

Yıl: 37

Sıra Sayı: 135



KURULUŞ: OCAK - 1975

YARGITAY DERGİSİ



Cilt : 37

EKİM 2011

Sayı : 4

Sahibi : Yargıtay adına **A. Nazım KAYNAK** Yargıtay Başkanı
Yayın Müdürü : **Ersin DAMAR** Yargıtay Yayın İşleri Müdürü

Yayın Kurulu

Başkan

Sedat BAKICI

Yargıtay 8. Ceza Dairesi Başkanı

Üyeler

Sevgi SAKA

Yargıtay 7. Ceza Dairesi Üyesi

Ramazan TUNÇ

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi

A. Seçkin TOGAY

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Üyesi

İbrahim ZENGİN

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Üyesi

Yönetim ve Yazışma Adresi

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü
Yargıtay Ek Binası,
Vekâletler Cad. No: 3
06658-Bakanlıklar/ANKARA

Telefon

(0-312) 419 34 17 – 425 16 32

Faks

(0-312) 419 41 11

Abone Servisi

(0-312) 416 11 38

Kapak Tasarımı ve Sayfa Düzeni

Ersin DAMAR

Baskı

SÖZKESEN Matbaacılık Tic. Ltd. Şti.
(0-312) 395 2110

ISSN 1300 - 0209

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğünce
Üç Ayda Bir yayımlanır.

- Dergide yayımlanan yazılar, Yazarların kişisel görüşlerini yansıtır. Sorumluluğu yazara aittir. Müdürlüğümüzü bağlamaz.
- Dergiye gönderilen yazıların hiç bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Aksi halde telif (yazar) hakkı ödenmez.
- Yazıların yayınlanıp yayınlanmamasına Yayın Kurulu karar verir. Yayınlanmayan yazılar için gerekçe bildirme zorunluluğu yoktur.
- Yayınlanmayan yazılar istenildiğinde geri verilebilir. Ancak Posta ile göndermelerde gönderme gideri yazı sahibine aittir.
- Dergide yayımlanan yazılardan ancak kaynak göstermek suretiyle alıntı yapılabilir.
- Gerek görüldüğünde yazının özüne dokunmayan yazım ve tümce düzeltmeleri yapılabilir.
- Telif hakları 23 Ocak 2007 tarih ve 26412 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Kamu Kurum ve Kuruluşlarınınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik esaslarına göre ödenir.

Hiç bir yerde **temsilcimiz yoktur.**

Ödemeli olarak Dergi Gönderilmez.

Abone bedeli için Abone Servisimizi
(0 312 – 416 11 38) arayınız.

Abone Olmak İçin;

Abone bedeli, Yayın İşleri Müdürlüğümüzün **T.C. Ziraat Bankası Kızılay Şubesindeki [IBAN :**

TR760001000685390090145001] nolu banka hesabına veya **Posta Çekleri Merkezindeki 92932** nolu posta çeki hesabına ya da bizzat **Müdürlüğümüz Veznesine** yatırılmalıdır.

Abone İşlemleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.

İÇİNDEKİLER

Sayfa

GENEL KONULAR

A. Nazım KAYNAK

2011-2012 Adli Yıl Açılış
Konuşması..... 5-26

Av. Vedat Ahsen COŞAR

2011-2012 Adli Yılı Açılış
Konuşması.....27-56

ANAYASA HUKUKU

Yusuף BAŞLAR

Anayasal Demokrasi ve
Hukuk Devleti.....57-80

İCRA ve İFLÂS HUKUKU

Özlem KAYHAN ÇETİN

İflâsın Ertelenmesi Sürecinde
Atanacak Kayyımın Sorumluluğu.... 81-110

İDARE HUKUKU

Av. Mesude ALTUNEL

İdare Hukuku Bağlamında
"Kazanılmış Haklar" 111-152



GENEL KONULAR

2011-2012 ADLİ YIL AÇIŞ KONUŞMASI

A. Nazım KAYNAK (*)

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli konuklar,

Sevgili meslektaşlarım,

Yazılı ve görsel basının kıymetli temsilcileri,

Sözlerime başlarken hepimizi saygı ve sevgilerimle selamlıyor, bu vesileyle geçmiş Ramazan Bayramınızı da kutluyorum.

2011-2012 Adli Yılı'nı, ülkemize, milletimize ve tüm insanlığa barış, esenlik ve mutluluk getirmesi dileğiyle açıyorum.

Geçen yıl yitirdiğimiz değerli meslektaşlarımızı saygı ve rahmetle anıyorum. Emeklilik ya da başka sebeplerle aramızdan ayrılan meslektaşlarımıza da bundan sonraki yaşamlarında mutluluk, sağlık ve esenlikler diliyorum. Türk Yargısına yapmış oldukları hizmet ve katkılar unutulmayacaktır. Bu nedenle kendilerine teşekkür ediyorum.

(*) *Yargıtay Birinci Başkanı.*

Türkiye Cumhuriyeti Devletini kuran, bizlere miras bırakan Büyük Atatürk ve arkadaşlarına şükran ve minnet duygularımı sunuyorum.

Bilindiği gibi her yıl adli tatilin bitiminde yapılan bu tören Yargıtaya özgü bir ritüel olmayıp, ülkemiz için “adli yılın” açılmasını ifade etmektedir. Şu an bu yüce görevi ifa ediyor olmanın heyecan ve mutluluğunu bir arada yaşıyorum.

Bu yıl 143. kuruluş yıl dönümüne ulaşmış adli yargının öncü kurumu Yargıtay, 1868’de “Divan-ı Ahkâmı Adliye” adıyla kurulmuş, 1879 tarihinde “Mahkeme-i Temyiz” adını almıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisi hükümeti tarafından Sivas’ta “Muvakkat Temyiz Heyeti” olarak kurulan yüksek mahkeme, daha sonra “Temyiz Mahkemesi” adı altında Eskişehir’e nakledilmiştir. 1935’te Ankara’da yapılan binasına taşınmış, 1945 tarihinde de “Yargıtay” adını almıştır.

Anayasa’mızın 154. maddesinde, anayasal bir kurum olarak yer alan Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Yasa ile gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakmaktadır.

Yirmiüç Hukuk, onbeş Ceza Dairesi, Hukuk ve Ceza Genel Kurulları ile idari kadrodan oluşan yapısıyla bu görevi yerine getirmektedir.

Yargıtay bugün beş ayrı binada hizmet vermekte olup, fiziki koşullar had safhada yetersiz bulunmaktadır.

Ancak, bu konuda yaptığımız girişimler sonunda, Yargıtayın saygınlığına uygun ve adalet hizmetini karşıla-

yacak nitelikte yeni bir hizmet binasının yapımı için, Sayın Başbakanımız ilgili kurumlara gerekli talimatı vermiş olup, bu konudaki duyarlılığı için kendilerine şahsım ve Kurumumuz adına teşekkürlerimi sunmayı bir borç biliyorum.

Yaşama Hakkı ve Terör:

Yargı, haksızlığa uğramış, mağdur olmuş insanların en önemli sığınağıdır. Bu sığınağa olan inancı devam ettirmek hukukçulara düşen bir görevdir. Hukuksuzluk anarşiyi ve kaosu beraberinde getirir. Dolayısıyla hukuk ve adalete herkesin ihtiyacı vardır.

İnsanların en temel hakkı yaşama hakkıdır. Bu nedenle yaşama hakkı uluslararası bildirme ve sözleşmelerde öncelikli yer almış ve korunması öngörülmüştür.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 3. maddesinde "Yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği herkesin hakkıdır." denilmektedir. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 6. maddesinde "Her insanın doğuştan gelen yaşama hakkı vardır. Bu hak yasalarla korunacaktır. Hiç kimsenin yaşamı keyfi olarak elinden alınamaz." hükmüne yer verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi "Herkesin yaşama hakkı kanunla korunur." biçimindedir.

Gerek ülkemizde ve gerek dünyada süren terör, insan hakları ve özellikle yaşam hakkı için tehdit oluşturmaktadır.

Terör, bir insanlık suçudur. Teröre karşı tüm devletlerin birlikte mücadele etmeleri bir zorunluluktur. Terörle mücadelede bütün devletlere görev düşmektedir.

Yaşama hakkı, temel vazgeçilmez insan hakkıdır. Hukuk devleti kişilerin hak ve özgürlüklerini korumakla yükümlü olduğundan kişilerin yaşama hakkına doğrudan müdahale oluşturan teröre karşı, devlet bireyleri korumak zorundadır. Teröre karşı mücadele, bir hukuk devleti olan ülkemizin de en doğal ve meşru hakkıdır. Devletimiz hukuk kurallarından vazgeçmeden terörle mücadeleyi sürdürmektedir ve sürdürecektir.

Anayasa'nın 3. maddesinde "Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür." denilerek, devletin milli devlet olduğu vurgulanmıştır. Anayasa'nın bu hükmünün değiştirilmesi de mümkün bulunmamaktadır.

Kuruluş yıllarında Atatürk, milleti "Türkiye Cumhuriyeti'ni kuran Türkiye Halkına Türk Milleti denir." biçiminde tanımlamıştır.

Anayasa'nın 66/1. maddesi "Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı bulunan herkes Türk'tür" hükmüne yer vermiştir. Her iki tanım da Türk sözcüğünün etnik anlamda kullanılmadığı, ülke üzerinde yaşayan bütün bireyleri kapsadığı görülmektedir. Bir başka anlatımla, Türk Milleti kavramı ırka, dine ve etnik kökene dayanmamakta, bireyler arasında hiçbir ayırım kabul etmemektedir.

Yüce milletimizin vatan sevgisinin somut göstergesi olan Silahlı kuvvetlerimize ve Emniyet mensuplarına yönelik saldırılarda şehit olan evlatlarımızın acısı yüreklerimizi dağlamaktadır. Kahraman evlatlarımızın manevi huzurunda saygıyla eğiliyor, şehitlik mertebesine yükselen bu değerlerimize rahmet diliyorum. Geleceğin, anaların ağlamadığı günler olması temennisiyle bu kıymetli evlatlarımızı yetiştiren anne ve babaları minnet ve şükran hislerimle kucaklıyor, baş sağlığı ve sabırlar diliyorum.

Hukuk Devleti, Adil Yargılanma Hakkı ve Makul Süre Sorunu:

Sosyal bir varlık olan insan çeşitli sebeplerin etkisiyle bir arada yaşamak zorundadır. Bu zorunluluğun gereği olarak örgütlenip devletler kurmuştur. Devlet ise hukuki düzenin somut şeklidir. Hukukun kişilere tanıdığı yetki olan haklar, yasalarda ve anayasalarda düzenlenir. Ancak bu düzenleme yeterli olmayıp insanlar tarafından kullanılabilmesi gerekir. Bir hakkın gerçek anlamda varlığından söz edebilmek için kişilere haklarını elde etme ve yine haklarını ihlallere karşı koruma hürriyeti tanınmalıdır. Hak arama özgürlüğü, hukuk devleti ile doğrudan ilgilidir. Hukuk devleti kavramı ile, yönetilenlere hukuk güvenliği sağlayan devlet düzeni anlaşılır. Anayasa'mız devletin niteliklerini sayarken hukuk devleti ilkesini vurgulamış, hak arama özgürlüğünü de düzenlemiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, hak arama özgürlüğünün yargısal yöntemine dayanak olan 6. maddesi, adil yargılanma hakkından bahsetmektedir.

Adil yargılanma hakkını düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1. maddesi: "Herkes, gerek medenî hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezaî alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, davasının makul bir süre içerisinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir." şeklindedir.

Adil yargılanma hakkı, AİHS tarafından tanınan ve korunan bir haktır. Bu hakkın ihlali de birtakım yaptırımlara bağlanmıştır. Nitekim ülkemiz geçtiğimiz yıl AİHM kararlarında aleyhine en çok ihlal kararı verilen ülkelerden

olmuştur. 2010 yılında ülkemizin AİHM tarafından verilen ihlal kararları nedeniyle ödediği tazminat miktarı yaklaşık 25 milyon Euro civarındadır. Yargıtayda görev yapan hâkim ve savcılarımız geçen yıl “Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi” başlıklı proje kapsamında Strazburg’a çalışma ziyareti yapmışlardır. Bu ziyaretler sonucunda AİHM’deki uzmanlarla görüş alışverişinde bulunulmuş ve mahkemenin önemi konusunda farkındalık oluşmuştur.

Yargının sorunlarının en büyüğü ve en acili, davaların makul sürede bitirilememesidir. Makul sürede yargılanma hakkı adil yargılanma hakkının en önemli gereklerinden birisidir. Makul sürede yargılanma hakkı her dava bakımından farklılık gösterse de, temel olarak ülkelerin yargı sistemlerine verdikleri önemin de bir göstergesi niteliğindedir. Hızlı ve adil karar verilmesi yargılamanın temel amaçları arasındadır. Hak arama özgürlüğünün hayata geçirilebilmesi, aranılan hakka makul sürelerde ulaşılabilmesi ve bu anlamda yargılamanın hızlandırılması tek başına yargının başarabileceği bir iş değildir. Bu konuda başta yargının doğrudan yardımcısı olan kurumlar olmak üzere ülkemizin bütün kurumlarına büyük görevler düşmektedir.

İnsan Hak ve Özgürlükleri:

İnsan hakları, devletlerin insanlarına bir lütfu değildir. Aksine insanların doğuştan sahip olduğu kabul edilen haklardır. Bu nedenle insan hakları standartlarını yükseltmek başkalarının zoruyla değil, yüce milletimizin buna liyakati nedeniyle yapılması gereken bir zorunluluktur.

İnsan hakları ve hürriyetleri sahasında hızlı gelişmelere şahit olmaktayız. 1945 tarihinde yürürlüğe giren Bir-

leşmiş Milletler Antlaşması ile başlayan ve 1948 tarihinde İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin ilanı, 1953 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile devam eden gelişmeler; insan hak ve hürriyetleri konusunun sürekli geliştiğinin ve sürekli gündemde kaldığının işaretleridir. Gerçekten günümüzde insan hakları; insanlığın onuru, erdemi ve ortak paydası olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle devletler, insan haklarını çağdaş anlayışa uygun olarak anayasal ve yasal bir düzene kavuşturmak ve olabildiğince sağlam, etkin ve güvenceli bir koruma mekanizmasını yaşama geçirmek zorundadırlar. Bunun sağlanması için çağdaş Anayasaların, insan haklarını sadece düzenlemekle kalmayıp, onları koruyup güçlendirerek, devlete ve diğer kişilere karşı daha etkili bir şekilde ileri sürülebilir hale getirmesi gerekir.

Koruma Tedbirleri:

Kişi özgürlük ve güvenliği ile özel hayatın gizliliği başta taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler ve Anayasa'mız olmak üzere pozitif hukukumuzca en güçlü biçimde korunma altına alınmıştır.

Bununla birlikte, Anayasa'mızın 19 ila 23. maddelerinde ifadesini bulan bu koruma, yine Anayasa'mızın aynı maddelerindeki düzenleme uyarınca, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel ahlakın veya genel sağlığın korunması gibi sebeplerle sınırlandırılabilir.

Bunlar, Anayasa'nın verdiği izne dayalı olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiş bulunan, yakalama, gözaltına alma, adli kontrol altına alma, tutuklama, arama, el koyma, iletişimin denetlenmesi, gizli görevli kullanma ve teknik izleme, soruşturmanın veya kovuşturma-

nın gerekli kıldığı hallerde bir kısım hak ve özgürlüklerin askıya alınmasını gerektiren koruma tedbirleridir.

Şüphesiz; yasadan alınan yetkiyle hak ve özgürlüklerin hukuka uygun olarak kısıtlanması anlamına gelen koruma tedbirlerine başvurabilmek için öncelikle o koruma tedbirinin uygulanmasının, soruşturma veya kovuşturmanın sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi açısından zorunluluk oluşturması gerekir. Ölçülülük, koruma tedbirlerinin uygulanmasında ilk başta gözetilmesi gereken ilkelere dendir. Orantılılık olarak da ifade edilen ölçülülük prensibi, soruşturma veya kovuşturmada varılmak istenen neticeye daha hafif bir koruma tedbiri ile ulaşılabildiği hallerde, daha ağır koruma tedbirlerinin uygulanmamasını ifade eder.

Gizli soruşturma tedbirleri olarak adlandırılan, iletişimin denetlenmesi, gizli görevli kullanma ve teknik izleme ise; ancak suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphenin bulunduğu fakat başka şekilde delil elde etme imkânı bulunmayan hallerde, son çare olarak başvurulması gereken koruma tedbirleridir.

Koruma tedbirlerinin sonuçları itibarıyla en ağır tutuklamadır; suçluluğu ve soruşturma veya kovuşturmanın selâmetini tehlikeye sokacağı hususunda kuvvetli şüphe bulunan şüpheli veya sanığın geçici olarak hürriyetinden mahrum edilmesi ve hakkında kesin hüküm verilmeden tutukevine konulması anlamına gelir.

Tutuklama kararı verilebilmesi için; tüm koruma tedbirleri bakımından ortak koşul olan “ölçülülük” yanında, kişinin suçu işlediğine ilişkin somut olgulara dayanan kuvvetli şüphe ile tutuklama nedenlerinden birisinin de bulunmasına gerek vardır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun

100. maddesinin 2. fıkrasında, tutuklama nedenleri, şüpheli ya da sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı kuşkusunu uyandıran somut olayların varlığı veya şüpheli ya da sanığın, davranışlarıyla kanıtları yok edeceğine, gizleyeceğine, değiştireceğine ya da tanık, mağdur ve başkaları üzerinde baskı girişiminde bulunacağına dair güçlü şüphe uyandırması olarak sayılmıştır.

Aynı maddenin 3. fıkrasında ise; şüpheli veya sanığın katalog halinde sayılan bazı suçları işlediklerine ya da teşebbüs ettiklerine ilişkin kuvvetli şüphenin bulunması halinde, 2. fıkradaki durumlardan hiçbirisi bulunmasa bile tutuklama nedeninin varsayılacağı ve kişilerin tutuklanabileceği düzenlenmiştir. Bu ayrık düzenlemenin nedeni, yasa koyucu tarafından önemsenen bazı suçları işleyen kişilerinin kaçacaklarının veya delilleri karartacaklarının varsayılmış olmasıdır. Bu suçlara örnek olarak; soykırım ve insanlığa karşı suçlar, kasten öldürme, çocuğun cinsel istismarı, işkence, suç işlemek amacıyla örgüt kurma, devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar verilebilir.

Koruma tedbirlerine başvurmanın gerekli olup olmadığını takdir etme yetkisi soruşturma ve kovuşturma makamlarına aittir. Soruşturma ve kovuşturma sırasında gerekmediği halde koruma tedbirlerine başvurmak insan hak ve özgürlüklerinin ihlali bakımından ne kadar yanlış ise; gerektiği halde bu tedbirleri uygulamamak da soruşturma ve kovuşturmanın selâmeti açısından sakıncalı sonuçlar doğurabilir. Nitekim bu konudaki kararlara karşı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun sistematigi içerisinde yasa yollarına başvurmak mümkündür.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunu, koruma tedbirleri yönünden oldukça modern bir sistem getirmiştir. Ülkemizde tutuklu sayısının başka ülkelerle kıyaslandığında hükümlü sayısına göre daha fazla olmasının nedeni, tutuklama müessesesinin hatalı uygulamasından çok iş yoğunluğu ve benzeri sebeplerle davaların makul sürede bitirilememesidir. Yargının iş yüküne, fiziksel imkân ve personel yetersizliğine bağlı olarak gelişen yavaş işlemesi sorunu göz önünde tutulmadan salt tutuklama sürelerinden yola çıkılarak uzun tutukluluk sorununa çözüm aramak, bugünden öngörülemeyen sakıncalı başka sonuçlara sebebiyet verebilecektir. Nitekim kanundaki süre sınırlaması sebebiyle bazı Ceza Dairelerimizce gerçekleştirilen tahliyeler nedeniyle Yargıtaya yöneltilen haksız eleştiriler hafızalardadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 2010 yılı dâhil, uzun tutukluluk sürelerini gerekçe göstermek suretiyle Sözleşmenin 5. maddesine aykırılıktan ülkemiz aleyhine verdiği ihlal kararları bulunmakta ise de, 31 Aralık 2010 tarihinde Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 102. maddesinin 2. fıkrasının yürürlüğe girmiş olması nedeniyle sorun büyük ölçüde çözüme kavuşmuş görünmektedir, zira bu düzenleme ile ağır cezalı işlerdeki tutukluluk süreleri iki yıla, uzatma halinde ise beş yıla sınırlandırılmıştır. Aynı Kanununun 250. maddesi kapsamında kalan suçlarda ise bu süreler iki katı olarak uygulanacaktır.

Hâkim Bağımsızlığı–Tarafsızlığı, Hâkim Teminatı ve Hâkimlerin Nitelikleri:

“Adalet, mülkün temelidir.” Adliye binalarını ve duruşma salonlarını süsleyen bu özdeyiş, yaşanan gerçeği ifade etmektedir. Tarih boyunca adil bir yönetim sergile-

yen devletler, uzun süre yaşamışlardır. Adaletten uzaklaşan zorba yönetimlerin ömrü ise uzun olmamıştır. Adaletin güçlü olduğu yerde, Devlet de güçlüdür. Adaletin güçlü olması ise, adalet dağıtanların bağımsız ve teminatlı olması ile mümkündür.

Anayasa'mızın 9, 138, 139 ve 140. maddelerinde hâkim bağımsızlığı ve teminatı ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Ayrıca İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 10, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddelerinde, adil yargılanma hakkının güvencesi olarak, hâkimlerin bağımsız ve tarafsız olmaları öngörülmüştür.

Hâkim teminatı, hâkim bağımsızlığını sağlayan bir araçtır. Teminatı olmayan bir hâkimin, bağımsız olması mümkün değildir.

Hâkim bağımsızlığı ve teminatı özel önemi nedeniyle Anayasa'da kapsamlı bir şekilde düzenlendiği gibi, uluslararası bildirge ve sözleşmelerde de yer almıştır. Bu husus, hâkim bağımsızlığı ve teminatının insan hakları ve hukuk devleti yönünden ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Hâkim bağımsızlığı ve teminatı, adalet dağıtanlar için bir ayrıcalık olmayıp, adil yargılanma hakkının bir gereği ve güvencesidir. Toplumda güven ve huzur ile sosyal barışın sağlanması, ancak bağımsız yargının varlığıyla mümkündür. Bağımsız olmayan yargının tarafsız, adil ve sağlıklı kararlar alması beklenemez. Bu nedenlerle hâkim bağımsızlığı ve teminatının, başka bazı kamu görevlilerine sağlanan özel yargılama usulleriyle karıştırılmaması ve karşılaştırılmaması gerekir.

Hâkim bağımsızlığı ve teminatı; hâkimleri her türlü dış baskı, tehdit, teşvik, tavsiye, telkin ve yönlendirmeye

karşı koruma sağlayan güvencelerdir. Bu güvenceler, hukuk devleti olmanın olmazsa olmaz şartıdır. Bağımsız, tarafsız, adil ve hızlı işleyen bir yargı, devletin ve bireylerin temel teminatıdır.

Adil yargılama için, hâkimlerin dış baskıya karşı korunmaları yeterli değildir. Bu yönde hâkimlere de çok önemli görev ve yükümlülükler düşmekte, onların bazı özel niteliklere sahip olmaları zorunlu bulunmaktadır. Hâkimler tarafından bilinen ve uygulanan bu hususların bazılarını belirtmek ve bilgileri tazelemek istiyorum:

– Hâkimler yargılama yaparken, ceza ve hukuk muhakemeleri kanunlarını tarafsız olarak uygulamalı ve taraflara karşı eşit mesafede olmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarında vurgulandığı gibi “silahların eşitliği” ilkesine titizlikle uyulmalıdır.

– Hâkimler, taraflardan birine sempati veya antipati duymamalıdır. Taraflardan birine sevgi veya düşmanlık besleyen hâkim, adalet dağıtamaz. Hâkimler insafli, ölçülü ve duygusallıktan uzak olmalıdır. Adaletle duygusallık bağdaştırılamaz.

– Adalet dağıtanlar adalet dağıtırken siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve etnik ayırım yapmaksızın yargılama yapmalıdır. Hâkimler de insandır ve toplumun içinde yaşamaktadır. Hâkimlerin bu nedenle siyasal görüş ve tercihlerinin olması doğaldır. Ancak hâkimler, siyasal düşüncelerinin etkisiyle karar veremezler ve siyasal düşüncelerini kararlarına yansıtamazlar. Hâkimlerin siyasallaşması, siyasallaştırılmak istenmesi ve siyasete konu yapılması yanlıştır.

- Adalet dağıtmak çok zor ve fikir çilesini gerektiren bir iştir. Durağan ve soyut hukuk kurallarını, değişen ve gelişen toplumsal ve kişisel somut olaylara uygulamak, engin hukuk bilgisini ve donanımını gerektirir. Bu nedenle hâkimler sürekli olarak kendilerini yenilemeli, özgür düşünceye açık olmalıdır.

- Hâkimler yargılayan, ancak yargılarken yargılanan kişilerdir. Her kararla birlikte tarafların, vekillerinin ve kamuoyunun da kendilerini yargıladığı bilinmelidir.

- Hâkimlerin dürüst ve namuslu olmaları övünç nedeni değildir. Kişilerin ve özellikle hâkimlerin, dürüst ve namuslu olmaları asıldır. İyi bir hâkimin hukuk bilgisiyle donanımlı, genel kültüre sahip, anlayışı ve kavrayışı yüksek, tarafsız, güvenilir, adil, davranışlarında ölçülü, dengeli, tutarlı, ön yargısız, onurlu ve vakarlı olması gerekir.

- Hâkimin dürüst olması yeterli değildir. Hâkim aynı zamanda dürüst görüntü vermek zorundadır. Dürüst görüntü sergileyemeyen hâkimin, kamuoyunun tartışmasına açık olduğu unutulmamalıdır. Dürüst görüntü vermek, dürüstlüğün ve tarafsızlığın gerektirdiği biçimde davranmak demektir.

Erkler Ayrılığı:

Hukuk devletinin ilkelerinin gerçekleştirilmesi, insan haklarının güvence altına alınması ve temel hak ve özgürlüklerin korunması da ancak demokratik rejimlerde mümkündür. Demokrasinin vazgeçilmez ilkelerinden birisi de kuvvetler ayrılığıdır.

Yasama, yürütme ve yargı erkleri ilk başlarda tek bir otorite tarafından kullanılırken; demokratik düzene geçil-

dikten sonra, bu erklerin birbirinden bağımsız olarak çalışması ilkesi benimsenmiştir.

Anayasa'nın 6. maddesinde ilke olarak kuvvetler ayrılığı benimsenmiş, diğer maddelerinde organların görev ve yetkileri ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir.

Anayasa'nın başlangıç bölümünde "Kuvvetler ayrılığının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir iş bölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu" açıkça vurgulanmıştır.

Devletin amaç ve görevlerinin gereği gibi yerine getirilebilmesi açısından kuvvetler ayrılığı prensibi benimsenmiştir. Kuvvetlerin bütünüdür devleti oluşturduğu bu sistemde devlet üç ayak üzerinde duran bir yapıdır. Devlet meşruiyetini, Sosyal Sözleşme Teorisi'nde de belirtildiği gibi halktan almaktadır. Yargı da, millet adına karar veren bir kuvvettir. Gücün tek elde toplanması yerine birbirini denetlemesi ve birlikte çalışması kuvvetler ayrılığı ilkesini oluşturur.

Kuvvetler ayrılığı erkler arasında bir üstünlük sıralaması olmadığı gibi erklerin çatışma halinde bulunmalarına da elverişli değildir. Esas olan erklerin uyumlu çalışmasıdır.

Devlet yetkilerinin kullanılmasında medeni bir iş bölümü amaçlanmış olup, yargı kuvveti de yerine göre diğer kuvvetlerin gereği gibi çalışmasını kolaylaştıracak bir denge ve istikrar unsuru olarak görülmüştür.

Yeni Anayasa Arayışı:

Bugünlerde tartışılan diğer bir konu da 1982 Anayasa'sının değiştirilmesidir. Yakın geçmişte yapılan referandumdan sonra, Anayasa'mızın özellikle yargıyı ilgilendiren maddelerinde değişiklikler yapılmıştır. Ancak bu değişikliklerin yeterli olmadığı ve ülkenin yeni bir anayasaya ihtiyacı olduğu bütün kesimlerce dile getirilmektedir.

Yapılacak yeni anayasa; toplumun beklenti ve ihtiyaçlarını karşılayan, demokratik standartlara uygun, temel hak ve özgürlükleri koruyan, çoğulcu, uzlaştırıcı, insan hakları ve hukukun üstünlüğü ilkesini önde tutan bir anlayışla hazırlanmalıdır.

Anayasalar toplumsal uzlaşma belgeleridir. Yeni anayasa toplumun bütün kesimlerinin görüşleri doğrultusunda, geniş, katılımcı bir anlayışla hazırlanmalı ve toplumun değerlerine aykırılık teşkil etmemelidir. Yeni anayasa yapılırken "evrensel hukuk" ve "evrensel demokrasi" ilkeleri de göz ardı edilmemelidir.

Yargıyı ilgilendiren değişiklikler yapılırken; yüksek mahkemelerin, ilk derece mahkemelerinin, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun, barolar ile üniversitelerin görüşlerine de başvurulmasının yerinde olacağı kanaatindeyim.

Bireysel Başvuru Hakkı:

5982 sayılı Kanun'la Anayasa'da yapılan değişikliklerle, herkese Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine "bireysel başvuru"

ru hakkı” tanınmıştır.

Anayasa değişikliğinin gerekçesinde, Türkiye aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine her yıl binlerce başvuru yapıldığı ve bu başvuruların iç hukuk yollarında çözüme bağlanması amacıyla bireysel başvuru hakkının getirildiği belirtilmiştir. Başka bir anlatımla, gerekçeye göre bireysel başvurunun temel amacı, ülkemiz aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuruları azaltmaktır. Bu amaca ulaşılabilmesi için, bireysel başvurunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince “etkili bir başvuru yolu” olarak kabul görmesi gerekmektedir. Anılan Mahkemenin yaklaşımı ise ülkemizdeki uygulamaya bakarak bu niteliği belirlemek şeklindedir.

Bu bağlamda, 23 Eylül 2012 tarihinde uygulamaya başlandığında, ilk anda ve yılda ne kadar başvuru olabileceğini tahmin etmek zor olmakla birlikte, toplumumuzdaki dava açma ve tanınan tüm yasal yolları tüketme eğilimi de gözetildiğinde, bu sayının yüz binleri bulması durumunda böyle bir iş yüküyle nasıl baş edilebileceği, üzerinde durulması gereken çok önemli bir husustur. Özellikle yaşanabilecek olası gecikmeler, bireysel başvuru yolunu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde ileri sürülebilecek ayrı bir ihlâl nedeni haline getirmemelidir.

Stratejik Plan:

Göreve başladıktan kısa bir süre sonra Yargıtayın 2010-2014 Strateji Planının uygulanmasını izlemek ve buna ilişkin sorunların giderilmesi yönünde tedbirleri almak, Yargıtayın öncelikli sorunlarını ve sorunların çözülmesine ilişkin saptamalar yapmak, Yargıtay hizmetlerinin geliştirilmesine ilişkin olarak yapılması gerekenleri belirlemek üzere “Strateji Belirleme Kurulu” ile bu kurula bağlı

olarak “Plan İzleme ve Değerlendirme Kurulu” ve “Strateji Oluşturma ve Geliştirme Kurulu” ihdas edilmiştir.

Strateji İzleme ve Belirleme Kurulları hemen toplanarak Yargıtayın kısa vadeli eylem planını oluşturmuşlardır.

“Strateji Belirleme Kurulu”na sunulmak üzere, hazırlanmış ve bir takvime bağlanmış bulunan Eylem Planı, Yargıtayın ivedi sorunlarının çözümüne ilişkin kısa vadeli yol haritasını oluşturmaktadır.

Bu eylem planı kapsamında;

1. Yargıtay Kanunu Hazırlama Komisyonu
2. Anayasa Değişikliği Hazırlama Komisyonu
3. Uygulama Birliği Sağlama Komisyonu
4. İş Yükünün Azaltılması Amacıyla Mevzuatta Yapılması Gereken Değişiklikleri Belirleme Komisyonu
5. Eğitim, İnsan Hakları, Bilim ve Uluslararası İlişkiler Komisyonu
6. Mesleki, Mali ve Sosyal Hakları Yeniden Düzenleme Komisyonu
7. Bina Projelendirme ve Yapım Takip Komisyonu
8. İş Bölümü ve Tevzi Esaslarını Belirleme Komisyonu oluşturulmuştur.

Bu komisyonların bir kısmı hiç zaman kaybetmeden çalışmalarına başlamışlardır.

Adli Yargı ve Yargıtayın Sorunları:

Ülkemizin hukuk devleti olma yolunda ilerlemesi, ancak yargının neredeyse kronikleşmiş sorunlarının bir an önce çözülmesi ile mümkün olabilecektir.

Diğer bir kısım sorunlar yanında; yargılamanın geç sonuçlanması ve mahkemelerdeki ağır iş yükü uzun süredir yargının öncelikli sorunları haline gelmiştir. Bu sorunların ortaya çıkmasında, nüfusumuzun hızla çoğalması, ekonomik ve sosyal ilişkilerin ve çeşitliğinin artması gibi nedenler yanında, yasalardan ve uygulamalardan kaynaklanan bazı sebepler de etken olmaktadır.

Adaletin gecikmesi, toplumda huzursuzluk meydana getirdiği gibi adalete ve dolayısıyla devlete duyulan saygı ve güveni de azaltmaktadır. Yargısal faaliyetlerin adil sonuçlar doğurması yanında süratle işlemesi de gereklidir.

Yargının geç işlemesi ve aşırı iş yükü ile ilgili sorunların derinine inildiğinde, bu problemlerin çözümüne Yargıtaydan başlanması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Yargıtayın 2010 yılında baktığı iş toplamı bir milyonu aşmıştır.

