadır.

aracının tescil edilmesi şart olmadığı gibi teslim edilmesi (zilyetliğin nakli) de gerekmez. Bununla birlikte, mülkiyetin devri bakımından tapu sicilinden ayrılan uçak sicili, sözleşmeden doğan ipotek hakkının kurulması bakımından tapu sicili rejimine çok yaklaşır. Zira TSHK md. 70'e göre sözleşmeden doğan ipotek hakkı ancak yazılı sözleşme ve bunun uçak siciline tescili ile doğar. Böylece mülkiyet devri bakımından aranmayan tescil ilkesi, hava aracı ipoteği bakımından aranmaktadır.

b) Trafik Sicili

Trafik sicili, devlet eliyle re'sen tutulan, motorlu taşıtların teknik özellikleri ile üzerindeki başta mülkiyet hakkı olmak üzere mutlak hakları (rehin ve intifa haklarını) gösteren bir kayıt sistemidir. Bu kayıtlar artık elektronik ortamda da tutulmaktadır. Trafik sicilinin başlıca işlevleri, hak sahibinin belirlenmesi, güvenlik, Motorlu Araçlar Vergisi mükellefiyetinin tesis ve takibi ile savunma hizmetlerine katkı olarak sayılabilir[98]. Motorlu taşıtların trafik siciline tescilleri, ne geçerli bir mülkiyet devri için aranan bir şekil şartıdır ne de bir tasarruf işlemidir. Birer taşınır eşya olan motorlu taşıtların mülkiyeti, geçerli satış sözleşmesini izleyen zilyetliğin nakli (tasarruf işlemi) ile yeni malike geçer. Trafik siciline yapılan tescil, idare tarafından re'sen yapılmaktadır. Bu yönüyle trafik sicili, daha çok kamu hukuku karakterlidir. Trafik sicilleri kamuya açık sicillerden değildir. Dolayısıyla trafik siciline iyiniyetle güvenerek bir hak iktisap edilmesi de mümkün değildir.

Uçak sicili ile trafik sicili arasındaki başlıca farklar, uçak sicilinde tescil talep üzerine gerçekleşirken, trafik sicilindeki tescil re'sen idare tarafından ve zorunlu olarak gerçekleştirilmektedir. Uçak sicili kamuya açık iken, trafik sicili kamuya açık değildir. Dolayısıyla ilki iyiniyetle hak kazanımı imkânı verirken, ikincisinde bu mümkün değildir. Uçak siciline tescil gerçekleşmese de yazılı sözleşmenin kurulması ile mülkiyet diğer tarafa geçmiş olur, ancak sicilde eski malik kayıtlı göründükçe hava aracı üçüncü kişilerin iyiniyetli kazanımlarına açık olacağı için tescil dolaylı olarak zorunlu hâle gelmektedir. Trafik sicilinde ise tescilli olmayan araçların satış ve mülkiyetin devrine yönelik diğer sözleşmelere konu olmaları hâlinde bu sözleşmeler herhangi bir geçerlilik şartına bağlı değildir. Ancak bunların trafiğe çıkabilmeleri için mutlaka sicile kayıt ve tescil plakası almaları zorunluluğu nedeniyle trafik siciline tescil gerçekleşmektedir. Tescilli araçların (ikinci el) ise satış ve mül-

[98] **Kurt**, **Ekrem**: 'Trafik Sicili Sisteminin Değerlendirilmesi', 3. Karayolu Trafik Güvenliği Sempozyumu, 2. Cilt, Ankara 2012, (s. 135-142), s. 139 vd.

kiyetin devrini amaçlayan diğer sözleşmelerin noterde yapılma zorunluluğu bulunmaktadır. Noterde sözleşmenin yapılma ânında noterce idareye gerekli bilgi ve belgeleri ulaştırma zorunluluğu nedeniyle tescil ilgili trafik birimince re'sen gerçekleştirilmektedir (KTK md. 20/d).

c) Gemi Sicili

Benzer siciller içinde uçak siciline en çok benzeyeni kuşkusuz TTK md. 954 vd.'da düzenlenmiş bulunan gemi sicilidir. Gemi sicili de uçak sicili gibi kamuya açık olup mülkiyetin devri bakımından bu sicile yapılacak olan tescil herhangi bir aynî etkiye sahip değildir. Ancak kamuya açık olması nedeniyle üçüncü kişilerin iyiniyetli kazanımlarına yol açabilir. 6102 sayılı yeni TTK md. 1001/I hükmü ile gemi mülkiyetinin devri, diğer taşınırların mülkiyetinin devri ile uyumlu hâle getirilmiştir. Buna göre gemi mülkiyetinin devri için zilyetliğin devredilmesi gerekmektedir. Oysa eTTK md. 868/I gemi mülkiyetinin devri için tarafların anlaşmasını yeterli saymaktaydı. Mülkiyetin geçmesi için ne gemi siciline tescili ne de zilyetliğin devrini arayan eTTK sistemi hava araçlarının mülkiyetinin devri rejimi ile örtüşmekteydi. Ancak bizce de yerinde bir değişiklik ile yeni TTK md. 1001/I mülkiyetin devri için zilyetliğin devri koşulunu getirmiştir. Bu düzenleme ile gemi mülkiyetinin devri diğer taşınırların mülkiyetinin devirleriyle uyumlu hâle getirilmiştir. Diğer ifadeyle borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlem (zilyetliğin nakli) aşamalarından oluşan iki aşamalı devir sistemi benimsenmiştir. Aynı esasın hava aracı mülkiyetinin devri bakımından da benimsenmesinin mevcut düzenlemedeki garipliği ortadan kaldıracağını değerlendirmekteyiz. Kanaatimizce uçak sicili bakımından da aynî hakların tescil ile doğması esasının kabul edilmesi bu sicildeki tutarsızlıkları ortadan kaldıracaktır[99]. Ancak tescil ilkesinin getirilmemesi durumunda, gemi sicilindeki bu yeni çözümün, yani hava aracı mülkiyetinin zilyetliğin devri ile geçmesi esasının benimsenmesi yararlı olacaktır. Zira herhangi bir zorunluluk bulunmadığı hâlde, borçlandırıcı işleme aynı zamanda tasarruf işlemi işlevi tanınarak tek aşamada mülkiyetin geçmesi, eşya hukukunda yerleşmiş ve genel kabul görmüş mülkiyet devri esaslarına tezat teşkil etmektedir.

[99] Hava araçlarının mülkiyetlerinin sicile tescil olmadan devredilemeyeceği esası kabul edilse bile bu durum, hava araçlarının taşınır eşya sayılmalarına engel olmayacaktır.

C. Uçak Siciline Kayıtlı Olmayan Hava Araçlarının Mülkiyetinin Devri ve İHA'ların Hukukî Durumu

TSHK md. 67 uyarınca "*Tescile tâbi olmayan hava aracı veya payının temlikinde âkitler mülkiyetin temellük edene teslimden önce intikalini kararlaştırabilirler*". Bu düzenlemenin karşıt anlamından, tescile tâbi tutulmamış olan araçların mülkiyetinin devrinin TSHK md. 66/I'e tâbi olmadığı, dolayısıyla MK'nın taşınır hükümlerine tâbi olarak kural olarak teslimle (zilyetliğin nakli) gerçekleşeceğinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Söz konusu hükümle bu genel kurala bir istisna getirilmektedir. Buna göre taraflar teslimden önce de mülkiyetin devredilmesini kararlaştırabileceklerdir. Tescile tâbi hava araçlarında mülkiyetin devrinin md. 66/I'e göre sözleşmenin kurulması ânında gerçekleştiği göz önüne alınırsa, bu tür devirlerde zaten çoğu kez teslimden önce mülkiyet geçmiş olmaktadır. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi, taşınır mülkiyetinin devrinde tasarruf işlemini oluşturan[100] teslim (zilyetliğin nakli)[101], hava aracı mülkiyetinin devrinde önemsizleştirilmiş ve bunun tasarruf işlemi olma niteliği ortadan kaldırılmıştır. TSHK md. 67 hükmünün aynı kuralı tescile tâbi olmayan hava araçlarına da uygulanabilmesini sağlamaya dönük olduğu görülmektedir.

Günümüzde sayıları, kullanım alanları ve gördükleri işler hızla artan İHA'ların tescil rejimine yukarıda ilk anabaşlık altında değinmiştik. SHGM tarafından çıkarılan "*İnsansız Hava Aracı Sistemleri Talimatı*"na göre yarım kg. ile 25 kg. arasındaki İHA'ların sayısal ortamda kayıt altına alınmaları, 25 kg. ve üzerindekilerin ise uçak siciline tescili esası getirilmiştir. Şu hâlde 25 kg. ve altındaki İHA'lar için MK'nın taşınır hükümlerinin, üzerindekiler için ise TSHK hükümlerinin geçerli olduğu söylenebilir.

V. HAVA ARACI ÜZERİNDEKİ MÜLKİYETİN SONA ERMESİ

Hava araçları birer taşınır eşya niteliğinde olduğuna göre, taşınır mülkiyetini sona erdiren sebeplerin bunları da sona erdireceği sonucu ortaya çıkar. Taşınır mülkiyetinin kaybı konusunda '*nisbî kayıp'* ve '*mutlak kayıp'* ayırımı yapılır. Taşınır mülkiyetinin bir kimseden diğerine geçtiği durumlarda, ger-

[100] Tasarruf işlemi ile malın malikin malvarlığının aktifinden çıkması söz konusudur.

[101] Teslim dışında da yeni zilyedi dolaysız veya dolaylı zilyet kılan haller bulunmaktadır. Araçların teslimi ve malın yeni zilyedin fiilî hâkimiyetine bırakılması hallerinde yeni zilyet dolaysız zilyet kılınırken; temsilci aracılığıyla zilyetliği kazanma, hükmen teslim, zilyetliğin havalesi, emtiayı temsil eden senetlerin teslimi hallerinde ise yeni zilyet dolaylı zilyet kılınmaktadır. Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 66 vd.

çekte eşya üzerindeki mülkiyet değil, malik değişmektedir. Bu durum mülkiyetin nisbî kaybı olarak kabul edilir[102]. Ancak herhangi bir mülkiyet geçişi olmaksızın mülkiyet hakkının ortadan kalkması hâlinde ise mülkiyet hakkının mutlak kaybından söz edilir.

Aslında mülkiyetin nisbî kaybı, mülkiyet hakkının çeşitli sebeplerle el değiştirmesinden ibarettir. Mülkiyet hakkının mutlak kaybında malik hakkını mutlak olarak kaybederken bazen başkası lehine mülkiyet hakkı doğabilir[103]. Terkteki durum böyledir[104]. Ancak eşyanın tamamen tahrip veya yok olması (örneğin tüketilmesi), yahut eşyanın özel mülkiyet konusu olmaktan çıkması, terk veya tutulan avın kaçması, ehlileştirilmiş bulunan hayvanın yeniden vahşileşmesi durumlarında gerçekleşir[105].

Taşınır mülkiyetinin sona ermesi, mülkiyetin devri ve terki durumlarında malikin iradesine dayanırken diğer durumlarda ise irade dışı bir sona erme söz konusudur[106]. Hava aracı üzerindeki zilyetliğin yitirilmesi hâlinde mülkiyet hakkının kaybı söz konusu olmaz (MK md. 778).

Hava araçlarının mülkiyetinin mutlak olarak sona ermesi bunun terki veya ağır kırıma uğraması sonucunda gerçekleşebileceği gibi, özellikle son yıllardaki bazı yolcu uçaklarında olduğu gibi kaybolması ve bulunamaması durumlarında da meydana gelir. Bu tür kazalarda hava aracının tahrip olması söz konusudur. Belirtelim ki bir hava aracının kırıma (tahrip) uğrayarak uçma kabiliyetini kaybetmiş olması hâlinde bunun üzerindeki mülkiyet hakkının mutlak olarak sona erdiği söylenemez. Artık o bir hava aracı olma niteliğini (TSHK md. 3/b) kaybetmiş olsa da belirli bir sürüm değeri bulunduğu müddetçe mesela enkaz olarak mülkiyet konusu olmaya devam edecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, TSHK md. 17, özel bir sona erme haline de yer vermiştir:

---

[102] **Schwander**, **Ivo**: (Herausgegeben von **Honsell**, **Heinrich/Vogt**, **Peter/Geiser**, **Thomas**), Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (BSK), Band II., 2 Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Basel, Genf, München 2003, Art. 729, N. 3.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 764.

[103] **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 342; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 764.

[104] Terk, mülkiyetten feragat iradesiyle, taşınır zilyetliğinin bırakılması hukukî işlemi veya en azından hukukî işlem benzeri sayılmaktadır. Bkz. **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 342. O halde terk edenin de fiil ehliyetine sahip bulunması gerekecektir.

[105] **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 764.

[106] **Ertaş**, **Şeref:** Eşya Hukuku, 13. Baskı, Barış Yayınları, Fakülteler Kitabevi, İzmir 2016, s. 494; **Ayan**, C. II, s. 603; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 764; **Demir**, **Mehmet**: 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu'nda Taşınır Mülkiyeti, (TMK. m. 762-778 Şerhi), Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 164.

"*Kendisinden alınan son haberden itibaren 90 gün geçen hava aracının kaybolduğuna mahkemece karar verilebilir, Yetkili mahkeme bu aracın siciline kayıtlı olduğu yer mahkemesidir. Kaybolma kararını veren mahkeme durumu re'sen Ulaştırma Bakanlığına bildirir*".

Hava araçlarının terk edilmesi hâlinde de mülkiyet hakkı sona erebilir. Ancak terk durumunda mülkiyet sona erse bile, o şey üzerindeki sınırlı aynî haklar[107] ve alacak hakları[108] sona ermez.

SONUÇ

TSHK'na göre hava araçlarının mülkiyetinin devri yalnızca adî yazılı şekilde yapılacak olan bir satış, bağışlama, mal değişimi vb. sözleşme ile gerçekleşmektedir. Mülkiyetin devri için Ulaştırma Bakanlığı bünyesinde tutulan uçak siciline tescile gerek olmadığı gibi, olağan taşınır mülkiyetinin devrinde geçerli olan zilyetliğin devrine de gerek bulunmamaktadır. Bu durumda taşınırlar için (kuramsal olarak taşınmazlar için de) geçerli olan mülkiyetin devrinde iki aşamalı (borçlandırıcı işlem + tasarruf işlemi) sisteminden ayrılma söz konusudur. Kuşkusuz düzenlenen hukuk alanının gerektirdiği çeşitli pratik çözüm kaygılarıyla Kanunun genel kabul görmüş sistemlere istisna getirmesi, farklı düzenlemeler öngörmesi her zaman mümkündür. Ancak bunun için haklı nedenlerin bulunması gerekir. Hava aracı mülkiyetinin yalnızca sözleşmenin kurulmasıyla ve zilyetliğin devrine yahut mülkiyet hakkının tesciline yani bir tasarruf işlemine gerek kalmadan devredilebileceğinin kabulünü gerektirecek bir zorunluluk yahut hukukî bir yarar bulunduğunu değerlendirmemekteyiz. Tam tersine hâlihazırdaki sistem, aynî hakkın doğması bakımından kurucu bir rol oynamayan tescile; güvenin korunması alanında son derece geniş bir işlev tanıyarak çelişkiye düşmektedir. Nitekim farklı sistemleri benimsemiş olan ve aynı hukuk çevresinde bulunduğumuz ülkelerden İsviçre, tescile kurucu işlev tanırken Alman Kanunu zilyetliğin devrine (aynî sözleşme ile birlikte) aynı işlevi tanıyarak iki aşamalı mülkiyet devri sisteminden uzaklaşmamışlardır.

Hava aracı mülkiyetinin devri için kurulacak sözleşmelerin adî yazılı şekilde yapılabiliyor olması olumlu bir düzenlemedir. Zira bu işlemin resmî bir makamca, mesela noter veya Sivil Havacılık Genel Müdürlüğünde düzenlenmesi esası getirilseydi, bunun işleme fazladan herhangi bir hukukî güvence

[107] **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 342; **Schwander**, N. 3.

[108] **Schwander**, Art. 729, N. 3.

sağlayacağı söylenemezdi[109]. Zira, sözleşme adî yazılı şekilde düzenlense de, sonuçta sicil malikinin uçak sicilinde tescili talep etmesi gerekecektir. Mülkiyetin devri bakımından kurucu ve zorunlu bir unsur sayılmayan tescil, fiilen zorunludur[110]. Zira tescili gerçekleştirilmemiş bir hava aracının uçuş izni alabilmesi söz konusu olmadığı gibi sicile güvenen üçüncü kişi kazanımlarına karşı da korunaklı değildir.

Kanaatimizce 1983 yılında kabul edilip yürürlüğe giren TSHK, özellikle uçak sicili hükümlerini düzenlerken MK'nın tapu sicili hükümlerinin yanı sıra eTTK'nın gemi siciline ilişkin hükümlerini temel almıştır. Tescil ilkesi dışında tapu sicili hükümlerine çok yaklaşan ve hatta bu hükümlere atıflarda da bulunan TSHK, mülkiyetin geçişi bakımından o zaman yürürlükte bulunan eTTK hükümlerini örnek almış görünmektedir. eTTK'nın gemi mülkiyetinin geçişi bakımından tek aşamalı devir sistemini, yani tarafların anlaşması ile mülkiyetin geçeceğini düzenleyen md. 868/I hükmü, buna karşılık gelen 6102 sayılı TTK md. 1001/I hükmü ile önemli değişikliğe uğramıştır. Bu düzenleme ile gemi mülkiyetinin devri de diğer taşınırlarda olduğu gibi zilyetliğin devri esasına bağlanmıştır. Hava aracı mülkiyetinin devrinin sözleşmenin kurulmasıyla gerçekleştiği mevcut sistemde (TSHK md. 66/I) mülkiyet o anda geçtiği için yeni malik bakımından hava aracının zilyetliğinin devredilmesi talebi bir alacak hakkı olduğu kadar aynî bir talep (istihkak) de teşkil etmektedir. Zira yeni malik salt bir alacağın ifasını değil, aynı zamanda artık kendisine ait olan bir malın verilmesini[111] de istemektedir. Kuşkusuz bu durumda aynî talebe dayanmak hemen her zaman nisbî talebe dayanmaktan daha elverişli olacaktır.

---

[109] SHGM Teşkilat Kanunu md. 8/A/n hükmünde en azından tescilli hava araçlarına ilişkin bazı sözleşmelerin Genel Müdürlükçe yapılacağı anlamına da gelebilen çelişkili hükümler bulunduğuna, ancak Genel Müdürlüğün resmî internet sitesinde ise bu tür işlemler için – yasal dayanağı bulunmamasına rağmen- noterin adres gösterildiğine işaret edelim.

[110] Tescilli bir sivil hava aracında meydana gelebilecek olan mülkiyet değişiklikleri için Sivil Havacılık Genel Müdürlüğünce, -Kanunda temeli bulunmamasına rağmen- noter huzurunda düzenlenmiş bir sözleşmenin varlığını aradığına yukarıda II. kısım içerisinde değinmiş bulunmaktayız.

[111] İstihkak talebi, genel olarak dolaysız zilyet durumunda olmayan malikin, malik olmayan dolaysız zilyetten olan aynî bir talep olarak açıklanmaktadır. Bkz. **Wiegand**, **Wolfgang**: (Herausgegeben von **Honsell, Heinrich/Vogt, Peter/Geiser, Thomas**), Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (BSK), Band II., 2 Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Basel, Genf, München 2003, Art. 641, N. 43 vd.; **Haab**, **Robert**: Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Band: IV, Sachenrecht, 2. Auflage, Schultess Verlag, Zürich 1929, Art. 641, N. 34; **Meier-Hayoz**, **Arthur**: Berner Kommentar, Band IV, Sachenrecht, Systematischer Teil, 4. Auflage, Stämpfli, Bern 1966, Art. 641, N. 39; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.278.

Bugünkü hâliyle uçak siciline yapılacak olan tescilin etkisi, kişisel hakların tapu kütüğüne şerh ile güçlendirilmesindeki (MK md. 1009) kadardır. Şerhin konusu nisbî bir hak, bir alacak hakkıdır. Oysa uçak sicilinde bir aynî hakkın tescili söz konusudur. Bir aynî hakkın –değişik alanlarda olsa da- kişisel hak düzeyine düşürülmesi hukukî ahengi bozar.

Bizce hava aracı mülkiyetinin devrinde de iki aşamalı sisteme geçilmelidir. Bunun gerçekleşebilmesi için karşımıza iki seçenek çıkmaktadır: Ya hava araçlarının mülkiyet devirlerini de diğer taşınırlarda olduğu gibi zilyetliğin devri koşuluna ya da uçak siciline tescil zorunluluğuna bağlamak. 6101 sayılı TTK birinci seçeneği tercih etmiştir. Bize ikinci seçenek daha olumlu görünmektedir. Zira mevcut durumda mülkiyeti (ve diğer aynî hakları) devir konusunda hiçbir işlevi bulunmayan ve bir bakıma tarafların keyfine bırakılmış olan uçak siciline tescil, diğer taraftan üçüncü kişilerin sicil kaydına iyiniyetle dayanarak elde edecekleri kazanımlarını tapu sicili gibi mutlak olarak korumaktadır. Bu kadar mutlak bir koruma rejimine sahip bulunan bir sicile yapılacak olan tescili deyim yerindeyse "*gönüllülük*" esasına bağlamanın sakıncası açıkça görülmektedir. Uçak sicilinin kamuya açık olması da bu değişiklik gereğini desteklemektedir. Diğer yandan, mülkiyet hakkının doğması bakımından tescil esasını aramayan Kanun, rehin hakkının kurulması bakımından ise tescil ilkesini benimseyerek (TSHK md. 70) zorunlu da olsa çelişkiye düşmüştür. Buradaki zorunluluk, tescil ilkesinin hava aracı ipoteği alanında da dışlanması durumunda, teslimsiz rehinin imkânsız hâle geleceği gerçeğidir. Kaldı ki, hava aracı ipoteğinin kurulması için yazılı şekil de yetmemektedir. Zira TSHK md. 70/I'e göre "*Hava araçları üzerinde malik ile alacaklıların anlaşmaları ve sicile tescil ile ipotek tesis olunabilir".* Bu hükümden sonra gelen II. fıkra hükmüne göre ise "*İpotek tesisine ait anlaşmaların yazılı şekilde yapılması ve imzaların noterce onanmış olması şarttır*". Madde içinde I. ve II. fıkra hükümleri arasındaki çelişki bir yana, ayrıca md. 66/I hükmü ile de çelişki söz konusudur. TSHK md. 66/I aynî hak devir ve tesisleri için yazılı şekil "*lazım ve kâfi*" bulduğu hâlde, yine bir aynî hak türü olan ipotek için imzaların noterce onanmış olma şartını araması çelişkilidir. Bunların dışında, TSHK'da öngörülmeyen hususların idarî yoldan SHGM tarafından arandığı anlaşılmaktadır. Bunun en çarpıcı örneklerinden biri, TSHK md. 66/I'de mülkiyetin devri için açıkça yazılı bir sözleşmenin akdedilmesi yeterli sayılmışken, SHGM'nin tescilli hava araçlarının mülkiyet değişikliğinin tescili için noter huzurunda düzenlenmiş bir satış sözleşmesinin varlığını aradığına yukarıda değinmiştik. Kanunda öngörülmeyen bir şartın tamamen idarî bir düzenleme ile yahut fiilen getirilmesi hukuka aykırı bir uygulamadır. Ancak bu örnek de göstermektedir ki, mevcut Kanun ihtiyaca cevap vermekten uzaktır.

Türk sivil havacılığı bakımından temel düzenleme niteliğinde olan ve MASHA hükümleriyle öngörülen zorunlu düzenlemeleri içeren TSHK'nın hazırlanırken fazla özenin gösterilmediği yahut ehil olmayan kimselerce hazırlandığı görülmektedir. Kanunun pek çok hükmü hukuken belirsizlikler yahut yanlış ve çelişkili kavramlar içermektedir. Örneğin md. 66'da yer alan "*tesis*", "*devir*" ve "*temlik*" ibareleri iç içe ve anlamsız şekilde kullanılmış; bu üç işlemin adî yazılı şekilde yapılması öngörüldükten sonra temlik işleminin yazılı olarak yapılmaması hâlinde geçersiz sayılacağı hükmüne yer verilmiştir. Bu takdirde diğer işlem(ler) için yazılı şekil şartının aranmış olması anlamsız hâle gelmektedir. Aynı şekilde 2005 tarihli SHGM Teşkilat Kanunu da ciddî hatalar içermektedir. Üstelik bu Kanunda 2011 yılı gibi yakın bir tarihte yapılan değişiklik ve yenilikler durumu daha da içinden çıkılmaz hâle sokmaktadır.

Kanaatimizce mevcut TSHK üzerinde yapılabilecek kapsamlı bir değişiklik yerine yeni ve gerek uluslararası hukuk ve ICAO normlarıyla, gerekse MK'nın zilyetlik, tapu sicili ve taşınır mülkiyeti hükümleriyle çelişmeyen, kavramların yerinde kullanıldığı, iki aşamalı (tercihen tescil ilkesine dayalı) mülkiyet devrini benimseyen yeni bir Kanun çıkarılması yerinde olacaktır. Bu yapılırken SHGM Teşkilat Kanun'daki sicil ile ilgili işlemler çıkartılarak bu yeni Kanunda yekpâre ve tutarlı esaslara bağlanmalıdır.

KAYNAKÇA

Antalya, O. Gökhan: "Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı ve Sınırları", *YD*, C.: 18, S.: 3, 1992.

Aral, **Fahrettin/Ayrancı**, **Hasan**: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Ankara 2014.

Arslanlı, Halil: Ticarî Bey, 4. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1955.

Ayan, **Mehmet**: Eşya Hukuku, C. II, Mülkiyet, 8. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2016.

Ayiter, Nuşin: Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları – İştirak Halinde Mülkiyet, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1961.

Becker, **Hermann**: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, I. Abteilung, 2. Auflage, Bern 1941; II. Abteilung, Bern 1934.

Bilge, **A. Suat**: Şikago Havacılık Anlaşmaları ve Milletlerarası Sivil Havacılık Teşkilatı (OIAC), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (AÜSBFD), C. 6, S. 1, 1951, (s. 196-214).

Demir, **Mehmet**: 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu'nda Taşınır Mülkiyeti, (TMK. m. 762-778 Şerhi), Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

Ertaş, **Şeref:** Eşya Hukuku, 13. Baskı, Barış Yayınları, Fakülteler Kitabevi, İzmir 2016.

Giritlioğlu, Necla: Dürüstlük Kuralları, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Özellikle Şekil Eksikliğinden Dolayı Geçersizliğin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ile Sınırlandırılması, İstanbul 1989.

Gürsoy, Kemal Tahir/Eren, Fikret/Cansel, Erol: Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1984.

Haab, **Robert**: Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht (ZK), Band: IV, Sachenrecht, 2. Auflage, Schultess, Zürich 1929.

Hatemi, **Hüseyin/Serozan**, **Rona/Arpacı**, **Abdülkadir**: Eşya Hukuku, Filiz

Kitabevi, İstanbul 1991.

Hızır, Serdar/Turaev, Alisher: Türk Hukuku'nda Hava Araçları Üzerinde İpotek Tesis Edilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), Yıl: 2008, S. 3, (s. 371-409).

Kurt, **Ekrem**: Motorlu Araç Mülkiyetinin Devri, Tescili ve Haricen Devirler, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt: II, (s. 1857-1929), (Kısaltma: Motorlu Araç Mülkiyeti), s. Özel Sayı, İzmir 2013.

Kurt, **Ekrem**: Trafik Sicili Sisteminin Değerlendirilmesi, 3. Karayolu Trafik Güvenliği Sempozyumu, 2. Cilt, Ankara 2012, (s. 135-142).

Kurt, **Ekrem**: Tüketim Ödüncü Sözleşmesi (Karz Akdi), Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

Liver, **Peter**: Das Eigentum, Schweizerisches Privatrecht, Sachenrecht V/I/ SPR V/I. (Herausgegeben von Meier-Hayoz, Arthur), Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, Stuttgart 1977, (s. 1-403).

Meier-Hayoz, **Arthur**: Berner Kommentar (BK), Band IV, Sachenrecht, Systematischer Teil, 4. Auflage, Stämpfli, Bern 1966.

Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami: Medenî Hukuk, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe: Eşya Hukuku, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.

Oser, **Hugo**/**Schönenberger**, **Wilhelm**, Zürcher Kommentar, Bd. V: Das Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1929; Die einzelnen Vertragsverhaltnisse, 2. Auflage, 1. Halbband, Zürich 1936, 2. Halbband, Zürich 1945.

Özdamar, **Demet**: Ayni Sözleşme ve Ayni Sözleşmeye Benzer ya da Onunla Bağlantılı Bazı Kavramların Karşılaştırılması, YD, C. 26, S. 3, Temmuz 2000 (s. 399-418).

Öztürk, Yaşar: Hava Hukuku I, Samsun 2010.

Liver, **Peter**: Schweizerisches Privatrecht, Das Eigentum, (Herausgegebn von Gutzwiller, Max/Hinderling, Hans/Meier-Hayoz, Arthur/Merz, Hans/Piotet, Paul/Secrétan/Von Steiger, Werner/Vischer, Frank), Basel

und Stuttgart 1977.

Sağlam, **İpek**: Türk Borçlar Kanunu'nun Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin Uygulama Alanı, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İKÜHFD), Prof, Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan Özel Sayısı (Cilt: 15, Sayı: 2, Armağan Cilt: II, (s. 467-481), Seçkin Yayıncılık, Ankara Temmuz 2016.

Schwander, Ivo: (Herausgegeben von Honsell, Heinrich/Vogt, Peter/Geiser, Thomas), Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (BSK), Band II., 2. Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Basel, Genf, München 2003, Art. 729, N. 3.

Serozan, **Rona**: Taşınır Eşya Hukuku, (Kısaltma: Taşınır Eşya), Filiz Kitabevi, İstanbul 2002.

Serozan, Rona: Taşınır Eşya Mülkiyetinin Devrinde Ayni Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu, Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2000.

Tandoğan, **Halûk**: Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri, Cilt: I/1, 6. Tıpkı Basım, İstanbul Vedat Kitapçılık, 2008.

Tekinay, **Selahattin Sulhi/Akman**, **Sermet/Burcuoğlu**, **Haluk/Altop**, **Attila**: Tekinay Eşya Hukuku, Cilt: I, Zilyedlik-Tapu Sicili, Mülkiyet, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.

von Bodungen, **Benjamin**: Mobiliarsicherungsrechte an Luftfahrzeugen und Eisenbahnrollmaterial im nationalen und internationalen Rechtsverkehr, Lit Verlag, Berlin 2009.

von Tuhr, Andreas: Eigentumsübertragung nach schweizerischem Recht, ZSR 40, Basel 1921. Çeviren: Ayiter, Kudret: İsviçre Hukukuna Göre Mülkiyetin Devri, AÜHFD, 1948, C. III, (s. 633-646); 1948, C. IV (s. 154-166).

Wiegand, **Wolfgang**: (Herausgegeben von Honsell, Heinrich/Vogt, Peter/Geiser, Thomas), Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (BSK), Band II., 2. Auflage, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, Genf, München 2003.

Yavuz, **Cevdet**: (Faruk Acar/Burak Özen ile birlikte) Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta Yayınları, İstanbul 2011.

KAMU HUKUKU>>

BOŞ

TÜRK İDARE HUKUKU'NDA İDARİ İŞLEMİN "KESİN"LİĞİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME: "KİME GÖRE?", "NE İÇİN?" KESİNLİK

Dilşat YILMAZ*

ÖZET

İdari işlem idare hukukunun merkezinde yer almakla beraber, bu alanın karmaşık konularından bir tanesini oluşturmaktadır. İdari işleme ilişkin temel esasların düzenlenmesindeki eksiklik de, bu durumda büyük rol oynamaktadır. Konu, büyük oranda doktrindeki görüşler ve yargı kararları ile şekillendirilmeye çalışılmaktadır. İdari işlemin "kesin" leşmesi hususu da, idari işleme ilişkin düzenleme eksikliğinin kendini belirgin şekilde hissettirdiği hususlardan bir tanesidir. Mevzuatta, bilimsel eserlerde ve yargı kararlarında idari işlemin kesin/kesinleşmiş olması hususlarının zaman zaman farklı durumları ifade ettikleri görülmektedir. Belirtilen farklılık, çok geniş bir alana denk gelmektir. Bu makalede, anılan duruma ilişkin sıkça karşılaşılan bazı örnekler inceleme konusu yapılacaktır. Söz konusu incelemede konuya ilişkin mevzuat, doktrindeki görüşler ve yargı kararları ışığında, tartışmalı hususlara ilişkin değerlendirme yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: *İdari işlem, kesinleşme, vergi hukuku, kabahatler hukuku, ecrimisil.*

AN ASSESMENT REGARDING TO "BECOMING DEFINITE" OF ADMINISTRATIVE ACT IN TURKISH ADMINISTRATIVE LAW: BECOMING DEFINITE "FOR WHO?" , "FOR WHAT?"

ABSRACT

Even though, administrative act has a central position in Administrative Law, it is one of the complicated subjects of this area. Lack of regulation relating to main principles of administrative act, has also a great effect in this confusion. The subject is mainly tried to be formed by thougths in doctrine and judgement. "Becoming definite" of administrative act is also one of the points, in which the lack of regulation related to administrative act is distinctive accured. In the areas of positive law, academic works and judgements, "becoming definite" of administrative act is used in different meanings sometimes. Declared difference covers a huge area. In this article, some examples met frequently regarding to this multi-faced usage will be examined. While this assesment, contentious points will be evaluated in the light of positive law, thoughts in doctrine and judgements relating to subject.

Keywords: *Administrative act, becoming definite, tax law, offence law, damages for unlawful occupation.*

* Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. (yilmazdilsat@gmail.com)

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 16/02/2017
Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 16/06/2017

1. Giriş

İdare hukukunda "kamu hizmeti"nin, "merkez" [1] sayılabilecek bir durumda olmasının, kamu hizmetinin de idari işlemler ve eylemler aracılığı ile yerine getirilmesinin[2] sonucu olarak; "idari işlem", kendiliğinden idare hukukunun/idari işlevin temel konularından biri haline gelmektedir.

İdari işlemi, doktrin[3], yargı kararları[4] ve idari teşkilatın "organik anlam" ı temel alınmak suretiyle, idari makamlar[5] ya da bu kriterin esnemesi ile bera-

---

[1] İdari faaliyetin konusu kamu hizmeti olduğundan ve idari faaliyete kural olarak idare hukuku uygulandığından, idare hukukunun konusunu kural olarak kamu hizmeti oluşturmaktadır; nihayetinde kamu hizmeti de idari işlem ve eylemler aracılığı ile yerine getirilmektedir. AKYILMAZ Bahtiyar-SEZGİNER Murat-KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, 7. Baskı, Ankara, Ekim 2016, s. 102., Kamu hizmeti, geçirdiği değişimlerle beraber, idare hukukundaki önemini korumaktadır: *"...örgütlenmiş, kurumsal yapı ve hukuk düzenini tesis eden her toplumda ve dolayısıyla her ülkede bazen uygulama alanını genişleterek bazen de daraltarak, uygulama yöntemlerinde değişiklikler getirerek kamu hizmeti varlığını devam ettirecek, ancak hiçbir zaman tamamen yok olmayacaktır".* ATAY Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 5. Bası, Ankara, Ekim 2016, s. 587., *"Bir Fransız idare hukukçusunun kamu hizmetinin bir etiket olup olmadığını tartıştığı yazısına 'ünlü bir ihtiyardan son haberler' başlığını koyması(1), hatta kamu hizmeti kavramına hala önem verenlerin yıkılan anıttan geriye kalan taşlarla avunan arkeologlara benzetilmesi kamu hizmeti kavramının artık önemini yitirdiği izlenimini veriyorsa da kavramın hâlâ önemini koruduğunu söylemek yanlış olmaz".* TAN Turgut, "Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, Ankara, 1-4 Mayıs 1990, Danıştay Matbaası, 1991, s. 329., "Kamu hizmeti" kavramının idare hukuku bakımından anlamı, önemi ve kamu hizmetine ilişkin doktrinsel anlayışlar için bkz. ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, İstanbul, Eylül 2004, s. 11-16.

[2] Bkz. DURAN Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 7., AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 102.

[3] Bkz. dpn. 7.

[4] D7D, K.T. 06.04.2005, E. 2004/1493, K. 2005/589: "*…İdare Hukukunda, idari işlem; bir idari makam tarafından, kamu hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla, kamu gücü kullanılarak tek yanlı iradeyle yapılan kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem olarak tanımlanmaktadır…".,* D12D, K.T. 13.04.2005, E. 2004/4077, K. 2005/1353, D12D, K.T. 28.01.2005, E. 2004/2961, K. 2005/104, KİBB (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: KİBB). Kararlar burada olduğu gibi alıntı ile ya da sadece künyeleri ile-arada başka kelime/cümle olmadan- ard arda yazıldığında; başkaca açıklama olmadığı sürece en sonda belirtilen kaynaktan ulaşıldığı anlamına gelmektedir.

[5] Duran kamu gücü yapısı içinde bulunan idareyi, bu bütünün en yaygın ve etkili "cihaz" ı olarak görmektedir. DURAN , Notlar, s. 3., İdari makamlarca yapılan işlemin "idari (olduğu) " karinesi bulunduğu; organik ve şekli kriterlerden ortaya çıkan "idari" karinesinin işlemin idari usuller izlenerek yapılmış olduğu durumlarda belirleyici olduğu, işlemin "idari" liği hususunda idare hukukuna, idari işleve ilişkin olma bağlamında "fonksiyonel" kriterin esasen belirleyici olduğu hakkında bkz. ERKUT Celâl, "L'Identification de l'acte Administratif Selon La Recevabilite D'un Recours Pour Excés De Pouvoir", İÜHFM (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası), 1988-1990, C. 53, S. 1-4, s. 114, 115,116.

ber idare adına faaliyet gösteren özel hukuk kişileri tarafından[6] ilgililerin rıza/muvafakatine ihtiyaç duymaksızın, kamu gücü kullanmak suretiyle yapılan, icrailik özelliği taşıyan ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanan işlemler olarak tanımlamak mümkündür[7].

İdari işlemin organik kısmına ilişkin durumu bir yana bırakacak olursak, idari işlem kamu gücü[8] kullanımı sonucunda ortaya çıkmış olup, tek yanlıdır yani ilgililerin rıza ve muvafakatine ihtiyaç göstermeksizin[9] hukuki sonuç doğurma[10]/ doğurabilme potansiyeline sahip olma[11] özelliğine sahiptir[12]. İdari işlemin kamu gücü kullanımı sonucunda yapılması, icrailiği (yukarıda ifade edilen hukuki etki/sonuç doğurabilme/doğurma potansiyeline sahip olma) ve hukuka uygunluk karinesinden[13] yararlanma özellikleri yakın ilişki içindedir[14]. İdare, kamu gücü[15] ayrıcalıklarına sahip olmasının bir neticesi olarak; ilgililerin hukuki durumları üzerinde etki yaratan[16]/yaratma niteliğini matuf[17] işlemler yapabilme gücüne sahiptir[18]. Söz konusu özellik sebebiyle bu işlemler, hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaktadır[19]. O halde, aksi ispat-

---

6 AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 376., YAŞAR Hasan Nuri, İdare Hukuku, Der Yayınları, İkinci Basım, İstanbul, 2014, s. 256, 257.

7 Bkz. AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 375., GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara, 2011, s.123 vd., ÇAĞLAYAN Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, 2015, s. 420., YAŞAR, s. 254, 255.

8 AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 380.

9 GÜNDAY, s. 124.

10 GÜNDAY, s. 124.

11 ERKUT Celâl, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990, s. 120, 163., ÖZTÜRK K. Burak, Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 46, 47.

12 Günday, idari işlemin ilgililerin hukuki durumları üzerinde onların rıza ve muvafakatine gerek olmaksızın hukuki etki doğurması sebebiyle, "icrai karar" olarak adlandırıldıklarını belirtip, icrailiğin işlemin kamu yararına olma ve kamu gücü kullanılarak yapılmaları ile ilişkisine dikkat çekmektedir. GÜNDAY, s. 124.

13 Yaşar'a göre, hukukilik karinesi hem işlemin yasal dayanağı olması hem de normlar hiyerarşisini kapsayacak biçimde hukuka uygun olmasıdır. YAŞAR, s. 273., Ayrıca bkz. ÇAĞLAYAN, İdare, s. 422.

14 Bkz. GÜNDAY, s. 124,125., AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 382.

15 YAŞAR, s. 254.

16 GÜNDAY, s. 124.

17 ERKUT, Kimlik, s. 120, 163., ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 46, 47.

18 GÜNDAY, s. 124.

19 GÜNDAY, s. 124, 125., AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 382., İspat yükünün, işlemin

lanana dek hukuka uygun olarak kabul edilmektedirler ve idare, re'sen icra yetkisini haiz olması durumunda, bu işlemleri başka bir merciin iznine ihtiyaç duymaksızın uygulayabilmektedir[20]. Bu yetki, ancak idari yargı yerleri tarafından verilecek bir yürütmenin durdurulması[21]/iptal kararı ile etkisiz hale getirilebilmektedir[22]. Temel özellikleri bu şekilde belirtilebilecek idari işlemin[23], iptal davasına konu olabilmesi için ise, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 14. maddesinde yer alan bazı koşulları karşılaması gerekmektedir. İşlemin "kesin" olması bu koşullardan bir tanesidir. İptal davasına konu olmak bakımından "kesin" olmak, kabaca idari usul sürecinin tamamlanıp nihai idari işlemin; dolayısıyla idarenin iradesinin dış dünyaya yansıması olarak anlaşılmakla beraber[24], mevzuat/ yargı kararları/ doktrinsel görüşler incelendiğinde idari işlemin "kesin" leşmesine ilişkin bazı özel düzenlemeler/farklı tespitler görülmektedir[25]. Bu makalede, söz konusu düzenlemelerin sıkça uygulanan bazıları, doktrin ve yargı kararları da ele alınarak inceleme konusu yapılacak, neyi ifade ettiği konusunda saptamalarda bulunulmaya çalışılacaktır.

---

hukuka aykırı olduğu iddiasında olan davacı üzerinde olduğu hakkında bkz. YAŞAR, s. 273.

[20] GÜNDAY, s. 125,126.

[21] ÇAĞLAYAN, İdare, s. 422., GÜNDAY, s. 126., ERKUT, Kimlik, s. 120., Vergi uyuşmazlıklarında 2577 sayılı İYUK m. 27/4.

[22] AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 382.

[23] İdari işlem, icrailik özelliğini içinde barındırmaktadır. Karahanoğuları, işlemin "idari" olmasının "icrai" olmasını da içerdiğini ifade etmektedir. Bkz. KARAHANOĞULLARI Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara 2015, s. 279., Kaldı ki, İYUK'un ilk incelemeye ilişkin 14/1/d maddesinde " idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı" aranmak suretiyle, bu durum desteklenmektedir. Başka bir ifade ile, davanın esasına geçilebilmesi için "idari işlem" yani "icrai" bir işlem gerekmektedir. Aynı yönde bkz. KARAHANOĞULLARI, s. 279, 280.; Ayrıca bkz. YAYLA Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta Yayınevi, Tıpkı 2. Basım, İstanbul, 2010, s. 108,109., İdari işlemin, "idari karar" olarak da ifade edilmekte olup, Fransız İdare Hukukunda "décision exécutiore" kavramına karşılık gelmesi yönünde bkz. YAŞAR, s. 276., Detaylı bilgi için bkz. ERKUT, Identification, s. 125 vd., Kavramsal tartışma hususunda bkz. SEZGİNER Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 43-45., İcrailik özelliğinin yorumunun sınırları, iptal davası sınırları ile doğru orantılıdır. GÖZÜBÜYÜK Şeref- TAN Turgut, İdare Hukuku Cilt II, İdari Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 293.

[24] Bkz. dpn. 26.

[25] Örneğin idari itirazlar bağlamında bkz. ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 49 vd.; Farklı düzenlemeler ve görüşler ileride açıklanacaktır.

2. "Kesin" İdari İşlem

A. İptal Davasına Konu Olma Bakımından

İdari işlemin "kesin" liği (kesin olması) denildiğinde akla ilk gelen; İYUK'un 14. maddesinde yer alan "kesinlik", yani "idari karar alma sürecinde nihai işlemin ortaya çıkması"[26] dır. Başka bir ifade ile, idari işlemi yapan makamın gerekli usul sürecini geçirerek; iradesini net [27] şekilde ortaya koymasıdır. "Kesinlik" İYUK'un 14. maddesinde "yürütülebilir olma" ile birlikte düzenlenmekle beraber, doktrin ve yargı uygulaması bakımından -ekseriyetle kabul gördüğü şekliyle- "yürütülebilir" olma özelliğinden ayrı bir niteliği ifade etmektedir[28]. Şöyle ki, "yürütülebilir olma", işlemin hukuki

---

[26] ERKUT, Kimlik, s. 120., ERKUT Celâl, "İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, Ankara, 1-4 Mayıs 1990, Danıştay Matbaası, 1991, s. 112., SEZGİNER, s. 46., Ulusoy, bu durumu "hukuki anlamda kesinleşme" olarak ifade etmektedir. ULUSOY Ali, İdari Yaptırımlar, 12 Levha Yayınları, İstanbul, Kasım 2013, s. 233-235., KARAHANOĞULLARI , s. 332.

[27] Bkz. YILMAZ Dilşat, İdari İşlemin İcrailik Özelliği, Astana Yayınevi, Ankara, 2014, s. 80., Öztürk bu durumu "işlemdeki normatif iradenin belirgin olması" şeklinde ifade etmektedir. ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 49. , Sezginer iptal davasına konu olabilme bağlamında kesinliği *"...bir idari işlemi yapan makam, o işlemle ilgili olarak nihai iradesini açıklamış ve işlemle ilgili yapılacak herhangi birşey yoksa, işlem kesindir..."* şeklinde tanımlamaktadır. SEZGİNER, s. 46., Tan, kavramı *" işlemin uygulanmaya hazır, tamam bir işlem olduğu"* şeklinde açıklamaktadır. TAN Turgut, "İdarenin Kesin İşlemleri ve 5917 Sayılı Kanun Uygulaması", AİD, Aralık 1969, C. 2, S. 4, s. 109., Bkz. D12D, K.T. 13.04.2005, E. 2004/4077, K. 2005/1353: *"...İdari yargı yerinde iptal davası açılabilmesi için idari işlemin kesin ve yürütülebilir olması zorunludur. Kesin ve yürütülebilir bir işlem deyimi; işlemin tamamlanması için gerekli idari usul kuralları uygulanarak yetkili kamu görevlisi veya görevlileri tarafından imzalanan, bu durumu ile uygulamaya konulan ve kendi başına hukuki sonuçlar doğuran, idarenin tek taraflı ve buyurucu gücüne dayanan işlemleri ifade etmektedir. İdari işlemin kesinliği; işlemin uygulanmaya hazır, tamam bir işlem olduğunu göstermektedir..".,* D3D, K.T. 14.05.2009, E. 2007/2504, K. 2009/1623 : *"...Bir idari işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu olabilmesi için; bir başka merciin onayına gerek kalmaksızın, uygulanabilir ve hukuksal sonuç yaratabilir nitelikte olması gerekmektedir...".,* D7D, K.T. 19.01.2000, E. 1999/1760, K. 2000/67, KİBB: *"...İdare Hukukunda, kamu gücünün, idare edilenler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etki yaratan işlemler, icrai (yürütülmesi gerekli) işlemler; idari karar alma sürecinde başkaca bir aşamadan geçmesine gerek kalmayan, yani nihai nitelikte olan işlemler ise, kesin işlemler olarak tanımlanmaktadır...".*

[28] ERKUT, Kimlik, s. 118., SEZGİNER, s. 44., CANDAN Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Pwc Danışmanlık Hizmetleri Ltd. Şti. Yayını, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 6. Baskı, İstanbul, 2015, s. 80, 82., KAPLAN Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, Eylül 2016, s. 196., Öztürk, işlemdeki normatif iradenin belirgin olması şeklinde belirtilen "kesin" olma ile "icrailik" özelliğinin neredeyse eş anlamlı olduğunu ifade etmektedir. ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 49., İdari işlemin "icrailiği" ve "kesinliği" nin farklı olması bağlamında, "kesinlik" kavramının işlemin "uygulamaya hazır hale gelme"si, "yürürlüğe girme"si ifadeleri ile ilişkili olarak da açıklanmaya çalışıldığı

durumlarda etki yapabilme gücüne[29] ve Erkut'un ifadesi ile "idarî kimliği" ne ilişkin iken[30]; "kesinlik" ise idari işlem sürecinin tamamlanarak, iradenin ortaya çıkmasına ilişkindir[31]. İptal davasına konu olma noktasında "kesin" lik bağlamında, tartışmalı olan bazı hususlara değinelim[32]:

görülmektedir. ERKUT, Kimlik, s. 118., ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 50., TAN, Kesin, s. 109., ERKUT, İşlem, s. 111., İdari işlemin yürürlüğe girmesi –ekseriyetle- "işlemin hukuki etkisini göstermesi" olarak tanımlanmaktadır. Bkz. AKILLIOĞLU Tekin, "Yönetsel İşlemlerde Yürürlüğe Giriş Sorunu", AİD (Amme İdaresi Dergisi), Haziran 1979, C. 12, S. 2, s. 33., KANLIGÖZ Cihan, "İdari İşlemlerde Yazılı Bildirim", AÜHFD (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi) , 1988, C. 40, S. 1-4, s. 175., ALTUNDİŞ Mehmet, "Hukuki Güvenlik İlkesi", Yasama Dergisi, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 2008, S. 10, s. 67., Ayrıca bkz. DURAN, Notlar, s. 411, 412., Yürürlük anına ilişkin farklı görüşler için bkz. AKILLIOĞLU, s. 33vd.; Kesinliğin ve yürütülebilir olmanın (icrailik) farklı olması yönünde bkz. D7D, K.T. 19.01.2000, E. 1999/1760, K.2000/67, D7D, K.T. 27.03.2006, E.2005/1632, K. 2006/927, D12D, K.T. 13.04.2005, E. 2004/4077, K. 2005/1353, D7D, K.T. 06.04.2005, E. 2004/1493, K. 2005/589, KİBB.

29 SEZGİNER, s. 43, 44.,Bu etkinin, hukuk öznelerinin (kişi/nesne) statüleri/kurallar düzenine ilişkin olup; idarenin iç işleyişine (yönetsel etki) ilişkin etkinin genellikle bu kapsam dışında yer aldığı yönünde bkz. KARAHANOĞULLARI, s. 277, 279, 280.

30 ERKUT, Kimlik, s. 118.; Ayrıca bkz. GÜRAN Sait, "İdari İşlem ve İdari Yargı'nın Kuruluş ve İşleyişine İlişkin Temel Esaslar", İstanbul Barosu Dergisi, C. 77, S. 1, Y. 2003, dpn. 7, s. 11.; Candan'a göre, "kesin" her işlem mutlaka "yürütülmesi gerekli" işlem değilken, "yürütülmesi gerekli" her işlem "kesin" niteliktedir. CANDAN, Yargılama, s. 80., Son görüş ile aksi yönde bkz. ERKUT, Kimlik, s. 118., ERKUT, İşlem s. 114.

31 ERKUT, Kimlik, s. 120., SEZGİNER, s. 46., İdari işlemin "kesin" olmasının, işlemin idari usul sürecinin tamamlanmasını ifade ettiği yönünde bkz. D7D, K.T. 19.01.2000, E. 1999/1760, K.2000/67: "*…İdare Hukukunda, kamu gücünün, idare edilenler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etki yaratan işlemler, icrai (yürütülmesi gerekli) işlemler; idari karar alma sürecinde başkaca bir aşamadan geçmesine gerek kalmayan, yani nihai nitelikte olan işlemler ise, kesin işlemler olarak tanımlanmaktadır*"…, D2D, K.T. 09.05.2005, E. 2005/37, K. 2005/1614*: "…Buna göre, iptal davasına konu olabilecek bir idari işlem; kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmalı, bir başka ifadeyle kamu hukuku kurallarına göre tek taraflı iradeyle tesis edilen işlem, tüm idari prosedürü tamamlamış olarak hukuk düzeninde değişiklik yaratmalıdır...",* D7D, K.T. 27.03.2006, E.2005/1632, K. 2006/927 : *"…İdare Hukukunda, kamu gücünün, idare edilenler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etki yaratan işlemler, icrai (yürütülmesi gerekli) işlemler; idari karar alma sürecinde başkaca bir aşamadan geçmesine gerek kalmayan, yani nihai nitelikte olan işlemler ise, kesin işlemler olarak tanımlanmaktadır…",* D7D, K.T. 06.04.2005, E. 2004/1493, K. 2005/589, D12D, K.T. 13.04.2005, E. 2004/4077, K. 2005/1353, D15D, K.T. 11.03.2015, E. 2013/3390, K. 2015/1374; D3D, K.T. 15.10.2008, E. 2007/1745, K. 2008/3006, D3D, K.T. 21.11.2006, E.2006/1968, K. 2006/3020, D3D, K.T. 11.03.2004, E. 2003/1501, K. 2004/703, KİBB.

32 Makalede de görüleceği üzere, idari işlemin "kesin" liği hususu son dönemlerde idari başvurular bakımından yoğun şekilde ele alınmakla birlikte, konu daha önceki zamanlarda zincir işlemler/ ayrılabilir işlemler bağlamında kapsamlı şekilde pek çok kez tartışılmıştır. Bu sebeple, konuya ayrıca bir başlık açmak yerine, konuda bütünlüğü de sağlamak adına burada

1. Zorunlu İdari Başvuru

"Kesin" lik, -yukarıda ifade edildiği üzere- genel olarak idari prosedürün tamamlanarak idarenin iradesinin ortaya çıkması bağlamında ele alınmaktadır. Ne var ki, değinilecek yargı kararları ve doktrindeki tanımlamalar çerçevesinde zorunlu idari başvuru öngörülmesi halinde, İYUK'un 14. maddesi anlamında "kesin" bir idari işlem olup olmadığı hususu gündeme gelmektedir. Burada, zorunlu idari başvuru yolu öngörülen işlemin İYUK'un 14. maddesi anlamında "kesin" olup olmadığını yani "idari makamın iradesinin belirgin[33] bir şekilde ortaya çıkıp çıkmadığı" ya da "uygulanmaya hazır"[34] , yani uygulanma yetisine sahip işlem bulunup bulunmadığını saptamak zorunludur. Bu kapsamda, zorunlu idari başvurunun; işlemi yapan ya da başka bir idari makama yapılması ayrımı söz konusu olabilir[35]. Başvurunun işlemi yapan ya da başka bir makama (hiyerarşik makam, vesayet makamı ya da başka bir idari makam) yapılması halinde de, aslında idari makama ait uygulanma yetisine sahip/ kendi içerisinde idari usul süreci tamamlanmış[36]/idarenin iradesinin belirgin[37] şekilde ortaya çıktığı bir irade, idari başvuru öncesinde zaten mevcuttur. Öngörülen zorunlu idari başvuru yolu ile, idareden işlemini bir kez daha

kısaca değinelim: Erkut'un s. 122, 123 ve 124''te belirttiği üzere, zincir işlem kuramında nihai işlemi oluşturmak adına bir araya gelen ve birbirleriyle (ya da nihai işlem ile) zorunlu nitelikte bağ taşıyan pek çok işlem söz konusu olup, halka işlemlerin amacı nihai işlemi oluşturmaktır ve nihai işlem öncesindeki işlemler, "kesinlik" taşımamakta, sadece sürecin sonundaki nihai işlem bakımından bu durum söz konusu olmaktadır. ERKUT, Kimlik, s. 122, 123, 124., SEZGİNER, s. 56 vd., İşte ayrılabilir işlem kuramı zincir işlem kuramındaki bu algının değişmesini sağlamıştır. Söz konusu kuram uyarınca, nihai işlemden önceki işlemlerden hukuki sonuç doğurabilme yetisini taşıyanlar, zincirden ayrılarak iptal davasına konu yapılabileceklerdir, "kesin ve yürütülebilir olma" niteliği gündeme gelecektir. ERKUT, Kimlik, s. 130., ERKUT, İşlem, s. 112, 113., Ayrılabilme durumunun dar/gerçek anlamda birleşmede söz konusu olabilmesi yönünde bkz. ÖZAY İl Han, Devlet, İdari Rejim ve Yargısal Korunma (Denemeler), Filiz Kitabevi, İstanbul, Eylül 1986, s. 122, 123, 181-184., Bu son hususta bkz. ERKUT, Kimlik, s. 25 vd., SEZGİNER, s. 40-43.; Vesayet makamı onayına tabi tutulan işlemin "kesin" olduğu yönünde bkz. SEZGİNER, s. 46., KAYA Cemil, "İdari Vesayet Makamının "Onay" İşleminin Hukuki Niteliği ve Sonuçları", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EÜHFD), C. 6, S. 1-2, 2011, s. 148, 153, 154., Aksi yönde bkz. ERKUT, Kimlik, s. 126.

33 ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 49.

34 TAN, Kesin, s. 109., ERKUT, Kimlik, s. 120., Öztürk, anılan hususu icrailikte bulunan etki yaratma gücünün somut biçimde gerçekleşmesi için başka bir makamın onayına gerek bulunmaması/duyulmaması olarak nitelendirmektedir. ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 50.

35 YILDIRIM Ramazan, İdari Başvurular, Mimoza Yayınevi, Konya, 2006, s. 77-111, 138-184., ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 36.

36 ERKUT, Kimlik, s. 120., SEZGİNER, s. 46.

37 ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 49.

değerlendirilmesi -zorunlu olarak- talep edilmekte ve idare ile uzlaşma sağlanmaya çalışılmaktadır[38]. O halde, zorunlu idari itirazın öngörülmüş olduğu hallerde; başvuru yolunun kullanılmasının İYUK'un 14. maddesi anlamında "kesin" leşme (kesin hale gelme) sağladığını kabul etmek mümkün görünmemektedir[39]. Ne var ki, Danıştay'ın söz konusu başvuru yolu tüketilmedikçe, İYUK m. 14 anlamında[40] iptal davasına konu olabilecek "kesin ve yürütülebilir" bir idari işlem bulunmadığı yönünde verdiği kararlar bulunmaktadır [41].

---

[38] ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 17., YILDIRIM, Başvuru, s. 117., Zorunlu idari itirazın unsurları hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 16-24., ODYAKMAZ Zehra-ÇINARLI Serkan, İdari Uyuşmazlıklarda Yargı Öncesi Çözüm Usûllerinin Uygulanabilirliği", Orion Kitabevi, Ankara, Ekim 2013, s. 70., Zorunlu idari itiraza mevzuattan örnekler için bkz. ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 28 vd.

[39] Aynı yönde bkz. ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 52, 53., CANDAN, Yargılama, s. 573, 574. (Ancak Candan s. 575'te ve 576'da vergilendirme işlemleri için farklı bir değerlendirme yapmaktadır. CANDAN, Yargılama, s. 575, 576). Aksi yönde bkz. ERKUT, İşlem, s. 113., SEZGİNER, s. 47., KARAHANOĞULLARI, s. 280., KARYAĞDI Müjgan-ÖZTÜRK İlhami, , "Hak Arama Özgürlüğü Bağlamında Kamu İhale İşlemlerine Karşı Teminat Ödenmesi Şartı İle Tanınan İtirazen Şikâyet Hakkı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD), 2010, S. 87, s. 448, 449, 450., KAPLAN Gürsel, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 266, 269., KAPLAN, Yargılama, s. 196., ODYAKMAZ-ÇINARLI, s. 73, 74.; Ayrıca bkz. SERTER Yusuf Sertaç, İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargı Dışı Bir Araç Olarak İdari Başvurular, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 369 vd.; Zorunlu idari itirazın öngörülmüş olduğu hallerde; başvuru yolunun kullanılmasının İYUK' un 14. maddesi anlamında "kesin" leşme sağladığını kabul etmenin mümkün görünmediğine ilişkin değerlendirmemiz, yukarıda idari işlemin "kesin" olması noktasındaki değerlendirmelerin tamamını kapsamaktadır.

[40] Kaplan, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca Belediye Başkanınca Belediye Meclisi'ne yeniden görüşülmesi istemiyle gönderilen kararların aynı kanun uyarınca meclisin ısrarı ile kesinleşeceğine ilişkin düzenlemeyi de, İYUK'un 14. maddesi anlamında bir kesinleşme olarak kabul etmektedir. KAPLAN, Yargılama, s. 197. Ancak, Belediye Başkanı tarafından Belediye Meclisine iade edilmeden önce de, idarenin iradesinin uygulanmasını sağlayacak düzeyde ortaya çıkmış/bariz olduğu hususu dikkate alınmak durumundadır. Kaldı ki, Belediye Başkanının ısrar üzerine "kesinleşen" karara karşı idari yargıya başvurabileceği dikkate alındığında, burada "başka bir idari başvuru yapılamama" anlamında bir kesinleşme yaşandığı da iddia edilebilir.

[41] Bkz. D12D, K.T. 07.07.2003, E. 2003/380, K. 2003/2077, Lexpera Hukuk Veri Tabanı-LHVT : *"...Yukarıda anılan Yönetmeliğin 47. maddesinde belirtilen itiraz yoluna başvurulması zorunlu bir idari prosedür olmadığından bu yola başvurulmasının idari işlemin kesinlik kazanmasını engellemeyeceği, itiraz yoluna başvuran ilgilinin aynı zamanda dava açma hakkını da kullanabileceği açık olup buna göre davacının iki yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırılması ve bu cezanın aylığından 1/4 oranında kesinti yapılması suretiyle uygulanması yolundaki dava konusu işlemin hukuki sonuçları gözönüne alındığında bu işlemin kesin bir işlem olduğu ve dolayısıyla iptal davasına konu edilebileceği anlaşıldığından,..."*. Zorunlu idari başvuruya İYUK 14. madde anlamında kesinleştirici etki tanınması yönünde bkz. DVDDGK, K.T. 26.11.1999, E. 1999/166, K. 1999/493, KİBB., Zorunlu idari başvuru öngörülen hallerde dava konusu edilebilecek işlem hakkında bkz. ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 55 vd.

Doktrinde idari işlemin zorunlu idari başvuru yoluna ilişkin sürenin geçirilmesi/ başvurunun yapılması bağlamındaki halleri için de; "kesinleşme" ifadesi kullanılmaktadır[42]. Burada, "kesin"leşme, ifadesi kullanılsa da; söz konusu kararlar /eserler incelendiğinde; buradaki "kesin" lik halinin, iradenin ortaya çıkması anlamında bir kesinliği ifade etmediği görülmektedir. Çünkü idari işlem için zorunlu idari başvuru yolu imkânı olsa da, başvurulan idari makamın iradesinden/ ya da başvuruya ilişkin sürenin tüketilmesinden önce idari işlemi yapan makam düzeyinde ortaya çıkmış/uygulanma yetisine sahip ya da yine yukarıda ifade edildiği üzere kendi içinde idari usul sürecinin tamamlandığı bir irade beyanı zaten bulunmaktadır.

"Kesin"lik" kavramı, İYUK' un 14. maddesi bağlamında "kesin" likten farklı olarak; işleme karşı idari başvuru yoluna gidilememesi/başvuru yolunun kapalı olması –idari anlamda kesinlik[43] - bağlamında da kullanılmakta-

[42] Başvuru süresinin geçirilmesinin uygulamada "idari başvuru yollarına gitmek anlamında kesinleşme" olarak kullanımı hususunda bkz. TOPUZ İbrahim –ÖZKAYA Kadir, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara, 2002, s. 454. , Hatta doktrinde, zorunlu idari başvuru yolunun tüketilmesi kapsamında "kesinleşmiş" işlem kavramının kullanılabileceği önerilmekte; buradaki kesinleşmenin İYUK m. 14' teki "kesin" olmadan (kesin hale gelme) farklı olduğu belirtilmekte, bu durum için "kesinleşmiş olma" kavramının kullanılabileceği ifade edilmektedir. YILMAZ, s. 85., Aynı yönde bkz. NOHUTÇU Ahmet, İdari Yargı, Savaş Yayınevi, 17. Baskı, Ekim 2016, s. 200, 201., Yılmaz tarafından yapılan bu tanımın, zorunlu idari itiraz ile ve İYUK m. 14'te öngörülen "kesin"lik bakımından fark ortaya koysa da, mesafeyi belirsizleştirmesi yönünde bkz. ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 53.; Buradaki kesinleşme, İYUK'un 14. maddesindeki "kesin"likten farklı olup, "idari anlamda başvuru imkanı bulunmaması" anlamında kesinleşme noktasında tartışılabilecek niteliktedir. Bu noktada, tekemmül etmiş iradeye karşı başvuru yollarına gidilip gidilemeyeceğine ilişkin bir durum söz konusudur. Bkz. s. 8 vd., Zorunlu idari itirazın reddi yönündeki karar ve itiraza tabi karar ile; vesayet makamının onay işlemi ve onamaya tabi işlemi arasında ortada iki farklı idari işlem bulunması bağlamında benzerlik bulunduğu yönünde bkz. ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 59, 60.

[43] Günday, "idari anlamda kesinliği"; (mevzuatta işlemin "kesin" olarak belirtilmesi ya da böyle bir belirleme yoksa da yargısal uygulamada anlaşılma şekliyle) idari işleme karşı idari başvuru yolunun kapalı olması ve idarece işleme müdahale edilememesi; Yıldırım da, idari karar aleyhine başka bir idari makama etkili başvuru yapılamaması şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. GÜNDAY, s. 172., YILDIRIM, Başvuru, s. 109,110., Duran, idari işlemin ilgililerce itiraz ve tartışma konusu yapılabildiği sürece, kesin olmadığını ifade etmektedir. Yazarın bu değerlendirmeyi, hukuka uygunluk karinesi bağlamında yapmasından, konuyu yargısal itiraz bağlamında ele aldığı anlaşılmaktadır. DURAN, Notlar, s. 395. İdarenin disiplin hukuku alanında olduğu gibi yapmış olduğu işleme müdahale edememesi hali de "kesinleşme (idare bakımından)" kapsamında ele alınmaktadır. YILDIRIM, Başvuru, s. 49., Bu noktada ayrıca bkz. Yıldırım'ın s. 49'da (YILDIRIM, Başvuru, s. 49) belirttiği DÜNDAR Erol, " Emniyet Teşkilatı Mensuplarına İlişkin Disiplin Cezaları ve Yargı Denetimi", DD (Danıştay Dergisi), S. 62-63, Y.16, 1986, s. 49,50., Ayrıca bkz. ÖZYÖRÜK Mukbil, İdare Hukuku Dersleri, Ankara, 1972-1973, s. 230., yine bkz. ODYAKMAZ-ÇINARLI, s. 73.

dır[44]. "İdari anlamda kesinlik" halinde işlemin durumu, idarenin iradesinin ortaya çıkmasından sonra bu iradeye müdahale imkânı vermemesi (idarece re'sen ya da başvuru üzerine[45]) sebebiyle; İYUK'un 14. maddesi anlamındaki "kesinlik" ile çok farklı konumda/anlamda değildir. Nitekim söz konusu işlem bakımından da idarenin iradesi net[46]/belirgin[47] bir şekilde ortaya çıktığından; yürütülebilir olma niteliğini de taşıması halinde[48], iptal davasına konu yapılabilecektir. Daha önce de ifade edildiği üzere, zorunlu idari başvuru yolunun tüketilmesi/başvuru süresinin kaçırılmasını/geçirilmesi bağlamında da "kesinleşme" ifadesi kullanılmaktadır[49] . Bu noktada "kesinleşme", yukarıda aktarılan kullanım şekilleri, yargı kararları ve doktrin görüşleri ışığında, işleme karşı "idari başvuru imkânının bulunmaması" bağlamında değerlendirilebilir. İdari başvuru süresi geçirildikten sonra idarece verilen red cevabı, dava konusu olması halinde mahkemece dava reddedileceğinden[50] ve itiraza tabi ilk işlemin denetim imkânı da bulunmadığından[51] başvuru süresinin geçirilmesi

---

44 Yargı kararlarının kesinliği ve idari işlemin maddi/şekli kesin hüküm kuvveti hakkında bkz. TAN, Kesin, s.100 vd., "İdari kesinleşme", idari işleme ilişkin yargısal başvuru süresinin geçirilmiş olması kapsamında da kullanılmaktadır. Bkz. ULUSOY, Yaptırım, s. 235.; Konu hakkında ayrıca bkz. TAN, Kesin, s. 104, 105, 106., İtiraz yolunun tüketilmemesinin itiraz yollarına gitmek bakımından kesinlik sağladığı yönünde (mülga 1615 sayılı Gümrük Kanunu m. 79 bağlamında) ayrıca bkz. D7D, K.T. 05.03.1998, E. 1997/1244, K. 1998/862, KİBB.

