

Gazi Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi  
Dergisi



Journal of The  
Faculty of Law of  
Gazi University

---

*Aralık-1997 Cilt:1 Sayı:2 ISSN-1302-0013 December-1997*  
*Vol:1 No:2*

---

*Prof. Dr.*  
*Naci KINACIOĞLU'NA*  
*Armağan*

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

## GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

<b>Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</b>	<b>Journal of The Faculty of Law of Gazi University</b>
<b>Sahibi :</b> Prof.Dr. Enver HASANOĞLU	<b>Owner :</b> Prof. Dr. Enver HASANOĞLU
<b>Editor :</b> Doç.Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL	<b>Editor :</b> Doç.Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL
<b>Yayın Kurulu :</b> Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ Prof. Dr. Kudret GÜVEN Doç. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL	<b>Editorial Board :</b> Prof.Dr. Zehra ODYAKMAZ Prof. Dr. Kudret GÜVEN Doç. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL
<b>Yayın Yönetmeni :</b> Araş. Gör. Mehmet ÖZDAMAR	<b>Publishing Manager:</b> Araş. Gör. Mehmet ÖZDAMAR
<b>Bu dergi yılda iki defa yayınlanır</b>	<b>This Journal published two times a year</b>

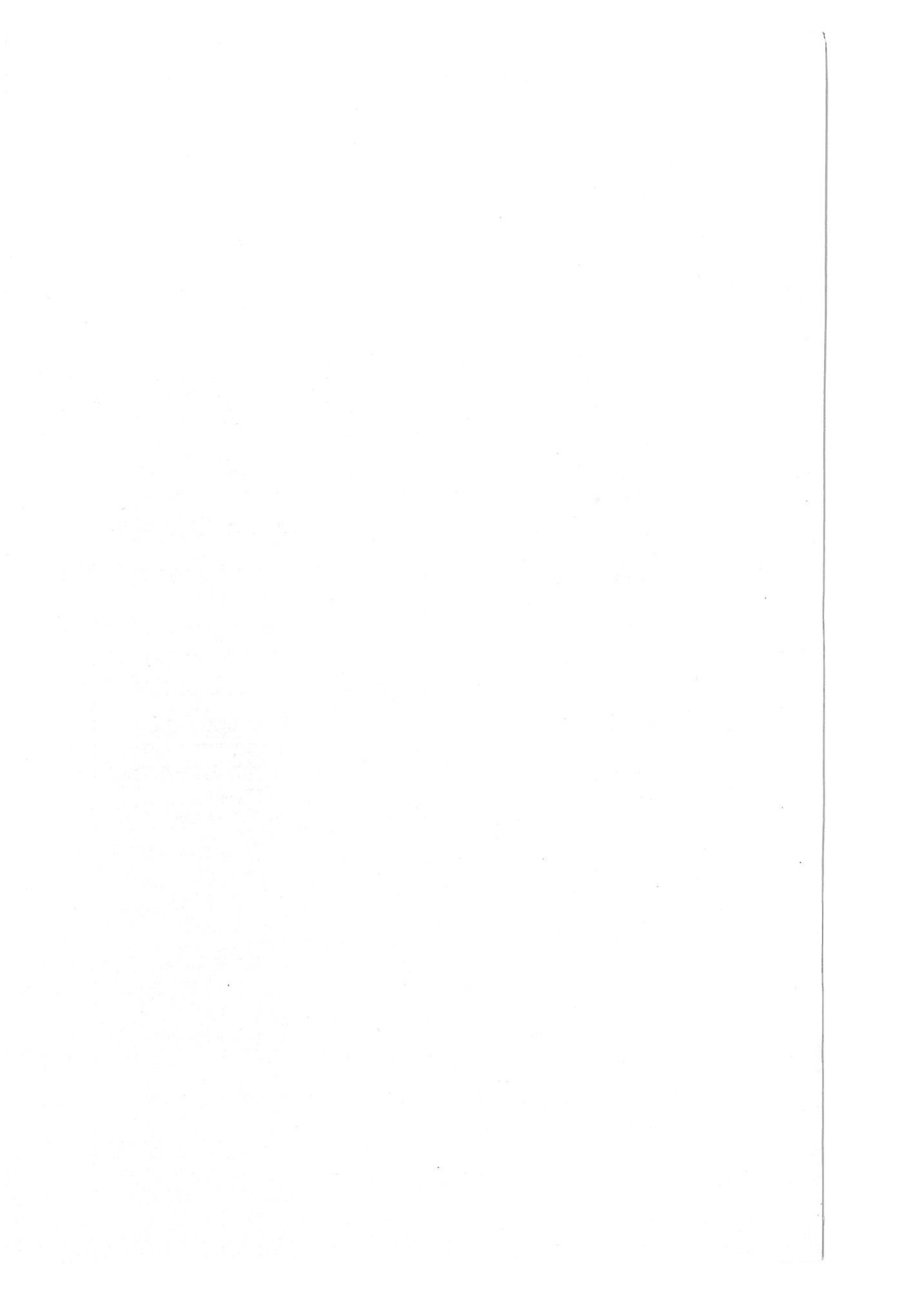
GAZİ ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ  
10.Cadde, 81.Sokak No:51  
06510-Emek/ANKARA, TÜRKİYE

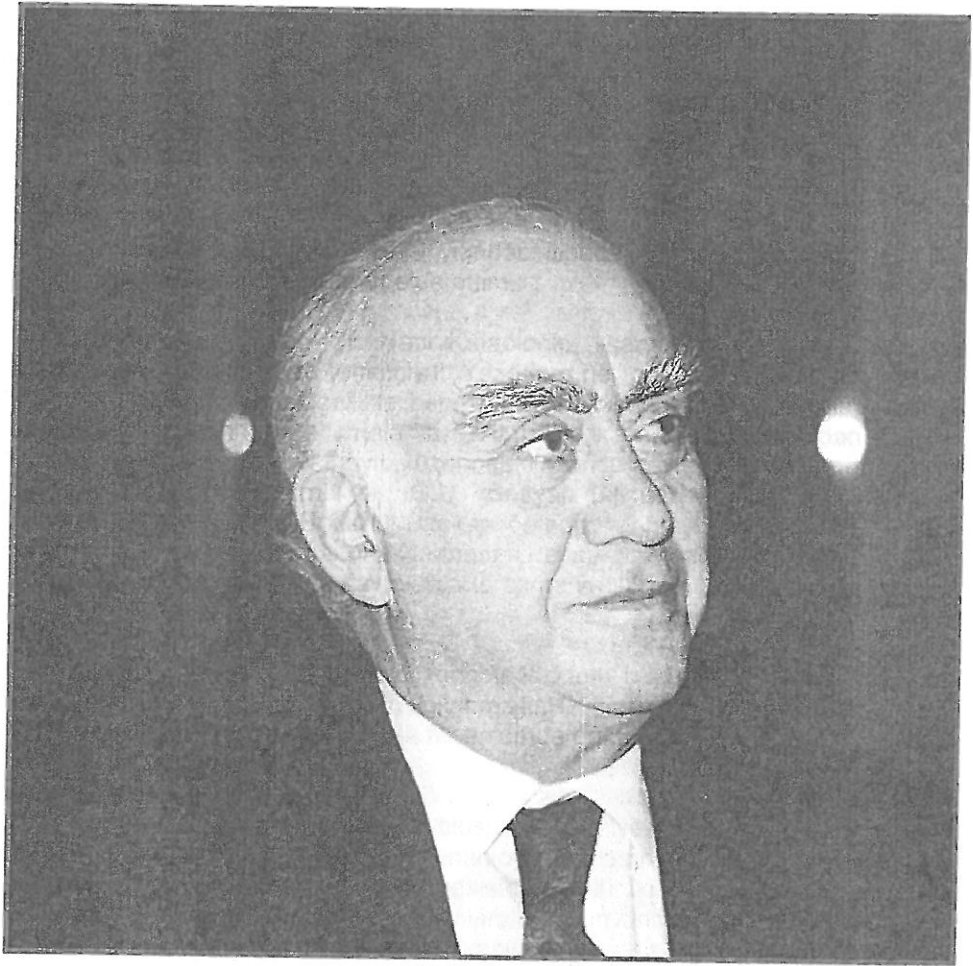
### Bu Sayıdaki Makalelerin Hakemleri

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ  
Prof. Dr. Sacit ÖNEN  
Prof. Dr. Rıza AYHAN  
Prof. Dr. Burhan AYKAÇ  
Prof. Dr. Kudret GÜVEN  
Doç. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL  
Doç. Dr. İhsan ERDOĞAN  
Doç. Dr. Yedigâr İZMİRLİ  
Doç. Dr. Selahattin SARI  
Yrd. Doç. Dr. İbrahim ONGÜN  
Yrd. Doç. Dr. Ender Ethem ATAY

## İÇİNDEKİLER

Prof.Dr. Zehra ODYAKMAZ	Hazırlanmakta Olan İdari Usul Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar	1
Prof.Dr. Servet ARMAĞAN	Emniyet Kuvvetleri ve Kitlelerarası İletişim	23
Prof.Dr. Rıza AYHAN	Tasarruf Mevduatı Sigortası ve tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu' nun Hukukî Niteliği	31
Doç.Dr.Oğuz Kürşat ÜNAL	Türk Hukukunda Fatura Kavramı ve Hukuki Mahiyeti	41
Doç.Dr İhsan ERDOĞAN	Tüketicinin Ayıplı Mal Ve Hizmet İfalarına Karşı Korunması	53
Yrd. Doç.Dr Ahmet BATTAL	Karşılığı Bulunmasına Rağmen Çek Bedelini Ödemeyen Bankanın Hamile Karşı Hukuki Sorumluluğu	67
Yrd. Doç.Dr İsmail KAYAR	Kredi Sözleşmelerinde Bankaya Tek Yanlı Faiz Artırma Yetkisi Veren Hükümlerin Geçerliliği Ve Uygulanması	82
Yrd. Doç.Dr Kürşad Nuri TURANBOY	Sebepsiz Zenginleşme Davasının Asli-Tali Niteliği	94
Dr.Ekrem Buğra EKİNCİ	İslam-Osmanlı Hukukunda Vasiyetin İsbatı	105
Yrd. Doç.Dr E. Ethem ATAY	Hukukta Meşruiyet Kavramı	121
Dr. İhsan KELEŞ	Türkiye'de Göç Eğilimleri Ve Şehirleşme Süreci	167
Doç. Dr. Abdurrahman AYHAN	Avrupa Sosyal Şartının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Üzerine Sosyal Politika Bakımından Bazı Düşünceler	188
Yrd. Doç. Dr Halil KALABALIK	İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı Ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması	205
Yrd. Doç. Dr Ercüment TEZCAN	Avrupa Birliği'nin Üçüncü Ülkelere Karşı Uyguladığı Ortak Ticaret Politikasının Hukuksal Dayanakları ve Bu Çerçeve de Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi	233
Hasan T. FENDOĞLU	Outlines Of Human Rights In Ottoman Period	258
Yrd. Doç.Dr Selim ERDOĞAN	1980 Sonrası Türkiye Milli Gelirindeki Değişmeler	262
Sabahattin YÜREKLİ	Bakanlar Kurulu'nun Vergilendirme Yetkisi	281
Michel TROPER Çev. E. Ethem ATAY	Anayasa Yargısı ve Demokrasi	293
Stephen HANDELMAN Çev. Dr. Mesut H.CAŞIN	Rus Mafya'sı	310







## Hocam Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu

Hocam Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'nu, 1978 yılında, asistan olarak çalışmaya karar verdikten sonra başladığım arayışlar esnasında tanıdım. Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisinde Ticaret Hukuku Kürsüsüne asistan alınacağını öğrendiğimde, önce merhum Prof. Dr. Necdet zdemir ile, daha sonra Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu ile görüştüm. Değerli hocam Kınacıoğlu ile yaptığım kısa görüşmede, hoca, otoriter, ciddi, kararlı ve açık sözlü tavrını derhal ortaya koydu ve Ticaret Hukuku II kürsüsünde bir asistanlık kadrosunun boş bulunduğunu; ancak o sıralarda Almanya' da bulunan AİTİA Mali Bilimler Yüksek Okulu asistanlarından Rıza Ayhan'a da bir fırsat tanımak için onun Türkiye' ye dönüşünden sonra sınav aımayı düşündüğünü ifade etti. Bu arada, AİTİA Bankacılık ve Sigortacılık Yüksek Okulu'nda görevlendirilmek üzere asistanlık sınavı açılmıştı ve ben bu sınavı girip 1978 yılı Mayıs sonunda göreve başladım. 1979 yılından itibaren de Hocam Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu ile çalışma fırsatı elde ettim.

Hocam, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu, lisans üstü çalışmalarda, son derece titiz, dikkatli ve tenkitiydi. Yazdığım her cümle, hocanın eleştiri süzgecinden geçmiştir. Özellikle beni, Almanca bilmemem dolayısıyla, doktora ve doktora sonrası çalışmalarda, " Almanca kaynaklar bakımından eksiklik söz konusu olmasın" deyip, üzerindeki idari görevlerin yoğunluğuna (aynı anda Rektör Yardımcılığı, G.. Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü G..İ.İ.B.F. İşletme Bölümü Başkanlığı görevlerini yürütmekte idi.) ve bir taraftan da lisans derslerini aksatmadan devam ettirmesine rağmen, araştırıp bulduğum kaynaklardan sayfalarca tercüme yapıp bunları da çalışmalarımda kullanma şansını vermiştir.

Hocam, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu, tm hukuk asistanlarının akademik çalışmaları ile de yakinen ilgilenmiştir. Doktora tezini yazıp, fikrini alacak bulamayan arkadaşlarımızın da bir anlamda doktora babasıdır, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu.

G.. Sosyal Bilimler Enstitüsünün şahsiyet kazanması, hiç şüphesiz ilk müdürünün Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu olmasından kaynaklanmaktadır.<sup>1</sup> Hocamın enstitü kadrosuna aldığı asistanların bir iki istisna dışında tümü, ilmi ehliyet ve liyakatlarını kanıtlamış olarak bugünü üniversitelerimizin çeşitli fakültelerinde görev yapmaktadır. Arkasında yetişmiş ğretim yesi bırakmayan hocalar, bir evlat yetiştirme ehliyet ve kabiliyetine sahip olmayan, böyle bir sorumluluğu üstüne almaktan da kaçınan eşler gibidir. Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu, bu anlamda sahip olduğu evlatlarının yanında yetiştirdiği, yetiş-

<sup>1</sup> Bu arada ilk müdür yardımcı olarak tüm mesaisini buraya hasreden ve kurumda yüksek lisans, doktora ve sanatta yeterlilikle ilgili işlemlerin ciddiyle yürütülmesini sağlayan ( o tarihte Yardımcı Doçent ) Prof. Dr. Atilla zer' in katkılarını da burada yad etmeyi zaruri görüyorum.

mesine katkıda bulunduğu, sorumluluğunu üstlenip, ilmi hayattaki gidişatını da takip ettiği öğrencileri tarafından da hayırla yad edilecektir. Bir öğretim üyesi için, ehil kadroların oluşmasına katkıda bulunmak herhalde diğer bütün görevlerin önünde gelir, gelmelidir.

Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu sadece eserleri, yetiştirdiği öğrencileri ve asistanları ile başarılı bir akademisyen değil, aynı zamanda sağlam karakterli, geniş kültürlü, ilkel bir ölkü adamı, bir Türk milliyetçisidir.

Erciyes Üniversitesi Rektörü iken ve henüz S.S.C.B. dağılmadan önce, Türk Dünyası öğretim üyelerini Kayseri' de toplamış, daha sonra devlet politikası haline gelecek Türk Dünyası ile iktisadi, ticari ve ilmi bütünleşmede bir ilki başlatmıştır. Erciyes Üniversitesi' nde, henüz Türk Cumhuriyetleri'nden öğrencilerin YÖK vasıtasıyla Türk üniversitelerine yerleştirilmesi çalışmaları başlamadan önce Türk Cumhuriyetleri' nden öğrencilerin öğrenim görmesini sağlamıştır.

Türk aydınının Türkiye'nin sosyal meselelerinden, problemlerinden kendini berî kılması mümkün değildir. Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu da "Eskiden bizatihi devlete yönelen tehlikenin, şimdi, kendisine Türk toplumunu seçtiğini; özellikle milleti oluşturan her mukaddese saldırarak, toplumun birbirine düşman, birbirini anlamaz, birbirine yabancı bir yığına dönüştürülmeye çalışıldığını, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile sağlanan hürriyetler ışığında "tabuları yıkalım" parolası ile ve kavram kargaşası yaratılarak vatanın ve milletin birliğinin ve bütünlüğünün parçalanmak istendiğini" hemen her zaman dile getirmiştir.

Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu özellikle son yıllarda üzerinde çok tartışılan laiklik, mozaik Türkiye, Kürt sorunu, Alevi-Sünni çekişmeleri konusunda fikirlerini yurt dışında da verdiği konferanslarla duyurmaya çalışmıştır.

Hocamıza göre; "laiklik, her ferdin istediği inanca, mezhebe sahip olabilmesi, ibadetini yapabilmesi ve dini inançlarından dolayı diğer vatandaşlardan farklı bir muameleye tâbi tutulmaması" anlamına gelir.

Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu, "Anadolu milletler ve kültürler mozaikidir" iddiasını da reddetmektedir. Kınacıoğlu' na göre; "Türk milletlerinin kökleri derin, kültürü zengindir. Yüzyıllar süren bir tarihi akış, sosyal-kültürel pota içinde oluşan ürüne **millet** adı verilir. Demek ki millet sosyal, kültürel ve tabii bir gerçektir. Bundan böyle Ziya Gökalp' in dediği gibi, **ırkça Türk olmadığı halde, terbiye ve kültürce Türk olanları** Türk kabul edeceğiz. Kendini Türk bilen, Türk sayan herkes Türk' tür. Halkımızın mimari eserleri, adetleri, düğün ve ölüm merasimleri, halılarındaki motifleri, destanları, ağıtları, şarkıları, türküleri, geçmişleri, dinleri ve dilleri birdir. Türkiye'mizin kültürü kökleri Orta-Asya' ya kadar uzanan Türkler'e has kültürdür. Bağımsızlığını kazanan Türk Cumhuriyetleri gezildiğinde, kültürümüzün ve medeniyetimizin ana özelliklerini ve çizgilerini görmek ve bulmak mümkündür. Açıkça belirtmek gerekirse, milli kültürümüzün yaratıcısı Türk halkıdır". Hocamız, bu olgular karşısında,



"Anadolu milletler ve kültürler mozaiğidir" iddiasını maksatlı ve anlamsız bulmaktadır.

Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu, milletimizin kültür zenginliğini, mozaik parçası olarak nitelendiren, sun'i bir Kürt meselesi yaratıp ve siyasi kültür arayışına girenlere de bir Türk aydını olarak şiddetle karşı çıkmıştır. Türk milleti'nin milli birlik ve bütünlüğünü parçalayarak adeta Sevr anlaşmasının ülke içinde yaratılan kargaşalarla hayata geçirilmesine sebebiyet verecek şekilde Türk-Kürt ayrımcılığı yapanlara şöyle seslenmektedir:

"Zamanımızda Kürt'ü-Türk' ten ; Türk'ü-Kürt' ten ayırmak mümkün değildir. Kürtler azınlık olarak da nitelendirilmemiştir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin birer onurlu vatandaşlarıdır. Kürt asıllılar Türk Devlet hizmetinde görev alıyorlar, mülkî ve askerî en yüksek makamlara gelmede fırsat ve hak eşitliğine sahipler. 1982 Anayasası'nın öngördüğü üzere "Türk Devleti, ülkesi ve milleti ile bölünmez bir bütündür.". Bundan böyle henüz ne olduğu netleşmemiş ama Türkiye'yi bölünmeye götürecek her tür "siyasi çözüm"yollarını önceden reddediyoruz."

Yine Kınacıoğlu'nun Alevî-Sünnî ayrımcılığı konusundaki görüşlerini burada vurgulamak istiyorum. Hocamıza göre; "Terörün ve teröristin etkisinin giderek azalacağını anlayan ve gören Türk Devleti'nin düşmanı dış güçler, Sünnî ve Alevî vatandaşlarımız arasında sun' i ayrılık ve düşmanlık tohumu atma yoluna yönelmişlerdir. Bundan sonra sahneye konulacak oyun, Sünnî-Alevî ayrılığıdır. Böylece hedef, vatandaşlarımız arasında ikiliğe yol açmak Türk Devleti'ni asılsız meselelerle uğraştırıp meşgul etmektir. Oysa Alevîler öz be öz Türk' türler. Bunu, Alevî adetlerinin tıpatıp Türk adetlerine benzerliğinden çıkarmak mümkündür. Buna rağmen, dış mihrakların siyasi nitelik taşıyan teşvik ve tahrikleri ile Türkiye' de toplumu birbirine düşman ve mücadele eden gruplara bölmek ve Türk Devleti'ni zayıf düşürmek amacıyla Alevî-Sünnî ayrımcılığı yapılmaktadır. Herkesin kendi inançlarını seçme ve dilediği gibi dinî inanç ve ibadetini yapma hürriyetini bulunduğu laik Türkiye' de bu tür çabaların hiç bir sonuç vermeyeceği açıktır."

Aynı müessesede, bazen hoca-asistan, bazen iki meslektaş bazen de baba ile kızı mesafesinde geçen yirmi yıl içinde Hocam Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'nu, devlet-ebed müddet ülküsüne dört elle sarılmış, ayrımcılığa asla taviz vermeyen, birleştirici bütünleştirici bir Türk milliyetçisi olarak tanıdım. Hocamız bu düşünce tarzını, özel hayatında da uygulamış, zıtları birleştirme ve bir arada tutma konusunda büyük başarı sağlamıştır. Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi'nde görev yapan hukukçular arasında birbirine tamamen zıt siyasi görüşlere sahip olan öğretim üyeleri, ilkelerinden taviz vermeden, dost olma başarısını göstermişlerdir. Ben ve benimle aynı dönemde göreve başlayan arkadaşlarım, düşünce farklılıklarının dostluklara engel olamayacağını, mesela, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu ile fikri ve siyasi görüş olarak onunla tamamen zıt tarafta yer alan merhum Prof. Dr. Necdet Özdemir'in dostluğunu görerek, yaşayarak öğrendik ve kendimize örnek aldık.

Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu ile çalıştığımız dönemin hemen tümünde hocamın idari görevi (görevleri ) oldu. İdari görevler genellikle bu görevlere gelen kişiler üzerinde olumsuz etkiler çıkartıyor. Bir anda kendini patron, işveren gören bir hoca ile (arkadaşınızla) karşı karşıya kalıyorsunuz. Bayramlaşmak için ziyaret etmek istediğinizde dahi sizi kapısında bekleten, sekreterler ve özel kalem müdürlerinden oluşan dvarlar arkasında kendini yüceltmeye çalışan bir yeni kişilik ortaya çıkıyor. Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu, Rektörlük dahil hiçbir idari görevinde kapılarını kimseye (ğrenci, ğrenci yakını, idari ve akademik personel) kapatmamıştır. İdarecilik yaptığı dönemde, problemini hocamıza aktarmakta zorluk çektiğini, görüşemediğini söyleyecek tek kişi çıkamaz. Hocamız, kapısını kapatıp bir sıkı sekreter markajı arkasına saklananları da eleştirilmiş, bu tip idarecilerin genellikle sorumluluktan kaçmak, yahut çözüm üretmek zorunda kalmamak, beceriksizliklerini kendilerine büyüklük vehmederek kapatmak isteyen zavallılar olduğunu ifade etmiştir. Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu, hukukçu olmanın da kazandırdığı niteliklerle ve zeka kıvraklığı ile dengeleri muhafaza ederek, hakkı, hukuku koruyarak daima problemlere çözüm getirme kabiliyetine gösterdiği ve kendine güveni tam olduğu için kapılarını daima açık tutmuştur.

Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu, en ziyade kızdığı kimse için dahi, tek bir kaba sıfat kullanmamıştır. Yüzlerine saygı gösterdiği kimselerin arkasından da saygılı konuşmuştur. Hocalığın aynı zamanda nezaket ve zarafet olduğunu da yaşayarak göstermiştir. Daima itinalı ve son derece şık giyinmiş, dış görünümü de asistanlarını ve mesai arkadaşlarına örnek olmuştur. Hocamı takdim eden bu yazımı hocamı ve onun ğretim üyelerini hangi mertebede gördüğünü tesbit bakımından yine kendilerine atıfta bulunarak tamamlamak istiyorum. Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu, iki arkadaşımızın profesörlüğe atanması dolayısıyla verilen yemekte yaptığı bir konuşmada, ğretim yeleri hakkındaki düşüncelerini, "ğretim yeleri pınar suları gibiler; hem kendileri temizdir, hem de etraflarını temizlerler" şeklinde ifade etmişti. Bu söz muhakkak ki en ziyade bizzat Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'nu tanımlamaktadır; zira, hocamız, akademisyen olarak, idareci olarak, insan olarak ve nihayet Türk Milletinin bir ferdi olarak maddi ve manevi anlamda temizliğin adeta sembolüdür.

Doç. Dr. Yadigar İzmirlı

## HAZIRLANMAKTA OLAN İDARİ USÛL KANUNU AÇISINDAN DEMOKRATİKLEŞME SÜRECİNDE ŞEFFAFLAŞMA VE BİREYE TANINAN HAKLAR

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ\*

### I. GİRİŞ

Anayasamızın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti bir "hukuk devleti" dir. Bir devletin hukuk devleti olabilmesi bazı unsurların varlığına bağlıdır. Bu unsurlar arasında; kuvvetler ayrılığı, temel hakların güvence altına alınması, yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatı, idarenin kanunîliği, yasamanın yargısal denetimi, idarenin yargısal denetimi, devletin malî sorumluluğu ve demokratik rejim sayılmaktadır.

Konumuz bakımından hukuk devletinin unsurlarından demokrasi, ayrı bir önem taşır. Çünkü hukuk devleti kavramı; içeriği, sonuçları ve en azından idare ile birey arasındaki ilişkiler itibariyle demokratik ilkeler içinde değerlendirilmektedir.

Türkiye'de hukuk devletinin tam anlamıyla gerçekleştirilebilmesi bazı sorunların çözülmesini gerektirmektedir. Bunun için de çözüm önerilerine ihtiyaç vardır. Bir süreden beri üzerinde ısrarla durulan çözüm önerilerinden biri Türkiye'nin bir "İdarî Usûl Kanunu" na kavuşturulmasıdır. Gerçekten de halen hazırlanmakta olan İdarî Usûl Kanunu, bu alandaki boşluğu dolduracak ve demokratikleşme sürecinde şeffaflaşmaya ve bireye tanınan hakları sağlamaya yönelik çözüm getirecek önemli bir adım olacaktır.

Bireylerin idare karşısında korunması ya da idarî işlemlere karşı bireylere bazı hakların tanınması, idare hukuku alanında devamlı işlemekte olan bir konudur. Ancak bizim burada vurgulamak istediğimiz husus zaten bilinmekte olan bu haklar değil, bu hakların ancak İdarî Usûl Kanunu ile hayata geçirilebileceği ve böylece hukuk devletinin bir unsuru olan demokrasinin geliştirilebileceğidir<sup>1</sup>.

\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı.

<sup>1</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. AZRAK, A[li] Ülkü: "İdarî Usûl ve Yasalaştırılması", I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi, II.Kitap Kamu Yönetimi, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, Ankara 1990, s.823; AZRAK, A[li] Ülkü: "Umumî İdarî Usûl ve ve Kodifikasyonu Meselesi", İHFM., C.XXXIII, S.1-2, İstanbul 1967, s.72; AZRAK, A[li] Ülkü: "İdarî Usûlün Kodifikasyonuna İlişkin Sorunlar", T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, s.88; DOĞAN, İlyas: "Yönetilenlere Katılım Yollarının Kısıtlanması Güçlü Devlet Anlamına Gelir mi?", T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, s.132; HONDU, Selçuk: "İdarî Yargılama Usûlü Kanununda Yer Alan İdarî Usûller ve Uygulaması", T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, s.260,262; ÖZAY İl Han: "Demokratik Yönetim ve Yönetimde Demokrasi", T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, s.275-279; ÖZKAN, Gürsel: Hukuk Devleti ve Yargı Denetimi, Ankara 1995, s.5-32; ÖZKAN, Gürsel: İdarî Usûlün Düzenlenmesi İhtiyacı ve Genel İdarî Usûl İlkeleri, Konya 1998, s.110-119, [Basılmamış Doktora Tezi];

Nitekim İdarî Usûl ve Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun ön taslağında "Bu kanunun amacı, idarenin demokratikleşmesini, gün ışığında yönetimin gerçekleştirilmesini; kamu hizmetinden yararlananların idarî işlemlere katılımının sağlanmasını ve idarî işlemler karşısında korunmasını; kamu hizmetinin kamu yararına uygun biçimde etkili ve verimli yürütülmesini, kamu hizmetinden yararlananlara idareye başvurma, bilgi edinme, katılma ve dinlenilme haklarının tanınmasına ilişkin usûl ve esasları düzenlemektedir" şeklinde ifade edilmektedir (md.1).

## II. İDARÎ USÛL

### 1. Genel Olarak

Kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun olarak devletin üç temel organı bulunmaktadır.

Bunlardan yasama organı fonksiyonunu yerine getirirken, Anayasada ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İç Tüzüğünde düzenlenmiş bulunan kurallara göre çalışır.

Yargı organı farklı yargı düzenlerine ilişkin yargılama usulü kanunlarına uyarak görev yapar. Bu usûl kanunlarına örnek olarak Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, İdarî Yargılama Usulü Kanunu gibi kanunları gösterebiliriz.

Yürütme organının ise, belli alanlardaki özel düzenlemeler haricinde, kamu hizmetini yürütürken hangi tür kurallara bağlı kalarak görev yapacağı yolunda bir düzenleme yoktur.

Bu durum, yürütme organının bir parçası olan idarenin, kamu hizmetini etkili ve verimli yürütmesini önlediği gibi, özellikle bireylerin idare karşısında yargı öncesinde genellikle korumasız kalmalarına neden olmaktadır. Her ne kadar Anayasanın 125. maddesine göre, idarenin her türlü eylem ve işlemlerinin hukukî denetimi idarî yargı tarafından yapılmakta ise de, bu denetim, ancak idarî işlem kesinleştikten sonra sözkonusu olmaktadır. Kaldı ki, Anayasamızın Geçici 15. Maddesi ile diğer bazı maddelerindeki düzenlemelerle bu yol bile tam açık değildir.

Bu durum, idare ile birey ilişkilerinde istenilen sonucun elde edilmesini engellemekte, idarî usûle olan ihtiyaç da bu noktada belirgin hale gelmektedir.<sup>2</sup>

SCHWARTZ, Bernard: "Administrative Law, Third Edition, United States of America 1991, s.193 vd.. YET, Orhun: "Yargı Kararlarının Uygulanması", T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Ulusal Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, s.254-259.

<sup>2</sup> Fransa'da idare ile idare edilenlerin ilişkilerinin geleneksel olarak otoriter bir şekilde geliştiği ve son yıllardaki değişim sonucu idare edilenlerin yeni hakları konusunda bkz. MASCLET, Jean-Claude: "Nouveaux Droits des Administrés", Documents d'études Libertés Publiques N:4.03 Décembre, 1986 La Documentation Française, s.2-3.

## 2. İdarî Usûlün Tanımı

İdarî usûl<sup>3</sup>, idarenin kamu gücünü kullanarak bireylerin hak ve çıkarlarını etkilemeden önce, ilgililerin bir takım hak ve yetkilerle donatılarak, idare önünde menfaatlerini korumalarına imkan sağlayan çağdaş bir müessesedir.

Daha teknik anlamıyla idarî usûl; kamu idaresi, kamu kurumları ve kamu kuruluşları ile bunlar adına kamu hizmeti yapan özel hukuk kişilerinin, idarî faaliyetin yapılmasında hukukî sonuç doğurmaya yönelik her türlü işlemlerinin tâbi olacağı süreci kapsamaktadır.

Taslahtaki şekliyle idarî usûl, idare işlevine ilişkin faaliyetlerin yürütülmesi sürecindeki her türlü muameleyi ifade etmektedir.

## III. ŞEFFAFLAŞMA VE BİREYE TANINAN HAKLAR

İdarenin demokratikleşmesi ve güncel deyimıyla şeffaflaşması<sup>4</sup> idarenin bireyle olan ilişkilerinde gizlilikten<sup>5</sup> açıklığa<sup>6</sup> geçiş, İdarî Usûl Kanunu ile mümkün olabilecektir.

<sup>3</sup> "İdarî Usûl" kavramı için bkz. 25 Mayıs 1976 tarihli Federal Almanya İdarî Usûl Kanunu md.9 (Verwaltungsverfahrensgesetz), "Federal Almanya Cumhuriyeti İdarî Usûl Yasası (1976)" (Çevirenler Mehmet Semih GEMALMAZ - Osman DOĞRU): İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD) (Prof.Dr.Lütfi DURAN'A Armağan Özel Sayısı), S.1-3, Y.9, 1988, s.127-146; AKYILMAZ, Bahtiyar: "Yeni Bir İdarî Usûl Kanunu Örneği: İspanya Kamu İdarelerinin Hukukî Rejimi ve Genel İdarî Usûl Hakkında Kanun", T.C. Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler, 17-18 Ocak 1998, Ankara, s.35-37; AZRAK, A[li] Ülkü: "Umumi İdarî Usûl ve Kodifikasyonu Meselesi", agm., s.74-75; AZRAK, A[li] Ülkü: "Umumi İdarî Usûlün Teorik Esasları ve Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Gelişimi, Doktora Tezi, İstanbul 1964, s.10-14 vd.; ÖZKAN, Gürsel: İdarî Usûlün Düzenlenmesi İhtiyacı ve Genel İdarî Usûl İlkeleri, agt., s.97-108; RİVERO, Jean: Droit Administratif, Paris 1990, s.123-124.

<sup>4</sup> Kamu yönetiminde "şeffaf idare" kavramı için bkz. HALL, Daniel E.: Administrative Law, United States of America 1993, s.220,240-242; EKEN, Musa: "Kamu Yönetiminde Gizlilik Geleneği ve Açıklık İhtiyacı", Amme İdaresi Dergisi, C.27, S.2, Haziran 1994, s.48-49; GOFFAUX, Patrick: "La Transparence Administrative Et Motivation Formelle des Actes Administratifs en Belgique", T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, s.155, Türkçesi s.161; [GÖZAYDIN ], İhtar Tarhanlı: "Amerikan İdarî Usûl Kanunu", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD), Vakur VERSAN'a Armağan Özel Sayısı, Y.6, S.1-3, Aralık 1985, s.225 vd.; [GÖZAYDIN ], İhtar Tarhanlı: "Yönetimde Şeffaflık Üzerine Notlar", T.C. Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler, 17-18 Ocak 1998, Ankara 1998, s.124-129; ÖZKAN, Gürsel: İdarî Usûlün Düzenlenmesi İhtiyacı ve Genel İdarî Usûl İlkeleri, agt., s.75-76; YAYLA, Yıldızhan: I.Oturum İdarî Usûl Kanunu ve İlkeleri Oturum Başkanı, T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler, 17-18 Ocak 1998, Ankara, s.17-18.

<sup>5</sup> "Gizlilik" konusunda bkz. 25 Mayıs 1976 tarihli Federal Almanya İdarî Usûl Kanunu md. 30, "Federal Almanya Cumhuriyeti İdarî Usûl Yasası (1976)" (Çevirenler Mehmet Semih GEMALMAZ - Osman DOĞRU): agm., s.132; AKILLIOĞLU, Tekin: "Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Edinme Hakkı", I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi, II.Kitap Kamu Yönetimi, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, Ankara 1990, s.807-811; AKILLIOĞLU, Tekin: "Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Edinme Hakkı", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD), Y.4, S.1-3, 1983, s.3; DURAN, Lütfi: "İdarî Usûl İlkeleri ve Kapsadığı Konular", T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, s.30; EKEN, Musa: "Kamu Yönetiminde Gizlilik Geleneği ve Açıklık İhtiyacı", agm., s.26-39; ERYILMAZ, Bilâl: Kamu Yönetimi, İzmir 1994, s.336; FİNDİKLİ, Remzi: "Yönetimde Açıklık ve Açık Yönetim", Türk İdare Dergisi, Y.68, S.412, Eylül 1996, s.103; ÖZKAN,

Diğer yandan bu kanun ile idarî işlemin<sup>7</sup> hazırlanması ve kesinleşmesi aşamalarında idare ile birey arasında doğacak uyuşmazlıklarda büyük ölçüde idarî yargıya başvurmak lüzûmu kalmadan, karşılıklı anlaşma ile çözüme varılabilecektir.<sup>8</sup>

İdarî Usûl Kanunu, idarenin bir bütün olarak her kurum ve kuruluşunda uygulanacak, böylece usulde paralellik<sup>9</sup> ve eşitlik<sup>10</sup> sağlanacaktır.

Birey, idarenin, işlemlerinde izleyeceği usulü önceden bilecek ve kendisi hakkında tesis edilecek işleme konu bilgi ve belgelere kolaylıkla ulaşacaktır<sup>11</sup>. Dolayısıyla kendisini güvencede görecektir. Bu, idarede istikrarın<sup>12</sup> ve hukuka bağlılığın da gerçek teminatı olacaktır.

Ayrıca, idarenin gerektiğinde sorumluluktan kaçmadan, ya da işi idarî yargıya havale etmek gibi kolay bir yolu seçmeden, idarî işlemi durdurması, değiştirmesi, geri alması, kaldırması<sup>13</sup> hallerinde, birey-toplum ve idare arasında çıkarlar dengelenecektir.

---

Gürsel: İdarî Usûlün Düzenlenmesi İhtiyacı ve Genel İdarî Usûl İlkeleri, agt., s.51-73; TOPRAK, Zerrin Karaman: "Kamu Yönetiminde Gizlilik Faktörünün Çevre Korumacı Politikalara Etkisi", Türk İdare Dergisi, Y.68, S.412, Eylül 1996, s.111; RİVERO, Jean: Droit Administratif, age., s.125-127.

<sup>6</sup> "Açıklık" konusunda bkz. 25 Mayıs 1976 tarihli Federal Almanya İdarî Usûl Kanunu md.37, "Federal Almanya Cumhuriyeti İdarî Usûl Yasası (1976)" (Çevirenler Mehmet Semih GEMALMAZ - Osman DOĞRU): agm., s.133; AKILLIOĞLU, Tekin: "Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD), agm., s.9; AKILLIOĞLU, Tekin: "Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı", I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi İkinci Kitap Kamu Yönetimi, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, agm., s.815-816; EKEN, Musa: "Kamu Yönetiminde Gizlilik Geleneği ve Açıklık İhtiyacı", agm., s.39-54; FINDIKLI, Remzi: "Yönetimde Açıklık ve Açık Yönetim", agm., s.103 vd.; GÜRAN, Sait: "Yönetimde Açıklık", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD), Prof.Dr.Rağıp SARICA'ya Armağan, Y.3, S.1-3, 1982, s.101-112; KANLIGÖZ, Cihan: "İdarî İşlemlerde Yazılı Bildirim", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XL, Sayı 1-4, 1988, s.173-192; ÖZKAN, Gürsel: İdarî Usûlün Düzenlenmesi İhtiyacı ve Genel İdarî Usûl İlkeleri, agt., s.73-81,93-95,195-198.

<sup>7</sup> 25 Mayıs 1976 tarihli Federal Almanya İdarî Usûl Kanunu md.35 (Çevirenler Mehmet Semih GEMALMAZ -Osman DOĞRU): agm., s.132; "İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar" (Çeviren İhsan KUNTBAŞ): Amme İdaresi Dergisi, C.11, S.4, Aralık 1978, s.7; PEKİNER, Visalettin: "Yönetimde Yetkinin Sapıtılması", Amme İdaresi Dergisi, C.1, S.3-4, Aralık 1968, s.115.

<sup>8</sup> İdarî usûlün sonucu olarak, uyuşmazlıkların yargıya başvurmadan, barışçı yollarla çözümü konusunda bkz. AZRAK, A[li] Ölkü: "Umumî İdarî Usûl ve Kodifikasyonu Meselesi", agm.,s.78-79; ODYAKMAZ, Zehra: "İdarî Usûlden Beklediklerimiz", T.C. Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, 17-18 Ocak 1998; Ankara, Ankara 1998, s.3-4; PAYASLIOĞLU, Arif: "Yönetimde Davaları Azaltma Yolları", Amme İdaresi Dergisi, C.2, S.3, Eylül 1969, s.3-13.

<sup>9</sup> "Usûlde Paralellik" için bkz. AZRAK, A[li] Ölkü: "İdarî Usûl ve Yasalaştırılması", agm., s.831-833; ÖZKAN, Gürsel: İdarî Usûlün Düzenlenmesi İhtiyacı ve Genel İdarî Usûl İlkeleri, agt., s.244-245; ÖZKAN, Gürsel: "İdarî Usûl Kanununda Düzenlenmesi Gereken Genel İdarî Usûl İlkeleri", agm., s.74.

<sup>10</sup> "Eşitlik" konusunda bkz. ÖZKAN, Gürsel: İdarî Usûlün Düzenlenmesi İhtiyacı ve Genel İdarî Usûl İlkeleri, agt., s.193-195; ÖZKAN, Gürsel: "İdarî Usûl Kanununda Düzenlenmesi Gereken Genel İdarî Usûl İlkeleri", agm., s.74.

<sup>11</sup> Örnek olarak bkz. 7 Ağustos 1990 tarih ve 241 sayılı İtalya İdarî Usûl ve Belgelere Giriş Hakkı ile İlgili Yeni Kurallar Hakkındaki Kanun (Procedimento Administrativo e Dritto di Accesso ai Documenti), V.Bölüm İdarî Belgelere Giriş md.22-24.

<sup>12</sup> ÖZKAN, Gürsel: İdarî Usûlün Düzenlenmesi İhtiyacı ve Genel İdarî Usûl İlkeleri, agt., s.237-238; ÖZKAN, Gürsel: "İdarî Usûl Kanununda Düzenlenmesi Gereken Genel İdarî Usûl İlkeleri", agm., s.71-72.

<sup>13</sup> Düzeltme, kaldırma, geri alma (başka işleme dönüştürme) için bkz. ABD'ndeki 11 Haziran 1996 tarihli İdarî Usûl Kanunu (Administrative Procedure Act) md. 553; 25 Mayıs 1976 tarihli Federal Al-

Genel olarak İdarî Usûl Kanunu'nun amacı, kamu yönetiminin yeniden yapılandırılması olmayıp, kamu yönetiminin tesbit edilecek belli kurallar içerisinde çalışmasını ve kamu hizmetinin yürütülmesini düzenlemek ve idarenin insan haklarına saygılı olmasını sağlamaktır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin, 28 Eylül 1977 tarihli ve (77) 31 sayılı kararı "Bireyin İdarî İşlemler Karşısında Korunması" başlığını taşımaktadır<sup>14</sup>. Bu karar ile;

- Dinlenilme hakkı,
- Bilgi kaynaklarından faydalanma hakkı,
- Hukukî yardım ve temsil,
- İdarî işlemlerin gerekçeli olması,
- İşleme karşı başvuru yollarının gösterilmesi

şeklinde beş ilke tesbit edilerek, bu ilkelerden üye devletlerin yararlanmaları tavsiyesinde bulunulmuştur.

### 1. Dinlenilme Hakkı ( Le Droit d'être Entendu)

Taslakta mevcut hükümlere göre ilk ilke olan dinlenilme ve savunma hakkı ile idarece bireyin haklarını ve menfaatlerini etkileyen bir karar alınmadan önce, bireye bu konuda dinlenilme<sup>15</sup> ve gerekiyorsa savunma hakkı<sup>16</sup> tanınmaktadır.

---

manyaya İdarî Usûl Kanunu md.47,48, "Federal Almanya Cumhuriyeti İdarî Usûl Yasası (1976)" (Çevirenler Mehmet Semih GEMALMAZ - Osman DOĞRU): agm., s.136; TAN, Turgut: "İdarenin 'Kesin İşlemleri' ve 5917 sayılı Kanun Uygulaması", Amme İdaresi Dergisi, C.2, S.4, Aralık 1969, s.102-103,106,108; ÖZKAN, Gürsel: İdarî Usûlün Düzenlenmesi İhtiyacı ve Genel İdarî Usûl İlkeleri, agt., s.240-243; ÖZKAN, Gürsel: "İdarî Usûl Kanununda Düzenlenmesi Gerekten Genel İdarî Usûl İlkeleri", agm., s.73; TAN, Turgut: İdarî İşlemin Geri Alınması, Ankara 1970.

<sup>14</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Kararı için bkz. "İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar" (Çeviren İhsan KUNTBAY): Amme İdaresi Dergisi, C.11, S.4, Aralık 1978, s.3-11.

<sup>15</sup> "Dinlenilme hakkı" (Le droit d'être entendu) ve katılanların dinlenmesi konusunda bkz. 25 Mayıs 1976 tarihli Federal Almanya İdarî Usûl Kanunu md.28, md.66, "Federal Almanya Cumhuriyeti İdarî Usûl Yasası (1976)" (Çevirenler Mehmet Semih GEMALMAZ - Osman DOĞRU): agm., s.131; İspanya Kamu İdarelerinin Hukukî Rejimi ve Genel İdarî Usûl Hakkında 26 Kasım 1992 tarih ve 30/1992 sayılı Kanun (LEGALES Textos, Regimen Juridico De Las Administraciones Publicas y del Procecedimento Administrativo Comun, Madrid 1996), md.81; Amerika Birleşik Devletleri 11 Haziran 1996 tarihli İdarî Usûl Kanunu (Administrative Procedure Act), md.555; İtalya 7 Ağustos 1990 tarih ve 241 sayılı İdarî Usûl ve Belgelere Giriş Hakkı ile ilgili Yeni Kurallar Hakkında Kanun (Procedimento Amministrativo e Dritto di Accesso ai Documenti), md.11; AKILLIOĞLU, Tekin: "Bireyin Yönetiş İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz", Amme İdaresi Dergisi, C.14, S.3, Eylül 1981, s.40-48; AZRAK A[li] Ülku: "İdarî Usûlün Kodifikasyonuna İlişkin Sorunlar", agm., s.89; AZRAK A[li] Ülku: "İdarî Usûl ve Yasalaştırılması", agm., s.825; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Kararı , "İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar" (Çeviren İhsan KUNTBAY): agm., s.8; 20 Aralık 1968 tarihli İsviçre Federal İdarî Usûl Kanunu (Loi Federale sur La Procedure Administrative), md.29,30,31; AKYILMAZ, Bahtiyar: "Yeni Bir İdarî Usûl Kanunu Örneği: İspanya Kamu İdarelerinin Hukukî Rejimi ve Genel İdarî Usûl Hakkında Kanun", agm., s.48-49; Brewer-Carias, Allan R.: Les Principes de la Procédure Administrative non Contentieuse, Études de Droit Comparé (France, Espagne, Amérique Latine), Paris 1992, s.140 vd.; DURAN, Lütfi: "İdarî Usûl İlkeleri ve Kapsadığı Konular", agm., s.31; KIRATLI, Metin: "İsviçre'de İdarî Usûl Kodifikasyonu",

Birey idarenin alacağı kararlar ilgili her türlü bilgi, belge ve delili sunma hakkına sahiptir ve kural olarak idare ilgiliyi dinlemekle yükümlüdür.

İlgili, dinlenilme ve savunma haklarından haberdar olmayabilir. Bu nedenle idare ilgiliye, bu hakların kullanılmasına yetecek uygun bir süre içinde dinlenilme ve savunma hakkına sahip bulunduğunu bildirmelidir. İdare ilgilinin isteklerinin tamamını uygun görerek kabul etmişse artık ilgilinin dinlenilmesine lüzüm kalmayacaktır.

Taslak bu görüşe göre hazırlanmış ve dinlenilme hakkının ilgiliye yazılı olarak on gün önceden bildirilmesi hükmü getirilmiştir. İlgili idarenin belirleyeceği bir yerde dinlenecek ve isterse dinlenilme sırasında temsilcisini veya vekilini yanında hazır bulunduracaktır.

Bu amaçla idare konu hakkında karar alacak makamı, kararın neye ilişkin olduğunu, maddî ve hukukî dayanaklarını ve davete haklı bir neden olmaksızın uyulmaması halinde doğacak sonuçları yazılı olarak ilgiliye bildirecektir (md.17/3).

Bu ilkeye somut örnek vermek gerekirse; kamu yönetiminde görev alan üst yöneticilerin, görevden alınma işlemi sırasında, böyle bir haktan yararlanmaları mümkün olabilirse, atanacakları yeni görevler kendilerinin isteği ile ve uzlaşma sonucu belirleneceğinden, hem devletin malî külfeti azalacak, hem idarenin iptal kararları sonucu içine düştüğü zor durum yaşanmayacak, hem de Danıştay'ın iş yükü hafifleyecektir.

Bu ilkenin asıl amacı idarede şeffaflığı sağlamak olduğu için dinlenilme hakkı kapsamına "katılma hakkı" da girmektedir. Bu nedenle taslak "kurul toplantılarının açıklığı"nı benimsemiş ve idarenin karar organı olarak öngörülen kurullarının müzakere toplantılarının ilgililere ve kamuya açık olduğunu belirtmiştir. Ancak, bilgi edinme kapsamı dışında kalan konulardaki toplantılar gizli yapılacaktır.

---

Amme İdaresi Dergisi, C.6, S.2, Haziran 1973, s.54-55; KNAPP, Blaise: "Précis de Droit Administratif, Théorie et pratique du droit, Quatrième édition largement remaniée, Bâle 1991, s.139-144; ÖZKAN, Gürsel: "İdari Usûl Kanununda Düzenlenmesi Gereken Genel İdarî Usûl İlkeleri", T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998, Ankara, s. 59-60; SCHWARTZ, Bernard: Administrative Law, age., s.223 vd.

<sup>16</sup> "Savunma Hakkı" konusunda bkz. AKILLIOĞLU, Tekin: "İnsan Hakları ve Yönetim Yargı Yöntemi-miz", II.Ulusal İdare Hukuku Kongresi Bildiri Özetleri, 10-14 Mayıs 1993 Ankara, s.119-122; AZRAK, A[li] Ölkü : İdarî Usûl ve Yasalaştırılması, agm., s.828; ASLAN, Zehreddin: "İdarî Usûl Yasasına Örnek Olarak Rekabet Kurulu'nun Çalışma Yöntemleri", T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler,17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, s.280-285; BAĞCI, İbrahim: "Hukuk Devletinde İyi İdare", T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, s.286-288; BOUSQUET, Jean-Jacques: "La Procedure Non-Contentieuse en Droit Administratif Français", T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler,17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, s.96,101; DOĞAN, İlyas: "Yönetilenlere Katılım Yollarının Kısıtlanması Güçlü Devlet Anlamına Gelir mi?", agm., s.132; GOFFAUX, Patrick: "La Transparence Administrative et Motivation Formelle des Actes Administratifs en Belgique", agm., s.155 vd., 161 vd.,167 vd.,185 vd.; ÖRÜCÜ, Esin: "Avrupa Hukukunun Genel İlkeleri", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD), Prof.Dr.Lütfi DURAN'a Armağan Özel Sayısı, S.1-3, Y.9, 1988, s.251; ÖZKAN, Gürsel: İdarî Usûlün Düzenlenmesi İhtiyacı ve Genel İdarî Usûl İlkeleri, agt., s.230-232; ÖZKAN, Gürsel: "İdarî Usûl Kanununda Düzenlenmesi Gereken Genel İdarî Usûl İlkeleri", agm., s.65-66; RIVERO, Jean: Droit Administratif, age., s.125.



Bu açıklığı sağlayabilmek için kamuya açık her toplantının yeri, zamanı, konusu ile toplantı hakkında bilgi alınabilecek görevlinin adı ve kendisine nasıl ulaşılabileceği en az yedi gün önceden ilgililere ve kamuya duyurulacaktır. Ayrıca toplantılarda tutulan kayıtlar, notlar ve konuşmalar bir tutanakla tesbit edilerek gizli olanları dışındakiler kamunun bilgisine sunulacaktır (md.16).

Bu hükmün uygulama alanı olarak örneğin Belediye meclislerinin toplantılarına belde halkı veya temsilcileri katılabilirler ve kendileriyle ilgili olan kararların oluşumunda etkili olmak suretiyle hak ve menfaatlerini koruyabilirler. Nitekim Gökova Termik Santrali yatırım plânlanıp işletmeye açılmadan önce; belde sakinlerinin ve çevre kuruluşlarının görüşlerine başvurulmuş olsaydı, büyük miktarda zarara yol açan bugünkü durum gerçekleşmezdi.

Bergama'da altın çıkarılması için Eurogold firmasına ruhsat verilmesi konusu da diğer bir örnektir.

Eğer İdarî Usûl Kanunu o zaman yürürlükte bulunsaydı, yöre sakinlerinin fikri sorulmuş olacağı için,bugünün davacı ve davalıları insan sağlığının önemi esas olmak üzere gerekli önlemlerin alınması şartıyla yapılacak faaliyet sonunda elde edilecek ekonomik değeri karşılaştırılarak doğruyu bulacaklar, birbirlerini ikna edecekler ve şimdiki durum büyük bir olasılıkla yaşanmayacaktır.

Bu örnekler de gösteriyor ki bireye, karar alınmadan önce, o kararın alınmasında etkili olma hakkının tanınması, bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

## 2. Bilgi ve Belgelere Ulaşma Hakkı (Accès aux Elements d'Information) (La Droit de Connaître le Dossier Administratif)

Şeffaflaşmada bireye tanınan ikinci hak bireyin bilgi ve belgelere ulaşma hakkıdır.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> İdareye İlişkin "Bilgi Edinme" konusunda bkz. ABD. Administrative Procedure Act, md.552; AKILLIOĞLU, Tekin: "Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı", I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi II.Kitap Kamu Yönetimi, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, agm., s.805 vd.; AKILLIOĞLU, Tekin: "Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD), agm., s.11; AKILLIOĞLU, Tekin: "Bireyin Yönetimsel İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz", agm., s.48-50; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Kararı İlke II,"İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar" (Çeviren İhsan KUNTBAŞ): agm., s.9-10; DURAN, Lütfi: "İdarî Usûl İlkeleri ve Kapsadığı Konular", T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998, Ankara, s.29-30; GÖZAYDIN, İftar: "Yönetimde Şeffaflık Üzerine Notlar", agm., s.127-128; HALL, Daniel E.: Administrative Law, age., s.220-230;KNAPP, Blaise: Précis de Droit Administratif, age., s.144-150; ÖZKAN, Gürsel: İdarî Usûlün Düzenlenmesi İhtiyacı ve Genel İdarî Usûl İlkeleri", agt., s.81-86,169,173-175,198-200,220-222; ÖZKAN, Gürsel: "İdarî Usûl Kanununda Düzenlenmesi Gereken İdarî Usûl İlkeleri", agm., s.60-62; YILDIRIM, Ramazan: "İdare Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hak ve Özgürlüğü", T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998, Ankara 1998, s.227-238; YOUNG, John Hardin: "Administrative Procedure Act of U.S.A.", T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998 Ankara,Ankara 1998, s.19-22, Bildirinin Türkçesi s.22-25.

Birey idarenin elinde bulunan ve kendisi hakkında verilecek karara dayanak yapılan her türlü bilgi ve belgenin örneğini idareden alabilecektir<sup>18</sup>. Bu surette birey kendisinden saklanan bir takım belgelere dayanılarak idarece alınan kararlar karşısında bugünkü savunmasız halinden kurtulacaktır.

Bilgi edinme hakkı, İdarî Usûl Kanunu'nda "Bilgi Edinme ve Açıklık" bölümünde; başvuru usulü, bilgi ve belgelere erişim süreleri, usuller, idarî itiraz usulü gibi başlıklar halinde düzenlenmiştir.<sup>19 20</sup>

<sup>18</sup> Bilgi ve belgelerin katılanlar tarafından incelenmesi konusunda bkz. Amerika Birleşik Devletleri İdarî Usûl Kanunu (Administrative Procedure Act), md.552; Federal Almanya İdarî Usûl Kanunu, (Verwaltungsverfahrensgesetz), md.29; İsviçre İdarî Usûl Kanunu (Loi Federale sur la Procedure Administrative), md.26; İspanya Kamu İdarelerinin Hukukî Rejimi ve Genel İdarî Usûl Hakkında 26 Kasım 1992 tarih ve 30/1992 sayılı Kanun (Legales Textos, Regimen Juridico De Las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Comun) md.35/a,37,38; İtalya 7 Ağustos 1990 tarih ve 241 sayılı İdarî Usûl ve Belgelere Giriş Hakkı ile ilgili Yeni Kurallar Hakkında Kanun (Procedimento Administrativo e Dritto di Accesso ai Documenti) md.10/I; Avusturya Genel İdarî Usûl Kanunu ((Das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz-Verwaltungs-verfahren, Red.LIST Walter, Wien 1995), md.67; Avustralya Bilgi Edinme Özgürlüğü Kanunu, md. 8-18,25.

<sup>19</sup> Bazı ülkelerde bu kanunlar İdarî Usûl Kanunu ile müştereken diğer bazı ülkelerde ise ayrı olarak hazırlanmış ve yürürlüğe konulmuştur. Örnek olarak bkz. Avustralya Bilgi Edinme Özgürlüğüne İlişkin Kanun, Fransa İdarî Dokümanlara Giriş Özgürlüğü Kanunu, İtalya İdarî Usûl ve İdarî Belgelere Giriş Kanunu, Türkiye'de ise bu konuda "İdarî Usul ve Bilgi Edinme Hakkı Kanunu" adıyla bir ön taslak hazırlanmıştır.

<sup>20</sup> Amerikan İdarî Usûl Kanunu için bkz. GELLHORN, Ernest-Ronald M.LEVİN: Administrative Law and Proces, In a Nutshell, Third Edition, St.Paul Minn., 1990, s.278 vd.; Federal Administrative Procedure Sourcebook: Statutes and Related Materials, 2d edition, 1992, s.1-205; GIFFORD, Daniel J.: "Federal Administrative Law Judges: The Relevance of Past Choices to Future Directions", Administrative Law Review, Volume 49, Number 1, Winter 1997, s.1-60; HARTER, Philip J.: "The APA at Fifty: A Celebration, Not a Puzzlement", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.309-311; HOWARD, Philip K.: "Keynote Address: Administrative Procedure and the Decline of Responsibility", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.312-320; KENKEREMATH, Nandan: "Legislative Efforts Concerning Risk Assessment and Cost-Benefit Analysis for New Regulations", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.321-327; McSLARROW, Kyle: "Senate Perspectives on Regulatory Reform Legislation", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.328-330; KATZEN, Sally: "Administration Perspectives on the 1995 Regulatory Reform Legislation", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.331-333; GRAY, C.Boyden: "Judgment, Power and Rent Seekers", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.334-336; HANSEN, Fred: "Administrative Process Rigidity and the Difficulty of Administering Agencies Today", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.337-338; BURNLEY, James: "Regulatory Costs: The Federal Implementation Plans", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.339-340; STRAUSS, Peter: "Risk Assessment Perspectives", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.341-344; LOWRANCE, Sylvia K.: "Risk Assessment Perspectives From the Agency View", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.345-349; WALD, Patricia M.: "Judicial Review: Talking Points", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.350-354; FARİNA, Cynthia: "Judicial Review of Petitions", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.355; OSENBAGH, Elizabeth: "Perspectives on Judicial Review", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer

Taslağa göre "bilgi ve belge"; idarenin sahip olduğu her türlü veri ile yazılı, basılı veya teksir edilmiş dosya, evrak, kitap, dergi, broşür, etüd, mektup, program, talimat, kroki, plân, film, fotoğraf, teyp ve video kaseti, harita, bilgisayar hard diski, disketi ve compact disk gibi taşıyıcıları ifade etmektedir.

Herkes bilgi edinme hakkına sahiptir. İlgililer idare tarafından kendi haklarında düzenlenen özlük dosyası, sicil raporları ve benzeri kayıtlar hakkında da bilgi edinebilirler ve bunlarda gerçeğe aykırı hususlar varsa düzeltilmesini isteme hakkına sahiptirler (md.25).

İdare, kanunda yeralan istisnalar ile diğer yasal düzenlemelere göre açıklanması yasak olanlar dışındaki her türlü bilgi ve belgeyi ilgililerin yararlanmasına sunacaktır (md.26/1).

Taslak ayrıca bilgi ve belgelere erişim usûllerini düzenlediği gibi (md.30), bilgi edinme başvurularının idare tarafından kabul veya reddi yönündeki kararının ilgiliye yazılı olarak bildirileceği hükmünü getirmiştir (md.31).

Bilgi ve belgelere erişim usûllerinin gerektirdiği bedel başvuru sahibi tarafından karşılanacaktır (md.32).

Bilgi edinme istemlerinin reddi halinde ilgili itiraz edebilir (md.33 ve 23).

Bilgi edinme itirazı reddedilen ilgili İdarî Yargılama Usûlü Kanunu hükümlerine göre idarî dava açabilir (md.34).

Taslakta "Bilgi Edinme Hakkının Sınırları" bölümünde devlet sırrı, devletin ekonomik menfaatleri, kişinin özel hayatı ile aile hayatının gizliliği, haberleşmenin gizliliği, ticarî sır, fikir ve sanat eserleri, istihbarata ilişkin bilgi ve belgeler, idarî soruşturmaya ilişkin bilgi ve belgeler, kurum içi görüş, bilgi notu ve tavsiyeler, kurum içi düzenlemeler, yayınlanmış veya vatandaşa

---

1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.356-358; LEVIN, Ronald: "Judicial Review of Procedural Compliance", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.359-363; DEAN, Warren L.: "Regulatory Reform and Judicial Review", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.364-369; SHAPIRO, Sidney A.: "Agency Priority Setting and the Review of Existing Agency Rules", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.370-374; KUX, Leslie: "Looking Back at Existing Rules: Agency Perspectives on Analysis Requirements", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.375-379; FISHER, Linda: "Petitions and Priorities", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.380-383; MORRISON, Allan D.: "Regulatory Discretion: Another View", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.384-386; O'REILLY, James T.: "Risk Assessment in the 1995 Reform Bills: Victory for Banshees, Loss for the Public", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.387-397; SCHWARTZ, Bernard: "Administrative Law Cases During 1995", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.399-418; KOCH, Charles H.: "James Landis: The Administrative Process", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.419-433.

açıklanmış bilgi ve belgelerden hangilerinin bilgi edinme kapsamı içinde olduğu ayrı ayrı belirtilmiştir.

Bu düzenlemelere göre bilgi ve belge edinme hakkı sınırsız değildir. İdare yukarıda saydığımız hususlara ilişkin gizlilik bulunan hallerde bilgi ve belge vermeyebilir veya gizli olanları ayırarak bilgi ve belge verebilir (md.35-48).

İdare görev ve faaliyetleriyle ilgili olarak sahip bulunduğu her türlü bilgi ve belgeyi, ilgililerin bilgi edinmesini kolaylaştıracak şekilde konu, tarih, nitelik ve benzeri bakımlardan tasnif ederek bir elektronik veri bankası kuracaktır (md.50). Ayrıca bu bilgi ve belge tasniflerini gösterir listeler ile diğer gerekli görülecek liste, cetvel ve rehberlerden lüzüm görülenleri Başbakanlık tarafından Resmî Gazete'de yayınlanacaktır (md.51).

Bilgi edinme ve belge isteme konusu Fransız hukukunda da gündeme gelmiş ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Bireyin idarî dokümanlara ulaşma hakkını sağlamak için bağımsız idarî otorite olarak nitelendirilen İdarî Dokümanlara Erişme Komisyonu (La Commission d'accès aux documents administratifs-CADA) 17 Temmuz 1978 tarihli İdarî Dokümanlara Erişim Özgürlüğü Kanunu "De la liberté d'accès aux documents administratifs" ile kurulmuştur.<sup>21</sup>

Bu komisyon (CADA) on üyeden oluşur: Üç yüksek dereceli yargıç (bir devlet danışmanı, bir Yargıtay üyesi, bir Sayıştay üyesi), bir Başbakan temsilcisi, bir mahallî organ temsilcisi (Senato ve Millet Meclisi Başkanlarının birlikte aldıkları kararla atanır), yüksek öğrenimden gelen bir profesör (kararname ile atanır) ve geçmişteki çalışmaları göz önünde bulundurulmuş iki yüksek dereceli memur. Bu kompozisyon kuruluşun özünü oluşturan tarafsızlığı sağlar.

CADA; 1978 tarihli yasayla ilgililere tanınan, idarenin üzerinden işlem tesis ettiği dosya ve dokümanları elde etmesi haklarına saygıyı sağlama görevini yüklenmiştir. Yasanın ulaşmak istediği amaç; kamu hürriyetleri için potansiyel bir tehlikeyi oluşturan idarenin geleneksel gizliliğini kırmak ve daha iyi bir şekilde bilgilendirilmiş ve daha katılımcı bir demokrasi şeklini geliştirmektir. İdare geleneksel nitelikli bu kötü alışkanlığından tamamen vazgeçmemiş olsa bile, bu komisyon dikkat ve özeni ile güçlü bir şekilde zihniyetin değişmesine katkıda bulunmuştur.

Herşeyden önce CADA, idareler nezdinde klâsik danışma kuruluşlarının yerine getirdikleri işlevi uygulamaktadır. Komisyon özellikle yasalar gereğince bilgi edinilmeye elverişli olmayan dokümanların bakanlıklara göre dağılımlarını yaparak, ayrıntılı bir şekilde bu kuruluşların hazırlayacakları kararlar hakkında görüşlerini bildirmek zorundadır.

<sup>21</sup> Fransa'daki 17 Temmuz 1978 tarihli "De la Liberté d'accès aux documents administratifs" (İdarî Dokümanlara Erişim Kanunu) için bkz. Documents d'études Libertés Publiques N:4.03 Décembre 1986 La Documentation Française, Nouveaux Droits des Administrés, II."la Liberté d'accès aux documents administratifs", s.12-13.

Diğer yandan ve özellikle, bir dokümana ulaşmada karşılaştıkları güçlükleri ispatlayan ilgililerin istekleri üzerinde görüş yayınlamakla da yükümlüdür. İşte bu göreviyle CADA, etkileme işlevini yerine getirmektedir. Gerçekten de bilgi edinme isteği reddedilen mağdurun, idarî yargıç önünde bu red kararına karşı dava açma hakkı yoktur. Bu durumda olanlar öncelikle bir aylık süre içinde gerekli araştırmayı yapıp görüşünü bildirme yetkisine sahip CADA önüne işlemleri götürmek zorundadırlar. Eğer idare yapmış olduğu işlemleri aynen yenilerse işte bu takdirde olayı mağdur idarî yargı yoluyla çözümlene imkânına sahip olur. Uygulamada yasanın gerçekleşmesini istediği şekilde, idarenin sözkonusu olan durumların %90'ında komisyonun görüşlerine uygun davranarak, CADA'nın saygın bir otorite haline gelmesi sağlanmıştır. Olası bir direnç karşısında komisyonun iki yılda bir yayımlanan raporunda idarenin görüşünü uygulamaması halini zikretmekten başka bir imkânı yoktur. Bundan hürriyetlerin korunmasının, sadece yargıçlara ve yasa koyucuya bağımlı bir olgu olmayıp herkesin ilgilenmesi gereken bir olay olduğu sonucunu çıkarmak gerekir. Diyalog ve kamuoyuna çağrıda bulunmak genellikle dava açmak kadar etkili olmaktadır.<sup>22 23</sup>

Guy Braibant 17 Temmuz 1978 tarihli İdarî Dokümanlara Erişim Özgürlüğü Kanunu ile ilgili olarak yaptığı yorum ve değerlendirmede<sup>24</sup> bilgilendirme hakkı ve benzeri kavramların ortaya çıkışından itibaren yirmi yıllık bir süre içinde çabucak şekillenerek yaygın hale geldiğini, içeriklerinin oluştuğunu belirttikten sonra günümüzde "üçüncü kuşak insan hakları" olarak adlandırılan temel haklardan biri olarak yer aldığını ifade etmektedir.

Fransa'da bu haklar kanun koyucu tarafından çeşitli kanunlarla düzenlenmiştir:

- 6 Ocak 1978 tarihli "Bilgilendirme, Fişlere ve Hürriyetlere İlişkin Kanun",
- 17 Temmuz 1978 tarihli "İdarî Dokümanlara Erişim Hakkında Kanun",
- 3 Ocak 1979 tarihli Arşivler Hakkındaki Kanun.

Bu kanunlarda aynı zamanda ilkeler ortaya konmuş, kuruluşlar oluşturulmuş ve bireylere yeni haklar tanınmıştır. Bu haklar; bir yandan ilgiliyi bilgilendirmeye bağlı ve kendi hesabına kullanabilmesi için biraraya getirilen bilgileri edinme hakkı ve diğer yandan herkes için genel yarar sağlayan dosyalar ve dokümanlara başvurma ve bilgi edinme hak ve hürriyeti olmak üzere iki başlık altında toplanabilir.

<sup>22</sup> ATAY, Ethem: Bağımsız İdarî Otoriteler, Ankara 1998, [basılmamış çalışma].

<sup>23</sup> Fransız Danıştay'ının İdarî Dokümanlara Ulaşma Komisyonu'nun (La Commission d'accès aux Documents Administratifs CADA) işlemlerine ilişkin olarak verdiği birkaç örnek karar için bkz. Documents d'études Libertés Publiques No: 4.03 Décembre 1986 La Documentation Française II-La liberté d'accès aux documents administratifs, L'application de la loi et l'activité de la commission d'accès, s.16,17-22.

<sup>24</sup> Guy Braibant'ın 17 Temmuz 1978 tarihli İdarî Dokümanlara Erişim Özgürlüğü Kanunu ile ilgili olarak yaptığı yorum ve değerlendirme için bkz. BRAIBANT, Guy: "Droit d'accès et droit à l'information" dans Mélanges Charlier, s.703 vd., Documents d'études Libertés Publiques N:4.03, Décembre 1986, La Documentation Française, II-La Liberté d'accès aux documents administratifs, Réflexions et Commentaires, s.14-15'den naklen.

Bu haklardan ilki bireylere tanınmış bir hak, ikincisi ise vatandaşlara tanınmış olan bir hak, daha doğrusu bir kamu hürriyetidir.

Bütün bu karışıklığı engellemek için Guy Braibant birinciler için "Erişim Hakkı" (accès) kavramını özellikle önermektedir. Bu kavram 6 Ocak 1978 tarihli kanunda ve aynı zamanda uluslararası plânda (right of access) kullanılmıştır.

İkinciler için 17 Temmuz 1978 tarihli kanunda erişim hakkıyla birlikte kullanılan "Bilgilenme Hakkı"nın (information) kullanılmasını önermektedir. Bu iki kavram birlikte daha geniş bir anlamda "Bilme" hakkını (droit de savoir)<sup>25</sup> oluşturur.

### **3. Hukukî Yardım ve Temsil (L'Assistance Juridique et Representation)**

Bireye tanınan üçüncü hak, bireyin idare karşısında yukarıda açıklanan dinlenilme ve savunma hakkıyla bilgi edinme hakkının kendisine tanıdığı imkânları bir temsilci aracılığı ile de kullanabilmesidir. Böylece birey, idare karşısında kişisel olarak hakkını arayabileceği gibi temsil ettirebilecek veya hukukî yardımda bulunacakların katkısından yararlanabilecektir.

Taslağa göre idarî usûl sürecinde Borçlar Kanunu'nun temsil ve vekâlete ilişkin hükümleri kıyasen uygulanacak ve ilgili, temsilciyi bir vekâlet-name ile görevlendirecektir (md.6 ve 7).<sup>26</sup>

### **4. Gerekçe İlkesi (La Motivation des Actes Administratifs, des Decisions)**

Bireye tanınan dördüncü hak, özellikle memurlar için devrim niteliğindedir. Artık idare herhangi bir konu, birey, memur hakkında "gördüğü lüzum üzerine" bir karar alamayacaktır.

Bu lüzum ne idiye, onu açık seçik gösterecektir; yani kararın, maddi ve hukukî nedenleri, varsa ön araştırma sonuçları mutlak surette gösterilecek, daha açık bir ifadeyle karar ve işlemler gerekçeli olacaktır.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> 17 Temmuz 1978 tarihli İdarî Dokümanlara Erişim Hakkı Kanunu'nun bir başka değerlendirme ve eleştirisi için bkz. LASSERRE, Bruno: "Ce qui pourrait changer six ans après le vote de la loi du 17 juillet 1978" Etudes et Documents du Conseil d'État No:35 (1983-1984),pp.103-104, Documents d'études Libertés Publiques No:4.03, Décembre 1986 La Documentation Française, II-La liberté d'accès aux documents administratifs, s.15-16'dan naklen.

<sup>26</sup> Hukukî yardım ve temsil konusunda bkz. Avusturya Genel İdarî Usûl Kanunu md.61; İspanya Kamu İdarelerinin Hukukî Rejimi ve Genel İdarî Usûl Hakkında Kanun , md.32; AKILLIOĞLU, Tekin: "Bireyin Yönetmel İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz", agm., s.50-51; "İdarenin İşlemleri Konusunda Bireyin Korunması Hakkında Karar" (Çeviren İhsan KUNTBAŞ): agm., s.12, ilke III; İsviçre Federal İdarî Usûl Kanunu md.11; BREWER-CARÍAS, Allan R.: Les Principes de la Procédure Administrative non Contentieuse, age., s.149-150; KNAPP, Blaise: Précis de Droit Administratif, age., s.156-157; ÖZKAN, Gürsel: İdarî Usûlün Düzenlenmesi İhtiyacı ve Genel İdarî Usûl İlkeleri, agt., s.222-223; ÖZKAN, Gürsel: "İdarî Usûl Kanununda Düzenlenmesi Gereken Genel İdarî Usûl İlkeleri", agm., s.62.

<sup>27</sup> "Gerekçe" ilkesi için bkz. Avusturya Genel İdarî Usûl Kanunu, md.58,60; Avustralya Bilgi Edinme Özgürlüğü Kanunu, md.26; Federal Almanya İdarî Usûl Kanunu, md.39; İspanya Kamu İdarelerinin Hukukî Rejimi ve Genel İdarî Usûl Hakkında Kanun, md.54,89,138; Avusturya İdarî Usûl Kanunu

Gerekçe gösterilmesi, hem bireye hukuk güvenliği sağlayacak, hem de idareye aldığı kararları hukuka uygun olarak tesis etmesi imkânını getirerek sorumluluktan kurtaracaktır.

Taslakta "gerekçe" ilkesi çeşitli maddelerde düzenlenmiştir:

İdarî işlemin şekli ve yürürlüğü ile ilgili olarak her idarî işlem gerekçeli, açık ve anlaşılır biçimde ve işlem başvuru üzerine yapılıyorsa ilgililerin isteklerine cevap verici nitelikte olacaktır (md.18).

Ayrıca her idarî işlemin gerekçesi olmalıdır. Gerekçede idarenin o işlemi yapmasını gerektiren maddî ve hukukî sebepler ile araştırma sonuçları yer almalıdır. Eğer idare yapılan işlemlerde takdir yetkisini kullanmışsa bu hareketinin de gerekçesini belirtmek zorundadır. Gizlilik kapsamındaki işlemlerde ise yalnız gizliliğin hukukî dayanağı gösterilecektir (md.20).

İdarî işlemlerin gerekçeli olması Fransız hukukunda 11 Temmuz 1979 tarihli ve 79-587 sayılı "İdarî İşlemlerin Gerekçelendirilmesi ve Yönetilenler ile Yönetim Arasındaki İlişkilerin İyileştirilmesine İlişkin Kanun" la düzenlenmiştir.<sup>28</sup>

Bu kanunun 1.maddesine göre gerçek ve tüzel kişiler süre ile bağlı olmaksızın kendilerini ilgilendiren aleyhlerindeki bireysel idarî işlemlerin gerekçelerinden haberdar edilme hakkına sahiptir.

Bu amaçla;

---

md.58-60; AKILLIOĞLU, Tekin: "Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı", I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi II.Kitap Kamu Yönetimi, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, s.816-817; AKILLIOĞLU, Tekin: "Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD), agm., s. 1-12; AKILLIOĞLU, Tekin: "Bireyin Yönetimsel İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz", agm., s.51-53; AKILLIOĞLU, Tekin: "Yönetimsel İşlemlerde Gerekçe İlkesi", Amme İdaresi Dergisi, C.15, S.2, 1982, s.7-19; AUBY, Jean-Marie et Roland DRAGO: Traité des recours en matière administrative, Paris 1992, s.394-399; AZRAK, A[li] Ülkü: "İdarî Usûl ve Yasalaştırılması", agm., s.830-831; AZRAK, A[li] Ülkü: Umumi İdarî Usûlün Teorik Esasları ve Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Gelişimi, agt, s.217-221; BOUSQUET, Jean-Jacques: "La Procédure Non-Contentieuse En Droit Administratif Français", agm., s.95,97 vd.,100,101 vd.; "İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar" (Çeviren İhsan KUNTBAY): agm., ilke IV, s.10-11; BREWER-CARÍAS, Allan R.: Les Principes de la Procédure Administrative non Contentieuse, age., s.83-84; DURAN, Lütfi: "İdarî Usûl İlkeleri ve Kapsadığı Konular", agm., s.31; KABOĞLU, İbrahim Ö.: "Avrupa Topuluğu ve İdarî Yargı Avrupa Topuluğu Adalet Divanı Jürisprudansı ve İdarî Kararların Gerekçeli Olma Zorunluluğu", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap İdarî Yargı, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, s.309 vd; KANLIGÖZ, Cihan: "İdarî İşlemlerde Yazılı Bildirim", agm., s.179-182; KNAPP, Blaise: Précis de Droit Administratif, age., s.150-151; ÖZKAN, Gürsel: İdarî Usûlün Düzenlenmesi İhtiyacı ve Genel İdarî Usûl İlkeleri, agt., s.176,224-228; ÖZKAN, Gürsel: "İdarî Usûl Kanununda Düzenlenmesi Gereken Genel İdarî Usûl İlkeleri", agm., s.63-64; SELÇUK, Sami: "Yönetimde Yasallık İlkesi ve Bunun Sağlanması", Danıştay Dergisi, Y.9, S.32-33, 1979, s.60-61; SEZGİNER, Murat: "Usûl Kanunlarında İdarî İşlemin Dış Görünüşü", T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998 Ankara, s.216-224.

<sup>28</sup> "Loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et les usagers, JO du 12" (11 Temmuz 1979 tarihli "İdarî İşlemlerin Gerekçelendirilmesi ve Kullanıcılar ile Yönetim Arasındaki İlişkilerin İyileştirilmesine İlişkin Kanun") için bkz. Document d'études Libertés Publiques N°403 Décembre 1986, La Documentation Française. Nouveaux Droits des Administrés, III-"La motivation des actes administratifs", s.23-24.

- Kamu hürriyetlerinin kullanılmasını sınırlandıran ve genel bir şekilde polisiye bir önlemi oluşturan kararlar,
  - Bir yaptırım içeren kararlar,
  - Sınırlarıcı şartlar getiren veya güçlükler empoze eden kararlar,
  - Hak yaratan bir kararı geri alan veya kaldıran kararlar,
  - Zamanaşımını düzenleyen kuralların kaldırılmasına veya dava hakkının düşmesine ilişkin kararlar,
  - Bireyler için bir hak oluşturan tanınmış bir iznin veya kazanılmış hakların geri alınmasına ilişkin kararlar,
- gerekleştirilmelidir.<sup>29</sup>

### **5. Başvuru Yollarının Gösterilmesi (L' Indication des Voies et Délais de Recours)**

Genellikle birey, çoğu zaman, idarenin işlemlerine karşı ne yolda hareket edeceğini bilememesi yüzünden mağdur olmaktadır. Örneğin bir idarî işleme karşı hangi idarî makama, ne kadar süri içinde ve hangi tür kanun yollarına başvurabilecektir ?

İdare tarafından tesis edilen işlemde, bireye bu işleme karşı başvurabileceği idarî ve yargısal yollar ile başvurma süreleri gösterilecektir<sup>30</sup>. Başvuru hakkındaki bütün bilgileri öğrenmesi bireyin hakkıdır ve bu hakkı gereği idare kendisine bunları bildirecektir.