Yargıtayda; 2000 yılında her bir daireye düşen yıllık ortalama iş sayısı 13.072 iken, 2010 yılında 34.327 olarak yüzde 260 artış göstermiş; buna bağlı olarak her bir dosyaya ayrılan zaman ise 2000 yılında ortalama beş buçuk dakika iken, 2010 yılında yaklaşık iki dakikaya düşmüştür. Bununla birlikte, 2000 yılında 10.735 dosyanın zamanına uğradığı Yargıtayda, 2010 yılında bu rakamın 18.585'e yükseldiği görülmektedir.

Aynı nedenle, Yargıtayda görev yapan üye, tetkik hâkimi, savcı ve yardımcı personelin daha çok çalışması gerekmiş, buna karşılık iş başına ayrılan zamanın azalmasına bağlı olarak, tüm özveriye ve gayrete rağmen yapılan iş kalitesinde bir düşüşün yaşanması kaçınılmaz olmuştur.

Açıkça belirtmek gerekirse; Yargıtaydaki iş yükünün altından kalkılamaz ölçüde artmış olması, kesinlikle Yargıtay mensuplarının çalışma yoğunluğu ile ilgili değildir. Zira Yargıtay binaları yedi gün yirmidört saat açıktır, özellikle tetkik hâkimlerinin iş yerinde çalışmakla yetinmeyip, dosyaları evlerine götürdükleri, hafta sonları dâhil, mesai saatleri dışında da çalıştıkları malumdur. Buna rağmen iş sayısı azalmamakta, aksine sürekli artış göstermektedir. Örneğin, Yargıtay ceza daireleri aynı sayıdaki personelle 2005 yılında 200.236 iş çıkartırken, 2010 yılında 209.076 iş çıkartmışlardır. Buna karşılık, 2005 yılında ertesine yıla devreden iş miktarı 136.135 iken, 2010 yılından ertesine yıla devreden iş miktarı 364.500 olmuştur.

Mukayese açısından birkaç örnek daha vermek istiyorum:

2009 yılı itibarıyla, Yargıtay ceza dairelerinde bir yılda bakılan iş miktarı 522.272 iken, nüfusu bize yakın olan Almanya'da bu miktar 3.014, Fransa'da ise 9.205'tir.

Hollanda'da 2010 yılında ilk derece ceza mahkemelerinde karara bağlanan iş sayısı 500.000, Yüksek Mahkeme ceza dairelerine gelen iş sayısı ise 2.000 iken; Türkiye'de 2009 yılında ceza mahkemelerinde karara bağlanan iş sayısı 1.722.284, Yargıtay ceza dairelerine gelen iş sayısı ise 279.725'tir.

Dolayısıyla; Yargıtayda bir yılda bakılan iş miktarı, nüfusu Türkiye'den daha fazla olan Almanya Yüksek Mahkemesinde bakılan iş miktarınının 173 katıdır, Fransa karşısındaki durum da farklı değildir. Yine, Hollanda'da karara çıkan her 250 ceza işinden bir tanesi temyiz mahkemesine kadar gelebilirken, Türkiye'de ne yazık ki her altı işten bir tanesi temyiz mahkemesi önüne gelmektedir.

Görüldüğü gibi durum hiç de iç açıcı değildir. Örtülebilir, saklanabilir olmaktan uzaktır. Bu sorunun sonuçları tüm ülkede yaşanmaktadır. Bununla birlikte, sorunların çözümü yönünde önemli adımlar atıldığını da belirtmek isterim. Bu kapsamda; 2011 yılı başında Yargıtayda üye sayısı 250'den, 387'ye çıkartılmıştır. Buna bağlı olarak, tetkik hâkimi, Yargıtay Cumhuriyet savcısı ve adli personel alımı da sürmektedir.

Hiçbir sorunun çözülemeyecek kadar zor olmadığını düşünüyor ve çalışmalarımızı bu doğrultuda sürdürüyoruz. İşimizin kolay olmadığını biliyoruz, ancak umutlu ve kararlıyız.

Bu kronikleşmiş sorunlar sadece Yargıtayın ve yargının değil, aynı zamanda çözüme katkı imkânları bakımından Devleti oluşturan diğer iki erk olan yasama ve yürütmenin, yaşanan sonuçları itibariyle de tüm toplumun sorunları olarak kabul edilmelidir.

Bugün itibariyle; yargının ve Yargıtayın sorunlarına samimi bir ilgi duyulduğu, çözüm istikametinde iyi niyetli bir çaba gösterildiği memnuniyetle müşahede edilmektedir. Bu ilginin, çözüm odaklı olarak sürmesini ve gerçekçi sonuçlar vermesini diliyoruz.

Ancak bu cümleden olarak;

- Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının geliştirilmesi,
- UYAP sisteminin tamamlanması,
- Bilirkişilik kurumunun yeniden yapılandırılması,
- Adli Tıp Kurumunun hızlanması için gerekli değişikliklerin yapılması,
- Hâkim, savcı ve personel sayısının artırılması,
- Tebligat Kanununun gözden geçirilmesi,
- Suç olarak kabul edilen bir kısım eylemlerin, suç olmaktan çıkarılması,
- Kamu denetçiliğinin (ombudsmanlık) bir an önce yaşama geçirilmesi,
- İdari para cezası verme yetki ve sınırlarının genişletilmesi,
- Temyiz yasa yolunun konuluş amacıyla bağdaşmayan başvurular iş yükünü artırdığından, bu tür temyizlerin önüne geçilmesine ilişkin düzenlemelerin yapılması,
- Hukuk davalarında temyiz sınırı ile ceza davalarında kesinlik sınırının yükseltilmesi,
- Ceza davalarının temyizinde, aleyhe bozma yasağının kaldırılması,
- Koşullar oluştuğunda istinaf mahkemelerinin kurulmasını,

Yargının hızlanmasına yardımcı olacak tedbirler olarak sıralayabiliriz.

Değerli Konuklar,

Sevgili Meslektaşlarım,

Beni sabırla dinlediğiniz için hepinize teşekkür ediyorum.

Sözlerime son verirken, yeni adli yılın Türk Milleti'ne ve toplumun esenliği için uğraş veren tüm hukukçulara hayırlı olmasını diliyor, açılışımıza onur veren siz seçkin konuklarımızı ve sevgili meslektaşlarımı en derin saygılarımla selamlıyorum.

A. Nazım KAYNAK
Yargıtay Birinci Başkanı



2011-2012 ADLİ YILI AÇILIŞ KONUŞMASI

Av. Vedat Ahsen COŞAR (*)

Sayın Cumhurbaşkanım,

Sizleri Türkiye Barolar Birliği adına, Yönetim Kurulu Üyesi arkadaşlarım adına, kendi adıma sevgi ve saygı ile selamlıyor; 2011-2012 Adli Yılı'nın avukat, hakim, savcı, noter, meslektaşlarımız ile yargı çalışanlarımıza, milletimize, ülkemize, ülkemiz hukukuna yararlı olmasını diliyorum.

Hepimiz için ama özellikle biz hukukçular için anlamlı olan bugünde Yargıtay'ımızın emekli olan Başkan ve üyelerini, Türkiye Barolar Birliği Başkanlarını, avukat, hakim, savcı, noter meslektaşlarımız ile adliye çalışanlarımızı şükran ve minnetle anıyor, ebediyete intikal etmiş olanların aziz hatıraları önünde saygı ile eğiliyor, kendilerine Allah'tan rahmet diliyorum.

“Zamanların en iyisiydi, zamanların en kötüsüydü, hem akıl çağıydı, hem aptallık, hem inanç devriydi, hem de kuşku, aydınlık mevsimiydi, karanlık mevsimiydi, hem

(*) ***Türkiye Barolar Birliği Başkanı.***

umut baharı, hem de umutsuzluk kışıydı, hem her şeyimiz vardı, hem hiçbir şeyimiz yoktu, hepimiz ya doğruca cennete gidecektik, ya da tam öteki yana - sözün kısası, şimdikine öylesine yakın bir dönemdi ki - kimi yaygaracı otoriteler bu dönemin, iyi ya da kötü fark etmez, sadece 'daha' sözcüğü kullanılarak diğerleriyle karşılaştırılabileceğini iddia ederlerdi.”

Okuduğum bu cümleler Charles Dickens'ın, arka planı dünya tarihinin en hareketli ve dramatik anlarından birinin, 1789 Fransız İhtilali'nin üzerine kurulu olan, "karanlığın içinde umudu, aydınlığın içinde hüznü yaşayan" iki şehirde, Paris ile Londra'da geçen olayların işlendiği, yanı sıra dönemin son derece trajik toplumsal koşullarının değerlendirildiği İki Şehrin Hikayesi isimli romanının başlangıç cümleleridir.

Konuşmama Dickens'dan ödünç aldığım bu cümlelerle başlamamın nedeni, kısmen de olsa bu cümlelerin, hem günümüz dünyasını, hem de ülkemizi anlatıyor olmasıdır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Bilgi, bilişim, iletişim, ulaşım teknolojilerindeki olağanüstü buluşlar, multi medya ve mikro elektronik alanlarındaki ilerlemeler, ölümcül kimi hastalıkların tedavisinde elde edilen başarılar ile gen teknolojisindeki gelişmeler başta olmak üzere tıp alanındaki yenilikler, buna bağlı olarak ölüm oranlarının gerilemesi, insan ömrünün uzaması, uzay ve uydu teknolojilerinden yararlanma, uluslararası işbirliği organizasyonlarındaki etkili ve olumlu ilerlemeler, insan hakları kavramının küresel düzeyde kabul

görmesi, kendi halklarına zulüm eden totaliter rejimlerin birer birer yıkılması gibi hususlar dikkate alındığında, sanırım, zamanların en iyisi yaşadığımız şimdiki zamandır. Bu bağlamda yaşadığımız şimdiki zaman; hem akıl çağıdır, hem aydınlık mevsimidir, hem de umut baharındır.

Adeta “Dünün Dünyası”nı geri getiren etnik ve mikro milliyetçiliğin tüm dünyada tırmanması, çevre kirliliğinin küresel düzeyde artması, biyolojik çeşitliliğin azalması, çöl alanlarının genişlemesi, uyuşturucu madde kullanımının artması, kimi kriminal ve organize suçların hem ulusal, hem de uluslararası alanda işlenmesi, şiddet ve terörün uluslararası boyut kazanması, kitle imha silahlarının yaygınlaşması, bölgesel krizlerin uluslararası soruna dönüşmesi, İsrail’in yıllardır Filistin halkına yönelik olarak uyguladığı devlet terörü, Somali’de yaşanan, Afrika’nın diğer ülkelerinde de görülen yokluk, yoksulluk, açlık, Ruanda’daki organize katliamlar, Mısır, Suriye, Libya hükümetlerinin kendi halkına yönelik olarak uyguladığı zulüm.

İnsanlık adına utanç verici, gelecek adına umut kırıcı olan bu ve benzeri diğer olayları düşündüğümüzde, herhalde demek gerekir ki geçen yüzyılda yaşanan iki dünya savaşını, insanlık tarihinin en büyük utançlarından birisi olan Yahudi soykırımını saymazsak, zamanların en kötüsü yaşadığımız şimdiki zamandır. Yaşadığımız şimdiki zaman; hem aptallık çağıdır, hem kuşku çağıdır, hem karanlık mevsimidir, hem de umutsuzluk kışıdır.

Kadim tarih boyunca yaşananların günümüzdeki çeşitlemeleri olan bütün bunlara bakıp da yaşlı dünyamız için Rudolf Kjellen'in deyişiyle "Fransız hanedanları gibi hiçbir şey öğrenmedi, hiçbir şeyi de unutmadı" dememek herhalde mümkün değildir.

Dileğimiz; gerek insanlığın, gerekse her kademedede yönetme mevkiinde olanların, yaşanan bütün bu kötü şeylerden ve olumsuzluklardan gerekli dersleri çıkarmaları, her zaman, her yerde ve her koşulda, her şeyin en iyisine, en güzeline layık olan insanlara ve insanlığa bundan böyle güzel şeyler yaşatmalarıdır.

Sayın Cumhurbaşkanı,

Türkiye'de de "zamanların en iyisiydi, hem akıl çağıydı, hem aydınlık mevsimiydi, hem de umut baharıydı" diyebileceğimiz şeyler, iyi şeyler oldu, oluyor. Bu bağlamda benim ve benim yaşımıdakilerin ilk kez tanık olduğu enflasyonun ve faiz oranlarının tek haneli rakamlarla ifade edilmesi, ekonomik büyümenin iki haneli rakamlara yaklaşması, bütçe açıklarının Gayri Safi Milli Hasıla'ya olan oranının düşmesi, dünyanın gelişmiş ekonomilerini olumsuz yönde etkileyen 2008 krizinin Türkiye'yi fazlaca etkilememesi, son zamanlarda yavaşlamış olmakla birlikte Avrupa Birliği standartlarına uyum sağlanmasında mesafe alınması, işkencenin nerede ise sıfırlanması, genel sağlık sigortasının uygulamaya konulması, aile hekimliği sisteminin kurulması, koruyucu sağlık, tedavi ve bakım hizmetlerinin yaygınlaştırılması, sosyal güvenlik kurumlarının birleştirilerek sigortalılar arasında norm ve standart

birliğinin sağlanması, yeni Ticaret Kanunu'nun, Borçlar Kanunu'nun, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kabul edilmesi, cemaat vakıflarına ait mülklerin sahiplerine iade olunması, yargı alanında kısmen de olsa iyileştirmeler yapılması, siyaset kurumuna demokrasi dışı müdahale girişimlerinin bertaraf edilmesi gibi iyi şeyler, yapılmış önemli hizmetler var.

Bütün bunlardan dolayı yasama ve yürütme organları başta olmak üzere emeği geçen herkese teşekkür ediyoruz.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Türkiye'de iyi şeyler oldu, oluyor, ama iyi olmayan şeyler, dünden bugüne çok değişmeyen şeyler de oluyor. İyi olmayan, hatta kötü olan, vahim olan, insan olarak, yurttaş olarak, toplum olarak canımızı yakan şeyler de oluyor.

Bunların en başında terör geliyor. Terörü, insanlara duyulan sevgi üzerine temellendiren Lenin ve onun çok sayıdaki ardılından epey önce, yeryüzünde adaletin derhal egemen olmasının gerekli olduğuna inanan ve kendilerini bu idealden sadece birkaç hainin ayırdığını düşünen Saint-Just ve Robespierre olmuştur.

Dünyanın hemen her yerinde terörün başvurduğu yöntem, izlediği yol, ulaşmak istediği hedef aynıdır; terör örgütünü ve bu örgütün eylemlerini devletin, devletin meşru güçleri ile halkın karşısına koymak suretiyle hukuksuz bir toplum kurmaktır. Güvenlik hakkını, yaşama

hakını, iç barışın sürdürülmesini, sivil ve siyasal özgürlükleri, yani hukukun bireylere, yurttaşlara, meşru iktidara verdiği görev, yetki, hak ve yükümlülüklerin hepsini ortadan kaldırmak için teröristler, insanların öfkesine, sevgisizliğine, kitlenin yarattığı deşarja ve ilkel şiddete başvururlar.

Bu yola başvuranlarla mücadele etmek devletin asli görevi, devlet olmanın, devlet olarak egemenlik hakkına sahip bulunmanın gereğidir. Gerek bu mücadele, gerekse güvenlikle ilgili olarak alınacak önlemler konusunda yurttaş olarak, kurum olarak duyarlı ve hukukun çizdiği sınırlar içerisinde kalmak koşuluyla üzerimize düşen her türlü görevi yapmaya hazır olduğumuzu özellikle belirtmek isteriz.

Yine belirtmek isteriz ki meşru dil ve yöntemleri kullanmak yerine şiddete başvuranlara, başta yaşama hakkı olmak üzere diğer bütün hak ve özgürlükleri yok sayanlara karşı mücadele etmek sadece devletin, devletin güvenlik güçlerinin görevi ve yükümlülüğü olmayıp, hepimizin ortak görevi ve yükümlülüğüdür.

Bütün bu nedenlerle ve Türkiye Barolar Birliği olarak, Türk olsun, Kürt olsun, aynı ulusun özgür ve eşit yurttaşları olan, birbirlerinin kimliklerine, kişiliklerine, kültürlerine, başkaca değerlerine saygısı bulunan, kardeşçe, barış içerisinde ve birlikte yaşamak isteyen herkesi, tahriklere kapılmadan, kırmadan, dökmeden, sağduyu ve kararlılıkla teröre karşı yüksek sesle tavır almaya davet ediyoruz.

Bununla ve güvenlik hakkı, en az diğer hak ve özgürlükler kadar önemli ve değerli olmakla birlikte, gerek alınacak önlemlerin belirlenmesinde, gerekse uygulamaya konulmasında, özgürlük ve güvenlik arasındaki hassas ve gerilimli alanda makul bir dengenin kurulması ve korunması gerektiğine de işaret etmek isteriz.

Zira ve hepimizin bildiği üzere hukuk devletini; totaliter, otoriter ya da yarı-otoriter rejimlerden ayıran husus, hukuk devletinin hak ve özgürlüklere sıkı şekilde bağlı bulunması, bu bağlılığın iktidarın meşruiyetinin kaynağı ile ölçütü olmasıdır. O nedenle hem bunu ve hem de Benjamin Franklin'in şu öğüdünü aklımızdan çıkarmamamız gerekir: "güvenlik için özgürlüklerimizden vazgeçmeye başlarsak, sonunda hem güvenlikten ve hem de özgürlükten yoksun kalırız."

Bütün bunlar dikkate alındığında başvurulacak her türlü önlemin, devletin ve güvenlik güçlerinin yürüteceği her türden eylemin hukukun sınırları içerisinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması, Kürt sorununun çözümü konusunda bizi çok daha emin ve güvenilir biçimde sonuca götürecektir. Olan meşruiyet zemininin zarar görmemesi, demokratik kanalların kapanmaması, hem beklentimiz hem de dileğimizdir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

"Nerede bir toplum varsa, orada bir hukuk vardır" sözü eski Roma'ya aittir. Son derece yerinde bir tespiti içeren bu maksimden hareketle, hukukun yeryüzünde var oluşunun tarihi, insanın var oluşunun tarihi kadar eskidir

demek belki iddialı, ama doğru bir sav olacaktır. Ortaya çıkışı insanın var olması kadar eskiye kadar giden ve öyle olduğu için de kadim olan hukuk, sanırım kendi tarihinin hiçbir döneminde, günümüzde olduğu kadar önemli, günümüzde olduğu kadar gerekli, günümüzde olduğu kadar yaşamsal olmamıştır.

Bu tespitten hareketle, günümüzde insanlığın hukuku yeniden keşfettiğini ileri sürmek sanırım yanlış olmayacaktır. Son zamanlarda hukukun üstünlüğüne, hukuk devletine yapılan yollamalar, bu ilke, kavram ve kurumların referans olarak alınması, çağcıl bütün devletlerin örgütlenmelerinin merkezine hukuku almaları, başta Avrupa Birliği olmak üzere benzeri diğer örgütlenmelerin projelerini hukuk yoluyla toplumu dönüştürme anlayışı üzerine kurmaları bu savımızı desteklemekte ve doğrulamaktadır.

Siyaset felsefesinin, toplum felsefesinin, devlet ve iktisat kuramlarının, iktidar, egemenlik, özgürlük, adalet, eşitlik gibi kavramların hukuku referans almadan, hukuka dayanmadan kendilerini açıklayamaması, hukukun toplum yaşamında olsun, ulusal veya uluslararası düzeyde olsun ne ölçüde yaşamsal ve işlevsel olduğunun kanıtı ve göstergesidir.

İnsanların davranışını kuralların yönetimine tabi kılmanın yegane yolu olan hukuk, günümüzde devletle çok daha farklı bir bağlamda bütünleşmiştir. Bu bağlam, hukukun üstün ve evrensel ilkelerine bağlılıktır, yani hukuk devleti olmaktır. O nedenle devletin klasik tanımında yer alan asli unsurlardan olan cebir tekeli, merkezi otorite,

muayyen sınırlar, bu sınırlar içinde yaşayan halk, egemenlik, diğere bir deyişle hukuk yaratma, kural koyma gücüne günümüzde hukuk devleti olma niteliğı de eklenmiştir.

Devletin niteliğinde ve evriminde zaman içerisinde oluşan bu dönüşüme ve değışime bağılı olarak, devleti kimin yönetmesi gerektiğı hususu da geçen zamanla birlikte değışmiştir. Bu bağlamda Platonik Cumhuriyette siteyi yönetenin “filozof”, Aziz Thomas’a göre devleti yönetecek olan kralın “erdemli” olması gerekirken, Marx’a, Engels’e, Lenin’e göre devleti “işçi sınıfı/proleterler” yönetmelidir. Karl Popper’e göre sorun, yöneticinin “kim olacağı” değıl, “nasıl yöneteceği”dir. Ve hatta çok daha tercihe değıer olanı, daha az yöneten bir devletin, bir iktidarın olmasıdır.

Almanca karşılığı “halk hakimiyeti” olan demokrasinin, asla halk hakimiyeti olmadığını ve esasen olmaması gerektiğini, demokrasinin her şeyden önce gücün tek elde toplanmasına izin vermeyen, devlet gücünün sınırlanmasını talep eden ve diktatörlüğe karşı silahlanmış bir kurum olduğunu ileri süren Karl Popper’e göre, kim halktan sayılırsa sayılsın, ister askerler, ister memurlar, işçiler, din adamları, aydınlar, bunların hiçbirisinin devleti yönetmemesi, bu güç odaklarının hiç birisinin çok fazla güç/iktidara sahip olmaması gerekir.

Plato’dan bu yana sorulan ve farklı yanıtları olan “devleti kim yönetmelidir” sorusunun yanıtını eğer bugün vermek gerekir ise bu yanıtın, elbette seçimle gelen ve o nedenle meşruiyetini halkın oyundan alan sivil yönetim,

yani siyasetçi olması gerekir. “Seçimle göreve gelmiş siyasetçi veya siyasetçiler devleti nasıl yönetmelidir” sorusunun yanıtı ise hiç kuşkusuz “devleti kurullarla, yani hukukla, yani adaletle yönetmelidirler” şeklinde olmalıdır.

Bu itibarla; devletin gerçekleşmesi yönünde çaba sarf etmesi gereken şeylerin en başında “adalet” gelir. Esasen hukuk devletin temelini de adalet ilkesi oluşturur. Bu ilkenin yaşama geçirilmesi ise sadece ve sadece etkili, üretken, işlevsel ve hızlı işleyen bir adalet sisteminin kurulması ile mümkündür. Bu nitelikte bir adalet sisteminin kurulması ve işleyebilmesi ise her şeyden önce yargının “bağımsız” ve “tarafsız” olmasını gerektirir. Hak arayan, adalet talep eden insanların haklarının korunmasında ve halkın yargı sistemine olan güveninin sürmesinde asıl olan yargının tarafsızlığının sağlanmasıdır. Bu bağlamda bağımsızlık yargıya sunulmuş bir ayrıcalık değil, yargıç tarafsızlığını sağlamanın yegane ve en etkili aracıdır.

Gerek yargısal anlamda, gerekse etimolojik olarak tarafsızlık kavramı ile kast edilen, yargılama aşamasında hakimin davanın taraflarından birisi lehine veya aleyhine bir eğilim içerisinde olmaması, hukuk normunu taraflara eşit biçimde uygulaması ve bunun bir sistem olarak güvence altında olmasıdır. Bunun, özel hukuk uyuşmazlıkları bağlamında devletin ya da hazinenin taraf olduğu davalarda da, devletin güvenliğine yönelik suçların yargılama-sında da böyle olması gerekir. Zira devletin menfaatini veya güvenliğini korumak yargının ya da hakimin görevi değildir. Hakimin görevi vatandaşa tarafsız olarak, adil ve

hızlı şekilde adalet hizmeti vermektir. Adalet tanrıçası Themis'in gözleri bundan dolayı bağlıdır.

Bu bağlamda işaret etmek istediğimiz bir diğer husus, yargıcın üstlendiği görev ve sorumluluk ile diğer kamu görevlilerinin yüklendikleri görev ve sorumluluk arasındaki önemli farktır. Demokratik rejimlerde kolektif siyasal kararlar çoğunluğun oylarıyla belirlenir, diğer bir deyişle bütün bunlar halkın oyuyla şekillenen yasama ve yürütme organlarının işidir. Yargılama faaliyeti kapsamında olan hukuki konuların çözümü ise halkın oyuyla değil, yargı organlarının kararlarıyla gerçekleşir. Onun için hakimlerin karar verirken: "Halkın alkışlamasının veya nefret etmesinin benim adalet dağıtma görevini hakkıyla yerine getirmemde hiçbir etkisi yoktur. Kendimi adaletin ilkelerine tam olarak uydurduğum sürece, insanların ne söyleyecekleri ya da ne düşünecekleri beni ilgilendirmez" demeleri ve bunu içselleştirmeleri gerekir.

Bütün bunları hem hukukun ve adaletin hepimiz için yaşamsal değerde olduğuna vurgu yapmak, hem de ülkemizde iyi gitmeyen işlerin başında adalet hizmetlerinin geldiğini ifade etmek için anlattım.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Hangi toplumda yaşarsak yaşayalım birey olarak, yurttaş olarak üzerinde en duyarlı olduğumuz hususların başında özgürlüğümüz gelir. Siyasi bir kavram olan, çoğu zaman ve pek çoğumuz tarafından duygusal cazibesıyla karıştırılarak kullanılan özgürlük, açıklanması gerçekten güç bir kavramdır.

Eşitlikçi liberal felsefeciler, bireysel özgürlükleri çok fazla önemli ve değerli bulurken, iktisadi özgürlükler söz konusu olduğunda o kadar cömert davranmazlar.

Özgürlük kavramına daha bağımsız yaklaşan kimi çağdaş siyaset felsefecileri, benlik, rasyonalite anlayışları, ahlak sistemleri, siyasal tercihler, farklı hayat tarzları arasında ayırım yapmaksızın, özgürlüğü sadece kavram olarak ele alarak açıklarlar.

Sade insanlar olarak, felsefi tartışma ve tanımlamaların dışında kalan bizler, özgürlüğü, toplumsal ilişkilerimizde ortaya çıkan kimi sınırlamalar bağlamında düşünür ve o nedenle gündelik konuşmalarımızda, özgürlüğü, sınırlamaların ya da engellerin olmaması olarak anlar, tanımlar ve açıklarız.

Ama gerçek öyle değildir. Jean-Jacques Rousseau'nun, "İnsan özgür doğdu, ama etrafında zincirler vardı" derken kast ettiği gibi, özgürlüklerimizle ilgili sınırlamalar vardır ve bu sınırlamalar çok çeşitlidir. Siyaset felsefecisi Norman P. Barry'nin isabetli yaklaşımı ile ifade etmek gerekir ise; "özgürlükle ilgili her türlü önerme belirli yasakları ve sınırlamaları göstermedikçe ciddi olarak eksiktir." O nedenle siyasi düşünce bağlamında olsun, genel anlamda olsun, sadece özgürlüğü, özgür bir toplumu talep edenler, hangi sınırlamaların kaldırılmasının gerekli olduğunu ortaya koymadıkça tutarlı davranıyor sayılamazlar. Zira özgürlük, sınır ve kural tanımamayı değil, aksine sınırları ve kuralları hukukla belirlemeyi gerektirir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Hepimizin bildiği üzere, hukuk yoluyla veya yargı eliyle insan özgürlüğünü kısıtlamanın en etkili, en caydırıcı ve evrensel aracı hapis cezası kararıdır. Hapis cezası kararı dışında kişi hak ve özgürlüklerine yönelik en ağır yargı kararı, niteliği itibariyle geçici olan tutuklamadır. Tutuklama kararı, temel bir hakka, yani özgürlük hakkına hukuk yoluyla da olsa müdahale niteliği taşıdığı, adil yargılanma hakkı ile doğrudan ilişkili bulunduğu ve yine ceza değil bir önlem, kural değil bir istisna olduğu için son derece dikkatli biçimde verilmesi gereken yargı kararlarındandır.

Tokyo Kuralları olarak bilinen “1990 tarihli Birleşmiş Milletler Hapis Dışı Tedbirler Hakkında Asgari Standart Kuralları” ile yine “1990 tarihli Birleşmiş Milletler Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Bildiri” de işaret edildiği üzere; yargılama öncesi tutukluluk, iddia konusu suçun soruşturulması ve toplum ile mağdurun korunması amacıyla ceza yargılamasında son çare olarak uygulanır. Yine yargılama öncesi tutukluluğa alternatif adli tedbirler, yani kefalet, ev hapsi, polis denetimi, pasaporta el koyma ve yurt dışına çıkma yasağı ise mümkün olduğunca en erken aşamada uygulanır.

Hal böyle iken, yargılamanın gerektiğinde alternatif koruma tedbirleri uygulanmak suretiyle tutuksuz olarak yapılması, ülkemizde uygulaması çok nadir görülen bir durumdur.

O nedenle Türkiye Barolar Birliği olarak talebimiz ve dileğimiz; hakimlerimizin tutuklama konusunda son derece duyarlı davranmaları, bu konudaki ulusal ve uluslararası mevzuata uymaları, ülkemizde iyi gitmeyen işlerden olan, Türkiye olarak hiç de hak etmediğimiz “tutuklama ayıbından” ülkemizi bir an önce kurtarmalarıdır.

Sayın Cumhurbaşkanı,

“Geciken adalet adaletsizliktir” tümcesi veciz ve adalet talep etme konumunda olmayanlar için söylenmesi hem kolay, hem de hoş bir maksimdir. Hakkına, yani adalete geç kavuşanlar için ise acı veren bir durumdur. Ülkemizde iyi olmayan, iyi gitmeyen işlerden birisi de adaletin geç tecelli etmesi, daha doğrusu adaletin adaletsizlik olarak tecelli etmesidir. Oysaki hem Anayasamızda, hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde düzenlenen adil yargılanma hakkı bağlamında davaların makul süre içinde görülüp karara bağlanmaları gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Eckle-Almanya davası kararında (15 Temmuz 1982, Seri A No.51, s33, paragraf 73) ve yine Metzger-Almanya kararında (31 Mayıs 2001 tarihli Başvuru No: 37591/97, paragraf 31) işaret edildiği üzere, ceza davalarında makul süre kişiye suç isnat edilir edilmez başlar. Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin bir bütün olduğu dikkate alındığında, bu süre halen derdest olan, sanıkların sorgulanmaları henüz tamamlanmayan, ne zaman sonuçlanacağı belli olmayan kamuoyunda Ergenekon adıyla anılan davada olsun, KCK davasında olsun, derdest olan diğer pek çok davada olsun da-

ha şimdiden aşılmıştır. Bu durum sadece ceza davaları yönünden böyle olmayıp hukuk davaları yönünden de böyledir. Yeni bir şey değildir, kader hiç değildir. Sorumluluk ise hepimizindir. Hakimindir, savcınındır, avukatındır, hemen her şeyi ihtilaf konusu yapan veya yapılmasına neden olan idari makamlarıdır. Çözecek olan da bizleriz. O halde hep beraber, yasama, yürütme ve özellikle de yargı olarak, elimizi taşın altına koyalım, halkımızı geciken adaletin haksızlığından, ülkemizi bu ayıptan kurtaralım.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Bir zamanlar Devlet Güvenlik Mahkemeleri vardı. Bu mahkemeler rahmetli hocamız Nurullah Kunter'in özlü ifadesiyle "demokratik düzenlerin normal zamanlarının mahkemeleri değildiler." Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin kaldırılmasından sonra bu mahkemelerin yerine ikame edilen "özel yetkili ağır ceza mahkemeleri" her ne kadar olağanüstü mahkemeler değil ise de tıpkı Devlet Güvenlik Mahkemeleri gibi "demokratik düzenlerin normal zamanlarının mahkemeleri de değildiler. Bu mahkemeler sadece demokratik düzenlerin normal zamanlarının mahkemeleri olmadıkları gibi, demokratik hukuk devletinin mahkemeleri de değildiler.

Hepimizin bildiği üzere 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile ceza yargılaması sistemimize dahil edilen bu mahkemeler için düzenlenmiş olan ve genel muhakeme kurallarından ayrı, özel ve istisnai bir yargılama usulünün olmasının yanı sıra bu mahkemelerin bakmakla görevli kılındıkları "katalog suçlar" olarak isimlendirilen ve Ceza

Muhakemesi Kanunu'nun 250.maddesinde sayılan suçlar vardır. Aslı Yunancadan gelen, hukuk diline yabancı olan ve daha çok kütüphane ve yayın işlerinde kullanılan katalog sözcüğü "belli bir sıraya göre hazırlanmış liste" anlamına gelir. Hemen işaret etmek gerekir ki, değişik bir çok suçun bir arada aynı hukuki yaptırıma bağlanması amacıyla katalog suç adı altında listeler oluşturulmasının ve suçların bu şekilde kategorize edilmesinin "ağır hapis/hafif hapis", "ağır tahrik/hafif tahrik" ayrımlarını kaldıran yeni ceza kanunun mantığına uygun olmadığını ve kaldırılması gerektiğini özellikle belirtmek isteriz.

İhtisas mahkemesi niteliği taşımayan, örneğine demokratik hukuk devletlerinde rastlanılmayan bu mahkemelerin işleyişindeki en büyük yanlış, yargılama pratiğindeki en önemli hak olan adil yargılanma hakkına, silahların eşitliği ilkesine aykırı biçimde, bu mahkemelerin görev alanına giren ve katalog suç olarak isimlendirilen suçlarla ilgili olarak getirilen özel nitelikteki soruşturma ve kovuşturma usulüdür. Örneğin, bu mahkemelerde sanığın yokluğunda duruşma yapılmasına mahkemece resen karar verilme olanağının bulunması, savunma hakkına, adaletsizliği ortadan kaldırmak için normlaştırılan adil yargılanma hakkına aykırıdır. Zira sanık için duruşmada hazır bulunmak sadece bir ödev değil, aynı zamanda bir haktır. Yine gözaltında olan şüphelinin müdafii ile görüşme yapma hakkının Cumhuriyet Savcısı'nın talebi üzerine, hakim kararıyla yirmi dört saat kısıtlanmasına ilişkin düzenleme çok açık biçimde savunma hakkının ihlali niteliğindedir.