45 GÜNDAY, s. 172.

46 YILMAZ, s. 80.

47 ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 49.

48 İptal davasına konu olmak bakımından "kesin" ve "yürütülebilir olma" koşullarının kümülatif olarak sağlanması gereği hakkında bkz. ERKUT, Kimlik, s. 118., ERKUT, İşlem, s. 114.

49 Bkz dpn. 42.

50 GÖZÜBÜYÜK-TAN, Yargılama, s. 324., ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 60, 61, 69., Ayrıca bkz. CANDAN, Yargılama, s. 577., ÖZKAN Gürsel, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu İdari Başvuru Yolları", TAAD, Nisan 2014, Y. 5, S. 17 s. 101., HATİPOĞLU Cengiz, "İdari Merci Tecavüzü ve Dört Gri Alan", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Nisan 2015, Y. 6, S. 21 , s. 376.; Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. GÖZÜBÜYÜK-TAN, Yargılama, s. 316-326., ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 69-72.; Yıldırım s. 119'da, zorunlu idari başvuru konusu işlem idari açıdan kesinleşmiş ise, idarenin başvuruyu reddetmek zorunda olduğunu ifade etmektedir. Yazar s. 200'de ise bazı idari işlemlere kesinleştikten sonra idarece müdahalede bulunulamayacağını belirtip, bu tür bir işlemin olması halinde, idarenin süresi geçtikten sonra yapılan başvuruyu reddetmek zorunda olduğundan bahsetmektedir. YILDIRIM, Başvuru, s. 119, 200.

51 D7D, K.T. 10.02.2005, E. 2002/1200, K. 2005/149, D7D, K.T. 01.12.2004, E. 2003/2292, K. 2004/3241, KİBB, D8D, E. 1986/732, K. 1988/213, K.T. 22.03.1988, DD , S. 72-73, Y. 19, 1989, s. 448, 449.; Yıldırım, zorunlu idari başvuruları başvuru süresi geçtikten sonra başvuru hakkının kullanılamayacak olması, kullanılması halinde ise etkili başvuru olamayacağı ve de başvuru süresi geçtikten sonra dava açmanın mümkün olmaması sebebiyle, bu süreleri "çift (etkili) hak düşürücü süre" olarak nitelendirmektedir. YILDIRIM, Başvuru, s.

durumunda itiraza konu işlem bakımından, idari başvuru yolunun tükenmesi anlamında bir kesinleşmenin de yaşandığı söylenebilecektir. İşleme karşı süresinde idari başvuru yapılmışsa[52], mükerrer başvuru da fiilen söz konusu olamayacaktır. Başka bir ifadeyle, itiraza konu işlem bakımından ikinci bir başvuru ihtimal dâhilinde değildir. Kaldı ki, işleme karşı süresi içinde idari başvuru yapılması halinde, idarece verilen cevaptan sonra dava açma imkânı bulunması sebebiyle[53], ilk işlem bakımından yeni bir idari başvuru yapmanın fiilen taşıdığı anlam tartışılır niteliktedir. Bu noktada, belli tür idari işlemlerde (hukuka aykırı ve yükümlendirici işlemlerde olduğu üzere[54]) idarenin irade beyanına her zaman müdahalede bulunabilecek olmasının, "idari anlamda" kesinliğin mümkünlüğünü sorgulatabilir nitelikte[55] olduğu da belirtilmelidir.

119, 200.; Ayrıca bkz. YILDIRIM Tur(h)an, "İdari Usul Yasası Kapsamında İdareye Başvuru", T.C. Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, Ankara, 17-18 Ocak 1998, T.C. Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998, s. 252., Bu noktada hukukumuzda zorunlu idari itiraz halinde genel olarak itirazı değerlendiren makamın yetkilerinin belli olmadığı hususunda bkz. ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 37., Zorunlu idari başvuru bağlamında yapılan açıklamalarımız yetkili makamın, açıklamalarda bahsi geçen yetkileri haiz olduğu varsayımı altında yapılmaktadır.

[52] Zorunlu idari başvuruya ilişkin sürelerin kısalığı da dikkate alındığında, ikinci başvuru yüksek ihtimalle süresinden sonra yapılan bir başvuru olacaktır., Söz konusu süreler hakkında bkz. AKYILMAZ Bahtiyar, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 214-216.

[53] Öztürk, itirazın reddi kararının itiraza tabi karardan bağımsız olduğuna vurgu yaptıktan sonra, itirazın reddi kararının, ilk karar ile aynı içerikte olması halinde dava konusu edilmesinin pratik anlamı olmadığını; hukuk düzeninde etki doğuran kararın itiraza tabi karar olduğunu, itirazın reddi kararının itirazı sonuçlandırarak dava konusu edilebilmesini sağlama fonksiyonuna sahip olduğunu işaret etmektedir. Yazar, idari başvuruya ilk işlemi kesinleştirici etki tanınması halinde de, itirazın reddi kararının aynı anlama geldiğini belirtmektedir. ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 59, 60.

[54] TAN, Kesin, s. 105., AKYILMAZ- SEZGİNER-KAYA, s. 456, 463., İdarece idari işleme müdahale konusunda detaylı bilgi için bkz. GÖZLER Kemal-KAPLAN Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, 18. Baskı, Bursa, Ağustos 2016, s. 404 vd., Tan, hak doğurmayan işlemlerin işlemi yapan idarece her zaman geri alınabilecek olmalarını, kesin hüküm ile idari işlemi "şekli kuvvet" açısından farklı kılan bir husus olarak değerlendirmektedir. TAN, Kesin, s. 105.

[55] TAN, Kesin, s. 104,105,106., YILDIRIM, Başvuru, s. 49., Burada tartıştığımız "kesinlik", Tan tarafından idari işlemin "şekli" anlamda kuvveti içerisinde mütalaa edilmektedir. TAN, Kesin, s. 105., İdari işlemlerin, bilhassa yükümlendirici nitelikte olanların işlemi yapan idarece geri alınabilmeleri, değiştirebilmeleri, kaldırılabilmeleri karşısında "kesinleşme" kavramı kullanımı eleştirisi için bkz. KARAHANOĞULLARI , s. 332.

2. İhtiyari İdari Başvuru

"Kesinleşme" ve "ihtiyarı idari başvuru"[56] ilişkisine bakıldığında, ihtiyari başvuru öncesinde de, İYUK'un 14. maddesi anlamında "kesin" nitelikte yani idari karar alma sürecinin kendi içerisinde bütün aşamaları ile tamamlandığı[57]/idarenin iradesinin belirgin[58] şekilde ortaya çıktığı bir idari işlem bulunduğu açıktır[59]. Başvuru durumunda; yalnızca işlemin muhatabı, söz konusu işlemin yeniden incelenmesi talebi ile[60] idareye müracaat etmektedir[61]. Baş-

---

[56] Bu makalede "ihtiyari başvuru" kapsamında esasen hiyerarşik başvuru ele alınmaktadır. Özel ihtiyari başvurulara da bazen değinilmektedir. Açıklamalarımız, bu durum dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Hiyerarşik başvuru, Duran tarafından muahhar başvurulardan müratebe başvurusu kapsamında ele alınmaktadır. DURAN Lütfi, "İdari Müracaatler ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükûtu Meselesi", İÜHFM, 1946, C. 12, S.1, s. 152., Hiyerarşik başvuruya konu olacak işlemlerin icra kabiliyetine sahip olması gerektiği bakımından bkz. DURAN, Müracaat, s. 155,156., Öngören, hiyerarşik, idari vesayet ve işlemi yapan idareye yapılan başvurular ile zorunlu idari başvuruları, "olağanüstü idari başvuru" olarak adlandırmaktadır. Bkz. ÖNGÖREN Gürsel, Türk Hukukunda İdari Dava Açma Süreleri, Kazancı Yayınları, İstanbul 1990, s. 29., Yazar olağanüstü başvuruda, uyuşmazlık çıktıktan sonra idari makamlara başvuru yapıldığını belirtmektedir. ÖNGÖREN, s. 14.

[57] ERKUT, Kimlik, s. 120., SEZGİNER, s. 46.

[58] ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 49.

[59] Aynı yönde GÖZÜBÜYÜK-TAN, Yargılama, s. 320., CANDAN, Yargılama, s. 452.; ODYAKMAZ-ÇINARLI, s. 74., İdarenin iradesi başvuru öncesinde ortaya çıktığı için, gerek başvuru süresi içinde; gerekse bu sürenin dolmasından sonra (dava açma süresinden daha kısa süre öngörülen özel ihtiyari başvuru söz konusu ise) idari dava açma süresi içinde dava açılması halinde İYUK' un 14. maddesi anlamında kesinlik mevcuttur. Anılan durumlardaki "kesinleşme" tartışmaları, idari başvuru yollarının kullanımına ilişkin olarak anlaşılmalıdır. İdari başvuru süresi içinde doğrudan dava açılması halinde de, idareye müracaatı engelleyen ve daha doğru ifadesi ile idarenin talep üzerine ya da re'sen işleme müdahalesini engelleyen bir düzenleme olmadığı hatırlanmalıdır., İhtiyari başvuruda bulunulması halinde dava açmak için idarenin cevabının beklenmesi gerektiği, Danıştay'ın ihtiyari idari başvuruları zorunlu başvuru olarak kabul etmesi (işlemi kesinleştirici etki tanıması); itiraz edilmesi halinde, itiraz edilen makamın kararı sonrasında; itiraz edilmemesi halinde sürenin sona ermesi ile kesinleşme yaşanacağı, itiraz süresi içinde doğrudan yargı yoluna başvurulması halinde idari işlemin ilgilisi için kesinleşmesi konusunda bkz. YILDIRIM, Başvuru, s. 193,194,195.

[60] YILDIRIM, Usul, s. 252., ATAY E. Ethem, "İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması", Danıştay 139. Yıl Sempozyumu, 11 Mayıs 2007, Danıştay Matbaası, 2008, s. 54., Ayrıca bkz. SERTER, s. 40., 41., KAPLAN , Süre, s. 225,226., İYUK'un 11. maddesi bağlamında idari işlemin geri alınması, kaldırılması, değiştirilmesi ve yeni bir işlem yapılması talebi ile idareye başvurunun ancak hukuki sonuç doğuran ya da doğurmaya matuf işlemler üzerinde yapılabileceği düşünüldüğünde, başvuru öncesinde de kesin ve yürütülebilir bir işlem olduğu görülmektedir. Bu noktada bkz. DURAN, Müracaat, s. 155, 156.

[61] Danıştay yeni bir kararında, ihtiyari başvuruya bir yandan başvuru konusu işlemi kesinleştirici etki tanırken, bir yandan da başvuru üzerine idarece verilen cevabı, ilk işlemden bağımsız bir işlem olarak nitelendirmektedir. D16D, K.T. 02.04.2015, E. 2015/12742, K.2015/1296, KİBB: "*…Anlaşılacağı üzere, 657 sayılı Kanununun 135.maddesinde yer alan ''özel'' dü-*

vuru hakkının kullanım şekline göre ortaya çıkacak olasılıklar için doktrinde "kesinleşme" kavramı kullanılmaktadır[62]. Ancak buradaki "kesinlik"; iradenin ortaya çıkması sürecine ilişkin bir durumu ifade etmemektedir. İtiraz üzerine idarece verilen karardan sonra anılan bu ikinci karara karşı yeni bir idari başvuruda bulunulması, teorik olarak mümkün olsa da[63], yargı yoluna gitme

---

zenleme gereği, maddede zikredilen cezalara karşı idari aşamada tanınan itiraz hakkının kullanılmasının tercih edilmesi halinde, itiraz mercileri tarafından değerlendirme yapılarak tesis edilen işlemin cezalar hakkında nihai işlem niteliğinde olduğu ve bu nihai işlemin, tebliğ tarihini takibeden 60 günlük süre içinde dava konusu edilebileceği açık olup; söz konusu maddede itiraz mercilerinin, itiraz dilekçesi ile karar ve eklerinin kendilerine intikalinden itibaren otuz gün içinde kararlarını vermek zorunda oldukları yolundaki düzenleme uyarınca itiraz mercileri tarafından itiraz dilekçesi incelenmek suretiyle bir değerlendirme yapılmaması halinde ise ceza kesinleşmeyecek, uygulanabilirlik özelliği taşımayacaktır. Dosyanın incelenmesinden; davacının üç yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırılmasına ilişkin 06.05.2013 tarih ve 3400 sayılı Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü işleminin davacıya 09.05.2013 tarihinde tebliğ edildiği, davacı tarafından 14.05.2013 tarihli dilekçe ile cezaya itiraz edildiği, bu itirazın 05.07.2013 tarih ve 223 sayılı karar numarası ile reddine ilişkin Adalet Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu Başkanlığı işleminin 16.09.2013 tarihinde davacıya tebliği üzerine 25.10.2013 tarihinde davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda; davacının itirazı üzerine tesis edilen Adalet Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu Başkanlığı'nın 05.07.2013 tarih ve 223 sayılı karar numaralı işlemi, davacı hakkında verilen disiplin cezası ile ilgili olarak tesis edilen nihai işlem niteliğinde olduğundan ve bu işleme karşı altmış günlük yasal süresi içinde açılmış olan davada süre aşımından söz edilmesi hukuken olanaklı görülmediğinden,…". Ayrıca bkz. YILMAZ, dpn. 105, s. 34, 35.

[62] Danıştay'ın ihtiyari idari başvuruları zorunlu idari başvuru olarak kabul edebildiği hakkında bkz. SEZER Yasin –BİLGİN Hüseyin, "Danıştay Kararlarında İdari Başvurular", AÜHFD, 2008, C. 57, S. 4, s. 359., SERTER, s. 291, 292., İhtiyari başvuru yoluna kesinleştirici etki tanınması eleştirisi için bkz. ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 51., Ayrıca bkz. D15D, K.T. 02.11.2011, E. 2011/156, K. 2011/3298, KİBB : "…*Yukarıda belirtilen Kanun maddesinde, kurumca düzenlenen idari para cezalarına ilişkin işlemin "ilgiliye tebliğ edilmekle tahakkuk eder" ve onbeş gün içinde "Kuruma ödenir" ibaresi ile kesin ve icrailiği ortaya konmuştur. Ayrıca, bu işleme karşı Kurumun ilgili ünitesine yapılabileceği belirtilen itiraz başvurusunun zorunlu bir başvuru yolu olmayıp, ilgililerin isteğine bağlı, seçimlik bir hak olduğu maddede yer alan "kuruma ödenir veya...", "itiraz edilebilir" ifadelerinden anlaşılmaktadır. Bu durumda; davacı tarafından, kuruma itiraz edilmeksizin doğrudan dava açma iradesi ortaya konulduğundan, Konya 2. İdare Mahkemesi hakimlerinden biri tarafından davanın esasının incelenmesi suretiyle uyuşmazlığın karara bağlanmasında usul hükümlerine aykırılık bulunmayıp,…".,* İdari başvuru halinde idarenin cevabını beklemeksizin dava açma yoluna gidilebileceği hakkında bkz. D12D, K.T. 07.07.2003, E. 2003/380, K. 2003/2077, LHVT, Ayrıca bkz. SEZER-BİLGİN, s. 360., SERTER, s. 240, 241., KAPLAN, Süre, s. 246 vd, KAPLAN, Yargılama, s. 340., Aksi yönde bkz. D8D, K.T. 08.02.2013, E. 2009/9342, K. 2013/769, DD , Y. 2013 S. 133, s. 187., Ayrıca bkz. D4D, K.T. 13.10.2008, E. 2007/3301, K. 2008/3554, KİBB., Bkz. YILDIRIM, Başvuru, s. 75., Türk hukukunda zorunlu idari itirazın düzenlenmesinde özenli davranılmadığı, düzenlemelerin çoğunda ihtiyari başvurunun söz konusu olduğu algısı yaratan ifadelere yer verildiği hususunda bkz. ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 115, 116.

[63] Danıştay'ın yeni bazı kararlarına rağmen, verilen cevabın ilk işlem ile birlikte ele alın-

imkânı zaten söz konusu olduğundan ve ikinci cevaptan sonra dava açma süresi de işlemeye devam ettiğinden[64]; imkân dâhilinde görünmemektedir. Kaldı ki, ihtiyari başvuru hakkı bir kez kullanıldığında süreyi durdurduğundan[65], ilk işleme karşı da ikinci bir idari başvuru söz konusu olamayacaktır[66]. O halde; ihtiyari başvuru konusunda idarenin gelen cevabı, hatta başvurunun bir kez yapılması ile birlikte; ilk idari işlem bakımından da -başka- "idari başvuru yollarının mümkün olmaması" anlamında bir kesinleşme yaşandığı söylenebilir[67]. İhtiyari başvuru yolunun, başvuru süresi dolduktan sonra kullanılması teorik olarak mümkün olsa da, dava açma süresinin durmaması sebebiyle[68]

---

ması gerektiği yönündeki yerleşik yaklaşımı (D10D, K.T. 25.11.2004, E.2003/2595, K. 2004/7611, LHVT; D10D, K.T. 23.03.1994, E. 1993/4155, K. 1994/1176, DD, S. 90, s. 1050-1055. Ayrıca bkz. YILMAZ, s. 89., SERTER, s. 288, 289, ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 55,56.) ve idarenin ilk cevabı aynen benimseyerek talebi reddetmiş olduğu düşünüldüğünde., Danıştay'ın dava konusu işlemin ihtiyari başvuru sonucu verilen karar olduğu yönündeki yeni bir kararı için bkz. DİİDK, K.T. 08.04.2010, E. 2006/2169, K. 2010/562, KİBB.(Kararın yorumu için bkz. SERTER, s. 288, 289).

64 Ya da (kesilen) süre en baştan işlemeye başladığından. Örneğin D12D, K.T. 22.12.2013, E. 2013/10983, K. 2013/12389, LHVT., Yine örnek karar için bkz. KAPLAN, Süre, s. 248,249.

65 CANDAN, Yargılama, s. 459.,KAPLAN, Süre, s. 254, 255., KAPLAN, Yargılama, s. 343.

66 Kaldı ki, ilk işleme karşı itiraz süreci zaten işlemeye başladığından, ilk işleme yapılacak ikinci bir başvuru anlam ifade etmeyecektir.

67 Bkz. YILDIRIM, Başvuru, s. 194., Öztürk tarafından dpn. 123'te (ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 51) aktarılan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun K.T. 15.10.2012, E. 2008/94, K. 2012/1594 künyeli kararında (http://www.danistay.gov.tr/upload/guncelkarar/26_02_2015_031633.pdf) (E.T. 25.11.2016) da*: "…tesis edilen işleme karşı, maddede öngörülen itiraz usulü uyarınca itiraz edilmesi durumunda, işlemin davalı idarece başvurunun sonuçlandırması ile kesinleşeceğinin kabulü gerekmektedir…"* şeklindeki görüşü, idari itiraz yolunun mümkün olmaması anlamda bir kesinleşme olarak algılanmalıdır. Öztürk de buradaki "kesinleşme" nin idari işlemin "kesin ve yürütülebilir" olma niteliği ile ilgisini görmediğini ifade etmektedir., Danıştay'ın DİDDK kararı ile benzer açıklaması için bkz. D8D, K.T. 08.02.2013, E. 2009/9342, K. 2013/769, DD, Y. 2013 S. 133, s. 187: *"…Uyuşmazlık konusu olayda, davacının 30.12.2008 tarihli dava konusu cezaya anılan Yönetmeliğin öngördüğü 7 günlük sürede itiraz ettiği, bununla birlikte itirazının sonucunu beklemeden 22.01.2009 tarihinde bakılan davayı açtığı sabittir. Anılan Yönetmelik hükmüne göre, 7 günlük süre içinde itiraz edilmeyen disiplin cezalarının kesinleşmiş olması, itiraz edilen disiplin cezalarının ise, ancak itiraz mercilerinin bu konuda verecekleri karar veya süresi içerisinde itiraz hakkında karar vermemeleri üzerine kesinleşecek olması ve cezanın kesinleşmesi halinde dava konusu yapılabilecek olması karşısında, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı'nın dava konusu disiplin cezasına yapılan itiraz hakkında henüz bir karar vermediği aşamada kesinleşmemiş olan disiplin cezasının iptali istemiyle açılan davanın incelenmeksizin reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir…"* . Danıştay'ın aktarılan bu kararları incelendiğinde, kanaatimizden farklı olarak; ihtiyari başvuruyu dava açabilme (İYUK m. 14. anlamında "kesin"lik) ile ilişkilendirdiği izlenimi doğmaktadır.

68 İhtiyari idari başvurunun, süresinde yapılmak koşulu ile dava açma süresini durdurması se-

mümkün görünmemektedir. Doğrudan dava açılmasının tercih edilmesi, daha pratik bir yol olacaktır[69]. Zira, başvuru süresinin dolması ile fiilen idari başvuru imkanı ortadan kalkmakta, başka bir ifade ile işlevselliğini yitirmektedir[70]. İhtiyari başvuruya ilişkin söz konusu durumlardaki "kesin" leşme; İYUK'un 14. maddesindeki kesinlikten farklıdır[71]. Burada, ilgilinin idari işlem için, teo-

bebiyle., YILDIRIM, Başvuru, s. 113, 149, 192., KAPLAN, Süre, s. 227, 229, 243., KAPLAN, Yargılama, s. 340., Bkz. D10D, K.T. 10.10. 1988, E. 1988/1459, K. 1988/1553, DD, Y. 19, S. 74-75, 1989, s. 606-609., Ayrıca bkz. KAPLAN, Süre, s. 247 vd., KAPLAN, Yargılama, s. 340vd.; Çalışmamızda ihtiyari idari başvuru, esasen İYUK m. 11 ve sürenin durduğu özel ihtiyari başvuru bağlamında ele alınmaktadır. Ancak, özel olarak ihtiyari başvurunun düzenlendiği ve ihtiyari başvurunun dava açma süresini durdurmayıp kestiği hallerde de sürenin kaçırılmaması bakımından, idari başvurunun mevzuatta öngörülen sürede yapılması gerekir. Bkz. KAPLAN, Süre, s. 248, 249., D12D, K.T. 22.12.2013, E. 2013/10983, K. 2013/12389, LHVT.

69 Aynı yönde YILDIRIM, Başvuru, s. 192.

70 Teorik olarak düşük bir olasılık gibi görünmekle beraber, dava açtıktan sonra, idari başvuru süresi içinde, idari başvuru yapılması halinde, yükümlendirici ve hukuka aykırı idari işleme idarece müdahale edilmesi imkanının bulunması olasılığı da dikkatlerden uzak tutulmamalıdır., İhtiyari başvuru hakkı kullanılmaksızın, idari başvuru süresi dolduktan sonra dava açma hakkının kullanılması halinde, dava dosyasının yargı yerince idari mercie gönderilmesi gerektiği yönündeki Danıştay uygulaması için bkz. YILDIRIM, Başvuru, s. 195.

71 Öztürk tarafından dpn. 123'te (ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 51) aktarılan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun K.T. 15.10.2012, E. 2008/94, K. 2012/1594 künyeli kararı (http://www.danistay.gov.tr/upload/guncelkarar/26_02_2015_031633.pdf) (E.T. 25.11.2016) ile isabetli bulunan Danıştay 10. Dairesi'ne ait 29/11/2006 gün E. 2006/6209, K. 2006/6937 sayılı kararda da: *"...Kullanıcıların, bu isteklere karşı onbeş gün içinde tahakkuku yapan Bölge Müdürlüğüne itirazda bulunabilecekleri; bu süre zarfında itirazları olmadığını tahakkuk kağıdı üzerinde yazı ile beyan edenlerin ödemesi gereken Fon gelirlerinin, itiraz yollarına gitmek bakımından kesinleşmiş olduğu; ..."* ifade edilmektedir., **6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu (RG. 18.12.2010, S. 27789) , Geçici m. 3:** *"(1)2461 sayılı Kanun ile kurulan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca, haklarında meslekten çıkarma cezası verilen hâkim ve savcıların, bu cezanın kaldırılması için idarî dava açmadan önce, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altmış gün içinde Kurula başvurmaları gerekir. (2) Genel Kurul, usulüne uygun yapılan başvurular üzerine, dosya üzerinden yapacağı inceleme sonunda, talep halinde, başvuranın bizzat veya vekili aracılığıyla yazılı ya da sözlü savunmasını da almak suretiyle, başvurunun kabulüne veya reddine karar verir. (3) Başvurunun kabulü halinde; a) Önceki kararın kaldırılmasına, b) Hâkimlik ve savcılık mesleğine kabulde aranan niteliklerin kaybedilmemiş olması şartıyla ilgilinin hâkimlik ve savcılık mesleğine tekrar atanmasına, c) Önceden verilmiş olan meslekten çıkarma cezasına konu eylem sebebiyle başka bir disiplin cezası verilmesine gerek gördüğünde eyleme uyan disiplin cezasına, karar verir. (4) İkinci ve üçüncü fıkralar uyarınca verilen kararlara karşı, Başkan veya ilgili, tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde, Genel Kuruldan yeniden inceleme talebinde bulunabilirler. Yeniden inceleme talebi üzerine verilen kararlar kesindir. (5) İkinci fıkra uyarınca verilen başvurunun reddine ilişkin kesinleşen kararların iptali talebiyle ilk derece mahkemesi olarak Danıştaya başvurulabilir. Bu dava, acele işlerden sayılır. Üçüncü fıkra uyarınca verilen kararlar yargı denetimi dışındadır".* Anılan 4. fıkrada belirtilen "kesinlik" başka bir idari müracaat yapılamaması anlamında değerlendirilmelidir.

rik olarak ve hukuken mümkün olsa da; "fiili" olarak başvuru/ başka başvuru yapamaması söz konusudur. "İdari anlamda kesinlik", daha önce de ifade edildiği üzere, doktrinde genel olarak işleme karşı idari başvuru yolunun mümkün olmaması şeklinde algılanmaktadır[72]. Burada "idari anlamda kesin" hale gelmeye benzer, "fiili" bir idari kesinleşme söz konusu olup, ilgilinin başvuru imkânının işlevselliğini yitirmesinden bahsedilebilir.

O halde gerek ihtiyari idari başvuru gerek zorunlu idari başvuru bağlamında yukarıda ele alınan durumlarda[73] İYUK 14. madde anlamında "kesin" bir işlem bulunmaktadır. Yeni idari başvuru yapmaya teorik/ hukuki olarak engel bir durum bulunmasa da, bu başvuru işlevsel değildir. Anılan kesinleşme, işlemin "fiili" nedenler ile "idari anlamda kesinleşme" ye benzer bir duruma gelmesi olarak ifade edilebilir. Zira, idari anlamda kesinlikte; işleme karşı idari başvuru yolu tekemmülden itibaren[74] hukuken mümkün değilken; burada fiili nedenlerle idari başvuru imkanı kalmamaktadır. Bu şekilde bir kesinleşmenin, ilgilinin idari işleme karşı " başvuru hakkı" bakımından geçerli olduğu, idarenin örneğin hukuka aykırı ve yükümlendirici işlemine re'sen her zaman müdahalede bulunabileceği de hatırlanmalıdır[75]. Söz konusu kesinlik

---

[72] GÜNDAY, s. 172., YILDIRIM, Başvuru, s. 109, 110., Ayrıca bkz. dpn. 43., 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 135/2'de, *"itiraz edilmeyen disiplin cezalarının kesinleşeceği"* belirtilmektedir. Maddedeki "kesin" liğin , işleme idarece müdahale edilemeyeceği şeklinde anlaşılmasının , idarenin yükümlendirici işleme her zaman müdahale olanağı bulunması karşısında mümkün olmadığı, buradaki kesinliğin disiplin cezasının geri alınarak yerine daha ağır bir ceza verilemeyeceği olarak anlaşılması gerektiği hakkında bkz. GÜNDÜZ F. Ebru, "Disiplin Cezalarının Geri Alınması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 20, S. 1, s. 417, 418., Ayrıca GÜNDÜZ 'ün idari anlamda kesinliğin sorgulanabileceği noktasındaki yorumlarımız ile benzer yönde görüşü için bkz. GÜNDÜZ, s. 418.

[73] Zorunlu idari başvurunun yapılması halinde de, başvuruda bulunulan işlem bakımından benzer bir kesinleşme söz konusudur. Bkz. YILMAZ, s. 85., Yıldırım, zorunlu idari başvuruları başvuru süresi geçtikten sonra idari başvuru yolunun kullanılamaması, kullanılması halinde de idarece verilecek cevabın etkili idari başvuru olmaması ve de başvuru süresi geçtikten sonra dava açmanın mümkün olmaması sebebiyle, bu süreleri "çift (etkili) hak düşürücü süre" olarak nitelendirmektedir. YILDIRIM, Başvuru, s. 119, 200., Ayrıca bkz. D8D, E. 1986/732, K. 1988/213, K.T. 22.03.1988, DD , S. 72-73, Y. 19, 1989, s. 448, 449., DDDK, K.T. 30.04.1971, E.1969/612, K. 1971/475 , DD, S. 4, Y. 2, 1972, s. 179-181., D7D, K.T. 10.02.2005, E. 2002/1200, K. 2005/149, D7D, K.T. 01.12.2004, E. 2003/2292, K. 2004/3241,KİBB.; dpn. 51; Ayrıca detaylı bilgi için bkz. ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 69-72.; Ayrıca zorunlu idari başvuru süresinin etkisi konusunda bkz. ÖZTÜRK İlhami, "Kamu İhale Kanununda Düzenlenen Şikâyet ve İtirazen Şikâyet Başvuru Sürelerinin Hukuki Niteliği" Ankara Barosu Dergisi, 2009, Y. 67, S. 3, s. 134 vd.

[74] Bkz. dpn. 43.

[75] Tan, idari işlemin şekli kuvvet kazanmasının idare edilenler ve idare açısından farklı durumları ifade ettiğine vurgu yapmaktadır. TAN, Kesin, s. 105.,Buraya kadar aktarılan teorik

esasen, işlemin ilgilisi bakımından anlam ifade etmektedir. Bu sebeple, idarenin işleme müdahalede bulunabilmesi bağlamında, "idari anlamda kesinlik" de yukarıda da belirtildiği üzere; sorgulanabilir niteliktedir[76]. Örneğin; zorunlu idari başvuru süresi geçirildikten sonra idarece verilen red cevabı, dava konusu olması halinde mahkemece dava reddedileceğinden ve itiraza tabi ilk işlemin denetim imkânı da bulunmadığından[77], ilk işlem bakımından idari başvuru fiilen anlam ifade etmese de, idarenin kazanılmış haklar gibi müdahaleye imkân vermeyen durumları dikkate alarak[78], başvuru süresi geçtikten sonra işleme müdahalede bulunabilmesi mümkündür[79].

"Kesin olma"/"kesinleşme" konusundaki bu fark saklı tutulmak kaydıyla, mevcut iradenin ortaya çıkması ve re'sen icra yetkisinin bulunması koşuluyla işlem, idarece bizzat icra edilebilecektir[80]. İşleme karşı idari makamlar nezdinde itirazda bulunulması ya da iptal davası açılması (yürütmenin durdurulması kararı verilmedikçe) işlemin uygulanması için bir engel oluşturmayacaktır[81].

Ne var ki, genel durum bir üst paragrafta izah edildiği gibi olmakla beraber, çeşitli düzenlemelerde idari işlemin idarece icra edilebilmesi için, bir takım idari ya da yargısal süreçlerin tamamlanması zorunluluğu öngörülmektedir. Bu gerekliliğin çalışmamız kapsamında önemli kısmı, yine "kesinleşme"

durumlara rağmen, idarenin bu koşulları (hukuki düzenlemeler ve yargı kararları ile şekillenen) taşımayan başvuruları dikkate almak suretiyle, hukuka aykırı ve yükümlendirici nitelikteki işleme müdahalesi de söz konusu olabilecektir, bu durum tamamen imkân dışında değildir.

76 Bkz. TAN, Kesin, s. 105., İdarenin hiyerarşik başvuru olmadan da, kazanılmış hakları dikkate alarak kendi işlemini denetleyebileceği hakkında bkz. YILDIRIM, Başvuru, s. 149.

77 Bkz. dpn. 50, 51.

78 YILDIRIM, Başvuru, s. 49.

79 İhtiyari başvuru imkânı varken, işleme karşı hemen dava açılıp, akabinde idareye başvurulması halinde de idare işleme müdahale edebilecektir. İdari yargı yeri, karar verirken idarenin cevabını dikkate almak zorunda kalabilecektir. Örneğin idarenin işlemini geri alması halinde, davanın konusuz kalması söz konusu olacaktır. D5D, K.T. 06.12.2013, E. 2013/691, K. 2013/9439, D15D, K.T. 19.12.2014, E. 2014/9678, K. 2014/9887, KİBB. Erkut, bazı idari işlemlerin yürürlüğe girmesinden belli bir zaman sonra hukuki etkilerini yitirdiklerinden (hizmet gereklerine cevap verememe ya da işlemin tekemmülünden sonra maddi olgular ya da hukuksal durumların değişmesi sebebiyle), bu işlemlerin idarece geri alınabileceklerin, geri almanın dava açma sırasında gerçekleşmesi halinde davanın konusuz kalacağından bahsetmektedir. ERKUT, Kimlik, s. 147.

80 GÜNDAY, s. 125.

81 GÜNDAY, s. 125, 126., ERKUT, Kimlik, s. 120.

kavramı ile ifade edilen duruma ilişkindir. Bu noktada, dikkat çekici örneklerden birkaçı, "Kabahatler Hukuku" , "Vergi Hukuku" ve "Kamu Alacakları Hukuku" alanlarında karşımıza çıkmaktadır.

B. Kabahatler Hukuku'nda İdari İşlemin Kesinleşmesi

5326 Sayılı Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesinde, "kabahat", karşılığında "idari yaptırım" öngörülen haksızlık olarak tanımlanmaktadır. Aynı Kanun'un 16. maddesi uyarınca kabahatler karşılığında uygulanacak "idari yaptırım" lar; "idarî para cezası" ve "idarî tedbir"[82] lerdir. Burada, Kanun kapsamındaki idari yaptırımlardan, "idari para cezası" inceleme konumuz olacaktır. Kanun'un genel hükümleri içinde düzenlenen 17. maddesi [83] uyarınca idari para cezalarının bir kısmı, "kesinleşme" leri halinde icra edilebileceklerdir[84].

---

[82] **5326 sayılı Kabahatler Kanunu (RG. 31.03.2005, S. 25772), m. 16:** *"(1)Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idarî yaptırımlar, idarî para cezası ve idarî tedbirlerden ibarettir. (2) İdarî tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir".*

[83] **5326 sayılı Kabahatler Kanunu, m. 17/ 3-4:** *"…(3) 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri tarafından verilen idarî para cezalarının ilgili kanunlarında 1/6/2005 tarihinden sonra belirlenen oranın dışındaki kısmı ile Cumhuriyet başsavcılıkları ve mahkemeler tarafından verilen idarî para cezaları Genel Bütçeye gelir kaydedilir. Sosyal güvenlik kurumları ile mahalli idareler tarafından verilen idarî para cezaları kendi bütçelerine gelir kaydedilir. Diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından verilen idarî para cezaları ise, ilgili kanunlarındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, Genel Bütçeye gelir kaydedilir. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının verdiği para cezaları, kendi kanunlarındaki hükümlere tâbidir. Kişinin ekonomik durumunun müsait olmaması halinde, idarî para cezasının, ilk taksitinin peşin ödenmesi koşuluyla, bir yıl içinde ve dört eşit taksit halinde ödenmesine karar verilebilir. Taksitlerin zamanında ve tam olarak ödenmemesi halinde, idarî para cezasının kalan kısmının tamamı tahsil edilir. (4)* **Genel Bütçeye gelir kaydedilmesi gereken idarî para cezalarına ilişkin kesinleşen kararlar,** *21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilmek üzere Maliye Bakanlığınca belirlenecek tahsil dairelerine gönderilir. Sosyal güvenlik kurumları ve mahalli idareler tarafından verilen idarî para cezaları, ilgili kanunlarında aksine hüküm bulunmadığı takdirde, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre kendileri tarafından tahsil olunur. Diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından verilen ve Genel Bütçeye gelir kaydedilmesi gerekmeyen idarî para cezaları, ilgili kanunlarında özel hüküm bulunmadığı takdirde genel hükümlere göre tahsil olunur…",* **5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 27/1***: "(1) İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşir…".*

[84] Adalet Komisyonu Raporu: "*…Bu nedenle, 1 inci maddeye iki bent eklenerek, kabahatler dolayısıyla karar alma süreci ve idari yaptırım kararlarına karşı kanun yolu da Tasarının kapsamına ithal edilmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, böyle bir düzenlemenin yapılmasına gerek de duyulmaktadır. Zira, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin*

Birer idari işlem [85] olan idari para cezalarında kesinleşme usulü Kanun'un 27. maddesinde *"İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşir"* şeklinde ifade edilmektedir. O halde Kabahatler Kanunu'nda düzenlenmiş kabahatler (m. 32-43) ve aynı Kanun'un 3. maddesinin *"(1) Bu Kanunun; a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanır"* hükmüne istinaden, ayrı bir yargı yolu öngörülmeyen diğer kanunlarda yer alan kabahatler için söz konusu olan idari para cezalarından [86], *"genel bütçeye gelir olarak kaydedilmesi gereken nitelikte olanlar"* bu sürecin sonucunda icra edilebilecektir. Söz konusu idari para cezaları, 15 gün içinde sulh ceza mahkemesine başvurulmaması halinde[87] ya da sulh ceza mahkemesine başvuru yapılmış olması halinde, yargısal başvuru sonucunda verilen karara karşı kanun yolu süresinin dolmasıyla / kanun yolları sonucunda verilen karar ile "kesin" leşip, icra edi-

kararlarla ilgili olarak, yerine getirilmeden önce, adli denetim imkânının ve bu suretle kesinleşmenin sağlanması gerekir. Böylece, kişiler açısından hukuki güvence sağlanmış olur. Aksi takdirde, idari yaptırım kararları genel bir idari işlem olarak değerlendirilerek kararın verildiği tarih itibarıyla icraya konulabilecektir. Ancak idari yargı yoluna başvurulması üzerine idare mahkemesi yürütmeyi durdurma kararı verdiği takdirde bu yaptırımlara ilişkin kararların yürütülmesinin durdurulması mümkün olabilecektir…" 23.03.2005, Esas No : 1/993, Karar No: 72, http://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?_adf.ctrl-state=1ahytdmpdk_119&pkanunlarno=30623&pkanunnumarasi=5326, (E.T. 23.11.2016). Ayrıca bkz. ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu), Asil Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2006, s. 127.

[85] ÇAĞLAYAN, Yaptırım, s. 29.

[86] Kabahatler Kanunu'nun "Genel kanun niteliği" başlıklı 3. maddesinin *"(1) Bu Kanunun; a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır"* düzenlemesi sebebiyle; bu kanunda belirtilen kabahatler sebebiyle verilen idari para cezaları; yargı yoluna ilişkin ayrı bir yasal düzenleme olmaması sebebi ile (ve de genel bütçeye gelir kaydedilmesi gereken idari para cezalarında kesinleşmeyi arayan 17. maddenin genel hükümler içinde olması sebebiyle) özel kanunlarda öngörülmekle beraber, sulh ceza mahkemesi tarafından denetlenecek diğer idari para cezaları bakımından.

[87] Ulusoy, işleme karşı yargısal başvuru süresinin dolmasını "idari kesinleşme" olarak nitelendirmektedir. ULUSOY, Yaptırım, s. 235.

lebilir hale gelecektir[88]. Doktrinde, bu başvurunun, "dava benzeri"[89] nitelikte olduğu, çünkü sulh ceza mahkemesinin denetim sırasında yapmış olduğu faaliyetin; yeni bir karar vermek olmayıp, idarece verilen kararın hukuka uygun olup olmadığını saptayarak onamak ya da iptal ettiği ifade edilmektedir[90]. Doktrinde söz konusu Kanun kapsamında kalan para cezaları bakımından, sulh ceza mahkemesine başvurulmaması halinde, işlemin "idari" anlamda kesinleşeceği de belirtilmektedir[91]. Ancak, yukarıda ifade edildiği üzere, idari işlemin "kesin" leşmesinin yaygın anlaşılma şekli İYUK'un 14. maddesi bağlamında "işlemin idari sürecini tamamlayarak ortaya çıkması" ya da "işleme karşı idari başvuru yollarının mümkün olmaması" yönlerindedir[92]. Ayrıca, salt idari işleme karşı yargı yoluna başvurulma süresinin geçirilmiş olmasının, idarece işleme müdahale imkânının bulunmadığı yönünde değerlendirilmesi de her durumda mümkün görülmemelidir[93]. İşlemin içeriği de değerlendirme yapılırken dikkate alınmalıdır. Bu noktada, idari para cezası yani yükümlendirici [94] bir idari işlem bulunduğu düşünüldüğünde, idarenin yükümlendirici ve hukuka aykırı nitelikteki işlemini her zaman geri alabileceği, kaldırabileceği hatırlanmalıdır[95]. Söz konusu idari işleme karşı idari yargının değil de, sulh ceza mahkemesinin görevli olması yasa koyucunun bu yöndeki tercihinin bir

---

[88] Bkz. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 27 vd., Bu durum Ulusoy tarafından "yargısal kesinleşme" olarak adlandırılmaktadır. Yazar, yargısal başvurunun tüm aşamalardan geçerek sonuçlanması halini işlem bağlamında yargısal kesinleşme olarak kabul etmektedir. ULUSOY, Yaptırım, s. 235, 236., Mahkeme kararının kesinleşmesi konusunda bkz. Kabahatler Kanunu madde 29.; Ancak 3000 TL. dahil idari para cezaları hususunda, sulh ceza mahkemesince verilen karar kesin olup, itiraz yolu kapalıdır. (Kabahatler Kanunu, m. 28).

[89] ÇAĞLAYAN, Yaptırım, s. 83, 84., Ayrıca detaylı bilgi için yine bkz. ÇAĞLAYAN, Yaptırım, s. 81 vd., ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yargıda Kanun Yolları, (Kararlara Karşı Başvuru Yolları), Asil Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, s. 103 vd.

[90] ÇAĞLAYAN, Yaptırım, s. 83, 84, 183,184. Bu karara karşı aynı Kanun'un 29. maddesinde görülen "itiraz" yolu ise "kanun yolu" şeklinde ifade edilmektedir. ÇAĞLAYAN, Yaptırım, s. 84, 183, 184, 199, 200.

[91] ULUSOY, Yaptırım, s. 235.

[92] Bkz. dpn. 26, dpn. 43.

[93] Dava açılmış olması halinde de aynı durum söz konusudur.

[94] "*...var olan bir hakka müdahale edilmek ya da korunmasını engellemek suretiyle, bireylerin hukuki durumlarını sınırlayan, onlara yapmak, katlanmak ve kaçınmak yükümlülüğü yükleyen işlemlere yükümlendirici işlemler adı verilir...".* AKYILMAZ –SEZGİNER-KAYA, s. 403,404.

[95] GÜNDAY, s. 179, 182., AKYILMAZ–SEZGİNER-KAYA, s. 456, 463. Ayrıca bkz. KARAHANOĞULLARI, s. 332., SERTER, s. 283, 284., İdarece idari işleme müdahale konusunda detaylı bilgi için bkz. GÖZLER -KAPLAN, s. 404 vd.

ifadesi olup[96], salt bu durum idari işleme müdahale hususundaki genel kuraldan ayrılmayı tek başına açıklayabilecek nitelikte değildir. Bu sebeple buradaki "kesin" lik , İYUK'un 14 . maddesi anlamında itiraz konusu idari yaptırım kararının idari usul sürecini tamamlanması[97] / idarenin iradesinin belirgin[98] şekilde ortaya çıkması/ uygulanmaya hazır olması[99] ya da işleme karşı idari başvuru imkânı bulunmaması[100] anlamlarında bir kesinlik değildir. Söz konusu "kesin"lik, işlemin idarece uygulanabilmesi için yasa koyucunun yaptığı bir tercihi yansıtmaktadır. Yasa koyucu burada, re'sen icra yetkisi bulunması halinde, idarenin işlemini uygulamaya hemen geçebileceği yönündeki[101] genel kuraldan ayrılmaktadır[102]. İdari para cezasına karşı dava açma hakkının kullanılması halinde ise yasa koyucu, yargısal sürecin tamamlanmasını beklenmesini seçerek; burada da idari işlemin icrasına yönelik (işlemin icra edilebilmesi için yargı yerinin onayına gerek olmaması ve yürütmeyi durdurma kararı söz konusu olmadıkça işlemin uygulanmaktan alıkonulamayacağı[103]) temel kuraldan ayrılmaktadır. Burada aslında "yargısal anlamda kesinleşme benzeri" bir durum söz konusudur[104]. Genel bütçeye gelir olarak kaydedilmesi gere-

---

[96] Adalet Komisyonu Raporu: "…*Tasarıda hüküm bulunmamakta ise de, kabahatlerin ve bunlar karşılığında öngörülen idari yaptırım kararlarının bir idari işlem olmasının ötesinde, ceza hukukunun genel prensipleriyle yakın ilişki içinde olduğu düşüncesiyle; kabahatler karşılığında öngörülen idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararlarına karşı idari yargıya değil, ceza mahkemesine başvurulabilmesini mümkün kılan düzenleme yapılmıştır…*",…" *23.03.2005,* E*sas No: 1/993, Karar No: 72,* http://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?_adf.ctrl-state=1ahytdmpdk_119&pkanunlarno=30623&pkanunnumarasi=5326, (E.T. 23.11.2016). , Ayrıca bkz. ÇAĞLAYAN, Yaptırım, s. 127.

[97] ERKUT, Kimlik, s. 120., SEZGİNER, s. 46.

[98] ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 49.

[99] TAN, Kesin, s. 109., ERKUT, Kimlik, s. 120., Buraya kadar aktarıldığı üzere, dpn. 86 kapsamındaki idari para cezalarında, işlem idare hukuku bağlamında uygulanmaya hazır olmakla beraber, yasa koyucunun tercihini bu yönde kullanması sebebi ile, uygulanması yukarıda değinilen sürecin sonuna bırakılmaktadır. Ayrıca buradaki değerlendirmelerimiz Cumhuriyet Savcısı ya da mahkemece verilen idari yaptırım kararlarını (KK, m. 23, 24) esas almamaktadır. Söz konusu maddeler hakkında bkz. ÇAĞLAYAN, Yaptırım, s. 185.

[100] Bkz. dpn. 43.

[101] GÜNDAY, s. 125,126., ERKUT, Kimlik, s. 120.

[102] Bkz. ULUSOY, Yaptırım, s. 236.

[103] GÜNDAY, s. 125, 126., ERKUT, Kimlik, s. 120.

[104] Ulusoy, idari işlem için yargı yoluna başvuruldu ise, yargısal sürecin sonunda işlemin "yargısal anlamda kesin" leştiğinden bahsetmektedir. ULUSOY, Yaptırım, s. 235, 236. Yargısal kesinleşme, yargı kararının kanun yollarından geçmesi ya da kanun yollarına başvuru süresinin geçirilmesi ile meydana gelir. KURU Baki-ARSLAN Ramazan-YILMAZ Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 Sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış, Yetkin

ken idari para cezaları bakımından "kesinleşme", esasen; 6183 sayılı Kanunda öngörülen cebren tahsil yönteminin uygulanabilmesi[105] ve Kanun'un 55. maddesi[106] uyarınca ödeme emri tebliğ edilerek[107], cebri icra (tahsil) aşamasına

Yayınları, 23. Baskı, Ankara, 2012, s. 585., ÇAĞLAYAN, Kanun Yolları, s. 11. "Kesinleşme" ifadesinin yargı kararları için söz konusu olabileceğini ifade eden Karahanoğulları, "yargısal kesinleşme" yi yargı kararı için kanun yoluna gidilmemesi ya da kanun yolunun tüketilmiş olması durumları bağlamında tanımlamaktadır. KARAHANOĞULLARI, s. 332., Ayrıca, işleme karşı idari yargı yolunun kapalı olması durumunun da "yargısal kesinlik" ile ifade edilmesi hakkında (657 sayılı DMK mülga m. 136 bağlamında) bkz. GÜNDÜZ, dpn. 17, s. 417., İdari para cezası için öngörülen dava açma süresinin dolması ya da davanın sonucuna ilişkin kararın ilgiliye tebliği ile " idari kararın kesinleşmesi" yönündeki görüş için bkz. KAYNAK Harun, " İdari Para Cezalarının Tahsilatında "Kesinleşme" nin Önemi", Yaklaşım Dergisi, Nisan 2009, Y. 17, S. 196, s. 244., Bu dipnotta yargısal kesinleşmeye ilişkin doktrinde yapılan tanımlamalar dikkate alındığında, burada tipik anlamda "yargısal kesinleşme" den ziyade, "yargısal kesinleşmeye yakın/benzer bir durum" bulunmaktadır. Çünkü belirtildiği üzere, yargısal kesinleşme sadece yargısal kararlar için söz konusudur. Sulh ceza mahkemesince verilen karara, süresi içinde itiraz yoluna gidilmemesi ya da itirazın reddi ile, yargısal bir kesinleşmeden bahis söz konusu olabilecektir. İşleme karşı dava yoluna gidildiğinde, yargısal kararda meydana gelecek kesinleşme, Kabahatler Kanunu'nda yer alan düzenleme dikkate alındığında, işlemin uygulanmasına etki yaratmaktadır. İşlem bakımından "yargısal kesinlik benzeri" bir durum oluşmaktadır. İşleme karşı dava yoluna gidilmemesi hali de, kanun yolu başvurusu imkânı da olmaması sebebiyle yargısal kesinlik benzeri bir kesinleşme olarak kabul edilebilir.

[105] Kamu alacaklarının idarece re'sen tahsili re'sen icra yetkisinin bir görünümüdür. GÜNDAY, s. 243vd., GERÇEK Adnan, Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, Ekin Yayınevi, 4. Baskı, Bursa, 2015, s. 23. Özel hukuk kişilerinin ise bizzat hakkına kavuşmaya çalışması ise (istisnalar dışında) –kendiliğinden- ihkak-ı hak anlamına gelmektedir ve caiz sayılmamaktadır. KURU-ARSLAN-YILMAZ, s.71, 72., (5237 sayılı TCK, ihkak-ı hak durumunu önceki TCK dan farklı olarak düzenlemektedir). İdarenin kamu alacaklarını tahsil hususunda özel olarak yetkilendirilmiş olması, alacağın takibi için icra dairesi ya da mahkemeye başvurmanın gerekmediği hususunda bkz. DURSUN Hasan, "İdari İşlemlerin İdare Tarafından Re'sen İcrası", TBBD (Türkiye Barolar Birliği Dergisi) 2007, S. 72, s. 266-268.

[106] **6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun (RG. 28.07.1953, S. 8469), m. 55:** *"Amme alacağını vadesinde ödemiyenlere, 7 gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları lüzumu bir "ödeme emri" ile tebliğ olunur…".*

[107] Ayrıca detaylı bilgi için bkz. 442 seri nolu Tahsilat Tebliği (RG. 12.05.2007, S. 26520). Söz konusu tebliğ uyarınca *"… 5326 sayılı Kanunun 5560 sayılı Kanunla değişik 17 nci maddesinde idari para cezalarının tahsil usulü; idari para cezasını veren kamu idaresi ve idari para cezasının düzenlendiği kanunlara göre belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre; - Genel bütçeye gelir kaydedilmesi gereken idarî para cezalarına ilişkin kesinleşen kararlar, Maliye Bakanlığınca belirlenecek tahsil daireleri tarafından 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine, - Sosyal güvenlik kurumları ve mahalli idareler tarafından verilen idarî para cezaları kendileri tarafından, ilgili kanunlarında aksine hüküm bulunmadığı takdirde, 6183 sayılı Kanun hükümlerine, - Kamu kurumu*

geçilebilmesi için tüketilmesi zorunlu sayılan bir aşamayı ifade etmektedir[108]. Tahakkuk eden [109] kamu alacağının, vadesinde ödenmemesi halinde ödeme emri gönderilebileceği için[110], sulh ceza mahkemesine başvuru süresinin geçirilmesi/yargı yolunun tüketilmesi sonucu verilecek karar (kesinleşen red kararı) ile kamu alacağı tahakkuk etmektedir[111]. Buradaki "kesinleşme", idari para cezasının "tahakkuk" una ilişkin bir durumu ifade etmektedir[112].

---

niteliğindeki meslek kuruluşları ile diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından verilen ve; a) Genel bütçeye gelir kaydedilmesi gerekmeyen idarî para cezaları kendileri tarafından, ilgili kanunlarında özel hüküm bulunmadığı takdirde genel hükümlere, b) Genel bütçeye gelir kaydedilmesi gerekenler ise özel bir belirleme yapılmamış olması halinde Maliye Bakanlığınca belirlenecek tahsil daireleri tarafından 6183 sayılı Kanun hükümlerine, göre takip ve tahsil edilecektir...".

[108] Günday genel bütçeye gelir kaydedilmesi gereken idari para cezasının tahakkukunun, vergi alacağının tahakkukundan daha zor koşullara bağlandığına işaret etmektedir. GÜNDAY, s. 246.

[109] Kamu alacağının (ve de bunlardan bir tanesi olan vergi) tahakkuku, alacağın talep edilebilir, ödenmesi gereken aşamaya gelmesidir. KARAKOÇ Yusuf, Genel Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 296, 297., ÖNCEL Mualla-KUMRULU Ahmet-ÇAĞAN Nami, Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Gözden Geçirilmiş, Değişiklikler İşlenmiş 24. Bası, Ankara, 2015, s. 106., GÜNDAY, s. 245. Vergilendirme ve Kabahatler Kanunu uyarınca genel bütçeye gelir kaydedilmesi gereken kamu alacakları dışında kalan alacaklar için tahakkuk, işlemlerin ilgilisine tebliği ile gerçekleşmektedir. GÜNDAY, s. 245, 246., Örneğin 5510 Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 102'de verilen idari para cezasının tebliğ ile tahakkuk edeceği belirtilmektedir: *"...İdarî para cezaları ilgiliye tebliğ ile tahakkuk eder. Tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Kuruma ya da Kurumun ilgili hesaplarına yatırılır veya aynı süre içinde Kuruma itiraz edilebilir. İtiraz takibi durdurur. Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilirler. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde, idari para cezası kesinleşir…".,* Konu hakkında bilgi için ayrıca bkz. EREN Hayrettin-ŞİŞMAN Gülden, "5510 Sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda Yer Alan İdari Başvurular", E-Akademi, Mart 2010, S. 97, http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=SOSYAL%20G%DCVENL%DDK%20MEVZUATINDA%20YER%20ALAN%20%20%DDDAR%DD%20BA%DEVURULAR&kimlik=1269458051&url=makaleler/Eren-sisman-1.htm (E.T. 18.12.2016).

[110] Kamu alacaklarında idarece cebren tahsile başlanabilmesi için, ödeme emrinin tebliği zorunludur. Vade geçmiş olsa bile, ödeme emri tebliği olmadan tahsile başlanamayacaktır. GERÇEK, s. 213.; Ödeme emri tebliği için, kamu alacağının tahakkuk edilmiş ve vadesinin gelmiş olması zorunludur. KARAKOÇ, Vergi, s. 672, 674., GÜNDAY, s. 246., **6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun, m. 37** : "*…Hususi kanunlarında ödeme zamanı tesbit edilmemiş amme alacakları Maliye Vekaletince belirtilecek usule göre yapılacak tebliğden itibaren bir ay içinde ödenir. Bu ödeme müddetinin son günü amme alacağının vadesi günüdür…".,* Gerçek, tarh, tebliğ ve tahakkuk eden kamu alacağının vadesi gelmesine rağmen ödenmemesi halinde idarenin cebren takip/tahsil yetkisine sahip olduğunu belirmektedir. GERÇEK, s. 213.

[111] GÜNDAY, s. 246.

[112] Ödeme emrine karşı dava açılmış olması, İYUK m. 27/1 uyarınca, idari yargı yerince ayrıca

Kabahatler Kanunu'nun 17/4 maddesindeki genel bütçeye kaydedilmesi gereken idari para cezalarının dışında kalan idari para cezaları için "…*Sosyal güvenlik kurumları ve mahalli idareler tarafından verilen idarî para cezaları, ilgili kanunlarında aksine hüküm bulunmadığı takdirde, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre kendileri tarafından tahsil olunur. Diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından verilen ve Genel Bütçeye*[113] *gelir kaydedilmesi gerekmeyen idarî para cezaları, ilgili kanunlarında özel hüküm bulunmadığı takdirde genel hükümlere göre tahsil olunur…"* hükmü nedeniyle, bu kapsamda yer alan idari para cezalarının tahakkuku için, Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesindeki şekilde bir kesinleşme aranmayacaktır. Söz konusu idari para cezalarının tahakkuku ilgilisine tebliği ile gerçekleşecek[114], vadesinin gelmesi ile ödeme emri tebliğ edilebilecektir. Anılan idari para cezaları bakımından idare hukukunun temel anlayışına uygun olarak, kanun tarafından[115] verilen re'sen icra yetkisine dayanarak, 6183 sayılı Kanun'a göre ya da genel hükümlere göre tahsilat yapılabilecektir[116].

Kabahatler Kanunu'nun 17. ve 27. maddeleri çerçevesinde idari para cezasının tahsilindeki genel durum yukarıda izah edilmiştir. Kabahatler Kanunu m. 3/1/a uyarınca[117], idari yargıya tabi olan idari para cezalarında icra/tahsilat

yürütmenin durdurulması kararı verilmedikçe, idarenin tahsilat yapmasına engel olmayacaktır.

[113] **5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu (RG. 24.12.2003, S. 25326), m. 12/3**: *"…Genel bütçe, Devlet tüzel kişiliğine dahil olan ve bu Kanuna ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kamu idarelerinin bütçesidir…*".

[114] Bkz. GÜNDAY, s. 245, 246.

[115] Re'sen icra yetkisi hususunda; 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun m. 17 ile 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun m. 1 birlikte ele alınmalıdır.

[116] Aynı yönde bkz. KAYNAK, s. 244, 245.

[117] Özel kanunların Kabahatler Kanunu'ndan önce ya da sonraki tarihli olmalarının kanun yolunu (idari yargı) değiştirmeyeceği hususunda bkz. TERZİOĞLU Eda, Kabahatler Kanunu Karşısında Mali Yaptırım Gerektiren Vergi Suçları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2013, s. 40, YÖK Ulusal Tez Merkezi, (E.T. 12.02.2017), Önceki kanunun genel, sonrakinin özel olması halinde sonraki; önceki kanunun özel, sonraki kanunun genel olduğu durumda yasa koyucunun, önceki özel kanunun ortadan kaldırma amacı tespit edilebiliyorsa sonraki genel kanunun, böyle bir amaç belirlenemiyorsa önceki özel kanun uygulanmaya devam edeceği; yargı yolu tespitinde geçerli bu durumun Kabahatler Kanunu m. 3/1/b düzenlemesi için (kanun yolu dışında olan genel hükümler bakımından) de, özel kanunların uygulanması anlamına gelmesi için bkz. KILIÇ Ayhan, "Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Vergi Kabahatleri Bakımından Uygulanabilirliği", TAAD, Temmuz 2014, Y. 5, S. 18, s. 307, 308., ayrıca normların çatışması hususunda bkz. GÖZLER Kemal, Hukuka Giriş, Genişletilmiş 8. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, Ağustos, 2011, s. 302, 303., ATAY Ender Ethem, Hukuk Başlangıcı, Gazi

için, 17. madde anlamında bir "kesinleşme" nin gerekli olup olmadığı ayrı bir sorundur. Kabahatler Kanunu'nda genel bütçeye gelir kaydedilmesi gereken para cezalarının tahsil edilebilmesi için "kesinleşmiş" olmasının öngörülmesi ve 17. maddenin "diğer genel hükümler" içinde yer alması, bu hususu tartışmalı bir hale getirmektedir. Kabahatler Kanunu sistematiğine bakıldığında "kesinleşme" hususunun, sulh ceza mahkemesince denetlenecek olan idari para cezaları için açıklanmış olduğu görülmektedir. İdari yargıda denetlenecek idari para cezalarında[118] idarece tahsilat aşamasına geçilebilmesi için işlemin öngörülen idari süreçlerden geçerek tekemmül etmiş olmasının (ve de vadesinin gelmiş olmasının) yeterli olduğu görüşü [119] savunulabilir. Başka bir ifadeyle; işlemin idarece icra edilebilmesi için İYUK'un 14. maddesi anlamında iradenin belirgin[120] olmasının kâfi geldiği (re'sen icra yetkisinin bulunması koşuluyla[121]) iddialardan biri olabilir. Bu görüş benimsendiğinde idari idari para cezası idari sürecini tamamlayarak, ilgiliye tebliğ edilmekle (vadesi de gelmekle) kamu alacağı tahakkuk edecek[122], idarece talep edilebilir aşamaya gelecektir[123]. Yani, idari yargı yerinin görevli olduğu idari para cezalarında[124], idari işlemin tekemmül etmiş olması idarece tahsilatın yapılabilmesi için yeterli olacaktır. Ancak; Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesinin kanun yolu dışındaki genel hükümlerinin tüm kabahatler için geçerli olduğu yönündeki hükmü karşısında[125], Kabahatler Kanunu sistematiğinin geçerli olacağını savunmak da mümkündür[126]. Sonuç olarak, burada ilk görüşün benimsenme-

Kitabevi, Ankara, Kasım 2013, s. 197.

[118] Örneğin 6475 sayılı Posta Kanunu m. 20, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 134, 6112 Sayılı Radyo Ve Televizyonların Kuruluş Ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun m. 32.

[119] Bkz. ULUSOY, Yaptırım, s. 238.

[120] ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 49.

[121] GÜNDAY, s. 125.

[122] GÜNDAY, s. 245.

[123] Aksi yönde bkz. DİDDK, YD, K.T. 13.11. 2008, E. 2008/939, D13D, K.T. 26.10.2015, E. 2010/194, K. 2015/3630, KİBB; Danıştay'ın aksi yönde uygulaması için bkz. ULUSOY, s. 238 vd. ; Özel kanunların Kabahatler Kanunu'ndan önce ya da sonraki tarihli olmalarının kanun yolunu (idari yargı) değiştirmeyeceği hususunda bkz. TERZİOĞLU, s. 40.

[124] Özellikle aksini öngören özel bir hüküm olmadığı sürece.

[125] Özellikle tahsilat hususunda özel yasalarda farklı düzenlemeler olmaması halinde.

[126] Özel nitelikli yasada açık bir şekilde Kabahatler Kanunu'ndan farklı bir tahsilat yöntemi öngörülmesi halinde, kanunların zaman bakımından uygulanması tartışmaları da konuya dâhil olacaktır. Örneğin bkz. KILIÇ, s. 307, 308. (Bkz. dpn. 117)., İdari para cezasına karşı yargı yoluna başvurulmasının tahsilata engel olmayacağı yönünde düzenleme getiren (özel kanunlarda aksi yönde hüküm bulunan) kanunlarda yer alan idari para cezaları için işlemin

si halinde, İYUK'un 14. maddesi anlamında bir "kesin"lik; ikinci görüşün benimsenmesi halinde; genel bütçeye gelir olarak kaydedilmesi gereken ve sulh ceza yolu açık olan idari para cezalarında olduğu gibi, idarece tahsilata başlanılabilmesi için gerekli bir "kesin" leşme gündeme gelecektir. Yani, "tahakkuka" ilişkin bir kesinleşme söz konusu ve yeterli olacaktır[127].

C. Vergi Hukuku'nda Kesinleşme

İdari işlemin "kesin" liği hususu vergilendirme alanında da özellik taşımaktadır. Vergi alacağının tahsil edilmesi, özel bir idari sürecin akabinde gerçekleşmektedir. Bu süreç sırasıyla vergiyi doğuran olay, tarh, tebliğ, tahakkuk ve tahsil aşamalarından oluşmaktadır[128].Tahsil aşamasına gelinebilmesi, önceki aşamaların tamamlanmış olmasına bağlıdır. Vergi borcu, VUK'un (Vergi Usul Kanunu) 19. maddesi uyarınca *"vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü"* ile ortaya çıkmaktadır. Vergilendirme sürecindeki sonraki işlemler henüz yapılmamış olsa da, kişi bu olay ya da hukuki durumun ortaya çıkması ile "vergi borçlusu" statüsüne girmektedir[129]. Bundan sonraki aşama, (beyana dayalı vergiler hariç olmak üzere) VUK' un 20. maddesinde *"vergi alacağının kanunlarında gösterilen matrah ve nispetler üzerinden vergi dairesi tarafından hesaplanarak bu alacağı miktar itibariyle tesbit eden idari muamele"* şeklinde tanımlanan "tarh" dır. Vergi borçlu statüsüne girme, vergiyi doğuran olay ile gerçekleşmektedir. Tarhta sadece borçlu statüsüne giren kimsenin borcu tespit edilmekte olsa da, vergilendirme işlemleri tarh ile başlamaktadır. Vergi borcunun talep edilebilmesi tarhın gerçekleşmiş olmasını gerektirdiğinden, tarh işleminin "vergi usul hukuku" bakımından kesin ve yürütülebilir olduğu kabul edilmelidir[130]. Söz

tekemmül etmiş olması anlamında kesinleşmenin tahsilat için yeterli olacağı konusunda bkz. ULUSOY, Yaptırım, s. 236, 237.

[127] 442 seri nolu Tahsilat Tebliği (RG. 12.05.2007, S. 26520)' nde, idari yargıda denetlenecek olan idari para cezaları bakımından, idari yargı yoluna başvuru süresinin geçmesi ya da kanun yolunun tüketilmesinden sonra kesinleşmenin gerçekleşip, tahsilatın başlayacağı kabul edilmektedir.

[128] EREN Hayrettin-ŞİŞMAN Gülden, "İdari İşlem Açısından Vergilendirme Sürecine Bakış", Prof. Dr. Mualla ÖNCEL'e Armağan, Ankara, 2009, s. 779., KARAKOÇ, Vergi, s. 256.

[129] ÖNCEL-KUMRULU-ÇAĞAN, s. 87., KARAKOÇ, Vergi, s. 257.