Taslak bireye; yukarıda sayılan dinlenilme ve savunma, bilgi kaynaklarından yararlanma, hukukî yardım ve temsil haklarından mahrum kalmış, idare tarafından tesis edilen işlemlerin gerekçeli olması kuralına uyulmamış veya idareden istediği kararı alamamış yada idarenin kendisinin menfaatine aykırı olan işleminin tesisini önleyememiş ise idarî yargıya başvurmadan önce idarenin tutumunu ve işlemini düzeltirmek üzere; idareye başvurmak hakkı tanımaktadır. Birey bir işlem yapılması, kaldırılması, geri

<sup>29</sup> İdarî işlemlerin gerekçelendirilmesine ilişkin Fransız Danıştay'ının vermiş olduğu örnek kararlar için bkz. Documents d'études Libertés Publiques N:4.03, Décembre 1986, La Documentation Française, Nouveaux Droits des Administrés, La Motivation des Actes Administratifs, s.29-30.

<sup>30</sup> "Başvuru yollarının gösterilmesi" konusunda bkz. Avusturya Genel İdarî Usûl Kanunu, md.57,58,61,63-67; Avustralya Bilgi Edinme Özgürlüğü Kanunu, md.54-58; Federal Almanya İdarî Usûl Kanunu, md.70; İsviçre Federal İdarî Usul Kanunu, md.44-62; Avusturya Genel İdarî Usûl Kanunu, md.58/1; "İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar" (Çeviren İhsan KUNTBAŞI): agm., s.11, ilke V; FROMONT, Michel (Çeviri Celâl Erkut): "Avrupa Topluluğuna Üye Devletlerde İdarî Kararlar Karşısında Bireylerin Geçici Olarak Korunması Sorunu", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD), Y.7, S.1-3, 1986, s.37-48; AKILLIOĞLU, Tekin: "Bireyin Yönetiş İşlemleri Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz", agm.,s.53-54; GOFFAUX, Patrick: "La Transparence Administrative et Motivation Formelle des Actes Administratifs en Belgique", agm.,s.157,162,173,177,188-189,193; KNAPP, Blaise: Précis de Droit Administratif, age., s.151-152; ÖZKAN, Gürsel: İdarî Usûlün Düzenlenmesi İhtiyacı ve Genel İdarî Usûl İlkeleri, agt., s.228-229; ÖZKAN, Gürsel: "İdarî Usûl Kanununda Düzenlenmesi Gereken Genel İdarî Usûl İlkeleri", agm., s.65; SEZGİNLER, Murat: "Usûl Kanunlarında İdarî İşlemin Dış Görünüşü", agm., s.224-226; YILDIRIM, Turhan: "İdarî Usûl Yasası Kapsamında İdareye Başvuru", T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, s.251-253.



alınması veya bir eylemde bulunulması isteği ile idareye başvurma hakkına sahiptir (md.9)<sup>31</sup>. İdare bu başvuruları cevaplandırmak zorundadır (md.14).

İdare başvuru üzerine hukuka aykırı işlemleri her zaman değiştirebilir, kaldırabilir veya geri alabilir (md.22/1). İdare başvuruyu reddederse başvurulacak idarî itiraz ve yargı yollarını ilgilie gösterir (md.11/a).

Bu başvuruların yalnız birey bakımından değil, idare bakımından da önemli rahatlatıcı işlevi vardır. Çünkü bugün idare bu yollarla kolaylıkla kendi halledebileceği işleri dahî, sorumluluk altına girmek endişesiyle çözmeyip, işi idarî yargıya bırakmaktadır.

Kaldı ki, aslında idarî uyuşmazlıkların çoğunluğu, kaynağında çözümlenebilir. Örneğin, bazı ihtilâflarda, idare, ferdin haklılığına inanmasına rağmen, idarî usûl düzenlemesinin bulunmaması nedeniyle barışçı yollarla çözümlenemediği sorunları, ancak vatandaşın mahkeme kararı getirmesi sonucunda halledilebilmektedir.

#### IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

İdarenin ve bireyin yargı dışı denetim yollarından faydalandığını veya yeterince faydalandığını söylemek mümkün değildir. Yargı dışı çözüm için, pozitif hukuk düzenlemelerinin bulunmayışı veya yetersizliği, idarenin kişilerin zararlarını giderecek yetki ve kaynaklara sahip olmaması ve mutlak bir mahkeme kararının beklenmesi, yargı dışı denetimden yararlanamamanın başlıca nedenleridir.

Bu bakımdan idarenin alacağı karar hakkındaki her türlü bilgi ve belgeyi bireye vermek ve idarî işlemlerin tesisi sırasında bireyin katılma hakkını sağlamak suretiyle, demokratikleşme sürecinde tam bir şeffaflığa gidilmesi İdarî Usûl Kanunu'nun ana hedefini oluşturmaktadır.

İdarî kararların alınmasına ilgililerin katılması<sup>32 33</sup> bu alanda ayrı bir önem taşımaktadır. Bu önemi nedeniyle ki, bir idarî kararın hukuka uygunluğunu sağlamanın en iyi yolu; karar sonucunda hakkında bir sorumluluk veya yükümlülüğün söz konusu olacağı kişilerin, kararın oluşumuna katılmalarına imkân vermektir. Taslağa göre kararın oluşumuna ilgililer katılacaktır.

<sup>31</sup> bkz. 13 no'lu dipnot

<sup>32</sup> Yönetime katılma konusunda bkz. ALICA, Süheylâ: "Çevre ve Katılım", T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998, Ankara, s.144-148; BOZKURT, Ömer: "Avrupa Topuluklarında Yurttaşların Yönetime Katılması", Amme İdaresi Dergisi, C.23, S.2, Haziran 1990, s.23-24; DOĞAN, İlyas: "Yönetilenlere Katılım Yollarının Kısıtlanması Güçlü Devlet Anlamına Gelir mi?" agm.,s.130-143; DURAN, Lütfi: "İdarî Usûl İlkeleri ve Kapsadığı Konular", agm., s.31;EROĞUL, Cem: Devlet Yönetimine Katılma Hakkı, Ankara 1991, s.145; GELLHORN, Ernest-Ronald M.LEVIN: Administrative Law and Process, age.,s.157vd.;ÖZKAN, Gürsel: İdarî Usûlün Düzenlenmesi İhtiyacı ve Genel İdarî Usûl İlkeleri, agt.,s.115-117; PEKİNER, Visalettin: "Yönetimde Yetkinin Saptırılması", agm.,s.116; MIHÇIOĞLU, Cemal: "Türkiye'de Yönetime Katılma", Eylül-Aralık 1982, s.115-122.

<sup>33</sup> İdarî işleme katılmanın sağlanması açısından "idare edilenler" için kullanılacak olan vatandaş, kişi, hizmetten yararlanan, kamu hizmetinden yararlanan, taraf, katılan, ilgili, herkes kavramlarının açıklığa kavuşturulmasının önemi üzerinde durulmuş (bkz. ODYAKMAZ, Zehra: "İdarî Usûlden Beklediklerimiz", agm., s.5) ve İdarî Usûl ve Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Ön Taslak çalışmasında "ilgili" kavramı tercih edilmiştir.

"İlgili"; idarî usûl süreci sonunda yapılacak işlemin yöneltildiği ve etkilediği kişi yada sürecin sonunda hukukî durumları etkilenen yahut etkilenme ihtimali olan üçüncü kişileri ifade etmektedir (md.3/e).

Görüldüğü gibi, İdarî Usûl Kanunu ile vatandaşımız, gizliliği kural haline getirmiş bürokrasi ile, daha açıkcası devleti ile barışacak ve bireyler kendi devletinin yönetimine daha etkili bir şekilde katılır hale gelecektir.

İdarî Usûl, yönetime katılmaya imkân vererek, idarenin açıklığını ve bilgi edinme hakkını, uygulamaya geçirecek, idarî yargının yükünü azaltarak, Danıştay'ın gerçekten içtihat mahkemesi olmasını sağlayacaktır.<sup>34</sup>

Ayrıca, idarî yargı kararlarının uygulanması da idarî usulde düzenlenmek suretiyle idarenin keyfi tutumu ve kamu görevlilerinin sorumluluğu düzenlenerek idarenin haksız yere zarara uğratılması önlenilecektir.<sup>35</sup>

Rücu müessesesi yeni baştan ele alınıp hizmet kusurundan ve kursuz sorumluluktan bağımsız olarak düzenlenmesi ve kişisel kusur ayırımının yapılması sağlanacaktır.

## KAYNAKÇA

AKAK, Şermin: bkz. TOPRAK, Zerrin Karaman-Şermin AKAK:.....

AKILLIOĞLU, Tekin: "Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD), Yıl 4, Sayı 1-3, 1983, s.1-12.

AKILLIOĞLU, Tekin: "Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı", s.805-819, I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi, II.Kitap Kamu Yönetimi, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, Ankara 1990, -XI+XII+(-461)+960 sayfa.

AKILLIOĞLU, Tekin: "Yönetimsel İşlemlerde Gerekçe İlkesi", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 15, Sayı 2, 1982, s.7-19.

AKILLIOĞLU, Tekin: "Bireyin Yönetimsel İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 14, Sayı 3, Eylül 1981, s.37-56.

AKILLIOĞLU, Tekin: "İnsan Hakları ve Yönetimsel Yargı Yöntemimiz", s.117-122, II.Ulusal İdare Hukuku Kongresi Bildiri Özetleri 10-14 Mayıs 1993 Ankara, Ankara 1993, VIII+163 sayfa, Danıştay Yayınları No:55.

AKYILMAZ, Bahtiyar: "Yeni Bir İdarî Usûl Kanunu Örneği: İspanya Kamu İdarelerinin Hukukî Rejimi ve Genel İdarî Usûl Hakkında Kanun", s.35-54, T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, vi+307 sayfa, T.C.Başbakanlık Basımevi.

<sup>34</sup> Genel İdarî Usûlün Önemi konusunda bkz. AR, Fikret: "Bürokratik İşlemlerin Basitleştirilmesi ve İptal Edilen Yetki Kanunu", Amme İdaresi Dergisi, C.26, S.1, Mart 1993, s.185-196; AZRAK, A[li] Ülkü: "İdarî Usûlün Kodifikasyonuna İlişkin Sorunlar", agm., s.90-91; AZRAK, A[li] Ülkü: "İdarî Usûl ve Yasalaştırılması", agm., s.821-823; AZRAK, A[li] Ülkü: "Umumî İdarî Usûl ve Kodifikasyonu Meselesi", İHFM., C.XXXIII, S.1-2, İstanbul 1967, s.66-73; DEĞİRMENCİOĞLU, Atilla: "İdarî Usûl Kanununun Hazırlanmasında Gözönünde Bulundurulması Gereken Hususlar", T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, s.265-268.

<sup>35</sup> Kamu görevlisinin sorumluluğu konusunda bkz. ÖZKAN, Gürsel: İdarî Usûlün Düzenlenmesi İhtiyacı ve Genel İdarî Usûl İlkeleri, agt., s.252-256; ÖZKAN, Gürsel: "İdarî Usûl Kanununda Düzenlenmesi Gereken Genel İdarî Usûl İlkeleri", agm., s.78.

ALICA, Süheyla: "Çevre ve Katılım", s.144-148, T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, vi+307 sayfa, T.C.Başbakanlık Basımevi.

AR, A.Fikret: "Bürokratik İşlemlerin Basitleştirilmesi ve İptal Edilen Yetki Kanunu", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 26, Sayı 1, Mart 1993, s.185-196.

ASLAN, Zehrettin: "İdarî Usûl Yasasına Örnek Olarak Rekabet Kurulu'nun Çalışma Yöntemleri", s.280-285, T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, vi+307 sayfa, T.C.Başbakanlık Basımevi.

ATAY, Ethem: Bağımsız İdarî Otoriteler, Ankara 1998, [Basılmamış Çalışma].

AUBY, Jean-Marie et Roland DRAGO: Traité des recours en matière administrative, Paris 1992, [2]+686 pages, Litec, Libraire, de la Cour de Cassation.

AZRAK, A[lî] Ülkü: Umumî İdarî Usûlün Teorik Esasları ve Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Gelişimi, Doktora Tezi, İstanbul 1964, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 245 sayfa.

AZRAK, A[lî] Ülkü: "Umumî İdarî Usûl ve Kodifikasyonu Meselesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XXXIII, Sayı 1-2, İstanbul 1967, s.66-82.

AZRAK, A[lî] Ülkü: "İdarî Usûl ve Yasalaştırılması", s.821-834, I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi, II.Kitap Kamu Yönetimi, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, Ankara 1990, -XI+XII+(-461)+960 sayfa.

AZRAK A[lî] Ülkü: "İdarî Usûlün Kodifikasyonuna İlişkin Sorunlar", s.86-93, T.C. Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, vi+307 sayfa, T.C.Başbakanlık Basımevi.

BAĞCI, İbrahim: "Hukuk Devletinde İyi İdare", s.286-288, T.C. Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, vi+307 sayfa, T.C.Başbakanlık Basımevi.

BOZKURT, Ömer: "Avrupa Topluluklarında Yurtaşların Yönetime Katılması", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 23, Sayı 2, Haziran 1990, s.23-24.

BREWER-Carias, ALLAN R.: Les Principes de la Procédure Administrative non Contentieuse, Études de Droit Comparé (France, Spagne, Amérique Latine), Préface de Franck MODERNE, Paris Janvier 1992, 167 sayfa, Collection Science et Droit Administratifs dirigée par Charles Debbasch, Economica.

BURNLEY, James: "Regulatory Costs: The Federal Implementation Plans", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, 339-340.

DEAN, Warren L. Jr.: "Regulatory Reform and Judicial Review", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.364-369.

DEĞİRMENCİOĞLU, Atilla: "İdarî Usûl Kanununun Hazırlanmasında Gözönünde Bulundurulması Gereken Hususlar", s.265-268, T.C. Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, vi+307 sayfa, T.C.Başbakanlık Basımevi.

DERDİMAN, R.Cengiz: "Kamu Yönetiminde Yetki Genişliği", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 28, Sayı 4, Aralık 1995, s.65-80.

Documents d'études Libertés Publiques N:4.03 Décembre 1986, Nouveaux Droits des Administrés, Documents réunis et commentés par Jean-Claude Masclet, La Documentation Française.

DOĞAN, İlyas: "Yönetilenlere Katılım Yollarının Kısıtlanması Güçlü Devlet Anlamına Gelir mi ?", s.130-143, T.C. Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, vi+307 sayfa, T.C.Başbakanlık Basımevi.

DOĞRU, Osman: bkz.GEMALMAZ, Mehmet Semih-Osman DOĞRU:.....

DRAGO, Roland: bkz. AUBY, Jean-Marie-Roland DRAGO: .....

DURAN, Lütfi: "İdarî Usûl İlkeleri ve Kapsadığı Konular", s.26-34, T.C. Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, vi+307 sayfa, T.C.Başbakanlık Basımevi.

EKEN, Musa: "Kamu Yönetiminde Gizlilik Geleneği ve Açıklık İhtiyacı", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 27, Sayı 2, Haziran 1994, s. 25-54.

EROĞUL, Cem: Devlet Yönetimine Katılma Hakkı, Ankara 1995, İmge Kitabevi.

ERYILMAZ, Bilâl: Kamu Yönetimi, Birinci Baskı, İzmir 1994, 348 sayfa.

FARINA, Cynthia: "Judicial Review of Petitions", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.355.

Federal Administrative Procedure Source book Statutes and Related Materials, 2d edition Projector Director Charles Pou, Jr., Administrative Conference of the United States Office of the Chairman, Washington DC 1992, xvii+1035 pages, U.S. Government Printing Office.

FINDIKLI, Remzi: "Yönetimde Açıklık ve Açık Yönetim", Türk İdare Dergisi, Yıl 68, Sayı 412, Eylül 1996, s.103-110.

FISHER, Linda: "Petitions and Priorities", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.380-383.

FROMONT, Michel (Çeviri Celâl ERKUT): "Avrupa Topluluğu'na Üye Devletlerde İdarî Kararlar Karşısında Bireylerin Geçici Olarak Korunması Sorunu", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD), Yıl 7, Sayı 1-3, 1986, s.37-71.

GELLHORN, Ernest-Ronald M.Levin: Administrative Law and Process, In a Nutshell, Third Edition, St.Paul, Minnesota 1990, XLIII+479 pages, Nutshell Series Hornbook Series and Black Letter Series of West Publishing Co.

GEMALMAZ, Mehmet Semih-Osman DOĞRU: "Federal Almanya Cumhuriyeti İdarî Usûl Yasası (1976)", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD), Prof. Dr. Lütfi DURAN'a Armağan Özel Sayısı, Sayı 1-3, Yıl 9, 1988, s.127-146.

GİFFORD, Daniel J.: "Federal Administrative Law Judges: The Relevance of Past Choices to Future Directions", pages 1-60, Administrative Law Review, Volume 49, Number 1, Winter 1997.

GQFFAUX, Patrick: "La Transparence Administrative et Motivation Formelle des Actes Administratifs eu Belgique", s.155-160, 167-184, Türkçesi s.161-166,185-200, T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, vi+307 sayfa, T.C.Başbakanlık Basımevi.

[GÖZAYDIN], İştâr TARHANLI: "Amerikan İdarî Usûl Kanunu", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD), Prof. Dr. Vakur Versan'a Armağan Özel Sayısı, Yıl 6, Sayı 1-3, Aralık 1985, s.226-264.

GÖZAYDIN, İştâr : " Yönetimde Şeffaflık Üzerine Notlar", s.124 - 129, T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler, 17 -18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, vi + 307 sayfa, T.C. Başbakanlık Basımevi.

GRAY, C. Boyden: "Judgment, Power, and Rent Seekers", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.334-336.

GÜRAN, Sait : "Yönetimde Açıklık", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi

(İHİD), Prof. Dr. Ragıp Sarıca'ya Armağan, Yıl 3, Sayı 1 -3, 1982, s.101-112.

HALL, Daniel E.: Administrative Law, United States of America 1993, XXII+322 pages, Lawyers Cooperative Publishing, Delmar Publishers Inc.

HANSEN, Fred: "Administrative Process Rigidity and the Difficulty of Administering Agencies Today", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.337- 338.

HARTER, Philip J.: "The APA at Fifty: A Celebration, Not a Puzzlement", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.309-311.

HONDU, Selçuk: "İdarî Yargılama Usûlü Kanununda Yeralan İdarî Usûller ve Uygulaması", s.260-264, , T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler, 17 -18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998,vi + 307 sayfa,T.C. Başbakanlık Basımevi.

HOWARD, Philip K.: "Keynote Address: Administrative Procedure and the Decline of Responsibility", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.312-319.

"İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar", (Çeviren İhsan KUNTBAY), Amme İdaresi Dergisi, Cilt 11, Sayı 4, Aralık 1978, s.3-11.

KABOĞLU, İbrahim Ö: "Avrupa Topluluğu ve İdarî Yargı Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Jürisprüdansı ve İdarî Kararların Gerekçeli Olma Zorunluluğu", s.303-328, I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap İdarî Yargı, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, Ankara 1991, X+452 sayfa, Danıştay Yayınları No: 53.

KANLIGÖZ, Cihan: "İdarî İşlemlerde Yazılı Bildirim", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XL, Sayı 1-4, 1988, s.173-192.

KATZEN, Sally: "Administration Perspectives on the 1995 Regulatory Reform Legislation", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.331-333.

KENKEREMATH, Nandan: "Legislative Efforts Concerning Risk Assessment and Cost-Benefit Analysis for New Regulations", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.321-327.

KIRATLI, Metin: "İsviçre'de İdarî Usûl Kodifikasyonu", Amme İdaresi Dergisi; Cilt 6, Sayı 2, Haziran 1973, s.47-60.

KNAPP, Blaise: Précis de Droit Administratif, Théorie et Pratique du Droit, Quatrième édition largement remaniée, Bâle Francfort- sur-le-main 1991, XLIV+748 sayfa, Editions Helbing et Lichtenhahn.

KOCH, Charles H. Jr.: "James Landis: "The Administrative Process", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.419-433.

KUNTBAY, İhsan (Çeviren): bkz. "İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar".....

KUX, Leslie: "Looking Back at Existing Rules: Agency Perspectives on Analysis Requirements", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.375-379.

LEVİN, Ronald: "Judicial Review of Procedural Compliance", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.359-363.

LEVİN, Ronald M bkz. GELLHORN, Ernest-Ronald M. LEVİN:.....

LOWRANCE, Sylvia K.: "Risk Assessment Perspectives From the Agency View", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.345-349.

McSLARROW, Kyle: "Senate Perspectives on Regulatory Reform Legislation", *Administrative Law Review*, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.328-330.

MASCLET, Jean-Claude: "Nouveaux Droits des Administrés", *Documents d'études Libertés Publiques* N: 4.03 Décembre 1986, s.2-3, La Documentation Française.

MORRISON, Allan B.: "Regulatory Discretion: Another View", *Administrative Law Review*, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.384-386.

ODYAKMAZ, Zehra: "İdarî Usûlden Beklediklerimiz", s.2-5, T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, vi+307 sayfa, T.C.Başbakanlık Basımevi.

O'REILLY, James T.: "Risk Assessment in the 1995 Reform Bills: Victory for Banshees, Loss for the Public", *Administrative Law Review*, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.387-397.

OSENBAUGH, Elizabeth: "Perspectives on Judicial Review", *Administrative Law Review*, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.356-358.

ÖRÜCÜ, Esin: "Avrupa Hukukunun Genel İlkeleri", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD)*, Prof. Dr. Lütfi DURAN'a Armağan Özel Sayısı, Sayı 1-3, Yıl 9, 1988, s.243-253.

ÖZAY, İl Han: "Demokratik Yönetim ve Yönetimde Demokrasi", s.275-279, T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, vi+307 sayfa, T.C.Başbakanlık Basımevi.

ÖZKAN, Gürsel: *Hukuk Devleti ve Yargı Denetimi*, Ankara 1995, XI+246 sayfa, Saydam Matbaacılık.

ÖZKAN, Gürsel: "İdarî Usûl Kanununda Düzenlenmesi Gereken İdarî Usûl İlkeleri", s.55-78, T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17 18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, vi+307 sayfa, T.C.Başbakanlık Basımevi.

ÖZKAN, Gürsel: "İdarî Usûlün Düzenlenmesi İhtiyacı ve Genel İdarî Usûl İlkeleri", *Konya 1998*, XI+285+XIV sayfa, T.C. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İdare Hukuku Bilim Dalı, [Basılmamış Doktora Tezi].

PAYASLIOĞLU, Arif: "Yönetimde Davaları Azaltma Yolları", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 3, Eylül 1969, s.3-13.

PEKİNER, Visalettin: "Yönetimde Yetkinin Saptırılması", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 3-4, Aralık 1968, s.115-128.

POU, Charles Jr.: bkz. *Projector Director..... Federal Administrative Procedure Sourcebook.....*

RİVERO, Jean: *Droit Administratif*, Treizième édition, Paris 1990, XXIX+654+[11] pages, Précis Dalloz.

SCHWARTZ, Bernard: *Administrative Law*, Third Edition, United States of America 1991, xx+783 pages, Little Brown and Company, Boston Toronto London, Law Book Division.

SCHWARTZ, Bernard: "Administrative Law Cases During 1995", *Administrative Law Review*, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.399-418.

SELÇUK, Sami: "Yönetimde Yasallık İlkesi ve Bunun Sağlanması", *Danıştay Dergisi*, Yıl 9, Sayı 32-33, 1979, s.45-67.

SEZGİNER, Murat: "Usûl Kanunlarında İdarî İşlemin Görünüşü", s.201-226, T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, vi + 307 sayfa, T.C. Başbakanlık Basımevi.

SHAPIRO, Sidney A.: "Agency Priority Setting and the Review of Existing Agency Rules", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.370-374.

STRAUSS, Peter: "Risk Assessment Perspectives", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.341-344.

TAN, Turgut: "İdarenin 'Kesin İşlemleri' ve 5917 sayılı Kanun Uygulaması", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 2, Sayı 4, Aralık 1969, s.99-115.

TAN, Turgut: İdarî İşlemin Geri Alınması, Ankara 1970, IX+167 sayfa, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 298.

TOPRAK, Zerrin Karaman-Şermin AKAK: "Kamu Yönetiminde Gizlilik Faktörünün Çevre Korumacı Politikalara Etkisi", Türk İdare Dergisi, Yıl 68, Sayı 412, Eylül 1996, s. 111-130

WALD, Patricia M.: "Judicial Review: Talking Points", Administrative Law Review, Volume 48, No.3, Summer 1996, Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act, s.350-354.

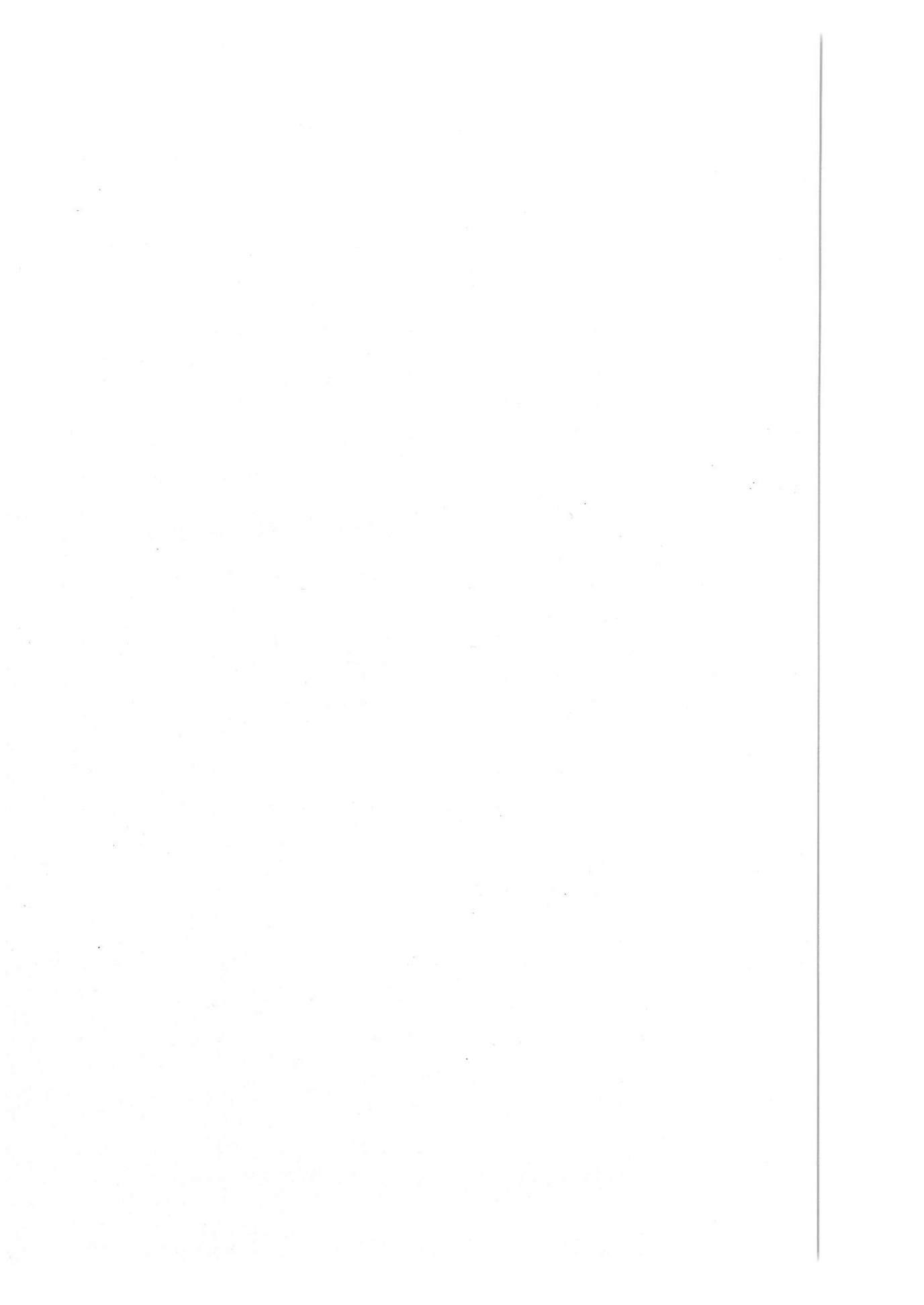
YAYLA, Yıldızhan: I.Oturum İdarî Usul Kanunu ve İlkeleri (Oturum Başkanı), s.17-18, T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, yi + 307 sayfa, T.C. Başbakanlık Basımevi.

YET, Orhun: "Yargı Kararlarının Uygulanması", s.254-259, T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, vi+307 Sayfa, T.C.Başbakanlık Basımevi.

YILDIRIM, Ramazan: "İdare Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hak ve Özgürlüğü", s.227-238, T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, vi+307 Sayfa, T.C.Başbakanlık Basımevi.

YILDIRIM, Turan: "İdarî Usûl Yasası Kapsamında İdareye Başvuru", s.247-253, T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, vi+307 Sayfa, T.C.Başbakanlık Basımevi.

YOUNG, John Hardin: "Administrative Procedure Act of U.S.A.", s.19-22 (Bildirinin Türkçesi s.22-25), T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, vi+307 Sayfa, T.C.Başbakanlık Basımevi.





# EMNİYET KUVVETLERİ ve KİTLELERARASI İLETİŞİM\*

Prof. Dr. Servet ARMAĞAN\*\*

## Giriş

Konuşmama başlamadan önce kendimi takdim etmek istiyorum:

Ben meslek olarak hukukçuyum. İstanbul Hukuk Fakültesi'nde kadrolu profesörüm. Anayasa ve İdare Hukuku dersi hocasıyım, yani bu dallarda ihtisas yaptım. Geçici olarak bulunduğum Harran Üniversitesi Rektörlük görevinin de 4. yılındayım:

İdari amirler, devletin idaresi, il-ilçe idaresi ve emniyet görevlileri ile ilgili kamu kurum ve kuruluşları hakkında defalarca konferanslar verdim. Anayasa ve idare hukuku hem branşım, hem de sevdiğim bir hukuk dalıdır. Sevmemin sebebi bir taraftan kişinin hak ve hürriyetleri ile ilgili bir branş olması, diğer taraftan da devlet gücünün kullanılmasıyla ilgili olmasıdır. Bir diğer deyişle, Anayasa ve İdare Hukuku demek, devletin kuruluşu çalışması gibi konuları ele almanın yanında; kişilerin, vatandaşın hak ve hürriyetlerini de devlet güçleri karşısında nasıl olması gerektiğini göstermesidir. Bu branşın güzel tarafı bu iki değer arasında dengenin kurulmasına çalışmasıdır. Tabii denge dediğimiz zaman, aslolan devletin gücüdür. Çünkü bu güç vasıtasıyla kamu hizmeti sunuluyor. Bu amme hizmetinin genel başlığı içinde 100'e yakın hizmet çeşidi var. Sağlık hizmeti, eğitim hizmeti, güvenlik hizmeti vb.

Bu kısa girişten sonra, iletişim nedir? Anayasamızda iletişimle ilgili ne gibi hükümler yer almaktadır? Bunlara yeri geldiğinde kısaca temas edeceğim.

## 1. İletişim

İletişim, kitaplarda "insanların birbirlerine haber vermesidir" şeklinde tanıtılan bir kavramdır.

Hepinizin lise çağlarında öğrendiği gibi, ilkel çağlarda insanların birbirlerine ışıkla, ateşle, sesle, aynayla haber ulaştırdıkları biliniyor. Teknik imkânların günümüzdeki kadar yaygın olmadığı zamanlarda, insanlar uzaktaki biriyle bu şekilde iletişim kurmuşlardır. Fakat bizim konumuz olan iletişim, yani kişiler veya kitleler arası haberleşme artık teknik imkânlarla yapılıyor. Bu imkânların başlıcaları; telefon, faks, telefaks, teleks vb. aletlerdir. Sizin yakinen bildiğiniz telsiz de bu aletlerden biridir. "Telsiz Kanunu" diye ayrı bir kanun ile düzenlenen telsiz kullanımı, emniyet güçlerine sağlanan bir imkândır. Günümüzde sayısı hayli artan mobil telefon telsizden vazifesini gören

\* Emniyet Genel Müdürlüğü, 2000 Yılına Doğru Türk Polisi Konulu Uluslararası Seminer, Ankara, 10-12 Ekim 1996, sunulan tebliğ

\*\* İstanbul Üniversitesi. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

bir alettir. Enteresandır, bütün devletler henüz bunu kabul etmedi. Yakın bir tarihte Suudi Arabistan'a kısa bir seyahatim oldu. Bu gibi devletler mobil telefonları emniyet açısından henüz kabul etmemişler.

## 2. Anayasa Hükümü

Şimdi sizlere, Anayasamızdan, iletişim ile ilgili iki maddeyi okumak istiyorum. Tabi bu hükümlerin anayasadaki kaynağı haberleşme hürriyetidir. Haberleşme hürriyeti, kısaca benim bir başkasıyla, bir başkasının da benimle karşılıklı olarak haberleşebilmesidir.

Anayasa Md.22: "Herkes haberleşme hürriyetine sahiptir.

Haberleşmenin gizliliği esastır. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz.

İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunla belirtilir."

Demek ki kaide haberleşmenin hür ve gizli oluşudur. Tabi bu serbestlik de bazı mahzurlu durumlar ortaya çıkarabiliyor. İşte bu konu sizin vazife yaptığınız saha ile ilgili ve birinci derecede üzerinde durulan bir konudur. Hemen belirtelim ki burada söz konusu olan devletin, toplumun ve kişilerin güvenliğini bozucu haberleşmeye engel olmaktır.

Bir cinayet şebekesini düşünün. Karşısındaki muhatabına, cinayeti nerede ve nasıl işleyeceğini haber veriyor. Veya bir kamu kuruluşunun tahrip edilmesinin haber verilmesi gibi durumlarda Anayasa diyor ki "Hakim bu haberleşmeye mani olabilir, onu durdurabilir." Eğer çok acil bir durumsa ve gecikmesinde mahzur varsa, yetkili kılınan merci de bu haberleşmeyi durdurabilir. Bu yetkili merciler illerde vali, ilçelerde kaymakamlar, tabii emniyet amirleri vb.dir.

Yani öyle bir olay var ki haberin alınmasıyla, fiilin yapılması arasında çok az bir süre var. Diyelim ki amirleriniz bir olayı haber aldı. Ama yarım saat sonra yapılacak ve bu sebeple mahkemeye gitmeye vakit yok. Yani gidip, "böyle bir duyum aldık, telefonların dinlenmesine izin verilmesini istiyoruz" demeye vakit olmadığı zaman bu yetki kullanılabilir.

Demek ki hürriyet asıl, fakat bunun yanında gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili kılınan merciin de bu konuyla ilgili olarak yetkili olması söz konusudur.

## 3. Basın-TV Hürriyeti

Kitleler arası Haberleşme Hürriyetinin bir uzantısı da "basın hürriyeti"dir. Yani haberleşme hürriyetini kişiler tek başlarına kullandıkları gibi, basın faaliyeti de haberleşme hürriyetinin bir şeklidir.

Biz basın hürriyetini Anayasa hukukunda bir kaç türlü tarif ediyoruz: biri "düşüncelerin açıklanma vasıtasıdır". Bir gazeteci haber, yorum, makale yazarak veya karikatür çizerek düşüncesini açıklamaktadır.

Aynı zamanda haberleşme vasıtasıdır. Nasıl haberleşme vasıtasıdır? Gazeteyi açtığımız zaman bakıyoruz ki, bize o gün olacakları söylüyor. Bir gün meclis açılacak, başbakan şuraya gidecek, işçiler Kızılay'da toplantı yapacak gibi haberleri bize ulaştırmış oluyor. Gerek yazılı gerek sözlü basın birer haberleşme vasıtasıdır. Anayasanın 28 ve daha sonraki maddeleri basın-yayınla ilgili hükümleri ihtiva etmektedir: Basının esas olarak sansür edilmeyeceği, devletin basın araçları vermek suretiyle bunlara yardımcı olacağı vb.

31. maddeyi de burada okumak isterim:

"Kişiler ve siyasi partiler, kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme ve yayım araçlarından yararlanma hakkına sahiptir. Bu yararlanmanın şartları ve usulleri kanunla düzenlenir".

Bunlar, basına lazım olan telefon, teleks ve faks aletleridir. Yani parasının ödenmesi şartıyla devlet bu aletleri basın kuruluşlarına vermeye mecburdur.

Bugün link hattı ile yapılan TV yayınları da PTT'nin bir hizmetidir. Bu imkân, haberleşmenin sağlanması bakımından onlara sunulmuştur. Devlet bu imkânı, haberleşme hizmeti, bir kamu hizmeti olduğu için sunmaktadır.

Nihayet son olarak. İnternet sistemi de bir iletişim, yani haberleşme aracı olarak zikredilebilir.

#### **4. Haberleşme Hürriyetinin Sınırları**

Buraya kadar genel olarak iletişim kavramından, kitleler arası iletişimin anayasada yer alışından ve, bunun bir yanıyla, herkesi ilgilendiren bir kamu hizmeti oluşundan söz ettik.

Ancak bütün hak ve hürriyetlerin olduğu gibi, bu hak ve hürriyetin de kötüye kullanılma ihtimali vardır. Yani bir hürriyetin verilmiş gayesine uygun olmayan bir yönde kullanılması her zaman hatıra gelen ve rastlanılan bir hadisedir.

Anayasa 13. maddesinde şöyle diyor:

"Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz".

Denge son derece önemlidir. Bir kişinin ne kadar hakkı varsa, o kadar da vazifesi vardır. Mesela, askerlik görevi bir vazifedir, vergi de bir vazifedir. Kamu düzenine riayet etmek de bir vazifedir. Ama toplanan vergilerde bir kamu hizmetine (eğitim, sağlık vb.) kavuşma da vatandaşın bir hakkıdır.

Bizde yanlış bir anlayış var: "Hak ve hürriyet verilir ve kullanılır". Yani işin vecibe tarafı, yani madalyonun diğer tarafı görmezlikten gelinir. Halbuki herkesin hakkı kadar, vecibeleri de vardır.

Aklıma gelen bir hatıramı anlatmak isterim: "Diyarbakır Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı iken sık sık Ankara ve İstanbul'a gidip geliyordum. Havaalanındaki polis kontrolünde çantaları arayan memurlar zamanla beni tanıdılar. Gene bir gün kontrol sırasında

"Hocam, kusura bakmayın, sizi de arayacağız" dediler. Ben de "Ben kusura bakmıyorum; görevinizin gereğini yapın" dedim. Çok sevindiler. Dekan suç işlemez diye bir şey yok. Dekan da suç işleyebilir ve Memurin Muhakemat Kanunu'na göre soruşturma yapılır. İnsanın hakları kadar vecibelerinin de olduğu, son yıllarda anlaşılmaya başlandı. Bu da çok sevindirici bir olaydır.

Hak ve hürriyetlere idari merciler tarafından bir sınırlama getirildiği zaman, yapılacak olan, üst makama başvurmaktır. Yoksa "ben ne şartlar altında olursa olsun, nümayiş yapacağım" demekle olmaz. Ya üst makama müracaat edersiniz, "hak ve hürriyetim elimden alınıyor" diye yahut da o vali, kaymakam, emniyet amiri, rektör, dekan vs. hakkında, eğer şartları mevcutsa, şahsi dava açarsınız.

Ben de üniversitede bazı yasaklar koyuyorum. Meselâ "Yemek saati şu saatte olacak" diyorum. Öğrencilere "ders harcını şurada yatıracaksınız" diyorum vs. Bu emirlere karşı dava açılmaz diye bir şey yok, açılabilir. YÖK'e başvurulabilir veya usulüne uygun olarak mahkemelere başvurulur. Yoksa ilgili memurla kavga etmek diye bir hak olamaz.

Bunu şunun için söylüyorum: Hukuk Devleti rejimlerinde kişilerin, hak ve hürriyetlerini düzenlenen şekilde kullanmaları gerekir, yoksa başka türlü kullanılması düşünülemez.

Anayasanın 14. maddenin son fıkrası şöyledir:

"Anayasanın hiçbir hükmü anayasada yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkı verir şeklinde yorumlanamaz".

Biraz bozuk bir Türkçe ama şunu kastediyor. Bir hak ve hürriyeti kullanırken diğer bir hak ve hürriyet çiğnenemez.

## 5. Hakların Kötüye Kullanılması

Haberleşme hürriyeti konusunda bir adım atalım. Basın da kitle haberleşme vasıtalarından birisidir. Gazeteyi açtığımız zaman orada yer alan bir takım haberler, kitlelerin haberleşmesi mahiyetindedir. Mesela "öğrenciler bugün üniversite bahçesinde toplanacak ve dekandan şunu isteyecek" şeklinde bir haber çıkıyor. Bu şekilde gazete, bir vatandaş, vali, emniyet amiri olarak bana haber ulaştırmış oluyor. Aynı şekilde o toplantıya katılmak isteyenlere de haber ulaştırıyor demektir. Gazetenin böyle bir fonksiyonu var.

Bir diğer vasıta da canlı yayınlar. Gerçekten de gelişen teknolojik imkânlarla birlikte anında yayınlanan programlar da arttı. Futbol maçları, meclis

görüşmeleri, liderlerin birbirlerine olan ziyaretleri, anında canlı yayınlarla duyuruluyor. Hatta siyasi parti liderleri odalarında oturuyorlar. Diğer bir partinin ne yapacağını ve açıklamalarını televizyondan öğreniyorlar, ona göre tavır alıyorlar.

Bir kitle iletişim aracı daha var. Teknolojinin ürettiği son kitle iletişim aracı İnternet'dir. Bu, son derece aktüel bir konudur. Biz de üniversitede kurduk ve çalıştıracamız. Amacımız bazı kütüphanelerdeki kitapların ismini, yazarını, muhtevasını öğrenmek, bunları bilgisayardan doğrudan almak. Fakat maalesef öğrendiğimize göre İnternet de amaç dışı kullanılıyor.

Az önce sözünü ettiğim anayasa maddesi çok önemlidir. Yani hiçbir hak verilmiş amacı dışında kullanılamaz. Ve bir örnek vermişim. Konuşma bir haktır, ama insanların uykusunu bozmayacaksınız veya öğrenim hakkı öğrencilerin hakkıdır, öğretim de benim hakkım ama insanların haysiyetini kırıcı bir şekilde ders vermek diye bir hak olamaz. Bu konuda bazı suistimaller görülüyor ama işte anayasa bunu vurguluyor. Bir hakkın verilmiş amacı ne ise o istikamette kullanılırsa, hakikaten kimse zarar görmez. Ne profesör, ne polis, ne sokaktaki vatandaş zarar görür. Çünkü kanun bazı hudutlar çizmiş. Eğer kanunu beğenmiyorsanız iptal davası açma imkânı verilmiştir zaten. Anayasada bazı yollar düzenlenmiş, bazı yolların kullanılması her zaman mümkün.

Hukukçular buna "hakların kötüye kullanılması" demektedirler. Yani bir hakkın verilmiş amacının ve hedefinin sapıtılarak kullanılmasıdır.

Bir örnek daha verelim:

Mesela anayasaya göre basın hürdür. Ama basın hürdür diye insanları fuhuşa teşvik edecek yayınlar yapılamaz. Ceza Kanununda bunu önleyici maddeler var. İnsanları fuhuşa alıştırmak, aile düzenini bozmak ve evlilik kurumunu çökecek yönde yayın yapılamaz. Çünkü bu, bir hak ve hürriyeti kötüye kullanmadır.

## **6. Hakların Genel Sınırları**

Böylece bir taraftan kişinin hak ve hürriyetleri, öbür taraftan kamu düzeni gibi bir kavramla karşılaşmış buluyoruz. Anayasada her hak ve hürriyet için bir takım sınırlar getirilmiş, bunları çeşitli maddelerde görüyoruz.

Birincisi kamu düzenidir.

ikincisi genel sağlıktır. Genel sağlık kaideleri, mesela bulaşıcı hastalık vb. durumlarda seyahat hürriyetini sınırlıyor.

Üçüncü sınır genel ahlaktır. Biraz önce verdiğimiz örnekte olduğu gibi, ceza kanununda düzenlendiği şekliyle, insanların ar ve haya duygularını rencide eden yayınlar yapılamaz. Bu konu maalesef son zamanlarda çok istismar edilen bir konudur.

Dördüncü sınır devletin güvenliği ve milli bütünlüktür.

## 7. Polisle Çatışma

Bu noktada bazı hatıralarımı nakletmek isterim. Bu yaşıma kadar polisin yoğun olarak vazife gördüğü, siyasi ve hukuk tarihimize geçen bir çok olayı yaşadım. Bunların ilki 1960 olaylarıdır. İstanbul Üniversitesinde olduğum için 27 Mayıs 1960'dan önceki olayları yakinen gördüm. 1970'de, 1971 askeri muhtırasına esas olan olayları, ayrıca 1968 ve 1980 olaylarını yaşadım. Askeri darbelere sebep olduklarından, bunların tümü önemli olaylardır. Genelde İstanbul Üniversitesi bahçesinde cereyan eden bu olayların içinde aktif olarak değil, ama müşahit olarak bulundum. Yakinen gördüğüm bu olaylar hakkında bazı müşahedelerim şunlardır:

İlk müşahedem, kamu düzenini sağlamak amacıyla valiliğin veya ilgili âmirlerin getirdiği bazı sınırlamalara karşı, göstericilerin polisle taşla-sopayla, yumruk yumruğa çatışmalarıdır. Bu, normal bir vatandaşa yakışmayan bir harekettir. Çünkü polis de bir can taşıyor. Onun da hepimiz gibi ailesi, çocuk-cocuğu var. Böyle bir hareket hem anayasada, hem de ceza kanununda yasaklanmış olmasına rağmen gösterilerde bu duruma rastlıyoruz.

Halbuki sınırlamalara karşı dava açılabilir. Ben İstanbul Hukuk Fakültesinin bazı kararlarına karşı Danıştay'da dava açmış bir kimseyim. Ama hiçbir zaman gidip dekanın yakasını tutmayı düşünmedim. Dava açtım, dilekçeler verdim, tazminat istedim. Bu davaları yalnız ben değil bir çokları açıyor. Hukuk Fakültesinde Fakülte idaresinin bir kararına karşı ilk önce ben açtım. Ve benden sonra da pek çokları açtı. Üniversitenin kararlarına göre de açılabilir. Ama rektörün veya dekanın şahsına karşı kanun dışı bir fiilde bulunmak doğru değildir.

Tabii bir de madalyonun diğer bir yüzü var. Bu da siz polislerin çok sert hareketlerden kaçınmanızdır. Zaten Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanununda polisin nasıl emir vereceği, nasıl sükunete davet edeceği belirtilmiştir. Ama benim şahit olduğum olaylardan edindiğim tecrübelerle göre en sağlıklı yol, öfkeli kalabalıklara karşı daha serinkanlı yaklaşmanızdır. Çünkü nümayişi yapan insan zaten heyecanlı ve öfkelidir. Bu öfke ve heyecan olayın tabiatı icabıdır. Öfkeli olduğu için veya bir durumu beğenmediği için nümayiş yapıyor. Bu durumda sizin yapmanız gereken şey, mümkün merteye soğukkanlı davranarak kitlenin öfkesini yatıştırmaya çalışmaktır. Çünkü olayları tırmandıran, yapılan hatalardır.

Yapılması gereken şeylerden biri de nümayişi yapan kitleye, gösteriye katılmayan insanların da canının, malının ve namusunun olduğunun hatırlatılmasıdır. Mesela bir kamu kuruluşuna, diyelim ki bir fakülteye saldırmak isteyen kalabalığa, binada dekanın yanı sıra sekreter, memur ve hizmetlilerin de olduğu ve onların da zarar görebileceği hatırlatılmalıdır. Ayrıca binanın, kendilerinin vergileriyle yapılmış bir kamu binası olduğu anlatılmalıdır vb.

Şahit olduğum olaylardaki bir diğer müşahedem de ideolojik yaklaşımlardır. Ben bugüne kadar sağcı-solcu çatışmasının hiçbir faydasını görmedim.

Size birkaç örnek vereyim: İstanbul Üniversitesinde 1968 ve sonraki yıllarda sık sık işgal eylemi yapılırdı. Meselâ A grubu bir sınıf işgal edince, o gruba karşı olan hocalar sinirlenirlerdi ve derse girmezlerdi. Ben bu gibi durumlara ne sinirlendim ne sevindim. Gerek işgal, gerek boykot eylemlerinde ders yapılmayacağını söyleyen öğrencilere karşı daima dersimi yapacağımı söyledim. Ve sınıfta bir tek öğrencinin olduğu zaman bile dersimi yaptım. Bir defasında hiç öğrenci olmadığı için ders yapmadım ve deftere bu durumu yazdım. Bunları dürüstlüğüme göstermek için yaptım. Aynı titizliği imtihan kâğıtlarında da yaptım. Kâğıtlar önüme geldiği zaman bazı öğrencilerin ismini hatırlamama rağmen taraf tutmadım. Bununla iftihar ediyorum. Sizin mesleğinizde de tarafsız davranmak çok önemlidir. Nümayiş yapanları sağcı-solcu diye ayırmamanız gerekir. Tarafsız davranmanız, toplumun size olan güvenini sağlar.

Bu tarafsız davranmanın mükâfatını talebelerin güvenini kazanarak aldım. Çok şükür bugüne kadar hiçbir talebemden kötü muamele görmedim. Çünkü öğrencilerin hepsinin; köylü-kentli, zengin-fakir ayrımı yapmaksızın, bu memleketin çocukları olduğunu; birlik ve beraberlik içinde yaşamaya muhtaç olduğumuzun idrakî içindeyim. Tabi sizin mesleğiniz benim mesleğimden belki bir derece farklı. Kamu düzeninin sağlanması demek, toplumu rahat etmesi demektir. Ama zannederim prensip olarak aynı.

## 8. Netice

İslam hükukçuları arasında,10. asırda yaşamış olan Mâverdi diye bir zat var. Kitapları İngilizce'ye, Almanca'ya tercüme edilmiş, deha sahibi bir zat. Kitabında diyor ki "Sizler güven içinde yatarken, sokakta dolaşan emniyet güçleri var. Bunları unutmayın. Bu vatandaşlarınızı da düşünün" diye nasihatler yapıyor. Benzer nasihatleri hem idarecilere, hem de idare edilenlere, değişik asırlarda birçok filozof ve devlet idarecisi yapmıştır.

Kamu düzenin sağlanması, bizlerin rahat etmesi demek. Bunu sağlayan da başta amirleriniz olmak üzere sizlersiniz.

Anayasanın bazı maddelerinde vatandaşın huzurunu temin etmek için hükümler konmuş. Bunların bir-iki tanesini okuduktan sonra sözlerime son vereceğim.

Anayasanın metnine dahil olan başlangıç kısmı 4. fıkrada "Devlet, kişilerin maddi ve manevi mutluluğu için çalışır" diyor. Maddi mutluluk, sağlık hakkı, öğrenim hakkı vs. manevi mutluluk ise, ibadetlerin yapılmasına yardımcı olunması, huzurun sağlanmasıdır. vb.

Yine 5. madde devletin görevlerinden biri de, "Maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır" diyor.

Tabi, önemli olan kişilerin hak ve hürriyetleri, amacına uygun olarak kullanmasıdır. Sizler daha çok güvenliği sağlayıcı bir sektörde, yani öfkeli insanların fiilleriyle karşı karşıya bulunuyorsunuz. Bu görevinizi yaparken kişilere biraz şefkatle, biraz devletin mal ve mülkünü, insanların şeref ve haysiyetini hatırlatmak istikametinde yaklaşmalısınız. Tekrar etmekte fayda var

*Prof. Dr. Seruet Armağan*

ki, insanlara karşı tarafsız davranmalı, iinlikle dıŐınızın bir olduğu intibaanı vermeli ve bunu onlara belirtmelisiniz.

Cenab-ı Hak memleketimizi korusun. Birlik ve beraberliğe her zamankinden daha fazla ihtiyacımız var. Cumhurbaşkanımız ve başbakanımız da yaptıkları konuşmalarda buna sık sık işaret etmektedirler.



# TASARRUF MEVDUATI SİGORTASI VE TASARRUF MEVDUATI SİGORTA FONU'NUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Prof. Dr. Rıza AYHAN

İktisat teorisinin temel kavramlarından olan tasarruf, iktisadi büyüme ve kalkınma açısından çok önemli bir unsurdur. Ülkelerin yatırım için ihtiyaç duyduğu kaynakların sağlanması için tasarrufların artırılması gerekmektedir. Ancak, bu durumun gerçekleşmesi için tasarruf eğilimi kadar, tasarrufların toplandığı ve yatırımcılara aktarılmasının sağlandığı mali sistem, özellikle de bankacılık sektörünün sağlığı ve sunduğu güven de önemlidir. Güvenli bir ortam sağlanmadığı takdirde, tasarrufların mali kesime yönelmesi ve yatırımcılara aktarılması zordur.

Bu nedenlerden dolayı, bankacılık sektöründe güven ve istikrarın temini amacıyla bazı düzenlemeler yapılması kaçınılmazdır. Teknolojik gelişmeler ve finansal yeniliklere paralel olarak artan küreselleşme, güven ve istikrar unsurunu daha ön plana çıkarmakta ise de 20. yüzyılın başlarından itibaren bu husus dikkate alınmış ve bu konuda düzenlemelere gidilmiştir. İşte, mevduat sigorta sistemi tasarruf mevduatının güvence altına alınabilmesi için uygulanan sistemdir.

Mevduat sigorta sistemi, bugünkü anlamda ilk olarak Çekoslovakya'da uygulanmaya başlamakla birlikte, büyük bunalım sonrasında ABD'de de uygulamaya konulmuştur. Mali sistemin büyüklüğüne paralel olarak ABD'deki uygulamaları gelişen mevduat sigortası sistemi, daha sonra birçok ülkede de uygulanmıştır. Ülkemizde ise, 22.7.1983 tarihinde yürürlüğe giren Bankalar Hakkında 70 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu kurulmuştur.

Fonksiyonu ve üzerine aldığı görevler açısından, mali sistem içinde önemli bir yeri olan bankacılık sektörüne güven getirdiği tartışmasız olan Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun hukuki mahiyeti üzerinde yeterince durulmamıştır. Bu çalışmamızda öncelikle mevduatın korunmasından mevduatın korunmasında Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun hukuki mahiyeti üzerinde durulacaktır.

## I. TÜRKİYE'DE MEVDUATI KORUMA SİSTEMİ VE TASARRUF MEVDUATI SİGORTASI

Tasarruf sahiplerinin mevduatın korunması finans sektörü ve ona bağlı olarak ülke ekonomisi açısından birinci derecede önemi haizdir. Tasarruf

\* GÜ Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

sahiplerinin mevduatının korunamaması finansal kesimde istikrarsızlığa yol açacağı gibi bankacılık sektörünün itibarını (kredibilitesini) zedeler.

Bankacılık sektörünün itibarını temin, tasarruf mevduatının korunmasını sağlamak ve bilhassa 20. yüzyılın başlarında Amerika Birleşik Devletleri bankalarını rahatsız eden finansal panikleri önlemek maksadıyla Mevduat Sigortası sistemi benimsenmeye başlamıştır.

Mevduat sigorta sistemleri ülkeden ülkeye bazı farklılıklar arz etmesine rağmen, temel özellikleri birbirine benzemektedir. Buna göre, mevduat sigorta sisteminin kuruluşuna devlet öncülük etmekte, özel sigorta şirketleri sistem dışında bırakılmakta; çoğu zaman sisteme katılmak mecburiyeti kılınmakta, sistem sıkıntıya girdiğinde devlet tarafından desteklenmekte, sistemin kontrolü de devlette bulunmaktadır.

#### A. Türkiye'de Tasarruf Mevduatlarının Korunması

Mevduat sigortası, tasarruf sahiplerinin banka sistemine güvenini artırarak birikimlerin bankacılık sistemi dışında kalmasını veya sistem dışına çıkarılmasını önleyici bir görev üstlenmekte; tasarrufların banka sistemine akışı sağlanırken, finans kesiminde de istikrar temin etmekte; ayrıca bilhassa, bankalara ait tüm bilgilere ulaşım bunları yorumlayan küçük tasarruf sahiplerinin korunmasını da amaçlamaktadır.

#### 1. Ülkemizde Tasarruf Mevduatının Korunması Çalışmaları ve Bu Konuda Çeşitli Yöntemler

Ülkemizde tasarruf mevduatının korunması çalışmaları, 1933 tarihli ve 2243 sayılı "Mevduatı Koruma Kanunu'na kadar uzanmaktadır. 2243 sayılı Mevduatı Koruma Kanunu, bankaların mevduat karşılığı kasalarında bulundurmaları zorunda oldukları "munzam karşılık"ları tasarruf mevduatının imtiyazlı karşılığı olarak kabul ediyordu. Zira bu munzam karşılıklar, bankanın diğer alacakları tarafından haczedilemiyor; mevduat sahiplerinin teminatı sayılıyordu (bkz.2243 sayılı K.m.9)

Mevduat munzam karşılıklarının yeterli teminat teşkil edemeyeceği tartışmaları üzerine, 1936 tarihli 2999 sayılı Bankalar Kanunu ile daha etkin bir konuma getirilmeye çalışılmış, tasarruf mevduatı sahiplerinin mevduatının %40'ı<sup>1</sup> kadar miktarı bu mevduatı kabul etmiş bankanın aktifinde mevcut bütün kıymetler üzerinde imtiyazlı alacak olarak kabul edilmiş ve iflasta bu kısmın, tasfiye sonucu beklenmeden sahiplerine ödeneceği hükmü getirilmiştir.

Tasarruf mevduatının korunması yöntemi olarak, tasarruf mevduatının imtiyazlı alacak kabul edilmesinin yetersizliğinden bahsedilerek, bankacılık sektörünün güçlü olduğu ülkelerde kabul edildiği gibi "mevduat sigorta sistemi" önerilmiştir. Ancak mevduat sigorta sistemine hemen geçilememiş, 7129 sayılı Bankalar Kanununda yapılan iki değişiklikle koruma sistemi kabul edilmiştir. Buna göre, tasarruf mevduatı imtiyazlı alacak olarak muhafaza edilir-

<sup>1</sup> Bu oran 1958 tarihli 7129 sayılı Bankalar Kanunu ile %50'ye çıkarıldı.

ken, Merkez Bankası nezdinde de ayrıca bir "fon" oluşturulmuş, diğer taraftan "tedrici tasfiye" usulü kabul edilmiştir<sup>2</sup>.

1980'lerde yaşanan bankalar krizinde tasfiye fonunun yetersiz kaldığı görülmüş 70 sayılı Bankalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (RG.22.7.1983.S.18112.2 mükerrer) ile "tasfiye fonu" ve "tedrici tasfiye" sistemi terk edilerek "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu"<sup>3</sup> ve "Bankalar arası Zorunlu Birleşme" yöntemleri getiren yeni bir sistem benimsenmiştir. Bu sistem 3182 sayılı mer'i Bankalar Kanunu'nun sistemine de temel teşkil etmiştir. 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nun 65 inci maddesi ile bu hüküm gereği çıkarılan Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Yönetmeliği'nde, "Tasarruf Mevduatı Sigortası" ve bunu organize etmek üzere Merkez Bankası yönetiminde işlenmesi öngörülen "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu" kurulması öngörülmüştür. Sözü edilen düzenlemelerde tasarruf mevduatlarını sigorta ettirmek mecburiyeti getirilmiştir. Bu mecburiyetin amacı tasarruf sahiplerine teminat altına almaktır.

## 2. Tasarruf Mevduatı Sigortası

Türk Hukukuna ilk defa 70 sayılı KHK'nin "onuncu bölümü"nde (M.64-68) yapılan düzenleme ile giren Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ile ilgili esaslar 3182 sayılı Bankalar Kanununda da aynen kabul edilmiş; Fon'un yönetimi, işleyişi, denetimi ve tasarruf mevduatı sigortasının esasları ayrıca bir "Tasarruf Mevduatı Sigorta Yönetmeliği" (RG.25 Ekim 1983) ile düzenlenmiştir.

Asli görevi tasarruf mevduatını sigortalamak olan Fon ile bankalar arasındaki hukuki ilişki, ismine izafen "sigorta" olarak nitelendirdiği gibi, bu ilişkinin gerçek bir sigorta olmadığı da tartışmaya konu teşkil etmiştir.

### a. Tasarruf Mevduatı Sigortasının Gerçek Anlamda Sigorta Olduğu Görüşü

Tasarruf Mevduatı Sigortası sisteminin gerçek anlamda bir sigorta olduğu görüşüne göre, meseleye tasarruf mevduatı sahibi ve hatta banka açısından bakarak, ilişkiyi "sigorta sözleşmesi" olarak nitelendirmek ve sigorta sözleşmesi hükümlerini "kıyasen" ve "intibak ettirerek" uygulamak doğru olacaktır<sup>4</sup>. Bu görüşe göre, Tasarruf Mevduatı Sigortası, Ticaret Kanununun 1263 üncü maddesinde yer alan "sigorta" tanımına uymaktadır. Ne var ki, anılan madde hükmündeki "rizikonun sigortacı tarafından yükleneceği" kaydı karşısında, "fon"u sigortacı olarak kabul etmeyerek, ilişkinin hukuki niteliğini, sigorta ilişkisi saymanın doğru olmayacağı belirtilmiş; ayrıca Bankalar Kanununun 65/1 ve 66'ncı madde hükümleri açıkça tasarruf mevduatının sigorta

<sup>2</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Önal-Düzakın-Akyüz, s.41 vd.

<sup>3</sup> Maddenin gerekçesinde "Tasarruf Mevduatı Sigortası'nın, bankalara duyulan güveni artırmak suretiyle tasarrufları korumak ve Türk mali sistemine istikrar kazandırmak amacıyla getirildiği zikredilmiştir.

<sup>4</sup> Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988.

ettirilmesini öngörürken, ilişkiyi sigorta saymamak Kanununun (3182 sayılı K.) bu hükmüne aykırı olacaktır<sup>5</sup>.

Tasarruf mevduatının, mevduatı kabul eden banka tarafından, kişi başına, Bakanlar Kurulunca belirlenecek miktarda sigorta ettirmek mecburiyeti bulunduğundan (Yönetmelik m.3/son); Tasarruf Mevduatı Sigortasının gerçek bir sigorta olduğu savunulmuştur. Bu görüşe nazaran, Tasarruf Mevduatı Sigortası, "akdi mecburi sigorta" sayılmalıdır<sup>6</sup>. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ile ilgili düzenlemeye göre, mevduatı kabul etmiş olan banka, kabul ettiği mevduatı sigorta yaptırmak zorundadır. Bu sigortanın yaptırılabilmesi, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ile banka arasında sigorta ilişkisinin doğması ve tasarruf mevduatı sahibinin Fondan yararlanabilmesi, taraflar arasında bir sözleşme yapılması gereklidir. Böyle bir sözleşme olmadıkça, sigorta himayesi de söz konusu olmaz<sup>7</sup>. Sözleşmeden doğan Tasarruf Mevduatı Sigortası, "akdi mecburi sigorta" olmakla beraber, kendiliğinden meydana gelmemekte; sigorta yaptırmaya mecburiyeti olan banka, bu mecburiyete aykırı olarak mevduatı sigorta ettirmese mevduat sahibi sigortasız kalmakta, sigorta yaptırmaya mecburiyetine riayet etmeyen banka sadece bazı müeyyidelerle karşılaşmaktadır<sup>8</sup>.

Tasarruf Mevduatı Sigortasının, gerçek anlamda sigorta olduğunu savunan bazı müellifler, Tasarruf Mevduatı Sigortasının "otomatik sigorta" olduğu görüşündedirler<sup>9</sup>. Şöyle ki, sigorta primleri, Bankalar Kanununun 66'ncı maddesinin 1/a hükmü gereğince otomatik olarak ödenmektedir. Bunun yanında fonun kaynaklarının (prim dışında) tamamı kamusal niteliktedir. Bu durumda, otomatik olarak ödenen primler ve kurumsal nitelikte olan kaynaklarla tasarruf mevduatı, belirli kanuni sınırlar içinde sigortalanırken, ayrıca bir sözleşmeye gerek bulunmamaktadır. Diğer bir ifade ile, her tasarruf mevduatı hesabı açılışını müteakip banka ile Fon'un sözleşme yapması veya bir çerçeve sözleşmesine göre, bankanın yatırılan tasarruf mevduatını Fon'a bildirilmesi gerekir ki, bu zorunluluk uygulamada altından kalkılmaz güçlükler doğurur<sup>10</sup>.

Tasarruf Mevduatı Sigortasının gerçek anlamda sigorta olduğunu, kanunen kurulan bu sigorta sözleşmesinin taraflarının banka ile Fon olduğu yönündeki görüşe göre, mevduat sahibi ile Fon arasında sözleşmeye dayanan bir ilişki yoktur. Ancak tasarruf mevduatı sahibinin bankaya ve Fon'a karşı kanundan doğan talep hakları vardır. Risk gerçekleşir ve Fon görevli bankaya ödemedi bulunmazsa mevduat sahibi Fon'u dava edebilir; bankaya karşı da primlerin ödenmesi talebini ileri sürebilir. Çünkü banka kanundan

<sup>5</sup> Tekinalp, s.230.

<sup>6</sup> Karayalçın, Y, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (Bankalar ve 70 yıllık KHK Sempozyum) s.305.

<sup>7</sup> Karayalçın, s.305.

<sup>8</sup> Banka'nın tasarruf mevduatlarının bir kısmını Fon'a sigorta ettirme yükümlülüğünü yerine getirmemesinin müeyyidesi 1 milyon liradan .....milyon liraya kadar asır para cezası ve 6 aydan 1 yıla kadar hapis cezasıdır (Bank. K.M.BO/1 ).

<sup>9</sup> Tekinalp, s.230.

<sup>10</sup> Tekinalp, s.230.

doğan bir edimini yerine getirmiştir ve bu edimin yerine getirilmesinde mevduat sahibinin menfaati vardır<sup>11</sup>.

Tasarruf Mevduatı Sigortasının gerçek anlamda sigorta olduğu görüşünde olan müellifler arasında bu sigortanın özellikleri hakkında görüş birliği yoktur. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nu gerçek anlamda sigorta olarak kabul eden Karayalçın, mevduat sahibinin Fon'a karşı doğrudan doğruya bir talep hakkının bulunmadığı kanaatindedir<sup>12</sup>. Buna göre tasarruf mevduatı sahibinin Fon'a karşı doğrudan doğruya talep hakkı bulunmamakta, ancak rizikonun gerçekleşmesi halinde Fon'un görevli bankaya ödeme yapmadığı takdirde, sigorta edilen tutarın bankaya veya kendisine ödenmesini talep ve dâva hakkı olduğunu kabulü gerekir. Nitekim bu görüşe göre, tasarruf mevduatı sahibi, hukuki durum itibarıyla sorumluluk sigortasında üçüncü kişinin durumuna benzer bir durumdadır<sup>13</sup>.

Fon ile banka arasındaki ilişkinin bir sigorta ilişkisi olduğunu kabul eden Tekinalp'e göre, bu sözleşmenin kanunen kurulmuş olması, tek taraflı bir fesihle ortadan kaldırılmasına engel değildir. Buna göre meşela, bankanın primlerini ödememesi, riskli işlemler yapması, altından kalkması zor olan faiz taahhütlerinde bulunması gibi hallerde Fon'un sözleşmeyi feshetmesi mümkündür<sup>14</sup>. Böylece banka sistemden çıkarılmış olur. Bu görüşe nazaran, riskli işlemler yapan ve hesaplara dayanmayan taahhütlerde bulunan bankalarla işlemler yapan mevduat sahipleri riski bizzat taşıdıklarını bilirler. Tekinalp bu görüşünü Amerikan sisteminde, benzer bir durumda sigortadan yararlanacak mevduatın, ancak fon tarafından tayin edilecek faizi bankadan talep edebilmesine dayandırmaktadır<sup>15</sup>.

Gördüğü işlev ile sigorta tabirinin getirdiği bir yaklaşım sonucu, Tasarruf Mevduatı Sigortasının gerçek anlamda (TK.m.1263 vd. hükümlerine göre) sigorta olarak nitelendirilmesi ve bu sözleşme ilişkisinin gerekirse taraflarca feshedilebileceğinin söylenmesi isabetli olmamıştır. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ile banka arasındaki ilişkinin sigorta olarak nitelendirilebilmesi için bu konunun sigorta sözleşmesinin unsurları ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Kaldı ki, fon ile ilişkisi kesilerek sistemden çıkarılan bankanın, Bankalar Kanununa istinaden çıkarılan Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Yönetmeliği'nin 3/1 maddesi hükmü ile getirilen Fon'a dahil olma mecburiyeti karşısında durumunun ne olacağı; sistemden çıkarılan banka ve banka yöneticilerine, Fon'a dahil olmama sebebiyle öngörülen cezai müeyyidelerin uygulanıp uygulanmayacağı meselesi ortaya çıkacaktır.

Fon bir teminat müessesesidir. Fon ile ilişkinin kesilmesi bankaya karşı değil, mevduat sahibine karşı bazı olumsuz sonuçlar doğuracağından, bankaya ait sebeplerle mevduat sahibine yönelik müeyyideler öngörülmüş

<sup>11</sup> Tekinalp, s.230-231.

<sup>12</sup> Karayalçın, s.304.

<sup>13</sup> Karayalçın, s.304; Ulaş.İ., Sigorta Hukuku, b.2,s.462.

<sup>14</sup> Tekinalp, s.231.

<sup>15</sup> Tekinalp, s.231.

olması da kabule şayan görülemez. Kaldı ki, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu uygulamasında da, fon ile banka arasındaki ilişkinin feshedilmesine dair bir örnek olmadığı gibi, bu ilişkiyi feshetmeyi gerektirecek durumların oluşması da mümkün değildir. Zira, bankanın riskli işlemler yapması altından kalkamayacağı oranlarda faiz taahhüdünde bulunulması gibi hallerde, gerek Bankalar Kanununda gerekse Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Yönetmeliği'nden doğan birçok tedbirin alınması öngörülmüştür. Bunlar daha ziyade idari tedbir niteliğinde mülahaza edilmelidir. Zaten Fon'un kaynaklarının tahsilinde de 6183 sayılı Amme alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanacağı da açıkça belirtilmiştir (Tas. Mev. Sig. Fon. Yön. m.9).

Buna göre, Fon ile banka arasındaki hukuki ilişki, haklı sebebin varlığı halinde tek taraflı bir fesih yetkisiyle sona erdirilebilen bir sigorta sözleşmesi olarak nitelendirilemez kanaatindeyiz.

### b. Tasarruf Mevduatı Sigortasının Gerçek Anlamda Sigorta Olmadığı Görüşü

Tasarruf Mevduatı Sigortasının gerçek anlamda bir "Özel Sigorta" ilişkisi oluşturup oluşturmadığının, sigorta sözleşmesinin unsurları ve sigortanın amacı göz önüne alınarak irdelenmesi gerekmektedir.

Ticaret Kanununun 1263 üncü maddesine göre, "Sigorta bir akittir ki, bununla sigortacı bir prim karşılığında, diğer bir kimsenin para ile ölçülebilir bir menfaatinin halefe uğratan bir tehlikenin meydana gelmesi halinde tazminat vermeyi yahut bir veya birkaç kimsenin hayat müddetleri sebebiyle veya hayatlarında meydana gelen belli bir takım hadiseler dolayısıyla para ödeme-yi ve sair edalarda bulunmayı üzerine alır". Bu tanıma nazaran, sigorta sözleşmesinin unsurları, sigorta sözleşmesinin unsurları, sigortacı, sigorta ettiren ve sigortalı, sigorta edilebilir bir menfaat<sup>16</sup>, riziko, sigorta bedeli ve primdir.

Görüldüğü gibi, bir ilişkinin "özel sigorta" ilişkisi sayılabilmesi için her şeyden önce bir sigortacının bulunması gerekir. Sigortacı, sigorta sözleşmesi gereğince prim karşılığında rizikoyu yüklenen ve bu konuda ruhsat sahibi olan kimsedir. Türkiye'de sigortacılık yapma hakkı sadece anonim şirket ve kooperatif esasına göre kurulan karşılıklı mütüel sigorta şirketlerine aittir (7497 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu m.2). Şu halde bir sigortacıdan söz edebilmek için, öncelikle konusu sigortacılık olan anonim şirket veya kooperatif olmalı ve bu şirketin Sigorta Murakabe Kanununun 3 ve 4 üncü maddelerine göre yetkili bakanlıktan<sup>17</sup> ruhsatname alınarak bunu tescil ve ilan ettirmektedir. Dolayısıyla Tasarruf Mevduatı Sigortasında bu şartları bir sigortacı unsurunun var olduğunu söylemek mümkün değildir<sup>18</sup>. Kaldı ki, Fon'un tek

<sup>16</sup> Sigorta Konusu Menfaat hakkında bkz. Sayhan, I., Sigorta Konusu Menfaat (Yayınlanmış Doktora Tezi), Konya 1997.

<sup>17</sup> 21.12.1978 tarih ve 19671 sayılı R.G.' de yayınlanan 18.12.1978 tarih ve 303 sayılı KHK ile (m 1), Sigorta Murakabe Kanununda Ticaret Bakanlığına verilen yetki ve görevler bu bakanlıktan alınarak Başbakanlığa verilmiş, Başbakanlık tarafından da Hazine Müsteşarlığına verilmiştir.

<sup>18</sup> Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na, yasadan kaynaklanan zorunlu bir sigorta olarak nitelendirilen ULAŞ, Fon'u sigortacılık kavramları yönünden değerlendirirken, sigortacı kavramı üzerinde durmamıştır (Bkz. Ulaş, s.466 vd.).

## *Tasarruf Mevduatı Sigortası ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun Hukuki Niteliği*

görevi mevduatı teminat altına almak değildir. fon'un kuruluş amacı nazara alındığında mevduatı güvence altına almaktan başka ve hatta en az onun kadar önemli görevleri olduğu görülecektir. Diğer bir ifadeyle Fon, münhasıran tasarruf mevduatını sigortalamak (güvence altına almak) maksadıyla kurulmuştur. Halbuki, Sigorta Murakabe Kanununa (m.2) göre, sigortacının münhasıran sigortacılık veya reasürans işleri yapmak üzere kurulması gerekmektedir. Münhasıran sigortacılık yapmak üzere kurulmamış, sigortacılık (mevduatı güvence altına almak) yanında başkaca görevleri de üstlenen bir müessesenin sigortacı olarak kabul edilmemesi gerekir.

Sadece "sigortacı" unsurunun eksikliği<sup>19</sup> bile, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu olarak adlandırılmış bu ilişkinin bir "sigorta ilişkisi" olarak kabulüne imkan vermemektedir.

Tasarruf Mevduatı Sigortasını özel sigorta olarak kabul edersek, bu sigortayı, sigorta ettiren ve sigortalıdan oluşan "başkası hesabına sigorta" saymamız gerekir ki, bu durumda, banka sigorta ettiren, mevduat sahibi ise sigortalı durumundadır. Hal böyle olunca da riziko meydana geldiğinde, Fon'un mevduat sahibine ait zararları, sigorta bedeli nispetinde gidermesi gerekir. Fakat Tasarruf Mevduatı Sigortasında, bankanın sisteme girmesi ile Fon'a ve ilgili bakanlığa daha geniş yetkiler tanınmaktadır. Buna göre, özel hukuk sigortasında sigortacıya ait yetkilerin ötesinde, tasarruf mevduatlarını ödeyen Fon, mevduat sahipleri yerine geçerek, bankanın sigorta ettiren iflasını isteyebilmektedir (TSMF Yön. m.16/ş). Bu da özel sigorta hukukuna yabancı bir kavramdır; sigortacının halefiyet ilkesi ile açıklanamaz<sup>20</sup>.

Ayrıca, sigorta tazminatı ve tazminata hakim olan ilkeler esas alındığında, rizikonun gerçekleşmesi üzerine elde edilecek sigorta tazminatının, sigorta değeri yahut ödenen primler nazara alınmadan<sup>21</sup> sadece mali sektörde istikrarı sağlamak, bankalara olan güveni temin etmek amacıyla Bakanlar Kurulu tarafından tespit edilmesi de, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ile kurulan ilişkinin sigorta olarak kabulünü engellemektedir.

Öte yandan, bir bankanın Tasarruf Mevduatı Sigorta sistemine dahil olması açılmış ve açılacak bütün tasarruf mevduatlarını kapsamına alan bir hukuki ilişki kurulmasını sağlamaktadır. Dolayısıyla hukuki ilişkide mevcut olan ve olmayan hiçbir tasarruf mevduatı somutlaştırılmamaktadır. Bunun iki bakımdan önemi vardır. Birincisi henüz mevcut olmayan tasarruf mevduatları bakımından müstakbel menfaatler korunmuş olmaktadır. ikincisi ise, tasarruf mevduatları ferdileştirilmediğinden, bu ilişki özel sigorta ilişkisi olarak kabul edilirse, bir "grup sigortası" olarak düşünülmesi gerekir. Müstakbel bir menfaatin sigortası mümkün olduğundan<sup>22</sup> birinci ihtimal ilişkisinin sigorta olarak değerlendirilmesine engel olmazsa da, tazminat sigortaları bakımından "grup

<sup>19</sup> Unsurlardan birinin eksikliği halinde bkz., Ulaş, s.10 vd.

<sup>20</sup> Mal sigortalarına hakim olan ilkelerden "halefiyet ilkesi" için bkz., Bozer, A., Sigorta Hukuku, Ankara 1981, s.106 vd.

<sup>21</sup> Sigorta değeri ve tazminatı için bkz., Bozer, s. 91 vd.

<sup>22</sup> Sayhan, s.64.

sigortası" yapılması mümkün değildir. Bu sebeple, eğer bir sigorta söz konusu olacaksa, bankanın her bir tasarruf mevduatı

Tasarruf Mevduatı Sigortasının bir özel sigorta olduğunu savunan yazarlar, sigorta edilen menfaatten söz etmişlerse de; Tasarruf Mevduatı Sigortasına tabi olan tasarruf mevduatı miktarı üzerinde durmuşlar, fakat buradaki menfaati somutlaştırmamışlardır<sup>23</sup>. Şüphesiz Tasarruf Mevduatı sahibinin sigortalanabilir bir menfaati vardır. Zira "alacaklının menfaati" sigortalanabilir menfaat türlerindedir. Dolayısıyla tasarruf mevduatı sahibi, tasarrufunu Ticaret Kanunu ve Sigorta Genel Şartları çerçevesinde sigorta ettirebilir. Ne var ki bir sigortadan söz edebilmek için, sadece sigortalanabilir bir menfaatin bulunması yetmez. Bundan başka yukarıda belirttiğim gibi, sigorta sözleşmesinin taraflarının teşekkül etmesi ve bir sigorta sözleşmesi akdetmek hususunda iradelerin uyuşması gerekir. O halde Tasarruf Mevduatı Sigortasının Özel Hukuk anlamında gerçek bir sigorta olup olmadığını irdeleyen tarafların bu hususta karşılıklı iradelerinin olup olmadığına da bakmak gerekir. Bu ilişkinin bir Özel Sigorta olduğunu savunan yazarların, bir mecburi ve otomatik sigortadan söz ettiklerini yukarıda belirtmiştik. Hal böyle olunca tarafların karşılıklı iradelerine gerek duyulmayan bir hukuki ilişki söz konusudur. Özel Sigorta Hukukuna mahsus olmayan "otomatik sigorta" gibi bir kavramı kullanma mecburiyetinin doğması da bu sebeptir. Ne var ki bir hukuki ilişkide hem tarafların irade beyanına gerek olmadığından, hem de hem de ilişkinin Özel Hukuka tabi bir akdi ilişki olduğundan söz etmek mümkün değildir. Kaldı ki Bankalar Kanunu 67/3'üncü maddesi ile Yönetmeliğin 3/2'nci maddesinin açık hükmü karşısında "Bir bankanın sermayesinin %10 ve daha fazlasına sahip ortakları ile yönetim kurulu başkanı ve üyelerine, genel müdür ve genel müdür yardımcılara, kredi açmaya yetkili memurlarına, denetçilerine ve bunların eş ve velayet altındaki çocuklarına ait, o bankadaki tasarruf mevduatları", kendileri isteseler dahi, tasarruf mevduatı sigortasına tabi değildir. Bankalar Kanunu ve Yönetmelikte "bankaların sigorta ettirmek mecburiyeti"nden söz edilmiş ise de (Ban.K.m. 67/1; Yönetmelik m.3/3); yine Bankalar Kanununun Sigortaya tabi olacak tasarruf mevduatının tanımını yapmaya, miktarını ve buna ilişkin sair hususları belirleme yetkisinin Bakanlar Kuruluna ait olduğunu hükme bağlayan 67/2'nci maddesinin lafzından, Tasarruf Mevduatı Sigortasının Kanunen ve tasarruf mevduatının varlığına bağlı olarak kendiliğinden doğan bir hukuki ilişkidir. Kaldı ki bankanın prim ödeme borcunun doğması için de tasarruf mevduatının açılması yeterlidir. Şu halde Tasarruf Mevduatı Sigortası, bir Özel Sigorta ilişkisi değildir. Bilakis tasarruf mevduatını teşvik amacıyla öngörülen ve devletin ekonomik mülahazalarla giriştiği tasarruf mevduatlarını garanti etme gereğinin bir tahakkuk şeklidir. Bu haliyle Tasarruf Mevduatı Sigortası bir tazminat müessesesi değil, bilakis bir garanti müessesesidir. Kaldı ki Tasarruf Mevduatı Sigortasının öngörülmesinde, genel ekonomik mülahazalar, mevduat sahiplerinin korunması amacının ötesindedir.