Mevcut düzenlemeler içerisinde en vahim olanı, silahların eşitliği ilkesine en aykırı olanı, müdafinin dosya içeriğini incelemesinin veya dosya içerisindeki herhangi bir belge örneğini alabilmesinin - soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmek gibi son derece soyut ve afaki nedenlere bağlı olarak - Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine hakim kararıyla kısıtlanabilmesidir.

Bütün bu nedenlerle Türkiye Barolar Birliği olarak talebimiz, demokratik düzenlerin normal zamanlarının mahkemeleri olmayan özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin kaldırılmasıdır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Bu çerçevede değinmek istediğimiz bir diğer önemli husus, gerek özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin, gerekse diğer ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçların soruşturulmasında, asıl inisiyatif alması, soruşturmayı bizzat yürütmesi gereken makam, Cumhuriyet Savcılığı makamıdır. Oysa ki uygulamada bu böyle olmamakta, soruşturmalar kolluk güçleri tarafından yürütülmekte ve kolluk tarafından telefon dinleme dışında delil toplama zahmetine pek girilmemektedir. Bu durum, hukukun korunması ve teminatı altında olan kişi hak ve özgürlüklerini tehlikeye atmakta, her koşulda korunması gereken özel alanın mahremiyetini ortadan kaldırmakta ve ülkemize sanki bir polis devleti varmış görüntüsü vermektedir.

O nedenle Cumhuriyet savcılarının; ceza soruşturmalarını kolluk güçlerine bırakmadan bizzat yürütmeleri, kolluk güçlerini telefon dinleme dışında delil toplamaya zor-

lamaları, soruşturmanın gizliliği ilkesine uyulmasının sağlanması için gerekli her türlü önlemler, iddianame-leri mümkün olduğu kadar çabuk ve kısa yazmaları, soruşturmaların uzamasına ve davaların geç açılmasına neden olan olgunlaşmadan operasyon yapma ve yine hak kayıplarına, mağduriyetlere ve kuşkuya neden olan kişiden delile ulaşma alışkanlıklarından vazgeçmeleri gerekir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Yüksek malumları olduğu üzere, demokratik rejimlerde kanunlar kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince yasama organları tarafından yapılır. Gerek parlamenter, gerekse başkanlık ve yarı-başkanlık sistemlerinde hem kural, hem de uygulama bu yöndedir. Buna göre kanun yapmak, yürütme organının görevi değildir. Kanun yapma konusunda yasama organını devreden çıkararak yürütme organını görevli ve yetkili kılmanın yolu, Türkiye’de olduğu gibi Anayasa ile yürütme organına kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin verilmesidir.

Hükümete kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmesi ülkemize ilk kez 12 Mart 1971 ara rejimi döneminde, o tarihte yürürlükte olan 1961 Anayasasında yapılan değişiklikle girmiş, bu düzenleme 1982 Anayasasında da hemen hemen aynen korunmuştur. Doğal afet, ağır ekonomik bunalım, şiddet olaylarının yaygınlaşması, kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması gibi olağanüstü durumlar ile seferberlik ve savaş hali gibi koşullar dışında, yürütme erkinin bu yetkiyle donatılmış olması, kanımızca demokratik olmadığı gibi kuvvetler ayrılığı ilkesine de uy-

gun değildir. O nedenle yeni yapılacak anayasada bu kuruma hiç yer verilmemesi, aksi düşünöldüğü takdirde son derece istisnai durumlarla sınırlı olarak yer verilmesi gerekir.

Bu bağlamda yanlışlığına işaret etmek istediğimiz husus, bugüne kadar kanun hükmünde kararname kurumuna pek fazla itibar etmeyen Hükümetimizin, Ağustos ayı içerisinde çıkardığı kanun hükmünde kararnameler ile Adalet Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun başta olmak üzere, Danıştay, Yargıtay, Sayıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi, Hakimler ve Savcılar, Türkiye Adalet Akademileri kanunlarında ve başkaca kanunlarda değişiklik yapmasıdır. Bu değişiklikler her ne kadar siyasi iradenin tercihi ise de, değişiklikler arasında yer alan hakimlik stajının iki yıldan bir yıla, yüksek mahkeme başkanlıklarına aday olma süresinin ise yarı oranda indirilmesini kurumsal yönden yararlı görmediğimizi ve hatta bu değişikliklerin kurumların zararına olduğunu düşündüğümüzü özellikle belirtmek isteriz.

Yine Danıştay'ın ve Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı verdiği Tam Gün Yasası ile ilgili olarak düzenleme yapılmış olması hukuk devleti ilkesine uygun olmadığı gibi, Anayasa hükmü gereğince kanunla yapılması gereken düzenlemelerden olan yüksek mahkemeler ile ilgili düzenlemelerin, kanun hükmünde kararnameler ile yapılmış olması da Anayasaya aykırıdır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Adliyeler, sadece hakimlerin ve savcılarının mesleklerini icra ettikleri yerler değil, avukat olarak bizlerin de mesleklerimizi icra ettiğimiz yerlerdir. Bu mekanlarda biz avukatlar müvekkillerimizin hukukunu korumak, hakimler haklı olanı haksız olandan ayırarak adaleti dağıtmak, savcılar kamunun haklarını savunmak, icra daireleri ve kalemlerde çalışan personel de adli hizmetleri görmek suretiyle ve hep birlikte adalet hizmeti yapıyoruz. Dolayısıyla adliyeler, adalet hizmetinin yürütülmesinde avukatların, savcılarının, hakimlerin, kalem ve icra çalışanlarının ortak mekanlarıdır. Bu mekanlarda adalet hizmetini yürüten avukat, savcı ve hakimler arasında hiçbir hiyerarşik ilişki yoktur. Herkesin kendi görevi, kendi partisiyonu vardır ve herkes kendi işini yapmaktadır.

Hal böyle iken, Adliye Yönetimi adıyla ve şimdilerde seçilen kimi pilot adliyelerde yürütülmekte olan proje kapsamında ve adliye sarayları içerisinde, avukatların kartla giriş yaptıkları, halkın ise hiç giremediği veya merasimle girdiği alanlar yaratılmaktadır. Yargılama yetkisini halktan alan yargı gücünün; kendisini, halktan, halkın vekili olan avukatlardan, bu şekilde izole etmesi doğru olmadığı gibi, bu durum avukat için, yurttaş için son derece incitici ve hatta onur kırıcı bir uygulamadır. Dahası yaygınlaştırılması planlanan bu projenin, Adliye Yönetimi olarak bilinen ve dünyada örnekleri de olan modellerle hiçbir ilgisi yoktur.

Adliye Yönetimi kurumu, adliyeleri adalet hizmeti üreten bir işletme olarak gören ve ilk kez 60'lı yıllarda Amerika Birleşik Devletleri'nde geliştirilen anlayışın ürünüdür. Bu anlayışa göre adalet işletmesinin, klasik işletmelerden farkı amacının ekonomik değil, toplumsal olmasıdır. Bu işletme modelinde asıl hedef; hızlı, verimli, ekonomik ve isabetli biçimde adalet üretmektir. Her işletmenin olduğu gibi adalet işletmesinin de insan kaynakları, muhasebe, ar-ge, halkla ilişkiler, tedarik, finansman gibi fonksiyonları vardır. Her işletmede olduğu gibi adliye işletmesinde de toplumsal değerlerin ve iş ahlakının korunması, ayrımcılık ve mobbing yapılmaması, çalışma koşullarının iyileştirilmesi, hizmet kalitesinin artırılması, adalet hizmeti alan vatandaşların adliye içerisinde işlerini rahatlıkla yapabileceği fiziki koşulların yaratılması temel hedeftir. Diğer yönetim biçimlerinde olduğu gibi Adliye Yönetiminde de yönetim, işletmenin genel fonksiyonudur. O nedenle organizasyon kaynaklarının etkin, yeterli ve verimli biçimde planlanması, örgütlenmesi, yönetilmesi, koordine edilmesi, denetlenmesi, işbirliği ve iş bölümü yapılması gibi yönetimi başarıya götürecektir ve organizasyonun amaçlarına erişmesini sağlayacak olan yönetim ilkeleleri Adliye Yönetiminde de uyulması gereken temel ilkelerdir.

Tıpkı hastanelerin başhekimler tarafından değil, hastane müdürleri tarafından yönetilmesi örneğinde olduğu gibi, bütün bu işlerin Cumhuriyet savcıları tarafından değil, yönetim ve/veya işletme uzmanı olan profesyonel kişiler tarafından yürütülmesi Adliye Yönetimi'nin özüdür. Yürütülen projede ön büro oluşturulması dışında kalan

uygulamaların tamamı Adliye Yönetimi kurumunun ruhuna, amacına, felsefesine, işlevine aykırıdır.

Bütün bu nedenlerle, Türkiye Barolar Birliği olarak talebimiz ve beklentimiz, Adliye Yönetimi projesinin az yurkarıda ifade ettiğimiz çerçevede yürütülmesidir. Projenin yürütülme sürecinde Baroların ve Barolar Birliğinin sürece katılımını sağladıkları, bizlerle işbirliği yaptıkları için Adalet Bakanlığı yetkililerine, hakim, savcı meslektaşlarımıza huzurunuzda teşekkür etmeyi bir borç, ama bunları söylemeyi de görev saydığımızı özellikle belirtmek isterim.

Değınmek istediğimiz bir diğerk husus, UYAP tarafından şimdiye kadar avukatlara ücretsiz olarak verilen hizmetlerin ücretli yapılmak istenmesidir. Dünyanın en büyük servis sağlayıcılarından birisi olan Google'ın ücretsiz hizmet verdiği, avukatların, hakim ve savcılarla birlikte yargı sisteminin üç ayağından birisini oluşturduğu, avukatlık hizmetinin serbest meslek olmakla birlikte bir kamu hizmeti olduğu dikkate alındığında, UYAP hizmetlerinin avukatlara ücretli olarak verilmesini kabul etmek ve bunu doğru bulmak mümkün değildir. Nimet/külfet ilkesi gereğince verilecek hizmetler arasında yer alan tapu, sosyal güvenlik, taşıt, nüfus bilgileri gibi hizmetlerin ücretli olarak verilmesi her ne kadar kabul edilebilir ise de herhalde bu hizmetlerin verilmesi için belirlenecek ücretlerin de makul ve kabul edilebilir oranlarda olması gerekir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Adalet hizmetlerinin kalitesinin artırılması, avukat, savcı ve hakimlerin kalitelerinin artırılması ile mümkün-

dür. Avukat, savcı ve hakim kalitesini yükseltmek ise, nitelikli bir hukuk öğretimini, kalitesi yüksek bir staj eğitimi gerektirir. Ülkemizde öğretim kalitesi yüksek hukuk fakülteleri kadar, öğretim kalitesi son derece düşük hukuk fakülteleri de vardır. Yine avukatlık stajı bağlamında, imkanları geniş olduğu için iyi staj eğitimi veren baroların yanı sıra hiç eğitim veremeyen veya yetersiz düzeyde eğitim veren barolar vardır. Hakimlik stajının kalitesinde epeyce iyileştirmeler yapılmış bulunmasına ve bu iyileştirmelerin devam ediyor olmasına rağmen hakimlik stajının da eksiklikleri olduğu bilinen bir husustur. O nedenle hem hukuk öğretiminin, hem de avukatlık ve hakimlik stajlarının yeniden yapılandırılmaya ihtiyacı vardır.

Bize göre bu konuda asgari olarak yapılması gerekenler; ABD’de olduğu gibi hukuk öğretimini ikinci fakülte haline getirmek, bu suretle meslek yaşını daha yukarılara çekmek, ayrı ayrı yapılmakta olan avukatlık ve hakimlik stajlarının bir bölümünü ortak düzenlemek, stajın başlangıcında ve sonunda olmak üzere iki kez sınav yapmak, bu sınavlarda başarılı olanları staja ve mesleğe kabul etmek, geçici bir statü olarak avukat, savcı, hakim yardımcılığı kurumu ihdas etmektir.

Yine yürürlükteki Avukatlık Kanunu oldukça eski olup günümüzün ihtiyaçlarını karşılamaktan uzaktır. O nedenle değişen ülke ve dünya koşullarına uyumlu yeni bir Avukatlık Kanunu’na ihtiyacımız vardır. Yasama ve yürütme organlarımızdan talebimiz, bu konuda bizlere yardımcı ve destek olmalarıdır.

Malumları olduğu üzere avukatlık serbest bir meslek olmakla birlikte bir kamu hizmetidir. Bu bağlamda avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı temsil eder, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde ve hukuk kurallarının uygulanmasında yargının diğer kurucu unsurları ile birlikte adalet hizmeti görür. Buna göre avukatlık hizmeti, en az sağlık ve eğitim hizmetleri kadar önemli ve yaşamsaldır. Hal böyle iken, sağlık ve eğitim hizmetlerinde katma değer vergisi oranı %8 iken, avukatlık hizmetinde bu oran %18'dir ve takdir edileceği üzere son derece yüksektir. O nedenle bu oranın, sağlık ve eğitim hizmetlerinde olduğu gibi %8'e indirilmesi, adli yardım hizmetleri ile CMK gereğince yapılan zorunlu müdafilik/vekillik hizmetlerinden ise -bu hizmetlerin niteliği ile ücretlerinin devlet tarafından ödendiği göz önüne alındığında- katma değer vergisi alınmaması gerekir.

Diğer taraftan vergi, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde ve maliyetlerinin karşılanmasında kullanılan en sağlıklı kaynaktır. Elbette her yurttaş elde ettiği gelire orantılı olarak vergi ödemek zorundadır ve bu bir yurttaşlık ödevidir. Bununla birlikte "devletin sahip olduğu vergilendirme gücünün, yok etme gücü olmaması" gerekir. Bu husus dikkate alınmak suretiyle yurttaş olarak talebimiz; vergilendirme politikalarının yeniden gözden geçirilmesi, mükellefler olarak altında gerçekten ezildiğimiz vergi oranlarının makul ve ödenebilir oranlara indirilmesi, vergi sisteminin basitleştirilmesidir.

Yine yargı hizmetlerinin hızlandırılması amacıyla yürürlüğe konulan 6217 sayılı Kanunla mahkeme harçları yeniden düzenlenmiş, bu bağlamda Yargıtay Ceza Dairelerine yapılacak temyiz, Bölge Adliye Ceza Dairelerine yapılacak istinaf, idari yaptırımlar konusunda sulh ceza mahkemelerince verilen son karara karşı itirazın yapılacak başvurulardan harç alınması zorunluluğu getirilmiştir. Bizce bu düzenleme, hak arama özgürlüğüne ve adil yargılanma hakkına aykırıdır. Diğer taraftan bu düzenleme, CMK gereğince adli yardım alan sanıkların zorunlu müdafiliğini yüklenmiş olan avukat meslektaşlarımıza mali yönden yeni bir yük getirmiştir. Her ne kadar 10.06.2011 gün ve 27960 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafii ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik’de yapılan değişiklik ile sorun bir ölçüde aşılmış ise de, yine de devam etmektedir. O nedenle ceza uygulamaları yönünden getirilen bu nitelikteki harç ödeme yükümlülüğünün kaldırılması gerekir.

CMK kapsamında zorunlu müdafilik yapan avukatların aldıkları ücretler, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin çok altındadır. Dahası bu hizmetlerin ücretleri çok gecikmeli olarak ödenmektedir. Yol gideri olarak ödenen miktar, mutata vasıta olarak kabul edilen otobüs, dolmuş ücreti düzeyindedir. Yol gideri tutarı, avukatlık ücreti karşılığında düzenlenen serbest meslek makbuzuna dahil edilmektedir. Yani yapılan gider gelir kabul edilmekte ve avukat tarafından bunun gelir vergisi ile katma değer vergisi ödenmektedir. Bu son derece haksız ve yasal olmayan bir

uygulamadır. O nedenle bu konumdaki avukatların mağduriyetlerinin ivedi olarak giderilmesi gerekir.

Yargı hizmetlerinin hızlandırılması amacıyla çıkarılan 6217 sayılı Kanun’la Cumhuriyet Savcılarının Asliye Ceza Mahkemelerinin görev alanı içerisinde olan ceza davalarının duruşmalarına 01.01.2014 tarihine kadar katılmamaları hususunda yasal düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme, yargılama diyalektiğine, yargılamanın demokratik işleyişine, silahların eşitliği ilkesine, iddia, savunma, hüküm birlikteliğine aykırıdır. Getirilen bu düzenleme, yargının işleyişine herhangi bir hız getirmeyeceği gibi adaletin daha sağlıklı biçimde tecellisini de engelleyecektir. O nedenle bu yasal düzenlemeden vazgeçmek, eski düzenlemeye geri dönmek gerekir.

5904 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 35. maddesiyle 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun “Avukatlık Ücret Tarifesinin Hazırlanması” başlıklı 168/2. maddesine, birinci cümlesinden sonra gelmek üzere, “Şu kadar ki hazırlanan tarifede; genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalar ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasından doğan her türlü davalar için avukatlık ücreti tutarı maktu olarak belirlenir” cümlesi eklenmiştir. Vergi davalarında avukatlık ücretinin maktu olması sonucunu doğuran bu düzenleme, avukatın emeğine, çabasına, uzmanlığına yönelik bir haksızlıktır. Dahası devletin özel veya tüzel diğer hak sahiplerine göre bir

ayrıcalığı olmamakla, bu düzenleme - her ne kadar bu konuyla ilgili olarak açılan dava Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiş ise de - bize göre Anayasa'nın 10.maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırıdır. O nedenle haksız ve Anayasaya aykırı olan bu düzenlemenin düzeltilmesi gerekir.

Kamu avukatları ile aynı veya benzer işleri yapan diğer kamu görevlileri arasında, gerek özlük hakları ve statüleri, gerekse mali haklar yönünden çok büyük farklar bulunmaktadır. Dileğimiz bu mağduriyetin bir an önce giderilmesidir. Kamu avukatlığı kurumu ile ilgili olarak önemsedığımız bir diğer husus, avukatlık mesleğinin en önemli özelliğinin bağımsızlık olduğu göz önüne alınarak, kamu avukatlığı kurumunun, mesleğin bu özelliğine uygun olarak bağımsız ve özerk bir yapıya kavuşturulması için gerekli yasal düzenlemenin yapılmasıdır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Yüksek malumları olduğu üzere anayasa, özü ve işlevi itibariyle hukuki olmaktan daha çok siyasi alana ilişkin bir üst norm olup, bir yönüyle devlet örgütlenmesinin dayandığı temel ilkeleri gösterir. O nedenle, bir devletin veya bir toplumun ya da bir kuruluşun kendini kurma biçimine temel teşkil eden gerçeklik vizyonunu oluşturan değerlerin, ilkelerin, algıların, düşüncelerin toplamı olan paradigma her ne ise, o devletin anayasasının da o paradigma üzerine inşa edilmesi gerekir.

Buna göre ülkemizin gündeminde olan yeni anayasanın yapımında, Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşuna esas

olan ve yürürlükteki anayasanın ilk üç maddesinde anlamını bulan paradigmanın göz önüne alınması, dahası bu paradigmanın korunması gerekir.

Çağımızın en önemli anayasacılarından Giovanni Sartori, 'Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği/Yapıları Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme' isimli özgün eserinde; dünyanın ilk yazılı anayasalarından olan 1787-1791 tarihli Amerikan Anayasası'nın 21 bölüme bölünmüş 7 madde ile ilk on ek maddeden oluştuğunu, buna karşın günümüz dünyasında anayasa adı verilen 170 civarında belgenin yarısından fazlasının 1974 yılından sonra yazıldığını, örneklerini verdiği bu anayasaların büyük bir kısmının oldukça uzun olduğunu, pek çok ayrıntıyı düzenlediğini, bir anayasanın ne kadar uzun olursa anayasal erdeminin o kadar az olacağını ifade edecek dercede ileri gitmek istememekle birlikte, yine de anayasaların diğer kanunların düzenlemesi gereken hususları düzenlemesine kesinlikle karşı olduğunu, her şeyi düzenleyen ve her şeyi vaat eden anayasalar yapmakta ne kadar ileri gidilirse, bunların ihlaline ve ülkenin felaketine o kadar çok yol açılacağına inandığını, o nedenle kendisinin, anayasacılığın özü ve özellikle siyasal sistemin etkin şekilde 'çerçeveselendirilmesi' üzerine odaklandığını belirtmektedir.

Anayasalar, devletin karar alma sürecine yapı ve disiplin sağlayan biçimler, öncelikli olarak iktidarın kontrolü biçimde kullanılmasını amaçlayan usuller olmakla; normlarla neyin emredileceğini değil, normların nasıl yapılması gerektiğini göstermek ve onun için de tarafsız/nötr

olmak durumundadırlar. Bu ise ancak Sartori'nin de savunduğu "faydacı anayasa/çerçeve anayasa" ile mümkündür.

O nedenle yeni Anayasa'nın "faydacı anayasa/çerçeve anayasa" olması, yani siyasal/ideolojik yönden nötr/tarafsız olması, toplumun bütün sosyo-politik güçlerinin iktidar sürecinin tanımlanan mekanizmalarına uyduğu, var olan kurumlardan yararlandığı, bu kurumların birbirleriyle yarışabilecekleri demokratik zeminin bulunduğu, siyasal sürecin sadece genel kurallarının düzenlendiği bir anayasa olması gerekir.

Yeni anayasanın, "faydacı/çerçeve anayasa" anlayışına uygun olarak, maddi anlamda hukuk kurallarından, diğer bir deyişle hukuki ilişkileri belirleyen ve değiştiren kurallardan oluşan bir anayasa olmaması; aksine maddi hukuk kurallarına yer vermeyen, sadece iktidar sürecinin işleyişiyle ilgili usuli kuralları düzenleyen ve dolayısıyla değişen ülke ve dünya koşullarına kolaylıkla uyarlanabilen "şekli/usuli" ve kısa bir anayasa olması gerekir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Yeni yapılacak anayasada, yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını tam olarak tesis edebilmek amacıyla yargının devletten bağımsız kılınması için gerekli düzenlemelerin yapılması, diğer yasalarda yer alan buna engel hükümlerin ayıklanması, en son yapılan değişikliklerle kooptasyon, yani kapalı bir kast sistemi üzerine kurulu olan yapıdan kurtulan ve çoğulcu bir yapıya kavuşan Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu'ndan, Adalet Bakanı ile Müsteşarının çıka-

rılması ve bu suretle yargı bağımsızlığının ve tarafsızlığının iyiden tahkim edilmesi gerekir.

Yargılama faaliyetinde sav, savunma ve yargı bir bütündür ve hep birlikte yargının kurucu unsurudur. Dünyanın demokratik her ülkesinde kabul gören ve genel geçer evrensel bir kural olan bu durum göz önüne alınarak, barolara ve savunma makamına yeni anayasanın yargı ile ilgili bölümünde yer verilmesi gerekir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Sözlerime son verirken, gelecekteki bütün zamanların hem dünya, hem de Türkiye için; zamanların en iyisi olmasını, hem akıl çağı, hem aydınlık mevsimi, hem de umut baharı olmasını diliyor, beni sabırla dinlediğiniz için hepimize teşekkür ediyor, saygılar sunuyorum.



ANAYASAL DEMOKRASİ VE HUKUK DEVLETİ

Yusuf BAŞLAR (*)

ANLATIM DÜZENİ: ÖZET, ANAHTAR KELİMELELER, GİRİŞ, I-ANAYASAL DEMOKRASİ, 1-Kavram, 2-Anayasal Demokrasi Kavramının Doğuş Nedeni, 3-Anayasal Demokrasi Düşüncesinin Amacı, II-HUKUK DEVLETİ VE ANAYASAL DEMOKRASİ İLE İLİŞKİSİ, 1-Hukuk Devleti, A-Kavram, B-Hukuk Devletinin Temel Unsurları, a-Devlet İşlemlerinde Hukuka Uygunluğunun Sağlanması, b-Yargının Bağımsızlığı, c-Tabii Hakim İlkesi, d-Ceza Sorumluluğunun İlkeleri, e-Hukukun Genel İlkelerine Bağlılık, 2-Hukuk Devleti ve Anayasal Demokrasi, SONUÇ, KAYNAKÇA

ÖZET

Anayasal demokrasi, birey haklarının ve devlet haklarının anayasa içerisinde doğru bir biçimde tespit edilmesi ve sınırlarının açık olarak belirlenmesidir. Hukuk devleti ise; devletçe güvence altına alınan hukuk düzenini, hukuka tabi olan bireylerin birbirlerine karşı saldırılarından koruma gücüne sahip olan ve bu gücünü bireylerin güvenliğini tehdit edecek duruma getirmeyen, işlevlerinin

(*) *Mihalıççık Cumhuriyet Savcısı.*

temelinde temel hak ve özgürlüklerin bulunduğu yasalara bağlı devlettir.

Hukuk devleti ile demokrasi iki farklı siyasi idealdir. Bu nedenle bu iki siyasi ideal arasında zaman zaman gerilim ve çatışma yaşanabilmektedir. Bununla birlikte hukuk devletinin demokrasiye benzer bir yönü de bulunmaktadır. Zira, hukuk devleti ilkesi, kurallara uymak bakımından devletle vatandaş arasında bir eşitlik tesis etmektedir. Buna göre, hukuka uymak yalnızca vatandaşlar için değil, devlet için de -hatta özellikle de onun için-bir zorunluluktur. Bu bağlamda biz de bu çalışmamızda anayasal demokrasi ve hukuk devleti kavramları ile bu kavramlar arasındaki ilişkiyi incelemeye çalıştık.

ANAHTAR KELİMELELER

1-Demokrasi, 2-Anayasal Demokrasi, 3-Hukuk Devleti, 4-Polis Devleti, 5-Yargı Bağımsızlığı

GİRİŞ

Anayasa hukuku ve çağdaş siyaset biliminin temel meselelerinden birisi, demokrasiyi bir ideal olmanın ötesine geçirecek uygulanır, yaşanır ve geri dönülmez bir siyasal rejime dönüştürecek yöntemleri tespit etmektir. Bir siyasal rejimin demokrasi olarak tanımlanması -iktisadi, siyasi, sosyolojik, hukuki, vs.-pek çok değişkenin birlikte değerlendirilmesini gerektiren karmaşık bir meseledir. Bu değişkenlerden her biri, demokrasiye geçiş sürecinde olduğu kadar demokrasinin sağlanmasında da etkili bir role sahiptir. Bununla birlikte gerek ampirik gözlemlerin, gerekse teorik ve karşılaştırmalı çalışmaların ortaya koyduğu bir gerçek, demokrasinin kurulup sağlanması ile hukuk devleti arasında birbirini besleyen karşılıklı bir iliş-

kinin mevcut olmasıdır. Gerçekten demokratikleşme yönündeki bütün gelişmeler, bugün olduğu kadar geçmişte de, hukuk devletini kurma, yönetimde keyfiliğe son vererek hukuka uygun bir yönetim modeli oluşturma kendi eylem ve işlemlerinden dolayı sorumlu kılınabilir, yönetilenlere hesap verecek bir yönetim modeli oluşturma arzusu ile örtüşmektedir².

Demokrasi en basit anlatımla “çoğunluğun yönetimi” olarak tanımlanabilir. Ancak, çoğunluğun “hukuk devleti” ve “kuvvetler ayrılığı” ilkeleri çerçevesinde sınırlanması sonucu “anayasal demokrasi” kavramı gelişmiştir. Keyfi değil, sınırlı bir çoğunluk yönetimi ve demokrasi anlayışını yansıtan “anayasal demokrasi”, yönetenlerin ve bu arada çoğunluk iradesinin en başta anayasa kuralları olmak üzere hukuk kuralları ile sınırlandırılmasını zorunlu kılmaktadır. Bununla birlikte demokrasi bir yöntem olarak “çoğunluk yönetimi” olmasına rağmen, bazen “birer azınlık yönetimi” olarak da karşımıza çıkabilirler. Şüphesiz bu durumun gözlemlenmesinde siyasi partiler olgusunun, siyaset alanındaki bölünmelerin, seçmenlerin siyasete ve siyasal katılıma sırt çevirmesinin ve büyük ölçüde seçim sistemlerinin de etkisi bulunmaktadır. Çoğunluğun yönetimi olarak tasarlanan, ancak uygulamada pek çok kez azınlığın yönetimine dönüşen demokrasilerin, hukukla sınırlı, temel hak ve özgürlüklere saygılı bir yönetim anlayışı ortaya koyabilmesi için varlığı gerekli olan anayasal demokrasilerde, anayasanın üstünlüğünü sağlama görevi büyük ölçüde yargı erkine düşmektedir³. Biz de çalışma-

2 YAZICI, Serap, Hukuk Devleti ve Demokrasi, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl: 1999, Cilt: 73, Sayı: 4-5-6, s. 259

3 ÖZOK, Özdemir, “Demokrasi ve Yargı” Konu Başlıklı Uluslararası Sempozyumun 04.01.2005 Tarihli Açılış Konuşması, <http://www.istanbulbarosu.org.tr> (indirme tarihi: 05.03.2011)

mızda anayasal demokrasinin sağlanmasında hukuk devleti ilkesinin önemi ve bunun gerçekleşmesinde yargının etkisini açıklamaya çalıştık.

I-ANAYASAL DEMOKRASİ

1-Kavram

“Demokrasi” eski Yunanca demos (halk) ve krataın (yönetmek, hükmetmek) sözcüklerinden oluşan birleşik bir kelime olarak ilk defa M.Ö. 5’inci yüzyılda Yunan tarihçi Herodot tarafından kullanılmıştır. Buna göre demokrasi “halkın yönetimi” demektir. Abraham Lincon’un meşhur tanımına göre ise demokrasi “halkın halk tarafından, halk için yönetimi” anlamına gelmektedir⁴.

Demokrasilerde siyasal kararları çoğunluk iradesine dayananlar almakta ancak bu çoğunluğun iradesinin azınlıkta kalanların hak ve özgürlüklerini ihlal edebilmesi de söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle temel hakları korumak için çoğunluk iradesini sınırlayan bir rejim olarak anayasal demokrasi gündeme gelmektedir⁵.

Buna göre “anayasal demokrasi”, birey haklarının ve devlet haklarının anayasa içerisinde doğru bir biçimde tespit edilmesi ve sınırlarının açık olarak belirlenmesi şeklinde tanımlanabilir⁶. Başka bir ifadeyle anayasal demokrasi, iktidarın sınırlandırılmasına ilişkin klasik idealin demokratik devlete uyarlanmış halini ifade eder. Anayasal

4 ERDOĞAN, Mustafa, Anayasa Hukuku, Orion Yayınevi, Ankara, 2005, s. 106

5 ARSLAN, Zühtü, “Yeni Anayasa” Taslağında Anayasa Mahkemesi, http://www.kav.org.tr/sayfalar/projeler/kav_bildiri.pdf. (indirme tarihi: 10/03/2011)

6 AKTAN, Coşkun Can, 21. Yüzyıl ve Anayasal Demokrasi, Yeni Türkiye Dergisi, Yıl: 1999, Sayı: 29, s. 604

demokrasi, “anayasal devlet” ile “demokratik devlet”in bir sentezidir. Bu kavram, mutlak ya da sınırsız demokrasi-den anayasal demokrasiye geçişi ifade etmektedir. Anayasal demokrasi, temel hak ve özgürlükleri güvenceye almak üzere, devlet iktidarının kapsam ve kullanımının anayasayla sınırlandırılması olarak da gündeme gelmektedir⁷.

Diğer taraftan anayasal demokrasi kavramı daha özel bir anlamda yani “anayasal iktisat” yaklaşımıyla ilişkili olarak da kullanılmaktadır. Bu bağlamda anayasal demokrasi devletin iktisadi yetkilerinin anayasayla sınırlandırılmasını ve sosyal tercihlerin mümkün olduğunca oy birliğine dayandırılmasını ifade etmektedir⁸.

2-Anayasal Demokrasi Kavramının Doğuş Nedeni

Ulus-Devlet mekanlı anayasa hukuku anlayışından, milletlerarası anayasa hukuku anlayışına geçiş arayışının varlık nedenlerinden biri olarak kabul edilen anayasal demokrasi⁹ yoğun olarak 18’inci yüzyıldan itibaren liberal düşünceye mensup siyaset bilimcileri tarafından ortaya atılan ve temellendirilen bir kavramdır. Demokrasi kavramının sınırsız özgürlük anlamında değerlendirilmesi ve bu değerlendirmenin karşıt düşünce temsilcileri tarafından kıyasıya eleştirilmesi sonucunda demokrasilerde de sınırlar olduğu, ancak bu sınırların herkesi kapsaması ve ya-

7 ÖZKAN, Gürsel, Anayasa Mahkemesine Göre Hukuk Devletinin Anlamı ve Yargının Konumu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 2010, Cilt: 1, Sayı: 1, s. 104-105

8 ERDOĞAN, Mustafa, Anayasa Hukuku, s. 118-119

9 ÇAĞLAR, Bakır, Avrupa Yeni Mekanında Kurumsallaşma: Hukuk ve Demokrasi, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl: 1992, Cilt: 9, s. 235

salarla belirlenmesi gerektiği düşüncesi, anayasal demokrasi kavramını doğurmuştur¹⁰.

Başka bir ifadeyle anayasal demokrasi, bir arada yaşamaya karar vermiş ve ortak çıkarlarla yaşamları birbirine bağlanmış olan insanların toplum yaşantısını olanaklı kılacak kural, ilke ve kurumları yazılı bir belgeye dayandırma istemi ve gereği sonucu ortaya çıkmıştır. Kamu düzeninin gerekli kıldığı kurum ve organlar ile halkın eşit bir biçimde kullanabileceği hak ve özgürlüklerin anayasa çerçevesinde bir belgeye dayandırılması, kamu gücünü, seçimle de olsa, elde edenlerin keyfi ve değişken değerlendirmelerine teslim etmeme isteğinden kaynaklanmaktadır¹¹.

Buna göre insan haklarının üstünlüğünü ifade eden bir sisteme geçişte bu değişimi tanımlamakta kullanılan formül “yeni demokrasi” yani “anayasal demokrasi”dir¹².