[130] ÖNCEL-KUMRULU-ÇAĞAN, s. 89., KARAKOÇ, Vergi, s. 262, 263, 277., CANBAZOĞLU Kerem, "Vergilendirme Ve Vergi Alacağının Cebren Tahsili Süreçlerinde Tesis Edilen İşlemlerin Ayrılabilir İşlem Teorisi Çerçevesinde Yargısal Denetimi", TBBD, 2010, S. 89, s. 167, 168., AĞAR Serkan, "Vergi Yargısında Davaya Konu İcrai İşlem – I", TBBD, 2006, S. 67, s. 294., Takdir komisyonu kararlarının icrai olduğu yönünde bkz. CANBAZOĞLU, s. 170, 171. , AĞAR, s. 297.

konusu işlem idari işlemin farklı kriterlere göre sınıflandırılmasında sübjektif, yükümlendirici nitelikli bir idari işlemdir[131]. Vergi borcunun talep edilebilmesi için, anılan işlemin ilgilisine bildirilmesi gerekmektedir. Bu bildirim, tebliğ ile gerçekleşmektedir. Tebliğ VUK' un 21. maddesinde *"vergilendirmeyi ilgilendiren ve hüküm ifade eden hususların yetkili makamlar tarafından mükellefe veya ceza sorumlusuna yazı ile bildirilmesi"* şeklinde tanımlanmaktadır[132]. Aynı Kanun'un 34. maddesi uyarınca, *"İkmalen ve re'sen tarh edilen vergiler "İhbarname" ile ilgililere tebliğ olunur. ..."*. Vergilendirmede tahsil[133] öncesindeki idari son aşama ise VUK' un 22 . maddesinde "*tarh ve tebliğ edilen bir verginin ödenmesi gereken bir safhaya gelmesidir.*" şeklinde tanımlanan "tahakkuk" tur[134]. Vergi borcu, tahakkuk ile birlikte talep edilebilecek bir duruma gelmektedir[135]. Vergi borcunun tahakkuk zamanı ise, ikmalen , re'sen tarh edilen vergilerde ya da idarece yapılan tarh bakımından vergi borcu yükümlüsünün davranış şekline göre farklıdır[136]. Beyana dayanan vergilerde tahakkuk, beyan ile (tahakkuk fişi düzenlenmesi ile) gerçekleşmektedir[137]. Çünkü beyana dayalı vergi söz konusu olduğunda, VUK uyarınca mükellefin kural olarak tarh işlemine karşı dava açması mümkün değildir[138]. Hatta söz konusu işleme

---

[131] Sübjektif ve yükümlendirici idari işlem tanımı için bkz. AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 394, 403,404., Tarhın yukarıda anılan niteliği hakkında bkz. ÖNCEL-KUMRULU-ÇAĞAN, s. 89., KARAKOÇ, Vergi, s. 277, 278., CANBAZOĞLU, s. 167., EREN-ŞİŞMAN, Süreç, s. 798. Tarh işlemi, aslında belirleyici (örneğin mezun öğrenciye diploma verilmesi, GÜNDAY, s. 128.) işlem olduğundan, inşai nitelikte de değildir. Bu durum, işlemin "icrai" liği hususunun idare hukuku ile vergi usul hukuku açısından değerlendirilmesi noktasında farklılık taşımaktadır. Anılan konuda bkz. KARAKOÇ, Vergi, s. 262.

[132] Tebligat, Vergi Usul Kanununda özel olarak düzenlenmektedir. ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 104., KARAKOÇ, Vergi, s. 286.

[133] Süreç için bkz. GERÇEK, s. 9vd.

[134] *"...Bir kamu alacağı, ödenecek ve dolayısıyla da tahsil edilebilecek duruma gelmekle tahakkuk etmiş olur".* GÜNDAY, s. 245.

[135] KARAKOÇ, Vergi, s. 296, 297., GERÇEK, s. 10., Eren-Şişman, tahakkukun hukuken idari işlem olmaktan çok, bir işlem olan tarhı güçlendirerek bağımsız bir kılıfa soktuğunu ifade etmektedirler. EREN-ŞİŞMAN, Süreç, s. 806.

[136] ÖNCEL-KUMRULU-ÇAĞAN, s. 106., TAŞDELEN Aziz, "Vergi Alacağının Tahakkuku: Bir Aşama ve Bir İşlem", AÜHFD, 2007, C. 56 S.1, s. 286., KARAKOÇ, Vergi, s. 300 vd., Tahakkuku tahsile bağlı olan vergiler incelememiz dışında kalmaktadır.

[137] TAŞDELEN, s. 289., EREN-ŞİŞMAN, Süreç, s. 804.

[138] **233 sayılı VUK (RG.10.01.1961, S. 10703-10705) m. 378/2***: "...Mükellefler beyan ettikleri matrahlara ve bu matrahlar üzerinden tarh edilen vergilere karşı dava açamazlar. Bu Kanunun vergi hatalarına ait hükümleri mahfuzdur...".* Bu durumun istisnası, ihtirazi kayıtla verilen beyannamelerdir. Bkz. KARAKOÇ, Vergi, s. 298, 299., TAŞDELEN , s. 290., EREN-ŞİŞMAN, Süreç, s. 804., Aynı yönde bkz. DVDDK, K.T. 16.02.2007, E.2006/232,

karşı yargı yoluna gitmek mümkün olmadığından kamu alacağının kesinleşmesi de aynı anda gerçekleşmektedir[139]. İkmalen, re'sen ya da idarece tarh edilen vergilerde ise, yükümlü vergi ihbarnamesinin kendine tebliğinden itibaren 30 gün içinde dava açmazsa[140], kamu alacağının "kesinleşmiş" olduğu yani söz konusu alacağa karşı "tüm yargı yollarının kapandığı" kabul edilmektedir[141]. Bu durumda, verginin tahakkuku[142] ve kesinleşmesi aynı zamanda gerçekleşmektedir[143]. İhbarnameye karşı dava açılması halinde tahakkuk, dava sonuna kadar uzamaktadır[144] . Dava açılması halinde, İYUK'un ilgili düzenlemesi (m. 27/4) uyarınca tarh işleminin yürütmesi kendiliğinden durduğundan, idarece tahsil aşamasına geçilmesi mümkün değildir[145]. Davanın reddi halinde ise, vergi borcu tahakkuk edip, tahsil edilebilir bir aşamaya gelmektedir[146]. Ancak henüz kanun yollarına gitme imkânı mevcut olduğundan, "kesinleşme"[147] söz konusu olamamaktadır. Kesinleşme; ya "kanun yollarına gitme süresinin dolması" ya da davacı tarafından kanun yollarına gidilmesi halinde, "ilk derece mahkemesinin kararının hukuka uygun bulunması (kanun yolu başvurusunun

K. 2007/62, DD, S. 116, s. 90, 91.

139 Beyana dayalı vergilerde tahakkuk ve kesinleşmenin birlikte meydana gelmesi yönünde bkz. KARAKOÇ, Vergi, s. 302.

140 2577 sayılı İYUK, m. 7.

141 KARAKOÇ, Vergi, s. 300., ÖNCEL-KUMRULU-ÇAĞAN, s. 107., Vergi usul hukuku açısından "tahakkuk" ile "kesinleşmenin" farklı anlamlara geldiği hususunda bkz. KARAKOÇ, Vergi, s. 300., Kesinleşme hususunda bkz. D4D, K.T. 20.05.1987, E. 1987/489, K. 1987/1842, D4D, K.T. 14.06.1996, E. 1994/985, K. 1994/3660, D7D, K.T. 18.09.2002, E. 2000/3895, K. 2002/2827, KİBB., Tarh işlemindeki sakatlıklar da idari işlem teorisi çerçevesinde ele alınmalıdır. Örneğin idareye tamamen yabancı ya da idare adına irade açıklama yetkisi olmayan birimlerce-yetki gaspı- (GÜNDAY, s. 142., GÖZLER- KAPLAN, s. 322) ya da iş bölüşümüne aykırı olarak-yetki tecavüzü-(GÜNDAY, s. 142., GÖZLER-KAPLAN, s. 323 vd.) başka idari birimlerin görev alanı gözetilmeksizin tarhiyat yapılması halinde tarh işlemi "yetki" unsuru yönünden hukuka aykırı olabilecektir. Tarhiyatta idari işlemin diğer unsurları bakımından bkz. EREN-ŞİŞMAN, Süreç, s. 792 vd.

142 TAŞDELEN, s. 295., GÜNDAY, s. 245.

143 ÖNCEL-KUMRULU-ÇAĞAN, s. 107., KARAKOÇ, Vergi, s. 300., EREN-ŞİŞMAN, Süreç, s. 806.

144 ÖNCEL-KUMRULU-ÇAĞAN, s. 107., KARAKOÇ, Vergi, s. 301., GÜNDAY, s. 245. Bu durum doktrinde "tahakkukun askıya alınması" olarak da ifade edilmektedir. EREN-ŞİŞMAN, Süreç, s. 806.

145 Karakoç bu durumu (tarha karşı dava açılması), "davanın sona ermesine kadar tahakkukun ertelenmesi" olarak ifade etmektedir. KARAKOÇ, Vergi, s. 301.

146 ÖNCEL-KUMRULU-ÇAĞAN, s. 107., KARAKOÇ, Vergi, s. 301., GÜNDAY, s. 245.,TAŞDELEN, s. 298.

147 Burada "yargısal anlamda kesinleşmeye benzer" bir kesinleşme söz konusudur.

reddi)" ile gerçekleşmektedir[148][149]. Ayrıca belirtilmelidir ki, kanun yolları aşamasında yürütmenin durdurulması kararı verilmediği sürece[150], (kesinleşme gerçekleşmemiş olsa da) tahsil aşamasına geçilebilmektedir[151].

Tarh işlemine karşı açılan davanın ilk derece yargı yeri tarafından kabul edilmesi (tarhın iptali) halinde ise, ortada idarece icra edilebilecek bir işlem söz bulunmadığından, tahsil aşamasına geçilmesi de söz konusu olamayacaktır. Bu durumda tahsil aşamasına geçmek isteyen idare, ilk derece mahkemesi kararına karşı kanun yollarına gitmek durumunda kalacaktır[152]. İlk derece

[148] Bölge İdare Mahkemesince istinaf talebinin reddi ve temyiz yolunun açık olmaması halinde . , Kanun yolu başvurusunun reddi konusunda ayrıca bkz. KARAKOÇ, Vergi, s. 301., Kanun yolu başvurusunun kabulü halinde kesinleşme için bkz. KARAKOÇ, Vergi, 303,304., son durumda yapılacaklar için bkz. ÖNCEL-KUMRULU-ÇAĞAN, s. 107., KARAKOÇ, Vergi, s. 301., İstinaf kanun yolu için bkz. İYUK, m. 45.

[149] İYUK uyarınca verildiği anda kesinleşen bir karar olmamak kaydıyla., Taşdelen kesinleşmeyi , alacağın taraflar arasında çekişmesiz hale gelmesi olarak algılamakta, tarh işlemine karşı dava açma süresi geçmiş olması ya da mahkemenin davayı reddi halinde kesinleşmenin gerçekleşmediği, çünkü zamanaşımı süresinde "hata düzeltme" başvurusunun mümkün olduğu kanaatindedir. TAŞDELEN, s. 303. Ancak, dava açma süresi geçtikten sonra hata düzeltme başvurusu yapılmış olsa dahi, burada dava konusu olacak işlem, daha önceden kesinleşmiş olan vergilendirme işlemi değil, şikâyet üzerine Maliye Bakanlığınca verilen karar olacağından, bu görüş eleştiriye açıktır. Aynı yönde bkz. KARAKOÇ, Vergi, s. 784, 787., Dava açma süresi geçtikten sonra yapılan hata düzeltme başvurusu bağlamında, zorunlu idari başvuru yönteminin söz konusu olduğu; kesin ve yürütülebilir işlemin vergi dairesinin red işlemi değil, Maliye Bakanlığı'nın verdiği şikayetin reddi kararı olduğu yönünde bkz. KARAKOÇ Yusuf, Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 87., TAYFUR Ayça Fulya, Vergi Hataları ve Düzeltme Yolları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, s. 107., (YÖK Ulusal Tez Merkezi , E.T. 14.01.2017)., Bu konuda detaylı bilgi için ayrıca bkz. ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 29, 30., Şikayet başvurusuna idari işlemi İYUK' un 14. maddesi anlamında "kesin" leştirici etki tanınması hususunda bkz. D9D, K.T. 24.10.2002, E. 2001/4589, K. 2002/4356, KİBB: "*..Yükümlünün ihbarname ile tebliğ edilen vergi ve cezaların kaldırılması istemiyle Vergi Mahkemesinde dava açma süresini geçirmeden düzeltme talebinde bulunduğu bu talebin .... Vergi Dairesi Müdürlüğünce 60 günlük sürede cevap verilmemek suretiyle zımnen reddedildiği, ancak şikayet yolu ile Maliye Bakanlığına müracaat edilmeden dava açıldığı, bu arada dava açma süresinin geçirildiği ve yapılan ilk başvurunun, süre geçirildikten sonra yapılmış başvuru ile eşdeğer hale geldiği dosyanın incelenmesinden anlaşılmış olup, idari başvuru yolları tüketilmeksizin, henüz kesin ve icrai nitelikte olmayan düzeltme isteminin reddi üzerine yargı yoluna başvurulması olanağı bulunmamaktadır…".* (Son karar için zorunlu idari başvuru bağlamında ayrıca bkz. ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, dpn. 41, s. 30)., Şikayet başvurusunun ihtiyari nitelikte olduğu yönünde bkz. D4D, K.T. 13.05.2010, E. 2009/4880, K. 2010/2712, KİBB. (Son kararın eleştirisi için bkz. ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, dpn. 41, s. 30, 31).

[150] Bkz. İYUK m. 52.

[151] Bkz. ÖNCEL-KUMRULU-ÇAĞAN, s. 107.

[152] İYUK m. 45/1 uyarınca verildiği anda kesinleşen bir karar olmamak kaydıyla.

mahkemesi kararının istinaf merciince (Bölge İdare Mahkemesi) hukuka uygun bulunmaması halinde (karara karşı temyiz[153] yolu da açık değil ise), Bölge İdare Mahkemesi kararı[154] akabinde vergi borcu ihbarname ile ilgiliye bildirilecek, bu şekilde tahakkuk etmiş olacaktır[155]. Başvurulacak olağan bir kanun yolu bulunmaması sebebiyle, "kesinleşme" de gerçekleşmiş olacaktır[156].

Yukarıdaki açıklamalar kapsamında olmak üzere; vergi hukukunda kamu alacağının "kesinleşmesi" [157], İYUK'un 14. maddesi anlamında "idarenin iradesinin belirgin[158] biçimde ortaya çıkması" ile örtüşmemektedir. Tarh işlemine karşı davanın hem reddi hem de kabulü halinde, vergi borcunun tahsili için kesinleşme gerekli değildir. Her iki durumda da bahsi geçen "kesinlik", işlemdeki iradenin belirgin[159] olmasına ilişkin bir durumu değil, yargısal anlamda kesinliğe[160] benzer bir kesinliği/kesinleşmeyi ifade etmektedir.

Üst makamlara (üst makam bulunmaması halinde işlemi yapan idari makama) işlemin geri alınması, kaldırılması ya da değiştirilmesi talepleri ile hiyerarşik başvuru yapılmasına ilişkin İYUK'un 11. maddesinin vergilendirme sürecinde uygulanabilirliği, idari işlemin "idari başvuru yollarının kapalı olması" anlamında kesinliği bağlamında ele alınmalıdır. Burada, "tarh" işlemine karşı, ihtiyari başvuru yoluna gidilmesinin mümkün olup olmadığı, "idari anlamda kesinlik" tespiti noktasında önem taşımaktadır. İhtiyari bir başvuru şekli olan hiyerarşik başvurunun düzenlendiği İYUK'un 11. maddesinin 4. fıkrasının 4001 sayılı kanun ile mülga olmasından önce, *"bu madde hükümleri vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümlerin tarh, tahakkuk ve tahsi-*

---

153 Temyiz yolunun açık olması halinde tahakkuk ve kesinleşme zamanı, temyiz merciinin kararına ya da ilgilinin bu yola başvurup başvurmamasına göre ortaya çıkacaktır. Bkz. KARAKOÇ, Vergi, s. 305.

154 Bkz. ÖNCEL-KUMRULU-ÇAĞAN, s. 195.

155 KARAKOÇ, Vergi, s. 304-305., İlk derece mahkemesinin tarhın iptali kararının istinaf merciince hukuka uygun bulunması olasılığı için bkz. KARAKOÇ, Vergi, 304vd.

156 Temyiz yolunun kapalı olması (mümkün olmaması) ihtimalinde., Bkz. İYUK m. 46., Temyiz yolunun mümkün olması hali için bkz. KARAKOÇ, Vergi, s. 305.

157 Kamu alacağına ilişkin tebliğ olunan ihbarnameye karşı yargı yoluna başvurma imkânının ortadan kalkmasının "kamu alacağının kesinleşmesi" olduğu hakkında bkz. KARAKOÇ, Vergi, s. 302., Örneğin bkz. D7D, K.T. 18.09.2002, E. 2000/3895, K. 2002/2827, D4D, K.T. 20.05.1987, E. 1987/489, K. 1987/1842, KİBB.

158 ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 49.

159 ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 49.

160 Bkz. KURU-ARSLAN-YILMAZ, s. 585., KARAHANOĞULLARI, s. 332, ÇAĞLAYAN, Kanun Yolları, s. 11., Ayrıca bkz. ULUSOY, Yaptırım, s. 235, 236.

linden ve bunların zam ve cezalarından doğan uyuşmazlıklarda uygulanmaz" hükmü gereğince, bu soruya olumlu yanıt vermek mümkün değildi. Ancak bu hükmün artık mevcut olmadığı ve VUK'da da tarhiyat bakımından başvuruyu imkânsız kılan bir özel bir düzenleme bulunmadığı dikkate alındığında[161], İYUK'un 11. maddesinin tarhiyat kapsamında uygulanmasına engel bulunmamaktadır[162]. Daha önce İYUK m. 11 bağlamındaki başvurular açısından

[161] Vergi hataları bakımından söz konusu olan hata düzeltme yolu doktrinde (VUK m. 116-117) İYUK m. 11 kapsamında ele alınmaktadır. Doktrinsel yaklaşım aktarımı için bkz. KARAKOÇ, Süre, dpn. 172, s. 107, 109 vd., Bkz. TAYFUR, s. 99 vd., Danıştay tetkik hakiminin açıklaması için bkz. D4D, K.T. 17.11.1998, E. 1998/2746, K. 1998/4282, KİBB. Aksi yönde bkz. DVDDK, K.T. 16.02.2007, E.2006/232, K. 2007/62, DD, S. 116, s. 89-93., İYUK m. 11 genel nitelikli bir düzenleme olduğundan, vergi hata düzeltme yolunu da içine alabilmektedir. VUK m. 116-117 hükümleri sadece, mevzuatta vergi hatası olarak kabul edilen durumlar için uygulanabilir niteliktedir. Bkz. TAYFUR, s. 98, 99., Burada İYUK m. 11 kapsamında yaptığımız açıklamalarımız anılan doğrultuda ele alınmalıdır (Örneğin "hata" sayılabilecek durum dışında kalmak kaydıyla, konu unsuru sakatlıkları, ya da idari işlemin diğer unsurlarına ilişkin sakatlıklar).; Karakoç, hata düzeltme başvurusu bakımından "işlemi yapan makama başvuru" nun süre durdurucu etkisinin kabulünün gerektiğini belirtmektedir. KARAKOÇ, Süre, s. 108., Hata düzeltme yolu, idari bir çözüm şekli olup, ihtiyari nitelik arz etmektedir. ÖNCEL-KUMRULU-ÇAĞAN, s. 169,170., İYUK'un 11. maddesinin vergilendirmede uygulanabilirliği kabul edildiğinde, tahakkukun da ertelendiği konusunda bkz. CANDAN, Yargılama, s. 457, 458. Ayrıca DVDDK'nun , E.2006/232, K. 2007/62 künyeli kararında, idari başvuru öncesinde "kesin" bir idari işlem bulunduğunun ifade edilmesi de anılan kararda dikkate değer hususlardan bir tanesidir: *"...Bütün bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, vergi ödevinin yerine getirilmesi için tesis edilen idari işlemlerin özel kurallara tabi olduğu, nihai işlem tesis edilmeden önce ve işlemin tesisinden sonra, yükümlülere idari müracat yollarının tanındığı, böylece kesin işlem tesis edildikten sonra, dava yolu dışında, kamu alacağının gecikmeksizin tahsilinin sağlanmasının amaçlandığı görülmektedir. Vergi tarhına ilişkin işlemlerin yukarıda belirtilen yollarla düzeltilmesinin sağlanamaması veya bu yollara başvurulmaması halinde, dava açılmamışsa, tahakkuk eden vergi, 213 sayılı Kanunun 111 inci maddesi uyarınca Kanunlarında gösterilen süreler içinde ödenir..."*.

[162] CANDAN , Yargılama, s. 450., KARAKOÇ, Süre, s. 102., Tarh bağlamında aynı yönde bkz. D4D, K.T. 17.03.1986, E. 1984/1617, K. 1986/1009, KİBB, Ödeme emri bağlamında aynı yönde bkz. D7D, K.T. 21.11.1997, E. 1997/ 2994, K. 1997/4176, KİBB: *"...Sözü edilen maddenin 4 üncü fıkrasında yer alan "Bu madde hükümleri, vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümlerin tarh, tahakkuk ve tahsilinden ve bunların zam ve cezalarından doğan uyuşmazlıklarda uygulanmaz" hükmü 18.6.1994 gün ve 02.1964 sayılı Resmi Gazete`de yayımlanan 4001 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi ile 18.6.1994 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmıştır.4001 sayılı Kanunun anılan 6 ncı maddesinin gerekçesinde, vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümlerin tarh, tahakkuk ve tahsili ve bunların zam ve cezalarından doğan uyuşmazlıklarda, idari davaya konu olacak işlemlere karşı mevcut hükümlere göre dava açılmadan önce idari makamlara başvurulmasının mümkün bulunmadığı, başvuru yapılması dava süresini durdurmadığı için daha sonra açılan davaların süreden reddedildiği, bu sebeple çoğu zaman hak kayıplarına neden olunduğu, gerek bu gibi haksızlıkların ortadan kaldırılması ve gerekse dava yoluna başvurulmadan idareye yapılacak başvuru yoluyla uyuşmazlıkların çözümlenmesinin sağlanmasının, dava sayısını azaltma yönünden yapacağı olumlu etki göz önüne alınarak, söz konusu fıkranın yürürlükten kaldırıldığı belirtilmiştir.*

yaptığımız "idari başvuru imkânı bulunup bulunmaması yönünden" kesinliğe ilişkin açıklamalarınız burada da geçerlidir. Ancak bu durumda, verginin tahakkukunun, dava açma süresinin sona erdiği an /dava açılması halinde, davanın sonuçlanma zamanına kadar ertelenmiş olduğu bir kez daha vurgulanmalıdır[163].

Vergilendirme alanında "idari başvuru yollarına gidebilme imkânı "nın bulunmaması bağlamında "kesinlik" tartışması "uzlaşma" noktasında da söz konusu olabilecektir. Uzlaşma, vergi uyuşmazlığının yargı organına iletilmeden önce idari yoldan çözülmesini sağlayan bir yöntemdir[164]. Bu yöntem ile, uyuşmazlığın kısa sürede giderilerek hazinenin alacağına kısa sürede kavuşması amaçlanmaktadır[165]. Uzlaşmaya ilişkin bizi ilgilendiren husus, bilhassa

---

Buna göre, 2577 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin 4 üncü fıkrasının yürürlükten kaldırılmasıyla güdülen amacın, tıpkı diğer idari işlemlerde olduğu gibi tarh, tahakkuk ve tahsil işlemleriyle karşılaşan yükümlülere, bu işlemlerin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması için dava açma süresi içinde idareye başvuru yolunu açmak, bu başvuru ile dava açma süresini durdurmak ve böylece uyuşmazlıkların, dava aşamasına gelmeden, idari süreç içerisinde yeniden incelenip halledilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, 2577 sayılı Kanunun idari başvuru yolunu düzenleyen 11 inci maddesinin 18.6.1994 tarihinden itibaren vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümlerin tarh, tahakkuk ve tahsilinden ve bunların zam ve cezalarından doğan uyuşmazlıklarda da uygulanabileceği tabiidir. Yani, ilgililer bahsi geçen işlemlere karşı doğrudan doğruya idari dava açabilecekleri gibi, dilerlerse idari itiraz yoluna da başvurabileceklerdir…"., Ödeme emri bağlamında aynı yönde bkz. D7D, K.T. 06.11.2002, E. 2000/ 5610, K. 2002/3488, Mükellefiyet tesisine yönelik işlem bakımından aynı yönde bkz. D4D, K.T. 13.10.2008, E. 2007/3301, K. 2008/3554, KİBB; Candan s. 450 ve 451 'de, İYUK' ta yapılan değişikliğe rağmen, Danıştay'ın aksi yönde kararları bulunmakla beraber, yeni bazı kararlarda görüş değişikliği olduğunu ifade etmektedir. CANDAN, Yargılama, s. 450, 451., Vergi ve ceza tarhı bakımından aksi yönde bkz. D11D, K.T. 25.02.1999, E. 1997/2190, K. 1999/820, Ceza tarhı bakımından aksi yönde DVDDGK, K.T. 18.10.2006, E. 2006/75, K. 2006/300, Vergi tarhı bakımından DVDDGK, K.T. 26.12.2008, E. 2007/700, K. 2008/763, KİBB; DVDDGK, K.T. 16.02.2007, E. 2006/232, K. 2007/62, DD, S. 116, s. 89-93., Karakoç, İYUK'un 11. maddesinin hem tarha hem de tahsile yönelik işlemler bakımından uygulanacağına ilişkin yorum şeklinin kuralın getiriliş amacı, sistem içindeki yeri ve hukukun genel ilkeleri ile uyum içinde olduğunu ifade etmektedir. KARAKOÇ, Süre, s. 102., Hata düzeltme yolunun anlaşılma şekli konusunda bkz. DVDDGK, K.T. 22.10.1999, E. 1999/78, K. 1999/462, KİBB.

163 CANDAN, Yargılama, s. 457,458.

164 KARAKOÇ, Vergi, s. 475.

165 KUMRULU-ÖNCEL-ÇAĞAN, s. 170. , *"…Uyuşmazlığın idari aşamada çözümü; idareye alacağını güvence altına almak veya erken tahsil etmek ve çok sayıda sorunu yargı yoluyla takip etmek zahmetinden kurtarırken, mükelleflerin de başta uzlaşma olmak üzere kullanılan diğer idari yöntemler sayesinde ödenmesi gereken vergi aslı ve cezasını daha az miktarda ödeme olanağı sağlanmaktadır. Vergi uyuşmazlıklarının idari aşamada çözüm yolları; düzeltme, pişmanlık ve ıslah, cezalarda indirim, uzlaşma, tecil ve taksitlendirmedir".* ARMA-

"tarhiyat sonrası uzlaşma" dır[166][167]. Burada; idarece, ikmalen ya da re'sen tarh edilen vergiye ilişkin ihbarnamenin yükümlüye tebliğinden itibaren dava açma süresi içinde (30 gün) idareye başvurulmaktadır. Tarafların anlaşmaları halinde üzerinde anlaşılan miktarı gösterir bir tutanak düzenlenmektedir. Anlaşılan miktardaki vergi bu şekilde tahsil edilebilir aşamaya gelmekte yani tahakkuk etmektedir[168]. Uzlaşılan hususlar bakımından dava ya da idari başvuru yoluna gidilmesi de mümkün olmadığından aynı zamanda "kesinleşme" gerçekleşmektedir[169]. Bu anlamdaki kesinleşmeyi, yargı yoluna gitme imkânının

---

ĞAN Ramazan, "Vergi Uyuşmazlıklarının Çözümünde Uzlaşma Müessesesi Ve Isparta İline İlişkin Bir Değerlendirme", Maliye Dergisi, Temmuz-Aralık, 2007, S. 153, s. 165.

[166] Tarhiyat sonrası uzlaşma ve aşağıda bu konuda aktarılacak hususlar için bkz. VUK Ek m. 1-9. Tarhiyat sonrası uzlaşmada, tarhiyat öncesi uzlaşmadan farklı olarak; doğmuş olan vergi uyuşmazlığının çözülmeye çalışıldığı, oysa ki tarhiyat öncesi uzlaşmada henüz doğmuş bir uyuşmazlık bulunmadığı hakkında bkz. CANDAN Turgut, Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma, Maliye ve Hukuk Yayınları, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara, Temmuz 2006, s. 265., Tarhiyat sonrası uzlaşma kapsamındaki açıklamalarımız, dava açmaksızın uzlaşmaya başvurulmasına münhasırdır.

[167] Tarhiyat öncesi uzlaşma hakkında bkz. VUK Ek m. 11, Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği (RG. 31.10.2011, S. 28101); Tarhiyat öncesi anlaşmaya varılması halinde tutulan tutanaklara karşı da dava açılması ya da şikayette bulunulması söz konusu olamadığından, uzlaşma tutanağı ile tahakkuk ve kesinleşme meydana gelmektedir., **213 sayılı VUK , Ek m. 11/2:** *"...Tarhiyattan önce uzlaşmaya varılması halinde tutanakla tespit edilen bu husus hakkında dava açılamaz ve hiçbir mercie şikayette bulunulamaz. (Ek : 3/12/1988 - 3505/10 md.) Uzlaşılan vergi miktarı üzerinden, bu Kanunun 112 nci maddesine göre gecikme faizi hesaplanır..".,* , **Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği, m. 17: "** *(1) Uzlaşma komisyonlarının, uzlaşma neticesinde düzenleyecekleri uzlaşma tutanakları kesin olup, gereği vergi dairelerince derhal yerine getirilir.(2) Üzerinde uzlaşılan veya tutanakla tespit edilen hususlar hakkında dava açılamaz ve hiçbir mercie şikâyette bulunulamaz.(3) Mükellefler bu Yönetmelik uyarınca, üzerinde uzlaşılan ceza hakkında Kanunun 376 ncı maddesi hükümlerinin kendilerine uygulanmasını talep edemezler.",* **Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği, m. 19** *: "(1) Uzlaşma konusu yapılan vergi ve cezada uzlaşma vaki olduğu takdirde uzlaşma tutanağı düzenlenir ve derhal ilgili vergi dairesine intikal ettirilir. Bu tutanak tahakkuk fişi yerine geçer. Uzlaşma tutanağı vergi ve cezaların ödeme zamanlarından önce ilgiliye tebliğ edilmişse kanuni ödeme zamanlarında; ödeme zamanları kısmen veya tamamen geçtikten sonra ilgiliye tebliğ edilmiş ise ödeme süreleri geçmiş olanlar uzlaşma tutanağının tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde ödenir".* , Bkz. TAŞDELEN, s. 297., KARAKOÇ, Vergi, s. 738, 740. , Uzlaşmaya varılamaması halinde, idarece tarh edilen vergi ilgiliye ihbarname ile tebliğ edilip, olağan vergilendirme süreci işlemeye devam edecektir. KARAKOÇ, Vergi, s. 740., " *...Tarhiyat öncesi uzlaşma sağlanması durumunda tutanakla tespit edilen bu hususun mükellefe tebliğ anında vergi tahakkuk eder...".* DİNÇER Hüseyin, "Verginin Tahakkuku ve Kesinleşmesi", Vergi Dünyası Dergisi, Ağustos 2009, S. 336, s. 132.

[168] ÖNCEL-KUMRULU-ÇAĞAN, s. 172., Ayrıca bkz. TAŞDELEN, s. 297.

[169] **VUK, Ek m. 6:** *"Uzlaşma komisyonlarının tutacakları (...) (1) uzlaşma tutanakları kesin olup gereği vergi dairelerince derhal yerine getirilir. Mükellef veya adına ceza kesilen; üzerinde uzlaşılan ve tutanakla tespit olunan hususlar hakkında dava açılmaz ve hiçbir mercie şikayette bulunamaz",* ÖNCEL-KUMRULU-ÇAĞAN, s. 172., KARAKOÇ, Vergi, s. 475.

ortadan kalktığı düşünüldüğünde (kanun yolu başvurusu da söz konusu olamayacağından) "yargısal anlamda kesinlik" benzeri bir kesinlik şeklinde nitelemek mümkün olabilir[170]. Ancak idare ile anlaşmanın bu şekilde oluşmasından sonra, idari başvuru imkânının mümkün olmadığı düzenlemesi karşısında[171], tarh işlemine karşı idari anlamda başvuru yolu bulunmaması anlamında yani doktrindeki ifade ediliş şekliyle "idari anlamda"[172] kesinlik bağlamında değerlendirilebilecek durumun da gerçekleşmiş olduğu aşikârdır[173]. Dava açma süresinin uzlaşma prosedürü sırasında da devam ettiği, bu sürenin uzlaşmanın vaki olmaması halinde[174] dava açma müddeti bitmiş veya 15 günden az kalmış ise en fazla 15 gün olduğu düşünüldüğünde[175], uzlaşılamayan kısım için de başkaca bir idari başvuru yapmak, yasal engel bulunmasa da fiilen mümkün görünmemektedir. Bu sebeple, söz konusu durumda idari başvuru yolunun fiilen mümkün olmaması bağlamında anlaşılmak üzere "idari anlamda kesinleşme" benzeri bir durum söz konusudur.

Ç. Kamu Malları Hukuku'nda Kesinleşme

İdari işlemin "kesin" liği/leşmesi hususunda önemli bir diğer durum, hazineye ait taşınmaz mallarının *"herhangi bir hukuki sebebe/sözleşmeye dayanmaksızın haksız bir şekilde işgali nedeniyle işgalciden istenen bedel"*[176] *i ifade eden "ecrimisil" de karşımıza çıkmaktadır. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun "Ecrimisil ve Tahliye" başlıklı 75. maddesine*[177] *dayanarak çıka-*

[170] Bkz. dpn. 104., Ayrıca bkz. TAŞDELEN, s. 297.

[171] Kaldı ki, bu yönde bir düzenleme bulunmasa dahi, idareye yapılacak başka bir idari başvurudan farklı bir sonuç beklemek mantıken mümkün görünmemektedir.

[172] GÜNDAY, s. 172. , YILDIRIM, Başvuru, s.109, 110., Ayrıca bkz. dpn. 43.

[173] Uzlaşılan miktar davaya, başka bir mercie şikâyet ya da hataların düzeltilmesine konu olamamaktadır. ARMAĞAN, s.169, 170.

[174] Uzlaşmanın vaki olmadığına ilişkin tutanağın iptal davasına konu olabileceği hakkında bkz. CANBAZOĞLU, s. 175.

[175] VUK Ek m. 7., Söz konusu sürenin dolmasıyla, tahakkuk gerçekleşmektedir. TAŞDELEN, s. 297.

[176] KARAKOÇ Yusuf, Kamu Malları Hukukunda Ecrimisil Kurumu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 34., Ayrıca bilgi için bkz. SEZER Yasin, "Kamu Mallarında Ecrimisil", DD, 2004, S. 108, Y. 34, s. 5-22.

[177] RG.10.09.1983, S. 18161, "*Devletin özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmaz malları ve Vakıflar Genel Müdürlüğü ile idare ve temsil ettiği mazbut vakıflara ait taşınmaz(1) malların, gerçek ve tüzelkişilerce işgali üzerine, fuzuli şagilden, bu Kanunun 9 uncu maddesindeki yerlerden sorulmak suretiyle, idareden taşınmaz ve değerleme konusunda işin ehli veya uzmanı üç kişiden oluşan komisyonca tespit tarihinden geriye doğru beş yılı geçmemek üzere tespit ve takdir edilecek ecrimisil istenir. Ecrimisil talep*

rılan Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmeliğin[178] *"* Ecrimisilin tespit ve takdir edilmesi" başlıklı 85. maddesi uyarınca *"(1)Hazine taşınmazlarının kişilerce işgale uğradığının tespit edilmesi hâlinde, tespit tarihinden itibaren onbeş gün içinde "Taşınmaz Tespit Tutanağı"na (Ek-8) dayanılarak, tespit tarihinden geriye doğru beş yılı geçmemek üzere bedel tespit komisyonunca ecrimisil tespit ve takdir edilir…".* Aynı yönetmeliğin "Ecrimisil ihbarnamesinin tebliği ve itiraz" başlıklı 86. maddesi uyarınca " *(1)Takdir edilen ecrimisiller, takdir tarihinden itibaren onbeş gün içinde ecrimisil ihbarnamesi düzenlenerek fuzuli şagile, 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre öncelikle elden veya iadeli taahhütlü mektupla, bu şekilde tebliğ edilemeyenler diğer usullere göre tebliğ edilir…(2) Ecrimisil işlemine karşı, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde ilgili İdareye dilekçeyle müracaat edilerek düzeltme talebinde bulunulabilir… (3) Düzeltme talepleri, talep tarihinden itibaren en geç otuz gün içinde bu amaçla oluşturulacak komisyonlarca karara bağlanır ve sonucu karar tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde düzenlenecek Ecrimisil Düzeltme İhbarnamesi (Ek-10) ile ilgilisine tebliğ edilir…".* Yönetmeliğin 87. maddesinde ise ecrimisilin ne şekilde "kesinleşeceği" nden bahsedilmektedir. "Ecrimisilin kesinleşmesi, vade tarihi ve tahsili" başlıklı bu düzenlemeye göre " *(1)Ecrimisil; Ecrimisil İhbarnamesinin (Ek-9), düzeltme talebinde bulunulmuş ise Ecrimisil Düzeltme İhbarnamesinin (Ek-10) ilgilisine tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içinde muhasebe birimlerine ödenir… (5)Fuzuli şagiller tarafından dava açılmış olması, ecrimisilin takip ve tahsil edilmesi işlemini durdurmaz*"[179].

Ecrimisile ilişkin değerlendirme yapılırken; "ecrimisil ihbarnamesi" ve "ecrimisil düzeltme ihbarnamesi" açısından durumu ayrı ayrı ele almak gerekmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, ilgililerinin hukuki durumları üzerinde etki doğurabilme gücüne sahip olması nedeniyle, ecrimisil ihbarnamesi

edilebilmesi için, Hazinenin işgalden dolayı bir zarara uğramış olması gerekmez ve fuzuli şagilin kusuru aranmaz…".

[178] 19.06.2007, RG. 26557., "Yönetmelik" olarak bahsedilecektir.

[179] **Yönetmelik, m. 87/3:** *"…(3) Ecrimisil İhbarnamesinin (Ek-9), düzeltme talebinde bulunulmuş ise Ecrimisil Düzeltme İhbarnamesinin (Ek-10) ilgilisine tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içinde muhasebe birimlerine rızaen ödenmeyen ecrimisil; düzeltme talebinde bulunulmamış ise yüzde yirmi indirim yapılmak suretiyle milli emlak birimlerince, dava açma süreleri geçtikten sonra 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilmek üzere vergi dairelerine veya gelir servislerine intikal ettirilir. Vergi daireleri veya gelir servisleri, kendilerine intikal ettirilen ecrimisil alacaklarını anılan Kanunun kapsamına giren amme alacakları gibi takip ve tahsil ederek sonuçlarını millî emlak birimlerine bildirirler…".*

İYUK'un 14. maddesi anlamında "kesin"(ve yürütülmesi gereken) bir idari işlemdir[180]. Söz konusu işleme karşı ihtiyari bir başvuru yolu sayılabilecek[181] düzeltme başvurusunun 30 günlük süresinde yapılmaması halinde, daha sonrasında idareye başvuru yapılmasını hukuki olarak engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, bu olasılık ihtiyari başvuru süresinin dolmasından sonra yapılan başvurunun dava açma süresini durdurmadığı[182] dikkate alındığında mümkün/makul görünmemektedir. Bu durumda doğrudan dava açılması tercih edilmesi, daha pratik bir yol olacaktır[183]. O halde, başvuru süresinin dolması ile fiilen idari başvuru imkânı ortadan kalkacaktır, işlevselliğini yitirecektir[184]. İkinci bir olasılık, bir idari işlem olan ecrimisil düzeltme ihbarna-

[180] Aynı yönde bkz. DİDDGK, K.T. 01.12.2000, E. 1999/111, K. 2000/1159, D10D, K.T. 26.09.2005, E. 2002/5410, K. 2005/5506, D10D, K.T. 31.01.2007, E. 2004/13105, K. 2007/258, D10D, K.T. 24.12.2002, E. 2001/4110, K. 2002/5206, KİBB. , Ayrıca bkz. KARAKOÇ, Ecrimisil, s. 113, 115, 116, 117, 128., Ecrimisil ihbarnamesinin sübjektif idari işlem olduğu yönünde bkz. KARAKOÇ, Ecrimisil, s. 116.

[181] Yönetmelikteki "*Ecrimisil işlemine karşı, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde ilgili İdareye dilekçeyle müracaat edilerek düzeltme talebinde bulunulabilir. "* ifadesi sebebiyle, düzeltme talebinin ihtiyari başvuru yolu olarak öngörüldüğü anlaşılmaktadır., Bkz. YILDIRIM, Başvuru, s. 192, 193, 202., YILDIRIM, Usul, s. 252., SERTER, s. 292., Ayrıca detaylı bilgi için bkz. ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 115,116.; Bu ihtiyari başvuru yolunun İYUK 11. madde anlamında bir ihtiyari başvuru olarak mı yoksa özel olarak düzenlenmiş bir ihtiyari başvuru yolu oluğu hususunda Danıştay farklı kararlar vermiştir. İYUK'un 11 . maddesi anlamında bir ihtiyari başvuru olduğu hakkında bkz. D10D, K.T. 31.01.2007, E. 2004/13105, K. 2007/258, D10D, K.T. 15.12.2014, E. 2010/5658, K. 2014/7723, KİBB, Ayrıca bkz. SEZER-BİLGİN, s. 358, 359., Yönetmelikte öngörülen usulün İYUK'un 11. maddesinden farklı ve "özel" olarak düzenlenen bir ihtiyari başvuru yolu olduğu ve başvuru üzerine tesis edilen işlemin yeni bir işlem olduğu (Danıştay bu kararda aynı zamanda tesis edilen işlemin yeni bir işlem olduğunu ifade ederken, bir yandan da itirazın sonuçlandırılmasıyla itiraza konu işlemin kesinleşmiş olduğundan bahsetmektedir.) ve, dava açma süresinin buna göre hesaplanması gerektiği hakkında bkz. D17D, K.T. 23.02.2015, E. 2015/465, K. 2015/132, KİBB., Ayrıca bkz. KAPLAN, Yargılama, s. 341, 342.

[182] YILDIRIM, Başvuru, s. 113, 149, 192., KAPLAN, Süre, s. 227, 229, 243., Ayrıca bkz. KAPLAN, Süre, s. 247 vd., KAPLAN, Yargılama, s. 340 vd.

[183] Aynı yönde YILDIRIM, Başvuru, s. 192.; Buradaki başvuru süresinin ve sürecinin İYUK'un 11. maddesi karşısında özel nitelikte olmadığı varsayımı altında.; Söz konusu başvurunun İYUK'un 11.maddesinden bağımsız, ayrı (özel) bir ihtiyari başvuru imkanı olarak ele alınıp, başvuru ile dava açma süresinin kesildiği hallerde de (başvuruya verilen cevap sonrası yeniden başladığı durumlar), başvuru süresinin geçirilmesinden sonra yapılacak idari başvuru, fiili olarak anlam ifade etmeyecektir. Çünkü başvuru öngörülen sürede yapılmamış olduğundan, dava açma süresi işlemeye devam etmektedir. Sürenin yeniden başlaması yönünde örnek karar için bkz. KAPLAN, Süre, s. 248, 249.

[184] Ecrimisil ihbarnamesine dava açtıktan sonra, süresi içinde olmak kaydıyla, idari başvuru yapılması halinde, idarenin yükümlendirici olan bu işlemine müdahalede bulunabilme ihtimali de, dikkatlerden uzak tutulmamalıdır.

mesine[185] karşı yeni bir idari başvuru yapılmasıdır[186]. Ecrimisil ihbarnamesine itiraz üzerine verilen karardan (düzeltme ihbarnamesi) sonra yeni bir idari başvuruda bulunulması teorik olarak mümkün olsa da[187], cevaptan sonra dava açma süresi de işlemeye devam ettiğinden imkan dahilinde/makul görülmemektedir. Ecrimisil ihbarnamesine karşı yapılacak ikinci bir başvuru da, ilk başvuru ile ilgili sürecin başlamış olması sebebiyle bir anlam ifade etmeyecektir[188]. Görüldüğü üzere, düzeltme talebinin reddi yönünde cevap gelmesi (hatta ilk başvurunun yapılması ile birlikte) "idari başvuru yollarının fiilen mümkün olmaması" anlamında bir kesinleşme yaşandığını söylemek mümkündür[189]. Başka bir ifadeyle, Yönetmelik sistematiğini İYUK' un 11. maddesi ile ilişkilendirdiğimizde durum şu şekilde olacaktır: Red yönündeki düzeltme ihbarnamesinin ecrimisil ihbarnamesinin devamı niteliğinde bir işlem olduğu varsayımı altında, verilen cevaba (düzeltme ihbarnamesi) karşı yargı yoluna gitme imkanı zaten söz konusu olduğundan ve talep idarece zaten reddedilmiş olduğundan, yeni bir idari başvuru imkan dahilinde/makul görülmemektedir. Başka bir ifade ile idarece verilen cevap ile (düzeltme ihbarnamesi), ilk işlem bakımından idari kesinleşme benzeri bir kesinleşme yaşanmaktadır.

---

[185] KARAKOÇ, Ecrimisil, s. 116, 117. Düzeltme talebinin reddi halinde, ecrimisil ihbarnamesinin kesin ve yürütülebilir olma özelliğini kaybetmediği, ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin bir önceki işlemi geri alan ya da kaldıran bir işlem olmadığı yönünde bkz. D10D, K.T. 26.09.2005, E. 2002/5410, K. 2005/5506, DİDDGK, K.T. 01.12.2000, E. 1999/111, K. 2000/1159, KİBB. Düzeltme talebinde bulunulması ve talebin reddi ile ecrimisil ihbarnamesinin kesin ve yürütülebilir olma özelliğini kaybettiği hakkında bkz. D10D, K.T. 24.12.2002, E. 2001/4110, K. 2002/5206, KİBB., Ecrimisil düzeltme talebinin reddi yönündeki işlemin yeni bir işlem olduğu yönünde bkz. D17D, K.T. 23.02.2015, E. 2015/465, K. 2015/132, KİBB., Düzeltme talebinin kabulü halinde, bu işleme karşı İYUK'un 11. maddesinin işletilebileceği hakkında bkz. D10D, K.T. 10.04.2007, E. 2005/9100, K. 2007/1765, KİBB.

[186] Ecrimisil ihbarnamesine karşı yapılan ilk başvurunun İYUK'un 11 . maddesinin uygulanabildiği bir ihtiyari başvuru olduğu kabul edildiği takdirde.

[187] Danıştay'ın verilen cevabın ilk işlemden ayrı bir idari işlem olmadığı yönündeki yaklaşımı (Bkz. dpn. 63)ve idarenin daha önceden ilk cevabı aynen benimseyerek talebi reddettiği düşünüldüğünde., Ayrıca bir kez daha bkz. dpn. 185'te yer alan kararlar.

[188] İkinci kere yapılan idari başvurunun dava açma süresini durdurmadığı da dikkate alındığında. CANDAN, Yargılama, s. 459., KAPLAN, Süre, s. 254, 255., KAPLAN, Yargılama, s. 343.

[189] "*…Bahse konu Yönetmelikte öngörülen itiraz yolu, ecrimisilin kesinleşmesi için tüketilmesi gerekli zorunlu bir yol değil ise de; bu yola başvurulması durumunda tesis edilen işlemin yeni bir işlem olduğunun kabulü gerekir. Bir başka ifadeyle, idare nezdinde yapılan itirazın sonuçlandırılmasıyla, itiraza konu işlem kesinleşmiş olup; dava açma süresinin de kesin işlemin tebliğ tarihinden itibaren başlatılması gerekir…".* D17D, K.T. 23.02.2015, E. 2015/465, K. 2015/132, KİBB künyeli kararda görüldüğü üzere, "ecrimisilin kesinleşmesi" bazen idari işlemin tekemmülü bazen de idari başvuru yolunun tüketilmesi anlamına gelecek şekilde kullanılabilmektedir.

Süreyi durdurabilme bağlamında[190] ihtiyari başvuru hakkı bir kez kullanılabileceğinden[191] ilk işleme karşı da ikinci bir idari başvuru söz konusu olamayacaktır[192]. Aslında, ilk başvurunun yapılması ile "yeni bir idari başvurunun fiilen mümkün olmaması" anlamında bir kesinleşme ortaya çıktığı söylenebilecektir. İhtiyari başvuruya ilişkin söz konusu durumlardaki (başvuru süresinin geçirilmesi olasılığı da dâhil olmak üzere) "kesin" leşme; İYUK'un 14. maddesindeki kesinlikten farklıdır. Bahsedilen durumlarda "kesin" leşme, ilgilinin idari işlem için, yasal ve teorik olarak mümkün olsa da; "fiili" olarak artık idari başvuru yapamaması anlamını taşımaktadır. İdari anlamda kesinlik, genel olarak işleme karşı idari başvuru yolunun mümkün olmaması olarak algılandığından[193]; burada "idari anlamda kesin" hale gelme bağlamında ele alınabilecek (benzer) "fiili" bir idari kesinleşme olduğundan bahsedilebilir. Yani, ilgilinin başvuru imkânının işlevselliğini yitirmesi söz konusudur. Yönetmelikte öngörülen itiraz sistemi, İYUK'un 11 maddesinden bağımsız bir süreç olarak ele alındığında[194] talebin reddi yönündeki düzeltme ihbarnamesine en baştan ayrı bir dava açma süresi başladığından, bu durumda da verilen cevaba karşı yeni bir itiraz işlevsel değildir. Düzeltme ihbarnamesi (talebin reddi) içerik olarak ecrimisil ihbarnamesi ile aynı yönde olduğundan, idarece verilen red cevabı ile itiraza tabi olan ilk idari işlem bakımından da (ecrimisil ihbarnamesi) yeni bir idari başvuru yolunun mümkün olmaması anlamında bir kesinleşme yaşandığı söylenebilecektir. Ayrıca, ecrimisil ihbarnamesine karşı yapılacak ikinci bir idari başvuru, ilk başvuru ile sürecin işlemeye başlaması karşısında da işlevsel ve anlamlı görünmemektedir. Bu son durumda da ilk hale benzer bir kesinleşme ortaya çıkmaktadır.

---

[190] KAPLAN, Süre, s. 254, 255.

[191] Ayrıca, ilk başvuru ile sürecin başlamış olması sebebiyle.

[192] İlk işleme karşı yapılan ihtiyari başvuru üzerine verilen cevaba itiraz, ikinci cevabın ilk cevap ile paralel olması halinde ortaya çıkacağından; ikinci itiraz halinde de farklı bir cevap gelmesi pek mümkün olmadığından; aslında itiraz üzerine verilen cevap üzerine başvuruda bulunulan ilk işlem için kesinleşme söz konusu olmaktadır. Çünkü itiraz üzerine verilen cevap ile başvuruda bulunulan işlem aynı yöndedir.

[193] GÜNDAY, s. 172., YILDIRIM, Başvuru, s.109, 110., Ayrıca bkz. dpn. 43.

[194] Yönetmelikte öngörülen usulün İYUK'un 11. maddesinden farklı ve özel olarak düzenlenen bir ihtiyari başvuru yolu olduğu, başvuru üzerine tesis edilen işlemin yeni bir işlem olduğu ve dava açma süresinin buna göre hesaplanması gerektiği hakkında bkz. D17D, K.T. 23.02.2015, E. 2015/465, K. 2015/132, KİBB. Ecrimisil ihbarnamesine karşı dava açılması halinde de, idarenin yükümlendirici nitelikteki bu işlemine müdahale imkân olduğu dikkatlerden uzak tutulmamalıdır.

Yönetmeliğin 87. maddesinin "Ecrimisilin kesinleşmesi, vade tarihi ve tahsili" başlıklı *" (1) Ecrimisil; Ecrimisil İhbarnamesinin (Ek-9), düzeltme talebinde bulunulmuş ise Ecrimisil Düzeltme İhbarnamesinin (Ek-10) ilgilisine tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içinde muhasebe birimlerine ödenir… 3) Ecrimisil İhbarnamesinin (Ek-9), düzeltme talebinde bulunulmuş ise Ecrimisil Düzeltme İhbarnamesinin (Ek-10) ilgilisine tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içinde muhasebe birimlerine rızaen ödenmeyen ecrimisil; düzeltme talebinde bulunulmamış ise yüzde yirmi indirim yapılmak suretiyle milli emlak birimlerince, dava açma süreleri geçtikten sonra 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilmek üzere vergi dairelerine veya gelir servislerine intikal ettirilir. Vergi daireleri veya gelir servisleri, kendilerine intikal ettirilen ecrimisil alacaklarını anılan Kanunun kapsamına giren amme alacakları gibi takip ve tahsil ederek sonuçlarını millî emlak birimlerine bildirirler…(5) Fuzuli şagiller tarafından dava açılmış olması, ecrimisilin takip ve tahsil edilmesi işlemini durdurmaz…"*[195] şeklindeki düzenlemesi neticesinde[196], "ecrimisilin kesinleşme" si şeklinde belirtilen durum, idarenin ecrimisil ihbarnamesinin ya da itiraza verdiği cevabın (düzeltme ihbarnamesinin) tebliğinden (tahakkuktan)[197] 60 gün sonra yaşanmakta ve tahsil aşamasına geçilmesi söz konusu olmak-

[195] **Yönetmelik, m. 87/3:** *"…* ***(Değişik cümle: RG-10/4/2011-27901)*** *Ecrimisil İhbarnamesinin (Ek-9), düzeltme talebinde bulunulmuş ise Ecrimisil Düzeltme İhbarnamesinin (Ek-10) ilgilisine tebliğ tarihinden itibaren* ***(Değişik ibare: RG-11/9/2014-29116)*** *altmış gün içinde muhasebe birimlerine rızaen ödenmeyen ecrimisil; düzeltme talebinde bulunulmamış ise yüzde yirmi indirim yapılmak suretiyle milli emlak birimlerince, dava açma süreleri geçtikten sonra 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilmek üzere vergi dairelerine veya gelir servislerine intikal ettirilir…"* şeklindedir. Ancak 5. fıkradaki "dava açmanın tahsili durdurmayacağı" hükmü karşısında, "*dava açma süreleri geçtikten sonra""* ifadesine anlam vermek zordur.

[196] Yönetmelik m. 87'de (10.04.2011 tarih ve 27901 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanan yönetmelik ile) yapılan değişiklikten önce, metnin 19.06.2007 tarih ve 26557 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ilk şeklinde **" Ecrimisilin kesinleşmesi, vade tarihi ve tahsili"** başlıklı 87. maddesinde, "dava açma süreleri geçtikten sonra…"şeklinde bir ifade yer almamaktadır: *"…(2) Ecrimisil İhbarnamesinin (Ek-9), düzeltme talebinde bulunulmuş ise ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde rızaen ödenmeyen ecrimisil, millî emlak birimlerince 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilmek üzere vergi dairelerine veya gelir servislerine intikal ettirilir… (4) Fuzuli şagiller tarafından dava açılmış olması, ecrimisilin takip ve tahsil edilmesi işlemini durdurmaz".*

[197] GÜNDAY, s. 245.

tadır[198]*. Bu noktadaki "kesinleşme" aslında "vade" ile ortaya çıkmaktadır ve tahsile ilişkin bir durumu ifade etmektedir. Ecrimisil ihbarnamesine karşı,*

[198] Yürürlükteki 336 sıra nolu Milli Emlak Genel Tebliği (Tebliğ) (RG. 20.08.2011, S. 28031), m. 9., **Ecrimisilin vade tarihi ve tahsili: "** *(1) Ecrimisil; ecrimisil ihbarnamesinin ilgilisine tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde ilgili muhasebe birimlerine ödenir... (2) Vadesinde ödenmeyen veya vadesinde bir kısmı ödenenlerden kalan ecrimisiller; a) Düzeltme talebinde bulunulmak suretiyle itiraz edilmemiş ise; millî emlak birimlerince, dava açma süresi olan altmış gün geçtikten sonra en geç onbeş gün içinde ecrimisil bedeline yüzde yirmi indirim yapılmak suretiyle,b) Düzeltme talebinde bulunulmak suretiyle itiraz edilmiş ise; ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde rızaen ödenmemesi halinde, millî emlak birimlerince, dava açma süresi olan altmış gün geçtikten sonra en geç onbeş gün içinde,21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilmek üzere vergi dairelerine veya gelir servislerine intikal ettirilir…(3) Fuzuli şagiller tarafından dava açılmış olması, mahkemelerce yürütmenin durdurulması kararı verilmedikçe, ecrimisilin takip ve tahsil edilmesi işlemini durdurmaz. Ancak, 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilmek üzere vergi dairelerine veya gelir servislerine intikal ettirilen ecrimisil alacaklarının takip ve tahsili işlemleri sırasında yapılan haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları hakkında ilgilileri tarafından açılan davalarda mahkemelerce verilen kararlar hakkında, bu kararların kesinleşmesinden sonra ilgili vergi daireleri veya gelir servislerince işlem tesis edilir…".* 312 sıra nolu önceki Milli Emlak Genel Tebliği (RG. 27.07.2007, S. 26595,) , m. 9. "**Ecrimisilin kesinleşmesi, vade tarihi ve tahsili":** "(*1) Ecrimisil; Ecrimisil İhbarnamesinin, düzeltme talebinde bulunulmuş ise Ecrimisil Düzeltme İhbarnamesinin ilgilisine tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde muhasebe birimlerine ödenir. ..(2) Ecrimisil İhbarnamesinin, düzeltme talebinde bulunulmuş ise Ecrimisil Düzeltme İhbarnamesinin tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde rızaen ödenmeyen ecrimisil, millî emlak birimlerince 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilmek üzere onbeş gün içerisinde vergi dairelerine veya gelir servislerine intikal ettirilir… (3) Fuzuli şagiller tarafından dava açılmış olması (yürütmeyi durdurma kararı alınmadıkça), ecrimisilin takip ve tahsil edilmesi işlemini durdurmaz".* Eski metinde, dava açma süresinin beklenilmesi gerektiğine yönelik hüküm yoktur**.** Görüldüğü üzere Tebliğ, Yönetmelik ile uyumlu hale getirilerek "*dava açma süreleri geçtikten sonra"* ifadesi getirilmiştir.

60 günlük ödeme[199] ve idari dava açma süresi (İYUK m. 7) nin[200] geçirilmesi durumunda, ihbarname tebliği ile tahakkuk eden[201] kamu alacağı bakımından "yargısal kesinlik benzeri"[202] nitelikte bir kesinlik sağlanmaktadır[203]. Ancak,

[199] Yönetmelik'te 30 gün olan vade, 2014'te 60 gün yapılmıştır, ancak bu husus Tebliğe yansıtılmamıştır., 2011 öncesinde Yönetmelik ve Tebliğde (Yönetmelikten sonra yürürlüğe girmiştir) vadenin 30 gün olması, dava açma süresinin beklenilmesine ilişkin düzenleme olmaması , dava açılmasının da tahsili durdurmaması; buradaki "kesinleşme"nin yargısal nitelikte (yargısal benzeri) algılanmadığını göstermektedir. 2011'de Yönetmeliğe ve Tebliğe dava açma süresinin beklenilmesine ilişkin hüküm getirilirken, Yönetmeliğin aksine Tebliğden "kesinleşme" ifadesinin çıkarılması, vadenin 30 gün kalması ve de dava açmanın tahsile engel olmayacağı kuralı; "kesinleşme"nin yine yargısal benzeri düşünülmediği, vade ile aynı anlamda olduğu şeklinde algılanabilir. Tahsil için dava açma süresinin dolması beklenirken, Tebliğde bu duruma rağmen "kesinleşme" ifadesinin olmaması; yargısal (benzeri) kesinleşmenin kastedilmediği izlenimi vermektedir. Sonuç olarak, düzenlemenin bu şeklinden anlaşılan, kesinleşmenin "yargısal kesinleşmeye benzer" şekilde algılanmadığıdır. Ne var ki, dava açma süresinin geçmesinin beklenmesinin bir yandan tezat olması da saklıdır., Yönetmeliğin en son halinde, "yargısal kesinleşmeye benzer" hal ile vadenin aynı zamana denk geldiği de hatırlatılmalıdır., Bkz. dpn. 202.

[200] Yönetmelik ve Tebliğ uyarınca tahsil için bu sürenin dolması beklenmek durumundadır., Ecrimisil ihbarnamesine karşı idari başvuruda (düzeltme talebi) bulunulması halinde, dava açma süresinin hesabı, düzeltme başvurusunun İYUK'un 11. maddesi bağlamında kabul edilip edilmediğine göre farklılık gösterecektir. Bağımsız olarak kabulü halinde, ecrimisil ihbarnamesine ilişkin durumla aynı hal söz konusu olacaktır. İYUK'un 11. maddesi kapsamında ele alındığında, vade gelmeden dava açma süresi geçmiş olabilecektir. Bu noktada, Yönetmelikte ödeme için 60 günlük süre öngörüldüğü, Tebliğe bu değişikliğin işlenmediği, açıklamalarımızın Yönetmelik bağlamında yapıldığı vurgulanmalıdır.

[201] KARAKOÇ, Ecrimisil, s. 91, 93. Düzeltme yoluna gidilen hallerde tahakkuk, söz konusu ihbarnamenin (düzeltme ihbarnamesinin) tebliği ile gerçekleşmektedir. KARAKOÇ, Ecrimisil, s. 93., Ayrıca bkz. D6D, K.T. 14.10.1997, E. 1996/5907, K. 1997/4306, DİDDGK, K.T. 03.10.1997, E. 1997/246, K. 1997/445, KİBB., Yönetmelikte tahakkuk konusunda mali hukukun genel prensiplerinden ayrılma ve düzeltme talebinin tahsile etkisi hususunda eksiklik bulunması konusunda bkz. KARAKOÇ, Ecrimisil, s. 93, 94, 140, 141.

[202] Vade de aynı zamana denk gelmektedir., Kanun yolu imkanı kalmadığından, yargısal kesinleşme benzeri bir durum oluşmaktadır., Bkz. dpn. 104.

[203] "…*Ödeme emrinin düzenlenebilmesi için ihbarnameye konu ecrimisilin tahsili için ihbarnamenin idari yönden kesinleşmesi yeterli olup ayrıca yargı yönünden kesinleşme şartı aranmamaktadır. Başka bir anlatımla ihbarnamenin tebliğinden itibaren 30 gün içersinde ecrimisilin ödenmemesi halinde ecrimisil alacağı idari yönden kesinleşmektedir. Ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davalarda ihbarnamenin iptali istemi ile açılan davanın sonucu beklenerek karar verilmesi gerekmektedir…"*. Hâkimler Ve Savcılar Yüksek Kurulu Hukuki Müzakere Toplantıları 03-06 Ocak 2013 – Afyonkarahisar, İdari Eylemlerden Kaynaklanan Tam Yargı Davaları Ve Ecrimisil Uyuşmazlıklarına İlişkin Toplantı Raporu, http://hmt.hsyk.gov.tr/toplantilar/2012/idari-yargi/guz/afyonkarahisar/idare-5-dan-10.pdf, (E.T. 18.12.2016)., Ecrimisil ihbarnamesine süresinde itiraz edilmemesi ve dava açılmaması da "ecrimisilin kesinleşmesi" kapsamında ele alınabilmektedir. İYUK m. 11 ve 12 çerçevesindeki bu karar için bkz. D10D, K.T. 11.12.2009, E. 2007/5446, K. 2009/10321, KİBB., Ayrıca bkz. Maliye Bakanlığı, Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair 7020 Sayılı Kanun Genel Tebliği (Seri No: 1), (RG. 03.06.2017, S. 30085).

Yönetmeliğin 87. maddesinin 5. fıkrasındaki "Fuzuli şagiller tarafından dava açılmış olması, ecrimisilin takip ve tahsil edilmesi işlemini durdurmaz" hükmü sebebiyle[204] bu kesinleşme fiili bir anlam ifade etmemektedir[205]. Şöyle ki; ihbarnameye karşı dava açılması halinde dahi, vadesi[206] gelmek koşuluyla ve yürütmenin durdurulması kararı verilmedikçe, 5. fıkra[207] sebebiyle tahsilatın yapılabileceği görülmektedir. Tebligattan itibaren 60. günün dolmasıyla işlem yargısal anlamda kesinlik benzeri sayılabilecek hale gelirken; ayrıca vade[208] günü de gelmektedir Başka bir ifade ile, yargısal kesinliğin benzeri durum oluştuğu anda, özel mevzuatta öngörülen "kesinleşme" (ecrimisilin kesinleşmesi) de ortaya çıkmıştır. Böylece, tahsil aşamasına (cebren tahsil) geçilmiş olmaktadır[209] ve alacak "kesinleşmiş" duruma gelmektedir. Görüldüğü üzere, buradaki kesinlik tamamen idarece tahsilatın yapılabilmesi, harekete geçebilmesine ilişkin bir durumu anlatmaktadır. İradenin ortaya çıkmasına/oluşumuna ilişkin yani İYUK'un 14. maddesi kapsamında ele alınması gereken bir durumu ifade etmemektedir.

---

[204] Yürütmeyi durdurma hakkında Yönetmelik ile Kanundan (İYUK m. 27/3) farklı düzenleme getirilmesi hususunda eleştiri için bkz. KARAKOÇ, Ecrimisil, s. 140,141.

[205] Ancak Yönetmelik ve Tebliğde yer alan, tahsilat için dava açma süresinin geçmesinin beklenmesinin yarattığı çelişki de varlığını sürdürmektedir.

[206] Yönetmelik öncesinde yürürlükteki Devlete Ait Taşınmaz Mal Satış, Trampa, Kiraya Verme, Mülkiyetin Gayri Ayni Hak Tesis, Ecrimisil ve Tahliye Yönetmeliği (RG. 16.12.1984, S. 18607), m. 81'de *"Ecrimisil İhbarnamesinin, düzeltme talebinde bulunulmuş ise Ecrimisil Düzeltme İhbarnamesinin muhatabına tebliğ tarihinden itibaren 1 ay içerisinde ecrimisil alacağı ödenir, bu sürenin son günü ödenmesi gereken ecrimisilin vade tarihidir . Vadesinde rızaen ödenmek istenen ecrimisil milli emlâk servislerince Devlet Muhasebesi Muamelat Yönetmeliğince hazırlanmış alan tahsilat fişi tanzim edilerek taşınmazmalın bulunduğu yer saymanlığına yatırılır. Vade tarihine kadar rızaen ödenmeyen ecrimisil milli emlâk servislerince 21/7/1953 tarih ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilmek üzere vergi dairelerine veya gelir servislerine intikal ettirilir… Fuzuli şagiller tarafından dava açılmış olması ecrimisilin takip ve tahsil edilmesi işlemini durdurmaz*" düzenlemesi vardı. O halde, yönetmeliğin geçmiş uzantısı olan bu yönetmelikte, "vade" ve "kesinleşme" eş anlamlıdır. Bu da, dpn. 199' daki yorumumuzu desteklemektedir.

[207] KARAKOÇ, Ecrimisil, s. 140., Ayrıca İYUK m. 27/3 hükmüne rağmen, yönetmelik ile ecrimisilin tahsiline imkân tanınması hususunun eleştirisi için bkz. KARAKOÇ, Ecrimisil, s. 141.

[208] KARAKOÇ, Ecrimisil, s. 93.

[209] KARAKOÇ, Ecrimisil, s. 95.