<sup>23</sup> TEKİNALP, s. 232; KARAYALÇIN, s. 305-306.



## II. TASARRUF MEVDUATI SİGORTA FONU'NUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ

Tasarruf Mevduatı Sigortasının irdelenmesi bakımından, önemli bir husus da bu hukukî ilişkide bankaların karşısındaki tarafı oluşturan Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun hukuki durumudur.

### A. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun Hukuki Niteliği

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun Özel Sigorta Hukuku anlamında sigorta yapmaya yetkili bir kuruluş olmadığını yukarıda belirtmiştim. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, tasarruf mevduatı sahiplerinin Bakanlar Kurulunca belirlenen miktarlar dahilinde

"garanti" etmek görevi verilmiş olan bir kamu tüzel kişisidir. Bu sebeple Fon risk taşıyan, buna karşılık kar amacı taşımayan ve riski başka kuruluşlara dağıtma imkanı bulunmayan bir kamu kuruluşudur<sup>24</sup>. Bu niteliğiyle Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu bir işletme içinde, işletme risklerini karşılamak üzere oluşturulan *dahili fon* (iç sigorta) niteliğinde de değildir<sup>25</sup>.

### B. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun Özellikleri

Bakanlıkça hazırlanacak Fon yönetmeliği dahilinde Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından idare ve sevk olunan Fon, bankacılıkta güven ve istikrarı korumak ve bankaların mali bünyelerini güçlendirmek, gerektiğinde yeniden yapılandırmak ve bankalardaki tasarruf mevduatını sigorta etmek amacıyla, tüzel kişiliği haiz olarak kurulmuştur.

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, sosyal kamu koruması niteliğinde bir kamu hukuku tüzel kişisidir. Bilindiği gibi, kamu hukuku tüzel kişileri, kamu otoritesini temsil eden, kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiyle kurulan tüzel kişilerdir. (Anayasa m.123/III). Kuruluşu ve Fon tüzel kişiliği üzerinde devletin denetimi, kuruluş amacı yönünden kamu hizmeti görmesi, kendisini feshedememesi; mahkeme kararıyla dağıtılmaması, sona ermesinin ancak bir kanunla olması, Fon'un sosyal kamu kurumu niteliğinde bir kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilmesini gerektirmektedir.

Fon'un maksadı sadece tasarruf mevduatını güvence altına almak değildir (Bank.K.M.6S). Fon, öncelikle, bankacılıkta güven ve istikrarı korumak, bankaların mali bünyelerini güçlendirmek, bankaları gerektiğinde yeniden yapılandırmak ve nihayet bankalardaki tasarruf mevduatını sigorta etmek amacıyla tüzel kişiliği haiz olmak üzere kurulmuştur (Bank. K.m.65). Fon'un kuruluş amacı esas alındığında, mevduatın güvenceye bağlanması Fon'un görevlerinden sadece bir tanesidir. Fon'un diğer görevleri nazara alındığında, asıl fonksiyonunun hangisi olduğu tartışılabilir.

Fon'un idare ve temsili Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'na aittir. Diğer bir ifadeyle idare ve temsil organı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'dır.

<sup>24</sup> KARAYALÇIN, s. 304.

<sup>25</sup> Bkz. KARAYALÇIN, s.304.

*Prof. Dr. Rıza Ayhan*

sıdır. Merkez Bankası'nın idare ve temsil yetkisinin sınırları bir yönetmelikle tespit edilmektedir. Bu yönetmeliği çıkarmak yetkisi Hazine Musteşarlığı'nın bağlı bulunduğu Bakanlıktadır. Bakanlık, çıkardığı bu yönetmelikte yaptığı bir değişiklikle, Merkez Bankası'nın idare ve temsil yetkisini nasıl kullanacağını, bu yetkiyi kullanacak kurulu ve kurulun nasıl oluşturulacağını belirtmiştir. Yönetmeliğin bu düzenlemesi Kanununun 65'inci maddesi ile Merkez Bankası'na verilen idare ve temsil görevi ortadan kaldırılmamış, sadece Merkez Bankası'nın bu görevi yerine getirirken nasıl davranacağı ve iradenin oluşturulacağı kurulun nasıl oluşturulacağı belirtilmiştir.

# TÜRK HUKUKUNDA FATURA KAVRAMI VE HUKUKİ MAHİYETİ

Doç. Dr. Oğuz Kürşat Ünal\*

## I. TÜRK HUKUKUNDA FATURA KAVRAMI

Fatura iktisadî faaliyetlerde en çok kullanılan. İspat hukuku bakımından ticarî defterlerde olduğu gibi tacirin kendisinden sâdir olmamakla birlikte, kendi lehine ve aleyhine delil gücüne sahip bir ticarî belgedir. Fatura; bir taraftan ticari defterlerdeki kayıtların diğer taraftan fatura düzenlemenin sebebi olan akdî ilişkinin icrasının tevsikine yarayan bir vesikadır.

Fatura kelimesi menşee itibarıyla Latince olup, Fransızca'da **facture**, Almanca'da **factura** ve İngilizce'de de **invoice** kelimeleriyle ifade edilmektedir. Fransız Hukukunda fatura; akde mevzu teşkil eden malların mahiyeti, vasıfları, miktarı, sıklet ve fiyatı hakkında müfredatlı bir cetveldir" şeklinde tarif edilirken Alman Hukukunda; "bir malın müşterisine veya bir edimin alacaklısına, doğmuş olan borcun cins ve miktarı hakkında gönderilen yazılı bir beyan" şeklinde tarif edilmektedir<sup>1</sup>. Amerikan hukukunda ise fatura<sup>2</sup>, satılan bir malın cinsini, miktarını ve fiyatını bildirmek için satıcının alıcıya verdiği bir belgedir. Bu belge, alıcıya, komisyoncuya, emtiayı satın alana ve benzer kişilere; gönderilen veya nakledilen ticarî eşyanın miktarını, değerini veya fiyatını ve ilâve edilen masrafları ve varsa o malın satışı için yüklemeye veya sevke ilişkin notların belirtildiği ayrıntılı hesap raporu veya yazılı bir beyandır.

Fatura; bir taraftan vergi mükelleflerinin kayıtlarının tevsikine, başka bir deyişle gelir ve giderlerini ispatlamaya ve böylece vergi matrahının tespitine, diğer taraftan fatura düzenlemenin sebebi olan akdî ilişkinin icrasının tevsikine yarayan bir vesikadır. Bu sebepten fatura; hıcn özel hukuk hem vergi hukuku hem de muhasebe hukuku bakımından olduğu gibi fiyat kontrolü ve tüketicinin korunması bakımından da önemli bir belgedir<sup>3</sup>. Fatura ile ilgili konular, Türk hukuk mevzuatında Vergi Usul Kanununun m. 229 - 232 hükümleri ile Ticaret Kanununun m. 23 ve 66 hükümlerinde düzenlenmiştir. Faturanın VUK'nda ve TK'nda düzenleniş biçimi gayesi ve sonuçları farklıdır<sup>4</sup>. TK fatura ile ilgili hükümlerini, diğer vergi mükelleflerine nazaran daha fazla özen

\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> ARSLANLI, Halil.; Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, İstanbul 1960, s.41.

<sup>2</sup> A.B.D. Hukukunda faturaya ilişkin olarak yapılan benzer bir diğer tarife göre de fatura; satış veya alış muamelelerinin ayrıntılarını gösteren belge olup ve bu belge alıcıya, komisyoncuya, emtiayı satın alana ve benzer kişilere gönderilen veya gönderilmiş olan ticari eşyanın fiyatı ve masrafları gibi ayrıntılarını ihtiva bir listedir (Black's Law Dictionary, St. Paul, Minn. USA., 1979, s.742).

<sup>3</sup> KARAYALÇIN, Yaşar (Muhasebe): Muhasebe Hukuku, Ankara 1988, s.66.

<sup>4</sup> BALKIZ, Zeynel: Hukukumuzda Faturalar ve İspat Kuvveti, Manisa Barosu Dergisi, 1984, Y.3, S.11, s.8.

gösterme borcu olan (başka bir deyişle basiretli bir iş adamı gibi hareket etme mükellefiyetinde olan) tacir ve ticarî işletmesini esas alarak düzenlemiş, buna karşılık VUK. vergi açısından tacir olsun veya olmasın, bir ticarî işletmeyle ilgili olsun ya da olmasın tüm vergi mükelleflerini göz önüne alarak düzenlemiştir. Bu bakımdan TK. hükümlerinin uygulama alanı VUK. hükümlerinin uygulama alanına göre daha dardır.

Türk Ticaret Kanununda fatura kavramı tarif edilmemiş, sadece tacir olmanın hükümleri arasında tacirin fatura tanzimi ile verme mükellefiyetini, faturanın mündericatinin kabulünü ve faturaya itirazı düzenleyerek, dolaylı olarak faturanın ispat kuvvetine değinilmiştir. Buna karşılık Vergi Usul Kanununun 229. madde hükmünde fatura kavramı tarif edilmiş, diğer hükümlerde de faturanın şekli, nizamı ve fatura kullanma mecburiyeti, fatura yerine geçen belgeler, fatura ile ilgili usulsüzlük, kaçakçılık ve kaçakçılığa teşebbüs suç ve cezaları düzenlenmiştir.

TK.m.23 hükmüne göre; "Ticarî işletmesi icabı bir mal satmış veya imal etmiş veyahut bir iş görmüş yahut bir menfaat temin etmiş olan tacirden, diğer taraf kendisine bir fatura verilmesini ve bedeli ödenmiş ise bunun da faturada gösterilmesini isteyebilir.

Bir faturayı alan kimşe, aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde mündericati hakkında bir itirazda bulunmamışsa mündericatinin kabul etmiş sayılır.

Şifahen, telefon veya telgrafla yapılan mukavelelerin veya beyanların muhtevasını teyit eden bir yazıyı alan kimse, aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde bir itirazda bulunmamışsa teyit mektubunun yapı lan mukaveleye ve beyanlara uygun olduğunu kabul etmiş sayılır."

Bu hükmün ilk iki fıkrası TK'nun münhasıran fatura mündericati ve ispat kuvveti ile ilgili olan tek hükümdür. Diğer hükümler ise dolaylı olarak faturadan bahsetmektedir. Faturaya dolaylı olarak değinen TK.m.66 hükmü "Tacirlerin işletmeleriyle ilgili işler dolayısıyla aldıkları mektup, yazı, telgraf, **fatura**, cetvel, senet gibi vesika ve kâğıtlarla ödemelerini gösteren vesikaları ve yazdığı mektup, yazı ve telgrafnamelerin kopyalarını ve mukaveleleri, taahhüt ve kefalet ve sair teminat senetleri ve mahkeme ilâmları gibi belgeleri muntazam bir tarzda dosya halinde saklamaları mecburidir" şeklindeki ifadeyle, faturanın ticarî defterlerindeki kayıtların mesnedini gösteren belge olduğunu ifade etmekte ve saklama mecburiyetini düzenlemektedir. Bu hükme göre de fatura bir ispat vasıtasıdır.

Ticaret Kanunu faturayı tarif etmemekte, buna karşılık faturanın bir ticarî işletme ile ilgili olarak tacirin;

- a- Bir mal satması,
- b- Bir mal imal etmesi,
- c- Bir iş görmesi,
- d- Bir menfaat temin etmesi,

hallerinde karşı tarafa vermesi ve bedeli ödenmiş ise karşı tarafın talebi halinde bunun faturada gösterilmesi gereğini ve aldığı faturaları muntazam bir tarzda dosya halinde saklama mecburiyetini ve faturaya itiraz edip etmemenin hükümlerini düzenlemektedir.

TK.m.23 f.1 hükmüne göre faturadan söz edilebilmesi için, taraflar arasında daha evvel bir akdî ilişkinin bulunması gereklidir. Bu ilişki, satım, hizmet, istisna ve benzeri sözleşmelerden doğabilir. Fatura, sözleşmenin yapılması değil, yerine getirilmesi safhası ile ilgili ticarî bir belgedir<sup>5</sup>. Bu bakımdan da fatura akdın şartlarını tespit eden değil<sup>6</sup>, tespit edilmiş olan şartların bir kısmını gösteren<sup>7</sup> ve bunları belirli şartlarla tevsik eden<sup>8</sup> bir belgedir.

Bu bakımdan ticarî bir belge olarak fatura, tacirin ticarî işletmesinin temel işlemlerini (bir mal satması, imal etmesi, bir iş görmesi ve bir menfaat temin etmesi gibi) belgelendiren, işlemlerinin takibini sağlayan, muhasebeleştirilen kayıtların tevsikinde, kazancını vergilendirmesinde ve işlemlerini gerek maliyeye gerekse ihtilaf halinde işlem yaptığı kimselere karşı ispatta delil olarak kullanılan bir temel belge niteliğindedir.

Vergi Mevzuatı açısından fatura, bir taraftan fatura verenin vergiye esas olacak gelirini ispatlayan (dolayısıyla tutmak zorunda olduğu defterlerin mesnedini teşkil eden), diğer taraftan fatura alanın da giderini ispatlayan bir belgedir (VUK.m.229). Fatura VUK. bakımından da usulüne uygun olarak düzenlendiği sürece, vergi mevzuatı uygulamasında vergiyi doğuran akdi ilişkinin ifasını gösteren ve kayıtlara esas teşkil eden bir belgedir.

VUK. m.229 hükmüne göre; "Fatura, satılan emtia veya yapılan iş karşılığında müşterinin borçlandığı meblâğı göstermek üzere, emtiayı satan veya işi yapan tüccar tarafından müşteriye verilen ticarî bir vesikadır."

Bu tarife göre her şeyden önce, faturanın sadece tacir tarafından verilen bir belge olduğu anlaşılmaktadır. Aynı kanunun m.232 f.1 hükmü tacir olmayanların da fatura verebileceğini belirtmektedir<sup>9</sup>.

VUK.m.229 hükmündeki fatura tanımı, faturanın hukukî mahiyetini tespitten uzak ve eksik bir tanımdır. Çünkü, ilk olarak fatura müşterinin borçlandığı meblâğı gösterebildiği gibi, müşterinin borcunu (satılan emtia veya yapılan iş bedelini) ödediğini de gösterebilen bir yazılı belgedir<sup>10</sup>. Kanunî tarif ikinci olarak faturayı tüccara mahsus bir belge olarak tarif etmekte, müteakip maddelerde ise tacir olmayanların da fatura tanzim edebileceğini belirtmektedir. Üçüncü olarak da kanunda, faturayı "ticarî bir vesika" olarak nitelendirilmek-

<sup>5</sup> ARKAN, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, İkinci Baskı, Ankara 1995, s.139; ÖZDEMİR, Necdet / KINACIOĞLU, Naci: Türk Ticaret Hukuku, Ankara, s.64 ; ARSLANLI, s.56; AYHAN, Rıza: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 1992, s.115.

<sup>6</sup> POROY, Reha : Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul 1987, s.108.

<sup>7</sup> TK'na Göre Faturanın Kapsamı ve Şekli konusunda geniş bilgi için bkz. ÜNAL, Oğuz Kürşat : Türk Ticaret Kanununda ve Vergi Usul Kanununda Fatura ve İspat Kuvveti, Ankara 1997, s.41-61.

<sup>8</sup> Faturanın İspat Vasıtası Olma Özelliği konusunda geniş bilgi için bkz. ÜNAL, s.65 -104.

<sup>9</sup> Geniş bilgi için bkz. ÜNAL, s.62 vd.

<sup>10</sup> Bkz. ÜNAL, s.16 vd.

tedir. Oysa Vergi Usul Kanunu m.229 hükmü, her ne kadar tarifinde faturayı tacirin vereceği bir belge olarak göstermekte ise de yine aynı kanunun 232 madde hükmü faturanın sadece tacire mahsus bir belge olmadığını da hüküm altına almıştır. Bu husus "ticarî iş" kavramıyla bağdaşmaktadır. Zira ticarî iş kavramı da sadece tacire ve onun ticarî işletmesine mahsus işleri değil, aynı zamanda taciri veya ticarî işletmesini ilgilendirsin yahut ilgilendirmesin Türk Ticaret Kanununda tanzim olunan her türlü muamele, fiil ve işleri de kapsayan bir kavramdır.

Vergi mevzuatı bakımından fatura, fatura verenin yaptığı iş, hizmet veya sağladığı menfaat karşılığında elde ettiği geliri delillendirdiği gibi, faturayı alan şahıs da almış bulunduğu mal, hizmet veya menfaat için giderini delillendirir. Başka bir ifadeyle fatura; faturayı alan ve veren için de ticarî işlemin ifa edildiğini ve faturayı alanın borcunun miktarını veya kapatılmış yahut açıkça beyan edilmiş ise bedelinin ödendiğini gösterir. Bu bakımdan fatura ticarî defterlere yapılan kayıtların da mesnedidir.

## II. FATURA KONUSUNDA TİCARET HUKUKU VE VERGİ HUKUKU İLİŞKİSİ

TK. ile VUK. düzenlemeleri fatura verme ve isteme zorunluluğu ile fatura verme süresi (VUK.m.231 f.5)<sup>11</sup> yönlerinden farklı hükümler getirmektedir. Bu bakımdan da TK. ile VUK. arasında çelişki olduğu doktrinde ileri sürülmektedir; Arkan, VUK.m.231 f.5 hükmünün ticaret hukuku alanında geçerli olmadığı kanaatindedir<sup>12</sup>. Domaniç, TK.m.23 hükmü ile VUK.m.232 hükmünün hemahenk bulunmadığını belirtmektedir<sup>13</sup>. Tekinalp ise, Ticaret Hukuku ile Vergi hukuku arasındaki çelişki sorununa değişik bir açıdan yaklaşmaktadır. Tekinalp'e göre; "her hukuk dalı amacına uygun kuralları koyar. Amaca bağlı kural koyma yetkisi mutlaktır. İki veya daha fazla hukuk dalının, aynı konu için, kendi amaçları yönünde kural öngördükleri durumlarda çelişki yoktur. Hatta inceleme derinlemesine yapılacak olursa çelişki bir yana değişik kuralın bulunduğu bile ileri sürülemez. Sadece bir hukukun diğerinin konusuna ve yetkisine müdahale etmemek için açık bıraktığı noktada kendisine özgü ve amacını elde etmeğe yarayan bir kural getirdiği görülür."<sup>14</sup>

Her hukuk dalının kendine özgü bir takım müesseseleri ve kavramları vardır. Bu müessese veya kavram aynı kelimelerle belirtilmekle birlikte anlamları farklı da olabilir. Meselâ özel hukukta var olan sermaye, gelir, kâr, tacir, konut ve fatura gibi kavramlar vergi hukukunda da söz konusu olmakla birlikte farklı anlamlarda kullanılmakta<sup>15</sup>, hukukî nitelikleri farklı olmakta ve değişik hüküm ve sonuçlar doğurmaktadır. Bunlar özel hukukla vergi hukuku arasındaki ilişkiyi göstermektedir.

<sup>11</sup> Bkz. ARKAN, s.138.

<sup>12</sup> ARKAN, s.138.

<sup>13</sup> DOMANIÇ, Hayri (Fatura): Fatura ve İspat Kuvveti, BATİDER,1966 c.III, s.4, s.661.

<sup>14</sup> TEKİNALP, Ünal (Vergi): Ticaret Hukuku ile Vergi Hukuku Arasında Çelişki Sorunu, İktisat Maliye Dergisi,1976, c.23,5.1, s.29; ŞANVER, Salih: Ticaret Hukuku ve Vergi Hukuku; İktisat ve Maliye Dergisi, C.XXIII, sa.1, Y.1976, s.21 vd.

<sup>15</sup> Vergi hukukçuları doktrinde bu hususu vergi hukukunun özerkliği konusu ile ilgili olarak tartışmaktadırlar. Vergi Hukukunun özerkliği konusunda geniş bilgi için bkz. KIRBAŞ, Sadık : Vergi Hukuku, Temel Kavramlar İlkeler ve Kurumlar, Ankara 1996, s.25vd.

Vergi hukuku özel hukukla üç şekilde ilişki kurmaktadır<sup>16</sup>,

1. Vergi hukuku, özel hukuka doğrudan doğruya atıf yapar.
2. Vergi Hukuku ile özel hukuk ilişkisi dolaylı olabilir. Bir müessese veya kavram iki hukuk dalından birisinde olmayıp diğerinde ayrı bir tanıma bağlanmış olabilir.
3. Vergi hukuku özel hukukun kavramlarını alarak onu değiştirmekte ve kendine uydurmaktadır.

Birinci halde özel hukuk kuralları tartışmasız uygulanacaktır. İkinci halde ise, ilgili konuya ilişkin hüküm bulunmayan hukuk dalı diğerine kendi bütünlüğü içinde başvurarak, kıyasen uygulama söz konusu olacaktır. Son halde ise artık uygulanacak kural vergi hukuku kuralı haline gelmektedir. Özel hukuk kuralının uygulama alanı kalmamaktadır. İşte TK.m.23 hükmü ile VUK.m.229-235 hükümleri arasındaki ilişki söz konusu ettiğimiz sonuçta ihtimalle ilgilidir. Başka bir deyişle bu halde her kanun kendi kuralını, kendisine özgü anlamıyla, kendi amacına uygun olarak kullanır.

Bu bakımdan kanatımızca TK.m.23 ile VUK.m.229-235 hükümleri arasındaki fark da bir çelişki değildir. VUK. temel amacı vergi toplanmasıdır. Bunun gerçekleşebilmesi için, tacir olsun veya olmasın vergi mükelleflerinin gelir ve giderlerini tevsik edecek belgelere ihtiyaç vardır. Bu bakımdan VUK. vergi mükelleflerinin fatura alma ve verme zorunluluğunu hüküm altına almaktadır. Maliye yönünden satışların faturalı olarak yapılması çok önemlidir<sup>17</sup>. Yoksa amaç TK. hükmünü değiştirmek veya TK. hükümlerine muhalif hükümler koyarak çelişki yaratmak değildir. Ticaret Kanunumuz ise özellikle TK.m.23 hükmünü tacir olmanın hükümleri başlığı altında düzenleyerek tacir dışında kalan vergi mükelleflerine müdahale etmemektedir. Konunun düzenlenmesini özel hükümlere bıraktığı görülmektedir. Bu bakımdan tacir sıfatını haiz olmayan veya ticarî işletmesi icabı olmadan bir mal satmış veya imal etmiş veyahut bir iş görmüş yahut bir menfaat temin etmiş olan gerçek kişi tacirin düzenledikleri faturalar Ticaret Kanunu hükümlerine değil, VUK. hükümlerine tâbidir. TK.m.21 hükmünün düzenlediği istisnaî durumlar bunun örneğini teşkil eder.

### III. TÜRK HUKUKUNDA FATURANIN HUKUKİ MAHİYETİ

Ticaret Kanunu ve Vergi Usul Kanununun fatura ile ilgili hükümleri, faturanın hukukî mahiyetini açıklayamamaktadır. Doktrinde de faturanın hukukî mahiyeti derinlemesine incelenmemiştir. Fatura tanziminin hukukî sonuçları Ticaret Kanunu ve Vergi Usul Kanunu bakımından farklıdır. Bu sebepten her iki kanun için faturanın hukukî mahiyetleri de, benzer özellikleri olmasına rağmen farklıdır.

<sup>16</sup> KIRBAŞ, s.31 ; ŞANVER, s.22.

<sup>17</sup> KIZILOĞ, Şükrü : Vergi Usul Kanunu ve Uygulaması, Ankara 1994, C.2, s.1895.

Kara Ticaret hukukunda fatura ile ilgili hükümlerin uygulanmasının; her iki tarafın tacir olması ve faturanın gerek verilmesinin gerekse alınmasının tarafların ticarî işletmeleriyle ilgili olması şartına bağlıdır.

Deniz Ticaret Hukukunda ve Sigorta hukukunda da fatura benzer mahiyettedir ve deniz ticaretine veya sigorta akdine konu olan malı, miktarını ve bedelini tevsike yarayan bir vesika olarak nitelendirilmektedir (TK. m.1147,1150,1154,1157,1208,1443).

Vergi mevzuatı bakımından faturanın hukukî mahiyeti, sadece mükelleflerin vergi matrahlarının tespitinde gelir ve giderleriyle ilgili kayıtlarının tevsikine ve vergi kaçaklarının önlenmesi için piyasadaki para ve mal hareketlerinin kontrolüne yardımcı olacak delil vasfına haiz bir ticarî belgedir. Vergi mevzuatı bakımından fatura verenin vergi mükellefi olması yeterlidir. Tarafların her ikisinin vergi mükellefi olması gerekmediği gibi, fatura taraflarının tacir ve tacirin ticarî işletmesiyle ilgili olması da zarurî değildir. Fatura; vergi mükelleflerinin kayıtlarının tevsikine, başka bir deyişle gelir ve giderlerini ispatlamaya ve böylece vergi matrahının tespitine yarayan bir vesikadır.

Gerek Vergi mevzuatı gerekse Ticaret Hukuku bakımından faturadan söz edilebilmesi için, taraflar arasında daha evvel satım, hizmet, istisna sözleşmeleri gibi bir akdî ilişkinin bulunması gereklidir. Fatura, akdın yerine getirilme (ifa) safhası ile ilgili ticarî bir belge<sup>18</sup> olduğundan akdın şartlarını tespit eden değil<sup>19</sup>, tespit edilmiş olan şartların bir kısmını gösteren<sup>20</sup> ve akitle karşılıklı olarak borçlanılan edimlerin kısmen veya tamamen ifa edildiğini veya edilmediğini ve bazı şartlarda da tarafların temerrüdünü tevsik eden<sup>21</sup> bir belgedir.

Faturanın hukukî mahiyetini tespitte, belgeyi tek bir müessesesyle açıklamak mümkün olmadığı gibi, her faturaya da aynı hukukî mahiyeti tanımak da doğru değildir. Diğer taraftan faturanın hukuki mahiyeti, faturayı tanzim eden tacir ve adına fatura tanzim edilen tacir için farklı olabildiği gibi, adına fatura tanzim edilen tacir olmaları için de farklıdır.

#### A. Tanzim Eden Tacir İçin Faturanın Hukuki Mahiyeti

Fatura, düzenlenmesine sebep olan akdî ilişkiden farklı olarak taraflardan yalnızca birisi tarafından tanzim ve imza olunan bir belgedir. Bu bakımdan faturayı tanzim edenin iradesini açıklamakla birlikte, adına tanzim olunanın iradesini açıklamaktan uzaktır.

Fatura normal olarak tanzim eden aleyhine yazılı delillerdendir. Zira bu halde fatura ispat hukuku bakımından senet mahiyetindedir ve katî delil teşkil eden yazılı ispat vasıtası durumundadır. Bu bakımdan faturayı tanzim eden için, söz konusu belgeyi ispat hukuku yönünden aleyhine kullanılacak bir senet olarak nitelendirmek mümkündür. Söz konusu ettiğimiz senet tabiri,

<sup>18</sup> Bkz. ARKAN, s.139; ÖZDEMİR / KINACIOĞLU, s.64; ARSLANLI, s.56; AYHAN, s.115.

<sup>19</sup> POROY, s.108.

<sup>20</sup> Bkz. ÜNAL, s.41 vd.

<sup>21</sup> Bkz. ÜNAL, s.65-104.



hukuki işlemin geçerlik şartı olan yazılı şekil değil, bir ispat vasıtası (şekli) olarak kullanılmaktadır. Burada tarafların her ikisinin de tacir olup olmamasının bir farkı yoktur. Zira senet, bir kimsenin vücuda getirdiği (veya getirttiği) ve kendi aleyhine delil teşkil eden yazılı belgedir ve açıklanan irade beyanını gösterir<sup>22</sup>.

Buna karşılık, bir kimsenin düzenlemiş olduğu belgenin kendi lehine (senet) delil sayılması kural olarak mümkün değildir<sup>23</sup>. Ticarî defterlerin sahibi lehine delil olması (TK.m.85) bu kuralın bir istisnası olduğu gibi, fatura da belirli şartlar altında bu kuralın bir diğer istisnasını teşkil eder. Şöyle ki, fatura adına düzenlenen tarafından defterlerine kaydedilir veya delil olarak faturaya dayanılır yahut bunlara benzer bir şekilde adına düzenlenen tarafından fatura muhteviyatı zimnen kabul edilirse veya TK.m.23 hükmünün uygulanabildiği<sup>24</sup> hallerde de faturayı alan kimse (tacir) 8 gün içinde fatura muhteviyatına itiraz etmezse, adına fatura düzenlenen tacirin de iradesini açıklayıcı bir niteliğe sahip olur. Zira bu halde faturayı alan tacir de fatura mündericatinı kabul etmiş sayılır. Aksi takdirde fatura TK.m.23 hükmü anlamında bir karine doğurmaz. Ayrıca akdi ilişkinin taraflarından birisince tanzim ve imza olunan fatura ister itiraz edilmiş isterse kabul edilmiş olsun, ne akdin hazırlık ve müzakere safhasını ne icap ve kabulü, ne de bir akdin kurulduğunu göstermez. Çünkü fatura akdin ifası ile ilgilidir<sup>25</sup>.

## **B. Adına Tanzim Edilen Tacir İçin Faturanın Hukuki Mahiyeti**

### **a. Tacir Tarafından Kabul Edilmiş veya İtiraza Uğramamış Açık ve Kapalı Faturanın Hukuki Mahiyeti.**

Adına fatura tanzim edilen tarafından sarahaten veya zimnen kabul edilmiş faturanın, açık veya kapalı fatura olmasına göre de faturalar değişik hukukî niteliği haizdir.

Kapalı fatura<sup>26</sup>, taraflar arasındaki karşılıklı edimlerin ifa edildiğini gösteren bir belgedir. Başka bir deyişle fatura verenin sattığı malı teslim etti-

<sup>22</sup> Usulün, senede bağlı olan her türlü iddiaya karşı ileri sürülecek savunmaların tanıkla ispatını yasaklayan 290. maddesinde anılan senetler, davalı ile davacı arasındaki bir hukuk münasebetini belgelendirmek üzere düzenlenmiş ve sözü edilenlerden biri tarafından öbürüne yöneltilmiş yahut sözü edilenlerce birbirlerine karşılıklı olarak yöneltilmiş irade beyanlarını kapsayan kâğıttır." [HGK. 18.9.1963, T/10-27 (KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1990, C. II s1632, dipnot 814)].

<sup>23</sup> KURU, s.1427.

<sup>24</sup> Tarafların tacir olduğu, taraflar arasında muteber bir temel borç ilişkisinin bulunduğu, faturanın şekil şartlarına uygun olarak düzenlendiği, tanzim edilene gönderildiği, itiraza uğramadığı, tarafların defterlerine geçirildiği hallerde TK.m.23 hükmünün faturaya tanıdığı karine söz konusudur (Bkz ÜNAL, s.73-106).

<sup>25</sup> Domanıç 'e göre de "bir akdin icra safhasına taallik eden fatura, mutlaka mevcut ve evvelce tamamlanmış bir anlaşmaya dayalı olması gerektiğinden, bir icap bile değildir. Kaldı ki icabı reddetmemek kabul niteliğinde de değildir, BK.m.3-5(DOMANIÇ, s.192-193).

<sup>26</sup> 21.12.1948 tarih ve 6 Nolu Ankara Ticaret Odası'nın teamül kararı (Ankara Ticaret Odası Teamül kararları, Ankara 1968, s.7)na göre; "ticarethane tarafından satışı yapılan mallara ait fatura muhteviyatı alıcı tarafından ödendiğinde, bayi tarafından faturanın altına damga pulu yapıştınlarak tarih, ticarethane klîşe veya mühürü ile birlikte sal9hiyattar olan tarafından imza

ğini veya taahhüt ettiği malı ürettiğini ve teslim ettiğini yahut taahhüt ettiği hizmeti gördüğünü ve bunların bedelini kabz ettiğini ifade eden bir belgeyi ifade ederken, fatura alanın da karşı edimi olan, satın aldığı veya üretimini talep ettiği malı teslim aldığını yahut talep ettiği hizmeti kabul ettiğini ve bedelini de ödediğini gösteren makbuz niteliğindedir. Görüldüğü gibi bu faraziyede fatura karşılıklı edimlerin ifa edildiğini, dolayısıyla akdî ilişkiden doğan borçların sona erdiğini gösteren bir makbuz mahiyetindedir. Adına fatura tanzim edilen için aynı zamanda bir ödeme makbuzudur.

Faturanın fatura alan tarafından sarahaten veya zımnen kabul edildiği yahut TK.m.23 hükmüne göre fatura münderecatına itiraz edilmediği hallerde açık fatura<sup>27</sup> ise; kapalı faturada olduğu gibi fatura tanzim edenin; sattığı malı teslim ettiğini veya taahhüt ettiği malı ürettiğini ve teslim ettiğini yahut taahhüt ettiği hizmeti gördüğünü, adına fatura tanzim edilenin de karşı edimi olan; satın aldığı veya üretimini talep ettiği malı teslim aldığını yahut talep ettiği hizmeti kabul ettiğini gösteren makbuz niteliğindedir. Bu faraziyede açık fatura fatura tanzim edenin akitten doğan borcunu ifa ettiğini gösteren makbuz niteliğinde olmasına rağmen, faturayı alan için artık bir ödeme makbuzu mahiyetine haiz değildir. Aksine semeni ödeme borcundan dolayı temerrüde düştüğünü gösteren ve tevsik eden bir belgedir.

#### b. Tacir Tarafından Kabul Edilmemiş veya İtiraza Uğramış Açık Ve Kapalı Faturanın Hukuki Mahiyeti.

Adına fatura tanzim edilen tarafından sarahaten veya zımnen kabul edilmemiş yahut TK.m.23 hükmüne göre tacir tarafından münderecatına itiraz edilmiş açık veya kapalı fatura ise, artık ne fatura tanzim eden ne de adına fatura tanzim edilen için akdin kısmen veya tamamen ifasını gösteren yahut temerrüdü tevsik eden veyahut taraflar arasındaki akdî ilişkinin şartlarını gösteren bir belge özelliği yoktur. Bu halde fatura, tanzim eden aleyhine kullanılabilen bir senetten (delilden) öteye geçemez.

---

edilerek pul iptal olunur. Bu şekildeki faturaya bedeli alınmış (kapanmış, akide edilmiş) fatura denir. Bedeli alınmıştır kaydını ihtiva etmeyen faturada damga pulu üzerine ticarethane klişe veya mührü ve salahiyetli olanın imzası mevcut olduğu takdirde, bu kaydın mevcut olmaması bir hüküm ifade etmez. Yani fatura bedeli ödenmiş, kapanmış akide edilmiş sayılır." Yargıtay da birçok kararında kapalı faturanın bedelin ödendiğine karine teşkil edeceğine dair kararlar vermiştir [Yarg. TD. 29.6.1972, E.197512970, K. 197213256 (ÖZER, Yılmaz / DOĞAN, A. Abdullah / ARICA, M. Nadir: Vergi Hukukunda Belgeler, Ankara 1996, s.30); Yarg. 1 t. Yarg. HD. 19.9.1988 gün ve E.772, K.5036; Yarg.11. HD. 20.3.1989 gün ve E.4791, K.1476; Yarg. 11. HD. 28.5.1990 gün ve E.4074, K.4311; Yarg. 11. HD. 18.9.1990 gün ve E.5261, K.5579; Yarg.11. HD. 24.5.1984 gün ve E.1984, K.2132 (DOĞANAY, İsmail : Ticari Alım ve Satım Akdî ve Nevileri, Ankara 1993, s.41, dipnot 80,81,82,83). Yarg.11. HD. 18.9.1990 gün ve E.1990 /5178, K.1990/ 5570 (ERİŞ, Gönen, Madde Açıklamalı - En Son içtihatlı Türk Ticaret Kanunu, 2. bası, Adana 1992, 1. cilt, s.245)].

<sup>27</sup> 21.12.1948 tarih ve 6 Nolu Ankara Ticaret Odası'nın teamül kararı (Ankara Ticaret Odası Teamül kararları, Ankara 1968, s.7)na göre pulun faturanın üst kısmına yapıştırılarak imzalanması halinde açık fatura söz konusu olmaktadır. ". Yargıtay'a göre de "Açık fatura düzenlenmesi, satışın veresiye yapıldığına karinedir" [... Açık fatura borcun ödenmediğini gösterir. Böyle bir faturanın davalıya tebliğ edilip onun da itiraz etmemesi halinde satış bedelinin ödendiğini davalı taraf kanıtlamak zorundadır (11.HD. 2.3.1988 gün,1988/6471 E.,1988/1267 K. (ERİŞ, s.239)].

### c. Adına Tanzim Edilen Tacir Olmayanlar İçin Faturanın Hukukî Mahiyeti

Tacir olmayanlara verilen faturanın hukukî niteliğinin ve ispat gücünün ne olacağı konusuna gelince; bize göre fatura, delil sistemimiz içinde adına fatura tanzim edilenin aleyhine kullanılabilecek yazılı delillerden (senetlerden) birisi değildir. Çünkü, aleyhine delil olacak yazılı deliller kişinin kendisinden sâdir olmuş ve onun iradesini yansıtan ve tevsik eden belgelerdir. Bu bakımdan faturayı alan tacir olmayan kimse, faturaya kendisi, faturayı tanzim eden aleyhine yazılı delil olarak kullanabilirse de, aynı fatura kendi aleyhine yazılı delil olarak kabul edilemez. Onun için olsa olsa bir delil başlangıcıdır ve başka delillerle pekiştirilmesi gereklidir. Buna karşılık TK.m.23 hükmü istisnaî olarak; sadece tacirler arasında geçerli olmak üzere faturaya aksi yazılı delille kanıtlanabilen kanunî bir karine tanımıştır. Tacir olmayanlar için bu karine geçerli değildir.

TK.m.23 hükmüne göre, talep halinde fatura düzenlemek mecburiyetinde olan kişi tacirdir. Çünkü TK.m.23 f.1. hükmü "Ticarî işletmesi icabı bir mal satmış veya imal etmiş veyahut bir iş görmüş yahut bir menfaat temin etmiş olan tacirden, diğer taraf kendisine bir fatura verilmesini ve bedeli ödenmiş ise bunun da faturada gösterilmesini isteyebilir" ifadesiyle fatura tanzim edecek olan kimsenin tacir sıfatını açıkça belirtmekte, buna karşılık adına fatura tanzim edilecek olan kişinin tacir olmasını şart koşmamaktadır.

Kanunun bu ifade tarzından çıkarılacak ilk sonuç, tacir sıfatını taşımayan yahut tacir olmakla birlikte ticarî işletmesiyle ilgili bir iş yahut hizmet görmeyen kimselerin düzenledikleri faturaların TK m.23 hükmüne tâbi olmayacağıdır. Ayrıca, tacir, tacir olmayan şahısların da talebi üzerine fatura vermek zorundadır. Doktrinde bu konuda bir tartışma söz konusu değildir<sup>28</sup>.

Doktrindeki tartışma faturaya ilişkin TK.m.23 f.2 hükmünün düzenlediği kanunî karinenin hüküm ifade edebilmesi için karşı tarafında tacir olup olmaması gerektiği konusundadır. Kabul edilecek sonuca göre de adına tanzim edilen için faturanın hukukî mahiyeti TK.m.23 anlamında farklı olacaktır.

Karayalçın, TK.m.23 hükmünün tacir sıfatının sonuçları arasında düzenlendiği gerekçesi ile, TK.m.23 hükmünün uygulanabilmesi için faturayı hem gönderenin hem de gönderilenin tacir olmaları gerektiği kanaatinde-dir<sup>29</sup>. Birselle de, benzer gerekçelerle hükmün tacirler arasında uygulanabileceği görüşünde olduğu gibi Arkan da "her ne kadar TK.m. 23 f.2 hükmünde faturayı alanın tacir sıfatına sahip olması gerektiği açıkça belirtilmemişse de, bir yandan TK.m.23/II'nin tacir olmanın hükümlerini düzenleyen maddeler arasında yer almakta olduğu, diğer yandan tacir sayılmayan kişilerin faturaya sekiz gün içinde itiraz etmek gibi ağır bir yükümlülüğe tabi tutulmasının hakaniyet ve menfaatler durumuna uygun düşmeyeceği dikkate alınarak, bu

<sup>28</sup> AYHAN, s.115; POROY, s.107,108; DOĞANAY, s.49.

<sup>29</sup> KARAYALÇIN, Yaşar (Ticaret): Ticaret Hukuku, 1. Giriş- Ticarî İşletme, s.119, 223; KARAYALÇIN (Muhasebe), s.66; Benzer görüş için bkz. SENGİR, Turgut /TARAY, Haydar: Ticarî Satışlarda İspat Vasıtalarından Fatura, İstanbul Baro Dergisi, c.42, Y.1968, sa.1-2, s.3.

hükmü sadece tacirler hakkında uygulamak daha isabetli olur" görüşündedir<sup>30</sup>.

Buna karşılık Poroy ise söz konusu hükmün, "niteliği itibarıyla, tacir sıfatının nimetleri arasına konulması gerektiği ve 23. maddenin yeri, karşı tarafın da tacir olmasını gerektirmediği gibi madde metninden de bu sonuca varmanın mümkün olmayacağı gerekçesiyle, tacir sıfatının bu konuda rol oynamayacağını kabulü gerektiği" görüşündedir<sup>31</sup>. Doğanay da, faturayı düzenleyen tacirin yaptığı satışın uzun bir süre muallakta kalıp kesinleşmemiş olması ticarî istikrarını sarsacağı, ve Kanun aksini isteseydi TK.m.20 hükmünde olduğu gibi "tacirler arasında" deyimini kullanırdı gerekçeleriyle aynı kanaate varmıştır<sup>32</sup>. Ayrıca Arslanlı, İmregün, Arseven de; TK.'nun faturaya ilişkin hükmünün faturayı alan şahsın tacir sıfatına bakılmaksızın uygulanabileceği görüşündedir<sup>33</sup>. Erem de " her ne kadar bu kaide tacir sıfatının neticeleri arasında yer almış ise de, lâfzı ve ruhu itibarıyla mezkûr hükmü tacir sıfatının hukukî neticelerinden, yani tacirin haklarından veya mükellefiyetlerinden addetmeye imkân yoktur" kanaatiyle<sup>34</sup> aynı görüşü paylaşmaktadır.

Biz ise Karayalçın, Arkan ve Birsell'in görüşlerine katılıyoruz. Çünkü, basiretli bir iş adamı gibi hareket mükellefiyetinde olan tacir için TK.m.23 hükmü normal bir sonuçtur. Buna karşılık tacir olmayanlar için TK.m.23 f.2 hükmü ağır bir külfet doğuracaktır. Bu hüküm bir taraftan fatura gönderene ve alana tanınan nimet olduğu gibi diğer taraftan fatura alan ve hatta veren için de bir külfettir. Kanaatimizce Ticaret Kanunumuzun sistemi, faturayı veren ve alan kimselerin tacir olduğu hallerde TK.m.23 hükmünün uygulanacağını öngörmektedir. Madde başlığı da bunu tevsik etmektedir. Bu bakımdan adına fatura tanzim edilen kişi için faturanın hukuki niteliği, fatura tanzim eden aleyhine kullanılabilir bir senet mahiyetindedir. Fatura tanzim eden tarafından, adına fatura tanzim edilen tacir olmayan kişiler aleyhine bir senet teşkil etmez. Onun için olsa olsa bir yazılı delil başlangıcıdır.

## SONUÇ

Fatura ticarî işlerde en çok kullanılan vesikalardan birisidir. Fatura; bir taraftan vergi mükelleflerinin kayıtlarının tevsikine, diğer taraftan fatura düzenlemenin sebebi olan akdî ilişkinin icrasının tevsikine yarayan bir vesikadır. Fatura VUK. m.229-232 hükümleri ile TK.m.23 ve 66 hükümlerinde düzen-

<sup>30</sup> ARKAN, s.139.

<sup>31</sup> POROY, s.107,108.

<sup>32</sup> DOĞANAY, s.50,51.

<sup>33</sup> ARSLANLI, s.42; İMREGÜN, Oğuz: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, Bursa 1994, s.57; ARSEVEN, Haydar: Ticaret Kanununun Getirdiği Yenilikler, İstanbul 1960, s.7.

<sup>34</sup> EREM, Turgut S.: Ticaret Hukuku Prensipleri, c.I, Ticarî İşletme, İstanbul 1962, s.106, dipnot 46; Erem'e göre "kanun yazı TK.m23'de "faturayı alan tacir" değil, fakat tahsisen "faturayı alan kimse" ibaresini kullanmış olmasına göre bu hükümden doğan netice yalnız tacire değil, herkese raci olmak icap eder" (EREM, s.107, dipnot 47); Karayalçın ise; Tacir olmanın hükümlerini tanzim eden maddelerden biri olan TK.m.23 deki "faturayı alan kimse" den "faturayı alan tacir" in anlaşılması icap eder [KARAYALÇIN, (Ticaret), s.149].

lenmiştir. VUK.'nda ve TK.'nda düzenleniş biçimi, gayesi ve sonuçları farklıdır. TK. fatura ile ilgili hükümlerini, diğer vergi mükelleflerine nazaran daha fazla özen ve ihtimam gösterme borcu olan tacir ve ticarî işletmesini esas alarak düzenlemiş, buna karşılık VUK. vergi açısından tacir olsun veya olmasın, bir ticarî işletmeyle ilgili olsun ya da olmasın tüm vergi mükelleflerini göz önüne alarak düzenlemiştir. Bu bakımdan TK. hükümlerinin uygulama alanı VUK. hükümlerinin uygulama alanına göre daha dardır.

Ticaret Kanunumuz faturayı tarif etmemekte, buna karşılık faturanın bir ticarî işletme ile ilgili olarak tacirin; a. Bir mal satması, b. Bir mal imal etmesi, c. Bir iş görmesi, d. Bir menfaat temin etmesi, hallerinde karşı tarafa vermesi ve bedeli ödenmiş ise karşı tarafın talebi halinde bunun faturada gösterilmesi gereğini ve aldığı faturaları muntazam bir tarzda dosya halinde saklama mecburiyetini ve faturaya itiraz edip etmemenin hükümlerini düzenlemektedir.

Ticarî bir belge olarak fatura, tacirin ticarî işletmesinin temel işlemlerini (bir mal satması, imal etmesi, bir iş görmesi ve bir menfaat temin etmesi gibi) belgelendiren, işlemlerinin takibini sağlayan, muhasebeleştirilen kayıtların tevsikinde, kazancını vergilendirmesinde ve işlemlerini gerek maliyeye gerekse ihtilaf halinde işlem yaptığı kimselere karşı ispatta delil olarak kullanılan bir temel belge niteliğindedir.

VUK. m.229 hükmüne göre; "Fatura, satılan emtia veya yapılan iş karşılığında müşterinin borçlandığı meblâğı göstermek üzere, emtiayı satan veya işi yapan tüccar tarafından müşteriye verilen ticarî bir vesikadır." Aynı kanunun m.232 f.1 hükmü tacir olmayanların da fatura verebileceğini belirtmektedir. Söz konusu tarif, faturanın hukukî mahiyetini tespitten uzak ve eksik bir tariftir. Çünkü, fatura müşterinin borçlandığı meblâğı gösterebildiği gibi, müşterinin borcunu (satılan emtia veya yapılan iş bedelini) ödediğini de gösterebilen bir yazılı belgedir. Ayrıca VUK. faturayı tüccara mahsus bir belge olarak tarif etmekte, müteakip maddelerde ise tacir olmayanların da fatura tanzim edebileceğini belirtmektedir.

TK. ve VUK'nun fatura ile ilgili hükümleri, faturanın hukukî mahiyetini açıklayamamaktadır. Doktrinde de faturanın hukukî mahiyeti derinlemesine incelenmemiştir. Fatura tanziminin hukukî sonuçları Ticaret Kanunu ve Vergi Usul Kanunu bakımından farklıdır. Bu sebepten her iki kanun için faturanın hukukî mahiyetleri de, benzer özellikleri olmasına rağmen farklıdır. Faturanın hukukî mahiyetini tespit, belgeyi tek bir müessesesyle açıklamak mümkün olmadığı gibi, her tür faturaya da aynı hukukî mahiyeti tanımak da doğru değildir. Çünkü fatura, düzenlenmesine sebep olan akdî ilişkiden farklı olarak taraflardan yalnızca birisi tarafından tanzim ve imza olunan bir belgedir. Bu bakımdan faturayı tanzim edenin iradesini açıklamakla birlikte, adına tanzim olunanın iradesini açıklamaktan uzaktır. Bu anlamıyla fatura, tanzim eden için ispat hukuku bakımından aleyhine delil olabilen bir senet mahiyetindedir. Ancak faturanın bu özelliği adına tanzim edilen için yoktur ve onun aleyhine delil olabilecek bir özellik taşımaz. Buna karşılık söz konusu fatura adına düzenlenen tarafından kullanılır (defterlerine kaydedilir veya delil olarak fatu-

raya dayanılır yahut bunlara benzer bir şekilde adına düzenlenen tarafından fatura muhteviyatı zımnen kabul edilirse) veya TK.m.23 hükmünün uygulanabildiği hallerde de, adına fatura düzenlenenin de iradesini açıklayıcı bir niteliğe sahip olur ve yazalı delil (senet) özelliği taşır. Bu halde fatura her iki taraf için de makbuz niteliğindedir. İtiraza uğramış bir fatura adına tanzim edilen aleyhine herhangi bir hukukî netice doğurmaz. Akdi ilişkinin taraflarından birisi tarafından tanzim ve imza olunan fatura ister itiraz edilmiş olsun isterse kabul edilmiş olsun, ne akdin hazırlık ve müzakere safhasını ne icap ve kabulü, ne de bir akdin kurulduğunu göstermez. Çünkü fatura akdin ifası ile ilgilidir.

Adına fatura tanzim edilen tarafından sarahaten veya zımnen kabul edilmiş faturanın, açık veya kapalı fatura olmasına göre de faturalar değişik hukukî niteliği haizdir. Kapalı fatura, taraflar arasındaki karşılıklı edimlerin ifa edildiğini gösteren bir belgedir. Başka bir deyişle fatura verenin sattığı malı teslim ettiğini veya taahhüt ettiği malı ürettiğini ve teslim ettiğini yahut taahhüt ettiği hizmeti gördüğünü ve bunların bedelini kabz ettiğini ifade eden bir belgeyi ifade ederken, fatura alanın da karşı edimi olan, satın aldığı veya üretimini talep ettiği malı teslim aldığı yahut talep ettiği hizmeti kabul ettiğini ve bedelini de ödediğini gösteren makbuz niteliğindedir. Açık fatura ise, kapalı faturada olduğu gibi fatura tanzim edenin; sattığı malı teslim ettiğini veya taahhüt ettiği malı ürettiğini ve teslim ettiğini yahut taahhüt ettiği hizmeti gördüğünü, adına fatura tanzim edilenin de karşı edimi olan; satın aldığı veya üretimini talep ettiği malı teslim aldığı yahut talep ettiği hizmeti kabul ettiğini gösteren makbuz niteliğindedir. Bu faraziyede açık fatura, fatura tanzim edenin akitten doğan borcunu ifa ettiğini gösteren makbuz niteliğinde olmasına rağmen, faturayı alan için artık bir ödeme makbuzu mahiyetine haiz değildir. Aksine semeni ödeme borcundan dolayı temerrüde düştüğünü gösteren ve tevsik eden bir belgedir. Adına fatura tanzim edilen tarafından sarahaten veya zımnen kabul edilmemiş yahut TK.m.23 hükmüne göre tacir tarafından mündericatına itiraz edilmiş açık veya kapalı fatura ise, adına düzenlenenin aleyhine herhangi bir hukukî sonuç doğurmaz. TK.m.23 hükmünün uygulama alanı içinde, hazır olmayanlar arasında kurulan bir akdi ilişkide gönderilen açık veya kapalı fatura "teyit mektubu mahiyetinde" kabul edilemez. Çünkü fatura akdin hazırlanması safhasıyla değil ifası safhasıyla ilgili bir belgedir.

## TÜKETİCİNİN AYIPLI MAL VE HİZMET İFALARINA KARŞI KORUNMASI

Doç. Dr. İhsan ERDOĞAN \*

### GİRİŞ

Modern hayatta fertler, bizzat kendilerinin karşılayamadıkları tüketim ihtiyaçlarını sosyal işbölümünün gereği olarak farklı sözleşme tipleriyle başkalarından karşılamaktadırlar. Tüketim ihtiyaçları daha çok mal ve hizmet edimleri ile karşılanmaktadır. Mal ve hizmet edimlerini konu alan sözleşme tipleri ise satım, hizmet, istisna vekâlet, yayın ve bazı hallerde şirket sözleşmeleri olarak görülmektedir.

İhtiyaçların temini zorunluluğu, karşısında ekonomik olarak daha güçlü olup da mal ve hizmet arz edenler karşısında daha zayıf durumda olan bireylerin istismarının önlenmesi bir hukuk politikası olmuştur. Önceleri konusu mal ve hizmet olan sözleşmelerin taraflarının korunması amacıyla kanunlarda düzenleyici hükümler yer almıştı. Ancak bu hükümler nazarında sadece bu edimlere alacaklı olan taraf vardı; özel olarak bir tüketici sosyal kitlesi esas alınmamıştı. Gerçi konusu mal ve hizmet ifası olan sözleşme çeşitleri ile ilgili olarak Borçlar Kanununda yer alan hükümlerde ayıplı ifaya karşı ilgili tarafları koruyucu hükümler yer almaktadır. Bunlar içinde en genel ve teferuatlı düzenleme satım sözleşmesi için satıcının ayıba karşı tekeffül borcuna dair hükümlerdir.

Bir malın para mukabilinde mülkiyetini nakletmeyi konu alan satım sözleşmesi ile ilgili hükümler genel ve esas olarak Borçlar Kanunu'nun 182-231 m.leri arasında düzenlenmiştir. Satım sözleşmesi ile ilgili kanun hükümleri sadece Borçlar Kanunu'nda yer almamaktadır; Ticaret Kanunu'nda da kural bulunmaktadır. Ticaret Kanunu 25. m. sinde konunun esas olarak Borçlar Kanunu'nda düzenlendiğine atıfta bulunularak ticari satışlar hakkındaki özel kurallara yer verilmiştir. Yine Ticaret Kanunu'nda "Denizaşırı Ticari Satışlar" hakkında özel hükümlere yer verilmiştir. Denizaşırı Satışlar hakkında da 1133/II. m.sinde TTK."25. m. sine atıfta bulunulmuş, dolayısıyla bu satışlar hakkında da esas olarak Borçlar Kanunu hükümlerinin asıl olduğu belirtilmektedir. Satım sözleşmesi ile ilgili son olarak 4077 sayılı, 23.2.1995 kabul tarihli ve 8.3.1995 tarihli 22221' sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak 8 Eylül 1995 tarihinde yürürlüğe giren "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun" da yeni hükümler yer almaktadır.

Satım sözleşmesinin taraflarından satıcı ve alıcının borçları karşılıklı borç ilişkisi olarak BK. 189-207.m.'leri arasında gösterilmektedir. Satıcının borçları, "satılan malın teslimi", "zapta karşı teminat" ve "satılanın ayıptan

\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

salim olmasını tekeffül" başlıkları altında toplanmıştır. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) satım sözleşmesi ile ilgili Borçlar Kanunu hükümlerine göre özel hükümler niteliğini taşımaktadır. Tüketicinin taraf olduğu bir ihtilâfta öncelikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri, bu kanunda hüküm bulunmaması halinde Borçlar Kanunu hükümleri genel kanun hükmü olarak uygulanması gerekmektedir.

## I. KAVRAM

° Borçlar Kanunu'nda Satım sözleşmesinin tarafları satıcı ve alıcı olarak isimlendirilmektedir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ise satıcı ve tüketici şeklinde sözleşmenin tarafları isimlendirilmiştir. Bu kanunda geçen satmak, almak ve satıcı kavramlarına bakılarak hukukî ilişkinin sadece satım sözleşmesinden ibaret olduğu anlaşılmamalıdır. Zira Kanun'un 2.maddesinde "Bu kanunun, 1. maddede belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü hukukî işlemi..." kapsadığı ifade edilmektedir. Diğer taraftan satıcı, "Kamu kurum ve kuruluşları da dahil olmak üzere tüketiciye mal ve hizmet satan gerçek ve tüzel kişiler" olduğu tarif edilmiştir. Bunun yanında İmalatçı-Üretici kavramları da "Kamu kurum ve kuruluşları da dahil olmak üzere tüketiciye sunulmuş olan mal veya hizmetleri ya da bu mal ve hizmetlerin hammaddelerini yahut ara mallarını üretenler" olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlardan da anlaşılıyor ki tüketicinin taraf olduğu sözleşme sadece satım sözleşmesi olmayıp, bunun yanında vekâlet ve istisna sözleşmesi de olabilecektir.

Kanun'da Tüketici kavramı da tarif edilmiştir. Tüketici, "Bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihaî olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişiyi" (TKHK. 3.f) ifade etmektedir. Tüketici kavramı kanundaki bu tarif, tartışmaları bertaraf edecek şekilde genişletilmiştir. Gerçekten bir malın alıcısı onu her zaman tüketerek yok etmez. Malın kullanılması, kavramın dar manası ile tüketim olmadığı halde kanundaki tarif bu tereddüdü ortadan kaldırmıştır. Diğer taraftan tüketici kavramı Türk Hukuku'nda bilinmeyen yeni bir kavram da değildir. Zira tüketici kavramının tam karşılığı olan "müshakkak" kelimesi de hem tüketmeyi hem de kullanmayı ihtiva etmekteydi.

Bu makalenin konusu olarak, tüketiciye karşı mal ve hizmet arz edenlerin, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde ayıba karşı tekeffül borcunun incelenmesi olarak seçilmiştir.

## II. AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Ayıplı ifa karşısında alıcının hakları konusunda tartışma bulunmaktadır. Ayıplı ifa karşısında alıcının, sözleşmenin temelindeki sakatlığa dayanarak(BK.24), hata hükümlerine veya sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi dolayısıyla sözleşmeye aykırılığa(BK.96) ve nihayet daha basit olan satıcının satılanı ayıpsız olarak teslim yükümlüğüne(BK.194) dayanabileceği, bu haklardan birini yarışmalı olarak kullanabileceği ileri sürülmektedir<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Hatemi, H., Serozan,R., Arpacı, A.: Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 98.



Satıcının ayıba karşı tekeffül borcu, esas itibariyle yan borcu niteliğindedir<sup>2</sup>. Asıl borç olmaksızın veya asıl borcun sona ermesi halinde yan borç niteliğindeki ayıba karşı tekeffül borcu da sona erer. Ayıba karşı tekeffül borcu, kanunda öngörölmüş olması dolayısıyla kanunî bir borçtur. Satıcı sözleşme ile ayrıca tekeffül etmese bile satılanın ayıbından dolayı sorumludur. Ancak bu sorumluluk kamu hukuku karakteri taşımaz, emredici nitelikte bir kural olmadığından sorumluluğu ortadan kaldırııcı sözleşme yapmak mümkündür<sup>3</sup>. Satıcının hile ile gizlediği ayıplardan sorumluluğu kaldıran sözleşme hükümlerinden veya alıcının malın kontrolünü engelleyen sorumsuzluk kayıtlarından istifade edebilmesi mümkün değildir<sup>4</sup>. Satıcı satılan maldaki ayıpları bilmese bile ayıba karşı sorumlu olur. Satıcının bu borcu kusura dayanan bir sorumluluktur.<sup>5</sup> Alıcının, satıcının sorumluluğu için onun kusurlu olduğunu ispat etme yükümlülüğü bulunmadığı gibi satıcı da satıldaki ayıbın kendi kusurundan ileri gelmediğini ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz.

### III. SATILANIN AYIBI

Satılan maldaki ayıp kavramı hem Borçlar Kanununda hem de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da tarif edilmiştir. Ayıp kavramı maddî ve hukukî ayıpları kapsar.

#### A. BORÇLAR KANUNUNA GÖRE AYIP KAVRAMI

Borçlar Kanununun 194 m.sine göre "Satıcı, alıcıya karşı satılanın zikir ve vaat ettiği vasıflarını mütekeffil olduğu gibi maddî veya hukukî bir sebeple kıymetini veya maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli bir suretle tenkis eden ayıplardan salim bulunmasını da mütekeffildir." Ayıp sözünden bir şeyde bulunması gereken objektif bozukluklar ve eksiklikler anlaşılır<sup>6</sup>.

#### 1. Ayıba Karşı Tekeffülün Kapsamı

Ayıba karşı tekeffülün kapsamına satılan maldaki maddî ayıplar, hukukî ayıplar ve iktisadî ayıplar girmektedir. Hukukî ayıp, hukukî bir sebepten dolayı alıcının satılan maldan gereği gibi istifade edememesidir. Hukukî ayıp ile satıcının zapta karşı teminat borcu arasında bir benzerlik vardır. Hatta, Feyzioğlu bu iki kavramın aynı olduğunu ileri sürmektedir<sup>7</sup>. Zapta karşı tekeffül üçüncü şahısların özellikle bir aynı hakka dayanarak satılan mala el koyması veya alıcının ondan istifade etmesini engellemesi olduğu halde, satılandan alıcının bir kamu hukuku kuralı dolayısıyla istifade edememesi

<sup>2</sup> Feyzioğlu, N. Feyzi: Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, İstanbul 1980, s.270; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I., Ankara 1989, s. 24.

<sup>3</sup> Feyzioğlu, s. 271.

<sup>4</sup> Edis, Seyfullah : Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, s. 22.

<sup>5</sup> Tunçomağ, K.: Türk Borçlar Hukuku, C.II., Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977., 118. Hatemi/Serozan/Arpacı, s.86;

<sup>6</sup> Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, +. Bası. İstanbul, 1996, s. 91.

<sup>7</sup> Tunçomağ, K.: Türk Borçlar Hukuku, C.II., Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977., 118. Hatemi/Serozan/Arpacı, s.86;

hukukî ayıbı meydana getirmektedir<sup>8</sup>. Satılan maldaki ayıpların iktisadî mahiyette olması iktisadî ayıbı oluşturur. İktisadî ayıplar alıcının maldan beklediği faydalanma ve kullanma imkanını azaltan, kullanılabilse bile malın iktisadî değerini düşüren özelliklerdir<sup>9</sup>. İktisadî ayıpların da maddî ayıplar olarak düşünülmesi gerekir<sup>10</sup>.

Borçlar Kanunu 194. m. sinde tarif edilen ayıp kavramı menkul mallar ile ilgili olmakla beraber, yine Borçlar Kanununun 217. maddesindeki atıf dolayısıyla gayrimenkul mallar, 223. m. sindeki atıf dolayısıyla trampa hakkında, 243. m. sindeki atıf dolayısıyla bağışlayanın tekeffülü vaat etmesi halinde bağışlanan hakkında, 357. m. sindeki atıf dolayısıyla istisna akdinde de uygulama alanı bulmaktadır.

## 2. Ayıbın Şartları

Satıcının satılan maldaki ayıptan sorumlu olabilmesi için şu şartların bulunması gerekmektedir.

### a. Ayıp Nefî ve Hasarın İntikali Anında Mevcut Olmalı

Satılarda meydana gelecek nefî ve hasar aksi kararlaştırılmamışsa parça satışlarında sözleşmenin kurulduğu anda, misli mal satışlarında emsallerinden ayrıldığı anda ve gönderilecek mal satışında ise malın gönderilmek üzere taşıyıcıya teslimi anında alıcıya geçer. Bu andan sonra satılan malda meydana gelecek bozukluk, malın ayıbı olacağından artık alıcıya ait olur; bunlardan satıcı sorumlu olmaz. Buna karşılık önceden mevcut bir ayıp daha sonra başka bir bozukluğa sebep olursa, bu sonuç önceki ayıbın devamı olduğu için tekeffüle konu olur<sup>11</sup>. Satılardaki ayıbın en geç hasrın intikalinden önce mevcut olduğunu alıcı ispat etmekle yükümlüdür<sup>12</sup>.

### b. Ayıbın Gizli Olması

Ayıbın gizliliği alıcı için olmalıdır. Satıcının da ayıbı bilip bilmemesi sonucu değiştirmez. Alıcının bildiği veya bilmesi gereken ayıplar tekeffüle konu olmaz. Alıcının normal ve makul derecede dikkati sonucunda fark edebileceği ayıplar ayıp sayılmaz. Bu durumda alıcının, açıkça bildiği veya bilmesi gereken ayıplarla sözleşmeyi yaptığı farz olunur. Burada geçen kâfi derecede muayene, sözleşme yapılmadan önce alıcı tarafından yapılacak muayenedir. Ne var ki, sözleşmenin kurulması için satılanın alıcı tarafından görülmesi ve muayene edilmesi zorunluluğu yoktur. Alıcı tarafından görülmeden satın alınan mal için alıcı tarafından yeterli muayene ile fark edilebilecek ayıbın gizli ayıp sayılmaması kuralı işlemez<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> Erdem, N.: Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları Ankara 1988, s. 84; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 92.

<sup>9</sup> Zevkliler, Aydın: Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, İzmir 1996, s. 41

<sup>10</sup> Yavuz, Cevdet: Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989, s. 61.

<sup>11</sup> Olgaç, S.: Kazai ve İlimi İçtihatlarla Borçlar Kanunu Şerhi, C.III., Ankara 1977, s. 144; Feyzioğlu, s. 273 (402 nolu dn.).

<sup>12</sup> Yavuz, (Satılanın) s.92.

<sup>13</sup> Arslanlı, H.: Ticari Bey, İstanbul 1955, s. 280; Tunçomağ, s. 127.

### c. Ayıbın Önemli Olması

Ayıbın, eşyadan beklenen menfaatin gerçekleşmesini engellemesi ve ya ondan beklenen menfaati önemli ölçüde azaltmış olması gerekir. Eksikliğin önemli sayılması alıcının şahsî değerlendirmelerine göre değil; malın tahsis amacını gerçekleştirip gerçekleştirilmemesine göre objektif bir kriterle tespit edilmelidir<sup>14</sup>. Satılan malın fonksiyonlarını hiç gerçekleştirilmemesi çok önemli bir eksiklik olup, tereddütsüz ayıp sayılır. Satılanın fonksiyonuna uygun olmasına rağmen ondan bekleneni tam sağlamamasının ayıp sayılabilemesi için önemli olması gerekir. Burada ayıbın önemli olması mutlak ve kesin değildir. Ayıbın önemli olmasını sözleşmeye göre tespit etmek mümkündür. Sözleşmede alıcının amacı belli ise satılanın bu amaca uygun olup olmadığının bilinmesi gerekir. Burada sadece alıcının sübjektif isteklerine bakılmaz, iş hayatının icabına uygun olup olmama da dikkate alınmalıdır<sup>15</sup>. İş hayatının icapları olarak satılanın fiyatı, kullanılacak olduğu yer, gibi özellikler dikkate alınır.

### d. Sorumsuzluk Kaydının Bulunmaması

Alıcı ve satıcı arasında, satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu kaldıracak bir sorumsuzluk kaydının bulunmaması gerekir. Sözleşmede bir sorumsuzluk kaydının bulunması, ayıbın diğer şartları bulunsa bile satıcıyı sorumluluktan kurtarır. Buna karşılık satıcının hile ile gizlediği ayıplardan da sorumluluğunu kaldıran sorumsuzluk kayıtları geçersizdir.

## 3. Ayıba Karşı Tekeffülün Şartları

Satıcının, satılanın ayıbından dolayı sorumlu tutulabilmesi, yukarıda izah edilen ayıp sayılma şartlarının dışında malın ayıbının anlaşılabilirliği için muayene edilmesi ve bir ayıp tespit edilmesi halinde bunun derhal satıcıya ihbar edilmesini gerektirmektedir.

### a. Muayene Yükümlülüğü

Alıcı örf ve adete göre imkan bulur bulmaz malı muayene etmelidir (BK.198). Muayene işin icabına uygun bir zamanda olmalıdır. Muayene zamanı genellikle malın teslim alınması ile başlar ise de, her zaman teslim muayene zamanının başlangıcı olmayabilir. Bazı malların muayene edilmesi, teslimle birlikte başka şartların da gerçekleşmesini gerekli kılabilir.

Muayene zaman geçirmeksizin malın teslim alındığı yerde, alıcının işyerinde veya bir laboratuvarında yapılabilir.

Malın muayenesini bizzat alıcının yapması şartı yoktur. Alıcı, temsilci aracılığı ile de malı muayene edebilir. Hatta alıcı bizzat kendinin muayene yapamayacak durumda olmasını, bu sebeple de muayene süresini geçirmesini bir mazeret olarak ileri süremez. Bu durumda alıcıdan beklenen malı bir temsilci aracılığıyla muayene ettirmektir.

<sup>14</sup> Zevkliler, s.43.

<sup>15</sup> Tunçomağ, s.123

Muayene süresinin ne kadar olacağı konusunda da iş icaplarına bakılarak hüküm verilir. Muayene masraflarına, bir ayıp tespit edilememişse alıcı katlanır. Buna mukabil, muayene sonunda bir ayıp tespit edilirse bu masrafları satıcı katlanır. Satıcının katlanacağı muayene masraflarının doğruluk ve güven kuralları içinde yapılan masraflar olması gerekir.

Ticarî satışlarda TTK.25. maddesi hükmüne göre ayıp teslim sırasında açıkça belli değilse alıcı, teslimden itibaren 8 gün içinde muayene etmeye veya ettirmeye mecburdur.

#### b. Ayıbın İhbarı

Muayene sonucunda bir ayıbın tespit edilmesi halinde alıcının, derhal ayıbı ihbar etmesi gerekir. "Derhal ihbar" dan anlaşılması gereken ayıbın tespit edilmesiyle gecikmeden doğruluk ve güven kuralları içinde iş hayatının icaplarına uygun bir süratle ihbarın yapılmasıdır<sup>16</sup>.

İhbarın aracı önemli değildir; her türlü araçla yapılabilir. İhbarın yapıldığını alıcı ispat eder. İhbarın derhal yapıp yapılmadığını tespit için ihbarın hangi andan itibaren sonuç doğuracağına bilinmesi önemlidir. İhbar bir yenilik doğurucu hak olması munasebeti ile muhataba varması şartıyla yöneltildiği andan itibaren sonucunu doğurur.

İhbarın yapılması için bir muayene zorunluluğu yoktur. Alıcı malı muayene etmeden de ayıp isnadı ile ihbarda bulunabilir<sup>17</sup>. Ancak ihbar ettiği ayıpların mevcudiyetini alıcının ispat etmesi gerekmektedir.

Gerektiği gibi muayene sonucunda anlaşılamayan gizli ayıpların daha sonra ortaya çıkması halinde, alıcı durumu derhal ihbar etmekle yine ayıba karşı tekeffül hükümlerinden faydalanır.

Ticarî satımda ayıbın ihbarı ile ilgili özel hüküm bulunmaktadır (TTK. 25.m. 3.b.). Türk Ticaret Kanunu'na göre malın teslim alınması sırasında ayıp açıkça anlaşılıyorsa ihbarın 2 gün içinde yapılması gerekir Buna karşılık 8 günlük muayene süresi içinde ayıp tespit edilmiş ise bu süre içinde ihbar yapılmalıdır. Ayıbın muayene süresinin son gününde anlaşılması halinde 8 günlük süre geçmiş olmasına rağmen derhal ihbar yapılmak şartıyla geçerli olmalıdır<sup>18</sup>.

Satılan mal alıcıya başka yerden gönderilmiş ise, ayıbı tespit eden alıcının ihbarla birlikte derhal malın, muhafazasına dair tedbirleri almaya, satılanın ayıbını tespit ettirmeğe ve mal bozulacak cinsten ise sattırmağa yetkisi ve hatta satıcının menfaati gerektiriyorsa mecburiyeti vardır(BK.201). Alıcı bozulma temayülündeki malı sattırılmışsa durumu derhal satıcıya bildirmelidir, alıcının bu yükümlülüğünü ihlâl etmesi halinde satıcının bu yüzden uğradığı zararı tazmin ettirme hakkı doğar.

<sup>16</sup> Feyzioğlu, s. 279.

<sup>17</sup> Tunçomağ, s. 129.

<sup>18</sup> Feyzioğlu, s. 281

## **B. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'A GÖRE AYIP KAVRAMI**

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4.maddesi ayıp kavramını Borçlar Kanunu'nun 194.maddesinden daha farklı ve detaylı tarif etmiştir.

### **1. TKHK. ya Göre Ayıbın Kapsamı**

TKHK. 4.m. sinde Ayıbın kapsamı "maddî ayıp, hukukî ayıp ve ekonomik ayıp" olarak belirtilmiştir. Maddî ayıp ve hukukî ayıp BK. 194. m.'sinde de zikredilmektedir. Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak bunların yanında ekonomik ayıp da ilave edilmiştir.

Borçlar Kanunu kapsamında satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, bütün satım sözleşmeleri için ve yapılan atıflar dolayısıyla trampa, bağış ve istisna sözleşmeleri için de söz konusudur. Halbuki TKHK. na göre ayıba karşı sorumluluk, menkul mal satışlarına, hizmet ayıplarına ve imalat ayıplarına karşı söz konusu olmaktadır. Ayrıca menkul mal satışı, imali ve bir hizmeti konu edinen sözleşmenin bir tarafının tüketici olması gerekmektedir. Sözleşme taraflarından birinin tüketici olmaması halinde TKHK. uygulanmaz. TKHK. da taraflardan birinin tüketici olması halinde sözleşme ilişkisi bu kanunun uygulama alanına girmektedir. Kanundaki ifadeden bir tarafın tüketici olması, kanunun uygulama kapsamının belirlenmesi açısından yeterli görülmektedir. Kanatimizce kanundaki bu ifade eksiktir. Taraflardan birinin tüketici olmasına karşılık mal ve hizmeti arz eden diğer tarafın meslek erbabı olması gerekir. Bu hüküm kanunda açıkça geçmemekle beraber, kanunun ruhunda yatan bir kaidedir. Mesela, her hangi bir şahsın sahip olduğu malı, tüketici konumundaki kişiye satması halinde kanunun dar ve lafzi yorumuna göre TKHK.na göre sorumluluk doğar. Bizim kanaatimize göre, tüketici karşısında satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun doğması için, tüketiciye mal satan tarafın meslek erbabı olması gerekmektedir; bu sonucu kanunun ruhundan çıkarmaktayız. Meslek erbabı olmayan herhangi bir şahsın tüketiciye sattığı malın ayıbına karşı sorumluluğunun TKHK. ya göre değil; BK. hükümlerine göre olması gerekir. Bu fikri TKHK. nın 2. maddesinde kanunun kapsamı belirtilirken kullanılan "...mal ve hizmet piyasalarında..." ifadesi de desteklemektedir.

Tüketici kavramı, "Bir mal ve hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihaî olarak kullanan veya tüketen gerçek ve tüzel kişileri" ifade eder(TKHK. m.3. b.f). Kavramların tarif edildiği 3. maddede tüketici tarif edilirken "...satın alarak...", tüketicinin karşısındaki tarafın da "...tüketiciye mal ve hizmet satan..." olarak tavsif edildiği görülmektedir. Bu tariflerde yer alan "satma", "satın alma" ifadelerinden taraflar arasındaki ilişkinin sadece satış sözleşmesi olacağı sonucu çıkarılmamalıdır. Nitekim TKHK. nın kapsamının belirtildiği 2. m. de "...tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü hukukî işlemi kapsar." hükmü yer almaktadır. Bu sonuca göre tüketiciye karşı ayıba karşı tekeffül borcu, tüketicinin taraf olduğu, satım, istisna ve vekâlet sözleşmelerinde mevzubahis olmaktadır.

Ayıp, ifa şartlarına uygun olarak yapılan ifalarda söz konusu olur. Malın sözleşme ile kararlaştırılan yerden başka yerde teslimi, sayıca eksik teslimi, kararlaştırılan malın dışında başka bir malın teslimi ayıp sayılmaz; bu gibi durumlar sözleşmenin ihlâlidir<sup>19</sup>.

## 2. TKHK. ya Göre Ayıbın Şartları

"Ambalajında, etiketinde tanıtma ve kullanma kılavuzunda yer alan veya satıcı tarafından vaat edilen veya standardında tespit edilen nitelik ve/veya niceliğe aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddî, hukukî veya ekonomik eksiklikler içeren mal veya hizmetler, ayıplı mal veya ayıplı hizmet olarak kabul edilir." (TKHK. 4/1).

### a. Ayıbın Nef'i ve Hasarın İntikali Anında Mevcut Olması

Ayıbın en son ne zamana kadar teşekkül etmesi gerektiği konusunda TKHK. da bir hüküm yoktur. Gerçi TKHK. 4/11. m. de "...tüketici teslim aldığı malı 15 gün içerisinde..." kanunun kendisine verdiği hakları kullanabileceği belirtilmiştir. Burada geçen "teslim alma" anına kadar ayıbın mevcut olması gerektiği sonucu, ilk bakışta çıkar. Ancak burada geçen teslim alma anı, kanunda geçen hakların kullanılması için başlangıç teşkil eder. Bu bakımdan ayıbın gerçekleştiği en son an yukarıda satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun anlatıldığı gibi, nef'i ve hasarın intikal anında gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

### b. Ayıbın Gizli Olması

TKHK. uygulaması bakımından da ayıbın gizli olması gerekmektedir. Buradaki gizlilikten maksat, alıcının ayıbı bilmemesidir. Alıcının ayıbı bilerek aldığı mal ve hizmetler için TKHK. hükümleri uygulanmaz (TKHK. 4/VI.). Alıcının kolayca görebileceği "özürdür" ibaresini ihtiva eden bir etiketin bulunmasına rağmen, alıcının malın ayıplı olduğunu bilmemesi bir bilgisizlik olarak kabul edilmez. Ayrıca ayıplı mal satan işyerlerinden veya işyerinin sürekli olarak ayıplı mal satılan bir bölümünden satın alınan mallar hakkında da tüketicinin ayıbı bilmediği ileri sürülemez.