3-Anayasal Demokrasi Düşüncesinin Amacı

İktidarın sınırlanmasına ilişkin klasik idealin demokratik devlete uyarlanmış halini ifade etmekte olan anayasal demokrasinin amacı siyasi özgürlüğü garanti etmek üzere demokratik devleti anayasayla ve anayasacılığın teknikleriyle sınırlamaktır¹³. Bu bağlamda anayasal demokrasi ile iktidarın keyfi icraatları engellenmekte, her

10 TÜRKYILMAZ, Murat, Hukuk Devleti İlkesi Ve Güçler Ayrılığı Anayasal Demokrasinin Temel Güvencesini Oluşturur: AB Açısından Değerlendirme, <http://www.turkhukuksitesi.com> (indirme tarihi: 05.03.2011)

11 ALTINTAŞ, Mustafa, Anayasal Demokrasi İçin Ekonomik Demokrasi, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl: 1993, Cilt: 10, s. 118

12 ÇAĞLAR, Bakır, “Hukuk”la Kavranan “Demokrasi” Ya da “Anayasal Demokrasi”, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl: 1993, Cilt: 10, s. 258

13 ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2003, s. 26

eylemin hukuk kurallarıyla sınırlandırılması, fertlerin doğal haklarının devlet karşısında korunması¹⁴, ayrıca siyasal demokrasideki eksikliklerin hukuk kurallarıyla giderilmesi sağlanmaktadır¹⁵.

Diğer bir ifadeyle anayasal demokrasinin amacı, siyasal anlamıyla, bireylerin siyasal hak ve özgürlüklerini güvence altına alan bir siyasal yönetim şekli olan demokrasiyi sağlamak, ekonomik anlamıyla ise ekonomik özgürlüklerin mevcut olduğu bir ekonomik düzen modeli olan piyasa ekonomisini gerçekleştirmektir¹⁶.

Anayasal demokrasinin ilkelerine uyulması bağlayıcıdır. Bu zorunluluk daha ziyade devlet organlarını, siyasal iktidarı ve kamu görevlilerini konu alan bir bağlayıcılıktır. Bu bağlayıcılık, kamu karşısında fertlerin haklarının en temel güvence alanını oluşturmaktadır. Çünkü anayasayla belirlenen ilkeler, kişiler arası özel ilişkileri değil, kişilerin devlet karşısındaki konumunu ve devletin kişilere ve kamu alanına yönelik tasarruflarına bağlayıcılık getirmektedir. Bu şart, anayasal demokrasi düşüncesinin fertlere sunulan kişisel yaşam alanlarının en temel güvencesi olması sonucunu doğurmuştur¹⁷.

14 TÜRKYILMAZ (<http://www.turkhukuksitesi.com>)

15 ÇAĞLAR, "Anayasal Demokrasi", s. 274

16 AKTAN, Coşkun Can, 21. Yüzyıl ve Anayasal Demokrasi, s. 605

17 TÜRKYILMAZ (<http://www.turkhukuksitesi.com>)

II-HUKUK DEVLETİ VE ANAYASAL DEMOKRASİ İLE İLİŞKİSİ

1-Hukuk Devleti

A-Kavram

Devlet ve devlete ait kurumlar meydana gelmeden önceki dönemde, insanlar arasındaki problemlerin çözümünde güç unsuru etkindi. Güçlü olanın haklı; güçsüz olanın ise ancak güçlüünün insaf ve takdir ettiği sınırlar dahilinde haklı kabul edildiği dönemden, kuralların geçerli olduğu döneme geçişle birlikte devlet kurumu meydana gelmiş, devletin oluşumu ile birlikte ise gerek yönetilenler ve gerekse yönetenler açısından uyulması zorunlu kurallar gündeme gelmiştir. Ancak bu dönemde de yönetenler açısından uyulması gerekli kurallara yönetenler riayet etmemiş, ancak onları kurallara uymaya zorlayacak bir yapı da mevcut olmamıştır. İşte bu dönemden sonra, yalnızca yönetilenlerin değil, yönetenlerin de kurallara uymak zorunda olduğu ve bunun temenniden öte, çeşitli hukuki araçlarla teminat altına alındığı bir döneme gelinmiştir ki, bu devlet kurumu açısından bir milattır. Bu miladın adı ise hukuk devletidir¹⁸.

Hukuk devleti kavramı polis devleti anlayışının karşıtı olarak doğmuş ve kullanılagelmiştir. Polis devleti, kendini hukukla sınırlı saymayan, sırf güce dayanarak hareket eden devleti ifade etmektedir. “Hikmet-i hükümet” ya da “devletin ali (yüksek) menfaatleri” gibi deyimler de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Diğer taraftan hukuk devleti, kanun devleti demek de değildir. Zira hukuk dev-

18 DAVUT, Şevki, Hukuk Devletinin Olmazsa Olmazı: İptal Davası, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl: 2010, Cilt: 84, Sayı: 2010/3, s. 1457

leti kavramı kanun devleti anlayışının üstünde ve ilerisinde yer alır. Bu bağlamda hukukun üstünlüğü kavramı, dayandığı değerler bakımından yasanın üstünlüğünden daha koruyucudur¹⁹.

Hukuk devleti, devletçe güvence altına alınan hukuk düzenini, hukuka tabi olan bireylerin birbirlerine karşı saldırılarından koruma gücüne sahip olan ve bu gücünü bireylerin güvenliğini tehdit edecek duruma getirmeyen, işlevlerinin temelinde temel hak ve özgürlüklerin bulunduğu yasalara bağlı devlettir²⁰. Buna göre hukuk devleti bir "hukuk rejimi"ne bağlı olan devlettir; yani faaliyeti tamamen hukuk tarafından çerçevelenmiş olan ve o şekilde düzenlenen devlettir²¹. Bir hukuk devletinden bahsedebilmek için anayasal düzenin kişilere geniş bir temel haklar ve hürriyetler listesi sunması, bu hak ve hürriyetleri güvence altına almak amacıyla devletin de hukuka uygun davranmakla yükümlü kılınması gerekmektedir²².

Başka bir ifadeyle hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, kendini Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla bağlı sayıp yargı denetimine

19 TANÖR, Bülent-YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005, s. 90; ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, s. 113-117

20 GENÇ, M. Zeki, Anayasalar Açısından Yargı Bağımsızlığının Kuvvetler Ayrılığı ile İlişkileri, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl: 1992, Cilt: 66, Sayı: 4-5-6, s. 420

21 KABOĞLU, İbrahim. Ö, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 403-404

22 YAZICI, s. 264

açık kılan, yasaların üstünde yasa koyucunun dahi bozmayacağı temel hukuk ilkelerine bağlı ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olan devlet demektir²³.

B-Hukuk Devletinin Temel Unsurları

Hukuk devletinin amaçladığı, kişiler için genel bir koruma mekanizmasının esasını temel hakların güvence altına alınması ve barışçı hak arama yollarının açık tutulması oluşturur.

Bunlar, pratikte bir takım yasal mekanizmaların kurulmasını gerektirmekle birlikte, her şeyden önce, devletin hukuka bağlılığını garanti edecek yöntemlerin de kurumsallaştırılmasına bağlıdır²⁴.

Bunu sağlamak için de hukuk devletinde bulunması gereken bir kısım temel unsurlara ihtiyaç duyulmaktadır.

a-Devlet İşlemlerinde Hukuka Uygunluğunun Sağlanması

Devletin bütün eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olması, hukuk devleti anlayışının bir sonucudur²⁵. Hukuk devleti düşüncesinin ortaya çıkması ve pozitif bir anayasa kuralına dönüşerek devlet yetkilerini sınırlaması uygarlık tarihinin ve demokratikleşme sürecinin en önemli aşaması olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte bir

23 DUMAN, İlker Hasan, Hukuk Devleti, Güncel Ve Somut Sorunlarda Hukuk Devleti, Şeker Matbaacılık, İstanbul, 2003, s. 21

24 ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, s. 121

25 DEMİRKOL, Selami, İdari Yargı Denetiminin Sınırı, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl: 1996, Cilt: 70, Sayı: 7-8-9, s. 384

hukuk devletinden bahsedebilmek için her şeyden önce kişilerin devlete karşı ileri sürebilecekleri temel haklar ve özgürlüklerin olması ve bunların devlet yetkilerini sınırlandıran bazı ilke ve kurallarla güvence altına alınması gerekmektedir²⁶.

Bu nedenle hukuk devleti kurma mücadelesinin temel hedefi, yasama ve yürütmenin her türlü işlemi üzerinde yargı denetimini sağlamak olmuştur. Bununla birlikte, hukuk devleti denildiğinde ilk olarak yürütmenin hukuka bağlılığı akla gelmektedir. Ancak kişilerin millî iradeden doğan yasama organına karşı da korunması gerekmektedir. Nitekim tarihsel süreçte, daha sonraki aşamalarda, yasama organının da yargısal denetime tabi olması benimsenmiştir²⁷.

b-Yargının Bağımsızlığı

Günümüzde demokratik hukuk devletlerinin korumaya çalıştığı en büyük değer, insan hak ve özgürlükleridir. İnsanların birbirlerini yakından tanıdığı ve korunma imkanlarını toplumsal dayanışma içerisinde bulduğu ilkel toplum yaşantısından bu yana, kişi hak ve özgürlükleri, çeşitli tehditlere maruz kalmış ve korunma ihtiyacını hissetmiştir. Çağdaş toplum yaşantısında bunu sağlamaya yönelik en büyük araç ise hukuk devleti ve hukuk devletinin olmazsa olmazı yargı bağımsızlığıdır²⁸.

Yargının bağımsızlığı, hukuk devletinin asli unsurlarından birini oluşturur. Yasama ve yürütme işlemlerinin

26 YAZICI, s. 278-279

27 ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 123

28 BEDER, Bülent-ALTUNDİŞ, Mehmet, Yasama ve Yürütme Fonksiyonlarının Yargı Bağımsızlığına Müdahalesi, Yasama Dergisi, Yıl: 2009, Sayı: 13, s. 85

hukuka uygunluğunu denetleyen yargı makamları, yürütme ve yasama organları karşısında tam bir bağımsızlığa sahip değillerse, yargı denetiminden beklenen yararlar büyük ölçüde sağlanamayacaktır²⁹. Bu nedenle yargının bağımsız bir organ olarak örgütlenmesi, mahkemelerin bağımsızlığı ile hakimlik teminatını düzenleyen anayasal hükümlerin varlığını gerektirmektedir³⁰.

Mahkemelerin bağımsızlığı hem organik hem de işlevsel olmalıdır. Organik bağımsızlık, mahkemelerin yasama ve yürütmeden bağımsız olarak örgütlenmeleri ve kendi özlük işlerini yine kendilerinin yürütmelerini ifade eder. İşlevsel bağımsızlık ise, hakimlerin görevlerini yerine getirirken bağımsız olmalarını³¹, yani görevlerini yerine getirirken siyasal ve dış etkenlerden uzak sadece hukuka ve kendi vicdani kanaatlerine göre karar verebilmelerini ifade eder.

Diğer taraftan bu bağımsızlık tarafsızlıkla birlikte ele alınarak çok önemli bir konuma büründürülmüş ve hatta uluslararası sözleşmelerde hakimlerin bir niteliği olarak değil, daha çok bir "hakkı" olarak değerlendirilmiştir³². Hakimlerin söz konusu bağımsızlığı ise, onların azledilemeyecekleri, öngörülen yaş haddinden önce re'sen emekliye sevk edilemeyecekleri anlamına gelen hakimlik teminatıyla sağlanabilir³³.

29 ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 127

30 YAZICI, s. 291; DUMAN, s. 23

31 ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, s. 126

32 GENÇ, s. 417-419; DUMAN, s. 23; ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, s. 126

33 YAZICI, s. 292

c-Tabii Hakim İlkesi

“Tabii mahkeme” veya “olağan mahkeme” ilkesi, uyuşmazlığı yargılayacak olan mahkemenin, o uyuşmazlığın doğmasından önce kanunen belli olması anlamına gelir³⁴. Buna göre, bir uyuşmazlık, ancak uyuşmazlığın doğumu anında görevli ve yetkili olan mahkeme tarafından yargılanabilecektir. Böylece tabii hakim ilkesiyle, davanın olaydan sonra çıkarılacak bir kanunla kurulacak bir mahkeme tarafından yargılanması yasaklanmakta, yani kişiye veya olaya özgü mahkeme kurma imkanı ortadan kaldırılmaktadır. “Tabii hakim (doğal yargıç)” ilkesinin doğal sonucu, “olağanüstü (istisnai) mahkemeler”in kurulmasının yasaklanmasıdır³⁵.

“Tabii hakim (olağan hakim)” ilkesi, yürütme ve hatta yasama organının yargılama faaliyetine müdahalesini önlemeye yarar. Zira, mahkemenin olaydan önce kanunla kurulması zorunluluğu, her şeyden önce yürütme organının mahkeme kurmasını yasaklamaktadır. Diğer taraftan, yasama organı da kurulmasından önce gerçekleşmiş olayları yargılamakla görevli ve yetkili mahkeme kuramayacaktır. Bu durum mahkemelerde yargılanacak olan kişilere büyük bir güvence sağlamaktadır. Çünkü onları yargılayacak mahkemeler, sırf onlar için kurulmamış, onları yargılayacak hakimler sırf onlar için atanmamıştır³⁶.

34 YAZICI, s. 295

35 GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitapevi Yayınları, Bursa, 2000, s. 844-845

36 GÖZLER, s. 845

d-Ceza Sorumluluğunun İlkeleri

Hukuk devletinin dayandığı unsurlardan biri de, ceza hukukunun çağdaş hukuk düzenlerinde kabul edilen bazı temel kavramlarından kaynaklanmaktadır. Bunlar, suçların ve cezaların kanuniliği, sanığın suçsuzluk karinesinden yararlanabilmesi, ceza sorumluluğunun şahsiliği gibi ilkelerdir. Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi, kimsenin işlediği zaman yürürlükte olan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı anlamına gelmektedir. Diğer taraftan bu ilke, kimseye suç işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği kuralını içermekte ayrıca ceza ve ceza yerine geçecek tüm tedbirlerin kanuni düzenlemelerden kaynaklanması gerektiğini de ifade etmektedir³⁷.

Suçsuzluk karinesi, bir suçtan dolayı kovuşturulan kişinin, suçluluğu mahkeme kararıyla sabit olmadıkça suçlu sayılmamasını³⁸ ceza sorumluluğunun şahsiliği ise, herhangi bir suç için öngörülen cezanın ancak o suçu işlediği ispat edilen kişiye, yani suçun failine, uygulanabileceğini ifade eder³⁹.

e-Hukukun Genel İlkelerine Bağlılık

Hukukun genel ilkelerine bağlılık hem kural koymada hem de kuralları uygulamada gözetilmesi gereken bir unsurdur. Evrensel düzeyde kabul gören hukuk ilkeleri belli bir anda somut içeriği tespit edilebilecek nitelikte olmayıp, hukuk anlayışındaki gelişmelere göre zaman içerisinde

37 YAZICI, s. 297

38 DÖNMEZER, Sulhi, Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul, 1998, s. 67

39 YAZICI, s. 297

değişkenlik gösterebilir. Bu mantıki bir zorunluluktur. Nitekim yerel ve uluslararası yargı organları da evrensel ilkeler kategorisinin içeriğini zamanla genişletmişlerdir⁴⁰.

Bununla birlikte hukukun genel ilkelerinin tanımlanmasında Milletlerarası Adalet Divanı Statüsünün 38'inci maddesi pozitif bir temel teşkil etmektedir. Bu maddede “uygar milletlerce tanınmış genel hukuk ilkeleri” milletlerarası hukukun kaynakları arasında sayılmıştır⁴¹.

Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi de hukukun genel ilkelerini, “hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkeler” şeklinde tanımlamıştır⁴².

2-Hukuk Devleti ve Anayasal Demokrasi

Hukuk devleti ile demokrasi iki farklı siyasi idealdir. Bu nedenle bu iki siyasi ideal arasında zaman zaman gerilim ve çatışma yaşanabilmektedir. Bununla birlikte hukuk devletinin demokrasiye benzer bir yönü de bulunmaktadır. Zira, hukuk devleti ilkesi, kurallara uymak bakımından devletle vatandaş arasında bir eşitlik tesis etmektedir. Buna göre, hukuka uymak yalnızca vatandaşlar için değil, devlet için de -hatta özellikle de onun için-bir zorunluluktur. Bunun pratik anlamı, bir hukuk devletinde vatandaşlar topluluğunun devlete tek taraflı olarak boyun eğmekle yükümlü olan bir “tebaa” konumunda görülemeyeceğidir. Zaten demokrasinin anlamı da budur⁴³.

40 ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, s. 133

41 ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 129

42 Bkz. Anayasa Mahkemesinin 27/03/1986 Tarih, 1985/31 Esas, 1986/11 Karar sayılı kararı, Anayasa Kararlar Dergisi, Yıl: 1987, Sayı: 22, s. 119-120

43 ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, s. 114

Gerçekten de bugün demokrasi, önce “hukuk”la tanımlanmakta ve yargı ile yenilenen devlet anlayışı “anayasal demokrasi”nin özelliği sayılmaktadır⁴⁴. Buna göre, demokratik devletler hukuk devletiyle birlikte kabul edilmektedirler. Sadece hukuk devleti değil, “demokratik hukuk devleti” kavram ve kurumları üzerinde durulmaktadır. Hukuk devleti ilkesi, demokrasilerin vazgeçilmez unsurudur ve bu nedenle de -1982 Anayasa’sında olduğu gibi- anayasaların değiştirilemezleri arasındadır. Demokrasi ilkesinin değiştirilmezliğinde, seçimsiz demokrasi olamayacağı gibi, hukuksuz demokrasi de olamaz⁴⁵.

Diğer taraftan demokrasi de hukuk devletinin zorunlu bir unsurudur⁴⁶. Gerçekten de bir hükümdar (monark), bir diktatör yönetiminde hukuk devleti olamaz. Hukuk devleti, siyasi otoritenin sınırlandırılarak, azınlıkta kalanların hak ve özgürlüklerinin korunmasını da amaçladığı için, demokratik hukuk devletinde, meşruiyetin kaynağı olarak, çoğunluğun tercihi anlamında salt ulusal iradeye paralel olarak, onunla birlikte insan hakları şeklinde yeni bir meşruiyet kaynağı da ortaya çıkmaktadır. Bu yeni meşruiyet kaynağı ile sınırsız demokrasi yerini, temel haklarla sınırlı demokrasi anlayışına bırakmaktadır. Her ne kadar, demokratik rejimler, şekil olarak çoğunluğun yönetimi esasına dayalı ise de, bu çoğunluk yönetimi, azınlığın hakları ile sınırlı bir yönetimdir.

44 ÇAĞLAR, Hukuk ve Demokrasi, s. 249

45 ŞAHBAZ, İbrahim, AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl: 2008, Cilt: 25, s. 230

46 GENÇ, s. 424

Dolayısıyla, demokratik çoğunluğun, hak ve özgürlüklere ilişkin hukuk devleti güvencelerini ortadan kaldırmaya hakkı yoktur⁴⁷.

Anayasal demokrasi düşüncesinin temel amacı, iktidar karşısında birey haklarını garanti altına alma, koruma ve geliştirme olduğu için, anayasal demokrasi kavramını, demokratik hukuk devleti veya hukukun egemen olduğu bir çizgide yürüyen demokrasi olarak da ele almak mümkündür⁴⁸.

Hukuk devleti ile demokrasinin anayasal demokrasi zemininde buluşabilmesi için, bir takım şartların yerine gelmesi gerekmektedir. Bunlar: 1) Siyasi iktidarın sınırlılığı ve azınlık hakları ile sınırlı çoğunluk yönetimi, 2) İnsan haklarıyla sınırlı milli irade, 3) Kamu iktidarının keyfiliğe kaçmaması, hukukla kayıt altına alınmış olması, 4) Her türlü kamusal tasarrufun yargısal denetime tabi olması, 5) Çoğulculuk, 6) Tek/resmi doğru yasağı, 7) Devletin her türlü siyasi ve dini düşünce ve kanaatler karşısında tarafsızlığı, 8) Düşünce suçunun olmaması, 9) İnsan haklarının güvencede olması, 10) Serbest ve hür seçimler, 11) Çok partili siyasi hayat⁴⁹.

Anayasal demokrasilerde demokratik kurumların anayasa çerçevesinde hareket etmeleri gerekir. Bu nedenle bir anayasal demokraside seçilmiş organların (bu arada

47 ÖZKAN, s. 104

48 TÜRKYILMAZ (<http://www.turkhukuksitesi.com>); Bununla birlikte hukuk devleti kavramı, anayasal demokrasi kavramından daha geniştir. Bkz. FENDOĞLU, H. Tahsin, Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında "Bağımsız Ölçü Norm" veya "Destek Ölçü Norm" Sorunu, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl: 2000, Cilt: 17, s. 363

49 SELÇUK, Sami, Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 1998, s. 13-78 (ÖZKAN, s. 104, dn. 65'ten naklen)

parlamentoların) da yetkileri sınırsız değildir. Buna göre, seçilmiş olmak hiç bir organ veya kişiye dilediğince ve keyfince davranmak, sınır tanımamak yetkisini vermez. Belirli makamlara seçilen kişiler, ancak Anayasanın o makamlara tanıdığı yetkiyi kullanmaları kaydıyla seçtikleri makamın bahsettiği yetkileri kullanabilirler. Bundan dolayı, bir anayasal rejimde demokratik meşruluğu en dolaysız olan parlamento dahi kendi yetkisini nihai olarak kendisi tayin edemez. O da diğer anayasal organlar gibi, kendisine Anayasanın tanıdığı yetki alanı içerisinde faaliyet göstermekle yükümlüdür.

Bu bakımdan anayasal demokrasilerde “parlamentonun üstünlüğü” sadece diğer organ ve makamlara nispetle söz konusu olup, bu demokratik ilke, parlamentonun yetkilerinin sınırsız olduğu anlamına gelmez⁵⁰.

Anayasal demokrasilerde öne çıkan en etkili kurum anayasa mahkemesidir. Anayasa mahkemeleri anayasal hak ve özgürlükleri siyasi iktidarlar karşısında etkili bir şekilde korudukları takdirde varlık nedenlerine uygun davranmış olacaktırlar. Bu da mahkemelerin kanunların anayasallığı denetimini yaparken “hak-eksenli” bir yaklaşımı benimsemelerini zorunlu kılmaktadır⁵¹.

Gerçekten de, hukukun egemen olduğu bir çizgide yürüyen demokrasinin kurulmasında anayasa yargısının özel bir yeri ve önemi vardır. Anayasa yargısı hem halkın özgürlüğünün hem de hukuk devletinin güvencesidir. Nitekim bir güvence kurumu olmak, anayasa yargısının varlık nedenidir⁵². Bu nedenle Anayasa Mahkemeleri siyaset

50 ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, s. 86

51 ARSLAN, http://www.kav.org.tr/sayfalar/projeler/kav_bildiri.pdf.

52 ERDOĞAN, Anayasa Hukuku, s. 118

oluşumu sürecindeki etkileri nedeniyle bu sürecin “kuru-
cu” aktörleri arasında kabul edilmektedirler⁵³.

Anayasa Mahkemelerinin siyasal sistemin kurucu aktörlerinden biri olma işlevini insan haklarına ve hukukun genel ilkelerine aykırı kanunları iptal etme sürecindeki yeniden hukuk oluşturma ve genel olarak yapmış olduğu denetimler sırasındaki anayasal düzeni ve hukuku yorumlama yollarıyla gerçekleştirirler. Bu anlamda demokrasi anayasa yargıcı tarafından sürekli yenilenmektedir ki bu nedenle anayasal demokrasiye “sürekli demokrasi”de denilmektedir⁵⁴.

Bununla birlikte, anayasa yargısının ve anayasa yargıcının bu konudaki rolünü de abartmamak gerekir. “Anayasal demokrasi” adına, anayasa yargıcının neredeyse yarılmaz olduğunu düşünmek de yanıltıcıdır. Zira, her şeyden önce, anayasal demokrasi eğer aynı zamanda bir “hukuk devleti demokrasisi” ise, o zaman, yargıçların aşırı aktivizminin oluşturacağı keyfilik eğiliminin hukuki belirlilik ve güvenliği zedeleyebileceği de göz önünde tutulmalıdır⁵⁵.

Son olarak anayasal demokrasinin “anayasal” olsa da sonuçta hala bir “demokrasi” olduğu unutulmamalıdır. Özellikle, Türkiye gibi “bürokratik yönetim”in bir tür resmi ideolojiye dönüştüğü modernleşmecı ülkelerde, anayasa yargısının aktivizmi vatandaşlar aleyhine olarak ideolojik

53 ÇAĞLAR, “Anayasal Demokrasi”, s. 238-239

54 ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, s. 27; FENDOĞLU, s. 363; Bununla birlikte mahkemelerin liberal anayasal demokrasiye geçişte katkısının bulunması milletin o yönde iyi bir başlangıç yapmasına bağlıdır. Bkz. ÖZBUDUN, Ergun, Demokrasiye Geçiş ve Demokrasinin Pekişmesi Sürecinde Anayasa Mahkemelerinin Rolü, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl. 2007, Cilt: 24, s. 363

55 ERDOĞAN, Anayasa Hukuku, s. 118

devletin takviyesine hizmet edebilir. Her ne kadar anayasanın “güvence sağlayıcı” özelliğinin zayıf olduğu durumlarda, yargısal aktivizmin bu eksiği bir ölçüde telafi edileceği düşünülebilirse de bu büyük ölçüde anayasa hakimlerinin formasyonlarına ve “anayasacılık bilinci”ne sahip olmalarına bağlıdır⁵⁶.

SONUÇ

Hukuk devleti ve demokrasi arasında güçlü bir bağ bulunmaktadır. Demokrasi en genel tanımıyla yönetenlerin serbest, yarışmacı ve adil seçimlerle seçildiği, yönetim faaliyetlerinden dolayı hesap verip sorumlu tutulduğu, vatandaşların çeşitli araçlarla serbest bir şekilde karar alma sürecine katıldığı, insan haklarına dayalı bir sistem olarak kabul edildiğinde bu unsurların en güçlü teminatı hukuk devleti ve bu ilkelerin dayandığı kurumsal mekanizmalar olacaktır. Bu yüzden, hukuk devleti ilkesinin demokrasinin olmazsa olmaz koşulu olduğunun ileri sürülmesi abartılı bir iddia değildir⁵⁷.

Gerçekten de ciddi bir dejenerasyon ve deformasyon içinde olan demokrasi bugün için halk egemenliğini ifade etmekten çok uzaklaşmıştır. Bu günkü şekliyle yürürlükte bulunan “temsili sınırsız demokrasi” gerçek demokrasi idealinden çok uzak bir yönetim modelidir. Buna göre, gerçek demokrasi idealine en yakın ve doğru olan demokrasi modeli “anayasal demokrasi”dir⁵⁸.

56 ERDOĞAN, Anayasa Hukuku, s. 119

57 YAZICI, s. 299

58 AKTAN, Coşkun Can, 21. Yüzyıl ve Anayasal Demokrasi, s. 606

Bu nedenle demokrasiyi yeniden inşa etmek için mücadele etmeden önce demokrasiyi yeniden tanımlamak gerekmektedir. Gerçek demokrasi idealine daha fazla ulaşabilmek için “anayasal demokrasi”nin gerekli olduğuna inanılmalıdır. Zira, anayasal demokrasi, iktidarı anayasa ve anayasacılığın teknikleri ile sınırlamayı amaçlamaktadır. Bu bağlamda ilk olarak, “iktidarları niçin sınırlamak gerekir?” sorusu sorulmalı, iktidarların güç ve yetkilerinin sınırsızca ve sorumsuzca kullanılmasının doğru olmadığına inanıldıktan sonra da, iktidarları sınırlayacak araçlar ya da yöntemleri bulma mücadelesine girilmelidir⁵⁹.

Bununla birlikte, bir siyasal sistemin demokratikleşmesini, demokrasinin pekişmesini sadece hukuk mühendisliğine indirgemek yanlıgısına da düşülmemelidir. Zira demokrasi, ekonomik, siyasi, sosyal, kültürel bir çok değişkenin birbirine eklenmesinin bir sonucudur. Siyasi ve hukuki kurumlar demokrasinin kurulmasında olduğu kadar, pekişme sürecinde de etkili olacaklardır. Ancak, bir yönetimde demokrasiyi vazgeçilmez yaşama biçimi haline dönüştüren asıl etken, farklı kurumların, aktörlerin, liderlerin, aralarında -ekonomik, sosyal, siyasal, kültürel, etnik, dilsel, dinsel ve mezhepsel-çeşitli ayrılıklar bulunan grupların uzlaşma, hoşgörü, müzakere ve pazarlık yeteneğine ulaşması ve bunu davranış biçimi haline getirmesidir⁶⁰. Bu koşulların yerine gelmesi halinde 21. Yüzyıl, temsili demokrasinin yeniden tanımlandığı ve “temsili vekalet” ilkesinin değil “sınırlı vekalet” ilkesinin geçerli olacağı bir anayasal demokrasi çağı olacaktır⁶¹.