3. Sonuç

Çalışmamızda ele alındığı üzere, idari işlemin "kesin (leşmiş)" olması, idare hukuku/idari yargılama hukukunun en karmaşık ve açıklamaya muhtaç hususlarından bir tanesidir. Söz konusu ifade, idare hukukunun farklı alt alanları ele alındığında, değişik değerlendirmelere tabi tutulmaktadır. "Kesin (leşmiş)" olmanın, İYUK'un 14. maddesindeki "işlemdeki iradenin belirginleşmesi[210]" şeklindeki temel anlamı yanısıra, -yukarıda ele alındığı üzere- idare/idari yargılama hukuku eserleri, mevzuat ve yargı kararlarında farklı anlamlara gelecek şekilde kullanımı, konuyu daha da karmaşık bir hale getirmektedir. "Kesin(leşmiş)" olmanın işlemin idari usul sürecinin tamamlanarak[211], idarenin iradesinin net[212] biçimde ortaya çıkması; zaman zaman ise örneğin işleme karşı idari başvuru yollarının tüketilmesi/bunun imkânsızlığı, işleme karşı yargı yoluna gitme imkânının sona ermesi hatta işlemin vade tarihinin gelmesi gibi farklı anlamları içerecek genişlikte kullanıldığı görülmektedir[213]. İdari işlem teorisinin yasal bir temele oturtulamamış, genel idari usul düzenlemesine konu olamamış olması, esasen bu karmaşıklığın temel nedeni sayılabilir. İdari işlem sürecinin bütüncül bir şekilde ele alınarak, işleme ilişkin temel tanımlamaların yapılması bu anlamda yaşanacak karmaşıklıkları önleme noktasında büyük öneme sahiptir. Bahsedilen şekilde bir düzenleme yapılmadığı sürece, söz konusu kavramsal karmaşanın aşılması, mümkün görünmemektedir. Ne var ki, idari işlemin çok farklı türlerinin olması sebebiyle hepsini kapsayacak bir "idari işlem" tanımı yapmadaki zorluk[214], "kesin" lik hususunda da muhtemel şekilde hissedilecektir.

---

[210] ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz, s. 49.

[211] ERKUT, Kimlik, s. 120, SEZGİNER, s. 46.

[212] YILMAZ, s. 80.

[213] Dpn. 42, dpn.43, dpn. 87., s. 9 vd., s. 33 vd. gibi, ayrıca bkz. aktarılan yargı kararları., Ayrıca bkz. Maliye Bakanlığı, Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair 7020 Sayılı Kanun Genel Tebliği (Seri No: 1), (RG. 03.06.2017, S. 30085).

[214] ATAY, İdare, s. 423.

KAYNAKÇA

AĞAR Serkan, "Vergi Yargısında Davaya Konu İcrai İşlem – I", TBBD, 2006, S. 67.

AKILLIOĞLU Tekin, "Yönetsel İşlemlerde Yürürlüğe Giriş Sorunu", AİD, Haziran 1979, C. 12, S. 2.

AKYILMAZ Bahtiyar, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.

AKYILMAZ Bahtiyar-SEZGİNER Murat-KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, 7. Baskı, Ankara, Ekim 2016.

ALTUNDİŞ Mehmet, "Hukuki Güvenlik İlkesi", Yasama Dergisi, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 2008, S. 10.

ARMAĞAN Ramazan, "Vergi Uyuşmazlıklarının Çözümünde Uzlaşma Müessesesi Ve Isparta İline İlişkin Bir Değerlendirme", Maliye Dergisi, S. 153, Temmuz-Aralık 2007.

ATAY E. Ethem, "İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması", Danıştay 139. Yıl Sempozyumu, 11 Mayıs 2007, Danıştay Matbaası, 2008.

ATAY Ender Ethem, Hukuk Başlangıcı, Gazi Kitabevi, Ankara, Kasım 2013.

ATAY Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 5. Bası, Ankara, Ekim 2016.

CANBAZOĞLU Kerem, "Vergilendirme Ve Vergi Alacağının Cebren Tahsili Süreçlerinde Tesis Edilen İşlemlerin Ayrılabilir İşlem Teorisi Çerçevesinde Yargısal Denetimi", TBBD, 2010, S. 89.

CANDAN Turgut, Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma, Maliye ve Hukuk Yayınları, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara, Temmuz 2006.

CANDAN Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Pwc Danışmanlık Hizmetleri Ltd. Şti Yayını, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 6. Baskı, İstanbul, 2015.

ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yargıda Kanun Yolları, (Kararlara Karşı Başvuru Yolları), Asil Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2002.

ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu), Asil Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2006.

ÇAĞLAYAN Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, 2015.

DİNÇER Hüseyin, "Verginin Tahakkuku ve Kesinleşmesi", Vergi Dünyası Dergisi, Ağustos 2009, S. 336.

DURAN Lütfi, "İdari Müracaatler ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükûtu Meselesi", İÜHFM, 1946, C. 12, S.1.

DURAN Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

DURSUN Hasan, "İdari İşlemlerin İdare Tarafından Re'sen İcrası", TBBD, 2007, S. 72.

DÜNDAR Erol, " Emniyet Teşkilatı Mensuplarına İlişkin Disiplin Cezaları ve Yargı Denetimi", DD, S. 62-63, Y.16, 1986.

EREN Hayrettin- ŞİŞMAN Gülden, "İdari İşlem Açısından Vergilendirme Sürecine Bakış", Prof. Dr. Mualla ÖNCEL'e Armağan, Ankara, 2009.

EREN Hayrettin-ŞİŞMAN Gülden, "5510 Sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda Yer Alan İdari Başvurular", E-Akademi, Mart 2010, S. 97, http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=SOSYAL%20G%DCVENL%DDK%20MEVZUATINDA%20YER%20ALAN%20%20%DDDAR%DD%20BA%DEVURULAR&kimlik=1269458051&url=makaleler/Eren-sisman-1.htm, (E.T. 18.12.2016).

ERKUT Celâl, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990.

ERKUT Celâl, "L'Identification de l'acte Administratif Selon La Recevabilite D'un Recours Pour Excés De Pouvoir", İÜHFM, 1988-1990, C. 53, S. 1-4.

ERKUT Celâl, "İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, Ankara 1-4 Mayıs 1990, Danıştay Matbaası, 1991.

GERÇEK Adnan, Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, Ekin Yayıne-

vi, 4. Baskı, Bursa, 2015.

GÖZLER Kemal, Hukuka Giriş, Genişletilmiş 8. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, Ağustos, 2011

GÖZLER Kemal-KAPLAN Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 18. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, Ağustos, 2016.

GÖZÜBÜYÜK Şeref- TAN Turgut, İdare Hukuku Cilt II, İdari Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara, 2011.

GÜNDÜZ F. Ebru, "Disiplin Cezalarının Geri Alınması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 20, S. 1.

GÜRAN Sait, "İdari İşlem ve İdari Yargı'nın Kuruluş ve İşleyişine İlişkin Temel Esaslar", İstanbul Barosu Dergisi, C. 77, S. 1, Y. 2003.

HATİPOĞLU Cengiz, "İdari Merci Tecavüzü ve Dört Gri Alan", TAAD, Nisan 2015, Y.6, S. 21.

KANLIGÖZ Cihan, "İdari İşlemlerde Yazılı Bildirim", AÜHFD, C. 40, S. 1-4, 1988.

KAPLAN Gürsel, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

KAPLAN Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, Eylül 2016.

KARAHANOĞULLARI Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara 2015.

KARAKOÇ Yusuf, Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.

KARAKOÇ Yusuf, Kamu Malları Hukukunda Ecrimisil Kurumu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

KARAKOÇ Yusuf, Genel Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

KARYAĞDI Müjgan-ÖZTÜRK İlhami, "Hak Arama Özgürlüğü Bağlamında

Kamu İhale İşlemlerine Karşı Teminat Ödenmesi Şartı İle Tanınan İtirazen Şikâyet Hakkı", TBBD, 2010, S. 87.

KAYA Cemil, "İdari Vesayet Makamının "Onay" İşleminin Hukuki Niteliği ve Sonuçları", EÜHFD, C. 6, S. 1-2, 2011.

KAYNAK Harun, " İdari Para Cezalarının Tahsilatında "Kesinleşme" nin Önemi", Yaklaşım Dergisi, Y. 17, S. 196, Nisan 2009.

KILIÇ Ayhan, "Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Vergi Kabahatleri Bakımından Uygulanabilirliği", TAAD, Temmuz 2014, Y. 5, S.18.

KURU Baki-ARSLAN Ramazan-YILMAZ Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 Sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış, Yetkin Yayınları, 23. Baskı, Ankara, 2012.

NOHUTÇU Ahmet, İdari Yargı, Savaş Yayınevi, 17. Baskı, Ekim 2016.

ODYAKMAZ Zehra-ÇINARLI Serkan, İdari Uyuşmazlıklarda Yargı Öncesi Çözüm Usûllerinin Uygulanabilirliği, Orion Kitabevi, Ankara, Ekim 2013.

ÖNCEL Mualla-KUMRULU Ahmet-ÇAĞAN Nami, Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Gözden Geçirilmiş ve Değişiklikler İşlenmiş 24. Bası, Ankara, 2015.

ÖNGÖREN Gürsel, Türk Hukukunda İdari Dava Açma Süreleri, Kazancı Yayınları, İstanbul 1990.

ÖZAY İl Han, Devlet, İdari Rejim ve Yargısal Korunma (Denemeler), Filiz Kitabevi, İstanbul, Eylül 1986.

ÖZKAN Gürsel, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu İdari Başvuru Yolları", TAAD, Nisan 2014, Yıl: 5, S. 17.

ÖZTÜRK İlhami, "Kamu İhale Kanununda Düzenlenen Şikâyet ve İtirazen Şikâyet Başvuru Sürelerinin Hukuki Niteliği" Ankara Barosu Dergisi, 2009, Y. 67, S. 3.

ÖZTÜRK K. Burak, Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

ÖZYÖRÜK Mukbil, İdare Hukuku Dersleri, Ankara, 1972-1973.

SERTER Yusuf Sertaç, İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargı Dışı Bir Araç

Olarak İdari Başvurular, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

SEZER Yasin, "Kamu Mallarında Ecrimisil", DD, 2004, S. 108, Y. 34.

SEZER Yasin –BİLGİN Hüseyin, "Danıştay Kararlarında İdari Başvurular", AÜHFD, 2008, C. 57, S. 4.

SEZGİNER Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.

TAN Turgut, "İdarenin Kesin İşlemleri ve 5917 Sayılı Kanun Uygulaması", AİD, Aralık 1969, C. 2, S. 4.

TAN Turgut, "Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, Ankara, 1-4 Mayıs 1990, Danıştay Matbaası, 1991.

TAŞDELEN Aziz, "Vergi Alacağının Tahakkuku: Bir Aşama ve Bir İşlem", AÜHFD, Y. 2007, C.56 S.1.

TAYFUR Ayça Fulya, Vergi Hataları ve Düzeltme Yolları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, s. 107, YÖK Ulusal Tez Merkezi , (E.T. 14.01.2017).

TERZİOĞLU Eda, Kabahatler Kanunu Karşısında Mali Yaptırım Gerektiren Vergi Suçları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2013, YÖK Ulusal Tez Merkezi , (E.T. 12.02.2017).

TOPUZ İbrahim –ÖZKAYA Kadir, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara, 2002.

ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, İstanbul, Eylül 2004.

ULUSOY Ali, İdari Yaptırımlar, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2013.

YAŞAR Hasan Nuri, İdare Hukuku, Der Yayınları, İkinci Basım, İstanbul, 2014.

YAYLA Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta Yayınevi, Tıpkı 2. Basım, İstanbul, 2010.

YILDIRIM Ramazan, İdari Başvurular, Mimoza Yayınevi, Konya, 2006.

YILDIRIM Tur(h)an, "İdari Usul Yasası Kapsamında İdareye Başvuru", T.C. Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, Ankara, 17-18 Ocak 1998, T.C. Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998.

YILMAZ Dilşat, İdari İşlemin İcrailik Özelliği, Astana Yayınevi, Ankara, 2014.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Hukuki Müzakere Toplantıları 03-06 Ocak 2013 – Afyonkarahisar, İdari Eylemlerden Kaynaklanan Tam Yargı Davaları Ve Ecrimisil Uyuşmazlıklarına İlişkin Toplantı Raporu, http://hmt.hsyk.gov.tr/toplantilar/2012/idari-yargi/guz/afyonkarahisar/idare-5-dan-10.pdf, (E.T. 18.12.2016).

Yargı kararlarına erişim: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (KİBB), Lexpera Hukuk Veri Tabanı (LHVT), Danıştay Dergisi, http://www.danistay.gov.tr/upload/guncelkarar/26_02_2015_031633.pdf,

Ayrıca bkz. http://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?_adf.ctrl-state=1ahytdmpdk_119&pkanunlarno=30623&pkanunnumarasi=5326.

Mevzuata erişim, T.C. Başbakanlık resmi web sayfası ve T.C. Resmi Gazete web sayfasından sağlanmıştır.

TURKEY: THE HOST COUNTRY FOR SYRIAN CITIZENS AND THE QUESTION OF SHARING THE BURDEN

Ümmühan Elçin ERTUĞRUL*

ABSTRACT

Internal unrest in Syria which began in early 2011 caused large numbers of Syrian citizens to influx to neighbouring countries. More than 3 million Syrian citizens have come to Turkey approximately in the last six years. Turkey has given "temporary protection" status for these Syrian citizens. In this study, temporary protection status in international refugee law has discussed. Temporary protection accepted as temporary and emergency protection measure to the extraordinary circumstances of a mass influx of asylum seekers. Additionaly, the study focuses on the responsibility of the international community in case of mass influx situations as experienced in Syria. The question which will be raised here is to what extend the international community cooperates, and shares the burdens and the responsibilities emerged in this situation. The inadequacy of international cooperation and burden-sharing have been emphasized in this study, and the humanistic dimensions of the circumstances has been ignored.

Keywords: *Turkey, Syria, Temporary Protection, Refugee, Convention Relating to the Status of Refugee*

TÜRKİYE: SURİYE VATANDAŞLARINA EV SAHİBİ ÜLKE VE YÜKÜN PAYLAŞILMASI SORUNU

ÖZET

2011 yılının erken dönemlerinde başlayan Suriye'deki iç karışıklık, pek çok sayıda Suriye vatandaşının komşu ülkelere akınına neden olmuştur. 3 milyondan fazla Suriye vatandaşı yaklaşık son 6 yıl içinde Türkiye'ye gelmiştir. Türkiye, bu Suriye vatandaşlarına "geçici koruma" statüsü vermiştir. Bu Çalışma'da, Uluslararası Mülteci Hukukunda geçici koruma statüsü tartışılmıştır. Geçici koruma, sığınma arayanların kitlesel akınları gibi olağanüstü durumlar için geçici ve acil koruma

* Asst. Prof. Dr., Kırıkkale University, Faculty of Economic and Administrative Sciences, Deparment of International Relations, ueertugrul@hotmail.com, This article is the updated and longer version of oral presentation made in Rome/Italy at 22-25th October 2013 The International Journal of Arts &Sciences (IJAS) Conference (ueertugrul@hotmail.com)

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 09/02/2017

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 15/03/2017

tedbiri olarak kabul edilmiştir. Ek olarak, Çalışma'da, Suriye'de deneyim edildiği gibi kitlesel akın durumlarında uluslararası toplumun sorumluluğu üzerine odaklanılmıştır. Söz konusu durumda, uluslararası toplumun işbirliği, mülteci yükünün ve sorumluluğunun paylaşılması soruları sorulmuştur. Bu Çalışma'da, uluslararası işbirliğinin ve mülteci yükünün paylaşılmasının eksikliği vurgulanmış, olayların insani boyutu gözardı edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Türkiye, Suriye, Geçici Koruma, Mülteci, Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme*

Introduction

Syria is surrounded by Israel, Lebanon, Iraq, Jordan, the Mediterranean Sea and Turkey . Its border with Turkey is 911 kilometers. [1]

Syria is a multi- faith and multi-ethnic country in the Middle-East . It is inhabited by Sunni, Shia, Alawite and Christian Arabs, together with Kurds, Assyrians, Turkmen, Druze, Armenians, Jews, and other communities.[2]

The reason of mass influx from Syria to Turkey is the conflict between Syrian government and Syrian protesters. The Syrian protesters, who are composed of people from different religious and ethnic backrounds, uprised against Ba'ath Party Regime to overthrow the government as the part of Arab Spring.

The United Nations says at least 400.000 people have been killed and more than 6.3 million people have been displaced inside the country,[3] The Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) has registered over 4.8 million people who have fled from Syria since 2011. This figure includes 2.1 million of Syrian citizens, who now live in Egypt, Iraq, Jordan and Lebanon. Turkey hosts over 2.7 million Syrian Citizens since April 2011 [4]

---

1 http://syb.icisleri.gov.tr/ortak_icerik/syb/m%C3%BClki%20idare%20amirleri%20%20s%C4%B1n%C4%B1r%20g%C3%B6revi%20rehberi.pdf , Date accessed: 09.01.2017

2 http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/67/PV.80,Date accessed: 08.01.2017

3 A/RES/2332, 21 December 2016, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2332(2016),

4 http://www.unhcr.org/syria-emergency.html, Date accessed: 09.01.2017

Turkey has accepted the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees (Refugees Convention) and the 1967 Protocol, however she has retained the geographical limitation. This is to mean, Turkey can only legally accept European asylum seekers as 'refugees' stricto sensu. The reason of this limitation is directly linked with the geographical location of Turkey. Turkey is in a region with high risk of refugee influx, people might come alone, in small groups or in masses.

As a party to the Protocol and the 1951 Refugees Convention, Turkey has retained the geographical limitation, nevertheless she permits the non-European asylum seekers to reside in Turkey for a reasonable period and thus gives temporary asylum right until they are accepted as a refugee by the third country according to 1994 Turkish Asylum Regulation on condition that these people fall under the definition of refugee as laid in the 1967 Protocol. As it is known, Turkey is a European Union (EU) candidate country and has an obligation to comply with acquis communautaire of the Union. In line with this, Turkey has planned the necessary legislative and structural changes to comply with EU asylum acquis, and she tries to take necessary steps to implement them especially after 2005.

As a neighbour country, Turkey has been directly affected from the conflict in Syria. Arriving to Turkey, as legal procedure, is not complex for them. For Syrians arriving Turkey does not require intricate legal procedures. Turkey has seized to demand visas from Syrian citizens from 23 December 2009 onwards and Syrian citizens with a valid passport were automatically given permission for ninety days of stay in Turkey. Therefore, it may say, for a Syrian citizen entering to Turkey is not difficult.

At first, Turkey has accepted Syrian citizens fled to Turkey as "guests"[5]. Then, they were granted the status of "temporary protection" in April 2012 with a Prime Ministry Circular. This temporary protection status complies with the Turkish Law on Foreigners and International Protection which came into force in April 2013. The Law introduces a comprehensive legal and institutional framework on the legal status of migrants, procedures and safeguards to be followed in the context of detention and expulsion of irregular migrants as well as protection of vulnerable categories of migrants such as minors, with a view to bringing Turkey into line with EU and international standards.

[5] It is possible to see that the Syrian citizens accepting as a "guest", and wishing to come back their countries when the time comes.

According to this Law, article 91, *"temporary protection may be provided to foreign nationals who have been forced to leave their countries, who are unable to return to countries they left, who arrive at our border or who have crossed them in large groups to seek immediate and temporary protection"*.

I. Turkish Temporary Protection Case from International Legal Perspective

The Refugee Convention does not effectively grant the right to obtain refugee status. In other words, the contracting States have no obligation to grant a person refugee status.[6] International legal documents have only mentioned of international protection, but not make a distinction between temporary or permanent.[7] Whittaker say that the alternative of "temporary protection" headed the protection agenda when the Balkans were thousands of people were forced out of their homes in 1992.[8] Temporary protection has not defined its meaning and legal basis as a concept of international refugee law. It accepted as "an exceptional measure", "a pragmatic tool" and "emergency protection measure" to respond to the extraordinary circumstances of a mass influx of asylum seekers. Its relationship with the Refugees Convention and its Protocol relating to the Status of Refugees has not yet been resolved.[9] But, it is accepted that temporary protection is a concept commonly used to describe a short-term emergency response to a "mass influx" of asylum seekers. It has also been applied in situations where it is difficult to distinguish between asylum seekers and others moving in mixed flows as well as to broader categories of persons who fall outside the Refugee Convention definition of a "refugee"[10]

Fitzpatrick said that, Temporary Protection is not a new concept. Its various versions were codified in a 1969 African Refugee Convention, promoted during mass flows from Southeast Asia and vigorously debated in

---

6 Francesco Cherubini, **Asylum Law in the European Union,** Routledge Research in Asylum, Migration and Refugee Law, London and New York, 2015, pp.47

7 James C. Hathaway&R. Alexander Neve, "Making International Refugee Law Relevant Again: A Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection" **Harvard Human Rights Journal,** Vol.10, 1997, pp.156

8 David J. Whittaker, **Asylum Seekers and Refugees in the Contemporary World,** Routledge,London and New York, 2006, pp.17

9 Alice Edwards, "Temporary Protection, Derogation and the 1951 Refugee Convetion", **Melbourne Journal of International Law,** Vol. 13, 2012, pp. 596, Note on International Protection, UN General Assembly, A/AC.96/830. 7 September 1994, para 46

10 Edwards, ibid., pp.599-600

the context of flight from Central American civil war in the 1980s. [11] It was introduced to international arena as an international problem in 1980s and its legality has been discussed.

According to some experts on international refugees law, the Refugees Convention has implied temporary protection status.[12] According to the Article 9 of this Convention ,"*Nothing in this Convention shall prevent a Contracting State, in time of war or other grave and exceptional circumstances, from taking provisionally measures which it considers to be essential to the national security in the case of a particular person, pending a determination by the Contracting State that that person is in fact a refugee and that the continuance of such measures is necessary in his case in the interests of national security*."

International community embarked on consultations on the meaning and content of temporary protection , in 1981[13], 1996-1998[14] and in 2001[15].

Temporary protection described UNHCR's 1994 Note on International Protection, "temporary protection" as

a means , in situation of mass flow, for providing refuge to groups or categories of persons recognized to be in need of international protection, without recourse, at least initially, to individual refugee status determination. It includes respect for basic human rights but, since it is conceived as an emergency protection measure of hopefully short duration, a more limited range of rights and benefits offered in the initial stage than would customarily be accorded to refugees granted asylum under the 1951 Convention and the 1967 Protocol.[16]

---

[11] Joan Fitzpatrick, "Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime" **The American Journal of International Law.** Vol. 94, No.2 (Apr. 2000), pp.279

[12] Edwards, ibid., pp. 595

[13] Report of the Meeting of the Expert Group on Temporary Refugee in Situations of Large-Scale Influx (Geneva 21-24 April 1981) , EC/SCP/16/Add.1, 17 July 1981, http://www.unhcr.org/3ae68cd04.html, Date accessed: 10.10.2016

[14] Progress Report on Informal Consultations on the Provision of International Protection to All Who Need It, EC/48/SC/CRP.32, Standing Committee, 25 May 1998, http://www.unhcr.org/3ae68cff4.html, Date accessed: 10.10.2016

[15] Protection of Refugees in Mass Influx Situation: Overall Protection Framework, Global Consultation on International Protection, EC/GC/01/4, 19 February 2001, First Meeting, http://www.unhcr.org/3ae68f3c24.pdf, Date accessed: 10.10.2016

[16] Note on International Protection, UN General Assembly, A/AC.96/830. 7 September 1994, para 46

The European Union Temporary Protection Directive, Council Directive 2001/55/EC defines for the purposes Directive , temporary protection as

a procedure of exceptional character to provide, in the event of a mass influx or imminent mass influx of displaced persons from third countries who are unable to return to their contry of origin, immediate and temporary protection to such persons,in parcicular if there is also a risk thet the asylum system will be unable to process this influx without adverse effects for its efficient operation, in the interest of the persons concerned and other persons request protection[17]

The UN General Assembly has also acknowledged in 1982, temporary asylum-seekers in situations of large-scale influx.[18]

Temporary protection is recommended in UNHCR's 1994 Note on International Protection for :

- persons who has fled from areas affected by conflict and violence;

-persons who has been or would be exposed to human rights abuses, including those belonging to groups compelled to leave their homes by campaigns of ethnic or religious persecution ; and

-persons who for other reasons specific to their personal situation are presumed to be in need of protection. [19]

Temporary Protection is an exceptional mechanism, providing immediate protection for persons concerned. It does not prejudge recognition of refugee status under the Refugee Convention and the Proposal for a Council Directive establishes access to the normal asylum procedure if persons concerned wish so. The beneficiaries of temporary protection will be given human rights as residence permits, appropriate information, right to work, accommodation, social assistance, health care, and education. At least close family members will be able to reunite.[20] These elements have been classified the Note on International Protection as;

---

[17] Council Directive, 2001/ 55/EC, Official Journal of the European Communities, http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2002:115E:0031:0032:EN:PDF, Date accessed: 10.09.2016

[18] A/RES/37/195, 18 December 1982, http://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r195.htm, Date accessed: 10.09.2016

[19] Note on International Protection, ibid., para 47

[20] Council Directive

- admission to safety in the country of refuge;

- respect for basic human rights, with treatment in accordance with internationally recognized humanitarian standards;

- repatriation when conditions in the country of origin allow;

- protection against refoulment.[21]

Temporary protection is best conceptualised as a practical device for urgent protection needs in situations of mass influx. Especially, its value in ensuring protection from refoulement and basic minimum treatment in accordance with human rights without over-burdening individual status determination procedures has been demonstrated.[22] It is also an interim solution, used until finding a long-term answers to the situations near in time. But, there is no limitation as to how long "temporary" protection can continue. It rarely convert to permanent status. [23] There is no doubt that the principle of non-refoulement is an important constraint on state sovereignity.[24]

Schuck mentions that temporary protection and mass-influx needs to be given by neighbouring countries. Thus, returning of the migrants to their countries will be minimal level in terms of physiological and economic costs. Moreover, the demand of asylum or permanent settling will be rare. Temporary protection is also a desirable strategy in terms of their own interests of industrialized countries. Because temporary protection keeps the refugees in the Third World Countries safely, and reduces of permanent settlement of them in Western countries. [25]

Therefore, Turkish temporary protection case is provisionally measure which complies with the article of the Refugee Convention. Turkey is faced with more than 2.7 million Syrian citizens came to Turkey within 6 years.

II. Turkey's Efforts to Syrian Refugee Crisis

It is known that the large-scale influx bring about serious social and economic burden to the host countries. It also creates serious problems

[21] Note on International Protection,ibid., para 48

[22] Protection of Refugees in Mass Influx Situation

[23] Peter H. Schuck, "Refugee Burden-Sharing: A Modest Proposal", **Yale Journal of International Law**, Vol. 22, 1997, pp. 264, Hathaway&Neve, ibid., pp. 132

[24] Matthew J. Gibney, "Liberal Democratic States and Responsibilities to Refugees",**American Political Science Review,** Vol. 93, No.1, March 1999, pp. 169

[25] Schuck, ibid., pp. 265-266

endangering public order and national security and even international peace and security, the country of refuge, host country, may not have the will to settle them and may only be concerned to obtain their early return or resettlement elsewhere.[26]

As stated before, Turkey is faced with more than 2.7 million fleeing Syrian citizens within 6 years in the the gravest difficulties . She also get a jam in public order and national security.

Turkey has provided many conveniences for the Syrian citizens coming to Turkey. Syrian Citizens whose temporary admission were done are placed various cities bordering Syria.[27] Turkish Govenrment has facilitated a "General Directorate of Migration Management to deal with this humanitarian crisis she faced. Prime Ministry AFAD[28] is also responsible to manage disaster and emergency situations in relating to Syrian citizens in Turkey. It has been coordinating temporary protection for the Syrian Citizens who are accepted to Turkey.[29] AFAD has been trying to satisfy all humanitarian needs of Syrian Citizens in 26 camps which are located in 10 provinces over a year.[30] It is also responsible in building tent and container cities and in ensuring coordination in there as well.[31]

---

[26] Report of the Meeting of the Expert Group on Temporary Refugee in Situations of Large-Scale Influx

[27] Yayladagi, Altinozu, Reyhanli tent cities at the first stage beginning from May-June 2011.As the date of 26 September 2013, Hatay has 2 for each tent cities in Altinozu and Yayladagi, 1 container city in Apaydin and 1 temporary office of posting in Reyhanli. Sanliurfa has 1 for each tent city in Ceylanpinar and Akcakale and 1 container city in Harran. Gaziantep has 1 for each tent city in Islahiye, Karkamis and Nizip and one container city in Nizip. Kilis has 2 container city in Oncupinar and Elbeyli Besiriye, Kahramanmaras has 1 tent city in city center, Osmaniye has 1 tent city in Cevdetiye, Adiyaman has 1 tent city in city center, Adana has 1 tent city in Saricam, Mardin has 1 tent city in Midyat and Malatya has 1 container city in Beydagi. Also building activities of Sanliurfa Viransehir, Suruc tent-city, Hatay Güvecci tent-city, have completed. Turkey has 26 temporary housing as of 12 December 2016

https://www.afad.gov.tr/en/2602/Current-Status-in-AFAD-Temporary-Protection-Centres, Date accessed: 10.01.2017

https://www.afad.gov.tr/tr/2374/Barinma-Merkezlerinde-Son-Durum, Date accessed: 10.01.2017

[28] Republic of Turkey, Prime Ministry Disaster & Emergency Management Presidency, https://www.afad.gov.tr/EN/Index.aspx , Date accessed: 10.01.2017

[29] Report of the Meeting of the Expert Group on Temporary Refugee in Situations of Large-Scale Influx

[30] Report of the Meeting of the Expert Group on Temporary Refugee in Situations of Large-Scale Influx

[31] Report of the Meeting of the Expert Group on Temporary Refugee in Situations of Large-

Turkish Red Crescent provides service regarding sheltering, food, health, security, social activity, education, religious service, translatorship, telecommunication, banking and other services in the every tent and container cities.[32]

Furthermore, the daily humanitarian needs and health services of more than three hundred thousand Syrian citizens, who live outside the camps in various provinces of Turkey have been also met by related Turkish authorities.[33] They are registered by AFAD . Registered Syrians receive an ID card. This card gives them access to medical and other material assistance services.

All Syrian citizens in Turkey benefit from temporary protection. However, the situation on the ground remains critical. Additional camps need to be set up.

Turkish authorities are responsible for maintaining security and safety in the camps. They have non-refoulement and basic human rights, which is prohibited by the European Convention on Human Rights, the International Covenant of Civil and Political Rights, the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment and customary international law.[34]

III. International Community

Contemporary international community consist of States, international organizations, non-governmental organization and persons. It describes the whole international system.[35]In theory, international protection is a collective duty of the community of States including other elements. But, unlike the work which is ideal in real.

Scale Influx

[32] Within the scope of education services 510.000 Syrian students have studied. As of the date of November 30, 2016. 780.000 operations have been carried out, 20.2 million outpatient services have been rendered, and 940.000 hospital patients were treated in camps. Until now 178.000 babies were born in Turkey. The services have provided so far December 2016, Report of the Meeting of the Expert Group on Temporary Refugee in Situations of Large-Scale Influx

[33] Report of the Meeting of the Expert Group on Temporary Refugee in Situations of Large-Scale Influx

[34] "Turkey: National Authorities and the International Community must in Partnership to Meet the Needs of Syrian Refugees"Amnesty International Briefing , Amnesty International Publications 2013, pp.12

[35] Bruno Simma and Andreas L. Paulus, "The 'International Community': Facing the Challenge of Globalization", **European Journal of International Law,** 9 (1998), pp.268

There are more than 65.3 million refugees in the world as of 2016. The biggest producer of new displacement is Syria.[36]

Refugee is heavy burden for the all the world not only in terms of economics but also in terms of political and social aspects. According to the United Nations, there are some 232 million international migrants. The World Bank released that migrants from developing countries alone are expected to send home $414 billion in 2013.[37] Therefore, the States doesn't want refugees in own country. For example, all Syrian refugees's %8 are hosted by Europen Union[38]

The main institutions working on the field of refugees is UNHCR and NGOs. Legal texts foreseen that to be shared the burden about refugees and requires cooperation of the States. UNHCR doesn't see the appropriate structure for temporary protection in the cases of mass influx. Because UNHCR and international refugee system were created by the Western bloc nations in 1951 shorty after the start of the Cold War. The system envisioned individuals arriving in small numbers from Communist countries. [39]

III.A. Burden - Sharing

"Burden" has a multi-faceted connotation which goes beyond financial costs and includes demographic aspects, competition for national food resources, medical services, jobs and housing. In addition, other unquantifiable costs in terms of environmental and ecological damage, destabilizing effects on local populations were also raised.[40]

The term burden-sharing was used as first in the context of debates about NATO in the early 1950s. It has been discussed and made a commitment by EU since mid-1980s. This concept recognized in the context of displaced person and refugee unequal distribution of these individuals and their related

[36] http://www.unhcr.org/52b310a06.html, Date accessed: 03.01.2017

[37] http://www.unicankara.org.tr/v2/pages/posts/at-high-level-meeting-ban-puts-forward-recommendations-to-lsquomake-migration-workrsquo-562.php#.UlOdlVD7rLo, Date accessed: 10.12.2016

[38] http://beta.worldbank.org/en/news/feature/2016/08/03/municipalities-at-the-forefront-of-the-syrian-refugee-crisis, Date accessed: 09.09.2016

[39] Ahilan T. Arulanantham, "Restructured Safe Haven "A Proposal for Reform of the Refugee Protection System" **Human Rights Quarterly**, Vol.22, 2000, pp. 3

[40] Progress Report on Informal Consultations on the Provision of International Protection to All Who Need It.

efforts.[41] After 1980s it was emphasised that burden-sharing was a key to ensuring principled responses to influxes of asylum-seekers, particularly mass influxes into developing countries, which satisfy international protection requirements and comply with obligations towards refugees;[42]

Burden-sharing has accepted as a legal obligation in report of the UNHCR Standing Committee.[43] Monetary or materials coming from UNHCR could be considered as an assistance, but not to be viewed as the fulfilment of an international obligation. It has seen inequalities due to fact that burden-sharing has not been considered as a legal obligation. [44]

Some ways have been proposed for serve to reduce disparity in refugee burden-sharing . One of them is a formalized cooperative regime would ensure that the developed States pay compensation to developing States for refugee. This system recommended by Schuck cannot be established. Hathaway formalized this system and to support of protection of refugees and becoming legally binding obligation in practice.[45] Schuck envisaged that to be established a central refugee protection fund for this reason. Creating a centrally administered refugee protection fund into which each State would be obliged to pay a sum equal to its share under the protection criterion. The central authority would then contract with indidual States for protection services.[46] It is named as "fiscal" or "financial" burden-sharing as well. [47] This approach entails two important disadvantages. First, it would restrict the acceptable currency of trade to cash . Thereby limiting the number and flexibility of possible transactions. Second, it would be complex and involve higher transaction costs.[48] Furthermore, poor countries may compete with each

[41] Eiko R. Thielemann " Towards A Common EU Asylum Policy: The Political Economy of Refugee Burden- Sharing" http://www.utexas.edu/cola/centers/european_studies/_files/PDF/immigration-policy-conference/thielemann.pdf, pp.3, Date accessed: 10.08.2016

[42] Progress Report on Informal Consultations on the Provision of International Protection to All Who Need It.

[43] Progress Report on Informal Consultations on the Provision of International Protection to All Who Need It.

[44] Hathaway& Neve, ibid., pp. 141, Schuck, ibid., pp. 254

[45] Hathaway&Neve, ibid., pp. 141, Arulanantham, ibid., pp 31

[46] Schuck, ibid., pp. 284

[47] Agnes Hurwitz, **The Collective Responsibility of States to Protect Refugees**, Oxford University Press, 2009, pp.146, 147

[48] Thielemann, ibid., pp. 20

other to offer developed countries a lower price for their refugee protection burden. This may transform race for providing the cheapest and the quality of protection may decrease.[49]

Another system in burden-sharing is quota. An international agency specify each participating State a refugee protection quota and thus responsibility of each State involves a certain number of refugee defined by this quota. Participating States to quota system could permit use own quota for other State. For using quota pay money or other resources that transferee values.[50] According to Schuck, UNHCR is obvious candidate for executing of this system. UNHCR will be able to assign quota, it hitherto performs some similar functions. [51] There are some objections for quota system. These are unworkability, quatility of protection and commodification.

For above mentioned suggestion, burden-sharing should satisfy three criteria of fairness: consent, broad participation and proportionality. Consent is essential. No State should be obliged to participate in the burden-sharing unless it voluntarily undertakes to do so. Broad participation in burden-sharing is justified on the basis of each State's membership in an international community. It is proposed that initially regional basis for burden-sharing thereby within that region becuse of the more firmly entrenched patterns of intraregional influence. The proportionality principle is both a norm of fairness and a constraint dictated by political effect. It demands that a State's share of burden be limited to its burden-bearing capacity relative to that of all other States in the international community.[52]

Another recommendation on refugee burden, is to establish "safe haven". So, the refugee who protected in safe areas will not burden to other countries.[53] Already, the protecting to refugee in third countries have been seen incompatible with the Refugee.[54] Legal basis of the safe haven is identified Security Council' s Declaration of 1992, " *...the non-military sources of instability in the economic, social, humanitarian and ecological fields have*

[49] Arulanantham, ibid., pp. 37

[50] Thielemann, ibid., pp. 20

[51] Schuck, ibid., pp. 299

[52] Schuck, ibid., pp. 276-277

[53] Arulanantham, ibid., pp. 49

[54] Cherubini, ibid., pp. 248

become threats to peace and security."[55] *Therefore, safe haven could create under Chapter VII of the Charter of the United Nations, especially in the situations could create influx of refugees.*[56] *Safe havens allow refugees to avoid the trauma of dislocation to another country while maintaining their protection under international auspices.* [57] *Safe haven's disadvantage that refugees may not protect in there against aggression by government or other ethnic groups. Additionally, international staff may not want to go to there. Other than that persons living in safe haven are internally displaced and they need of international protection.*

III.B. International Cooperation

The countries faced with a massive influx differ from each other in respect to financial and physical conditions. Obviously, they cannot cope with the situation alone. Since large-scale influx situations can create problems for the host country .Therefore, international solidarity and co-operation are often essential in this type of situation.[58]

Cooperation between States is one of the defining principles of contemporary international relations as Stated in the United Nations Charter[59], the Refugees Convention[60] and the 1970 UN Declaration on Principles of

[55] Decision of 31 January 1992 (3046 th meeting) pp. 821,Repertoire of the Practice of the Security Council, Chapter VIII. Consideration of Questions under the Responsibility of the Security Council for the Maintenance of International Peace and Security.

[56] Arulanantham, ibid., pp. 49

[57] Arulanantham, ibid., pp. 39

[58] Report of the Meeting of the Expert Group on Temporary Refugee in Situations of Large-Scale Influx.

[59] Art. 55. With a view to the creation of conditions of stability and well-being which are necessary for peaceful and friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, the United Nations shall promote:
a. higher standards of living, full employment, and conditions of economic and social progress and development;
b. solutions of international economic, social, health, and related problems; and international cultural and educational cooperation; and
c. universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion.
Art. 56. All Members pledge themselves to take joint and separate action in co-operation with the Organization for the achievement of the purposes set forth in Article 55.

[60] Preamble. Considering that the grant of asylum may place unduly heavy burdens on certain countries, and that a satisfactory solution of a problem of which the United Nations has recognized the international scope and nature cannot therefore be achieved without international co-operation

International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States.[61]

It is meant that cooperation to international protect is not only State-State but also State-UNHCR.[62] Although an obligation of cooperation put into force in international texts, we cannot say that it could be applied. States are not in collaboration about sharing burden of refugees in the World.[63] But, they have cooperation over control at common borders.[64]

International community is unwilling and inadequate in burden-sharing for Syrian citizens coming to Turkey since 2011, Turkey allocated at least 12 billion $ to humanitarian relief effort, whereas the international community's contributions remain at 512 million $.[65] As it is seen, only very limited amount met by international community.

IV. Human Rights Perspective

When it is looked at the issue from human rights perspective.According to the United Nations Report of Expert Group on Temporary Refugee in Situations of Large-Scale Influx; Vast majority of the refugees in the mass influx are often maintained as destitute persons in large refugee agglomerations. Their accommodation is often of a rudimentary or temporary nature. Their presence is usually subject to restrictive conditions applying to such basic aspects as movement. They are not received into the local community in any meaningful sense. They are, as it were, held at the threshold of the community.[66]

---

61 "States have the duty to co-operate with one another, irrespective of the differences in their political, economic and social systems, in the various spheres of international relations, in order to maintain international peace and security and to promote international economic stability and progress, the general welfare of nations and international co-operation free from discrimination based on such differences."

Hurwitz, ibid., pp. 138

62 Note on International Protection, ibid., para 45

63 "..Industrialized States spend billions of dollars annually to processthe claims od the small minority of the world's refugee population that manages to evade non- entree schemes and to claim protection in the North. These same wealty governments contribute less than U.S. $ 1.2. billion each year to address the needs of the more than eighty percent of refugees remaining in the South .." Hathaway&Neve, ibid., pp. 153

64 Cherubini, ibid., pp. 133

65 https://www.afad.gov.tr/en/2601/Turkey-Response-to-Syria-Crisis, Date accessed: 07.01.2017

66 Report of the Meeting of the Expert Group on Temporary Refugee in Situations of Large-Scale Influx,

For various reasons, the most of the countries have been unwilling to provide a sustainable solution for even a limited number of these refugees.

As it is known, host countries may refuse to admit more people or threaten to expel those already in its territory, pleading national security or the need to safeguard local population.[67]

Nevertheless, refugees, asylum seekers and other type of migrations have human rights. Accordingly, the basic minimum standards should be provided for them. For instance, (a) they should not be punished solely on the grounds of their presence or illegal enterance to country; (b) their sorrowful plight should be understood and they should be given special assistance without being exposed to any kind of cruel, inhuman or degrading treatment; (c) they should not be discriminated on account of their race, nationality, country of origin, religion or political opinion; (d) they should enjoy the right to free access to courts in order to protect their legal rights; (e) the restrictions on movement might be admissable only when they are necessary; (f) the safety and well-being of their location in the country of refuge should be a primary consideration; (g) fundamental sanitary and health facilities should be provided to them; (h) the unity of their family should be respected; (i) in an effort to trace their relatives all kinds of possible assistance should be given; (j) both special protection and assistance should be given to women and children; (k) in case of minor unaccompanied children (who have a relative or other close relations) the investigation should be carried out with all due haste. If a child does not have a close relative, the child should, if possible, be accomadated in his/her own linguistic and cultural group. The child's best interests should always be the principal consideration; (l) they should enjoy practising their religion and providing religious education to their children; (m) communication via mail should be allowed; (n) at least material assistance from friends or relatives, on a limited scale, should be allowed; (o) necessary arrangements should be completed where possible, for the registration of births, deaths and marriages; (p) they should be granted all the appropriate opportunities to facilitate obtaining an adequate, durable solution; and lastly (q) they should be allowed to transfer their assets to the country where the long-term solution was obtained.[68]

---

[67] Report of the Meeting of the Expert Group on Temporary Refugee in Situations of Large-Scale Influx

[68] Report of the Meeting of the Expert Group on Temporary Refugee in Situations of Large-Scale Influx.

Conclusion

The validity and existence of temporary protection with regard to human rights is still discussed and is a hot topic in international law. Parties to this discussion have not mutually agreed on a clear definition and mechanism on this issue. Unfortunately, at the present time temporary protection evolves into a mecanism immigration. [69] I exactly join the statement of Hathaway and Neve, "..Refugee protection is a human rights remedy, which should be separated from immigration policies."[70] It should be distinguished that protection of the refugees as internationally is not international humanitarian aid. [71] There is a need for proportionate sharing of the burden. The funds distribute more equally.[72] Turkey is faced with all this severe conditions with very limited assistance and support from international community. This is not consistent with the burden-sharing principle stated in main international legal documents. Burden-sharing issue should not be left for States or NGOs individual effort.

The deteriorating humanitarian situation in Syria continues a threat to peace and security in the region.[73] Threating to peace and security in a region is threating to peace and security in all over the world.

[69] Emily Copeland, "Global Refugee Policy: An Agenda for the 1990's", **International Migration Review**, Vol.26, No:3, (Autumn 1992), pp.994

[70] Hathaway&Neve, ibid., pp. 152

[71] Copeland, ibid., pp. 994

[72] " in 1993, UNHCR allocated more funds to refugeeprotection in Europea alone then it did for the protection of three times as many refugeein Africa, Asia and the Middle East combined." Hathaway&Neve, ibid., pp. 141

[73] A/RES/2332, 21 December 2016, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2332(2016), Date accessed: 28.12.2016

References

"Turkey: National Authorities and the International Community must in Partnership to meet the Needs of Syrian Refugees"Amnesty International Briefing , Amnesty International Publications 2013.

A/RES/2332, 21 December 2016, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2332(2016),

A/RES/37/195, 18 December 1982, http://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r195.htm

Arulanantham, Ahilan T.: "Restructured Safe Haven "A Proposal for Reform of the Refugee Protection System" **Human Rights Quarterly**, Vol.22, 2000, pp. 1-56

Cherubini, Francesco: **Asylum Law in the European Union,** Routledge Research in Asylum, Migration and Refugee Law, London and New York, 2015

Copeland, Emily: "Global Refugee Policy: An Agenda for the 1990's", **International Migration Review**, Vol.26, No:3, (Autumn 1992), pp. 992-999

Council Directive, 2001/ 55/EC, Official Journal of the European Communities, http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2002:115E:0031:0032:EN:PDF

Edwards, Alice: "Temporary Protection, Derogation and the 1951 Refugee Convetion", **Melbourne Journal of International Law,** Vol. 13, 2012, pp. 1-41

Fitzpatrick, Joan: "Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime" **The American Journal of International Law**. Vol. 94, No.2 (Apr. 2000), pp. 279-305

Gibney, Matthew J.: "Liberal Democratic States and Responsibilities to Refugees",***American Political Science Review,*** Vol. 93, No.1, March 1999, pp. 168-181

Hathaway, James C. &Neve, R. Alexander: "Making International Refugee Law Relevant Again: A Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection" **Harvard Human Rights Journal,** Vol.10, 1997, pp. 115-211

http://beta.worldbank.org/en/news/feature/2016/08/03/municipalities-at-the-forefront-of-the-syrian-refugee-crisis

http://syb.icisleri.gov.tr/ortak_icerik/syb/m%C3%BClki%20idare%20amirleri%20%20s%C4%B1n%C4%B1r%20g%C3%B6revi%20rehberi.pdf

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/67/PV.80

http://www.unhcr.org/52b310a06.html

http://www.unhcr.org/syria-emergency.html,

http://www.unicankara.org.tr/v2/pages/posts/at-high-level-meeting-ban-puts-forward-recommendations-to-lsquomake-migration-workrsquo-562.php#.UlOdlVD7rLo

https://www.afad.gov.tr/en/2602/Current-Status-in-AFAD-Temporary-Protection-Centres,

https://www.afad.gov.tr/tr/2374/Barinma-Merkezlerinde-Son-Durum

Hurwitz, Agnes: **The Collective Responsibility of States to Protect Refugees**, Oxford University Press, 2009.

Note on International Protection, UN General Assembly, A/AC.96/830. 7 September 1994.

Progress Report on Informal Consultations on the Provision of International Protection to All Who Need It, EC/48/SC/CRP.32, Standing Committee, 25 May 1998, http://www.unhcr.org/3ae68cff4.html,

Protection of Refugees in Mass Influx Situation: Overall Protection Framework, Global Consultation on International Protection, EC/GC/01/4, 19 February 2001, First Meeting, http://www.unhcr.org/3ae68f3c24.pdf,

Report of the Meeting of the Expert Group on Temporary Refugee in Situations of Large-Scale Influx (Geneva 21-24 April 1981) , EC/SCP/16/Add.1, 17 July 1981, http://www.unhcr.org/3ae68cd04.html,

Republic of Turkey, Prime Ministry Disaster & Emergency Management Presidency, https://www.afad.gov.tr/EN/Index.aspx

Schuck, Peter H.: "Refugee Burden-Sharing: A Modest Proposal", **Yale Journal of International Law**, Vol. 22, 1997, pp.243-297

Simma, Bruno and Paulus Andreas L., "The ' International Community': Facing the Challenge of Globalization", ***European Journal of International Law,*** 9 (1998), pp.266-277

Thielemann , Eiko R.:" Towards A Common EU Asylum Policy: The Political Economy of Refugee Burden- Sharing" http://www.utexas.edu/cola/centers/european_studies/_files/PDF/immigration-policy-conference/thielemann.pdf.

Whittaker, David J.: **Asylum Seekers and Refugees in the Contemporary World,** Routledge,London and New York, 2006

BAZI KAMU GÖREVLERİNDE BULUNMAKTAN DOLAYI DOĞRUDAN ELDE EDİLEN YETKİ BELGELERİNİN HUKUKİLİĞİ

Yasin SÖYLER*

ÖZET

Hukuk kurallarınca, kamu görevlilerine, yürütmüş oldukları bazı kamu görevlerinin sonucu olarak özel sektörde meslek icra elde etme yetkisi veren yetki belgelerini diğer kişilere göre farklı koşullar altında elde edebilme hakkı verilebilmektedir. Farklı koşullar içerisinde ise eğitim, staj ve sınav gibi muafiyetler yer almaktadır. Bu tür uygulamalar hem toplum genelinde hem de özel olarak konu ile ilgili kişiler arasında ciddi tartışmalar ortaya çıkarmakta, tartışmaların kaynağını ise uygulamaların adil olup olmadığı yönündeki tezler oluşturmaktadır. Bu çalışmada, öncelikle Türk hukuk sisteminde yer verilen bu tür muafiyet uygulamalarının genel olarak tespiti yoluna gidilmiştir. Sonrasında muafiyet uygulamalarını doğuran nedenler araştırılmış ve tartışılmış, son bölümde ise bu tür uygulamaların eşitlik ilkesi, kanunilik ilkesi, çalışma özgürlüğü ve kamu yararı gibi hukuk kural ve ilkeleri çerçevesinde tahlili yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Muafiyet, eşitlik ilkesi, kanunilik ilkesi, kamu yararı, çalışma özgürlüğü.*

LEGALITY OF AUTHORIZATION DOCUMENTS OBTAINED DIRECTLY THROUGH HOLDING SOME PUBLIC OFFICE POSITIONS

ABSTRACT

By legal rules, public officials might be entitled to obtain authorization documents that allow them to practice certain professions in the private sector as a result of certain public duties they have undertaken, which creates a situation where they get those documents under different circumstances comparing to other people. Those different circumstances include some exemptions such as education, internship, and exam. Such practices present serious debates in both the society as a whole and the people concerned in particular. The source of the discussions is the thesis on whether these practices are fair or not. In this study, first, such exemptions in the Turkish legal system are determined in general. Next, the causes of exemption practices are investigated and discussed, and finally, in the last chapter such practices are analyzed within the framework of some law principles such as equality principle, legality principle, freedom of work and public interest.

Keywords: *Concession, equality principle, legality principle, public interest, freedom of work.*

---

* Dr., Başbakanlık Uzmanı, ya.soyler@hotmail.com

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 23/03/2017

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 17/05/2017

GİRİŞ

Birçok hukuk sisteminde kamu görevlileri, yürütmekte oldukları hizmetin kamu hizmeti niteliği taşıması nedeniyle diğer çalışanlardan farklı bir hukuki statüye konulmaktadır. Kamu görevlileri, bu statü içerisinde diğer çalışanlardan farklı olarak bazı haklar edinebilmekte ve sorumluluklar yüklenmektedir. Elde edilebilen haklardan birisi de bazı kamu görevlilerinin, yürütmekte oldukları kamu hizmetinin niteliği, yaptıkları iş, edindikleri mesleki unvanlar ve hizmet süreleri göz önünde bulundurularak, serbest meslek yapabilmelerine imkân tanıyan sertifika ya da ruhsat gibi yetki belgelerini eğitim, staj ya da sınav gibi zorunluluklardan muaf tutularak edinebilmeleridir. Genellikle kamu görevlileri, yürüttükleri kamu görevi süresince edindikleri yetki belgelerinin izin verdiği serbest meslekleri aynı zamanda yapamasalar da kamu görevinden ayrıldıkları zaman, ellerinin altında bu belgeler hazır bulunmakta ve yeni işlerini söz konusu belgeler ile hemen kurabilmektedirler.

Bu uygulamanın hukuk sistemimizde karşımıza çıkardığı tartışma eğitim, staj ya da sınav gibi konularda diğer kişilerden farklı olarak kamu görevlilerine tanınan muafiyetlerdir. Diğer kişilerin tabi olduğu şekilde anılan muafiyetler tanınmaksızın kamu görevlilerinin de söz konusu belgeleri edinebilmeleri hususunda –kamu görevi ile serbest meslek icrasının aynı anda yürütülmemesi kaydıyla- genellikle hukuki bir sorun karşımıza çıkmamaktadır. Tabi hukuki bir sorun derken, bu uygulamanın tamamen sorunlu olduğunu ifade etmiyoruz. Sadece bu uygulama bazı hukuksal sorunları beraberinde getirmektedir. Çalışmanın amacı söz konusu uygulamanın bazı örnekleriyle birlikte ortaya konulması, ortaya çıkan hukuksal sorunların tespiti ve değerlendirilmesi ve olması gereken hukuk bakımından uygulamanın ne yönde geliştirilmesi gerektiği hususunda fikir üretmektir.

Çalışmamızda her bir muafiyet yönünden özel değerlendirmeler yapmak yerine, bu muafiyetler ana hatları ile tek tek ortaya konulduktan ve sınıflandırıldıktan sonra genele yönelik değerlendirmeler yapmak şeklinde bir yöntem izlenmiştir. Çünkü her bir muafiyet bakımından yapılacak değerlendirmeler, aynı hukuk ilke ve kuralları çerçevesinde (eşitlik ve kanunilik ilkesi gibi) ele alınmaktadır. Ayrıca muafiyetlere genel bir bakış açısıyla yaklaşmak ve değerlendirmeleri buna göre yapmak, eşitlik ilkesinin gözetimi ve adil bir uygulamanın yakalanabilmesi için zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Tekil düzeyde yapılan değerlendirmeler bazen genele uygulandığında aynı sonuçları vermemektedir.

Bahsi geçen muafiyetler sadece *devlet memurları*na değil, *hâkim-savcı* ve *öğretim üyesi* gibi kamu görevlilerine de tanınabilmektedir. Bu nedenle çalışma boyunca *devlet memuru* kavramı yerine *kamu görevlileri* deyimi kullanılmıştır.

I. TANINAN MUAFİYETLERİN GENEL GÖRÜNÜMÜ

Hukuk sistemimizde bazı kamu görevlilerinin sertifika ve ruhsat gibi yetki belgelerini muafiyet tanınarak elde edebilmelerine yönelik birçok düzenleme vardır. Söz konusu düzenlemelerin eksiksiz olarak bir liste halinde ortaya konulmasının güçlüğünden dolayı burada tespit edilebilen belli başlı bazı hukuksal düzenlemeler ele alınmış ve bunlar üzerinden değerlendirmeler yapılmıştır. *Avukatlık ruhsatnamesi*, *iş güvenliği uzmanlığı belgesi*, *enerji yöneticisi sertifikası*, *gemi acentesi yetkilisi ve gemi acentesi personeli yetki belgesi, serbest muhasebeci mali müşavirlik* ve *yeminli mali müşavirlik ruhsatı*, *gümrük müşavir yardımcılığı* ve *gümrük müşavirliği izin belgeleri* söz konusu düzenlemelere konu olan yetki belgelerinden bazılarıdır. Niteliğine uygun düştüğü ölçüde söz konusu belgeler hakkında yapılan değerlendirmelerin burada ele alınmayan *çevre görevlisi belgesi*, *yurt içi müteahhitlik karnesi* ve *plan yapımı yeterlilik belgesi* gibi diğer belgeler bakımından da geçerli olacağı gözden kaçırılmamalıdır.

Elde edilebilme şartları bakımından bazı kamu görevlilerine muafiyet tanınan yetki belgelerinden ele aldığımız ilk belge *avukatlık ruhsatnamesi*dir. Normal koşullar altında avukatlık ruhsatnamesinin elde edilebilmesi için avukat adaylarının, avukatlığa kabul şartlarından olan avukatlık stajını tamamlayarak staj bitim belgesi almış bulunması gerekirken (*1136 s. Avukatlık Kanunu, md. 3/1, c*) adli, idari ve askerî yargı hâkimlik ve savcılıklarında, Anayasa Mahkemesi raportörlüklerinde, Danıştay üyeliklerinde, üniversiteye bağlı fakültelerin hukuk bilimi dersleri dalında profesörlük, doçentlik, yardımcı doçentlik görevlerinde dört yıl, kamu kurum ve kuruluşlarının hukuk müşavirliği görevinde on yıl süre ile hizmet etmiş olanlarda avukatlık stajını tamamlayarak staj bitim belgesi almış bulunma şartı aranmamaktadır (*md. 4/1*)[1]. Benzer şekilde Türk vatandaşları ve Türk uyruğuna kabul olunanlardan

[1] 02.05.2001 tarihli ve 4667 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesi ile 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda yapılan bir değişiklikle avukatlığa kabul şartları arasına *"Avukatlık sınavını başarmış olmak"* şartı da eklenmişti. Söz konusu şart, 3. maddede sonradan 2006 yılında yapılan bir değişiklikle yürürlükten kaldırılmıştır. Fakat avukatlık sınav şartı yürürlükte kalmış olsaydı, bu şart da hâkim, savcı, hukuk alanındaki profesör, doçent, yardımcı doçent ve hukuk müşavirleri yönünden muafiyetler arasında kabul edilecekti.

yabancı hukuk fakültelerinden mezun olup da geldikleri yerde dört yıl süreyle mahkemelerin her derecesinde hâkimlik, savcılık veya avukatlık yapmış ve avukatlığı meslek edinmiş bulunanlarda, Türk hukuk fakülteleri programlarına göre noksan kalan derslerden usulüne uygun olarak yapılan sınavlarda başarı göstermiş ve ayrıca Türkçe'yi iyi bilir oldukları da bir sınavla anlaşılmış olmak kaydıyla, avukatlık stajını tamamlayarak staj bitim belgesi almış bulunma şartı zorunluluk olarak öngörülmemiştir (*md. 4/2*). Görüldüğü üzere Avukatlık Kanunu'nda muafiyete ilişkin yer verilen söz konusu düzenlemeler ile *hâkim, savcı,* hukuk alanındaki *profesör, doçent, yardımcı doçent* ve *hukuk müşaviri* unvanını haiz kamu görevlilerine, sahip oldukları unvanlarla dört ya da on yıl gibi görev yapmaları kaydıyla, avukatlık ruhsatnamesini elde edebilmeleri için şart olan avukatlık stajını tamamlayarak staj bitim belgesi almış bulunma şartı getirilmemiştir[2]. Bu unvanları haiz olmayan kamu gö-

[2] Hâkim, savcı, hukuk alanındaki profesör, doçent, yardımcı doçent ve hukuk müşaviri unvanını haiz iken avukatlık ruhsatnamesinin elde edilebilmesi ile avukatlık mesleğinin icrasının birbirinden farklı hususlar olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Avukatlıkla birleşemeyen ve birleşebilen işler, Avukatlık Kanunu'nun 11. ve 12. maddelerinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu çerçevede her ne kadar hâkim ve savcılar ile yardımcı doçent ve hukuk müşavirlerine, Kanunun 4. maddesi ile avukatlık ruhsatnamesi elde edebilme hakkı tanınmışsa da Kanunun 11. maddesi ile bunların aynı zamanda avukatlık yapabilmeleri imkânsız kılınmıştır. (Hâkim ve savcılar zaten işin doğası gereği hâkimlik ve savcılık mesleği ile birlikte aynı zamanda avukatlık mesleğini icra edemez.) Hukuk alanındaki profesör ve doçentler bakımından ise bu kurala bir istisna getirilmiş ve söz konusu unvanları haiz akademik personelin akademisyenlik mesleği ile birlikte aynı zamanda avukatlık yapabilmelerine de imkân tanınmıştır (md. 12/1, b). Diğer taraftan 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 36. maddesinde, 21.01.2010 tarihli ve 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla (*Tam Gün Yasası* olarak bilinmektedir) yapılan değişiklikle, öğretim elemanlarının üniversitede sadece devamlı statüde görev yapacağına yönelik bir hüküm ile yine öğretim elemanlarının, 2547 sayılı Kanun ile diğer kanunlarda belirlenen görevler ve telif hakları hariç olmak üzere, yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başka herhangi bir iş göremeyecekleri, ek görev alamayacakları ve serbest meslek icra edemeyeceklerine yönelik bir hükme yer verilmiştir. Söz konusu hükümlerden ikincisi Anayasa Mahkemesi tarafından,

> "*Yasakoyucu, yükseköğretimin Anayasa'da belirtilen ilkeler doğrultusunda geliştirilmesi, bu bağlamda sağlık sorunlarının çözüme kavuşturulması için öğretim elemanlarının unvan ve statülerine uygun bazı sınırlamalar getirerek çalışma koşullarını belirleyebilir. Ancak getirilen bu sınırlamalar, üniversitelerdeki bilim özgürlüğü ve bilimsel özerkliğin gereği olan her türlü bilimsel faaliyeti engelleyici nitelikte olamaz. İptali istenen düzenleme ile üniversitelerin bilim verilerini yaymak, ulusal alanda gelişime ve kalkınmaya destek olmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek gibi görevlerini yerine getirmesinin engellendiği, ayrıca, üniversitelerde görev yapan öğretim görevlileri, okutmanlar, öğretim yardımcıları ile akademik olarak belirli bir yetkinliğe sahip öğretim üyeleri arasında herhangi bir ayrım*

revlileri ise avukatlık ruhsatnamesini elde edebilmek bakımından şart olan avukatlık stajını tamamlayarak staj bitim belgesi alma hakkına sahip olamayacaktır. Çünkü Avukatlık Kanunu'nun 16. maddesine göre avukatlık stajının yapılabilmesinde aranacak şartlardan birisi de avukatlığa engel bir halin bulunmamasıdır. Kanuna göre avukatlık mesleğiyle birleşemeyen bir işle uğraşmak, avukatlığa kabulde engel hallerden birisidir (md. 5/1, d). Kanunun 11. maddesine göre, aylık, ücret, gündelik veya kesenek gibi ödemeler karşılığında görülen hiçbir hizmet ve görev, sigorta prodüktörlüğü, tacirlik ve esnaflık veya mesleğin onuru ile bağdaşması mümkün olmayan her türlü iş avukatlıkla birleşemeyeceği için, aylık ya da ücret karşılığında görülen kamu görevliliği de avukatlıkla birleşemez. Dolayısıyla söz konusu hükümler gere-

---

yapılmaksızın mesai sonrası ücretsiz de olsa resmi veya özel herhangi bir iş yapmalarının yasaklandığı anlaşılmaktadır. Bu durumun Anayasa'nın 130. maddesi ile bağdaşmadığı açıktır."

gerekçesiyle iptal edilmiştir. AYMK, 16.07.2010, E. 2010/29, K: 2010/90, RG: 04.12.2010, 27775. Bu karar için ayrıca bkz. Nihan YANCI ÖZALP, *"Yasa, Kanun Hükmünde Kararname ve Mahkeme Kararları Işığında Tam Gün Sorunsalı"*, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIX, S. 2, 2015, s. 264 vd. Mustafa S. ÖZBEK, *"Avukatlıkla Bağdaşabilen Akademik Unvanlar"*, **Ankara Barosu Dergisi**, 2012/1, s. 39. Bu noktada hukuk alanındaki profesör ve doçentlerin avukatlık mesleğini icra edebilmeleri bakımından söz konusu kanunlar arasında bir çatışma olup olmadığı hususu değerlendirilmeye ihtiyaç duymaktadır. Bir görüş olarak, üniversitede devamlı statüde görev yapılması kaydıyla mesai dışında avukatlık mesleğinin yapılabileceği iddia edilerek söz konusu hükümler arasında bir çatışma olmadığı ileri sürülebilir. Bu yönde bkz. ÖZBEK, s. 39-40. Anılan Anayasa Mahkemesi kararında, her meslek türünden öğretim elemanlarının tamamı için böyle bir sonuca varıldığı anlaşılmaktadır. Danıştay da kararlarında, devlete ait üniversitelere bağlı tıp fakültelerinde öğretim üyesi sıfatıyla çalışan doktorlar bakımından aynı yönde sonuçlara ulaşmaktadır. Bkz. D15D., 22.01.2016, E. 2015/8510, K. 2016/204, http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet, (Erişim Tarihi: 09.12.2016). Fakat kanaatimizce avukatlık mesleği sadece mesai saatleri sonrası yapılabilecek bir meslek olmadığından anılan hükümler arasında çatışmanın varlığı kabul edilmelidir. Çatışmanın varlığı kabul edildiğinde ise hukuk alanındaki profesör ve doçentlerin avukatlık mesleğini icra edebilmeleri bakımından, Avukatlık Kanunu'nda yer alan hüküm Yükseköğretim Kanunu'nda yer alan hükme göre özel nitelik taşıdığı için Avukatlık Kanunu hükmünün öncelikle uygulanması gerektiği söylenebilir. Yükseköğretim Kanunu'nda yer alan hüküm her ne kadar sonraki tarihli hüküm olsa da hukuk alanındaki profesör ve doçentlerin avukatlık yapabilmelerinin hukuk bilimi, avukatlık mesleği ve toplumsal gelişim açısından ortaya çıkarabileceği faydalar göz önünde bulundurulduğunda, önceki tarihli özel hükmün öncelikle uygulanması somut olayın koşullarına daha uygun düşmektedir. Fakat bununla birlikte bu sonuç, hukuk alanındaki profesör ve doçentlerin avukatlık mesleğini icra etmelerinden dolayı hukuk bilimine, üniversiteye ve öğrencilere karşı olan sorumluluklarını ortadan kaldırmamalıdır. Bu konuda uygulamada ciddi sorunlarla karşılaşıldığı ve avukatlık mesleği ile akademisyenlik mesleğinin aynı anda yapılması hususuna ilişkin hukuki ve etik ilkelerin belirlenmesine yönelik bir aciliyet bulunduğu hakkında bkz. Aydın GÜLAN, *"Akademik Personelin Üniversite Dışında Mesleki Gelir Getirici Çalışmalarda Bulunmasının Meşruluğu Sorunu"*, **İÜHFM**, LXIX, S. 1-2, 2011, s. 41-42.

ğince diğer kamu görevlileri, görevlerini yürütürken bir taraftan da avukatlık stajını yapamayacaktır. Bunların avukatlık stajını yapabilmeleri ve böylece avukatlık ruhsatnamesini elde edebilmeleri, kamu görevlerinin son bulması halinde mümkün olabilecektir[3].