### c. Ayıbın Önemli Olması

Borçlar Kanunu'nun 194.m.'de ayıbın, maldan beklenen menfaati ortadan kaldırması veya alıcının ondan beklediği menfaati önemli ölçüde azaltması aranmaktadır. TKHK. da ise bu şekilde bir kayıt yoktur. Maldan beklenen menfaatin ayıp dolayısıyla gerçekleşmemesi, şüphesiz TKHK. bakımından da ayıptır. Buna karşılık TKHK. da ayıbın kapsamı genişletilerek tüketicinin beklediği faydanın azaltılması yeterli görülmüştür. Ayıp önemli olmasa bile, sadece varlığı kanunun uygulanması için yeterlidir. Buna karşılık tüketici-

<sup>19</sup> Zevkiler, s.39.

cinim beklediği fayda salt tüketicinin sübjektif beklentilerine bakılarak değil; o mal ve hizmetin tahsis amacına göre tespit edilmelidir<sup>20</sup>

#### **d. Sorumsuzluk Kaydının Hükümü**

Tüketicinin aldığı mal ve hizmetlerin ayıplı olduğunun anlaşılması halinde, tüketicinin teslim tarihinden itibaren 15 gün içinde satıcıya müracaatı halinde, satıcı tüketicinin talebini kabul etmek zorundadır. Bu emredici bir hükümdür. Diğer taraftan özürsüz mal satanlar bu hususu alıcının kolayca okuyabileceği şekilde yazmak ve bu durumun fatura ve fişte de gösterilmesi şartıyla özürsüz mal satışından sorumlu olmazlar (TKHK 4/7). Dolayısıyla TKHK. un uygulanması kapsamında satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu kaldıran sorumsuzluk anlaşmaları geçersizdir<sup>21</sup>. Ancak buna karşılık ayıplı malı bilerek alan tüketici için sorumsuzluk kaydının hüküm ifade edecektir (TKHK/6).

### **3. Ayıba Karşı Tekeffülün Şartları**

Tüketicie bir mal ve hizmet arz edenlerin, ayıp dolayısıyla sorumlu olabilmeleri için kanunda ayıp olarak nitelendirilen hususların tüketici tarafından tespit edilmesi ve ihbarda bulunulması gerekmektedir.

#### **a. Muayene Külfeti**

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da alınan mal veya hizmetin muayene edilmesine dair bir kural yoktur. Ancak mal veya hizmetin ayıplı olduğunun anlaşılması halinde teslimden itibaren 15 gün içinde kanunun tanıdığı hakkın kullanılması gerekir. Kanun'da geçen 15 günlük süre ayıbın ihbar ve talep süresidir. Elbette ayıbın anlaşılması için mal veya hizmetin ya kullanılması veya muayene edilmesi gerekir. Burada malın muayene edilmesi işin tabiatında yatan bir külfettir. Muayene için BK.198. m.de olduğu gibi süre öngörülmemiştir. Muayene külfeti BK. 198. m.de olduğu gibi örf ve adete göre imkân hasıl olur olmaz değil, teslim anından itibaren başlar ve nihayet 15 gün içinde tamamlanarak ihbarda bulunulması gerekir.

#### **b. İhbar ve Talep**

Tüketici, mal ve hizmeti teslim almasından itibaren 15 gün içerisinde tespit ettiği ayıpları ileri sürerek seçimlik haklarından hangisini kullanacaksa bunu talep etmelidir (TKHK.4/II). Ayıbın gizli olmasında 15 gün geçmiş olsa bile tüketici ihbar ve talepte bulunabilir (TKHK.4/III.). Esasen ayıbın gizli olması gerekir. Aşıkâr olan ayıplardan dolayı zaten yukarıda da bahsedildiği gibi sorumluluk doğmaz. Burada geçen gizli ayıptan maksat gerekli muayene-neye rağmen anlaşılabilen ayıplardır. Mesela, satın alınan bir gömleğin yıkanması ile renklerinin solması veya kaybı normal bir muayene ile anlaşılabilen bir konu değildir. İşte bunun gibi önceden mevcut olmakla beraber ancak kullanma ile anlaşılabilen ayıplar için 15 günlük süre geçmiş olsa bile ihbar ve talepte bulunmak mümkündür.

<sup>20</sup> Zevkliler, s.43.

<sup>21</sup> Zevkliler, s. 46.

#### IV. SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞU

Zamanında muayene ve ihbar edilen ayıplı mal satışlarına karşı alıcının Borçlar Kanunu 202 ve 203. m.lerinde gösterilen seçimlik üç hakkı vardır. Alıcı dilerse sözleşmeden döner, dilerse semenin tenzilini talep eder veya satılan misli mal ise ayıpsız benzeri ile değiştirilmesini talep edebilir. Alıcı bunlardan başka genel hükümlere göre de dava açabilir.

Ayıplı mal ve hizmet karşısında tüketici de TKHK. m. 4/II. m.sinde gösterilen değiştirmeyi, sözleşmeden dönmeyi, bedelin tenzilini ve ücretsiz tamirini isteyebilir.

#### A. BK. HÜKÜMLERİNE GÖRE

##### 1. Sözleşmeden Dönme

Alıcı, önemli ayıp karşısında dilerse sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeden dönme halinde her iki taraf da karşılıklı olarak aldıklarını iade eder. Alıcı, malı semereleri ile satıcı da semeni faizi ile iade eder<sup>22</sup>. Ayrıca alıcının uğramış olduğu menfi zararları da ödeme yükümlüğü doğar. Alıcının menfi zararlarının tazmini için satıcının kusurlu olması gerekmez<sup>23</sup>. Alıcının iyiniyetli olarak elinden çıkardığı veya tükettiği malı iade sorumluluğu yoktur.

Satıcının sözleşmeden dönme hakkı mutlak bir hak değildir. Hakkaniyetin gerektirmesi halinde, hâkim sözleşmeden dönme yerine semenin tenzilini de kararlaştırabilir(BK.202/II). Alıcı kendi kusuruyla malı zayi etmiş veya önemli ölçüde değişikliğe uğratmışsa, buna rağmen sözleşmeden dönme yolunu seçemez<sup>24</sup>. Alıcının sözleşmeden dönmemesinin halin icabına, doğruluk ve güven kurallarına aykırı olması halinde hâkim, bedelin indirilmesine hükmedebilir.

##### 2. Bedelin Tenzili

Alıcının talebi üzerine veya alıcının sözleşmeden dönme talebine rağmen, hakim karar üzerine semenin tenzili yoluna gidilir. Tenzil edilecek semen miktarı, malın ayıplı değeri ile ayıpsız değerinin oranı bulunarak bu oran satış bedeline uygulanmak suretiyle elde edilecek miktar kadardır<sup>25</sup>. Yapılan hesaplama sonunda bulunan indirilecek değer, malın değerine tekaül ediyorsa bu hakkın kullanılmasına izin verilmez<sup>26</sup>.

Alıcının ayıp dolayısıyla zarara uğraması da mümkündür. Bu durumda satıcı genel hükümlere göre (BK.96) zararı tazmin eder.

##### 3. Ayıpsız Emsali İle Değiştirme

Satılan misli mal ise, alıcı ayıplı mal ile ayıpsız benzerinin değiştirilmesini isteyebilir. Satıcının elinde malın benzeri olmasa dahi değiştirme istene-

<sup>22</sup> Tunçomağ, s. 170; Feyzioğlu, s. 294; Zevkliler, s. 53

<sup>23</sup> Tunçomağ, s. 171.

<sup>24</sup> Hatemi/Serozan/Arpacı, s.100.

<sup>25</sup> Feyzioğlu, s.295.

<sup>26</sup> Yavuz (Saticının), 146.



bilir. Satıcı bu durumda malın ayıpsız mislini temin etmek zorundadır<sup>27</sup>. Ayıplı malın misliyle değiştirilmesini satıcı da talep edebilir. Satılan şey başka yerden gönderilmiyorsa, satıcı ayıp ihbarı yapılır yapılmaz derhal ayıplı malı ayıpsız misliyle değiştirmeyi teklif edebilir. Satıcı bu teklifi ile birlikte alıcının zararlarını da tazmin etmelidir. Alıcı bu durum karşısında satıcının değişiklik teklifini kabul etmek zorundadır.

#### **4. Genel Hükümlere Göre Açılacak Davalar**

Satıcının ayıplı mal satması karşısında alıcı için BK.202 ve 203. maddelerde özel olarak ve seçimlik hak şeklinde kullanılabileceği dava çeşitleri gösterilmiştir. Ancak alıcının açabileceği davalar bunlarla sınırlı değildir.

##### **a. Sözleşmenin Temelindeki Sakatlık**

Satılan maldaki ayıp, alıcının esaslı hatasını oluşturuyorsa hata hükümlerine, yine söz konusu ayıp satıcının hilesinden kaynaklanıyorsa hile hükümlerine dayanarak dava açmak mümkündür.

##### **b. Akde Aykırılık**

Ayıplı ifa, aynı zamanda akde aykırı bir ifa sayılır. Alıcı ayıplı ifayı kabul zorunda değildir. Ayıplı ifa dolayısıyla sözleşmeye aykırılık ve dolayısıyla meydana gelecek zararın tazmini için BK.96 m. si gereği dava açmak mümkündür.

#### **5. Dava Zamanaşımı**

Ayıba karşı açılacak davalarda zamanaşımı süresi, malın tesliminden itibaren bir yıldır. Satılana ayıp daha sonra çıksa bile, bu süre ve sürenin başlangıcı aynıdır. Ancak, satıcı satılanı daha uzun bir süre için ayıba karşı tekeffül etmiş olursa, zaman aşımı bu süre ile sona erer. Sürenin azami limiti on yıldır<sup>28</sup>.

Satıcı, alıcıya karşı hile yapması halinde bir yıllık zamanaşımı süresinden istifade edemez(BK/III). Bu durumda on yıllık genel zamanaşımı süresi işler.

## **B. TKHK. HÜKÜMLERİNE GÖRE**

Ayıplı mal ve hizmet ifalarında tüketicinin talebiyle satıcı tarafından yerine getirilmesi gereken dört çeşit talep vardır.

### **1. Malın Değiştirilmesi ve Hizmetin Yeniden Görülmesi Talebi**

Tüketici, malı teslim aldığı tarihten itibaren 15 gün içerisinde ayıplı malları satıcı firmaya geri vererek değiştirilmesini isteyebilir. Yukarıda Borçlar Kanunu uygulamasında anlatıldığı gibi, tüketicinin bu hakkını kullanabilmesi aldığı malın, misli mal olmasını gerektirir. Bu sonuca TKHK. da bir hüküm bulunmamakla birlikte, işin mahiyetine göre değiştirmenin ancak misli mal satışlarında olabileceği hükümünden varmaktayız.

<sup>27</sup> Tunçomağ, s.180.

<sup>28</sup> Tunçomağ, s.180

Diğer taraftan "Ayıplı hizmetler hakkında da yukarıdaki hükümler uygulanır. Ayıplı hizmetin yeniden görülmesi imkansızlaşmışsa veya amaca aykırı sonuçlar doğuracak nitelikte ise bedel iadesinde tüketicinin ayıplı hizmetten sağladığı fayda kadar indirim yapılır" (TKHK 4/V) hükmü dikkate alındığında ayıplı hizmet edimleri için hizmetin yeniden görüleceği sonucu çıkmaktadır. Hizmetin yeniden ifasının talebi için öncelikle kanunun ifadesinde de yer aldığı gibi hizmetin ifasının yeniden görülmesinin imkansızlaşmamış olması gerekir. Diğer bir şart ise, hizmet ediminden beklenen faydanın tamamen boşa çıkmasıdır. Eğer kısmen dahi olsa tüketici hizmet ediminden bir fayda sağlamışsa, ücretsiz olarak hizmet edimin tekrar edilmesini talep edemez. Mal edimleri konusunda tüketici serbestçe seçimlik haklarından birini seçebilir. Bu arada elindeki ayıplı malı iade ederek değiştirme talebinde bulunabilir. Ancak, hizmet edimlerinde aynı imkânı bulmak işin mahiyetine uygun değildir; zira tüketicinin kendisine karşı yapılan ayıplı hizmet edimini iade etmesi söz konusu değildir.

## 2. Bedelin Ödenmesi (Sözleşmeden Dönme)

Tüketici teslimi müteakip 15 gün içerisinde sözleşmeden dönerek ödediği bedelin iadesini talep edebilir. Kanunda her ne kadar sözleşmeden dönme veya fesihten bahsedilmiyorsa da, ödenen bedelin iadesini talep etmek, sözleşmeden dönmeye işaret eder. Bu durumda, sözleşmeden dönme ile ilgili genel kurallar geçerlidir. Bedelin ödenmesi (sözleşmeden dönme) hakkının nasıl kullanılacağı, kapsamı ve sonuçları konusunda TKHK'da bir düzenleme yoktur. Bu sebeple Borçlar Kanunu hükümlerine göre sözleşmeden dönme konusu sonuçlandırılmalıdır. Bu halde, her iki taraf da aldıklarını iade etmekle yükümlüdür. Tüketicinin kusursuz olarak aldığı malı zayı etmiş olması, elinden çıkarmış olması, ayıp dolayısıyla malın kendiliğinden telef olması, mücbir sebeple malın telef olması sözleşmeden dönmesini engellemez<sup>29</sup>. Sözleşmeden dönme, alıcıya (tüketiciye) tanınan seçimlik bir hak olmakla birlikte, alıcı, bu hakkını doğruluk ve güven kurallarına aykırı bir şekilde kullanmamalıdır. Mesela, çok basit bir tamir ile malın amaca uygunluğu sağlanabilmesine rağmen sözleşmeden dönme yoluna gitmek hakkın kötüye kullanılmasıdır. Bunun gibi durumlarda hâkim sözleşmeden dönmeyi haksız bularak bedel indirimi yoluna gidebilmelidir<sup>30</sup>. Diğer taraftan, satım konusu birden çok parça ise sadece ayıplı çıkan parçalarla ilgili kısmi dönme yoluna gidilebilir. Eğer parçalar bir bütünlük taşıyor ve ayrılması her iki taraf içinde ehemmiyetli zarar doğuracak nitelikte ise, kısmi dönme yerine tam dönme yapılabilir. Satılan şeyin aslı ile ilgili dönme, ayrı bir fiyatla satılmış olsa bile feriler hakkında da geçerlidir. Buna mukabil feri hakkındaki dönme, asıl için geçerli değildir.

## 3. Bedel İndirimi

Tüketici ayıp sebebiyle malda olan değer kaybının satış bedelinden indirilmesini talep edilebilir. Bu işlemin nasıl yapılacağı hakkında yine TKHK da

<sup>29</sup> Yavuz,(satıcının), s.167,168.

<sup>30</sup> Zevkililer, 57.

bir açıklama yoktur. İndirim nispeti konusunda da bir kural yoktur. Hâkim, yargı ve doktrin görüşlerini dikkate alarak indirim miktarını takdir eder. Doktrin ve yargı kararlarında nispi hesaplama metodu kabul görmüştür<sup>31</sup>. Burada da, yukarıda BK. nın 202. m. si ile ilgili açıklamalar geçerlidir.

#### **4. Ücretsiz Tamir**

Ücretsiz tamir talebi, sadece TKHK kapsamındaki ilişkilerde söz konusudur. Malın ayıbının tamiri mümkün ise bunun ücretsiz olarak tamiri de talep edilebilir. Tamir işlemlerini bizzat satıcı yapabileceği gibi satıcı tarafından da yaptırılabilir. Hattâ kanunda yer almamakla birlikte, alıcının satıcıdan tamiri talep yerine, doğruluk ve güven kuralları içinde kendinin yaptırdığı tamir bedelini isteyebilmesi de gerekir.

Sanayi malı imalatçıları ve ithalatçıları imal ve ithal ettikleri mallar için garanti belgesi düzenlemek zorundadırlar (TKHK.9). Sanayi malının garanti süresi, teslimden itibaren en az bir yıldır. Garanti süresi içinde malda meydana gelen malzeme, işçilik ve montaj hatalarından dolayı meydana gelen arızalar, değiştirilecek parça bedeli ve işçilik ücreti alınmaksızın tamir edilmek zorundadır. Ayrıca malın sık sık arızalanması nedeniyle maldan yararlanılmaması durumunda tüketici, malın ücretsiz olarak yenisi ile değiştirilmesini talep edebilir (TKHK. 9/III). Sanayi malları için düzenlenen garanti yükümlülüğünün kapsamına malzeme, işçilik, montaj hataları girmektedir ki, esasen bunlar da birer ayıptır. Ücretsiz tamir konusunda sanayi mallarının imalat hatalarına dayanan ayıpları için tüketiciye tanınan süre, garanti süresi kadar uzatılmıştır.

#### **5. Tazminat Davası**

Ayıplı mal ve hizmetin sebep olduğu zararların tazmini de istenebilir. Tazminat davası, yukarıda izah edilen seçimlik hakların alternatifi değildir. Ayıplı mal dolayısıyla zarara uğrayan tüketici, seçimlik haklarından biri ile birlikte veya müstakilen tazminat davası açabilir. Bu durumda genel hükümlere göre(BK.96) dava açılır.

#### **6. Hakem Heyetine Başvuru**

Her il ve ilçe merkezinde tüketici ihtilafları için en az bir "Tüketici Sorunları Hakem Heyeti" oluşturulur. Hakem heyetinin kararları bağlayıcı olmayıp Tüketici mahkemesinde açılacak davada delil olarak ileri sürülebilir. Tüketici mahkemelerinde değeri 5.000.000.TL. aşmayan<sup>32</sup> uyuşmazlıklar için dava açılabilmesi için hakem heyetine müracaat edilmiş ve bir karar alınmış olması gerekir (TKHK 22/IV).

<sup>31</sup> Zevkliler,58.

<sup>32</sup> Bu miktar her yıl Aralık ayı içinde Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca, Devlet İstatistik Enstitüsü'nün Ekim ayı sonunda yayınladığı Toptan Eşya Fiyatları Endeksinde meydana gelen ortalama fiyat artışı oranında belirlenerek Resmî Gazetede ilan edilir(TKHK 22/IV, 8/VII).

## 7. Davalılar

Yukarıdaki dava konuları için tüketiciye karşı satıcı, bayi, acente, imalatçı-üretici ve ithalatçı müştereken ve müteselsilen sorumludur. Tüketici bunlardan her biri aleyhine veya hepsi aleyhine TKHK hükümlerine göre dava açabilir. Ancak ayıplı hizmet ifası karşısında hizmet ediminin niteliği gereği satıcı, bayi, acente, ithalatçı, imalatçı, üretici gibi şahısların hepsini sorumlu tutmak mümkün değildir. Hatta bunların bazıları söz konusu edilemez. Ancak bazı hizmetlerin, ana firma ve ona bağlı bayi veya acente aracılığıyla sürdürülmesi mümkündür<sup>33</sup>. Bu gibi hallerde, bizzat hizmeti ifa edenlerle ana firma da sorumlu olur.

## 8. Hak Düşürücü Süre ve Zamanaşımı

Malın tesliminden itibaren tüketicinin ayıpla ilgili müracaatı için öngörülen 15 günlük süre bir hak düşürücü süredir. Ayıbın hile ile gizlenmesi veya tüketicinin normal ve makul görülebilir muayenesi ile anlaşılacak derecede gizli ayıplar için 15 günlük hak düşürücü süre dikkate alınmaz (TKHK. 4/III.).

Ayıp ve ayıp dolayısıyla açılacak her türlü davalar, ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, malın tüketiciye tesliminden itibaren 2 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Eğer satıcı daha uzun bir süre için garanti vermişse, dava açma zamanaşımı süresi garanti süresi kadardır. Garanti süresinin genel zamanaşımı süresi olan 10 yılı aşması halinde, zaman aşımı süresi teslimden itibaren 10 yıldır.

Satıcı malın ayıbını tüketiciden hile ile gizlemişse, iki yıllık zamanaşımı süresinden faydalanamaz. Bu durumda da on yıllık genel zaman aşımı süresi geçerlidir.

## SONUÇ

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, satıcının ayıba karşı tekeffül borcu açısından fevkalade önemli değişiklikler getirmemiştir. Hatta "mal ve hizmet satan" gibi daha çok iktisatçıların kullandığı terimlere yer vermek suretiyle kavram kargaşasına sebep olmuştur.

Tüketicinin ayıba karşı haklarını kullanması için malı teslim alma tarihinden itibaren 15 günlük bir süre ile sınırlanması isabetli olmuştur. Böylece malın zamanında muayene ve ihbar yapılıp yapılmadığı tartışmalarının önüne geçilecektir.

Ayıpla ilgili dava açma zaman aşımı süresinin 2 yıl olarak tespiti, tüketicinin lehine olmuştur. Satıcının hilesine maruz kalan tüketiciye karşı iki yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmayacağı da bir başka olumlu farklılıktır. Ancak, ayıp dolayısıyla meydana gelen zararlara karşı açılacak tazminat davalarının da 2 yıllık zamanaşımına tâbi tutulması, tüketicinin aleyhine olmuştur. Çünkü ayıplı ifanın sebep olduğu zararların tazmini davası on yıllık zamanaşımı süresine tâbidir.

<sup>33</sup> Zevkililer, 68.

# KARŞILIĞI BULUNMASINA RAĞMEN ÇEK BEDELİNİ ÖDEMEYEN BANKANIN HAMİLE KARŞI HUKUKİ SORUMLULUĞU

Yard. Doç. Dr. Ahmet Battal\*

## GİRİŞ

Bir bankanın kendisi üzerine keşide edilmiş bulunan bir çeki ilgili hesapta karşılığının bulunmasına rağmen -haklı başka bir gerekçe de yok iken- ödemeden kaçınması sık karşılaşılan bir durum değildir.

Ancak yine de aşağıda inceleyeceğimiz çeşitli sebeplerle böyle bir ihtimal söz konusu olabilir.

Bu durumla karşılaşan hamilin rücu mekanizmasını devreye sokması beklenir. Hamilin bu ihtimalde müracaat borçluları karşısındaki hakları konusunu burada incelemeyeceğiz.

Böyle bir olayla karşılaşan hamil bankaya karşı da talep hakkına sahip midir? Evet cevabı verilirse hangi yolları hangi hakları kullanabilir?

Aşağıda bu sorulara cevap bulmaya çalışacağız.

## I - MUHATAP BANKANIN ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAYNAĞI

TK. 69512'ye göre "keşideci muhatap nezdinde çekin ancak bir kısım karşılığını hazır bulundurduğu takdirde muhatap bu kısmi karşılığın tutarını ödemekle mükelleftir."

Bu maddede çek bedelinin tamamının karşılığının bulunmasına rağmen ödenmemesi hali açıkça düzenlenmiş değildir. Kısmen mevcut karşılığın ödenmesi zorunluluğu ifade edilmektedir. Ancak yine bu cümlelerin işaret ettiği bir anlam daha vardır. Bir çekin kısmen karşılığı varsa bunu ödemekle "mükellef" olan banka, çekin karşılığının tamamen bulunduğu hallerde yine aynı ödeme mükellefiyeti altında olmalıdır<sup>1</sup>.

Bu mükellefiyetin ne anlama geldiğini aşağıda ayrıntıları ile inceleyeceğiz.

Ancak konuyu 3167 sayılı Şekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'un 411. maddesi yönünden de ele almak gerekir. Bu maddeye göre "Şekle işleyen hesabın bulunduğu banka şubesi ibraz edildiği anda karşılığı bulunan çeki ödemek mecburiyetindedir.

\* Gazi Üniversitesi Ticaret ve Turizm Eğitim Fakültesi Ticaret Hukuku Eğitimi ABD Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Karayalçın, Yaşar, Ticaret Hukuku Dersleri, C. II, Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), Ankara-1970, s. 281

Çekin karşılığının kısmen bulunması halinde ise bu miktar ödenir. Muhatap bankanın çek hesabı açılmış olan şubesi dışındaki herhangi bir şubesine ibraz edilen çek karşılığı, o şube tarafından provizyon (karşılık) istenmek suretiyle ödenir."

Bu maddede yazılı mükellefiyeti yerine getirmeyen veya geciktirerek verine getiren bankaya aynı Kanunun 15. maddesi gereğince ağır para cezası verilir.

Bu iki kuralı kısaca değerlendirecek olursak; Çek K. 4 ve TK. 695 bir ödeme mükellefiyetinden bahsetmektedir. Bu mükellefiyetin öncelikle ödeme isteyen hamile karşı olduğu açıktır. Ancak ödeme yükümlülüğünü yerine getirmemesinin banka yönünden sonuçları yani bankanın sorumluluğu konusu açık değildir. Kanunda sadece, bu mecburiyete uymamanın aynı zamanda Çek K. 15 anlamında ağır para cezası gerektiren bir suç olduğu belirlenmiş bulunmaktadır.

Böylece, Çek K. 4 penceresinden bakıldığında bu mecburiyete uymamanın tek sonucu ceza müeyyidesi imiş gibi görünmektedir.

Konu, Çek K'ndan çok önce, TK. 695 ile dolaylı olarak düzenlenmemiş olsaydı bu düşünce haklı olabilirdi. Oysa Çek K'ndakine benzer ceza hükümleri içermeyen ve ceza müeyyide ile ilgilenilmeksizin kaleme alındığı açık olan TK'ndaki çeki ilişkin hükümler ise bu meyanda TK 69512'nin başka tür bir müeyyideyi öngördüğünü kabul etmek zorunlu görünmektedir.

Bu müeyyide kimin haklarını korumaktadır?

Çek bedelinin, karşılığı bulunmasına rağmen zamanında ödenmemesinden dolayı hamilin bir zararı oluşmuş ve hamil bu zararını keşideciden tahsil etmiş ise keşideci çekle işleyen hesap sözleşmesine aykırılık nedeniyle ve rücu yoluyla bankadan bu ödeme ölçüsünde bir tazminat talep edebilecektir. Ayrıca karşılıksız bırakmamış olmasına rağmen çek bedelinin ödenmemesi keşidecinin piyasadaki itibarının zedelenmesine sebep olmuşsa bundan kaynaklanan maddi ve manevi zararının tazminini isteyebileceği de düşünülebilir.

TK 693/2 ve Çek K. 4'teki hükümler hamilin doğrudan bankaya karşı talepte bulunmasını sağlamakta mıdır?

Aşağıda önce genel olarak çekin ödenmemesi olayını ele alıp çeşitli ihtimalleri inceleyeceğiz. Ardından da bu ihtimallerden bir grubu ayırıp, aradaki farkları da nazara alarak bunlar yönünden hamilin haklarını ayrıca değerlendireceğiz.

## II- UYGULAMADA İBRAZ EDİLEN BİR ÇEKİN ÖDENMEMESİ HALLERİ

Bir çek hamili çeki bankaya ibraz ettiğinde karşılaşacağı ihtimalleri iki grupta incelemek mümkündür.

## A - Keşidecinin Davranışından Kaynaklanan İhtimaller

1. Hesapta yeterli karşılık vardır. Banka çeki alır, bedelini öder.
2. Hesapta yeterli karşılık olmamasına rağmen banka, zımni ya da açık kredi ilişkisi çek bedelini öder.
3. Karşılık yetersiz ise banka çekin mevcut kısmi karşılığını öder, karşılıksız şerhi koyarak çeki iade eder<sup>2</sup>.
4. Çek hesabın bulunduğu şubeden başka şubeye ibraz edilmişse ilgili şubeye provizyon sorulur. Olumlu cevap gelirse çek bedeli ödenir.
5. Çekin sahteliği ihtimali varsa banka ödemededen kaçınır. Ödememe sebebini çekin arkasına yazıp iade eder.
6. Hamil çekin devir şekli yönünden türüne uygun bir şekilde meşru hamili olarak görünmüyorsa banka ödemededen kaçınır, durumu çekin arkasına yazarak iade eder.
7. Çekin karşılıksız olduğu anlaşılmıştır. Banka durumu çekin arkasına yazar ve iade eder.

Banka bütün bu ihtimallerde kendisinden beklenen kanuna uygun davranışı göstermiştir. Herhangi bir sorumluluğundan söz edilemez.

Ayrıca çekin üzerinde yazılı bulunan hesapta yeterli karşılık bulunmasına rağmen keşideci ile banka arasında bu hesaba çek keşide edileceğine dair bir çek anlaşması mevcut değilse ya da önceden varken iptal edilmişse ve bu nedenle banka çek bedelini ödemezse bir sorumluluğu doğmaz<sup>3</sup>.

Geriye kalan iki ihtimal ise şunlar olabilir.

1. Hesapta yeterli karşılık bulunmadığını bilen keşideci durumu bankaya haber verir ve zor durumda bırakılmaması konusunda bankadan yardım talep eder.

2. Aynı şekilde, keşidecinin bir talebi bulunmamasına rağmen banka da kendisini müşterisi keşideciye karşı böyle bir yardımla mükellef görebilir.

Bu hallerde bankanın (ilgili şubenin) yapabileceği Kanuna uygun tek yardım şekli; şayet çek bedeli şubenin kredi yetki limitleri dahilinde ise yetkisini kullanarak derhal hesap sahibi keşideciyi kredilendirmek ve çeki ödemek suretiyle karşılıksız kalmasını önlemektir<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Uygulamada kısmi ödeme hallerinde bankalar kendi haklarını korumak amacıyla çeki alıkoymaktadırlar. Hamiller ise icra takibi yoluyla rücu hakkını kullanmak için çekte ihtiyaç duyduklarından çoğu halde kısmi ödeme yerine çekin iadesini tercih etmektedirler. Konunun bu yönü Kanuni çözüme kavuşturulmalıdır.

<sup>3</sup> Pulaşlı, Hasan, Kıymetli Evrak Hukuku, Konya-1995, s. 172, Domanıç, Hayri, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.IV, Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, İstanbul-1990, s. 569

<sup>4</sup> Bir alt ihtimal olarak çek bedelinin kredi limitini aştığı hallerde dahi şube yetkilisinin; bankanın iç düzen kurallarını ve yetki sınırını ihlal etmek uğruna müşterisini korumaya karar vermesi ve yetkisini aşarak vereceği kredi ile çekin karşılıksız kalmasını önlemesi mümkündür.

Ancak tatbikatta bankaların müşterileri olan keşidecileri korumak uğruna daha başka çözümler uyguladıkları görülebilmektedir. Hemen belirtelim ki bunların hiç biri hukuka uygun sayılmaz. Ya açıkça kanuna aykırıdır ve kolaylıkla ispat edilebilir. Ya da kanuna aykırılık kendisini çok net bir biçimde göstermez, ispatı zordur.

Bu ihtimalleri değerlendirecek olursak;

1. Çekin, hesabın bulunduğu şubeden başka şubeye ibrazı halinde banka bunu bir fırsat olarak değerlendirir. Haberleşmenin kurulmadığını ve provizyon alınmamış olduğunu bir mazeret olarak ileri sürer. Talep halinde bu durumu çekin arkasına yazabileceğini de belirtir. Hamilin böyle bir mazeret ile birkaç günden daha uzun süre oyalanması pek mümkün değildir. Sonuçta karşılıksızlık durumu tespit edilecektir.

2. Banka "çekin tarihinin - vadesinin henüz gelmemiş olduğunu" ileri sürerek ödemekten ve dolayısıyla karşılıksızlık halini çekin arkasına işlemekten kaçınır.

Çek, meşru hamili tarafından süresi içinde ibrazı halinde, yeterli karşılık varsa ödenmesi, karşılık yoksa bu durumun derhal tespiti gereken bir kıymetli evraktır. O halde bankanın bu davranışı TK. 707/1 ve Çek K 5'e aykırılık oluşturur. Ayrıca Çek K. 15 uyarınca ağır para cezası gerektiren bir suç niteliğindedir.

3. Banka çekin karşılığının halen mevcut olmadığı ancak bununla birlikte sonraki saatlerde veya günlerde hesabın uygun hale geleceği konusunda hamili ikna etmeye çalışır, hamili oyalar, karşılıksızlık halini çeke işlemekten kaçınır.

Yukarıdaki ihtimallerin üçünde de hamil, talepte bulunmasına rağmen karşılıksızlık halinin çeke işlenmesinin reddedilmiş olduğunu noter vasıtasıyla tespit ettirebileceği gibi<sup>5</sup> mahkeme aracılığıyla (tespit davası ile) dahi belgeleyebilir.

Böylece hem keşideciye karşı karşılıksız çekten doğan müeyyideler uygulanmaya başlanacaktır. Hem de hamilin, oyalanması ile geçen sürede uğramış bulunduğu zararı bankadan talep etmesi mümkün olacaktır. Ancak bu ihtimalde banka sadece gecikmeden doğan zarardan sorumlu olur. Çek ibraz anında karşılıksız olduğuna göre bankanın çek bedelinden sorumluluğu yoktur.

## **B- Doğrudan Bankadan kaynaklanan İhtimaller (Karşılığı Mevcut Olan Çekin Bankaca Ödenmemesi Halleri)**

1. Hamilin çeki süresinde ibraz etmesi ve çekin karşılığının bulunduğu anlaşılmamasına rağmen kasada yeterli nakit mevcudun olmaması nedeniyle çek bedeli ödenemiyorsa, banka şubesi muhtemelen hamili oyalama

<sup>5</sup> Bu tespit TK. 720/1'deki protesto ile aynı anlama gelebilir. Karayalçın, s.298



yoluna gidecektir. Bu ihtimalde en iyi oyalama taktiği şayet çek hesabın bulunduğu şubeden başka şubeye ibraz edilmişse provizyon alınmadığı gerekçesiyle hamili bekletmek ve bu esnada kasanın ödemeye uygun hale getirilmesine çalışmaktır.

Çekin hesabın bulunduğu şubeye ibrazı ve kayden karşılığının bulunmasına rağmen kasa mevcudunun yetersizliği nedeniyle ödeme yapılmayacağına anlaşılması durumlarda ise provizyon alınmamış olduğu mazeretinin kullanılması mümkün olmayacaktır.

Bir şubenin kasa mevcudunun yetersizliği ihtimalinin bankanın genel olarak ödeme güçsüzlüğüne düşmesi ihtimalinden bağımsız değerlendirilmekte fayda vardır.

Kasada nakit yetersizliği nadiren görülen bir olaydır. Bankalar bu tür ihtimallere karşılık tedbirli davranırlar. Bankalararası para piyasası (İnterbank) yardımıyla, bir gecelik de olsa eldeki fazla paranın bu paraya ihtiyaç duyan bankalara satışının her geçen gün daha da yaygınlaşması karşısında bu tür nakit darlıklarının yaşanması ne kadar normale kısa sürmesi de o derece normaldir.

Bu tür bir nakit darlığı olağanüstü bir mali sıkıntının göstergesi olmayabilir. Çoğunlukla bir şubeye has bir durumdur. Bu şube genellikle hesap hatası ya da olağanüstü bir durum sonucu, yakındaki başka şubelerden yada diğer bankalardan nakit beslenme yapamadığı için bir iki saatliğine, bazen bir iki günlüğüne bir nakit darlığı yaşayabilir. Bu darlık diğer şubelere asla sirayet etmez. Bankacılık sektörüne ve mali piyasaya bir kriz olarak yansımaz. Mahalli bir problem olarak doğar ve büyümeden çözülür.

Buna karşılık bir bankanın genel olarak ödeme güçsüzlüğüne düşmesi durumunda bankanın genel mali yapısı bozulmuş demektir. Kısa sürede altından kalkılamayacak bir krizle karşı karşıya kalınmıştır. Bütün şubeleri ve bütün alacaklı müşterileri uzun süreyle etkileyecek bir darboğaza girilmiştir. Bu duruma düşmüş bir banka için kurtuluş neredeyse imkansızdır.

Birinci ihtimalde bankanın özel olarak hamile karşı sorumluluğu gündeme getirilebilir. Oysa ikinci ihtimalde artık Bank K 64 ve 68'deki özel tedbirlerin uygulanmasına başlanmış belki de bankanın bankacılık yapma yetkisi kaldırılmış ve tasfiye sürecine geçilmiştir. Bu durum şüphesiz ki bankanın sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Ancak artık sorumluluk özel kurallara tabi olacaktır.

Biz bu makalede tümüyle ödeme güçsüzlüğüne düşmüş bir bankanın sorumluluğu ile ilgili özel kurallar konusuna girmeyeceğiz. Diğer ihtimallerden doğan sorumluluğu değerlendireceğiz. Böylece bu özel sorumluluk halinin genel çerçevesini de çizmiş olacağız.

2. Çek yabancı para olarak belirtilmiş bir bedeli içeriyorsa TK. 714/1 gereğince banka kural olarak seçimlik hakka sahip olduğundan kahasında bu cinsten dövizin bulunmaması kendisini sıkıntıya sokmayacak, TL ile ödemeyi

teklif edebilecektir. Ancak kasa TL ödemeye de uygun değilse problem devam ediyor demektir.

3. Çek yabancı para bedeli yanında bu para birimi ve aynen ödeme kaydını da içeriyorsa TK. 714/3 gereğince bankanın seçim hakkı ortadan kaldırılmış olacağından bu türden döviz ile ödemeye kasa müsait değilse banka yönünden yine problem vardır.

Banka bu durumu hamile bildirir ve hamil aynen ödeme talebinde ısrar etmekten vazgeçerse TL ödeme yapılabilir. Kasanın TL'na da uygun olması halinde yine problem devam ediyor demektir.

4. Hesapta çeki ödemeye yeterli karşılığın ve kasada ödemeye yeterli nakdin bulunmasına mukabil, özellikle keşidecinin herhangi bir sebebe dayanan şifahi talebi üzerine banka ödemedi ve çekin arkasına ödememe sebebini yazmaktan kaçınmış olabilir.

Bu ihtimalde banka aslında müşterisi olan keşidecinin üzerinde bulunması gereken riski kendi üzerine almış demektir. Zira keşideci bankaya bu çekin ödenmemesi ricasında bulunmak yerine -ödemeyi önlemek üzere- hesaptan parayı çekerek hesabı karşılıksız bırakabilirdi. Bu durumda çekin arkasına karşılıksız olduğu yazılacak ve keşideci karşılıksız çekin ağır müeyyideleri ile karşılaşmış olacaktır.

Oysa hesapta yeterli karşılık bulunmasına rağmen banka çeki ödemezse; keşideci çek nedeniyle hamile karşı sorumlu olmaya devam edecek ancak bu halde karşılıksız çek müeyyideleri söz konusu olmayacaktır. Sadece banka Çek K. 4'e uymamanın 15. maddedeki cezai sonucu olan ağır para cezası ile karşılaşacaktır.

Aslında bu durum hesapta gerçekten yeterli karşılık bulunmamasına rağmen, bankanın "çekin karşılığı var, ancak bir riski üstümüze aldık, ödemiyoruz" demesi halinde de aynı sonucun ortaya çıkacağını göstermektedir. Bu ise başka bir tartışmayı da gündeme getirir. Hesabında yeterli karşılık bulunmadığı için karşılıksız çeki ilişkin ağır müeyyidelerle karşı karşıya kalacak olan müşterisini korumak isteyen banka, ağır para cezasına razı olarak müşterisini bu yolla koruyabilir.

Ödeme kabiliyetinin ve hesapta yeterli karşılığın bulunmasına rağmen keşideciyi çekin ödenmemesini sağlamak konusunda bankadan ricada bulunmaya iter? çeşitli sebepler olabilir. En önemlisi haksız -sebepsiz- olarak bir kere ödenmiş olan bir taranın geri alınmasının kaçma, iflas gibi sebeplerle zor olabilmesidir.

5. Keşidecinin bir ricası (isteği) bulunmamasına rağmen banka bizzat kendi iradesiyle hesapta bulunan parayı hamile ödemiş, kaçınmış olabilir.

Örneğin banka keşidecinin iflasa ya da ödemelerini tatil etmeye doğru gittiğini hissetmiş ise -ki bunu ilk hissedenler genellikle bankalardır- ve bu keşideciden kendisinin de kredi ve benzeri hukuki ilişkiler nedeniyle alacağı varsa, mahsup işlemine yönelik bankacılık işlemleri için gerekli zamanı kazanmak amacıyla, hesapta yeterli karşılığı bulunmasına rağmen ilk gelen

### *Karşılığın Bulunmasına Rağmen Çek Bedelini Ödemeyen Bankanın Hamile Karşı Hukuki Sorumluluğu*

çeki veya çekleri ödemekten kaçınabilir. Yeterli vakit kazanıldıktan sonra bu süre içinde hesaptan mahsup yoluyla kendi alacağını elde eden banka, ibraz edilen çeki halen karşılığı varsa ödeyecek ve şayet yeterli karşılık yoksa keşideci karşılıksız çek müeyyideleri ile karşı karşıya kalmış olacaktır.

Bankanın başka bir nedenden doğmuş kendi alacağını keşidecinin hesabından tek yanlı olarak mahsup etmesi kural olarak mümkün değildir. Zira bu işlem için keşidecinin iznine ihtiyaç vardır. Ancak bankalar kredi açma sözleşmelerine ve bankacılık işlemleri sözleşmesi gibi genel içerikli sözleşmelere özellikle koydukları genel işlem şartı niteliğindeki kayıtlarla, banka alacağının hesaplar arasında mahsup yoluyla tahsil edilebilmesine imkan veren hükümleri daha başlangıçta hesap sahiplerine kabul ettirmektedirler.

Bir başka ihtimal; banka yine iflasa ya da ödemelerini tatil etme noktasına doğru giden keşidecinin hesabında yeterli para bulunmasına rağmen, tanımadığı ya da korumaya değer görmediği bir hamil tarafından ibraz edilen çeki ödeyip hesabı zayıflatmak ya da sıfırlamak ve daha sonra gelecek çek hamillerini boş göndermek yerine, kendince bir tercih yaparak, tanımadığı hamilin ibraz ettiği çeki hesapta yeterli karşılık bulunmasına rağmen ödememek ve hesaptaki karşılığı daha sonra çek ibraz edecek olan korunmaya değer görüldüğü başka çek hamilleri lehine hesapta saklamak yoluna gitmiş olabilir.

Bu başlık altında yer alan bütün ihtimallerde banka sonuç olarak hesapta yeterli serbest karşılık bulunmasına rağmen şu ya da bu saikle ödeme yapmamakta ya da yapmamaktadır.

Banka hesapta yeterli karşılık bulunmasına rağmen çekin arkasına karşılıksız olduğu için ödenmediğini yazarsa ve keşideci ve hamil gerçek durumdan haberdar olmazsa karşılıksız çek müeyyideleri uygulanacaktır. Hamilin gerçek durumu bilmesi beklenemez. Ancak müeyyideler kısmen uygulanmaya başlandıktan sonra keşideci kendi hesaplarını kontrol ederek, hesabı aslında karşılıksız bırakmadığını ancak buna rağmen karşılıksız imiş gibi işlem yapıldığını anlarsa bu yanlış işlem nedeniyle bankayı hem maddi hem manevi tazminatla sorumlu tutabilir.

Hamil hesapta yeterli karşılık bulunmasına rağmen bankanın ödemek istemediğini veya ödeyemediğini -yani gerçek durumu öğrenebilir mi? Nasıl?

Bu sorunun cevabı gerçekten önemlidir. Çünkü hamil gerçek durumu yani hesapta yeterli karşılık bulunmasına rağmen Çek K. 4'e aykırı olarak çek bedelinin kendisine ödenmediğini bilmelidir ki müracaat hakları dışında ve buna ek olarak bankaya karşı da hakları olduğunu düşünün ve bu hakları kullanmaya niyetlensin<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal, Kıymetli Evr... Hukuku Esasları, İstanbul-1995 s. 238-239'da bankanın "karşılık var fakat ödeyemiyorum" demesini tartışmanın fikir jimnastiğinden öte gidemeyeceğini, hamilin, bankanın çekin karşılığı bulunmasına rağmen ödememiş olduğunu ancak keşideciye rücu ettiği takdirde ondan öğrenebileceğini belirtmektedir.

Kanaatimizce hamilin gerçek durumu öğrenmesinin çeşitli yolları olabilir. Örneğin bankanın görevlisi durumu şifahi bilgi olarak hamile aktarmış olabilir. Banka hamilin ısrarı üzerine hesapta karşılık bulunmasına rağmen bedelin ödenmeyeceğini - ödenemeyeceğini çekin arkasına yazmış olabilir (Yukarıda da inceldiğimiz gibi böyle bir beyanın yazılmış olması özellikle keşidecinin korunması yönünde çekin gerçekten karşılıksız kalması halinde bu durumun çekin arkasını yazılmasından daha az tehlikelidir).

Hamil gerçek durumu, rücu yoluyla başvurduğu keşidecinin bilgilendirmesi veya itirazı üzerine de öğrenmiş olabilir.

Netice olarak hamilin gerçek durumu yani çekin karşılığı bulunmasına rağmen ödenmemiş olduğunu kimden ve ne zaman öğrendiği, sonucu değiştirmez. Çek bedelini zamanında tahsil edememiştir. Bunda keşidecinin ve varsa cirantaların bir kusuru yoktur. Dolayısıyla bu kişilerin ana para dışında bir sorumlulukları da yoktur. Ana paradan sorumlulukları da tartışılabilir. Ancak bankanın ödememesi ödeyememesi şeklinde yorumlanırsa, poliçede kabul etmiş (keşideci ile arasında karşılık ilişkisini kurmuş) olan muhatabın ödeyememesi hali ile kıyaslanarak, bu halde poliçe sorumlularına müracaat hakkı doğduğu gibi, çek muhatabının ödeyememesi hallerinde de çekten sorumlulara rücu hakkının doğduğunu kabul etmek gerekir.

Karşılığı bulunmasına rağmen çeki ödemeyen bankanın hamile karşı sorumluluğu var mıdır? Varsa kaynağı ve kapsamı nedir?

Şimdi bu soruların cevaplarını inceleyelim.

### III- KARŞILIĞI BULUNMASINA RAĞMEN ÇEKİ ÖDEMİYEN BANKANIN HAMİLE KARŞI SORUMLULUĞU

#### A- Banka Hamile Karşı Sorumludur

Karşılığı bulunmasına rağmen süresi içinde ödeme talebiyle ibraz edilen çeki ödemeyen bankanın hamile karşı sorumlu olup olmadığı konusunda doktrinde çeşitli görüşler savunulmaktadır.

Kınacıoğlu<sup>7</sup> muhatap bankanın ödeme mükellefiyetinin hamile karşı değil keşideciye karşı olduğunu belirtmekte ve hamil ile banka arasında bir karşılık ilişkisi bulunmadığı gerekçesiyle sorumluluğu reddetmektedir. Ancak karşılığın devri halinde bankanın sorumlu olacağını da kabul etmektedir.

Ayrıca Kalpsüz, Öztan, Tekil, ve İnan'da bankanın hamile karşı sorumluluğunu reddetmektedirler.<sup>8</sup> Bu yazarlar da garantili çeklerde ve çekte karşılığın devrinin söz konusu olduğu durumlarda istisnai olarak bankanın hamile karşı sorumlu olduğunu kabul etmektedirler.

<sup>7</sup> Kınacıoğlu, Naci, Kıymetli Evrak Hukuku. Ankara-1993. s. 328. 330

<sup>8</sup> Göle Celal; Çek Hukuku. Ankara-1989, s.120-121

Buna karşılık aşağıda görüşlerini inceleyeceğimiz diğer bir çok yazar bankanın hamile karşı sorumluluğunu kabul etmektedirler<sup>9</sup>.

Karayalçın<sup>10</sup> bankanın hamile karşı sorumluluğunu kabul etmekte ve bankanın ödeme zorunluluğunun çek anlaşmasının aynı zamanda BK 111/2 anlamında üçüncü kişi yararına bir sözleşme niteliği taşımasından kaymaklandığını belirtmektedir.

Domaniç<sup>11</sup> çek anlaşması ve provizyon varsa bankanın süresinde ibraz edilen çeki ödemek zorunda olduğunu, ödemediği takdirde hamile karşı mütemerrit duruma düşeceğini ancak bu iki şarttan birinin dahi eksik olması halinde sorumluluğun kalkacağını ifade etmektedir.

Poroy/Tekinalp<sup>12</sup> hesapta yeterli karşılık olduğu halde çeki ödemeyen bankanın keşideciye karşı, poliçedeki kabul etmeyen muhatap gibi çek ilişkisi dışında sorumlu olacağını, hamilin çeki dayanarak bankaya karşı talepte bulunamayacağını kabul etmekte buna karşılık aynı eserde başka bir yerde<sup>13</sup> "banka karşılığı tamamen veya kısmen bulunan çeki ödemekle mükelleftir ve ödemediği takdirde hamilin tazminat talebiyle karşılaşacağı gibi para cezası ödemeye de mahkum olur" demektedirler.

Ayrıca aşağıda görüşlerine başvuracağımız yazarlar da bankanın hamile karşı sorumluluğunu kabul etmektedirler.

Sonuç olarak doktrinde çoğunluk bankanın hamile karşı kanundan doğan bir sorumluluğu bulunduğunu kabul etmektedir.

Belirtelim ki kanunlardaki özel hükümler yardımıyla bankanın hamile karşı sorumluluğu yoluna gidemiyor olsaydık dahi, aşağıda (C) başlığı altında inceleyeceğimiz asli edimi bulunmayan kanuni borç ilişkisi teorisi yardımıyla yine aynı sonuca ulaşmamız mümkün olabilirdi. Gittikçe daha çok kabul gören bu teoriye göre banka keşideciyle yaptığı sözleşmenin bir davranış yükümü olarak, hamili zarardan uzak tutmak ve ona zarar vermemek zorundadır. Aksi halde kendisi sorumlu olur.

## **B- Bankanın Hamile Karşı Sorumluluğunun Kaynağı (Türü)**

Doktrinde bankanın hamile karşı sorumluluğunu kabul eden yazarlar arasında bu konuda bir birlik yoktur.

Göle<sup>14</sup> bu sorumluluğun her halükarda çek - kambiyo hukuku dışında genel hükümlerden kaynaklandığını tespit etmekte ve gerekçe olarak da bankanın hiç bir zaman çekin müracaat borçluları arasına girmeyeceğini göstermektedir.

<sup>9</sup> Göle, s.121

<sup>10</sup> Karayalçın, s.294, 281

<sup>11</sup> Domaniç, s. 569

<sup>12</sup> Poroy/Tekinalp s.238, No 299.b.

<sup>13</sup> Poroy/Tekinalp, s 243, No. 305

<sup>14</sup> Göle, s. 120

Eriş<sup>15</sup> ve Reisoğlu<sup>16</sup> hamilin muhatap banka aleyhine genel hükmüne göre tazminat davası açabileceğini savunmaktadırlar. Böylece bu yazarlar sorumluluğun sözleşme içi sorumluluk olduğu görüşünü benimsemektedirler.

Domaniç<sup>17</sup> bankanın ödememesinin hem temerrüt halin hem de hamilin muhatap bankaya karşı maddi ve manevi tazminat sorumluluğunu doğuracağını kabul etmekte ve haksız fiil sorumluluğunu benimsediği izlenimini uyandırmaktadır.

Bozer/Göle<sup>18</sup> "karşılığı bulunan ve bütün unsurları mevcut olan çek ödemeyen muhatap banka aleyhine çek anlaşmasına uymamak" veya haksız fiil sebebiyle hamilin maddi ve manevi tazminat davası açabilmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Bu ifade sorumluluğun kaynağı yönünden kendi içinde bir çelişki taşıyor gibi görünüyorsa da yazarların davaların yarışması halinin varlığını benimsedikleri sonucu da çıkarılabilir.

Buna karşılık Göle müstakil eserinde<sup>19</sup> çek bedelini ödemeyen bankanın keşideciye karşı sorumluluğunun çek anlaşmasına dayandığını, buna karşılık hamile karşı sorumluluğunun ise haksız fiile istinat ettiğini açık bir şekilde ifade etmektedir.

### C- Sorumluluğun Kaynağı Konusunda Kanaatimiz: Asli Edimi Bulunmayan Kanuni Borç İlişkisi Teorisinin Uygulanması

Muhatap banka hamil ile bir sözleşme yapmış değildir. Sözleşme sadece keşideci ile banka arasındadır.

Ancak bu sözleşme Karayalçın'ının<sup>20</sup> da belirttiği gibi üçüncü şahsın yararına bir sözleşme mahiyetini taşımaktadır. Doktrindeki çoğunluk görüşüne uyarak hamilin bankaya karşı doğrudan talep hakkına (ifayı bizzat talep yetkisine) sahip olduğunu kabul edecek olursak, tam üçüncü şahıs yararına sözleşme sayılacağı açıktır<sup>21</sup>.

Bu durumda hamilin muhatap bankadan talep hakkı kendisinin yararlanan durumunda olduğu ve keşideci ile banka arasında akdedilmiş bulunan bir sözleşmeye dayanmaktadır.

Öte yandan bu gerekçe kabul edilmeyecek olsa dahi yukarıda ayrıntılı olarak incelediğimiz ihtimallerin hiç birinde bankanın hamile karşı bir haksız fiilinden bahsetmek mümkün değildir.

<sup>15</sup> Eriş: Gönen, Uygulamalı Çek Hukuku. Ankara-1993, s. 41

<sup>16</sup> Reisoğlu, Seza. Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek. İstanbul 1985, s.87

<sup>17</sup> Domaniç, s. 618

<sup>18</sup> Bozer, Ali/Göle, Celal, Bankacılar İçin Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara-1996, s.159

<sup>19</sup> Göle, s. 120

<sup>20</sup> Karayalçın, s.281

<sup>21</sup> Tekinay, S.Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu Haluk Altınp Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler İstanbul-1993, s.220. Eren, Fikret. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.III, Ankara-1991, s. 333

Zira modern eğilimde haksız fiil sorumluluğunun kapsamı sözleşme sorumluluğu lehine gittikçe daralmakta ve haksız fiil faizi ile mağdurunun birbirini önceden tanımadığı -tanınması gerekmeyen- ve hukuki ilişki kurmadığı hallerde inhisar ettirilmektedir."

Hamil bankaya girip iyi niyetle çekin karşılığını talep etmekte, muhatap banka -görevlileri- kendisini bir müşteri olarak karşılamakta, hukuki ilişki kurmakta ve hukuki ilişkinin devamında bir daha sonra bu hukuki ilişkinin devamında bir noktada banka herhangi bir gerekçeyle, karşılığı bulunan ve hukuken ödenmesi gereken bir çeki ödememek suretiyle hamile zarar vermektedir<sup>22</sup>.

Banka çek bedelini ödemiş olsaydı hukuka uygun başlamış ve gelişmiş bulunan bir hukuki ilişki yine hukuka uygun olarak sona erecekti. Bankanın iradi davranışı bu ilişkiyi sonradan hamile zarar verici hukuka aykırı bir ilişki şekline büründürmektedir.

Görüldüğü üzere burada banka ile hamil arasında daha baştan, dürüstlük kuralından kaynaklanan ve adına güven ilişkisi denilen bir "hukuki ilişki", "hukuki bağ" kurulmaktadır<sup>23</sup>.

Bu konuda geliştirilmiş olan en önemli teori, asli edimi bulunmayan kanuni borç ilişkisi teorisisidir. Bu teoriye göre banka ile müşterisi arasında asli edim içeren bir borç ilişkisi bulunmasa dahi, davranış yükümlerinden doğan ve güven borcu doğuran bir hukuki ilişki vardır. Bu hukuki ilişki taraflara, birbirlerine zarar vermeme yükümü yükler. Zarar verenin tazminatla sorumlu olması gerektiği sonucuna ulaşılır<sup>24</sup>.

Dürüstlük kuralından kaynaklanan bu yükümlülük, hukuki işleme yönelmeleri sebebiyle birbirleriyle temas haline geçen kişilerin, birbirlerine zarar vermemeleri gerektiğini gösterir. Zira tarafların birbirlerinin şahıs ve malvarlıkları üzerinde etkili alma imkanları artmış buna karşılık güven ilişkisi sıkılaşmıştır<sup>25</sup>.

Güven ilişkisi çerçevesinde verilen zararlar bir haksız fiil zararı olarak kabul edilmelidir<sup>26</sup>. Adli edimi bulunmasa dahi ortada kanundan kaynaklanan bir hukuki ilişki ve ilişkinin doğurduğu, zarar vermeme borcu vardır. Bu ilişki ve borcun ihlali ise haksız fiil değil sözleşmeden doğan borcun ihlali kapsamında değerlendirilmelidir. Böylece zarar gören hem ispat hem de zamanaşımı yönünden daha elverişli bir dava hakkına kavuşturulmuş olacaktır<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Staundinger/Weber ve Soergel/Teichmann'a da atfen Akyol, Şener. Dürüstlük. Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul-1993, s.11, Yung, Walter, Devoirs Generaux Et Obligations, Melanges en L'honneur de Wilhelm Schönberg Fribourg-1968, s.167, Deschenaux, Henri/Tercier, Pierre, La Responsabilité Civile, Berne-1982, s.28, Engel, Pierre, Traite des Obligations En Droit Suisse, Neuchatel-1973, s.501.

<sup>23</sup> Akyol, s.11,12

<sup>24</sup> Tekinalp, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul-1988, s.252, Akyol, s.50

<sup>25</sup> Tekinalp, s.254

<sup>26</sup> Akyol s.11-12

<sup>27</sup> Akyol, s.50

## D - Hamilin Bankadan Talep Hakkının Kapsamı

Hamilin, hesapta yeterli karşılık bulunmasına rağmen çek bedelinin kendisine ödenmemiş olduğunu öğrendiği andan itibaren bankaya karşı sözleşme içi sorumluluk hükümlerine dayanan bir talep hakkına sahip olduğunu tespit etmiş bulunuyoruz.

Acaba hamil bankayı hangi miktarla sorumlu tutacaktır.

Belirtelim ki bir kaç günlük gecikmeyle de olsa çek bedelinin tahsil edildiği durumlarda sadece gecikmeden kaynaklanan zararın tazmini - genellikle büyük meblağlı çeklerde- gündeme gelecektir.

Buna karşılık asıl problem, bu gecikme esnasında başka çeklerin ödenmiş olması veya hesap sahibinin hesaptaki parayı çekmesi gibi sebeplerle hesabın artık ödemeye müsait olmaktan çıkması nedeniyle çek bedelinin gecikerek de olsa hesaptan tahsil edilememesi hallerinde ortaya çıkaracaktır. Bu hallerde banka ibraz günü karşılık bulunmasına rağmen ödenmemiş olması nedeniyle sorumlu tutulacak ve bu sorumluluğu çek bedeli ve gecikme zararı tamamen tahsil edilinceye kadar devam edecektir.

Hamil çek bedelini asıl alacak olarak tamamen tahsil edebilecektir. Bu kısım için tartışmalı bir durum yoktur denilebilir.

İbraz tarihinden talep (dava) tarihine kadar geçmiş olan süre için faiz talep etme hakkı olmalıdır. Bu faizin türü ve oranı temerrüdün hangi andan itibaren gerçekleşmiş olduğuna göre değişebilir.

Domanıç<sup>28</sup> bankanın ödememe anından itibaren temerrüde düşüğünü kabul etmektedir. Bizce de hamilin ayrıca bir ihtarda bulunmasına, mehil vermesine bu somut olayın niteliği gereği ihtiyaç yoktur. İbraz gününden itibaren temerrüt gerçekleşmiş sayılmalıdır.

Hamil ibraz gününden itibaren 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanununun 2/3. maddesi gereğince Merkez Bankasının kısa vadeli reeskont faiz oranı üzerinden temerrüt faizi isteyebilecektir. Bu faiz kanundan kaynaklanan bir tazminat niteliğindedir. İstenebilmesi için ayrıca zararın ya da bankanın kusurunun ispatı gerekmez.

Gecikme nedeniyle uğradığı zarar bu tazminatla elde ettiği miktardan daha yüksek ise hamil arasındaki farkı da talep edebilir mi?

Munzam zararı düzenleyen BK. 105 buna imkan tanımakla birlikte bazı şartları da getirmektedir. Hamil kendi müspet-munzam-zararını kendisi ispatlayacaktır.

Buna karşılık borçlu, temerrüdünün kusura dayanmadığını savunabilme hakkına sahiptir. Bu durumda alacaklı ayrıca borçlunun kusurunu da ispat etmek zorunda kalacaktır.

<sup>28</sup> Domanıç, s.569, 618



Acaba somut olaylarımızda borçlu bankaya kusursuzluğunu savunma hakkı verilmeli midir? Gecikmeden doğan münzam müspet zararının varlığını muteber delillerle ispat eden hamilin itiraz üzerine bir de bankanın kusurlu olduğunu ispat etmek zorunda bırakılması hakkaniyete uygun mudur?

Hamil hesapta yeterli karşılık bulunmasına rağmen bankanın kusurlu hareketiyle ödeme yapmadığını nasıl ispat edecektir?

Herhalde burada öncelikle bankanın kusursuzluk savunmasının gerekçelerinden yola çıkılacaktır. Ancak hangi gerekçe ileri sürülmüş olursa olsun hamilin elinde bir delil yoktur. Kullanabileceği deliller sadece davalı bankanın elindeki belgeler ile bilgisayar ve defter kayıtlarından ibaret olacaktır. Bu deliller bilirkişi tarafından incelenecek ve ödememe halinin bankanın kusurundan kaynaklanıp kaynaklanmadığı tespit edilecektir

Bu aşamada yukarıda (II. B. başlığı altında) incelediğimiz ihtimalleri yeniden gözden geçirmemiz gerekecektir.

1. Kasada yeterli nakdin bulunmaması nedeniyle ödeme yapılamamış olması bankanın kusurunu gösterir. Bankalar tacirdir ve bankacılık mesleğinin ifası içinde önemli bir yer tutan likiditeyi temin etme sorumluluğu, TK 20/2'den kaynaklanan basiretli bir tacir gibi davranma yükününün bir görünümünü oluşturur.

2. TL ve dövizle işleyen bir hesaba aynen ödeme kaydıyla dövizle çek keşide edilmiş ise muhatap banka TK. 714/3 gereğince seçimlik haktan mahrum olup aynen ödeme yükümlülüğü altındadır.

Özellikle döviz türünün -dolar ve mark dışında- çok kullanılmayan bir tür olarak belirlenmiş olması nedeniyle kasa yetersizliği sonucu hamilin aynen ödeme talebini yerine getirememişse kanaatimizce banka kusurlu sayılamaz. Zira TK. 714/3'ün amacı bankalara, bütün şubelerinde sürpriz talepleri karşılayacak ölçüde ve her cinsten dövizden yeterli miktarda bulundurmamak mecburiyetini yüklemek olmasa gerektir.

3. Banka görevlisinin, yetkisini aşarak keşideyi korumak uğruna hukuka aykırı şekilde çek bedelini ödemekten kaçınmış olması banka için bir mazeret oluşturamaz. BK. 100/1 adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğunu düzenlemekte olup banka tüzel kişinin personelini yanlış davranışının bankayı bağlamayacağı ve bankanın kusursuz olduğu türünden bir mazeretin geçersiz sayılması sonucu doğurur. Belirtelim ki banka personelinin birinci derecede imzaya yetkili şube müdürü türünden ticari mümessil olması halinde dahi, bizzat bankanın eyleminden değil yardımcının eyleminden adam çalıştırarak olarak bankanın sorumluluğu yoluna gidilmelidir. Zira bunlar tüzel kişinin organı değildir<sup>29</sup>.

4. Bankanın başka alacaklıların alacağını elde etmesini sağlamak amacıyla -çekle işleyen hesaba kendiliğinden bir anlamda bloke koymak sure-

<sup>29</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.896

tiyle- hamilin ödeme talebini ifadan kaçınması ve ona zarar vermiş olması halinde kusursuzluğunu savunamayacağı açıktır.

Kanaatimizce bankanın kendi alacak hakkını korumuş olması da durumu değiştirmez. Korumak istiyorsa ya usulünce kendi alacağını hesapsan mahsup yoluyla tahlil etmeli ve hesabın yetersizliği nedeniyle bedelini ödeyemediği çekin arkasına karşılıksızlık halini yazmalı<sup>30</sup> ya da sırasını beklemeli ve yasal yolla alacağını tahsil etmeye çalışılmalıdır. Bankanın kendi hakkını korumak uğruna başkasının (hamilin) hakkını ihlal etmesi hukuka uygun sayılmaz. Kusurunu ortadan kaldırmaz.

Hamil müracaat borçlularından talep etmek hakkına sahip olduğu ve TK. 722'de "Müracaat hakkının şümulu" başlığı altında sayılan kalemleri (ibraz gününden itibaren yüzde on faiz ve en çok binde üç oranında komisyonu) bankadan da istemek hakkına sahip midir?

Bu sorunun cevabı aslında hamilin bankaya karşı haklarının kaynağı ile de ilgilidir. Bankanın sorumluluğu çekten ve daha genel bir ifade ile kambyo ilişkisinden kaynaklanan bir sorumluluk ise bu kalemler de istenebilir.

Ancak doktrinde genel olarak kabul edildiği üzere çekle kambyo ilişkisi sadece keşideci ile lehdar, cirantalar ve hamil arasında söz konusudur. Bankanın çekle ilgisi sadece ödemeye aracı olmasından kaynaklanmaktadır. TK. 696'nın çekte kabul muamelesinin cari olmayacağını, yazılsa dahi yazılmamış sayılacağını düzenlemesinin bir gerekçesi de, bankanın provizyonunun poliçede muhatapın kabulünden farklı olmasıdır. Çekte "muhatap banka karşılık olursa ödeyen, görünürde borçlu olmakla beraber aslında hizmet ifa eden bir kuruluş durumundadır."<sup>31</sup>

Banka hiçbir zaman müracaat borçlularından birisi değildir. Kambyo hukuku dışında ve genel hükümlere göre sorumludur.<sup>32</sup> Kambyo hukukundan kaynaklanan ve müracaat borçlularından talep edilebilecek olan TK 722'deki kalemlerden bankanın sorumluluğu olmamalıdır.

Bankanın çeki teyit ettiği veya garantili çek haline getirdiği durumlarda acaba kambyo ilişkisi nedeniyle sorumlu tutulması mümkün müdür?

Kaatimizce Kanun koyucu TK. 696 ile bankanın kambyo ilişkisine sokulmasını engellemek istemiş ve bu derece net bir yasak koymuştur. Yasağa rağmen yapılan teyit veya garanti işlemi Kıymetli Evrak Hukuku yönünden kanunu destekten mahrumdur. Borçlar Hukuku yönünden geçerli sonuçlar doğurması ise tek başına bankayı kambyo ilişkisine sokmaya yetmez.

O halde hamilin bankadan talep hakkı hiçbir halde TK. 722'den kaynaklanan kalemleri içermeyecektir denilebilir.

<sup>30</sup> Bu ihtimalde aslında karşılıksız bırakmayı düşünmediği çekin bankanın mensup işlemi nedeniyle karşılıksız kalması sonucu müeyyidelerle muhatap olan keşidecinin bankaya karşı talep hakları konusu tartışılmalıdır. Bu konuya burada girmiyoruz.

<sup>31</sup> Poroy/Tekinalp, s.238

<sup>32</sup> Göle, s.120, Reisoğlu, s.87

Hamil bankaya karşı manevi tazminat davası açabilir mi?

Modern Hukukta manevi zarara ve manevi tazminata sebep olan haller gün geçtikçe artmaktadır. Hamilin çek bedelini zamanında tahsil edememiş olmak nedeniyle mali krize girmesi, itibarını kaybetmesi ve böylece manevi zarara maruz kalmış olması mümkündür.

Doktrinde Bozer/Göle,<sup>33</sup> hamilin bankadan manevi tazminat talep edebileceğini kabul etmektedirler.

## SONUÇ

Bir banka, muhatabı olduğu ve ödeme için kendisine ibraz edilen çeki hesapta yeterli karşılığı bulunmasına rağmen çeşitli sebeplerle ödemekten kaçınmış olabilir. Bu durumun sonuçları çekin karşılıksız bırakılması veya başka sebeplerle ödenmemesinden farklıdır.

Her şeyden önce banka hamile karşı çek bedelinden ve geç ödeme-den kaynaklanan maddi ve manevi zarardan sorumludur.

Bu sorumluluk kanundan doğan bir ödeme yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. Yeni gelişmeler ve teoriler ışığında yaklaşılmalı ve sözleşme içi sorumluluk kapsamında değerlendirilmelidir.

Bankanın, kusursuzluğunu savunarak tazminat sorumluluğundan kurtulması mümkünse de incelediğimiz ihtimaller yönünden bu neredeyse imkansızdır. Zira bankanın kusuru çoğu ihtimallerde somut olaydan değil bankanın yapısından ve işleyişinden kaynaklanmakta olup çok açıktır ve ispatı da kolaydır.

Banka muhatabı olduğu çek nedeniyle kambiyo ilişkisine dahil olmadığından, sorumluluğun kapsamı ve kaynağı kambiyo hukukuna göre değil Borçlar hukuku kurallarına göre belirlenecektir.

<sup>33</sup> Bozer/Göle, s.159

# KREDİ SÖZLEŞMELERİNDE BANKAYA TEK YANLI FAİZ ARTIRMA YETKİSİ VEREN HÜKÜMLERİN GEÇERLİLİĞİ VE UYGULANMASI

Yrd. Doç. Dr. İsmail KAYAR\*

## I. GİRİŞ

Bankalar kredi verirken genellikle önceden hükümleri belirlenmiş ve bazı kısımları boş bırakılmış olan matbu sözleşme metinlerini kullanmaktadırlar. Bu tip sözleşmeler, kredi ilişkisi sebebiyle ileride çıkması mümkün olan bütün problemlerin banka lehine nasıl çözümleneceğini bilen uzmanlar tarafından, bütün ihtimaller dikkate alınarak hazırlanmaktadır. Sözleşmenin imzalanması esnasında, önceden şart-ları belirlenen bu sözleşmenin içeriği üzerinde görüşme ve tartışma yapılmamaktadır<sup>1</sup>.

Bankalar Kanunu'na göre, kredilere uygulanacak faiz oranlarını belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir (m.40). Bakanlar Kurulu bu yetkisini kullanarak kredilere uygulanacak faiz oranlarını serbest bırakmıştır. Bu çerçevede, bankalar dilediği faiz oranı ile kredi kullanabilirler. Ancak, uygulamada söz konusu sözleşmeler imzalanırken, kredi faizi ve temerrüt faizine ilişkin kısımlar ya boş bırakılmakta veya faiz oranları belirlenmekle birlikte, sözleşmede yer alan hükümlerle gerek kredi faizini gerek temerrüt faizini tek yanlı olarak artırma yetkisini bankalar saklı tutmaktadırlar<sup>2</sup>. Bütün bankalar aynı uygulamayı yaptığı için, kredi almak isteyenler bu hükümleri değiştirme imkanından mahrum bulunmaktadır. Yani, kredi kullanacaklar ya bankaya tek yanlı olarak faiz artırma yetkisi vererek sözleşme yapmak ya da kredi kullanmamak ihtimallerinden birini seçmek durumunda kalmaktadırlar.

Faiz oranlarının belirlenmemiş olduğunu veya bankanın faiz oranlarını tek yanlı olarak artırmaya yetkili olduğunu bilerek sözleşme imzalayıp kredi kullananlar, sonradan bu hükümlerin ekonomik faaliyet özgürlüklerini ahlaka aykırı şekilde sınırlandırdığı gerekçesiyle geçersiz olduğunu ileri sürebilirler

\* Erciyes Üniversitesi, İİBF. Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> İbrahim KAPLAN, Banka Sözleşmelerinin Yorumu ve Tamamlanması, BATİDER, C. XIV, S. 2, (Aralık 1987), s. 6; İbrahim KAPLAN, Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları, BATİDER, C. XVI, S. 2, (Aralık 1991), s. 53.

<sup>2</sup> Bankaların ticari kredi sözleşmelerinde, çok küçük farklılıklarla benzer hükümler yer almaktadır. Bir kamu bankasının kullandığı standart ticari kredi sözleşmesinde yer alan ilgili hüküm şöyledir: Müşteriye ihbarda bulunmaksızın Banka, işbu sözleşme gereğince açılacak kredi ve hesaplar ile birlikte, diğer her türlü kredi ve güvencelere yetkili merciler tarafından saptanan veya sonradan değiştirilecek olan en yüksek oran veya tutarları geçmemek koşuluyla, Bankanın belirleyeceği oranlarda faiz, komisyon, ücret ve gider vergisi uygulayacaktır. Müşterinin ileride bu yönden hiç bir iddia, itiraz ve şikayet hakkı olmayacaktır.

Faiz oranlarının serbest bırakılması halinde Banka, Türk Ticaret Kanunu hükümleri uyarınca benzeri işlemlere uygulanmakta olan en yüksek faiz haddini uygulamaya yetkilidir.

Müşteri, Bankaca ilan edilen faizlere yedi gün içinde itiraz etmediği takdirde yeni faiz oranını kabul etmiş sayılır. İtiraz eden müşteri kredi borcunu bu süre içinde ödemeyi yükümlenir".

mi? Herhangi bir şekilde bu sözleşmeler mahkemeye intikal ederse hakim bu durumu re'sen dikkate alabilir mi? Yoksa, söz konusu uygulama Türk özel hukukunda genel geçerliliği bulunan sözleşme özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilerek bu hükümler geçerli mi sayılacaktır? Bu çalışmada konu ile ilgili sorunlar ve çözüm önerileri ortaya konulmaya çalışılacaktır.

## II . KREDİ SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kredi sözleşmelerinde, bu sözleşmelerin cari hesap şeklinde işleyeceği belirtilmekle birlikte, bu sözleşmeler gerçek anlamda cari hesap sözleşmesinin niteliklerini taşımamaktadır<sup>3</sup>.

Banka kredi sözleşmelerin BK. m. 306 ve devamında düzenlenen karz (ödünç) sözleşmesi sayılacağı ifade edilmekte ise de<sup>4</sup>, kredi alanın bankadan para çekmek için her defasında karz sözleşmesi yapmak zorunda olmaması, alınan kredinin tamamen geri ödenmesine rağmen sözleşmenin sona ermeyip, aynı sözleşmeye dayanılarak yeniden para çekilebilmesi ve açılan kredinin mutlaka ödünç para verme şeklinde kullandırılmasının zorunlu olmaması gibi sebeplerle, kredi sözleşmesini klasik anlamda karz sözleşmesi olarak nitelendirmek mümkün değildir.

Kredi sözleşmesi karz, cari hesap, vekalet ve vedia sözleşmelerinin bazı özelliklerini içinde barındıran *sui generis* bir sözleşme tipidir. BK'daki klasik sözleşmelerden hiçbirisi kredi sözleşmelerini nitelendirebilmek için yeterli değildir. Ancak, karz ve cari hesap sözleşmeleri ile ilgili hükümler, mahiyetine uygun düştüğü ölçüde kredi sözleşmelerine de kıyas yoluyla uygulanmalıdır<sup>5</sup>.

Tüketici kredileri dışındaki kredi sözleşmelerinin yapılması herhangi bir geçerlilik şekline bağlı değildir. Bununla birlikte, kredi sözleşmesi karşılıklı taahhütleri havi bir akit olduğundan, eğer bu sözleşmeler yalnızca kredi alanlar ve kefilleri tarafından imzalanır, buna karşılık banka yetkilileri tarafından imzalanmazsa bunlar yazılı sözleşme olarak geçersizdirler<sup>6</sup>. Gerek kanun tarafından gerek sözleşmenin taraflarınca yazılı şekle bağlı kılınmış sözleşmelerde borç altına giren taraf veya tarafların metni imzalaması gere-

<sup>3</sup> Hasan NERAD, Bankaların Genel İşlem Şartları Şeklinde Düzenledikleri Kredi Sözleşmelerinin Özellikleri ve Hükümleri, İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, İSO Yayını, İstanbul 1993, s. 173.

<sup>4</sup> İsmail DOĞANAY, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 3. Bası, Ankara 1990, C. I, s. 438; İsmail DOĞANAY, Bankalar İle Kredi Müşterileri Arasında Düzenlenen Kredi Sözleşmesindeki Faiz Oranı Miktarını, Bankalar Müşterileri Aleyhine Tek Taraflı Olarak Değiştirebilirler mi?, Yaklaşım, Yıl 2, S. 23 (Kasım 1994), s. 88.

<sup>5</sup> Haluk TANDOĞAN, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II/2, Ankara 1985, s. 331-333; Feyzi N. FEYZİOĞLU, Borçlar Hukuku, Aktin Muhtelif Nevileri, C. I, s. 770. 771; Kenan TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977, s. 785; Yılmaz ASLAN, Tüketici Hukuku, Bursa 1996, s. 204; İbrahim KAPLAN, Banka Sözleşmeleri Hukuku, C. I, Ankara 1996, s. 31; KAPLAN, Banka Sözleşmelerinin Yorumu..., 16; KAPLAN, Banka Standart Sözleşmeleri..., 83; Cengiz KOSTAKOĞLU, Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar, Ankara 1995, s. 59.

<sup>6</sup> Ünal SOMUNCUOĞLU, Banka Kredi Sözleşmeleri Üzerine Bir İnceleme, İstanbul Barosu Dergisi, C. 60, S. 1-2-3, s. 25, 26.

kir (BK. m. 13/1). Hatta, kanunun herhangi bir şekilde bağlamadığı bir sözleşmenin, taraflarca yazılı şekilde yapılmasının kararlaştırıldığı hallerde, kararlaştırılan şeklin geçerlilik şekli olduğu dikkate alınarak (BK. m. 16/1), banka yetkililerince imzalanmamış olan kredi sözleşmesinin tamamen geçersiz olduğunu ileri sürmekte mümkündür<sup>7</sup>.

### III. BANKAYA TEK YANLI FAİZ ARTIRMA YETKİSİ VEREN HÜKÜMLERİN GEÇERSİZ OLDUĞU YÖNÜNDEKİ GÖRÜŞLER

Bankaların standart kredi sözleşmelerinde yer alan ve bankaya tek yanlı faiz artırma yetkisi veren hükümlerin, özellikle kredi kullananların kişilik haklarını ve iktisadi faaliyet hürriyetini kanuna ve ahlaka aykırı şekilde sınırlandırdığı için geçersiz olduğu ifade edilmektedir. Sungurbey'e göre, her sözleşme belirli ölçüde tarafların iktisadi hürriyetini sınırlar. Ancak, iktisadi faaliyet hürriyetinin sözleşmeyle tahdidi, sözleşen kimseyi iktisadi varlığının yok olması tehlikesi yaratacak biçimde mutlak surette alacaklının keyfine bağlı tutması, onu alacaklının vesayetine sokması, böylece onu iktisadi açıdan alacaklının iradesiz bir aleti haline getirmesi, iktisadi faaliyet hürriyetini felce uğratması durumunda, bu tahdit ahlaka aykırı sayılır.

Bankaların genel kredi sözleşmelerinde yer verilen kurallar, bankalara açtıkları münferit kredi sözleşmelerinde kararlaştırılan faiz oranlarını sonradan geçmişe dönük ve tek yanlı olarak, diledikleri kadar (hiç bir sınırla bağlı olmaksızın) artırma yetkisi verdiklerinden, bu yetmiyormuş gibi ayrıca bu sınırsız faiz oranlarının ödenmemesi durumunda, asıl borcu da vadesinden önce muaccel kılarak koğuşturma yetkisi verdiği için, banka müşterisi olan sanayici ve tüccarın iktisadi varlığının yok olması tehlikesini yaratacak biçimde, mutlak surette bankaların keyfine bağlı tutan, tüccar ve sanayicileri bankaların vesayetine sokan, böylece iktisadi bakımdan, onları bankaların iradesiz bir aleti haline getiren, iktisadi faaliyet hürriyetinin kullanılmasını felce uğratan kuralların "kürsü misali" olacak kadar tipik ve çarpıcı bir örneği niteliğinde bulunmaktadır. Bu sebeplerle bankaların genel kredi sözleşmelerindeki söz konusu hükümleri, MK. m. 23/11 ve BK. m. 19 ve 20. maddeleri uyarınca kişilik haklarına ve ahlaka aykırı olduğundan batıldır<sup>8</sup>.

Bankalardan münferit kredi sözleşmeleriyle kredi almış olan sanayici ve tacirler daha krediyi alırlarken bankalara kendi müşterilerden aldıkları çek ve bonoları vermekte, bankalar istihbarat örgütlerinden bu çek ve senetlerin gerçekten de ödeme gücü olan kimse ve kuruluşlarca verilmiş olduklarını tahkik ettikten sonra bunları kabul etmekte ve ancak bundan sonradır ki, sanayici ve tacirlerin açılan kredileri kullanma olanağı doğmaktadır. Böylece

<sup>7</sup> Safa REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, 10. Bası, İstanbul 1995, s. 69; Aksi yönde bkz: Y. 11. HD.T: 26.3.1992, E: 90/5435, K: 92/3873. "... Söz konusu belgeler,TTK'nun 87 ve müteakip maddeleri gereğince düzenlenmiş cari hesap sözleşmesi niteliğinde olmayıp, kredi taahhütnamesi niteliğinde olduğundan bu belgelerde sadece kredi borçlusu ve kefillerinin imzalarının bulunması yeterli olup, davalı banka yetkililerinin imzalarının bulunmaması bu nevi belgeleri geçersiz kılmaz". (Kostakoğlu, s. 72-74).