59 AKTAN, Coşkun Can, İktidarın Sınırlandırılması ve Anayasal Demokrasi, <http://www.koprudergisi.com> (indirme tarihi: 17/03/2011)

60 YAZICI, s. 299

61 AKTAN, Coşkun Can, Turgut Özal'ın Anayasal Demokrasi ve Anayasal İktisat Üzerine Düşünceleri, Yeni Türkiye Dergisi, Yıl: 1999, Sayı: 29, s. 620

KAYNAKÇA

AKTAN, Coşkun Can, 21. Yüzyıl ve Anayasal Demokrasi, Yeni Türkiye, Yıl: 1999, Sayı: 29, s. 600-606

AKTAN, Coşkun Can, İktidarın Sınırlandırılması ve Anayasal Demokrasi, <http://www.koprudergisi.com> (indirme tarihi: 17/03/2011)

AKTAN, Coşkun Can, Turgut Özal'ın Anayasal Demokrasi ve Anayasal İktisat Üzerine Düşünceleri, Yeni Türkiye, Yıl: 1999, Sayı: 29, s. 613-620

ALTINTAŞ, Mustafa, Anayasal Demokrasi İçin Ekonomik Demokrasi, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl: 1993, Cilt: 10, s. 111-185

ARSLAN, Zühtü, "Yeni Anayasa" Taslağında Anayasa Mahkemesi http://www.kav.org.tr/sayfalar/projeler/kav_bildiri.pdf. (indirme tarihi: 10/03/2011)

BEDER, Bülent-ALTUNDIŞ, Mehmet, Yasama ve Yürütme Fonksiyonlarının Yargı Bağımsızlığına Müdahalesi, Yasama Dergisi, Yıl: 2009, Sayı: 13, s. 85-121

ÇAĞLAR, Bakır, Avrupa Yeni Mekanında Kurumsallaşma: Hukuk ve Demokrasi, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl: 1992, Cilt: 9, s. 233-282

ÇAĞLAR, Bakır, "Hukuk"la Kavranan "Demokrasi" Ya da "Anayasal Demokrasi", Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl: 1993, Cilt: 10, s. 233-276

DAVUT, Şevki, Hukuk Devletinin Olmazsa Olmazı: İptal Davası, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl: 2010, Cilt: 84, Sayı: 2010/3, s. 1457-1476

DEMİRKOL, Selami, İdari Yargı Denetiminin Sınırı, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl: 1996, Cilt: 70, Sayı: 7-8-9, s. 383-411

DÖNMEZER, Sulhi, Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998

DUMAN, İlker Hasan, Güncel Ve Somut Sorunlarda Hukuk Devleti, Şeker Matbaacılık, İstanbul, 2003

ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2003

ERDOĞAN, Mustafa, Anayasa Hukuku, Orion Yayınevi, Ankara, 2005

FENDOĞLU, H. Tahsin, Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında "Bağımsız Ölçü Norm" veya "Destek Ölçü Norm" Sorunu, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl: 2000, Cilt: 17, s. 363-384

GENÇ, M. Zeki, Anayasalar Açısından Yargı Bağımsızlığının Kuvvetler Ayrılığı ile İlişkileri, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl: 1992, Cilt: 66, Sayı: 4-5-6, s. 417-480

GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000,

KABOĞLU, İbrahim. Ö, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2009

ÖZBUDUN, Ergun, Demokrasiye Geçiş ve Demokrasinin Pekişmesi Sürecinde Anayasa Mahkemelerinin Rolü, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl. 2007, Cilt: 24, s. 359-364

ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009

ÖZKAN, Gürsel, Anayasa Mahkemesine Göre Hukuk Devletinin Anlamı ve Yargının Konumu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 2010, Cilt: 1, Sayı: 1, s. 81-134

ÖZOK, Özdemir, “Demokrasi ve Yargı” Konu Başlıklı Uluslararası Sempozyumda Yapmış Olduğu 04.01.2005 Tarihli Açılış Konuşması, <http://www.istanbulbarosu.org.tr> (indirme tarihi: 05.03.2011)

SELÇUK, Sami, Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 1998

ŞAHBAZ, İbrahim, AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl: 2008, Cilt: 25, s. 229-289

TANÖR, Bülent-YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005

TÜRKYILMAZ, Murat, Hukuk Devleti İlkesi Ve Güçler Ayrılığı Anayasal Demokrasinin Temel Güvencesini Oluşturur: AB Açısından Değerlendirme, <http://www.turkhukuksitesi.com> (indirme tarihi: 05.03.2011)

YAZICI, Serap, Hukuk Devleti ve Demokrasi, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl: 1999, Cilt: 73, Sayı: 4-5-6, s. 259-301



İFLÂSIN ERTELENMESİ SÜRECİNDE ATANACAK KAYYIMIN SORUMLULUĞU

Özlem KAYHAN ÇETİN ()*

ANLATIM DÜZENİ: I-GİRİŞ, II-İFLÂSIN ERTELENMESİ SÜRECİNDE ATANACAK KAYYIMIN HUKUKİ SORUMLULUĞU, 1-Hukukî Niteliği, 2-Devletin Sorumluluğunun Şartları, A.Hukuka Aykırılık, B.Kusur, C.Zarar, D.İllet Bağı, 3-Tazminat Davası, A.Genel Olarak, B.Davanın Görüleceği Mahkeme ve Tarafları, C.Zamanaşımı, D.Devletin Sorumlu Kayyıma Rücu Etmesi, III-İFLÂSIN ERTELENMESİ SÜRECİNDE ATANACAK KAYYIMIN DİSİPLİN SORUMLULUĞU, IV-İFLÂSIN ERTELENMESİ SÜRECİNDE ATANACAK KAYYIMIN CEZAİ SORUMLULUĞU, 1-Kayyımın Türk Ceza Kanunu Anlamında Konumu, 2-Kayyımın İşleyebileceği Suçlar, V-SONUÇ ve KANAATİMİZ, KAYNAKÇA

I-GİRİŞ

İflâsın ertelenmesi, asliye ticaret mahkemesine, borca batık durumda olan bir sermaye şirketi veya kooperatif hakkında iflâs kararı vermekten, belli şartların varlığı ha-

(*) *Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi.*

linde geçici olarak kaçınma olanağı veren ve iflâsın önlenmesine hizmet eden bir kurumdur¹. Bu kurum, hukukumuzda uzun zamandan beri mevcut olan, ancak 4949 sayılı Kanun ile tüm sermaye şirketleri (ve kooperatifler) bakımından işlerlik kazanmış bulunan bir hukukî çaredir. İcra ve İflâs Kanunu'nda 4949 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan iflâsın ertelenmesi müessesesi, Türk Ticaret Kanunu'nun 324'üncü maddesinin ikinci fıkrasında ve Kooperatifler Kanunu'nun 63'üncü maddesinde düzenlenmişti. Ancak, o dönemde, anılan hükümlerin açık ve yetersiz olması nedeniyle, adeta unutulmuş gibiydi. İflâsın ertelenmesinin İcra ve İflâs Kanunu'nun 179'uncu madde-

- 1 **Akil**, Cenk: İflâsın Ertelenmesinde Muhafaza Tedbirleri- Özellikle Kayyımlık (BATİDER., C. XXV, 2009/ III, s. 229-258), s.230; **Atalay**, Oğuz: İflâsın Ertelenmesi (Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 49-99), s.50; **Atalay**, Oğuz: Borca Batıklık ve İflâsın Ertelenmesi, 2.B., İzmir 2006, s.65; **Atalay**, Oğuz: İflâs Hukukundaki Yenilikler (YTÜHFD., C.I, 2005/2, s.485-502), s.489; **Balcı**, Şakir: İflâsın Ertelenmesi Usul ve Esaslar, 2.B., İzmir 2007, s.240; **Deliduman**, Seyithan: İflâsın Ertelenmesinin Etkileri, Kocaeli 2008, s.8; **Ermeneek**, İbrahim: İflâsın Ertelenmesi, Ankara 2009, s.86; **Günel**, Mete: İflâs Davaları ve İflâsın Ertelenmesi, Ankara 2006, s.192; **Güralp**, Ayşe Gülin: İflâsın Ertelenmesinde Kayyım Atanması (Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, İzmir 2005, s.57-78),s.58; **Kılıçoğlu**, Evren: İflâsın Ertelenmesinin Konkordato ve Uzlaşma Yolu ile Yeniden Yapılandırma Kurumlarıyla Karşılaştırılması (Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 451 - 468),s. 452; **Kuru**, Baki: Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflâsı (AD., 1970/ 10, s. 621 - 634), s.627; **Kuru**, Baki: İcra ve İflâs Hukuku, El Kitabı, 2.B. (Tıpkıbasım), İstanbul 2006, s.998; **Muşul**, Timuçin: İflâsın Ertelenmesi, İstanbul 2008, s.17; **Özekes**, Muhammet: İflâsın Ertelenmesi (Legal, 2005/ Eylül, s.3249-3283), s.3251,3253; **Öztek**, Selçuk: İflâsın Ertelenmesi (Bankacılar Dergisi, 2005/ 53, s. 23-71), s.30; **Pekcanitez**, Hakan /**Atalay**, Oğuz / **Sungurtekin Özkan**, Meral / **Özekes**, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, 5.B., Ankara 2007, s. 355, 356 ve 423; **Pekcanitez**, Hakan: Anonim Şirketlerin İflâsı, Ankara 1991, s.48 ve 49; **Pekcanitez**, Hakan: İflâsın Ertelenmesi (İBD., 2005/2, s.323-358),s.358; **Sayhan**, İsmet: Anonim Şirketlerde Aktiflerin Pasifleri Karşılıyamasının Sonucu Olarak İflâs ve İflâsın Ertelenmesi (BATİDER., C. XXIII, 2005/ 11, s. 77-121), s.97; **Toraman**, Barış: İcra ve İflâs Kanunu'na Göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde İflâsın Ertelenmesi Talebi, Ankara 2007, s.30; **Üstündağ**, Saim: Türk Ticaret Kanunu'nun 324. Maddesinin Üçüncü Fıkrası Üzerine Düşünceler (Günümüzde Yargı, 1980, s. 17-20), s.18; **Yıldırım**, Kamil: 4949 Sayılı Kanun'un Getirdiği Değişikliklerle İcra İflâs Kanununda Yer Alan İptal Davalarına ve İflâsın Ertelenmesine İlişkin Yeni Hükümler (YTÜHFD., C. I, 2005/ 2, s. 471 - 484), s.483.

sinde ayrıntılı olarak düzenlenmesi ile birlikte, uygulamada en çok rağbet gören kurumlardan birisi olmuştur². Hızla artan iflâsın ertelenmesi talepleri, çok sayıda yeni sorunun ortaya çıkmasına da sebebiyet vermiştir. Bu durum ise, iflâsın ertelenmesi kurumunun kendisinden beklenen amacı gerçekleştirmesinde en etkin rolü oynayan kayyımın, sık sık gündeme gelmesine ve adından söz ettirmesine neden olmaktadır. İflâsın ertelenmesi prosedüründe kayyım, hukukî statüsü, hakları, yükümlülükleri, görevleri, yetkileri ve sorumluluğu açık ve net bir biçimde ortaya konulamamış olan bir görevlidir. Uygulamada, iflâsın ertelenmesi kurumuna getirilen eleştirilerden birisi de, erteleme kararı ile birlikte atanan kayyımın, hukukî statüsündeki ve sorumluluğundaki belirsizlik halleridir.

Bu çalışmada, iflâsın ertelenmesi bağlamında atanan kayyımın sorumluluğu ortaya konulacaktır.

II-İFLÂSIN ERTELENMESİ SÜRECİNDE ATANACAK KAYYIMIN HUKUKİ SORUMLULUĞU

1- Hukukî Niteliği

İcra ve İflâs Kanunu'nda, kayyımın hukukî sorumluluğuna ilişkin herhangi bir düzenleme yer almadığından, doktrinde, kayyımın hukukî sorumluluğunun hangi esaslara göre tayin edileceği konusunda değişik görüşler ortaya atılmıştır.

2 **Başözen**, Ahmet: İflâsın Ekonomik Analizi (MİHDER., C.II, 2006/5, s.929-942), s.939.

Bir görüşe³ göre, Türk Ticaret Kanunu'nun 450'nci maddesinin yaptığı atıf sebebi ile kayyımın, hukukî sorumluluğunun tasfiye memurlarının hukukî sorumluluğuna ilişkin hükümlere tabi olduğu kabul edilmektedir⁴ (TTK m.224 ve 219,IV). Bu durumda kayyım, kusursuz olduğunu ispat etmedikçe sorumlu olur (TTK m.224,I). Aynı şekilde, kayyımın verdiği zararlardan dolayı, borçlu şirket de sorumlu olur⁵ (TTK m.219,IV).

Bir başka görüşe⁶ göre ise kayyım, tıpkı tasfiye memurları gibi olağanüstü şartlarda tayin edilen bir organdır. Kayyım, fiilî bir organ değildir. Kayyımın sadece tasdik yetkisiyle donatılmış olması halinde dahi, onun organ olma sıfatı mevcuttur. Zira kayyımın organ olarak kabul edilebilmesi için mutlaka yönetim yetkisiyle donatılmış olması gerekmez. Bu sebeple kayyımın hukukî sorumluluğu, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen Türk Ticaret Kanunu m. 336 vd. hükümlerine tabi olmalıdır. Ayrıca kayyım, hukukî işlemleri ve bütün diğer fiille-

3 **Atalay-Armağan**, s.80; **Atalay-Borca Batıklık**, s.144; **Balcı**, s.290; **Özekes**, s.3278; **Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özekes**, s.438; **Pekcanitez-Erteleme**, s.348; **Sayhan**, s.110; **Taşpınar Ayvaz**, Sema: İcra - İflâs Hukukunda Yeniden Yapılandırma, Ankara 2005, s.346; **Türk**, Ahmet: Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukukî Sonuçları, Ankara 1999s.356. Türk'e göre; ortaklıkla kayyım arasında sözleşmeden doğan bir hukukî ilişki yoktur. Ancak kayyımın işlemlerinden ve fiillerinden zarar görenlerin korunması açısından bu görüş yerindedir (**Türk**, s.356). İsviçre doktrininde hâkim olan görüşe göre, kayyım için tasfiye memurlarının sorumluluğuna ilişkin hükümler (TTK m.450,m.224) uygulanmalıdır (**Atalay-Armağan**, s.80 dn. 149).

4 **Atalay-Borca Batıklık**, s.144; **Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özekes**, s.438; **Taşpınar Ayvaz**, s.347; **Türk**, s.356.

5 **Taşpınar Ayvaz**, s.347; **Türk**, s.356.

6 **Öztek, Selçuk**: İflâsın Ertelenmesi, İstanbul 2007, s.138,139; **Kayar**, İsmail: İflâsın Ertelenmesinde Kayyım (Prof. Dr.Hüseyin Ülgen'e Armağan, C.II, İstanbul 2007, s. 1905-1928), s.1925.

riyle şirketi ya da kooperatifi sorumluluk altına sokabilir (TMK m.50)⁷. Kayyımın sorumluluğu, yönetim kurulu üyelerinin müteselsil veya şahsi sorumluluğunu gerektiren sebeplere bağlı ve kusura dayalı hukukî sorumluluktur⁸. Yönetim kayyımı atanan durumlarda kayyım, yönetim organının yetkilerini kullandığına göre onun sorumluluğunu da üstlenmelidir. Yönetim kurulu üyeleri arasında, usulüne uygun görev taksimi yapılan veya yönetim yetkisinin usulüne uygun olarak murahhaslara bırakıldığı durumlarda, diğer yönetim kurulu üyeleri sorumluluktan kurtulduğuna göre, mahkeme kararıyla yönetim yetkisi elinden alınan yönetim kurulu üyeleri de artık sorumlu tutulmamalıdır. Yönetim organının kararlarının ve işlemlerinin kayyımın onayına tâbi kılındığı durumlarda ise, Türk Ticaret Kanunu'nun 336 ve devamı maddeleri hükümlerine göre ortaya çıkan zararlardan sorumluluk, yönetim organı ve kayyım tarafından paylaşılmalıdır. Kayyımın onay vermemek (veto) suretiyle engelleyebileceği işlemlere onay vermesi sebebiyle, şirket veya kooperatif ya da üçüncü kişiler zarar görmüş ise, bundan kayyım da sorumlu olmalıdır. İflâsın ertelenmesi, esasen bir iflâs veya tasfiye müessesesi değil, malî durumu bozulan şirketin veya kooperatifin, sunulan iyileştirme projesi çerçevesinde yaşatılmasına yönelik bir müessesedir. Nitekim kayyım, bir takip hukuku organı veya icra iflâs dairesi görevlisi değildir. Bu bakımdan da kayyımın sorumluluğu bakımından tasfiye

7 **Öztek**-Erteleme, s.138; **Muşul**, s.149.

8 Yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Helvacı**, Mehmet: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukukî Sorumluluğu, İkinci Basım, İstanbul 2001, s.29 vd.; **Deryal**, Yahya:Ticaret Hukuku Ders Kitabı, 6.B, Trabzon 2002,s.269 vd.; **Poroy**, Reha / **Tekinalp**, Ünal / **Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10.B., İstanbul 2005, s.334 vd.

memurlarının sorumluluğu yerine, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin esas alınması yerinde olur⁹.

Yukarıda açıklanan her iki görüş de, doktrinde¹⁰ haklı olarak eleştirilmiştir. Her şeyden önce kayyım, mahkeme tarafından atanan resmî bir kamu görevlisidir. Tasfiye memurları ile yönetim kurulu ise şirket ya da kooperatif tarafından atanmaktadır. Bu görüşler, bir taraftan kayyımı resmî organ statüsünde kabul etmekte, diğer taraftan kayyımın resmî sıfatının varlığını göz ardı ederek, onun hukukî sorumluluğunu tasfiye memurları ve yönetim organının sorumluluğunda olduğu gibi özel hukuk hükümlerine göre belirlemeye çalışmaktadır¹¹.

İflâsın ertelenmesi, bir iflâs ya da tasfiye kurumu değil malî durumu bozulan şirket veya kooperatifin, sunduğu iyileştirme projesi çerçevesinde yaşatılmasına yönelik bir kurumdur. Kayyım, alacaklıların, borçlunun ve kamunun menfaatlerini objektif ve tarafsız olarak korumakla ve dengelemekle yükümlüdür. Dolayısıyla kayyım, sadece şirketin ya da kooperatifin temsil ve idare edilmesi amacıyla atanamaz¹². Oysa tasfiye memurları, tasfiyesine karar verilmiş bir şirketin, tasfiye amacı sınırları içinde idare ve temsil edilmesi; yönetim kurulu ise, şirket ya da kooperatif adına ve hesabına işlem yaparak şirketin veya kooperatifin menfaatlerinin koruması için görev yapar¹³. Görü-

9 **Kayar**, s.1925.

10 **Ermenek**, s.316 vd.

11 **Ermenek**, s.316.

12 **Ermenek**, s.317.

13 **Ermenek**, s.317.

lüyor ki, kayyımın görev ve yetkileri, yönetim kurulunun görev ve yetkilerinden tamamen farklıdır. Bu sebeple kayyımın sorumluluğu, tasfiye memurlarının ve yönetim kurulunun sorumluluğuna göre belirlenemez¹⁴.

Kayyım, sermaye şirketi veya kooperatifin bir organı olarak da nitelendirilemez¹⁵. Bir tüzel kişiliğin organından bahsedebilmek için bazı şekli ve maddî kriterlerin bulunması gerekir. Organ niteliğinin tayininde aranan maddî kriter, tüzel kişinin iradesinin oluşumuna ya da açıklanmasına iştirak etme veya temsil görevine katılma; şekli kriter ise kanunda gösterilmiş olma, statüde gösterilmiş olma veya hâkim tarafından atanmadır¹⁶. Kayyımın, maddî kriteri taşıdığı konusunda tereddüt yoktur¹⁷. Hâkim tarafından atanması nedeniyle kayyımın, şekli kriterlerden birisini taşıdığı düşünülebilir. Ancak, organların atanması bakımından aslî yetki, kurucular kurulu veya genel kuruldadır. Hâkimin organlar bakımından atama yetkisi, ikincil bir yetki olup; mahkeme, re'sen organ atayamaz¹⁸. Bu konuda, tüzel kişiliğin bir talebinin bulunması gerekir. Oysa, kayyım atanması bakımından, aslî yetki doğrudan iflâsın ertelenmesine karar veren mahkemeye aittir ve tüzel kişiliğin bir talepte bulunmasına gerek yoktur. Hâkim, bu konuda re'sen atama yetkisine sahip olup, kurucular

14 **Ermenek**, s.317

15 **Ermenek**, s.317.

16 **Ermenek**, s.317 dn. 206; **Öztañ**, Bilge: Medenî Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970, s.32 vd; **Helvacı**, s.3 vd.; **Tandoğan**, Haluk: Hükmi Şahısların Anonim Şirket İdare Meclisinde Temsili (BATİDER, C.I,1961/1, s.3-35), s. 24.

17 **Ermenek**, s.317 dn.206.

18 **Ermenek**, s.317 dn.206.

kurulunun mahkeme tarafından atanacak kayyımı, ana sözleşmede gösterme veya genel kurulun, atanacak kayyımı tayin etme veya onun görevine son verme gibi ne birincil derecede ne de ikincil derecede bir yetkisi yoktur¹⁹. Açıklanan sebeplerle, kayyımın mahkeme tarafından atanmış olması amaçsal olarak şekli kriteri karşılamaz²⁰. Ayrıca, kayyımın, hukukî işlemleri ile tüzel kişiliği sorumluluk altına sokması, temsil yetkisi ile açıklanır²¹. Bu durum, kayyımın organ sayılabilmesi için tek başına yeterli değildir. Genel kurulun, erteleme süresince kayyımı bağlayıcı şekilde kararlar alamaması veya kayyımın görevini sona erdirememesi de kayyımın şirketin ya da kooperatifin organı olamayacağına bir başka göstergesidir²². İflâsın ertelenmesinin amacı, borçlunun ve alacaklıların haklarının ve kamunun menfaatlerinin korunması olduğundan, kayyımın şirket veya kooperatifin bir organı sayılması, bu amaçla ve kayyımın resmî sıfatı ile bağdaşmaz²³.

Bir başka görüş²⁴, kayyımın hukukî sorumluluğu yönünden Türk Medenî Kanunu hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması gerektiğine işaret etmektedir. Türk Medenî

19 **Ermenek**, s.317 dn.206.

20 **Ermenek**, s.317 dn. 206.

21 **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 11.B, İstanbul 2009, s.386; **Ermenek**, s.318; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.-Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7.B., Ankara 2006, s.158; **Oğuzman**, Kemal / **Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6.B., İstanbul 2009, s.176 vd.; **Tekinay**, Selahattin Sulhi / **Akman**, Sermet / **Burcuoğlu**, Haluk / **Altıntop**, Atilla : Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7.B., İstanbul 1993, s.185.

22 **Ermenek**, s.318.

23 **Ermenek**, s.317 vd.

24 **Aydemir**, **Efrail** / **Çağlar**, **Enis**: Sermaye Şirketleri, Kooperatifler ve Kobi'lerde İflâsın Ertelenmesi ve Borçların Yapılandırılması, Ankara 2007.s.96-97; **Çavdar**, **Seyit** / **Biçkin**, **İnci**: İflâs ve İflâsın Ertelenmesi, Ankara 2006., s.109.

Kanunu'nun 466'ncı maddesinde, vesayet organları ve vesayet işleriyle görevlendirilmiş olan diğer kişilerin görevlerini yerine getirirlerken iyi bir yönetimin gerektirdiği özeni göstermekle yükümlü oldukları; 467'nci maddesinde ise vasinin görevini yerine getirirken kusurlu davranışıyla vesayet altındaki kişiye verdiği zarardan sorumlu olacağı, kayyım ve yasal danışmanlar hakkında da aynı hükmün uygulanacağı vurgulanmıştır. Anılan kanunun 468'inci maddesi, vasi, kayyım ve yasal danışmanların verdikleri ve onlara tazmin ettirilemeyen zararlardan, Devletin sorumlu olacağı hususunu içermektedir. Devletin, zararın meydana gelmesinde kusurlu olanlara rücu hakkının bulunduğu ve zararın doğmasına kusurları ile sebebiyet vermiş olanların, rücu hakkını kullanan Devlete karşı zincirleme şekilde sorumlu olacakları ifade edilmiştir. İşte, iflâsın ertelenmesi kararıyla birlikte ilgili atanan kayyımın da, mahkeme kararında belirlenen yetkilerin dışına çıkarak bir zarara sebebiyet vermesi halinde, yukarıda açıklanan esaslar çerçevesinde sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Her şeyden önce iflâsın ertelenmesi prosedüründe atanan kayyım, vesayet hukukunun dışında, borçlunun ve alacaklıların menfaatlerini aynı ölçüde gözeten resmî bir devlet organı (kamu görevlisi)dir. Burada, Türk Medenî Kanunu'nun 426'ncı ve devamı maddeleri anlamında bir kayyımlik söz konusu olmadığından, vesayet hukukunun kayyım için uygulanabilir hükümleri, iflâsın ertelenmesi kararı ile (m.179/a) atanan kayyım için uygulanamaz. Bu görüş, kayyımın resmî sıfatının varlığını göz ardı etmektedir. Bu nedenle, onun sorumluluğunun özel hukuka ilişkin hükümler çerçevesinde tayini mümkün değildir.

Diğer bir görüşe²⁵ göre, kayyımın hukukî sorumluluğu, kamu hukuku kuralları çerçevesinde değerlendirilmedir. Zira iflâsın ertelenmesi prosedürünü yürüten kayyım, objektif ve tarafsız olarak faaliyet gösteren bir kamu görevlisidir. Kayyımın verdiği zararlardan dolayı hukukî sorumluluğuna ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığına göre, kayyım hakkında 1982 Anayasası'nın 177'inci maddesinin "e" bendi gereği, anayasa hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanması gerekir²⁶. Bu düzenlemeye göre, "Anayasanın halkoylaması sonucu kabulünün ilânıyla birlikte yürürlüğe girecek hükümleri mevcut ve kurulacak kurum, kuruluş ve kurullar için yeniden kanun yapılması veya mevcut kanunlarda değişiklik yapılması gerekiyorsa, bunlara ilişkin işlemler için mevcut kanunların Anayasaya aykırı olmayan hükümleri veya doğrudan Anayasa hükümleri Anayasa'nın 11'inci maddesi gereğince uygulanır". Böylelikle, Anayasa'nın getirdiği yeni hükümlerin ve kurumların hayata geçirilmesi için, yeni kanunların yapılması veya mevcut kanunların değiştirilmesi gereken durumlarda, bu kanunî düzenlemeler yapıncaya kadar, ilgili anayasa hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanabilirliği kabul edilmiş bulunmaktadır²⁷. Bu durumda, 1982 Anayasası'nın 129,V ve 40,III maddeleri bir kamu görevlisi olan kayyımın hukukî sorumluluğunun belirlenmesinde doğrudan doğruya uygulanır²⁸. Anayasa'nın

25 **Ermenek**, s.318,319; **Akil**, s.250; Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver**, Süha: Konkordato Komiseri, Ankara 1993, s.269.

26 **Akil**, s.250; **Ermenek**, s.318; Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver**, s.269.

27 **Tanör**, Bülent /**Yüzbaşıoğlu**, Necmi: Türk Anayasa Hukuku, 8.B., İstanbul 2006, s.110; Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver**, s.269.

28 **Akil**, s.250; **Ermenek**, s.318; Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver**, s.269.

129,V maddesinde, memurların ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekillere ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılacağı; Anayasa'nın 40,III maddesinde ise, kişinin resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zararın kanuna göre Devletçe tazmin edileceği, devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkının saklı olacağı belirtilmiştir. Her iki düzenlemede, memur ve diğer kamu görevlilerinin, görevlerini ifa ederken ve yetkilerini kullanırken, kusurlu davranışlarıyla verdikleri zararlardan dolayı, Devletin birinci derecede sorumlu olacağını öngörmüştür. Öyleyse, Anayasa'nın 128'inci maddesine göre diğer kamu görevlisi sayılan kayyımın, kusurlu tutum ve davranışlardan dolayı verdiği zararlardan dolayı, Devlet birinci derecede sorumludur; ancak onun da kusuru oranında kayyıma rücu hakkı saklıdır²⁹. Bu düzenlemelerde öngörülen devletin sorumluluğu, bir kusur sorumluluğu, yani dar anlamda bir haksız fiil sorumluluğudur³⁰. Bu durum, Anayasa'nın 129,V maddesindeki "işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları" ve 40,III maddesindeki "vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar devletçe tazmin edilir" ibarelerinden açıkça anlaşılmaktadır. Buradaki sorumluluk, zarara öncelikli olarak katlanacak olanın, kusurlu tutum ve davranışları ile zarara sebebiyet veren kayyım değil; Devlet olması sebebiyle klâsik (dar anlamdaki) haksız fiil sorumluluğundan

29 **Atay**, Ender Ethem: İdare Hukuku, Ankara 2006, s. 572,573; **Ermenek**, s.319; Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver**-Komiser, s.269.

30 **Atay**, s.586; **Ermenek**, s.319; Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver**-Komiser, s.269.

farklılaşmaktadır³¹.

İflâsın ertelenmesi sürecinde bir kamu görevlisi olarak faaliyet gösteren kayyımın hukukî sorumluluğu hakkında mevzuatımızda bir hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimizce de, kayyımın resmî sıfatını ve yerine getirdiği görevin niteliğini göz ardı etmemesi sebebiyle, kayyımın hukukî sorumluluğunun belirlenmesinde son görüşün dikkate alınması uygun olur.

2-Devletin Sorumluluğunun Şartları

Bir resmî görevli ve aynı zamanda kamu görevlisi durumunda bulunan kayyımın, görevini ifa ederken ya da yetkilerini kullanırken vermiş olduğu zararlardan, Devletin sorumlu tutulabilmesi için, varlığı gerekli şartlar, Anayasanın 40,III ve 129,V maddelerinde öngörülen düzenlemeler çerçevesinde belirlenmelidir. Şimdi, Devletin sorumluluğunun şartlarını inceleyelim.

A. Hukuka Aykırılık

Kayyımın görevini ifa ederken ya da yetkilerini kullanırken vermiş olduğu zarardan dolayı Devletin sorumluluğunun ilk şartı, kayyımın zarara sebebiyet veren işleminin ya da eyleminin hukuka aykırı olmasıdır³². Anayasa'nın 40'ıncı maddesinin üçüncü fıkrasında, Devletin sorumlu olması için zararın resmî görevlinin (memur veya diğer kamu görevlisinin) yaptığı haksız işlemlerden kaynaklan-

31 **Ermenek**, s.319; Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver-Komiser**, s.270.

32 **Ermenek**, s.319; Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver-Komiser**, s.270,271.

ması şart koşulmaktadır. Buradaki "haksız" ibaresi ile de, "hukuka aykırılık" unsuruna işaret edilmektedir³³. Hukuka aykırılık, zarar gören değeri korumak için hukuk düzeninin yasakladığı bir davranışta bulunmak şeklinde tanımlanabilir³⁴.

Kayıyımın hukuka uygun olarak gerçekleştirdiği eylem ya da işlemleri nedeniyle, Devletin sorumlu tutulması mümkün değildir. Kayıyımın, görevinin gerekleriyle bağdaşmayan ya da üstlenmiş olduğu yükümlülüklerin ihlâli biçiminde beliren davranışları hukuka aykırı sayılır³⁵.

B. Kusur

Devletin sorumluluğunun ikinci şartı, kayıyımın görevlerini ifa ederken veya yetkilerini kullanırken kusurlu davranmış olmasıdır³⁶. Anayasanın 129,V hükmü de açıkça kamu görevlilerinin kusurlarıyla sebep oldukları zarardan bahsetmektedir. Bu husus, kast şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, ihmal şeklinde de ortaya çıkabilir³⁷. Kusurdan anlaşılması gereken, normal niteliklere sahip bir kayıymdan beklenen ortalama dikkat ve özenin gösteri-

33 **Ermenek**, s.319; Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver**, s.271 dn.19.

34 **Gökcan**, Hasan Tahsin: Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003, s.22; **Kaneti**, Selim: Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007,s.92,93; **Nomer**, Halûk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6.B., İstanbul 2008, s.65; **Oğuzman / Öz**, s.492 vd.; **Reisoğlu**, Safa: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 20.B., İstanbul 2008, s.143.

35 Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver**, s.271.

36 **Ermenek**, s.319; Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver**, s.271.

37 **Nomer**, s.73; **Kılıçoğlu, A.**, s.219; **Reisoğlu**, s.150 vd.; Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver**, s.271.

lememiş olmasıdır³⁸. Buradaki kusur, kayyımın görevi sırasında ve görevi ile ilgili bir davranışa ilişkin olmalıdır³⁹. Aksi takdirde, devletin sorumluluğu söz konusu olmaz⁴⁰. Kayyım, son derece açık olan bir hukukî durumu yanlış değerlendirmişse ya da açık bir kanun hükmüne aykırı davranmışsa, kusurlu sayılır⁴¹. Kayyımın hukukî hataya düşmüş olması halinde, fiilinden kaynaklanan zarardan dolayı Devlet sorumlu tutulamaz⁴².

C. Zarar

Kayyımın verdiği zararlardan dolayı, devletin sorumluluğunun doğabilmesi için gerekli diğer bir şart da, kayyımın kusurlu eyleminden veya işleminden bir zarar doğmuş olmasıdır⁴³ (AY 40,III; AY m.129,V). Buna göre, kayyımın görevini ifa ederek yetkilerini kullanırken kusuruyla maddî veya manevî bir zarara sebebiyet vermiş olması halinde devletin hukukî sorumluluğu söz konusu olur⁴⁴.

-
- 38 **Atay**, Ethem / **Odabaşı**, Hasan / **Gökcan**, Hasan Tahsin: İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003, s.69,70; **Ermenek**, s.319; Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver**, s. 271.
- 39 **Ermenek**, s.319; Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver**, s.271.
- 40 **Atay / Odabaşı / Gökcan**, s.70; **Gözler**, Kemal: İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2007, s.729,730; **Ermenek**, s.319; **Gözübüyük**, Şeref / **Tan**, Turgut: İdare Hukuku, Genel Esaslar, 4. B., C. I, Ankara 2006.s.679,687; **Özay**, İlhan: Günışığında Yönetim, İstanbul, 2004,s.821,822.
- 41 Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver**, s.271.
- 42 Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver**, s.271.
- 43 **Ermenek**, s.320; Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver**, s.272.
- 44 **Atay / Odabaşı / Gökcan**, s.150,156 vd.; **Eren**, s.168 vd.; **Ermenek**, s.320; **Gözler**, s.757; **Gözübüyük / Tan**, s.713 vd.; **Kılıçoğlu**, A. -Borçlar, s.208 vd.; **Nomer**, s.71; **Oğuzman / Öz**, s.514 vd.; **Özay**, s.821; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s.581,582; **Reisoğlu**, s.149.

Malvarlığının aktifinde, bir azalma ya da pasifinde bir çoğalma (fiilî zarar) veya malvarlığında zarar verici fiilden önceki hâl ile sonraki hâl arasında bir değişiklik olmakla beraber, bu zarar verici fiil olmasaydı malvarlığında meydana gelecek çoğalma (mahrum kalınan kâr) maddî zarar; bir şahsın kişilik haklarında iradesi dışında meydana gelen eksilme ise manevî zarar olarak nitelendirilebilir⁴⁵.

D. İlliyet Bağı

İlliyet bağı, sebep sonuç bağı demektir⁴⁶. Buna göre, zarar dediğimiz sonuç, buna sebep olan fiilden kaynaklanmalıdır. Devletin hukukî sorumluluğunun son şartı, kayyımın kusurlu tutum ve davranışı ile zarar arasında bir illiyet bağının bulunmasıdır. Başka bir ifade ile meydana gelen zarar, kayyımın görevlerini yerine getirirken veya yetkilerini kullanırken meydana gelmiş olmalıdır⁴⁷.

3- Tazminat Davası

A. Genel Olarak

İcra ve iflâs dairesi görevlilerinin kusurlarıyla sebebiyet verdikleri zarardan dolayı, Devletin sorumlu olacağını öngören düzenleme (m.5), Anayasanın 40,III ve 129^V maddelerinde yer alan, Devletin malî sorumluluğunu ön-

45 **Gökcan**, s.30-32; **Nomer**, s.71.

46 **Kılıçoğlu**, A., s.213.

47 **Atay / Odabaşı / Gökcan**, s.173,174; **Eren**, s.487 vd; **Ermenek**, s.320; **Gözler**, s.762; **Gözübüyük / Tan**, s.710; **Kılıçoğlu**, A., s.213 vd.; **Özekes**, s.830; **Nomer**, s.72 vd.; **Oğuzman / Öz**, s.518 vd.; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s.567; **Reisoğlu**, s.253 vd.

gören hükümlerin somut plânda bir uygulanma biçimini oluşturmaktadır⁴⁸. Kanun koyucu, İcra ve İflâs Kanunu'nun 5'inci maddesini düzenlerken, icra ve iflâs dairesi görevlilerinin, yaptığı görevin "adli bir hizmetin ifasına yönelik görev" olduğunu göz önüne almış ve bu nedenle de, bu görevin ifası dolayısıyla ortaya çıkan zararın tazminini amaçlayan davanın adliye mahkemesinde açılması gerektiğini açıkça belirtmiştir⁴⁹. O halde, icra ve iflâs müdürleri gibi adli bir hizmetin ifasına yönelik olarak görev yapan kayyımların da, bu görevlerinin ifası sırasında kusurlu eylem ve işlemleri ile vermiş oldukları zararların tazmini için, Devlete karşı açılacak olan tazminat davalarının, icra ve iflâs dairesi görevlileri bakımından olduğu gibi adliye mahkemelerinde açılması gerekir⁵⁰.

B. Davanın Görüleceği Mahkeme ve Tarafları

Kayyımın, kusurlarıyla sebebiyet verdiği zarardan dolayı Devlete karşı açılacak olan tazminat davalarına, adliye (hukuk) mahkemelerinde bakılır. Görevli mahkeme, istenen tazminatın miktarına göre asliye veya sulh hukuk mahkemesidir (HUMK m.8). Ayrıca, davanın açıldığı yerde asliye ticaret mahkemesi varsa, bu dava asliye ticaret mahkemesinde görülmelidir (TTK m.4,5)⁵¹. Yetkili mahkeme ise, davalı Adalet Bakanlığı'nın bulunduğu yer olan Ankara mahkemeleri (HUMK m.9) veya zararın gerçekleş-

48 Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver**, s.272.

49 Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver**, s.272.

50 **Ermenek**, s.320; Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver**, s.272.

51 **Ermenek**, s.320; Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver**, s.273.

tiği yer mahkemesidir (HUMK m.21)⁵². Davacı, kayyımın hukuka aykırı ve kusurlu işleminden dolayı zarar gören alacaklılar, borçlu sermaye şirketi veya kooperatif ya da üçüncü kişilerdir⁵³. Davalı ise Devlet, yani burada Adalet Bakanlığı'dır⁵⁴.