[3] Kamu görevlilerinin görevlerini yürütürken bir taraftan da kurumlarından aldıkları izin ile avukatlık stajını tamamlayarak staj bitim belgesi alma imkânının Avukatlık Kanunu'nun söz konusu hükümleri ile engellenmesinin, Anayasa'nın çalışma özgürlüğüne ilişkin hükümlerine aykırı olduğu kanaatindeyiz. Kamu görevlilerinin avukatlık stajını tamamlayarak staj bitim belgesini elde edebilmeleri, onların kamu görevi ile birlikte aynı zamanda avukatlık mesleğini yapmaları anlamına gelmemektedir. Kamu görevlilerinin avukatlık mesleğini yapabilmeleri için görevlerinin sona ermesi şarttır. Kamu görevi süresi içerisinde avukatlık mesleğinin yapılabilmesi şartlarının karşılanması ise sadece kamu görevlilerini yeni bir mesleğe hazırlama anlamını taşır. Böyle bir hazırlığın engellenmesinin hem kamu görevlileri hem de avukatlık mesleğinin gelişimi bakımından hiçbir faydası yoktur. Nitekim bu düşünceden hareketle olsa gerek yeni Avukatlık Kanunu Taslağı'nda kamu görevlilerine, stajın gereklerini yerine getirmek ve staja ilişkin zaman dilimlerinde görevlerini yapmak kaydıyla kamu görevini yürütürken aynı zamanda avukatlık stajını yapma hakkı da verilmiştir.
Kanun taslağı için bkz.
http://www.kgm.adalet.gov.tr/DUYURULAR/AVUKATLIK%20KANUNU%20TASLA%C4%9EI.pdf, (Erişim Tarihi: 31.08.2016) Benzer şekilde 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda her ne kadar kamu görevlilerine kamu görevliliği ile birlikte aynı zamanda arabuluculuk yapma hakkı tanınmamışsa da arabuluculuk eğitimine ve Adalet Bakanlığı'nca yapılan arabuluculuk yazılı ve uygulamalı sınavına katılma hakkı tanınarak, arabuluculuk siciline kaydolabilmek bakımından gerekli olan eğitim ve sınav şartlarını önceden karşılayabilme imkânı sağlanmıştır. Diğer taraftan kamu görevlilerinin görevleri devam ederken avukatlık stajı yapıp yapamayacaklarına ilişkin olarak Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 2014 yılında verdiği bir kararı ile ilk derece mahkemesinin karar gerekçesinde yer alan,

> *"... avukatlık mesleği ile birleşmeyen bir işte çalışmama şartının avukatlık mesleğini icra edebilmek için aranan bir koşul olduğu, aksi bir düşüncenin kabulünün, avukatlık ruhsatnamesini aldıktan sonra herhangi bir nedenle baro levhasından kaydını sildirmek suretiyle avukatlık mesleğinden ayrılan ve başka bir işte çalışmaya başlayan kişilerin avukatlık ruhsatnamelerinin iptal edilmesi sonucunu doğuracağı, bununla birlikte avukatlık ruhsatnamesinin verilmesinin memuriyetle birlikte avukatlık mesleğinin icra edilebileceği anlamına gelmeyeceği anlaşıldığından usulüne uygun olarak avukatlık stajını tamamlayan ve staj bitim belgesi idarece de geçerli kabul edilen ilgilinin baro levhasına yazılma kararını uygun bulan dava konusu Türkiye Barolar Birliği Yönetim kurulu kararında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine..."*

kısmını onayarak memurların, memuriyet görevini sürdürürken aynı zamanda avukatlık stajını da tamamlayıp avukatlık ruhsatnamesini elde edebileceklerine hükmetmiştir. DİDDK, 30.01.2014, E. 2010/3468, K. 2014/124, **Danıştay Dergisi**, S. 137, 2014, s. 75-77. Bu karar bazı internet sitelerinde hatalı olarak, aylıksız izindeki memurun avukatlık stajı yapabileceği şeklinde yorumlanmıştır. Örneğin, bkz. http://www.barobirlik.org.tr/Detay.aspx?ID=25388, (Erişim Tarihi: 09.12.2016). http://www.memurlar.net/haber/517215/, (Erişim Tarihi: 09.12.2016). Hâlbuki mezkûr karardan da anlaşılacağı üzere, İdari Dava

Ele aldığımız ikinci belge *iş güvenliği uzmanlığı belgesi*dir. *İş güvenliği uzmanlığı*, işverene iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda rehberlik ve danışmanlık yapmayı ifade etmekte, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda bu mesleğin genel esasları belirlenmekte ve işyerlerinde iş güvenliği uzmanlığı mesleği sahibi kişilerin istihdamı zorunluluğu getirilmektedir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda *iş güvenliği uzmanı*, usul ve esasları yönetmelikle belirlenen, iş sağlığı ve güvenliği alanında görev yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş, iş güvenliği uzmanlığı belgesine sahip, Bakanlık ve ilgili kuruluşlarında çalışma hayatını denetleyen müfettişler ile mühendislik veya mimarlık eğitimi veren fakültelerin mezunları ve teknik elemanlar; *teknik eleman* ise teknik öğretmen, fizikçi, kimyager ve biyolog unvanına sahip olanlar ile üniversitelerin iş sağlığı ve güvenliği programı mezunları olarak tanımlanmıştır (md. 3). Kanunda yer verilen mezkûr düzenlemelerin uygulanması amacıyla İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik yürürlüğe konulmuş ve bu Yönetmelikte iş güvenliği uzmanlığı belgesinin kimler tarafından, nasıl elde edilebileceği daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Anılan Yönetmelikte iş güvenliği uzmanlığı belgesi üç sınıfa ayrılmış (Yönetmeliğe göre iş güvenliği uzmanlarından; (C) sınıfı belgeye sahip olanlar az tehlikeli sınıfta, (B) sınıfı belgeye sahip olanlar az tehlikeli ve tehlikeli sınıflarda, (A) sınıfı belgeye sahip olanlar ise bütün tehlike sınıflarında yer alan işyerlerinde çalışabilirler. md. 7/2) ve her bir sınıf belgenin elde edilebilme koşulları farklı esaslara bağlanmıştır.

Konumuzu ilgilendiren yönüyle söz konusu Yönetmelik hükümlerinde, her üç sınıf belge bakımından da kamu görevlilerine bazı muafiyetler tanınmıştır. Eğitim ya da sınav muafiyeti getirilen kamu görevlilerini, elde edebilecekleri iş güvenliği uzmanlığı belgeleri arasında ayrıma gitmeden şu şekilde tasnif edebiliriz:

Daireleri Kurulunun onayladığı ilk derece mahkemesi kararında, aylıksız izindeki memurun avukatlık stajı yapmasına ilişkin hiçbir hususta bahsedilmemiştir. Aksine ilk derece mahkemesi kararında, devlet memurunun aylıksız izinde olsa da olmasa da avukatlık stajı yapabileceği hususu gerekçelendirilmiştir. Bu karar ve gerekçe kısmı ise İdari Dava Daireleri Kurulu'nca onaylanmıştır. Şu halde İdari Dava Daireleri Kurulu'nun söz konusu kararı, ilk derece mahkemesi kararı ve gerekçe kısmı ile aynileşmektedir. Sonuç olarak Danıştay'ın anılan Kararının *hak temelli yorum* anlayışına ve idari yargı hâkiminin *özgürlüklerin koruyucusu* olma işlevine uygun düştüğü söylenebilir. Anayasa yargısında hak temelli yorum anlayışı için bkz. Mehmet TURHAN, *"Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı"*, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, 62-3, s. 392 vd. İdari yargı hâkiminin özgürlüklerin koruyucusu olma işlevi için bkz. Ender Ethem ATAY, *"İdare Hukukuna İlişkin Temel Tespitler ve Bu Hukuk Dalının Belli Başlı Özellikleri"*, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S. 1, 2, 2007, s. 522.

1) İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü veya bağlı birimlerinde en az on yıl görev yapmış mühendislik veya mimarlık eğitimi veren fakülte mezunları ile teknik elemanlar.

2) İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü veya bağlı birimlerinde görevli mühendislik veya mimarlık eğitimi veren fakülte mezunları ile teknik elemanlar.

3) İş sağlığı ve güvenliği alanında müfettiş yardımcılığı süresi dahil en az on yıl görev yapmış mühendis, mimar veya teknik eleman olan iş müfettişleri.

4) İş sağlığı ve güvenliği alanında görevli mühendis, mimar veya teknik eleman olan iş müfettişleri.

5) İş sağlığı ve güvenliği alanında teftiş yapan mühendis, mimar veya teknik eleman olan iş müfettişleri hariç Bakanlık ve ilgili kuruluşlarında müfettiş yardımcılığı süresi dahil en az on yıl görev yapan müfettişler.

6) İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü ve bağlı birimlerinde uzman yardımcılığı süresi dahil en az on yıl fiilen görev yapmış mühendislik veya mimarlık eğitimi veren fakülte mezunları ile teknik elemanı olan iş sağlığı ve güvenliği uzmanları.

Görüldüğü üzere söz konusu Yönetmelik hükümlerinde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve ilgili kuruluşları ile İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü ve bağlı birimlerinde görevli bazı kamu görevlilerine eğitim durumları, unvanları ve hizmet süreleri gibi bazı kıstaslar uygulanarak iş güvenliği uzmanlığı belgesini, aynı durumda olmayan diğer kişilere göre daha kolay bir şekilde elde edebilmeleri için kolaylıklar getirilmektedir[4].

Üçüncü belge türü olarak *enerji yöneticisi sertifikası*nı ele alabiliriz. 5627 sayılı Enerji Verimliliği Kanunu'nda *enerji yöneticisi*, söz konusu Kanun kapsamına giren endüstriyel işletmelerde ve binalarda enerji yönetimi ile ilgili faaliyetleri yerine getirmekle sorumlu ve *enerji yöneticisi sertifikası*na sahip kişi, *enerji yönetimi* ise enerji kaynaklarının ve enerjinin verimli kullanılmasını sağlamak üzere yürütülen eğitim, etüt, ölçüm, izleme, planlama ve

[4] Benzer şekilde iş sağlığı ve güvenliği alanında yardımcılık süresi dâhil en az sekiz yıl teftiş yapmış olan hekim iş müfettişleri ile İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü ve bağlı birimlerinde iş sağlığı ve güvenliği alanında en az sekiz yıl fiilen çalışmış hekimler de eğitim ve sınav şartından muaf olarak doğrudan *işyeri hekimliği belgesi* elde edebilmektedir (İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik, md. 8).

uygulama faaliyetleri olarak tanımlanmıştır (md. 3/1, n ve o). Kanunda ayrıca enerji yöneticisi sertifikasına ilişkin hususların Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından yürürlüğe konulacak bir yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmüştür. Bu çerçevede yürürlüğe konulan Enerji Kaynaklarının ve Enerjinin Kullanımında Verimliliğin Artırılmasına Dair Yönetmelik ve Enerji Verimliliği Eğitim ve Sertifikalandırma Faaliyetleri Hakkında Tebliğ (Sıra No: 2012/5) ile enerji yönetici sertifikasına sahip olmanın şartları ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Yönetmeliğe göre enerji yönetici sertifikasına sahip olabilmek için kural olarak mühendislik alanında veya teknik eğitim fakültelerinin makine, elektrik veya elektrik-elektronik bölümlerinde en az lisans düzeyinde eğitim almış olmak, enerji yöneticisi teorik ve uygulamalı eğitimlerine katılmak ve yapılacak sınavda başarılı olmak şartları aranmaktadır (md. 11). Kural bu yönde olmakla birlikte Yönetmeliğin 11. maddesinin dördüncü fıkrası ile bu kurala bir istisna getirilmiştir. Anılan maddeye göre Elektrik İşleri Etüt İdaresi Genel Müdürlüğü'nün[5] enerji yöneticisi eğitimi ve etüt çalışmalarını yürüten birimlerinde en az iki yıl görev yapan ve bu çalışmalarda fiilen görev aldığını belgeleyen personeline, başkaca bir koşul aranmaksızın enerji yöneticisi sertifikası verilecektir. Enerji Verimliliği Eğitim ve Sertifikalandırma Faaliyetleri Hakkında Tebliğ (Sıra No: 2012/5) ile mezkûr Yönetmelik maddesi biraz daha somutlaştırılmış ve Tebliğin 5. maddesinin dördüncü fıkrasında, Yönetmelikte yer alan şartlar arasına ayrıca *"mühendislik alanında en az lisans düzeyinde eğitim almış personel"* yönünde bir şart daha getirilmiştir. Böylece Yenilenebilir Enerji Genel Müdürlüğünün enerji yöneticisi eğitimi ve etüt çalışmalarını yürüten birimlerinde en az iki yıl görev yapan, bu çalışmalarda fiilen görev aldığını belgeleyen ve mühendislik alanında en az lisans düzeyinde eğitim almış personeline, eğitim ve sınav şartlarından muaf tutularak enerji yöneticisi sertifikasına sahip olma hakkı tanınmıştır. Kural koyucu bahsi geçen şartları taşıyan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı görevlilerini enerji yöneticisi sertifikası almak bakımından nitelik itibarıyla yeterli görmüş, eğitim ve sınav gibi yükümlülüklerden onları muaf kılmıştır.

Enerji Kaynaklarının ve Enerjinin Kullanımında Verimliliğin Artırılmasına Dair Yönetmelik'te muafiyete yönelik düzenlemelere sadece enerji yöne-

[5] Enerji verimliliğine ilişkin görevler 11.10.2011 tarihli ve 662 sayılı KHK ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı bünyesindeki Yenilenebilir Enerji Genel Müdürlüğü'ne verildiğinden, burada yer alan Elektrik İşleri Etüt İdaresi Genel Müdürlüğü'nü Yenilenebilir Enerji Genel Müdürlüğü olarak değerlendirmek gerekir. Bu hususa ilişkin açık bir düzenlemeye maalesef Elektrik İşleri Etüt İdaresi Genel Müdürlüğü'nü kaldıran ve Yenilenebilir Enerji Genel Müdürlüğü'nü kuran mevzuatta yer verilmemiştir.

ticisi sertifikasını elde edebilmek bakımından yer verilmemiş, *etüt-proje sertifikası*nın elde edilebilmesinde de Yenilenebilir Enerji Genel Müdürlüğü personeline belli şartlar altında muafiyet tanınmıştır. Yönetmeliğin 12. maddesinin altıncı fıkrasına göre, Genel Müdürlüğün enerji verimliliği çalışmalarında en az on yıl süreyle görev almış olanlardan etüt çalışmalarında fiilen görev alan, mühendislik alanında en az lisans düzeyinde eğitim almış Genel Müdürlük personeline başkaca bir koşul aranmaksızın etüt-proje sertifikası verilecektir.

Dördüncü belge türümüz, *gemi acentesi yetkilisi* ve *gemi acentesi personeli* yetki belgeleridir. 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de, Deniz ve İçsular Düzenleme Genel Müdürlüğü'nün görevlerinden biri olarak "*Deniz ve içsular ulaştırması alanında liman, iskele veya kıyı yapısı işletmecisi ile gemi işletmecisi, organizatör, acente, komisyoncu ve benzeri faaliyette bulunanlar ile gemi adamları başta olmak üzere bu işlerde çalışanların mesleki yeterlik şartlarını belirlemek, bununla ilgili eğitim vermek veya verdirmek, sınav yapmak veya yaptırmak ve bunları yetkilendirmek ve denetlemek*" düzenlemesine de yer verilmiş ve bu hükmün gemi acenteleri bakımından uygulanması amacıyla Gemi Acenteleri Yönetmeliği yürürlüğe konulmuştur. Anılan Yönetmelikte *gemi acentesi*, yaptıkları anlaşmalarla gemi sahibi gerçek veya tüzel kişiler ile kaptan, işleten veya gemi kiralayanın nam ve hesabına hareket eden ve üçüncü kişi ve kuruluşlara karşı bunların haklarını koruyan, bu çerçevede yaptıkları iş ve işlemlerde kendi kusurları dışında sorumlu tutulamayan anlaşmadaki kişi veya kuruluş; *acente yetkilisi*, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı nezdinde gemi acentesi adına yetkili olan kişi; *gemi acentesi personeli* ise liman, gümrük, sahil sağlık ve emniyet idareleri ile ilgili diğer kurum ve kuruluşlarda acentelik işlemlerini yürüten ve kendilerine Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'nca tanıtım kartı düzenlenen kişi olarak tanımlanmıştır. Yönetmeliğin 8., 9. ve 18. maddelerinde ise acente yetkilisi ile gemi acentesi personeli olma şartları tek tek belirlenmiştir. Bu çerçevede maddelerde yer verilen diğer şartların yanı sıra kural olarak *acente yetkilisi* olabilmek için, sicile kayıtlı olarak en az iki yıl süreyle gemi acentesi personeli unvanıyla çalışmış olma veya denizcilik eğitimi veren bir yükseköğretim programından mezun olmak kaydıyla en az bir yıl süreyle mesleki deneyim sahibi olma şartının, *gemi acentesi personeli* olabilmek için ise denizcilik eğitimi veren lise veya denizcilikle ilgili yükseköğretim programından mezun olanlar hariç olmak üzere Yönetmelikte öngörülen eğitim ve sınav şartlarının yerine getirilmesi zorunluluk olarak öngörülmüştür.

Bu kapsamda Gemi Acenteleri Yönetmeliği'nde gemi acentesi personeli ve gemi acentesi yetkilisi olabilme şartları belirlenirken, en az lise veya dengi okul düzeyinde bir okulu bitirmiş olanlar, denizcilik eğitimi veren lise mezunları ve denizcilikle ilgili yükseköğretim programından mezun olanlar arasında üçlü bir ayrıma gidilmiştir. Denizcilik eğitimi veren liseler hariç olmak üzere en az lise veya dengi okul düzeyinde bir okulu bitirmiş olanların gemi acentesi personeli olabilmesi eğitim ve sınav şartına, gemi acentesi yetkilisi olabilmeleri ise sicile kayıtlı olarak en az iki yıl süreyle gemi acentesi personeli unvanıyla çalışmış olmaları şartına tabi kılınmıştır. Denizcilik eğitimi veren lise mezunları ise eğitim ve sınav şartına tabi tutulmaksızın doğrudan gemi acentesi personeli olabilecek, acente yetkilisi olabilmeleri ise sicile kayıtlı olarak en az iki yıl süreyle gemi acentesi personeli unvanıyla çalışmış olmaları halinde mümkün olabilecektir. Denizcilikle ilgili yükseköğretim programından mezun olanlar da eğitim ve sınav şartına tabi tutulmaksızın doğrudan *gemi acentesi personeli* olabilecek, acente yetkilisi olabilmek bakımından ise diğerlerinden farklı olarak en az bir yıl süreyle mesleki deneyim sahibi olmaları yeterli olacaktır.

Bu kurallara Yönetmeliğin 8. ve 18. maddelerinde kamu görevlileri yönünden bir istisna getirilmiştir. Buna göre, hem gemi acentesi yetkilisi hem de gemi acentesi personeli olabilmek bakımından Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'nın merkez teşkilatına bağlı Deniz Ticareti Genel Müdürlüğü, Deniz ve İçsular Düzenleme Genel Müdürlüğü, Tersaneler ve Kıyı Yapıları Genel Müdürlüğü'nde veya İdarenin taşra teşkilatı liman başkanlıklarında en az on yıl süreyle çalışan kamu görevlileri yukarıda yer verilen şartların tamamından muaf tutulmuştur. Örneğin, söz konusu genel müdürlüklerde en az on yıl süreyle çalışan normal lise mezunu bir memur, eğitim ve sınav şartı ile mesleki tecrübeye yönelik diğer şartlardan muaf tutularak hem gemi acentesi personeli hem de gemi acentesi yetkilisi olabilme hakkı kazanacaktır.

Beşinci belge türümüz *serbest muhasebeci mali müşavirlik* ve *yeminli mali müşavirlik ruhsatları*dır. 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu ile *serbest muhasebeci mali müşavirlik* ve *yeminli mali müşavirlik* mesleğine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiş ve bu çerçevede anılan meslek unvanlarının elde edilebilmesine yönelik şartlar tek tek ayrıntılı bir şekilde belirlenmiştir. Serbest muhasebeci mali müşavirlik mesleği yönünden Kanunun 4. maddesinde genel şartlara, 5. maddesinde ise özel şartlara yer verilmiş, *"en az üç yıl staj yapmış olmak"* bu şartlardan biri olarak tespit edilmiştir. Ayrıca Kanunun 6. maddesinde, serbest muhasebeci

mali müşavirlik stajının, bağımsız çalışan serbest muhasebeci mali müşavir veya yeminli mali müşavirler yanında veya şirketlerinde yapılacağı, staja başlayabilmek için staja giriş sınavını kazanmak ve Birlik tarafından kurulan Temel Eğitim ve Staj Merkezinin eğitim programını tamamlayıp başarılı olmak gerektiği, Temel Eğitim ve Staj Merkezinin kurs ve seminerlerinde geçen ve altı ayı aşmayan sürelerin staj süresinden sayılacağı düzenlenmiş ve fakat aşağıda sayılan hizmetlerde bulunanların bu hükümlerden muaf tutulacağı hüküm altına alınmıştır.

1) Kanunları uyarınca vergi incelemesine yetkili olanların, bu yetkiyi aldıktan sonra kamu hizmetinde geçen süreleri.

2) 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun uyarınca Hazine Müsteşarlığı Hazine Kontrolörleri Kurulunda denetim yetkisine sahip olarak çalışan denetim elemanlarının bu hizmetlerde geçen süreleri ile 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca banka denetimine yetkili olanların bu hizmetlerde geçen süreleri.

3) 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca Sermaye Piyasası Kurulunda denetime yetkili olarak çalışanların bu hizmetlerde geçen süreleri ile aynı Kanunun ek 1 inci maddesine göre kurulan Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu uzmanlarının bu kurulda geçen hizmet süreleri.

4) 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun uyarınca Başbakanlık Teftiş Kurulunda görev yapan denetim yetkisine sahip Başbakanlık müfettişlerinin bu hizmetlerde geçen süreleri.

5) 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname uyarınca görev yapan Bütçe Kontrolörleri, Muhasebat Kontrolörleri ve Milli Emlak Kontrolörlerinin bu hizmetlerde geçen süreleri.

6) 3143 sayılı Sanayi ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kanun ile 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre ticaret şirketleri nezdinde denetim yetkisine sahip olan Sanayi ve Ticaret Bakanlığı müfettişleri ve kontrolörlerinin denetim hizmetlerinde geçen süreleri.

7) Vergi yargısında görev yapan hâkimlerin bu görevlerde geçen süreleri.

8) Türkiye genelinde mali denetim yapan banka müfettişlerinden yarışma sınavı ile mesleğe giren ve yeterlilik sınavında başarılı olanların, bu yetkiyi aldıkları tarihten itibaren bankalarda ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarında geçen süreleri.

9) Hukuk, iktisat, maliye, işletme, muhasebe, bankacılık, kamu yönetimi ve siyasal bilimler dallarında öğretim üyesi, öğretim görevlisi veya araştırma görevlisi olarak çalışanların bu görevlerde geçen hizmet süreleri.

Yeminli mali müşavirlik mesleği yönünden ise Kanunun 9. maddesinde bu mesleği elde edebilmenin özel şartlarına yer verilmiş, *"en az 1O yıl serbest muhasebeci mali müşavirlik yapmış olmak"*, söz konusu şartlardan biri olarak belirlenmiştir[6]. Anılan şartın yerine getirilmesinde bazı kamu hizmetlerinin yürütülmüş olması yeterli görülmüş ve bu hizmetleri yürüten kamu görevlilerinin anılan şartı karşıladığı kabul edilmiştir. Bu çerçevede 9. maddenin ikinci fıkrasına göre, kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisi almış olanların, bu yetkiyi aldıkları tarihten itibaren kamu kurum ve kuruluşlarında geçen hizmet süreleri ve bunların bilanço esasında defter tutan özel kuruluşların muhasebe birimlerinde birinci derece imza yetkisini haiz, muhasebenin fiilen sevk ve idare edilmesinden veya mali denetiminden sorumlu olarak geçen hizmet süreleri, yeminli mali müşavirlik ve serbest muhasebeci mali müşavirlik şirketlerinde geçen hizmet süreleri; hukuk, iktisat, maliye, işletme, muhasebe, bankacılık, kamu yönetimi ve siyasal bilimler dallarında öğretim üyeliği veya görevliliği yapmış olanların bu hizmetlerinde geçen süreleri serbest muhasebeci mali müşavirlikte geçmiş süre olarak kabul edilecektir[7].

Görüldüğü üzere bazı kamu kurum ve kuruluşlarında müfettiş, denetçi, uzman ve kontrolör olarak görev yapanlar ile vergi yargısında görev yapan hâkimler ve hukuk, iktisat, maliye, işletme, muhasebe, bankacılık, kamu yönetimi ve siyasal bilimler dallarında öğretim üyesi, öğretim görevlisi veya araştırma görevlisi olarak çalışanlar, hem serbest muhasebeci mali müşavirlik hem de yeminli mali müşavirlik mesleğinin elde edilebilmesi için gerekli olan staj ve tecrübeye yönelik şartı, söz konusu görevleri belli bir süre yürütmeleri kaydıyla yerine getirmiş sayılacaklardır.

Nihayet değerlendirme bakımından ele aldığımız son belge türü, *gümrük müşavir yardımcılığı ve gümrük müşavirliği izin belgeleri*dir. 4458 sayılı

---

[6] 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun 9. maddesinin birinci fıkrasına göre, yeminli mali müşavir olabilmenin diğer özel şartları, yeminli mali müşavirlik sınavını vermiş ve yeminli mali müşavir ruhsatını almış olmaktır.

[7] 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun 9. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesine göre, kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış olanlardan yeterlilik sınavında başarılı olamayanların, sınav tarihinden sonra vergi inceleme yetkisini haiz olmaksızın kamu kurum ve kuruluşlarında geçen hizmet süreleri dikkate alınmayacaktır.

Gümrük Kanunu'nda her türlü gümrük işlemini takip ederek sonuçlandırabilme yetkisini haiz bir meslek türü olarak gümrük müşavirliği; bir gümrük müşavirinin yanında çalışmak ve onun adına gümrük idarelerinde iş takip edebilme yetkisini haiz bir meslek türü[8] olarak ise gümrük müşavir yardımcılığı mesleği oluşturulmuş ve bu meslekleri yapabilme koşulları ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir (md. 227 ve 228). Kanunun 227. maddesine göre *gümrük müşavir yardımcısı* olabilmek için maddede sayılan diğer şartların yanı sıra, staj amacıyla bir gümrük müşavirinin yanında bir yıl çalışmış olma ve yapılan gümrük mevzuatı ve gümrüğe ilişkin iktisadi, ticari ve mali konuları kapsayan sınavda başarılı olma şartlarının da yerine getirilmesi gerekmektedir. Fakat bu kurala bir istisna olarak,

1) Gümrük idaresinde en az onbeş yıl çalışıp da görevlerinden istifa ederek veya emekli olarak ayrılan memurlardan 227. maddenin birinci fıkrasındaki koşulları taşıyanlar, staj koşulu aranmaksızın gümrük müşavir yardımcısı sınavına girebileceklerdir.

2) Gümrük idaresinde en az onbeş yıl çalışıp da bunun üç yılını gümrük muayene memuru, gümrük baş memuru ve gümrük müdür yardımcısı görevlerinde geçirenlerden, görevlerinden istifa eden veya emekliye ayrılan ve yine 227. maddenin birinci fıkrasındaki koşulları taşıyanlar, sınav ve staj koşulu aranmaksızın gümrük müşavir yardımcısı olabileceklerdir.

3) Gümrük idaresinde on yıl çalışmış olup, bunun üç yılını şube müdürü, gümrük müdürü, gümrük muhafaza müdürü, gümrük başmüdür yardımcısı ve gümrük muhafaza başmüdür yardımcısı görevlerinden geçirenlerden, görevlerinden istifa eden veya emekliye ayrılanlar 227. maddenin birinci fıkrasında belirtilen koşulları taşımaları halinde, sınav ve staj koşulu aranmaksızın gümrük müşavir yardımcısı olabileceklerdir (Bu istisnaya 228. maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinde yer verilmiştir).

Kanunun 228. maddesine göre ise gümrük müşaviri olabilmek için kural olarak 227. maddede belirtilen koşulların yanı sıra (227. maddenin birinci fıkrasının (f) bendinin (ii) alt bendi hariç olmak üzere) iki yıl süre ile gümrük müşavir yardımcılığı yaparak, gümrük mevzuatı ve gümrüğe ilişkin iktisadi,

[8] Gümrük müşavir yardımcılarının gümrük idarelerinde ancak gümrük müşavirleri adına ve sorumluluğu gümrük müşavirlerine ait olmak üzere iş takibi yapabilecekleri, bu nedenle gümrük idarelerinde gümrük müşavirleri adına yapılan işlemlerden dolayı gümrük müşavir yardımcılarının sorumlu tutulamayacağı hakkında bkz. Danıştay 7. D., 06.04.2016, E. 2013/5703, K. 2016/3808, **Danıştay Dergisi**, S. 142, 2016, s. 340-342.

ticari ve mali konuları kapsayan sınavda başarılı olmak gerekmektedir. Fakat yine bu kurala bir istisna olarak,

1) Gümrük idaresinde on yıl çalışmış olup, bunun üç yılını şube müdürü, gümrük müdürü, gümrük muhafaza müdürü, gümrük başmüdür yardımcısı ve gümrük muhafaza başmüdür yardımcısı görevlerinden geçirenlerden, görevlerinden istifa eden veya emekliye ayrılanlar 227. maddenin birinci fıkrasında belirtilen koşulları taşımaları halinde, staj koşuluna tabi tutulmaksızın gümrük müşavirliği sınavına girebilirler.

2) Gümrük idaresinde gümrük başmüdürü, gümrük muhafaza başmüdürü, gümrük uzmanı, kontrolör, gümrük müfettişi, daire başkanı ve daha üst görevlerde enaz on yıl çalışmış olanlardan, görevlerinden istifa eden veya emekliye ayrılanlar, 227. maddenin birinci fıkrasında belirtilen koşulları taşımaları halinde, sınav ve staj koşuluna bağlı olmaksızın gümrük müşaviri olmaya hak kazanırlar.

Kamu görevlilerine elde edilebilmeleri bakımından muafiyet tanınan sertifika ve ruhsat gibi yetki belgeleri başta da belirttiğimiz gibi sadece burada ele alınanlarla sınırlı değildir. *Çevre görevlisi belgesi* (Çevre Görevlisi, Çevre Yönetim Birimi ve Çevre Danışmanlık Firmaları Hakkında Yönetmelik, md. 7), *yurt içi müteahhitlik karnesi* (Yapı, Tesis ve Onarım İşleri İhalelerine Katılma Yönetmeliği, md. 8), *plan yapımı yeterlilik belgesi* (Plan Yapımını Yükümlenecek Müelliflerin Yeterliliği Hakkında Yönetmelik, md. 8) gibi belgelerin de bazı kamu görevlilerince elde edilebilmesinde muafiyetler tanındığı görülmektedir.

II. MUAFİYETLERİN SINIFLANDIRILMASI

Kamu görevlilerine yetki belgelerinin elde edilebilmesi için tanınan muafiyetlerin genel görünümü yukarıdaki şekilde ortaya konulduktan sonra, söz konusu muafiyetler hakkında genel bir sınıflandırma yapmak, konunun daha iyi anlaşılabilmesi bakımından faydalı olacaktır. Aslında kamu görevlilerine tanınan muafiyetlere bakıldığı zaman, bunların bazı ana hatlar üzerinde inşa edildiği kolayca görülebilir. Bu ana hatlar şu şekilde sınıflandırılabilir:

<table>
<tr><th>KAMU SEKTÖRÜ</th><th>ÖZEL SEKTÖR</th></tr>
<tr><td rowspan="4">Hizmet süresi
(Unvan ya da birim bazında)</td><td>Hizmet süresi</td></tr>
<tr><td>Staj</td></tr>
<tr><td>Eğitim</td></tr>
<tr><td>Sınav</td></tr>
</table>

Tabloda görüldüğü üzere, kamu görevlilerince kamu kurum ve kuruluşlarında unvan ya da birim bazında geçirilen hizmet sürelerinin, özel sektörde karşılığı bulunan bir yetki belgesinin elde edilebilmesi için diğer kişilerde aranan özel sektördeki hizmet süresi, staj, eğitim ve sınav şartlarından bir veya birkaçına eş düzey değerde olduğu değerlendirilmekte ve eşdeğer olduğu kabul edilen şartlardan kamu görevlileri muaf tutulmaktadır. Örneğin, yeminli mali müşavirlik ruhsatının elde edilebilmesi için karşılanması gerekli olan "*en az 10 yıl serbest muhasebeci mali müşavirlik yapmış olmak*" şartının, kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisi almış olanların bu yetkiyi aldıkları tarihten itibaren kamu kurum ve kuruluşlarında geçirdikleri hizmet sürelerince karşılandığının kabul edilmesi *hizmet süresi – hizmet süresi*; gümrük müşavirliği izin belgesinin elde edilebilmesi için yerine getirilmesi gerekli olan staj ve sınav şartlarının gümrük idaresinde gümrük başmüdürü, gümrük muhafaza başmüdürü, gümrük uzmanı, kontrolör, gümrük müfettişi, daire başkanı ve daha üst görevlerde en az on yıl çalışmış olanlardan görevlerinden istifa eden veya emekliye ayrılanlarca, kanunda belirtilen diğer şartların da yerine getirilmesi kaydıyla karşılandığının kabul edilmesi ise *hizmet süresi – staj (sınav) eşdeğerliliği*ni gösterir. Yani yasa koyucu böyle bir eşdeğerlilik varsayımından hareket etmekte ve buna göre kamu görevlilerinin lehine muafiyetler öngörmektedir.

III. MUAFİYET TANINMASINI DOĞURAN NEDENLER

Yetki belgelerinin elde edilmesinde kamu görevlilerine muafiyet tanınmasını doğuran birçok neden olabilir. Doktrinde, iş güvenliği uzmanlığı belgesini elde edebilme hakkının iş sağlığı ve güvenliği alanında teftiş yapmayan iş müfettişlerine de belli muafiyetler kapsamında tanınmasının nedeninin, bu alandaki istihdam açığını kapatmak olduğu yönünde tespit yapan yazarlar

dahi vardır[9]. Bu tür özellikli olanları bir tarafa, söz konusu nedenlerin neler olabileceği genel hatlarıyla aşağıda ifade edilmiştir.

A. Yürütülen Kamu Görevinin Yeterli Tecrübe ve Niteliği Karşıladığı Düşüncesi

Kamu görevlilerinin lehine getirilen muafiyetlerde güdülen amaçlardan birisi, kamu görevlilerinin yürütmüş olduğu hizmetlerden dolayı zaten yetki belgelerini elde edebilecek derecede bilgi ve tecrübeyi kazandığı ve bu nedenle ayrıca kamu görevlilerini, yetki belgelerinin elde edilmesinde staj, tecrübe, eğitim ve sınav gibi şartlara tabi tutmanın hem anlamsız hem de adil olmayacağı yönündeki düşünce olabilir. Aslında burada yapılacak değerlendirmelerin staj, tecrübe, eğitim ve sınav şartlarının her biri yönünden ayrı ayrı yapılması gerekir. Çünkü yürütülen kamu hizmetlerinin kamu görevlilerine kazandırdığı bilgi ve tecrübenin, yetki belgelerinin elde edilmesinden aranan staj, tecrübe, eğitim ve sınav şartlarının her birine etki derecesi birbirinden farklı olabilir.

Bu çerçevede gerçekten yürütülen bazı kamu hizmetlerinin niteliğine bakıldığı zaman, bu hizmetlerin belli bir süre de yürütülmüş olması kaydıyla, özel sektörde karşılığı bulunan yetki belgelerinin elde edilebilmesi bakımından gerekli olan *staj bilgisi* ve *tecrübeyi* kamu görevlilerine kazandırdığı söylenebilir. Örneğin, avukatlık stajını yapamamış hukuk fakültesi mezunu bir kişinin kamu kurum ve kuruluşlarında on yıl hukuk müşavirliği yapmış olması durumunun, avukatlık ruhsatnamesini elde edebilmesi için gerekli olan bir yıllık avukatlık stajına eş değer veya bundan daha fazla bir şey olmadığı elbette kolayca ileri sürülemez. Belki avukatlık stajyerliğinin, gerek uygulamaya yönelik pratik yönü gerek içerdiği eğitim programı ve gerekse kazandırdığı mesleki kültür, disiplin ve ahlaki değerler ile birlikte bambaşka bir şey olduğu ve bu mesleğin sadece avukatlık stajyerliği ile kazanılabileceği iddia edilebilirse de avukatlık stajı yapmamış hukuk fakültesi mezunu bir kamu görevlisine hukuk müşaviri olabilme imkânı sunuluyorsa, bu aşamadan sonra hukuk müşaviri olarak yapılabilecek işlerin stajyer avukat olarak yapılabilecek işlerden daha önemsiz olduğu veya daha az tecrübe ve eğitimi içerdiği söylenemez[10]. Ayrıca kamu kurum ve kuruluşlarında hukuk müşaviri olarak

---

[9] Saim OCAK, "*İş Güvenliği Uzmanlığı Yönetmeliğinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi*", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Legal, C. 10, S. 40, 2013, s. 24.

[10] 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 26. maddesine göre stajyer avukatlar, avukat yanında staja başladıktan sonra *avukatın yazılı muvafakati ile ve onun gözetimi ve sorumluluğu altında*, sulh hukuk mahkemeleri, sulh ceza mahkemeleri ile icra tetkik mercilerinde

görev yapmak, kural olarak kamuya ilk defa atanacaklar için Kamu Personel Seçme Sınavında, görevde yükselme suretiyle atanacaklar için ise görevde yükselme sınavında başarılı olma şartına bağlanmıştır. Yani kamu kurum ve kuruluşlarında hukuk müşavirliği yapma görevinin de belirli bir kültür, eğitim, disiplin, sınav ve etik boyutu vardır.

Aynı konuyu hâkim ve savcılar bakımından ele aldığımız zaman ise dört yıl hâkim ve savcılık görevini yürüten kamu görevlilerinin, bir yıllık avukatlık stajında kazanılabilecek tecrübe ve niteliği fazlasıyla kazandıkları, daha kolay bir şekilde söylenebilir. Kaldı ki hâkim ve savcı olarak atanabilmek için de yerine getirilmesi gereken bir staj yükümlülüğü bulunmakta ve staj sonunda hâkim ve savcı adayları yazılı ve sözlü sınava tabi tutulmaktadır.

Nihayet üniversitelere bağlı fakültelerin hukuk bilimi dersleri dalında profesörlük, doçentlik ve yardımcı doçentlik görevlerinde dört yıl bulunmuş olma bakımından konuyu ele aldığımız zaman ise belki de en fazla burada söz konusu görevlerin, avukatlık stajının pratik yönünü tam anlamıyla karşılamayabileceği ve avukatlık mesleği için gerekli olan tecrübeyi tam olarak veremeyebileceği söylenebilir. Fakat avukat stajyerlerine verilen her türlü eğitimin bir de teorik yanının bulunduğu düşünüldüğü zaman, alanında uzmanlaşmış akademisyenlerin belli bir zaman dilimini kapsayan akademik tecrübelerinin de staj kapsamında değerlendirilmesi haklı görülebilir.

Tecrübe yönünden yine örneğin, yeminli mali müşavir olabilmek için aranan en az 10 yıl serbest muhasebeci mali müşavirlik yapmış olma şartının, yürütülen bazı kamu hizmetleri için de kabul edilmesi ve söz konusu kamu hizmetlerinin bu süreden sayılması oldukça anlamlı olabilir. Bu çerçevede örneğin, vergi inceleme yetkisi almış olanların, bu yetkiyi aldıkları tarihten itibaren kamu kurum ve kuruluşlarında geçen hizmet süreleri ile hukuk, iktisat, maliye, işletme, muhasebe, bankacılık, kamu yönetimi ve siyasal bilimler dallarında öğretim üyeliği veya görevliliği yapmış olanların bu hizmetlerinde geçen sürelerinin, serbest muhasebeci mali müşavirlikte geçmiş süre olarak kabul edilmesi anlaşılabilir bir görünüme sahiptir. Çünkü vergi inceleme yetkisi almış olanların bu yetkiyi aldıktan sonra kamu kurum ve kuruluşlarında yürüttükleri görevler, serbest muhasebeci mali müşavirlerin yaptıkları işlerin

avukatın takip ettiği dava ve işlerle ilgili duruşmalara girebilir ve icra müdürlüklerindeki işleri yürütebilirlerken, kamudaki hukuk müşavirleri, 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin 4. ve 5. maddelerine göre, idarelerin hukuk birimlerindeki her türlü muhakemat ve hukuk danışmanlığı hizmetlerini doğrudan yürütebilmektedirler.

denetimine ilişkin olabilmektedir. Yani kamu kurum ve kuruluşlarında yapılan iş, özel sektör kuruluşlarında ya da serbest meslek olarak yapılan işlerin denetimine ilişkin olabilir. Mesleğe ilişkin bir yetki belgesinin elde edilebilmesi için üzerinde denetim yapılan işi yapanların hizmet sürelerini yeterli görüp, söz konusu işi ve bu işi yapanları denetleyenlerin hizmet sürelerini yeterli görmemek, çok anlamlı olmamaktadır. Benzer şekilde bir işin pratik yönü üzerinde çalışanlar kadar teorik yönü üzerinde çalışanlar da görmezden gelinemeyecek bilgi ve tecrübe sahibi olabilirler.

Aslında bazı kamu hizmetlerinde geçen sürelerin, yetki belgelerinin elde edilmesinde aranan özel sektör tecrübesine eş değer sayılmasının tam tersi yönündeki uygulamaya da yabancı değiliz. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 68. maddesinin (B) fıkrasında, yapılacak atamalarda aranan hizmet süreleri belirlenirken sadece kamu kurum ve kuruluşlarında geçen süreler değil, aynı zamanda özel sektör kuruluşlarında veya serbest olarak çalışılan sürelerin de tamamının veya belli bir kısmının değerlendirmeye alınacağı öngörülmüştür[11]. Böylece özel sektörde veya serbest olarak çalışılan sürelerin, kamu görevlerine atanmada değerlendirmeye alınarak işlevsiz kılınması engellenmiştir. Aynı düşünceyle, kamu hizmetlerinde geçen sürelerin yetki belgelerinin elde edilmesinde değerlendirmeye alınması, kamudaki birikimin özel sektöre aktarılmasına katkı sağlayacak ve burada ortaya çıkan değer işlevsiz kılınmayacaktır.

Staj ve tecrübe yönünden gözetilen hususların aynısı, yetki belgelerinin elde edilebilmesi için alınması gerekli olan eğitim şartı için de göz önünde bulundurulabilir. Fakat eğitimin özel bir içerik taşıması ve sırf belli bir kamu hizmetinin yürütülmüş olması ile gerekli ve yeterli eğitimin alınamayacak olması hallerinde, kamu görevlilerinin eğitim şartından muaf kılınması doğru

[11] 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 68. maddesinin (B) fıkrasında göre,

> *"... Bu sürelerin hesabında; 8/6/1984 tarihli ve 217 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 2 nci maddesi kapsamına dâhil kurumlarda fiilen çalışılan süreler ile Yasama Organı Üyeliğinde, belediye başkanlığında, belediye ve il genel meclisi üyeliğinde, kanunlarla kurulan fonlarda, muvazzaf askerlikte, okul devresi dâhil yedek subaylıkta ve uluslararası kuruluşlarda geçen sürelerin tamamı ile yükseköğrenim gördükten sonra özel kurumlarda veya serbest olarak çalıştıkları sürenin; Başbakanlık ve bakanlıkların bağlı ve ilgili kuruluşlarının müsteşar ve müsteşar yardımcıları ile en üst yönetici konumundaki genel müdür ve başkan kadrolarına atanacaklar için tamamı, diğer kadrolara atanacaklar için altı yılı geçmemek üzere dörtte üçü dikkate alınır."*

olmayacaktır. Örneğin arabuluculuk eğitimi, hukuk fakültesinin tamamlanmasından sonra alınan, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesiyle ilgili temel bilgileri, iletişim teknikleri, müzakere ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve davranış psikolojisi ile yönetmelikte gösterilecek olan diğer teorik ve pratik bilgileri içeren eğitimi ifade eder (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, md. 22). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin 26. maddesine göre, teorik ve pratik yönü bulunan arabuluculuk eğitiminin özellikle teorik düzeydeki teknik bilgi eğitimi (Bu eğitim, iletişim becerileri ve beden dili, müzakere yöntemleri, toplantı yönetimi, psikoloji, gelişim psikolojisi, kişilik, davranış bozuklukları, öfke kontrolü ve sosyal psikoloji ile sorun çözme becerileri, uyuşmazlık analizi ve uyuşmazlık çözümünde uygulanacak yöntemler, arabuluculuk süreci ve arabuluculukta uyulması gereken etik kurallar gibi arabuluculuğa yönelik eğitimleri içerir.), hukuk fakültesi mezunlarının hâkim-savcı, avukat, müfettiş vs. olarak yürütmüş oldukları kamu hizmetleri ile tam anlamıyla karşılanamayacak bir eğitim olması nedeniyle, özel olarak alınması gereken bir eğitim olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim bu esastan hareketle olsa gerek, arabuluculuk eğitiminin alınmasında hiçbir kamu görevlisine muafiyet tanınmamıştır[12].

Diğer taraftan yetki belgelerinin elde edilmesinde staj, eğitim ve tecrübe şartlarına yönelik kamu görevlilerine tanınan muafiyetlere ilişkin düzenlemelerin, hukuksal anlamda tamamen sorunsuz olduğu ileri sürülemez. Benzer şekilde sınav şartına yönelik muafiyetler ise hem nitelik hem de eşitlik ilkesi açısından, daha yoğun hukuksal tartışmalar ortaya çıkarmaktadır. Bu tartışmalara V. Bölümde yer verilmiştir.

B. Mesleğe Olan İlginin Artırılması Düşüncesi

Kişiler, meslek tercihlerinde bulunurken kendi gelecekleri bakımından en doğru olan kararı verebilmek için birçok farklı faktörü göz önünde bulundurur ve tercihlerini ona göre yapar. Mesleğin prestiji, çalışılacak kurumun itibarı, iş güvencesi, mesleğin kolaylığı veya zorluğu ve özlük hakları gibi, bir meslek icrasının bazı yetki belgelerini edinebilmek bakımından hukuki muafiyetler getirmesi de meslek tercihini etkileyen önemli faktörlerden birisi olarak karşımıza çıkar. Özel sektörde karşılığı bulunan kamu hizmetleri, her

[12] 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarından Arabuluculuk Kanunu'nun 2. ve 22. madde gerekçelerinde, arabuluculuk eğitimi, uzmanlık gerektiren bir eğitim olarak tanımlanmıştır. Fakat kamu görevlilerine muafiyet tanınmamasının gerekçesi olarak, bu hususa ayrıca işaret edilmemiştir. Gerekçe için bkz. http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0486.pdf, (Erişim Tarihi: 27.04.2017).

zaman için karşılığı bulunmayan kamu hizmetlerine göre tercih edilebilirlik yönünden bir adım daha önde gelir. Muafiyete yönelik imkânların da sunulması halinde, bu meslekler oldukça rağbet görebilir.

Uygulamaya bakıldığı zaman yetki belgelerinin elde edilmesinde muafiyet tanınan mesleklerin, aynı düzeydeki diğer mesleklere göre daha fazla prestij kazandığı görülmektedir.

Diğer taraftan mesleğe olan ilginin artırılması düşüncesi ile özel sektörde karşılığı olan bazı kamu hizmetleri için yetki belgelerinin elde edilmesinde muafiyetler tanınırken, aynı veya benzer özellikleri taşıyan diğer bazı kamu hizmetleri için muafiyetler tanımamak, meslekler arası ve hatta söz konusu meslekleri yürüten kamu görevlilerinin görev yaptığı kurumlar arası haksız bir dengenin kurulması sonucunu doğurabilir. Bir mesleğe olan ilgi artırılırken, aynı düzeydeki diğer mesleklere olan ilgi azaltılabilir. Kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisi almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanların, on yıllık hizmet süresine de sahip olmaları kaydıyla sınav şartına tabi tutulmaksızın haiz oldukları yeminli mali müşavir olma hakkı kaldırılırken, gümrük ya da iş müfettişlerinin sınav şartından muaf tutularak gümrük müşaviri ya da iş güvenliği uzmanı olma hakkı korunursa ilk sıradaki meslekleri yürüten kamu görevlileri ve bunların görev yaptıkları kurumlar bakımından haksız sonuçlar ortaya çıkabilir. O yüzden mesleğe olan ilgi artırılacaksa birel bir bakış açısı yerine, genel ve kapsayıcı bir bakış açısı ortaya konulmalı ve mesleklerin geneline yönelik ilginin artırılması düşüncesi hâkim kılınmalıdır.

C. Mesleki Kalitenin Artırılması Düşüncesi

Yetki belgelerinin elde edilmesinde kamu görevlilerine tanınan muafiyetler sayesinde görevinden istifa eden veya emekliye ayrılan kamu görevlilerinin özel sektörde iş yapabilmelerine imkân tanımak, mesleki kalitenin artırılması gibi bir düşünceden kaynaklanıyor olabilir. Kamu tecrübesinin özel sektöre aktarılması, elbette mesleğe farklı bir boyut kazandırıp mesleğin gelişimine katkı sağlayabilir. Bir ceza hukuku profesörünün avukatlık ruhsatnamesini elde edebilmesi için staj şartından muaf kılınarak mesleği yapabilmesine uygun ortamın hazırlanmasının, pratik ceza hukuku uygulamalarına ve mesleki kalitenin gelişimine sağlayabileceği katkı yadsınamaz. Benzer şekilde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nda iş sağlığı ve güvenliği konularında yıllarca görev yapmış ve bu alanın uygulamasında bulunmuş bir kamu görevlisinin, mesleki kıdemi göz önünde bulundurularak iş güvenliği uzmanlığı belgelerinin elde edilmesinde aranan tecrübe şartlarından muaf kılınma-

sı ve böylece söz konusu mesleği yapmasına imkân tanınması, her durumda mesleki kalitenin artmasına katkı sağlayacaktır.

Diğer taraftan özellikle eğitim ve sınav konularında kamu görevlilerine tanınan muafiyetlerin, mesleki kaliteyi artırmak yerine düşürdüğü yönünde karşı bir görüş ileri sürülmesi de mümkündür. Mesleki eğitimi yeterli düzeyde almamış ve sınav ile mesleki yeterliliği ölçülmemiş kamu görevlilerinin, söz konusu serbest meslekleri yapabilecek mesleki düzeye ulaşmadıkları her zaman için gündeme getirilebilir.

Ayrıca kamu görevlilerine muafiyet uygulaması, ilgili meslek mensubu sayısının sınırlandırılması ve kontrolünde ciddi güçlükler ortaya çıkarabilir. Şöyle ki meslek kuruluşlarının, belli bölge ya da illerde faaliyette bulunabilecek meslek mensubu sayısını sınırlandırması mesleğin gelişimi, kalitesi ve sürdürülebilirliği bakımından kaçınılmaz olabilir[13]. Olması gereken sayının çok üstünde meslek mensubunun sektörde faaliyet göstermesi, birçok sorunun ortaya çıkmasına neden olabilir. Örneğin, avukatlık mesleği bakımından günümüzde sınav şartının da getirilmemiş olması nedeniyle Türkiye Barolar Birliği ve barolarca, illerde faaliyette bulunabilecek avukat sayısının sınırı belirlenememekte ve bu husus avukatlık mesleğinin kalitesinden, yargı mercilerinde savunma mekanizmasının zayıflamasına kadar birçok sorunun ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Avukatlık mesleğinin yapılabilmesi için sınav şartı getirilmiş olsa ve belli bazı kamu görevlilerine sınav muafiyeti tanınmış olsa, bu muafiyetten dolayı söz konusu durumun devam etmesi yine de kaçınılmaz olabilir. Bu husus ise kontrol edilemeyen bir sayı ile ilgili mesleğin gelişimini olumsuz yönde etkileyebilir. Avukatlık mesleği bakımından günümüzde ortaya çıkan sorunların büyük kısmının, kontrol edilemeyen avukat arzından kaynaklandığı söylenebilir.

Bu arada mesleki kalitenin artırılması amacıyla kamu görevlileri lehine getirilen muafiyetlerin olumlu ya da olumsuz etkilerinin sadece söz konusu mesleğin gelişimine ilişkin olmayacağı, toplumun gelişimini de etkileyebileceği gözden kaçırılmamalıdır. Örneğin, iş güvenliği uzmanlığı belgesinin bazı

[13] Bununla birlikte kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının meslek mensubu sayısını sınırlandırma yönündeki eğilimlerinin, mesleğe girişi haksız bir şekilde engelleme ve bu yöntemle haksız rekabete yol açma gibi sonuçlarının da bulunabileceği göz ardı edilmemeli ve bu yöndeki eğilimler, bu bakış açısıyla birlikte değerlendirilmelidir. Aynı yönde bkz. Murat ÇOKGEZEN/Fevzi TOKSOY, *"Meslek Örgütlerinin Rekabet Üzerindeki Etkileri: Profesyonel Meslek Örgütleri Üzerine Bir Değerlendirme"*, içinde: **Türkiye'de Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları, Sivil Toplum ve Demokrasi**, Ed. Atilla Yayla/Bican Şahin, Liberal Düşünce Topluluğu Derneği, Ankara, 2011, s. 162-163.

muafiyetlerle alanında yeterli olmayan kamu görevlilerine kolay bir şekilde verilmesi, sadece bu mesleğin gelişimini olumsuz yönde etkilemez; bununla birlikte aynı zamanda bu kişilerin yetersiz rehberlik ve denetimlerinin neden olduğu iş kazaları ve bunların ortaya çıkardığı sorunlarla birlikte işçilerin, işverenlerin, bunların ailelerinin, toplumun, devletin vs. gelişimini de olumsuz yönde etkiler[14]. Özellikle kısa zaman dilimlerinde hemen ve kolayca anlaşılamayacak böylesi olumsuz sonuçların, etkilerini, uzun zaman dilimlerinde her birimizin adalet ararken, iş kazası yaşadığımızda[15], vergi daireleriyle muhatap olduğumuzda, ithalat-ihracat yaptığımızda vs. karşılaştığımız yetki belgeli ve fakat alanında yetersiz meslek mensupları eliyle bizlere göstermesi kaçınılmaz olacaktır.

Ç. Kamu Görevlilerine Ayrıcalık Tanınması Yönündeki Eğilimler

Yetki belgelerinin elde edilmesinde kamu görevlilerine muafiyetler tanınırken, bazen haksız bir şekilde ayrıcalık tanıma yönündeki uygulamalar ile karşılaşılabilmektedir. Yukarıda belirtiğimiz gibi özellikle sınav muafiyeti, ayrıcalık tartışmalarında en fazla gündeme gelebilecek konulardan biridir. Yani başlı başına sınav muafiyeti, haksız bir ayrıcalıktır denilebilir. Bunun dışında yürüttükleri kamu hizmetinin, yetki belgelerinin elde edilebilmesi için gerekli olan nitelik ve tecrübeyi hiçbir şekilde vermediği kamu görevlilerine muafiyetler tanınması, haksız ayrıcalıklar olarak karşımıza çıkar. Örneğin, bir genel müdürlükte görevli sekretere sırf o genel müdürlükte görev yaptığından dolayı, o genel müdürlüğün görev alanı ile ilişkili bir yetki belgesini muafiyet kapsamında elde edebilme hakkı tanınması yönündeki bir uygulama veya o genel müdürlükte aynı eğitime sahip ve aynı işi yapan bir kısım unvana sahip kamu görevlilerine muafiyet tanınırken, diğer bazı unvanlarda görev yapan kamu görevlilerine tanınmaması yönündeki bir uygulamanın, ayrımcılık oluşturacağı tereddütsüz bir şekilde ifade edilebilir. Kamu kurum ve kuruluşlarının bu tür eğilimlere açık olma ihtimali kanaatimizce düşük değildir[16]. Yapılan yeni düzenlemelerde, kamu içerisinde belli menfaat gruplarının kendi menfaatlerine olan düzenlemelerin yürürlüğe konulması için çaba içerisine girebilmeleri mümkündür. Örneğin, kurumsal ya da mesleksel tutuculuk haline gelmiş bir anlayış, yetki belgelerinin elde edilmesinde kamu görevlileri

[14] İş güvenliği uzmanlığı belgesinin genel olarak yetersiz kişilere verilmesine ilişkin aynı yöndeki bir değerlendirme için bkz. OCAK, s. 34.

[15] OCAK, s. 34.

[16] N. Münci ÇAKMAK, **İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı**, Seçkin, Ankara, Mayıs 2013, s. 317.

lehine muafiyet konusunun gündeme gelmesi halinde, gerçekten yapılan işin bir muafiyete hak verip vermediğinden ziyade kendi kurumu ya da mesleğinin her durumda o muafiyete sahip olması gerekliliğini savunacaktır. Getirilecek her muafiyetin bu tür eğilimler içerip içermediği iyi gözlenmeli ve bunlara fırsat verilmemelidir.

IV. MUAFİYET TANINMAYAN MESLEKLER

Bazı mesleklere ilişkin yetki belgelerinin elde edilmesinde kamu görevlilerine hiçbir muafiyet tanınmamakta, diğer kişiler anılan belgeleri nasıl elde edebiliyorlarsa kamu görevlileri de aynı şartlara tabi kılınmaktadır. Burada sadece karşılaştırma yapılabilmesi ve ilgi çekici olmaları itibarıyla *arabuluculuk* mesleği ile *yeminli mali müşavirlik* mesleğinin elde edilebilme koşullarını ele alacağız. Arabuluculuk mesleği, ilk oluşturulduğu günden itibaren kamu görevlilerine hiçbir muafiyet tanınmaksızın, yeminli mali müşavirlik mesleği ise 2008 yılında 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nda yapılan değişiklikle kamu görevlilerine sınav muafiyeti tanınmaksızın yapılabilen meslekler olarak tasarlanmıştır.

Hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde uygulanacak usul ve esasları düzenlemek amacıyla, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu yürürlüğe konulmuş ve Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde *arabulucu*, arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Adalet Bakanlığı'nca düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişi olarak tanımlanmıştır. Söz konusu Kanunda, diğer birçok kanundan farklı olarak arabulucu olma bakımından kamu görevlilerine yönelik hiçbir muafiyet tanınmamıştır. Kanuna göre Türk vatandaşı olma, mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olma, tam ehliyetli olma ve kasten işlenmiş bir suçtan mahkûm olmama şartlarını taşıyan herkes, kamu görevlisi olup olmama yönünden hiçbir ayrım yapılmaksızın arabuluculuk eğitimine katılıp Adalet Bakanlığı'nca yapılan yazılı ve uygulamalı sınavda başarılı olmak kaydıyla arabulucu olabilecektir (md. 20). Örneğin, Avukatlık Kanunu'ndan farklı olarak belli bir yıl hizmet süresine sahip olan hâkim ve savcılar, hukuk müşavirleri ya da hukuk alanındaki doçent ve profesörler, arabulucu olmak istiyorlarsa diğer şartları taşıyan herkes gibi arabuluculuk eğitimine katılmak ve arabuluculuk sınavında başarılı olmak zorunda kalacaktır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile arabulucu olma şartları belirlenirken kamu görevlilerine yönelik hiçbir muafiyet tanınmamış, kamu görevlileri ile diğer kişiler arasında tam bir eşitlik sağlanmıştır.

Serbest muhasebeci mali müşavirlik ve yeminli mali müşavirlik mesleği bakımından ise 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nda 5786 sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesi, belli bazı şartları taşıyan kamu görevlilerine sınavdan muaf tutularak serbest muhasebeci mali müşavir ve yeminli mali müşavir olabilme hakkı tanınmıştı. Değişiklik öncesi duruma göre, *serbest muhasebeci mali müşavir* olabilmek bakımından Türkiye genelinde mali denetim yapan kamu bankalarının müfettişleri ile kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisi almış olanlardan, bu yetkilerini aldıkları tarihten itibaren kamu kurum ve kuruluşlarında 8 yıllık hizmet süresini dolduranlar ile hukuk, iktisat, maliye, işletme, muhasebe, bankacılık, kamu yönetimi ve siyasal bilimler konularında en az 8 yıl öğretim üyesi veya görevlisi olarak çalışmış bulunanlar için; *yeminli mali müşavir* olabilmek bakımından ise kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisi almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanlar ile yine hukuk, iktisat, maliye, işletme, muhasebe, bankacılık, kamu yönetimi ve siyasal bilimler konularında profesörlük unvanı almış bulunanlar için sınav şartı aranmayacaktı. Yani bu şartları taşıyan kamu görevlileri, serbest muhasebeci mali müşavir ve yeminli mali müşavir olabilmek için diğer kişilerden farklı olarak sınava tabi tutulmayacak, diğer şartları taşımaları kaydıyla söz konusu meslek ruhsatlarını doğrudan elde edebileceklerdi. Fakat 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nda 2008 yılında yapılan değişiklikle, kamu görevlileri için sınav şartına yönelik getirilen söz konusu muafiyetler yürürlükten kaldırılmış ve Kanunda yer verilen kamu görevlilerinin de serbest muhasebeci mali müşavir ve yeminli mali müşavir ruhsatını elde edebilmeleri, diğer kişilerden farksız olarak sınav şartına bağlanmıştır[17].

V. DÜZENLEMELERİN HUKUK İLKE VE KURALLARI ÇERÇEVESİNDE TAHLİLİ

Yetki belgelerine ilişkin kamu görevlilerine tanınan muafiyetler, bazı hukuk ilke ve kuralları ile çatışabilmektedir. Belki toptancı bir bakış açısıyla bu tür muafiyetlerin sırf varlığının hukuka uygun olmadığı dahi ileri sürülebilir. Yani hiçbir şekilde bu muafiyetler hukuki çerçeve içerisine sığdırılamayabilir. Fakat biz bu görüşte olmadığımızı ve toptancı bir bakış açısının yanlış hu-

[17] Fakat diğer kişilerden farklı olarak 3568 sayılı Kanunun 9. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanlar, yeterlilik sınavını kazandıkları tarihten itibaren açılacak yeminli mali müşavirlik sınavlarına genel hükümlere göre katılabilecektir. Bunların yeminli mali müşavir ruhsatını alabilmeleri için ise 10 yıllık süreyi tamamlamaları gerekecektir.

kuksal sonuçlar ortaya çıkarabileceğini aşağıda defaten ifade edeceğiz. Başlı başına sadece kamu görevlilerine yetki belgelerine ilişkin muafiyetler tanınması, hukuka aykırı bir uygulama olarak değerlendirilemez. Yukarıda ilgili kısımlarda da ifade edildiği gibi kamu görevlilerinin söz konusu kapsamda bazı muafiyetlerden yararlanması, hem mantık kuralları hem de adaletin gereği olabilir. Fakat bu yararlandırmanın kapsamı örneğin, eşitlik ilkesine ya da kamu yararına uygun olabileceği gibi bunlara aykırı sonuçlar da ortaya çıkarabilir. Önemli olan tanınan muafiyetlerin sınırının, hukuk ilke ve kuralları çerçevesinde çizilmesidir. Aşağıda bu kural ve ilkeler değerlendirilmiştir.

A. Eşitlik İlkesi

Eşitlik ilkesi (*the principle of equality, equal protection of the law*) belki de hukuk ilkeleri içerisinde en fazla tartışılan ve adalet arayışında üzerinde en fazla durulanlarından biridir[18]. Yüzyıllardır bu ilke üzerinden, kişilerin içinde bulundukları durum ya da yaptıkları iş ve eylemler birbiri ile karşılaştırılmakta ve devletin söz konusu durum, iş ya da eylemlere içerisinde bulundukları benzerlik ya da farklılıklara göre yaklaşımı, bu ilkenin en hararetli tartışma noktalarından birini oluşturmaktadır[19]. Kanun önünde eşitlik ilkesi olarak pozitif hukuk normlarında ifadesini bulan bu ilke, birçok temel uluslararası hukuk belgesinin ana hükümlerinden biri olarak da ele alınmış, anayasalarda ve diğer ulusal kod kanunlarda en temel ilkelerden biri olarak düzenlenmiştir[20]. Anayasamızın 10. maddesinde de *kanun önünde eşitlik ilkesi (equality before the law)*, anayasal düzenin temel normlarından biri olarak düzenlenmiş ve herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu; hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı ve Devlet organları ile idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları hukuksal güvence altına alınmıştır.

Eşitlik ilkesinin uygulanmasına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi ve Danıştay içtihatları belirli bir istikrar kazanmış ve söz konusu ilkenin, ge-

---

[18] Bülent SERİM, "*Yasa Önünde Eşitlik İlkesi*", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 27, S. 3, Eylül 1994, s. 13-14.

[19] Merih ÖDEN, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 22-24, 40.

[20] Eşitlik ilkesinin Amerikan ve Fransız Anayasalarında düzenleniş şekli için bkz. Cynthia A. VROOM, *"Equal Protection Versus The Principle of Equality: American and French Views on Equality in The Law"*, **Capital University Law Review**, 21, 1992, s. 200-201.

nel itibarıyla *maddi eşitlik – hukuki eşitlik* ayrımından yola çıkılarak maddi eşitliği değil hukuki eşitliği ifade ettiği hususunda konsensüs oluşmuştur[21]. Hukuki eşitlik ilkesi ise aynı hukuksal statüde bulunanlara hukuk önünde de aynı şekilde, farklı hukuksal statüde bulunanlara farklılıkları ölçüsünde hak ettikleri şekilde davranılması biçiminde formüle edilmiş[22] ve her bir somut olay bakımından hangi statülerin hukuksal anlamda aynı ya da farklı düzeyde bulunduğunu belirlemeye yönelik ciddi tartışmalara girilmiştir. ÖDEN, mahkemelerin statü belirlemeye ilişkin yapmış oldukları bu tür değerlendirmelerde kullandıkları ölçütleri sınıflandırma kavramıyla açıklayarak şu şekilde ifade etmiştir:

"... Sınıflandırma ile kanuni düzenleme konuları arasında 'bir bağ' olmalıdır; sınıflandırma 'anlaşılabilir' bir farklılığa dayandırılmalıdır; sınıflandırılma 'gerçek ve somut' bir farka dayandırılmalıdır; sınıflandırma kanunun amacıyla 'ilişkili' (relevant) olmalıdır; sınıflandırma amaçla 'akla uygun şekilde ilgili' (rationally reletad) olmalıdır; sınıflandırma amaçla 'yeterli ölçüde', yani 'gereği gibi ilgili' (fairly related) olmalıdır; sınıflandırma nedensiz (capricious) veya haksız (invidious) olmamalıdır; sınıflandırma keyfi (arbitrary) olmamalıdır; sınıflandırma akla uygun, makul (reasonable) olmalıdır; sınıflandırma adil olmalıdır."[23]

Konumuzu ilgilendiren yönüyle, özel sektörde serbest meslek icrasına yarayan yetki belgelerini elde edebilen kişilerin, bu belgeleri farklı koşullar altında elde etmeleri itibarıyla aynı ya da farklı hukuksal statüler içerisinde bulunup bulunmadıklarının tespit edilmesi hayati önem taşımaktadır. Diğer bir deyişle yetki belgelerinin elde edilmesinde bazı kamu görevlilerine belirli muafiyetler tanınırken diğer bazılarına ya da kamu görevlisi olmayan kişilere tanınmaması, bunların farklı hukuksal statüler içerisinde olmalarından mı kaynaklanmaktadır?

---

[21] Aynı yönde bkz. SERİM, s. 20.

[22] ÖDEN, s. 190. Bahtiyar AKYILMAZ, *"Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi"*, **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi**, S. 1, 1998, s. 37-39. Selda ÇAĞLAR, *"Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu"*, **Ankara Barosu Dergisi**, 2012/3, s. 50. Benzer yöndeki bir Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. AYM, 06.06.2013, E. 2011/145, K. 2013/70, RG: 23.11.2013, 28830. Ayrıca bir örnek karar olarak, *"... Devlet memurları arasındaki ücret dengesini sağlamak amacıyla getirilen ek ödemeden, farklı statüde bulunan geçici personelin de yararlandırılmamasında adalet, eşitlik ve hakkaniyet prensiplerine aykırılık bulunmadığı..."* hakkında bkz. D12D, 17.02.2016, E. 2015/1813, K. 2016/791, **Danıştay Dergisi**, S. 142, 2016, s. 199-214.

[23] ÖDEN, s. 192. Sınıflandırmanın adil olması gerekliliği, Amerikan ve Fransız hukuk sistemlerinde de aranan bir koşuldur. Bkz. VROOM, s. 204, 215.