<sup>8</sup> İsmet SUNGURBEY, Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerindeki Faiz Oranlarını Geçmişe Dönük Olarak, Diledikleri Oranda Artırma Yetkisi Veren Maddelerin, Ahlaka Aykırılıktan Dolayı Batıl Olduğu Konusunda Etüd, İstanbul 1994, s. 13, 14.

sanayici ve tacirler kredi borçlarını daha krediyi alırken, doktrinadaki deyimiyle "ifa uğruna edim" yoluyla ifa etmiş olmalarına karşın, bankalar sonradan tek yanlı ve geçmişe dönük olarak diledikleri kadar faiz oranını artırmaya kalkışmaktadırlar. Alman, İsviçre ve Türk Hukukunun en saygın kaynaklarına göre, müşteriler karşısında üstün bir pozisyonda bulunan ve fiili bir tekel oluşturan bankaların genel kredi sözleşmelerinde yer verdikleri, açılmış münferit kredilerde kararlaştırılan faiz oranlarını sonradan tek yanlı ve geçmişe dönük olarak diledikleri kadar artırtabilecekleri ve bu farklar ödenmezse asıl alacaklarını vadesinden önce muaccel kılarak artırdıkları faizleriyle birlikte kovuşturabilecekleri yolundaki kurallar, bankaya, karşı taraftan aşırı çıkarlar sağlaması sebebiyle BK. m. 19 ve 20. maddelere aykırı ve batıldır<sup>9</sup>.

Kredi sözleşmelerini tipik bir karz (ödünç) sözleşmesi olarak nitelendirilen Doğanay, bu sözleşmelerde bankaya tek yanlı faiz artırma yetkisi veren hükümlerin BK. m. 19 ile 308/1'e, kişilik haklarına, kanuna, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olduğu için geçersiz olduğunu ve mahkemelerin bu durumu re'sen dikkate alması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre, ekonomik bakımdan üstün durumda olan bankaların kredi sözleşmesinin şartları üzerinde müşteriye hiç bir söz hakkı tanımadan, önceden hazırlanan kredi sözleşmesini aynen kabul ettirmesi kredi müşterisi açısından BK. m. 1 ve 19'daki aktin in'ikadı ve akit serbestisi (irade serbestisi)'nin ihlali anlamına gelir. Sözleşmelerle ilgili genel geçersizlik sebepleri kredi sözleşmelerinde yer alan hükümler için de geçerli olduğundan, eğer bu hükümler arasında kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırı olanlar varsa geçersiz sayılmalıdır. Banka, müşterisi ile kredi sözleşmesini imzaladığı tarihteki faiz oranını müşterinin rızası hilafına ve onun aleyhine artırıp talepte bulunamaz. Çünkü, BK'nın "Faize Müteallik Kaideler" kenar başlıklı 308. maddesinde aynen, (Karzda faiz miktarı tayin edilmemiş ise, asıl olan karzın alındığı zaman ve mekanda o nevi karzlarda adet olan faiz miktarıdır) denilmektedir. Bu madde hükmüne göre, müşterisine kredi açıp ödünç para veren banka o müşteriden ancak parayı verdiği tarihte kararlaştırılan faiz oranı ile sınırlı faiz isteyebilir, daha fazlasını isteyemez. Bankanın aksine uygulamaya yaparak müşteri aleyhine tek yanlı faiz artırması işlemi geçersiz ve batıldır<sup>10</sup>.

Banka kredi sözleşmelerindeki kayıtlar yorumlanırken açık-olmayan, ilk bakışta anlaşılması zor olan hükümler kredi sözleşmesini hazırlayan banka aleyhine yorumlanmalıdır. Banka kredi sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık değerlendirilirken, mahkemelerin sözleşme hükümlerinin kanuna, ahlaka (adaba), kamu düzenine, kişilik haklarına, objektif iyi niyet kuralına aykırı bir yönü bulunup bulunmadığını araştırması icap eder. Kredi sözleşmesinin sayılanlardan sadece birisine dahi aykırı olması o sözleşmeyi geçersiz kılar. Mahkemeler yargılamanın her safhasında davalı taraf ileri sürmese bile bu kurallara uyulup uyulmadığını kendiliğinden araştırmak zorundadırlar<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> SUGURBEY, 23, 24.

<sup>10</sup> DOĞANAY, 91 - 93.

<sup>11</sup> DOĞANAY, 92, 93.

Domaniç'e göre de, bankaların tip mukavelelerinde bankaya sözleşme hükümlerini değiştirme yetkisi veren hükümleri BK. m. 19'a aykırı ve hükümsüzdür<sup>12</sup>.

Bakanlar Kurulu'nun 87/11921 sayılı Mevduat ve Kredi Faiz Oranları Hakkında Karar'ına göre<sup>13</sup>, "bankalar ... kredilere uygulayacakları azami faiz oranlarını vade ve türlerine göre serbestçe tespit ederler" (m.5). Bununla birlikte, kredi sözleşmelerinde diğer tarafa göre üstün durumda bulunan bankaların belirlediği yüksek faiz oranlarının, hata ve gabin hükümlerine göre sonradan indirilmesini istemenin mümkün olduğu da ifade edilmektedir. Bakanlar Kurulu yetkisine dayalı olarak, kredilere uygulanacak faiz oranının serbestçe belirleneceği kuralı mutlak değildir. Kredi açma sözleşmesinin güçlü tarafını teşkil eden kredi verenin iradesi, faiz oranının belirlenmesinde en önemli etken olacağından, kararlaştırılan faiz oranının tarafların serbest iradeleri ile belirlendiği iddiası da pek gerçekçi olmayacaktır. Bu itibarla kredi alan, belirlenen fahiş miktardaki faiz oranının indirilmesini hata (BK. m.23 vd.) ve gabin (BK. m. 21) hükümleri uyarınca isteyebilecektir<sup>14</sup>.

Standart sözleşmelerde veya genel işlem şartlarında yer alan bir kayıt alışılmış olanın dışında kalıyorsa, doğruluk ve dürüstlük kuralı gereğince, müşteriden bu kaydı göz önünde bulundurması istenemez. Standart kredi sözleşmelerinde bankaya tek yanlı faiz artırma yetkisi veren hükümlerin, kredi kullananlar için olağan dışı (alışılmamış, şaşırtıcı) bir kayıt olduğu ve dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle geçersiz sayılması gerektiği de ileri sürülebilir<sup>15</sup>. Olağan dışı kayıtlar, taraflardan birine diğerinin temel yükümlüklerini değiştirmek veya yeni yükümlülükler getirmek suretiyle sözleşmenin konusunu baştakinden farklı hale sokma imkanı veren kayıtlardır. Nitekim, Alman Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 3. paragrafı, sözleşmenin dış görünüşüne göre, karşı tarafın tahmin edemeyeceği kadar alışılmamış hükümler, genel işlem şartlarının münferit sözleşmeye dahil edilmesine ilişkin koşullar gerçekleşmiş olsa bile sözleşmenin ayrılmaz bir parçası haline gelmezler, yani yok farz ediliirler. Aynı kanunun 9. paragrafına göre ise, genel işlem şartlarındaki hükümler, karşı tarafı doğruluk ve dürüstlük kuralına aykırı olarak münasip olmayan ölçüde zarara uğrattıyorsa geçersizdir. Bir genel işlem kaydı, kendisinden sapmak istenilen kanuni düzenlemenin temel ilkelerine aykırı düşüyorsa veya sözleşmenin niteliğinden doğan önemli hak ve yükümlülükleri, sözleşmenin amacına ulaşmayı tehlikeye sokacak tarzda sınırlıyorsa, bunun karşı tarafa münasip olmayan ölçüde zarar vereceğinin kabul edilmesi gerekir<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> DOMANIÇ, İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, İSO Yayını, İstanbul 1993, s. 180, 181(Tartışmalar).

<sup>13</sup> RG. T: 1.7.1987, No: 19504.

<sup>14</sup> Serkan YASSIOĞLU, Kredi Açma Sözleşmeleri, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 1994, s. 92, 93).

<sup>15</sup> Ömer TEOMAN, Alman Genel İşlem Şartları Yasası'nın Maddi Hukuka İlişkin Hükümlerinin Ana Çizgileri ve Bu Alanda Türkiye'de Uygulanabilecek Bir Yasa Taslağı, İstanbul 1981, s. 58 vd.; KAPLAN, 1991, s. 56 vd.

<sup>16</sup> KAPLAN, Banka Standart Sözleşmeleri..., 59, 60.



Sözleşmeye bu yönde bir hüküm konulsa bile, bankanın sonradan faiz oranını artırması sözleşmenin kısmen değiştirilmesi olarak kabul edilebilir. Diğer sözleşmelerde olduğu gibi, standart kredi sözleşmelerinde de sonradan değişiklik yapılması, tarafların beyan ve mutabakatını gerektirir. Bankanın tek yanlı olarak yaptığı değişiklikler müşterinin onayı olmadıkça önceden imzalanmış ve halen uygulanmakta olan standart sözleşmeye etkili olmaz. Müşterinin yeni metne onay vermesi açık veya zımni irade beyanı ile gerçekleşebilir. Kural olarak burada susma kabul anlamına gelmez. Ancak, ilk metni hazırlayan ve değişikliği kaleme alan taraf, diğer tarafa değişiklik metnini bir teklif (icap) olarak göndermiş ve yeni metindeki hükümlerle sözleşmenin devamı gerektiğini bildirmişse, karşı taraf buna ilişkin açık bir beyanda bulunmamış yani susmuş ise bu durumda değişiklik teklifini kabul ettiği sonucu çıkarılabilir<sup>17</sup>.

#### **IV. BANKAYA TEK YANLI FAİZ ARTIRMA YETKİSİ VEREN HÜKÜMLERİN GEÇERLİLİĞİ**

Ekonomik göstergelerin kısa zamanda önemli değişiklikler gösterdiği bir ortamda bankaların faiz ayarlaması yapmaları kaçınılmazdır. Buna karşılık, artırılan faiz oranının önceden verilen kredilere de uygulanması, kredi alanların finansman planlaması yapmalarını son derece zorlaştırmakta ve kredi müşterilerinin ödeme güçlüğüne düşmesine kolayca yol açabilmektedir. Bankaların kredi faiz oranlarını diledikleri gibi değiştirmeye yetkili oldukları ve değişikliklerin kayıtsız-şartsız kabul edileceği yönündeki sözleşme hükümleri, bankaların bu yetkiyi emredici hukuk kurallarının olanak verdiği sınırlar içinde kullanmaları şartıyla geçerlidir<sup>18</sup>.

Her şeyden önce, Anayasada ifadesini bulan akit serbestisi, tarafların sözleşme yapma, dilediği şahısla sözleşme yapma, sözleşmenin şekil ve muhtevasını belirlemede özgür olmalarını ifade eder. Bütün bankaların benzer uygulamayı yapmasına rağmen, kredi kullanmak isteyenler bu hükümleri içeren kredi sözleşmelerini imzalamayabilirler. İmzaladıkları takdirde sözleşmede salt bu hükümlerin bulunuyor olması kredi kullananların sömürüldüğü anlamına gelmez.

En önemli işleri mevduat toplayıp faiz karşılığında kredi kullanılarak kar etmek olan bankaların ekonomik şartlara göre faiz oranlarını artırmaları kaçınılmazdır. Kredinin verildiği tarihteki faiz oranlarının aynen korunması bankanın verdiği parayı daha düşük bir değerle geri alması neticesini doğurabilir. Bankaya tek yanlı olarak faiz artırma yetkisi veren hükümlerden ahlaka aykırı şekilde yararlanmak mümkün ise de, kredi kullandırılan dönemde bankanın kendi şartları dışında, ülkenin içinde bulunduğu ekonomik durum sebebiyle paranın bankaya maliyeti artabilir. Bu gibi durumlarda bankanın artan maliyetleri müşterilerine yansıtması kaçınılmazdır. Zaten bankalar, kendilerine faiz oranlarını sonradan artırma yetkisi tanıyan hükümleri bu gibi ihtimalleri dikkate alarak koymaktadırlar.

<sup>17</sup> KAPLAN, Banka Standart Sözleşmeleri..., 67, 68.

<sup>18</sup> NERAD, 173; KOSTAKOĞLU, 62, 63; KAPLAN, Banka Standart Sözleşmeleri..., 68.

Faiz oranlarındaki hareketlilik ve belirsizlik devam ettiği sürece bankalardan sözleşme tarihinde belirledikleri faiz oranını, geri ödeme zamanına kadar değiştirmemelerini beklemek isabetli değildir. Bu durum, kredi sözleşmelerini bankalar açısından bir şans haline dönüştürür ve bankaları, her ihtimale karşı kredi faiz oranlarını yüksek tutma eğilimine sokar.

Bankadan kredi alanların kredi sözleşmesiyle başta belirlenen faiz oranını dikkate alarak kredinin kendisine maliyetini hesap etmesi, sattığı veya ürettiği malın fiyatını buna göre belirlemesi, bu fiyat üzerinden satış veya bağlantı yapması buna karşılık "ek fiyat", "vade farkı" veya başka isimler altında ek ödeme istememesi neticeye etkili değildir<sup>19</sup>. Bütün bunlar kredi kullananın kendi sorunudur. Çünkü imzaladığı sözleşme ile bankaya bu yetkiyi tanıdığına göre kendisi de buna uygun hareket etmeli kredi faizinin değişen ekonomik şartlara göre artabileceğini ve netice olarak kullandığı kredinin kendisine maliyetinin yükselebileceğini hesap etmelidir. Özellikle kredi kullananın tacir sıfatı taşıdığı hallerde, kendisine yüklenen "basiretli" davranışı sergilemediği için bu durum daha da kesindir.

Yargıtay uygulaması da, kredi sözleşmelerinde faiz oranının gösterilmemesi veya bankaya tek yanlı olarak faiz oranlarını artırma yetkisi verilmesi halinde, gerek sözleşmenin gerek söz konusu hükümlerin geçerli olduğu ancak, bu hükümlerin objektif iyi niyet kurallarına aykırı şekilde kullanılması gerektiği yönündedir. Yargıtay'a göre, sözleşmede kredi faiz oranı gösterilmemişse bankanın, sözleşmenin yapıldığı tarihte bu tür krediler için uyguladığı faiz oranı dikkate alınır. Vadesiz kredi sürecinde artan kredi faizlerinin müşteri nezdindeki borca da uygulanması imkanını bankaya veren hükümler, MK. m. 23 ile BK. m. 19 ve 20 anlamında kişilik haklarına ve ahlaka aykırı sayılmaz. Bununla birlikte, bankaya tek yanlı olarak faiz oranlarını artırma yetkisi veren hükümlerden yararlanmanın "doğruluk ve dürüstlük" kuralları içinde olması gerekir. Bu hükümlerden yararlanılarak fahiş oranda faiz uygulanırsa MK. m. 2'ye aykırılık söz konusu olur<sup>20</sup>.

## V. BANKAYA TEK YANLI FAİZ ARTIRMA YETKİSİ VEREN HÜKÜMLERİN UYGULANMASI

Kredi sözleşmelerinde bankalara tek yanlı faiz artırma yetkisi veren hükümlerin geçerli olması ile bu hükümlerin hukuka uygun şekilde uygulanması farklı şeylerdir. Bankaya tek yanlı olarak faiz artırma yetkisi veren hükümlerin geçerli olduğu yukarıda belirtilmişti. Sözleşmede bulunması hukuka uygun olan bu hükümlerden bankaların yararlanması bazı sınırlamalar dahilinde mümkündür.

<sup>19</sup> Bu yöndeki bir görüş için bkz: DOĞANAY, 90, 91.

<sup>20</sup> Y. 19. HD. T: 4.2.1997, E: 1996/3416, K: 1997/831, Yargıtay Kararları Dergisi, C. 23, S. 6, (Haziran 1997), s. 963, 964; Y. 19. HD. T: 26.3. 1996, E: 1996/6, K: 1996/2976, Yargıtay Kararları Dergisi, C. 22, S. 7, (Temmuz 1996), s. 1114, 1115; Y. 19. HD. T: 25. 11. 1994, E: 1994/6472, K: 1994/11467, Yargıtay Kararları Dergisi, C. 21, S. 1, (Ocak 1995), s. 88, 89; Y. 19. HD. T: 24.2. 1997, E: 5454, K: 1709, İstanbul Barosu Dergisi, Haziran 1997, S. 2, s. 439, 440.

### *Kredi Sözleşmelerinde Bankaya Tek Yanlı Faiz Artırma Yetkisi Veren Hükümler*

Bankaya tek yanlı faiz oranı belirleme yetkisi veren hükümler geriye yönelik olarak uygulanamaz<sup>21</sup>. Açılmış krediler için söz konusu hükümlerden yararlanılarak yeni ve daha yüksek bir faiz oranı belirlemek ve uygulamak mümkün ise de, bu uygulama ilerisi için mümkündür. Belirlenen yeni faiz oranının geçmişe yönelik olarak uygulanması ve buna imkan vermek üzere sözleşmeye konulmuş hükümler MK. m. 23/II ile BK. m. 19 ve 20'ye açıkça aykırı ve batıldır.

Diğer taraftan, bankalar tek yanlı faiz artırma yetkisini yalnızca sözleşme süresi içinde kullanabilirler. Hesap kat edilip, ödeme tarihine kadar işleyecek faiz oranı da belirlenmişse, artık uygulanacak faiz oranı sınırlandırılmıştır. Takip veya dava aşamasında sözleşmeyle bankaya tanınan tek yanlı faiz artırma yetkisinin kullanılması söz konusu olamaz. Nitekim, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi yeni bir kararında, kredi sözleşmesinde % 95 temerrüt faizi belirlenmiş olması ve davacı bankanın hesabı kat ederek, toplam borcun 10 gün içinde ödeme tarihine kadar işleyecek %95 faiziyle birlikte talep etmesi karşısında, sonradan temerrüt faizini tek yanlı olarak % 350'ye çıkaran bankanın, bu yüksek oran üzerinden temerrüt faizi isteğini reddeden yerel mahkeme kararı ile ilgili olarak "...davacı bankanın keşide ettiği kat ihtarnamesinde kat tarihi itibarıyla oluşan borcun ödemenin yapılacağı güne kadar işleyecek %95 faizi ile birlikte tahsili talep edilmekle faiz oranının sınırlandırılmış olduğunun kabulünde bir usulsüzlük bulunmadığı" sonucuna varmıştır<sup>22</sup>.

Bankalara tek yanlı faiz artırma yetkisi veren hükümlerden geçerli şekilde yararlanma hususunda diğer bir sınırlama, dürüstlük kuralıdır. Eğer faiz oranları ekonomik koşullara göre ve diğer bankaların belirlediği oranlara yakın şekilde artırılırsa, bu hukuka uygundur. Aksi taktirde, objektif iyi niyet kurallarına aykırılık söz konusu olur<sup>23</sup>. Böyle bir durumda, menfi tespit veya istirdat davası yoluyla, diğer bankaların benzer krediler için uyguladığı faiz oranları da dikkate alınarak bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle, aşırı faizin talep veya tahsil edilen kısmının ortadan kaldırılması veya geri istenmesi mümkündür.

Kredi sözleşmesinde faiz oranı hiç belirlenmemiş ise, bankanın aynı tarihlerde benzer krediler için uyguladığı faiz oranı dikkate alınmalıdır<sup>24</sup>.

Önceden açılmış kredilere uygulanacak faiz oranını, sonradan genel mektuplarla artırmanın geçerli olabilmesi için, değiştirilen yeni faiz oranlarının müşterilere tebliğ edilmesi şarttır. Tek yanlı artırılan faiz oranı ancak tebliğ tarihinden sonra uygulanabilir. Böylece kredi borçlusuna yeni faiz oranını kabullenme ya da önceki faiz oranı üzerinden borcunu kısmen veya tamamen geri ödeme fırsatı verilmiş olacaktır. Bankaya tek yanlı faiz oranı belirleme yetkisi veren hükümler, aynı zamanda kredi borçlusunun haberi olma-

<sup>21</sup> KAPLAN, Banka Sözleşmeleri Hukuku, 115, 116; KOSTAKOĞLU,62; Y. 19. HD. T: 24.10.1994, E:93/9676, K: 94/9893; Y. 19. HD. T: 26.10.1994, E: 93/10147, K: 94/10028 (Kostakoğlu, 66, 67).

<sup>22</sup> Y. 19. HD. T: 16.6.1997, E: 96/9737, K: 97/6179 (Yayınlanmamıştır).

<sup>23</sup> KAPLAN, Banka Sözleşmeleri Hukuku, 115, 116; KOSTAKOĞLU, 62.

<sup>24</sup> KOSTAKOĞLU, 62.

dan artırılan faiz oranını uygulama yetkisi de vermiş sayılmaz. Bu sebeple, banka kredi sözleşmelerinde yer alan ve bankanın tek yanlı olarak faiz artırması halinde, "ihtara gerek kalmaksızın" değişiklik tarihinden itibaren yeni faiz oranlarının uygulanacağı yolundaki hükümler BK. m. 19 ve 20'ye aykırılık sebebiyle geçerli değildir.

Mevduat ve Kredi Faiz Oranları Hakkında 87/11921 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nda, belirlenecek faiz oranlarının banka şubelerinde halkın göreceği şekilde ilan edileceği öngörülmekte ise de (m. 4), bu karar bankaların iç işleyişini düzenlemektedir. Daha önce kredi açılan kimselere durumun nasıl bildirileceği hususunda genel tebligat hükümleri geçerli olacaktır. Önceden kredi açılan müşterilerin, artan faiz oranlarını banka panolarından öğrenmesini istemek hem pratik değildir hem de yukarıda belirtilen sebeplerle hukuka aykırıdır.

Kendilerine tek yanlı faiz artırma yetkisi veren hükümlerden bankaların yararlanmasına, bu hükümlere geçerlilik tanınmanın gerekçeleri dikkate alınarak ve yalnızca bu gerekçelerle sınırlı olarak imkan tanınmalıdır. Bu hükümlerin geçerli olması demek, hiç bir şekilde bankalara müşteriden habersizce ve keyfi olarak faiz oranı belirleme ve buna göre talepte bulunma hakkı vermez. Mahkemeler, bankaların söz konusu hükümlerden yararlanarak müşterilerinden fahiş oranda faiz talep etmeleri halinde bu durumu re'sen gözetmek durumundadırlar<sup>25</sup>.

## VI. TÜKETİCİ KREDİLERİNDE SÖZLEŞME ŞARTLARININ TÜKETİCİ ALEYHİNE DEĞİŞTİRİLMESİ YASAĞI

Tüketici kredileri, bir mal veya hizmeti satın alıp nihai olarak tüketecek veya kullanacak olan gerçek veya tüzel kişilerin talebi üzerine, bankalar ya da finans kuruluşlarının bu şahıslara verdiği kredilerdir<sup>26</sup>.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun<sup>27</sup> (TKHK), tüketici kredileri bakımından, kredi sözleşmesinin şekli, muhtevası, tarafların hak ve yükümlülükleri ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir. Bankalar ve finans kuruluşlarının tüketici sıfatı taşıyan şahıslarla yaptıkları kredi sözleşmeleri bakımından 4077 sayılı TKHK'nun emredici düzenlemeleri geçerli olacaktır. Buna göre, Tüketicilerin banka veya benzeri finans kurumlarına bir mal veya hizmeti satın almak amacıyla tüketici kredisi almak için başvurmaları durumunda banka veya finansman kuruluşları ile tüketiciler arasında yazılı bir sözleşmenin yapılması ve bu sözleşmenin bir nüshasının da tüketiciye verilmesi zorunludur (m. 10/1). Bu düzenlemeyle tüketici kredilerinin bütün türleri bakımından, yazılı şekil bir geçerlilik şekli haline getirilmiş ve ayrıca yazılı söz-

<sup>25</sup> Y. 19. HD. T: 4.2.1997, E: 1996/3416, K: 1997/831, Yargıtay Kararları Dergisi, C. 23, S. 6, (Haziran 1997), s. 963, 964; DOĞANAY, 92, 93.

<sup>26</sup> Ömer Adil ATASOY, Mustafa TAŞKIN, Hakan ACAR, Tüketiciyi Koruma Hukuku, Eskişehir 1997, s. 228; ASLAN, s. 205 vd; Mustafa ÇEKER, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Tüketici Kredileri Açısından Bankalara Getirdiği Yükümlülükler, Bankacılar, S. 15, (Haziran 1995), s. 14.

<sup>27</sup> RG. T: 8.3.1995, No: 22221.

leşmenin bir nüshasının da tüketiciye verilmesi öngörülmüştür<sup>28</sup>. Sözleşmenin yazılı şekilde yapılamamasının müeyyidesi, BK. m. 19/II'ye göre hükümsüz olmasıdır<sup>29</sup>. Yazılı şekilde sözleşme yapılmakla birlikte bir nüshasının tüketiciye verilmemesinin müeyyidesi ise, bankanın TKHK'nun 25. maddesinin 1 ve 5. fıkralarına göre para cezasına muhatap olmasıdır.

Tüketici kredileri ile ilgili sözleşmelerde, kredi faiz oranı, ayrıntılı ödeme planı, kredi tutarı, toplam borç tutarı, istenecek teminatlar, gecikme faizi oranı, borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları ve kredinin vadesinden önce kapatılmasına ilişkin şartların gösterilmesi gerekir (TKHK m. 10/II).

TKHK tüketici ile yapılan kredi sözleşmelerinde öngörülen kredi şartlarının, sözleşme süresi içinde tüketici aleyhine değiştirilmesini de yasaklamıştır (m. 10/I). Bankalar, ticari kredi sözleşmelerinde olduğunun aksine, tüketicilerle yaptıkları yazılı kredi sözleşmelerinde faiz kısmını boş bırakamayacaklar ve kendilerine tek yanlı olarak faiz oranını artırma yetkisi veren hükümler koyamayacaklardır. Bu yönde konulacak hükümler, emredici yasal düzenleme karşısında geçersiz olacaktır. Diğer yandan, tüketici kredisi faiz oranlarında olduğu gibi, kanunun sözleşmeye dahil edilmesini öngördüğü hususların hiç birinde tüketici aleyhine değişiklik yapılması mümkün değildir<sup>30</sup>. Buna karşılık, kredi şartlarının tüketici lehine değiştirilmesine bir engel yoktur.

<sup>28</sup> Aksi yönde bkz: Aydın ZEVLİLER, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, İzmir 1996, s. 115. Yazar, yazılı şekil ve sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye verilmesi şartlarının yalnızca bir mal veya hizmetin satın alınması amacıyla krediler açısından öngörüldüğünü, eğer kredi herhangi bir mal veya hizmetin satın alınmasını finanse etmek amacı olmaksızın salt ödünç akdi niteliğinde veriliyorsa sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasının ve bir nüshasının tüketiciye verilmesinin şart olmadığını belirtmektedir. Oysa, TKHK'nun 10. maddesinin ilk fıkrası herhangi bir ayırım yapmaksızın bütün tüketici kredileri için bu iki zorunluluğu ortaya koymaktadır. Maddenin son fıkrası, tüketici kredilerinin özel bir türü olan bağlı kredilerle ilgili olarak kredi veren banka veya finans kuruluşlarına ilave sorumluluk getirmektedir.

<sup>29</sup> ZEVLİLER, 115; ATASOY/TAŞKIN/ACAR, 229, 230; Krş: ÇEKER, 18 ve ASLAN, 210. Yazarlar, sözleşmenin yazılı yapılmadığı hallerde hükümsüz sayılmasının tüketici aleyhine olacağını ve kanun koyucunun bu sonucu arzu etmediğini ifade etmekte ve kredi sözleşmesinin yazılı olarak yapılmadığı durumlarda yalnızca tüketici aleyhine olan hükümlerin geçersiz sayılmasını ve sözleşmenin geçerli sayılmasını önermektedir. Kanaatimizce, kanunun ifadesi son derece açık ve kesindir. Tüketici kredileri ile ilgili sözleşmeler artık yalnızca yazılı şekilde yapılırsa geçerlidir. Tüketicinin korunması amacıyla çıkarılan TKHK'un uygulanmasını tüketicilerin de gözetmesi gereklidir. Tüketiciyi kanunun amacını da aşacak şekilde korumak gereksizdir.

<sup>30</sup> "Bu hükmün amacı, bankaların baştan belirlenen tüketici kredisi faiz oranlarını tek yanlı olarak değiştirme hakkını saklı tutmalarını engellemektir. Ancak bu hüküm sözleşme şartlarını değiştirmeyi yasaklamaktadır. Oysa bankalar sözleşme şartlarını değiştirmediklerini, baştan sözleşmeye koydukları şart ile elde ettikleri faiz oranını belirleme/değiştirme yetkisini kullandıklarını iddia edebilirler. Bu yüzden bankanın tek yanlı olarak toplam borcu artırmayacağını açıkça belirtilmesi daha yerinde olurdu". Ahmet BATTAL - İzzet GÜMÜŞ, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Getirdiği Yenilikler, Pazarlama Dünyası, Yıl 9, S. 54, s. 7. Kanaatimizce, TKHK'nun 10. maddesi tüketici kredisi sözleşmesine faiz oranının da yazılmasını emrettiğine ve kredi şartlarının tüketici aleyhine değiştirilmesini de açıkça yasakladığına göre, kredi faiz oranını artırma hakkını saklı tutmayı ve saklı tutulsa bile bu imkanın kullanılmasını da açıkça yasaklamıştır.

Tüketici kredilerinde sözleşme yapılırken belirlenen faiz oranının sonradan banka tarafından tek yanlı olarak artırılması mümkün olmamakla birlikte, tüketici kredilerine uygulanacak faiz oranının nasıl belirleneceği hususunda TKHK herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Krediyeye uygulanacak faiz oranı diğer kredilerde olduğu gibi taraflar arasında serbestçe belirlenebilecektir.

Tüketici, banka veya finans kurumlarına borçlandığı toplam miktarı önceden ödeyebileceği gibi aynı zamanda vadesi gelmemiş bir ya da birden çok taksit ödemesinde de bulunabilir. Her iki durumda da banka veya finans kurumları ödenen miktara göre gerekli faiz ve komisyon indirimini yapmakla yükümlüdürler.

## SONUÇ

Bu çalışmada, kredi sözleşmelerinde bankalara faiz oranlarını tek yanlı olarak değiştirme yetkisi veren hükümlerin kişilik haklarına ve BK'nun 19 ve 20. maddelerine aykırı sayılmayacağı, ancak, bu hükümlerin geçmişe yönelik olarak uygulanamayacağı, tek yanlı faiz artırma yetkisinin yalnızca sözleşme süresi içinde kullanılabileceği, bu hükümlerden dürüstlük kuralı çerçevesinde ekonomik koşullara göre belirlenecek makul bir faiz oranı için yararlanılabileceği, aksi taktirde, menfi tespit veya istirdat davası yoluyla, banka tarafından istenen veya alınan aşırı faizin ortadan kaldırılmasının veya geri istenmesinin mümkün olduğu, önceden açılmış krediler bakımından artırılan faiz oranlarının müşterilere tebliğ edilmesinin zorunlu olduğu, mahkemelerin, bankaların müşterilerinden fahiş oranda faiz talep etmeleri halinde bu durumu re'sen dikkate almak durumunda oldukları, ticari kredi sözleşmelerinde olduğunun aksine, bankaların, tüketicilerle yaptıkları kredi sözleşmelerinde faiz kısmını boş bırakamayacakları ve kendilerine tek yanlı olarak faiz oranını artırma yetkisi veren hükümler koyamayacakları, buna karşılık, krediyeye uygulanacak faiz oranını baştan serbestçe belirleyebileceklerini tespit etmiş bulunuyoruz.

## YARARLANILAN KAYNAKLAR

ASLAN, Yılmaz : Tüketici Hukuku, Bursa 1996.

ATASOY, Ömer Adil /TAŞKIN, Mustafa /ACAR, Hakan : Tüketiciyi Koruma Hukuku, Eskişehir 1997.

BATTAL, Ahmet / GÜMÜŞ, İzzet : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Getirdiği Yenilikler, Pazarlama Dünyası, Yıl 9, S. 54.

ÇEKER, Mustafa : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Tüketici Kredileri Açısından Bankalara Getirdiği Yükümlülükler, Bankacılar, S. 15, (Haziran 1995).

DOĞANAY, İsmail : Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 3. Bası, Ankara 1990, C. 1.

DOĞANAY, İsmail : Bankalar İle Kredi Müşterileri Arasında Düzenlenen Kredi Sözleşmesindeki Faiz Oranı Miktarını, Bankalar Müşterileri Aleyhine Tek Taraflı Olarak Değiştirebilirler mi?, Yaklaşım, Yıl 2, S. 23 (Kasım 1994).

*Kredi Sözleşmelerinde Bankaya Tek Yanlı Faiz Artırma Yetkisi Veren Hükümler*

FEYZİOĞLU, Feyzi N. : Borçlar Hukuku, Aktin Muhtelif Nevileri, C. I, İstanbul 1980.

KAPLAN, İbrahim : Banka Sözleşmeleri Hukuku, C. I, Ankara 1996.

KAPLAN, İbrahim : Banka Sözleşmelerinin Yorumu ve Tamamlanması, BATİDER, C. XIV, S. 2.

KAPLAN, İbrahim : Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları, BATİDER, C. XVI, S. 2.

KOSTAKOĞLU, Cengiz : Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar, Ankara 1995.

NERAD, Hasan : Bankaların Genel İşlem Şartları Şeklinde Düzenledikleri Kredi Sözleşmelerinin Özellikleri ve Hükümleri, İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, İSO Yayını, İstanbul 1993.

REİSOĞLU, Safa : Borçlar Hukuku, 10. Bası, İstanbul 1995.

SOMUNCUOĞLU, Ünal : Banka Kredi Sözleşmeleri Üzerine Bir İnceleme, İstanbul Barosu Dergisi, C. 60, S. 1-2-3.

SUNGURBEY, İsmet : Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerindeki Faiz Oranlarını Geçmişe Dönük Olarak Diledikleri Oranda Artırma Yetkisi Veren Maddelerin, Ahlaka Aykırılıktan Dolayı Batıl Olduğu Konusunda Etüd, İstanbul 1994.

TANDOĞAN, Haluk : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/2, Ankara 1985.

TEOMAN, Ömer : Alman Genel İşlem Şartları Yasası'nın Maddi Hukuka İlişkin Hükümlerinin Ana Çizgileri ve Bu Alanda Türkiye'de Uygulanabilecek Bir Yasa Taslağı, İstanbul 1981.

TUNÇOMAĞ, Kenan : Türk Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977.

YASSIOĞLU, Serkan : Kredi Açma Sözleşmeleri, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 1994.

ZEVKLİLER, Aydın : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, İzmir 1996.

# SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME DAVASININ ASLİ-TALİ NİTELİĞİ

Yrd.Doç.Dr. Kürşad Nuri TURANBOY\*

## I. SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME KAVRAMI

### 1.Genel Olarak:

Bir borcun doğumuna çeşitli davranışlar sebep olabilir. Borçlar Kanununda düzenlenen borç kaynağı olan bu davranışlar; sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmedir<sup>1</sup>.

Malvarlığı Hukukunun son amacı düşünüldüğünde, bir kişi zararına meydana gelmiş zenginleşme, yürürlükteki hukuka uygun olmasına rağmen bazen sebepsiz (haksız) görülebilir. Çünkü, bu en son amaç, malvarlığı ilişkilerini haklı ve adalete uygun bir şekilde olmasını sağlamak olmalıdır<sup>2</sup>. Malvarlıkları arasında sürekli olarak sayısız kıymet kaymaları olmaktadır. Toplum halinde yaşamının bir sonucu olan bu kaymalar, çeşitli sebeplere dayanabilir. Bu sebeplerin bazıları haklı, bazıları da haksız kabul edilmektedir. Hukuk düzeninin bu kaymaları haklı görmesine rağmen, bazı hallerde bunlara hukuki sonuçlar bağlamakta, intikal sebebinin haksız olması kıymetin karşı tarafa geçmesine engel olmaktadır<sup>3</sup>. İşte, sebepsiz zenginleşme, bu tür kıymet kaymalarının objektif hukuk tarafından belirlenmesidir<sup>4</sup>.

Hukuk düzeni toplum hayatında, bu tür kaymaların bazılarını haksız (sebepsiz) sayarak iktisap edilen kıymetin daha sonra iadesini sağlamaktadır. Hukuk düzeni geçicide olsa neden böyle kaymalara imkan vermektedir? Devam eden bir hukuki bir ilişkinin sonucunun önceden bilinmemesi, insanları her zaman hata yapabilmeleri ve objektif hukukun iyice bilinmemesi bu tür haksız kıymet kaymalarının baştan hükümsüz kılınmasına engel olmaktadır. Bir hukuk düzeni, sadece hukukun emirlerini ve subjektif hak olarak tanıdıklarını gerçekleştirmekle kalmamalı, aynı zamanda adil bir toplum hayatına da imkan tanımalıdır. Bu sebeplerden dolayı bazı kıymet kayıpları başlangıçta haklı olmadıkları bilindiği halde, geçerli kabul edilmekte, fakat daha sonra iadelerinin sağlanması için sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulmaktadır<sup>5</sup>. Bunlara ek olarak, soyut hukuki işlemlerde istihkak davası açmak imkanı kalmayan hallerde sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır niteliktedir.

\* Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Özakman, s.5

<sup>2</sup> Tunçomağ, s.608

<sup>3</sup> Reisoğlu, s.1

<sup>4</sup> Eren, s.2

<sup>5</sup> Reisoğlu, s.1-2



## *Sebepsiz Zenginleşme Davasının Asli-Tali Niteliği*

Sebepsiz zenginleşme kavramı kaynağını hakkaniyet (nesafet) ilkesinden almaktadır. "Kimse başkasının zararına haksız yere zenginleşemez" şeklinde ifade edilen bu ilke Roma hukukunda bir seri *condictio*ların doğmasını sağlarken, modern kodifikasyonlar bu kurumu geliştirerek haksız ve sebepsiz kıymet kaymalarını önlemeye çalışmaktadır<sup>6</sup>.

Sebepsiz zenginleşme, iki malvarlığı arasında, birinin zararına olan haklı bir sebep olmaksızın meydana gelen değer kaymalarını ifade eder. Bu kaymalar, zenginleşenin veya fakirleşenin davranışları ile olabileceği gibi, tabii kuvvetlerin sonucu da olabilir<sup>7</sup>.

## **2- Sebepsiz Zenginleşmenin Çeşitli Hukuk Sistemlerindeki Niteliği**

Roma Hukukunda, genel anlamda sebepsiz zenginleşme kavramı hiçbir zaman var olmamıştır. "Başkası zararına zenginleşmeme prensibi" sebepsiz zenginleşme kavramını hukuk alanına dahil etmiştir. Roma Hukukunda, bu tür zenginleşmelerin iadesi *condictio* adı verilen ve temelinde ahlaki ve felsefi düşüncelerin bulunduğu bir dava ile sağlanmaktaydı.

Fransız hukukunda, borcun doğumu sıkı bir şekilde sebebe bağlı olduğundan bu kuruma çok fazla ihtiyaç duyulmamıştır. Fransız Medeni Kanununda bu konuda genel hükümler bulunmamakta, münferit hükümlerde ise konu düzenlenmektedir.

Fransız Hukukunda bu konuda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bunlardan ilki vekaletsiz iş görme görüşüdür. Buna göre; sebepsiz zenginleşenin durumu vekaletsiz iş görenin durumuna benzetilmiştir. Pothier tarafından savunulan bu görüş, her iki kurumun temelinde hakkaniyet ilkesinin olduğundan hareket etmektedir<sup>8</sup>.

Haksız fiil görüşü ise, sebepsiz zenginleşme kanundan doğan borçlar kategorisinde bulunmaktadır. Bu görüşün temsilcisi olan Planiol'a göre iade borcu borçluya kanun tarafından yüklenmekte ve borçlu da iadeyi gerçekleştirmezse kanuni bir yükümlülüğü yerine getirmemektedir. Kanuni bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi haksız fiil teşkil edecektir. Hukuk düzeni haksız zenginleşmeyi kanuna aykırılık olarak düzenlemiştir<sup>9</sup>.

Diğer bir görüş ise, Malvarlığı görüşüdür. Bu görüş, malvarlıkları arasındaki değer kaymalarını esas almaktadır. Aubry ve Rau tarafından ileri sürülen bu görüşe göre, değer kaymaları geçerli bir sebebe dayandığı takdirde geçerli olmakta, böyle bir sebebin olmaması durumunda iki malvarlığı arasında denge bozulmaktadır. Bu durum toplum düzenini de bozacaktır. O

<sup>6</sup> Erem, s.3 vd.: Oser-Schönenberger, s.558

<sup>7</sup> Özakman, s.6

<sup>8</sup> bkz. Özakman, s.6

<sup>9</sup> bkz. Saymen-Elbir, s.536

halde, malvarlığı fakirleşen tarafın zenginleyen tarafa karşı şahsi bir hakkı olmalıdır<sup>10</sup>.

Rippert ve Teissere'nin savunduğu diğer bir görüş, ahlaki bir görevi yerine getirilmesinden hareket etmektedir. Buna göre, bir zara sebep olan kişi, tazmin ile sorumludur. Objektif sorumlulukta olduğu gibi tehlikeyi yaratan buna katlanmalıdır<sup>11</sup>.

Yukarıda belirtilen bu görüşler eleştiriye uğramıştır. Vekaletsiz iş görme nazariyesi, sebepsiz zenginleşmenin kanundan doğan bir borç kaynağı olması itirazı ile karşılaşmıştır. Haksız fiil görüşü, haksız fiilde kusurun önem taşımasına rağmen, bu unsur sebepsiz zenginleşmede önemli değildir. Sebepsiz zenginleşmede öne çıkan unsur, zenginleşmedir. Malvarlığı görüşü ise iki malvarlığı arasında değer kayması olmayan ve fakat bir tarafın zenginleştiği durumlarda yetersiz kalmaktadır<sup>12</sup>.

Alman Hukukunda, BGB'de genel bir hüküm bulunmaktadır. Soyut hukuki işlemlerin kabulü ile sözleşmesel ilişkilerde sebepsiz zenginleşmenin ortaya çıkmıştır<sup>13</sup>.

Türk-İsviçre kanuni düzenlemesinde, sebepsiz zenginleşme ayrı bir fasılda düzenlenmiştir. BK. 3.Fasılda sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkilerine yer verilmiştir. BK. 61.m. "Haklı bir sebep olmaksızın aharın zararına mal iktisap eden kimse onu iadeye mecburdur." hükmünü getirmiştir. BK. 62.m. ise başlıca sebepsiz zenginleşme hallerini saymıştır. Bunlar sınırlı sayıda olmayıp, örnek olarak gösterilmiştir. Hususiyle sözcüğü ile başlayan ikinci fıkra, önemli bir kaç örneği göstermiştir. Bunlardan başka genel şartları taşıyan bütün durumlarda, BK61/1.m. uygulanabilir niteliktedir. BK.61-66.m.lerinde davanın konusu olan iadenin kapsamı şartları, davanın açılacağı durumlar ve dava zamanasını düzenlenmiştir<sup>14</sup>. Sebepsiz zenginleşme davası açmak BK.61.m.deki hükme göre mümkündür. Bu hüküm sebepsiz zenginleşmeden doğan bütün durumları içine alabilen genel bir hükümdür.

## II. SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME DAVASI VE NİTELİĞİ

### 1-Genel Olarak

Sebepsiz zenginleşme, zenginleşmenin üçüncü kişi zararına olarak yapılması ve malvarlığının eksilmesinin haksız olması durumunda bir istirdat (iade) alacağı hakkı doğuran borç kaynağıdır<sup>15</sup>. İstirdat alacağı, hakkı Müşterek Hukukun "condictio sine causa" ,yani sebepsiz zenginleşme sebebi ile

<sup>10</sup> bkz. Saymen-Elbir s.536-537

bkz.Reisoğlu. s. 16-17

<sup>12</sup> Eleştiriler için bkz. Reisoğlu, s.14

<sup>13</sup> Feyzioğlu. s.735

<sup>14</sup> Eren, s.4-5

<sup>15</sup> Bussy, s.17

## *Sebepsiz Zenginleşme Davasının Asli-Tali Niteliği*

açılan istirdat davasına tekabül eder. Sebepsiz zenginleşmenin yaptırımı zenginleşilen kısmın iadesidir. İade borcu zenginleşenin iyi ya da kötü niyetli olmasına göre miktar bakımından değişebileceği gibi, zenginleşmenin elde olup olmamasına göre de ayniyet olarak değişebilmektedir<sup>16</sup>.

Sebepsiz zenginleşme davası sonuç olarak istihkak davasına benzer. Bu iki dava da eski durumun iadesi amaç ve niteliği bulunmaktadır. Her iki dava da davacının fakirleştiği kısmın iadesini sağlamaya yöneliktir. Sebepsiz zenginleşme davası, esas olarak mülkiyetin davacıdan çıktığı varsayımına dayanır. Davacının kaybettiği mülkiyet, ya karşı tarafa geçmiş, ya da ona ekonomik bir değer sağlamıştır. Bu davanın söz konusu olabilmesi için, ilk ve en önemli şart, bir kazandırmanın olmasıdır. İadeyle yükümlü olan taraf, mülkiyet kazanmış ya da ekonomik bir değer sağlamamışsa bir kazanmada bulunmuş olamaz.

## **2- Sebepsiz Zenginleşme Davasına Kamu Hukukunda da Rastlanabilir**

Bu davaya, Özel Hukukta olduğu gibi, Kamu Hukukunda da rastlanabilir. Uygulamada daha çok, borç olmayan bir verginin ödenmesi şeklinde sebepsiz zenginleşmelere rastlanmaktadır<sup>17</sup>.

## **3- Sebepsiz Zenginleşme Davasının Şahsi Niteliği**

Sebepsiz zenginleşme, tamamen Borçlar Hukukunun kapsamı içerisinde kalan bir alacak hakkı doğurur. Bu alacak hakkının ihlalinin yaptırımı da tamamen bir şahsi davadır<sup>18</sup>. Şartları oluşmuş ise sebepsiz zenginleşmenin iadesi gerekir. Bu iade sebepsiz zenginleşme davası ile sağlanır. Sebepsiz zenginleşme davasında davacı mümkün ise zenginleşenin malvarlığındaki şeyin aynen alınıp iadesini talep eder. Dava sonunda da zenginleşenin malvarlığına dahil olmuş şey buradan davacınıninkine katılır. Bu ifadeden sebepsiz zenginleşme davasının aynı nitelik taşıdığı kanısı doğabilir. Oysa söz konusu dava alacak hakkına dayanan şahsi bir davadır<sup>19</sup>. Sebepsiz zenginleşme davası şahsi niteliği ile haksız fiil ve sözleşmelerden doğan davalarla aynı grup içerisinde yer alır. Bu davalar gibi, davacıya sahip olduğu bir alacak hakkını sağlamak amacını güder. Haksız olarak karşı tarafın malvarlığına intikal etmiş şey aynen geri verilmek gerekse de bu sebepsiz zenginleşme davasının şahsi niteliğine engel değildir<sup>20</sup>.

Sebepsiz zenginleşme davasındaki iade olgusu aynı bir dava olan istihkak davasının doğurduğu sonuca ulaşır<sup>21</sup>. Ancak sebepsiz zenginleşme davasının iade amaçlı olması bu davanın aynı nitelik taşımasını gerektirmez.

<sup>16</sup> Keller-Schaufberger, s.48 vd, Eren, s.56, Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp, s.1001

<sup>17</sup> Özakman, s.7

<sup>18</sup> Bussy, s.17, Tunçomağ, s.649, Bucher, s.652, Öz, s.10

<sup>19</sup> Feyzioğlu, s.849

<sup>20</sup> Tunçomağ, s.849

<sup>21</sup> Bussy, s.17

Her iki davanın birbirine benzemesi, önceki durumun geri getirilmesini sağlamalarından ibarettir.

Şahsi nitelikli sebepsiz zenginleşme davası ile aynı nitelikli istihkak davası arasında temel farklar bulunmaktadır. Her iki davada da bir kıymet el değiştirmekle birlikte, sebepsiz zenginleşme davasında kıymetin yer değiştirmesi genelde hukuki, istihkak davasında ise fiilidir. Sebepsiz zenginleşilen şey taşınır ise zenginleşen kişi bunun mülkiyetini davacıya iade zorundadır. Oysa aynı durumda istihkak davası zilyetliğin iadesini gerektirmektedir.

Sebepsiz zenginleşme davasında dava konusu taşınmaz ise, iade taşınmazın zenginleşmeden önceki maliki namına MK.633. maddesine göre tescilin yapılması ile olur. Sadece mülkiyet kaydının terkinin yeterli değildir<sup>22</sup>.

Sebepsiz zenginleşmede davalının borcu verme (dare) olduğu halde, istihkak davasında davalının borcu yapma (facere) borcudur<sup>23</sup>.

Sebepsiz zenginleşme davasının şahsi niteliği ve onun istihkak davasından farkı, özellikle zenginleşenin iflası halinde kendini ortaya çıkarır. Sebepsiz zenginleşmenin konusu paradan farklı bir şey ise, davacı iflas masasında bulunan şey hakkında aynen iade talebinde bulunamaz. Davacının şeye ilişkin hakkı, İİK.198.m. gereği, değere eşit para alacağına dönüşür. Diğer alacaklılarla birlikte garmeye girer ve bu alacağı beşinci derecede yer alır. Oysa davacının açtığı dava istihkak davası olsaydı, davacı iflas masasından bu şeyi aynen alabilecektir<sup>24</sup>.

Sebepsiz zenginleşme davasının şahsi nitelik taşımasının sonuçları şunlardır:

1. Sebepsiz zenginleşme davası, ancak zenginleşen kişi ya da onun mirasçılarına karşı açılabilir. Zenginleşenin cüzi haleflerine karşı sebepsiz zenginleşme davası açılmaz<sup>25</sup>.
2. Sebepsiz zenginleşme davası iki malvarlığı arasındaki ilişkiden doğduğu için, tarafları ehliyeti önemli rol oynar<sup>26</sup>.

### III. SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME DAVASININ ASLİ-TALİ NİTELİĞİ

#### 1-Genel Olarak

Sebepsiz zenginleşme davasının tali niteliği doktrinde terimsel olarak, farklı ifadeler kullanılarak incelenmiştir. Terim olarak, sebepsiz zenginleşme davasının diğer davalarla telahuku<sup>27</sup>, sebepsiz zenginleşme davasının diğer

<sup>22</sup> Reisoğlu. s.28-29

<sup>23</sup> Bussy, s.18

<sup>24</sup> von Thur. s.447

<sup>25</sup> von Thur. s.448

<sup>26</sup> Saymen-Elbir, s.575, Keller-Schauferger, s.5

<sup>27</sup> von Thur, s.452, Oser-Schönenberger, s.559

### *Sebepsiz Zenginleşme Davasının Asli-Tali Niteliği*

davalarla birlikte açılabilmesi<sup>28</sup>, sebepsiz zenginleşme davasının diğer davalarla açılması halinde sıra meselesi<sup>29</sup>, ve sebepsiz zenginleşme davasının ikincil (tali) niteliği<sup>30</sup> kullanılmıştır.

Sebepsiz zenginleşme davasının tali nitelikte olup olmadığı konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir<sup>31</sup>. Teknik anlamda sebepsiz zenginleşme davasının tali oluşu ile diğer herhangi bir davayı (istihkak davası, sözleşmesel ilişkilerden doğan bir dava, haksız fiil davası gibi) açmak imkanı olduğu taktirde, bütün şartları oluşmuş olsa bile sebepsiz zenginleşme davasının açılmamasını ifade etmiş oluruz. Sebepsiz zenginleşme davasının tali nitelikte olduğuna ilişkin görüşün dayandığı esas temel olarak şöyle ifade edilmektedir: "Sebepsiz zenginleşme davası gibi açılması kolay bir dava hakkını her zaman tanımak sureti ile hakimleri ve tarafları tembelliğe alıştırmamak lazımdır. Zira o takdirde, kimse davanın esas hukuki mahiyetini araştırmak zahmetine katlanmayacaktır. Eğer bu yola gidilirse bütün medeni hukuku bir yana bırakarak sadece sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurmak yetecektir. Sebepsiz zenginleşme davasının diğer davalarla açılması kabul edildiği takdirde, bu davanın alanını büyük şekilde genişletme tehlikesi ortaya çıkacaktır. Hukuk, hukuk olarak kalmalıdır. Bu davanın konusu ne hukuku değiştirmek, ne de yeni baştan düzenlemektir"<sup>32</sup>.

Sebepsiz zenginleşme davasının tali niteliğini kabul eden bu görüş<sup>33</sup> birçok itiraza uğramıştır. Buna göre, sebepsiz zenginleşme davasının şartlar kolayca, her zaman oluşmaz. Diğer davaların şartlarının oluşması halinde ise bu davalar sebepsiz zenginleşme davasının şartlarını ortadan kaldır ya da oluşmasına engel olur<sup>34</sup>. Bunun yanında sebepsiz zenginleşme davasının diğer davalarla birlikte olduğu durumlarda sebepsiz zenginleşme davasının da açılabilmesi hakkaniyete uygun düşer. İstihkak davasını açılmadığı hallerde, haksız fiil davası yerine sebepsiz zenginleşme davası açılabilir. Vekaletsiz iş görmede, BK. 413/1.m. düzenlemesi dışında kalan masraflar bu dava ile talep edilebilir.

Fransız Hukukunda sebepsiz zenginleşme davasının şartları kanunda açık olarak düzenlenmediği için mahkemeler hakkaniyet fikrinin geniş bir şekilde uygulanacağı endişesi ile içtihat yoluyla davanın tali nitelikte olduğunu kabul etmişlerdir. Alman Hukukunda kesin bir kabul edilmiş tarzı bulunmamaktadır. Federal mahkemenin eski bir kararında "Sebepsiz zenginleşme davasının diğer davalarla bir arada bulunamayacağı, yeni davacının elinden aynı şeyi almak için, başka bir dava imkanı olduğu taktirde bu davaya başvurulup vurulamayacağı tartışmalıdır"<sup>35</sup>. İsviçre Federal mahke-

<sup>28</sup> Saymên-Elbir, s.577

<sup>29</sup> Feyzioğlu, s.776

<sup>30</sup> Eren, s.7. Gulh-Merz-Kummer, s.196

<sup>31</sup> Eren, s. 7, Reisoğlu, s. 30

<sup>32</sup> ~~Da~~ Page. s.43 (Reisoğlu. s.30-31'den naklen)

<sup>33</sup> Becker. Art. 62-67, Gulh-Merz-Kummer, s.196, BGE 102 II 338

<sup>34</sup> Reisoğlu. s.31

<sup>35</sup> karar için bkz. Reisoğlu, s.32

məsi iki ayrı kararında farklı sonuçlara varmıştır<sup>36</sup>. Yargıtay, kararlarında hakkaniyetin gereği olarak zaman zaman diğer davalarla birlikte olabileceğini kabul etmekte fakat, davanın tali niteliğini kabul eder tutum içerisinde<sup>37</sup>.

Doktrindeki bir eğilim sebepsiz zenginleşme davasının diğer davalarla birlikte bulunabilmesi için en azından iki davanın da şartlarının oluşması gerektiği şeklindedir. Örneğin, Haksız fiil davası ve sebepsiz zenginleşme davasının şartları birlikte oluşmuşsa her iki davayı da açabilmek imkanı bulunmaktadır<sup>38</sup>. Bu görüş başka bir dava açmak imkanı olmayan durumlarda sebepsiz zenginleşme davasının açılabileceğini, bu bakımdan davanın bağımsız fakat tali nitelikte olduğunu kabul etmektedir.

Reisoğlu'na göre sebepsiz zenginleşme davasının tali nitelikte olduğunu kabul etmek için haklı bir sebep yoktur. Çok defa başka bir dava açmak imkanı varken sebepsiz zenginleşme davasının şartları da oluşabilir ve davacı bu davayı açabilir. Sebepsiz zenginleşme davasını tali niteliği sadece diğer davaların açılabilmesi fakat sebepsiz zenginleşmenin şartlarının gerçekleşmediği durumda söz konusudur. Eğer şartları gerçekleşmiş ise haksız fiil davası açmak imkanı olmasına rağmen sebepsiz zenginleşme davası da açılabilir<sup>39</sup>.

Sebepsiz zenginleşme davasının tali nitelikte olup olmadığı hakkında karar verebilmek için talilik kavramını açıklığa kavuşturmak gerekir. Bir davanın tali nitelikte olması, aynı olay söz konusu olduğunda, davacının başka davaya da davalar açmak imkanının bulunduğu hallerde söz konusu olabilir. Hukuk düzeni birden fazla davanın açılabilmesi için gerekli şartların oluşmasına rağmen, bunların açılabilmesini sıra içerisinde düzenlemişse talilik söz konusudur. Talilikte bu davalar arasında bir öncelik ve sonralığa ilişkin sıra sorunu bulunur. Öncelikle açılacak dava asli dava, sonralık sırasındaki dava ise tali davadır. Asli dava açmak imkanı varken, ikincil nitelikteki davayı açmak mümkün değildir.

Tali nitelikteki davanın diğer bir özelliği de asli dava açılma imkanı bulunmaz ya da ortadan kalkarsa, ayrıca bu dava açılır fakat açılan dava ile sonuç alınmazsa bu ikincil nitelikli dava yedek özelliği ile açılabilir olmasıdır.

Bunlar dışında bir dava hakkının varlığı, diğer bir dava hakkını ortadan kaldırıyor ise, dışlanan, önlene davanın talilik niteliğinden bahis edilemez. Mevcut olmayan bir davanın tali niteliğinde olduğunu ileri sürmek mümkün değildir<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> BGE 102 338, JDT 1922 s.389. Sem.Jud.1945, s.237

<sup>37</sup> Y.4.HD.,18.4.1972T. ve E.1225/K.2561 sayılı kararında, "haksız iktisap Kuralları, sözleşme veya haksız eylem kurallarının uygulanamayacağı fakat hakkaniyetin gerektirdiği her yerde uygulanması gereken kurallardır." RKD.1973/II, s.92, HGK. 30.1.1952, 25/16 sayılı kararda: "Fazla kıranın istirdatında bir suç teşkil eden hadisede haksız iktisap değil haksız fiil hükümlerinin uygulanması" karar için bkz. Tepeci, s.112 görüşleri benimsenmiştir.

<sup>38</sup> Özakman, s.10

<sup>39</sup> Reisoğlu, s.31,32

<sup>40</sup> Eren, s.7, Keller-Schaufelberger, s.4-5

## *Sebepsiz Zenginleşme Davasının Asli-Tali Niteliği*

Sebepsiz zenginleşme davasının tali niteliği problemine de bu çerçevede bakılmak gerekir. Malvarlığı fakirleşen davacı sebepsiz zenginleşme davası değil de başka bir dava açmak imkanına sahipse, burada sebepsiz zenginleşme davasının taliliğinden değil aksine bu davanın mevcut olmadığı söz edilmek gerekir.

Bu durumda tartışmayı sebepsiz zenginleşme davasının şartlarının diğer davaların şartları ile birlikte oluşup oluşamayacağı alanına taşımak gerekir. Bu belirlemeler yapıldıktan sonra, diğer davalarla birlikte şartları oluşan sebepsiz zenginleşme davasının taliliği mi yoksa seçimlik dava mı olduğu tartışılacaktır<sup>41</sup>.

Burada bahsedildiği gibi, davaların seçimlik yarışması bulunmakta ise, davacı söz konusu davalardan herhangi birisini seçerek açabilir. Burada yapılacak bir seçim diğer davayı açabilmek hakkını ortadan kaldırır. Davacı seçimlik hakkını kullandıktan sonra artık diğer davaları açabilmek imkanını ortadan kaldırır. Böyle bir durumda sebepsiz zenginleşme davasının diğer davalara göre tali nitelikte olduğu söylenemez. Açılabilmesi mümkün olan davalar arasında seçimlik bir yarışma olduğu takdirde, bu davalar arasında talilik değil eşitlik bulunmaktadır<sup>42</sup>.

Sebepsiz zenginleşme davasının tali değil aksine asli nitelikte olduğunu ileri süren görüşün temel ve teknik iddialarından birisi de Borçlar Kanunu ya da herhangi bir kanunda bu davanın tali olduğunun hükümlenmemiş olmamasıdır<sup>43</sup>.

Doktrinde kabul edilen diğer bir eğilim de, Sebepsiz zenginleşme davasıyla haksız fiil ve vekaletsiz iş görme davalarının yarışabileceğidir<sup>44</sup>.

## **2- İstihkak Davası ve Sebepsiz Zenginleşme Davası**

İstihkak davası, doğrudan doğruya zilyet olmayan malikin malik olmayan zilyede karşı mülkiyet hakkına dayanarak açabileceği ve haksız olarak ele geçirilen veya alıkonan şeyin geri verilmesini sağlamak amacını taşıyan aynı nitelikli bir eda davasıdır.

İstihkak davasında davacı dava hakkına mülkiyet hakkına dayanarak sahiptir. Oysa sebepsiz zenginleşme davasında davacı, mülkiyet hakkına dayanmamaktadır. Bu bakımdan istihkak davası ve sebepsiz zenginleşme davalarının şartları bir arada bulunmaz. Bu sebeple istihkak davasının açılabilirdiği durumlarda sebepsiz zenginleşme davası açılmaz<sup>45</sup>.

Türk-İsviçre Hukuk sisteminde taşınır ve taşınmazlarda kazandırıcı işlemler illi (sebebe bağlı) işlemlerdir. Bu bakımdan geçerli olmayan bir se-

<sup>41</sup> Eren, s.8, Reisoğlu, s.30. Öz, s.30

<sup>42</sup> Eren, s.8, Öz, s.30, Keller-Schaufelberger, s.6

<sup>43</sup> Eren, s.8, Keller-Schaufelberger, s.6

<sup>44</sup> Oser-Schönenberger, s.132. Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, s.973, Reisoğlu, s.30

<sup>45</sup> von Thur, s.452, Feyzioğlu, s.777, Eren, s.9, Bucher, s.660, Reisoğlu, s.170, Öz, s.62

bebe dayanarak yapılan ya da hukuki bir sebebe dayanmayan tasarruf işlemlerinde mülkiyet intikal edemez. Böyle bir hukuki işlemle dayanılarak bir taşınmaz tapuya tescil edilmiş olsa dahi hukuki sebepte olan sakatlıktan dolayı mülkiyet karşı tarafa geçmeyecektir. Aynı durum hukuki sebebi sakat olan bir işlemle teslim edilmiş taşınırılar için de söz konusudur. Bu durumlarda mülkiyet karşı tarafa geçmediği için sebepsiz zenginleşme davası değil MK. 618/II.m. 933.m. ya da 904.m. de düzenlene davalar açılabilir. Burada karşılaşılabilecek sebepsiz zenginleşme davası geçerli olmayan hukuki ilişkinin karşı tarafının kendi borcunu ifa etmesi halinde bunu talep etmesi ile mümkün olabilir. Konusunu para ya da misli şeyin oluşturduğu ilişkilerde ise sebepsiz zenginleşme davası açmak mümkündür<sup>46</sup>.

### 3- Sebepsiz Zenginleşme Davası ve Akitten Doğan Alacak Davaları

Sözleşmeden doğan alacak hakları (özellikle sözleşmenin ifasına ilişkin talep hakları) sebepsiz zenginleşme davasının açılmasını engeller.

Bu yargının temelini şu fikir oluşturur: Sözleşmeden doğan bir alacak hakkının mevcut olması, borçlu zenginleşmediği için sebepsiz zenginleşmenin şartlarının oluşmasını engeller<sup>47</sup>.

BK. 106.vd m. Göre borçlunun temerrüdü sebebiyle alacaklının sözleşmeden dönmesi halinde taraflarca ifa edilmiş edimler hangi dava ile istenebilir? Burada ileri sürülen görüşlerden biri bu davanın sebepsiz zenginleşme davası olduğudur. Buna göre dönme ile sözleşme, geçmişe yönelik olarak ortadan kalktığı için, borçlunun mal varlığındaki artış sebepsiz zenginleşme teşkil eder<sup>48</sup>.

Diğer bir görüş ise BK.108.m.de düzenlenen iade yükümlülüğünün, sebepsiz zenginleşmeden değil, kanuni özel bir borç olarak nitelenmektedir<sup>49</sup>. Dönme ile sözleşmesel borç ilişkisi özel bir kanuni borç ilişkisine dönüşür. İade borcunun kapsamına ilişkin sebepsiz zenginleşme hükümleri kıyasen burada uygulanabilir, fakat zaman aşımı süresi, değil 10 yıldır.

Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüş ise istihkak (ayni iade) görüşüdür. Buna göre dönme geçmişe etkili olarak sözleşmeyi sona erdirir. Sözleşme hiç yapılmamış gibi sayılacağından önceden ifa edilen edimler geçersizdir. Karşı taraf mülkiyeti kazanmamıştır. Eski malik mülkiyet hakkını devam ettirmektedir<sup>50</sup>.

Doktrinde daha yeni olan bir görüş ise, dönme sözleşmeyi geçmişe ya da ileriye dönük olarak kaldırmaz. Dönme sonucunda taraflar arasındaki söz-

<sup>46</sup> Bucher. s.661, Guhl-Merz-Kummer, s.196, Eren, s.10,11, Özakman, s.8, Ulusan, s.17-18, Reisoğlu, s.32, Keller-Schaufelbergrr, s.9

<sup>47</sup> Eren, s.11 vd, Keller--Schaufelberger, s.9,10, Öz, s. 227

<sup>48</sup> von Thur, s.454. Oser- Schönerberger, s.342, Tunçomağ, s.952, Ulusan, s.76, Ghul-Merz-Kummer. s.198

<sup>49</sup> Öz, s.35, Ulusan, s.77

<sup>50</sup> görüş için bkz. Eren. s.12



### *Sebepsiz Zenginleşme Davasının Asli-Tali Niteliği*

leşmesel ilişki tasfiye ilişkisine dönüşerek devam eder. Dönme ile sözleşmesel ilişkinin içeriği ters çevrilir. Bu ilişkinin içeriğini, borçlunun akde sadakat ve koruma yükümlülükleri ayrıca ifa edilmiş edimi alacaklıya iade yükümlülüğü oluşturur. Taraflar, almış olduğu edimi, mevcutsa aynen, değilse nakden geri vermekle yükümlüdür. Bu yükümlülük aynı nitelikte değil, sözleşmesel nitelikte bir yükümlülüktür<sup>51</sup>.

#### **4- Sebepsiz Zenginleşme Davası ve Haksız Fiil Davası**

Haksız fiil bir kişinin hukuka aykırı bir davranış ile bir kimseye zarar vermesi halidir. Haksız fiil sorumluluğunun en önemli unsuru kusurdur. Oysa sebepsiz zenginleşmenin şartları arasında kusur bulunmamaktadır. Buna karşı haksız fiil davası ve sebepsiz zenginleşme davasının bir arada bulunabileceği kabul edilmiştir. Bir fiilin hem tazminat davasına hem de sebepsiz zenginleşme davasına konu olabilmesi mümkündür<sup>52</sup>.

Bir miktar paranın çalınması halinde, bu parayı çalan kişiye karşı hem haksız fiil davası, hem de sebepsiz zenginleşme davası açılabilir. Burada davaların açılabilmesi hususunda bir seçimlik yarışma söz konusudur<sup>53</sup>.

#### **5- Sebepsiz Zenginleşme Davası ve Vekaletsiz İş Görme**

Bu iki kurum arasındaki ilişkiyi inceleyebilmek için, öncelikle vekaletsiz iş görme kurumunu ikili ayırımı tabi tutmak gerekir. Vekaletsiz iş görme, gerçek vekaletsiz iş görme ve gerçek olmayan vekaletsiz iş görme olarak ikiye ayırabiliriz. Gerçek vekaletsiz iş görmede iş görenin bir başkasının adına hareket etmesi gerekir. Bu iş görme hukuki işlem olabileceği gibi maddi bir fiil de olabilir. Burada iş görenin başkası yararına hareket etme iradesi de aranmaktadır. Böyle bir irade söz konusu değilse gerçek vekaletsiz iş görmeden söz edilemez.

Gerçek vekaletsiz iş görmede iş görenin yaptığı zorunlu ve faydalı masraflar, borçlar, zararlar olabilir. Bu masraf ve zararların hakimın takdir edeceği kadarı iş sahibinden geri alınabileceği için burada sebepsiz zenginleşme davası bulunamaz<sup>54</sup>.

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede, iş gören iş sahibinin değil kendi menfaatine iş görür. İş görenin başkası menfaatine iş görme iradesi bulunmaktadır. Buna rağmen iş sahibi BK. 414.m. göre ortaya çıkan menfaatleri elde edebilir.

<sup>51</sup> görüş için bkz. Eren. s.13

<sup>52</sup> Eren, s.14 vd, von Thur. s.453, Keller-Schaufelberger, s.13, Oser- Schönenberger, s.346, Reisoğlu, s.171, Öz, s.67, Özakman, s.10

<sup>53</sup> Eren. s.14

<sup>54</sup> Tandoğan, s.44,45, Eren, s.16, Özakman, s.11, buna karşı Bucher, s.662 aksi fikirdedir.

Özellikle maddi olmayan malların (fikir ve sanat eserleri) kullanılması ile elde edilen menfaat ve kazançlar hak sahibine iade edilir. İlgili hüküm gereği açılacak davada elde edilen kazanç, hak sahibinin zarara uğrayıp uğramadığına bakılmaksızın elde edilebilir. Bu bakımdan bu dava sebepsiz zenginleşme davasına göre daha elverişlidir<sup>55</sup>. Ancak doktrindeki hakim fikir bu iki davanın da bir arada bulunabileceğini kabul etmektedir<sup>56</sup>.

## KAYNAKÇA

- Becker, H.; Berner Kommentar, Bd. VI:Obligationenrecht, 1.Abt. Allgemeines Bestimmungen (Art.1,1833 OR), 2. A, Bern,1941
- Bucher, E.; Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2.A., Bern, 1988
- Bussy, A.; (çev) Gürsoy, K. Tahir) Ankara,1948
- Eren, F.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III, 4. B., İstanbul,1994
- Feyzioğlu, F. N.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul,1976
- Guhl-Merz-Kummer; Das Schweizerische Obligationenrecht, 7.A., Zürich, 1980
- Keller-Schauffelberger; Bereicherung durch unerlaubte Handlung, Zürich, 1981
- Oser, H.-Schönenberger, W.; (çev. Seçkin, R.) Borçlar Hukuku, 2. Kısım, M. 41-108), Ankara,1950
- Öz,T.; Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul,1990
- Özakman, T.; Sebepsiz Zenginleşme Davasının Mahiyeti ve Konusu, Yargı Dergisi,1977, 5.18, s.5-18
- Reisoğlu, S.; Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları, Ankara,1961
- Saymen,F.-Elbir,H.; Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, İstanbul,1966
- Tandoğan,H.; Mukayeseli Hukuk ve Hususuyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekaletsiz İş Görme, İstanbul,1957
- Tekinay, S.-Akman, S.-Burcuoğlu, H.-Altıp, A.; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6. B, İstanbul,1988
- Tepeci, K.; Notlu ve İzahlı Borçlar Kanunu, Ankara,1954
- Tunçomağ, K.; Türk Borçlar Hukuku, C 1, Genel Hükümler, İstanbul,1976
- Ulusan, I.; İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşmenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul,1984
- von Thur, A.; (çev. Edege, C.) Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, C.1-2, Ankara. 1983

<sup>55</sup> Becker, Art. 423 n.1,3, Eren. s.264, Keller-Schauffelberger, s.17

<sup>56</sup> Bucher. s.685, Eren, s.19

# İSLAM-OSMANLI HUKUKUNDA VASIYETİN İSBATI

Dr. Ekrem Buğra Ekinci

## Giriş

İslam hukukunda vasiyet îcap ve kabul ile in'ikad eden, dolayısıyla resmî şekil şartı aranmayan bir akittir. Bir nizâ söz konusu olduğunda ve gerektiği durumlarda usulüne uygun iki şâhidin şâhitlikleriyle vasiyetin varlığını ispat etmek mümkündür<sup>1</sup>. Ancak uygulamada genellikle vasiyetlerin yazılı olarak düzenlendiği veya mahkemeye başvurularak yazılı hale getirildiği, bir başka tabirle hüccete iktiran ettirildiği görülmektedir. Vasiyetle ilgili davâlara Osmanlı Devletinin sonuna kadar şer'î mahkemeler bakmıştır<sup>2</sup>.

## I. Vasiyetin Şifahî (Sözlü) İsbatı

### A. Şifahî İsbatın Arandığı Haller

Birbirine uygun îcap ve kabul beyanlarıyla kurulmuş bulunan bir vasiyet akdi, diğer sıhhat şartları da varsa, hiçbir resmî şekil aranmaksızın geçerli sayılır. Bu sebeple musînin ölümüyle musâleh, vasî veya vârislere vasiyetin yerine getirilmesi için mürâcaat eder. Vasî veya vârisler kendi rızâlarıyla vasiyeti yerine getirebilecekleri gibi vasiyetin varlığına yahut da geçerliliğine itirazda bulunarak, talep sahibine bir isbat külfeti yükleyebilirler. Bu durumda, yani vasî veya vârislerin vasiyeti yerine getirmeyip müsâbihi teslimden kaçınmaları durumunda musâleh, iki müslüman ve âdil şâhit göstererek, yani işhâd ederek vasiyetin varlığını ve sıhhatini isbatlayacaktır. Gösterilen bu şâhitler hakkında tabiatıyla genel şâhitlik hükümleri, muhakeme usulü bakımından ise şer'î muhakeme usulü uygulanacaktır.

Nitekim bu hususa işâret eden bazı âyetler vardır. Burada vasiyeti isbat için âdil iki şâhit getirilmesi, eğer seferde, yani yolculukta olup da buna imkân bulunmazsa yabancı ("sizden olmayan") iki şâhit de tutulabileceği hususu yer almaktadır, bunların doğruluğundan şüpheye düşülürse ve musînin mallarının tamamını teslim ettiklerine dâir yemin verdirilir, sonradan âdil olmadıkları anlaşılırsa yerlerine musînin yakınlarından başka iki şâhit ikâme olunur, bunlar da yemin ederler<sup>3</sup>.

\* Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Günümüzde şifahî (sözlü) vasiyetin geçerliliği belirli bir kaç duruma inhisar ettirilmiş ve yazılı şekil şartı esası getirilmiştir. Şakir Berki: "Kur'an'da Miras Hukuku", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:38, S:1-4, Y:1981, s:79.

<sup>2</sup> Nitekim Osmanlı Devleti'nin son zamanlarında çıkarılan ve mahkemeler arası görev sınırını belirleyen 1305/1887, 1327/1909 ve 1332/1914 tarihli nizamnâmeler ile 1336/1917 tarihli U-sul-ü Muhakeme-i Şer'iyye Karamâmesi'nin 7. maddesinin 3. fıkrasında da ifade edildiği üzere, vasiyete dâir da'vâlar şer'î mahkemelerde görülüp sonuçlandırılırdı.

<sup>3</sup> Mâide Suresi: 106, 107 ve 108. âyetler. Bir müslüman tâcir, iki hıristiyan tâcir ile yolculuğa çıkmış ve yolda vasiyette bulunarak vefat etmiştir. Dönüşte bu vasiyet hususunda Hazret-i

Bu âyetin tefsiri ve konuya delâleti üzerinde hukukçular ihtilafıdır. Bir defa vasiyetin isbatı usulüne uygun iki şahidin şahidliği ile olur, bunda ihtilaf yoktur. Kaldı ki başka âyetlerde de buna delâlet eden hükümler vardır. Buradaki yabancı tabirini "başka kabileden" şeklinde anlayan Zührî, İkrime gibi hukukçular varsa da "herhangi bir milletten gayrimüslim" olarak tefsir edenlerin verdiği ma'nâ makbul görülmüştür ki Abdullah b. Mes'ud, Ebu Musa, Şüreyh ve Katâde gibi âlimlerin düşüncesi budur<sup>4</sup>.

Acaba müslümanların vasiyetine gayrimüslimlerin şahitliği mümkün müdür? Burada hukukçulardan genellikle iki görüş naklolunmaktadır. Hanbellilerin dışında kalan hukukçular, müslümanın vasiyetine Müslüman olmayanın şahitlik yapamayacağına hükmetmişlerdir. Ancak Hanbelliler bu âyet hükümünce, yalnızca vasiyette ve zaruret durumunda (yani yolculukta ve müslüman şahit yok ise) müslüman olmayanların şahitliğini kabul etmişlerdir<sup>5</sup>.

İbn Abbas, Ebu Musa'l-Eş'arî, Abdullah b. Kays gibi Eshâbdan, Sa'îd b. Cübeyr, Sa'îd b. Müseyyeb, Kâdî Şüreyh, Hasen-i Basrî, Yahya b. Ya'mer, Ube detir's- Selmanî, İbn Sırîn, İbrahim, Katâde, Süddî, Mücâhid ve İbn Cüreyc gibi Tâbî'inden hukukçular, bu âyet hükümünce yolculukta müslümanların vasiyetlerine zimmîlerin şahitliğini câiz görmüşler, ancak kendilerinden bu hükmün bâki veya mensuh, yani yürürlükte olup olmadığı hususunda açık bir söz gelmemişse de uygulamaya bakıldığında âyetin hükmünün yürürlükte olduğu görüşüne meylettikleri anlaşılmaktadır<sup>6</sup>.

Zeyd b. Eslem, İbrahim en-Nehaî, İmam-ı A'zam, İmam Mâlik ve İmam Şâfi'î bu âyetin mensuh, yani yürürlükten kaldırılmış olduğunu düşünmektedir. Bu nesh, Hanefilere göre ancak müslümanlar için söz konusudur, zimmîler için hükmü halen yürürlüktedir. Diğer mezheplerde zimmîlerin birbirlerine de şahitlikleri geçerli değildir<sup>7</sup>. Gayri-müslimlerin müslümanların vasiyetlerine şahitlik edebilmelerini müm-kün görmeyenler, genellikle bu âyetin hükmünün, Kur'an-ı Kerim'in en son inen âyetlerinden bir başkasının hükmüyle nesh edildiğini, yani yürürlükten kaldırıldığını kabul etmektedir<sup>8</sup>. Bu görüşte olanlar, nesh-olunan âyetteki gayrimüslim sözünden maksadın zimmîler olduğunu, İslamiyetin başlangıcında müslümanların sayıca azlığın-

Peygamber önünde mürâfaa olunmuş, sözü geçen âyetlerin inmesi üzerine Hazret-i Peygamber bu ikisinin şahitliklerini kabul etmiştir. Ebu Bekr Ahmed b. Aliyyü'r-Râzi el-Cessâs: Alikâmu'l-Kur'an, Tahkik: Muhammed es Sâdik Kamhâvî, Nşr: Dâni'l-mushaf Kâhire ty., IV/160; Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmed elEnsârî el-Kartubî: el-Câmi'ul-Ahkâmu'l-Kur'an, Kâhire 1387/1967, VI/346-347; İmam Fahrü'r-Râzi: Tefsir-i Kebîr, Kâhire 1357/1938, XII/114.

<sup>4</sup> Cessâs, IV/160.

<sup>5</sup> İbn Kudâme el-Makdisî: el-Muğni, Alemü'l-kütüb Beyrut, IX/182-183; Vehbe Zuhayli: İslam Fıkhı Ansiklopedisi, İst. 1990, VIII/329.

<sup>6</sup> Cessâs, IV/161; Kurtubî, VI/349-350. Şa'bî nin nakline göre, yolculuktayken hastalanan bir müslüman, orada kendi dininden kimse bulunmadığı için riki gayrimüslim şahit tutarak vasiyet etmiş, sonra da ölmüştü. Kufe kâdisi Ebu Musa'l-Eş'arî önünde mürâfaa olunduğunda "Bu iş Resulullah zamanında gerçekleşmiş ve bir daha da görülmemişti" diyerek gayrimüslimlerin şahitliğini kabul etmiştir. Cessâs, IV/159.