C. Zamanaşımı

Dava, zarar gören kişinin, faili ve zararı öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde zararı doğuran işlemin veya eylemin yapıldığı tarihten itibaren on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar⁵⁵. Ancak zarar, ceza kanunları uyarınca daha uzun süreli zamanaşımına bağlı bir cezayı gerektiren eylemden doğmuş ise, açılacak olan bu tazminat davasına da, ceza zamanaşımı uygulanır⁵⁶. Ceza zamanaşımı, hem bir yıllık hem de on yıllık zamanaşımı süresini uzatır (m.7 kıyasen).

D. Devletin Sorumlu Kayyıma Rücu Etmesi

Anayasanın 129,V hükmüne göre, memurların ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekillere ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir. Devlet,

52 **Ermenek**, s.320.

53 **Ermenek**, s.320; Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver** s.273.

54 **Ermenek**, s.320; Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver** s.273.

55 **Ermenek**, s.320; Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver** s.273.

56 Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver**, s.273.

kayyımın kusuru ile sebebiyet verdiği zararı, tazminat davası sonucunda zarar gören davacıya ödemek zorunda kalırsa, zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan kayyıma rücu edebilir⁵⁷ (AY m.129,II). Devletin, kayyıma karşı açacağı rücu davasına da, adliye mahkemelerinde (hukuk mahkemelerinde) bakılır⁵⁸.

III-İFLÂSIN ERTELENMESİ SÜRECİNDE ATANACAK KAYYIMIN DİSİPLİN SORUMLULUĞU

Kayyımın disiplin sorumluluğu hakkında, kanunumuzda herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Aslî denetim mercii olarak kayyımı atayan mahkeme, kayyımın görevinin icrası sırasında yanlış hareket etmesi, görevini ve yetkilerini suistimal etmesi gibi durumlarda, re'sen ya da ilgililerin bildirimine üzerine kayyımı görevden azledebileceği⁵⁹ gibi, kayyımın eyleminin ağırlığına ve niteliğine göre ücret kesintisi de yapabilir. Ayrıca, mahkeme, kayyıma, görevini yerine getirirken daha dikkatli davranması gerektiği, aksi takdirde görevinden alınacağı ya da ücretinden kesinti yapılacağı konusunda uyarılarda da bulunabilir⁶⁰. Böylece, kayyım üzerinde disiplinler denetim gerçekleştirilmiş olur.

Disiplin, kayyımın ifa ettiği kamu görevinin niteliğine aykırı eylemleri nedeniyle karşılaştığı yaptırımlardır⁶¹. Bu

57 **Ermenek**, s.318; **Kayar**, s.1926; Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver**, s.273.

58 Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver**, s.273.

59 Bkz. yuk. s.161 vd.

60 Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver**, s.274.

61 Bkz. memur açısından disiplin cezaları için **Giritli**, İsmet / **Bilgen**, Pertev / **Akgüner**, Tayfun: İdare Hukuku, 3.B.,İstanbul 2008, s. 717.

yaptırımlar, kayyımın görevlerinde daha dikkatli ve özenli davranmasını sağladığı gibi, kayyımın kanunlara ve öteki hukukî düzenlemelere uymasını da sağlar.

Kamu kurumu niteliğindeki bir meslek kuruluşuna mensup bir kimse kayyım olarak atanmışsa, kayyımın aynı zamanda asıl mensubu bulunduğu mesleğin genel geçerliliğe sahip kurallarının ihlâli niteliğini de taşıyan eylemleri yönünden, ilgili mercii bundan haberdar edilmek suretiyle oradan da disiplin cezası alması sağlanabilir⁶².

Olması gereken hukuk açısından, kayyımlığın bir meslek olarak kabul edilmesi ve tüm kayyımların bir meslek kuruluşunun çatısı altında toplanması, hem disipliner yaptırımların etkinliğinin artırılması hem de denetimlerinin kolaylaştırılmasına yardımcı olabilir.

IV- İFLÂSIN ERTELENMESİ SÜRECİNDE ATANACAK KAYYIMIN CEZAÎ SORUMLULUĞU

1- Kayyımın Türk Ceza Kanunu Anlamında Konumu

Kayyımın cezaî sorumluluğuyla ilgili olarak mevzuatımızda, herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Klâsik kamu hizmetlerinden, adlî hizmet ifa eden ve bu göreve atama sureti ile süreli olarak katılan kayyımın, görevinin niteliği veya taşıdığı sıfatın bir gereği olarak cezaî sorumluluğunun bulunduğu konusunda şüphe duyulmamalı-

62 Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver**, s.274.

dır⁶³.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, eski ceza kanunundan farklı olarak kamu görevlileri arasında memur ve kamu hizmeti görmekte görevli kişi ayırımına yer vermemiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 6/c maddesine göre; kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla veya herhangi bir surette sürekli, süreli ya da geçici olarak katılan kişi anlaşılır. İstihdamı değil, kişinin icra ettiği fonksiyonu esas alan bu düzenleme, isabetli bulunmaktadır⁶⁴.

Türk Ceza Kanunu anlamında, bir kamu görevlisinden bahsedebilmek için ölçüt; “bir kamu faaliyetinin yürütülmesine katılma”dır⁶⁵. Bir başka ifade ile, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak tek kriter; gördüğü işin bir kamu faaliyeti olmasıdır. Madde gerekçesinde kamu faaliyeti, “Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi” olarak tanımlanmıştır. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddî karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamak-

63 Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Altay, Sümer** : Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, C. I-II, İstanbul 2005, s.1385; **Balcı**, s.291; **Bilgen, Mahmut** : İflâsın Ertelenmesi, Konkordato, Sıra Cetveli, Satış ve Paraların Paylaşılması, Ankara 2008.s.104; **Ermenek**, s.321,324; **Kayar**, s.1926; Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver**, s.275.

64 **Artuk**, Mehmet Emin / **Gökçen**, Ahmet / **Yenidünya**, A.Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler,7.B., Ankara 2006, s.557.

65 Tasfiye memurlarının cezaî sorumluluğu açısından bkz. **Ercan, İbrahim**: İcra ve İflâs Hukukunda Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato, Konya 2009, s.289; **Tezcan**, Durmuş / **Erdem**, Mustafa Ruhan / **Önok**, R.Murat: Ceza Özel Hukuku, 5.B., Ankara 2007, s.682.

tadır. Bu bakımdan, mesleklerinin icrası anlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Yine kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir⁶⁶. O halde, kamu faaliyeti; “Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş usullere göre, kamu adına gerçekleştirilen her türlü hizmettir” şeklinde tanımlanabilir⁶⁷. Bu durumda, ceza hukuku anlamında kamu görevlisi; “devletin yerine getirmek zorunda olduğu asli görevleri yapanlar” olarak ifade edilebilir⁶⁸.

Kayım ile Devlet arasında, mahkemenin ataması ile birlikte özel (kendine özgü) bir kamu hukuku ilişkisi kurulmuştur. Kayımanın üstlendiği görev, bir kamu görevi niteliği taşımaktadır. Bu anlamda, klâsik kamu hizmetlerinden adli hizmet ifa eden ve bu göreve atama sureti ile süreli olarak katılan kayıym, Türk Ceza Kanunu anlamında bir kamu görevlisidir⁶⁹. Öte yandan, yapmış oldukları görevin niteliği ve hukukî statüleri bakımından kayıma benzer bir kurum olan konkordato komiserleri, Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisi⁷⁰ sayıldığına göre, iflâ-

66 Bkz. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6/c maddesi gerekçesi.

67 Tasfiye memurlarının cezaî sorumluluğu açısından bkz. **Ercan**, s.289; **Gökcan**, Hasan Tahsin / **Artuç**, Mustafa: Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 2.B., Ankara 2008, s.30 vd.; **Soyaslan**, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5.B.,Ankara 2005, s.493.

68 **Ercan**, s.289.

69 Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Altay**, s.1385; **Balcı**, s.291; **Bilgen**, s.104; **Ermeneek**, s.321,324; **Kayar**, s.1926; Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver**, s.275.

70 Konkordato komiseri bakımından, İcra ve İflâs Kanunu'na konkordato komiserinin sorumluluğu başlığı altında 4949 sayılı Kanunla 334/a maddesi eklenmişti. Bu maddenin gerekçesinde, konkordato komiserinin önemli bir işleve sahip olması nedeni ile eski Türk Ceza Kanunu madde 279 anlamında memur olarak düzenlenildiğine işaret edilmektedir. Ancak bu düzenleme, yine İcra ve İflâs Kanununun bazı

sın ertelenmesi bağlamında atanan kayyımların da kamu görevlisi sayılması gerekir. Zira, kayyım ile Devlet arasında kurulan özel kamu hukuku ilişkisi, konkordato komiseri ile Devlet arasında da kurulmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun 6/d maddesine göre; "yargı görevi yapan" deyiminden; yüksek mahkemeler ve adli, idari ve askeri mahkemeler üye ve hâkimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar anlaşıldığından; bu sıfatların hiçbirisini taşımayan kayyım, Türk Ceza Kanunu anlamında yargı görevlisi olarak nitelendirilemez.

Türk Ceza Kanunu açısından kamu görevlisi sayılan kayyım, görevinin gereklerini yerine getirirken sorumluluklarının bilincinde hareket edecek, görevin ihmali ve kötüye kullanılması gibi tutum ve davranışlarda bulunmaktan kaçınacaktır. Ayrıca kayyımın, Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisi sayılması, ona yöneltilecek fiili taarruzların ve yapılacak olan hakaretlerin cezasını ağırlaştıracağından, bu tutum ve davranışların önlenmesinde sınırlı da olsa etkili olur⁷¹.

2- Kayyımın İşleyebileceği Suçlar

Kayyım, taşıdığı kamu görevlisi sıfatının ve ifa ettiği kamu görevinin niteliğiyle bağdaştığı ölçüde her suçu işleyebilir.

maddelerini değiştiren 5358 sayılı kanunun 23'üncü maddesi ile tekrar yürürlükten kaldırılmıştır. Bu madde hükmünün yürürlükten kaldırılmış olması, konkordato komiserinin kamu görevlisi olmadığı anlamına gelmez. Çünkü, yürürlükten kaldırılan 334a maddesi konkordato komiserinin Türk Ceza Kanunu'nun 279'uncu maddesi anlamında memur olduğuna işaret etmekte idi (**Ermenek**, s.324; **Tanrıver**, s.277).

71 Konkordato komiseri açısından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver**, s.278.

Kayıyımın, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle veya görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olması, görevi kötüye kullanma veya görevi ihmal suçlarını (TCK m.257,I-II) oluşturur. Yine, kayıyımın görevi sebebiyle kendisine verilen ya da aynı sebeple bilgi edindiği ve gizli kalması gereken belgeleri, kararları, emirleri ve diğer tebligatı açıklaması veya yayınlaması ya da ne suretle olursa olsun başkalarının bilgi edinmesini kolaylaştırması, göreve ilişkin sırrın açıklanması (TCK m.258) suçuna varlık kazandırır. Kayıyımın, kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini, görevinin ifası sırasında öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal etmesi veya bu hususta gecikme göstermesi, Türk Ceza Kanunu'nun 279'uncu maddesinde düzenlenen "kamu görevlisinin suç bildirmemesi" suçuna vücut verebilir. Kayıyımın, rüşvet almak (TCK m.252), zimmet (TCK m.247), resmî belgede sahtecilik (TCK m.204), suç delillerini yok etmek, gizlemek veya değiştirmek (TCK m.281), resmî belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek (TCK m.205), özel hayatın gizliliğini ihlâl (TCK m.134), görevi gereği vakıf olduğu ticarî sır niteliğindeki bilgi veya belgeleri, fennî keşif ve buluşları veya sınaî uygulamaya ilişkin bilgileri yetkisiz kişilere vermek veya ifşa etmek (TCK m.239), irtikâp (TCK m.250) gibi suçları da işlemesi mümkündür.

Kayıyımın görevinin niteliği nedeniyle veya taşıdığı sıfatın bir gereği olarak, bazı suçlar kendisine karşı işlendi-

ğinde ağırlaştırıcı sebep teşkil edebilmektedir⁷². Örneğin; kayyım görevinden dolayı hakaret edilmesinde (TCK m.125,III/a bendi), görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir veya tehdit kullanılmasında durum böyledir (TCK m.265). Bu örnekler, kayyımın cezaî sorumluluğunun varlığını ortaya koyan somut delillerdir.

V-SONUÇ ve KANAATİMİZ

Kayyımın hukukî sorumluluğu konusunda, İcra ve İflâs Kanunu'nda bir düzenleme bulunmamaktadır. Kayyımın hukukî sorumluluğu, kamu hukuku kuralları çerçevesinde değerlendirilmelidir. 1982Anayasası'nın 129,V ve 40,III maddeleri, bir kamu görevlisi olan kayyımın hukukî sorumluluğunun belirlenmesinde doğrudan doğruya uygulanır. Öyleyse, Anayasa'nın 128'inci maddesine göre diğer kamu görevlisi sayılan kayyımın, kusurlu tutum ve davranışlardan dolayı verdiği zararlardan dolayı, Devlet birinci derecede sorumludur; ancak onun da kusuru oranında kayyım rücu hakkı saklıdır. Bu düzenlemelerde öngörülen devletin sorumluluğu, bir kusur sorumluluğu, yani dar anlamda bir haksız fiil sorumluluğudur. Kayyım-lığın bir meslek olarak kabul edilmesi ve tüm kayyımların bir meslek kuruluşunun çatısı altında toplanması, hem disiplinler yaptırımların etkinliğinin artırılması, hem de denetimlerinin kolaylaştırılmasına yardımcı olması açısından son derece yerinde olur. Bu bağlamda, kayyımın, kusuruyla alacaklılara, borçluya veya şirket ya da kooperatifle ilişkisi bulunan üçüncü kişilere verdiği zarardan dolayı

72 Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Altay**, s.1385; **Balcı**, s.291; **Bilgen**, s.104; **Ermenek**, s.321,324; **Kayar**, s.1926; Konkordato komiseri bakımından aynı yaklaşım için bkz. **Tanrıver**, s.275.

tazminat davası, ancak Devlet aleyhine açılabilir. Kayyım, Türk Ceza Kanunu'nun 6/c maddesinin öngördüğü düzenleme çerçevesinde, bu kanunun uygulanması bakımından bir kamu görevlisidir. Bu nedenle kayyım, taşıdığı sıfat ve görevlerinin niteliğiyle bağdaştığı ölçüde her suçu işleyebilir.

KAYNAKÇA

Akil, Cenk: İflâsın Ertelenmesinde Muhafaza Tedbirleri- Özellikle Kayyımlık (BATİDER., C. XXV, 2009/ III, s. 229-258)

Altay, Sümer : Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, C. I-II, İstanbul 2005.

Artuk, Mehmet Emin / **Gökçen**, Ahmet / **Yenidün-ya**, A.Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler,7.B., Ankara 2006.

Atalay, Oğuz: Borca Batıklık ve İflâsın Ertelenmesi, 2.B., İzmir 2006 (kısaltılmışı: Atalay-Borca Batıklık).

Atalay, Oğuz: İflâsın Ertelenmesi (Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 49-99) (kısaltılmışı: Atalay-Armağan).

Atalay, Oğuz: İflâs Hukukundaki Yenilikler (YTÜHFD., C.I, 2005/2, s.485-502).

Atay, Ender Ethem: İdare Hukuku, Ankara 2006.

Atay, Ethem / **Odabaşı**, Hasan / **Gökçan**, Hasan Tahsin: İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003.

Aydemir, Efrail / **Çağlar**, Enis: Sermaye Şirketleri, Kooperatifler ve Kobi'lerde İflâsın Ertelenmesi ve Borçların Yapılandırılması, Ankara 2007.

Balcı, Şakir: İflâsın Ertelenmesi Usul ve Esaslar, 2.B., İzmir 2007.

Başözen, Ahmet: İflâsın Ekonomik Analizi (MİHDER., C.II, 2006/5, s.929-942).

Bilgen, Mahmut: İflâsın Ertelenmesi, Konkordato, Sıra Cetveli, Satış ve Paraların Paylaştırılması, Ankara 2008.

Çavdar, Seyit / **Biçkin**, İnci: İflâs ve İflâsın Ertelenmesi, Ankara 2006.

Deliduman, Seyithan: İflâsın Ertelenmesinin Etkileri, Kocaeli 2008.

Deryal, Yahya: Ticaret Hukuku Ders Kitabı, 6.B, Trabzon 2002.

Ercan, İbrahim : İcra ve İflâs Hukukunda Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato, Konya 2009.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 11.B, İstanbul 2009.

Ermenek, İbrahim: İflâsın Ertelenmesi, Ankara 2009.

Giritli, İsmet / **Bilgen**, Pertev / **Akgüner**, Tayfun: İdare Hukuku, 3.B., İstanbul 2008.

Gökcan, Hasan Tahsin: Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003.

Gökcan, Hasan Tahsin / **Artuç**, Mustafa: Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 2.B., Ankara 2008.

Gözler, Kemal: İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2007.

Gözübüyük, Şeref / **Tan**, Turgut: İdare Hukuku, Genel Esaslar, 4. B., C. I, Ankara 2006.

Günel, Mete: İflâs Davaları ve İflâsın Ertelenmesi, Ankara 2006.

Güralp, Ayşe Gülin: İflâsın Ertelenmesinde Kayyım Atanması (Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, İzmir 2005, s.57-78).

Helvacı, Mehmet: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukukî Sorumluluğu, İkinci Basım, İstanbul 2001.

Kaneti, Selim: Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007.

Kayar, İsmail: İflâsın Ertelenmesinde Kayyımlık (Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C.II, İstanbul 2007, s. 1905-1928).

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7.B., Ankara 2006.

Kılıçoğlu, Evren: İflâsın Ertelenmesinin Konkordato ve Uzlaşma Yolu ile Yeniden Yapılandırma Kurumlarıyla Karşılaştırılması (Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 451 - 468).

Kuru, Baki: Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflâsı (AD., 1970/ 10, s. 621 - 634).

Kuru, Baki: İcra ve İflâs Hukuku, El Kitabı, 2.B. (Tıpkıbasım), İstanbul 2006.

Muşul, Timuçin: İflâsın Ertelenmesi, İstanbul 2008.

Nomer, Halûk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6.B., İstanbul 2008.

Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6.B., İstanbul 2009.

Özay, İlhan: Günışığında Yönetim, İstanbul 2004.

Özkes, Muhammet: İflâsın Ertelenmesi (Legal, 2005/ Eylül, s.3249-3283).

Öztañ, Bilge: Medenî Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970.

Öztek, Selçuk: İflâsın Ertelenmesi (Bankacılar Dergisi, 2005/ 53, s. 23-71).

Öztek, Selçuk: İflâsın Ertelenmesi, İstanbul 2007 (kısaltılmışı: Öztek-Erteleme)

Pekcanıtez, Hakan: Anonim Şirketlerin İflâsı, Ankara 1991.

Pekcanıtez, Hakan: İflâsın Ertelenmesi (İBD., 2005/2, s.323-358) (kısaltılmışı: Pekcanıtez-Erteleme).

Pekcanıtez, Hakan / **Atalay,** Oğuz / **Sungurtekin Özkan,** Meral / **Özekes,** Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, 5.B., Ankara 2007.

Poroy, Reha / **Tekinalp,** Ünal / **Çamoğlu,** Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10.B., İstanbul 2005.

Reisoğlu, Safa: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 20.B., İstanbul 2008.

Sayhan, İsmet: Anonim Şirketlerde Aktiflerin Pasifleri Karşılıyamasının Sonucu Olarak İflâs ve İflâsın Ertelenmesi (BATİDER., C. XXIII, 2005/ 11, s. 77-121).

Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5.B., Ankara 2005.

Tandoğan, Haluk: Hükmi Şahısların Anonim Şirket İdare Meclisinde Temsili (BATİDER, C.I, 1961/1, s.3-35).

Tanör, Bülent / **Yüzbaşıoğlu,** Necmi: Türk Anayasa Hukuku, 8.B., İstanbul 2006.

Tanriver, Süha: Konkordato Komiseri, Ankara 1993.

Taşpınar Ayvaz, Sema: İcra - İflâs Hukukunda Yeniden Yapılandırma, Ankara 2005.

Tekinay, Selahattin Sulhi / **Akman**, Sermet / **Burcuoğlu**, Haluk / **Altıntop**, Atilla : Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7.B., İstanbul 1993.

Tezcan, Durmuş / **Erdem**, Mustafa Ruhan / **Önok**, R.Murat: Ceza Özel Hukuku, 5.B., Ankara 2007.

Toraman, Barış: İcra ve İflâs Kanunu'na Göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde İflâsın Ertelenmesi Talebi, Ankara 2007.

Türk, Ahmet: Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukukî Sonuçları, Ankara 1999.

Üstündağ, Saim: Türk Ticaret Kanunu'nun 324. Maddesinin Üçüncü Fıkrası Üzerine Düşünceler (Günümüzde Yargı, 1980, s. 17-20).

Yıldırım, Kamil: 4949 Sayılı Kanun'un Getirdiği Değişikliklerle İcra İflâs Kanununda Yer Alan İptal Davalarına ve İflâsın Ertelenmesine İlişkin Yeni Hükümler (YTÜHFD., C. I, 2005/ 2, s. 471 - 484).



İDARE HUKUKU BAĞLAMINDA “KAZANILMIŞ HAKLAR” (Yargı İçtihatları Işığında)

Av. Mesude ALTUNEL (*)

ANLATIM DÜZENİ: Giriş, “Kazanılmış Hak” Kavramı, Kazanılmış Hakkın Unsurları, 1-Hukuka Uygunluk Unsuru, 2-Somut ve Bireysel Bir Sonucun Doğmuş Olması, 3-Hakkın Kesinleşmiş (Tamamlanmış) Olması, 4-Ek Unsurlar, Kazanılmış Hakların Korunması (Kazanılmış Haklara Saygı) İlkesi, Hukuk Devleti İlkesi ve Hukuki Güvenlik Açısından, “İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği İlkesi” Açısından, Kazanılmış Hak Doğurmayan/Doğumuna Engel Olan Durumlar, Kazanılmış Hakkın, Kamu Düzeniyle - Kamu Yararıyla - Kamu Hizmetinin Gereklileriyle Çatışması, Düzenleyici Hukuki Tasarruflar Açısından Kazanılmış Hakların İrdelenmesi, 1-Kural İşlemlerden (Düzenleyici Hukuki Tasarruflardan) Kazanılmış Hak Doğabilir mi?, 2- Düzenleyici Tasarruflardaki Değişikliklerin Kazanılmış Haklara Tesiri, İdari İşlemin Geri Alınmasının Kazanılmış Haklara Tesiri, 1-Hukuka Uygun İşlemlerin Geri Alınmasında, 2-Hukuka Aykırı İşlemlerin Geri Alınmasında, Kaynakça

Giriş

“Hak” ibaresi genel anlamda, hukuksal açıdan korunan bir menfaat; bir başka ifadeyle, kişilere hukuk tarafından tanınan bir yarar ve ondan istifade etme hususunda verilmiş bir yetkidir.

(*) **Ankara Barosu Üyesi**, e-posta: av.m.altunel@hotmail.com

Hakkın bir kişiye bağlanmasına ise “*hakkın kazanılması*” denir.²

“Kazanılmış hak” kavramı, hakkın zaman bakımından uygulanma yönüyle tanınmaması halinde ileri sürüle-bilen bir dayanaktır³ ve hak kavramından daha dar kapsamlıdır.

Türk öğretisinde “*kazanılmış hak*” kavramı sık kullanılmakla birlikte, kesin bir tanıma kavuşturulamaması sebebiyle kapsamı henüz net olarak belirlenemeyen müphem bir kavram olarak kendini göstermektedir. Anayasa Mahkemesi’nin; “Kazanılmış hak sözcüğü, hukukun en belirsiz, uygulama sahası çok dar, genel hukuksal durumlarda konu edilemeyen bir kavramdır”⁴ saptaması da bu hususu doğrulamaktadır. Kazanılmış hak kavramının üzerinde görüş birliği oluşmuş bir tanımının bulunmamasının nedeni olarak, Türk öğretisinde bu kavrama gereğinden fazla önem atfedilmesi durumu gösterilmektedir.⁵

Öğretide, Türk hukukunda kazanılmış hak kavramının bir fonksiyonellik içerdiği, her olaya göre incelenmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁶ Anayasa Mahkemesi ve Danıştay içtihatlarında da, kazanılmış hak kavramının kapsamının kesin sınırlarının çizilmediği ve her olaya göre değişken olduğu dikkate alınarak konunun özelliğine göre

2 VELİDEDEOĞLU, H.Veldet, Türk Medeni Hukuku, İstanbul 1963, s. 98.

3 OĞURLU, Yücel: İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara 2003, s. 31

4 AYM, 25.10.1990, E.1989/23, K.1990/26 sayılı kararı (RG tarih/sayı: 9.1.1991 / 20750)

5 AKILLIOĞLU, Tekin, “Yasaların Zaman Bakımından Uygulanmasına İlişkin Bazı Sorunlar”, Amme İdaresi Dergisi, C. 17, S. 3, 1984, s. 43

6 TAN Turgut, İdari İşlemin Geri Alınması, Ankara, 1970, s. 64-65

değerlendirme yapılması yoluna gidildiği gözlenmektedir.⁷ Fakat çeşitli konulardaki uyuşmazlıkların yargı önüne taşınması sonucu verilen kararlardan, kazanılmış hak bağlamında temel yaklaşım ve ilkeleri ortaya koymak da mümkündür.

“Kazanılmış Hak” Kavramı

“Kazanılmış hak” kavramı için;

“Tatmin edilmedikçe boşluğu doldurulmadıkça, hukuki açıdan tek taraflı bir işlem ya da eylemle geri alınması mümkün olmayan bir yetkidir”⁸

“Yürürlükteki hukuka uygun olarak doğmuş hukuki durumdur”⁹

“Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş haktır”¹⁰

“Doğumu anında hukuka uygun olarak tamamlanmış ve böylece kişiye özgü, lehte sonuçlar doğurmuş daha sonra mevzuat değişikliği ya da işlemin geri alınması gibi nedenlere rağmen, hukuk düzenince korunması gereken haktır”¹¹

şeklindeki tanımlar, bu konuda yapılan tariflerden

7 Danıştay 1. D. 19.12.1998 tarih ve 1988/355 sayılı kararı (Danıştay Dergisi, Sayı:74-75, s. 76)

8 ONAR, S. Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. II, İstanbul, 1966, s. 1239

9 ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, 4. Bası, Ankara, 2001, s. 109

10 AYM 11.6.2003 tarih, E: 2001/346, K: 2003/63 sayılı kararı

11 OĞURLU, Yücel, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara, 2003, s. 28

sadece bir kaçıdır.

Kavram, geniş bir tanım denemesi ile “Objektif bir hukuk kuralının kişi hakkında uygulanması veya kendiliğinden uygulanacak hale gelmesi, böylece objektif ve genel hukuki durumun kişisel bir işlemle özel hukuki duruma dönüşmesi; hukuka aykırı işlemlerde ise bir süre yararlanılması sonucunda Anayasa ve yasalarca korunmaya değer hale gelmiş, elde edilmiş veya elde edilebilir durumdaki hak sahibinin bir eylemi ve iradesi ile ileri sürülmüş olan ve üçüncü kişilerden bir şey isteyebilmek ve onu bir şey yapmaya zorunlu kılabilme gibi aktif hak sahipliği bahşeden bir kişisel hak ve karşılanmadıkça ve boşluğu giderilmedikçe tek taraflı tasarrufla geri alınmayan hukuki olanak, güç veya yetkidir”¹² şeklinde de tanımlanabilir.

Anayasa Mahkemesi bir kararında¹³ kazanılmış hakkı, “kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş hak ” olarak ifade etmiştir.

Yargıtay, kazanılmış hakkı, “yasalara uygun olarak gerçekleşen hak”¹⁴ olarak tanımlamıştır.

Danıştay içtihatlarına bakıldığında ise, hak kazandırıcı işlemler kavramı yerine kazanılmış hak kavramının tercih edildiği¹⁵ görülmektedir. Danıştay kazanılmış hakkı; “Eski kanun yürürlükte iken kesin bir surette kazanılan,

12 TOLON, Kemal Doğu, İptal ve Tam Yargı Davalarında Kazanılmış Hak, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler III, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 1986, s. 170

13 AYM, 03.04.2001 Tarih ve E. 1999/50, K. 2001/67 sayılı kararı

14 Yargıtay 9. H.D. 26.11.1982 Tarih ve E. 1982/8329, K. 1982/ 9353 Sayılı Karar (Aktaran: OĞURLU, Yücel: İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, s. 27)

15 GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C. 1, Bursa, 2003, s. 1000

yani hukukça korunmakta bulunan ve bir iddia haline gelen haklar”¹⁶ olarak tanımlamıştır. Danıştay ayrıca; kazanılmış hakkın dayanağı olan idari işlemin ilgilinin hilesi veya gerçek dışı beyanı ile tesis edildiği hallerde¹⁷, kanun ile aksi öngörüldüğü hallerde¹⁸, kamu yararı ile çatıştığı hallerde¹⁹, kamu düzenine aykırı olan hallerde²⁰ kazanılmış hakkın korunamayacağını da vurgulamıştır.

Doktrindeki ve yargı içtihatlarındaki tariflerden hareketle kazanılmış hakkı: “Geçerli bir hukuki işleme binaen kazanılmış subjektif bir hak olup; sonrasında meydana gelebilecek farklı hukuki düzenlemelerden etkilenmeyen, Hukuki Güvenlik İlkesi gereği korunması lazım gelen; hukuk düzeni içerisinde herkese karşı dermeyeran edilebilen bir hak” olarak tanımlamak mümkündür.

Kazanılmış Hakkın Unsurları

Kazanılmış haktan söz edebilmek için hak doğurucu bireysel bir somut işlemin varlığı, bu işlemin hukuka uygun tesis edilmiş olması ve hakkın kesin surette kazanılmış olması (elde edilmiş olması) ve kazanılmış hak iddia eden kişinin de iyi niyetli bir şekilde bu hakka sahip olması gerekir.

16 Danıştay 1. D. 13.07.1992 Tarih ve E. 1992/224, K. 1992/238 sayılı kararı (Danıştay Dergisi, S. 87, s. 62)

17 Danıştay 5. D. 25.06.1997 Tarih, E. 1996/3069, K. 1997/1482 Sayılı Kararı (için bkz. GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, s. 1006)

18 Danıştay 10. D.19.11.1998 Tarih ve E. 1996/2459, K. 1998/5882 sayılı kararı (Danıştay Dergisi, S. 100, s. 475-477)

19 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 27.03.1998 Tarih, E. 1996/465, K. 1998/159 sayılı kararı (için bkz. Danıştay Bilgi Bankası: <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>)

20 Danıştay 5. D. 09.12.1997 Tarih ve E. 1994/7834, K. 1997/2030 sayılı kararı (Aktaran: GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, s. 1002)

ULUSOY'a göre idari işlemde doğan bir hakkın, kazanılmış hak olarak kabul edilip korunabilmesi için öncelikle şu üç koşul birlikte gerçekleşmelidir: 1- Hakkın bireysel idari işlemde doğmuş olması, 2- Bireysel idari işlemin tesis edildiği anda geçerli hukuk kurallarına aykırı olmaması 3- Hakkın kişi açısından kesinleşmiş olması. Her 3 koşulun birlikte gerçekleşmesi halinde, hakkın geçmişe ilişkin boyutunun her zaman korunacağını belirten Ulusoy; iki koşulun gerçekleşmesi halinde, hakkın geleceğe ilişkin boyutunun prensip olarak korunmakla birlikte, korunmayacağı ayrık durumların da olabileceğini; hakkın geleceğe ilişkin kullanımını aynı zamanda kamu düzenini bozucu veya kamu hizmetini aksatıcı ve hatta kamu hizmetinin daha iyi yürütülmesini engelleyici sonuç doğuracaksa, bu hakkın geleceğe ilişkin etkisinin korunamayacağını; bu halde idarenin, yapacağı kaldırma veya değiştirme işlemi ile bu hakkın geleceğe etkisini sonlandırması gerektiğini belirtmiştir.²¹

Dolayısıyla hakkın kazanılmış hak sayılarak hukuk düzenince korunabilmesi için bazı unsurları barındırması gerekmektedir. Bu unsurlar:

1-Hukuka Uygunluk Unsuru

Bir hakkın "kazanılmış hak" sayılması için, bunun hukuka aykırı olmaması, hukuka uygun/meşru olması gerekir.²² Yani hakkın kazanıldığı tarihte açıkça hukuka aykırı veya imkânsız bir işlemin olmaması gerekir. Anayasa Mahkemesi içtihatlarında da yasalara aykırı durumlara

21 ULUSOY, Ali, "Hukuk Devleti ve İdari Faaliyetlerin Gerekleri Yönünden Kazanılmış Hak Kavramı", Ankara Barosu tarafından düzenlenen Hukuk Kurultayı, 2004, s.172-173.

22 TAN, Turgut: İdari İşlemin Geri Alınması, s. 88

dayanılarak kazanılmış hak iddiasında bulunulamayacağını, sadece meşru haklar için bu iddianın söz konusu olabileceği ifade edilmiştir. Danıştay da bir kararında: “Mevzuatın açık hükümlerine aykırı bir şekilde tesis edilen idari işlemin geri alınabileceği ve bu işleme dayalı olarak kazanılmış hak iddiasında bulunulamayacağına”²³ hükmetmiştir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de bir kararında “ Kanuna aykırı işlemi nedeniyle ilgilinin kusuru olmasa dahi kazanılmış hak doğmayacağı ”na hükmetmiştir.²⁴

2-Somut ve Bireysel Bir Sonucun Doğmuş Olması

Düzenleyici işlemler genel ve soyut işlemlerdir. Fakat bir düzenleyici işleme dayanılarak bireysel bir işlem yapıldığında, kişisel bir sonuç ortaya çıkmakta ve genel düzenleyici işlem, bir bireyin şahsında kişisel sonuçlar ortaya çıkarmak suretiyle kişiselleşmektedir. Düzenleyici işlemler, bireysel işlemlere nazaran normlar hiyerarşisinde bir üst norm derecesindedir. Ancak kazanılmış hakkın doğumu için kişisel bir hakkın doğmuş olması şart olduğundan, kazanılmış hakların koruması bakımından bireysel işlemlerin bu yönü itibariyle genel düzenleyici işlemlere nazaran üstünlüğü söz konusudur. “Kazanılmış hak”tan ve bunun hukuken korunmasından bahsedebilmek, mutlak surette somut bireysel bir sonucun bulunması, genel düzenleyici işlemin bir bireyin şahsında somutlaşmış bir netice doğurmasını gerektirir.