Kamu görevlileri hakkında yetki belgelerine ilişkin tanınan muafiyetlerin eşitlik ilkesi bakımından değerlendirilmesinde kanaatimizce ilk yapılması gereken, tekil düzeyde yapılan tespitler ile genel düzeyde yapılanlar arasına bir fark koymaktır. Bazen sadece bir mesleğe ilişkin muafiyetler tek başına ele alındığı zaman eşitlik ilkesine aykırı bir durum ortaya çıkmazken, diğer meslekler ile birlikte ele alındığında eşitlik ilkesini zedeleyebilecek uygulamalar ortaya çıkabilmektedir. Yine sadece kamu sektörü yönünden konuya yaklaşılması, aynı hukuksal statüde bulunabilecek özel sektör çalışanlarının ihmal edilmesi sonucunu doğurabilir[24].

Tekil düzeyde yapılacak değerlendirmelerde ilk olarak, muafiyet uygulamalarında kamu hizmetlerinden hangilerinin yetki belgelerinin elde edilebilmesi için gerekli olan tecrübe ve niteliği tam olarak karşılayabildiğinin doğru bir şekilde belirlenmesinin oldukça güç olduğunu belirtmemiz gerekir. Yürütülen hangi kamu hizmetleri ya da hangi kamusal unvanlar, yetki belgelerinin elde edilebilmesi için gerekli olan tecrübe ve niteliği tam olarak karşılayabilir? Her bir belge türü bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılabilecek bu hususta, gerekli tecrübe ve niteliği kazandırmamasına rağmen bazı kamu hizmetlerine yetki belgelerinin elde edilebilmesi için muafiyetler tanınması (*aşkın kapsam*) ya da tam tersi yönde, gerekli tecrübe ve niteliği kazandırıyor olmasına rağmen bazı kamu görevlilerine ise muafiyet hakkı tanınmamasının (*eksik kapsam*), eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacağı ve adalet duygusunu zedeleyeceği söylenebilir[25].

Şimdi söz konusu iki zıt husus üzerinden giderek ve iş güvenliği uzmanlığı belgesi ile avukatlık ruhsatnamesi örneklerini ele alarak, bu belgelerin kamu görevlilerine belirli bazı muafiyetler kapsamında verilmesi konusunu eşitlik ilkesi yönünden sorgulamaya başlayabiliriz. İlk belge türü bakımından, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nda teftiş faaliyetleri idari teftiş ve iş

---

[24] Fatih YILMAZ, *"Türkiye'de İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri ve Örgütlenmesi: Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmeliğin Eleştirel Bir Değerlendirmesi"*, **Kamu-İş**, C. 11, S. 2, 2010, s. 101.

[25] ÖDEN, yapılacak sınıflandırmalarda benzer durumda olmayanların da kanun hükmü kapsamına alınarak getirilen hükümden yararlandırılmasını *aşkın kapsam*, bunun tam tersi yönünde benzer durumda olmasına rağmen kanun hükmü kapsamına alınmayarak hükümden yararlandırılmamayı ise *eksik kapsam* olarak ifade etmekte ve bu tür düzenlemeleri eşitlik ilkesine aykırı bulmaktadır. ÖDEN, s. 289, 310. Gerekli tecrübe ve niteliği kazandırmamasına rağmen bazı kamu hizmetlerine yetki belgelerinin elde edilebilmesi için muafiyetler tanınması ya da bunun tam tersi olarak gerekli tecrübe ve niteliği kazandırıyor olmasına rağmen bazı kamu görevlilerine ise muafiyet hakkı tanınmaması hususu, işte yazarın tam da burada ifade ettiği *aşkın–eksik kapsam* sınıflandırmasının tipik bir örneğini oluşturur.

teftişi olarak ikiye ayrılmış; *idari teftiş* Bakanın emri veya onayı üzerine Bakanlık merkez, taşra ve yurtdışı teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşlarının her türlü hesap, faaliyet ve işlemlerinin ilgili mevzuat çerçevesinde uygulanması ile buralardaki amir, memur ve diğer görevlilerin her türlü hal ve hareketlerinin incelenmesi, teftişi, soruşturulması ve ön incelemesi olarak, *iş teftişi* ise çalışma süreleri, ücretler, iş sağlığı ve güvenliği, işçilerin refahı, çocuk ve gençlerin çalıştırılması, kayıt dışılık, işsizlik, istihdam ve işgücü piyasası uygulamaları gibi çalışma şartlarına ve ortamına ilişkin tüm mevzuat hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili olarak araştırma, inceleme ve denetlemeyi de kapsayan ve Devlet adına gerçekleştirilen teftiş faaliyetleri ile mevzuatla verilen diğer teftiş faaliyetleri olarak tanımlanmıştır (Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Yönetmeliği, md. 4). Ayrıca iş teftişi de kendi içerisinde *işin yürütümü* ve *iş sağlığı ve güvenliği* teftişi şeklinde sınıflandırılmış, *"Maden işyerleri teftişi, yapı işyerleri teftişi, büyük endüstriyel kaza oluşabilecek işyerleri teftişi, kimya sanayi işyerleri teftişi, meslek hastalıkları, iş kazaları, program dışı teftişler, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda belirtilen yetkilendirme ve belgelendirme işlemlerinin teftişi, eğitim kurumlarının denetim ve kontrolü işlemlerinin teftişi, ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin denetim ve kontrolü işlemlerinin teftişi ve benzeri işler"*, iş sağlığı ve güvenliği teftişinin türleri olarak belirlenmiştir. Görüldüğü üzere aslında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nda sadece iş sağlığı ve güvenliği teftişi, iş sağlığı ve güvenliği konularına ilişkin olmakta, idari teftiş ile işin yürütümü teftişi ise doğrudan iş sağlığı ve güvenliği konularını kapsamamaktadır. Yani anılan Bakanlıkta, iş sağlığı ve güvenliği teftişinin pratiğini yapan ve bu konuda tecrübe edinenler, sadece iş müfettişlerinin bir kısmıdır.

Bu açıklığa rağmen 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi ile İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmeliğin 8. maddesinde, *Bakanlık ve ilgili kuruluşlarında çalışma hayatını denetleyen müfettişler*in tamamına, tecrübe ve sınav şartlarından muaf kılınarak bazı iş güvenliği uzmanlığı belgelerini elde edebilme hakkı tanınmıştır. Bir diğer deyişle iş sağlığı ve güvenliği teftişinde görev almayan bazı müfettişlere de Bakanlık ve ilgili kuruluşlarının diğer teftiş hizmetlerinde görev yapmaları kaydıyla, tanınan muafiyetler çerçevesinde iş güvenliği uzmanlığı belgesini kazanma hakkı verilmiştir. Bu hususun eşitlik ilkesine ne derece uygun olduğu oldukça şüphelidir[26].

[26] Aksi yöndeki bir görüş için bkz. OCAK, s. 24. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan "*Bakanlık ve ilgili kuruluşlarında*

Ayrıca müfettiş yardımcısı olabilme şartları, işin yürütümü teftişi ve iş sağlığı ve güvenliği teftişi için farklı farklı düzenlenmiştir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nin 16. maddesine göre, *işin yürütümü yönünden iş teftişi* görevi için hukuk, siyasal bilgiler, siyasal bilimler, iktisat, idari bilimler, işletme, iktisadi ve idari bilimler fakülteleriyle bunlara denkliği onaylanmış yerli ve yabancı yüksekokullardan birini bitirmek; *iş sağlığı ve güvenliği yönünden iş teftişi* görevi için ise tıp doktoru, mimar, elektrik, maden, jeoloji, metalürji, inşaat, elektronik, makina, kimya, endüstri, fizik, bilgisayar, tekstil, petrol, uçak, gemi, çevre yüksek mühendisi veya mühendisi olmak ya da bunlara denkliği Yükseköğretim Kurulu tarafından kabul edilen yurtiçindeki veya yurtdışındaki öğretim kurumlarından mezun olmak gerekmektedir. Görüldüğü üzere yapılabilecek teftiş türüne göre alınması gereken lisans eğitimi de farklılık göstermektedir. Örneğin, hukuk fakültesi mezunu bir kişi, işin yürütümü teftişi için gerekli mezuniyet şartını yerine getirirken, iş sağlığı ve güvenliği teftişi için gerekli olan mezuniyet şartına sahip olamamaktadır. Hukuk fakültesi mezunu bir kişi, mezuniyetinin farklı bir alana ilişkin olmasından dolayı iş sağlığı ve güvenliği teftişini yapamıyorsa bu kişinin iş güvenliği uzmanlığını yapabilmesi nasıl izah edilebilir? Hukuk fakültelerinde iş sağlığı ve güvenliğinin teknik boyutuna ilişkin hiçbir eğitim verilmemektedir. Eğer hukuk fakültesi mezunu bir iş müfettişine, iş güvenliği uzmanlığı hakkını elde edebilmek bakımından Yönetmelik çerçevesinde iş güvenliği uzmanlığı eğitiminin verilmesi yeterli görülüyorsa, bu anlayışa katılmadığımızı hemen ifade etmemiz gerekir. Kanaatimizce iş güvenliği uzmanlığı belgelerini alabilmek için kural olarak mühendislik veya mimarlık eğitimi veren fakülteler, teknik eğitim fakülteleri ve üniversitelerin iş sağlığı ve güvenliği lisans veya ön lisans programlarından mezun olmak ya da fizikçi, kimyager veya biyolog unvanına sahip olmak gerekirken, bu eğitimlerden geçmemiş bir kişinin edinmiş olduğu kamu tecrübesinin sonucu olarak ve sadece iş güvenliği uzmanlığı eğitimine katılarak iş güvenliği uzmanlığı

çalışma hayatını denetleyen müfettişler" ibaresinin eşitlik ilkesi ile ilgili bir yönünün bulunmadığı sonucuna varmıştır. Karar için bkz. Dipnot no. 27. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. İş sağlığı ve güvenliği teftişinde görev alanlarla almayanlar, işin doğası gereği aynı kefeye konulamaz. Aynı işi yapmayanların aynı işi yapıyormuş gibi değerlendirilmesi ise açıkça eşitlik ilkesinin ihlali niteliğinde bir uygulamadır.

belgelerini elde edebilme hakkı kazanması, kamu yararına[27] hizmet etmez[28].

Anayasa Mahkemesi, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan *iş güvenliği uzmanı* tanımındaki "*Bakanlık ve ilgili kuruluşlarında çalışma hayatını denetleyen müfettişler"* ibaresinin iptali istemiyle açılan davada, burada ifade edilenlerin tam tersi yönde sonuçlara ulaşmıştır. Mahkemeye göre, Bakanlık ve ilgili kuruluşlarında çalışma hayatını denetleyen müfettişlerin kariyer meslek sahibi olmaları, belli bir yetiştirme eğitiminden geçmeleri, yaptıkları iş itibariyle çalışma hayatının içerisinde olmaları ve iş güvenliği uzmanlığı mesleğini icra edenlerin yapmış oldukları iş ve işlemleri denetlemekle görevli olmaları, onları iş güvenliği uzmanı olabilmeleri bakımından yeterli niteliğe sahip kılmaktadır. Mahkeme, söz konusu müfettişlerin iş güvenliği uzmanı olabilecekler arasına alınmasının, kanun koyucunun *takdir yetkisi*ne ilişkin bir husus olduğu ve bu konuda yapılacak bir denetimin *yerindelik denetimi* anlamına geleceği yönündeki görüşlerini de kararına eklemiştir[29]. Bu karara katılmadığımızı, yukarıdaki paragraflarda ifade ettiğimiz gerekçeler çerçevesinde tekrar belirtmek isteriz.

İkinci belge türü bakımından ise tam tersi yönde bir durum karşımıza çıkmaktadır. Avukatlık ruhsatnamesini muafiyet kapsamında elde edebilecek olan kamu görevlileri olarak sadece hâkim-savcılar, hukuk müşavirleri ve üniversitelerin hukuk alanlarındaki profesör, doçent ve yardımcı doçent unvanını haiz personeli belirlenmiştir. Aslında yapılan bu belirlemede güdülen amaç, söz konusu unvanlara sahip kamu personelinin edindiği kamusal tecrübenin avukatlık stajını ikame edebilecek nitelikte olduğu düşüncesidir.

---

[27] Anayasa Mahkemesi birçok kararında, eşitlik ilkesinin mutlak bir eşitliği ifade etmediğine, *haklı bir neden*in bulunması veya *kamu yararı*nın gerekli kılması durumlarında eşitlik ilkesinin uygulanamayabileceğine hükmetmektedir. Bkz. Bahtiyar AKYILMAZ/Murat SEZGİNER/Cemil KAYA, **Türk İdare Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara, Eylül 2013, s. 108-109. Nermin TOMBALOĞLU, *"Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramı"*, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1, 2014, s. 384. Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 157-158. Fransız Anayasa Konseyi içtihatlarının da kamu yararının gerekli kılması halinde eşitlik ilkesinin uygulanmayabileceği yönünde olduğu hakkında bkz. Guy CARCASSONNE, *"The Principle of Equality in France"*, **Saint Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal**, Vol. 1998, s. 164. Bununla birlikte gerekli lisans veya önlisans eğitimini almamış olmasına rağmen bazı kişilere iş güvenliği uzmanlığı belgesi verilmesini, bu anlamda haklı kılacak veya bu uygulamanın kamu yararına olduğunu gösterecek bir neden bulunduğunu düşünmüyoruz.

[28] Benzer yönde bkz. OCAK, s. 34-35. İş güvenliği uzmanlığı eğitiminin öyle hafife alınabilecek bir eğitim olmadığı yönünde bkz. YILMAZ, s. 102.

[29] AYM, 14.01.2015, E. 2014/138, K. 2015/7, RG: 07.04.2015, 29319.

Peki aynı düşünceden yola çıkarsak avukatlık stajını nitelik itibarıyla ikame edebilecek kamu hizmetleri sadece burada sayılanlarla mı sınırlıdır? Örneğin, hukuk fakültesi mezunu olması kaydıyla hukuk müşaviri unvanını haiz olmamasına rağmen birçok kurumun hukuk hizmetleri başkanlığı görevini yürüten kişiler[30], mahkemelerin yazı işlerinde veya icra dairelerinde görevli memurlar, kamu kurumlarının hukuk yoğunluklu birimlerinde görevli uzman veya müfettişler vs. yaptıkları görev itibarıyla hukuk uygulamasının içinde bulunmak bakımından, muafiyetten yararlananlara göre daha geri planda mıdırlar? Veya üniversite yerine başka bir kamu kurumunda görev yapıyor olmasına rağmen hukuk alanında profesör, doçent veya yardımcı doçent unvanını haiz bir personel, hukuk uygulamasının içinde bulunmak bakımından üniversitede olanlara göre daha az önemli bir konumda mıdır? Danıştay bir kararında, üniversite niteliğinde olmadığını belirttiği Polis Akademisinde hukuk profesörü olarak görev yapan bir kişinin burada geçen hizmet süresini, avukatlık stajı muafiyeti kapsamında değerlendirmemiştir[31]. Kanaatimizce eğer bir hukuk profesörüne üniversite dışında başka bir kamu kurumunda akademik faaliyet yürütme izni veriliyorsa artık bu aşamadan sonra, üniversitede bulunanla bulunmayan arasına sırf bu nedenden dolayı akademik bir fark koymak, eşitlik ilkesinin açık ihlali sonucunu doğurur. Haliyle aynı esas doçent ve yardımcı doçentler bakımından da geçerli olacaktır.

Genel düzeyde yapılacak değerlendirmelerde ise konunun sadece bir yetki belgesi türü bakımından değil, farklı kurumlarda çalışan kamu görevlilerinin yaptıkları benzer işler itibarıyla elde edebilecekleri yetki belgelerinin tamamı yönünden ele alınması gerekir. Bir yetki belgesinin elde edilebilmesi için kamu görevlilerine tanınan muafiyetler kendi içerisinde tutarlılık oluşturabilir ve eşitlik ilkesini ihlal etmeyebilir. Fakat benzer muafiyetlerin, farklı yetki belgeleri yönünden ele alınması farklı sonuçlar ortaya çıkarabilir. Örneğin, sektör denetimi yapan bazı bakanlık müfettişlerine, meslekleri ile ilgili yetki belgelerinin elde edilebilmesi için muafiyetler tanınırken diğer bazı ba-

[30] Örneğin, 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'da, Başbakanlığın hukuk hizmetlerini yürütmek üzere Hukuk Hizmetleri Başkanlığı oluşturulmuştur. Anılan Başkanlıkta Hukuk Hizmetleri Başkanı olarak görev yapacak kişinin, avukatlık ruhsatnamesine sahip olma zorunluluğunun da bulunmadığını düşündüğümüzde, avukatlık stajını yapmamış bir Hukuk Hizmetleri Başkanının muafiyetten yararlanması söz konusu olmayacaktır. Oysa ki aynı Başkanlıkta, Hukuk Hizmetleri Başkanının emri altında çalışan ve avukatlık stajını tamamlamamış hukuk müşavirleri muafiyetten yararlanma hakkına sahip olacaktır.

[31] D8D., 17.04.2006, E. 2005/1785, K. 2006/1607. Karar için bkz. ÖZBEK, s. 27-28, Dipnot no. 14.

kanlık müfettişlerine tanınmaması, kurgulanan sistemi eşitlik ve adalet ilkeleri yönünden tartışılır hale getirir. Bu çerçevede yukarıda da ifade edildiği gibi gümrük müfettişleri ile iş müfettişlerine, gümrük müşavirliği veya iş güvenliği uzmanlığı belgesini elde edebilmeleri için tanınan bazı muafiyetlerin aynılarının ya da benzerlerinin yeminli mali müşavirlik belgesinin elde edilebilmesi bakımından vergi müfettişlerine tanınmamasının izahatı gerçekten oldukça güçtür.

Diğer taraftan kamu görevlilerine tanınan muafiyetlerin aynısının, benzer işleri özel sektörde yürüten kişilere tanınmaması da tartışılabilir nitelikte bir konudur. Örneğin, özel bir kömür madeni işletmesinde 20 yıl mühendis olarak görev yapmış olan bir kişinin, iş güvenliği uzmanlığı belgelerini elde edebilmek için iş güvenliği uzmanlığı eğitimi ve sınavında başarılı olması şartı aranırken, İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü'nde 10 yıl görev yapmış bir mühendise (A) sınıfı iş güvenliği uzmanlığı belgesinin eğitim ve sınava tabi tutulmadan doğrudan verilmesi, ne kadar adildir ve eşitlik ilkesine uygunluk gösterir[32]. Benzer şekilde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Yenilenebilir Enerji Genel Müdürlüğü bünyesinde enerji yöneticisi eğitimi ve etüt çalışmalarını fiilen yürüten personelin, enerji yöneticisi sertifikasını elde edebilmek bakımından yararlandığı muafiyetlerden, yetkilendirilmiş kurum ("*Düzenlenen yetkilendirme anlaşması çerçevesinde, eğitim, yetkilendirme ve izleme faaliyetlerini yürütmek üzere Genel Müdürlük tarafından, Kurul onayı ile yetkilendirilen meslek odaları ve üniversiteler"* şeklinde tanımlanmıştır (Enerji Kaynaklarının ve Enerjinin Kullanımında Verimliliğin Artırılmasına Dair Yönetmelik, md. 3)) ve enerji verimliliği danışmanlık şirketlerinde aynı işi yapan en az lisans düzeyinde eğitim almış mühendislerin yararlandırılmamış olmasının izahatı oldukça güçtür.

B. Kanunilik İlkesi

Kanunilik ilkesi (the principle of legality), en genel tanımlamasıyla toplumsal yaşama ilişkin esaslı hususların kanunla düzenlenmesi ve idarenin ancak kanundan aldığı bir yetki ile temel hak ve özgürlüklere müdahale edebileceği anlamına gelir[33]. Kanunla düzenleme ise ancak parlamentolar tarafından

---

[32] Benzer yönde bkz. YILMAZ, s. 101. Bu tartışma için ayrıca bkz. OCAK, s. 26.

[33] AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 138. Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 42-43. İsmet GİRİTLİ/Pertev BİLGEN/Tayfun AKGÜNER/Kahraman BERK, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş 5. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2012, s. 76-79. Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku Dersleri**, Güncelleştirilmiş 10. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, Ekim 2010, s. 70-71.

yapılabileceği için aslında bu ilke, demokrasinin olmazsa olmazlarından birisi olarak belirlenmiş olmaktadır[34].

Kanunilik ilkesi hukukun her alanında aynı etkiye sahip değildir. Bazı alanlarda, temel hak ve özgürlüklere getirilecek müdahalelerin kişiler üzerinde doğurabileceği olumsuz etki o kadar büyüktür ki bu etkinin ancak parlamento tarafından gerçekleştirilmesine toplumsal rıza gösterilir. *Suç ve cezaların kanuniliği* ile *vergilerin kanuniliği ilkesi* işte böylesine bir zorunluluktan doğmuştur. Yüzyılları bulan tarihsel gelişimi içerisinde suç ve cezalar ile vergilerin, halkın rızasını almış parlamentolar yerine idareciler tarafından belirlenmesi, birçok kişinin haksız bir şekilde suçlanması ve cezalandırılması ya da haksız vergiye tabi tutulması sonucunu doğurmuş ve bu tür uygulamalar modern hukuk sistemlerinin oluşumunda, söz konusu ilkelerin en önemli hukuk ilkeleri olarak düzenlenmesine vesile olmuştur. Bu iki konu dışında, idarenin genel olarak her türlü iş ve eyleminde kanuna dayanması ve oradan yetki alması hususu da kanunilik ilkesinin özel bir görünüm alanı olarak ortaya çıkmıştır. *Kanuni idare ilkesi* olarak ifade edilebilecek bu özel görünüm, idarenin kanundan yetki almadan temel hak ve özgürlükler üzerinde sınırlandırmalar yapmasına sınır çizmiştir[35].

Kanuni idare ilkesi, Türk idare hukuku sisteminin de temelini oluşturmuş ve bu ilkeye doğrudan Anayasamızda yer verilmiştir. Anayasanın yürütme yetki ve görevini düzenleyen 8. maddesinde, söz konusu yetki ve görevin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından *Anayasaya ve kanunlara uygun olarak* kullanılacağı ve yerine getirileceği, 123. maddesinde ise idarenin, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve *kanunla düzenleneceği* öngörülmüştür. Ayrıca Anayasanın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin ancak *kanunla sınırlandırılabileceği* düzenlenerek, kanuni idare ilkesinin temelleri

---

[34] Onur KARAHANOĞULLARI, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 63.

[35] Yasin SÖYLER, **Mevzuat Yapım Hukuku ve Başbakanlığın Hukuksal Rolü**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, s. 473. Cemil KAYA, *"Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler"*, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 38, S. 2, Haziran 2005, s. 65. Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY, *"Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri"*, **AÜHFD**, 63 (2), 2014, s. 402. Kanunilik ilkesinin kendisini en fazla hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, kişilere mali yükümlülükler getirilmesi ve suç ve cezaların belirlenmesi alanlarında gösterdiği hakkında bkz. Turgut TAN, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 69. *Common law* hak ve özgürlüklerine de ancak kanunda açık bir düzenleme bulunması halinde dokunulabileceği hakkında bkz. Dan MEAGHER/Matthew GROVES, *"The Common Law Principle of Legality and Secondary Legislation"*, **UNSW Law Journal**, Vol. 39 (2), 2016, s. 451, 459.

güçlendirilmiştir.

Kanuni idare ilkesi, idarenin yapacağı her tür iş ve eylemde kanundan yetki alması anlamına gelmekle birlikte, idarenin kuruluşuna ilişkin usul ve esaslar ile her türlü iş ve eyleminin tüm ayrıntılarıyla doğrudan kanunla düzenlenmesi anlamına da gelmemektedir. Zaten işin doğası gereği, idarenin faaliyet alanına ilişkin her hususun kanunla düzenlenmesi mümkün değildir[36]. İdarenin kuruluşu ya da faaliyet alanlarına ilişkin hususların genel esasları ile bu faaliyetlerin temel hak ve özgürlükler üzerinde ortaya çıkarabileceği esaslı müdahalelerin kanunla düzenlenmesi, uygulama ve tekniği ilişkin ayrıntıları belirleme yetkisinin ise idareye bırakılması, kanuni idare ilkesine aykırılık oluşturmayacak durumlardır. Bu esas, doktrinde ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarında da aynen kabul görmektedir[37].

Fakat bununla birlikte, kanuni idare ilkesinin gereği olarak hangi hususların bir konunun *genel esasları* ile *uygulama ve tekniğine ilişkin hususlar* olduğunu belirlemek o kadar kolay olmamaktadır. Örneğin, kamu görevlilerine uygulanacak disiplin suç ve cezaları, genel esaslara mı, yoksa uygulama ve tekniğe ilişkin bir husus mudur? Bazen kanunlarda bu tür tartışmalı hususları gidermeye yönelik hükümlere yer verilmektedir. Örneğin, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 4. maddesinde, hangi fiillerin kabahat oluşturduğunun kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriğinin, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabileceği; kabahat karşılığı olan yaptırımların ise türü, süresi ve miktarının ancak kanunla belirlenebileceği hususu açıkça düzenlenerek, bu konuda ortaya çıkabilecek tartışmalar daha baştan giderilmeye çalışılmıştır. Bu noktada konumuzu ilgilendiren yönüyle, yetki belgelerinin elde edilmesinde kamu görevlilerine tanınan muafiyetlerin kanunla mı, yoksa düzenleyici işlemlerle mi düzenlenebileceğine yönelik açık bir kanun hükmünün de bulunmadığını göz önüne aldığımızda, muafiyet konusunun genel bir esas mı, yoksa uygulama ve tekniğe ilişkin bir konu mu olduğu hususunun belirlenmesi zorunluluk arz etmektedir.

Bu arada kamu görevlileri lehine getirilen muafiyet uygulamalarının değerlendirilmesinde, kanuni idare ilkesine bu kadar önem vermemizin sebebi-

[36] İkincil düzenleme yapmayı zorunlu kılan esneklik, teknik ve teferruata ilişkin düzenleme yapma gereksinimi, aciliyet, öngörülemezliği ortadan kaldırma, ihtiyaçlara uygunluk ve ihtiyaçlara anında cevap verebilme gibi hususlar vardır. MEAGHER/GROVES, s. 453-454.

[37] ÖDEN, s. 180. TAN, s. 69. GÜNDAY, s. 44-45. AYM, 30.03.2011, E. 2010/46, K. 2011/60, RG: 21.10.2011, 28091. AYM, 13.07.2015, E. 2015/21, K. 2015/67, RG: 24.07.2015, 29424.

nin, bu tür uygulamaların temel hak ve özgürlükler üzerinde ortaya çıkarabileceği olası etkilerin büyüklüğünden kaynaklandığını belirtmemiz gerekir. Ayrıca getirilen her muafiyetin, toplum tarafından kamu görevlilerine yönelik ayrıcalık olarak değerlendirilmesi olasılığı karşısında, söz konusu muafiyetlerin parlamentonun iradesini yansıtıp yansıtmadığı hususu kamu vicdanı nazarında etki doğuracak ve belki de bu etkiden dolayı getirilen muafiyetler kamu vicdanında kabul görecektir. Aksi durumun ise kamu vicdanını rahatsız etmesi oldukça olasıdır.

Şimdi genel hatlarıyla kamu görevlileri lehine getirilen muafiyetlerin her bir yetki belgesi türü bakımından nasıl (kanunla mı yönetmelikle mi ve hangi çerçevede) düzenlendiği hususunu tespit etmeye başlayabiliriz. Ele aldığımız yetki belgelerine ilişkin yürürlükteki düzenlemelere bakıldığı zaman, kamu görevlileri lehine getirilen muafiyetlerin ya doğrudan kanunlarla düzenlendiği ya da kanunlarda, muafiyete ilişkin düzenleme konusunda açık bir yetki verildiği belirtilmeksizin sadece yetki belgelerine ilişkin usul ve esasların düzenleyici işlemlerle düzenlenebileceğine ilişkin hükümlere yer verildiği[38] görülmektedir. Bu çerçevede *avukatlık ruhsatnamesi* ve *serbest muhasebeci mali müşavirlik ve yeminli mali müşavirlik ruhsatları* ile *gümrük müşavir yardımcılığı ve gümrük müşavirliği izin belgeleri*ne ilişkin muafiyetler doğrudan kanunlarla[39]; *iş güvenliği uzmanlığı belgesi*, *enerji yöneticisi sertifikası*, *gemi acente yetkilisi ve gemi acentesi personeli yetki belgeleri* ise kanunlarda muafiyete ilişkin açık hükümlere yer verilmeksizin doğrudan yönetmeliklerle düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere mevcut düzenlemeler aslında iki uç noktayı oluşturmaktadır.

---

[38] Örneğin, 5627 sayılı Enerji Verimliliği Kanunu'nda *enerji yöneticisi sertifikası*nın elde edilmesine yönelik olarak sadece, bu konuya ilişkin hususların Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından yürürlüğe konulacak bir yönetmelikle düzenlenmesine yönelik bir hüküm (md. 5/2) ile enerji yöneticileri için Yenilenebilir Enerji Genel Müdürlüğü, yetkilendirilmiş kurumlar ve şirketler tarafından teorik ve uygulamalı eğitim programları düzenleneceğine yönelik bir hükme (md. 6/1, a/1) yer verilmiş, enerji yönetici sertifikasının elde edilebilmesine yönelik hususlar ikincil düzenlemeler olarak Enerji Kaynaklarının ve Enerjinin Kullanımında Verimliliğin Artırılmasına Dair Yönetmelik ve Enerji Verimliliği Eğitim ve Sertifikalandırma Faaliyetleri Hakkında Tebliğ (Sıra No: 2012/5) ile ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Muafiyete ilişkin hususların tamamına da söz konusu ikincil düzenlemelerde yer verilmiştir.

[39] Bununla birlikte söz konusu yetki belgelerine ilişkin kanunlarda yer alan hükümlerin yönetmelik ve tebliğlerle daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi de mümkün olabilir. Nitekim örneğin, *gümrük müşavir yardımcılığı ve gümrük müşavirliği izin belgeleri*ne ilişkin hususlar doğrudan Gümrük Kanunu'nda düzenlenmiş olmakla birlikte, konuya ilişkin daha ayrıntılı düzenlemelere 7.10.2009 tarihli ve 27369 Mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Gümrük Yönetmeliği'nde de yer verilmiştir.

Yetki belgelerine ilişkin muafiyetler hakkında mevcut düzenlemelerdeki durumu bu şekilde tespit ettikten sonra bu hususta kanuni idare ilkesine uygun olan düzenleme yönteminin, avukatlık ruhsatnamesi, serbest muhasebeci mali müşavirlik ve yeminli mali müşavirlik ruhsatları ile gümrük müşavir yardımcılığı ve gümrük müşavirliği izin belgelerinin düzenlenmesinde izlenen yöntem olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü muafiyete ilişkin hususlar mutlaka, o mesleği muafiyet tanınmaksızın yapabilecek olan kişilerin haklarını da etkiler ve haksız rekabete yol açabilir. Aynı şekilde muafiyetlerin tanınacağı kamu hizmetleri ve unvanları ile muafiyetlerin türlerinin kanun yerine doğrudan düzenleyici işlemlerle belirlenmesi, hak ve özgürlükler üzerinde ciddi sınırlandırmalar ortaya çıkarabilir. Anayasanın 13. maddesine göre ise temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlandırılabilir. Şu halde Anayasanın 13. maddesi gereğince muafiyetlerin düzenlenmesi bakımından bir kere mutlaka kanunda, kamu görevlilerine yetki belgelerini elde edebilmeleri için muafiyet tanınacağına yönelik açık bir yetki verilmiş olmalı, ayrıca muafiyetlerin hangi kamu hizmetlerine veya hangi unvanlara sahip kamu görevlilerine tanınacağı ve ne tür muafiyetler tanınacağı hususu kanunla açıklığa kavuşturulmuş olmalıdır. "*Yetki belgelerine ilişkin usul ve esasların"* genel olarak düzenleyici işlemlerle belirlenmesi yönündeki yasal hükümler, her ne kadar idareye yetki belgelerinin kimler tarafından, hangi şartlar altında ve nasıl elde edilebileceğini belirleme yetkisi verirse de kanaatimizce kamu görevlilerine muafiyet tanınabilmesi yönünde bir yetki vermez.

Anayasa Mahkemesi 1987 yılında verdiği bir kararında, yeminli mali müşavirlik mesleğinin niteliklerinin belirlenmesi konusunda burada yaptığımız değerlendirmelerden daha geniş bir çerçevede kanunilik ilkesi esasını benimsemiştir. Söz konusu Kararında Anayasa Mahkemesi, yeminli mali müşavirlik mesleğini Anayasanın 128. maddesi çerçevesinde *diğer kamu görevlisi* statüsü içerisinde değerlendirmiş ve anılan madde ile Anayasanın 123. ve 7. maddelerini de esas alarak yeminli mali müşavirlik mesleğinin niteliklerinin ancak kanunla belirlenebileceği, bu konuda olduğu gibi geniş bir çerçevede Bakanlar Kurulu'na yetki devredilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır[40]. Fakat diğer taraftan Anayasa Mahkemesi 2013 yılında verdiği bir kararında ise tam aksi sonuçlara ulaşmıştır. Bu Kararında Anayasa Mahkemesi, diğer birçok husus yanında işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve diğer sağlık personelinin niteliklerinin yönetmelikle belirlenmesini öngören 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun ilgili hükümlerini, *"... dava konusu kurallarda yö-*

[40] AYM, 19.03.1987, E. 1986/5, K. 1987/7, RG: 12.11.1987, 19632.

netmelik ve diğer düzenleyici işlemler ile belirlenecek olan hususlar mutlaka kanun ile düzenlenmesi gerekmeyen teknik ve ayrıntıyı içeren kurallardır" gerekçesine yer vererek Anayasaya uygun bulmuştur[41]. Anayasa Mahkemesi'nin bu Kararının, özellikle yetki belgelerinin elde edilmesinde kamu görevlileri lehine getirilebilecek muafiyetler yönünden, yukarıda ifade ettiğimiz gerekçeler doğrultusunda yerinde bir karar olmadığı kanaatindeyiz.

Kanuni idare ilkesi bakımından önem taşıyan bir diğer konu, muafiyete ilişkin düzenleyici işlemlerle getirilen hükümlerin kanuna aykırı olmaması hususudur. Kanuni idare ilkesi bu esası da bünyesinde taşır. Aksi halde kanuna aykırı düzenleyici işlemlerin yürürlüğe konulabildiği bir hukuk sisteminde, kanuni idare ilkesinin hayat bulması söz konusu olmaz. Muafiyetlere ilişkin düzenleyici işlemlere bakıldığı zaman, özellikle genel çerçevesinin kanunla çizilip uygulamaya ilişkin teknik hususların düzenleyici işlemlere bırakıldığı durumlarda, kanuna aykırı düzenlemelere rastlanabilmektedir.

C. Kamu Görevlilerinin Çalışma Özgürlüğü ve Haksız Rekabet

Bir taraftan kamu görevlilerine tanınan muafiyetlere sınır getirilmesi gerektiği ileri sürülürken, diğer taraftan kamu görevlilerinin sırf kamu görevi yapıyor olmalarından dolayı söz konusu belgeleri muafiyetsiz elde edebilmelerinin engellenmesine göz yumulmaması gerekir. Bu tür engellemeler, kamu görevlilerinin çalışma özgürlüğü üzerinde ölçüsüz bir sınırlandırma oluşturur. Örneğin, hukuk müşavirlerine tanınan muafiyet bir tarafa bırakılırsa devlet memurlarının sırf devlet memuru olmalarından dolayı avukatlık stajını tamamlayarak avukatlık ruhsatnamesini elde edebilmelerinin engellenmesinin hiçbir anlamı bulunmamakta ve bu husus devlet memurları bakımından ciddi bir haksızlık oluşturmaktadır. Yoksa bu tür engellemelerin olması, kamu görevlilerine meslekleri ile ilgili yetki belgelerini elde edebilmeleri için muafiyetler tanınmasını haklı gösterebilir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, bu anlamda örnek bir kanun olarak gösterilebilir. Anılan Kanunda, arabulucu olmak bakımından kamu görevlileri dâhil hiçbir kimseye muafiyet tanınmamış, fakat bununla birlikte kamu görevlilerinin arabuluculuk eğitim ve sınavına katılmaları da engellenmemiştir. 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nda da 2008 yılında 5786 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrası, yeminli mali müşavirlik sınavı bakımından hiçbir kamu görevlisine muafiyet tanınmamış, kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanların,

[41] AYM, 03.04.2013, E. 2012/97, K. 2013/51, RG: 31.12.2013, 28868.

yeterlilik sınavını kazandıkları tarihten itibaren açılacak yeminli mali müşavirlik sınavlarına genel hükümlere göre katılabilmeleri mümkün kılınmıştır (md. 9/3)[42].

Kamu görevlilerinin yetki belgelerini elde edebilmelerine ilişkin getirilen haksız sınırlandırmalar, aynı zamanda söz konusu sektörde haksız bir rekabetin ortaya çıkmasına neden olur. Haksız bir şekilde getirilen kanuni sınırlandırmalar farklı mesleki geçmişlere sahip, yetişmiş ve nitelikli personelin sektöre girişini engeller, o sektörün sadece bir grup azınlık tarafından yönetilmesine neden olur. Bu durum ise toplumun menfaatine yönelik bir sektör yönetiminden ziyade, azınlık grubunun menfaatini maksimize eden bir yönetim anlayışı ortaya çıkarır. Sonuçta zarar gören, hak ettiği kamu hizmetini kaliteli bir şekilde alamayan ve yüksek ücretlere maruz kalan toplumun kendisi olur[43].

Ç. Kamu Yararı

Yetki belgelerinin elde edilmesinde kamu görevlileri lehine tanınan muafiyetlerin kamu yararı–özel yarar çatışmasını ortaya çıkarması oldukça olasıdır[44]. Muafiyetler bir taraftan kamu görevlilerinin özel yararına hizmet ederken, diğer taraftan kamu yararını zedeleyebilir. Elbette her muafiyetin böyle bir çatışma ortaya çıkarması söz konusu olmaz. Bazen kamu görevlilerinin özel yararına hizmet eden muafiyetler *kamu yararı*na (*public interest*) da hizmet edebilir. Fakat özellikle kamu görevlilerine tanınan bazı muafiyetler, kamu yararı–özel yarar çatışmasına neden olmaktadır.

Bu çerçevede ilk olarak bazı kamu görevlerinin sırf yürütülmüş olmasının, yetki belgelerinin elde edilebilmesi için gerekli olan staj, tecrübe ve eğitim gibi bazı şartları karşılıyor olabileceği ileri sürülebilirse de sınav şartını karşıladığının ileri sürülmesi o kadar da kolay değildir. Diğer kişiler bakımından yetki belgelerinin elde edilmesinde niteliği ölçen ve adaleti sağlayan bir kriter olarak sınav gibi bir şart aranırken, kamu görevlilerinin bu şarttan muaf kılınması nitelik tartışmalarını gündeme getirmektedir. Sınavsız elde edilen yetki belgeleri, her zaman tartışılmaya ve eleştirilmeye açıktır[45]. Hatta kamu

[42] Üçüncü fıkranın son cümlesine göre bunların yeminli mali müşavir ruhsatını alabilmeleri için 10 yıllık süreyi tamamlamaları şarttır.

[43] Genel olarak haksız sınırlandırmaların bu tür sonuçlar doğuracağı hakkında bkz. ÇOKGEZEN/TOKSOY, s. 136.

[44] Kamu yararı-özel yarar çatışması için bkz. ÇAKMAK, s. 316 vd. AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 28-29.

[45] Bkz. OCAK, s. 26.

görevlilerinin yürüttükleri görev itibarıyla yetki belgelerinin elde edilmesinde gerekli olan niteliği doğrudan kazandıkları düşünülüyorsa bu belgelerin elde edilmesini sağlayan sınava katılmaktan hiçbir şekilde çekinmemeleri gerektiği de bir iddia olarak ortaya konulabilir. Sınav kriterinin sadece nitelik belirleyici bir yönü değil, aynı zamanda adaleti sağlayıcı bir yönünün de bulunması nedeniyle yürütülen hiçbir kamu hizmetinin, bir yetki belgesinin elde edilmesinde doğrudan kamu görevlilerini sınavdan muaf kılmasının doğru ve adil bir yaklaşım olmadığı ve kamu yararına hizmet etmediği kanaatindeyiz[46]. 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nda 2008 yılında yapılan değişiklikle, kamu görevlileri için sınav şartına yönelik getirilen muafiyetlerin yürürlükten kaldırılmış olmasının bu düşünceden hareketle gerçekleştirilmiş bir değişiklik olması oldukça olasıdır[47].

Diğer taraftan gerekli mesleki eğitimi almamış bir kamu görevlisine, sırf belli kamu görevlerinde bulunmuş olmasından dolayı mesleğe ilişkin yetki belgesini sınav şartına tabi tutularak bile olsa elde edebilme hakkının tanınmasının, ne derece kamu yararına yönelik olduğu hususunun mutlaka sorgulanması gerekir[48]. Mesleki bir eğitim alınmadan sadece mesleğin uygulaması-

---

[46] Birinci sınıf savcıların, birinci ya da ikinci sınıf noterliklere Kanunda yer verilen şartlara tabi olmaksızın istekleri üzerine doğrudan atanabilmelerine imkân tanıyan Kanun hükmü, düzenleme gerekçesinin sadece *"Adalet Bakanlığı merkez kuruluşundaki kimi sürtüşmeleri önlemeye yardımcı olmak"* olarak gösterilmiş olması da göz önünde bulundurularak kamu yararına aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. AYM, 15.01.1980, E. 1979/30, K. 1980/2, RG: 29.03.1980, 16944.

[47] 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun gerekçesinde,

> *"... meslek mensuplarının uluslararası kabul edilebilirlik konusunda yaşadıkları sorunların aşılması ve meslek mensuplarının kalitesinin ve standartlarının yükseltilmesi amacıyla 'serbest muhasebeci mali müşavir' ve 'yeminli mali müşavir' olmak için bazı meslek gruplarına daha önce getirilmiş olan sınav muafiyeti kaldırılarak, prensip itibariyle bu unvanların sınavla kazanılması esası getirilmektedir."*

şeklinde bir açıklamaya yer verilmiştir. Bkz. http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0549.pdf, (Erişim tarihi: 27.04.2017). Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi, yeminli mali müşavir olabilmek için tanınan sınav muafiyetlerini kaldıran kanun hükmünü, Anayasaya aykırı bulmamıştır. Bkz. AYM, 18.05.2011, E. 2008/80, K. 2011/81, RG: 15.12.2011, 28143.

[48] Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi birçok kararında, kamu yararını belirleme konusunda yasa koyucuya oldukça geniş bir takdir yetkisi ve düzenleme alanı bırakmaktadır. Bkz. ÇAKMAK, s. 419-422. Fakat yasa koyucunun toplumsal yaşamı düzenleme konusunda oldukça geniş bir takdir yetkisine sahip kılınması, kamu yararına hizmet etmediği açık ve net olan kanunların da kamu yararına uygun olduğunun kabulü sonucuna bizleri otomatik olarak götürmemelidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin kamu yararına aykırı olduğundan dolayı kimi kanun hükümlerini iptal yönünde verdiği kararları da mevcuttur. Her olayın

na yönelik kimi işlerde bulunmak eğer bir mesleği icra edebilmek için yeterli kabul edilseydi, birçok kişi sırf yaptıkları işlerden dolayı söz konusu mesleği yapabilme hakkını kazanırdı. Bazı meslek türleri bakımından kısa süreli kurs eğitimi şeklinde de olsa, bir mesleğin icrası için alınması gereken eğitimin her durumda alınması, kamu yararının zorunlu kıldığı bir husustur. Meslek alanında eğitimsiz insanların yürüttüğü işler hiçbir zaman gerekli tatmini sağlamaz, toplumsal gelişimi engeller ve sürekli insanlar arası sorunların ortaya çıkmasına neden olur.

Yukarıda yer verilen düzenlemelere bakıldığı zaman genel itibarıyla birçok mesleğin icra edilebilmesi için mesleki eğitimin zorunlu kılındığı görülmektedir. İktisadi ve idari bilimler fakültesi mezunu bir idari yargı hâkiminin, dört yıllık mesleki kıdemi olsa bile hukuk fakültesi mezunu olmadığı için avukatlık yapamaması[49] ya da Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Yenilenebilir Enerji Genel Müdürlüğü'nün enerji yöneticisi eğitimi ve etüt çalışmalarını yürüten birimlerinde en az iki yıl görev yapsa ve bu çalışmalarda fiilen görev aldığını belgelese bile, mühendislik alanında en az lisans düzeyinde eğitim almamış personelin enerji yöneticisi olamaması örneklerinde olduğu gibi birçok mesleğin icrası için mesleki eğitimin alınması zorunludur. Bununla birlikte kamu görevlilerince bazı yetki belgelerinin elde edilmesinde, işte burada ifade edilmeye çalışılan *kamu yararı* sorunu karşımıza çıkmaktadır. Örneğin iş güvenliği uzmanlığı belgelerinin, mühendislik veya mimarlık eğitimi veren fakülteler, teknik eğitim fakülteleri veya üniversitelerin iş sağlığı ve güvenliği

somut koşullarına göre yasa koyucunun kamu yararı iradesi araştırılmalı, kamu yararına hizmet etmediği açık ve net olan kanunlar iptal edilmelidir. Öte yandan doktrinde, kamu yararını belirleme konusunda Anayasa Mahkemesi'nin kullandığı yetkinin soyut ve belirsiz olduğu yönünde görüşler bulunduğu gibi (Bkz. Tekin AKILLIOĞLU, *"Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler"*, **Amme İdaresi Dergisi**, 24/2, Haziran 1991, s. 10.) Anayasa Mahkemesi'nin kamu yararı yönünden denetim yapmasının *kişisel, siyasal ya da saklı amaçların tespiti* dışında mümkün olmadığı, böyle bir denetimin *yerindelik denetimi* anlamına geleceği yönünde görüşler de bulunmaktadır. Bkz. Erdoğan TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, Beta, 20. Bası, Nisan 2016, s. 234. ÖZBUDUN, s. 428-429. Hatta bazı yazarlar anayasa yargısının meşruluğunu bile sorgulayarak, aslında kamu yararı gibi içeriği belirsiz kavramlardan yola çıkarak Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetim faaliyeti yürütmesine tamamen karşı çıkmış olmaktadır. Bkz. Kemal GÖZLER, *"Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu"*, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, 61-3, s. 140-141, 163-164.

[49] Aslında, alınan mesleki eğitim sonunda idari yargı hâkimliği mesleğini yapabilen kişilerin aynı eğitimin sonucu olarak avukatlık mesleğini icra edememeleri açık bir çelişki oluşturur. Kanaatimizce idari yargı hâkimliği de diğer hâkimlikler ve avukatlık mesleği gibi ancak hukuk fakültesi mezunlarının yapabileceği bir iştir. Bu nedenle söz konusu çelişkinin ortadan kaldırılabilmesi için, aynen avukatlık mesleğinde olduğu gibi idari yargı hâkimliği de sadece hukuk fakültesi mezunlarına hasredilmelidir.

lisans veya ön lisans programlarından mezun olmayan ya da fizikçi, kimyager veya biyolog unvanına sahip olmayan kişilere verilmesi, kamu yararına hizmet etmemektedir.

Son olarak tanınan tecrübe muafiyetlerinde aranan kamu hizmet sürelerinin çok kısa olarak belirlenmesi de kamu yararını olumsuz etkileyebilir. Normal şartlar altında örneğin, bir yetki belgesi başvurusunda on yıl gibi bir özel sektör tecrübesi aranırken, bu tecrübenin kamu hizmet süresi bakımından bir yıl olarak belirlenmesi yönündeki bir uygulama, elbette eleştirilebilir nitelik taşır. Her bir belirleme bakımından konunun ele alınması ve tespit edilen sürelerin tecrübe yetkinliğini verip vermediğinin değerlendirilmesi gerekir. İş güvenliği uzmanlığı belgelerinin elde edilebilmesi için aranan kamu hizmet sürelerinin, iş güvenliği uzmanlığı mesleğinin ihdas edildiği yıllardan günümüze değin artırılarak uygulanması, bu anlamda kamu yararı lehine bir gelişme olarak örnek gösterilebilir.

SONUÇ

Bazı yetki belgelerinin elde edilmesinde kamu görevlileri lehine getirilen muafiyetlerin adil olup olmadığı, eşitlik ilkesini ihlal edip etmediği ve kamu görevlileri lehine ayrıcalık oluşturup oluşturmadığı hususu her daim tartışma konusu olmuştur. Bu tür tartışmalar sadece akademik düzeyde yapılmamakta, aynı zamanda günlük yaşantımızda da devamlı karşımıza çıkmaktadır. Yapılan tartışmalarda çoğu zaman ya toptancı bir bakış açısıyla söz konusu muafiyetlerin adil olmadığı ve tanınmaması gerektiği ya da yine toptancı bir bakış açısıyla kamu görevlilerine muafiyetler tanınmasının onların hakkı olduğu ileri sürülmektedir. Çalışma boyunca yapılan değerlendirmelerde, bu tür toptancı yaklaşımlar ile doğru ve adil sonuçlara ulaşılamayacağı anlaşılmıştır. Belki doğru ve adil bir sonuca ulaşabilmek için her bir yetki belgesi türü bakımından daha özel değerlendirmeler yapılması gerekebilir. Fakat bu tür değerlendirmeler de sorunun geneline en üst düzeyden bakma imkânını ortadan kaldırabilmektedir. Ayrıca tanınan her muafiyetin ortaya çıkardığı hukuksal tartışma adalet, eşitlik, kanunilik ve kamu yararı gibi hukuk ilkelerine yönelik olmaktadır. Yani ortaya çıkardığı hukuksal sorunlar itibarıyla söz konusu muafiyetlerin bir birlikteliği söz konusudur. O yüzden bu birliktelik ekseninde her bir yetki belgesi türü bakımından değil, fakat her bir muafiyet türü bakımından konuya yaklaşılması daha doğru sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Örneğin başlı başına sınav muafiyeti, hangi yetki belgesine ilişkin olursa olsun bir bütün olarak adalet ve eşitlik ilkesi yönünden değerlendirilmelidir.

Yetki belgelerinin elde edilmesinde genel olarak kamu görevlileri lehine muafiyetler tanınmasının anlaşılabilir bir hukuki gerekçesi vardır. Bu gerekçe, kamu görevlilerinin zaten yürütmekte olduğu hizmetler nedeniyle yetki belgelerine hak kazanılabilmeleri için gerekli olan nitelik ve tecrübeyi kazandıkları düşüncesine dayanır. Ayrıca kamu görevlileri lehine tanınan muafiyetlerle, kamu bilgi ve tecrübesinin özel sektöre aktarılmasına imkân tanınarak kamu yararına hizmet etme gibi bir düşünce de bu gerekçe içerisinde yer alır. Bu yönü itibarıyla genel olarak, kamu görevlileri lehine tanınan muafiyetlerin adil olmadığını ve eşitlik ilkesini ihlal ettiğini ya da kamu yararına hizmet etmediğini ileri sürmek oldukça güçtür.

Fakat tanınan her muafiyet türü bakımından aynı sonuca ulaşılamaz. Sınav muafiyetleri bu türdendir. Bu muafiyetlerin ne derece kamu yararına hizmet ettiği oldukça şüphelidir. Ayrıca bu tür muafiyetler, kamu vicdanı nazarında olumsuz bir telakki oluşturmakta ve kamu görevlilerinin kendilerine ayrıcalık tanıması olarak değerlendirilmektedir.

Yine tanınan muafiyetlerde aldığı eğitim, yürütmüş olduğu kamu hizmeti ya da haiz olduğu unvan itibarıyla yetersiz olmasına rağmen bazı kamu görevlilerine yetki belgelerine ilişkin muafiyetler tanınması, adil sonuçlar ortaya çıkarmamakta ve eşitlik ilkesini ihlal etmektedir. Bunun tam tersi yönünde bir uygulama ortaya konulması da, yani söz konusu hususlar bakımından yeterli olmasına rağmen, muafiyet tanınan diğer kamu görevlilerinden farklı olarak bazı kamu görevlilerine muafiyet tanınmaması da eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar ortaya çıkarmaktadır.

Muafiyetlerin kamu görevlileri – özel sektör çalışanları bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Özel sektör çalışanlarının, kazandığı tecrübe ile sırf özel sektör çalışanı olmasından dolayı kamu görevlilerinden farklı muameleye tabi tutulmasını, eşitlik ilkesi bakımından açıklamak oldukça zordur.

Muafiyet uygulamasının ortaya çıkardığı sorunlardan birisinin de kanuni idare ilkesinin ihlaline yönelik hususlar olduğu belirtilmişti. Temel hak ve özgürlükler üzerinde ortaya çıkarabileceği yoğun etkileri itibarıyla, muafiyet tanınmasına yönelik açık düzenlemelere kanunlarda yer verilmesi zorunluluk arz etmektedir. Ayrıca kanunlarda yer alacak düzenlemelerde, kendisine muafiyet tanınan kamu hizmetlerinin, unvanların ve muafiyet türlerinin belirtilmesi oldukça önem taşımaktadır. Aksi yönde yürürlüğe konulan kanunların, anayasal düzeyde güvence altına alınan kanuni idare ilkesine aykırı olduğu söylenebilir.

KAYNAKÇA

AKILLIOĞLU, Tekin: *"Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler"*, **Amme İdaresi Dergisi**, 24/2, Haziran 1991, s. 3-15.

AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: **Türk İdare Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara, Eylül 2013.

AKYILMAZ, Bahtiyar: *"Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi"*, **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi**, S. 1, 1998, s. 23-55.

ATAY, Ender Ethem: *"İdare Hukukuna İlişkin Temel Tespitler ve Bu Hukuk Dalının Belli Başlı Özellikleri"*, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S. 1, 2, 2007, s. 503-527.

CARCASSONNE, Guy: *"The Principle of Equality in France"*, **Saint Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal**, Vol. 1998, s. 159-172.

ÇAĞLAR, Selda: *"Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu"*, **Ankara Barosu Dergisi**, 2012/3, s. 43-86.

ÇAKMAK, N. Münci: **İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı**, Seçkin, Ankara, Mayıs 2013.

ÇOKGEZEN, Murat/TOKSOY, Fevzi: *"Meslek Örgütlerinin Rekabet Üzerindeki Etkileri: Profesyonel Meslek Örgütleri Üzerine Bir Değerlendirme"*, içinde: **Türkiye'de Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları, Sivil Toplum ve Demokrasi**, Ed. Atilla Yayla/Bican Şahin, Liberal Düşünce Topluluğu Derneği, Ankara, 2011, s. 127-177.

GİRİTLİ, İsmet/BİLGEN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman: **İdare Hukuku**, Güncellenmiş 5. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2012.

GÖZLER, Kemal: **İdare Hukuku Dersleri**, Güncelleştirilmiş 10. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, Ekim 2010.

GÖZLER, Kemal: *"Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu"*, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, 61-3, s. 131-166.

GÜLAN, Aydın: *"Akademik Personelin Üniversite Dışında Mesleki Gelir Getirici Çalışmalarda Bulunmasının Meşruluğu Sorunu"*, **İÜHFM**, LXIX, S. 1-2, 2011, s. 37-42.

GÜNDAY, Metin: **İdare Hukuku**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.

KARAHANOĞULLARI, Onur: **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

KAYA, Cemil: *"Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler"*, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 38, S. 2, Haziran 2005, s. 61-87.

MEAGHER, Dan/GROVES, Matthew: *"The Common Law Principle of Legality and Secondary Legislation"*, **UNSW Law Journal**, Vol. 39 (2), 2016, s. 450-487.

OCAK, Saim: "*İş Güvenliği Uzmanlığı Yönetmeliğinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi*", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Legal, C. 10, S. 40, 2013, s. 21-36.

ÖDEN, Merih: **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

ÖZBEK, Mustafa S.: *"Avukatlıkla Bağdaşabilen Akademik Unvanlar"*, **Ankara Barosu Dergisi**, 2012/1, s. 19-42.

ÖZBUDUN, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

SERİM, Bülent: "*Yasa Önünde Eşitlik İlkesi*", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 27, S. 3, Eylül 1994, s. 13-25.

SEVGİLİ GENÇAY, Fatma Didem: *"Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri"*, **AÜHFD**, 63 (2), 2014, s. 397-417.

SÖYLER, Yasin: **Mevzuat Yapım Hukuku ve Başbakanlığın Hukuksal Rolü**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016.

TAN, Turgut: **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

TEZİÇ, Erdoğan: **Anayasa Hukuku**, Beta, 20. Bası, Nisan 2016.

TOMBALOĞLU, Nermin: *"Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramı"*, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1, 2014, s. 353-388.

TURHAN, Mehmet: *"Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı"*, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, 62-3, s. 379-404.

VROOM, Cynthia A.: *"Equal Protection Versus The Principle of Equality: American and French Views on Equality in The Law"*, **Capital University Law Review**, 21, 1992, s. 199-223.

YANCI ÖZALP, Nihan: *"Yasa, Kanun Hükmünde Kararname ve Mahkeme Kararları Işığında Tam Gün Sorunsalı"*, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIX, S. 2, 2015, s. 259-289.

YILMAZ, Fatih: *"Türkiye'de İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri ve Örgütlenmesi: Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmeliğin Eleştirel Bir Değerlendirmesi"*, **Kamu-İş**, C. 11, S. 2, 2010, s. 89-112.

MAHKEME KARARLARI

AYM, 06.06.2013, E. 2011/145, K. 2013/70, RG: 23.11.2013, 28830.

AYM, 14.01.2015, E. 2014/138, K. 2015/7, RG: 07.04.2015, 29319.

AYM, 30.03.2011, E. 2010/46, K. 2011/60, RG: 21.10.2011, 28091.

AYM, 19.03.1987, E. 1986/5, K. 1987/7, RG: 12.11.1987, 19632.

AYM, 03.04.2013, E. 2012/97, K. 2013/51, RG: 31.12.2013, 28868.

AYM, 15.01.1980, E. 1979/30, K. 1980/2, RG: 29.03.1980, 16944.

AYM, 18.05.2011, E. 2008/80, K. 2011/81, RG: 15.12.2011, 28143.

AYM, 16.07.2010, E. 2010/29, K: 2010/90, RG: 04.12.2010, 27775.

AYM, 13.07.2015, E. 2015/21, K. 2015/67, RG: 24.07.2015, 29424.

DİDDK, 30.01.2014, E. 2010/3468, K. 2014/124, **Danıştay Dergisi**, S. 137, 2014, s. 75-77.

D7D, 06.04.2016, E. 2013/5703, K. 2016/3808, **Danıştay Dergisi**, S. 142, 2016, s. 340-342.

D8D, 17.04.2006, E. 2005/1785, K. 2006/1607.

D12D, 17.02.2016, E. 2015/1813, K. 2016/791, **Danıştay Dergisi**, S. 142, 2016, s. 199-214.

D15D, 22.01.2016, E. 2015/8510, K. 2016/204.

GÜNCEL BİREYSEL BAŞVURU KARARLARI VE İDARÎ YARGIDA İPTAL DAVASI AÇMA SÜRESİ

Halim Alperen ÇITAK*

ÖZET

Dava açma süresi, adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak görülen "mahkemeye erişim hakkı"na yönelik bir sınırlama teşkil eder. Objektif nitelik arz eden ve idarî işlemin hukuka uygunluğunun tartışıldığı iptal davasında dava açma süresi, aynı zamanda hukuk devleti ilkesini de kayıt altına alır. Türk hukukuna henüz birkaç yıl önce giren bireysel başvuru yolu kapsamında Anayasa Mahkemesi, idarî yargılama hukukunu ilgilendiren kararlar da vermektedir. Bu çalışma, iptal davalarında dava açma süresine ilişkin kuralların yorumlanmasını konu edinen üç güncel karar ışığında, bireysel başvuru yolunun Danıştay içtihatları üzerindeki muhtemel etkisini ortaya koymakta ve okuyucuyu idarî yargıda iptal dava açma süresinin niteliği üzerinde yeniden düşünmeye davet etmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Dava açma süresi, iptal davası, adil yargılanma hakkı, mahkemeye erişim hakkı, bireysel başvuru.*

CURRENT INDIVIDIAL APPLICATION DECISIONS AND THE TERM OF LITIGATION IN ADMINISTRATIVE PROCEDURE

ABSTRACT

The term of litigation constitutes a restraint towards the "right to access to the court", which is seen as a component of the right to fair trial. In action of annulment that has an objective character and in which the legality of administrative act is argued, the term of litigation restrains also the rule of law (l'état du droit). Within the scope of individual application, which has entered into Turkish law a few years ago, Constitutional Court renders some judgments regarding administrative jurisdiction as well. This article asserts, in the light of three current decisions, the possible effects of individual application on the jurisprudence of Turkish Council of State and invites the reader to reconsider the true nature of the term of litigation in administrative procedure.

Keywords: *Term of litigation, action of annulment, right to fair trial, right to access to the court, individual application.*

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi. (h.a.citak@gmail.com)

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih **:** 25/01/2017

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 22/06/2017

GİRİŞ

Türk hukuk sistemine 12.09.2010 tarihinde yapılan halkoylaması ve 23.09.2010 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan anayasa değişikliği vasıtasıyla giren bireysel başvuru müessesesi, 23.09.2012 tarihinde fiilen hayata geçmiştir. Henüz birkaç senelik mazisi olmasına rağmen bireysel başvuru kararlarının gerek şeklî, gerekse maddî hukuk açısından kayda değer etkiler doğuracağı şimdiden söylenebilir. Bireylerin kamu gücüyle doğrudan karşılaştığı bir alan olmak itibariyle idare hukuku ve idarî yargılama hukuku, söz konusu etkinin en yoğun gözleneceği alanlar arasındadır. Okuyacağınız çalışma, bu durumdan hareketle, öncelikle idarî yargıda dava açma süresinin niteliği üzerine genel bir bilgi sunacak ve bireysel başvuru yolunun, iptal davalarında süreye ilişkin kuralların yorumlanması üzerindeki muhtemel etkilerini güncel kararlar ışığında inceleyecektir.

I. İDARİ YARGIDA DAVA AÇMA SÜRESİNİN NİTELİĞİ ÜZERİNE

Kadim zamanlardan bu yana aşina olunan "usûl, esasa mukaddemdir" prensibi, hukukî güvenlik ve istikrar lehine ve çoğu zaman işlevsel bir tespiti ifade eder. Fakat her zaman esas, usûle kurban edilebilir mi? İdarî davalarda, bilhassa dava açma süresi bakımından, bu soruya rahatlıkla "evet" cevabını vermek çok kolay değildir.

Dava açma süresi, –davanın idarî yahut adlî niteliğinden bağımsız olarak- temel hak ve hürriyetlerin korunması alanında bir "gerilim hattı" oluşturmaktadır. Anayasa'nın hak arama hürriyetine dâir 36. maddesi[1] ile mahkemelerin kuruluşuna ilişkin 142. maddesinden[2] doğan bu gerilimi yönetmek/hafifletmek için yine Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması kurallarına başvurmak icap eder[3]. Şu hâlde, dava açma süresine ilişkin olarak usûl kanunlarındaki kuralların katı biçimde yorumlanması, "mahkemeye erişim hakkının (âdil yargılanma hakkının) ihlâli"

---

1 **Madde 36/1 -** *Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*

2 **Madde 142 -** *Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.*

3 **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 lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*

şeklinde değerlendirilmeye müsaittir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, aşağıda görüleceği üzere, bireysel başvuru yoluyla önüne gelen uyuşmazlıklarda "usûl kurallarının katı yorumlanması" ile "mahkemeye erişim hakkının ihlâli" arasında ilişki kurmaktadır.

Dava açma süresinin temel hak ve hürriyetler açısından oluşturduğu "gerilim hattı", idarî yargılama hukukunda âdeta bir "yüksek gerilim hattı"na dönüşür. Çünkü idarî davalarda dava açma imkânının belli bir süreye bağlanması, davacıların hak arama hürriyetine olduğu kadar, devletin "hukuk devleti" niteliğine de doğrudan bir sınırlama teşkil eder. Daha açık ifade etmek gerekirse, idarî davalarda dava açma süresi geçtikten sonra sadece davacının mahkemeye erişimi değil, hukuka aykırı idarî faaliyetlerin denetimi de kısıtlanmış olacaktır. Özellikle objektif nitelikteki iptal davaları açısından bu vaziyet daha belirgindir. Zira hukuka uygunluk karinesinden yararlanan ve/fakat özü itibariyle hukuka aykırı bir idarî işlem, sırf dava açma süresinin geçmesi sebebiyle bir tür "sahte meşruiyet" kazanacaktır.

Hak arama özgürlüğü ve hukuk devleti açısından kazandığı özel konum, idarî yargıda dava açma süresinin niteliğini –bile- tartışmalı hâle getirmiştir. Doktrinde Onar ve Sarıca tarafından ortaya konan ve ekseriyetle benimsenen hâkim görüş, idarî yargıda dava açma süresinin bir "hak düşürücü süre" olduğudur[4]. Sirman tarafından gündeme getirilen ve Duran'ın ayrıntılı bir şekilde temellendirdiği ikinci görüş, bu sürenin kamu hukukuna has *(sui generis)* bir müessese olduğu istikametindedir[5]. Uler'in yukarıda temas edilen "yüksek gerilim"den hareketle ortaya attığı ve özgün gerekçelerle savunduğu son görüş ise bu sürenin hak düşürücü değil, yalnızca düzenleyici bir süre olduğu yönündedir[6].

İdarî yargıda dava açma süresinin niteliği konusunda "en katı"[7] sayılabilecek "hak düşürücü süre" görüşünü benimseyenler dahi, idarî davaların

---

[4] Sıddık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumi Esasları,** Cilt: 3, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1960-1961; Ragıp SARICA, **İdari Kaza,** Cilt I: İdari Davalar, Kenan Matbaası, İstanbul, 1949, s. 49; Gürsel KAPLAN, **İdari Yargıda Dava Açma Süreleri,** Güncelleştirilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 43-46.

[5] Lûtfi DURAN, "İdari Kazada Dava Açma Müddeti [İdari Müruru Müddet]", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,** Yıl: 1945, Cilt: 11, Sayı:1-2, s. 238-263; KAPLAN, s. 47-48.

[6] Yıldırım ULER, "Yönetsel Yargıda Dava Süresi", **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi,** Danıştay Matbaası, Ankara, 1991, s. 209-262.

[7] Davacı gözünden yapılan bir niteleme.

hak arama hürriyeti ve hukuk devleti bakımından özel öneme sahip olduğu hususunda hemfikirdir[8]. Şu hâlde, gerek dava açma süresinin yasa koyucu tarafından belirlenecek miktarı, gerek başlangıç ve bitiş anının tespiti, gerekse bu sürenin geçirilmesinin doğuracağı etkiler konusunda hukuk devleti ve hak arama hürriyetine hukukî istikrar karşısında "göreceli bir üstünlük" tanınması gerektiği rahatlıkla söylenebilir[9].

Danıştay içtihatları incelendiğinde, dava açma süresinin niteliği konusunda doktrindeki hâkim görüşün kabul edildiği görülür[10]. Bununla birlikte hak düşürücü niteliğin yumuşatıldığı ve davacılar lehine yorumlandığı kararlara rastlamak da mümkündür[11]. Yüksek Mahkeme'nin, bu tarz kararlarından

---

[8] İdarî yargıda dava açma süresinin niteliği bakımından hâkim görüşü benimseyen Zabunoğlu da, dava açma süresinin kısalığı ile hukuk devleti arasında negatif bir bağlantı kurmaktadır: *"Dava açma süresi, uzun tutulmamalıdır; fakat, aşırı sayılabilecek bir kısalıkta olması da yeğlenmemelidir. Dava açma sürelerinin kısaltılması yolundaki eğilimin, idarenin kusur ve sakatlıklarını koruyarak gürbüzleşmesine yol açmamasına özen gösterilmelidir."* Yahya ZABUNOĞLU, "İdari Yargıda Dava Açma Süresi", **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi,** Danıştay Matbaası, Ankara, 1991, s. 191.