<sup>7</sup> Kurhibî, VI/350-351.

<sup>8</sup> Bakara Suresi: 282. âyet (Müdâyene âyeti diye ünlüdür)

dan dolayı za-rureten zimmilerin bu hususta şahitliklerinin kabul edildiğini, ancak sonradan bunun nesholunduğunu bildirmiştir<sup>9</sup>.

İbn Ebi Leylâ, Evzâî, Sevrî, İbn Meysere, Ebu Ubeydül-Kâsım b. Selâm gibi bu âyet hükmünün nesholunmadığını kabul eden hukuk-çular da vardır. Ahmed b. Hanbel de bunu tercih ederek yolculuktaki bir müslümanın kendi dininden kimse bulunmaması durumunda vasiyetine zimmî şahit gösterilmesine cevaz vermiştir. Bunlar, Mâide sûresinin, en son inen ayetleri içerdiğini söylemişlerdir<sup>10</sup>. Halbuki neshi kabul edenlerin dayandığı Bekara sûresinin zikri geçen âyetlerinin son indirilen âyetlerden olduğu hususu daha doğrudur. Maide sûresinin ise tamamı değil, belki birkaç âyeti en son inen ayetlerdendir<sup>11</sup>. Neshi kabul etmeyenlerden Zuhrî, İkrime gibi bazı hukukçular da, buradaki "sizden olmayan" tabirini başka kabile veva aileden kimse olarak tevil etmişler, bu sebeple neshe hükmetmeye hacet bulunmadığını bildirmişlerdir<sup>12</sup>.

Bazı hukukçular, neshi kabul etmeyenlerin görüşünü tercih yönünde birkaç dayanak ileri sürmektedir<sup>13</sup>. Buna göre bir defa, âyette hitab bütün müminlere olduğundan "sizden olmayan iki kişi" tabir-i müslümanlardan başkasına delâlet eder. Kaldı ki âyet hükmünün yolculukla kayıtlı olması, burada müslümanların dışında kimselerin kasdolunduğunu gösterir, çünkü müslümanların şahitliği yolculuk dışında da geçerlidir. Şahitlere yemin ettirilmesi de bunu desteklemektedir. Ayrıca âyetin ruzul, yani iniş sebebi, hıristiyan dinine mensup iki kişinin, bir müslüman üzerine şahitliğidir. Öte yandan Hazret-i Peygamber'den sonra bu yolda uygulama gerçekleşmiş ve buna kimse itiraz etmediği için icma olmuştur<sup>14</sup>. Kaldı ki iş bir zaruret problemi, yani yolculukta müslüman Şahit bulunmadığı zaman gayrimüslimlerin şahitliği geçerli olmaktadır.

Yukarıda zikri geçen ayetlerde, bir de şüphe durumunda bu şahitlere namazdan sonra yemin verdirilmesi hususu geçmektedir. Prensip itibariyle şahide yemin verdirilmez, yemin dâ'vâlı münkire âittir. Burada da şahitler aynı zamanda dâ'vâlı durumunda oldukları için kendilerine yemin verdirildiği bildirilmiştir. Söz konusu yeminin, âyetin ilk kısmında zikredilen müslüman şahitlere değil de, âyetin ikinci kısmında geçen gayrimüslim şahitlere verdirileceği anlaşılmaktadır<sup>15</sup>. Ancak buradan müslüman şahide yemin verdirilebileceği

<sup>9</sup> Kâdî Beydâvî: Envârü't-Tenzil ve Esranu't-Te'vil. İst. 1306. II/2-242-243; Şeyhzade Muhammed b. Muslihüddin Mustafa el-Kocevî: Haşiyetü Şeyhzade alâ Tefsiri Kâdî Beydâvî. İst. 1306, II/242-243.

<sup>10</sup> Kurtubî VI/350-351. Hatta Kurtubî de bu görüştedir.

<sup>11</sup> Cessâs, IV/161.

<sup>12</sup> Kurtubî, VI/350-351; Fahrü'r-Râzî, XII/115.

<sup>13</sup> Fahrü'r-Râzî, XII / 115-116.

<sup>14</sup> Ebu Musa'l Eş'arî'nin Kûfe kadısı iken verdiği ve yukarıda zikredilen hükme işaret olunmaktadır.

<sup>15</sup> Kurtubî, VI/355-356; Cessâs.IV/165. Namazdan sonra yemin verdirilmesi hususu da çeşitli tefsirlere tâbi tutulmuştur ve burada hâ-kim düşünce, bu namazın öğle veya ikinci namazı olduğudur. Hasen-i Basrî, o zaman Hicaz'da bu vakitte hükümet işlerinin görüldüğüne işaret etmektedir. Fahrü'r-Râzî, XII/117.

sonucunu çıkarmak da mümkündür, nitekim zamanla yalanın yayılması üzerine Hazret-i Ali'nin şâhîde de yemin verdirdiği görülmüştür<sup>16</sup>.

Yine bu âyetlerden ikincisinin hükmünce eğer vasiyete şâhitlik edenlerin sonradan bu şâhitliğe ehil, bir başka deyişle âdil olmadıkları geçerli bir delille anlaşılırsa, bu kez mûsîye hak sahibi olmak bakımından yakın bulunanlar onların yerine geçerek yemin ederler. Bunlar, da'vâcı durumundaki vârislerdir. Böylece başta aleyhlerine edilen yemin ile verilmiş hüküm, bunların yeminlerine göre düzeltilir<sup>17</sup>.

## B. Şifahî İsbatın Yapılamadığı Durumlar

Müsâleh olduğu iddiasında bulunan kimse bu iddiasını veya mevcut bir vasiyetin geçerliliğini hukuken aranılan nitelikleri taşıyan iki şâhit ile isbat edemez ise, bu durumda da'vâliya (vasî veya vâris) hâkim tarafından da'vâcinin isteği üzerine veya re'sen yemin verdirilir. Burada Mecelle'nin ilgili maddelerinde yazılı hususlar geçerli olur. Da'vâli yeminden nükûl ederse, yani kaçınırsa bu durum aleyhine delil oluşturur.

## II. Vasiyetin Muharrer (Yazılı) İsbatı

Eski hukukumuzda akitler, tarafların birbirine uygun îcap ve kabulleriyle in'ikad ettiğinden, resmî ve yazılı şekil şartı aranmadığı yukarıda geçmişti. Ancak zamanın ilerlemesiyle şartların da değişmesi üzerine, kötü niyetli kimselerin yalan şâhitlikte bulunmalarının artması, âdil şâhitlere rastlanamaz olması gibi durumların ortaya çıkmasıyla insanlar vasiyet akdinin de resmî bir şekle bağlanması gereğini duymuşlardır. Bazı durumlarda da hükümetler mecburî olarak yazılı bir takım isbat şartları getirmişlerdir. Vasiyetin yazılı ispatı iki şekilde olmaktadır: Bunlardan biri vasiyetnâme, diğeri ise vasiyet hüccetidir.

### A. Vasiyetin İhtivârî Yazılı İsbatı

#### I. Vasiyetnâme

##### a. Vasiyetnâmenin İspat Vasıtası Olma Şartları

Vasiyetnâme, mûsînin vasiyet etmek istediği hususları kendi el yazısıyla (hatt-ı destîyle) kağıda geçirmesidir. Abdullah b. Ömer'in rivâyet ettiği "Malı olan bir kimsenin vasiyetini yazmadan iki gece geçirmesi bile uygun

<sup>16</sup> Elmalılı M. Hamdi Yazır, Hak Dini Kur'an Dili, İst. 1992, III/357.

<sup>17</sup> Kurtubî, VI/358-359; Cessâs, IV/165-166. Bu âyet aym zamanda İslam hukukunda îade-i muhakeme usulünün meşruluğuna da hukukî dayanak oluşturmaktadır. Elmalılı, III/358.

değildir" meâlindeki hadis, yazılı vasiyetin cevazına delil oluşturur<sup>18</sup>. Bu vasiyetin isbat kudreti taşıyabilmesi için öncelikle mûsînin el yazısıyla düzenlenmesi şarttır. Bu, vasiyetnâmenin mûsîye âit olduğuna dâir bir karine oluşturur<sup>19</sup>. Nitekim bu bahiste üzerinde durulan husus vasiyetin ispatıdır, yoksa vasiyetin şekli sıhhatine dâir hususlar başka bir konudur. Mûsînin yazı yazmaktan da âciz olması halinde, eğer işi sağlama bağlamak istiyorsa, hâkime başvurarak şer'î hüccet alması gerekir.

El yazısı vasiyet sahih olmakla beraber Hanefilerde bunun isbatı için vasiyetin mündericâtına, yani içerdiği hususlara vâkîf iki şâhit aranır. Mûsî vasiyeti yazıp sonra şâhitlere okumadan "şâhit olun" dese, kendi bizzat yazmışsa, hatta vasiyetnâmeyi yazıp mühüledikten sonra buna şâhitler tutsa Hanefilerin bir görüşüne göre câiz değildir<sup>20</sup>. Ancak İmam Ebu Yusufun İmam-ı A'zam'dan rivâyetinde, bir kimsenin bizzat el yazısı vasiyette bulunup bunu kendilerine okumadığı kimseleri şâhit tutması istisnânen câizdir, başkası yazmışsa değildir. Nitekim Ebu Nasru'd-Debûsî, hastalığında eliyle vasiyetini yazmış ve bunu okumadan şâhitler tutmuştur<sup>21</sup>.

Mâlikî mezhebine göre, mûsî el yazısıyla vasiyet hazırlayıp tenfiz edilmesi isteğini de bu metinde ifade etse, ama şâhitler tutmasa bu vasiyet sonradan mûsînin rücu etmiş olabileceği ihtimaline binâen yerine getirilemez, halbuki vasiyeti okumadan "bu benim vasiyetimdir" diyerek şâhitler tutsa bu muteberdir.<sup>22</sup> Hatta Mâlikî hukukçusu İbn Şu'be esasen hiç şâhit aramaktadır. Mâlikîlerden, sonradan vasiyet mündericâtını bilmeyen şâhit tutmaya cevaz verenlerin delîli şudur ki, Asım b. Ömer sefere giderken vasiyetini yazmış, mühürleyip buradakilerin kendi sözü olduğuna kardeşi Sâlim b. Ömer'i şâhit tutmuştur<sup>23</sup>. Nitekim bu, "bu vasiyetnâmenin benden sahih şekilde sâdir olduğuna Fâhit olun" ma'nâsına gelmektedir (hikâyeten şahâdet), yoksa mündericâtına şâhit olun demek değildir, nitekim mündericâtında vasiyetin sıhhatine hâlel getiren başka bir husus varsa o takdirde vasiyet zaten yerine getirilemez, öte yandan bir kimse el yazısı vasiyetine şâhitler tutarak, bunlara belirli bir malını falana vasiyet ettiğini bildirirse, öldükten sonra o malı başkasına bıraktığı yazılı vasiyetinden anlaşılrsa, ikinci vasiyetin ilkinin neshettiği, yani yürürlükten kaldırdığı kabul olunur<sup>24</sup>. Ancak ünlü Mâlikî hukukçusu Molla Halil b. İshak el-Cündî nin Muhtasar adlı eserinde bildirdiği üzere, bu mezhep mensubu hukukçuların çoğuna göre, hiç şâhit tutmaksızın

<sup>18</sup> Zeynüddin Ahmed ez-Zebîdî: Sahîh-i Buhârî Muhtasarı Tecrid-i Sarîh, Trc: Kâmil Miras, 8.b, Anlç. 1987; VIII/205.

<sup>19</sup> Ömer Nasuhi Bilmen: Hukukî İslâmîyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu, İst.1985, VI/206.

<sup>20</sup> Hey'et: el-Fetâvâ'l-Hindîyye, Bulak 1310, VI/159. Nitekim Mecelle'nin 1736. maddesinde bu husus "Yalnız hatt ve hatem ile amel olunmaz", yani sadece yazı ve mühür geçerli kabul edilemez, şeklinde ifade edilmiştir.

<sup>21</sup> Fahrüddin Hasen b. Mensur b. Mahmud el-Üzcendî el-Ferğânî Kâdhân: Fetâvâ-yı Hânîyye, 2.b, Bulak 1310, (el-Fetâvâ'l-Hindîyye hâmişinde) III/493.

<sup>22</sup> Ebu Abdullah eş-Şeyh Muhammed Ahmed Uleyş: Fethu'l-Âliyyi'l-Mâlikî, Kâhire 1378/1958, II/368.

<sup>23</sup> Muhammed Ebu Zehre: Şerhu Kanunî'l-Vasiyye, Kâhire 1398/1978, II; Mahmud Ali Ahmed İbrâhim: el-Vasiyye ve Ahkâmıha, Kâhire 1410/1990, 57.

<sup>24</sup> Ebu Abdullah Muhammed b. Yusuf el-Mevvâk: et-Tâc ve'l-İklîl Şerhi Muhtasarı Halil, Beyrut 1416/1995, VIII/552-553; İbrâhim, 58-59.

vasiyette bulunmak, mûsînin el yazısıyla da olsa yerine getirilemez, çünkü mûsînin bundan rücu etmiş olma ihtimali vardır<sup>25</sup>.

Hasen-i Basrî, Ebu Kılâbe ve Ebu Sevr gibi hukukçular ile Şâfi'ilerde çoğunluğun görüşüne göre, mûsî konuşmaya muktedir iken yazıyla vasiyette bulunup bu vasiyetin mündericatını bilmeyen şahitler tutsa vasiyetin in'ikad etmeyeceği hususu kaynaklarda yer almaktadır. Ancak şâfi'ilerden Mervezî in'ikad edeceği görüşündedir, çünkü Abdullah b. Ömer hadîsinde vasiyetin yazılmasından sözedilmektedir, şahitlerden bahis yoktur<sup>26</sup>. Esasen şahit vasiyetin in'ikad veya icabın sıhhat şartı olmayıp ancak bir isbat şartıdır. Bu sebeple buradaki "in'ikad etmez" sözünü "isbat edilemez" anlamında almak yerindedir, yoksa şahitsiz vasiyet sahihtir, nikâh akdi dışında bütün akitler de böyledir.

Ahmed b. Hanbel'den gelen bir görüşe göre, el yazısı vasiyete itibar olunmaz, mühürlenmiş bir vasiyete de şahit gösterilemez, meğer ki onlar vasiyetnâmenin mündericatını mûsîden duymuş veya onlara okunmuş olsun. Ancak Hanbelîlerin ünlü hukukçusu Hirakî'ye göre, mûsî vasiyeti yazar, ricuu bilinmez veya birisi vefat eder, yazılı vasiyeti bulunur, şahit yoktur, ancak yazısı meşhur ve bilinen bir yazıdır, bu takdirde vasiyeti isbat yönünden geçerlidir. Hirakî'nin yanısıra, ileri gelen hukukçulardan Abdülmelîk b. Ya'lâ, Mekhûl, Numeyr b. İbrâhim, Leys, Evzâ'î, Muhammed b. Mesleme, Ebu Ubeyd ve İshak ile Mâlikîlerden İbn Şu'be, Şâfi'ilerden Mervezî ve Abbâdî de bu görüştedir. Bunun delili Hazret-i Peygamber ve halellerinin uygulamalarıdır. Nitekim Hazret-i Peygamber, emîrlere, âmillere, yani görevlendirdiği kimselere emir ve sünnetlerini mektup yazarak bildirir, Hulefâ-yı Râşidîn de böyle yapardı. Kaldı ki, Abdullah b. Ömer hadîsinde yazılı vasiyetten bahsedilmektedir, şahitten değil. Aynı zamanda Tâbi'inden büyük bir hukukçu olan Halife Abdülmelik b. Mervan da Ömer b. Abdülaziz'i şahitsiz ve mühürlü vasiyet ile istihlaf etmiş, yani öldükten sonra yerine geçirmiştir. Şu kadar ki, Hanbelî mezhebinde vasiyetini yazıp buna şahitler tutmak müstehab ve ihtiyatlıdır<sup>27</sup>. Yine bu mezhepteki bir görüşe göre, mûsînin vasiyeti bizzat yazması da gerekmez, bir başkası yazıp mûsîye okusa ve o da imzalasa yeterlidir<sup>28</sup>. Mısır Vasiyet Kanunu da bunu kabul etmiştir.

Sonuç itibariyle, mûsî vasiyet yazıp vefat etmiş ve yazısı da bilinen bir yazıysa (yani ondan sâdir olduğu sâbitse) Hanefî ve Şâfi'ilerin çoğunluğu ile Hanbelîlerin bir kısmı şahitlerin bunun mündericatını bilmesini ararken, Mâlikîlerin çoğunluğu şahit aramakla beraber bunların el yazısı vasiyetin mündericatına vâkif olmalarını şart koşmamışlardır, Hanefîlerde de bu yolda görüşler vardır. Mâlikî, Şâfi'î ve Hanbelîlerin el yazısı vasiyeti geçerli tutan bir kısmı ise vasiyet mûsî tarafından mühürlenmişse şahit aramamaktadırlar<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Mevvak, VIII/551-552; Uleyş, II/368.

<sup>26</sup> Muhammed eş-Şirbîni: Muğni'l-Muhtâc, Kâhire 1377/1958, III/53; Abdülhamîd eş-Şirvânî: Hâşiyetü Şirvânî alâ Tıvîfeti'l-Muhtâc, Kâhire 1315; VII/36.

<sup>27</sup> Şirbîni, VI/191; İbn Kudâme, VI/69-70; Ebu Zehre, 12; İbrâhim, 57.

<sup>28</sup> İbrâhim, 61.

<sup>29</sup> Abdülvehhab Şa'rânî: Mizanü'l Kübrâ, Trc: A. Faruk Meyan, İst.1980, II/531.



## **b.Vasiyetnâmenin Unsurları**

Vasiyetnâmelere genellikle şer'î hüccetlerde olduğu gibi Allah'a hamd ve Hazreti Peygambere medh ve senâ ifadeleriyle ve ölümün hakikat ve mukadderliğine dâir sözlerle başlanır. Vasiyetnâmede bulunması gereken diğer hususlar şunlardır<sup>30</sup> :

Müşinin ismi, babasının ismi, künyesi ve ikâmetgâhının mahalli; terikenin üçte biriyle kime, nereye ve hangi şekilde vasiyette bulunduğu; vasiyeti tenfiz edecek bir vasi nasb ve tayin olunup bu vazifeyi kabul ettiğine dâir ibâre (vasiyette bu husus yer almıyorsa ya da nasb ve tayin olunan vasi bu vasiyetleri yerine getirmekten âciz ise hâkim bir vasi nasb ve tayin edeceğinden bu hususun vasiyette bulunmamasının tasarrufun geçerliliğine halel getirmeyeceği düşünülebilir); vasiyetin düzenlenme tarihiyle şahitlerin isim, künye ve ikâmetgâh mahalleri.

Ölümü müteakip techiz, tekfin ve tedfin, yani cenaze ile ilgili masraflar aynılıp hemen ardından müşinin borçları ödeneceği için bu hususların vasiyetnâmede yer alması mecburiyeti yoksa da uygulamada bunlar zikredilmiştir. Artan malların vârisler arasında nasıl taksim olunacağı da pratikte vasiyetnâmelerde yer almıştır.

## **2.Vasiyet Hücceti**

Musî, yazılı vasiyette bulunma yoluna gitmemişse veya yazı yazmaya muktedir değilse ya da vasiyetin yerine getirilmesini güvence altına almak istiyorsa, şer'î mahkemeye başvurarak vasiyet hücceti düzenletirir. El yazısı vasiyetlerde pekçok sahtekârlık yapmanın mümkün ve kolay olduğu göz önüne alınırsa, bunun daha emin ve doğru bir yol oluşturduğu ortadadır.

Mahkemelerin nizâsız yargı sonucu verdiği ve hâkimin hükmünü içermeyen, bir başka deyişle mahkemenin hâkimlik değil de kâtib-i adillik (noterlik) sıfatının bir ürünü olan belgelere hüccet denilmektedir. Hüccetlerin bir nüshası şer'î mahkeme sicillerine kaydolunduğu için evrakta sahtekârlık ve kaybolma ihtimalini de ortadan kaldırırdı. Vasiyet hüccetinden Osmanlı Devleti zamanında yirmisi kâdi ve beşi de kâtibler için olmak üzere yirmibeş akçe resm-i kitâbet tahsil olundu<sup>31</sup>. 4 Cemâzilevvel 1296/26.IV. 1879 tarihli Bilâbeyine Mazmunuyla Amel ve Hükm Câiz Olabilecek Surette Senedât-ı Şer'iyyenin Tanzimine Dâir Ta'limat mucibince vasiyet hüccetleri, vasiyete dâir da'vâlarda kesin delil niteliği taşır ve artık başkaca şahit aranmazdı<sup>32</sup>.

Vasiyet hüccetinde vasiyetnâmede de olduğu gibi genellikle örnek bir metin vardır. Osmanlı Devleti'nde hukuk sisteminin tekâmülû ile son zamanlarda yetenekli kimselerin sakk ismi verilen örnek şer'î mahkeme ilam ve

<sup>30</sup> Yakub b. Seyyid Ali: Mefâtihu'l-Cinân Şerhu Şirati'l-İslam, İst.1288, 560-561.

<sup>31</sup> Tevki'i Abdurrahman Paşa Kanunnâmesi, Millî Tetebbu'lar Mecmuası, İst.1331, 1/541.

<sup>32</sup> Düstur, 1/479-84. Ayrıca 1336/1917 tarihli Usul-ü Muhakeme-i Şer'iyye Karamâmesi'nin 25. maddesine göre senede müstenid da'vâlarda şahid dinlenmez.

hüccetlerini bir araya getirmesiyle, hâkizlerin gereğinde bunlara göre kolayca ilâm ve hüccetleri kaleme aldirmalarına imkân doğurmuştur<sup>33</sup>.

Bir vasiyet hüccetinde şu hususların bulunması âdet halini almıştır: Vasiyette bulunan kişinin ismi, babasının ismi, varsa künye, meslek ve lakabı; vefatı müteakip techiz, tekfîn ve tedfîn masraflarının yapılması ve alacaklıların isimleri beyan edilerek borçların tediye olunması, yani ödenmesi talebi; terikenin üçte birinden çok olmamak üzere kime, nereye ve ne şekilde vasiyette bulunulduğu; artan malların vârisler arasında taksimi keyfiyeti; vasiyeti tenfiz memuru (vasî) nasb ve tayin olunan kimsenin ismi, künyesi, ikâmetgâh mahalli ile bu görevi kabul ettiğine dâir bilgi; vasiyet hüccetinin düzenlenme tarihi; düzenleme sırasında hâzır bulunan ve hukuken aranılan nitelikleri taşıdıkları hukuken sâbit olan şahitlerin isimleri, künyeleri ve ikâmetgâh mahalleri.

## B. Vasiyetin Mecburî Yazılı İsbatı

Osmanlı Devleti'nin son zamanlarında, vasiyet konusu olan gayrimenkullerin intikali hususunda, menkuller için cârî olmayan bir usul konulmuştur. 6 Receb 1292/3.VIII/1875 tarihli bir nizamnâmenin 17. maddesi gereği hibe ve vasiyet yoluyla intikali istenen emlâk için ilâm-ı şer'î (hüccet) aranılması esası getirilmiştir. Ancak buradaki hükümler 7 Safer 1278/B.VIII.1861 tarihli hıristiyan terikeleri hakkındaki emirnâme-i sâmideki<sup>34</sup> hükümlerle çelişki doğurmuştur. Bunun üzerine Defter-i Hâkânî Nezâreti'nden gönderilen tezkire ve Mahkeme-i Temyiz Hukuk Dâiresi ile Mecelle Cemiyeti'nden gönderilen müzekkereler Şurâyı Devlet'e hâvâle edilerek Adliye Nezâreti'nin 14 Rebiulevvel 1295/7 Mart 1294/19.III.1878 tarihinde yayınladığı bir mazbatada bu husus açıklığa kavuşturulmuştur<sup>35</sup>. Burada resmî şekil şartının, hile ve fesad doğmasına engel olma maksadıyla arandığı açıklanmıştır. Şayet gayrimenkul, lonca odası senedi, köy ve mahalle ihtiyar meclisi ilmühaberi gibi bir belgeyle musînin vefatında musâlehin elinde ise, muamele-i nizâmiye bu vesikaya dayanarak yerine getirilecektir.

Buna benzer bir husus da 1947 tarihli Mısır Akar Kanunu'nun 9. maddesinde yer almaktadır. Buna göre; gayrimenkullerde resmî tescil, mülkiyetin isbatı için gerekli görülmüştür. Halbuki menkuller için böyle bir şey söz konusu değildir<sup>36</sup>. İslam hukukuna aykırı olmayan bu uygulama, kazânın tahsisinin câiz olduğu prensibine dayanır<sup>37</sup>. Öte yandan akarda resmî tescil aranmasının Osmanlı hukukunun etkisiyle getirildiği açıktır. Kaldı ki, Mısır Vasiyet Kanunu da vasiyet ve bundan rücu da'vâlarının dinlenmesi için resmî belge veya tamamı musînin el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış vasiyetnâme ya da

<sup>33</sup> İsmail Hakkı Uzunçarşılı: Osmanlı Devletinin İlimiye Teşkilâtı, 3.b, Ank. 1988, 116-117.

<sup>34</sup> Düstur I/1/298-300.

<sup>35</sup> Düstur I/4/371-372.

<sup>36</sup> Ebu Zehre, 16.

<sup>37</sup> Muhammed Mustafa Çelebi: Ahkâmü'l-Vesâyâ ve'l-Evkâf, 4.b, Beyrut 1402/1982, 32.

musî tarafından imzalanmış ve bu imzası onaylanmış vasiyetnâme ibrazını aramaktadır<sup>38</sup>.

Yine Osmanlı Devleti'nin son zamanlarında, yabancı ülkelerdeki Osmanlı teb'asının vasiyetleri için de bir takım şekil şartlarının getirildiği görülmektedir. Bu husustaki hükümler 10 Safer 1301/29 Teşrinsani 1299/II.XII.1883 tarihli "Saltanat-ı Seniyye Şehbenderleri Tâlimat-nâmesi" nin ikinci kısmının yedinci faslında yer almaktadır<sup>39</sup>. Buna göre şehbenderler (konsoloslar), Osmanlı teb'asınca alenî veya hafî, yani açık veya gizli surette yapılan vasiyetnâmeleri kabul ederken, Osmanlı mevzuatını gözönünde tutacak, şifahî (sözlü) vasiyet bahis konusu ise tenfize teşebbüs etmeyip elçilik aracılığıyla durumu Hâriciye Nezâreti'ne beyân edecekler (86. bend), elyazısı vasiyetleri iki usulüne uygun şâhit huzurunda emânet suretiyle kabul edip bu hususta düzenlenecek zabtnâmeyi bizzat imzalayarak şâhitlere de imzalatacak (87 ve 88. bend), musî, düzenlettirdiği veya tevdi ettiği vasiyetnâmeyi geri almak isterse yine iki şâhit huzurunda bir zabtnâme hazırlanacak (89. bend), ayrıca şehbenderler, kendilerine tevdi olunan veya bizzat düzenledikleri vasiyetlerin onaylı suretini Hâriciye Nezâreti'ne gönderecektir (90. bend).

### C. Gayrimüslim Vasiyetlerinin İspatı

Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinde gayrimüslimlerin dâvâlarına şer'î mahkemeler bakmakta muhayerdir. Şâfi'îlerde de bir görüş böyledir. Şâfi'îlerin diğer görüşüne göre ve Hanefilerde, zimmî ve müstemenlerin aralarındaki hukukî ihtilaflar, kural olarak şer'î mahkemeler önünde çözümlenir, ancak ahvâl-i şahsiyeye, yani şahıs, âile ve miras hukukuna ilişkin hususlarda kendi cemaat veya konsolosluk mahkemelerine de gidebilme hakkı verilebilir. Böyle bir imkân olduğu durumda bile, İmam-ı A'zam'a göre her iki tarafın rızâsıyla, İmameyn'e göre ise taraflardan birinin isteğiyle ihtilaf şer'î mahkemelere de götürülebilir<sup>40</sup>. Osmanlı Devleti'nde Hanefî mezhebindeki bu ikinci içtihad uygulanmıştır. Yani gayrimüslimlere ahvâl-i şahsiyeye dâir dâvâlarını kendi cemaat mahkemelerine götürübilme, ayrıca isterlerse Osmanlı mahkemelerine de başvurabilme imkânı tanınmıştır<sup>41</sup>. Öte yandan gayrimüslimlerin şer'î mahkemeye başvurabilmeleri hususunda ruhanî reislerinin iznine gerek yoktur, ancak Mâlikîlerde bir görüş bunun gerekli olduğu yönündedir<sup>42</sup>. Eğer zimmî ve müste'menler ahvâl-i şahsiyeye dâir dâvâlarda bile şer'î mahkemelere başvuruyu tercih etmişlerse İslam hukuku uygulanır, ancak buradaki hükümler müslümanlara uygulanan hükümlerden biraz fark-

<sup>38</sup> İbrâhim, 65-66.

<sup>39</sup> Düstur, I/Zeyl 2/192 vd.

<sup>40</sup> Abdülkerim Zeydan: Ahkâmü'z-Zimmiyyîn ve'l-Müste'menîn fi Dâri'l-İslam, Bağdad 1402/1982, 566-576; Ahmed Özel: İslam Hukukunda Ülke Kavramı, İst.1982, 203-208.

<sup>41</sup> Halil Cin/Ahmed Akgündüz: Türk Hukuk Tarihi, 3.b, İst. 1995, II/353; Gülnihal Bozkurt: Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu, Ank. 1989, 23; Bilal Eryılmaz: Osmanlı Devletinde Gayrimüslim Teb'anın Yönetimi, İst. 1990, 41; M. Akif Aydın: Türk Hukuk Tarihi, 2.b, İst.1996,161-162.

<sup>42</sup> Özel, 208.

lıdır. Bir başka deyişle zimmi ve müste'menlerin vasiyetlerinin sahih olması için İslam hukukunun aradığı bazı şartlar vardır. Gayrimüslimler muamelat bakımından İslam hukukuna tâbi olduklarından, vasiyette âile hukukunda olduğu gibi geniş bir otonomi yoktur, nitekim şarab ve domuz eti gibi malları vasiyete konu yapabilmelerine rağmen, üçte bire riâyet, vârise ve harbîlere vasiyet edememe mecburiyeti bunlar için de söz konusudur. Gerek şerf mahkemeler, gerekse cema'at mahkemeleri bu hususları gözönüne alacaktır<sup>43</sup>. Zaten cemaat mahkemelerinden verilen hükümlerin yerine getirilmeleri Osmanlı ıca makamlarınca yapılmakta ve cemaat mahkemelerinin vasiyetin de dâhil olduğu bir takım kararlarına karşı Osmanlı mahkemeleri kanun yolu mercii olarak görev yapmaktadır<sup>44</sup>. Kısacası, İslam hukukuna aykırı hüküm içermeyen vasiyetnâmeler geçerli olup, bir vasiyetnâmenin geçerliliği metropolidhâne-nin ifadesiyle belirlenir<sup>45</sup>.

Osmanlı Devleti'nin son zamanlarında gayrimüslim teb'a, vasiyetlerine İslam hukuku hükümlerinin uygulanması ve mahkemelerin İslam hukukundaki ferâiz hisselerine uymalarından dolayı şikâyetlerde bulunmuşlardır<sup>46</sup>. Yabancı devletlerin de müdahaleleri sonucu Osmanlı hükûmeti 11 Cemâzilâhir 1272/28.İl.1856 tarihli İslahat Fermanı<sup>47</sup> ile gayrimüslim teb'a arasındaki irsiyete dâir da'vâlara eğer taraflar isterlerse cemaat mahkemelerinde bakılacağını bildirmek gereğini duymuştur. Ancak bu fermanla emlak tasarruf hususunda aranan yükümlülük ve şartlar bakımından müslüman ve gayrimüslim teb'a arasında fark gözetilmeyeceği bildirilmiştir. Yine hıristiyan terikeleri hakkında 7 Safer 1278/B.VIII.İB61 tarihinde yayınlanan tahrirat-ı sâmiyye<sup>48</sup> ile de şer'î mahkemelerin gayrimüslim teb'anın terikelerinin tahriri işine karışmayacağı, ancak müteveffânın vârislerinden birinin isteği varsa veya vârisler arasında müteveffurun küçük çocuğu bulunuyorsa bu takdirde şer'î mahkeme tarafından terikenin tahrir edileceği ve küçük çocuğun haklarının kaybolmaması için mallarının emin velî veya vasiye teslim edilmesi hususu zikrolunmuştur. Bu tahrirat-ı sâmiyyede ayrıca şu da yer almaktadır: Bir gayrimüslim Osmanlı vatandaşının sağlığında mensubu olduğu milletin muteber kişilerinden şahitler tutmak üzere malının üçte biriyle çeşitli cihetlere vasiyette bulunması ve vasiyetnâmesiyle mallarını vârisleri arasında taksim etmesi durumunda da bu vasiyetnâmenin geçerliliği sübut bulmuşsa, devlet bu terikelere taksim maksadıyla müdahale etmeyecektir. Burada vasiyet mevzuu gayrimenkuller arâzii mîriyye veya vakıf arâzi yahud musakkafattan ise özel kanunlarına uyulması gereği vardır.

<sup>43</sup> İbrâhim el-Halebî: Mültekâ'l-Ebhur, Kitâb-ı Mevkufât adıyla trc Mevkufâtı Mehmed Efendi, Derseâdet 1318, II/317; Zeydan, 496-497, 504-505.

<sup>44</sup> Mehmed Şevki: Ta'yin-i Mercî', 228-229. Nitekim Adliye Nezâreti'nin 4.IV.1299 ve 16.IV.1883 tarihli talimatıyla cemaat mahkemelerinin vasiyetnâmeye dâir verdikleri kararlara karşı umumî mahkemelerde itiraz imkânı getirilmiştir. Yorgaki/Şevket: Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye Kanun-u Muvakkati Şerhi, Kostantiniyye 1304, I/257.

<sup>45</sup> Ahmet Reşit: Ekalliyetlerin Himayesi, İst.1933, 31.

<sup>46</sup> Bozkurt 15-16.

<sup>47</sup> Düstur I/17

<sup>48</sup> Düstur, I/1/298-300.

Yine yukarıda da zikredildiği üzere 6 Receb 1292/3.VIII.1875 tarihli nizâmnamenin 17. maddesi gereği hibe ve vasiyet yoluyla intikali istenen emlak için il'am-ı şer'î (hüccet) aranılması esası getirilmiş, ancak yukarıda da geçtiği üzere buradaki hükümler 7 Safer 1278/B.VIII.1861 tarihli hıristiyan terikeleri hakkındaki emirname-i sâmiddeki hükümlerle çelişki doğurunca, Adliye Nezâreti'nin 14 Rebiulevvel 1295/7 Mart 1294/19.III.1878 tarihinde yayınladığı bir mazbatayla<sup>49</sup> vasiyet konusu gayrimenkul, lonca odası senedi, köy ve mahalle ihtiyar meclisi ilmûhaberi gibi bir belgeyle musînin ölümünde musâlehin elinde ise, muamele-i nizâmiyenin bu belgeye göre yapılması hususu hükme bağlanmıştır.

Bu arada Bâbîâlî, 13 Zilka'de 1292/29.XI.1875 tarihli Ferman-ı Adâlet<sup>50</sup> ile zimînîlerin vasiyetlerine karışılmayacağını, ancak istek olursa devletin himayesinin gündeme gelebileceğini teyiden il'an etmiştir.

Müste'menler, hâiz oldukları adlî statü bakımından zimmi gibidir. Bunların İslam ülkesinde yapmış olduğu vasiyet, şekil itibarıyla bulunduğu devletin hukukuna tâbidir<sup>51</sup>. Dolayısıyla müste'menin kendi devletinin hukukuna göre sahil olmadığı halde, meselâ, vasiyetini eliyle veya başkasının marifetiyle yazsa ya da şifâhen birisine söylese ve bu da sübut bulsa yahud şer'î mahkemeden hüccet almış olsa bu vasiyeti sahihtir. Halbuki sözgelisi Fransız hukukuna göre vasiyet ya musînin eliyle yazılıp notere teslim edilmeli veya noter tarafından bizzat düzenlenip musî tarafından imzalanmalıdır. Bununla beraber müste'men kendi konsolosluğuna gidip vatandaşı olduğu devlet kanunlarının aradığı şekil şartlarına göre vasiyette de bulunabilir. Vasiyetinin esas itibarıyla hangi hukuka tâbi olacağını müste'men musî bizzat belirlemişse, vatandaşı olduğu devlet hukuku uygulanır<sup>52</sup>.

Müste'menlerin menkullere dâir vasiyetlerinin esas bakımından tâbi olacağı, hukuk, eğer kendileri tarafından bizzat belirlenmemişse zimmiyelerinkinde olduğu gibi İslam hukukudur<sup>53</sup>. Gayrimenkuller bakımından ise, müste'menler esasen ilk zamanlar Osmanlı ülkesinde gayrimenkul iktisap ve tasarruf hakkını hâiz değildi. 1274/1858 tarihli Arâzi Kanunnâmesi, müslüman bile olsa yabancı devlet vatandaşlarının Osmanlı teb'asından arâzi temellüküne izin vermemiştir. Bu hak kendilerine ilk defa 1 Cemâzilevvel 1284/31.VIII.IB67 tarihli ecnebîlerin emlak istimlâki hakkındaki kanun ile bahşolunmuştur<sup>54</sup>. Bu kanun gereğince yabancılar hukuken intikali- ne izin verilen emlakı vasiyet edebilecektir (madde 4). Öte yandan yabancılar bu hususta Osmanlı teb'ası ile aynı hukukî yükümlülükleri hâiz olup, emlâke dâir bütûn hukukî ihtilaflara iki taraf yabancı da olsa Osmanlı mahkemeleri bakacak, ancak burada milletlerarası anlaşmalarla yabancılar tanınmış

<sup>49</sup> Düstur, I/4/371-372.

<sup>50</sup> Düstur, I/3/2.

<sup>51</sup> Alâüddin Ebu Bekr b. Mes'ud el-Kâsânî: Kitâbu Bedâyi'u's-Sanâyi' fi Tertibi's-Şerâyi', Beyrut 1394/1974, VII/335.

<sup>52</sup> Halil Cemâleddin/Hırand Aşador: Ecânibin Memâlik-i Osmaniyyede Hâiz Bulundukları İmtiyâzat-ı Adliyye, Derseadet 1331, 230.

<sup>53</sup> Zeydan 511.

<sup>54</sup> Düstur, I/1/230-236

muafiyetler mahkemece gözönüne alınacaktır (madde 2). 23- Temmuz 1291/1875 tarihli bir tezkire-i sâmiye ile de yabancılara tevârüs imkânı verildiği bildirilmiştir. Müste'menlerin vasiyetlerin serbestisine ise Osmanlı Devleti'nin son zamanlarında gayrimenkuller bakımından bir istisnâ getirilmiştir. Buna göre müste'men Osmanlı ülkesindeki emlakten sadece tamamına mâlik olduklarını vasiyet konusu yapabilir. Yoksa mutasarıfı bulunduğu mîrî arâzi ve icâreteynli vakıf arâzisi hakkında vasiyette bulunması İstimlâk-i Emlâk Kanunu'nun 4. maddesine göre mümkün görülmemektedir. Müste'men, memleket arâzisine dâhil bulunan emlak-i sırfasını (tümüne mâlik bulunduğu gayrimenkulünü) bir başkasına vasiyet ettiğinde, Defter-i Hâkânî İdaresi, müslüman ve zimmî teb'adan sâdır vasiyetlerde olduğu gibi bu vasiyetnâmenin şer'î mahkemece tasdikini aramamaktadır. Zira Şurâ-yı Devlet, bir kararında müste'menin kendi konsolosluğunca tanzim ve tasdik edilmiş bulunan vasiyetnâmesinin hukukten geçerli olduğunu açıklamıştır. Bununla birlikte Defter-i Hâkânî İdaresi, bu vasiyetnâme mündericatında hukuka aykırı bir durum yoksa muamele icrasına başlar, ama bu hususta bir tereddüt doğarsa İstanbul'da Defter-i Hâkânî İdaresi Müdürü, taşralarda ise Meclis-i İdare'nin fikri alındıktan sonra vasiyetnâme şer'î mahkemeye tevdi olunur<sup>55</sup>. Daha evvel de zikrolunduğu üzere, Adliye Nezâreti'nin 14 Rebiülevvel 1295/7 Mart 1294/19.III.1878 tarihli bir mazbatasıyla hibe ve vasiyet yoluyla terkolunacak emlak hakkında muamele yapılabilmesi için şer'î mahkeme ilâmı aranması şartı, müste'menler bakımından da söz konusudur<sup>56</sup>.

1330/1914 tarihli "İmtiyazat-ı Ecnebiyenin İlgâsı Üzerine Ecânib Hakında İcra Olunacak Muameleye Dâir Ta'limatnâme"nin 21. ve 22. maddelerinde, ecnebilere menkul mallara dâir vasiyetlerine kendi mahkemelerinin bakacağını ve mahallî hukuklarının uygulanacağını, buna karşılık gayrimenkul mallara dâir vasiyetlerinin Osmanlı şer'î mahkemelerin görev alanına gireceği ve İslam hukukunun uygulanacağı açıklanmıştır<sup>57</sup>. Buna karşı çıkan Pellisier de Rausas, H. N. Chiha ve E. Salem gibi yabancı yazarlar, Osmanlı ülkesindeki yabancıların vasiyetnâmesi yok ise İslam hukuku, var veya bizzat İslam hukukunun uygulanmasını istememişse kendi şahsî hukukunun uygulanması gerektiğini ileri sürmüşlerdir<sup>58</sup>.

Gayrimüslimlerin vasiyetlerinin isbatında zimmî ve müste'menlerin vasiyetlerine zimmî şahit gösterilebilmesi Hanefilere göre câizdir, ancak müste'menlerin zimmî hakkındaki şahitliği kabul edilmemiştir. Yine gayrimüslimlerin şer'î mahkemeler önünde kendi dinlerine uygun şekilde yemin etmeleri geçerli sayılmıştır<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> H. Cemâleddin/Asador, 232.

<sup>56</sup> Düstur, 1/4/371-372.

<sup>57</sup> Sicill-i Kavânin, IXISO4.

<sup>58</sup> H. Cemâleddin/Asador, 235.

<sup>59</sup> Zeydan, 577-586.

## Sonuç

İslam hukukunda vasiyet bir akit olduğundan tarafların karşılıklı birbirine uygun îcap ve kabul beyanıyla in'ikad eder, yani kurulur. Vasiyetin isbatı ise musînin sözle, yazıyla veya işâretle vâki olan îcabına iki şâhidin şâhitliği ile olur. Hatta bazı hukukçulara göre burada, diğer hukukî muamelelerin hilafına, müslümanların vasiyetlerine gayrimüslimlerin şâhitlikleri bile kabul edilmiştir. Kaldı ki şâhitlik vasiyetin in'ikad değil, isbat şartıdır. Şâhit olmasa da vasiyet sahihtir, geçerlidir. Hatta yine bazı hukukçulara göre, vasiyet musinin el yazısıyla yazılmış, hatta başkası yazıp musî tarafından imzalanmış olsa bile şâhit aranmaksızın geçerlidir. Ancak zamanla bazı İslam hükümetleri, zamanın getirdiği zaruretlere karşısında bir takım suistimallere engel olmak için gayrimenkuller hususunda yazılı şekil şartı getirmiştir. Vasiyetlerle ilgili da'vâlara Osmanlı Devleti'nde şer'î mahkemelerde bakılmıştır. Gayrimüşlimlerin bu hususta adlî otonomileri vardır. Ancak isterlerse onlar da bu gibi da'vâlarını şer'î mahkemelere götürebilirler. Bunların vasiyetleri de şeklen İslam hukukuna tâbidir.

Görülüyor ki İslam hukuku hem vasiyetin in'ikadı için ağır formaliteler aramamış, hem de vasiyetin mümkün mertebe geçerli tutulması prensibini getirmiştir. Batı hukuklarında *favor testamenti* adıyla bilinen bu prensip, Mecelle'nin "*kelâmın i'mâli ihmâlinden evlâdır*", yani bir sözün herhangi bir ma'nâya yorulması, ihmal edilmesinden daha iyidir, şeklindeki 60. maddesi hükmüne uygundur.

**EKLER:** Şer'î mâhkemelerden verilmiş vasiyyet hücceti örnekleri

### I.Vasiyy nasbını hâvî vasiyet hücceti örneği

Mahmiyye-i İslambol'da Gedikpaşa kurbünde fılan mahallesi ahâlisinden bezzâz Osman Efendi ibn felan bin filan meclîs-i şer'-i enverde işbu bâisü'l-Kitâb zenneci Ahmed Ağa ibn felan mahzarında ikrar ve takrir-i kelâm idüb ben biemrillahi teâlâ vefat eylediğimde cemi' terikem ve zimem-i nâsda olan hukukum ahz u kabz olunub evvelen kadr-i mâ ruf meblağ ile levâzım-ı techiz ü tekfinim görölüb sâniyen düyun-u müsbitem zuhr ider ise bâ de'l-edâ bâki kalan terikemin sülüsü bilifraz sülüs-ü mezkurun şu kadar guruşu İskât-ı salât ve keffâret-i savm ve vemin ve nezurat-ı sâirem için vech-i şer'î üzere bâ de'd-devr fukarâ-yı müslimine virile ve şu kadar guruşu ile helva ve lokma tabh olunub it'am oluna ve şu kadar guruşu ile kabrim tâ mir ve termim oluna ve sülüs-ü mezkurdan her ne fazla kalur ise vasiy-yi muhtarım re'yiyle vücuh-u birr ve hayra harc ve sarf oluna deyu vasiyyet ve tenfizine mezbur Ahmed .-şğâ yı vasiy-yi muhtar nasb ve tâ yin eyledim dedikde ol dahi ber-vech-i muharrer vasiyyet-i merkumayı kabul ve hizmet-i lâzimesini kemâ yenbağiy edâya taahhüd ve iltizam itmegin ma vâki' bî't-taleb kütüb imlâ olundu." Şavuşzâde M. Aziz: Dünü's-Sukuk, İstanbul 1288, II/247.

## 2. Cârîye âzâdını hâvi hayr cihetine yapılmış vasiyet hücceti örneği

"Hilâl-i sûturda mestur hususun mahallinde kütb ve tahririycün cânib-i şer'-i kaviyyü'l- esasdan me'zunen irsâl olunan molla seyyid Muhammed Halîm Efendi mahmiyye-i İslambol'da Aksaray kurbünde Muradpaşa mahallesinde vâki' şerife hacce Enîse hanım ibnete molla el-merhum Muhammed Ganim efendi ibne'l-merhum el-mebrur Osman Efendi'nin menziline varub zeyl-i kıtabda muharrerül-esâmi müslimî huzurlarında akd-i meclis-i şer'-i âli itdikde zât-ı müslimun-u mezkurun tâ rifleriyle mâ rufe olan mumâileyhâ serife hacce Enîse hanım meclis-i mâ kud-u mezkurda umdete'l-mevvâliyyü'l-izâuş zübdet'l-fudalâ-yı'l-kirâm sâbıkan Yenişehir Fenâr kâdisi faziletlü Kalyonîzâde es-seyyid Muhammed Emin efendi mahzarında bi-taşıhâ ikrâr ve takrir-i kelâm idüb işbu meclis-i mezkurda hâzıratdan yedimde mülküm olan zenciye Halîme'yi hasbetillah malımdan tahrir ve itak ve kayd-ı rıkkdan âzâd ve itlâk idüb ve yine cârîye-i memlukem olan çerkesü'l-asl müslimetü'l-mille mâ lumetü'l-evsaf Mahnev nam sağîre dahi fevtimden beş gün mukaddem malımdan âzâd ola deyu tedbir-i mukayyed ile eylediğimden sonra ben bi-emrihâlık türâb-ı memâtı zâik ve li-zât müştehiyat-ı dünyâdan kat'-ı alâyık eylediğimde bi'l-cümle terikem ahz u kabz olunub zât-ı zevc olmamla vech-i mesnun üzre kadr-ı mâ ruf meblağ ile techîz ve tekfîm ve levâzım-ı defnim görüldükden sonra yorğanî Ahmed ağaya bi't-temessük cihet-i karz-ı şer'iden ikiyüz guruş ve Fâtıma nâm hâtuna dahi kezâlik bi't-temessük cihet-i karz-ı şer'iden ikiyüz guruş ki cem'an deynim olan beşyüzelli guruş ile sâir düyun-u müsbitem zuhr ider ise bâ de'l-edâ terike-i bâkiyemin sülüsü ifraz olunub sülüs-ü mezkurdan ikiyüzelli guruş iskât-ı salât-ı fâitem ve keşâret-i savm ve yeminim için ber-nehc-i şer'î bâ de'd-devr fukârâ-yı müslimîne tasadduk oluna ve sülüs-ü mezkurdan babam merhum mumâileyhin mu'tıkalarından zenciye Selîme hâtuna beşyüz guruş virile ve sülüs-ü mezkurdan her biri ellışer guruşdan mecmu u ikiyüz guruş hediyelek dört mishaf ı şerif alınub tilâvet-i Kur'an-ı azîmu ş-şâna kâdir müstehikkindân bir kimesneye virile ve sülüs-ü mezkurdan yüzelli guruş ile münâsib ve muhtac olan mahalde bir bi'r-i mâ hafr oluna ve sülüs-ü mezkurdan Feyziyye medresesi bewâbı Ali Efendi'ye alâ vechi's-sıla elji guruş virile ve sülüs-ü mezkurdan he ne fazla bâki kalur ise re'y-i vasiy ile vücuh-u hayra harc ve sarf oluna ve sülüsân-ı terikem verese-i ma'lumama teslim oluna deyu vasiyyet ve vesâyâ-yı mezkuremi tenfize mumâileyh es-seyyid Muhammed Emin efendiyi vasiy-yi muhtar nasb ve tâyin ve ihtiyar eylediğimde ol dahi kabul merâsimini kemâyenbağiy edâya teahhüd ve edâya iltizâm eyledi didikde ğâbut-tasdik-i şer'î vâki' halî mlla-yı merkum mahallinde kütb ve tahrir ve mâ a meb'us ümenâ-yı şerle meclis-i şer'e gelüb alâ vuku ihi inhâ ve takrir itmegin mâ hüve'l-bâki bi't-taleb kütb olundu." Ziyâüddin Efendi: Sakk-ı Cedîd, İstanbul 1284, 448- 449.

## 3. Vasiyetten rücu'u, vasiyyi azli ve başkasını vasiy nasbını hâvi hüccet örneği

"Husus-u âtiyü'l-beyân mahallinde kütb ve tahririycün bi'l-iltimas kıbeli'ş-şer'at-ı ğarrâdan irsâl olunan molla Yısuף efendi mahmiyye-i İslambol'da



Müftiali mahallesinde vâki' Halil efendi ibn Abdullah'ın menziline varıp zeyl-i vesikada muharrerü'l-esâmi müslimîn huzurlannda akd-i meclis-i nebevî itdikde menzil-i mezkurda sâkine ve zâtı fiilan ve felan tâ rifleriyle mâ rufe olan bâisetü-hâzihî'l-vesika Hadice ibnete Abdullah mahzarında ikrar-ı tâm ve takrir-i kelâm idüb bundan akdem ben sülüm malımı vücuh-u hayrâta saifolunmak üzere bir kıt'a hüccet-i şer'iyeye mantukunca vasiyyet ve tenfizine ğâibetü ani'1-meclis Zübeyde nâm hâtunu azl idüb müceddeden şöyle vasiyyet eyledim ki ben bi-emrillahi teâlâ vefat itdiğimde cem'i terikem ve zimem ve eyâdi-yi nâsda olan hukulım cem' ve tahsil ve ahz ve kabz olunub zât-ı zevc olmamla vech-i mesnun üzere kadr-ı mâ ruf u meblağ ile techîz ü tekfinim ve levâzım-ı defuim görölüb düyun-u müsbitem zuhr ider ise bâ de'1-edâ terke-yi bâkiyemin sülüsü ifraz ve sülüs-ü mezkurdan elli guruş iskât-ı salât-ı âitem ve keşaret-i savm ve yeminin içün vech-i şer'î üzere bâ de'ddevr fukârâ-yı müslimîne tasadduk oluna ve sülüs-ü mezkurdan otuz guruş hediyeli bir mışaf ı şerîf alınub mahalle-i mezbure imamı Mustafa efendiye virile ve sülüs-ü mezkurdan yüz guruş ile münâsib ve muhtac olan mahalle bir bi'rr-i mâ hafr olunub ve sülüs-ü mezkurdan her ne fazla bâki kalur ise re'y-i vasiy ile vücuh-u hayra harc ve sarf oluna ve benim vâris ve vârisem olmayub benim içün bi-mâ zâde ale's-sülüs vechi üzere vasiyyet şer'an câize olmağla sülüsân-ı terikemi dahi merkuma Hadice kadına vasiyyet eyledim müsâlehâ olmak üzere bi-hükmi'l-vasiyye nefsiçün ahz u kabz eyle deyüb vasiyyet ve vesâyâ-yı mezkurem: tenfize merkume Hadice kadını vasiy-yi muhtar nasb veş ihtiyar ve üzerine işbu hâzır bi'1-meclis merkume Hadice'nin hâlen zevci mezbur Halil efendiyi nâzır tâ yin eylediğimde anlar dahi ber-minvâl-i muharrer vesâyet ve nezâret-i merkumeyi kabul ve hizmet-i lâzımelerini vaktinde kemâ yenbağıy edâya teahhüd ve iltizam eylediler didikde ğâbü't-tasdik'iş-şer'î vâki' hâli molla-yı mezbur mahallinde kütb ve tahrir ve mâ a-mürsel ümenâ-yı şer ile meclis-i şer'e gelüb alâ vuku ihî inhâ ve takrir itmegin mâ vâki' bi't-taleb kütb olundu. fı 19 Ramezan sene 1223." Ziyâüddin Efendi Sakk-ı Cedid, 449-451.

#### 4.Hıristiyan isbat-ı vesâyeti hücceti sureti

Medine-i Kayseriyye'de felan mahallesinde sâkin iken bundan akdem fevt olan devlet-i aliyye teb'asından rum milletinden filan oğlu Yorgi veled-i filanın verâseti zevce-i metrukesi Eleni bint filan ve liebeveyn er karındaşlan teb'a-yı merkumeden Nikola ve Aleksan'e münhasıra olduğu inde's-şer'i'l-enverde zâhir ve mütehakkık oldukdan sonra müteveâ-yı merkumun ber-vech-i âti vasiy-yi muhtan olduğunu iddia iden işbu bâisü'ssefer teb'a-yı merkumeden Kostandi veled-i fiilan meclis-i şer-i hatırde müteve â-yı merkumun terikesine bâ-verâse vaz ü yedleri mütehakkık olan merkumân Nikola ve Aleksane ve şahsı tâ rif i şer ile mâ rife olan merkuma Eleni muvâcehele-rinde üzerlerine da'vâ ve takrir-i kelâm idüb müteveâ-yı merkum fiilan oğlu Yorgi veled-i filan veled-i felan sağlığııda fevtinden üç sene mukaddem medine-i mezkureye tâbi' Germîr kayyesinde kâin teb'a-yı merkumeden ğâib ani 1-meclis felanın menziline ben biemrillahi teâlâ fevt olduğumda cem'i

terikem ve zimem-i nâsda olan hukukum ahz u kabz olunub kadr-ı mâ ruf u meblağ ile âyininiz üzre masârif i hafrim görilüb düyun-u müsbitem zuhr ider ise ba'de'l-edâ bâki kalan terikenin sülüsü ifrâz ve sülüs-ü mezkurdan şu kadar medine-yi mezkureye muzâfe Zencidere karyesinde vâki' fiilan keniseyi ve şu kadar gurus Cezâir-i Bahr-i Sefid'de Aynaroz adasında kâin felan kenisesi şu kadar gurus Deraliyye hâricinde kâin Balıklı kenisesi fukârâlanna virile ve yine sülüs-ü mezkurdan şu kadar gurus harc ve sarfla mâru'l-beyân medine-i Kayseriyye'de felan mevzi'de vâki' mâ-i leziz çeşmesi ta'mir ve termim oluna ve sülüs-ü mezkurdan her ne fazla kalur ise vasiy-yi muhtarım re'yiyle millet-i merkuma fukârâları beynlerinde tevzi' ve taksim olunub yedlerine virile deyu vasiyyet ve tenfizine muvâcehe-i hıristiyanı beni vasiy-yi muhtar nasb ve ta'vin eyledikde ben dahi vesâyet-i mezkureyi ba'de'l-kabul musırren alâ îsâihi inerkum Yorgi fevt olmağla verese-i merkumun Eleni ve ve Nikola ve Aleksane 'sual olunub murisleri müteveşa-yı merkumun terikesinin sülüsünü tenfiz ve vesâyâsıyçün ya ki teslime kibel-i şer'den tenbih olunmak bi'l-vesâyâ muradımdır didikde ğabü's-sual anlar dahi cevablarında murisleri müteve â-yı merkumun terikesine bi'l-verâse vaz'ü-yedlerini ikrar lakin müddei-yi merkumun maada müddeâsını inkâr itmeleriyle müddei-yi merkum Kostandi'den ber-minvâl-i muharrer müddeâsına mutâbık beyyine taleb olundukda teb'ayı merkumadan filan veled-i fiilan ve felan veled-i filan li'ecli'ş-şahâde meclis-i şer'a hâzıran eserü'l-istişhad fi'l-hakika müteveflşâ-yı merkum Yorgi veled-i filan veled-i felan sağlığında fevtinden üç sene mukaddem zikrolunan Germîr karyesinde kâin merkum felanın menziline ben bi-emrillahi teâlâ fevt olduğumda cemi' terikem ve zimem-i nâsda olan hukukum ahz u kabz olunub kadr-ı mâ ruf u meblağ ile âyininiz üzre masârif i hafrim görilüb düyun-u müsbitem zuhr ider ise ba'de'l-edâ bâki kalan terikemin sülüsü ifrâz ve sülüs-ü mezkurdan şu kadar gurus Zencidere karyesinde vâki' felan kenisesi ve şu kadar gurus Aynaroz adasında kâin felan kenisesi ve şu kadar gurus Deraliyye hâricinde kâin Balıklı kenisesi fukârâlarına virile yine sülüs-ü mezkurdan şu kadar gurus harc ve sarfla medine-yi Kayseriyye'de filan mevzi'de vâki' mâ-i leziz çeşmesi tâ mir ve tennîm oluna ve sülüs-ü mezkurdan her ne fazla kalur ise vasiy-yi muhtarım re'yiyle millet-i merkuma fukârâları beynlerinde tevzi' ve taksim oluna yedlerine virile deyu bizim muvâcehemizde vasiyyet ve tenfizine işbu müddei-yi merkum Kostandi'yi vasiy-yi muhtar nasb üşe ta'yir eylediğinde şî dahi biz bu hususa bircuh üzre şâhidlerit şahâdet dahi ideriz deyu her biri edâ-yı şahâdet-i şer'iyye eyledikde ğabü riâyet şerâiti l- kabul şahâdetleri hin-i kabulde vâkıa olmağın mucibiyle bâ de'l-hükm ve t-tenbih mâ vâki' bi't-taleb kütb olundu." Çavuşzâde M. Aziz, Dürru's-Sükük, İstanbul 1288, II/249-250.

## HUKUKTA MEŞRUIYET KAVRAMI

Yrd. Doç. Dr. Ender Ethem ATAY\*

### A. Genel Olarak Meşruiyet Kavramı ve Hukukîlik Kavramından Farkı

Meşruiyet kavramının genel olarak anlaşılan anlamı, bir işlemin veya olayın olumlu nitelikteki bir hukuk normuna uygun olmasıdır.<sup>1</sup> Pozitivist anla-

\* Gazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Türk Dil Kurumu'nun hazırlamış olduğu *Türkçe Sözlük*'te "meşru, -u" (meşru:) Ar. meşru: «Yasanın, dinin ve kamu vicdanının doğru bulduğu» şeklinde tanımlanmıştır (C. 2, Yeni Baskı, Türk Dil Kurumu Yayını, sh. 1014). Ferit DEVELİOĞLU ve Neval KILIÇKINI'nın hazırladığı *Osmanlıca-Türkçe Okul Sözlüğü*'nde "meşru, -u; meşrua" (sıfat ve adıl): «Şeriata, kanuna uygun, kanunlu, yasalı, töreli, yolunca»; "meşruiyet, -ti" (isim, adıl): «meşruluk, meşru olma, kanuna uygun bulunma» olarak tanımlanmıştır (Rafet Zaimler Kitabevi, İstanbul, 1975, sh. 241). *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*'a göre; «meşu', meşrua» «(şer'den): şer'an câiz olan, şeriatın izin verdiği, şeriata, kanuna uygun»; «meşruiyet» ise, «meşru'luk, meşru olma, kanuna uygun bulunma» şeklinde tanımlanmıştır (Ferit DEVELİOĞLU, Aydın Kitabevi, 5. Ofset Baskı, Ankara, 1982, sh. 754-755). *Türk Hukuk Lügat*'inin bu konuya ilişkin tanımları aşağıdaki gibidir: «MEŞRU (Yasalı) (alm. gesetslich, rechtmässig, erlaubt, zulässig. -fr. légitime, licite. -ing. lawful. legitimate, licit, legal. -lât. iustus, legitimus) Hukuk nizamına uygun olan bir durumu veya bir hareketi anlatan tâbirdir: meşru çocuk, meşru müdafaa gibi. MEŞRUIYET (alm. legitimismus. -fr. légitimisme. -ing. legitimism) Bir memlekette teessüs eden hükümdar hanedanının muhafazası prensibini müdafaa için 1815 Viyana Muahadesinden sonra bazı hallerde tatbik edilen bir siyaset idi. Bu siyasetin taraftarlarına «légitimiste» namı verilmişti» (Maarif Matbaası, Ankara, 1944, sh. 231). Kavramın menşei Arapcadır. «Şera'a» fiil kökü olarak «çıkarmak, vazetmek, koymak, plân yapmak, tasarlamak»dır. Meşru'a kavramı fiil kökünden türetilen nesne kalıbıdır ve «kanunî, resmî, meşru, hukukî, izinli, ruhsatlı» anlamına gelmektedir. "Meşruiyet" ise «meşru olma, meşruluk, kanunîlik demektir (Hans WEHR: *A dictionary of modern written arabic*, Ed. J. Milton COWAM, Newyork, 1976, sh.476). Farsca'da da söz konusu kavram Arapça kaynaklıdır ve «şeriata uygun olma; şeriata reva ve caiz gördüğü şey» demektir (Hasan-i Amid: *Ferheng-i Fârsî-yi Amid*, Tahran, 1363 (Hicrî), sh. 1091).

Meşruiyet kavramının batı dillerindeki kaynağı Latince'deki «legitimus», «de lex» ve «legis "loi" (kanun)» kelimesi olup; İngilizce karşılığı «legitimacy»dir ve *Webster's Ninth New Collegiate Dictionary*'a göre: "Tanınan ilkelere ya da kabul edilmiş kural ve standartlara uygun olma"yı ifade eder (MERIAM-WEBSTER INC., Publishers Springfield, Massachusetts, U.S.A., 1990, sh. 683). Meşruiyet kavramının Almanca karşılıkları aşağıdaki gibidir: *Gesetzlichkeit, Legitimität, Legalität* (Karl STEVERWALD: *Türkisch-Deutsches Wörterbuch Türkçe-Almanca Sözlük*, Otto Herrassowitz Verlag, Wiesbaden, sh. 631). *Die Gesetzlichkeit*: (meşruiyet): Hakkaniyet ve kanunlar aracılığıyla tesbit edilmiş olan (yasal) hukukî bir oluşumdur (Gerhard WEHRIG: *Deutsches Wörterbuch Mosaik Verlag GmbH*, 1985, sh. 1533).

Kavramın Fransızca karşılığı isim olarak «légitimité»dir ve "meşru olan veya mevcut haliyle meşru olarak nitelendirilen bir durum ve nitelik"tir. Bir diğer anlamı ise "doğruluğa, adâlete ve mantığa uygun olmayı ifade eden bir niteliktir". Sıfat olarak «légitime» "meşru" kelimesinin anlamı ise: «1. Hukukun veya adâletin üzerine kurulmuş olma; a) hukukun kurulmuş olma, kanun tarafından kabul edilmiş olma veya hukuka uygun olarak tanınmış olma, b) adâlete, hakkaniyete ve doğal hukuka uygun olma ve c) doğrulanmış olma»dır (*Le Nouveau Petit Robert*, Texte rémanié et amplifié sous la direction de Josette Rey-Debove et Alain Rey, Paris, 1993, sh. 1269). Anayasa Hukukunda kullanılan meşruiyet (légitimité) yönetilenlerin emellerine uygun olan bir siyasal iktidarın niteliğini (özellikle kaynağı ve şekli) açıklamaktadır. Bu durum da kendiliğinden itaat ve genel kabullenme değerini ifade eder. *Demokratik meşru-*

yişin bu ifade tarzı, meşruiyet kavramının dar anlamını içermektedir ve bu kavramın içeriğinin bütün yönlerini ortaya koyamamaktadır. Bir başka ifade ile meşruiyet kavramı bir kurum veya kuralın kendinin üstünde bulunan "hukuksal" ya da "etik" bir norma uygun olmasını ifade eder. Belirtilen bu hususun adı geçen kurum veya kuralın siyasal ya da ahlakî kudrétini kabul ettirdiği çoğunluk tarafından aslî olarak hissettirilmiş olması, meşruiyeti oluşturur ve kavramın hukukîlik ile karıştırılmaması zorunluluğunu açıklar.<sup>2</sup> Kısacası "hukukun", "ahlâkın" ve "geçerliliği olan bir değer" üzerine kurulmuş olan kurum veya kural meşrudur. Bu sebepten dolayı meşruiyet, yetkili organlar tarafından konulmuş olan bir kanuna uygun olmayı belirten hukukîlik kavramından ayırd edilmesi gerekir.<sup>3</sup> Zira hukuk kuralları meşruiyete doğrudan doğruya bir kıstas oluşturma niteliğine her zaman sahip değildir. Çünkü varolan hukuk normları, varlıklarının meşruluğunu muhtelif esaslara göre ispat etmekle yükümlüdürler. Örneğin eski Yugoslavya'da, Bosna-Hersek'te iç savaşın patlak verdiği dönemdeki Sırp Silahlı Kuvvetleri'ne mensup olan bir kişinin, bu bölgede yaşayan müslüman halka yapmış olduğu işkence ve insan hakları ihlallerini ele alalım. O dönemdeki fiilî (de facto) durum içinde oluşan hukuk kurallarına göre gerçekleştirilen söz konusu davranış tarzına meşruluk niteliği atfedebilir miyiz? Aynı husus Nazi Almanyasındaki bir Gestapo'nun davranışları; Güney Afrika Cumhuriyeti'ndeki ırkçı rejim döneminde uygulanan insan hakları ihlalleri ile Ruwanda'da merkezi otoritenin azınlıklara yapmış olduğu davranış açısından ve nihayet, yakın geçmişteki Ermenistan'ın Azerbeycan topraklarını işgalindeki insanlık dışı davranışları hususlarında da söz konusu olmaktadır. Bu tür örnekleri çoğaltmamız her zaman için mümkündür. Belirtilen bu hususlar için; yapılmış olan insan hakları ihlalleri faillerinin davranışlarının meşru olduğunu söyleyecek bir azınlık grup olsa bile, failerin davranışlarının kaynağını oluşturan hukuk kurallarının meşruluğunu savunabilecek kaç kişi çıkabilir?

---

yet: Yönetenlerin seçimler aracılığıyla tevcih edilmiş olan meşruiyete dayanmaları anlamına gelir. *Monarşik veya ilahî meşruiyet*: Kralın doğrudan doğruya veya vahiy aracılığıyla tevcih edilmiş olan meşruiyete dayanmasını ifade eder (*Lexique: Droit Constitutionnel*, Fascicule I, Théorie générale aktaran *Droit Constitutionnel*, DEUG 1ère année, Division A, Cours de M. le Doyen Louis FAVOREU, Documents à l'usage des travaux dirigés, Année universitaire 1990-1991, sh. 42).

*Lexique, Droit constitutionnel'e göre meşruiyet*: « Eskiden halkın iradesi ile veya askeri darbelerle yönetilmenin karşıtı olarak, hanedanın geleneksel bir hukuk gereğince yönetmesini ifade etmekteydi (Littre). Bu anlamda monarşik özü içeren meşruiyet kavramı, genel iradenin açıklaması olan kanuna dayanan cumhuriyetçi meşruiyet kavramının karşıtıdır. Bağımsız Fransa'nın otoritelerin niteliklerini belirtmek için, 1940 Vichy rejimiyle iftihar eden şekli anlamdaki meşruiyetin karşıtı olarak günümüz sözlüğünde yeniden ortaya çıkan meşruiyet kavramı, genel oyun kesinlikle bundan böyle tek bir ilke olmasına göre (bu ilişki altında meşruiyet hukukîlikle aynı zamanda olmaktadır), yalnızca uygulanan erkin değer kaybetmesiyle ilgili olmaktan çıkmıştır. Meşruiyet terimi daha özel bir şekilde erkin kullanılmasına bağlıdır ve -bazen halk iradesi ile uyum içinde ve adâlete uygun olarak yöneten hükümetin niteliğini (bu durumda söz konusu kavram *consensus* kavramına yaklaşmaktadır), -bazen de, vatandaşların güvenliği ve ülkenin bağımsızlığı gibi aslî sorumluluklarını yüklenen hükümetin kapasitesini (burada ise *erkin etkililiğine* yaklaşır) ifade eder (AVRIL Pierre, GICQUEL Jean: *Lexique, Droit constitutionnel*, 3ème Edition, PUF, Paris, 1991, sh. 74).

<sup>2</sup> CORNU Gerard: *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 1987, sh. 471.

<sup>3</sup> *Dictionnaire Constitutionnel*, PUF, Paris, 1992, sh. 565.

Claude Du Pasquier "Hukukun genel teorisi ve hukuk felsefesine giriş"<sup>4</sup> adlı eserinde konuyu "otoritenin meşruiyeti" başlığı altında incelemiştir. Bu yazara göre; adı geçen kavram hâlâ bir hükümetin tartışmalı olması halinde, otoritesinin kurulmuş ve tanınmış olmasının hangi şartlar altında olduğu açısından varlığını sürdürmektedir. Bu sorunun cevabı için Viyana ekolünün "temel norm" kavramının geçerliliği noktasına dönmek gerekir. Haziran 1940 ile 1944 savaş tarihleri arasındaki *Vichy Rejimi* olarak adlandırılan dönemin söz konusu olması halinde, sorun keskinleşir. En azından toprakları üzerinde bulunan o dönemdeki Fransızların çoğunluğunun üstü kapalı olarak katılımlarını belirtmiş olarak gördükleri bu rejim, kanunları ve kanun hükmünde kararnameleri ile pozitif hukuku oluşturur mu? Eğer bu kanunlara itaat eden birtakım yüksek görevli memurların, daha sonra açıklanan cezalara çarptırılmalarının çok iyi bir şekilde temellendirildiği kabul edilse bile; bu durumun iyiden iyiye inkâr edilmesi gerekecektir. Bununla birlikte, bu hassas değerlendirmede günümüzde özû itibariyle duygusal bir siyasallık içeren söylentileri ortaya çıkarmıştır ve Fransızları hararetili bir tartışma ortamına sürüklemiştir. Bu durum karşısında yazarın önerisi oldukça ilginçtir; şöyle ki, hukukçu olmanın soğukkanlılığını muhafaza etmeyi ve resmî açıklamayı nakletmekle kendilerini sınırlandırmasını tavsiye etmektedir. Konuyla ilgili resmî açıklama şöyledir: "Cumhuriyetçi eşitliği kurma hakkındaki 9 Ağustos 1944 tarihli kanun hükmünde kararname gereğince, Cumhuriyet hukuken varolma özelliğini kaybetmemiştir. Mareşal Pétan'ın Hükümeti, bir fiilî hükümetdir. Bu hükümetin kamu görevlileri fiilî kamu görevlileridir ve bu kamu görevlilerin ancak bazı işlemleri geçerliliklerini korumuştur".

*Dictionnaire de la Constitution*'nin meşruiyet konusunda yapmış olduğu açıklamaya göre; bu terim anayasanın tanımadığı bir kavramdır. Ancak terim siyasal önemi olan bir gerçeği göstermektedir: Bu da yöneticilerin «buyruğuna itaati», yani yöneticilerin otoritesinin kurulduğu ilke şeklinde ifade edilir.<sup>5</sup> Çağdaş günümüz Fransa'sında yönetilenlerin, meşruiyet konusunda onayı söz konusudur. Fakat bir başka deyişle, bu durumun belirmesi iradenin

<sup>4</sup> PASQUIER Claude Du: *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, 6ème Edition, Delachaux et Niestlé, Editeurs, Neuchâtel-Paris, 1988, sh. 294-295.

<sup>5</sup> Siyasal açıdan meşruiyetin önemi, sorunun sadece teorik alanla sınırlı olmamasından doğmaktadır. "Meşruluk, siyasal alanda, iktidarın sağlanması ve elde tutulması bakımından en önemli faktörlerden birini teşkil eder. Bir siyasal sistemde, yöneticilerin iktidarın meşruluğuna inandıkları ölçüde onun kararlarına kendiliklerinden uyma eğilimi gösterirler; bu kararlara uymayı tamamen olağan hattâ gerekli sayarlar. Bu durumda iktidar, (istisnâ haller dışında) zora başvurma gereğini duymaksızın itaati sağlamış olur. Aksi halde, yani yönetilenler arasında iktidarın meşruluğuna olan inancın zayıf ve düşük olması ise, onun kararlarına kendiliğinden uyma eğilimini zayıf olacaktır. Ve iktidar, itaati sağlamak için ister istemez fizik kuvvete, şiddete ve tehdide başvurma yoluna gidecektir. Görülüyor ki kuvvet kullanma ve meşruluk birbirleriyle ters orantılıdır. Diktatörlükler, şiddet ve tehdit metodlarına başvurmaktan çekinmeyen katı ve otoriter rejimlerdir. Aslında bu onların gerçekten güçlü olduklarını göstermez. Aksine, rejimin meşruluk temelini zayıf olması nedeniyle, ayakta kalabilmek için çıplak kuvvete dayanmak zorunluluğunda olduklarını gösterir.

Şu halde meşruluk, yönetimi kolaylaştıran, sağlamaştıran, onu daha *istikrarlı* ve *etkili* kılan bir faktördür. Ve böyle olduğu içindir ki, her zaman ve her yerde iktidar sahipleri iktidarlarının meşru olduğu inancını halk arasında yaymak hususunda çaba harcarlar" (KAPANİ Münci: *Politika Bilimine Giriş*, Üçüncü Baskı, AÜHF Yayınları NO. 468, Ankara, 1983, sh. 60).

kutsanmış oluşunu ortaya koymaktadır. Diğer yandan da bir *kasta* veya bir *siyasal elite* bağlılığı vs.. ifade eder. Böylece monarşik, aristokratik, demokratik ... bir meşruiyet ortaya çıkar.

Adı geçen «*Anayasa Sözlüğü*» bizim de belirttiğimiz gibi, bu anlamdaki meşruiyetin pozitif hukuka uygunlukla karıştırıldığı, meşruiyetin hukukîliğe karşıt olduğu yönünde büyük bir eğilimin varlığından bahsetmektedir. Genel olarak bu iki kavram dengelenmiş siyasal bir karakter içinde çakışmaktadır. **Hukukî olan aynı zamanda meşrudur da.** Bu nitelik artık hukukîliğin tanınması değil, ancak genellikle ağır bir *siyasal krizin* habercisidir. Bahsi geçen husus özellikle II. Dünya Savaşı boyunca varolmuştur: Vichy Hükümeti «*gayrimeşru*» olarak ve bunun sonucu olarak da siyasal erkin kullanıcısı olarak değerlendirilmiştir. *Fransız Direnme Hareketi* işgalcilere ve istilacılarla işbirliği yapmış olan (meşru?) otoriteye, düşmanlara ve demokrasinin muhaliflerine karşı meşruiyetin savaşı üzerine kurulmuştur.

Bir diğer nokta da <sup>6</sup> kavramın doğası gereği "*belirsiz*" ve "*subjektif*" olmasıdır. Hatta, belirgin olmamaya ilişkin husus az çok politikacılar bilinçli bir şekilde böyle bir durumdan yararlanmaya imkân tanımaktadır. Örneğin, Prens III. Louis-Napoléon orduya yapmış olduğu konuşmada, 2 Aralık 1851 askerî darbenin haklı gerekçelere dayandığını ispatlamak için aşağıdaki görüşünü dile getirmiştir: «Meşru temsilcisi olduğum ulusal egemenliğe ülkenin ilk kanunu olarak saygı gösterilmesini sağlamak için sizlere güveniyorum; yoksa kanunları ihlâl etmek için değil». Daha sonra 31 Aralık tarihinde ihtimamla organize etmiş olduğu plesibistin sonuçların açıklandığı anda «ancak hukukun içerisine girmek için hukukîlikden çıkmış olduğumu Fransa anladı» açıklamasını yapmıştır. III. Louis-Napoléon'nun bahsetmiş olduğu hukuku, *meşruiyetle* bir tuttuğunu ifade etmek gerekir.

Bununla birlikte, meşruiyet kavramı esasında açıktır: Bu terim, kavrama olan inançtan ayrılmaz. General **De Gaule** 16 Haziran 1946 tarihinde Bayeux'da yapmış olduğu konuşmasında yukarıda belirtmiş olduğumuz fikri şu şekilde ifade etmiştir: «Eğer kamu erkleri ülkenin yüksek çıkarlarıyla uyum içinde bulunuyor ve vatandaşların inancılı kabulüne dayanıyorsa, kamu erklerinin ancak hukukten ve fiilen değer ifade edeceği bu ölçüde gerçekleşir. (Kamu erklerinin) Kuruluşları konusunda, (belirtilen değerlerin haricinde) başka şeyler üzerine inşa etmek, bu kuruluşları kuma dayandırmak olur». Daha sonra da, 4 Eylül 1958 günlü Paris'te yaptığı konuşmada geleceğin Devlet Başkanı temennisini aşağıdaki gibi açığa vurmuştur: «Ülkeyi yönetenler ve meşruiyeti harekete geçirme inancının atfedildiği bu yöneticiler, ülkeyi etkili bir biçimde yönetebilirler». Söz konusu olan bu iki konuşmada aynı anlamdadır; şöyle ki, "**milletin duyguları ve çıkarları üzerine dayanan devlet meşrudur**".<sup>7</sup> İnancın eşanlamlısı olmasından dolayı meşruiyet siyasal

<sup>6</sup> *İntra*, (Meşruiyet kavramının nisbîliği).

<sup>7</sup> Benzer açıklamalar, Türk siyasal hayatında demokrasinin askerî müdahaleler sonucunda kesintiye uğramış olduğu dönemlerde, müdahaleyi yapanlar tarafından sıkı sık gündeme getirilmiş ve bu doğrultuda yapmış oldukları açıklama ve konuşmalarda belirtilen nokta dile getirilmiştir. Örneğin 1961 *Anayasası'nın* Genel Gerekçesinde bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: « Milletçe meşru müdafaa ve ihlâl hakkının kullanılması, bir yandan İnkılâp prensiplerine

erkin ayrılmaz parçasıdır. Anayasanın bu konu hakkında sessiz kalması halinde, anayasayı elinde bulunduran otoritelerin meşru olup olmadıkları sık sık tartışacaktır.