Kazanılmış hak, özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında genel olarak, bir hak sağlamaya elverişli nesnel yasa

23 Danıştay 11. Daire, 23.03.1976 Tarih, E. 1974/6426, K. 1976/1156 sayılı kararı (Danıştay Dergisi, S. 24- 25, s. 489)

24 A.Y.İ.M 1. Dairesi 23.05.2000 Tarih ve E. 2000/9, K. 2000/575 (Aktaran: GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, s. 1008)

kurallarının bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunmasıdır. Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın, yeni yasadan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş haktır. Kişisel hak haline dönüşmemiş, belli koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak ileride elde edilmesi olası beklenen haklar ise, “kazanılmış hak” kapsamı içinde değerlendirilemez.²⁵

3-Hakkın Kesinleşmiş (Tamamlanmış) Olması

Henüz tamamlanmış olmayan işlemler kesin surette bir hakkın doğumuna delil olmadığından kazanılmış haka konu olamazlar. Bu sebeple kazanılmış haktan söz edebilmek için bu hakkın kazanılmış, hukukun korunmasına değer hale gelmiş bir hakkın mevcudiyeti gerekmektedir.²⁶

Anayasa mahkemesi kararına göre de: “Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar ise bu nitelikte değildir”.²⁷

Danıştay: “Kazanılmış hak, bir hak sağlamaya elverişli nesnel kuralların bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunması anlamında kabul edilebileceğinden, kazanılmış bir haktan söz edebilmek için bu

25 AYM, 07.02.2008 T. 2005/38 E. 2008/53 K. sayılı kararı

26 OĞURLU, Yücel, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, s. 96

27 AYM, 203.4.2001, E.1990/50, K.2001/67, RG: 7.11.2001-24576.

hakkın yeni düzenlemeden önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerektiği”²⁸ görüşündedir.

4-Ek Unsurlar

Bu unsurlara ek olarak öğretide,

*Kişinin, kazanılmış hak iddiasını dayandırdığı hak konusunda iyi niyetli olması,

*Kazanılmış hak olduğu iddia edilen hakka belirli bir süre sahip olunması,

*Kişinin, kazanılmış hakkını kişisel eylemi ve iradesiyle ileri sürmüş olması (bir başka anlatımla, üçüncü kişilerden bir şey talep edebilmek ve onu bir şey yapmaya zorunlu kılmak gibi aktif bir davranış)

gibi unsurlar da kazanılmış hakkın konusu olan hakta bulunması gereken unsurlar arasında sayılabilmektedir.

Kazanılmış Hakların Korunması(Kazanılmış Haklara Saygı) İlkesi

Kazanılmış Haklara Saygı İlkesi, Evrensel Hukuk’un genel ilkelerinden olduğu kabul edilen ve uluslararası hukukta da benimsenen ilkelerdendir. Ulusal üstü yargı içtihatlarında hukukun evrensel ilkelerini anayasa üstü değerinde saymak yolunda genel bir eğilim bulunmaktadır.²⁹

28 Danıştay 10. D. 01.10.2002 Tarih, E. 2000/2114, K. 2002/3458 sayılı kararı (Yeni Danıştay Kararları Dergisi, Y. 1, S. 1, 2003, s. 405); Danıştay 10. Dairesi, 09.06.1999 Tarih, E. 1996/10150, K. 1999/3101 sayılı kararı (Danıştay Dergisi, S. 102, 2000, s. 629)

29 ERDOĞAN, Mustafa: Anayasal Demokrasi, s. 134; Yazar bu kuralların en azından anayasal hükümler değerinde olduğu belirtmektedir.

Birleşmiş Milletler Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü 38/1,c fıkrası; Milletlerarası Hukukun şekli kaynakları arasında, medeni milletlerce kabul edilen genel hukuk prensiplerini de pozitif asli kaynak olarak saymaktadır.³⁰ Nitekim TC Anayasa Mahkemesi de:

*“İyi niyet, ahde vefa, *kazanılmış haklara saygı*, kanunların geriye yürümezliği, kesin hükme saygı, özel kural- genel kural çatışmasında özel kuralın uygulanması” gibi ilkelerin evrensel hukuk ilkelerinden olduğu³¹

*“Kazanılmış hakların tanınması ve korunmasının hukuk devletlerinde benimsenen bir ana kural olduğu ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında bu kuralı ortadan kaldıracak hiçbir hüküm bulunmadığı”³² yönünde kararlar vermiştir.

Kazanılmış hak kavramının evrensel hukukun genel ilkelerinden olmasının yanında, “Hukuk Devleti İlkesi” ve “İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği İlkesi” ile de yakın ilişki içerisindedir. Gerek hukuk devleti ilkesi ve gerekse idari işlemin geriye yürümezliği ilkesi, kazanılmış hakkın iç hukuktaki dayanağı olarak kabul edilmektedir.³³

•Hukuk Devleti İlkesi ve Hukuki Güvenlik Açısından:

Kazanılmış hakların korunması, Anayasanın 2’nci maddesinde yer alan “Hukuk Devleti İlkesi”nin gereklerin-

30 BOZKURT, Enver- KÜTÜKÇÜ, M. Akif- POYRAZ, Yasin: Devletler Hukuku, Ankara, 2003, s. 57

31 YÜZBAŞIOĞLU, Nemci, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, s. 18-24

32 AYM, 11.11.1963 Tarih ve E. 1963/106, K. 1963/270 sayılı kararı (Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, S. 1, s. 473)

33 OĞURLU, Yücel, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, s. 35

dendir. Hukukun Genel İlkeleri'nden olan, hukuki güvenlik ve istikrar ilkeleri ile yasa ve idari işlemlerin kural olarak geriye yürümezliği ilkesi ve bu ilkelerle doğrudan bağlantılı olan kazanılmış haklara saygı ilkesi hukuk devletinin temel unsurları arasında yer alırlar.

Kazanılmış haklara saygı gösterilmesi, Hukuk Devleti'nde uyulması gereken bir zorunluluk, yönetenler için de bir yükümlülüktür. Hukuk Devleti, "*Vatandaşların hukuki güvenlik içinde bulunduğu, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistem*"³⁴ olarak tanımlanabilir. Tanımdan anlaşılacağı üzere "hukuki güvenlik" kavramı, hukuk devleti ilkesinin unsurlarındandır. Zira kazanılmış haklara saygı ilkesinin temel amacı bireylerin hukuk güvenliğini sağlamaktır. Bireylerin hukuki güvenlik içinde bulunmadığı bir sistemin hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Yürürlükteki bir yasa veya düzenleyici işleme dayanarak bir hak kazananların bu kazanımlarının korunması, hukuki güvenlik ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Çünkü kişiler kendi lehlerine hak kazandıran bu işlemin muhatabı olurken, yürürlükteki mevzuat hükümlerine güvenmektedirler. Bireylerin sonradan yürürlüğe girecek bir mevzuat normunu bilmesi ya da öngörmesi mümkün değildir. Dolayısıyla yürürlükteki mevzuata binaen kişisel bir hak kazanan kişinin, bu kazanımının sonradan yapılacak mevzuat değişikliği ile ortadan kaldırılması gibi bir durum, hukuk devleti ilkesiyle örtüşmeyecektir. Binaenaleyh mevcut hukuki düzene güvenilerek kazanılmış olan haklara saygı gösterilmeli ve bireylerin kazanmış oldukları hakka sonradan yürürlüğe giren düzenlemelerle dokunulmamasıdır.

34 ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2003, s.113

• "İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği İlkesi" Açısından:

Kazanılmış haklara saygı ilkesi, idari işlemlerin geriye yürüyüp yürümemesi, başka anlatımla geriye dönük sonuç doğurup doğurmaması açısından da önem kazanmaktadır. Bir mevzuat hükmünün yürürlüğe girdiği tarihten sonraki dönem için uygulanması, aksi belirtilmedikçe geçmişe dönük olarak uygulanamayacağı kuralına "Geçmişe Yürüme Yasağı" denir. Hukuki güvenlik ilkesinin yansıması olan idari işlemlerin geçmişe yürümezliği ilkesi, kazanılmış hakların korunması ve hukuki ilişkilerde istikrar açısından zorunlu olarak kabul edilmelidir.

Türk Hukukunda geriye yürüme yasağı hukuk devletin temel ilkelerinden kabul edilmektedir.³⁵ Nitekim önceden oluşmuş hukuksal durumların sonradan yapılacak işlemlerle değiştirilmesi, hukuktan beklenen güvenlikle bağdaşmaz. Çünkü hukuk güvenliği ilkesi ve adaletin bir gereği olarak, yasalar sadece yürürlükte oldukları döneme uygulanmalıdır. Bu bakımdan, yürürlükteki mevzuat hükümlerine dayanarak geçerli bir hak kazanımında bulunan kimselerin bu kazanımları sonradan yürürlüğe giren bir hüküm ile ortadan kaldırılacak ya da bu kişisel kazanıma zarar verilecek olursa, bireylerin hukuka duydukları inanç ve güven sarsılacaktır.³⁶ Anayasa Mahkemesi'nin kararında da bu kural istisnalarıyla birlikte şu şekilde belirtilmektedir: "Yasalar kamu yaran ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uy-

35 AZRAK, Ülkü, İdarenin Yargısal Denetimine İlişkin Sorunlar, Uluslar arası Anayasa Kurultayı, Ankara, 9-13 Ocak 2001, s. 453

36 GÜRİZ, Adnan, Hukuk Başlangıcı, 8. Baskı, Ankara, 2001, s. 134

gulanmak üzere çıkarılırlar. Geçmiş, yeni çıkarılan bir yasanın etki alanı dışında kalır. Sonradan yürürlüğe giren yasaların geçmiş ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindedir....İlgililer bakımından mali bir külfet öngören söz konusu kuralların geçmişe etkili olacak şekilde yürürlüğe konulması hukuk güvenliğini zedelediğinden, Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesine aykırıdır. İptali gerekir..."³⁷

İdare hukuku bakımından da idari işlemlerin geçmişe yürümezliği kabul edilmektedir. İdari işlemlerin geriye yürümemesi, kurulmuş durumlarla kazanılmış hakları korumak ve hukuki ilişkilerde istikrarı sağlamak ihtiyaç ve zorunluluğundan doğmuş sosyal bir hukuk kaidesidir. Danıştay da kazanılmış hakların korunmasında bu ilkenin faydalanmakta ve bazı kararlarında kazanılmış hakların korunmasını bu ilkeye dayandırmaktadır.³⁸ Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararında: "Kanunların geriye yürümezliği ilkesi, bir hukuki eylem ya da davranışın, bir hukuki ilişkinin vuku bulduğu ya da meydana geldiği dönemdeki kanunun hükümlerine tabi kalmakta devam edeceğini ifade eder. Sonradan çıkan kanun, kural olarak yürürlüğünden önceki olaylara ve ilişkilere uygulanmaz" denilmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında ve doktrinde kazanılmış hakların ihlali, "geriye yürüme" kavramıyla birlikte ele alınmakta; geriye yürüyen düzenlemenin kazanılmış hakkı ihlal ettiği; bir başka anlatımla da, geriye yürüme

37 AYM 8.10.2003 tarih ve E: 2003/31, K: 2003/87 sayılı kararı, Resmi Gazete tarih/sayı: 24.02.2004/25383

38 TAN, Turgut, İdari İşlemin Geri Alınması, s. 59

olarak nitelendirilemeyen düzenlemenin hukuksal güvenlik ve kazanılmış hakları ihlal etmediği belirtilmektedir.³⁹

Geriye yürümezlik ilkesi, mutlak bir ilke olmadığından, *istisnaları* da vardır. Bunlar:

1-Yasa ile getirilen istisnalar: Kanun hükümleri geçmişe yürütülecek ise, yasada bu istisnai durumun açıkça ve ayrıca belirtilmesi gerekmektedir. Bu yönü itibariyle yasama meclisi geçmişte hukuka uygun olarak kazanılmış kişisel haklara etki edebilecek bir düzenlemeyi yapabilecek ve yasaları geçmişe yürütebilecektir. Ancak yasama organı geçmişe yürümezlik kuralına istisna getirirken, hukuk devleti ve hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşır surette davranmalıdır.⁴⁰ Çünkü bireylerin kazanılmış haklarına saygı göstermek ve bu hakların ihlali halinde meydana gelecek olumsuzlukların giderilmesi, hukuk devletine yüklenen bir ödevdir.

2-İdari işlemin geri alınması: İdare, işlemini geri aldığı anda; işlem, yapıldığı tarihten başlamak üzere hukuki geçerliliği yitirmektedir. İdari işlem geri alınana dek geçerli olarak hüküm ve sonuç doğuracak ve işlem muhatapları bu işleme dayanarak hak elde edebilecektir. Ancak idare, geçmişe yürüme kuralına istisna getirirken hukuk güvenliği, kazanılmış haklara saygı, istikrar ve yönetimde kararlılık ilkelerine uygun davranmakla yükümlüdür.⁴¹

39 AYM, 4.6.2003 tarih, E: 2001/392, K: 2003/60 sayılı kararı; Oğurlu, Yücel, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara, 2003, s. 44 vd.

40 OĞURLU, Yücel, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, s. 65

41 GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetmelik Yargı, Güncelleştirilmiş 20. Baskı, Ankara, 2004, s.189

3-Yargı kararı ile idari işlemin iptal edilmesi: İdari işlem, yargı kararıyla iptal edilinceye dek geçerli olarak hüküm ve sonuç doğuracak ve işlem muhatapları bu işleme dayanarak hak elde edebilecektir. Bu yönü itibariyle yargı kararı ile iptal durumlarında idari işlem, hukuk düzeninde silininceye kadar askıda geçerlidir. Gerek yasama ve gerekse idare, geçmişe yürüme kuralına istisna getirirken hukuk güvenliği, istikrar ve yönetimde kararlılık ilkelerine uygun davranmakla yükümlü iken; yargı organlarının(idari işlemi iptal ederken) bu yönde bir yükümlülüğü yoktur.

Oğurlu'ya göre geçmişe yürümenin meşru görülebileceği haller: Açık olmayan, yanıltıcı ya da hukuka aykırı düzenlemelerin düzeltilmesi, kamu düzeni ve kamu yararının önceliğini gerektiren zorlayıcı nedenlerin bulunması, yargılama usulü, ceza yargılamasında suçlunun lehine olan düzenlemeler.⁴²

Kazanılmış Hak Doğurmayan/Doğumuna Engel Olan Durumlar

* Şahıslar lehine hak doğurmayan işlemlerin(Örneğin; İdari yaptırımlar, disiplin cezaları ve idari düzenleyici işlemlere aykırılık sebebiyle uygulanan idari yaptırım kararları, kolluk önlemleri kişi lehine hak doğurucu işlemlerden değildir) kazanılmış hak dâhilinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Bir kimseye hukukça korunan bir avantaj/fayda sağlayan ve aynı zamanda tek taraflı olan bireysel vasıflı muameleler hak kazandıran muamelelerdir. Fakat tüm hak doğurucu işlemler, kazanılmış hak doğur-

42 OĞURLU, Yücel, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, s. 65-66

mazlar.⁴³

* "Yok" hükmündeki işlemler bakımından:

Bazı idari işlemler, ağır şekilde hukuka aykırı olduklarından "yok" hükmünde sayılırlar ve belirli bir sürenin geçmesi de bu işleme sıhhat kazandırmaya kâfi olmaz. Bu nedenle yok hükmündeki işlemlerin hak doğurmadıkları göz önüne alınarak, dava açma süresi geçse bile, her zaman geri alınabileceklerinin kabulü gerekmektedir.⁴⁴ Öte yandan, gerçek bir konusu olmayan işlemler (Örneğin, bir kadro olmaksızın daha yüksek bir kadroya ait aylığın verilmesi) ve yürürlükten kaldırılan yasaya dayanılarak yapılan işlemde de yok hükmündedir. Dolayısıyla yok hükmündeki bir işleme binaen kazanılmış hakkın doğumundan bahsedilemez.

* İdarenin kimi işlemleri, mevcut bir durumu saptamakla yetinmektedir. İşte bu işlem türüne belirtici/açıklayıcı veya kazandırıcı olmayan işlemler denilmektedir. Belirtici(açıklayıcı) işlemler, iç düzen işlemleri ve idarenin tek yanlı almış olduğu açıklayıcı kararları kişileri lehine hak doğurmayacağı için kazanılmış hakka konu olmazlar. Bir istemin reddi işlemleri, idarenin açık ya da zımni red suretiyle tesis etmiş olduğu olumsuz idari işlemleri de kişiler lehine bir hak doğurmayacağı ve hatta hukuk düzeninde bir değişiklik meydana getirmeyeceği⁴⁵ sebebiyle kazanılmış hakka konu olmazlar.

43 OĞURLU, Yücel, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Hakkı Beklentiler Sorunu, s. 117

44 TOLON, Kemal Doğu, İptal Ve Tam Yargı Davalarında Kazanılmış Hak, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile ilgili incelemeler (III), s. 182

45 ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukukunda Olumsuz İşlem Yaklaşımı, Ömer Teoman'a Armağan, C. II, İstanbul, 2002, s. 1400

*** İlgilinin açık hatası, hilesi ve ikrah**

Hata, ikrah ve hile işlemin hukuksal değerden yoksun olmasına yol açan hallerdendir. Dolayısıyla bu yollarla doğan işlemlerden kazanılmış hak doğmayacaktır. Doktrinde de, kişilerin idareyi aldatarak sağladıkları hukuksal durumların hiçbir zaman kazanılmış hak sağlamayacağı ve geriye dönük olarak geri alınabileceği ileri sürülmektedir.⁴⁶ Nitekim Danıştay'ın örnek bir kararında da ilgilinin memuriyete girişte mahkûmiyetini saklamış olması dolayısıyla, yasaca yasaklanmış bir eylemin kazanılmış hak doğurmayacağına karar verilmiştir.⁴⁷

Açık Hata Kavramı Fransız Danıştay tarafından kullanılmıştır. Fransız Danıştay açık hata taşıyan idari işlemlerin ilgilileri lehine hak doğurmaya elverişli olmadığını kabul etmiştir. Ancak açık olmayan hatanın hak doğurma niteliğini ortadan kaldırmaya yetip yetmediği konusu tartışmalıdır.⁴⁸ Türk Danıştay açık hata taşıyan bazı işlemleri yok hükmünde saymıştır.⁴⁹ Buna karşılık, askerlik hizmeti sırasında terfi işleminin bir hüküm ifade etmeyeceğinden bahisle, terfi işleminin geri alınması suretiyle, yapılan düzeltme işleminde mevzuata aykırı bir yön görülmediğine karar verilmek suretiyle yokluktan söz edilmediği de görülmektedir.⁵⁰

İdarenin hatasının bulunduğu durumlarda kazanılmış hak söz konusu olabilmektedir. Örneğin A.Y.İ.M

46 DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul, 1964, s. 405

47 Danıştay 5.D. KT:19.3.1947, E:1946/854, K:1947/642 sayılı kararı

48 TAN, Turgut, İdari İşlemin Geri Alınması, Ankara 1970, s. 78

49 ÖZEREN A. ve Arkadaşları, Danıştay 12. D. Kararları, Ankara 1969, s.139, s.460

50 Danıştay 5.D, 23.12.1953 tarih, E:1953/1387, K:1953/3707 sayılı kararı

23.03.199 tarih ve E, 1998/637, K. 1999/295 sayılı kararında; "İlgilisinin kusurundan kaynaklanmayan hata nedeniyle idari işlemin iptal edilmeyeceğine" karar vermiştir.

* Geçici işlemlerden de kazanılmış hak doğmayacağı savunulmaktadır. Örneğin Danıştay bir kararında geçici bir süre için belediye başkanı olan belediye meclis üyelerinin bu atama sebebiyle kazanılmış hakka sahip olamayacağına hükmetmiştir.⁵¹

* İdarenin tespit edici işlemleri de kazanılmış hak doğurmaz.⁵²

* Kayıt ve şarta bağlı idari işlemler de kazanılmış hak doğurmayacaktır. Örneğin; davacının geçici kabul yoluyla, getirdiği malzemelerin satış bedellerinin likidite durumu elverişli olmasına rağmen geciktirilerek yeni bir onay ile transferleri sonucunda dolar başına uğranıldığı iddia olunan zararın hizmet kusuru ve objektif sorumluluk ilkelere göre tazmini istemi ile açılan davada; uyuşmazlık konusu onayın, onay niteliğinde olmayan ve önceki bir onaya dayanılarak yazılan ve transfer konusunun inceleneceğinin duyurulmasına ilişkin bir yazı olduğu; likidite durumunun transfere elverişli olduğunun uzman raporundan önce satış bedelinin transferi olacağına incelendiği ve bu meblağın ayrı bir transfer isteminin taliki şarta bağlandığı; bunun için transferin "kazanılmış hak" olamayacağı; gerçekleştirilen devalüasyonun aylar öncesinden davalı idarece bilindiğinin düşünülmemeyeceği; diğer yandan işlemin vasfına göre hizmetin gecikmesinde kusurlu davranıldığına kabulüne olanak bulunmadığı; sonraki kur

51 TOLON, Kemal Doğu, İptal Ve Tam Yargı Davalarında Kazanılmış Hak, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile ilgili incelemeler (III), s. 182

52 GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Bursa, 2003, s. 995

farkını öngören kararın olaya uygulanabileceği; bu işlem ile elde mevcut kaynaklara uyularak yapılırken geçmesi doğal olan sürenin hizmetin gecikmesi olarak nitelendirilemeyeceği nedenleriyle davalı yönetime hizmet kusuru ve objektif sorumluluk yüklenemeyeceğinden davanın reddine hükmedildiği⁵³ görülmüştür. Böylece taliki şarta bağlanan işlemlerin kazanılmış hak doğurmayacağı saptanmıştır.

Şartlı işlemlere benzeyen bir durum da hukuka uygun olmak koşuluyla bazı kayıtlarla yapılan işlemlerdir. Örneğin bir ithal izninin yürürlükteki veya yürürlüğe girecek düzenlemelere aykırı düşmesi halinde sona ereceği kaydı ile verilmesinde, söz konusu izinlerin süreleri bitinceye kadar muhafazalarına hak olmadığı kabul edilmelidir.

Kazanılmış Hakkın, Kamu Düzeniyle - Kamu Yararıyla - Kamu Hizmetinin Gerekleriyle Çatışması

Kazanılmış hakkın kamu düzeniyle, kamu yararıyla ve kamu hizmetinin gerekleriyle çatıştığı durumlarda kazanılmış haklara sınır getirilebilecektir. Ancak bu durumlarda kazanılmış hakkın tüm boyutlarının mutlaka korunmayacağı da söylenemez. Hakkın geleceğe yönelik kullanımının korunması, kamu düzenini bozacak veya kamu hizmetini aksatacak ya da kamu yararına aykırı sonuçlar doğuracak nitelikteyse; böyle bir durumda geleceğe yönelik kazanılmış hak korunmayacaktır. Kamu yararı ile kazanılmış hakkın korunması bağlamında hukuki güvenlik ilkesinin karşılığı söz konusu olursa; somut olayda kamu yararına üstünlük tanınması, hukuki güvenlik ilkesinin

53 Danıştay, 12.D. KT:15.05.1973, E: 1970/5217, K: 1973/1495 sayılı kararı

çiğnenmesini gerektirecek önemde olup olmadığına bağlıdır. Nitekim yargı içtihadına konu olan örnek bir olayda: Davacı şirketin işlettiği sabun imalathanesi, kurulduğu zaman mevcut mevzuat uyarınca gerekli olan 2. sınıf gayrisihhî işletme ruhsatı alınmak suretiyle faaliyete başladıktan sonra; günün değişen koşulları üzerine yeniden yapılan incelemede, tüm sabun ve deterjan imalathanelerinin çevreye verecekleri ve vermekte oldukları zararlar dikkate alınıp 1. sınıf gayrisihhî işletme olmaları gerektiği sonucuna varılarak idarece bu yönde Yönetmelik değişikliği yapılmıştır. Dava konusu işlemle, davacı şirkete Yönetmelik değişikliği gereği olarak en geç iki yıl içinde 1. sınıf ruhsat alması gerektiği, aksi halde ruhsatsız sayılacağı bildirilmiştir. Bu işlemin iptali istemiyle açılan dava sonucunda, Danıştay 10. Dairesi, 2. sınıf ruhsata sahip şirkete, yönetmelik değişikliği gereği olarak 1. sınıf ruhsat alması gerektiği bildirilerek, bunun için de 2 yıl süre tanıdığından; ayrıca yönetmelik değişikliğinde eskiden beri faaliyet gösteren ve yeni kurulacak olan tüm sabun imalathanelerinin çevre sağlığı bakımından sakıncalı olmaları nedeniyle birinci sınıf ruhsat almakla yükümlü tutulduklarından; davacı şirketin ihlal edilmiş bir kazanılmış hakkı bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.⁵⁴ Kaldı ki yeni düzenlemede, eskiden beri faaliyet gösteren müesseseler için, bu yükümlülük açıkça öngörülmemiş olmasaydı da; kamu yararının söz konusu olduğu bu durumda, davacı işletmenin yeni duruma uyum sağlaması gerekeceğinden, 1. sınıf ruhsat alma zorunluluğu olmayacağı yönünde kazanılmış hakkı bulunduğu savunulama-

54 Danıştay 10. D. - 06.04.1982 Tarih, E: 1982/ 504, K: 1982/702 sayılı kararı (kaynak: Danıştay Bilgi Bankası)

yacaktır.⁵⁵

Ulusoy da, kazanılmış hakkın geleceğe ilişkin boyutunun prensip olarak korunmakla birlikte, korunmayacağı ayrık durumların da olabileceğini; hakkın geleceğe ilişkin kullanımı aynı zamanda kamu düzenini bozucu veya kamu hizmetini aksatıcı ve hatta kamu hizmetinin daha iyi yürütülmesini engelleyici sonuç doğuracaksa, bu hakkın geleceğe ilişkin etkisinin korunamayacağını; bu halde idarenin, yapacağı kaldırma veya değiştirme işlemi ile bu hakkın geleceğe etkisini sonlandırması gerektiğini belirtmiştir.⁵⁶

Düzenleyici Hukuki Tasarruflar Açısından Kazanılmış Hakların İrdelenmesi

1-Kural İşlemlerden (Düzenleyici Hukuki Tasarruflardan) Kazanılmış Hak Doğabilir mi?

Genel hukuki durumlar yasa, tüzük, yönetmelik ve diğer düzenleyici tasarruflarla belirlenir. Bu hukuki durumlarda, doğan yetkiler aynı koşullardaki herkes için aynıdır. ONAR'a göre, genel hukuki durumlar, yasama ya da yetkili idare organının düzenleyici bir işleminden kaynaklandığından, koşulları da kendilerini doğuran kural tasarrufa tabidir. Bir kural işlemin değişmesi, ona dayanan hukuksal durumun da değişmesini gerektirir. Genel hukuksal durum, sürekli olma niteliği ve özelliği ile şeklini dayandığı kuraldan alır. Objektif hukuk düzeninde doğa-

55 Benzer başka örnek kararlar için bkz: Danıştay 10. D. - 23.10.2002 tarih ve 2002/4029 sayılı kararı; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 27.03.1998 Tarih, E. 1996/465, K. 1998/159 sayılı kararı (kaynak: Danıştay Bilgi Bankası)

56 ULUSOY, Ali, "Hukuk Devleti ve İdari Faaliyetlerin Gerekleri Yönünden Kazanılmış Hak Kavramı", Ankara Barosu tarafından düzenlenen Hukuk Kurultayı, 2004, s.172-173.

cak değişiklik, durumun varlığına son verebileceği gibi, şeklini de değiştirebilir.⁵⁷

Bu halde, hukuksal durumun dayandığı kuralın değişmesinin, durum üzerindeki etkisine bakıldığında, kazanılmış hak bulunup bulunmadığı; varsa da kapsam ve sınırlarının ne olacağı sorunu doğmaktadır.

Genel düzenleyici "kural işlem"lerin kazanılmış hak doğurmadıklarını ve değişip ortadan kalkmaları ile onlara bağlı hak ve yükümlülüklerin de değişip ortadan kalkacağını savunan ÖZAY şu ifadelerle yer vermektedir: "İşte bu nedenle, bunların ne geriye yürür biçimde uygulanmaları ne de etkilerinin son buldukları tarihten ileriye doğru uzaması söz konusu olabilir. Eğer genel düzenlemenin kendisinde geriye yürür biçimde uygulanacağına ilişkin bir hüküm var ise, bu da sadece hak doğurucu ve yararlandırıcı durumlar için geçerlidir. Aksi ise, o işlemin 'konu' yönünden hukuka aykırı ve iptal edilebilir nitelikte olması anlamını taşır."⁵⁸

Bu konuda Fransa Danıştay Mahkemesi'nin "kimse bir düzenleyici işlemin yürürlükte tutulmasında kazanılmış hakka sahip değildir" yönündeki kararını örnek gösteren GÖZLER, düzenleyici işlemlerin kazanılmış hak yaratmayacağını ve derhal uygulanacaklarını savunmaktadır.⁵⁹

İdare hukukunun statülere dayanan objektif, düzenleyici işlemlerle oluşan yapısında "kazanılmış hak"tan

57 ONAR, S. Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 2. Bası, İstanbul, 1960, 1. cilt, s. 369-370.

58 ÖZAY, İlhan, Günışığında Yönetim, İstanbul, 2004, s. 429

59 GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Bursa, 2003, s. 993, 994, 1007

bahsedilemeyeceğini belirten ONAR da; burada kazanılmış haktan, ancak statünün şartları çerçevesinde kişisel bir durum doğduktan (genel durumun şahsi duruma dönüşmesinden) sonra söz edilebileceğini ifade etmektedir.⁶⁰

Görüldüğü gibi, kanun ve idari düzenleyici işlemlerden kazanılmış hak doğup doğmayacağı konusunda idare hukukumuzda yerleşik hale gelmiş ve klasik teorinin etkisinde olan görüş; idare hukukunda düzenleyici işlemlerden kazanılmış hak doğmayacağı, kazanılmış hakkın doğabilmesi için; objektif ve genel hukuki durumun kişisel bir işlemle özel hukuki duruma dönüşmesi gerektiği yönündedir. Fakat bu, düzenleyici işlemlerin hak doğurmadıkları anlamına gelmemektedir. Zira düzenleyici işlemlerin hak doğurmadığı görüşü, aslında kişilerin lehlerine olan düzenleyici durumların, yeni bir düzenleme ile kaldırılmasına veya değiştirilmesine karşı koyma haklarının olmaması; kişilerin lehlerine olan düzenleyici işlemin muhafazası için kazanılmış hakka sahip olmaması manasındadır. Dolayısıyla düzenleyici işlemler, muhafaza edildikleri ölçüde hak doğurucu niteliktedir.