[9] *"Dava açma süresinin saptanmasında, hukuk devleti ve hak arama özgürlüğünün kullanımına, göreceli de olsa bir üstünlük tanınmalıdır. Bu nedenle, dava açma süresi ile ilgili düzenlemelerin, yargısal denetimi kısıtlayıcı, daraltıcı, dolayısıyla hak arama özgürlüğünü sınırlandırıcı olmamasına özen gösterilmelidir… Kısıtlı bir idari yargı, sınırlı bir hak arama özgürlüğü ise, hukuk ve uygarlık alanındaki gelişmelerin aksine bir yol izlemekle eş anlamlıdır."* ZABUNOĞLU, s. 191. Sancar, aynı istikamette şunları söylemektedir: *"…süre ile ilgili ilkelerin benimsenmesi ve yorumlanması sırasında, Hak Arama Özgürlüğü ve Hukuk Devleti ilkesi hareket noktası olmalıdır. Başka bir deyişle, süre ile ilgili düzenlemelerin oturtulacağı hukuksal çerçevenin yargısal denetimin genişlemesine olanak verecek kurallar içermesi; yani bu kuralların hak arama özgürlüğü ile yönetsel yargıyı etkisizleştirmemesine dikkat edilmesi gerekir. Aynı kaygı, söz konusu kurallar uygulanır ve yorumlanırken de taşınmalıdır…"* Mithat SANCAR, "İdari Yargılama Usulü Kanununun 10 ve 11. Maddeleri Bağlamında İptal Davalarında Süre", **Amme İdaresi Dergisi,** Cilt: 23, Sayı: 1 (Mart 1990), s. 71.

[10] *"Dava açma süresi hak düşürücü bir süre olup, bu süre mücbir sebeplerle durmaz ve kesinleşir."* (Danıştay 7. Dairesi'nin 09.07.1984 tarihli ve E. 84/1081, K. 84/1385 numaralı kararı, **Danıştay Dergisi,** Sayı: 58-59, s. 248). *"İdarî yargılama hukukunda dava açma süreleri kamu düzeniyle ilgilidir ve hak düşürücü süre niteliği taşır, ancak yasada öngörülen hâllerde uzar, durur ve kesilir."* (Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 13.03.1998 tarihli ve E. 96/244, K. 98/45 numaralı kararı, **Danıştay Dergisi,** Sayı: 97, s. 143). Danıştay'ın bu yönde bir içtihadı birleştirme kararı da bulunmaktadır (Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 24.02.1973 tarih ve E. 1970/1, K. 1973/1 numaralı kararı, aktaran: Cihan KANLIGÖZ, "İdari İşlemlerde Yazılı Bildirim", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Cilt: XL, Sayı: 1-4, s. 174).

[11] *"Doğal afet gibi kişilerin iradeleri ile değiştiremeyecekleri veya önleyemeyecekleri durumlarda, mücbir sebep hâlinin göz önünde bulundurulması ve mücbir sebebin ortadan kalkmasından sonraki makul sürede açılan davaların esasının incelenerek karara bağlanması gerekir."* (Danıştay 4. Dairesi'nin 20.06.1996 tarih ve E. 95/6183, K. 96/2698, **Danıştay**

yola çıkılarak, dava açma süresini düzenleyici mahiyette görmek istediği / görmeye başladığı da iddia edilebilir[12].

II. GÜNCEL BİREYSEL BAŞVURU KARARLARI

İdarî yargıda dava açma süresinin niteliği ve temel haklar rejimiyle bağlantısı açısından yapılan değerlendirmelerden sonra, bu başlık altında konuya ilişkin güncel bireysel başvuru kararları ele alınacaktır.

A. *M. B. ve Diğerleri* Kararı[13]

Kararın konusu, HES projesiyle ilgili idarece verilen "çevresel etki değerlendirmesi (ÇED) gerekli değildir" kararının iptali istemiyle açılan davanın süre yönünden reddedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlâl edildiği iddiasına ilişkindir[14].

1. Olayın Özeti

Amasya ili Taşova ilçesi sınırları içerisinde ve Yeşilırmak üzerine kurulması plânlanan Umutlu Hidroelektrik Santrali Projesi hakkında Çevre ve Orman Bakanlığı ÇED ve Planlama Müdürlüğü'nce 31.05.2007 tarihinde "ÇED gerekli değildir" kararı verilmiştir. Kararın, projenin uygulandığı bölgede ilan edilmesiyle ilgili emir, 12.06.2007 tarihli yazıyla Taşova Kaymakamlığı'na bildirilmiştir. Karar, Taşova Belediye Başkanlığı tarafından 23.06.2007 ilâ 02.07.2007 tarihleri arasında Belediye ilân panosuna asılmak suretiyle ve Umutlu Köyü muhtarlığınca 26.06.2007 tarihinde köy hoparlöründen yayınlanarak duyurulmuştur. Başvurucular 14.05.2009 tarihli dilekçe ile Çevre ve Orman Bakanlığı'ndan "ÇED gerekli değildir" kararının geri alınmasını talep etmiş ve bu talep 16.06.2009 tarihli cevapla reddedilmiştir. Bu karar üzerine başvurucular, 16.06.2009 tarihli ret kararının iptali için Samsun İdare Mahkemesi'nde dava açmıştır.

Samsun İdare Mahkemesi, ÇED Yönetmeliği'nin 17. maddesinde yer alan "ÇED gereklidir" veya "ÇED gerekli değildir" kararlarının Valilik tara-

---

Dergisi, Sayı: 92, s. 420-423). Aynı yönde bakınız: Danıştay 7. Dairesi'nin 24.03.1999 tarihli ve E. 99/653, K. 99/1305 numaralı kararı, **Danıştay Dergisi,** Sayı: 101, s. 584.

[12] KAPLAN, s. 55.

[13] Başvuru No: 2013/5974**,** Karar Tarihi: 10.03.2016.

[14] Başvurucular ayrıca mezkûr proje nedeniyle kişinin maddî ve manevî varlığının korunması hakkının ihlâl edildiğini de iddia etmişlerdir. Ancak bu çalışmada kararın yalnızca idarî dava açma süresine ilişkin kısmını değerlendirdiğimizden bu kısmı inceleme dışı bıraktık.

fından taşra teşkilatlarına ve halka duyurulacağı hükmünden[15] hareketle, dava konusu işlemin tüm ilgililere ayrı ayrı bildirilmesinin zorunlu –ve mümkün- olmadığı kanaatine varmış ve 26.06.2007 tarihinde yapılan en son ilanın üzerinden geçen süreyi dikkate alarak davanın reddine karar vermiştir. Temyiz üzerine Danıştay 6. Dairesi, dava konusu "ÇED gerekli değildir" kararının davacılara Tebligat Kanunu uyarınca yazılı bir şekilde tebliğ edilmediğinden bahisle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuş, idarenin karar düzeltme başvurusu üzerine Danıştay 14. Dairesi, ilk derece mahkemesi kararını –aynı gerekçeyle- onamıştır.

2. Anayasa Mahkemesi'nin Kanaati

Anayasa Mahkemesi, başvuruculara özel durumlarına göre sınıflandırarak her bir grup için ayrı hukukî değerlendirmede bulunmuştur. Bu kapsamda öncelikle Umutlu köyünde ikâmet eden başvurucular bakımından durumu ele almış ve dava açma süresi ile temel hak ve hürriyetler arasındaki ilişkiye dair temel kanaatini burada belirtmiştir. Kararın esasını oluşturan kanaat şu şekilde özetlenebilir:

Anayasa Mahkemesi, mahkemeye erişim hakkının mutlak bir hak olmayıp sınırlanabileceğini, ancak bu sınırlamanın da hakkın özünü zedelemeden, meşru bir amaç dâhilinde, açık, ölçülü ve başvurucu üzerinde ağır bir yük oluşturmayacak şekilde yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Yüksek Mahkeme ayrıca dava açma veya kanun yollarına başvurma için belli sürelerin öngörülmesini –bu süreler dava açılmasını imkânsız kılacak ölçüde kısa olmadıkça- hukukî güvenlik ve belirlilik ilkesinin bir gereği olarak görmektedir[16]. Süreye ilişkin usûl kurallarının yargı yerlerince yorumlanması konusunda ise şu tespiti yapmaktadır: *"…mahkemeye başvuru hakkının yasal birtakım şartlara tabi tutulması kabul edilebilir olsa da mahkemeler usul kurallarını uygularken bir yandan adil yargılanma hakkını ihlal edebilecek aşırı şekilcilikten, diğer yandan da yasalar tarafından düzenlenen usul kurallarının ortadan kaldırılması sonucunu doğurabilecek aşırı gevşeklikten kaçınmalıdırlar"*[17].

---

[15] **ÇED Yönetmeliği Madde 17/2:** *"Bakanlık on beş (15) iş günü içinde inceleme ve değerlendirmelerini tamamlar. Proje hakkında "ÇED Gereklidir" veya "ÇED Gerekli Değildir" kararını beş (5) iş günü içinde verir, kararı Valiliğe, proje sahibine ve Bakanlıkça yeterlik verilmiş kurum/kuruluşlara bildirir. Valilik, bu kararı askıda ilan ve internet aracılığıyla halka duyurur."*

[16] Paragraf 36, 37 ve 38.

[17] Paragraf 39. Anayasa Mahkemesi bu tespitle ilgili AİHM'nin *Walchli / Fransa* kararına atıf yapmıştır. Yüksek Mahkeme, temyiz mercii olmadığı halde neden yargı yerlerinin

Yukarıda özetlenen temel kanaat çerçevesinde Anayasa Mahkemesi, idarî yargı yerlerinin (Samsun İdare Mahkemesi ve Danıştay 14. Dairesi) süre konusundaki yorumunun *Umutlu köyünde ikâmet eden davacılar bakımından* mahkemeye erişim hakkını ihlâl *etmediği* sonucuna varmıştır. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme; dava dilekçelerinde Taşova ilçesinin Yeşilyurt ve Kavaloğlu köyü ile Uluköy beldesinde ve Amasya il merkezinde ikâmet ettiklerini ve bu sebeple dava konusu işlemden haberdar olmadıklarını belirten diğer davacılar açısından, davacıların bu iddialarının gerçekliği konusunda herhangi bir araştırma yapılmadan onların da işlemden haberdar oldukları kabul edilerek davanın süreden reddedilmesini "mahkemeye erişim hakkının özünün zedelenmesi" olarak görmüştür.

3. Değerlendirme

Anayasa'nın 125. maddesinin 3. fıkrasında idarî işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin "yazılı bildirim"den itibaren başlayacağı hükme bağlanmıştır. Görüldüğü üzere bu hükümde sürenin başlangıcı bakımından birel işlem – düzenleyici işlem ayrımına hiç değinilmemiştir. İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 7. maddesinde ise "yazılı bildirim" kuralı yinelenmekle birlikte "ilanı gereken düzenleyici işlemler" şeklinde ayrı bir kategoriye yer verilmiş ve bu tür işlemlerde dava açma süresinin ilan tarihini izleyen günden itibaren başlayacağı öngörülmüştür.

Somut olaydaki hukukî problemin özü, "ilandan / bildirimden haberdar olamayan kişiler bakımından dava açma süresinin nasıl başlayacağı"na ilişkindir. Bu konudaki içtihatlar incelendiğinde, Danıştay'ın tebliğ yoluyla etki doğuran işlemler açısından "haberdar olamayanlar lehine" yorum yaptığı söylenebilir:

> *"İdarenin tesis ettiği işlemin doğrudan tarafı olmayan ve bu nedenle de idarece yazılı bildirim zorunluluğu bulunmayan ilgililerin açacakları davalarda, işlemin varlığını ve içeriğini öğrenme tarihinin açıkça belirlenebildiği durumlarda, öğrenme tarihinin yazılı bildirime karine sayıl-*

"yorum"larını da bireysel başvuru kapsamında gördüğünü ise kararın devamındaki şu cümleler ile gerekçelendiriyor: *"Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği mevzuatın yorumlanması ve uygulanması derece mahkemelerinin görevi olmakla birlikte bu yorum ve uygulamaların etkilerinin Anayasa ve Sözleşme'nin* [AİHS] *ortak koruma alanında bulunan hak ve yükümlülüklerle bağdaşıp bağdaşmadığının Anayasa Mahkemesince incelenebileceği tabiidir. (...) Anayasa Mahkemesi bir temyiz incelemesi yapmamakla birlikte usul kurallarının yorumlanmasının, dava açmak isteyen kişinin mahkemeye ulaşmasını aşırı derecede zorlaştırmaması ya da imkânsız hale getirmemesi gerekir"* (Paragraf 40 ve 44).

masası ve dava açma süresinin başlangıcına esas alınması idari istikrar ve kamu düzeninin gereğidir"[18].

"İdari işlemin tebliğ zorunluluğu bulunmayan kişiler tarafından açılan idari davalarda dava açma süresinin başlangıç tarihinin ilgililerin dava konusu işlemi öğrenme tarihi olduğu ve bu tarihin her bir olayın özelliği ve niteliği göz önünde tutulmak suretiyle iyi niyet kurallarına göre belirleneceği..."[19]

Kararlardan anlaşıldığı gibi tebliğ edilen idarî işlemler bakımından Danıştay, işlemin doğrudan muhatabı olmayan ve dolayısıyla idarenin yazılı bildirim mecburiyetinin bulunmadığı kişiler için dava açma süresinin bu kişilerce öğrenilmesinden itibaren başlayacağını kabul etmektedir. Ancak Danıştay'ın aynı "lehte" yorumu, ilan yoluyla etki doğuran idarî işlemler bakımından – hem de işlemin ilk muhataplarından- "esirgediği" görülmektedir:

"... geçici hak sahipliği listesi ile birinci incelemede hak sahibi olmayanlara ait listenin ve 20.2.2003 gününde askıya çıkartılarak 5 gün süreyle ilan edilen kesin hak sahibi olanlara ait listenin, Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu Uygulama Yönetmeliği uyarınca ilan edilerek ilgililere bildirimin sağlanmış olması karşısında yazılı bildirimden amaçlanan 'öğrenme' hususunun gerçekleşmiş olduğunun kabulü gerekmekte olup, bu durumda, 2577 sayılı Yasanın 7. madde hükmüne göre belirtilen dava açma süresi geçtikten sonra açılan davanın süre aşımı nedeniyle esasını inceleme olanağının bulunmadığı sonucuna ulaşıldığından, İdare Mahkemesinin işin esasına girerek dava konusu işlemin iptali yolunda verdiği ısrar kararında hukuki isabet görülmemiştir"[20].

Anayasa Mahkemesi'nin somut olaydaki kararı, ilan yoluyla etki kazanan idarî işlemler için de benzer bir "lehte" yorumu tasvip eder niteliktedir. Daha açık ifade etmek gerekirse, Yüksek Mahkeme'nin bu kararı, idarî yargı yerlerinin, ilanla etki doğuracağı öngörülen idarî işlemlere karşı açılan iptal davalarında salt ilanın yapılmış olmasını "dava açma süresini *herkes* için *aynı tarihte* başlatan" bir sebep olarak görmek yerine, davacıların özel durumunu

[18] Danıştay 8. Dairesi'nin 30.03.2000 tarihli ve E. 1999/3912, K. 2000/2438 numaralı kararı, **Danıştay Dergisi,** Sayı: 104, s. 437.

[19] Danıştay 10. Dairesi'nin 31.01.2006 tarih ve E. 2005/9189, K. 2006/664 numaralı kararı, **Danıştay Dergisi,** Sayı: 112, s. 316-318.

[20] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 15.6.2006 tarih ve E. 2005/1553, K. 2006/729 numaralı kararı, **Danıştay Dergisi,** Sayı: 114, s. 47-50.

dikkate alarak "farklı davacılar için farklı başlangıçlar" tespit etmesinin yolunu açmaktadır.

B. *K. K.* Kararı[21]

Kararın konusu, geçirdiği kaza sonucu uzun süre tedavi gören başvurucunun, tedavisi devam ederken başka bir ilde bulunan göreve atanması işleminin iptali istemiyle Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde açtığı davanın süre aşımı nedeniyle reddine ilişkindir[22].

1. Olayın Özeti

Ankara Gölbaşı'nda subay olarak çalışan başvurucu, 2009 yılı "*zorunlu paraşüt atlayışları*" kapsamında yapılan paraşütle atlama sırasında geçirdiği kaza sonucu sağ dizinden yaralanmış ve tedavi süreci devam ederken 2010 yılı Eylül ayı Subay Genel Atamaları ile Ağrı Doğubayazıt'ta başka bir göreve atanmıştır. Atama işlemi başvurucuya 21.03.2012 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Başvurucu tarafından, 11.04.2012 tarihinde söz konusu atama işleminin iptali istemiyle Askeri Yüksek İdare Mahkemesine (AYİM) dava açılmıştır. AYİM Birinci Dairesi davayı süre aşımı nedeniyle reddetmiş ve bu kararın gerekçesinde, *atama işlemi başvurucuya 21.03.2012 tarihinde tebliğ edilmiş ise de, atamaların 17.09.2010 tarihinde KARANET Personel Yönetim Bilgi Sistemi (PYBS) üzerinden kişisel ve kurumsal kullanıcılara yayımlandığı, davacının bu işlemi kişisel sayfasında tebellüğ ettiği, akabinde atama memnuniyet anketi doldurduğu, KARANET kullanıcı raporundan davacının duyurular bölümünden atamasını gördüğünü ve çeşitli tarihlerde tayin dairesinde görevli subaylarla görüşme yaptığı, başvurucunun atama işlemine 17.09.2010 tarihinde muttali olduğu, işlemin iptali için altmış gün içerisinde dava açılması gerekirken davanın yaklaşık 1,5 yıl sonra (11.04.2012 tarihinde) açıldığı* ifade edilmiştir. Ret kararı üzerine gidilen karar düzeltme yolu da olumsuz sonuçlanmış ve nihayet mahkemeye erişim hakkının ihlâli iddiasıyla bireysel başvuruda bulunulmuştur.

2. Anayasa Mahkemesi'nin Kanaati

Anayasa Mahkemesi, usûl kurallarının katı yorumlanmasının mahkemeye erişim hakkını ihlal edebileceğine ilişkin önceki kararda aktarılan tespitle-

[21] Başvuru Numarası: 2012/660, Karar Tarihi: 07.11.2013.

[22] Paragraf 1. Çalışmanın konusu dışında olduğundan başvurucunun dava açma süresinin dışındaki hususlara ilişkin iddialarına yer verilmemiştir.

ri tekrar etmiştir. Kararda; Anayasa'da idarî dava açma süresinin başlangıcı konusunda "yazılı bildirim" esasının benimsendiği ve bu düzenlemenin temel amacının "davacının hak ve menfaatlerini ve özellikle dava açma hakkını anayasal güvence altına almak" olduğu da ifade edilmiştir. Yüksek Mahkeme bu değerlendirmelerine ek olarak, AİHM'in *Efstathiou ve Diğerleri / Yunanistan* kararına atıf yapmış ve usul kurallarının, adaletin tecelli etmesine hizmet etmek yerine kişilerin davalarının görülmesi bakımından bir tür "engel"e dönüşmeleri hâlinde mahkemeye erişim hakkının ihlâl edilmiş olacağını belirtmiştir[23].

Yukarıdaki mütalâalarının ardından Anayasa Mahkemesi, somut olaya dair şu saptamaları yapmıştır:

> *"Mahkemeye erişim hakkının kullanılması idari işlemler açısından kanunda belirtilen süreye ve bu sürenin de yazılı bildirime bağlanması karşısında, AYİM'in kanunen başvurucuya tebliğ edilmeyen ve başvurucu açısından yerine getirme yükümlülüğü doğurmayan atama işlemine yönelik dava açma süresini, uyuşmazlık konusu açık kuralı göz ardı ederek, başvurucunun atama işlemini öğrendiği tarih olarak esas alması ve davanın süresinde açılmadığı gerekçesiyle reddine karar vermesi, başvurucunun idari işleme yönelik iddialarının esasının mahkemece incelenmesine engel olmuştur.*
>
> *Bir kanuni düzenlemenin bireylerin davranışını ona göre düzenleyebileceği kadar kesinlik içermesi, kişinin gerektiği takdirde hukuki yardım almak suretiyle, bu kanunun düzenlediği alanda belli bir eylem nedeniyle ortaya çıkacak sonuçları makul bir düzeyde öngörebilmesi gerekmektedir. Öngörülebilirliğin mutlak ölçüde olması gerekmez. Kanunun açıklığı arzu edilir bir durum olmakla birlikte bazen aşırı bir katılığı da beraberinde getirebilir. Oysa hukukun ortaya çıkan değişikliklere uyarlanabilmesi gerekmektedir. Birçok kanun, işin doğası gereği, yorumlanması ve uygulanması pratik gerçekliğe bağlı olan yoruma açık formüller içermektedir[24].*
>
> *Başvuru konusu olayda dava açma süresinin başlangıcına ilişkin açık bir kanun hükmü vardır. Bu hükme verilecek olağan anlam bellidir ve başvurucu buna göre kendisine muamele edileceğini beklemektedir.*

[23] Paragraf 59, 65 ve 68.

[24] Anayasa Mahkemesi bu paragrafın sonunda AİHM'in *Kayasu / Türkiye* kararına atıf yapmaktadır.

Ancak derece mahkemesi, açık olan kanun hükmüne olağanın dışında farklı bir anlam verip buna göre uygulama yapmıştır. Bu uygulama yönünde yerleşmiş içtihat olduğu ne derece mahkemesi kararında belirtilmiş ne de Bakanlık görüşünde ileri sürülmüştür. Dolayısıyla başvurucunun dava açarken (hukuki yardımdan yararlansa bile) açık kanun hükmünden farklı bir şekilde kendisine muamele edileceğini beklemesini gerektiren bir durum eldeki belgelere göre bulunmamaktadır. Buna göre derece mahkemesinin yorumu öngörülemez niteliktedir.

Sonuç olarak, başvurucunun açık kanun hükmüne verilebilecek olağan anlama göre süresinde açtığı dava, bu başvurunun koşulları içinde derece mahkemesinin önceden öngörülemeyecek şekilde açık kanun hükmünü olağanın dışında ve oldukça esnek yorumlaması neticesinde reddedilmiş ve mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiştir"[25].

3. Değerlendirme

Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 40. maddesi, Anayasa'daki düzenlemeye koşut bir biçimde dava açma süresinin "yazılı bildirim"den itibaren başlayacağını öngörmektedir.

Yerleşik Conseil d'Etat ve Danıştay içtihatlarına göre dava açma süresini başlatan yazılı bildirim tam, gerekçeli ve tevsik edilebilir şekilde olmalıdır[26]. Türk hukuku bakımından bu bildirim, 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümleri çerçevesinde ve posta idaresi tarafından yapılacaktır[27]. İlgililer yazılı bildirim öncesinde herhangi bir şekilde işlemden haberdar oldukları takdirde işleme karşı dava açabilecek, ancak bu durum dava açma süresini başlatmayacaktır[28]. Somut olaydaki hukukî mesele de esasında, "yazılı bildirimden ne anlaşılmalıdır" sorusuna irca edilebilir.

---

[25] Paragraf 70. 71, 72 ve 73.

[26] A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, "İdari Yargıda Dava Açma Süresi", **Amme İdaresi Dergisi,** Cilt: 2, Sayı: 4, s. 6. *"(...) bu hükümlere göre idari dava açma süresine başlangıç olarak yazılı bildirimin yetkili makamlarca ve karar ve işlemin açıklanması suretiyle yapılması gereklidir"* Danıştay 10. Dairesinin 06.06.2001 tarih ve E. 2000/4578, K. 2001/2108 numaralı kararı, aktaran: KAPLAN, s. 177. Daha detaylı okuma için bkz. KAPLAN, s. 161-192; KANLIGÖZ, s. 176 vd.

[27] KANLIGÖZ, s. 177.

[28] *"Yazılı bildirimin amacı ilgilileri işlemden haberdar etmek ve dava haklarını kullanmalarına olanak sağlamak olduğuna göre, usulüne uygun bir yazılı bildirim bulunmamasına rağmen işlemin varlığının haricen öğrenilmesi üzerine açılan davanın incelenmesine bir engel bulunmamaktadır"* Danıştay 4. Dairesinin 07.11.1990 tarih ve E. 1990/1088, K. 1990/3054 numaralı kararı, aktaran: KAPLAN, s. 193.

AYİM, sürenin başlangıcı konusunda davacının işlemi sonuçlarıyla birlikte öğrendiği KARANET bildirimini (yayınını) yeterli görmüştür. Hemen belirtmek gerekir ki, AYİM'in bu yorumu yeni değildir. Önceki yıllarda verdiği kararlarda AYİM, işlem ve sonuçlarını kesinlikle bilebilir durumda olan davacılar yönünden dava açma süresini öğrenme tarihinden itibaren başlatmış, işlemin ayrıca yazılı bir şekilde tebliğ edilmesine gerek görmemiştir[29]. Nitekim AYİM'in bu içtihadına, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin -görece yeni tarihli (17.06.2014)- *Hasan Biçer / Türkiye* kararında da değinilmektedir[30]. Bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin bahse konu AYİM içtihadının "öngörülemez" olduğuna ilişkin yorumu eleştiriye açıktır.

Dava açma süresini başlatan "yazılı bildirim", hak arama hürriyeti açısından bir güvence teşkil eder[31]. Bu bakımdan idare tarafından yapılan bildirimleri yazılı bildirim kuralını dar yorumlamak suretiyle daha titiz bir elemeye tabi tutmak gerekir. Anayasa Mahkemesinin bu kararından sonra AYİM'in dava açma süresinin başlangıcına ilişkin içtihadını değiştireceği ve "yazılı bildirim"in gerçekleşmesi bakımından – Conseil d'Etat ve Danıştay içtihatlarında olduğu gibi[32]- daha dar bir yorum yapacağı öngörülebilir.

C. *M. A.* Kararı[33]

Karara konu başvuru, süresinde Türkiye gümrük bölgesinden çıkış yapılmadığı gerekçesiyle verilen idari para cezasına karşı açılan davanın süre aşımından reddedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir[34].

---

[29] Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'nin 18.12.1990 tarih ve E. 1989/1579, K. 1990/1039 numaralı kararı, **Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi,** sayı: 7, s. 149-151.

[30] Karar tam yargı davalarında süreye ilişkindir. Ancak AYİM'in süre konusunda benimsediği tutumu açıklamak bakımından kararın ilk kısmında şu ifadelere yer verilmiştir: *"Askeri Yüksek İdare Mahkemesi içtihatlarına göre idari işlemin veya eylemin tebliğ tarihi, prensip olarak Yüksek Mahkeme'ye başvurma süresinin başlangıç noktasını teşkil etmektedir. Ancak, davacının şikâyet ettiği işlem veya eylemden haberdar edildiği belirlendiğinde, bu süre tebliğ tarihinden itibaren değil, işlem veya eylemden haberdar edildiği tarihten itibaren başlamaktadır* (Başvuru No: 13959/06, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı Çevirisi, Erişim: http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/hasan_bicer.pdf).

[31] KANLIGÖZ, s. 174.

[32] Dipnot 27'ye bakınız.

[33] Başvuru Numarası: 2013/8896, Karar Tarihi: 23.02.2016.

[34] Paragraf 1.

1. Olayın Özeti

Başvurucu yabancı uyruklu olup, bir trafik kazasına karıştığı için Türkiye'den aracıyla süresinde çıkış yapamamış, bu sebeple adına Öncüpınar Gümrük Müdürlüğünce 15.244 TL idarî para cezası kesilmiştir. Başvurucunun bu cezaya karşı yapmış olduğu itiraz, idarece 10.09.2008 tarihinde reddedilmiştir. İdarî para cezasının iptali ve ödenen meblağın iadesi için açılan dava, Gaziantep 1. İdare Mahkemesinin 21.10.2009 tarihli ve E.2008/1234, K.2009/928 sayılı kararıyla görevsizlik gerekçesiyle reddedilmiş ve dosyanın Gaziantep Vergi Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.

Gaziantep Vergi Mahkemesi, 28.01.2010 tarih ve E.2010/135, K.2010/287 sayılı kararında, *"davaya konu işlemin davacıya 30.10.2008 gününde tebliğ olunduğu görülmekle en geç 30 günlük yasal dava açma süresinin son günü olan 30.11.2008 tarihinde dava açılması gerekirken davanın otuz günlük süre bittikten sonra 24.12.2008 tarihinde idare mahkemesinin kaydına giren dilekçe ile açılan davada süre aşımı bulunmaktadır"* gerekçesine yer vermiş ve davayı süreden reddetmiştir. Başvurucu tarafından temyiz edilen bu karar, Danıştay 7. Dairesinin 12.06.2012 tarihli ve E. 2011/7962, K. 2012/3052 sayılı ilamıyla onanmıştır. Karar düzeltme talebi ise, aynı dairenin 10.09.2013 tarih ve E. 2012/7241, K. 2013/3966 sayılı ilamıyla reddedilmiştir.

Başvurucu dilekçesinde, adına kesilen para cezasına ilişkin tebligatta hangi yargı yoluna ve hangi sürede başvuracağının belirtilmediğini, idari yargı kolundaki genel dava açma süresi olan altmış günlük süre içinde İdare Mahkemesine dava açtığını, İdare Mahkemesinin görevsizlik nedeniyle davayı reddederek dosyayı Vergi Mahkemesine gönderdiğini, Yergi Mahkemesinin ise otuz gün içinde açılmadığı gerekçesiyle davayı reddettiğini, yabancı uyruklu olduğu için son derece karmaşık olan mevzuatı tam olarak bilemeyeceğini ileri sürmüştür[35].

2. Anayasa Mahkemesi'nin Kanaati

Anayasa Mahkemesi bu kararda da öncelikle dava açma süresi ile hak arama hürriyeti arasındaki ilişkiye dair genel tespitlerde bulunmuş, bu kapsamda dava açmaya dair usul koşullarının birden fazla yoruma elvermesi durumunda bu yorumlardan birinin dava açmak isteyen kişileri engelleyecek şekilde katı bir şekilde kullanılmaması veya söz konusu koşulların katı bir uygulamaya tabi olmaması gerektiğine işaret etmiştir[36].

---

[35] Paragraf 38.

[36] Anayasa Mahkemesi bu tespitlerini yaparken AİHM'in *Beles / Çek Cumhuriyeti* ve *Tricard / Fransa* kararlarına atıf yapmıştır (Paragraf 37).

Kararda Anayasa'nın Devlet işlemlerine karşı başvuru yollarının gösterilmesini âmir 40/2 hükmüne[37] değinilmiş ve Danıştay'ın bu hükümden hareketle geliştirdiği içtihada[38] dikkat çekilmiştir. Yüksek Mahkeme ayrıca, somut olayda başvurucunun yabancı uyruklu olmasına da ayrı bir önem atfetmiş ve şu ifadelerle mahkemeye erişim hakkının ihlâl edildiğine karar vermiştir:

> *"Somut olayda Derece Mahkemesi, son derece karışık ve dağınık olan gümrük mevzuatına ilişkin ve başvurulacak kanun yolları ve merciler ile süresi belirtilmemiş bir idari işleme karşı açılan davayı süre aşımı gerekçesiyle reddetmiştir. Başvurucunun yabancı uyruklu oluşu dikkate alınmamış; Danıştayın, başvuru mercii ve süresi gösterilmeyen işlemlerle ilgili davalardaki genel uygulamalarıyla da uyuşmayan bir biçimde dava açma süresine ilişkin kurallar katı yorumlanmıştır. Somut olayın özel koşullarında, Derece Mahkemelerinin bu tutumunun başvurucunun mahkemeye erişim hakkını ihlal eder nitelikte olduğu sonucuna varılmıştır"*[39].

3. Değerlendirme

Başvuru yollarının gösterilmesi, idarenin elinden "kanunu bilmemek mazeret değildir" bahanesini alan ve hak arama özgürlüğü ile yakından irtibatlı bir idarî usûl ilkesidir[40]. Avrupa Konseyi'nin 77/31 sayılı tavsiye kararında yer alan[41] ve Batılı ülkelerin çoğunda yasalaşan bu ilke, 2001 yılında Anayasa'nın 40. maddesine eklenen 2. fıkra ile ilk kez Türk hukukuna girmiştir. Yüksek mahkemelerin kararları çerçevesinde Anayasa'ya eklenen bu hükmün doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğu kabul edilmektedir[42].

---

[37] **Madde 40/2:** *Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.*

[38] Söz konusu içtihada aşağıda detaylı bir şekilde değinilecektir.

[39] Paragraf 42.

[40] Bahtiyar AKYILMAZ / Murat SEZGİNER / Cemil KAYA, **Türk İdare Hukuku,** 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016, s. 553.

[41] Kararda ilkeye şu şekilde yer verilmiştir: *"Yazılı olarak bildirilen yönetsel işlem ilgilinin haklarını, özgürlüklerini ya da yararlarını zedeler nitelikte ise, olağan başvuru yollarını ve başvuru sürelerini de gösterir."* Benzer ifadeler, Bakanlar Komitesi tarafından alınan R(87)16 sayılı tavsiye kararında, Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen Avrupa İyi İdari İşleyiş Yasası'nda ve Bakanlar Komitesi'nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/REC(2007)7 sayılı Tavsiye Kararı'nda da tekrar edilmektedir. (Yeliz ŞANLI ATAY, "İdari İşlemde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 96 [Eylül-Ekim 2011], s. 295).

[42] *"(...) 40. maddenin ikinci fıkrasıyla Devlet'e verilen görev, somut olaylarda ilgili kişiler hakkında tesis edilen işlemlere karşı başvurulacak kanun yolları ve merciler ile sürelerin*

İdarî işleme karşı başvuru yollarının gösterilmemesi durumunda idarî yargı yerleri nasıl bir karar vermelidir? Bu sorunun kendi içinde dallanan iki ayrı cevabı vardır[43]:

- Eğer idarî işlemin tamamlanması konusunda *yayın / bildirim teorisi* kabul edilecek olursa[44], başvuru yollarının gösterilmemesi -idarî işlemde *içkin* bir sorun teşkil ettiğinden- şekil unsuru açısından sakatlığı gündeme getirecektir. Bu durumda başvuru yollarının gösterilmemesi aslî şekil sakatlığı olarak görülürse esasa girilerek işlem iptal edilecek, tali şekil sakatlığı şeklinde değerlendirilirse işlem sırf bu eksiklikten ötürü iptal edilmeyecektir.
- Eğer idarî işlemin yetkili makamlarca imzalandıkları anda tamamlanmasını öngören *imza teorisi* tercih edilirse, başvuru yollarının gösterilmemesi idarî işlemin *kendisine* değil, duyurulmasına ve ileri sürülebilirliğine ilişkin bir mesele hâline geleceğinden[45], bu kez dava açma süresi bakımından önem arz edecektir.

Birinci cevabın benimsenmesi, hak arama hürriyeti açısından mahzurlu görünmektedir. Zira başvuru yollarının gösterilmemesi aslî şekil sakatlığı telâkki edilip esastan iptal kararı verilecek olursa, idarenin aynı işlemi bu kez başvuru yolunu göstererek aynen tekrarlaması ve yargılama sürecinin gereksiz yere uzaması kuvvetle muhtemeldir[46]. Durumun talî şekil sakatlığı olarak görülmesi hâlinde ise Anayasa m. 40/2 müeyyidesiz kalacak ve bireyler itiraz ve dava haklarını etkin bir şekilde kullanamayacaklardır.

---

belirtilmesi zorunluluğu olup, bu hususlara ilişkin olarak her yasada özel bir düzenleme yapma yükümlülüğü içermemektedir." (Anayasa Mahkemesi'nin 08.12.2004 tarih ve E.2004/84, K.2004/124 numaralı kararı, 02.12.2005 tarihli ve 26011 numaralı Resmî Gazete). Danıştay da bu karardan hareketle şu tespiti yapmaktadır: *"Bu nedenle, Anayasanın 40 ncı maddesinin ikinci fıkrası, ayrı bir yasal düzenlemeyi gerektirmeyen, doğrudan uygulanabilir nitelikte bir kural olup, öncelikle uygulanma zorunluluğu vardır."* (Danıştay 4. Dairesinin 13.11.2006 tarih ve E.2005/2134, K. 2006/2156 numaralı kararı, **Danıştay Dergisi**, Yıl: 2007, Sayı: 115, s. 179-180).

[43] Benzer bir akıl yürütme için bkz. Emrah ÖZCAN; "Dava Açma Süresi Gösterilmeyen Ödeme Emirlerinde Dava Açma Süresine İlişkin 'Pozitif' ve 'İdeal' Bir Değerlendirme", **Ankara Barosu Dergisi,** 2014/1, s. 283.

[44] Teori hakkında geniş bilgi için bkz. Yıldız AKEL, **İdari İşlemlerin Yürürlüğe Girişi,** (Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 2011, s. 20 ve devamı. İmza ve yayım / bildirim teorileri hakkında ayrıca bkz. Tekin AKILLIOĞLU, "Yönetsel İşlemlerde Yürürlüğe Giriş Sorunu", **Amme İdaresi Dergisi,** Cilt: 12, Sayı: 2 Yıl: 1979, s. 33-44.

[45] AKEL, s. 35.

[46] Emre AKBULUT, "İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** Yıl: 2009, Sayı: 81, s. 9-10.

Gerek Fransız[47], gerekse Türk doktrini[48], idarî işlemlerin tamamlanması hususunda ekseriyetle ikinci cevaba (imza teorisine) taraftardır. Conseil d'Etat içtihatları da idarî işlemin hukuka uygunluğunu denetlerken imza tarihini referans alarak bu teoriyi benimsemektedir[49]. Danıştay içtihatlarında çok açık bir tercihte bulunulmamasına rağmen[50], genel olarak imza teorisi istikametinde kararlar verildiği söylenebilir[51]. Bilhassa dava açma süresi bakımından Danıştay'ın, idarî işlem henüz tebliğ / ilan edilmediği hâlde işlemden bir şekilde önceden haberdar olanlar tarafından açılan davaları kabul etmesi, bu tespiti destekler mahiyettedir[52].

Danıştay içtihatları incelendiğinde, başvuru yollarının gösterilmemesi hâlinin, işlemin *kendisine* değil, *ileri sürülebilirliğine* ilişkin bir mesele olarak değerlendirildiği ve bu duruma işlemin şekil unsurundan ziyade dava açma süresi bakımından bazı sonuçlar bağlandığı anlaşılmaktadır. Ancak dava açma süresine ilişkin bu etkinin nasıl gerçekleşeceği konusundaki içtihat henüz yerleşmiş sayılamaz[53]. Zira başvuru yollarının gösterilmemesi durumunda Danıştay,

- bazen somut olaya ilişkin özel dava açma süresini değil, İYUK m. 7'deki genel dava açma süresini dikkate almakta[54],

---

47 Charles EISENMANN, "Sur l'entrée en vigeur des normes administratives unilatérales", **Écrits de Droit Administratif**, 1e édition, Dalloz, Paris, 2013, s. 372.

48 KANLIGÖZ, s. 175.

49 Örnek kararlar için bkz. AKEL, s. 94.

50 KANLIGÖZ, s. 176.

51 *"Oysaki sübjektif idari tasarruflar (kararlar, işlemler) icraîlik vasfını bünyelerinde taşırlar. Bu nedenle bir idari karar ittihaz edildiği anda ilgili hakkında hüküm ifade etmeye başlar"* Danıştay Dava Daireleri Kurulunun 06.12.1974 tarih ve E. 1973/116, K. 1974/758 numaralı kararı, **Danıştay Dergisi,** Yıl: 1975, Sayı: 18-19, s. 330. Bu karar ve diğer örnek kararlar için bkz. AKILLIOĞLU, s. 37-38.

52 *"Yazılı bildirimin amacı ilgilileri işlemden haberdar etmek ve dava haklarını kullanmalarına olanak sağlamak olduğuna göre, usulüne uygun bir yazılı bildirim bulunmamasına rağmen işlemin varlığının haricen öğrenilmesi üzerine açılan davanın incelenmesine bir engel bulunmamaktadır"* Danıştay 4. Dairesinin 07.11.1990 tarih ve E. 1990/1088, K. 1990/3054 numaralı kararı, aktaran: KAPLAN, s. 193.

53 ÖZCAN, s. 279.

54 *"Anayasa'nın 40. madde hükmü uyarınca, özel dava açma süresine tabi olmasına rağmen, bu hususun idari işlemde açıklanmaması halinde, dava konusu idari işlemin tebliği tarihinden itibaren, özel dava süresinin değil, 60 günlük genel dava açma süresinin uygulanması gerektiği sonucuna varılmaktadır".* Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulunun 17.10.2008 tarih ve E. 2005/1558, K. 2008/1803 numaralı kararı, **Danıştay Dergisi,** Yıl: 39, Sayı:121, s. 74-77. Aynı yönde bkz. Danıştay 10. Dairesinin 31.12.2007 tarih ve E. 2006/2232, K.

- bazı kararlarında dava açma süresinin hiç başlamayacağını belirtmekte[55],
- bazen ise -şu an incelenen kararda olduğu gibi- dava açma süresi bakımından Anayasa m. 40/2 hükmünü hiç uygulamamakta ve süre ret kararlarını onamaktadır[56].

Anayasa Mahkemesi bu kararda, bireysel başvurunun niteliği gereği, konuyu sadece hak arama hürriyeti / mahkemeye erişim hakkı bağlamında ele almış, Danıştay'a yukarıdaki üç içtihadından herhangi birini özel olarak dayatmamıştır. Ancak kararın burada aktarılan kısmından da anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi, Anayasa m. 40/2 hükmünün dava açma süresi açısından hiç uygulanmamasını, yani Danıştay'ın üçüncü içtihadını mahkemeye erişim hakkını ihlâl eden "katı bir yorum" olarak görmüştür.

Yüksek Mahkeme, Anayasa m. 40/2 hükmünün dava açma süresini etkileyeceği yönündeki ilk iki içtihat arasında herhangi birine açıkça işaret etmese de, yalnızca ikinci içtihadı yansıtan (yani dava açma süresinin hiç başlatılmadığı) Danıştay kararlarına atıf yapmak suretiyle bir anlamda "rengini belli etmiş"tir. O hâlde Anayasa Mahkemesi'nin, başvuru yollarının gösterilmemesi durumunda idarî dava açma süresinin hiç başlatılmamasını hak arama hürriyeti bakımından "daha makbul" bulduğu söylenebilir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararda somut olayın özelliklerine (başvurucunun yabancı uyruklu olmasına ve konuya ilişkin mevzuatın karmaşıklığına)

2007/6691 numaralı kararı, **Danıştay Dergisi,** Yıl: 38, Sayı: 118, s. 335-338.

[55] *"Dosyada bulunan ödeme emrinde, bu işleme karşı başvurulacak yargı mercii veya idari makam ile başvuru süresinin gösterilmediği saptanmaktadır. Bu durum, Anayasanın 40'ıncı maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin gerekçede belirtildiği gibi son derece karışık olan mevzuat karşısında bireylerin yargı yeri ve idari makamlar önünde haklarını sonuna kadar arayabilmelerini olanaklı kılmak amacıyla öngörülen zorunluluğa aykırı ve dolayısıyla, Anayasanın 36'ncı maddesinde öngörülen hak arama hürriyetini sınırlayıcı bir sonuç doğurmuş ve Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin korunmasını düzenleyen 40'ıncı maddesine açıkça aykırılık yaratmıştır.*

*Başvuru veya dava açma süresi gösterilmeyen ödeme emrine ilişkin yazılı bildirim **süreyi başlatmayacağı için** davanın süresinde açılmadığından söz edilemeyeceğinden, ödeme emrine karşı açılan davanın süreaşımı nedeniyle reddine ilişkin ısrar kararında hukuka uygunluk görülmemiştir"* Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 17.09.2014 tarih ve E. 2014/613, K. 2014/791 numaralı kararı. *"Mahkemece, 30 günlük genel dava açma süresinde açılan davanın süresinde olduğu kabul edilmiş ise de, başvuru mercii ve süresi gösterilmeyen ödeme emirlerine ilişkin yazılı bildirim **süreyi başlatmayacağı** için ..."* Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 12.11.2014 tarihli ve E. 2014/812, K. 2014/928 numaralı kararı. (İncelenen bireysel başvurunun karar metni, paragraf 20).

[56] Danıştay 8. Dairesinin 21.05.2011 tarihli ve E. 2011/1456, K. 2011/2671 numaralı kararı, (Erişim: Danıştay Bilgi Bankası).

ayrıca değinmesi önemlidir. Zira bu tespitin mefhum-u muhâlifinden, Anayasa Mahkemesi'nin, farklı somut koşullarda Danıştay'ın ilk içtihadı (yani sürenin başlatılması, fakat özel dava açma süresi yerine genel dava açma süresinin esas alınması) hakkında ihlâl kararı vermeyebileceği sonucu da çıkarılabilir.

İncelenen karardan her hâlükârda elde edilebilecek sonuç, dava açma süresinin tespiti konusunda Anayasa m. 40/2 hükmünün hiç dikkate alınmamasının Anayasa Mahkemesi nezdinde "mahkemeye erişim hakkının ihlâli" olarak görüleceğidir. Bu karar ışığında Danıştay kararlarının zaman içerisinde "başvuru yollarının gösterilmemesi hâlinde dava açma süresinin hiç başlamaması" yönüne ağırlık kazanacağı gibi bir kestirimde bulunulabilir.

SONUÇ

Dava açma süresi, hak arama hürriyetine getirilen bir sınırlamadır. Hukuka uygunluk karinesinden yararlanan idarî işlemlerin yargılandığı iptal davalarında dava açma süresi, hukuk devletini doğrudan sınırlayan bir enstrümana dönüşür. Bu sebeple idare hukuku doktrininde dava açma süresinin niteliği hususunda en katı görüşü benimseyenler dahi bu konuda hak arama hürriyeti ve hukuk devleti ilkelerine göreceli bir üstünlük tanınması gerektiği kanaatine ulaşmıştır.

Örnek olarak ele alınan üç güncel bireysel başvuru kararında Anayasa Mahkemesi, mahkemeye erişim hakkının belli usûl kurallarıyla sınırlanabileceğini kabul etmekle beraber, bu sınırlamanın da sınırları olduğunu ortaya koymakta ve mahkemelerin usûl kurallarını katı bir biçimde yorumlamasının bizatihi bir "hak ihlâli" teşkil edebileceğine işaret etmektedir. Anayasa Mahkemesi, üç kararda da ortak olan bu tespitin yanında, her bir kararda idarî yargı yerlerini yeni bir "geniş yorum"a davet etmektedir.

Çalışmada ele alınan ilk karar, ilân yoluyla etki kazanan idarî işlemlerde, yapılan ilândan haberi olamayacak kimseler bakımından dava açma süresinin "öğrenme tarihinden" itibaren başlatılmasını gerektirmektedir. İkinci karar, idarî yargı yerlerini, dava açma süresini başlatan "yazılı bildirim"in gerçekleşme koşullarının daha dar yorumlanmasını öngörmektedir. Son karar ise, dava açma süresinin tespiti konusunda Anayasa m. 40/2'nin (başvuru yollarının gösterilmesi zorunluluğu) hiç dikkate alınmamasını "mahkemeye erişim hakkının ihlâli" olarak görmekte ve idarî yargı yerlerini bu hükme uyulmadan tesis edilen işlemler bakımından "dava açma süresini hiç başlatmamaya" yönlendirmektedir.

Netice olarak, Türk hukukunda yeni bir müessese olan bireysel başvuru yolunun, idarî yargıda iptal davası açma süresine ilişkin kuralların yorumu bakımından davacılar lehine etkiler doğurmaya başladığı söylenebilir. Gelecek dönemde verilecek benzer kararlar, Danıştay'ı -ve dolayısıyla diğer idarî yargı yerlerini- dava açma süresini daha geniş yorumlamaya ve belki de bizzat bu sürelerin "niteliği" üzerinde yeniden durmaya sevk edecektir.

KAYNAKÇA

AKBULUT, Emre: "İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** Yıl: 2009, Sayı: 81, s. 1-21.

AKEL, Yıldız: **İdari İşlemlerin Yürürlüğe Girişi,** (Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 2011.

AKILLIOĞLU, Tekin: "Yönetsel İşlemlerde Yürürlüğe Giriş Sorunu", **Amme İdaresi Dergisi,** Cilt: 12, Sayı: 2 Yıl: 1979, s. 33-44.

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: **İdari Yargı Mevzuatı,** 9. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016.

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: **Türk İdare Hukuku,** 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016.

Danıştay Dergisi, Sayı: 18-19, 58-59, 92, 97, 101, 104, 112, 114, 115, 118, 121.

DURAN, Lûtfi: "İdari Kazada Dava Açma Müddeti [İdari Müruru Müddet]", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,** Yıl: 1945, Cilt: 11, Sayı: 1-2, s. 238-263.

EISENMANN, Charles: "Sur l'entrée en vigeur des normes administratives unilatérales", **Écrits de Droit Administratif**, 1e édition, Dalloz, Paris, 2013.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: "İdari Yargıda Dava Açma Süresi", **Amme İdaresi Dergisi,** Cilt: 2, Sayı: 4, s. 3-20.

KANLIGÖZ, Cihan: "İdari İşlemlerde Yazılı Bildirim", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Cilt: XL, Sayı: 1-4, s.173-192.

KAPLAN, Gürsel: **İdari Yargıda Dava Açma Süreleri,** Güncelleştirilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

ONAR, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları,** Cilt: 3, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

ÖZCAN, Emrah: "Dava Açma Süresi Gösterilmeyen Ödeme Emirlerinde Dava Açma Süresine İlişkin 'Pozitif' ve 'İdeal' Bir Değerlendirme", **Ankara Barosu Dergisi,** 2014/1, s. 271-286.

SANCAR, Mithat: "İdari Yargılama Usulü Kanununun 10 ve 11. Maddeleri Bağlamında İptal Davalarında Süre", **Amme İdaresi Dergisi,** Cilt: 23, Sayı: 1 (Mart 1990), s. 69-88.

SARICA, Ragıp: **İdari Kaza,** Cilt: 1, Kenan Matbaası, İstanbul, 1949

ŞANLI ATAY, Yeliz: "İdari İşlemde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 96 (Eylül-Ekim 2011), s. 293-318.

ULER, Yıldırım: "Yönetsel Yargıda Dava Süresi", **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi,** Danıştay Matbaası, Ankara, 1991.

ZABUNOĞLU, Yahya: "İdari Yargıda Dava Açma Süresi", **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi,** Danıştay Matbaası, Ankara, 1991.

SERMAYE PİYASASI HUKUKUNDA PİYASA DOLANDIRICILIĞI SUÇU

Ahmet Emrah GEÇER*

ÖZET

Sermaye piyasası, fon arz edenler ile fon talep edenleri doğrudan bir araya getirerek ekonomik değer üretimine önemli katkı sağlamaktadır. Bu sebeple, sermaye piyasasının adil, etkin ve şeffaf şekilde işlemesinin sağlanması ve piyasa aktörlerinin haklı menfaatlerinin korunması gerekmektedir. Kamu otoriteleri, Amerika Birleşik Devletler'inde meydana gelen Enron skandalı (2001) ve yüksek faizli konut kredileri krizinden (2008) sonra sermaye piyasaları üzerinde denetimlerini artırma eğilimi içine girmişlerdir. 30.12.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, dünyadaki bu gelişmeler ve özellikle Finansal Araçların İşlem Yaptığı Piyasalara İlişkin Avrupa Birliği Direktifi dikkate alınarak hazırlanmıştır. Kanun, sermaye piyasasını olumsuz yönde etkileyecek bazı fiillerin işlenmesini engellemek amacıyla sermaye piyasasına münhasır hukuki yaptırımlar öngörmektedir. Bu çalışmada, bu yaptırımlardan biri olan piyasa dolandırıcılığı suçu, sermaye piyasası kurallarının özgün yapısı da dikkate alınarak ceza hukuku ilkeleri çerçevesinde incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: *Sermaye Piyasası - Sermaye Piyasası Araçları – Piyasa Bozucu Eylem - İşleme Dayalı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu - Bilgiye Dayalı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu*

MARKET MANIPULATION CRIME IN THE CAPITAL MARKET LAW

ABSTRACT

Capital market contributes significant economic value production by directly bringing together fund suppliers and fund demanders. Therefore, it is required that capital market performed by equitably, effectively and transparently and capital market actors' rightful interest protected. After the Enron Scandal (2001) and the subprime mortgage crisis (2008) were experienced in United States of America, public authorities have tended to increase the level of supervision over capital markets. Capital Market Act No 6362 entering into force on 30.12.2012 was prepared to be taken those developments in the world and particularly "The Directive on Markets in Financial Instruments" (The MiFID) into consideration. The Act provides exclusive legal sanctions for capital market with the intent of preventing some actions, which may affect negatively capital market. In this study, one of the legal sanctions, market

* Araştırma Görevlisi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi (ahmetemrah1985@hotmail.com)

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih **:** 04/05/2017

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 22/06/2017

manipulation crime is examined having regard to original context of capital market regulations in the light of criminal law principles.

Keywords: *Capital Market – Capital Market Instruments – Market Abuse Act – Market Manipulation Based on Transaction – Market Manipulation Based on Information*

Giriş

Vaşington Üniversitesi'nde ekoloji profesörü olan John Marzluff tarafından manipüle etme konusunda yürütülmüş bir çalışmanın[1] makalemiz konusu olan piyasa dolandırıcılığının temel felsefesini ortaya koyma bakımından yararlı olacağı kanaatindeyiz. Dünyanın en kurak bölgelerinden biri olan Kalahari Çölünde yaşayan Drongo isimli kuş, küçük gruplar halinde yaşayan kuyruksürengiller ailesine mensup mirket canlısına bağımlı olarak hayata tutunmaktadır. Drongo, ilk olarak mirketlere yakın bir yere geçer ve onların güvenini kazanmaya çalışır. Drongo, kartal veya diğer yırtıcı hayvanlar mirket grubuna yaklaştığında alarm amaçlı ses çıkarır. Mirketler, alarm sesini duyunca tüm uğraşlarını bırakarak sığınaklarına giderler. Tehlike geçtikten sonra ise tekrar yüzeye çıkarlar. Mirketler artık drongoya şükran duymaktadırlar. Drongo, bir dahaki sefere alarm sesini tam mirketler için herhangi bir tehlikenin olmadığı ancak mirketlerin çöl kumunun altından böcek ve sair yiyecekleri çıkardığı anda çıkarır. Alarm sesini duyan mirketler yiyeceklerini bırakarak yine sığınaklarına giderler. Drongo ise mutlu bir şekilde mirketlerin bıraktıkları yiyecekleri alır ve afiyetle beslenir.[2] Ancak, aldığı yiyecekler Drongonun yeteri kadar beslenmesine yetmez. Drongo, bu seferde mirket sesini taklit ederek alarm verir.[3] Mirketler, nöbetçi olarak bıraktıkları mirketin alarm sesi verdiğini zannederek yine yiyeceklerini bırakıp sığınaklarına giderler. Drongo, mirketlerden kalan yiyecekleri alır ve karnını doyurur. Mirketler ise ikinci kez aldatıldıklarını geç de olsa fark ederler. Görüldüğü üzere, burada Drongo hayatta kalabilmek için gözüne kestirdiği mirket grubu üzerinde ilk olarak gü-

[1] http://news.nationalgeographic.com/news/2014/05/140501-drongo-kalahari-desert-meerkat-mimicry-science/ (Erişim Tarihi: 27.12.2016).

[2] **Tom Flower,** Fork-tailed Drongos Use Deceptive Mimicked Alarm Calls to Steal Food, Pro. R. Soc. B,2011,C.278, s.1548-55 http://rspb.royalsocietypublishing.org/content/royprsb/278/1711/1548.full.pdf (Erişim Tarihi: 27.12.2016).

[3] http://news.bbc.co.uk/earth/hi/earth_news/newsid_9149000/9149950.stm (Erişim Tarihi: 27.12.2016).

ven tesis etmiş, akabinde ise mirketlerin güvenini kötüye kullanmış ve gerçeği manipüle etmiştir.

Aslında gerçeği manipüle etme konusunda insanoğlu, drongolardan ve diğer canlılardan çok daha gelişmiştir. İnsanoğlunun gelişim süreci içerisinde dili bulması, somut objelerin yanında soyut objeleri de tanımlayabilmesi ve muhakeme yeteneğine sahip olması, gerçeği manipüle edebilme yetisini üst seviyelere çıkardığı ifade edilmektedir.[4] Geçmişe bakıldığında da, insanların hayatta kalabilmek adına veya bir fayda sağlamak ya da daha rahat bir yaşam sürebilmek için birçok farklı metot ile gerçeği saklayarak türdeşlerini aldattıkları, gerçeği manipüle ettikleri görülmektedir. İnsanların bu türde bazı davranışları kamu düzenini bozabilecek nitelikte olabilmektedir. Belli bir zaman ve mekanda topluma hakim olan otoritelerin kişilerin bu tür davranışlarını çeşitli yaptırımlara tabi tuttukları gözlenmektedir.[5]

Günümüz dünyasında küreselleşme olgusuna ve insanoğlunun zihinsel yönde gelişmesine bağlı olarak kişilerin aldatılmasını/dolandırılmasını/gerçeğin manipüle edilmesini engellemek amacıyla oluşturulan yaptırımlar çeşitlenmiştir. Genel olarak bakıldığında, devletler, toplumda barış ve huzurun hakim olabilmesi için bu tür bazı fiillere özel hukuk ve/veya idare hukuku yaptırımları öngörmektedirler. Bununla birlikte devletler, belli bir zamanda toplum dinamikleri çerçevesinde oluşan ceza politikası gereği bu türden diğer bazı fiiller için ise son çare (*ultima ratio*) olarak ceza hukukuna başvurabilmektedirler.[6]

---

[4] **Francis Fukuyama,** The Origins of Political Order, Profile Books, Croydon-Birleşik Krallık, 2012, s. 35-36.

[5] Örneğin, eski dönem Anglo Sakson hukukunda bir kişinin başka bir kişiyi dolandırması sonucu ortaya çıkan uyuşmazlık esas olarak özel hukuk hükümlerine göre çözümlenirken eğer kişi toplumu dolandırma eylemini gerçekleştirmiş ise ceza hukuku hükümlerine göre cezalandırılmaktaydı. **J.W. Cecil Turner,** Kenny's Outlines of Criminal Law, Cambridge University Press, Birleşik Krallık, 1952, s. 275. İslam ceza hukukunda ise dolandırıcılık suçu, Kuran-ı Kerim'de geçen had ve kısas arasında sayılmamıştır. Toplumun gelişmesi ve şehirleşme oranının artması ile kamu düzenini bozucu hale getiren dolandırıcılık fiilleri kanun koyucu sıfatını haiz halife tarafından tazir cezaları ile yaptırıma bağlanmaktaydı. İslam hukukunda, kamu düzenini bozucu hareketlerin önlenmesi ve cezalandırılması için halifeye (yasama organına) ceza koyma yetkisi verilmiştir. **Mustafa Avcı,** Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Mimoza, 2. Bası, Konya, 2014, s.25-26. Osmanlı Devleti döneminde manipüle etme, aldatma ve sahtecilik suçlarına ilişkin ilginç tespitler için bkz. **Suraiya Faroqhi,** Coping with the State: Political conflict and Crime in the Ottoman Empire 1550-1720, ISIS Press, 1995.

[6] **Ahmet Caner Yenidünya/Mustafa Erkan/Rayhan Asat** (Ed.), İpek Yolu Canlanıyor Türk-Çin Hukuk Zirvesi, Adalet Yayınevi, 1. Bası, 2013 içinde **Ahmet Caner Yenidünya,** Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipler, s.86.

Sermaye piyasasının fon arz edenlerle ile fon talep edenleri doğrudan doğruya bir araya getirerek kişilerin elinde atıl vaziyette bekleyen ekonomik değerlerin piyasaya katılmasını sağladığı ve elde edilecek katma değerin toplumun ekonomik refahını artırdığı kabul edilmektedir. Ayrıca, sermaye piyasası, yerinde ve zamanında kullanıldığında ekonominin pozitif yönde gelişmesini sağlayan etkenlerden biri olan yabancı sermayenin ülke içine çekilmesinde de önemli bir rolünün olduğu ifade edilmektedir. Ülke ekonomisine bu derece katkısı olan sermaye piyasasının adil, etkin ve şeffaf şekilde işlemesinin sağlanması ve piyasa aktörlerinin haklı menfaatlerinin korunması önem arz emektedir. Bu sebeplerden ötürü, sermaye piyasasını olumsuz yönde etkileyecek bazı fiillerin işlenmesini engellemek amacıyla sermaye piyasasına münhasır idari ve adli yaptırımlar ihdas edilmiştir. Bu çalışmada, Sermaye Piyasası Kanununun karşılığında adli yaptırım öngördüğü piyasa dolandırıcılığı suçu, sermaye piyasası kurallarının özgün yapısı da dikkate alınarak ceza hukuku ilkeleri çerçevesinde incelenecektir. Ancak öncesinde, tarihte sermaye piyasası dolandırıcılığı suçunun nasıl ortaya çıktığına özet bir şekilde değinilecektir.

I. Piyasa Dolandırıcılığı Suçuna Kısa Bir Tarihi Bakış

Günümüz hukuk anlayışının şekillenmeye başladığı XVIII. yüzyılda gerçekleşen olaylar ve özellikle sanayi devriminin ortaya çıkması ile sermaye piyasalarının belirginleşmesi yeni suç tiplerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Yabancı literatürde piyasa manipülasyonu olarak isimlendirilen sermaye piyasalarında işlenen dolandırıcılık suçu ile ilk kez 1720 yılında Birleşik Krallıkta karşılaşılmıştır. John Blunt isimli kişi karlı bir ticari iş gerçekleştirmeyen Güney Denizi Şirketi'nin (*the South Sea Company*) hisselerini varlıklı insanlara satabilmek için şirketi başarılıymış gibi göstermiştir. Diğer yandan ise John Blunt, hisse senetlerinin satışı sonucu Şirket'in bilançosuna giren bu parayı başkalarına sadece Şirket'in hisse senetlerinden almak kaydıyla borç olarak vermiştir. Bu hileli yol, Şirket'in hisse senetlerinin gerçekte olması gereken fiyatın çok yukarısında seyir etmesine neden olmuştur. Bu durum belli bir süre sonra anlaşılmış, Şirket'in malvarlığına el konulmuş, sorumlular cezalandırılmıştır, ancak halkın şirketlere duyduğu güven temelinden sarsılmış ve bu da ekonomik ve ticari faaliyetlere negatif etkide bulunmuştur.[7] Bu olaydan sonra da günümüze kadar sermaye piyasasında doğal olarak oluşan arz ve talep dengesinin manipüle eden, sermaye piyasasına olan güveni temelinden

[7] **Richard Painter,** Ethics and Corruption in Business and Government: Interdependence and Adverse Consequences, The Murices and Muriel Fulton Lectural Series, University of Chicago Law School Publication, 2006, s. 3-16.

sarsan, yatırımcıların menfaatlerini olumsuz yönde etkileyen birçok aldatıcı insan fiili tecrübe edinmiştir. Kanun koyucular bu ve benzeri tür fiilleri önlemek ve cezalandırmak adına birçok ceza hukuku hükmü geliştirme eğilimine girmişlerdir.

II. Piyasa Dolandırıcılığı Suçu

A. Genel Olarak

Özellikle yakın tarihlerde Birleşik Devletler'de meydana gelen Enron skandalı[8] (2001) ve yüksek faizli konut kredileri krizi (2008),[9] dünya üzerinde kamu otoritelerinin sermaye piyasaları üzerinde daha sıkı kontrol eğilimi içine girmeleri sonucunu doğurmuştur. Kanun koyucular özel olarak yatırımcıların korunması genel olarak ise sermaye piyasasının etkin işlemesi sonucu oluşacak kamu yararının sürdürülebilir şekilde sağlanması amacıyla teknolojinin ve iletişim araçlarının gelişmesine bağlı olarak çeşitlenen zarar doğurabilecek nitelikteki fiilleri[10] engellemek için özel hukuk, idare hukuku ve ceza hukuku alanında mekanizmalar geliştirmişlerdir.

Ülkemizde 30.12.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, gerekçesinde de[11] belirtildiği gibi dünyadaki tüm bu gelişmeler ve özellikle "Finansal Araçların İşlem Yaptığı Piyasalara İlişkin Avrupa Birliği Direktifi" (*The Directive on Markets in Financial Instruments - The MiFID*) dikkate alınarak hazırlanmıştır. Bu Kanunda, Mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunundan farklı olarak piyasa dolandırıcılığı suçu, diğer suçlardan bağımsız bir maddede öngörülmüştür.

Aslına bakılırsa, piyasa dolandırıcılığı suçu, Türk Ceza Kanununda düzenlenen dolandırıcılık suçunun özel bir türüdür. Şöyle ki, dolandırıcılık su-

---

8 Enron Skandalı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Tuhao Li,** The Case Analysis of the Scandal of Enron, International Journal of Business and Management, Cilt:5, No:10, 2010, s. 37-41; **Nancy B. Bapoport,** Lessons from Enron- And Why We Dont Learn from Them, Commercial Lending Review, Mayıs-Haziran 2009, s.23-26.

9 Dünya çapında etki gösteren 2008 Krizi olarak da bilinen konut kredileri krizi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Franklin Allen/ Elena Carletti,** An Overview of the Crisis: Causes, Consequences and Solutions, International Review of Finance, Cilt: 10, No:1, 2010, s. 4.http://apps.eui.eu/Personal/Carletti/IRF-Overview-Allen-Carletti-26Nov09-final.pdf (Erişim Tarihi: 20.12.2016) ; **Katalina M. Bianco,** The Subprime Lending Crisis:Causes and Effects of the Mortgage Meltdown, Wolter Kluwer Law & Business , 2008, s.3.

10 **Gerard Caprio ve Diğerleri** (Ed.), Handbook of Safeguarding Global Financial Stability: Political, Social, Cultural and Economic Theories and Models, Elsevier, 1. Bası, 2012, Birleşik Devletler içinde **K. Alexander,** Market Structures and Market Abuse, s.375-377.

11 http://www.spk.gov.tr/apps/Mevzuat/MevzuatGoster.aspx?nid=12 (Erişim Tarihi: 1.1.2017).