Teokratik hukuk tarafından eski rejim döneminde kurulan meşruiyet, "liberal toplumlarda" ve "sosyalist demokrasilerde" halka özgü kaynağını bulmaktadır. Genel seçim yoluyla yetkilendirilmiş olan bütün siyasal organlar, o halde bu sistemlerde meşruiyeti ellerinde tutma durumunda olan organlardır. Ancak bu organlar arasında çatışma olması halinde, hangi organa üstünlük tanınacağı sorusu sorulur. Örneğin, seçimle işbaşına gelmiş olan Devlet Başkanı ile yine aynı şekilde belirlenmiş olan parlamento üyeleri arasında meşruiyet bağlamında çatışma olması halinde; tek bir kişinin bireysel meşruiyetine mi, yoksa bir kaç yüz parlamenter arasında yayılmış olan meşruiyete mi öncelik tanımak gerekir?<sup>8</sup>

Özetlemek gerekirse, **meşruiyet hukukîliğe karşı ileri sürülebilmektedir.** Örneğin Mareşal De Gaule'un Vichy Rejimi karşısındaki davranış tarzı, ulusal meşruiyetin somut örneği olma anlamına gelmiştir. Böylece meşruiyet kavramına başvurma üstün bir düzene dayanmış olmaktır: Socrate zehiri içecektir, zira yaşadığı dönemdeki sitenin kanunlarına saygı göstermek; Socrat'ı *haksız olan hukukîliğe de saygı göstermeye zorlayacaktır.* Daha az değişebilen spekülâtif bir şekil hakkında Platon "*Politique*" adlı eserinde; gerçek anlamda bir siyasetin, sahip olduğu siyaset bilimini kurtarabileceği gerçekliğini taklit ediyor olmasından dolayı, yazılı anayasaları desteklememiştir. Zira bu durum gerçek anlamda bir siyaset yöntemi tarafından yönlendirilmeyi ve kanuna harfiyen riayet etmeyi ifade etmektedir. Ancak halk ve normal insanlar yazılı kurallara uymak zorundadır. Öyleyse meşruiyetin *seviyeleri* söz konusudur: Siyasal yetkililer için, doğru bilinen anlamından kaynaklanan meşruiyetin dışında kalmak şartıyla yazılı anayasanın meşruiyeti, herkes için aynı değeri ifade eder.

Meşruiyetin bahis konusu olan durumları, toplumsal karışıklıkların olduğu dönemlerde daha da keskin bir hal alır. Luther'in ihlâlleri elinde toplayan siyasal otoritelerin varlığını doğruladığı Protestan Reformunun yapılmış olduğu dönem veya Fransız Devrimi sonrası olan olaylar, belirtilen noktaya örnek gösterilebilir. Aynı şekilde, bundan böyle dönemin Şart'ının (*Charte*)<sup>9</sup> meşrui-

---

dönüşün, bir yandan yukarıda yazılı esaslar dairesinde bir hukuk devletinin kuruluşu yolunda aşağıda sunulmuş olan yeni bir Anayasanın yapılışının sebebi olmuştur... »

<sup>8</sup> *Dictionnaire de la Constitution*, 4ème Edition, Edition Cujas, Paris, 1986, sh. 273-274.

<sup>9</sup> 1789 tarihi sonrası Avrupa'da yapılan Anayasacılık şekilleri hakkında yapılan ilk sınıflandırmalarda 1824-1830 yılları arasındaki dönem «Meşruiyetçi (*Légitimiste*) Şart'lar (*Charte, Charter*) dönemi» olarak adlandırılmaktadır. "Meşruiyetçilik tâbirinin de gösterdiği gibi, bu ideolojinin taraftarları bütün siyasî iktidarın bazı hanedânın meşruiyetine dayandırılmasını teklif ediyorlardı. Bunlar halk hâkimiyeti nazariyesine tamamen aleyhtar olup bütün iktidarın meşru hükümdarlardan neş'et ettiğini söylemekte idiler. Kralların ilâhî hakları nazariyesi, bu suretle biraz daha mülayimleşmiş veya liberalleşmiş bir şekilde tekrar ortaya çıkıyordu (FLANZ Gisbert H.: *XIX Asır Avrupasında Anayasa Hareketleri* (Çevirenler: Dr. Necat Erder, Şerif Mardin, Aydın Sinanoğlu), AÜSBF Yayınları No: 53-35, Ankara, 1956, sh. 20-21). Bu tip Şart'larda bütün iktidar, "Allah'ın inayetiyle" hüküm süren meşru hükümdar veya krala tevdi edilmektedir, Bonapartist anayasaları karakterize eden yürütmeye kuvvetinin üstünlüğü özelliğini

yeti iyiden iyiye hukukîlik içine yerleştirdiğini belirtiyor olmasına rağmen; XVIII. Louis'nin meşruiyeti, "kutsal hukuk" ve "monarşik gelenekler" adına konulmuştur. Devletin ve idarenin işlemlerinin hukuka uygun olması olarak tanımlanan *hukuka uygunluk ilkesi*, demokratik meşruiyet ve hukuk devletinin merkezinde ortaya çıkmıştır. Buna karşılık Hans Kelsen devlete ve hukuka, kuramını bu iki kavram arasındaki benzerliği en katı biçimde açığa çıkarmak için uygulamıştır. Meşruiyet ile hukukîlik arasında birleşmeye karşı çıkma olayı, aşırı solda (Pasukanis) olduğu gibi aşırı sağda da (Carl Schmitt) daha sonraları ortaya çıkacaktır.<sup>10</sup> Hukuksal veya şekli meşruluk olarak da adlandırılan *kanunîlik* her zaman geniş anlamda sosyo-politik meşruluğun temelini sağlamakta yeterli olsa da, genel olarak kanunîlik meşruluğun karinesi sayılır. Gerçekten de "kanunîlik" ile "meşruluğun" bir arada bulunması gerekli ve normaldir. Netice itibarıyla, siyasal iktidarın meşruluğu ile kanunîliği birbirinden farklıdır. **Kanunî bir iktidar** dendiğinde, mevcut anayasa kurallarına bağlı olarak oluşan, ortaya çıkan bir iktidar söz konusudur. Buna rağmen başlangıçta meşru olan bir iktidar daha sonradan meşruiyetini kaybedebilir. *Dolayısıyla meşruiyet sorunu iktidarın kaynağıyla olduğu kadar, iktidarın kullanılışı ile de ilgilidir.*

Eğer yönetenler için, kendilerine tanınmış olan *statü* kanunun işlevine saygı göstermelerini gerektiren bir bağımlılığı belirtiyor ise; bu statü aynı şekilde onlara kuşkuya yer vermeyen avantajlar da sağlar. Gerçekten de, söz konusu olan bu nokta yönetenlerin aynı zamanda oluşturmuş oldukları meşruiyet ve otoritelerinin ifadesidir. *Bir erkin zorunlu olarak doğrulanması gerekmez.* Çünkü bu erk bir kanuna bağlı olarak oluşmuştur. Temelini ilk otoritenin oluşturduğu bir fikre dayanan ve bu otoritenin ancak kaynağını *monark, ayrıcalıklı sınıf veya halkın tamamından* aldığı kabullenmesiyle var olan bir "*siyasal meşruiyet*" vardır. Meşruiyetin bu ilkesinin benimsendiği anda; söz konusu olan bu meşruiyet artık bireylerin erki ellerinde bulundurması veya sadece güçleri ya da bizzat kendi iradesi aracılığıyla sürdürmesine ait olmaz. Dolayısıyla devlet kurumunun sürekliliği, yetkilerin düzenli bir tarzda el değiştirmesi yoluyla, yönetenlerin kolaylıkla değişmesini mümkün kılar. Bu statüyü doğrudan doğruya elinde bulunduran yönetenlerin hukuksal olarak kendi vasıflarını kabul etmez görünebildiği ölçüde, erkin el değiştirmesi halihazırda erki elinde bulunduran otoritenin iradesinin sonucu olarak değil de, devlet kurumunun statüsü ile gerçekleşir.<sup>11</sup>

---

sürekli kılma eğilimi vardır ve nihayet hürriyet pahasına da olsa istikrara öncelik verilir. "Hemen hemen bütün Lejitimist Şart'ların başlıca hususiyeti, üç kuvvetin değil, dört kuvvetin mevcudiyetini kabul etmeleridir. Bütün Lejitimist Şart'larda İcra Kuvveti hâkim durumdadır. Bu kiralın sadece sivil yetkilere değil, aynı zamanda askerî teşkilât üzerinde tam ve münhasır bir mürakabe imkânına sahip olmasından ileri gelir. Bitaraf bir kuvvet olarak telâkki edilen "mutedileştirici kuvvet" ise, fiiliyatta İcra Organının bir kolu olarak hizmet görmektedir. Kaza Kuvveti, diğer Anayasa tiplerinde olduğu gibi, Devlet mekanizmasında müessir bir rol oynamamaktadır" (İbid., sh. 26).

<sup>10</sup> *Dictionnaire Constitutionnel*, age., sh. 565.

<sup>11</sup> BURDEAU Georges: *Droit constitutionnel*, 21ème Edition par Francis Hamon-Michel Troper, L.G.D.J., Paris, 1988, sh. 37.



Bu şekilde oluşan meşruiyetin kaybedilmesi olgusu iki varsayımın sonucu olarak belirlir. Şöyle ki;

a) Siyasal iktidar, kendi hukuksal meşruluğunun temelini oluşturan hukuk kurallarına (geniş anlamdaki anayasanın kurallarına) uymamak, saygı göstermemek ve sistemli bir şekilde söz konusu kuralları hiçe saymak veya ihlâl etmek suretiyle meşruluktan uzaklaşabilir. Öğretide bu duruma örnek olarak Türk siyasi hayatında Demokrat Parti İktidarı'nın 27 Mayıs Askerî Darbesi öncesi durumu gösterilmektedir.

b) Siyasal iktidar yürürlükteki hukuk kurallarına uymaya devam etmesine rağmen, zaman içerisinde gelişen ve değişen şartların sonucu olarak toplumda egemen olan meşruluk anlayışı değişip başka bir içerik kazanabilir. Bu durumun sonucu olarak, pozitif normların toplumsal dayanakları ve etkinlikleri zayıflamış olur. Böyle bir durumda, siyasal iktidarın kanunilik temeli açık bir şekilde ortadan kalkmamış olmakla beraber, bir *meşruluk krizi* kendini göstermiş demektir.<sup>12</sup>

Özetle, siyasal iktidarın hukuksal olması söz konusu iktidarın daha ortaya çıkma anında, bir takım kurallarla sınırlandırılmış olmasını gerektirir. *Siyasal iktidarın meşruiyeti*, uygulamış olduğu politikaların yönetenlerinin büyük çoğunluğu tarafından uygun bulunup onaylanması demektir.<sup>13</sup>

#### **B. Meşruiyet Kavramının İç Hukuktaki Uygulama Alanına Bir Örnek: "Fiili Hükümetin Meşruluğu"**

Şimdiye kadar yapılan açıklamalardan da anlaşıldığı gibi; meşruiyet kavramının tanımının yapılabilmesi noktasında bir belirsizlik söz konusudur. Bu durum, meşruiyetin aynı zamanda bir çok farklı anlamı içermesi ve yakın kavramlarla, özellikle *hukukîlik* kavramıyla, karıştırılması eğiliminin sık sık ortaya çıkmasından kaynaklanır. Bu sebepten dolayı, böyle bir hatadan başlangıçta kaçınılmasının önemli olduğuna işaret etmek yerinde olacaktır.

Yeni bir devletin kurulması veya yeni bir siyasal rejimin ortaya çıkması, yeni bir anayasal örgütlenme olarak adlandırılan iki farklı durumdur. Yeni devletlerin oluşumu ve mevcut devletlerin topraklarındaki genişlemeden kaynaklanan değişmelerin oluşturduğu sorunlar uluslararası hukukun inceleme alanına girmektedir. Bu sorun devletten ayrılma (*sécession*), devletin parçalanması (*démembrement*) veya başka bir devletin bünyesine dahil olma (*absorption*) olgularını takip edebilir. Belirtilen bu hususların oluşumlarının tamamlanmasıyla yeni bir devletin vücut bulması olayı uluslararası hukuku ilgilendirir. Bu sebepten dolayı bu nokta çalışma konumuzun dışında kalmaktadır.

Buna karşılık *rejim değişikliği* sorunu iç hukukla, daha belirgin bir ifade ile anayasa hukuku ile ilgilidir. Söz konusu sorunun içerdiği iktidarın şekillerindeki değişim olgusu; mevcut kurumların çerçevesindeki yasal bir hakka

<sup>12</sup> KAPANİ Münici, age., sh. 60. Belirtilen bu husus kamu hukukunda "Devletin Sürekliliği İlkesi" (*principe de la contuniuté de l'Etat*) olarak ifade edilmektedir.

<sup>13</sup> TEZİÇ Erdoğan: *Anayasa Hukuku*, Beta, İstanbul, 1986, sh. 100 (dipnot 1).

sahip olmaya ilişkin basit bir değişimi veya hatta adı geçen değişimin önemli bir yenilenmesi olgusunun sınırlarını da aşar. İktidarın işleyişinin, el değiştirmesinin veya kuruluşunun kurallarının bir dönüşümü zorunludur. Ancak bir önceki iktidar modellerinin ortadan kalkması; siyasal otoritenin üzerinde uyguladığı gücün veya bizzat kendisinin ortadan kalkması anlamına gelmez: *forma regiminis mutata, non mutatur populus ipse*.

Öyleyse siyasal dönüşümün iki büyük kategorisinin ayırılması gerekir. **Yeni bir siyasal otorite** ya iktidarı elinde bulunduran(lar)ın iktidardan vazgeçmesi ya da siyasal sistemin değişikliğe uğramasından doğabilir. O zamana kadar mevcut mutlak gücü yasal olarak elinde bulunduran kişi veya organ bizzat kendi kendini sınırlandırma yoluna başvurabileceği gibi; ülkenin Anayasa'sı veya Şart'ının siyasal sistem için öngörmüş olduğu değişimleri gerçekleştirerek mevcut siyasal sistemden farklı bir siyasal oluşumun ortaya çıkmasına sebebiyet vermiş olabilir.

Bu alanda günümüzde daha sık gözlemlenen durum daha farklıdır. Burada rejim, kurulu gücün uygulaması veya geleneklerin gelişimi ve değişimi tarafından yeni bir kalıba sokulmaktadır. Şekli anlamda gibi görülen bu değişim olgusu tamamlandığı anda, devrim niteliğindeki bir değişime dönüşmüş de olabilir. Bu nokta **anayasaya karşı hile** (*fraude à la constitution*) olarak adlandırılır.

**Siyasal sistemde ortaya çıkan zora dayanan kesinti veya kopukluklar:** Konuya ilişkin terminolojinin kesinleşmemiş olmamasına rağmen; devletlerin zora dayanan ortadan kaldırılması, rejimin yıkılması veya değiştirilmesinin aşağıdaki farklı modelleri birbirinden ayırabilir.

## I. Uluslararası plânda

**a. Fetih (conquête):** Bir devletin ülkesinin tamamının veya bir kısmının başka bir devlet tarafından ele geçirilmesi sonucunu doğurur. Bu durumun etkisi ya yeni bir anayasanın kabulü ya da mevcut anayasanın yeni düzenle ilişkilendirilmesi yollarıyla olabilir. Söz konusu yeni düzen mevcut anayasanın ülkenin tamamına yayılması şeklinde de olabilir.

**b. İsyân (rébellion):** Ülkenin ancak bir kısmında etkili olan ve genellikle ülkenin bu kısmında yeni bir anayasanın altında yeni bir devletin oluşumuyla neticelenen askerî bir güç veya ayaklanmadır (Örneğin; 1830 Belçikası).

## II. Ulusal plânda

**a. Ayaklanma (insurrection):** Ülkedeki genel bir hoşnutsuzluk esnasında veya bu durumu izleyen, mantıksal bir yönü olmayan, duygusal unsurları ağır basan, kendiliğinden oluşan rastlantısal nitelikli, halkın kurulu siyasal rejime karşı başkaldırmasıdır. Dolayısıyla ayaklanmanın ortaya çıkışı önceden öngörülemez ve geniş bir belirsizliği içerir. Ayrıca başlangıçta ayaklanmalarda, ayaklanmanın elebaşı veya başları yoktur. Oluşan şartlar içerisinde elebaşlar belirir. Ayaklanma bir plân çerçevesinde oluşmaz, karşıt işlemler olarak belirirler ve bizzat kendileri içinde gereksiz, tehlikeli ve yıkıcı işlemleri de gerçekleştirebilir. İstisnai olarak aynı türden unsurlardan oluşur. Başarıya

ulaşması halinde genellikle birbirinin düşmanı olan farklı fraksiyonlar bir arada bulunurlar. Bundan dolayıdır ki; ayaklanmalarda bir kısım isyancılar ihtilâlçi davranışlarını sürdürmeye, diğer grubun iktidarı ele geçirmiş olması ve ihtilâlçi davranışlarını devam ettiren grup veya gruplara karşı şiddet kullanarak bu tür davranışlarını bastırma ve ortadan kaldırmak gayreti göstermelerine rağmen devam eder. Bunun en güzel örneği olarak günümüzdeki Afganistan'ın durumu gösterilebilir. Başarısızlığa uğrayan ayaklanma genellikle "isyân" olarak nitelendirilir ve isyancılar *kurulu düzeni değiştirmeye teşebbüsten* dolayı cezalandırılırlar. Uluslararası hukukta ayaklanma hakkı yoktur. Ülke yönetimindeki diktatörü devirmeyi amaç edinmiş olan ulusal bağımsızlık hareketleri, belirli bir etkinliği olan veya olmayan bir durum anlamını kazanır; *ama meşruluğu olan bir fenomen olarak değerlendirilmez. Ancak bu nokta uluslararası hukuk açısından haksız bir olay olarak görülmemen devrimlerin kaynaklandığı ilkenin sahip olduğu anlama aynı şekilde sahip olur.* Kısacası uluslararası hukuk bu sorunu çözmekte ve bu konuda tarafsız kalmaktadır.

**b. Askerî Darbe (Le coup de force):** Toplu başkaldırmalarda olduğu gibi özü itibarıyla kişisel bir girişimin ürünü olan bu durumu adı geçen kavramdan *belirgin bir şekilde ayırdetmek için günümüzde sık sık "Putsch" terimi, askerî darbeler için kullanılmaktadır.* Buna rağmen askerî darbe, en ince detayına kadar önceden uzun uzadıya *metodolojik olarak hazırlanmış olan bir plâna göre gerçekleştirilmesini üzerine almış bir kişi veya bir grup tarafından uygulanır.* Hiç birşey rastlantıya bırakılmaz. Zira askerî darbenin başarıya ulaşabilmesi için kısa bir süre zarfında etkili bir şekilde uygulamaya konulmuş olması gereklidir. Bu işlemi gerçekleştirecek olanların eseri sadece fikri alanda değil, ortak bir disiplin aracılığıyla entellektüel benzeşmenin dışında başka şeyleri de gerektirir. Bu ise isyancıların şefinin elindeki gücün kullanılabilirliğini ifade eder. Özenle seçilen askerî darbeyi gerçekleştirenler, genel olarak sınırları belirgin olarak çizilmiş niteliklerine göre sınıflandırılırlar. Ayrıca söz konusu şahısların ayrıntıları önceden belirlenmiş yöntemle *tesbit edilmiş olan emirlere bağımlı olmaları da bir zorunluluktur.*

Daha sonra askerî darbenin genellikle kaynağını askerler oluşturur ve *askerî darbeler generaller ile üstleri, hatta bazende ast kademedeki askerlerin gözetiminde uygulamaya konurlar. Askerî müdahaleler bazen de askerî tarzda örgütlenmiş sivil ur.surların eseri de olabilir.* Polis, güvenlik güçleri ve yığınlara karşı silahlı mücadele bu takdirde ikinci derecede önem arzeden bir hale dönüşür. Bu gibi durumlarda aslolan muhaliflerin hareket araçlarını felce uğratmak, devlet işlemlerinin özellikle taşıma ve haberleşme gibi önem arzeden noktalara hakim olmaktır. Mevcut yöneticiler bu taktirde devletin zirvesinde yalnız bırakılmış (izole edilmiş) olurlar. Haberleşme ve devlet yönetiminde etkili olan işlemleri yapmaya yarayan *organlardan mahrum edilme, etkin bir şekilde reaksiyonlarını gösterememeden ve hiç bir şeye hükmedemeden dolayı askerî darbeyi yapanlar, büyük bir zorlukla karşılaşmadan eski yöneticileri -şayet daha önce görevlerinden alınmamışlarsa devlet yönetiminden uzaklaştırırlar.* Bu şekilde 1917 yılında siyasi tarihte dünyayı sarsan *on gün* olarak nitelendirilen Rus İhtilâli gerçekleşmiştir.

**c. Hükümet Darbesi (Le coup d'Etat):** Askerî darbe ile büyük benzerlikleri olmasından dolayı bu iki kavram sık sık bir biriyle karıştırılır. Ancak anayasalcılık açısından bu iki kavram arasında temel nitelikli bir farklılık vardır. Hükümet darbesi başkaldıran bağımlı ajanlar veya bireylerden kaynaklanmaz. Kamu güçlerinin bir kısmının diğerlerine karşı zora dayanan bir tutumu söz konusudur. Bununla birlikte, hükümet darbesi kurulu düzenin ortadan kaldırılmasını amaçlamaya biliyor olmalarına rağmen; genel olarak saldırgan bir nitelik sergiler ve yeni bir siyasal rejim oluşturmayı amaçlarlar. Hükümet darbeleri amaçları, idare ediliş şekilleri ve hükümet darbesinin kaynağındaki hareketlilik açılarından aşağıdaki gibi sınıflandırılabilir.

**c-1. Hükümet darbeleri amaçları bakımından ikili bir görüş sergiler:**

**c-1.a. Savunmaya yönelik hükümet darbesi (coup d'Etat défensif):** Kurulu iktidarın pozisyonunu siyasal nitelikli olsun olmasın bütün muhalifleri-ne karşı savunmak amacıyla gerçekleştirdiği hükümet darbesidir.

**c-1.b. Saldırgan nitelik arzeden hükümet darbeleri (coup d'Etat offensif):** Üstün otoriteyi elde etmek amacıyla veya bu anlamdaki pozisyonunu güçlendirmek için ya da doğrudan doğruya iktidar olma amacı gütmeksizin, sadece ülkede siyasal veya sosyal bir değişikliği gerçekleştirmek için özel veya kamusal muhalifler tarafından bir ya da birden fazla siyasal güce karşı yapılmış olan hükümet darbesidir. Ülkemizde gerçekleştirilmiş olan 1961 ve 1982 Hükümet Darbelerinin bu gruba girdiğini söyleyebiliriz.

**c-2. İdare ediliş şekilleri açısından hükümet darbeleri:**

**c-2.a. Bireysel nitelikli hükümet darbesi (coup d'Etat d'individu):** Bu gruptaki hükümet darbelerinin bir kısmında siyasal bir fikri egemen kılma amacını gütmeksizin davranan ya da sadece bireysel çıkarlarını tatmin etmek amacında olan bir şef tarafından hükümet darbesinin yönetilmesi söz konusudur. Diğer gruptaki hükümet darbelerinde ise örgütlenmiş bir parti tarafından resmî olarak desteklenmeyen **ancak siyasal değerlendirme endişeleri taşıyan bir ya da birden fazla kişi tarafından kumanda edilen hükümet darbesi söz konusu olur.**

**c-2.b. Grup hükümet darbeleri (coup d'Etat de groupe)**

**c-2.c. Karışık nitelikli hükümet darbeleri (coup d'Etat mixtes):** Hükümet darbesini yapanların yönetimi bir şef veya açıklanmış olan bir partinin oluşturduğu hükümet darbeleridir. Bu grup sınıflandırmada, 1961 ve 1982 Hükümet Darbeleri askerî hiyerarşi içerisinde kumandanların yönetiminde gerçekleştirilmiş olmalarından dolayı, grup hükümet darbesi olarak nitelendirilebilir.

**c-3. Hükümet darbesinin kaynağındaki hareketlilik açısından:**

**c-3.a. Sosyal nitelikli hükümet darbesi (coup d'Etat social):** Demokratik, oligarşik veya aristokratik bir sınıfın çıkarlarının korunması için yapılmış olan hükümet darbesidir.

**c-3.b. Siyasal nitelikli hükümet darbesi (coup d'Etat politique):** Yalnızca siyasal bir değerlendirmenin sonucu olarak, yoksa bir sınıfın çıkarlarını savunmak için değil, gerçekleştirilmiş olan hükümet darbesidir. Bu sınıflandırmanın her durumda birbirinden keskin çizgilerle ayrılmadığını belirtmek gerekir. Bu açıdan 1961 Hükümet Darbesi sosyal grupları tekrar dengelemek amacından dolayı sosyal nitelikli, muhalifleri tarafından eleştiriye maruz kalan dönemin siyasal sisteminin eksiklerini tamamlamayı amaç edinmiş olmasından da siyasal nitelikli bir hükümet darbesidir. 1982 Hükümet Darbesi'ne gelince; sendelemekte olan demokrasiyi tekrar rayına oturtmayı amaçladığı için daha çok siyasal nitelikli bir hükümet darbesi görünümünü vermektedir.<sup>14</sup>

**d. Dış Müdahale (L'action étrangère):** Bu olgu etkilerinde olduğu kadar, gücünün ortaya çıkmasında da daha önce belirtmiş olduğumuz ayaklanma ve hükümet darbesi olgularına yaklaşıyor. Ya doğrudan doğruya bir dış müdahalenin sonucunda ya da dış müdahalenin basit bir etkisi aracılığıyla mevcut anayasal düzeni yıkararak yeni bir siyasal rejimin kuruluşunu gerçekleştirir.

**Önceki anayasal düzenin ortadan kaldırılması:** Ayaklanmanın, askerî darbenin veya genellikle de hükümet darbesinin başarısı, yürürlükte olan siyasal düzenin ortadan kaldırılmasıyla orantılıdır. Anayasa yürürlükten kaldırılır ve anayasaya bağlı olan diğer hukuksal işlemler bundan böyle bir anlam ifade etmezler. Bununla birlikte, istisnaî olarak da *hukuksal* ve *siyasal* plânda köklü değişimler olur. Siyasal anlamda fiilî hükümet sıkı sık önceki hukuksal hükümetin bir kısmını muhafaza etmeye devam eder. Hukuksal plânda sadece hukuksal düzenlemeler değil, hükümetin şekline doğrudan doğruya bağlı olmayan anayasal metinler dahi alışlageldiği üzere varlıklarını sürdürürler. Buna rağmen **devrimlerin etkisi yoluyla anayasalcılığın bozulması öğretisi** "théorie de la déconstitutionnalisation par l'effet des révolutions" gereğince bu şekilde varılmaya devam eden anayasanın maddeleri artık sadece hukuksal bir değer içermeye başlarlar. Önemlilerini belirttiğimiz bu çekincelerin dışında siyasal rejimi değiştiren gücün başarısı, önceki siyasal düzenin ve hukuksal işlemlerinin lağvedilmesi sonucunu doğurur.

**Siyasal düzenin ne zaman kesin olarak değiştiğinin belirlenmesi olgusu,** rejimdeki değişimin hızlı ahenkli bir değişimle izlenmesi anında büyük bir önem arz eder. Bu sorunun çözümü:

1. Ya değişim anını tesbit eden hukuksal bir işlemlerle;
2. Ya da böyle bir durumun olmaması halinde, değişim anı olarak üç ihtimalin düşünülmesiyle çözümlenebilir.

**\*Devrimin başlangıç anı** (le moment initial de la révolution);

**\*Devrim eylemlerinin karşı konulamaz bir şekilde üstün geldiği an** (le momeñ où l'action révolutionnaire l'emporte irrésistiblement): Bir önceki siya-

<sup>14</sup> ATAY Ender Ethem, age., Tome 1, sh. 115-116; BRICHET Olivier: *Etude du coup d'Etat en fait et en droit*, Thèse, Paris, 1935, Les Editions Domat-Monchrestien, Paris, 1935, sh 16-28.

sal düzen kesin olarak elimine edilmiştir. Ancak devrim iradesinin galip geldiği saat ve günün tesbiti zorlukla yapılmaktadır.

\*Fiilî hükümetin kurulduğu an (le moment où se constitue le gouvernement de fait): Bu durumda hükümete ait yetkileri haiz bir otorite bir öncekinin yerini alır. Fiilî hükümetin kurulması bir öncekisinin iktidardan düşürülmesinden önce olabilir. Bu durum hukucuya devrimin oluşturduğu düzensizlik için en maksimum derecede düzenlilik yerleştiği için en kabul edilebilir bir çözüm sağlamaktadır.

**Fiilî Hükümetler (les gouvernements de fait)**: Genel olarak askerî müdahale veya hükümet darbesinin yapanların belirgin olan niyetleri; iktidarı ele geçirmek ve ona kendi istekleri doğrultuda şu veya bu şekli vermektir. Ekseriyetle kendi hesaplarına davranırlar, ancak başkalarının hesaplarına işlem yaptıkları da tarihte çeşitli örneklerde gözlemlenmektedir.

Rejimin ortadan kaldırılmasının bir ayaklanmadan kaynaklandığı anda parçalanma büyük ölçüde kendiliğinden rastlantısal olarak ortaya çıkar. Devrim olgusu ile devrimden çıkan hükümet arasındaki bağ genellikle korunur. Siyasal sistemde esaslı değişiklik yapmış olanların cesaretleri, öz güvenleri ve hatta ilişkiyi oluşturan karineleri kendi kendilerine affettikleri ünvana bağlıdır. Devrim sırasında geçen zaman böylece **aldatılmış günleri** de (*jours des dupes*) ifade eder. Bununla birlikte kurulan yeni iktidarın şekli ne olursa olsun, bu iktidar hemen düzenli bir hal almaz. Böyle bir durumda fiilî hükümet vardır.

Yaygın olarak kullanıyor olmakla birlikte fiilî hükümet kavramı çok yerinde bir kavram değildir. Söz konusu durum için tamamen olumsuz bir tanım yeterince verilememektedir. Fiilî hükümetten bahsedildiği anda "yürürlükteki bir kanun tarafından tanınmış ve haklar tahsis edilmiş bir rejim söz konusu değildir". Böylece fiilî hükümet kavramını anlam açısından karşıtı olan **hukuksal hükümet (gouvernement de droit)** veya işleyişini ve örgütlenmesini düzenleyen yazılı ya da geleneksel bir anayasanın etkisinde yaşayan **yasal hükümet (gouvernement régulier)** kavramıyla nitelendirilmektedir.

Ancak işin temeline inildiğinde, çelişkinin ilk bakışta görüldüğünden daha az keskin olduğu anlaşılır. Yalın ve tamamen fiilî olan bir hükümet mevcut değildir. Aşağı yukarı yürürlükteki bütün rejimler ne kadar ilkel, tam şekillenmemiş olurlarsa olsun; bir örgüte sahiptirler ve bundan dolayı hukuksal olarak tanınmış olup olmamaları önem arz etmeksizin, fiilî hükümet böyle bir örgüte sahipmiş gibi işler. Buna karşılık **fiilî hükümetin siyasal otoritesi** ne aksini söyleyen bir önceki anayasal düzenden ne de önceki anayasal düzeni yıkan kaynağını aldığı ayaklanmadan doğar.

Ancak fiilî hükümetin siyasal otoritesi yine de zamanın yardımı olmaksızın oluşabilen tamamen yeni bir meşruiyeti daha az yoğun bir şekilde ileri sürebilir. Bununla birlikte hukukçuların büyük bir çoğunluğu böyle bir fiilî hükümeti **resmî bir hükümet (gouvernement authentique)** olarak görmektedir. Bu görüş taraftarlarının tezi aynı şekilde katolik kuramcılar tarafından da savunulmaktadır. Bunlar için **sosyal zorunluluğa** dayanan gözlemsel bir tür

geçici bir meşruiyet vardır. Bu durum şekli ne olursa olsun yeni hükümetlerin varlığı ve oluşumunu doğrulamaktadır. Çünkü bu yeni hükümetler meşruiyetlerini kamu düzeni tarafından istenilen bir gereklilik varsayımında, kamu düzeninin kendi kendine hükümet olmaksızın kurulmasında bulurlar. Benzer yapılarda bütün yenilikler, sivil iktidarların siyasal şekli veya bunların iletişim tarzı ile sınırlı olmasından doğarlar. Belirtilen bu noktalar hiç bir şekilde iktidarın kendi kendini değerlendirmesinde etki yapmazlar. Söz konusu iktidar değişmez ve saygınlığını korumaya devam eder. Sonuç olarak iktidarın bu değişmezliğini temsil eden yeni hükümetler kurulduğu anda, iktidarın değişmezliğine sadece izin vermekle kalınmaz ama istenirler de. Hatta yeni hükümetleri destekleyen ve oluşturan kamunun iyiliğinin gerekliliği de aynı şekilde empoze edilir.

*Askerî müdahalelerin sonuçlarının değerinin askerî müdahalelerinin sınırlandırılmasında olduğu söyleyen görüşün taraftarlarının girişimlerine göre;* ilkenin böyle bir durumu, farklı uygulamaları içerebilir veya tam tersine yeni durumların lehine devrilen rejimlerin ortadan kaldırılmasında acele etmeyi isteyebilir.

Genel olarak amerikalı hukukçular Latin Amerika'da humma gibi yaygın bir hastalık olan hükümet darbeleri ve askerî müdahalelerin artışını önlemeye çalışırlar (Tobar'ın anayasal öğretisi, Stimson'un kuvvet aracılığıyla oluşturulan fiilî durumların tanımlanması öğretisi). Bazı Güney Amerika anayasaları (Şili, Peru, Honduras, Venezüvella, San Salvador) önceden gelecekteki isyancıların hükümetlerinden kaynaklanacak işlemlerinin geçersizliğini açıklamıştır. Aynı ilke İngiliz ve Cezayir Hükümetleri tarafından Vichy Rejimi'nin işlemlerine karşı da uygulanmıştır.

Genel bir tarzda avrupalı özellikle fransız hukukcular, fiilî hükümetlerin işlemlerinin geçerliliğini savunurlar. Bunlar siyasal kargaşaların hukuksal tahribatını en aza indirerek ve devletin sürekliliğini diğer işlemler hakkında tercih etme girişimi içindedir. Avrupalı hukukcular mevcut durumu *-de facto-* kuvvetlendirme isteğinde ortaya çıkabilecek uyumsuzlukların önceki durumu yeniden kurma durumundan daha az olacağını düşünmektedirler.

4 Eylül 1870 tarihinden sonra Fransız Millet Meclisi, bir hükümetin işlemleri içinde Millî Savunma "*défence nationale*" olarak kendi kendini nitelendiren savaş eğilimine ilişkin olan düzenlemeler ile düşmanlık seyrine yabancı kalan düzenlemeler arasında bir ayırım yaparak bir gensoruyu reddetmiştir. Dönemin milletvekili ve Caen Hukuk Fakültesi Profesörü A. Bertauld ilk bakışta böyle bir işlemin savaşla ilgisi yokmuş gibi görünüyorsa da -bununla birlikte bu işlemin savaşla ilişkisi olduğu bilinmektedir- kıstasın geçerli olamayacağını ortaya koymuştur. Av konusunda Millî Savunmanın gerekliliklerini ölçsüz olarak değerlendirilip 13 Haziran 1870 tarihli Kararnemeyi uygulamayı reddeden Douai Mahkemesi'nin bir kararını Fransız Yargıtay'ı iptal ederek aynı anlamda görüşünü açıklamıştır.

Geçici durumun geçerliliği ile hukukî hükümet tarafından onaylanan kesin bir hukuksal geçerlilikten ayırdetmeden bu durum kuşkusuz mantıksal olarak daha doyurucudur. Hukuksal temeli olmayan fiilî bir hükümet işlemlerine

hukuksal bir değer veremeyebilir; ancak en az zarar ve en fazla iyilik yapmak amacıyla daha sonraki yasal hükümet işlemleri onaylayarak adı geçen işlemlere bu niteliği verebilir. Fiilî bir hükümet gibi değerlendirilen Napoléon Hükümeti'nin işlemlerine karşı XVIII. Louis'in davranış tarzı bu yönde olmuştur.

1944 yılında geçici hükümet tarafından kabul edilen 9 Ağustos tarihli Ordonance Pétain'in bakanlığının oluşumundan bu yana karar altına alınan düzenlemelerin değerinin aydınlatıldığını açıklamıştır. Ancak adı geçen hükümetin varlığını devam ettirmesi yerinde gördüğü işlemlerin yalnızca açık bir şekilde değerlendirilmesinin yapılmasının yerine, Ordonance üç büyük kategori metni birbirinden ayırmıştır: *Birinci grup* açık bir şekilde hemen iptal edilenler; *ikincisi* üstü kapalı ve geçici bir süre için yürürlükte bulunması desteklenen ve *üçüncü* olarak ise açık bir şekilde değer kazanmış olan metinlerdir. Doğrudan doğruya iptal edilen metinler arasında yokluğun metinlerin geçmişteki ve gelecekteki etkilerine veya yalnızca değer kazanmış olanlarına yaygınlaştırılmasına göre alt ayrımlar yapılır.<sup>15</sup>

### III. Yeni Hukukî Rejime Geçiş

Özü gereğince fiilî hükümet hiçbir zaman geçici nitelikli bir hükümetten başka bir şey olmamıştır. Genellikle fiilî hükümet "**geçici hükümet**" (*gouvernement provisoire*) olarak, resmî bir şekilde adlandırılır. Doğal olarak fiilî hükümet yasal bir rejime dönüşmeyi; hukuken tanınan bir durum ve sağlam bir temeli kendi kendine affetmek için yoğun bir çaba sarfeder. Zira siyasal açıdan ne derece sağlam olursa olsun, rejim her zaman zora dayanan temellerini unutturmak zorundadır. Böylece rejim hiç bir zaman için bu hastalığından iyileşemeyecek bir duruma ulaşır.

Geçici hükümet genellikle kendi kendine örgütlenmesinin oluşumunun bir takım ilk izlerini verir ve kendisinin uygun olarak algıladığı bir takım işleyiş kurallarını açıklar. Ancak özellikle bu hükümet işlemini kurala bağlama, hükümetle ilgili kuruluşları oluşturarak değişimi güvence altına almanın yollarını aramaktadır. Bu alanda iki büyük yöntem mümkündür:

Uygulamaları örf ve âdetle onaylama: Bu durumda fiilî gücün doğrulama süresi ve onun yerini alan hukukî bir güce genellikle atfedilen anlam sayesinde söz konusu olmaz. Bu ise *anayasal kuralların geleneksel oluşum yöntemidir*.

Hükümet kurallarının yazılı olarak konulmuş olması: İster fiilî güç; kurucu gücü geliştirerek kendi kendine yükümlülük altına girsin, isterse fiilî iktidarın kendine özgü meşruiyet kavramına göre bu görevini tamamlamak için kurucu kuruluşların niteliklerine yer bırakmadan, bu *yazılı anayasa sistemidir*.

Siyasal sistemde meydana gelen esaslı değişimler ve bunların sınıflandırılmasına ilişkin genel nitelikli açıklamalardan sonra, fiilî hükümetlerin meşruluğu ve hukukîliği ile ilgili M. Duverger'in yazmış olduğu makaleyi özetlemenin konumuz açısından yararlı olacağı kanaatindeyiz.

<sup>15</sup> PRELOT Marcel: *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 3ème Edition, Dalloz, Paris, 1963, sh. 184-185.



Bir hükümetin hukukîliği, kuruluşu esnasında mevcut olan yasal metinlerin düzenlemeleriyle veya daha öncelerden oluşmuş anayasa gelenekleriyle uyum içinde olmasına bağlıdır. Dolayısıyla bir hükümetin hukukî olması için, yürürlükteki (ister yazılı ister geleneksel) anayasa gereğince kurulmuş olması yeterlidir. Buna karşılık meşruiyet sorunu, meşruiyeti sağlamaya yönelik öteden beri varolan şartların gereklerini yerine getiremeyen bir hükümetle karşı karşıya olunması halinde ortaya çıkar.

Gerçekten de meşruiyet, yalnızca hukuka aykırılık alanına özgü bir kavram olarak belirebilir. Aksi takdirde, hukukîlik kavramı içinde eriyip gider. *Hukukî olan bir hükümet her zaman, hatta tanım gereğince de meşrudur. Buna karşılık bir fiilî hükümet şartlara göre meşru olabileceği gibi olmayabilir de.* O halde, meşruiyet kavramının somutlaştırılmasının, fiilî hükümet kavramının yalnızca kendi kendisiyle olan ilişkisine göre gerçekleştirilmesi yararlı olur. Bununla beraber, eğer meşruiyet kavramı pozitif hukuk alanında değerlendirilirse; daha önce ileri sürülmüş olan iddialar ancak bir anlam kazanır. Oysa ki, doğal hukukta bu kelime başka bir anlama sahiptir. Bundan dolayı, hukukî bir hükümetin her zaman meşru olamayabileceği net bir biçimde anlaşılabilir. İşte her şeyden önce bu açıklamalar doğal hukuktaki meşruiyet ile pozitif hukuktaki meşruiyet kavramlarının farklılaşmasını ortaya çıkarır.

### **1. Doğal Hukukta Meşruiyet**

Meşruiyet kavramından bahsedenlerin büyük bir çoğunluğu, doğal hukuk alanından daha ziyade pozitif hukuktaki meşruiyetten söz eden grup içinde yer almaktadırlar. O halde meşruiyet ile hukukîlik kavramlarının farklılığı yeni bir anlam kazanmış olmaktadır. Buna karşılık, hukuksal bir işlemin<sup>16</sup> veya bir hükümetin hukukîliği pozitif hukuka uygunluğundan kaynaklanır. Bunların meşruiyeti ise doğal hukuka uygunlukları ile tanımlanır. *Littré Sözlüğü* meşru olanla hukukî olan arasındaki farklılığı tanımlarken, eksiksiz bir şekilde bu öğretiyi açıklamaktadır: "Kanuna uygun olan hukukîdir. Hakkaniyete uygun olan meşrudur. Kanunu ihlâl eden bir fiil hiç bir zaman hukukî olamaz, ancak şartlar gereğince meşru olabilir."

<sup>16</sup> "Bir Anayasanın iddia edebileceği ahlaki otorite yine insanların doğal hukuktan elde ettiği, hükümetin iktidarının uygun olan uzantısını doğal hukuka dayayan siyasal kuramın bu büyük okulunun görüşü açısından da ele alınabilir. Hükümetler bu hakları korumak için vardılar. Hükümetlerin davranışları ancak bu amaçlara yönelik olduğu ölçüde meşrulaşır. Bir Anayasa doğal hukuka uygun bir hükümet getirdiği ölçüde kendine itaat edilmesi gerektiği iddiasında bulunabilir. Doğal hukuk tarafından haklı gösterilenlerin dışında hükümete verilen yetkiler geçersizdir. *Second Treaties of Civil Government* adlı yapıtında John Locke klasik bir dil içinde doğal hukuka uygun olarak haklı olabilecek isyanı şöyle dile getirmektedir: 'Halk topluluğu veya tek kişi haklarından yoksun kılınıp dünyada başka başvurabileceği yer kalmazsa, uygun zamanın geldiğine karar verdiklerinde bu kişilerin cennete başvuru özgürlükleri vardır.' Yazar şöyle devam etmektedir: 'Bütün iktidarlar belli bir amaca ulaşılacağı inancıyla verilirler ve o amaçla sınırlıdır. Ne zaman bu amaca ters hareket edilir veya bu amaç savşaklırsa inanca ve itimata da zorunlu olarak kaybedilmiş olacaktır ve iktidar yeniden iktidarı emniyet ve güvenlikleri için yeni baştan uygun gördükleri kişilere verebilecek olan eski sahiplerine dönecektir.' ... Bir Anayasa doğal hukuka bağlı olduğu ölçüde bağlayıcıdır. Ne bir hükümet ne de bir yurttaş bir Anayasanın otoritesini, yapılan iş doğal hukukça haklı gösterildiği sürece, saymamazlık edemez" (WHEARE K.C.: *Modern Anayasalar* (Çev. Mehmet Turhan), Değişim Yayınları, İstanbul, 1984, sh. 85-86).

Bu açıklamalardan dolayı meşruiyet ve hukukîlik birbirinden tamamen bağımsız iki kavram haline dönüşür. Hukukî olan bir hükümet, doğal hukukun hükümlerini ihlâl ettiği oranda tamamen meşru olmaktan çıkabilir. Orta Çağ'ın teolojisyenlerinin *tiranî* olarak adlandırdığı ve Fransız devrimci anayasalarının ise "*baskı*" başlığı altında belirttiği, işte bu varsayımdır. Bu varsayım hukuk felsefesinin ve sosyal hayatın en önemli ve en zor sorunlarından birini ortaya koyar: Belirtilen bu husus, hukukî usulleri adâlete aykırı işlemlerde bulunmak için kullanan yöneticilere itaati reddetmeyi ifade eden "*zulme karşı direnme hakkı*"<sup>17</sup> dir.

Bu durumun aksine bir devrimi izleyerek, kendisi tarafından yıkılmış olan bir hukuksal düzenin kalıntıları üzerine kurulan fiilî bir hükümet hukuka aykırılığına rağmen, şayet doğal hukukun ilkelerine uyuyor ise, meşru olabilir. Bu anlayış içinde, fiilî hükümetlerin meşruluk sorununun çözümü netice olarak en azından öğreti plânında çok basit bir hal alır; buna karşılık uygulama alanında ise, hükümetlerin meşruluğunun kıstası olmaya yarayacak olan doğal hukukun ilkelerinin tanımlanması sorunu varlığını sürdürmeye devam edecektir. Zorunlu olarak tanımlamanın sunmuş olduğu geniş anlamdaki *subjektif* niteliğinden dolayı; söz konusu olan bu tanımlama işlemi, aşılması mümkün olmayan engellerle karşılaşır. İnanç boyutunda doğal hukukun şahsî kavramlarının bu farklılıklarına ilişkin ortak unsurların bulunduğundan da hiç kuşku yoktur. Ancak tecrübe, tartışılmaz ve aksi ispat edilemez bir şekilde zorlukları kaleme alabilecek bir otoritenin olmamasından dolayı, bu engelleri ortadan kaldırmanın zorluklarını ispatlamıştır. Gerçekten de herkes kendi bireysel tercihlerine göre, doğal hukuku anlamakta hür olarak kalmaya devam eder. Bundan da şu çıkmaktadır ki; **hükümetlerin meşruiyetinden birey ne anlamışsa, bu hususu anlamış olduğu doğrultuda değerlendirmektedir.** Yalnızca metafizik bir anlayışa katılmak, bu subjektiflikten kurtulmaya yardımcı olabilir. Söz konusu olan her durumda, doğal hukukta yönetenlerin meşruiyetinin bilimsel ve objektif bir teorisinin hazırlanması bazen subjektif, bazen de metafizik bir kavramın söz konusu olmasından dolayı mümkün olamamaktadır.

<sup>17</sup> Doktrin ve içtihat bakımından direnme hakkının meşruluğu şu sebeplere dayanmaktadır: « Kuvvetlerin, muvazenesi ve karşılıklı olarak birbirlerini frenlemeleri ve Devlet organlarının Anayasa ihlallerine ve kötüye kullanmalarına karşı, mevcut Anayasa sistemi karşısında, münferit hukuka aykırılıklara karşı mevcut Anayasa'daki direnme hakkının kullanılması için herhalükarda aşağıdaki şartların aranması lâzımdır.

Bu hak ancak hukuk düzeninin yeniden kurulması veya korunması için ıztırar halinde kullanılmalıdır. Direnilecek mücadele edilen haksızlıklar aşikar olmalıdır. Hukuk düzenince emre amâde tutulan hukukî vasıtaların tesir icra edeceği hususunda ümit verici bir durumun mevcut bulunmaması sebebiyle mukavemet edilmesi, hukukun yeniden kurulması veya muhafazası için nihai çare teşkil etmelidir » (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, C. 5, sh. 86 aktaran Özkan TİKVEŞ: *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Şerhi ve Uygulaması (Anayasa Mahkemesi Kanunu ile Birlikte)*, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., İstanbul, 1969, sh. 19). Zulme karşı direnme hakkı kavramı hakkında ayrıntılı bilgi ve kaynakça için bkz. ATAY Ender Ethem: *Les Règles du droit turc relatives aux engagements internationaux*, Thèse, Dactyl., Tome I, Aix-En-Provence, Avril 1996, sh. 47-49.

## 2. Pozitif Hukukta Meşruiyet

Her fiilî hükümet yapmış olduğu mevcut işleminin temeli olarak değerlendirdiği bir çok hukuksal ilkeyi, belirli bir hukuk felsefesini daha sonraları hazırlanacak olan bir anayasa tarafından rejimin düzenliliğinin temellerini oluşturmak için ilân eder. Pozitif bir programa dönüştürülmüş olan bu ilkeler ve felsefe sadece siyasal bir öneme sahip değildir. Bunların sahip oldukları kesin nitelikli hukuksal değerler ayrıca sık sık etkisinin azaltılmasına ilişkin bir eğilim de vardır. Gerçekten de, birçok teorisyen fiilî hükümetin hukuksal hükümete dönüşmesini sağlayabilmek için, kurucu organı işlemlerinde tamamen hür ve özellikle hazırlamakla yükümlü olduğu anayasanın içeriğini hangi şekilde olursa olsun belirleyebilmeye yetkili kılınmış gibi değerlendirebilme eğilimi içinde görülmektedir. Gerçekte, pratik nitelikli değerlendirmeler kesinlikle kurucu gücün bu anlamdaki yetkisini sınırlandırmayla sonuçlanacaktır. Ancak, hukuksal alanda yeni bir anayasayı çalışır duruma getirecek fiilî bir hükümet tarafından görevlendirilen organ ne söz konusu bu fiilî hükümetin her hangi bir işlemleri ile ne de özellik arzeden bir şeyle bağlı olacaktır.<sup>18</sup>

Konumuzla ilgili olarak sonuçlu olarak belirtilmesi gereken husus, bazı Orta Amerika ülkelerinde önerilen öğretilerdir. Bu öğretilere göre; devletler ihlalleri izleyen siyasal sistemlerin yıkılmış olması halinde bu türdeki bütün hükümetleri tanımamak yükümlülüğü altındadır. Çünkü böyle bir hükümet serbest bir biçimde seçimlere katılabilmek için imkânının olmaması durumundan dolayı; iç hukuk açısından meşruiyetlerini sağlayabilme yönünde ağırlıklı bir çaba göstermeyebilir.<sup>19</sup>

## C. Meşruiyet Kavramının Uluslararası Hukuktaki Yansıması: "Hükümetlerin Tanınması"<sup>20</sup>

Uluslararası hukukta, devletin kendi sınırları içerisinde yönetici otoritenin uygulama tarzlarında olduğu gibi adı geçen otoritenin meşruiyetinin şekillerindeki değişmelerden dolayı, yani devletin hükümet modellerinde ya da

<sup>18</sup> DUVERGER Maurice: *Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait*, R.D.P., T.LXI., 1945, sh. 75-78.

<sup>19</sup> CORNU Gerard, age., sh. 471.

<sup>20</sup> Uluslararası hukuk açısından tanıma (*reconnaissance*); doğacak olan hukuksal sonuçlar ve tanıma konusu devletin veya hükümetin varlığını kabul ettirmede yardımcı olmak için, uluslararası hukukun bir öznesinin (*sujesinin*) karşısına getirilebilecek olan bir hukuksal durumun veya olayın mevcudiyetini kabul ettirecek uluslararası hukukun söz konusu öznesi tarafından yapılan tek taraflı - takdiri bir işlem olarak tanımlanabilir (MARTIN Pierre-Marie: *Droit international public*, Masson, Paris-Milan-Barcelone, 1995, sh. 186). Aynı anlamda bkz. CARREAU Dominique: *Droit international*, Edition A. Pedone, Paris, 1986, sh. 197; DUPUY Pierre-Marie: *Droit international public*, Edition Dalloz-Sirey, Paris, 1992, sh. 64. Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün (*Institut du Droit international*) 1936 yılında konuya ilişkin yapmış olduğu tanım şöyledir: "Bir veya birden fazla devletin belirli bir toprak üzerinde siyasal olarak örgütlenmiş, mevcut bağımsız bütün devletler gibi uluslararası hukukun gereklerine uymaya ehil bir insan topluluğunu tesbit eden bağımsız bir işlemdir. Sonuç olarak bu işlem söz konusu topluluğu uluslararası camianın üyesi olarak değerlendirmeyi ifade eder" (TOUSCOZ Jean: *Droit international*, PUF, Thémis, Paris, 1993, sh. 94). Uluslararası hukukta bir hükümetin tanınması; bir devletin muhtemelen uluslararası hukukun bir takım kurallarının aksine, iç hukukta öngörülmeleyen bir tarzda, siyasal karışıklıkların olduğu bir ortamda beliren yeni bir hükümetin varlığını kabul etmesidir.

şekillerindeki değişimler, bu hukukun konusunda bir yeniliğe varacak ölçüde sonuç doğurmaz.<sup>21</sup> Çünkü hükümetler devletlerin hayatlarında anayasal kurallara uygun olarak ya da anayasal sürece saygı göstermeksizin birbirlerinin yerini alırlar. Üçüncü devletler normal olarak bu değişimler sırasında yeni bir tavır takınmazlar. Zira aksinin kabulü "devletlerin iç işlerine müdahale etmeye ilişkin ilkenin" ihlali anlamına gelir.<sup>22</sup> Ayrıca bu durum devletlerin anayasal özerklikleri ve uluslararası hukukun ulusal siyasal oluşumlardan farklı olmasının doğal sonucudur.<sup>23</sup> Kısacası, devletler yeni şartlardan dolayı eskiden olduğu gibi -diplomatik ilişkilerin kesilme, yaklaşma veya azalma anlamına gelecek şekilde değişim içinde bulunuyor olsa bile- yeni hükümetle olan ilişkilerini sürdürecektir.<sup>24</sup>

Bir başka ifade ile kural olarak anayasal değişimler, devletin uluslararası kişiliği üzerinde Bynkershoëck tarafından belirtilmiş olan "Forma regiminis mutata, non mutatur populus' ipse" devletin sürekliliği ilkesi gereğince etki yapmamaktadır. Uluslararası hukukun temel ilkelerinden biri olarak bu ilke; öğreti, uygulama (18 Ocak 1831 tarihli Londra Protokolü; 1649 ve 1688 İngiliz Devrimleri ve XVIII. ve XIX. y.y.'lardaki Fransız Devrimlerinde olduğu gibi) ve uluslararası jürisprudans (örneğin Sürekli Hakem Divân'ının -Cours permanent d'arbitrage- Fransa ile Peru arasındaki ihtilaf dolayısıyla vermiş olduğu 11 Ekim 1921 tarihli karar) tarafından kabul edilmiştir. İlkenin kesinlik kazanan mantıksal sonucu üçüncü devletlerin bu şekilde ortaya çıkmış olan fiilî bir hükümetin temsilcilerini, hukukî bir devletin temsilcileri gibi değerlendirmek zorunda olmasıdır.<sup>25</sup>

Uluslararası ilişkilerde hükümetlerin tanınması konusundaki yaygın uygulama, iç hukuktaki siyasal rejimlere ilişkin sorunlarda, bir devletin iç işle-

<sup>21</sup> DUPUY Pierre-Marie, age., sh. 39.

<sup>22</sup> Uluslararası hukukta başka devletlerin iç işlerine karışmama ilkesi; hiç kuşkusuz amacına ulaşan devletin çıkarları tarafından doğrulanamadığı anda, devletin etkin hükümeti aleyhine başkaldıran otoriteyi cesaretlendirecek bir davranış tarzının izlenmesi, vaktinden önce veya gecikmeli bir tanıma uygulaması ile sınırlandırılmıştır. Daha sonra antlaşmalar yoluyla veya bunun dışındaki bir yöntemle, devletlerin kendi aralarında tanınmanın ortak şartlarını içeren bir öğretiyi veya karşılıklı olarak her özel durumda tek başına belirlenen kurallara uygun davranma yükümlülüğünü belirlemelerini hiç birşey engellememektedir. Devletlerin kendi aralarında gerçekleştirdikleri ilişkilerinde bu uygulama kesinlikle meşrudur (COMBACAU Jean, SUR Serge: *Droit international public*, Montchretien, Paris, 1993, sh. 293). Zamanından önce yani erken yapılan bir tanıma uluslararası hukuk açısından merkezi otoriteye karşı ayaklanmış olan gücü uluslararası hukukun öznelerinden biri yapacağından uluslararası toplumun içinde bölünmelere ve diplomatik itirazlara sebebiyet verebilir. Dolayısıyla erken yapılmış olan bir tanıma devletlerin iç işlerine karışmama ilkesine ilişkin bir ihtilafın oluşmasına sebebiyet verebilir ve ait olduğu toplumdaki ayrılmayla sonuçlanan iç savaşlarda bir devletin tanınması siyasal rejimin iç çatışmalarda söz konusu edilmesiyle, doğal olarak bir hükümetin tanınması şeklini alacaktır (ZORGBIBE Charles: *Dictionnaire de politique internationale*, PUF, Paris, 1988, sh. 614). Uluslararası hukukun ilkelerinden biri olan "Devletlerin iç işlerine ve dış ilişkilerine müdahale etmeme"ye ilişkin ilke ve konuyla ilgili ayrıntılı kaynakça için bkz. ATAY Ender Ethem, age., Tome I, sh. 193-218.

<sup>23</sup> QUOC NGUYEN Dinh, DAILLIER Patrick, PELLET Alain: *Droit international public*, 3ème Edition, L.G.D.J., Paris, 1987, sh. 502.

<sup>24</sup> MARTIN Pierre-Marie, age., sh. 191.

<sup>25</sup> DELBEZ Louis: *Manuel de droit international public*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1948, sh. 131-132.

rine hiç bir şekilde karışmamayı güvence altına almaya ilişkin eğilimi güçlendirmeye yöneliktir. Bundan dolayıdır ki; hükümetin tanınması olgusu, tanımayı yapan devletin takdirine bırakılmış bağımsız bir işlem gibi değerlendirilir. Bir başka ifade ile, devlet yeni hükümeti tanıma zorunluluğu altında değildir. Tanıma işlemi tamamen siyasal nitelikli bir işlemdir. Hiç kuşkusuz belirtmede yarar olan bir hususda; hükümetlerin tanınması için meşruiyet kıstaslarını belirleme girişimlerinin geçmişte var oldukları noktasıdır. Bir meşruiyet kıstası üzerine kurulmuş olan bu öğretiler arasında Fransız Devrimi'nin kaynaklarını ve sebeplerini tamamen ortadan kaldırmayı amaçlayan ünlü **Kutsal İttifak** (*Saint-Alliance*) politikası da vardır (Troppau Kongresi: 19 Kasım 1820 tarihli Protokol). Burada mutlak monarşi ilkesinin savunulması adına işlemlerinde olduğu gibi anlamlarında da; bütün liberal ve devrimci ideolojileri yasaklayan Fransa'nın da katıldığı Avusturya, Rusya ve Prusya arasındaki bir koalisyon söz konusu idi.<sup>26</sup>

Özetle yeni hükümetin, ülkenin içerisinde kesin bir şekilde kurulmadığı, iktidar hakkında muhalif siyasal partilerin tartışma içinde buldukları mücadelenin devam ettiği sürece; tanıma işlemi devletin iç işlerine gerçek bir müdahale olacağından dolayı yapılmaması gerekir. Aksi bir durumda yani, yeni hükümetin vatandaşların çoğunluğunca kabul edilmiş ve içeride düzenin sürekliliği kesin olarak yeterince güvence altına alınmış ise, adı geçen yeni hükümetin diğer devletler tarafından tanınması gerekir. Bu anlamdaki bir *reddetme* olayı düşmanca bir davranış olarak algılanabilir ve savaş sebebi sayılabilir. Fransa ve müttefikleri uzunca bir süre yukarıdaki sebepten dolayı ülkenin tamamında gerçek bir otorite tesis edememiş olarak değerlendirmesini yaptıkları Trowsky ve Lenin'in Bolşevik Hükümetlerini tanımakta tereddüt etmişlerdir.<sup>27</sup> Ancak İngiltere, Fransa ve İtalya hukukî *-de jure-* olarak Sovyet Hükümeti'ni 1924 yılında tanımışlardır.<sup>28</sup>

Hükümetlerin tanınması sorunu uluslararası hukukta altmışlı yıllardan itibaren pozitif bir niteliğe sahip olarak yer alan **halkın kendi siyasal rejimini belirleme hakkı** (*droit des peuples à disposer d'eux mêmes* veya *droit à l'autodétermination*) ile de ilişkisi vardır. Halkın kendi geleceğini doğrudan doğruya belirleyebilmesi ilkesi, Fransız İhtilâl'i'nin siyasal anlamdaki temel düzenleme konularından birini oluşturmuştu. Bu kavram XIX. y.y.da Avrupa milletlerinin oluşumunda milliyetçilik ilkesini içererek önemli bir rol oynamıştır.

<sup>26</sup> SALMON Jean: "Vers l'adoption d'un principe de légitimité démocratique" in *A la recherche du nouvel ordre mondial - I, Le droit international à l'épreuve*, Editions Complexe, Bruxelles, 1993, sh. 67.

<sup>27</sup> Bolşevik Devrimini mütakiben *Robit* isimli bir şirketin bir kaç gemisi Marsilya Limanı'na sığınmıştı. Dönemin Rus Hükümeti 26 Ocak 1918 tarihli Rus ticari gemilerinin devletleştirilmesini öngören Kararname gereğince adı geçen gemilerin iadesini Fransız Hükümetinden talep etmiştir. Marsilya Mahkemesi bu talebi aşağıdaki gerekçeye binaen reddetmiştir: "Söz konusu kararname, gerçekte ancak bir soygun işlemi ve daha önceki bir yargısal kararın hükmünün içeriğinden dolayı, başkasına ait bir şeyin hileli olarak ele geçiren hukuksal bütün unsurları bir arada toplayan ihlal ve gasbetmeye ilişkin bir işlem tesis etmiştir" (FOIGNET René, DUPONT Emile: *Manuel élémentaire de droit international public*, 11ème Edition, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1932-1935, sh. 145).

<sup>28</sup> FOIGNET René, DUPONT Emile, age., sh. 143-144.

Bununla birlikte aynı dönemde 28 Şubat 1855 tarihinde Berlin Genel Kararı sömürgeciliği hukuksal bir metinle yasallaştırmış ve halkın kendi geleceğini doğrudan doğruya belirleme ilkesinin evrensel bir içeriğe ulaşmasını ve uluslararası hukukun evrensel ilkeleri arasına katılmasını engellemiştir. Ancak I. Dünya Savaşı'nın sonunda Wilson'un 14 ilkesinin bir ilkesi sömürgeciliği reddetmekte ve halkın kendi geleceğine bizzat karar verebilme ilkesini belirtmiştir. Sömürgeci güçlerin eseri olan Milletler Cemiyeti bu ilkeyi doğal olarak benimsememiştir. Buna karşılık Birleşmiş Milletler Şartı'nın 2. maddesi: "milletler arasında devletlerin eşitliği ve halkların kendi istikballerine karar verme hakkı ilkesine saygıya dayanan dostca ilişkilerin geliştirilmesini" bu örgütün amaçları arasında saymıştır. Aynı husus Şart'ın 55. maddesinde de yer almıştır.<sup>29</sup>

Sonuç olarak bu ilkenin uygulaması sömürge imparatorluklarına son vererek dünyanın siyasal haritasında köklü değişmelere yapmıştır. Ancak bu durum sömürgecilik mirasında üçüncü dünya ülkelerinin en az itiraz ettikleri bir unsur olan egemen devlet üzerine kurulan uluslararası yapıyı tekrar gündeme getirmiştir. Adı geçen bu ilkeden daha fazla bir şekilde egemenlik uluslararası hukuk düzeninin temel taşı gibi sömürgeçilikten kurtulmadan (*décolonisation*) çıkararak belirlemiştir.<sup>30</sup>

Son zamanlarda yeni dünya düzeni içinde uluslararası ilişkilerde pozitif olarak devrim oluşturabilme niteliğini haiz demokratik meşruiyet ilkesinin ortaya çıkması, büyük çaplı bir sorunu oluşturmuştur. Halkın kendi geleceğine karar verme hakkına ilişkin ilke böylece değişime uğramış ve yeni perspektiflerin açılmasına neden olmuştur.

Siyasal iktidarlarda meydana gelen köklü değişimler konusunda Amerikalı hukukcular tarafından önerilmiş olan öğretiyen **-anayasal meşruiyet öğretisi**; *la doctrine de la légitimité constitutionnalité*- göre; devletler ihtilalleri izleyen siyasal sistemlerin yıkılmış olması halinde; bu türdeki bütün hükümetleri (yani fiili hükümetleri) tanımamak yükümlülüğü altındadır. Çünkü böyle bir hükümet, antlaşmaların veya uluslararası hukukun ilkelerine uygun davranıyor olma imkânına sahip değildir. Dolayısıyla uluslararası hukuk açısından meşruiyetini sağlayabilme yönünde kendi açısından ağırlıklı bir çaba göstermeyebilir.<sup>31</sup>

Dolayısıyla hükümetin tanınması şartları tek bir şarta indirgenmiş olur: *Bu da fiili hükümetin yeterince sürekli, sağlam ve etkili bir otorite uygulaması zorunluluğudur.* Söz konusu husus, Vattel tarafından ifade edilmiş olan *de facto* olma ilkesidir. İşte ancak bu süreklilik ve etkinliğin içerisinde, üçüncü ülkelerin iktidar değerlendirmesi uygulama alanı bulur. Böyle bir halde hükümetin meşru olup olmadığı, halk tarafından onaylanmış olup olmaması ve uluslararası hukuk açısından kendisine yüklenilmiş olan görevleri yerine getip

<sup>29</sup> İlkenin tarihsel gelişimi ve içeriği için bkz. SALMON Jean, age., sh. 60-67; THIERRY Hubert: "Le droit des peuples à disposer d'eux mêmes" in *Droit international public*, Editions Montchrestien, Paris, 1986, sh. 491-499.

<sup>30</sup> THIERRY Hubert, age., sh. 501.

<sup>31</sup> CORNU Gerard, age., sh. 471.

getirmemiş olduğunu aramak gerekli olmaz. Bu işlemin yapılması halinde üçüncü ülkeler bir *uluslararası hukuk suçu* işlemiş olurlar. Zira uluslararası hukuk meşru olan ile meşru olmayan hükümet arasındaki bütün farklılıkları bilmemektedir. Netice itibariyle hükümetin tanınması yalnızca ortaya çıkan değişikliği doğrulanması ve uluslararası ilişkilerdeki en üstün organın kim olduğunu belirlemedir. Hükümetin tanınması konusunda bu tür bir öğreti genel olarak kabul edilmiştir. Yukarıda belirtildiği gibi bununla birlikte; yerel çaplı uluslararası hukukun, daha farklı nitelikteki bir takım kuralları kabul etmiş olduğuna işaret etmek zorunludur. Bu ise Amerikan öğretisinin açığa vurulmuş olması halidir. Bu öğreti XIX. y.y.'daki öğretiye uygun olarak, asıl öğretden bağımsızlık savaşı sırasında ayrılmıştır.

ABD'nin dönemin Dışişleri Bakanı Seward anayasal bütün değişikliklerin halkı katılımına özgülenmiş olması zorunluluğunu açıklamıştır. Bunun olmaması halinde yabancı devletler adı geçen hükümeti tanımazlar. Bu öğreti "**Cumhuriyetçi Meşruiyet**" -*Légitime républicaine*- olarak adlandırılmaktadır. Seward bu öğretiyi Bolivya, Peru, Meksika ve Venezuvala'ya karşı uygulamıştır. XX. y.y.'da Cumhuriyetçi meşruiyet öğretisi Wilson tarafından tekrar uygulamaya konulmuştur. Başkan, bütün ihtilâlcı Latin Amerikan hükümetlerine Washington hükümetinin sempati ile bakmadığını açıklamıştır ve bu tür hükümetler ABD tarafından tanınmayacaktır. 1913 yılında iç savaş esnasında en kötü bir diktatörlük rejimi yaşamış olan Meksika'da Başkan Huerla iktidarı ele geçirmeyi başardı, ancak Wilson bu hükümeti tanımadı. Aynı şekilde Kosta Rico'da 1917 yılında anayasal hükümeti yıkarak iktidarı ele geçiren General Tinoco'nun Hükümeti de tanınmadı.

ABD böylece yabancı devletlerin hükümetlerini bu öğretinin çatısı altında iyi bir tarzda yorumlanmış olan **Monroë Öğretisiyle** işbirliği içine sokarak nitelendirebilme hakkına sahip olduğunu ileri sürmüştür ve Latin Amerikan ülkelerinde geniş çapta müdahaleci bir siyaset uygulamıştır. Başkan Wilson bu öğretiyi sadece Latin Amerika ülkelerine uygulamakla yetinmemiş aynı zamanda Sovyetlere karşı da uygulamış ve illegal olarak nitelendirdiği Sovyet Hükümeti'ni tanımamıştır. Wilson'dan sonra sırasıyla Cumhuriyetçi Başkan olan Harding, Coolidge et Hoover, Wilson'un tanımama ve müdahaleçilik siyasetini izlemişlerdir. Buna karşılık Başkan Franklin, Roosevelt Jefferson, Jackson ve Webster'in geleneğine ve Monroë Öğretisi'nin en iyi yorumlarından birine geri dönmüş gibi görünmektedir. Adı geçen Başkan M. Hoover'in tanımayı sistematik olarak reddettiği Salvator Hükümeti'ni ve ayrıca Sovyetleri hukukî -*de jure*- olarak tanımıştır.<sup>32</sup>

Benzer bir tavır Fransa tarafından da ortaya konmuştur. Konuyla ilgili Fransız Öğretisi dönemin Başbakanlık Müsteşarı Jean de Brogile tarafından Meclis önünde 15 Ekim 1965 tarihinde aşağıdaki şekilde açıklanmıştır: "Tanıma konusunda diğer hükümetler gibi Fransız Hükümeti de yeni hükümeti tanımak zorunda olmadığı değerlendirilmesini yapmıştır ... Bu davranış tarzı bir yandan, bir devlet olmanın uluslararası şartı hakkında etki yapmaksızın, iç

<sup>32</sup> DELBEZ Louis, age., sh. 132-133.

işlerine ilişkin değişimlerinin istediği devletin sürekliliği ilkesine; diğer yandan ise daha önceden yapılmış olan tanıma noktasına dayanmaktadır.”

Bu tutumun gerçekten de geleneksel olduğu söylenemez. Zira 1939 yılında Paris Hükümeti İspanya'daki General Franco'nun Askeri Cuntasını hukukî (*de jure*) olarak tanımak zorunda olduğuna inanıyordu. O ana kadarki fransız uygulamasının, Başbakanlık Müsteşarı Jean de Brogile'nin belirtmiş olduğu ilkenin dışında olduğu görülmektedir. Üstelik Geçici Hükümet'in Dışişleri Bakanı Lamartin'in imzaladığı 5 Mart 1848 yılında yayınlanmış olan genelge; tanımaya ilişkin bütün resmî inancı farklı kılabilcek niteliktedir. Şöyle ki, bu genelgeye göre: "*Fransa Cumhuriyeti var olmak için tanınmaya ihtiyacı yoktur. Fransa ancak bu niteliğini soracağı büyük halkının iradesine göre vardır.*"

Gerçekten de, birbirinden farklı ortamlar içinde Fransız Hükümeti'nin gerçekçiliği, yeni bir rejim ile diplomatik ilişkilerin desteklenmesine saygı göstermeye bağlı kılınması ve yeni yöneticilerin asgarî bir *demokratik* olması taşasına benzemektedir. Konuya ilişkin tepki genel nitelikte olup, bir demokratik meşruiyetin kurulmasına ilişkin eski bir özlemin açıklamasıdır.

15 Mart 1907 tarihinde dönemin Ekvator Dışişleri Bakanı Dr. Tobar tarafından ilk kez **demokratik meşruiyet öğretisi** (tanınmamaya ilişkin Amerikan öğretisinin biraz hafifletilmiş bir tarzı) Latin Amerika'nın her köşesinde o dönemde patlak vermiş olan iç savaşları engellemek maksadıyla açıklanmıştır. Şöyle ki; anayasaya karşı bir gücün darbesi sonucunda oluşan fiilî hükümetler, özgür biçimde halkın seçmiş olduğu temsilcilerin onayını alıp meşrulaşmaya kadar tanınmayacaktır. Tobar uluslararası hukuk öğretisinde kendi adıyla anılacak olan görüşünü 15 Mart 1907 tarihli Barselona'da yazmış olduğu bir mektupta aşağıdaki cümlelerle ifade etmişti: "*İyi bir ün ve saygınlıkları, yoksa insanî ve uyumsuzluklara ilişkin diğer değerlendirmeler için değil, Amerikan Cumhuriyetleri, Amerika kıtasındaki iç uyumsuzluklara dolaylı bir şekilde müdahale etmek zorundadır. Bu müdahale en azından Anayasaya karşı devrimlerden sonra ortaya çıkmış olan fiilî hükümetleri tanımayı reddetmeye ilişkin olabilir*". Tobar'ın öğretisi Kosta Rico, Guatemala, Nikaragua, Honduras ve El Salvador arasında imzalanmış olan 20 Aralık 1907 tarihli *Orta Amerika Barış Antlaşması*'ni etkilemiştir. Bu Antlaşmanın 1. maddesi şu şekilde kaleme alınmıştı: "*Antlaşmanın tarafı yüksek âkid devletlerinin hükümetleri, anayasada öngörülen şekle uygun olarak serbest seçimlerin yapılmasıyla halkını temsil edinceye kadar, tanınmış olan bir hükümete karşı bir devrim veya hükümet darbesini izleyerek beş âkid devletin herhangi birinde iktidara gelen hiçbir hükümeti tanımayacaktır*".<sup>33</sup> Özellikle bu öğreti Mobil konuşmasında 11 Mart 1913 tarihinde Başkan Wilson tarafından aşağıdaki ifade ile benimsenmiştir: "*Âdil hükümet her zaman yönetilenlerin onaylamalarına dayanır ... Kardeş cumhuriyetlerle olan ilişkilerimizin temelini bu ilkeler yapmak için bizler gayret sarfetmekteyiz*." Daha sonra Wilson öğretisi, Dışişleri Bakanı Stimson<sup>34</sup> tarafından 6 Şubat 1931 tarihinde vazgeçilin-

<sup>33</sup> SALMON Jean, age., sh. 68.

<sup>34</sup> Stimson öğretisi hakkında bkz. COMBACAU Jean, SUR Serge, age., sh. 429-430.



ceye kadar, askerî veya devrimci Latin Amerika'nın on rejimine karşı uygulanacaktır. Bununla birlikte 1943-1945 yılları arasında Uruguay, 1959 yılından 1968 yılına kadar Venezuela'da Başkan Bétancourt tarafından aynı kıstas tekrar uygulanma alanı bulacaktır. Adı geçen kıstas aynı şekilde Kenedi Yönetiminde; ABD'nin Latin Amerika Ülkeleri ile olan ilişkilerinde tekrar ortaya çıkmaktan son anda kurtulmuştur. Ancak sonuç olarak Müttefiklerin ilerlemesi için ortadan kalkmıştır.

Söz konusu olan öğretiyi oldukça ilgi çekici bir niteliğe sahiptir, zira uluslararası toplumun demokratik bir hükümet idealini tasarlamaktadır. Buna karşılık meşruiyete ilişkin bu girişim uluslararası yapının bugünkü durumuna uygun düşmemektedir. Değişik öğelerden oluşan toplumumuzda tanıma işlemi, devletler arasındaki karşıtlıkları aşmak zorunluluğunu açığa vurmaktadır. Aksi olarak dışarda meşruiyetin herhangi bir ilkesinin üst üste gelmesi egemenliğe karşı bir zarar verme gibi ancak kendini hissettirebilecektir. Bir diğer nokta da; demokratik meşruiyet taraftarlarının tanımının gerçek anlamını ihmal ediyormuş gibi görünüyor olmasıdır. Çünkü burada bir durumun varlığını tesbit eden *açıklayıcı* bir işlem -yoksa bu durumu *yaratıcı* değil- söz konusudur.

*Realpolitik*'in öncüleri meşruiyet kıstasına, tanıma işleminin sebep olacağı etkileri noktasından karşı çıkmaktadırlar. Yeni hükümetlerin etkinliği gerçekleşirse bir tanıma ödevi oluşur ve otomatik olarak tanıma gerçekleşir. Bir başka deyişle rejimler var oldukları için, yoksa sempatik olduklarından dolayı değil, tanınacaklardır.<sup>35</sup>

Bilindiği gibi bir devrimi izleyerek veya böyle bir durum söz konusu olmadan, bir önceki hükümetin yerini almış olan bir hükümetin tanınması olayında; yeni hükümetin oluşmasından önce tanıma gereğince devlet mevcuttur. Gerçekte burada açıklanmak istenen nokta, söz konusu halkın ve ülkenin üzerinde etkinliğe ilişkin değerlendirme ve muhtemelen yeni hükümet tarafından uygulanan denetimin meşruiyetidir. Tanımayı yapacak olan ülkelerin başka bir devletin iç işlerine karışmaması hususundaki ilkeye en uygun olan davranış tarzı, tanınacak olan devletin güçlerinin yalnızca *etkili* olmalarına ilişkin gereklilik konusuna bağlı kılmasından ibarettir.<sup>36</sup>

Demokratik meşruiyet öğretisi gibi *etkinlik öğretisi* de Latin Amerikan kökenlidir. 21 Eylül 1930 tarihinde Meksika Dışişleri Bakanı Estrada'nın konuya ilişkin görüşü şöyledir: "*Meksika bir tanıma işlemi konusunda açıklama yapmayacaktır. Gerçekten de, Meksika'nın bu durumu diğer ülkelerin egemenlik haklarına zarara vermenin haricinde, diğer hükümetlerin şu veya bu*

<sup>35</sup> ZORGBIBE Charles, age., sh. 606-607. Uluslararası hukukta hükümetlerin tanınması *ihiyarı* olarak ya şekli bir açıklamayla (*déclaration formelle*) *açıkca* ya da diplomatik temsilci gönderme veya kabul etme; ittifak, ticari veya dostluk antlaşması imzalamaya; yeni hükümetin temsilcileriyle bir antlaşma yapmak için görüşmelere başlamak yollarında olduğu gibi *üstü kapalı* olarak (*zımnî*) yapılmaktadır. Tanıma işleminin şekli hakkında bknz. CARREAU Dominique, age., sh. 197-198, 203; COMBACAU Jean, SUR Serge, age., sh. 291-194; MARTIN Pierre-Martin, age., sh. 188-191; DUPUY Pierre-Marie, age., sh. 68; TOUSCOZ Jean, age., sh. 95-98.