Bu hususun izahında örnek teşkil edecek bir Danıştay kararına⁶¹ göre: 1982'de Deniz Kuvvetleri'nden emekliye ayrılan davacı, 24.7.1954 tarih ve 4/3435 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulmuş olan "Gemi adamlarının Yeterliği ve Sayısı Hakkındaki Tüzük" hükümlerine göre "uzak yol birinci zabıtlığı belgesi" almaya hak kazandığını belirterek; 3.2.1984 tarihinde idareye başvurup bu belgenin verilmesini istemiştir. İdare,

60 ONAR, S. Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 2.Bası, İstanbul, 1960, 1. cilt, s. 371

61 Danıştay İDDGK, 29.3.1985 tarih ve 1985/64 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Sayı:60-61, s. 115-117

13.6.1978 tarih ve 7/15778 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan Tüzük İle 1954 tarihli Tüzüğün yürürlükten kaldırıldığı belirtilerek yürürlükte bulunan Tüzük uyarınca kendisine "uzak yol güverte zabıtlığı belgesi" verileceği bildirmiştir. Bunun üzerine ilgili, kazanılmış haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek yeni Tüzük hükmünün iptali istemiyle dava açmıştır. Danıştay; 4922 sayılı Yasanın 2/D maddesinde gemi adamlarının yeterliği ve sayısının Tüzükle tespit olunacağına hükme bağlandığı, yasa koyucunun, esasa ilişkin kuralların düzenlenmesi konusunu da idarenin takdir yetkisine bıraktığı hallerde, bu yoldaki düzenleyici işlemlerin, günün ihtiyaçlarını karşılayabilmek amacıyla gerek duyulduğunda idarece değiştirilebileceğinin kabulü gerektiği, **önceki düzenlemeye göre elde edilmiş veya kazanılmış bir hakkın varlığından söz edilebilmesi için, eski düzenlemedeki objektif hukuk kuralının, ilgili kişi hakkında uygulanmış ve kişiselleşmiş olması gerektiği;** davacı hakkında 1954 tarihli Tüzüğe göre tesis edilmiş bir işlem ve anılan Tüzüğe göre alınmış bir yeterlik belgesi olmadığına ve dolayısıyla kazanılmış hakkı bulunmadığına göre; kazanılmış hakkının ihlal edildiği iddiasının dayanaksız kaldığı, nitekim 1978 tarihli Tüzüğün geçici 1'inci maddesinde yer alan, "bu Tüzüğün yürürlüğe girmesinden önce verilmiş yeterlik belgeleri geçerlidir" hükmü ile kazanılmış hak kavramına uygun düzenleme yapıldığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Görüldüğü üzere, 1954 tarihli Tüzük yürürlükteyken alınmış bir belge olmaması, dolayısıyla hakkın o dönemde kişiselleşmemiş olması nedeniyle; davacının yürürlükten kaldırılan Tüzük maddesinden dolayı bir kazanılmış hakkı bulunmamakta ve Tüzük hükümlerinin değiştirilmesi karşısında; yeni Tüzük hükümlerinin kazanılmış hakkı ihlal ettiği iddiası (bir bakıma eski hükümlerin yürürlüğünün

devamı talebi) kabul görmemektedir. Dolayısıyla davacı artık yürürlükte olan yeni Tüzük hükümlerinin verdiği hak çerçevesinde bir hakka (yürürlükte olan Tüzük maddesinde öngörülen belgeye ve bu belgenin verdiği hak ve ondan yararlanma yetkisine) sahip olabilecektir.⁶²

Düzenleyici işlemdeki yararlandırıcı vasıfta bir hükümle, belirli durum ve kişiler için tanınmış olan hakların ilgilileri, düzenleyici işlemin öngördüğü yararlandırıcı haklar için istenen şartları taşıyarak gerekenleri yapmış ve zaman içinde şartları kaybetmiyor ise; bu anlamda düzenleyici işlemdeki genel düzenlemelerin ilgilileri için şahsileştiği ve dolayısıyla bu ölçüde bir hak elde ettiklerinin kabulü gerekir. Böyle bir durumda hak taşıyan kişinin başvurusu üzerine veya idarenin resen yapacağı işlem, yenilik doğurucu bir hak oluşturan işlem olmayıp, daha önce doğmuş ve belirlenmiş hakkın tespit edilmesinden ibarettir. Böylelikle düzenleyici işlemin başlangıçta yöneldiği belirsiz sayıda kişileri hedef alma özelliği somutlaşarak bireysel işlem tesis edilmiş olur. Öte yandan, düzenleyici işlemde getirilen hüküm, düzenleyici işlemi somutlaştırma durumundaki idare için çeşitli yetkiler tanımış ise, diğer ifadeyle idare için bir bağlı yetki öngörmemişse, düzenleyici işlemin hak yaratıcı özelliğinin bulunmadığı bir durumdan söz edilecektir.⁶³

“Objektif bir hukuk kuralının ilgilisi hakkında kendiliğinden uygulanacak duruma gelmesi, kazanılmış hak doğurur mu?” sorusu, öğretide üzerinde pek durulmamış

62 ŞAHİN, Yahya, “Yasa Ve Düzenleyici İdari İşlemlerin Değişmesinin Kazanılmış Haklar Yönünden İncelenmesi”, Danıştay Dergisi, Sayı: 120, Danıştay Başkanlığı, Ankara 2009, s. 1-28

63 ENDER, Ethem Atay, İdare Hukuku, Ankara, 2006, s.88-90; ŞAHİN, Yahya, “Yasa Ve Düzenleyici İdari İşlemlerin Değişmesinin Kazanılmış Haklar Yönünden İncelenmesi”, Danıştay Dergisi, Sayı: 120, Danıştay Başkanlığı, Ankara 2009, s. 1-28

önemli bir konudur. Emredici ve yararlandırıcı nitelikte hüküm içeren bir yasada ve böyle bir yasaya dayalı düzenleyici işlemde, bir hakkın elde edilmesi belirli koşulların gerçekleşmesi şartlarına bağlanmışsa; şartların gerçekleşmesi, objektif hukuk kuralını, emredici hüküm içermesi nedeniyle ilgili kişi hakkında kendiliğinden uygulanacak hale getirir. İdare tarafından henüz bir idari işlem tesis edilmemiş ve hak bu şekilde kişiselleşmemiş olsa bile; hakkın doğumunun bağlandığı olayın gerçekleşmesiyle hak, görünüşte olmasa bile aslında kişiselleşerek doğmuştur ve idare bunun gereğini yerine getirmekle yükümlü olmuştur. Bundan sonra söz konusu yasada ve düzenleyici işlemde değişiklik olması halinde, henüz birel işlem tesis edilmemiş olsa bile ilgilinin kazanılmış hakkının bulunduğu kabulü gerekecektir. Çünkü emredici ve yararlandırıcı hüküm nedeniyle "objektif hukuk kuralının ilgili kişi hakkında kendiliğinden uygulanacak hale gelmesi" durumu doğmuştur.⁶⁴ Bu durumu somutlaştırıcı olması yönüyle Danıştay 1. Dairesi'nin şu örnek kararına⁶⁵ değinmekte yarar vardır: 3573 sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanun'un 3. ve 4. maddelerinde, Devlet ormanlarıyla boş arazilerdeki yabancı zeytinleri aşılama isteyenlere, tevzi edilecek arazide Bakanlığın belirleyeceği süre ve şartlarda temizlemeyi yapanlara tapu verileceği öngörülmüştür. İmar ve ihya amacıyla çiftçilere dağıtılan arazilerin, yasal 5 ve 8 yıllık süreler sonunda muhyileri adına tapuya tescili için gerekli işlemler Bakanlıkça yapılmışsa da, bu sürelerden önce 25.6.1973'de yürürlüğe giren 1757 sayılı Toprak ve Tarım

64 ŞAHİN, Yahya, "Yasa Ve Düzenleyici İdari İşlemlerin Değişmesinin Kazanılmış Haklar Yönünden İncelenmesi", Danıştay Dergisi, Sayı: 120, Danıştay Başkanlığı, Ankara 2009, s. 1-28

65 Danıştay 1. Dairesi, 27.10.1982 tarih ve 1982/209 sayılı kararı (Danıştay Dergisi, Sayı:50-51, Ankara, 1983, s.104-106)

Reformu Kanunu'nun, 3573 sayılı yasanın 3. ve 4. maddelerini zımnen ilga etmiş olması nedeniyle Tapu Daireleri ve Milli Emlak Müdürlüklerince, tescil işlemi için mahkeme kararı gerektiği belirtilmiştir. Bunun üzerine yapılacak işlem bakımından Danıştay'dan istişari görüş istenmiştir. 1 Daire tarafından; kişiler yönünden düzenleyici işlemlerin kendilerine uygulanması ya da kendiliğinden uygulanacak hale gelmesiyle kazandıkları sübjektif hakların korunmasının, kazanılmış hak ilkesinin zorunlu sonucu olduğu; her yasanın yürürlükte bulunduğu zamandaki olaylara uygulanmak ve ilişkileri düzenlemek suretiyle hak ve yetkiler doğuracağı; bu hak ve yetkilerin zaman içinde korunmamasının, istikrar ilkesine ve devletin güvenilirlik niteliğine uygun düşmeyeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla bu hakkı doğuran yasanın yürürlükten kalkmış ya da uygulanmasının durdurulmuş olmasının, neticeyi değiştirmeyeceği; kendilerine imar ve ihya etmek üzere yabancı zeytinlik dağıtılan kişilerin yasada öngörülen yükümleri yerine getirmeleri ve koşulların gerçekleşmesi halinde, o taşınmazın mülkiyetini isteyebilmeleri konusunda kazanılmış hakları bulunduğu ve tapularının verilmesi gerektiği yolunda görüş bildirilmiştir. Görüldüğü üzere, emredici ve yararlandırıcı hüküm içeren yasanın tapuya tescil için gerçekleşmesini aradığı koşulların, yasa yürürlükten kalktıktan sonra tamamlandığı; yasa yürürlükteyken başlatılan hukuki süreç nedeniyle oluşan durum, idare yönünden yasanın yürürlükten kalktıktan sonrası için de bağlayıcı vasıf kazanmış; tescili gerektiren kural kendiliğinden uygulanacak hale geldiğinden ilgili yönünden kazandırıcı olmuştur.⁶⁶

66 ŞAHİN, Yahya, "Yasa Ve Düzenleyici İdari İşlemlerin Değişmesinin Kazanılmış Haklar Yönünden İncelenmesi", Danıştay Dergisi, Sayı: 120, Danıştay Başkanlığı, Ankara 2009, s. 1-28

2-Düzenleyici Tasarruflardaki Değişikliklerin Kazanılmış Haklara Tesiri ⁶⁷

Yasama organı, daha önce düzenlenmiş konu ve hakları yeniden düzenleyerek değiştirebilir ya da var olan yasaı tamamen yürürlükten kaldırarak bu yasa ile verilen hakları sonlandırabilir. Dolayısıyla hak, kişilere hukuk tarafından tanınan menfaat ve ondan yararlanma konusunda verilen yetki olduğundan; hakkın, dayandığı hukuk kurallarındaki değişikliklerden etkilenmesi de kaçınılmazdır.

Kanunlar, kural olarak, yürürlüğe girmeleriyle birlikte derhal ve ileriye dönük olarak uygulanır. Kanunların geriye yürümemesi, hukukun genel ilkelerindedir. Eski yasaı yürürlükten kaldıran yeni yasa, objektif/genel hukuk alanında değişiklik yaparak; eski yasa döneminde kullanılabilen hakların kullanılma ve yeniden elde edilme olanağını kaldıracaktır. Yeni statü ortaya çıkınca, eski statü gelecekte uygulanamayacağı gibi; yeni statü kendisinden önce gerçekleşmiş ve tamamlanmış olaylara da uygulanamayacaktır. Anayasa Mahkemesi kural işlemlerdeki değişikliklerin gelecekteki durumlara etkisine yaklaşımı şu şekildedir: "Temelde aslî bir yetkiye dayanılarak yürürlüğe konulan yasa ile bağlı bir yetkiyle çıkarılan tüzük, yönetmelik, kararname gibi yürütmenin genel düzenleyici işlemlerini içeren kural işlemler, nesnel ve genel hukuksal durumlar yaratırken düzenledikleri konularda statü oluştururlar. Kişilerin bu statülere alınmaları özel ve kişisel bir işlemle (şart işlemle) olanaklıdır. Nesnel ve genel hukuksal durumun bu şart işlemle özel hukuksal duruma dönüş-

67 Detaylı bilgi için bkz: ŞAHİN, Yahya, "Yasa Ve Düzenleyici İdari İşlemlerin Değişmesinin Kazanılmış Haklar Yönünden İncelenmesi", Danıştay Dergisi, Sayı: 120

mesi kazanılmış hak yönünden yeterli değildir. Nitekim bir kişinin memur ya da emeklilik statüsüne sokulması, bu statüde hiç bir halde değişiklik yapılmayacağı anlamına gelmez. Kural işlemler her zaman değiştirilebilir ya da yargı organları tarafından Anayasa'ya veya yasaya aykırı görülerek iptal edilebilir. Kural İşlemin değişmesi ya da ortadan kaldırılması, ona bağlı kişi ile ilgili şart işlemi de etkiler. Bu durumda ilerisi için kazanılmış haktan söz edilemez. Ancak kişi, yeni kural tasarrufa göre oluşan statüde yerini alır. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan (maaş gibi), tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş, kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haklar için söz konusudur."⁶⁸ Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında da, ileride gerçekleşmesi beklenen hakların durumunu şu şekilde açıklığa kavuşturmuştur: "Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş haktır. Hukuk devletinde bu hakların korunacağı kuşkusuzdur. Ancak, bir statüye bağlı olarak ileriye yönelik, beklenen haklar bu kapsamda değildir. 2. sınıf emniyet müdürü kadrosunda bulunanların dava konusu kuraldan önce emeklilik konusunda 60 yaş haddine tabi olmaları bu yaş haddini kendileri yönünden kazanılmış bir hak haline getirmez. Hizmet koşulları bütün hukuki sonuçlarını doğurarak kişisel hak haline gelmedikçe, kazanılmış hak olarak nitelendirilemeyeceğinden, dava konusu kuralla kazanılmış hakların ihlal edildiği savı yerinde görülmemiştir."⁶⁹

Yürürlükten kaldırılan kanun döneminde, bu kanunun uygulanmasından doğan ve anılan yasanın doğurduğu genel hukuki durumun verdiği yetkiye dayanılarak ya-

68 AYM 12.12.1989 tarih, E: 1989/11, K: 1989/48 sayılı kararı

69 AYM, 11.6.2003 tarih, E: 2001/346, K: 2003/63 sayılı kararı

pılmış olan diğer bireysel işlemler ile bunlardan doğan kişisel sonuçlar ise, kazanılmış hak ilkesi gereği geçerli kalacaktır. Yapılacak düzenlemeyle eski durumların da tasfiyesi için, yeni statüye bu yönde açık hüküm konulması gerekir.⁷⁰ Anayasa Mahkemesi'ne göre de, hukuki güvenlik ilkesi gereği, genel olarak yasa kuralları, yürürlüğe girmelerinden sonraki olaylara uygulanırlar ve yeni çıkarılan yasada bir açıklık yoksa; önceden yürürlükte olan yasa hükümlerine göre sonuçlanmış durumlarla kazanılmış haklara dokunmazlar.⁷¹ Bu hususta Danıştay kararına da konu olmuş bir olay: P. Kd. Ütgm. olarak görev yaparken 28.9.1994'de şehit düşen oğlundan dolayı 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun 3997 sayılı yasayla değişik 72. maddesinin son fıkrasına göre, "geride dul ve yetim bırakma, muhtaç olma" koşulu aranmadan davacıya 1.10.1994 tarihinden itibaren aylık bağlanmıştır. Maaş bağlanmasının dayanağı olan yasa hükmünün, 6.11.1994 tarih ve 22133 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4049 sayılı yasayla değiştirilerek; "...görevler nedeniyle geride dul ve yetim bırakmadan hayatlarını kaybedenlerin, baba veya analarına, muhtaç olup olmadıklarına bakılmaksızın ölüm tarihini takip eden aybaşından itibaren aylık bağlanacağı" yolunda bir düzenleme yapılmıştır. Bunun üzerine davacının oğlu hayatını kaybettiği tarihte geride dul ve yetim bıraktığından; kendisine bağlanan aylık, yasanın yürürlüğe girmesi üzerine kesilmiştir. Babanın bu aylığın kesilmesi nedeniyle açtığı davada, İdare Mahkemesince, hayatını kaybettiği tarihte geride dul ve yetim bıraktığı anlaşılan şehidin babasının anılan Yasa hükmü gereğince aylığının kesilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı ge-

70 ONAR, S.S., İdare Hukukunun Umumi Esasları, 2. Baskı, İstanbul, 1960, 1. cilt, s. 435, 441

71 AYM, 20.7.2000 T, E: 2000/16, K: 2000/17 sayılı kararı

rekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Davacı taraf-
ça kararın temyizi üzerine hükmü bozan Danıştay, gerek-
çesini şöyle açıklamıştır: "...Getirilen yasal düzenlemelerle
özel hüküm bulunmadığı sürece ilgililerin kazanılmış hak-
larının bertaraf edileceğinin kabulü olanaklı değildir. Bu-
lunan uyuşmazlıkta, 3997 sayılı Yasadaki koşulları taşı-
ması nedeniyle davacıya şehit oğlundan dolayı aylık bağ-
lanmış olup; aylık bağlanmasını öngören Yasada aylık
bağlanabilmesi için geride dul ve yetim bırakılmamış ol-
ması şartının yeniden getirilmesi üzerine davacıya bağla-
nan aylığın kesilmesi Yasada daha önce bağlanmış olan
aylıkların kesileceği yolunda herhangi bir hükme yer ve-
rilmemiş olması nedeniyle kazanılmış hakları ve idareye
olan güveni zedeler nitelikte görülmüştür. Bu itibarla, da-
vanın reddi yolundaki temyize konu kararda hukuki isa-
bet bulunmamıştır."⁷² Danıştay'ın bu içtihadı, bir okula
kayıt şartlarının ya da Devlet memurluğuna giriş şartları-
nın sonradan değiştirilmesinin, hukuka uygun olarak sta-
tüye girmiş olanları etkilememesi yönündeki kararlara da
koşut bir durum içermektedir.

Eski yasa döneminde uygulaması başlayan ve devam
eden işlerde, yeni yasada eski yasa hükümlerinin uygu-
lanmasına devam edilebilmesini öngören açık bir düzen-
leme bulunmadıkça; yeni yasanın ileriye yönelik etkisi uy-
gulanacaktır.⁷³ Anayasa Mahkemesi de, önceki yasa yür-
rürlükteyken başlamakla birlikte henüz sonuçlanmamış
hukuksal ilişkilere yeni yasa kuralının uygulanmasını ge-

72 Danıştay 10. D., 19,11.1998 tarih, 1998/5882 sayılı kararı (Danıştay Dergisi, Sayı: 100, Ankara, 1999, s. 474-477; <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>)

73 ONAR, S.S., İdare Hukukunun Umumi Esasları, 2. Baskı, İstanbul, 1960, 1. cilt, s. 441

riye yürüme olarak nitelendirmemiştir.⁷⁴

Yapıldığı anda yürürlükte olan düzenleyici işleme binaen tesis edilen bireysel bir işlemde doğan hakkın, bu düzenleyici işlemin daha sonra değiştirilmesi ve söz konusu bireysel işlemin bu yeni düzenlemeye aykırı olması halinde: Hakkın geçmişe ilişkin boyutu korunacak; geleceğe ilişkin boyutu ise kural olarak korunamayacaktır. Ancak, bu durumda, yeni düzenlemeyle hukuka aykırı hale gelmiş olan bireysel işlem kendiliğinden geçersiz hale gelmeyecek; yetkili makamca iptal edilene dek 'askıda geçerliliğini' sürdürecektir. Bu hakkın geleceğe ilişkin boyutunun da korunabilmesi için, yeni düzenlemede geçici maddelerle açıkça öngörülmesi gerekmektedir.⁷⁵

Özetle, objektif hukuki sonuç doğuran kural işlemlerden olan yasaların, yürürlüğe girmeleriyle, artık getirdikleri düzenlemenin öngördüğü hukuksal düzen geçerli olacağından; kural olarak, yeni düzenlemede açıkça korunmadıkları sürece, önceki yasada öngörülen hakların, ileriye yönelik uygulama etkisinin hukuken korunmaya devam etmesinin mümkün olmayacağını, özellikle kamu düzenini ilgilendiren konularda bunun kesin olduğunu söyleyebiliriz.⁷⁶

74 AYM, 4.6.2003 tarih ve E: 2001/392, K:2003/60 sayılı kararı, Resmi Gazete tarih/sayı: 18.12.2003/25320

75 ULUSOY, Ali, "Hukuk Devleti ve İdari Faaliyetlerin Gerekleri Yönünden Kazanılmış Hak Kavramı", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2004, s. 173

76 ŞAHİN, Yahya, "Yasa Ve Düzenleyici İdari İşlemlerin Değişmesinin Kazanılmış Haklar Yönünden İncelenmesi", Danıştay Dergisi, Sayı:120, Danıştay Başkanlığı, Ankara 2009, s. 1-28

İdari İşlemin Geri Alınmasının Kazanılmış Haklara Tesiri

Geri alma işleminin yalnızca hukuka aykırı işlemler hakkında uygulanabilmesi ve etkilerinin geçmişe yürür nitelikte olması özellikleri, geri alma işlemi ile mahkeme kararıyla iptal durumu arasında benzerlik doğurmaktadır. Her iki durum da birbirine benzer ve geriye yürürler.⁷⁷

İdari işlemin süreklilik vasfının bir sonucu olarak; idari işlem, belli bir süreye tabi tutulmamış ya da uygulanarak kendiliğinden ortadan kalkmamış veya idarece geri alınmamışsa, etkileri kural olarak süresiz bir şekilde devam eder. İdari işlemin geri alınması, “*sakat bir idari kararın, İdarenin alacağı başka bir idari karar ile hükümsüz hale getirilmesi, alındığı tarihten itibaren hukuk âleminde silinmesi*” olarak tanımlanabilmektedir. Geri alma işlemi, niteliği itibariyle geri alınan idari işlemde bağımsız bir idari işlemdir.⁷⁸ İdari işlemin geri alınması, işlemin hiç yapılmamış, idari kararın hiç alınmamış olması sonucunu doğurur. Bu halde işlem geçmişe dönük olarak bütün hüküm ve sonuçlarıyla hukuk âleminde silinir⁷⁹ ve bu işleme karşı idari yargıda iptal davası açılmışsa, bu dava konusuz kalacağından, hakkında “karar vermeye gerek olmadığına” karar verilmesi gerekecektir.⁸⁰

İdari işlemin geri alınmasında, idari işlemin geleceğe dönük olarak etkilerinin sona erdirilmesi (ya da bu etkile-

77 GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 7. Bası (Aynı Bası), İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 157

78 GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 7. Bası (Aynı Bası), İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 157

79 GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, s. 979

80 GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetmelik Yargı, s. 188-193

rin değiştirilmesi) ve idari işlemin tesis edildiği andan itibaren geçmişi dönük olarak hiç yapılmamış sayılması olmak üzere iki sonuç doğar. Geri alma işleminin; geri almaya sebep olan idari işlemin etkilerini geçmişe dönük olarak ortadan kaldırması durumu kazanılmış hakların korunması, hukuk güvenliği ve idari istikrar ilkesini yakından ilgilendirmektedir.⁸¹ Kural olarak geri alma işleminin ilgilinin daha az lehine olan bir sonuç doğurmaması ve üçüncü kişilerin kazanılmış haklarına zarar vermemesi gerekir.⁶⁹

İdari işlemin geçmişe dönük olarak hukuk düzeninden bütün etki ve sonuçları ile ortadan kalkması söz konusu olduğundan, bu idari işleme binaen kazanılmış hakların akıbeti açısından geri alma işlemine konu olan işlemin hukuka uygun ya da hukuka aykırı olması önem arz etmektedir:

1-Hukuka Uygun İşlemlerin Geri Alınmasında:

İdari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi uyarınca, hukuka uygun olarak yapılmış idari işlemlerin geri alınamayacağı, gerçek anlamda geri alma işleminin ancak hukuka aykırı işlemler hakkında söz konusu olabileceği kabul edilmektedir.⁸² Hukuki güvenlik ilkesinin bir gereği olarak, hukuka uygun olarak tesis edilmiş düzenleyici işlemlerin geri alınamayacağı, ancak ilga ya da geleceğe dönük olarak yürürlükten kaldırılabileceği; hukuka uygun düzenleyici idari işlemin geri alınamayacağı kuralının tek istisnasının, bu düzenleyici işleme dayanılarak bireysel

81 OĞURLU, Yücel, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, s.177

82 TAN, Turgut, İdari İşlemin Geri Alınması, s. 24 vd.

işlem yapılmaması durumu olduğu savunulmaktadır.⁸³

Hukuka uygun bireysel idari işlemlerin geri alınması, hukuk güvenliği bakımından mümkün değildir. Bu kural, idari işlemin kişisel sonuçlarının dokunulmazlığı nedeniyle, hak kazandırıcı bireysel işlemler bakımından mutlaklıdır. Ancak istisnai olarak, hak kazandırıcı olmayan bireysel idari işlemlerin yerindelik sebebiyle geri alınabileceği kabul edilmektedir.⁸⁴ OĞURLU, idarenin, işlemini geri almasında hukuka uygunluk ile hukuk güvenliği gibi iki olumlu değer karşı karşıya geleceğini; bu değerlerden ilkinde göre, hukuka aykırı işlemlerin her zaman geri alınabilmesi imkânı ile hukuk düzenindeki aksaklığın giderilerek hukuka uygunluğun sağlanması gerektiğini; fakat bu noktada da 2. değer devreye girerek, idari işlemlerin geri alınmasının, daha önce doğmuş hakları etkilemesi nedeniyle hukuk güvenliğinin ihlal edileceğini belirterek; “bu çerçevede bir hak doğurmayan hukuka aykırı idari işlemlerin her zaman geri alınabileceği rahatlıkla söylenebilir” görüşündedir.⁸⁵ Nitekim GÖZLER de, bireyler lehine hak doğurmayan işlemlerin hukuka uygun olsalar dahi geçmişe etkili olarak hukuk düzeninden silinmesinde hukuk açısından bir sakıncası görmemektedir.⁸⁶

2-Hukuka Aykırı İşlemlerin Geri Alınmasında:

Hukuka aykırılığı ortaya çıkmış bir işlemin idarece geri alınmasının, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğu

83 GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, s. 982, 979

84 GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, s. 984

85 OĞURLU, Yücel, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, s. 180

86 GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, s. 984-985

kabul edilmektedir.⁸⁷ Hukuka aykırı işlem geri alınarak, sakat idari işlem hükümsüz kılınmakta ve o işlemin doğurduğu/doğuracağı tüm sonuçları ile birlikte hukuk âleminde silinmekte ve sakat idari karar hiç alınmamış sayılmaktadır.⁸⁸

"Yok" hükmündeki idari işlemlerin, ilgilinin yalan beyanı veya hilesi ile yapılan sakat işlemlerin her zaman geri alınabileceği kabul edilmektedir.⁸⁹ Ayrıca hukuka aykırı bireysel işlem, kişi lehine hak yaratıcı değilse (ÖR: tespit işlemleri, ilgilinin hilesi ile yapılan işlemler, yok hükmünde sayılan işlemler, maaş ödemesi gibi parasal işlemler, şarta bağlı kararlar), idarece ilga edilebileceği gibi, her zaman da geri alınabilecektir.

Hukuka aykırı düzenleyici işlemler açısından: Danıştay "İdari işlemlerin hukuka aykırı bulunmaları halinde geri alınmaları mümkün ise de geri alma işleminin makul süre içinde, hak ve nesafet kurallarını zedelemeyecek şekilde yapılması gereklidir" görüşündedir.⁹⁰ Fakat Danıştay, "makul süre"den kastın ne olduğunu hususunda somut bir süre öngörmemiştir. Hukuka aykırı işlemlerin, istikrar ilkesini zedelemeyecek makul süre(her somut olayın özelliğine göre tespit edilecektir) içerisinde idarece geri alınabilecektir. İptal ve geri alma kıyaslandıklarında, her iki işlemin de sonuçları bakımından geçmişe dönük bir etki doğurdukları görülmektedir. Bu sebeple iptal ve geri alma işlemlerinin müeyyideleri benzer olduğundan, uygu-

87 Danıştay 1. D. 30.05.2003 tarih, E: 2003/7, K: 2003/69 sayılı kararı (Danıştay bilgi bankası)

88 GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, s. 157

89 GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, s. 161

90 Danıştay 8. D. 22.12.1993 tarih, E: 1993/2193, K: 1993/4343 sayılı karar (Danıştay Kararları Dergisi, S. 90, s. 879)

lanacakları süre bakımından da bir koşutluk kurmak gerekirken ve de geri alma bakımından da, iptal davası süresi içerisinde geri alınabilme şeklinde nesnel bir sürenin benimsenmesi gerekmektedir.⁹¹

Hukuka aykırı bireysel idari işlemler açısından: İlgili idari işlemin geri alınıp alınamayacağında belirleyici olan, bu işlemin hak yaratıcı olup olmadığıdır. Eğer ilgili idari işlem, kişi lehine hak yaratıcı ise sadece hukuka aykırılığı gidermek sebebiyle ve dava açma süresi içerisinde geri alınabilecektir. Fakat idari istikrar ilkesinin zorunlu bir sonucu olarak, hak kazandırıcı bireysel hukuka aykırı işlemler, dava açma süresi geçtikten sonra ne geri alınabilecek, ne de geçmişe dönük olarak hukuk düzeninden silinebilecektir.⁹²

91 GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, s. 161

92 GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, s. 986

KAYNAKÇA

* AKILLIOĞLU, Tekin, "Yasaların Zaman Bakımından Uygulanmasına İlişkin Bazı Sorunlar", Amme İdaresi Dergisi, C: 17, S: 3, 1984, s. 43

* AZRAK, Ülkü, İdarenin Yargısal Denetimine İlişkin Sorunlar, Uluslararası Anayasa Kurultayı, Ankara, 9-13 Ocak 2001, s. 453

* BOZKURT, Enver/KÜTÜKÇÜ, M. Akif/ POYRAZ, Yasin, Devletler Hukuku, Ank. 2003

* ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukukunda Olumsuz İşlem Yaklaşımı, Ömer Teoman'a Armağan, C. II, İstanbul, 2002

* DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul, 1964

* ENDER, Ethem Atay, İdare Hukuku, Ankara, 2006

* ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, 4. Bası, Ankara, 2001

* GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C. 1, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2003

* GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetmelik Yargı, Güncelleştirilmiş 20. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004

* GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 7. Bası (Aynı Bası), İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003

* GÜRİZ, Adnan, Hukuk Başlangıcı, 8. Baskı, Ankara, 2001

* OĞURLU, Yücel, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003

* ONAR, S. Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt II, İstanbul, 1966

* ONAR, S. Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 2. Bası, 1. Cilt, İstanbul, 1960

* ÖZAY, İlhan, Günışığında Yönetim, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004

* ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2003

* ÖZEREN A. ve Arkadaşları, Danıştay 12. D. Kararları, Ankara 1969

* ŞAHİN, Yahya, "Yasa ve Düzenleyici İdari İşlemlerin Değişmesinin Kazanılmış Haklar Yönünden İncelenmesi", Danıştay Dergisi, Sayı:120, Danıştay Başk. Ankara 2009, s. 1-28

* TAN, Turgut, İdari İşlemin Geri Alınması, Ankara, 1970

* TOLON, Kemal Doğu, İptal ve Tam Yargı Davalarında Kazanılmış Hak, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler III, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 1986

* ULUSOY, Ali, "Hukuk Devleti ve İdari Faaliyetlerin Gereklere Yönünden Kazanılmış Hak Kavramı", Ankara Barosu tarafından düzenlenen Hukuk Kurultayı, 2004, s.172-173

* VELİDEDEOĞLU, H.Veldet, Türk Medeni Hukuku, İstanbul 1963

* YÜZBAŞIOĞLU, Nemci, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul, 1993

YARGI İÇTİHATLARI:

* Anayasa Mahkemesi (AYM), 07.02.2008 T. 2005/38 E. 2008/53 K. sayılı kararı

* AYM 12.12.1989 tarih, E: 1989/11, K: 1989/48 sayılı kararı

* AYM, 11.6.2003 tarih, E: 2001/346, K: 2003/63 sayılı kararı

* AYM, 20.7.2000 tarih, E: 2000/16, K: 2000/17 sayılı kararı

* AYM, 11.11.1963 Tarih ve E:1963/106, K:1963/270 sayılı kararı (Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, S. 1, s. 473)

* AYM, 4.6.2003 tarih ve E:2001/392, K:2003/60 sayılı kararı (Resmi Gazete tarih/sayı: 18.12.2003/25320)

* AYM, 203.4.2001 T, E.1990/50, K.2001/67 sayılı kararı (RG tarih/sayı: 7.11.2001-24576)

* AYM, 25.10.1990, E.1989/23, K.1990/26 sayılı kararı (RG tarih/sayı: 9.1.1991-20750)

* AYM, 11.6.2003 tarih, E: 2001/346, K: 2003/63 sayılı kararı

* AYM, 8.10.2003 tarih ve E: 2003/31, K: 2003/87 sayılı kararı (Resmi Gazete tarih/sayı: 24.02.2004/25383)

* AYM, 4.6.2003 tarih, E: 2001/392, K: 2003/60 sayılı kararı

* AYM, 03.04.2001 Tarih ve E. 1999/50, K. 2001/67 sayılı kararı

* Danıştay 1. D. 19.12.1998 tarih ve 1988/355 sayılı

kararı (Danıştay Dergisi, Sayı:74-75)

* Danıştay 10. D. 19.11.1998 T. ve E:1996/2459, K:1998/5882 sayılı kararı (Danıştay Dergisi, S. 100)

* Danıştay İDDGK, 27.03.1998 Tarih, E:1996/465, K:1998/159 sayılı kararı (Danıştay Bilgi Bankası: <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>)

* Danıştay 5. D. 09.12.1997 Tarih ve E. 1994/7834, K. 1997/2030 sayılı kararı (Aktaran: GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, s. 1002)

* Danıştay 1. D. 13.07.1992 Tarih ve E. 1992/224, K. 1992/238 sayılı kararı (Danıştay Dergisi, S. 87, s. 62)

* Danıştay 5. D. 25.06.1997 Tarih, E. 1996/3069, K. 1997/1482 sayılı kararı (için bkz. Gözler, Kemal: İdare Hukuku, s. 1006)

* Danıştay 10. D. 19,11.1998 tarih, 1998/5882 sayılı kararı (Danıştay Dergisi, Sayı:100, Ankara, 1999, s. 474-477; <http://www.danistay.gov.tr>)

*Danıştay 11. D. 23.03.1976 Tarih, E. 1974/6426, K. 1976/1156 sayılı kararı (Danıştay Dergisi, S. 24- 25, s. 489)

* Danıştay, 12.D. KT:15.05.1973, E: 1970/5217, K: 1973/1495 sayılı kararı

* Danıştay 10. D. 01.10.2002 Tarih, E. 2000/2114, K. 2002/3458 sayılı kararı (Yeni Danıştay Kararları Dergisi, Y. 1, S. 1, 2003, s. 405)

* Danıştay 10. D. 09.06.1999 Tarih, E. 1996/10150, K. 1999/3101 sayılı kararı (Danıştay Dergisi, S. 102, 2000, s. 629)

- * Danıştay İDDGK, 29.3.1985 tarih ve 1985/64 sayılı kararı (Danıştay Dergisi, Sayı:60-61, s. 115-117)
- * Danıştay 1. D. 27.10.1982 tarih ve 1982/209 sayılı kararı (Danıştay Dergisi, Sayı:50-51, Ankara, 1983, s.104-106)
- * Danıştay 10. D. 06.04.1982 Tarih, E: 1982/ 504, K: 1982/702 sayılı kararı (<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>)
- * Danıştay 1. D. 30.05.2003 tarih, E: 2003/7, K: 2003/69 sayılı kararı (Danıştay bilgi bankası)
- * Danıştay 8. D. 22.12.1993 tarih, E: 1993/2193, K: 1993/4343 sayılı karar (Danıştay Kararları Dergisi, S. 90, s. 879)
- * Yargıtay 9. H.D. 26.11.1982 Tarih ve E. 1982/8329, K. 1982/ 9353 Sayılı Kararı (Aktaran: OĞURLU, Yücel: İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara 2003)
- * A.Y.İ.M 1. Dairesi, 23.05.2000 Tarih ve E. 2000/9, K. 2000/575 sayılı kararı (Aktaran: GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, s. 1008)