çunda hileli davranışlar ile bir kimse aldatılmalı, bu aldatma sonucunda aldatılan kişi veya başkasının zararına olarak fail veya başkasına yarar sağlanmalıdır. Piyasa dolandırıcılığı suçunda ise fail, sermaye piyasasında gerçekleşecek yatırım kararlarını yaydığı yanıltıcı ve/veya gerçek olmayan bilgiler (*false information*) ya da gerçekleştirdiği yapay işlemler (*artificial transactions*) ile etkilemekte ve sonuç olarak sermaye piyasasında doğal olarak oluşması öngörülen arz ve talebi etkilemektedir. Görüleceği üzere, piyasa dolandırıcılığı suçunda, dolandırıcılık suçunda olduğu gibi kişinin aldatılmasına gerek yoktur. İlaveten, piyasa dolandırıcılığı suçunda, kural olarak aldatılan kişilerin veya başkalarının zararına olarak failin veya başkalarının yarar elde etmesi şartı aranmamaktadır. Zira, sermaye piyasasında arz ve talebin doğal oluşumu etkileyen her piyasa dolandırıcılığı fiili, yatırımcıların zarara uğramasına sebep olmayabilir ya da bu fiiller sonucu fail veya bir başka kişi fayda da sağlamayabilir.[12] Fakat, bu fiil sonucunda, sermaye piyasasına duyulan güvenin azalacağı, yatırımcıların piyasada işlem yapma kararlarını olumsuz yönde etkilediği ve dolayısıyla sermayenin şirketler ve fonlar tarafından etkin şekilde kullanılmasını engellediği şüphesizdir. Bu sebeple, piyasa dolandırıcılığı fiili sonucunda kişiler doğrudan zarara uğramasa bile anonim bir zararın ortaya çıkma ihtimalinin kuvvetle muhtemel olduğu ifade edilebilir. Ayrıca, dolandırıcılık suçunda aldatılan kişi belirli biri olmasına rağmen, piyasa dolandırıcılığı suçunda aldatma fiili belli bir kişiye değil yatırımcıların geneline yönelmektedir.[13] Dolayısıyla, piyasa dolandırıcılığı suçunda, dolandırıcılığa kıyasla kişilerin uğramış olduğu zararın mevcudiyetinin ispatı karmaşık bir meseledir. Bu sebeple, piyasa dolandırıcılığı suçu sonucunda ortada bir zararın olup olmadığının değerlendirmeye tabi tutulmaması sermaye piyasasının etkin şekilde korunması bakımından önemli olduğu söylenebilir. Diğer yandan, dolandırıcılık suçu uzlaşmaya tabi olmasına rağmen piyasa dolandırıcılığı suçu bakımından uzlaşma söz konusu değildir.

B. Korunan Hukuki Değer

Öz itibari ile ifade edilirse ceza hukukunun amacı toplumsal yaşamın temel değerlerinin zarar görmesini veya zarar görme tehlikesiyle karşı karşıya kalmasını engellemektir. Kanun koyucu her suç tanımı ile mutlaka bir hukuksal değeri korur. Dolayısıyla, hukuksal değer ile ilişkisi olmayan bir suç olamaz.[14] 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Gerekçesinin piyasa do-

[12] **Yenidünya,** a.g.e. s. 87.

[13] **Yenidünya,** a.g.e. s. 87.

[14] **Mahmut Koca/İlhan Üzülmez,** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 9. Bası, 2016, s. 41.

landırıcılığına ilişkin ilgili maddesine bakıldığında piyasa dolandırıcılığı suçunun düzenlenmesinde korunan hukuki değerin ne olduğuna ilişkin açık bir ifadenin yer almadığı görülmektedir.[15] Diğer yandan, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun sistematiğinden yola çıkarak piyasa dolandırıcılığı suçunun düzenlemesinde korunan hukuki değere ilişkin bir ifade bulunabilir. Örneğin, Türk Ceza Kanununda dolandırıcılık suçu, İkinci Kitap, İkinci Kısım, 10. Bölümde "malvarlığına karşı suçlar" başlığı altında düzenlenmiştir. Buradan da anlaşılacağı üzere dolandırıcılık suçunda korunan hukuki değerin kişilerin malvarlığının korunması olduğu sonucuna varılmaktadır.[16] Piyasa dolandırıcılığı suçunun düzenlendiği 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 6. Kısmının İkinci Bölümünün başlığı "Sermaye Piyasası Suçları" olarak isimlendirilmiştir. Diğer yandan, Kanunun ilk maddesinde, Kanunun amacının sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi olduğu öngörülmüştür. Buradan piyasa dolandırıcılığı suçunun düzenlenmesinde korunan hukuki değerin ne olduğuna ilişkin ipucu yakalamak mümkün gözükmektedir. Piyasa dolandırıcılığı suçunun yer aldığı 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 107. maddesi, Kanunun ilk maddesi ile birlikte incelendiğinde korunan hukuki değerin öncelikli olarak sermaye piyasası ilişkilerinde hakim olması gereken güven olduğu anlaşılmaktadır. İlaveten bu suç tipinin ihdası ile sermaye piyasası aktörlerinin malvarlıklarının korunmasının da amaçlandığı ifade edilebilir.

C. Suçun Unsurları

1. Maddi Unsur

a. Fail ve Mağdur

Suçun faili sadece gerçek kişi olabilir; tüzel kişilerin fail olmaları mümkün değildir. Zira tüzel kişiler hareket yeteneğine sahip değildirler.[17] Bu sebeple, tüzel kişilere ceza verilemez. Ancak özel hukuk kişilerine güvenlik tedbirleri uygulanabilmektedir.[18] Gerek işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı

[15] Bkz. Gerekçe Md. 106http://www.spk.gov.tr/apps/Mevzuat/MevzuatGoster.aspx?nid=12 (Erişim Tarihi: 1.1.2017)

[16] **Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok,** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin, 7. Bası, Ankara, 2010, s. 599.

[17] **Koca /Üzülmez,** a.g.e. s. 108.

[18] **Hakan Hakeri,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara,19. Bası, 2016, s. 139.

suçu gerekse bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu bakımından fail, madde metninde öngörülen işlemleri gerçekleştiren, suç olarak düzenlenmiş fiil/fiiller üzerinde doğrudan hakimiyet kuran gerçek kişi/kişilerdir. Piyasa dolandırıcılığı suçları tek kişi tarafından işlenebileceği gibi birden fazla fail tarafından da işlenebilir. Başka bir ifade ile piyasa dolandırıcılığı suçlarının işlenişine birden fazla kişinin katılımı zorunluluk teşkil etmemektedir. Diğer yandan, eğer suç oluşturan bu işlemler tüzel kişi bünyesinde yapılmış ise tüzel kişinin fail olması mümkün değildir. Bu seçenekte, fail, bu işlemleri yapan tüzel kişi yetkilisi gerçek kişi/kişilerdir. Ancak, şunu belirtmek gerekir ki, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereğince suçun failinin otomatik olarak tüzel kişilerin kanuni temsilcisi/temsilcileri (örneğin anonim şirket yönetim kurulunun) olarak addedilmesi hukuka uygun değildir. Bu noktada, kanunda öngörülen piyasa dolandırıcılığı sayılan fiilleri kimin işlediğinin tespit edilmesi icap etmektedir.[19]

Mağdur, suçun maddi konusunun ait olduğu kimsedir.[20] Suçun mağduru ancak gerçek kişiler olabilir; tüzel kişiler ise ancak suçtan zarar gören statüsünde olabilirler.[21] Piyasa dolandırıcılığı suçlarında kişilerin zarara uğramaları, suçun unsuru olarak düzenlenmemiştir. Dolayısıyla, piyasa dolandırıcılığı suçlarında suçun mağdurunun belirli bir kimse olmadığı ifade edilebilir. Düşüncemize göre, piyasa dolandırıcılığı suçlarında geniş anlamda mağdur toplumu oluşturan herkestir. Bunun yanında, suçun işlenmesi sonucunda gerçek kişi sermaye piyasası aktörlerinin zarar görmesi halinde özel olarak mağdur sıfatını kazanmaları mümkündür. Diğer yandan, piyasa dolandırıcılığı suçundan ötürü zarar gören tüzel kişi ise suçtan zarar gören olacaktır.

b. Konu

Fiilin yöneldiği eşya ya da kişinin fiziki yapısı suçun konusunu oluşturmaktadır.[22] İşleme dayalı ve bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçlarının

---

[19] Sermaye Piyasası Kurulu suç duyurusunda bulunduğu vakıalar incelendiğinde, tüzel kişi bünyesinde işlenen piyasa dolandırıcılığı suçlarında suç olduğu varsayılan fiilin hangi gerçek kişiler tarafından işlendiğinin açıkça belirlendiği gözlemlenmektedir.

http://www.spk.gov.tr/apps/haftalikbulten/displaybulten.aspx?yil=2017&sayi=6&submenuheader=nullhttp://www.spk.gov.tr/apps/haftalikbulten/displaybulten.aspx?yil=2017&sayi=9&submenuheader=null (Erişim Tarihi: 31.3.2017).

[20] **Artuk/Gökcen/Yenidünya,** a.g.e., s. 288.

[21] **Yener Ünver,** Ceza Hukukuyla Korunması Gereken Hukuksal Değer, Seçkin, Ankara, 2003, s.141-142.

[22] **Özgenç,** a.g.e. s.208.

konusunu "sermaye piyasası araçları" oluşturmaktadır. Piyasa dolandırıcılığı suçunda öngörülen fiillerin sermaye piyasası araçları üzerinden işlenmesi gerekmektedir. Diğer bir ifade ile sermaye piyasası aracı olmayan bir ekonomik değerin yapay şekilde alınıp satılması piyasa dolandırıcılığı suçu sayılmayacaktır. Örneğin, halka açık olmayan anonim şirketin halka arz edilmeyen hisse senetleri, sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilemezler. Bu tür hisse senetleri, Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında değildirler; Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde ihraç edilirler. Dolayısıyla, bu gibi hisse senetleri üzerinden yapılan yapay işlemler piyasa dolandırıcılığı suçu oluşturmayacaktır.

Piyasa dolandırıcılığı suçunun konusu olan sermaye piyasası araçlarının ne olduğunun belirlenmesi icap etmektedir. Sermaye piyasası araçları 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 3. maddesinde "*menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dahil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçları*" olarak ifade edilmiştir.[23] Sermaye Piyasası Kanununun aynı maddesinde, menkul kıymetler "*...para, çek, poliçe ve bono hariç olmak üzere; paylar, pay benzeri diğer kıymetler ile söz konusu paylara ilişkin depo sertifikaları ve borçlanma araçları veya menkul kıymetleştirilmiş varlık ve gelirlere dayalı borçlanma araçları ile söz konusu kıymetlere ilişkin depo sertifikaları…*" ve türev araçlar, "*…Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer türev araçlar ile menkul kıymetleri satın alma veya satma veya birbirleri ile değiştirme hakkı veren türev araçları ve değeri, bir menkul kıymet fiyatına veya getirisine; bir döviz fiyatına veya fiyat değişikliğine; faiz oranına veya orandaki değişikliğe; bir kıymetli maden veya kıymetli taş fiyatına veya fiyat değişikliğine; bir mal fiyatına veya fiyat değişikliğine; Kurulca uygun görülen kurumlarca yayınlanan istatistiklere veya bunlardaki değişikliğe; kredi riski transferi sağlayan, enerji fiyatları ve iklim değişkenleri gibi ölçüm değerleri olan ve bu sayılanlardan oluşturulan bir endeks seviyesine veya seviyedeki değişikliğe bağlı olan türev araçları, bu araçların türevlerini ve sayılan dayanak varlıkları birbirleri ile değiştirme hakkı veren türevleri ve döviz ve kıymetli madenler ile Kurulca belirlenecek diğer varlıklar üzerine yapılacak kaldıraçlı işlemleri…*" olarak tanımlanmıştır.[24] Yatırım sözleşmelerinin tanımı, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda

[23] Öz bir şekilde ifade etmek gerekirse, "sermaye piyasası aracı" kavramı, menkul kıymetleri de içerisine alan ve yatırımcıların ihraççılara fon sağlamaları süreci içerisindeki tarafların hak ve borçlarını belirleyen araçlardır. Sermaye Piyasası Araçları 1, Sermaye Piyasası Lisanslama Sicil ve Eğitim Kuruluşu, s.72.

[24] Türev araçlar, genel olarak gelecekteki veya mevcut yatırımlarla ilişkili olmak üzere, bir

yer almamaktadır. Yatırım sözleşmeleri, yatırımcının yapım işini üstlendiği mal veya ürünün sözleşme başı değeri ile sözleşme sonu değeri arasındaki müspet farkı veya bu mal veya ürünün işletilmesinden doğacak olan kazancı almak üzere fon talep eden ile yaptığı sözleşmeler olarak tanımlanabilir. Diğer sermaye piyasası araçları ise, zamana ve piyasanın şartlarına göre Sermaye Piyasası Kurulu tarafından belirlenmesi mümkün olan finansal araçları ifade etmektedir. Bu bağlamda ifade etmek isteriz ki, sermaye piyasası araçlarının oluşturulması konusunda Sermaye Piyasası Kurulu'na düzenleme yapma yetkisi verilmesi, suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı durumların doğmasına sebebiyet verebilecek nitelikte olduğu ifade edilebilir.

c. Fiil

Fiil, kişinin iradesine bağlı olarak dış dünyada etki doğuran icrai veya ihmali insan davranışlarıdır.[25] 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda piyasa dolandırıcılığı adı altında öngörülen piyasa dolandırıcılığı suçu, Mülga Sermaye Piyasası Kanununda manipülasyon suçu adı altında düzenlenmişti. Manipülasyon suçu, bazı bilgilerin açıklanmaması suretiyle de işlenebiliyordu. Başka bir ifade ile suç, ihmali hareket ile de gerçekleşebiliyordu. Ancak, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 107. maddesinde öngörüldüğü üzere hem işleme dayalı hem de bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu ancak icrai hareketler ile işlenebilir. Diğer bir ifade ile, piyasa dolandırıcılığı suçlarının ihmali şekilde işlenmesi mümkün değildir.

İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunda, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla alım veya satımını yapmak, emir vermek, emir iptal etmek, emir değiştirmek veya hesap hareketleri gerçekleştirmek fiilleri öngörülmüştür. Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunda ise sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların karar-

menkul kıymet veya emtia fiyatı veya endeks, faiz oranı ve benzeri bir gösterge ve/veya bunlarda gelecekteki değişikliklere dayalı olarak oluşturulan sözleşmelerdir. Türev araçlara, vadeli işlem sözleşmeleri ve swap işlemleri örnek olarak verilebilir. Vadeli işlem sözleşmeleri, belirli bir vadede, önceden belirlenen fiyat, miktar ve nitelikteki sermaye piyasası aracını alma veya satma yükümlülüğü veren sözleşmelerdir. Forward, futures ve opsiyon sözleşmeleri, vadeli işlem sözleşmelerinin türlerindendir. **Tekin Memiş/Gökçen Turan,** Sermaye Piyasası Hukuku, Seçkin, 2. Bası, 2016, s. 62.

[25] **İzzet Özgenç,** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 9. Bası, 2013, s. 161; **Artuk/Gökcen/Yenidünya,** a.g.e., s. 216; Zafer, ihmali, hareketin karşıtı olarak görmekte, suçların hareket ve ihmali suçlar olarak düzenlenebileceğini ifade etmektedir. **Hamide Zafer,** Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, Beta, İstanbul, 5. Bası, 2015, s. 185.

larını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi vermek, söylenti çıkarmak, haber vermek, yorum yapmak veya rapor hazırlamak ya da bunları yaymak fiilleri sayılmıştır. Görüldüğü üzere, hem işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu hem de bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunda birden fazla fiil birbirinden bağımsız olarak gösterilmiştir. Bu fiillerden sadece birinin işlenmesi suçun tamamlanması bakımından yeterlidir. Sonuç olarak, hem işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu hem de bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu seçimlik hareketli suçlar kategorisine girmektedir.

Mülga Sermaye Piyasası Kanununda manipülasyon suçunda sadece alım ve satım yapmadan bahsedilmekteydi. Suç, alım satım yapma ile tamamlanmış kabul ediliyordu. Diğer taraftan, alım satım yapma derecesinde etki doğurmaya elverişli olan emir vermek fiili teşebbüs kapsamında değerlendirilmekteydi. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, Finansal Araçların İşlem Yaptığı Piyasalara İlişkin Avrupa Birliği Direktifine paralel olarak alım satım yapmanın yanında emir verme, emri iptal etme, emri değiştirme ve hesap hareketi gerçekleştirme fiillerini de seçimlik hareketler olarak öngörmüştür. Bu noktada, mülga kanuna nazaran 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun kapsamının genişletildiğinin altını vurgulamak gerekmektedir.

Bir sermaye piyasası aracının, sermaye piyasasında tedavül edebilmesi için ilk olarak ihraç edilmesi gerekmektedir. İhraç, ihraççı ile yatırımcı arasında gerçekleşen bir satış işlemidir.[26] Bu satış sözleşmesinde, ihraççı, satıcı, yatırımcı ise alıcı konumundadır. İhraççı, ihraç işlemiyle sermaye piyasası araçlarını piyasaya sürerek kaynak bulmaktadır. Yatırımcı ise, yatırımı karşılığında kar payı, faiz gibi belli ekonomik değer elde etmektedir. İhraç, birinci elden yapılan bir işlemdir ve sermaye piyasası araçlarının ihdas edilmesi ve birinci el piyasalarında satılması sürecini ifade etmektedir.[27] 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, sermaye piyasası araçlarının ihracı ve denetimi bakımından dünyada genel kabul gören kamuyu aydınlatma sistemini benimsemiştir. Bu sistem çerçevesinde, Sermaye Piyasası Kurulu ihraççı ile ihraç edilen sermaye piyasası aracı ile ilgili tüm bilgilerin kamuya duyurulmasını

[26] 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, sermaye piyasası araçlarının ihracı ve denetimi bakımından dünyada genel kabul gören kamuyu aydınlatma sistemini benimsemiştir. Bu sistem çerçevesinde, Sermaye Piyasası Kurulu ihraççı ile ihraç edilen sermaye piyasası aracı ile ilgili tüm bilgilerin kamuya duyurulmasını sağlamaktadır. Yatırım riski ve yatırımın getirisi ise yeterli şekilde aydınlatılmış yatırımcıya bırakılmaktadır.

[27] **Tolga Ayoğlu,** Sermaye Piyasası Hukukunda Halka Arz Kavramı ve Halka Arza Aracılık Sözleşmeleri, Vedat, 2008, s. 14.

sağlamaktadır. Yatırım riski ve yatırımın getirisi ise yeterli şekilde aydınlatılmış yatırımcıya bırakılmaktadır. Bu sistemin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için, sermaye piyasası araçlarının yapay işlemlere maruz kalmaması ve yatırımcının sermaye piyasası araçları hakkında güvenilir ve doğru bilgiye ulaşması gerekmektedir. Diğer yandan, sermaye piyasası araçları, ikinci el piyasalarda tekrar alınıp satılabilmektedir. İkinci el piyasalarındaki işlemlerin, ihraççıya kaynak sağlama gibi bir fonksiyonu bulunmamaktadır. Ancak, ihraç edilen sermaye piyasası araçlarının ikinci el piyasalarda tedavül etmesi, ihraç edilmiş veya ihraç edilmesi planlanan sermaye piyasası araçlarının fiyatları ile arz ve taleplerinde değişimlere sebep olabilmektedir. Bu bağlamda, sermaye piyasası araçlarının yapay şekilde alınıp satılması, yatırımcının doğru karar almasını olumsuz yönde etkileyeceği şüphesizdir. Uygulamada, birden fazla hesap sahibi, bir organizasyon içinde birlikte hareket ederek ilgili sermaye piyasası aracından satın alıp fiyatı yapay şekilde yükseltmekte ve sonrasında eş güdümlü olarak bu araçları tavan fiyattan satmakta ve nihayetinde haksız ve yüksek getiri elde etmektedir. Bunun sonucunda, sermaye piyasası ilişkilerinde hakim olması gereken güven azalmaktadır. Ayrıca, yatırımcılar zarar görmekte ya da zarar görme tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadırlar. Bu sebeplerlerden ötürü, kanun koyucu, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla alım veya satımını yapmayı, emir vermeyi, emir iptal etmeyi, emir değiştirmeyi veya hesap hareketleri gerçekleştirmeyi işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu olarak düzenlemiştir.

İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunda, emir verme, emri değiştirme, emri iptal etme veya hesap hareketi gerçekleştirme fiilleri de seçimlik hareket olarak öngörülmüştür. İkinci el piyasalarda sermaye piyasası araçları aracı kurum vasıtasıyla alınıp satılabilirler. Örneğin yatırımcı, ilgilendiği sermaye piyasası aracı için aracı kuruma alma ya da satma emri verebilir. Ya da ilgili sermaye aracı için daha önce aracı kuruma ilettiği alma veya satma emrini iptal edebilir ya da emrin içeriğini değiştirebilir. Yatırımcı, alım satım emri vermeden hesap hareketleri gerçekleştirebilir. Örneğin, yatırımcı virman talimatı vererek hesap hareketi gerçekleştirebilir. Bu şekilde verilen emir ve talimatlar aracı kurum tarafından yerine getirilir. Kanunun işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu olarak öngördüğü bu fiiller, alım veya satım yapmak ile aynı etkiyi doğurmaya elverişlidir. Diğer bir ifade ile bu fiiller, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve talepleri hakkında yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırma gücüne sahiptirler. Zira yatırımcının ilgili emir veya talimatı vermesi ile eşzamanlı olarak sermaye piyasası etki-

lenmektedir. Bu sebeple, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, alım veya satım yapmanın yanında bu fiilleri de piyasa dolandırıcılığı suçu kapsamı içinde öngörmüştür.

Diğer yandan, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun kanuni tanımında öngörülen fiillerin sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandıracak nitelikte olması gerekmektedir. Örneğin, kişinin yaptığı alım veya satımlar, ilgili sermaye piyasası aracının fiyatının değişimine etkisi olacak düzeyde değil ise bu fiilin suç olarak vasıflandırılması mümkün değildir. Zira, böyle bir fiil, yatırımcıların kararını etkileyebilecek güçte değildir. Dolayısıyla bu tür bir fiilin sermaye piyasasında doğal olarak oluşan arz ve talebe de etkisi yoktur. Diğer yandan, birden çok kişinin iştirak halinde ilgili sermaye piyasası aracının fiyatını etkileyebilecek çapta işlemler yapması, yatırımcıları yanıltma kabiliyetine sahip olduğundan suç teşkil edebilecek niteliktedir.

Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunda, yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi vermek, söylenti çıkarmak, haber vermek, yorum yapmak veya rapor hazırlamak ya da bunları yaymak fiilleri öngörülmüştür. Görüldüğü gibi kanun koyucu birçok fiili bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu kapsamına almıştır. Bu öngörülen fiillerden bir veya birden fazlasının işlenmesi suçun oluşumu bakımından yeterlidir. İlk olarak ifade etmek isteriz ki yalan, yanlış ile yanıltıcı sıfatları arasında önemli bir farklılık vardır. Bu farkı yalan, yanlış bilgi vermek ile yanıltıcı bilgi vermek fiillerini açıklayarak gösterebiliriz. Yalan, yanlış bilgi vermek gerçeğe uymayan bilginin verilmesidir. Yanıltıcı bilgi vermek fiilinde, sunulan bilgilerden bazıları doğru olabilir. Ancak bazı gerçeklerin üstü kapatılmıştır. Dolayısıyla yanıltıcı bilgiyi alan yatırımcılar aldatılmış olmaktadır. Söylenti, bir temele dayanmayan ağızdan ağıza dolaşan rivayete denilmektedir. Örneğin, şirketin hisse senetlerinin düşeceğine ilişkin bir rivayetin oluşturulması söylenti çıkarmak fiili olarak nitelendirilebilir. Haber vermek, iletişim veya yayın organları aracılığıyla bir kurgu içerisinde doğru olmayan bilginin sağlanmasıdır. Yorum yapmak, bir olay ile ilgili değerlendirme yapılmasıdır. Ancak, yorum yapan kişi burada kendi görüşünü açıklarken yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi aktarmaktadır. Rapor hazırlama, herhangi bir konuda yapılan araştırma sonucunda ulaşılan tespitlerin yazıldığı yazı olarak tanımlanabilir. Bu noktada, raporu yazan kişi araştırması sonucunda ulaştığı tespitleri tamamen göz ardı ederek yalan, yanlış tespitlere yer vermekte ya da ulaştığı tespitlerin bir kısmını saklayarak yanıltıcı bir yazı oluşturmaktadır. Yukarıda sayılan fiiller neticesinde oluşanları yaymak da seçimlik hareket

olarak Kanunda öngörülmüştür. Kişi, yukarıdaki fiilleri işlemese de bu fiiller aracılığıyla oluşturulan yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgiyi, söylentiyi, haberi, yorumu veya raporu yayarsa bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunu işlemiş olacaktır.

Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun kanuni tanımında öngörülen yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi vermek, söylenti çıkarmak, haber vermek, yorum yapmak veya rapor hazırlamak ya da bunları yaymak fiillerinin elverişli olması, diğer bir ifade ile sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileyecek nitelikte olması icap etmektedir. Bir örnek ile açıklayalım. Sermaye piyasasında işlem yapan A isimli küçük bir yatırımcı olduğunu varsayalım. A, bir şirketin hisse senetlerinin yükseleceğine dair hiç bir temeli olmayan yanlış bilgiyi B'ye vermiştir. Bu örnekte, A'nın fiili yanlış bilgi vermek olmasına rağmen nitelik itibari ile piyasa dolandırıcılığı suçunu oluşturmaya yetmeyecektir. Zira, A'nın fiili, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunu oluşturabilecek etkiye sahip değildir. Diğer yandan, basit bir şekilde hisse senetlerinin fiyat ve miktar hareketlerinin endeks verileri ile karşılaştırılması sonucu oluşan tabloda bazı bilgilerin yanlış olması bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı fiilinin işlendiği anlamına gelmeyebilir. Bu tür bir fiilin suç oluşturabilmesi için belli bir sistem içerisinde hazırlanması ve içindeki bilgilerin profesyonelce makyajlanması icap etmektedir.

Sermaye Piyasası Kanununun 104. maddesinde,[28] makul bir ekonomik veya finansal gerekçeyle açıklanamayan, borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasaların güven, açıklık ve istikrar içinde çalışmasını bozacak nitelikte olan eylem ve işlemler bir suç oluşturmadığı takdirde piyasa bozucu nitelikte eylem sayılacağı öngörülmüştür. Örneğin, sermaye aracı sayılmayan bir ekonomik değerin arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla alınıp satılması sermaye piyasası aracı üzerinden yapılmadığı için piyasa dolandırıcılığı suçu teşkil etmeyecektir. Ancak, bu fiil, makul bir ekonomik veya finansal gerekçeyle açıklanamayacak şekilde borsa ve teşkilatlanmış piyasaların güven, açıklık ve istikrar içinde çalışmasını bozacak nitelikte ise fail, ceza hukuku bakımından bir yaptırıma tabi olmasa bile idari para cezası yaptırımına tabi olabilecektir.

[28] Kanun Piyasa bozucu eylemlere ilişkin genel çerçeveyi koymuştur. Fiile ilişkin ayrıntılı açıklamalar 21.1.2014 tarih ve 28889 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği ile yapılmıştır.

d. Netice

Ceza hukukunda netice, fiilin dış dünyada meydana getirdiği değişikliktir. Doktrinde, suçlar, neticeli suçlar/zarar suçları ve sırf hareket suçları/tehlike suçları/neticesi harekete bitişik suçlar/şekli suçlar olmak üzere iki türe ayrılmaktadır. Sırf hareket suçları, suçun tamamlanması için sadece fiilin gerçekleştirilmesinin yeterli olduğu ve fiilden ayrı bir neticenin aranmadığı suçlardır.[29] Burada, fiil bir zarar meydana getirme tehlikesi içermekte[30] ve bu tehlikeden ötürü suç olarak tanımlanmaktadır. Neticeli suçlarda ise kanunun öngördüğü fiilin yanında suçun kanuni tarifinde öngörülen neticenin doğması gerekmektedir. Aksi durumda, suçun oluşması mümkün değildir.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı sırf hareket suçu olarak düzenlenmiştir. Diğer bir ifade ile Kanunda öngörülen hareketlerin işlenmesi suçun oluşması için yeterlidir ve hareketten ayrı bir neticenin oluşup oluşmadığının tespitine gerek yoktur. Örneğin, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunda, kişinin Kanunda öngörülen fiilleri sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla ile işlemesi ile suç tamamlanmış olur. Failin bu fiilinin belli bir sermaye piyasası aracının fiyatını etkilemiş olması gerekli değildir.

Diğer yandan, 27.3.2015 tarihli 6637 sayılı Kanun ile bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunda, failin kanunda öngörülen fiiller sonucunda menfaat elde etmesi şartı getirilmiştir. Failin menfaat elde etmesi bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun neticesidir. Diğer bir ifade ile fail menfaat elde etmemişse bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçundan söz etmek mümkün değildir. Bir örnek ile açıklamak gerekirse, A ile B'nin bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunu işlediğini, A'nın işlediği bu fiil sonucunda menfaat elde ettiğini B'nin ise bir menfaat elde etmediğini varsayalım. Bu durumda, A suçun failidir. B ise menfaat elde etmediğinden ötürü bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun faili olarak nitelendirilemeyecektir.

e. Nedensellik Bağlantısı

Ceza hukukunda, fiil ile netice arasında nedensellik bağı yok ise diğer bir ifade ile netice fiil sonucu meydana gelmemiş ise neticenin faile yüklen-

[29] **Artuk/Gökçen/Yenidünya,** a.g.e., s. 252.

[30] **Kayıhan İçel,** İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul, Yenilenmiş Bası, 2016, s. 276.

mesi mümkün değildir.[31] Anlaşılacağı üzere, nedensellik bağı neticeli suçlarda önem arz etmektedir. Bununla birlikte, sırf hareket suçlarında, suçun oluşması için fiilin gerçekleştirilmesi yeterli olduğundan nedensellik bağlantısı problemi ortaya çıkmamaktadır.[32]

Bir önceki başlığımız altında incelediğimiz gibi, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu sırf hareket suçudur. Bu tür suçlarda fiilden ayrı bir neticenin gerçekleşmesine gerek olmadığından ötürü nedensellik bağlantısının araştırılmasına lüzum yoktur. Kişinin Kanunda öngörülen fiillerden birini işlendiğinin belirlenmesi yeterlidir. Bununla birlikte, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu neticeli suçtur. Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunda, fail, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi vermek, söylenti çıkarmak, haber vermek, yorum yapmak veya rapor hazırlamak ya da bunları yaymak fiillerinden bir ya da birden fazlasını işlemektedir. Ancak, bu fiillerden en az birinin işlenmesi suçun oluşması için yeterli değildir. Failin ayrıca işlediği fiilinden ötürü bir menfaat elde etmesi gerekmektedir. Diğer bir ifade ile fiil ile netice arasında bir nedensellik bağlantısı bulunmalıdır.

2. Manevi Unsur

Kanuni tanıma uygun bir fiilin gerçekleştirilmiş olması suçun oluşması için yeterli değildir.[33] Ayrıca, bu fiil ile fiili gerçekleştiren kişi arasında manevi bir bağın mevcut olması gerekmektedir.[34] Diğer bir ifade ile manevi unsur olmadan suçun varlığından söz edilemez. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, manevi unsur ile kusurluluk birbiri ile ilişkili olmasına rağmen birbirinden farklı kavramlardır. Zira kusurluluk, kanuni unsurları tamamlanmış fiilden ötürü failin kınanabilip kınanamayacağı konusundaki yargıyı ifade etmektedir.

Piyasa dolandırıcılığı suçları ancak kast ile işlenebilir. Başka bir söylemle, bu suçların taksirle işlenmesi mümkün değildir. Diğer yandan, piyasa dolandırıcılığı suçlarının olası kast ile işlenebilir mi sorusuna cevap aramak gerekmektedir. Türk Ceza Kanununun 21. maddesinin 2. fıkrasında, kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemesi halinde olası kastın varlığından söz etmektedir. Örneğin İngiltere'de bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun olası kast (*reckless-*

[31] **Artuk/Gökçen/Yenidünya,** a.g.e., s. 253.

[32] **Koca/Üzülmez,** a.g.e. s. 124.

[33] **Artuk/Gökcen/Yenidünya,** a.g.e., s. 288.

[34] **Artuk/Gökcen/Yenidünya,** a.g.e., s. 293.

ness-dolus eventualis) ile işlenebileceği öngörülmüştür.[35] Ancak, Türk hukukundaki kanuni düzenleme dikkate alındığında, gerek işleme dayalı gerekse bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun olası kast ile işlenmesinin mümkün olmadığını düşünüyoruz. Zira, piyasa dolandırıcılığı suçlarında failin kastı dışında belli bir amaçla da hareket etmesi gerekmektedir. Bu nedenle, kastın varlığı piyasa dolandırıcılığı suçunun oluşumu açısından yeterli değildir. Failin, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığında "*sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla*", bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunda ise "*sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla"* hareket etmesi gerekmektedir. Bu noktada ifade etmek isteriz ki, failin Kanunda öngörülen fiili işlerken güttüğü amaç haksızlığın esas içeriğini oluşturmaktadır. Amaç konusunu bir örnek çerçevesinde açıklayalım. Sermaye piyasasında hisse senetleri işlem gören bir şirketin sadece bankadan daha düşük faiz ile kredi almasının sağlanması maksadıyla piyasa dolandırıcılığı suçuna giren fiillerden biri işlenirse, bu fiili işleyen banka yetkilileri piyasa dolandırıcılığı suçunun faili olarak nitelendirilmeyebilir. Çünkü burada failin amacı ile Kanunda öngörülen amaç uyuşmamaktadır. Ancak, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 104. maddesine göre, eğer bu gibi eylem ve/veya işlemler sermaye piyasasının güven, açıklık ve istikrar içinde çalışmasını bozabilecek nitelikte fakat bir suç oluşturmuyorsa piyasa bozucu eylem sayılmaktadır. Sermaye Piyasası Kurulu, piyasa bozucu eylemden ötürü ilgili gerçek ve tüzel kişilere idari para cezası uygulayabilmektedir. Buradan da anlaşılacağı gibi, fail taksirle hareket etmiş olsa bile fiili, piyasa bozucu eylem olarak nitelendirilebilir ve karşılığında idari yaptırım uygulanabilir.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık, kanunda öngörülen tipe uygun fiilin sadece ceza hukuku ile değil tüm hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma içinde bulunması olarak ifade edilmektedir.[36] Diğer yandan, kişinin işlediği fiil, kanuni tipe uygun olsa dahi diğer bir hüküm tarafından hukuka uygun sayıldığı için suç olarak nite-

---

[35] The Financial Services and Markets Act 2000 (Finansal Servisler ve Piyasalar Kanunu-FSMA) Section 397/1-c http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/8/pdfs/ukpga_20000008_en.pdf (Erişim Tarihi: 1.1.2017). **Alastair Hudson,** Law of Financial Crime, University of London Press, Londra, 2011, s. 10-11. http://www.londoninternational.ac.uk/sites/default/files/law_financial_crime.pdf (Erişim Tarihi: 1.1.2017)

[36] **Özgenç,** a.g.e. s. 285; **İçel,** a.g.e., s. 297-298; **Hakeri,** a.g.e., s. 301.

lendirilmeyebilir. Doktrinde, bu tür kurallar hukuka uygunluk sebebi olarak isimlendirilmektedir.[37]

Hukuka uygunluk sebepleri esas olarak Türk Ceza Kanunumuzun genel hükümler kitabında "Ceza Sorumluluğu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlığı altında öngörülmüştür. Ancak Kanunun bu başlığında yer alan hükümlerin hangilerinin hukuka uygunluk sebebi olduğuna ilişkin bir açıklık yoktur. Bununla birlikte, Ceza Muhakemesi Kanununun 223. maddesi nazara alınarak değerlendirme yapıldığında hukuka uygunluk nedenlerinin kanun hükmünü yerine getirme, hukuka uygun emrin yerine getirilmesi,[38] meşru savunma, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası olduğu anlaşılmaktadır.

Diğer yandan, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 108. maddesinde, bilgi suiistimali ve piyasa dolandırıcılığı suçu sayılmayacak haller başlığı altında sermaye piyasasının yapısına özgün hukuka uygunluk sebeplerini belirtilmiştir:

"*a) TCMB ya da yetkilendirilmiş başka bir resmî kurum veya bunlar adına hareket eden kişiler tarafından para, döviz kuru, kamu borç yönetim politikalarının uygulanması veya finansal istikrarın sağlanması amacıyla işlem yapılması;*

b) Kurul düzenlemelerine göre uygulanan geri alım programları, çalışanlara pay edindirme programları ya da ihraççı veya bağlı ortaklığının çalışanlarına yönelik diğer pay tahsis edilmesi;

c) Kurulun bu Kanun kapsamındaki fiyat istikrarını sağlayıcı işlemlere ve piyasa yapıcılığına ilişkin düzenlemelerine uygun olarak icra edilmeleri kaydıyla, münhasıran bu araçların piyasa fiyatının önceden belirlenmiş bir süre için desteklenmesi amacıyla sermaye piyasası araçlarının alım veya satımının yapılması yahut emir verilmesi veya emir iptal edilmesi."

Yukarıdaki madde metninden açıkça anlaşılacağı üzere, sermaye piyasasının adil, etkin ve şeffaf şekilde işlemesine olumlu katkıda bulunan 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 108. maddesinde yer alan fiillerin Kanunun

[37] **Zafer,** a.g.e., s. 289; **İçel,** a.g.e., s. 297.

[38] Bazı yazarlar, amirin hukuka uygun emrinin yerine getirilmesini kusurluluğu kaldıran bir hal olarak düşünmektedirler. **Veli Özer Özbek,/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/ İlker Tepe,** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 7. Bası, 2016, s. 422-431. Kanımızca, hukuka uygun bir emrin yerine getirilmesi lafzından da anlaşılacağı üzere hukuk düzeni ile çatışma içerisinde değildir. Dolayısıyla, bu durumun hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmesi daha isabetli bir yaklaşım olacaktır.

107. maddesinde öngörülen piyasa dolandırıcılığı suçu olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bu sebeple, kanun koyucu, bu halleri özel hukuka uygun sebepleri olarak düzenlemiştir. Sonuç olarak, bu özel hukuka uygunluk sebeplerinden birinin varlığı halinde piyasa dolandırıcılığı suçu oluşmayacaktır.

III. Piyasa Dolandırıcılığı Suçunun Özel Görünüş Biçimleri

A. Teşebbüs

Teşebbüs, suç tanımında belirlenmiş olan fiilin icrasına elverişli hareketlerle başlanmış olmakla birlikte bu fiile ilişkin icra hareketlerinin elde olmayan nedenlerle tamamlanamaması ya da tamamlanmış olmakla birlikte kanunda öngörülen neticenin gerçekleşmemiş olma durumlarını ifade etmektedir. Doktrinde kişinin izlediği suç yolu (*iter criminis*) düşünme, hazırlık, icra ve suç tipinde öngörülmüş olduğu hallerde netice aşamaları olmak üzere dört aşamaya ayrılmıştır.[39] Düşünce, dış dünyada değişiklik meydana getirebilecek nitelikte bir hareket olmadığından ötürü, ceza hukukunun alanına girmemektedir. Kural olarak, suça hazırlık aşaması da hem demokratik hukuk devletinde olması icap eden temel hak ve özgürlüklere en az müdahale prensibi gereği hem de kişinin yaptığı hareketlerin kanunda öngörülen suça yönlendiğinin ispatının zor olması nedeniyle cezalandırılmamaktadır.[40]

Mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçuna ilişkin sadece alım ve satım yapmak fiili öngörülmüştü. Dolayısıyla, doktrinde alım-satım yapmak dışında kalan ancak sermaye piyasasında arz ve talep dengesinin yapay şekilde oluşması konusunda elverişli hareketler olan sadece emir vermek ya da emir iptal etmek gibi fiillerin teşebbüs olarak değerlendiriliyordu.[41] Nitekim emir iptalinin suç olarak tanımlanmadığına ilişkin görüş, yargı kararlarında da görülmektedir.[42] Ancak, yukarıda

---

[39] **Artuk/Gökcen/Yenidünya,** a.g.e., s. 588-589.

[40] Suça hazırlık hareketlerinin suç olarak öngörüldüğü hükümler için bkz. Türk Ceza Kanununun 227/1 ve 316/1 fıkraları.

[41] **Selman Dursun,** Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, XII. Levha, İstanbul, 2009, s. 298-299.

[42] Yargıtay 7. Ceza Dairesi 2014/3792 Esas , 2014/14129 Karar sayılı 07/03/2013 Tarihli Kararında "*Hükme esas alınan 14.12.2012 havale tarihli bilirkişiler kurulu raporunda, 26.01.2007-15.02.2007 tarihleri arasındaki dönemde V.... hisse senetleri üzerinde % 58.4 oranında fiyat artışının meydana geldiği, aynı dönemde İMKB 100 endeksinin ise % 4 oranında artış gösterdiği 16.02.2007 tarihinden itibaren ise hisse senedinin fiyatında % 89 oranında bir düşüş meydana geldiği, suça konu dönemdeki fiyat değişiminin geçmiş dönemdeki fiyat değişimleri ile uyumlu olduğu, denetleme raporunda her sanığın ne kadar miktar işlem*

değindiğimiz gibi 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda, sermaye piyasasının etkin şekilde korunması amacıyla alım veya satım yapmak dışında emir vermek, emir iptal etmek, emir değiştirmek ve hesap hareketleri gerçekleştirmek fiilleri de suç olarak öngörülmüştür.

Suça teşebbüsün söz konusu olabilmesi için a) kasten işlenebilen bir suçun olması; b) neticeli veya icra hareketleri kısımlara bölünebilen sırf hareket suçu olması; c) failin gerçekleştirdiği fiilin suç tipinde öngörülen fiili gerçekleştirmeye elverişli ve icrai olması; d) icra hareketlerine başlanmış olmakla birlikte hareketlerin failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamamış veya tamamlanmış olmakla birlikte kanunda öngörüldüğü hallerde neticenin gerçekleşmemiş olması gerekmektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi piyasa dolandırıcılığı suçları ancak kasten işlenebilirler. Dolayısıyla, piyasa dolandırıcılığı suçlarında teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi söz konusu olabilir. Ancak, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu, sırf hareket suçu olarak öngörülmüştür. Kanunda öngörülen hareketlerden birinin gerçekleşmesi ile birlikte suç tamamlanmaktadır. Zira, kanun koyucu, bu hareketlerden ayrı bir neticenin gerçekleşmesini öngörmemiştir. Bu sebeple, bu suçlarda, suça teşebbüsün oluşması ancak icra hareketlerinin kısımlara bölünebilmesi halinde mümkündür. Ancak, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu diğer hareketlerin tamamlanması için gerekli icra hareketlerini de suç olarak düzenlemiş; suçun kapsamını genişletmiştir. Örneğin, Kanunda öngörülen amaç ile belli bir sermaye piyasası aracının alım veya satımını yapmak için emir vermek de kanunda öngörülen hareketlerden biridir. Bu sebeple, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçlarına teşebbüs neredeyse mümkün olmamaktadır. Hangi hallerde işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunda teşebbüsün olabileceğini analiz edelim. Örneğin, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu oluşturabilecek bir emrin verilmesi amacıyla anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin toplanması teşebbüs sayılabilir mi? Kanımızca, burada yönetim kurulu üyeleri doğrudan doğruya icraya henüz başlamamışlardır. Yönetim kurulunun bu amaçla toplanması hazırlık hareketidir. Dolayısıyla, burada işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçuna teşebbüsün gerçekleştiği söylenemez. Ancak, düşüncemize göre yönetim kurulunda alınan bu şekilde bir emrin aracı kuruluşa iletilmesi için harekete geçilmesi fakat bu emrin aracı kuruluşa iletilememesi

gerçekleştirdiği tespit edilmesine rağmen kendinden kendine karşılıklı işlemlerinin her bir sanık yönünden tespit edilmemiş olduğu, olay tarihinde ***Emir İptalinin mevzuat yönünden mümkün olmadığı,*** *bu sebeple gerek kendinden kendine işlemler ve gerekse fiyat yükseltici işlemlerin planlı bir biçimde sanıklar tarafından gerçekleştirildiğini kabul edilemeyeceği," gerekçesi ile hükmün BOZULMASINA, 03.07.2014 günü oybirliğiyle karar verildi.*"

durumunda işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu tamamlanamamaktadır. Bununla birlikte, elverişli icra hareketlerine başlanmıştır. Bu durumda, fail elinde olmayan nedenler ile suçu tamamlayamaz ise suça teşebbüsten sorumlu olacaktır.

Diğer yandan, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu, neticeli suçtur. Failin menfaat elde etmesi suçun neticesidir. Diğer bir ifade ile fail menfaat elde etmemişse bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçundan söz etmek mümkün değildir. Bir örnek ile açıklayalım. Sermaye piyasası uzmanı A'nın menfaat karşılığında ve sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını etkilemek amacıyla yanıltıcı bir rapor düzenlemiştir. Ancak, A, ilgili menfaati elde edememiştir. Görüleceği üzere, A, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu için icra hareketlerine geçmiştir ancak menfaat elde edemediğinden ötürü suç tamamlanamamıştır. Bu sebeple, A'nın fiili teşebbüs aşamasında kalmıştır. Başka bir örnek verelim. Yatırımcı, B, C'den sermaye piyasasındaki yatırımcıların kararlarının etkilenmesini sağlama işlevini görebilecek bir rapor hazırlamasını istemiş ve C'ye bir miktar para transfer etmiştir. C, B'nin talimatı doğrultusunda raporun hazırlanması için kapsamlı bir ön araştırma yapmış ve bu yaptığı ön araştırmayı B ile paylaşmıştır. Ancak, C, elinde olmayan sebeplerden ötürü rapor hazırlayamamıştır. Bu durumda, raporu bitirilemediği için suçun tamamlandığını söylemek mümkün gözükmemektedir. Ancak, C'nin icra hareketlerine başladığı olaydan açıkça anlaşılmaktadır. Bu sebeple, C, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçuna teşebbüsten ötürü sorumlu olacaktır.

B. **İştirak**

Kanunen ve niteliği gereği tek kişi tarafından işlenebilen suçun birden fazla kişinin aralarında yaptığı anlaşma gereği fiilin oluşumuna illi değeri haiz katkıda bulunarak birlikte işlenmesi halinde ceza hukuku anlamında iştirakin var olduğu kabul edilir.[43] Doktrinde bu suretle işlenen suçlara iştirak halinde suçlar denilmektedir. Ceza hukukumuzda iştirak, faillik ve şeriklik olarak ikiye ayrılmaktadır. Fail, kanunda öngörülen fiili bizzat işleyen kişidir. Birlikte suç işleme kararı çerçevesinde kanunda suç olarak tanımlanan fiilin işlenişinde ortak hakimiyet kuran kişiler müşterek fail olarak nitelendirilmektedir. Diğer yandan, şerik, bir suçun işlenişine katılan ancak gerçekleştirmiş olduğu katkı ile suçun kanuni tanımında öngörülen fiil üzerinde hakimiyet kuramayan kişilere denilmektedir. Şerikler (azmettiren ve yardım eden) suçun kanuni

[43] **Artuk/Gökcen/Yenidünya,** a.g.e., s. 630.

tanımındaki haksızlığı gerçekleştirmeyen suç ortakları oldukları için bunların işlenen suçtan sorumlu tutulabilmeleri bağlılık kuralı ile mümkündür. Bağlılık kuralının uygulanabilmesi için ortada kasten işlenebilen bir suçun olması, bu suça iştirakin kasten olması ve suçun failinin kanunda suç olarak öngörülen fiili gerçekleştirmesi ya da en azından teşebbüs aşamasına varması gerekmektedir.[44]

Piyasa dolandırıcılığı suçu kasten işlenebilen suçlardandır. Dolayısıyla bu suçların iştirak halinde işlenmesi mümkündür. Örneğin, birden fazla kişinin belli hisse senetlerinin fiyatını etkilemek amacıyla koordineli olarak kamuoyuna yanıltıcı bilgi yayması halinde bu kişiler bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçundan müşterek fail olarak sorumlu olacaktır. Bir başka örnek verelim. Şirket yetkilisinin şirketinin hisse senetlerinin fiyatının yapay şekilde artmasını sağlamak amacıyla bazı alım satımlar yapma isteğini konunun uzmanı olan birine açıkça anlatarak yol göstermesi konusunda anlaştığını ve sonuç olarak şirket yetkilisinin bu uzman kişinin gösterdiği şekilde piyasa dolandırıcılığı suçunu işlediğini varsayalım. Bu olayda, uzmandan bilgi alarak ilgili sermaye piyasası aracı üzerinde işlem yapan şirket yetkilisi piyasa dolandırıcılığı suçunun failidir. Yol gösteren kişi ise suç tipinde öngörülen fiili gerçekleştirmemiştir ancak fiilin suç olduğunu bilmesine rağmen fiilin gerçekleşmesine yardım etmiştir. Dolayısıyla, iştirak hükümleri gereğince yardım eden sıfatı ile suça iştirak etmiş olacaktır. Diğer bir örnek ile açıklamalarımıza devam edelim. Yatırım danışmanlığı faaliyeti yürüten şirketin yetkilisi D, belli bir sermaye piyasası aracının fiyatının etkilenmesi amacıyla yanıltıcı rapor düzenlenmesine karar vermiş ve bir ekip kurmuştur. İlgili şirkette stajyer olarak bulunan üniversite öğrencisi E, getir götür işlerinin ve ufak çaplı araştırmalarının yapılması için bu ekibe dahil edilmiştir. Raporun hangi amaçla düzenlenmesi gerektiği ekipteki herkese karşı açıklanmıştır. Ekip, 10 günlük bir çalışmadan sonra raporu tamamlamıştır. Kanaatimizce, stajyer E'nin, rapor hazırlama fiili üzerinde hakimiyet kurduğu söylenemez. Zira, E, burada raporun oluşturulması için getir götür işlerini yapmış ya da ufak çaplı araştırmalar bulunmuştur. Bu sebeple, E, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun faili olmasa da yardım eden sıfatı ile suça iştirakten sorumludur.

C. İçtima

Ceza hukukunda genel prensip, her bir suça ayrı ceza verilmesidir. Diğer bir ifade ile ne kadar suç var ise o kadar ceza vardır. Suçların içtimaı mü-

[44] **Koca /Üzülmez,** a.g.e. s. 431.

essesesinde bu prensibin istisnaları yer almaktadır. Örneğin zincirleme suç hükmüne göre kişi bir suç işleme kararı icrası kapsamında değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçu birden fazla kez işlerse ya da aynı neviden fikri içtima hükmüne göre aynı suçu birden fazla kişiye tek fiille işlerse dörtte birden dörtte üçüne kadar artırılmış tek ceza alır. Diğer bir istisna, kişinin tek fiili ile birkaç suç işlemesi diğer bir ifade ile farklı neviden fikri içtimadır. Bu durumda, kişi kural olarak en ağır cezayı gerektiren suçtan ceza alır.

Piyasa dolandırıcılığı suçlarında da içtima hükümleri uygulanabilir. Örneğin, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunda şirketin yönetim kurulu hisse senetlerinin fiyatının yapay şekilde artmasını sağlamak için yüklü bir alım yapar sonrasında piyasada bu alımın yeterli derecede fiyat artışı getirmediğini görerek 2 hafta içinde ikinci kez hisse senedi alımı yaparsa burada zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır. Diğer yandan, kişi aynı fiili ile hem piyasa dolandırıcılığı suçunu hem de başka bir suçu işlerse aksine bir hüküm bulunmadıkça bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı ceza alacaktır. Peki, kişi aynı fiili ile hem işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu hem de bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçundan sorumlu olabilir mi? Bu noktayı örnek üzerinden açıklayalım. Yatırımcı F, sermaye piyasasında tedavül eden belli hisse senetlerinin fiyatını etkilemek amacıyla uzman G'den bilgi almak istediğini ve G'nin de buna ilişkin bir rapor düzenlediğini varsayalım. G rapor düzenleme fiili ile işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçuna yardım eden sıfatıyla dahil olmuştur. Zira, G, F'nin nasıl bir yol izleyerek işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunu işleyeceğine ilişkin rapor düzenlemiştir. Bu noktada, G, rapor düzenlediği için bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunu işlemiş olabilir mi? Kanaatimizce, G, olayımızda sermaye piyasasında işlem gören ilgili hisse senetlerinin fiyatlarının etkilenmesi amacıyla gerçekleri saklayan bir rapor düzenlememiştir. Bu raporda, G, F'nin işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunu nasıl işleyebileceğine ilişkin yol haritası öngörmüştür. Dolayısıyla, burada G'nin bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunu işlediği sonucuna varmak mümkün gözükmemektedir. Diğer yandan, G'nin, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun F tarafından nasıl işlenebileceğine ilişkin yol haritası öngörmesinin yanında sermaye piyasasında işlem gören ilgili hisse senetlerinin fiyatlarının etkilenmesi amacıyla da böyle bir rapor düzenlediği ve bunun karşılığında menfaat elde ettiğini varsaydığımızda bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun işlendiği sonucuna varabiliriz. Bu varsayımda, G tek fiili ile hem bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunu işlemiştir hem de işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçuna yardım eden sıfatı ile iştirak etmiştir. Düşüncemize göre bu durumda G, Türk Ceza Kanununun 44. madde-

si gereğince faili olduğu bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçundan ötürü sorumlu olmalıdır. Zira, G bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun faili olduğundan ötürü daha ağır bir ceza ile karşı karşıya kalacaktır.

IV. Yaptırım ve Etkin Pişmanlık

Yaptırım, suçun karşılığında kanunun öngördüğü ceza ve/veya güvenlik tedbirleridir. Etkin pişmanlık ise, belli suçlar bağlamında suçun tamamlanmasından sonra failin birtakım pişmanlık gösteren hareketler yapması durumunda, bu hareketler nedeni ile faile ceza verilmemesini veya cezada indirim yapılmasını ifade eden hukuki mekanizmadır. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 107. maddesinin 1. fıkrasına göre, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığını işleyen fail iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ve elde ettiği menfaatten az olmamak üzere beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bununla birlikte, aynı maddenin 3. fıkrasında, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçuna münhasır etkin pişmanlık müessesesi öngörülmüştür. Bu fıkra, "*suçu işleyen kişi pişmanlık göstererek beş yüz bin Türk Lirasından az olmamak üzere, elde ettiği veya elde edilmesine sebep olduğu menfaatin iki katı miktarı kadar parayı, Hazineye; soruşturma başlamadan önce ödediği takdirde hakkında cezaya hükmolunmamasına, soruşturma evresinde ödemesi halinde verilecek cezanın yarı oranında indirilmesine, kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödediği takdirde verilecek cezanın üçte bir oranında indirilmesine*" şeklinde düzenlenmiştir. İlk olarak ifade etmek isteriz ki, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu için öngörülen etkin pişmanlık müessesesi, Türk Ceza Kanunu özel hükümlerinde yer alan etkin pişmanlık müessesinden farklılık arz etmektedir. Zira TCK'da öngörülen etkin pişmanlık hükümlerine göre, belli bir kişi olan mağdurun zararının giderilmesi gerekmektedir. Ancak, sermaye piyasasının özelliğinden kaynaklı olarak işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu neticesinde mağduriyete uğrayan bir kişi olmayabilir. Bu sebeple, kanun koyucu, etkin pişmanlık hükmüne başvurulabilmesi için kanunda belirlenen miktarın doğrudan hazineye ödenmesini öngörmektedir.

Doktrinde, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu neticesinde failin zarar etmesi durumunda etkin pişmanlığın nasıl uygulanacağı konusu tartışılmıştır.[45] Böyle durumlarda, bize göre, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunda fail bir menfaat etmez veya suç olan bu fiili ile menfaat elde edilmesine sebep olmaz ise Kanunda öngörülen asgari adli para cezasını ödeyerek etkin

[45] **Yenidünya,** a.g.e., s. 90.

pişmanlıktan faydalanacaktır. Diğer yandan, failin, etkin pişmanlık hükümlerinden işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun soruşturulmasından önceki dönemde de yararlanabilmesi suç olan fiilin ortaya çıkarılmasını kolaylaştırıcı rol oynamaktadır. Zira, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun ortaya çıkarılması son derece zordur.[46] Ayrıca, bu düzenleme failin sermaye piyasasındaki ticari hayat ve itibarını daha az zedelenmesine neden olabilecek niteliktedir ve günümüz modern ceza hukuku anlayışı olan ekonomik suça ekonomik ceza ilkesi ile de uyumludur. İlaveten, elde edilen menfaatin iki katının ve menfaat elde edilmemiş olmasa dahi Kanunda öngörülen asgari adli para cezasının Hazineye ödenmesi hem genel hem de özel caydırıcılık niteliği taşımaktadır.

Diğer yandan, kanun koyucu, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunda etkin pişmanlık müessesesine yer vermemiştir. Kanunda öngörülen fiilleri işleyerek bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunu işleyenler iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacaklardır.

V. Muhakeme Usulü

Türk ceza muhakemesi hukukunda soruşturmanın mecburiliği ilkesi gereğince cumhuriyet savcısının suç ihbarı alması ile kural olarak soruşturmanın başlatılması ve soruşturma sonunda yeterli delil elde edilmiş ise kamu davasının açılması gerekmektedir.[47] Ancak kanunun öngördüğü bazı hallerde muhakeme işlemlerine başlanabilmesi ve devam edilebilmesi belli şartlara tabi tutulmaktadır. [48] Uygulamada ve doktrinde bu şartlar "muhakeme şartları" olarak ifade edilmektedir.[49] Muhakeme şartları genel olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda yer almaktadır. Ancak, suç konusu olayın özelliğinden kaynaklı olarak başka kanunlarda da özel muhakeme şartları öngörülebilmektedir. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 115. maddesinin

---

[46] Bunun nedeni, işlemlerin yasal, olağan piyasa işleyişinin bir parçası görünümünde olmaları, dolayısıyla işlemlerin kendinden çok, doğurabilecekleri etkilerin temel alınmasıdır. **Dursun, Selman,** Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, XII Levha Yayıncılık, 2010, s. 265.

[47] **Mustafa Özen,** Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:67, Sayı:3, 2009, s. 18.

[48] **Nur Centel /Hamide Zafer,** Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, 13. Bası, 2016, s. 636-637.

[49] Muhakeme şartları doktrinde "muhakeme engelleri" olarak da ifade edilmektedir. Bkz. **Yener Ünver/Hakan Hakeri,** Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 13. Bası, 2016, s. 101.

1. fıkrasında bu kanunda tanımlanan veya atıfta bulunan suçlardan dolayı soruşturma yapılması Sermaye Piyasası Kurulunun Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunması şartına bağlanmıştır.[50] Kanunun 115. maddesinin 4. fıkrası gereğince Kurulun yaptığı yazılı başvuru üzerine savcılık dava açmak zorunda değildir. Bu sebeple, bu muhakeme şartının hukuki niteliğinin müracaat[51] olduğu belirtilmektedir.[52]

Piyasa dolandırıcılığı suçlarından ötürü soruşturma başlatılmasının Sermaye Piyasası Kurulunun Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı başvuru yapma zorunluluğu aslında sermaye piyasasının işleyişine önemli derecede katkı yapmaktadır. Zira sermaye piyasası ile ilgili teknik bilgiye sahip Sermaye Piyasası Kurulu bir değerlendirme yapmakta, piyasa dolandırıcılığı suçunun işlendiğine kanaat getirmesi durumunda Cumhuriyet başsavcılığına başvurmaktadır. Böylece en ufak şüpheden ötürü doğrudan adli soruşturma açılmasının önü kapatılmaktadır.

Sermaye Piyasası Kurulunun yazılı başvurusu üzerine Cumhuriyet Başsavcılığı soruşturma başlatır. Savcılığın soruşturma evresinde Kurul meslek personelinden yararlanabilmesi Kanun tarafından öngörülmüştür. Savcılık tarafından yürütülen soruşturma neticesinde kamu davasının açılmasına yer olmadığı kararı verilirse Kurul, bu karara itiraz etme yetkisine sahiptir. Eğer, savcılık kamu davası açılmasına karar verir ise iddianame düzenler ve mahkemeye sunar. İddianamenin kabulü ile birlikte, Kurul katılan sıfatını kazanır. Mahkeme, muhakeme sonucunda piyasa dolandırıcılığı suçunun tüzel kişi lehine işlendiği sonucuna varır ise ilgili tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirlerine hükmeder. Sermaye Piyasası Kanununda öngörülen veya atıfta bulunulan suçlardan ötürü ceza muhakemesi Hakimler ve Savcılar Kurulunun ihtisas mahkemesi olarak belirlediği asliye ceza mahkemeleridir.

---

[50] Sermaye Piyasası Kurulu, piyasa dolandırıcılığı suçunun işlendiğine kanaat getirmesi halinde, Sermaye Piyasası Kanununun 101. maddesi gereğince önleyici tedbirler almaya yetkilidir. Kurul, bu maddenin uygulanmasına yönelik ayrıntıların yer aldığı Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı İncelemelerinde Uygulanacak Tedbirler Tebliği'ni çıkarmıştır. (21.1.2014 tarihli 28889 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.)

[51] Müracaat, devletin, savcılığı dava açmaya mecbur bırakmayacak surette mahsus makamları vasıtasıyla yaptığı şikayettir. **Nurullah Kunter/ Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu,** Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, Beta, İstanbul, 2006, s. 89.

[52] **Dursun,** a.g.e. s. 149.

Sonuç

Sermaye piyasasının adil, etkin ve şeffaf işlemesinin ülke ekonomisine olumlu etkisi olduğu genel kabul görmektedir. Sermaye piyasasının aktörlerinden bir tarafı oluşturan yatırımcıların piyasaya yatırım yapmaları piyasaya duyduğu güvene bağlıdır. Bu güvenin sağlanması için, kanun koyucu gerek özel hukuka ilişkin düzenlemeler gerekse idari tedbirler ve cezalar ihdas etmiştir. Ancak, geçmişte yaşanan büyük ekonomik krizlerin sebepleri ve sermaye piyasasının kendine özgü hassasiyetleri göz önüne alındığında, sermaye piyasasının işleyişini bozucu ağır fillerin yaptırıma bağlanması konusunda son çare olarak ceza hukuku kurallarına başvurmak zorunluluk arz etmektedir. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, bu gibi fiilleri suç olarak nitelendirmiştir. Bunlardan biri de piyasa dolandırıcılığı suçlarıdır. Piyasa dolandırıcılığı suçu, Türk Ceza Kanununda yer alan dolandırıcılık suçunun sermaye piyasasındaki özel görünüm biçimidir. Piyasa dolandırıcılığı suçunda fail, sermaye piyasasında gerçekleşecek yatırım kararlarını yaydığı yanıltıcı ve/veya gerçek olmayan bilgiler ya da yaptığı yapay işlemler ile etkilemekte ve sonuç olarak sermaye piyasasında doğal olarak oluşması öngörülen arz ve talebi etkilemektedir.

İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu, sırf hareket suçudur. Diğer bir söylemle, kanunda öngörülen hareketlerden birinin yapılması ile suç tamamlanır ve ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi aranmaz. Diğer yandan, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunda, kanunda yer alan hareketlerden birinin yapılması ve bu hareket sonucunda bir menfaatin elde edilmesi gerekmektedir. Bu sebeple, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu, netice suçudur. Bir başka önemli nokta, Kanun, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu için etkin pişmanlık müessesine yer vermişken, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunda böyle bir müesseseye yer vermemiştir. Piyasa dolandırıcılığı suçları kasten işlenebilen suçlardandır. Ancak, sadece kastın olması yetmez ayrıca Kanunda öngörülen amaç doğrultusunda işlenmesi icap etmektedir. Bu nedenle, piyasa dolandırıcılığı suçlarının olası kast ile işlenemeyeceğini düşünmekteyiz.

Piyasa dolandırıcılığı suçunun soruşturulması için Sermaye Piyasası Kurulunun savcılığa yazılı başvurması şarttır. Kanunun 115. maddesinde öngörülen bu şartın hukuki niteliği müracaattır. Müracaat şartı ile Sermaye Piyasası Kurulunun incelemesi olmaksızın en ufak şüpheden ötürü doğrudan soruşturma ve kovuşturma açılmasının önü kapatılmıştır. Kanımızca, bu isabetli bir düzenlemedir. Zira sermaye piyasası hukuku, teknik uzmanlık gerektirmek-

tedir. Bu bağlamda, Sermaye Piyasası Kurulunun ilgili vakıayı incelemesi ve bir rapor düzenlemesi piyasa dolandırıcılığı suçunun mevcut olup olmadığına dair makul şüpheye ulaşılması bakımından önemlidir. Ayrıca, Kurulun bu şekilde bir inceleme yapması, piyasa dolandırıcılığı suçunun soruşturulması ve kovuşturulması aşamalarında adli makamlara da kayda değer şekilde yardım edebilecektir. Savcılık, Sermaye Piyasası Kurulunun yazılı başvurusunu uygun bulması halinde kamu davasının açılması için iddianame düzenler ve mahkemeye sunar. Mahkeme, iddianameyi kabul ederse Kurul kanun gereği doğrudan katılan sıfatını kazanmaktadır.

KAYNAKÇA

Akgündüz, Ahmet, Islamic Public Law Documents on Practice from the Ottoman Archives, Islamitische Universireit Rotterdam, Hollanda, 2011.

Akman, Mehmet, Osmanlı Ceza Hukuku Çalışmaları Üzerine Bir İcmal, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, Cilt 3, Sayı:5, 2005, s. 489-512.

Allen, Franklin/Carletti, Elena, An Overview of the Crisis: Causes, Consequences and Solutions, International Review of Finance, Cilt: 10, No:1, s. 1-26, 2010. http://apps.eui.eu/Personal/Carletti/IRF-Overview-Allen-Carletti-26Nov09-final.pdf (Erişim Tarihi: 20.12.2016).

Artuk, M. Emin/Gökcen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 10. Bası, 2016.

Avcı, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Mimoza, 2. Bası, Konya, 2014.

Ayoğlu, Tolga, Sermaye Piyasası Hukukunda Halka Arz Kavramı ve Halka Arza Aracılık Sözleşmeleri, Vedat, İstanbul, 2008.

Bapoport, Nancy B., Lessons from Enron- And Why We Dont Learn from Them, Commercial Lending Review, Mayıs-Haziran 2009, s. 23-26.

Bianco Katalina M., The Subprime Lending Crisis:Causes and Effects of the Mortgage Meltdown, CCH, Wolter Kluwer Law & Business , 2008.

Caprio, Gerard ve Diğerleri (Ed.), Handbook of Safeguarding Global Financial Stability: Political, Social, Cultural and Economic Theories and Models, Elsevier, 1. Bası, 2012.

Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, İstanbul, 13. Bası, 2016.

Dursun, Selman, Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, XII. Levha, İstanbul, 2009.

Faroqhi, Suraiya, Coping with the State: Political conflict and Crime in the Ottoman Empire 1550-1720, ISIS Press, 1995.

Flower, Tom, Fork-tailed Drongos Use Deceptive Mimicked Alarm Calls to Steal Food, Pro. R. Soc. B, C.278, 2011, s. 1548-1555.

Fukuyama, Francis, The Origins of Political Order, Profile Books, Croydon-Birleşik Krallık, 2012.

Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara,19.

Bası, 2016.

Hudson, Alastair, Law of Financial Crime, University of London Press, Londra, 2011,http://www.londoninternational.ac.uk/sites/default/files/law_financial_crime.pdf (Erişim Tarihi: 1.1.2017).

İçel, Kayıhan, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul, Yenilenmiş Bası, 2016.

Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, Beta, İstanbul, 2006.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 9. Bası, 2016.

Li, Tuhao, The Case Analysis of the Scandal of Enron, International Journal of Business and Management, Cilt:5, No:10, 2010, s. 37-41.

Memiş, Tekin/Turan, Gökçen, Sermaye Piyasası Hukuku, Seçkin, Ankara, 2. Bası, 2016, s. 62.

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 7. Bası, 2016.

Özen, Mustafa, Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:67, Sayı:3, 2009, s. 17-28.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 9. Bası, 2013.

Painter, Richard, Ethics and Corruption in Business and Government: Interdependence and Adverse Consequences, The Murices and Muriel Fulton Lectural Series, University of Chicago Law School Publication, 2006.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin, 7. Bası, Ankara, 2010.

Turner, J.W. Cecil, Kenny's Outlines of Criminal Law, Cambridge University Press, Birleşik Krallık, 1952.

Yenidünya, Ahmet Caner/Erkan, Mustafa/Asat, Rayhan (Ed.), İpek Yolu Canlanıyor Türk-Çin Hukuk Zirvesi, Adalet Yayınevi, 1. Bası, 2013.

Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, Beta, İstanbul, 5. Bası, 2015.