<sup>36</sup> DUPUY Pierre-Marie, age., sh. 69.

anlamdaki değerlendirmelerinin konusu olabilecek, söz konusu ülkelerinin iç işlerine yapılan aykırı bir davranış olarak değerlendirmektedir." Günümüzde Fransa üstü kapalı olarak; İngiltere ise daha pragmatik bir tarzda Estrada'nın öğretilerine katılmaktadır. 25 Eylül 1969 tarihli kararında görüldüğü gibi ABD Senatosu, Washington Hükümeti'nin aynı özlemi paylaştığını görmeyi arzulamakta idi.<sup>37</sup> Bu öğreti hükümetin açıkca tanınması yerinde olmaz anlamındaki en az değerlendirmenin yapıldığı yorumlanmasında dahi genel bir kabul bulmamıştır.<sup>38</sup>

Evrensel boyuttaki örgütlerde temsilci gönderme ve bu örgütlere kabul edilmeye ilişkin normal kıstasın aynı zamanda etkili olması da gerekir. Birleşmiş Milletler Şart'ı (madde 4/1) örgüte kabul edilmeye ilişkin hiçbir *demokratik meşruiyet kıstası* empoze etmemektedir. Birleşmiş Milletler'in kurulmasının hemen akabindeki İspanya'nın bu örgüte katılması durumu bu hususa örnek teşkil etmektedir. Birleşmiş Milletler'in Genel Kurulu'nun Franco Rejimi'ni izole etme girişiminden sonra (12 Aralık 1946 tarihli 39 (1) numaralı karar), sonuç olarak bu polikasından vazgeçmiştir (4 Kasım 1950 tarihli 386 (V) nolu karar). Ayrıca İspanya'ya karşı uygulanan geçici nitelikli bu boykotun sebebini, II. Dünya Savaşı sırasında ve önceki dönemde varolan aynı amaçlı örgütün temel ülkeleri ile sınırları ne olursa olsun, ittifak içinde bulunma amacıyla olduğu kadar, daha az nitelikli olan amacında da aramak gerekir. Kore'nin tek meşru hükümetini Kuzey Kore Hükümeti (Kore Cumhuriyeti) nitelendirmesini yapan Birleşmiş Milletlerin Genel Kurulu'nun 12 Aralık 1948 tarihli 195 (III) tarihli kararı, Genel Kurul tarafından bir dönemde antikomünist politikalar aracılığıyla kabul edilip daha sonra terkedilen bir istisna olarak değerlendirilmesi zorunludur. Çin (1949-1971) ve Kamboçya'ya (1979-1990) karşı uygulanmış olan çok iyi bilinen örnekler ayırık tutulacak olursa; hükümetlerin temsili konusunda Birleşmiş Milletler'in organlarının geleneksel politikası, etkili hükümetlerin yetkilerini tanımak yönünde olmuştur. Güney Afrika'ya karşı uygulanmış olan olumsuz tavır ırkçı ayrılıkçı rejim niteliği (*le caractere raciste du régime d'apartheid*) ve bu durumun hukuksal olmayan sonucuya açıklanmaktadır.

Konu bölgesel plâna oturtulacak olursa; üye devletler arasındaki sıkı olan dayanışmanın bu tür örgütlerin üyesi niteliğini kazanma, bu niteliğini devam ettirebilme gibi belirli bazı alanlardaki şartlar için aralarında birtakım meşruiyete ilişkin ilkelerin oluşturulmasına imkân tanıdığını söyleyebiliriz (Avrupa Konseyi'ne üye olabilmek için Parlamenter demokratik rejimi benimsemiş olma, Amerikan Devletleri Örgütü'ne katılmak için antikomünist bir meşruiyeti haiz olmak ve Doğu Avrupa'nın Varşova Paktı'na üye olabilmek çerçevesinde, enternasyonalist proletarya kavramını benimsemiş olma gibi...). Bölgesel nitelikte uluslararası bir örgüt, bir ideolojik topluluk niteliğini kazanabilir en son nokta olarak kendi topluluğuna yabancılaşmış olan bir üyesine karşı kısmî nitelikli müeyyidelerde -Avrupa Konseyi'nin Yunan Askeri

<sup>37</sup> DELBEZ Louis , age., sh. 134; ZORGBIBE Charles, age., sh. 606-607. Söz konusu olan öğretilere ilişkin aynı yöndeki açıklamalar için bkz. COMBACAU Jean, SUR Serge, age., sh. 292-293.

<sup>38</sup> QUOC NGUYEN Dinh, DAILLIER Patrick, PELLET Alain, age., sh. 503.

Cuntası ve Türkiye'nin askerî müdahalelerin yapıldığı dönemlerde olduğu gibi- bulunabilir. Benzer olaylar Guetemala, Küba ve Saint-Dominique olaylarında Amerikan Devletleri Örgütü'nün bünyesinde, Macaristan, Cechoslovakya ve Polonya olaylarında Varşova Paktı'nda yaşanmıştır. Bu bölgesel nitelikli meşruiyet ilkeleri bununla birlikte, sınırlarını halkın kendi kendi geleceği hakkında karar verebilmesi, devletlerin iç işlerine karışılmaması ve güce başvurmanın yasaklanmasına ilişkin Birleşmiş Milletler'in emredici nitelikli ilkelelerinde bulunmaktadır. Bölgesel nitelikli uluslararası bir örgüt karşıt nitelikli araçlar yardımıyla üyelerinden birini siyasal, sosyal ve ekonomik sistemini seçebilmesini engelleyemezler. Etkinlik ilkesinin büyük başarı kazanmış olan bu açıklaması Birleşmiş Milletler'de temsil edilen geniş çaplı yelpaze ile siyasal, ekonomik ve sosyal rejimlerin farklılığı olgusunda kendisini bulmaktadır.<sup>39</sup>

Hükümetin tanınmasını belirleyen siyasal sebeplerin önemi, uygulamanın oldukça farklı olmasını açıklamaktadır. Bu durum konuyla ilgili bir gelenek ilkesinin varlığından bahsetmeyi engellemektedir. *Afrika Birliği Teşkilatı* üyelerinin belirli bir oranı tarafından Filistin Cumhuriyeti'nin tanınması örneğinde olduğu gibi; geniş bir etkinliği olmayan birtakım hükümetler oldukça fazla sayıdaki devletler tarafından uzunca bir süre içinde tanınmıştır. Bunun aksine, Pekin Hükümeti'nin tanınması olayında-ise uluslararası toplulukta etkinliği olan Batılı Devletler aşağı yukarı elli yıllık bir süre boyunca, Çin'in meşru tek hükümeti olarak ancak Tayvan Adası'nda etkinliği olan Milliyetçi Çin olduğu varsayımına dayandırılan tutumularını sürdürmeyi tercih etmişlerdir. Devletlerin birbirleriyle olan ilişkilerini diğer devletlerin bir devletin hükümetini tanınmamasıyla engellediği ölçüde, hükümetin tanınmasının etkileri belirleyici olmaktadır. Bununla birlikte bazı devletlerin mahkemelerinin diğer bir devlete karşı zorunlu olarak kendi devletlerinin davranış tarzıyla bağlı olmadığı değerlendirilmesini yaptığı ve etkili olmaya ilişkin şartın yerine getirilip getirilmediğine doğrudan doğruya karar verdikleri görülmektedir.<sup>40</sup>

Görüldüğü gibi hükümetlerin tanınması sorunu, iki varsayım halinde ortaya çıkmaktadır. **Birinci durum** etkin olma durumundan kaynaklanmaktadır. Eski hükümetlerin iktidarın ya da ülkenin bir kısmını elinde bulunduruyor olmaları örneğinde olduğu gibi; eğer yeni yöneticiler iktidarın etkinliğine sahip değiller ise devletim meşru biçimde temsilcisi olduğu iddiasında bulunan iki hükümetin adı geçen ülke içinde var olduğu kuşkuyla yer verilmeksizin söylenebilecektir. Belirtilen bu varsayım Türk siyasal hayatında Ulusal Bağımsızlık Savaşımızın hemen başlarında Ankara ve İstanbul Hükümetleri'nin Türkiye'nin meşru temsilcileri olduğu iddialarıyla o dönemde yapılmakta olan uluslararası görüşmelere katılma ve antlaşmaların imzalanması sırasında yaşanmıştır. Üçüncü devletler böyle bir varsayımın gerçekleşmiş olması halinde ya illegal olarak bertaraf edilmiş olan (ve muhtemelen yabancı bir ülkeye kaçan "sürgündeki hükümet" uygulaması) meşru hükümetleri desteklerler ya da desteklerini yeni hükümetlerin lehinde kullanırlar. Bazen de devletler "*bekle-gör politikasını*" izlemekle de yetinebilirler.

<sup>39</sup> SALMON Jean, age., sh. 69-70.

<sup>40</sup> DUPUY Pierre-Marie, age., sh. 69.

Yeni bir rejime verilmiş olan akla uygun bir inanca sahip olunabilmesi ve bir halka kendi geleceği hakkında karar verebilme yetkisinin tanınmış olduğu anda, iç işlerine karışmanın yasaklanması ilkesi tarafından etkili olma ilkesinin doğrulanması ancak tam manasıyla inandırıcı olabilir. Ancak aksi taktirde bu durum isyancıların halkın anayasal bir çoğunluğu tarafından desteklenen yasal bir hükümeti devirmekle kalmayıp, bütün ülkede kanlı bir baskı kurup demokratik bütün kuruluşlarla siyasal partileri ve örgütleri ortadan kaldırmış olmaları halinde, gerçekte iç işlerine karışmama ilkesi uygulanmalı ve bu tür hükümetlerle diplomatik ilişkilere devam edilmeli midir? Birleşmiş Milletler'in 2625 (XXV) numaralı Deklarasyonu aşağıdaki hükmü öngörmektedir: "eşit haklara sahip olma ile halkların kendi kendilerini yönetmesine ilişkin yukarıda belirtilen ilkelerine uygun olarak davranan ve böylece ırk, inanç veya renk ayırımı yapmaksızın ülke üzerindeki halkın tamamının temsilcisi bir hükümete dayanan bağımsız ve egemen bütün devletlere karşı" müdahalede bulunma yasaklanmıştır.<sup>41</sup> Bu konuda belirtilmesi gereken bir diğer husus da bölgesel nitelikli uluslararası örgütlerin hukuksal metinlerinde serbest âdil, çoğulcu nitelikli seçimlerin yapılması gibi bir takım demokratik meşruiyete ilişkin kıstaslar öngörülmektedir.<sup>42</sup>

**İkinci varsayım** ise üçüncü ülkeler çıkarlarının tehlikeye düşürecek tarzda hükümetlerin yönlendirilmesinde köklü bir değişimden doğar. Bu durum yukarıda belirtilen Çin örneğinde bir kısım Batılı Ülkeler'in adı geçen tavrı yönünde olabileceği gibi; Sovyetler Birliği ve bu ülkenin o dönemdeki uydusu olan devletlerinin hemen yeni hükümeti tanınması şeklinde de kendini gösterebilir. Birleşmiş Milletler Örgütü etkin olma varsayımının aksine bir tavır sergileyerek Ekim 1971 tarihine kadar, Çin'in eski temsilcilerinin yönünde seçimini kullanmıştır. Rejimin özünde köklü değişimin olmadığı varsayımların büyük bir kısmında, iktidarı ele geçirmek için yeni yöneticiler kuvvete başvurmuş olsalar bile (örneğin askerî müdahale) bu durum tamamen iç işlerle ilgili bir durum olarak değerlendirilmektedir. Sonuç olarak devletlerin büyük bir çoğunluğu hükümetlerin tanınmasına ilişkin uygulama yerine, devletin sürekliliğine ilişkin kurallar gereğince davranmayı tercih etmektedirler.<sup>43</sup>

**Uluslararası hukukta siyasal sistemde meydana gelen değişikliklerin kabul edilebilirliğinin sınırları:** Günümüzde tanık olduğumuz siyasal sistemlerde ortaya çıkan değişiklikler, bir meşruiyet ilkesinin uluslararası hukuksal düzende belirebilecek olan sonuçları, uluslararası hukukla ilgilenenleri bu konuda düşünmeye zorlamaktadır. İki çözüm önerisi ile burada karşı karşıya bulunmaktayız. Birinci çözüm tarzına göre, demokratik meşruiyet ilkesi uluslararası hukukun genel emredici bir normuna (*jus cogen*) dönüşür. İkinci öneri ise, ilkenin bu tür bir niteliğinin olmadığını savunmaktadır.

<sup>41</sup> SALMON Jean, age., sh. 74.

<sup>42</sup> Serbest seçimlerin uluslararası hukuktaki önemi hakkında bkz. KLAIN Pierre: "Le droit aux élections libres en droit international" in *A la recherche du nouvel ordre mondial - I, Le droit international à l'épreuve*, Editions Complexe, Bruxelles, 1993, sh. 93-121; SALMON Jean, age., sh. 74 vd.

<sup>43</sup> MARTIN Pierre-Martin, age., sh. 191-192. Aynı anlamda bkz. COMBACAU Jean, SUR Serge, age., sh. 290-291.

iradesi hangi şekillerde ve hangi yöntemlerle açıklanacaktır? Demokrasi nasıl gerçekleştirilebilecektir? Bu sorular oldukça karmaşık nitelikleri içermektedir.

Batılı devletlerde serbest piyasa ekonomisine bağlı liberal demokratik rejim, mümkün olabilecek modellerin en iyisi gibi değerlendirilmektedir. Kelimenin gerçek anlamında, bu durum tamamen *ideolojik* bir husustur. Bununla beraber, batılı parlamenter rejimlerden farklı olan ve tarihsel ve sosyal geleneklerinin değerlendirilmesinde, halkın gerçek temsilcileri olarak kendilerini gören bir çok rejim dünyada mevcuttur. Üstelik batılı demokratik rejimlerin tamamı aynı kalıba dökülmüş gibi de değildir. Diğer yandan bilinen bir diğer gerçekte, serbest bir seçimin sonunda tarihte görüldüğü gibi otoriter bir rejim ortaya çıkabilir. Belirtilmiş olan bu sebeplerden dolayı, demokrasi ve temsil kavramlarının yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir. Söz konusu olan her durumda, halkın gerçek bir seçimini güvence altına almış olma şartına riayet ediyor olmasında, halkların tarihleri ve kültürleri içinde köklerini bulan farklı temsili şekilleri dışarıda bırakmamak için, oldukça geniş bir biçimde demokrasi kavramına anlam yüklenmesi vazgeçilmez gibi görünmektedir.

Zaten marksist-leninist modelin tarihsel başarısızlığı tanımı gereğince, diğer sosyalist sistemlerin zorunlu bir şekilde demokrasi şekillerinin dışında bırakılma anlamına gelmez. Kurumsal bir süreç ve şekli bir haklar ve hürriyetler listesine dayanan demokrasinin liberal bir anlamına karşı göz yummamak gerekir. Demokrasinin yönetenlerle yönetilenler arasında katılımcı bir işlev anlamı da vardır. Takip edilen amaçlar kabul edilmiş ekonomik sistemler gereğince büyük bir ölçüde değişiyor olabilir.<sup>46</sup>

Sırası gelmişken belirtmekte yarar olan bir diğer husus da; uluslararası yeni bir meşruiyetin oluşturulmasında, uluslararası kuruluşlar yabancı yardımlar neticesinde bağlı olduğu devletten veya topluluktan ayrılmadan doğan devletleri (hükümetleri) ya da ırkçı bir azınlığın yönetmiş olduğu rejimlerin tanınmasının yasaklamış olmasıdır. Buna karşılık adı geçen kuruluşlar, sömürgeci güçlere karşı mücadele eden ulusal bağımsızlık hareketlerinin tanınmasını teşvik etmektedir.

Tanıma konusunda yeni politikaların oluşturulmasında uluslararası düzenin öngörmüş olduğu kurallara uymak zorunluluğuyla birlikte, *kararın yerindedeliğine ilişkin değerlendirmenin* etkili bir şekilde rol oynadığını belirtmek yerinde olacaktır.

#### **D. Meşruiyet Kavramının Benzer Kavramlardan Farkı**

Yukarıda belirtilen bir kaç basit, ancak yaşanmış örneğin de gösterdiği gibi, meşruiyet kavramı yürürlükteki hukuka uygun davranmış olmanın dışında başka anlamları da içermektedir. Ancak burada meşruiyetten ziyade "adâlet"<sup>47</sup> kavramının söz konusu olabileceği söylenilse bile; anılan bu kavram,

<sup>46</sup> SALMON Jean, age., sh. 83-85.

<sup>47</sup> « Adâlet kavramı, insanın toplumsal işbirliğinden gördüğü fakat bir takım yerleşik inançların baskısı altında tam bilincine varamayıp yalnızca sezebildiği sınırsız yararların karşılığı olarak toplum için beslenmesi gereken ödev duygusunun ürünü olan ve insanın toplumun bütün üyelerinin beklentilerine uygun olarak davranmaya yönelten bir kavramdır »

yürürlükteki hukuk tarafından her zaman gerçekleştirilmesi mümkün olmayan yüksek bir ülküyü (ideali) ifade eder. Sosyal şartların oluşturduğu maddî ve manevî zorunluluklar hukuk kurallarının bazen adâlet esaslarından uzaklaşmaları gibi sonuçlar doğurabilmektedir. Zorunluluklar sonucu olarak âdil olmayan bir durum oluşturmaya yönelik bir takım kuralların, âdil olmayan bu niteliklerine rağmen *meşru* sayılabilmeleri söz konusu olabilecektir. Örneğin iki devlet arasında savaş ilân edilmiş olması halinde, savaşan devletlerden birinin askerinin savaş içinde olduğu ülkenin vatandaşlarından sivil bir şahsı öldürmüş olması halinde, askerin davranışı adâlet esaslarına uygun bulunmasa bile; hiç kuşkusuz meşru olarak nitelendirilebilir.<sup>48</sup> Aynı şekilde Irak'ın kitle imha silahları üretmesi ve bunları kullanmasından dolayı uluslararası hukukun, özellikle Birleşmiş Milletler'in kurallarını ihlâl ettiği bilenen bir gerçektir. Uluslararası hukukun bu ihlâli Irak'a karşı *ambargo* uygulayarak müeyyidelendirmesi, bu alandaki kurallara tamamen uygundur -meşrudur-. Ancak, Birleşmiş Milletler'in uyguladığı ambargodan Irak halkının, özellikle çocukların ve hastaların zarar görmüş olmasından dolayı; bu ambargonun adâlete uygun olduğunu söylemek kanaatimizce pek doğru olmayacaktır.<sup>49</sup>

Görüldüğü gibi burada meşruiyet kavramı, adâlet idealinin sosyal zorunluluklarla uyumlaştırılması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Nisbî bir adâlet anlayışı belki bu durumu açıklayabilir. Fakat böyle olunca da adâlet, başlıbaşına sorunu çözme kabiliyetini kaybetmekte ve bu kavram ancak meşruiyet konusunda dayanılması gereken esaslardan birini oluşturmaktadır.<sup>50</sup>

Meşruluk kavramı ile temel anlaşma (*consensus*) terimleri arasında yakın bir ilişki vardır. Bu konuda Sayın Münci KAPANI'nın görüşlerine tamamen katıldığımız için aynen naklediyoruz: « Temel anlaşma, genel anlamıyla, bir toplumda belli bir mesele üzerinde toplum üyelerinin *büyük çoğunluğu* arasında *görüş birliğini* ifade eder. Daha özel ve spesifik anlamıyla temel anlaşma, toplumun yönetim düzeni (siyasal sistemi) üzerinde anlaşmayı ifade eden bir kavramdır. Temel anlaşma, toplumun bütün üyeleri arasında genel anlaşma, ya da oybirliği demek değildir (zaten böyle bir durum pratikte söz konusu olamaz). Fakat %50'nin biraz üzerinde basit bir çoğunluğun temsil

(HACIKADIROĞLU Vehbi: « Kuramlar ve Adâlet » in *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* / 2. Kitap, AFA Yayınları, İstanbul, sh. 62). Adâlet kavramı için bkz. HATEMİ Hüseyin: *Hukuk Devleti Öğretisi*, İşaret Yayınları, İstanbul, 1989, sh. 47 vd.; ÖKÇESİZ Hayrettin: « *Niklas Luhmann'ın Sistem Kuramında Adâlet Kavramı* » in *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* / 2. Kitap, sh. 96-105.

<sup>48</sup> Hegel'e göre Devlet, hürriyetin en yüksek, en mükemmel oluşumdur. Devletin üstünde herhangi bir beşerî otorite olmamasından dolayı, devletlerarası ilişkilerin düzenlenmesi ve uyumsuzlukların çözümünde savaşın uygulanması bir imkânı ifade eder. Bu imkân Hegel'in sisteminde aynı zamanda bir zorunluluğu da gerektirir. Çünkü, devletleri de daha üstün olan dünyanın ruhu idare eder (ÖZBİLGEN Tarık; *Hukukta Meşruiyet Meselesi Üzerine Bir Dene-me (Ferdîyetçi bir hukuk anlayışının müdafaası)*, Tez-İstanbul-1957, Anıl Matbaası, İstanbul, 1960, sh. 19-20).

<sup>49</sup> Yedi yıldan beri Birleşmiş Milletler'in ambargosuna maruz kalan Irak'da son olarak 70 çocuğun ilaçsızlık nedeniyle öldüğü belirtilmektedir. Irak Sağlık Bakanı'nın açıklamasına göre yedi yıldır uygulanan ambargo yüzünden, çoğunluğu çocuk olmak üzere bir buçuk milyon Iraklı ölmüştür (*Milliyet*, 20 Ocak 1998, sh. 21).

<sup>50</sup> ÖZBİLGEN Tarık, age., sh. 8-9.

ettiği bir anlaşma da değildir. Temel anlaşmanın varlığından söz edebilmek için, toplum üyelerinin önemli bir kesimi (belki en azından %75'i) arasında fikir birliği bulunması gerekir.

Bir siyasal sistemin meşruluğu konusunda anlaşma (*consensus*) oranı ne derece yüksek olursa, rejim o derece kuvvetli bir temel üzerinde oturmuş demektir. Meşruluk göstergesinde (konusunda) anlaşma ibresi %50 çizgisine doğru düştüğü zaman temel anlaşma da ortadan kalkar. Ancak burada iki ayrı hususu birbirine karıştırmamak lâzımdır. Toplumun bir kısım üyeleri (ki hayli geniş bir kitleyi kapsıyabilir) belli bir zamanda siyasal iktidarı ellerinde bulduran kişilere -veya partiye- karşı olabilirler. Fakat bu mutlaka onların *siyasal sisteme* karşı oldukları anlamına gelmez. İktidarı kullananların tutumlarına ve izledikleri politikaya karşı olmak başka şey, doğrudan doğruya *iktidar tipine* (siyasal sisteme) karşı olmak ve onun meşruluğuna inanmamak başka şeydir. Birinci halde, rejim *içinde* bir siyasal mücadele söz konusu olur; ikinci halde ise -Duverger'in deyimiyile- mücadele artık rejim *üzerinde* olmaktadır.

Toplumda, vatandaşların büyük çoğunluğu tarafından paylaşılan bir meşruluk anlayışı yerine, birden fazla meşruluk inancı arasında bir çatışma başladığı zaman, temel anlaşma bir çatışma, bir bölünme meydana gelmiş demektir. Bu çatlama, aslında toplumun sosyal yapısındaki bir çatlama -hiç değilse bir rahatsızlığı ve bunalımı- yansıtır. Sosyal güçler dengesinde bir değişme olmuş, yeni güçler yeni isteklerle ve yeni ideoloji ile ortaya çıkmıştır. Yerleşmiş sistemin karşısına çıkan bu yeni hareket halk arasında kendisine geniş bir destek sağlayabildiği takdirde toplum ihtilâl ortamına girmiş sayılır. Rejim *üzerindeki* mücadele, başka deyişle meşruluk çatışması ve « temel anlaşma yokluğu (*dissensus*) » barışçı yollardan giderilemeyecek olursa, sosyal gerilim sonunda ihtilâl veya iç savaşa kadar gidebilir ».<sup>51</sup>

### **E. Meşruiyet Sorununu Açıklamaya Çalışan Temel Görüşler**

Meşruiyet kavramının benzer kavramlarla ilişkisinin açıklanmasından sonra bu konunun hukuk ilmi tarafından incelenmesinin nedenini belirtmekte yarar vardır. Tarık ÖZBİLGİN bu noktayı şu şekilde açıklamaktadır: "Hukuk ilminin vazifesi, kanun vâzıları karşısında pasif kalmayı tazammun edecek şekilde, mevzu hukukla iştigale inhisar etmeyip hukuk kaidelerini muayyen esaslara göre kıymetlendirmeyi de içine alır".<sup>52</sup>

Sosyal olayların maddî doğa olaylarından farklı bir şekilde anlama tâbi tutulması, meşruiyet sorununun ortaya çıkmasının sebebinin oluşturur. Basit bir tanımlama çerçevesinde meşruiyet sorunu sosyal bir olayın olması gereken şekilde gerçekleşmiş olmasını ifade eder.<sup>53</sup>

Sosyal olayların oluşumlarının izlemeleri gereken seyir, bu olayların almaları gereken şekil konusunda çeşitli kıstasların sunulmuş olması; konumuzun oluşturan meşruiyet sorununu tartışmalı bir konu haline getirmiştir.

<sup>51</sup> KAPANİ Münci, age., sh. 63-64,

<sup>52</sup> ÖZBİLGİN Tarık, age., sh. 9.

<sup>53</sup> Ibid., sh. 10, 15.

İnsanlığın bugün içinde bulunduğu istikrarsız durum, birbirleri ile tezat, hatta çelişki oluşturan siyasal ve sosyal sistemlerin aynı zamanda varolmaları, meşruiyet sorununun çözümlenmesini hukuk teorisyenleri için olduğu kadar, bütün insanlık bakımından da zorunlu kılmaktadır. Taraftarı oldukları sosyal sistemlerin meşruiyetine samimi olarak inanmış olanlar var olduğu gibi, birtakım çıkar saiklerinin sonucu olarak savundukları fikirlere inanmaksızın belirli bir takım sosyal ve siyasal rejimlerin meşruiyetini savunanlar da az değildir.

Hukukun meşruiyetinde alınan kıstas; sosyal zorunluklarla sınırlanmış, deyim yerinde ise, nisbî bir insan şahsiyeti ve sosyal şartlarla sınırlı beşerî ihtiyaçlar olacaktır. İnsan ihtiyaçlarının sosyal şartlar tarafından sınırlandırılması zorunluluğunun varlığı objektif bir niteliği içeriyor olsa bile; bunun hukukî, normatif sahaya aktarılması hiç kuşkusuz iradî bir faaliyetin neticesidir. Sosyal hayatın anlaşılmasının pek de kolay olmayan son derece karmaşık yapısı, bu işlevin takdirî bir özellik içermesini gerektirmektedir. Bu konuda takdir yetkisinin varlığı, toplumda bu işlevi yerine getiren kimselerin ortaya çıkması sonucunu doğurmuştur. Konu pozitivist görüş açısından ele alınacak olursa; görevlerini meşru şekilde ve elde bulundukları mevkileri ölçüsünde uygulamakla yükümlü olan kimselerin koymuş oldukları kurallar meşru olur. Ancak, takdir işlevinin amacının gerçekleştirilmesine yönelik bir şekilde yürütülmesi bakımından, bazı esaslar tesbit olunabilecektir. Bu açıklamaların ışığı altında, hukukun meşruluğu sorununun çözümü konusunda ortaya çıkan öğretileri üç başlık altında toplamak mümkün olabilecektir: İnsan şahsiyetine dayanan **rasyonel görüş**, sosyal şartlara önem atfeden **sosyolojik görüş** ve şekli kıstasları dikkate alan **pozitivist anlayış**.<sup>54</sup>

Meşruiyet sorununu açıklamaya çalışan temel görüşlerin genel esaslarını belirtmeden önce, konunun *siyasal otoritenin özü sorununa* atıfda bulunduğu işaret etmek yerinde olur. Basit bir şekilde konu, meşruiyeti hukukîliğin içine yerleştiren (Hobbes) **adci pozitivizmin (nominaliste-positiviste)** bir geleneği ile meşruiyetin gerekliliğine ayrıcalık tanıyan (Platon) **ahlakî değerlerin kuramı ve bilminin evrenselliğinin (axiölogique-universaliste)** bir geleneği arasındaki farklılığı belirtilen nokta için düşünülebilecektir. Ancak meşruiyetin ilkelerinin nisbîliğini aşağıda ayrı bir başlık altında inceleyeceğimizi belirterek; meşruiyet ilkelerinin evrenselliğinin metodolojik olarak reddedilmesinin özellikle Doğu ve Orta Avrupa'da mantıksal hukuksallığa dayanan demokratik meşruiyetin ilkelerinin doğrulandığına tanık olduğumuz tarihsel etkinliklerle karşı karşıya bulunduğunu<sup>55</sup> not etmek yararlı olacaktır.

Genel hatlarıyla belirtmek gerekirse *pozitivizm*,<sup>56</sup> *hukuksal meşruiyet kıstasını, olaylar dünyasında arayan bir anlayış şeklidir*.<sup>57</sup> Çalışmamızın ba-

<sup>54</sup> Ibid., sh. 13.

<sup>55</sup> Dictionnaire Constitutionnel, age., sh. 566.

<sup>56</sup> Pozitivist teori hakkında bkz. BATIFFOL Henri: *La Philosophie du droit*, PUF, Que sais-je?, Paris, 1960, sh. 7 vd.; GÜRİZ Adnan: *Hukuk Felsefesi*, AÜHF Yayınları NO: 480, Ankara, 1985, sh. 299 vd.; PASQUIER Claude Du, age., sh. 241-250; TROPER Michel: *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, Léviathan, Paris, 1994, sh. 27-44.



şında meşruiyet kavramını, insanların davranışlarının ve olayların olması gereken şekilde belirmesi sorunu olarak tanımlamıştık. **Hukukun varlık sebebi** ise; toplumsal hayatın sürekliliğini gerçekleştirmek için uyulması zorunlu olan kuralların olması gerekliliğidir. Bu iki hükmün kıyaslanması sonucu olarak ulaşılan nokta; hukuk kurallarının sosyal hayatı sürdürmeye imkân verecek ve toplumsal olayların gereklerine uygun düşecek şekilde belirmeleri halinde meşruiyet kazanmalarıdır.

Öğretide pozitivist görüş taraftarı olan bazı yazarların, yürürlükteki hukuka doğrudan doğruya bir varlık ve dolayısıyla da meşruiyet atfetmiş olduklarını gözlemlemekteyiz. Yürürlükteki hukukun bir olay olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri süren bu yazarların dayandıkları nokta; evrenin kurulu bir düzene sahip olduğu hususudur. Dünyada gerçekleşen her olay bu düzene uygun bir şekilde ortaya çıkar. Bu sebep de gerçeklik âlemindeki her olayın, evrensel düzenin bir ürünü olmasını zorunlu ve bu bakımdan da meşru kılar.<sup>57</sup>

Pozitivist görüş içinde ikinci grup yazarlar (**C. de Malberg, Jellinek ve Kelsen**)<sup>58</sup> meşruiyet kavramını normlar hiyerarşisi açısından açıklamaya çalışmışlardır. Kelsen'in kurucusu olduğu "**saf hukuk teorisi**" (*théorie pure de droit - mahz hukuk teorisi*)ne<sup>60</sup> göre izlenmesi gereken yöntem, hukukun nasıl olması gerektiği değil, hukukun nasıl oluştuğu ve nasıl olduğu noktalarının araştırılmasıdır. Bunun için de bu teorinin temel ilkesi, hukuk ilminin kendisine yabancı olan bütün unsurları tasfiye etmesidir.<sup>61</sup> Kelsen'e göre, her hukuk ilkesi meşruiyetini "**normlar hiyerarşisi**"nde kendinden bir yukarı mevkide olan normda bulmaktadır. Yani *piramit* şeklinde düşünülen normlardan alt derecede bulunan bir norm kendisinin üstünde bulunan bütün normlara uygun olmak zorundadır. Böylece bir ulusal hukuk düzenini oluşturan normlar

<sup>57</sup> Doğal hukuk anlayışına göre; pozitif hukukun meşruluğunun doğal hukuka uygun olmasında aramak gerekir. Dolayısıyla bir ülkede pozitif hukuka uyulmasının temel nedeni, pozitif hukuk kuralının adalete, ahlâka, başka bir ifadeyle doğal hukuka uygun olduğuna inanılmasıdır (GÜRİZ Adnan, age., sh. 154-155). Buna karşılık XIX. yüzyılda pozitivist akım « hukukun devletin yetkili organlarıncı çıkarılan kuralların bir bütünü olduğunu, insanın akli aracılığı ile bulunduğu tabii hukuk ilkelerinin yürürlüğünün söz konusu edilemeyeceğini, devlet hukukun geçerliliğininin tabii hukuka uygunluktan değil, fakat devletin yetkili organlarıncı çıkarılması ve güvence altına alınmasından ileri geldiğini, sosyal hayat şartları değiştikçe hukuk kurallarınının değişmesinde olağan sayılması gerektiğini savunmuştur » (Ibid., sh. 156).

<sup>58</sup> ÖZBİLGİN Tank, age., sh. 15-16, bu öğretinin temsilcilerinden olan Spinoza ve Hegel'in görüşleri için bkz. ibid., sh. 16-21; LACHARRIERE René: *Etudes sur la théorie démocratique Spinoza - Rousseau - Hegel - Marx*, Payot, Paris, 1963.

<sup>59</sup> Bkz. PASQUIER Claude Du, age., sh. 250-253.

<sup>60</sup> Bkz. BATIFFOL Henri, age., sh. 24-30; KELSEN Hans: *Théorie pure du droit* (Traduit par Charles EISENMANN), Dalloz, Paris, 1962; Aynı yazar « *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)* », RDP, 1928, sh.197-257; TROPER Michel, age., sh. 45 vd.

<sup>61</sup> « Kelsen'e göre hukuk teorisinin ödevi, hukuk için gerekli ve sürekli unsurları bir araya toplamak, değişen ve geçici unsurları bir yana atmaktır. Hukukun adâlet idesini gerçekleştirmek zorunda olup olmadığı her şeyden önce bir siyaset sorunudur. Saf Hukuk Teorisi kurmaya çalışan Kelsen, adâlet sorununu kendi incelemesinin dışında bırakmaktadır. Ona göre, saf hukuk teorisi, politika, ahlâk ve sosyolojinin etkilerine kapalı olmalıdır. Amaç hukukun gerekli ve sürekli unsurlarını inceleme dışında bırakmaktır. Bu yüzden her türlü idealizm ve amaç düşüncesi hukuk teorisinin dışında sayılmalıdır » (GÜRİZ Adnan, age., sh. 335-336).

hiyerarşisinin en üst kademesindeki norm olan yürürlükteki anayasa geçerliliğini, o ulusun ilk anayasasını oluşturan metinden alır. Bundan dolayı ulusal hukuk düzeninde bulunan diğer normlar meşruiyetlerini, bu üst norma (anayasa) uygunluklarında bulurlar. Bu hususun dışında hukuk ilmi, bir hukuk normunun âdil veya gayrî âdil olduğunu açıklamaya yetkili değildir. Zira, böyle bir hüküm hukukun dışında bulunan bir esasa (ahlâkî, dinsel vs.) dayanmak zorundadır.

Yazara göre hukukun oluşumu, ulusal hukukun ve bu hukukun bağlı olduğu uluslararası hukuktan itibaren ve ulusal hukuklarda anayasadan başlayıp kanundan tüzüklere geçen ve yönetmeliklere kadar uzanarak yukarıdan aşağıya doğru gerçekleşmiştir; «Yargısal düzenin her aşaması alt decedeki hukuka karşı öyleyse hukunun bir teşekkülü ve üst derecesine karşı hukukun bir yeniden şekillenmesini gerçekleştirdiği yazar tarafından doğrulandırılmıştı.» Böylece kanun «tüzük karşısında hukukun yaratılması, ancak anayasa karşısında hukukun uygulanmasıdır» ve anayasa karşısında kanunun kurallara uygunluğunun doğrulanması önem kazanır.<sup>62</sup>

Kelsen normlar hiyerarşisi görüşünü ulusal hukuk düzeninin ötesinde başka bir noktaya dayandırmaktadır. Yazar böylece hukuk kurallarının en üstünde yer alan «*ahde vefa - pacta sunt servanda*»<sup>63</sup> ilkesinin bulunduğu bir uluslararası hukuk düzenini<sup>64</sup> kurmuş olmaktadır.

Meşruiyet konusunu açıklamaya çalışan ikinci görüş olan «**sosyolojik görüş**»ü (bu görüş aynı zamanda **sosyolojik pozitivizm** «*Le positivisme sociologique*» ve **realist hukuk teorisi** olarak da adlandırılmaktadır)<sup>65</sup> karakterize eden nokta; bireyin dışında nevî şahsına münhasır (*sui generis*) bir toplumsal gerçekliğin var olduğu fikridir. Toplumsal olaylar insan bilincinin oluşumuna etkili olduğu bilinen bir gerçektir. Halbuki sosyal gerçekliğin gözlemlenmesi, olayların bilinçten bağımsız bir seyir izlediklerini göstermektedir. Sosyolojik pozitivizm kavramı Jéze tarafından yapılmış olan aşağıdaki tanımdan net bir şekilde ortaya çıkmıştır: «Bir ülkenin hukuku, belirli bir zamanda mahkemeler ve uygulamacılar tarafından etkili bir şekilde tatbik edilen kuralların bütünüdür».<sup>66</sup> İşte bu gözlemden hareket eden bazı yazarlar, meşruiyet kıstasını toplumsal olayların insan bilincinin dışında sahip oldukları noktalarda aramak yolunu tutmuşlardır.<sup>67</sup>

<sup>62</sup> TURPIN Dominique: *Le Conseil constitutionnel, Son rôle, sa jurisprudence*, Hachette, Paris, 1995, sh. 11.

<sup>63</sup> Bu kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OTELECHANO Jean: *De la valeur obligatoire des traités internationaux, pacta sunt servanda*, Thèse, Paris, 1916, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1916; WHITTON John B.: *La Règle "Pacta sunt servanda"*, Extrait du Recueil des Cours, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1935.

<sup>64</sup> Uluslararası hukuk iç hukuk ilişkisi, Kelsen'in bu alandaki fikirleri ve konu hakkında ayrıntılı kaynakça için bkz. ATAY Ender Ethem, age., Tome II, sh.347-351.

<sup>65</sup> Bknz. PASQUIER Claude Du, age., sh. 253-262

<sup>66</sup> *Principes généraux du droit administratif*, Tome I, préface de la 2ème Edition aktaran PASQUIER Claude Du, age., sh. 253.

<sup>67</sup> ÖZBİLGİN Tank, age., sh. 31. Bu görüş taraftarlarından K. Marx, Hegel, A. Compte, E. Durkheim, L. Duguit ve M. Hauriou'nun görüşleri için bkz. ibid., sh. 34-53; BATIFFOL Henri, age., sh. 22-24, 35 vd.; LACHARRIERE René De, age., sh. 101 vd.

L. Duguit<sup>68</sup>'ye göre meşruiyetin kıstası; sosyal dayanışmaya uygun bulunan davranışları himaye; uygun bulunmayanları ise men etmektir. Bu anlayış hukukî meşruiyetin kıstasını sosyal dayanışma olayında aradığı, ancak birey gerçekliğini inkâr ettiği için pek tatminkâr olmadığından dolayı eleştirilmiştir. Zira bu eleştiri yapanlara göre; sosyal dayanışma olayının bazı esaslara göre sınırlandırılması gerekmektedir. Meşruiyet konusunda sadece toplumsal zorunluluklara başvurmak yetersiz kalmaktadır. Meşruiyet konusunda adı geçen yazarın sunduğu olumlu değer, hukuku devletin ve dolayısıyla da idare edenlerin ürünü olmaktan uzak tutması; yâni hukukî pozitivizme sırt çevirmiş olmasıdır. Bireyi olduğu kadar devleti de sınırlayan *objektif hak ilkesi* anlayışının keyfî müdahalelere karşı birey lehine bir görüş olduğunu kabul etmek gerekecektir.<sup>69</sup>

M. Hauriou<sup>70</sup> da hukukun varlığını doğrulamak için sosyal zorunluluklara ilk plânda yer vermiştir. Yazara göre, hukukun cevap verdiği ihtiyaç "sosyal düzen" ve "adâlet" olmak üzere iki türdür. Fakat bunlardan sosyal düzen, hukukun varlık sebebinin oluşturmakta ve dolayısıyla da adâlete oranla daha öncelikli bir mevkiye bulunmaktadır. Amacı maddî ve manevî nimetlerden yararlanma konusunda bir eşitliği veya hiç olmazsa bir oranı tesis etmek olan adâlet ise "bir dereceye kadar vazgeçilmesi mümkün bir lüksdür". Bu durum karşısında bir hukuk normunun meşruluğunu belirlemek için yapılması gereken ilk şey, bunun sosyal düzenin sağlanması konusundaki değerinin araştırılması zorunluluğudur. Ancak bundan sonradır ki, adâlet esaslarına uygunluk sorunu söz konusu olabilecektir.<sup>71</sup>

Sosyolojik pozitivizm görüşü meşruiyet kıstası konusunda hukuk normlarının olması gereken şekilde oluşup oluşmadığını belirleme hususunda, sosyal yaşayışın *spontane* oluşum şekillerine başvurmanın pek tatminkâr neticeler vermeyeceği gerekçesiyle eleştirilmiştir.<sup>72</sup>

Meşruiyeti açıklamaya çalışan ve inceleme alanımıza giren son görüş olan "rasyonalizm" (bu görüş aynı zamanda "doğal hukukun çağdaş öğretisi" "*La doctrine contemporaine du droit naturel*" olarak da adlandırılmaktadır)<sup>73</sup> in metodolojik olarak ifade ettiği anlam; "ampirizm ve sansüalizme karşılık bütün bilgilerin şekil ve muhtevasını her türlü tecrübeden müstakil olarak sırf akli kıyaslardan çıkarmağa çalışan bir felsefe metodu"<sup>74</sup> olmasıdır.

Etik bakış açısından dikkate alındığı takdirde rasyonalist görüşün dayanak noktası, bütün kanunlar gibi ahlâkî ve hukukî kanunların da akıl tarafından oluşturulmuş olmasıdır. Ancak akıl bu kanunları oluştururken dış dünyanın düşünceleri ile asla sınırlı ve kayıtlı değildir. Bir başka ifade ile insan,

<sup>68</sup> Bkz. GÜRİZ Adnan, age., sh. 320-335; MIREAUX Emile: *Philosophie du libéralisme*, Flammarion, Paris, 1950, sh. 62-66; PASQUIER Claude Du, age., sh. 255-256.

<sup>69</sup> ÖZBİLGİN Tarık, age., sh. 50-52.

<sup>70</sup> Bkz. PASQUIER Claude Du, age., sh. 256-259.

<sup>71</sup> ÖZBİLGİN Tarık, age., sh. 51.

<sup>72</sup> *Ibid.*, sh. 52-53.

<sup>73</sup> Bknz. PASQUIER Claude Du, age., sh. 262 vd.

<sup>74</sup> ABADAN Yavuz: *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Ankara, 1954, sh. 70.

adâleti adâletsizlikten ayırdetmek hususunda tecrübe ürünü olmayan yaradılıştan kaynaklanan bir yeteneğe sahiptir. Bir sosyal olay veya kuruluşun âdil olup olmadığını onaylayıp veya reddederken aklın, haricî şartlar ile bağılı olmayışı ve gerektiğinde onlarla karşıtlık içinde olması insandaki bu melekenin tecrübeye dayanan bir ö\_ellik taşımadığının delilidir.

Bu şekilde rasyonalist görüş bir yandan devletçi pozitivism, saf hukuk pozitivismine; diğer yandan ise, sosyolojik pozitivism karşı cephe almış durumdadır. Zira yürürlükteki hukuk kuralları aklen tespit ve tâyin olunan etik ilkeleri ile mutlak bir uyum içinde olmadıkları gibi, dış dünyadaki olayların oluşum biçimleri de bu ilkelerin kabul edilmesi veya reddedilmesi konusunda pek önem taşımaz. Ne yürürlükteki hukukun bir hükmü ne de belirli bir sosyal olay veya kuruluşla bağılı olmaksızın akıl, insan davranışlarına hükmetmesi gereken etik kurallardan bağımsız ve otonom olarak çıkarım yapma ve uygulayabilme yeteneğine sahiptir.<sup>75</sup> Maddî doğa olayları gibi, toplumsal hayatın olayları da esasları rasyonel bakımdan kararlaştırılabilecek olan meşruiyet kıstasının sınırlarını oluşturmaktadır. Ancak maddî doğa olayları bu sınırı zorunlu bir şekilde belirlemiş olmasına rağmen toplumsal hayatın olayları göreceli bir değer taşır. Yâni meşruiyete sınır oluşturacak toplumsal olayların daha önceden ortadan kaldırılıp kaldırılamayacaklarını düşünmek durumundayız.<sup>76</sup>

#### F. Meşruiyet Kavramının Nisbiliği

Meşruiyet kavramının nisbî bir içeriğe sahip olduğunu ve hukukta, özellikle anayasa hukukunda "*kurucu iktidarın meşruluğu*" başlığı altında incelendiğini de belirtmekte yarar vardır. Bu nokta özellikle yeni bir anayasa hazırlanması sırasında, anayasayı hazırlayanların üzerinde durdukları önemli bir hususdur. Belirtilen bu durum 1961 ve 1982 Anayasalarının hazırlanması sırasında da söz konusu olmuş ve bu anayasaları kaleme alanlar bu noktaya kendileri açısından bir açıklık getirmek ve yapılan bu yeni anayasaların meşruiyetini sağlamak için söz konusu anayasaların başlangıç kısımlarına bu yönde hüküm koymuşlardır.

*Pozitif anayasal düzen*, hukukîlik ve meşruiyet kavramlarından yola çıkılarak tanımlanmak zorundadır. Pozitif anayasal düzen, en önemlisi devrimler olan birtakım toplumsal karışıklıklar tarafından etkilenebilir. Anayasa hukukuna uygunluk ve temsili meşruiyet açık bir şekilde birbirinden ayrılmış olan iki farklı kavramdır. **Hukukîlik**; yaptırım altında bulunan ve kamu güçleri tarafından güvence altına alınmış olan anayasal düzene saygıyı sağlamayı amaçlayan zorlayıcı etkiyi ifade eder. **Meşruiyet** ise oybirliğiyle veya en azından yönetilenlerin büyük çoğunluğunun oluşturduğu bir katılmanın konusunu oluşturan erkin başvuru kıstaslarına, ilham kaynaklarına ve ideolijilerine bağılı olmayı ifade eden bir niteliktir. Bir başka deyişle belirtilen bu husus, hukukîlik

<sup>75</sup> ÖZBİLGİN Tank, age., sh. 54, Rasyonalist görüş taraftarı yazarlardan E. Kant, Ch. Beudant ve G. Renard'ın görüşleri için bknz. ibid., sh. 55-72. E. Kant için bknz. yazarın *Métaphysique des Mœurs, Première Partie Doctrine du Droit*, Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 1988.

<sup>76</sup> ÖZBİLGİN Tank, age., sh. 72.

ile meşruiyet kavramları arasında *derecelendirmeden* dolayı değil, ancak *doğası gereği* olarak bir farklılıktan kaynaklanır. **Bu iki kavramın karşılaşması, sosyal toplulukla ve kurumlar arasında mevcut olan karşılıklı ilişkinin incelenmesidir.** Ancak bu inceleme bireysel ve toplumsal psikoloji ve inanç hakkında daha fazla ısrar edilerek yapılmalıdır.

Özü gereğince bir farklılıkla ayrılan bu kavramlar, her şeye rağmen hiçbir şekilde birbirinin *karşıtı* değildir. Anayasal düzenin meşruiyeti, yani büyük bir *consensus*tan yararlanması ve halkın duygularıyla uyum içinde bulunması, fazlasıyla istenilen bir durumdur ve bunun böyle olduğunun genellikle düşünülmesi yerinde olmaktadır. Eğer *anayasal eşitlik* hiçbir şekilde iki anlama gelmeyen belirgin bir kavram ise, meşruiyet belirgin ve ölçülebilir niteliği olmayan, en azından *subjektif* bir kavram olur. Söz konusu olan bu zorluk, yukarıda belirtilmiş olan noktadan kaynaklanmaktadır. Anayasal düzenin bir çok meşruiyet tanımı ileri sürülebilir. Bu tanımlar içerisinden çoğunluğun görüşlerine uygun düşecek meşruiyetin belirlenebilmesinin zor olmasına karşın; bir ülkede ve belirli bir zaman diliminde yalnızca tek bir pozitif anayasal düzen mevcuttur. Bu şartlar içinde meşruiyet ve eşitlik arasındaki uyumsuzluğun değerlendirilmesi kolay değildir.<sup>77</sup> Öyleyse, *hukukilik özellikle pozitif bir kurala uyumluluğu ifade eder. Meşruiyet ise, başka bir bağlamdaki üstün bir kurala uyumluluğu açıklar.* Her iki kavram birbiri ile aynı olan bir temele dayanmaktadır: Bu kavramlar hukukiliği tamamen üst bir hukuk kuralına uygunluk gibi tanımlamaktadır.<sup>78</sup>

Eğer Devletin içindeki karşıt güçler (*les contre-pouvoirs*) muhalefet edebilme yetkisine sahip olmuş ise söz konusu olan bu karşıt güçler, artan bir şekilde demokratik bir Devletin meşruiyetininin bir aracı olur. Görünüşte bu *muhalefet etme olgusu* derin bir şekilde Devleti sarsıntıya uğratmış olsa bile aynı zamanda politikaların ve anlayışların çoğulculuğunu kabul ettirme kapasitesinin işareti olmasından dolayı, meşruiyet kavramını da güçlendirir. Karşıt güçler düzenli bir şekilde kurulmuş ve iyi işleyen bir Devletin içinde ancak gerçek anlamda gelişebilir. Ancak bu güçler, ister Devlet otoritesinin zayıflamasının kaynağı isterse bu zayıflamadan çıkar sağlama durumunda olsun, Devlet otoritesini zayıflatabilirler. Devletin gücü böylece diğer güçler tarafından tartışma konusu haline getirilebilir ancak bu muhalif olma hususları aynı plân üzerinde gerçekleşmez.

Devletin gücü yeni güçlerin ortaya çıkması sonucu olarak da itiraza uğrayabilir. Bu Avrupa'da çeşitli biçimlerde Devletin üstündeki veya altında bulunan güçler tarafından Devletin gücünün kabullenilmemesi şeklinde ortaya çıkmıştır. XX. yüzyılın Devleti "*Ulusal Devlet*" olacaktı. Ulusal Devlet günümüzde kelimenin tam anlamıyla Avrupa Birliği'nde olduğu gibi büyük çaptaki bir takım oluşumlarının çabaları ile karşı karşıya gelmiştir. Gerçek manada bir Topluluğun oluşturulması üye Devletlerin sahip oldukları yetkilerinin bir

<sup>77</sup> PACTET Pierre: *Institutions politiques, Droit constitutionnel*, 13ème Edition, Paris-Milan-Barcelone, 1994, sh. 73.

<sup>78</sup> HERAUD Guy: *L'Ordre juridique et le pouvoir originaire*; Thèse, Toulouse, 1945, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1946, sh. 373.

kısımının Topluluğun temsilcisi olan organlara devredilmesi ile gerçekleştirilebilir. Ulaşılmak istenilen en son aşama ne olursa olsun, üye Devletler gelecekteki olarak sahip oldukları yetkilerinin bazılarında Topluluklar lehine vazgeçtikleri için, artık bu yetkilerini kullanamamaktadırlar. Halihazırdaki Avrupa konusundaki tartışmanın ağırlık merkezi güç, gücü elinde bulunduracak olan kurumlar ve bu gücün içeriğinin ne olacağı noktalarıdır. Sonuç olarak kabul edilecek olan çözüm tarzı ne olursa olsun, iktidarın meşruiyetinin ve kesin olan tek şekli ulusal Devlettir değerlendirmesi artık yapılamamaktadır.

Devletin gücü, Devletin kendi otoritesinin altında yer alan ancak halka daha yakın olan ve kendisinden beklenen taleplere Devlet gibi ve bazende daha iyi bir şekilde cevap veren veya verdiği tahmin edilen yerel otoriteler tarafından da tartışmalı bir ortama çekilebilmektedir. Artık günümüzde Avrupa'da «Avrupa'nın Bölgeleri»nden (*L'Europe des régions*) bahsedilmekte ve yerel yönetimlerin gitgide diğer Devletlerin yerel yönetimleri ve hatta Avrupa Birliği ile doğrudan doğruya Devlet kanalını kullanmaksızın ilişkilerini geliştirdiği gözlemlenmektedir.

Devletin meşruiyetinin daha da azaldığı Devlet türleri de mevcuttur. Bu duruma örnek olarak ilk olarak genellikle ekonomik özelliğe sahip bir diğer güç tarafından tam anlamıyla hakimiyet altında tutulan Devletlerin durumu gösterilebilir. Bir kısım küçük ve hatta bazı büyük Devletler ancak görünüşte egemendirler. Çünkü çok uluslu tröst veya şirketler sınır tanımamakta ve yerleşmiş oldukları ülkelere çıkarlarını göz ardı ederek gerçekte iktidarı elinde bulunduranlar durumuna ulaşmışlardır. Siyasal yöneticileri bu durumda söz konusu olan ekonomik kuruluşun istekleri doğrultusunda oluşmuş *kukla* yöneticilerdir. Bir diğer örnek ise tamamen illegal olan bir gücün Devlette temsil edildiği durumdur. Bu örneğin somutlaşmış hali uyuşturucu mafyasıdır.<sup>79</sup>

Hukuk devletine ilişkin yapılan değerlendirmelerde artık bu kavramın içeriğini belirleme durumunda olan yargıçlardan bahsedilmektedir. Bundan dolayı yargıçların iktidara tırmanmakta oldukları dahi (bir başka ifade ile **yargıçlar hükümeti** "*gouvernement des juges*") söylenmektedir.<sup>80</sup> «Hukuk devletinin adını koyan bugün seçim dışı, -sandık dışı farklı bir meşruiyete sahip olan yargıçlardır. Öyleyse burada sorulması gereken soru şu: Gündelik hayatın estetiğini sandıktan çıkanlar mı belirleyecek; yoksa, seçilmemiş olsa da hukuk devleti temeli üzerine kurulu farklı bir meşruiyetten yararlanan yargıçlar mı? Hangi yargıçlar? Sadece millî yargıçlar değil. Bugün ağırlıklı bir şekilde gündeme gelen millîüstü yargıçlar. Lüksemburg'daki yargıçlar, Strazburg'daki yargıçlar. Öyleyse bugün yeni bir hukuk devleti meşruiyeti gündeme gelmiştir. Gazeteleri izledinizse, ara seçimlerle ilgili kararlarda dahi, gündelik hayatın estetiğini artık parlamentolar değil, ama yargıçlar belirliyor. Öyleyse öteki Avrupada muhalif; yerleşik demokrasilerde yargıçlar ortak bir

<sup>79</sup> DEBBASCHES Charles, PONTIER Jean-Marie: *Introduction à la politique*, 3ème Edition, Dalloz, Paris, 1991, sh. 35-36, 47-48.

<sup>80</sup> Bu bağlamda özellikle Anayasa Yargısının demokratik siyasal sistemlerdeki yeri, işlevi ve meşruiyeti de bir tartışma konusunu oluşturmaktadır. Ancak bu konu ayrı bir inceleme konusunu oluşturacak kadar geniş ve kapsamlı olmasından dolayı bu çalışmada özellikle incelenmemiş, daha sonraki bir çalışmada incelenecektir.

mirasa mı sahip çıkıyor? Ortak mirasa sahip çıkıyorlarsa, hukuk devletinin evrensel olduğunu tartışmasız söyleyebilirsiniz ».<sup>81</sup>

Kısacası, meşruiyet kavramı nisbî bir içeriğe sahiptir. Gelişen ve değişen şartların sonucunda bu kavramın anlamında değişmeler gözlemlenebilmektedir.

### **G. Siyasal İktidarın (Otoritenin) Meşruluk Temelinin Doğuşu ve Sınıflandırması ile Max Weber'in Meşru İktidar (Otorite) Tipolojisi**

Siyasal iktidarın meşruiyeti konusunda, sadece güç üzerine tesis edilmiş olan "**fiili Devlet**" (*Etat de fait*) veya "**polis Devleti**" (*Etat policier*) ile kuralların sadece empoze edilmiş olması değil; genel olarak bunların yönetilenler tarafından da benimsendiği kuralının geçerli olduğu "**Hukuk Devleti**" (*Etat de droit*) kavramlarının bir çatışma halinde bulunması söz konusu olur. Ancak belirtilen nokta her zaman bu şekilde gerçekleşmemiş olabilir. Her şeyden önce ilkel toplumlarda *fiziksel* olarak en güçlü olan, *şefdir*. Şefin egemen olma niteliği, fiziksel olarak kendisine karşı gelenler için, yaşının ilerlemesi veya hastalık sonucunda gücünde azalma olması anına kadar devam eder. Daha sonraki dönemlerde bazen şef olmak için fiziksel olarak en güçlü olma değil; toplumun en *kurnaz* olma niteliğinden dolayı, iktidarı elinde bulduran şefi saf dışı bırakarak yerine geçme hallerinin söz konusu olabildiği gözlemlenmektedir. **Machiavel**'in deyişiyle; *aslanlar* yerlerini *tilkilere* bırakmaktadırlar. Zaten ticarî hayatın gelişmesi ve paranın bulunmasıyla toplumun en zengininin paralı asker tutmak gibi bir takım yöntemleri kullanarak, şef olma girişiminde bulunduğu ifade edilmektedir. Bu durum seçim tarihinde, servete dayalı "**sınırlı oy**" (*suffrage censitaire*) ilkesinin uygulanmasına benzemektedir. Belirtilen nokta daha sonra *marxist doktrin* tarafından Devletin egemen sınıfın baskı aracı olduğu şeklindeki açıklamasının doğumuna sebebiyet verecektir.

Ancak her yerde zayıf olanlara baskın gelerek; iktidarın fiziksel, maddî veya entellektüel olarak en güçlülerine ait olması durumuyla karşılaşmıştır. Buna rağmen böyle bir iktidar her zaman için gerçekte sağlam temellere dayanmamış olmayı da içermektedir. Zira, bu tür bir iktidar kendisinden daha güçlü daha zengin veya daha kurnaz bir güç ile karşı karşıya bulunma riskini sürekli olarak taşımıştır. Bu sebepten dolayı siyasal iktidarın daha başka değerler üzerine inşa edilmesi zorunluluğudur. Bu da yönetilenleri zorlama yoluyla otoriteye tâbi kılma yerine onların itimat ve onaylarıyla iktidara sahip olunması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Böylece siyasal iktidarı elinde bulunduranların amacı; yönetilenlerin yönetenlere itaat etmelerinin artık polis gücüne dayanan bir fiziksel zorlamaya korkusundan değil, meşru olarak iktidarı elinde bulundurdukları inancını yerleştirmesi sağlamak şeklinde somutlaşmıştır.

<sup>81</sup> ÇAĞLAR Bakır: « *Hukuk Devletinde Gündelik Hayatın Estetiği* » in *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi* / 3. Kitap, İstanbul, 1996, sh. 167-168.

Yönetilenlerin katılımıyla şekillenèn bu meşruiyet, egemen resmî ideolojinin yaygınlaştırılmasıyla belirgin bir hal almıştır. Söz konusu olan bu durumda meşruiyet, farklı bir takım esaslar üzerine tesis edilmiştir. İlk olarak halk, egemen gücün *Tanrı* tarafından tahta çıkarılmış olmasından dolayı bu otoriteye itaat edilmesi gerektiğine inanmıştır. Bu meşruiyet «**teokratik hukukun meşruiyeti**» olarak adlandırılır. Batıdaki Orta Çağ dönemindeki siyasal iktidarların meşruiyetleri ve günümüzdeki İran gibi bir takım ülkelerdeki İslam cumhuriyetlerinin meşruiyeti bu meşruiyet tipine örnek olarak gösterilebilir. İkinci olarak birtakım miras kuralları gereğince, kuşaktan kuşağa gelen aynı hanedanlık içinden çıkan ve geleneklere dayanan siyasal iktidarın meşruluğundan bahsedilebilir ki; bu duruma «**tarihsel meşruiyet**» denir. Bir diğer meşruiyet, siyasal iktidarı elinde bulduranın bireysel *karizmasından* kaynaklanabilir. Örneğin Atatürk, Tito, de Gaulle ve günümüzde Fidel Kastro bu «**karizmatik meşruiyet**» tipine örnek olarak verilebilir. Nihayet serbest, yarışmaya dayanan, hür seçimlerin sonucunda ortaya çıkan yönetilenlerin hür iradesinin tecellisi olarak siyasal iktidarı ele geçirenlerin sahip oldukları «**demokratik meşruiyet**» söz konusu olmaktadır.<sup>82</sup>

«Devlet meşru fiziksel zorlama tekeli ni başarı ile üzerine alan siyasal gruptur» tanımını yapan Weber, meşruiyet kavramını hukuksal olmayan ancak sosyolojik bir terim olan «zorlama» kavramının yanında, devlet tanımının içine sokmuştur. Buna göre bir hükümet, yönetilenler tarafından ahlâkî açıdan kendisine itaat edilmesi gerekliliğinin haklılığını kabul ettirdiği andan itibaren meşruluk niteliğini kazanmış olur. Sistemati k başvuru zorlamasından bağışık tutulan meşruiyet, şefin istisnaî kişiliği (karizmatik meşruiyet) veya geleneklerin (teokratik hukukun monarşik meşruiyeti) ya da aklın (erkin bizzat yöneticilere kendini kabul ettirmiş olduğu kurallar birliğinden doğduğu anda) sayesinde edinilir.<sup>83</sup>

Max Weber hiç bir iktidarın tek bir meşruluk tipine dayanmadığı açıklamış ve belirtmiş olduğu meşru iktidar tipleri hakkında iyi / kötü gibi bir değerlendirilmede bulunmamıştır. Bu açıdan yazar siyasal iktidarın meşruiyetini sosyolojik anlamda «**otoriteye tâbi olanlarca beslenen inanç**» olarak tanımlamıştır. Ayrıca *gayrimişru iktidar* kavramıyla da ilgilenmemiştir.

**1- Geleneksel iktidar:** Bu tür iktidarlar meşruluklarını alışkanlıkların gücünden ve geleneklerden alırlar. Dolayısıyla iktidarı elinde bulduranlar gelenek kurallarına göre tesbit edilmiş kurumsallaşmış bir iktidardır. Zira iktidarda bulunanların işlemleri bir takım hukuk kuralları ve yerleşik usullerle sınırlandırılmıştır.

**2- Karizmatik iktidar:** Yunanca kökenli «*karizma*» terimi Tanrı vergisi anlamına gelmektedir ve dolayısıyla iktidarın meşruiyetini iktidarı elinde bulduran kişinin üstün niteliklerine dayandırmaktadır. Weber'e göre bu ka-

<sup>82</sup> TURPIN Dominique: *Droit Constitutionnel* (avec le concours de Jean-Pierre Massias), PUF, Paris, 1992, sh. 17-19.

<sup>83</sup> CHANTEBOUT Bernard: *Droit constitutionnel et science politique*, 11ème Edition, Armand Colin, Paris, 1994, sh. 17.



rizmanın geçici olmasına rağmen bazen geleneksel ya da kurumsallaşmış hukukî iktidarın oluşumuna sebebiyet verebilir. Ayrıca karizma zaman içinde "aklıleşerek" iktidarın devri ve kullanılması ile ilgili kişisel olmayan kurallar ve usuller yaratarak yasal / aklı meşruluk sağlayabilir.

**3- Akılcı / Hukukî iktidar:** Bu iktidar, kaynağını hukuk düzeninden alır. Siyasal iktidarın yetkilerinin kaynağı anayasa ve hukuk kurallarıdır. Bu grubun temel özelliği siyasal iktidarın işlemlerinin kişilerden özerk olması ve usullerinin aklıleşmesidir. İktidara itaat edilmesinin sebebi yapılan işlemlerin ve eylemlerin kanuna uygun olması ya da kanunilik karinesi taşımasıdır.<sup>84</sup>

Weber'in üçlü tiplemesinin hakimiyeti **monarşi, diktatörlük ve rasyonalize olmuş** -ussallaştırılmış- **parlamentarizm** (*monarchie, dictature, parlementarisme*) olmak üzere üç rejime ve **kıdemliler** (yaşlılar), **peygamberler** ve **memurlardan** (*anciens, prophètes, fonctionnaires*) oluşan üç tür elite, uygun / denk düşmektedir. Fakat ideal olarak nitelendirilen bu tiplerle uygulamada münferit olarak karşılaşılmaz. Fransız siyasal hayatında konuyla ilgili yapılmış olan gözleme göre; De Gaulle savaştan kaynaklanan karizmatik niteliğini, 1958 Anayasası'nın kendisine tanıdığı hukuksal yetkileri ile birlikte, birinci hususu ikinci özelliği etkilemek suretiyle kullanmıştır (1962 yılında Anayasa'nın 11. maddesine başvurması). Benzer durumu Atatürk'ün Kurtuluş Savaşı'ndan başarı ile çıkmış olmanın kendisine tanıdığı karizmayı daha sonra Cumhuriyetin ilânından sonra Meclis tarafından Cumhurbaşkanı seçilmesi örneğinde olduğu gibi Türk siyasal hayatında da gözlemek mümkündür. François Mitterand ise işlevsel olan bir karizmadan yani orduların başkumandanı olma ile nükleer silahların kullanılmasına karar verebilme yetkisine sahip olma özelliklerinin ikisinden birlikte yararlanmıştır. Mitterand ayrıca şahsî yükümlüklerini kişiliğine dönüştürebilen istisnaf bir niteliğe de sahipti.<sup>85</sup>

## Sonuç

Belirttiğimiz gibi «**meşruiyet**» kavramı, hukukta yürürlükteki hukuka uygun davranılmış olmanın (*hukukîlik-kanunîlik*) dışında başka bir anlamı da içermektedir. Zira, yürürlükteki hukuka uygun davranmış olma hali, söz konusu olacak olan işleme hukuk düzeni açısından hukuka uygunluk sağlar; ancak her hukuka uygun olma durumu aynı zamanda meşru olmayı da zorunlu olarak içermez. Diğer yandan, meşruiyet kavramı kendisine yakın olan ve bazende bu kavramla karıştırılan «*adâlet*», «*hakkanîyet*» ve «*temel anlaşma*» (*consensus*) kavramlarından da farklı bir anlama gelmektedir. Çünkü, meşruiyet kavramına benzer anlamı içerdiği bilinen «*adâlet*» ve «*hakkanîyet*» terimleri, her zaman için gerçekleştirilemeyen yüksek bir *ideali* ifade

<sup>84</sup> KAPANİ Münci, age., sh. 65-68; TEZİÇ Erdoğan, age., sh. 99-101. Meşruluk konusunda David Easton'un yapmış olduğu sınıflandırma için bkz. KAPANİ Münci, age., sh. 69-71; TEZİÇ Erdoğan, age., sh. 101-106.

<sup>85</sup> *Dictionnaire Constitutionnel*, age., sh. 565-566. Fransa'da Mitterand'ın siyasal hayatta oynadığı rol ve iktidarı uzun süre elinde bulundurmuş olmasından dolayı yeni kuşağa "Mitterand Kuşağı" (*génération de Mitterand*) denilmektedir.

etmelerinden dolayı, meşruiyet kavramından farklıdır. Bu kavramlar herkesin kişiliğine bağlı olan değerlendirme işlemindeki doğal hukukla ilişkili olan bir «*erdem*» ifade eder. Söz konusu olan «*erdem*» ise, adâletli olma veya olmamaya ilişkin doğal duyguların hakkındaki ilgilinin tutumunu kurula tâbi kılma noktasından ibarettir. Başka bir deyişle, «*adâlet*» ve «*hakkaniyet*» kavramları; yürürlükteki hukuk kurallarından her zaman için ilham almazlar ve bu anlamda doğal hukuka ilişkindirler.

Bu bağlamda hukuktaki «*meşruiyet*» sorunu, sosyal bilimlerin doğasından kaynaklanmaktadır. Zira, fen bilimlerinde bu bilimin branşlarının inceledikleri konularda, konuyu oluşturan olayda kesin nitelikli bir *sebeup - sonuç* ilişkisi vardır. Sosyal bilimlerde ise belirtilen bu nokta aynı şekilde oluşmaz. Dolayısıyla, *sosyal bilimlerde ve özellikle hukukta, meşruiyet bir sosyal olayın olması gereken şekilde gerçekleşmesi şeklinde açıklanamamaktadır. Kavramın tartışmalı bir hal alması; sosyal olayların meydana gelmesindeki sürecin, sosyal olayların oluştukları ortamların ve bu ortamlardaki şartların yeknesaklık göstermemesinden dolayı, sosyal olayın oluşumu için ileri sürülen farklı kıstasların varlığından doğmaktadır. Ayrıca meşruiyet konusunda fikir beyan edenlerin çeşitli sebeplerden kaynaklanan subjektif değer yargıları, bu kavramın tartışmalı bir hal almasında rol oynamıştır.*

Meşruiyet kavramı ile hukukîlik kavramının her zaman kesişmemesine güncel bir örnek olarak; TBMM'nin Genel Kurul Salonu'nun yenilenmesine ilişkin yapılmış olan ihaledeki skandal gösterilebilir. Yapılmış olan ihalede dönemin Meclis Başkanı'nın hukuka uygun davranmış olup olmadığı hususu şu anda açıklığa kavuşmamış olmasından dolayı konumuzun dışında kalmaktadır. Ancak Meclis Başkanı'nın yapmış olduğu açıklamada, kendisinin hukuka uygun davranmış olmasına rağmen «*etik*» değerler açısından hatalı olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla yapılan işlemin hukuka uygun olduğunu kabul etsek bile; kendisinde kabul ettiği ve kamuoyunda oluşan kanaate göre Meclis Başkanı'nın skandala konu olan davranışının meşru olmadığı kesindir. Bu gelişmeyi mütabiken bir siyasal partinin «**Siyasal Etik Yasası Tasarısı**» hazırlamış olduğunu kamuoyuna açıklaması, tasarının içeriğini bilmememize rağmen; konunun Türk siyasal hayatında ne kadar güncel ve işlenmesinin zorunlu olduğunu göstermesi açısından önemlidir.

İki kutupluluğun ideolojik farklılıklara dayandığı uluslararası ilişkilerde, güç ilişkileri ve hükümet modellerindeki artış yakın geçmişte önceden varolan bir durum gibi belirlemiştir ve *halkların kendi siyasal sistemlerini doğrudan doğruya belirleme hakkını* neredeyse tamamen gölgede bırakmıştır. Anılan hak, bu sebepten dolayı dış müdahalelere karşı halkı koruyan yalnızca dış şartlardan kaynaklanan görünümüleri olan bir olgu gibi değerlendirilmiştir. Uluslararası hukuksal düzen belirli bir süreden beri *demokrasi* kavramını güçlendirmek için gelişme yeteneğini içeren kuralları benimsemiştir. Ancak uluslararası alandaki uygulamalar bu normların belirgileştirilmesi ve evrensel saygınlığı sağlayacak yönde gelişmemiştir. Birtakım ülkelerin bu ilkeleri ortaya attıkları anda, söz konusu olan husus yalnızca ideolojik düşmanlara karşı ve tamamen oportünist politikalarla keyfi bir şekilde dönüşmüştür. Demokrasi

kavramının yerinin pozitif anlamdaki süreci, buna rağmen uluslararası ilişkilerde ve uluslararası hukukta, itirazsız olarak desteklenmeye hak kazanmıştır. Herşeye rağmen yukarıda belirtilen nokta uluslararası alandaki güçlü devletlerin kendi lehlerine yapacakları müdahalelerinin gelecekteki potansiyel kurbanlarına zorla kabul ettirilebilme ve kötüye kullanılabilme nitelendirmelerini korumaktadır. Sonuç olarak da, uluslararası alandaki güçlü devletlerin *totalitarizmlerini* gerçekleştirmede bir bahaneye dönüşebilecek bir tartışmayı her zaman için gündeme getirebilecektir.

Böyle bir durumun ortaya çıkmasının önlenmesi için, uluslararası ilişkilerde demokrasi kavramının yerleşmesi ve gelişmesi amacıyla yapılacak müdahalelerin denetlenen bir süreç olması gerekir. İşte bu nokta meşruyet kavramının uluslararası hukuktaki boyutunu ve önemini açıklamaktadır. Söz konusu olan bu nokta Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararlarının uluslararası bir mahkeme tarafından -Avrupa Birliği'nde Komisyonu'nun ve Avrupa Konseyi'nin (Conseil européen) kararlarının Roma Antlaşması'nın 173. maddesi gereğince Avrupa Toplulukları Adâlet Divanı tarafından denetlenmesi ve uluslararası sivil havacılığa ilişkin Chicago ya da deniz hukukuna ilişkin Montego Bay Konvansiyon'larında öngörülmüş olan denetim prosedürünün örneklerinde olduğu gibi- denetlenmesini sağlayacak bir düzenlemenin yapılması acilen gerektirmektedir.<sup>86</sup> Aynı anlamda Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararlarının alınması sırasında, Güvenlik Konseyi'nin beş daimi üyesinin sahip oldukları **veto hakkından dolayı** günümüzde oluşturulmak istenilen «*yeni yeni dünya düzeni*» ve «*demokrasi*» kavramıyla bağdaşmadığı noktalarından haklı olarak eleştirilmekte ve bu durumun **hukukîliği** ve hatta daha da önemlisi **meşruyet temeli** sorgulanmakta ve bu anlamda yeni bir düzenleme yapılması zorunluluğunun altı çizilmektedir.<sup>87</sup>

#### **KAYNAKÇA**

\*ABADAN Yavuz: *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Ankara, 1954.

\*ATAY Ender Ethem: *Les Règles du droit turc relatives aux engagements internationaux*, Thèse, Dactyl., 2 Tomes, Aix-En-Provence, Avril 1996.

\*AVRIL Pierre, GICQUEL Jean: *Lexique, Droit constitutionnel*, 3ème Edition, PUF, Paris, 1991.

\*BATIFFOL Henri: *La Philosophie du droit*, PUF, Que sais-je?, Paris, 1960.

\*BRICHET Olivier: *Etude du coup d'Etat en fait et en droit*, Thèse, Paris, 1935, Les Editions Domat-Monchrestien, Paris, 1935.

<sup>86</sup> SCHAUS Annemie: « *La légitimité du Conseil de sécurité* » in *A la recherche du nouvel ordre mondiale - II, L'ONU: mutations et défis*, Editions Complexe, Bruxelles, 1993, sh. 28.

<sup>87</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bknz. SCHAUS Annemie, age., sh. 9-42.

\*BURDEAU Georges: *Droit constitutionnel*, 21ème Edition par Francis Hamon-Michel Troper, L.G.D.J., Paris, 1988.

\*CARREAU Dominique: *Droit international*, Edition A. Pedone, Paris, 1986.

\*CHANTEBOUT Bernard: *Droit constitutionnel et science politique*, 11ème Edition, Armand Colin, Paris, 1994.

\*COMBACAU Jean, SUR Serge: *Droit international public*, Montchretien, Paris, 1993.

\*CORNU Gerard: *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 1987.

\*ÇAĞLAR Bakır: «*Hukuk Devletinde Gündelik Hayatın Estetiği*» in *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi / 3. Kitap*, İstanbul, 1996.

\*DEBBASCHE Charles, PONTIER Jean-Marie: *Introduction à la politique*, 3ème Edition, Dalloz, Paris, 1991.

\*DELBEZ Louis: *Manuel de droit international public*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1948.

\*DEVELİOĞLU Ferit: *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, Aydın Kitabevi, 5. Ofset Baskı, Ankara, 1982.

\*DEVELİOĞLU Ferit, KILIÇKINI Neval: *Osmanlıca-Türkçe Okul Sözlüğü*, Rafet Zaimler Kitabevi, İstanbul, 1975.

\**Dictionnaire Constitutionnel*, PUF, Paris, 1992.

\**Dictionnaire de la Constitution*, 4ème Edition, Edition Cujas, Paris, 1986.

\*DUPUY Pierre-Marie: *Droit international public*, Edition Dalloz-Sirey, Paris, 1992.

DUVERGER Maurice: *Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait*, R.D.P., T.LXI., 1945.

\*FLANZ Gisbert H.: *XIX Asır Avrupasında Anayasa Hareketleri* (Çevirenler: Dr. Necat Erder, Şerif Mardin, Aydın Sinanoğlu), AÜSBF Yayınları No: 53-35, Ankara, 1956.

\*GÜRİZ Adnan: *Hukuk Felsefesi*, AÜHF Yayınları NO: 480, Ankara, 1985.

\*HACIKADİROĞLU Vehbi: «*Kuramlar ve Adâlet*» in *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi / 2. Kitap*, AFA Yayınları, İstanbul.

\*Hasan-i Amid: *Ferheng-i Fârsî-yi Amid*, Tahran, 1363 (Hicrî).

\*HATEMİ Hüseyin: *Hukuk Devleti Öğretisi*, İşaret Yayınları, İstanbul, 1989.

\*HERAUD Guy: *L'Ordre juridique et le pouvoir originaire*, Thèse, Toulouse, 1945, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1946.

*Hukukta Meşruyet Kavramı*

\*KANT E.: *Métaphysique des Moeurs, Première Partie Doctrine du Droit*, Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 1988.

\*KAPANI Münci: *Politika Bilimine Giriş*, Üçüncü Baskı, AÜHF Yayınları NO. 468, Ankara, 1983.

\*KLAIN Pierre: «*Le droit aux élections libres en droit international*» in *A la recherche du nouvel ordre mondial - I, Le droit international à l'épreuve*, Editions Complexe, Bruxelles, 1993.

\*LACHARRIERE René: *Etudes sur la théorie démocratique Spinoza - Rousseau - Hegel - Marx*, Payot, Paris, 1963.

\*MARTIN Pierre-Martin: *Droit international public*, Masson, Paris-Milan-Barcelone, 1995.

\*MIREAUX Emile: *Philosophie du libéralisme*, Flammarion, Paris, 1950.

\**Milliyet*, 20 Ocak 1988.

\*ÖKÇESİZ Hayrettin: «*Niklas Luhmann'ın Sistem Kuramında Adâlet Kavramı*» in *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi / 2. Kitap*, AFA Yayınları, İstanbul.

\*ÖZBILGEN Tarık: *Hukukta Meşruyet Meselesi Üzerine Bir Deneme (Ferdiyetçi bir hukuk anlayışının müdafaası)*, Tez-İstanbul-1957, Anıl Matbaası, İstanbul, 1960.

\*PACTET Pierre: *Institutions politiques, Droit constitutionnel*, 13ème Edition, Paris-Milan-Barcelone, 1994.

\*PASQUIER Claude Du: *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, 6ème Edition, Delachaux et Niestlé, Editeurs, Neuchatel-Paris, 1988.

\*PRELOT Marcel: *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 3ème Edition, Dalloz, Paris, 1963.

\*QUOC NGUYEN Dinh, DAILLIER Patrick, PELLET Alain: *Droit international public*, 3ème Edition, L.G.D.J., Paris, 1987.

\*SALMON Jean: «*Vers l'adoption d'un principe de légitimité démocratique*» in *A la recherche du nouvel ordre mondial - I, Le droit international à l'épreuve*, Editions Complexe, Bruxelles, 1993.

\*SCHAUS Annemie: «*La légitimité du Conseil de sécurité*» in *A la recherche du nouvel ordre mondiale - II, L'ONU: mutations et défis*, Editions Complexe, Bruxelles, 1993.

\*STEVERWALD Karl: *Türkisch-Deutsches Wörterbuch Türkçe-Almanca Sözlük*, Otto Herrassowitz Verlag, Wiesbaden.

\*TEZİÇ Erdoğan: *Anayasa Hukuku*, Beta, İstanbul, 1986.

\*THIERRY Hubert: «*Le droit des peuples à disposer d'eux mêmes*» in *Droit international public*, Editions Montchrestien, Paris, 1986.

\*TİKVEŞ Özkan: *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Şerhi ve Uygulaması (Anayasa Mahkemesi Kanunu ile Birlikte)*, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., İstanbul, 1969.

\*TROPÉR Michel: *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, Léviathan, Paris, 1994.

\*TOUSCOZ Jean: *Droit international*, PUF, Thémis, Paris, 1993.

\*TURPIN Dominique: *Droit Constitutionnel (avec le concours de Jean-Pierre Massias)*, PUF, Paris, 1992.

\**Türk Hukuk Lügatı*, Maarif Matbaası, Ankara, 1944.

\**Türkçe Sözlük*, C. 2, Yeni Baskı, Türk Dil Kurumu Yayını.

\**Webster's Ninth New Collegiate Dictionary*, MERIAM-WEBSTER INC., Publishers Springfield, Massachusetts, U.S.A., 1990.

\*WEHR Hans: *A dictionary of modern written arabic*, Ed. J. Milton COWAM, Newyork, 1976.

\*WEHRIG Gerhard: *Deutsches Wörterbuch* Mosaik Verlag GmbH, 1985.

\*WHEARE K.C.: *Modern Anayasalar* (Çev. Mehmet Turhan), Değişim Yayınları, İstanbul, 1984.

\*ZORGBIBE Charles: *Dictionnaire de politique internationale*, PUF, Paris, 1988.